

國立臺灣大學法學叢書(198)

刑事救濟程序之新思維

王兆鵬 著



 元照

國立臺灣大學法學叢書 198

刑事救濟程序之新思維

王兆鵬 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

刑事救濟程序之新思維／王兆鵬著. -- 初版. --
臺北市：王兆鵬出版：元照總經銷，2010.12
面：公分.--（國立臺灣大學法學叢書
；198）

ISBN 978-957-41-7626-7（平裝）

1. 法律救濟 2. 訴訟程序 3. 刑事訴訟法

586.582

99019630

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

刑事救濟程序之新思維

5D200PA

2010年12月初版第1刷

作者 王兆鵬
出版者 王兆鵬
總經銷 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 450 元
專線 (02)2375-6688
傳真 (02)2331-8496
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 978-957-41-7626-7

序

本書收錄了我這幾年挑戰自己的高難度文章，兩位匿名審查人評論本書「從憲法、國際人權及美國法等觀點，分別針對我國上訴審、非常上訴、再審、準抗告等做體系的整理分析，並據此對我國審判實務見解提出批評及立法論上的建議，內容充實，頗有見地，是國內目前罕見以刑事救濟程序為專題進行較具體系、且深入的論著」、「作者企圖將整體刑事法作救濟制度的總整理，此等功夫，需對實體法及程序法均有學理及實務貫通……作者先後發表在不同期刊上，再將之彙編成書，在主題上是值得肯定的一項新穎創業」。審查人深知我心，至為感激。

本書有兩篇實證研究，在刑事法上皆極為罕見。一者，刑事訴訟法增訂二審上訴「應敘述具體理由」新制實施一年後，我非常好奇實際之操作及成效。在分析925個遭二審法院駁回上訴的案件後，發現實務見解幾乎將二審之覆審制篡改為事後審制，也完全悖離一般人民所了解之「具體理由」文義。實證研究亦證明，無辯護人之被告，其二審上訴多遭駁回；據此，我推斷新法已對弱勢人民築起上訴二審的鴻溝。該文刊出後，引起人權團體高度重視，監察院亦介入調查，並在調查報告內指責最高法院判決結果，已「導致第二審為覆審及權利上訴之上訴制度僅為形式上聊備一格之程序規定，實質上業剝奪當事人第二審上訴權，悖離憲法第十六條之訴訟基本權，自有違誤」。其後，最高法院亦警悟此一現象，即變更見解以消弭此

上訴鴻溝。一篇實證研究，喚起各方注意，並促成最高法院重大見解之變更，此誠為我國法制健全之鐵證也。

第二個實證研究是關於死刑議題，該文早在前法務部部長王清峰辭職前一年，即已接受紐約大學約稿，在其拒絕執行死刑而引起軒然大波時，約略完稿。當這篇文章初次在北京發表時，一位與會之臺灣知名大律師說：「這個研究很有意思，我現在已經在看第三次了」。在臺灣刊出後，也得到幾位學術界好友的來信肯定。應該是說，連我自己都很驚訝這篇研究所挖掘之事實，例如在過去十年死刑判決確定的被告中，其中有八十一名被告之案件，曾經最高法院發回更審。在這八十一名被告中之四位，其二審初次判決為「無期徒刑」，經最高法院發回更審後，更審法院改判為死刑，再上訴至最高法院一次或多次始告確定。換言之，這四名被告之案件，若未上訴至最高法院，或上訴至最高法院但未經發回，其將以無期徒刑終結，命不至死。就二審法院未判決死刑之案件，三審法院所扮演之角色為何，非常值得研究及深思。當然這個問題，已經超越該文的範圍，留待將來解決。

最難寫的文章應該是再審、非常上訴制度。寫作動機其實很簡單，如果連根深蒂固的職權主義制度都可以修改、都可以重新思考，為何再審或非常上訴制度不可以？再者，既然審判制度都已經改為當事人進行主義，那麼審判後的救濟程序，是否也應隨之變動？最重要者，國內有關此議題之論文實在少之又少，讓我有拋磚引玉之躍躍心。下手後，方知其難，但也發覺確有必要。美國審判後之救濟程序，是奠立在以陪審團為事實審之中心思想，但我國係職業法官，甚且還有二審之覆審制，兩國之救濟程序理論可說是鑿圓枘方，大為扞格。惟細而

