

2008年9月最新版

驗證刑訴改革脈動

Verifying the Direction of Criminal Procedure Reform

張麗卿 著



驗證刑訴改革脈動

Verifying the Direction of Criminal Procedure Reform

張麗卿 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

驗證刑訴改革脈動／張麗卿著．

--三版．--臺北市：五南，2008.09

面；公分．

參考書目：面

含索引

ISBN 978-957-11-5266-0（精裝）

1. 刑事訴訟法

586.2

97011536



1T62

驗證刑訴改革脈動

作 者 — 張麗卿(224)

發行人 — 楊榮川

總編輯 — 龐君豪

主 編 — 劉靜芬 林振煌

責任編輯 — 李奇綦 黃麗玟

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 2003年10月初版一刷

2004年 9月二版一刷

2008年 9月三版一刷

2009年 3月三版二刷

定 價 新臺幣500元



三版序

本書上次增修後，刑事訴訟法雖仍繼續變動，然無可諱言，我國的刑事訴訟制度亦漸漸趨向完善，對於憲法所賦予的訴訟權也更完備，本書乃新增〈憲法解釋與訴訟權保障〉、〈檢查身體之鑑定處分〉等文。此外，因應新刑法廢除連續犯規定後，所牽動的刑事訴訟法相關議題，本書也增加〈刑法修正與案件同一性〉一文，探討刑法修正與刑事訴訟案件同一性的關係。

除了增加上述章節外，針對原有的內容，本次改版亦配合近來學說與實務發展，進行全面的修改，希望達到本書體現刑事訴訟改革脈動的精神。

我的助理，東海大學助教林芳瑜、法律研究所博士生王紀軒、碩士生韓政道、劉蕙綺，各個聰穎用功，炎炎夏日裡，不辭辛苦，揮汗提供寶貴意見，備極辛勞，特此致謝。

更要感恩，楊董事長榮川先生，長期以來，對我的照顧與提攜，要不是他願意在十四年前接納我的第一本書《刑事訴訟法理論與運用》（1995年9月初版一刷），在五南圖書公司出版的話，我的學術之路，勢必不同。感恩的父親節，楊董事長就像是我所有著作的父親一般，願天下所有照拂後進的前輩，天天快樂！！

張麗卿

寫於東海大度山

2008年08月08日



二版序

這本專論出版後很快就售罄，顯示與司法改革相關的刑事訴訟法的修正，相當受到重視。

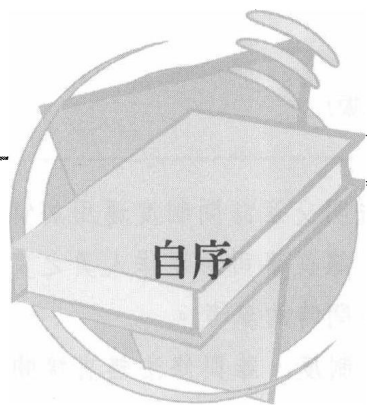
2004年立法院就在總統大選過後，政壇仍然紛紛擾擾的第三天（3月23日），以罕見的高效率三讀通過刑事訴訟法修正草案，增訂了第七篇之一「協商程序」（第455條之2至第455條之11），確認了我國審判中的量刑協商程序。本書為了因應此項新規定，增寫〈刑事案件之協商程序〉一文。

除此以外，新版增列了〈精神鑑定的問題與挑戰〉一文，這是為了驗證鑑定制度大幅改革之後新寫的論文。希望讀者可以藉由本書掌握到刑事訴訟的最新脈動。

張麗卿 (*Liching Chang*)

寫於公平會

2004年8月



1995年開始，我國刑事訴訟法進入急劇的變動，首先是，羈押權是否應由法官決定的爭議；接著是搜索扣押與緩起訴的新規定；最大的變革則是1999年刑事司法改革決定採取「改良式當事人進行主義」。這些修正與變革，對於學界與實務界，都是必需面臨的挑戰。

