

當天堂已撤守？

——論我國犯罪被害人在刑事訴訟之訴訟參與¹及司法院之修正草案²（上）

徐承蔭*

壹、緒論	二、律師代理——法律扶助之訴訟保障
一、研究背景及趨勢——被害議題之方興未艾	三、調證聲請——不是無雙之天下雙無？
二、研究動機及問題——犯罪被害之訴訟困境（Litigation Dilemmas）？	四、交互詰問——你問一句之我補一句？
貳、我國刑事訴訟法被害人告訴人之權利	五、陳述意見——係準論告之陳述意見？
參、犯罪被害人在刑事訴訟之訴訟參與制度	六、救濟權利——兩岸猿聲之孤帆遠影？
一、訴訟參與——他山之石之概念輪廓	七、檢官說義——日檢察官之說明義務？
二、制度目的——訴訟參與之所為何來？	伍、研究結論——超越勝負之美麗境界（a beautiful mind）
三、參與定位——白馬非馬之準當事人？	一、訴訟參與制度之適用範圍與資源有限
四、程序要求——重大侵害之犯罪類型	二、刑事訴訟制度架構建構與解構之問題
肆、刑事訴訟之訴訟參與人之權利	三、違反武器平等或侵害被告防禦之問題
一、參與權能——華山論劍之倚天不出？	四、影響審判效率或違反速審原則之問題
	五、司法公義是一個超越勝負的美麗境界

壹、緒論

"The wisdom that comes from Heaven is first of all pure; then peace-loving, considerate, submissive

ve, full of mercy and good fruit impartial and sincere. Peacemakers who sow in peace raise a harvest of righteousness. (James 3:17-18)

「從天上來的智慧，首先是純潔的，其次

* 本文作者係執業律師，中華民國律師公會全國聯合會刑事程序法委員會副主任委員

註1：關於犯罪被害人於刑事審理程序中之參與制度，德日已有斯制，國內法律學者多譯為「訴訟參加」，復有學者譯為「附加訴訟」。惟本文盱衡我國司法院目前對上開制度草案用語為「訴訟參與」，故本文均以「訴訟參與」稱之，以為行文之便。

註2：本文所指「司法院之修正草案」，係指司法院於2018年03月04日公佈之《犯罪被害人訴訟參與制度及保護規定草案初稿》（2018.03.14版），資料來源：司法院網站，網址：

<http://jirs.judicial.gov.tw/GNNWS/NNWSS002.asp?id=320895&flag=1®i=1&key=%B6D%B3%5E%B0%D1%BBP&MuchInfo=&courtid=>，檢索日期：2018年07月11日。本文為行文之便，以下均以「司法院0314訴訟參與草案初稿」稱之。

是和平的，溫柔的，謙遜的，滿有恩慈和善果，沒有偏袒，沒有虛偽。這是締造和平的人，用和平所培植出來的義果。」（雅各書 3:17-18）

一、研究背景及趨勢——被害議題之方興未艾

聯合國於1985年通過《犯罪被害人及權力濫用被害人之司法基本原則宣言》（Declaration of Basic Principles of Justice For Victims and Abuse of power）、美國1982年《被害人及證人綜合保護法》（Omnibus Victim and Witness Protection Act）、1984年《犯罪被害人法》（The Victim of Crime Act）、法國1983年《強化犯罪被害人保護法》（loi renforçant la protection des victimes d'infractions）³。1998年頒布並於2002年生效《國際刑事法院羅馬規約》，該規約第68條為關於被害人、證人之保護及其參與審判之規定，對於國際社會上落實被害人保護之人權理念，具有開創性之貢獻⁴。

在歐盟系統，主要係2001年《刑事程序之被害人地位》框架決議等，乃至2002年10月25日《犯罪被害人權利、支援及保護之最低標準之指令》，成為歐盟各國周詳且全面保

護犯罪被害人之主要法律依據⁵。

因此，前開所述聯合國系統與歐盟系統之發展，國內學者曾謂：「在這波確保犯罪被害人法律地位國際浪潮衝擊下，德國對此理念之法制化程度，應該可以排入前衛國家之列。」⁶

換言之，德國早於1877年已有規定，並幾經重新建構，現為德國《刑事訴訟法》第395條以降設有「被害人訴訟參與」（Nebenklage）制度，具有保護犯罪被害人及監視國家行為等功能，避免檢察官沒有強烈意願起訴或上訴情況⁷。在「保障被告訴訟防禦權」與「保護犯罪被害人權益」間，以求制度之平衡。

至於日本，則於2007年盱衡犯罪被害人在刑事案件程序地位仍屬消極被動，爰增修該國《刑事訴訟法》、《犯罪被害人權益保護刑事程序附隨措施法》條文規範，新訂被害者參與（被害人等得直接參與刑事裁判）制度、損害賠償命令（利用刑事裁判結果請求損害賠償），以及擴充被害人聲請審判紀錄之閱卷範圍，強化相關被害人資訊保護之刑事程序機制⁸。

此外，在犯罪學領域上，多半聚焦於犯罪人，然若僅根據犯罪加害人之研究，尚不足正確把握犯罪發生原因，因之興起被害者學

註3：蔡依靜，《論犯罪被害人之程序性保護——以刑事訴訟法為中心》，摘要頁，開南大學法律學研究所碩士論文，2015年。

註4：何賴傑，〈從被害人訴訟參加論刑事訴訟結構與解構〉，載：《犯罪被害保護政策論文集》，2017年10月，元照，頁62。

註5：同前註，頁62-63。

註6：同前註，頁64。

註7：連孟琦，〈德國被害人訴訟參加（附加訴訟）之引進〉，《月旦法學雜誌》，第269期，2017年10月，頁52-56。

註8：林裕順，〈日本「訴訟參加」比較研究——審判法庭應設被害人席〉，《月旦法學雜誌》，第269期，2017年10月，頁39。

的研究，尤以1947年以色列法學家孟德遜（Benjamin Mendelsohn）首創「受害者學」（Victimology）為要。是以所謂受害者學，係指以科學方法，研究被害現象、原因及危險情境，並提供被害補償、被害保護及被害預防對策之學問。近年成為刑事政策另一重要課題⁹。

