

國立交通大學

科技法律研究所

碩 士 論 文

改良式當事人進行主義下之
律師權與實質有效辯護

The right to counsel and the effective assistance
under
Taiwan's reformed adversarial system

研 究 生：洪晨綺

指 導 教 授：林志潔 副教授

中 國 民 國 一 〇 一 年 四 月

改良式當事人進行主義下之律師權與實質有效辯護

The right to counsel and the effective assistance under
Taiwan's reformed adversarial system

研究生：洪晨綺

Student：Chen-Chi Hung

指導教授：林志潔

Advisor：Chih-Chieh Lin



April 2012

Hsinchu, Taiwan, Republic of China

中華民國一〇一年四月

摘要

我國刑事訴訟制度為改進舊制職權主義下，法官須全程主導證據調查、主動蒐集對被告不利之證據等審判者與追訴者混淆之現象，於民國九十二年修法改採改良式當事人進行主義。此一新制之設計釐清法官與檢察官的權責分際，開啟了法官中立聽審之門，然而，也因為法官與檢察官於新制下各司其職，法庭之證據調查活動改由當事人主導，當事人兩造武器之對等成為落實公平審判不可或缺的前提要件，而被告之辯護人則是被告唯一擁有、得以與檢方相抗的武器，因此兩造當事人是否武器對等、訴訟程序是否公平，端賴被告之辯護人是否確實為被告為實質有效之辯護與協助。

然而，自新制實施以來，我國就此議題並未有深入之學術著作或實證研究，因此，本文嘗試以觀察我國實務見解之角度出發，檢視我國律師於刑事訴訟程序中為被告辯護之情形，藉以觀察新制下，當事人兩造之武器是否對等、訴訟是否具備公平審判之制度，並以此檢視新制改革之成效。

為達成上述研究目的，本文透過整理我國學者之教科書、期刊、國內碩士論文及美國聯邦最高法院之判決與期刊文章，以介紹、說明我國改良式當事人進行主義與被告律師權之制度背景。進而，再透過以我國最高法院為主，高等法院為輔之判決整理，以觀察、呈現我國修法實施新制後之實務於起訴前及起訴後之各重要階段中，辯護人未能實質有效辯護之問題為何，並比較實行當事人進行主義制度之美國面對此問題之聯邦最高法院判決與學說見解，以作為我國解決此一問題時之參考。最後，並站在當事人立場，思考辯護人未盡實質有效辯護之執業義務時，當事人可主張何種救濟方式以保障其權利，並藉以提升我國律師之執業環境，以因應改良式當事人進行主義下辯護人角色日益重要之變化。

關鍵字：改良式當事人進行主義、當事人武器對等、律師權、辯護人在場權、實質有效辯護、律師執業過失

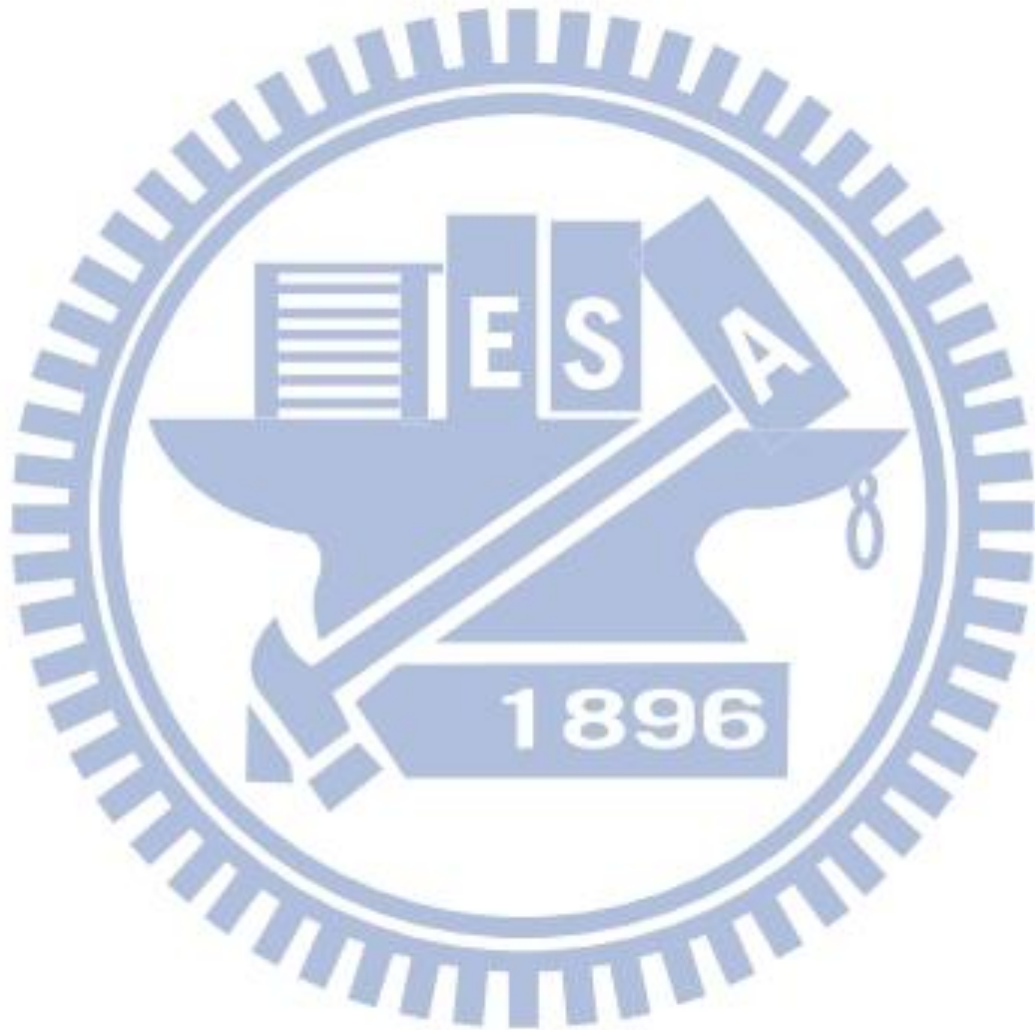
Abstract

To avoid the judges taking the roles of both the judge and the prosecutor inevitably in the old criminal procedure, Taiwan's criminal procedure has transformed into reformed adversarial system in 2003. This new system clarifies the duties of the judge and the prosecutor respectively and has opened the door of fair trial. However, once the judge no longer takes the whole responsibility to dig out the fact under the new system, the parties will assume the responsibility instead, that is, the prosecutor and the defendant have to go all out to attack and defend for the fact-finding. In this condition, the attorney's effective assistance becomes the crucial prerequisite to a fair trial because the attorney is the defendant's sole weapon in the criminal procedure to fight off the prosecutor's accusation against him.

Since there is not much discussion nor much empirical research on this issue in Taiwan, whether the attorneys in Taiwan have fulfilled their responsibility to offer effective assistance to the defendants remains an question to be found out. This thesis therefore aims at observing the practices of Taiwan's attorneys in criminal procedures by searching the judgments so as to see whether the defendants' right to a fair trial has been achieved through the new system.

To achieve the objective above, first, the thesis introduces the background of the reformed adversarial system and the defendant's right to counsel by extracting and summarizing the textbooks, the articles, the thesis and the judgments of the U.S. Supreme Court. Second, this thesis presents the situations and points out the issues that the attorneys could not offer effective assistance to the defendants in the crucial stages, whether before trial or after trial, by searching the judgments of the Supreme Court of Taiwan and Taiwan High Court, and also by illustrating the viewpoints of the U.S. Supreme Court and related journals. Finally, in the event of the attorney's malpractice,

the thesis introduces the responsibilities the attorney may assume and the remedies the defendant may adopt so as to protect his own right and to improve the legal practice environment under the new reformed adversarial system.



Key words: right to a fair trial, right to counsel, effective assistance, malpractice

誌謝

這份論文的完成比我想像的漫長與耗時許多，去年此時我決定先放下學生身分前往職場工作，預計一邊工作一邊將論文剩下的五分之二完成大概只要兩個月的時間，但實際上卻過了整整一年，事實證明當個上班族並不是件輕鬆有餘裕的事啊！這一整年裡，生活過得相單簡單，上班的時間之外，過著早睡早起，一字一字趕工的日子，無數的假日也都窩在電腦前，鮮少有空與家人朋友好好連繫感情，一個人在新竹的家中度過許多努力的時刻，現在回想起來，這一切不啻是個挑戰，但感恩的是我在這個過程中是一點一滴、按部就班地平順寫成，並沒有經過太多掙扎苦思無法下筆的難熬的時刻。

很感謝我的指導老師林志潔老師，她給我的是一個精神抖擻、齊家治國一肩雙挑的英雌形象；身為一個學生，有時候不免徬徨或懈怠，但每次聽老師在上課時提到她的理念或見解，常重新喚醒我血液中對自我的期許以及對公平正義的執著，得以被注入新的朝氣；也很感謝老師每次討論論文時總是給我許多的建議和鼓勵，讓我更相信這個題目的價值。此外，也很感謝我的口試委員陳銖雄老師與邱忠義法官給了我許多修正上寶貴的建議，從仔細地檢視註腳到審視正文的用語，再到全文結構的安排，都點出了許我並未看到的問題，使得這份論文可以更好的面貌呈現。

同時也深深感謝我研究所的同學，因為你們的緣故，讓我有一個非常快樂無憂的研究所生活，常常只要擔心作業來不及寫完就好，其他的沒有任何煩惱。謝謝鈺琿、堃哲、小捲、庭妤、妍均、天心、心印、小扈、超超、翔翔、佩蓁、湯姆哥、鵬元、夏禾、宇真、曉蓁、韻蓉、若婷、雨儒、怡彤，還有其達、靜雅、于柔、瑋庭等好多人無法全部列完，看到你們就很開心和安心，可以很認真的聊天也可以放很開玩鬧嬉笑吃飯郊遊，也可以很認真團結一起徹夜趕作業互相幫忙。可以認識你們真的很棒，我喜歡你們每一個人！

也謝謝我研究所階段給我特別多支持的人們，不管是職場的老闆 Stacey 李律師給我的各種指導，或是同事彥奴、印卿、曼兒給我的支持依靠和加油，或是教會的顧老師、胥牧師及師母，或是遠美師母的殷切關懷，還是老班底好朋友羅妹、翼想、煥章，或者是連結我對竹科想像的莊大叔，我都深深感謝，即便這個過程酸甜苦辣。

再謝謝我的爸媽還有大姊二姊，謝謝你們一路長長的支持和信任，讓我健康快樂地長這麼大，給我一個安穩快樂的家庭環境讓我可以安心的讀書求學，給我正面的價值觀、支持、包容與引導我，長長的教養過程。謝謝你們！謹將這本書與你們一起分享！

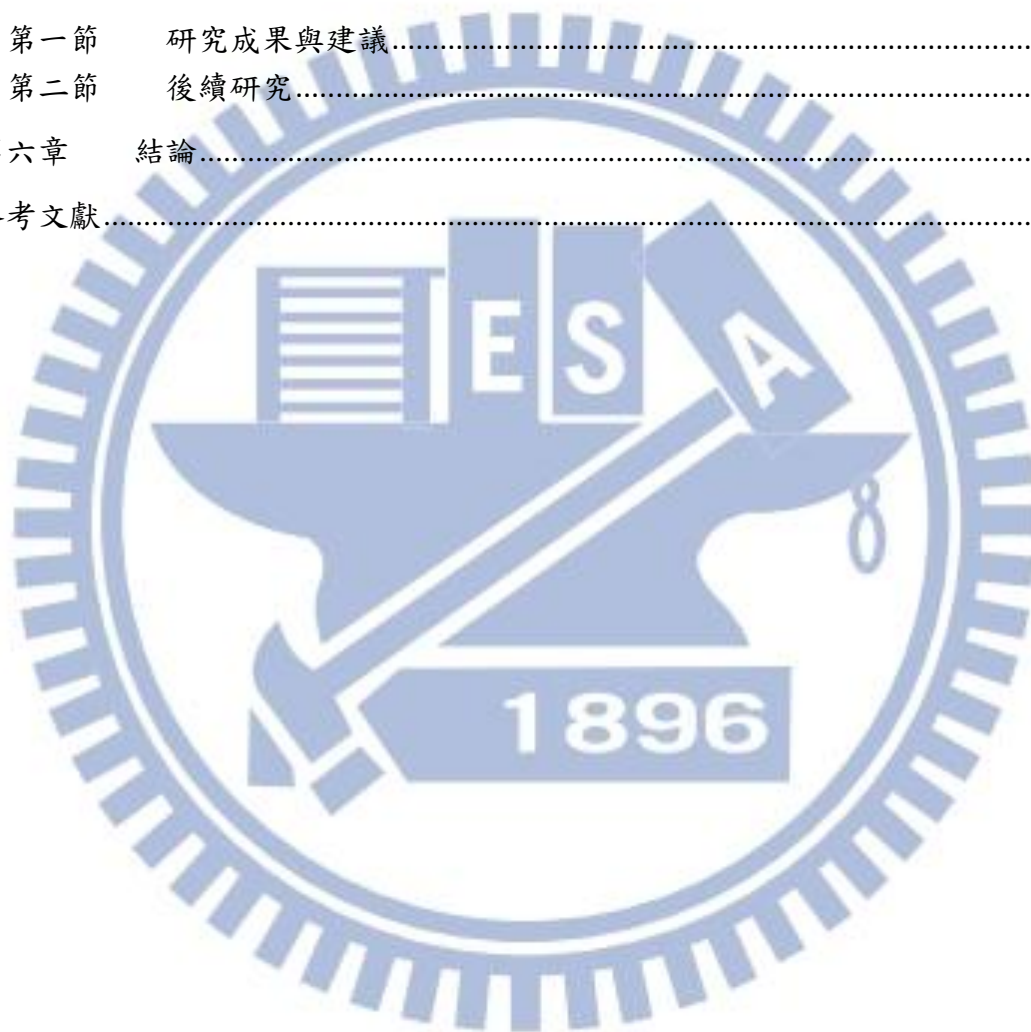
最後感謝老天爺，祂放在我心中的平安喜樂成為我內心安穩的基石，快樂正向。



目錄

摘要.....	I
ABSTRACT.....	II
誌謝.....	IV
第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與目的.....	1
第二節 研究方法與研究範圍.....	3
第三節 文獻回顧.....	5
第四節 論文架構.....	8
第二章 改良式當事人進行主義與律師權保障.....	11
第一節 前言.....	11
第二節 改良式當事人進行主義.....	12
第一項 定義.....	12
第二項 立法目的.....	13
第三項 證據調查程序，職權主義之色彩.....	15
第四項 證據調查程序，當事人進行主義之色彩.....	16
第三節 律師權保障.....	18
第一項 何謂律師權.....	18
第二項 美國法之律師權.....	29
第四節 小結.....	36
第三章 現行實務辯護制度之問題探討.....	42
第一節 前言.....	42
第二節 起訴前.....	43
第一項 司法警察（官）詢問程序，辯護人之在場權與放棄.....	43
第二項 指認程序，辯護人之在場權.....	61
第三項 羈押審查程序，羈押訊問時之辯護人在場權.....	77
第三節 起訴後.....	86
第一項 強制辯護案件，辯護人於審判期日之缺席與未為明確辯護.....	86
第二項 共同辯護，多數被告間利害相反.....	100
第三項 審判中勘驗，辯護人在場權.....	108
第四章 律師未為實質有效辯護之處理.....	116
第一節 前言.....	116
第二節 美國律師之執業過失.....	117
第一項 「法律執業過失」之責任屬性.....	117

第二項	構成「法律執業過失」之要件.....	117
第三項	律師執業過失之懲處—紀律維護機構之懲戒或民事責任之負擔.....	127
第三節	我國律師執業過失之責任探討.....	129
第一項	律師對當事人之民事責任.....	129
第二項	律師對當事人之刑事責任.....	134
第三項	律師懲戒.....	135
第四節	小結.....	137
第五章	研究結果與建議.....	139
第一節	研究成果與建議.....	139
第二節	後續研究.....	148
第六章	結論.....	150
參考文獻	152



第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

於我國刑事訴訟制度改採改良式當事人進行主義後，筆者幾次參觀法院、進行法庭觀察的經驗累積下來，觀察到我國審判實務中，不論是地方法院或是高等法院，目前刑事審判程序之進行仍然多由審判長主導，雖然我國的刑事訴訟制度已經由過去所採的職權主義改制成改良式當事人進行主義；然而，就筆者觀察新制於法庭運作的結果，審判長仍主導了大多數，甚或全部的審判程序：在開庭前已熟讀與系爭案件相關的所有卷證資料，於審判中憑藉相關的卷證資料一一訊問被告、證人以及勘驗物證以進行證據調查程序。

我國於民國九十一年二月八日修正公布刑事訴訟法，改採改良式當事人進行主義，新制之目的原是使法院只有在當事人的舉證未能讓法院形成心證，或者為維護社會公義及被告重大利益時，法院才需要介入調查，以求發見真實¹。惟前述的法庭觀察結果卻與當初制度設計的目的並不相符。新制下，理應積極主導證據調查程序進行的當事人，卻僅只擔任了整個證據調查程序中的輔助角色，亦即，實務觀察的結果，當事人僅只於法院完成大部份與主要的證據調查程序後，方才於法院詢問時補充說明其意見。

如此之改良式當事人進行主義運作實務實與當事人進行主義之修正方向有所差異；從而，筆者開始試圖思考何謂改良式當事人進行主義、其「改良式」的意義為何，以及於此一改良新制下，法官與當事人於刑事訴訟程序中所扮演之角色各自為何。

「在美國之當事人進行主義制度下，被告之辯護人是被告唯一擁有、得以與檢方相抗衡的武器，因此兩造當事人是否武器對等、訴訟程序是否公平，端賴被

¹參閱刑事訴訟法第 163 條修正理由第 2 項：「又為充分保障當事人、代理人、辯護人或輔佐人於調查證據時之詢問證人、鑑定人或被告之權利，爰於原條文第一項增列後段文字。」

告之辯護人是否確實為被告為實質有效之辯護與協助」²。雖然我國刑事訴訟制度目前並非採取美國之當事人進行主義，因而我國辯護人於訴訟程序中所負擔之責任亦不同於美國制度下之辯護人所負擔者，惟我國刑事訴訟法之修正方向既朝向美國之當事人進行主義發展，再加以新制之目的亦在於由當事人主導審判中的證據調查程序，不論是檢察官就被告犯罪事實需負實質舉證責任³，或是被告主動提出有利自己的事證或聲請法院調查⁴，因此，辯護人之角色亦較以往於舊制之職權主義下來得重要。

於舊制下，法院就被告之犯罪事實須負擔全權調查之責⁵，然而依照新制，證據調查程序改由當事人兩造主導，法院原則上僅為證據調查階段之輔助角色，此時，通常不具有法律專業知識之被告要面對檢察官之起訴及舉證，其辯護人實質有效之協助即成了被告能否確實為自己進行有法律意義抗辯之最重要的武器，並且也是訴訟程序是否公平的關鍵因素⁶。

綜上所述，本文期望能藉由分析改良式當事人進行主義之內容以及相對應之規範，以釐清當事人與法院於證據調查程序之責任分野。此外，亦期望能藉由觀察目前之實務現況，探討辯護人是否確實於審判中為被告盡到實質有效辯護之責，並就所觀察到之實務結果作出分析與建議。

此外，如前所述，於新制下，辯護人在審判中的角色比起以往更加重要，而辯護人是否能夠於審判中為被告善盡辯護責任的前提之一，則與辯護人於起訴前之偵查階段是否能夠實質有效地協助被告密切相關。蓋犯罪嫌疑人或被告於偵查

2參閱林志潔，〈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》，第137期，頁153，2006年10月。

3參閱刑事訴訟法第161條第1項。

4參閱刑事訴訟法第163條，由該條第3項規定可見新制採取當事人舉證先行、法院之證據調查為輔助的訴訟進行方式。

5參閱舊刑事訴訟法第163條第1項：「法院因發見真實之必要，應依職權調查證據。」

6「在職權主義下，即令辯護人未為強而有力之辯護，法院也必須依職權調查對被告有利之證據，否則即構成判決違法，因此辯護人未為強而有力之辯護，尚不致影響被告之權益或公平正義。在我國審判制度採改良式當事人進行主義後，辯護人如不能善盡其責、不能強而有力，審判之結果即可能與真實及正義偏離。」王兆鵬，《刑事訴訟講義》，臺北：元照，p.443，2008年。

中會面臨許多影響犯罪嫌疑人或被告是否成立犯罪，或傾向於有罪認定的重要階段，如：指認程序、司法警察（官）詢問程序，與偵查中之羈押訊問程序等，此時若辯護人未能有效協助被告，則嗣後辯護人較容易因為於上述偵查中之重要階段缺席，而無法掌握犯罪嫌疑人或被告於該階段之權利保障情形，進而無法於審判中妥適地、實質地為被告辯護。此外，偵查階段有許多涉及被告防禦權利保障之環節，雖然刑事訴訟法均有明文規定⁷，惟被告未必能夠了解該權利並進而懂得為自己主張。被告既得隨時選任辯護人⁸，則於相關重要環節被告是否受到辯護人實質有效的協助，進而得以適時、適切地為被告主張法所明訂的防禦權，於刑事訴訟之真實發現與人權保障，亦是相當重要的議題。

因此，本文亦期望藉由探討起訴前犯罪嫌疑人或被告受辯護人協助之情形，分析我國目前新制下之實務之運作狀況，期能就制度與實務完善之處給予肯定，並就不足之處作出建議。

第二節 研究方法與研究範圍

本文依各章節之內容、性質、研究目的，採取不同之研究方法，包括文獻分析與整理、比較法，以及實證研究，說明如下。

本文第二章「改良式當事人進行主義與律師權保障」即採取文獻分析與整理以介紹、說明我國改良式當事人進行主義與律師權之制度背景與內容。文獻之範圍包含我國學者所著之教科書、期刊文章；相關之官方網站的資料，以及相關之碩士研究論文。此外，本章也採取比較法，介紹、說明美國聯邦憲法第五修正案與第六修正案之律師權內容為何，並引用相關之美國聯邦最高法院判決及相關期刊為此二條文之進一步說明。本文於本章採取比較法之原因為：我國於民國九十一年二月八日修正公布刑事訴訟法後，律師權之修法方向亦朝向改良式當事人進

⁷如刑事訴訟法第 27 條、第 93 條、第 95 條、第 96 條、第 98 條。

⁸參閱刑事訴訟法第 27 條第 1 項。

行主義發展，且主要是以美國之相關制度與見解作為立法依據，因此將美國法制中律師權之憲法法源納入並說明，期可對我國之制度有更清晰之認識。再者，美國採行當事人進行主義之歷史源遠流長，至少可追溯至十八世紀晚期之各州與聯邦政府⁹，因此相關之文獻與判決相當豐富，因此，本章於介紹、說明我國之律師權內容外，加入美國法制對應之律師權內容，期能使本文律師權之內容有更清晰之輪廓，並可為我國法制發展之參考。

本文第三章「現行實務辯護制度之問題探討」採行實證研究，實證之對象為我國民國九十二年至民國一百年之最高法院或台灣高等法院、高等法院各分院之判決，此乃因改良式當事人進行主義自民國九十一年陸續修法，民國九十二年恰好可以做為修法後實證觀察之起點；此外，最高法院之判決具代表性，可說明我國實務之發展方向，然而，於本文欲研究之爭點欠缺最高法院之判決時，即以台灣高等法院或高等法院各分院之判決為研究對象。較特別的是，因筆者與指導教授林志潔老師一同參與司法院之司法智識庫計畫，因計畫之便而得以使用司法院司法官版法學資料檢索系統，此亦是本文之所以可檢索到部分的不公開判決之緣故。

本文之實證研究自爭點出發，每一爭點以一個判決為主要研究對象，並蒐集其他相同或相似爭點之判決，進而綜合整理、觀察我國法院對律師權保障之判決內容及態度為何，並整理我國學說對此一爭點之見解，以及美國法中相同或相似爭點之見解，最後並以本文之評析作為每一個判決實證研究之結論。

此實證分析乃係為觀察我國修法以來最高法院或台灣高等法院之實務運作情形，並於此觀察基礎上為我國法制之發展作出建議。

本文第四章「律師未為實質有效辯護之處理」以文獻整理、比較法的方式說明美國律師執業過失之責任屬性，並以文獻整理之方式介紹構成執業過失之四項

⁹See Randolph N. Jonakait, *The Rise of the American Adversary System: America Before England*, 14 WIDENER L. REV. 323, 327-28 (2009), “Indeed, the fact that the states and the federal government constitutionalized the right to counsel implies that America had already accepted an adversary system by the 1780s, when England was just taking its first significant steps in that direction.”

要件，再同樣以文獻整理的方式說明、比較執業過失可能面臨的兩種懲處方式，即紀律維護機構的懲戒與民事責任之負擔，比較兩者之制度目的、懲處模式與所憑藉之規範、懲處制度之執行者與裁決者等。之後，再以文獻整理之方式介紹我國律師若發生執業過失所可能面臨之民事、刑事責任為何，以及律師懲戒之責任。最後，綜合比較美國與我國就律師執業過失之處理方式與制度之異同，並參考美國制度，就我國目前尚未發展完備之執業過失之要件提出建議。本章以美國為對象採取比較法之原因同樣是因為，美國採行當事人進行主義之歷史源遠流長，至少可追溯至十八世紀晚期之各州與聯邦政府¹⁰，於此一訴訟制度下，如前所述，律師所扮演的角色相當重要，蓋其為當事人唯一可以平衡地對抗檢方追訴的武器，也因此律師是否為當事人盡到實質有效辯護之義務即為備受矚目的議題，相關之文獻與判決多有討論，且，整理相關文獻後發現，就律師執業過失之責任，美國與我國均包含民事責任與律師公會之懲戒制度，且構成執業過失之相關要件又相仿，故，雖然我國與美國就律師與當事人關係之屬性並不一致，本文仍就兩國對此議題之處理方式作一整理與比較，以當事人之角度出發，說明律師於何種情形下會構成執業過失、經權責機關認定為執業過失後又會受到何種懲處，或者當事人可獲得何種賠償，除使當事人於此委任關係中對於己身之權利更謹慎以獲得保障外，也於我國新式訴訟制度中，律師角色越顯重要之趨勢下，對律師之執業行為與執業過失有更完整之認識，將來則期待相關議題之完備，以達成律師職業之整體環境更為進步、我國法制更加健全之目標。

第三節 文獻回顧

本節文獻回顧係就我國相關之文獻加以介紹，以了解我國目前相關之討論與見解已發展至何種程度。

因本文之研究重點在於，第一，說明改良式當事人進行主義下，辯護人之重要性；第二，透過判決之整理與觀察，實證我國辯護制度之發展情形，故本節文

¹⁰*Id.*

獻回顧之方向亦同樣以這兩個主題為主軸，以下以文獻種類為分類方式，分別說明、介紹：

一、 專書

我國學者就辯護人實質有效辯護此一議題多有著書討論者¹¹，惟因本文探討主題與方向之範圍限制，僅就該些著書為主題式之部分閱讀與引用，各主題詳見本文第三章「現行實務辯護制度之問題探討」之實證研究，此處即不作全文整體之回顧。

二、 期刊文章

同專書之情形，我國學者對於辯護人於改良式當事人進行主義下之重要性亦多有期刊文章之著述與討論¹²，惟本文同樣因為研究主題之範圍限制，僅就這些期刊文章之部分引用於本文各章節之主題中，而並未為以下之全文整體回顧。

11如：王兆鵬，〈搜索扣押與刑事被告的憲法權利〉，臺北：翰蘆，2000年；王兆鵬，〈刑事被告的憲法權利〉，台北：元照，2004年；王兆鵬，〈自美國法看我國刑事被告之律師權〉，《自由、責任、法—蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，臺北：元照，2005年；王兆鵬，〈辯護權與詰問權〉，台北：元照，2007年；王兆鵬，〈美國刑事訴訟法〉，臺北：元照，2007年；王兆鵬，〈刑事訴訟講義〉，臺北：元照，2008年；王兆鵬，〈刑事救濟程序之新思維〉，臺北：元照，2010年；吳巡龍，〈刑事訴訟與證據法全集〉，臺北：新學林，2008年；吳俊毅，〈辯護人論〉，新北：正典，2009年；林鈺雄，〈刑事訴訟法〉，臺北：自版，2000年；張麗卿，〈刑事訴訟法理論與運用〉，臺北：五南，2007年。

12如：王兆鵬，〈論證據排除法則(上)〉，《司法周刊》，第1150期，2003年9月；王兆鵬，〈受有效律師協助的權利，以美國法為參考〉，《月旦法學》，第123期，2005年8月；王兆鵬，〈貫徹平等與實質之辯護制度〉，《月旦法學》，第137期，2006年10月；尤伯祥，〈建構實質有效之辯護制度〉，《全國律師》，2008年12月；何賴傑，〈告知義務及第三審上訴之限制〉，《臺灣本土法學雜誌》，第1期，1999年；何賴傑，〈被告不到庭之第二審審理程序〉，《台灣法學雜誌》第11期，2000年6月；吳俊毅，〈辯護人與被告交流權之探討—透過接見以及使用書信方式的情形〉，《月旦法學》，第137期，2006年10月；林永謀，〈關於修正刑事訴訟法之事實審理諸原則(上)〉，《司法週刊》，第1198期，2004年8月；林裕順，〈偵查程序為何需要「公費」辯護制度—實質、有效辯護的關鍵機制〉，《全國律師》，2008年12月；林裕順，〈權利告知乃莊嚴的陳諾—實質有效辯護之國家宣誓〉，《台灣法學雜誌》，第152期，2010年5月；張永宏、陳昭龍，〈論告知義務〉，《軍法專刊》，第53卷第5期，2007年10月；張明偉，〈審判中辯護權之保障：以非強制辯護案件為中心〉，《軍法專刊》，第56卷第3期，2010年6月；陳運財，〈刑事訴訟法之修正與刑事辯護〉，《月旦法學》，第137期，2006年10月；葉建廷，〈實質辯護與準備程序〉，《全國律師》，2008年12月；羅秉成，〈在錯認與認錯之後—談指認制度的建立與落實〉，《司法改革雜誌》，第41期，2002年10月；羅秉成，〈律師在場權與實質辯護—以偵查中律師陪訊制度改革為中心〉，《全國律師》，2008年12月。

蔡榮耕，〈Gideon's Trumpet 被告的受有效辯護權〉¹³一文啟發了本文架構之鋪排，該文對於起訴後辯護人盡實質有效辯護會遭遇到的各種議題，如辯護人缺席、辯護人未為明確之辯護、共同被告間選任或指定同一辯護人致生利益衝突等，均整理我國最高法院之判決以為實證與說明，並一一提出建議，此外亦透過美國聯邦最高法院之判決介紹美國律師權之演進與內容，其內容均指引了本文相關章節的研究方向。

陳運財，〈被告接受辯護人援助之機會〉¹⁴具體指出我國現行制度下數個辯護權保障不足之階段，並建議公設辯護與強制辯護制度應及早適用於這些階段，如羈押審查階段、偵查階段；此外該文也提出形式辯護與實質辯護之意義各自為何，並對於如何解決我國現行辯護制度不足之處亦均提出具體建議；對於刑事訴訟應確實保障被告律師權之態度，以及被告律師權於各重要階段應如何運作，該文均可使讀者獲得啟發並奠定思考的基礎與方向。

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〉¹⁵一文啟發筆者以本文為研究主題之靈感，因該文提出了我國於改良式當事人進行主義下，被告之困境與辯護人實質有效協助之重要性，因此引發筆者就此議題作一實證研究的想法，透過閱讀該文，可對於改良式當事人進行主義下被告需有辯護人實質有效辯護此一議題之重要性有一背景式之了解。

三、 國內碩士論文

林妍汝〈刑事被告受律師協助的憲法權利〉¹⁶一文整理了起訴前與起訴後之律師權於美國及我國之憲法上依據，對於本文以起訴前及起訴後作為被告律師權實證研究之階段區分有所啟發，且該文對於美國律師權於聯邦憲法中係如何解釋，以及律師權於聯邦最高法院之判決中係如何運作有一詳細之說明與討論，全文並肯認被告受律師協助之權利係一受到憲法保障之權利。

13蔡榮耕，〈Gideon's Trumpet 被告的受有效辯護權〉，《全國律師》，2008年12月。

14陳運財，〈被告接受辯護人援助之機會〉，《月旦法學教室》，第24期，2004年10月。

15林志潔，前揭註2。

16林妍汝，〈刑事被告受律師協助的憲法權利〉，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2005年。

沈依玲〈被告在刑事程序中受律師協助權之研究〉¹⁷一文介紹被告律師權之權利包括哪些內容，如在場權、交通接見權等，並引用美國聯邦最高法院判決說明何謂「律師有效協助」，並對律師權於我國大法官解釋之發展演變有一整理討論，最後並就我國現行刑事訴訟制度中應保障律師權之階段提出建議，亦可做為認識我國律師權現行運作實務之參考。

柯清達〈刑事程序上當事人對等原則之研究〉¹⁸一文則是就各種刑事訴訟制度中之當事人對等原則有深入介紹，包括偵查中及審判中甚至是軍事審判程序。該文亦介紹舊制執權主義與新制改良式當事人進行主義，並探討兩造當事人各自擁有之武器為何以達成對等，如被告享有防禦權、檢察官享有強制處分等權利（力），至於受辯護人協助權，該文亦肯認此為被告的訴訟武器之一。

第四節 論文架構

第一章緒論，說明本文之研究動機與目的、研究方法與研究範圍、文獻回顧，以及本文之架構。

第二章改良式當事人進行主義與律師權保障，鋪陳、說明本文所涉及之制度內容。其中，改良式當事人進行主義一節說明此制度之定義為何、立法目的為何，以及修法後現行之證據調查程序中，帶有職權主義色彩與當事人進行主義色彩之規範各自為何，以使此制度之規範與界線有更清晰之輪廓。此外，本章亦說明、介紹我國與美國之律師權保障，包含律師權之定義、憲法或刑事訴訟法上之依據，以及起訴前與起訴後之律師權內容各自為何。

第三章現行實務辯護制度之問題探討，本章係法學實證研究方法之展現，主要係針對被告之律師權受損之刑事程序法與證據法上之處理方式作一整理。本章

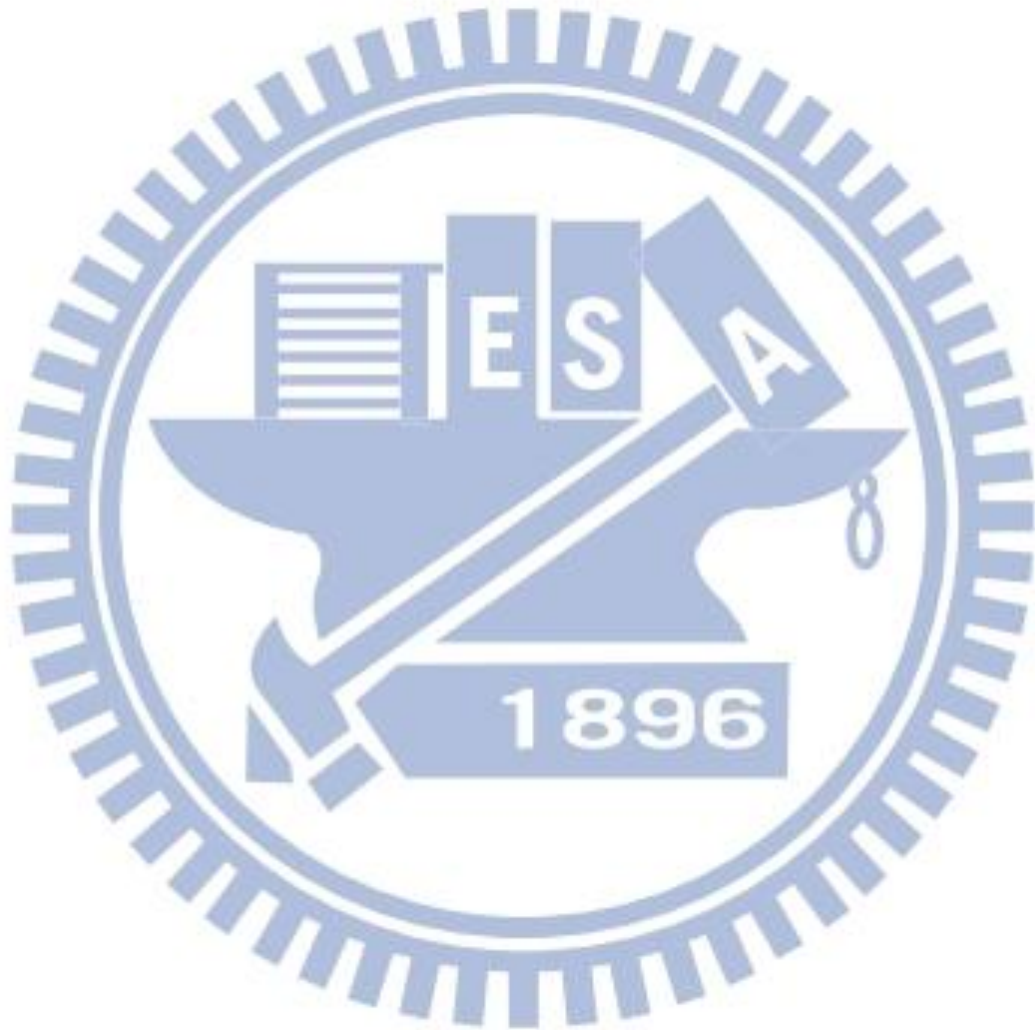
17沈依玲，〈被告在刑事程序中受律師協助權之研究〉，銘傳大學法律學研究所碩士論文，2009年。
18柯清達，〈刑事程序上當事人對等原則之研究〉，國防管理學院法律研究所碩士論文，2000年。

分別將現行實務之辯護制度與辯護權於起訴前、起訴後所面臨、存在之值得探討的議題、爭點作一實證研究。本文以起訴前、起訴後所涉及之辯護制度爭議作為實證研究之分界乃係因起訴前與起訴後律師權之內容不盡相同，例如：即便同為律師之「在場權」，起訴前與後，其內涵與指涉之範圍亦不相同。且起訴前與起訴後辯護制度所存在之爭議亦不同，例如：起訴前多為偵查程序中，被告是否獲得足夠、適當之與律師聯繫、溝通之機會；相對地，起訴後多為法庭上律師為被告辯護是否已盡實質有效辯護之爭議。是故，本章將辯護制度之被告律師權以起訴前後作為區分，以藉不同程序、階段之實證研究來檢視相關程序之中，被告之律師權是否受到足夠之保障以及我國之辯護制度是否已設計妥善與合理。

第四章律師未為實質有效辯護之處理係討論律師因出於本身之過失而損害被告律師權時，相關之實體法處理方式。本章分別介紹美國及我國就律師執業過失之處理方式，包括執業過失之責任屬性係屬民事之契約責任或侵權責任，或因法律體系之不同而另有其他屬性，以及若當事人欲就律師之執業過失提起訴訟、主張其損害時，當事人必須主張與舉證之要件為何。此外，亦討論律師於構成執業過失時，其所需負擔之責任可能為何，包括民事責任、刑事責任，以及律師懲戒之制度。最後比對美國與我國於此議題之處理方式異同，並就我國目前尚未發展完備之執業過失之要件提出建議。

第五章研究結果與建議，整理本文各章之重點，並摘錄本文第三章各項實證研究主題之結論，最後謹就各章之重點與實證研究之結果觀察分析，提出我國改良式當事人進行主義制度發展與修正之建議。此外，本章之後續研究亦提及後續可繼續檢視我國辯護人為其當事人辯護人情形之研究途徑，包括檢索我國地方法院之判決、台灣律師懲戒委員會決議書，或辯護人因執業過失而導致之民事判決與刑事判決，皆是可以進一步觀察之範圍。

第六章為本文結論，總括地整理本文第三章實證研究之觀察結果，並試著說明我國辯護人未能全數地為被告盡實質有效辯護義務之原因為何，再就這些問題提出建議。



第二章 改良式當事人進行主義與律師權保障

第一節 前言

如民國九十二年二月六日修正公布之刑事訴訟法第三十一條立法理由所述，現行之刑事訴訟制度由「職權主義」調整為「改良式當事人進行主義」。不同於舊制職權主義中，法官依法必須盡其職權調查之義務以釐清案件事實¹⁹，被告與檢察官之舉證責任則因此相對減輕，因為於舊制下，「即令辯護人未為強而有力之辯護，法院也必需依職權調查對被告有利之證據，否則即構成判決違法」²⁰，因此在過去，如果辯護人未為替被告為強而有力之辯護，尚不會影響被告之權益或阻礙個案事實之發掘；然而，在新制中，舉證責任原則上須由雙方當事人負擔，法院之調查義務除了對公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項之外，原則上轉為輔助性質²¹，於這樣的轉變下，「當事人武器對等」對於實現訴訟之公平正義就變得相當重要，此亦為新制所追求之精神，否則審判之結果就有可能會與案件之真實不符。然而，「由於被告無論在法律知識層面，或在接受調查、被追訴的心理層面，相較於具有法律專業知識、熟悉訴訟程序之檢察官均處於較為弱勢的地位，因此，訴訟程序之進行即不可僅強調當事人形式上之對等，尚須有強而有力的辯護人以實質有效之辯護協助被告，以確實保護被告法律上利益，監督並促成刑事訴訟正當程序之實現」²²。故，於新式之改良式當事人進行主義下，

19參民國 91 年 2 月 8 日修正前之舊法第 163 條第 1 項：「法院因發見真實之必要，應依職權調查證據。」

20王兆鵬，前揭註 6，頁 443。

21參刑事訴訟法第 163 條第 2 項：「法院為發見真實，得依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。」

