

法與思系列 *Law
Thinking*

改良式的證據法則 與刑事訴訟

張明偉◆ 著



法與思系列 *Law
Thinking*

改良式的證據法則 與刑事訴訟

張明偉◆著

五南圖書出版公司 印行

國家圖書館出版品預行編目資料

改良式的證據法則與刑事訴訟／張明偉 著．

初版：—臺北市：五南，2008.05

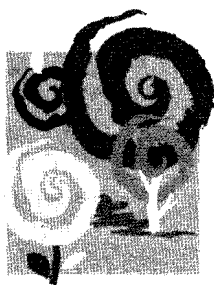
面：公分

ISBN：978-957-11-5179-3（平裝）

1. 證據 2. 刑事訴訟法 3. 論述分析

586.6

97005290



1712

改良式的證據法則與刑事訴訟

作 者 — 張明偉（203.3）

發行人 — 楊榮川

總編輯 — 龐君豪

主 編 — 劉靜芬 林振煌

責任編輯 — 李奇彥

封面設計 — 童安安

出版者 — 五南圖書出版股份有限公司

地 址：106 台北市大安區和平東路二段 339 號 4 樓

電 話：(02) 2705-5066 傳真：(02) 2706-6100

網 址：<http://www.wunan.com.tw>

電子郵件：wunan@wunan.com.tw

劃撥帳號：01068953

戶 名：五南圖書出版股份有限公司

台中市駐區辦公室／台中市中國區中山路 6 號

電 話：(04) 2223-0891 傳真：(04) 2223-3549

高雄市駐區辦公室／高雄市新興區中山一路 290 號

電 話：(07) 2358-702 傳真：(07) 2350-236

法律顧問 元貞聯合法律事務所 張澤平律師

出版日期 2008 年 5 月初版一刷

定 價 新臺幣 650 元

※版權所有，欲利用本書內容，必須徵求本公司同意※

推薦序

明偉君，勤奮精進，留學歸國沒幾年，就出版這一本超倫絕勝的論文集，我深以曾為他的碩士指導老師為榮。明偉君在出國攻讀博士前，曾任職書記官、公證人、總統府第一局，在公務繁忙之際，不曾或忘求學上進之心，考取競爭激烈的公費留學考試。在國外就讀期間，過著簞食瓢飲的生活，苦心勵志在短期內即取得法學博士資格，非一般人所能及。返國後，先回公務機關敘職，旋即受真理大學主動禮聘擔任教職，潛心論著，發表許多擲地有聲的重要文章，在新一代的年輕學者間逐漸嶄露頭角。刑事訴訟學界，多此一出類拔萃之稀有人才，深為臺灣慶幸。

明偉君的論文，思想宏偉，常有吞天吐地之磅礴大氣；邏輯嚴謹，令人折服其推理細膩之精妙。這本書收錄了他過去所著的中、英文論文，內容涵蓋了近幾年我國刑事司法改革的重大議題，常見其為辯證一議題，而追溯幾世紀之歷史沿革及思想源頭，旁徵博引世界各國之理論與實務差異。他的論文無疑填補了我國在倉促進行司法改革時所欠缺的理論基礎，也為未

來的刑事司法提出了更明確的方向與目標，也是因為這個原因，我認為他是最有潛力的年輕一代刑事訴訟法學者。

本書集結之論文包括當事人進行主義的引進、傳聞法則、證據排除法則、一事不再理、辯護制度、拒絕證言、不起訴處分之效力、軍事審判、非常上訴，都是近幾年刑事訴訟修法的重要議題。這些論文展現縝密的思想及敏銳的觀察，常於他人不疑處起疑，挖掘許多有趣的問題，再輔以其留學所得之精妙理論，提出許多卓越及宏偉的見解。例如，我國刑事訴訟法傳聞法則之規定為舉世所獨有，審判外之陳述是否有證據能力，完全依陳述對象之官位而定。如陳述之對象為法官，則無條件得為證據；如對象為檢察官，則原則上得為證據；如對象為警察，則原則上不得為證據。對此惡法，學者多僅撻伐痛斥，而未探究或闡釋其後之深層原因。明偉君另闢蹊徑，提出獨到之觀察，指出臺灣受歐陸法及日本法之影響，而早期歐陸法視檢察官為國王在訴訟上之代理人，戰前日本之裁判書係以天皇名義作成，致形成人民對司法官深信不疑（或不敢反對國王）之悠久傳統。再者，法官承受發現真實之沉重負擔，又將其他法官、檢察官視為同僚，自然會將他們面前所製作的筆錄，視作應信任之證據。每一篇論文，明偉君皆提出發人深省之獨到見解，不勝枚舉，令人一讀再讀不忍釋卷。

