

學術專論

刑事程序 理念與重建

柯耀程 / 著

本書
簡介

刑事訴訟法從舊有的職權觀念，漸漸進入當事人進行的思考模式，所面臨的問題，包括訴訟目的觀、具有爭議性程序角色界定的問題，以及對於強制處分概念的理解，乃至證據規則的基本認知，都有重新建構的必要。本書集結從刑事訴訟修正以來的各篇論述，包括對於刑事程序的目的，以及各種程序進行的制度，乃置於對於刑事證據基礎觀念，其在實然面及應然面的應有面貌，作一番重新思考，以便揭露刑事程序中，各項制度與規則的應然面貌。對於刑事訴訟研究者，應有思維上辨正的助益。

ISBN 978-957-41-6486-8



9 789574 164868



5D180PA

定價：520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

刑事程序理念與重建

柯耀程 著

元照出版公司

PDG

國家圖書館出版品預行編目資料

刑事程序理念與重建／柯耀程著．-- 初版．--

[嘉義縣民雄鄉]：柯耀程出版；臺北市：

元照總經銷，2009.08

面；公分

ISBN 978-957-41-6486-8（平裝）

1. 刑事訴訟法 2. 論述分析 3. 文集

586.207

98012810

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

刑事程序理念與重建

5D180PA

2009年9月 初版第1刷

作者 柯耀程

出版者 柯耀程

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520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 978-957-41-6486-8

PDG

序

刑事訴訟法的規範，本就是作為刑事案件追訴、審判進行遵循的準則。從程序規範的內涵中，反應出訴訟制度，也反應出對案件的具體操作模式。既有的刑事程序理念，本繼受自歐陸刑事程序的觀念，長期以來，刑事程序均建構在以法院職權進行的認知模式。惟因順應人權思潮的開展，並檢討公平法院及刑事程序個別角色的反思，乃有司法改革的聲浪，而於司法改革會議之後，擬定刑事程序進行模式的變革方向，漸次朝向當事人進行的模式作修正，並對刑事訴訟法作階段性的修正，藉以落實研議制度設計的構想。儘管政策方向已定，但對於既有根深蒂固的觀念，實務與學理積習已深的舊觀念認知，對於刑事程序的目的觀，似乎既未真正跳脫出原有觀念的框架，仍舊固守著真實發現為指導的窠臼，以之作為刑事程序追求的最高目標，也無視於觀念的改變，所生認知與理念應隨之加以調整。殊不知真實發現只是一種在限制下的目的，有其侷限性存在，其並非席勝程序理念的無線上綱，更不能將其與人權保障構想，置於對等的目的性思考。

在制度已經變革，但舊有觀念未及剔除之際，刑事程序的觀念，已經呈現出目的混亂的錯亂，加上若干程序制度認知的落差，不但造成法律規範修正方向的偏離，也形成實務在運用法律時的衝突與矛盾。因而使得制度的調整與修正，陷入認知無法跟進的悖離，產生新瓶裝舊酒的認知停滯，這是刑事程序制度修正後，所產生的制度認知落差嚴重問題。

對於此等問題，確實有必要重新認真加以思考，並在法理與邏輯上嚴謹予以辨正。

本書的成形，是集結過往對於制度修正時所生問題的詮釋，編排的構想輿論著的選項，乃從刑事程序的目的地構想，到程序中強制處分概念的前世今生，以及刑事證據觀念修正的問題，透過論理上的詮釋，或對於實務操作偏失的評釋，或對於規範修正失焦的檢討，將過往論述的部分，做成較具有體系性的彙整，而以論文集的方式呈現。集結成書的目的，不外是使文獻的參照，在蒐集上較為便利，並無任何創新或特殊的見解。儘管粗淺之見，猶如米粒之珠，其光不大；亦如薄翼之蠅，其飛不遠，但文中所提及的問題，對於制度變革的理解，應有不同面向的思維啟發。

本書勘誤的工作，端賴研究所學棣林家弘、王旭萱、黃君介、林家豪、劉佩怡及楊聖芬等人悉心校對，並作文獻更新的修訂，謹此致謝。又元照出版公司編輯團隊，提供出版行政上的協助，並慨允出書，併予感謝。

