

被害者參加訴訟制度

—日本法制之創設與台灣、大陸法制之比較

廖其偉*

壹、前言—所有人的正義

首先，必須說明本文的立場。刑事訴訟法與刑事政策的關係是非常密切的，就如同有論者認為刑事訴訟法為國家基本法的測震儀器¹一樣，刑事政策的制訂與推行，與刑事訴訟法的落實與修正有著非常緊密的關連。這樣的關連尤其在社會的犯罪現象趨向緩和或是趨向劇烈的時候，表現得越趨明顯，這也就是學者以及法務部當初提出兩極化的刑事政策²來面對社會越趨惡劣的治安情況，並且修正刑法以及刑事訴訟法相關制度的主要理由。2002年7月，英國當時的內政部長、上議院大法官以及總檢察長應英國女王之命，向英國議會提出了當年度的英國司法改革報告白皮書，也就是未來英國的刑事司法制度將要朝向如何的方向進行改革的計畫³。這一部白皮書不僅在英國境內引起了廣泛的討論，在不到一年的時間內，這一部白皮書所揭示的幾項重要刑事政策改革方向，如強調刑事司法程序在各環節的準確性以及正確性、司法公正必須要透過更有效率、更公平的審判來體現，重新認識、檢討刑罰以及罪犯的懲罰與再社會化的機制，還有更好地對待被害人、證人以及加強更多的社會參與及支援。這些議題，在世界各地也引起了相當廣泛的討論與重視，尤其是中國大陸與日本⁴，幾乎可以說

* 國立台北大學法學系博士生，現任海峽兩岸法學交流協會秘書。

¹ 吳麗琪譯「『德國刑事訴訟法』 Claus Roxin著」頁13，三民書局出版。

² 廖正豪，刑法的修正與刑事政策的變遷，刑事法雜誌第50卷第4期，頁10-22，2006年8月出版。森下忠，刑事政策の兩極化，收錄於刑事政策の論點Ⅱ，頁1-4，1994年9月1日出版第1刷，成文堂發行。

³ 李薇薇主編，最高人民檢察院法律政策研究室編譯，所有人的正義—英國司法改革報告，頁10-27，2003年6月第1版，中國檢察出版社。

⁴ 事實上，日本的刑事政策與刑事法研究，一直與英國的刑事政策有相當程度的關連，可參閱：奧村正雄，イギリス刑事法の動向，頁259-273，1996年4月1日初版第1刷，成文堂發行。張朝霞、馮英菊，從《所有人的正義》看英國的刑事司法改革，法學家雜誌，

在刑事政策與犯罪人矯治的修法與施行⁵上，都相當程度地受到這一部白皮書所提出的見解之影響。

誠如「所有人的正義」此一司法改革報告所言，此一與刑事訴訟制度「發現真實⁶」之精神息息相關的改革計畫，其重點只有一個，而且相當明確，即在於：「重新調整現行刑事司法制度，使其有利於被害人和社會大眾，減少犯罪，將更多的罪犯繩之以法。」這個改革計畫的五項具體措施可以大別為⁷：

一、減少假釋期間之犯罪。

二、將證據確實充分的案件，起訴至法院。

三、建立快速、準確的起訴程序，避免使被告有「鑽制度漏洞」而逃避法律制裁之機會。

四、建立簡潔、精準與現代化的取證手段。

五、使判決發揮其應有的效力，迅速實現正義，刑罰也能達到具體懲罰犯罪人的效果。。

換句話說，所謂的追求「所有人的正義」，其實在制度的改革上，目的很清楚；也就是希望制度能夠朝向以「犯罪被害人」為核心而加以修正，而不只是被告或是犯罪嫌疑人在刑事訴訟程序中的人權保障。這樣的改革計畫，昭示了當代刑事訴訟制度以及刑事政策轉型的一個新方向⁸。

頁 133-144，2004 年 6 月出版。

⁵ 梶木壽（日本法務省矯正局長），刑事收容設施及び被收容者等の処遇に関する法律の施行に当たって，刑政雜誌，頁 20-25，2007 年 6 月出版。

⁶ 林聰賢，論刑事訴訟之目的，月旦法學雜誌第 118 期，頁 52-62，1995 年 2 月。另可參考：林鈺雄，論刑事訴訟之目的，政大法學評論第 61 期，頁 403-420，1999 年 6 月；林永謀，刑事訴訟之目的與其趨向，刑事法雜誌第 41 卷第 4 期，頁 3，1997 年 8 月。

⁷ 前揭註 3，概述部分，頁 4-5。

⁸ 廖正豪，理性思考死刑制度之存廢—如何實現所有人的正義，刑事法雜誌第 51 卷第 3

本文就是以這樣的角度來觀察 2007 年 6 月 20 日經日本參議院審查通過，完成立法程序的「謀求犯罪被害者的權利、利益而修正刑事訴訟法等部分條文之法案」⁹。本法案爭議最大的部分，就是立法機關在刑事訴訟法上創設了「被害人參加訴訟制度」。本文希望能透過此一制度之介紹，與日本學界以及實務界對於制度中各問題之提出與檢討，以及在此制度之中被害人所被賦予的各項權利，是否已經涉及改變原本刑事訴訟法的訴訟結構等問題，進行檢討。最重要的，透過與我國制度之比較，以及其他比較法之觀點的陳述，從追求「所有人的正義」之觀點出發，評述此一制度相關之問題，並探究此一制度引進我國的可行性。

貳、日本被害人參加訴訟制度的介紹

一、被害人參加訴訟制度簡介

日本政府為了更有效地保障被害人在刑事訴訟程序上的實際參與，以及促進其權利保障，平成 19 年（2007 年）3 月 13 日，由內閣通過此一刑事訴訟法修正案，以及其他如民事訴訟法修正案等配套之法案，包含創設全新的被害人參加訴訟制度¹⁰，而向國會提出議決之聲請。被害人參加訴訟制度在日本刑事訴訟法制上一直是一個具有高度爭議性的問題，在內閣向國會提出本法案之後，日本各地的律師，或是律師聯合會¹¹，幾乎均以很快的

期，頁 22-24，2007 年 6 月出版。

⁹ 詳細新聞可以參見：立法院全球資訊網，外國新知彙集網頁：<http://npl.ly.gov.tw>，96 年 6 月 21 日，標題為：「日本完成修法增訂被害人參與刑案審判制度」。

¹⁰ 此一法案的正式名稱為：「犯罪被害者等の権利利益の保護を図るための刑事訴訟法等の一部を改正する法律案」，可參照：www.moj.go.jp，日本內閣網頁。此一網頁並有刑事訴訟法條文新舊對照表。

¹¹ 如東京弁護士會吉岡貴輔會長，旋即於 2007 年 3 月 22 日以「被害人參加制度に反対する会長聲明」為題，發表反對被害人參加制度的聲明，可查閱東京弁護士會網頁資訊：<http://www.toben.or.jp/news/statement/2007/0322.html>。此外，2007 年 4 月 21 日，青森縣弁護士會也做成反對被害人參加制度的決議，同年 4 月 27 日，群馬弁護士會高橋勝男會長也發表了反對被害人參加制度的決議。之後，於同年 5 月 18 日，埼玉縣弁護士會小川修會長，一樣簡要地發表了反對此一制度的見解，詳後述。

速度發表了反對被害人參加訴訟制度的聲明，或是更強烈地要求希望內閣能夠向國會撤回或是廢棄此一法案之提出。論者亦有針對程序上法制審議會審議此一法案時的倉促以及不充分提出抨擊與質疑¹²，然而，此一法案在經過多方的政治角力，以及民間團體¹³的大力促成之下，在平成 19 年（2007 年）的 6 月 20 日經過參議院審查通過，完成立法程序，創設了在刑事訴訟法上的「被害人參加訴訟制度」。

本文所要介紹、討論的重點，從法案本身來看，焦點乃在於第二編一審程序中的第三章「公判」的第三節，亦即新設之被害人參加訴訟制度。在條文的順序上，是從第 316 條之 33 到 39，總共 7 條的條文。這個部分，就日本內閣所公佈的法律案要綱來看，分成五個主要部分，其乃：被害人參加刑事被告案件的程序、被害人或是其辯護人對於證人的尋問¹⁴、被害人對被告的質問、被害人於證據調查終結後，言詞辯論的意見陳述權之行使，以及對於被害人出席公判庭的相關保護等等措施。以下即先就這些部分，依據法律案要綱之內容，加以簡要說明¹⁵：

