

程序正義之理念 (一)

學術專論

黃翰義 著



元照

程序正義之

本書編排之方式，係一系列針對刑事訴訟制度之實然與應然，進行提綱挈領之闡述，對於重要之概念，使用簡明之圖例，使讀者更能清楚掌握理論與概念之精髓。本書係闡明偵查程序與審理程序在理論與實務運作之過程，應如何透過程序正義之導向，讓刑事訴訟制度在變革之過程中，真正彰顯其在本然面上應有之意義。

本系列之叢書（一），先就牽連管轄與法定法官原則之關係進行闡釋；並針對令狀搜索、附帶搜索、同意搜索、緊急搜索、通訊監察等強制處分之偵查作為，本於立法之目的論解釋、美國、日本之比較法解釋，以及參酌我國實務上最高法院之最新見解，進行理論與實務之辯證；其次，針對新建置之制度—緩起訴制度、起訴審查制度，提出實證法上之研究；另外，本書就準備程序及通常審判程序在實務運作上所發生之疑義，提供可能之解答方向，藉由上揭體系清晰之解說及掌握實務見解之最新動向，讓讀者更易於理解刑事訴訟制度存在之核心價值。

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

www.lawdata.com.tw

ISBN 978-986-255-071-7



9 789862 550717



1D169PA

定價：480元



元照出版公司

地址：臺北市館前路18號5樓

電話：(02)2375-6688

網址：www.angle.com.tw

程序正義之理念(一)

黃翰義 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

程序正義之理念／黃翰義著：-- 初版.-- 臺北市：元照，2010.09-

冊：公分

ISBN 978-986-255-071-7（第1冊：平裝）.--

ISBN 978-986-255-073-1（第2冊：平裝）

1. 審判 2. 訴訟程序

586.5

99015212

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

程序正義之理念(一)

1D169PA

2010年9月 初版第1刷

作者 黃翰義

出版者 元照出版有限公司

100 臺北市館前路18號5樓

網址 www.angle.com.tw

定價 新臺幣480元

專線 (02)2375-6688

傳真 (02)2370-3286

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第1531號

ISBN 978-986-255-071-7

自序

本書以《程序正義之理念》為名，係以程序正義為主軸，本於「正當法律程序」為基礎，深入探究我國刑事訴訟制度之理論內涵，並藉由體系式之論文架構，針對實證法上具有爭議性之問題，主張應回歸訴訟制度之原貌及憲法之價值，以邏輯思維之辯證及提出理念式之改革為重心。在闡釋我國近年來新增修之訴訟制度時，本書不僅使用比較法之解釋方法，復針對刑事訴訟之目的與使用之手段間，進行比例原則之評價，藉由此種評價，使讀者能更充分了解正當法律程序在整個訴訟制度當中所存在之價值。

關於本書之閱讀方法，筆者建議讀者在閱讀前，可將本書劃歸為二大體系——「偵查制度」（令狀搜索、附帶搜索、同意搜索、緊急搜索、通訊監察、緩起訴處分）與「審理制度」（管轄制度、起訴審查、準備程序及通常審判程序），就此二大體系應具備如何之制度特徵始能符合程序正義之要求，先行構思一個符合憲法對於訴訟制度應有之價值取向，再對照本書所闡述之偵查制度與審理制度的本然面，進行概念之吸收與論理之辯證，而非只是單純作為一個形式上瀏覽書籍的讀者，因為如果只是形式上的瀏覽，未提出自己對於問題的價值判斷，那麼，不僅失去閱讀的意義，也失去學習刑事訴訟法的樂趣。甚至，讀者在閱讀本書之過程中，可深入思考筆者在文字背後所要傳達的訊息及真義，藉由具體案例與抽象原則間的來回對應，嘗試訓練自己應該如何掌握刑事訴訟之體系與架構之內