22參民國 92 年 2 月 6 日修正公布之刑事訴訟法第 31 條立法理由第 1 點：「現行之刑事訴訟制度由「職權主義」調整為「改良式當事人進行主義」，由於被告無論在法律知識層面，或在接受調查、被追訴的心理層面，相較於具有法律專業知識、熟悉訴訟程序之檢察官均處於較為弱勢的地位。因此，訴訟程序之進行非僅僅強調當事人形式上的對等，尚須有強而有力的辯護人協助被告，以確實保護其法律上利益，監督並促成刑事訴訟正當程序之實現。對於符合社會救助法之低收入戶被告，因無資力而無法自行選任辯護人者，為避免因貧富的差距而導致司法差別待遇，自應為其謀求適當之救濟措施。爰參考日本刑事訴訟法第三十六條、第三十七條國選辯護人制度之精神及我國現行公設辯護人條例第二條、律師法第二十條第一項、第二十二條之相關規定，修正本條第一項，使強制辯護案件得指定公設辯護人或律師為被告辯護，採行雙軌制，並增訂低收入被告亦

被告之律師權是否已受到完整之保障即是刑事訴訟制度是否能實現公平正義的關鍵要素之一，本章即以此背景為主題，分別說明改良式當事人進行主義之制度與被告之律師權保障。

第二節 改良式當事人進行主義

第一項 定義

「改良式當事人進行主義」係指審判中，檢察官應就被告犯罪事實，負責實舉證責任，法庭之證據調查活動，係由當事人來主導，法院只在事實真相有待澄清，或者是為了維護公平正義以及被告重大利益時，才發動職權調查證據²³。

採行「改良式當事人進行主義」之優點為，除了可以釐清法官與檢察官的權責分際、彰顯公平法院的理念外，更有助於發見真實²⁴，蓋一方面，依照檢察制度之分工，檢察官得利用檢察一體原則，發揮上下一體、聯合偵查追訴犯罪之功能，亦有權力指揮調度檢察事務官、司法警察（官）等偵查輔助機關從事犯罪證據之蒐集與調查。因此，擁有龐大公權力、於第一線從事偵查職務之檢察官應最能掌握被告犯罪事證是否存在，使其負提出證據及說服責任，應為制度設計所當然，且無實際之困難。另一方面，衡諸經驗，被告有罪與否，攸關其生命、自由、財產及名譽，因此自何處蒐集對自身有利之證據以供法院調查，被告最為清楚，也最為積極。是故，供為裁判基礎之證據方法或證據資料確係以當事人提出或聲請調查最為適當，也最有助於發見真實²⁵。

而為避免審判及偵查分際之混淆，法院不宜接續檢察官主動蒐集犯罪證據之工作，實應居於客觀、中立、超然之立場，在當事人互為攻擊、防禦之訴訟架構

得向法院聲請指定公設辯護人或律師為其辯護之規定。」

23刑事訴訟法第163條第2項：「法院為發見真實，得依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。」

24參見張麗卿，《刑事訴訟法理論與運用》，臺北：五南，頁41-42，2007年。

25參考司法院網站，<http://www.judicial.gov.tw/work/work02/work02-01.asp>（最後點閱日期：2010年9月28日）。

下，依據實質正當法律程序之原則進行審判，僅於當事人主導之證據調查後，仍無法發見真實時，始斟酌個案情形，無待當事人之聲請，主動依職權介入調查。²⁶

「此一制度設計保留了職權主義的優點，與美國刑事審判制度使用陪審制，或日本刑事訴訟法只規定『法院得依職權調查證據』的當事人進行主義有所差別，其出發點是考量我國的國情及歷史文化背景²⁷，符合我國憲法關於實質正當法律程序的要求，也因此將此制度稱為『改良式當事人進行主義』」²⁸。

第二項 立法目的

此一新制之目的與核心價值可歸納如以下四點²⁹，說明於後：

- 一、 「確立檢察官實質舉證責任」；
- 二、 「貫徹無罪推定原則—舉證不足之利益歸於被告」；
- 三、 「公平法院理想之實現」；
- 四、 「法院調查證據之補充性、輔佐性。」

新制之下，最重要的就是證據調查原則的變革，亦及，採行改良式當事人進行主義的目的最主要是為了貫徹無罪推定原則。同前所述，舊制職權主義因為制度設計之缺點，訴訟程序從偵查、起訴到審判程序，儘管同時存在法官、檢察官、

²⁶同前註；參照刑事訴訟法第 163 條修正理由：「一、凡與公平正義之維護或被告利益有重大關係事項，法院仍應依職權調查之。至於如何衡量及其具體範圍則委諸司法實務運作及判例累積形成。爰將本條原第一項，法院因發見真實之必要，「應」修正為「得」，移列為第二項，並增列但書規定。二、又為充分保障當事人、代理人、辯護人或輔佐人於調查證據時之詢問證人、鑑定人或被告之權利，爰於原條文第一項增列後段文字。三、在強化當事人進行色彩後之刑事訴訟架構中，法院依職權調查證據僅具補充性、輔佐性，因此在例外地依職權進行調查證據之情況下，為確保超然、中立之立場，法院於調查證據前，應先給予當事人陳述意見之機會。增列第三項。」

²⁷過往舊制職權主義認為「案件既繫屬法院，法院應有權力及責任主導訴訟進行，以解明事實真相」；當事人主義則認為「訴追者與被告同屬當事人，應有主張、舉證之主導權，並擔負推動訴訟進行之責任。且於當事人主義下，即使因『訴追者』錯誤訴訟策略或行為，以致犯人受無罪判決，法院亦無需負責」，然而我國立法者於民國 91 年修法時，為輔佐、補充當事人進行主義訴訟架構之不足，或為緩衝、過渡當事人進行主義與職權進行主義之差異，於刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書立下「但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之」之輔佐性職權主義之規定。參林裕順，〈偵查程序為何需要「公費」辯護制度—實質、有效辯護的關鍵機制〉，《全國律師》，頁 12-13，2008 年 12 月；刑事訴訟法第 163 條之立法理由。

²⁸前揭註 25。

²⁹蔡名堯，〈從改良式當事人進行主義觀點看公訴之減縮〉，《檢察新論》，第 6 期，頁 164-165，2009 年 7 月。

被告三方，但是實際運作訴訟程序者卻往往只有法官，法官同時擔任起訴者與審判者的角色，使得犯罪嫌疑人從警察辦案、被警察列為調查對象之起訴前階段開始，就進入「糾問者—被糾問者」的二元追訴模式，被告在此一不利的制度環境下，再加上欠缺辯護人的協助，在整個刑事訴訟程序中淪為相當的弱勢，以刑求逼供的違法辦案方式以求取被告的自白曾引起軒然大波³⁰，然而，此一制度設計之弊端也促成了由舊制改革為新制的契機³¹。

「起訴後之階段則因檢察官人力調度之問題，以致檢察官往往未能切實到庭實行公訴，法官必須全程主導證據調查、主動蒐集對被告不利之證據。一般民眾看到的則是法官不斷以對立的立場質問被告、調查對被告不利的事證。追訴者與審判者的角色混淆，被告完全淪為被糾問的客體³²。且因檢察官之缺席，使得被告及辯護人無法獲得與之交互詰問的機會以達抗衡；又，被告及辯護人往往不敢對審判者之訊問為異議。此外，擔任被告於訴訟程序中之武器的辯護人，常被偵查機關認為是辦案之絆腳石，將其視為『穿著法袍之被告』，不加以尊重，嚴重影響當事人雙方攻擊防禦之平衡。審判者於此舊制下，挾著匱乏鬆散的證據法則，『自由心證』成為其裁判有理的最佳藉口，『無罪推定』與『證據裁判』等等教科書上奉為主臬的刑事程序基本原則，僅僅只是淪為口號。」³³人民在程序上無從施力，實體上又全隨法官恣意，故對於我國司法打從內心完全喪失信心³⁴。

「司法院有鑑於此，根據八十八年全國司法改革會議的共識與結論，大力推動刑事訴訟改行『改良式當事人進行主義』」³⁵，並於九十一年二月八日修正公布。

30著名之案例如民國 71 年台灣首樁持槍搶劫銀行案，計程車司機之王迎先被誤指為同樣開計程車為業之犯罪行為人李師科，而於警察逮捕及訊問後疑似因遭受刑求而自白犯罪，惟因不堪受辱而於押解途中跳河自殺。

31關於我國辯護權之發展，可參見王兆鵬，前揭註 20，頁 425-427；上述所提及之王迎先命案即是現行刑事訴訟法第 245 條第 2、3、4 項修正之起因。

32前揭註 25。

33柯清達，前揭註 18，頁 2。

34同前註。

35前揭註 25。

改良式當事人進行主義的目的之一即在於使檢察官慎重起訴，避免被告奔波往返於法院並苦於訟累。「新刑事訴訟法參考了德國刑事訴訟中間程序的精神，設計了起訴審查機制，如果檢察官不能證明被告顯然有成立犯罪的可能，法院就應該以裁定定期通知檢察官補正證明方法，逾期沒有補正的話，法院可以裁定駁回起訴。駁回起訴的裁定確定後，原則上不得對同一案件再行起訴。」³⁶而「檢察官也必須到法庭實行公訴，說服法官相信被告確實有犯罪行為³⁷。故，檢察官為求不被法院駁回起訴，勢必認真查證、審慎起訴」³⁸。「縱有少數案件係在證據明顯不足且無法補正的情況下提起公訴，依新制之規定，法院可不經冗長的調查及言詞辯論程序，直接以裁定駁回起訴，無辜之被告即無須苦於訟累，奔波往返於法院」，此點對於被告人權之保障亦甚有助益³⁹。

第三項 證據調查程序，職權主義之色彩

雖然我國於民國九十一年修法以「改良式當事人主義」為由，試圖對職權主義的範圍進行限縮，但是，綜合觀察本法相關規定及民國九十二年修法可知，本法仍然具有職權主義之法官調查原則的幾點內涵：首先，「法官仍然負有調查義務⁴⁰，惟該義務之範圍係在檢察官起訴範圍內，此範圍之限制乃是控訴原則之實踐」。第二，「法院得不受當事人主張、聲明之拘束」，此點與當事人主義有所不同。在起訴範圍內，無論於準備階段或審判程序，縱使當事人所不主張的事實、所不聲明調查的證據或所不爭執的待證事項，法院皆具有本於職權澄清真相的「權限」⁴¹或「義務」⁴²。第三，「當事人不得任意處分本案之訴訟標的，最明顯之例

36同前註。

37刑事訴訟法第 161 條第 1 項、第 2 項。

38前揭註 25。

39同前註。

40刑事訴訟法第 163 條第 2 項規定：「法院為發見真實，得依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。」；林鈺雄，《刑事訴訟法》（上冊），臺北：自版，頁 61，2007 年。

41即刑事訴訟法第 163 條本文：「法院為發見真實，得依職權調查證據。」

42即刑事訴訟法第 163 條但書：「但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。」；林鈺雄，前揭註 40。

證，便是被告自白並無拘束法院之效力」⁴³。第四，「刑事訴訟原則上不得因檢察官或被告缺席而賦予其遲誤的法律效果⁴⁴；相反地，其不到庭者通常並不得進行審判」⁴⁵。

第四項 證據調查程序，當事人進行主義之色彩

蓋民國九十一年修正、公布之刑事訴訟法制，增加許多原本所無之當事人進行主義的規定，零星散見於整部刑事訴訟法中，如林永謀大法官於第二百二十一條之立法評論中表示：「蓋修正刑訴法雖為當事人主義之強調，然究其內涵實係辯護權之強化、傳聞證據之禁止、被告訊問制度之弱化、職權調查證據制度之退化、被告緘默權之承認及證人之詢問改採當事人主導之交互詰問制度等等，明顯具有美國法當事人主義之色彩。」⁴⁶由此段評論可知，改良式當事人進行主義之相關規定分布於本法之傳聞證據、被告訊問制度、職權調查證據制度，以及交互詰問制度等等章節之中，由於本文主要探討改良式當事人進行主義下之辯護制度，故以下茲就與辯護人制度相關者進行介紹，而不悉數提出說明。

一、修正後之第一百六十一條之二⁴⁷之修正理由則說明「當事人進行主義之訴訟程序，其進行係以當事人之主張、舉證為中心，法院基於當事人之主張及舉證進行調查、裁判。我國刑事訴訟制度修正後加重當事人進行主義色彩，對於當事人聲請調查證據之權利，自應予以更多保障，且為切實把握當事人進行主義之精神，關於證據調查之取捨，不能完全取決於法院，當事人之意見應予尊重。」因此，自該條規定觀之，在改良式當事人進行主義下，成為訴訟主體之被告，其

43刑事訴訟法第156條第2項：「被告或共犯之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。」；同前註。

44參見刑事訴訟法第280條、281條、379條第6款與第8款之規定。

45林鈺雄，前揭註40。

46參照林永謀，〈關於修正刑事訴訟法之事實審理諸原則（上）〉，《司法週刊》，第1198期，2004年8月。

47該條第1項：「當事人、代理人、辯護人或輔佐人應就調查證據之範圍、次序及方法提出意見。」

辯護人須有效協助調查證據範圍、次序及方法之提出與變更，以及依案情之發展，於必要時，聲請變更前所決定調查證據之範圍、次序及方法。

二、刑事訴訟法第一百六十三條，其第一項規定「當事人、代理人、辯護人或輔佐人得聲請調查證據，並得於調查證據時，詢問證人、鑑定人或被告。審判長除認為有不當者外，不得禁止之。」賦予當事人、代理人、辯護人或輔佐人聲請調查證據及詢問的權利，如果當事人等聲請調查的證據有調查的可能，又與法院判決的基礎有重要關係，法院有加以調查的義務⁴⁸，此係規範當事人舉證先行，法院依職權調查為輔助的訴訟進行方式，同時釐清法官與檢察官的職責分際，此即當事人進行主義之落實。

三、刑事訴訟法第一百六十三條之一⁴⁹，第一百六十六條⁵⁰、第一百七十七條第三項⁵¹、第二百八十八條之二⁵²之規定，均是為了證據調查程序進行之順利與公平而新修之規定。

蓋於改良式當事人進行主義下，加重了當事人進行主義之色彩，而淡化了原本之職權進行主義，證據調查遂成為整個審判程序之核心，其中當事人互為攻擊、防禦之交互詰問更為法庭活動中調查證據程序之重點所在。因此，為使證據之調查集中有效率、訴訟程序之進行順利迅速，聲請調查證據之方式，應予明定⁵³。

48前揭註 28。

49刑事訴訟法第 163 條之 1 第 1 項：「當事人、代理人、辯護人或輔佐人聲請調查證據，應以書狀分別具體記載下列事項：

一、聲請調查之證據及其與待證事實之關係。

二、聲請傳喚之證人、鑑定人、通譯之姓名、性別、住居所及預期詰問所需之時間。

三、聲請調查之證據文書或其他文書之目錄。若僅聲請調查證據文書或其他文書之一部分者，應將該部分明確標示。」

50刑事訴訟法第 166 條第 1 項：「當事人、代理人、辯護人及輔佐人聲請傳喚之證人、鑑定人，於審判長為人別訊問後，由當事人、代理人或辯護人直接詰問之。被告如無辯護人，而不欲行詰問時，審判長仍應予詢問證人、鑑定人之適當機會。」

51刑事訴訟法第 177 條第 3 項：「當事人、辯護人及代理人得於前二項訊問證人時在場並得詰問之；其訊問之日時及處所，應預行通知之。」

52刑事訴訟法第 288 條之 2：「法院應予當事人、代理人、辯護人或輔佐人，以辯論證據證明力之適當機會。」

53參見刑事訴訟法第 163 條之修正理由。

同時，就證據調查程序，新制亦予當事人、代理人、辯護人或輔佐人就系爭證據之證明力為辯論之機會。

另外，審判程序最核心之部分，即有關證人、鑑定人詰問之次序、方法、限制、內容。過去因職權主義之制度設計，有關證人、鑑定人之調查，未區分其係由當事人聲請或由法院依職權調查，一律均由審判長直接並主導訊問，實務上能確實運用當事人交互詰問之情形並不多見，因此，新修正之制度下，即由當事人、代理人或辯護人直接運作交互詰問之訴訟程序⁵⁴。

於交互詰問之制度外，新制亦保障當事人之詰問權，使被告於特定情況下，得就地或依科技設備訊問證人，並基於當事人對等之精神，保障被告之律師權，即當事人、辯護人及代理人得於依前開方式訊問證人時在場⁵⁵。

第三節 律師權保障

第一項 何謂律師權

所謂「被告之律師權」即是被告可獲得律師協助之權利，而「獲得律師之協助」，具有雙重意義，一為形式辯護，一為實質辯護。「形式辯護乃係指律師專門為保護被告之利益而予以辯護，在制度設計上可再分為強制辯護與任意辯護兩種；至於實質辯護，則著重於律師對於當事人所應履踐之職務內涵，係指由具備修法律專業之人，協助被告防禦，以對抗國家偵查機關之訴追，且提供足夠的時間與機會，俾使被告做充分之辯護準備」⁵⁶。如前所述，由於刑事訴訟新制改良式當事人進行主義下，「訴訟程序之進行非僅強調當事人形式上之對等，尚需強而有力的辯護人協助被告」⁵⁷，故本文以下僅就律師之實質有效辯護為探討。

⁵⁴參見刑事訴訟法第 166 條之修正理由。

⁵⁵參見刑事訴訟法第 177 條之修正理由。

⁵⁶戚瑛瑛，〈論辯護人在刑事程序之權利—以偵查階段為中心〉，司法官訓練所學員報告，第 48 期，<http://ja.lawbank.com.tw/pdf2/2225-2243.pdf>（最後點閱日期：2011 年 10 月 4 日）。

⁵⁷王兆鵬，前揭註 20，頁 433。

所謂「實質有效」又需視起訴前、起訴後之訴訟階段而有不同之內容，本項第二款「權利內容」即以起訴前、起訴後為區分，分別介紹此二階段中，律師實質有效協助之目的與意義，以及此二階段中，律師權之內容各別為何。

被告之所以需要被賦予律師權保障之目的，乃是因為多數被告並不了解法律，對於訴訟程序也並不熟悉，所以需要由律師提供法律意見，由律師補充被告之不足，協助被告面對過程繁複、讓人備感疲憊與害怕之訴訟程序以及嚴重之刑事判決結果⁵⁸，「俾與檢察官或自訴人立於平等之地位而受法院公平之審判，此為人民依憲法第十六條享有之訴訟權所衍生之基本權。」⁵⁹一般認為採用刑事辯護制度，賦予被告或犯罪嫌疑人享有接受律師援助之目的有以下四者：「一、確保犯罪嫌疑人及被告之主體性，蓋透過律師協助，可以縮小被告與檢察官蒐集證據之實力落差及法律專業知識之差距、充實被告的法律知識，以達成當事人間之武器對等。二、維護程序的正當性，蓋有律師協助被告，可即時防止違法偵查、濫權起訴及誤判之可能。三、確保或為被告爭取有利或必要的處分，如民事和解、交保、爭取緩起訴處分等。四、積極協助辯護活動，如蒐集證據、準備審判、聲請調查證據等，以具體實踐無罪推定及公平審判之理念，並間接促進真實發現。」

60

正因為上述種種律師權之功效都需要奠基於被告可以完全、充分、自由地將其所認知之事實告知予律師，再由律師提供法律意見予被告，因此，「律師權之基礎即為被告得與辯護人完全、充分及自由的溝通，即，被告可以在毫無恐懼，

58同前註，頁 439；吳俊毅，〈辯護人與被告交流權之探討—透過接見以及使用書信方式的情形〉，《月旦法學》，第 137 期，頁 135-136，2006 年 10 月；林裕順，〈權利告知乃莊嚴的承諾—實質有效辯護之國家宣誓〉，《臺灣法學雜誌》，第 152 期，頁 97-99，2010 年 5 月。

59最高法院 96 年台上字第 2723 號判例；林裕順，同前註，頁 99。

60陳運財，前揭註 14，頁 116；林鈺雄，前揭註 40，頁 199；蔡榮耕，前揭註 13，頁 22；最高法院 97 年台上字第 561 號判決：「刑事辯護制度係為保護被告之利益，藉由辯護人之專業介入，以充實被告防禦權及彌補被告法律知識之落差，使國家機關與被告實力差距得以適度調節，促成交互辯證之實體發現，期由法院公平審判，確保國家刑罰權之適當行使而設」。

毫無疑慮的狀況下向辯護人吐實，不用擔心今日陳述之內容會成為明日不利於己的的證據」⁶¹，此基礎，不分起訴前、起訴後，都應是律師權保障的核心價值。

第一款 法律依據

關於被告受辯護人協助之律師權，我國憲法雖然並未明文規定被告享有此一權利，惟「為落實無罪推定原則之普世價值，憲法層次的利益衡量上，國家追訴犯罪、限制人身自由，必須賦予犯嫌（被告）辯護權利作為『代償』或『對價』，此亦為犯罪追訴過程中，偵查機關之義務與負擔。」最高法院九十三年度台上字第二二三七號判決曾指出：「按刑事辯護制度係為保護被告之利益及期待法院公平審判，進而確保國家刑罰權之適當行使而設，刑事被告在訴訟上有依賴辯護人為其辯護及不受不法審判之權，此為人民依憲法第十六條享有之訴訟權所衍生之基本權」⁶²，即同此見解，均肯定律師權係一應受憲法保障，或自憲法衍生之基本權⁶³。

此外，大法官釋字第三九六號解釋提及「憲法第十六條規定人民有訴訟之權……懲戒處分影響憲法上人民服公職之權利……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。」⁶⁴雖然該號解釋之本文與理由書均未提到刑事訴

61參王兆鵬，前揭註20，頁439。

62林裕順，前揭註27，頁10。

63參王兆鵬，《刑事救濟程序之新思維》，臺北：元照，頁221-222，2010年；相同之判決見解見最高法院93年台上字第2011號判決：「按刑事辯護制度係為保護被告之利益及維持審判之公平而設；刑事被告在訴訟上有依賴其辯護人為其辯護之權，此為人民依憲法第十六條享有之訴訟權所衍生之基本權，其功能在使被告充分行使防禦權，俾與檢察官或自訴人立於平等之地位而受法院公平之審判」。

64大法官釋字第396號解釋：「憲法第十六條規定人民有訴訟之權，惟保障訴訟權之審級制度，得由立法機關視各種訴訟案件之性質定之。公務員因公法上職務關係而有違法失職之行為，應受懲戒處分者，憲法明定為司法權之範圍；公務員懲戒委員會對懲戒案件之議決，公務員懲戒法雖規定為終局之決定，然尚不得因其未設通常上訴救濟制度，即謂與憲法第十六條有所違背。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，

訟制度亦應同樣採取辯護制度，但，依舉輕以明重之法理，影響人民服公職權利的公務員懲戒案件涉及人民的財產及名譽權，其懲戒程序應賦予被付懲戒人辯護制度之保障，則影響刑事被告財產、名譽、生命與自由的刑事案件，其刑事訴訟程序則更應該必須有辯護制度之保障⁶⁵，以遵守正當法律程序的要求，及貫徹憲法保障人民訴訟權的意旨，應可推論在刑事訴訟程序中，被告受辯護制度之保護，應亦為憲法上之權利⁶⁶。

退一步言之，不論憲法層次是否已賦予刑事訴訟中之被告辯護制度之保障，於法律之層次，就任意辯護案件，刑事訴訟法已明文規定「被告得隨時選任辯護人。犯罪嫌疑人受司法警察官或司法警察調查者，亦同。」⁶⁷除任意辯護案件外，亦有強制辯護案件⁶⁸更進一步地保護了被告的律師權，於此類案件⁶⁹中，法院有義務為被告指定公設辯護人或律師為其辯護，否則法院之判決即當然違背法令⁷⁰。⁷¹

第二款 權利內容

第一目 起訴前

一、 起訴前之階段，律師「實質有效協助」之意義

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。」

65參蔡榮耕，前揭註 13，頁 22-23；王兆鵬，前揭註 20，p.423-424；王兆鵬，〈受有效律師協助的權利，以美國法為參考〉，《月旦法學》，第 123 期，頁 148-149，2005 年 8 月。

66同前註，王兆鵬，〈受有效律師協助的權利，以美國法為參考〉，頁 149。

67刑事訴訟法第 27 條。

68刑事訴訟法第 31 條：「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，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。」

69刑事訴訟法之強制辯護案件包含四種類型，法院皆有義務為被告指定辯護人：一、最輕本刑為三年以上有期徒刑之重罪、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；二、低收入戶被告未選任辯護人而且聲請法院為其指定辯護人者；三、審判長依個案認為有必要者；四、未選任辯護人之協商之案件，被告表示所願受科之刑逾有期徒刑六月，且未受緩刑宣告者。王兆鵬，前揭註 65，頁 149。

70刑事訴訟法第 379 條第 7 款：「依本法應用辯護人之案件或已經指定辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判者。」

71參王兆鵬，前揭註 20，頁 424。

於此階段，律師提供被告「實質有效協助」之目的係為了「保護被告免於因為偵查階段某些令人震懾的程序而做出非真實、非任意、非明智的陳述或重大決定」⁷²。因此，基於此一目的，凡是偵查中有強制處分而可能導致被告作出非真實、非任意、非明智的陳述或重大決定時，就應該賦予被告接受律師協助的權利，且此一權利應是實質的權利，而非形式的權利⁷³。所謂「實質的權利」或「實質有效之協助」，其意義包含以下兩點：

- (一) 「被告有權利諮詢辯護人之意見、雙方會談後再為陳述或再為重大決定⁷⁴。」
- (二) 「如偵查機關於拘提或逮捕後，剝奪被告接受律師實質有效協助之律師權，所取得之自白，應認為違反憲法上平等保護原則⁷⁵，不得為證據⁷⁶。」

以本文第三章、第二節、第一項所選之最高法院九十八年度台上字第六八七二號判決為例，司法警察於製作警詢筆錄、詢問被告之初，明知被告已委任辯護人，且該辯護人並無刑事訴訟法第二百四十五條第二項但書得限制或禁止其在場或陳述意見之情事，惟該司法警察卻違反上開規定，將辯護人阻絕於偵訊室玻璃窗外，使辯護人無法即時為被告陳述意見，於此情形下，被告之律師權即屬形式之權利，蓋被告之律師雖然確實到場，但卻未能給予被告任何建議，律師之在場

72同前註，頁 444。

73同前註。

74同前註。

75違反平等保護原則之理由為：「(一) 國家藉拘提或逮捕之公權力而造成事實上的不平等，即意志堅定且熟諳法律者不會作出非真實性、非任意性之陳述，但意志薄弱且不知法律者常會作出非真實性、非任意性之陳述。(二) 此一由國家造成之不平等結果又會導致法律上之後果，即非真實性、非任意性自白會導致冤獄。(三) 如國家對其所造成之不平等後果不為任何防制措施；甚至於居劣勢之人民請求與律師接見時否定其權利，此時即應認為違反憲法上之平等保護原則。綜上，賦予遭拘提、逮捕之被告實質之辯護權，目的在消弭由國家公權力所造成的不平等現象及因此衍生的嚴重法律效果。」同前註，頁 446。

76「蓋國家以公權力拘提或逮捕被告之後，陷入慌張不知所措之被告，相較於冷靜且熟諳法律之被告，前者即容易作出非真實、非任意之陳述，而造成被告之間事實上之不平等，且非真實、非任意之陳述又容易導致誤判與冤獄。綜上，若國家對於此一因公權力而導致之事實上之不平等，不但不為防制措施，甚至在處於弱勢之被告請求與律師接見時，其權利又遭到剝奪，應認為係違反憲法上平等保護原則。」同前註，頁 445-446。

也只是變成程序正當化的幫襯⁷⁷。最高法院於此判決認為，欠缺律師實質有效協助之被告所作成之筆錄，並無證據能力。此外，最高法院於九十六年度台上字第三一〇四號判決也表示受律師協助應為一實質之權利，若偵查機關不待律師到場，即有違法之嫌疑⁷⁸。

二、 起訴前之階段，律師權之內容

(一) 接見通信權：

無論偵查中或審判中，「辯護人得接見羈押之被告，並互通書信。非有事證足認其有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人者，不得限制之。」⁷⁹。

關於此一權利之行使，我國過去有羈押法第二十三條第三項監聽⁸⁰與第二十八條⁸¹之限制，惟我國司法院大法官於九十八年一月二十三日作成釋字第六五四號解釋⁸²，宣告上述兩條關於受羈押被告與辯護人接見時監聽、錄音之規定違憲。

針對羈押法第二十三條律師接見被告時應監視之規定，因羈押法主要係規範押所與在押被告間管理關係之範疇⁸³，故該號解釋理由書為回應羈押法之管理實務，提出辯護人接見被告時，看守所長官得以監看而不與聞之做法，「惟為維持

77同前註，頁 444-445。

78最高法院 96 年度台上字第 3104 號判決：「八十六年四月二日下午二時十三分有一調查員說丙〇〇有選任辯護人沈律師，沈律師說下午五時才到，丙〇〇即不再答話，至下午二時二十八分才說話……丙〇〇既有選任辯護人，為何不待辯護人到場，即訊問丙〇〇？此詢問筆錄之證據能力是否因此受影響，原判決未予說明，即認該筆錄有證據能力，亦有可議。」同前註，頁 445。

79刑事訴訟法第 34 條第 1 項。

80羈押法第 23 條第 3 項：「律師接見被告時，亦適用前項（看守所長官於准許接見時，應監視之。）之規定。」

81羈押法第 28 條「被告在所之言語、行狀、發受書信之內容可供偵查或審判上之參考者，應呈報檢察官或法院。」

82解釋文「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。」

83邱忠義，〈辯護權及其界限—兼論釋字第六五四號解釋之因應〉，《全國律師》，頁 40，2009 年 3 月。

押所秩序之必要，於受羈押被告與其辯護人接見時，如僅予以監看而不與聞，則與憲法保障訴訟權之意旨尚無不符。」

至於第二十八條，大法官於解釋理由書中則提出立法建議，「如法律就受羈押被告與辯護人自由溝通權利予以限制者，應規定由法院決定並有相應之司法救濟途徑，其相關程序及制度之設計，諸如限制之必要性、方式、期間及急迫情形之處置等，應依本解釋意旨，為具體明確之規範，相關法律規定亦應依本解釋意旨檢討修正。」惟我國有見解認為關於辯護人與被告間之接見通信權，乃是涉及刑事訴訟程序之被告防禦權行使，實已超越羈押法之規範目的與範疇，應有相應之修法空間⁸⁴。⁸⁵

（二） 在場權：

被告或犯罪嫌疑人之辯護人，得於檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察訊問該被告或犯罪嫌疑人時在場，並得陳述意見⁸⁶。

值得一提的是偵查階段之搜索扣押程序，律師是否有在場權，關於此一議題可以分以下兩項權利分別檢視：第一，就「起訴前」之律師在場權，我國目前規範僅有上述「訊問被告」時，就偵查中「搜索、扣押」階段之律師在場權，我國目前僅有刑事訴訟法第二十七條被告得隨時選任辯護人之概括規定。第二，關於搜索、扣押階段之律師在場權，刑事訴訟法第一百五十條第一項規定「當事人及審判中之辯護人得於搜索或扣押時在場」，實務見解⁸⁷多依字面解釋將辯護人於

84同前註，頁 40-44。

85本文第三章曾針對被告羈押中與律師交通接見權此一議題為判決檢索，多數之判決議題與羈押法第 23 條第 3 項及第 28 條之規定相關，因此相關之判決見解多引用第 654 號解釋為判決見解，是本文並未探討此一議題之原因。

86刑事訴訟法第 245 條第 2 項。

87如最高法院 94 年台上字第 4929 號判例所述：「當事人及審判中之辯護人得於搜索或扣押時在場。但被告受拘禁，或認其在場於搜索或扣押有妨害者，不在此限。刑事訴訟法第一百五十條第一項定有明文……此即學理上所稱之『在場權』，屬被告在訴訟法上之基本權利之一，兼及其對辯護人之倚賴權同受保護。故事實審法院行勘驗時，倘無法定例外情形，而未依法通知當事人及辯護人，使其有到場之機會，所踐行之訴訟程序自有瑕疵，此項勘驗筆錄，應認屬因違背法定程序取得之證據。」參羅秉成，〈律師在場權與實質辯護—以偵查中律師陪訊制度改革為中心〉，《全國律師》，頁 48，2008 年 12 月。

搜索、扣押之在場權限於「審判中」之搜索、扣押；「偵查中」之搜索、扣押則無在場權，因此，律師在場權於「偵查中」「搜索、扣押」之階段，不論是刑事訴訟法第二百四十五條第二項，或第一百五十條，都無明文規定⁸⁸，就此，我國見解有認為「偵查中」之搜索、扣押階段，律師亦應有在場權，蓋第一百五十條「在修正以前，宜採目的性之限縮解釋，即偵查中搜索、扣押限制辯護人在場權，應僅指搜索、扣押第三人之情形，而不包括被告或犯罪嫌疑人之搜索、扣押，以符合保障被告律師權之目的。⁸⁹」

第二目 起訴後

一、起訴後之階段，律師「實質有效協助」之意義

於此一階段，「律師提供『實質有效協助』之目的主要是為了確保當事人兩造之武器對等以及訴訟程序之公平性，並藉此達到保障被告權利之目的」⁹⁰，以下分別說明此二目的：

（一） 當事人兩造之武器對等⁹¹

蓋於審判中，大多數被告對於法律與訴訟程序都不熟悉，對於如何為自己聲請調查有利之證據缺乏概念，相對於對造之檢察官擁有法律高度專業以及國家訴追之公權力作為蒐證之後盾，當事人兩造之訴訟資源有著相當大的落差，於此情形下，被告之律師即為其唯一得以與檢察官相抗衡之武器，而此武器之精良與否即需視律師是否確實為被告提供實質有效之協助與辯護，是故，律師是否為當事人為確實、實質之辯護即為當事人兩造於訴訟中是否平等之關鍵。

（二） 訴訟程序之公平性

88同樣地，本文第三章曾針對偵查中搜索、扣押之律師在場權為判決檢索，然而多數判決就律師在場權之討論多為「訊問被告」之階段，而不及於「搜索、扣押」；而「審判中」搜索、扣押之在場權亦不及於「偵查中」，是本文並未探討此一議題之原因。

89羅秉成，前揭註 87。

90參王兆鵬，前揭註 20，頁 427-430。

91同前註，頁 427-428。

審判程序中雖然法官負有澄清義務，且對於被告有利不利之事證必須一律注意⁹²，惟法庭上，法官並非以保護被告利益為主要職責，且法官於保護被告利益時，不免會影響其中立客觀之判斷，進而影響訴訟程序中之兩造平等，因此，如果訴訟程序中缺乏保護被告利益之辯護人，或辯護人只為形式辯護⁹³，而並未就被告所涉之犯罪事實詳加分析、辯護，整個訴訟程序中將只有控訴被告之檢察官與身兼多職的法官，訴訟程序之場景可能又重現過去糾問制度之訊問模式，如此一來，不諳法律的被告可能需承擔訴訟程序不公平之風險，且社會大眾也會懷疑此一程序之公平性，因此，為保障審判程序之公平性，不僅制度上，法規需明文立法保障被告之律師權，且就人為的因素，審判中之律師亦需盡到實質有效辯護之義務⁹⁴。

綜合觀察我國最高法院判決及刑事訴訟法規定，強制辯護案件之「實質有效辯護」其意義包含以下三點⁹⁵：

- (一) 「辯護人應於審判期日到場，否則不得審判⁹⁶。」
- (二) 「如辯護人未陳述意見、未提出書狀或辯護狀，或辯護人僅於審判期日辯稱『如辯護書狀所載』，則與未經真正之辯護無異⁹⁷。」
- (三) 「共同被告之利害相反，不得指定同一辯護人⁹⁸。」

92刑事訴訟法第2條第1項：「實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意。」

93如本文第三章第三節第二項之最高法院九十七年度台上字第三九八五號判決之判決事實所示，原審指定辯護人為被告辯護，辯護人雖於審判期日到庭，並為被告辯護，然其僅稱：「辯護意旨如（民國）九十七年四月一日刑事辯護意旨狀所載」。但上揭日期之刑事辯護意旨狀，僅就被告販賣第一級毒品部分加以辯護，至於販賣第二級毒品部分，則未作任何辯護。此即為形式之辯護，辯護人雖然到場並為辯護，惟其辯護對於被告之權利保障卻無甚幫助。

94參見王兆鵬，前揭註20，頁428。

95同前註，頁439，頁150。

96參刑事訴訟法第379條第7款；本文第三章、第三節、第一項探討之主題「審判期日，強制辯護案件，辯護人於證據調查程序缺席」。

97最高法院22年上字第691號判例，依法應用辯護人之案件，「原審公判時點名單上雖記名辯護人某甲到庭，而審判筆錄並無辯護人某甲陳述意見之記載，顯與辯護人未出庭而逕行審判者無異」；最高法院68年台上字第1046號判例，強制辯護案件，「原審審判筆錄，雖有律師陳述辯護意旨如辯護書所載字樣，但核閱卷宗，該律師未曾提出任何辯護書狀或上訴理由書狀，與未經辯護無異，所踐行之訴訟程序，自屬不合。」參本文第三章、第三節、第二項探討之主題「審判期日，強制辯護案件，辯護人雖到庭卻未為明確辯護」。

因此，於審判中若需判斷律師是否已為被告盡實質有效辯護之義務，即須檢視其辯護是否已達成上述目的，即，律師之辯護是否已使當事人兩造間之訴訟資源達到對等之程度；律師聲請調查之證據、就證據、犯罪事實及刑度等所為之辯護是否已使訴訟程序兩造之間有一平等之訴訟程序，若否，則辯護人即未盡其實質有效辯護之責任，於強制辯護案件或法院已指定辯護人之案件⁹⁹，此時即有判決違背法令之虞¹⁰⁰。

二、 起訴後之階段，律師權之內容

(一) 接見通信權：

同於偵查階段，審判中遭羈押之被告亦得享有與辯護人接見通信之權利。「辯護人得接見羈押之被告，並互通書信。非有事證足認其有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人者，不得限制之。」¹⁰¹。

(二) 閱卷權：

此項權利因偵查不公開，只限於審判中，「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影」¹⁰²。

98參本文第三章、第三節、第三項探討之主題「共同辯護，多數被告間利害相反」。

99惟，雖然刑事訴訟法及最高法院相關判決皆僅就強制辯護案件或法院已指定辯護人之案件宣示該等辯護人應實質辯護之意旨，而對於其他選任辯護案件之辯護人並未說明是否適用，本文參考我國學說之見解認為，應一體適用，蓋「最高法院就強制辯護案件所宣示之實質辯護，幾乎已是最低程度的辯護標準，在其他非強制辯護案件，如辯護人未能提供此最低標準之辯護，應認已與公平正義有違」，參王兆鵬，前揭註20，頁443。

100參刑事訴訟法第379條第7款：「依本法應用辯護人之案件或已經指定辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判者。」就此，本文第三章、第三節、第二項、第四目之「相關之最高法院見解整理」亦提及「強制辯護案件，辯護人辯護時，並未就法律或事實上之意見為上訴人辯護，此情形與辯護人雖經到庭而未為辯護者無異，原審逕行審判，其判決當然違背法令。」故該款判決當然違背法令之情形包括了辯護人辯護時並未就法律或事實上之意見為被告辯護之情形，值得注意。

101刑事訴訟法第34條第1項。

102刑事訴訟法第33條第1項。除辯護人之閱卷權，立法者於民國96年7月4日修正第33條，增訂第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。」肯認被告作為程序主體，並認為基於被告防禦權之必要，在被告未選任辯護人協助的情形下，應給予閱錄卷證之機會，參刑事訴訟法第33條第2項之修法理由：「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

(三) 辯論權：

在事實審調查證據完畢後，辯護人就事實及法律分別辯論之¹⁰³。

(四) 攜同速記到庭記錄權：

辯護人經審判長許可，得於審判期日，攜同速記到庭記錄¹⁰⁴。

(五) 在場權：

審判中辯護人，得於搜索或羈押時在場¹⁰⁵、於勘驗時在場¹⁰⁶、於訊問證人，鑑定人或通譯時在場¹⁰⁷。

(六) 詰問權：

辯護人得於審判期日，直接詰問證人、鑑定人¹⁰⁸。

(七) 聲請調查證據權：

辯護人得於審判期日前，提出證據或聲請法院調查證據。審判長除認為有不當者外，不得禁止之¹⁰⁹。

(八) 異議權：

對於審判長或受命法官之處分，除有特別規定外，得向法院聲請異議¹¹⁰。

權之必要，自應適當賦予無辯護人之被告閱錄卷證之權利…。」

103參刑事訴訟法第 289 條第 1 項。

104刑事訴訟法第 49 條。

105刑事訴訟法第 150 條。

106刑事訴訟法第 219 條。

107刑事訴訟法第 166 條。

108刑事訴訟法第 166 條第 1 項前段：「當事人、代理人、辯護人及輔佐人聲請傳喚之證人、鑑定人，於審判長為人別訊問後，由當事人、代理人或辯護人直接詰問之。」

109刑事訴訟法第 163 條第 1 項、第 275 條。

110刑事訴訟法第 288 條之 3：「當事人、代理人、辯護人或輔佐人對於審判長或受命法官有關證據調查或訴訟指揮之處分不服者，除有特別規定外，得向法院聲明異議。」

第二項 美國法之律師權

第一款 律師權於聯邦最高法院判決之演進

以下分別介紹：

一、 1932 年，Powell v. Alabama 案

本文中，「聯邦最高法院首次承認，在聯邦刑事案件中，刑事被告享有接受選任律師或指定律師辯護的權利。」¹¹¹然而，聯邦最高法院此處所指之權利，並非聯邦憲法第六修正案之辯護權，換句話說，最高法院在此案裡並未直接援引聯邦憲法第六修正案之辯護權，而是以聯邦憲法第十四修正案對於正當程序的要求作為判決基礎¹¹²。¹¹³

二、 1938 年，Johnson v. Zerbst 案

聯邦最高法院在判決中正式承認聯邦憲法第六修正案保障所有刑事案件中之被告可享有接受律師辯護之權利¹¹⁴，除非被告自願且有法律資格地、明智地放棄其接受律師協助之權利。此外，聯邦最高法院並指出第六修正案之保障係司法權得以剝奪被告生命與自由之基礎，換句話說，若被告非出於自願地未獲得第六修正案之保障，則刑事審判之判決將無效¹¹⁵。¹¹⁶

111參蔡榮耕，前揭註 13，頁 23。

112Powell v. State of Alabama, 287 U.S. 45, 71 (1932). “the ignorance and illiteracy of the defendants, their youth, the circumstances of public hostility, the imprisonment and the close surveillance of the defendants by the military forces, the fact that their friends and families were all in other states and communication with them necessarily difficult, and above all that they stood in deadly peril of their lives—we think the failure of the trial court to give them reasonable time and opportunity to secure counsel was a clear denial of due process.”

