

林鈺雄 著

刑事程序與國際人權 (三)

學術論文集

國立臺灣大學法學叢書 233



臺大法學叢書 233

刑事程序與國際人權 (三)

林鈺雄 著



元照出版

搶先試閱版

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11327>

系列序

本系列論文集，以刑事程序與國際人權為主題。顧名思義，作者嘗試從國際人權法的角度，來拓展我國刑事訴訟法的思惟版圖。刑事程序的追訴措施，輕者如訊問、重者如羈押，難免會影響或干預被告乃至於第三人的權利；現代各法治國家一方面容許國家機關在追訴過程干預個人權利，但另一方面也設定其干預界限，而個人權利保障及其干預界限的辯證關係，正是當代國際人權法與刑事訴訟法共同關注的核心課題。事實上，鑒於追訴措施對於個人權利干預的嚴重性，如果人權保障不能貫徹到刑事訴訟領域，也等於是委棄了最重要的守地。

簡言之，刑事訴訟法與人權議題具有特殊的關連性。隨著二次戰後人權基準國際化與普世化的浪潮，刑事訴訟法的發展，也逐漸跳脫傳統的國家主權格局，進行跨國性的比較與整合。其中，堪稱區域性國際人權保障機制典範的歐洲地區，在歐洲人權公約的架構及歐洲人權法院的加持之下，刑事訴訟法的比較規模與整合速度，更是史無前例。本來法律文化及歷史傳統各有千秋的歐洲各國，開始跳脫內國法的格局與成見，透過不斷的比較，來尋求跨國性、超國性司法實踐的刑事人權基準，以作為各內國刑事訴訟程序所應共通遵循的圭臬。可以說，探索「超越國界共同繼承的法治國遺產」、「法治國刑事程序不可放棄的基本原則」及「與時俱進的刑事人權保障標準」，成為二次戰後主導歐洲刑事訴訟法發展的新典範。在此氛圍底下，德國法採納公平審判作為衡量追訴措施的尺度，而英國法也接受法律保留作為審查干預處分的基準。

相較之下，由於我國所處的東亞，並無相應的區域性國際人權保障機制，也無法藉此來帶動刑事訴訟法與國際人權法的接軌。長期下來，迷思於主義的我國刑事訴訟法，遂與國際刑事人權基準出



元照出版

搶先試閱版

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11327>

現了嚴重的脫節與落差，這表現在本系列論文所處理各項議題：諸如犯罪挑唆之禁止、通訊監察之界限、隱密偵查之規制、對質詰問權及不自證己罪特權之保障、無罪推定之運用、訴訟合理期間與羈押合理期間之要求等。正因渾然罔覺，以致於一些從國際刑事人權基準來看不可思議的離譜作法，在我國反而習以為常，延宕超過二十年的審判程序及羈押期間，僅是冰山一角而已。

誠如一位知名的比較法學者所言：所有的知識都起源於比較。在法學領域，他山之石的比較法，一直是挖掘問題意識與尋求解決對策的重要研究方法；針對與人權議題具有特殊關連的刑事程序而言，國際人權法更是比較後再比較的成果，可以說是「他山之石的他山之石」。幾年來，我據此方針持續挑選台灣本土實例，不斷與前述國際人權基準進行比較和對照，希望能夠藉此指出我國不以為是問題的嚴重問題，並探索我們尚無因應之道的解決對策。

事實上，開拓比較視野之後，除了提昇人權保障水平以外，往往也能夠尋求更有效率的替代途徑。以困擾我國長達幾十年的審判外陳述問題為例，我國立法試圖以傳聞法則作為脫困之道，但反而陷入了無所適從的泥淖。而如本系列對質詰問相關論文所示，歐洲超國性的整合趨勢，在歷經衝擊激盪之後，終究認為回歸質問權的保障才有超越國界的說服力，因而選擇了更為簡潔合理的質問法則作為共同判準；即便是傳聞法則濫觴的英國法，也產生了傳聞法則被質問法則覆蓋的現象。這些「他山之石的他山之石」，可供我國借鑑與參考。