（一）被害人參加刑事被告案件的程序

1.對於因為故意致人死傷之犯罪行為、強制猥褻以及強姦之罪、業務上過失致人死傷之罪、非法逮捕以及拘禁之罪與綁架、誘拐以及買賣人口之罪等相關的被告事件的被害人，或是該被害人之法定代理人，又或為受前二者委託之律師，可向法院聲請被害人參加該被告之刑事案件審判程序。法院如認為其參加有相當理由時，應裁定允許被害人或被代理人

¹² 如岩田研二郎（弁護士），刑事訴訟における被害人参加制度の問題点—法制審議會刑事司法部の審議を中心に，法律時報雜誌 5 月號，頁 86-89，2007 年 5 月出版。

¹³ 日本最大的民間支援被害者的團體乃「全国犯罪被害者の会」，簡稱 NAVS，又稱為「あすの会」。於內閣提出被害人參加訴訟之法案後，該會隨即於 2007 年 3 月 24 日於網站上公布了「被害人参加制度・損害賠償命令制度 Q & A」此手冊第二版發行的通知，並於網頁上公布新制的訴訟構造圖之說明。詳見本文末附圖，並可查閱：<http://www.navs.jp/report/1/q&a.html>。

¹⁴ 原文法條用語為「尋問」，故沿用之。此與我國「訊問」之用語意義相同。

¹⁵ 此處僅就制度內容簡單加以介紹，有興趣之讀者，可以直接查閱前揭註 10 所示之日本內閣網頁：www.moj.go.jp。

參加訴訟。(第 316 條之 33 第一項規定)

2.前項之聲請，應事先向檢察官提出。檢察官應附加意見，將此聲請通知法院。(同條第二項)

3.法院依據第 316 條之 33 第一項規定，允許參加被告案件訴訟之被害者、被害者之法定代理人（以下稱為被害者參加人），如發現並非該被告案件之被害人或是法定代理人時，或是案件撤回、被告之罪並非第 316 條之 33 所規定之罪，或有其他理由認為被害者或是其法定代理人不宜參加者，必須撤銷該允許參加之裁定。(同條第三項)

4.被害者參加人或受其委託之律師，得於公判期日出席，參加審判。(第 316 條之 34 第一項)

5.公判期日必須通知被害者參加人。(同條第二項)

6.被害者參加人或是其委託之律師有多人時，法院如認為有必要，得對參加人全體或是其一部，要求從中選定於公判期日出席的代表人。(同條第三項)

7.法院如認為參加人以不出席為適當時，得禁止參加人全部或是一部於公判期日之出席。(同條第四項)

8.被害者參加人或是其委託之律師，關於該被告事件依據刑事訴訟法檢察官得行使之權限，對於檢察官得陳述自己的意見。檢察官於必要之限度內，對於陳述意見之參加人，應說明該權限行使或是不行使之理由。(第 316 條之 35)

(二) 證人的訊問

1.在訊問證人的時候，被害者參加人或是受其委託之律師，聲請證人的訊問時，法院若認為，關於該證人的供述欲證明之事實，存在有爭執之必要的情狀事項時（關係犯罪事實者除外），而以訊問為適當者，應允許其訊問證人。(第 316 條之 36 第一項)

2.前項之聲請，必須於檢察官訊問終了後（如果檢察官對於證人沒有訊問，應於被告人或是辯護人的訊問終了後），說明訊問之事項，向檢察官

提出。除了親自訊問該事項之外，檢察官應附意見，將聲請通知法院。（同條第二項）

3.審判長對於被害人參加人或是受其委託之律師之訊問，如認為超出 1.之規定事項所申請之範圍時，應加以限制。（同條第三項）

（三）對於被告的質問

1.對於被害人參加人或受其委託之律師，聲請質問被告時，以認為被害人參加人或其委託之律師，依據刑事訴訟法之規定有陳述意見之必要，並認為適當者，法院得允許其質問被告。（第 316 條之 37）

2.前項之聲請，事先必須說明質問之事項，向檢察官提出。除了關於該事項檢察官欲親自取供之外，應附意見，將該聲請通知法院。（同條第二項）

3.審判長對於被害人參加人或是受其委託之律師的質問，如認為超出了 1.之規定，而非屬於必要的意見陳述或是與其無關的事項時（同條第三項），應禁止之。

（四）言詞辯論時，被害人參加人意見陳述權之行使

1.被害人參加人或是受其委託之律師，聲請對於事實或是法律之適用進行意見陳述時，法院如認為適當者，應於公判期日，在檢察官的意見陳述後，就特定為訴因之事實範圍內，允許其陳述意見之聲請。（第 316 條之 38 第一項）

2. 前項之聲請，事先必須說明陳述意見之要旨，向檢察官提出。除了關於該事項檢察官欲親自取供之外，應附意見，將該聲請通知法院。（同條第二項）

3. 審判長對於被害人參加人或是受其委託之律師的意見陳述，如認為超出了 1.所規定的範圍時，應禁止之。（同條第三項）

4.依據 1.之規定所進行的陳述，不得作為證據。（同條第四項）

（五）其他於公判程序出庭時保護被害人參加人的措施

1.被害人參加人依據第 316 條之 34 第一項之規定於公判期日出庭時，法

院認為被害人參加人會感覺到顯著地緊張、不安，或是恐懼時，應對於被害人參加人採取適當的保護措施。（第 316 條之 39 第一項）

2.被害人參加人依據第 316 條之 34 第一項之規定於公判期日出庭時，法院認為被害人參加人在被告人面前列席、訊問、質問或是陳述意見將受到壓迫，顯然有害於其精神之平穩者，以辯護人出席為限，在被告人與被害人參加人之間，應採取避免被告認識被害人參加人的措施。（同條第四項）

3.被害人參加人依據第 316 條之 34 第一項之規定於公判期日出庭時，法院於被害人參加人與旁聽人之間，如認為以隔絕為適當者，應採取必要之措施。（同條第五項）

此外，關於本法案之施行期日上，依據附則第一條之規定；應自法案公布之日（平成 18 年，2006 年 6 月 27 日）起算，於一年六個月的期間內以政令決定其施行之日期¹⁶。而對於本法案施行後的檢討，依據本法案附則第 9 條以及第 10 條的規定，以及參、眾兩院協商之結果認為：

- 1.政府於本法律施行過後三年，應依據法律修正後施行之狀況，於必要的範圍內進行檢討，以及進行相關措施的研究與改進。
- 2.政府應該重視被害人參加人辯護律師設置的重要性。對於欠缺足夠資力聘請辯護律師的被害人參加人，應該謀求必要的措施加以協助。

二、對於被害人參加訴訟制度的爭點與意見

如前所述，本法案公布之後，在尚未通過之前，即引起日本法學界以及實務界的熱烈討論。其中，比較值得提出來討論的觀點，應屬反對此法案最力的各地律師聯合會。不過，首先要說明的是，不論是平成 12 年（2001 年）立法施行的日本犯罪被害人保護法，或是平成 16 年（2004 年）12 月立法完成，翌年 4 月施行的犯罪被害人基本法的立法過程以及事後施行的協助，日本弁護士連合會均熱烈參與¹⁷，並提供許多寶貴之意見。亦即，如

¹⁶ 白木功（法務省刑事局刑事法制企画官），「犯罪被害人等の権利利益の保護を図るための刑事訴訟法等の一部を改正する法律」の概要，ジュリスト 1338 期，頁 55，2007 年 7 月 15 日出刊。

¹⁷ 堀江慎司，刑事手続上の被害人関連施策について—刑事裁判への「直接関与」の制

果就整體的方向上來看，日本律師界相當重視被害人在刑事訴訟程序的辯護權利保護，以及損害賠償請求權上的爭取，包括國家、社會之援助以及支援體系是否能夠有效、及時地在經濟上以及精神上幫助被害人¹⁸。換句話說，日本律師界對於是不是要採行被害人訴訟參加或是導入如英美法制般的被害人意見陳述之制度¹⁹，是採取反對態度的。整合其理由乃²⁰：

（一）刑事法庭並不是復仇的場所

日本律師界認為，近代刑事司法的體系之基礎，乃在於斬斷報復以及復仇之連鎖反應，因此刑罰權由國家獨占，由沒有個人利害關係的法官來指揮公判程序的進行，而由代表公益的檢察官與站在被告立場的辯護人冷靜