我們這一代研究刑事訴訟法的學者，應該是歷史上最幸運

的一群。傳統的訴訟制度，弊病百出，深為人民詬病。面對人民唾棄司法的狂浪，執政者驚惶下只知要改革司法，卻提不出一套完整能徹底解決問題的計畫；或者在提出部分計畫後，因為種種原因，卻不能貫徹執行。1999年聲勢浩大的全國司法改革會議所作結論，有多少已經實施了？有許多決議，是司法院自己提出的議案，後來擱置不執行或反其道而行的，竟然也是司法院！大破之下，我們尚未大立，這一代的刑事訴訟法學者宛如遭逢百家爭鳴的春秋戰國時代，論述成理者，皆得自成一言之言。明偉君歸國僅僅幾年，就交出如此優秀的成績單，我深信他已是刑事訴訟學界的重要棟樑。

王兆鵬

97.4.21

自序

記憶中，只有在學位論文完成時有機會寫序，縱然也曾有一些期刊發表過十幾篇文章，這倒是第一次為了文章出版而序。雖不若當年完成學位論文之悸動，但第一次看到自己的作品集結成冊付梓，不禁感慨已隨此而逝的漫漫長夜；而能有一部作品問世，也算是對自己這些年的匆忙作了交代。

本書主要以制定於民國九十二年之刑事證據法則及其相關議題為論述中心，因司法院將之定位為改良式的當事人進行主義，故定名為「改良式的證據法則與刑事訴訟」。由於大陸法系的訴訟法制向來強調直接審理原則，因此我國學說與實務於二十一世紀以前，並不重視證據法則的發展。縱然筆者曾錄取教育部公費留學考試證據法組，但諷刺的是，在負笈美國之前，如同大部分法律人般，筆者並不大瞭解證據法則與訴訟法制之實質關連；而之所以會對證據法則產生興趣並在美國開始對證據法則的相關研究，一開始也只是蕭規曹隨務實地因應教育部規定而選修與證據法相關的課程。我國於民國九十二年通過並實施證據排除法則與傳聞法則，意外地使筆者在美國盲目

地探索一年後，對證據法則的研究有了確定的方向，並以之為論文主軸。

很幸運地，筆者對於證據排除法則與傳聞法則的彙整與比較法研究，能在論文口試前，通過澳洲墨爾本大學（MELBOURNE UNIVERSITY）、荷蘭提堡大學（TILBURG UNIVERSITY）與烏特勒支大學（UTRECHT UNIVERSITY）等世界著名大學法學院法學期刊的刊登審查（當然這項成果是當初說服指導教授讓我在第四學期結束前即完成博士學位的主要依據）；看到論文主要內容均已通過國際法學期刊審查並已獲刊登（並非只是在研討會發表之論文）的業績，過去那段平均一天有十五小時為論文奮鬥的焚膏繼晷、開完刀後旋即赴美日以繼夜地埋首寫作的瘋狂總算沒有白費；也足以證明自己辛苦完成的論文絕非如其他第三世界博士論文（The Third World Ph.D. Dissertation）般，毫無參考價值。希望這些不只是傳聞的論述，不致被學術界與實務界排除。而除了美式的證據排除法則與傳聞法則外，本書也介紹其他與證據法則發展相關的背景以及訴訟法上的制度，希望能一併充實對於證據法則的理解。

飲水自當思源，感謝所有在學習過程中曾給予指導的師長與前輩，特別是 GGU School of Law 的 Professor Dr. Sompong Sucharitkul 與 Professor Robert Calhoun 對於如何用英文完成學術論文的啟發與教導，以及 Professor Myron Moskowitz 對於如