涵，透過此種構思價值與辯證方法的閱讀方式，才能真正建立一套有意義的訴訟體系。

筆者一貫的理念是，追求真實固然是一種目的，然而，若欠缺手段的正當性，將會侵蝕人民基本權之核心，人之所以為人，正是因為其享有人之所以為人的基本權利。當一個國家汲汲營營於追求發現絕對的真實而放棄手段的正當性時，無疑是一種對於人性尊嚴的戕害。沒有手段的正當性，再如何率言革新制度，亦屬枉然。訴訟制度存在之目的，與其說是發現真實，毋寧說，是一種藉由正當法律程序之擔保，以達到發現相對真實的一種方法。手段的正當性，始為訴訟制度存在之重要理念。如果一個訴訟制度無從擔保正當法律程序的實現，則其發現真實的結果，將不再具有任何的意義。

最後，謹將本書獻給我的母親黃瓊珠女士，感謝她含辛茹苦地養育我們、教育我們，讓我們能夠平安的長大成人，謝謝她無私的犧牲與奉獻。

黃翰義

2010年7月

臺南法官宿舍

目錄

自序

第一章 牽連管轄

第一節 前言	1
第二節 牽連管轄之定位	3
第三節 我國實務上牽連管轄之牽連及再牽連的檢討 ——評臺灣高等法院暨所屬機關九十八年 法律座談會第三三號提案	22
第四節 結語	37

第二章 令狀搜索

第一節 前言	41
第二節 令狀搜索之內涵	42
第三節 比較法上令狀搜索之案例	53
第四節 我國現行令狀搜索規定之檢討	65
第五節 結語	72

第三章 附帶搜索

第一節 前言	75
第二節 附帶搜索之內涵	76
第三節 個案分析、明確法則與附帶搜索取得之證據	94
第四節 我國現行附帶搜索規定之檢討	105
第五節 結語	112

第四章 緊急搜索

第一節 前 言	113
第二節 緊急搜索之要件與沿革.....	114
第三節 搜索之緊急狀態、法律適用與證據排除.....	130
第四節 我國現行緊急搜索規定之檢討.....	146
第五節 結 語	150

第五章 經本人同意之搜索

第一節 前 言	151
第二節 同意搜索之內涵.....	152
第三節 比較法上經本人同意之搜索.....	160
第四節 我國實務上經本人同意搜索之檢討 ——評臺灣高等法院九十三年度上訴字 第六二九四號刑事判決	180
第五節 結 語	195

第六章 第三人同意之搜索

第一節 前 言	197
第二節 同意搜索之內涵.....	198
第三節 美國法上之第三人同意搜索.....	205
第四節 我國實務上第三人同意搜索之檢討 ——評臺灣高等法院九十三年度上更(二)字 第三七二號刑事判決	219
第五節 結 語	228

第七章 通訊監察

第一節 前 言	229
第二節 秘密通訊自由之內涵.....	229
第三節 基於刑事偵查目的之通訊監察.....	234

第四節	通訊監察制度之修法論.....	261
第五節	結語	264

第八章 緩起訴制度

第一節	前言	267
第二節	緩起訴之內涵	268
第三節	我國現行緩起訴制度之檢討	284
第四節	我國緩起訴制度之修法論	294
第五節	結語	305

第九章 起訴審查

第一節	前言	307
第二節	起訴審查之內涵與立法評析	308
第三節	我國實務上起訴審查之現況檢討	325
第四節	日本法制的他山之石 ——公訴權濫用之理論與實務	339
第五節	結語	343

第十章 準備程序

第一節	前言	345
第二節	集中審理與準備程序之關係	347
第三節	準備程序之進行	355
第四節	聲請調查證據之程序	370
第五節	結語	373

第十一章 通常審判程序

第一節	前言	375
第二節	我國刑事審判程序之實務流程	376
第三節	審判程序在實務運作上之相關問題	424
第四節	結語	442

第一章

牽連管轄

第一節 前言

按管轄權乃是考慮案件之性質、被告就審之方便與審判經濟等因素而為區分，為避免案件發生後，始定管轄法院，恐影響裁判之公平性，故乃事先以法律對法院之管轄為一般性之規定，法定管轄即指以犯罪類型或土地之區分為標準，由法院依法律抽象規定之法院管轄¹。至於「法定法官原則」係作為保障審判者獨立不受任何干涉，以使人民受到公平審判之原則。「法定法官原則」之基本精神在於藉由事先制定一般性、抽象性之法律規範，以迄最後特定由法官受理之過程中，擔保不受外來及內在之國家公權力之干預，以確保人民公平受審之訴訟基本權，故「法定法官原則」顯然是一種對抗「侵害法官獨立性」之法治國原理²，而此一原理，係導源自我國憲法第八條、第十六條及第八十條之規定。因此，關於管轄、審判組織及其相關之程序，應依法律之規範定之，此一思維亦包含在「法定法官原則」之內涵中。