柯耀程

2009年7月7日

于嘉義民雄

刑事程序理念與重建

目錄

刑事訴訟目的與「無罪推定原則」-----	1
職權進行與當事人進行模式之省思----	29
檢、警犯罪偵查職權分配之檢討-----	79
刑事訴訟法「交付審判」制度問題 研議-----	109
緩起訴被起訴的效力-----	141
強制處分概論-----	161
逮捕通緝犯附帶搜索問題之重新思考-	225
「證據保全」立法之檢討-----	255
取得證據聲請之思與辯-----	291

具保停押之抗告不適格問題-----	309
撤銷羈押後繼續羈押之質疑-----	339
證人科罰問題之檢討-----	363
證據取得與調查的思維-----	383
共同被告自白之調查-----	437



刑事訴訟目的與「無罪推定原則」

—歷史觀的評價—

目次

壹、前言

貳、現代刑事訴訟的歷史發展概觀

參、刑事訴訟目的爭辯

- 一、真實發見與人權保障之爭辯
- 二、社會安定維持與程序正當性
- 三、評述

肆、刑事訴訟思想發展與「無罪推定原則」的關係

伍、「無罪推定原則」的內涵

陸、「無罪推定原則」的適用範圍

- 一、實體法適用範圍
- 二、程序法適用範圍

柒、現行體制之檢討



壹、前言

在法治社會下，犯罪事實的認定，必須透過法律所規定之要件，方能確認其是否為犯罪行為，而犯罪成立之要件雖規範在刑事實體法中，但其係靜態的，刑法的實體規範，則有賴程序法的處理規範加以實現。亦即刑法係對於行為做可罰性之確定，但對於具體的處罰，則需藉由認定程序加以落實。惟法律規範常係抽象、評價的，其與外在發生型態萬端的事實情狀，常產生是否合致的疑慮。而程序法的運作，則需以形成最終之判決為要務，對於爭訟案件不能因法律規範與事實情狀間，具有合致性的疑慮，而懸而不決。且刑事訴訟亦不能如民事訴訟一般，僅倚著二造相對的事實證明，即可判斷孰是孰非，在刑事訴訟上，因其係單向認定犯罪存立與否的作用，主要係為確立國家刑罰權的發動，故其必須對於犯罪事實至少做到「不容有合理性懷疑（beyond reasonable doubt）」的證明地步，否則刑事訴訟的意義將全然喪失。然而，對於已然的事實，想要證明到猶如事實重現，事實上，頗為困難。當事實認定上，產生疑問時，一方面不能不予以論斷，另一方面，又不能以相對性關係，作為決斷基礎，勢必使得犯罪之事實情狀，產生判決之難題。從實體法而言，在構成要件的客觀要件，判斷上較為容易，但在主觀判斷上，往往行為人是否具有故意或是過失？常難以認定。而犯罪成立與否的認定，僅為「有與無」的問題，不生中間形式。是故在刑事訴訟上，必須有一判斷上之指導原則，作為判斷「有與無」認定之疑慮。例如，被告因竊盜

罪被訴，在程序上，對於其「不告而取」的行為，不能確認是否具有「意圖 (Absicht)」存在，是否僅從其客觀上「不告而取」即認定竊盜罪成立，抑或是「若有懷疑，則從被告考量 (im Zweifel für den Angeklagten)」？刑事訴訟既不能懸而不決，則需從「有、無」間擇一指導性原則。在刑事司法上，不論犯罪成立與否，或是有罪、無罪，均為「有與無」決定之問題。惟客觀事實情狀之規範認定，往往並非必然可明確確定有或無，事實情狀透過規範評價之結果，常常出現似有、似無的情形。此種情形在實體的認定上，以及程序的處理上，均需為有或無的決斷。因此，在判斷上，形成一指導性原則，乃成為刑事司法上重要任務。

在現代刑事司法上，對於事實存在與否，如產生認定上之問題時，共通的見解，則必須傾向負面之認定，即認定事實不存在。現代刑事司法，不論是刑事實體法或是程序法的認定，乃受到此一負面認定原則之支配，即所謂「無罪推定原則 (in dubio pro reo)」。當然，並非人類有對抗犯罪構想時，即有「無罪推定原則」之存在。相反地，「無罪推定原則」在刑事司法的歷史上，出現的時間相當晚，算得上是近代之思想結晶。「無罪推定原則」的確立，主要係受到近代刑事訴訟程序的思想演變影響，在探討「無罪推定原則」時，自不能免於訴訟程序發展之外。