度を中心に，法律時報雜誌 5 月號，頁 77，2007 年 5 月出版。

¹⁸ 埼玉弁護士會小川修會長在 2007 年（平成 19 年）5 月 18 日發表反對被害者參加訴訟法案的聲明中即說明：「關於被害者的支援，日本弁護士連合會對於犯罪被害者補償法的制訂，以及應有必要建立公費的被害人等的弁護士選任制度，此二項制度的早期導入，聯合會已經進行積極的整合與投入。」亦即，重視被害者的辯護協助以及補償，可以說是日本律師界近乎共識的觀點；網頁請參照：http://www.saiben.or.jp/chairman/2007/070518_01.html。

¹⁹ 被害者意見陳述（Victim Impact Statement，簡稱為VIS。），即被害者於公判的最終階段，可陳述自己的意見。淺田和茂、川崎英明、山下幸夫、高田昭正，犯罪被害者と刑事訴訟【座談會】，法律時報雜誌 6 月號，頁 88-90，2007 年 6 月出版。

²⁰ 整理自：東京弁護士會 2007 年（平成 19 年）3 月 22 日會長聲明，<http://www.toben.or.jp/news/statement/2007/0322.html>；青森縣弁護士會 2007 年（平成 19 年）4 月 21 日決議文，<http://www.ao-ben.jp/ketugi/hanzaihigaisyaketugi.html>；群馬弁護士會 2007 年（平成 19 年）4 月 27 日會長聲明，http://www.gunben.orr.jp/public_html/hanzai.htm，埼玉弁護士會 2007 年（平成 19 年）5 月 18 日會長聲明，http://www.saiben.or.jp/chairman/2007/070518_01.html。此外，亦可參考日本弁護士連合會平山正剛會長於本法案通過之際，在 2007 年（平成 19 年）6 月 20 日所發表的聲明。平山會長在聲明中闡述了日本律師界的基本立場，除了對於過度急躁而不謹慎的立法審議以及決議過程表達遺憾之外，他也寄望法案施行後三年的過渡期間，能夠確實依據實際情況來進行檢討、調整，並且希望不僅限於刑事訴訟程序中，在其他的場合裡，也能繼續支援被害人，並且在新制下繼續盡力保障被告的合法權益；<http://www.nichibenren.or.jp/ja/opinion/statement/070620.html>。此外，必須要先加以說明的是，這些問題點之間並非沒有關連性，僅為說明上的方便而將其區分為 4 點。

地進行合理的攻擊與防禦，並且藉由此程序進行公平的事實量定，並且於其後進行量刑判斷，這才是近代刑事司法的根本原理。如果將被害者的感情放入刑事裁判的場合中，極有可能即無法擔保在程序中進行冷靜、理性的判斷。而且，使犯罪被害者在刑事審判現場對於被告進行質問，如果考量到 2009 年要實施的裁判員制度²¹，在裁判員制度設計的時候，並沒有考慮到被害人參加訴訟制度，可能會對於裁判員制度產生相當重大的影響。在裁判員制度實施穩定之前就導入被害人參加訴訟制度的話，可能會造成靈活運用裁判員制度的障礙。更何況，可以想像如果是在有裁判員參與審判之狀況下，被害人參加訴訟制度之施行，將更可能使得刑事法庭的判斷失去冷靜與合理。

（二）被害人參加訴訟制度造成被告與其辯護人過大之負擔

此問題與被告的防禦權息息相關。如果考量到現在刑事訴訟法對於被告權益保障之不足，以及檢察官所擁有的強大搜查權能時，如果貿然在刑事訴訟程序上導入被害人參加訴訟制度，賦予被害人獨立於檢察官之外的獨立地位，可能產生改變刑事訴訟當事人主義構造的疑慮，而實質上地侵害了被告的防禦權。

（三）被害人參加訴訟制度將侵害無罪推定原則

被告在刑事審判程序上，乃受到無罪推定原則之保護。如果導入被害人參加訴訟制度，並賦予被害人獨立的訴訟地位，可以對於被告採取一定程度的訴訟活動時，在有罪判決確定前，即可能實質上產生推翻無罪推定原則的效果，而使得被害人參加訴訟制度與無罪推定原則產生根本上的抵觸。

（四）建構犯罪被害人的整體補償救援體系才是當務之急

近年來不論是在被害人支援體系或是受刑人的矯治上，日本的刑事政策傾向，其實是採取「修復式司法」此一基礎思維。希望透過多方面支援體系以及國家、社會資源的整合與投入，修復犯罪之破壞，使得被告、被害

²¹ 限於篇幅，可以參考：大河原真美，裁判員裁判におけるわかりやすい司法の論理と構造，自由と正義（日本弁護士連合會會誌），頁 22-32，2006 年 6 月號。上富敏伸，裁判員制度導入のための法整備，現代刑事法雜誌第 6 卷第 11 號，頁 34-41，2004 年 11 月號。此外，法律のひろば雜誌 59 期（2006 年 10 月號）有特集可以參考。

者、以及被害者的家屬能夠重新面對社會生活，即「迎向明日之生活」的精神²²。因此，政府現在的當務之急，並非倉促導入被害人參加訴訟制度。而是必須要在現有的民事性質的損害賠償救濟之外，繼續建立其他的經濟上或是精神上的支援體系。原本這就是國家與立法機關責無旁貸的任務，但是現在除了具有限制²³的「犯罪被害人等給付金制度」之外，對於被害人精神方面的救濟對策，則盡付闕如；讓人不免懷疑這是政府與國會爲了掩飾自己的怠慢，強行導入與上述理念無法相容的被害人參加訴訟制度。

與此同時，學界也對於本法案之規定以及上述的質疑，提出了一些不同的論點。仔細地整理起來，與上述觀點相對應之點在於²⁴：

（一）關於是否會造成復仇效果之問題

針對律師界所提出的「刑事法庭可能會流於私人報復的場所」，論者之意見在某程度上可以說是分歧的。有學者²⁵認爲，允許被害人直接訊問證人，或是對於被告進行質問，可能會讓公判審理受到私人的感情所支配，影響到量刑判斷，而可能改變刑罰權本質的疑慮，尙不足以完全採信。因爲，讓被害人以證人身分出庭而進行證言程序，也是被害人對於公判程序的直接參與，此證言的過程所含有的私人的感情因素可能更爲濃厚，所以前述的立論並非完全正確。但是，就制度本身而言，與被害人爲證人之一次性的感情表現不同，本法案可能會變成允許被害人在公判程序中繼續地表達

²² 太田達也，『修復的矯正』の実現に向けて～台湾・更生團契の試み～，刑政第 115 卷第 2 号，頁 44-46，2004 年（平成 16 年）2 月 1 日發行。

²³ 此制度能夠申請補償之案件類型，僅限於對於人的生命或是身體法益進行侵害，而產生死亡或是重傷結果之類型。而且，在此類型之下，僅限於故意犯罪才可以申請補償，過失犯罪是不在此賠償範圍內的。關於這個部分，可以參閱：神村昌通（內閣府犯罪被害人等施策推進室參事官），犯罪被害人等基本計画策訂定の経緯と目的，法律のひろば雜誌第 59 期，頁 4-8，2006 年 4 月出版。

²⁴ 關於圍繞著本法案整體更細緻的討論，可以參閱：瀨川晃、大谷晃夫、加藤克佳、川出敏裕、川上拓一、高橋正人，犯罪被害者の権利利益保護法案をめぐって【座談會】，ジュリスト 1338 期，頁 2-47，2007 年 7 月 15 日出刊。其中有關被害人參加訴訟制度者，乃在頁 21-43。

²⁵ 前掲註 15，頁 79。

私人的感情，如訊問證人完，復訊問被告，而後進行意見陳述的場合，如果審判長沒有適時地進行正確的訴訟指揮，防止私人感情流入理性的刑事審判程序時，可能就會產生嚴重的後果。如果就這一點來看，本法案所設計的制度，可能與刑事制度發展的歷史背道而行也說不定。然而，也有學者²⁶認為，如果就平成 12 年（2000 年）11 月開始施行的，與本法案精神相近的「被害者在公判期日之意見陳述制度」的統計數字來看，自 2001 年到 2005 年四年的時間，總共累積意見陳述件數有 5548 件。一般多認為，此制度不會使得法庭變成復仇的場合，而且意見陳述制度的實際運用效果，配合日本刑事判決極高的定罪率，基本上在運用面不會造成問題。同時，就本法案的設計而言，犯罪被害者的訴訟參加行為，均必須要透過檢察官來進行。在實踐面上，被害人如果有意進行訴訟參加，必須在事前與檢察官進行充分的溝通，如果認為以檢察官來進行訴訟程序而不需要訴訟參加者，即不需要進行訴訟參加（第一重審查）。如果檢察官認為可以允許其參加，自然可以依法通知法院被害人參加訴訟之意旨，由法院判斷被害人是否適宜參加（第二重審查）。在公判審理過程中，如果被害人對於證人或是被告的質問，已經超過必要的範圍，而流於私人感情的攻擊或是發洩時，審判長也可以當庭制止（第三重審查）。因此，如果這個機制確實順利運作，當不容易發生法庭淪為復仇場所的疑慮。