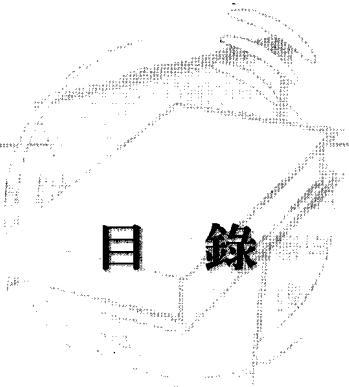
何理解並詮釋美國證據法則的開示。而筆者也要特別感謝臺大法研所的王兆鵬教授，自筆者就讀臺大法研所碩士班以來，包括論文指導、出國進修、參與各種學術活動以及擔任教學工作等等，王老師不但一直給予指導與協助，更不吝提携後進。雖然老師不斷勉勵後學迎頭趕上甚至超越，但是遇到一個比學生還用功、更加勤於著述的老師，能夠保持一定的距離就足以令人氣力放盡了。記得剛回國時曾在一次餐會中向某大法官提到我的指導教授是王兆鵬教授，這位大法官馬上就回應說：「你的老師很了不起，台灣的刑事訴訟法都被他改變了（我想以大法官的身分地位，應不須與我這後生小輩有所客套）。」，當下覺得有一個名聲好的老師，即使自己沒做什麼，也是一件令人感到光采的事。私下曾多次與同儕提及，老師就如同民法界的王澤鑑教授，一直在以著述立說的方式進行刑事訴訟法界的寧靜革命，相信在老師的繼續耕耘下，我國的刑事訴訟法制會更臻完善。

記得某部電影曾說過：“It is hard to do the right thing, when you are not sure what it is. But when you know what the right thing is, it is hard not to do the right thing.”、“This is something I just could not put behind me.” 這應可為這本書的誕生，做一個暫時的註記。在此謹祝福各位老師身體健康，順利平安，好讓我有再次請益的機會。最後，感謝父母的養育與包

容，以及他們所賜予我剛毅的性格，希望他們對我的堅持與努力，會感到與有榮焉。

張明偉

97.4.15



目錄

第一章 導 讀 1

第二章 從刑事訴訟法改良式當事人進行主義 之修正談裁判上一罪規定修正 21

- 壹、前 言 21
- 貳、職權主義與裁判上一罪之審理 26
- 參、朝向改良式當事人進行主義之刑事訴訟法修正
與裁判上一罪所造成的影響 34
- 肆、比較法的觀察 42
- 伍、實體法與程序法間之平衡：為實體法規定而
「改良」？ 47
- 陸、結 論 52

第三章 英美傳聞法則與對質條款的歷史考察 55

- 壹、前 言 55
- 貳、傳聞法則的規範意義 56

II 改良式的證據法則與刑事訴訟

參、中世紀之發展	63
肆、對質條款與傳聞法則在近代之發展	71
伍、現代傳聞法則	91
陸、結 論	100

第四章 英美傳聞法則在大陸法域之移植： 台灣與美國傳聞法則之比較研究 103

壹、導論	103
貳、傳聞法則在台灣	107
參、對質條款與傳聞法則與美英的發展	119
肆、台灣與美國傳聞法則之比較研究	146
伍、結論	226

第五章 台灣的證據排除法則：以美國為鑑 245

壹、證據排除法則在台灣之採行與發展	237
貳、美國的證據排除法則	251
參、台灣與美國證據排除法則之比較分析	262
肆、結論	295

第六章 論兩岸民間交流糾紛之刑事訴訟障礙 309

壹、前 言	309
貳、中華民國刑法適用於兩岸刑事案件所衍生之疑義	313

參、一事不再理原則（禁止雙重危險法則） 之適用疑義	317
肆、傳聞障礙	328
伍、結 論	350
 第七章 非強制辯護案件被告審判中辯護權之 保障	 355
壹、前 言	355
貳、兩造對抗程序與受律師協助防禦的起源	357
參、受律師協助權利在美國的發展	363
肆、辯護權之內涵	369
伍、自我辯護「權」的定位	373
陸、法院在自我辯護案件中應扮演的角色	378
柒、結 論	384
 第八章 談刑事程序筆錄制作之實然與應然	 387
壹、前 言	387
貳、關於筆錄制作的規定與實務	390
參、筆錄記載正確性在刑事訴訟程序上之意義	395
肆、落實由非訊問者制作筆錄之必要性	403
伍、筆錄記載之法制化—代結論	410

第九章 新聞記者拒絕證言之權能與界限 415

- 壹、問題之提出 415
- 貳、新聞自由與新聞來源保密 416
- 參、發現真實與新聞自由之衝突 425
- 肆、新聞來源保密必要性之檢討 430
- 伍、新聞來源保密之範圍－代結論 439