113參蔡榮耕，前揭註 13，頁 23-24。

114Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458, 462-63 (1938), “The Sixth Amendment guarantees that: ‘In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to have the Assistance of Counsel for his defence.’The Sixth Amendment stands as a constant admonition that if the constitutional safeguards it provides be lost, justice will not ‘still be done.’The Sixth Amendment withholds from federal courts, in all criminal proceedings, the power and authority to deprive an accused of his life or liberty unless he has or waives the assistance of counsel.”

115Id. at 468, “If the accused, however, is not represented by counsel and has not competently and intelligently waived his constitutional right, the Sixth Amendment stands as a jurisdictional bar to a valid conviction and sentence depriving him of his life or his liberty”.

三、 1963 年，Gideon v. Wainwright 案

聯邦最高法院於本案進一步宣示，依據聯邦憲法第六修正案及第十四修正案，在所有的州法院(state court)，同於聯邦法院(federal court)，被告都享有受法院指定辯護的權利¹¹⁷。¹¹⁸

四、 1964 年，Escobedo v. Illinois 案

本文中，聯邦最高法院認為，被告律師權之啟動時點並非被告被起訴時，而是只要被告被警方鎖定為嫌疑人，並置於警方的強制力底下時，律師權便已啟動。此外，若於此律師權已啟動之情況下，被告主張其律師權但遭到拒絕，或警方並未有效地告知被告可保持緘默，則被告之律師權已被剝奪，而可認警方違反聯邦憲法第六修正案，此際，警方所取得之被告供述並不具有證據能力¹¹⁹。¹²⁰

五、 1966 年，Miranda v. Arizona 案

基於聯邦憲法第五修正案之不自證己罪權利，聯邦最高法院於本案確立犯罪嫌疑人或被告受告知米蘭達警告（Miranda Warning）之權利。

於本文中，聯邦最高法院指出：當被告遭到拘留、被偵查機關剝奪自由或接受訊問時，聯邦憲法第五修正案所保障之不自證己罪權利即有受到侵害之危險，此時，訊問者必須於任何訊問開始之前，告知被告其有保持緘默之權利，且其所

116參蔡榮耕，前揭註 13，頁 23-24。

117Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335, 340 (1963), "Plainly, had the Court concluded that appointment of counsel for an indigent criminal defendant was 'a fundamental right, essential to a fair trial,' it would have held that the Fourteenth Amendment requires appointment of counsel in a state court, just as the Sixth Amendment requires in a federal court."

118參蔡榮耕，前揭註 13，頁 23-24。

119Escobedo v. State of Illinois, 378 U.S. 478, 490-91 (1964), "We hold, therefore, that where, as here, the investigation is no longer a general inquiry into an unsolved crime but has begun to focus on a particular suspect, the suspect has been taken into police custody, the police carry out a process of interrogations that lends itself to eliciting incriminating statements, the suspect has requested and been denied an opportunity to consult with his lawyer, and the police have not effectively warned him of his absolute constitutional right to remain silent, the accused has been denied 'The Assistance of Counsel' in violation of the Sixth Amendment to the Constitution as 'made obligatory upon the States by the Fourteenth Amendment..... and that no statement elicited by the police during the interrogation may be used against him at a criminal trial.'"

120參蔡榮耕，前揭註 13，頁 23-24。

作的任何陳述都有可能成為法庭上不利於他的證據，同時，其也享有律師陪同在場接受訊問之權利，若被告之財力不足以選任一位律師但卻希望可獲得律師之協助時，則將會於訊問程序開始前為其指派律師。於訊問之過程中，必須確保被告隨時知悉且得以主張上述之權利。

對被告告知完畢上述之警告(warnings)且賦予主張上述權利之機會後，被告此際或許會選擇放棄上述之權利、接受訊問。然而，於被告選擇放棄上述權利所為之陳述，必須經檢察官於審判中舉證證明被告係有意且明智地(knowingly and intelligently)放棄，此段陳述方才可以具備證據能力¹²¹。¹²²

六、 1984 年，Strickland v. Washington 案

就被告之律師權被侵害時，被告應如何救濟，聯邦最高法院於本案設立被告須證明之要件有以下兩點：（一）律師辯護行為有瑕疵，該瑕疵之程度必須至該律師具有瑕疵的辯護行為已經剝奪了第六修正案所保障的「被告受有效辯護之律師權」，換句話說，該瑕疵致使該律師之辯護未能符合第六修正案所期待之律師的功能¹²³；（二）該瑕疵對被告之訴訟結果產生不利之影響，即，該瑕疵剝奪了

121Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 478-79 (1966), “To summarize, we hold that when an individual is taken into custody or otherwise deprived of his freedom by the authorities in any significant way and is subjected to questioning, the privilege against self-incrimination is jeopardized. Procedural safeguards must be employed to protect the privilege and unless other fully effective means are adopted to notify the person of his right of silence and to assure that the exercise of the right will be scrupulously honored, the following measures are required. He must be warned prior to any questioning that he has the right to remain silent, that anything he says can be used against him in a court of law, that he has the right to the presence of an attorney, and that if he cannot afford an attorney one will be appointed for him prior to any questioning if he so desires. Opportunity to exercise these rights must be afforded to him throughout the interrogation. After such warnings have been given, and such opportunity afforded him, the individual may knowingly and intelligently waive these rights and agree to answer questions or make a statement. But unless and until such warnings and waiver are demonstrated by the prosecution at trial, no evidence obtained as a result of interrogation can be used against him.”

122參蔡榮耕，前揭註 13，頁 23-24。

123就聯邦憲法第六修正案所期待之律師功能，主要是律師可以保障被告獲得公平審判之機會，並且因為律師之實質有效協助，被告可以信任該判決結果。參 Strickland v. Washington, 466 U.S. 668, 691-92 (1984), “The purpose of the Sixth Amendment guarantee of counsel is to ensure that a defendant has the assistance necessary to justify reliance on the outcome of the proceeding. Accordingly, any deficiencies in counsel's performance must be prejudicial to the defense in order to constitute ineffective assistance under the Constitution.”

被告獲得公平審判與可信賴判決之機會。而法院須綜合一切衡量判斷律師是否失職¹²⁴。¹²⁵

第二款 聯邦憲法第五修正案

依聯邦憲法第五修正案規定，人民有不自證己罪之權利¹²⁶

以上述之 *Escobedo v. Illinois* 與 *Miranda v. Arizona* 兩個案件為例，聯邦最高法院於兩個案件中，均肯定聯邦憲法第五修正案所衍生之律師權。第五修正案不自證己罪之權利之所以衍生出被告之律師權，其原因為，當被告於拘留之環境下接受訊問，即便被告已被告知其有權利保持緘默並選任辯護人，整體的環境氣氛對於被告的意志，仍具有壓倒性的勝利，因此，於此環境下之訊問，律師之在場即成為落實聯邦憲法第五修正案之權利不可或缺的被告權利。此一衍生之律師權，其目的係以第五修正案之核心概念為中心，即，保障被告可得免自證己罪之風險之權利，同樣地，因此一目的之限制，此一衍生之律師權所保障之範圍僅限於被告於強制處分之情境下所接受之訊問，必須被賦予律師之實質有效協助。反之，若被告所處之訊問環境並不具有強制力，則被告即不享有此一衍生之律師權¹²⁷。

124Id. at 687, “A convicted defendant’s claim that counsel’s assistance was so defective as to require reversal of a conviction or death sentence has two components. First, the defendant must show that counsel’s performance was deficient. This requires showing that counsel made errors so serious that counsel was not functioning as the “counsel” guaranteed the defendant by the Sixth Amendment. Second, the defendant must show that the deficient performance prejudiced the defense. This requires showing that counsel’s errors were so serious as to deprive the defendant of a fair trial, a trial whose result is reliable. Unless a defendant makes both showings, it cannot be said that the conviction or death sentence resulted from a breakdown in the adversary process that renders the result unreliable.”

125參蔡榮耕，前揭註 13，頁 23-24。

126The Fifth Amendment to the United States Constitution: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.”

127See *Escobedo*, 378 U.S. at 497, “It is incongruous to assume that the provision for counsel in the Sixth Amendment was meant to amend or supersede the self-incrimination provision of the Fifth Amendment, which is now applicable to the States. That amendment addresses itself to the very issue of incriminating admissions of an accused and resolves it by proscribing only compelled

然而，就律師之在場，單單於訊問前告知被告此一權利尚且不足以落實第五修正案之保障，蓋檢方觀察其辦案經驗指出，單僅告知被告可以保持緘默，而未選任辯護人，所能獲益的僅有累犯與具有法律專業知識者。因此，「律師之在場」不僅是指訊問開始前，被告可以諮詢律師之意見，更進一步地，只要被告主張，律師即得以於訊問程序之過程中全程陪伴在場。

律師於訊問程序在場之功能除了保障被告不自證己罪之權利，尚有以下其他功能：首先，若被告於訊問中欲諮詢律師意見，律師在場即可即時提供協助，亦可消弭被告之不信任感；第二，律師在場亦可減少警方高壓、強迫之辦案方式，或即便警方以此方式訊問，律師之在場亦可使其於審判中就警方之不當取證作證；最後，律師之在場亦可以保障被告於訊問中所為陳述之清晰與正確，且於審判中，律師亦可檢視檢方是否真實呈現被告之陳述。

若被告主張其欲選任律師，則訊問程序必須中止，直到律師在場後才能再行訊問。應注意的是，律師在場後，必須確保被告得享有與律師進行溝通、諮詢之時間與空間，亦可使律師於訊問程序之全程在場。如果被告主張欲等待律師到場再進行訊問，則警方必須尊重其決定並停止訊問¹²⁸。

statements. Neither the Framers, the constitutional language, a century of decisions of this Court nor Professor Wigmore provides an iota of support for the idea that an accused has an absolute constitutional right not to answer even in the absence of compulsion—the constitutional right not to incriminate himself by making voluntary disclosures.”

128參 *Miranda*, 384 U.S. at 469-74, “*The circumstances surrounding in-custody interrogation can operate very quickly to overbear the will of one merely made aware of his privilege by his interrogators. Therefore, the right to have counsel present at the interrogation is indispensable to the protection of the Fifth Amendment privilege under the system we delineate today. Our aim is to assure that the individual's right to choose between silence and speech remains unfettered throughout the interrogation process. A once-stated warning, delivered by those who will conduct the interrogation, cannot itself suffice to that end among those who most require knowledge of their rights. A mere warning given by the interrogators is not alone sufficient to accomplish that end. Prosecutors themselves claim that the admonishment of the right to remain silent without more ‘will benefit only the recidivist and the professional.*

Thus, the need for counsel to protect the Fifth Amendment privilege comprehends not merely a right to consult with counsel prior to questioning, but also to have counsel present during any questioning if the defendant so desires.”

The presence of counsel at the interrogation may serve several significant subsidiary functions as well. If the accused decides to talk to his interrogators, the assistance of counsel can mitigate the dangers of untrustworthiness. With a lawyer present the likelihood that the police will practice coercion is reduced, and if coercion is nevertheless exercised the lawyer can testify to it in court. The presence of a lawyer

對於此一權利，儘管有質疑認為，起訴前之階段賦予被告律師權使律師得以在場協助被告，將大大減低司法警察取得有罪自白之機會與數量，因為大多數的有罪自白都是於逮捕後至起訴前這段期間所取得，而稱職的律師為協助其當事人，會建議被告應傾向不要回答警方的問題，以免招致不利之陳述。然而，正因為許多自白係出自於自逮捕至起訴這段期間，恰恰凸顯了此一階段之重要性，對於被告而言，正因此一階段蘊含了自證己罪之潛在風險，更凸顯了律師之專業協助與建議於此階段之重要性。反過來說，如果律師權只能在對被告無甚風險的階段實行，如較難取得被告自白之起訴後階段，則此一權利等於變相地被架空。

儘管警方辦案須取得被告自白，但被告處於易入罪之重要階段(critical stage)同樣需要獲得律師的協助，發現事實與人權保障是刑事訴訟法上恆常存在的拉扯與拔河，而聯邦憲法第五修正案基於不自證己罪之權利，於此選擇賦予被告律師權之保障¹²⁹。

第三款 聯邦憲法第六修正案

聯邦憲法第六修正案之律師權，其權利內容含以下幾點：

- 一、 「被告於刑事程序中有權委任律師在場協助，非有正當理由，不得以法律或命令禁止律師在場或禁止律師協助被告；國家並有義務通知其律師到場，否則不得為該程序之進行」；
- 二、 「若被告無資力聘請律師，國家必須出資為其聘任律師」¹³⁰；

can also help to guarantee that the accused gives a fully accurate statement to the police and that the statement is rightly reported by the prosecution at trial.

If the individual states that he wants an attorney, the interrogation must cease until an attorney is present. At that time, the individual must have an opportunity to confer with the attorney and to have him present during any subsequent questioning. If the individual cannot obtain an attorney and he indicates that he wants one before speaking to police, they must respect his decision to remain silent.”

¹²⁹See Escobedo, 378 U.S. at 488; Note and Comments, An Historical Argument for the Right to Counsel During Police Interrogation, 73 YALE L.J. 1000, 1048-51 (1964).

¹³⁰Gideon, 372 U.S. at 344, “Not only these precedents but also reason and reflection require us to recognize that in our adversary system of criminal justice, any person haled into court, who is too poor to hire a lawyer, cannot be assured a fair trial unless counsel is provided for him. This seems to us to be

- 三、 「不論被告之律師為自行委任或國家出資聘任，都必須提供有效的律師協助」；
- 四、 「若司法機關違反被告之律師權，會產生相當之法律效果」；
- 五、 「被告憲法上之律師權，係得拋棄之權利，經合法拋棄即不受律師權之保護」¹³¹。

依聯邦憲法第六修正案，被告享有律師權（the right to counsel）¹³²，依據聯邦最高法院的實務見解，第六修正案之律師權始自於刑事訴訟程序之對抗（被告）程序開始之後，始附著（attach）於被告¹³³。第六修正案設立律師權之目的係為了保障被告免於因為對其本身所享有之法律上權利及憲法上權利一無所知而導致其被判刑之結果¹³⁴，蓋被告對於證據法則並不熟悉，欠缺律師之協助，被告或許會面臨不適當之控訴，或者因不適格的證據而被判刑，如不相干之證物、不具有證據能力之證物。因被告並不具有法律專業及法律知識以妥適地為自己辯護，因此，被告需要律師於每一個對抗之程序中從旁協助，若非如此，則被告會面臨的危險是，因為不具有法律專業知識、不知如何為自己辯護，即可能遭受有罪判決之結果，即便被告可能是無辜的¹³⁵。

an obvious truth. Governments, both state and federal, quite properly spend vast sums of money to establish machinery to try defendants accused of crime. Lawyers to prosecute are everywhere deemed essential to protect the public's interest in an orderly society. Similarly, there are few defendants charged with crime, few indeed, who fail to hire the best lawyers they can get to prepare and present their defenses. That government hires lawyers to prosecute and defendants who have the money hire lawyers to defend are the strongest indications of the wide-spread belief that lawyers in criminal courts are necessities, not luxuries.”

131參王兆鵬，《美國刑事訴訟法》，臺北：元照，頁423，2007年。

132The Sixth Amendment to the United States Constitution: “*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.*”

133Kirby v. Illinois, 406 U.S. 682, 688 (1972), “*a person's Sixth and Fourteenth Amendment right to counsel attaches only at or after the time that adversary judicial proceedings have been initiated against him*”; See also Powell, 287 U.S. at 53; Johnson, 304 U.S. at 462-63.

134Johnson, 304 U.S. at 465.

135Powell, 287 U.S. at 68-69.

因此，如果被告被剝奪了第六修正案之律師權，且被告也未曾出於自願地、明白理智地放棄律師權，則第六修正案即會成為司法權之障礙，此時，儘管法院已作出有罪判決，仍無法剝奪被告之自由與生命，蓋此時被告可以主張人身保護令（habeas corpus）以救濟其權利¹³⁶。人身保護令是審判程序中含有司法權之問題時方可主張之救濟方式，法院於被告為此主張時，必須檢視、調查被告所主張之事實是否屬實，且該事實致使該法院判決絕對無效。為落實第六修正案對於人身生命與自由之保障，於人身保護令所涉事實之調查程序中，法院宜擴大其調查範圍¹³⁷。

至於被告就律師權之放棄，實務操作上，法院需依據具體情況為個案認定，包括被告表示放棄時所身處之環境、被告之知識經濟背景、被告對法律掌握等經驗，與被告表達放棄權利等行為，以決定被告是否已瞭解此一權利之意義，且已有意且明確地表達其放棄之意思¹³⁸。一旦被告之律師權已被認定為放棄，則此時接受律師有效協助即不再是法院實行判決與執行刑度之必要根基¹³⁹。

第四節 小結

為改良刑事訴訟舊制「職權主義」下，起訴前之階段因法律規範不足，造成警察機關常以違法之手段使犯罪嫌疑人認罪，及起訴後之階段因檢察官人力調度之問題，致檢察官未能切實到庭實行公訴，法官須全程主導證據調查、主動蒐集對被告不利之證據等審判者與追訴者混淆之現象，現行之刑事訴訟制度由「職權主義」調整為「改良式當事人進行主義」。修法之結果，關於證據調查之取捨，不能完全取決於法院，當事人之意見應予尊重，且當事人與辯護人若欲進一步調查，法院原則上不得禁止之，以釐清檢察官與法官之權責分際。

136Johnson, 304 U.S. at 468.

137Id. at 465.

138Id. at 464.

139Id. at 467-68.

因此，舉證責任於新制中原則上係由訴訟雙方當事人負擔，但對被告而言，因其本身法律知識之欠缺，再加上面對刑事訴訟程序諸多增加心理負擔與壓力的程序，被告必須獲得強而有力之辯護人協助，方可與具有法律專業知識與國家公權力之檢察官相抗衡，以確實保護被告法律上利益，監督並促刑事訴訟正當法律程序之實現，並同時達到發見真實與人權保障之目標。

因被告需要辯護人強而有力之協助與辯護，本文乃著重於實質辯護之層面，而何謂「實質有效協助」，則需視起訴前、起訴後之訴訟階段而有不同之目的與內容。

起訴前之階段，律師提供被告「實質有效協助」之目的係為了保護被告免於因為偵查階段某些令人震懾的程序而做出非真實、非任意、非明智的陳述或重大決定。因此，基於此一目的，凡是偵查中有強制處分而可能導致被告作出非真實、非任意、非明智的陳述或重大決定時，應即賦予被告接受律師協助的權利。於偵查階段的各種程序中，「實質有效協助」意義包含以下兩點：（一）被告有權利與辯護人會談後再為陳述或再為重大決定。（二）如偵查機關於拘提或逮捕後，剝奪被告接受律師實質有效協助之律師權，所取得之自白，應認為違反憲法平等保護原則，不得為證據。

起訴後之階段，律師提供「實質有效協助」之目的則是為了確保當事人兩造之武器對等以及訴訟程序之公平性，並藉此達到保障被告權利之目的，綜合觀察我國最高法院判決及刑事訴訟法規定，強制辯護案件之「實質有效辯護」其意義包含以下三點：（一）辯護人應於審判期日到場，否則不得審判。（二）如辯護人未陳述意見、未提出書狀或辯護狀，或辯護人僅於審判期日辯稱「如辯護書狀所載」，則與未經真正之辯護無異。（三）共同被告之利害相反，不得指定同一辯護人。

至於美國法之律師權，則區分聯邦憲法第五修正案與第六修正案兩種法源。第五修正案係保障人民於任何刑事案件中得享有不自證己罪之權利，此權利之所以衍生出律師權之原因為，當被告處於不自由之環境下接受訊問，被告的意志很容易受到整體環境的壓迫而無法自由、自願地陳述，因此於此種環境下之訊問，律師之在場即成為落實聯邦憲法第五修正案不自證己罪之權利不可或缺的被告權利。然而，也因為不自證己罪為此一衍生律師權之核心目的，其保障之範圍也僅限於此目的所及，即，被告於強制處分之情境下所接受之訊問，必須被賦予律師之實質有效協助；反之，若被告所處之訊問環境並不具有強制力，則被告即不享有此一衍生之律師權。

第六修正案之律師權則是明文規定被告得享有受律師協助之權利，以協助其法庭上之辯護。第六修正案設立律師權之目的係為了保障被告可以免於因為對於法律程序與其所享有之法律上權利一無所知、不知如何為自己辯護，而導致被判刑之結果，蓋被告對於證據法則並不熟悉，欠缺律師之協助，被告或許會面臨不適當之控訴，或者因不適格的證據而被判刑。從此角度觀之，第六修正案之律師權補足了被告因法律知識技能不足而無法為自己盡舉證責任、妥為辯護之危險。

綜合觀察美國與我國之律師權，就起訴前之階段，相對於美國聯邦憲法第五修正案，我國有刑事訴訟法第二百四十五條第二項之律師得於司法警察（官）詢問犯罪嫌疑人或被告時在場並陳述意見之規定，惟我國於該條亦設有但書之規定，使得律師於「有事實足認其在場有妨害國家機密或有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人或妨害他人名譽之虞，或其行為不當足以影響偵查秩序」之情況下，得被排除在場，相對於全然開放被告之律師權，此但書之規定是我國法規賦予被告律師權較謹慎之處。

就起訴後之階段，相對於美國聯邦憲法第六修正案保障被告於審判程序可接受律師協助其辯護，我國刑事訴訟法第二十七條有規定被告可以隨時選任辯護

人，強制辯護案件則法院必須為被告指定辯護人，然而，就第六修正案所包括之五項權利內容，對比我國規定，則有以下幾點不同：

第一，就無資力被告聘任辯護人，我國刑事訴訟法第三十一條第一項有規定被告需聲請法院指定公設辯護人或律師為其辯護，或者法院依職權認為必要者亦需為被告指定，相對於此，美國之權利內容為：若被告無資力聘請律師，國家必須出資為其聘任律師，否則無法保障被告獲得一公平之審判，就此，本文建議我國可參考美國實務所累積之權利內容，對於無資力之被告一律為其指定辯護人，除非被告明確且自願地表示放棄，以保障兩造當事人之武器對等以及訴訟程序之公平正義。

蓋，我國公設辯護人條例第二條雖有「刑事訴訟案件，除依刑事訴訟法第三十一條第一項規定已指定公設辯護人者外，被告得以言詞或書面聲請法院指定公設辯護人為其辯護。因無資力選任辯護人而聲請指定公設辯護人者，法院應為指定。法院於必要時，得指定律師為被告辯護，並酌給報酬」，此外，法律扶助法第四條也規定：「國家負有推展法律扶助事務及提供必要資金之責任。各級法院、檢察署、律師公會及律師負有協助實施法律扶助事物之義務。」但以上規定對比美國制度中，每位被告皆獲得強制辯護之權利仍有所不同，且檢索我國最高法院、高等法院及其分院之判決發現，我國實務多以刑事訴訟法第三十一條第一項之規定作為是否需為被告指定辯護人之標準，其判決內容大多認為，若被告所涉之案件非強制辯護案件，法院即毋須為被告指定辯護人，如「非強制辯護案件，原審未指定辯護人為上訴人辯護，無何違法可言。」¹⁴⁰；「本件非強制辯護案件，無庸指定辯護人為被告辯護。」¹⁴¹，另外，也有以被告之能力為斷者，如「被告非智能障礙而無法為完全陳述之人，本院斟酌目前之一切情事，認無指定辯護人之

140參最高法院 92 年度台上字第 1880 號判決；最高法院 92 年度台上字第 1573 號判決。

141參台灣高等法院 96 年度上訴字第 4754 號判決；台灣高等法院台中分院 93 年度上訴字第 718 號判決。

必要，此聲請（指定辯護人）予以駁回。」¹⁴²；「（被告）復未提出低收入戶之資料，未便依刑事訴訟法第三十一條規定指定辯護人。」¹⁴³，以及「被告亦未提出證據證明確有指定辯護人之必要」¹⁴⁴。

由以上實務判決可知，我國雖有公設辯護人條例第二條及法律扶助法第四條之規定，然而實務操作之結果，非強制辯護案件之被告仍有許多情況未能單憑聲請指定辯護人即獲得法院之許可，因此其訴訟程序往往於無辯護人協助之情況下進行。然而，刑事被告接受辯護人協助之重要性卻無分強制辯護案件或是非強制辯護案件，蓋被告作為程序客體，僅能被動接受調查，無法與審判者及偵查機關對等行使權利，為了公平審判和保障被告，辯護人的加入具有高度實益¹⁴⁵。

第二，綜合我國最高法院判決與刑事訴訟法第三百七十九條第七款規定，我國對於辯護人應為實質有效辯護之標準僅明文規定適用於「依本法(刑事訴訟法)應用辯護人之案件」與「已經指定辯護人之案件」，而對於其他選任辯護人之案件則未明確表示是否適用；相對於此，美國實質有效辯護之標準一律適用於被告自行選任之辯護人及國家出資為被告聘任之辯護人，參考美國之實務經驗，本文認為此標準應同美國之制度，一體適用於強制辯護案件以及選任辯護案件，蓋最高法院就強制辯護案件所宣示之實質辯護，幾乎已是最低程度的辯護標準，若辯護人未能提供此標準之辯護，應認已與公平正義有違。

最後，就律師權之拋棄，我國現行法上並無規範，實務見解多以被告已明確知悉其得享有辯護人在場權後，若未堅持辯護人到場或明白表示無須辯護人到場，則可認被告已自願放棄此權利。相對於此，美國實務經驗指出其憲法上之律師權係得拋棄之權利，惟被告需於知悉所放棄之權利內容為何，以及放棄律師權會對被告造成何種不利影響之前提下，自願且明確地放棄。對此，本文仍建議我

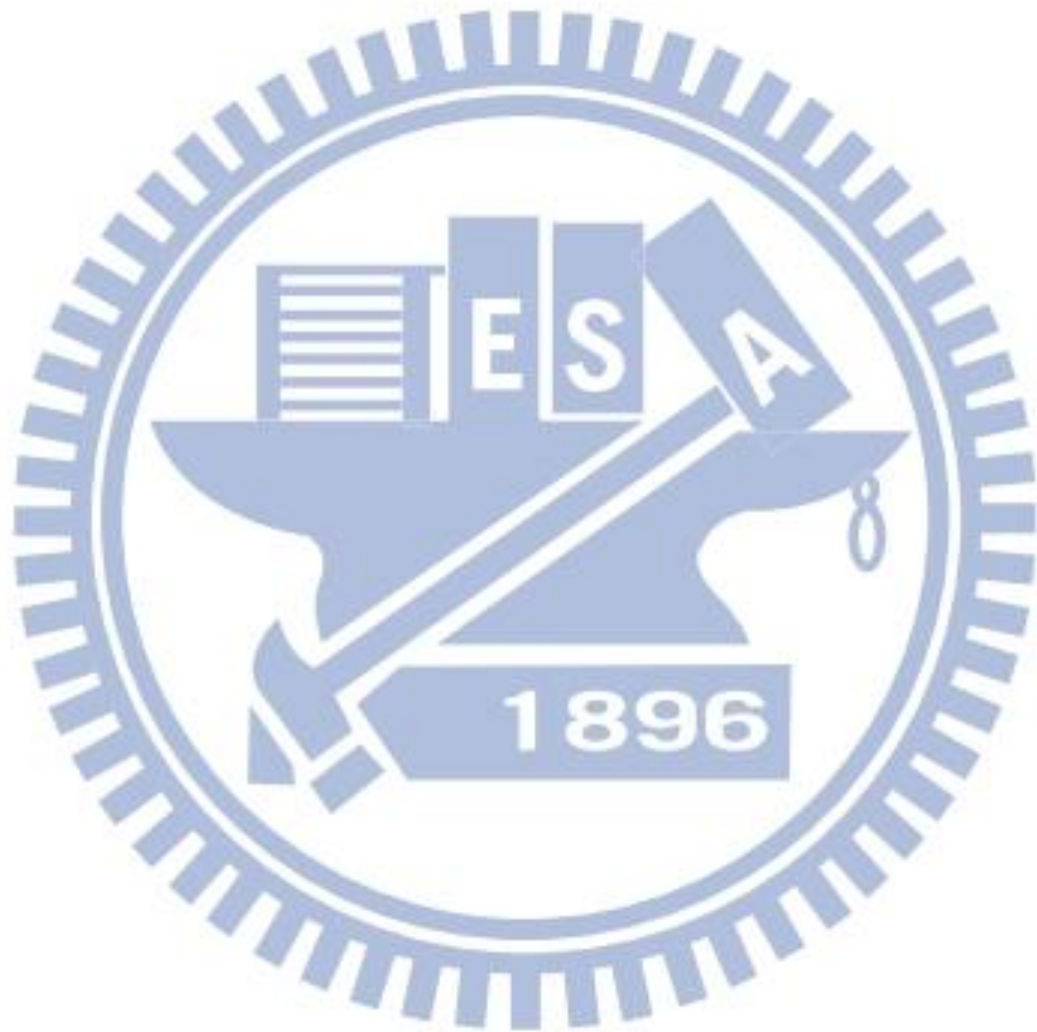
142參台灣高等法院 99 年度上易字第 780 號判決；台灣高等法院 97 年度上易字第 1407 號判決。

143參台灣高等法院 99 年度上訴字第 3902 號判決；台灣高等法院 97 年度上易字第 1407 號判決。

144參台灣高等法院 97 年度上易字第 3290 號判決。

145張永宏、陳昭龍，〈論告知義務〉，《軍法專刊》，第 53 卷第 5 期，頁 97，2007 年 10 月。

國法規參考美國就放棄律師權所設之要件，蓋其要件於個案中判斷被告是否已放棄律師權時，為一明確而可具體操作之標準。



第三章 現行實務辯護制度之問題探討

第一節 前言

承上一章就改良式當事人進行主義與律師權之背景介紹與制度說明，本章即以我國最高法院之判決為主，高等法院之判決為輔，觀察我國現行實務中，辯護制度、律師權於改良式當事人進行主義下是如何運作、被告或犯罪嫌疑人是否已獲得足夠之保障，即，以本章各項所研究之各階段、各主題為出發點，探討我國最高法院或高等法院之相關判決，並從中觀察辯護人於該階段是否確實為被告善盡其辯護義務。本文先將刑事訴訟程序分為起訴前與起訴後兩個階段，再分別討論此兩階段中，辯護人對犯罪嫌疑人或被告具有重大影響力之階段（critical stage），辯護人是否已確實為犯罪嫌疑人或被告盡其實質有效辯護義務，其中所謂「具有重大影響力之階段」即為犯罪嫌疑人或被告於該階段中亟需辯護人之協助，否則其很容易因為受到國家機關之偵查審判行為而作出不利自己之陳述或行為，而致生後續不利益之審判結果¹⁴⁶。

本文以刑事訴訟程序進行之時序為主軸，先介紹起訴前具有重大影響力之階段，包括司法警察（官）詢問程序、指認程序，及羈押訊問程序共三個階段，討論之主題則視階段之不同，分別為辯護人於警詢程序之在場權以及犯罪嫌疑人或被告就此在場權之放棄、指認程序之辯護人在場權，以及羈押訊問程序之辯護人在場權與交通接見權。

於起訴後之階段，則分別討論審判中之證據調查程序與言詞辯論程序中，辯護人是否已盡實質有效辯護；多數被告以同一辯護人為共同辯護時，法院如何判斷多數被告間是否存在利益衝突及辯護人是否已迴避共同辯護，以及審判中勘驗之辯護人在場權。

146See United States v. Gouveia, 467 U.S. 180, 187-88 (1984); Kirby, 406 U.S. at 689; See also Daniel Kanstroom, The Right to Deportation Counsel in Padilla V. Kentucky: The Challenging Construction of the Fifth-And-A-Half Amendment, 58 UCLA L. REV. 1461, footnote 46 (2011).

本章的篇幅甚大，是本文的研究重點，針對第二節「起訴前」與第三節「起訴後」的六個主題，觀察與整理我國學說、實務，以及美國實務並就每一主題於「評析」提出我國與美國見解之比較及對我國實務或法規範之建議。

特別值得一提的是，本章係就律師未能及時在場給予被告協助、未為實質有效辯護之六種主題提出程序法與證據法上之處理方式，至於出於律師本身之因素而導致律師未能及時在場、未能實質有效辯護之實體法上處理方式，則於本文第四章處理。

第二節 起訴前

第一項 司法警察（官）詢問程序，辯護人之在場 權與放棄

第一款 前言

本項分為第二款與第三款，分別討論司法警察（官）詢問犯罪嫌疑人或被告時，其辯護人之在場權，以及犯罪嫌疑人或被告針對此一在場權之放棄。

此權利之所以重要，乃是因為司法警察（官）詢問程序為犯罪嫌疑人或被告開啟、進入刑事訴訟程序之重要階段。蓋犯罪嫌疑人或被告不論是於臨時、無預警之狀況，如：受拘提、逮捕或羈押訊問；或是於較從容、有準備之狀況，如：受通知與傳喚而接受司法警察（官）之詢問，此程序都是犯罪嫌疑人或被告於整個刑事訴訟程序中，首次接觸國家機關之公權力之階段；於此壓力下針對所涉案件之陳述，對於通常不熟悉訴訟程序之犯罪嫌疑人或被告而言，易產生驚慌失措之心理狀態，而於此狀態下，若缺乏辯護人專業之協助，則不論是犯罪嫌疑人或被告之內在心理狀態或者外在形勢，均容易致使犯罪嫌疑人或被告作出不利於己

之陳述，而影響刑事訴訟法真實發現與保障人權之兩項立法目的¹⁴⁷。因此，此階段之辯護人在場權與辯護人之實質有效協助相當重要。

雖然我國目前之刑事訴訟法就此程序已有相關規定及保障，惟，本文欲於立法與刑事訴訟之制度設計外，探討我國目前之實務運作情形。本文所切入之角度係以「我國最高法院於犯罪嫌疑人或被告未獲此權利之保障時，所作成之警詢筆錄是否具有證據能力」，藉以觀察我國實務運作情形。此切入之方式除可觀察最高法院就警詢筆錄證據能力之判決見解外，另一方面亦可觀察司法警察（官）詢問程序辯護人未能在場之可能情形為何。本文藉此角度切入，以檢視我國實務執行者是否如同制度所保障者，已使犯罪嫌疑人及被告獲得辯護人在場協助之權利。

此外，考量此一權利之重要性，其權利行使與放棄之界線亦需有所釐清，且犯罪嫌疑人或被告就此權利之放棄亦不得輕易判斷認定，故本項第二款即是從學說與實務之角度探討犯罪嫌疑人或被告是否得放棄此權利，以及如何認定其已放棄此權利，亦即，放棄此權利之判斷標準為何。

第二款 辯護人之在場權

第一目 主要議題

若犯罪嫌疑人或被告於司法警察（官）之詢問程序，因司法警察（官）之緣故，致使犯罪嫌疑人或被告所委任之辯護人未能於該程序在場，亦無法為犯罪嫌疑人或被告陳述意見，則於此辯護人缺席之情況下所做成之警詢筆錄是否有證據能力？

147參見王兆鵬，〈貫徹平等與實質之辯護制度〉，《月旦法學》，第137期，頁106-107，2006年10月。

第二目 實證研究¹⁴⁸：以最高法院九十八年 度台上字第六八七二號判決為例

一、 判決事實摘要

司法警察於製作警詢筆錄、詢問被告之初，明知被告已委任辯護人為之辯護，且該辯護人並無刑事訴訟法第二百四十五條第二項但書得限制或禁止其在場或陳述意見之情事，惟該司法警察卻違反上開規定，將辯護人阻絕於偵訊室玻璃窗外，使辯護人無法即時為被告陳述意見；待該警詢筆錄製作至第十三行之後，該司法警察始同意被告之辯護人進入偵訊室，陪同被告製作筆錄。

二、 法院見解

最高法院認為筆錄第十三行前之詢問，辯護人僅被允許在偵訊室玻璃窗外觀看詢問過程，此部分係違反刑事訴訟法之強制規定，該部分之警詢內容當無證據能力應予排除，惟第十三行以後，被告之警詢筆錄，業經司法警察同意辯護人進入，則該部分之警詢內容尚非無證據能力。

三、 相關之最高法院見解整理

就檢索所得之相關判決，最高法院多肯定被告接受司法警察（官）詢問並製作警詢筆錄時，有權接受其選任辯護人之諮詢及協助。若出於司法警察（官）之因素致使被告之選任辯護人未能於製作警詢筆錄時在場，則最高法院認為此部分之警詢筆錄並不具有證據能力，如：

（一） 最高法院九十二年台上字第四一五一號判決：

原判決雖以「被告於本件警訊中曾委任律師到場」及「其於警局既有委任律師」，認為上訴人（被告）於警訊時既有辯護人在場，已足資擔保該筆錄內容之

148檢索方式：司法院司法官版法學資料檢索系統，最高法院刑事判決資料庫，自民國 92 年 1 月 1 日至 99 年 10 月 30 日，檢索語詞「辯護人&到場」以及「辯護人&在場」。

真實性。然查「被告得隨時選任辯護人。犯罪嫌疑人受司法警察官或司法警察調查者，亦同」，刑事訴訟法第二十七條第一項定有明文。而上訴人（被告）於到案之初，已表明選任林志忠律師為辯護人，有警訊筆錄可查。但承辦警員並未待選任辯護人到場，即逕行詢問，且未實施錄音、錄影。選任辯護人林志忠律師亦證稱：到場時「筆錄已製作完成」。足見警方詢問上訴人（被告）並製作警訊筆錄時，選任辯護人尚未到場。乃原判決以「被告於本件警訊中曾委任律師到場」及「其於警局既有委任律師」等語，用以擔保警訊筆錄內容之真實性，亦難謂為妥適。……應認原判決仍有撤銷發回更審之原因。

（二）最高法院九十八年度台上字第四二〇九號判決：

檢察事務官、司法警察官、司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人時，違反應告知得選任辯護人之規定者，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限。刑事訴訟法第九十五條第三款、第一百五十八條之二第二項定有明文。之所以如此立法，當係被告或犯罪嫌疑人臨時受拘提或逮捕，一時難免惶惑，不知所措，為保障其訴訟上之防禦權，期使司法警察（官）確實遵守此一告知之程序，以保障人權，特別明定，違背此一程序時，除有但書例外之情形外，所取得之供述證據，無證據能力，此與在其他調查、偵查或審判程序違背此一告知義務時，非當然無證據能力之規定不同。

故司法警察（官）明知被告或犯罪嫌疑人已表明需選任辯護人，自應待其辯護人到場後，即刻訊問，不得無故拖延。如司法警察（官）待犯罪嫌疑人所選任之辯護人到場後，卻刻意拖延，不遵守應即時詢問之規定，而於其辯護人離去後，始加詢問，使犯罪嫌疑人未獲辯護人之諮商及協助，自有礙於其防禦權之充分行使。此種情形，較之於詢問之初未告知得選任辯護人，尤為嚴重；且既屬明知而有意為之，自屬惡意。因此，依舉輕以明重之法理，司法警察（官）以此方法違

背刑事訴訟法第九十三條第一項即時詢問之規定時；其所取得被告或犯罪嫌疑人之不利供述證據，難認有證據能力。

第三目 相關規範

就辯護人之在場權，我國相關之規定除刑事訴訟法第二百四十五條第二項之規定¹⁴⁹外，尚有同法第九十五條第三款，國家機關訊問被告應先告知其得選任辯護人，以及第二十七條第一項「被告得隨時選任辯護人。犯罪嫌疑人受司法警察官或司法警察調查者，亦同。」

綜合上述規定可知，我國相關規定均肯定被告於司法警察（官）詢問程序之辯護人在場權。故，當被告或犯罪嫌疑人於司法警察（官）詢問前已受國家機關告知其選任辯護權，被告或犯罪嫌疑人並表示其欲選任辯護人時，國家機關不得違反其意思而為事物訊問，必須先行等待其選任辯護人到場，甚而應該給予被告必要之協助¹⁵⁰。且，前述第二百四十五條之規定除保障被告之人權與接受公平審判之權利外，被告之選任辯護人依該條規定亦應有在場權以及諮商權，並且為保障此權利，國家機關應該先給予其適當的諮商時間，再進行事物訊問，方能於實質上達成本條規範之立法目的。

此外，我國也有學說見解認為，除現有之條文規範外，「凡偵查程序中含強制處分而可能導致被告作出非真實、非任意、非明智的陳述或重大決定時，應即賦予被告受律師協助的權利，此類情形包含被告受拘提、逮捕，與羈押訊問時之情形，至於詢問通知與傳喚則不包括在內。蓋拘提、逮捕及緊接於後的羈押訊問程序多為臨時的偶發事件，被告容易因為突然遭警察拘捕，或被囚於警察局而處於孤立及驚惶恐懼中，心理狀況與自由意識於此情況下受到最大的壓迫，因此也

¹⁴⁹刑事訴訟法第 245 條第 2 項前段規定「被告或犯罪嫌疑人之辯護人，得於檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察訊問該被告或犯罪嫌疑人時在場，並得陳述意見。」

¹⁵⁰至於協助之方式，「如：於被告或犯罪嫌疑人表示並無認識之律師可以諮詢時，國家機關得提供被告相關之資訊，如各地律師公會之通訊錄、律師名冊等；若被告已選任特定辯護人者，國家機關亦須保障被告與辯護人溝通之權利，如提供被告與辯護人適當之空間與時間以供雙方諮詢與溝通」。參林鈺雄，前揭註 40，頁 173-179；586。

最需要律師的協助。反之，經傳喚或通知而至檢察署或警察局接受訊問之被告，大多能有足夠的時間與充分的空間反覆地思考、從容就訊，相較於前者，心理自由較不受壓迫，甚至得於到場前先行諮詢律師，也較不至於做出非真實、非任意之陳述」。¹⁵¹

第四目 議題探討：證據能力之有無

就此問題，需視司法警察（官）致犯罪嫌疑人或被告之辯護人未能在場之因素為何，而有證據能力相關規範適用之差異。若因司法警察（官）未依刑事訴訟法第九十五條第三款規定，於詢問被告前先告知犯罪嫌疑人或被告其得選任辯護人，而致其所委任之辯護人未能於警詢程序在場，則我國實務過去認為被告受律師協助之告知義務的違反，不必然導致自白之證據能力喪失，其判斷乃著重於自白是否具任意性、真實性，若是，則該自白有證據能力；反之則無¹⁵²。然而，我國刑事訴訟法於九十二年增訂第一百五十八條之二後，明文規定「檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人時，違反第九十五條第二款、第三款之規定者，準用前項規定」。故此時所作成警詢筆錄之證據能力即為第一百五十八條之二第二項所準用者「所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限」。¹⁵³

151王兆鵬，前揭註20，頁445。

152如最高法院72年台上字第1332號判例：「警察機關對拘提到案之刑事被告為訊問時，未即時告知其得選任辯護人，依刑事訴訟法第88條之1第4項之規定，固屬告知義務之違反，但於被告在警局任意之自白不生影響，仍非無證據能力，如經原審調查與事實相符，自得資為裁判之基礎。」惟，本則判例經最高法院92年度第5次刑事庭會議決議不再援用。

153修法前，我國學者對於偵查機關未告知被告刑事訴訟法第95條受辯護人協助之權利而得之證據，多數亦認為無證據能力，蓋第95條之目的在於保護無知的被告，亦在於告知警察被告所享有之權利，故若違反而無任何法律效果，則令人懷疑偵查機關是否會遵守法規或堅持必須等律師到場始開始訊問與陳述，因此，偵查機關如果未告知第95條得選任辯護人之權利，則所得自白除合於例外規定，原則上應予排除。參王兆鵬，《搜索扣押與刑事被告的憲法權利》，臺北：翰蘆，頁254，2000年；何賴傑，〈告知義務及第三審上訴之限制〉，《臺灣本土法學雜誌》，第1期，頁128，1999年。

惟，除上述違反第九十五條第三款規定之情形外，司法警察（官）亦可能因其他因素而致犯罪嫌疑人或被告所委任之辯護人未能於警詢程序在場，此時，刑事訴訟法第一百五十八條之四權衡理論即可概括適用於當實施刑事訴訟程序之公務員違法取證，且法律未明確規定證據能力有無時，該違法取證之證據是否具有證據能力之判斷標準。¹⁵⁴

惟我國學者亦有於上述規範之外提出其就證據能力之判斷標準者，即，就偵查機關訊問被告時違反告知義務為整體性之觀察，並以刑事訴訟法之證據禁止法則作為整體理論基礎，提出三階段審查基準說。該說之內容為，第一階段首先法院應審查追訴機關是否惡意、恣意違法取證？若答案為肯定，該證據應予禁止使用。若答案為否定，則進入第二階段，繼續審查被違反之取證禁止規範，其法規範目的為何？該目的是否因違法取證行為而終局受損？使用該證據，損害是否會加深或擴大？若答案為肯定，則證據應禁止使用。若否，則進行第三階段之個案權衡，判斷被告之個人利益與國家之追訴利益孰先孰後，以決定該證據是否有證據能力¹⁵⁵。依此見解，於本議題，若因為司法警察（官）之緣故，致使被告於辯護人缺席之情況下完成警詢筆錄，則依此見解，法院必須先審查司法警察（官）之意圖，是否係惡意、故意使被告之辯護人缺席，若是，則該警詢筆錄不具證據能力；若否，則依第二階段之審查標準，需審查刑事訴訟法第二百四十五條第二項之立法目的「修正本條第二項賦予偵查中在場之辯護人陳述意見之機會，以強化被告或犯罪嫌疑人之防禦權，並示區別偵查中之表示意見與審理中之辯論有所不同。」，若司法警察（官）使被告之辯護人於警詢時缺席一事會導致該條之立法目的終局地受損，或者加深、擴大對該立法目的之損害，則該警詢筆錄應禁止使用，不具證據能力；反之需進入第三階段之審查，即刑事訴訟法第一百五十八條之四權衡理論之適用，權衡比較被告的人權保障與國家追訴之公共利益，以終局地決定該證據之證據能力。

154本項之「二、我國最高法院見解整理」之相關判決即屬第158條之4之規範於實務運作之情形。
155參林鈺雄，前揭註40，頁173-179; 586。

第五目 美國見解

犯罪嫌疑人或被告接受司法警察（官）詢問時之律師權，同本文第二章、第三節、第二項、第二款「聯邦憲法第五修正案」與第三款「聯邦憲法第六修正案」之說明，美國刑事訴訟程序中的犯罪嫌疑人與被告接受司法警察（官）詢問時之律師權，其權利依據並不相同，就犯罪嫌疑人而言，其權利來源係自聯邦憲法第五修正案之「不自證己罪」原則衍生而來；至於被告則是依據聯邦憲法第六修正案之律師權保障而來，以下分述之：

一、 犯罪嫌疑人於接受司法警察（官）詢問時之律師權—聯邦憲法第五修正案「不自證己罪」原則

如前所述，第五修正案不自證己罪之權利之所以衍生出被告律師權之原因為，當犯罪嫌疑人於拘留之環境下接受訊（詢）問，即便其已被告知米蘭達警告（Miranda Warning），明白了解其有權利保持緘默並選任辯護人，整體的環境氣氛對於其意志仍具有壓倒性的勝利，因此，於此環境下之訊（詢）問，律師之在場即成為落實聯邦憲法第五修正案之保障不可或缺的權利，亦即只要被告主張，律師即得以於訊問程序之過程中全程陪伴在場。然而，也因為此一目的為此權利之核心概念，此一衍生之律師權所保障之範圍也僅限於犯罪嫌疑人於強制處分之情境下所接受之訊（詢）問；反之，若犯罪嫌疑人所處之訊（詢）問環境並不具有強制力，其即不享有此一衍生之律師權¹⁵⁶。

依聯邦最高法院的見解，一旦犯罪嫌疑人受米蘭達告知後主張其律師權，則所有訊問在律師出現（present）之前，均應停止¹⁵⁷。聯邦最高法院認為一旦於監禁或拘留中之被告或犯罪嫌疑人主張第五修正案所衍生之律師權，為確實保護被告或犯罪嫌疑人此一權利，則接下來被告或犯罪嫌疑人面對由警方主動開始之詢

¹⁵⁶See Escobedo, 378 U.S. at 497.

