

國立臺灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

偵查中羈押之程序保障—以強制辯護及閱卷權為中心

Mandatory Legal Representation and the Right of Access to  
the Case-files of the Accused in Pretrial Detention



謝慧中

Hui-Chung Hsieh

指導教授：林鈺雄 博士

Advisor: Yu-Hsiung Lin, Dr. jur. (München)

中華民國 101 年 7 月

July 2012







## 謝辭

終於到了可以寫謝辭的一刻，心中真的非常感動，相信每個研究生的論文要形成的時候都有這種感覺。回想起來，當初帶著對學術的滿心期待意外進了研究所，今天竟然抱著一種只想趕快把論文交出去就好的心情畢業，這中間歷經了考到身心俱疲的數次國考、總是念不懂的德文(但今天好像也還沒念懂)、決定不了的論文題目、永遠看不完的外文文獻，終於在今天，我也可以寫謝辭了。不過這同時也代表著，在台大過了 n 年的學生生活即將劃下句點。雖說在台大已經待得有點煩了，可是真的到了要離開的時候，心中還是有點不捨，畢竟在這裡留下了許多美好回憶，也留下了許多遺憾。我想我以後仍會記得由總圖往蟾蜍山望去的小涼亭、舟山路的花香，還有椰林大道夜晚的涼風。如果時光可以倒轉，我希望再給自己一次機會，讓千五可以在大運跑進五分半內...

能夠完成這本論文，首先要感謝的，除了金牌台啤和台北愛樂電台的長相伴以外，就是我的指導教授，林鈺雄老師。老師對學問的認真和嚴謹態度，一直是我所深深敬佩的。從大四上刑事訴訟法課程以來，老師給我的不只是法律的學問，還有另一種觀看的視野。除此之外，老師對我們這群學生的真心相待和照顧，真的讓我覺得能夠投於其門下，是件非常幸福的事。在論文撰寫期間，每次難得放棄行使緘默權找老師討論論文時，常常因為我的準備不周，讓討論在尷尬的冷笑中結束，但若不是老師提供的方向和(附帶「否則就更換指導教授」條件的)再三督促，這本論文是絕對不可能產生的。此外，也謝謝兩位論文口委老師，何賴傑老師及楊雲驊老師，謝謝您們在口試時點醒我許多遺漏之點和寶貴的修改方向，還有親切的意見分享；更重要的是，謝謝您們給我的鼓勵，讓我對這本論文產生一點信心。

在林師門下還有一件很幸福的事情，就是有一群很好的學長姐和同學。我想，大家應該第一個都會想感謝幾乎是行動法學資料庫(還可以直接下載)的大師兄，士帆學長；學長除了幫我找了許多資料(並且直接寄給我)之外，並且在各方面都熱情協助，希望大家以後還有一起打羽球的機會。學長姊之中，我要特別謝謝以蓓學姊和鈺歆學姊；以蓓學姊是當初帶我讀書會的學姊，在研究所也給我許多關心中肯的建議，是難得的好學姊；鈺歆學姊作事細心嚴謹，研究所期間的助理工作能夠完成，都是靠著學姊一步一步帶著我，當然，也要謝謝學姊給我的鼓勵。謝謝親切可愛的之萍學姊，除了讓我論文省了不少篇幅，也謝謝學姊在發表會上的提問，還有德國旅遊的諮詢。也謝謝親切的鬼人學長和佩瑩學姊在過去課堂報告上給我論文上的建議，還有平時大小事的幫助。本門的同學方面，首先要特別謝謝佳叡和偉俊在德文方面給我的協助；尤其是佳叡特地在寒假期間為我和盼盼加開德文法學補習班，對我的德文閱讀能力提升有很大幫助，是我的德文小師父；而偉俊因為不幸研究室在我附近，剛好成為我打擾的對象，儘管在他論文最繁重的時候，都還是很樂意給我指點。謝謝佳業儘管遠在新竹進行司訓，也義氣相挺地仔細看了發表會部分的論文，並到場給我許多實務上寶貴的意見。謝謝阿亮在論文口試的相互協助，每次和你合作都是愉快的事，你的可靠也讓人放心。謝謝淑芳給我論文的建議，還有幫助我蒐集不少資料，祝妳也能在年底順利畢業，接下來的日子也能開開心心。謝謝盼盼一起討論德文，還有和我分享德國旅遊資訊，當然，也要感謝三人組的君維、佩蓉過去的協助。另外，也 Iris、立涵、百麟在發表會的捧場。

在法律系認識了很多同學，在這裡，我要特別感謝書郁(熊)，陪我度過最緊張的第一次國考，讓法律系學生最難熬的時光成為一段很美好的回憶，也謝謝妳給我論文的鼓勵，希望妳接下來在司訓一切順利。

參加田徑隊是我在台大期間最寶貴的回憶。謝謝亦師亦友的教練，蔡老師，在論文口試前特地傳簡訊給我打氣；當然，最無法忘懷的還是每次在天色已暗時共同練習的操場邊，還有烈日的競賽場邊，都有老師的鼓勵在支持我。謝謝瘦瘦在我寫論文期間聽我在 msn 上的哀嚎給我拍拍以及特地撥時間幫我校稿。謝謝中長的精神表率俊傑學長幫我校正英文摘要。謝謝我的做壞事好夥伴品阿孜，在國考、寫論文和口試時都有妳給我的鼓勵；儘管我每次都很沒義氣地在玩耍團放鳥，妳都還願意約我出去玩，能有妳這個朋友是我參加田徑隊最值得的一件事。

大一以來的好姊妹，五朵花們，總是包容我的任性，陪我度過大學以來的快樂和低潮時光。謝謝盧欣喵和何小姐在工作到眼睛都要花了的時候還幫我校稿。也謝謝在台北何小姐和陳小姐三不五時提醒我到底有沒有在寫論文。還有蔡董儘管人在紐約也不時聽我碎碎念，在我難過時特地打國際電話來安慰我，讓我感受到友情的溫暖。希望我們幾十年後還可以像現在一樣吵吵鬧鬧地聚在一起感慨「交友不慎」。

在這本論文的謝辭，要特別謝謝高中以來的好友黃趴趴，幫我在政大借了一本相當重要的書，解決了我論文的困境，也祝妳能早日完成論文。

謝謝小喵母陪我在研究所期間度過三年多美好的時光。在兩次國考期間，秒喵對一天到晚都在念書，偶爾還會爆走的我只有支持，沒有一句抱怨，這對非法律科系的人來說，著實不容易。儘管這年你去當兵，我寫論文，兩人都有各自的辛苦，還是能一起走到現在~:3

最後要感謝的，是我的家人。謝謝媽媽長期以來讓我能無後顧之憂地進行學業，總是幫我分擔很多事情，讓我能以課業為優先；儘管我到了這把年紀，還讓我接下來能去實現想旅行的願望。從小以來的很多事情，一直到了年紀漸長，我才了解妳的堅強，希望妳以後也能健健康康地實現妳的夢想。而本論文的完成，最要特別感謝的除了金牌台啤、台北愛樂電台、指導教授以外，就是姊姊。姊姊在我寫論文期間，不但聽我哀嚎、給我拍拍、幫我捏捏，還在辛苦工作的假期間幫我校完整本論文(連我自己想了都覺得真是件痛苦的差事)；除此之外，還幫我解決了所有 WORD 以及科技方面的疑難雜症，每當我問起電腦方面的問題，姊姊總是很直截了當地說：「交給我來弄吧。」真是太了解我了啊！如果有下輩子的話，我還想要當妳的賴皮妹妹~當然也要感謝海豹、小蕉、多多、小黑、金毛、猩猩、睡目母、大胖、安安、小米、小哈，謝謝你們溫馨的陪伴。

謝慧中

2012 年 7 月 18 日，台北

## 中文摘要

羈押向來是法治國之刑事程序中棘手的難題，其一方面使追訴能夠有效進行，但另一方面卻嚴重干預了個人之人身自由。因此，透過羈押審查之程序保障確保羈押能夠在合乎其目的及比例原則之情況下進行，是正當化羈押程序的重要關鍵之一。羈押應遵守之程序保障種類繁多，本文著重於討論羈押審查中之強制辯護及閱卷權之保障；並鑒於偵查中往往涉及重要偵查利益及個人基本權保障之衝突，本文進一步聚焦於偵查階段之羈押審查程序。

具跨國性意義的歐洲人權法院案例法中，已明確強調基於對審及武器平等原則之要求，偵查中之羈押審查程序必須使辯護人能夠對挑戰羈押合法性為重要之資料進行閱卷；關於羈押審查中辯護人協助之必要性，雖然歐洲人權法院尚未有明確答案，惟本文認為，從歐洲人權法院案例法中採取的立場，似可推論出肯定答案。德國方面，於2009年以前，僅將羈押滿三個月列為強制辯護事由，偵查中羈押程序之閱卷權亦有以偵查目的為由加以限制的可能。鑒於羈押對基本權干預之嚴重性，德國於2009年羈押法修正時，將羈押執行列為強制辯護事由，並因應歐洲人權法院案例法，將偵查中羈押審查程序不得以偵查利益為由限制閱卷的見解加以明文規定。

依照我國刑事訴訟法規定，偵查中之強制辯護事由僅限於智能障礙者，而偵查中羈押審查程序之辯方亦無閱卷之權利可言。基於羈押對基本權干預之嚴重性及公平審判之維護，本文認為，首先，至少應將羈押列為偵查中之強制辯護事由，確保被告能於羈押審查程序中獲得辯護人協助；次者，應使羈押程序中之辯護人能對羈押決定具關聯性之卷證進行閱卷，以實現聽審權及武器平等原則之保障。

**關鍵字：**偵查程序、人身自由權、羈押審查、強制辯護、閱卷權

## Abstract

Detention is important for the purpose of prosecution, especially in the pretrial proceedings. On the other hand, it is the most serious infringement on the right of liberty. Therefore, habeas corpus proceedings must provide sufficient guarantees of the judicial procedure, including varied procedural rights.

The case-law of the European Court of Human Rights says, “In the view of the dramatic impact of the deprivation of liberty on the fundamental rights of the person concerned, proceedings conducted under Article 5 § 4 of the Convention should in principle also meet, to the largest extent possible under the circumstances of an on-going investigation, the basic requirements of a fair trial, such as the right to an adversarial procedure.” In order to ensure the principle of equality of arms and the requirement for an adversarial procedure, the accused in a pretrial detention must have opportunities to access the file and be assisted by a legal representation. In 2009, the German Code of Criminal Procedure was amended to provide mandatory defence for the accused, if remand detention is executed against him. Furthermore, it also regulates, if the accused is in remand detention or in the case of provisional arrest, information of relevance for the assessment of the lawfulness of such deprivation of liberty shall be made available to the defence counsel.

In Taiwan, since the regulations of the Code of Criminal Procedure, the accused in pretrial detention does not have the right to having a defence counsel appointed by a judge or prosecutor. Moreover, a defence counsel does not have the right to access the case-files in pretrial proceedings, even if the accused is in remand detention. In conclusion of the thesis, to ensure the personal right of liberty, the mandatory defence shall be provided for the accused in the pretrial detention, and the defence counsel of the accused in pretrial detention shall have the right to access the case-files, which are relevant to the assessment of the lawfulness of deprivation of liberty.

**Key Words:** deprivation of liberty, Habeas Corpus, mandatory defence, the right to access the file



# 目錄

第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與問題意識.....	1
第一項 司法院釋字 654 號解釋之後—被遺忘的閱卷權.....	1
第二項 羈押程序與辯護人協助之必要性—強制辯護.....	2
第二節 研究方法與本文架構.....	3
第一項 研究方法、對象及範圍.....	3
第二項 本文架構.....	4
第三節 用語說明.....	5
第二章 歐洲人權法院之案例法.....	7
第一節 羈押合法性審查程序—歐洲人權公約第 5 條第 4 項.....	7
第一項 歐洲人權公約第 5 條—人身自由保障之準據.....	7
第一款 人身逮捕令狀(Habeas Corpus)與歐洲人權公約第 5 條.....	7
第二款 歐洲人權公約第 5 條之規定.....	8
第二項 羈押審查之程序保障—歐洲人權公約第 5 條第 4 項.....	8
第一款 以歐洲人權公約第 5 條第 4 項作為程序保障依據.....	8
第一目 歐洲人權公約第 5 條第 4 項.....	9
第二目 歐洲人權公約第 5 條第 4 項與第 3 項之競合.....	10
第二款 羈押審查之程序保障與公平審判原則.....	11
第一目 歐洲人權公約第 6 條—公平審判原則.....	11
第二目 歐洲人權公約第 5 條第 4 項與第 6 條之關聯.....	14
第二節 羈押程序中辯護人協助之必要性.....	15
第一項 辯護人之功能與意義.....	15
第二項 辯護人協助權之一般規定.....	16
第一款 歐洲人權公約第 6 條第 3 項 c 款之保障.....	16
第一目 三種辯護權類型.....	16

第二目 實質有效辯護之保障 .....	17
第二款 歐洲人權法院對於免費辯護人協助權之解釋 .....	18
第一目 被告無資力支付辯護人費用 .....	19
第二目 司法利益所需 .....	19
第三款 小結 .....	23
第三項 法律協助權與剝奪人身自由合法性審查之特別規定 .....	23
第一款 以歐洲人權公約第 5 條第 4 項為法律協助權依據 .....	23
第二款 人權法院裁判以法律協助作為程序合法要件之情形 .....	24
第一目 剝奪精神病患或心智欠缺者之自由 .....	24
第二目 剝奪未成年人之自由 .....	24
第三款 以辯護人協助作為羈押審查之必要條件 .....	25
第一目 人權法院於公約第 5 條第 4 項建構之標準 .....	25
第二目 辯護人協助於羈押審查之必要性 .....	25
第四項 小結 .....	26
第三節 羈押程序賦予閱卷權之討論 .....	27
第一項 歐洲人權公約之閱卷概念 .....	27
第二項 閱卷權於一般審判程序之基礎及權利行使範圍 .....	28
第一款 歐洲人權公約第 6 條第 3 項 b 款 .....	28
第二款 武器平等原則 .....	28
第一目 武器平等原則之一般意義 .....	28
第二目 以武器平等原則作為閱卷權基礎 .....	29
第三款 一般閱卷權行使範圍 .....	30
第一目 行使主體 .....	30
第二目 行使客體 .....	30
第三目 行使時點 .....	30
第三項 閱卷權於羈押審查之程序特別要求 .....	31
第一款 以歐洲人權公約第 5 條第 4 項為閱卷權依據 .....	31

第二款 羈押程序閱卷權於歐洲人權法院之濫觴— <i>Lamy</i> 案 .....	31
第三款 以德國為被告國之案例 .....	32
第一目 2001 年之德國三案( <i>Garcia Alva</i> 、 <i>Lietzow</i> 、 <i>Schöps</i> 案) .....	32
第二目 2007 年之 <i>Mooren</i> 案 .....	35
第四款 建立羈押審查程序閱卷權之歐洲標準 .....	36
第一目 歐洲人權法院對於羈押程序閱卷權所確立之標準 .....	37
第二目 其他閱卷相關重要見解 .....	40
第四節 小結 .....	42
<b>第三章 德國法之發展 .....</b>	<b>43</b>
第一節 德國法辯護人概念介紹 .....	44
第一項 辯護人之意義與功能 .....	44
第一款 辯護人之意義 .....	44
第一目 協助發現真實 .....	44
第二目 確保被告作為程序主體地位 .....	45
第三目 維護刑事程序之武器平等 .....	45
第二款 辯護人之功能 .....	45
第一目 由被告角度出發 .....	45
第二目 由公共利益角度出發 .....	46
第二項 辯護人之定位 .....	46
第一款 被告之輔助人兼司法單元說 .....	47
第一目 司法單元說之基礎概念 .....	47
第二目 嚴格單元理論 .....	48
第三目 限制單元理論 .....	48
第二款 當事人之利益代理人說 .....	49
第一目 極端的當事人利益代理人理論 .....	49
第二目 契約理論( <i>Vertragstheorie</i> ) .....	50
第三目 憲法暨程序理論( <i>verfassungsrechtlich-prozessuale Theorie</i> ) .....	50

第三款 小結 .....	51
第三項 辯護之型態 .....	51
第一款 強制辯護 .....	52
第一目 強制辯護概念 .....	52
第二目 強制辯護之法律規定 .....	53
第二款 任意辯護 .....	54
第四項 辯護人之種類 .....	54
第一款 選任辯護人 .....	54
第二款 義務辯護人 .....	54
第五項 小結 .....	55
第二節 羈押程序之強制辯護 .....	55
第一項 羈押於憲法之保障 .....	55
第二項 德國刑事訴訟法羈押制度之簡介 .....	56
第一款 羈押之實體要件 .....	57
第一目 重大之犯罪嫌疑(dringender Tatverdacht) .....	57
第二目 法定羈押事由(Haftgrund) .....	57
第三目 比例原則(Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) .....	58
第二款 羈押之程序要件 .....	58
第一目 原則—先核發令狀再為逮捕 .....	58
第二目 急迫例外—先為逮捕再核發令狀 .....	59
第三項 2009 年羈押法修正前之指定辯護及修法討論 .....	60
第一款 指定義務辯護人之程序規範 .....	60
第一目 受指定為義務辯護人之資格 .....	60
第二目 指定權限 .....	61
第三目 指定義務辯護人之時點 .....	62
第四目 給予被告表示意見機會之程序要求 .....	63
第二款 修法前羈押受辯護人指定之法律依據 .....	68

第一目    德國刑事訴訟法第 140 條第 1 項第 5 款及第 141 條第 3 項 .....	68
第二目    德國刑事訴訟法第 117 條第 4 項 .....	69
第三目    德國刑事訴訟法第 118a 條第 2 項 .....	70
第四目    其他 .....	70
第三款    修法前羈押程序實施辯護之情形 .....	71
第四款    提前強制辯護時點之討論 .....	71
第一目    支持者之論點 .....	72
第二目    反對者論點 .....	75
第五款    修法歷程 .....	76
第六款    小結 .....	77
第四項    2009 年羈押法修正後之強制辯護 .....	77
第一款    指定事由範圍 .....	78
第一目    對被告執行羈押或鑑定留置 .....	78
第二目    被告因另案而受拘禁 .....	79
第二款    指定時點 .....	79
第一目    執行羈押後儘速指定 .....	79
第二目    表示期間(§ 142 I StPO)與儘速指定要求(§ 141 III S. 4 StPO)之衝突 .....	80
第三款    管轄法院 .....	83
第四款    相關程序要求 .....	84
第一目    給予被告表示意見之期間 .....	84
第二目    協助被告選擇義務辯護人之措施 .....	85
第五款    修法未解之難題 .....	86
第一目    建立關於法院選擇義務辯護人之明確標準及程序 .....	86
第二目    辯護品質的隱憂 .....	91
第三目    法院負擔增加 .....	91
第五項    小結 .....	92

第三節 辯護人於羈押程序之絕對權利—閱卷權行使 .....	92
第一項 辯護人閱卷權之憲法基礎 .....	93
第一款 被告之聽審請求權(Anspruch auf rechtliches Gehör) .....	93
第二款 公平程序(faires Verfahren) .....	94
第三款 武器平等原則 .....	95
第二項 2009 年修法前情形 .....	95
第一款 修法前之刑事訴訟法規範 .....	96
第一目 閱卷權之行使 .....	96
第二目 管轄機關及救濟 .....	97
第二款 修法前之實務見解 .....	97
第一目 歐洲人權法院之德國三案裁判前 .....	97
第二目 歐洲人權法院之德國三案裁判後 .....	99
第三項 2009 年修法後情形 .....	100
第一款 修法後之刑事訴訟法規範 .....	100
第二款 羈押程序閱卷權之具體化 .....	102
第一目 主體 .....	102
第二目 時點 .....	102
第三目 方式 .....	106
第四目 範圍 .....	107
第五目 管轄權限 .....	109
第六目 違反效果及救濟 .....	109
第三款 附論—閱卷權修法後的遺珠之憾？ .....	111
第一目 肯定說 .....	111
第二目 對肯定說之質疑 .....	112
第四項 辯護人行使閱卷權之義務 .....	112
第一款 辯護人因行使閱卷權而負有義務之基礎 .....	113
第一目 立法政策對辯護人之高度信賴 .....	113

第二目    《律師執業規則》(BORA)之相關規定 .....	114
第二款    對原始卷證之保管義務 .....	114
第一目    交付對象之限制 .....	114
第二目    妥善保管及儘速歸還義務 .....	115
第三款    卷證內容散佈範圍之限制 .....	115
第一目    對當事人以外之人之限制 .....	115
第二目    對當事人之限制 .....	115
第五項    小結 .....	120
第四節    辯護人之排除及解任 .....	120
第一項    辯護人排除制度 .....	121
第一款    要件 .....	121
第一目    一般司法利益維護類型—德國刑事訴訟法第 138a 條第 1 項 .....	122
第二目    涉及特殊犯罪類型—德國刑事訴訟法第 138a 條第 2 項、第 138b 條 .....	123
第二款    程序 .....	124
第一目    管轄法院 .....	124
第二目    提出聲請 .....	124
第三目    審理程序 .....	124
第三款    效果 .....	125
第一目    決定排除辯護人前之處置 .....	125
第二目    決定排除辯護人後之效力 .....	125
第四款    排除命令之救濟 .....	126
第五款    排除命令之撤銷 .....	126
第二項    義務辯護人之解任 .....	126
第一款    因被告另行委任選任辯護人而撤銷指定 .....	127
第二款    因重大事由而撤銷指定 .....	127
第三款    因信賴關係瓦解而撤銷指定 .....	128

第一目 原則 .....	128
第二目 例外 .....	129
第四款 因釋放被告而撤銷指定 .....	130
第一目 指定因釋放而自動終止說 .....	130
第二目 釋放仍應撤銷指定說 .....	131
第五款 救濟 .....	132
第三項 小結 .....	132
<b>第四章 我國法規範與實務現況之介紹及評析 .....</b>	<b>134</b>
第一節 刑事程序辯護人協助權與閱卷權之基礎 .....	134
第一項 憲法之保障 .....	134
第一款 我國之正當法律程序概念—憲法第 8 條與第 16 條之爭 .....	134
第二款 解決之道 .....	136
第二項 《公民與政治權利國際公約》之保障 .....	137
第二節 我國法規範與實務現況 .....	138
第一項 偵查中羈押程序之免費辯護人協助 .....	138
第一款 受免費辯護人協助之規範 .....	138
第一目 刑事訴訟法指定辯護之規定 .....	138
第二目 法律扶助制度 .....	139
第二款 偵查中羈押程序受免費辯護協助之可能性 .....	141
第一目 依刑事訴訟法受指定 .....	141
第二目 依法律扶助制度受扶助 .....	142
第二項 偵查中羈押程序之閱卷 .....	142
第一款 法律規定及實務見解 .....	143
第一目 行使主體 .....	143
第二目 行使時點 .....	144
第三目 行使範圍 .....	145
第四目 行使方式 .....	145



第五目 內容轉知 .....	147
第二款 羈押程序閱卷於現今實務可能性 .....	147
第三節 評析及建議 .....	148
第一項 羈押程序與辯護人協助權之保障 .....	148
第一款 羈押應列為偵查中強制辯護事由 .....	148
第一目 羈押應列為強制辯護之理由 .....	149
第二目 羈押作為強制辯護之時點 .....	151
第二款 指定辯護人之標準應遵循被告意願及利益 .....	152
第三款 於緊急指定辯護人時應放寬更換指定辯護機會 .....	153
第二項 羈押審查程序與閱卷權保障 .....	153
第一款 羈押審查程序應予辯方閱卷 .....	153
第二款 偵查程序中必須有適當配套措施 .....	154
第一目 矯枉過正之憂 .....	155
第二目 賦予偵查中羈押程序閱卷權之配套措施 .....	156
第四節 小結 .....	158
<b>第五章 結論 .....</b>	<b>159</b>
第一節 本文回顧 .....	159
第一項 比較法分析部分 .....	159
第一款 歐洲人權法院之案例法 .....	159
第一目 羈押程序應予辯護人協助 .....	159
第二目 偵查中羈押程序須絕對保障閱卷權 .....	160
第二款 德國法之發展 .....	160
第一目 羈押執行改列為強制辯護事由 .....	160
第二目 偵查中羈押程序不得限制辯護人閱卷 .....	161
第二項 我國法檢視部分 .....	162
第一款 羈押程序之與偵查中之強制辯護 .....	162
第二款 偵查中羈押程序與閱卷權保障 .....	162

第二節 未來展望 .....	163
第一項 以羈押作為強制辯護事由 .....	163
第一款 羈押作為強制辯護事由之理由與修法建議 .....	163
第一目 理由及目前解釋方向 .....	163
第二目 修法建議 .....	164
第二款 指定辯護人時應以被告利益為出發點 .....	164
第二項 偵查中之羈押程序之閱卷權保障 .....	164
第一款 羈押審查程序應保障閱卷權之理由 .....	164
第二款 偵查中羈押程序閱卷權之具體化 .....	164
第一目 閱卷主體 .....	165
第二目 閱卷範圍 .....	165
第三目 閱卷時點 .....	165
第三款 修法建議 .....	165
第三項 應建立辯護人排除制度並健全律師自律制度 .....	165
第一款 應建立排除辯護人制度 .....	165
第二款 應健全律師自律制度 .....	165
參考文獻 .....	166

## 第一章 緒論

### 第一節 研究動機與問題意識

#### 第一項 司法院釋字第 654 號解釋之後—被遺忘的閱卷權

羈押，一直是刑事訴訟中最尷尬的問題，因為其屬於各種類型的強制處分中基本權干預最為強烈的長期拘束人身自由，且又發生於法院判決確定前，與無罪推定具有高度緊張關係。<sup>1</sup>因此從刑事訴訟法中的條文規定即可看出，羈押是法律規範密度最高的強制處分，也是程序保障程度最為嚴謹的強制處分。在實現公平審判的程序保障類型中，透過辯護人協助之方式充實防禦權不但是相當有效的作法，在我國法採取強制辯護制度的體系下，於部分特殊情形更是必要的作法。為了使辯護人達成辯護目的，刑事訴訟法承認辯護人諸多權利，包含閱卷權(刑事訴訟法第 31 條第 1 項)、交通權(刑事訴訟法第 34 條、第 34 條之 1)、在場權(例如刑事訴訟法第 150 條第 1 項；第 245 條第 2 項)，以及其他訴訟程序上的權利，如聲請證據調查、提出異議、上訴等權利。<sup>2</sup>

對於遭受羈押之被告而言，辯護人之交通權<sup>3</sup>，即接見被告並互通書信之權利，以及閱卷權，即檢閱卷宗及證物之權利<sup>4</sup>，可以說是辯護有效運作之兩大關鍵性權利；因為交通權是為了確保辯護人與被告間的自由溝通，並進一步達成實質有效辯護，而閱卷權則是聽審權的具體化，而作為影響法院決定的重要工具。換言之，此兩項權利是影響法院是否羈押的重要工具，形同於辯護人的左右手。

關於辯護人與被羈押人的交通權部分，2009 年 1 月作成的司法院釋字第 654 號解釋表示，「羈押法第二十三條第三項規定，律師接見受羈押被告時，有同條第二項應監視之適用，不問是否為達成羈押目的或維持押所秩序之必要，亦予以監聽、錄音，違反憲法第二十三條比例原則之規定，不符憲法保障訴訟權之意旨；同法第二十八條之規定，使依同法第二十三條第三項對受羈押被告與辯護人接見時監聽、錄音所獲得之資訊，得以作為偵查或審判上認定被告本案犯罪事實之證據，在此範圍內妨害被告防禦權之行使，牴觸憲法第十六條保障訴訟權之規定。前開羈押法第二十三條第三項及第二十八條規定，與本解釋意旨不符部分，均應自中華民國九十八年五月一日起失其效力。」<sup>5</sup>而刑事訴訟法亦於 2010 年 6 月增訂第 34 條之 1，使限制辯護人與被羈押人接見或互通書信成為法官保留事項，可謂羈押程序辯護權的一大進步。

相對交通權的進展，關於閱卷權部分，由於刑事訴訟法第 33 條將閱卷權行使限制於審判中，若羈押開始於偵查中(而這應該是大部分情況)，除非法官或檢察官破例「法外開恩」，

<sup>1</sup> 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2010，354-355 頁；林永謀，刑事訴訟法釋論(上)，2010，370 頁以下。

<sup>2</sup> 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2010，221 頁；林永謀，刑事訴訟法釋論(上)，2010，180 頁以下。

<sup>3</sup> 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2010，226 頁；林永謀，刑事訴訟法釋論(上)，2010，183 頁以下。

<sup>4</sup> 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2010，222 頁；張之萍，刑事被告的閱卷權，台灣大學碩士論文，2007。

<sup>5</sup> 摘自司法院釋字第 654 號解釋文。

否則辯護人或無辯護人的被告必須要等到審判中才能獲得閱卷之機會。這造成偵查中的辯護人或被告完全無法知悉法院是根據何種證據內容形成羈押理由，亦無法挑戰羈押作成以及延長羈押或拒絕終止羈押的合法性，而形成人權保障的一大漏洞。

在 2009 年所作成的司法院釋字第 654 號解釋及 2010 年修訂的刑事訴訟法及羈押相關法規，已開放被羈押人與其辯護人之交通權，且並未區分審判中或偵查中；然而另一個偵查中羈押程序辯護權行使的重大關鍵，即閱卷權，有無鑒於「正當法律程序之要求，使被告享有充分之防禦權，並獲得確實有效之保護，以能發揮防禦權之功能<sup>6</sup>」，而予以在偵查中閱卷之必要，即為現在面臨的問題。不可否認的是，偵查中羈押程序的閱卷權確為法治國刑事程序的棘手難題，因為法治國一方面必須追求有效的刑事追訴，偵查階段為維持檢警資訊優勢而將偵查所獲資訊予以保密，往往是形成有效刑事追訴的必要條件；但另一方面，在偵查中的羈押審查程序尚涉及被告的聽審權保障，而該被告又是面臨基本權干預最為嚴重的長期人身自由剝奪，應該給予最完善的程序權利保障。

是以，本文要處理的問題之一即是：在偵查中之羈押審查程序是否須給予辯方閱卷；以及若給予辯方閱卷，則閱卷之主體、範圍、及時間點，應如何具體化的問題。

### 第二項 羈押程序與辯護人協助之必要性—強制辯護

如上所述，羈押屬於刑事訴訟程序中基本權干預最為嚴重之強制處分，故相對於其他強制處分，在此也應獲得最嚴謹的程序保障。由司法院釋字第 654 號解釋理由書第一段中以可看出，受辯護人協助之權利屬於被告防禦權有效行使及公平審判程序保障之前提。我國刑事訴訟法設有強制辯護制度，使部分案情嚴重或被告情況特殊之情形，必須在獲得辯護人協助之情況進程序下，始能認為程序合法。然而強制辯護之規定，即刑事訴訟法第 31 條之規定，並未將羈押列為強制辯護事由，且羈押若發生在偵查中，依照同法第 5 項之規定，僅有智能障礙而無法為完全陳述者才能獲得強制辯護之保護。然而，當司法院釋字第 654 號解釋談論羈押程序中的交通權的前提是必須有辯護人協助，當大法官如此保障交通權時，是否應認為羈押程序之被告有獲得辯護人協助之必要，亦為我國現今所面臨的問題。

因此，本文的第二個核心問題是：當被告面臨羈押程序時，是否有辯護人協助之必要？若此問題知答案為肯定，則在我國已有法律扶助制度的情形下，是否須將羈押列為強制辯護事由？若此答案仍為肯定，則必須進一步問，以羈押作為強制辯護事由時，應以何時作為強制辯護始點，以求能夠充分保障被告之權利。

在此必須附帶一提，我國刑事程序中，有法律扶助制度，亦有強制辯護制度，雖然兩者均可能達到使被告獲得免費辯護人協助的效果，但兩者實屬於不同目的及內涵的制度。

---

<sup>6</sup> 摘自司法院釋字第 654 號解釋理由書第一段：「憲法第十六條規定人民有訴訟權，旨在確保人民有受公平審判之權利，依正當法律程序之要求，刑事被告應享有充分之防禦權，包括選任信賴之辯護人，俾受公平審判之保障。而刑事被告受其辯護人協助之權利，須使其獲得確實有效之保護，始能發揮防禦權之功能。從而，刑事被告與辯護人能在不受干預下充分自由溝通，為辯護人協助被告行使防禦權之重要內涵，應受憲法之保障。上開自由溝通權利之行使雖非不得以法律加以限制，惟須合乎憲法第二十三條比例原則之規定，並應具體明確，方符憲法保障防禦權之本旨，而與憲法第十六條保障訴訟權之規定無違。」

法律扶助制度著重於對無資力者的協助，已達成社會正義的實現，因此必須以被告無資力為要件，並且在被告未請求時，並不會主動提供；而強制辯護的主要目的在於維護司法的公正性，因此不以被告無資力為要件，並且不問被告是否願意獲得辯護人協助。基於兩種制度出發點的不同，由後續比較法介紹部分即可看出，法律扶助制度下的爭議往往在於國家是否有提供無資力者免費辯護人協助的義務，而強制辯護制度的爭議則多在於被告意願保障的問題。因此，兩者概念仍必須區別清楚。

## 第二節 研究方法與本文架構

### 第一項 研究方法、對象及範圍

本文以比較法研究方式，透過外國對於此議題之立法、實務運作及學說檢討，進而加以分析並作為我國法之借鏡。本文採用的比較法對象，分成歐洲人權公約(European Convention on Human Rights)<sup>7</sup>及德國法兩部分。

歐洲人權公約屬於國際性人權公約，內容則為歐洲觀點下具有普世性價值之人權保障標準。歐洲人權公約的最大特色在於其條文內容能透過具有個案拘束力的歐洲人權法院(European Courts of Human Rights，簡稱 ECHR)裁判得到解釋，使抽象的公約規定在現實的個案中獲得具體標準。依照學者的說法，透過歐洲人權法院因應社會、經濟、道德變遷的詮釋，使歐洲人權公約成為「富有生命力的法律文件」。<sup>8</sup>又歐洲人權公約適用範圍現今幾乎已經涵括整個歐洲，從人權保障較為先進的西歐國家，到近期加入的土耳其、東歐及俄羅斯等東歐國家，均必須適用同一標準；此外，受拘束之簽約國法體系則包含英美法系及大陸法系。換言之，歐洲人權法院所建立之標準不但是跨國性的，更是跨文化、跨法系的最低人權保障標準，因此即便是對於距歐洲千里之遙的我國，仍相當具有參考價值。<sup>9</sup>

至於為何以德國法作為比較法對象的原因，首先，我國刑事訴訟法在制定之初本來就是一部繼受法，而大多以德國刑事訴訟法為參考對象，因此我國刑事訴訟法不管是在體系架構上或是制度設計上，與德國均有相當類似之處。儘管在繼受的近百年之後，兩國已各有發展，但基於兩者體系及制度設計上相似度極高，例如兩者均有強制辯護制度，故仍然值得作為比較借鏡之對象。尤其值得注意的是，關於本文所要處理的兩大議題，即羈押是否須列為強制辯護事由，以及偵查中的羈押審查程序是否應給予辯護人閱卷，德國在 2009 年羈押法修正時已經將此等問題以立法方式作出解決。德國此次修法的討論過程及修法後

<sup>7</sup> 歐洲理事會創始會員國於 1950 年簽署歐洲人權公約，要求簽署之國家必須確保其主權管轄下之人民享有公約之權利。公約尚有 14 份議定書，其中有 6 份附加議定書，用以增補公約核心規定，目前已有 12 份議定書生效。而目前歐洲理事會的成員國亦已增加到 47 個會員國。參照 Esser 著/林鈺雄、王士帆 譯，《東協憲章》基礎上的區域人權保護制度之發展—從歐洲觀點看國際法院裁判落實到內國刑事訴訟法，台灣法學雜誌，第 148 期，2010 年 3 月，66 頁。

<sup>8</sup> Satzger 著/王士帆 譯，《歐洲人權公約》對德國刑法及刑事訴訟法之影響—探討基礎理論與重要問題，台灣法學雜誌，第 189 期，2011 年 12 月，

<sup>9</sup> 關於歐洲人權法院裁判之作成，詳細參照 Esser 著/林鈺雄、王士帆 譯，《東協憲章》基礎上的區域人權保護制度之發展—從歐洲觀點看國際法院裁判落實到內國刑事訴訟法，台灣法學雜誌，第 148 期，2010 年 3 月，67-70 頁。

實務及學說的解釋方向，已經可以作為我國面對此等議題時加以參考的具體範本。

特別值得注意的是，由於德國本身即為歐洲人權公約之簽約國，面對內國個案申訴於歐洲人權法院時，必須受歐洲人權法院裁判之拘束；而德國刑事訴訟法第 359 條第 6 款亦已將人權法院宣告違反公約一事，列入為受判決人利益而開啟再審之事由。<sup>10</sup>在個案之外，德國聯邦憲法法院亦認為，於歐洲人權公約批准後所公布之德國法律，其法律解釋亦必須符合歐洲人權公約。此外，聯邦憲法法院並認為，所有國家機關在其職權行使範圍內，有義務去終結違反公約的現象，並重建合乎公約規範的狀態。因此對德國法院而言，若未將人權法院裁判納入法律解釋考量，即可認為是違反具有憲法位階的法治國原則。<sup>11</sup>在本文脈絡下更值得注意的是，德國 2009 年羈押法修正時關於閱卷權的修正，正是因為在歐洲人權法院中屢次遭到敗訴結果所作之檢討改進<sup>12</sup>。是以，本文關於歐洲人權法院見解之部分與德國法介紹之部分，兩者間有互為因果之關聯存在。

## 第二項 本文架構

由於以比較法研究方式處理本文之議題，本文可分為歐洲人權公約案例法介紹、德國法發展之介紹以及我國法檢視及評析三大部分。由於歐洲人權法院裁判不但具有跨國性最低人權保障標準建構之價值，亦為德國法偵查中的羈押程序閱卷權規定修正之主因，故以下先介紹歐洲人權法院裁判所建構之標準(第二章)，再介紹德國 2009 年羈押法修正前後之情形(第三章)。於此等外國法例介紹後，再回歸我國法部分，以外國法作為借鏡，檢視我國情形並加以評析(第四章)，最後再作出結論(第五章)。是以，本文架構安排如下：

第一章為緒論。在此介紹本文寫作之出發點及即將探討的兩大議題：第一，羈押程序是否以辯護人協助為必要；第二，偵查中之羈押審查程序是否應予辯方閱卷。

第二章為歐洲人權法院之案例法。該章介紹歐洲人權公約透過人權法院之解釋後，如何將此兩大議題建構歐洲觀點之最低人權保障標準。在此處，本文先說明這兩項議題在歐洲人權公約之可行依據—歐洲人權公約第 6 條第 3 項 c 及第 5 條第 4 項，再探討兩個公約規定彼此間之關係，以進一步找出最為適當的權利依據。接著，先對歐洲人權法院是否要求羈押程序中的被告必須獲得辯護人協助之議題，透過人權法院裁判所表示之見解加以分析。最後，再對第二個議題，即羈押審查程序閱卷保障之必要性，由歐洲人權法院裁判的意見建構羈押審查程序之閱卷權保障標準。

第三章為德國法介紹。為使本文的兩大議題能在德國法脈絡下清楚呈現，該章以辯護人在程序中受指定、行使閱卷之權利與因此承擔相關之義務，以及辯護人於程序中之解任的流程作為脈絡，加以鋪陳，藉此探討德國將羈押作為強制辯護事由之後，將如何處理為此指定辯護人之相關問題、羈押程序中的閱卷權作為辯護人的權利後應如何具體化之問題，以及辯護人在閱卷時若違反其自身義務，則程序進行中如何處理的問題。

<sup>10</sup> Esser 著/林鈺雄、王士帆 譯，《東協憲章》基礎上的區域人權保護制度之發展—從歐洲觀點看國際法院裁判落實到內國刑事訴訟法，台灣法學雜誌，第 148 期，2010 年 3 月，70 頁。

<sup>11</sup> Satzger 著/王士帆 譯，《歐洲人權公約》對德國刑法及刑事訴訟法之影響—探討基礎理論與重要問題，台灣法學雜誌，第 189 期，2011 年 12 月，41 頁。

<sup>12</sup> 關此部分參照下文第三章第三節。

第四章為我國法規範與實務現況之介紹及評析。該章先介紹此兩大議題在我國法之規範與實務上之現況，再利用比較法之方式，藉由歐洲人權法院裁判及德國法實務與學說所建構之標準，對我國法之情形作出評析與建議。

第五章為結論。在此回顧歐洲人權法院案例法的意見、德國法之發展，以及我國法規及實務運作情形之後，再對本文之兩大議題作出總結，並進一步對我國未來發展方向作出具體建議。

### 第三節 用語說明

由於本文涉及歐洲人權公約、德國法、我國法三種不同體系，除了在用語上有不一致的情形，在制度設計上也有所差異，例如我國刑事訴訟法對羈押流程的設計及與德國不同。在此未避免誤會，先對幾個名詞進行說明。

1、「剝奪」人身自由：在歐洲人權公約及人權法院的脈絡底下，人身自由的干預有分為剝奪(deprivation)與限制(restriction)兩種，但兩者在區別上仍有模糊區塊。一般認為，兩者僅有干預強度上的差別，而兩者區別標準必須綜合考量干預的手段、期間、地點、後果而再為判斷，而其中最為關鍵的判斷標準仍是期間。<sup>13</sup>由於本文主要是處理羈押相關問題，因此特別著重於涉及「非暫時性」而將人身拘束於特定地點的型態。故儘管剝奪人身自由之界定並非簡單明確之事，本文在此一概將之簡化為「非暫時性的人身拘禁」。而本文用及「拘禁」一語時，亦屬於表示剝奪人身自由之意。

2、被羈押人：依照我國及德國之刑事訴訟法規定，僅有被告才可能受到羈押。因此，本文提及被羈押人一詞時，係指受羈押執行之被告。

3、羈押令狀：所謂羈押令狀，在人身逮捕令狀的脈絡底下，是指為了剝奪人身自由，而經由法院所作出之書面命令。然而，我國法與德國法之羈押流程規定有所不同。在我國羈押的流程，通常會先藉由拘提或逮捕使被告置於國家實力之配之下<sup>14</sup>，再由檢察官向法院聲請羈押；法院會對此聲請作出審查，若認為有羈押被告之必要時，才會核發羈押令狀而羈押被告(即刑事訴訟法第 102 條所謂之「押票」)。<sup>15</sup>因此，在我國法之脈絡下，用以拘提或逮捕的令狀(刑事訴訟法第 77 條與第 85 條)和用以羈押的令狀(刑事訴訟法第 102 條)，兩者並無任何關聯。然而德國的羈押流程中，原則上是由檢察官在逮捕被告以前，先向法院聲請羈押令狀(Haftbefehl)，而檢警則本此羈押令狀將被告拘捕後，再將被告送往法院，由法院進行審查；若法院認為有繼續執行羈押令狀的必要，則命令繼續執行羈押。因此，在德國法之下，原則上拘捕被告和羈押被告的令狀兩者不但有所關聯，而且均得以羈押令狀(Haftbefehl)稱之。<sup>16</sup>是以，本文在德國法介紹部分，並不特別區別該羈押令狀是用於拘捕被

<sup>13</sup> Vgl. Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention: Ein Studienbuch, 2012, §21 Rn. 5. 中文部分參照施育傑，歐洲人權公約第五條—以歐洲人權法院裁判為借鏡檢討我國羈押與人身拘束制度，台灣大學碩士論文，2008，18-19 頁。

<sup>14</sup> 在此先不論我國部分實務及學說所謂之「拘捕前置主義」。

<sup>15</sup> 參照刑事訴訟法第 71 條至第 93 條之 1、第 101 條至第 121 條。

<sup>16</sup> Vgl. Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 221ff. 德國法羈押制度之規範，詳細介紹參照下文第三章第二節第

告或羈押被告，一律以羈押令狀稱之。

4、羈押審查：本文兩大議題均是處理法院於審查是否繼續羈押被告時，程序所踐行之程序保障應達到何種標準的問題。本文中「羈押審查」一詞，採取廣義解釋，係指由法院所進行，審理是否繼續羈押被告的程序，包含法院於拘捕被告後為決定是否羈押的第一次的審查程序、法院審理是否延長羈押的程序、法院審理是否中斷或終止羈押的程序，以及對於該等決定所提出救濟的審理程序，例如抗告程序等等。





## 第二章 歐洲人權法院之案例法

關於羈押過程中，尤其是關於進行是否開始、繼續、中斷、終止羈押的審查程序，是否必須以辯護人協助的方式保障被羈押人在程序上之實質有效辯護權？在面對有效偵查之司法利益與被羈押人獲得資訊而得以有效挑戰羈押合法性之利益間，應如何求取平衡點？以下藉由歐洲人權公約及歐洲人權法院之案例法對公約所作之解釋，探尋此等問題在歐洲跨國性領域所建構的人權保障最低標準，並藉此承接後續第三章關於德國法上閱卷權規定修法之原因。

### 第一節 羈押合法性審查程序—歐洲人權公約第 5 條第 4 項

#### 第一項 歐洲人權公約第 5 條—人身自由保障之準據

##### 第一款 人身逮捕令狀(Habeas Corpus)與歐洲人權公約第 5 條

個人擁有人身自由(liberty)之權利自古以來是個人對抗強權之焦點，也是個人非身為奴隸的象徵。從 13 世紀英國之《大憲章》，到 18 世紀法國大革命之《人權宣言》與美國之《獨立宣言》中，均可以見到人人應享有人身自由之宣示；在歷經二次世界大戰後，聯合國亦將人身自由權利在《世界人權宣言》中明白揭示。隨著血流成河的革命歷史，人身自由權一步一步取得其地位。

關於人身自由權之保護，最重要的程序保障即為「人身逮捕令狀(Habeas Corpus)」。<sup>17</sup>人身逮捕令狀之源起可追溯至 13 世紀英國之《大憲章》(The Great Charter)。《大憲章》是當時英國貴族利用王室衰弱之際，以武力逼迫國王簽下的協議書，目的在於限制王權並確保貴族所享有之權利。《大憲章》對後世最為意義深遠的就是關於人身保護條款的部分；其中要求非依據法律並經由法官審判，不得將自由之人逮捕、拘禁、剝奪財產、放逐或殺害。<sup>17</sup>不過，與歐洲人權公約第 5 條之根源較有關聯者並非 13 世紀之《大憲章》，而是英國在 17 世紀對人身逮捕令狀條款更進一步之具體化規定，此即於 1679 年英國所制定的《人身逮捕令狀法案》(Habeas Corpus Act of 1679)；其中以明確規定警察、行政長官或是其他任何人，若要將人拘禁，必須經由書面令狀(writ)為之，且必須在三日之內送交法官審查。除此之外，該法案也規定了其他細部規定，例如類似現今以限制住居作為羈押替代方案之規定。

首具國際性意義的人身保護令狀宣示則是於 1948 年由聯合國所通過的《世界人權宣言》(the Universal Declaration of Human Rights)第 9 條規定，其中明確要求任何人不得被任意逮捕、拘禁或放逐。<sup>18</sup>此後，鑒於人身自由權之重要性，現存之各個跨國性人權保障協定均可

<sup>17</sup> 參照維基百科網站資料：[http://en.wikipedia.org/wiki/Magna\\_Carta](http://en.wikipedia.org/wiki/Magna_Carta)

<sup>18</sup> See Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings, 2005, p. 462. 其餘中文介紹，參照施育傑，歐洲人權公約第五條—以歐洲人權法院裁判為借鏡檢討我國羈押與人身拘束制度，台灣大學碩士論文，2008，166 頁以下。

見到對於人身自由保護之宣示。<sup>19</sup>

## 第二款 歐洲人權公約第 5 條之規定

歐洲人權公約關於人身自由之保障規定在公約第 5 條，該條第 1 項之首句即開宗明義宣示：「任何人均享有人身自由及安全之權利<sup>20</sup>」。由條文規定可知，本條保護的範圍包含人身自由以及安全兩項，而本文則是著重於人身自由的部分。人身自由權，是指個人有移動至任何想要到達的地方，以及暫時停留在某處的自由。<sup>21</sup>歐洲人權公約在第 5 條對人身自由的拘束提供合法性的雙重保障，一為法律保留的保障，二為法官保留的保障。<sup>22</sup>儘管歐洲人權公約第 5 條及第 3、8 條雖然均可與被拘禁人產生關聯，應注意到，第 5 條保護範圍為剝奪自由本身的合法性，而第 3 條則可能涉及到被拘禁人是否受到刑求的問題，第 8 條則可能涉及到被拘禁人的其他基本權利，故保護範圍仍然不同。<sup>23</sup>

第 5 條第 1 項規定國家得以限制或剝奪人身自由的實質要件，類型包含經法院依法判決、為實現法院命令或法律規定之義務履行、基於司法追訴之需求、對於未成年人之管束、對傳染病之防制及基於社會防衛之目的，以及基於出入境管理所為之各種合法拘禁。<sup>24</sup>其中第 1 項 c 款即為羈押之規範依據。<sup>25</sup>同條第 2 項規定，應以被逮捕之人能夠理解的語文告知被逮捕人逮捕理由及罪名。同條第 3 項規定，基於犯罪追訴目的而被逮捕或拘禁者，應立刻被送交予法官，並有權在合理期間內受審。同條第 4 項規定，人身自由被剝奪者應由法院迅速審查其拘禁之合法性。同條第 5 項規定，若受到違反公約之拘禁，有獲得賠償之相關權利。<sup>26</sup>

## 第二項 羈押審查之程序保障—歐洲人權公約第 5 條第 4 項

### 第一款 以歐洲人權公約第 5 條第 4 項作為程序保障依據

<sup>19</sup> 例如，《公民與政治權利國際公約》(International Covenant on Civil and Political Rights)第 9 條：「第 1 項 人人有權享有身體自由及人身安全。任何人不得無理予以逮捕或拘禁。非依法定理由及程序，不得剝奪任何人之自由。第 2 項 執行逮捕時，應當場向被捕人宣告逮捕原因，並應隨即告知被控案由。第 3 項 因刑事罪名而被逮捕或拘禁之人，應迅即解送法官或依法執行司法權力之其他官員，並應於合理期間內審訊或釋放。候訊人通常不得加以羈押，但釋放得令具報，於審訊時，於司法程序之任何其他階段、並於一旦執行判決時，候傳到場。第 4 項 任何人因逮捕或拘禁而被奪自由時，有權聲請法院提審，以迅速決定其拘禁是否合法，如屬非法，應即令釋放。第 5 項 任何人受非法逮捕或拘禁者，有權要求執行損害賠償。」(條文翻譯資料來源，網址：<http://www.judicial.gov.tw/rights/work>

02/%E5%85%AC%E6%B0%91%E8%88%87%E6%94%BF%E6%B2%BB%E6%AC%8A%E5%88%A9%E5%9C%8B%E9%9A%9B%E5%85%AC%E7%B4%84.pdf)

<sup>20</sup> 原文為：「Everyone has the right to liberty and security of person.」

<sup>21</sup> Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention: Ein Studienbuch, 2012, §21 Rn. 2.

<sup>22</sup> Gollwitzer, Menschenrechte im Strafverfahren: MRK und IPBPR Kommentar, 2005, Art. 5 MRK (Art. 9, 11 IPBPR) Rn. 1.

<sup>23</sup> Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention: Ein Studienbuch, 2012, §21 Rn. 2.

<sup>24</sup> 人身自由的限制予剝奪兩者間並沒有明確界限，界定方式仍以期間長短為主。Vgl. Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention: Ein Studienbuch, 2012, §21 Rn. 5.

<sup>25</sup> 原文為：「(c) the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so;」

<sup>26</sup> 關於歐洲人權公約第 5 條之解釋，詳細參照施育傑，歐洲人權公約第五條—以歐洲人權法院裁判為借鏡檢討我國羈押與人身拘束制度，台灣大學碩士論文，2008，12 頁以下。

## 第一目 歐洲人權公約第 5 條第 4 項

歐洲人權公約第 5 條第 4 項規定，因逮捕或拘禁而受自由剝奪之人，有權受到由法院迅速決定其拘禁合法性之審查程序，若拘禁不合法則應即釋放<sup>27</sup>。

本項源自於人身逮捕令狀的規定，為羈押合法性審查之規範基礎。此合法性審查包含一開始決定是否予以剝奪自由的審查，以及剝奪自由後所為之定期進行的合法性審查。<sup>28</sup>但必須注意到，在公約第 5 條之脈絡下，第 5 條第 4 項合法性審查之範圍並不限於羈押，而包含所有第 5 條第 1 項所列之人身自由剝奪情形。<sup>29</sup>然而，第 5 條第 1 項與同條第 4 項又各為獨立之規定，換言之，違反公約第 5 條第 1 項不必然違反第 4 項，相對地，違反第 5 條第 4 項也非必定違反同條第 1 項。<sup>30</sup>關於第 4 項之規定則有三個重點要特別注意，其一為強調由「法院(court)」進行審查程序，其二為要求合法性審查程序必須「迅速(speedily)」為之，其三則是人身自由剝奪中必須「定期」重新進行合法性審查。

### 1、法院審查與司法程序保障

首先是法院審查之要求。公約第 5 條第 4 項規定中明確表示合法性之審查必須經由法院為之，而此法官保留的要求屬於合法性審查中絕無例外的必要條件；而此權利內涵也必然包括了能有效接近法院的權利，即向法院提起救濟的權利。<sup>31</sup>相較之下，歐洲人權公約第 13 條亦為法院進行權利救濟之規定，但因為規範疏密之別，本項屬於人身自由剝奪之權利救濟特別規定，故應優先適用本規定。<sup>32</sup>

由於是法院所進行之程序，因此僅管公約內並未明文要求必須符合一定之司法程序保障(Verfahrensgarantie)，歐洲人權法院仍透過裁判解釋，將程序保障注入公約第 5 條第 4 項。惟程序保障的方式、程度及範圍，仍取決於個案，主要是依照剝奪自由的類型而決定標準，例如對精神病患進行之留置與刑事追訴進行之羈押兩種情形相比，兩者間保護程度即有所不同。<sup>33</sup>至於是否符合程序保障之要求，歐洲人權法院亦是由個案於內國整體程序情形的觀察角度來作決定。一般而言，本項所包含之程序保障，包括由中立無偏頗之法官進行審理、言詞審理程序、對審制及武器平等原則，以及由此而生之程序在場權、法律協助權和閱卷權等保障。<sup>34</sup>至於如何實現上的具體設計，內國則有形成空間。<sup>35</sup>另外，由於歐洲人權公約第 6

<sup>27</sup> 原文為：「Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.」

<sup>28</sup> Meyer-Ladewig, EMRK, 2011, Abschnitt I Rn. 84.

<sup>29</sup> See Ovey & White, Jakobs and White: the European Convention on Human Rights, 2006, p. 151; Meyer-Ladewig, EMRK, 2011, Abschnitt I Rn. 84. 施育傑，歐洲人權公約第五條—以歐洲人權法院裁判為借鏡檢討我國羈押與人身拘束制度，台灣大學碩士論文，2008，163 頁。

<sup>30</sup> Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 328; See ECHR, Bouamar v. Belgium, Judgment of 29 February 1988, Appl. no. 9106/80, §55.

<sup>31</sup> Meyer-Ladewig, EMRK, 2011, Abschnitt I Rn. 88; Gollwitzer, Menschenrechte im Strafverfahren: MRK und IPBPR Kommentar, 2005, Art. 5 MRK (Art. 9, 11 IPBPR) Rn. 120, 123.

<sup>32</sup> Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 327.

<sup>33</sup> Meyer-Ladewig, EMRK, 2011, Abschnitt I Rn. 89; Gollwitzer, Menschenrechte im Strafverfahren: MRK und IPBPR Kommentar, 2005, Art. 5 MRK (Art. 9, 11 IPBPR) Rn. 124.

<sup>34</sup> Vgl. Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 339ff.

<sup>35</sup> Gollwitzer, Menschenrechte im Strafverfahren: MRK und IPBPR Kommentar, 2005, Art. 5 MRK (Art. 9, 11 IPBPR) Rn. 124.

條亦為公平審判程序之規定，使第 6 條關於公平審判之規定與第 5 條第 4 項的法院審查要求之間，產生某種競合關係。<sup>36</sup>

### 2、迅速作出合法性判斷

次者是法院必須迅速作出合法性判斷之要求。迅速作出合法性判斷是人身逮捕令狀之重要要素，要求進行合法性審查之法院必須在短暫的期間內做出決定。然而迅速之定義，無論是歐洲人權公約或人權法院，均沒有指出具體明確的標準期間長度，故必須由個案情形判斷。<sup>37</sup>關於期間長度，根據學者對於歐洲人權法院判決所作之分析，針對羈押之情形，雖有 8 至 20 日未被宣告違反公約的情形，但亦有 17 日即被宣告違反公約者；有涉及恐怖犯罪而審查期間達 34 日者被人權法院宣告違反公約；但相對地，若是因可歸責於申訴人的遲誤，即便審查長達至一個月，亦未被宣告違反公約。<sup>38</sup>

### 3、定期進行合法性審查

除了以上的兩項要求外，人權法院運用公約第 5 條第 4 項時，也特別重視對於被拘禁者定期重新進行合法性審查的要求。尤其是當拘禁期間較長，或是期限不確定時，被拘禁者能夠獲得法院定期進行合法性審查的要求，即被格外重視。<sup>39</sup>

## 第二目 歐洲人權公約第 5 條第 4 項與第 3 項之競合

歐洲人權公約第 5 條之中與羈押審查程序最有關聯者為第 3 項及第 4 項。第 3 項規定，任何因本條第 1 項 c 款(按：即羈押)之規定而被逮捕或拘禁之人，必須立刻送交法官或其他因法律授權而行使司法權之官員，且擁有在合理期間內受審或在審判期間內獲得釋放之權利；釋放得附帶擔保出庭之條件。<sup>40</sup>

如前所述，第 4 項規定之目的在於明確賦予受剝奪自由者獲得司法審查之途徑，以確保拘禁之合法性；而同作為羈押審查程序之規範基礎者，尚有同條之第 3 項，且此二項之來源均為歷史悠久且被普遍承認之人身逮捕令狀(Habeas Corpus)，提供被剝奪自由者受到法官進行合法性審查之保障。<sup>41</sup>然而由於兩項性質與規範著重點有所不同，在適用範圍上即便有所重疊，亦有所區別。兩者不同之處在於，首先，第 3 項僅針對羈押作規範，而第 4 項範圍涵蓋所有人身自由剝奪情形；次者，第 3 項強調受拘捕後送交法院之立即性(promptly)，以及加速本案實體審判程序之特別要求<sup>42</sup>，但此兩種要求在第 4 項均無<sup>43</sup>；最後，雖然第 3 項及第 4 項

<sup>36</sup> 詳細參照下文第二章第一節第二項第二款。

<sup>37</sup> Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings, 2005, pp. 491; Meyer-Ladewig, EMRK, 2011, Abschnitt I Rn. 91. 中文詳細介紹參照施育傑，歐洲人權公約第五條—以歐洲人權法院裁判為借鏡檢討我國羈押與人身拘束制度，台灣大學碩士論文，2008，186 頁以下。

<sup>38</sup> Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings, 2005, pp. 492-493.

<sup>39</sup> Gollwitzer, Menschenrechte im Strafverfahren: MRK und IPBPR Kommentar, 2005, Art. 5 MRK (Art. 9, 11 IPBPR) Rn. 124b; Meyer-Ladewig, EMRK, 2011, Abschnitt I Rn. 94.

<sup>40</sup> 原文為：「Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1 (c) of this Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.」

<sup>41</sup> Gollwitzer, Menschenrechte im Strafverfahren: MRK und IPBPR Kommentar, 2005, Art. 5 MRK (Art. 9, 11 IPBPR) Rn. 120.

<sup>42</sup> Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention: Ein Studienbuch, 2012, §21 Rn. 32.

均強調剝奪人身自由之合法性的程序保障，但僅有第4項明文強調剝奪自由必須受到合法性審查程序之檢驗。<sup>44</sup>

關於羈押方面，羈押審查之目的在於檢視先前之程序是否符合法律規定、被告之犯罪嫌疑基礎是否合理，以及是否符合法定之羈押實體要件等等；除此之外，羈押審查也必須檢視是否有繼續予以羈押之必要。<sup>45</sup>當然，歐洲人權法院在此不僅要求必須合乎內國法之規定，更會進一步要求必須達到公約所訂定之標準。<sup>46</sup>由前述可知，儘管兩項在規定羈押審查程序必須「由法官進行」<sup>47</sup>一點有所競合，關於法院進行自由剝奪合法性之控制，以及羈押審查程序本身是否符合公約要求一點，仍應援引第5條第4項作為規範基礎。<sup>48</sup>

## 第二款 羈押審查之程序保障與公平審判原則

### 第一目 歐洲人權公約第 6 條—公平審判原則

#### 1、公平審判原則(right to a fair trial)

歐洲人權公約第 6 條為公平審判原則之條款。<sup>49</sup>其中第 1 項為公平審判原則之一般性規範，不但包含刑事程序，亦適用於民事程序；其所保障之範圍除了受獨立公正機關之審判、合理審判期間、公平程序、公開審判等權利，人權法院更進一步從公平程序衍伸出對審程序(adversarial proceedings)及武器平等原則(principle of equality of arms)等要求。相較於第 1 項之

<sup>43</sup> 此點有爭議。有認為被逮捕後應立刻送交法院及羈押審查必須迅速進行兩項要求，亦屬於第 5 條第 4 項之規範範圍內；亦有認為，兩者相當大的保護範圍處於競合狀態。See *Ovey & White, Jakobs and White: the European Convention on Human Rights*, 2006, p. 154; *Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 495.

<sup>44</sup> *Meyer-Ladewig*, EMRK, 2011, Abschnitt I Rn. 85. 中文部分參照施育傑，歐洲人權公約第五條—以歐洲人權法院裁判為借鏡檢討我國羈押與人身拘束制度，2008，165 頁。

<sup>45</sup> *Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht*, 2002, S. 339.

<sup>46</sup> See *Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 476.

<sup>47</sup> 儘管公約要求必須由法官進行審查，但應然面與實然面往往有所不同。某些國家基於種種理由，包含法院資源有限的理由，將偵查中大部分權限均授予檢察官，甚至包含了審前之羈押審查權限；這些會員國的做法也因此造成歐洲人權法院之案件量爆增。以保加利亞為例，直到 1990 年代中期仍由檢察官進行審前之羈押審查，而被羈押人僅有一次向法院提出救濟的機會，即便羈押期限可能延長至數年之久亦是如此。See *Ovey & White, Jakobs and White: the European Convention on Human Rights*, 2006, pp. 153.

<sup>48</sup> *Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht*, 2002, S. 328; *Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention: Ein Studienbuch*, 2012, §21 Rn. 34. See ECHR, *Khodorkovskiy v. Russia*, Judgment of 31 May 2011, Appl. no. 5829/04, §203.

<sup>49</sup> 原文為：「ARTICLE 6 Right to a fair trial

1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice. 2. Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law. 3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights: (a) to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him; (b) to have adequate time and facilities for the preparation of his defence; (c) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require; (d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him; (e) to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court.」

一般性規範，第 2 項之無罪推定原則及第 3 項之刑事程序保障具體化規定，均屬於公平審判原則之下位概念，因此常與第 1 項共同作為違反公平審判原則之申訴依據。<sup>50</sup>

其中的第 3 項規範刑事程序之最低限度保障，a 款為受控訴罪名告知之權利，b 款為獲得適當期間及工具以進行辯護之權利，c 款為自我辯護以及受辯護人協助之權利，d 款為對質詰問權之保障，e 款則為受通譯協助權。本項為公平審判程序具體化之規定，但相較於同條第 1 項，本項僅限於刑事罪名(criminal offence)的控訴。<sup>51</sup>對於公約第 6 條第 3 項之各款是否被違反之審查，即相當於審查有無違反同條第 1 項之公平審判原則，故兩者常常併作為申訴時之權利依據。

此外，必須特別注意到的是，歐洲人權法院對於「刑事(criminal)」的定義向來採取實質判斷，亦即只要是帶有處罰色彩的國家行為，均會被歸於刑事之範疇；故許多國家普遍列於行政法領域的罰鍰處分，在歐洲人權法院之脈絡下均會列入刑事領域之範圍內。此點不僅在歐洲人權公約第 6 條內如此界定，在歐洲人權公約第 7 號議定書第 4 條對於一事不再理之刑事程序定義亦是如此。<sup>52</sup>甚至是為達成行政目的而以剝奪人身自由作為不利法律效果的情形，亦被歸為刑事程序之範圍內。<sup>53</sup>簡言之，判斷是否為刑事程序的標準並非單視內國法是否將之歸列於刑事法規而判定，尚必須視處罰的方式及嚴重程度而定。<sup>54</sup>

## 2、保障時點—及於「偵查階段」

由於本文處理之議題涉及羈押審查程序之程序擔保，而羈押程序又往往始於起訴之前，故歐洲人權公約第 6 條之公平審判原則，尤其是其中第 3 項之保障範圍，是否包含偵查程序階段，即為相當重要之問題。

歐洲人權公約第 6 條關於公平審判的規定中，英文版的文字使用了「刑事控訴(criminal charge)」一詞，然而「控訴(charge)」一詞的概念，傳統上係指案件進入法院審查之階段，因此即產生公約第 6 條的保障範圍是否包含未進入法院前的偵查程序之問題。

本問題之標竿裁判見於 *Imbrioscia* 案<sup>55</sup>，該案中確立了公約第 6 條保障範圍及於起訴前程序之見解。<sup>56</sup>該案中，歐洲人權法院表示，公約第 6 條之目的是希望儘可能地包含所有刑事程序範圍，以確保刑事控訴的審判程序能確實遵守公平審判要求，但不能據此推論審判前之程序即無公約第 6 條適用。例如公約第 6 條第 1 項關於「合理期間」的規定，即便其計算起始於「控訴發生」時，鑒於各國程序設計自主性，而必須將實質意義賦予在期間計算內，因此有時即使案件以不起訴終結或尚在偵查階段，也會被認為超出合理期間。而公約第 6 條，尤其是其中第 3 項的各款要求，也可能在案件起訴於法院之前即具有重大意義，審判之公平性也可能因為此最初的違誤而產生嚴重侵害。更何況當公約第 6 條第 3 項 c 款所保障的

<sup>50</sup> 呂雅婷，刑事被告受律師協助權—以歐洲人權法院裁判為借鏡，台灣大學碩士論文，2007，12 頁以下。

<sup>51</sup> 呂雅婷，刑事被告受律師協助權—以歐洲人權法院裁判為借鏡，台灣大學碩士論文，2007，13 頁以下。

<sup>52</sup> See ECHR, *Oliveira v. Switzerland*, Judgment of 30 July 1998, Appl. no. 25711/94.

<sup>53</sup> See ECHR, *Benham v. the United Kingdom*, Judgment of 10 June 1996, Appl. no. 19380/92. 關於歐洲人權公約第 6 條之「刑事控訴」定義，中文文獻參照呂雅婷，刑事被告受律師協助權—以歐洲人權法院裁判為借鏡，台灣大學碩士論文，2007，14 頁以下。

<sup>54</sup> Gless, *Internationales Strafrecht*, 2011, S. 20.

<sup>55</sup> ECHR, *Imbrioscia v. Switzerland*, Judgment of 24 November 1993, Appl. no. 13972/88.

<sup>56</sup> Grabenwarter/Pabel, *Europäische Menschenrechtskonvention: Ein Studienbuch*, 2012, §24 Rn. 115.

權利，是對同條第 1 項刑事程序之公平審判概念所作適當修正的要素之一，故更應如此解釋。<sup>57</sup>

其後，在英國為了北愛爾蘭問題而引發的案件中，歐洲人權法院更進一步對第 6 條所保障之受公平審判權利範圍提出明確意見，表示範圍甚至可能涵蓋偵查中警察訊問之初始階段。該等事件起於英國為北愛爾蘭獨立運動之恐怖攻擊而制定相關的反恐法案，其中的《1988(北愛爾蘭)刑事證據法》更大幅限制被告之緘默權、接見律師權等等，甚至還曾大幅延長逮捕後應送交至法院審查之期間。此三件北愛爾蘭案件之共同爭點為被告於偵查階段之辯護人協助權。*John Murray* 案之申訴人被逮捕後之 48 小時內被禁止接見辯護人，而其在此段期間之緘默亦在後來審判時被作為不利評價之用；人權法院在此案中首先對偵查中之辯護人協助權予以肯認，並表示若因內國法規定而使偵查初始階段的警訊對後續刑事程序有決定性影響力，則可將公約第 6 條所保障之公平審判適用階段提前至此偵查之初始階段；故儘管英國限制申訴人偵查中之辯護人協助權是為了重大公共利益，由於此段期間申訴人在未受辯護人協助情況下所為之緘默行為，被作為後續審判之重要不利證據，而使此段期間之權利限制形成無法挽回之侵害，故無論基於何種理由，均應認為違反公約第 6 條第 3 項 c 款。*Averill* 案與 *John Murray* 案幾乎完全相同，只是該時英國已將該法案中的 48 小時改為 24 小時。*Brennan* 案中，申訴人在 24 小時之期間過後，等待律師到達之時作出不利陳述，此陳述並被在判決中作為不利證據，因此英國仍受到敗訴命運。<sup>58</sup>

### 3、整體程序觀察法脈絡下之公平審判程序

關於歐洲人權法院對於第 6 條之公平審判保障違反與否之審查，必須注意的是，人權法院向來採取整體程序觀察法，即以事後審查之角度對於個案中，內國所進行之所有程序進行總體判斷，以決定內國是否違反歐洲人權公約對於公平審判程序之保障。<sup>59</sup>

例如上述 *Imbrioscia* 案之申訴人最後並未勝訴，人權法院所持理由並非因認為瑞士政府在申訴人所主張受辯護人協助權侵害之階段未違反公約保障，而是認為即便瑞士政府在該階段未給予申訴人足夠之律師協助，亦已在後續程序中給予充分辯護人協助之保障；且申訴人對於先前未受實質辯護保障之瑕疵因可歸責而未及時提出，故不能認為瑞士政府違反公約。<sup>60</sup>相對地，在 *John Murray*、*Averill* 及 *Brennan* 案中，儘管後續程序中，英國政府並未限制申訴人與其辯護人之接近權，但由於申訴人於該接近辯護人權利受限時之行為對於後續程序有關鍵性影響力，使該時的權利限制形成無法挽回之侵害，故從整體程序觀察之角度而言，無論該時有何等重大理由，均不得據以限制被告辯護權，而宣告英國政府違反公約第 6 條第 1 項及同條第 3 項 c 款。<sup>61</sup>在 *Quaranta* 案中，雖然內國政府在最終之法律審程序有給予被告免

<sup>57</sup> ECHR, *Imbrioscia v. Switzerland*, §36.

<sup>58</sup> ECHR, *John Murray v. the United Kingdom*, Judgment of 8 February 1996, Appl. no. 18731/91; *Brennan v. the United Kingdom*, Judgment of 16 October 2001, Appl. no. 39846/98; *Averill v. the United Kingdom*, Judgment of 6 June 2002, Appl. no. 36408/97.

<sup>59</sup> 詳細介紹參照林鈺雄，對質詰問與上級審—歐洲法發展與我國法走向之評析，月旦法學雜誌，第 143 期，2007 年 4 月，15、25 頁以下。

<sup>60</sup> ECHR, *Imbrioscia v. Switzerland*, §§ 38, 42-44.

<sup>61</sup> See ECHR, *John Murray v. the United Kingdom*, §§63, 66. 惟必須注意到的是，歐洲人權法院並非認為警察訊問階段不得以重大公共利益為由限制接見辯護人權，只是若該權利限制在整體程序觀察之下，造成無法挽回之侵害時，即應禁止。有學者認為，面對此種情形下，可認為基於司法利益所需，即便被告並非無資力支



費之辯護人協助，但由於法律審程序受限於法律觀點之審查，故人權法院認為先前程序之瑕疵在此無法獲得治癒，而判決政府敗訴。<sup>62</sup>

總而言之，對於本文所關注之實質有效辯護權之保障而言，在人權法院之整體程序觀察法下，於偵查中之警察或檢察官訊問之階段，僅管未有獲得充分保障，例如辯護人未在場或無法接見辯護人等情形，亦不代表必定違反公約。若在整體程序觀察之考量下，辯護權保障情形仍可視為公平，則未違反公約；例如，具瑕疵之訊問期間短暫，而被告事後亦未主張先前之瑕疵，且事後由內國政府所指定之辯護人未指摘此於卷宗內明顯可見之瑕疵，則瑕疵受到治癒。<sup>63</sup>

## 第二目 歐洲人權公約第 5 條第 4 項與第 6 條之關聯

公約第 5 條第 4 項規範保護目的之核心在於被剝奪人身自由者能夠獲得合法性之司法審查，人權法院也進一步表示此權利之性質為積極的主觀權利，應確實而充分地保障。<sup>64</sup>至於合法性審查之「程序本身」是否應符合公約所規定之公平審判要求，人權法院在早期案例中曾經給予否定答案<sup>65</sup>，但此種見解現今早已不復見。<sup>66</sup>故審查程序既然屬於法院(court)所進行之程序，當然必須符合司法程序本身所應有之程序保障，不但應確保法官之獨立性，亦應符合對審(adversarial)之聽審程序要求、言詞審理原則、武器平等原則及防禦權之保障。

然而，一般仍認為公約第 5 條第 4 項所隱含之程序保障與第 6 條之公平審判程序保障不能直接劃上等號。<sup>67</sup>儘管兩者共通之處甚多，公約第 5 條第 4 項之程序保障程度仍必須視剝奪自由的原因及其本質而定，程序的形式也會因該拘禁類型的不同而有所差異。<sup>68</sup>儘管公約第 5 條第 4 項的程序保障及第 6 條之公平審判要求，兩者均可能作為起訴前之程序保障之依據，但因兩者規範目的不同，遂有不同的保障程度及著重之點。<sup>69</sup>

---

付辯護人費用，亦應另行指派辯護人予被告。Vgl. Esser, *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht*, 2002, S. 476.

<sup>62</sup> ECHR, *Quaranta v. Switzerland*, Judgment of 24 May 1991, Appl. no. 12744/87, §37.

<sup>63</sup> ECHR, *Imbrioscia v. Switzerland*, §§42-44; Esser, *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht*, 2002, S. 467. 但本案結論亦有相當大爭議。*Imbrioscia* 案即有三位法官提出不同意見書。Pettiti 法官認為，此種情形應該由法官積極採取諸如指定替代律師等適當措施；且因為先前無律師在場的陳述於審判中可能會被作為判決基礎，而審判中的對審制卻無法治癒先前訊問時無律師在場之瑕疵。Meyer 法官認為，藉美國法著名案例來看，受拘禁的被告在憲法上享有律師權，若被告表明想要有律師時，即應停止訊問等候律師到場；而事後審判程序中，除非是有證據顯示被告明確放棄此權利，否則該期間獲得之證據不得為裁判基礎。Lopes Rocha 法官認為，偵查之初是被告與國家實力最為懸殊的階段，即使偵查中的最後一次訊問有律師在場，亦無法有效治癒先前程序瑕疵；更何況這種偵查中無律師在場所為之不利陳述，若要在審判中挑戰成功是相當困難的。參照呂雅婷，*刑事被告受律師協助權—以歐洲人權法院裁判為借鏡*，台灣大學碩士論文，2007，87 頁以下。

<sup>64</sup> See Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 479.

<sup>65</sup> See ECHR, *Neumeister v. Austria*, Judgment of 7 May 1974, Appl. no. 1936/63, §22; *Matznetter v. Austria*, Judgment of 10 November 1969, Appl. no. 2178/64, §13.

<sup>66</sup> See Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 479.

<sup>67</sup> Gollwitzer, *Menschenrechte im Strafverfahren: MRK und IPBPR Kommentar*, 2005, Art. 5 MRK (Art. 9, 11 IPBPR) Rn. 4.

<sup>68</sup> Meyer-Ladewig, *EMRK*, 2011, Abschnitt I Rn. 89.

<sup>69</sup> See ECHR, *Megyeri v. Germany*, Judgment of 12 May 1992, Appl. no. 13770/88, §22; *Reinprecht v. Austria*, Judgment of 15 November 2005, Appl. no. 67175/01, §§31-41; Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 479; Ovey & White, *Jakobs and White: the European Convention on Human Rights*, 2006, p. 153; Esser, *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht*, 2002, S. 340.



例如，公開(public)審判原則屬於歐洲人權公約第 6 條公平審判原則之下位程序保障，但羈押審查程序是否應該如同刑事及民事審判程序一般，必須進行公開審判程序？關此問題，人權法院在結論上表示，依照公約第 5 條第 4 項之目的及羈押之特色，公開審判原則並非羈押審查程序所必須踐行之程序保障。<sup>70</sup>

惟兩項規定間亦有相同或相似之處，例如公約第 5 條第 4 項所要求的「法院」審查，該法院的組織上要求及必須同於第 6 條之規定。<sup>71</sup>此外，歐洲人權法院亦表示，公約第 5 條第 4 項之合法性審查程序，亦必須事實上具備必要的程序及實體要件，才能認為「該程序本身」是合法的。所謂之程序保障非必然等同於公約第 6 條之司法程序保障，但無論如何，對審(adversarial)及武器平等(equality of arms)原則仍然存在於以公約第 5 條第 4 項作為羈押審查程序保障根據之中，而在此之最低限度則為於程序中在場進行聽審之要求。<sup>72</sup>除了羈押以外，其他所有剝奪人身自由之合法性審查程序亦必須保障此在場聽審之要件，讓被剝奪自由者親自出席，或者以適當的方式使其代理人出席以保障權益。基本上，一旦程序產生被拘禁者或其代理人(相當可能是律師)均未出席的情況，則該程序必定被宣告違反公約第 5 條第 4 項。<sup>73</sup>

由於羈押屬於人身自由剝奪之情形，在兩者競合情況下，一般優先適用第 5 條第 4 項之特別規定，故歐洲人權法院案例中對於羈押審查程序本身是否合乎公約規範之審查，往往以第 5 條第 4 項為依據。無論如何，在拘禁合法性審查程序，已經可以由人權法院之裁判觀察出，依照公約第 5 條第 4 項所要求之程序保障程度，已與第 6 條所規範之公平審判要求相去不遠。<sup>74</sup>

## 第二節 羈押程序中辯護人協助之必要性

### 第一項 辯護人之功能與意義

刑事程序中以法律專業知識協助被告之人，儘管其身分可能有所不同，亦可能非律師，但均可稱為辯護人。辯護人對於之程序保障之功能，大致可由武器平等原則、被告心理支持及發現真實目的等角度觀察。

從武器平等角度而言，辯護人對於無法律知識卻須面對專業法律人士控訴及審判的被告而言，具有彌補實力落差及輔助被告與專業法律人士溝通的功能，並因此平衡訴訟程序結構。從被告心理支持層面而言，能使承受極度壓力的被告能以較客觀專業的角度應付案件。此點尤其對於與外界隔離的被羈押人而言更為重要，因為此時辯護人可能是被羈押人與外界聯繫以及精神支持的最重要管道，故辯護人之協助更有人道上的意涵。從發現真實角度來

<sup>70</sup> ECHR, *Reinprecht v. Austria*, §§31-41, 43-55. Vgl. *Meyer-Ladewig*, EMRK, 2011, Abschnitt I Rn. 89.

<sup>71</sup> *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention: Ein Studienbuch, 2012, §21 Rn. 36.

<sup>72</sup> See ECHR, *Khodorkovskiy v. Russia*, Judgment of 31 May 2011, Appl. no. 5829/04, §§226-232. *Meyer-Ladewig*, EMRK, 2011, Abschnitt I Rn. 89.

<sup>73</sup> See ECHR, *Winterwerp v. Netherlands*, Judgment of 24 October 1979, Appl. no. 6301/73, §§60-61. *Winterwerp* 案中，人權法院表示，即便對於精神病患者關於此到場聽審權之行使方式有所修正或限制，但無論如何，若使精神病患者完全喪失聽審權及對於剝奪自由進行爭便之機會，程序必定為違反公約。

<sup>74</sup> *Trechsel*, Human Rights in Criminal Proceedings, 2005, p. 479.

看，雖然在歐陸法系下要求檢察官負有客觀性義務，但檢察官基於其負責犯罪追訴的立場，相當可能忽略許多對被告有利證據；故為督促國家機關實踐義務以及維護無罪推定原則，辯護人在發現真實上有相當重要性。<sup>75</sup>

因此，從辯護人之功能即可瞭解，辯護人制度正是近代以來被告作為程序主體的重要展現，而辯護人權限的擴大亦彰顯了被告作為程序主體的發展。<sup>76</sup>

### 第二項 辯護人協助權之一般規定

如上所述，歐洲人權公約第 6 條規範審判程序之公平審判原則，而探究羈押審查程序是否應有辯護人協助，亦可能透過公約第 6 條之程序保障一般性規定得到答案，故以下先由辯護人協助權之一般性規定為依據來探討此必要性。

#### 第一款 歐洲人權公約第 6 條第 3 項 c 款之保障

##### 第一目 三種辯護權類型

歐洲人權公約第 6 條第 3 項 c 款規定，任何被控訴刑事罪名之人有最低限度之權利，自行辯護或經由其自行選擇之辯護人協助的權利；若無資力支付辯護人協助費用時，應於司法利益需範圍內免費獲得。<sup>77</sup>

本款規定所保障範圍包含刑事被告自行辯護權、刑事被告受辯護人協助權以及刑事被告受免費辯護人協助權等三種辯護權。這三環之間彼此有補強或衝突的關係存在：辯護人協助是為了補足被告自行辯護的不足，免費辯護人協助是為了保障資力不足的被告受辯護人協助；但被告自行辯護權及辯護人協助權在非選任辯護人進行辯護的情況下也有相當緊張關係存在。<sup>78</sup>無論如何，本款之目的在於要求被告能夠受到實質有效辯護，並藉以維持刑事審判程序之公平性，確保公平審判原則之要求。

關於此三種辯護權類型，首先是刑事被告之自行辯護權。其主要是在保障被告得以親自出庭以自我防禦，若被告被排除於程序之外，即可認為違反公約第 6 條第 1 項及第 3 項 c 款<sup>79</sup>；然而被告親自出庭並非絕對的權利，尤其基於上訴審之程序特色，若基於被告可歸責事由之存在，此權利將可能受到限制。<sup>80</sup>

其次是刑事被告受選任辯護人協助權。此權利在被告不願親自實行防禦權時，得由其選

<sup>75</sup> 呂雅婷，刑事被告受律師協助權—以歐洲人權法院裁判為借鏡，台灣大學碩士論文，2007，33 頁以下。

<sup>76</sup> 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2010，203 頁以下。

<sup>77</sup> 原文為：「(c) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;」

<sup>78</sup> See ECHR, *Mayzit v. Russia*, Judgment of 20 January 2005, no. 6337/80; *Croissant v. Germany*, Judgment of 25 September 1992, Appl. no. 13611/88.

<sup>79</sup> 呂雅婷，刑事被告受律師協助權—以歐洲人權法院裁判為借鏡，台灣大學碩士論文，2007，34 頁。

<sup>80</sup> See ECHR, *Jan-Akk Andersson v. Sweden*, Judgment of 29 October 1991, Appl. no. 11274/84, §22; *Fejde v. Sweden*, Judgment of 29 October 1991, Appl. no. 12631/87, §26. Vgl. *Gollwitzer*, Menschenrechte im Strafverfahren: MRK und IPBPR Kommentar, 2005, Art. 6 MRK (Art. 14 IPBPR) Rn. 188.

