

作者 Antony Duff, Lindsay Farmer, Sandra Marshall, Victor Tadros

譯者 李姿儀

審判的試煉 III 刑事審判的新規範理論

the trial on trial VOLUME THREE

towards a normative theory of the criminal trial



財團法人民間司法改革基金會法律倫理中心



新學林

法律倫理經典譯叢(六)

審判的試煉

III

刑事審判的新規範理論

作者：ANTONY DUFF, LINDSAY FARMER,
SANDRA MARSHALL, VICTOR TADROS

譯者：李姿儀

審判的試煉 III，刑事審判的新規範理論/ Antony Duff 等著；

李姿儀譯，-- 一版，-- 臺北市：民間司改會，2015.03

面；公分，--（法律倫理經典譯叢；6）

譯自：The trial on trial VOLUME THREE-towards a normative theory of
the criminal trial

ISBN 978-986-86457-9-0（軟精裝）

1. 刑事審判 2. 文集

586.507

103021187

審判的試煉 III 刑事審判的新規範理論

作者：Antony Duff, Lindsay Farmer,
Sandra Marshall, Victor Tadros

譯者：李姿儀

出版者：財團法人民間司法改革基金會

地址：台北市松江路90巷3號7樓

電話：(02) 25231178

傳真：(02) 25319373

網址：<http://www.jrf.org.tw/>

總經銷：新學林出版股份有限公司

地址：台北市和平東路二段339號9樓

電話：(02) 27001808

傳真：(02) 27059080

網址：<http://www.sharing.com.tw/>

出版日期：2015年3月 一版一刷

郵撥帳號：19889774 新學林出版股份有限公司

劃撥金額1000元以上免郵資，未滿1000元每本加收郵資50元

定價：420 元

ISBN 978-986-86457-9-0（軟精裝）

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換

門市地址：台北市和平東路二段339號9樓

團購專線：(02) 27001808 分機18

讀者服務：law@sharing.com.tw

電子商務：<http://www.sharing.com.tw/>

序

民間司法改革基金會為提昇我國法律人（包括律師、法官、檢察官及其他以法律專業知識從事專業職務或活動之人）的法律倫理知識及修養，特設立法律倫理中心，此中心第一階段的工作目標，即選擇外國著名法律倫理書籍系列予以翻譯出版，一方面提供法律人士撰寫法律倫理教材的資料，另一方面作為法律學生學習法律倫理課程的參考書。

本中心主任即本會前董事長黃瑞明律師的策劃下，在本會同仁的努力下，以及學者專家費心辛苦的翻譯下，將逐步展現成果。

此次能夠順利出版，真是令人興奮，對於參與此項工作的全體學者專家、同仁、朋友，深深地表示感謝。

在本會法律倫理中心開花結果之時，讓人不禁要問作為民間組織的本會，怎麼有資金從事這項有意義的工作？其中有個淵源流長的感人故事：

二〇〇四年三月二十日總統大選結束，落選的總統、副總統候選人連戰、宋楚瑜對當選的總統、副總統陳水扁、呂秀蓮提起選舉無效及當選無效二個訴訟，陳水扁、呂秀蓮一開始就同意連戰、宋楚瑜的請求，全國全面驗票，據估算驗票費用可達數千萬元新台幣（下同），此對訴訟當事人來說，是筆重大負擔，美國金士頓科技公司創辦人孫大衛先生基於「愛台灣」及「促進台灣和諧」的心，公開宣布願意捐款一億元作為上揭選舉訴訟的驗票費用，如有餘額用於推展族群融合及司法改革等事項，此項捐贈工作，由本會承接處理。

在選舉訴訟確定後，敗訴的一方，應負擔驗票費用一千七百二十二萬二千六百二十六元，本會依約定將此金額捐助予敗訴的總統候選人連戰及宋楚瑜，餘款的半數由本會在中央信託局（現為台灣銀行）設立族群和諧信託基

金，供社會各界從事族群和諧事項及活動者申請補助費用，另半數則由本會用於司法改革等事項。

本會為將此半數餘款作為本會從事司改工作的費用，或將此款再捐助予社會從事司改活動的其他團體，內部爭論甚久，終於決定將此款留在本會，不作本會經常性司改事項的經費，而另成立二個獨立運作的單位，一為「法律倫理中心」，另一為「法治教育向下紮根中心」，前者係向上提昇發展法律人應有的法律倫理，後者為向下紮根推廣青、少、幼年的法治教育，二者是法治及司法健全的兩根支柱，值得也應該深深的耕耘。