察之，卻發現即便制度不同，但美國有許多「仁道」思想，確實值得我們學習。

就再審制而言，中國傳統文化忠厚而慎刑，與其殺不辜，寧失不經，皋陶為士，三曰可殺，堯猶曰不可殺，而三宥之。若確定判決有殺不辜之疑，聖人必將廣開再審之門，慎刑而歸之於仁、歸之於忠厚也。惟比較我國與美國之再審制度，卻發現美國法得開啟再審之新證據種類較我國寬廣、新規性要件無似我國之嚴格、確實性要件之法理明確且對聲請人漸趨有利、審理程序開明而重人權保障，處處顯示美國較我國更為「慎刑」、「忠厚」。禮失求諸野，此之謂也。豈今，坐而不求乎？

就非常上訴制度而言，美國過去亦認為，除非確定判決因「無審判權」而自始無效，否則即令有判決違法的情形，被告均無請求救濟的權利。惟經過百年發展，此一觀念已遭揚棄，若確定判決只是一種形式、只是掩飾違反正當法律程序的假象、已侵犯被告憲法基本權利、已造成公眾無法忍受的人身自由限制，被告即有「權利」請求推翻此一不公不義的確定判決。我國之非常上訴不准被告自行提起，似奠基於父母官之思想，奉檢察總長為聖德仁君，視人民為訴訟程序中任人擺佈之客體，人民之一切利益皆待曾與其對抗之檢察機關恩賜。我國刑事訴訟法已改採當事人進行主義，審判中檢辯雙方激烈爭辯；檢察總長之任命具有相當之政治性，檢察總長轄下之特別偵查組所偵辦案件也常具政治性。在這些制度變革下，傳統思想是否仍經得起檢驗，實值研究。

其他各篇文章，亦多針對救濟程序而寫，國內也少有人論述。例如若我國二審法院將來改採為事後審查制，應如何為事

實之審查，應依何法律標準為之？又如，在大法官釋字第653號解釋後，羈押被告對看守所之處遇不服，應請求行政法院或刑事法院救濟？其餘文章則自憲法基本人權之高度，審視相關重要議題，如法院分案規則與公平審判、正當法律程序之關係；受律師協助之憲法權利在刑事訴訟中，應解釋為辯護人必須為實質及忠實之辯護等等。

我國司法改革成敗之關鍵，幾繫於刑事訴訟；當人民廣泛談論司法改革時，心中所指多為刑事訴訟。遺憾者，司法院在大刀闊斧修改一審相關規定後，即倏忽偃旗息鼓，寂然不動多年。也因此，造就了臺灣擁有全世界聞所未聞之詭異制度：一審為所謂的改良式當事人進行主義，二審以後之程序為奠立在職權主義的上訴制度；一審是類似美、日、德混血之產物，二審以後程序為二次世界大戰以前之歐陸法制。這個全世界獨一無二的制度，不是法學家深思熟慮而刻意設計之產物，乃臺灣處處充滿政治角力所造成的司法悲劇，像極了市區蓋到一半即遭廢棄的破敗建築物，究竟應該全部打掉從頭開始，還是要勞心勞力繼續完成，有權力者遠遠站在一旁躊躇觀望，司法改革也就如此蹉跎了好幾年，直讓人失望。所有參與刑事訴訟的人員成為最直接的受害者，包括檢察官、法官、被告及被害人，整個社會及不使用司法的一般人民也成為了間接受害者。若沒有所謂的貪污法官、恐龍法官，政治人物及民眾就不會注意司法改革之急迫性，但司法改革只在解決貪污及恐龍法官嗎？政治人物目光短淺令人氣結，但臺灣的司法改革受制於政治，才真正叫人拊心泣血。

盡我應盡之責，挑戰自己，寫了這些難寫的文章，只希望能拋磚引玉。感謝我的助理，臺灣大學法律研究所學生林劭燁、黃慧儀、莫孟衡、張琬婷、林育駿、高玉清、楊思恬、江炳勳，聰敏勤奮，遠甚於我，協助蒐尋資料，詳細校正，也提供許多寶貴意見。無庸置疑，文責歸我。

王兆鵬

2010年11月18日
臺大法律學院研究室

目 錄

序

第一章 上訴二審的鴻溝 ——理論與實證研究

壹、導 論	1
貳、具體理由	4
一、實務見解	4
二、評 論	6
參、弱勢人民的上訴權	13
一、實證研究	14
二、理論研究	17
肆、無效的律師協助	22
一、美國法參考	23
二、我國法檢討	25
伍、結 論	29
後 記	30

第二章 上訴二審鴻溝之填補 ——評最高法院98年度台上字第5354號判決

壹、導 論	33
貳、先前見解	35
參、最新見解	36
肆、分析評論	39
一、二審仍為覆審制	39
二、受律師協助上訴之權利	44
伍、結 論	52

第三章 事後審之事實審查

壹、導 論	53
貳、美國法參考	56
一、相關制度	56
二、憲法標準	58
三、法律標準	61
參、我國法應有之借鏡	69
一、審查標準	69
二、發回或自判	75
肆、結 論	78