¹⁵⁷Miranda, 384 U.S. at 474; Edwards v. Arizona, 451 U.S. 477, 485 (1981).

問，即便警方於此詢問前仍為權利告知，任何被告之回答，或被告因此詢問而為律師權之放棄皆一概無證據能力與無效¹⁵⁸。

要求訊問停止乃是著眼於律師的特殊機能：律師在場可抑制警察不過度行使權力，並確保訊問中的所有陳述可以被正確地轉換為證據¹⁵⁹。除非犯罪嫌疑人放棄其權利，否則任何違反被告律師權的訊問，所得到的陳述，均不得作為該案對被告不利之證據¹⁶⁰。如果警方於犯罪嫌疑人主張律師權後，除非依當時的一切情境，可推斷被告為自願放棄其權利，否則在律師未出現之前，縱使警方為權利告知後再為詢問，且犯罪嫌疑人亦回答之，警方仍違反聯邦憲法第五修正案之不自證己罪規定¹⁶¹。

警詢於犯罪嫌疑人清楚表示不放棄而欲主張律師權後，應即停止，若警察違反而繼續詢問而得自白，則所得之自白不得作為認定被告有罪的證據¹⁶²。然而，需注意的是，法院之所以排除此等陳述作為證據，是為了避免政府未來可能違反憲法規定之行為¹⁶³。最高法院在 *Hass* 案認為，*Miranda* 案所確立的權利保障，其目的並非賦予嫌疑人可做前後不一致的供述、免於偽證風險的許可證，因此，縱使警方違反聯邦憲法第五修正案的規定，導致犯罪嫌疑人之陳述不得作為認定被告有罪的證據，此並不代表該陳述不得作為檢驗其他證據可信度的依據。由於排除系爭陳述在主要案件（*case-in-chief*）的證據能力，已足警示、使政府避免再度違反憲法對人民的保障，法院自然得利用該陳述作為彈劾證據，彈劾被告作為證人時的可信度¹⁶⁴。以被排除證據能力的陳述，作為彈劾被告在他案作為證人的可

158 *Edwards*, 451 U.S. at 484-85.

159 *Fare v. Michael C.*, 442 U.S. 707, 719 (1979).

160 *Id.* at 717; *Miranda*, 384 U.S. at 473.

161 *See Edwards*, 451 U.S. at 482-83; *Brewer v. Williams*, 430 U.S. 387 (1977); *Miranda*, 384 U.S. at 465-66; *Fare*, 442 U.S. at 719.

162 *Supra* note 157.

163 *See United States v. Leon*, 468 U.S. 897, 906-13 (1984); *Colorado v. Connelly*, 479 U.S. 157, 166 (1986).

164 *Oregon v. Hass*, 420 U.S. 714, 721-22 (1975).

信度的彈劾證據¹⁶⁵；以被排除證據能力的陳述作為彈劾被告在審判中所為陳述的彈劾證據¹⁶⁶。

惟，若被告於主張律師權後，其自願性的陳述，或自行與訊問者交談，使得警方得繼續與犯罪嫌疑人進行對話，而在交談中，犯罪嫌疑人为不利之自認或自白，則此時的陳述、自認或自白仍具有證據能力¹⁶⁷。

二、 被告於接受司法警察（官）詢問時之律師權—聯邦憲法第六修正案

如前所述，聯邦憲法第六修正案的律師權惟有在司法程序（judicial proceedings）開始對抗被告之後方才附隨（attach）於被告¹⁶⁸，而這啟動的方式不限於正式起訴（formal charge），其他程序如預審（preliminary hearing）、重罪之控告（indictment）、重罪之起訴（information），或傳訊（arraignment）皆屬之¹⁶⁹。因此，若司法警察（官）於這些階段詢問被告，則除非被告明白且自願地放棄其律師權，否則在缺乏正當理由之情況下，司法警察（官）不得以法律或命令禁止律師在場或禁止律師協助被告，且於被告無資力聘請律師時，國家必須出資為其聘任律師。

如果被告被剝奪了第六修正案之律師權，且被告也未曾出於自願地、明白理智地放棄律師權，則第六修正案即會成為司法權之障礙，也就是，儘管法院已作出有罪判決，仍無法剝奪被告之自由與生命，蓋此時被告可以主張人身保護令（habeas corpus）以救濟其權利¹⁷⁰。

165Harris v. New York, 401 U.S. 222, 226 (1971).

166See Leon, 468 U.S. at 906-13; Connelly, 479 U.S. at 166; Hass, 420 U.S. at 721-22; Harris, 401 U.S. at 226.

167See Edwards, 451 U.S. at 485; Oregon v. Bradshaw, 462 U.S. 1039, 1045 (1983).

168聯邦最高法院於 1977 年之 Brewer v. Williams 案(Brewer, 430 U.S. at 398) 一案重申 Kirby v. Illinois 案之見解(Kirby, 406 U.S. at 688-89)。

169Id.

170Johnson, 304 U.S. at 468.

第六目 評析

我國實務學說近年來的發展，可證明被告辯護權的日漸受到重視，被認為是憲法上訴訟權的內涵，而告知程序的踐行，也被肯認為屬正當法律程序之一環。所謂告知，應指實質告知，對於無法律知識的被告而言，踐行告知義務應使其瞭解權利內涵，而非僅為形式告知。

對比美國之聯邦憲法修正案與實務見解，本案之被告於司法警察（官）詢問與製作警詢筆錄程序時，因其所處之環境對其意志具有壓倒性之勝利，因此依據美國聯邦最高法院之見解，被告此時已被納入由美國聯邦憲法第五修正案不自證己罪原則所衍生之律師權之保障範圍內。依本款第五目「美國見解」所述，一旦於監禁或拘留中之被告或犯罪嫌疑人主張聯邦憲法第五修正案所衍生之律師權，接下來任何由警方主動開始之詢問，即便警方於此詢問前仍為權利告知，任何被告之回答，或被告因此詢問而為律師權之放棄，對於證明被告有罪此一待證事實，皆一概不具有證據能力且為無效。

本案中，司法警察告知被告得選任辯護人，且被告也已為辯護人之選任，辯護人亦已到場，被告於美國聯邦憲法第五修正案所衍生之律師權即受保護，此後，除非被告主動開啟關於該案件案情之對話，否則由警方所主動開啟之詢問，被告之答覆皆無證據能力。

本案中，被告之辯護人並無刑事訴訟法第二百四十五條第二項但書得限制或禁止其在場或陳述意見之情事，惟該司法警察卻違反上開規定，將辯護人阻絕於偵訊室玻璃窗外，使辯護人無法即時為被告陳述意見並以製作十三行之筆錄，此種情況若依美國聯邦最高法院之見解，除非此十三行之筆錄係被告主動開啟關於其所涉案件之對話，否則如果是由警方所開啟的警詢，則此十三行筆錄即同我國最高法院之見解，並無證據能力。

但較特別的是，若依美國聯邦最高法院的見解，此時法院可以利用該警詢筆錄作為彈劾證據，不論是彈劾被告於他案作為證人時的可信度，或彈劾被告於該案審判中所為之陳述，蓋排除系爭陳述在主要案件的證據能力，已足警示、使政府避免再度違反憲法所保障之權利，此外，美國聯邦憲法第五修正案所衍生之律師權，其目的也並非為使被告可做前後不一致的供述及免於偽證罪之追訴，此或可作為我國實務或將來修法時參考之做法。

第三款 辯護人在場權之放棄

第一目 主要議題

司法警察（官）詢問被告時，若已告知被告得選任辯護人之權利，被告亦選任辯護人到場，惟嗣後辯護人卻離去，未在场。

- 一、 被告是否得於選任辯護人後，甫放棄辯護人之在场權？
- 二、 被告自願放棄辯護人在場權的判斷標準為何？

第二目 實證研究¹⁷¹：以臺灣高等法院九十四年度上易字第五五四號判決為例

一、 判決事實摘要

被告接受刑事局偵查員詢問前，業已受告知得選任辯護人，因此被告對於其得要求辯護人到場之權利已知悉甚明，刑警亦曾主動打電話通知被告之辯護人到場，惟嗣後待被告之辯護人到場後，被告卻認為其不須辯護人之在场協助，故請辯護人離去，辯護人因此未於被告接受詢問時在场。

二、 法院見解

171檢索方式：司法院司法官版法學資料檢索系統，最高法院刑事判決資料庫、台灣高等法院刑事判決資料庫，自民國92年1月1日至99年10月30日，檢索語詞「放棄&辯護人&到場權」以及「放棄&辯護人&在场權」。

最高法院認為，若係刑事局偵查員蓄意避免辯護人在場，豈會事先主動通知辯護人到場，嗣後再迂迴要求被告請辯護人離去，是被告係自願放棄辯護人在場之權利，難謂其選任辯護人到場之權利有何遭不當剝奪之情形可言。

三、 相關之最高法院或臺灣高等法院見解整理

就第一個爭點，被告是否得於選任辯護人後，甫放棄辯護人之在場權？實務上多肯認被告於受告知權利後，可得自願放棄受律師協助之權利。

就第二個爭點，被告自願放棄辯護人在場權的判斷標準為何？實務多以被告於接受詢問前，已明確知悉其擁有辯護人在場權，惟其後被告並未堅持辯護人到場，或被告明白表示無須辯護人到場，則可認為此時被告已自願放棄此權利。

採上述見解者如：

(一) 臺灣高等法院九十二年上訴字第六三四號判決：

被告於九十一年一月十八日晚間七時二十分接受新竹市警察局第二分局警員詢問時，固如其所述曾明白表示拒絕夜間詢問，且要求辯護人到場，惟於同日晚間八時二十分許則明白表示毋需律師到場，且願意接受夜間詢問，其上並有被告親自簽名捺指印確認，足見被告係出於自願放棄刑事訴訟法所賦予之拒絕夜間詢問權與辯護人到場權，核無其所稱遭警強迫而在無辯護人到場下接受夜間詢問之情形。

(二) 最高法院九十八年度台上字第四〇九四號判決：

員警詢問、檢察官訊問及原審法院羈押訊問程序，承辦之員警、檢察官及法官於製作警詢筆錄前，業已分別告知被告刑事訴訟法第九十五條之權利，且觀諸被告於接受第一次警詢筆錄製作時，曾明確表示要請律師到場之意，是被告應已明確知悉其具選任辯護人之權利，被告或基於其他考量，而未堅持於其後之程序

進行中先待辯護人在場始行詢問或訊問，尚不得謂上開詢問或訊問程序已違反辯護人在場之防禦權，其仍繼續製作筆錄，堪認被告當時已放棄律師在場權。

第三目 相關規範

如本項之前言所述，考量辯護人於司法警察（官）詢問程序之重要性，辯護人在場權之行使與放棄需有一清楚之界線，且犯罪嫌疑人或被告放棄此一權利之認定需有嚴格之要件並謹慎判斷之，以確實保障犯罪嫌疑人或被告於警詢程序接受辯護人協助之權利。

目前我國實務上¹⁷²若被告於詢（訊）問程序未堅持先待辯護人在場始行詢問或訊問，即認為被告並無受辯護人協助的意願，此時仍得繼續進行審判。惟刑事被告未選任辯護人之原因可能並非無意願，而可能是聽不懂「得選任辯護人」之意義，也可能是不了解或未能預先設想法律及訴訟程序之繁複困難，因而未選任辯護人加以協助；此外，刑事被告有許多是社會弱勢與經濟貧困之人，他們有可能亟欲選任辯護人協助，卻因為經濟能力無法負擔，或因為無知而不知道其享有請求指定辯護人之權利；然而，相對於這些弱勢貧困之被告或犯罪嫌疑人，經濟環境較佳或者教育水準較高者，卻可知悉必須行使、享受其法律上之權利，故我國有學者認為，在我國審判制度改採改良式當事人進行主義後，律師權應被視為刑事訴訟極為重要的權利，對於律師權之拋棄，應採極為嚴格的認定標準，除非被告係明知且故意拋棄其已知悉之律師權，否則被告仍保有律師權。若被告未主動請求律師，亦不代表其已經捨棄其律師權¹⁷³。

雖然我國刑事訴訟法第二十七條規定，被告有權選任辯護人，依同法第三十一條規定，如被告為低收入戶，亦有權請求指定辯護人，然而，對於被告得否放棄，以及如何自願放棄受律師協助之權利，法則無明文。鑑於我國目前就犯罪嫌

172如本款第三目實證研究，相關之最高法院或臺灣高等法院見解整理所提及之最高法院 98 年台上字第 4094 號判決。

173王兆鵬，前揭註 20，頁 476-477。

疑人或被告於司法警察（官）詢問程序放棄辯護人之在場權並無相關之規範，本文以下之研究方式係以我國最高法院與臺灣高等法院之判決實務為觀察對象並整理歸納之。

第四目 美國見解

就第一個爭點，犯罪嫌疑人或被告得於明白知悉其律師權之內容後，出於自願且明確地決定放棄其律師權。

至於第二個爭點，在 *Miranda v. Arizona* 一案，聯邦最高法院明確表示，不能因為被告於接受訊（詢）問前已經接受權利告知，而後仍為陳述或最終已經取得被告自白，便直接推定被告已放棄其接受律師協助之權利¹⁷⁴。而在 *Johnson v. Zerbst* 一案，聯邦最高法院表示實務運作時，法院需依據具體情況為個案認定，包括被告表示放棄時所身處之環境、被告之知識經濟背景，與被告表達放棄權利等行為綜合判斷被告是否已瞭解此一權利之意義，且已有意且明確地表達其放棄之意思¹⁷⁵。

以下即探討美國實務中，起訴前之警詢程序與審判中兩個階段，被告放棄律師權之案件中，法院如何認定被告是否放棄之判斷標準，以及被告放棄後之效果。

一、 起訴前警詢程序，拋棄律師權

（一） 被告拋棄律師權及其法律效果

於 *North Carolina v. Butler* 案，被告於警詢時經警方為權利告知後，主張律師權，表明在律師到場前不願為任何陳述。但隔天警方再度對被告為權利告知並詢問之，被告隨後自白。聯邦最高法院認為，若被告曾主張（律師）權利，除非檢警得舉證證明被告自願放棄且明確知悉放棄的後果，否則縱使被告為陳述，該陳

174 *Miranda*, 384 U.S. at 475, “A valid waiver will not be presumed simply from the silence of the accused after warning are given or simply from the fact that a confession was in fact eventually obtained.”

175 *Johnson*, 304 U.S. at 464.

述仍無證據能力，蓋因被告可能認為警察的權利告知僅為空談因而放棄該權利，因此最高法院認為此等放棄屬於無效的放棄，並不影響被告之律師權¹⁷⁶。

另外，同前所述，最高法院亦於 *Edwards v. Arizona* 案表示，警方於被告尚未放棄律師權之前復詢問之，已違反被告受憲法增修條文第五條不自證己罪保障之權利，蓋一旦被告主張憲法增修條文第五條所衍生之律師權，則只有被告可以主動陳述，警方不得再重複詢問，除非被告主動陳述，否則，縱使被告最後因警方不斷詢問而放棄權利，其證言將被視為非自願，而不具有任何證據能力¹⁷⁷。

（二） 被告是否自願放棄律師權之判斷標準

被告曾為明確的口頭或書面表示放棄律師權的保障，固然是一證明被告放棄律師權的強力證據，但是被告是否放棄律師權之認定，不得單依前開口頭或書面之表示做判斷，法院仍需綜合各案一切情事，如被告的教育背景、警察詢問方法等，以判斷被告是否明知且自願地放棄其第五修正案之律師權保障¹⁷⁸。

二、 審判中，拋棄律師權

（一） 被告拋棄律師權及其法律效果

聯邦最高法院認為在審判中，被告受到聯邦憲法第六修正案所規定的律師權保障，一旦被告主張第六修正案之律師權，則前開聯邦最高法院在 *Edwards* 案所建立之律師權內容，於聯邦憲法第六修正案之律師權亦得適用¹⁷⁹，即，一旦被告主張律師權，則只有被告可以主動陳述，警方不得再重複詢問、再行訊問。

美國法上承認被告有不受強制辯護的權利，也就是被告得為自行辯護。聯邦最高法院曾於 *Faretta v. California* 案中明確表示：聯邦憲法第六修正案並非僅指被告得享有律師權之保障，該條文之架構中確實隱含被告得為自己辯護、自我代

176 *North Carolina v. Butler*, 441 U.S. 369, 373-74 (1979).

177 *Edwards*, 451 U.S. at 485; *See also McNeil v. Wisconsin*, 501 U.S. 171, 177 (1991).

178 *Butler*, 441 U.S. at 373.

179 *Maine v. Moulton*, 474 U.S. 159, 170-71 (1985).

理之權利¹⁸⁰，蓋該修正案所規定之被告權利，如：受告知起訴的本質與原因、與控方證人對質結問之機會、得請求辯方證人，與得請求律師協助，皆是當事人進行主義制度下之基本權利，也是聯邦憲法第十四條修正案，正當法律程序所保障者，甚至可說唯有透過這些權利的保障才能達成公平審判之目的；而這些權利保障的對象乃是被告，並非辯護人，蓋刑事被告之防禦權乃是為被告而設，而非為辯護人；被告才是刑事程序不利益的承受者，而非律師。憲法上的律師權係對於有意願接受協助的被告施以協助，並非對無意願的被告強行將國家之機構加諸其身。憲法保障被告得提出自己之防禦，若未經被告同意，強行指派律師，律師所呈現者即非被告自己之防禦，故被告的選擇必須被尊重，若被告主張自行辯護，等於放棄受律師協助權利，此種拋棄必須是知悉權利且自願及明智的拋棄，故被告若堅持自行辯護，法院應告知其自行辯護之危險和不利益¹⁸¹。聯邦最高法院近年亦曾在 *Schriro v. Landrigan* 一案中重申：聯邦憲法第六修正案規定之律師權保障，被告得放棄之，但其放棄，必須是在明知而且明智 (*knowingly and intelligently*) 的狀態下為之，法院方得認定其權利之放棄為有效¹⁸²。

如前所述，於 *Johnson v. Zerbst* 案，聯邦最高法院認為聯邦憲法第六修正案賦予刑事被告受律師協助之權利係聯邦法院 (*the federal court*) 具有審判權以剝奪被告生命或自由之前提，若聯邦法院未於審判中賦予被告受律師協助之機會而為判決，係侵害被告之生命與自由；唯有被告放棄該律師權之保障，受律師協助方不再是法院得為判決之前提要件；然而若被告未受律師協助，並且亦未明智 (*intelligently*) 且適格地 (*competently*) 放棄該權利，則此時聯邦憲法第六修正案即成為法院對該被告審判權之障礙 (*jurisdictional bar*)，法院不得再繼續審理該案件¹⁸³。

(二) 被告是否自願放棄律師權之判斷標準

180 *See Faretta v. California*, 422 U.S. 806, 820 (1975).

181 *Id.* at 806-35.

182 *Schriro v. Landrigan*, 550 U.S. 465, 484 (2007).

183 *See Johnson*, 304 U.S. at 468. *See also Godinez v. Moran*, 509 U.S. 389, 396 (1993).

在 Johnson v. Zerbst 案中，被告於預審程序（preliminary hearing）曾受辯護人之代理，惟審判中被告卻未選任辯護人。法院傳訊（arraignment）被告時，被告答辯其為無罪並指出其無辯護人之協助，但被告就法院之訊問（inquiry）則回覆稱其已準備好要進行審判程序，其後，被告於無辯護人協助之情形下，經審判、定罪與判刑。惟，被告於法院判決後請求救濟，主張其聯邦憲法第六修正案所保障之律師權受到侵害¹⁸⁴。聯邦最高法院於本案中指出，實務上，若被告聲明放棄基本權，通常是被告有意放棄一個已知的特權或權利，法院原則上不會推定被告已放棄或已默認喪失該基本權。至於要判斷被告是否於明智的情況下作成律師權之放棄，法院必須要就個案衡量其權利放棄當時之情況與事實，包括被告之出身背景、經驗與行為¹⁸⁵。

聯邦第一巡迴上訴法院進一步表明，此判斷標準同時適用於審查聯邦憲法第五與第六修正案之律師權放棄的行為。聯邦憲法賦予被告律師權之保障使地院之法官必須明確無疑地判斷被告是否作出明智的、適格的律師權之放棄，而這放棄之聲明則以作成紀錄為佳¹⁸⁶。如果於審判中，被告默許、認可其未受律師協助卻不異議，於定罪後卻主張請求救濟，則舉證責任將由被告自行負擔，被告必須以優勢證據的證明程度（preponderance of evidence），向法院證明其未曾明智且適格地放棄律師權¹⁸⁷。

第五目 評析

刑事訴訟新制下，被告律師權日漸受到重視，對於此一權利告知程序的踐行，也被肯認為屬正當法律程序之一環，所謂告知，應指實質告知，對於無法律知識的被告而言，踐行告知義務應使其瞭解權利內涵，而非僅為形式告知。同樣，當被告主張拋棄受律師協助的權利時，亦應係出於自願、明確、且合於要式的放棄，

184 See Johnson, 304 U.S. at 460.

185 *Id.* at 464; United States v. Leon-Delfis, 203 F.3d 103, 111 (1st Cir. 2000).

186 Johnson, 304 U.S. at 465.

187 Johnson, 304 U.S. at 468-69; 巡迴上訴法院亦持類似見解，See also United States v. Santiago Soto, 871 F.2d 200, 201 (1st Cir. 1989).

其放棄始生效力。不得因被告「不堅持律師到場或陪同」或「開始回答問題」，遽認被告已經放棄其律師權。

臺灣高等法院在本判決中認為，若刑事局偵查員係蓄意避免辯護人在場，豈會事先主動通知辯護人到場，嗣後再迂迴要求被告請辯護人離去，是被告係自願放棄辯護人在場之權利，難謂其選任辯護人到場之權利有何遭不當剝奪之情形可言，本文認為，如此認定被告拋棄律師在場權之判斷過於粗率，並未以明確之標準檢視被告是否已知悉律師權之意義、被告是否出於自願且明確地放棄。

為防止類似案件中，不確定被告是否已放棄律師權之疑義，未來宜修法增訂被告放棄律師權之相關要件及程序規範，以確保被告律師權之拋棄為真實且自願，且可參考美國實務見解中，於被告主張放棄時，司法機關有義務對其闡明放棄權利之內涵及意義，以免使被告之律師權成為具文，亦有違刑事訴訟法第二百四十五條之偵查中律師在場權之虞。

第二項 指認程序，辯護人之在場權

觀察我國判決及法務部及內政部警政署之指認相關規範，指認程序進行之方式可以分為一對一「是非式」的真人單一指認、「選擇式」真人列隊指認、照片指認、錄影帶指認，以及聲音指認¹⁸⁸，且依進行之時間點，又可分為起訴前偵查階段進行者、起訴後審判中進行者。本項之指認程序以起訴前偵查階段，檢察事務官或司法警察（官）所主持、進行之真人指認程序為主要探討議題，蓋，於我國，檢察事務官或司法警察（官）所為之指認係於審判外進行，審判外指認係於起訴前為之，而依據我國刑事訴訟法，起訴前之階段除了第三十一條第五項¹⁸⁹被告因智能障礙無法為完全陳述之少數例外規定，原則上我國刑事訴訟制度係於起

188參吳巡龍，《刑事訴訟與證據法全集》，臺北：新學林，頁568，2008年。

189該條規定「被告因智能障礙無法為完全之陳述，於偵查中未經選任辯護人者，檢察官應指定律師為其辯護」。

訴後之階段才設有強制辯護制度¹⁹⁰。此外，我國關於審判外指認程序之相關規範僅有法務部及內政部警政署於九十年五月、八月分別頒布之「法務部對於指認犯罪嫌疑人程序要點」、「人犯指認作業要點」及「警察機關實施指認犯罪嫌疑人程序要領」之規定，而此三項規範並未就辯護人在場權有所規定，因此若要觀察犯罪嫌疑人或被告於此階段之受辯護人協助權，則需將我國現行實務之作業方式整理、歸納，方才能就審判外指認之辯護人在場權是否已得到重視、保障有一全面之了解。

第一目 主要議題

- 一、 檢察事務官或司法警察（官）違反內政部警政署函頒之「警察機關實施指認犯罪嫌疑人程序要領」而為犯罪嫌疑人或被告之指認程序，該指認是否具有證據能力？
- 二、 檢察事務官或司法警察（官）採行指認犯罪嫌疑人或被告之證據方法，是否須有辯護人到場協助犯罪嫌疑人或被告，方才具證據能力？

第二目 實證研究¹⁹¹：以最高法院九十九年度台上字第二二一二號判決為例

一、 判決事實摘要

本案告訴人甲於九十二年六月三日向警方提出告訴時，就行為人之特徵，分別陳稱：「（歹徒）約五至六人，皆為年輕男子，我只記得其中一位男子年約二十歲左右，戴黑色口罩，操國語口音，身高約一百七十公分略瘦」、「（歹徒）約五至六人，皆未戴安全帽，……因為天色太暗，且我太緊張，所以沒有看清楚」。

¹⁹⁰且，因刑事訴訟法第 31 條第 1 項之限制，即使為起訴後之階段，亦非所有可能受徒刑宣告之被告均有權接受強制辯護，因此，就非強制辯護案件且被告並未選任辯護人者，被告自然無法於起訴後之指認程序通知辯護人到場。

¹⁹¹檢索方式：司法院司法官版法學資料檢索系統，最高法院刑事判決資料庫，自民國 92 年 1 月 1 日至 100 年 1 月 1 日，檢索語詞「指認&辯護人&在場」以及「指認&辯護人&到場」，與「指認&辯護人」。

同年八月二十三日被告到案，司法警察採行一對一指認程序，告訴人等為第一次指認之警詢筆錄記載：「因警方有通知到疑似強盜我財物之人，通知我到場指認製作談話筆錄」、「（問）警方今日依你（妳）遭強盜行動電話資料，通知嫌疑人……到案調查，該人（經你當場指認）是否為強盜你（妳）……」。告訴人甲於第一次指認稱：「經我指認該犯罪嫌疑人與強盜我（及我男友）財物之人，身高、體型、頭髮髮型、染髮顏色均相當相似，另由於案發當時相當混亂，且有人戴口罩，所以臉部我無法確實指認」。

詎告訴人等於檢察官訊問、採行第二次指認時卻改稱：「（在庭的被告是否於……強盜你們財物中的其中一人？）是」，告訴人甲並稱：「他的體型、髮型、還有他的臉就是當天其中的一個人，我當天有看到他的臉」；告訴人乙亦稱：「我有看到他的臉，還有髮型」各等語。

及至第一審詰問時，告訴人甲進一步稱：案發地點有路燈，車子停在路燈附近，且可以看到月光。歹徒有兩、三個人戴口罩，其他未戴口罩的看得較清楚，被告沒有戴口罩；現在可以確認就是被告無誤；告訴人乙亦證稱：現場有路燈，但很少，近距離的地方可以看清楚。我可以確定被告即是其中一人，當時沒有戴口罩。

二、 法院見解

就第一個議題「檢察事務官或司法警察（官）違反內政部警政署函頒之「警察機關實施指認犯罪嫌疑人程序要領」而為犯罪嫌疑人之指認程序，該指認是否具有證據能力？」最高法院於本判決認為，本案的第一次指認違反警政署之「警察機關實施指認犯罪嫌疑人程序要領」，已見瑕疵；加以距離案發已久之偵、審中之指述，較諸警詢時之陳述具體明確，是否已違經驗法則，即有疑義。此外，於告訴人等所為的指認陳述存有諸多瑕疵之情況下，在無其他補強證據之情形，即單獨採信對被告之指認，判決有理由欠備之嫌。

就第二個議題「檢察事務官或司法警察（官）採行指認犯罪嫌疑人之證據方法，是否須有辯護人到場協助犯罪嫌疑人，方才具證據能力？」因我國相關之指認程序規範均未予以規定，故最高法院於本判決並未能就此議題作出回應。

三、 相關之最高法院見解整理

就第一個議題，檢察事務官或司法警察（官）違反指認規範而為之指認程序所得之指認證據是否有證據能力，最高法院的判決見解並不一致，分別有以下幾種見解：

（一） 違反指認程序規範無須逕以排除：若該指認非出於不當之暗示，並且非單以該指認為被告論罪之唯一證據，則肯定該指認有證據能力，如：

1. 最高法院九十四年台上字第六一二九號判決、最高法院九十五年台上字第一六七六號判決：

「按刑事實務上之對人指認，乃犯罪後，經由被害人、共犯或目擊之第三人，指證並確認犯罪嫌疑人之證據方法。現行刑事訴訟法並無關於指認程序之規定，如何由證人正確指認犯罪嫌疑人，自應依個案之具體情形為適當之處理。指認之程序，固須注重人權之保障，亦需兼顧真實之發現，確保社會正義實現之基本目的。如證人於審判中，已依人證之調查程序，陳述其出於親身經歷之見聞所為指認，並依法踐行詰問之程序後，綜合證人於案發時停留之時間及所處之環境，足資認定其確能對被告觀察明白，認知被告行為之內容，該事後依憑個人之知覺及記憶所為之指認客觀可信，並非出於不當之暗示，亦未違悖通常一般日常生活經驗之定則或論理法則，又非單以證人之指認為被告論罪之唯一依據時，自不得僅因證人之指認程序與相關要領規範或其他學者個人之見解未盡相符，遽認其無證據能力。」

2. 最高法院九十九年度台上字第二九五六號判決、最高法院九十九年台上字第四〇九二號判決、最高法院九十九年台上字第五七八五號判決則於上述見解之外，再提出以下之見解：

該指認程序之相關規範並非法律，「法務部及司法警察主管機關對於指認程序所訂頒之相關要領規範，旨在促使辦案人員注意，非屬法律位階之『法定程序』之一環。」

3. 最高法院九十九年台上字第四九三八號判決：

依法務部及內政部警政署於九十年五月、八月分別頒布之「法務部對於指認犯罪嫌疑人程序要點」、「人犯指認作業要點」及「警察機關實施指認犯罪嫌疑人程序要領」之規定，於偵查過程中指認犯罪嫌疑人或被告，係採取「選擇式」列隊指認，而非一對一「是非式的單一指認」；供選擇指認之數人在外形上不得有重大的差異；實施照片指認，不得以單一相片提供指認，並避免提供老舊照片指認；指認前應由指認人先陳述嫌疑人的特徵、不得對指認人進行誘導或暗示等程序，固可提高指認的正確度，以預防指認錯誤之發生。然指認之程序，除須注重人權保障外，亦需兼顧真實發現，確保社會正義實現。法院就偵查過程中所實行之第一次指認，應綜合指認人於案發時所處之環境，是否足資認定確能對犯罪嫌疑人觀察明白、認知犯罪行為人行為之內容，事後依憑個人知覺及記憶所為指認是否客觀可信等事項，為事後審查。倘指認過程中所可能形成之記憶污染、判斷誤導，均已排除（如犯罪嫌疑人與指認人熟識，或曾與指認人長期、多次或近距離接觸而無誤認之虞），且指認亦未違背通常一般日常生活經驗之定則或論理法則，即不得僅因指認程序與上開要點（領）規範未盡相符，遽認無證據能力。

- (二) 審判外指認為傳聞證據，需依照具體個案判斷是否有傳聞例外之可信性要件，如有可信性要件，始得為證據，如：

1. 最高法院九十五年台上字第三九五四號判決、最高法院九十八年度台上字第七五二號判決：

「刑事訴訟實務上對人之指認，乃由被害人或目擊證人指出實行犯罪行為之人，性質上屬供述證據。指認之正確性常受指認人本身觀察力、記憶力及真誠程度等因素所影響，考諸刑事訴訟法第一百五十九條之一至第一百五十九條之三規定被告以外之人所為審判外之陳述，須有可信之情況，始得作為證據之趣旨，是如何由指認人為適當正確之指認，應視個案之具體情況定之。案發後之初次指認，無論係於司法警察（官）調查或檢察官偵查中所為，對案件偵查之方向甚或審判心證之形成，常有重大之影響，自當力求慎重無訛，故除被告或犯罪嫌疑人係社會（地區）知名人士、與指認人熟識之人、現行犯、準現行犯或具顯著特徵、曾與指認人長期且近距接觸或其他無誤認之虞者，得單獨供指認外，皆應依訴訟制度健全國家之例，以『真人列隊指認』方式為之，不宜由單獨一人，或僅提供單一照片或陳舊相片，以供指認，更不得予以任何暗示、誘導，否則其踐行之指認程序即非適法，難認已具備傳聞法則例外之可信性要件。」

2. 最高法院九十八年度台上字第四四九三號判決：

「我國現行刑事訴訟法固無指認犯罪嫌疑人程序之相關規定，然依法務部及內政部警政署分別制頒之『法務部對於指認犯罪嫌疑人程序要點』及『警察機關實施指認犯罪嫌疑人程序要領』等規定，於偵查過程中指認犯罪嫌疑人，應採選擇式之指認；其供選擇指認之數人在外形上不得有重大差異；實施照片指認，不得以單一照片提供指認，並避免提供老舊照片指認；指認前應由指認人先陳述犯罪嫌疑人特徵且不得對指認人有任何可能暗示、誘導之安排出現。此係偵查人員於處理犯罪嫌疑人之指認事宜時所應遵循之規範，法院就偵查過程中所實施之第一次指認為事後審查時，對於指認程序與上開規範不相符合者，因仍屬被告以外之人於審判外所為之陳述，除非有確切證據足認指認人於案發時所處之環境，已足資認定其確能對犯罪嫌疑人觀察明白、認知犯罪嫌疑人行為之內容，其事後依

憑個人之知覺及記憶所為之指認客觀可信，非出於不當之暗示者，按諸刑事訴訟法第一百五十九條之一至第一百五十九條之三等規定，即難認已具備傳聞法則例外之可信性要件而得作為證據。

3. 最高法院九十四年台上字第三三〇七號判決則提出：

「法務部及司法警察主管機關對於指認程序所訂頒之相關要領規範，或學者發表之指認原則，無非提供辦案人員參考之資料，故證人之指認程序與相關要領規範不盡相符時，尚難謂係違反法律位階之『法定程序』，遑論學者個人發表之指認原則。苟證人於警詢或偵查中所為之指認陳述，與審判中不符時，亦應審酌其先前之供述，是否符合刑事訴訟法第一百五十九條之二、之三或之五所規定得為證據之情形，以定其取捨，方符採證法則。」

(三) 相關之指認規範屬於具有法拘束力之法定正當程序，違反系爭規範而取得之證據，若法院未說明何以得採為證據之理由，尚屬理由欠備，如：

1. 最高法院九十六年度台上字第四〇四號判決：

被害人或目擊證人對於犯罪嫌疑人之指認，於證據法上本屬直接證據，具有極高度之證據價值。然犯罪嫌疑人有受正當法定程序保障之權利，對於犯罪嫌疑人之指認，自不得有不符正當法定程序之情況發生。我國現行刑事訴訟法中，並未有關於指認程序之規定，目前司法警察（官）調查犯罪所為之指認，係依內政部警政署所發布之「警察機關實施指認犯罪嫌疑人程序要領」（於民國九十年八月二十日發布，九十二年八月十二日修正列於「警察偵查犯罪規範」第九十二條），規定如需實施被害人、檢舉人或目擊證人指認犯罪嫌疑人，應依下列要領為之：「一、指認前應由指認人先陳述嫌疑人特徵。二、指認前不得有任何可能暗示、誘導之安排出現。三、指認前必須告訴指認人，犯罪嫌疑人並不一定存在於被指認人之中。四、實施指認，應於偵訊室或適當處所為之。五、應為非一對

一之成列指認（選擇式指認）。六、被指認之人在外形上不得有重大差異。七、實施指認應拍攝被指認人照片，並製作紀錄存證。八、實施照片指認，不得以單一相片提供指認，並避免提供老舊照片指認。」又法務部於九十三年六月二十三日修正發布之「檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項」，其第九十九點亦有指認犯罪嫌疑人方式之相同規定，資為偵查中為指認之準據，俾使指認之程序正當化，祛除指認過程可能發生之誤導情事，提高案發之初所為指認之正確性，避免發生指認錯誤，造成錯判冤獄。上揭指認規則，係參酌先進法治國家實務運作之規範，旨在導正長期以來調（偵）查實務有關犯罪嫌疑人之指認程序草率，應認屬於保障犯罪嫌疑人之正當程序，具有補充法律規定不足之效果；且為內政部警政署及法務部依其行政監督權之行使所發布之命令，作為所屬機關人員於執行指認犯罪嫌疑人職務之依據，自有其拘束下級機關及屬官之效力，應認屬於具有法拘束力之法定正當程序。如有違反，即屬實施刑事訴訟程序之公務員違背法定程序。……原判決採用證人之指認作為上訴人犯罪之主要證據，但對於司法警察上開違背指認規則法定程序所取得之證據，並未說明何以得採為證據之理由，尚屬理由欠備。

2. 最高法院九十九年台上字第八六四號判決：

「指認係指指認人本於感官知覺，對於犯罪嫌疑人之形貌認知，此項認知之獲得，如在毫無心理準備之突發且瞬間即逝之狀況下所為，本身即具潛在之不真實性，是指認之證據調查方法如有不慎，易於誤導指認人，而出現指認不實之錯誤。是執法人員於命為指認時，應遵循『非一對一之成列指認（選擇式指認）』、『指認前應由指認人先陳述犯罪嫌疑人特徵』、『被指認之人在外形上不得有重大差異』、『指認前不得有任何可能暗示、誘導之安排出現』、『指認前必須告知指認人，犯罪嫌疑人並不一定存在於被指認人之中』等要點，以避免錯誤之指認結果。……該證人於歷次之指認，均以上訴人為唯一之指認對象，且未遵循上開指認要點為指認……原審未加調查審認，自欠允當。又上開指認要點為長

年辦案之經驗累積，為指認之不變原則，不因主管單位彙整為指認要點之發布時間而異其適用。」

至於第二個議題，指認犯罪嫌疑人或被告之證據方法，是否須有辯護人到場協助犯罪嫌疑人或被告方才具證據能力，因目前之相關指認規範皆無此一規定，故最高法院之判決均未就此點表示特定意見。

第三目 相關見解

就審判外指認程序之辯護人在場權，雖然我國刑事訴訟法並無明確之規定或相對應之條文，惟學說見解則有採肯定態度者，其認為，指認時應通知辯護人到場，俾便辯護人對於司法警察（官）存有暗示性之指認得以即時、適時地提出異議¹⁹²。其理由為，首先，偵查中指認之時間點距離案發時間較為接近，證人此時之記憶尚為鮮明，至於審判中證人之指認，因為已經過一段時間，不僅證人之記憶受影響，也常存在許多干擾因素，例如來自被告之威脅或利誘，或證人對於訴訟程序之冗長已產生倦怠，導致其正義感漸被消磨而決定置身事外等，故「審判外指認」之證據價值即可能較「審判內指認」為高¹⁹³，故若辯護人得於此階段協助被告或犯罪嫌疑人，則可免去審判外指認程序所存之潛在風險，例如：指認之證人於指認時可能受到司法警察（官）有意或無意的暗示之影響，且指認之證人一旦指認出某個人為行為人，之後即較少改變、推翻先前之指認¹⁹⁴。

再者，辯護人於指認程序在場除了可以即時提供被告協助並確保指認程序係依正當法律程序進行之外，亦可使辯護人因為曾參與指認程序之進行，進而對該程序之細節與各種情形更為了解，進而於審判中對該指認程序之瑕疵作更有效、更清楚之交互詰問，俾保障被告對證人之對質詰問權¹⁹⁵。

192參吳巡龍，前揭註 188，頁 584。

193同前註，頁 571-572。

194同前註，頁 574。

195同前註。

就上述見解觀之，審判外之指認程序進行之前，應先告知犯罪嫌疑人得選認辯護人；至於已選任辯護人者，則應通知其辯護人到場才可進行指認程序¹⁹⁶。

第四目 議題探討

就第一個議題，學說上有認為審判外指認有無證據能力，不應以司法警察(官)是否依警政署訂頒之「警察機關實施指認犯罪嫌疑人程序要領」而實施「排列指認」為指標，亦即，司法警察所實施者係真人「單一指認」或「排列指認」並非審判外指認有無證據能力之分野，而應以有無「可信賴性」作為標準¹⁹⁷，「亦即應探討指認人對於犯罪嫌疑人或被告之印象，係存在於警方指認程序之前，或係受警方之不當誘導始形成。換句話說，指認程序雖存有不必要之暗示性，但若該指認具有可信賴性時，該指認仍有證據能力，反之則無證據能力」¹⁹⁸。

至於何謂可信賴性？則應採取綜合法則加以判斷，其探討重點可參考美國聯邦最高法院於 *Manson v. Brathwaite*¹⁹⁹一案所採之「門山指認法則」(Manson Test)：「

- (一) 犯罪發生時指認人有無觀看行為人之機會？
- (二) 指認人於案發時注意行為人之程度為何？
- (三) 指認人先前對行為人特徵描述之準確度如何？
- (四) 指認時指認人之確定程度如何？
- (五) 犯罪發生時與指認時相距時間之長短？」

等上述五項因素加以綜合判斷指認是否具有可信賴性²⁰⁰。

196同前註，頁 582。

197同前註，頁 584。

198同前註。

199同前註；*Manson v. Brathwaite*, 432 U.S. 98 (1977).