（二）關於被告之防禦權問題

關於被告的防禦權，學者之意見，與認為此被害人參加訴訟制度之實施，而可能侵害被告者的緘默權、自由陳述之權，以及加重被告及其辯護人之辯護負擔之律師界見解²⁷，並不相同。學者認為²⁸，由於被害者在目前的結構上並不是當事人，而是訴訟參加人，在沒有改變目前刑事訴訟法當事人主義構造之狀況下，不會使得被告必須要多面對一個獨立的當事人，而必須要承擔其獨立之爭點的提出。但是，現在許多論者指摘的觀點，似乎並不是這麼本質、核心，牽涉到當事人主義的訴訟構造的問題，而是被害者的出席公判庭，或是被害者的參加，其所採取的訴訟活動本身，是不是就

²⁶ 椎橋隆幸，犯罪被害者等の刑事裁判への参加，ジュリスト 1338 期，頁 61-62，2007 年 7 月 15 日出刊。

²⁷ 前掲註 12，頁 87-88。

²⁸ 前掲註 22，加藤克佳（愛知大學教授）發言，頁 40。

會實質上地造成被告方面防禦負擔之增加，才是目前備受質疑的問題。然而，如果就被害人或是其遺族是否出席公判庭而言，目前在日本司法實務上早就已經容許被害人或是其遺屬於審判時在庭旁聽，施行上也沒有造成被告防禦上的負擔，所以這可能是一個見仁見智的問題。

（三）關於是否侵害無罪推定原則之問題

學者認為²⁹，所謂的無罪推定原則，指的是被告在被刑事判決確認為有罪之前，基本上必須要推定被告是無罪的。基於這個原理，對於起訴犯罪事實之存在，就被告有罪判決之舉證責任上，檢察官必須要證明到無合理之懷疑才行。為了避免無罪之人誤受有罪之判決，在公判庭審理之際，乃推定犯罪人為無罪，因此要求檢察官對於犯罪的重要構成要素，必須要證明到沒有合理的懷疑才行。就本法案設計之制度而言。允許犯罪被害人可以於公判庭時進行訴訟參加，並非轉換檢察官的舉證責任由被害人來代替，而可以認為是檢察官舉證責任的減輕。但是，由於就犯罪事實的重要構成要件，並沒有改變必須要到達「無合理懷疑」程度的舉證責任，因此，似乎並沒有違反無罪推定原則³⁰。但是，亦有論者認為³¹，既然被告受到無罪推定原則之保護，那麼在受到有罪確定判決之前，允許非確定的被害人以「事件的當事人」身分來進行訴訟參加，可能也違反了無罪推定原則。

三、小結

首先，賦予被害人在刑事訴訟程序上的積極地位，對於被害人保障而言，可以說是一個重要的改變。日本從平成 12 年（2001 年）11 月開始參考英美法的制度引進被害人的意見陳述制度，實施結果如上所述，可以說是相當良好。但是，這不是一個片面的效果，而是配合日本整體刑事訴訟程序的各環節所發揮出來的效果，包括採證之精確，刑事判決之高定罪率，以及其他相關措施的配合，才能成就。然而，不論是被害人的意見陳述制度，或是即將要施行的被害人參加訴訟制度，都有一個本質上的問題沒有被很

²⁹ 前揭註 24，頁 60-61。

³⁰ 相近意見可參閱：前揭註 12，頁 87。

³¹ 川崎英明，刑事裁判への被害者参加制度の批判的検討，刑事弁護季刊 50 號，頁 90，2007 年。

好地說明，那就是被害人或是其家屬，在刑事訴訟的公判庭上，究竟要如何加以定位。日本學界在這一點上的討論相對有限，關於被害人參加人的法之地位，一般而言，是認為「被害人並不是刑事訴訟法中所規定的當事人，而是犯罪案件的當事人³²。」，換句話說，被害人參加訴訟制度之法案設計，依然沒有改變這樣的結構。也就是檢察官作為公益之代表人而請求國家行使刑罰權，被害人並非獨立成為訴訟主體，也不是訴訟的當事人，寧可說是開始與檢察官的訴訟活動發生重要的聯繫，成為訴訟參加人，而產生訴訟活動進行的相攜效果。

那麼，與檢察官密切聯繫而成為訴訟參加人，在刑事訴訟上的地位究竟是什麼？對於原本的檢察官、被告、法官三元構造之訴訟結構，是否真的沒有影響？本文認為這個問題還沒有被釐清。尤其是考量到會不會對於被告之防禦權產生重大影響時，這個問題的質量就會更行深刻。平成 19 年（2007 年）4 月 21 日，日本全國犯罪被害人協會在模擬本法案制度的實際操作，進行模擬劇場的演出時，就進行之各種狀況而言，認為被害人參加訴訟制度，其實對於被害人參加人而言，多所制肘，不見得能夠達到法案預設的效果³³。如果說保護被害人的訴訟參加對於刑事訴訟法制之進步是必要的，也是國民的要求，那麼站在調和被告的人權保障與發現真實的思維基礎上，被害人在公判程序中的地位，將會是決定性的關鍵。被害人參與越多，對於發現真實可能就會有更多資源可以挖掘，但是如果給予被害人近似於當事人的地位，可能對於被告的防禦權就會產生壓迫與侵害，尤其是沒有辯護人的被告，在公判庭上將可能遭受更大的壓力，過與不及，均非妥適。

與日本相比，我國沒有被害人參加訴訟制度。那麼，我國的被害人到底在刑事訴訟程序上具有如何之地位，以下即簡要說明之。

參、我國被害人在刑事訴訟程序上的權利與行使

一、刑事訴訟法之規定

³² 前揭註 22，加藤克佳發言，頁 23。

³³ 前揭註 22，高橋正人發言，頁 33。

如果從法制上來看，我國自民國 87 年（1998 年）犯罪被害人保護法施行之後，已經過將近十年的期間³⁴。雖然在此之間刑事訴訟法經歷多次的修正，但是如果就被害人在刑事公判程序上的地位而言，其實變化不大。民國 86 年（1997 年）修正的刑事訴訟法第 271 條第二項規定：「審判期日，應傳喚被害人或其家屬並予陳述意見的機會。但經合法傳喚無正當理由不到場，或陳明不願到場，或法院認為不必要或不適宜者，不在此限。」這可以說是我國被害人或是被害人家屬在公判程序中參與訴訟審理的唯一規定，而且也只有意見陳述之權，與日本目前的參加訴訟制度或是意見陳述制度的設計，大相逕庭。

我國刑事訴訟法上與被害人相關的條文，在民國 96 年（2007 年）7 月 4 日刑事訴訟法的最新修正公布之後，總共有 21 條。但是，如前所述，配合犯罪被害人保護法之設計以及制度上的思維，除了第 17 條為法院職員之迴避規定、第 55 條為送達法院文書之規定外，被害人為主體、具有訴訟權能的條文，其實還是以告訴與自訴為主，如刑事訴訟法第 232 條、第 233 條等被害人之告訴權以及被害人之法定代理人或是配偶之獨立告訴權，以及第 319 條第一項被害人之自訴權的規定。而目前實務運作，在以公訴為中心，朝向改良式當事人進行原則修正，而強化公判審理的法庭活動之情況下，自訴制度也因為修法而改為強制委任律師代理，以避免自訴提起之浮濫，或是避免自訴人「以刑逼民」之惡習。因此，被害人或是其家屬採取自訴之情況，其實很少³⁵。同時，不論是緩起訴處分制度之修正與實施，或是簡易判決處刑制度、協商制度之設計，被害人不僅是刑事案件的關係人，同時也是此三制度之下的賠償客體。與事實審理程序相關連的，就只有於審判時為證人或是前述第 271 條第二項意見陳述之規定而已。換句話說，

³⁴ 關於犯罪被害人保護法施行的成效檢討，可以參考：朱坤茂，我國施行犯罪被害人保護法八年來的成效（一），法務通訊第 2293 期第 4 版，民國 95 年 6 月 15 日。此文分成四部分，除（一）外，（二）、（三）、（四）分別在法務通訊第 2294 期第 4 版、第 2295 期第 3 版以及第 2296 期第 3 版。

