

台湾法学研究
精要丛书

刑事法

理论与 实践

林钰雄
著



中国人民大学出版社

著作权合同登记号
图字：01-2008-2356号

《基础刑法学（上、下）》（第三版） 黄荣坚 著

《刑事法理论与实践》 林钰雄 著

《刑法问题与利益思考》 黄荣坚 著

《罪数理论之研究》 甘添贵 著

《共同正犯与共犯论》（修订版） 陈子平 著

《刑法总论（上、下）》（修订版） 陈子平 著

《刑法的思与辩》 柯耀程 著

《刑法竞合论》 柯耀程 著

《一个知识论上的刑法学思考》（增订三版） 林东茂 著

《刑法综览》（第五版） 林东茂 著

策划编辑 杜宇峰
责任编辑 毕佳 杜宇峰
封面设计 李亚莉 徐静
版式设计 赵星华

ISBN 978-7-300-09328-4/D · 1813

ISBN 978-7-300-09328-4



9 787300 093284 >


定价：39.00元

台湾法学研究
精要丛书

刑事法

理论与 实践

林钰雄
著

 中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事法理论与实践 / 林钰雄著.
北京: 中国人民大学出版社, 2008
(台湾法学研究精要丛书)
ISBN 978-7-300-09328-4

- I. 刑…
- II. 林…
- III. ①刑法-研究-台湾省②刑事诉讼法-研究-台湾省
- IV. D927.580.404 D927.580.524

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 065312 号

台湾法学研究精要丛书

刑事法理论与实践

林钰雄 著

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)	010-62511398 (质管部)	
	010-82501766 (邮购部)	010-62514148 (门市部)	
	010-62515195 (发行公司)	010-62515275 (盗版举报)	
网 址	http://www.crup.com.cn http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	河北三河市新世纪印务有限公司		
规 格	170mm×228mm 16开本	版 次	2008年6月第1版
印 张	21.5 插页 2	印 次	2008年6月第1次印刷
字 数	344 000	定 价	39.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

台湾法学研究精要丛书

学术委员会

(以姓氏笔画为序)

王利明

甘添贵

石少侠

刘明祥

刘春田

曲新久

江平

江伟

许玉秀

张明楷

苏永钦

陈子平

陈兴良

林勋发

姜明安

崔建远

梁宇贤

黄立

曾世雄

谢在全

詹森林

赖源河

序

中国人民大学出版社推出的“台湾法学研究精要丛书”连续引入我国台湾地区法学领域的拔尖之作，在祖国大陆法学界产生了积极的学术影响。整套丛书开始出版的主要是民商法、行政法和诉讼法方面的著作，现在又要陆续推出刑法系列，这是令人欣慰的。

台湾地区的刑法学和大陆的刑法学之间存在密切联系。台湾的老一辈刑法学家韩忠谟教授等，都是在祖国大陆完成学业以后去台湾的，可以说是在台湾接续了自清末以降从大陆法学引入的刑法学传统。在大陆上个世纪80年代初开始恢复刑法学的学术研究的时候，又恰恰是台湾的刑法学著作起到了一定的启蒙作用。例如韩忠谟教授的《刑法原理》一书就以影印的方式在大陆出版，为我们当时了解刑法理论研究的世界现状打开了一扇学术的门窗。此后，随着大陆刑法学理论迅速发展，尤其是

大陆法学和英美法学的刑法学教科书和专著大量地翻译出版，台湾地区刑法学的学术影响力有所下降。但由于两岸之间人员交流、学术交流的日益增加与扩大，加上同种同文的优势，祖国大陆和台湾地区之间在刑法学术领域实质性交流更加深入，对于大陆刑法学理论研究的发展起到了积极的促进作用。

尽管目前两岸之间学术交流加强，我们也可以通过各种渠道获得台湾同行的刑法学著作，但对于更为广泛的刑法学教学科研人员，尤其是对那些在读的本科生、硕士生和博士生来说，获得第一手的台湾刑法学资料还是存在一定难度的。在这种情况下，中国人民大学出版社推出“台湾法学研究精要丛书”之刑法系列，可以说它是两岸刑法学术交流领域的一大盛举。自上个世纪90年代以后，台湾地区的刑法学界逐渐完成了新老交替。老一辈刑法学者年事已高，有的已经过世，尽管其著作仍然对当下发生着学术影响力，但其人其作品慢慢地退出历史舞台，这是不可抗拒的自然现象。与此同时，一批中青年学者占据了刑法学术的舞台中心，成为学术中坚，正是这些学者及其作品成为目前主导台湾刑法学研究的力量。这些年来，祖国大陆出版机构也零星地出版过台湾刑法学者的著作，但尚无系统的出版规划。这次我们经过征求各方面的意见，向出版社推荐了一批在台湾刑法学界具有较大学术影响力的著作，纳入刑法系列。从第一批著作来看，主要有以下两种类型：一是刑法体系书，主要是指刑法教科书。台湾地区在2005年完成刑法修订以后，刑法教科书也随之完成了修订。在这种情况下，选择一些具有代表性的刑法教科书在大陆出版，可以作为教学参考之用。刑法体系书的体系性知识及叙述的特点，使大陆读者能够较为系统地了解台湾刑法学理论的全貌，因而必然会受到读者的欢迎。二是刑法论著，包括刑法论文集和专著。这是在某些刑法论题上进行深入研究的著作，可以展示刑法理论研究的深度。随着大陆对刑法理论研究的不断深入，台湾的刑法论著的出版必将提供某种借鉴。

祖国大陆和台湾地区具有相同的法律文化渊源。这是在刑法学术交流上的优势。但也不可否认，经过五十多年的文化隔绝，两岸刑法学术话语之间已经产生了较大的区隔。例如大陆在1949年以后引入苏俄刑法学，尤其是作为刑法学基本理论框架的犯罪构成体系，它是苏俄式的，沿用至今。台湾刑法学则以德、日的犯罪论体系作为刑法知识的基本逻辑结构。在这种情况下，两岸的刑法学术话语存在相当程度上的不对接，这也增加了刑法学术交流的困难。这些年来，祖国大陆刑法学界还在引入和借鉴德、日的犯罪论体系，对苏俄刑法学的犯罪构成体系进行反思与重构。就我个人认为，祖国大陆的刑法学面对着“拨乱反正”、知识转型的重大课题。唯有完成这一刑法知识的转型，祖国大陆的刑法学理论研究

才能融入大陆法系的刑法学术传统之中，刑法学的理论格局也将为之发生巨变。在这样一个刑法知识转型的历史性时刻，我们刑法学人应当具有开拓的学术眼界、广阔的学术胸怀，为推进并完成这一刑法知识的转型而付出一己之力。在这样一个背景之下，台湾刑法著作在祖国大陆的出版，是具有独特作用的。大陆法学的刑法学术传统经过台湾地区刑法学者的长期努力，深深地打上了中华文化的印记，这对于亟待引入大陆法学刑法学术传统的祖国大陆来说，无疑具有直接的借鉴意义。

我曾于1999年8月和2007年5月两度到访台湾，参访了台湾大学、东海大学、东吴大学、辅仁大学等高校，拜访过老一辈学者蔡墩铭教授，也与陈子平教授等中年学者长期交往，保持了深厚的友情。这次出版的“台湾法学研究精要丛书”之刑法系列，是这个系列的第一批书，我相信还会有更多的著作纳入到这个书系，与祖国大陆的读者见面。

是为序。

陈兴良

谨识于北京依水庄园渡上寓所

2008年3月23日

自序

这不是一本专论，因此也不以时下流行的专论形式包装。其实，这是一本地地道道的“论文合集”，总共收录十一篇论文，各篇之间并无特殊的关联性，研究领域兼及刑事实体法（三篇）及刑事程序法（八篇）；若以论文形式区分，主要包括基础学理研究（第一部分，共六篇）、实务见解评释（第二部分，共四篇）及立法评析（第三部分，共一篇）。将这些论文收录于本书的用意，仅在于免于读者搜寻及影印之劳而已。

以上论文，自我留德期间以来陆陆续续写作，及至今年为止。在此期间，我计划性写作的主题包括检察官及刑事证据法（含证据禁止），前者已经成书，后者正在补遗，因此，本书仅收录我“非计划性”研究的论文。虽说是非计划性写作，但是，每篇文章都有其渊源与来历。

三篇实体法文章，与其说是研究的成果，毋宁说是遗憾的表白。虽然我对刑事实体法有着浓厚的兴趣，在政大教学期间对于刑法总则课程也情有独钟，但是，我回台湾这三年以来，刑事诉讼领域早已是遍地烽火，几无宁日可言；置于前线的处境，使我分身乏术，例如，被害人学一文就只写了开头。这篇文章，灵感来自于一则台湾实际发生的有趣案例（即该文中的妓女处女案），案中的法律问题一直萦绕我的脑际。后来，我太太到慕尼黑跟随 Schünemann 教授攻读硕士，正巧修了一门被害人学的研讨课程，影印不少文章阅读。由于被害人学的观点非常引人入胜，我就跟着“伴读”，最后两人就合著被害人学一文。本来，这篇文章还有续集，但却一直无暇处理，颇感遗憾。

八篇程序法论文，除了刑事诉讼目的一文之外，几乎都是带着时效性、急迫感而下笔的文章，节奏多半随着刑事诉讼立法的变动方向，亦步亦趋，这也是作为台湾刑事诉讼法学者的悲哀。最足以表达这种情境者，莫过于搜索修法一文，读者若一并参考刑事程序法研讨会第九、十次会议的记录，当能体会所言。

附录另收录两篇文章，一篇以刑事法中隐私权的侵害与保障为主题，原载于《当代杂志》，另一篇则是为《法庭上的DNA》中译本一书所写作的导读。虽然两篇文章所处理者，都是刑事诉讼核心领域的问题，并且我分别在文中表达对隐私权侵害及DNA鉴定的基本看法，但是当初考量原文刊登处以及读者的属性，因此未以法律学术文章的格式写作，行文风格也有所区别，职是之故，本书仅将其收为附录，而不列入正文。

在出版事宜方面，我特别感谢学林文化事业庄品秀总编的全力配合，以及黄则儒、李瑞敏、王士帆、曾秀钰、朱敏信细心的校对与建议。

千禧隔年端午于草山山麓

目 录

第一部分 基础理论

论刑事诉讼之目的	3
壹、前言与案例	4
贰、发现真实	6
叁、法治程序	12
肆、法和平性	18
伍、结语	21
论侦查法官	23
壹、前言：何谓侦查法官？	24
贰、侦查法官与强制处分	26
叁、侦查法官与证据保全	36
肆、侦查法官之审查权限	44
伍、结语	46
变更起诉法条与突袭性裁判	49
壹、前言	50
贰、问题之说明	52
叁、超出同一性之变更：非 A 型	55

肆、法律基础之变更：A ₁ 型	60
伍、事实基础之变更：A ₂ 型	67
陆、立法刍议	70
柒、诉因制度之争议——代结语	72
论罪科刑之一部上诉	77
壹、问题之提出	78
贰、一部上诉声明之法律规定及实务见解	81
叁、分析与检讨	84
肆、结论	94
从行为观点谈安乐死之基础类型	97
壹、问题之提出	98
贰、基本出发点	100
叁、积极之安乐死	102
肆、消极之安乐死	110
伍、积极、消极安乐死之界限	111
陆、结语	114
从被害者学谈刑法诈欺罪	115
壹、前言与案例	116
贰、传统见解	117
叁、被害者学之观点	119
肆、结语与案例解析	125

第二部分 判解评释

论告知义务	129
壹、前言	130
贰、告知义务之法理基础	131
叁、告知义务之适用范围	133
肆、告知义务之事项	138
伍、违反告知义务之法律效果	145
陆、系争判决之评释	152
柒、结语	156
附录：系争判决全文	157

强制辩护案件之判定基准	163
壹、前言	164
贰、基础理论之说明	165
叁、实务见解之评释	170
肆、结语	176
发现确实之新证据	177
壹、前言	178
贰、基础理论之说明	180
叁、实务见解之评释	190
肆、结语	198
保安处分与比例原则及从新从轻原则	201
壹、问题之说明与回顾	202
贰、一律宣付三年强制工作之立法是否违“宪”？	204
叁、强制工作有无从新从轻原则之适用？	212
肆、结语	218
附录：“大法官”释字第四七一号解释	218

第三部分 立法评析

搜索修法之回顾与前瞻	227
壹、前言	228
贰、搜索新法之简介	230
叁、搜索新法之批评检讨	242
肆、搜索新法之解释适用	247
伍、结语	268
附表一：搜索修法大事记	271
附表二：新旧条文及修法重点对照表	273
附表三：新法条文与邱版草案对照表	279

本书附录

电话监听、秘密录音与日记	293
壹、春神不到大哥来？	294
贰、老大哥无所不在？	294
叁、法治国束手无策？	295

肆、电话监听无法管?	296
伍、住宅监听有必要?	297
陆、秘密录音当证据?	298
柒、日记内容无保障?	300
捌、1984 咫尺近?	302
DNA: 挑战法律的科学巨人?	303
壹、如日中天的生物科技	304
贰、所罗门王的智慧何在?	304
叁、证物个化的里程碑	306
肆、挑战法律的 DNA	309
伍、无懈可击的 DNA?	312
陆、冲击法庭权力结构的 DNA	318
柒、回应 DNA 的挑战	324
 本书索引	 327

第一部分 基础理论

论刑事诉讼之目的

- 壹、前言与案例
- 貳、发现真实
 - 一、基本概念
 - 二、法规依据
 - 三、比较法制
- 叁、法治程序
 - 一、基本概念
 - 二、法规依据
 - 三、目的冲突
- 肆、法和平性
 - 一、基本概念
 - 二、法规依据
 - 三、目的冲突
- 伍、结语

※本文原载《政大法学评论》，第六十一期，1999年6月，第四〇三页以下。

壹、前言与案例

在当今的刑事司法体制之下，由于国家独占刑罚权的结果，追诉犯罪及制裁犯人仅得由国家来行使，据此，国家负有几种责无旁贷的任务，而刑事诉讼法，正是担当这些国家任务的法律领域。本文拟处理的对象，即是这几种任务，一般也称为刑事诉讼之任务、功能或目的。

刑事诉讼之目的，可以说是刑事诉讼法的根本，自始至终支配侦查、起诉、审判及至执行等诉讼流程。无论是在哪个刑事诉讼阶段的设计理念，几乎都与刑事诉讼的目的息息相关，并且，许多刑事诉讼的争议问题，往往必须回溯其根本目的及相互冲突时的解决途径。此外，刑事诉讼的立法、修法或改革，也必须探讨或标示其所追求的刑事诉讼目的何在。¹不论基于上述何种理由，都有必要探讨分析刑事诉讼目的及其冲突的解决之道。

本文之写作目的，即在于探究上述问题。简言之，本文认为刑事诉讼的目的，在于以合乎司法形塑的裁判，发现实体真实并回复法的

1 德国文献上关于刑事诉讼的改革会议或探讨，提出者多半会先交代其立足点，提出其关于刑事诉讼目的的看法，如 Rie.，Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverfahrensrechts，in: Sch.fer-FS，1980，S.155，S.168 ff.；Wolter，Aspekte einer Strafproze. reform bis 2007，1991，S.18 ff.