200參吳巡龍，前揭註 188，頁 584-585。

另外，如前所述，我國現行刑事訴訟法並無關於指認程序之規範，僅有行政機關制定之行政命令規範指認程序之注意要點，以供進行犯罪調查之警察人員有所遵循，但行政命令對法院並無拘束力²⁰¹，且依證據能力判斷之概括條款，刑事訴訟法第一百五十八條之四權衡理論之立法意旨觀之，該條所稱之「法定程序」似不包括行政命令所規定之犯罪調查程序²⁰²。惟，就此問題，我國學說有認為，我國證據排除法則除受法律之規範外，也同受憲法之規範，法律有規範者自應適用法律之規定，例如刑事訴訟法第一百五十八條之一至同條之四等規定，至於法律未規定者，則應適用最高法院已詮釋之憲法的相關判決²⁰³以決定是否排除證據。若依此見解，則司法警察（官）違反與指認程序相關之行政命令，因欠缺相對應之法律規範，則應回歸憲法解釋以尋求證據能力有無之解答²⁰⁴。

此外，於內政部警政署函頒之「警察機關實施指認犯罪嫌疑人程序要領」之外，我國有學說認為，刑事訴訟法有關偵查、審判程序之規範仍可用於判斷指認證據有無瑕疵，例如：偵查中證人之具結²⁰⁵、辯護人之通知²⁰⁶等，蓋此見解係採體系解釋認為，刑事訴訟法之總則編證據章既係總則之規定，則屬於偵查中證人之訊問之指認程序自可適用²⁰⁷。

就第二個議題，檢察事務官或司法警察（官）採行指認犯罪嫌疑人或被告之證據方法，是否須有辯護人到場協助犯罪嫌疑人或被告，方才具有證據能力？因

201如最高法院 95 年度台上字第 3026 號判決提及，「倘指認過程中所可能形成之記憶汙染、誤導判斷，均已排除，且其目擊指認亦未違背通常一般日常生活經驗之定則或論理法則，指認人於審判中，並已依人證之調查程序，陳述其出於親身經歷之見聞所為指認，並依法踐行詰問之程序，而非單以指認人之指認為論罪之唯一依據，自不得僅因指認人之指認程序與上開不具法拘束力之要點（領）規範未盡相符，遽認其無證據能力。」

202王兆鵬，〈論證據排除法則(上)〉，《司法周刊》，第 1150 期，2003 年 9 月。

203如最高法院 87 年度台上字第 4025 號判決，「刑事訴訟之目的，固在發現真實，藉以維護社會安全，其手段則應合法純潔、公平公正，以保障人權；倘證據之取得非依法定程序，而法院若容許該項證據作為認定犯罪事實之依據有害於公平正義時，因已違背憲法第八條、第十六條所示應依正當法律程序保障人身自由、貫徹訴訟基本權之行使及受公平審判權利之保障等旨意（司法院大法官會議釋字第三八四、三九六、四一八號等解釋部分釋示參考），自應排除其證據能力。」

204參盧亨龍，〈指認程序淺探〉，《法學研究報告合輯（第四輯）—司法官第 46 期》，2007 年；王兆鵬，前揭註 202。

205參見刑事訴訟法第 186 條第 1 項本文。

206參見刑事訴訟法第 168 條之 1。

207參林鈺雄，《刑事訴訟法》，臺北：自版，頁 504，2000 年。

我國目前之法律規範並未就此議題為特別規定，故可討論者僅為，於犯罪嫌疑人或被告已選任辯護人之前提下，司法警察（官）違反審判外指認程序之辯護人在場權之法律效果，似應依刑事訴訟法第一百五十八條之四規定，權衡是否排除之²⁰⁸。另外，也有學者認為，除例外之情形外，原則上應產生證據排除的法律效果²⁰⁹。所謂例外情形即指：檢察官可以證明證人所為指認係客觀可信，並未受到審判前非法指認之影響，則此時證人仍得於審判中為指認，其指認具有證據能力。此學說並提出此處應注意者：所謂證據排除，不僅是指證人於偵查中所為指認不得作為證據而已，其於審判中對被告所為之指認亦應同樣予以排除，蓋因證人於審判中之指認常受審判前指認之影響，若僅排除偵查中所為者，則無異是架空被告之律師權²¹⁰。

第五目 美國見解

關於起訴前之指認，美國聯邦最高法院在 *Gilbert v. California* 一案中表示，被告起訴後受聯邦憲法第六修正案之律師權保障，但審判中之指認，深受審判前指認之影響，審判前指認幾乎決定審判結果，如有律師在場，可目睹指認瑕疵，而在審判中對證人加以詰問，使審判者知其瑕疵所在，反之，無律師在場，則審判中證人之詰問難以進行；且若審判前指認未通知辯護人到場，雖在審判中排除該指認，但卻允許證人於審判中再次指認，則無疑使得排除前次違法指認不具實質意義。因此，除檢察官可證明證人於審判中之指認，具有客觀真確性，始容許此種證人於審判中再為指認²¹¹。

此外，關於起訴前指認之證據能力，美國聯邦證據法 Rule 801(d)(1)(b)與 Rule 801(d)(1)(c)²¹²係以傳聞法則之例外加以處理，規定：「若陳述符合以下規定則非

208吳巡龍，前揭註 188，頁 571、582。

209王兆鵬，前揭註 20，頁 865。

210王兆鵬，前揭註 20，頁 865-866。

211*Gilbert v. California*, 388 U.S. 263, 269-274 (1967).

212Federal Rules of Evidence (2012), Rule 801 (d) “A statement that meets the following conditions is not hearsay: (1) The declarant testifies and is subject to cross-examination about a prior statement, and

傳聞：(1)陳述者就其先前之陳述作證、宣誓並接受交互詰問，此類陳述係：……
(b)與陳述者之證詞一致且此證詞已被證明非事先偽造或受到先前不適當的影響或不適當動機所做成者；(c)依陳述者陳述前之認知所為之指認」，亦即，該起訴前所為之審判外指認，若指認人事後作證、宣誓並且經過交互詰問，則該審判外指認即非傳聞，不被傳聞法則排除其證據能力；反之，若指認人未經作證、宣誓與交互詰問，則審判外之指認即不具有證據能力²¹³。以 United States v. Owen 案為例，本案中，被害人為教誨師，因為於監獄中受被告攻擊失去記憶，隨時間過去，被害人逐漸恢復記憶後，曾於偵查階段為相片指認並說出攻擊者的姓名；然而，當被告於審判中出庭時，雖陳述了被害經過與先前曾為相片指認之事，卻也承認已忘記攻擊者的長相或先前偵查中指認有無遭到暗示，使得被告之律師無法為有效的交互詰問²¹⁴。聯邦最高法院認為此為聯邦證據法 Rule801(d)(1)(c)之情形，且被害人（證人）已接受交互詰問，故依該條規定，其所為審判前指認具有證據能力。²¹⁵

至於起訴後之指認，U.S. v. Wade 一案即探討起訴後（postindictment）、預審中（pretrial）之真人列隊指認程序，被告之辯護人未受通知亦未到場，而證人對被告進行指認，迨至審判中該名證人復對被告為指認，該審判中之指認是否有證據能力之問題²¹⁶。起訴後係美國法上對抗程序開始後，對被告權利有重大影響

the statement:

(b) is consistent with the declarant's testimony and is offered to rebut an express or implied charge that the declarant recently fabricated it or acted from a recent improper influence or motive in so testifying; or (c) identifies a person as someone the declarant perceived earlier.”

213參吳巡龍，前揭註 188，頁 572；關於交互詰問與作證之關連，聯邦最高法院於 Delaware v. Fensterer 一案指出，每一個出庭作證的證人針對案件事實，難免有遺忘、不確定或逃避作證的情形，即使是第六修正案之對質條款（The Confrontation Clause of the Sixth Amendment to the United States Constitution provides that “*in all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right...to be confronted with the witnesses against him.*”）也不能免除這些不確定因素，然而對質條款所保障之被告憲法上權利卻可以透過被告與證人之交互詰問程序，給予被告一個完整並公平地檢視、揭露這些不確定因素之機會。因此，最高法院於該案認為當一個專家證人不能以記憶證成他的證詞，但可以實驗等方式證明他的證詞是如何形成且獲證實時，即不侵害被告受第六修正案對質條款保障之權利，See Delaware v. Fensterer, 474 U.S. 15, 21-22 (1985)。

214U.S. v. Owens, 484 U.S. 554, 556 (1988)；吳巡龍，前揭註 188，頁 572。

215Id. at 559-61；吳巡龍，前揭註 188，頁 572。

216United States v. Wade, 388 U.S. 218, 219-20 (1967).

之重要階段（critical stage），故被告從此時即受到聯邦憲法第六修正案之保障而享有律師權。同樣地，辯護人於真人指認程序在場可保障程序之合法進行，亦可確保於審判中為實質有效之辯護及證人之詰問，因此，於被告未明確表示放棄其律師權之情形下，辯護人在場為真人指認程序之必要條件²¹⁷。起訴後之指認程序若未通知被告之辯護人到場，而該證人於法庭上再次指認被告，此一法庭上指認之證據能力，依照美國聯邦最高法院於 U.S. v. Wade 案之見解，該審判中指認未必即喪失證據能力。聯邦最高法院認為：若檢察官得證明至「明確證據程度」（clear and convincing evidence），證明該證人審判中之指認係出於對被告之觀察，而非受到審判前指認之影響，則該指認仍有證據能力，但反之則無²¹⁸。

第六目 評析

在犯罪偵查中，被害人或現場目擊證人之指認常為偵查或破案之重要證據，惟長期以來我國相關規範卻付之闕如，直至 2001 年，始由法務部頒發「法務部對於指認犯罪嫌疑人程序要領」、「人犯指認作業要點」，及「警察機關指認犯罪嫌疑人程序要領」，隨後內政部警政署亦於 2004 年發文「警察機關實施指認犯罪嫌疑人程序要領」，法務部也於 2004 年發文之「檢查機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項」，其中第九十九條即對指認方式及程序有所規定。

至於指認程序是否需有辯護人在場之要件，上開指認相關規範均未提及，惟有警政署於 2001 年頒發之「警察機關實施指認犯罪嫌疑人程序要領」第八條，曾有「指認前應告知受指認之犯罪嫌疑人得選任辯護人在場」之規定，但該規定於 2003 年版嗣又遭刪除²¹⁹，顯見我國對指認程序中被告受辯護人協助之權利尚且不夠重視。

217Id. at 236-37.

218Id. at 240.

219參內政部警政署 90 年 8 月 22 日警署刑偵字第 9655 號函；張靜薰，〈我國刑事實務指認程序之研究〉，司法官訓練所學員報告，第 48 期，頁 1982、1984，可見：
<http://ja.lawbank.com.tw/pdf2/2037-2055.pdf>（最後點閱日期：2012 年 2 月 19 日）。

鑑於證人記憶可能錯誤或被污染，司法機關應一方面透過「事前」指認的程序上要求，篩檢證人出於記憶失真的誤認，以提高指認的正確度；另一方面，還應該以「事後」審查，否定未按上開指認程序所取得指認證據的證據能力，藉以強化指認程序的法拘束力，並使法院僅針對第一次的指認為審查，即，禁止重覆指認，以杜絕指認過程中可能形成的記憶污染誤導判斷²²⁰。此外，本文認為，證人指認本身即具有錯誤之高度風險，再加上審判中證人之指認相當程度上也受到偵查中指認結果之影響，從而，不論是審判中或偵查中，辯護人都應該於指認程序在場，蓋，同美國見解，辯護人在場不但可作為防制指認錯誤之重要機制，亦可因為律師參與指認程序進而使審判中被告一造對證人之交互詰問更為堅實、具備實質意義，因此辯護人之在場權應列入指認程序應具備之規範之一。

民間司改會之刑事訴訟法修法草案內，亦將指認程序中，被告應有辯護人在場之規定列為草案第一百五十八條之五第三項內容，「被告有辯護人者，應將指認之日、時及處所，預行通知辯護人。」亦同本文之意旨²²¹。

至於違反指認程序，包括未有辯護人在場，所生之指認結果，是否具有證據能力？我國學者有認為除有例外情況外，應絕對排除²²²，本文肯認此見解對落實指認規範具有正面效用，惟我國既有刑事訴訟法第一百五十八條之四與第一百五十九條之一至第一百五十九條之三等規定，其中如何適用，仍須進一步論述。

按，刑事訴訟法第一百五十八條之四補充規定，如法律另有直接排除規定者，應先適用其他證據法則之規定，合先敘明，證人指認為供述證據之一種，我國傳聞法則既主張審判外陳述除有例外規定者，均無證據能力，故首先應審酌證人於審判外指認是否符合傳聞法則之例外，依我國刑事訴訟法規定，證人於檢察官前

220羅秉成，〈在錯認與認錯之後—談指認制度的建立與落實〉，《司法改革雜誌》，第41期，頁59，2002年10月。

221參財團法人民間司法改革基金會網站資訊

http://www.jrf.org.tw/newjrf/RTE/myform_detail.asp?id=3361，民間版刑事訴訟法部分條文修正草案說明：「為保障被告權益，應通知被告之辯護人於指認時在場，以便監督司法警察進行指認之程序，故增訂第一百五十八條之五第三項。」（最後點閱日期：民國101年1月30日）。

222王兆鵬，前揭註20，頁865。

所做陳述除有顯不可信者外，其供述雖為傳聞，但仍有證據能力；證人於司法警察官或司法警察前所做陳述，特別可信之情況，其供述雖為傳聞，但仍有證據能力；或，證人於審判中與偵查中陳述不符，而先前陳述較為可信者，仍有證據能力。然何謂可信不可信，我國法規並未給予類型化處理。

以指認為例，其涉及之程序包括內部程序，即指認方式，以及外部程序，即指認行為以外之規範，內部程序著重於防制誘導暗示、避免錯誤指認之危險；外部程序則重於透過外部機制設計，擔保內部程序之落實，被告辯護人之在場即屬此類，若內部程序與外部程序均所具備，則證人於審判外所做之指認，則應認為具備可信性之擔保，有證據能力；反之，若內外程序有所不備，則審判外之指認為傳聞證據，無證據能力。

至於證人在偵查中經歷內外程序不備之指認，又於審判中，被以合於人證調查方式為訊問或詰問，而在該審判程序內再次為指認，則該審判內指認之效果如何？本文認為，我國可參考美國 Gilbert 案，除非法院能證明證人於審判中之指認與偵查中違反程序指認無關，否則應推定證人於審判中所做指認，受先前違反程序指認結果影響而無證據能力，不宜僅因被告已經於審判中依法對證人踐行詰問及訊問程序，即足資補正指認程序之瑕疵，而認定其指認為客觀可信。

綜上，最高法院於本判決中認為，本案第一次指認違反警政署之「警察機關實施指認犯罪嫌疑人程序要領」，已見瑕疵；且，證人偵、審中之指述，較諸警詢時之陳述具體明確，是否已違經驗法則，即有疑義，乃係就指認程序之高度風險保持謹慎之態度，值得肯定。

惟，因指認程序中辯護人在場可確保指認證據之真實性，建議我國修法將指認程序之辯護人在場權明文化以啟動此一重要保障機制，以解決我國指認程序長期以來規範不明之問題。

第三項 羈押審查程序，羈押訊問時之辯護人在場 權

第一目 前言

本項將羈押程序中被告所涉及之律師權分為第一款及第二款，分別討論羈押審查程序進行中，被告之辯護人的在場權與被告已被羈押時，其與辯護人交通接見之權利。

羈押程序之所以重要，乃是因為羈押涉及被告長時間的自由拘束，「將人自家庭、社會、職業生活中隔離，『拘禁』於看守所、長期拘束其行動，此人身自由之喪失，非特予其心理上造成嚴重打擊，對其名譽、信用—人格權之影響亦甚重大，係干預人身自由最大之強制處分」²²³。故不論是羈押程序開始前的羈押訊問階段或者是開始羈押之後的拘束自由階段，對於被告而言，其受辯護人協助之權利均相當重要，否則被告即有可能因為無法為自己提出有利的事證與說辭，而必須遭受羈押之強制處分，或者於羈押之中無法與其辯護人為完整無保留之溝通，而致其無法獲得辯護人實質有效之協助，亦破壞了其受憲法第十六條保障之訴訟權²²⁴。

第二目 主要議題

- 一、 警詢及偵查初訊、第一審警詢及偵查初訊、第一審法院之羈押審查、訊問程序，被告之辯護人是否有在場權？

223參見釋字第 392 號解釋理由書。

224參見釋字第 654 號解釋「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。」

- 二、 辯護人於羈押審查、訊問程序之在場與否是否影響被告陳述之真實性與任意性？

第三目 實證研究²²⁵：以最高法院九十五年度台上字第二六三二號判決為例

一、 判決事實摘要

被告於警詢及偵查初訊、第一審法院羈押訊問時，均無辯護人或輔佐人陪同或在場。被告之辯護人抗辯被告自小精神狀態不佳，智識程度、判斷能力均較常人為低，且國小畢業，除會書寫自己名字外，並不識字，根本不具閱讀及朗讀能力，系爭警詢筆錄並非出於被告自由意思所為之陳述，不具真實性。

二、 法院見解

本判決之最高法院認為，依原判決之認定，被告既非不識字之人，且未達因智能障礙無法為完全陳述之程度，則其於警詢及偵查初訊、第一審法院羈押訊問時雖無辯護人或輔佐人陪同或在場，仍無礙其得本於自由意志而為陳述，及理解其陳述內容之真義。

三、 相關之最高法院見解整理

就最高法院刑事判決檢索之結果，並未找到與本案相同情形之第一審法院羈押訊問程序，然而，卻有近似之程序，如第二審上訴至第三審，上訴程序中的羈押訊問程序，與延長羈押訊問程序。整理上述前述之最高法院九十五年度台上字第二六三二號判決以及此兩筆相關判決之最高法院見解，最高法院一致認為，無論是羈押訊問程序或者是延長羈押訊問程序，均非以辯護人在場為必要。以下分別為兩筆相關判決：

225檢索方式：司法院司法官版法學資料檢索系統，最高法院刑事判決資料庫，自民國 92 年 1 月 1 日至 100 年 5 月 10 日，檢索語詞「羈押程序&辯護人」。

(一) 最高法院九十八年度台抗字第十一號判決：

若被告提起第二審或第三審上訴，乃繫屬另一審級之開始，其選任辯護人自須另向法院提出委任狀。又參酌刑事訴訟法第一百二十一條第二項規定之文義，及依其立法意旨：「第三審為法律審，不為事實之調查，被告是否有羈押之原因及必要，自應由事實審調查審認。倘案件已上訴於第三審，卷證並送交該法院時，為免違背第三審為法律審之原則，並探究本條第二項、第三項、第三百六十三條及三百八十五條之立法精神，關於羈押之處分，仍由事實審之第二審法院為之為宜」，乃明定案件在第三審上訴中，而卷宗及證物已送交本院者，羈押及其他關於羈押事項之處分，由第二審法院裁定之。惟此一羈押處分之程序，非原審已終結訴訟程序之延伸，亦非屬第三審審判程序，係由刑事訴訟法所明文規定之特別羈押處分程序，被告在原審或第三審選任之辯護人並非當然得在該程序執行職務。基此，原審之訴訟程序既因終局判決而終結，則選任辯護人基於原有訴訟程序而生之執行辯護職務之效力即不復存在，與當事人上訴本院後選任之辯護人均非當然得在該特別羈押處分程序中執行職務。查本件原審業於九十七年十月二日為終局判決，該審級之訴訟關係於斯時歸於消滅，其原審選任辯護人之效力即不復存在。至抗告人雖於同年月十三日及十四日向原審提出轉送本院之黃國鐘律師及彭志傑律師為其辯護人之委任狀，然此乃抗告人因上訴繫屬本院之另一審級之辯護委任關係，與該特別羈押處分程序無所關乎。從而原審為前揭羈押訊問前未通知其於本院之選任辯護人到庭，無違法可言。

(二) 最高法院九十九年度台抗字第二〇九號判決：

原審於九十九年二月四日下午三時三十分，對抗告人為延長羈押之訊問前，已分別以電話通知抗告人原審指定辯護人到庭表示意見，經抗告人原審指定辯護人鄧敏雄律師等相關人員，分別表示於上開延長羈押訊問時不克到庭等情……抗告人任意指摘原審延長羈押訊問程序違法云云，並非有據。

惟，羈押訊問程序若有辯護人在場，可確保被告自白之任意性、真實性，如下判決所示：

最高法院九十八年度台上字第一四一一號判決：

原判決併採上訴人警詢自白為認定其擄人勒贖犯罪之證據，已說明經當庭勘驗結果，上訴人辯稱其警詢錄音係警員書妥筆錄後要求其照章朗讀所製一節，雖非全然無據，但上訴人於警詢時之供述，並無遭不正取供之情事，且該供述內容核與其於第一審法院羈押訊問，辯護人在場時所為陳述內容相符，……（其中關於犯罪行為各細節），苟非上訴人自行供出，警方無從得知，……，是上訴人警詢之供述，確具任意性及真實性。

第四目 相關規範

羈押審查、訊問之程序有於起訴前之偵查階段進行者，亦有於起訴後之第一審、第二審與第三審之審判階段進行者，惟不論於何階段，我國目前之刑事訴訟法與相關規範並未特地就羈押審查、訊問程序之辯護人在場權有所規定，僅有第二十七條被告得隨時選任辯護人、第三十一條審判中強制辯護案件與指定辯護人之概括規定，以及第二百四十五條就偵查機關訊問被告或犯罪嫌疑人時辯護人在場權之規定。

也因此，我國學說就上述法條並未規範保障之「偵查中」羈押程序的被告律師權議題多有討論，並多肯定此程序之辯護人在場權。

有學者從立法角度切入，提出：若聲押之案件為最輕本刑三年以上有期徒刑之案件，且被告未經選任辯護人者，法院應指定公設辯護人或律師在場，否則不得訊問被告²²⁶。其認為，公設辯護及強制辯護制度，應儘速優先考量引進偵查中羈押審查、訊問的階段，以維護程序之正當及被告防禦權之保障。其理由是，偵

226陳運財，〈刑事訴訟法之修正與刑事辯護〉，《月旦法學》，第137期，頁125，2006年10月。

查中之羈押審查，乃關係被告人身自由是否受拘束之重大關鍵程序，故應該使被告能一律地、平等地享有接受辯護人援助的機會。²²⁷

此外，亦有學者認為偵查中之羈押程序雖不如審判程序複雜，但仍較檢警之訊（詢）問程序複雜，故，被告如不能提出有利之證據與說辭，即有可能遭受此最嚴重的強制處分²²⁸。其認為，辯護人於此程序之所以重要的原因係因為被聲請羈押之被告，往往是剛遭到拘提或逮捕者，於此情形下之被告的心理狀況往往是驚慌失措或尚未了解被聲押事件的全貌，且，被聲押之被告也常常是初次捲入刑事訴訟程序之人，多數都不了解刑事訴訟的法律程序，更遑論羈押程序的意義，也因此，即便被告於羈押審查、訊問前已被告知第九十五條之權利，於欠缺辯護人之情況下，往往也不知道該如何證明自己無罪或者為自己提出有利的事證或陳述。²²⁹

因此，若被告可以於偵查中之羈押審查、訊問階段即獲得辯護人的協助，則被告就可以透過熟悉法律與程序之辯護人為其準備有利之證據、提出有利之回應，進而加以說服法院該被告被羈押之理由並不成立或者並不具備羈押之必要性，進而法律上不應羈押之人即得免除羈押。因此，辯護人於羈押程序之重要性實在無待多言。但如前所述，刑事訴訟法第三十一條之規定僅適用於「審判」階段，故如果低收入戶被告在偵查中之羈押程序請求指定辯護人，法院或檢察官並無為其指定之義務。此一規定，將導致貧窮的被告因為經濟弱勢，而陷於法律上之不利益，違反憲法上之平等原則。因此，為貫徹憲法平等原則，被告於偵查中之羈押程序，亦應享有受到由國家出資之律師協助的權利²³⁰。

另外，也有學者對我國刑事訴訟法欠缺羈押審查程序之相關規範提出批判。其基於下列理由主張羈押審查程序中，選任辯護人有到場、在場並陳述意見之辯

227同前註。

228王兆鵬，前揭註 20，頁 437-438。

229同前註。

230同前註。

護權：首先，依刑事訴訟法第二十七條，偵查中被告本得隨時選任辯護人，且依同法第二百四十五條，辯護人於檢警偵訊階段亦有在場權，則更何況羈押程序係由法官訊問，並且是影響被告權益最大的強制處分？再者，法官應告知被告得選任辯護人之規定除了第九十五條的「一般性告知」之規範，也有第一百零一條及第一百零一條之一「特別告知」之規範，因此羈押審查程序辯護人當然應推為具有在場權，否則豈非「口惠而不實」？²³¹

第五目 美國見解

關於羈押審查程序之律師權，美國聯邦最高法院早在 1977 年的 *Brewer v. Williams* 案便表明：當對抗被告的司法程序開始啟動之時，被告便享有聯邦憲法第六修正案所規定的被告律師權保障。在該案，聯邦最高法院認為，被告之律師權，在法院核發逮捕令之時便已啟動²³²。而 1986 年之 *Michigan v. Jackson* 案，聯邦最高法院再度重申此見解²³³。而在 1991 年，聯邦最高法院再度於 *McNeil v. Wisconsin* 案，說明被告唯有在當事人對抗的刑事訴訟程序啟動，且罪名已可特定之時，方享有在第六修正案之律師權保障²³⁴。從而，在美國聯邦法下，被告在羈押審查程序中是否享有律師權，最重要的爭點乃是前開法院所言之「當事人對抗的刑事司法程序」的開啟時點是否及之。在美國，一旦被告被逮捕，政府必須依法開啟保釋程序（*bail proceedings*）。在聯邦最高法院尚未對被告在保釋程序中，是否享有律師權一事做出回應前，美國學者 Douglas L. Colbert 認為，為保護刑事被告之自由與訴訟防禦權，聯邦憲法上之律師權應同樣適用於保釋審查程序。該學者從經濟觀點切入認為，透過律師於保釋程序對被告之協助，得以使更多被告獲得保釋，進而減低監獄之人口壓力²³⁵。或從羈押處分對被告影響之角度切入，

231亦即，難道法官要告知被告「您可以選任辯護人，但是他現在不得在場」？參林鈺雄，《刑事訴訟法》，臺北：自版，頁 374-375，2010 年。

232Brewer, 430 U.S. at 398.

233Michigan v. Jackson, 475 U.S. 625, 628 (1986).

234McNeil, 501 U.S. at 174.

235Douglas L. Colbert, Thirty-Five Years after Gideon: The Illusory Right to Counsel at Bail Proceedings, 1998 U. ILL. L. REV. 1, 42-43 (1998).

發現獲得辯護代理的被告，比起未受辯護人代理的被告，於審前拘留程序中或得保釋，或保釋金降至被告得負擔的人數，超過 2.5 倍。於被告未獲得辯護人代理的情況，司法人員（judicial officers）較易有未告知被告權利及逕為決定的情形，或者較容易訂出被告無法負擔的保釋金額²³⁶。辯護人得於保釋審查程序立即協助被告，對於被告是否受到公平審判是相當重要的。為了確保審判程序攻擊防禦之堅實，律師必須迅速地調查與充分準備方能對抗該指控，若律師無法在保釋程序中給予被告協助，則除了被告不能獲得律師協助外，其亦無法受到公平的審判²³⁷。

此外，聯邦最高法院之案例亦能作為此見解的輔佐與基礎，如 *Powell v. Alabama* 案，最高法院認為律師是否能於審判中提供有效辯護以達成第六修正案律師權保障之目的，係取決於律師是否有機會就訴訟防禦為準備，以及就案件為完全之調查。又認為，當事人進行制度下，被告須透過律師之協助，才能達成聽審請求此一正當程序之保障，亦方能確保公平程序與正義之審判結果²³⁸。於 *Gideon v. Wainwright*，最高法院則認為審判前之律師權是公平審判之基礎，且被告需要律師於程序中每一個階段之協助²³⁹。於 *Argersinger v. Hamlin* 案則因涉及被告於審判前協商程序之律師權，故於 *Powell* 與 *Gideon* 兩個案件之闡述基礎上，保障了審判中或是審前之協商程序中，每個可能被剝奪自由之人獲律師協助之權利²⁴⁰。於 *United States v. Wade* 案則肯認在一些審前程序中，律師之在場是防止被告權利受損不可或缺的要素²⁴¹。而聯邦最高法院於 2010 年，做出 *Rothgery v. Gillespie County* 案判決，進一步強化該院於 *Brewer* 及 *Jackson* 案對於第六修正案律師辯護權之論述。

236Douglas L. Colbert, Ray Paternoster, & Shawn Bushway, Do Attorneys Really Matter? The Empirical and Legal Case for the Right of Counsel at Bail, 23 CARDOZO L. REV. 1719, 1720 (2002).

237Douglas L. Colbert, *supra* note 235, at 52-53.

238Powell, 287 U.S. at 68.

239Gideon, 372 U.S. at 344.

240Argersinger v. Hamlin, 407 U.S. 25 (1971).

241Wade, 388 U.S. at 225.

該案被告 Rothgery 被警方以其持有槍械為由，無令狀逮捕之後，警方立即依法將被告送至地方法官（magistrate）面前，由其審理警方的逮捕是否具有相當理由（probable cause），以及被告是否可以保釋。被告向地方法官主張律師辯護權，而地方法官向其表示，如果欲等律師到場，將拖延法院審理其被逮捕是否具有相當理由及保釋的聽審程序，其仍可選擇律師協助，或直接放棄律師的辯護權。被告最後選擇放棄律師辯護權，而地方法官隨後認為警方之逮捕仍有相當理由，並裁定被告可以 5000 美元交保，在交保之前，繼續羈押。被告被起訴後，因律師的協助，被告獲判無罪。被告隨後控告該州政府，主張其在被起訴前應受到第六修正案律師權之保護，而第五巡迴上訴法院認為，在地方法官審理被告被逮捕是否具有相當理由之時，兩造對抗程序尚未啟動，被告不得享有第六修正案之律師權保障。被告不服，關於被告何時可以享有律師權保障一事，上訴到聯邦最高法院。聯邦最高法院審理後認為，在被告第一次面臨正式的程序之時，便應享有第六修正案之律師權保障²⁴²。只要政府提交到司法官員面前的控訴已相當正式，而政府的控訴具有相當的基礎，同時被告因為政府調查所需而自由受到限制，此時被告所要對抗者，乃是整個社會的檢察力量，但是，在此同時，被告捍衛自己的能力，卻早已被複雜的實體及程序性刑事法所界定、控制，如果事已至此，法院再來評估被告的狀況是否滿足第六修正案下的「被控犯罪（accused）」的要求，將為時已晚，因為屆時被告將會發現在其所繫屬的刑事程序底下，所遇到的每一位政府職員，均是與他站在不同陣線的人，亦即，兩造對抗程序已經啟動²⁴³。從而，聯邦最高法院於本案認為：「當被告第一次出現於司法官員面前，明白其被指控犯罪，且其自由因為政府調查所需而受到限制之時，兩造對抗的程序便已啟動，而被告將享有第六修正案的律師辯護權。」²⁴⁴

242Rothgery v. Gillespie County, 554 U.S. 191, 203 (2010), “the Sixth Amendment right to counsel attaches at the first formal proceeding against an accused”.

243Id. at 207-08.

244Id. at 207, 213.