³⁵ 如果從統計數字來看，依據司法院 95 年度司法業務統計報告指出，95 年度地方法院刑事案件終結件數之比率，第一審通常案件為 20.09%，簡易案件為 25.99%，而自訴案件所佔比率逐年降低，到 95 年僅有 0.35%。司法院統計處歸納其結果認為，90 年修法之後，將原本得易科罰金之案件刑度由最重本刑 3 年放寬為 5 年、實施交互詰問以及自訴案件強制代理等措施之結果，使得簡易程序案件之比率提高，而自訴案件之比率則降低至 0.35%。資料顯示於司法院統計處網頁：<http://www.judicial.gov.tw/juds/index1.htm>。

民國 86 年（1997 年）之後，刑事訴訟法經歷過 16 次大大小小的修正，除了在輕罪的賠償方面已經明文規定在緩起訴制度、簡易判決處刑制度以及協商制度之外，被害人的訴訟權益以及訴訟地位之保障其實並沒有改變，被害人可以是證人、自訴人、告訴人、受賠償人、或是意見陳述之人；然而，這也就表示，從刑事訴訟法本身的規定來看，我國的立法設計，似乎無意強化被害人的訴訟地位，也無意擴張被害人的訴訟參與。在這一點上，不論是與美國、德國或是現在的日本相較起來³⁶，我國在刑事訴訟程序上的被害人保護設計，似乎欠缺較為完整的思考與規劃。

二、學界對於被害人刑事訴訟權利保障之觀點

如果就理論上來說，我國學界對於被害人問題比較著重的部分，其實還是在於填補損害，討論應該賦予被害人如何的訴訟地位，以及在訴訟程序中如何保障被害人的權益；或是就刑事政策的部分檢討我國被害人保護制度之不足³⁷。論者³⁸曾經就憲法上基本權利以及正當法律程序保障之要求，認為正當法律程序是訴訟權保障的要件，被害人在刑事訴訟程序中行使訴訟權利時，不僅應受到合理、正當的程序對待，而且在學理的要求上，刑事訴訟的立法本身也應該就被害人在刑事訴訟的程序保障加以規範，避免因刑事訴訟程序規定不當、保護不足或不當限制而侵害被害人的權利；並據此推導出被害人在刑事訴訟程序中應享有合理的程序要求，若刑事訴訟程序不符合正當法律程序，不能發揮程序保護的作用並減少被害人基本權利損害的危險，自當因違反正當法律程序而構成被害人訴訟權的侵害。

³⁶ 關於美國與德國制度的簡介，可以參考：許福生，刑事政策學，頁 590-591，2007 年 8 月修訂 2 版，作者自行出版。

³⁷ 例如：整體犯罪被害人保護趨勢之判討，可以參考：許福生，犯罪被害人保護發展趨勢之判討，刑事法雜誌第 49 卷第 4 期，頁 22-56，2005 年 8 月。而關於被害人刑事審判之地位，比較簡要的資料可以參考：賴帥君，論被害人刑事審判的地位，刑事法雜誌第 48 卷第 4 期，頁 1-35，2004 年 8 月。而關於被害人保護的基礎思考，可以參考：王正嘉，刑事司法上被害人保護及其與犯罪人關係——一個批判的省思，月旦法學雜誌第 110 期，頁 125-143，2004 年 6 月。此外，也有針對與被害人相關的證據問題進行檢討者，如：林俊益，從釋字第五八二號解釋論被害人陳述筆錄之證據能力，全國律師雜誌七月號，頁 39-46，2005 年 8 月。

³⁸ 謝協昌，論犯罪被害人權利保護之理論基礎，刑事法雜誌第 51 卷第 1 期，頁 45-50，2007 年 2 月。

同時，此意見亦認為，現行法縱使賦予被害人告訴權、自訴權等幾項主動權，但是並沒有賦予被害人一定之地位，而且在訴訟參與以及權限行使、權利保護措施³⁹上極為有限，被害人在程序上沒有被正當合理的對待，因此目前的刑事訴訟程序中關於被害人訴訟權利之保護規定，並不能符合正當法律程序以及公平審判原則之要求。

然而，亦有論者⁴⁰認為，如果就目前的刑事訴訟制度來看，與在制度上不採取自訴制度（或稱為公訴獨占制度，亞洲國家中以日本為代表）之國家，被害人參與訴訟的機會與程度顯非不足。因而其認為對於被害人保護不足之處，應該在於強化訴訟程序進行中，如何保障被害人之權益；如減少被害人的二次或是三次傷害，以及不應因為其參與而增加其負擔。此外，針對被害人與被告之地位以及保護，亦有論者⁴¹指出，由於目前刑事訴訟程序原本即是針對被告特定犯罪行為確定國家具體刑罰權之過程。被告作為刑事訴訟程序之對象，基於真實發現之要求，隨時有被客體化之危險，因此刑事訴訟制度之設計以及演進，長期以來均以被告之人權保障為中心，而與刑事訴訟程序發現真實之目的並列，而為刑事訴訟程序之基礎。然而，真正的平等，不應藉由貶抑或是剝奪他人之權利來達成，因此，加強被害人的具體訴訟權利，並非「反被告」之作為，相反地，應可合於公平正義之真義。

三、小結

如前所述，我國的自訴制度在刑事訴訟法進行體質上的修改之後，在實際執行面上僅聊備一格，換句話說，在刑事訴訟法公判程序的訴訟機能強化之後，我國在公判程序的設計上，其實很明顯地朝向如日本或是美國的當事人進行主義，也就是說，檢察官的角色與職權將會更行專業，同時，

³⁹ 關於權利保護措施之建議，可以參考：廖蔚均，犯罪被害人刑事訴訟權利之保護，刑事法雜誌第 49 卷第 4 期，頁 105-110，2005 年 8 月。

⁴⁰ 黃朝義，犯罪被害人參與訴訟制度，月旦法學教室第 27 期，頁 100，2005 年 1 月。如果就自訴制度之有無來看，此見解是正確的。但是，如果以現在司法實務上對於自訴的態度，以及具體實行自訴案件的稀薄程度來看，我國是否採取自訴制度，對於被害人的參與訴訟保障之探討，可能就並非如此關鍵。

⁴¹ 前揭註 38，頁 104；相近見解，前揭註 39，頁 100。

也必須要針對公判機能的加強而進行演化，檢察官與被告的當事人角色，只會越來越鮮明，而不會越來越淡化。這一個觀點，本文認為，不能從被害人的角度去觀察，必須從制度全體去觀察，換句話說，被害人訴訟地位或是訴訟權利之增強，是在這個趨勢之中成長的。在這個基礎之上，如何去處理被害人在公判程序中的地位以及訴訟權利之保障問題，才是關鍵。那麼，問題的核心即在於，公訴案件中的被害人，在程序上應該如何加以定位，這也就是地位的問題。有論者⁴²認為，地位的提昇，僅具有象徵意義，實質效用仍賴權能之發揮。這個論點自然有其道理，但是，本文認為，在越趨強化當事人地位的公判程序中，如何尋找、確認被害人的定位，使得如刑事訴訟法第 271 條第二項被害人意見陳述等規定，可以發揮其應有的效能，在被害人訴訟權限的保護上，是非常重要的議題。

因此，以制度全面性的觀點來看，我國被害人在刑事訴訟上的地位與權限，是浮動的。如果是由被害人提起告訴，被害人就是告訴人，如果被害人符合自訴之條件，在公判程序上，就是自訴人（也就是當事人）；如果出庭作證，就是證人，如果於審判期日出庭陳述意見，就是意見陳述人。這樣觀察的結果，所謂的「浮動」，其實對於公判程序的參與，在自訴制度日漸萎縮的情況下，被害人最重要的職能，其實一直都沒有變化，就是擔任案件的證人。換句話說，我國的刑事訴訟制度在公判審理程序上對於被害人的參與這件事情，除了意見陳述的設計之外，沒有任何進步。本文認為，造成這種情況的原因，一方面是在社會環境以及刑事政策的導向上，社會價值觀的物質化，以及單純強調被害人在「修復式正義」裡應該受到的金錢或是其他補償⁴³，而忽略了賦予被害人地位，在被害人的刑事訴訟權利保障上，是非常重要的事情。另外一方面，則是過度解釋並且強調了自訴制度，而忽略在實證上的研究，錯誤地認為只要有自訴制度存在，被害人就有可能在公判程序中成為當事人，成為刑事訴訟程序的主體，足堪保障自身的權益；而忽略了被害人是不是能成為當事人可能不是重點，而是被害人在刑事訴訟程序中的各個角色扮演上的機能與地位，是不是能夠順利發揮，才是一個重要的關鍵。亦即，在我國的自訴制度是不是真的能夠保障被害人的觀點上，本文認為；這個制度的實際利用率已經說明，利用自訴