貳、現代刑事訴訟的歷史發展概觀

在不同的刑事訴訟制度下，有其不同的支配法則。而且，

不同時代背景之下，由於理念的差異，組織結構的不同，所採用的觀念，亦有相當大的出入。例如十七世紀前，對抗犯罪的方式，一方面採用應報（Vergeltung）或贖罪（Versöhnung）的制裁方式，另一方面，犯罪人在制裁體系中，僅是處斷客體（Objekt der Verhandlung），是時期所採行的訴訟方式，乃為擅斷模式，在處理程序上，則為糾問原則（Inquisitionsprinzip），國家對於犯罪的訴追、處罰，儼然立於「糾問者（Inquisiten）」的角色，而犯罪人則淪為「被糾問者（Inquisierten）」的地位，此種絕對主義下的刑事司法，刑求（Folter）則成為最典型的訴訟機制。惟經由人類思想文明的發展，此種專斷的糾問模式，除少數集權國家外，已不復見，代之而起者，則為訴追與審判處罰分立的告發原則（Instruktionsprinzip），犯罪人在程序上的地位，才漸次由訴訟客體轉變為訴訟主體。相對地，犯罪人在訴訟上的基本權利，方漸獲重視。是故，現代刑事訴訟制度，並非某一特定時代下之產物，更不能單純以現實政策作為刑事司法的指導原則。事實上，現代的刑事司法制度，應建構在二思想基礎之上：其一為人類為對抗犯罪所建立之思想實現模式；其二為防止國家以對抗犯罪之名，而恣意作為。在此二相互制衡的基礎上，如何取得一個折衷的平衡點，則為整個刑事訴訟程序的發展史。

在十六、十七世紀以前，因受到絕對主義（Absolutismus）及集權國家思想的影響，所考量者，重在整體利益，且刑罰權集中在主權者之手，反映在訴訟程序上者，則為糾問模式的制度。犯罪嫌疑人在此種體系中，不

過是處理或審訊之客體而已，對於犯罪事實的認定，亦傾向於主權者的認定，並無所謂客觀公正的程序可言¹。待至啟蒙時期，受到自由主義（Liberalismus）及個人主義（Personalismus）思潮的推動，在國家形式上產生重大的變化，且國家權力受到孟德斯鳩三權分立思想的影響，舊有的國家體制及刑事司法思想模式，漸次蛻變，犯罪嫌疑人不再淪為訴訟客體地位，而基於人權思想的萌芽，刑事司法上也承認犯罪嫌疑人在訴訟程序中，應保有其基本之權利。從而，犯罪嫌疑人在程序上的地位，乃從客體轉變為主體，訴訟程序也由單向作用，轉變為雙向關係。影響現代刑事司法最重要者，則為 1789 年法國大革命之人權宣言，在此一自由思潮的衝擊下，在刑事實體法的作用，則確立了「罪刑法定原則（*nullum crimen, nulla poena sine lege*）」，在刑事程序上，則確立了法定程序原則（*nulla poena sine lege processu*）²。從思想上的轉變，在刑事訴訟程序的目的上，也產生本質性的變化。在集權主義體制下，國家對於犯罪行為，為發見真實計，得以使用任何手段，如刑求、拷問及任何痛苦的訊問方式，均非所禁。而在自由、民主思

¹ 參見陳樸生，刑事訴訟法實務，8 版，1993 年 10 月，海宇文化，2 頁；Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, S. 9, 10。

² 黃東熊教授在其著作中，開宗明義即正確指出，「無程序無處罰」的觀點。見氏著刑事訴訟法論，6 版，2006 年 9 月，三民，1 頁（註 1）。

想下，則為防止國家專斷，禁止為達目的不擇手段的訴訟程序，對於人權保障的思想，更快速的蓬勃發展，在此種人權尊重思想發展過程中，對於刑事司法基本理念的改革，影響最直接的，則為 1740 年普魯士對於刑求的廢除³。啟蒙時期的人權尊重思想，以及個人主義的漸次萌芽，也使得刑事司法的基本理念隨之丕變，並且深深影響著往後的刑事訴訟理念的發展。同時，對於刑事訴訟的目的觀，也從此時起，產生本質性的變化，更促使在刑事司法上，確立了「無罪推定原則」。只是該原則在十九世紀時，僅適用於罪的證明（Anschuldigungsbeweis）而已⁴。

事實上，對於現代刑事訴訟結構的理解，通說上雖認為有職權主義（Offizialprinzip）與當事人主義（Parteinprinzip）二種不同制度存在，但並不表示該二種制度所遵循的理念，即有所不同⁵。如果將二制度所欲確立

³ Vgl. Löffeler, "In dubio pro reo" - einheitliche Antwort auf alle Zweifelsfragen?, in: JA 1987, S. 77.