任的律師為其辯護。<sup>81</sup>關於受辯護人協助權，歐洲人權法院在此重視的是：被告是否在整體程序觀察之下受到實質有效辯護之保障。<sup>82</sup>

最後是刑事被告受免費辯護人協助權，保障無力支付費用的被告也能享有法律協助的權利。然而，此權利除了以「無資力支付辯護人費用」為要件外，尚有「司法利益所需」之要件。此點要求被告無法獨自委任律師為辯護人時，得以進一步請求國家為其指派辯護人，故相較於前兩項權利，更可由國家義務面向顯現辯護權是刑事程序被告應有之權利。僅管被告能夠依法出庭及自行辯護，亦不能因此免除國家給予免費辯護人協助之義務。<sup>83</sup>

一般認為，歐洲人權公約的免費辯護人協助權保障，並未保障被告能夠獲得期所期望的辯護人；但受到特定辯護人辯護的期望仍然應該儘可能地在指定時去考量，除非基於司法利益的理由，不應任意違背。<sup>84</sup>在討論被告意願的問題時，必須注意到，歐洲人權公約涵蓋的範圍包括採取法律扶助制度的國家，例如英國，亦包含採取強制辯護制度的國家，例如德國，但兩種制度均涉及到免費辯護人協助的實現。因此關於歐洲人權公約第 6 條第 3 項 c 款的辯護人協助權，有可能是透過法律扶助制度加以實現，也有可能是透過強制辯護制度。在法律扶助制度下著重層面為被告是否有資格獲得免費辯護人協助，因為法律扶助制度的本質即在於使當無力負擔律師費用卻又希望能獲得法律協助之人能夠獲得法律協助，因此討論的重點往往在於國家是否有義務或必要性去提供此項服務。但相對地，強制辯護的本質在於維護司法程序的正當性，當有使辯護人參與程序的司法利益存在時，國家即必須在被告未選任辯護人的情況下指定辯護人，甚至在選任辯護人之外另行指定辯護人，以維護司法利益，不論被告是否願意獲得辯護人協助；因此在強制辯護制度的脈絡下，被告意願的問題即獲得高度重視。<sup>85</sup>

## 第二目 實質有效辯護之保障

如上所述，受辯護人協助之權利，實質內涵為確保被告受到實質有效辯護之保障。由實質有效辯護概念出發，更進一步開展出辯護人之閱卷權、與被告交通權及在場權。<sup>86</sup>更廣泛而言，實質有效辯護之概念尚可與公約第 6 條第 3 項 b 款之獲得適當期間及工具進行辯護之權利，以及第 6 條第 3 項 d 款之對質詰問權，彼此間產生競合關係。

國家行為與未達成實質有效辯護之間是否以因果關係為必要，由 *John Murray* 案中亦可得知，內國政府不能以「被告即便當時獲得辯護人協助之保障亦會做出相同行為」之因果抗辯，即免於敗訴之命運。<sup>87</sup>簡言之，不得以事後諸葛的觀點去假設因果關係的不存在；而公

<sup>81</sup> 呂雅婷，刑事被告受律師協助權—以歐洲人權法院裁判為借鏡，台灣大學碩士論文，2007，35 頁。

<sup>82</sup> *Ovey & White, Jakobs and White: the European Convention on Human Rights*, 2006, p. 205.

<sup>83</sup> ECHR, *Pakelli v. Germany*, Judgment of 25 April 1983, Appl. no. 8398/78, §31.

<sup>84</sup> Vgl. *Meyer-Ladewig*, EMRK, 2011, Abschnitt I Rn. 231.

<sup>85</sup> 此點將採取強制辯護制度的德國刑事訴訟法規定與歐洲人權公約第 6 條第 3 項第 c 款關於免費辯護人協助權之規定相比較即可得知，因為德國刑事訴訟法第 140、141 條中關於指定辯護人的要件與歐洲人權公約第 6 條第 3 項第 c 款關於免費辯護人協助權的要件完全不同。Vgl. *Gollwitzer, Menschenrechte im Strafverfahren: MRK und IPBPR Kommentar*, 2005, Art. 6 MRK (Art. 14 IPBPR) Rn. 201.

<sup>86</sup> 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2010，221 頁以下；呂雅婷，刑事被告受律師協助權—以歐洲人權法院裁判為借鏡，台灣大學碩士論文，2007，46 頁以下。

<sup>87</sup> ECHR, *John Murray v. the United Kingdom*, §§67-68.

約第 6 條第 3 項 c 款之違反與否，亦無關乎被告是否確實因此產生損害。在證明層次上，若是無法確實證明時，亦應作對被告有利判斷。<sup>88</sup>

就如何保障受實質有效辯護權一點而言，無論是歐洲人權公約本身或是人權法院所衍伸之案例法，均表示給予簽約國在辯護制度設計上能擁有廣泛裁量空間。對於人權法院而言，其要處理的是各簽約國之司法程序設計上，在個案運作情形中是否已侵害被告的權利。<sup>89</sup>因此即便是內國的法律制度設計有不符歐洲人權公約保障之情形，亦可能透過內國各審級之司法機關，在個案解釋中作出符合人權公約之解釋，而避免在人權法院受到敗訴之命運。<sup>90</sup>相對地，人權法院對案件之審查以公約之標準為基準，故儘管被訴國於內國所踐行的程序符合內國法規定，亦仍可能因為違反歐洲人權公約對公平審判程序所建構之標準，而被宣告違反公約。<sup>91</sup>因此我們也可以觀察到，無論是歐洲人權公約或人權法院裁判中，均未曾要求各簽約國必須有如我國或德國法制度下之強制辯護制度存在。

為確保實質有效辯護之實現，國家有採取積極措施之義務。首先，關於權利之告知，國家須在被告未選任辯護人時告知被告，其有自行選擇辯護人進行辯護的權利，且於無法負擔支付辯護人費用時，可要求國家予以指定辯護人協助。為了能夠有效確保實質有效辯護的實現，此告知最好是在第一次訊問的時候為之。尤其是當預見證人可能無法在審判程序中到庭時，為了確保有效的對質詰問，更應使被告能在偵查中即獲得辯護人協助的機會。<sup>92</sup>次者，在必要時更換不適任之辯護人。但若僅是辯護未正常運作，並無法直接形成國家採取積極措施之義務，必須是該等瑕疵達到明顯(manifest)或足以(sufficiently)促使國家注意的程度<sup>93</sup>，或是已經可以經由其他方式而得知，例如被告已表明欠缺適當的辯護。在被告未有任何表示的情況中，若是辯護人在較長的期間內未完成其應盡之義務時，則法院必須進一步查明情形，並於必要時更換指定之辯護人。於更換辯護人時，國家亦必須給予新的辯護人適當準備期間進行辯護準備，而此亦屬於國家積極義務之一環。<sup>94</sup>在 *Daud* 案中，歐洲人權法院認為，由於刑事法院知悉後即應依職權採取措施，而非消極等待未盡義務之辯護人自行辭退；並且為了讓新的辯護人熟悉情況，內國法院有將程序延期之必要；故基於內國之最高法院未能治癒程序瑕疵，可認為被告未受實質有效辯護之保障。<sup>95</sup>

### 第二款 歐洲人權法院對於免費辯護人協助權之解釋

歐洲人權公約第 6 條第 3 項 c 款之免費辯護人協助權，條文上明確規定以「被告無資力支付辯護人費用」以及「司法利益所需」為要件。以下由歐洲人權法院判決為主要素材，對此兩項要件進行解釋。

<sup>88</sup> Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 476.

<sup>89</sup> See ECHR, *Imbrioscia v. Switzerland*, §38; *Quaranta v. Switzerland*, §30.

<sup>90</sup> Vgl. Gless, *Internationales Strafrecht*, 2011, S. 19ff.

<sup>91</sup> Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 453.

<sup>92</sup> Gollwitzer, *Menschenrechte im Strafverfahren: MRK und IPBPR Kommentar*, 2005, Art. 6 MRK (Art. 14 IPBPR) Rn. 208.

<sup>93</sup> ECHR, *Lagerblom v. Sweden*, Judgment of 14 June 2003, Appl. no. 26891/95, §56.

<sup>94</sup> Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 472ff.

<sup>95</sup> ECHR, *Daud v. Portugal*, Judgment of 21 April 1998, Appl. no. 22600/93, §9-23, 37-43. Gollwitzer, *Menschenrechte im Strafverfahren: MRK und IPBPR Kommentar*, 2005, Art. 6 MRK (Art. 14 IPBPR) Rn. 206.

## 第一目 被告無資力支付辯護人費用

當被告無資力支付律師費用時，國家才有免費給予辯護人協助之必要。<sup>96</sup>關於此無資力之要件，歐洲人權法院認為，只要被告能夠提出合理的證明，證實其財力無法負擔律師費用，即符合此項要件。而證明之方式並無特別限制，例如用稅單作為證明亦為可行方式。若政府認為被告並非無資力支付的情況，則必須提出更有力之證明以推翻被告證明之合理性。雖然人權法院在審查此要件是否符合時，原則上依照內國法院所進行之調查結果或歐洲人權委員會所作出之判斷，但由於標準屬於開放狀態，而證明程度僅須提出合理證明即可，跨過此門檻相對容易，因此不但不易成為免費辯護人協助權構成要件上之重要爭點，即便成為爭點，也多半由申訴人取得有利地位。<sup>97</sup>

以 *Pakelli* 案為例，內國政府以申訴人在第一審程序時坦承經營生意收入頗豐，並認為申訴人因販毒而或有暴利，因而拒絕予以免費之辯護人協助。人權法院表示，儘管申訴人無法證明其無資力達毫無合理懷疑程度，但申訴人已積極提出無資力證明，例如長期被羈押以及於土耳其之稅務資料；相對地，政府又缺乏足夠之反證，故應認為此要件已滿足。<sup>98</sup>又如 *R.D.* 案中，由於內國政府先前已免除申訴人支付指定辯護人費用之義務，卻又在兩個月後突然要求申訴人必須支付費用，否則即不予以辯護人協助，惟內國政府並未提出證明指出申訴人在兩個月內有財產明顯增加之情形，故人權法院認為符合此要件。<sup>99</sup>

## 第二目 司法利益所需

相較於被告無力支付辯護人費用的要件，此要件較不明確而易引發爭議。由於本要件表示是從司法利益的角度出發，然而歐洲人權公約第 6 條卻是專為保護被告利益，即引發學者批評以司法上有無利益為理由，而拒絕為保護被告利益所必要之法律協助，將產生與公約目的不相容的疑慮。<sup>100</sup>亦有學者表示，辯護人協助之必要性是由程序公平性之最高準則而來，故保護被告才是重點所在。<sup>101</sup>無論如何，是否符合司法利益所需之要件，在歐洲人權法院裁判中，實為被告能否獲得免費辯護人協助之關鍵。而歐洲人權法院亦本於其一貫見解，對此要件之審查均由整體程序觀察之方式為之。<sup>102</sup>

由於本要件相當不明確，因此本要件之具體化必須靠歐洲人權法院裁判進行建構，始能將本要件具體化。由歐洲人權法院裁判見解看來，是否存有司法利益所需，大至有幾個判斷標準，即罪名之嚴重性與懲罰之嚴厲性、案件之複雜性、被告個人之狀況、程序之特色；而程序附帶立即之人身自由剝奪效果，例如羈押，是否為人權法院決定之標準之一，則為本文關注之焦點所在。此外，這幾項標準並非涇渭分明，而是可能互相交錯影響的，例如，被告之個人狀況及程序之特色均可能影響到案件複雜性之判斷。以下就這幾項判斷標準甫以學者見解，分別述之。

<sup>96</sup> Esser, *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht*, 2002, S. 475

<sup>97</sup> See ECHR, *Pakelli v. Germany*, Judgment of 25 April 1983, Appl. no. 8398/78; *Twalib v. Greece*, Judgment of 9 June 1998, Appl. no. 24294/94; *R.D. v. Poland*, Judgment of 28 December 2001, Appl. nos. 29692/96&34612/97.

<sup>98</sup> ECHR, *Pakelli v. Germany*, §§ 32-34.

<sup>99</sup> ECHR, *R.D. v. Poland*, §§45-46.

<sup>100</sup> Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 272.

<sup>101</sup> Esser, *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht*, 2002, S. 476.

<sup>102</sup> See ECHR, *R.D. v. Poland*, § 49.

## 1、罪名之嚴重性或懲罰之嚴厲性

關於司法利益所需標準之建構，*Quaranta* 案可為標竿裁判。該案中，歐洲人權法院明確表示，在此首先必須考量申訴人所犯行為之嚴重性及可能面臨懲罰之嚴厲性。<sup>103</sup>此標準在後續被其他裁判作為重要考量因素，而且常常是最重要之考量因素。<sup>104</sup>

此要件之判斷基準原則上又被告所犯罪名之法定刑，而非個案中內國法院所宣告之刑。<sup>105</sup>然而當內國法院已宣告較重之刑，或是由當時情形看來，被告可能會受到較重之刑的宣告，則更進一步加強此要件，使人權法院認為有予以免費辯護人協助之必要。<sup>106</sup>是否將宣告緩刑一般屬於無關緊要之點，但若是個案中之被告將因該案而受到撤銷緩刑之宣告時<sup>107</sup>，則可能因此認為有司法利益之需。<sup>108</sup>

至於法定刑之嚴重度要制何種程度才合乎此要件，人權法院未曾說明。但由案例事實來看，法定刑為最高三年有期徒刑<sup>109</sup>，即可被認為具懲罰之嚴厲性。即便非自由刑，若是可能判相當重之罰金<sup>110</sup>，亦可被認為是嚴厲的懲罰。

有學者認為，此限度至少是三至六個月的有期徒刑，而並非一旦涉及人身自由之限制，即屬有司法利益之需，畢竟國家尚需考慮預算上的限制，且過度使用此制度可能造成律師服務品質降低的情形。不應納入的情形有：第一，不包含未超過逮捕後暫時限制人身自由之法定期間；第二，宣告之刑期相當短暫，例如只有一至三個月之短期自由刑之情形；第三，綜合案件複雜程度觀察後，當可認為案情簡單，連被告本身即有充份能力自行辯護時，即不要求國家給予免費辯護人協助。<sup>111</sup>但亦有學者持相反見解，認為有剝奪自由之可能時，原則上即屬於此處所為司法利益所需情形。<sup>112</sup>

## 2、案件之複雜性

關於案件之複雜性，亦為重要之考量因素，而此亦在標竿裁判 *Quaranta* 案中提出，並為後續裁判中所援用。必須注意到，此處所謂之案件複雜性，是由被告角度出發而言，故必須考量到被告個人情形來作判斷。<sup>113</sup>

案件複雜性包含所適用法律之複雜程度與個案爭點之複雜程度。關於法律複雜性部分，若是涉及到法律審之情形，由於必須對法律適用提出質疑，一般情形下之被告並無法律專業

<sup>103</sup> ECHR, *Quaranta v. Switzerland*, §33.

<sup>104</sup> See ECHR, *Pakelli v. Germany*, Judgment of 25 April 1983, Appl. no. 8398/78;; *Twalib v. Greece*, Judgment of 9 June 1998, Appl. no. 24294/94; *Boner v. the United Kingdom*, Judgment of 28 October 1994, Appl. no. 18711/91; *Maxwell v. the United Kingdom*, Judgment of 28 October 1994, Appl. no. 18949/91; *Pham Hoang v. France*, Judgment of 25 September 1992, Appl. no. 13191/87; *Shilbergs v. Russia*, Judgment of 17 December 2009, Appl. no. 20075/03.

<sup>105</sup> ECHR, *Quaranta v. Switzerland*, §33.

<sup>106</sup> See ECHR, *Boner v. the United Kingdom*, §41. 本案之申訴人在第一審程序中被判了八年有期徒刑，這也是本案例中人權法院最關注之點。

<sup>107</sup> ECHR, *Quaranta v. Switzerland*, §35.

<sup>108</sup> Esser, *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht*, 2002, S. 477ff.

<sup>109</sup> ECHR, *Quaranta v. Switzerland*, §33.

<sup>110</sup> ECHR, *Pham Hoang v. France*, §§39-41. 本案涉及因輸入違禁品而受到鉅額罰金之情形。

<sup>111</sup> Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, pp. 274, 275.

<sup>112</sup> Esser, *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht*, 2002, S. 478.

<sup>113</sup> ECHR, *Quaranta v. Switzerland*, §35.

知識，故均會被認為符合此要件。<sup>114</sup>若是非法律審，但必須對於控訴機關的法律論述提出反駁，或是突顯減輕罪責之法律依據等，亦可認為符合要件。在爭點複雜性上，若涉及到警察是否曾以不法方式取得陳述、證據得否使用，可認為爭點具有複雜性。<sup>115</sup>而爭點的多寡及複雜程度也是關鍵。<sup>116</sup>其他，則例如法院面對此案件有數種刑罰措施可以使用，像是個案中可能獲得自由刑改判罰金之情形<sup>117</sup>，或是涉及到過失之認定<sup>118</sup>，對人權法院而言，均屬於複雜而必須受辯護人協助之情形。<sup>119</sup>

### 3、被告個人之狀況

被告的特殊情形也必須考量在內，例如身心障礙或是欠缺必要的能力。法律能力的欠缺並非此處考量範圍，但無法正常理解內國法院使用的語言<sup>120</sup>，或對司法體制特別不熟悉之情形，則可包含在欠缺必要能力的範圍內。被告的智商以及對於相類似情境的熟悉度，也都列入考量之內。<sup>121</sup>例如在 *Quaranta* 案中，歐洲人權法院在審查時甚至考量到申訴人之社會背景、年紀、生活情形、前科等因素，認為申訴人原為義大利籍，自幼時與父母移民至瑞士，現在仍相當年輕，但長期以來家庭經濟不佳，現在更是依靠社會救濟金度日，而申訴人本身亦自青少年時期即前科累累，更有予以辯護人協助之必要。<sup>122</sup>此外，人權法院在近期的判決中有認為被告若處於在押的情形，原則上亦有給予免費法律協助之司法利益存在。<sup>123</sup>

### 4、程序之特色

當涉及到上訴審，即救濟審程序時，系爭程序之特色(the special features of the proceedings involved)對於是否有免費予以辯護人協助之司法利益需求判斷，即具有重要性，歐洲人權法院在審查時也幾乎必定論及程序特色一點，因為從公約的角度來看，此種協助並非在所有救濟程序均屬必要。<sup>124</sup>人權法院認為，於上訴審之程序，必須考量到該程序在內國法架構之下所扮演之角色，再由整體程序觀察，被告受免費辯護人協助之權利是否被不當侵害。<sup>125</sup>關於上訴審程序的設計上，歐洲人權公約賦予各簽約國某種程度的裁量自由，只要該上訴程序能夠在整體程序觀察之下通過公平審判要求之檢驗，即不會被認為違反公約。<sup>126</sup>

<sup>114</sup> See ECHR, *Pakelli v. Germany*, §§36-42; *Twalib v. Greece*, §§47-50; *Pham Hoang*, §§37-41; *R.D. v. Poland*, §§48-52.

<sup>115</sup> ECHR, *Granger v. the United Kingdom*, Judgment of 28 March 1990, Appl. no. 11932/86, §§47-48.

<sup>116</sup> ECHR, *Pakelli v. Germany*, §37.

<sup>117</sup> ECHR, *Lagerblom v. Sweden*, §§51-53.

<sup>118</sup> ECHR, *Benham v. the United Kingdom*, §62.

<sup>119</sup> Esser, *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht*, 2002, S. 478ff.

<sup>120</sup> ECHR, *Lagerblom v. Sweden*, §60. 惟人權法院在該案中最後認為，對於不理解或無法口說法院所使用語言之被告，歐洲人權公約於第6條第3項e款保障此等被告受免費翻譯協助之權，且範圍及於所有的口頭陳述及書面。僅管申訴人表示因語言能力而影響對辯護人之理解，但依照申訴人的說詞，申訴人的尚具有某程度的瑞典語理解能力，似不至於無法與原辯護人溝通或是理解其所說之內容，因此不得據此理由要求法院另給予其他免費辯護人。Dazu vgl. *Gollwitzer*, *Menschenrechte im Strafverfahren: MRK und IPBPR Kommentar*, 2005, Art. 6 MRK (Art. 14 IPBPR) Rn. 203 ff.

<sup>121</sup> Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, pp. 275, 276.

<sup>122</sup> ECHR, *Quaranta v. Switzerland*, §35; *Boner v. the United Kingdom*, §43.

<sup>123</sup> ECHR, *Prežec v. Croatia*, Judgment of 15 October 2009, Appl. no. 48185/07, §32. Vgl. *Grabenwarter/ Pabel*, *Europäische Menschenrechtskonvention: Ein Studienbuch*, 2012, §24 Rn. 115.

<sup>124</sup> Esser, *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht*, 2002, S. 480ff.

<sup>125</sup> See ECHR, *Granger v. the United Kingdom*, Judgment of 28 March 1990, Appl. no. 11932/86, §§42-44.

<sup>126</sup> See ECHR, *Quaranta v. Switzerland*, §30.



在救濟程序中相當重要的一點，是被告是否必須透過辯護人的協助，才能順利進入救濟審程序，或是在救濟審程序中順利提出答辯。例如前述法律審上訴之情形，通常即被認為需要有辯護人協助才能滿足公平審判之要求；尤其是當法律審將進行言詞審理程序時，更是如此。<sup>127</sup>非法律審的救濟程序中，亦可能因案件複雜且有重新進行事實調查，而被認為有予以辯護人協助之司法利益需求。<sup>128</sup>

早期，歐洲人權法院曾認為，若客觀上認為上訴顯無勝訴之望，且前審已給予適當之程序保障時，即無給予辯護人協助之司法利益<sup>129</sup>；但後來已將此要件放寬，認為上訴審是否有予以辯護人協助之司法利益，不能取決於上訴獲勝之可能性。<sup>130</sup>對此轉變，有學者表示，人權法院將此門檻降低，而使審查焦點集中於申訴人於系爭審理程序中的處境，是值得贊同的做法。<sup>131</sup>亦有學者進一步表示，關於此門檻，應認為僅有在輕率浮濫的上訴情形，始得以此為由拒絕之。<sup>132</sup>

### 5、立即之人身自由剝奪效果？

涉及立即剝奪人身自由效果的程序是否形成予以辯護人協助之司法利益需求，為本文關切重點所在，因為羈押審查程序即屬於此種情形。以歐洲人權公約第6條第1項及第6條第3項c款為審查基準時，歐洲人權法院並未以羈押為主軸作出公約解釋，但關於內國政府因被告長期積欠行政款項未繳，而採取「押人逼債」手段之情形，則有兩則裁判可循<sup>133</sup>。

*Benham* 案中，申訴人積欠行政款項，在未有辯護人協助之第一審程序中被宣告立刻監禁，但申訴人在救濟審程序中即獲得免費辯護人之協助，且救濟審法院認為前審判決不當而加以撤銷，並將申訴人立刻釋放。<sup>134</sup>在申訴於人權法院的過程中，歐洲人權委員會及人權法院均表示，當涉及到人身自由的剝奪時，原則上即有予以辯護人協助之司法利益，尤其本案之申訴人所面臨的是可能受到三個月的監禁，更是如此。<sup>135</sup>但人權法院在本案中最終仍是衡量處罰之嚴厲性以及案件之複雜性兩項要素，尤其是本案涉及判斷申訴人是否具有過失而使案件複雜，而判定內國政府敗訴<sup>136</sup>，故似乎難以斷言人權法院認為單是涉及人身自由拘束即可構成予以辯護人協助之司法利益。經過 *Benham* 案的敗訴，英國政府將《法律救助法案》(Legal Advice and Assistance Scope Amendment Regulations 1997)修正為，若符合特定經濟條件，在法官審查積欠行政款項案件之際，有因未繳納而被監禁的可能者，有權得到辯護人之

<sup>127</sup> See ECHR, *Pakelli v. Germany*, §§36-42; *Twalib v. Greece*, §§47-50; *Pham Hoang*, §§37-41; *R.D. v. Poland*, §§48-52.

<sup>128</sup> ECHR, *Granger v. the United Kingdom*, §§47-48.

<sup>129</sup> ECHR, *Monnell and Morris v. the United Kingdom*, Judgment of 2 March 1987, Appl. no. 9562/81 & 9818/82, §§66-68.

<sup>130</sup> See ECHR, *Granger v. the United Kingdom*, §§45-46; *Boner v. the United Kingdom*, §§38-40.

<sup>131</sup> *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 484.

<sup>132</sup> *Trechsel*, Human Rights in Criminal Proceedings, 2005, p. 276.

<sup>133</sup> ECHR, *Benham v. the United Kingdom*; *Perks and others v. the United Kingdom*, Judgment of 12 October 1999, Appl. nos. 25277/94, 25279/94, 25280/94, 25282/94, 25285/94, 28048/95, 28192/95 and 28456/95. 在此特別注意到，儘管內國法將此歸納為行政領域，歐洲人權法院仍認為此屬於刑事程序案件，理由在於被告因此程序而可能面臨三個月的監禁。See ECHR, *Benham v. the United Kingdom*, §56.

<sup>134</sup> ECHR, *Benham v. the United Kingdom*, §§9-18.

<sup>135</sup> ECHR, *Benham v. the United Kingdom*, §61.

<sup>136</sup> ECHR, *Benham v. the United Kingdom*, §§62-64.



協助<sup>137</sup>；但這並未改變英國政府在 *Perks and others* 案中敗訴的命運。該案中，申訴人等在積欠行政款項案件審理中，均未獲得辯護人協助，儘管該等欠款案件在救濟審中均獲得撤銷，但部分申訴人已受到執行；而 *Perks* 為行動不便且有輕度精神障礙之人，亦因此事件受到一個月的監禁。<sup>138</sup>人權法院在本案中則表示，同於 *Benham* 案，鑒於本處罰嚴厲性及案件複雜性，有予以辯護人協助之必要。<sup>139</sup>

### 第三款 小結

由於羈押審查屬於可能立刻產生剝奪自由效果之情形，但由以上歐洲人權法院裁判見解觀察，歐洲人權公約第 6 條第 3 項 c 款雖有保障被告免費受辯護人協助之權利，但可能產生立即剝奪人身自由效果一事，能否單獨作為予以辯護人協助之司法利益的理由，此點在第 6 條的脈絡下仍未有直截明確答案。

儘管 *Benham* 案中，歐洲人權委員會彷彿靈光乍現般地表示，當涉及立即人身自由剝奪時即有予以辯護人協助之必要，而人權法院也表示贊同；但人權法院最後並未以此為主要原因認定內國政府敗訴。而此人身自由剝奪標準也幾乎僅出現於 *Benham* 案中，其他裁判不外乎以處罰嚴厲性及案件複雜性為主要標準。此外，這類免費辯護人協助權之案例中，不乏申訴人在案件偵查時將受到羈押的情形，但人權法院卻並未直接憑此要件即認為有辯護人協助之司法利益。<sup>140</sup>但若是被告已經處於受拘禁的狀態而僅能靠視訊設備與法院同步，無法親自出庭應訊的情形，人權法院表示此時若檢察官親自到庭，則有辯護人代為到庭的司法利益存在，以彌補溝通上的不利益；且儘管被告未主動聲請，亦不能認為被告已明確放棄權利而使法院之義務免除。<sup>141</sup>不過此種例外並不合於本文所要探討的主題：進行因刑事追訴目的而剝奪人身自由之合法性審查程序，即羈押審查程序時，是否因此有使被告受辯護人協助之必要性/司法利益。

因此在歐洲人權公約第 6 條之脈絡，由於未有特定明確的裁判見解表示意見，仍無法立刻斷言單憑羈押審查本身即作為有辯護人協助必要之理由，似仍須由個案中依照各項標準來判斷，例如案件是否對被告而言過於複雜而無法自行辯護。不過在學說上，仍有認為依照公約第 6 條，即可推出羈押審查程序必須有辯護人協助之結論。<sup>142</sup>而本文認為，就懲罰嚴厲性及案件複雜性此兩項標準而言，由於羈押審查涉及複雜的法律攻防，且涉及到期限不確定的人身自由剝奪，可以說是具有後果的嚴重性，故應認為符合司法利益需求之要件。

## 第三項 法律協助權與剝奪人身自由合法性審查之特別規定

### 第一款 以歐洲人權公約第 5 條第 4 項為法律協助權依據

<sup>137</sup> ECHR, *Perks and others v. the United Kingdom*, §46.

<sup>138</sup> ECHR, *Perks and others v. the United Kingdom*, §§7-18.

<sup>139</sup> ECHR, *Perks and others v. the United Kingdom*, §§75-75.

<sup>140</sup> See ECHR, *Quaranta v. Switzerland*; *Imbrioscia v. Switzerland*; *Berliński v. Poland*, Judgment of 20 June 2002, Appl. nos. 27715/95&30209/96.

<sup>141</sup> ECHR, *Shulepov v. Russia*, Judgment of 26 June 2008, Appl. no. 15435/03, §§34-39.

<sup>142</sup> Esser, *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht*, 2002, S. 358, 478. 亦有認為，當被告處於被拘禁的狀態，即有予以免費辯護人協助的司法利益。Vgl. *Grabenwarter/Pabel*, *Europäische Menschenrechtskonvention: Ein Studienbuch*, 2012, §24 Rn. 115.

如同前述，歐洲人權公約第 5 條第 4 項為剝奪人身自由合法性審查之程序保障依據<sup>143</sup>。由於公約第 5 條第 4 項所涵蓋之剝奪人身自由情形不僅限於羈押程序，尚包含同條第 1 項所列之各種剝奪人身自由情形；其中絕大多數屬於非為刑事追訴程序之情形，故在此處受到專業法律人士協助之權利，即不便稱為「辯護人協助權」，而以「法律協助權(legal assistance right)」稱之為適當。

即便歐洲人權法院確實肯認剝奪人身自由審查程序的對審及武器平等要求，人權法院亦認為，在此處之程序保障之型態和程度必須視其程序的本質及情形而定，並且必須合乎該剝奪人身自由合法性審查之目的，例如迅速作成決定要求，以及讓剝奪自由合法性能夠受到合理的定期審查之要求，而後者對於羈押程序尤為重要。以下部分先介紹歐洲人權法院以公約第 5 條第 4 項為權利依據肯定必須以法律協助作為程序合法要件的情形，再進而探討是否能單憑羈押一事，作為要求審查程序必須有辯護人協助之原因。

### 第二款 人權法院裁判以法律協助作為程序合法要件之情形

#### 第一目 剝奪精神病患或心智欠缺者之自由

無論是為了在刑事追訴程序中確認罪責成立與否之鑑定留置程序，或是對精神病患所為之拘束，都屬於此處剝奪精神疾病或心智欠缺者自由之特別情形。人權法院認為，依照公約第 5 條第 4 項所為之審查程序是否合法，亦即是否提供了足夠的程序保障，必須程序情況的特殊本質而定。對於精神病患或心智欠缺者，由於他們無法完整表示自己的意見及維護自己的利益，而更須要獲得法律上的協助，故必須提供特別的程序保障。因為精神病患或心智欠缺者，根本不可能自行對於繼續剝奪自由是否符合比例原則等問題，進行法律上的挑戰。因此，關於獲得法律協助之必要性問題，當心智能力降低的情形遇上剝奪人身自由程序之繼續、中斷或終止的審查程序，則必須使法律專業人士於審查程序中在場並提供協助，不待被拘禁者之聲請。<sup>144</sup>

提供法律協助者之在場亦屬於強制要件，若單只是審查程序前提供諮詢，該審查程序仍為不合法。並且，即便該精神病患本身具有法律專業，例如其本身即為律師，亦不能因此得出相反答案。<sup>145</sup>

#### 第二目 剝奪未成年人之自由

<sup>143</sup> 詳細參照上文第二章第一節第二項。

<sup>144</sup> See ECHR, *Winterwerp v. Netherlands*, §60-61; *Megyeri v. Germany*, Judgment of 12 May 1992, Appl. no. 13770/88, §§22-27. *Winterwerp* 案中，由於申訴人在審查程序中完全未受到親自或經由代理方式在場並表示意見的聽審程序保障，故荷蘭政府被宣告違反公約。See ECHR, *Winterwerp v. Netherlands*, §61. *Megyeri* 案中，申訴人因為犯罪之刑事偵查程序，而被送至精神病院進行鑑定留置以確認其罪責是否成立。申訴人的監禁長達四年之久，而先前的審查程序均有獲得法律協助，但由於其精神狀況逐漸惡化，並且產生嚴重的暴力傾向，因此在系爭的審查程序中，法院認為其精神異常的情形已經太過明顯，而無再指定辯護人之必要，故在審酌了三份鑑定報告並親自對申訴人進行觀察後，作出繼續監禁申訴人於精神病院的決定。但人權法院仍表示，必須使申訴人於系爭審查程序中獲得法律協助，尤其是申訴人已經被監禁長達四年，應需要更加頻繁合法性審查，故更應得出此答案，而宣告德國政府違反公約。See ECHR, *Megyeri v. Germany*, §§24-27

<sup>145</sup> ECHR, *Magalhães Pereira v. Portugal*, Judgment of 26 February 2002, Appl. no. 44872/98, §§54-63.

另一個歐洲人權法院明確表示程序必須有法律協助的情形是剝奪未成年人自由。在 *Bouamar* 案中，未成年的申訴人因為屢屢施用毒品，而被少年法院命令管束於特定機構中，屬於歐洲人權公約第 5 條第 1 項 d 款所舉之情形。關於是否要讓申訴人繼續拘禁在該少年管束機構的審查程序中，儘管申訴人並不願意，但申訴人事實上均有親自到場參與程序；相對地，其律師卻未曾受通知到場參與程序。人權法院在本案中先是表示，程序保障是否足夠必須視程序當時情形的特殊本質而定之；由於申訴人參與程序的當時仍相當年輕(僅 16 歲)，因此僅僅是申訴人到場，並不足認為已提供足夠的程序上保護，故宣告比利時政府敗訴。<sup>146</sup>

### 第三款 以辯護人協助作為羈押審查之必要條件

#### 第一目 人權法院於公約第 5 條第 4 項建構之標準

從歐洲人權法院判決的態度來看，其之所以會認為在剝奪人身自由合法性審查程序必須有法律協助者之參與，往往是因為除了涉及剝奪人身自由外，更涉及到需要特別保護的情況，例如被拘禁者為精神病患或是未成年人的情形，故鑒於彼等自行防衛的能力低於一般人，而認為有法律協助之必要。此外，在案例中亦明確可知，當剝奪人身自由的期間已長達一定程度，人權法院會因此認為有讓被拘禁者獲得更頻繁的合法性審查機會<sup>147</sup>，或考量到因剝奪自由對精神狀態造成負面限制並影響權利之行使情形<sup>148</sup>，認為有予以法律協助之必要。在此等因被拘禁者情況特殊而有特別須要予以法律協助的情形，即便是合法性審查當下未有法律協助者之支持，亦必須儘速於事後補正。<sup>149</sup>

是以，綜合以上裁判來看，由人權法院之觀點而言，是否依照公約第 5 條第 4 項而應認為有法律協助之必要，必須視程序之本質及目的，判斷個案是否有特別需要保護之情況，來進行決定。

#### 第二目 辯護人協助於羈押審查之必要性

##### 1、長期羈押與辯護人協助之必要性

如上所述，由於人權法院認為考量到拘禁達一段期間後有特別予以獲得頻繁審查的必要，並且必須考量拘禁對個人精神狀態及防禦能力的損害，因此可以明確認為，若是羈押長達一段期間，人權法院必定會認為給予辯護人協助是必要的。

##### 2、羈押審查與辯護人協助之必要性

而本文所關注之的焦點是，若是尚未羈押達一定期間，尤其是逮捕後的第一次的羈押審查時，人權法院是否仍會認為有予以法律協助之必要。此點在公約第 5 條第 4 項的人權法院裁判中亦仍未有直截明確的答案出現。曾經有一案之申訴人以其羈押程序未受到辯護人協助為由向歐洲人權法院提出申訴，但該案最後因為申訴人其實確實有受到兩位資淺律師在場協

<sup>146</sup> ECHR, *Bouamar v. Belgium*, Judgment of 29 February 1988, Appl. no. 9106/80, §§57-60.

<sup>147</sup> ECHR, *Megyeri v. Germany*, §26.

<sup>148</sup> Esser, *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht*, 2002, S. 358.

<sup>149</sup> Meyer-Ladewig, EMRK, 2011, Abschnitt I Rn. 89.

助，故人權法院並未對此爭點作出進一步的解釋。<sup>150</sup>故關於此問題，在此亦僅能由歐洲人權法院所建構的標準來加以推斷。

本文認為，由人權法院的審查標準來看，即剝奪人身自由之合法性審查程序是否有予以法律協助之特別需求存在，從羈押審查的情形而言，原則上是有予以辯護人協助之必要。

首先，是根據羈押審查的程序本質。在羈押審查時，被告不但必須挑戰先前程序是否符合法律規定，亦必須對於是否羈押之實體要件進行挑戰，例如是否有重大之犯罪嫌疑、是否有羈押之必要性；而此等問題實質上均為法律問題，尤其是關於程序是否合乎法律規定以及比例原則審查之問題，對一般被告而言，若非具有法律專業知識者之協助，根本難以與具有法律專業知識的檢察官及法官進行溝通及防禦。故由羈押程序之本質與專業法律知識之關聯性來看，實有予以法律協助之特別需求存在。

次者，對被告心理及精神狀態，羈押已構成需特別保護之情形。由於羈押屬於突襲性強制處分，被告往往在毫無預警的情況下被迫脫離原本熟悉的環境，更必須直接面對實力強大的追訴機關，因此所造成的心理及精神壓力也可見一般。尤其是羈押禁見的情形，被告突然失去與外界聯繫，更是會對被告造成精神打擊。因此即便被告尚未處於患有精神疾病的狀態，其心智狀態已較一般人脆弱，故有予以特別保護之必要。

最後，由公平審判原則的角度而言，亦可得出此結論。固然人權法院向來認為，公約第 5 條第 4 項之程序保障未必等同公約第 6 條所保障之形式與程度，仍必須程序情形之本質而定之；惟由歐洲人權法院於偵查中羈押審查程序之閱卷權保障的相關裁判可知，人權法院對於羈押審查的公平審判要求密度幾乎已經達到公約第 6 條所保障之程度，其中尤其重視武器平等原則之達成。<sup>151</sup>因此由武器平等原則之要求而言，被告必須透過辯護人之協助才能對檢察官所提出之事證進行有效挑戰，故辯護人之協助實為不可或缺。此外，公平審判原則之程序保障內涵亦包括獲得實質有效辯護之要求<sup>152</sup>，由上述可知，被告在羈押審查程序原則上無法透過自行辯護即達到實質有效辯護效果，故有予以辯護人協助必要。

## 第四項 小結

綜合以上，關於羈押審查是否必須要有辯護人協助和參與程序的問題，在歐洲人權法層次上，首先必須要注意的是，在此可能以歐洲人權公約第 6 條第 3 項 c 款作為依據，亦可能以第 5 條第 4 項作為依據；雖然後者在程序保障的標準可參考前者，但由於兩者不但本質不同且各有目的，故兩者之標準非必定相同。無論如何，不管是由公約第 6 條第 3 項 c 款或是第 5 條第 4 項作為審查依據，歐洲人權法院裁判尚未對對此問題做出清楚明確的表示。但關於問題之結論，本文由歐洲人權法院所建構之標準推論，仍認為人權法院若直接面對此問題時，無論是以公約第 6 條第 3 項 c 款或是公約第 5 條第 4 項為出發點，原則上應該均會採取肯定答案。鑒於公約第 5 條第 4 項屬於剝奪人身自由審查之特別規定，在此應優先適用。<sup>153</sup>

<sup>150</sup> ECHR, *Hood v. the United Kingdom*, Judgment of 18 February 1999, Appl. no. 27267/95, §§17-19, 65.

<sup>151</sup> 參照下文第二章第三節。

<sup>152</sup> 參照上文第二章第一節第二項第二款，以及同章第二節第一項及第二項。

<sup>153</sup> 惟有學者認為，雖然從歐洲人權法院裁判的見解來看，羈押無法以歐洲人權公約第 5 條第 4 項作為辯護人

在歐洲人權公約第 6 條第 3 項 c 款之脈絡下，人權法院對於人身自由剝奪是否即辯護人協助之司法利益一點，仍以處罰之嚴厲性與案件之複雜性為主要判斷標準，通常並未因涉及立即的人身自由剝奪即得出肯定答案。然而就此兩項標準而言，由於羈押審查涉及複雜的法律攻防，且涉及到期限不確定的人身自由剝奪效果，應符合司法利益需求之要件。

在歐洲人權公約第 5 條第 4 項部分，如上所述，由於羈押審查程序已經具備需要特殊保護之情況，應認為有予以法律協助之必要性。並且必須特別注意到，在涉及有特別需要法律協助的情況時，人權法院不但認為國家有主動提供的義務<sup>154</sup>，亦認為必須讓辯護人於審查程序中在場並提供協助。<sup>155</sup>

### 第三節 羈押程序賦予閱卷權之討論

在羈押程序辯護權的相關問題中，偵查中羈押程序的閱卷權絕對是最困擾實務的問題之一，而以下將探討歐洲人權法院對偵查中羈押程序閱卷權限制所建立的跨國性人權保障基準。如同辯護人協助必要性的問題，在此處可由歐洲人權公約第 6 條之公平審判原則概念出發，亦可直接由第 5 條第 4 項作為權利依據。然而由於歐洲人權法院對於此問題不但已作出明確表示，並且均是以公約第 5 條第 4 項作為依據，故在此雖先以公約第 6 條所衍伸出的一般性閱卷權概念為出發點，但仍是以前述第 5 條第 4 項為主要之權利依據。並且為承接第三章德國之羈押法關於閱卷權規定修正之介紹，本節之歐洲人權法院裁判特別著重於以德國為被訴國之案例。

#### 第一項 歐洲人權公約之閱卷概念

閱卷(access to the file)之意即為接觸卷證，但在不同法體系下有不同之意義及目的存在。在大陸法系(continental system)之下，為接近(access)卷證的權利；普通法系(common-law system)之下，為揭示(discovery)制度之意。

在大陸法系之下，於主要的審判程序中審理案件者為專業法官，法官必須在審判程序中直接接觸原始證據及卷宗，並獲致心證。法官所接觸之卷宗資料原則是經由控方在偵查程序中充分準備而成，內容包含各式各樣證據，例如證人證詞筆錄、鑑定人所作之鑑定報告、犯罪現場照片、調查報告等等。這些卷宗資料會在審判程序開始前即交予法官，且原則上法官會在審判前充分了解卷宗資料內容後，才進行聽審程序。因此，在此審判體系之下，辯方於審判程序前事先了解卷證內容對防禦而言是非常重要的。<sup>156</sup>

在普通法系之下，於審判程序決定案件結果者為陪審團。陪審團通常不具審判之專業，

協助必要性之依據，但仍可從第 6 條第 3 項 c 款得出此結論。Vgl. Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 358. 亦有學者認為，原則上公約第 5 條第 4 項並沒有特別要求必須給予法律上協助，但是精神病患等處於特別弱勢的情況，國家則有提供協助的義務。Vgl. Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention: Ein Studienbuch, 2012, §21 Rn. 37.

<sup>154</sup> ECHR, *Megyeri v. Germany*, §§24-27.

<sup>155</sup> ECHR, *Magalhães Pereira v. Portugal*, §§54-63; *Bouamar v. Belgium*, §§57-60.

<sup>156</sup> Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings, 2005, p. 224.

因此，在此體系之下相當重視陪審團必須是在審判程序進行中直接接觸當庭提出的新鮮證據，再由此獲得有罪與否之心證，而審判者在進行聽審之前也不會接觸到任何卷證資料。卷證資料通常也是由檢方(尤其是警察)所準備，但這些卷證資料不一定會在審判程序中被呈現出來，必須取決於當庭檢察官的決定。因此，這些對於聽審程序不可或缺的卷證資料在當庭提出前並非處於公開狀態，而是掌握於具有特定立場的檢察官手上。然而相對地，被告亦有權利去知悉何等證據將被提出，以進行有效的防禦上準備，因此英國的大法庭亦曾經表示檢察官在某些情形應向被告揭露其打算在審判中所據以主張的證據。不過在英美法概念下，此種制度比較不像是讓被告主動去接近該等證據，而是持有資訊的一方將隱密的資訊顯露出來，故此制度被稱作「揭示(discovery)制度」。<sup>157</sup>

鑒於英美法體系的運作方式，人權委員會早期在審查是否符合公約第6條第3項b款之規定時曾經表示檢方不必讓被告知悉全部可能在審判中提出的證據。但此說法顯然已成為過去式，現今人權法院已認為基於公約第6條第1項而認為檢方必須揭示所有對控訴為重要之證據。<sup>158</sup>又歐洲人權法院在判決理由中所採之用語，均以「接近卷證資料(access to the file)」為之，故似可認為，即便歐洲人權公約之簽訂國包含普通法系及大陸法系兩種司法體制，歐洲人權公約內所涉及之閱卷概念，其實已偏向大陸法系之概念。

## 第二項 閱卷權於一般審判程序之基礎及權利行使範圍

### 第一款 歐洲人權公約第6條第3項b款

歐洲人權公約第6條規定公平審判之權利，其中第3項則是公平審判之具體化規定，諸如罪名之通知、適時準備期間、自我辯護權、受律師協助權、對質詰問權、受通譯協助權等等。閱卷權一般被歸為第6條第3項b款所規範之權利，而該款規定，受刑事控訴之人應有適當期間及工具(facilities)以準備其辯護<sup>159</sup>。條文中所指之有適當工具以準備辯護，係指讓被告能為了準備辯護之目的，而得以熟悉偵查程序所得之結果。辯護之「工具」，最重要莫過於與控訴有關之資訊；因為透過控訴所依據的相關資訊，才能夠在審判中加以答辯。<sup>160</sup>

### 第二款 武器平等原則

#### 第一目 武器平等原則之一般意義

武器平等原則在歐洲人權公約第6條第1項的公平審判原則中並未被明文援引，但此不影響武器平等原則被普遍認作公平審判原則之重要要素，無論是民事或刑事程序皆如此。

<sup>157</sup> Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings, 2005, p. 224. 中文部分參照張之萍，刑事被告的閱卷權，台灣大學碩士論文，2007，5頁以下。

<sup>158</sup> Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings, 2005, p. 225. 關於英美法證具開示制度之公益豁免例外情形，參照呂雅婷，刑事被告受律師協助權—以歐洲人權法院裁判為借鏡，台灣大學碩士論文，2007，31頁以下。

<sup>159</sup> 原文為「3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights: ... (b) to have adequate time and facilities for the preparation of his defence;」其中之 facilities，根據其字構「fac」之意為「做」，「ility」之意為「使之容易」，故此字之原意即為「使之容易做成」，換成一般生活上之具體概念而言即為工具。

<sup>160</sup> Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings, 2005, p. 222.

平等(equality)的概念常在各處被運用，諸如性別平等、種族平等，而在此所指之平等是訴訟中兩造之間的平等。若是在訴訟中涉及對立的私人利益，武器平等原則定義為，兩造均必須擁有合理的機會去呈現案件，包含提出證據，並且不得被置於相較對造之下為實質不利的地位。由是可知，在民事程序中武器平等原則實與舉證責任分配規則息息相關。然而在刑事程序中，上開原則被修正為：任何一造均必須擁有合理機會去呈現案件，並且不得被置於相較對造不利的地位。對照民事程序，刑事程序中的解釋被除去「提出證據」及不利的「實質(substantial)」要求，一般認為前者是因為刑事程序中被告本來即不負舉證責任；至於後者，也不代表刑事程序中的不利情況不必達到實質概念下之重大程度，因為在某些個案中仍可見到此實質之用語。<sup>161</sup>

關於武器平等原則尚必須注意到以下幾點特色。第一，在人權法院判決的用語中，武器平等並未被以權利稱之，而是被認為屬於一種「原則」、「概念」或「要求」。並且必須注意到的是，此原則僅要求某種衡平性，而並非指涉某種被告普遍的積極權利，例如，人權法院將此原則運用在被告於審判中缺席是否符合公平審判之審查時，僅要求若檢察官出席時則必須同時讓被告亦得出席，因此若檢察官未出席時，人權法院亦不會認為被告無法出席屬違反武器平等。第二，武器平等原則屬於抽象的概念，因此人權法院在審查有無違反時，通常也會併同觀察是否有因此造成對於防禦上的決定性不利影響，或是受有某種形式上的不利益。第三，必須承認到，在現實中並無法要求絕對的平等，因此武器平等原則亦非要求兩造必須絕對平等，而僅是在求取可以接受的程度。第四，武器平等原則在人權法院判決中並未總是有清楚明確的取徑，並且此原則時常與對審原則之概念有所混合。<sup>162</sup>

## 第二目 以武器平等原則作為閱卷權基礎

閱卷權有時亦被認為是武器平等原則之重要要素。人權委員會曾表示過，刑事程序是由國家權力主導，故檢察官用以支持其控訴的工具均源自於偵查權限，並獲得司法及警察的支持，亦可運用各種科技資源及強制手段，因此，閱卷的目的是在建構防禦權的衡平，而可被認為是武器平等原則之實現，故由此看來，武器平等原則不僅可以第 6 條第 1 項作為基礎，亦可以第 6 條第 3 項 b 款作為基礎。<sup>163</sup>但武器平等原則並非總是被嚴格要求，例如在 *Kremzow* 案<sup>164</sup>中，辯方在開庭審理前三星期才獲得重要的調查報告，顯然獲得資訊的時間與檢方有明顯落差，但人權法院卻認為儘管在此有某程度的不利，辯方仍有充分的時間及工具去對該資料進行防禦準備，因此並未形成明顯不平等。

從武器平等原則的角度出發，可認為辯方應擁有與檢方相同的資訊。然而多數學者均認為，第 6 條第 3 項 b 之意無法完全達成武器平等，畢竟檢方所擁有的準備時間及工具永遠勝於辯方。<sup>165</sup>不過檢方亦非因此具有完全優勢，因為刑事案件中的被告在此相對地擁有無罪推定原則的保護。<sup>166</sup>

<sup>161</sup> Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 97.

<sup>162</sup> Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, pp. 94-99.

<sup>163</sup> EComHR, *Jespers v. Belgium*, Decision of 15 October 1982, Appl. no. 8403/78.

<sup>164</sup> ECHR, *Kremzow v. Austria*, Judgment of 21 September 1993, Appl. no. 12350/86.

<sup>165</sup> Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 225.

<sup>166</sup> 人權法院也曾經在 *Barberà, Messegué and Jabardo* 案中企圖將公約第 6 條第 3 項 b 的權利與第 2 項無罪推定



### 第三款 一般閱卷權行使範圍

#### 第一目 行使主體

由於公約並未明文規定進行閱卷者必須為被告或是其辯護人，因此也產生不少爭議。就人權法院所做出的判決中，可明顯察知並未限定於必須由被告本人親自閱卷，甚至曾明確表示內國規定僅能由辯護人閱卷並未違反公約。<sup>167</sup>然而人權法院亦有在 *Öcalan* 案中得出相反的結論，認為土耳其政府不予被告親自閱卷違反公約。<sup>168</sup>

為何有此等差異存在，原因不難理解。人權法院之工作僅在於審查個案在內國之程序是否符合公平審判，故只要被告之防禦權能在內國整體程序中被充分保障即能通過人權法院檢驗，至於是誰進行閱卷本來即非審查所關注。因此關於行使主體之問題，在歐洲人權法院審查之脈絡底下，本來就沒有固定答案，必須由個案進行判斷及決定。<sup>169</sup>

#### 第二目 行使客體

閱卷所指之客體，即為所接近之資料(file)，包含相當廣之範圍，並不限於書證或物證。由歐洲人權委員會及法院之觀點而言包含一切由國家取得之有利及不利資訊，甚至在有利資訊部分更將範圍擴張至國家可能取得之部分。至於資訊是否必須與審判結果具有重要關聯性才屬於接近之權利範圍內，較有爭議。從武器平等原則角度視之，似乎只要是檢方所握有的一切資訊均屬於接近權利範圍內；相對地，亦有學者認為從人權法院作為公平審判原則把關者的身分而言，應以事後整體程序回顧的角度，審視該等資訊未予以接近是否對被告的審判結果造成終局的不利。<sup>170</sup>

所接近之資料是否必須是原始資料，或是影本亦可，關鍵仍在公約目的能否達成；第 6 條第 3 項 b 款既然是在保護被告能有充分工具進行防禦準備，故必須在個案中審查是否造成被告進行防禦之妨礙。因此，若被告僅能接近資料影本並不妨礙防禦之準備，則影本亦無不可；反之，若被告主張接近該等資料是為了確認所獲得之影本是否有偽造變造等情形，則此時僅給予其影本無法使被告有效進行防禦，應給予原本。<sup>171</sup>

#### 第三目 行使時點

公約第 6 條所保障之受公平審判權利並未侷限於起訴之後，偵查程序進行中亦在保護之時點範圍內<sup>172</sup>，甚至涵蓋至偵查開始之初始階段<sup>173</sup>，現今已無爭議；因此，偵查程序中之閱卷權亦在公約第 6 條第 3 項 b 款保障所涵蓋範圍內。<sup>174</sup>然而此權利亦非絕對不得限制，偵查

---

的權利作連結，但也僅在此案中曇花一現而已。See ECHR, *Barberà, Messegue and Jabardo v. Spain*, Judgment of 6 December 1988, Appl. no. 10590/83, §77.

<sup>167</sup> See ECHR, *Kremzow v. Austria*, §52.

<sup>168</sup> ECHR, *Öcalan v. Turkey*, Judgment of 12 May 2005, Appl. no. 46221/99.

<sup>169</sup> 其餘詳見張之萍，刑事被告的閱卷權，台灣大學碩士論文，2007，40 頁以下。

<sup>170</sup> 張之萍，刑事被告的閱卷權，台灣大學碩士論文，2007，37 頁以下。

<sup>171</sup> 張之萍，刑事被告的閱卷權，台灣大學碩士論文，2007，37 頁以下。

<sup>172</sup> See ECHR, *Imbrioscia v. Switzerland*.

<sup>173</sup> See ECHR, *John Murray v. the United Kingdom*; *Brennan v. the United Kingdom*.

<sup>174</sup> 偵查程序中亦屬於公約所保護之公平審判範圍內，對於以下所述之羈押程序閱卷權行使具有格外重要意



中往往基於有效追訴之司法利益而必須使檢方保有資訊優勢，故得以此公共利益保護為由限制閱卷權。<sup>175</sup>

必須注意的是，人權法院即便肯定有效追訴之公共利益作為限制理由，亦不會將此公共利益無限上綱，而使國家得基於此理由在偵查中對被告之防禦權進行任何限制。由人權法院判決可知，若是偵查中對被告之防禦權所進行之限制，造成防禦權於整體程序中無法挽回之損害，即便是為了重大公共利益之保護，亦不得於偵查中限制被告防禦權相關行使。<sup>176</sup>

### 第三項 閱卷權於羈押審查之程序特別要求

#### 第一款 以歐洲人權公約第 5 條第 4 項為閱卷權依據

如前所述，屬於剝奪人身自由的羈押程序是否受到符合公平程序保障之審查程序進行合法性之檢驗，直接屬於歐洲人權公約第 5 條第 4 項之擔保範圍。<sup>177</sup>在判定羈押審查程序本身有無違反公約第 5 條第 4 項時，必須注意到，羈押往往開始於偵查階段，甚至是偵查之初始階段。於此階段將偵查所獲資訊維持隱密性以保持檢警之資訊優勢，對於發現真實及有效進行追訴之公共利益具有極大重要性；然而另一方面，羈押卻是涉及到人身自由剝奪之重大人權侵害。因此，此時閱卷之限制程度，為維持兩方利益之平衡之關鍵，也是各國司法所關注焦點。而人權法院面對此問題抱持著何種態度解釋公約第 5 條第 4 項，並如何使羈押審查程序之閱卷權行使範圍具體化，將為本項之研究重心所在。

#### 第二款 羈押程序閱卷權於歐洲人權法院之濫觴—*Lamy* 案

歐洲人權法院對於羈押程序閱卷權之意見表示始於 *Lamy* 案<sup>178</sup>一案。申訴人的有限公司宣告破產，並被以危害公共安全並有逃亡之虞等理由羈押。然而遲至羈押後的 30 日，申訴人始能透過辯護人進行閱卷，且此閱卷僅能在開庭前 48 小時內為之。此外，辯護人也無法審閱警方所做的報告，而無法妥善地做辯護準備。但政府抗辯此等作為是為了偵查目的，且給予申訴人的逮捕令狀影本內已詳述理由，並無再給予閱卷必要。又退步而言，申訴人之辯護人在閱卷後也無提出新的論點。<sup>179</sup>

人權法院表示，辯護人在羈押的前 30 日無法接近任何資料，包含了偵查法官及警察的報告，甚至連第一次羈押審查時亦如此，因此可認為無法有效挑戰以該等資料為基礎所提出的控訴。然而，在法院在決定是否繼續羈押申訴人時，接近這些資料對於申訴人相當重要，因為唯有如此，才能使辯護人對共同被告的陳述提出質疑，故審閱與爭點相關的資料對有效挑戰羈押命令的合法性是而言必要的。尤其當檢察官對於所有的卷證資料均相當熟悉，申訴人卻無法在程序中獲得挑戰羈押合法性的機會，已違反武器平等原則，而程序也無法認為屬

---

義，因為羈押往往開始於偵查程序中，甚至是偵查開始之初始階段。

<sup>175</sup> 詳見張之萍，刑事被告的閱卷權，台灣大學碩士論文，2007，46 頁以下。

<sup>176</sup> See ECHR, *John Murray v. the United Kingdom*; *Brennan v. the United Kingdom*; *Averill v. the United Kingdom*.

<sup>177</sup> 歐洲人權公約第 5 條第 4 項之解釋及其與公約第 6 條公平審判規定之關係，參照上文第二章第一節第二項第二款。

<sup>178</sup> ECHR, *Lamy v. Belgium*, Judgment of 30 March 1989, Appl. no. 10444/83.

<sup>179</sup> ECHR, *Lamy v. Belgium*, §§ 8, 27, 28.

於真正的對審(adversarial)<sup>180</sup>，故比利時政府違反公約第 5 條第 4 項。<sup>181</sup>

### 第三款 以德國為被告國之案例

#### 第一目 2001 年之德國三案(Garcia Alva、Lietzow、Schöps 案)

2001 年 2 月 13 日，歐洲人權法院第一法庭作出了三個關於德國因檢察官依照德國刑事訴訟法第 147 條第 2 項拒絕被羈押人之辯護人閱卷的判決。三則判決中，人權法院均強調，鑒於剝奪人身自由對基本權的重大影響，內國政府必須將對於挑戰羈押合法性為重要的資訊予以辯護人閱卷，始符合公平程序中的武器平等要求。若僅是用摘要方式的書面告知，或是口頭轉述，均無法滿足公約第 5 條第 4 款之要求，因為這些描述方式是透過檢察官及法院的兩度解釋而來，與直接挑戰原始內容的情形有別。故即便是為了有效偵查的目的，也不能因此作為禁止閱卷的理由。此三則裁判詳細內容如下：

##### 1、*Garcia Alva v. Germany*<sup>182</sup>

申訴人因證人 K 表示申訴人賣給他 40 公斤毒品，被認為有運輸毒品之嫌而被逮捕。逮捕令的內容僅由口頭告知，其辯護人也僅獲得申訴人在警方及羈押法官前陳述所作筆錄的影本，其餘均以可能危害偵查為由而依德國刑事訴訟法第 147 條拒絕辯護人閱卷。其後，辯護人亦曾向法院聲請進行羈押審查並要求閱卷，亦同樣被拒絕。此後，法院又進一步因 K 提出鉅細靡遺的新證詞，而認為申訴人尚涉及組織犯罪及其他運輸毒品案件，但申訴人及其辯護人卻始終無法審閱 K 的證詞記錄。申訴人依據歐洲人權法院所做出的 *Lamy* 案判決要求閱卷，但法院認為在本案中，申訴人僅於為了有效追訴之目的範圍內被拒絕閱卷，並非完全無法閱卷，故與 *Lamy* 案判決的事實情形有所不同<sup>183</sup>；此外，檢察官表示這些證據涉及到將來的追訴，因而不得對其公開。儘管辯護人後來終於獲得部分證詞影本，其仍認為無法獲得完整理解而要求對全部內容進行閱卷，仍被檢察官拒絕。直到偵查結束之時，辯護人才獲得完整的閱卷。<sup>184</sup>

申訴人向人權法院提出申訴，認為其所獲得的資訊內容均屬摘要形式，且辯護人亦僅獲得部分閱卷，而使彼等無法知悉重要證人 K 的全部證詞，導致辯護人無法質疑證詞的可靠性並做出有效辯護。政府則抗辯，本案並未複雜到需有口頭以外的事實及重要證據告知，而申訴人也已知悉 K 證詞之重要部分內容，且羈押令狀及申訴人的筆錄影本亦均已交予辯護人。<sup>185</sup>

人權法院在此表示，被逮捕或羈押之人有權要求審查羈押合法性，亦即管轄法院不僅

<sup>180</sup> 關於 adversarial 一詞，在此直譯為「對審」。「對抗」一詞在我國法有特殊意義，通常指英、美法下的刑事程序體制，或為當事人主義所稱之「對抗制」；然而歐洲人權法院在處理個案時從未要求內國的刑事程序體制必須是「對抗制」或「非對抗制」，其所關注之重點僅止於個案情形下是否符合武器平等原則等公平審判之要求。因此為避免誤會，在此使用「對審」而非「對抗」一詞。參照林鈺雄，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，政大法學評論，第 110 期，2009 年 8 月，222 頁。

<sup>181</sup> ECHR, *Lamy v. Belgium*, §29.

<sup>182</sup> ECHR, *Garcia Alva v. Germany*, Judgment of 13 February 2001, Appl. no. 23541/94.

<sup>183</sup> 必須注意到 *Lamy* 案中的申訴人是完全未能獲得閱卷之情形，與本案部分閱卷仍有區別。

<sup>184</sup> ECHR, *Garcia Alva v. Germany*, §§7-24.

<sup>185</sup> ECHR, *Garcia Alva v. Germany*, §§35-37.

須檢驗先前程序是否符合內國法要求，尚須檢驗嫌疑基礎的合理性及逮捕或羈押目的的正當性。法院審理對羈押所為之抗告(appeal)時，必須提供正當程序擔保。程序必須是對審(adversarial)的，並確保檢察官及被羈押人之間雙方的「武器平等」。當拘禁的情形落入公約第5條第1項c款之範圍內時，即必須進行聽審；此時若拒絕辯護人接近對於有效挑戰羈押合法性為重要的偵查資料，則違反武器平等。如同公約第6條所規定，這些要求均是從對審程序權而來，並意味著在刑事程序中必須給予檢辯雙方機會，去知悉、評論相關報告資料及對造所提出的證據。依照人權法院過去的裁判所示，由公約第6條所使用的用詞來看，特別是從「刑事控訴」(criminal charge)的意義而言，公平程序的要求亦適用於審前程序。<sup>186</sup>尤其鑒於剝奪人身自由對基本權影響的嚴重性，公約第5條第4款所要求的程序，在偵查中原則上亦應儘可能地內滿足公平程序基本要求，例如擁有對審程序之權利。無論內國法選擇何種方式滿足這些要求，均應確保程序中的對造能知悉已提出於法院的報告資料，並有機會對該資料做出評論。<sup>187</sup>

人權法院認為本案中，雖有對申訴人告知逮捕所依據的涉嫌理由、證據及據以羈押的理由，但此等均屬非具體性的詞語。辯護人要求閱卷時有部分被以危及偵查目的為由而拒絕，但法院卻以 K 的證詞作為重大犯罪嫌疑之主要依據，可見該等部分的偵查資料內容扮演著關鍵性角色。在此階段時，檢察官及法院均相當熟悉這些資料，但申訴人或其辯護人卻無法知悉這些資料的確切內容為何，而無法獲得適當挑戰檢察官及法院所作結論的機會，尤其是關於 K 證詞的可靠性或確定性。羈押令狀中固然提供構成嫌疑基礎事實的細節，然而以此方式提供的資訊，是由法院根據其由檢察官一方所獲得的資訊，去進而解釋出的事實記述；因此，被告若是不知悉該等事實所根據證據，幾乎不可能去適當挑戰這些事實的可靠性。這是為使被告能夠獲得充分機會去了解所根據的證據，因此不論被告能夠提出辯護與這些企圖獲得的證據之間，兩者是否有任何關聯的跡象。又檢察官認為本案複雜且牽涉許多其他嫌疑犯，而依刑事訴訟法第147條第2項，以可能妨礙進行中的偵查活動為由拒絕給予閱卷。刑事偵查固然有有效進行的必要，其中也包含了偵查中所獲得的部分資訊必須維持機密，以免嫌犯破壞證據或妨礙司法程序；但無論如何，這項正當目的之追求不能在嚴重限制辯護權的犧牲之下進行。因此，對於評論羈押合法性為重要的資訊，必須以適當方式給予被告的律師。在此情形之下，法院使申訴人因為無法獲得偵查資料因而無法對 K 陳述作出適當挑戰，故羈押審查程序並未遵守公約第5條第4項之擔保，已違反公約。<sup>188</sup>

## 2、*Lietzow v. Germany*<sup>189</sup>

申訴人為公務員，在任職期間收受某公司負責人 W 及代理人 N 的賄款，並答應使該公司獲得簽訂契約的機會。其後，申訴人被以瀆職及詐欺等罪名偵查。由於申訴人表示其在被捕前曾與 W 聯絡過，法官因而認定其有勾串證人之虞予以羈押。辯護人雖又要求閱卷，卻被檢察官以本案涉及複雜的經濟犯罪並有多位公務員涉案為由拒絕之。直到約兩年半後，辯護人才獲得完整閱卷，而此段期間內，申訴人一直處於受羈押狀態。<sup>190</sup>

<sup>186</sup> See ECHR, *Imbrioscia v. Switzerland*.

<sup>187</sup> ECHR, *Garcia Alva v. Germany*, §39.

<sup>188</sup> ECHR, *Garcia Alva v. Germany*, §§41-43.

<sup>189</sup> ECHR, *Lietzow v. Germany*, Judgment of 13 February 2001, Appl. no. 24479/94.

<sup>190</sup> ECHR, *Lietzow v. Germany*, §§7-29.

申訴人主張，其重大犯罪嫌疑是根據另外兩位嫌疑人 W 及 N 的陳述而得，但其辯護人卻無法透過完整閱卷權知悉該等關鍵性的證詞細節，以致於無法質疑證詞的可靠性。政府抗辯，申訴人收到的逮捕令狀已記載相關事實細節及部分證據，這些內容均與法院決定羈押的理由相同；而法院也口頭告知申訴人，認定有勾串危險是基於其在被逮捕前曾與共犯聯絡的事實。此外，申訴人也未告知還有何等資訊是被遺漏的。基於本案涉及 160 多項的控訴，程序相當複雜，且瀆職部分的偵查程序尚在建構之中，而有必要避免因過早閱卷影響真實發現。<sup>191</sup>

人權法院在此首先重申同於 *Garcia Alva* 案所表示的基本原則<sup>192</sup>；接著認為，由本案的事實可發現，W 及 N 的證詞對於羈押與否具有關鍵性地位，且檢察官及法院均對證詞內容相當熟悉，卻未給予申訴人或辯護人知悉，使彼等無法質疑證詞的可靠性及正確性，並適當地挑戰檢察官及法院所推斷的結論。此外，逮捕令狀中的事實描述也僅是法院基於檢察官所提出的事實所建構的，因此在不知原始證詞內容的情況下幾乎是無法適當挑戰這些描述的可靠性。刑事偵查固然需要使部分搜得的資訊予以保密，以避免嫌疑人湮滅證據或干預司法，但這種正當目的的追求也不能在犧牲被告權利的情況下去完成，因此仍必須使律師能以適當方式(in an appropriate manner)去獲得資訊。<sup>193</sup>

### 3、*Schöps v. Germany*<sup>194</sup>

申訴人涉嫌詐欺、運輸及販賣毒品、參與犯罪組織並犯多起案件、逃稅、賄賂、教唆偽造公文等重大罪名。法院認為申訴人涉嫌重罪且有足夠的資金逃亡，並有湮滅證據及干擾證人可能，而將其羈押。辯護人要求閱卷亦被檢察官以避免干預偵查活動而部分被拒絕。本案進入人權法院時，政府表示本案的討論應分為三個階段：在第一個階段，也就是羈押抗告法院作出決定前，一開始並無辯護人提出閱卷申請的記錄，並且後來辯護人申請時，審議委員會則以電話通知拒絕給予閱卷的決定，辯護人則因此放棄閱卷；在第二個階段，也就是抗告法院作出決定後，此時辯護人已經獲得一部分卷證資料，且並未進一步在新的卷宗形成後要求閱卷，因此檢方也沒有主動提供的義務；第三階段則是已給予辯護人完整閱卷之後。<sup>195</sup>

人權法院在此首先也表示其維持武器平等的一貫見解<sup>196</sup>，並接著針對第一階段欠缺請求閱卷記錄部分，認為本案中即便欠缺辯護人請求閱卷的紀錄，也不足以證明辯護人確未請求過。畢竟無論如何，司法機關必須依照公約第 5 條第 4 款的要求去組織規劃程序，而使公約的權利保障成為實際有效的，此點在本案似乎非難以達成。關於政府表示辯護人放棄在閱卷一點，由於放棄公約所擔保的權利必須以明確方式為之，且尚須附加最低擔保以因應其重要性，始發生效力；本案中電話精確內容如何仍有疑問，又鑒於聽審的重要性，被告的辯護人不能代表申訴人用任何明確方式放棄聽審程序前的閱卷權。在第二階段部分，雖然辯護人後來以獲得閱卷，但新增加的 45 卷的卷宗資料未予辯護人閱卷。固然在德國法之下，閱卷的開啟是取決於辯方聲請，但在特殊情況下，當辯方先前已經要求接近全部卷證，並有持續受

<sup>191</sup> ECHR, *Lietzow v. Germany*, §§41,42.

<sup>192</sup> ECHR, *Garcia Alva v. Germany*, §39.

<sup>193</sup> ECHR, *Lietzow v. Germany*, §§44-48.

<sup>194</sup> ECHR, *Schöps v. Germany*, Judgment of 13 February 2001, Appl. no. 25116/94.

<sup>195</sup> ECHR, *Schöps v. Germany*, §§7-14, 41-43.

<sup>196</sup> See ECHR, *Garcia Alva v. Germany*, §39; ECHR, *Lietzow v. Germany*, §44.

告知卷證內容的急迫利益，在延長羈押的聲請被重新提出時，即應給予辯方去審閱其他新增卷證之機會。因此，既然先前檢方曾同意給予給予閱卷，若尚要求辯護人對於新增加的龐大卷證資料提出新的閱卷聲請，實屬太過於形式化且與所生損害不成比例，故偵查機關應不待辯方提出新的申請，即主動給予閱卷機會。因此，人權法院認為前兩個階段均違反公約第 5 條第 4 項之要求，而宣告德國政府敗訴。<sup>197</sup>

## 第二目 2007 年之 *Mooren* 案

歷經三則敗訴判決後，雖然此議題已廣受實務上注意，但德國並未因此修法，且部分實務仍依照德國刑事訴訟法第 147 條第 2 項在偵查中羈押審查程序限制辯護人閱卷，因此在 2007 年，德國政府再度於歐洲人權法院遭到敗訴命運。<sup>198</sup>

申訴人任職於私人公司，因涉嫌逃漏大量稅款而被羈押。逮捕令狀有記載事實及證據，且申訴人有獲得口頭告知相關事實及證據。但辯護人要求進行與羈押相關的完整閱卷時，被檢方依照德國刑事訴訟法第 147 條第 2 項拒絕。本案經抗告發回後，辯護人仍僅獲得 4 頁的稅務影本。<sup>199</sup>

申訴人向歐洲人權法院提出申訴，主張其辯護人在羈押審查程序中被拒絕閱卷，且案件程序相當複雜，非僅由檢察官口頭告知卷證內容再甫以少部分資料影本，即可認為足以提出適當辯護。政府認為，在該程序的審理進行時，地方法院已經核發待執行的搜索票，若給與辯護人閱卷將有害於搜索的執行；況且，卷證的內容大多由被告住處或公司所搜獲，僅有少部分是證人證詞，因此與歐洲人權法院過去裁判案例中大部份為證人證詞的情形有所不同。<sup>200</sup>

人權法院首先重申同於 *Garcia Alva* 案、*Lietzow* 案及 *Schöps* 案所表示的一貫見解，說明鑒於剝奪人身自由對基本權侵害的嚴重性，必須使羈押審查程序符合武器平等原則。即便是為了追求有效偵查的正當目的，也不能因此而嚴重限制被告權利，故必須使辯護人能以適當方式獲得對羈押合法性判斷為重要的資訊。本案中對於羈押與否具有關鍵性的證據，包含從被告住處搜得的資訊以及被告雇主的陳述等等大量資訊，然申訴人之辯護人卻僅獲得四頁的稅務影本。辯護人所獲得的資料若未與其他資料結合觀察，即便是有辯護人協助的被告亦幾乎無法挑戰證據的真實性。縱然證據是從被告住處扣得，也必須讓辯護人有充份機會親自去熟悉。因此，檢察官及法院僅以口頭告知證據內容，且羈押命令中所引的資料是大部分是以摘要的方式呈現，而此等方式均不足以使被告或其辯護人挑戰證據的真實性，故違反武器平等。固然上級法院注意到申訴人的程序權利在其辯護人無法閱卷的情況下已受到損害，並將案件撤銷後發回地方法院，然而，從公約第 5 條第 3 項及第 4 項的用詞中明顯可知，於涉及人身自由被剝奪的情況下，公約之權利保護僅於所有要求均被迅速保障時，始能產生效用，但本案卻在申訴人釋放後才予以辯護人閱卷。因此，儘管辯護人於程序的後階段獲得閱

<sup>197</sup> ECHR, *Schöps v. Germany*, §§44-55.

<sup>198</sup> ECHR, *Mooren v. Germany*, Judgment of 13 December 2007, Appl. no. 11364/03.

<sup>199</sup> ECHR, *Mooren v. Germany*, §§5-40.

<sup>200</sup> ECHR, *Mooren v. Germany*, §§88-90.

卷，亦無法彌補前階段的缺失，故德國政府違反公約第 5 條第 4 項。<sup>201</sup>

本案經上訴至歐洲人權法院大法庭(Grand Chamber)。大法庭所作之裁判中，對於是否應給予辯護人閱卷權一事，採取與分庭相同的看法。理由中，首先確認本案之辯護人確實僅獲得口頭告知卷證內容及四頁的稅務資料影本；接著明確表示羈押抗告的審理程序必須符合對審，並使檢辯雙方能夠維持武器平等；最後表示，由於本案之辯護人無法接近對於判斷羈押合法性為重要的資訊，故德國政府違反公約第 5 條第 4 項的武器平等要求。<sup>202</sup>

#### 第四款 建立羈押審查程序閱卷權之歐洲標準

歐洲人權法院所作之其他裁判中，亦不乏因為偵查中羈押程序之閱卷問題而被宣告敗訴的國家。<sup>203</sup>但若是政府已提出合理證據表示曾給予閱卷，但申訴人卻無任何證據可推翻政府

<sup>201</sup> ECHR, *Mooren v. Germany*, §§91-99.

<sup>202</sup> ECHR, *Mooren v. Germany*, Judgment of 9 July 2009, Appl. no. 11364/03, §§121-125. 本判決主要篇幅是針對尚在內國審理時，上級法院未將下級法院的裁判撤銷後自為裁判，而是採取撤銷發回的方式，是否屬於恣意違反程序迅速要求，使羈押命令根本為無效而違反公約第 5 條第 1 項。人權法院表示，除非是羈押命令有明顯重大違法而顯然無效情形，例如逾越管轄權、有利害關係之人未受到聽審程序的適當通知，均可經由上級審法院治癒，而非自始無效。所謂的恣意，在人權法院裁判中通常是指政府一方有欺瞞行為或是故意不正確適用法規情形，因此在延長羈押的情形，除了是完全沒有提出延押的理由或是所附理由過於簡短，或是完全沒有引用延長羈押的法條依據，才會被認為是恣意。關於羈押命令，內國法院對於期限屆滿或是發現有瑕疵時的更換命令速度，也是判斷恣意的重要因素。若僅是上級法院發回下級法院而要求其作出新的羈押命令的情形，並不當然會被認為屬於恣意；但若是發回的期間超過一年，而被羈押人卻仍無法確定羈押理由，且缺乏下級法院重新審查的時間限制，則會被認為屬於恣意。又公約第 5 條第 4 項的違反並不代表第 5 條第 1 項的違反，縱然過去的人權法院裁判中曾假設，拒絕辯護人在審查程序中閱卷若結合其他程序瑕疵時，則可構成明顯重大瑕疵，但本案尚不應認為屬於此種狀態；畢竟系爭羈押命令的作成中，法院不但有特定申訴人的罪名，亦有羅列了涉嫌公司的名稱，並說明涉嫌理由主要是依據被告住處扣得的證據，因此不能認為被告是完全未受內容告知或不知基礎罪名的情況。因此本案尚非「明顯重大違法」而構成顯然無效的情況，故未違反公約第 5 條第 1 項。See ECHR, *Mooren v. Germany*, Judgment of 9 July 2009, §§72-95.

<sup>203</sup> See ECHR, *Nikolova v. Bulgaria*, Judgment of 25 March 1999, Appl. no. 31195/96; *Shishkov v. Bulgaria*, Judgment of 9 April 2003, Appl. no. 38822/97.

*Nikolova* 案之申訴人在國營企業作出納事務之會計人員，因為被審計人員發現該公司自一個月前突然開始有嚴重資金短少情形發生，申訴人因此被控侵占，並因重罪而羈押。申訴人主張，羈押抗告時，上級法院進行審理時不但未通知程序何時進行，亦未給予其閱卷，以至於其無法表示意見。政府抗辯到，依照該國法規規定，在偵查結束前不得給予被告閱卷。人權法院在此首先開宗明義表示，羈押抗告的審查程序必須提供公正程序的擔保，程序必須是對審而確保兩造之武器平等；若是拒絕辯護人接近對於有效挑戰羈押合法性為重要的偵查資料，則違反武器平等原則。本案中，上級法院接受檢察官所提出的要求而駁回抗告的書面意見，卻未給予申訴人回應機會，顯然使申訴人無法為了挑戰羈押理由而去接近任何偵查中之卷證資料，應認為程序並非屬於真正的對審，亦無法確保兩造間的武器平等。因此，保加利亞政府違反公約第 5 條第 4 項。See ECHR, *Nikolova v. Bulgaria*, §§ 9-10, 55-61.除此之外，值得一看的是，本案有相當大篇幅在處理重罪羈押問題。申訴人主張法院未考量其有家庭、穩定的生活及職業，根本無逃亡之虞，而僅因為檢察官以重罪為由聲請羈押即予以羈押，使法院淪為偵查機關的橡皮圖章。政府主張，重罪羈押本身即已考量到因重罪而逃亡的風險，且從本案來看，法院並無對提出的資料怠於審查的情形。人權法院關於此部分則表示，人權法院固然不對內國法規作抽象審查，但仍會檢驗個案情形是否符合公約規定。本案中的申訴人面對重罪羈押，進一步提出其有穩定生活而無逃亡可能，但內國法院對此卻毫無審查，顯然是認為此與羈押毫無關聯；然而申訴人所提出的理由並非顯然不可信或不合理，因此法院將此予以忽略，顯然不符公約第 5 條第 4 項公平程序之要求。See ECHR, *Nikolova v. Bulgaria*, §§55, 56, 59-61.

*Shishkov* 案中，申訴人任職保全公司，其客戶於出國度假期間住宅失竊，損失大量現金及珠寶，申訴人因此涉嫌重大而被逮捕。於訊問後，申訴人坦承涉及竊案並已銷贓，隨後即將部分贓物歸還，並告知銷贓對象之身分；但檢察官仍以申訴人所犯為重罪，且近期有多次出國紀錄而有逃亡之虞，聲請羈押獲准。羈押期間，申訴人之辯護人數度聲請閱卷，均被以偵查程序尚未終結為由拒絕；直至偵查即將終結，而申訴人被控罪名亦由加重竊盜罪減輕，法院才認為已無損害司法之虞而給予辯護人閱卷。人權法院在此首先亦強調於羈押審



說詞時，則人權法院將不採信申訴人主張；但無論如何，人權法院仍會重申先前裁判所確立之見解。<sup>204</sup>

關於羈押程序之閱卷權保障，由於羈押審查程序亦必須具備司法審查程序之程序保障，而對審及武器平等之要求屬於司法程序保障不可或缺之要素，並且，閱卷又屬於實現武器平等原則之必要條件，故可得出羈押審查程序中必須給予閱卷之結論。

以下則透過人權法院裁判內容，重新建構歐洲人權法院對於偵查中羈押審查時閱卷權保障的標準。

## 第一目 歐洲人權法院對於羈押程序閱卷權所確立之標準

### 1、保障依據

此處涉及重心為羈押合法性之問題，故落入歐洲人權公約第 5 條第 4 項之範圍。然而由歐洲人權公約之規定觀察，可作為羈押審查程序中之閱卷權基礎者，除了公約第 5 條第 4 項外，尚有公約第 6 條第 3 項 b 款，因為時點之問題上，公約第 6 條保障範圍是否包含偵查程序，此等問題早已在 *Imbrioscia* 案之中獲得肯定答案。<sup>205</sup>公約第 6 條係針對所有情形之閱卷而發，亦不限於為審判程序中之閱卷；而公約第 5 條第 4 項則係針對剝奪人身自由之審查程序所應遵循之特別規定。因為羈押審查程序本身即屬於司法(judicial)程序，故應遵守司法程序所應恪遵之種種程序擔保之原理原則，惟保障之程度，則須視剝奪自由之本質而定。<sup>206</sup>不過，以上顯示人權法院在此類裁判中，均相當明確地以公約第 5 條第 4 項作為審查依據即作出肯定答案，可見在剝奪人身自由之合法性審查時的程序保障，第 5 條第 4 項相較於第 6 條具有優先適用的地位。

由以上裁判可知，在羈押審查之閱卷權保障方面，由公約第 5 條第 4 項所衍伸出之程序

---

查程序中必須遵守武器平等，儘管偵查中有維持機密以避免被告妨礙司法程序之正當理由，亦不能以此禁止辯護人接近對於羈押合法性判斷為重要之資訊。本案中的辯護人被拒絕接觸所有卷證資料，而相對地，檢察官卻有知悉全部卷證內容的資訊優勢，因此與公約第 5 條第 4 項所要求的武器平等原則不符。See ECHR, *Shishkov v. Bulgaria*, §§9-35, 69, 78-80.

其餘案件類型參照張之萍，刑事被告的閱卷權，台灣大學碩士論文，2007，53、63 頁。

<sup>204</sup> ECHR, *Ananyin v. Russia*, Judgment of 30 July 2009, Appl. no. 13659/06. 判決內容略以：申訴人涉嫌重傷害罪、加入持有槍械的犯罪組織，以及多項加重強盜、恐嚇、擄人勒贖、重傷害及殺人等罪名，被內國法院以有逃亡之虞或再犯可能而羈押；其後又因仍有逃亡之虞及干擾證人可能而被延長羈押。羈押期間，申訴人向內國法院提出異議，表示其辯護人向檢察官要求閱卷卻被拒絕，而要求法院給予閱卷；但內國法院未予以採信而將此異議駁回，理由中明確表示法院判斷羈押與否僅依據被告查閱過的刑事卷宗內資料，而這些資料內容包含正當化對申訴人等人羈押的充分證據。關於此爭議，政府在人權法院表示已經給予申訴人之辯護人在偵查程序中對全部卷證進行閱卷。人權法院在此亦開宗明義重申內國法院對於羈押審查合法性的任務內容，並且強調在審查時必須使雙方能對他造所提出的證據予以評論，以確保程序中的武器平等。在本案中申訴人並未主張未收到檢察官要求延長羈押的影本，也沒有主張未被給予對此評論的機會，而是直接針對內國法院拒絕同意其對檢察官要求延長羈押所根據的資料閱卷。無論如何，內國法院曾表示延長羈押僅涉及系爭的刑事卷宗資料，並且該等資料也都已經給申訴人閱覽過；相對地，申訴人並未提出任何相反的證據。因此，在此並沒有任何跡象顯示出內國法院有根據未包含在刑事卷宗內資料，也未有任何跡象顯示出內國法院在任何一個程序階段拒絕申訴人接近資料，故申訴人的主張不具說服力，應予以駁回。See ECHR, *Ananyin v. Russia*, §§7-38, 101-103.