第六目 評析

羈押是被告在被判決有罪之前，國家最嚴厲的強制處分，其人身自由將受到國家箝制，但是對於被告此時是否可受到辯護人的協助的問題，因我國目前法規並無規範，本案最高法院亦僅從被告所抗辯之主張加以審理，認為被告之智能障礙並不到無法為完全陳述之程度，則其於警詢及偵查初訊、第一審法院羈押訊問時雖無辯護人或輔佐人陪同或在場，仍無礙其得本於自由意志而為陳述，並了解其陳述之意義，是較可惜之處。

美國之刑事訴訟制度為當事人兩造對抗制，因此美國實務向來致力於保障被告能具有與政府（檢察官）相抗衡的能力，而聯邦憲法第六修正案之律師辯護權規定，可謂憲法為了賦予受到政府司法訴追威脅的人民有對抗政府之工具，而設下之制度性保障。聯邦最高法院向來強調，由於法院的審判將剝奪被告的生命、自由等權，故法院確保被告享有第六修正案之律師辯護權，是法院得以行使審判權的重要前提²⁴⁵。同時，聯邦最高法院不斷透過個案，解釋兩造對抗的訴訟的起點，以探知國家應賦予被告對抗政府武器（辯護人）的時點，上述之 *Rothgery* 案，即是聯邦最高法院對此做出的最新見解。該案被告被送至地方法官面前，由地方法官審理被告是否應予以保釋。聯邦最高法院在該案認為：「當被告第一次出現於司法官員面前，明白其被指控犯罪，且其自由因為政府調查所需而受到限制之時，兩造對抗程序已經啟動…」從而應賦予被告律師權保障。

美國聯邦最高法院之所以在 *Rothgery* 案將「被告的人身自由因為政府調查所需而受到限制，被告第一次出現在司法官員面前時」作為兩造對抗程序啟動的時點，應給予被告聯邦憲法第六修正案之律師權保障，其背後原因應在於此時政府乃是以被告作為控訴標的，而欲限制其自由，故此時需給予被告一個能有效對抗政府的武器，以擺脫該自由的限制。對比我國規定，刑事訴訟法第一百〇一條第

245 See *Johnson*, 304 U.S. at 468. See also *Godinez*, 509 U.S. at 396.

一項，第一款與第二款所規定避免逃亡、串供的羈押要件，本質上即屬於國家為了日後偵查、審理案件需要，而企圖以羈押處分，作為限制被告自由的手段，換句話說，以 Rothgery 案的標準，被告的人身自由因為政府調查所需而受到限制，為了使被告能有效對抗政府，確實應給予其律師辯護權之保障。

從此觀點，我國最高法院九十九年度台抗字第一五二號裁定，認為辯護人之功能在於使被告能充分行使其防禦權，為維護被告之訴訟權，應將原羈押裁定撤銷，由原審更為適法之裁定的見解，值得肯定²⁴⁶。

第三節 起訴後

第一項 強制辯護案件，辯護人於審判期日之缺席 與未為明確辯護

第一款 前言

本項分為第二款與第三款，分別討論強制辯護案件之辯護人於審判期日之哪些重要階段應該出席，否則即損害被告之權利，或者辯護人確實已到庭，但卻未為實質之辯護與攻防，同樣也是損害被告之權利。

強制辯護案件，辯護人於審判期日應到庭辯護，我國已有明文規定，此權利之重要性於新制下更顯重要，已如前述，不待多言。本文擬以本項之二款主題，從判決檢視我國律師執業之實務情形，是否已落實此一規定藉以保障被告之辯護權。

246參最高法院 99 年台抗字第 152 裁定「惟按刑事被告在訴訟上有依賴律師為其辯護之權，其功能在於使被告能充分行使其防禦權。經查原審……在抗告人原審選任辯護人未到場之情形下，進行對抗告人為裁定延長羈押前之訊問程序……為維護抗告人之訴訟權，應由本院將原裁定撤銷，由原法院更為適法之裁定。」

第二款 證據調查程序，辯護人缺席

第一目 主要議題

強制辯護案件，事實審法院指定辯護人為被告辯護，惟，辯護人在審判長進行調查證據完畢、檢察官已論告並經被告辯論完結後始到庭，則辯護人於上述重要程序進行時並未在場，是否影響被告受辯護之實質利益？踐行之訴訟程序是否適法？

第二目 實證研究²⁴⁷：以最高法院九十八年度台上字第七〇一六號判決為例

一、 判決事實摘要

本件被告涉犯毒品危害防制條例第四條第二項之販賣第二級毒品罪，屬於應用辯護人之強制辯護案件，原審指定辯護人為被告辯護。該辯護人於準備程序以言詞聲請傳喚詰問證人，然於原審之審判期日，卻由被告詰問證人，而依被告所提出之原審審判期日錄音光碟內容顯示，辯護人似係在審判長進行調查證據完畢、檢察官已論告並經被告辯論完結後始到庭。

二、 法院見解

最高法院認為，刑事辯護制度係為保護被告之利益，藉由辯護人之專業介入，以充實被告防禦權及彌補被告法律知識之落差，使國家機關與被告實力差距得以適度調節，促成交互辯證之實體發現，期由法院公平審判，確保國家刑罰權之適當行使而設。辯護人於審判期日，得為被告行使其辯護權者，除依刑事訴訟法第二百八十九條規定，於調查證據完畢後，就事實及法律所為之辯論外，其於審判

247檢索方式：司法院法官版法學資料檢索系統，最高法院刑事判決資料庫，自民國 92 年 1 月 1 日至 99 年 12 月 31 日，檢索語詞「辯護人&到場」以及「辯護人&在場」。

長踐行同法第一百六十四條、第一百六十五條、第一百六十五條之一調查證據程序時，併賦予辯護人「參與調查證據權」，亦即審判長應依證據種類之不同踐行向辯護人提示辨認、宣讀或告以要旨等調查證據之方法，使其有對證據內容陳述意見之機會；尤其於第一百六十六條至第一百六十六條之六等有關對證人、鑑定人行交互詰問之方式，以及詰問之範圍、次序、方法與限制，聲明異議之方式等項，均屬證據法則之一環，為審判程序進行之最核心部分，辯護人係法律專家，對於詰問規則之運作，自較被告為專業、熟稔，胥賴辯護人踐行詰問程序，始足以保障被告之權益，並落實當事人對等原則。從而，刑事訴訟法第三百七十九條第七款規定「依本法應用辯護人之案件或已經指定辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判者，其判決當然違背法令」，此之所謂未經辯護人到庭辯護，依辯護制度之所由設，除指未經辯護人到庭者外，其所謂「經辯護人到庭辯護」自應包括至遲於審判長開始調查證據程序，以迄宣示辯論終結前，辯護人均應始終在庭行使職務之情形，俾使被告倚賴辯護人為其辯護之權利，得以充分行使其防禦權。是法院對於此項辯護權之實踐，不得恣意漠視，否則即不足以維護訴訟上之程序正義。

是故，最高法院認為本案能否謂辯護人已到庭盡其忠實辯護之義務，尚非無疑。原審逕予審判，因攸關訟程序之進行，有無違反程序法則，顯然影響於判決之認定。

三、 相關之最高法院見解整理

關於辯護人於審判期日重要程序未到庭，是否影響被告受辯護之實質利益？最高法院多數意見與本判決相同，採肯定見解。如：

(一) 最高法院九十三年度台上字第二二三七號判決：

刑事訴訟法第二百八十四條前段規定：「第三十一條第一項所定之案件，無辯護人到庭者，不得審判」，即強制辯護案件於審理時，非有辯護人到庭不可，

亦即以辯護人之在庭為審理之要件，所謂「審判」，指審判期日所進行之一切程序而言，即刑事訴訟法第二百八十五條至第二百九十條規定之一切訴訟程序，亦即自朗讀案由開始，至辯論終結為止，並非僅限於同法第二百八十九條之言詞辯論，至辯護人是否應始終在場，刑事訴訟法雖無明確之規定，若僅以言詞辯論時為形式之辯護已足，顯與強制辯護規定之旨意不符，應從實質上著眼，如於朗讀案由、人別訊問時，辯護人雖未在場，實質上並未對被告產生任何不利之影響，即無嚴格要求辯護人在場之必要，如所進行之程序與案件之內容有關，足以影響被告實質利益者，如檢察官陳述起訴（或上訴）要旨，審判長就起訴事實訊問被告、調查證據、事實及法律辯論、被告最後陳述等程序，辯護人若不在場，對被告正當防禦權之行使非無影響，辯護人自應在場，苟辯護人客觀上因事而遲延到庭或中途任意退庭，法院若遷就現實而僅要求於言詞辯論時為形式上之辯護，實質上與未經辯護者無異，仍應評價為未經辯護，法院若即行辯論終結並予判決，踐行之訴訟程序即有違誤。

（二） 最高法院九十八年度台上字第五七八五號判決：

本件被告被訴刑法第三百二十八條強盜罪部分，本刑為五年以上有期徒刑，屬刑事訴訟法第三十一條第一項之強制辯護案件，依同法第二百八十四條前段規定，無辯護人到庭者，不得審判，如逕行審判，依同法第三百七十九條第七款規定，其判決當然違背法令。本件審判並非一次期日終結者，在……三次審判期日，被告既無選任辯護人，審判長又未指定公設辯護人或律師到庭為其辯護，其程序違法，至為顯然。

（三） 最高法院九十八年度台上字第七三五六號判決：

刑事訴訟法第二百八十四條前段規定：「第三十一條第一項所定之案件無辯護人到庭者，不得審判」，而刑事審判中之交互詰問，係以當事人為主之訊問證人方式，且須遵循法定之規則，尤須具法律專業知識之辯護人在場協助，以落實被告之訴訟上依賴。是強制辯護案件，第二審未經辯護人到庭辯護，逕行交互詰

問等審判程序，自屬違法。縱選任辯護人未到庭係無正當理由，甚或故意違背義務，亦無不同，此種情形，僅法院得另指定辯護人為被告辯護以進行審判，俾免延宕訴訟，仍不得無辯護人到庭逕為審判。本件原審指定之審判期日，選任辯護人顯有相當充分之餘裕，為到庭之準備，乃選任辯護人竟遲至審判期日前四天，始具狀以該審判期日未克分身，爰請求改期審理。惟當次期日原審已安排遠距訊問證人多人，臨時更定期日，勢不可能，選任辯護人未遵期到庭，固屬顯無正當理由。該審判期日，原審既認證人等六人有調查之必要而加以訊問，並由檢察官與上訴人之當事人雙方行交互詰問，即已就該案訴訟程序為實質之進行，雖未當庭辯論終結，然選任辯護人既未到庭，以上訴人一尋常百姓，面對深具法律專業之檢察官，原審未依法另指定辯護人協助上訴人，於上訴人訴訟上之防禦權，尚非全然無妨礙，自難謂當。

第三目 相關見解

我國有學說提及最高法院九十三年度台上字第二二三七號判決，並對此判決見解採肯定態度，其認為基於律師權在審判程序之理論基礎，係在於保障當事人對等、程序公平性、保護被告利益之角度觀之，若審判程序辯護人未能在場，應認為審判程序已失公平性，構成違法之訴訟程序²⁴⁸。另外，也有認為，依刑事訴訟法第二百八十四條，強制辯護案件未經辯護人到庭辯護，不得審判，否則即屬同法第三百七十九條第七款之判決當然違背法令²⁴⁹。整理我國學說與實務，多肯認在強制辯護案件中，若辯護人未到庭而逕行審判，則該訴訟程序違背法令。

第四目 美國見解

一、 審判中之被告受到聯邦憲法第六修正案律師權之保障

248參王兆鵬，前揭註20，頁427-429。

249參閱林鈺雄，前揭註40，頁209-210。

如前所述，聯邦憲法第六修正案之律師權（the right to counsel）是從司法程序開始對抗犯罪嫌疑人或被告（adversary judicial proceedings）開始便附著於犯罪嫌疑人或被告，而此對抗程序不限於審判，亦包涵正式起訴（formal charge）、預先聽審程序（preliminary hearing）、重罪之控告（indictment）、重罪之起訴（information），或傳訊（arraignment）皆屬之²⁵⁰。因此，辯護人於審判中重要程序未到庭，因屬司法程序已開始對抗犯罪嫌疑人或被告之階段，被告自然受到上述第六修正案之律師權保障，而美國聯邦最高法院宣示，所謂律師權的保障係指被告需受到實質有效辯護²⁵¹。簡言之，在美國法下，每位被告如進入審判程序，均為強制辯護，故雖然國家為被告指定辯護人，但如辯護人於重要階段未有作為或不在場，則必須判斷被告之憲法上律師權是否受影響。

二、 如何判斷辯護人是否為實質有效辯護

就被告享有律師權之情形，該律師是否已為實質辯護，美國聯邦最高法院採取「個案判斷為原則，當然無效為例外」之判斷方式。

於個案判斷的情形中，當被告主張辯護人辯護有瑕疵時，法院必須就個案辯護時之一切情狀綜合考量²⁵²，並以「辯護制度之功能與目的乃是為使當事人進行制度順利運作」為中心概念。且為使律師之執業、辯護策略有自由運作之空間，原則上推定律師已盡到實質有效辯護、合理專業判斷之責任²⁵³，也因這個推定，要主張律師未為實質有效辯護之舉證責任即落在被告身上。

在美國法下，欲主張未受到律師實質有效協助之被告，須同時證明律師之辯護行為符合「行為瑕疵」與「結果瑕疵」兩個要件。所謂「行為瑕疵」係指：辯護人之辯護行為或表現有瑕疵，且已嚴重至未發揮應有的辯護功能；而所謂「結

250Kirby, 406 U.S. at 688-89.

251Wade, 388 U.S. at 227.

252法院必須以律師之角度、站在律師之瑕疵行為當時所遭遇之情形加以判斷該辯護瑕疵，蓋律師為其當事人辯護之方式有太多變化與可能性，因此應避免以事後諸葛之角度加以批判，以免有失客觀公允。參 Strickland, 466 U.S. at 689。

253Strickland, 466 U.S. at 689, 713；林志潔，前揭註2，頁162。

果瑕疵」則指：辯護人的瑕疵行為，必須導致被告防禦上有不利之結果，亦即，瑕疵行為嚴重至審判已不公平，審判之結果也因此不可信。就此，被告應舉證證明：若非辯護人之瑕疵行為，審判結果即有可能不同，而證明程度則為合理可能（reasonable probability），也就是存在足以動搖對審判結果之信心的可能性，即為已足²⁵⁴。

而在 U.S. v. Cronic 一案，聯邦最高法院列舉幾項當然無效的辯護情況：在 Cronic 案，原法院指派一位不動產律師給犯了通訊詐欺的被告，並僅給律師二十五天的時間，來準備這件金額高達九百萬美金、且檢方花了四年調查才起訴的案件²⁵⁵。美國聯邦最高法院於判決中，進一步詳細分析了律師權於對抗制度的重要後，認為只有在刑事訴訟程序喪失其對抗之平等時，該錯誤才有所謂的律師權違反，而需撤銷原判決的必要。在本案中，最高法院認為尚未到達標準，故未構成有效協助權利的違反²⁵⁶。

從 Strickland 到 Cronic 案，美國聯邦最高法院明確揭示律師權違反的標準，但也明顯看出美國憲法雖有律師權之保障，但被告要主張律師未提供實質有效協助以尋求司法救濟，難度很高，因法院推定律師行為為合理，被告須負擔律師失職之舉證責任；而且，若檢方掌握的事證越強、被告被判決有罪可能性越高，被告反而越難證明律師的失職行為與判決結果之關連性²⁵⁷，此為被告主張此一救濟時會面臨之困境。

254Strickland, 466 U.S. at 669；林志潔，前揭註 2，頁 162；王兆鵬，前揭註 63，頁 86-89。

255United States v. Cronic, 466 U.S. 648 (1984).

256Id. at 657-59.

257Elizabeth Gable & Tyler Green, Wiggins v. Smiths: The Ineffective Assistance of Counsel Standard Applied Twenty Years after Strickland, 17 GEO. J. LEGAL ETHICS 755 (2004); 林志潔，前揭註 2，頁 164。

第三款 辯護人到庭但未為明確辯護

第一目 主要議題

強制辯護案件之指定辯護人雖於審判期日到庭為被告辯護，惟其於審判期日之辯護與刑事辯護狀，並未一一就被告所涉犯之罪的數個部分為完全之法律或事實上意見之提出。原審逕予審判，其判決是否違背法令？

第二目 實證研究²⁵⁸：以最高法院九十七年度台上字第三九八五號判決為例

一、 判決事實摘要

本件被告涉犯毒品危害防制條例第四條第一項販賣第一級毒品與同條第二項販賣第二級毒品部分，最輕本刑均為三年以上有期徒刑，屬刑事訴訟法第三十一條第一項之應行強制辯護之案件。原審指定辯護人為被告辯護，辯護人雖於審判期日到庭，並為被告辯護，然其僅稱：「辯護意旨如（民國）九十七年四月一日刑事辯護意旨狀所載」。但上揭日期之刑事辯護意旨狀，僅就被告販賣第一級毒品部分加以辯護，至於販賣第二級毒品部分，則未作任何辯護。

二、 法院見解

最高法院認為，刑事訴訟法應用辯護人之案件，辯護人雖經到庭，而未為明確之辯護意旨，即與未經辯護無異，逕行判決者，其判決仍屬當然違背法令。本案僅就被告販賣第一級毒品部分加以辯護，而未就販賣第二級毒品部分作任何辯護，自不能解為指定辯護人已就販賣第二級毒品部分之事實、法律為被告作有利之辯論，此部分未經辯護，逕行判決，所踐行之訴訟程序，顯屬於法有違。

258檢索方式：司法院司法官版法學資料檢索系統，最高法院刑事判決資料庫，自民國92年1月1日至100年10月31日，檢索語詞「辯護人&實質辯護」以及「辯護人&辯護意旨」。

三、 相關之最高法院見解整理

最高法院九十六年度台上字第三九二二號判決：

所謂未經辯護人到庭辯護，係指未經辯護人到庭或辯護人雖經到庭而未為實質辯護者而言。本件公訴人起訴上訴人涉犯毒品危害防制條例第四條第一項之販賣第一級毒品罪，屬刑事訴訟法第三十一條第一項之強制辯護案件。上訴人於原審選任林復華律師為辯護人，原審於……審理時，林復華律師雖到庭，惟依審判筆錄記載「選任辯護人林復華為被告林永燾辯護起稱：辯護意旨請引用九十五年之辯護意旨狀載及歷次調查所得」等旨，係為同案被告林永燾辯護，似未就法律或事實上之意見為上訴人辯護，此情形與辯護人雖經到庭而未為辯護者無異，原審逕予審判，其判決當然違背法令。

類似之判決見解尚有最高法院九十四年度台上字第一〇六二號判決、最高法院九十六年度台上字第五六七三號判決、最高法院九十七年台上字五六一號判決：

強制辯護案件，辯護人辯護時，並未就法律或事實上之意見為上訴人辯護，此情形與辯護人雖經到庭而未為辯護者無異，原審逕行審判，其判決當然違背法令。

最高法院九十三年度台非字第二〇九號判決、最高法院九十五年度台上字第三七三一號判決、最高法院九十六年度台上字第五九四八號判決：

強制辯護案件，辯護人於審判期日僅為被告辯護稱：「詳如刑事辯護意旨狀所載」，但查全卷，並未發見該辯護人所提出之「辯護書」在卷，是上訴人與未經辯護無異，即有同法第三百七十九條第七款之情形，判決當然違背法令。

第三目 相關見解

有學者認為，依我國法律規定及最高法院見解，在強制辯護案件中，不僅「形式」上法院應為被告指定辯護人，更要求辯護人應為「實質」之辯護，而所謂的

「實質辯護」意義則包涵辯護人之明確辯護，如辯護人雖經到庭，但未為明確之辯護，或辯護之意旨不能解為已就事實及法律為上訴人做有利之辯論，與未經真正辯護無異，如逕判決即為判決違背法令²⁵⁹。另外，有學者整理我國最高法院見解後指出，如果辯護人在辯護意旨狀裡僅為簡略的陳明，那麼最高法院便會要求辯護人在審判期日裡必須要確實為被告進行事實上及法律上的辯護，否則，法院仍然會認為該被告與未經辯護無異，並進而認定該審判有刑事訴訟法第三百七十九條第七款的違法²⁶⁰。

第四目 美國見解

一、 實質有效辯護之標準

美國聯邦最高法院於 *Strickland v. Washington* 案認為，當被告主張辯護人辯護有瑕疵時，為了避免被告及法院的「後見之明」（second guess），法院必須就個案辯護時之一切情狀綜合考量，並以「辯護制度之功能與目的乃是為使當事人進行制度順利運作」為中心概念。且為使律師之執業、辯護策略有自由運作之空間，原則上推定律師已盡到實質有效辯護、合理專業判斷之責任²⁶¹。

至於欲主張未受到律師實質有效協助之被告，須同時證明律師之辯護行為符合「行為瑕疵」與「結果瑕疵」兩個要件。所謂「行為瑕疵」係指辯護人之辯護行為或表現有瑕疵，且已嚴重至未發揮應有的辯護功能；「結果瑕疵」則指辯護人的瑕疵行為，必須導致被告防禦上有不利之結果，即瑕疵行為嚴重至審判已不公平，審判之結果也因此不可信，被告之舉證責任為：若非辯護人之瑕疵行為，審判結果即有可能不同，而證明程度則為合理可能性（reasonable probability），亦即存在足以動搖對審判結果之信心的可能性，即為已足²⁶²。

259參王兆鵬，前揭註 20，頁 449-450。

260蔡榮耕，前揭註 13，頁 27。

261Strickland, 466 U.S.at 689, 713.

262Id. at 669；王兆鵬，前揭註 63，頁 86-89。

二、 辯護人實質有效辯護義務之範圍

辯護人除法庭審判中之證據調查程序外，定罪後的量刑程序，辯護人亦同樣需為實質有效辯護。蓋前述 Strickland 案之事實，係為被告遭定罪後，於隨後的量刑程序中，因辯護人疑未提出有利於被告的量刑相關考量證據，被告最終判死刑。美國聯邦最高法院表示，關於死刑的量刑程序亦採用當事人進行主義，於該量刑程序中辯護人所扮演的角色，與一般審理程序無異，故於判決死刑與否的量刑程序中，辯護人必須提供被告實質有效的辯護。至於判決死刑與否的量刑程序中，辯護是否實質有效，法院表示應採用與一般審理程序相同之判斷標準。然而法院承認，相較於死刑與否的量刑程序，非關死刑的量刑程序較為簡易，量刑也欠缺一定的準則。於非關死刑的量刑程序中，實質有效辯護之判斷標準，可能會與一般審理程序及關於死刑的量刑程序有所不同，但法院於本案中未為處理²⁶³。

於 2001 年的 Glover v. United States 案，美國聯邦最高法院同意將 Strickland 案所建立之判斷標準，適用在非死刑量刑程序，蓋若被告刑度之增加，係由於辯護律師未能提供實質有效辯護所致，亦有違憲法所保障被告之律師權。Glover 案將 Strickland 案建立的實質有效辯護判斷標準的適用範圍，從原先的一般審理程序及關於死刑的量刑程序，進一步擴張至不得由法官自由心證的一般量刑程序中²⁶⁴。聯邦最高法院在本案中認為：被告實際在監獄的時間的長短，均屬聯邦憲法第六修正案底下的重要問題²⁶⁵。

學界肯定對於 Glover 案中最高法院見解的意見，並表示將實質有效辯護之判斷標準適用於法官自由心證的量刑程序中，就邏輯上而言係為可行的。惟學者亦坦承，於法官自由心證之量刑程序中，被告實難證明法官之量刑係由於辯護人之缺失所致，學者建議在此等情形下，應免除被告證明此要件²⁶⁶。

²⁶³Strickland, 466 U.S. at 671-75, 686-87.

²⁶⁴Glover v. United States, 531 U.S. 198 (2001).

²⁶⁵*Id.* at 203.

²⁶⁶Notes, Prejudice and Remedies: Establishing a Comprehensive Framework for Ineffective Assistance

第四款 綜合評析

一、 強制辯護案件辯護人應到場為被告為實質辯護

就此，我國刑事訴訟法僅就強制辯護案件規定辯護人應到庭辯護，「第三十一條第一項所定之案件無辯護人到庭者，不得審判。但宣示判決，不在此限。」²⁶⁷對於選任辯護案件則未有規定，然而，本文認為，應同樣適用於選任辯護案件，蓋強制辯護案件與選任辯護案件之差異在於對被告的財產、自由、生命剝奪之程度不同，然而不論何種案件，辯護人都是被告重要的攻防武器，這點並不因強制辯護案件或者選任辯護案件而有差異，且在改良式當事人進行主義之新制下，武器對等是公平審判的重要前提，公平審判則是憲法第十六條訴訟權賦予人民的保障，加以，參考美國刑事訴訟制度於當事人進行主義之下，所有被告於審判中均被賦予聯邦憲法第六修正案之律師權，即全部案件均為強制辯護，並無區分強制辯護案件或選任辯護案件，因此，本文認為，刑事訴訟法第二百八十四條辯護人應於審判期日到庭為被告辯護之規定應一律適用於選任辯護案件。

此外，就辯護人之辯護品質，整理最高法院之實務見解發現，最高法院僅就強制辯護案件宣示辯護人應為實質有效辯護，卻未對選任辯護案件有所著墨，就此，本文也認為應一律適用於選任辯護案件，蓋除上述意見外，最高法院就強制辯護案件所宣示之實質辯護，幾乎已是最低程度的辯護標準，在其他非強制辯護案件，如辯護人未能提供此最低標準之辯護，應認已與公平正義有違²⁶⁸。

二、 如何判斷辯護人是否已為被告盡實質有效辯護義務

觀察我國最高法院論證強制辯護案件是否已經實質辯護，至少有兩個切入的角度：第一，觀察辯護人是否有為被告之利益辯論或提出書狀，例如，雖有提出

Length-of-Sentence Claims, 119 HARV. L. REV. 2143, 2151 (2006).

²⁶⁷刑事訴訟法第 284 條。

²⁶⁸參王兆鵬，前揭註 20，頁 443。

書狀但內容並不能為被告爭取訴訟上權益者，不合於實質辯護²⁶⁹；第二，觀察審判期日中之關鍵程序辯護人是否到場，如關鍵程序辯護人未到場，無庸探討辯護人是否有為被告之利益辯論或提出書狀，直接認定被告未受實質辯護²⁷⁰。

順著第二個角度再探討，審判期日中，哪些程序是強制案件之辯護人應到場之關鍵程序？

對此問題，本案判決提出其判斷標準以界定關鍵程序之範圍：「所謂未經辯護人到庭辯護，依辯護制度之所由設，除指未經辯護人到庭者外，其所謂『經辯護人到庭辯護』自應包括至遲於審判長開始調查證據程序，以迄宣示辯論終結前，辯護人均應始終在庭行使職務之情形，俾使被告倚賴辯護人為其辯護之權利，得以充分行使其防禦權。」然而，此一標準對於判斷辯護人何時應該到庭辯護並不明確，如此一來，對於免除辯護人在場義務之作用不大，但對被告受辯護人全程協助之權利則有損害，因此，若要採此見解，則應強調指定辯護人於審判時應全程到場方為妥當。

此外，最高法院九十三年台上字二二三七號判決自實質觀點切入，提出更細緻的判斷標準：「如於朗讀案由、人別訊問時，辯護人雖未到場，實質上並未對被告產生任何不利之影響，即無嚴格要求辯護人在場之必要，如所進行之程序與案件之內容有關，足以影響被告實質利益者，如檢察官陳述起訴（或上訴）要旨，審判長就起訴事實訊問被告、調查證據、事實及法律辯論、被告最後陳述等程序，

269參最高法院 91 年度第 8 次刑庭決議：「最輕本刑為三年以上有期徒刑之案件，於審判中未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人為其辯護；依法應用辯護人之案件或已經指定辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判者，其判決當然違背法令。刑事訴訟法第三十一條第一項、第三百七十九條第七款分別定有明文。本件依題旨所示，被告係涉犯擄人勒贖而故意殺被害人罪，屬於刑事訴訟法第三十一條第一項所定依法應用辯護人之案件，第二審法院亦已指定義務辯護人為被告辯護，於第二審審判期日上開指定辯護人雖經到庭，然依審判筆錄之記載僅有：義務辯護律師陳述「辯護意旨詳如辯護書所載」之字樣，但經查該律師並未提出任何辯護書狀，顯與辯護人未經到庭辯護而逕行審判者無異（本院六十八年台上字第一〇四六號判例），則本件第二審判決自有依法應用辯護人之案件或已經指定辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判之違法。該案經上訴第三審，本院未予糾正，予以維持，以上訴無理由駁回被告之第三審上訴，而告確定，自屬於法有違。」

270最高法院 93 年度台上字第 2237 號判決。

辯護人若不在場，對被告正當防禦權之行使非無影響，辯護人自應在場。」然而，此一判斷方式雖然具體，實際操作上卻仍有法官自由心證的模糊空間，是此一判斷標準存在之風險。

從規範面觀察，刑事訴訟法對於強制辯護案件，指定辯護人未到場之效果，有第二百八十四條之規定：除宣示判決程序外，指定辯護人不到庭者，不得審判。亦即，立法者認為，強制辯護案件，被告有受辯護人協助之特別需要，因而審判程序，指定辯護人應到庭履行辯護義務。依此規定解釋，除了宣示判決程序之外，其他審判程序，包括準備程序，都應該納入辯護人應到庭辯護之範圍內，方符合強制辯護制度保障被告之精神，且亦始能發揮辯護人實質辯護之功能。

除了判斷辯護人應到庭辯護之時間點範圍外，本文整理本項第三目「實證研究」之最高法院判決見解發現，其多由辯護人是否形式上已到庭進行辯護，或辯護人形式上是否曾有為被告辯護²⁷¹為判斷標準，我國最高法院對於辯護人是否已為「實質辯護」之判斷標準則較少有所著墨，就此，或許是因為法官角色之限制，若要求其進一步為被告檢視辯護人是否已為實質有效辯護，則可能有失公平聽審之中立立場，就此，本文認為，我國可以參考美國實務檢視辯護人是否已為實質有效辯護之標準，即，於法院先行以形式上之標準檢視辯護人是否於審判程序出席、到庭辯護後，若被告仍認為辯護人之行為有損其權益，則可主張辯護人之辯護行為具有「行為瑕疵」及「結果瑕疵」，以主張辯護人並未為其盡實質辯護之義務，蓋此兩項自結果觀察之標準確實可以具體地檢視辯護人之辯護行為是否有執業上之瑕疵，且此瑕疵導致當事人被告之損害而有必須救濟之必要，且，由被告之立場來主張、判斷辯護行為之實質層面，相較於法官之中立立場，來得更為妥適。

271如前述最高法院 91 年度第 8 次刑庭決議所述之案例。

第二項 共同辯護，多數被告間利害相反

第一目 主要議題

共同辯護之多數被告之間是否有刑事訴訟法第三十一條第三項但書利害相反之情形，如何認定？違反該條之法律效果為何？

第二目 實證研究²⁷²：以最高法院九十八年度台上字第四四八號判決為例

一、 判決事實摘要

被告兩人，共同涉犯強盜殺人罪，被告甲陳稱：被告乙用膠帶綑住被害人雙眼及嘴巴等語；被告乙則一再辯以：綑綁是被告甲及第三人所為，伊沒有做；伊無以膠帶綁住被害人之眼睛及嘴巴。究係何人綑綁被害人此一爭點，其二人互指對方所為，利害相反，惟原審僅指定辯護人一人為二位被告共同辯護，有違反刑事訴訟法第三十一條第三項但書之疑慮。

二、 法院見解

最高法院認為，「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，於審判中未經選任辯護人者，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，或審判長認有必要者，亦同。」「被告有數人者，得指定一人辯護。但各被告之利害相反者，不在此限。」刑事訴訟法第三十一條第一項、第三項分別定有明文。本案共同被告間，就綑綁被害人之行為，互指對方係所為，利害相反，而原審僅指定辯護人一人為被告等二人共同辯護，依上開說明，難謂適法。

272檢索方式：司法院法官版法學資料檢索系統，最高法院刑事判決資料庫，自民國92年1月1日至100年10月31日，檢索語詞「辯護人&實質辯護」、「辯護人&到庭」、「辯護人&在場」、「辯護人&到場」以及「辯護人&辯護意旨」。

三、 相關之最高法院見解整理

(一) 共同辯護之多數被告之間是否有刑事訴訟法第三十一條第三項但書利害相反之情形，最高法院之認定方式多與本精選裁判相同：以辯護人就數被告被訴之犯罪事實而為防禦時，能否均為適當充分之辯護為斷，如最高法院九十八年度台上字第五九一七號判決²⁷³：

上訴人抗辯其與原審之共同被告間利害相反，而原審竟指定同一公設辯護人為其等二人辯護，於法有違。最高法院認為，檢察官指其等二人彼此間互有犯意聯絡及行為分擔為共同正犯，二人間並無何利害相反之處，原審指定同一公設辯護人為其等二人辯護，並無不能為上訴人進行適當充分辯護之情形。

值得注意的是，雖然最高法院均同樣採上述之判斷標準，判斷之結果仍可能產生矛盾之處，如本精選裁判與上述最高法院九十八年度台上字第五九一七號判決，前者是以「共同被告間」主張利害相反以認定辯護人是否可為適當充分之辯護為斷；後者雖然「共同被告間」同樣地主張利害相反，但法院是以「檢察官」認定二人間並無何利害相反之處而為判斷，就此判斷差異，或可作為我國實務將來整理、統一見解時的參考。

另外，不同見解如最高法院九十九年度台上字第六四九一號判決，以是否礙於上訴人防禦權之行使、於其訴訟上之權利是否有所影響為判斷標準：

原審指定同一公設辯護人為共同被告等三人辯護，無論是否適法，因均無礙於上訴人防禦權之行使，於其訴訟上之權利不生影響，自不容就此爭執，而資為適法之第三審上訴理由。

(二) 違反該條規定之法律效果，最高法院見解有二：

273相同見解之最高法院判決尚有最高法院95年度台上字第4070號判決、最高法院91年度台上字第1888號判決。

1. 有違刑事訴訟法第三十一條第三項但書，自難認適法。撤銷原判決，發回更審，如最高法院九十七年度台上字第一九二四號判決²⁷⁴：

原審僅指定林國泰律師一人為被告等六人共同辯護，違背刑事訴訟法第三十一條第一項、第三項但書之規定等語。經查尚非無據，依上開說明，難謂適法。……上開違誤或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，應認仍有撤銷發回更審之原因。

另外，最高法院九十九年度台上字第五五四九號判決亦同此見解：

共同被告二人於第一審雖經指定同一公設辯護人為彼等辯護，然第一審判決後，彼等不服，提起第二審上訴，已分別選任辯護人，並經各該辯護人於原審為彼等辯護，則其第一審訴訟程序上縱有上訴意旨所指利害相反之二被告，卻指定同一辯護人為其辯護之瑕疵，亦因第二審重新審理而補正，即無違法可言。

2. 若另指定不同辯護人為被告辯護，仍為相同之認定，則將此部分撤銷發回更審，非徒增訟累毫無實益，故不得據為上訴第三審之適法理由，如最高法院九十九年度台上字第五四九七號判決：

詳觀原審審判筆錄公設辯護人就被告甲上開犯行之辯護意旨，已依據公設辯護人條例第十三條之規定，盡量蒐集有利被告甲之辯護資料，充分就該等被訴犯罪事實為適當完全之辯解防禦，並不影響被告甲利益之保護及審判之公平。況被告甲於審理中迭次坦承上開各犯行，如除去被告乙之指證，仍應為同一事實之認定，即於判決並無影響。是縱然另指定不同辯護人為被告甲辯護，仍應為相同之認定，若謂此項訴訟程序之微疵，即應將此部分撤銷發回更審，非徒增訟累毫無實益，亦與強制辯護制度保護被告利益之意旨有違，故原審指定同一辯護人為被告二人辯護，於原判決本旨並不生影響，自不得據為上訴第三審之適法理由。

274相同見解之最高法院判決尚有、最高法院 95 年度台上字第 4070 號判決、最高法院 93 年度台上字第 5476 號判決、最高法院 91 年度台上字第 1888 號判決。

第三目 相關見解

關於共同辯護之問題，我國有學說參考德國文獻上的看法，對共同辯護下的利益衝突加以說明：「辯護人在同一個程序當中與兩個以上的被告有辯護關係，當他為一方有效辯護時，可能會因為這邊辯護行為的奏效而把責任推到另外一邊的共同被告，辯護人此時陷入這樣的一個利益衝突的情況，儘管說，共享一個辯護人，這樣可能是既省錢又省時的，可是，『重要的辯護策略』也會因此被排除，即發生排擠效果，這是一個『不利於被告的影響』」²⁷⁵。

惟我國學說多未就目前法規及實務討論其利害相反之判斷方式以及違反之法律效果。然而，我國學說有從立法角度切入認為，我國宜倣美國聯邦及大多數州的法律規定，在刑事訴訟法中增訂：如共同被告由同一辯護人辯護，法院應告知每一被告其有受有效律師協助的權利，包括由不同律師辯護的權利。至於若法院發現有確實之利害衝突情形存在，法院甚至有權不准共通辯護²⁷⁶。

此外，我國學說之討論多認為，無論指定辯護或選任辯護，皆有應否准許共同辯護之問題，我國刑事訴訟法之所以僅規定指定共通辯護人不得有利害相反之情形，乃因為共通辯護人係由法院所指定，而非被告之自由意志選任，因此法院有職責避免利害相反之共通辯護；然而，在選任辯護案件中，被告雖有財產上之能力自由選任辯護人，但未必有法律上之知識知悉共同被告間利害相反，可能導致共通辯護人不能周全完善保護每一位被告之利益²⁷⁷。此外，刑事訴訟法僅就指定辯護加以規範，顯然是立法漏洞，選任辯護之共同辯護問題，應該透過法理來補充²⁷⁸。

再者，有學說認為我國法規准許共同辯護的立法原則值得檢討，蓋刑事訴訟法雖然承認利害相反時得予禁止之例外，但是，共同被告的利害衝突往往是潛在

275吳俊毅，《辯護人論》，新北：正典，頁246，2009年。

276王兆鵬，前揭註20，頁470。

277同前註。

278林鈺雄，前揭註40，頁214。

性的，等到審判長確認利害相反時再予介入，恐怕是亡羊補牢。立法政策上，似宜採行禁止共同辯護之原則²⁷⁹。

且，共同辯護於我國實務也產生協助串證的疑慮，例如，偵查期間共同被告因有串證之虞而被分別羈押，彼此之間原難串證，然而，由於選任同一辯護人之故，辯護人接見權之行使可能提供穿針引線的串證套供機會，這種不法行為，似應透過律師倫理的相關規範處理，或若有事實足認辯護人與被告間有串證之虞，亦得依法限制辯護人與被告依刑事訴訟法第三十四條而享有之接見及通信權，因為禁止共同辯護未必是防範之道，我國實務上亦常發生共同被告個別選任彼此有特別關係的不同辯護人，例如不同之辯護人間具有兄弟關係或屬同一律師事務所之情形²⁸⁰。

第四目 美國見解

一、 如何認定共同辯護之多數被告間是否有利害相反之情形？

依據美國律師公會（American Bar Association）所訂的專業行為準則（Model Rules of Professional Conduct）第 1.7 條就利益衝突所為之規範：（a）數個被告之間同時有利益衝突的情況有：

（1）律師代理一個被告的行為會直接對另一個被告產生不利影響；

（2）因律師對其中一個被告、對之前代理的被告，或對第三人的責任，或因律師本身個人的利益因素，而使律師為一個或多個被告代理時，其代理行為有受到重大限制的風險²⁸¹。

值得注意的是，該條的（b）項則規定，儘管數個被告之間同時有利益衝突，一個律師於以下情況仍然可以代理被告：

279同前註。

280同前註，頁 213-214。

281American Bar Association, Model Rules of Professional Conduct, Rule 1.7 Conflict Of Interest: Current Clients.

(1) 律師合理相信自己可以為每一個受影響的被告提供稱職且盡力 (diligent) 的代理；

(2) 該代理行為並未被法律所禁止；

(3) 由同一律師代理的被告之間並未於同一訴訟或其他法庭程序 (other proceeding before a tribunal) 互相攻訐；

(4) 每一個被影響的被告都已受告知並且同意，且該同意以書面加以確認。至於共同代理之決定是否適合，於該條之第八號評論 (Comment 8) 則提到，要決定共同代理是否適合，主要視該利益衝突發生之可能性，若真的發生，則視該衝突是否會使得律師為該被告代理時之獨立專業判斷受到影響。

二、 違反該條之法律效果為何？

於 1978 年的 *Holloway v. Arkansas* 案，三名共同被告之共同辯護人於州法院開庭前以及陪審團名單確定前，向法院作出了即時的請求，請求法院為三名被告各自指定辯護人，蓋該共同辯護人因得知共同被告之間的機密後，面臨利益衝突的問題，並因此無法提供每一位被告實質有效的辯護。但是 (州) 地方法院拒絕了被告的要求並且隨後即為判決。

聯邦最高法院認為地方法院必須要接受各別辯護的要求，因為基於律師的專業和職業道德，對於共同被告間利益衝突之存在，或是可能於審判中發展的利益衝突，律師是最能判斷的人，並且律師也有義務發現利益衝突並建議法院做處理²⁸²。當律師即時要求共同辯護的數位被告必須各別辯護時，法院即需調查該共同代理是否適當，其方式可以為舉行聽證調查，而不需要揭露被告與其律師通訊往來的機密²⁸³。當辯護人即時向法院主張數名被告需要各別辯護時，若法院仍不適

282 *Holloway v. Arkansas*, 435 U.S. 475, 485-86 (1978).

283 *Id.* at 487.

當地要求數個被告由同一辯護人共同代理，此時該法院之判決即自動撤銷，被告之一方不需要證明其權利受損害²⁸⁴。

此一見解於 1984 年的 *Flanagan v. U.S.* 案再次重申：當地方法院拒絕辯護人因利益衝突而作出更換辯護人的請求時，被告方並不需要證明法院之拒絕造成其權利損害方能主張判決的撤銷，蓋此時已推定被告的防禦權受到侵害²⁸⁵。因為受到律師協助對保障公平審判而言，是相當基礎的憲法權利，因此該權利之違反並不能經由無害錯誤分析來處理，也就是不能經由判斷該權利之違反是否造成判決結果之錯誤，而決定是否撤銷該判決，而須一律撤銷判決。不論是在控訴中或是在重要階段，當被告被剝奪律師之在場與協助時，即便是可處死刑的犯罪行為，該判決也會被自動撤銷²⁸⁶。該案之地方法院因為未就該共同辯護人之要求為任何回應，不論是指定不同辯護人為三位被告辯護，或是採取適當的步驟以調查是否該利益衝突的風險尚且微小，因而不需要指定不同的辯護人，因此遭最高法院認為剝奪了三位被告受律師協助的權利，撤銷判決，發回更審²⁸⁷。

第五目 評析

一、 如何認定共同辯護之多數被告間存在利害相反之情形？

綜合觀察我國實務與美國相關規範，多以被告之律師權是否受不利影響為判斷標準，如我國實務之「以辯護人就數被告被訴之犯罪事實而為防禦時，能否均為適當充分之辯護為斷」、「以是否礙於上訴人防禦權之行使、於其訴訟上之權利是否有所影響」；美國律師公會所訂之專業行為準則「直接對另一個被告產生不利影響」與「其代理行為有受到重大限制的風險」。

284*Id.* at 488-89.

285*Flanagan v. U.S.*, 465 U.S. 259, 268 (1984).

286*Holloway*, 435 U.S. at 489.

287*Id.* at 484, 491.