管轄既屬於「法定法官原則」之一環，則關於管轄規範之解釋方法，亦應本於「合憲解釋」之角度，不得作不明確或有牴觸

¹ 黃朝義，刑事訴訟法，新學林出版社，二〇〇九年九月第二版，第五五頁。

² 學者即謂：憲法條文雖非為刑事被告而專設，惟所有之刑事被告均霑其惠，人民不因為具有被告身分而喪失其憲法權利，政府機關亦不得將人民貼上被告標籤，而恣意剝奪人民權利，王兆鵬，刑事訴訟講義，自版，二〇〇九年九月第四版第一刷，第十四頁。

2 程序正義之理念(一)

「法定法官原則」之闡述³，否則，即有可能有違憲之虞。我國實務上向來較不重視「法定法官原則」，關於「法定法官原則」之闡述寥寥可數⁴，直至大法官會議釋字第六六五號解釋後，此一原則始獲得學理及實務上之青睞，而陸續出現相關之見解。在該號解釋出現後，臺灣高等法院暨所屬機關九十八年法律座談會第三三號提案中，亦出現與「法定法官原則」相關之問題，該號提案中，對於刑事訴訟法第七條牽連管轄之解釋仍有不同之見解產生，其中有採取擴張該條牽連管轄意義之看法，認為我國刑事訴訟法除「牽連管轄」之概念外，尚有牽連管轄之「牽連」及「再牽連」的管轄類型，本文爰從「法定法官原則」之觀點，針對「法定法官原則」與牽連管轄之關係進行較為深入之說明，並論述我國實務上之基本態度，最後並主張應採取「合憲解釋」之見解，期收拋磚引玉之效。

³ 刑事訴訟之所以規定法院管轄權之法理基礎，乃在於「法定法官原則」，以此避免司法行政人員操控何人審判之方式，而達到控制審判結果之目的，林俊益，刑事訴訟法概論（上冊），新學林出版社，二〇〇七年九月第八版第一刷，第六三頁。

⁴ 我國實務上提及「法定法官原則」者為數甚少，除本文其後所述之判決外，僅有臺灣高等法院臺中分院九十二年度上重訴字第三號判決、臺灣高等法院臺中分院九十二年度上訴字第二二三八號判決，臺灣高等法院花蓮分院九十年度上重訴字第一七三號判決。至於在地方法院之判決中提及「法定法官原則」者更少，本文係透過司法院網站：http://njirs.judicial.gov.tw/fjud/index_3.aspx查詢，最後查詢基準日為二〇一〇年二月二十五日。

第二節 牽連管轄之定位

一、管轄與法定法官原則

(一)法定法官原則之意義

按「法定法官原則」，對外而言，係指凡憲法上「獨立不受任何干涉」之審判者，為確保人民憲法上訴訟基本權之完整性，讓人民有受充分而有效之公平審判，因此，如何取得該案件之管轄、就該案件如何組成審判之組織（獨任或合議制）、如何界定同審級及不同審級之管轄及與管轄相關之訴訟程序等，必須符合「法律保留原則」及「明確性原則」之要求；易言之，案件發生後，該案件應如何特定法官，必須事先以一般性、抽象性之法律規定加以明定，避免行政機關（或其他足以影響審判之國家公權力機關）之介入而影響其公平性及獨立性⁵，使最後經由此一程序特定之法官，並非受到外來干預之影響所產生，進而得依法獨立審判，不受任何干涉；對內而言，為對抗來自司法行政體系本身之介入，在符合法律優位原則之條件下，應由審判者本於司法自治之原則制定分案規則、事務分配規則或法官代理制度，允許審判者有內部自治之權限，以避免受到來自於司法行政之內部干預。「法定法官原則」在憲法上之基礎，導源於我國憲法第八條實質正當之法律程序、第十六條訴訟基本權之保障及第八十條維護審判獨立等規範而來⁶。從而，我國憲法雖未有明文規定如德國