和平秩序²，因此，本文纲目一方面一一讨论发现真实（下文贰）、法治程序（下文叁）以及法和平性（下文肆）的概念内涵及法规依据，另一方面则分别讨论这些目的冲突时，应以何种基础原则来谋求解决之道（下文叁、三及肆、三）。另外，为阐释在具体刑事诉讼案件争议问题的判断上，经常涉及刑事诉讼的根本目的及其相互之间的冲突与调和，因此，本文仅设下列四则案例。不过，本文并非实例研习，写作动机亦不在于解析案例，因此，案例的作用仅供参考，至于解答案例则非本文的写作目的。

【案例一：人伦悲剧案】

甲男乙女结婚二十余年，育有一子丙。甲乙感情不睦，甲并怀疑乙红杏出墙，经常酗酒于酒后殴打乙。某日，甲于痛殴乙后被杀害，证据直指甲为自家人所杀害，随后乙自白杀害甲，并将凶器菜刀一把交给检警，经鉴定凶刀上确实有甲之血迹及乙之指纹，案经检察官对乙提起公诉。审判期日法官详细讯问鉴定人后发现，凶刀上另有丙之指纹，但检察官并未提出此项资料。经调查证据后法官发现，凶嫌实为丙，而非乙，案发时丙为阻止甲凌虐乙，愤而将甲杀害，乙为护子起见，才自白杀害甲。问法官应如何裁判？

【案例二：按图索骥案】

甲因涉嫌犯连续窃盗罪而被羁押于看守所中，甲自始否认有该等犯行。设承办警员乙为求破案，借提甲到警局后，先予殴打，再予灌水。甲不堪凌虐，因而自白，警察乙遂依该自白按图索骥，在北县某山区荒郊起出赃物一批，经鉴定后发现赃物上残留之指纹与甲相符，检察官随后将该案提起公诉。设本案审理中，法官认为确有刑求情事，问该自白与赃物可否作为有罪裁判之依据？

【案例三：作家杀妻案】

某知名作家因涉嫌杀害其妻，被以杀人罪名提起公诉，但因证据不足而受无罪裁判。本案确定后，甲公开出版“我如何杀了我老婆”一书，随即荣登畅销书排行榜，书中甲巨细靡遗透露如何杀害乙女，并揶揄司法无能。问检察官知悉本案后，得否再对甲以同一杀人罪名提起公诉？

2 Vgl. Beulke, Strafproze. recht, 3. Aufl., 1998, Rdnr. 3 ff.; Kramer, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts, 3. Aufl., 1997, Rdnr. 13 f.; Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, § 1 Rdnr. 2 ff.; 本文所提的刑事诉讼三大目的，与一般中文教科书上的见解有同有异，请参照陈朴生，《刑事诉讼法实务》，重订十一版，1996年，第九页；蔡墩铭，《刑事诉讼法论》，修订版，1993年，第二十二、二十三页；黄东熊，《刑事诉讼法论》，第三版，1995年，第三页以下。

【案例四：延误上诉案】

甲因过失致死被提起公诉后，经第一审判决六个月有期徒刑。甲不服原审判决，委托律师乙提起上诉。但乙因业务繁忙，延误上诉期间，判决因而确定。问甲有无救济途径？

贰、发现真实

一、基本概念

追诉犯罪并处罚犯人，经常被视为刑事诉讼想当然的目的，的确，如果刑事诉讼不能达到这个基本目的，其存在的价值令人质疑。若以现今法律的体系而言，刑事实体法与刑事程序法之分野，其实已经预设了后者的功能在于追诉犯罪并处罚犯人。简言之，刑事实体法也称为刑法或实体刑法，包含特别刑法，刑事程序法也称为刑事诉讼法，包含法院组织法等相关规定。实体刑法与刑事诉讼法既然分别规定，必定各有所司，一般而言，实体刑法是规定“犯罪的法律要件及其法律效果”的法律规范，并且，在罪刑法定原则（“台湾地区刑法”第一条参照）之下，“国家”⁷ 得以并且仅能借由实体刑法的规定，而取得实体的刑罚权（Strafanspruch）。³

然而，徒法不足以自行，实体刑法虽然规范国家刑罚权产生的要件，但却是一个不能自我实现的法律。从实体刑法与刑事诉讼法的关系来看，刑事诉讼法正是确定并实现国家于具体刑事个案中对被告刑罚权的程序规范，实体刑法借此而得以实现，台湾地区“大法官”释字第三九二号解释文亦开宗明义指出：“司法权之一之刑事诉讼、即刑事司法之裁判，系以实现‘国家’刑罚权为目的之司法程序。”既然如此，刑事诉讼的首要任务，当然是“获致一个依照实体刑法的正确裁判”（die nach materiellem Strafrecht richtige Entscheidung zu finden）⁴。所

3 这里所称的刑罚权（Strafanspruch），乃通常的用语。其实，随着刑法双轨制的发展，保安处分与刑罚在刑事制裁体系上的地位已经并驾齐驱（请参阅林钰雄，《保安处分与比例原则及从新从轻原则——评“大法官”释字第四七一号解释》，《台湾本土法学》，创刊号，1999年4月，第九十三页以下；收录于本书第二部分），因此，精确地说，应该是刑罚权与保安处分权。例如，“国家”对于该当构成要件并具违法性，但却欠缺有责性的被告，也有可能施加监护处分等法律效果（“刑法”第八十七条参照）。在此种具体刑事个案中施以被告保安处分，既是实体刑法的规范领域，也是刑事诉讼的任务，不过，下文基于叙述的便利，仍然沿袭刑罚权之用语，并无排除保安处分的用意。

4 Kramer, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts, 1997, Rdnr. 13.

谓“获致一个依照实体刑法的正确裁判”，其必要的前提则是“发现实体真实”（die Findung der materiellen Wahrheit），也就是查明到底实际上发生的事件是什么，因为只当知道实际上发生的事件是什么时，才能“依照实体刑法”来判断该事件究竟合不合法定的构成要件该当性、违法性及有责性等犯罪要件⁵，也才能进而获致一个“正确裁判”。

至于发现实体真实，则蕴含正反两种可能性：对于无辜的被告，只当裁判确认并开释无辜时，才是发现了实体真实，也才是实体正确；反之，对于真正的犯人，只当裁判确认其犯罪事实并依照刑法施加处罚时，才是发现了实体真实，也才是实体正确。所以说，发现实体真实的完整意义是“毋枉毋纵，开释无辜，惩罚罪犯”，并不能将之片面理解为“有罪必罚”⁶。此种力求发掘犯罪事实真相，既不容罪及无辜，亦不许犯人逍遥法外的想法，导源于正义的观念，因此也称为“正义原则”（Gerechtigkeitsprinzip）⁷。

从刑事诉讼的演进史来看，课予国家机关发现犯罪事实真相的义务，可以说是国家独占刑罚权力的补偿措施。所谓的国家独占刑罚权力，是相对于法制史上曾经出现的“私仇私了”而言，以欧洲中古时期的私人复仇或决斗为例，当时，犯罪发生之后，制裁犯人属于受害人或其宗族的任务，达成任务的方法则是复仇或决斗。在纠问诉讼（Inquisitionsproze.）引进欧陆之际，追诉犯罪并处罚犯人

5 由此段陈述及刑事实体法与刑事诉讼法的分野可知，刑事诉讼发现实体真实的内涵并非无穷无尽，而是发现与实体刑法所定的犯罪的法律要件及其法律效果“相关”的事实；从另一方面言，唯有能够证明或否定这种相关事实的证据，才是具有“证据关联性”的证据，也才是法院应依职权调查的证据。这可以说是发现实体真实这个概念本身内在的界限，也是“法院毋庸调查与待证事实不具证据关联性之证据”的理论基础。

6 不知何时开始，台湾法界开始流行“大陆法系=发现真实=有罪必罚=践踏人权=落后保守；英美法系=程序正义=无罪推定=保障人权=世界潮流”这种二分论调，其间所蕴含的误解与偏见，足堪比拟美国早期西部片经常出现的好人坏人二分法：“白人=文明=好人；印第安人（有色人种）=野蛮=坏人”。上述流行的二分论调，通常有几点值得商榷的“特色”：一、无根无据，没有引注，所以也无从得知这种错误论调的依据何在，更无从得知其所谈的大陆法系，到底是哪一个时代哪一个国家的大陆法系？（文献及其批评请参阅林钰雄，《检察官之举证责任》，《刑事诉讼法改革对案》，2000年，第六十页注四十四）。二、断章取义，误以为发现真实等于有罪必罚，忽略其开释无辜的反面内涵。三、见树不见林，误以为发现真实是现行（所谓大陆法系）的刑事诉讼法的最高，乃至于唯一的目的，完全忽略法治程序与法和平性同为现行刑事诉讼法的目的，并且形成发现真实的界限。四、郢书燕说，断言英美法系不重真实发现（批评详见下文三），大陆法系不重无罪推定（批评请参阅柯耀程，《刑事诉讼目的与“无罪推定原则”》，《刑事诉讼之运作——黄东熊教授六秩晋五华诞祝寿论文集》，1997年，第四一九页以下，第四三一页以下）。令人遗憾的是，虽然上述二分论调错误百出，然而，主导1999年7月“全国司法改革大会”的“司法院”，竟然频频向媒体发表这种二分论调（如1999年6月15日联合报第八版），并将其采为“台湾刑事诉讼法应该迈向当事人主义”的论证基础！

7 Vgl. Krey, Strafverfahrensrecht I, 1988, Rdnr. 35.

已经成为国家的任务，亦即采行国家追诉原则（Offizialprinzip；直译职权原则）⁸，虽然 18、19 世纪之后，改革的刑事诉讼（reformierter Strafproze.）废除纠问制度并改采控诉原则（Akkusationsprinzip），但是仍然维持国家追诉原则。然而，权利与义务是一体的两面，当国家因为独占刑事司法而禁止私人复仇或决斗的同时，国家也同时承担一项义务：国家必须本于职权保护人民并创设一套规定，以便追诉犯罪及处罚犯人，而追诉和处罚的前提，当然是澄清犯罪事实的真相！

二、法规依据

台湾地区现行“刑事诉讼法”，有诸多为了达到发现真实的目的所设的规定。例如，第一六三条规定：“法院因发现真实之必要，应依职权调查证据。”上述规定，一般也称为“调查原则”（Untersuchungsgrundsatz；又译为职权调查原则或职权探知原则）⁹，课予法院查明犯罪事实真相的“澄清义务”（Aufklärungspflicht），据此，代表国家为审判的法院，必须本于职权力求真相，既不待被害人之请求，也不受被害人或被告声明之拘束，这与民事财产诉讼追求当事人间合意的形式真实有别。在澄清义务之下，无辜的人纵使认罪，法院也不能遽下有罪裁判，因为其与犯罪的实体事实不符，正是因为如此，所以调查原则或澄清义务也称为“实体真实原则”（Grundsatz der materiellen Wahrheit）。同样是为了达到发现实体真实的目的，“刑事诉讼法”第二条规定：“实施刑事诉讼程序之公务员，就该管案件，应于被告有利及不利之情形，一律注意。”本条特别课予所有的从事刑事追诉与审判的国家机关高度的“客观性义务”（Verpflichtung zur Objektivität）¹⁰，据此，不但追诉机关，即便是审判机关在从事刑事诉讼的职务时，都必须同时注意

8 Offizialprinzip 直译为“职权原则”，但是本文依照其内涵，译为“国家追诉原则”，其相对的概念乃“私人追诉制度”。若将 Offizialprinzip 译为“职权原则”，容易与台湾通称的“职权主义”一词产生混淆，因为台湾通称的“职权主义”，是指“调查原则”（Untersuchungsgrundsatz）而言（参见下文二），乃台湾通称之“当事人主义”的相对概念。其实，国家追诉原则是大多数现代刑事诉讼法的共通原则，与所谓的职权主义或当事人主义无关，说得白话一些，无论在采行所谓职权主义的德国还是采行所谓当事人主义的美国，犯罪发生后，国家机关都有义务发动追诉。