總言之，期待藉由這些具體實例的拋磚引玉，能夠激起更多國內研究者與實務家，一起為銜接我國刑事訴訟與國際人權基準的目標而努力！

2012 年驚蟄於草山松境



元照出版

搶先試閱版

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11327>

序

本書是筆者《刑事程序與國際人權》系列論文集的第三冊，共收錄十二篇相關論文，其中包含七篇 TSSCI 期刊論文（《臺大法學論叢》計五篇，《政大法學評論》及《歐美研究》各一篇）。

在議題方面，除基礎理論研究（法律保留與門檻理論、對質詰問之例外法則、司法互助與公平審判、DNA 干預處分、違法犯罪挑唆及被告缺席審判）之外，另包含兩個部分：一是筆者於研討會發表之鄭性澤死刑案的兩篇評釋論文；二是從「國際人權公約內國法化觀點」出發的我國刑事裁判評釋系列，共計四篇。這兩個部分，在論文發表後，於我國立法與實務方面也有令人欣慰的後續發展：鄭性澤死刑案經提起再審後，無罪確定，終獲平反；而內國法化系列處理的其中兩個議題，即對我國刑事訴訟法之「上訴第三審限制」及「被告本人閱卷限制」的批判，於我國法亦開花結果，大法官先、後作成司法院釋字第 752 號及第 762 號解釋，宣告相關立法違憲，立法者後來亦本於解釋意旨而新通過相關條文修正案。儘管本系列論文處理的諸多議題，我國法仍是原地踏步，但以上正向發展，仍是可喜可賀！

最後，在出版事宜方面，要特別感謝元照出版公司的全力協助，以及林容、洪瑋廷、陳建廷的校對與建議。

2019 年立秋於草山松境



元照出版

搶先試閱版

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11327>



元照出版

搶先試閱版

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11327>

目次

◎ 干預保留與門檻理論—司法警察(官)一般調查權限之理論檢討.....1	
壹、問題之提出	2
貳、偵查措施與法律保留	5
參、一般授權與門檻理論	22
肆、結語	34
◎ 對質詰問之限制與較佳防禦手段優先性原則之運用—以證人保護目的與視訊訊問制度為中心.....37	
壹、前言	39
貳、歐洲法之走向：以歐洲人權法院之案例法為中心	42
參、我國法之發展	70
肆、綜合之評釋	85
伍、合乎公約的內國法解釋：代結語	104
陸、後記	106
◎ 司法互助是公平審判的化外之地？—以歐洲人權法院的兩則標準裁判為借鑑.....109	
壹、前言：從次等被告說起	110
貳、問題之所在	112
參、我國最高法院的內國傳聞取徑	122
肆、歐洲人權法院之人權保障取徑	133
伍、預防性的合作取證模式—代結語	152
◎ 國家機關的「仙人跳」？—評五小一大案相關陷害教唆判決....157	
壹、前言	160
貳、事實與判決摘要	162
參、案例及判決評析	175
肆、法治國的「警鐘」，抑或「喪鐘」？—代結語	197



元照出版

搶先試閱版

◎ 刑事程序中的 DNA 資訊干預—從歐洲人權法院 S. AND MARPER 案談起	201
壹、前言：屢建奇功的 DNA？	202
貳、標竿裁判：S. AND MARPER V. U.K.	204
參、S. AND MARPER 案的前因後果	210
肆、對我國法之啟示：代結語	225
◎ 命被告退庭行隔別訊問之缺席審判—探究刑事訴訟法第一六九條的失落法理	227
壹、問題之提出	228
貳、對質詰問之補正？當事人進行主義之轉向？	230
參、缺席審判之例外！	240
肆、程序瑕疵之法律效果	244
伍、結論	252
◎ 刑事非常救濟制度之漏洞與填補—兼評鄭性澤聲請再審案	255
壹、前言	256
貳、從兩種非常救濟的「相互指示」談起	258
參、幽靈指示之救濟漏洞	266
肆、漏洞填補之立法建議	279
伍、結語	290
陸、後記	292
◎ 正視並彌補「司法不法」—鄭性澤死刑案評鑑報告	293
壹、前言：正視「司法不法」！	297
貳、規範之說明	299
參、個案之適用	312
肆、結論：彌補「司法不法」！	325
伍、後記：遲來的正義！	325