本書先從「刑事訴訟法百年回顧與前瞻」出發，回顧這部法典，讓我們更親切的了解刑事訴訟制度的沿革，知道前人如何奉獻於現代法制的創建，並藉以惕勵我們自己，如何循著前人的軌跡奮進。在實際觀察比較「德美兩國刑事法教學與法庭活動」後，我確認如果從法學教育制度著手及司法實務的確實改變後，司法改革要走當事人進行主義的大方向，應無疑慮。

近幾年的修法過程中，搜索扣押與羈押是兩個很重要的議題，本書收錄了三篇關於搜索與扣押的論述：「搜索與扣押」、「附帶扣押與另案扣押」、「羈押審查的決定與救濟」。「評析新增訂之緩起訴制度」及「緩起訴處分之決定與效力」二文，肯定緩起訴制度是兼顧訴訟經濟與實踐當事人進行主義應有之配套措施。「鑑定人鑑定或專家參審」與「鑑定制度之改革」二文說明任何制度的實施，都不可能沒有瑕疵，對於現存的積弊找尋一條改革的道路，當然也不可能毫無障礙。不過，只要確信專家參審的確對司法制度的改革有正面意義，那就不該躊躇猶豫。

由於交互詰問是將來刑事訴訟程序的重心，是當事人進行主義的具體實踐，成效如何，必須有實證的依據。因此，我先詳細論述2003年修法通過後之「交互詰問之新規定」內容，並以「士林苗栗兩地之審、檢、辯實

踐交互詰問」的情形，說明交互詰問制度運用於實務操作之實況。因為，藉著針對率先試行的第一線從事司法運作人員之實證研究結果，當可做為其他法院日後運作交互詰問時的參考。

最後，大陸刑事訴訟制度，雖與修法無直接關聯，但在兩岸結束四十年的隔離狀態而逐步開展交往後，掌握兩岸刑事訴訟制度的異同，也有助於對照與了解我們自己的刑事訴訟法，因此本書收錄了我耗費許多心力撰成的「兩岸刑事訴訟法之比較研究」一文。

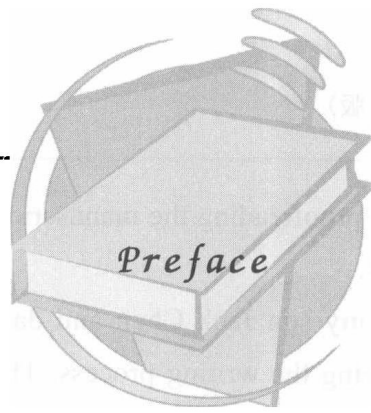
任何制度的存在都有其目的，法律制度當然不例外。法律制度的存在目的是為了適當處理衝突，如果發現爭端不能適當獲得解決，不能得到當事人與民眾充分的信賴，制度就必須調整。制度的變革必然逢到阻礙，阻礙的發生源自對於制度的不理解。本書希望提供減少阻礙改革的知識，以及提供知識的檢驗。

我的學生林芳瑜與曾禾里揮汗分擔本書校對工作，備極辛勞，特此致謝。

張麗卿 (*Liching Chang*)

謹識於史丹佛大學法學院

2003年8月



Since 1995, criminal procedure in Taiwan has entered a phase of rapid changes, notably the criminal justice reform in 1999 that adopted the adversary system. These changes pose immediate challenges to academia and the law profession. This book is a collection of my previously published articles related to these changes in, for example, search and seizure, preventive detention, deferred prosecution, cross examination, expert witness system, etc.

There is a purpose for the existence of any system, and the legal system is no exception. The purpose of the legal system is to appropriately handle conflicts. If conflicts cannot be resolved, or if the system fails to win the confidence of the public, then it is due for reform. The process of reform would undoubtedly encounter obstacles. Such obstacles often result from inadequate understanding of the legal system. It is hoped that this book will contribute to knowledge and to the understanding of the legal system, hence a decrease in the hurdles for legal reform.