我國實務此一認定方式與美國相同，此外，最高法院從共同辯護關係底下「各被告適當充分辯護」的角度出發，已經點出問題的癥結，不過，所持的「適當充分辯護」則是另一個需要說明的概念，對此，可以試著理解為，辯護人為一邊共同被告的有效辯護時，會產生因為這邊辯護行為的奏效而把責任推到另外一邊共同被告的不利益結果。

二、 法院於共同被告間因共同辯護產生利益衝突時所扮演之角色

美國實務有認為當律師要求被告間須分別辯護時，法院即可以舉行聽證調查之方式，調查該共同代理是否適當；於我國之實務，似未提及法院是否於辯護人或被告異議之前即需有積極介入、主動判斷共同辯護之被告間是否有利益衝突之必要。此外，現行實務對該衝突之判斷是否不僅限於指定辯護之案件，抑或同樣也及於選任辯護案件，同樣欠缺實務見解來處理此一爭議。

三、 違反利害衝突禁止共同辯護之規定，其法律效果如何？

美國實務認為，當法院拒絕辯護人作出更換辯護人的請求時，此時已推定被告的防禦權受到侵害，須一律撤銷判決而不能適用無害錯誤分析法則。

我國最高法院之見解則認為，違反利害衝突禁止共同辯護規定之判決難認適法，應撤銷原判決，發回更審；惟也有認為縱然另指定不同辯護人為被告辯護，仍應為相同之認定時，不應將原判決撤銷、發回更審，此一見解固然符合訴訟經濟之考量，惟對被告之權利保障是否足夠，則有疑慮，本文認為，與其因刑事訴訟法第三十一條但書之規定而存在此一需權衡之衝突，或加諸當事人針對「若分別辯護，則會有不同之判決結果」之舉證責任，不妨參考我國學說見解，亦即，於將來之立法政策上，宜採行禁止共同辯護之原則²⁸⁸，如此不僅省去法官須於本案審理之外，另外判斷共同辯護之被告間是否存在利益衝突之不便、司法資源之

288林鈺雄，前揭註40，頁214。

浪費以及所造成之訴訟延宕，亦能落實個別被告，不論是選任辯護或指定辯護，均能受到辯護人實質有效辯護之訴訟防禦權的保障。

第三項 審判中勘驗，辯護人在場權

第一目 主要議題

法官於審判中實施勘驗，未給予當事人、代理人或辯護人有在場機會而無正當理由者，其證據調查程序是否合法？其所得證據即是否得作為判斷之依據？

第二目 實證研究²⁸⁹：以最高法院九十四年度台上字第四九二九號判例為例

一、 判決事實摘要

被告對於警詢錄音、錄影及其筆錄之正確性有爭議，原審受命法官因此勘驗警詢錄影帶，卻未通知被告及其選任辯護人使其有在場之機會，有剝奪其在場權之嫌。

二、 法院見解

最高法院認為，當事人及審判中之辯護人得於搜索或扣押時在場；但被告受拘禁，或認其在場對於搜索或扣押有妨害者，不在此限。刑事訴訟法第一百五條第一項定有明文。此規定依同法第二百十九條，於審判中實施勘驗時準用之。此即學理上所稱之「在場權」，屬被告在訴訟法上之基本權利之一，兼及其對辯護人之依賴權同受保護。立法意旨，在於藉此證明法院所踐行之訴訟程序公正、純潔、慎重及尊重，用昭公信，且能使當事人、辯護人對於此項證據方法之展示、取得，因曾會同參與而見證知悉，乃得以及早展開反證活動，有助迅速發現真實。

289檢索方式：司法院司法官版法學資料檢索系統，最高法院刑事判決資料庫，自民國92年1月1日至100年10月31日，檢索語詞「辯護人&在場」以及「辯護人&到場」。

尤以我國刑事訴訟制度已採行改良式當事人進行主義，以當事人之主張、立證、辯論為中心，而審判中之勘驗，係由法院、審判長、受命法官以感官知覺，對犯罪相關之人、物、地等證據，親自加以勘察、體驗其性質或狀態之調查證據方法，主觀判斷在所難免，為杜勘驗過程之爭議，擔保勘驗結果之確實，使當事人、辯護人於審判程序能適切行使其攻擊、防禦權，則上揭在場權之保障，更有其必要。故事實審法院行勘驗時，倘無法定例外情形，而未依法通知當事人及辯護人，使其有到場之機會，所踐行之訴訟程序自有瑕疵，應認屬因違背法定程序取得之證據。

三、 相關之最高法院見解整理

最高法院認為法官於審判中實施勘驗，未給予當事人、代理人或辯護人有在場機會而無正當理由者，該調查證據程序自有瑕疵，應認屬違背法定程序取得之證據，如最高法院九十四年台上字第四九二九號判例²⁹⁰。

至於系爭證據是否有證據能力，最高法院則有三種見解：

(一) 禁止使用該證據，如最高法院九十八年度台上字第六三一三號判決：

法官於審判中實施勘驗，倘未給予當事人、代理人或辯護人有在場機會而無正當理由者，其證據調查程序即難謂合法，而依同法第一百五十五條第二項規定，所得證據即不得作為判斷之依據。本件關於證人劉柄宏在偵查中指述陳祥麟販賣第一級毒品，是否受到不當訊問一節，第一審所踐行勘驗偵訊光碟片，並未依法通知本件當事人或辯護人到場，僅由受命法官帶同書記官及法官助理實施，無異

290相同之最高法院判決見解尚有：最高法院 96 年台上字第 1051 號判決、最高法院 96 年台上字第 1632 號判決、最高法院 96 年台上字第 3375 號判決、最高法院 96 年台上字第 444 號判決、最高法院 96 年台上字第 4873 號判決、最高法院 96 年台上字第 6123 號判決、最高法院 96 年台上字第 6127 號判決、最高法院 97 年台上字第 941 號判決、最高法院 98 年台上字第 2549 號判決、最高法院 98 年台上字第 3078 號判決、最高法院 98 年台上字第 5918 號判決、最高法院 99 年台上字第 1892 號判決、最高法院 99 年台上字第 2030 號判決、最高法院 99 年台上字第 296 號判決、最高法院 99 年台上字第 5534 號判決。

剝奪當事人或辯護人之在場權，此有勘驗筆錄可稽。揆之前開說明，第一審所踐行偵訊光碟片之勘驗，難認合法調查，該勘驗筆錄應無證據能力。

(二) 該證據有證據能力，如最高法院九十九年度台上字第一六一號判決：

第一審於勘驗扣案證物時，雖未通知被告及其辯護人到場，然原審之審判長已於審判期日對被告及其辯護人提示第一審所製作之勘驗筆錄並令其辨識及詢以有何意見，被告及其辯護人均陳稱「沒有意見」等語，原審採納該勘驗筆錄為認定事實之佐證，自無不適用法則或有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

(三) 依刑事訴訟法第一百五十八條之四權衡之，如最高法院九十八年台上字第四八五一號判決²⁹¹：

事實審法院行勘驗時，倘無法定例外情形，而未依法通知當事人及辯護人，使其有到場之機會，所踐行之訴訟程序自有瑕疵，應認屬違背法定程序取得之證據，其得否作為證據，自應依同法第一百五十八條之四權衡定之。原判決係以被告警詢之陳述，資為本件科刑判決論據之一。然被告之選任辯護人於原審具狀主張被告警詢之陳述有非任意性情形，第一審於勘驗被告警詢錄音帶時，卻未通知被告及其選任辯護人使其有在場之機會，原審第一次更審中，受命法官依職權勘驗被告警詢錄音帶時，仍未通知被告及其選任辯護人使其有在場之機會，上開二次勘驗被告警詢錄音帶之程序，均未通知被告及其選任辯護人使其有在場之機會，無異剝奪其在場權，此等違背法定程序取得之證據，原判決未說明如何審酌人權保障及公共利益之均衡維護而有證據能力，逕行採為所憑之證據，自非適法。

第三目 相關見解

我國有學說提出，證據能力有消極條件與積極條件兩項基本限制，而積極條件即指嚴格證明法則，亦即證據必須經過嚴格證明之調查程序後，始能終局取得

291相同見解之其他最高法院判決如：最高法院 97 年台上字第 3773 號判決、最高法院 97 年台上字第 3287 號判決、最高法院 97 年台上字第 2556 號判決。

證據能力、作為認定犯罪事實之基礎，而其相關規定包括證據通則之規定、審理原則之規定、證據方法之規定。而勘驗既為五種證據方法之一，即被告、證人、鑑定、文書、勘驗，其實施方法自應合乎嚴格證明法則之要求，若審判中實施勘驗並無急迫情形而未通知，致當事人、辯護人未到場者，勘驗程序違反嚴格證明法則，並會直接影響勘驗所得結果之證據能力²⁹²。

第四目 美國見解

一、 審判中勘驗之律師權

依據聯邦憲法第六修正案規定，所有刑事控訴程序，被告應享有由公正之州立法院陪審團與地方法院陪審團（impartial jury of the State and district）審判之權利。儘管實務操作上，聯邦最高法院於 Lewis v. U.S.案指出，刑度六個月以下之輕罪並不享有由陪審團審判之權利，即便該案之被告於同一刑事程序犯下數罪，刑度加總因此超過六個月，仍不得享有該權利²⁹³。

於美國之當事人進行主義下，大多數時候，法官都是居於被動的地位，通常只有於處理證據規則、當事人向法院所提出之請求，或者一些法律議題上才會指導陪審團。當事人兩造均由律師代表，律師主導控制了大部分的審判程序，而審判程序多是由律師於公正之審判者前進行辯論，這審判者可能是法官或者陪審團²⁹⁴。綜合上述，相對於我國刑事訴訟法第二百十二條審判中之勘驗，為法院或檢察官因調查證據及犯罪情形所為之檢驗處分，於審判中由法院，偵查中由檢察官實施之；美國之當事人進行主義下，刑事審判程序關於事實認定部分，原則上由當事人兩造之律師向陪審團為辯論，其內容包括傳喚並詰問證人、準備證物以說服陪審團²⁹⁵。因此，關於我國審判中勘驗之辯護人在場權，於美國之制度下，由

292林鈺雄，前揭註 40，頁 451-452、543。

293Lewis v. U.S., 518 U.S. 322, 330 (1996).

294James W. Diehm, The Introduction of Jury Trials and Adversarial Elements into The Former Soviet Union and Other Inquisitorial Countries, 11 Journal of Transnational Law & Policy 1, 6 (2001).

295See MIKEL A. ROTHENBERG, M.D., PREPARING ORTHOPEDIC DISABILITY CASES, §10.01 Introduction to Jury Selection (Aspen Publishers 2006).

於人證及物證之勘驗，均於審判程序中進行，而審判程序中之律師權，則一概由聯邦憲法第六修正案之律師權所囊括，合先敘明。

二、 政府有保障被告律師權的義務

美國聯邦最高法院認為，即使是受到良好教育的一般人，當其被控犯罪時，由於缺少法律的訓練，其對於證據法則並不熟稔，若無律師的幫助，其可能會在證據缺乏證據能力缺乏或證據認定有誤的情況下被認定罪責²⁹⁶。因此，一旦人民主張辯護權，政府便需尊重之。政府不得阻礙被告獲得政府的幫助、也有不得採取任何可能阻礙、稀釋被告的辯護權保障義務²⁹⁷。如果政府的作為是有意阻礙、稀釋被告的辯護權保障，則政府的行為將被認定是違反聯邦憲法第六修正案的律師辯護權保障²⁹⁸。

三、 起訴後違反律師權之效果

(一) 美國法下，法庭內缺乏實質有效辯護的效果：

違反律師權所取得的證據，缺乏作為實質證據的證據能力²⁹⁹。但是，證據排除的目的僅在於避免政府再次違反憲法所保障的人民權利³⁰⁰，而且，排除系爭陳述在主要案件（case-in-chief）作為實質證據的證據能力，已足警示、使政府避免再度違反憲法對人民的保障³⁰¹。因此，美國聯邦最高法院認為，縱使是政府因為違反聯邦憲法第六修正案而取得的證據，仍得作為彈劾被告的證據之用³⁰²。

(二) 我國法下，法庭內缺乏實質有效的辯護的法律效果：

新修正之刑事訴訟法第三十一條之立法理由中，明確表示我國訴訟制度由「職權主義」調整為「改良式當事人進行主義」，「訴訟程序之進行非僅僅強調當事

296See Gideon, 372 U.S. at 344-45; Moulton, 474 U.S. at 169-70.

297Moulton, 474 U.S. at 171; United States v. Henry, 447 U.S. 264 (1980).

298Id.; Gideon, 372 U.S. 335,340.

299See Jackson, 475 U.S. at 628; Massiah v. United States, 377 U.S. 201 (1964).

300See Leon, 468 U.S. at 906-13; Connelly, 479 U.S. at 166.

301Hass, 420 U.S. at 721-22.

302See Michigan v. Harvey, 494 U.S. 344 (1990); Kansas v. Ventris, 556 U.S. 586 (2009).

人形式上的對等，尚須強而有力的辯護人協助被告」。在我國審判制度採「改良式當事人進行主義」後，辯護人如不能善盡其責、不能強而有力，審判之結果即可能與真實及正義偏離。最高法院就強制辯護案件所宣示之實質辯護，幾乎已經是最低程度的辯護標準，在其他非強制辯護案件，如辯護人不能提供此最低標準的辯護，應認為已與公平正義有違。因此，即令在其他非強制辯護之案件，如辯護人未能提供此最低標準之辯護，應認為被告未受實質、有效之辯護。舉例而言，若法官於訊問證人時，未依規定通知辯護人到場，則違反被告的律師權及與證人對質詰問的權利，不論法院出於故意或過失，辯護律師得請求該證詞不得為證據，最高法院亦認為上述情形「有違被告訴訟基本權之保障」³⁰³，所取得之證人陳述無證據能力³⁰⁴。

（三） 法庭外律師權的違反—指認及其他在場權

法庭外律師權的違反例如：無辯護人在場而對被告取供、對被告進行指認程序等。前者如 *Massiah v. United States*³⁰⁵，此案所代表之法律意義為：在被告享有憲法上之律師權後，檢警機關如欲對被告取供，必須通知被告律師使其在場，否則因此所取得之被告自白，即令為任意性自白，仍應排除不得使用。其理由為：憲法保證被告於審判程序中得受律師協助之保護，對於已經起訴之被告在司法程序以外接受訊問時，憲法亦賦予完全相同之保障，否則等於在被告最需要律師協助的關鍵階段，否定其有受律師協助之權。後者如 *United States v. Wade* 案³⁰⁶。美國聯邦最高法院於本案著眼於實質辯護（meaningful defense）的機能，認為在某些情況下，若不賦予律師辯護權，將無法使律師於審判中做有效的辯護，因而跳脫聯邦憲法第六修正案的文義，另外賦予被告於審判前的指證程序中，有受律師協助之權³⁰⁷。此案所代表之意義為：被告可以獲得實質意義的有效辯護，才是被

303最高法院 87 年度台上字第 644 號判決。

304王兆鵬，《刑事訴訟講義》，臺北：元照，472-474, 476 頁，2010 年。

305本案之被告已被起訴，已聘有律師，*Massiah*, 377 U.S. 201.

306*Wade*, 388 U.S. at 219-20.

307*Id.* at 224-25.

告辯護權的核心內涵。為了使被告能夠在審判程序中，享有公平地主張與抗辯的權利，賦予其受律師協助之權實有必要³⁰⁸。

第五目 評析

若依照美國法，本案勘驗時無律師在場，此時筆錄應無證據能力，與我國最高法院見解一致。依美國聯邦最高法院的見解，政府是否違反被告的律師權保障，可由兩方面觀察：一、政府的行為是否已阻撓、稀釋被告的律師權保障³⁰⁹；二、人民是否能夠獲得實質有效的辯護，並於審判中獲得公平提出主張、抗辯的權利³¹⁰。

本案法院勘驗時，並未通知當事人及辯護人，法院的作為已忽視被告的律師權保障，剝奪被告或公平審判及實質有效辯護的權利。其勘驗結果所得之筆錄，自應無證據能力。如被告於審判或上訴程序受到律師權的保障，而其律師權的保障卻於該程序進行中被剝奪或稀釋，則該程序及程序之結果應撤銷之，審判之訴訟程序違法時，被告得請求上級法院救濟。當被告在審判或上訴審程序中享有律師權時，如其律師權受侵害，應構成判決違背法令，而非訴訟程序違背法令³¹¹。

另外，按照刑事訴訟法第二百十九條和第一百五十條第三項，審判中法院實施勘驗時，法院對於被告及其辯護人負有事先通知欲實施勘驗之日、時和處所的義務。若無危及調查目的的原因，卻不實行通知義務，係違法勘驗，因此所取得之勘驗結果是否可以用來作為證據，關鍵在於此違法狀態可否在事後透過其他的程序行為而被解除³¹²。在物證調查的情形，除非再一次實行同樣的勘驗，因為涉及到物證物理狀態觀察的證據調查本質，難以想像因為辯護人在場權功能無法發

308*Id.* at 225-26.

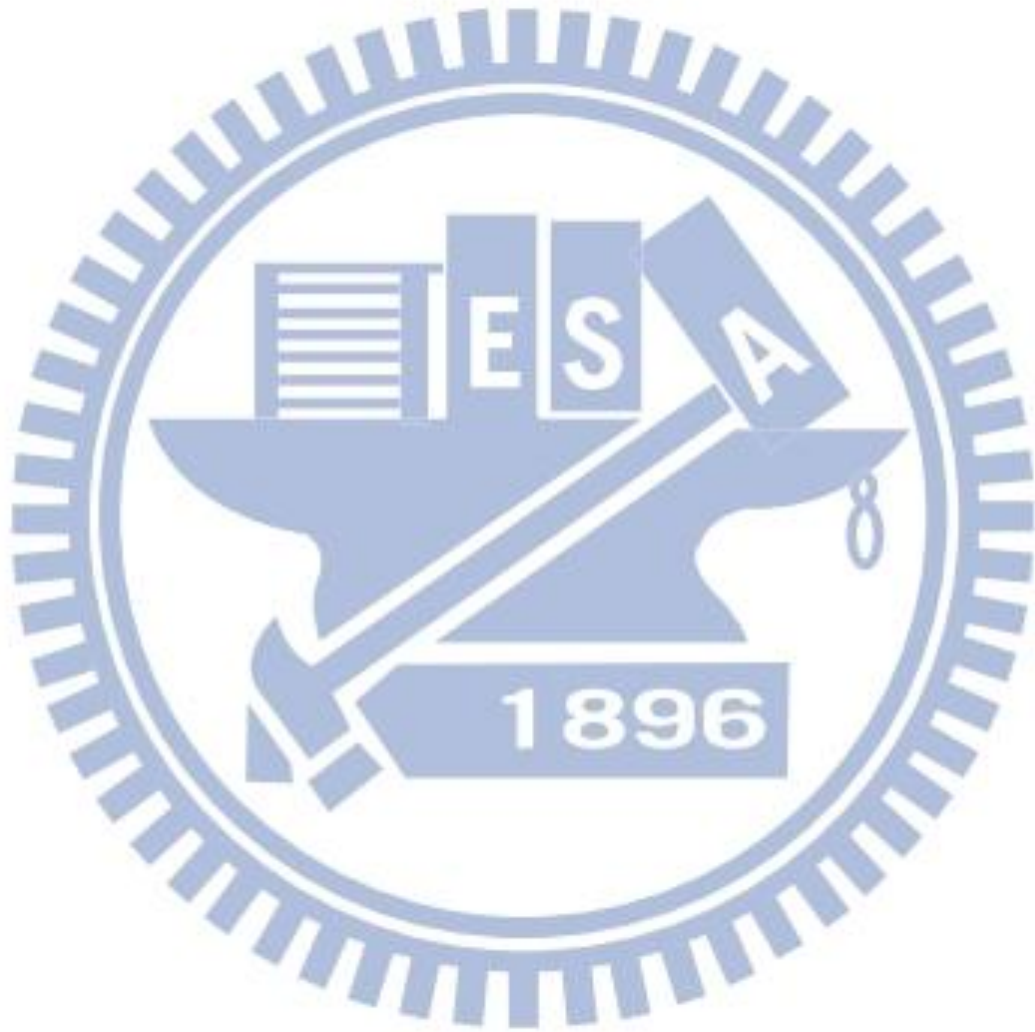
309Moulton, 474 U.S. at 170-71.

310Wade, 388 U.S. at 219-20.

311王兆鵬，〈自美國法看我國刑事被告之律師權〉，《自由、責任、法—蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，臺北：元照，頁 362-363，2005 年；王兆鵬，前揭註 304，476 頁；林妍汝，前揭註 16，86 頁；Wade, 388 U.S. at 219-20; Moulton, 474 U.S. at 170-71.

312吳俊毅，前揭註 275，頁 116。

揮所造成這樣的違法狀態可以透過其他方法被解除，因此，提示勘驗筆錄並非解除本勘驗違法性的有效方法，上述的勘驗筆錄應不得用來作為認定事實的證據。



第四章 律師未為實質有效辯護之處理

第一節 前言

承接第三章討論被告律師權出於「各種原因」而受損時，相關之程序法與證據法之處理方式，本章所討論的是當被告律師權出於「律師失職之原因」而受損時，相關之實體法之處理方式。蓋透過第三章對刑事訴訟各重要階段之實證觀察，本文發現不論是起訴前或起訴後，都存在律師無法在場或無法為被告盡實質有效辯護義務之情形，歸納實證結果，本文認為這些情形可能是起因於制度設計、執法人員，或者是出於律師之人為因素。出於制度設計者，或有待立法之補足；出於執法人員之人為因素者，往往可透過上訴以彌補、維護被告之律師權；出於律師人為因素失職者，因律師畢竟是被告密切倚賴的武器，故，儘管我國實務多以判決當然違背法令處理³¹³，但在判決當然違背法令之情形外、律師本身失職時，被告可否有別的救濟方式，則是本章要探討的主題。

本章針對律師執業過失此一議題，分別介紹美國與台灣之制度，包括律師執業過失之責任屬性、構成執業過失之責任認定要件、所需負之責任，以及可能面臨的懲戒與當事人之救濟方式。最後並比較台灣與美國之制度，建議未來我國實務若需就此議題處理時，就我國目前尚未發展完備之責任認定要件可參考美國之作法，蓋美國法系對於律師執業過失此一議題已有豐富之實務案例，相關理論亦相對地完整，可為參考。

313參本文第三章所觀察之最高法院判決，就辯護人於證據調查期間缺席、辯護人於言詞辯論程序中未為明確辯護，我國最高法院均認定違反刑事訴訟法第379條第7款，判決當然違背法令。

第二節 美國律師之執業過失

第一項 「法律執業過失」之責任屬性

美國法所談論的律師責任主要係「法律執業過失」(legal malpractice)，在責任類型的判斷上，其很難單純被歸類為契約法或侵權行為法，雖然其概念與侵權行為相似，惟其內涵無法全然為侵權行為法所規範，加上律師與當事人雙方的權利義務係奠基於契約，因此亦無法截然二分，更遑論在歐陸民事法體系中找到完全對應的類型。對此，有學者提出一個檢驗標準，或許值得參考：執業過失行為，必須涉及「法律服務提供的品質」，以及「律師執業的特質」，故侵權行為法上的詐欺(fraud)和契約法上的故意違約行為，皆不屬於執業過失行為。綜合考量上述論點，從理論層次或可如是定義律師執業過失：「違反『律師應具備的合理專業技能與注意義務』之行為，抑或違反『忠實義務』之行為」。

綜上所述，美國法之「律師執業過失」混合了契約責任與侵權行為責任的本質，無法與歐陸民事法體系的類型完全對應，而且區分其責任類型的實益有限，故以下將以「律師與當事人間存在之執業過失關係」為論述主軸，主要討論委任契約之當事人針對律師執業過失所提起之訴訟關係，不再進一步區別個案所涉具體義務究屬何種民事責任之範圍³¹⁴。

第二項 構成「法律執業過失」之要件

總體來說，要構成執業過失有四個要件：律師所負之義務、義務之違反、因果關係，以及損害。若主張律師執業過失之當事人無法證明此四項要件，亦即，

314 顏華歆，〈論律師契約義務之具體化——以律師倫理規範充實律師契約義務之可能性〉，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2003年。

提出適當程度之注意義務標準、該注意義務標準之違反、其損害與該注意義務違反具因果關係，則該訴訟無法獲得勝訴³¹⁵，以下即詳細分述此四個要件：

第一款 律師所負之義務

每一位律師對其當事人都需負注意義務（duty of care），也因此，其當事人之範圍為何就顯得相當重要，一般而言，每一位律師為其當事人代理之事務範圍即是其注意義務之範圍³¹⁶，以下將分別詳述當事人範圍與代理範圍之界定方式。

第一目 界定當事人之範圍

一、 一般當事人

以 Restatement (Third) of The Law Governing Lawyers (2000) (the Restatement)³¹⁷ 第十四條之規範可說明律師與一般當事人關係之建立起因於三種情況：

- (一) §14 (1)(a)：當事人對律師表明需要該律師提供法律諮詢，而該律師也同意提供法律諮詢、服務；
- (二) §14 (1)(b)：當事人對律師表明需要該律師提供法律諮詢，該律師並未同意但也欠缺明確拒絕，然而該律師明知或可得而知該當事人就其法律服務有合理信賴；
- (三) §14 (2)：法院以職權指定律師為特定當事人提供法律服務。³¹⁸

於上述§14 (1)(b)之情況，律師就其與當事人關係之建立往往是不知情的，通常是等到當事人對該律師提起執業過失之訴訟時，該律師才會抗辯其間並不存在

315SUSAN SAAB FORTNEY & VINCENT R. JOHNSON, LEGAL MALPRACTICE LAW: problems and prevention 35-36 (Thomson West 2008).

316Id. at 36.

317本文中所提到之 the Restatement 皆是指 Restatement (Third) of The Law Governing Lawyers (2000)。

318Restatement (Third) of The Law Governing Lawyers § 14 (2000).

律師與當事人之關係³¹⁹，是以於此種情況下，該當事人信賴之內容為何以及該信賴是否合理即是核心問題，以 2005 年之 Tropp v. Lumber³²⁰一案為例，法院認為律師與當事人之關係的成立不一定需要明確的委任契約或律師費之支付，然而若僅是當事人單方面信賴該關係之存在也同樣不能成立；要建立該關係，必須律師於個案中有明確接手特定事務之表現，而法院就該關係成立與否之判斷，則必須考量律師與當事人之行為。於該案中，原告提出證據證明該被告律師事務所負責人 Abady 曾對其表示將會監督負責該案之律師事務所同仁 Lumber，並且 Abady 與原告曾定期討論該案之細節，而在該案之審判中，Abady 也曾為原告作證一事準備，因此法院認為原告之訴有理，惟該案之律師與當事人關係之建立是基於 the Restatement §14 (1)(a)雙方合意或§14 (1)(b)擬制同意則有討論空間。

二、 潛在當事人 (prospective client)

潛在當事人常於法律諮詢中將機密資訊、相關文件或財產提供予律師並將之交由律師保管，同時也依賴該名律師之法律意見，然而律師就潛在當事人的法律諮詢往往僅只於有限之時間、深度，而無法就該當事人之問題進一步為全盤考量，職是之故，潛在當事人就律師執業過失所應受到之保護也有所限制，而與一般當事人就此議題有較為全面之保護程度不同³²¹。The Restatement 第十五條規範律師與當事人為法律諮詢後、並未建立律師與當事人之關係時，除非得到相關當事人之同意，否則該律師仍必須為該潛在當事人保密³²²；另外，就該當事人交予律師保管之財產，律師也須妥善保管³²³。

319DEBORAH L. RHODE & DAVID LUBAN, LEGAL ETHICS, FIFTH EDITION, 1010 (Foundation Press 2008).

320Tropp v. Lumber, 806 N.Y.S.2d 599, 599-600 (2005).

321Restatement (Third) of The Law Governing Lawyers §15 cmt. B (2000).

322Restatement (Third) of The Law Governing Lawyers §15 (1)(a) (2000).

323Restatement (Third) of The Law Governing Lawyers §15 (1)(b) (2000).

總括而言，該律師提供之法律服務達何種程度與該律師須對當事人所盡之注意義務係成正比之關係³²⁴。

第二目 界定代理之範圍

如前所述，律師注意義務之範圍幾乎與其代理之範圍完全重疊，因此要界定律師注意義務為何之前提即是將其代理範圍確定。律師之代理內容相當多元，可以是一個事件中簡單的書狀或信函撰寫，也可以是解答單一當事人所有法律問題之法律顧問，或者是負責出庭、為當事人辯論之訴訟代理人。在代理範圍之內，該律師對當事人負有注意義務與執業過失責任，然而一旦在範圍之外該律師就無需負任何責任³²⁵。

有時候，律師之代理範圍會隨著其為當事人處理事務的情形而有所改變，這通常是起因於代理關係之初並未設想到該事務之發生，由於律師相對於當事人擁有較多的法律知識與資源，故通常律師必須負擔通知當事人其代理範圍有所改變之義務³²⁶。關於此存在於律師與當事人間可能之爭議，最理想的做法是於最初的委任文件或相關契約中記載此項代理範圍之變化³²⁷。

另外，代理之範圍也有可能受到律師或當事人之限縮，然而此舉必須受到律師倫理規範之限制。律師倫理規範第一點二條第 c 項 (§1.2(c)) 規定，一位律師限制其代理範圍之前提為該限制係合理的，並且該當事人已被通知且進而同意³²⁸。至於何謂代理範圍之合理限制，則以如下舉例說明之：假設一位當事人之目的係在取得一般之法律資訊以解決其典型且並不複雜之法律問題，則該律師與當事人也許都同意該律師提供之服務可以僅限於電話諮詢；然而若分配給該當事人之時間與法律資訊不足以使該當事人信賴並使用，則該限制係不合理。雖然對律師代理

324Restatement (Third) of The Law Governing Lawyers §15 (1)(c) (2000).

325FORTNEY & JOHNSON, supra note 315, at 40-41.

326Restatement (Third) of The Law Governing Lawyers §19 cmt. B (2000).

327FORTNEY & JOHNSON, supra note 315, at 41.

328Model Rules of Professional Conduct R. 1.2 (c) (2007).

範圍之限制並不會減少律師須善盡代理行為之義務，然而該限制於衡量律師之代理行為是否合理妥當、是否已為當事人提供足夠之法律知識與準備時，則是必須要考量的因素³²⁹。

第二款 注意義務之違反

第一目 注意義務之標準

為證明律師違反注意義務，當事人必須證明律師並未達到該注意義務之標準，而就此標準 Mississippi 州之最高法院認為過失乃是有合理智識之人於相同或相類似應注意情況下皆能注意，然而該行為人卻未注意者³³⁰。至於律師之注意義務則依個案有所不同，法院於裁決時必須依個案考量當時之一切情況³³¹。

就注意義務之標準，法院和專家對於法律團體之平均執業水準是否可以做為律師注意義務之判斷標準則有分歧之意見，或者，即便此問題為肯定，如何定義法律團體又是另一個問題。Vermont 州最高法院曾提出一具有影響力之看法：律師執業最低的知識要求標準不應因地域差異而異。有些評論者提出了更根本的反駁，其認為這等於是該標準僅是出自於律師行業內部的認定，有失客觀；尤其有些案件可能涉及諸如建築、金融投資、醫療糾紛等其他領域的問題，但對這些涉及其他專業的案件，其執業標準卻仍然是以律師內部的認定為準。就此問題，回應者認為：該律師業內部就執業標準的訂定並非由一群律師主觀認定，而是由律師業整體環境的角度來評估考量，由總體環境之條件所加總而成，其中包括了當事人的合理期待等等，亦即，此標準不只來自於律師行業內部之自我評斷。且，此種考量總體環境而設立之標準，也是其他國家針對律師應負之注意義務所採納之標準，藉以認定律師是否構成執業過失。³³²

329Id. cmts. 7.

330Baker Donelson Bearman & Calwell, P.C. v. Muirhead, 920 So. 2d 440, 449 (Miss. 2006).

331FORTNEY & JOHNSON, *supra* note 315, at 51, 55.

332RHODE & LUBAN, *supra* note 319, at 1012.

一般而言，律師對當事人的義務有三種：第一、依其專業水準而必須有的執業表現，這執業表現不只是專業知識，同樣也包含了應盡之努力；第二、忠實義務，包含了保密義務、誠信義務、揭露義務；第三、與當事人締結之契約中所訂定的任何義務。此三種義務達到之標準應以律師同業於同樣案件中普遍應有之執業水準為標準，是以若原告要證明某律師有執業過失，則其必須證明一合理謹慎之律師處於其案件中會有特定之作為，然而該律師卻未為之；反之於不作為之情形亦然³³³。

第二目 注意義務之客觀認定

對於律師之執業過失，無須探討其主觀上是否有良好意圖，只須探究其客觀之執業表現，因為唯有客觀之標準才能讓普遍不知何謂良好之律師執業水準的社會大眾皆能夠受到律師行為規範之法律保護，使得每一位當事人受到良好的法律服務與事後的執業過失救濟，而無論其教育、知識水準如何，或是無論其貧窮或富裕。故即使是該律師主觀上認為其處理事務出於善意，然而其執業卻未達到一合理謹慎律師之標準，則過失仍然成立；反之若達到該標準，然而事後之結果並非良好，仍不成立過失³³⁴。

第三款 因果關係

另一個執業過失訴訟之原告所要負擔的舉證責任係因果關係之證明。關於因果關係是個兩階段的檢驗，執業過失訴訟中之原告須將此兩階段之因果關係皆予以證明，方得進而主張損害賠償。

第一階段之因果關係又稱事實因果關係（factual causation），原告當事人須判斷該被告律師之行為是否對其損害有法律上的重要性，若肯定其行為有不可或缺的重要性或者乃是造成該損害的單一原因，則此事實滿足了事實因果關係的要

³³³FORTNEY & JOHNSON, *supra* note 315, at 51.

³³⁴See *Cosgrove v. Grimes*, 774 S.W. 2d. 662, 664-65 (Tex. 1989).

求³³⁵，另外，原告不只要證明該律師有過失，同時也須證明該過失致生具體可量化的損害³³⁶。

第二階段又稱相當因果關係（proximate causation），主要分析將上述之事實因果關係歸咎於該被告律師是否合乎公平正義，換句話說，此階段通常是分析該律師就該損害之預見可能性，或該損害是否在該律師製造之風險範圍內³³⁷。

第一目 事實因果關係：條件理論（The But-For Test）

事實因果關係證明之法則雷同於刑法學說於處理因果關係時所採用之條件理論，亦即，對於當事人損害結果之發生，不可想像該律師之行為不存在。另外，事實因果關係之成立並非事先推定，而是必須待原告證明被告律師之行為確實造成其損害方能成立，即便是該律師於其代理範圍內犯下了一系列嚴重的錯誤，因果關係仍然需要原告加以證明。舉例而言，若原告舉證該律師代理其案件而出席審判庭卻於庭內睡著兩次，該事實仍不能成為陪審團認定被告須負損害賠償責任之證據，更進一步地，原告必須證明該律師於審判庭內睡著導致其無法獲得勝訴，方能將此事實因果關係成立³³⁸。

然而上述標準遭到嚴厲的批評，反對者認為：這因果關係法則只能適用在有客觀基礎可以認定原告一定會獲得勝訴，或於會獲得所謂「好結果」之情形，但是所謂「好結果」為何，於法律服務領域中則是一向欠缺有意義的統計數據、文獻，或者權威人士，以界定何種法律服務為良好；因此，反對者認為此因果法則於普遍的案件中並不能加以適用³³⁹。

335 FORTNEY & JOHNSON, *supra* note 315, at 79.

336 RHODE & LUBAN, *supra* note 319, at 1013.

337 FORTNEY & JOHNSON, *supra* note 315, at 79.

338 *Id.* at 79-80.

339 RHODE & LUBAN, *supra* note 319, at 1013-14.

第二目 相當因果關係

關於此階段之因果關係，各法院有不同的認定方式，有的法院認為若該當事人之損害是無法預見的，則要求被告律師負責其實相當不公平；也有的法院認為若該損害不是起因於該律師之過失所生的風險，則該律師也無須負責；其他法院則認為原告當事人的損害與被告律師之過失之間須具有自然、持續且完整的因果流程，唯有如此，要求被告律師負責才是公平。許多法院在處理、認定相當因果關係是否成立時都會採用一種以上之認定方式，以最適合個案與最有效者來處理之³⁴⁰。

相當因果關係不論是在侵權案件或是律師執業過失之案件都不是關鍵議題，因為在大多數案件中，律師之過失通常是相當明顯地導致當事人的損害，故要求律師負責自然很公平，然而在一些案件中，被告律師是否要負責任則是個爭議。於 *TIG Ins. Co. v. Giffin Winning Cohen & Bodewes, P.C.*³⁴¹，法院仔細分析了可預見性之要件，其認為律師就該當事人之損害須具有可預見性一事並非指當事人之所有損害細節律師都必須能夠預見，否則很容易導致因原告當事人難以舉證，使被告律師脫免其相當因果關係之責任。事實上，原告當事人只需證明該損害之輪廓即可，無須證明該損害之細節或該損害發生之方式，更甚者，若該可能之損害相當嚴重，而該注意義務所耗費之成本相對地低，則律師之注意義務範圍亦可能延伸至時間很久之後的損害，亦即，該律師就此類之損害也成立其可預見性，因而成立其相當因果關係之責任。

340 FORTNEY & JOHNSON, *supra* note 315, at 90.

341 *TIG Ins. Co. v. Giffin Winning Cohen & Bodewes, P.C.*, 444 F. 3d 587 (7th Cir. 2006).

第四款 損害

原告當事人所受之損害不能夠是推算估計之值，而必須有合理的證據支持，如果原告當事人不能提出具說服力之證據，證明其受損害之事實與其損害之確切金額，則原告是完全不能取得任何一點賠償金的³⁴²。

損害賠償又分為侵權之損害賠償、契約之損害賠償、精神上損害賠償、對名譽毀損之賠償，以下將逐一詳述之：

第一目 侵權之損害賠償

當律師因執業過失致生侵權訴訟時，其損害賠償之檢驗法則係前述之相當因果關係：該律師之過失成立該因果關係者，當事人之損害可獲賠償；反之則否。而原告當事人因該律師之過失所致生之具體損失額度，則是用來衡量該當事人從該律師能獲得多少之賠償金額，例如：若該律師並未有此過失則該當事人可能獲得勝訴與一定金額之賠償金，則該金額即是該律師必須負擔者³⁴³。

第二目 違反律師與當事人間契約關係之損害賠償

若當事人對律師之執業過失以違反契約的方式進行控告，則檢驗其損害賠償是否成立的法則即非前述之相當因果關係，而是以更為直觀的方式檢驗該當事人之損害是否係因該律師違反契約法一般原理原則而生之直接或間接的損害，若為肯定，則其損害賠償成立；反之則否³⁴⁴。

342FORTNEY & JOHNSON, *supra* note 315, at 181.

343*Id.* at 182-83.

344*Id.* at 183.

第三目 精神上損害賠償

精神上之損害通常無法於執業過失之訴訟中獲得賠償，然而也有例外，依據 The Restatement 第五十三條之評論提到，一般而言，因為精神上之損害係抽象無法衡量，因此當事人於因商業交易而發生之律師執業過失案件，往往無法獲得精神慰撫金；然而，於當事人因律師之過失而致入獄服刑時，則通常可獲得精神慰撫金。

另外，一些法院見解認為，只有在律師之過失係明顯並至有罪之程度時，該當事人方能獲得慰撫金³⁴⁵。Long-Russell v. Hampe³⁴⁶一案即是典型的例子，該律師 Hampe 收下了當事人 Russell 九千五百元之律師費，然而 Hampe 並未提供任何有意義的法律服務，不僅是隨意給了法律建議，使得該案之法律問題更形複雜，就該案之法律主張也並未提出強而有力的論點。當事人 Russell 因該法律問題並未被處理好以致被驅逐出 Long 之住所，同時也失去其子女監護權，Russell 因此精神大受打擊，於本案中起訴請求精神慰撫金。Wyoming 州最高法院認為，被告律師之行為並未有任何之惡意或故意，相對地，其僅屬過失之代理行為與委任契約之違反。

此外，若要於契約關係中主張精神之損害賠償，勢必會比在侵權關係中主張精神之損害賠償受到更多的限制。一般而言，於契約關係中若要主張精神上之損害賠償，必須於該違約行為之外獨立存在一個侵權行為，並且該侵權行為乃係出於故意。因此，即便是該律師 Hampe 出於惡意或違反誠信原則而違反其與當事人 Russell 間的委任契約，也不會使得該本質屬於違反契約關係而生之訴訟轉變為侵權訴訟，並進而得以主張精神慰撫金。

就該案，法院更進一步指出，於當事人針對律師執業過失之訴中，單僅只因為該律師之過失而給予不當之法律意見致當事人喪失子女監護權，並不能將當事

345Restatement (Third) of The Law Governing Lawyers § 53 cmt. g. (2000).

346Long-Russell v. Hampe, 39 P.3d 1015 (Wyo. 2002).

人之精神損害賠償合理化，因為該子女監護權乃是取決於該子女之最佳利益，這其中必須考量監護人之精神狀況、對子女之管教，以及其可陪伴子女之時間等諸多因素，是故該律師 Hampe 之過失即無法與該當事人 Russell 之損害產生直接之因果關係，Russell 之求償精神慰撫金為無理由³⁴⁷。

第四目 對名譽毀損之賠償

在律師執業過失之訴訟中，就當事人名譽受損之損害賠償有時候可得成立，特別是該律師具有主觀之故意時。主要需檢驗者乃是該當事人名譽受損一事是否為該律師可得預見，並且該損害之結果是否起因於律師之侵害行為。通常只有在少數之情況下律師之行為才會造成當事人名譽受損，並且該損害係該律師可得預見，例如：當醫生因醫療糾紛而委任律師協助處理訴訟時，該律師若因過失導致該醫師敗訴，則該律師即必須為其名譽受損負擔損害賠償責任³⁴⁸。

第三項 律師執業過失之懲處—紀律維護機構之懲戒或民事責任之負擔

關於律師執業行為之規範形形色色，小自律師專業紀律（professional discipline）、相關懲處程序與證據法則，大至民事賠償責任、刑事懲戒³⁴⁹，因此，單一執業過失行為很可能同時違反律師專業紀律而遭受紀律維護機構之懲戒，以及受到當事人要求損害賠償之民事控告或刑事控告。由於本文主要探討律師因執業過失所需負擔之民事責任之相關問題，因此以下以其制度之目的、執行者、程序適用規範與裁決者之角度切入、介紹其制度並與紀律維護機構之懲戒做比較，以資區別：

347Id. at 1020-21.

348FORTNEY & JOHNSON, *supra* note 315, at 185-86.

349Id. at 30.

第一款 制度目的與懲處模式

律師因執業過失所遭遇之民事訴訟，其目的乃是為了補償特定被害人之損失，不同於紀律維護機構之懲戒，目的在於透過律師最低行為標準的建立，廣泛地保護社會大眾。因目的不同，兩者之懲處態樣也不同，前者乃是以訴訟損害賠償的方式；後者則是警告、訓斥、接受諮詢或吊銷律師執照，更甚者則是取消律師資格³⁵⁰。

第二款 制度之執行者

當事人控告律師執業過失之民事訴訟中，當事人通常另外聘請律師對原先之律師提告，事後在以後謝金（contingent fee）的方式支付；然而紀律維護機構之懲戒則是由每州紀律維護機構之受薪人員或外聘的律師來裁決，其費用支付並不與該案如何懲處相關³⁵¹。

第三款 程序適用規範與裁決者

一般而言，因執業過失而起的民事訴訟所適用之程序規範乃是民事訴訟之程序法，其裁決律師是否要對當事人為損害賠償者通常是陪審團；而紀律維護機構之懲戒所適用者則為各州特別制定且專門適用於懲戒程序者，其裁決者則是受過相關訓練的法官或律師³⁵²。

第四款 小結

雖然關於律師執業過失行為的管制，由公權力所涉入的懲戒制度是許多具有律師制度的國家高度倚賴的方式，也是美國目前追究律師責任最大宗的途徑，然而律師懲戒制度所考量者，主要係維護律師執業尊嚴與信譽、保障人權、實現社

350*Id.*

351*Id.* at 31.