元照出版

搶先試閱版

◎ 國際人權公約內國法化觀點之裁判評釋 I—刑訊禁止、法官迴避與合理審判期間.....	327
壹、前言	328
貳、刑訊禁止、繼續效力與訴訟證明	330
參、無偏頗性與聲請法官迴避	342
肆、合理審判期間與減刑優惠	353
伍、結語	368
◎ 國際人權公約內國法化觀點之裁判評釋 II—精障死刑限制、對質詰問例外及司法互助案件.....	371
壹、前言	372
貳、死刑限制與精神障礙	373
參、對質詰問與傳聞例外	387
肆、司法互助與公安筆錄	395
伍、結語	406
◎ 國際人權公約內國法化觀點之裁判評釋 III—被告閱卷、通譯協助及上訴第三審限制.....	409
壹、前言	410
貳、被告閱卷限制與公平審判	412
參、通譯協助與公平審判	422
肆、上訴三審限制與公平審判	430
伍、結語	441
陸、後記：為權利而奮鬥！	442
◎ 國際人權公約內國法化觀點之裁判評釋 IV—媒體預斷、對質詰問、隔別訊問與公平審判原則.....	445
壹、前言	446
貳、媒體預斷、無罪推定與公平審判	448
參、對質詰問、例外法則與公平審判	458
肆、隔別訊問、被告缺席與公平審判	468
伍、結語	475



元照出版

搶先試閱版

IV◎目次

◎ 本書索引	477
◎ 本書附錄（本系列論文集 第一、二冊目次）	479



元照出版

搶先試閱版

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11327>

干預保留與門檻理論

—司法警察（官）一般調查權限之理論檢討—

壹、問題之提出.....	2
貳、偵查措施與法律保留.....	5
一、本文之出發點.....	5
二、干預性之擴張.....	7
（一）問題之緣起.....	7
（二）干預概念之變遷.....	8
（三）干預概念之困境.....	10
（四）綜合之評釋.....	11
1、現代干預概念的資產與負債.....	12
2、古典干預要素之「剩餘價值」.....	12
3、保護領域與干預概念.....	13
三、法律保留與授權基礎.....	16
（一）法律保留之面向與功能.....	16
（二）法律保留之擴張.....	17
（三）本文之見解：從層級化的法律保留出發.....	19
參、一般授權與門檻理論.....	22
一、門檻理論之提出與爭論.....	22
二、本文之見解：修正的門檻理論.....	25
三、具體之運用.....	27
（一）超過一般調查權限之類型.....	27
1、立法特別授權之清單.....	27
2、憲法古典權利之清單.....	28
3、該當刑法構成要件之干預.....	30
4、附帶授權之干預.....	31
（二）屬於一般調查權限之類型.....	31
（三）非關一般調查權限之類型.....	33
肆、結語.....	34



元照出版

搶先試閱版

壹、問題之提出*

依照現代法治國的法律保留原則（Prinzip des Gesetzesvorbehalts），國家機關干預人民受憲法保障的基本權，必須事先取得明確的法律授權基礎，始得為之。根據這個形式上的要求，單單欠缺授權基礎一事，就足以判定國家行為構成了違憲、違法之基本權侵害¹。就刑事訴訟法（下稱本法）而言，國家追訴機關在取證過程涉及違憲、違法之基本權侵害，必須進而討論所得證據有無證據能力，亦即非自主性（依附性）之證據使用禁止（die unselbständigen Verwertungsverbote）問題²。

針對帶有物理強制力的傳統型干預處分，也就是刑事訴訟法通稱的強制處分（Zwangsmaßnahmen），諸如拘提、逮捕、羈押、搜索及扣押等，恪遵法律保留及其下位的明確性原則，固然不是對國家追訴機關的過度需索。然而，兩條發展基線逐漸動搖了法律保留命題在刑事訴訟之干預處分的運用，一是當代基本權體系的變遷，二是當代科技發展與偵查活動的形成性。