9 关于此项原则之基本概念与问题，请详见何赖杰，《刑事法院依职权调查证据之范围与限制》，《台湾本土法学》，第二期，1999年6月，第三十三页以下；刑事诉讼法改革对案系列研讨会，《之二：刑事法院依职权调查证据之范围与限制》（何赖杰报告），《刑事诉讼法改革对案》，2000年，第一一一页以下。

10 关于客观性义务，请详见林钰雄，《检察官论》，1999年，第三十页以下。附带说明：客观性义务除发现真实之目的外，还有平衡被告与检察官实力差距的意义，因为欧陆刑事诉讼的起草者，虽然尽力加强被告的防御权，但是根本上认为，纵使如此，被告的实力与有国家作为后盾的追诉机关，仍有一段差距，这段差距必须透过课予国家机关客观性义务的衡平措施来补偿。所以，即便对于有辩护人的被告，国家机关还是负有相当的客观性义务，必须同时注意对被告有利的情形。

对被告方面有利不利的事证与情况。客观性义务与发现真实的关联不难理解，因为在刑事诉讼最后的裁判结果出现之前，真相可能不利于被告，例如被告确实是犯人时，但也可能有利于被告，例如被告根本是无辜者。换言之，有利不利被告之情形，对于发现犯罪事实的真相，具有同等的重要性，也因此必须赋予同等的关注。 11

此外，“刑事诉讼法”第二二八条第一项规定：“检察官因告诉、告发、自首或其他情事知有犯罪嫌疑者，应即开始侦查。”本条项也是与发现真实息息相关的规定，因为一般刑事诉讼程序的流程是侦查、起诉、审判、执行，因此，发现犯罪事实真相的前提，当然是发动侦查。据此，代表国家主导侦查程序的检察官，一旦知有犯罪嫌疑时，即负有发动侦查的“法定性义务”（Verpflichtung zur Legalität），以免犯人因为国家机关的懈怠而逍遥法外，这也是国家追诉原则的结果。简之，国家追诉原则、法定原则及发现真实目的，可以说是息息相关，而本条项则是其共同的体现。

就【案例一】所示情形，法官基于澄清犯罪事实真相的义务，调查证据后发现被告乙并非真正犯人，无论乙系基于何种动机而顶替犯罪，法官必须基于发现实体真实的结果而无罪开释乙，至于丙因未经起诉，基于控诉原则不告不理之要求（“刑事诉讼法”第二六八条），法官仅能也仅应依照“刑事诉讼法”第二四一条所定的告发义务而职权告发，当然不得径行审判。此外，凶刀上其他人的指纹乃有利于被告乙的证据资料，检察官基于其客观性义务，原不应忽略或隐瞒该项与待证之杀人事实有重要关联性的证据资料，法官则无论基于澄清义务或客观性义务，都必须注意该项有利于被告之证据资料。附带一提，所谓的有利于被告，在此是指有利于被告获得无罪判决而言，纵使被告因为主观的情感因素而宁受有罪判决，也不会影响法律上有利不利的判断基准。

三、比较法制

若从刑事诉讼的比较法及法制史来看，发现真实经常被视为古今中外刑事诉讼的主要目的，乃至唯一的，差别在于各个时代与不同国度，对于何种刑事诉讼程序较能发现真实的认知有所不同。以盛传于华人社会的包青天传奇为例，成为明镜高悬的“青天”，必要条件当然是发现真实、不纵不冤，至于传奇案件是否真能通过现代刑事鉴识学以及现代法治国原则的考验，则是另外一回事。¹¹同样地，在欧洲中古时期的纠问诉讼之下，刑求审讯甚而被视为发现真实的利器，尤

11 请参阅刘恒奴，《由包公系列小说看传统中国正义观》，《月旦法学》，第五十三期，1999年10月，第三十五页以下。

以审判“女巫”之程序(Hexenproze.)¹²为然,无数“涉嫌”犯女巫罪的被告,在不堪刑求凌虐之后,坦然“自白”,细说如何施用“巫术”,加害“无辜人畜”,招致“年节歉收”,最后难逃被烧死的厄运。“刑求创女巫”(erst die Folter schuf die Hexen),在刑求审讯之下,既然连所谓的“女巫”都会“招供”了,更遑论其他刑案中无辜的被告了。及至启蒙时代之后,刑求审讯能够发现真实的迷思,才被扬弃。

13 以上是法制史上的素材,不过,以发现真实的反省来看,对于当代刑事诉讼制度更具启示性意义者,是大陆法系与英美法系刑事诉讼制度在发现真实的方式上所呈显的差异。英美法由于采行“当事人主义”(Adversary System; Parteiproze.)¹³之故,其法官的职责与中国台湾地区不同,并不负有澄清义务,但这绝不表示发现真实不是英美法系刑事诉讼程序的目的,相反地,美国华盛顿大学教授丹尼尔·傅特(Daniel H. Foote)¹⁴在谈到当事人进行主义的传统角色时提到¹⁵:“有史以来,发现真实向来被视为刑事审判的主要目的,而在英美的概

12 Vgl. Manfred Hammes, Hexenwahn und Hexenproze., 1995; Eckart Kle. mann, So unschuldig wie Gott im Himmel, in: Gro. e Prozesse, 1996, S. 167 ff.

13 Adversary System 可勉强译为当事人主义,但不宜译为当事人进行主义,理由简叙如下:一、此字的原意应是“(两造)对抗制度”,直译更能反映其两造双方相互抗衡之制度设计的根本精神。二、纵使沿袭台湾的传统译名,也应译为当事人主义,而非当事人“进行”主义,因为所谓的当事人主义才是相当于 Adversary System 上位概念,其下包含当事人“进行”主义(又译为当事人辩论主义)、当事人处分主义及其他派生原则,因此,将 Adversary System 译为当事人进行主义,容易混淆上下层次的概念。三、若以德日译名比较,Adversary System 相当于德文的 Parteiproze., 其中文的意思就是“两造诉讼(制度)”或“当事人诉讼(制度)”,与“(两造)对抗制度”的原意较为接近,并且也是德国民事诉讼程序的构造原则,其下又分为前述几种派生原则(关此,请参阅林钰雄,《刑事诉讼法(上)》,2000年,第六十五页以下(→2.5);另请参阅陈志龙,《人性尊严与刑法体系入门》,1995年,第五六五页以下),因此,Parteiproze. 也不能译为当事人进行主义;又,日文的译名为当事者主义,转译为中文便是当事人主义或原则(原则较主义为佳),至于当事人进行主义或当事人处分主义,同样只是当事人主义的下位概念而已,因此,也不应将当事人主义与当事人进行主义混淆(请参阅土本武司原著,董璠舆/宋英辉合译,《日本刑事诉讼法要义》,1997年,第十二页)。唯本文因为援引翻译文稿之原文,并未更动原译者所使用的翻译名称,因此,引文中所称的当事人进行主义,是指当事人主义,精确的意义其实便是指称英美法制的两造对抗诉讼制度而言,下文不再一一叙明。

14 丹尼尔·傅特(Daniel H. Foote)教授,美国哈佛大学学士及法学院法学博士,曾任美国联邦最高法院首席大法官伯格(Burger)助理、执业律师、华盛顿大学法学教授等职,现任华盛顿大学法学院韩德森东亚法学研究讲座教授暨日本东京大学访问教授,专攻领域乃比较刑事司法、日本之犯罪、司法与社会。1999年2月及7月, Daniel H. Foote 教授曾经受“法务部”之邀请,两度来台演讲。本文引用之文献,乃其第一次来台所发表之演讲。

15 Foote 著,王兆鹏译,《当事人进行主义——日本与美国》,《法学丛刊》,第一七四期(=第四十四卷第二期),1999年,第十八页。

念中，当事人进行主义又被视为能达到此目的之比较好的方式。对于检察官与辩护律师于审判中，仅追求胜利，而弃‘真实与正义’（truth and justice）不顾，早于1909年时，庞德（Roscoe Pound）即责难此现象为‘运动型司法正义理论’（sporting theory of justice）。虽然如此，至少一直到最近，美国大众及法界大多数成员，仍认为发现真实为刑事诉讼程序最终极的目的。”“对辩护律师角色的权威评论者弗德曼（Monroe Freedman），曾直言当事人进行主义是发现真实最有效的审判方式（the most effective means of determining the truth），此种说法反映了一般大众广泛的信念。伟格莫儿（John Henry Wigmore）也认为当事人进行主义的诘问证人，为‘法律史上为发现真实所发明最伟大的法律器具’（the greatest engine ever invented for the discovery of truth）。”

14

质言之，不管是美国一般民众或法界人士，一样肯认发现真实是刑事诉讼的目的，由此可知，发现真实作为刑事诉讼之目的，与大陆法系或是英美法系无关，两者差别只不过在于诉讼构造及进行的方式有别而已。英美法之所以采取当事人诉讼制度，并不是认为刑事诉讼无庸发现真实，而是认为这种制度，尤其是其中的交互诘问，比其他刑事诉讼制度更能发现真实而已。¹⁶至于是否果真如此，则取决于诸多配套的条件与制度。Pound的质疑言犹在耳，Foote随即提到近来美国社会对于美国刑事司法程序的观感有所改变，许多民众已经开始怀疑这套制度是否真能发现真实，引爆的事件则为金恩（Rodney King）及辛普森（O. J. Simpson）案等等的审判。在金恩案中，警察粗暴残酷地当街殴打平民金恩，正好被路人以摄影机拍下全程，然而，加州法院审判这些警察，最后却宣告无罪判决，这令人怀疑美国的当事人诉讼制度是否真的比较能够发现真实。在辛普森案中，该案检察官及辩护律师，所使用的当事人诉讼制度的技巧及策略，透过电视现场实况转播及评论家的详细分析，让人觉得双方当事人的目的在于阻碍真实的发现，而非发现真实。¹⁷两造无所不用其极的对抗结果，让刑事诉讼越来越偏离发现真实的轨道，因而，认为美国当事人诉讼制度下的程序，不过是一种竞赛而已的人相当多，这些竞赛当中的失败者，也就是诉讼结果被判有罪而到监狱服刑的被告，通常也认为他们只是输了比赛罢了。根据Foote实际与美国监狱受刑人晤谈的结果，其中大部分都未见表示反省的态度。他们认为，他们之所

15

16 关于诘问，请参阅林钰雄、蔡兆诚、蔡秋明等合著，《法庭诘问活动》，2000年；Francis L. Wellman著，周幸/陈意文译，《交叉询问的艺术》，1999年，商周出版。

17 Foote著，王兆鹏译，《当事人进行主义——日本与美国》，《法学丛刊》，第一七四期（=第四十四卷第二期），1999，第十八页以下。

以会入监服刑，不是因为自己做错了事，而是因为没有钱聘请到好的律师打赢官司。严重的是，辛普森案之后持这种想法的人越来越多，虽然一般美国人对于辛普森究竟是有罪或无罪，看法两极，争论甚为激烈，不过无论哪一方大概都同意：如果辛普森没有足够的资力聘请“梦幻队伍”的优秀律师因为他辩护，一定会被判有罪。¹⁸简言之，正是因为坚持发现真实必须作为刑事诉讼的目的，所以，在这些案件之后，美国刑事司法制度才会受到如此重大的怀疑。

不过，纵使如此，也绝不能据此道出英美法比大陆法更不能发现真实的泛泛结论，反之亦然。因为欲作这种论断，首先必须交代比较的标准，再者必须辅以广泛的实证研究，谈何容易。反于真实的裁判，成因复杂，可能发生于任何时代与任何法制，与大陆法系或英美法系并无必然关系。不过，无论何种法系，关于误判的研究，可以说是检验刑事诉讼是否能够达到发现真实目的非常重要的反省来源，根据许多外国的实证研究，刑事诉讼经常在一开始侦查时就已经铸成大错，导致后来难以避免的误判¹⁹，证人指认过程的瑕疵，可以说是其中最为明显的事例之一。²⁰

16

叁、法治程序

一、基本概念

尽管发现真实并施加行为人应得的惩罚，是刑事诉讼的重要目的，但是，这绝不表示刑事诉讼容许以不择手段、不问是非及不计代价的方法来发现真实，因为现代国家的刑事诉讼同时追求其他的目的，尤其是合乎法治国基准的诉讼程序。法治程序，可谓国家独占刑事司法的配套措施，因为独占地位意味着国家的权力随之扩张与膨胀，因而，在追诉的过程中，国家大权无时无刻不威胁着无辜

18 Foote 著，蔡秋明译，《日美比较刑事司法研究授业回顾》，《法学丛刊》，第一七四期（=第四十四卷第二期），1999年，第六十六页以下，第七十一、七十二页。

19 Vgl. Peters, Fehlerquellen im Strafproze. Eine Untersuchung der Wiederaufnahmeverfahren in der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 1972, vor allem S. 348f.; vgl. auch Geisler, Stellung und Funktion der Staatsanwaltschaft im heutigen deutschen Strafverfahren, ZStW 93 (1981), 1109, 1119 ff.; Peters, Strafproze., 4. Aufl., 1985, S. 168, S. 170.