⁴ AaO.。

⁵ 向來不論是學說或實務運作，均將「實體真實發見」與「人權保障」作為刑事訴訟上二並立的目的，而由所採用制度上之不同，對於訴訟目的，即採選擇性目的確認方式。通常認為「實體真實發見」係築基於所謂「司法權（juristische Hoheit）」單向作用之上，而「人權保障」，則認為是當事人對等結構下的訴訟指導原則。參見陳樸生，前揭書，3，7 頁。惟此等見解，從現代刑事訴訟的發展背景觀察，似乎並不正確。現代刑事訴訟，不論是大陸法系國家之

的刑事訴訟目的，分別建立在「實體真實發見」與「人權保障」的基礎上，則將使得現代刑事訴訟法的本質，產生相當分歧的差異現象。從歷史發展的過程中，可以很明顯地察覺出來，以「事實發見」作為指導性原則之刑事訴訟目的，僅在絕對主義下的訴訟結構中存在⁶，也就是在啟蒙時期前之集權國家的糾問制度下的國家刑事司法目的。然而，隨著啟蒙時期，對於集權的刑事司法模式的反動，以及人權思想的發展，對於以「真實發見」作為最高指導方針的刑事司法體制，已然產生質疑，認為刑事司法不能以「發見真實」而為侵害人權之舉。「發見真實」則成為刑事訴訟程序上，一種附條件的目的。此係刑事訴訟思想發展之結果。即使現今不同的刑事司法制度，不論是職權主義或是當事人主義，均受到啟蒙時期人權尊重思想之影響，此由犯罪嫌疑人從訴訟客體轉變成為訴訟主體地位可知，斯種承認，是乃刑事司法上一次重大變革。故而，在探討刑事訴訟目的時，如忽略此一歷史發

刑事訴訟或是英美法系國家之訴訟制度，其歷史的發展背景是一致的，在此轉變過程中，指導原則，以及宣示性理念，即人權保障，並不因訴訟制度的不同，而有所差異。現代刑事訴訟的目的，似乎不能將曾經在歷史中出現的理念，在不一致的基礎上，做對等之觀察，否則將使得刑事訴訟的目的產生混淆不清，且刑事訴訟制度的發展，也將誤入歧途。

⁶ 誠如德國刑事法學者 Roxin 所言，「真實發見」作為刑事訴訟支配性目的，乃集權專制體制下的典型目的觀，為求事實之真實發見，犯罪嫌疑人的地位僅得為手段之客體而已。Vgl. Roxin, aaO., S. 9, 10。

展的軌跡，將使得目的的設定，趨於恣意，甚至研究方向必將受到誤導。

啟蒙時期思想，對於人權保障，以及個人自由的具體影響，於本世紀中葉，特別是二次世界大戰之後，促成了聯合國於1948年12月10日公佈世界人權宣言，歐洲國家亦於1950年訂定歐洲人權公約，其中更於公約第5條及第6條中，明白揭示刑事司法必須是建立在人權尊重與保障的前提之下。從啟蒙時期對於集權主義的反動，自由思潮的興起，帶動著刑事司法於本質及結構的轉變。從而，刑事訴訟的目的，是否仍應維持在集權專制體制下的目的觀，的確有值得商榷餘地，惟此種質疑，並非表示在現代的刑事訴訟中，即不需致力於「真實發見」的追求，而只是在目的上有層次之分，即刑事訴訟的目的係建立在一個上位概念之下，此一上位概念，則為刑事訴訟目的的指導原則。此外，集權主義下的訴訟目的，與自由主義下之訴訟目的，是否仍為對等的目的，共同支配現代刑事訴訟的運作？不禁令人懷疑。是故，對於刑事訴訟目的的爭議，不得不加以澄清。

參、刑事訴訟目的爭辯

刑事訴訟的目的指導著整體刑事司法的具體運作，整個刑事訴訟法均係圍繞在目的的主軸運行，欠缺目的觀的刑事訴訟將是流於恣意而為的處理程序。對於目的的探討，也成為刑事訴訟最根本的問題，確立刑事訴訟目的，不僅是攸關整體刑事司法運作的動向，更涉及到刑事訴訟立法的趨向，