就前者言，尤其是一般行動自由（die allgemeine Handlungsfreiheit）、一般人格權（das allgemeine Persönlichkeitsrecht）及資訊自我決定權（das Recht auf informationelle Selbstbestimmung）³或隱

* 本文原載：《政大法學評論》，96期，2007年4月，頁189以下。本文發表後，我國立法及實務之發展，請參閱文末後記。

¹ 關此在刑事程序之運用，僅參閱Roxin, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht – Ein Rückblick auf 40 Jahre, in: 40 Jahre Bundesgerichtshof, 1991, S. 66, 82（針對秘密錄音）；ders., Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, § 10 Rn. 28（針對臥底偵查與犯罪挑唆）。

² 請參閱林鈺雄，〈從基礎案例談證據禁止之理論與發展〉，收錄於氏著：《干預處分與刑事證據》，2008年，頁243以下；vgl. Jäger, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003, S. 14 ff.

³ 針對其在刑事訴訟之運用，請參閱楊雲驊，〈證據使用禁止在個案上的判



元照出版

搶先試閱版

私權的發展，擴張了傳統的基本權保護領域及其干預概念，而法律保留原則的適用範圍也有同樣的擴張現象。在資訊無所不在的現代資訊社會，**雙重擴張**的結果是干預無所不在，這讓人質疑，鉅細靡遺、具體明確的法律授權基礎，到底有無必要或可能？這固然不是刑事訴訟領域的特有問題，但在此一領域尤其尖銳，因為追訴性活動很難不干涉一般行動自由、一般人格權、資訊自決或隱私權。

就後者言，偵查活動的本質，與已經粗略定型的審判行為有別，本來就具有向未來開展的**形成性**。有效的偵查必須賦予偵查者對於偵查措施的選擇餘地，亦即，針對什麼情況採取何等偵查技術或措施比較有效的判斷，必須留給偵查者相當的形成空間，否則難以應付五花八門的犯罪型態，這又稱為**偵查程序之自由形成原則**（*Grundsatz der freien Gestaltung des Ermittlungsverfahrens*）⁴。尤其是拜現代科技之賜，犯罪手法日新月異（如最近盛行的手機或 ATM 提款機轉帳詐財犯罪），偵查措施更須快速地相應調整，說得白話些，「魔高」已經一丈時，「道高」不能停留在一尺，不然就會變成是「法網恢恢，又疏又漏」。

於是，產生了法治國的兩難：一方面，刑事訴訟不能成為憲法基本權保障的化外之地；但另一方面，過度細節的法律授權要求將會導致偵查活動動輒得咎，寸步難行。簡言之，諸多盛行於台灣偵查實務的措施，雖然可能干涉基本權，但在刑事訴訟法上卻找不到明確的授權依據。這些事例不勝枚舉，諸如司法警察（官）對嫌疑人的（尾隨）跟監、以目視科技設備輔助的**盯梢**（*Observation*）、以照相機或攝影機紀錄犯罪經過的**攝錄措施**⁵、為查緝贓車而來的車籍

斷過程—以電話分機聆聽案為例〉《東吳法律學報》，13 卷 2 期，2002 年 2 月，頁 61 以下。相關說明本文不再重覆。

⁴ Vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl., 2001, § 161 Rn. 7 u. § 163 Rn. 47.

⁵ 例如，93 年度台上字第 685 號（刑事，下同）判決之案例事實，埋伏警



元照出版

搶先試閱版

資訊輸入及比對、為查明嫌疑人犯罪紀錄的前科資訊輸入與調閱、為探知通訊門號及通訊狀況而調閱通聯紀錄⁶、發佈照片或錄影並要求特定人或不明人士到案說明之公開呼籲⁷、設置臥底警探或線民來刺探犯罪資訊，甚而誘捕或涉入犯罪挑唆⁸。這些追訴性活動，「如果」欠缺特別授權基礎，究竟應該如何評價？