<sup>205</sup> ECHR, *Imbrioscia v. Switzerland*, §36.

<sup>206</sup> 關此，參照第二章第一節第二項第二款。

保障要求，亦必須遵守公約第 6 條公平審判原則所要求的對審<sup>207</sup>及武器平等原則<sup>208</sup>，被羈押人一方亦能對於檢察官所提出於法官之卷證資料，能夠知悉並以書面或口頭方式提出意見，而達到雙方地位之均等。<sup>209</sup>人權法院確立了羈押審查程序中必須符合對審及武器平等原則之要求，此點儘管在內國法要求檢察官必須保有客觀中立性之情形，例如德國，亦不受影響。<sup>210</sup>

有學者批評歐洲人權法院以武器平等作為論據基礎，有其根本缺陷存在。首先，若就武器平等原則貫徹而言，由於在偵查階段及審判程序階段檢察官理所當然能完整地接近偵查卷證，如此一來，被告是否也應有相同的全面接近機會？次者，若是僅就檢察官提出之部分給予被羈押人或其辯護人閱卷，如何防免檢察官隱匿有利證據？因此，閱卷之範圍應該是提出於法院的所有卷證，而非控訴機關所擁有的全部卷證，且在此之外應再包含控訴機關所握有的有利被告之證據資料；故由結論此推論下來，實應以程序公平性之一般性要求作為閱卷之基礎，而非武器平等原則。<sup>211</sup>

## 2、保障程度

於保障程度的問題，人權法院著眼於剝奪人身自由對基本權干預之嚴重性，因此要求即便是在偵查程序中，羈押審查也必須盡其可能地去遵守公平程序要求。人權法院雖仍肯定在偵查程序中經常有必須使偵查資訊予以保密的重要公共利益，但鑒於剝奪人身自由對基本權侵害的強烈程度，此時也不得不放棄偵查利益；因為無論如何，不能以被告此時之防禦權作為達成公益目的之犧牲品。因此可以說在此的保障程度屬於最高程度的核心保障範圍，即便是遇到重大(例如 *Schöps* 及 *Garcia Alva* 案涉及販賣毒品、組織犯罪等罪名)或複雜(例如 *Lietzow* 案涉及複雜的賄賂案情，並且尚有多位公務員在偵查中)案件，甚至是涉及即將發生的突襲性強制處分(例如 *Mooren* 案中已有核發待執行的搜索票)，也沒有任何例外存在。<sup>212</sup>

## 3、保障範圍

保障範圍上，區分時點、主體、對象及方式分別說明：

### (1) 時點

<sup>207</sup> 對審的意義，即在於不但能提出自己的意見，並能對相對人(即對造)所提出的論述提出意見，且並不以口頭提出為限。Vgl. Gollwitzer, Menschenrechte im Strafverfahren: MRK und IPBPR Kommentar, 2005, Art. 5 MRK (Art. 9, 11 IPBPR) Rn. 124.

<sup>208</sup> 武器平等原則於羈押審查的另一個之意義在於作為被告在場之依據。基於武器平等原則，即便是由檢察官對駁回羈押所提出之抗告程序，亦必須使被告具有在場權而能當場提出答辯。此外，武器平等原則亦可作為辯護人在場之根據。另外，武器平等原則不僅作為被告之權利，亦作為正當法律程序之重要原則，因此並非被告得以任意放棄。但基於武器平等的意義，若是檢察官未出庭之情形，此時武器平等原則並不要求被告必須在場，蓋武器平等原則所重視者，係必須讓對造能有表示意見之機會。Vgl. Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 346ff.

<sup>209</sup> Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings, 2005, pp. 484.

<sup>210</sup> Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 346ff.

<sup>211</sup> Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 352.

<sup>212</sup> 與本文相反見解：施育傑，歐洲人權公約第五條—以歐洲人權法院裁判為借鏡檢討我國羈押與人身拘束制度，台灣大學碩士論文，2008，183 頁。亦有學者認為，危及偵查目的之情形，尤其是涉及到突襲性強制處分之部分，仍可作為限制閱卷及武器平等原則之例外情形。然而在德國法之脈絡下，此聽審權保障的不足亦必須在事後救濟時予以補償。Vgl. Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 353.



首先是關於時點。人權法院強調者為審查羈押合法性之時點，因此不論是對於決定羈押與否的第一次羈押審查，或是其後的抗告程序，以及延長羈押之審查程序，均在保障範圍內。另外，也不限於審判程序，即便是偵查程序中的羈押也明確包含在內，因為即便是偵查程序，亦受到公約第 6 條之公平程序保障。然而人權法院僅將此偵查中毫無限制的閱卷權保障限定於羈押情形；從 *Foucher* 案來看，未面臨羈押的被告儘管無辯護人，仍可在偵查中拒絕被告閱卷。<sup>213</sup>

在一般審判情形中的閱卷，必須確保辯護人能夠有適當期間進行閱卷以及與被告進行討論，但是在羈押審查的情形，人權法院對此項要求之密度似乎有所放寬。<sup>214</sup>

## (2) 主體

次者是關於主體。究竟必須由被羈押人親自閱卷，或是經由辯護人進行即可，關此，歐洲人權法院並未給予明確答案。<sup>215</sup> 以上個案中，人權法院認為必須給予申訴人(即被羈押人)或其辯護人接近卷證資料，似屬於擇一情形，並非必須使被羈押人本人進行閱卷。但在此之外，人權法院更在 *Mooren* 案賦予辯護人特殊地位，認為即便證據資料為被羈押人所知悉，亦須另予辯護人親自接近該等資料。<sup>216</sup>

必須特別注意，人權法院向來是以個案審查方式，結論也往往依附於個案事實，因此以上個案肯定辯護人閱卷與被告閱卷的同等地位，不代表辯護人之閱卷權可以取代被告本人之閱卷權。舉例而言，若是被告有辯護人的情形，在 *Kamasinski* 案<sup>217</sup>，申訴人依奧地利法僅能透過辯護人閱卷，但人權法院認為辯護人有充分時間閱卷，並得將內容影印或口頭轉知給被告，因此未被認定違反公約；相對地，在 *Öcalan* 案<sup>218</sup>，申訴人亦僅能透過辯護人閱卷，但人權法院在此卻認為，由於辯護人將內容轉知被告時有種種限制，且內容涉及到許多細部事項是必須經由被告本人親自接觸卷證內容，始能排除與自身無關之指控，因此認定僅給予辯護人閱卷並不符合公平審判原則。由此處可看出人權法院的關鍵仍在於，就辯護之整體情境而言，是否符合武器平等以及有效辯護等原則，而滿足公平審判原則之要求，並非有固定標準答案。<sup>219</sup>

## (3) 對象

再者為對象之問題，亦即所予以保障接近之偵查卷證資料範圍多廣的問題。人權法院再三強調，必須使辯護人能以適當方式接近對於挑戰羈押合法性為重要的資訊。<sup>220</sup> 然而何謂「對於挑戰羈押合法性為重要」，人權法院似乎未有明確具體說明，而仍屬於抽象概念。<sup>221</sup> 究竟此係指檢察官提出於羈押審查法院的全部資料(在此暫稱為廣義說)，抑或確實對於羈押合法

<sup>213</sup> ECHR, *Foucher v. France*, Judgment of 18 March 1997, Appl. no. 22209/93.

<sup>214</sup> ECHR, *Khodorkovskiy v. Russia*, Judgment of 31 May 2011, Appl. no. 5829/04, §§225-229.

<sup>215</sup> Vgl. *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 354.

<sup>216</sup> 詳細說明參照緊接下文第二目。

<sup>217</sup> ECHR, *Kamasinski v. Austria*, Judgment of 19 December 1989, Appl. no. 9783/82.

<sup>218</sup> ECHR, *Öcalan v. Turkey*, Judgment of 12 May 2005, Appl. no. 46221/99.

<sup>219</sup> 林鈺雄，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，政大法學評論，第 110 期，2009 年 8 月，224 頁以下；張之萍，刑事被告的閱卷權，2007，台灣大學碩士論文，40 頁以下。

<sup>220</sup> Vgl. *Meyer-Ladewig*, EMRK, 2011, Abschnitt I Rn. 89.

<sup>221</sup> *Beulke/Witzigmann*, Das Akteneinsichtsrecht des Strafverteidiger in Fällen der Untersuchungshaft, NStZ 2011, 254, 258ff.

性審查具關聯性之部分，即羈押法院作為決定羈押之理由部分(在此暫稱為狹義說)？

關於此問題，多數認為人權法院是採取前者之廣義說，亦即檢察官提出於羈押審查法院之全部卷證。<sup>222</sup>原因在於，人權法院在此所採取之理由為武器平等之保障，而在此概念下，只要是檢察官所提出於法院而為檢察官及法院所熟知者，即必須使辯方得以知悉，以確保對造能知悉並作出評論。<sup>223</sup>不過也有支持後者的狹義說，認為若是對於羈押合法性審查無關聯性卻被提出於法院的部分，無庸列入閱卷權範圍內，因為即便是依照人權法院所提出武器平等的「認知對等(Wissensparität)」要求，亦只有在維護公平程序之範圍內始有必要性。<sup>224</sup>

本文認為，人權法院似乎尚未明確對此點作出明確說明，尤其以上敗訴案例中，辯護人閱卷之部分均為決定羈押與否之關鍵性證據，尤其是關鍵性證人證詞，因此更難以直接斷言。然而又從人權法院曾表示：「這些要求是為使被告能夠獲得充分機會去了解所根據的證據，因此不論被告是否能夠提出與此等證據有關聯之辯護，或其提出之辯護與此等證據間有無任何關聯跡象。<sup>225</sup>」等語，似乎較偏向前者的廣義說。且由歐洲人權法院對於第 6 條公平審判原則之審查態度上可發現，人權法院並不要求內國政府被訴違反公約的行為與申訴人受有不利結果間，必須有因果關係的存在。<sup>226</sup>因此，本文認為，歐洲人權法院在此採的應是廣義說的見解，即範圍包含檢察官提出於法院之證據資料，作為閱卷權行使範圍。<sup>227</sup>

#### (4) 方式

最後是關於方式的問題，亦即必須使被羈押人或其辯護人，能以何種方式獲得該等重要資訊。人權法院在判決中表示必須「以適當方式(in an appropriate manner)」給予辯護人接近該等資訊，但卻未曾正面定義何謂「適當方式」。然而從敗訴的案例事實中來看，無論是給予記載的事實及證據的逮捕或羈押令狀，或由偵查機關或羈押審查法院進行口頭告知，或以摘要形式的書面資訊給予相關資訊，均被人權法院判定為違反公約。歸納其中見解，人權法院透過反面排除國家機關以轉述方式給予第二手資訊，而使辯護人能接觸同於審查法院所接觸的原始資訊，以確保獲得資訊之可靠性及正確性。換言之，除了以直接閱卷<sup>228</sup>的方式外，難以想像還有何種方式可以通過人權法院的審查。

## 第二目 其他閱卷相關重要見解

### 1、辯護人對資訊掌握之獨立性

<sup>222</sup> Kempf, Anmerkung zu EGMR StV 2001, 201, 206ff; Lange, Vollständige oder teilweise Akteneinsicht für inhaftierte Beschuldigte in den Fällen des §147 II StPO ?, NStZ 2003, 348, 352. 楊雲驊，閱卷權的突破——以歐洲人權法院近年來數個判決為例，台灣本土法學雜誌，第 70 期，2005 年 5 月，129 頁；張之萍，刑事被告的閱卷權，台灣大學碩士論文，2007，56 頁。

<sup>223</sup> See ECHR, Lamy v. Belgium, §29; Nikolova v. Bulgaria, §58; Garcia Alva v. Germany, §39; Lietzow v. Germany, §44; Schöps v. Germany, §44.

<sup>224</sup> Beulke/Witzigmann, NStZ 2011, 254, 259.

<sup>225</sup> See ECHR, Lietzow v. Germany, §46.

<sup>226</sup> See ECHR, John Murray v. the United Kingdom, §67-68.

<sup>227</sup> 惟本文認為，狹義說之看法較為合理，因為武器平等原則既然是從公平程序推衍而來，從公平程序保障的實質意義來看，若與羈押合法性之判斷無關聯性，被告即不會因該等資訊的存在受到不利益，即非公平程序保障之射程範圍，因此也無武器平等之要求。

<sup>228</sup> 直接閱卷原則上包含對卷宗影本進行閱卷，除非是為了挑戰影本與原始卷宗是否相符的爭點。

從大多數案例還看，人權法院僅要求必須給予被羈押人或其辯護人接近對羈押審查合法性為重要之資訊；然而在 *Mooren* 案中，檢方及法院握有之資訊大部分是由申訴人之處搜索而得，應該為申訴人本人所熟悉，但人權法院仍要求內國政府必須給予辯護人親自去接近、熟悉該等證據資料之機會<sup>229</sup>，未單純將辯護人與其當事人在資訊擁有上視為一體。辯護人擁有獨立於其當事人的資訊地位，加強辯護人直接對於證據資料進行判斷及挑戰羈押合法性的功能。

## 2、辯護人不得為被羈押人放棄閱卷權

權利擁有者基於其自主性能選擇放棄其權利，故權利之放棄為權利干預之正當化事由，此點從個人主體性之重視來看，並無疑問。辯護人為當事人之代理人，原則上能為當事人代為訴訟行為；又辯護人之閱卷權係由其當事人聽審權保障而來，但如同前述，辯護人閱卷權之行使仍有其獨立性。由於辯護人之閱卷權行使具有代為當事人行使權利以及行使本身獨立權限之功能，故辯護人表示放棄閱卷之法律效果為何？人權法院在 *Schöps* 案中表示，權利放棄必須符合明確性的要求之外，鑒於閱卷權對於公平審判極為重要，並非辯護人能放棄之權利。<sup>230</sup>

## 3、國家主動給予資訊之義務

在一般情形而言，閱卷通常是由辯方主動向檢方或法院提出要求而發生，然而從武器平等的要求出發，國家是否在羈押審查時有主動提供相關資訊之義務？在 *Schöps* 案，檢察官曾因辯護人之請求而給予其當時的完整閱卷，但後來隨著偵查進展，於延長羈押之審查時未主動讓辯護人對於新增的偵查卷證資料進行閱卷。人權法院此時即認為，因檢察官先前曾同意辯護人進行完整閱卷，而其後增加的資料既然對羈押審查具有重要性，且被告對於該部分之閱卷有急迫利益，故須不待辯護人提出聲請，即主動給予辯護人對新增卷證部分進行閱卷的機會。<sup>231</sup>

然而，是否在檢察官或法院先前未曾同意辯護人閱卷的情況下，只要是遇到羈押審查，國家機關即有主動給予辯護人閱卷之義務？受限於人權法院依附於個案事實之特性，在此仍無法知悉人權法院之明確態度。惟從人權法院向來要求各簽約國必須主動滿足公約所提供之保障的態度來看，本文認為，即便是抽離 *Schöps* 案所設定的事實情況，亦即不問辯護人先前是否曾獲得完整閱卷的情形，只要涉及羈押審查，國家即必須確保該程序符合武器平等要求。因此，即便是辯護人或被羈押人未提出閱卷聲請，國家亦有主動使辯護人獲得閱卷機會之積極義務。<sup>232</sup>

<sup>229</sup> ECHR, *Mooren v. Germany*, §95.

<sup>230</sup> ECHR, *Schöps v. Germany*, §§44-55.

<sup>231</sup> ECHR, *Schöps v. Germany*, §52.

<sup>232</sup> Vgl. dazu *Kempf*, StV 2001, 206, 207; *Lange*, NStZ 2003, 348, 349.

#### 第四節 小結

由以上歐洲人權公約及人權法院所建構之跨國性人權保障標準來看，羈押審查程序，包含羈押開始、延長、中斷或終止與否之審查程序，不但必須有辯護人於審查程序中在場提供協助，並且必須給予辯護人或被告於此時能獲得對羈押合法性決定為重要的資料進行閱卷，方能認為該羈押審查程序符合公平審判之程序保障要求。



### 第三章 德國法之發展

關於本文要處理的兩大議題—羈押之被告是否有辯護人協助之必要、偵查中羈押審查程序是否應予辯護人閱卷—德國於 2009 年羈押法修正時大刀闊斧地作出改革，使此在德國爭論已久的兩大難題在立法上獲得明確的答案。然而即便是修法後，仍有如何將新法規定與舊有制度融合的問題，以及細部操作上如何具體化的問題存在。由於德國刑事訴訟法的羈押流程與指定辯護人之規定與我國均有不同之處，故本文透過以下【羈押辯護案】，窺探此兩大議題在德國刑事訴訟法中如何發展並獲得落實。

#### 【羈押辯護案】

甲為公務員，涉嫌公務員於公共工程招標程序集體貪汙案。偵查中，檢察官以甲涉嫌重大，且有勾串共犯及證人之虞，向法院聲請羈押甲，法院並因此核發羈押令狀。

#### 〔指定辯護人篇〕：

1. 甲被捕後，送至法院進行羈押審查。由於甲認為自己只是普通的公務員，家裡人口眾多開銷大，希望能由法院為其指定辯護人，以省去委任律師的費用。因此，甲向檢察官表示，其未有法律專業知識，不知如何在羈押審查時進行辯護，且其身為家庭經濟來源重要支柱，若其被羈押將使整個家庭經濟陷入窘境，故希望檢察官能為其向法院聲請指定辯護人。(1)試問，檢察官是否應依甲之要求向法院聲請指定辯護人？法院是否應依檢察官之聲請指定辯護人？(2)若甲並非在被拘捕時提出要求，而是於羈押三個月後始提出要求，答案是否有所不同？
2. 承上(1)，若法院允以指定辯護人，由於甲希望法院能指定其所信賴的律師為辯護人，於是要求法院給予其一星期的時間去打聽有無適合的律師。(3)試問，甲之請求是否有理由？(4)承上，若法院裁定予甲一星期的期間對指定何人為辯護人表示意見，而甲果真在該期間內要求法院指定律師 X 為辯護人，則法院是否即應指定 X 為辯護人？(5)反之，若法院認為羈押審理程序迫在眉睫，故直接指定 Y 律師為辯護人，則程序是否合法？

#### 〔辯護人閱卷篇〕：

1. 假設法院依照甲的意願，指定 X 律師為辯護人。辯護人 X 為了能夠在羈押審查程序中為甲提出適當辯護，向檢察官聲請閱卷。檢察官表示，由於本案尚在偵查中，且尚有多位涉案公務員的偵查程序亦在進行中，此時給予辯護人 X 閱卷有洩漏偵查機密並妨礙追訴的疑慮，故依德國刑事訴訟法第 147 條第 2 項拒絕之。在甲之羈押審查程序中，法官口述甲的上司，即共犯乙證詞的內容要旨，待甲及辯護人 X 作出答辯後，即以該證詞為主要證據，命令將甲羈押。試問，羈押審查程序是否合法？
2. 反之，假設於辯護人 X 向檢察官聲請閱卷時，檢察官認為由於此時必須使辯護人 X 閱卷，始能讓辯護人 X 對羈押是否合法提出適當辯護，故允許辯護人 X 閱卷。閱卷時，辯護人 X

根據其接案多年的經驗，由檢察官的註記發現，檢警將於近期內對甲的住宅發動搜索。試問，辯護人 X 得否將此閱卷所獲之資訊轉知予被告甲？

〔解任辯護人篇〕

1. 承〔辯護人閱卷篇 2.〕，若辯護人 X 將此資訊轉知甲，甲立刻火速通知其妻丙湮滅家中所有證據，丙從之。隔日，檢警大規模搜索甲住處，因丙早已將證據湮滅，故檢警搜索未果。不久，東窗事發。(1)試問，法院此時得否據此撤銷對辯護人 X 所為之指定？(2)假設辯護人 X 並非指定辯護人，而為甲自行委任之選任辯護人，法院得否排除辯護人 X 於該刑事程序之中，即答案是否與(1)有所不同？
2. 承〔指定辯護人篇 2.(5)〕之情形，(3)試問，甲是否得以其與辯護人 Y 欠缺信賴關係，於後續程序中要求法院更換指定辯護人為 X？
3. 承〔指定辯護人篇 2.(4)〕之情形，(4)若審判長指定律師 X 為辯護人後，雖然甲仍受到羈押，卻在羈押一陣子後即獲得釋放，且釋放時距離審判開始之日仍有兩星期以上時，試問，甲釋放時辯護人 X 是否即因指定目的不存在而當然解任，即指定自動失其效力？

## 第一節 德國法辯護人概念介紹

進入是否要將羈押作為強制辯護事由，以及是否要給予偵查中羈押審查程序之辯護人閱卷的問題討論前，必須要先了解，辯護人在德國刑事程序中所具有的意義及功能為何，才能了解進一步分析是否有使辯護人在羈押程序中發揮其功能的必要。此外，尚必須了解德國對於辯護人之定位為何，因為對於辯護人的定位直接影響到國家制度設計時對辯護人的信賴程度，而進一步影響到辯護人在刑事程序中的權限及權限行使範圍，對本文的意義而言，即為辯護人閱卷權的行使範圍問題；而辯護人的定位除了會影響辯護人的權限外，亦會形成辯護人的相對義務範圍，進而產生當辯護人在刑事程序中違反義務時，刑事程序之制度設計上應對違反義務之辯護人採取何種措施。最後，本節亦對德國刑事訴訟法上幾個關於辯護的概念區分作出解釋，即「強制辯護/任意辯護」、「選任辯護人/義務辯護人」的概念說明，以利於後續章節敘述的理解。

### 第一項 辯護人之意義與功能

#### 第一款 辯護人之意義

儘管德國刑事訴訟制度不同於英美法而明文要求檢察官及法官無論在偵查中或審判中均負有調查對被告有利事證之客觀性義務(德國刑事訴訟法第 161 條第 2 項、第 244 條第 2 項)，此種刑事訴訟體制之下仍然有辯護人的存在。然而，既然檢察官及法官已有法定義務必須為被告調查有利事證，為何還需要辯護人協助被告？此點要從辯護人在刑事程序的意義來說明。在德國刑事程序的設計上，辯護人的存在有以下幾點意義：

#### 第一目 協助發現真實

首先，辯護人之存在有助於發現真實，避免檢察官及法官因視角之盲點阻礙發現真實。檢察官及法官固然在刑事程序依法有調查對被告有利事證之義務，但在現實上而言，往往因為其所處之情境，而影響其事證蒐集之方向。相對於檢察官及法官，辯護人處於辯方的地位，而能由被告角度去協助蒐集有利事證，避免檢察官及法官忽略蒐集有利事證之契機。又法官依照檢警蒐集之事證進行審判，因此受到檢警判斷之影響甚深，有對於不利事證評價過高之可能；辯護人存在之目的，即在於用相反角度去點醒法院，使法院能看到所有觀點後再作成判決。因此儘管法院和檢察官亦應對於有利於被告事證進行調查，刑事程序仍必須有形式上專為被告利益而為辯護之參與者，以顧及被告之需求，確保被告受到必要之保護，並促使、監督法院發現真實及迅速進行程序。<sup>233</sup>

## 第二目 確保被告作為程序主體地位

次者，被告於現代刑事程序已確立程序主體地位，而辯護人的存在則是為了維護被告之程序主體地位。德國基本法第 2 條第 1 項準用第 20 條第 3 項之結果，保障被告獲得公平的法治國程序，於法治國的被告已非程序客體，而所謂的程序主體是必須能夠對程序擁有決定性的影響力。現今刑事程序的核心價值認為，不計代價的發現真實是不被容許的，因此刑事程序必須以符合司法之方式加以塑造，重視被告作為程序主體所擁有之基本權及積極地位。

<sup>234</sup>

## 第三目 維護刑事程序之武器平等

最後，維護國家追訴機關及被告之間在刑事程序中的武器平等，也是辯護人存在的意義。在刑事程序中，檢察官及法院均為具備法律專業知識者，但被告本身或因欠缺法律知識，或因處於羈押等自由受限制的情況而使行動受到限制，或因本身利害關係甚切而喪失形成對策之信心及能力，幾乎毫無抗衡國家追訴及審判機關的力量。辯護人設置目的即在彌補落差，以專業法律知識及較為客觀之角度協助被告行使權利及維護利益。<sup>235</sup>

## 第二款 辯護人之功能

由上述可知，辯護人在刑事程序中有維護程序原則的重要意義，即便修法草案小組及聯邦最高法院屢次對於辯護人發現真相之貢獻表示懷疑，並有認為基於律師道德的改變而希望能限縮辯護人之法律地位，惟鑒於辯護人在刑事程序之重要性，無論如何，為了能夠平衡糾問式的審判制度，僅管某些個案的辯護人濫用權利，仍不應能以此為由削減辯護人原則上的功能。<sup>236</sup>由以上辯護人存在的意義可知，辯護人在刑事程序的功能，可由被告面及公益面作理解：

## 第一目 由被告角度出發

<sup>233</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrenrecht, 2009, §19 Rn. 1.

<sup>234</sup> Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 147ff.

<sup>235</sup> Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 147ff.

<sup>236</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrenrecht, 2009, §19 Rn. 2.

辯護人是為了維護武器平等而存在，並為被告之利益，協助被告完整地維護程序權利。依德國刑事訴訟法第 137 條第 1 項第 1 句<sup>237</sup>，被告得於程序之任何階段利用辯護人進行輔助。但刑事程序中的辯護人與民事程序中之訴訟代理人角色不同，刑事程序之辯護人不能用民事程序的代理人角色去理解，例如刑事程序中，通常必須由被告親自出庭，僅有在少部分特殊情形下才能由辯護人代理。故對辯護人較正確之理解係將辯護人定義為「輔助」之功能，而非「代理」。<sup>238</sup>

辯護人作為被告之輔助者而擁有多種權限，例如向被告作出關於實體法及程序法上之建議、為被告之利益表示意見、行使被告及辯護人均擁有之程序權利，如聲請調查證據，並能在法律規定之情況下作為被告代理人。辯護人更基於其本身存在的意義及制度上的定位而擁有一些超越被告的特殊權利，例如德國刑事訴訟法第 147 條第 1 項賦予辯護人在審判中有不受限制的閱卷權。辯護人的功能除了以上所述之提供法律專業協助外，對被告而言，精神上支持之功能也是相當重要的。<sup>239</sup>

## 第二目 由公共利益角度出發

辯護人具有維護被告利益及公共利益之雙面功能。辯護人要維繫國家任務的達成，例如貫徹無罪推定原則、監督程序之形成是否符合法治國原則等等。另外由於德國多數說將辯護人定位為自主性司法單元，基於其公益性之肯定，辯護人為被告辯護時也負有真實義務，不得使案情晦暗。然而，這些任務仍有別於法官及檢察官，僅須由維護被告利益之角度去達成，換言之，是辯護人僅負有片面性的公益任務。<sup>240</sup>

由於辯護人具有公益性目的，儘管其是為了被告之利益而存在，卻獨立於被告之意志而進行辯護。為了使被告能獲得有利結果，辯護人能夠在違反被告意願情形下提出有利被告之證據，甚至是在被告不願意進入鑑定機構的情況下，聲請對被告作精神鑑定。但辯護人得違反被告意願獨立辯護之情形亦有例外，例如德國刑事訴訟法第 297 條即規定，當被告明確表示不願提出上訴時，辯護人即不得違反其意願而提出上訴。<sup>241</sup>

## 第二項 辯護人之定位

對於辯護人定位之抉擇，直接影響到辯護人之功能及權利義務<sup>242</sup>，例如，可否反於被告之意思進行辯護、可否為被告之利益隱瞞事實、可否「教導」被告以反於真實之方式使自己脫罪等等。辯護人之定位會影響辯護行為界限之劃定，並進一步影響法律賦予辯護人權利之範圍，因為立法者在進行規範設計時，必須考量哪些規範上應為及不應為的行為，屬於對辯護人之合理期待，才能在立法時在保護被告利益及發現真實之間，作出適當衡平取捨。

由於刑事訴訟法典中並沒有關於辯護人功能的描述，關於辯護人的權利及義務之規範亦

<sup>237</sup> 原文為：「Der Beschuldigte kann sich in jeder Lage des Verfahrens des Beistandes eines Verteidigers bedienen.」

<sup>238</sup> Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 148.

<sup>239</sup> Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 149; Roxin/Schünemann, Strafverfahrenrecht, 2009, §19 Rn. 1.

<sup>240</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrenrecht, 2009, §19 Rn. 11. 關於辯護人公共利益的功能面向，與辯護人之定位有直接關聯，關此參照本節第二項第一目司法單元理論介紹部分。

<sup>241</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrenrecht, 2009, §19 Rn. 11.

<sup>242</sup> Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2010, Rn. 10.



不具完備性，而這些空缺的填補也僅能靠著辯護人形象的建構才能完成。辯護人於刑事程序之定位在德國向來頗具爭議性，而歐洲人權公約及人權法院案例法也未對此表示意見。<sup>243</sup>關於辯護人之定位，德國大致有兩派見解，一派認為辯護人作為被告輔助人兼及司法單元，特色在於強調辯護人之公益性；而另一派則認為辯護人作為當事人利益之代理人，著重於辯護人對當事人之從屬性。這兩種見解的差異，可以藉由以下案例作為說明：

#### 【偽證辯護案】

A 被控在某日夜晚犯下強盜案。在偵查中，A 向辯護人 V 坦承強盜不諱，並表示其兄弟 B 願意協助其脫罪，而為其作出虛偽的不在場證明。試問，V 得否以 B 為證人而聲請調查證據，證明案發當晚 A、B 兩人在 B 住處飲酒談天，故 A 有不在場證明？

#### 【閱卷搜索案】

偵查中，辯護人 V 於閱卷時，由卷宗內之註記根據其專業經驗發現，檢警相當可能於隔日發動對 A 住宅之搜索，故緊急通知 A 湮滅相關證據。果然，檢警於隔日發動搜索，未果。試問辯護人 V 之行為是否合於辯護行為之界限？是否應負德國刑法第 258 條妨礙刑事處罰罪之刑責？

關於以上兩則案例，將因對辯護人定位之不同，而有不同結論。以下先介紹德國對於辯護人定位之理論介紹，再透過以上兩則案例呈現理論差異之處。

### 第一款 被告之輔助人兼司法單元說

此說可簡稱為「司法單元理論(Organ der Rechtspflege)」，特色在於認為辯護人具有一定的公益性義務，即對於刑事訴訟發現真實目的之維護義務。根據此義務認定標準之寬嚴，以下分為三部分介紹；首先介紹此理論的基礎概念(第一目)，再介紹實務上採取較嚴格標準的嚴格單元理論(第二目)，最後再介紹學說對此理論批評而建立標準較寬鬆的限制單元理論(第三目)。

#### 第一目 司法單元說之基礎概念

德國多數學說及實務採司法單元說，認為辯護人有兩種功能，一方面有私人功能(private Funktion)，協助其當事人對國家行為進行防禦；另一方面亦有公共功能(öffentliche Funktion)，而於刑事程序中附帶作為公共利益的守護者，故屬於國家的司法單元。基於期待辯護人能有效行使公益守護者的職務，辯護人在法律上獲得一些特權，例如閱卷權及交通權等，但相對地，此守護者的職務也要求辯護人必須遵守某種「客觀性」的義務。惟此客觀性並非如同檢察官及法官般地中立，因此比較正確的理解方式是：辯護人在與被告的關係上必須具有獨立性，並於合理的範圍內依照自己的意志行動；在與國家的關係上亦必須具有獨立性，但應尊重特殊的權利濫用限制。<sup>244</sup>

<sup>243</sup> Beulke 著/吳俊毅 譯，德國刑事訴訟程序辯護人的功能及地位—至今仍具話題性的一個爭論，高大法學論叢，第 6 卷第 1 期，2010 年 9 月，66 頁。

<sup>244</sup> Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2010, Rn. 11.

然而在此說內部也有爭論，爭論之關鍵點即在於權利濫用限制(Missbrauchs- schranken)應如何理解。被告在刑事程序中有拒絕參加對己控訴之權利，即不自證己罪的特權，但辯護人作為司法結構之一環，地位即與被告有所不同。儘管對於辯護人自發性遵守客觀性義務有所期待，由於人性上的缺陷，關於辯護人客觀性義務的實際運作上，相當可能與理想情形有所不符；因此，維繫辯護人作為司法單元之關鍵，仍然在於明確劃分界定辯護人權限之範圍。可惜關於辯護人權限範圍界定的問題，法律鮮有明文規定，少部分的明文規定例如德國刑事訴訟法規定：辯護人不得為拖延程序之目的聲請證據調查(德國刑事訴訟法第 244 條第 3 項第 2 款)、辯護人不得明顯為了妨礙程序或為了程序以外之目的而聲請法官迴避(德國刑事訴訟法第 26a 條第 1 項第 3 款)。在法律無明文規定之情形，哪些行為在個案中屬於容許的行為，又哪些屬於不得為的行為，這些問題在刑事訴訟法抽象的一般性原理原則中亦沒有標準答案或明確規則可以遵循。即便是在法律中明定禁止辯護人權濫用的條款，對此問題的解決也毫無幫助。<sup>245</sup>

為了解決權利濫用界定的問題，必須回歸到辯護人之「單元地位(Organstellung)」是如何產生的。辯護人之單元地位是由公平刑事程序原則所形成的概念。如同公平程序對於控方及院方的公平性(fair)要求，從公平性的角度來看，不應將辯護人解讀為僅僅是對司法機關步步相逼的武器，故由此為出發點，認為辯護人行為並無任何界限，甚至可以用說謊的方式來進行辯護的見解，顯然是違反公平程序的概念，因此應將辯護人解為司法單元之一環才是正確的看法。但無法否認，即便由公平程序角度出發而肯定單元理論的說法，仍無法解決向來爭論的問題，即辯護人權限制應如何具體化。無論如何，從現今實務的發展上，至少可歸納出三種類型是穩定地被認為應予禁止的，第一是虛偽陳述或是唆使他人虛偽陳述，因為即便是被告本身亦僅有緘默權，而無虛偽陳述之權利，僅僅是在虛偽陳述時不構成刑法之罪責而已；第二是故意使案情晦暗或使追訴更加困難，例如協助被告逃亡；第三是使干擾證據來源，例如干擾證人記憶使其記憶產生錯誤。其他邊界案例情形由於尚無法作出明確歸納，仍需由法院在個案中依照相關法律規定的目的性解釋，作出個案的具體判斷；若要達成統一的明確標準，尚必須經過持續的爭論，當可以期待不再有任何認知上的改變時，才有可能達成此目標。<sup>246</sup>

## 第二目 嚴格單元理論

實務上採「嚴格的單元理論(strenge Organtheorie)」，認為辯護人有義務維護程序發現事實，並協助程序運行於正常的軌道之上。除此之外，此說尚認為辯護人有義務對審判長違反程序規定之處分提出異議，以及對法院使用違法取得之證據提出異議，否則該等規定之違反將被治癒。<sup>247</sup>

## 第三目 限制單元理論

有學者提出「限制的單元理論(eingeschränkte Organtheorie)」，認為在衡量辯護人對於司

<sup>245</sup> Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2010, Rn. 11; Roxin/Schünemann, Straf- verfahrenrecht, 2009, §19 Rn. 12ff.

<sup>246</sup> Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2010, Rn. 11ff.

<sup>247</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrenrecht, 2009, §19 Rn. 6.

法有效性所產生之危險後，僅有當辯護人之行為損害司法有效性之核心範圍時，才能予以禁止。因為在肯定辯護人的存在時即必須承認，對司法有效性之某種程度上的損害本來就是辯護人的固有任務；換言之，辯護人之「剎車工作(Bremserfähigkeit)」既非可恥亦非不正當，反而是刑事程序法本身所期望的。若辯護人的剎車工作運轉不靈，反而使刑事程序無法順利進行。然而若辯護人被允許做任何行為，將可能在部分個案中徹底剝奪國家的刑事追訴權；故若辯護人真能為所欲為，立法者相對地也必定會以明文規定方式強行限制辯護人的權限。因此，儘管沒有限制辯護人權限行使之明文規定，辯護人仍必須遵守行為界限，不得破壞國家刑罰權核心領域。不過，既然限制的單元理論對於司法有效性的核心範圍劃定仍是以權衡模式作為理論背景，因此也難免於受到標準不明確的批評。<sup>248</sup>

## 第二款 當事人之利益代理人說

相對於司法單元理論，另一派見解採取相反看法，認為辯護人純粹只是當事人利益的代理人。而此理論又可細分為三種類型，分別為極端的當事人利益代理人理論、契約理論、憲法暨程序理論。

### 第一目 極端的當事人利益代理人理論

在極端的當事人利益代理人理論提出之前，有學者提出「自主原則(Autonomie- prinzip)」的概念，認為所謂的「辯護」，就是實現被告希望以何種形式保障其利益之自主決定權；而辯護人的任務，也僅僅是在純粹當事人利益的維護觀點上去支持被告。自主原則的開創原先是針對當時法規所規範的強制辯護之正當性，以及辯護人與其當事人間內部關係應如何的確定的問題而發。若貫徹自主原則的看法，辯護人面對當事人是毫無獨立性可言。然而在此處所討論的辯護的容許界限問題，是當初自主原則的支持者未曾提出或討論過的衍伸看法。<sup>249</sup>

極端的當事人利益代理人理論不但由自主原則出發，而將辯護人視為純粹的當事人利益代理人，更進一步認為，辯護人必須擁有與其當事人相同的權利，方能有效維護當事人的利益。因此，由於被告在刑事程序中的一切所作所為不構成德國刑法第 258 條之妨礙刑事處罰罪，辯護人也不應承受被刑法處罰的風險。基於此理由，此說也認為辯護人說謊或是擾亂證據來源均不具可罰性。<sup>250</sup>

批評者認為，如此極端地將辯護人與其當事人作聯結，並使兩人的權利重疊，可能只是給辯護的有效性幫了倒忙。因為當法官認為辯護人與被告利害關係共同時，如何可能將辯護人當作真誠可信的陳述者。故此種理論只是使辯護人在刑事程序中淪為無足輕重的角色，可以說是在為有效的刑事辯護自掘墳墓。同樣地，把賦予辯護人說謊權當成一種進步的表徵，也只是助長辯護人在程序中失去存在意義的風險。相對地，單元理論只是讓個案必須更謹慎地審視是否應信賴辯護人，並在為了保護司法正常運作的上位利益時，探討如何設置細膩而有效的標準，藉以平衡辯護人破壞司法程序的風險，以及避免國家過度拘束辯護行為。<sup>251</sup>除

<sup>248</sup> Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2010, Rn. 14. 中文詳細介紹參照吳俊毅，辯護人論，2009，16-18 頁。

<sup>249</sup> Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2010, Rn. 15a.

<sup>250</sup> Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2010, Rn. 16.

<sup>251</sup> Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2010, Rn. 16.

此之外，極端的當事人利益代理人理論亦與現行德國刑事訴訟法第 140 條的強制辯護意旨相違，因為強制辯護是在重罪或案件明顯複雜的情況下，不問被告意願即可由法院單方依職權指定辯護人的制度。由此可見，辯護在德國刑事訴訟法的制度設計上，本來即非依附於被告之主觀利益。更何況德國刑事訴訟法中許多規定直接拒絕將辯護人視為被告之代理人，例如德國刑事訴訟法第 230 條規定，當被告無故缺席時應命令其到場或核發逮捕令狀強制被告到場，並未如民法上認為可直接由律師代理出席。儘管實務上有將辯護人視為被告代理人之情形，例如於被告欠缺就審能力而需提出法官迴避之聲請時，可由辯護人提出聲請；惟此權限也是基於辯護人自身的獨立代理權限而來，並非基於被告之授權。是以，此說與現行德國刑事訴訟法之制度不合，實不足為採。<sup>252</sup>

## 第二目 契約理論(Vertragstheorie)

契約理論是相對緩和的當事人利益理論。此說認為，基於被告之自主性，辯護人原則上必須受限於其當事人的意思；然而辯護人與其當事人內部間關係的界限及辯護行為的界限，仍然是存在。惟辯護行為之界限並非直接由公共利益的限制所產生，而是由民法的一般性規定產生辯護行為界限，尤其是德國民法第 134 條<sup>253</sup>、第 138 條<sup>254</sup>。故若是民法第 134、138 條未能推導出辯護人使用詐欺、虛偽陳述、偽造文書、侮辱或強制等手段屬於禁止行為時，辯護人必須依從當事人之意思而為辯護行為。<sup>255</sup>除此之外，依據德國刑法第 258 條的觀點，辯護行為界限尚包含辯護人該當直接或間接正犯的情形。相反地，若是辯護人參與被告所為的虛偽陳述，或是被告自行作出虛偽陳述，而辯護人與被告基於共同正犯關係而產生交互歸則作用之情形，均不具可罰性。<sup>256</sup>

然而依照通說看法，契約理論與現行法規範仍有所矛盾。首先，契約理論與得國刑事訴訟法的強制辯護制度有所悖離，因為在現行法的強制辯護制度下，即便是違反被告的意願，也必須為被告指定義務辯護人。此外，如同先前對極端當事人利益代理人的批評，刑事訴訟法有許多規定與辯護人作為被告代理人之說法相違。<sup>257</sup>

## 第三目 憲法暨程序理論(verfassungsrechtlich-prozessuale Theorie)

近來也有將焦點著眼於憲法之公平程序保障，希望藉此獲得答案。此說認為，任何程序行為(Prozesshandlung)，只要符合辯護目的且不違反法律明文規定，即屬於容許之範圍。理論之依據則是基本法第 2 條第 1 項準用法治國原則之公平程序擔保。然而此理論概念卻完全

<sup>252</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrenrecht, 2009, §19 Rn. 7ff.

<sup>253</sup> 德國民法第 134 條：「法律行為違反法律禁止規定，除法律另有規定者外，無效。」(原文為：「Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.」)

<sup>254</sup> 德國民法第 138 條：「第 1 項 法律行為違反善良風俗者，無效。第 2 項 利用他人急迫、無經驗、欠缺判斷能力或心智薄弱時為財產利益上之給付或給付之約定，而顯失均衡者，無效。」(原文為：「(1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig. (2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.」)

<sup>255</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrenrecht, 2009, §19 Rn. 5.

<sup>256</sup> Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2010, Rn. 16a.

<sup>257</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrenrecht, 2009, §19 Rn. 5.

沒有解決德國刑法第 258 條妨礙刑事處罰罪應如何解釋問題，而被批評為缺乏說服力。相對於此，有一種極度限縮辯護人權限的說法，認為辯護人僅能行使法律所列舉的權限。但由於現今許多辯護人的權利均沒有法律明文規定，而必須由一般性原則推論出來，例如辯護人建議證人行使拒絕證言權的權限，故此說法也顯不可採。<sup>258</sup>

### 第三款 小結

回歸以上所提的兩個案例作為兩種說法之比較。【偽證辯護案】中，若採司法單元說，應認為辯護人 V 的行為已屬違反辯護行為界限的權利濫用行為；但若採當事人利益代理人說，由於辯護人 V 並非偽證行為之正犯，故並非不容許的行為。【閱卷搜索案】中，若採司法單元說，辯護人 V 通知被告 A 而使 A 得以湮滅證據的行為是否為容許的辯護行為，仍有爭議，因為少數說認為，由於(舊)德國刑事訴訟法第 147 條第 2 項的限制閱卷規定，檢察官若認為卷宗內有資訊是不得讓被告知悉時，即必須同時禁止辯護人閱卷，故辯護人閱卷所得之所有資訊均得轉知被告；然而採司法單元說的多數見解仍認為辯護人在閱卷所獲之資訊上具有篩漏功能，故此時鑒於刑事司法權的維護，仍不能將該等資訊通知被告 A，而辯護人 V 在此時也該當德國刑法第 258 條妨礙刑事處罰罪。<sup>259</sup>相對地，本案中若採當事人利益代理人說，由於辯護人 V 並非滅證之正犯，故此行為屬於容許範圍內，亦不該當妨礙刑事處罰罪。<sup>260</sup>

無論如何，現今實務<sup>261</sup>及多數學說採司法單元說，認為辯護人並非單方利益代理人，並負有一定的司法上公益義務。<sup>262</sup>然而司法單元說的法律上依據仍是多數頭痛的問題。有認為司法單元說可以《聯邦律師法》(Bundesrechtsanwaltsordnung, 簡稱 BRAO)第 1 條<sup>263</sup>為依據，因為該條明確將律師定義為獨立之司法單元。但此見解的反對者認為，辯護人之國家性義務並不能直接由《聯邦律師法》第 1 條作為法律上依據，因為，首先，《聯邦律師法》是執業上規定，無法直接據此斷定律師在刑事程序上定位；次者，辯護人之身分並非全部為律師，故此等規定不能直接作為非律師之辯護人的定位根據；最後，比照民事程序來看，《聯邦律師法》第 1 條亦適用於民事程序的律師，但民事程序的律師卻被公認為當事人的利益代理人，故以此規定作為司法單元說之法律上依據，實有矛盾。<sup>264</sup>

### 第三項 辯護之型態

於介紹完辯護人於刑事程序之意義與功能，以及辯護人行為界限的各家學說之後，接下來要對於德國刑事訴訟法的辯護制度型態及辯護人種類作出用語的概念介紹，以便本文之後

<sup>258</sup> Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2010, Rn. 16b.

<sup>259</sup> 詳細參照第三章第三節之說明。

<sup>260</sup> 參照 Beulke 著/吳俊毅 譯，德國刑事訴訟程序辯護人的功能及地位—至今仍具話題性的一個爭論，高大法學論叢，第 6 卷第 1 期，2010 年 9 月，74-75 頁。

<sup>261</sup> Vgl. OLG Köln StV 2011, 659. 本判決明確表示辯護人並非受到被告期望拘束而依其指示行為之代理人，有自身之責任並獨立於被告。

<sup>262</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrenrecht, 2009, §19 Rn. 3.

<sup>263</sup> 《聯邦律師法》第 1 條：「律師為獨立之司法單元。」(原文為：「Der Rechtsanwalt ist ein unabhängiges Organ der Rechtspflege.」)

<sup>264</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrenrecht, 2009, §19 Rn. 6.

續說明。

刑事程序中，若依照程序是否必須有辯護人參與始為合法，可分為強制辯護(notwendige Verteidigung)與任意辯護(freiwillige Verteidigung)兩種型態。在此須注意的是，強制辯護與任意辯護之區分係以案件類型作標準，以決定程序是否必須有辯護人參與，與下文之選任辯護人與義務辯護人之區分標準及區分目的均有不同，因此兩者雖有關聯，卻為完全不同之概念。<sup>265</sup>

## 第一款 強制辯護

### 第一目 強制辯護概念

#### 1、強制辯護之意義與歷史

強制辯護(notwendige Verteidigung<sup>266</sup>)，係指程序過程中必須有辯護人參與，否則程序為不合法。強制辯護的主要目的是為了加強弱勢被告之保障，然而此制度相較於英國與美國採取對無資力被告進行法律扶助的概念，強制辯護制度尚有為了在重大案件中避免司法產生錯誤的司法利益維護目的，因此在強制辯護案件中，即便被告拒絕接受辯護人協助，亦無法排除辯護人參與程序。不問被告意願的強制辯護<sup>267</sup>，在某些違反被告意願的時候固然限制了被告的自主權，但德國通說認為，在為了確保刑事程序之塑造合於法治國原則之公共利益範圍內，仍可正當限制被告自主權的行使。<sup>268</sup>

強制辯護的概念起源甚早，文獻上指出，早在八世紀時的歐洲，及有免費協助被告在法庭進行防禦的制度存在。而德國在普魯士統一各邦國之前，已有部分邦國的刑事訴訟法內有強制辯護之規定。於 1879 年制定的德意志帝國刑事訴訟法亦有強制辯護規定，該規定即為現今德國刑事訴訟法第 140 條之前身，不過當時對於強制辯護之範圍仍有相當大爭議，且範圍與現今相較之下也狹隘許多。現今所看到的德國刑事訴訟法第 140 條關於強制辯護的規定，是在歷經十八次改革後所形成的。隨著社會、經濟、思想及刑事政策的變遷，強制辯護的範圍也隨之漸漸擴大。舉例而言，自八零年代以來開始肯定被害人在刑事訴訟程序中之地位與相關權利義務，刑事政策上對被害人的關注也逐漸增加，被害人因此慢慢被賦予更多的刑事訴訟程序上權利，甚至包含受義務辯護人之指定，藉以平衡被害人與被告間的地位。<sup>269</sup>

#### 2、強制辯護之憲法依據

##### (1) 憲法之依據

<sup>265</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrenrecht, 2009, §19 Rn. 29.

<sup>266</sup> 或翻譯為「必要辯護」。參照何賴傑，偵查程序強制辯護之指定及違法效果—以德國刑事訴訟法為觀察重點(上)，政大法學評論，第 111 期，2009 年 10 月，94 頁。

<sup>267</sup> 稱為「強制性的義務辯護」(Zwangspflichtverteidigung)。

<sup>268</sup> 詳細參照何賴傑，偵查程序強制辯護之指定及違法效果—以德國刑事訴訟法為觀察重點(上)，政大法學評論，第 111 期，2009 年 10 月，85-91 頁。

<sup>269</sup> Graalman-Scheere, Zur Reform des Rechts der notwendigen Verteidigung, StV 2011, 696. 何賴傑，偵查程序強制辯護之指定及違法效果—以德國刑事訴訟法為觀察重點(上)，政大法學評論，第 111 期，2009 年 10 月，94-99 頁。

強制辯護的憲法上要求可由基本法第 2 條第 1 項及法治國原則所衍伸出的程序主體權與公平程序請求權而來，而公平程序請求權亦衍伸出武器平等原則以及實質有效辯護之要求。從實質有效辯護觀點而言，必須保障被告能儘早獲得影響刑事程序的機會。被告在任何程序階段必須擁有實質有效辯護的可能性，但是若僅涉及輕罪的情形，被告在實務上則無法獲得如同重罪的充分實質有效辯護保障；不過輕罪若是同時涉及到鉅額罰金、撤銷緩刑，或是被告於主審程序(Hauptverhandlung)中缺席的情況，又會有不同結論。<sup>270</sup>關於強制辯護，過去聯邦憲法法院亦曾表示，當案情嚴重且被告又無力負擔選任辯護之費用時，法院有義務依職權使被告獲得辯護人協助，並且由國家負擔此項費用。<sup>271</sup>

## (2) 歐洲人權公約之依據

德國之強制辯護範圍亦會受到歐洲人權公約及人權法院裁判之影響。<sup>272</sup>由歐洲人權公約第 6 條第 3 項 c 款及第 6 條第 1 項之結果，受實質有效之辯護為被告公平審判程序請求權之一環。歐洲人權公約第 6 條第 3 項 c 款關於受律師協助的部分，保障了被告受到自行選任辯護人協助之權利，以及當被告無資力負擔卻有司法利益所需之情形下，能獲得免費辯護人協助之權利。就歐洲人權法院裁判而言，關於受免費辯護人協助權之要件，被告是否無資力屬於相對容易證明之要件；但所謂司法利益所需之情況，則較為複雜，但一般而言，若涉及一年到三年不等之有期徒刑，會被認為屬於符合此要件。在審查辯護權是否被侵害時，必須分為兩個層次：首先應審查受辯護人協助權有無被侵害，接著才是審查辯護人有無確實進行實質有效之辯護。關於後者，一般認為國家並無監督義務，除非是情況明顯而為國家可知悉的情形中，鑒於保障被告受實質有效辯護義務，而必須採取相關必要行動。<sup>273</sup>

## 第二目 強制辯護之法律規定

雖然德國刑事訴訟法第 137 條規定辯護人得於程序之任何階段參與程序，但部分特殊情形必須有辯護人自始即參與程序，始能認為程序合法進行，此即為強制辯護。強制辯護案件之辯護人可以是由法院指定，亦可由被告自行選任。強制辯護之規定散佈於德國刑事訴訟法中各處，例如第 140 條、第 364a 條、第 364b 條、第 418 條第 4 項等等，以及其他特別法規，例如《少年法庭法》(Jugendgerichtsgesetz)。但最重要的強制辯護規定仍為德國刑事訴訟法第 140 條。<sup>274</sup>

德國刑事訴訟法第 140 條是立法者對公平程序要求之具體化。<sup>275</sup>第 1 項列舉數種必須有辯護人參與程序之情形，例如第一審之主審程序於邦高等法院或地方法院進行(第 1 款<sup>276</sup>)、被告受羈押或暫時性留置之情形(第 4 款<sup>277</sup>)。而第 2 項<sup>278</sup>則是由不確定法律概念構成之概括

<sup>270</sup> Graalman-Scheere, StV 2011, 696; Herrmann, Aktuelles zur Pflichtverteidigung, StrafFo 2011, 133, 134.

<sup>271</sup> Vgl. Lehmann, Die notwendige Verteidigung (§ 140 StPO), JuS 2004, 492.

<sup>272</sup> 關於歐洲人權法院裁判與德國法解釋之關聯，參照第一章第二節第一款。

<sup>273</sup> Graalman-Scheere, StV 2011, 696, 697; Herrmann, StrafFo 2011, 133, 134.

<sup>274</sup> Graalman-Scheere, StV 2011, 696.

<sup>275</sup> Lehmann, JuS 2004, 492.

<sup>276</sup> 原文為：「die Hauptverhandlung im ersten Rechtszug vor dem Oberlandesgericht oder dem Landgericht stattfindet.」

<sup>277</sup> 原文為：「gegen einen Beschuldigten Untersuchungshaft nach den §§ 112, 112a oder einstweilige Unterbringung nach § 126a oder § 275a Absatz 6 vollstreckt wird;」



條款，屬於第 1 項之補充規定，故僅於不符合第 1 項規定之時始有適用。第 2 項包含了三種情形，第一種情形為因犯罪之嚴重性而有辯護人參與之必要，第二種情形為因事實或法律情狀之困難而有辯護人參與之必要，第三種為被告顯然無法自我辯護之情形。在此三種情形下，審判長必須依職權或依聲請指定辯護人。

## 第二款 任意辯護

除了法律所規定必須有辯護人參與之強制辯護情形，其餘皆屬任意辯護案件。由於任意辯護案件並未要求必須有辯護人參與程序，故任意辯護案件之辯護人必定為選任辯護人。

## 第四項 辯護人之種類

與「強制辯護/任意辯護」對照的概念是「選任辯護人/義務辯護人」。根據辯護人之產生是否出於審判長之指定，可分為選任辯護人(Wahlverteidiger)及義務辯護人(Pflichtverteidiger)。

## 第一款 選任辯護人

依德國刑事訴訟法第 137 條<sup>279</sup>，被告或其法定代理人得於程序之任何階段選任辯護人。由此種被告自行選任方式產生之辯護人，即稱為選任辯護人。自行選任辯護人為辯護人形成之原則，而如歐洲人權公約第 6 條第 3 項 c 款所示，被告依照自己之意志自行選任辯護人亦為被告於公平審判程序之基本權利。

關於資格方面<sup>280</sup>，得被選任為辯護人者，依照德國刑事訴訟法第 138 條規定，包含律師以及具有審判實務資格，即具有擔任法官職務資格之德國大學之法學教授(die Rechtslehrer an deutschen Hochschulen)。若不具備此兩種資格者，則必須經由法院同意始得被選任為辯護人；當案件屬於強制辯護案件時，則必須獲得程序參與者的全體同意，始得被選任為辯護人。<sup>281</sup>在此所指之律師，係指在德國境內合法執業之律師；而關於德國大學法學教授部分，依照大學法之指示，此處大學之概念亦包含高等專科學院(Fachhochschule)。<sup>282</sup>

## 第二款 義務辯護人

---

<sup>278</sup> 原文為：「In anderen Fällen bestellt der Vorsitzende auf Antrag oder von Amts wegen einen Verteidiger, wenn wegen der Schwere der Tat oder wegen der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage die Mitwirkung eines Verteidigers geboten erscheint oder wenn ersichtlich ist, daß sich der Beschuldigte nicht selbst verteidigen kann, namentlich, weil dem Verletzten nach den §§ 397a und 406g Abs. 3 und 4 ein Rechtsanwalt beigeordnet worden ist. Dem Antrag eines hör- oder sprachbehinderten Beschuldigten ist zu entsprechen.」

<sup>279</sup> 原文為：「(1) Der Beschuldigte kann sich in jeder Lage des Verfahrens des Beistandes eines Verteidigers bedienen. Die Zahl der gewählten Verteidiger darf drei nicht übersteigen. (2) Hat der Beschuldigte einen gesetzlichen Vertreter, so kann auch dieser selbständig einen Verteidiger wählen. Absatz 1 Satz 2 gilt entsprechend.」

<sup>280</sup> 德國選任辯護人之資格，中文介紹參照吳俊毅，辯護人論，2009，31 頁以下。

<sup>281</sup> 原文為：「(1) Zu Verteidigern können Rechtsanwälte sowie die Rechtslehrer an deutschen Hochschulen im Sinne des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt gewählt werden. (2) Andere Personen können nur mit Genehmigung des Gerichts gewählt werden. Gehört die gewählte Person im Fall der notwendigen Verteidigung nicht zu den Personen, die zu Verteidigern bestellt werden dürfen, kann sie zudem nur in Gemeinschaft mit einer solchen als Wahlverteidiger zugelassen werden.」

<sup>282</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 2009, §19 Rn. 33.



當強制辯護案件未有選任辯護人時，為符合辯護人參與之程序要求，此時即必須由法院指定辯護人參與程序，而該受指定之辯護人即稱為義務辯護人(Pflichtverteidiger)，亦可稱為指定辯護人(bestellter Verteidiger)。因此，義務辯護人僅可能出現於強制辯護案件中，因為其存在目的正是為了實現強制辯護制度之目的。<sup>283</sup>

## 第五項 小結

本節之目的，在於為本章後續各節作基礎性概念說明。經由本節之介紹可知，德國法上認為辯護人在刑事程序上有協助發現真實、確保被告主體地位、維護武器平等之意義存在，而德國多數說亦將辯護人定位為司法單元，因此辯護人之功能不僅有私人利益維護層面，更有公共利益層面。除此之外，本節亦對「強制辯護/任意辯護」、「選任辯護人/義務辯護人」兩種容易混淆的辯護概念作出說明。簡言之，前者屬於案件類型的區分，以程序是否以辯護人參與為合法要件為區分標準；後者屬於辯護人產生方式的區分，以辯護人是否由法院指定而產生為區分標準。

## 第二節 羈押程序之強制辯護

回到本文關注的問題，即羈押程序之被告是否須辯護人協助。在本節將探討此議題在德國法上如何被討論、修法而獲得落實。但儘管此議題在德國 2009 年修法時獲得立法上肯定，惟德國刑事訴訟法在指定辯護人之流程上，鑒於被告與辯護人信賴關係之重要性，向來有相應的程序規定，在修法後即產生新法規與舊制度應如何配合的問題；如【羈押辯護案】之「指定辯護人篇」問題(5)及「解任辯護人篇」問題(3)所示。為完整呈現修法過程及問題脈絡，本節將先介紹人身自由權於基本法上之保障(第一項)；再簡述德國刑事訴訟法關於羈押之規定(第二項)，作為進入德國法討論之橋梁。接著探討 2009 年修法前之情形：第一部份說明關於指定辯護人之程序規範，以彰顯此等程序規範之目的及修法後產生衝突的原因(第三項第一款)；第二部份說明德國法上修法前羈押程序之強制辯護規範、實務上被羈押人受辯護之情形(第三項第二、三款)，以及修法前之相關討論與修法歷程(第三項第四、五款)；第三部份說明德國 2009 年修法將羈押列為強制辯護事由後，如何將法規要件具體化、處理新法規與舊制度的矛盾，以及修法後仍然未解的難題(第四項)。最後回到【羈押辯護案】之「指定辯護人篇」，作為本節之結論(第五項)。

### 第一項 羈押於憲法之保障

德國基本法第 2 條及第 104 條均是對人身自由保障之規定，其中第 2 條屬於人格發展自由及生命身體權之一般性規定<sup>284</sup>，而第 104 條則是關於人身自由干預之特別規定。人身自由係指身體活動之自由，包含了一個人移動至任何近或遠的地點的積極面向，以及拒絕移動到任何地點的消極面向；因此，人身自由之干預可以解釋為：基於一定的要求而使某人必須在

<sup>283</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrenrecht, 2009, §19 Rn. 31.

<sup>284</sup> 德國基本法第 2 條第 2 項：「任何人均有生命及身體不可侵犯之權。個人之自由亦不得侵犯。此等權利僅能經由法律規定而加以干預。」

特定時間前往某地點或停留在某地點。此外，人身自由干預之型態又可分為限制(Beschränkung)及剝奪(Entziehung)；後者屬於前者之特別型態，係指禁止一切移動至任何方向的身體活動，而將人滯留於狹小有限空間內，包含以各種方式所為的逮捕(Arrest)、拘留(Gewahrsam)、羈押(Haft)、自由刑(Freiheitsstraf)、留置(Unterbringung)等等。<sup>285</sup>

基本法第 104 條規定了對於人身自由進行限制或剝奪之形式及程序要件，該條第 1 項規定：「人身自由僅能基於成文法律規定，並僅能依照法律所規定之形式加以限制。對於被拘禁之人不得施以精神或身體上之虐待。」同條第 2 項規定：「唯法官能對剝奪自由及其期間作出決定。任何非基於法官命令所為之自由剝奪必須儘速交由法官作出決定。由警察自行所為的拘留至遲不得超過拘捕隔日。相關細節必須由法律規定。」同條第 3 項規定：「任何因犯罪嫌疑而暫時被拘捕之人，至遲必須於拘捕隔日送交法官，法官應告知其拘捕之理由，並予以訊問及給予提出答辯之機會。法官必須儘速核發附理由的書面羈押令狀，或將其予以釋放。」同條第 4 項規定：「任何由法官命令之剝奪自由或延長剝奪自由之期間，必須儘速通知被拘禁人之親屬或其所信賴之人。」<sup>286</sup>

由上述可知，基本法第 104 條之規定是德國在基本法中對於「人身保護令狀(Habeas Corpus)<sup>287</sup>」的具體化，而使此權利具有憲法位階之保障。該條第 1 項係針對所有人身自由干預所作之規定，要求對於人身自由之限制必須遵循既成法律規範之程序，且亦僅能在法律有所規定之情形下為之，即「法律保留」的要求。同條第 2 至 4 項則是針對人身自由剝奪之特別規定，更進一步要求於人身自由剝奪時，原則上必須先經過法官之命令始得為之，否則必須儘速補正法官命令之要件，且期間不得超過一日，此即「相對法官保留」；除此之外，此處也明文要求審查程序上必須給予受拘禁人答辯機會。若決定予以非暫時性剝奪自由時，則必須由法官核發「書面」命令，並有「通知義務(Benachrichtigungspflicht)」，將此訊息通知被拘禁人之親屬或其所信賴之人。

## 第二項 德國刑事訴訟法羈押制度之簡介

德國刑事訴訟法第九章為人身自由拘束之相關規定，基本上屬於基本法第 104 條之具體

<sup>285</sup> Vgl. Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 24. Aufl., 2008, S. 98ff.

<sup>286</sup> Art 104 GG

(1) Die Freiheit der Person kann nur auf Grund eines formlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen beschränkt werden. Festgehaltene Personen dürfen weder seelisch noch körperlich mishandelt werden.

(2) Über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung hat nur der Richter zu entscheiden. Bei jeder nicht auf richterlicher Anordnung beruhenden Freiheitsentziehung ist unverzüglich eine richterliche Entscheidung herbeizuführen. Die Polizei darf aus eigener Machtvollkommenheit niemanden länger als bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen in eigenem Gewahrsam halten. Das Nähere ist gesetzlich zu regeln.

(3) Jeder wegen des Verdachtes einer strafbaren Handlung vorläufig Festgenommene ist spätestens am Tage nach der Festnahme dem Richter vorzuführen, der ihm die Gründe der Festnahme mitzuteilen, ihn zu vernehmen und ihm Gelegenheit zu Einwendungen zu geben hat. Der Richter hat unverzüglich entweder einen mit Gründen versehenen schriftlichen Haftbefehl zu erlassen oder die Freilassung anzuordnen.

(4) Von jeder richterlichen Entscheidung über die Anordnung oder Fortdauer einer Freiheitsentziehung ist unverzüglich ein Angehöriger des Festgehaltenen oder eine Person seines Vertrauens zu benachrichtigen.

<sup>287</sup> 人身保護令狀(Habeas Corpus)詳見本文第二章第一節；施育傑，歐洲人權公約第五條—以歐洲人權法院裁判為借鏡檢討我國羈押與人身拘束制度，台灣大學碩士論文，2008，166 頁以下。

化規範。以下就刑事訴訟法關於羈押實施之規定，作簡略說明。<sup>288</sup>

## 第一款 羈押之實體要件

羈押是確定判決以前對人身自由的拘束，以確保被告在場、偵查進行及判決後的執行等目的，以確保司法有效實現，故羈押的實施必須嚴格限縮在目的範圍之內，始能符合比例原則及相關法治國原則之憲法要求。由於羈押的實體要件正是法律對於羈押目的所作之限定，故羈押之實施亦必須符合該等法定實體要件。關於羈押的實體要件規定於德國刑事訴訟法第 112 條及第 112a 條，綜合該兩條規定及法治國必須遵守的比例原則，羈押實體要件有三：

### 第一目 重大之犯罪嫌疑(dringender Tatverdacht)

重大犯罪嫌疑，係指依照目前的偵查結果，認為被告有實施不法行為的「高度可能性」。惟此高度可能性與偵查終結後決定起訴的充分犯罪嫌疑相比，仍有差距，因此即便在此時被認定有實施不法行為的高度可能性，並不代表將來必定起訴。另外，若存有實施不法行為的高度可能性，卻可能是在欠缺罪責的情況下實施不法行為，則可能依照德國刑事訴訟法第 126a 條進行暫時留置(einstweilige Unterbringung)。<sup>289</sup>

### 第二目 法定羈押事由(Haftgrund)

羈押事由有四種，分別是：逃亡或有逃亡之虞(德國刑事訴訟法第 112 條第 2 項第 1、2 款)、使案情晦暗之虞(德國刑事訴訟法第 112 條第 2 項第 3 款)、特定重大犯罪(德國刑事訴訟法第 112 條第 3 項)、反覆實施犯罪之虞(德國刑事訴訟法第 112a 條)。

所謂逃亡，係指基於特定事實而足以確定被告在逃之中或已經藏匿。所謂逃亡之虞，係指基於特定事實，在個案中足以認定被告將逃避刑事程序。法律在此明確規定，在認定有逃亡或逃亡之虞之時，不能僅憑單純揣測，必須存有特定的相關事實作為依據。<sup>290</sup>

使案情晦暗之虞，係指基於特定事實，足以認定被告將湮滅、變造、隱匿或偽造證據，或以不當方式影響被告、證人或鑑定人，或促使他人為此等行為，而有妨礙真實發現的危險。<sup>291</sup>

特定重大犯罪，係指涉嫌德國刑事訴訟法第 112 條第 3 項所列舉之罪名，例如殺人。不過以特定重大犯罪作為羈押事由，也必須是為了確保司法有效進行之利益。聯邦憲法法院對此要件曾作出合憲性解釋，認為即便符合此處所列舉之罪名，亦必須在具體個案中存有逃亡之虞或使案情晦暗之虞等情形，始得羈押。<sup>292</sup>

有反覆實施犯罪之虞，係指在有罪判決確定前，有特定事實足以認為被告將以相同方式

<sup>288</sup> 由於羈押期間、中止、撤銷等規定，與本文關聯性甚微，故不予詳細說明，中文介紹參施育傑，歐洲人權公約第五條—以歐洲人權法院裁判為借鏡檢討我國羈押與人身拘束制度，台灣大學碩士論文，2008，147 頁以下。

<sup>289</sup> Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 210.

<sup>290</sup> Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 212.

<sup>291</sup> Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 213.

<sup>292</sup> Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 214.

再次實施或繼續為犯罪行為之危險。必須注意到，此處之犯罪必須限定於德國刑事訴訟法第 112a 條所列舉之罪名。<sup>293</sup>

### 第三目 比例原則(Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)

即便存有以上兩要件，也必須符合法治國原則底下之比例原則，以確保不會為了刑事司法目的而過度犧牲個人之人身自由。例如，德國刑事訴訟法第 113 條規定最高六個月有期徒刑以下之犯罪，即便有使案情晦暗之虞也可不予羈押，即是比例原則的具體化規定。<sup>294</sup>

### 第二款 羈押之程序要件

程序要件是為確保羈押符合實體要件之重要關卡，確保人身自由的干預過程能符合憲法要求。依照德國刑事訴訟法，羈押流程可以分成兩種情形，原則上是先透過法院核發羈押令狀，再由檢警憑該令狀將被告予以拘捕、進行羈押審查；然而在情況急迫不及由法院先核發令狀的情形，則構成例外，得先將被告逮捕後再將被告送往法院進行合法性審查。以下就此原則及例外情形分別作進一步說明。

#### 第一目 原則—先核發令狀再為逮捕

##### 1、羈押令狀之核發(Erlass)

羈押命令的作成必須藉由法官所核發的書面「羈押令狀(Haftbefehl)」(基本法第 104 條第 2 項、德國刑事訴訟法第 114 條)。在起訴之前，須先由檢察官向具有本案管轄權的地方法院、被告所在地之地方法院或檢察官所處之管轄法院聲請核發羈押令狀；而這些具有管轄權的法官，即所謂的「偵查法官(Ermittlungsrichter)」<sup>295</sup>(德國刑事訴訟法第 125 條第 1 項、第 162 條第 1 項)。在起訴之後，檢察官提出聲請已非必要條件，而羈押令狀的核發則是由案件繫屬的法院為之，甚至在情況急迫時可由審判長獨立為之(德國刑事訴訟法第 125 條第 2 項)。於核發羈押令狀後的其他進一步的決定，例如撤銷羈押等等，則由當初核發該羈押令狀的法官為之(德國刑事訴訟法第 126 條)。<sup>296</sup>

書面之羈押令狀內容必須記載被告、涉嫌之犯罪行為、行為之時間及地點、犯罪行為之構成要件、所適用之法條、羈押事由，以及據以認定重大之犯罪嫌疑及羈押事由之事實(德國刑事訴訟法第 114 條第 2 項)。<sup>297</sup>

##### 2、羈押令狀之執行(Vollstreckung)

羈押令狀之執行是透過拘捕(Verhaftung)<sup>298</sup>為之；所謂拘捕，亦即使被告失去自由的手

<sup>293</sup> Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 215.

<sup>294</sup> Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 216.

<sup>295</sup> 關於偵查法官之介紹，詳細參照 Satzger 著/王士帆 譯，法官在刑事偵查程序之角色—以德國跟法國為例，檢察新論，第 11 期，2012 年 1 月，297 頁以下。

<sup>296</sup> Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 220.

<sup>297</sup> Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 219.

<sup>298</sup> 必須注意到，由於德國刑事訴訟法在人身自由拘束的程序規定與我國有所不同，因此在此無法與我國刑事訴訟法之「拘提」或「逮捕」等用語作出直接對應的翻譯，故在此著眼於使被告失去人身自由而置於國家實力

段。<sup>299</sup>拘捕後，必須儘速(unverzüglich)<sup>300</sup>將被告帶往管轄法院由法官進行審查，至遲不得超過拘捕之隔日(基本法第 104 條、德國刑事訴訟法第 115 條)。在此管轄之法官為核發羈押令狀之法官；但若因距離等因素無法將被告於法定時間內送至核發羈押令狀之法官時，例外可送交最近之地方法院(德國刑事訴訟法第 115、115a、126 條)。<sup>301</sup>

拘捕被告後，必須當面將羈押令狀之複本交予被告，並且告知其相關權利，例如應儘速被送至法院進行審查、得保持緘默、得提出有利證據、得在訊問前諮詢辯護人、得經由自行選擇之醫師作檢查等等。權利告知原則上必須以書面儘速為之，並在書面告知仍為不足的情況，輔以口頭告知(德國刑事訴訟法第 114a、114b 條)。另外，受拘捕之被告得儘速將此情事通知親屬或被告所指示的信賴之人；並且被告送至法院後，法官有義務儘速通知被告所指示之親屬或其信賴之人(德國刑事訴訟法第 114c 條)。

當受拘捕之被告被送至管轄法院時，法官應儘速就羈押事項訊問被告，至遲不可超過被告被送至法院之隔日。訊問後，法官則必須決定羈押令狀接下來的命運，究竟是繼續維持(Aufrechterhaltung)，或撤銷(Aufhebung)，或是以其他替代方案執行(Außervollzugsetzung)(德國刑事訴訟法第 115 條第 4 項、第 120 條、條 116 條)。<sup>302</sup>

### 3、救濟

若偵查法官訊問被告後決定繼續維持羈押令狀，除了可依照抗告(Beschwerde)之方式提出救濟，亦可隨時聲請羈押審查(德國刑事訴訟法第 115 條第 4 項)。羈押審查(Haftprüfung)<sup>303</sup>為羈押之特別救濟方式，只要被告受到羈押，即可隨時聲請，審查羈押是否應撤銷，或改由依照德國刑事訴訟法第 116 條所指之其他替代方案執行；此羈押審查可由被告聲請而為之，亦可直接經由法官依職權調查後決定為之(德國刑事訴訟法第 117 條)。

### 第二目 急迫例外—先為逮捕再核發令狀

若是無法等待先由法官核發羈押令狀的急迫情形，則可使用暫時性逮捕(vorläufige Festnahme)而使被告失去自由。暫時性逮捕之實施，由主體作區分大致可分為兩種：其一為任何人均得為之的現行犯逮捕，其二則為僅得由檢察官及警察實施之特殊情形。前者係指，當任何人遇見或追查甫發生之犯罪行為時，若行為人有逃亡之虞或是無法立刻確認行為人身

之配之下之意義，直接以拘捕之合稱表示。

<sup>299</sup> 德文以「greifen」描述此概念，意即將人「捉住」之意，故形式上可以包含我國法上所稱之拘提或逮捕概念。

<sup>300</sup> 儘速(unverzüglich)之意，係指不可因過失而有所遲延。然而德國實務上，當警察將被告拘捕後往往立刻進行本案訊問，希望能在法定之一日期間的「空檔」內取得被告自白；尤其是此段期間內被告往往尚無辯護人協助，對警方較為有利，而大大提高被告自白之機率，因此警方通常之做法是盡量將一日期間耗盡，儘可能地越晚送交法院越好。然而從基本法以及刑事訴訟法的規定來看，依羈押令狀拘捕被告後應由法院進行訊問，而非警察；因此在此段期間由警察訊問所取得之供述，可考慮是否有證據使用禁止之適用。Vgl. Herrman, Anm. zu OLG Düsseldorf, StV 2011, 651, 654.

<sup>301</sup> Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 221.

<sup>302</sup> Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 222.

<sup>303</sup> 羈押審查(Haftprüfung)並非單指德國刑事訴訟法第 117 條之救濟程序，亦可指涉所有經由法官審查是否應羈押的審查程序。換言之，可將羈押審查區分為廣義及狹義之概念。狹義而言，即為此處德國刑事訴訟法第 117 條所規定之羈押特別救濟程序；廣義而言，即人身拘捕令狀(Habeas Corpus)概念所衍伸而來之法官審查程序，而指稱所有由法官審查羈押是否合法以及有無維持必要之程序。

分時，得在未有法官命令的情形下先將其暫時逮捕(德國刑事訴法第 127 條第 1 項)。後者則可分成四種情形：第一種是為了確認身分所為的逮捕(德國刑事訴法第 127 條第 1 項)；第二種是符合核發羈押令狀之要件，並有遲延即生危險之情形(德國刑事訴法第 127 條第 2 項)；第三種則是在不符前兩種情況下，案件相當可能適用簡易程序(beschleunigtes Verfahren)<sup>304</sup>，且被告有在主審程序中缺席之虞的情形(德國刑事訴訟法第 127b 條)；第四種是所謂的「主審程序羈押(Hauptverhandlungshaft)」，即在有特定事實足以認定被告將於主審程序中缺席時，得將其逮捕，可說是德國刑事訴訟法第 112 條之特殊例外規定(德國刑事訴訟法第 127b 條)。

305

若是由警察或檢察官所為之逮捕，必須進行同於執行羈押令狀時所為之權利告知等相關程序(德國刑事訴訟法第 127 條第 4 項、第 127b 條第 1 項)。若要使被逮捕人繼續處於自由受限制的狀態，則應儘速送至逮捕地之管轄法院，由法官依照羈押令狀審查之規定進行訊問，至遲不得超過逮捕後隔日(德國刑事訴訟法第 128 條第 1 項)。法官若認為逮捕不合法或是否認逮捕之理由，即應予以釋放；反之，則基於檢察官聲請或依職權核發羈押令狀，並且準用羈押之救濟規定(德國刑事訴訟法第 128 條第 2 項)。<sup>306</sup>

### 第三項 2009 年羈押法修正前之指定辯護及修法討論

介紹完羈押之基本規定後，以下即進入關於羈押是否應列為強制辯護事由的修法前討論。

#### 第一款 指定義務辯護人之程序規範

指定辯護人是實現強制辯護目的之手段。由於 2009 年修法時亦有對指定辯護人之程序規定(德國刑事訴訟法第 142 條第 1 項)作出修正，且指定辯護人之程序規定說明屬於了解修法後所面臨問題的前提要件，故本文在此對於指定辯護人之相關程序規範作出說明。

#### 第一目 受指定為義務辯護人之資格

##### 1、律師

指定義務辯護人原則上以指定律師為主。律師依照《聯邦律師法》(BRAO)第 49 條之規定，除有重大理由外，於法院指定時即必須接受。<sup>307</sup>此外，律師亦不得要求僅在特定案件才

<sup>304</sup> 此為德國刑事訴訟程序第 418 條以下所規定的特殊程序，使事證明確的情況下，能在行為發生後立刻進行之審判程序。Vgl. Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 530ff.

<sup>305</sup> Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 234ff.

<sup>306</sup> Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 234ff.

<sup>307</sup> 《聯邦律師法》第 49 條：「第 1 項 若律師依刑事訴訟法、秩序維護法規、國際刑事法庭合作法之跨國權利救濟法規等規定被指定為辯護人或輔助人，必須承擔辯護或輔助義務。第 2 項 第 48 條第 2 項準用。」(原文為：「(1) Der Rechtsanwalt muss eine Verteidigung oder Beistandsleistung übernehmen, wenn er nach den Vorschriften der Strafprozessordnung, des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten, des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen oder des IStGH-Gesetzes zum Verteidiger oder Beistand bestellt ist. (2) §48 Abs. 2 ist entsprechend anzuwenden.」) 第 48 條第 2 項：「若有重大理由，律師得聲請撤銷指定。」(原文為：「(2) Der Rechtsanwalt kann beantragen, die Beordnung aufzuheben, wenn hierfür wichtige Gründe vorliegen.」)

受指定為辯護人。<sup>308</sup>

僅管在 2009 年修法前依德國刑事訴訟法第 142 條第 1 項有應指定法院轄區內律師之規定，但通說均認為，指定並不限於位於法院管轄地區內之律師，然距離法院之遠近確實是相當重要之選擇標準。若是單純以辯護人位於法院管轄區以外而拒絕指定，則有可能構成裁量瑕疵，尤其是當該辯護人與被告有特別信賴關係存在，或是該辯護人具有此案所必備之專業知識，而有助於確保本案之實質辯護時，更是如此。因此即便被告依德國刑事訴訟法第 142 條第 1 項選擇之辯護人位於法院轄區之外，基於特殊信賴關係存在之故，仍應優先指定被告所選擇之辯護人。<sup>309</sup>

## 2、德國大學之法學教授

德國刑事訴訟法內對於義務辯護人之資格上，並未如同選任辯護人於第 138 條內明定可指定大學之法學教授作為義務辯護人，但一般認為德國刑事訴訟法第 138 條規定既得為選任辯護人者，則亦得受指定為義務辯護人，故德國大學之法學教授亦得被指定為義務辯護人，尤其是在涉及與該教授專業領域相關之特殊情形，或是被告有特殊信賴時，格外適於指定。惟由於德國大學之法學教師並不受《聯邦律師法》(BRAO)第 49 條第 1 項之規範，因此並無接受指定之義務；故若要指定大學法學教師作為義務辯護人，必須得到被指定人之同意。<sup>310</sup>

## 3、具法律專業但未完成實習者

德國刑事訴訟法第 142 條第 2 項規定：「於第 140 條第 1 項第 2 款、第 5 款及同條第 2 項之情形，得由通過第一次司法考試並從事實務工作至少一年又三個月之具備法律專業者，受指定為第一審之辯護人，惟不得於其受轉介進行實習之法官的法院。<sup>311</sup>」

通過第一次國家考試者(Referendar)，若有一定期間之實務經驗，得例外為受指定為辯護人。實務上將此規定之適用範圍作出限縮，認為若是同時屬於德國刑事訴訟法第 140 條第 1 項第 1 款規定之情形，即第一審為邦法院或邦高等法院管轄之情形，即無適用。該項之後段亦規定，該通過第一次國家考試者不得接受其實習之法院的指定；必須注意到，在此所指法院之概念，並不是指整個法院，例如地方法院，而是指各個法庭(Spruchköper)，例如獨任法官之法庭。<sup>312</sup>

儘管法律在義務辯護人資格上有此例外規定，實務上卻甚少使用，因為除非有特殊例外情形足以認為該尚未完成完整實習者所進行之辯護特別值得信賴，一般不會指定實習尚未完成者作為義務辯護人。<sup>313</sup>

## 第二目 指定權限

<sup>308</sup> Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §142 Rn. 9.

<sup>309</sup> Laufhütte, in: KK-StPO, 2008, §142 Rn. 5.

<sup>310</sup> Laufhütte, in: KK-StPO, 2008, §142 Rn. 3.

<sup>311</sup> 原文為：「(2) In den Fällen des §140 Abs. 1 Nr. 2 und 5 sowie des §140 Abs. 2 können auch Rechtskundige, welche die vorgeschriebene erste Prüfung für den Justizdienst bestanden haben und darin seit mindestens einem Jahr und drei Monaten beschäftigt sind, für den ersten Rechtszug als Verteidiger bestellt werden, jedoch nicht bei dem Gericht, dessen Richter sie zur Ausbildung überwiesen sind.」

<sup>312</sup> Laufhütte, in: KK-StPO, 2008, §142 Rn. 6.

<sup>313</sup> Laufhütte, in: KK-StPO, 2008, §142 Rn. 6.



依舊德國刑事訴訟法第 141 條第 4 項之規定，義務辯護人之指定屬於具有進行主審程序管轄權之法院或案件繫屬之法院的「審判長(der Vorsitzende)」。<sup>314</sup>

在此所指之管轄法院，係指具有主審程序管轄權之法院，或案件繫屬之法院，且原則上限定為事實審法院。若是案件繫屬於法律審之情形，除非有法律審程序進行上之特殊情形外，原則由前事實審法院作為管轄法院。<sup>315</sup>

依據法律規定，作成指定義務辯護人命令者必須為審判長，而包含獨任法官之情形。審判長之不僅有指定之權，亦有駁回聲請或撤銷指定之權限。關於義務辯護人之指定、聲請駁回、撤銷等等，均以裁定(Beschluss)之形式作成。雖然法律規定裁定作為審判長權限，若是以合議庭之名義作成命令，仍無損於法律效果。<sup>316</sup>

### 第三目 指定義務辯護人之時點

2009 年修法前之德國刑事訴訟法第 141 條第 3 項規定：「辯護人之指定亦得於起訴前之程序為之。依檢察官之見解，法院進行之程序將依第 140 條第 1 項或第 2 項而為強制辯護案件，則由檢察官聲請指定辯護人。若於偵查終結後(第 169a 條)，須依檢察官之聲請而指定辯護人。<sup>317</sup>」

由於德國刑事訴訟法第 141 條第 1 項規定，於決定案件是否進入主審程序(Hauptverfahren)時，審判長應要求無辯護人的被告針對起訴書提出證據或意見，若此時案件情形符合第 140 條第 1 項或第 2 項規定時，即必須立刻指定辯護人予被告。<sup>318</sup>相對於上述第 141 條第 3 項則規定，一般因此認為，義務辯護人的指定以起訴後為原則，而以偵查中為例外；且在偵查中，即便檢察官提出指定辯護人之聲請，法官亦無指定義務。<sup>319</sup>

關於偵查中的聲請指定辯護人之範圍以及是否屬檢察官之義務，仍是相當具爭議性的問題。範圍的問題在於：是否僅有在符合德國刑事訴訟法第 140 條及第 141 條的要件時，檢察官才能夠聲請指定辯護人；換言之，德國刑事訴訟法第 141 條第 3 項所指之符合第 140 條第

<sup>314</sup> 舊德國刑事訴訟法第 141 條第 4 項：「關於指定，由具有主審程序管轄權之法院或案件繫屬之法院的審判長決定之；於第 140 條第 1 項第 4 款之情形，由依照第 126 條或第 275a 條第 6 項具管轄權之法院。」(原文為：「(4) Über die Bestellung entscheidet der Vorsitzende des Gerichts, das für das Hauptverfahren zuständig oder bei dem das Verfahren anhängig ist; im Fall des § 140 Abs. 1 Nr. 4 entscheidet das nach § 126 oder § 275a Absatz 6 zuständige Gericht.」)

<sup>315</sup> Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §141 Rn. 6.