第十章 不起訴處分與再議之檢討 445

- 壹、前言 445
- 貳、現行刑事再議制度之法律構造 448
- 參、再議制度之爭議 452
- 肆、不起訴處分之確定力與一事不再理原則 466
- 伍、再議制度必要性之探討 481
- 陸、結論 491

第十一章 軍人身分與刑事審判權劃分之探討 493

- 壹、前言 493
- 貳、軍司法審判程序間之差異 500
- 參、喪失現役軍人身分後刑事審判權歸屬之實然 514
- 肆、前述實務見解所引發之疑慮 517
- 伍、司法院院字第 1078 號解釋與軍司法審判之劃分 523

陸、以憲法第 9 條做為刑事審判權劃分之應然—— 代結論	537
---------------------------------	-----

第十二章 非常上訴制度中「審判違背法令」 意義之初探	541
-------------------------------	-----

壹、前 言	541
貳、案例事實摘要	543
參、最高法院 79 年台非字第 246 號判決要旨	545
肆、非常上訴制度之源起、意義、目的及功能	547
伍、「案件之審判係違背法令」之意義及範圍	548
陸、最高法院 79 年台非字第 246 號判決之商榷	555
柒、檢討與建議（代結論）	560

附錄：驚見司法「秘密」改革？	563
----------------	-----

1 導 讀

證據裁判主義為當代各國刑事訴訟制度所採之基本原則，不論是職權主義的刑事訴訟制度或是當事人進行主義的刑事訴訟制度，均以證據為認定犯罪事實之基礎。根源於德國與日本之我國刑事法制，在過去帶有濃厚的職權主義色彩，因強調法院發現真實的義務，故要求法院依職權調查檢察官已指出的證據事實與未指出之證據事實，長此以往，漸漸形成院檢接力辦案的訴訟實務。由於此種實務現象常造成法院兼理調查與審判之職務，為避免審判及偵查分際之混淆，全國司法改革會議乃主張法院應居於客觀、中立、超然之立場，不宜接續檢察官主動蒐集犯罪證據之工作。為了落實民國 88 年 7 月所召開的全國司法改革會議所做成的前述決議，立法院陸續通過部分刑事訴訟法的修正案。自民國 91 年所通過的刑事訴訟法第 163 條第 2 項：「法院為發見真實，得依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。」與民國 92 年所通過的規定（例如：證據排除法則、傳聞法則與詰問規則等源自英美法制等條文）來說，立法者似認在程序法上「限制法院職權調查義務的範圍」與「增定英美法制

的證據規則」即足以擺脫職權主義色彩，達成改良式當事人進行主義的修法目標。

遺憾的是，前述修法觀點似乎忽略了我國實務運作之所以帶有職權主義色彩的重要原因，那就是裁判上一罪的規定。本質上刑事訴訟程序係以實現國家刑罰權為主要目的，而國家刑罰權是否存在，原應依刑事實體法之規定為斷，由於我國刑法（曾）將想像競合犯、牽連犯與連續犯等複數構成要件該當的情形規定為科刑上一罪（裁判上一罪），因此關於檢察官所起訴的犯罪行為是否與其他未經起訴之犯罪行為構成科刑上一罪，即為法院在決定國家刑罰權實際內涵時，所不得不審查的對象。也就是說，在刑事判決既判力及於科刑上一罪所有犯罪事實的架構下，為避免被告因法院對所有犯罪事實評價不足而獲得輕判，在過去的刑事審判實務中，法院不得不依職權調查其他有可能與檢察官起訴書所指犯罪事實形成科刑上一罪關係之其他犯罪事實。鑑於刑事訴訟法歷次修正所持之理由均未論及刑事實體法規定對於刑事訴訟程序運作所造成的影響，本書第二章「從刑事訴訟法改良式當事人進行主義之修正談裁判上一罪規定修正」即以實體法與程序法的關連互動為前提，在裁判上一罪的規範基礎上，分析探討刑事實體法規定對刑事程序法運作所可能造成的影響，並指出刑事程序法的改革，不應忽略實體法規範本身所具之影響力，蓋以實現實體法為目的之程序法，本質上無法避免實體法規定所可能產生之影響。

我國刑事訴訟法制在民國 92 年出現了重大的變化，其中最