

第一章 刑事訴訟之基本概念

壹、刑事實體法與刑事訴訟法	4
貳、刑事訴訟之目的	7
一、刑事訴訟之三大目的	7
（一）實體真實	7
（二）法治程序	9
（三）法和平性	10
二、目的衝突及其權衡	12
參、刑事訴訟程序綜覽	14
一、總論	14
二、各論	14
肆、刑事訴訟法作為應用憲法	16
一、憲法之優位性	16
二、應用之憲法	16
三、憲法優位性之衝擊	17
（一）對強制處分之衝擊	17
（二）對證據法則之衝擊	19
（三）對法律解釋之衝擊	19
四、刑事訴訟之「憲法危機」	22
五、從「應用之憲法」到「應用之公約」	24
伍、刑事訴訟法之效力範圍	27
一、基礎之概念	27
二、人、事、地之效力	27
（一）屬地原則之適用	29
（二）屬地原則之擴張與限縮	30
（三）司法互助與境外取證之法治國原則	32
（四）現役軍人之審判	34
三、時之效力	36

【案例 1-1：森林射擊案】

在某山區，獵人甲與獵人乙幾乎同時射擊巡山員丙，但甲、乙事先互不知道對方開槍之情事。其中一彈射入丙之心臟，另一彈打中丙之頭部，依事後之鑑定，兩彈各別皆足以立即致丙於死，但卻無法分辨究竟何彈先中，何彈後中。試問法院能否據以判處甲、乙殺人既遂罪名？

【案例 1-2：人倫悲劇案】

甲男乙女結褵 20 餘年，育有一子 20 歲之丙，就讀某名校法律系，前程似錦。甲、乙感情不睦，甲終日酗酒，乙則久病不癒。甲懷疑乙紅杏出牆，經常於酒後毆打乙。某日，甲於痛毆乙後被殺害，證據直指甲為自家人所殺，隨後乙自白殺害甲，並將兇器菜刀一把交給檢警，經鑑定後確有乙之指紋，但亦有其他人之指紋。設檢察官提起公訴，審判期間法官傳喚丙作證時發現，兇嫌實為丙，而非乙，案發時丙為阻止甲凌虐乙，憤而將甲殺害，乙因來日無多，且為護子起見，才自白殺害甲。試問法官應如何裁判？

【案例 1-3：按圖索驥案】(☞【實例解析 4：Q2】)

甲因涉嫌犯連續竊盜罪而被羈押於看守所中，甲自始否認有該等犯行。設承辦警員乙為求破案，借提甲到警局後，先予毆打，再予灌水。甲不堪凌虐，因而自白，警察乙遂依該自白按圖索驥，在某山區荒郊起出贓物一批，經鑑定後發現贓物上殘留之指紋與甲相符，檢察官隨後將該案提起公訴。設本案審理法官認為確有刑求情事，試問：

- 1、該自白可否作為有罪裁判之依據？
- 2、該贓物可否作為有罪裁判之依據？

【案例 1-4：人間怨偶案】

甲夫丙妻、乙妻丁夫，皆為結褵多年之人間怨偶。甲男乃公務員乙女之直屬主管長官，因包庇乙女貪污罪名(貪污§13)而被檢察官偵查中；檢察官為釐清案情及甲包庇動機，傳訊乙作證並依法踐行具結、告知

等證人程序，乙作證時堅稱與甲僅有公務關係而無任何私交，且兩人從未私下見面。

丙知甲、乙兩人暗通款曲，且認為乙雖是甲下級所屬人員，但自恃情婦地位而對甲予取予求，丙深信此乃甲不惜一切庇護乙貪污犯行之動機。案發後，丙遂主動聯繫早已懷疑乙紅杏出牆之丁，合意共同蒐證，某夜丁趁乙睡覺時偷偷打開乙手機，取得甲、乙親密露骨對話之 LINE 訊息截圖，並在房間內搜查出乙之偷情日記，日記中詳細記載甲、乙發生親密行為的時間、地點和個人感受。丙則聘請大愛徵信社員工戊以木馬程式侵入甲手機，違法掛線竊聽甲、乙之親密談話，並錄成光碟。隨後，丙、丁將上開 LINE 截圖、偷情日記、錄音光碟交予檢察官，作為甲包庇犯行之證據，並以相同證據告發乙偽證。試問以上證據得否作為甲包庇、乙偽證之有罪裁判之基礎？