有了金士頓公司孫大衛先生慷慨捐助，讓複雜的總統選舉訴訟和諧結束，也讓有一筆信託基金從事族群和諧的工作，更使向上提昇及向下紮根的兩個司改中心得以成立。在此外國法律倫理巨著翻譯完成出版之際，飲水思源，孫大衛先生的捐款義行，更令人感動與感激。

最後，再一次感謝奉獻心力，從事翻譯巨著的學者及專家。

陳傳岳律師

民間司法改革基金會前董事長

奠定民主與法治的倫理基礎

——法律倫理經典譯叢序

本套法律倫理經典譯叢的資金來源是 2004 年台灣總統大選後，因選舉結果的紛爭帶來社會、政治不安，為解決選舉訴訟所需經費問題，由金士頓公司之孫大衛先生帶領企業界捐款以作為選舉訴訟費用的餘額。為利用此餘額，民間司法改革基金會組成「法律倫理中心」，並推動法律倫理經典譯叢。這套叢書的誕生，代表著台灣人民在初步建立民主法治之後，為奠下紮實的倫理基礎的努力，也是台灣民間社會期盼民主法治更加成熟的共同善念所結出的果實。

從世界各國建立民主法治的經驗，我們深知僅有定期的選舉制度並不代表民主法治的實現，尤其是民主轉型的初期，選舉常使國家陷入糾紛動盪的民主危機。民主危機如果沒有完善處理，國家社會可能陷入空轉、內亂，甚至導致軍事獨裁及外患，歷史上這樣的例子層出不窮，而且持續發生中。

司法體系是解決選舉而生的政治紛爭必要的機制。但若法院的獨立與公正未獲人民與社會共同信任時，危機實難解決。縱然勉強作出判決執行，亦僅埋下後續政治紛爭的禍根。因此，強化司法的獨立性與公信力以作為解決權力紛爭的機制，為建立民主法治不可或缺的一環。然而要建立獨立又具有公信力的司法，實不僅限於建制法律體系與訴訟制度而已，更重要的關鍵在於民間社會的監督以及運作法律的相關人士的態度和行為，也就是律師、檢察官與法官的倫理素養。

形塑法律規範的是人，運作及操作法律制度與概念的也是人，人的態度與行為影響判決的過程與結果，也影響人民對司法的信賴。如何建構法律人的倫理層次以提昇國內司法之整體水準，是推動本譯叢的心念。

以翻譯法律倫理之經典叢書，作為提昇國內法律人倫理層次的步驟，是因為人類互相學習，除了觀摩行為之外，最重要的便是研閱經典。美國2000年總統大選，因票數接近引發選舉訴訟，最後是靠最高法院的判決解決此爭議，雖然判決與選舉結果未必完美，但至少可平息紛爭，讓國家往前推動，為世人留下一個可以觀察的案例。而該案例後續引發了有關作出該判決的大法官的倫理討論，可見法律人的倫理確與判決的公信力有密不可分的關係。

與我國同屬大陸法系的德國、日本亦曾有過專制獨裁的過去，而這些專制獨裁政權也是透過民主體制下的選舉方式而產生，可以說是失敗的民主的例子，因此德國與日本的經驗也特別值得參考。不僅因為其法系與我國相近，同時也因其建立民主法治的途徑與英、美截然不同，其法律倫理的經驗對我國亦特別具有參考價值。

本法律倫理經典譯叢特別挑選翻譯了美國、日本與德國有關法律倫理之代表性著作。國內對於法律倫理之研究較晚，就此領域之書籍尚有不足，我們認為廣泛地翻譯外國此領域較深入的書籍，對於促進國內的相關研究將有激勵作用。

經典書籍均為作者長期深思熟慮、蘊懷吟咏的苦心之作，讀者閱讀典籍，特別感受到作者的用心與功力，自然讓人沈靜。在煩囂的年代，我們社會特別需要沈靜、思索的內在力量，以作為再出發的起點。

本譯叢是因總統選舉訴訟而誕生，我們認為選舉與訴訟的倫理訴求有極微妙相似之處，造成巧妙的結合。規範法律人進行法庭或執業活動的倫理訴求與規範政治人物在從事選舉時應有的政治倫理，在精神上有甚多相契相合之處。訴訟兩造在法庭攻防，相較於選舉時之競選活動，也有類似之處，因此規範法庭活動之倫理，如攻防之手段必須公平、有所節制、有所為、有所不為等，跟選舉活動的要求有可互相參照之處。