⁴² 前揭註 38，頁 104。

⁴³ 黃榮堅，讎敵社會裡的修復式司法—刑事法體系中的損害賠償概念問題，月旦法學雜誌 146 期，頁 118-119，2007 年 7 月。

制度來保障被害人，無異於緣木求魚，而這似乎也不是當初刑事訴訟法設計自訴制度最重要的核心所在。

回頭來看，日本刑事訴訟法沒有自訴制度的設計，而且非常強調被告與檢察官的當事人主體地位⁴⁴，所以公判程序中被害者的定位，在平成 11 年（1999 年）以後的立法以及犯罪被害人保護法的設計上，即相對地得到實務界以及學界的重視。如果就自訴制度之有無來看，我國與大陸刑事訴訟法同樣都有自訴制度之設置，但是，大陸的刑事訴訟程序之結構與我國不同，雖然同樣具有自訴制度⁴⁵，但是在概念、案件之範圍以及實際運作上，與我國具有一定程度的差異，然而，也一樣無法達到其原有之制度效能，其目的也並非完全為了保障被害人⁴⁶。然而，隨著經濟實力的提昇以及社會改革的需求日益增加，大陸刑事訴訟法上對於被告以及被害人的保護也漸漸開展其討論，同時，對於被害人的保護以及補償，以及訴訟程序的參與和訴訟權利的保障，在學界的積極態度及官方的正面回應⁴⁷中，都有了相當程度的進展。本文的觀察點在於，由於大陸刑事訴訟法即將啟動第二次修正之立法過程⁴⁸，而且在其訴訟結構上，與我國以公訴為主，以自訴為輔的設計有一定程度的重合，因此可以在同樣具有自訴制度的體系下進行比較

⁴⁴ 松尾浩也，日本刑事訴訟法的發展與現狀，收錄於日本刑事法的形成與特色—日本法學家論日本刑事法，頁 40-43，西原春夫主編，李海東等譯，1997 年 3 月，中國法律出版社。

⁴⁵ 可參照：大陸刑事訴訟法第 170 條至第 173 條，《高法關於執行〈中華人民共和國刑事訴訟法〉若干問題的解釋》第 1 條、第 186 條、第 187 條。

⁴⁶ 陳衛東主編，模範刑事訴訟法典，頁 26、頁 543-551，2005 年 9 月，中國人民大學出版社。

⁴⁷ 最高法院：要建立刑事被害人國家救助制度，新華社報導，2007 年 1 月 7 日，http://news.xinhuanet.com/legal/2007-01/07/content_5575984.htm，最近比較具體的措施，是最高人民法院在 2007 年的 9 月 13 日發佈了《關於進一步加強刑事審判工作的決定》此一重要行政命令，其中一項重要的工作項目，就是將結合廣東、山東、浙江、湖北、四川等地的犯罪被害人國家救助方案的實際試行狀況與檢討，進一步研擬以及開展犯罪被害人的國家救助制度。可以參考大陸中央人民政府的官方網頁：http://big5.gov.cn/gate/big5/www.gov.cn/jrzg/2007-09/14/content_749551.htm。

⁴⁸ 陳光中主編，中華人民共和國刑事訴訟法再修改專家建議稿與論證，頁 1、頁 570-584，2006 年 9 月，中國法制出版社。

法之研究。以下，即就大陸學界提出之見解與研究成果，介紹被害人在公判程序中之定位以及相關之檢討。

肆、大陸刑事訴訟法的比較法論點

一、公訴案件中被害人之定位與權限

如果形式上地去觀察大陸刑事訴訟法的規定，會發現不僅在訴訟結構上與我國大相逕庭，同時，對於被害人地位之確立以及定位，其實在其刑事訴訟法條文本身上就有非常明確的規定。依據大陸刑事訴訟法第 82 條第二款規定：「“當事人”是指被害人、自訴人、犯罪嫌疑人、被告人、附帶民事訴訟的原告人和被告人。」換句話說，大陸的刑事訴訟法中，一開始就已經說明被害人是刑事訴訟案件審理的當事人，與我國或是日本以被告與檢察官做為當事人在概念上是完全不同的。但是，這並不表示被害人在刑事訴訟程序上就享有特別的權利，依據大陸制度本身公安機關、人民檢察院、人民法院三大刑事訴訟機關運作的結果，被害人實際上必須依附於代表公訴的檢察官，除非是符合自訴案件之範圍，而且，被害人必須要擔任自訴人，才會真正享有當事人的地位⁴⁹。大陸刑事訴訟法上除了將被害人定位為當事人之外，同時，更進一步於第 82 條第四款將所有的當事人都規定為訴訟參與人，換句話說，大陸刑事案件的被害人，不僅具有當事人的地位，同時也是訴訟參與人，基本上，是具有足夠的法定地位可以參與庭審以及訴訟⁵⁰。但是，真正的困難在於，除了自訴規定以及法定證據審查之判斷⁵¹之

⁴⁹ 陳衛東主編，刑事訴訟法實施問題對策研究，頁 306-312，2002 年 11 月，中國方正出版社。

⁵⁰ 但是，學界對於形式上的當事人地位有非常多的批判，尤其是被害人在公訴案件中的定位。有認為其實被害人不具備當事人地位者，也有認為被害人事實上是具備當事人地位者，也有認為被害人乃具有一部份當事人權限者。可以參考：趙麗，刑事公訴案件被害人地位再認識，內蒙古農業大學學報社會科學版第 9 卷第 2 期，頁 49-51，2006 年 9 月。另外也可以參考：劉潔輝，公訴案件被害人訴訟地位重新定位的必要性分析，寶雞文理學院學報社會科學版第 27 卷第 2 期，頁 87-90，2007 年 1 月。而關於偵查階段被害人訴訟權利之保障，可以參考：趙國樑、李麥娣，試論偵查階段被害人訴訟權利的保護，山西省政法管理幹部學院學報第 18 卷第 2 期，頁 53-55，2005 年 1 月。

⁵¹ 參見大陸刑事訴訟法第 42 條及第 47 條；前揭註 48，頁 492-493。

外，在公訴案件中，被害人基本上沒有完整的訴訟參與權，而且，除了刑事訴訟法之外，人民檢察院刑事訴訟規則、公安機關辦理刑事案件程序規定等主要法規，幾乎均沒有被害人補償之規定，這也就是學界大聲疾呼的一個重點，必須要盡快建立國家的犯罪被害人補償制度⁵²。

因此，基於上述的觀察，在大陸刑事訴訟程序上，還是存在著形式與實質上的落差。現行大陸刑事訴訟法的公判程序之設計，雖然已經明確地規定了被害人是當事人，但是就整體來看，被害人與偵查人員、公訴人的關係，以及被害人在庭審中的權利義務與地位，依然欠缺詳細的操作規定。被害人在整體上還是依附於國家機關，實務上被害人原本應該具有的控訴職能沒有很好地發揮，被害人對於刑事程序的參與確實也並非盡如人意⁵³。

二、「四方訴訟構造」概念的提出與說明

在探討「四方訴訟構造」的概念之前，有一些觀念是必須要先建立的。大陸刑事訴訟法雖然在設計上仍然具有社會主義國家的特性，而且充斥了職權主義的色彩；但是，基本上而言，還是一部現代化的刑事訴訟法典，只是由於追求的目標不同，所以在制度的設計以及實踐上有許多特性。大陸刑事訴訟法第 2 條即規定刑事訴訟法的任務在於：「保證準確、即時地查明犯罪事實，正確應用法律，懲罰犯罪份子，保障無罪的人不受刑事追究，教育公民自覺遵守法律，積極同犯罪行為作鬥爭，以維護社會主義法制，保護公民的人身權利、財產權利、民主權利和其他權利，保障社會主義建設的順利進行。」亦即，1996 年修正到現在，面對改革開放之後社會上犯罪問題的層出不窮，事實上立法者是希望這部刑事訴訟法典可以發揮犯罪控制的效能⁵⁴，並且透過公安機關、人民檢察院以及人民法院的合作，達成保障國家與社會安全，並且維護社會秩序之目的。