【案例 1-5：公安筆錄案】

居住新北市之台商甲、乙、丙合夥至廣東經商，後甲、乙涉嫌因分帳糾紛而在當地共同殺死丙。甲於案發當夜返台，乙則在隔天被廣東公安人員（中國大陸警察之稱謂）逮捕並拘留數天數夜，密集訊問之後，乙承認與甲殺丙之事宜，經公安作成筆錄。

甲隨後經新北地檢署起訴共同殺丙罪名，並引用上開公安筆錄為證，審判中，甲之辯護人抗辯該筆錄依我國法因下列原因而無證據能力：逮捕及拘留違法且未經任何法官審查（亦無提審制）、逮捕後數週乙家屬仍未獲任何消息、訊問未告知緘默權且違反疲勞及夜間訊問之禁止、乙再三要求選任辯護律師但皆未獲理會。試問法院應如何審判？

【案例 1-6：班機恐嚇案】（☞【實例解析 19：Q1】）

外國人甲與本國人乙同搭國泰航空班機，於班機降落台北松山機場時，甲對乙進行恐嚇，乙隨後於台北地院提起自訴。試問台北地院法官應如何審判？

壹、刑事實體法與刑事訴訟法

刑事法體系，大別為刑事實體法與刑事訴訟法。前者也稱為刑法或實體刑法，包含特別刑法在內；後者又稱為刑事程序法，兼及法院組織法等相關規定。實體刑法與刑事訴訟法既然分別規定，必定各有所司，一般而言，實體刑法是規定「犯罪的法律要件及其法律效果」的法律規範，並且，基於罪刑法定原則（刑§1），國家僅能藉由實體刑法的明文規定，而取得實體的刑罰權（Strafanspruch）。

然而，徒法不足以自行，實體刑法雖然規範國家刑罰權產生的要件，但卻不是一個能自我實現的法律。從實體刑法與刑事訴訟法的關係來看，刑事訴訟法正是確定並實現國家於具體刑事個案中對被告刑罰權的程序規範，實體刑法藉此而得以實現¹。既然如此，刑事訴訟的首要任務，便是「獲致一個依照實體刑法的正確裁判」²。

刑事訴訟程序如何運作，直接影響行為人最後能否依照實體刑法而受刑罰制裁，所以說，「審判方式大大地影響實體法規則在各國起作用的方式；舉證規則可能使實體法規則完全不起作用」³。雖然在概念上或教學上，實體法與訴訟法有別⁴；一般學習刑法者，也很少直接聯想其所學如何透過訴訟法而實踐的問題，但是，在具體案例，兩者交錯適用，難分難解，如果唸實體法時不考慮程序問題，則無法融會貫通，反之亦然。尤其是溝通實體法與訴訟法的證據法則（→11），乃刑

¹ 84 釋 392：「司法權之一之刑事訴訟、即刑事司法之裁判，係以實現國家刑罰權為目的之司法程序，其審判乃以追訴而開始，追訴必須實施偵查，追判決確定，尚須執行始能實現裁判之內容…」。

² Kramer, StVR, Rn. 13.

³ Ehrmann, 1990, 頁 171。89 釋 509 及 112 憲判 8 處理的刑§310III，可為最佳註腳。另可參看實務精彩案例 96 台上 3837，檢察官起訴被告「養小鬼」之證明問題。

⁴ 早期的刑事法典，經常將實體法與程序法一併規範，例如於 1532 年由卡爾五世（Karls V.）制定公布並影響歐陸深遠的《卡洛尼亞治罪法典》（Constitutio Criminalis Carolina；簡稱 CCC）即為一例，而我國現行的少年事件處理法，亦復如此。迄今，法國法、英美法的刑事著作經常將兩者相提並論，反之，在歐陸其他國家及我國，兩者則有清楚的分野（vgl. Peters, StPR, S. 8）。