20 关于证人指认的问题，请参阅王兆鹏，《证人指认之瑕疵及防制》，《刑事被告的宪法权利》，1999年，第二〇三页以下；另外，关于证人指认错误并因而导致误判的实际案例，可以参考 Elizabeth Loftus/Katherine Ketcham 著，林淑贞译，《辩方证人：一个心理学家的法庭故事》，1999年，商周出版。

的涉嫌者，乃至不受欢迎的人物。除非崇尚专制擅权的绝对主义，否则，在赋予国家追诉与刑罚权的同时，设定界限以防范任何滥用与擅断的危险，殆属必要。²¹

事实上，法治程序的价值，可以说是伴随个人权利的价值以及刑事追诉过程中对个人权利可能造成的干预而来。为了澄清犯罪事实的真相，国家必须使用诸多的强制手段，而这些手段不可避免地将会严重干预可能的嫌疑人，乃至其他第三人的生活及权利。因此，法治国家中刑事诉讼法责无旁贷的任务，便是以一套“诉讼规则”（Proze. ordnung）来规制并厘清追诉程序中国家与个人之间权利与义务的界限，使双方有所适从，一方面便利国家完成其追诉处罚的功能，另一方面提供个人有效的权利保护，以防范国家方面无根无据或者不合比例的过度干预。

17

应予特别注意，在诉讼结果，也就是终局裁判确定之前，整个刑事诉讼还是处在“发现”真相的“不确定”阶段，此种不确定状态越加突显确定的诉讼规则之重要性：被告最后可能被发现是无辜的，诉讼规则可以保护其免于受到任何的不正追诉及过度的自由限制；纵使是最后被判定为有罪的被告，诉讼规则也保障其实现应有的主体地位及辩护权利。有鉴于此，法治程序必须至少在形式上合乎诉讼规则，也称为“程序之司法形塑性”（Justizf. rmigkeit des Verfahrens）²²，无论是对有罪者还是对无辜者所为的刑事司法裁判，只当其践行对被告权利的程序保障之后，才能称其为遵照诉讼法规并因而合乎司法形塑的裁判，正是因为刑事司法这种形塑性的要求，所以台湾地区“刑事诉讼法”第一条便开宗明义指出：“犯罪，非依本法或其他法律所定之诉讼程序，不得追诉、处罚。”若将刑事诉讼得出结果的过程比喻为制作石膏像，则司法形塑性犹如辅助定型的模具，石膏浇料必须妥适灌入模具后，才会合乎所欲的造型，如果将模具扭曲变形，石膏像当然会走样，阿波罗可能会变成阿匹婆。

不过，形式上合乎诉讼规则，并不是法治程序的全部内涵，因为实定法规未

18

21 Vgl. Roxin, Strafverfahrensrecht, 1998, § 1 Rdnr. 2.

22 Vgl. vor allem Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur Strafproze. ordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, 2. Aufl., 1964, Rdnr. 22 ff.; ähnlich auch Beulke, Strafproze. recht, 1998, Rdnr. 5; Kramer, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts, 1997, Rdnr. 13a; Krey, Strafverfahrensrecht I, 1988, Rdnr. 35; Ranft, Strafproze. recht, 2. Aufl., 1995, Rdnr. 2; Roxin, Strafverfahrensrecht, 1998, § 1 Rdnr. 2. 关于 Justizf. rmigkeit des Verfahrens 之中文译名，尚未见统一，有将之翻译为“诉讼的司法形式”者，如刘秉钧，《刑事诉讼法之基本概念》，《刑事诉讼之运作——黄东熊教授六秩晋五华诞祝寿论文集》，1997年，第二六三页以下，第二六六页；有将之翻译为“司法程序之格式性”者，如 Roxin 著，吴丽琪译，《德国刑事诉讼法》，1998年，第三页。

必完善，此时，刑事诉讼法的原理原则及宪法宣示的基本价值，可能成为充实法治程序的实质内涵。台湾地区“大法官”释字第三八四号关于“检肃流氓条例”所为的解释，可谓其中一个例证，本号解释中，“大法官”认为“‘检肃流氓条例’第六条及第七条授权警察机关得径行强制人民到案，无须践行必要之司法程序；第十二条关于秘密证人制度，剥夺被移送裁定人与证人对质诘问之权利，并妨碍法院发现真实……欠缺实质正当，与首开‘宪法’意旨不符。”²³

二、法规依据

关于法治程序，实定法规的依据不胜枚举，若就法条的数量比例来看，现行整部“刑事诉讼法”，可以说是以法治程序为主所建构的法典，除了前述“刑事诉讼法”第一条之外，举凡搜索、扣押、羁押、逮捕等等强制处分的要件限制（“刑事诉讼法”第七十一条以下参照），以及被告讯问保持缄默、选任辩护及其告知义务以及不正讯问方法之禁止等等的权利保障条文（“刑事诉讼法”第九十五条、第九十八条、第一五六条），都是法治程序的相关规定。此外，台湾地区“宪法”也有关于基础法治程序的原则性规定，以彰显其特殊价值，其中最为重要的规定包括“宪法”第八条关于拘束人身自由的程序规定，以及从“宪法”第二十三条所道出的法律保留原则（Grundsatz des Gesetzesvorbehaltes）与比例原则（Grundsatz der Verhältnismäßigkeit）。鉴于“宪法”在规范体系上的优位性（Vorrang der Verfassung），这些共同构成法治程序的基础原则，也成为刑事诉讼法上位的指导原则及根本的规范目的，消极方面，刑事诉讼法规不得与上述原则抵触，积极方面，刑事诉讼法必须具体充实上述原则的实质内涵。²⁴

三、目的冲突

理想的刑事诉讼程序，应该是实体上合乎真实并且程序上合乎法治。例如，依法践行前述的诘问与对质，既合乎司法形塑，又有助于发现真实，法治程序与

23 当然，从法学方法上而言，有无必要上溯“宪法”原则来解决秘密证人问题，值得讨论。因为，诘问本来就是“刑事诉讼法”所赋予辩方的权利，审判长只在认为不当时才能禁止（“刑事诉讼法”第一六六条、第一六七条），另外，根据法院的澄清事实真相的调查义务（“刑事诉讼法”第一六三条），法院因发现真实之必要，自当命证人与证人或证人与被告对质，这不应是法官的自由裁量权限，而是法官的“义务”。因此，纵使不谈实质正当问题，秘密证人制度已经违反构造现行刑事诉讼程序的基础要求！唯台湾以往实务见解似乎认为对质是法官自由裁量的权限（如1939年上字第2975号判例），有待商榷，“大法官”释字第三八四号解释可以说是间接否定上开实务见解之正当性。

24 关于宪法优位性原则与刑事诉讼法之关系，请参阅林钰雄，《刑事诉讼法（上）》，2000年，第十九页以下（→1.4）。

发现真实相辅相成。然而，现实上各国（地区）刑事诉讼程序的典型问题，便是上述两个目的之间的冲突：裁判可能程序无瑕，但是内容的认定错误，更可能是实体结果合乎真实，但是程序践行却违反规定，当然也有可能鱼与熊掌皆不得，既不合乎实体真实又不合乎法治程序。

发现真实与法治程序之间的冲突如何妥善解决，可以说是刑事诉讼法的核心课题。就基本价值与基本价值之间相互冲突的解决之道，一般而言，谋求调和是胜于单纯牺牲的方法，亦即，解决冲突并不必然意味牺牲一方而成就另外一方，而是在尽可能的范围之内，谋求并存的方案，并且，在迫不得已时，仅做最小限度的牺牲。²⁵虽然，各个具体案例的解决之道可能备受争议，但是，就抽象基准而言，既然发现真实与法治程序同为刑事诉讼的目的，并且无法泛泛道出何者必然优于何者的简单铁律²⁶，因此，至少可以肯认一项基础原则：刑事诉讼法不容许以不择手段、不问是非及不计代价的方法来发现真实。台湾地区“司法院大法官会议”在其第三九二号解释理由书中，就人身自由之保障所揭示之“正当法律程序”原则亦已表明“‘国家’为达成刑事司法究明案件真相之目的，非谓即可诉诸任何手段”²⁷。

20

以上所谈者，乃刑事诉讼立法与司法共通的基础原则。若针对司法面向，即刑事诉讼法的运用层面而言，发现真实与法治程序之间的冲突如何解决，还必须区分“已经立法明文规范”与“未经立法明文规范”两种情形来处理。就前者而言，最为明显的事例，莫过于以不正讯问方法所得被告自白的证据能力问题，就此，台湾地区“刑事诉讼法”第九十八条明定：“讯问被告应出于恳切之态度，不得用强暴、胁迫、利诱、诈欺、疲劳讯问或其他不正之方法。”本条规范目的在于确保被告陈述与否之“意思决定及意思活动的自由”（Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung），即台湾地区学说上通称之“任意性”，此种不正讯问方法之禁止，乃法治国刑事诉讼程序以及人性尊严不可侵犯（Un-

25 在公法上，类似的方法经常使用于基本权与基本权之间的冲突，称为 Praktische Konkordanz，请参见 Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, Rdnr. 317 ff.

26 Vgl. Roxin, Strafverfahrensrecht, 1998, § 1 Rdnr. 3.

27 德国联邦最高法院在 1960 年闻名的私人秘密录音案（BGHSt 14, 358 ff.）中，早已斩钉截铁地表示“不计代价之真实发现，并非刑事诉讼之原则”，并且进而否定私人秘密录音所得证据资料的证据能力。此则可能是德国战后被引用最多的证据禁止判例，其所宣示的基本价值及因此确立的真实发现之界限，迄今仍支配德国证据禁止的学说与判例。请参阅林钰雄，《德国证据禁止论之发展与特色》，《律师杂志》，第二三二期，1999 年 1 月，第五十六页以下，第六十一页。

antastbarkeit der Menschenwürde) 的根本要求²⁸, 有鉴于此, 台湾地区立法并于第一五六条第一项明文规范其违反之法律效果: “被告之自白, 非出于强暴、胁迫、利诱、诈欺、违法羁押或其他不正之方法, 且与事实相符者, 得为证据。”

使用不正方法所得的被告自白, 有可能背离实体真实, 此种例证不胜枚举, 如前述的欧洲中古女巫审判及现代台湾的王迎先命案等, 此时, 无论基于发现真实或法治程序的立场, 皆应排除该自白之证据能力。然而, 符合真实的情况也不在少数, 如【案例二】所示情形, 此时, 发现真实与法治程序的目的会产生冲突, 而从上述法条的文义可以明显得知, 在不正讯问被告之问题上, 立法者已经权衡过目的冲突, 并且赋予法治程序优位性, 因而, 纵使以不正讯问方法所得的被告自白与真实相符, 也无证据能力。简单地说, 因为不正讯问被告对于法治程序会造成根本性的动摇, 是以, 发现真实必须退居次位, 这是立法者已经形诸明文规定的价值判断, 司法者必须遵守, 纵使在具体个案中自白有助于发现真实, 司法者也不能逾越本分, 将之采为有罪裁判的基础。²⁹

其次, 再就“未经立法明文规范”的情形来说, 法律漏洞是其中的典型。就本文脉络而言, 通常发生于刑事诉讼法固然规定合乎司法形塑的法治程序应该如何进行, 但却未言明违反程序的法律效果如何时; 以下仅以不正方法讯问证人为例, 说明解决之道。依照“刑事诉讼法”第一九二条准用第九十八条之规定, 讯问证人亦不得使用不正之方法, 然而, 就违反的法律效果而言, 并无相当于前述第一五六条的规定。如果以不正方法所得的证言合乎真实, 则会涉及发现真实与法治程序的目的冲突问题, 此时, 由于立法留白, 法官必须以前述的调和方法来探求解决之道, 而相关条文中所呈显的基本价值, 则是调和的媒介。具体言之, 从前述的说明可知, “意思决定及意思活动自由”的保障, 乃法治国刑事诉讼程序以及人性尊严不可侵犯的根本要求, 此点适用于所有的“人”, 不独对被告为然; 不正讯问证人, 尤其是刑求, 同样是对于法治程序的根本否定, 真实发现应该退乎其次, 更何况排除特定证人的证言, 未必完全否定真实发现的可能, 因为法官也可能以合法取得的其他证据来发现真实, 因而, 此种目的冲突的调和之道, 乃排除以不正讯问方法所得之证言, 以维护法治程序的最低度要求, 但并不禁止法院以其他合法方法来发现真实。在法学方法上, 因为具备“类似性”

28 Vgl. Boujong, in: Karlsruher Kommentar zur Strafproze. ordnung, 4. Aufl., 1999, § 136a Rdnr. 1; Kleinknecht/Meyer-Go. ner, Strafproze. ordnung (StPO), 43. Aufl., 1997, § 136a Rdnr. 1.

29 虽然立法已经明文禁绝, 然而, 从台湾地区法制现实上的运作来看, 令人怀疑司法者是否确实遵守本条的价值取舍。笔者据闻曾有法官在被告提出刑求抗辩时当庭驳斥: 你被刑求不表示事情不是你做的! 这种反乎刑事诉讼根本目的以及背离立法基本价值判断的做法, 可能使得本条的规范目的尽丧!