<sup>316</sup> Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §141 Rn. 6.

<sup>317</sup> 原文為：「(3) Der Verteidiger kann auch schon während des Vorverfahrens bestellt werden. Die Staatsanwaltschaft beantragt dies, wenn nach ihrer Auffassung in dem gerichtlichen Verfahren die Mitwirkung eines Verteidigers nach § 140 Abs. 1 oder 2 notwendig sein wird. Nach dem Abschluß der Ermittlungen (§ 169a) ist er auf Antrag der Staatsanwaltschaft zu bestellen.」依照本項第 2 句之規定，於偵查終結後，即便法院認為欠缺強制辯護之要件，亦必須依據檢察官之聲請而為指定。Vgl. LG Oldenburg, StV 2011, 90.

<sup>318</sup> 德國刑事訴訟法第 141 條第 1 項：「於第 140 條第 1 項第 1 款至第 3 款、第 5 款至第 8 款及第 2 項之情形，於被告依照第 201 條被要求對起訴書作出澄清時，若被告尚未有辯護人，則必須立刻為其指定。」(原文為：「(1) In den Fällen des § 140 Abs. 1 Nr. 1 bis 3, 5 bis 8 und Abs. 2 wird dem Angeschuldigten, der noch keinen Verteidiger hat, ein Verteidiger bestellt, sobald er gemäß § 201 zur Erklärung über die Anklageschrift aufgefordert worden ist.」)

<sup>319</sup> 何賴傑，偵查程序強制辯護之指定及違法效果—以德國刑事訴訟法為觀察重點(上)，政大法學評論，第 111 期，2009 年 10 月，104 頁。



1 項及第 2 項要件，究竟屬列舉規定，抑或僅是例示規定？<sup>320</sup>關於此問題，列舉說認為，既然法律已明文規定，基於立法者之意旨，而僅能侷限於法律規定之情形。例示說則認為，該規定僅係明文要求檢察官聲請指定辯護人之義務，而非將指定辯護人之情形侷限於法律規定範圍內；尤其既然受指定辯護人協助之權利存在於審判程序之中，從公平審判之要求來看，當然亦存在於偵查程序中。另一方面，關於聲請是否為檢察官之義務的問題，無論是採列舉說或例示說者，多數均認為，偵查程序中聲請指定辯護人之權限在於檢察官，儘管被告欲聲請，亦必須透過檢察官為之。<sup>321</sup>關於此點，實務更進一步表示，檢察官僅有在特殊之「裁量收縮至零」之情形，才富有向法院聲請指定辯護人之義務。然而新的實務見解卻進一步認為，若是屬於此裁量收縮至零之情況，應將未有辯護人協助所取得之證據評價為使用禁止。<sup>322</sup>簡言之，即便是在指定範圍採取例示說的看法者，亦認為除非有裁量收縮至零之情形，偵查中是否聲請指定辯護人仍屬於檢察官裁量權限，而被告於偵查中是否能獲得辯護人之指定，亦取決於此關鍵。<sup>323</sup>不過從實際上運作層面來看，即便涉及重罪，實務也未必認定必須在偵查中指定辯護人，態度相當保守。<sup>324</sup>

#### 第四目 給予被告表示意見機會之程序要求

2009 年修法前之德國刑事訴訟法第 142 條 1 項規定：「法院之審判長應儘可能於法院管轄區內執業之律師中選出辯護人而為指定。應給予被告於裁定之期間內提名律師之機會。若無重大理由違反，審判長必須指定被告所提名之律師。」<sup>325</sup>

德國刑事訴訟法第 142 條第 1 項規定是為了彌補指定辯護人與被告間之信賴關係而存在。信賴關係是實質辯護不可或缺的前提要件，亦為憲法上法治國之公平審判程序所保障的範圍。<sup>326</sup>一般由被告自行委任之辯護人與被告間已可認為有充分信賴關係存在，但由法院所指定之辯護人與被告間能否有充分信賴關係，即必須依賴此制度作為解決方式。因此只要沒有重大理由違反之情形，審判長即必須指定被告所提名之辯護人。<sup>327</sup>雖然法律僅規定被告表示意見之權利，但一般認為被告在表示意見時有進一步說明信賴關係存在的義務。<sup>328</sup>雖然由

<sup>320</sup> 此問題對於修法前羈押中被告有重大實質意義，因為根據舊德國刑事訴訟法第 140 條第 1 項第 5 款，必須拘禁達三個月，並且釋放日期距審理程序不到兩星期，始符合強制辯護要件。故若認為修法前之德國刑事訴訟法第 141 第 3 項屬於列舉規定時，則偵查中之被告必須要等到羈押滿三個月後，才可能獲得辯護人之指定。

<sup>321</sup> 少數認為法律並未明確表示檢察官有聲請指定的獨占權限，故基於公平審判原則，被告也應享有聲請權。參照何賴傑，偵查程序強制辯護之指定及違法效果—以德國刑事訴訟法為觀察重點(上)，政大法學評論，第 111 期，2009 年 10 月，105 頁。

<sup>322</sup> 裁量收縮至零搭配證據使用禁止的裁判介紹及相關評析，詳細參照何賴傑，偵查程序強制辯護之指定及違法效果—以德國刑事訴訟法為觀察重點(上)，政大法學評論，第 111 期，2009 年 10 月，116-130 頁。

<sup>323</sup> Busse, Frühe Strafverteidigung und Untersuchungshaft-eine empirische Studie, 2008, S. 57ff; Hilger, in: LR-StPO, 2006, §117 Rn. 36.

<sup>324</sup> 何賴傑，偵查程序強制辯護之指定及違法效果—以德國刑事訴訟法為觀察重點(上)，政大法學評論，第 111 期，2009 年 10 月，106 頁。

<sup>325</sup> 原文為：「(1) Der zu bestellende Verteidiger wird durch den Vorsitzenden des Gerichts möglichst aus der Zahl der in dem Gerichtsbezirk niedergelassenen Rechtsanwälte ausgewählt. Dem Beschuldigten soll Gelegenheit gegeben werden, innerhalb einer zu bestimmenden Frist einen Rechtsanwalt zu bezeichnen. Der Vorsitzende bestellt den vom Beschuldigten bezeichneten Verteidiger, wenn nicht wichtige Gründe entgegenstehen.」

<sup>326</sup> LG München, StV 2011, 667, 668.

<sup>327</sup> 何賴傑，偵查程序強制辯護之指定及違法效果—以德國刑事訴訟法為觀察重點(上)，政大法學評論，第 111 期，2009 年 10 月，92 頁以下。

<sup>328</sup> Lüderssen/Jahn, in: LR-StPO, 2006, §142 Rn. 14.

法院指定辯護人之制度於德國刑事訴訟法制定之初即存在，但此行之有年之制度在早期階段卻認為指定何人為辯護人屬於法院自由裁量權限，被告對此事並無任何權利。但聯邦憲法法院對此當時的通說作出相反解釋，認為基於被告聽審權之保障，應給予被告於指定辯護人時表示意見之機會，且由於被告與辯護人間之信賴關係屬於實質有效辯護達成之重要因素，此種忽視被告意見情形才有所改善。德國刑事訴訟法於 1987 年進行改革時，始將被告對於義務辯護人之選擇有表示意見的權利，明文納入法律規定之中。

儘管聯邦憲法法院認為被告對於指定何人為辯護人有表示意見的機會，卻又認為，被告對於指定其所提名的律師並無請求權<sup>329</sup>；但相對地，聯邦憲法法院亦曾表示過，指定義務辯護人時必須儘可能地考量被告的期望。<sup>330</sup>因此比較確切的說法是：聯邦憲法法院認為，關於辯護人之人選的決定上，被告有獲得法院無瑕疵裁量的請求權<sup>331</sup>，簡言之，審判長雖不是非指定被告所要求的辯護人不可，但亦不得毫無正當理由地拒絕指定被告所期望的辯護人。

信賴關係為指定義務辯護人最重要之考量依據，故此要件亦適用於指定第二位以上之義務辯護人時<sup>332</sup>，或是被告已有選任辯護人而又再另行指定義務辯護人等情形。<sup>333</sup>

依照本項規定，審判長所負之義務及相對之法律效果如下：

## 1、審判長之告知義務及定相當之表示意見期間

### (1) 權利告知

為確保被告能行使此權利，審判長必須告知被告此權利。有認為若被告已經在事前表示過希望指定何人為辯護人時，可不必踐行此告知義務。<sup>334</sup>告知之時點法律上並無明文規定，不過為了能有效保障此權利，告知時點最晚不得超過德國刑事訴訟法第 141 條所規定必須指定之時點。<sup>335</sup>

審判長必須明確告知被告能表示其所希望指定之辯護人。在實務上，此告知往往以書面方式與起訴書一同送達予被告，僅有在緊急情況無法以書面告知時才使用電話聯絡等口頭方式告知。<sup>336</sup>

### (2) 定相當之表示意見期間

審判長所定之表示意見期間不得無正當理由而過於短促，但期間過長又可能違反加速程序進行的要求。但合理適當的期間應該多長，並沒有一致肯定的答案。多數認為一星期可以認為是合理期間，亦有少數認為必須長達兩星期才足夠<sup>337</sup>；而實務上則是依照個案情形，裁

<sup>329</sup> BverfG, StV 2006, 451.

<sup>330</sup> BverfG, NJW 1959, 571.

<sup>331</sup> Lüderssen/Jahn, in: LR-StPO, 2006, §142 Rn. 13.

<sup>332</sup> 指定第二位義務辯護人不能要求其僅作為「備胎」，若指定第二位義務辯護人時，亦必須使其參與全部程序，而並非僅於第一位義務辯護人無法勝任時，始讓第二位義務辯護人得以參與程序。Vgl. OLG Hamm, StV 2011, 660.

<sup>333</sup> BverfG, NJW 2001, 3695; Lüderssen/Jahn, in: LR-StPO, 2006, §142 Rn. 20; Laufhütte, in: KK-StPO, 2008, §142 Rn. 5.

<sup>334</sup> Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §142 Rn. 10.

<sup>335</sup> Lüderssen/Jahn, in: LR-StPO, 2006, §142 Rn. 14.

<sup>336</sup> Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §142 Rn. 10.

<sup>337</sup> Wohlers, Die »unverzügliche« Beordnung eines Pflichtverteidigers: Gefährdung des Anspruchs auf effektive

定三天至兩星期不等之期間。<sup>338</sup>

## 2、被告於期間內為指定特定辯護人之表示

### (1) 審判長對被告意見之傾聽義務與裁量權限

當被告在裁定期間內對於期望指定何人為義務辯護人有所表示時，審判長於指定之決定作成時必須儘可能地符合被告期望。關於審判長對被告之表示是否有傾聽義務(Anhörungspflicht)，過去曾有爭議。否定說認為傾聽義務原則上僅存在主審程序或特殊程序階段<sup>339</sup>；但肯定說認為，此規定既然是為了保障被告之公平程序請求權，故原則上為了保障被告聽審權，審判長應傾聽被告表示，僅有在例外情形，例如在情況急迫必須立即指定時，始得不進行聽審而即為指定。<sup>340</sup>

依照德國刑事訴訟法第 142 條第 1 項第 2 句之明文表示，若有重大理由違反時，審判長不得指定該人為辯護人。此等要件之審查均屬於審判長之裁量權限，若無不應指定之要件存在，但審判長卻未指定該人為辯護人時，則屬於有裁量瑕疵而侵害被告獲公平審判之權利。同時，在無違反被告意願與重大理由之裁量空間範圍內，審判長基於其照料義務，必須考量到被告所表示之辯護人是否具備協助被告之法律專業，以及是否能夠確保程序在符合法規的情形下順利進行，有時甚至要考量到辯護人本身的意願。尤其語言能力常常在此時是特別需要考量的重點。如果被告在表示意願時同時提出數位辯護人時，原則上審判長基於其合乎義務的裁量權限，不受提出先後順序之限制。<sup>341</sup>無論如何，決定指定何人之真正關鍵仍是在於能否符合實質辯護，最後之決定關鍵仍在於審判長的裁量。<sup>342</sup>甚至有認為，為使法院調查指定該辯護人是否有重大原則違反情形，亦應給予法院不超過三天的調查時間。<sup>343</sup>

### (2) 法院轄區外執業之律師亦得指定

儘管修法前條文內規定審判長必須儘可能由轄區內執業之律師中選出義務辯護人，但由於該條文僅是考量到辯護人之事務所距離法院之遠近對於辯護之便利性有所影響，故規範用語使用「僅可能地(möglichst)」一詞。一般學說與實務均認為，此區域之規定並非強制規定，即便是法院轄區外之辯護人，亦得作為指定對象。<sup>344</sup>

### (3) 基於重大理由違反而拒絕指定

拒絕指定被告所表示之辯護人必須限於有重大理由違反情形。是否具有重大理由違反之情形，必須傾向嚴格認定的態度。此點首先是基於被告自主權之肯認，蓋被告自主權之意，即為原則上由被告自行定義什麼是自身的辯護利益，以及哪個辯護人適合為其辯護。次者，在此仍不能忽視審判長決定權潛在之危險性，蓋審判長可能依其過去經驗而傾向選擇不與法

Verteidigung?, StV 2010, 151, 154ff.

<sup>338</sup> Herrmann, Anmerkung zu OLG Düsseldorf, StV 2011, 651, 653.

<sup>339</sup> BGH, NStZ 1992, 201; BGH, NStZ 1997, 401.

<sup>340</sup> Lüderssen/Jahn, in: LR-StPO, 2006, § 142 Rn. 12ff.

<sup>341</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrenrecht, 2009, § 19 Rn. 31; Laufhütte, in: KK-StPO, 2008, § 142 Rn. 7; Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, § 142 Rn. 10.

<sup>342</sup> Wenske, Die Beiordnung des „Pflichtverteidigers“ (§§ 141 IV, 142 StPO) - Alte Fragen im neuen Gewand?, NStZ 2010, 480.

<sup>343</sup> Wohlers, StV 2010, 151, 154ff.

<sup>344</sup> Lüderssen/Jahn, in: LR-StPO, 2006, § 142 Rn. 5.

院衝突之辯護人；因此為避免指定之辯護人只是順服於法院之辯護人，不應任意放寬拒絕指定之範圍。最後，鑒於被告與辯護人之信賴關係對於實質有效辯護之達成相當重要，在此時應盡量讓被告能獲得其所希望的辯護人。

若是存有可能的利益衝突(mögliche Interessenkollision)，則屬於此處所謂之重大理由，而重大理由大致有以下幾種討論類型。第一，例如屬於德國刑事訴訟法第 146 條所示之共同辯護情形，即同時為同一犯罪行為之多數被告進行辯護，則屬於此處之重大理由違反，不得指定其為辯護人。<sup>345</sup>避免利益衝突亦屬於審判長照料義務範圍內。<sup>346</sup>所謂可能的利益衝突也必須限縮於涉及明顯而具體的利益衝突；若是同一犯罪行為而由同一律師事務所或合署之律師進行辯護的情形，則不屬之。<sup>347</sup>但實務上亦有採取更嚴格之標準者，認為即便是同一犯罪行為之多數共同被告情形，亦僅限於有具體理由認為該辯護人無法為所有被告全力進行辯護之情形，始得以此為由拒絕指定；若僅僅是抽象之可能性，尚不足以作為拒絕之理由。<sup>348</sup>第二，多數認為，若該律師過去進行辯護時曾以不當手段阻礙程序進行，並反覆為之，或是指定該辯護人將耗費異常的時間及費用，或是要求指定該辯護人是為了程序以外之目的，均可作為拒絕指定之理由。但亦有相反見解認為，鑒於對被告自主權之尊重及被告與辯護人間信賴關係之維護，法官於認定是否適任時應採較寬鬆之認定之標準，縱然該律師曾經於其他程序中有嚴重違反程序的情形出現，在本案中亦應於該危險確實實現時，再以德國刑事訴訟法第 138a 條以下、第 143 條及第 145a 條等防止權利濫用之規範來加以處理，不應在指定的階段即立刻排除。<sup>349</sup>第三，關於其他屬於重大理由的情形，應依照德國刑事訴訟法第 146 條之禁止共同辯護原則，以及德國刑事訴訟法第 143 條、第 138a、138b 條<sup>350</sup>之撤銷指定標準來加以認定。但必須注意的是，多數仍認為，若有德國刑事訴訟法第 143 條、第 138a、138b 條之得撤銷指定事由時，僅需單純的嫌疑即足以拒絕指定，與利益衝突之標準不同。拒絕指定該受被告提名的辯護人時，基於聽審權之保障，亦須給予被告及該辯護人表示相反意見之機會。<sup>351</sup>

於被告要求指定辯護人為第二位義務辯護人時，必須注意被告選擇該辯護人是否專為阻礙第一位辯護人之目的，若答案為肯定，此時並非立即以有重大理由違反而加以拒絕，應優先依德國刑事訴訟法第 140、141 條關於指定辯護人之實質要件規定，審查是否有指定必要。<sup>352</sup>

當審判長基於重大理由之違反而駁回被告要求時，並未排除指定其他被告所期望之辯護人。<sup>353</sup>有認為於駁回該表示後即不必再次給予被告表示意見並予以聽審<sup>354</sup>；但亦有認為必須

<sup>345</sup> 德國刑事訴訟法第 146 條：「辯護人不得同時為多數同一犯罪行為之被告進行辯護。在同一程序中亦不得同時為多數不同犯行之被告進行辯護。」(原文為：「Ein Verteidiger kann nicht gleichzeitig mehrere derselben Tat Beschuldigte verteidigen. In einem Verfahren kann er auch nicht gleichzeitig mehrere verschiedener Taten Beschuldigte verteidigen.」)

<sup>346</sup> Lüderssen/Jahn, in: LR-StPO, 2006, §142 Rn. 21a.

<sup>347</sup> Laufhütte, in: KK-StPO, 2008, §142 Rn. 7; dagegen Lüderssen/Jahn, in: LR-StPO, 2006, §142 Rn. 21a.

<sup>348</sup> OLG Stuttgart, StV 2011, 661.

<sup>349</sup> Wohlers, StV 2010, 151, 154.

<sup>350</sup> 義務辯護人指定之撤銷，見下文第三章第四節部分之介紹。

<sup>351</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrenrecht, 2009, §19 Rn. 31; Lüderssen/Jahn, in: LR-StPO, 2006, §142 Rn. 16; Laufhütte, in: KK-StPO, 2008, §142 Rn. 7; Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §142 Rn. 10.

<sup>352</sup> Lüderssen/Jahn, in: LR-StPO, 2006, §142 Rn. 22ff

<sup>353</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrenrecht, 2009, §19 Rn. 31; Lüderssen/Jahn, in: LR-StPO, 2006, §142 Rn. 16;

重新給予被告表示意見機會，因為不得使不得已而需要義務辯護人協助之被告地位劣於可負擔辯護人費用之被告。<sup>355</sup>依照後者見解，於法院決定拒絕被告所表示的辯護人時，必須更新表示意見期間之裁定，讓被告能有充分期間再另尋信賴的辯護人；但被告若在此時表示已經沒有其他信賴的辯護人時，也不必再等期間耗盡後才為指定。<sup>356</sup>

#### (4) 非屬重大理由違反之情形

不應認為屬於重大理由違反之情形，一般認為，包括不得以辯護人曾經侮辱國家機關，或是該辯護人傾向以違逆法院之方式進行辯護等理由，而拒絕指定。此外，即便是修法前，亦普遍認為，若單純是辯護人在法院管轄地以外區域執業時，並不構成此處所謂之重大理由；然而在被告同時表示多數辯護人時，位於法院管轄地之辯護人可因地點優勢之因素而被列於優先考量之順序。<sup>357</sup>此外，若是先前為被告之選任辯護人，亦不因此阻礙受指定為義務辯護人，但也因之終止先前的選任辯護之關係。

### 3、被告未於期間內為指定特定辯護人之表示

然而較常出現的情形，是被告未表示希望指定何人為辯護人。或因為被告沒有熟識的律師，而根本不可能作出希望指定何人之表示；或因為被告對於受到哪位辯護人進行辯護之事根本漠不關心。若被告於期間用盡後尚未表示希望何人作為辯護人，有認為審判長必須在此時進一步確認被告是否不希望受到非其選擇之辯護人進行辯護，答案若為肯定，則必須確認本案是否有給予強制義務辯護(*Zwangspflichtverteidigung*)之必要，若無必要時，應依德國刑事訴訟法第 141 條第 4 項駁回指定辯護人之聲請。<sup>358</sup>若有強制指定辯護人之必要時，則可認為被告未對於指定何人有所期望，故依德國刑事訴訟法第 142 條第 1 項，由審判長自行決定指定何人為辯護人。惟基於審判長之程序照料義務，只要不會因此產生有影響之程序遲延時，審判長仍應進一步讓被告有表示欲指定何人之可能性。<sup>359</sup>

若是被告明確表示放棄表示意見之權利時，亦由審判長依其裁量作出決定。不過，所謂放棄，必須是被告明確而終局地放棄權利；亦即被告不僅必須是故意且明確表示放棄權利，其本身亦必須確實知悉放棄權利之射程範圍以及因此產生之法律效果。法院應檢驗被告所作出之表示是否出於真意，以及是否知悉放棄之意義與射程範圍；若無法確定，或仍有所懷疑，或上級法院發現此點在下級審並未作進一步的澄清時，則不得認為被告已放棄此項權利，而仍應給予其適當期間表示意見及進行相關之聽審保障。<sup>360</sup>於確定被告放棄此權利時，審判長應依裁量作出指定辯護人之選擇。有實務見解認為，此時亦可指定檢察官所提名的律師為辯護人。<sup>361</sup>

除了被告明確放棄權利外，亦可能因其他因素而使期間提前終止。例如於該程序階段有

*Laufhütte*, in: KK-StPO, 2008, §142 Rn. 7; *Meyer-Großner/Cierniak*, StPO, 2010, §142 Rn. 10.

<sup>354</sup> *Meyer-Großner/Cierniak*, StPO, 2010, §142 Rn. 10.

<sup>355</sup> *Lüderssen/Jahn*, in: LR-StPO, 2006, §142 Rn. 16.

<sup>356</sup> *Wohlers*, StV 2010, 151, 154ff.

<sup>357</sup> *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrenrecht, 2009, §19 Rn. 31; *Lüderssen/Jahn*, in: LR-StPO, 2006, §142 Rn. 17ff;

*Laufhütte*, in: KK-StPO, 2008, §142 Rn. 7.

<sup>358</sup> *Lüderssen/Jahn*, in: LR-StPO, 2006, §142 Rn. 27.

<sup>359</sup> *Lüderssen/Jahn*, in: LR-StPO, 2006, §142 Rn. 16b; *Meyer-Großner/Cierniak*, StPO, 2010, §142 Rn. 10.

<sup>360</sup> OLG Düsseldorf, StV 2011, 651.

<sup>361</sup> BGH, NStZ 2008, 231; krit. *Gaede*, HRRS 2007, 402, 413.

必須立刻指定義務辯護人之急迫情形，或是顯然被告將不會對於指定何人作出任何表示時，即便期間已開始進行，仍可因此終止。<sup>362</sup>

#### 4、違反表示意見程序之法律效果

所有違反德國刑事訴訟法第 142 條第 1 項之情形，均可提出抗告。包括審判長指定前未踐行此程序、審判長於未有違反重大理由之情形而拒絕指定被告所表示之辯護人、審判長之裁量有瑕疵、被告已有選任辯護人而未有充分理由即另行指定其他義務辯護人，或是有強制辯護事由卻未及時指定之情形<sup>363</sup>等等，均可認為抗告有理由。<sup>364</sup>

於義務辯護人之選擇有瑕疵時，亦可作為提出法律審救濟(Revision)之理由。例如指定辯護人時忽視被告關於德國刑事訴訟法第 142 條第 1 項所規定之權利，或未對被告之意見加以考量等情形。由於在此等情形之下，即便是理性的被告亦會覺得與法院所選擇的辯護人之間欠缺完整的信賴關係，故可認為有害於實質有效辯護之達成。<sup>365</sup>

此外，若於指定辯護人時未充分保障被告之選擇權，亦得以欠缺聽審保障為由而要求撤銷原義務辯護人之指定<sup>366</sup>，並改指定被告所信賴之辯護人。由建立信賴關係的程序保障可知，當違反指定時的程序規定及被告之聽審權保障，將造成較易更換指定辯護人之結果。<sup>367</sup>

#### 第二款 修法前羈押受辯護人指定之法律依據

了解羈押流程及指定辯護人之程序規定等前提知識後，以下切入本文重點，即德國法將羈押列為強制辯護事由的修法過程及理由。

如上所述，德國刑事訴訟法所規定的指定辯護人之情形，以起訴後為原則<sup>368</sup>；惟羈押之實施往往發生在起訴之前的階段，甚至是偵查剛開始的時候，故如何使被羈押人於此階段即能獲得義務辯護人協助，為爭點所在。在 2009 年羈押法修法前，也有些情形是符合強制辯護要件的，主要是根據修法前之德國刑事訴訟法第 140 條第 1 項第 5 款及第 141 條第 3 項、第 117 條第 4 項，而少部分是依據德國刑事訴訟法第 118a 條第 2 項。以下對此三種強制辯護依據進行說明。

#### 第一目 德國刑事訴訟法第 140 條第 1 項第 5 款及第 141 條第 3 項

在起訴後被羈押之人可能依照德國刑事訴訟法第 140 條第 1 項、第 2 項及第 141 條而受辯護人之指定，但德國刑事訴訟法第 140 條對羈押而言最具特殊意義者，莫過於第 140 條第 1 項第 5 款。該款規定，當被告因法官之命令或同意而留置於機構內至少三個月，且未於主

<sup>362</sup> Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §142 Rn. 10.

<sup>363</sup> LG Halle, StV 2011, 667.

<sup>364</sup> Lüderssen/Jahn, in: LR-StPO, 2006, §142 Rn. 38; Laufhütte, in: KK-StPO, 2008, §142 Rn. 11; Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §142 Rn. 10.

<sup>365</sup> Lüderssen/Jahn, in: LR-StPO, 2006, §142 Rn. 38; Laufhütte, in: KK-StPO, 2008, §142 Rn. 12; Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §142 Rn. 10.

<sup>366</sup> LG Erfurt, StV 2011, 665.

<sup>367</sup> Laufhütte, in: KK-StPO, 2008, §142 Rn. 9; Herrmann, StraFo 2011, 133, 141. 詳細情形見下文第三章第四節部分。

<sup>368</sup> 詳細說明見上文第三章第二節第三項第一款。

審程序開始前兩星期被釋放，則屬於強制辯護案件。<sup>369</sup>然而此款並非特別針對羈押而發，因為依該款觀點下所謂之留置(Unterbringung)，除了羈押之情形外，亦包含刑法保安處分所規定的人身自由拘束，甚至是與民法之監護相關的情形。惟即便符合德國刑事訴訟法第 140 條第 1 項第 5 款之情形，依照修法前第 141 條第 3 項之規定及實務見解，除非有特殊裁量收縮至零的情形，檢察官於偵查中也不一定必須向法院聲請指定辯護人。<sup>370</sup>

## 第二目 德國刑事訴訟法第 117 條第 4 項

其次是現今已刪除，原先規定於德國刑事訴訟法羈押章節之第 117 條第 4 項第 1 句。依照該規定，當羈押執行期間已經過三個月以上而持續進行，經由被告、檢察官或被告之法定代理人之聲請，應為被告指定辯護人。<sup>371</sup>於德國刑事訴訟法第 141 條規定之處，多數說認為僅得由檢察官提出聲請，但相對的，此處明文得由被告、檢察官或被告之法定代理人提出聲請；並且依照同項第 2 句規定，此權利必須告知被告。此外，為了使被告在羈押三個月期滿而符合法定要件時能立刻獲得指定，有聲請權之人得在接近羈押屆滿三個月前即提出聲請。<sup>372</sup>

關於三個月期間的計算，首先必須注意到，若是本案羈押有中斷的情形，是否仍能將各個中斷的期間計入三個月期間內的問題。一般認為，若是依照德國刑事訴訟法第 116 條以具保等替代手段代為羈押執行，或是因另案羈押、被告受他案確定判決而服刑等情形導致羈押中斷，儘管本案羈押處於中斷的狀態，仍應將該等個別期間列入計算。另外，若是在釋放之同時核發新的羈押令狀而再次羈押之情形，亦應將各別羈押期間均計入三個月的計算之內。關於計算期間的問題，始點也是必須注意的問題。在此處，若屬於先有羈押令狀核發的情形，則自拘捕時起算；若是未有事先核發羈押令狀的逮捕，則自羈押令狀核發時起算。<sup>373</sup>

本規定有別於德國刑事訴訟法第 140 條及第 141 條之規定，是特別針對羈押之持續而指定辯護人，目的在於使被告能夠影響偵查程序的進行及羈押相關決定的作成，故指定之效力原則上將持續到起訴書送達；在此之後，則應依照德國刑事訴訟法第 140 條及第 141 條重新指定義務辯護人。但若是起訴前的羈押一直持續到起訴後，而同時符合德國刑事訴訟法第 140 條第 1 項第 5 款之要件，則依照修法前之第 140 條第 3 項第 2 句規定，依第 117 條第 4

<sup>369</sup> 原文為：「(1) Die Mitwirkung eines Verteidigers ist notwendig, wenn ... 5. der Beschuldigte sich mindestens drei Monate auf Grund richterlicher Anordnung oder mit richterlicher Genehmigung in einer Anstalt befunden hat und nicht mindestens zwei Wochen vor Beginn der Hauptverhandlung entlassen wird;」

<sup>370</sup> Busse, Frühe Strafverteidigung und Untersuchungshaft-eine empirische Studie, 2008, S. 54ff. 何賴傑，偵查程序強制辯護之指定及違法效果—以德國刑事訴訟法為觀察重點(上)，政大法學評論，第 111 期，2009 年 10 月，106 頁。

<sup>371</sup> 2009 年修法前之舊德國刑事訴訟法第 117 條第 4 項：「若羈押之執行已達三個月以上而仍無辯護人，經由檢察官或被告或被告法定代理人之聲請，應為羈押之持續而指定辯護人予被告。關於被告之聲請權，必須踐行告知。第 142、143 及 145 條，準用之。」(原文為：「(4) Hat der Beschuldigte noch keinen Verteidiger, so wird ihm ein Verteidiger für die Dauer der Untersuchungshaft bestellt, wenn deren Vollzug mindestens drei Monate gedauert hat und die Staatsanwaltschaft oder der Beschuldigte oder sein gesetzlicher Vertreter es beantragt. Über das Antragsrecht ist der Beschuldigte zu belehren. Die §§ 142, 143 und 145 gelten entsprechend.」)惟本項規定於 2009 年修法後已刪除。

<sup>372</sup> Hilger, in: LR-StPO, 2006, §117 Rn. 37ff; Graf, in: KK-StPO, 2008, §117 Rn. 16.

<sup>373</sup> Hilger, in: LR-StPO, 2006, §117 Rn. 38; Graf, in: KK-StPO, 2008, §117 Rn. 15.



項所為指定之效力對起訴後仍向將來繼續有效。<sup>374</sup>此外，在兩種規定競合的情況，一般認為，德國刑事訴訟法第 140 條第 1 項第 5 款相較於修法前之第 117 條第 4 項應優先適用，僅有在不符前者情形時始有後者之適用。<sup>375</sup>

### 第三目 德國刑事訴訟法第 118a 條第 2 項

最後是德國刑事訴訟法第 118a 條第 2 項第 2 句的規定。依該規定，於依照第 117 條進行羈押審查的言詞審理時，若被羈押人不在場，必須有辯護人參與該程序。<sup>376</sup>此規定與前兩者不同之處在於要求必須有辯護人的時點，僅限於德國刑事訴訟法第 117 條之羈押審查程序時，故實際上與前兩者相較起來，也較不具重要性。

### 第四目 其他

在新法生效之前，聯邦最高法院尚認為以下幾種情形是必須有辯護人協助的情況，故若有此等情況，即便是羈押未達修法前德國刑事訴訟法第 117 條第 4 項或第 140 條第 1 項第 5 款所規定之三個月期間，亦可能因此提前獲得義務辯護人之指定。

第一種是基於對質詰問權保障之目的。偵查中若因特殊原因，而使偵查法官必須於排除被告在場的情況下訊問有拒絕證言權的重要不利證人，若被告此時尚無辯護人協助，必須指定辯護人代被告於訊問時在場進行對質詰問。<sup>377</sup>此種見解之形成與因應歐洲人權公約第 6 條第 3 項 d 款之對質詰問權最低限度保障有極大關聯。<sup>378</sup>

第二種是為需對重要鑑定表示意見時。<sup>379</sup>

第三種是在偵查中核發或決定是否執行羈押令狀時，偵查法官若認為此時存有被告必須知悉之資訊，應為貫徹閱卷權之保障而指定辯護人。<sup>380</sup>不過關於此閱卷權保障目的而指定辯護人之案件類型，在修法前的實務上能夠確實遵守歐洲人權法院要求者仍為少數，此點由德國一再於歐洲人權法院敗訴的情形即可知悉。<sup>381</sup>不過由此點可看出，羈押審查程序必須允許

<sup>374</sup> Hilger, in: LR-StPO, 2006, §117 Rn. 40; Graf, in: KK-StPO, 2008, §117 Rn. 17.

<sup>375</sup> 何賴傑，偵查程序強制辯護之指定及違法效果—以德國刑事訴訟法為觀察重點(上)，政大法學評論，第 111 期，2009 年 10 月，106 頁。

<sup>376</sup> 德國刑事訴訟法第 118a 條第 2 項：「除非被告已放棄到場，或因遠距離、被告患疾及其他無法排除之障礙而無法出席，應提訊被告。若被告無法出席言詞程序，必須使辯護人於程序中維護其權利。於此情形，若被告仍無辯護人，應為言詞程序而指定辯護人予被告。第 142、143 及 145 條，準用之。」(原文為：「(2) Der Beschuldigte ist zu der Verhandlung vorzuführen, es sei denn, daß er auf die Anwesenheit in der Verhandlung verzichtet hat oder daß der Vorführung weite Entfernung oder Krankheit des Beschuldigten oder andere nicht zu beseitigende Hindernisse entgegenstehen. Wird der Beschuldigte zur mündlichen Verhandlung nicht vorgeführt, so muß ein Verteidiger seine Rechte in der Verhandlung wahrnehmen. In diesem Falle ist ihm für die mündliche Verhandlung ein Verteidiger zu bestellen, wenn er noch keinen Verteidiger hat. Die §§ 142, 143 und 145 gelten entsprechend.」)

<sup>377</sup> BGHSt, StV 2000, 593.

<sup>378</sup> 關於歐洲人權公約及歐洲人權法院對對質詰問權保障所劃定之最低標準，詳細內容參照陳鈺歆，對質詰問權保障標準取代傳聞法則之研究—以歐洲法發展為例，台灣大學碩士論文，2009，9 頁以下。

<sup>379</sup> BGHSt, StV 2002, 180.

<sup>380</sup> Wohlers, StV 2010, 151, 152; Herrmann, StrafFo 2011, 133, 134.

<sup>381</sup> Herrmann, StrafFo 2011, 133, 134. 關於羈押程序閱卷權部分，詳細參照第二章第三節及第三章第三節。



辯方閱卷的要求，似乎是促成羈押程序指定辯護人的重要動力之一。<sup>382</sup>

### 第三款 修法前羈押程序實施辯護之情形

在此次羈押規定修正之前，1980 年代曾有刑事法學者及博士論文對德國當時羈押案件之辯護情形做調查研究。儘管該等調查研究的年代稍早，由於德國自 1980 年代至此次 2009 年修法的期間內，關於羈押程序的辯護制度並未有特別重要的修法改變，實務見解亦是如此，故該等研究對於現今修法前之實務運作情況仍有參考價值。根據該研究結果顯示，成年被羈押人中，有三分之二以上受到辯護人協助，比例上雖仍以選任辯護人為主，但選任與指定辯護人的比例其實相差不遠<sup>383</sup>；此外，尚有部分是由選任辯護人轉為指定辯護人，此等情形在比例上雖未達純粹選任或指定義務辯護人的比例，但為數亦不少。至於指定義務辯護人之法律上依據，主要為德國刑事訴訟法第 140 條第 1 項第 5 款。<sup>384</sup>由於受指定辯護人之被羈押人實際上幾乎均是依照德國刑事訴訟法第 140 條第 1 項第 5 款及第 141 條第 3 項規定而獲得指定辯護人，故平均而言，若被羈押人未自行選任辯護人，通常必須要等到羈押至少三個月後才能獲得指定辯護人；相對地，自行選任辯護人的情況通常是羈押一開始即委任選任辯護人。<sup>385</sup>

亦有學者表示，此等舊法時期偵查中為被羈押人指定辯護人的規定其實並未被貫徹，原因一來是出於財政的問題，二來是避免對偵查有不利影響。也有懷疑實務上會為了避免符合強制辯護要件而將被告釋放的情形。<sup>386</sup>因此，在實務運作上，似乎不但沒有為了保障被羈押人的權利而儘早指定辯護人，反而是採取一種能拖則拖的方式。<sup>387</sup>

### 第四款 提前強制辯護時點之討論

<sup>382</sup> Wohlers, StV 2010, 151, 152.

<sup>383</sup> 此關於羈押程序中選任辯護人及義務辯護人所佔比例相差不遠的說法，必須注意到，該調查者係指整體羈押程序中有獲得辯護人之情形，並非指羈押一開始即獲得辯護人協助之情形。

<sup>384</sup> Gebauer 在其博士論文中，於 1981 年對八個檢察署進行 800 份抽樣調查。Gebauer 的調查中，逾三分之二的被羈押人有辯護人協助；29%為自行選任辯護人，24%為法院指定之義務辯護人，進行 751 份涉及羈押程序的抽樣調查，其中 71.8%受辯護人協助，而 23.3%為選任辯護人，20.2%為義務辯護人，27.8%由選任辯護人改為義務辯護人；指定義務辯護人所援引的法條同樣以第 140 條第 1 項第 5 款居冠，其次同樣為同項第 1、2 款；指定義務辯護人的期間平均為羈押 95 日之後，但選任辯護人的期間則平均為 14 日之後。在 Jabel 的調查中還對其他包含調查地區的幾個檢察署進行未被羈押之被告的調查，894 份樣本中有 67%的(未受羈押)被告得到辯護人協助。1981 至 1982 年期間，Vogtherr 以對三個地方法院進行 570 份第一審程序進行抽樣調查，並訪問 70 位律師。根據其訪問律師的結論中，有 60%的被告在已接受警察第一次訊問後才獲得辯護人，而 17%的被告因為羈押而和律師接觸；至於指定義務辯護人方面，根據其調查，在偵查中即指定義務辯護人的情形相當少見，指定依據則以德國刑事訴訟法第 140 條第 1 項第 1 款達 84%居冠；關於羈押方面，絕大多數的辯護人都是在被告被羈押後才和被告接觸，若是為義務辯護人，則通常在羈押後三個月才被指定，但相對地，選任辯護人平均始於偵查機關獲悉犯罪事件後八十日。Vgl. Busse, Frühe Strafverteidigung und Untersuchungshaft - eine empirische Studie, 2008, S. 61ff.

<sup>385</sup> Busse, Frühe Strafverteidigung und Untersuchungshaft - eine empirische Studie, 2008, S. 61ff. 於 2009 年羈押法修正對案(BT-Drs. 16/11644)提出時，慕尼黑刑事法學者 Schöch 即指出，40%被告大約在羈押開始時即有選任辯護人協助，但相較之下，在此時能有義務辯護人協助的情況則非常稀少。Vgl. Experten für Pflichtverteidigung ab Beginn der U-Haft, FD-StrafR 2009, 280248; Expertenanhörung zur Pflichtverteidigerbeordnung in der U-Haft, NJW-Spezial 2009, 314.

<sup>386</sup> Hilger, in: LR-StPO, 2006, §117 Rn. 34.

<sup>387</sup> Wohlers, StV 2010, 151, 152; Herrmann, StrafFo 2011, 133, 134.

## 第一目 支持者之論點

羈押通常在偵查程序開始階段即發生，但如上所述，依照德國刑事訴訟法之規定，指定辯護人不但以起訴後為原則，且在偵查中大多須經由檢察官提出聲請，而檢察官是否提出聲請通常亦為其裁量權限，對被羈押人相當不利。此外，由於德國刑事訴訟法第 140 條及第 141 條、第 117 條第 4 項、第 118a 條對於偵查中羈押程序指定辯護人的種種限制，使無法自行委任辯護人之被羈押人往往難以在早期階段獲得辯護人協助。因此，關於是否應將為被羈押人指定辯護人的時點提前的討論上，幾乎是壓倒性的多數看法持肯定見解。而支持儘早給予被羈押人辯護人協助大概有以下幾種論點：

### 1、縮短羈押期間

縮短羈押期間是主張羈押應為強制辯護事由之最主要原因。羈押屬於剝奪人身自由之基本權干預最為嚴重的類型，對於被羈押人之私人、工作、社交生活影響甚鉅。並且，因羈押受到嚴重影響者不僅是被告一人，更包含其家庭或親友的生活，尤其是當被告為家庭主要經濟來源時，更是如此。由於羈押審查亦涉及法律爭點上的攻防，只有在辯護人協助的情況下，被告才有能力對於羈押理由提出防禦。因此在羈押開始時立刻給予辯護人的協助，才可能讓被告的羈押期間縮減至最短，尤其是透過羈押理由消滅時提出撤銷羈押的手段。<sup>388</sup>然而由於現今似乎已將羈押作為一種暫時安撫人心的手段<sup>389</sup>，且羈押同時具有短期自由刑之弊病，故儘量縮短羈押期間是讓羈押回歸其目的必要的作法。況且此處還有更令人擔憂的問題是，羈押的期間越長，越可能造成法官藉由判處較高的刑期來合理化羈押的危險。<sup>390</sup>

辯護人參與羈押程序在實際上是否能達到縮短羈押期間的效果，也是關注的焦點。有研究認為，羈押期間之長短從表面上看來，似乎與罪名輕重之關聯最大，然而進一步分析後可發現，影響羈押期間長短的因素有：有無辯護人、被羈押人是否有前科、是否為暴力型犯罪，而其中以是否有辯護人之影響最大。<sup>391</sup>根據調查研究顯示，羈押程序有辯護人參與時，大多能使被羈押人於羈押屆滿前即提前釋放<sup>392</sup>；不過此結果是否能直接證明辯護人參與羈押程序有助於縮短羈押期間，仍有疑問。<sup>393</sup>無論如何，從研究結果表面來看，無論是獲得撤銷羈押或改為其他替代處分情形，有辯護人之比例較無辯護人者明顯多出許多。<sup>394</sup>

<sup>388</sup> Schlothauer, Pflichtverteidigerbeordnung nach Inhaftierung: zur praktischen Umsetzung des am 1.1.2010 in Kraft getretenen Gesetzes zur Änderung des Untersuchungshaftrechts, in FS-Samson, 2010, S. 709, 709-710.

<sup>389</sup> 從 1990 年開始，德國羈押比例達到 30% 以上。何賴傑，刑事辯護對羈押決定及羈押期間之影響—德國實證研究報告之啟示，台灣法學雜誌，第 136 期，2009 年 9 月，14 頁。

<sup>390</sup> 參照何賴傑，刑事辯護對羈押決定及羈押期間之影響—德國實證研究報告之啟示，台灣法學雜誌，第 136 期，2009 年 9 月，13 頁以下。

<sup>391</sup> 何賴傑，刑事辯護對羈押決定及羈押期間之影響—德國實證研究報告之啟示，台灣法學雜誌，第 136 期，2009 年 9 月，15 頁。

<sup>392</sup> 在 Gebauer 的研究中，有辯護人參與羈押程序，有三分之二在羈押審查中即排除執行，有四分之三提前結束羈押。在 Jabel 的研究中，41.6% 有義務義務辯護人者，在羈押屆滿前獲得釋放，而有選任辯護人協助的提前釋放比例更高達四分之三。Vgl. Busse, Frühe Strafverteidigung und Untersuchungshaft - eine empirische Studie, 2008, S. 61ff.

<sup>393</sup> 另有學者 Schöch 更進一步對於辯護人得提早介入是否能夠縮短羈押期間效果的問題進行研究，可惜由於缺乏適當的對照組，因此對於辯護影響範圍也僅能用猜測的。Vgl. Busse, Frühe Strafverteidigung und Untersuchungshaft, 2008, S. 94

<sup>394</sup> 何賴傑，刑事辯護對羈押決定及羈押期間之影響—德國實證研究報告之啟示，台灣法學雜誌，第 136 期，

在羈押期間長短與辯護人類型之關聯的調查中發現，羈押期間最短者為無辯護人參與的情形，次者為選任辯護人，最後才是義務辯護人<sup>395</sup>；但該進行調查的學者認為，此種情形可能與指定辯護人的要件有關，因為案件情形越重就越可能獲得指定，因此仍無法直接評斷何種辯護人對縮短羈押期間最為有利。<sup>396</sup>不過，也有對於辯護人平時執業情形進行觀察的研究在觀察後表示，義務辯護人有較選任辯護人不積極的情形產生，似乎辯護人的類型會決定辯護人的積極程度；然而該研究者卻也懷疑，這是否是因為義務辯護人係由法院指定而產生，而法院卻可能傾向於指定不會積極與法院唱反調的律師作為義務辯護人有關。<sup>397</sup>

由以上調查發現，儘管辯護人提早進入羈押程序與縮短羈押期間的因果關係在研究上仍無法獲得非常明確的答案，但至少在統計結果上傾向正相關，而亦無法排除能藉此縮短羈押期間的可能性；故在符合比例原則的要求之下，仍應使被羈押人能儘早獲得辯護人協助為適當。<sup>398</sup>

## 2、協助發現真實

羈押往往在偵查程序中即發生，若能在此時即給予義務辯護人之協助，有助於偵查時發現真相。儘管德國刑事訴訟法中規定檢察官有客觀性義務，必須對被告有利及不利之事證一併注意，但基於檢察官為追訴者的角色，即便其本身已盡力遵從客觀性義務，卻相當可能因觀察角度上的障礙而忽略對被告有利的事證。尤其當涉嫌犯罪而又無資力委任辯護人者，往往屬於社會中物質生活水平較低之階層，此種社會階層的刻板印象容易加深偵查者的歧視感，而更加深偵查者的偏見並進一步影響偵查角度。此時若有辯護人為被告積極找尋有利事實及證據，使事實在檢辯雙方意見的相互衝擊之下形成，比由單方偵查建構事實更有助於還原真相。又偵查對於將來程序影響甚鉅，即便認為偵查未直接影響判決，也無法否認偵查在整體程序中具有關鍵性地位，實不應輕忽偵查中之程序保障。尤其此處尚涉及剝奪人身自由之羈押程序，對個人而言屬於無法回復之基本權侵害，更應加強保障，故有予以辯護人協助之必要。<sup>399</sup>

## 3、加強被羈押人辯護能力及給予精神支持

被告在羈押狀態因人身自由受到限制，比其他未被羈押之被告更無自行尋找有利證據及自我辯護之能力，亦無法正常行使被告之權利，使辯護變得格外困難。被告能否理解突如其來的羈押狀況並掌握自己擁有的權利，往往是值得懷疑的事，而在實際情形下通常可發現，被告對於羈押的進行幾乎沒有影響能力，更遑論使羈押提前結束。<sup>400</sup>

2009年9月，13頁以下

<sup>395</sup> 在 Gebauer 的研究中，有選任辯護人的被羈押人平均羈押期間為 105 日，義務辯護人者為 139 日，而無辯護人者僅有 47 日。在 Jabel 的研究中，有選任辯護人的被羈押人羈押期間超過 90 日之情形比例為 95.9%，有義務辯護人之比例為 94.2%，無辯護人者卻僅有 55.2%；另外，37.6%的有選任辯護人之被羈押人在偵查中即被釋放，但有義務辯護人的比例卻只有 8.8%，比無辯護人的 26.5%比例還低。Vgl. Busse, Frühe Strafverteidigung und Untersuchungshaft - eine empirische Studie, 2008, S. 66ff.

<sup>396</sup> Busse, Frühe Strafverteidigung und Untersuchungshaft - eine empirische Studie, 2008, S. 68, 69.

<sup>397</sup> Barton, StV 1984, 401.

<sup>398</sup> Busse, Frühe Strafverteidigung und Untersuchungshaft - eine empirische Studie, 2008, S. 94.

<sup>399</sup> Busse, Frühe Strafverteidigung und Untersuchungshaft - eine empirische Studie, 2008, S. 72-74.

<sup>400</sup> Busse, Frühe Strafverteidigung und Untersuchungshaft - eine empirische Studie, 2008, S. 75; Lüderssen/ Jahn, in: LR-StPO, 2006, §117 Rn. 38.

另外有研究顯示，隨著羈押時間的增加，被羈押人有智力下降的正相關情形出現，且被羈押人之接受外界事物的能力、觀察能力、集中注意力的能力等等，都有下降情形發生，這些情況對辯護而言更加不利。為了彌補因羈押而產生的辯護能力落差，被羈押人比一般被告更需要獲得辯護人協助。<sup>401</sup>

此外，羈押具有突襲性，個人往往在毫無準備的情形突然被迫與家庭、工作以及熟悉的生活環境割離，易對精神上造成極大打擊；而羈押期間又不具確定性，被羈押人面對不知盡頭的身心折磨，容易嚴重影響精神狀況，因此被羈押人自殺的情形亦非罕見。是以，在第一時間使被羈押人獲得辯護人協助相當重要，因為通常只有具法律專業知識的辯護人能向被告說明其所處的情況及其所擁有的權利，以及後續可能面臨的程序，藉以緩和被告面對未知的恐懼。且辯護人常常成為被羈押人維持與外界社會、家庭、職業環境的聯繫管道，故辯護人之功能不只是以專業協助被羈押人處理刑事程序問題，亦能給予被羈押人精神上的重要支持。<sup>402</sup>

#### 4、法治國原則之要求

從被告作為程序主體的意義來看，更有使羈押為強制辯護情形之必要。現今為了使刑事訴訟程序能合於法治國規則的形塑，必須確保被告未在刑事程序中淪為程序客體，故國家有使被告獲得實質有效辯護的司法照料義務。有鑒於此，國家對於有特殊救助需求的被告，例如被告可能受到嚴厲的判決結果，或是被告有身心障礙情況，國家基於照料義務而必須給予程序上協助。除了確保被告的具體利益，刑事程序也必須維護源自於法治國基本原理原則的抽象程序利益，例如公平審判程序或武器平等原則所保障之程序利益。此等理由均為刑事訴訟法設置強制辯護制度的原因。<sup>403</sup>

但強制辯護的範圍卻是問題所在，此處所關注的焦點即為羈押程序的開始是否應列為強制辯護的範圍的問題。儘管德國刑事訴訟法中將偵查列為強制辯護之例外情形，從法治國之程序基本原則來看，偵查程序並未有較不值得保護的情況。雖然有學者認為，基於偵查中的權限分配，偵查本來即無真正的武器平等可言，但此種見解並未獲得多數的認同。多數認為，儘管是從整體程序結構的角度來看，亦不能認為偵查中無武器平等之要求，因為武器平等的意義是指盡量使程序參與者雙方能達到平衡的地位，包含法律專業知識上的平衡，故面對具有法律專業的檢察官，被告也必須有相當的專業法律協助。法治國對於人格權的保護義務，在此也具體化成為武器平等原則所衍伸而來的各種公平程序擔保。<sup>404</sup>除了武器平等外，從一般平等原則的角度來看，更有改革現況的必要。因為在現實中能夠負擔起辯護人費用者，往往在羈押開始時即自行委任選任辯護人，相對地，無法負擔費用者則必須等到羈押三個月後才能獲得辯護人協助；此種因貧富懸殊而形成獲得辯護人協助的機會不等，實已違反了平等原則。<sup>405</sup>

<sup>401</sup> Busse, Frühe Strafverteidigung und Untersuchungshaft - eine empirische Studie, 2008, S. 75; 何賴傑，刑事辯護對羈押決定及羈押期間之影響—德國實證研究報告之啟示，台灣法學雜誌，第136期，2009年9月，17頁。

<sup>402</sup> Schlothauer, in: FS-Samson, 2010, S. 709ff.

<sup>403</sup> Busse, Frühe Strafverteidigung und Untersuchungshaft - eine empirische Studie, 2008, S. 76ff.

<sup>404</sup> Busse, Frühe Strafverteidigung und Untersuchungshaft - eine empirische Studie, 2008, S. 76ff.

<sup>405</sup> Experten für Pflichtverteidigung ab Beginn der U-Haft (Aktuelle Nachrichten), FD-StrafR 2009, 280248; Expertenanhörung zur Pflichtverteidigerbeordnung in der U-Haft, NJW-Spezial 2009, 314.

## 5、平衡被害人與被告地位

《被害人保護法》(Opferschutzgesetz)在 1987 年施行時，賦予被害人在刑事程序中特殊地位，此法並在 2004 年的《被害人權利改革法》及 2009 年的《第二次被害人權利改革法》中進一步修正。德國現今被害人不僅得作為刑事程序之旁訴人(Nebenkläger)而參與程序，更可以委任律師進一步行使資訊請求權、程序參與權、提出救濟等權利。<sup>406</sup>除此之外，具有旁訴人之適格者，依照德國刑事訴訟法第 406g 條第 3 項、第 397a 條第 2 項，在前階段程序(Vorverfahren)遇到特殊情事時，即有透過訴訟救助制度獲得律師協助的請求權，且依照該等規定，於涉及特定重罪時，甚至不需具備無資力要件，即可在此時獲得律師協助。另外，被害人符合無資力要件時，在偵查程序中亦有暫時獲得指定律師的可能。被害人之律師若是在偵查開始時受指定，亦可在被害人第一次以證人身分接受訊問時、被告第一次接受法官訊問時，或是與被告進行對質詰問時在場。並且為因應此等權利，被害人之律師在偵查階段，即依照第 406e 條以下而有閱卷權，以及於警察、檢察官及法官訊問被害人時之在場權，此等權利在偵查中幾乎是已超越被告及其辯護人所能行使的權利。<sup>407</sup>

相較於被害人之權利，依照多數見解，被告在偵查階段原則上並無要求指定辯護人的權利，而僅得促使檢察官聲請；且即便檢察官認為有指定必要而提出聲請，亦必須通過法院之許可，可以說是雙重檢驗。在被害人與被告獲得指定的要件上相比較，被害人有明確規定無資力情況得於偵查中獲得指定，但被告部分卻僅有模糊的構成要件，增加不確定性。被害人能夠在偵查中獲得辯護人之協助而為自己的利益去影響程序，以達成使被告獲得有罪判決的目標，但相對地，被告在偵查中卻相當不易獲得辯護人指定。<sup>408</sup>基於此嚴重反差，使即便是反對將羈押開始作為偵查中強制辯護之時點者，大多亦認為應使偵查中之被告獲得指定辯護人的門檻降低。<sup>409</sup>

### 第二目 反對者論點

相對地，法官界對於將羈押開始列為強制辯護事由亦有大力反彈聲浪。例如 Bamberg 的高等法院副院長即公開表示反對，認為如此一來將使義務辯護人指定的數量爆增，勢必增加國庫額外負擔；更何況在許多案例中，即便沒有義務辯護人的協助，程序也在未對被告產生不利的情形下相當有效而迅速地進行。相對地，某柏林地方法院法官則採折衷之反對見解，認為鑒於與旁訴人獲得法律協助的情形相比，確實應使被告於偵查中更易獲得指定辯護人，但這並非指在羈押開始時即必須全面實施強制辯護。<sup>410</sup>

相較於法官界，檢察官界的反對聲浪更高。從問卷調查研究上顯示，其實法官對此大多

<sup>406</sup> 何賴傑，論刑事訴訟法之傳承與變革—從我國與德國晚近刑事訴訟法修法談起，月旦法學教室，第 100 期，2011 年 2 月，177 頁。

<sup>407</sup> Busse, Frühe Strafverteidigung und Untersuchungshaft - eine empirische Studie, 2008, S. 79ff.

<sup>408</sup> Busse, Frühe Strafverteidigung und Untersuchungshaft - eine empirische Studie, 2008, S. 79ff.

<sup>409</sup> Redaktion FD-StrafR, Experten für Pflichtverteidigung ab Beginn der U-Haft (Aktuelle Nachrichten), FD-StrafR 2009, 280248.

<sup>410</sup> Experten für Pflichtverteidigung ab Beginn der U-Haft (Aktuelle Nachrichten), FD-StrafR 2009, 280248; Expertenanhörung zur Pflichtverteidigerbeordnung in der U-Haft, NJW-Spezial 2009, 314.

仍持正面態度，但相較之下，檢察官則多持批判態度。<sup>411</sup>

## 第五款 修法歷程

鑒於要求將羈押開始之時列為強制辯護事由的聲浪不斷，此議題也經過數度討論。在 1988 年的修法草案中，即有學者基於法治國原則、社會國原則，以及刑事程序中的公平程序原則、真相發現之要求，建議將強制辯護的時點提前至將被告帶往法院進行羈押審查的時點，以加強管控羈押要件具備與否。2001 年，由德國、奧地利、瑞士刑事法學者所組成的研究工作團隊對刑事偵查程序提出改革意見，因而作出一份「選擇對案」(簡稱 AE-EV)；其中要求犯罪嫌疑人於羈押時即必須立刻為其指定辯護人。<sup>412</sup>在 2004 年的刑事訴訟改革討論草案(Diskussionsentwurf)的目標即在於擴大辯護人在偵查中的權限<sup>413</sup>，因為提早使辯護人介入不但能增強被告地位，對真實發現亦有助益。該草案關於羈押之強制辯護部分，則希望能將德國刑事訴訟法第 117 條第 4 項之強制辯護時點提前至羈押開始時，以避免被羈押人在強制辯護的三個月期間之要件滿足前，是否能獲得辯護人之指定完全取決於法官裁量。同年第 65 屆法律人大會的刑法組報告中亦提出偵查階段的強制辯護改革<sup>414</sup>，並明確表示支持多數學說所主張，認為羈押開始的時點即應列為強制辯護的範圍；而大會在結論時亦對此見解亦表示支持，並同時認為應予被告聲請指定之權限，使羈押時能基於被告或檢察官的聲請，讓法院於受到聲請後即必須立刻(alsbald)指定辯護人。<sup>415</sup>2005 年草案的改革建議則認為，當被告失去自由且可能受到一年以上有期徒刑的判決時，必須在主審程序之前即指定辯護人。<sup>416</sup>

2009 年之聯邦法律委員會(Rechtsausschuss des Bundestages)提出之羈押法修正對案(BT-Drs. 16/11644)後，多數專家即表示必須將羈押程序指定辯護人之時點提前一事列入對案，因為實務上儘管檢察官可以提早聲請指定辯護人，但絕大多數未自行選任辯護人的被羈押人往往在羈押三個月後始獲得辯護人之指定，故應在羈押開始時即以強制辯護方式強化被羈押人的權利保障。不少研究亦認為提前指定辯護人有縮短羈押期間、加速程序進行、減少司法負擔等利益，而予以支持。不過支持提前強制辯護時點者對於要將何時列為強制辯護始點的問題，仍有爭議。律師界認為，必須規定於被告第一次接受訊問時；德國律師協會(DVA)有發言指出，僅僅用羈押開始執行作為強制辯護時點是不足的，因為連 2001 年時聯邦最高法院都曾經表示，若檢察官認為被告犯重罪並聲請羈押時，即必須同時考慮是否聲請指定辯護人。<sup>417</sup>另外也有波昂的刑事法學者認為，應該以核發羈押令狀的時點作為指定辯護人之時

<sup>411</sup> 何賴傑，刑事辯護對羈押決定及羈押期間之影響—德國實證研究報告之啟示，台灣法學雜誌，第 136 期，2009 年 9 月，16 頁。

<sup>412</sup> 何賴傑，刑事辯護對羈押決定及羈押期間之影響—德國實證研究報告之啟示，台灣法學雜誌，第 136 期，2009 年 9 月，17 頁。

<sup>413</sup> 擴大辯護人在偵查中權限的建議，卻在同年的第 75 次司法會議中被強烈批判。Vgl. Busse, Frühe Strafverteidigung und Untersuchungshaft - eine empirische Studie, 2008, S. 52.

<sup>414</sup> 此報告由 Satzger 教授提出，但關於此次報告及決議的爭論，詳細介紹參照何賴傑，偵查程序強制辯護之指定及違法效果—以德國刑事訴訟法為觀察重點(上)，政大法學評論，第 111 期，2009 年 10 月，111 頁以下。

<sup>415</sup> 何賴傑，刑事辯護對羈押決定及羈押期間之影響—德國實證研究報告之啟示，台灣法學雜誌，第 136 期，2009 年 9 月，19 頁；Experten für Pflichtverteidigung ab Beginn der U-Haft (Aktuelle Nachrichten), FD-StrafR 2009, 280248; Expertenanhörung zur Pflichtverteidigerbeordnung in der U-Haft, NJW-Spezial 2009, 314.

<sup>416</sup> Busse, Frühe Strafverteidigung und Untersuchungshaft - eine empirische Studie, 2008, S. 51-53.

<sup>417</sup> 須注意到，羈押程序在例外情況是先將被告逮捕後，認為有羈押之必要，才向法官聲請羈押令狀；但被告第一次接受警察訊問的情形，往往是對被告最不利的關鍵時刻。



點。<sup>418</sup>但相對地，法官界對此全面提前羈押之強制辯護時點的想法表示強烈反對。<sup>419</sup>

無論如何，儘管爭議未息，將羈押程序強制辯護時點提前的改革建議，終於在提出十年後，於 2009 年 7 月 29 日的羈押法修正案中獲得實現，並且在 2010 年 1 月 1 日生效。

## 第六款 小結

德國於修法前由於多數認為，非德國刑事訴訟法第 141 條第 3 項所列之情形，偵查中是否聲請強制辯護屬於檢察官之裁量權限，但這也造成羈押之被告若未自行選任辯護人，則往往需等到羈押三個月後始能獲得指定辯護人之協助，此點廣受批評。在歷經近十年的修法爭論後，此問題終於在 2009 年的羈押法修正案中獲得解決。

儘管此修法之立意良善，仍有制度上根生的隱憂無法解決，主要辯護人獨立性以及辯護品質之兩大質疑。首先關於獨立性部分，由於依照德國刑事訴訟法第 141 條及第 142 條，指定何人為辯護人是由審判長所決定，不免讓人擔心審判長是否會選擇對法院較為順從的律師為辯護人。次者關於辯護品質部分，由於辯護效果一般取決於辯護人在個案地的時間耗費及專注程度，但義務辯護人的報酬通常比選任辯護人低，因此不免讓人擔心受義務辯護人協助的被告是否僅能受到次等的辯護。<sup>420</sup>

## 第四項 2009 年羈押法修正後之強制辯護

德國於 2009 年將羈押法大幅修正，其中對於本文所關注的羈押程序作為強制辯護事由議題的主要修正有<sup>421</sup>：

1、增加第 140 條第 1 項第 4 款：「當依照第 112、112a 條對被告執行羈押<sup>422</sup>，或是依照第 126a 條、第 275a 條第 5 項對被告執行暫時性留置<sup>423</sup>之時，必須有辯護人參與。<sup>424</sup>」

2、修正第 141 條第 3 項為：「辯護人之指定亦得於起訴前程序為之。若檢察官認為，於法院進行之程序將依第 140 條第 1 項或第 2 項而有辯護人參與之必要，則應聲請指定辯護人。於偵查終結後(第 169a 條)，必須依照檢察官之聲請而指定辯護人。於第 140 條第 1 項第 4 款之

<sup>418</sup> 2004 年第 65 屆德國法律人大會中，Teuter 教授即表示，以羈押開始時點作為基準有所不足，而必須將羈押聲請與義務辯護人作結合，否則在偵查法官作了許多重大決定後才讓義務辯護人參與，已經失去部分實益。參照何賴傑，刑事辯護對羈押決定及羈押期間之影響—德國實證研究報告之啟示，台灣法學雜誌，第 136 期，2009 年 9 月，19 頁。

<sup>419</sup> Experten für Pflichtverteidigung ab Beginn der U-Haft (Aktuelle Nachrichten), FD-StrafR 2009, 280248; Expertenanhörung zur Pflichtverteidigerbeordnung in der U-Haft, NJW-Spezial 2009, 314.

<sup>420</sup> Busse, Frühe Strafverteidigung und Untersuchungshaft - eine empirische Studie, 2008, S. 81ff.

<sup>421</sup> 此次修法亦同時修正關於偵查中羈押程序之閱卷權規定，關此部分詳見下文第三章第三節。

<sup>422</sup> 此二條相當於我國刑事訴訟法第 101 條及第 101 條之 1。但與我國情況不同的是，德國是原則上必須先以此二條所舉要件存在為理由向法院申請羈押令狀(Haftsbefehl)，再由檢警逮捕被告後，交由法院對先前所核發的羈押令狀是否適當進行審查(Haftsprüfung)。關此部分詳見上文第三章第二節第二項第二款。

<sup>423</sup> 第 126a 條是關於將因精神障礙狀況下的犯罪，在公共安全所需時，以命令安置於精神病院或勒戒機構之情形。第 275a 條則是在特定的刑法條件下，可在判決確定前發出羈押命令。

<sup>424</sup> 原文為：「(1) Die Mitwirkung eines Verteidigers ist notwendig, wenn ... 4. gegen einen Beschuldigten Untersuchungshaft nach den §§ 112, 112a oder einstweilige Unterbringung nach § 126a oder § 275a Absatz 6 vollstreckt wird;」

情形，應於執行開始後儘速指定辯護人。<sup>425</sup>」

3、修正第 141 條第 4 項為：「關於指定，由具有主審程序管轄權法院或案件繫屬法院之審判長決定之；於第 140 條第 1 項第 4 款之情形，由依照第 126 條或第 275a 條第 6 項具管轄權之法院。<sup>426</sup>」

4、修正第 142 條第 1 項為：「於指定辯護人之前，應給予被告於特定之期間內指出其所選擇之辯護人的機會。若無重大理由違反，審判長應指定該辯護人。<sup>427</sup>」

本文以下即對德國於新法修正後的情形，以及在新法運作下與舊有制度衝突的問題，以及修法尚無法解決的難題，依序介紹。以下則先介紹該等程序規定之具體化解釋。

### 第一款 指定事由範圍

首先必須注意到，新修正之德國刑事訴訟法第 140 條第 1 項第 4 款規定並非為了強迫被告必須受到義務辯護人協助，因此若是被羈押人已有委任律師作為選任辯護人時，則不得依據本條再另為辯護人指定。<sup>428</sup>故指定之前提要件為被告尚無受到辯護人協助。

2009 年的羈押法修正後，德國刑事訴訟法本身及部分實務見解將以下兩種情形被列入強制辯護事由：

#### 第一目 對被告執行羈押或鑑定留置

修法後之德國刑事訴訟法第 140 條第 1 項第 4 款所包含之情形，除了依照德國刑事訴訟法第 112、112a 條為羈押之外，尚包含為進行鑑定所為之暫時性留置(德國刑事訴訟法第 126a 條)，以及為了保全事後之保安處分所為的拘禁(德國刑事訴訟法第 275a 條第 5 項)。不過，法條將情形限定為此三種情形，因此若是依照德國刑事訴訟法第 127b 條、第 230 條第 2 項、第 329 條第 4 項、第 453c 條第 1 項所為之拘禁，以及為了刑事司法引渡所為之拘禁，均不包含在本款範圍內，故此等情形必須另外判斷是否符合德國刑事訴訟法第 140 條第 1 項第 5 款之強制辯護規定。<sup>429</sup>此外，由於本款的構成要件還限制於必須是依照德國刑事訴訟法第 112、112a 條為羈押執行(vollstrecken)的情形，因此並不合於審查後法官依照德國刑事訴訟法第 116 條，將羈押令狀之執行改為其他替代處分的情形；但儘管如此，此時仍不排除審查是

<sup>425</sup> 原文為：「(3) Der Verteidiger kann auch schon während des Vorverfahrens bestellt werden. Die Staatsanwaltschaft beantragt dies, wenn nach ihrer Auffassung in dem gerichtlichen Verfahren die Mitwirkung eines Verteidigers nach § 140 Abs. 1 oder 2 notwendig sein wird. Nach dem Abschluß der Ermittlungen (§ 169a) ist er auf Antrag der Staatsanwaltschaft zu bestellen. Im Fall des § 140 Abs. 1 Nr. 4 wird der Verteidiger unverzüglich nach Beginn der Vollstreckung bestellt.」

<sup>426</sup> 原文為：「(4) Über die Bestellung entscheidet der Vorsitzende des Gerichts, das für das Hauptverfahren zuständig oder bei dem das Verfahren anhängig ist; im Fall des § 140 Abs. 1 Nr. 4 entscheidet das nach § 126 oder § 275a Absatz 6 zuständige Gericht.」

<sup>427</sup> 原文為：「(1) Vor der Bestellung eines Verteidigers soll dem Beschuldigten Gelegenheit gegeben werden, innerhalb einer zu bestimmenden Frist einen Verteidiger seiner Wahl zu bezeichnen. Der Vorsitzende bestellt diesen, wenn dem kein wichtiger Grund entgegensteht.」

<sup>428</sup> Herrmann, StraFo 2011, 133, 137.

<sup>429</sup> Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §140 Rn. 14.



否符合其他指定辯護人之要件。<sup>430</sup>

## 第二目 被告因另案而受拘禁

除了被告因本案受羈押或暫時性留置之執行而失去自由之新法明文規定，修法後之有實務有將此要件擴張至被告雖於本案未受羈押，卻於另案受羈押之情形。其理由在於，新法要求此時必須進行強制辯護之關鍵樞紐在於羈押之執行，而未區分是因本案或另案受羈押；由於只要是被告處於自由被剝奪之狀態，即會造成辯護困難之情形，不管是對於進行羈押的案件或是他案而言，均同。故基於修法意旨，應將強制辯護擴張至被羈押人之當時所面臨之所有刑事案件；換言之，當被告同時有數案件時，只要因其中一案件而被羈押，其他所有案件之強制辯護要件即因此成就。基於同一理由，未修正之刑事訴訟法第 140 條第 1 項第 5 款，亦應作相同解釋。因此，其他案件於被告因另案被羈押時，檢察官應及時聲請為被告指定辯護人，而管轄法院亦必須指定；若未及時指定，應於事後儘速補正。<sup>431</sup>不過，此種廣義的解釋目前仍未在實務中獲得一致認同。<sup>432</sup>

## 第二款 指定時點

### 第一目 執行羈押後儘速指定

#### 1、「儘速」之意義

依修法後之德國刑事訴訟法第 140 條第 1 項第 4 款之要件搭配第 141 條第 3 項規定，使執行羈押後必須儘速指定辯護人。在此所謂的「儘速(unverzüglich)」係指「不得遲延」之意，解釋上是指允許不可歸責的無過失遲延態樣，蓋立法者在此並未使用「立即(sofort)」或「同時(zeitgleich)」等用語。從當初修法時之資料(BT-Drs. 16/13097)來看，如此規定方式主要是認為應予羈押宣告到指定辯護人相當之緩衝期間，因為被告所期望的辯護人並非總是可以立即聯絡上，或是能夠立即為被告進行辯護；尤其考量到執行可能發生在假日，但假日卻相當可能無法立刻找到律師作為指定辯護人的情形，故應允許指定有無過失的遲延。<sup>433</sup>

#### 2、「執行(vollstrecken)」羈押之解釋

新法規定中，將「執行」羈押列為強制辯護的始點，此執行所指之時點為何，也是修法後所關注的焦點之一。查德國刑事訴訟法第 140 條第 1 項第 4 款的修法資料，修法意見中表示，鑒於羈押對被羈押人屬於嚴重干預，過去德國刑事訴訟法第 117 條第 4 項將強制辯護時點規定於羈押期滿三個月，對基本權受侵害者之保障有所不足，故制定此新法規定；惟此強制辯護限於依照德國刑事訴訟法第 112、112a、126a 條、第 275a 條第 5 項而為實際剝奪自由之處分，若為執行此等規定以外之宣告，則不在強制辯護之範圍內。德國刑事訴訟法第 141 條的修法意見中亦表示，執行開始後須「儘速」指定辯護人之規範用語，是為了給予法院在

<sup>430</sup> Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §140 Rn. 14; Herrmann, StraFo 2011, 133, 134.

<sup>431</sup> OLG Frankfurt, StV 2011, 218; LG Stade, StV 2011, 663; LG Köln, StV 2011, 663; LG Berlin, StV 2011, 666.

<sup>432</sup> Herrmann, StraFo 2011, 133, 136.

<sup>433</sup> Schlothauer, in: FS-Samson, 2010, S. 709, 713; Herrmann, StraFo 2011, 133, 136.

宣告羈押後至指定的時點之間，能有一定的緩衝期間，以免基於現實因素無法達成立刻指定的要求。<sup>434</sup>是以，從法條字面及修法意見觀之，此「執行」羈押時點之解釋，立法者似意指法官於羈押審查過後，決定將被告依照德國刑事訴法第 112、112a 條實際予以羈押的時點。

儘管相較於過去無辯護人的被告僅能在羈押後三個月獲得辯護人指定的情形，此次修法已使被羈押人之處境明顯改善許多，但仍未達到律師界及學術界長期以來要求的「自被告失去自由」時點，亦非少部分所提議的「檢察官聲請核發羈押令狀」之時點，而被批評為停留在半路的改革。<sup>435</sup>且若依照一般文義解釋將此理解為法院於羈押審查後以裁定命令羈押執行之情形，將造成被告在確定被羈押後才受到辯護人指定的情形。如此一來，被告於此時不但已經受過偵查機關訊問，亦已受到法院的羈押事實訊問；然而，在沒有辯護人協助的情況下進行事實訊問，往往使大勢已定，故如此解釋將使新法所規定的保障時點稍嫌過遲。<sup>436</sup>

因此多數學說的認為，基於被告作為程序主體以及權利保護有效性之觀點來看，將新法規定的強制辯護時點進行文義解釋，也就是將法條規定之「執行羈押」解釋為法官於羈押審查完畢後決定予以羈押的時點，實不可採。因為從修法目的及程序權保障的觀點來看，無論如何，至遲要使被告於法官進行羈押之事實訊問時，能受到辯護人協助。<sup>437</sup>故學說表示，正確的解釋方法應認為，新法所謂之執行羈押是指：1、若是再逮捕被告前，法官即已因檢察官之聲請而事先核發羈押令狀的情形，此處之執行羈押應係指被告被拘捕之時；2、若是因情況急迫而不及事先聲請羈押令狀，亦即涉及到依照德國刑事訴訟法第 127 條之暫時性逮捕(vorläufige Festnahme)規定而先為逮捕(festnehmen)再為聲請羈押的情況時，則該逮捕行為尚不一定屬於此處所謂之「執行羈押」，必須是涉及到將被捕之人送交法院決定是否予以羈押之時，該逮捕才須被認定為此處所謂之執行羈押；因為在這種情況下，被暫時性逮捕之人與因受到事先核發之羈押令狀而被拘捕之人相比，兩者所面臨之問題及心理狀態毫無差別，故不能受到差別對待。總而言之，被告不能在沒有辯護人協助的狀態下受到決定羈押與否之事實訊問，是面對此次修法應有的解釋方向；換言之，必須於羈押審查進行之前指定辯護人。

438

## 第二目 表示期間(§ 142 I StPO)與儘速指定要求(§ 141 III S. 4 StPO)之衝突

基於對被告選擇其所信賴之辯護人以及聽審權的保障，法院指定義務辯護人時，審判長必須先依德國刑事訴訟法第 142 條第 1 項定相當期間讓被告選擇辯護人，而此要求並未在新法將羈押執行作為強制辯護事由後被排除。多數向來認為，此期間之長短需約一星期才為足夠。<sup>439</sup>惟新修正之德國刑事訴訟法第 141 條第 3 項第 4 句要求，於被告受羈押執行時，必須儘速予以指定辯護人，則此等儘速指定之要求是否即構成第 142 條第 1 項之急迫例外？換言之，於第 141 條第 3 項第 4 句之情形是否排除第 142 條第 1 項之適用？當被告無法立刻表示

<sup>434</sup> Deutscher Bundestag – Drucksache 16/13097, S. 18-19.

<sup>435</sup> Schlothauer, in: FS-Samson, 2010, S. 709, 710; Wohlers, StV 2010, 151, 152.

<sup>436</sup> Herrmann, StraFo 2011, 133, 135.

<sup>437</sup> Vgl. Herrmann, StraFo 2011, 133, 136.

<sup>438</sup> Wohlers, StV 2010, 151, 152; Herrmann, StraFo 2011, 133, 137.

<sup>439</sup> 關於期間之長短，說法不一，短則三日，長至一個月，均各有支持者，但以一星期為多數見解，而聯邦刑事辯護人協會則是認為以兩星期為適當。無論如何，期間的長短應該取決於個案，由審判長本於其照料義務決定之。Vgl. Herrmann, StraFo 2011, 133, 139.

欲指定何人為辯護人時，此問題即浮現檯面。此二項規範在此所產生之衝突該如何處理，新法並未明確指示，即產生爭議。<sup>440</sup>附帶說明，由於新法的意旨在於使未受辯護人協助的被告能獲得指定，由於受羈押的被告本身亦可以自行選任辯護人，故以下的討論僅適用於被告未選任辯護人情況。

## 1、給予被告充分選擇權優先說

關於指定不可遲延的新規定是否為裁定相當期間的例外規定，持否定看法者認為，此時「不可遲延」的要求其實已侵害到被告在相當期間內選擇律師的權利，因為在此時，過短的代表意見期間相當可能造成被告與其所提名的辯護人間欠缺信賴關係。且在被告原先根本沒有認識的律師又身處自由受剝奪之狀態時，由於其行動受限而比一般被告更不易尋找到信賴之辯護人，但事實上對被告而言，此時應該是最需要信賴的辯護人進行協助的時候。因此支持此說中較極端的看法認為，此時至少應給予被告一個月甚至兩個月的期間去尋找信賴的辯護人。<sup>441</sup>較中庸者則認為，由於羈押屬於突襲性處分，幾乎沒有人會預料到發生此種情況並更進一步設想該如何處理，以及應找何人為辯護人，故應將此表示意見之期間特別延長至兩星期，甚至在遇到特殊的阻礙狀況，例如移監等情形，則應該延長到兩星期以上。<sup>442</sup>

## 2、儘速指定要求優先說

反對給予被告充分選擇權應優先的說法者認為，此種說法與本次修法的立法意旨有違，因為新法目的就是在希望能儘速保障被告受辯護人協助之權利；更何況強制辯護某種層面即表示，即便是違反被告的意志，亦不能使程序缺少辯護人參與。<sup>443</sup>

關於德國刑事訴訟法第 141 條第 3 項第 4 句之儘速指定要求，是否成為指定辯護人時應給予被告表示意見期間的例外，在兩者規範目的衝突之下，應認為前者有優先適用。在急迫需要辯護人的情況下，確有可能將德國刑事訴訟法第 142 條第 1 項所賦予期間，收縮至剩下單純的聽審保障；故審判長決定指定何人為辯護人時雖仍須詢問被告之意見，並對被告之表示負有傾聽義務(*Anhörungspflicht*)，但此時不應給予被告更長之期間去尋找及選擇辯護人，因此若被告未立刻表示欲指定哪位辯護人時，即應由審判長自行依裁量作出決定。<sup>444</sup>又有認為，在被告因已事先核發之羈押命令而被拘捕，卻遲至隔日才會在法院受到訊問的情形，特別需要儘速指定辯護人，因為此時一來辯護人有權於訊問時在場以確保被告權利；二來由新修之德國刑事訴訟法第 140 條第 1 項第 4 款及第 141 條第 3 項第 4 句之規定來看，儘速指定辯護人予被告之時點應從被告因羈押令狀而被拘捕之時起算，故無法給予被告較長期間進行選擇，而特別容易產生此處之規範衝突。<sup>445</sup>

無論如何，既然新修之德國刑事訴訟法第 140 條第 1 項第 4 款及第 141 條第 3 項第 4 句之目的在於使辯護人參與羈押審查程序，故至遲必須使被告在受到法院進行第一次羈押審查

<sup>440</sup> Vgl. Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §142 Rn. 9a.

<sup>441</sup> 但相對地有認為，辯護人指定的程序上要求，不能影響到羈押的程序迅速要求。因此即便是有辯護障礙的情形，例如數位共同被告均受羈押的情形，在羈押的情形無論如何也不能發生程序遲延到數個月的情形。Vgl. Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §142 Rn. 9a.

<sup>442</sup> Vgl. Wohlers, StV 2010, 151, 153.

<sup>443</sup> Schlothauer, in: FS-Samson, 2010, S. 709, 712.

<sup>444</sup> Schlothauer, in: FS-Samson, 2010, S. 709, 714.

<sup>445</sup> Schlothauer, in: FS-Samson, 2010, S. 709, 714-715.

時，已經處於有辯護人協助之狀態；換言之，必須讓被告在受到法院第一次羈押合法性審查時之前即受辯護人之指定<sup>446</sup>，否則羈押程序即為不合法，而此羈押審查時受到辯護人協助之程序要件應認為不得事後補正。<sup>447</sup>

在保障被告自主權及實質有效辯護之規範目的，與保障被告能及時獲得辯護人協助之規範目的之間，要作出抉擇確為不易。但必須注意的是，即便認為應優先考量儘速指定要求的學者，亦非棄被告與辯護人之信賴關係於不顧。該等學者認為，關於被告與辯護人之間必須存在的信賴關係，由於此時屬於「急救式」的緊急指定辯護人，本來即不易使雙方產生信賴關係，惟有鑒於此，必然使該時受指定之辯護人在事後較容易受到更換。<sup>448</sup>畢竟現實上在短時間內本來即難以期待雙方能建立信賴關係，故向來認為必須在信賴關係破壞後才能更換指定辯護人的說法，在此已無說服力。<sup>449</sup>甚至還有支持儘速指定要求優先說之學者認為，必須讓被告在此急迫指定之例外情形，能夠以受到「糟糕的辯護(Schlechtverteidigung)」為理由而提出法律審上訴；不過此種上訴理由未來是否擴大適用，仍有待觀察。<sup>450</sup>

修法後之實務於面對此問題時，有判決有明確表示，在羈押之情形固然依照德國刑事訴訟法第 141 條第 3 項第 4 句，必須在羈押執行後儘速指定辯護人，但此並未改變任何關於被告依照第 142 條第 1 項所規定於指定辯護人時聽審及參與權利，且法院給予被告機會表示期望指定之辯護人的義務仍然存在；甚至當被告表示放棄此表示期間之權利時，法院上必須確認被告是否出於真意，若無法確認被告確實放棄此權利時，即不應仍嚴格要求更換辯護人之要件。<sup>451</sup>

### 3、被羈押人選擇權說

相較於前兩說，有認為此時應給予被告選擇，視其想要獲得完整的辯護人選擇權限，或是儘速獲得辯護人之指定，作為此規範衝突的解決之道。因為，此時僅有被告才有權利對於受何種保障作出選擇。<sup>452</sup>

### 4、本文見解

綜合以上見解，本文認為，面對此規範目的衝突，仍有兩者兼顧的解決之道，關鍵即在於緊急指定辯護人之同時亦裁定適當的表示意見期間，並在此期間內放寬更換指定辯護人要件。在拘捕被告後，若被告無自行選任辯護人，即須儘速為其指定義務辯護人，使其至遲於送交法院進行第一次羈押審查時，能獲得辯護人協助。而此時之指定，基於聽審權保障，仍應詢問被告是否有希望指定何人為辯護人，若有，則除非有重大理由違反之情形，即應予以指定；若被告在此期間並無表示，則由審判長依其裁量作出指定。然而本文認為，即便審判

<sup>446</sup> 基於基本法第 104 條之規定，警察於拘捕被告後必須儘速送交法院訊問，蓋對於羈押要件存在於否之事實訊問並非警察之權限，此點於羈押令狀先於拘捕核發之原則情形更應遵守。Vgl. Herrmann, Anmerkung zu OLG Düsseldorf, StV 2011, 651, 654.