第四章 實質及忠實之辯護

——最高法院相關判決評釋

壹、導 論	81
貳、實質及忠實之辯護	84
一、行為瑕疵要件	86
二、結果不利要件	89
三、評論分析	91
參、適用範圍	93
一、美國法參考	93
二、我國實務見解	94
三、評論分析	97
肆、結 論	99

第五章 重新檢視為受判決人利益之 再審制度

壹、導 論	101
貳、我國再審	103
一、新規性	104
二、確實性	106
三、審理程序	107
參、美國法參考	109
一、制度背景	109
二、新證據	111
三、勤勉原則	121

四、舉證責任	123
五、審理程序	125
肆、分析評論	127
一、新規性	127
二、確實性	131
三、審理程序	135
四、新證據	137
伍、結 論	138

第六章 重新思考非常上訴制度

壹、導 論	139
貳、我國法	142
一、聲請理由	142
二、非常上訴之判決	146
三、非常上訴之審理	153
參、美國法參考	154
一、人身保護令程序	154
二、聲請理由	155
三、程序與審理	162
肆、分析評論	166
一、權利或施捨？	167
二、聲請理由	172
三、審 理	175
伍、結 論	177

第七章 法院分案規則合憲性之探討

壹、美國法參考	180
一、受中立、超然法官審判的權利	180
二、案件分配	182
三、裁判者更易	184
貳、我國法評析	187
一、案件分配	188
二、法官更易	188
參、結 論	194
後 記	195

第八章 釋字第653號之評釋 ——舊羈押法理之崩解

壹、導 論	201
貳、羈押所涉憲法權益	202
參、現行羈押規定之不當與違憲之處	204
一、羈押爲先、附條件釋放爲後	204
二、爲追訴而長期羈押	206
三、檢察官得操縱「重罪」羈押	211
肆、法院保有對羈押被告之司法權	213
一、羈押處遇與基本人權	213
二、法院保有全部、隨時介入之司法權	215
三、救濟程序	217

伍、受律師協助的基本人權	220
一、憲法基礎	221
二、充分及自由之溝通	222
三、具憲法基礎之秘匿特權	226
四、絕對或相對之權利	228
五、小 結	230
後 記	231

第九章 一個條例，八處違憲 ——論檢肅流氓條例

壹、導 論	233
貳、流氓要件	233
一、刑罰明確原則	233
二、流氓要件規定違反明確原則	237
參、移送書與通知	240
一、起訴書之重要憲法功能	241
二、違反起訴書應記載事項之效果	244
三、本條例無類似起訴書之書類	249
肆、秘密審理	250
一、公開審理原則	251
二、本條例違反公開審判原則	252
伍、糾問程序	254
一、對審制度與辯論主義	254
二、本條例無對審制度、亦無辯論主義	254

陸、對質詰問	255
一、對質與詰問權皆為基本人權	255
二、對質權之重要	256
三、本條例完全剝奪對質權、詰問權	259
柒、舉證責任	262
一、舉證責任之憲法依據	262
二、裁定程序之舉證責任不明	267
捌、一事得再理	270
一、一事不再理	270
二、似而不同之一行為不二罰原則	275
三、二者之不同	277
四、本條例明文容許一事再理	278
玖、執 行	280
一、以命令規範多數刑罰之執行	280
二、本條例執行程序違反法治國原則	283
拾、結 論	283
後 記	285

第十章 台灣死刑實證研究

壹、導 論	287
貳、實體法規定	290
一、過 去	290
二、轉 變	290
三、現 在	292
四、科處之限制	295

參、程序法規定	295
一、一審程序	295
二、上訴審及其他救濟程序	298
三、強制辯護	303
四、被害人陳述權	309
肆、執 行	310
伍、實證分析	312
一、判處死刑案件	313
二、法院態度	318
陸、民意與政策	323
柒、結 論	326

第十一章 偵查權之發動與限制

壹、導 論	329
貳、偵查利器	330
一、美國法參考	330
二、我國法	336
參、偵查之發動與限制	337
一、美國法參考	337
二、我國法	340
肆、傳 喚	342
一、美國法參考	342
二、我國法	347

伍、提出命令	349
一、美國法參考	349
二、我國法	360
陸、結 論	363

第十二章 論短期人身自由拘束

壹、導 論	367
貳、人身自由的拘束——美國法參考	369
一、事實上之拘束	369
二、解釋上之拘束	371
三、詢問、同意與婉拒	374
四、服從公權力	376
參、拘捕或攔停的判斷	378
一、留置時間	378
二、移送他處	381
肆、結 論	384
TABLE OF CASES	385