法與刑事訴訟法交錯適用的典型領域。例如，翻閱刑法教科書的案例，往往看起來「輕而易舉」，亦即，我們好似全知全能的上帝，對於犯罪事實真相（也就是行為人的所作所為）瞭若指掌；我們只要解決到底那些「已知」的犯罪事實在刑法上如何評價即可。然而，刑事訴訟法必須處理的根本難題是：何從得知？

刑事審判，是「人」對「人」的審判，訴訟法必須解決依照何種規則來探知事實真相的問題，更必須處理真相不可得知時「如何收場」的問題。從這個觀點而言，有疑唯利被告原則（Grundsatz in dubio pro reo，又稱罪疑唯輕原則；→5.2.1.2；【案例 5-1a】），便是承認「人力有其極限」的結果。

【案例 1-1】所示，即為一例。若從實體刑法言，本案甲、乙應否為丙之死亡負既遂責任，關鍵在於甲、乙行為與丙死亡結果間是否具有因果關係及客觀歸責。然而，由於鑑定報告無法確定甲或乙的子彈先打死丙（這是刑事訴訟案件經常面臨的實際情形），因此，也無法確定究竟是甲還是乙應負殺丙既遂的責任。法院審理甲殺丙案件時，本於罪疑唯輕原則，無法否定乃乙子彈先打中丙的「可能」，反之，審理乙殺丙案時亦然。因而，適用罪疑唯輕的結果，無論甲或乙，皆無庸對丙之死亡負既遂責任，最多僅能論以殺人未遂罪名⁵。

在此脈絡，台灣另有兩則相當值得參考的本土案例（【幽靈抗辯案】→2.4.3.1 及【海盜抗辯案】）⁶。

⁵ Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 168；同此脈絡之其他名案：林鈺雄，刑總-Ch06:3 之【卡車超車案】、【海浪滔滔案】、【平底煎鍋案】及【寬赦一槍案】。

⁶ 對案(一)／陳瑞仁檢察官發言，1999.07，頁 123：

某甲騎摩托車，被抓到是贓車。警察就問他說，你這個車子是哪裡來的？他說，是某乙交給我的。然後警察又去找到某乙，某乙說是我偷的沒有錯，他說，我在哪一天看到路旁有一部機車，他鑰匙還插在上面，所以我就把它騎走，騎走以後，我後來又借給某甲，結果後來某甲騎出來才被抓到，這個案子就這樣。到了檢察官那邊的時候，他也都是這樣講，檢察官再去問被害人

此外，刑法與刑事訴訟法的評價也會相互影響。基於法規範的一致與安定，合乎刑事訴訟法規的行為，刑法上當然不能將之評價為犯罪行為。以強制處分為例，如刑事訴訟法對搜索住宅設有嚴格的法定要件（§§122~），偵查官員違反者則可能構成刑法上的違法搜索罪（刑§307），遵守則不構成犯罪；同理，刑事訴訟法對現行犯之逮捕亦設有法定要件，合乎要件之逮捕，在刑法上的評價即為阻卻違法事由（刑§21），反之，則有可能構成刑法上的妨害自由等罪（刑§§125, 134, 302, 304 等）⁷。再如，證人經刑事訴訟的程序依法具結（§186）後，始可

說：「你機車是怎麼丟掉的？你當時有沒有上鎖？」他說：「沒有上鎖啊，我的鑰匙確實就是插在上面啊，我的鎖都沒有被破壞。」這樣子完全都符合了嘛，好，然後我們檢察官就起訴啦，到了院方以後全部翻供。某甲說：「我跟某乙有仇，所以我才拉他進來的。」某乙說：「我到了警察局，我非常害怕，所以雖然不是我偷的，我也承認了。」那這個機車到底怎麼來的？某甲他就講說，是有一個叫「阿炮」的，在什麼時間什麼地點，交給我的。我個人把它取名叫作「幽靈抗辯」（defense of ghost），這種案子非常非常多。這時應由被告律師來證明阿炮存在？還是檢察官應負何種舉證責任？…