<sup>447</sup> Herrmann, StV 2011, 651, 653.

<sup>448</sup> Schlothauer, in: FS-Samson, 2010, S. 709, 715; Herrmann, StraFo 2011, 133, 137.

<sup>449</sup> 關於更換義務辯護人，詳見下文第三章第四節第二項。

<sup>450</sup> Wenske, Die Beordnung des „Pflichtverteidigers“ (§§ 141 IV, 142 StPO) - Alte Fragen im neuen Gewand?, NStZ 2010, 480, 484.

<sup>451</sup> OLG Düsseldorf, StV 2011, 651.

<sup>452</sup> Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §142 Rn. 9a.

長於此時已立即作出辯護人之指定，亦應同時裁定相當之期間，使被告能在此期間內去尋找及思考何人為其所信賴之辯護人；即便是被告已於緊急指定辯護人時表示指定何人之意見，亦應如此，因為不應使可能因情況急迫而未深思熟慮即表示意見的被告，在此時喪失充分思考後表示意見之機會。若審判長鑒於羈押之特殊情況而裁定較長期間予以被告表示意見，亦無不可，畢竟被告此時已有緊急指定之辯護人進行協助，即已滿足儘速指定之規範目的。若被告於該裁定期間內表示欲指定他人為其辯護人，則除非有重大理由違反之情形，法院即應更換指定辯護人，而不受限於傳統更換義務辯護人之要件，並由國家負擔因此所生之費用。相對地，若是被告未於該裁定期間內表示更換辯護人，則既然已給予被告表示意見之機會，指定辯護人亦因此確定，被告不得再任意要求更換辯護人，若欲更換辯護人，則必須回歸相關規定及向來要件較嚴格之實務及學說見解。<sup>453</sup>如此一來，即可同時確保儘速指定辯護人與裁定表示意見期間之規範目的，並可避免往後程序被告仍隨時可更換指定辯護人所產生的不確定性。

### 第三款 管轄法院

依照德國刑事訴訟法第 112、112a 條執行羈押而指定義務辯護人之情形，指定辯護人之管轄法院依照新修正之德國刑事訴訟法第 141 條第 4 項定其管轄，即依照第 126 條<sup>454</sup>之規定決定管轄法院<sup>455</sup>。關於作出指定義務辯護人者，則依照德國刑事訴訟法第 142 條第 1 項規定，由審判長作出指定之命令。

依照上述規定，於案件尚未起訴之情形，則由核發羈押令狀之法院為其管轄法院，也就是由核發羈押令狀之偵查法官指定辯護人。因此若是因為時間因素而須依德國刑事訴訟法第 115a 條由最近法院作成羈押命令時，該法官亦因此成為有作出辯護人指定之權限者；不過，

<sup>453</sup> 關此，參見下文第三章第四節第二項。

<sup>454</sup> 德國刑事訴訟法第 126 條：「第 1 項 於起訴之前，關於法院進一步對於羈押、中斷羈押一般之執行以及依照第 119a 條所為執行之決定或處分，由核發羈押令狀之法院管轄。若是由抗告法院核發羈押命令，則由先前作出決定之法院管轄。若前階段之程序於其他地點進行，或是羈押於其他地點執行，得由法院基於檢察官之聲請，將其管轄權授予該地點之管轄法院。若該地點屬於數法院之管轄區域，則由邦政府以命令決定之。邦政府得將此權限授權予邦司法行政機關。第 2 項 起訴後，由案件繫屬之法院管轄。於法律審程序進行中，由前判決法院管轄。個別之處分，尤其是依第 119 條所為者，由審判長為之。於急迫情況，若檢察官同意，亦得由審判長為撤銷羈押命令或中斷執行；其他情形由法院儘速作成決定。第 3 項 若法律審之法院撤銷原判決且認定符合第 120 條第 1 項之要件時，得由法律審之法院撤銷羈押命令。第 4 項 第 121 及 122 條不適用之。」(原文為：「§ 126 (1) Vor Erhebung der öffentlichen Klage ist für die weiteren gerichtlichen Entscheidungen und Maßnahmen, die sich auf die Untersuchungshaft, die Aussetzung ihres Vollzugs (§ 116), ihre Vollstreckung (§ 116b) sowie auf Anträge nach § 119a beziehen, das Gericht zuständig, das den Haftbefehl erlassen hat. Hat das Beschwerdegericht den Haftbefehl erlassen, so ist das Gericht zuständig, das die vorangegangene Entscheidung getroffen hat. Wird das vorbereitende Verfahren an einem anderen Ort geführt oder die Untersuchungshaft an einem anderen Ort vollzogen, so kann das Gericht seine Zuständigkeit auf Antrag der Staatsanwaltschaft auf das für diesen Ort zuständige Amtsgericht übertragen. Ist der Ort in mehrere Gerichtsbezirke geteilt, so bestimmt die Landesregierung durch Rechtsverordnung das zuständige Amtsgericht. Die Landesregierung kann diese Ermächtigung auf die Landesjustizverwaltung übertragen. (2) Nach Erhebung der öffentlichen Klage ist das Gericht zuständig, das mit der Sache befaßt ist. Während des Revisionsverfahrens ist das Gericht zuständig, dessen Urteil angefochten ist. Einzelne Maßnahmen, insbesondere nach § 119, ordnet der Vorsitzende an. In dringenden Fällen kann er auch den Haftbefehl aufheben oder den Vollzug aussetzen (§ 116), wenn die Staatsanwaltschaft zustimmt; andernfalls ist unverzüglich die Entscheidung des Gerichts herbeizuführen. (3) Das Revisionsgericht kann den Haftbefehl aufheben, wenn es das angefochtene Urteil aufhebt und sich bei dieser Entscheidung ohne weiteres ergibt, daß die Voraussetzungen des § 120 Abs. 1 vorliegen. (4) Die §§ 121 und 122 bleiben unberührt.」)

<sup>455</sup> Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §141 Rn. 6a.

此例外情形應在作成決定時須考量，若是由原先核發羈押令狀之法官作成指定時，將考量哪些因素，以儘量符合被告利益。於案件已起訴之情形，原則上由案件繫屬之法院為其管轄法院，並由審判長為指定之相關決定；於案件繫屬於法律審(Revision)時，則由原判決法院為其管轄法院，即前審之審判長作出指定。<sup>456</sup>

## 第四款 相關程序要求

### 第一目 給予被告表示意見之期間

#### 1、德國刑事訴訟法第 142 條第 1 項之修正

關於德國刑事訴訟法第 142 條第 1 項之修正，雖然新舊條文外觀上修正許多，但實質上並未改變任何實務上作法。此給予被告表示意見之相關規定在 1987 年之修法時即已出現，並且在 2010 年新法施行以前，實務上也早已透過聽審權之解釋來保障被告思考及尋找律師之表示意見期間，並進一步透過德國刑事訴訟法第 201 條關於聽審之規定及相關解釋，要求審判長於選定義務辯護人時，對被告之意見負有傾聽義務(Anhörungspflicht)。

雖然修法前之條文規定審判長應儘可能地由轄區內之執業律師作為指定對象，但實務及學說於此規定之解釋上均認為，此點僅在表示選擇義務辯護人時，距離為相當重要的考量因素，並非強制規定。不過，由近期實務見解看來，選擇之首要基準仍是被告與辯護人間之信賴關係，修法前如此，而修法後亦如是；故即便是被告要求指定轄區外之辯護人時，亦不得僅以此規定為理由而拒絕之。<sup>457</sup>換言之，德國刑事訴訟法第 142 條第 1 項之修正只是實務及通說之具體化，對於指定辯護人之實務運作上並無重要意義。因此修法後是否指定被告所表示之辯護人，標準仍與修法前相同。<sup>458</sup>實務並有見解表示，即便因距離而增加費用，此因素也只是在具體個案中有意義而已，儘管立法理由中指出費用為應考量因素，亦不應有所改變。<sup>459</sup>

由於在羈押程序指定辯護人時，必須特別注意德國刑事訴訟法第 141 條第 3 項第 4 句之儘速指定要求，故在此急迫情形之下，距離因素仍然為指定辯護人時相當重要的參考指標。<sup>460</sup>

#### 2、實務上因應儘速指定要求之轉變

審判長所裁定表示意見期間的長短，向來實務及學說多認為，至少應有一星期。<sup>461</sup>惟於羈押執行而指定辯護人之情形，鑒於指定之急迫性，應給予被告多長的期間即成為修法後一大難題。<sup>462</sup>修法後有調查結果發現，在羈押的情形，審判長為了快速作成指定，大多偏好自

<sup>456</sup> Herrmann, StraFo 2011, 133, 137.

<sup>457</sup> 詳細說明參見上文第三章第二節第三項第一款。

<sup>458</sup> Vgl. Schlothauer, in: FS-Samson, 2010, S. 709, 711-712; Herrmann, StraFo 2011, 133, 139. 關於是否指定被告所表示之辯護人，詳見上文第三章第二節第三項第一款第四目。

<sup>459</sup> Herrmann, StraFo 2011, 133, 137.

<sup>460</sup> 詳細參照下文第三章第二節第四項第五款第一目。

<sup>461</sup> Wohlers, StV 2010, 151, 154.

<sup>462</sup> 關此參照上文第三章第二節第四項第二款第二目。

行指定；相對地，於一般之辯護人指定時，通常會裁定一星期的期間讓被告表示其所希望受指定之辯護人。該調查結果並表示，約 65% 的審判長選擇立刻指定辯護人，17% 裁定三日的期間，38% 則是裁定兩星期的期間；然而其中裁定較長期間者，大多是已讓被告能隨時接觸到律師的情形。<sup>463</sup>

## 第二目 協助被告選擇義務辯護人之措施

### 1、協助被告對外聯絡

由於被告處於自由受剝奪之狀態時，行使權利的能力無法與未受自由剝奪之被告相比，有學者在此特別提醒到，為了幫助被告能做出選擇，法院及偵查機關有義務提供被告相關協助，否則此等程序要求之規定將徒具空殼。協助手段應以使被告能夠找到自己信賴的辯護人為目的，因此必須踐行權利告知、提供必要資訊及聯絡方式。首先在權利告知部分，必須在原本德國刑事訴訟法第 114b 條規定的告知內容以外特別告知被告受指定辯護人協助的權利。其次，必須提供必要資訊。關於資訊的內容，應為使被告能儘速決定和誰聯絡之相關資訊，故僅提供律師電話簿是不足以保障被告權利的做法。雖然對於被告而言，越是詳盡的律師名冊越能助於其做出選擇，但對於名冊之內容，現實上也不適於過度苛求。因此，提供給被告的律師名冊除了必須有該律師是否已處於可受指定狀態的註記，以及律師的聯絡方式之外，尚應載有專業領域以及語言能力等資訊為適當。為了讓被告能夠接近潛在辯護人的資訊來源，甚至應於必要之時讓被告使用網路，不能以避免被告勾串危險或實施技術上有困難等理由，拒絕被告使用網路。最後，必須提供連絡方式；於被告使用電話進行一般的聯絡時固然可予以監督，但在被告與可能成為辯護人的律師進行聯絡時，則不能任意監督；且應避免被告在監所內以電話與律師聯絡時因官方限制，例如談話時間的限制等等，造成與律師交談的起步階段即受到阻礙。<sup>464</sup>附帶一提，這些注意事項於修法前即應透過解釋而存在於實務運作中，其實與修法亦無特別關聯。<sup>465</sup>

### 2、讓無委任關係之律師主動接近被告？

被告處於自由受剝奪之狀態時，亦無法主動積極去尋找信賴的律師，因此必須要讓被告能夠獲得充分之相關資訊。<sup>466</sup>但如何讓被告能更容易接觸到尚不具有委任關係的律師，則有不同見解。通常而言，若被羈押人主動表示欲接近某位律師，原則上是被許可的；但未受委任之律師能否主動表示要接近被羈押人，是爭議所在。實務上普遍的作法是：若未有委任關係的律師要求接近被羈押人時，必須要表示得到被羈押人同意，才能獲得探訪該被羈押人的允許。此種實務作法是為了避免被告因為被羈押，反而受到平時可以避免的打擾；且律師於

<sup>463</sup> Heydenreich, Die Beordnung des Pflichtverteidigers nach § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO – Der schwierige Versuch einer statistischen Erfassung, StV 2011, 700, 702. 不過該作者也表示，此律師界於德國刑事訴訟法第 140 條第 1 項第 4 款修正後實務運作情形之研究報告，實為相當艱困的任務。在調查進行時，常常受到法院以法官獨立性為由而拒絕接受。而律師的答覆中，亦可能因該律師屬於受到不利者而扭曲真相；並且律師團體內部的說法也與真正客觀運作情形有別。

<sup>464</sup> Wohlers, StV 2010, 151, 154; Herrmann, StraFo 2011, 133, 139ff.

<sup>465</sup> 參見上文第三章第二節第三項第一款。

<sup>466</sup> Vgl. Herrmann, StraFo 2011, 133, 139.



基本法第 12 條所保障之執業自由範圍，並不包含要求國家允許其探訪受拘禁之人。<sup>467</sup>

反之，律師界則認為，必須讓無委任關係的律師更容易接近被羈押人。理由上，首先，從律師執業自由來看，內容應包含探訪被羈押人以及為其提供服務，因此以國家行為拒絕律師探訪被羈押人，已經屬於基本權干預的問題。既然涉及基本權干預，則必須符合基本權干預之要件，包括干預之法律基礎。德國刑事訴訟法第 119 條規定，為了防止被羈押人有逃亡、使案情晦暗或再犯之虞等危險，必要時得對被告與外界之聯絡作出限制；而現今已認為，依據本法作出禁見時，必須有具體根據，始得為之。然而律師探訪被羈押人時若未有具體依據將有危害羈押目的時，國家禁止探訪則屬於違法之基本權干預。次者，從被羈押人之權利來看，於無委任關係時，探訪的繁瑣程序增加了雙方見面的困難度，使被羈押人更不容易接觸到該可能是適合為其辯護人的律師，無法充分保障其依照德國刑事訴訟法第 142 條第 1 項獲得其所信賴之義務辯護人的權利。更何況若雙方獲得會面機會並且產生委任關係卻因為官方程序障礙形成的時間耗費，將可能對往後的辯護形成不利影響，例如被羈押人在此段期間內作出不利陳述。最後，從平等角度來看，被羈押人因為自由受限，所能獲得之資訊來源亦因此受到限制，其能夠獲得適當辯護人的實現可能性因而與其他人有所差距。故結論上應認為，即便沒有獲得被羈押人的事先同意，也不能因此拒絕讓未有委任關係的律師與被羈押人進行談話。<sup>468</sup>

## 第五款 修法未解之難題

### 第一目 建立關於法院選擇義務辯護人之明確標準及程序

#### 1、現今法院選擇義務辯護人之標準

##### (1) 審判長選擇義務辯護人之困境—模糊的標準及程序

強制辯護是不論被告願意的辯護人協助，與選任辯護有別，為保障被告對辯護人的信賴，根據德國刑事訴訟法第 142 條規定，管轄之法官必須在傾聽被告意見並確認無重大原則違反後指定辯護人。但在被告無表明意願的情形時，應依何種標準選擇辯護人，是爭執已久的問題，且顯然單單有律師名冊的存在也無助於此問題的解決。<sup>469</sup>德國現行實務上，仍看不出法官有何統一的措施來處理此問題，即便有律師名冊，一來是因為許多法官不知道名冊的存在，二來是名冊內的人選太多，以至於實質上對法官而言並無多少幫助效果。因此大多數的法官仍是以自行蒐集名片，或是經由同事推薦，並藉由其他程序所得之印象，來作出指定。<sup>470</sup>

在修法之前，指定辯護的選擇標準已被質疑欠缺具體規定，而使衡量標準有流於不切實際的問題，甚至有擔心辯護人之選擇會受到法官個人的利害衡量影響，或是因為受到組織上的利益糾葛，導至於年輕的法官會被要求選擇過去有經驗的同事認為「比較沒問題」的辯護

<sup>467</sup> Heydenreich, StV 2011, 700, 703; König, Der Zugang des (noch) nicht mandatierten Verteidigers zum inhaftierten Beschuldigten, StV 2011, 704ff.

<sup>468</sup> Heydenreich, StV 2011, 700, 703; König, StV 2011, 704ff.

<sup>469</sup> Schlothauer, in: FS-Samson, 2010, S. 709, 716.

<sup>470</sup> Wenske, NSTZ 2010, 480, 481; Herrmann, StraFo 2011, 133, 140.



人。尤其現今律師密度上升，市場競爭激烈，指定辯護人的報酬也提高，擴大了律師仰賴受指定為義務辯護人作為經濟來源的需求，可能導致被指定的辯護人在承擔責任時暗自揣測法官的期望，以獲得將來被指定之機會。<sup>471</sup>這些憂慮雖然未被證實已經實現，但修法之後也確實未解決法官裁量的選擇標準之問題。

## (2) 現今指定義務辯護人時之考量因素

選擇的標準取決於受羈押被告對辯護人的具體要求，而由法院作出合乎義務之裁量。當然，指定的標準及程序應儘量客觀，並符合法治國之要求。因此，指定時應在特定的被控罪名及羈押的特殊情形中，考量事實及法律上的適當性，以求能達到實質有效辯護之目的。舉例而言，對於刑事訴訟法、羈押法及相關刑事法的知識、實務經驗(尤其是處理羈押案件之實務經驗)、事務所地點與羈押所在的距離、語言能力，甚至是有無在刑事法上付出相對較多的時間去深造等參考因素。儘管在實際運作上，指定的客觀標準仍然沒有定論，但大多脫離不了這幾點判斷標準，尤其以事務所在地點的距離特別具重要性。<sup>472</sup>即便是在必須立刻指定的情形，亦應在指定時以被告辯護利益為選擇指向。不過有調查研究結果顯示，儘管有律師名冊作為選擇時的參考，選擇的標準亦固然不乏專業知識、刑事辯護經驗等作為衡量依據，但大多數審判長還是傾向指定熟識之律師，因此在現實中，私人的熟識度幾乎是指定上最被參考的依據。有鑑於此，在法院留下良好印象的實際上重要程度甚至超過刑事辯護經驗或專業知識。但這也並不表示審判長帶有任何歧視性的排除，根據該調查中的受訪者表示，這只是因為審判長本身不願意指定不認識或不了解的律師作為辯護人。<sup>473</sup>

關於距離具有特別重要性之原因，是因被告在案件剛開始之時期，與辯護人接觸頻繁，近距離有助於辯護人在法律上及社會需求上照顧其當事人，並且有助於對羈押審查之言詞審理進行準備，使審理能順利完成。儘管距離因素相當重要，此標準也會排除部分能夠隨時接受指定的律師，造成指定範圍縮減。<sup>474</sup>須注意到，距離遠近的計算上應以執行地為標準，非管轄法院，因為從被羈押人的特殊情形來看，遠距離可能使被羈押人與辯護人隨時接見的可能性受到限制，甚而因此降低信賴關係。故即便 2009 年生效的《第二次被害人權利改革法案》中排除優先指定位於執行地的律師之要求，此點從實質有效辯護的角度來看，此要件仍屬必要。<sup>475</sup>

此外，相關專業知識在遇到特殊情形時也顯得格外重要，而語言能力更涉及到辯護人能否和被告直接溝通以建立良好信賴關係，故均為重要的考量因素。該律師的意願在指定前也應加以考慮；法院在指定前最好先向該律師確認是否有時間及意願為該被告辯護。雖然基於信賴關係的考量，應儘可能地滿足被告具體願望，甚至例如獲得男性或女性的辯護人的期望，但一般認為，政治立場的正確與否通常不被包含須考量的範圍之內。<sup>476</sup>

<sup>471</sup> Wenske, NStZ 2010, 480ff.

<sup>472</sup> Schlothauer, in: FS-Samson, 2010, S. 709, 717; Wohlers, StV 2010, 151, 155.

<sup>473</sup> Heydenreich, StV 2011, 700, 702; Herrmann, StraFo 2011, 133, 140.

<sup>474</sup> 在科隆進行的一項調查中，因為指定的緊急性而考量到距離因素時，將僅剩原本四分之一的律師屬於可隨時接受指定的狀態。Vgl. Heydenreich, StV 2011, 700, 702.

<sup>475</sup> Schlothauer, in: FS-Samson, 2010, S. 709, 717; Wohlers, StV 2010, 151, 155.

<sup>476</sup> Schlothauer, in: FS-Samson, 2010, S. 709, 717; Wohlers, StV 2010, 151, 155; Herrmann, StraFo 2011, 133, 140. 其於指定標準等相關討論，參照上文第三章第二結第三項第一款。

### (3) 選擇標準之監督

對於指定何人為辯護人的決定，幾乎是沒有受到法院監督的。儘管被告有權對法院的決定提出抗告，但抗告效果有限，因為抗告須以被告受有不利為前提要件，且通常只有在審判長未依德國刑事訴訟法第 142 條第 1 項傾聽被告意見，或無重大理由違反卻指定非被告所提名之辯護人時，才會成立。且實務運作上，一旦該條規定之程序依法進行，被告又無任何表示時，選擇辯護人權限即移轉至法院，而於此時，被告意見通常即會被排除在決定程序之外。

有學者認為，法院對於其為何選擇該義務辯護人無說明理由義務。一來是基於選擇的本質，本來即難以去指摘選擇時的考量因素為何是錯誤的；二來是在德國刑事訴訟法第 140 條第 1 項第 4 款指定義務辯護人的情形，通常是取決於合乎目的之考量，亦即哪個律師是能夠最迅速獲得，以符合第 141 條第 3 項第 4 句之儘速要求。因此，關於法院是否應理由說明義務的爭議，採取否定態度應為適當。<sup>477</sup>

律師團體則認為審判長的指定程序仍應受到檢驗，為此目的，對於實務運作的評鑑仍是必要的。德國律師協會(DAV)曾認為，進行調查的項目至少應有被指定者之姓名、是受到法院直接指定或是經由被告表示而指定，以及在羈押後多久受到指定。而刑事辯護人協會則表示，為了能夠更透明地審查是否公平分派，調查範圍包含受指定者的姓名是必要的。<sup>478</sup>

## 2、現今關於可受指定之律師名冊製作

### (1) 律師名冊之存在意義

儘管認為法院對於為何選擇該義務辯護人並無說明理由義務，也不能因此使法院豁免於調查具體情況後選出最適任辯護人的義務。在新修正之德國刑事訴訟法第 141 條第 3 項第 4 句的儘速指定要求之下，儘管法院仍應儘量選擇最適任之辯護人，選擇辯護人的範圍顯然大受限制。<sup>479</sup>例如雖然於適格的大學法學教授同意後，亦能指定其為辯護人，但此對方同意的步驟即會造成不必要時間耗費，因此在羈押時指定辯護人之具體個案中，可以說是變相被迫選擇指定律師為辯護人。<sup>480</sup>鑒於指定時間上的要求，若能有事先準備好的、可作為審判長指定辯護人時參考的義務律師名冊，對於指定之迅速性必定有相當助益。<sup>481</sup>

### (2) 律師名冊製作與律師基本權干預

然而由律師方面的角度來看法院指定的問題，即可發現如何製作及是否採用特定律師名冊，並非單純為法院的自由裁量空間的問題。一旦法院指定某律師為辯護人時，即產生干預該律師於基本法第 12 條所保障之執業自由的問題，因為義務辯護人的報酬通常比一般行情低，而且還必須為此犧牲接受其他案件委任的執業利益，因此傳統上認為此屬於為公益目的的特別私人納用。但現今律師市場上競爭相當激烈，故指定辯護人還涉及到律師因接受指定辯護而獲得新的當事人和經濟利益。因此，現今不僅要考慮到基本法第 12 條之執業自由干

<sup>477</sup> Schlothauer, in: FS-Samson, 2010, S. 709, 718.

<sup>478</sup> Herrmann, StraFo 2011, 133, 140.

<sup>479</sup> Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §142 Rn. 9a.

<sup>480</sup> Schlothauer, in: FS-Samson, 2010, S. 709, 718.

<sup>481</sup> Vgl. Herrmann, StraFo 2011, 133, 138.

預的問題，還涉及到因利益分派所產生的基本法第 3 條平等原則干預的問題。<sup>482</sup>

基於對律師之基本權干預問題，有認為關於名單之製作，法院可以用公開招標程序來將此任務委任，並且亦可援用《自由業承攬義務規則》(Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen)的第 13 條對於申請人專業能力及適任調查的標準，使每位申請人必須受到同樣的標準及預先規定的程序進行審查，否則即可能有違反基本法第 3 條之嫌。<sup>483</sup>

由現實面來看，律師名單的製作程序確實涉及到強烈的經濟利益分配，故應建立明確標準及程序。但從目的上來看，指定辯護人的相關程序畢竟是為了能提供被告實質有效辯護及建立彼此間信賴關係，故不能為了照著制式化的規定走而忽略被告的期望。因此，即便要建立一套標準作業流程，也應只有在被告沒有表示任何特殊期望或要求時，才能照著制式化的指定流程進行律師名單製作及選擇。<sup>484</sup>

### (3) 律師名冊製作

至於選擇指定何人為義務辯護人的方法上，可以由律師團體製作律師名冊，標示隨時可指定為義務辯護人的律師供管轄之法官參考。現今實務上的律師名冊有些是由律師協會製作，有些是由刑事辯護人協會製作，亦有地方性的律師協會製作，甚至是聯合製作，種類繁多，但大多是由律師協會制作，並讓律師依其意願登錄於名冊。但可以想見，當一份名單列舉了上百位律師時，該名單對於法官及被告選擇義務辯護人所能提供的幫助也是有限的。<sup>485</sup>

現實中一般律師名冊的內容，通常是由能夠受指定的律師自行填寫，通說認為應包含姓名、聯絡方式及專職業務，其餘諸如執業重點、語言能力、特殊的額外專門訓練、執業經驗等等，因為亦可作為指定時之參考因素，故亦得列入。但就實際上而言，面對記載範圍越廣泛的名單，也越難以在事後理解法院選擇的標準。相對地，也有認為這些事項缺乏可審查性或必要的鑑定制度，亦無法律基礎，故不應與納入。<sup>486</sup>關於羈押法官所使用的律師名冊，有調查表示，大致上的內容記載均有標示出該律師已隨時可受指定的註記，通常亦記載律師專業，此外，大多沒有記載個人詳細內容，例如執業重點項目、語言專長、興趣範圍。其實對於羈押法官而言，最重要的是有能夠在夜間及假日亦可緊急指定為辯護人的律師名單，因此新法實施後，此點的記載也勢必具有相當重要性。<sup>487</sup>

製作者方面，對於律師團體所製作的名冊，有認為，單方面由律師內部所製作的義務辯護人名冊，現實上無法完全被法官採用<sup>488</sup>；亦有認為，法院並無義務或權利去採用律師團體所製作的名冊，而應由法院自行製作律師名冊。<sup>489</sup>持折衷看法認為，法院並無義務去引導、實現及證明律師團體所作之名冊，也可非必須使用，但若欲使用時，則仍可使用。<sup>490</sup>無論如何，從法官獨立性的角度來看，名冊對法官而言只是選擇上的參考，而在進行選擇時不應受

<sup>482</sup> Schlothauer, in: FS-Samson, 2010, S. 709, 720.

<sup>483</sup> Schlothauer, in: FS-Samson, 2010, S. 709, 721.

<sup>484</sup> Wohlers, StV 2010, 151, 156.

<sup>485</sup> Heydenreich, StV 2011, 700, 701; Herrmann, StraFo 2011, 133, 139.

<sup>486</sup> Schlothauer, in: FS-Samson, 2010, S. 709, 718.

<sup>487</sup> Heydenreich, StV 2011, 700, 701; Herrmann, StraFo 2011, 133, 140.

<sup>488</sup> Heydenreich, StV 2011, 700, 701.

<sup>489</sup> Schlothauer, in: FS-Samson, 2010, S. 709, 718-719.

<sup>490</sup> Wenske, NStZ 2010, 480, 483.

到名冊的拘束。<sup>491</sup>

### 3、援用破產管理人選任方式？

#### (1) 破產管理人之選任名單製作方式

與選擇義務辯護人遇到相類似情況者還有破產管理人的選任，因此債務清理管理人 (Insolvenzverwalter) 的選任方式是否可以在刑事之義務辯護人指定上作運用，亦為討論的焦點之一。與義務辯護人之選擇情形類似，過去的債務清理法院於選任債務清理管理人時亦未考慮債務清理管理人利益，而引起債務清理管理人不滿。聯邦憲法法院因此認為，在債務清理管理人的選任上，法院縱然有廣泛裁量權，仍必須考量到基本法第 3 條所保障的利益，故應給與所有候選人平等的機會及遵循的適當標準，使債務清理人選任程序成為依照憲法所型塑之程序；且縱然指定債務清理管理人的決定係處於急迫情形，亦必須能在選任程序中獲得充分且可靠的事實基礎。為了因應各種類行的程序，可以用不同的名單，區別不同的程序類型或訴求，再由其中選擇出適當的債務清理管理人。<sup>492</sup>除此之外，聯邦憲法法院亦認為，從基本法第 12 條之執業自由保障及第 3 條之平等原則要求來看，程序必須是透明而可被檢驗的；惟基於加速債務清理程序的考量，在此亦無法提供緊急權利保護，因此未被選中的申請人在個案中即喪失權利。<sup>493</sup>

#### (2) 肯定援引債務清理管理人製作名單至指定刑事辯護人見解

有因此認為，以上之債務清理管理人選任原則也可轉用到指定辯護人的選擇程序，此至少使程序在基本權干預層次上能經得住憲法的審查。至於實際的轉換方式可如，由管轄法院或司法行政單位在相當期間內接受申請，並可要求提出相關專長、其他特別能力、執業年資、早期執業事項、深造情形等，在真實性方面也可經由專業期刊及發表作為證明，並經由定期更新來確保真實性。支持者表示，有了依照這些標準及程序製作的名單，才能在德國刑事訴訟法第 140 條第 1 項第 4 款及第 141 條第 3 項第 4 句所規定的緊急指定辯護人情形，能夠進一步依個案變因作調整而儘速指定適當之辯護人。<sup>494</sup>

#### (3) 否定援引債務清理管理人製作名單至指定刑事辯護人見解

反對將債務清理管理人選任程序援用至刑事程序者認為，兩種程序間欠缺權利上及組織上之可比照性。首先，關於權利可比照性的欠缺，辯護人與債務清理管理人在憲法的連結點實有所不同，因為刑事辯護因公益性過於強烈而已非單純涉及基本法第 12 條觀點下的執業。從兩者可獲得的報酬相對照，也可說明刑事程序對律師屬於相對較低程度之干預。在程序規範上尤其必須考量程序參與者之利益，對刑事程序被告而言，尤其是受迅速審判之利益，以及法院在明顯資源有限的情況下能夠對刑事被告實踐照料義務之可能性。其次，兩者間欠缺組織上之可比照性，因為在債務清理程序中，其經由分類後選擇的結果通常可以符合當初設定的情形，而達到合於公司要求的目的，但刑事程序涉及的層面卻更為廣泛，尤其涉及到少年、精神病患、毒癮等問題，並非如同債務清理程序可用公司部門分類的方式即可達

<sup>491</sup> Vgl. Wohlers, StV 2010, 151, 156.

<sup>492</sup> Schlothauer, in: FS-Samson, 2010, S. 709, 722.

<sup>493</sup> Wenske, NStZ 2010, 480, 481ff.

<sup>494</sup> Schlothauer, in: FS-Samson, 2010, S. 709, 722-723.

成合於目的之分類；更何況刑事辯護上必須特別考量被告需求，與債務清理程序不同。

#### 4、小結

關於此問題之討論，從憲法角度去思考此一問題是值得注意的觀點。首先是法官獨立性，因為既然立法者已經將指定劃歸為裁判的一種，則必然涉及法官獨立性的問題。另外則是法律明確性的問題，即如何建立可以遵循的實質標準，卻不能讓程序及標準流於僵硬公式。<sup>495</sup>

由以上討論可知，審判長自行選擇義務辯護人之標準雖然有初步的一般性標準，但這些標準在實際上幾乎可以說是模糊不清而近似黑箱作業的狀態。<sup>496</sup>由於指定義務辯護人已經不單是涉及被告之權利，更進一步已牽涉候選律師的基本權干預，故建立一套明確的標準及程序確有必要，否則將造成部分律師不滿，而律師名冊也因此受到是否適用的質疑。<sup>497</sup>律師名冊製作上最重要的仍然是在成本的問題。由法院製作的編制費用與現在有限的司法資源無法相容。並且為了符合刑事案件需求，在製作上除了列入現今公認的標準，如大學學業成績、專業訓練、經歷、事務所規模、事務所所在地等等，但各個法官上仍須在個案建立清楚明確的標準來作為個案採用標準，但這些均都造成證明成本增加的問題。<sup>498</sup>

經過一連串討論後可發現，儘管此目標已成共識，實際上要運作卻是難上加難，而沒有任何壓倒性見解出現。故此問題仍有待學說及實務進一步發展。

### 第二目 辯護品質的隱憂

義務辯護人所提供之辯護品質的疑慮仍然是修法後未解決的問題。儘管沒有確切研究顯示義務辯護人所提供之品質低於選任辯護人，但由於辯護人所提供之服務品質相當可能與其收費有正相關，而義務辯護人在個案所獲得之費用確實平均低於選任辯護人。加上目前現實上律師執業之成本增加，可能因此相對降低義務辯護人對個案付出的意願。若欲重新規劃義務辯護人費用制度，相關的司法預算比例卻又不足。司法預算的現實因素，甚至造成連法官在選擇指定哪位辯護人時，也傾向不要增加額外費用。因此在預算有限的情況下，此問題似乎成為無解難題。另外，如先前所述，由於指定辯護人之標準與程序不明，法官是否會偏好指定順從於法院的辯護人的憂慮仍然存在。尤其在律師行業競爭激烈的現今，是否造成辯護人，特別是新進律師，於辯護時傾向順從法院見解，而造成辯護品質下降，也是令人擔心的問題。在新法施行後，法院必定因此大量增加指定辯護人之工作而增加負擔，如此一來審判長是否尚有充分心力為被告選擇最適當的義務辯護人，亦為新法施行後的隱憂。<sup>499</sup>

### 第三目 法院負擔增加

在羈押程序全面於執行階段即採取強制辯護措施的新法，必定造成指定辯護人數量大增。然而辯護人之指定是否適當，審判長扮演關鍵角色。在指定數量增加的情形下必定增加

<sup>495</sup> Wohlers, StV 2010, 151, 156.

<sup>496</sup> Vgl. Heydenreich, StV 2011, 700, 702.

<sup>497</sup> Vgl. Herrmann, StraFo 2011, 133, 139.

<sup>498</sup> Wenske, NStZ 2010, 480, 482ff.

<sup>499</sup> Vgl. Graalman-Scheere, StV 2011, 696, 700; Herrmann, StraFo 2011, 133.

法院負擔，但同時卻未有相對應之措施解決此問題。因此亦有學者質疑，從成本考量的角度來看，縮短羈押期間所獲得之利益是否能夠彌補增加指定辯護人案件量所支出的成本。<sup>500</sup>故從整體司法效益角度來看，此新制仍有值得檢討之處。

## 第五項 小結

回到【羈押辯護案】之「指定辯護人篇」之說明。

2009 年修法以前，由於德國刑事訴訟法規定中將羈押的強制辯護時點設置於羈押三個月後，故甲向檢察官提出(1)的要求時，檢察官仍有決定是否提出聲請的裁量權限；即便提出聲請，是否指定辯護人的決定權仍在於法院。惟若是在羈押三個月後，一般認為，檢察官不但必須因甲(2)的要求向法院提出指定辯護人之聲請，本身亦因舊德國刑事訴訟法第 117 條第 4 項的強制辯護規定而有義務主動向法院聲請，法院也必須予以指定。(3)的部分，基於德國刑事訴訟法第 142 條第 1 項之規定，法院於指定時本來依法即必須裁定相當期間讓甲尋找其所信賴的辯護人，故甲之要求當然有理由。且若甲確實在該裁定期間內提出其所信賴之辯護人，如(4)所示，不論是 2009 年修法前或修法後，依照德國刑事訴訟法第 142 條第 1 項之規定，除非是有違反法律或是明顯利益衝突的情形，鑒於辯護人與被告信賴關係之維護，審判長應指定 X 律師為辯護人；且通說在此認為，即便 X 並非位於該法院管轄區內執業之律師，亦無不同，此點在 2009 年修法後更進一步獲得確認。

2009 年修法後，由於依照德國刑事訴訟法第 140 條第 1 項第 4 款及第 141 條第 3 項第 4 句之修法意旨，學說普遍認為，必須使被告至遲於被捕後之第一次羈押審查時，即能獲得辯護人之協助；而此儘速指定辯護人之法律上要求，即與第 142 條第 1 項給予表示意見期間之規定相矛盾。多數學說認為，此時應優先考量新法要求必須儘速指定辯護人之修法意旨，因此在(5)的部分，法院緊急指定 Y 律師為辯護人的作法，不能認為是違反德國刑事訴訟法之程序規定；並且多數見解認為，此時審判長應指定距離羈押地點較近的辯護人為適當。由於此種緊急指定辯護人的情形未給予甲選擇其所信賴的辯護人的機會，修法後的部分新實務及學說均認為，應放寬更換指定辯護人的要件，而不侷限於向來所認為必須是信賴關係終局破壞的情形始能更換指定辯護人，故關於「解任辯護人篇」問題(3)的部分，甲之主張亦有理由。

## 第三節 辯護人於羈押程序之絕對權利—閱卷權行使

辯護人於羈押程序最重要之權利行使，莫過於閱卷權(Akteneinsichtsrecht)及與被告之交通權；然而如【羈押辯護案】的「辯護人閱卷篇」所示，偵查中往往必須藉由保有檢警的資訊優勢來達成有效追訴，但另一方面因為羈押對基本權干預程度極為強烈，被告於羈押審查時的聽審權及武器平等原則保障又不容忽視，故偵查中羈押審查的閱卷權成為法治國的棘手問題。德國刑事訴訟法關於閱卷權及交通權，分別規定於第 147 條及第 148 條，其中第 147 條第 2 項關於偵查中閱卷權的例外規定，在羈押審查的情形屢次遭到歐洲人權法院宣告違反公約，故德國終於在 2009 年羈押法修正時，破釜沉舟的作出修法改革。

<sup>500</sup> Schlothauer, in: FS-Samson, 2010, S. 709, 723.

德國此次閱卷權改革對於跨國性人權標準於內國之實踐上具有重要意義，並可作為我國處理此議題之借鏡。以下先介紹辯護人閱卷權於德國法體系下之憲法基礎，藉以說明刑事程序之閱卷權在基本權之位階與重要性(第一項)，接著介紹德國實務於 2009 年修法前之情形，尤其是在歐洲人權法院的德國三案裁判出爐後的情況(第二項)。之後，本文再介紹德國於 2009 年羈押法修正後，偵查中羈押審查程序之閱卷應如何在現實中具體化(第三項)，最後再回到由德國法的對於辯護人定位的脈絡下，討論辯護人在於享有便利的閱卷權行使時，相對有哪些義務是必須遵守的，作為我國法之借鏡(第四項)。

## 第一項 辯護人閱卷權之憲法基礎

辯護人得檢閱卷宗及證物的閱卷權(Akteneinsichtsrecht)，此固然為辯護人之重要權利，但在德國法固有脈絡之下，法理基礎實源於被告聽審權下之請求資訊權(Recht auf Information)。<sup>501</sup>即便辯護人閱卷權之基礎是源自於被告的憲法上權利，刑事訴訟法在規定上仍出於政策上考量，原則上將辯護人作為的閱卷行使之主體，並非被告本人，關此部分則於以下刑事訴訟法規定介紹部分再進一步說明。

### 第一款 被告之聽審請求權(Anspruch auf rechtliches Gehör)

德國基本法第 103 條第 1 項規定：「任何人於法院有聽審請求權。<sup>502</sup>」此為於法院之聽審權的明文規定，不過一般認為，由於聽審保障是法治國的基本要素，適用於所有國家行為以及所有國家實施的強制力，故此規定只是聽審權部分面向的明文規定。於法院之聽審權屬於程序權保障之一環，而此程序權則必須以司法程序請求權(der Anspruch auf ein gerichtliches Verfahren)的存在作為前提才有可能實現，換句話說，必須先有基本法第 19 條第 4 項或是法治國之司法保障請求權所衍伸的接近法院的權利，才有可能討論於法院之聽審權保障。附帶一提，除了聽審請求權外，法院之程序也有其他各種憲法的程序保障，這些保障的基礎部分為基本法第 19 條第 4 項，而部分亦可由基本權保障本身引導出的程序權利作為基礎。<sup>503</sup>

聽審請求權除了以基本法第 103 條第 1 項之明文規定作為基礎外，尚有基本法第 2 條第 1 項及第 20 條第 3 項所導出的「公平程序之一般程序基本權」作為基礎。此係聯邦憲法法院依照歐洲人權公約第 6 條及歐盟基本權利憲章(簡稱 GRC)第 47 條所推導出的結論。除此之外，有認為聽審請求權是法治國原則的彰顯，使人們能在艱困的程序處境中有提出事實及法律之主張進而影響程序的可能性，故為重視人性尊嚴的表現。<sup>504</sup>

聽審的意義，係指使參與者能在決定作成前，對事件表示事實及法律上的意見，尤其是作為決定之重要基礎部分。即便是在暫時性或具急迫性的處分，為了避免處分目的無法達成而未滿足聽審的要求，也必須儘速於事後補足。為了保障聽審權行使，當事人應獲得與程序相關之充分資訊，並認識到哪些資訊對於法院的裁判是重要的；而另一方面，法院也不能僅僅給予表達機會，必須對當事人的表達加以理解並斟酌。因此，聽審可分為三個階段，分別

<sup>501</sup> 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2010，222 頁。

<sup>502</sup> 原文為：「Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör.」

<sup>503</sup> Michael/Morlok, Grundrechte, 2008, S. 416ff.; Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 2008, S. 280ff.

<sup>504</sup> Michael/Morlok, Grundrechte, 2008, S. 416ff.; Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 2008, S. 280ff.



是：使程序參與者能獲得資訊以適當表示意見的資訊請求權(資訊要素)、使程序參與者能向法院表示意見的請求表達權(積極要素)，以及要求法院須傾聽參與者所表達之內容的請求注意權(消極要素)：<sup>505</sup>

1、請求資訊權(das Recht auf Information)的基礎在於為了使參與者能夠有效行使聽審權，而讓參與者知悉哪些事項是法院形成裁判的重要因素。基於此理由，法院必須讓程序參與者確實知悉對造所提出的所有事證及主張。並且，此權利亦衍伸出了應避免作出參與者無法預料的突襲性裁判(Überraschungsentscheidung)，因此法院除了必須傳達對造所提出之事證及主張並給予閱卷外，亦必須將自己職務上所知悉的事實及證據，包含法院指派鑑定人之意見，以及裁判將依據的法律解釋等等，對程序之參與者加以揭示。

2、請求表達權(das Recht auf Äußerung)要求必須給予程序參與者以口頭或書面方式，對所有事實及法律爭點表示意見的機會。此保障的最低限度要求是必須讓程序參與者能以書面充分表示意見。較具爭議性的問題是，獲得律師協助的權利是否屬於此處的保障範圍。由於一般人不具法律知識，因此只有透過律師協助才可能有效表達法律上意見，且歐洲人權公約等國際人權公約也再次強調被告受律師協助的權利，故多數認為受律師協助亦屬於基本法第 103 條第 1 項規定的權利範圍內。然而何種程序應受到律師協助則是問題核心所在，關於此點，至今尚未有明確的一般性標準形成，多數認為至少在複雜或具重要性的程序中應持肯定見解。不過，聯邦憲法法院目前僅由法治國原則推論出刑事程序中受律師協助的權利，但在其他程序並未認為由基本法第 103 條第 1 項能推論出受律師協助的保障。<sup>506</sup>

3、請求注意權(das Recht auf Berücksichtigung)，亦稱為狹義之聽審權(das Recht auf Gehör i.e.S.)，要求法院不僅須傾聽當事人的主張，亦必須進一步去加以理解。因此，所有的法官(含陪審員)必須身、心實際到場，才有可能保障此權利，例如若有法官在程序進行中睡著，當然無法認為符合此項要求。由此原則更可進一步推論出，法院必須在裁判中表示裁判理由，且從該理由中必須能夠辨識出法院已注意到當事人的表示並作出斟酌。

由上可知，刑事程序中的閱卷權屬於聽審權之請求資訊權的具體化權利表現，而為法治國之刑事程序所不可或缺的權利。<sup>507</sup>儘管歐洲人權法院對閱卷權的保障由武器平等角度作出解釋，但多數德國學者仍認為閱卷權的保障其實單以基本法所規範的聽審權保障作為基礎，即為已足；換言之，歐洲人權法院所使用的對審及武器平等概念，其實已包含在德國法向來所建構的聽審權保障的內涵之中。<sup>508</sup>

## 第二款 公平程序(faires Verfahren)

公平程序原則源自於英美法體系下之概念，聯邦憲法法院自 1969 年將此概念引入，並根據基本法第 20 條第 3 項的法治國原則及第 2 條第 2 項的一般自由權保障加以發展。然而

<sup>505</sup> Michael/Morlok, Grundrechte, 2008, S. 416ff.; Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 2008, S. 280ff.

<sup>506</sup> 在肯定受律師協助為聽審請求權之一環後，接下來的問題是：若基於律師的過失而導致程序期間的違誤時，是否可將責任歸咎於當事人。在此，德國實務認為，只有在被告受到充分提示的情況下，才能採取肯定答案。

<sup>507</sup> Schlegel, Das Akteneinsichtsrecht des Beschuldigten im Strafverfahren, HRRS 2004, 411.

<sup>508</sup> Gollwitzer, Menschenrechte im Strafverfahren: MRK und IPBPR Kommentar, 2005, Art. 5 MRK (Art. 9, 11 IPBPR) Rn. 124a.



此概念本身仍相當模糊，必須藉由實務加以發展。聯邦憲法法院認為，公平程序原則為法治國之刑事及其他相關程序不可或缺的因素，保障當事人在程序中實現程序權利、獲得必要的專業知識協助，並使個人能夠適當地防止來自國家或其他程序參與者的侵害。<sup>509</sup>

公平審判原則要求刑事程序則應給予被告資訊權的最低保障，讓被告能夠適當防禦、實現自身利益並自我負責。公平程序與閱卷權的關聯在於，僅有當被告確切知悉不利於己的事證時，才可能對程序產生影響，並進而有效地對指控作出防禦。依照通說的見解，公平審判原則作為整體刑事程序的一般性原則，並非限於主審程序始有適用；而聯邦憲法法院亦持相同看法，明確肯認此原則適用於所有法院的裁判，且不限於主審程序。故結論上，即便是偵查中的羈押裁定，既然屬於法院裁判的一種，當然即有此原則之適用。<sup>510</sup>

### 第三款 武器平等原則

除了以上所提及的聽審原則及公平程序原則，武器平等原則也是被提出的閱卷權根基。在德國，武器平等原則一般被認為是法治國原則及基本法第 3 條第 1 項之平等原則的具體化；但學說也有認為武器平等原則是公平程序原則的特別要素，也是被告作為程序主體的特別要素。武器平等原則要求被告與法院及檢察官處於勢力相當的地位，而此項要求也只有在被告能夠獲得所有程序資訊的情況下才可能實現，即所謂的「認知對等(Parität des Wissens)」的前提要件，故武器平等原則可作為閱卷權之基礎。<sup>511</sup>

進一步的問題是武器平等原則適用範圍的問題。武器平等原則應適用於主審程序是無庸置疑的，但此原則在偵查程序中必須保障到何種程度，是爭議所在。少數認為即便是在檢察官所主導的偵查程序也必須有此原則適用，因為武器平等是間接由法治國原則衍伸而來，應適用於整體刑事程序；且程序前階段對被告的防禦相當重要，故應讓被告積極影響偵查的進展。但多數認為，在偵查程序中原則沒有武器平等原則的適用，因為檢察官依法必須對現存的違法行為加以偵查、起訴，故應在偵查階段對事實及法律保有資訊優越地位。並有認為，從立法者所設計的程序架構來看，只有主審程序才可能呈現兩個勢均力敵的程序主體，因此在由檢察官主導的偵查程序中本來不可能使雙方對等。因此較可採的看法是，將機會平等(Chancegleichheit)理解為偵查程序中的武器平等原則，也就是並非要求雙方在此階段的所有交互關係均必須均等，而是依照檢察官及被告在角色分配上的差異性，要求整體情形中能夠適當地顧及被告利益。<sup>512</sup>

### 第二項 2009 年修法前情形

於確立閱卷權在憲法層次的位階後，回歸閱卷權在法律上的具體運用。針對本文所探討的議題，即偵查中羈押審查程序之閱卷權保障，本文以下先介紹德國於修法前的法律規範與實務運作，以及歐洲人權法院裁判對此產生的衝擊。

<sup>509</sup> Kuhn, Akteneinsicht contra Strafverfolgungsinteresse: Die Regelung des strafprozessualen Akteneinsichtsrechts nach §147 StPO n.F. auch unter Berücksichtigung der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 2004, S. 25ff.

<sup>510</sup> Kuhn, Akteneinsicht contra Strafverfolgungsinteresse, 2004, S. 25ff.

<sup>511</sup> Kuhn, Akteneinsicht contra Strafverfolgungsinteresse, 2004, S. 25ff.

<sup>512</sup> Kuhn, Akteneinsicht contra Strafverfolgungsinteresse, 2004, S. 25ff.

## 第一款 修法前之刑事訴訟法規範

### 第一目 閱卷權之行使

德國刑事訴訟法之閱卷權規定於第 147 條。德國刑事訴訟法第 147 條第 1 項規定，辯護人有權審閱已提出於法院或起訴後應提出於法院的卷宗 (Akten)，並得檢視機關所保管之證物 (Beweisstück)。<sup>513</sup>修法前第 2 項則是特別針對偵查程序例外規定，卷宗內尚未標註偵查終結時，只要辯護人審閱全部或部分卷宗及檢視機關所保管之證據可能危害偵查目的，得拒絕之。<sup>514</sup>同條第 6 項則規定，若拒絕閱卷之理由未於偵查終結前消滅，檢察官至遲應於偵查終結時撤銷該處分。當閱卷權不再受限时，必須立刻通知辯護人。<sup>515</sup>關於被告本人的閱卷，同條第 7 項規定，若無危害偵查目的之虞或違背其他第三人值得保護之利益，基於無辯護人之被告的聲請，應給予卷內資訊 (Auskünfte) 及卷宗複本 (Abschriften)。<sup>516</sup>

由以上條文可知，德國刑事訴訟法使閱卷權之行使原則上由辯護人為之，僅於例外情況使無辯護人之被告亦能自行閱卷。而閱卷權行使時點始於偵查階段，但在偵查階段中，檢察官得基於維護偵查目的而限制閱卷。所謂的偵查階段，就本條之脈絡而言，係指於卷宗內標註偵查終結之前，至遲為提起公訴之階段。而所謂危害偵查目的之可能，係指應有發現真實受損之虞的疑慮。<sup>517</sup>不過，偵查中的限制亦例外規定，德國刑事訴訟法第 147 條第 3 項對於特殊文書之閱卷有特別規定，對於訊問被告之筆錄、辯護人得在場之法官調查程序筆錄、鑑定人報告，例外不得於偵查中限制閱卷。<sup>518</sup>

辯護人閱卷方式，除了親至法院進行閱卷外，德國刑事訴訟法第 147 條第 4 項中明文規定辯護人得將原始卷證由法院攜回事務所或住處進行閱卷<sup>519</sup>。該項規定在實務運作，一般是由法院將卷宗郵寄至辯護人之事務所，並由辯護人負擔郵資等相關費用。然而由於證物不得

<sup>513</sup> 原文為：「(1) Der Verteidiger ist befugt, die Akten, die dem Gericht vorliegen oder diesem im Falle der Erhebung der Anklage vorzulegen wären, einzusehen sowie amtlich verwahrte Beweisstücke zu besichtigen.」

<sup>514</sup> 原文為：「(2) Ist der Abschluss der Ermittlungen noch nicht in den Akten vermerkt, kann dem Verteidiger die Einsicht in die Akten oder einzelne Aktenteile sowie die Besichtigung von amtlich verwahrten Beweisgegenständen versagt werden, soweit dies den Untersuchungszweck gefährden kann.」

<sup>515</sup> 原文為：「(6) Ist der Grund für die Versagung der Akteneinsicht nicht vorher entfallen, so hebt die Staatsanwaltschaft die Anordnung spätestens mit dem Abschluß der Ermittlungen auf. Dem Verteidiger ist Mitteilung zu machen, sobald das Recht zur Akteneinsicht wieder uneingeschränkt besteht.」

<sup>516</sup> 原文為：「(7) Dem Beschuldigten, der keinen Verteidiger hat, sind auf seinen Antrag Auskünfte und Abschriften aus den Akten zu erteilen, soweit nicht der Untersuchungszweck gefährdet werden könnte und nicht überwiegende schutzwürdige Interessen Dritter entgegenstehen. Absatz 5 und § 477 Abs. 5 gelten entsprechend.」第 7 項被告本人之閱卷權，也是在 1999 年受到歐洲人權法院裁判之影響而制定，詳細情形參照張之萍，刑事被告的閱卷權，台灣大學碩士論文，2007，113 頁以下。

<sup>517</sup> Laufhütte, in: KK-StPO, 2008, §147 Rn. 15.

<sup>518</sup> 德國刑事訴訟法第 147 條第 3 項：「對於訊問被告之筆錄、辯護人得在場之法官調查程序筆錄及鑑定人報告，無論於何種程序階段，均不得拒絕辯護人審閱。」(原文為：「(3) Die Einsicht in die Niederschriften über die Vernehmung des Beschuldigten und über solche richterlichen Untersuchungshandlungen, bei denen dem Verteidiger die Anwesenheit gestattet worden ist oder hätte gestattet werden müssen, sowie in die Gutachten von Sachverständigen darf dem Verteidiger in keiner Lage des Verfahrens versagt werden.」) Vgl. Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §147 Rn. 26; Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 161.

<sup>519</sup> 德國刑事訴訟法第 147 條第 4 項：「律師聲請將非證物之卷宗攜回辦公室或其住宅，若無重大理由之違反，應予准許。此決定不得提出異議。」(原文為：「(4) Auf Antrag sollen dem Verteidiger, soweit nicht wichtige Gründe entgegenstehen, die Akten mit Ausnahme der Beweisstücke zur Einsichtnahme in seine Geschäftsräume oder in seine Wohnung mitgegeben werden. Die Entscheidung ist nicht anfechtbar.」)

脫離機關之保管，因此一般作法是將證物攝影。<sup>520</sup>惟辯護人對此將卷宗攜回的利益並無請求權，因此被拒絕攜回時亦不得提出異議。<sup>521</sup>

## 第二目 管轄機關及救濟

德國刑事訴訟法第 147 條第 5 項為閱卷權之管轄機關及其救濟之規定。關於得否閱卷決定，若是尚在主審程序前的階段，或是程序終結並具有既判力之後，由檢察官為之；其餘則由審理案件之法院的審判長為之。若檢察官註記偵查終結於卷宗內，或是依照德國刑事訴訟法第 147 條第 3 項進行的閱卷，或被告處於失去自由的情形，若檢察官拒絕閱卷時，得聲請法院進一步作出決定。當(法院)理由的公開可能危害偵查目的時，則該(法院)決定不必附理由。<sup>522</sup>

由規定可知，在偵查階段，予以閱卷與否之決定權在檢察官；並且在第 3 項所規定的三種特殊情形，包含被告處於失去自由的狀態，於閱卷被檢察官拒絕後得請求法院作出決定。此處所謂被告處於失去自由之情形，包含羈押、依德國刑事訴訟法第 126a 條所為之暫時性留置、因他案而受自由刑之執行等情形。<sup>523</sup>若非此三種情形，當檢察官拒絕給予閱卷時，多數認為原則上是無法提出救濟的<sup>524</sup>；惟鑒於被告閱卷權之保護，仍有認為應予提出救濟之管道，或是以特殊情況作為例外。<sup>525</sup>相對地，若是由法官所為之決定，可依德國刑事訴訟法第 304 條提出抗告；故法院依德國刑事訴訟法第 147 條第 5 項第 2 句所作出之決定，亦可提出抗告。<sup>526</sup>

## 第二款 修法前之實務見解

### 第一目 歐洲人權法院之德國三案裁判前

#### 1、口頭告知羈押資訊為主

在法律無明文規定之前，此問題無異於司法者面對偵查維持機密的利益與被羈押人聽審的利益作出權衡。然而即便人權法院早在 1989 年作出 *Lamy* 案表示應予閱卷，早期的實務見解仍多傾向於優先保護偵查中的維持機密利益。<sup>527</sup>而究竟應以何種方式來維護被羈押人之聽審權，聯邦憲法法院在 1993 年時曾表示，在通常情形之下，大多數的案例經由口頭告知

<sup>520</sup> Meyer-Großner/Cierniak, StPO, §147 Rn. 30.

<sup>521</sup> Meyer-Großner/Cierniak, StPO, §147 Rn. 28, 32.

<sup>522</sup> 原文為：「(5) Über die Gewährung der Akteneinsicht entscheidet im vorbereitenden Verfahren und nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens die Staatsanwaltschaft, im Übrigen der Vorsitzende des mit der Sache befassten Gerichts. Versagt die Staatsanwaltschaft die Akteneinsicht, nachdem sie den Abschluss der Ermittlungen in den Akten vermerkt hat, versagt sie die Einsicht nach Absatz 3 oder befindet sich der Beschuldigte nicht auf freiem Fuß, so kann gerichtliche Entscheidung nach Maßgabe des § 161a Abs. 3 Satz 2 bis 4 beantragt werden. Diese Entscheidungen werden nicht mit Gründen versehen, soweit durch deren Offenlegung der Untersuchungszweck gefährdet werden könnte.」

<sup>523</sup> Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §147 Rn. 39.

<sup>524</sup> Laufhütte, in: KK-StPO, 2008, §147 Rn. 25; Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 162.

<sup>525</sup> Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §147 Rn. 40; Laufhütte, in: KK-StPO, 2008, §147 Rn. 25; BGH, StV 1993, 118; NStZ 2005, 569.

<sup>526</sup> Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §147 Rn. 40.

<sup>527</sup> Kempf, Anmerkung zu EGMR, StV 2001, 201, 206.

被告不利資訊，即可認為已充分考量被告的辯護利益。<sup>528</sup>

## 2、1994 年聯邦憲法法院標竿裁判—應予閱卷的例外

值得注意的是聯邦憲法法院於 1994 年的一則具前瞻性的標竿裁判，該裁判反於過去多數實務見解，明確表示，羈押審查或羈押抗告程序的證據資料，若以口頭方式告知被告，仍不足保障聽審權。關於此則判決，涉及兩部分：第一部分是關於檢察官在偵查程序中拒絕予以閱卷的行為，是否屬於依照《法院組織法施行法》(EGGVG)第 23 條以下所謂之可經由法院審查的司法行政行為，即救濟途徑的問題<sup>529</sup>；第二部分為本文重點所在，即關於羈押審查(Haftprüfung)或羈押抗告(Haftbeschwerde)程序中的證據資料告知，可否以口頭方式為之的問題。

關於第二部分的問題，聯邦憲法法院首先闡釋到，基本法第 103 條第 1 項原則上保障被告在法官作成決定前之能獲得聽審，依照聯邦憲法法院向來的見解，此係指法院僅能根據已給予程序參與者表示意見機會的事實及證據作出裁判。此原則亦適用於偵查程序中的法官決定，並只有在為了保護急迫利益時才能免除事前聽審，避免對被告發出預警而造成處分目的之不達。因此，羈押令狀之執行或延長原則上亦有基本法第 103 條第 1 項聽審保障之適用，必須使被告在羈押決定作成前能知悉控訴罪名、證據基礎及理由。又基本法第 103 條第 1 項在羈押的具體化，立法已經藉由一些特別規定而致力於憲法誠命的實現，例如德國刑事訴訟法第 114a 條關於涉嫌罪名、犯罪時間地點、犯罪行為的法律上特徵、相關刑事法規定、羈押理由及相關事實的告知，以及同法第 115 條第 2 項儘速帶往法院進行訊問、第 115 條第 3 項及第 115a 條告知不利證據並給予表示意見機會等等。除此之外，關於有利證據部分，當然也必須給予被告知悉。在與此相關的羈押審查及羈押抗告程序，也必須給予被告表示意見的可能性，尤其是在羈押審查之言詞審理時，必須給予被告聽審之保障。藉由此等規定，被告在羈押程序的聽審權在通常情形下固然已被充分保障，惟以口頭告知並非永遠是充分的實質資訊告知，因為在案情事實複雜時，口頭告知的方式難以掌握有利及不利證詞和證物的內容。又隨著羈押期間的增加，被告的自由權必定較刑事追訴利益更為重要，因此在比例原則的衡量下，法院據以決定羈押的事實及證據資料，不能僅以口頭告知，必須進一步對被告開放資訊來源，例如閱卷。<sup>530</sup>

然聯邦憲法法院並未對德國刑事訴訟法第 147 條第 2 項宣告違憲，並接著對此規定的合憲性做出肯定見解。其表示，德國刑事訴訟法第 147 條所規定之閱卷權為聽審權之具體化，該條規定於偵查終局結束時，辯護人才能有完整的閱卷權，在此之前，檢察官可以危及偵查目的為由而依同條第 2 項拒絕辯護人閱卷。這項規定原則上並不會在憲法上受到非難，因為偵查程序是為了犯罪嫌疑的澄清，不能在一開始就將所有偵查事實予以公開，否則將造成偵查難以承受的額外負擔及案情晦暗之可能性。在法治國的要求下，刑事程序必須儘可能地發

<sup>528</sup> BVerfG, StV 1994, 1. Vgl. Kempf, StV 2001, 201, 206; Lange, Vollständige oder teilweise Akteneinsicht für inhaftierte Beschuldigte in den Fällen des §147 II StPO?, NStZ 2003, 348.

<sup>529</sup> 由於第一部分並非此處重點，故不詳細介紹。簡單來說，聯邦憲法法院認為否定檢察官拒絕的行為屬於法院組織法施行法(EGGVG)第 23 條以下所謂之法院可審查的司法行政行為，並未違反基本法第 3 條第 1 項及第 19 條第 4 項的權利有效救濟要求；此外，申訴人可以藉由羈押抗告或羈押審查去攻擊違反基本法第 103 條第 1 項的羈押命令或羈押延長。因此憲法上並沒有要求必須給予法院組織法施行法第 23 條的額外救濟途徑。

<sup>530</sup> BVerfG, NJW 1994, 3219, 3220.

現真實，有時在偵查終局結束前之階段，為維持檢方的資訊優勢，必須使被告的資訊利益有所退讓。然而，當被告被羈押時，當被告有不可拖延至偵查終結後始獲得閱卷的利益時，應優先考量被告獲得資訊的利益。因為被告在此種情形之下，有基本法第 2 條第 2 項第 2 句所保護之人身自由權被侵害，而基本法對人身自由保護之注意義務亦包含程序權之保障，故基本法在此賦予被告獲得資訊的利益較法治國刑事程序發現真實的利益更高的重要性。因此只要當羈押的被告為了能有效影響羈押決定而需要獲得資訊，並且以口頭告知事實及證據屬於不足的情況時，即可由被告於法治國的公平程序權利衍伸出辯護人之閱卷權。通常情形之下，對於與羈押決定有關的事實及證據之部分，以閱卷方式即為足夠的保障。若檢察官以危及偵查為由而依德國刑事訴訟法第 147 條第 2 項拒絕辯護人閱卷時，法院即不得使用被告因無法透過辯護人閱卷而加以知悉的事實及證據作為支持羈押的理由，甚至必須撤銷羈押令狀。<sup>531</sup>

該憲法申訴案中，被告在地方法院即已表示其辯護人無法對羈押決定相關的證詞及偵查結果進行閱卷，而要求撤銷羈押令狀，惟此要求在地方法院及高等法院均被駁回，且高等法院亦未考量到被告在羈押審查時的聽審請求權。鑒於本案卷證資料數量龐大且案情事實相當複雜，以口頭告知該等證詞是否即已足夠，亦即是否依照基本法第 103 條第 1 項的要求應給予閱卷，即成問題。高等法院認為檢察官拒絕閱卷的行為非司法行政行為而不得依照《法院組織法施行法》第 23 條個別提出異議的見解，固然未違反基本法第 19 條第 4 項及第 103 條第 1 項，因為在羈押的情形已經有特別救濟途徑可以遵循；然而，高等法院的裁定仍違反基本法第 103 條第 1 項，因為在此無法排除被告在程序中能藉由充分資訊的保障，去排除部分犯罪嫌疑並獲得撤銷羈押的可能性。<sup>532</sup>

以上聯邦憲法法院於 1994 年的裁判可以說是具有劃時代的突破，並且為後續聯邦憲法法院所援引<sup>533</sup>，而各級法院亦有據此肯定應予被告辯護人閱卷。此外在 1991 年時，也有聯邦最高法院之裁判將給予閱卷的見解擴張至搜索的情形。<sup>534</sup>不過，此裁判顯然和歐洲人權法院 *Lamy* 案裁判有相同的命運，即未受到德國當時實務的廣泛肯認，否則接下來就不會在歐洲人權法院出現 2001 年的「德國三案」以及 2007 年的 *Mooren* 案。

## 第二目 歐洲人權法院之德國三案裁判後

2001 年歐洲人權法院作出的德國三案，即 *Garcia Alva*、*Lietzow*、*Schöps* 案，對德國而言無異是投下一枚震撼彈，因為在偵查的初步階段中，面對法治國之刑事程序發現真實利益與被告聽審權下請求資訊利益，兩相權衡下實務往往選擇前者；但人權法院卻在此三案中卻明確禁止將資訊由法院以摘要形式的書面方式進行告知，或以口頭告知方式給予辯方相關資訊。<sup>535</sup>故可以說，在面對此兩大利益的權衡之下，人權法院明確地選擇了後者，即便是有使案情有晦暗之虞也在所不惜。此後，德國法院必須改變以往的選擇，否則將可能再次於歐洲人權法院受到敗訴命運。

<sup>531</sup> BVerfG, NJW 1994, 3219, 3220.

<sup>532</sup> BVerfG, NJW 1994, 3219, 3221.

<sup>533</sup> BVerfG, NStZ-RR 1998, 108.

<sup>534</sup> Vgl. *Lange*, NStZ 2003, 348, 351.

<sup>535</sup> 詳見上文第二章第三節第三項第三款第一目。

面對此衝擊，有學說肯定人權法院裁判，並認為人權法院在此所肯定予以閱卷的範圍更廣於 1994 年聯邦憲法法院裁判見解，而及於檢察官提出於法院的證據資料的全部，故檢察官接下來必須面對將證據資料提出於法院即等同於無法保密的困境。<sup>536</sup>不過也有少數見解認為人權法院依照武器平等原則而要求使辯護人能獲得全部的閱卷，並無說服力。<sup>537</sup>但無論如何，實務見解上似乎傾向於 1994 年聯邦憲法法院裁判的說法，認為在有關聯性的部分給予閱卷即可，並且在違反時產生使用禁止效果，甚至因此可能必須釋放被告。<sup>538</sup>

人權法院作出裁判後，對於羈押審查程序閱卷範圍即產生爭論，但人權法院與聯邦憲法法院見解所交集之處，已經被多數的實務及學說肯定，及有至少在予羈押決定關聯之部分應予辯護人閱卷，而不能僅以口頭告知。因此即便德國刑事訴訟法第 147 條第 2 項的例外限制規定仍然存在，凡是涉及與羈押令狀相關之決定所援引的證據及偵查結果，檢察官即不得依照該規定限制辯護人閱卷，若予限制，則不得於羈押相關決定中援引為證據。<sup>539</sup>

不過在複雜的案件或是有繼續澄清事實必要時，此閱卷確可能危害偵查目的；故檢察官在聲請羈押而提出證據於法院時，必須決定要承擔偵查秘密洩漏之不利，或是因提出之資訊不足而無法羈押被告的不利。有學說見解認為，部分閱卷的範圍會隨著偵查階段而有不同，檢察官不但必須隨時對此作出檢驗，考量被告對資訊的需求是否隨著羈押期間之延長而擴張。有學說認為，此時能以法院作為資訊揭露範圍的控制樞紐，使在檢察官提出卷證時，必須向法院澄清為何以及哪些範圍是必須限制的，以免該等資訊使用於羈押理由中而必須揭露；當法院在審查後若認為尚有其他理由上不可分割或遺漏的部分未提出，應使檢察官有表示意見機會，甚至予以補正。換言之，作為羈押審查的法院，在此有作為中介機關的功能。

540

至於如何保護不公開的部分，可以採取部分影印方式，來刪除需要保護的部分。若是無法與揭露的部分分離，則可以將應保密的部分影印並塗黑來加以保護。<sup>541</sup>實務上也有採此方式者。在某涉嫌幫助販賣人口及媒介性交的羈押審查中，因為檢察官表示證詞尚涉及到複雜的另案偵查，故將部分證詞予以塗黑，而僅對辯護人公開對本羈押案為關鍵的證人訊問部分，而科隆高等法院在抗告審理中對此作法亦表示贊同。<sup>542</sup>

### 第三項 2009 年修法後情形

#### 第一款 修法後之刑事訴訟法規範

歐洲人權法院在以上幾則判決中再次強調關於剝奪人身自由的審查程序中必須遵守武器平等原則，即便是在偵查程序中亦如此，因此必須讓辯護人能獲得對羈押合法性判斷為重要的資訊，始符合公約第 5 條第 4 項的保障。德國的聯邦憲法法院也曾作出相類似裁判，或

<sup>536</sup> Kempf, StV 2001, 201, 207.

<sup>537</sup> Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 352.

<sup>538</sup> Vgl. Lange, NSTZ 2003, 348, 351ff.

<sup>539</sup> Laufhütte, in: KK-StPO, 2008, §147 Rn. 16.

<sup>540</sup> Lange, NSTZ 2003, 348, 353; dagegen Beulke/Witzigmann, Das Akteneinsichtsrecht des Strafverteidiger in Fällen der Untersuchungshaft, NSTZ 2011, 254, 260.

<sup>541</sup> Lange, NSTZ 2003, 348, 353.

<sup>542</sup> OLG Köln, NSTZ 2002, 659.

從聽審權保障為出發點要求必須給予被告影響裁判的機會，或從從基本法第 2 條第 2 項之人身自由權保障出發，認為鑒於人身自由的保護必須使權利範圍及於程序上的權利，尤其是羈押對基本權的干預程度重大，更加深了保護被告資訊利益的意義。<sup>543</sup>

有鑒於此，2009 年羈押法修正時，德國終於修正讓其在歐洲人權法院慘遭四次敗訴的德國刑事訴訟法第 147 條第 2 項，此新規定也在 2010 年 1 月 1 日起生效。<sup>544</sup>由於德國刑事訴訟法第 147 條第 1 項及第 6 項原本就已對偵查完畢的情形賦予辯護人完整閱卷權，故此修正內容僅對於偵查中的羈押程序具有特殊意義。新增部分有：

1、第 147 條第 2 項第 2 句：「當符合第 1 句之要件，且被告已在羈押之中或受暫時性逮捕而已被聲請羈押，必須使辯護人得以適當方式接近對人身自由剝奪合法性的裁判為重要的資訊；在此通常即為給予閱卷。<sup>545</sup>」

2、第 147 條第 5 項第 2 句後段修正救濟管轄法院：「檢察官將偵查完畢註記於卷宗內後而拒絕閱卷，或是檢察官於第 3 項之情形或被告處於失去自由狀態之情形拒絕閱卷，可向依第 162 條具管轄權之法院聲請法院裁判(gerichtliche Entscheidung)。<sup>546</sup>」、同項第 4 句增加救濟程序總則及抗告章節之相關規定準用。<sup>547</sup>

3、第 147 條第 7 項關於無辯護人之被告的閱卷權部分，排除「通常情形之下即給予閱卷」規定之準用。<sup>548</sup>

簡言之，現今德國刑事訴訟法之閱卷權規定原則上以辯護人為主體，僅有在被告無辯護人時始讓被告本人閱卷。就辯護人之閱卷權而言，在審判程序中未有任何限制，但於偵查中原則上得以偵查目的之維護為由加以限制，例外於偵查中羈押之情形又不得以偵查目的為由加以限制。閱卷與否之決定權部分，除了審判程序以外，其他階段的同意權均在檢察官；惟若涉及偵查中仍應給予辯護人閱卷的情形，當檢察官拒絕予以閱卷時，得向法院聲請作出裁判。

學說對於此修法大致均予以肯定，惟美中不足之處在於立法文字對於許多細節並未明確規定，以及在文字使用上也存有諸多疑問，尚待學說及實務進一步將之具體化。然因甫修法完成，具代表性之聯邦憲法法院及聯邦最高法院尚未作出具有指標性的裁判，故在目前階段也僅能透過學說見解及部分下級法院的裁判將德國刑事訴訟法第 147 條第 2 項第 2 句及其他相關規定作進一步的具體化。

<sup>543</sup> Beulke/Witzigmann, NStZ 2011, 254, 256.

<sup>544</sup> 王士帆，歐洲刑事辯護的挑戰，檢察新論，第 9 期，2010 年 7 月，327、330 頁。

<sup>545</sup> 此為 2009 年修法時新增，亦為本文重點。原文為：「Liegen die Voraussetzungen von Satz 1 vor und befindet sich der Beschuldigte in Untersuchungshaft oder ist diese im Fall der vorläufigen Festnahme beantragt, sind dem Verteidiger die für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung wesentlichen Informationen in geeigneter Weise zugänglich zu machen; in der Regel ist insoweit Akteneinsicht zu gewähren.」

<sup>546</sup> 原文為：「Versagt die Staatsanwaltschaft die Akteneinsicht, nachdem sie den Abschluss der Ermittlungen in den Akten vermerkt hat, versagt sie die Einsicht nach Absatz 3 oder befindet sich der Beschuldigte nicht auf freiem Fuß, so kann gerichtliche Entscheidung durch das nach § 162 zuständige Gericht beantragt werden.」

<sup>547</sup> 原文為：「Die §§ 297 bis 300, 302, 306 bis 309, 311a und 473a gelten entsprechend.」

<sup>548</sup> 應注意，關於第 7 項無辯護人之被告閱卷權部分，僅準用第 2 項第 2 句前半段。



## 第二款 羈押程序閱卷權之具體化

### 第一目 主體

第 147 條除第 7 項以外，均是以辯護人作閱卷主體的規定，而非被告；所謂的辯護人 (Verteidiger) 在此兼指選任辯護人及義務辯護人。

然而，若法院所指派的義務辯護人已行使閱卷，而被告其後又自行選任辯護人，則得否以義務辯護人已為被告行使閱卷權為由而拒絕該選任辯護人閱卷？關於此問題，Naumburg 高等法院有表示肯定見解者。本件之抗告人(被告)因多起販毒的重大嫌疑及逃亡之虞而被羈押；羈押當日，法院即依被告指示，為被告指定律師 Fe 為義務辯護人，而 Fe 也在三日後獲得閱卷。半個月後，被告又自行委任律師 F 為選任辯護人，F 提出羈押抗告及聲請閱卷，均未果，並遲至聲請後近兩個月才獲得閱卷。在此，高等法院表示，歐洲人權法院肯定閱卷對於被告聽審權及公平程序權，尤其是武器平等，而聯邦最高法院亦認為在聽審權的意義之下，被告身為程序主體應有請求資訊、請求表達及請求注意之權，並得依照程序特性來決定自己的行為，進而影響程序結果。但這並非表示在刑事偵查程序中，只要法院在核發干預處分的命令前未經事前聽審，即違反此等原則。儘管被告的選任辯護人未能及時閱卷，被告也不能指摘其處於不知悉嫌疑基礎的情況，因為被告之前已透過義務辯護人 Fe 的閱卷，故在先前階段有機會有效地挑戰檢察官及法院所作出的結論，且關於抗告程序中法院憑藉的事實及證據，辯護人也事先被如實告知並表示意見。此等藉由義務辯護人閱卷所獲得的資訊地位應歸於被告，尤其是此處之辯護人 Fe 是被告所指名並為被告利益而指定的情況。因此，本案情況與歐洲人權法院案例中的情形有別，藉由先前義務辯護人的閱卷即可認為符合武器平等，故不得以日後選任辯護人未能適時閱卷為由認為違反公平程序及侵害聽審權。<sup>549</sup>

### 第二目 時點

#### 1、執行羈押令狀期間

依照新修正的德國刑事訴訟法第 147 條第 2 項第 2 句，被告在羈押之中，即羈押令狀執行時，必須使辯護人能夠以適當方式接近卷證。依照歐洲人權法院案例法的見解，此即為必須使辯護人得於羈押審查之前閱卷。從另一方面來看，由於此時被告已置於國家實力支配之下，即可避免因拘捕前過早提示被告強制處分的實施而使被告有逃匿的危險。本規範目的在於確保羈押審查符合聽審原則及武器平等原則，惟不適用於德國刑事訴訟法第 121 條<sup>550</sup>所規

<sup>549</sup> OLG Naumburg, NStZ 2011, 599.

<sup>550</sup> 德國刑事訴訟法第 121 條為羈押之迅速原則之具體化，要求必須於羈押進行中儘速做成判決。該條第 1 項規定，只要未有宣判自由刑或剝奪自由之矯治或保護處遇之判決做成，同一案件羈押之執行已逾六個月時，僅能基於有特殊嚴重性或偵查之特別情況，或有其他重大理由足以合理化判決仍未作成，始得維持羈押。同條第 2 項規定，於第 1 項之情形，若羈押之執行未依第 116 條中斷或邦高等法院未命令繼續羈押，羈押命令應於六個月經過後撤銷。(原文為：「(1) Solange kein Urteil ergangen ist, das auf Freiheitsstrafe oder eine freiheitsentziehende Maßregel der Besserung und Sicherung erkennt, darf der Vollzug der Untersuchungshaft wegen derselben Tat über sechs Monate hinaus nur aufrechterhalten werden, wenn die besondere Schwierigkeit oder der besondere Umfang der Ermittlungen oder ein anderer wichtiger Grund das Urteil noch nicht zulassen und die Fortdauer der Haft rechtfertigen. (2) In den Fällen des Absatzes 1 ist der Haftbefehl nach Ablauf der sechs Monate aufzuheben, wenn nicht der Vollzug des Haftbefehls nach § 116 ausgesetzt wird oder das Oberlandesgericht die



定特殊羈押要件之審查。<sup>551</sup>

## 2、執行羈押令狀之前

面對最低限度保障的新法規定，須進一步思考的是，能否再將保障時點提前至羈押令狀尚未執行之前。<sup>552</sup>畢竟若能於執行羈押之前即給予辯護人閱卷，除了因時間上的擴張使辯護人更能充分準備之外，更大實益在於避免不必要的羈押執行。在此可以分為兩種情形，其一是被告已因暫時性逮捕(vorläufige Festnahme)而失去自由的情形，其二是尚未失去自由的情形。

### (1) 被告已失去自由之情形

在德國刑事訴訟法之下，被告被置於國家支配之下而失去自由的情形，僅有兩種原因。其一是被告因法官已核發羈押命令，而於執行該羈押命令時被逮捕，即所謂因執行羈押而失去自由的情況。其二是雖然尚無法官核發的羈押命令，但基於法律所規定的原因，私人或檢察官於急迫之例外情形而有權先將被告立刻逮捕，再向法官聲請核發羈押令狀，即依德國刑事訴訟法第 127 條所為的暫時性逮捕(vorläufige Festnahme)<sup>553</sup>。由於第一種情況是屬於先前已敘述之「執行羈押命令」之範圍，故在此僅討論第二種情形。

被告處於因暫時性逮捕而聲請羈押時，既已失去自由，從剝奪自由對基本權干預強烈性的角度來看，實與因已事先核發羈押令狀而被逮捕的執行羈押情形未有不同。故新修正的德國刑事訴訟法第 147 條第 2 項第 2 句也將此情形明文列入，要求通常情形之下應給予辯護人閱卷。<sup>554</sup>

### (2) 被告尚未失去自由

於被告尚未失去自由，但可能即將因執行羈押令狀而失去自由的情況，是否即應先行給

Fortdauer der Untersuchungshaft anordnet.」)

<sup>551</sup> Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §147 Rn. 25a.

<sup>552</sup> 須注意，由於我國與德國羈押流程之原則情形有異，故此部分之討論於我國法之下並無實質意義，蓋於我國法之下，必定於將被告拘提或逮捕後，始有核發羈押令狀之可能，因此不可能有先核發羈押令狀後被告尚未失去自由之情形發生。詳細參照本文第三章第二節第二項。

<sup>553</sup> 關於暫時性逮捕(vorläufige Festnahme)，見於德國刑事訴訟法第 127 條：「第 1 項 對於偶然發現或追蹤甫為犯罪行為之人，當其有逃亡之虞或其身分無法立刻確認時，任何人即使在無法官命令之情況下，亦有權對其為暫時性逮捕。檢察官或警察對身分確認依第 163b 條第 1 項為之。第 2 項 當符合羈押命令或暫時留置命令之要件時，檢察官或警察在遲延即生危險的情況下亦有權為暫時性逮捕。第 3 項 僅於請求後始得追訴之犯罪，當請求尚未提出時亦可為暫時性逮捕。僅於授權或告訴後始得追訴之犯罪行為，亦同。第 4 項 s 關於檢察官及警察所為之暫時性逮捕，準用第 114a 條至第 114c 條之規定。」(原文為：「(1) Wird jemand auf frischer Tat betroffen oder verfolgt, so ist, wenn er der Flucht verdächtig ist oder seine Identität nicht sofort festgestellt werden kann, jedermann befugt, ihn auch ohne richterliche Anordnung vorläufig festzunehmen. Die Feststellung der Identität einer Person durch die Staatsanwaltschaft oder die Beamten des Polizeidienstes bestimmt sich nach § 163b Abs. 1. (2) Die Staatsanwaltschaft und die Beamten des Polizeidienstes sind bei Gefahr im Verzug auch dann zur vorläufigen Festnahme befugt, wenn die Voraussetzungen eines Haftbefehls oder eines Unterbringungsbefehls vorliegen. (3) Ist eine Straftat nur auf Antrag verfolgbar, so ist die vorläufige Festnahme auch dann zulässig, wenn ein Antrag noch nicht gestellt ist. Dies gilt entsprechend, wenn eine Straftat nur mit Ermächtigung oder auf Strafverlangen verfolgbar ist. (4) Für die vorläufige Festnahme durch die Staatsanwaltschaft und die Beamten des Polizeidienstes gelten die §§114a bis 114c entsprechend.」)

<sup>554</sup> Beulke/Witzigmann, NSStZ 2011, 254, 257.