⁵ 因此，國家應保證任何個案之承辦法官應藉由事先於一般法規中，依抽象標準儘可能清楚而明確地規定而產生，使承辦法官獲得公正性之確保。惟應予注意者，特別法院乃針對特別之事務領域依法設置特別之法院審理，其係對於某事務領域為一般及抽象地事先規範，例如行政法院、少年法院、智慧財產法院等，均不違反「法定法官原則」，姜世明，法定法官原則之基本概念，法官協會雜誌，二〇〇九年十一月，第十一期，第三四頁。

⁶ 陳運財，恣意裁判之禁止與法定法官原則，法官協會雜誌，第十一卷，二〇〇九年十一月，第六十頁。

4 程序正義之理念(一)

基本法第一百零一條第一項之「法定法官原則」，但法院之案件分配作業，與公平審判具有密切關係，而憲法第十六條保障人民訴訟權，既保障人民有請求法院依正當程序公平審判，則人民亦有權要求法院之案件分配作業必須符合正當程序與公平審判，其意旨與德國基本法規定之「法定法官原則」所欲維護之意旨相同，而憲法第八十條規定法官依據法律獨立審判，是司法獨立為憲法所明定之原則。此一獨立性之外部表現，即為權力分立下，司法有其自治之範疇；則有關法院內部事務，或有關訴訟程序進行之事務性規定，司法基於司法自治有其權限形成相關規範，行政及立法權應予以尊重⁷。

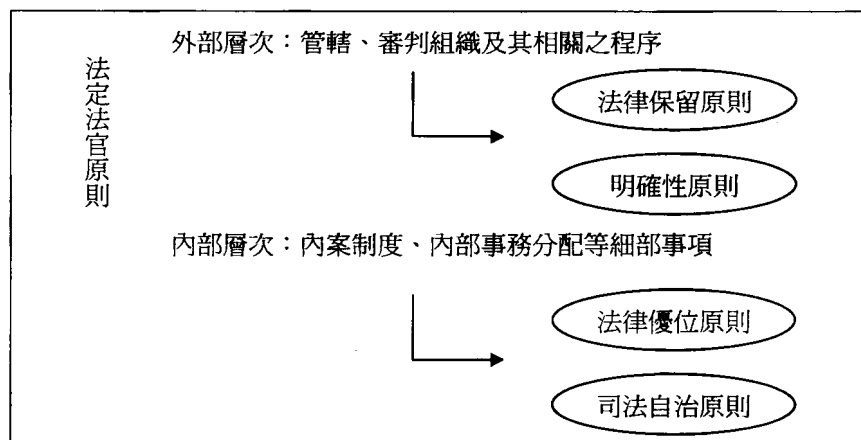
因此，自「法定法官原則」之意義而言，為避免使審判者受到來自於司法體系外部或來自司法體系內部之干預，以致於破壞審判者應獨立審理案件不受任何干涉之憲法要求⁸，法官審理具體案件前，必須事先藉由抽象、一般而符合事物本質之合理性標準的法規制定（包括法律制定及本於司法自治而訂立之分案規則等），以決定案件之分配，始能符合公平審判之要求。由上開說明足悉，「法定法官原則」可包含二個層次：其一，針對組成審判之組織及案件之管轄，均應由法律明定，且對於該法律之解釋，不能逸脫法條文義之範圍外，另外創設法律所無之類型，否則，即違反法律保留原則。其二，承認司法自治原則及不違反法律優位原則下，容許審判者針對內部事務分配等細部事項制定分案規則、事務分配規則及法官代理規則，以使法院之運作符合