訴訟與選舉的目的均為求勝，但不能把勝負定為訴訟與選舉的唯一價值。訴訟過程中之真實發現與法律見解之激盪，宛如選舉過程中之政策辯論，必須以正義之實現與促進社會進步為共同目標。

人人皆有勝負之心，但訴訟與選舉除了依賴法律規範之外，尚有許多領域，其動心起念之處有待當事人之倫理自覺，諸如醜化與攻擊對手之手段甚至群眾動員等，均非法律規定所能窮盡，而有賴當事人及人民的倫理水準。

在本譯叢問世的前夕，中東與北非發生了震驚世人的「茉莉花革命」年輕人靠著群眾的力量推翻了專制強人統治。我們可以預期這些國家在革命之後要走向民主法治，過程仍極其艱辛與危險。台灣有幸未經流血革命而展開了民主法治，並且透過選舉而進行政黨輪替，未來的發展，乃須透過倫理之自覺與培養，以健全民主法治之基礎。

這套叢書的出現，是許多善念的自主結合，企業家捐錢，民間團體推動，學者翻譯，才有此成果。我們認為台灣民間力量的活躍，正是民主制度最可貴之處，也是值得大家共同珍惜灌溉呵護這難得幼苗。

黃瑞明律師

民間司法改革基金會法律倫理中心主任

刑事審判的新規範理論

英國刑法岌岌可危，最初始的原理不斷受到挑戰，有些早已腐化不堪。在英格蘭及威爾斯，法官的審訊權已受到限制，不良的品格證據、禁止雙重起訴、緘默權（right to silence）的相關規定也經過大幅修改，為的是要「重新平衡」法律制度，來討好制度下的受害者。全球恐怖主義造成過度追求人身安全，公平審判有時候甚至不可能實現。事實上有很長一段時間，英國已經很少進行開庭審判了，大部分的刑案判決結果都是由於嫌犯已認罪。此外，正當英國一般大眾不斷激辯如何建立刑法未來的正當性，卻很少有人注意到現今開庭審理的重要性已受到質疑。開庭審判飽受攻擊，其價值更質疑，尤其是那些主張尋求其他管道——不論是和解，修復性司法——來陳述受害者的需求，卻遠離了國家行使公權力的審判及刑責。

本書意在為刑事審判建立基礎之理論，以保護刑事司法系統下審判的重要性。審判之原意，在於讓有罪的被告接受刑責，為自己過去的行為負責。審判可視為是雙方溝通的過程，於此被告得以辯駁對他的不當指控，包括作為指控的規範。本書在架構刑法理論前會仔細介紹審判的歷史，在每章節都會有詳細說明審判的程序及原理、替代的規範模型（alternative regulatory model）、參與者的角色、調查與審判之間的關係，以及審判作為大眾論壇的議題，希冀能建立一套溝通式理論。

序 言

本書是關於刑事審判研究計畫的成果，是由藝術與人文學科研究委員會（Arts and Humanities Research Council）所贊助。另外兩本書（審判的試煉第一冊及第二冊）的文章是取自研究計畫進行時所舉辦的研討會，由 Hart Publishing 出版。而第三冊是由四位作者的共同發想，將整個研究計畫總結，至少提供了刑事審判可施行的規範性理論架構。

我們很感謝藝術與人文學科研究委員會的資助讓研究計畫得以進行，也感謝我們自己的大學所提供的物質及行政上的幫助——英國斯特林大學及斯特林大學哲學系、格拉斯哥大學及格拉斯哥大學法學院、愛丁堡大學和愛丁堡法學院、華威大學及華威大學法學院。

但首先我們要最先感謝的是所有參與許多研討會和每月會議的人，這些研討會和會議架構出整個研究計畫。有些人賜稿，有些人評論文章，有些評論本書初期的書稿，有些人三樣都做：他們一起給予這個研究計畫最珍貴的貢獻，三本書因此得以出版；除了他們的珍貴建議外，他們提供的論點和批評，更反映出了這個跨領域的研究計畫產出了多麼令人喜悅的成果，這些人依字母排序如下：Sarah Armstrong、Andrew Ashworth、Zenon Bankowski、Michael Brady、Robert Burns、Michelle Burman、James Chalmers、Emilios Christodoulidis、Andrew Choo、Erik Claes、Sherman Clark、Rowan Cruft、Lawrence Douglas、Markus Dubber、Peter Duff、Evi Girling、Stuart Green、Klaus Günther、Alastair Henry、Mireille Hildebrandt、Jacqueline Hodgson、Jeremy Horder、Tatjana Hörnle、Neil Hutton、John Jackson、Heike Jung、Dudley Knowles、Nicola Lacey、Gerry Maher、Matt Matravers、Claire McDiarmid、Jenny McEwan、Richard Nobles、Antje Pedain、Duncan