在我國，近期關於犯罪被害人議題的討論，則屬2017年總統府司法改革國是會議，最具注目性。亦即，於同年5月13日該會議第一分組第三次增開會議決議：「犯罪被害人乃身心受苦、權利受害之『案件當事人』，但於刑事程序條文規範卻非『訴訟當事人』（刑訴第3條：當事人僅限檢察官、自訴人及被告）。其中屬於生命、身體等受到重大侵害的犯罪被害人，在司法程序中尤其有特別保護之必要，因為此類被害人面對刑事司法程序『孤立無援』僅能『暗夜哭泣』。為能

提升台灣人民對於司法的信賴，政府不僅有義務協助被害人走出傷痛，刑事程序並應避免被害人『二次』、『三次』傷害可能，同時亦該反映被害人觀點意見¹⁰。」¹¹學者對於是項決議宗旨，予以肯認並認「適當強化刑事程序中被害人權益的維護，不僅可促進刑事訴訟發現真實的目的，亦有助於提升人民對於司法的信賴。」¹²

同時，司法院亦於2017年年初召開公聽會¹³，徵詢學者、實務界代表、民間團體（尤其是被害人保護相關團體）之意見。目前看來，對於引進訴訟參與制度，以提高被害人訴訟地位，在院檢雙方都有相當高的共識。因此，對於此制度的設計及運作，即有詳加探究之實益¹⁴。此外，司法院並於2018年3月14日召開記者會，會中發布《新聞稿》¹⁵，公佈《犯罪被害人訴訟參與制度及保護規定草案初稿》（2018.03.14版）。亦即，就

註9：許福生，〈我國犯罪被害人保護之回顧與展望〉，載：《犯罪被害保護政策論文集》，元照，2017年10月，頁230-231。

註10：資料來源：總統府司法改革國是會議網站，網址：

<https://justice.president.gov.tw/meeting/46>，檢索日期：2017年11月25日。

註11：其中第2點及第3點之決議併為：「2.訴訟資訊『適時掌握』：犯罪被害人乃案件之當事者，應有權瞭解訴訟進度（例如偵查中告知偵查進度）及案件記錄。因此，案件偵查終結（起訴、不起訴、緩起訴等）及案件訴訟過程，應建置訴訟機制保障被害人閱卷、通知（例如，加害人交保、假釋等等訊息告知）等權利，以使被害人了解、掌握程序進行及其內容。3.法庭保留『被害人席』：為尊重被害人及保障其權益，應於法庭審判區域內設置被害人席位，且其席位應鄰近檢察官，以利於充分溝通進行相關訴訟活動，使法院得充分聽取被害人之意見。」同前註。

註12：陳運財，〈論犯罪被害人於刑事公訴程序之地位及其權利〉，載：《犯罪被害保護政策論文集》，元照出版有限公司，2017年10月，頁3。

註13：本人曾於2017年1月9日及2018年1月25日代表中華民國律師公會全國聯合會出席司法院舉辦「犯罪被害人訴訟參加制度公聽會」。

註14：同註7，頁51-52。

註15：司法院新聞稿指出，此次刑事訴訟法修正草案初稿，有二個部分，即「一、被害人於訴訟過程中之保護措施」及「二、被害人訴訟參與制度」。前者「為彌補被害人之損害、痛苦及不安，並修復因衝突而破裂之社會關係，明文授權檢察官於偵查中、法院於審理中得將案件移付調解；或依被告及被害人之聲請，轉介適當機關、機構或團體進行修復。又為維護被害人之名譽及隱私，避免造成被

「犯罪被害人訴訟參與」等相關議題，增修於我國《刑事訴訟法》，並謂「有鑑於疏離被害人司法程序不足以實現社會期待之公平正義，本次司法院所提出之修正草案即在盡力防免被害人在刑事訴訟程序中受到二度傷害，並強化被害人程序參與之主體地位，肯認被害人於公訴程序中亦得行使部分訴訟權利，讓被害人能真正感受到司法的溫度。」¹⁶

值此之際，關於犯罪被害人議題，方興未艾，時值司法院進行「政策規劃」、「政策評估」（Public Policy Evaluation）及「政策形成」階段，不斷舉辦公聽會、研討會及諮詢會議等活動，廣蒐各方意見，以進行犯罪被害人相關立法程序，殊值吾人關注反思與就該制度興革，予以探究及「陳情」¹⁷，以臻犯罪被害人在刑事訴訟權能與制度之完備。

二、研究動機及問題——犯罪被害之訴訟困境（Litigation Dilemmas）¹⁸？

2016年5月3日，臺灣高等法院臺中分院以105年度聲再字第50號、105年度聲再字第61號裁定略以：「本件開始再審，並停止刑罰之執行。」就本已於2006年5月25日死刑確定之鄭性澤先生案件，裁定准予再審，嗣歷時約1年5月密集審理，復於2017年10月26日再審判決：「被訴共同未經許可持有手槍及殺人部分，均無罪。」因之告訴人即被害人家屬爰依《刑事訴訟法》第344條第3項具狀請求檢察官提起上訴，案經臺灣高等法院臺中分院檢察署認以：「本件已盡調查之能事，原審判決並未有何違背法令之處，被害人家屬所請並無理由。」¹⁹本案因而於同年11月20日因檢察官未提起上訴且駁回被害人家屬上訴請求，而告確定。而本件之所以再