I am grateful to Professor George Fisher of the Stanford Law School, as well as Professor and Chair Haun Saussy of the Comparative Literature Department at Stanford University. Professor Fisher provided me the opportunity to learn about American evidence and to observe the local court processes, while Professor Saussy enabled me to research on the influence of law and literature on each other. I especially thank my students Ching-Bin Liu, attorney-at-law and Mr. Yi-Tai Chiang, my teaching assistants Ms. Fang-Yu Lin

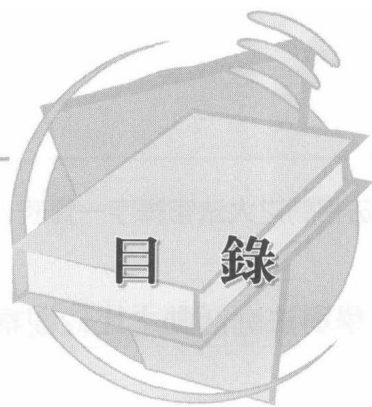
and Mr. Her-Ly Tseng for proofreading the manuscript, but I alone assume full responsibility for all errors.

On a personal note, my son Jack Chen and daughter Jenny Chen have both accompanied me during the writing process. Their support has provided inspiration and comfort. I am also grateful to my good friends Gracie Chen, M.A. and Dr. Maria Chee. They each helped take care of my children in northern and southern California so that I might concentrate on my research and writing. In addition, through Gracie's encouragement I became a baptized Christian. I started to study the Bible in more depth and humility. I came to realize the insignificance and limits of humankind, and experience the importance of tolerance. Praise be to the Lord.

Liching Chang 張麗卿

At Stanford Law School, California

August 2003



刑事訴訟法百年回顧與前瞻	1
壹、前言	2
貳、清末民初刑訴法的催生與問世	2
參、1935年後的修法歷程	6
肆、近年來刑訴法的重要修正內容	7
伍、未來的修法動向	27
陸、結語	31
憲法解釋與訴訟權之保障——以釋字569號為中心	33
壹、前言	34
貳、憲法解釋與刑事訴訟權	36
參、自訴權屬無漏洞權利保護之範疇	38
肆、自訴制度之創設理由	40
伍、德國法之自訴制度	41
陸、我國法之自訴制度	45
柒、我國與德國自訴制度之比較	50
捌、大法官釋字569號之回應	52
玖、結語	63

附件：與刑事訴訟法相關之大法官釋字一覽表	65
德美兩國刑事法教學與法庭活動之比較觀察	69
壹、前 言	70
貳、上課與教學情形	71
參、法庭活動	74
肆、建 議	80
伍、結 語	82
刑法修正與案件同一性——兼論最高法院90年度 台非字第168號判決	85
壹、案例及判決經過	86
貳、刑法修正對單一案件與同一案件之影響	87
參、案例評析	98
肆、結 語	101
搜索與扣押	103
壹、前 言	104
貳、搜索與扣押的決定	104
參、對於媒體的搜索	105
肆、結 語	106
附帶扣押與另案扣押	109
壹、前 言	110

貳、本案附帶扣押與另案扣押的意義及處理	110
參、附帶扣押與另案扣押之要件	111
肆、結 語	112
羈押審查的決定與救濟——台開事件相關裁定評析	115
壹、案例事實	116
貳、裁定內容大要	116
參、評 析	121
肆、結 語	129
評析新增訂之緩起訴制度	131
壹、前 言	132
貳、緩起訴制度是起訴便宜原則之運用	132
參、緩起訴制度表現預防之綜合理論	133
肆、緩起訴制度內容之介紹	135
伍、緩起訴制度之疑慮	144
陸、結 語	150
緩起訴處分之決定與效力	153
壹、前 言	154
貳、緩起訴之決定	154
參、結 語	156