(Ähnlichkeit), 因此以类推适用“刑事诉讼法”第一五六条的规定来解决证人相类的问题。

【案例二】乃合乎真实发现但背离法治程序之典型案例³⁰, 首应区别“自白”与“赃物”两个不同层次的证据来处理, 不能混为一谈, 因为两者涉及的概念层次不同, 判断标准也不同: (一) 自白乃直接因不正方法所得的证据, 立法权衡之后认为此种情形真实发现应退居次位, 因而明文禁止法官将该证据采为裁判之基础, 即无证据能力, 此即所谓的证据使用禁止, 也称为证据排除。(二) 反之, 因违法手段取得自白证据 (即第一次证据、原始证据), 再依该证据而以合法手段取得之其他证据资料 (即第二次证据、衍生证据; secondary or derivative evidence), 如本案之赃物, 此乃证据使用禁止之“放射效力” (Fernwirkung) 问题, 即美国判例所发展出来的“毒树果实理论” (fruit of the poisonous tree doctrine) 的问题。³¹到底应否承认放射效力? 即应否禁止“毒果”作为证据? 无论中国台湾地区、德国或日本立法, 就此皆未明文规范, 学说与实务出现的见解不一而足。本文目的不在于解析此案, 而是以资说明无论正反双方所使用的论证, 多半不脱发现真实、法治程序及其目的冲突。否定放射效力者认为, 如果一概禁绝所有的衍生证据, 等于是彻底抹煞发现真实; 至于赞同毒树果实而肯定放射效力者, 主要论据之一即是导正追诉机关纪律, 维护法治程序价值; 另一种居间的看法, 认为放射效力问题不能如此一概而论, 而应就更为具体的案型来衡量目的冲突, 并无何者必然优于何者的铁律, 德国通说与判例所采取的权衡理论 (Abw. gungslehre), 基本立场即是如此, 另外, 美国后来限缩毒树果实范围的

23

30 关于下述较为详细的说明, 请参阅林钰雄, 《从基础案例谈证据禁止之理论与发展》, 《刑事诉讼之运作——黄东熊教授六秩晋五华诞祝寿论文集》, 1997年, 第一页以下; 林钰雄, 《违法搜索逮捕之证据禁止及其放射效力——评花莲地院1996年度易字第9八九号刑事判决》, 《罪与罚——林山田教授六十岁生日祝贺论文集》, 1998年, 第四百八十五页以下。

31 根据“毒树果实”的比喻, 国家机关使用违法手段取证, 犹如在干净土壤下毒一般, 因为使用违法手段而直接取得的证据, 即是“毒树” (即原始证据, 如本案自白), 而基于该等原始证据再以合法手段取得的其他证据, 犹如从毒树长出来的“毒果” (即衍生证据, 如本案赃物)。毒树果实理论所处理的, 是“毒果”的问题 (即本文所称的放射效力问题), 而非“毒树”的问题 (另请参照蔡秋明, 《美国刑事程序中之证据排除法则简介》, 《律师杂志》, 第二三二期, 1999年1月, 第三十五页以下, 第四十一页)。然而, 台湾探讨违法取得证据的证据能力时, 无论是坊间报道、法学论著乃至于裁判本身, 经常混淆上述两个层次, 误以为“只要排除违法手段取得的证据, 就是采取毒树果实理论”。批评仅参阅前引《律师杂志》, 第一页 (编者的话); 林钰雄, 《违法搜索与证据禁止》, 《台大法学论丛》, 第二十八卷第二期, 1999年1月, 第二五二页注二; 林钰雄, 《违法搜索逮捕之证据禁止及其放射效力——评花莲地院1996年度易字第9八九号刑事判决》, 《罪与罚——林山田教授六十岁生日祝贺论文集》, 1998年, 第四百八十五页以下, 第五一〇页注三十一。

诸多判例，结论也颇为类似。

24 肆、法和平性

一、基本概念

刑事诉讼存在的另一个目的，在于得出能够维持“法和平性”（Rechtsfrieden）的裁判。犯罪固然是对于社会和平共同生活的损害，但是，刑事诉讼经由法定程序之践行与终结来处罚犯人释放无辜，并借此回复原来因为犯罪而受损的法和平性。通常，实体上越是合乎真实正义，程序上越是合乎法治规定的裁判，越能令人心悦诚服，因而也就越能达到法和平性的目的。真实正义的前提是裁判所认定的事实正确，否则，无辜者受刑，有罪者逍遥，社会生活与法律秩序也无和平可言，这也说明发现真实与法和平性之间的正比关系。除此之外，裁判结果是否合乎实体法上的刑罚目的，也是诉讼法上能否达成法和平性的指标，如果裁判结果能够满足被害人以及社会大众的应报心理，并且兼顾一般预防与特别预防的需求，我们才能期待各方不要再起争端。另外，偏离法治程序的重大瑕疵，也会损及法和平性的目的，我们不可能期待一个被刑求的被告对于采纳其自白的裁判心悦诚服。

简言之，刑事诉讼必须尽其可能透过程序经过及裁判结果，向被告、被害人及社会大众宣告系争的刑事案件在法律上已经“终局落幕”，以便回复社会的和平生活。但是，应予以注意，这里所谓的和平，仅是法秩序的和平而已，因为纵使处死犯人，法律也不可能完全平复因为犯罪对于被害人及其家属所造成的创伤，刑事诉讼最多仅能在合乎刑罚目的的范围之内，满足各方的应报需求而已，更何况应报之外还有预防的考量。不过，无论如何，既然裁判应该具有宣示刑事法律争端已经终局落幕的功能，势必要有确定法律状态并禁止再起争端的功能，否则之前大费周章进行的程序岂非枉然？为了这种“法安定性”（Rechtssicherheit）的考量，也为了避免同一被告被一罪两罚（Ne bis in idem），诉讼的终局结果，也就是确定的裁判，在法律上必须具有禁止再行争执的效力，这就是实体确定力（Rechtskraft）。因此，法安定性可以说是法和平性的重要内涵。

二、法规依据

现行法上关于裁判之确定力的相关规定，正是基于法安定性的考量而来。据

此，终局裁判确定之后，系争的法律关系也就此确定，因而产生禁止再行追诉审判的法律效力，若于侦查中再行争执，检察官应依“刑事诉讼法”第二五二条第一款以案件曾经判决确定为由，为不起诉处分；若于审判中，法院应依“刑事诉讼法”第三〇二条第一款判决免诉。再者，从现行法上再审与非常上诉这两种非常救济制度的规定（“刑事诉讼法”第四二〇条以下、第四四一条以下参照）也可以反面推知，裁判确定之后，其所认定的实体关系原则上会产生确定力。此外，现行法上关于上诉抗告等“期间”的规定（“刑事诉讼法”第三四九条、第四〇六条等参照），也是为了法安定性的考量，因为若无期间限制，法律状态将会因而悬而不决。

三、目的冲突

正如真实发现与法治程序的冲突一样，法安定性也会与真实发现与法治程序产生冲突。同样地，法安定性也无必然优于刑事诉讼其他目的的绝对地位，反之亦然，因而，目的冲突的解决之道，不在于抽象地排定三者之间的优劣地位，而在于以前述的调和方法，就具体案型归类分析，区别立法已经明文规范与立法未经明文规范两种情形来处理。³²

现行“刑事诉讼法”的非常救济程序，即再审与非常上诉制度，正是立法权衡上述目的冲突之后的结果。本来，如前所述，纵使诉讼程序有所瑕疵或裁判结果认定出入，基于法安定性的考量，原则上不容再行争执；然而，太过坚持法安定性，不但可能阻绝真实发现，甚且可能坐视法治程序的重大违反。为了避免过度牺牲其中任何一项目的，现行立法所寻找的平衡点在于原则上承认裁判的确定力，但在合乎严格要件的例外情形，容许非常救济来排除裁判的确定力。

26

32 附带说明：德国学说上少数见解认为，刑事诉讼唯一及终极的目的，就是巩固法的和平性，据此，发现真实与法治程序本身都不是刑事诉讼的目的，而是追求法和和平性的手段。例如，反于发现真实的裁判，会减损乃至抹煞法和和平性，所以才应发现真实；同理，重大悖乎法治程序的诉讼，一样会颠覆法律秩序的和平基础（vgl. nur Rie., in: Sch. fer-FS, 1980, S. 155, S. 168 ff. mit weiteren Schrifttumsnachweisen）。不过，笔者认为，就区别标准来说，法和和平性本身是较发现真实、法治程序更为模糊的概念，似乎不宜太过膨胀其内涵，否则概念就更难掌握；另外，就区别实益而言，以法和和平性来一统天下，作为唯一目的，作用应该在于避免一种以上的目的并存时必定产生的目的冲突问题，因为既然是唯一目的，也无所谓与其他同等价值的目的产生冲突的问题，然而，纵使上述见解的代表者，还是承认并处理法和和平性与发现真实或法治程序之间可能产生的冲突（so z. B. Rie., a. a. O.），因此，上述少数见解似乎并无真正的实益。中国台湾地区亦有持单一终极目的的学者，唯内容与上述德国见解不同：“虽谓刑事诉讼法具有发现真实与保障人权之两个目的，但其终极目的则——亦即，维持现有体制”或称“维持现有体制千千万万之年安泰”，参见黄东熊，《刑事诉讼法论》，第三版，1995年，第五页。

以再审为例，原意在于救济原审裁判错误的事实认定，如果仔细分析再审所设的程序规定，不难得知立法者尽其可能调和法安定性与真实发现及法治程序的努力，以下两点则是其权衡的结果：

27 (一) 必须有明显的事证可资评断原审裁判严重背离真实发现，才能推翻法安定性的要求，此即“刑事诉讼法”第四二〇条至第四二二条的声请再审理由之限制。如【案例三】所示情形，被告虽受无罪判决确定，但从后来的出书事件可资评断原判决可能严重背离事实真相，所以容许再审（“刑事诉讼法”第四二二条第二款），此乃基于发现真实之考量；又如，原判决法官经判定犯违背职务之罪而足以影响原判决者（“刑事诉讼法”第四二〇条第一项第五款），则除发现真实外，亦在维护法治程序的目的。

(二) 在尽可能的范围之内，仍然维护法安定性的要求，设定声请再审之期间，因而，于第四二一条所定情形，因重要证据漏未审酌而声请再审者，应于送达判决后二十日内为之；于第四二二条所定情形，判决确定后经过“刑法”第八十条第一项期间二分之一者，不得为之（“刑事诉讼法”第四二四条、第四二五条）。由此可知，发现真实只是对于法安定性的范围形成限缩，但未至全面推翻法安定性的基本价值。

28 应予特别说明者，乃就上述目的冲突的调和之道，虽然本文区别已经立法与未经立法明文规范两种情形来处理，但是，在具体的运用上，也可能发生相互交错的案例，纵使是立法已经明文规范，常常还是有法律解释的空间及必要。例如，上述不正讯问方法（上文叁、三），何谓胁迫？何谓诈欺？就有从宽从严认定之别。³³又如，迟误期间的回复原状（“刑事诉讼法”第六十七条以下），也是立法者折冲与权衡法安定性与发现真实及法治程序的结果，虽然立法因而明文规范声请回复原状的要件乃“非因过失”，但是，如【案例四】所示情形，究竟因辩护人过失而迟误上诉者，能否视为本人之过失？立法者并未直接回答此一问题，因而，除以法律解释方法直接探求本条所称过失的意义之外，本文所提目的冲突的解决之道，也是辅助方法，然而，台湾地区实务见解倾向认为辩护人的过

33 以中国台湾地区法与德国法运作之比较为例，虽然法律列举之不正方法雷同，但是，德国实务则严格要求法治程序，对于不正方法的解释则相当广泛（Kleinknecht/Meyer-Go. ner, StPO, 1997, § 136a Rdnr. 6 ff.），连说谎都在禁止之列。关此，中文文献请参阅 Roxin 著，吴丽琪译，《德国刑事诉讼法》，1998年，第二六四页以下。

失等于本人的过失，似乎太过强调法安定性在目的冲突时的优越地位。³⁴

伍、结语

本文认为，刑事诉讼不外乎追求发现真实、法治程序及法和平性三大目的。无论是纠问制度或控诉制度，也无论是大陆法系或英美法系，发现真实可以说是古今中外刑事诉讼制度所共同追求的目的，差别仅在于各个时代各个法制，对于何种诉讼结构是较有利于发现真实的认知有所不同，至于所谓“大陆法有罪必罚、英美法无罪推定”的二分法，恐怕是无稽之谈。但是，发现真实既不是现代的刑事诉讼法所追求唯一的，也不是最高的目的，而是与法治程序及法和平性并驾齐驱的目的，法治程序设定发现真实的界限，以免国家在追诉犯罪并处罚犯人的过程，过度侵害被告或其他第三人的权利，简之，刑事诉讼法并不容许不计代价的真实发现。另外，刑事诉讼的理想，在于以实体认定正确及程序合乎法治的裁判，重新回复因犯罪而受损的法和平性，为此目的，确定裁判原则上必须有禁止再诉的效力，这也是一般所称法安定性的内涵。

29

然而，不同的目的之间难免产生冲突，并且，无法泛泛道出三种目的的优劣排名，因而，目的冲突如何妥善解决，可以说是刑事诉讼法的核心课题。就解决的基础原则而言，解决目的冲突之道，在于谋求并存调和而避免单纯牺牲，或在迫不得已时，仅做最小限度的牺牲。至于具体运用，则应先探究“已经立法明文规范”及“未经立法明文规范”两种情形处理，前者如非任意性自白的证据能力问题，后者则如毒树果实问题。

刑事诉讼的目的，虽然是刑事诉讼法的 ABC，但是，许多刑事争议问题的

34 如最高法院 1929 年抗字第一四八号判例。关于此点，德国通说与实务的见解显然较中国台湾地区更为注重被告权益的保障。虽然德国的辩护与律师制度较中国台湾地区健全，并且，律师因为诉讼上过失而损害当事人权益时，实务上确实课予其相当的损害赔偿。然而，纵使是选任辩护律师迟误上诉期间的过失，在德国也不当然视为本人的过失（vgl. BGHSt 14, 306, 308; 25, 89, 93; Kleinknecht/Meyer-Go. ner, StPO, 1997, § 44 Rdnr. 18; Krey, Strafverfahrensrecht I, 1988, Rdnr. 47 mit Anm. 36; Roxin, Strafverfahrensrecht, 1998, § 22 Rdnr. 17），因为辩护律师是法律专业者，当事人可以信赖其遵守上诉期间的法律规定，因此不能课予当事人督促专业辩护律师的义务。更重要的是，刑事判决对于被告权利所造成的影响重大，审级制度本来在于救济原审可能的错误认定或程序瑕疵，所以，尤其是关于罪责之认定与刑罚之科处，容许回复原状常常也有助于发现真实与法治程序的维护，因此，判断非因过失此一要件时，不能只顾法安定性的考量。