害人之二度傷害，明定法院於審判中應注意被害人或其家屬隱私之保護，及得依被害人之聲請或依職權，利用遮蔽設備，將被害人與被告、旁聽人予以適當隔離。再者，為協助被害人於審判中在場時維持情緒穩定，明定被害人之法定代理人、配偶、直系或三親等內旁系血親、家長、家屬、醫師、心理師、輔導人員或社工人員於審判中，得陪同被害人在場。」後者「就侵害被害人生命、身體、自由及性自主等影響人性尊嚴至鉅之案件，引進被害人訴訟參與制度。於現行刑事訴訟法三面關係之架構下，藉由通知訴訟參與人於準備程序及審理期日到場機制，使訴訟參與人能全程參與訴訟過程。復透過賦予訴訟參與人選任代理人及閱覽卷宗等機制，使其瞭解訴訟程序之進行程度及卷證資料之內容。於訴訟參與人為精神障礙或其他心智缺陷無法為完全之陳述、具原住民身分、為低收入戶或中低收入戶而聲請指定代理人，或審判長認為有必要之情形，而未經選任代理人者，審判長應為此等訴訟參與人指定律師為代理人。此外，於訴訟程序進行中，亦賦予訴訟參與人就刑事訴訟法第273條第1項各款準備程序事項、證據及科刑範圍等項即時表達意見之權利，以及辯論證據證明力及詢問被告之機會。」被害人一旦經法院裁定准許參與訴訟，就可以行使若干權益。同註2。

註16：同前註。

註17：按「人民對於行政興革之建議、行政法令之查詢、行政違失之舉發或行政上權益之維護，得向主管機關陳情。」《行政程序法》第168條參照。

註18：該案於刑事審理過程中，法院、檢察官及犯罪被害人保護協會臺灣臺中分會等機關團體，乃至於辯護人等，給予犯罪被害人家屬之「訴訟照料」，不言可喻。惟該案審理過程，亦揭露我國《刑事訴訟法》關於犯罪被害人在刑事訴訟程序之地位與權能，諸多問題，本文稱為「制度上『訴訟困境』」。

註19：該署駁回理由結論為：「三、本件因為刑事訴訟法有關再審規定之修訂，而重啟本案之調查可能，

審，除由被告聲請再審外，「檢察官」亦「為被告利益」聲請再審，有以致之，此有前揭准予再審裁定略以：「一、再審聲請人臺灣高等法院臺中分院檢察署檢察官（下稱臺中高分檢檢察官）聲請意旨略以：（略）爰依刑事訴訟法第420條第1項第6款之規定，為受判決人之利益聲請再審，並請於准予再審程序後，裁定停止刑罰之執行，以維人權等語。」可參。

再者，關於刑事程序被害人權益之維護，長期存有「參與不足」、「保護不週」及「資訊不全」之三大問題²⁰。而現制下的我國現況，檢察官追訴過程是否讓人民有參與管道、犯罪被害人參與公訴程序之機會、被害人提出告訴後，在公訴程序其權利保障長期受到忽視，長期以來，刑事立法與實務亦較著重在於被告訴訟防禦權之保障，相較於此，犯罪被害人於刑事程序之地位及權益保護，則較少被論及。制度設計而言，亦偏重檢察官、辯護人等法律專家，置犯罪被害人宛如處於「被遺忘的隱形人」狀態²¹。同樣的，論者有謂：長期忽略被害人在刑事程序中之地位，是否已生過於傾向保護被告而忽略被害人之權利？象徵司法公平正義的天

平，應同等保護不同價值，過度向一方傾斜是不公平的²²。

就被害人於公訴程序之地位及權利議題部分，學者陳運財教授在學術研究上指出：就是過去長期以來公訴程序中，被害人訴訟參與及表達意見機會未受充分尊重及維護，甚至是漠視，才是問題之所在。而權衡比較下，「不應」以訴訟勞費或效率等觀點，作為適度引用被害人訴訟參與制度之擋箭牌²³。

末查，司法院於日前即2018年3月14日所公佈之《犯罪被害人訴訟參與制度及保護規定草案初稿》（2018.03.14版），這份「司法院0314訴訟參與草案初稿」，規範為何？所為何來？能否契合犯罪被害人「訴訟參與」之「制度目的」？權能為何？制度設計是否完整？亦容要探究之必要。

質言之，本文之所以對此議題有「研究動機」，起因於前揭案件之本文作者曾擔任犯罪被害人保護協會臺灣臺中分會委派之告訴代理人，對於訴訟審理過程中，所受法院及檢察官等給予充分陳述意見之機會與訴訟照料義務之善盡，表示肯定，且不對於該案之判決結果表示意見。而本文所要揭櫫與討論的是「制度性問題」（「制度設計」問題），亦

且因為案發當時的科學鑑識的人力、物力、資訊不足，時空轉換在十餘年後，經由科學鑑識能力的提昇，且本案均未曾由專業之鑑定機關，綜合全貌予以鑑定，是以在本案進行綜合性科學鑑定後，有重大之不同認定。被害人家屬的傷痛因此重新再被提起，此為釐清事實真相而不得已之作為。檢察官為公益代表人，本案中，已審酌被告及被害人家屬的權益，並顧及法律面及事實面之調查，本件已盡調查之能事，原審判決並未有何違背法令之處，被害人家屬所請並無理由。」蘋果日報，「鄭性澤改判無罪·檢不上訴理由出爐」，

<https://tw.appledaily.com/new/realtime/20171120/1244634/>（2017/12/22）。

註20：同註12，頁5。

註21：同註12，頁4-5。

註22：林坤賢，〈犯罪被害保護政策學術研討會後之心得報告〉，載：《犯罪被害保護政策論文集》，元照出版有限公司，2017年10月，頁280。

註23：同註12，頁38。

即「當檢察官為被告利益而實行公訴時，犯罪被害人所陷於『訴訟困境』（Litigation Dilemmas）」的問題，應當如何解決？制度究應如何的設計與牽制？而方興未艾之「司法院1227訴訟參與草案初稿」是否契合「訴訟參與」之制度目的與權能為何？已否解決前開被害人之訴訟困境？值得吾人探究。制度設計應如何，始得以臻於「各方得到公平」與「兼顧彼此利益」——畢竟「公義，才能使邦國高舉」！