抽象而言，以上問題皆指向法律保留的規範密度。這本來就是憲法、行政法之基本權領域的棘手問題，而非刑事訴訟上基本權干預的特有現象。在憲法、行政法領域，一種有力的見解是層級化的法律保留體系（System des abgestuften Vorbehalts），而我國大法官於司法院釋字第四四三號解釋也傾向這個看法（下文貳）⁹；在刑事訴訟法領域，學說則試圖以門檻理論（Schwellentheorie）¹⁰來解決上開法治國的兩難處境（下文參）。然而，這兩者各自能否立足以及如

員以十多米之距離，兩三倍之鏡頭，拍攝被告交易盜版光碟的經過（下稱【盜版光碟案】）。

⁶ 例示如 94 年度台上字第 4678 號判決、94 年度台上字第 5271 號判決。See also ECHR, *Malone v. the United Kingdom*, 1984, Series A no. 82。干預性及其授權基礎脈絡之檢討，請參閱林鈺雄，〈論通訊之監察—評析歐洲人權法院相關裁判之發展與影響〉，《東吳法律學報》，19 卷 4 期，2008 年 4 月，頁 109、126 以下（收錄於氏著：《刑事程序與國際人權（二）》，2012 年，頁 231-288）。按：調閱通聯（信）紀錄部分，直到 2014 年 1 月通訊保障及監察法增修第 3-1、11-1 條之後，始取得法律授權基礎。

⁷ 例如，2004 年之【319 總統槍擊案】中，檢警公布影帶並呼籲一穿黃夾克騎機車的禿頭男子出面說明。

⁸ 實務案例不勝枚舉，詳細說理者如 92 年度台上字第 4558 號判決，其他實例如 93 年度台上字第 2332 號判決。

⁹ 請參閱吳庚，《憲法的解釋與適用》，2003 年，頁 58 以下。

¹⁰ Vgl. Ahlf, Der Begriff des eingriffes insbesondere bei kriminalpolizeilicher Tätigkeit und die sog. Schwellentheorie zu § 163 Abs. 1 StPO, Die Polizei 1983, 41 ff.; Kramer, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts – Ermittlung und Verfahren, 3. Aufl., 1997, Rn. 179 f.; Rogall, Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozeßrecht, 1992, S. 72 ff.



元照出版

搶先試閱版

何接壤？這正是困難所在，也是本文所欲處理的主題。

貳、偵查措施與法律保留

一、本文之出發點

就偵查措施與法律保留原則的一般性關係，本文擬先交代幾個關於憲法與刑事訴訟法接壤的基本出發點，並以此作為下文討論的前提。

首先是訴訟行為之雙重性。簡言之，偵查措施，從傳統刑事訴訟法的角度來看，固然屬於次第進行並為完成整個刑事訴訟程序所為之訴訟行為（Prozeßhandlung）的一環，但程序面的訴訟行為與實體面的權利干預，並無互斥性¹¹。許多訴訟行為，尤其是傳統上列為強制處分的偵查措施，帶有干預基本權的實體面向，因此不能豁免於憲法基本權體系（包含法律保留原則）的約束，正因如此，現代刑事訴訟學說才倡議以刑事訴訟上之基本權干預（*strafprozessuale Grundrechtseingriffe*），代替傳統的強制處分用語；當然，這裡的關鍵不是名詞的運用，而是理論的變革¹²。

簡言之，干預性的偵查措施必須受制於憲法基本權的規範。這點，不但是憲法優位性原則（*Grundsatz des Vorrangs der Verfassung*）的必然結果（憲法第一七一條第一項及第一七二條參照），同時也是憲法與刑事訴訟法之特殊關連性的體現¹³，因為正是在刑事追訴領

¹¹ Vgl. Niese, Narkoanalyse als doppel funktionelle Prozeßhandlung, ZStW 63 (1951), 199 ff.

¹² Vgl. Amelung, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 13 ff.