解决，往往必须回溯刑事诉讼的根本目的及其相互冲突的解决之道，这涉及基本价值的取舍与调和，因此，刑事诉讼法绝非所谓的技术法规。若以前述三大目的来检视台湾许多争议案件，无论是侦查、起诉、审判或执行，台湾实务还有许多值得努力的空间。以悬而不决、决而不行的苏建和等案为例，虽然经过三级三审，乃至三度非常上诉，仍然处于既不敢杀也不敢放的暂缓执行状态，原因何在？晦暗不明的事实真相，备受争议的证据认定以及挥却不去刑求疑云，使得确定裁判本身成为争端的来源，遑论杜绝争端、抚平伤口并进而回复法和平性的功能。³⁵又如，面对法界对于“惩治盗匪条例”已经失效的质疑³⁶，执行机关仍在1999年10月6日晚间一举枪决八名因为本条例被判处死刑确定的被告，刑事诉讼的目的达到了吗？纵使完全撇开死刑存废及预防目的不谈，枪决固然可能满足被害人及其家属乃至社会大众的应报心理，然而，应报以实体上正确的罪责认定为前提，否则只是“不应而报”，发现实体真实的意义是合乎实体刑法上所定犯罪的法律要件与法律效果，如果实体刑法本身产生失效问题，依照该法所为的裁判及后来的执行，不但一举颠覆罪刑法定原则及其他法治程序的根本基础，发现的恐怕也不是实体真实。我们能进而期待什么样的法和平性呢？

35 关于此案之评鉴，请参见“民间司法改革基金会”，《第一次刑事案件评鉴报告——苏建和等三死刑犯判决评论意见与摘要》，评鉴人：许志雄教授、许玉秀教授、李茂生教授、蔡墩铭教授及庄柏林律师，1996年6月。另一方面，“最高法院”亦曾召开刑事庭法官研讨会并将研讨结论及摘要函送各地方法院检察署，认为“外界感于被告等为脱免死罪之片面指控，泛指法院采证违法、侵害人权，进而质疑司法之公平、公正，对司法之公信，造成无比之伤害”。

36 关于“惩治盗匪条例”的效力问题，相关资料请参照林山田等，《惩治盗匪条例与特别刑法学术研讨会》，《台湾本土法学》，第三期，1999年8月，第一三一页以下；蔡兆诚，《惩治盗匪条例早已失效》，《律师杂志》，第二三五期，1999年4月，第八十八页以下；刘幸义，《论法律效力——兼评惩治盗匪条例之效力》，《台湾本土法学》，第四期，1999年10月，第四十一页以下。此外，包含笔者在内共二十位刑事法学者，也发表“惩治盗匪条例早已失效”的联合声明（1999年10月7日《自由时报》）。

论侦查法官

——兼论法官保留原则与直接审理原则

壹、前言：何谓侦查法官？

贰、侦查法官与强制处分

一、强制处分之权限分配

二、侦查法官与法官保留原则

(一) 权力制衡观点

(二) 工作方式观点

(三) 制度保障因素

1. 法官独立性原则

2. 法定法官原则

3. 听审原则

(四) 小结

叁、侦查法官与证据保全

一、严格证明程序

(一) 严格证明之概念

(二) 法定证据方法之限制

(三) 法定调查程序之限制

(四) 严格证明与自由证明之区别

二、直接审理原则之内涵

(一) 始终在场之要求

(二) 讯问笔录朗读之禁止

(三) 出于审理程序之心证

三、侦查法官与直接审理原则之例外

肆、侦查法官之审查权限

伍、结语

※本文原载《法治国之刑事立法与司法——洪福增律师八秩晋五寿辰祝贺论文集》，1999年8月，第一七九页以下。

壹、前言：何谓侦查法官？

侦查法官？法官也职司侦查吗？乍听之下，侦查法官（Ermittlungsrichter）此一概念似乎与传统理解的控诉原则（Akkusationsprinzip）有所龃龉，因为控诉制度之所以有别于过往的纠问制度，正是将刑事程序拆解为侦查（追诉）、审判两阶段，由新创之检察官主导侦查程序，原来纠问法官之权力则被削弱为单纯之审判官，避免纠问制度之下一人从头包办刑事程序的弊端，据此，不但检察官不司审判，法官当然也不司侦查。另外，基于不告不理，无起诉即无审判，法官的角色消极被动，只在检察官提起公诉后才能开始进行审判活动。准此以观，在控诉原则之下，法官绝无主掌侦查的道理。¹

侦查法官当然不是指从事或主导侦查追诉活动的法官，而是指在侦查阶段受侦查机关之声请²而决定特定侦查措施的法官，因此，并无直接抵触控诉原则之处。首应澄清者，乃依照控诉原则，检察官与法官虽然分别主导侦查程序与审判程序，但是也仅止于“主导”的地位而已，并无排斥其他诉讼主体参与或监督的内涵，更非不受节制的意思。据此，法官虽然在审判阶段指挥诉讼，乃至调查证据，但若

1 请参阅林钰雄，《检察官论》，1999年，第十四页以下。

2 这是指一般情况。在侦查法官担当“紧急检察官”（详见下文）为急迫的处分时，自然不待声请。不过，本文并不处理此种情形。

无检辩双方的参与，审判程序根本无法进行，同理，检察官虽然主导侦查程序之进行，但是这不表示所有侦查措施的终局决定权完全操在检察官一人之手。正是因为这个理由，所以侦查法官制度才有在控诉原则之下发展的余地。

检察官作为侦查主，基于澄清事实之必要并实现国家刑罚权之目的，原则上必须自行判断应该采用何种相应的必要措施。但是许多刑事诉讼法上的措施尤其是重要的强制处分，依法律乃至于宪法的明文规定，适用“法官保留原则”，(Grundsatz des Richtervorbehalts)亦即仅法官有权决定发动，因而，为使这些法官保留的措施能在侦查中发动并进行，又为避免危及检察官的侦查主地位，是以有侦查法官制度之创设。通常，侦查法官制度之运作如下：在侦查程序中，检察官若认为必须采用某一法官保留的侦查措施时，应向辖区的法官提出申请，法官认为申请合法时，应准许该申请，认为不合法时则驳回。

34

侦查法官制度有何功能？讨论的价值何在？这是本文研究的对象。由于各国（地区）法制因为各自不同的条件与设计理念，因而，侦查法官的功能也有所不同。以德国法为例，在侦查阶段，侦查法官主要有三种功能：一、依侦查机关的申请而为是否发动特定强制处分之决定，所谓的“特定”强制处分，即为法官保留之强制处分；二、依侦查机关之申请而讯问被告、证人或鉴定人，以便保全供述证据；三、在迟延即生危险且检察官不及行使职务之情形下，替代检察官为必要之急迫处分（§ 165 StPO，即德国刑事诉讼法第一六五条，以下引用方式相同），此种侦查法官亦称为“紧急检察官”（Not Staatsanwalt）³。上述三种功能中，第三种功能在德国实务上较无重要意义，对于台湾法制也较不具启示价值，因此，本文略而不论，仅以第一、二种功能为主轴。就前述第一种功能而言，自1995年前后台湾羁押权归属问题白热化以来⁴，关于强制处分权应由检察官行使或应保留给法官行使的争执方兴未艾，及至最近更有将强制处分之法官保留入宪的主张⁵，因此，下文拟从强制处分的权限分配出发，分析强制处分采

35

3 Vgl. Kleinknecht/Meyer-Go. ner, StPO, 43. Aufl., 1997, § 165 Rdnr. 1 ff.

4 文献仅参阅《月旦法学》，第六期，1995年10月号，“检察官强制处分权争议”研讨会（发言摘要刊第八页以下）；陈志龙，《侦查中强制处分权之决定》（第十五页以下）；朱楠，《检察官应拥有强制处分权之剖析》（第二十一页以下）；林子仪，《人身自由与检察官之羁押权》（第二十九页以下）。

5 请参阅“最高法院”学术研究会编印，《“刑事诉讼起诉状一本主义及配套制度”法条化研究报告（上）》，“最高法院”学术研究会丛书（六），1999年，第四九三页以下；朱朝亮，《刑事司法改革新蓝图——以起诉状一本主义为中心之诉讼制度及其相关配套》，《刑事诉讼制度改革新蓝图》（自印），1999年，第九页以下，第五十九页以下。不过，虽然上述两文献皆以“起诉状一本主义”为标题，但从本文的说明与分析可知，强制处分之法官保留原则有其独立的意义与脉络，与所谓的起诉状一本主义或当事人主义并无必然关系，欧陆法系的立法例可为明证。

行法官保留原则与否的三项区别，并借此说明侦查法官制度的运作及其价值（下文贰）。第二种功能在台湾法上仍属相当陌生，背后牵涉到台湾学说与实务向来对于刑事诉讼最为基础的原则之一，即直接审理原则的认知问题。下文拟以直接审理原则的内涵出发，并探讨审判中可否朗读并援引侦查中之讯问笔录问题，借此说明其与侦查法官制度的关联（下文叁）。

附带一提：所谓的侦查法官，并非“预审法官”。预审法官是刑事诉讼采用预审制度的立法例所特有的设置，预审法官负责在正式审判程序之前预先调查本案之犯罪事实，具有独立自主的调查权限，因此，也称为“调查法官”（Untersuchungsrichter）。台湾从未采用预审制度，也无所谓的预审法官，但是由于羁押、搜索处分采用法官保留之故，因此，仍有侦查法官之设置，只不过学说与实务上比较少用侦查法官的称谓而已⁶；德国以往的刑事诉讼采用预审制度，但在第二次世界大战后的刑事诉讼法大改革中（1975年）正式废除，因此，预审法官在德国法制上已经是历史名词；反之，由于重要的强制处分权率皆采用法官保留原则，并且法官因声请而于侦查阶段保全供述证据的情形亦非少见，因而，不但存在侦查法官制度，而且其运用范围还在日益扩充当中。

贰、侦查法官与强制处分

侦查法官最为重要的任务之一，便是在侦查阶段受侦查机关之请求而发动特定的强制处分。由此可知，侦查法官的权限范围，相当程度取决于各国（地区）法制中对于强制处分的决定权限如何分配。如果侦查阶段的强制处分权限悉数归于检察官，则就强制处分之运用而言，即无所谓的侦查法官存在的必要；反之，若将侦查阶段的强制处分权限全部保留给侦查法官行使，则侦查法官在侦查阶段的角色自然举足轻重；当然，包含台湾地区、德国与日本在内的许多国家，采用的是混合型的立法例，侦查阶段有些强制处分，尤其是较为轻微或不及声请令状的急迫处分，侦查机关得径行决定发动，但有些则必须由法官决定始能发动，不

⁶ 其实，台湾刑事程序所定的合议制，理论上虽由审判长、受命法官及陪席法官组成，实际上则由受命法官从头调查到尾，合议审理不过形式而已，名为合议，实为独任。预审法官之职权，与台湾（实务上）刑事合议庭中包办审判期日前一切调查工作的‘受命法官’反而类似，与侦查法官则根本不同。（林钰雄，《检察官论》，1999年，第一七八页）。

一而足。⁷ 不过，关于拘束人身自由的羁押处分，大多数立法例或基于宪法要求或法律明文，仅法官有决定权限，也就是所谓的令状，这点，可以说是英国宪政史的成就与影响。⁸

一、强制处分之权限分配

37

强制处分，实质上往往影响国家追诉权能否行使，虽说具体刑事案件中是否或如何行使强制处分权，并无使案件在法律上确定的效力，但在事实上却难免定型，尤其是搜索、逮捕时机一旦错过，侦查往往因而事实上停摆，与不追（起）诉之效果差可比拟。另一方面，强制处分虽有必要，但难免干预受处分人的身体、自由、财产或名誉等等基本权利⁹，因此，个别强制处分究竟应由机动性较高的侦查机关决定抑或由保障性较高的法官决定，涉及追诉权能与人权保障之间的权衡。

就台湾现行“刑事诉讼法”的强制处分分配权限而言，原则上以终结侦查时为区分基点，采行“侦查中—检察官；审判中—法官”的二分法，采行（绝对的）法官保留原则者，原来仅有1997年12月29日新修正的羁押处分而已（“刑事诉讼法”第一〇一条以下参照）。上述修正，乃直接基于“宪法”第八条的规定及“大法官释字”第三九二号解释而来，据此，无论是侦查中或审判中，法官乃决定羁押的唯一机关；在侦查中，检察官仅有声请权而已，决定权在于法官，而该审查并决定羁押处分的法官，即为所谓的侦查法官，虽然截至目前为止，台湾文献上很少使用侦查法官的称谓。后来，及至2001年1月3日之修法，搜索处分改采（相对的）法官保留原则，侦查机关原则上应经法官之许可，始能发动搜索（“刑事诉讼法”第一二八条、第一二八条之一以下参照）。据此，依照台湾现行法，审查并决定检察官声请的羁押及搜索处分，可以说是台湾侦查法官的唯一功能，也是侦查程序关于强制处分权限分配中仅有的法官保留规定。

38

7 中文文献请参阅土本武司原著，董璠與/宋英辉合译，《日本刑事诉讼法要义》，1997年，第一三四页以下；Roxin 原著，吴丽琪译，《德国刑事诉讼法》，1998年，第三一一页至第四〇二页。

8 英国1679年的“Habeas Corpus Act”，可谓现代法治国家中最早以法官保留来保护人身自由基本权利的法案，请参阅Badura, Staatsrecht, 2. Aufl., 1996, S. 582。

9 德国学说上因而将强制处分称为“刑事诉讼上之基本权干预”（*strafprozessuale Grundrechtseingriffe*），用以表征其定位与性质。上开用语经德国学者Amelung在其经典专论“*Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*”（1976）正式提出以来，赞同者日增，已有取代强制处分用语之趋势。台湾亦有援引Amelung之用语与见解的学者，如陈志龙，《1997年修正刑事诉讼的法理探讨（上）——兼论受“大法官”会议释字第三九二号法理影响》，《律师杂志》，第二二〇期，1998年1月号，第十九页以下、第二十一页。