在這樣的前提之下，被告的訴訟基本權以及人權之保障於實務的運作

⁵² 傅寬芝，完善被害人訴訟權利和損害賠償規範的思考，法學雜誌第 25 卷第 3 期，頁 39-41，2004 年 3 月號；許建添，建立刑事被害人國家補償制度之多視角分析，東華大學學報社會科學版第 7 卷第 1 期，頁 5-9，2006 年 7 月。。

⁵³ 房保國，被害人的刑事程序保護，頁 97-100，2007 年 5 月第 1 版，法律出版社，。

⁵⁴ 劉廣三，犯罪控制視野下的刑事審判，中外法學第 18 卷第 4 期，頁 391-394，2004 年 4 月。

上，不論是偵查程序的律師在場權，公判程序的辯護支援，或是判決之後的執行層面，與其他國家相較起來，事實上是不足夠的⁵⁵。論者⁵⁶也曾經就被害人的訴權進行過檢討與主張，但是，畢竟在大陸法制的立法實踐上還是沒有得到比較積極的回應，而其理論基礎，是從英美法上的被害人意見陳述制度，或是被害人參與刑事訴訟制度的概念而產生，還是在程序基本權的概念底下運作，在公判程序的地位以及其訴訟權利的調和上，還是有難以處理的盲點存在。

就理論上來看，所謂的四方訴訟構造其實也是建立在目前的刑事訴訟架構上的，只是在其原有的架構上加入了被害人這個角色，使其在偵查、公判庭之審理、以及刑罰之執行上扮演更重要的角色。就現有的刑事訴訟結構上來看，純粹的當事人進行原則的架構或是純粹的職權進行原則的架構，幾乎已經消失。在這兩大模式調和的狀況下，不論是我國、日本、或是大陸、德國、英國、美國等國家，刑事訴訟制度在公判程序上的實踐，都是以三方訴訟架構為準，亦即，由檢察官、被告以及代表被告的辯護人，還有審理的法院所組成。大陸的刑事訴訟法雖然在偵查機關之設計以及法院的審理上有自己的特色，但還是沒有超出這個基礎訴訟架構的範圍⁵⁷。因此，所謂的四方訴訟構造（以下簡稱四方構造），其實就是在傳統的檢察官、被告、以及負責審判的法官三方的基礎上，加上被害人的充分參與，形成一種被害人、檢察官、被告三者法官主持下相互制約、相互對抗的訴訟格局⁵⁸。在本文主要討論的公訴案件之審理方面，四方訴訟構造的理論主張，雖然公訴權仍然由檢察官行使，但是被害人作為控方的主體之一，也可以有效參與而不受檢察官的制約，獨立發表自己的意見，維護被害人的個人權益。在此構造之下，被害人與檢察官被區分為不同的利益主體，兩

⁵⁵ 前揭註 48，頁 17-25。比較簡要的說明可以參照：張璐，淺議我國刑事訴訟法中人權保障制度，運城學院學報第 25 卷第 1 期，頁 80-81，2007 年 1 月。

⁵⁶ 韓流，論被害人訴權，中外法學雙月刊第 18 卷第 3 期，頁 284-288，2006 年 3 月。

⁵⁷ 前揭註 52，頁 98。

⁵⁸ 前揭註 52，頁 109。同樣的見解可以參考：陳瑞華，司法過程中的對抗與合作：一種新的刑事訴訟模式理論，法學研究雜誌第 29 卷第 3 期，頁 113-132，2007 年 3 月。陳瑞華，刑事訴訟法學研究範式的反思，政法論壇：中國政法大學學報第 23 卷第 3 期，頁 17，2005 年 3 月。

者之間形成一種既相互配合卻又相互制約的關係。此構造之特點在於：

（一）在四方構造之下，控訴職能依然由檢察官和偵查人員來加以行使

四方訴訟構造之概念，本身並沒有改變公訴案件之中由檢察官或是其他偵查主體進行偵查或是起訴工作的職權，亦即，被害人並不會因為四方構造之建立而成為具有公訴權的主體。偵查、起訴之工作仍然由偵查機關進行，而公訴權之行使，在公訴案件中依然由檢察官獨占。在四方結構的概念之下，強調檢察官追訴犯罪的職能，追究犯罪行為、維護國家、社會的整體利益以及公共秩序的安寧是檢察官進行公訴的最主要目標跟希望。亦即，追求準確的有罪判決，是檢察官身為公益代表人的關鍵利益。而因為代表公益而非私益，因此檢察官與被害人之間的利益取向就會形成明顯的分野。

（二）被害人在此構造之下，擁有獨立的利益，發揮積極的作用

在有被害人的犯罪中，被害人是犯罪行為的客體，是犯罪危害後果的直接承擔者，因此被害人對於犯罪有親身的體驗，一般來說，被害人最有動力去追究犯罪行為。四方構造之概念認為，由於被害人強烈的基於個人利益遭受犯罪侵害而產生的復仇心理與獲得賠償的慾望，導致在許多問題上被害人有自己獨立的利益。例如如果在偵查程序犯罪人沒有受到羈押或是交保之狀況時，被害人可能會非常擔心受到犯罪人的報復。在嚴重侵害個人法益的刑事案件上，被害人多數會非常希望犯罪人能夠得到嚴厲的法律制裁，並且賠償因為犯罪而造成被害人的損失，而這與檢察官身為公益的代表人的利益顯然並不完全相容，也可能與法官量刑的標準不能一致。同時，在執行上，被害人對於犯罪人的假釋或是緩刑可能也會基於自己的利益來考量，對於罪犯的社會危險性做出自己的判斷。

在四方構造之下，被害人在刑事訴訟程序的各個環節上都是具有主體地位的。不僅在偵查中扮演重要的角色，例如對於犯罪人是否交保應聽取被害人或其家屬之意見；在公判庭以及後來的執行階段都可能扮演重要的意見提供或是制約之角色。

（三）在四方構造下，被告以及辯護人仍然發揮辯護職能的作用

被害人具有實質地位，加入訴訟結構中積極參與時，受到影響最大的就

是被告。在檢察官以及被害人的雙重控訴之下，尤其是如果被告本身是處於羈押或是受到逮捕之狀況下，其可能陷於較為不利之境地。爲了維護自身的利益，以及反擊惡意或是不實的指控，被告往往必須積極進行自我辯護或是聘請辯護人爲自己辯護。這樣的防禦性訴訟活動，不僅適用於法庭審判階段，還適用於偵查程序以及起訴前的審查階段。因此，被告或其辯護人發揮的辯護職能，是直接與警察、檢察官，以及被害人所行使的控訴職能相對抗的；這樣的對抗關係，可以說是維持訴訟結構均衡的力量所在。

（四）法官在此構造下依然扮演審判者之角色

不論是偵查階段對於被告人身自由的拘束必須經過法官的審查，在公判審理時，法官仍然要適切地指揮訴訟程序之進行。法官在四方構造下依然扮演中立的第三者的角色。法官與案件事實不像檢察官一樣有公益代表人之身分，也不像被害人或是其家屬一樣有獨立的、自己的利害關係，是屬於全無利害關係之超然地位。對於被害人、被告及其辯護律師以及檢察官之主張，應遵循證據法則之要求，作出獨立的判斷。

因此，在四方訴訟構造下，被害人在公判庭上的作用，也不同於以往以證人身分爲主的方式。被害人既然具有獨立的地位，作爲刑事訴訟公判庭中的獨立主體，有權出席法庭，有權講述自己因爲被告的犯罪行爲而造成的傷害與意見，負責審判的法官透過親自接觸被害人獲得整體的印象，對犯罪造成的損害也有了更清晰的認識，不論是對於法院的定罪，或是法官對於被告的量刑，都會有很大的影響。

三、小結

從我國、大陸以及日本三套刑事訴訟制度的架構來看，對於被害人保障的形式上設計，早在 1996 年大陸刑事訴訟法修正之時，就已經確認被害人的當事人地位。而且，就刑事訴訟法本身的規定⁵⁹來看，被害人在刑事訴訟程序上，不僅具有形式上的地位，而且也的確可以依循審判長在公判期日的指揮，訊問證人、進行詰問或是陳述意見，只是如前所述，這一套規定的立意雖然良好，也體現了大陸刑事訴訟法「依靠群眾⁶⁰」的訴訟原則，但是卻欠缺在實踐上具體的、細緻的操作規範，因此無法反映出原本制度所