¹³ So. z.B. Hilger, Über verfassungs- und strafverfahrensrechtliche Probleme bei gesetzlichen Regelungen grundrechtsrelevanter strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen, in: FS-Salger, 1995, S. 319 ff.; Roxin, Strafverfahrens-



元照出版

搶先試閱版

域，其手段對憲法保障之人民基本權所造成干預程度，最為嚴重而徹底。憲法的基本權體系，無論如何不能委棄刑事訴訟這座堡壘。

同樣不能忽略的是兩者接壤的困難度。首先是傾向憲法化、行政法化的基本權理論體系，使得刑事訴訟法的運用者，即便意欲以基本權規範來作為追訴性活動的尺度，也必須自行克服其轉換到刑事訴訟領域的障礙；以古典干預概念的變遷為例（下文二），因為偏向行政法的檢討與舉例，難免減損了其對刑事訴訟法的影響；例如，還持續影響刑事訴訟領域的「任意偵查」的說法（指以任意偵查為由而豁免了諸多造成重大干預的追訴性處分之法律保留），正是其中一例。其次，一味訴諸過於抽象的憲法及其基本權規範的審查基準，往往忽略了刑事訴訟本身特殊的結構與原則，甚而導致刑事訴訟問題泛憲法化、泛抽象化的危機；近十年來台灣刑事實務流行的「泛比例原則、泛利益權衡」，正是最佳的寫照¹⁴。

憲法、行政法上關於基本權的相關討論，應用到刑事訴訟上之基本權干預時，需要更為細緻的轉換。唯有如此，才能逐步克服上述的困難及危機。以本文處理的干預保留為例，有太多訴諸於「泛比例原則」的裁判，其實早在形式上的法律保留層次就可得出明確的否定答案（如違反或欠缺授權基礎之通訊監察），既毋庸也不能訴諸實質上的比例原則來作為干預的合法性理由。基本權的審查體系就像剝洋蔥一樣，有其層次，必須先判斷是否存在審查的前提（國

recht, 25. Aufl., 1998, § 2 Rn. 1; Sax, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrecht, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, III/2, 1959, S. 909, 966 f.; Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 2. Aufl., 1964, Rn. 99, 333.

¹⁴ 即便是重大違反法律保留的通訊監察處分，甚至於國家違法挑唆無犯意者的犯罪挑唆，最後都落入這種無遠弗屆的泛比例原則、泛利益權衡來審查。裁判不可勝數，並且橫跨新舊法時期（在此指 2003 年 1 月新增修之本法第 158 條之 4），如 87 年度台上字第 4025 號、91 年度台上字第 2905 號、92 年度台上字第 4558 號、92 年度台上字第 7364 號判決。



元照出版

搶先試閱版

家與個人的關係），再逐一進入三個審查階段（1、基本權保護領域→2、基本權之干預→3、干預之正當性或稱阻卻違憲事由：即 3.1、形式上是否合乎法律保留原則以及 3.2、實質上是否合乎比例原則？）¹⁵，如果第一步就遁入相對不明確的比例原則，其造成的不安定性是顯而易見的。

本文處理的門檻理論，是附生在法律保留原則的產物，而法律保留原則又與基本權體系相生相隨，因此，問題的緣起還是在於基本權體系。簡言之，門檻理論背景因素在於干預概念及法律保留的雙重擴張，因此，下文先檢討雙重擴張及其對刑事訴訟法之影響。

二、干預性之擴張

（一）問題之緣起

干預（Eingriff）是法律保留的核心問題。有趣的是，刑事法文獻雖然廣泛討論司法警察（官）的追訴性活動¹⁶，但卻很少特別提及干預的概念。然而，如果憲法的優位性還在，如果刑事訴訟法不是憲法上法律保留原則的化外之地，根本不可能迴避司法警察（官）取證活動的干預性問題，而且一旦涉及干預，就必須有足夠明確的授權規範始可，不管是特別授權或一般授權。

日新月異的現代偵查手法，讓人不得不正視追訴性活動的干預問題，這可不是七十年前立法者設想的搜索、扣押、拘提、逮捕等強制處分而已，而是放在「資訊蒐集」（Informationsbeschaffung）這個集合概念底下的偵查手法，其執行通常根本沒有任何物理性的強制力可言。這在刑事訴訟領域導致兩種極端的誤解，一種是結論