相较之下，诸多法治国家由于适用法官保留的范围广泛，因而，侦查法官的功能自然随之扩张。以强制处分采行混合立法的德国法为例，法官保留的范围，几乎囊括所有的重大强制处分，侦查机关所能自行决定者，仅为急迫处分或轻微处分而已。德国法上适用法官保留原则的重大强制处分，大致分为两类：第一类是基于宪法所定的法官保留原则，包括拘束人身自由的羁押等处分（德国基本法第一〇四条）以及干预住居安宁权之搜索、住宅监听处分（德国基本法第十三条）。¹⁰ 第二类是法律所定的法官保留原则，诸如监听等通讯监察之新型态的强制处分。由于法官保留的范围广泛，因而，侦查法官的强制处分权限也随之扩张，至少就法律的规定来看，侦查机关似乎必须经常与侦查法官打交道，声请其发动强制处分。不过，若就实务运作而言，侦查机关借由急迫处分来僭越侦查法官权限的情形并不少见。¹¹

39 二、侦查法官与法官保留原则

如前所述，各国法制基于宪法或法律的规定，就特定的强制处分采行法官保留原则，因而，侦查机关欲发动该等强制处分时必须声请法官同意。此种立法例难免影响侦查追诉的有效性。到底法官保留原则的目的何在？简之，在于“防范滥权、保障民权”。何以强制处分权之行使由法官决定比由检察官决定更具此等效应，主要有三个理由¹²：

（一）权力制衡观点

当特定强制处分权限之行使采行法官保留的分配原则时，侦查法官随即成为控制侦查机关行为之合法性的机关，进而在侦查程序形成侦查法官与侦查机关的制衡关系。在台湾及欧陆法系之下，由于检察官是侦查程序的主道者，因而，这里所称的侦查机关，主要是指检察官而言。若从控诉原则¹³的观点出发，法官保留的权限分配方式更能贯彻控诉原则背后所蕴含的权力制衡用意，因为这项分配

10 诸如住宅监听等重大侵害人民基本权利的侦查措施，在德国法上虽然以法官保留原则来践行程序保障，但是，即便如此，学说上批评的声浪仍然不断。仅参阅 Schroth, Verbrechenaufl. rung zwischen Effizienz und rechtsstaatlichen Grenzen - Was darf der Staat zur Kriminalit. tsbek. mpfung tun? 刊载：《罪与罚——林山田教授六十岁生日祝贺论文集》，1998年，第四三九页以下。

11 关于德国侦查机关规避法官保留之情形，Nelles 有详细之实证研究，请参阅氏著 Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafproze. ordnung, 1980, vor allem S. 179 ff., S. 215, S. 227, S. 246 ff.

12 关于法官保留原则之详细内涵，详见 Lin, Yu-hsiung, Richtervorbehalt und Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 收录于德国彼得郎（Peter Lang）出版社刑事犯罪系列（Criminalia）第十九册，1998年4月出版，第二五九页以下。

13 以下请参阅林钰雄，《检察官论》，14页以下，65页以下，1999。

方式使得侦查程序本身也朝向法官、检察官相互制衡的构造设计。众所皆知，控诉原则之所以有别于过往的纠问制度，主要在于透过法官与新设检察官的角色分配关系，来达到“制衡国家权力、保障人民权利”的作用。¹⁴ 据此，刑事程序拆解为侦查（追诉）、审判两阶段，由新创之检察官主道侦查程序并决定是否提起公诉，原来全程包办的纠问法官则被削权为单纯之审判官。此外，“无检察官之起诉，即无法官之裁判”，即所谓的“不告不理”，因而，法官被局限于被动消极的角色，检察官则成为法官活动的全程监督者，既负责控制法官裁判的入口，又负责监督法官的审判活动，并得以提起上诉来救济判决及阻断确定。¹⁵

40

虽然上述的诉讼分权模式，可谓控诉原则的精义所在¹⁶，但是，就控诉原则的原始意义而言，并未进一步要求侦查程序本身应如何建构。我们甚至于可以说，纵使在控诉原则之下，侦查程序也可能带有高度的“纠问色彩”，因为所谓审、检、辩的三面构造，主要表现在审判程序，而非由检察官主道的侦查程序。如果撇开法官保留原则不谈，在侦查程序中其实仅存在检察官（含其辅助机关）与被告（含其辩护人）的双面关系，与原来的纠问制度差可比拟，因而难免带有纠问诉讼底下“官权无所节制”及“心理难期公正”的弊端。这种纠问倾向与“在检察官手上解决的刑事案件之数量”而成成正比关系，若欠缺相应的制衡机制，“防范滥权、保障民权”的控诉原则原意势将丧失殆尽。打个比喻，若百分之九十的刑事案件由检察官自行解决，只留百分之十进入审判程序时，在特定的条件下我们可以说，控诉原则的三面构造只贯彻了百分之十的刑事案件，其他百分之九十则带有高度的纠问色彩。

41

果真如此，则刑事诉讼制度的发展听起来像是令人忐忑不安的钟摆理论，原先确立的控诉制度岌岌不保，纠问制度似乎得以借尸还魂。在侦查程序中，如何

14 当然，这是从“好”的方面来分析刑事诉讼上创设检察官制的目的。鉴于上命下从的设计缺陷及运作弊端，从早期文献以来，不断出现“阴谋论”，质疑检察官根本是当局为了加强政治控制司法的意图而设的走卒官。请参阅林钰雄，《检察官论》，1999年，第六十六页以下，第一百一四页；另请参阅Carsten, Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart. Ein Beitrag zur Reform des Strafprozesses, 1971 (Neudruck der Ausgabe Breslau 1932), S. 20; Kintzi, Staatsanwaltschaft-objektive Beh. rde und Anwalt des Staates, in: Richter und Staatsanwaltschaft für den Bürger, 1988, S. 309, S. 329; Roxin, Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft, DRiZ 1969, 385, 386; ders., Zur Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft damals und heute, DRiZ 1997, 109 ff.。

15 以德意志国继受检察官制史为例，提起上诉权，是新创检察官在刑事诉讼上取得的第一道权力。请参阅林钰雄，《检察官论》，1999年，第七十一页。

16 Vgl. Kramer, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts. Ermittlung und Verfahren. 3. Aufl., 1997, Rdnr. 96; Krey, Strafverfahrensrecht I, 1988, Rdnr. 335; Wagner, Zur Weisungsgebundenheit der Staatsanw. lte, NJW1963, 8, 9.

化解这种“控诉制度纠问化”的危机?为此目的,可行的方法有二:一是增强被告在侦查程序中的主体地位及防御能力,二是提早将三面构造引入侦查程序。先就前者而言,台湾现行法中被告之不为陈述权(即缄默权)、自由陈述权(即任意性之保障)、选任辩护权及辩护人的在场权等(“刑事诉讼法”第二十七条、第八十八条之一第四项、第九十五条、第九十八条、第一五六条、第二四五条等参照),可谓其中较为重要的规定¹⁷,而德国法上除上述权利外,还将辩方的阅卷权时点往前挪移到侦查程序(§ 147 StPO)。

42 不过,就后者而言,台湾现行法关于侦查程序三面构造化的相关设计却极其有限,因而,从发动、进行到终结侦查的相关处分,除新修正的羁押和搜索扣押规定外,法官毫无置喙余地,这种几近纯粹双面关系的侦查构造,其纠问色彩的缺陷,恐怕不是单单借由检察官的客观性与法定性义务(“刑事诉讼法”第二条、第二二八条、第二五一条及第二五二条)¹⁸所能弥补的。若以德国现行法制对照以观,其侦查程序明显朝向三面构造设计,尤其是对于强制处分与终结侦查处分,法官依法具有高度的介入可能与审查权限。简之,重大的强制处分率皆采行法官保留原则,检察权限备受牵制,这点容后再述。另外,就终结侦查处分而言,因采起诉审查制,故法官得以在正式审判前的“中间程序”(Zwischenverfahren),审查检察官的起诉案件;对于不起诉处分,法官则有两种审查途径,一是检察官欲为特定的不起诉处分时,必须主动征得管辖法院的同意(§ § 153ff. StPO),二是“强制起诉程序”(Klageerzwingungsverfahren),被害告诉人对于不服检察官的不起诉处分时,得声请该管法院强制起诉本案。¹⁹

就强制处分的法官保留原则而言,并非以法官之独断代替检察官之滥权,因为所谓的“保留”,在侦查中仅指“决定权”之保留而言,而“声请权”仍在追诉(侦查)机关,是以,权力分立原则在此等模式中仍然以“检察官—主动声请/法官—被动决定”之方式继续作用。由此可知,法官保留原则中法官之权力,仍受相当之节制,并维持其消极的角色,此与强制处分权全然交由检察官自行发动、决定有别。

(二) 工作方式观点

除上述观点外,还有另外两项支持强制处分法官保留原则的理由。首先,检察官乃追诉机关,为完成其追诉任务,工作方式与法官有别,这也是重大强制处

17 请参阅林钰雄,《被告地位之形成》,《台湾本土法学》,第二期,1999年6月,第一二三页以下。

18 关于检察官的客观性与法定性义务,请参阅林钰雄,《检察官论》,1999年,第二十六页以下。

19 请参阅林钰雄,《检察官论》,1999年,第一五五页以下。

分采行法官保留原则的原始理由。就此，德国 19 世纪的立法者早就了若指掌，而当时之学说也早有清楚之认知，甚且认为乃自明之理²⁰，以德国 1892 年 von Kries 所著的刑事诉讼名教科书为例²¹，氏郑重强调，检察官之主要业务乃侦查 43
犯罪、追诉犯人，而发动强制处分往往是侦查犯罪、搜集证据较为容易（甚或唯一可能）的方法，因而，审酌应否发动搜索等强制处分时，检察官自然较法官倾向于从宽解释！类似的情形亦曾存在于以往深受诟病的纠问制度，因为纠问法官独揽追诉审判大权，不但欠缺监督制衡管道，并且由于自行侦查追诉之故，心理上早已先入为主，因而，根本不可能无偏颇之虞，这也是 19 世纪欧陆改革的刑事诉讼之所以废除纠问诉讼，改采控诉制度的理由。²² 同理，若就强制处分权限分由两个不同职责的机关行使，适可矫正伴随着追诉便利因素而来的心理偏颇，这正是支持“法官保留原则”的实质理由。

（三）制度保障因素

最后，制度保障的区别可谓支持法官保留的坚定因素。亦即，当一个决定委诸法官决定或委诸检察官决定时，两者适用的程序有别，制度保障的程度不同。以下仅以三个关键原则来说明其梗概：

1. 法官独立性原则

法官保留的第一个优势，便是受“法官独立性原则”（Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit）的保障。依台湾地区“宪法”第八十条关于事务独立性（sachliche Unabhängigkeit）之规定，法官须依法独立审判，不受任何干涉；另 44
外，“宪法”第八十一条另设人身独立性（persönliche Unabhängigkeit）之明文，作为确保上述事务独立性的后盾。应予特别说明者，乃事务独立性之规定适用于所有的法官程序（alle richterlichen Verfahren），审判程序固然无论，纵使是侦查程序，一旦采行法官保留原则而委诸侦查法官决定特定事项时，该侦查法官亦

20 Vgl. Bachmann, Probleme des Rechtsschutzes gegen Grundrechtseingriffe im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, 1994, S. 70; Hilger, über den “Richtervorbehalt” im Ermittlungsverfahren, in: Meyer-GS, 1990, S. 209, S. 213; Lin, Yu-hsiung, Richtervorbehalt und Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1998, S. 256 Fn. 168.

21 von Kries, Lehrbuch des Deutschen Strafproze. rechts, 1892, S. 282. 此项观点，历经百年，迄今仍具说服力，请参照 Amelung, Zur Frage der Vereinbarkeit vollstreckungsrechtlicher Durchsuchungen mit dem Richtervorbehalt des Art. 13 Abs. 2 GG, ZZZ 88 (1975), 74, 80; Nelles, Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafproze. ordnung, 1980, S. 48 f.

22 请参阅林钰雄，《检察官论》，1999年，第十五页以下。

应依法独立裁判，不受任何干涉。²³再者，（实任）侦查法官与（实任）审判法官在人身独立性的保障程度上亦无区别。由此可知，随着法官保留原则而来的，是法官独立性的宪法担保。

反之，检察官的保障则不只略逊一筹而已。由于检察机关内部采用阶层式的建构，上级有指令权，下级则有相应之服从义务，即台湾通称的“检察一体”，虽然指令权亦以法定性义务与客观性义务为界限，但是即便如此，个别检察官就承办检察事务所拥有的自主空间，仍然远远不及法官的事务独立性保障，至于身份事项的人身独立性，更是如此。上述这种与检察官制相生相随的脆弱体质，若无相应的配套措施加以调节，几乎注定了政治干预的宿命。以本文脉络的强制处分权之行使而言，一旦完全操诸检察官之手，则党政层峰便有濫用上命下从，将强制处分当成政争工具或选战手段之可能。²⁴

从上述观点来看，法官保留原则可以说是检察一体原则的外部制衡设计，因为若检察官仅能声请而无权径行发动强制处分，除非上级有同时操纵检察体系与审判体系的把握，否则濫用上命下从进行违法干预的情形殊难想象。以1994年12月底轰动一时的“上上级事件”为例²⁵，假设上（上）级违法命羈押为真，其之所以可能，殆因当时羈押权仍在检察官手中，检察系统可以单独操控；反之，今日鲜有发生类似情形的机会，因为羈押决定权回归法院之后（1997年12月），检察官仅有声请权而已，上（上）级即便甘冒大不韪濫命羈押，决定权也不在其手上。其实，羈押采用法官保留的主要目的不在节制检察一体，但因受惠于权力分立及法官独立性保障而产生外部制衡的效果，这也是未来讨论强制处分权限分配及检察一体的外部制衡时，一个值得深思的方向。

2. 法定法官原则

就制度面而言，伴随法官保留原则而来的第二层保障，则是“法定法官原则”（Grundsatz des gesetzlichen Richters）²⁶。此项原则要求，何等案件由何位法官管辖之问题，必须事先以抽象的、一般的法律明定。为达上述的要求，刑事诉

23 Vgl. Herzog, in: Maunz/Dürig, GG, Stand 1999, Art. 92 Rdnr. 74; Krey, Strafverfahrensrecht I, 1988, Rdnr. 173; Pfeiffer, in: Karlsruher Kommentar zur Strafproze. ordnung (KK-StPO), Einl., 4. Aufl., 1999, Rdnr. 24.