⁵⁹ 大陸刑事訴訟法第 155 條、第 160 條參照。

⁶⁰ 大陸刑事訴訟法第 6 條參照。此爲大陸憲法第 33 條在刑事訴訟法上的落實。

希望達到的目的。

我國與日本在被害人的訴訟地位上最大的差別，是不是在於自訴制度之有無，其實是一個見仁見智的問題。如果就結構上來看，我國的當事人規定，不論是在 2007 年日本修法前或是修法後，與日本制度相較，並沒有太大差異。亦即，在公訴案件的領域中，當事人都是檢察官與被告。在我國，依據刑事訴訟法第 271 條第二項之規定，被害人在公判庭上具有意見陳述權；而日本在推動犯罪被害人保護法之後，也在刑事訴訟程序上開展、落實了被害人意見陳述制度，而且，是就全訴訟程序之參與觀點來加以規範與落實，與我國的狀況不盡相同。

那麼，四方訴訟構造之概念以及理論結構，是不是適用在我國與日本？這是一個很微妙的問題。大陸學者發展出這一套架構，其實在某程度上受到英國刑事政策轉向的影響，進而希望以這個模式來開展、調和原本刑事訴訟法上只專注於被告的人權保障的系統規劃，為被害人在刑事訴訟法上的地位以及可能行使之權能，打開新的局面。但是，四方訴訟構造的建立基礎，是在大陸刑事訴訟法將被害人定位為當事人的法制思維底下開展的，因此，在這個概念之下，被害人的訴訟地位之論述以及建立比較不費功夫，只要設法在構造上充實足夠的權能，以及適當的行使方式，即有可供在公判程序中運作的動能。如果以我國跟日本的情況來看，在公訴案件中，被害人根本不具有當事人地位，在這種定位不明的浮動狀況下，被害人訴訟權能的充實，反倒必須依賴在訴訟各個環節中的具體規定。本文認為，四方訴訟構造自有其基礎，在被害人的保護上不論是刑事政策或是立法政策，各國的選擇都不盡相同，但是，如果承認被害人的保護是刑事訴訟程序立法規劃上重要的一環的話，對於被害人的訴訟地位以及訴訟結構的重新省視、調整，還是非常關鍵而必要的工作。

伍、結語

如果我們從日本這次修法的情形以及相關規定上來看，其實不難發現，被害人訴訟參加之法理，並非從刑事訴訟法本身之論理基礎而來，而是從民事訴訟法上利害關係人得進行訴訟參加之法理以及規定推演而來⁶¹。本文

⁶¹ 日本民事訴訟法第 42 條規定：「關於訴訟結果有利害關係之第三人，為輔助當事人之一方，得為訴訟之參加。」亦可參照我國民事訴訟法第 58 條第一項之規定。

認為，就訴訟是一種對抗關係而言，使用這樣的訴訟法共通法理當作基礎並沒有什麼不妥，亦即，在被害人的訴訟地位上，將其定位為訴訟參與人，輔助檢察官來對被告進行訴訟，既沒有改變原本檢察官與被告的當事人地位，也維持了三方訴訟構造，可以說是一個巧妙的立法模式。本文認為，在被害人保護的刑事政策上尋求修復式司法的和解模式⁶²，在以改善被害人訴訟地位以及訴訟參與的思維理路上，可能很難找到足夠的著力點。因為，在公判庭上，被告與控訴方的關係，大體上是對抗而緊張的關係，並非和解與妥協之關係；我國是否能夠大膽地採取這樣的立法模式，本文無意去揣測。但是，在世界各國均已經提出針對提升被害人訴訟地位、賠償權利保障以及更好的程序待遇之政策以及立法時，我國實務之政策與立法，以及學界之研究，卻還是在原地踏步而欠缺對被害人保障制度全面性的關照⁶³，實在令人感到難過與遺憾；這也無怪乎我國的被害人還是存在著「法律只會保障壞人」的印象⁶⁴。本文建議，在我國的自訴制度依然存在的前提下，全面檢討在公訴程序中被害人參與刑事訴訟程序之可能性；在不變動公訴案件當事人之情形下，規劃、充實被害人的實體訴訟權能，可能目前比較好的選擇。並且，從與犯罪案件有關係的所有人的程序權保障出發，重新省視、檢討刑事訴訟程序在被害人以及其家屬保障上的缺失，以此為基礎，開展以社會整體利益為目標的被害人政策規劃與制度設計，應該是未來被害人程序權保障的重要關鍵與實際作為。

⁶² 加藤久雄，ボーダーレス時代の刑事政策，頁 202-203，1999 年 4 月 15 日改訂版一刷，成文堂。

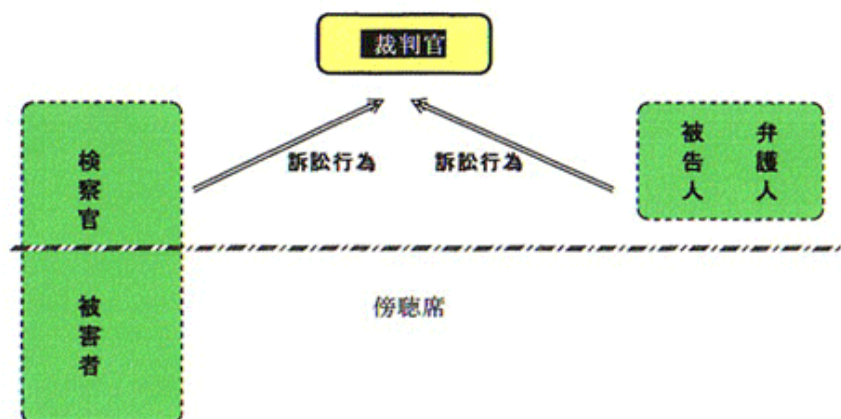
⁶³ 前揭註 3，頁 32-44。

⁶⁴ 《從理性思考死刑制度之存廢研討會》第三場專題報告記錄，白冰冰女士發言，廖其偉紀錄，收錄於刑事法雜誌第 51 卷第 3 期，頁 196-197，民國 96 年 6 月出版。

§附圖：日本被害人參加訴訟制度的訴訟構造比較圖

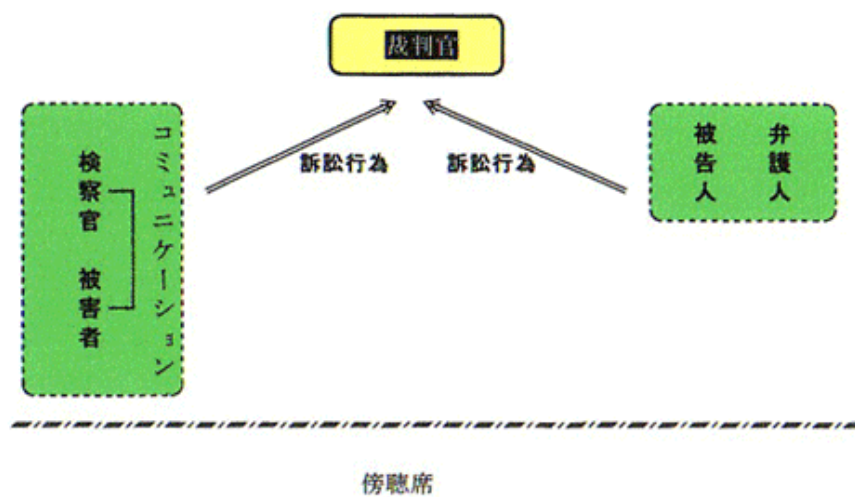
従来の訴訟構造

(二当事者対立構造)



新しい訴訟構造

(二当事者対立構造)



新しい制度は、
検察官と被告人が当事者であるという
従前の二当事者対立構造を変えるものではありません

被害者は検察官の近くに座り密接なコミュニケーションをとります

被害者に認められた権利
1 被告人に質問する
2 情状証人に尋問する

☆ 厳重な要件と厳しい訴訟指揮

- 1 検察官に予め質問・尋問内容を明らかにする !
- 2 検察官が自ら行うときは質問・尋問ができない !
- 3 検察官を通して裁判所に申し出る !
- 4 裁判所は被告人または弁護人の意見を聞く !
- 5 裁判所は必要性和相当性があるときのみ許可する !
- 6 裁判長が訴訟指揮をする !
 - ① 質問・尋問を制限
 - ② 退廷や公判期日の出席の禁止
 - ③ 被害者の参加そのものの取消し

被害者に認められた権利
最終意見陳述

☆ 証拠になりません
☆ 感情や心情を述べる場ではありません
☆ 事件に対する被害者の考え方や見方、証拠の
評価や法律の適用について述べるだけです