¹⁵ 請參閱法治斌、董保城合著，《憲法新論》，2003 年，頁 132 以下。

¹⁶ 如黃朝義，〈偵查中之強制處分與檢警關係〉，《月旦法學雜誌》，108 期，2004 年 5 月，頁 54 以下。



元照出版

搶先試閱版

上概括排除了法律保留原則在非強制性之基本權干預處分的運用，最為典型者便是區分所謂「強制偵查」與「任意偵查」，並且將諸如通訊監察這種嚴重的基本權干預，劃歸為不需要特別法律授權的「任意」偵查¹⁷。這種說法，等於是顛覆了憲法優位性原則，縱容刑事訴訟法成為憲法基本權體系的化外之地。

另外一種極端，是概括地將警察所有的資訊獲取行為（無論是打聽消息詢問、盯梢或跟監）視為基本權之干預，進而推論其因欠缺特別授權基礎而違憲、違法。這種看法多半建立在一般人格權及資訊自決權的極度擴張解釋之上，但卻未先有效論證干預的概念，犯了跳躍推論的錯誤¹⁸。

（二）干預概念之變遷

以往被廣泛接受，現在簡稱為古典干預概念（der klassische Eingriffsbegriff）的主張，以四個要素來界定基本權干預，雖然公法學者對此亦曾討論¹⁹，但本文則從刑事訴訟事例來說明²⁰：

¹⁷ 土本武司著，董璠輿、宋英輝合譯，《日本刑事訴訟法要義》，1997年，頁123、131以下；此外，黃朝義（同前註，頁56）雖以強制偵查與任意偵查為區別基準，但於歸類監聽屬性時，將其稱為「既不屬直接強制亦不屬間接強制之範圍，屬於一種新類型的強制處分」；任意偵查概念之介紹與反省，如陳運財，〈偵查之基本原則與任意偵查之界限〉，《刑事訴訟與正當之法律程序》，1998年，頁135、156以下。

¹⁸ Typisch: Riegel, Datenschutz bei Sicherheitsbehörde, 1980, vor allem S. 5 ff., 9 ff., 42 (zitiert nach Ahlf, Die Polizei 1983, 41, 44 Fn. 44, mit kritischer Würdigung).

¹⁹ 請參閱李建良，〈基本權理論體系之構成及其思考層次〉，《憲法理論與實踐（一）》，1999年，頁85；林三欽，〈論基本權之侵害〉，收錄於：《憲法解釋之理論與實務（第二輯）》，2000年，頁439、442以下；蕭文生，〈論基本權利侵害之救濟〉，收錄於：《憲法解釋之理論與實務（第二輯）》，2000年，頁471、473以下。Vgl. Jarass/Pieroth, GG, 6. Aufl., 2002, Vorb. Vor Art. 1 Rn. 27; Pieroth/Schlink, Staatsrecht II. Grundrechte, 17. Aufl., 2001, Rn. 238 ff. 惟應注意，學說上對此雖亦有五要素（如 Bleckmann，除本文所示1~3外，



元照出版

搶先試閱版

本書附錄

刑事程序與國際人權 第一冊目次

- ◎ 歐洲人權保障機制之發展與挑戰..... 1
- ◎ 國家機關挑唆犯罪之認定與證明—評三則最高法院九十二年
度之陷害教唆判決..... 51
- ◎ 國家機關挑唆犯罪之法律效果..... 103
- ◎ 線民之干預性及授權問題—以線民之偵查活動為中心..... 145
- ◎ 證人概念與對質詰問權—以歐洲人權法院相關裁判為中心. 187
- ◎ 共犯證人與對質詰問—從歐洲人權法院裁判看我國釋字第五
八二號解釋之後續發展 237
- ◎ 論不自證己罪原則—歐洲法整合趨勢及我國法發展之評析. 275

刑事程序與國際人權 第二冊目次

- ◎ 歐式米蘭達—歐洲人權法院ALLAN裁判及其劃時代意義之
評析..... 1
- ◎ 無罪推定作為舉證責任及證據評價規則—歐洲人權法院相關
裁判及評析..... 49
- ◎ 無罪推定原則於撤銷緩刑及假釋之適用—歐洲法、德國法與
我國法之比較評析..... 89
- ◎ 在押被告與律師接見通信之權利—歐洲法與我國法發展之比
較與評析..... 129