予辯護人閱卷，則相當具爭議性。亦即，若法官已核發羈押令狀或檢察官已向法官聲請核發羈押令狀，但尚未實際將被告拘捕的情形，是否應予辯護人閱卷？若在此時給予被告之辯護人閱卷，從執行有效性的角度來看，無非向被告預告偵查機關將要對其進行拘捕，通知其儘速逃匿；但從被告人身自由保護角度來看，若能於此時儘早給予閱卷，將可以排除錯誤的羈押令狀的執行，減少因剝奪自由所造成的傷害。由於此種情形修法似乎未予考量，從修法過程觀察亦未見相關解釋的蛛絲馬跡，然而從新法的文義解釋來看，法律也並未強制禁止辯護人於此時閱卷，故此問題仍有待實務及學說的進一步發展。關於此問題，有以下幾種看法：

555

#### A. 否定說(不予閱卷說)

對於此問題，向來多數實務見解採否定說。從一則 1997 年聯邦憲法法院裁判可得出採取否定說答案。該裁判中認為，即便被告已經知道羈押令狀的存在，也不能對單純核發羈押令狀的行為(*der bloße Erlaß eines Haftbefehls*)提出抗告，關於 1994 年聯邦憲法法院所作的裁判見解亦僅適用於被告被逮捕之後。此 1997 年的聯邦憲法法院見解也被後續的多數實務見解所採納。<sup>556</sup>但由於 1994 年與 1997 年的兩則裁判的基礎事實不同，故不能認為兩者間有所衝突。

1997 年的聯邦憲法法院裁判理由上大致可以分為兩部分說明，首先是認為此暫時性地對被告隱瞞偵查資訊並未侵害被告的資訊利益，次者則是從偵查目的之維護來肯定逮捕前隱瞞資訊的正當性。該裁判認為，首先，被告的資訊利益已經在德國刑事訴訟法第 115 條第 3 項<sup>557</sup>被保護，因為依照該規定，被告被逮捕後將帶往法院進行羈押審查，法官於此時即告知不利事證，而被告可以對此表示意見或是選擇緘默，也可以更進一步提出對自己有利的事證。此資訊告知義務(*Informationspflicht*)不僅包含了羈押令狀內容的告知，還包含了在法律及事實觀點上支持核發羈押令狀的不利證據資料(*Belastungsmaterial*)。<sup>558</sup>次者，刑事程序的目的本在探究事實、發現真相；為了此目的，原則上可以在偵查中對被告暫時隱瞞偵查所獲資訊，並且也只有羈押已經執行時，才能夠為了正當化剝奪自由之處分而形成例外。<sup>559</sup>羈押令狀之目的在於將被告拘捕而置之於程序之內；若在逮捕之前即給予閱卷，不僅無法促使令狀目的之達成，更可能造成目的之危害。一旦在拘捕前使被告知悉令狀的內容或是允許閱卷，被告即知悉偵查機關迄今的偵查行動以及已獲得的資訊，而能夠運用其個人所知，推測偵查行動的進度及發展，並因此加強脫免逮捕或企圖去影響證人的證詞。此點由德國刑事訴訟法第 33 條第 4 項<sup>560</sup>即可推知，當事前聽審將危害羈押、扣押等強制處分之目的時，得不

<sup>555</sup> *Beulke/Witzigmann*, NStZ 2011, 254, 257.

<sup>556</sup> Vgl. BVerfG, NStZ-RR 1998, 108; OLG München, StV 2009, 538; dagegen LG Aschaffenburg, StV 1997, 644.

<sup>557</sup> 德國刑事訴訟法第 115 條是關於被告因羈押命令而被逮捕後，必須即時帶往法院訊問之規定，第 3 項則是關於訊問時之資訊告知義務。第 3 項規定：「於訊問時，必須告知被告不利事實以及辯護或選擇緘默之權利。必須給予被告反駁嫌疑和羈押理由及提出有利事實之機會。」

<sup>558</sup> BVerfG, NStZ-RR 1998, 108, 109.

<sup>559</sup> BVerfG, NStZ-RR 1998, 108, 109.

<sup>560</sup> 德國刑事訴訟法第 33 條為聽審原則之規定，其中第 1 項至第 3 項規定法院在裁判前必須使參與者獲得聽審後始能為之的原則，第 4 項則是突襲性處分的例外規定。第 4 項第 1 句規定：「於核發羈押、扣押或其他處分之令狀時，若先聽審將可能危害該令狀之目的，不應適用第 3 項之規定。」

必進行事前的聽審保障。<sup>561</sup>

## B. 附條件肯定說

反之，近來有部分實務及學說認為，至少在被告知悉羈押令狀已聲請或核發時，應採肯定見解。<sup>562</sup>此說針對以上否定說的理由所提出的批評如下：

首先，不能認為在逮捕之後依德國刑事訴訟法第 115 條第 3 項告知資訊即已足以保護被告資訊利益。固然 1994 年的聯邦憲法法院曾經表示德國刑事訴訟法第 115 條第 3 項的提示及資訊告知義務(Hinweis- und Informationspflicht)，與羈押令狀在法官審查時的完整聽審保障，均屬於憲法聽審權保障在羈押程序的具體實現，但不能由此反推認為，只要依照德國刑事訴訟法第 115 條第 3 項告知資訊即足以維護被告聽審權。<sup>563</sup>

次者，關於避免被告加強逃亡以及使案情晦暗的危險(Verdunkelungsgefahr)的理由，亦不足以泛泛作為拒絕閱卷理由。就逃亡危險而言，認為被告會因為知悉卷證內容而加強藏匿的想法根本與現實脫離。因為在通常情形下，被告本來就會先對被指控犯行有所設想，並根據最壞的打算去採取行動。例如，當被告知悉國家將要將其拘捕時，通常不會先假設自己的運氣不錯，所以只在德國各邦的城市間逃亡，只有在知悉卷宗內容後，才跨境逃到瑞士。畢竟當被告已經知悉羈押令狀的核發時就已經受到警告，所以給予被告知悉羈押令狀的內容並無法對偵查再造成更進一步的危險。此外，會加強被告藏匿的資訊是檢警即將要採取何種方式進行拘捕的資訊，但這些資訊透過閱卷本身並無法知悉，因為法院的卷宗所引述的內容是偵察機關迄今所獲悉的資訊以及已查明的事實。就使案情晦暗而言，也僅在有具體根據時，才能拒絕閱卷，因此必須依照具體個案作出判定。若沒有使案情晦暗危險的具體根據，就沒有使被告無法立刻對羈押令狀作出辯護的正當理由。通常情形之下，單純只是知悉卷宗內容本身，尚不足以構成認定有使案情晦暗危險之具體根據。<sup>564</sup>

最後，即便只是單純的聲請或核發羈押令狀，亦足以使相對人產生心理負擔而構成基本權干預。當羈押令狀的核發已牽涉到相對人的權利領域時，被告即有藉由抗告方式對尚未執行的羈押令狀提出救濟的權利，因此不能使此種救濟方式因為被告無法知悉羈押令狀所根據的事證而成為空談。關於歐洲人權公約第 6 條第 3 項關於公平程序及有效辯護之保障，亦不能因被告尚未實際進入羈押程序而喪失。更何況，如果剝奪逃亡被告的閱卷權，無異是用剝奪其程序權的方式來懲罰其逃亡行為，此亦與人權公約表示不能因被告逃亡而剝奪其有效辯護權利的意旨有違。<sup>565</sup>

## C. 權衡說

在法律未明文規定的情形下，個案權衡是可以考慮的解決之道，也就是在個案中權衡被告資訊利益以及維持偵查機密利益，以求能夠在個案中判斷基本權干預的適當性。在法律依據方面，由於閱卷權是聽審權的具體化，因此，可根據德國刑事訴訟法第 147 條第 1 項及第

<sup>561</sup> OLG München, StV 2009, 538, 539; OLG Hamm, NStZ-RR 2001, 254, 255.

<sup>562</sup> Beulke/Witzigmann, NStZ 2011, 254, 257; Wohlers, Anmerkung zu OLG München, StV 2009, 539.

<sup>563</sup> Beulke/Witzigmann, NStZ 2011, 254, 257.

<sup>564</sup> Wohlers, StV 2009, 538, 540.

<sup>565</sup> Beulke/Witzigmann, NStZ 2011, 254, 258; Wohlers, StV 2009, 538, 540.

33 條第 4 項，或單純根據德國刑事訴訟法第 33 條第 4 項作為法律依據。<sup>566</sup>

在實際運用上為個案的利益衡量操作。由於必須考量到強制處分的突襲性質，故在強制處分執行前原則上不應對相對人予以警告，故當閱卷有造成具體的強制處分結果遭危害的可能時，應優先考量維持機密的利益。不過因為一般人通常並不會隨時委任辯護人，故已委任辯護人為其提出主張或維護利益之被告，通常即是已知悉羈押令狀核發的情形，維持機密的意義也相對減低。因此決定性的關鍵在於：資訊的公開是否造成被告湮滅證據或強化逃亡的過度誘因。<sup>567</sup>實務上有認為，被告只要知悉資訊後即會更激烈地避免被逮捕及加強藏匿的隱密性，但此見解已備受學說批評。故結論上，即便是對於已知悉羈押令狀且逃亡的被告，通常情形下也應允許其辯護人閱卷；除非是有具體根據指出有使證據晦暗之虞，亦即被告將利用閱卷所知悉的資訊，去湮滅證據或影響證人，才能正當化拒絕給予閱卷。

### 第三目 方式

#### 1、對原始卷證進行閱卷

新增訂之德國刑事訴訟法第 147 條第 2 項第 2 句中明文規定，必須「以適當方式(in geeigneter Weise)」使辯護人接近重要資訊，而所謂的適當方式，「在一般情形之下(in der Regel)」即為給予閱卷。此立法本意是希望依個案情形決定採取何種方式給予必要之資訊，然而立法卻採此沒什麼說服力的用語作為具體化方式。<sup>568</sup>從以上歐洲人權法院裁判的見解來看，條文中的「以適當方式」顯然是裁判用語「in an appropriate manner」的明文化<sup>569</sup>；但條文中規定的「在一般情形之下」即為給予閱卷的說法，卻無法從人權法院的裁判中加以尋得，而原本的草案中也未見此用語，直到聯邦修法委員會(Rechtsausschuß des Bundestages)在決議中作出此建議時，此用語始被納入。<sup>570</sup>

從上述人權法院裁判的內容可知，人權法院禁止國家將對羈押合法性判斷為重要的資訊，以羈押令狀中記載、口頭告知、書面轉述等方式給予辯護人知悉。<sup>571</sup>不過從德國的辯護人閱卷權發展史來看，儘管在 1994 年時聯邦憲法法院曾經表示僅以口頭告知羈押所根據的事實及證據對被告權利保障是不足的<sup>572</sup>，此問題一直未被正視；甚至可以從 2001 年三則宣告德國敗訴的人權法院裁判的事實中得知，德國在過去實務上根本未曾認真地質疑僅憑羈押令狀所記載的資訊進行防禦，對被告及其辯護人而言是否足夠。直到 *Mooren* 案以後，德國才正視僅有口頭告知或是羈押令狀的事實記載均是不足的。

誠如人權法院的裁判所述，口頭告知的方式無法使辯護人或被告有效地質疑告知內容的可靠性及正確性。基於相同理由，即便是書面轉述，例如給予警方所提出的報告，也是不足

<sup>566</sup> Beulke/Witzigmann, NStZ 2011, 254, 258.

<sup>567</sup> Beulke/Witzigmann, NStZ 2011, 254, 258.

<sup>568</sup> Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §147 Rn. 25a.

<sup>569</sup> See ECHR, *Garcia Alva v. Germany*, Judgment of 13 February 2001, Appl. no. 23541/94; *Lietzow v. Germany*, Judgment of 13 February 2001, Appl. no. 24479/94; *Schöps v. Germany*, Judgment of 13 February 2001, Appl. no. 25116/94.

<sup>570</sup> Weider, Das Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts, StV 2010, 102, 105; Michalke, Reform der Untersuchungshaft - Chance vertan?, NJW 2010, 17, 18.

<sup>571</sup> Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §147 Rn. 25a.

<sup>572</sup> BVerfG, NJW 1994, 3219, 3220.

的。因為這些偵查機關報告的內容，往往是經過偵查機關的主觀闡釋而來，透過偵查機關的視角去看到的內容相當可能被賦予特定色彩，這樣一來，當辯護人卻在另一方根據被告所提供的資訊進行判斷，當然會引導出不同的結論。因此，允許辯護人直接去審閱原始的證卷內容是必要的。<sup>573</sup>

回到新法規定的用語，所謂的「以適當方式」，以及「『在一般情形之下』即為給予閱卷」等用語，雖立法理由中在此表示此交由個案判斷，但既然在此核心保護範圍內，歐洲人權法院的裁判已明確排除羈押令狀記載事證、口頭告知等方式，實難想像能夠符合公約要求的方式，除了直接給予閱卷外，還有什麼方式是屬於「適當方式」，以及有何可以不給予直接閱卷的「例外情形」。<sup>574</sup>一言以蔽之，在此核心保護範圍內，唯一的方式即為給予閱卷，其他任何經由轉述而給予資訊的方式均應被禁止，如此始能符合公平程序的武器平等原則及聽審權保障之要求。

## 2、對原始卷證之複製品進行閱卷

唯一可能產生問題的是德國刑事訴訟法第 115a 條所規定的情形，即當被告不是在管轄地被逮捕時，依照該條規定，最遲必須在次日送往距離拘捕地最近的法院(nächstes Amtsgericht)，然而該法院通常在該時也僅有羈押令狀的影本，而無原始偵查卷證，因此即便檢察官願意給辯護人閱卷，現實上也無法達成。基於以上所述之最低保障要求，此時亦不能以口頭告知的方式，故唯一可行的方式是由該最近法院自行聯絡核發令狀的法官或聲請令狀之檢察官，藉由現代科技設備，諸如電子郵件、傳真等方式進行傳送，始能在法定要求的期間內完成給予閱卷的任務。<sup>575</sup>此時儘管閱卷客體是複製品而非原始證據資料本身，但至少不是經過第三人轉述的內容，可靠性較高，因此可認為符合公約之最低限度保障。

附帶一提，在德國刑事訴訟法第 115a 條第 2 項第 4 句中亦有規定，若該最近法院認為被告提出的異議並非顯無理由，或是自認為羈押理由有所不當之處，應儘速通知核發羈押令狀的法院及聲請令狀的檢察官，由該法院儘速決定是否羈押。<sup>576</sup>此時則開啟了由另一法院，即核發令狀之原法院進行審查之可能性，也因此使閱卷獲得較充裕的時間。<sup>577</sup>

## 第四目 範圍

接下來必須討論的是閱卷範圍的問題。歐洲人權法院對此表示，只要是對有效挑戰羈押合法性為重要的資訊，即為閱卷的範圍。<sup>578</sup>聯邦憲法法院則曾表示，僅在與羈押決定有關的事實及證據範圍，才有允予閱卷的必要。<sup>579</sup>新增的德國刑事訴訟法第 147 條第 2 項第 2 句中

<sup>573</sup> Beulke/Witzigmann, NStZ 2011, 254, 257; Weider, StV 2010, 102, 105.

<sup>574</sup> Beulke/Witzigmann, NStZ 2011, 254, 257.

<sup>575</sup> Weider, StV 2010, 102, 105ff.

<sup>576</sup> 原文為：「Erhebt dieser sonst gegen den Haftbefehl oder dessen Vollzug Einwendungen, die nicht offensichtlich unbegründet sind, oder hat das Gericht Bedenken gegen die Aufrechterhaltung der Haft, so teilt es diese dem zuständigen Gericht und der zuständigen Staatsanwaltschaft unverzüglich und auf dem nach den Umständen angezeigten schnellsten Wege mit; das zuständige Gericht prüft unverzüglich, ob der Haftbefehl aufzuheben oder außer Vollzug zu setzen ist.」

<sup>577</sup> Weider, StV 2010, 102, 105ff.

<sup>578</sup> 參照上文第三章第三節第二項第二款第一目。

<sup>579</sup> BVerfG, NJW 1994, 3219, 3220.

則規定是，「對羈押合法性判斷為重要的資訊」。從以上的提出的標準來看，不出對於判斷或有效挑戰羈押是否合法為「相關(relevant)」或「重要(wesentlich)」的資訊之範圍。至於此範圍的具體說明，聯邦憲法法院曾經表示此即法院提出的理由所依據的基礎事證，換言之，關鍵在於構成裁判理由的基礎。<sup>580</sup>但此種見解仍是有問題的，畢竟如果是對被告有利的證據，而法院卻予以忽略，或未將不採納的原因敘明於理由，則辯護人若因此無法接觸此等有利證據，對被告的情況相當不利；更何況現實情況下，法院若決定羈押通常僅會針對不利被告的部分援引及說明，若僅限於羈押理由部分，將使辯護人喪失知悉或要求檢方提出有利事證的機會。<sup>581</sup>因此，關於閱卷的範圍有各種不同的說法，以下先針對檢察官所擁有的資訊範圍做分類，再由法院所擁有的資訊範圍做分類說明。

## 1、檢察官擁有之全部資訊

有少數說認為，辯護人對於檢察官在具體偵查程序中所獲得的全部資訊，均有閱卷權，不問與羈押合法性的判斷有無相關性。換言之，儘管是與羈押毫無關聯的證據，也必須給予辯護人閱卷。

然而此種見解是值得懷疑的。首先，從人權法院裁判中認為應給予辯護人閱卷的理由來看，其所強調武器平等原則中雙方的認知對等(Wissensparität)，也僅有在維護程序公平性時始有必要性，因此在羈押合法性審查的關聯之外，基於檢察官及辯護人在程序中的角色分派不同，既沒有必要也不可能要求檢察官給予辯護人無關聯性的證據資料。其次，從利益衡量的角度來看，當對被告的羈押合法性審查上沒有任何閱卷的資訊利益，卻必須犧牲檢察官在偵查中維持機密利益，兩相權衡之下顯失衡平。因此，此種見解不但在過去是少數說，現今也已被揚棄。<sup>582</sup>

## 2、檢察官擁有之部分資訊

### (1) 不利被告部分

絕大多數的學說見解認為，給予辯護人閱卷的範圍必須是檢察官提出於法院的所有卷證；甚至近來的聯邦憲法法院裁判也認為，這些證據必須是以相同於法院接近、觀察的方式呈現於辯方。然而這些定見卻未被明文列入新法規定中。<sup>583</sup>

關於不利被告的卷證必須以呈現於法院的相同型態呈現於辯護人的見解，從被羈押人受公平程序權利的保護面向來看固然值得肯定，但在檢方的實務操作上卻有相當困難性。第一，是風險控制的問題。當檢察官在將聲請羈押的證據資料提出於法院之前，即必須考量到這些證據資料均會向被羈押人的辯護人公開，而可能危害到維持機密的有效偵查利益；然而若保留太多證據資料不提出於法院，則有法院因證據不足而認定不予羈押的風險。因此，要決定提出哪些證據於法院即是檢察官面臨的大難題。第二，偵查卷證往往數量龐大而繁雜，若檢察官應在其中仔細挑選哪些證據應提出於羈押法院，需耗費可觀的時間；但另一方面，

<sup>580</sup> Beulke/Witzigmann, NStZ 2011, 254, 259.

<sup>581</sup> Michalke, NJW 2010, 17, 18.

<sup>582</sup> Beulke/Witzigmann, NStZ 2011, 254, 259.

<sup>583</sup> Beulke/Witzigmann, NStZ 2011, 254, 259.

羈押又是特別要求程序迅速的情形，絕不容許有遲延的情形發生，這將造成檢察官在實務運作上更加困難。第三，基於以上難題，此時即可能發生檢察官利用補正的方式，一次將一小部分的證據資料提出於法院，直到法院終於作出其所希望的決定為止。由此可見，即便優先考量被羈押人的資訊利益，實務上仍存有許多問題。<sup>584</sup>

## (2) 有利被告部分

偵查中檢察官握有之證據資料不僅包含不利被告部分，亦包含有利部分。惟此等有利被告的證據資料是否也同於不利被告部分，只要將提出法院的部分以相同方式呈現於辯護人即可？

關於有利部分的思考出發點與不利部分略有不同。法院作出羈押與否的決定，是根據檢察官所提出的所有偵查中證據資料，包含有利及不利部分，綜合考量作出整體判斷，尤其是關於羈押要件中的重大犯罪嫌疑以及比例原則的部分。當然從理論上來看，法院必須自行對檢察官提出的偵查卷證資料作出審查和評價，檢察官不得去影響；然而在實際上，其實在檢察官將證據資料提出於法院時，即已透過對哪些證據資料將進入法院所作的篩選，而間接對法院評價產生影響。檢察官在不利證據部分可以衡量是否犧牲維持機密的偵查利益而決定是否提出該不利證據，但在有利證據部分，檢察官無權衡量是否犧牲被告不受羈押的利益而決定是否提出該有利證據；因此關於有利證據部分，檢察官不得自行決定是否提出於法院。<sup>585</sup>

結論上，關於有利被告部分的偵查中證據資料，檢察官不得對法院有所隱瞞，必須全部提出，與不利部分不同。是以，辯護人理應得以用同於法院的方式去接近全部有利證據資料，不問已提出法院與否。

## 第五目 管轄權限

偵查中給予閱卷與否的決定，依德國刑事訴訟法第 147 條第 2 項及第 5 項第 1 句，由檢察官為之。另一方面，偵查中的羈押程序是檢察官決定將哪些證據資料提出於法院，此行為也同樣決定了辯護人閱卷的範圍，已於上文所述。<sup>586</sup>

法院在此則是作為有爭議時的決定機關。在新法的情形下已經確定，法院對於辯護人不得接近的部分，亦不得在其羈押決定中加以考量。德國刑事訴訟法第 147 條第 5 項第 2 句新增規定中表示，在被告喪失自由的情況，若檢察官拒絕辯護人閱卷，則可向德國刑事訴訟法第 162 條所規定的管轄法院，在偵查中的羈押程序即為核發羈押令狀的偵查法官，請求作出法院之裁判；對此法院之裁判，亦適用抗告的相關規定。因此可以說檢察官原則上於偵查中羈押程序有控制閱卷與否的權限，但仍以法院作為有疑義時的事後控制機關。

## 第六目 違反效果及救濟

綜合以上結論，凡是對於羈押合法性判斷具有重要性的證據資料，均必須予以辯護人直

<sup>584</sup> Beulke/Witzigmann, NStZ 2011, 254, 259ff.

<sup>585</sup> Beulke/Witzigmann, NStZ 2011, 254, 260.

<sup>586</sup> Beulke/Witzigmann, NStZ 2011, 254, 260.



接閱卷，沒有例外。然而若檢察官此時若拒絕辯護人閱卷的要求，將產生何種效果，是進一步的現實問題。

## 1、審查決定之證據使用禁止

辯護人未獲閱卷的部分，基於前述的武器平等及聽審權之最低保障要求，即便已提出於法院，法院也不得使用該部分作為支持羈押之理由，亦即產生證據使用禁止之效果。儘管如此將無法達到裁定羈押的心證程度，也只能撤銷羈押令狀，將被告釋放。<sup>587</sup>

## 2、向法院提出救濟

相對於德國刑事訴訟法第 147 條第 2 項之修正，同條第 5 項之修正是對羈押程序衝擊較小之修正，因為即便在 2009 年修法前，被告處失去自由之狀態已經可以依照當時的德國刑事訴訟法第 147 條第 5 項第 2 句請求法院作出決定。<sup>588</sup>而本次將救濟管轄法院之規定改為依第 162 條所規定之法院管轄，並且將救濟程序的總則規定及抗告規定明文準用此處救濟程序，使程序及費用等相關規定能更加明確，可說是僅有技術性的改變。<sup>589</sup>然而修法前相當具爭議性的部分，即是否應讓德國刑事訴訟法第 147 條第 5 項所規定之三種情形之外的情形給予救濟途徑的問題，部分支持者認為應類推適用德國刑事訴訟法第 147 條第 5 項第 2 句，而向來實務上也認為，在極端例外的情形，應予衡酌擴張救濟可能性。無論如何，這些見解與爭議在本次修法中均未獲得明確結論。<sup>590</sup>

如上文所述，檢察官不得向法院及辯護人隱瞞對被告有利的資訊，若是在懷疑檢察官對被告有利的證據資料有所隱瞞時，學說認為，亦可依德國刑事訴訟法第 147 條第 5 項第 2 句向法院請求作出決定，而檢察官在此時即必須基於法院之要求而提出所有偵查卷證。<sup>591</sup>惟亦有質疑此種救濟方式的實質意義，畢竟被告自被逮捕至帶往法院進行羈押審查，中間僅有一日的短暫期間(參照德國刑事訴訟法第 115、115a、128 條)，法院幾乎不可能在一日內對檢察官拒絕閱卷是否適當作出決定，因此也只有藉此確認拒絕閱卷是否違法的確認功能。<sup>592</sup>

修法之前的德國刑事訴訟法第 147 條第 5 項第 2 句的規定，是基於聽審權之保障於被告失去自由之情形格外重要，而特別賦予救濟程序，使法院得以審查是否有檢察官裁量收縮至零而須給予閱卷的情形；然而修法後既然已於同條第 2 項第 2 句已明文規定必須給予當事人被羈押的辯護人閱卷，則此規定之意義也相對降低。因此，現今若有辯護人依此規定提出請求時，法院必須依照新法規定作出給予閱卷之裁判。此外，關於德國刑事訴訟法第 147 條第 5 項第 2 句所規定之特別救濟程序與抗告之關係，仍有不少批評。部分認為，既然立法目的是為了增進被告聽審權保障，且抗告程序的保障不應以是否窮盡其他救濟途徑為前提，若在閱卷時反而要求必須先經過此特殊救濟程序，難免造成時間上額外的耗費，故不應要求本規

<sup>587</sup> Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §147 Rn. 25a; Beulke/Witzigmann, NStZ 2011, 254, 260; Weider, StV 2010, 102, 105; Michalke, NJW 2010, 17, 18.

<sup>588</sup> 詳見上文同節第二項第一款之說明。

<sup>589</sup> Börner, Grenzfragen der Akteneinsicht nach Zwangsmaßnahmen, NStZ 2010, 417, 422.

<sup>590</sup> Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §147 Rn. 40; Börner, NStZ 2010, 417, 423.

<sup>591</sup> Beulke/Witzigmann, NStZ 2011, 254, 260.

<sup>592</sup> Weider, StV 2010, 102, 105.



定之救濟程序須優先於抗告使用。<sup>593</sup>

### 第三款 附論—閱卷權修法後的遺珠之憾？

德國刑事訴訟法第 147 條第 2 項第 1 句屬於例外得對偵查中辯護人閱卷權作出限制之規定，而使給予閱卷與否的決定權交由檢察官經裁量為之；在歷經波折後，當事人受羈押之辯護人終於在此偵查期間又例外獲得絕對的閱卷權。然而在修法同時，與羈押審查相類似的其他強制處分之合法性審查是否應獲得相同閱卷權保障的問題，新法卻未考量。

## 第一目 肯定說

### 1、保障時點

聯邦憲法法院之裁判已有進一步將羈押審查程序的閱卷理論移轉到其他偵查中強制處分之救濟程序上<sup>594</sup>，許多學者也持相同看法。<sup>595</sup>支持者認為，偵查中除羈押以外的強制處分，諸如搜索等等，同樣須具有突襲性，為確保處分之成效而難以期待於處分作成前保障被告聽審權並給予閱卷。然而若在強制處分實施後，即無確保突襲性的顧慮，因此在抗告等救濟階段即有予以保障聽審權之必要。此種看法的根本的理由仍在於基本法第 103 條第 1 項聽審權的維護；當聽審權保障無法事先滿足時，即必須儘速於事後補足。<sup>596</sup>在強制處分救濟程序階段，基於聽審原則的概念：沒有聽審就沒有不利決定，而聽審權保障也是法治國的救濟程序所必備之要件，故亦須在其他強制處分保障閱卷權。更何況此等強制處分與新修法後獲得閱卷保障的羈押審查相比，兩者均為干預處分之審查程序，若均無維持突襲性的顧慮時，此等極為類似的強制處分亦應獲得同等聽審權保障。<sup>597</sup>

因此，即便在該等具突襲性的強制處分於作成時未能給予辯護人閱卷，至少也必須在針對該強制處分提出抗告請求救濟時給予閱卷，始能符合法治國之基本要求。相對地，檢察官在向法官提出強制處分聲請前也必須考量到，該強制處分實施後將可能因抗告的提出，而產生必須公開檢方偵查資訊的不利益；因此檢察官必須事先權衡實施強制處分之偵查利益及公開資訊的不利益，再向法院提出強制處分之聲請。<sup>598</sup>

### 2、保障範圍

關於保障範圍，聯邦憲法法院肯定閱卷保障者，過去除了羈押以外，尚有扣押、電話監聽、住宅搜索等情形。聯邦憲法法院認為，於此等強制處分，於被告事後提出抗告以資救濟時，應容許於抗告程序中閱卷。<sup>599</sup>學說則甚至認為，強制處分的種類亦應包含身體檢查處分、為辨識目的所進行之鑑定程序(erkennungsdienstliche Behandlung)、DNA 分析、電信通訊監察

<sup>593</sup> Börner, NStZ 2010, 417, 423.

<sup>594</sup> BVerfG, NJW 2006, 1048; BVerfG, NStZ 2007, 274; BVerfG, NStZ 2008, 16.

<sup>595</sup> Michalke, NJW 2010, 17, 18; Börner, NStZ 2010, 417ff; Beulke/Witzigmann, NStZ 2011, 254, 260.

<sup>596</sup> 參照上文第三章第三節第一項第一款之說明。

<sup>597</sup> Börner, NStZ 2010, 417ff.

<sup>598</sup> Börner, NStZ 2010, 417, 418.

<sup>599</sup> BVerfG, NJW 2006, 1048; NStZ 2007, 274; NStZ 2008, 16.

(TKÜ)，例如住宅監聽或隱密偵查(Einsatz verdeckter Ermittler)。一般刑事實務案例中，已有地方法院在針對搜索及扣押的抗告程序明確地指出，若此時檢察官拒絕給予閱卷，將使證據不足以支持強制處分之合法性而必須撤銷處分。<sup>600</sup>

## 第二目 對肯定說之質疑

### 1、質疑之理由

肯定說認為在對於具有突襲性之強制處分提出救濟時，即必須給予辯護人閱卷，此見解固然有助於基本權保障。惟聽審權衍伸而來的閱卷權並非不能限制，且歐洲人權法院及新修的德國刑事訴訟法第 147 條第 2 項第 2 句所劃出絕對保障範圍，其實也僅限於羈押審查而已，故其餘干預處分是否均可一律類推適用，仍有疑問。期時，關於此問題之實務見解亦仍未統一，有在搜索及扣押的情形將羈押所適用之閱卷規則排除於外者<sup>601</sup>，亦有持開放態度者<sup>602</sup>。

關於質疑理由部分，首先，由人權法院裁判見解可知，人權法院強調羈押審查必須絕對遵守武器平等原則之基本原因，在於剝奪人身自由對基本權侵害之嚴重性，因此必須給予最大範圍之公平程序保障。然而剝奪人身自由幾乎可說是最強烈的基本權干預類型，非剝奪人身自由之強制處分與羈押相較仍有干預強度之差別，故人權法院是否在非羈押之強制處分仍會選擇犧牲偵查中維持秘密的利益，在未有明確裁判見解前，值得懷疑。再者，必須注意到，當羈押審查程序進行之目的，是為了決定將來是否繼續剝奪人身自由，但許多其他類型的強制處分，諸如搜索或電話監聽等，當被干預者提起抗告尋求救濟時，基本權干預往往已經結束，使救濟程序之目的僅有確認違法之功能，與羈押審查亦有排除侵害的功能相比差異甚大，個人能獲得的利益在程度即有差別。<sup>603</sup>

### 2、以個案權衡作為解決方式

是以，在法律明文規定以前，使所有偵查中的強制處分救濟均如同羈押審查程序一般給予辯護人閱卷權，似乎有所不當。解決方式仍以回歸德國刑事訴訟法第 147 條第 2 項第 1 句，將給予閱卷與否的決定權交由檢察官權衡而裁量為宜。更何況檢察官對於給予閱卷與否的裁量權，仍受到法治國之比例原則的控制，因此在權衡之下，若給予閱卷保障之利益大於犧牲偵查機密之不利益時，檢察官仍應給予閱卷，始為適法之裁量，故尚不至於淪為除羈押以外均無法閱卷的情形。然而在具體情形下，到達何種干預程度時須給予辯護人閱卷？儘管已有羈押審查之標準作為借鏡，該等原則在其他強制處分情形仍應作適當修改，故仍有待實務及學說繼續表示意見來加以澄清。<sup>604</sup>

## 第四項 辯護人行使閱卷權之義務

<sup>600</sup> BVerfG, NJW 2006, 1048; NStZ 2007, 274; NStZ 2008, 16.

<sup>601</sup> Laufhütte, in: KK-StPO, 2008, §147 Rn. 16; LG Berlin, NStZ 2006, 472; LG Saarbrücken, NStZ-RR 2006, 80.

<sup>602</sup> BVerfG, NStZ-RR 2003, 176.

<sup>603</sup> Beulke/Witzigmann, NStZ 2011, 254, 261.

<sup>604</sup> Beulke/Witzigmann, NStZ 2011, 254, 261.

## 第一款 辯護人因行使閱卷權而負有義務之基礎

辯護人在閱卷時，不但握有卷宗內容之資訊，更因為德國刑事訴訟法第 147 條第 4 項之規定及實務一般運作情形，而可以持有原始卷宗本身。惟對於原始證據資料、證據資料複製品以及因此所獲悉的內容，可否任意處置，或交予任何人，或給予任何人知悉內容，以及辯護人得否將原始卷宗交給其當事人，或將卷宗內容毫無保留地轉知當事人，即涉及到辯護人獲得閱卷權後是否相對負有義務，以及義務範圍的問題。

### 第一目 立法政策對辯護人之高度信賴

閱卷權係由聽審原則中被告的請求資訊權而來<sup>605</sup>，故權利主體應屬被告而非辯護人，此點亦可由歐洲人權法院之案例法<sup>606</sup>及德國刑事訴訟法第 147 條第 7 項關於被告自行閱卷之規定即可得知。惟德國刑事訴訟法第 147 條的規範模式無論如何修改，迄今仍是以辯護人為行使閱卷權之主體，此種規範模式之原因有二，一者為對於辯護人角色及定位之高度信賴，二者為對被告之防衛心態。

前者而言，德國法之向來多數見解認為，辯護人在刑事訴訟程序中的角色不僅是當事人利益的代理人，亦為司法之單元(ein Organ der Rechtspflege)，因此有基於其司法上機能產生的公益義務，非純粹的當事人之代理人。<sup>607</sup>此外，辯護人係經過完善法學教育及執業訓練之法律人，又有職業團體及律師法之約束，因此藉由閱卷而妨礙司法程序及危害應受保護之第三人利益的可能性較低，故賦予辯護人對於卷證資訊內容一定的過濾作用(Filterwirkung)<sup>608</sup>。

後者而言，閱卷權由辯護人行使的最原始出發點即是避免被告湮滅或破壞原始卷宗的完整性，畢竟被告對個案深具利害關係，基於其自我保護心態而湮滅或竄改卷證也非無法想像。基於被告此種心態，若其由卷宗內檢方之註記而得知偵查活動方向後，先行湮滅證據或逃逸或危害偵查進行，亦可想而見。多數說也認為，若卷宗內有第三人應予保護之資訊，被告直接閱卷亦可能危及第三人利益。此外，亦有認為，被告可能會藉由閱卷之方式，例如不斷請求閱卷，以求達到拖延程序之效果。<sup>609</sup>

基於以上之理由，立法者相當信賴辯護人不會濫用閱卷所得到的資訊，並會維護卷證的完整性，而賦予辯護人相當完整閱卷權，甚至盡量使辯護人能夠便利而充分地進行閱卷。基於此高度信賴的基礎，儘管此並無法律明文規定，學說及實務均藉此推導出辯護人因閱卷而負有相對義務，尤其是關於法律無明文規定的對當事人轉知資訊之部分。<sup>610</sup>

<sup>605</sup> Kuhn, Akteneinsicht contra Strafverfolgungsinteresse, 2004, S. 42.

<sup>606</sup> See ECHR, *Öcalan v. Turkey*, Judgment of 12 May 2005, Appl. no. 46221/99.

<sup>607</sup> Vgl. Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2010, Rn. 10ff. 關於德國法對於辯護人定位之討論，詳見第三章第一節第二項說明。

<sup>608</sup> Vgl. Kuhn, Akteneinsicht contra Strafverfolgungsinteresse, S. 43ff.; Schlegel, HRRS 2004, 411, 412ff.; 林鈺雄，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，政大法學評論，第 110 期，98 年 8 月，23-25 頁。

<sup>609</sup> Vgl. Kuhn, Akteneinsicht contra Strafverfolgungsinteresse, S. 43ff.; Schlegel, HRRS 2004, 411, 412ff.; 林鈺雄，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，政大法學評論，第 110 期，98 年 8 月，23-25 頁。

<sup>610</sup> Kuhn, Akteneinsicht contra Strafverfolgungsinteresse, 2004, S. 54ff.; Dahns, Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit der Akteneinsicht, NJW-Spezial 2011, 510.

## 第二目 《律師執業規則》(BORA)之相關規定

相對於前述之信賴關係所形成義務之不成文規範基礎，辯護人因閱卷而生之義務亦具體規定於《律師執業規則》(Berufsordnung für Rechtsanwälte，簡稱 BORA)第 19 條。該條第 1 項規定：「為了閱卷而自法院及各機關獲得原始證據資料之人，僅能將該等資料交付共事者(Mitarbeiter)。此亦適用於在事務所內的卷證委託。證據資料必須謹慎保存，並不得遲延歸還。於證據資料的攝影或其他複製，必須確保未被授權者無法知悉其內容。」同條第 2 項規定：「攝影及其他複製得轉交當事人。若因法律規定或交付卷證機關之合法命令而對閱卷權有所限制，律師對當事人或其他人轉知卷證內容時亦必須注意。」<sup>611</sup>

### 第二款 對原始卷證之保管義務

以下是律師針對實體的原始卷證物品本身所負有的義務，根據成文的《律師執業規則》限制及對辯護人不成文的要求，義務內容可分為交付卷宗的限制，以及儘速歸還的要求；而交付卷宗的限制，分為對當事人以外之人的限制，及對當事人的限制。

#### 第一目 交付對象之限制

##### 1、交付予當事人以外之人之限制

從《律師執業規則》第 19 條第 1 項第 1、2 句可知，辯護人因閱卷所獲得之原始資料僅能交付共事者(Mitarbeiter)，共事者以外，甚至是同一事務所內的任何人，接不能交付原始卷證資料。而所謂的共事者，必須是特定之人；從規定的目的來看，必須是與該律師之間有契約約束之人，並因此顯然有維持緘默的保密義務(Verschwiegenheit)。關於共事者身分，可以是事務所內的人員(Büropersonal)、進行職業訓練中的實習者(Auszubildende)，也可以是通過第一次國家考試者(Referendar)。<sup>612</sup>

因為不得將原始資料交付給共事者以外之人，即產生是否可以將原始資料交由共事者以外之人進行複製的問題，例如，可否將因閱卷獲得之證人訊問筆錄交由影印店影印。除此之外，可否將原始資料交由共事者以外之人傳送，例如，可否委託其他事務所內雜物處理人員將原始資料交給共事者。關於此問題，基於原始資料應謹慎保管的義務以及保密義務，應採否定答案。不過，在交由第三人影印的問題上，柏林刑事辯護人協會(Die Vereinigung Berliner Strafverteidiger)採取不同看法，認為只要對影印者告知其義務，即可委由他人影印；此種想法似乎是藉由告知的方式，而擴大共事者的範圍。<sup>613</sup>

##### 2、交付予當事人之限制

<sup>611</sup> 《律師執業規則》第 19 條之原文為：「(1) Wer Originalunterlagen von Gerichten und Behörden zur Einsichtnahme erhält, darf sie nur an Mitarbeiter aushändigen. Dies gilt auch für das Überlassen der Akte im Ganzen innerhalb der Kanzlei. Die Unterlagen sind sorgfältig zu verwahren und unverzüglich zurückzugeben. Bei deren Ablichtung oder sonstiger Vervielfältigung ist sicherzustellen, dass Unbefugte keine Kenntnis erhalten. (2) Ablichtungen und Vervielfältigungen dürfen Mandanten überlassen werden. Soweit jedoch gesetzliche Bestimmungen oder eine zulässigerweise ergangene Anordnung der die Akten aushändigenden Stelle das Akteneinsichtsrecht beschränken, hat der Rechtsanwalt dies auch bei der Vermittlung des Akteneinsichtsrechts an Mandanten oder andere Personen zu beachten.」

<sup>612</sup> Dahns, NJW-Spezial 2011, 510.

<sup>613</sup> Dahns, NJW-Spezial 2011, 510.

由上述可知，德國刑事訴訟法第 147 條以辯護人為閱卷權行使主體的規範方式，最初之主要目的是為了避免被告破壞或湮滅原始卷證，故基於此理由，通說一致認為，辯護人不得將原始卷證交予當事人。<sup>614</sup>

## 第二目 妥善保管及儘速歸還義務

《律師執業規則》第 19 條第 1 項第 3 句要求律師必須謹慎地保存證據資料，避免證據資料被任意操縱，歸還證據資料也不得有所遲延。儘速歸還的義務目的在於避免律師以違反職務的方式，故意將歸還拖延到具有法律效果的期間屆至之情形。<sup>615</sup>

## 第三款 卷證內容散佈範圍之限制

以上是針對實體的原始卷證物品本身所負有的義務，以下針對卷宗內容所承載的資訊之散布、傳遞上限制，作出說明。

### 第一目 對當事人以外之人之限制

《律師執業規則》第 19 條第 1 項第 4 句以及第 2 項第 1 句主要是針對資訊內容傳遞之範圍控制所作規定，而在此處範圍僅限於當事人。關於此處當事人(Mandaten)的概念，一般解釋上包含了因意定或法定獲得授權之人，甚至諸如代理人或鑑定人等協助者(Hilfspersonen)也同樣被包含在內。<sup>616</sup>

雖然規定之客體是證據資料之攝影或複製品，但攝影或複製品本身並沒有滅失後無法挽回的疑慮，因此重點應是其中所涉及之資訊內容，而非複製品本身。根據前者規定，資訊內容僅得使特定有權限者知悉，又綜合後者規定來看，所謂有權限者即為當事人。因此當律師因閱卷所知悉之資訊，僅得使共事者、當事人和當事人所授權之人知悉該等資訊，並且須避免其他人知悉內容。

此外，《律師執業規則》第 19 條第 2 項第 2 句規定，若基於法規或機關之合法命令而對律師之閱卷權行使有所限制時，律師在將資訊內容轉知當事人或其他人時，也必須同樣注意該等限制。

### 第二目 對當事人之限制

在現代複製技術成熟以及被告本人閱卷權直接規定於法律之後，是否應要求辯護人在特定情形之下不得將閱卷獲得之資訊轉知被告，其實已直接挑戰作為德國刑事訴訟法第 147 條閱卷權規範設計基礎，即「信賴差異說」。對於立法基礎之信賴差異論點是否仍應予以支持的關鍵在於：是否仍要賦予辯護人對卷證資訊之過濾作用？<sup>617</sup>關於此點在《律師執業規則》

<sup>614</sup> Kuhn, Akteneinsicht contra Strafverfolgungsinteresse, 2004, S. 48.

<sup>615</sup> Kuhn, Akteneinsicht contra Strafverfolgungsinteresse, 2004, S. 48.

<sup>616</sup> Kuhn, Akteneinsicht contra Strafverfolgungsinteresse, 2004, S. 48.

<sup>617</sup> 有相當有力之見解反對支持信賴差異說。該等少數見解認為：首先，基於複製技術之進步，害怕被告湮滅卷證而禁止被告閱卷之想法已不合時宜；次者，對於危害偵查目的而言，亦可效法德國刑事訴訟法第 147 條第 2 項之作法拒絕閱卷，因此不足以作為一概拒絕被告之理由；再者，就第三人利益保護一點，因以憲法上

中並未明文規範，這也是現今閱卷權最棘手的問題之一。

## 1、原則

在德國法之下，原則上，辯護人將資訊轉知被告是不受限制的，因為閱卷權主體應為程序主體，即被告本人，而辯護人僅為特殊考量下代為行使之角色。此外，基於有效辯護之觀點，辯護人及被告之間必須有充分的資訊交流才能研擬最適當的辯護對策，並有助於雙方間的信賴。更何況現今複製技術之進步下，德國刑事訴訟法第 147 條第 7 項亦明文肯定於無重大利益違反之情形下，必須給予無辯護人之被告自行閱卷，使權利行使主體逐漸回歸權利所有主體，故更不能使有辯護人之被告地位反而低於無辯護人之被告。基於以上理由，原則上，辯護人將卷證內容轉知被告不僅是辯護人的權利，也是辯護人的義務。故通說均認為，原則上可以用口頭告知、摘要等方式來轉知卷宗內資訊，甚至可以用交付影本、攝影圖片等方式，僅不得交付原始卷證而已；若交付原始卷宗，則可能構成德國刑法第 258 條之妨礙刑事處罰罪。<sup>618</sup>

## 2、例外

在此以辯護人得轉知卷證內容予被告為原則，基本上並無爭議，具有爭議性的是例外的範圍，亦即得否於特定情況下，要求辯護人不得將全部或部分卷證內容轉知被告。由上述可知，德國對於閱卷權之保障基礎，按照向來之多數說見解，依據基本法第 103 條第 1 項之聽審請求權作為基礎即已足夠。而聽審請求權所保障之主體為參與程序之當事人，即被告，而非進行輔佐之辯護人；惟德國刑事訴訟法第 147 條之規範設計上，卻以辯護人作為行使閱卷權之主體作為原則情形，僅於被告無辯護人時例外賦予被告親自行使閱卷權之權利，如此一來即產生權利擁有主體與權利行使主體分離之現象。此等現象產生之原因，與德國法對於辯護人角色之定位有密切關係；而關於辯護人之定位，多數採司法單元說，使辯護人具有其獨立性及公益性，以符合法律對其賦予特權之意義。在多數認為辯護人為司法單元之情形下，通常被討論的限制轉知資訊情況如下：

### (1) 使案情晦暗危險

刑事司法有效運作之維護與被告於刑事程序受有效之權利保障，均是法治國原則之要素，可否以危害偵查目的為理由限制，是向來爭論所在。關於此二者間之取捨，德國刑事訴訟法第 147 條第 2 項做了一個模糊而籠統的抉擇。在得否以案情晦暗危險作為限制辯護人轉知閱卷資訊予被告之理由一點，不管是正反雙方，均有學說及實務見解之支持者，而部分聯

---

基本權衝突之理論予以解決，而非一概保護第三人；最後，關於避免程序遲延，國家機關可運用各種方式來加速程序，不應一味犧牲被告利益。然而信賴差異說支持與反對之爭論，隨著 1999 年德國刑事訴訟法第 147 條第 7 項被告本人之閱卷權規定而得到緩和。但該規定基本上仍是本於信賴差異說而制定，從該條構成要件上，以不危害本案及他案刑事偵查目的及不違背第三人較顯著之利益保護為限制範圍，並且閱卷對象亦為卷宗複本而非原始卷宗本身，即可得知。因此即便是修法增加被告本人閱卷權之後，亦不乏反對信賴差異說之人積極推動使被告本人閱卷權與辯護人閱卷權地位均等之修法行動，目的在於使被告本人之閱卷權亦不受現行法規之限制。Vgl. Kuhn, Akteneinsicht contra Strafverfolgungsinteresse, S. 43ff.; Schlegel, HRRS 2004, 411, 414ff. 中文部分參照林鈺雄，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，政大法學評論，第 110 期，98 年 8 月，23-39 頁；張之萍，刑事被告的閱卷權，台灣大學碩士論文，2007，115 頁以下。

<sup>618</sup> Meyer-Großner/Cierniak, StPO, §147 Rn. 20; Kuhn, Akteneinsicht contra Strafverfolgungsinteresse, 2004, S. 47; Schlegel, HRRS 2004, 411, 412;.

邦最高法院及多數學說則是持否定見解。

多數實務見解採肯定說，認為，若辯護人認為卷證內容轉知予被告後將可能妨礙偵查，例如破壞強制處分之實施而造成案情晦暗之虞的情況，在此種雙重要求的困境，必須使辯護人發揮因其角色定位而來的過濾作用，不得將卷證內容轉知被告。例如，辯護人閱卷後由卷宗內的註記得知接下來將發動住宅搜索，且被告可能利用此資訊破壞強制處分之實施，或是被告可能利用其中資訊製造虛偽不在場證明等等，則不得將此等閱卷所獲之資訊轉知被告。惟若此等使案情晦暗之危險僅有微弱的發生可能性，則不得予以限制。<sup>619</sup>

但反對者認為，首先，由於本來即無法排除由檢察官之註記或是卷證內容的資訊發覺進一步的強制處分，此種不確定性不應由辯護人承擔。次者，要求辯護人將閱卷所獲資訊的全部或部分予以保留，此種中間角色有礙辯護人與被告間的信賴關係；且此種資訊落差違反辯護人和被告間應基於信賴及毫無保留地協助而建構辯護關係的核心價值，又信賴關係更是有效辯護不可或缺的前提。再者，檢察官在偵查中本得以依照德國刑事訴訟法第 147 條第 2 項禁止辯護人閱卷，若檢察官未加以禁止，則表示檢察官此時並無認為有使案情晦暗危險，又何能以此為由限制辯護人將資訊轉知被告。更何況聽審權之主體本來即為被告而非辯護人，辯護人作為被告之輔助者而為其利益進行閱卷；當檢察官忽略使案情晦暗之危險時，又何能要求辯護人必須在對當事人不利的情况下去糾正檢察官的決定。<sup>620</sup>

儘管反對聲浪不斷，現今德國多數見解還是認為，當卷宗內有關於即將實施的具突襲性的強制處分資訊，為顧及此等強制處分的有效實施，此時通知被告將破壞強制處分之目的，故辯護人不得將此等資訊轉知當事人。<sup>621</sup>

## (2) 程序以外目的之濫用危險

依照聯邦最高法院的實務見解以及部分學說，當辯護人有充分可靠的根據懷疑其當事人將把資訊濫用到程序以外的目的時，也必須加以限制，例如將卷證的複製品交給媒體，或是將卷宗內關於第三人的資訊作為威脅他人的手段，或是辯護人確知其當事人將把該等資訊用於具可罰性的行為或刑事程序上不容許的行為。違反時，辯護人也可能構成德國刑法第 258 條之妨礙刑事處罰罪。<sup>622</sup>

但反對者認為，如果僅僅是擔心被告會把資訊用在程序以外的目的，則還不至於應限制辯護人轉知資訊，因為立法者應已經預見資訊轉知被告所可能產生的危險，而經由德國刑事訴訟法第 147 條第 2 項加以處理；換言之，僅有檢察官必須檢驗被告是否有將資訊作為程序目的外濫用之危險，不應再給予辯護人額外的義務負擔。<sup>623</sup>此外，在此處不但限制之法律依據尚未澄清，有違反法律保留之嫌，且所謂私人目的之標準也不具明確性，而可能造成對辯

<sup>619</sup> Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §147 Rn. 21.

<sup>620</sup> Kuhn, Akteneinsicht contra Strafverfolgungsinteresse, 2004, S. 48-49. 惟應注意到，此等見解均為 2009 年增加偵查中羈押不得限制閱卷之規定以前所作，2009 年修法後，即便檢察官認為有使案情晦暗之虞，在羈押之情形亦不得拒絕辯護人閱卷。

<sup>621</sup> Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2010, Rn. 44.

<sup>622</sup> Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §147 Rn. 21; Kuhn, Akteneinsicht contra Strafverfolgungsinteresse, 2004, S. 50; Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2010, Rn. 45.

<sup>623</sup> Kuhn, Akteneinsicht contra Strafverfolgungsinteresse, 2004, S. 50.



護人及被告不當的限制。<sup>624</sup>

### (3) 證人保護觀點

也有認為，從證人保護觀點必須加以限制。因為若非如此，證人必須考量到其對被告之不利證言將確實對被告揭露，而有妨礙真實發現的可能。不過相反見解認為，證人作證本來就有真實陳述的義務，且被告最終在主審程序中也必然會知悉證詞的確切內容，故此不足以作為限制的理由。<sup>625</sup>

### (4) 含有秘密之文件

依照《刑事及罰鍰程序準則》(die Richtlinie für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren)第 186 條第 4 項及第 213 條之規定，當閱卷權所涵蓋的卷宗內包含應保密的事實或資訊時，辯護人將卷宗影本或攝影複本交給被告的權利必須受到限制或禁止；不過，在此並未限制對當事人的口頭轉知。<sup>626</sup>

卷宗內之資訊若是被認定為有極度機密的文件，例如基於軍事安全理由而被認定為極高度機密，並且散佈該秘密可構成德國刑法第 94 條以下之罪，如何處理即成問題。在此衝突之下，聯邦最高法院的折衷作法是，給予辯護人該卷宗的影本，並且由法官作出命令以決定「得否」以及「對何人」於「何種範圍內」，辯護人得將該等秘密文書之內容進行轉知。<sup>627</sup>

### (5) 構成妨礙刑事處罰罪(德國刑法第 258 條)？

在辯護人轉知界限的論戰上，無論基於何種理由，均有反對見解，因此有認為，最後可以作為限制辯護人轉知資訊的依據，僅有德國刑法第 258 條之妨礙刑事處罰罪之規定。<sup>628</sup>依照通說見解，若辯護人將資訊轉知被告將違反德國刑法第 258 條妨礙刑事處罰罪所劃定的辯護行為界線，則該轉知是不被允許的行為。<sup>629</sup>

不過仍有問題的是，到底在構成要件上什麼樣的行為是可罰的？畢竟從廣義的角度來看，幾乎所有的辯護行為均構成妨礙刑事處罰，因為辯護行為以及相關的任務往往以避免被告受到強制處分、促使程序終結以及使被告獲得無罪判決等等為目標。因此，德國刑法第 258 條妨礙刑事處罰罪之開放性構成要件的操作上，關鍵在於程序權行使範圍；因為辯護人不可能因為刑事程序上容許甚至要求的行為，在實體法上被禁止。換言之，僅有當辯護人的行為在程序上是不被允許時，才可能構成德國刑法第 258 條的罪名。因此，德國刑法第 258 條之妨礙刑事處罰罪是違反閱卷資訊內容轉知界限之法律效果，並非界定轉知範圍之標準。

<sup>624</sup> Vgl. Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2010, Rn. 45.

<sup>625</sup> Kuhn, Akteneinsicht contra Strafverfolgungsinteresse, 2004, S. 50.

<sup>626</sup> Kuhn, Akteneinsicht contra Strafverfolgungsinteresse, 2004, S. 51.

<sup>627</sup> Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2010, Rn. 41.

<sup>628</sup> 德國刑法第 258 條第 1 項：「蓄意或故意(absichtlich oder wissentlich)妨礙他人因不法行為而受全部或部分依刑法之懲罰或強制處分，處最高五年有期徒刑或罰金。」在此處的故意情況，包含蓄意(Absicht)的情況，屬於比一般的故意更為積極意欲結果的型態，而我國刑法第 13 條第 1 項並未如此區分。參照林鈺雄，新刑法總則，2011，189 頁以下。

<sup>629</sup> Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2010, Rn. 1.



然而辯護行為林林總總，何等行為屬於不容許之範圍，必須依循辯護人在程序中的功能、定位及衍伸的義務<sup>631</sup>，再依各種不同種類之具體辯護行為加以探究，並非依照德國刑法第 258 條妨礙刑事處罰罪作判斷。關於德國刑法第 258 條妨礙刑事處罰罪，由於本罪屬於結果犯，在實際審查是否夠成本罪時，亦必須注意是否具有實際結果之發生，以及行為與結果間是否具備因果關係。當不構成正犯時，亦必須注意是否構成教唆犯及幫助犯。而若該等不被允許的行為不構成德國刑法第 258 條之罪名時，亦必須檢驗是否構成其他刑法上罪名，例如詐欺、偽造文書等。關於因閱卷相關行為是否構成妨礙刑事處罰罪，界定標準始終在於以上所述之辯護權行使界限，因此，例如用詐欺或其他不法手段取得資訊，或是將原始卷證交給被告等情形，將可能被認為構成本罪。<sup>632</sup>

### 3、小結

綜合以上可知，首先，辯護人將卷宗內之資訊轉知其當事人(及被告)，原則上不受限制，並且可以用交付卷宗影本、攝影複製品之方式加以轉知。次者，是否有得限制辯護人將資訊轉知被告之例外，才是眾所矚目之焦點，而關於此部分，似乎尚未有定論。

是否得加以限制轉知之例外情形，一般以「使案情晦暗之虞」、「程序目的以外濫用之危險」、「含有秘密之文書」、「證人保護觀點」、「構成妨礙刑事處罰罪」等理由作為例外，然而除了含有秘密之文書較無爭議外，其他均有反對見解。在此首先應排除構成妨礙刑事處罰罪之理由，因為構成妨礙刑事處罰罪根本就是違反轉知界限之法律效果，而非判斷標準。其於三者，若將禁止轉知資訊嚴格界定為狹義之禁止口頭告知及交付影本等各種方式之轉知，則禁止之理由幾乎僅剩下使案情晦暗之虞的理由，因為避免程序目的以外濫用之危險，以及證人保護觀點等理由，只要禁止交付影本，即可達成目的，而不必加以限制口頭之資訊轉知。關於使案情晦暗之虞的理由，反對者幾乎均以檢察官本得以當時德國刑事訴訟法第 147 條第 2 項的例外規定<sup>633</sup>限制辯護人閱卷為由，認為不得給予辯護人閱卷後，又要求辯護人不得將資訊轉知被告，換言之，該等反對見解認為，若要禁止轉知資訊予被告，即應從根本上禁止辯護人閱卷。

由上述可知，儘管得否限制辯護人轉知資訊一點有正反雙方之論戰，也是在有德國刑事訴訟法第 147 條第 2 項第 1 句所規定的攔砂壩存在前提之下，大多數的防免危險義務均被賦予檢察官，而有使辯護人有責任相對減輕之理由。然而在修法後，增加同項第 2 句關於羈押時不得限制閱卷之例外規定，此等情勢是否因檢察官不再得以限制辯護人閱卷而有所改變，尚待德國之學說及實務進一步表示見解。無論如何，由多數見解及德國刑事訴訟法第 147 條之立法架構來看，德國多數見解仍信賴辯護人之公益性角色，而賦予其閱卷時之過濾作用。或許此過濾作用，正是未來在新修正的德國刑事訴訟法第 147 條第 2 項第 2 句不得限制辯護

<sup>630</sup> Kuhn, Akteneinsicht contra Strafverfolgungsinteresse, 2004, S. 51-52; Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2010, Rn. 1ff.

<sup>631</sup> 關於辯護人之角色及義務，詳見第三章第一節第二項說明。

<sup>632</sup> Kuhn, Akteneinsicht contra Strafverfolgungsinteresse, 2004, S. 51-52; Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2010, Rn. 5ff.

<sup>633</sup> 惟該等見解均出於 2009 年修法前，故實為德國刑事訴訟法第 147 條第 2 項第 1 句。

人閱卷卻又可能危害偵查目的之情況，發揮辯護人效用並平衡雙方利益之關鍵。

關於限制辯護人轉知資訊予被告的法律依據，若肯認辯護人閱卷時之過濾作用，而要求不得將即將實施之突襲性強制處分相關資訊轉知被告，仍應以辯護人作為自主性司法單元之定位作為理論依據，而非德國刑事訴訟法第 147 條第 2 項第 1 句。因為第 147 條第 2 項第 1 句是作為限制司法機關與辯護人關係的法律依據，與限制辯護人與其當事人關係的情形有所不同，因此在法律上不能援引相同之依據作為限制基礎。<sup>634</sup>

最後，辯護人若違反其義務，除了可能受職業上懲戒處分，或是被以違反德國刑法第 258 條妨礙刑事處罰罪受到追訴，於正在進行之本案程序中亦可能因此被排除，此部分則於第四節說明。

## 第五項 小結

回到本章引言的【羈押辯護案】之「辯護人閱卷篇」，在 1. 的部分，由於共犯乙的證詞對於挑戰被告甲之羈押合法性具有重要性及關聯性，故在 2009 年羈押法修正前，依照歐洲人權法院及 1994 年的德國聯邦憲法法院裁判見解，此時檢察官及法院均不得依據舊德國刑事訴訟法第 147 條第 2 項禁止辯護人 X 閱卷而僅以口頭轉述證詞內容，故該羈押不旦未給辯護人 X 對共犯乙之證詞進行閱卷，尚進一步使用該證詞作為羈押之重要理由，則羈押為不合法。在 2009 年修法後，德國刑事訴訟法第 147 條第 2 項已經明確增加第 2 句之規定，而依據學說所作之具體化解釋，當被告失去自由之時，即應給予辯護人對羈押有關之不利證據，以呈現於法院的相同狀態，進行閱卷。此外，在有利被告之證據部分，即便未提出於法院，辯護人亦得向檢察官請求予以閱卷。因此在修法後，本案例在此更獲得羈押違法的明確答案。

本案例之 2. 的部分，涉及辯護人轉知閱卷資訊給被告的問題。通說認為，辯護人不得將原始卷宗交給被告；關於卷宗內容資訊轉知被告的部分，原則上應將資訊轉知予作為閱卷權主體的被告，並可交付卷宗影本及攝影複本。但關於閱卷內容轉知部分，是否有例外不能將資訊轉知給被告的情形，則有所爭議。現今德國多數說仍認為基於辯護人具有司法單元之角色定位而有公益性任務，在轉知閱卷所獲的資訊上，更有過濾作用，故至少當預見將有使案情晦暗之虞時，即不得以任何方式，包含口頭告知方式，將該等資訊轉知被告。是以，本案例中，辯護人 X 既已預見若把閱卷時所得知之資訊，即檢警將於近日內搜索甲住宅的資訊轉知甲，相當可能造成甲事先囑託他人湮滅證據的情形，而使搜索目的不達，則不得將此等資訊轉知被告甲。

## 第四節 辯護人之排除及解任

上文已述及羈押程序中強制辯護之規定及其義務辯護人指定之相關程序議題，以及羈押

<sup>634</sup> Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2010, Rn. 44.

程序中為了使辯護人能達成有效辯護所作之閱卷權規定的改革。惟面對辯護人濫用其職權時，例如利用閱卷機會協助被告使案情晦暗時，是否有在刑法與律師懲戒以外，能有為了保全本案之對應措施？如本章引言的【羈押辯護案】之「解任辯護人篇」所示，此時能否將該不適任的辯護人排除於本案程序，以避免其將來繼續破壞本案程序之進行？此點對於修法後羈押程序中已不得拒絕辯護人閱卷之情形格外具有重要性。另外，於指定義務辯護人後，除了一般因案件終結而結束委任之情形，是否有其他使該義務辯護人解任而更換新義務辯護人之機制？此點對於因情況急迫受及時之辯護人指定的被羈押人而言，尤具意義，如【羈押辯護案】之「解任辯護人篇」的問題(3)所示。又若因羈押而指定義務辯護人時，當羈押程序終結，是否該指定即因法律所規定須賦予辯護人之前提要件不復存在，而使辯護關係當然終止而失去指定效力？如【羈押辯護案】之「解任辯護人篇」問題(4)所示。

本節即進入辯護關係之尾聲，討論上述關於辯護人排除、更換，甚至指定自動失效等問題。以下分為辯護人之排除制度(第一項)及指定辯護人之解任(第二項)兩部分，作詳細說明。

### 第一項 辯護人排除制度

由於現今通說並不認為辯護人僅為單純之被告代理人，而具有一定之公益性，作為司法體制下之一環。是以，當辯護人破壞法律對其之信賴關係時，法律亦基於公益之考量，而得以將該辯護人排除於程序。

德國早期實務見解每每因辯護人濫用其身為司法機關之角色，也就是成為其當事人的「間諜」時，即將該辯護人排除於程序。但此見解在 1973 年被聯邦憲法法院以干預辯護人之工作權而無法律依據為由，宣告違憲。<sup>635</sup>是以，德國刑事訴訟法自此始將辯護人排除制度列入明文規範，而規定於德國刑事訴訟法第 138a 條至第 138d 條。<sup>636</sup>惟須注意，此等規定之排除範圍究竟係僅止於選任辯護人，抑或亦包含義務辯護人，仍有相當爭議。有認為義務辯護人之排除應以德國刑事訴訟法第 143 條之撤銷義務辯護人指定之規定為基礎，但較多數見解似仍認為義務辯護人之排除仍可援引德國刑事訴訟法第 138a 條以下之規定，畢竟義務辯護人參與程序後也涉及到被告與辯護人間之信賴，故撤銷指定實與國家以強制力破壞選任辯護人和被告間之關係的情形，立於相同地位。<sup>637</sup>

#### 第一款 要件

排除辯護人之要件有五種類型，分別規定於德國刑事訴訟法第 138a 條第 1 項、第 2 項及第 138b 條。德國刑事訴訟法第 138a 條第 1 項所列各款之情形必須具備相較於同條第 2 項及德國刑事訴訟法第 138b 條較高度之嫌疑；此外，德國刑事訴訟法第 138a 條第 1 項之目的不僅在於維護發現真實，亦希望能藉此避免被告藉由辯護人之協助而繼續侵害法秩序。

關於排除之要件總共有五種，而可依照嫌疑程度而分成兩種類型，於以下之第一目及第二目綜合說明之。

<sup>635</sup> BVerfGE 34, 293.

<sup>636</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrenrecht, 2009, §19 Rn. 54; Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 169.

<sup>637</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrenrecht, 2009, §19 Rn. 48; Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 172; Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2010, Rn. 329.

## 第一目 一般司法利益維護類型—德國刑事訴訟法第 138a 條第 1 項

德國刑事訴訟法第 138a 條第 1 項有三款，列舉三種排除要件，其共通特色在於對於嫌疑程度之要求較高。德國刑事訴訟法第 138a 條第 1 項要求，該等嫌疑必須是重大(dringend)或是達到開啟主審程序之標準，即達到足以提出公訴之程度。而所謂的重大，是指該等嫌疑必須是充分的，以比例來說即為過半的心證程度，相當於德國刑事訴訟法第 112 條予以羈押的重大嫌疑程度。<sup>638</sup>德國聯邦最高法院曾在涉嫌妨礙刑事處罰罪的案例中表示，若僅是達到開啟偵查程序的嫌疑程度或是使偵查程序繼續進行的嫌疑程度，均是不足的，而尚須達到控訴已成熟之階段。除此之外，聯邦最高法院也認為，若無法進行控訴是由於缺乏告訴之要件，仍符合此處之要件。<sup>639</sup>以下就本項各款要件之個別特色分述之：

1、辯護人有重大或達到提出公訴標準之嫌疑，參與形成偵查標的之行為(德國刑事訴訟法第 138a 條第 1 項第 1 款)。

此處「參與」形成犯罪之行為，和刑法上之犯罪參與(幫助犯或教唆犯)有所不同，舉例言之，若是辯護人收受被控竊盜罪之被告的贓物，亦屬於此範圍內，故此處所指之參與的範圍大於刑法上之參與概念。基本上，只要是以可罰之手段並與被告以相同加害目的而行為，即被包含在內。<sup>640</sup>不過若是辯護人本身就是共同被告的情形，由於共同被告本來就不能作為其他共同被告之辯護人，此種因辯護人地位產生矛盾的情形，並非此處辯護人排除制度所要處理的範圍。<sup>641</sup>

2、辯護人有重大或達到提出公訴標準之嫌疑，濫用與受羈押被告之交通權而為犯罪行為，或是明顯危害監所安全之行為(德國刑事訴訟法第 138a 條第 1 項第 2 款)。<sup>642</sup>

3、辯護人有重大或達到提出公訴標準之嫌疑，於被告之有罪判決情形，而其曾為確保犯罪利益罪(Begünstigung)<sup>643</sup>、妨礙刑事處罰罪(Strafvereitelung)<sup>644</sup>或贓物罪(Hehlerei)<sup>645</sup>之行為(德國刑事訴訟法第 138a 條第 1 項第 3 款)。

本款以當事人之主要行為符合所有構成要件特徵，且其有罪判決未有程序障礙為前提，再來檢驗辯護人是否有此等德國刑法第 257 至 260a 條之行為。<sup>646</sup>關於本款所規定之犯罪行為為要件，一般認為必須符合刑法之構成要件。<sup>647</sup>

有學者認為，若此處的辯護行為界限取決於該等行為是否為刑法上之可罰行為，將有所矛盾，畢竟德國刑法第 258 條之妨礙刑事處罰罪並未指出辯護行為之容許界線為何，而此處

<sup>638</sup> Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2010, Rn. 524.

<sup>639</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrenrecht, 2009, §19 Rn. 50.

<sup>640</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrenrecht, 2009, §19 Rn. 50.

<sup>641</sup> Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 172.

<sup>642</sup> 然而德國也有見解認為，有時辯護人濫用與羈押中之被告的交流權僅具輕微之可罰性，而卻足以造成排除辯護人之效果，可能造成不符比例原則之情形。(參照吳俊毅，辯護人論，2009，249 頁。)

<sup>643</sup> 德國刑法第 257 條第 1 項規定，蓄意幫助他人確保犯罪所得利益，處五年以下有期徒刑或罰金。

<sup>644</sup> 德國刑法第 258 條第 1 項規定，蓄意或故意妨礙他人因犯罪行為而受全部或部分之刑事處罰或強制處分，處五年以下有期徒刑或罰金。

<sup>645</sup> 德國刑法第 259 條第 1 項規定，為使自己或他人獲利而買入贓物或設法使自己或他人販出或幫助販出，處五年以下有期徒刑或罰金。

<sup>646</sup> Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2010, Rn. 523.

<sup>647</sup> Vgl. Roxin/Schünemann, Strafverfahrenrecht, 2009, §19 Rn. 50.

卻又於刑事訴訟法中認為辯護行為之容許界線必須取決刑法規定，造成一種循環論證。<sup>648</sup>

關於德國刑法第 258 條，向來有許多誤解，甚至將此條援引為確認刑事辯護容許範圍之依據。然而德國刑法第 258 條本身卻未進一步具體化該條所謂之「妨礙(vereiteln)」的概念為何，故迄今，此仍屬於待解釋之要件。無論如何，德國刑法第 258 條必須以相關的程序權利作為界限，使程序法上容許的辯護行為不受刑事處罰，以符合法規範之一致性。然而必須注意的是，違反程序法上的行為卻不一定會構成刑法上之犯罪。程序權利的確定首先應視刑事訴訟法之規範，例如辯護人建議其當事人行使緘默權，即不應認為屬妨礙刑事處罰的行為。非程序法規範上明訂之行為，則有較爭議，必須藉由辯護人之定位，來界定辯護人之功能及進行辯護之權利與義務<sup>649</sup>，進而才能建立辯護人形象之完整概念，並確定各種辯護行為之界線。<sup>650</sup>

德國刑法第 258 條屬於結果犯，因此特別須注意行為與結果發生之因果關係。在此之因果關係，係指將特定時間及事實上之情狀，與特定時間假設之情狀相比較，若沒有該妨礙行為，刑罰或強制處分是否能及時實現。此外，妨礙刑事處罰罪之幫助犯及教唆犯均在能排除辯護人範圍之內。<sup>651</sup>

## 第二目 涉及特殊犯罪類型—德國刑事訴訟法第 138a 條第 2 項、第 138b 條

1、程序以德國刑法第 129a 條及其準用 129b 條第 1 項<sup>652</sup>為訴訟標的時，當有特定事實可證明辯護人曾為第 1 項第 1 款或第 2 款所指行為之嫌疑，或正在為之嫌疑，應排除辯護人參與本程序(德國刑事訴訟法第 138a 條第 2 項)<sup>653</sup>。

2、當程序之訴訟標的為法院組織法第 74a 條第 1 項第 3 款及第 120 條第 1 項第 3 款所指犯罪行為之一，或是關於刑法第 138 條叛國罪，或是依照刑法第 94 條至 96 條、第 97a 條及第 100 條所指之未盡義務而危害國外安全行為，並有特定事實可證明辯護人之參與將導致德國國家安全之危害時，應排除該辯護人(德國刑事訴訟法第 138b 條)。

關於德國刑事訴訟法第 138a 條第 2 項及第 138b 條之嫌疑標準，立法者僅要求有「特定事實」作為嫌疑基礎即可。由此可見，立法者雖然於德國刑事訴訟法第 138a 條第 1 項界定了嚴格的嫌疑標準，卻在同條第 2 項及第 138b 條放棄界定嫌疑標準之權力。然而此處之嫌疑程度仍不得界定為僅要達到開始偵查的初始嫌疑(Anfangsverdacht)即可，否則幾乎法治國之下可以想到的辯護行為皆可能被作為排除事由。而此處之嫌疑程度亦不必達到足以開啟主審程序之程度。因此，在此處至少必須認為是達到讓偵查程序仍相當可能繼續實施的程度；

<sup>648</sup> Beulke, Der Strafverteidiger im Strafverfahren, 1980, S. 227. 轉引自吳俊毅，辯護人論，2009，248 頁以下。

<sup>649</sup> 關此參照本文第三章第一節第一項、第二項說明。

<sup>650</sup> Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2010, Rn. 1ff.

<sup>651</sup> Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2010, Rn. 7ff.

<sup>652</sup> 德國刑法第 129a 條為組織恐怖組織之處罰規定，第 129b 條則為在國外組織犯罪或恐怖組織之處罰規定。

<sup>653</sup> 有學者認為本條之觀點過廣，而過度侵害辯護人之權限，應刪除。Vgl. Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 2009, §19 Rn. 53, Fn. 25.

惟僅僅是開啟偵查的嫌疑程度，無論如何仍是不足的。<sup>654</sup>

以上屬於因辯護人破壞與國家間之信賴關係，而由法院以公權力強制將辯護關係終結之實體要件類型。關於以上幾種排除事由均屬列舉規定，不能另行創設排除辯護人之事由，當然亦不能作為排除證人或被害人之理由。但多數認為，若是在司法之重要性的觀點來看，若有辯護人是根本無法進行辯護的情形，則出於司法照料義務，該無法勝任的辯護人亦應排除。<sup>655</sup>除此之外，現今已認為義務辯護人與選任辯護人的排除標準相同，因為兩者在職務行使上並無任何不同，也無其他特別限制，因此不能使義務辯護人較容易被排除於程序。<sup>656</sup>

## 第二款 程序

### 第一目 管轄法院

依照德國刑事訴訟法第 138c 條第 1 項規定，審理是否排除辯護人之程序，原則上由邦高等法院為之。若是依照德國刑事訴訟法第 138a 條及第 138b 條所為之決定，由邦高等法院為之；當偵查為聯邦檢察總長所主導，或是案件已繫屬於聯邦最高法院，則由聯邦最高法院為之。

### 第二目 提出聲請

排除辯護人之審理程序必須先經由法院或檢察官提出聲請。依照德國刑事訴訟法第 138c 條第 2 項，若是案件已繫屬於法院之情形，亦即於提出公訴後至程序終局確定為止之期間，由案件繫屬之法院提出排除辯護人之聲請。除此之外，均由檢察官提出聲請。當屬於由法院提出聲請以排除辯護人之情形，可根據檢察官之要求為之或是經由檢察官之通知而依職權為之。

### 第三目 審理程序

依照德國刑事訴訟法第 138d 條，決定是否排除辯護人必須經過言詞審理程序。關於該言詞審理程序期日之開始，必須在三日至一星期前通知辯護人，並且應通知檢察官、被告。若該辯護人為律師公會之會員，除了應依德國刑事訴訟法第 138c 條第 2 項將檢察官或法院依照同條第 1 項所為聲請或要求之複本交予該律師公會，言詞審理期日亦應通知該律師公會會長。若已合法傳喚辯護人，並提示程序得在其缺席的情形下進行審理，依照德國刑事訴訟法第 138d 條第 3 項，言詞審理程序得在被聲請排除的辯護人缺席之情形下進行。

於言詞審理程序中，依照德國刑事訴訟法第 138d 條第 4 項，必須保障參與者之聽審權，關於證據調查之範圍則由法院依照合於義務之裁量為之。證據之採納方面，則依照自由證明

<sup>654</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 2009, §19 Rn. 53.

<sup>655</sup> 若是義務辯護人部分，可能以作為因信賴關係終局不存在之理由，而將義務辯護人更換，實屬於德國刑事訴訟法第 143 條之範疇。詳細參見下文第二項第三款部分之說明。

<sup>656</sup> 惟早期實務採不同見解。Vgl. BGHSt 42, 94.

法則即可。<sup>657</sup>

依照德國刑事訴訟法第 138d 條第 5 項，是否排除辯護人之決定應於言詞審理程序結束時宣布。若無法，則至遲應於一星期內宣布。

### 第三款 效果

#### 第一目 決定排除辯護人前之處置

##### 1、暫停辯護人權限

依照德國刑事訴訟法第 138c 條第 3 項，若案件已繫屬於法院，該案件繫屬之法院得命令於排除與否之決定作成前，停止辯護人關於德國刑事訴訟法第 147 及 148 條之權利<sup>658</sup>；若是在提起公訴前或是案件終局確定後之階段，則由決定辯護人排除與否之管轄法院作出此停權命令。關於此停權命令，不得提出異議。惟停止辯護人的閱卷權及交通權亦不得造成被告權利行使的阻礙，故在此停權命令有效之期間內，法院為了維護被告關於德國刑事訴訟法第 147 條及第 148 條所規定之權利，應指定其他辯護人接續為被告進行辯護。關於指定其他辯護人的程序，準用德國刑事訴訟法第 142 條之規定。<sup>659</sup>

##### 2、主審程序停止或延期

依照德國刑事訴訟法第 138c 條第 4 項，若案件已繫屬於法院，該法院於主審程序進行中聲請排除辯護人，則該法院應於提出聲請之同時停止主審程序或將主審程序延期，直至排除辯護人之管轄法院作出是否排除之決定為止；惟主審程序至多得停止 30 日。

#### 第二目 決定排除辯護人後之效力

辯護人被排除後，效力及於整個程序。<sup>660</sup>依照德國刑事訴訟法第 138a 條第 4 項，一旦辯護人被排除後，亦不能為被告在其他法律所規定的程序進行辯護；並且為了避免發生規避行為，在特殊情形下，例如在另有民事程序的情形，亦不得探訪被羈押的被告。<sup>661</sup>辯護人排除之效力不僅及於辯護人與其當事人，甚至及其當事人之共犯或共同被告。依同條第 5 項規定，辯護人被排除後，亦不得在同一程序為其他共同被告進行辯護。若是以德國刑法第 129a 條及其準用第 129b 條第 1 項之重大犯罪行為作為訴訟標的數程序，辯護人在其中的某一程序中被排除時，於其他程序亦不得為其他被告進行辯護；除此之外，準用同條第 4 項規定之結果，辯護人亦不得為共同被告於其他程序中進行辯護。若程序本身是屬於強制辯護案件，於排除該辯護人後無其他辯護人時，必須另行指定義務辯護人。<sup>662</sup>

若是以依照德國刑事訴訟法第 138c 條第 2 項提出排除辯護人之聲請後，辯護人才出於

<sup>657</sup> Vgl. Roxin/Schünemann, Strafverfahrenrecht, 2009, §19 Rn. 56.

<sup>658</sup> 德國刑事訴訟法第 147 條為閱卷權之規定，第 148 條則為被告與辯護人交通權之規定。

<sup>659</sup> 何賴傑，偵查程序強制辯護之指定及違法效果—以德國刑事訴訟法為觀察重點(上)，政大法學評論，第 111 期，2009 年 10 月，101-102 頁。

<sup>660</sup> Vgl. Roxin/Schünemann, Strafverfahrenrecht, 2009, §19 Rn. 55.

<sup>661</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrenrecht, 2009, §19 Rn. 58.

<sup>662</sup> Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §140 Rn. 20.



自身之決定或是基於被告之要求而退出程序，依照德國刑事訴訟法第 138c 條第 5 項規定，該管轄法院仍得基於確認是否應容許該辯護人參與程序之目的，而繼續進行排除辯護人之審查程序。若認為依照德國刑事訴訟法第 138a、138b 及 138c 條之觀點應將該辯護人予排除時，則作出確認不容許之決定。此確認不容許之決定效力則同於排除辯護人決定之效力。<sup>663</sup>蓋此規定之目的，在於避免辯護人藉由其暫時之退出程序而達到規避法律原本所預期之排除效果。<sup>664</sup>

依照德國刑事訴訟法第 138c 條第 6 項之規定，若辯護人被在程序中被排除，因主審程序延期所生之費用得由該辯護人負擔，此費用負擔之決定得由案件繫屬之法院為之。

#### 第四款 排除命令之救濟

依照德國刑事訴訟法第 138d 條第 6 項之規定，若因德國刑事訴訟法第 138a 條或第 138b 條所指之理由而排除辯護人，得立刻對該排除之決定提出抗告；但駁回依德國刑事訴訟法第 138a 條作出聲請的決定，則不得提出抗告。另外，律師公會會長雖然有參與程序並表示意見之權利，卻無提出抗告之權利；因此得對排除辯護人之命令提出救濟者，僅有辯護人、檢察官及被告。<sup>665</sup>

#### 第五款 排除命令之撤銷

依照德國刑事訴訟法第 138a 條第 3 項，若有以下情形，應撤銷排除辯護人之命令：

- 1、排除辯護人之前提要件不存在之時；惟此不包含被告由羈押中被釋放之情形。
- 2、當排除辯護人所根據之事件被法院認定無罪，或是辯護人在該事件未被榮譽或職業法庭 (Ehren- oder Berufsgericht，類似我國律師懲戒委員會) 以判決確認為過失違反職業義務。
- 3、排除辯護人所依據之案件事實達一年以上未進入主審程序中或榮譽或職業法庭之程序，或是僅受到處刑命令 (Strafbefehl)。但根據德國刑事訴訟法第 138a 條第 1 項第 3 款而聲請排除辯護人時，若是基於事件具有特別嚴重性或其他特殊屬性，或基於其他重大理由，而使該事件仍無法進入主審程序時，至多可延長一年。

#### 第二項 義務辯護人之解任

原則上，義務辯護人受指定，不因檢察官或被告之反對而在程序中被解任。<sup>666</sup>如上述，德國刑事訴訟法第 138a 條以下的排除辯護人的實體及程序要件不僅能排除選任辯護人，對義務辯護人亦有適用，只是在法條援引上有所爭論而已。不過，義務辯護人除了可能因以上排除辯護人之事由被解任外，亦可能因德國刑事訴訟法第 143 條之規定而被解任，即撤銷義務辯護人之指定。按德國刑事訴訟法第 143 條之規定，義務辯護人於其他辯護人被選任且接

<sup>663</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 2009, §19 Rn. 56.

<sup>664</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 2009, §19 Rn. 56.

<sup>665</sup> 參照吳俊毅，辯護人論，2009，254 頁。

<sup>666</sup> See ECHR, *Croissant v. Germany*, Judgment of 25 September 1992, Appl. no. 13611/88.