另外一個例子，就是在我們士林發生非常有名的走私的案子。我們檢察官起訴之後，那個被告就辯稱說：「我不是走私啦，是我在海上捕魚的時候哦，有匪船靠過來，就拿著槍強迫我們哦，他就把我們的漁獲全部都搶走，但是搶走之後啊，就丟了一百盒或是一千盒的那個走私的香菸給我們，就是說強迫交換啦，強迫換貨啦，所以說我沒有那個犯意哦，我根本是無奈的，我也是受害者。」這樣子。後來這個判決，它那個判決書講說，無法證明被告所提出的抗辯為不實在，你沒有辦法證明說他沒有被搶就對了，就判無罪了。這個我們就稱為 defense of pirate，就是說「海盜抗辯」。這個海盜抗辯是很有名，你知道為什麼嗎？自從那個判決宣判之後，我在內勤的時候，走私的私梟，每一個進來都是作同樣的抗辯，現在在北海岸所有的私梟都知道這個判決了啦。所以我有一次內勤的時候，我還開玩笑跟我的書記官跟法警講說：「喂，等一下這個人進來，看他會不會這樣講」。結果，果然我一問，他就開始這樣抗辯。大家都笑得要命，他也不曉得我們在笑什麼。所以，又回到剛才那個問題，是我們檢察官要來證明說他沒有被搶，還是我們只要說，他前面都有自白的那一些就好了？這個所謂的舉證責任誰來舉證。…

⁷ 此係基於法秩序一致性原則之考量，但應注意訴訟法與實體法之微妙互動關係（林鈺雄，刑總-Ch08:1.1, 09:1.2.1.3, 09:3）：例如，訴訟法上違法通訊監察，未必構成實體法的違法通訊監察罪，因此也不能僅從系爭行為不構成犯罪，就反推其於訴訟上之合法性，關此，93 台上 2949 可為範例說明（→9.5.2）。

能構成刑法上的偽證罪（刑§168）。

貳、刑事訴訟之目的

刑事訴訟之目的何在⁸？刑事訴訟的目的，可以說是刑事訴訟法的根本，自始至終支配偵查、起訴、審判及至執行等訴訟流程。無論刑事訴訟哪個階段的設計理念，幾乎都與刑事訴訟的目的息息相關，並且，許多刑事訴訟的爭議問題，往往必須回溯其根本目的及相互衝突時的解決途徑。

一、刑事訴訟之三大目的

（一）實體真實

刑事實體法與刑事訴訟法之分野，其實已經預設了後者的功能在於「追訴犯罪並處罰犯人」，這點，經常被視為刑事訴訟想當然爾的目的，甚而被誤以為是唯一的目的。既然發動刑事訴訟程序，用意在於「獲致一個依照實體刑法的正確裁判」，那麼，「發現實體真實」便是其必要的前提，也就是查明到底實際上發生的事件是什麼，因為只當清楚實際上發生的事件是什麼時，才能「依照實體刑法」來判斷該事件究竟合不合法定的構成要件該當性、違法性及有責性等犯罪要件，也才能進而獲致一個「正確裁判」⁹。

發現實體真實，蘊含正反兩種涵義：對於無辜的被告，只當裁判結果確認並開釋無辜時，才是發現了實體真實，也才是實體正確；反之，對於真正的犯人，只當裁判確認其犯罪事實並依照刑法施加處罰

⁸ 林鈺雄，1999.06-1，頁 403；Roxin, StVR, 1/2ff.; Volk/Engländer, StPO, 3/1ff.

⁹ 發現真實，幾乎是古今中外各國刑事訴訟共同追求的目的，並非所謂大陸法系的專利。不過，對於採行何種訴訟制度較能追求此一目的，各國法制有不同的認知。☞日美研討會(二)／Foote，1999.04，頁 18：「有史以來，發現真實向來被視為刑事審判的主要目的，而在英美的概念中，當事人進行主義（按：指對抗制；→2.5）又被視為能達到此目的之比較好的方式…」。

98 台非 321、99 台上 7677：我國刑事訴訟法係採實質的真實發見主義。

時，才是實體真實與正確。所以，發現實體真實的完整意義是「毋枉毋縱，開釋無辜，懲罰罪犯」，並不能將之片面理解為「有罪必罰」。此種力求發掘犯罪事實真相，既不容罪及無辜，亦不許犯人逍遙法外的想法，導源於正義的觀念，因此也稱為正義原則¹⁰。