⁷ 參閱：大法官林子儀在釋字第六六五號解釋中之不同意見書。

⁸ 公平審判程序是訴訟權保障之核心內涵，乃是司法審判之本質要求，亦為人民對司法信賴之基礎，由於有「法定法官原則」作為公平審判程序之內容要素，方可具體實踐訴訟權之組織及程序保障之功能，林孟皇，法定法官原則的理論與實務——兼評司法院釋字第六六五號解釋，法官協會雜誌，第十一卷，二〇〇九年十一月，第九二頁。

「法定法官原則」所要求之審判獨立目的。亦即，以司法自治形成規範之方式，補強「法定法官原則」及由法律規範所餘留之空間⁹。司法院大法官會議釋字第六六五號解釋理由書亦認為：「學理所稱之法定法官原則，……並不排除以命令或依法組成（含院長及法官代表）之法官會議（Prasidium）訂定規範為案件分配之規定（德國法院組織法第二十一條之五第一項參照）。其他如英國、美國、法國、荷蘭、丹麥等國，不論為成文或不成文憲法，均無法定法官原則之規定。惟法院案件之分配不容恣意操控，應為法治國家所依循之憲法原則。我國憲法基於訴訟權保障及法官依法獨立審判，亦有相同之意旨」。準此，承認司法自治原則而不受司法行政之干預，其理由亦係為達到「法定法官原則」之目的，殆無疑義。

茲圖示法定法官原則之意義如下：



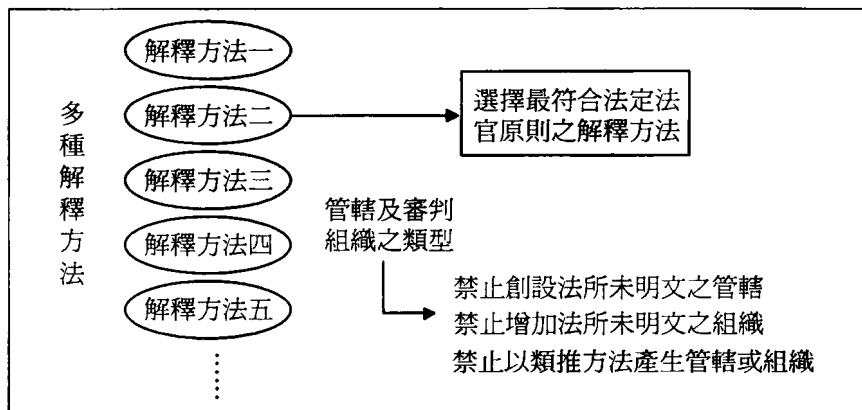
⁹ 陳新民，評議法官法定原則的探源與重罪羈押合憲性的爭議，軍法專刊，第五六卷第一期，二〇一〇年二月，第十二頁至第十三頁。

(二)法定法官原則與法律解釋之關係

按管轄在「法定法官原則」之意義上，係對外層次之問題，其主要在於藉由刑事訴訟法第四條、第五條及第七條之規定，確定由何法院受理國家審判權之分配。就管轄之定義而言，乃是案件依法律規範所定之行政區劃、事物性質或審級制度之區分，使案件依一般、抽象性之標準，由有管轄權之法院受理之謂。因此，對於案件是否有管轄權，我國係透過刑事訴訟法第四條、第五條及第七條之規定，作為類型化之法律依據。然無論是何種管轄類型，均是在具體案件發生前，即由立法者制定一般性、抽象性之法律規範，以分配國家審判權之管轄法院。然而，並非有法律明文規定管轄之類型，即認為已符合「法定法官原則」，實際上而言，仍應就該管轄之類型及其解釋是否會侵害到審判者公平審判及獨立審判之內涵加以判斷。

其次，「法定法官原則」之重心，既在於藉由外在法規之制定與內在司法自治之方式，以保障人民受到具有獨立性而公正之司法審判，由此延伸，對於規制「法定法官原則」之法律規定或司法自治之規則，其解釋自應朝向忠實呈現「法定法官原則」之原貌，在不同解釋之內涵中，若其解釋之結果，有可能造成逸脫「法定法官原則」之核心，抑或造成違反「法定法官原則」之疑慮時，即應放棄該解釋方法。因此，就法律解釋之角度言之，嚴禁以解釋法律之名，行破壞法定法官之實。若該程序事項涉及法律保留原則之部分，則禁止創設或以類推適用之方式，增加法所未明文之類型，例如：創設法律所無之新類型管轄權或增加法所未明文之法院組織型態，均應予以禁止。