受該選任後，須撤銷對其之指定。<sup>667</sup>以下以德國刑事訴訟法第 143 條為主軸，分別說明作為撤銷指定依據之事由，並針對應羈押列為強制辯護之修法後實務面臨的問題進行討論。

### 第一款 因被告另行委任選任辯護人而撤銷指定

德國刑事訴訟法第 143 條規定，於其他辯護人被選任並接受該選任後，應將指定撤銷 (Zurücknahme)，立法意旨係基於尊重被告意願，而讓選任辯護人優先作為辯護人。惟選任辯護人接受選任後，並不使義務辯護人與被告間之關係當然消滅，故有待撤銷指定以終止辯護關係。於被告另行委任辯護人後，亦不代表即必須撤銷義務辯護人之指定；一般認為，在例外情形必須同時保留義務辯護人，例如被告相當可能突然再次淪為無資力的狀態，或是被告委任選任辯護人之目的正是為了使義務辯護人之指定受到撤銷，則例外不應撤銷指定。<sup>668</sup>

撤銷義務辯護人之指定，同指定、選擇義務辯護人之權限，屬於審判長之權限，而非法院。除此之外，附帶一提，若是因重大事由，即德國刑事訴訟法第 138a 條以下之情形，而撤銷義務辯護人之指定，亦屬於審判長之權限。關於撤銷時點，法律無特別限制，即便在主審程序 (Hauptverfahren) 中亦得為之；惟實務上認為，至主審程序時始撤銷指定，並非適當時機。<sup>669</sup>

### 第二款 因重大事由而撤銷指定

義務辯護人存在之目的，是為了確保被告能夠獲得適當的協助以及程序能在合乎規範的情形下進行。故為確保指定目的之達成，一般認為有重大事由時，應撤銷辯護人之指定。惟何謂重大事由，則有所爭議。多數說認為，基於指定辯護人目的之維護，當有嚴重威脅該義務辯護人存在目的之情形，即便法無明文，亦得在德國刑事訴訟法第 138a 條所規定之實體要件外，將指定撤銷 (Widerruf)。惟此見解亦有反對聲浪，反對者認為，此舉涉及個人行為自由權和程序基本權之干預，並破壞被告與辯護人間之信賴關係，故不得在法無明文規定下任意為之。<sup>670</sup>

究竟在何種程度法院應介入辯護關係而撤銷義務辯護人之指定，實務認為，僅有在極端例外的情形可認為辯護人明顯無法適當地為被告進行辯護時，法院始出於其照料義務而得撤銷義務辯護人；並且，法院對於義務辯護人之職務執行並無監督義務，因此僅有在義務辯護人有重大義務違反情形時，法院始須介入。但多數學說則認為，所謂因重大義務違反而撤銷指定，必須限定在依照德國刑事訴訟法第 138a 條以下排除辯護人事由的觀點可認為有重大理由之情形，始得為之；因為在此不能單以法院之觀點即輕率認為該義務辯護人無法勝任，並以此作為重大理由而撤銷指定，否則將可能使辯護人之辯護策略受到法院之掌控。<sup>671</sup>

關於重大事由之內涵，其中較無爭議者為因義務辯護人患病或因其他重大障礙事由，使

<sup>667</sup> 原文為：「Die Bestellung ist zurückzunehmen, wenn demnächst ein anderer Verteidiger gewählt wird und dieser die Wahl annimmt.」

<sup>668</sup> Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §143 Rn. 2; OLG Düsseldorf, StV 2011, 651, 652.

<sup>669</sup> Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §143 Rn. 1; Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 169.

<sup>670</sup> Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §143 Rn. 3.

<sup>671</sup> Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §143 Rn. 4; Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 169.

義務辯護人無法進行辯護時，屬於此處重大事由範圍內。若是義務辯護人的服裝不合於規定，或是辯護人拒絕同意縮短通知期間等事由，通說認為不得作為撤銷辯護人指定之事由。

672

法院得以德國刑事訴訟法第 138a 條以下之排除辯護人之事由作為撤銷指定之理由，為實務及學說所不爭。惟該等事由發生於義務辯護人時，究竟應依據德國刑事訴訟法第 138a 條以下為撤銷之法律上依據，抑或依德國刑事訴訟法第 143 條為依據，仍有所爭議。實務運作上，此兩種見解均有支持者；除此之外，亦有認為應以類推適用德國刑事訴訟法第 143 條的說法。<sup>673</sup>支持以德國刑事訴訟法第 143 條為依據者之理由，係認為德國刑事訴訟法第 138a 條以下僅適用於選任辯護人之情形，故指定辯護人僅得依據德國刑事訴訟法第 143 條。<sup>674</sup>關於此問題，無論採取何種說法，真正關鍵在於，必須使因該等事由而被撤銷指定之義務辯護人，能同樣受到德國刑事訴訟法第 138c 及 138d 條之程序保障，而於踐行該等程序後，始能將其合法撤銷指定。<sup>675</sup>

### 第三款 因信賴關係瓦解而撤銷指定

#### 第一目 原則

被告在刑事程序中受到信賴之辯護人進行辯護，為憲法上法治國公平審判程序所保障之範圍。<sup>676</sup>因此，非因被告另行委任選任辯護人，而基於被告要求更換義務辯護人之目的，請求撤銷原辯護人之指定，即便未有明確規定，通說亦認為包含在德國刑事訴訟法第 143 條範圍內。德國刑事訴訟法第 142 條為確保被告與指定辯護人間能有信賴基礎，規定相關之程序保障，因此若被告依法在指定之時受到充分的程序保障後而獲得其所期望的辯護人指定，或是在此時未表示任何意見，則要求更換義務辯護人的權利即受到限制。是以，實務上認為，若以信賴關係不存在為由而要求更換義務辯護人時，原則上必須是基於重大理由，始得允之。

此「重大理由」係指，由理性之人的觀點來看，被告與其辯護人間的信賴關係已終局地遭到破壞，導致客觀上無法再進行適當辯護之情形。又此等重大理由之存在必須由被告或辯護人提出實質證明，若只是單純表示彼此間欠缺信賴關係，尚不足以作為撤銷指定之理由。若是被告同時另有選任辯護人，而與該選任辯護人同時主張辯護行為受到義務辯護人阻礙，或是主張義務辯護人破壞程序之合法進行，卻無提出實質證明，亦不足以因此撤銷義務辯護人之指定。<sup>677</sup>由是可知，向來實務見解對於信賴關係瓦解之要件拿捏相當嚴格，惟近期有出現放寬之見解。<sup>678</sup>不過，此時亦應注意避免被告濫用權利，例如是否專為排除原義務辯護人

<sup>672</sup> Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §143 Rn. 3.

<sup>673</sup> Vgl. Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 169.

<sup>674</sup> BVerfGE 39, 238, 245; abl. Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2010, Rn. 329.

<sup>675</sup> Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §143 Rn. 5b.

<sup>676</sup> BVerfGE 39, 238, 243; 68, 237, 255.

<sup>677</sup> Laufhütte, in: KK-StPO, 2008, §142 Rn. 9; Meyer-Großner/Cierniak, StPO, §143 Rn. 4; Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 169; LG München, StV 2011, 667, 668.

<sup>678</sup> LG München, StV 2011, 667, 668. 慕尼黑地方法院於判決中表示，被告自行以書面指稱其辯護人的職務執行與其意願相反，而使其未受辯護人妥善辯護，故聲明堅決不再與該辯護人合作，則此時雖然該被告未提出信賴關係已終局而持續瓦解的詳細理由，由於該名被告已表示不願再與該辯護人合作，且表示將使用各種法律手段來進行抵抗，則此時應認為客觀上已經無法再進行適當辯護。

而行使權利，則不應允許。<sup>679</sup>

向來有兩種情況被普遍認為應被認定為信賴關係瓦解的情形。其一為辯護人嚴肅而明確地拒絕繼續進行辯護之情形，惟此不包含因辯護人覺得被告自行提出的法律審上訴顯然毫無勝算而拒絕進行辯護的情形；相對的，若是該上訴並非明顯無勝算希望，或是辯護人以時間因素為由而拒絕，則屬之。其二為因被告之不當行為，例如毆打、辱罵或恐嚇其義務辯護人，致該辯護人提出刑事控訴的情形；但必須注意，若被告是專為使該義務辯護人解任而為此等不當行為，則不應撤銷指定。<sup>680</sup>

隨著修法肯認被羈押人受辯護人協助之必要性，更應認為，當義務辯護人未接見被羈押之當事人達一段期間時，應認為此屬於足以撤銷指定之重大理由。例如，被告於羈押中受辯護人之指定，惟該義務辯護人整整兩個月完全未接見被告，被告因而要求撤銷指定的情形，於此時，慕尼黑地方法院認為，由於被告在羈押中根本無法主動接近辯護人，該義務辯護人的行為已明顯是拖延與被告聯繫，與法律規定被羈押人必須儘速與辯護人接觸的要求，以及被羈押人於刑事程序之準備應獲得最佳保障之意旨不符，故應認為雙方信賴關係已終局不存在。<sup>681</sup>另外，此對辯護人接見被羈押之當事人的要求，亦擴張至被告處於另案羈押的狀態。一則柏林地方法院的新近判決表示，當義務辯護人已收到被告因另案被羈押之通知，卻近三個月未主動去探訪被告，亦未透過其他方式去與被告討論案情，由於此時被告正處於因另案而被羈押狀態，無法期待被告能夠主動聯繫該義務辯護人，故此等事實可以認為被告顯然未受到該法院所指定之辯護人的充分實質辯護，而足以構成撤銷指定之重大理由。<sup>682</sup>

惟若僅只是出於不同辯護策略之理由，則不屬之。因為若使不同辯護觀點能夠成為更換辯護人之關鍵，則將可能破壞司法之純潔性。尤其辯護人身具有為自主性之司法單元，不受被告之指示所拘束，有其自身之責任而獨立於被告，故不應以辯護策略為由要求更換義務辯護人。<sup>683</sup>

## 第二目 例外

實務向來認為，以信賴關係瓦解為由而要求撤銷指定之情形，必須受到嚴格限縮，惟有兩種情形為例外。

首先，是被告及新舊辯護人均同意更換辯護人之情形。實務向來認為，若是被告及參與之辯護人(將被更換之義務辯護人及即將成為義務辯護人之人)均要求更換，且此更換不造成程序之遲延及國庫額外之負擔之情形<sup>684</sup>，則法院必須同意更換義務辯護人之聲請，甚至不必要求提出詳盡理由。此種情形尤其適用於第一審至第二審程序間之更換。然而若是為了阻礙

<sup>679</sup> OLG Düsseldorf, StV 2011, 651, 652.

<sup>680</sup> Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §143 Rn. 4ff; Roxin/Schünemann, Strafverfahrenrecht, 2009, §19 Rn. 35.

<sup>681</sup> AG München, StV 2011, 668.

<sup>682</sup> LG Berlin, StV 2011, 666.

<sup>683</sup> OLG Köln, StV 2011, 659.

<sup>684</sup> Laufhütte, in: KK-StPO, 2008, §142 Rn. 9; abl. OLG Köln, StV 2011, 659. 於該判決中，科隆邦高等法院認為，若是允許義務辯護人放棄全部或部分之費用，則將開啟角逐義務辯護人之爭的大門，此外，往往亦無法確認彼等之間是如何以及出於何種理由達成此協議；故欲爭取成為新義務辯護人之律師表示放棄費用時，該表示無效。

程序的情況，則屬例外不得允許的情形；此點尤其對於反恐程序有特別重要性。<sup>685</sup>

次者，是事先未充分保障被告選擇辯護人之權利的情形。被告受到信賴的辯護人進行辯護，為憲法上所保障之權利。由於指定義務辯護人之前，原則上已透過德國刑事訴訟法第 142 條之程序保障維護被告此項權利，故原則上應認為，被告欲主張信賴關係瓦解而請求撤銷指定，必須受到嚴格之條件限制。基於此前提，近期有實務見解認為，若於德國刑事訴訟法第 142 條第 1 項規定所要求的表示期間結束前即為指定，而被告卻於原裁定之表示意見期間內提名其希望指定之辯護人時，此時即必須更換義務辯護人；若已支付先指定之辯護人相關律師費用時，此等費用支出必須由國庫吸收。<sup>686</sup>此種解釋對於 2009 年德國刑事訴訟法第 140、141 條強制辯護規定之修正，要求必須儘速使被羈押人獲得辯護人協助之規範運作上，將具有相當重要性。<sup>687</sup>有學者認為，由於該信賴關係之存在以符合德國刑事訴訟法第 142 條之程序規定而為指定作為前提，當指定辯護人係因新修正之德國刑事訴訟法第 141 條第 3 項第 4 句之不可遲延指定的要求，而直接由法官作出指定；或是被告因為時間過於短促而未能充分考量自己之利益即為相關表示時，此種緊急指定之情形即必須放寬撤銷之要件，而使被告較易更換辯護人<sup>688</sup>；若因此產生額外費用時，亦應由國庫吸收。<sup>689</sup>儘管已有學說及部分實務採此放寬見解，根據調查研究結果顯示，多數實務仍未在涉及因羈押執行而為指定之案件中，降低更換義務辯護人之要件，而仍遵循傳統見解；更換義務辯護人的理由，則以信賴關係破壞及義務辯護人放棄額外費用居多；選擇不以信賴關係破壞或未增加費用作為更換要件者，則在 Niedersachsen 邦的新近實務見解中較常出現。<sup>690</sup>

#### 第四款 因釋放被告而撤銷指定

若是因被告受羈押、暫時性留置等剝奪自由之審查程序而受辯護人指定，則被告被釋放後，既然指定要件不復存在，則該指定是否自動消滅？或仍待撤銷後才能終止辯護關係？又，若仍待撤銷以終止關係，則撤銷之裁量界線為何？關於此等問題，以下分為兩種不同看法，說明之。

##### 第一目 指定因釋放而自動終止說

關此，見於一則 Düsseldorf 邦高等法院的實務案例。該案之被告因羈押之執行，而依德國刑事訴訟法第 140 條第 1 項第 4 款受辯護人之指定，並於幾個月後被釋放；惟釋放後不久後，檢察官又因案件繼續偵查所發現之新事證而再次聲請羈押被告，獲得法院允許。由於被告於釋放之短暫期間內，又再另行委任另一名律師作為選任辯護人，並於再次受到羈押執行時，要求法院將義務辯護人更換為其後自行委任之選任辯護人，卻遭法院駁回。案經抗告，Düsseldorf 邦高等法院則認為，此時應准允被告之要求，因為：首先，由德國刑事訴訟法第

<sup>685</sup> Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §143 Rn. 5a; Roxin/Schünemann, Strafverfahrenrecht, 2009, §19 Rn. 35; Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 169.

<sup>686</sup> AG München, StV 2011, 668.

<sup>687</sup> 關於德國刑事訴訟法第 141 條第 3 項第 4 句與第 142 條第 1 項之規範目的衝突，詳見上文第三章第二節第四項第三款第一目。

<sup>688</sup> Wohlers, StV 2010, 151, 157; Heydenreich, StV 2011, 700, 703; Herrmann, StraFo 2011, 133, 141.

<sup>689</sup> Herrmann, Anmerkung zu OLG Düsseldorf, StV 2011, 651, 654.

<sup>690</sup> Heydenreich, StV 2011, 700, 703.

140 條第 3 項第 2 句之規定可知，若不符合該句規定之要件且指定之要件事由因被羈押人釋放而不復存在時，則此時辯護人之指定效力亦因此不復存在。即便要認為指定之前提事由消滅僅為撤銷之原因(按，即以下之仍應撤銷指定說)，本案中亦應認為須依德國刑事訴訟法第 143 條更換義務辯護人。<sup>691</sup>

## 第二目 釋放仍應撤銷指定說

此說認為，當被告被釋放時，除非仍有符合德國刑事訴訟法第 140 條之其他強制辯護要件的情形，得將辯護人之指定撤銷。<sup>692</sup>有學者批評自動終止說法而認為，固然由羈押執行列為強制辯護要件之立法理由來看，此時是基於考量到被告受羈押執行時的各種狀態，而將此列為有辯護人協助必要的情況；惟即便於羈押終結後，亦必須考量此時是否尚存在其他繼續維持義務辯護人在程序中進行協助之理由，以及將義務辯護人協助僅限於羈押期間的做法，是否適當。以上實務見解之說法，即認為指定效力隨著羈押終結而自動終止，無待撤銷之說法，不無疑問；首先，是法條依據何在的問題；次者，此時如何考量被告信賴保護之問題；再者，即便是依照德國刑事訴訟法第 140 條第 3 項之規定，釋放被告後亦非必定撤銷指定。故在此應認為，若依德國刑事訴訟法第 140 條第 1 項第 4 款為指定後，釋放被告僅為撤銷指定之要件，而非自動終止指定效力之事由。<sup>693</sup>

至於如何判斷是否應撤銷指定，學說認為，是否撤銷指定仍應視個案情形而定，審判長對此有裁量權。若考量到被告之信賴保護，以及被告因剝奪自由而對往後辯護形成障礙情形，則應使義務辯護人之協助持續下去，而不應撤銷指定。<sup>694</sup>實務上亦有類似上述學說之見解。在一則案例中，被告係因另案被羈押而依德國刑事訴訟法第 140 條第 1 項第 5 款受辯護人之指定，惟被告其後經釋放，並符合德國刑事訴訟法第 140 條第 3 項第 1 句所規定之要件<sup>695</sup>，則此時是否即應撤銷指定？Düsseldorf 邦高等法院認為，法條既規定「得」撤銷，即表示法院有裁量空間，則法院此時必須考量到情狀變更情形，是否屬於無強制辯護必要的情形，否則即屬裁量瑕疵。至於辯護必要性之認定，必須依照客觀標準，視當初指定辯護的原因情狀是否有明顯改變，或是當初指定時是否即是基於客觀上錯誤的前提要件。此外，撤銷指定還必須受到程序信賴保護原則之限制。因此在本案中，應依照個案情形，考量羈押形成之相關辯護障礙是否已遭清除而例外地不存在；而法院對此判斷，亦有說明理由之義務。<sup>696</sup>

<sup>691</sup> OLG Düsseldorf, StV 2011, 651, 652. 本判決更進一步認為，若是採得撤銷，依照通說見解，依德國刑事訴訟法第 143 條要求更換義務辯護人之情形僅有在權利濫用之時始構成應予拒絕之例外。而本案並非專為使先前指定之義務辯護人脫離程序而要求更換，且在被告選任辯護人時，並未預料到羈押將再度實施之情況發生，故非權利濫用。

<sup>692</sup> Herrmann, StrafFo 2011, 133, 135.

<sup>693</sup> Herrmann, StV 2011, 651, 655.

<sup>694</sup> Herrmann, StV 2011, 651, 655.

<sup>695</sup> 德國刑事訴訟法第 140 條第 3 項：「依照第 1 項第 5 款所為之辯護人之指定，若被告於距主審程序開始至少兩星期前獲得釋放，得撤銷該指定。當未有其他辯護人受指定，符合第 1 項第 5 款所示之前提之下，依照第 1 項第 4 款所為之辯護人指定對於往後程序仍為有效。」(原文為：「Die Bestellung eines Verteidigers nach Absatz 1 Nr. 5 kann aufgehoben werden, wenn der Beschuldigte mindestens zwei Wochen vor Beginn der Hauptverhandlung aus der Anstalt entlassen wird. Die Bestellung des Verteidigers nach Absatz 1 Nr. 4 bleibt unter den in Absatz 1 Nr. 5 bezeichneten Voraussetzungen für das weitere Verfahren wirksam, wenn nicht ein anderer Verteidiger bestellt wird.」)

<sup>696</sup> OLG Düsseldorf, StV 2011, 658.

## 第五款 救濟

關於指定辯護人之撤銷及聲請撤銷之駁回，被告均得依德國刑事訴訟法第 304 條第 1 項提出抗告；即便是在判決確定後，亦得提出。惟義務辯護人本身並無提出抗告的權利，蓋聯邦憲法法院認為，撤銷並未損害其基本法第 12 條所保障之權利。<sup>697</sup>同樣地，若有選任辯護人，指定卻未依德國刑事訴訟法第 143 條撤銷指定之情況，選任辯護人亦無提出抗告的權利。<sup>698</sup>

除此之外，對之亦可能提出法律審查(Revision)。依照德國刑事訴訟法第 336 條，審判長關於駁回聲請撤銷辯護人指定的處分，必須立刻經由法律審之法院進行審查。惟指摘成立與否並不取決於被告先前是否促使法院作出決定，若是基於指定時被告未獲得其所選擇之辯護人的為由，提出法律審時將受到駁回。<sup>699</sup>

## 第三項 小結

由以上可知，辯護人於程序中脫離的情形，除了一般解除選任辯護人之委任關係外，亦有可能因辯護人違法行為之重大嫌疑而透過國家之公權力強制將辯護人排除於程序。因此，在【羈押辯護案】之「辯護人解任篇」的問題(1)，如本章第三節所介紹，辯護人 X 通知被告甲關於閱卷時得知檢警將搜索甲住宅之資訊，已屬逾越辯護人轉知資訊界限，而屬於濫用權限之辯護行為，故得依德國刑事訴訟法第 138a 條或第 143 條(按，指定辯護人之情形，排除之法條依據仍有爭議)將其排除於程序而撤銷指定。並且為了保障被告甲之閱卷權與交通權，依德國刑事訴訟法第 138c 條，此時應即另行指定辯護人保障被告甲之權利；由於本案例屬強制辯護案件，本來即在排除辯護人後，若被告無辯護人即必須另行指定辯護人以滿足程序要求，但此德國刑事訴訟法第 138c 條的規定對於非強制辯護案件的被告權利保障，即具有相當重要意義。由於辯護人排除制度是為了維護刑事司法程序正常運行的規定，而運用國家的公權力強制將辯護人排除，故即便是由被告自行委任的選任辯護人，亦應依德國刑事訴訟法第 138a 條以下為依據，將辯護人排除，故在問題(2)的部分，並不會與問題(1)得到不同答案。

德國刑事訴訟法基於重視被告與辯護人的信賴關係，故在德國刑事訴訟法第 142 條規定了指定辯護人時應遵守的程序，以確保被告能於指定時有獲得其所信賴的辯護人的機會。因此，一旦被告在指定辯護人時的程序保障受到遵守，即可推定雙方的信賴關係建立，不容任意更換辯護人。然而在【羈押辯護案】的「指定辯護人篇 2.(5)」所示的情況，由於指定事出急迫，即便立刻指定 Y 亦非違法，惟向來作為推定信賴關係依據的程序保障在此未被遵守，在此即無法嚴格要求必須於信賴關係終局而嚴重破壞才能更換指定辯護人，而必須放寬更換辯護人之要件。故在「解任辯護人篇」中，甲於問題(3)中提出的要求為有理由，法院應遵循適當程序保障而使甲能更換指定為其所信賴的辯護人。

由於新修之德國刑事訴訟法第 140 條第 1 項第 4 款是基於被告在羈押時所受之特別不利益而將此列為強制辯護事由，故當被告獲得釋放，即強制辯護事由不存在時，該指定之效力

<sup>697</sup> BVerfG, StV 1998, 356; abl. Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 169.

<sup>698</sup> Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §143 Rn. 7.

<sup>699</sup> Meyer-Großner/Cierniak, StPO, 2010, §143 Rn. 8.

將獲得如何的命運，即成問題。尤其如【羈押辯護案】之「解任辯護人篇」問題(4)所示的情形，因為此時亦不構成德國刑事訴訟法第 140 條第 1 項第 5 款及同條第 3 項所規定的強制辯護情形。關於此問題，德國部分實務及學說認為，應在具體個案中權衡是否仍有應繼續保護的必要性存在，而不應直接認為指定自動失其效力；僅於個案中認為不再有給予被告辯護人協助之必要時，始得撤銷指定。故在問題(4)的部分，不應認為甲釋放時對辯護人 X 所為的指定即自動失效，仍應視甲是否仍有繼續予以辯護人協助之必要。例如，若甲若釋放時已經歷長期羈押而有自行辯護能力下降的情形，或是距離審判期日雖仍有兩星期以上，但依照甲當時的情況，顯難自行進行相關之辯護準備，則不應撤銷辯護人指定，而使辯護人 X 能繼續協助甲進行辯護。





## 第四章 我國法規範與實務現況之介紹及評析

經過以上歐洲人權公約及人權法院所建構之跨國性標準，以及德國在羈押法修正前及修正後情形的介紹，以下回歸我國法部分，探討羈押程序之辯護人協助權與閱卷權之實踐情況及未來發展方向。首先，先對我國法於羈押程序之辯護人協助權及閱卷權保障，應在憲法上根據何種原則及哪個條文，作出現今實務介紹及本文看法；次者，進入法律及實務運作層次，觀察我國現今是如何保障此等權利；最後，再根據本文以上對歐洲標準之分析及德國法運作之觀察，提出本文建議。

### 第一節 刑事程序辯護人協助權與閱卷權之基礎

#### 第一項 憲法之保障

##### 第一款 我國之正當法律程序概念—憲法第 8 條與第 16 條之爭

憲法為保障人民基本權之國家根本大法，規範國家權力行使界限，或要求國家必須為特定作為以實現人民之基本權。我國憲法之中，與羈押審查程序之正當與否最為關聯者，應為第 8 條及第 16 條。憲法第 8 條保障人身自由權<sup>700</sup>，觀其制定，相當於國外之人身逮捕令狀之明文<sup>701</sup>；憲法第 16 條則是保障訴訟權。<sup>702</sup>現今司法院大法官解釋文，往往將此兩條與刑事程序之正當法律程序作聯結，不問是一般之審判程序或是羈押程序，均是如此。

正當法律程序之概念，首先見於我國司法院釋字第 384 號解釋<sup>703</sup>，由該號解釋中，雖然

<sup>700</sup> 《中華民國憲法》第 8 條：「第 1 項 人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。第 2 項 人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁時，其逮捕拘禁機關應將逮捕拘禁原因，以書面告知本人及其本人指定之親友，並至遲於二十四小時內移送該管法院審問。本人或他人亦得聲請該管法院，於二十四小時內向逮捕之機關提審。第 3 項 法院對於前項聲請，不得拒絕，並不得先令逮捕拘禁之機關查覆。逮捕拘禁之機關，對於法院之提審，不得拒絕或遲延。第 4 項 人民遭受任何機關非法逮捕拘禁時，其本人或他人得向法院聲請追究，法院不得拒絕，並應於二十四小時內向逮捕拘禁之機關追究，依法處理。」

<sup>701</sup> 司法院釋字第 392 號解釋理由書：「憲法第八條第二項後段：「...得聲請該管『法院』於二十四小時內向逮捕之機關提審」之法院，與同條第三項：「『法院』對於前項聲請不得拒絕，並不得先令逮捕拘禁之機關查覆。逮捕拘禁之機關對於『法院』之提審，不得拒絕或遲延」、第四項「人民遭受任何機關非法逮捕拘禁時，其本人或他人得向『法院』聲請追究，『法院』不得拒絕，並應於二十四小時內向逮捕拘禁之機關追究，依法處理」之「法院」，亦均限於擁有審判權之法院始屬相當；蓋第二項後段與第三項關於「提審」之規定，係仿自英美之「人身保護令狀」(Writ of Habeas Corpus)，考之此一制度，唯有審判機關之法院方有提審權之可言，檢察機關之無此一權限，本屬無可爭議，即聲請人等與關係機關（法務部）於此亦不爭執。」

<sup>702</sup> 《中華民國憲法》第 16 條：「人民有請願、訴願及訴訟之權。」

<sup>703</sup> 此案涉及舊時《檢肅流氓條例》關於秘密證人及強制到案是否違憲之爭議，該解釋之理由書中表示：「凡限制人民身體自由之處置，在一定限度內為憲法保留之範圍，不問是否屬於刑事被告身分，均受上開規定之保障。除現行犯之逮捕，由法律另定外，其他事項所定之程序，亦須以法律定之，且立法機關於制定法律時，其內容更須合於實質正當，並應符合憲法第二十三條所定之條件，此乃屬人身自由之制度性保障。...前述實質正當之法律程序，兼指實體法及程序法規定之內容，就實體法而言，如須遵守罪刑法定主義；就程序法而言，如犯罪嫌疑人除現行犯外，其逮捕應踐行必要之司法程序、被告自白須出於自由意志、犯罪事實應依證據認定、同一行為不得重覆處罰、當事人有與證人對質或詰問證人之權利、審判與檢察之分離、審判過



已可見到大法官對正當法律程序之肯認，並例示審檢分立、對質詰問權行使、自白之任意性等具體化實現方式，卻仍未表示正當法律程序之實質內涵。關於正當法律程序之內容亦見於後續的司法院大法官解釋中。大法官在司法院釋字第 396 號解釋中指出，必須予以受懲戒處分之公務員陳述意見機會以及充分程序保障，例如直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，始符合憲法第 16 條之訴訟權保障<sup>704</sup>；其後之司法院釋字第 491 號解釋關於《公務人員考績法》免職處分之規定是否違憲一點，對於正當法律程序又再進一步有具體化例示說明，包含作成處分之機關必須具中立性、必須給予受處分人表示意見機會、處分應附理由、應該予受處分人救濟機會及救濟教示。<sup>705</sup>司法院釋字第 582 號解釋闡釋刑事訴訟程序對質詰問權，則是同時援引了憲法第 8 條正當法律程序及第 16 條，並認為防禦權屬於第 16 條之訴訟權不可或缺之要素<sup>706</sup>，但卻未說明防禦權與正當法律程序之關係，也使此兩種概念及憲法條文之界限更加模糊。正當法律程序之概念於刑事程序之運用又見於其後之司法院釋字第 636 號及 654 號解釋，前者涉及《檢肅流氓條例》，而援引憲法第 8 條表示拘束人身自由必須踐行正當法律程序<sup>707</sup>；後者則是在被羈押人與辯護人間之通信接見限制之案例中，援引憲法第 16 條之訴訟權，而認為其範圍涵蓋受公平審判之權利及正當法律程序。<sup>708</sup>近期挑戰重罪羈押是否合憲之司法院釋字第 665 號解釋中，先是援引憲法第 8 條作為重罪羈押作為實體要件之合憲性審查基礎，進而援引憲法第 16 條作為審查羈押救濟制度之合憲與否之依據；而其中後者之論證過程中，亦援引憲法第 16 條作為公平審判之憲法上依據<sup>709</sup>。

程以公開為原則及對裁判不服提供審級救濟等為其要者。除依法宣告戒嚴或國家、人民處於緊急危難之狀態，容許其有必要之例外情形外，各種法律之規定，倘與上述各項原則悖離，即應認為有違憲法上實質正當之法律程序。」

<sup>704</sup> 司法院釋字第 396 號解釋文：「懲戒處分影響憲法上人民服公職之權利，懲戒機關之成員既屬憲法上之法官，依憲法第八十二條及本院釋字第一六二號解釋意旨，則其機關應採法院之體制，且懲戒案件之審議，亦應本正當法律程序之原則，對被付懲戒人予以充分之程序保障，例如採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並予以被付懲戒人最後陳述之機會等，以貫徹憲法第十六條保障人民訴訟權之本旨。有關機關應就公務員懲戒機關之組織、名稱與懲戒程序，併予檢討修正。」

<sup>705</sup> 司法院釋字第 491 號解釋文：「對於公務人員之免職處分既係限制憲法保障人民服公職之權利，自應踐行正當法律程序，諸如作成處分應經機關內部組成立場公正之委員會決議，處分前並應給予受處分人陳述及申辯之機會，處分書應附記理由，並表明救濟方法、期間及受理機關等，設立相關制度予以保障。復依公務人員考績法第十八條規定，服務機關對於專案考績應予免職之人員，在處分確定前得先行停職。受免職處分之公務人員既得依法提起行政爭訟，則免職處分自應於確定後方得執行。」

<sup>706</sup> 司法院釋字第 582 號解釋文：「憲法第十六條保障人民之訴訟權，就刑事被告而言，包含其在訴訟上應享有充分之防禦權。刑事被告詰問證人之權利，即屬該等權利之一，且屬憲法第八條第一項規定『非由法院依法定程序不得審問處罰』之正當法律程序所保障之權利。」

<sup>707</sup> 司法院釋字第 636 號解釋理由書：「人民身體自由享有充分保障，乃行使憲法所保障其他自由權利之前提，為重要之基本人權。故憲法第八條對人民身體自由之保障，特詳加規定，其第一項規定『人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。』考其意旨，係指國家行使公權力限制人民身體自由，必須遵循法定程序，在一定限度內為憲法保留之範圍。所謂法定程序，依本院歷來之解釋，凡拘束人民身體自由於特定處所，而與剝奪人民身體自由之刑罰無異者，不問其限制人民身體自由出於何種名義，除須有法律之依據外，尚須分別踐行正當法律程序，且所踐行之程序，應與限制刑事被告人身自由所踐行之正當法律程序相類。」

<sup>708</sup> 司法院釋字第 654 號解釋理由書：「憲法第十六條規定人民有訴訟權，旨在確保人民有受公平審判之權利，依正當法律程序之要求，刑事被告應享有充分之防禦權，包括選任信賴之辯護人，俾受公平審判之保障。而刑事被告受其辯護人協助之權利，須使其獲得確實有效之保護，始能發揮防禦權之功能。從而，刑事被告與辯護人能在不受干預下充分自由溝通，為辯護人協助被告行使防禦權之重要內涵，應受憲法之保障。」

<sup>709</sup> 司法院釋字第 665 號解釋理由書：「...憲法第八條第一項前段規定：『人民身體之自由應予保障。』羈押作為刑事保全程序時，旨在確保刑事訴訟程序順利進行，使國家刑罰權得以實現。惟羈押係拘束刑事被告身

由歷來之司法院大法官解釋，可以看出幾點特色。首先，正當法律程序之概念雖然被我國釋憲實務所引進，但尚未明確解釋正當法律程序之實質意義。儘管司法院大法官解釋中反覆援引此詞彙，並列舉數個具體化之實行，如司法院釋字第 396 及 491 號所示，但仍未具體說明此概念內涵。次者，正當法律程序與公平審判間之關係為何，實務向來未具體說明，司法院大法官解釋文中有時引用其一，有時卻兩者併用。再者，正當法律程序及公平審判原則在我國憲法上之依據為何，從司法院大法官之解釋中亦難以釐清，因此究竟應援引憲法第 8 條或第 16 條為依據，仍然莫衷一是。最後，憲法第 8 條及第 16 條之適用範圍為何，也同樣未有明確界線。因此學說批評到，我國司法院大法官解釋文中所稱之「正當法律程序」，實質上可以說是僅有一具空殼而已；學者亦普遍認為司法院大法官解釋中廣泛地將正當法律程序與憲法第 8 條劃上等號，幾乎可說是恣意的狀態。<sup>710</sup>

### 第二款 解決之道

觀歐洲人權公約第 6 條為公平審判原則之依據，歐洲人權法院裁判中涉及一般之辯護人協助權與閱卷權時，亦均援引公約第 6 條作為依據；為涉及人身自由剝奪之合法性審查程序時，原則上均優先援引公約第 5 條第 4 項為依據，並且明確肯認公約第 5 條第 4 項所謂之司法審查程序亦必須符合公平程序之概念<sup>711</sup>。對照於我國憲法，第 16 條「訴訟權」與第 8 條亦可作如是區分。憲法第 16 條之訴訟權保障應為「有權利即有救濟」之意，期實質內涵及為了「使人民獲得有效之權利保障」。所謂有效之權利保障，不僅必須使人民獲得權利救濟管道，更應使救濟程序符合所謂之正當法律程序原則或公平審判原則，其中包含法定中立無偏頗之法官進行審判、聽審權保障、武器平等原則等要求，以為充實第 16 條訴訟權保障之內涵。是以，在一般的民刑事及行政訴訟程序中所謂之「正當法律程序」或「公平審判程序」保障依據應為憲法第 16 條，故刑事程序之辯護人協助權及閱卷權亦應以憲法第 16 條為依據。<sup>712</sup>

我國憲法第 8 條第 1 項及第 2 項中亦明文表示，人民身體之自由非經司法或警察機關依法定程序不得逮捕拘禁，且逮捕後至遲於二十四小時內應移送該管法院進行審問；此處之法

---

體自由，並將之收押於一定處所，乃干預身體自由最大之強制處分，使刑事被告與家庭、社會及職業生活隔離，非特予其心理上造成嚴重打擊，對其名譽、信用等人格權之影響甚為重大，自僅能以之為保全程序之最後手段，允宜慎重從事（本院釋字第三九二號、第六五三號、第六五四號解釋參照）。是法律規定羈押刑事被告之要件，須基於維持刑事司法權之有效行使之重大公益要求，並符合比例原則，方得為之。...憲法第十六條規定人民有訴訟權，旨在確保人民得依法定程序提起訴訟及受公平之審判。至於訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，應由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的以及訴訟制度之功能等因素，以法律為合理之規定（本院釋字第四四二號、第五一二號、第五七四號解釋參照）。檢察官對於審判中法院所為停止羈押之裁定是否得提起抗告，乃刑事訴訟制度之一環，衡諸本院上開解釋意旨，立法機關自得衡量相關因素，以法律為合理之規定。」

<sup>710</sup> 參照施育傑，歐洲人權公約第五條—以歐洲人權法院裁判為借鏡檢討我國羈押與人身拘束制度，台灣大學碩士論文，2008，204 頁以下。關於辯護權的憲法根據究竟為第 8 條亦或第 16 條的爭議，詳細參照呂雅婷，刑事被告受律師協助權—以歐洲人權法院裁判為借鏡，台灣大學碩士論文，2007，94 頁以下；陳愛娥，正當法律程序與人權之保障—以我國法為中心，憲政時代，第 29 卷第 3 期，2004 年 1 月，362 頁以下；何賴傑，正當法律程序原則—刑事訴訟法上一個新的法律原則？，憲政時代，第 25 卷第 4 期，2000 年 4 月，34 頁。

<sup>711</sup> 參照上文第二章第一節。

<sup>712</sup> 同此見解，呂雅婷，刑事被告受律師協助權—以歐洲人權法院裁判為借鏡，台灣大學碩士論文，2007，144 頁以下；相反見解，認為受辯護人協助之權利係屬於憲法第 8 條正當法律程序保障之具體內容者，陳運財，刑事訴訟法之修正與刑事辯護，月旦法學雜誌，第 137 期，2006 年 10 月，123 頁。

院審問之意，依司法院釋字第 392 號解釋文可知，此處係指具審判權之法院進行審問之意。<sup>713</sup>由是可知，我國憲法第 8 條與歐洲人權公約第 5 條第 4 項具有相同之功能，即要求剝奪人身自由必須經由法院進行合法性審查，故我國憲法第 8 條應可作為羈押合法性審查之程序保障要求的根據。如同歐洲人權法院所述，由於第 8 條作為法官進行合法性審查之依據，而該程序既由法官為之，本身即必須具備司法程序保障之特色，只是保障方式及程度必須視該案件之本質而定之。因此，羈押審查時是否須具備辯護人協助，以及辯護人是否擁有閱卷權等問題，直接涉及審查程序本身是否正當，而可直接歸屬於憲法第 8 條之涵攝範圍，此點由歐洲人權法院審查時大多均以歐洲人權公約第 5 條為依據，即可獲得印證。<sup>714</sup>

綜合上述，我國憲法實務上認為，辯護權及閱卷權保障均屬於「正當法律程序」之一環，惟對於正當法律程序之依據為憲法第 8 條或第 16 條有所爭議。本文認為，在一般之民刑事等訴訟程序保障應以憲法第 16 條為依據，但在羈押審查程序是否符合「正當法律程序」保障一點，雖非不能由憲法第 16 條間接推論，但較直接且正確的作法，乃援引憲法第 8 條作為依據。

## 第二項 《公民與政治權利國際公約》之保障

《公民與政治權利國際公約》(International Covenant on Civil and Political Rights，簡稱 ICCPR)是聯合國為了落實《世界人權宣言》(Universal Declaration of Human Rights)於 1966 年所通過。我國立法院於 2009 年 3 月通過《公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法》(此二國際公約以下簡稱為「兩公約」)，使兩公約具有國內法律之效力，並規定於適用兩公約規定時，應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋。<sup>715</sup>儘管我國立法院已通《兩公約施行法》，在國際層次上，由於聯合國並未予以批准，造成我國關於兩公約的實際施行情形及人權保障狀況並未受到國際監督的約束。<sup>716</sup>無論如何，我國法院自立法院通過《兩公約施行法》後，便經常於判決中明白揭示《公民與政治權利國際公約》之條文規定，可惜均僅止於條文援用而已，實質上並未引用人權事務委員會之解釋作詳盡論述。<sup>717</sup>

<sup>713</sup> 司法院釋字第 392 號解釋文：「...憲法第八條第一項、第二項所規定之『審問』，係指法院審理之訊問，其無審判權者既不得為之，則此兩項所稱之『法院』，當指有審判權之法官所構成之獨任或合議之法院之謂。法院以外之逮捕拘禁機關，依上開憲法第八條第二項規定，應至遲於二十四小時內，將因犯罪嫌疑被逮捕拘禁之人民移送該管法院審問。」

<sup>714</sup> 參照上文第二章。

<sup>715</sup> 《公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法》第 2 條：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」第 3 條：「適用兩公約規定，應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋。」

<sup>716</sup> 關於兩公約在我國應何去何從，以及我國在此國際困境之下應如何使兩公約的人權保障落實，詳細可參照王自雄，人權兩公約之國內法化暨其施行法之實施—從國際法的內化與人權在我國憲政體制下之法律地位論起，台灣法學雜誌，第 164 期，2010 年 11 月，113 頁以下。

<sup>717</sup> 例如最高法院 100 年度台抗字第 113 號裁定：「...又上開解釋已對同法第一百零一條第一項第三款為限縮解釋，應可認係對公民與政治權利國際公約第九條第三項規定之具體落實，法院審酌應否羈押被告時，若依一般人合理判斷涉犯重罪之被告有逃亡之相當或然率存在，即非不得依同法第一百零一條第一項第三款規定羈押被告。」、最高法院 98 年度台抗字第 813 號裁定：「...如端憑重罪罪名即予羈押，何異於預先執行未定讞之刑罰，有悖無罪推定原則，亦與公民與政治權利國際公約第九條第三項所定『候審人原則上不予羈押』不符。」

關於公平審判原則之保障，規定於《公民與政治權利國際公約》第 14 條；而人身自由權之保障，則規定於《公民與政治權利國際公約》第 9 條。查《公民與政治權利國際公約》第 14 條之規定之內容，其實與歐洲人權公約第 6 條之保障範圍相去不遠；例如《公民與政治權利國際公約》第 14 條第 3 項第 4 款即規定：「到庭受審，及親自答辯或由其選任辯護人答辯；未經選任辯護人者，應告以有此權利；法院認為審判有此必要時，應為其指定公設辯護人，如被告無資力酬償，得免付之。<sup>718</sup>」其條文規定之要件除了比歐洲人權公約第 6 條第 3 項 c 款多了應告知權利的具體規定外，幾乎是歐洲人權公約的翻版。<sup>719</sup>《公民與政治權利國際公約》第 9 條中亦有關於剝奪人身自由之合法性審查規定，規定於第 4 項，表示：「任何人因逮捕或拘禁而被奪自由時，有權聲請法院提審，以迅速決定其拘禁是否合法，如屬非法，應即令釋放。<sup>720</sup>」此規定與歐洲人權公約第 5 條第 4 項之規定幾乎相同。而《公民與政治權利國際公約》第 9 條整體規範與歐洲人權公約第 5 條相比，基本上除了兩條之第 1 項在法律保留的要件規定上，前者採概括規定方式，後者採列舉規定方式之外，其他規定均是如出一轍。<sup>721</sup>因此在對《公民與政治權利國際公約》之條文進行解釋時，也不妨參照歐洲人權法院對於歐洲人權公約所作之解釋，避免《公民與政治權利國際公約》淪於空泛的條文引用。

## 第二節 我國法規範與實務現況

### 第一項 偵查中羈押程序之免費辯護人協助

在我國法之下，被告若基於自身考量而不願親自委任選任辯護人，可能透過審判中之法院或偵查中之檢察官指定辯護人的方式而獲得辯護人協助，亦可能經由財團法人法律扶助基金會的協助而獲得辯護人。不過無論是透過司法機制的指定辯護，或是透過法律扶助指派律師的管道，都有一定的要件限制。以下針對此兩種獲得辯護人之方式，討論在我國法之下，偵查中之被羈押人與被聲請羈押之被告，在自行選任辯護人外能獲得辯護人協助之可能情形。

#### 第一款 受免費辯護人協助之規範

##### 第一目 刑事訴訟法指定辯護之規定

<sup>718</sup> 條文翻譯內容引自法務部網站：<http://www.humanrights.moj.gov.tw/public/Data/91210185030256.pdf>

。本條文之英文版原文為：「(d) To be tried in his presence, and to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing; to be informed, if he does not have legal assistance, of this right; and to have legal assistance assigned to him, in any case where the interests of justice so require, and without payment by him in any such case if he does not have sufficient means to pay for it;」

<sup>719</sup> 關於對質詰問的規定也是相同情形。參照林鈺雄，對質詰問之限制與較佳防禦手段優先性原則之運用，台大法學論叢，第 40 卷第 4 期，2011 年 12 月，2328-2329 頁。

<sup>720</sup> 本條文之英文版原文為：「4. Anyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings before a court, in order that that court may decide without delay on the lawfulness of his detention and order his release if the detention is not lawful.」條文翻譯內容引自法務部網站：<http://www.humanrights.moj.gov.tw/public/Data/91210185030256.pdf>。

<sup>721</sup> Gollwitzer, Menschenrechte im Strafverfahren: MRK und IPBPR Kommentar, 2005, Art. 5 MRK (Art. 9, 11 IPBPR) Rn. 1a.

依刑事訴訟法第 27 條規定，被告得隨時選任辯護人。然而並不是所有被告均有能力或意願選任辯護人，因此相對有指定辯護制度。必須注意到強制辯護與指定辯護之概念不同，強制辯護係指辯護人未到庭辯護則不得審判的情形，而指定辯護係指經由審判長為被告指定公設辯護人或律師為其辯護人之意，兩者概念仍有區別。<sup>722</sup>刑事訴訟法第 31 條第 1 項為強制辯護及指定辯護之法律上依據，其中第 1 項規定，使審判中強制辯護案件未選任辯護人者、非強制辯護案件而被告為低收入戶經聲請指定者，或審判長認為有必要之情形者，能獲得審判長指定公設辯護人或律師為其辯護。但相對地，同條第 5 項為偵查中之強制辯護之規定，在該規定之下，偵查中也僅有智能障礙而無法為完全之陳述者能夠獲得指定辯護人。<sup>723</sup>

刑事訴訟法中對於偵查中之指定辯護保障與審判中有明顯差異，依照刑事訴訟法第 31 條規定，審判中能獲得指定辯護之情形有最輕本刑三年以上有期徒刑、高等法院為第一審管轄、被告因智能障礙無法為完全之陳述、被告為低收入戶、審判長認為有必要等五種情形，但偵查中僅有智能障礙而無法為完全之陳述一種情形。關於此落差，首先起因於 1982 年的修法，由於修法者認為，偵查中並無強制辯護之必要，故於第 31 條第 1 項中明文增加「審判中」等字樣。<sup>724</sup>其後歷經 1997 和 2003 年的修法，第 31 條第 1 項才增列智能障礙及低收入戶之情形，但偵查中無強制辯護之概念仍未被撼動，直至 2006 年修法，才新增第 31 條第 5 項，使智能障礙而無法為完全陳述之情形，成為唯一的偵查中強制辯護事由。<sup>725</sup>

## 第二目 法律扶助制度

根據《法律扶助法》第 13 條及第 14 條之規定，獲得法律協助以無資力情形為原則，但若是刑事訴訟法規定強制辯護之情形，或是符合《社會救助法》所規定之低收入戶者，則不需審查無資力要件。但同法第 15 條及第 16 條則設有例外排除規定，例如非合法居住於我國

<sup>722</sup> 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2010，209 頁以下。

<sup>723</sup> 實務上明確認為偵查中除智能障礙情形外，不發生強制辯護問題，例示如最高法院 97 年度台上字第 1976 號判決：「...但強制辯護案件，係以：⊙最輕本刑為三年以上有期徒刑或高等法院管轄第一審案件或被告因智能障礙無法為完全之陳述，於審判中未經選任辯護人者；⊙其他審判案件，低收入戶被告未選任辯護人而聲請指定，或審判長認為有必要者；及⊙偵查中被告因智能障礙無法為完全之陳述者為限，始應指定公設辯護人或律師為被告辯護，此觀同法第三十一條第一項、第五項之規定自明。是在偵查中，除被告因智能障礙無法為完全之陳述，而未選任辯護人之情形，應由檢察官指定律師為其辯護外，其他案件在偵查階段，因檢察官、司法警察官或司法警察，僅對被告或犯罪嫌疑人之犯罪情形為偵查、調查或蒐集證據，既尚未起訴，被告或犯罪嫌疑人並無需就法律之適用或證據能力、證據證明力等事項與檢察官互為辯論，不發生強制辯護之問題，自無指定公設辯護人或律師為其辯護之必要。」

<sup>724</sup> 1984 年 8 月 4 日第 31 條第 1 項修法理由：「本條係關於強制辯護之規定。惟按何種案件應行強制辯護，須憑起訴法條而為認定，在偵查階段，被告未經起訴，尚不發生強制辯護問題。且在偵查階段之檢察官、司法警察官或司法警察，僅對被告或犯罪嫌疑人之犯罪情形加以偵查或調查及蒐集證據，尚無需就法律或證據互為辯論，與審判程序必須公開辯論之規定情形不同，故在偵查程序中被告或犯罪嫌疑人選任辯護人，已足保護其權益，如不願選任或雖經選任而辯護人怠於執行職務者，實施偵查程序之公務員自無代為指定公設辯護人之必要，故修正本條例第一項，於第二句增列『於審判中』四字，第四句增列『審判』二字，以示本條之規定僅適用於審判程序。」

<sup>725</sup> 2006 年月日第 31 條第 5 項立法理由：「被告因智能障礙未經選任辯護人者，在審判中屬於強制辯護案件，審判長應指定公設辯護人或律師為其辯護。其在檢察官偵查中，如無辯護人予以協助，顯不足以保障權利。應將本條關於智能障礙者強制辯護之規定擴及於檢察官偵查階段。爰增定第五項，使因智能障礙無法為完全之陳述之被告於檢察官偵查時亦得有指定辯護規定之適用。」

者，或是依申請人所提資料或陳述顯無理由者等情形。<sup>726</sup>

法律扶助基金會認定是否為無資力之標準，則根據該會所通過之《財團法人法律扶助基金會受法律扶助者無資力認定標準》判斷。以台北市之單身戶為例，必須要月收入兩萬八千元以下，且可處分資產總計五十萬元以下，始能透過法律扶助獲得辯護人協助(參照下表)。<sup>727</sup>

※財團法人法律扶助基金會受法律扶助者無資力者資格標準參考表

	單身戶		家庭人口數二人		家庭人口數三人	
	每月可處分收入	可 處 分 資 產	每月可處分收入	可處分資產	每月可處分收入	可處分資產
台北市	28,000 元以下	共 計 五 十 萬元以下	37,510 元以下	共計五十萬 元以下	56,265 元以下	共計六十五 萬元以下
新北市	23,000 元以下		35,496 元以下		53,244 元以下	
台中市			30,910 元以下		46,365 元以下	
台南市			30,732 元以下		46,098 元以下	
高雄市			33,438 元以下		50,157 元以下	
台 灣 省 或 其 他地區			22,000 元以下		30,732 元以下	

<sup>726</sup> 《法律扶助法》第 13 條：「無資力者，得申請法律扶助。」第 14 條：「有下列情形之一者，得申請法律扶助，無須審查其資力：一、涉犯最輕本刑為三年以上有期徒刑或高等法院管轄第一審案件，於審判中未經選任辯護人者。二、因智能障礙致未能為完全陳述，於審判中未經選任辯護人或代理人，審判長認有選任辯護人或代理人之必要者。三、符合社會救助法所規定之低收入戶者。」第 15 條：「前二條之規定，於合法居住台灣地區之人民均適用之。」第 16 條：「第 1 項 法律扶助之申請，如有下列情形之一者，不應准許：一、依申請人之陳述及所提資料，顯無理由者。二、申請人勝訴所可能獲得之利益，小於訴訟費用及律師報酬者。但所涉及之紛爭具有法律上或社會上之重大意義者，不在此限。三、就同一事件依本法或其他法律已受法律扶助，而無再予扶助之必要者。四、對於基金會之訴訟。五、於台灣地區外所進行之訴訟。六、申請之事項不符法律扶助之目的者。第 2 項 前項第一款及第二款之規定，於法律諮詢不適用之。」

<sup>727</sup> 參照法律扶助基金會網站，資料來源：[http://www.laf.org.tw/tw/b2\\_1\\_1.php?idno=34](http://www.laf.org.tw/tw/b2_1_1.php?idno=34)。

無資力者認定辦法	第三條	第三條	第三條
	第一款	第二款	第二款
備註	<p>一、除單身戶外，以上未列情形，家庭人口數每增加一人，其可處分之收入標準，依申請人住所地直轄市、縣（市）主管機關審核認定社會救助法中低收入戶之收入標準，為計算標準。</p> <p>二、可處分資產：此項計算不包括公告現值在 550 萬元以下的自宅或自耕農地。另家庭人口自第三人起每增加一人增加 15 萬元。</p>		

(資料來源：[http://www.laf.org.tw/tw/b2\\_1\\_1.php?idno=34](http://www.laf.org.tw/tw/b2_1_1.php?idno=34))

申請程序上，申請人可親自或委託他人，備妥身分證明文件、無資力證明文件及訴訟案件相關資料，先經電話預約時間後，再至各地法扶分會與審查委員面談，經三位審查委員決議後，始能獲得法律協助。<sup>728</sup>申請結果通常一兩天內即會通知申請人，至遲一周。<sup>729</sup>

然而必須特別注意到的是，法律扶助原則上不接受非強制辯護案件之警調首次偵訊之辯護。<sup>730</sup>至 2007 年開始試辦「檢警第一次偵訊陪同到場專案」<sup>731</sup>，除心智障礙者有特別保護之外，對於涉嫌三年以上有期徒刑之罪，而受刑事偵查機關拘提、逮捕，或未收受傳票、通知書而臨時被要求到場，於第一次接受警察訊問時派遣律師到場陪訊。並且為了能夠提供及時的律師協助，在此專案中採取以資力切結書取代原本審核流程的方式，以求儘速派遣律師。根據法律扶助基金會 2010 年統計資料顯示，此專案中申請後成功獲得派遣律師的比例約為 67%，而透過警方致電提出申請者為多數。<sup>732</sup>

## 第二款 偵查中羈押程序受免費辯護協助之可能性

### 第一目 依刑事訴訟法受指定

由刑事訴訟法第 31 條第 1 項及第 5 項之規定及其立法理由可知，強制辯護以審判中為原則，而偵查中屬於極其例外情形。因此在偵查中即被羈押的被告，除非其為智能障礙而無法為完全陳述者，即便是涉及最輕本刑三年以上之罪的情形，甚至是爭議較大的重罪羈押或預防性羈押的情形，均無法單純以羈押為理由而獲得法院或檢察官指定辯護人予以協助。

學者認為，對於智能障礙的被羈押人而言，強制辯護最能夠發揮保障被告之功能，因此依照我國法規定，只要是在「偵查中」，無論是檢察官在聲請羈押前的訊問、羈押審查時的法官訊問，甚至是停止羈押、再執行羈押情形，檢察官均應有指定辯護人之義務。並且為了能夠兼顧刑事訴訟法第 93 條第 2 項 24 小時的時間限制，最好的作法是只要國家機關預先評估被告可能屬於智能障礙而無法為完全陳述之情形，即必須預先指定辯護人，不待訊問之

<sup>728</sup> 參照法律扶助基金會網站，資料來源：[http://www.laf.org.tw/tw/a2\\_3\\_1.php](http://www.laf.org.tw/tw/a2_3_1.php)。

<sup>729</sup> 參照法律扶助基金會網站，資料來源：[http://www.laf.org.tw/tw/a2\\_5.php](http://www.laf.org.tw/tw/a2_5.php)。

<sup>730</sup> 參照法律扶助基金會網站，資料來源：[http://www.laf.org.tw/tw/a2\\_2\\_1.php](http://www.laf.org.tw/tw/a2_2_1.php)。

<sup>731</sup> 專案之介紹予評釋參照鄭聖業，論限制偵查階段指定辯護之合理性與意義，成大法學，第 15 期，2008 年 6 月，219 頁以下。

<sup>732</sup> 財團法人法律扶助基金會，2010 年周年報告書，2011，44 頁以下。



時。如果無法預先指定，於指定辯護人之等候期間修法列入刑事訴訟法第 93 條之 1 第 1 項第 5 款規定範圍內之前，法官於用法時必須類推適用刑事訴訟法第 93 條之 1 第 1 項第 5 款之規定，不將等候時間列入 24 小時的計算內並使等候時間仍不能超過 4 小時，始能兼顧智能障礙者的辯護權及人身自由程序保障之 24 小時規定。<sup>733</sup>

若違反偵查中強制辯護之規定，其法律效果方面，原則上，即便事後於偵查或審判程序中有符合法規即可認為當然治癒，但仍可能藉由補證或重複該程序行為而治癒原先瑕疵。<sup>734</sup>至於是否有證據使用禁止的效果，尤其是於自白之證據能力的問題，學者認為，若檢察官為蓄意的情形，此時屬於以詐欺方式取得自白而有證據使用禁止效果；若檢察官非蓄意，鑒於偵查中強制辯護規定對智能障礙者之特別保護目的，以及被告陳述時可能欠缺自由意志的考量，應援引刑事訴訟法第 158 條之 4 認定為證據使用禁止，而非如部分實務上認為只要有補強證據即可採為有罪基礎，始能實現保護智能障礙者之立法目的。<sup>735</sup>

## 第二目 依法律扶助制度受扶助

除符合刑事訴訟法強制辯護情形之外，法律扶助之範圍受限於符合無資力標準之人，並且須通過審查。由於偵查中僅有智能障礙而無法為完全陳述者為強制辯護情形，故被羈押人若欲申請法律扶助派遣律師為辯護人，原則上均必須符合無資力要件並通過審查。僅管法律扶助基金會面對刑事被告案件，原則上均傾向同意派遣律師協助，但過去因為被羈押人行動自由受限，亦發生無人協助到會提出申請而無法獲得律師的情況；現今已透過檢察署及法院之轉介及協助，使刑事案件申請比例提高。惟從統計數量可發現，刑事案件在獲准予以派遣律師的比例上仍然偏低，惟是否因被羈押人僅能以書面提出申請，導致審核程序上較不易通過的情形，仍有所疑問。<sup>736</sup>

值得注意的是，我國《法律扶助法》之中雖然於第 16 條有在資力標準以外作出給予扶助的限制，不過該條所規定的標準與歐洲人權法院案例法中關於司法利益所需的要件所形成的標準相比，前者未特別考慮案件複雜性、處罰嚴厲性、個人是否自行即有能力進行訴訟等要素，可見我國的法律扶助制度與國外相比似乎「慷慨」許多。雖然對於國庫負擔較大，但擴張律師協助的範圍，對我國的人權保障亦為值得嘉許之處。

然而就法律扶助基金會內部審核被羈押人是否符合要件時，若被羈押人無人協助申請，於須補正審查資料的情形，即產生阻礙審核速度或甚至無法通過要件的情形。簡言之，被羈押人受到法律扶助派遣律師為辯護人，不但範圍受限於無資力之被羈押人，亦可能因被羈押人的行動受限而受到事實上阻礙。

## 第二項 偵查中羈押程序之閱卷

<sup>733</sup> 何賴傑，偵查程序強制辯護之指定及違法效果—以德國刑事訴訟法為觀察重點(下)，政大法學評論，第 112 期，2009 年 12 月，118-121 頁。

<sup>734</sup> 何賴傑，偵查程序強制辯護之指定及違法效果—以德國刑事訴訟法為觀察重點(下)，政大法學評論，第 112 期，2009 年 12 月，124 頁。

<sup>735</sup> 何賴傑，偵查程序強制辯護之指定及違法效果—以德國刑事訴訟法為觀察重點(下)，政大法學評論，第 112 期，2009 年 12 月，125-126 頁。

<sup>736</sup> 財團法人法律扶助基金會，2010 年周年報告書，2011，23 頁以下。

## 第一款 法律規定及實務見解

我國之刑事訴訟法之體系係源自於德國及二次大戰前之日本刑事訴訟法，故偏近於大陸法體系。<sup>737</sup>閱卷權屬於聽審原則下被告之請求資訊權之具體實現，在我國刑事訴訟法體系下，為辯護人進行辯護時的重要權利。<sup>738</sup>

附帶一提，儘管刑事訴訟法現今歷經數次修法後改採所謂的「改良式當事人主義」，但仍未採行日本制度下的「起訴狀一本主義」，亦遑論與其配套之「證據開示制度」<sup>739</sup>。雖有認為我國應採證據開(揭)示制度以維護人權保障<sup>740</sup>，惟從本文先前比較法部分所示，在為了讓辯方獲得卷宗資訊的刑事程序設計上，有閱卷制度與揭示制度兩種模式，但兩種模式實屬於互斥的設計模式，換言之，有閱卷即無再要求揭示必要<sup>741</sup>，因此除非將我國刑事訴訟體制重新改造，否則將單純證據揭示制度植入我國刑事訴訟體制其實是矛盾的作法。

刑事程序之閱卷權規定於我國刑事訴訟法第 33 條，其中第 1 項規定「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。」同條第 2 項規定「無辯護人之被告於審判中得預納費用請求付與卷內筆錄之影本。但筆錄之內容與被告被訴事實無關或足以妨害另案之偵查，或涉及當事人或第三人之隱私或業務秘密者，法院得限制之。」

## 第一目 行使主體

2007 年之前，刑事訴訟法第 33 條僅有第 1 項存在，而舊時之實務及學說亦認為，閱卷權為辯護人之專屬權利，故被告無閱卷權；即便是被告無辯護人之情形，亦不得由被告自行閱卷。<sup>742</sup>不過此種辯護人固有權之見解備受批評，畢竟儘管法律規定辯護人擁有閱卷之權利，亦不得據此推論被告無閱卷之權利；更何況在複製技術發達之今日，已無過去擔心被告湮滅原始證據之疑慮，故全面禁止被告閱卷已屬過時。迄 2007 年，基於維護無辯護人被告之防禦權之目的，第 33 條終於增加第 2 項之規定，而使無辯護人之被告亦得閱卷；但即便如此，立法理由中亦可查知立法者對於閱卷權屬於辯護人或被告之權利，仍未明確表示立場。<sup>743</sup>

<sup>737</sup> 我國刑事訴訟法於清末民初之時以日本法為藍本並參照西歐法所制定，儘管該草案未曾施行，並經國民政府大幅修正，但仍為現今刑事訴訟法之藍本。參照林永謀，刑事訴訟法釋論(上)，2010，33 頁以下。

<sup>738</sup> 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2010，222 頁。

<sup>739</sup> 日本之證據開示制度，原則上不允許被告於審判期日前檢閱相關書類、證據，實務上運用證據開示時亦認為必須滿足前提要件，包含須於證據調查階段、須於被告防禦上具重要性、須有具體必要性及無湮滅罪證或脅迫證人之虞。然而鑒於此造成被告審前準備不易，以及審判期日之效率低落，日本增訂審前審理程序，並且將頗具爭議性的證據開示制度明文化，內容包含於審前審理程序即實施證據開示以確保爭點、被告可要求開示特定類型之證據及檢察官預定證明事實之證據，以及對於法院證據開示命令不服之救濟途徑。參照林裕順，「起訴狀一本主義」再考—釐清「剪不斷、理還亂」的審檢互動，月旦法學雜誌，第 177 期，2010 年 2 月，187 頁以下。

<sup>740</sup> 林裕順，「起訴狀一本主義」再考—釐清「剪不斷、理還亂」的審檢互動，月旦法學雜誌，第 177 期，2010 年 2 月，187 頁以下；「迅速審判」法制研究—日本司改「審前整理」「證據開示」之啟示，檢察新論，第 8 期，2010 年 7 月，254 頁以下。

<sup>741</sup> 詳見本文第二章第三節第一項。

<sup>742</sup> 蔡墩銘，辯護人之閱卷權，月旦法學教室，第 1 期，2002 年 11 月，18 頁；詳細介紹參照張之萍，刑事被告的閱卷權，2007，19 頁以下。

<sup>743</sup> 立法理由：「一、第一項未修正。二、在改良式當事人進行主義之訴訟架構下，證據之提出與交互詰問之

## 第二目 行使時點

閱卷得以行使之始點，第 33 條第 1 項明文規定於「審判中」，係指起訴後，包含審判期日開始前之準備階段，及判決後卷證送交上級審之前。<sup>744</sup>至於審判之前，基於偵查利益之維護，辯護人及被告均無閱卷權。<sup>745</sup>

然而若是案件已確定之情形下，被告或辯護人得否閱卷，實務見解尚未統一。有不拘泥於條文「審判中」字樣，而認為應准予被告為聲請再審或非常上訴所提出之閱卷聲請者<sup>746</sup>；亦有認為法條既以明文規定「審判中」為得以閱卷之時點，則必須將閱卷嚴格侷限於審判中者。<sup>747</sup>

進行，均由當事人主導，而依現行本法規定，被告有辯護人者，得經由其辯護人閱卷，以利防禦權之行使，被告無辯護人者，既同有行使防禦權之必要，自應適當賦予無辯護人之被告閱卷證之權利。惟因被告本身與審判結果有切身利害關係，如逕將全部卷證交由被告任意翻閱，將有必須特別加強卷證保護作為之勞費，其被告在押者，且將增加提解在押被告到法院閱卷所生戒護人力之沉重負擔，為保障無辯護人之被告防禦權，並兼顧司法資源之有效運用，爰增訂第二項前段，明定無辯護人之被告得預納費用請求付與卷內筆錄之影本。至筆錄以外之文書等證物，仍應經由法官於審判中依法定調查證據方法，使無辯護人之被告得知其內容，俾能充分行使其防禦權，併予敘明。三、又筆錄之內容如與被告被訴事實無關或足以妨害另案之偵查、或當事人或第三人之隱私或業務秘密者，為免徒增不必要之閱卷勞費、妨害另案之偵查、或他人之隱私資料或業務秘密，允宜由法院得就前開閱卷範圍及方式為合理之限制，爰增訂第二項但書。」

<sup>744</sup> 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2010，223 頁。

<sup>745</sup> 1982 年之修法理由：「依刑事訴訟法第二百四十五條之規定，偵查不公開之，如許偵查中選任之辯護人對於卷宗及證物檢閱、抄錄或攝影，則不僅實質上有損偵查不公開之原則，且難免影響偵查之正常進行，自不應准許。爰修正本條增列『於審判中』四字，以示辯護人檢閱卷宗證物及抄錄或攝影，以審判程序中者為限。」實務見解例示如台灣高等法院 90 年度抗字第 644 號裁定：「...二、按『辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影』，刑事訴訟法第三十三條定有明文，而辯護人檢閱卷宗證物及抄錄或攝影，應以『審判中』之卷宗證物為限，並不及於尚在『偵查中』之卷證，以免害及偵查不公開原則，此觀諸七十一年八月四日該法條之修正理由自明。」儘管以偵查不公開為由限制偵查中之閱卷權，於聲請交付審判之情形，儘管尚未起訴，告訴人得委任律師閱卷(參照刑事訴訟法第 258 條之 1 第 2 項：「律師受前項之委任，得檢閱偵查卷宗及證物並得抄錄或攝影。但涉及另案偵查不公開或其他依法應予保密之事項，得限制或禁止之。」)。

<sup>746</sup> 最高法院 100 年度台抗字第 690 號裁定：「...本條項明定『於審判中』四字，係相對應『於偵查中』為限縮，至於判決終結後，無辯護人之被告得否以聲請再審或非常上訴為理由，預納費用請求付與卷內筆錄之影本，法無明文規定。參酌日本刑事訴訟法第五十三條第一項規定『任何人，在被告案件終結後，均得閱覽訴訟紀錄。但對訴訟紀錄之保存或對法院及檢察工作有妨礙者，不在此限。』及我國實務對於『聲請再審之當事人，委任律師請求抄閱原卷及證物，應准其所請』(台灣高等法院編印『辦理民、刑事審判紀錄業務注意事項』第一〇九點參照)之同一法理，則於判決確定後，無辯護人之被告以聲請再審或非常上訴為理由，請求預納費用付與卷內筆錄之影本，既無禁止之明文，自應類推適用上開規定，從寬解釋，以保障其獲悉卷內資訊之權利，並符便民之旨。至於審判中之請求經法院裁定駁回，因該項裁定係判決前關於訴訟程序之裁定，依刑事訴訟法第四百零四條前段規定，不得抗告，僅能附隨本案上訴而予指摘，但於判決確定後為請求經駁回者，因無本案可資附麗，應解為得提起抗告以資救濟。本件抗告人黃清波因殺人案件，以欲聲請非常上訴及再審為由，請求原審法院准予預納費用付與審判筆錄之影本，原裁定以該案件已判決確定，不符合條文所定之『於審判中』，因認其請求為不合法，予以駁回，依上說明，自有未洽。...」

<sup>747</sup> 最高法院 100 年度台抗字第 293 號裁定：「...又以刑事訴訟法第三十三條規定『辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影』，同法第三十八條前段規定『被告或自訴人之代理人』準用上開規定，故審判程序中僅具有被告之辯護人、被告之代理人及自訴代理人身分之人，始得檢閱卷宗及證物，並抄錄及攝影之；再刑事訴訟法第三十三條於七十一年八月四日修正增列『於審判中』四字，以示辯護人、代理人檢閱卷宗證物及抄錄或攝影，以『審判程序中』者為限，則抗告人聲請准予代理人閱覽本件貪污案之執行卷，縱其已合法委任代理人，因該案業經本院判決上訴駁回確定，審判程序已經終結，抗告人此項聲請，依法自不得准許。況抗告人所犯對於職務上收賄賂罪、洩漏國防以外機密罪等罪，均非最重本刑為拘役或專科罰金之案件，即非屬刑事訴訟法第三十六條所規定得委任代理人到場之案件，因認抗告人仍據以聲請由其代理人閱覽刑事執行卷，於法為有不合，乃併予駁回。...」不予被告委任辯護人於非常上訴程序中閱卷者，尚有最高法院 95 年度台聲字第 31 號裁定，惟理由之取徑有所不同：「至於同法第二十七條至第三十條及第三十三條有關被告得選

由是可見，因刑事訴訟法之條文已規範限定於「審判中」，而其修法理由亦明示偵查利益維護之目的，故偵查中之閱卷在我國多數實務見解中已被否認為一種「權利」，而其餘非審判進行階段則尚有不同解釋。

### 第三目 行使範圍

原則上，既經起訴，閱卷權之行使範圍應及於所有卷證，包含文書、筆錄及錄影帶等等，不得限制。<sup>748</sup>然而若基於其他目的，刑事程序之閱卷權往往受到相當多的限制。例如《證人保護法》第 11 條<sup>749</sup>、《犯罪組織防制條例》第 12 條<sup>750</sup>等等，即為了證人保護目的而使被告及其辯護人無法知悉卷證內之全部或部分內容。

### 第四目 行使方式

#### 1、行使閱卷之法律規定

辯護人閱卷之方式，依照《各級法院刑事、行政訴訟及少年保護事件律師閱卷要點》，應向法院聲請為之。並依照該要點規定，辯護人於自行預定或指定之閱卷期日，必須於法院閱卷室內進行，不得將卷宗攜出，且對於卷宗不得破壞，於閱卷後應依原狀存放。至於辯護人能否委託他人代為檢閱、抄錄或攝影等問題，一般而言雖法無明文限制，但仍有認為防止流弊，宜為否定見解。<sup>751</sup>

#### 2、轉拷影音光碟之爭議—附論德國刑事訴訟法第 58a 條規範之解決方式

##### (1) 我國法之討論

關於影音證據部分，該要點規定辯護人得聲請法院將使其自行或預納費用，聲請交付法庭電子筆錄光碟或轉拷刑事案件卷附偵訊過程之錄音、錄影。<sup>752</sup>惟影音光碟得否轉拷一

---

任辯護人及辯護人得聲請檢閱卷證之規定，係指對普通刑事訴訟程序而言，被告為訴訟當事人之身分，因判決確定而消失，故判決確定後之非常上訴，既係特別訴訟程序，於此程序中，原確定判決之被告已非訴訟當事人，且非常上訴審僅就檢察總長非常上訴理由所指摘之事項裁判，原確定判決之被告即無從本於訴訟當事人之地位選任辯護人，尤無選任辯護人得聲請檢閱卷證之可言。」

<sup>748</sup> 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2010，223 頁。

<sup>749</sup> 《證人保護法》第 11 條：「第 1 項 有保密身分必要之證人，除法律另有規定者外，其真實姓名及身分資料，公務員於製作筆錄或文書時，應以代號為之，不得記載證人之年籍、住居所、身分證統一編號或護照號碼及其他足資識別其身分之資料。該證人之簽名以按指印代之。第 2 項 載有保密證人真實身分資料之筆錄或文書原本，應另行製作卷面封存之。其他文書足以顯示應保密證人之身分者，亦同。第 3 項 前項封存之筆錄、文書，除法律另有規定者外，不得供閱覽或提供偵查、審判機關以外之其他機關、團體或個人。第 4 項 對依本法有保密身分必要之證人，於偵查或審理中為訊問時，應以蒙面、變聲、變像、視訊傳送或其他適當隔離方式為之。於其依法接受對質或詰問時，亦同。」

<sup>750</sup> 《組織犯罪防制條例》第 12 條：「第 1 項 關於本條例之罪，證人之姓名、性別、年齡、出生地、職業、身份證字號、住所或居所或其他足資辨別之特徵等資料，應由檢察官或法官另行封存，不得閱卷。訊問證人之筆錄，以在檢察官或法官面前作成，並經踐行刑事訴訟法所定訊問證人之程序者為限，始得採為證據。但有事實足認被害人或證人有受強暴、脅迫、恐嚇或其他報復行為之虞者，法院、檢察機關得依被害人或證人之聲請或依職權拒絕被告與之對質、詰問或其選任辯護人檢閱、抄錄、攝影可供指出被害人或證人真實姓名、身分之文書及詰問。法官、檢察官應將作為證據之筆錄或文書向被告告以要旨，訊問其有無意見陳述。第 2 項 檢舉人、被害人及證人之保護，另以法律定之。」

<sup>751</sup> 林永謀，刑事訴訟法釋論(上)，2010，182 頁。

<sup>752</sup> 《各級法院刑事、行政訴訟及少年保護事件律師閱卷要點》第 18 條：「律師閱卷應在閱卷室為之，不得攜

點，其實有相當大爭議。律師界一般均支持得以轉拷，其理由不外乎若非經由轉拷影音光碟而使外界知悉偵查或法庭進行狀態，則無法糾舉出違法訊問或訊問態度極為惡劣的檢察官及法官。<sup>753</sup>然而反對讓辯護人轉拷影音光碟者認為，為了避免辯方將透過閱卷而取得之複製影音光碟斷章取義地濫用在非程序目的之處，而造成洩漏他人秘密或是影響司法進行，不應讓辯護人以閱卷為由進行轉拷光碟。<sup>754</sup>

## (2) 附論—德國刑事訴訟法第 58a 條之訊問證人影音攝錄及使用之相關規定

關於轉拷影音光碟的爭議，德國刑事訴訟法第 58a 條對訊問證人之錄音錄影及辯護人對該影音檔案進行檢閱、複製的規定，可作為我國法討論此問題時的比較法參考對象。該條第 1 項規定，證人之訊問得以影音設備攝錄之；但若受訊問之犯罪行為被害人為 18 歲以下而應保護其利益，或證人有在主審程序中無法接受訊問之虞，為發現真實之必要，應將訊問過程予以攝錄。第 2 項規定，攝錄影音之使用須專為刑事追訴之目的及發現真實之必要；依照德國刑事訴訟法第 147 條、第 406e 條規定之要求，得將影音複製品交予有閱卷權之人，但複製品不得再複製或轉交予他人；當繼續使用之正當利益不存在時，必須將該複製品交還檢察官。若是將攝錄之影音或將複製品交給上述以外之人時，必須獲得證人之同意。第 3 項規定，若證人依照同條第 2 項第 3 句之規定而拒絕複製品被交予他人時，應交付影音之書面譯文紀錄，但依第 147 條、第 406e 條檢視攝錄影音之權利不受影響。譯文之製作者應簽名並加註證實譯文真實無誤等字樣。(同項)第 1 句所規定之證人拒絕交付複製品之權利須予以告知。<sup>755</sup>

出，並應注意下列事項：(一) 對於卷證不得添註、塗改、更換、抽取、圈點、污損或作其他記號。(二) 裝訂之卷證不得拆散。(三) 卷內文件證物閱覽後，仍照原狀存放。」第 19 條：「律師閱卷，除閱覽外，得自行或繳納費用請求法院影印、抄錄、攝影之，並得聲請交付法庭電子筆錄光碟或轉拷刑事案件卷附偵訊過程之錄音、錄影。」第 26 條：「本要點於律師依刑事訴訟法第四十四條之一之規定，聲請法院許可繳納費用交付審判期日法庭錄音光碟時，準用之。」

<sup>753</sup> 尤伯祥，偵查取證程序之監督，檢察新論，第 7 期，2010 年 1 月，158 頁。

<sup>754</sup> 吳巡龍，辯護人是否有權複製偵訊光碟，台灣法學雜誌，119 期，2009 年 1 月，166 頁。

<sup>755</sup> 德國刑事訴訟法第 58a 條：「第 1 項 證人之訊問得以影音設備攝錄之。若 1. 受訊問之犯罪行為被害人為 18 歲以下之人而應予保護其利益，或 2. 證人有在主審程序中無法接受訊問之虞並有為發現真實之必要，應將訊問予以攝錄。第 2 項 攝錄之影音使用須專為刑事追訴之目的及發現真實之必要。第 101 條第 8 項準用之。於須適用第 147 條、第 406e 條之規定時，得交付複製品拷貝予有閱卷權之人。複製品不得再複製或轉交予他人。當不再有繼續使用之正當利益時，須將複製品交還檢察官。交付攝錄之影音或將複製品予上述以外之人時，須獲得證人之同意。第 3 項 若證人依照第 2 項第 3 句拒絕其訊問時攝錄影音之複製品交予他人，應依第 147 條、第 406e 條之規定交付影音攝錄之書面譯文紀錄。譯文之製作者應簽名並加註證實譯文真實無誤等字樣。依第 147 條、第 406e 條檢視攝錄影音之權利不受影響。證人依第 1 句規定之拒絕權須予以告知。」(原文為：

「(1) Die Vernehmung eines Zeugen kann auf Bild-Ton-Träger aufgezeichnet werden. Sie soll aufgezeichnet werden, wenn 1. dies bei Personen unter 18 Jahren, die durch die Straftat verletzt sind, zur Wahrung ihrer schutzwürdigen Interessen geboten ist oder 2. zu besorgen ist, dass der Zeuge in der Hauptverhandlung nicht vernommen werden kann und die Aufzeichnung zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist. (2) Die Verwendung der Bild-Ton-Aufzeichnung ist nur für Zwecke der Strafverfolgung und nur insoweit zulässig, als dies zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist. § 101 Abs. 8 gilt entsprechend. Die §§ 147, 406e sind entsprechend anzuwenden, mit der Maßgabe, dass den zur Akteneinsicht Berechtigten Kopien der Aufzeichnung überlassen werden können. Die Kopien dürfen weder vervielfältigt noch weitergegeben werden. Sie sind an die Staatsanwaltschaft herauszugeben, sobald kein berechtigtes Interesse an der weiteren Verwendung besteht. Die Überlassung der Aufzeichnung oder die Herausgabe von Kopien an andere als die vorbezeichneten Stellen bedarf der Einwilligung des Zeugen. (3) Widerspricht der Zeuge der Überlassung einer Kopie der Aufzeichnung seiner Vernehmung nach Absatz 2 Satz 3, so tritt an deren Stelle die Überlassung einer Übertragung der Aufzeichnung in ein schriftliches Protokoll an die zur Akteneinsicht Berechtigten nach Maßgabe der §§ 147, 406e. Wer die Übertragung hergestellt hat, versieht die eigene Unterschrift mit dem Zusatz,

德國刑事訴訟法第 58a 條的制訂及修正是來自於 1988 年的《證人保護法》和 2004 年的《被害人權利改革法》，其制訂目的首要是為了證人保護的需求，避免多次訊問造成證人負擔，但也有為了保全證據的目的，因為訊問之影音攝錄比筆錄更加生動並貼近真實。第 2、3 項的主要目的在於保護證人，使影音的複製品僅能交給特定範圍之人，否則必須經過受訊問之證人的同意。由此等規範目的來看，攝錄範圍的解釋上，並不限於主審程序，也不限任何訊問階段，並且當有保全證據的目的存在時，例如證人患有重病，或居住於國外，或證人為兒童而其父母表示不願讓其主審程序中作證等情形，必須將訊問加以攝錄影音，且證人於此時對影音攝錄負有忍受義務。特別是在為了滿足避免證人受到多次訊問的特別保護需求時，尤其是在未成年人受性侵害的案件中，為了避免刑事追訴對未成年人造成附加傷害，訊問必須加以錄音錄影。一般認為，若非以上應該或必須攝錄影音的情形，在警察訊問階段若要攝錄，應得到證人的同意。更重要的是，若證人有拒絕證言權，必須待告知證人其權利，且證人明確放棄權利後才能開始攝錄訊問過程；除非是存有特殊可排除拒絕證言權的情形。此外，若是仍在跡證蒐集階段，拒絕證言權的排除錄音錄影效果亦不阻礙影音攝錄，但若證人事後主張拒絕證言權，則該攝錄之影音不得作為證據使用。<sup>756</sup>

攝錄後的使用也是必須朝證人保護目的作解釋。德國刑事訴訟法第 58a 條已明文規定該等攝錄之影音僅能為了刑事追訴目的而使用，若是為了刑事追訴以外之目的，例如是為了因同一犯罪行為所造成的民事損害賠償案件，該攝錄之影音仍應得到證人同意後才能使用。關於得否拷貝影音的問題，條文規定「得(können)」加以複製後交予有閱卷權之人，但一般認為，僅管條文使用「得」之字樣，並非指法官或檢察官有裁量權之意；於此應認為，只要是依照德國刑事訴訟法第 147 條、第 406e 條而有閱卷權之人，即「應」交付影音複製品。若是不符合交付複製品的要件，且證人不同意加以複製，仍可以使之直接對影音進行檢視，並給予影音的譯文。條文同時亦明文規定，複製品不得再另行複製，亦不得轉交給他人，並且在正當使用利益不存在時，必須將該等複製品交還。所謂正當使用利益不存在，基本上至少於判決確定時可認為此要件成就。當本案確定時，除非可以預見有仍需保存的其他理由，例如仍有共犯在逃，或程序可能再審，應將攝錄的影音檔案加以銷毀。<sup>757</sup>

## 第五目 內容轉知

原則上，辯護人得將其因閱卷所獲知之資訊全部轉知予被告，甚至將閱卷所得之影本等內容交付予被告。然而在例外情形，例如被告可能威脅或騷擾證人等情形，因辯護人作為自主性司法單元，不得透露或交付證人之住址、電話等相關資訊<sup>758</sup>。

## 第二款 羈押程序閱卷於現今實務可能性

於現行我國法之下，被羈押人或其辯護人有無閱卷之權利，取決於該程序尚在偵查中，或已繫屬於法院。在偵查中，主流實務見解認為無論是被告或辯護人均無閱卷之「權利」，

dass die Richtigkeit der Übertragung bestätigt wird. Das Recht zur Besichtigung der Aufzeichnung nach Maßgabe der §§ 147, 406e bleibt unberührt. Der Zeuge ist auf sein Widerspruchsrecht nach Satz 1 hinzuweisen.」)

<sup>756</sup> Senge, in: KK-StPO, 2008, §58a Rn. 1 ff.

<sup>757</sup> Senge, in: KK-StPO, 2008, §58a Rn. 8 ff.