Pritchard、Mike Redmayne、Paul Roberts、Bert van Roermund、Burkhard Schafer、David Schiff、Wendy Schneider、Bruce Smith、Marion Smith、Richard Sparks、Sarah Summers、Stephen Tierney、Adam Tomkins、Scott Veitch、Thomas Weigend、Olav Wiegand、William Wilson。我們也非常感謝 Rex Ferguson 協助我們準備本書最後的定稿。

作者群在感謝之餘也必須要不免俗的強調，本書中若有任何錯誤、令人困惑或是不清楚之處都是作者的責任，雖然 Joel Feinberg 有時候會將責任推給不存在的同事 Josian S Carberry，但我們沒有人可以推卸責任，也理解上述的任何一個人若是知道我們不接受他們的珍貴意見將會非常遺憾；但我們希望，這本書和其他二冊，以及衍生的許多研討會和討論，能夠引起更多的辯論，能夠在發展適切的刑事審判規範性理論這個重要任務上更進一步。

RAD/LF/SEM/VT

目 錄

序／陳傳岳	①
奠定民主與法治的倫理基礎／黃瑞明	③
刑事審判的新規範理論	⑦
序言	⑨

第一章 導論：刑事審判理論化	001
----------------------	-----

第一部分 刑事審判及其歷史／017

第二章 從歷史角度來看審判的規範性概念	019
---------------------------	-----

第二部分 刑事審判及其價值／059

第三章 真相與審判	065
-----------------	-----

第四章 審判中的真相和溝通	099
---------------------	-----

第五章 傳喚出庭	133
----------------	-----

第三部分 應用、含義及後續問題／169

第六章 是誰傳喚被告？審判和刑事司法	171
--------------------------	-----

第七章 溝通式參與	207
-----------------	-----

第八章 誠信的原則	235
-----------------	-----

第九章 審判的公共特性	269
-------------------	-----

第十章 刑事審判的界限：安全、真相與和解	299
----------------------------	-----

Chapter 1

第一章

導論：刑事審判理論化

1.1. 審判飽受抨擊

刑事審判飽受抨擊。抨擊有四種形式。第一種，審判的傳統概念從前視為是神聖且重要的原則，現在都正受到挑戰或腐化中。在英格蘭和威爾斯地區，陪審團審判權力已受到限制，且法官的角色也已改變，為了要更有效率的管理及處理案件。不良的品德證據、一罪不二罰、緘默權（right to silence）的規定也經過大幅修改，據稱是以重新平衡司法制度以利於受害者之名。在「重新平衡」背後的政治動能快速聚集且更進一步威脅並腐蝕刑事審判的傳統概念。

第二種是，為了追求安全，尤其是因為避免恐怖主義，一起合理化否定某些人參與公平審判的權利，同時讓他們遭受看來是懲罰的結果。參與公平審判的權利，是受到經 1988 年英格蘭人權法案通過生效的歐洲人權公約第 6 條的保護，但政府不是例行地減損這個權利，就是避免建立相關的保護程序。最諷刺的是，經由人權法案支持這項權利的政府，卻採取行動來搞破壞。沒有經過完整的公開刑事審判就讓拘禁合法——未經應該將之合法化的公開審查條件，也沒有刑事被告正常應得的權利或保護，有的只是簡化的上訴過程。未經審判的拘禁引起了大眾前所未有的激辯，包括政治人物、學者專家、及廣泛大眾，討論犯罪活動中涉有嫌疑的公民該有何種權利。大部分政界和學界認為關塔那摩灣（Guantanamo Bay）及貝爾瑪什（Belmarsh）監獄的拘禁推定了公平審判權利的重要性，這也作為合法監禁及保障公民安全的序曲；但這樣的推定卻飽受抨擊，來自於那些認為「對恐怖主義宣戰」，假如不是完全停止的話，為了安全的利益起見，他們要求限制這種權利。

第三種，說個研究刑事司法的學者都熟知的故事，爭議性的審判長期以來相對少見，因為大部分的刑事判決都是依據請求認罪。許多人指出，具爭議的審判其實在刑事審判程序裡分量並不重，至少如果分量是以數量來計算的話。因此，正當大眾不斷激辯刑事審判的未來，大眾卻很少注意到，但這並非不重要，現今社會對於開庭審理重要性的爭議。有些人提出這幾乎是爭