茲圖示如下：



準此以觀，就「法定法官原則」之對外層次而言，凡涉及法院組織及管轄程序之過程中，並非只要有法律規範之存在，即謂符合「法定法官原則」，必須該法律規範本身符合「法定法官原則」之內涵始可，否則，即有違憲之爭議存在；而在解釋法院組織、管轄或其他涉及「法定法官原則」之法律規範時，應依符合「法定法官原則」之解釋方法為之，若有多數解釋方法時，應採取最符合「法定法官原則」之解釋方法，若有可能牴觸「法定法官原則」之解釋方法時，即應予以放棄；至於就「法定法官原則」之對內層次而言，司法自治原則之目的，仍然是以維護審判之獨立性及擔保人民公平受審為其重心，並非毫無限制，亦不得任由司法自治之方式，制定牴觸「法定法官原則」之規則¹⁰，亦

¹⁰ 因此，有學者認為，縱經司法自治而產生規定：「刑事訴訟法第七條所定相牽連案件，業已分由數法官辦理而有合併審理之必要者，由各受理法官協商併辦並簽請院長核准；不能協商時，由後案承辦法官簽請審核小組議決之」之條文內容，惟前半段是否合併之決定由院長簽准，後半段由庭長組成審核小組決議，均係容許司法行政官署得對個案審理之審判權核心領域為實質之干涉，顯與刑事訴訟法第六條第二項及第二百八十七條之一第一項之規定意旨不符，有違當事人受公平審判之訴訟權益，陳運財，恣意裁判之禁止與法定法官原則，法官協會雜誌，第十一卷，二〇〇九年十一月，第五九頁。

8 程序正義之理念(一)

即，縱係基於司法自治所制定之規則，仍不得違反法官獨立審判以擔保人民公平受審之核心，應無疑義。

另外，應予補充者，民事訴訟法上固有「合意管轄」之規定，而刑事訴訟法亦另有專業法庭及專業法院（如智慧財產法院或少年法院）之設計，各該情形是否有違反「法定法官原則」之虞？本文採取否定之看法。按「法定法官原則」存在之主要目的，乃是在於避免法官之獨立性受到行政權力之干預，並避免使人民公平受審之基本權受到侵害，因此在特定法官之過程中，在外部層次應符合法律保留原則及明確性原則，在內部層次則應依司法自治原則達到獨立審判之目的。而參諸民事訴訟法上之合意管轄型態，既係經由當事人雙方合意決定管轄法院，與行政權力之干預毫不相涉，自未牴觸「法定法官原則」；至於專業法庭及專業法院乃是基於專業法官之制度設計而來，若自管轄以迄最後特定法官之過程中，不致於受到操控（或有受操控之虞）時，亦未牴觸該原則。惟應予注意者，若專業法庭及專業法院之法官人數過少，以致於凡案件之起訴均由該特定法官審理者，仍有牴觸「法定法官原則」之疑慮存在。

(三)我國實務上就案件管轄及組織之基本態度

我國實務上向來認為，被告在自由受拘束之情形下，得以「被告所在地」作為創設管轄權之依據，其中較具有代表性者，係最高法院八十七年度臺上字第三〇六三號判決，該號判決主張：『案件由犯罪地或被告住所、居所或所在地之法院管轄，刑事訴訟法第五條第一項定有明文。又所謂『被告所在地』，乃指被告起訴當時所在之地而言，且以起訴時為準，至其所在之原因，無論自由或出於強制皆所不問，業經司法院院解字第三八二五號、院字第一二四七號著有解釋¹¹。本件上訴人經臺灣臺東地

¹¹ 惟此一解釋在實務上已有反對意見，臺灣高等法院臺中分院九十二年度上