<sup>758</sup> 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2010，223 頁。



因此除非是個案中法官或檢察官認為有給予閱卷必要而例外允予閱卷，否則是毫無閱卷可能<sup>759</sup>；反之，若已在繫屬法院階段，除非屬於符合特別法規定之例外情形，辯護人的閱卷完全不得限制。<sup>760</sup>

簡言之，在我國法規範之下，偵查中的閱卷屬於法院給予的「恩惠」，而非一種「權利」。因此即便在偵查中被檢察官或法官拒絕給予閱卷，也無法提出救濟。因此偵查中能否獲得閱卷，也僅能視個案中的檢察官或法官的決定。

### 第三節 評析及建議

綜合上文對於歐洲人權法院裁判見解及德國羈押法之修法相關討論，以下對於我國羈押程序之受辯護人協助權及閱卷權保障在法規及實務層面的運作，作出相關建議。

#### 第一項 羈押程序與辯護人協助權之保障

由以上我國法規及實務運作可發現，其實我國辯護人協助權保障的根本問題在於將強制辯護切割為審判中與偵查中兩種情形，並且使後者保障呈現幾乎為零的狀態。撇開 1984 年刑事訴訟法第 31 條修法理由中荒謬的邏輯，偵查程序在現實中對審判結果的影響力是不容忽視的，而加強偵查中的包涵閱卷權、對質詰問權的辯護權保障，更是一種趨勢，也是近十年來歐洲法上最熱門的議題。<sup>761</sup>因此根本之解決道是使強制辯護不再區分偵查中或審判中，以求落實公平審判程序之保障。<sup>762</sup>暫且撇開長遠的根本解決之道，無論如何，現階段第一步必須要處理的是解決羈押程序的問題，因為羈押往往發生於偵查階段，而羈押程序的權利保障更為法治國的重要指標。以下針對羈押應作為偵查中強制辯護事由提出理由，並進一步參考歐洲人權法院及德國法見解，提出關於指定辯護之制度上建議。

#### 第一款 羈押應列為偵查中強制辯護事由

---

<sup>759</sup> 實務見解例示如台灣高等法院 90 年度抗字第 644 號裁定：「...按『辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影』，刑事訴訟法第三十三條定有明文，而辯護人檢閱卷宗證物及抄錄或攝影，應以『審判中』之卷宗證物為限，並不及於尚在『偵查中』之卷證，以免害及偵查不公開原則，此觀諸七十一年八月四日該法條之修正理由自明。...又本件羈押案件雖經檢察官聲請由法院裁定，然深究該裁定之性質，並非法院於『審判中』（專指案件繫屬後行使審判權）之裁判；且就該案件「本案」之進行程度以觀，仍屬在檢察官『偵查中』之階段，故關於該裁定之刑事卷宗（聲羈字卷）證物，應與『偵查中』之卷宗證物同視，揆諸前開說明，自應不准給閱。」

<sup>760</sup> 儘管是因被告有勾串共犯之可能而將其羈押，亦不限制辯護人閱卷。參照台灣嘉義地方法院 101 年度聲字第 219 號裁定)

<sup>761</sup> 林鈺雄，改革偵查程序的新視野—從歐洲法趨勢看我國法走向，月旦法學雜誌，第 157 期，2008 年 6 月，204 頁。

<sup>762</sup> 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2010，215-216 頁；何賴傑，論刑事訴訟法之傳承與變革—從我國與德國晚近刑事訴訟法修法談起，月旦法學教室，第 100 期，2011 年 2 月，180 頁；鄭聖業，論限制偵查階段指定辯護之合理性與意義，成大法學，第 15 期，2008 年 6 月，173 頁以下。

認為辯護人協助權保障應提前至偵查階段，但未明確表示強制辯護不應區分偵查及審判階段：呂雅婷，刑事被告受律師協助權—以歐洲人權法院裁判為借鏡，台灣大學碩士論文，2007，149 頁以下。



## 第一目 羈押應列為強制辯護之理由

根據法務部統計資料顯示，2010 年地方法院檢察署向法院聲請羈押，核准羈押的比例為 80.5%，相較於 2005 年 85.4% 的比例，明顯下降許多；不過在其間的羈押核准比例並非直線下降，2006 年至 2008 年比例分別為 85.5%、86.0%、85.6%，而 2009 年突然陡降為 81.4%。而根據 2006 年 4 月至 2007 年 3 月間所作之「重大危害治安案件羈押情形專案分析」報告，針對影響社會安全感較大的犯罪，例如製造販賣走私槍械毒品、飛車搶奪強盜、隨機擄人勒贖、攻擊性侵婦幼等，作出聲押獲准的比例分析，發現該等案件的羈押核准比例高於當年度平均 7.9%，而其中預防性羈押一項顯示核准比例高達 94.7%；公然聚眾飆車的案件雖然僅有 9 件，但 9 件全部核准羈押，比例高達 100%。<sup>763</sup>僅管此等較敏感的案件聲請羈押獲准的比例極高，由上文關於在我國獲得免費辯護人協助之分析即可知，被告若非是即時自行委任辯護人到場參與羈押審查的情形，幾乎無法在偵查中之羈押審查程序獲得辯護人協助。<sup>764</sup>

### 1、由比較法角度支持羈押列為強制辯護事由

回顧本文先前於歐洲人權法院案例法及德國法發展之討論，使羈押審查程序能有辯護人協助已為人權保障的趨勢所在。

從歐洲人權法院案例法觀之，儘管裁判中並未明示羈押審查程序必須有辯護人在場協助，從人權法院對於辯護人協助權所建構的標準仍似已透露予以肯定端倪。首先由歐洲人權公約第 6 條第 3 項 c 款的辯護權保障而言，人權法院在面對案件情形複雜、涉及後果嚴重、依被告能力無自行辯護的情形，通常即認為有辯護人協助的司法利益需求。另外由歐洲人權公約第 5 條第 4 項來看，人權法院在被拘禁人無能力自行進行辯護的情形，傾向要求國家必須給予被拘禁人法律上的協助；尤其隨著剝奪自由的期間增長，更加增強歐洲人權法院肯定藉由要求國家提供法律上的協助來使被拘禁人獲得更多合法性審查的機會。由於羈押審查不但涉及到羈押要件是否具備的法律上攻防，一般不具法律專業的被告無法自行進行實質有效的辯護，審查之後果更可能使被告進入不確定期限的人身自由剝奪中，因此從以上歐洲人權法院案例法建構的標準來看，有使被告能在羈押審查中獲得辯護人協助之必要。<sup>765</sup>

從內國法的實踐角度來看，本文以德國法之發展作為比較法參考對象。德國之刑事訴訟法同我國採行強制辯護制度。於 2009 年修法前，德國已經將羈押滿三個月列為強制辯護事由，然而多數學說對此規定仍不滿意，認為應將羈押作為強制辯護事由之時點提前至羈押開始之時。支持此論點的依據為：1. 由於羈押對個人身心健康、生活、經濟的影響甚大，甚至有短期自由刑之弊，因此應盡量縮短羈押期間；根據調查顯示，辯護人協助與縮短羈押期間有正相關之趨勢，因此應讓被羈押人能儘早獲得辯護人協助；2. 羈押往往發生在偵查階段，此時屬於建構案情的關鍵時刻，但由於被羈押人因行動自由受限，無法積極尋找有利證據，因此應透過辯護人的協助，使偵查能從檢警以外的不同角度去發現真實；3. 羈押突然將被告

<sup>763</sup> 2010 年度法務部統計年報，網址：<http://www.moj.gov.tw/site/moj/public/MMO/moj/stat/yearbook/ER0003-013-040.pdf>；重大危害治安羈押情形專題分析資料網址：<http://www.moj.gov.tw/public/Attachment/762711465663.pdf>。

<sup>764</sup> 參照上文第四章第二節第一項。

<sup>765</sup> 詳見上文第二章。

與其原本生活割離，對其而言往往造成嚴重的精神打擊，實務上不乏被羈押人因此罹患疾病或自殺等情況，隨著羈押時間增長，被羈押人也有智力下降的情形產生，因此辯護人的存在能給予被羈押人精神支持，並協助因被羈押而比一般人更無能力自行辯護的被告進行辯護；4.由法治國原則型塑的刑事程序中，被告作為程序主體，並應與控方間達成武器平等，而有所謂辯護人協助的必要<sup>766</sup>；5.德國法之發展上，由於近年來對被害人在刑事程序的保障逐漸增加，被害人獲得律師協助的可能性也大大提升，因此為平衡被害人與被告的地位<sup>767</sup>，應使被羈押人能儘早獲得辯護人協助。<sup>768</sup>

基於以上理由，儘管德國實務上法官與檢察官界的反對聲浪不斷，德國仍在 2009 年將羈押執行列為強制辯護事由。同樣身為採取強制辯護制度的我國，縮短羈押期間、給予被羈押人辯護協助及精神支持、維護法治國原則等原因，在我國亦有同樣需求，而可作為支持羈押作為強制辯護事由的理由。除了以上比較法例上的支持理由，本文認為，我國尚有以下第二點部分所述之幾點現實面因素，可作為支持羈押開始作為強制辯護事由的理由。

## 2、由我國之特殊情形支持羈押列為強制辯護事由

### (1) 縮短羈押期間之特別需求

我國與德國相比之下，羈押期間普遍比德國實務上長，且關於被告在押時必須加速程序進行之要求，在我國實務上實踐的情形亦難以與德國相比。<sup>769</sup>從歐洲人權法院裁判見解來看，當剝奪人身自由之期間越長，越有給予法律協助之必要，使被拘禁者能夠獲得更頻繁的合法性審查。<sup>770</sup>因此由我國羈押實務面來看，實有必要使羈押列為強制辯護事由，以透過辯護人參與的方式，至少使被羈押人能獲得更頻繁的羈押必要性審查，以改善羈押期間過長的弊病。

### (2) 避免法律扶助之無資力審查程序成為被羈押人受辯護人協助之阻礙

如上文所述，由於我國法律扶助制度在非強制辯護案件時，必須經過無資力與否的審查要件；然而被羈押人因為行動自由受限，無法親自處理申請資力證明、到場參與審核程序，不但造成須要獲得辯護人協助的時點延長，甚至有書面申請可能造成審核較不易通過的質

<sup>766</sup> 羈押審查程序之武器平等原則方面，雖然我國《法院辦理刑事訴訟應行注意事項》第 35 條要求檢察官必須到場，但實務上除了重大案件外，檢察官一般不會到場，關此，參照尤美女(發言紀錄)，「審前羈押、逕行拘提等強制處分制度檢討研討會」會議記錄(一)—審前羈押之探討，月旦法學雜誌，167 期，2009 年 4 月，264 頁以下。

<sup>767</sup> 德國因為《被害人權利改革法》的修正結果，使被害人在偵查程序中亦能因無資力而聲請指定律師協助，甚至在案件為重罪的情形不必具備無資力的要件，因此在羈押法修正討論過程中，即有認為不能使被告受辯護人協助的權利低於被害人的呼聲，關此，參照上文第三章第二節第三項第四款第一目；然而我國刑事訴訟法中雖有使告訴人能夠委任代理人之規定(刑事訴訟法第 236 條之 1、第 271 條之 1)，但對被害人的保障程度與德國顯有落差。因此，以平衡被害人與被告地位作為羈押列為強制辯護事由之理由，本文認為在我國法的情況下此理由並無特別說服力。

<sup>768</sup> 詳見上文第三章第二節第三項。

<sup>769</sup> 參照施育傑，歐洲人權公約第五條—以歐洲人權法院裁判為借鏡檢討我國羈押與人身拘束制度，台灣大學碩士論文，2008，139-144、152、285 頁；鳥瞰歐洲人權公約人身自由權利—兼論「羈押速審條款」，檢察新論，第 9 期，2011 年 1 月，213 頁以下。

<sup>770</sup> 參照上文第二章第二節第三項第三款。

疑。<sup>771</sup>

尤其近年以來，隨著新移民以及外籍勞工的增加，外國人在我國涉及刑事案件的比例也隨之增加，須要獲得辯護人協助的外國人比例也將因此上升<sup>772</sup>。然而此等外國人並非均為通曉中文或英文者，若遇到羈押而人身自由受到剝奪時，由於僅能透過書面向法律扶助基金會申請派遣律師協助，在溝通上即發生困難。並且因為偵查中申請法律扶助程序無法法院通譯協助之適用，容易造成被羈押之外國人求助無門的情況。並且由歐洲人權法院裁判見解可知，當涉及被告為因語言無法順利溝通時，更有予以辯護人協助之司法利益存在<sup>773</sup>，不應使語言障礙反而成為被告獲得辯護人協助之阻礙。

若能將羈押列為強制辯護事由，即可使面對羈押之被告不經資力審核程序而而立刻獲得辯護人協助，解決現今法律扶助制度上的問題。

### (3) 保障被羈押人於羈押審查之閱卷權

由於本文結論上認為，作為與作成羈押決定有關之不利證據，以及對被告有利之證據，鑒於被告聽審權及武器平等原則之保障，必須給予辯方獲得閱卷之機會，即便是偵查程序中之羈押審查亦是如此。<sup>774</sup>在德國實務上，聯邦最高法院本身在羈押法修正前即承認，當肯定偵查中羈押審查有保障閱卷權之必要時，若被告尚未有辯護人，即必須予以指定<sup>775</sup>；由於德國實務採此見解，德國羈押法修正討論時，閱卷權充分保障一點即不成為要求將羈押開始列為強制辯護事由之理由。但相對地，我國實務上從未有此種見解得以依循，因此為了使偵查中羈押審查程序時的閱卷權能充分被保障，最直接的方式就是將羈押列為強制辯護事由，使被告能夠透過辯護人閱卷獲得聽審權及武器平等原則之保障。

## 第二目 羈押作為強制辯護之時點

文獻中不乏批評將強制辯護大幅限制於審判中者，支持將羈押列為強制辯護事由，而使羈押作為偵查中強制辯護之最低限度者，亦在所多有。<sup>776</sup>參照上文歐洲人權法院裁判見解，以及德國 2009 年修法後之實務及學說見解，本文認為，不僅必須將羈押列為強制辯護事由且不限於審判中，更必須將時點提前至被告受拘提或逮捕且檢察官已聲請羈押之時，使被告至少能在法院所進行的羈押審查中獲得辯護人協助。當然，指定辯護人之效力不能僅限於被

<sup>771</sup> 參照上文第四章第二節第一項第二款。

<sup>772</sup> 以法律扶助基金會統計為例，2010 年含民刑事及行政之一般扶助案件中，外國人即佔 6.49%，檢警案件中外國人佔 2.28%；而外國人申請法律協助的案由，前三名分別為：民事侵權行為、民事工資給付、刑事傷害罪及重傷罪。（參照財團法人法律扶助基金會，2010 年周年報告書，2011，127 頁。）

<sup>773</sup> 參照上文第二章第二節第二項。

<sup>774</sup> 參照下文第四章第三節第二項。

<sup>775</sup> 參照上文第三章第二節第三項第二款第四目。

<sup>776</sup> 參照林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2010，216 頁；施育傑，歐洲人權公約第五條—以歐洲人權法院裁判為借鏡檢討我國羈押與人身拘束制度，台灣大學碩士論文，2008，288 頁以下；呂雅婷，刑事被告受律師協助權—以歐洲人權法院裁判為借鏡，台灣大學碩士論文，2007，150、174 頁；李宜光，偵查中羈押審理制度之探討—以公正審判權為中心，檢察新論，第 11 期，2012 年 1 月，237 頁以下；許揚成，羈押審查程序之探討，玄奘法律學報，第 14 期，2010 年 12 月，1 頁；王兆鵬，貫徹平等於實質之辯護，月旦法學雜誌，第 137 期，2006 年 10 月，112-113 頁；陳運財，刑事訴訟法之修正與刑事辯護，月旦法學雜誌，第 137 期，2006 年 10 月，124 頁；黃朝義，偵查中羈押之課題與展望，全國律師，第 10 期，2006 年 7 月，17 頁。

告逮捕後之第一次羈押審查，而必須使被告能在往後羈押進行中獲得辯護人所提供之辯護協助及心理支持，並能透過辯護人聲請撤銷羈押而不斷檢視羈押繼續的必要性及合法性，藉以縮短羈押時間。

## 第二款 指定辯護人之標準應遵循被告意願及利益

我國指定辯護人之實務上，雖然依照刑事訴訟法第 31 條規定，指定權限審判中屬於審判長，偵查中屬於檢察官；但我國在實際運作上，當法院或檢察官遇到應指定辯護人之情形，通常是直接交由法律扶助基金會處理。<sup>777</sup>

必須注意到，由於法律扶助制度及強制辯護制度雖然均可以達到給予被告辯護人協助的效果，但兩者間根本就是基於不同的目的所設計的制度：法律扶助制度是基於社會正義理念，為了給予無資力被告亦能有獲得辯護人協助的機會；強制辯護制度是為了維護司法程序的正當性，使情況較為特殊案件能在衡平的訴訟結構下審慎進行。是以，法律扶助制度的運作著重社會資源的分配，而強調被告的無資力狀態以及國家是否有義務應給予辯護資源；但相對的，強制辯護制度既然是為了維護司法程序的正當性，因此在實施上並不待被告提出給予辯護人協助的要求，只要是屬於有讓辯護人介入而維持司法程序正當性的情形，即會給予被告辯護人協助，不問被告本人的意願，故運作上必須關注被告與辯護人的信賴關係是否建立，討論的焦點也在於被告意願的問題。此點由歐洲人權法院申訴案所討論的爭點即可看出兩者間的差異<sup>778</sup>。

然而，我國將強制辯護案件指定辯護人的工作交由法律扶助基金會處理，使指定辯護人的程序幾乎等同於法律扶助派遣律師的流程，差別僅在於資力審查的有無，忽略兩種制度目的不同而將兩者混搭運用的結果，雖然法院減少了工作量，卻也使強制辯護案件中對辯護人的選擇權消失在指定程序中。

指定辯護人除了交由法律扶助基金會辦理，依刑事訴訟法第 31 條之規定，法院尚可為被告指定公設辯護人。相較於指定律師作為辯護人，公設辯護人由於沒有報酬<sup>779</sup>多寡及市場競爭的問題，現實上比指定律師為辯護人更容易達成在指定時尊重被告選擇的意願。

無論如何，從強制辯護的目的以及實質有效辯護之保障來看，如德國刑事訴訟法之規定，於指定辯護人時尊重被告之選擇權，以確保被告與辯護人間的信賴關係，才是合乎制度目的之作法。因此，即便我國刑事訴訟法未如德國刑事訴訟法第 142 條作出程序保障規定，於指定時握有指定權限的審判長或檢察官基於司法照料義務，應在指定時考量被告之信賴關係及其他有利被告的因素。在羈押之指定辯護人之時，從德國文獻上的討論來看，除了首先必須優先重視被告對特定辯護人的特殊信賴關係，次者即必須考量到辯護人所在地與押所的距離，因為距離直接影響到辯護人與被羈押人的交流便利性，進而影響到辯護進行及信賴關係，這些也都是我國實務上若於羈押指定辯護人時，必須注意到的重點。

<sup>777</sup> 參照何賴傑，偵查程序強制辯護之指定及違法效果—以德國刑事訴訟法為觀察重點(下)，政大法學評論，第 112 期，2009 年 12 月，120 頁。

<sup>778</sup> See ECHR, *Quaranta v. Switzerland*, Judgment of 24 May 1991, Appl. no. 12744/87; *Croissant v. Germany*, Judgment of 25 September 1992, Appl. no. 13611/88.

<sup>779</sup> 《公設辯護人條例》第 5 條：「公設辯護人不得收受被告任何報酬。」

### 第三款 於緊急指定辯護人時應放寬更換指定辯護機會

對我國而言，更換指定辯護人亦為陌生的議題。雖然我國刑事訴訟法第 31 條第 4 項亦有類似於德國刑事訴訟法第 143 條之規定，但兩者受到討論的密度實有相當大差距。在我國實務運作上，亦鮮少見到關於更換指定辯護人的議題。<sup>780</sup>此種現象的根本原因在於，我國指定辯護人時未曾將被告與辯護人的信賴關係保障納入考量，因此當然不會有相關的後續討論。然而鑒於被告與辯護人間之信賴關係對實現實質有效辯護的重要性，本文同於德國多數說見解，認為既然指定辯護人與被告間信賴關係的認定根基於指定程序的保障，若當指定程序因時間緊迫而無法慎重時，則必須放寬更換指定辯護人之要件。<sup>781</sup>

## 第二項 羈押審查程序與閱卷權保障

由以上我國法介紹即可知，我國法規及實務目前將閱卷權切割為兩階段，一者為偵查階段，一者為審判階段；而關於前者，實務上認為偵查中並沒有閱卷權可言，因此我國目前關於偵查中的閱卷權保障屬於零的狀態。從各國立法例上來看，固然不可能使偵查中有全面性、無限制的閱卷權，但我國在偵查中完全否認閱卷作為權利的作法，也過於偏激。<sup>782</sup>由上文歐洲人權法院及德國法介紹即可知，偵查中並非毫無閱卷權保障，只是在個案情形中，若有應優先保護偵查利益的情況時，得加以限制。因此，以下針對偵查中對羈押程序之閱卷權保障部分，首先先對是否應給予閱卷權保障部分做出肯定結論，次者再針對我國實務上之特殊情形，作出相關修正建議。

### 第一款 羈押審查程序應予辯方閱卷

回歸本文核心範圍，即關於羈押程序中，若辯方為進行羈押審查程序，包含第一次決定是否羈押之審查程序，以及其後延長羈押與否之審查程序之防禦，或為聲請停止羈押進行準備，得否閱卷之問題，由以上實務見解及法規所示，只要程序尚在偵查階段，即毫無獲得閱卷之可能。關於此點，早已備受批評，蓋若不予辯方閱卷，難以期待能夠在羈押審查程序中進行有效辯護，故羈押程序即便發生於偵查中，亦必須使辯護人得以閱卷<sup>783</sup>。而我國甚至發生在進行羈押審查時，檢察官為提出指控犯罪嫌疑重大之證據，而以「偵查不公開<sup>784</sup>」為由，

<sup>780</sup> 司法院法學資料檢索系統上顯見關於被告要求法院更換指定辯護人的情形。被告向法院聲請更換指定辯護人的案例，參照高等法院高雄分院 100 年度抗字第 172 號裁定，抗告人因指定辯護人拒絕與其討論案情，向法院聲請更換指定辯護人遭拒，憤而對該法官提出聲請迴避。

<sup>781</sup> 參照上文第三章第四節第二項。

<sup>782</sup> 林鈺雄，改革偵查程序的新視野—從歐洲法趨勢看我國法走向，月旦法學雜誌，第 157 期，2008 年 6 月，222 頁；陳運財，刑事訴訟法之修正與刑事辯護，月旦法學雜誌，第 137 期，2006 年 10 月，125 頁。

<sup>783</sup> 參照林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2010，223 頁以下；呂雅婷，刑事被告受律師協助權—以歐洲人權法院裁判為借鏡，台灣大學碩士論文，2007，168 頁以下；何賴傑，論刑事訴訟法之傳承與變革—從我國與德國晚近刑事訴訟法修法談起，月旦法學教室，第 100 期，2011 年 2 月，181 頁；陳運財，刑事訴訟法之修正與刑事辯護，月旦法學雜誌，第 137 期，2006 年 10 月，125 頁；楊雲驊，歐洲人權法院對逮捕、羈押刑事被告審查重點介紹，全國律師，第 10 期，2006 年 7 月，8 頁。

<sup>784</sup> 偵查不公開是我國實務上普遍據以拒絕辯護人在羈押審查程序接近證據的理由，《法院辦理刑事訴訟應行注意事項》第 35 條：「法官認檢察官聲請羈押或延長羈押期間所敘理由或所提證據不足時，不得率予准許。必要時得指定應到場之時間及處所，通知檢察官到場陳述聲請羈押之理由或提出證據。此項通知，得命書記官以電話、傳真或其他迅捷方式行之，作成紀錄。檢察官未遵限到場者，得逕行裁定。又法院對於上開羈押或延長羈押事由之審查，仍須注意偵查不公開原則，不得任意揭露偵查資料，而其審查目的亦僅在判斷檢察

要求被告及其辯護人退席等候，且法院亦僅於被告及其辯護人回到法庭時，告知已根據檢察官所提出的證據形成被告犯罪嫌疑重大之心證，造成被告及其辯護人在完全不知悉證據內容之情形下，根本無從對此進行防禦<sup>785</sup>。由是可見，即便使被告擁有辯護人，若辯護人無從閱卷進行防禦準備，亦無法提出任何有實質意義之辯護。鑒於此限制對於憲法所保障之權利侵害重大，實務上亦有被告將此爭議提出於司法院大法官聲請釋憲，惟此問題卻在該案被大法官不受理情形下，被草草了之<sup>786</sup>。

由以上歐洲人權法院判決所述之情形來看，閱卷權屬於羈押審查程序中防禦權不可或缺之一環，而必須使辯方亦得以透過閱卷，知悉檢察官所提出之證據，並獲得對之加以反駁之機會，始符合公平程序原則之武器平等原則。而德國更以被告身為程序主體之聽審權出發，認為被告必須能夠透過辯護人或自己閱卷，取得相關資訊，才能進一步影響法院決定，而不至於淪為程序客體。在被告無辯護人的情況下，為了保障被告之閱卷權，必要時可因此另行指定辯護人行使閱卷以保護被告權利<sup>787</sup>。配合本文在辯護人協助權部分之見解，由於本文支持將羈押程序列為強制辯護事由，即不會產生在偵查中若要給予辯方閱卷卻無辯護人的情形。而有學者則是認為，若在偵查中羈押程序被告未有辯護人時，應將刑事訴訟法第 33 條第 2 項擴張使用，使被告亦能自行閱卷<sup>788</sup>。

### 第二款 偵查程序中必須有適當配套措施

官提出之羈押或延長羈押聲請是否符合法定要件，並非認定被告是否成立犯罪，故其證據法則無須嚴格證明，僅以自由證明為已足。（刑訴法一〇一、一〇一之一、一〇八、二四五，參照最高法院七一年臺上字第五六五八號判例）」質疑以偵查不公開作為禁止辯護人於偵查中羈押程序閱卷，參照楊雲驊，二十年來台灣刑事訴訟程序羈押制度之檢討與建議(下)，月旦法學雜誌，第 181 期，2010 年 6 月，195 頁以下；李宜光，偵查中羈押審理制度之探討—以公正審判權為中心，檢察新論，第 11 期，2012 年 1 月，239 頁。支持偵查不公開作為偵查中羈押程序閱卷限制理由，邱忠義(發言記錄)，「審前羈押、逕行拘提等強制處分制度檢討研討會」會議記錄(三)，月旦法學雜誌，169 期，2009 年 6 月，315 頁。

<sup>785</sup> 尤伯祥，是恩惠還是權利？從程序保障觀點檢討現行羈押法制，全國律師，第 10 期，2006 年 7 月，31 頁以下。

<sup>786</sup> 司法院大法官第 1322 次不受理案件。該案即為在我國刑事程序人權議題上備受關注之邱和順案。聲請人以其羈押延長案所適用之刑事訴訟法第 101 條及第 108 規定，有牴觸憲法第 8 條、第 16 條及第 23 條之疑義，而聲請解釋案。大法官不受理之理由為：「本件聲請人因延長羈押案件，認臺灣高等法院九十五年度重囑上更（十）字第一一四號刑事裁定及最高法院九十六年度台抗字第一〇號刑事裁定，所適用之刑事訴訟法第一百零一條及中華民國八十六年十二月十九日修正公布之同法第一百零八條規定（下稱系爭規定），有牴觸憲法第八條、第十六條及第二十三條之疑義，聲請解釋。聲請人聲請意旨略謂，系爭刑事訴訟法第一百零一條所定羈押應踐行之程序，對於被告得否選任辯護人到場辯護、能否取得準備辯護所需之文件及證據、應給被告多少時間始能充分準備辯護等全無規定，且無強制辯護，未達正當法律程序之要求，與憲法第八條之意旨不符；系爭刑事訴訟法第一百零八條授予法院延長羈押被告之權力，卻無要求法院必須重新說明理由，亦無要求法院必須合義務地積極進行必要之蒐證、調查，被告復無充足之資訊請求權、閱卷權，與正當法律程序、比例原則之要求不符云云。查聲請人所爭執者，乃有關被告之辯護權、閱卷權及法院之說理義務、調查義務等事項，就此刑事訴訟法第二十七條第一項、第三十一條、第三十三條、第一百零二條第二項第三款、第一百五十五條第二項、第二百七十一條第一項、第二百七十三條第一項等已另有規定，並非屬系爭規定之規範範圍，聲請人僅以個人主觀見解認系爭規定違憲，並未具體指摘其究有何牴觸憲法第八條、第十六條及第二十三條之處，尚不生確定終局裁判所適用之法令有牴觸憲法疑義問題。本件聲請，核與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定不合，依同條第三項規定，應不受理。」

<sup>787</sup> 吳俊毅，辯護人論，2009，59 頁。

<sup>788</sup> 何賴傑，論刑事訴訟法之傳承與變革—從我國與德國晚近刑事訴訟法修法談起，月旦法學教室，第 100 期，2011 年 2 月，181 頁。



## 第一目 矯枉過正之憂

從歐洲人權法院之見解來看，即便德國 2009 年修法前在偵查中之羈押審查程序已給辯護人部分閱卷，而僅將認為對偵查不利之部分以口頭或書面摘要式告知，仍被歐洲人權法院認定違反公約；因此，打個比喻來說，若德國於 2009 年修法前之情形被歐洲人權法院判定為五十分而不及格，那麼我國將會被判定為零分而不及格，因為我國目前對於偵查中被羈押人之閱卷保障屬於零的狀態。然而我國是否可以直接如同德國一般大刀闊斧具魄力地賦予偵查中被羈押人之辯護人完整不受限制之閱卷權，仍有相當疑慮。而此點疑慮，源自於我國司法實務上聲請羈押之模式以及律師自律的問題。

### 1、聲請羈押之司法實務提出卷證的方式

羈押審查之目的，在於審視先前程序是否合法，以及是否符合羈押要件。我國聲請羈押之司法實務上，檢察官往往將於聲請羈押時將「所有」至該時為止之偵查卷證一併呈送法官；此作法固然有助於審查之法官更加了解案情以決定是否核發羈押令狀，然而此種作法或有可能使羈押審查成為簡略式的書面本案審理，而偏離羈押審查目的，更可能使檢方因此堅決反對使被告能於此階段獲得閱卷之保障，畢竟若使辯方能於此階段審閱呈於羈押審查法院之卷證，無異於將所有現階段偵查資訊公開，而使檢方完全喪失資訊優勢地位。

### 2、律師自律制度之疑慮

我國辯護人之定位在實務上並沒有明確定見，但相當多學說採取德國之多數見解，即司法單元理論<sup>789</sup>。由於我國實務上有少部分辯護人利用職務之便，而做出可能干擾司法審判正當性之行為<sup>790</sup>。固然我國之《律師法》、《律師倫理規範》均有規範律師之行為<sup>791</sup>，並有依照《律師懲戒規則》所組成之律師懲戒委員會來對於違反行為規範之律師作出懲戒處分。因不當行為而受處分之律師，亦於處分確定後而可能暫時或永久失去身為辯護人之權利。<sup>792</sup>然而，對於違反律師行為規範者之處分，有時亦可能過於輕微<sup>793</sup>；因利用行使職務之便為不當

<sup>789</sup> 參照吳俊毅，辯護人論，2009，37 頁以下。

<sup>790</sup> 例如利用閱卷權之行使而將複製之偵查或審判中之錄音檔散播於網路或地下電台。(在 youtube 網站即可查詢到相關案例，在此不援引網址。)

<sup>791</sup> 不得干擾司法正當性之規定，見《律師倫理規範》第 13 條至第 16 條、《律師法》第 27、28 條及第 32 條第 2 項。違反行為規範之法律效果部分，《律師倫理規範》第 49 條：「律師違反本規範，由所屬律師公會審議，按下列方法處置之：一 勸告。二 告誡。三 情節重大者，送請相關機關處理。」《律師法》第 39 條：「律師有左列情事之一者，應付懲戒：一、有違反第二十條第三項、第二十一條、第二十二條、第二十四條、第二十六條、第二十八條至第三十七條之行為者。二、有犯罪之行為，經判刑確定者。但因過失犯罪者，不在此限。三、有違背律師倫理規範或律師公會章程之行為，情節重大者。」第 49 條：「懲戒處分如左：一、警告。二、申誡。三、停止執行職務二年以下。四、除名。」

<sup>792</sup> 《律師懲戒規則》第 24 條：「第 1 項 懲戒處分於決議確定時生效。第 2 項 法務部對於前項決議確定之處分，應即通知中華民國律師公會全國聯合會、全國各地方律師公會及移送懲戒機關。第 3 項 受停止執行職務處分或除名處分者，法務部應將停止執行職務之起訖日期或除名處分生效日通知高等法院轉知所屬分院及地方法院註銷登錄及通知國防部最高軍事法院。第 4 項 受除名處分者，法務部應命高等法院檢察署轉令地方法院檢察署追繳律師證書；執行追繳律師證書無效果者，地方法院檢察署應層報法務部於證書存根登記註銷作廢並刊登行政院公報。」

<sup>793</sup> 例如，台灣律師懲戒委員會 98 年度律懲字第 3 號決議書中，被移付懲戒之律師(非利用律師身分及其職務)偽造公文書經判刑確定，受停權兩年之處分；律師懲戒覆審委員會 92 年度台覆字第 4 號決議書中，被付懲戒人協助其當事人冒名應訊被發覺，惟經一、二審法院判決認為未有實質損害發生而未諭知偽造文書，而其蒙蔽欺罔檢察官及看守所人員之行為則被律師懲戒委員會決議停止執行職務兩年；律師懲戒覆審委員會 100 年



或不法行為而受到除名處分者，微乎其微<sup>794</sup>。少部分律師亦輕忽怠慢自己身為自主性司法單元之角色，而使辯護人作為過濾作用之功能喪失<sup>795</sup>。並且，即便是違反律師規範情節重大而妨礙司法之情形，我國法律中亦未規定得以即時排除該律師之規範，而若待律師懲戒委員會作出停職處分，受妨礙之司法程序卻可能已產生無法挽回之損害。

## 第二目 賦予偵查中羈押程序閱卷權之配套措施

即便我國實務上不論是辯護人層面或司法實務運作層面，皆有不利的於偵查中保障羈押程序閱卷權之問題存在。其實在司法實務運作層面之問題僅僅為技術上問題，只要透過方法上修正即可以解決。但關於律師自律的隱憂，卻是根生於法學教育、律師養成及律師制度及執業生態的問題，不但難以解決，更是一條漫長的改革之路。無論如何，本文認為，不能基於我國部分律師的不當或不法行為以及律師自律制度的缺陷，即犧牲被告的權利，尤其是在涉及到剝奪人身自由的重大基本權干預時，更是如此。因此本文在肯定偵查中之羈押程序亦有閱卷權保障的前提下，對於司法實務運作層面及辯護人制度層面，作出修正上建議。

### 1、檢方及院方之司法實務層面

(1) 限定閱卷範圍為「檢察官提出於法院且與羈押決定有關之不利被告部分」及「所有有利被告部分」

若使羈押審查程序之辯護人有閱卷權，檢察官聲請羈押時必須改變目前將所有偵查卷證呈送於羈押審查法院之作法，否則將使與羈押無重大關聯且涉及偵查機密之卷證暴露於辯護人之前，而有不必要的危及偵查利益之風險。故檢察官聲請羈押時，應僅將與判斷是否應予羈押之部分呈送於法院即可。除此之外，本文參考德國學說上之見解，認為給予辯護人閱卷之僅限於提出於法院並與羈押決定有關之不利部分，即足以保障聽審權；惟為避免檢察官隱匿有利部分而未提出於法院，必須使閱卷範圍包含對被告有利部分，即足以使被告免於羈押之部分，不問檢察官是否提出於法院。

(2) 使法院作為中介機構並給予檢察官及時補正機會

如前述，德國於刑事訴訟法第 147 條第 2 項修正以後，德國檢察官聲請羈押時即因必須

---

度台覆字第 9 號決議書中，被移付懲戒之律師為使證據符合被告之說詞而將證據予以變造，再交予被告，而被法院以偽造文書等罪名判處六個月有期徒刑確定，並受到停止執行職務兩個月之處分；台灣律師懲戒委員會 80 年度律懲字第 2 號決議書，被付懲戒人唆使其當事人及共同被告虛立不實切結書以蒙蔽檢察官，受申誡之處分；台灣律師懲戒委員會 93 年度律懲字第 5 號決議書，被付懲戒之律師明知當事人涉嫌偽造文書，卻為使當事人脫免於刑事責任，而唆使證人於偵查中為不陳述，惟後來其證人覺有所不妥而據實供稱，始發現被付懲戒人不當之舉，而經決議受警告之處分。

<sup>794</sup> 例如，台灣律師懲戒委員會 83 年度律懲字第 2 號、87 年度律懲字第 6 號決議書，被付懲戒人曾因意圖以行賄方式影響分案、誣告同業詐欺等事，於民國 83 年被付懲戒，後又因涉嫌侵占案經法院判刑確定，故於民國 87 年受除名處分。其餘受除名處分者則相當罕見。參照中華民國律師公會全國聯合會，律師懲戒案例選輯，2007，1 頁以下。

<sup>795</sup> 例如台北地方法院 99 年度易字 3759 號判決及律師懲戒覆審委員會 100 年度台覆字第 12 號決意書之案例事實所示，由於承審販賣二級毒品法官及書記官未注意本案為依《毒品危害防制管理條例》而應將檢舉人身分予以保密之案件，未將真實姓名對照表彌封，嗣被告辯護人之同事代為進行閱卷之影印時，卻一並將真實姓名對照表一併印回，而被告之辯護人亦直接將真實姓名對照表之影本摻雜於其他卷證影本中交予被告，使被告知悉檢舉人之身分，而對檢舉人為恐嚇。

在短時間內抉擇哪些證據資料是能夠給予辯護人知悉的，而在羈押被告與維護偵查機密性之利益取捨，面臨相當大之風險及壓力。我國法若使辯護人得於羈押審查程序時閱卷，檢察官亦將面臨此壓力；且我國部份辯護人自律情形仍足堪憂，使偵查利益面臨更大風險。故本文認為，此時可考慮使羈押審查法院作為中介機關，讓檢察官所提出證據在尚不足以形成法院羈押被告之心證時，能有機會能再及時補足其他證據，使檢察官不至於在一開始提出時即承受偵查機密外漏之不必要風險<sup>796</sup>。然而無論如何，基本原則仍是：凡是法院用以作為羈押被告之證據基礎，即必須使該部分予以辯護人閱卷，以滿足聽審原則之基本要求。

### (3) 與羈押與否之判斷不具關聯性且具保密利益之部分應以適當措施加以保護

在同一份卷宗內，部分於形成羈押心證不具關鍵性，而又涉及到證人保護或偵查利益等資訊，可以將原始卷證複製後，將該部分資訊以塗黑後再予辯護人閱卷，以儘量達到利益平衡之目的<sup>797</sup>。但同樣的，基本原則亦是，只要是法院要用作以羈押被告之證據基礎，即必須使該部分予以辯護人閱卷。

## 2、辯護人制度層面

鑒於我國律師體制之弊病，若直接將毫無限制之偵查中羈押程序閱卷權予以辯護人，則相當可能過度犧牲偵查利益。然而由法治國之角度而言，若因部分辯護人無法恪遵其身為自主性司法單元之角色<sup>798</sup>，而限制被告偵查中羈押程序之閱卷權保障，顯然不符比例原則。

在兩者調合上，有認為，原則上應肯定於偵查中之羈押審查亦應予辯護人閱卷者，亦有認為必須於涉及到具有突襲性之強制處分時，將該部分予以保留，不予辯護人閱卷。<sup>799</sup>但本文認為，若是將涉及突襲性強制處分即將閱卷權排除在外，則幾乎所有偵查機關均會以此為由而加以限制，將再度使閱卷權行使淪為空殼；更何況，觀諸歐洲人權法院判決，被訴之成員國無非以此為由而限制辯護人之閱卷權，卻均受到敗訴宣告。

治本的方式仍為加強律師之養成以及自律制度，使辯護人能夠在司法程序中自發性地恪遵身為自主性司法單元之角色<sup>800</sup>，畢竟靠司法之民事及刑事程序使行為不當或不法之辯護人受到應有之懲罰，仍有其侷限性。<sup>801</sup>除此之外，在修法層次上，本文認為，若要學習德國法

<sup>796</sup> Lange, NStZ 2003, 348, 353; dagegen Beulke/Witzigmann, NStZ 2011, 254, 260.

<sup>797</sup> Lange, NStZ 2003, 348, 353.

<sup>798</sup> 關於我國辯護人之定位，參照林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2010，205 頁以下。

<sup>799</sup> 許揚成，羈押審查程序之探討，玄奘法律學報，第 14 期，2010 年 12 月，18 頁。

<sup>800</sup> 有學者以美國作為比較法對象，發現輕微懲罰使失職律師心存僥倖而可一犯再犯，故認為應加強律師自律以提升刑事辯護。參照林志潔，是公平的保障還是一襲國王的新衣？——論對抗制下律師失職行為與被告律師權的保障，月旦法學雜誌，第 137 期，2006 年 10 月，169-172 頁。

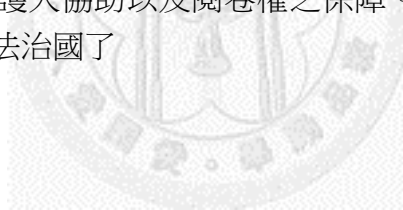
<sup>801</sup> 實務上或有懷疑辯護人利用職務之便為不法行為，卻因證據不足而不了了之的情形。例如台灣高等法院高雄分院 97 年度上易字第 49 號判決所示，被告為執業律師，陪同收押禁見之當事人(涉嫌組織犯罪防制條例案件，以下稱前案)於偵查庭應訊，而檢警於其後拘提共犯時，於共犯身上扣得「教戰守則」一紙，內容為檢察官於前日訊問被告之當事人之重要關係事項內容，始發現本案；惟本案因證人(即前案之共犯)於事後翻供指稱該「教戰手則」為於士林夜市時，其友人「文生」所給，而「文生」亦未說明該「教戰守則」來源，而法院認為由於前案之偵查庭在場者眾多，亦有被告以外之律師在場，難以確定為被告所為，故依罪證有疑利於被告之證據法則，宣判被告無罪。由本案可知，上開偵查庭中相當可能有在場之律師洩漏偵訊內容用以串供，卻無法經由刑事司法程序加以嚇阻。

例而賦予羈押程序之完整閱卷權，當務之急亦須同時引進德國刑事訴訟法第 138a 條至第 138d 條所規定之排除辯護人制度作為配套措施，使能夠將濫用辯護人身分妨礙司法之辯護人，及時排除於程序，避免本案程序之真實發現受到破壞。<sup>802</sup>

#### 第四節 小結

我國目前之法規及實務見解均排除偵查中羈押程序之強制辯護可能性及閱卷權保障，但本文認為，鑒於公平審判原則，或所謂正當法律程序原則之維護，必須保障羈押程序之辯護人協助權，以及偵查中羈押審查程序之閱卷權。僅管司法資源有限且我國律師自律品質堪憂，要增加強制辯護之司法預算已屬不易，律師自律之養成與體制之改革更是一條漫長之道路，但無論如何，不能使這些應由國家去克服的障礙，成為被羈押人獲得基本法治國程序保障的阻礙。

在修法之前，由於法律本身並未禁止在偵查中指定辯護人予面臨羈押之被告，亦未禁止在羈押程序中給予被告之辯護人閱卷，因此可以透過使刑事訴訟法規範合乎憲法保障解釋之方式，指定辯護人予羈押程序之被告以及使羈押程序中之辯護人能進行閱卷。儘管在細節上可能無法達到盡善盡美，例如在閱卷權方面可能顧忌到辯護人無法有效形成過濾作用，而無法在偵查中羈押程序給予辯護人全面閱卷權，程序也可能變得比較繁瑣<sup>803</sup>，無論如何，即便因先天不良因素而達不到法治國之下一百分之要求，也必須儘可能達到六十分之及格標準—使羈押程序之被告均能獲得辯護人協助以及閱卷權之保障。畢竟，若連及格標準都無法達成，我國也無法自稱為真正的法治國了。



<sup>802</sup> 辯護人排除制度目前在我國法的可行性，以及修法建議，詳細參照吳俊毅，辯護人論，2009，262 頁以下。認為我國刑事訴訟法應設置辯護人排除制度，何賴傑，論刑事訴訟法之傳承與變革—從我國與德國晚近刑事訴訟法修法談起，月旦法學教室，第 100 期，2011 年 2 月，180 頁。

<sup>803</sup> 辯護人權限的範圍本來即與制度上對辯護人的信賴程度有關。參照林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2010，207-208 頁；林鈺雄，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，政大法學評論，第 110 期，2009 年 8 月，235、244 頁以下。

## 第五章 結論

從歐洲人權法院之跨國性標準，到德國法於 2009 年羈押法修正之實踐，再回歸我國法之檢視與評析後，關於羈押是否應作為強制辯護事由，以及偵查中之羈押審查程序是否應給予辯方閱卷，本文在此作出總結，並再次針對我國現況修正方向提出建議。

### 第一節 本文回顧

在本文最末，以下先回顧本文先前所作之分析介紹及結論，再於後續(第二節)提出對我國之修正方向提出建議。

#### 第一項 比較法分析部分

##### 第一款 歐洲人權法院之案例法

歐洲人權公約之保障透過歐洲人權法院裁判解釋所形成之案例法，而使抽象的人權公約獲得與時俱進的具體內容。歐洲人權公約第 5 條為人身自由保障之規定，其中第 5 條第 4 項屬於剝奪人身自由之合法性審查規定，要求剝奪人身自由必須經由法院迅速審查作出合法性之決定。透過歐洲人權法院對第 5 條第 4 項規定之詮釋，司法程序所要求之公平審判保障內容亦被包涵於條文規範之保障範圍之內，惟保障之程度必須視剝奪自由的本質而定，非必定等同於歐洲人權公約第 6 條保障所要求之程度。此外，由於歐洲人權公約第 6 條所保障之時點不限於起訴後之程序，因此羈押審查之程序保障亦可以公約第 6 條為依據。

##### 第一目 羈押程序應予辯護人協助

關於羈押審查程序是否應有辯護人於程序中進行協助的問題，由於歐洲人權法院沒有直接具體裁判作出明確解釋，故本文分別由歐洲人權公約第 5 條第 4 項及第 6 條第 3 項 c 款為依據形成的案例法進行推論。

在歐洲人權公約第 5 條第 4 項的部分，歐洲人權法院認為，當被剝奪自由者為精神病患或未成年人時，則有特別保護之必要性，而須有辯護人或律師於審查程序中在場提供協助；除此之外，若是較長期間的剝奪人身自由，也有特別給予法律協助的必要。在歐洲人權公約第 6 條第 3 項 c 款的部分，歐洲人權法院判斷是否有給予辯護人協助的司法利益需求，判斷標準則主要仍取決於處罰之嚴厲性及案件之複雜性。

由歐洲人權案例法所建構的標準來看，本文認為無論是基於歐洲人權公約第 5 條第 4 項或第 6 條第 3 項 c 款，應使被羈押人能夠於羈押審查時獲得辯護人協助。首先，鑒於羈押審查程序之本質涉及法律問題之攻防，非一般人能夠自行提出充分防禦。次者，羈押審查程序

涉及較長期且期間不確定的人身自由拘束，可以說是具有嚴厲的後果。再者，從被羈押人的心理及精神狀態來看，根據研究上顯示，被羈押人的精神及心智狀態均比一般人脆弱，且此等不利現象與羈押期間的增長有正相關，而有特別保護必要。因此，從公平審判的角度來看，使被羈押人能獲得辯護人協助應為國家之義務。

### 第二目 偵查中羈押程序須絕對保障閱卷權

歐洲人權法院自 1989 年的 *Lamy* 案以來，陸續對偵查中羈押審查程序之閱卷問題作出表示，並形成相當穩定的見解。歐洲人權法院在相關案例中表示，即便偵查中維護偵查利益是值得肯定正當利益，惟鑒於對審及武器平等原則的維護，即便在偵查中之羈押審查程序有維護偵查機密利益，內國亦必須使辯方能以適當方式去接近對挑戰羈押合法性為重要的資訊，否則即違反歐洲人權公約第 5 條第 4 項。

值得注意的是，歐洲人權法院案例法中，強調為了讓辯方能夠有效挑戰羈押決定作成之證據，不能以口頭或書面轉述之方式告知證據內容，而必須讓辯方有機會以法院接觸原始資訊的方式去接近該等資訊，實質上等同於要求給予辯方閱卷。此外，儘管案例中不乏重大案件或正在形成中的複雜案件，甚至是涉及即將實施的強制處分，人權法院均認為必須給予辯方閱卷，幾乎已將偵查中羈押審查程序之閱卷權劃入絕對保障的核心範圍。

由於德國為了偵查中羈押程序閱卷權的問題在歐洲人權法院屢戰屢敗，因而促成 2009 年的修法，使歐洲人權法院案例法見解在簽約國獲得具體實踐。

### 第二款 德國法之發展

檢視跨國性的歐洲人權公約與人權法院案例法之解釋後，本文接下來進入內國法之具體實踐。由於德國與我國之德國刑事訴訟法體制相近，並且甫於 2009 年 7 月羈押法修正時將羈押之強制辯護與閱卷權議題進行修正，恰可為我國面對此等問題之借鏡對象。

### 第一目 羈押執行改列為強制辯護事由

德國於 2009 年以前，將羈押滿三個月列為強制辯護事由，此規定使羈押未滿三個月之被告能否在自行選任辯護人之外獲得辯護人協助，取決於檢察官是否提出聲請及法院是否予以指定辯護人，造成多數未自行選任辯護人之被告幾乎需等待至羈押屆滿三個月後，始能獲得義務辯護人協助。鑒於辯護人協助於羈押程序之重要性，尤其是縮短羈押期間之效果及給予被羈押人精神支持，德國多數學說均認為應將強制辯護時點提前至羈押開始執行，甚至有認為應提前至被告受拘捕之時或是接受警察訊問之時。

於 2009 年 7 月德國於羈押法修正時，終於將羈押開始列為強制辯護事由。新的德國刑事訴訟法第 140 第 1 項第 4 款、第 141 條第 3 項為此作出重要修正，規定，依照德國刑事訴訟法第 112、112a 條執行羈押時，即必須儘速指定辯護人。關於本次修正之規定，儘管條文規定強制辯護之時點為依照德國刑事訴訟法第 112、112a 條執行羈押時，學說通說認為，鑒於立法目的及羈押審查之重要性，應將條文解釋為：當被告因事先核發之羈押令狀而受拘捕，或是於暫時性逮捕後將受羈押之聲請，即必須儘速指定辯護人，以確保被告能於羈押審

查時受到辯護人之協助。

然而，德國刑事訴訟法第 142 條第 1 項向來鑒於被告與義務辯護人間之信賴關係，要求審判長必須於指定辯護人之前給予被告相當期間選擇信賴的辯護人，故此時新的德國刑事訴訟法第 141 條第 3 項第 4 句要求必須儘速指定辯護人之規定，與第 142 條第 1 項要求給予被告選擇辯護人期間的規定間，產生規範衝突。關於此問題，多數見解認為，鑒於新法之意旨，此時應優先遵守儘速給予被告指定辯護人之要求，至少應使被告能於羈押審查程序受到辯護人協助，再於事後放寬更換辯護人選擇之要件。在指定辯護人的選擇標準上，此時固然仍應優先視被告有無特別提名其所信賴的辯護人；若無，一般認為，基於法律儘速指定辯護人的要求，以及被告與指定辯護人往後能否建立信賴關係的考量，距離遠近仍然是指定時相當重要的考量因素。

關於指定之範圍，值得注意的是，德國修法後的部分實務見解認為，新法強制辯護的解釋範圍不僅於本案羈押之執行，更應擴張及於另案執行羈押的情形。因為被告於本案或另案羈押所受到的處境，實質上並無差別，故應受到同等保障。

指定辯護人之撤銷方面，新法施行之後，多數學說及部份實務認為，若辯護人之指定事出急迫而未給予充分的相關程序保障，則應事後放寬更換指定辯護人之標準，不得侷限於過去所建立更換辯護人的標準。若是被告於羈押後獲得釋放，學說及部分實務認為，於此時不應遽認為辯護人之指定效力自動失效，而仍應視被告是否尚處於應受辯護人協助的狀態；僅於例外認為被告確實已不再需要辯護人協助辯護時，才可撤銷指定。

## 第二目 偵查中羈押程序不得限制辯護人閱卷

偵查中羈押程序的閱卷權向來為法治國之難題，此問題也常期以來困擾著德國實務。於 2009 年修法前，德國刑事訴訟法第 147 條第 2 項規定，於偵查中若辯護人對於全部或部分卷宗及證物進行閱卷有危害偵查目的之虞，檢察官得拒絕予以閱卷。基於此法律規定，德國實務上常發生於偵查中之羈押程序，檢察官及法院以維護偵查目的為由拒絕被羈押人之辯護人閱卷。儘管歐洲人權法院早已在 1989 年的 *Lamy* 案裁判中表示應予辯方閱卷的立場，且德國聯邦憲法法院也在 1994 年時表示與羈押被告有關的卷證必須予以辯護人閱卷的見解，實務上仍經常依照舊德國刑事訴訟法第 147 條第 2 項規定拒絕辯護人閱卷。此種實務作法使德國在 2001 年之德國三案(*Garcia Alva*、*Schöps*、*Lietzow* 案)中受到歐洲人權法院的敗訴宣告，在 2007 年，又基於同樣原因於 *Mooren* 案再次於歐洲人權法院敗訴。

基於以上原因，2009 年 7 月，德國羈押法修正時，將德國刑事訴訟法第 147 條第 2 項增加第 2 句，規定於符合第 1 句規定之時，即偵查中有因閱卷危害偵查目的之虞的情形，若被告已在羈押之中或受到暫時性逮捕並受羈押聲請時，仍必須使辯護人能以適當方式接近與人身自由剝奪合法性決定為重要的資訊，而在此通常即為給予閱卷。學說對此規定認為有所不足，並進一步加以具體化。首先，關於閱卷時點方面，學說大多認為除了被告已受逮捕之情形外，若是被告已知悉羈押令狀之核發而延請辯護人閱卷的情形，應具體審查是否有予以閱卷之必要，而非以不符規定為由遽為駁回閱卷聲請；惟實務多採相反見解。閱卷範圍方面，學說認為應包含檢察官提出於法院的不利證據，以及所有與羈押有關連性之有利證據，不問該等有利證據是否提出於法院。閱卷方式方面，新法規定使辯護人「以適當方式」接近卷證，

備受批評；學說認為，此時除了給予直接閱卷以外，並無其他任何方式是所謂的適當方式。至於違反的法律效果，學說通說及新近實務均認為，未予閱卷之部分形成證據使用禁止效果，即便因而無法形成羈押決定亦是如此。

在德國刑事訴訟法之規定下，辯護人擁有相當便利而廣泛之閱卷權，但也因閱卷而負有義務。關於辯護人之定位，德國多數仍採司法單元理論，認為辯護人不僅作為當事人之輔助者，亦負有維護司法的公益性義務。基於此種辯護人的定位，德國刑事訴訟法設計時基於對辯護人的特別信賴而賦予辯護人完整而便利的閱卷行使，但也相對期待辯護人能盡其義務。依照德國《律師執業規則》第 19 條的規定，辯護人不得將原始卷證交予共事者以外之人，並對卷宗內容負有保密義務。除該法律規定之外，多數學說及實務通說認為，辯護人雖不得將原始卷證交予其當事人(即被告)，但關於卷證資訊內容，原則上有轉知被告的義務，因為被告才是閱卷權的擁有主體；例外基於維護司法之目的，若轉知資訊予被告有使案情晦暗之虞等情形，則不得將卷證資訊內容轉知被告。若辯護人違反其因閱卷所生之義務，除了可能受職業規則之懲處以及負德國刑法 258 條之妨礙刑事處罰罪等刑事責任外，德國刑事訴訟法第 138a 條以下亦有排除辯護人於程序之相關規定，使該違反義務的辯護人不得再為被告於本案及其他法律程序進行辯護，且亦不得為被告之共同被告或共犯進行辯護。

## 第二項 我國法檢視部分

### 第一款 羈押程序之與偵查中之強制辯護

我國刑事訴訟法第 31 條雖有強制辯護之規定，然而過去在 1982 年修法時，立法者神來一筆於刑事訴訟法第 31 條第 1 項增加審判中等字樣，使強制辯護之適用範圍受限於審判程序，直到 2006 年時，才於同條第 5 項重新開啟偵查中強制辯護的窄門，惟僅限於智能障礙而無法為完全陳述者。因此，依照我國法刑事訴訟法的體制，僅有智能障礙而無法為完全陳述者始有可能於偵查中之羈押程序因強制辯護規定獲得辯護人協助；且即便智能障礙者因強制辯護得受到辯護人協助，其等候辯護人之期間也未納入刑事訴訟法第 93 條之 1 等候期間計算的明文規定，保障不周。

在刑事訴訟法強制辯護體制之外，我國雖有法律扶助制度可以使被羈押人獲得辯護人協助，惟法律扶助制度本來即與強制辯護制度出於不同目的，兩者無法互相取代；此外，法律扶助出於其制度及現實運作上的限制，可能使需要獲得辯護人協助的被羈押人無法順利獲得協助。因此，不能以法律扶助制度存在為由否定強制辯護制度於此時存在的必要。

### 第二款 偵查中羈押程序與閱卷權保障

我國刑事閱卷規定於刑事訴訟法第 33 條，由於 1982 年時修法將閱卷權行使限於審判中，使現今偵查中之閱卷成為一種法院給予的恩惠，而非被告或辯護人之權利。因此，在我國偵查中之羈押審查程序，辯護人能否獲得閱卷，完全取決於法院之意願，被拒絕閱卷也毫無救濟管道，可以說是毫無閱卷保障的狀態，辯方也因此無法去真正挑戰羈押的證據基礎的真實性。



## 第二節 未來展望

回顧本文之介紹後，以下針對我國法未來走向，提出相關之建議。

### 第一項 以羈押作為強制辯護事由

#### 第一款 羈押作為強制辯護事由之理由與修法建議

##### 第一目 理由及目前解釋方向

羈押屬於剝奪人身自由之強制處分，為基本權干預最為嚴重的一種型態，並且又發生於判決確定以前，與無罪推定原則仍有相違之處，因而需要更加嚴謹之程序保障。支持將羈押作為強制辯護事由者之原因包括：

- 1、縮短羈押期間：一般認為，辯護人之協助有助於縮短羈押期間，尤其透過聲請撤銷羈押，使被羈押人能在羈押期間，不斷獲得重新審視羈押必要性之機會。此點對於羈押期間往往過長的我國，特別具有重要性。
- 2、協助發現真實：儘管我國刑事訴訟法第 2 條要求檢察官及法官均須遵守客觀性義務，惟鑒於立場因素可能形成檢察官實踐客觀性義務之障礙，此時即可透過辯護人以被告角度來補足此缺陷，使偵查結果更能接近真實。
- 3、加強被羈押人辯護能力並給予精神支持：被告在羈押中不但因自由受限而無法充分準備辯護，研究更顯示，長期人身自由拘束造成被告智能降低，而更加不利於辯護，故特別需要辯護人加以協助。又被羈押人身處異地，並失去與外界聯繫，精神及心理壓力極大，甚至可能造成精神疾病甚至自殺；辯護人客觀而專業的角色能提供被羈押人極有力的精神支持。
- 4、維護法治國原則之要求：就法治國之公平審判程序所要求之武器平等原則而言，被告在羈押審查時，必須面對具法律專業知識之法官及檢察官，進行羈押理由及必要性之答辯，面對此等法律上問題，必須由同樣具有法律專業知識之辯護人協助被告，以滿足武器平等原則之要求。
- 5、避免法律扶助之無資力審查程序成為被羈押人受辯護人協助之阻礙：在我國之法律扶助制度下，非強制辯護案件之法律扶助申請必須通過無資力審核程序，惟被羈押人因行動自由受限而無法自行備妥相關資料，且僅以書面申請似有降低核准可能之疑慮，故以羈押作為強制辯護事由，才能真正避免被羈押人因貧困而無法獲得辯護人協助之窘境。
- 6、保障被羈押人羈押審查之閱卷權：羈押審查程序即便發生於偵查中，依本文見解，亦必須給予辯方閱卷機會。惟偵查中被告利害關係甚深，且偵查尚在發展階段，給予被告閱卷有妨礙偵查之可能，故藉由具自主性司法單元地位之辯護人進行閱卷，是較為妥適的作法。為確保所有被告均能在羈押審查時透過辯護人行使閱卷權，將羈押作為強制辯護事由是簡潔明確的作法。

基於以上理由，本文認為，至遲必須使被告在拘提或逮捕後第一次進行羈押審查時，能

獲得辯護人協助。在修法之前，雖然審判中強制辯護範圍較廣，而可能使部分被羈押人能因此獲得辯護人協助，在偵查中之部分符合強制辯護者僅有智能障礙者，範圍過狹。因此，僅能認為刑事訴訟法第 31 條雖非認為羈押屬於強制辯護事由，但亦未禁止審判長或檢察官指定辯護人予面臨羈押之被告，故得由審判長或檢察官基於司法上之照料義務以及維護武器平等原則，為其指定辯護人。

### 第二目 修法建議

本文認為，關於強制辯護之規定，應破除審判中及偵查中之區別，並且將羈押列為強制辯護事由。是以，應將刑事訴訟法第 31 條第 1 項修正為：「最輕本刑為三年以上有期徒刑或高等法院管轄第一審案件或被告因智能障礙無法為完全之陳述，或依刑事訴訟法第 101 條或第 101 條之 1 為羈押審查及執行，未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人或律師為其辯護；其他審判案件，低收入戶被告未選任辯護人而聲請指定，或審判長認為有必要者，亦同。」比照德國刑事訴訟法第 141 條，我國刑事訴訟法第 31 條第 4 項應配合修正為：「偵查中，檢察官預期審判中將存有強制辯護事由或向法院聲請羈押時，若被告未經選任辯護人者，應向法院聲請指定公設辯護人或律師為其辯護。」同條第 5 項原文應刪除，而修正為管轄規定：「辯護人之指定，審判中由案件繫屬之法院為之，偵查中由具起訴後本案管轄權之法院為之；若因刑事訴訟法第 101 條或第 101 條之 1 而為指定，則由進行羈押審查之法院為之。」

### 第二款 指定辯護人時應以被告利益為出發點

相較於德國法於指定辯護人時對被告意願之尊重及利益之考量，我國於此部分顯然有所缺失。因此鑒於實質有效辯護之達成，指定辯護人時應尊重被告之意願以及對辯護人之信賴關係；並且在因羈押而指定辯護人時，須特別考量距離因素，始行動受限之被告仍能與辯護人頻繁接觸。

### 第二項 偵查中之羈押程序之閱卷權保障

#### 第一款 羈押審查程序應保障閱卷權之理由

歐洲人權法院鑒於人身自由剝奪之嚴重性，認為基於武器平等原則之要求，羈押審查時必須使辯方獲得閱卷之機會，進而能對羈押合法性為重要之證據提出適當挑戰。德國法因此問題屢遭人權法院宣告敗訴，終於在 2009 年羈押法修正時將此部分一併修正；不過德國學說及實務上，原則上仍以聽審權保障作為閱卷權之主要根據。由於武器平等原則及聽審權保障均為公平審判原則或所謂正當法律程序之一環，而為我國憲法所肯認，故羈押審查程序即便發生於偵查中，我國亦應作相同解釋，肯定辯方於此時之閱卷權。

#### 第二款 偵查中羈押程序閱卷權之具體化

由於刑事訴訟法第 33 條未規定偵查中之閱卷權，在修法前，僅能透過符合憲法保障解釋之方式，肯定辯方於偵查中羈押審查程序之閱卷權。

## 第一目 閱卷主體

如同歐洲人權法院裁判見解，閱卷權之行使原則上並非必定限制於辯護人或被告，故此時基於偵查利益之維護，原則上應由辯護人進行閱卷；為被告無辯護人時，不能因此即剝奪被告獲得公平審判保障之權利，故應予被告閱卷。若能配合羈押作為強制辯護事由，則能避免在偵查中即必須予被告閱卷之問題。

## 第二目 閱卷範圍

由於閱卷之目的係為維護羈押審查程序之聽審權及武器平等原則，換言之，即確保公平審判。是以，閱卷之範圍限於檢察官提出於法院之不利證據而與羈押決定有因果關聯之部分；除此之外，應包含所有能使被告免於羈押之有利證據，不論檢察官是否提出於法院。

## 第三目 閱卷時點

給予閱卷係為使辯方能對羈押合法性提出有效挑戰，故當然必須在羈押命令作成之前予以閱卷。若事出急迫而無法給辯方充分時間閱卷進行準備，亦應使其事後能有充分閱卷之機會以提出撤銷羈押之聲請。

## 第三款 修法建議

修法方面，本文認為可參考德國刑事訴訟法第 147 條，首先應刪除刑事訴訟法中第 33 條第 1 項「審判中」等字樣，並增加刑事訴訟法第 33 條第 3 項為：「偵查中，辯護人檢閱全部或部分卷宗及證物，若有危害偵查目的之虞，檢察官得限制或禁止之。於檢察官聲請羈押時，應使辯護人得檢閱對羈押合法性判斷為重要之卷宗及證物，並得抄錄或攝影。」

## 第三項 應建立辯護人排除制度並健全律師自律制度

### 第一款 應建立排除辯護人制度

相較於德國刑事訴訟法第 138a 條至第 138d 條之規定，我國刑事訴訟法對於對程序有所妨礙之選任辯護人，無法將其排除於程序；故為了維護程序之進行，應仿效德國設置此等規定。而我國刑事訴訟法第 31 條第 4 項規定雖然極類似德國刑事訴訟法第 143 條之規定，但解釋密度仍有顯然落差。因此在非被告與辯護人自願性的終止辯護關係上，仍應作制度上的加強，避免違反辯護人義務的選任或指定辯護人繼續破壞或干擾程序之進行。

### 第二款 應健全律師自律制度

我國實務上屢發生辯護人利用職務之便而妨礙程序之事，例如洩漏應保密之證人身分使證人遭被告「教訓」，甚至有教唆偽證、偽造文書，或協助勾串共犯等。然而律師懲戒案例中，遭除名者微乎其微，即便偽造文書而遭法院判刑確定者，亦有僅遭停權兩個月之處分者。因此，辯護人若欲加強自身權限以增強被告權益保障，亦應加強律師內部之自律，確保辯護人能嚴守身為自主性司法單元之地位，才能要求立法者加以信任而賦予更完整之權利。

## 參考文獻

### 一、中文文獻

#### (一) 教科書、書籍、碩士論文

- ◎林永謀，刑事訴訟法釋論(上)，2010，改訂版。
- ◎林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2010，第9版，元照出版。
- ◎林鈺雄，新刑法總則，2011，第3版，元照出版。
- ◎吳俊毅，辯護人論，2009，正點出版。
- ◎中華民國律師公會全國聯合會，律師懲戒案例選輯，2007，中華民國律師公會全國聯合會出版。
- ◎財團法人法律扶助基金會，2010年周年報告書，2011，財團法人法律扶助基金會出版。
- ◎張之萍，刑事被告的閱卷權，台灣大學碩士論文，2007。
- ◎施育傑，歐洲人權公約第五條—以歐洲人權法院裁判為借鏡檢討我國羈押與人身拘束制度，台灣大學碩士論文，2008。
- ◎陳鈺歆，對質結問權保障標準取代傳聞法則之研究—以歐洲法發展為例，台灣大學碩士論文，2009。
- ◎呂雅婷，刑事被告受律師協助權—以歐洲人權法院裁判為借鏡，台灣大學碩士論文，2007。

#### (二) 期刊論文

- ◎王士帆，歐洲刑事辯護的挑戰，檢察新論，第9期，2010年7月，324頁以下。
- ◎王兆鵬，貫徹平等於實質之辯護，月旦法學雜誌，第137期，2006年10月，104頁以下。
- ◎王自雄，人權兩公約之國內法化暨其施行法之實施—從國際法的內化與人權在我國憲政體制下之法律地位論起，台灣法學雜誌，第164期，2010年11月，113頁以下。
- ◎尤伯祥，是恩惠還是權利？從程序保障觀點檢討現行羈押法制，全國律師，第10期，2006年7月，22頁以下。
- ◎尤伯祥，偵查取證程序之監督，檢察新論，第7期，2010年1月，158頁以下。
- ◎何賴傑，正當法律程序原則—刑事訴訟法上一個新的法律原則？，憲政時代，第25卷第4期，2000年4月，33頁以下。
- ◎何賴傑，刑事辯護對羈押決定及羈押期間之影響—德國實證研究報告之啟示，台灣法學雜誌，第136期，2009年9月，13頁以下。
- ◎何賴傑，偵查程序強制辯護之指定及違法效果—以德國刑事訴訟法為觀察重點(上)，政大法學評論，第111期，2009年10月，81頁以下。
- ◎何賴傑，偵查程序強制辯護之指定及違法效果—以德國刑事訴訟法為觀察重點(下)，政大

法學評論，第 112 期，2009 年 12 月，71 頁以下。

◎何賴傑，論刑事訴訟法之傳承與變革—從我國與德國晚近刑事訴訟法修法談起，月旦法學教室，第 100 期，2011 年 2 月，172 頁以下。

◎吳巡龍，辯護人是否有權複製偵訊光碟，台灣法學雜誌，119 期，2009 年 1 月，163 頁以下。

◎李宜光，偵查中羈押審理制度之探討—以公正審判權為中心，檢察新論，第 11 期，2012 年 1 月，227 頁以下。

◎林志潔，是公平的保障還是一襲國王的新衣？—論對抗制下律師失職行為與被告律師權的保障，月旦法學雜誌，第 137 期，2006 年 10 月，152 頁以下。

◎林鈺雄，對質詰問與上級審—歐洲法發展與我國法走向之評析，月旦法學雜誌，第 143 期，2007 年 4 月，5 頁以下。

◎林鈺雄，改革偵查程序的新視野—從歐洲法趨勢看我國法走向，月旦法學雜誌，第 157 期，2008 年 6 月，202 頁以下。

◎林鈺雄，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，政大法學評論，第 110 期，2009 年 8 月，213 頁以下。

◎林鈺雄，對質詰問之限制與較佳防禦手段優先性原則之運用，台大法學論叢，第 40 卷第 4 期，2011 年 12 月，2323 頁以下。

◎林裕順，「迅速審判」法制研究—日本司改「審前整理」「證據開示」之啟示，檢察新論，第 8 期，2010 年 7 月，254 頁以下。

◎林裕順，「起訴狀一本主義」再考—釐清「剪不斷、理還亂」的審檢互動，月旦法學雜誌，第 177 期，2010 年 2 月，176 頁以下。

◎施育傑，鳥瞰歐洲人權公約人身自由權利—兼論「羈押速審條款」，檢察新論，第 9 期，2011 年 1 月，213 頁以下。

◎陳愛娥，正當法律程序與人權之保障—以我國法為中心，憲政時代，第 29 卷第 3 期，2004 年 1 月，359 頁以下。

◎陳運財，刑事訴訟法之修正與刑事辯護，月旦法學雜誌，第 137 期，2006 年 10 月，120 頁以下。

◎許揚成，羈押審查程序之探討，玄奘法律學報，第 14 期，2010 年 12 月，1 頁以下。

◎黃朝義，偵查中羈押之課題與展望，全國律師，第 10 期，2006 年 7 月，13 頁以下。

◎楊雲驊，閱卷權的突破—以歐洲人權法院近年來數個判決為例，台灣本土法學雜誌，第 70 期，2005 年 5 月，120 頁以下。

◎楊雲驊，歐洲人權法院對逮捕、羈押刑事被告審查重點介紹，全國律師，第 10 期，2006 年 7 月，4 頁以下。

◎楊雲驊，二十年來台灣刑事訴訟程序羈押制度之檢討與建議(下)，月旦法學雜誌，第 181 期，2010 年 6 月，188 頁以下。

◎蔡墩銘，辯護人之閱卷權，月旦法學教室，第1期，2002年11月，18頁以下。

◎鄭聖業，論限制偵查階段指定辯護之合理性與意義，成大法學，第15期，2008年6月，173頁以下。

◎「審前羈押、逕行拘提等強制處分制度檢討研討會」會議記錄(一)—審前羈押之探討，月旦法學雜誌，167期，2009年4月，254頁以下。

◎「審前羈押、逕行拘提等強制處分制度檢討研討會」會議記錄(三)—拘提即時上手銬之妥當性，月旦法學雜誌，169期，2009年6月，308頁以下。

◎Beulke 著/吳俊毅 譯，德國刑事訴訟程序辯護人的功能及地位—至今仍具話題性的一個爭論，高大法學論叢，第6卷第1期，2010年9月，59頁以下。

◎Esser 著/林鈺雄、王士帆 譯，《東協憲章》基礎上的區域人權保護制度之發展—從歐洲觀點看國際法院裁判落實到內國刑事訴訟法，台灣法學雜誌，第148期，2010年3月，65頁以下。

◎Satzger 著/王士帆 譯，《歐洲人權公約》對德國刑法及刑事訴訟法之影響—探討基礎理論與重要問題，台灣法學雜誌，第189期，2011年12月，39頁以下。

◎Satzger 著/王士帆 譯，法官在刑事偵查程序之角色—以德國跟法國為例，檢察新論，第11期，2012年1月，297頁以下。

## 二、英文文獻

### (一) 歐洲人權法院裁判/歐洲人權委員會決定

ECHR, *Ananyin v. Russia*, Judgment of 30 July 2009, Appl. no. 13659/06.

ECHR, *Averill v. the United Kingdom*, Judgment of 6 June 2002, Appl. no. 36408/97.

ECHR, *Barberà, Messegue and Jabardo v. Spain*, Judgment of 6 December 1988, Appl. no. 10590/83.

ECHR, *Benham v. the United Kingdom*, Judgment of 10 June 1996, Appl. no. 19380/92.

ECHR, *Berliński v. Poland*, Judgment of 20 June 2002, Appl. nos. 27715/95 and 30209/96.

ECHR, *Boner v. the United Kingdom*, Judgment of 28 October 1994, Appl. no. 18711/91.

ECHR, *Bouamar v. Belgium*, Judgment of 29 February 1988, Appl. no. 9106/80.

ECHR, *Brennan v. the United Kingdom*, Judgment of 16 October 2001, Appl. no. 39846/98.

ECHR, *Croissant v. Germany*, Judgment of 25 September 1992, Appl. no. 13611/88.

ECHR, *Daud v. Portugal*, Judgment of 21 April 1998, Appl. no. 22600/93.

ECHR, *Fejde v. Sweden*, Judgment of 29 October 1991, Appl. no. 12631/87.

ECHR, *Foucher v. France*, Judgment of 18 March 1997, Appl. no. 22209/93.

ECHR, *Garcia Alva v. Germany*, Judgment of 13 February 2001, Appl. no. 23541/94.

ECHR, *Granger v. the United Kingdom*, Judgment of 28 March 1990, Appl. no. 11932/86.

ECHR, *Hood v. the United Kingdom*, Judgment of 18 February 1999, Appl. no. 27267/95.

ECHR, *Imbrioscia v. Switzerland*, Judgment of 24 November 1993, Appl. no. 13972/88.

ECHR, *Jan-Akk Andersson v. Sweden*, Judgment of 29 October 1991, Appl. no. 11274/84.

ECHR, *John Murray v. the United Kingdom*, Judgment of 8 February 1996, Appl. no. 18731/91.

ECHR, *Kamasinski v. Austria*, Judgment of 19 December 1989, Appl. no. 9783/82.

ECHR, *Khodorkovskiy v. Russia*, Judgment of 31 May 2011, Appl. no. 5829/04.

ECHR, *Kremzow v. Austria*, Judgment of 21 September 1993, Appl. no. 12350/86.

ECHR, *Lamy v. Belgium*, Judgment of 30 March 1989, Appl. no. 10444/83.

ECHR, *Lagerblom v. Sweden*, Judgment of 14 June 2003, Appl. no. 26891/95.

ECHR, *Lietzow v. Germany*, Judgment of 13 February 2001, Appl. no. 24479/94.

ECHR, *Magalhães Pereira v. Portugal*, Judgment of 26 February 2002, Appl. no. 44872/98.

ECHR, *Matznetter v. Austria*, Judgment of 10 November 1969, Appl. no. 2178/64.

ECHR, *Maxwell v. the United Kingdom*, Judgment of 28 October 1994, Appl. no. 18949/91.

ECHR, *Mayzit v. Russia*, Judgment of 20 January 2005, no. 6337/80.

ECHR, *Megyeri v. Germany*, Judgment of 12 May 1992, Appl. no. 13770/88.

ECHR, *Monnell and Morris v. the United Kingdom*, Judgment of 2 March 1987, Appl. nos. 9562/81 and 9818/82.

ECHR, *Mooren v. Germany*, Judgment of 13 December 2007, Appl. no. 11364/03.

ECHR, *Mooren v. Germany*, Judgment of 9 July 2009, Appl. no. 11364/03, §§121-125.

ECHR, *Neumeister v. Austria*, Judgment of 7 May 1974, Appl. no. 1936/63.

ECHR, *Nikolova v. Bulgaria*, Judgment of 25 March 1999, Appl. no. 31195/96.

ECHR, *Oliveira v. Switzerland*, Judgment of 30 July 1998, Appl. no. 25711/94.

ECHR, *Öcalan v. Turkey*, Judgment of 12 May 2005, Appl. no. 46221/99.

ECHR, *Schöps v. Germany*, Judgment of 13 February 2001, Appl. no. 25116/94.

ECHR, *Shishkov v. Bulgaria*, Judgment of 9 April 2003, Appl. no. 38822/97.

ECHR, *Pakelli v. Germany*, Judgment of 25 April 1983, Appl. no. 8398/78.

ECHR, *Pham Hoang v. France*, Judgment of 25 September 1992, Appl. no. 13191/87.

ECHR, *Perks and others v. the United Kingdom*, Judgment of 12 October 1999, Appl. nos. 25277/94 and 25279/94 and 25280/94 and 25282/94 and 25285/94 and 28048/95 and 28192/95 and 28456/95.

ECHR, *Prežec v. Croatia*, Judgment of 15 October 2009, Appl. no. 48185/07.

ECHR, *Quaranta v. Switzerland*, Judgment of 24 May 1991, Appl. no. 12744/87.



ECHR, *Reinprecht v. Austria*, Judgment of 15 November 2005, Appl. no. 67175/01.  
ECHR, *R.D. v. Poland*, Judgment of 28 December 2001, Appl. nos. 29692/96 ; 34612/97.  
ECHR, *S.C. v. the United Kingdom*, Judgment of 15 June 2004, Appl. no. 60958/00.  
ECHR, *Shilbergs v. Russia*, Judgment of 17 December 2009, Appl. no. 20075/03.  
ECHR, *Shulepov v. Russia*, Judgment of 26 June 2008, Appl. no. 15435/03.  
ECHR, *Twalib v. Greece*, Judgment of 9 June 1998, Appl. no. 24294/94.  
ECHR, *Winterwerp v. Netherlands*, Judgment of 24 October 1979, Appl. no. 6301/73.  
EComHR, *Jespers v. Belgium*, Decision of 15 October 1982, Appl. no. 8403/78.

## (二) 歐洲人權公約教科書

◎ *Trechsel*, Stefan, Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford University Press, 2005.  
◎ *Ovey, Clare & White, Robin, Jakobs and White: the European Convention on Human Rights*, 4th Ed., 2006, Oxford University Press.

## 三、德文文獻

### (一) 教科書、註釋書、專論

◎ *Beulke*, Werner, Strafprozessrecht, 11. Aufl., 2010, C. F. Müller.  
◎ *Beulke*, Werner / *Ruhmannseder*, Felix, Die Strafbarkeit des Verteidigers – Eine systematische Darstellung der Beistandspflicht und ihrer Grenzen, 2. Aufl., 2010, C. F. Müller Verlag.  
◎ *Busse*, Ulrike, Frühe Strafverteidigung und Untersuchungshaft - eine empirische Studie, 2008, Universitätsverlag Göttingen.  
◎ *Grabenwarter*, Christoph / *Pabel*, Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention: Ein Studienbuch, 5. Aufl., 2012, C. H. Beck München.  
◎ *Esser*, Robert, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht : die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Strassburg, 2002, De Gruyter Recht.  
◎ *Erb*, Volker (Hrsg.), Löwe/Rosenberg: Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 26. Aufl., 4. Band, 2006, De Gruyter Recht.  
◎ *Gless*, Sabine, Internationales Strafrecht, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011.  
◎ *Hannich*, Rolf (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, 6. Aufl., 2008, C. H. Beck München.  
◎ *Meyer-Ladewig*, Jens, EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 3. Aufl., 2011, Helbing Lichtenhahn Verlag.  
◎ *Kuhn*, Maren, Akteneinsicht contra Strafverfolgungsinteresse: Die Regelung des strafprozessualen Akteneinsichtsrechts nach §147 StPO n.F. auch unter Berücksichtigung der

Europäischen Menschenrechtskonvention und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 2004, Shaker Verlag.

◎Michael, Lothar /Morlok, Martin, Grundrechte, 2008, Nomos.

◎Meyer-Großner, Lutz/Cierniak, Jürgen, Strafprozessordnung, Kurzkommentar, 53. Aufl., 2010, C. H. Beck München.

◎Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, Grundrechte Staatsrecht II, 24. Aufl., 2008, C. F. Müller.

◎Roxin, Claus/Schünemann, Bernd, Strafverfahrenrecht, 26. Aufl., 2009, C. H. Beck.

◎Gollwitzer, Walter, Menschenrechte im Strafverfahren: MRK und IPBPR Kommentar, 2005, De Gruyter Recht.

## (二) 期刊論文

◎Beulke, Werner/Witzigmann, Tobias, Das Akteneinsichtsrecht des Strafverteidiger in Fällen der Untersuchungshaft, NSTZ 2011, 254 ff.

◎Bittmann, Folker, Änderungen im Untersuchungshaftrecht, JuS 2010, 510 ff.

◎Börner, Réne, Grenzfragen der Akteneinsicht nach Zwangsmaßnahmen, NSTZ 2010, 417 ff.

◎Esser, Robert/Gaede, Karsten/Tsambikakis, Michael, Übersicht zur Rechtssprechung des EGMR in den Jahren 2008 bis Mitte 2010, NSTZ 2011, 78 ff.

◎Expertenanhörung zur Pflichtverteidigerbeordnung in der U-Haft, NJW-Spezial 2009, 314.

◎Dahns, Christian, Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit der Akteneinsicht, NJW-Spezial 2011, 510 ff.

◎Gaede, Karsten, Schlechtverteidigung—Tabus und Präklusionen zum Schutz vor dem Recht auf wirksame Verteidigung?, HRRS 2007, 402 ff.

◎Graalman-Scheere, Kirsten, Zur Reform des Rechts der notwendigen Verteidigung, StV 2011, 696 ff.

◎Herrmann, David, Anmerkung zu OLG Düsseldorf, StV 2011, 651, 652 ff.

◎Herrmann, David, Aktuelles zur Pflichtverteidigung, StraFo 2011, 133 ff.

◎Heydenreich, Carl W., Die Beiordnung des Pflichtverteidigers nach § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO – Der schwierige Versuch einer statistischen Erfassung, StV 2011, 700 ff.

◎Kempf, Eberhard, Anmerkung zu EGMR, StV 2001, 206, 201 ff.

◎König, Stefan, Der Zugang des (noch) nicht mandatierten Verteidigers zum inhaftierten Beschuldigten, StV 2011, 704.

◎Lange, Jürgen, Vollständige oder teilweise Akteneinsicht für inhaftierte Beschuldigte in den Fällen des §147 II StPO ?, NSTZ 2003, 348 ff.

◎Lehmann, Jens, Die notwendige Verteidigung (§ 140 StPO), JuS 2004, 492 ff.

◎Michalke, Reinhart, Reform der Untersuchungshaft - Chance vertan?, NJW 2010, 17 ff.

©Schlegel, Stephan, Das Akteneinsichtsrecht des Beschuldigten im Strafverfahren, HRRS 2004, 411 ff.

©Schlothauer, Reinhold, Pflichtverteidigerbeordnung nach Inhaftierung: zur praktischen Umsetzung des am 1.1.2010 in Kraft getretenen Gesetzes zur Änderung des Untersuchungshaftrechts, Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag, 2010, 709 ff.

©Redaktion FD-StrafR, Experten für Pflichtverteidigung ab Beginn der U-Haft (Aktuelle Nachrichten), FD-StrafR 2009, 280248. (<http://0rz.tw/RCosE>)

©Weider, Hans-Joachim, Das Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts, StV 2010, 102 ff.

©Wenske, Marc, Die Beiordnung des „Pflichtverteidigers“ (§§ 141 IV, 142 StPO) - Alte Fragen im neuen Gewand?, NStZ 2010, 480 ff.

©Wohlers, Wolfgang, Anmerkung zu OLG München, StV 2009, 538, 539 ff.

©Wohlers, Wolfgang, Die »unverzügliche« Beiordnung eines Pflichtverteidigers: Gefährdung des Anspruchs auf effektive Verteidigung?, StV 2010, 151 ff.