貳、我國刑事訴訟法被害人告訴人之權利

關於我國現行《刑事訴訟法》就被犯罪被害人權利及地位之規範，依學者之見解²⁴認為：就刑事公訴程序而言，犯罪被害人最低度應享有接觸資訊權，因接觸卷證後，始而決定是否及如何程序參與之程序參與權，復而於高度專業刑事程序及攻擊防禦之下，享

有訴訟權益之保護。因此，我國現行《刑事訴訟法》就犯罪被害人權利及地位之規範，可分三個部分：

1. 資訊決定權：如不起訴處分書、起訴書及判決書等之送達²⁵、審判中委任告訴代理人閱覽卷證²⁶、²⁷等。
2. 程序參與權：對於不起訴處分之再議聲請²⁸、交付審判聲請²⁹、對於判決之請求檢察官上訴³⁰及附帶民事訴訟起訴³¹等。
3. 訴訟權益之保護：於調查偵訊中得由法定代理人、醫師及社工人員等之陪同及陳述意見³²、得聲請證據保全³³、到場陳述意見³⁴、委任代理人陳述意見³⁵等。

參、犯罪被害人在刑事訴訟之訴訟參與制度

一、訴訟參與——他山之石之概念輪廓

關於「訴訟參與」之概念，可先從德國與日本之制度，窺其堂奧：

註24：同註12，頁6-7。

註25：我國《刑事訴訟法》第255條、第263條及第341條第2項。

註26：前引法第271條之1。

註27：以本文作者經驗為例，承辦鄭性澤案之告訴代理人，原本承審受命法官認為，被害人家屬於偵查中並未提出告訴，惟為使犯罪被害人家屬更了解本案審理，經檢辯雙方同意而得以閱覽本案卷證，其考量或許正是犯罪被害人之資訊接觸權。此外，必須補充說明的是，該案嗣經本人閱覽卷證，發現犯罪被害人家屬曾於偵查及審判中陳述：「請依法辦理」等語，依實務見解，依此而主張伊有「提出告訴」，附此一敘。

註28：我國《刑事訴訟法》第256條。

註29：前引法第258條之1。

註30：前引法第344條第3項。

註31：前引法第487條。

註32：前引法第248條之1。

註33：前引法第219條之1。

註34：前引法第271條第2項。

註35：前引法第271條之1。

首先，就德國《刑事訴訟法》訴訟參與而言，所謂被害人訴訟參與（德文為 Nebenklage），係指於公訴程序中，讓被害人有權聲請參加檢察官所提起之公訴，以取得某種的訴訟主體地位及訴訟權利之制度。該制度目前定於該法第395條以降，此項制度的發展，在德國已經有上百年的歷史³⁶。德國於《刑事訴訟法》第五編，設有「被害人參與訴訟」制度，並分別於該編設有「第一章自訴」、「第二章附加訴訟」、「第三章對被害人之賠償」及「第四章被害人之其他權限」³⁷等規定。

其次，日本《刑事訴訟法》關於被害人訴訟參與，則係規定於該法第316條之33至同法第316條之39³⁸。依此，日本審理過程所設計之訴訟參與，乃指生命、身體、自由等重大犯罪之被害人、遺屬等，得經檢察官同意向法院聲請參與刑事訴訟程序而言³⁹。

至於我國關於「訴訟參與」制度，若依「司法院0314訴訟參與草案初稿」規定可

知，將此制度擬增訂於《刑事訴訟法》「第七編之三被害人訴訟參與」，法文並為「第455條之38至第455條之48」⁴⁰。依司法院發佈之《新聞資料》可知，前開制度係指「就侵害被害人生命、身體、自由及性自主等影響人性尊嚴至鉅之案件，引進被害人訴訟參與制度。於現行刑事訴訟法三面關係之架構下，藉由通知訴訟參與人於準備程序及審理期日到場機制，使訴訟參與人能全程參與訴訟過程。復透過賦予訴訟參與人選任代理人及閱覽卷宗等機制，使其瞭解訴訟程序之進行程度及卷證資料之內容。」⁴¹就此，已然可以得知我國訴訟參與制度之概念輪廓。

二、制度目的—訴訟參與之所為何來？

二戰後，伴隨「受害者學」（Viktimologie）的發展，使得刑事政策上對於犯罪被害人保護趨向完整。而關於犯罪被害人之保護的憲法規範基礎，原則上係指向人性尊嚴、生命權與身體權之不可侵犯等基本權的保障。德

註36：同註7，頁51-52。

註37：「第四章被害人其他權限」，類如「程序狀況之答覆」（亦即應依被害人之聲請向其通知：程序之終止、審判期日之地點及時間以及對被告之指控、法院訴訟之結果、若被害人不通曉德語，應依聲請以其所理解之語言，向其通知審判期日之地點及時間等，德國刑事訴訟法第406d條參照）、「檢閱卷宗證物」（亦即被害人之律師得為被害人查閱存於法院之卷宗等，該法第406e條參照）、「被害人之輔佐人」（亦即被害人得由律師輔佐或代理，為被害人訊問而到場之律師輔佐人得在場。該法第406f條參照）、「社會心理之訴訟陪伴」（亦即被害人得由社會心理訴訟陪伴人輔佐。應允許社會心理訴訟陪伴人，在訊問被害人時及審判期中與被害人共同在場。該法第406g條參照。）Strafprozessordnung，連孟琦譯，〈德國刑事訴訟法—附德國法院組織法選譯〉，元照，2016年9月，頁368-377。

註38：彭聖斐，〈日本刑事訴訟程序之受害者訴訟參加制度介紹〉，《檢察官新論》，第22期，2017年7月，頁260-261。

註39：同註8，頁44。

註40：同註2。

註41：資料來源：司法院網站，網址：

<http://jirs.judicial.gov.tw/GNNWS/NNWSS002.asp?id=320895&flag=1®i=1&key=%B6D%B3%5E%B0%D1%BBP&MuchInfo=&courtid=>，檢索日期：2018年7月11日。