元照出版

搶先試閱版

◎ 刑事被告本人之閱卷權—歐洲法與我國法發展之比較與評析	175
◎ 論通訊之監察—評析歐洲人權法院相關裁判之發展與影響.	231
◎ 初探醫療秘密與拒絕證言權—從歐洲人權法院之Z. v. FINLAND判決（愛滋病患案）談起	289
◎ 區域性國際人權法院與內國法之互動—以歐洲人權法院裁判對奧地利刑事法之影響與改造為例.....	331
◎ 開啓檢察官定位的新紀元—從奧地利刑事訴訟與檢察官制度的變革談起.....	369
◎ 改革偵查程序之新視野—從歐洲法趨勢看我國法走向.....	403
◎ 合理程序期間之審查基準與個案運用——一則本土案例的人權觀察報告	441



元照出版

搶先試閱版

◎ 作者簡介

林鈺雄，台灣新台北市人。台灣大學法律系、法研所畢業，司法官、律師考試及格。1993年9月赴德留學，追隨駱克信（Claus Roxin）教授攻讀刑事法，並以「法官保留及對刑事訴訟上基本權干預之救濟」為論文題目，於1998年獲頒慕尼黑大學法學博士學位。2005年獲德國宏博基金會（Humboldt-Stiftung）研究獎勵金資助，再赴德深造半年，以歐洲刑事法之整合趨勢為研究範圍。

作者現為台灣大學法律學院專任教授，主要學術著作包括：《檢察官論》（1999）、《刑事法理論與實踐》（2001）、《搜索扣押註釋書》（2001）、《嚴格證明與刑事證據》（2002）、《刑事程序與國際人權（一）》（2007）、《干預處分與刑事證據》（2008）、《刑法與刑訴之交錯適用》（2008）、《刑事程序與國際人權（二）》（2012）、《最高法院刑事裁判評釋》（2013）、《刑事訴訟法實例解析》（2019年2版）、《新刑法總則》（2019年7版）及《刑事訴訟法（上）（下）》（2019年9版）。主編書籍除各式法典外，包括：《人權之跨國性司法實踐—歐洲人權裁判研究（一）（二）（三）（四）》（2007/2008/2011/2012）、《最高法院之法治國圖像》（2016）及《沒收新制（一）（二）（三）（四）》（2016/2016/2019/2019）等。



元照出版

搶先試閱版

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11327>

國家圖書館出版品預行編目資料

刑事程序與國際人權. 三／林鈺雄著. -- 初版. --
臺北市：元照，2020.01
面；公分. --（國立臺灣大學法學叢書；233）
ISBN 978-957-511-246-2（精裝）

1.刑事訴訟法 2.人權 3.文集

586.207

108019657

刑事程序與國際人權(三)

5D541GA

2020年1月 初版第1刷

作者 林鈺雄
總經銷 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 28 號 7 樓
網址 www.angle.com.tw
定價 新臺幣 580 元
電話 (02)2375-6688
傳真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-511-246-2

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11327>

刑事程序與國際人權(三)

刑事訴訟法與人權議題具有特殊的關連性。隨著二次戰後人權基準國際化與普世化的浪潮，刑事訴訟法的發展，也逐漸跳脫傳統的國家主權格局，進行跨國性的比較與整合。可以說，探索「超越國界共同繼受的法治國遺產」、「法治國刑事程序不可放棄的基本原則」及「與時俱進的刑事人權保障標準」，成為主導刑訴發展的新典範。尤其是在我國將兩公約內國法化後，接軌國際人權更是大勢所趨。本書據此研究方向，嘗試拓展我國刑事訴訟法的思維版圖，處理公平審判、無罪推定、司法互助、DNA資訊干預、對質詰問、犯罪挑唆、缺席審判、合理審判期間等各項議題，指出我國刑事實務與國際刑事人權基準的落差，並提出解決之道。



9 789575 112462



5D541GA

定價：580元



元照網路書店



元照讀書館



元照出版公司

地址：臺北市館前路28號7樓

電話：(02)2375-6688

網址：www.angle.com.tw