發現實體真實，乃貫穿整部刑事訴訟法的目的。例如，課予國家機關追訴犯罪義務之國家追訴原則（如§228I；→2.1），以及課予檢察官有足夠犯罪嫌疑應即提起公訴、反之則應為不起訴處分的法定原則（§§251, 252；→2.3），用意便在於發現真實，實現正義。又如，法院某些職權調查證據的權限與義務，亦是適例（→2.4）：代表國家為審判的法院，可不待被害人之請求也不受被害人或被告聲明之拘束，「得」本於職權而調查證據（§163II 本），且法院在一定的範圍之內（§163II 但），還被課予「應」依職權調查證據之澄清義務，這顯然與民事財產訴訟追求當事人間合意的形式真實有別。儘管 2002 年修法以「改良式當事人進行主義」為由而限縮調查原則的範圍（§163II），但並未放棄實體真實原則（Grundsatz der materiellen Wahrheit），亦未完全解除法院的澄清義務，是以，無辜的人縱使認罪，法院同樣不能遽下有罪裁判（§156I：「被告之自白…且與事實相符者，得為證據」），畢竟其與犯罪的實體真實不符。再如，有利不利被告一律注意的客觀性義務（→4.2.2.2），目的亦在於發現實體真實，因為在確定結果出現之前，真相可能不利於被告（如被告確實是犯人），但也可能有利於被告（如被告根本是無辜），換言之，有利、不利被告之情形，對於發現犯罪事實的真相，具有同等的重要性，也因此必須賦予同等的關注。

【案例 1-2】法官不受被告乙自白之拘束，仍應調查其與事實是否相符，並且，縱使乙及檢察官皆不聲請傳訊丙，法院亦不受其拘束。法官調查後發現乙並非真正犯人，無論乙係基於何種動機而頂替犯罪，法官必須基於實體真實發現的結果而無罪開釋乙。其次，兇刀上其他人的指紋乃有利於乙的證據資料，檢察官基於

¹⁰ Gerechtigkeitsprinzip; vgl. Kramer, StVR, Rn. 13; Krey, StVR I, Rn. 35ff.

其客觀性義務，原不應忽略或隱瞞該項與待證之殺人事實有重要關連性的證據資料；法官則無論基於有限的澄清義務或客觀性義務，都必須注意該項有利於被告之證據資料。附帶一提，所謂的有利於被告，在此是指有利於被告獲得無罪判決而言，縱使被告因為主觀的情感因素而寧受有罪判決，也不會影響法律上有利不利的判斷基準。

（二）法治程序

儘管發現真實並施加行為人應得的懲罰，是刑事訴訟的重要目的，但是，這絕不表示刑事訴訟容許以不擇手段、不問是非及不計代價的方法來發現真實，因為現代國家的刑事訴訟同時追求其他的目的，尤其是合乎法治國基準的訴訟程序。法治程序，可謂國家獨占刑事司法的配套措施，因為獨占地位意味著國家的權力隨之擴張與膨脹，因而，在追訴的過程中，國家大權時時刻刻威脅著無辜的涉嫌者，乃至於政治上不討好的人物。除非崇尚專制擅權的絕對主義，否則，在賦予國家追訴與刑罰權的同時，設定界限以防範任何濫用與擅斷的危險，殆屬必要。

事實上，法治程序的價值，可以說是伴隨個人權利的價值以及刑事追訴過程中對個人權利可能造成的干預而來。為了澄清犯罪事實的真相，國家必須使用諸多的強制手段，而這些手段不可避免地將會嚴重干預可能的嫌疑人乃至於其他第三人的生活及權利。因此，法治國家中刑事訴訟法責無旁貸的任務，便是以一套「訴訟規則」（Prozessordnung）來規制並釐清追訴程序中國家與個人之間權利與義務的界限，使雙方有所適從，一方面便利國家完成其追訴處罰的功能，另一方面提供個人有效的權利保護，以防範國家方面無根無據或者不合比例的過度干預。

在終局結果確定之前，整個刑事訴訟還是處在「發現」真相的「不確定」階段，此種不確定狀態越加突顯「確定的訴訟規則」之重要性：被告最後可能被發現是無辜的，訴訟規則可以保護其免於受到任何的