國聯邦憲法法院曾指出：基本權作為客觀價值秩序之目的，即根本地強化基本權效力。除為立法、行政及司法提供方針，復所有法領域，均不得與之抵觸。同時也使立法者之形成權力有其客觀的界限。立法者限制基本權之權限時，亦同時受被限制權利之特殊價值內容之限制。由是言之，這或許提供犯罪被害人於刑事訴訟程序之參與權被忽略或被剝奪時，一個重要的「防禦」及主張的論證⁴²。

詳言之，若從憲法上基本權客觀功能的兩個面向，或許可以提供犯罪被害人之憲法規範基礎。此兩個面向即為「國家保護義務」與「制度性保障」。前者，亦即德國聯邦憲法法院認為：基本權作為客觀之基本規範價值決定，除要求國家公權力之行使應消極避免侵害人民之基本權外，並要求國家應積極的採取措施，防止權利主體遭受來自於第三人之侵害。「禁止保護不足」原則或要求或要求國家善盡「保護」人民基本權之義務，始其免於遭受的第三人侵害⁴³。後者，則指司法院大法官會議釋字第507號解釋理由書所揭櫫「憲法第十六條規定人民有訴訟之權，此項權利自亦包括人民尋求刑事司法救濟在

內，是故人民因權利遭受非法侵害，加害之行為人因而應負刑事責任者，被害人有所謂司法機關予以偵查、追訴、審判之權利，此項權利之行使國家亦應提供制度性之保障。」而言⁴⁴。因之，吾人應思考什麼樣制度、組織架構與法之基本形體，係實現「犯罪被害人」之人性尊嚴、生命與身體不受傷害權，乃至司法程序參與權之重要內容⁴⁵。

在日本的被害人訴訟參與制度，則係基於該國《犯罪被害人等基本法》第18條所定：「國家及地方公共團體，為使犯罪被害人等能適當參與與其被害相關之刑事案件程序，就刑事相關案件進行狀況之相關資訊之提供，刑事相關案件程序參加機會之擴充制度之建置，應採取必要之措施。」規定的基本精神，爰於2017年通過《為保護犯罪被害人等權利利益而修正刑事訴訟法等一部之法律》時，引進該制度，並為該國《刑事訴訟法》第316條之33至第316條之39所定⁴⁶。

在刑事訴訟程序，被害人多僅能扮演消極與被動角色，相較於被告所享有，類如緘默權、辯護權、訊問權及詰問權，被害人亦難擁有與之抗衡的追訴權力，在追訴過程中亦

註42：張錕盛，〈國家對犯罪被害人保護之責任與藍圖規劃〉，載：《犯罪被害保護政策論文集》，元照，2017年10月，頁199-204。

註43：然而，國家保護是否足夠，行政權與立法權則保有很大預測及形成空間。德國聯邦憲法法院僅在公權力完全沒有採取保護措施或顯不相當或完全不足以達其保護目的時，始為司法審查範疇。同前註，頁205-209。

註44：學者張錕盛教授補充認為，本號解釋所指「應提供制度性之保障」，似與德國學者Carl Schmitt所稱制度性保障，兩者概念有所不同。前者較像是要求應「積極」地「形成」（Ausgestaltung）一個與被害人參與偵查、追訴、審判之刑事司法救濟制度。因此，此處所談之制度性保障，與其說是基本權內涵之充實，不如說是使基本權獲得有效實現的基本權條件（Grundrechtsvoraussetzung）。同前註，頁209-210。

註45：同註42，頁212-213。

註46：同註38，頁260-261。

常有挫折而感到沮喪，可見被害人在訴訟程序上之處境，刑事訴訟程序並未給被害人一個定位。由是申言之，犯罪被害人在犯罪行為追訴的結果上，可說係直接利害關係人，故應賦予犯罪被害人「準當事人」（或類當事人）之法律地位，有必要制定「犯罪被害人訴訟參與制度」，並賦予若干權限，以強化犯罪被害人之權利保護⁴⁷。

再者，基於被害人保護觀點，被害人帶有被害情緒或報復情緒，乃理所當然，而制度設計應考量如何避免程序紊亂。犯罪被害人訴諸訴訟程序，並非考量應報或救濟，而是維護或回復應有之人格尊嚴，且有助於犯罪被害人之寬恕情懷，更是擴大刑事程序中有關人權之保障⁴⁸。

此外，依學者引用日本一份有關被害人訴訟參與之實證調查報告指出，被害人家屬對於檢察官庭前說明、告知訴訟對應及因訴訟參與對案件之瞭解與維護名譽尊嚴等，其滿意度，顯著高於未獲訴訟參加之被害人案件，相當程度提升對檢察官職務之信賴⁴⁹。就此，亦可供我國實務上運作及制度上修法之參考。

值得一提的是，在德國關於被害人訴訟參與制度，該國學界提出三種觀點：其一乃在於提供保護被害人之功能（Schutzfunktion），

以免被告卸責推諉到被害人；其二則為滿足被害人個人補償及修復利益（persönliches Genugtuungs-und Restitutions-interesse）基於應報要求被告付出代價之需求；其三則係提供與強制起訴類似監督及澄清功能（Kontroll-und Aufklärungsfunktion），以避免檢察官若未盡力訴追之情形⁵⁰。