24 请参阅林钰雄，《检察官论》，1999年，第一一一页以下。

25 关于此一事件，请参阅林山田，《刑事程序法》，85页，注55，1998。

26 Zum Grundsatz des gesetzlichen Richters vgl. Marx, Der gesetzliche Richter im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz, 1969; Hamm, Der gesetzliche Richter und die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit unter besonderer Berücksichtigung des Strafverfahrens, Diss. Berlin, 1973.

讼法或法院组织法中必须仅可能明确规范法官的事物、土地管辖及事务分配规则。上述原则已经可谓现代法治国的基本要求，规范目的在于防范操纵，避免“以操纵由何人审判的方式来操纵审判结果”²⁷。

就法定法官原则的射程距离而言，管辖规定与事务分配（Gesch. ftsverteilung）规则，可谓其最为核心的领域。以德国法制的发展为例，早期的学说也以此为足，不过，现今通说与实务见解则认为，法定法官原则的保障应该及于法官的无偏颇性或中立性（Unparteilichkeit bzw. Neutralit. t），据此，若具体个案中法官的无偏颇性不能获得确实担保时，应该排除或拒却之²⁸；此即台湾所谓的回避制度。此外，就适用的对象而言，本项原则不仅适用于法官的审判活动，而是囊括法官全程的诉讼上活动，换言之，纵使是在侦查程序中，由何位侦查法官决定系争事项，同样适用法定法官原则，不得随意操纵。²⁹

46

就规范方式来讲，德国基本法中明定法定法官原则（基本法第一〇一条第一项第二句），将其提升至宪法位阶，既是客观的宪法价值，也是等同基本权的主观权利，因而，人民得以该项权利受侵害为由提起宪法诉愿。³⁰台湾“宪法”就此则无直接规定，但是，在法律层次上，诉讼法中的管辖规定，乃至回避规定，其法理基础正是法定法官原则，因而不能谓台湾法不采行此项原则，不过，台湾刑事诉讼的学说与判例上鲜少提及此项原则。至于该项原则有无“宪法”位阶，则取决于“依法治国”原则的内涵，本文不拟处理。

简言之，法官保留意味着法定法官的保障。相较之下，由于检察官并不直接适用法定法官原则，因而，操纵承办人以操纵其承办结果的危险倍增。虽然，台湾检察机关的管辖是依照法院的管辖配置而来，并且，检察官也准用法官的回避制度，但是，无论就法规密度或实务运作来看，都还谈不上“法定检察官原则”，其中，检察一体的特别规定及其在实务上的广泛运作，可以说是与法定检察官的想法背道而驰。例如，台湾上级检察官行使职务移转权时（“法院组织法”第六十四条），经常超越原先的管辖配置，使得管辖规定的用意丧失殆尽，1989年的

47

27 Vgl. BVerfGE 6, 45, 50 f.; 30, 149, 152; 40, 356, 360 f.; 63, 77, 79; 82, 286, 298; Beulke, Strafproze. recht, 1998, Rdnr. 29; Krey, Strafverfahrensrecht I, 1988, Rdnr. 203 ff.; Pfeiffer, in: KK-StPO, 1999, Einl. Rdnr. 25.

28 Vgl. BVerfGE 21, 139, 146; Jarass/Pieroth, GG, 3. Aufl., 1995, Art. 101 Rdnr. 60; Maunz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 101 Rdnr. 12 f.; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 12. Aufl., 1996, Rdnr. 1142 f.

29 Vgl. BVerfGE 25, 336, 347 ff.; Maunz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 101 Rdnr. 16; Pfeiffer, in: KK-StPO, 1999, Einl. Rdnr. 25.

30 Vgl. nur Maunz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 101 Rdnr. 6.

第一高尔夫球场关说疑案即由桃园移转至基隆，随即经不起诉确定，而1999年不起诉确定的焯隆案，则由高雄移转至台北。³¹不过，对于法定检察官最具破坏力者，莫过于台湾检察实务上盛行的“指定分案权”，即检察首长直接指定特定的下级检察官承办某特定的刑事案件，相较于法院的事务分配规则，检察系统防范操纵的免疫能力令人怀疑。³²这些制度性因素，在在突显是否采行法官保留原则的根本区别。

3. 听审原则

最后，从刑事程序观点来看可能也是最重要的一项原则，是为“听审原则”(Grundsatz des rechtlichen Gehörs)³³。听审原则一方面课以法官听审义务，二方面赋予被告听审权利，据此，无论是何种程序，只要是在法官前所进行，被告都有权请求法官依法践行听审的程序保障。

48 听审原则的保障内涵包括：请求资讯权(Das Recht auf Information)、请求表达权(Das Recht auf Äußerung)及请求照顾权(Das Recht auf Berücksichtigung)。³⁴就规范方式而言，听审原则在德国基本法第一〇三条第一项有明文规定，内涵则历经学说、判例与立法的详细补充。虽然台湾法制未将听审权入宪，但由于其诸多具体内涵属于现代“法治国”共通的程序要求，因而，在台湾刑事诉讼法上不乏相关规定，以下仅择要说明。例如，请求资讯权要求被告能事先取得充分的诉讼相关资讯，具体展现则为阅卷权规定(“刑事诉讼法”第三十三条)，此外，告知义务也有保障法律知识不足的被告的资讯权之用意(同法第九十五条、第三〇〇条参照)；请求表达权赋予被告在法官作成决定之前有充分的表达权利，具体规定如辩明、辩论、诘问及最后陈述等(同法第九十六条、第一六六条、第二二一条、第二二二条、第二八七条至第二九〇条等参照)；请求照顾权，从另一方面言即为要求法官对于被告表达的注意义务，据此，法官审理时不但应该心力全程在场，并且判决中必须交代理由，如此，才得以检证法官是否尽其义务(第二二三条、第三〇八条及第三一〇条等参照)。

31 文献请参阅《关说疑案延伸问题研究报告，第二部分，法政方面的问题》，新时代基金会关说疑案延伸问题研究委员会出版，1989年；另可参阅林山田，《论检察机关与检察官》，《全国律师》，第九十七页以下，注十二，1998年六月号；林山田，《制度比谁都重要——评法务部长关说案》，《谈法论政(二)》，1991年，第三〇〇页以下；林钰雄，《检察官论》，1999年，第二四三页以下。

32 关于指定分案权之检讨及各级检察署事务分配规则之立法刍议，请参阅林钰雄，《检察官论》，1999年，第二七一页以下。

33 Ausführlich Rüping, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Strafverfahren, 1976.

34 Pieroth/Schlink, Grundrechte, 1996, Rdnr. 1157 ff.

听审原则的适用范围，囊括所有在法官前所践行的程序，亦即，包括侦查阶段在侦查法官面前所进行的程序。³⁵ 这点，使得依法官保留而进行的程序与非依法官保留所践行的程序两者，产生关键性的差异。以侦查法官介入的强制处分与讯问程序为例，原则上被告（犯罪嫌疑人）仍然享有请求资讯、请求表达及请求照顾权，只当依事物性质无法期待法官事先践行听审时，才能加以限制。以搜索被告的处分为例，依照德国基本法第十三条及刑事诉讼法第一〇五条规定采行法官保留原则，因此，依照听审原则，侦查法官本来应该在决定发动搜索之“前”，先赋予被告充分的表达权利；然而，搜索是典型带有“突袭性效果”（überraschungseffekte）的强制措施，为免危及搜索的根本目的，事实上殆无可能“事先”保障被告的听审权。不过，这不表示听审原则在突袭性措施时完全丧失作用，相反地，依照德国通说及实务的一致见解，必须立刻补行听审（Nachholung des rechtlichen Geh. rs），法官必须在事后的救济程序中践行听审程序。³⁶

49

（四）小结

总而言之，检察官虽与法官受同等的法学教育，且受合法性及客观性义务之拘束，但无论就位阶或内容而言，与前述法官之三重保障仍有落差，因而，从被告的立场言，强制处分权由侦查法官或检察官行使，两者滥权之可能，仍有相当之区别。由此可知，强制处分委由法官决定之理由，与个人品行素养如何无涉，更与法官检察官孰优孰劣无关，而是制度之理由，德国法向来基于此等道理，就重大侵权之强制处分在制度面上采行法官保留原则，良有以也。20世纪七十年代以来，德国法制检察官虽然逐渐扩权，但重大影响基本权之强制处分由法官行使之原则，不但没有缩减，反而扩建中。³⁷

最后，笔者必须特别说明两点：一、法官保留原则的价值，呈显于具体法规

35 Vgl. BVerfGE 19, 148; 36, 321, 330; BVerfG, NStZ 1994, 551, 552; H. mig, in: Seifert/H. mig, GG, 5. Aufl., 1995, Art. 103 Rdnr. 3; Kissel, Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar (GVG), 2. Aufl., 1994, Einl., Rdnr. 162; Kunig, in: v. Münch/Kunig, Bd. 3, 3. Aufl., 1996, Art. 103 Rdnr. 6; Pfeiffer, in: KKStPO, Einl. Rdnr. 26 f.; Pieroth/Schlink, Grundrechte, 1996, Rdnr. 1161.

36 Vgl. BVerfGE 9, 89, 106; 49, 329, 343; D. rr, Rechtsschutz gegen vollzogene Durchsuchungen und Beschlagnahmen im Strafermittlungsverfahren, NJW 1984, 2258, 2262; Pfeiffer, in: KK-StPO, Einl. Rdnr. 27; Roxin, Strafverfahrensrecht, 24. Aufl., 1995, § 18 Rdnr. 5.

37 So z. B. § § 81a, 81c, 81f, 98b, 100b, 100d, 110b, 111, 111a, 111e, 111n, 132, 132a, 161a, 163a, 163c, 163d, 443 StPO; vgl. auch Hilger, Über den “Richtervorbehalt” im Ermittlungsverfahren, JR 1990, 485 ff.; ders., über verfassungs- und strafverfahrensrechtliche Probleme bei gesetzlichen Regelungen grundrechtsrelevanter strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen, in: Salger-FS, 1995, S. 319 ff.

50 的设计，只当具体法规中法官保留的程序保障明显高于其他程序保障时，采行法官保留原则才有确实的意义；二、徒法不足以自行，如同其他法律原则一般，如果没有监督机制以确保、贯彻法官保留原则，其实务运作势必岌岌可危。例如，台湾的搜索处分改采法官保留原则，但例外时（指迟延即生危险之急迫情状）赋予检警机关径行发动搜索权限（“刑事诉讼法”第一三〇条至第一三一条之一参照），此等立法例的成败关键所在，往往是事后的救济及监督途径。设若毫无控制，检警机关难免为工作之便滥行搜索，架空法官保留，颠倒原则例外的立法方式，果真如此，法官保留原则之初衷及其所本权力制衡之原理将荡然无存。未来讨论台湾强制处分权限的分配问题时，应该特别注意这点。

叁、侦查法官与证据保全

就侦查法官运用之立法例而言，检察官在另外一种情况之下也有及早引入侦查法官的利益与必要，即保全被告或证人的供述证据。在特定条件之下，检察官必须引入侦查法官讯问，才能确保侦查中的供述证据在后来的审判程序中不至于变成“废言”，尤其是检察官预料该被告或证人在后来的刑事程序中不能到庭之情形，侦查法官的制度尤见其效用。

51 对于习于台湾实务运作的法律人而言，上述的说明难免令人坠于五里雾中，因为根据台湾实务向来的见解与做法，侦查阶段的讯问笔录，无论是在警察或检察官面前所为，在审判程序只要经由朗读程序便可取得证据能力³⁸，果真如此，侦查阶段讯问被告或证人时，哪有引入侦查法官的必要？这里的症结在于台湾继受欧陆法百年以来，对于欧陆证据法则上两个关键概念，即直接审理原则（Gr-

38 仅参阅 1982 年台上字第六一四〇号判例：证据已在审判期日显出于审判庭，经法院就其是否可信为直接之调查者，即得采为判决之基础。现行台湾刑事诉讼制度，就证据之搜集与调查，并不仅限于在法院始得为之，检察官之侦查不论矣，即司法警察官或司法警察依“刑事诉讼法”第二百二十九条至第二百三十一条之规定，亦有协助检察官侦查犯罪之职权，若司法警察单位所为证据调查之资料，法院得依直接审理之方式加以调查者，仍具有证据能力。上诉人徒以原审将警讯资料作为判决之基础，即谓其有违“刑事诉讼法”第三百七十九条第十款规定，自非可采。以上判例所称的直接审理之方式，不过是朗读警讯笔录资料而已，并非于审判期日直接讯问，这也是台湾实实习以为常的做法。批评请参阅林钰雄，《严格证明法则与直接审理原则——“最高法院”相关裁判之综合评释》，《台湾本土法学》，第五期，1999 年 12 月，第六十一页以下；《直接审理原则与证人审判外之陈述——“最高法院”相关裁判之综合评释》，《台湾本土法学》，第六期，2000 年 1 月，第六十页以下。