鑑定人鑑定或專家參審	159
壹、前 言	160
貳、鑑定人的性質	161
參、鑑定人角色的爭議	162
肆、鑑定證據的困境	164
伍、參審制度的理念與優點	168
陸、專家參審的優越性	172
柒、我國「專家參與審判諮詢試行要點草案」之評估	174
捌、結 語	179
鑑定制度之改革	181
壹、前 言	182
貳、鑑定之基礎問題	182
參、鑑定制度有關之修正	185
肆、鑑定制度修正內容之評估	201
伍、結 語	204
檢查身體之鑑定處分	207
壹、前 言	208
貳、對嫌犯檢查身體之鑑定處分	208
參、對第三人檢查身體之鑑定處分	210

精神鑑定的問題與挑戰 213

- 壹、前 言 214
- 貳、精神鑑定結果與裁判不一致 215
- 參、飲酒對身體及精神狀態之影響 228
- 肆、精神鑑定人在新刑事訴訟制度之挑戰 233
- 伍、結 語 235

交互詰問之新規定 237

- 壹、前 言 238
- 貳、準備程序 238
- 參、交互詰問 243
- 肆、論告與結辯 254
- 伍、結 語 255

交互詰問制度之實踐——以士林、苗栗兩地為研究中心 257

- 壹、緣 起 258
- 貳、交互詰問之相關內容 258
- 參、交互詰問之實踐——以士林、苗栗兩地為研究中心 261
- 肆、結 論 282

刑事案件之「協商程序」 283

- 壹、前 言 284
- 貳、美國的協商程序 285

參、德國的協商程序	288
肆、立法例的比較	293
伍、我國新修正協商程序之評析	294
陸、結 語	305
兩岸刑事訴訟法之比較研究	307
壹、前 言	308
貳、綜覽大陸刑事訴訟法	309
參、比較兩岸刑事訴訟法	364
肆、大陸刑事訴訟法評估	376
伍、結 論	380
索引	383

刑事訴訟法百年回顧與前瞻

目次

壹、前言

貳、清末民初刑訴法的催生與問世

參、1935年後的修法歷程

肆、近年來刑訴法的重要修正內容

伍、未來的修法動向

陸、結語

壹、前言

我國關於刑事訴訟制度的形成，在周朝已見端倪。不過，「刑事訴訟」一詞，則是繼受外國新法制後才有的¹。清朝末年，西方法律思想對於中國法制發生了極大的影響力，許多主要的法律如民刑法與訴訟法的制訂，無不參照西方法律制度。我國現行刑事訴訟法（以下簡稱「刑訴法」）的骨架，基本上承續百年前清末的刑訴法，現行法在近年來雖有大幅度的修正，精神上還是西方法律思想的餘緒。清末迄今，這部刑訴法已近百歲了，這個東西方文化交會的產物，值得我們做一些回顧。

回顧這部法典，可以使我們更親切的了解刑事訴訟制度的沿革，知道前人如何奉獻於現代法制的創建，並藉以惕勵我們自己，如何循著前人的軌跡奮進。回顧過去，也可以使我們公平的看待前人，不武斷批評過去的立法設計為落伍。

本文首先說明，清末民初刑事程序立法過程的曲折與問世。接著論述現行刑訴法實施以後到近年來（1935～1994年）的一些修法歷程。1995年以後的一連串密集修法過程，是我國刑訴法施行以來很具關鍵性的變動，將以較長的篇幅說明。除了回顧之外，對於刑訴法的興革，本文將提出一些意見俾供參考。

黃源盛教授提供本文很重要的參考資源，在此致謝。如果不是黃教授在法制史上長年的辛勤耕耘，本文也不能追源溯遠的回顧以往的立法背景。

貳、清末民初刑訴法的催生與問世

晚清以來刑事訴訟程序立法的演進過程頗為曲折。民國創立，法制多

¹ 參閱黃源盛，「民國初期近代刑事訴訟的生成與展開——大理院關於刑事訴訟程序判決箋釋（1912～1914年）」，政大法學評論，61期，1999年，頁33；另參閱徐朝陽，中國訴訟法溯源，台灣商務，1973年1版，頁1～3。