若從另一個觀點來看，本文認為，以訴訟參與代理人之功能，亦可見諸訴訟參與之制度實益。亦即，我國學者曾指出：關於訴訟參與代理人部分，德國學者Schwenn認為，訴訟參與代理人不至於會成為「檢察官競爭者」（Konkurrent des Staatsanwalts），因為其所享有之權利，並不足與檢察官相比，而代理人之功能主要是透過上訴、聲明異議等，對國家偵審機關行使「監控權」（Kontrolleecht）。此外，訴訟參與代理人亦常以扮演翻譯角色（Dolmetscherrolle），亦即向被害人說明及解釋刑事程序⁵¹，有助於被害人理解及對法院程序判決之接受⁵²。就此，或可謂為從訴訟參與「代理人」之效能，亦可見諸訴訟參與制度之效益。

由是申言之，賦予被害人積極參與訴訟，就規範層面而言，不只對法官應不偏不倚，維持客觀中立審判，不致有所妨害，復可能因被害人參與，而有助發現真實及妥適量刑⁵³。

註47：同註9，頁242。

註48：同註8，頁44。

註49：同註12，頁36。

註50：同註7，頁55-56。

註51：以本文作者經驗為例，曾於承辦某案時，2016年6月4日準備期日後，作者在法院外接受記者採訪時，曾有記者表示：本案不就是「一造辯論判決」？就我國「刑事訴訟制度」來看，這一段話語，發人深省。

註52：同註4，頁69-70。

註53：同註4，頁61-62。

此外，我國刑事訴訟法關於犯罪被害人之刑事程序規範，縱已有相關規範，然則，「公開法庭審判程序，乃真相釐清、法律適用及刑罰輕重之關鍵時刻，現行法規定被害人如同前述僅僅『靜候差遣』而為證言，以及『必要時』陳述意見等，被害人與公訴審判程序中，並無其他主動積極之權利保障機制⁵⁴。」

據上，犯罪被害人之訴訟參與制度，在理念上，除有助於傳統刑事訴訟目的之發現真實，復有增進犯罪被害人對於審理程序之認知理解，滿足犯罪被害人對於正義之需求，尤有進者，併具有對國家偵審機關之監督澄清等之制度目的。

三、參與定位——白馬非馬之準當事人？

犯罪被害人之訴訟參與，在刑事訴訟法的議題上都必然會討論到——關於犯罪被害人地位，是否與檢察官相同，而視為「（訴訟）當事人」？

首先，在歐盟系統，2012年《被害人權指令》第20點提及被害人之當事人地位，依該點所述，是否承認被害人於刑事訴訟有當事人地位，由於歐盟各國規定並不相同，因此依下列標準決定：一、內國法是否承認被害人有當事人地位。二、被害人是否有法定義務參與刑事程序。三、縱法未明文被害人具有當事人地位，惟依法仍有請求主動參與刑事程序之權利，且實際上得行使之。由是可

知，歐盟對於被害人刑事當事人地位一節，係由歐盟各國自行決定，蓋該議題仍具爭議性，尚待國際社會廣續討論⁵⁵。

再者，就日本制度而言，該國制度設計基本構想，並非將訴訟參與之被害人，與檢察官等同視之為當事人，而僅止於維持現行檢察官與被告之當事人進行主義前提，於一定限度內，肯認被害人得參與檢察官之公訴活動⁵⁶。然而，即便如此，儘管未賦予被害人具有刑事訴訟當事人身份，而維持檢察官與被告係訴訟當事人之訴訟構造，而賦予被害人參加高度參與訴訟之機會，使其能與檢察官密切合作，行使相關權利，可謂為近年對於被害人權益最重要的改革⁵⁷。

至於德國，該國關於犯罪被害人法律地位之法制化趨勢，學者認為有兩個面向：其一為犯罪被害人保護，其二則為犯罪被害人積極參與刑事程序，此二者非但不矛盾，更是具有併存關係。德國常以「被害人保護」（Opferschutz; Schutz des Verletzten）予以統稱⁵⁸。

在德國制度，德國學者Weigend認為，雖不能將訴訟參與解釋為被告與被害人對抗之當事人訴訟制度（Parteiprozess），蓋被害人透過詰問、聲請及上訴等權利，或可影響刑事程序，然則整個程序卻仍由法院決定。惟被害人擁有是項權利後，在實質意義上，將被害人理解為訴訟當事人（Prozesspartei），並無疑義⁵⁹。

註54：同註8，頁44。

註55：同註4，頁62-64。

註56：同註8，頁44。

註57：同註38，頁273。

註58：同註4，頁65-66。

註59：同註4，頁70-71。

在討論犯罪被害人當事人地位議題，必然遇到被告利益與被害人利益衝突的問題。若依德國學者Riess見解，伊認為刑事訴訟法係優先保護被告利益，而將保護被害人利益則居於次要地位。縱強化被害人法律地位，亦不得以弱化被告訴訟防禦權方法達成。被告行使訴訟防禦權，不免對被害人產生不利，此現象雖須忍受，惟在被告與被害人間，於具體個案時，仍應力求實踐上之和諧（Praktische Konkordanz）。然而，對此論點，該國學者Kuehne則持反對意見，認以被害人不應被視為程序客體，且應尊重其主體地位，此係基於人性尊嚴與確保人格權自由之憲法原則，而公平審判原則亦有保護訴訟關係人之功能⁶⁰。

若然，再以訴訟參與人與檢察官之關係而言，若依照德國之訴訟參與制度而言，訴訟參與人與檢察官之關係，亦值得說明與瞭解。亦即，學者認為訴訟參與人對於檢察官來說——在對外關係上，係屬附屬；對內關係，則為獨立。對外關係是指必須以公訴提起時存在為前提，對內關係則指渠等彼此間為完全獨立。訴訟參與人可完全不考慮檢察官或其他訴訟參與人之意思，行使自己之訴訟參與權，類如調查證據聲請或提問等。即便與檢察官或其他參與人相反或抵觸，亦無

妨礙，只是是否採認，則由法院決定之⁶¹。

對於犯罪被害人之訴訟參與，犯罪被害人地位是否認係「訴訟當事人」？在我國之實證研究，國內學者曾就法官及檢察官為民意調查⁶²，依其調查之結果顯示：不同意犯罪被害人於審判中具有當事人地位者計有61%，贊同但無須法院准許亦不必適用案件限制者有20%，贊同但應經法院准許且限於重罪案件或特定案件有5%。而反對之理由，可能增加法庭對立有26.8%，造成訴訟延宕有25.8%及犯罪被害人法律素養不足以擔任程序主體⁶³。質言之，或許過半數是傾向不贊同賦予犯罪被害人等同於檢察官之當事人地位。

此外，關於是否贊同犯罪被害人得立於「訴訟參與人地位」而參與公訴程序之問題，前開調查結果顯示為，不贊同者為37%，贊同且無需法院准許亦不必適用案件限制者為21%，贊同且無需法院准許但應有案件限制者為10%，贊同且應經法院准許但無適用案件限制者為8%，贊同但應經法院准許且有適用案件限制者為3%。依此，整體而言，贊成犯罪被害人享有訴訟參與之機會者，略高於不贊同者之比例。而不贊同犯罪被害人得以訴訟參與地位參與刑事公訴審判程序之理由，基本上與前開理由相同⁶⁴。

據上，對於犯罪被害人於訴訟參與後，其

註60：同註4，頁60-61。

註61：同註7，頁53-54。

註62：該調查係針對臺灣雲林地方法院法官、臺灣臺南地方法院法官、臺灣雲林地方法院檢察署檢察官及臺灣臺南地方法院檢察署檢察官等，進行問卷調查，發放問卷為193份，回收有效問卷為114份。同註12，頁5。又本文拙見以為，民意調查係以抽樣樣本而推估母體之方法，重點在於「代表性」，該文認為「應可認相當程度反映出偵查及審判實務有關被害人參與公訴程序之運作狀況」，附此敘明。

註63：同註12，頁29。

註64：同註12，頁29。

在刑事訴訟審理程序之地位，是否為「訴訟當事人」？日本制度予以否定，德國制度則予以肯認，而國內前開調查結果則約有六成礙難同意⁶⁵。就此部分之概念思維，或然將接著影響犯罪被害人訴訟參與之制度設計與權利清單。儘管如此，贊成犯罪被害人享有訴訟參與機會略高於不贊成，亦肯定訴訟參與制度之目的與功能。

四、程序要求——重大侵害之犯罪類型

關於犯罪被害人訴訟參與之程序要求，德國制度及日本制度之概況如下：

（一）聲請程式——德日制度之他山之石

1. 在德國，依該國《刑事訴訟法》第395條第4項：「參加訴訟得於刑事程序任何階段為之，亦得於判決作出後為提起救濟而參加。」因此，聲請訴訟參與之時期，為訴訟確定前⁶⁶。而於偵查中得聲明，惟係檢察官提起公訴時始生效力⁶⁷。而聲請訴訟參與之程式，應以書面為之⁶⁸。嗣經法院徵詢檢察官意見後而為准駁

之裁定⁶⁹。

2. 至於在日本，該國《刑事訴訟法》第316條之33規定，係經法院許可訴訟參與後，即具有被害者參與人之身分⁷⁰。

（二）適用範圍——德日制度之列舉案件

1. 在德國，有權提起訴訟參與之人，計有三種。其一為該國刑事訴訟法第395條第1項列舉之犯罪行為被害人，概以性犯罪或暴力犯罪之被害人。其二則為案經聲請強制起訴成功之被害人⁷¹。其三則係需有特殊理由，為維護其利益認有必要者⁷²。
2. 在日本，得以適用訴訟參與之案件，以該國該法第316條之33第1項第1款至第5款所列犯罪之案件為限⁷³。概言之，在日本適用「訴訟參與制度」，乃生命、身體、自由等特定重大罪侵害之被害人、遺屬或委任律師，得經檢察官同意而向法院聲請參與刑事訴訟程序⁷⁴。

（三）我國刑訴——學者卓見之修法意見

註65：最直接的影響是，日本之訴訟參與人均無調查證據聲請權及上訴權，然則德國之訴訟參與人則俱有之。

註66：同註7，頁355。

註67：前引法第396條中段：「提起公訴前遞交檢察官或法院之參加聲明，隨提起公訴而發生效力。」同前註，頁356。

註68：前引法第396條第1項前段：「參加聲明，應以書面遞交法院。」

註69：同註7，頁58。

註70：註38，頁261。

註71：「在這種情形，因為檢察官本來就沒有意願起訴，所以在被迫進行公訴時，可以想見，檢察官態度可能會相當消極。因此，讓被害人成為訴訟參加人，可以自己積極行使其權利。」同註7，頁57。

註72：同註7，頁56-57。

註73：同註38，頁261-263。

註74：同註8，頁44。

關於犯罪被害人訴訟參與制度，在我國聲請程式及適用範圍之議題上，我國學者之意見：

首先，學者陳運財教授認為：關於被害人進入訴訟參與程序，宜明定國家機關對於犯罪被害人或家屬負有告知之義務，復檢察官認合於伊所起訴罪名之適用範圍時，應於起訴之同時通知渠等得聲請之。至於聲請之方式，為透過檢察官，由檢察官添具意見書而提出於法院，法院如認為不當，得以裁定駁回之⁷⁵。

關於聲請調查證據權及上訴權等訴訟行為，因實質影響當事人訴訟結構及可能侵害被告訴訟防禦權，甚至影響訴訟效率。就此，應以侵害人生命、身體或自由等重要法益之犯罪為限。因此，建議以殺人罪、重傷罪、妨害性自主罪、剝奪他人行動自由罪、販賣人口罪、擄人勒贖罪、過失致死罪等，作為探討研議期被害人訴訟參與之適用範圍⁷⁶。

復次，學者何賴傑教授則認為：訴訟參與須考量案件合適性，未必所有案件均適合以訴訟參加方式進行，因此，立法政策上須限制案件類型，如殺人案件、性侵害案件或違

反智慧財產權案件等，較為適合以訴訟參與方式進行審判⁷⁷。

再者，學者連孟琦教授認為：關於附加訴訟適用之範圍及權限，初期或可小部分先開放，嗣將來我國運作狀況再為適度調整。因此，類如人身傷害較重大而最具保護需求之案件類型，即暴力犯罪與性犯罪，而附加訴訟權人，則為被害人及最近親屬之人⁷⁸。

（四）我國草案——訴訟參與之草案初稿

我國「司法院0314訴訟參與草案初稿」，則將訴訟參與之聲請程式，定為「於檢察官提起公訴後第二審言詞辯論終結前，聲請參與本案訴訟」⁷⁹並「應於每審級向檢察官提出聲請書狀，檢察官添具意見後送交法院為之。」⁸⁰

就此部分，似與日本立法例，相去不遠。然則，若再細究以觀，在德國係以書面遞交法院，法院於聽詢檢察官意見後裁定之⁸¹；在日本則為向檢察官提出，由檢察官檢附意見後，通知法院⁸²。依此，參以前揭草案初稿第455條之38及第455條之39規定，兩相對造以觀，訴訟參與之程式，我國草案初稿係以日本立法例為參考⁸³。惟本文認為——既然是

註75：同註12，頁44-45。

註76：同註12，頁44。

註77：同註4，頁79-80。

註78：同註6，頁67。

註79：見該草案初稿第455條之38本文規定，同註2。

註80：見該草案初稿第455條之39第1項規定，同註2。

註81：德國《刑事訴訟法》第396條第1項第一句及同法條第2項第1句參照。

註82：日本《刑事訴訟法》第316條之33第2項參照。

註83：該草案初稿第455條之39立法說明為：「為尊重檢察官代表國家追訴犯罪、維護社會秩序之訴訟當事人角色，期許訴訟參與人於訴訟程序進行中能與檢察官有更密切、良好之互動，爰參酌日本刑事訴訟法第三百十六條之三十三之規定，以檢察官添具意見為聲請訴訟參與之要件，明定被害人聲請訴訟參與時，應先向檢察官提出聲請書狀，經檢察官添具意見後送交法院，而聲請訴訟參與之時點應以檢察官送交請聲書狀予法院時為準。」同註2。

「法院裁定」，則當然應由犯罪被害人逕向法院聲請，而草案初稿既謂「向檢察官提出聲請書狀」，復謂「法院裁定准許」或「法院裁定駁回」，就是一整個奇怪⁸⁴，到底是向誰聲請？誰又是聲請人？就此，本文認為——宜採德國立法例，逕向法院為聲請，由法院徵詢檢察官意見後，裁定之即可，既是簡單明瞭⁸⁵，復又免於實務運作混淆不明，更是尊重被害人之程序主體性地位。

至於，我國「司法院0314訴訟參與草案初稿」就訴訟參與之適用範圍，則規定在《刑事訴訟法》第455條之38⁸⁶，類以侵害被害人生命、身體、自由及性自主等影響人性尊嚴至鉅之案件為宜。考其立法理由為本於維護被害人及其家屬人性尊嚴之目的及考量司法資源之合理有效利用，與德日立法例，若合符節。

（待續）

註84：若以我國司法實務而言，聲請法院裁定准否之書狀，卻是要遞狀到檢察機關，總是讓人覺得一整個奇怪！

註85：訴訟參與之聲請，我國司法院《刑事訴訟法被害人訴訟參與草案》第455條之39第1項雖規定，係先向檢察官聲請，並謂係參酌日本《刑事訴訟法》第316條之33規定而來。然則，就此規定，恐非無再事斟酌之餘地。蓋訴訟參與之聲請，既係由法院裁定，自應「逕向法院」聲請，而由法院徵詢檢察官之意見即可。一則簡單明瞭(誰的准駁權限就直接向誰聲請)；二則臻於時效，第一時間讓法院知道有犯罪被害人為訴訟參與之聲請，復於訂準備期日或審理期日時，得及時通知訴訟參與人到場，保障其受通知之權利，免生貽誤；三則如同交付審判制度係向法院聲請；四則，公平審判之法理，遇有犯罪被害人為訴訟參與之聲請，被告或辯護人亦應於同時知悉，以便保障被告訴訟防禦權及訴訟策略之因應，且該草案第455條之40第2項亦規定應徵詢被告及辯護人之意見，果此，自應增訂徵詢檢察官之意見，以符公平審判原則；五則德國《刑事訴訟法》第396條第1項前段亦規定，應以書面遞交法院；六則司法審查，從來就是逕向司法機關起訴或聲請為之。

註86：草案初稿第455條之38：「下列犯罪之被害人得於檢察官提起公訴後第二審言詞辯論終結前，聲請參與本案訴訟。但被害人無行為能力、限制行為能力、死亡或因其他不得已之事由而不能聲請者，得由其法定代理人、配偶、直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親或家長、家屬為之：

一、因故意、過失犯罪行為而致人於死或致重傷之罪。

二、刑法第二百四十一條、第二百七十一條第一項、第二項、第二百七十二條第一項、第二項、第二百七十三條、第二百七十五條第一項、第二項、第二百七十八條第一項、第三項、第二百八十條、第二百八十六條、第二百九十六條、第二百九十六條之一、第二百九十七條、第二百九十八條、第二百九十九條、第三百條、第三百二十八條第一項、第二項、第四項、第三百二十九條、第三百三十條、第三百三十二條第一項、第二項第一款、第三款、第四款、第三百三十三條第一項、第二項、第三百三十四條第一項、第二項第一款、第三款、第四款、第三百四十七條第一項、第三項、第三百四十八條第一項、第二項第二款之罪。

三、性侵害犯罪防治法第二條第一項所定之罪。

四、人口販運防制法第三十一條至第三十四條、第三十六條之罪。

五、兒童及少年性剝削防制條例第三十二條至第三十六條、第三十七條第一項之罪。」