352*Id.*

會正義、促進民主法治，至於當事人所受損害是否能獲得填補似非該制度考量之重點。反之，當事人所遭受之損害僅是律師執業過失行為是否應受到懲戒之考量因素之一，故律師懲戒制度僅為防免律師不當執業行為相關措施之一環，實際上並無法填補當事人所受損害³⁵³，換句話說，律師懲戒制度實際上不能也不應取代以損害填補功能為主要功能之民事責任制度。

第三節 我國律師執業過失之責任探討

律師因執業過失所致生之風險包括民事責任、刑事責任及倫理懲戒，這三者可能各自獨立，或也有可能相互競合，其交互作用在法理上甚為可觀，³⁵⁴ 本文以下僅就此三種責任各自說明，並不細究其交互作用之情形。

第一項 律師對當事人之民事責任

律師民事責任之發生，一般而言區分成兩類，亦即，對當事人之責任與對第三人之責任³⁵⁵，由於本文主要僅討論律師與當事人間之執業過失關係，故不討論律師對第三人之民事責任。

就律師對當事人之責任而言，在台灣，因當事人與律師簽訂之服務契約在我國被歸類為委任契約，故民法債各委任一節之相關規定，原則上具有其適用性。律師對當事人所應負之民事責任，其請求權基礎主要為不完全給付（民法第二十七條³⁵⁶）與侵權責任（民法第一百八十四條³⁵⁷），民法第五百四十四條³⁵⁸（受

353顏華歆，前揭註 314。

354參姜世明，〈律師倫理及律師民事責任之規制交錯〉，《月旦法學》，第 196 期，頁 38，2011 年 9 月。

355同前註，頁 45。

356民法第 277 條規定：「因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利。」

357民法第 184 條規定：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。」

358民法第 544 條規定：「受人因處理委任事務有過失，或因逾越權限之行為所生之損害，對於委任人應負賠償之責。」

任人之損害賠償責任)及律師法第二十五條³⁵⁹等規定。在實務運作上,就結論而言,其要件之適用,應以下述之律師對當事人成立民事責任之基本要件為審查方向³⁶⁰。

第一款 契約義務之違反

律師之民事責任通常係過失不完全給付類型,而其前提則為律師之行為已該當客觀之義務違反。就不完全給付之損害賠償請求權而言,律師在此通常乃係以不作為型態違反契約義務,而非以作為之方式。然而,以不作為之方式違反契約責任之成立,其前提則建立在律師有作為之義務之存在,如:主義務、附隨義務³⁶¹或保護義務等。

應注意者係,我國律師契約義務主要以委任契約為基礎,因此律師主觀上的歸責標準與「有償委任」中受任人之注意程度相同;換言之,律師處理委任事務時,應盡到「善良管理人」之注意程度³⁶²,亦即,律師違反其注意義務之責任係抽象輕過失責任。至於該「善良管理人」之注意程度具體內容為何,應可認為其係一抽象之謹慎合理律師於個案中提供合於專業之建議與照顧,並適時為必要步驟之準備。以臺北地方法院九十一年北簡字第八三五四號判決為例,被告律師已接受原告之委任,需為原告提起上訴,但竟因逾越法定上訴之期間,導致該上訴遭判決駁回確定在案,於此情形,即難認該被告律師已盡其善良管理人之注意義務,因而導致原告喪失上訴權,有債務不履行之違約情事,對於原告自應負賠償損害之責。因此,法院判決原告依委任契約法律關係及律師法第二十五條訴請被告律師賠償為有理由,應予准許³⁶³。

359我國律師法第25條規定:「律師如因懈怠或疏忽,致當事人受損害者,應負賠償之責。」

360姜世明,《律師民事責任論》,臺北:元照,頁193-194,2004年。

361附隨義務如:闡明義務。

362民法第535條規定:「受任人處理委任事務,應依委任人之指示,並與處理自己事務為同一之注意,其受有報酬者,應以善良管理人之注意為之。」

363該判決事實為:「本院審酌被告於本件違反毒品危害防治條例案件偵查時即接受原告之委任,對於原告所犯該刑事案件最低本刑為三年以上有期徒刑之重罪,如未委任律師辯護時,亦將有公

應注意者，該注意義務並非要求律師需就特定結果之發生負有義務，此與醫師所負契約義務相同；亦即，律師並不負有為當事人必然獲得勝訴之義務³⁶⁴。就此點而言，我國律師需負之注意義務與美國相同，亦即兩者皆是以一謹慎合理之律師於個案中所應有之作為或不作為當作執業表現之衡量標準，而均未以所謂勝訴之「好結果」為之。

第二款 違法性

一般而言，律師行為被確認為違反義務時，則亦被認為有違法性存在。民法雖亦承認若干阻卻違法事由，例如：正當防衛、緊急避難或自助行為等，但此等阻卻違法事由究非屬常見。應注意者為「當事人同意」所產生之效果，針對此點，可以區分為兩種情況，其一係，律師已就贏得訴訟之可能性甚低之情況對當事人為明確詳細之告諭，而當事人仍堅持提起訴訟者；其二則為，無意義之措置，例如：於顯無審判權之法院起訴，律師受當事人請求而為之者。前者，律師可依其係遵守當事人指示，而認其行為並未違反義務；但若為後者，律師則不能主張其不負賠償責任³⁶⁵。

另外，律師民事責任之違法性要件，係指行為之違法性，而非結果之違法性，此乃如前所述，因律師之契約義務並不包括特定結果發生之故。

第三款 可歸責性

律師之可歸責性，一般認為包括故意與過失兩種可歸責態樣。一般而言，我國法雖就故意或過失之責任，於民法第二百零二條至第二百二十三條訂有一般性

設辯護人為其辯護，本知之甚詳，前後雖向原告合計收受委任報酬十三萬元，卻未慎重執行律師業務，致原告雖受重刑之宣判，卻已喪失上訴之機會；在該刑事案件審理時，只於八十九年三月二十八日、同年四月十七日及同年月二十七日到庭從事辯護業務，針對該刑事案件亦僅提出二頁之答辯狀；且於該刑事案件審理時，不思依法忠誠執行律師業務，卻涉嫌教唆證人；以及被告向承審法官要求與原告在庭外和解，其後復向原告父親表示願以三萬元和解等情，認原告向被告請求賠償以三萬元為適當。」

364姜世明，前揭註360，頁198。

365同前註，頁199。

之規定，但就律師與當事人間之委任契約，因契約當事人於一般契約關係之外另具有信賴關係，我國法乃於民法第五百三十五條特別規定：「受任人處理委任事務，應依委任人之指示，並與處理自己事務為同一之注意，其受有報酬者，應以善良管理人之注意為之。」依此規定，足見立法者已留意到委任契約中之受任人違反義務時，其可歸責性必須涉及故意或過失之標準認定的問題³⁶⁶然而，因我國就可歸責性此一要件並未如德國學說有較為完整之發展，相關之學說或實務裁判皆付之闕如，故於此不加以詳細描述，尚留待未來學說與實務之補充。

第四款 損害

於律師民事責任中，受害人所受之損害幾乎均屬於財產上之損害，此種損害類型得依所謂「差額假設說」決定其損害範圍³⁶⁷。依差額假設說，若不存在該律師之執業過失，則該當事人可獲得較現實情況更多之財產，該現實財產與假設財產的差額即是該原告當事人之損害。

所謂損失包括財產上之損失、所失利益、收入損失、額外支出費用損失及收益損失等。舉例而言，若律師因執業過失違反契約義務，以致當事人喪失繼承權，則律師應負責賠償相當於當事人有繼承權時所享有之利益，雖然於理論上律師所負之損害賠償責任係以回復原狀為原則，然而實務運作時通常是只能以金錢給付為賠償。另外，若因律師之過失而使當事人必須額外支出無用之花費，則律師自應就該費用為賠償，例如：若律師為正確處理即應得獲勝訴者，或若律師正確告諭將不致起訴者，則律師需就相關之程序費用應負起損害賠償責任。

需注意者，此一損害之舉證責任於我國實務之運作中係由當事人負擔，以臺北地院九十四年北簡字第一二八三五號判決為例，「惟律師法第二十五條既規定：『律師如因懈怠或疏忽，致委託人受損害者，應負賠償之責』，必以原告方面能

366參前註，頁 200-202。

367同前註，頁 203。

舉證證明被告受託為原告處理訴訟事件有懈怠或疏忽，致原告受有損害，始能依此規定請求損害賠償」。

此外，臺北地方法院九十九年訴字第一五五七號判決更進一步說明原告當事人除須證明有損害存在外，也需證明損受損害之額度，方具備請求賠償之基礎：

「不僅原告尚未證明被告處理受任事務有何過失，縱有過失，有無損害賠償或減少價金請求權，亦乏定論，且可能遭受之損害或應減少之價金未獲原告證明，依無損害即無賠償之原則，原告於返還價金訴訟難獲勝訴判決，顯可預期。原告嗣以因被告之行為受有前開訴訟無法獲償之損害，依律師法第二十五條、民法第五百四十四條及第二百二十七條第二項規定，請求被告給付一百萬元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息，自屬無理，應予駁回」。

第五款 因果關係

若要在我國律師執業過失之民事責任程序中就因果關係要件為論斷，則具有較高之困難度，蓋因我國就因果關係之見解，學說與實務之發展未必與先進法治國家之見解相同，例如：區分責任成立因果關係、責任範圍因果關係，或者因果關係與歸責關係之認識，我國法與德國法不論是理論或實務皆有落差³⁶⁸。

本文認為就律師執業過失之民事案件，因果關係之認定不妨採相當因果關係以保護當事人一方、便利其舉證。相當因果關係係指「無此行為，雖必不生此損害；有此行為，通常即足生此種損害，是為有因果關係。無此行為，必不生此種損害；有此行為，通常亦不生此種損害，即無因果關係。」³⁶⁹至於有無因果關係之認定，應綜合具體情事客觀判斷之。一般而言，因果關係是屬於事實問題，於民事訴訟中原則上係由法院加以認定。

368同前註，頁 204。

369參最高法院 23 年上字第 107 號、33 年上字第 769 號、48 年台上字第 481 號判例。

惟，同於前述第四款之損害，當事人若對其委任律師提起律師法第二十五條之訴訟主張時，當事人仍需就因果關係負起舉證責任，如臺灣高等法院九十一年上字第一八二號判決「就此條（律師法第二十五條）規定，我國實務運作係以當事人須舉證證明律師為其處理訴訟事件有懈怠或疏忽而致其受有損害，始能依此條規定請求損害賠償。反之，若被告未能舉證證明律師就其事務處理有懈怠或疏忽，或未能證明其損失、其損失與律師過失間之因果關係時，則無從依本條規定請求賠償」。

第二項 律師對當事人之刑事責任

律師因執業行為導致當事人受損，因而致自己需負擔刑事責任者，其刑事責任為何，需視其為當事人執行任務時所為之違法行為而定。若以「為他人處理事務」之構成要件切入，則有刑法第三百四十二條之背信罪：「為他人處理事務，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害本人之利益，而為違背其任務之行為，致生損害於本人之財產或其他利益者」。該當背信罪之前提為「為他人處理事務」，即，受他人委任而為其處理事務³⁷⁰，就此點而言，律師與當事人簽訂委任契約且為當事人處理事務即該當此一前提。故，當律師致當事人之財產或其他利益受損害之執業行為是出於「意圖為自己或第三人不法之利益，或損害本人之利益」之主觀意圖而違背其受委任之職務時³⁷¹，則依當事人之財產或其他利益是否已受損害為區別，律師分別該當本罪之既遂或未遂³⁷²。

律師因「為他人處理事務」而致生刑事責任者，除背信罪外即無其他，蓋其餘之刑事責任皆與「為他人處理事務」此一要件無關，而多為律師藉其執業行為

370參最高法院 49 年台上字第 1530 號判例、100 年度台上字第 4902 號判決。

371參最高法院 30 年上字第 1210 號判例、100 年台非字第 2 號判決：「刑法第三百四十二條之背信罪，以有取得不法利益或損害本人利益之意圖為必要，若無此意圖，即屬缺乏意思要件，縱有違背任務之行為，並致生損害於本人之財產或其他利益，亦難律以本條之罪」

372參最高法院 99 年台上字第 8245 號判決、100 年台上字第 6444 號判決：「所謂『致生損害於本人之財產或其他利益』，屬於結果犯。並以本人之財產或其他利益已否受有損害，為區別既遂、未遂之標準。蓋因本罪之構成，以損害本人之財產或其他利益為要件。」

違犯、該當刑法之相關規定而需依法追究其責任，如：刑法第三百三十九條之詐欺罪³⁷³。

第三項 律師懲戒

第一款 懲戒機關

依律師法第三十九條至第四十四條之規定，要成立律師之懲戒案，必須該律師確實發生違反律師法相關規範之行為，進而由司法單位如檢察署，或檢舉人如各該主管機關³⁷⁴，將該名律師移送至其所屬之該地律師公會辦理。

律師公會收到此類案件後，需先召開會員大會或理事、監事聯席會議，如果該案件於會員大會或理事、監事聯席會議即已遭到否決，則該檢舉案件或被交付懲戒之案件即已結束，不會再一步進入律師懲戒委員會之審查。反之，如果會員大會或理事、監事聯席會議決議通過該案件，則進一步才會將該案件送進律師懲戒委員會，由律師懲戒委員會決定懲戒與否³⁷⁵。

律師懲戒委員會的組織係由高等法院院長指定法官三人，並由該院函請高等法院檢察署指定檢察官一人、中華民國律師公會全國聯合會推薦律師五人組成。³⁷⁶

如果被懲戒律師、移送懲戒之檢察署、主管機關或律師公會，對於律師懲戒委員會之決議不服，則得向律師懲戒覆審委員會請求覆審³⁷⁷。

373刑法第 339 條第 1 項：「意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付者」、第 2 項：「以前項方法得財產上不法之利益或使第三人得之者，亦同。」參臺北地院 100 年簡字第 2656 號判決：「核被告上揭所為係犯刑法第 339 條第 1 項之詐欺取財罪。爰審酌被告為一執業律師，理應恪遵其職業道德操守，竟因一時貪念，罔顧在野法曹之尊嚴，憑恃告訴人○○○對其職業之高度信賴，施以詐術騙取巨額財物，其可非難性更甚於一般」。

374律師法第 40 條第 1 項：「律師應付懲戒者，由高等法院或其分院或地方法院檢察署依職權送請律師懲戒委員會處理。其因辦理第二十條第二項事務應付懲戒者，由各該主管機關逕行送請處理。」

375律師法第 40 條第 2 項：「律師公會對於應付懲戒之律師，得經會員大會或理事、監事聯席會議之決議，送請律師懲戒委員會處理。」

376參律師法第 41 條、律師懲戒規則第 2 條第 1 項。

377參律師法第 42 條。

至於律師懲戒覆審委員會之組織方式，係由最高法院院長指定法官四人，並由該院函請最高法院檢察署指定檢察官二人、中華民國律師公會全國聯合會推薦律師五人、學者二人共同組成³⁷⁸。

第二款 懲戒事由

依律師法第三十九條之規定，律師應付懲戒之情形有如下事由：

「一、有違反第二十條第三項³⁷⁹、第二十一條³⁸⁰、第二十二條³⁸¹、第二十四條³⁸²、第二十六條³⁸³、第二十八條至第三十七條³⁸⁴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³⁸⁵或律師公會章程之行為，情節重大者。」

此外，法律扶助法第二十七條亦有規定律師應付懲戒之情形：

「擔任法律扶助之律師，應忠實執行工作，善盡律師職責。

律師經選定或指定擔任法律扶助時，非有正當事由，不得拒絕。」

378參律師法第43條、律師懲戒規則第2條第2項。

379律師法第20條第3項規定：「律師辦理前項事務（律師依法得代理之事務），應遵守有關法令規定，如有違反，應依有關法令處理。」

380律師法第21條：「律師應設事務所，並應加入該事務所所在地及執行職務所在地之地方律師公會。但同一地方法院管轄區域內，不得設二以上之事務所，並不得另設其他名目之事務所。」

381律師法第22條：「律師非經釋明有正當理由，不得辭法院指定之職務。」

382律師法第24條：「律師接受事件之委託後，非有正當理由，不得終止其契約；如須終止契約，應於審期前十日或偵查訊（詢）問前通知委託人，在未得委託人同意前，不得中止進行。」

383律師法第26條：「律師對於左列事件，不得執行其職務：

一、本人或同一律師事務所之律師曾受委託人之相對人之委任，或曾與商議而予以贊助者。

二、任法官、檢察官或司法警察官、司法警察時曾經處理之事件。

三、依仲裁程序以仲裁人資格曾經處理之事件。

當事人之請求如係職務上所不應為之行為，律師應拒絕之。」

384其中與律師之執業過失、當事人利益直接相關之條文如：第28條：「律師對於委託人、法院、檢察機關或司法警察機關，不得有矇蔽或欺誘之行為。」、第32條第2項：「律師對於受委託、指定或囑託之事件，不得有不正當之行為或違反其業務上應盡之義務。」

385律師倫理規範中，與當事人利益直接相關者有第26條第1項與第2項：「律師為當事人承辦法律事務，應努力充實承辦該案所必要之法律知識，並作適當之準備。律師應依據法令及正當程序，盡力維護當事人之合法權益，對於受任事件之處理，不得無故延宕，並應及時告知事件進行之重要情事。」

違反前二項規定者，視同違背律師倫理規範，如情節重大，應付懲戒，由基金會移請律師懲戒委員會依律師法處理。」

綜合觀察上述律師應付懲戒之事由中，與「因律師之執業過失致當事人受損害」相關之規範，大多數對律師之執業標準都是：遵守其所處理之事務的相關法令、以正當之行為執行事務。總括而言，律師之執業規範即是律師倫理規範第二十六條第二項之：「應依據法令及正當程序，盡力維護當事人之合法權益」。

第三款 懲戒方式

依律師法第四十四條規定，懲戒處分有以下四種方式：「一、警告。二、申誡。三、停止執行職務二年以下。四、除名。」即，一律師執業過失之案件經過律師公會、律師懲戒委員會之層層審理後，最後由律師懲戒委員會決議，並出具「律師懲戒委員會決議書」³⁸⁶，以上述四種方式之一作為懲戒該名律師之處分。

第四節 小結

傳統上，美國律師之執業過失指的是律師因業務過失而造成當事人經濟上損失，當事人進而控告、請求損害賠償的情形³⁸⁷，然而時至今日，美國法院與學者率皆認為律師執業過失應有更廣的定義，而不只限於因業務過失造成當事人上經濟損失的情形，其也含括就律師業務上過失之控告、律師忠實義務之違反、律師因過失之不當代理、故意侵權，如詐欺與侵占，等等諸多相關於律師專業責任之控告³⁸⁸。

反觀國內，台灣目前就律師執業過失問題的討論尚停留在理論層面，且多侷限於律師與當事人間訂立之民法委任契約相關權利義務之違反。然而律師服務契約的特殊性，尤其是當事人與律師間的高度信賴所衍生的忠實義務，並非民法在

386參律師懲戒規則第16條「評議會決議後，原審查委員應於七日內作成決議書。」；第17條懲戒書應記載事項。

387FORTNEY & JOHNSON, *supra* note 315, at 15.

388*Id.*

設定委任契約類型特徵時的上位概念或指導原則；因此，關於律師對於當事人所傳遞之資訊有無緘默義務、律師現任當事人與前任當事人發生利益衝突時，律師有無拒絕委任之義務等等諸多律師倫理規範須討論與規範之問題，在我國有限的討論中皆付之闕如，有待學說與實務進一步發展³⁸⁹。

此外，綜合比較台灣與美國之制度，可發現因美國法系並未有明確之責任類型，故其一概以當事人對律師執業過失所受損害提起民事賠償之「關係」為探討，而不像台灣因為繼受歐陸法系，而必須於討論此問題時事先釐清該民事賠償之「關係」係為侵權關係或者契約關係，再進一步研究其責任歸屬該屬於何一責任類型，進而區分其責任要件，是此兩制度明顯不同之處。

然而，綜合觀察比較台灣與美國之制度，不難發現受損害之當事人若就律師執業過失之民事訴訟欲獲得損害賠償所需證明之責任要件，兩者之大綱架構皆為雷同，亦即其範圍大致不脫離律師之注意義務、注意義務之違反、當事人之損害，以及該損害與律師義務之違反間之因果關係，雖然台灣之責任要件繼受歐陸法系之德國法，因而多了違法性與歸責性兩個要件，惟因目前之台灣法律環境就律師之執業過失尚未多有討論，相關之實務也欠缺前例可作為參考，是故此兩個要件目前也僅止於學說引介德國文獻，而於台灣實務上未能有更進一步之說明、引用。對於此點，本文認為，未來若發生當事人對律師之執業過失求償之案件，不妨參考美國法系之責任要件為架構，分析該律師是否須負損害賠償之責，蓋美國法系於此類案件之發展已有完整之理論與實務前例可供參考；另外，再輔以歐陸法系就責任要件之論述與標準加以檢視，以決定該律師執業過失之責任範圍。

389顏華歆，前揭註 314。

第五章 研究結果與建議

第一節 研究成果與建議

我國刑事訴訟制度為改良舊制「職權主義」下，起訴前之階段因法律規範不足，造成警察機關常以違法之手段使犯罪嫌疑人認罪，及起訴後之階段因檢察官人力調度之問題，致檢察官未能切實到庭實行公訴，法官須全程主導證據調查、主動蒐集對被告不利之證據等審判者與追訴者混淆之現象，刑事訴訟法於民國九十二年二月六日修法改採「改良式當事人進行主義」。

不同於舊制職權主義中，法官依法必須盡其職權調查之義務以釐清案件事實，而被告與檢察官之舉證責任則因此相對減輕，因即使辯護人未為強而有力之辯護，法院也需依職權調查對被告有利之證據，否則即構成判決違法，因此舊制下，若辯護人未為強而有力之辯護，尚不致影響被告之權益或案件事實之發掘；然而，在新制中，舉證責任原則上須由雙方當事人負擔，法院之調查義務除了對公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項之外，原則上轉為輔助性質，於這樣的轉變下，「當事人武器對等」對於實現訴訟之公平正義即相當重要，此亦為新制所追求之精神，否則審判之結果就有可能會與案件之真實不符。然而，由於被告無論在法律知識層面，或在接受調查、被追訴的心理層面，相較於具有法律專業知識、熟悉訴訟程序之檢察官均處於較為弱勢的地位，因此，訴訟程序之進行即不可僅強調當事人形式上之對等，尚須有強而有力的辯護人以實質有效之辯護協助被告，以確實保護被告法律上利益，監督並促成刑事訴訟正當程序之實現。故，於新式之改良式當事人進行主義下，被告之律師權是否已受到完整之保障即是刑事訴訟制度是否能實現公平正義的關鍵之一。

於我國，「律師權」於起訴前之階段的目的主要係為了保護被告免於因為偵查階段某些令人震懾的程序而做出非真實、非任意、非明智的陳述或重大決定，因此，基於此一目的，凡是偵查中有強制處分而可能導致被告作出非真實、非任

意、非明智的陳述或重大決定時，應即賦予被告接受律師協助的權利；至於起訴後之階段，「律師權」之目的則是為了確保當事人兩造之武器對等以及訴訟程序之公平性，並藉此達到保障被告權利之目的。

至於美國法之律師權，則區分聯邦憲法第五修正案與第六修正案兩種法源。第五修正案係保障人民於任何刑事案件中得享有不自證己罪之權利，此權利之所以衍生出律師權之原因為，當被告處於不自由之環境下接受訊問，被告的意志很容易受到整體環境的壓迫而無法自由、自願地陳述，因此於此種環境下之訊問，律師之在場即成為落實聯邦憲法第五修正案不自證己罪之權利不可或缺的被告權利；至於第六修正案之律師權則是明文規定被告得享有受律師協助之權利，以協助其法庭上之辯護。第六修正案設立律師權之目的係為了保障被告可以免於因為對於法律程序與其所享有之法律上權利一無所知、不知如何為自己辯護，而導致被判刑之結果，蓋被告對於證據法則並不熟悉，欠缺律師之協助，被告或許會面臨不適當之控訴，或者因不適格的證據而被判刑。

綜合觀察美國與我國之律師權，就起訴前之階段，相對於美國聯邦憲法第五修正案，我國有刑事訴訟法第二百四十五條第二項之律師得於司法警察（官）詢問犯罪嫌疑人或被告時在場並陳述意見之規定，惟我國於該條亦設有但書之規定，使得律師於「有事實足認其在場有妨害國家機密或有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人或妨害他人名譽之虞，或其行為不當足以影響偵查秩序」之情況下，得被排除在場，相對於全然開放被告之律師權，此但書之規定是我國法規賦予被告律師權較謹慎之處。

就起訴後之階段，相對於美國聯邦憲法第六修正案保障被告於審判程序可接受律師協助其辯護，我國刑事訴訟法第二十七條有規定被告可以隨時選任辯護人，強制辯護案件則法院必須為被告指定辯護人，然而，就第六修正案所包括之五項權利內容，對比我國規定，則有以下幾點不同：第一，就無資力被告聘任辯護人，我國刑事訴訟法第三十一條第一項有規定被告需聲請法院指定公設辯護人或律師為其辯護，或者法院依職權認為必要者亦需為被告指定，相對於此，美國

之權利內容為：若被告無資力聘請律師，國家必須出資為其聘任律師，否則無法保障被告獲得一公平之審判，就此，本文建議我國可參考美國實務所累積之權利內容，對於無資力之被告一律為其指定辯護人，除非被告明確且自願地表示放棄，以一律保障兩造當事人之武器對等，而無分被告之資力。第二，綜合我國最高法院判決與刑事訴訟法第三百七十九條第七款規定，我國對於辯護人應為實質有效辯護之標準僅明文規定適用於「依刑事訴訟法應用辯護人之案件」與「已經指定辯護人之案件」，而對於其他選任辯護人之案件則未明確表示是否適用；相對於此，美國實質有效辯護之標準一律適用於被告自行選任之辯護人及國家出資為被告聘任之辯護人，參考美國之實務經驗，本文認為此標準應同美國之制度，一體適用於強制辯護案件以及選任辯護案件，蓋最高法院就強制辯護案件所宣示之實質辯護，幾乎已是最低程度的辯護標準，若辯護人未能提供此標準之辯護，應認已與公平正義有違。第三，就律師權之拋棄，我國現行法上並無規範，實務見解多以被告已明確知悉其得享有辯護人在場權後，若未堅持辯護人到場或明白表示無須辯護人到場，則可認被告已自願放棄此權利。相對於此，美國實務經驗指出其憲法上之律師權係得拋棄之權利，惟被告需於知悉所放棄之權利內容為何，以及放棄律師權會對被告造成何種不利影響之前提下，自願且明確地放棄。對此，本文仍建議我國法規參考美國就放棄律師權所設之要件，蓋其要件於個案中判斷被告是否已放棄律師權時，為一明確而可具體操作之標準。

承接改良式當事人進行主義與律師權之介紹與說明，本文第三章以我國最高法院之判決為主，高等法院之判決為輔，觀察我國現行實務中，辯護制度、律師權於改良式當事人進行主義下是如何運作、被告或犯罪嫌疑人是否已獲得足夠之保障。就起訴前之階段，本文探討司法警察（官）詢問程序、指認程序，及羈押訊問程序共三個階段；至於起訴後之階段，本文探討審判中之證據調查程序與言詞辯論程序中，辯護人是否已盡實質有效辯護；多數被告以同一辯護人為共同辯護時，法院如何判斷多數被告間是否存在利益衝突及辯護人是否已迴避共同辯護，以及審判中勘驗之辯護人在場權。

就司法警察（官）詢問程序之辯護人在場權，於美國實務中，一旦於監禁或拘留中之被告或犯罪嫌疑人主張聯邦憲法第五修正案不自證己罪原則所衍生之律師權，接下來任何由警方主動開始之詢問，即便警方於此詢問前仍為權利告知，任何被告之回答，或被告因此詢問而為律師權之放棄，對於證明被告有罪此一待證事實，皆一概不具有證據能力且為無效。我國最高法院九十八年度台上字第六八七二號判決中，被告之辯護人並無刑事訴訟法第二百四十五條第二項但書得限制或禁止其在場或陳述意見之情事，惟該司法警察卻違反上開規定，將辯護人阻絕於偵訊室玻璃窗外，使辯護人無法即時為被告陳述意見並以製作十三行之筆錄，此種情況若依美國聯邦最高法院之見解，除非此十三行之筆錄係被告主動開啟關於其所涉案件之對話，否則如果是由警方所開啟的警詢，則此十三行筆錄即同我國最高法院之見解，並無證據能力。但較特別的是，若依美國聯邦最高法院的見解，此時法院可以利用該警詢筆錄作為彈劾證據，不論是彈劾被告於他案作為證人時的可信度，或彈劾被告於該案審判中所為之陳述，蓋排除系爭陳述在主要案件的證據能力，已足警示、使政府避免再度違反憲法所保障之權利，是我國實務或將來修法時可參考之做法。

就司法警察（官）詢問程序辯護人在場權之放棄，刑事訴訟新制下，被告律師權日漸受到重視，對於此一權利告知程序的踐行，也被肯認為屬正當法律程序之一環，所謂告知，應指實質告知，對於無法律知識的被告而言，踐行告知義務應使其瞭解權利內涵，而非僅為形式告知。同樣，當被告主張拋棄受律師協助的權利時，亦應係出於自願、明確、合於要式的放棄，其放棄始生效力。不得因被告「不堅持律師到場或陪同」或「開始回答問題」，遽認被告已經放棄其律師權。臺灣高等法院九十四年上易字第五五四號判決認為，若刑事局偵查員係蓄意避免辯護人在場，豈會事先主動通知辯護人到場，嗣後再迂迴要求被告請辯護人離去，是被告係自願放棄辯護人在場之權利，難謂其選任辯護人到場之權利有何遭不當剝奪之情形可言，本文認為，如此認定被告拋棄律師在場權之判斷過於粗率，並未以明確之標準檢視被告是否已知悉律師權之意義、被告是否出於自願且明確地

放棄。為防止類似案件中，不確定被告是否已放棄律師權之疑義，未來宜修法增訂被告放棄律師權之相關要件及程序規範，以確保被告律師權之拋棄為真實且自願。

就指認程序之辯護人在場權，我國目前關於指認之規範包括「法務部對於指認犯罪嫌疑人程序要領」、「人犯指認作業要點」、「警察機關指認犯罪嫌疑人程序要領」、「警察機關實施指認犯罪嫌疑人程序要領」，以及「檢查機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項」全數規範均未提及指認程序是否需有辯護人在場此一要件，顯見我國對指認程序中被告受辯護人協助之權利尚且不夠重視。本文認為，證人指認本身即具有錯誤之高度風險，再加上審判中證人之指認相當程度上也受到偵查中指認結果之影響，故而，不論是審判中或偵查中，辯護人都應該於指認程序在場，蓋，同美國見解，辯護人在場不但可作為防制指認錯誤之重要機制，亦可因為律師參與指認程序進而使審判中被告一造對證人之交互詰問更為堅實、具備實質意義，因此辯護人之在場權應列入指認程序應具備之規範之一。至於違反指認程序，包括未有辯護人在場，所生之指認結果，是否具有證據能力？本文肯認除有例外情況外，應絕對排除其證據能力之見解，蓋如此作法對於落實指認規範具有正面效用。最高法院於九十九年台上字第二二一二號判決中認為，本案第一次指認違反警政署之「警察機關實施指認犯罪嫌疑人程序要領」，已見瑕疵；且，證人偵、審中之指述，較諸警詢時之陳述具體明確，是否已違經驗法則，即有疑義，乃係就指認程序之高度風險保持謹慎之態度，值得肯定。

就羈押訊問時之辯護人在場權，因我國現行法規並無規範，參考美國刑事訴訟制度為當事人兩造對抗制，因此美國實務向來致力於保障被告能具有與檢察官相抗衡的能力，從而設立聯邦憲法第六修正案律師權之制度性保障。聯邦最高法院向來強調，由於法院的審判將剝奪被告的生命、自由等權，故法院確保被告享有第六修正案之律師辯護權，是法院得以行使審判權的重要前提。聯邦最高法院於 *Rothery v. Gillespie County* 案認為：「當被告第一次出現於司法官員面前，明白其被指控犯罪，且其自由因為政府調查所需而受到限制之時，兩造對抗程序已

經啟動…」從而應賦予被告律師權保障，聯邦最高法院之所以在 Rothgery 案將「被告的人身自由因為政府調查所需而受到限制，被告第一次出現在司法官員面前時」作為兩造對抗程序啟動的時點，應給予被告聯邦憲法第六修正案之律師權保障，其背後原因應在於此時政府乃是以被告作為控訴標的，而欲限制其自由，故此時需給予被告一個能有效對抗政府的武器，以擺脫該自由的限制。對比我國規定，刑事訴訟法第一百〇一條第一項，第一款與第二款所規定避免逃亡、串供的羈押要件，本質上即屬於國家為了日後偵查、審理案件需要，而企圖以羈押處分，作為限制被告自由的手段，換句話說，以 Rothgery 案的標準，被告的人身自由因為政府調查所需而受到限制，為了使被告能有效對抗政府，確實應給予其律師辯護權之保障。反觀我國最高法院九十五年台上字第二六三二號判決，因我國目前法規並無規範，最高法院未能自「被告將因政府調查所需而被限制自由，此時應賦予被告律師權以確保此一剝奪被告自由之權利正當性」此一角度切入，而是僅從被告所抗辯之主張加以審理，認為被告之智能障礙並不到無法為完全陳述之程度，則其於警詢及偵查初訊、第一審法院羈押訊問時雖無辯護人或輔佐人陪同或在場，仍無礙其得本於自由意志而為陳述並了解其陳述之意義，是較可惜之處。

就強制辯護案件，辯護人於審判期日之缺席與未為明確辯護，本文認為，刑事訴訟法第二百八十四條辯護人應於審判期日到庭為被告辯護之規定應一律適用於選任辯護案件，蓋強制辯護案件與選任辯護案件之差異在於對被告的財產、自由、生命剝奪之程度不同，然而不論何種案件，辯護人都是被告重要的攻防武器，這點並不因強制辯護案件或者選任辯護案件而有差異，且在改良式當事人進行主義之新制下，武器對等是公平審判的重要前提，公平審判則是憲法第十六條訴訟權賦予人民的保障。此外，就辯護人之辯護品質，整理最高法院之實務見解發現，最高法院僅就強制辯護案件宣示辯護人應為實質有效辯護，卻未對選任辯護案件有所著墨，就此，本文也認為應一律適用於選任辯護案件，蓋除上述意見外，最高法院就強制辯護案件所宣示之實質辯護，幾乎已是最低程度的辯護標準，在其

他非強制辯護案件，如辯護人未能提供此最低標準之辯護，應認已與公平正義有違。

就強制辯護案件之辯護人是否已為實質辯護，我國最高法院至少有兩個切入的角度：第一，觀察辯護人是否有為被告之利益辯論或提出書狀，例如，雖有提出書狀但內容並不能為被告爭取訴訟上權益者，不合於實質辯護；第二，觀察審判期日中之關鍵程序辯護人是否在場，如關鍵程序辯護人未在场，無庸探討辯護人是否有為被告之利益辯論或提出書狀，直接認定被告未受實質辯護。整理我國最高法院判決見解發現，我國最高法院多由辯護人是否形式上已到庭進行辯護，或辯護人形式上是否曾有為被告辯護為判斷標準，對於辯護人是否已為「實質辯護」之判斷標準則較少有所著墨，就此，或許是因為法官角色之限制，若要求其進一步為被告檢視辯護人是否已為實質有效辯護，則可能有失公平聽審之中立立場，就此，本文認為，我國可以參考美國實務檢視辯護人是否已為實質有效辯護之標準，即，於法院先行以形式上之標準檢視辯護人是否於審判程序出席、到庭辯護後，若被告仍認為辯護人之行為有損其權益，則可主張辯護人之辯護行為具有「行為瑕疵」及「結果瑕疵」，以主張辯護人並未為其盡實質辯護之義務，蓋此兩項自結果觀察之標準確實可以具體地檢視辯護人之辯護行為是否有執業上之瑕疵，且此瑕疵導致當事人被告之損害而有必須救濟之必要，且，由被告之立場來主張、判斷辯護行為之實質層面，相較於法官之中立立場，來得更為妥適。

就共同辯護，多數被告間利害相反，綜合觀察我國實務與美國相關規範，多以被告之律師權是否受不利影響為判斷標準，如我國實務之「以辯護人就數被告被訴之犯罪事實而為防禦時，能否均為適當充分之辯護為斷」、「以是否礙於上訴人防禦權之行使、於其訴訟上之權利是否有所影響」；美國律師公會所訂之專業行為準則「直接對另一個被告產生不利影響」與「其代理行為有受到重大限制的風險」。至於違反利害衝突禁止共同辯護之規定，其法律效果如何？美國實務認為，當法院拒絕辯護人作出更換辯護人的請求時，此時已推定被告的防禦權受到侵害，須一律撤銷判決而不能適用無害錯誤分析法則。我國最高法院之見解則

認為，違反利害衝突禁止共同辯護規定之判決難認適法，應撤銷原判決，發回更審；惟也有認為縱然另指定不同辯護人為被告辯護，仍應為相同之認定時，不應將原判決撤銷、發回更審，此一見解固然符合訴訟經濟之考量，惟對被告之權利保障是否足夠，則有疑慮，本文認為，與其因刑事訴訟法第三十一條但書之規定而存在此一需權衡之衝突，不妨參考我國學說見解，亦即，於將來之立法政策上，宜採行禁止共同辯護之原則，如此不僅省去法官須於本案審理之外，另外判斷共同辯護之被告間是否存在利益衝突之不便、司法資源之浪費以及所造成之訴訟延宕，亦能落實個別被告，不論是選任辯護或指定辯護，均能受到辯護人實質有效辯護之訴訟防禦權的保障。

就審判中勘驗之辯護人在場權，若依照美國法，本案勘驗時無律師在場，此時筆錄應無證據能力，與我國最高法院見解一致。依美國聯邦最高法院的見解，政府是否違反被告的律師權保障，可由兩方面觀察：一、政府的行為是否已阻撓、稀釋被告的律師權保障；二、人民是否能夠獲得實質有效的辯護，並於審判中獲得公平提出主張、抗辯的權利。

最高法院九十四年台上字第四九二九號判例中，法院勘驗時並未通知當事人及辯護人，法院的作為已忽視被告的律師權保障，剝奪被告或公平審判及實質有效辯護的權利。其勘驗結果所得之筆錄，自應無證據能力。如被告於審判或上訴程序受到律師權的保障，而其律師權的保障卻於該程序進行中被剝奪或稀釋，則該程序及程序之結果應撤銷之，審判之訴訟程序違法時，被告得請求上級法院救濟。當被告在審判或上訴審程序中享有律師權時，如其律師權受侵害，應構成判決違背法令，而非訴訟程序違背法令。

另外，按照刑事訴訟法第二百十九條和第一百五十條第三項，審判中法院實施勘驗時，法院對於被告及其辯護人負有事先通知欲實施勘驗之日、時和處所的義務。若無危及調查目的的原因，卻不實行通知義務，係違法勘驗，因此所取得之勘驗結果是否可以用來作為證據，關鍵在於此違法狀態可否在事後透過其他的程序行為而被解除。在物證調查的情形，除非再一次實行同樣的勘驗，因為涉及

到物證物理狀態觀察的證據調查本質，難以想像因為辯護人在場權功能無法發揮所造成這樣的違法狀態可以透過其他方法被解除，因此，提示勘驗筆錄並非解除本勘驗違法性的有效方法，上述的勘驗筆錄應不得用來作為認定事實的證據。

至於我國律師若發生執業過失時應如何處理，站在被告之立場，目前有三種救濟方式，包括辯護人之民事責任、刑事責任，以及辯護人需面臨律師懲戒之懲處程序。就辯護人之民事責任，綜合觀察比較台灣與美國之制度，不難發現受損害之當事人若就律師執業過失之民事訴訟欲獲得損害賠償所需證明之責任要件，兩者之大綱架構皆為雷同，亦即其範圍大致不脫離律師之注意義務、注意義務之違反、當事人之損害，以及該損害與律師義務之違反間之因果關係。

至於律師因執業行為導致當事人受損，因而致自己需負擔刑事責任者，其刑事責任為何，需視其為當事人執行任務時所為之違法行為而定。若以「為他人處理事務」之構成要件切入，則有刑法第三百四十二條之背信罪，此外，其餘之刑事責任皆與「為他人處理事務」此一要件無關，而多為律師藉其執業行為違犯、該當刑法之相關規定而需依法追究其責任，如我國實務曾發生律師因職務之便而違犯刑法第三百三十九條詐欺罪者。

至於律師之懲戒方式，依律師法之規定，需先由司法單位或各該主管機關，將該被付懲戒之律師移送至其所屬之該地律師公會辦理，再由律師公會召開會員大會或理事、監事聯席會議決議，若決議通過該案件，則進一步將該案件送進律師懲戒委員會，由律師懲戒委員會決定懲戒與否。懲戒方式有四種，包括警告、申誡、停止執行職務二年以下，以及除名，即，一律師執業過失之案件經過律師公會、律師懲戒委員會之層層審理後，最後由律師懲戒委員會決議，並出具「律師懲戒委員會決議書」，以上述四種方式之一作為對該名律師之懲處。

透過對我國最高法院與高等法院判決之實證研究，本文發現我國律師不論是於起訴前或起訴後之重要階段，都存在無法為被告盡實質有效辯護義務之情形，這些情況有起因於制度者，也有起因於辯護人本身失職之人為因素，或出於司法人員執法時之過失，因而導致被告律師權被完全剝奪或被部分侵害之結果。

儘管我國最高法院或高等法院於判決中已點名被告之律師權被剝奪或被侵害之議題，並且於多數之見解中均要求將判決發回更審以作因應，然而並非所有判決都是如此處理。再者，即便是發回更審，對於起訴前之階段被剝奪律師權之被告而言，其律師權被剝奪之事實已經無法回復，蓋不論是警詢程序或者是羈押審查訊問程序，當辯護人缺席，被告即時獲得辯護人協助之權利即已永久地被剝奪，此時，若法院認定警詢筆錄並不具有證據能力，則又構成司法資源之浪費。至於起訴後之階段，未受到律師實質有效辯護之被告也有同樣的問題，即，儘管法院因辯護人未為實質有效辯護而發回更審，或者將相關之證據認定為無證據能力，如律師不在場所作成之勘驗筆錄，對於被告也是徒增訟累或者造成司法資源之浪費。

因此，本文認為，刑事訴訟程序中會影響被告是否成罪或傾向將被告為有罪認定之重要階段中，皆應設有辯護人應在場且得陳述意見之必要，如此不但可即時保障被告之權利，並藉由律師之在場與對訴訟程序之監督以促進真實之發現，進而減少因程序不公而必須發回更審之訟累，達到節省司法資源之效果。

至於辯護人是否已盡實質有效辯護之義務，法院對於此類律師執業行為之問題似也只能以消極的、事後發回更審的方式處理，本文認為，由於這是律師行為規範之問題，或可由律師執業行為準則如律師法之訂定、律師公會之監督與懲戒加以處理，然而目前我國對於此一議題並無討論與發展，因此除了本文第四章之說明與建議外，此部分之改進尚待未來實務與學說之發展及補充。

第二節 後續研究

就本文之研究主題與範圍，未來可繼續發展之方向，筆者認為有以下幾項：

一、 實證研究範圍之擴張：地方法院

在本文第三章「現行實務辯護制度之問題探討」，本文因最高法院之判決較諸其他層級之法院判決更具代表性，故檢索之範圍以最高法院為主，台灣高等法

院及高等法院各分院為輔，就此，本文認為，若欲更進一步檢視我國之被告是否已獲得律師之實質有效辯護，可從地方法院之判決加以觀察，蓋地方法院之判決數量更多，更可以大量、準確地觀察被告律師權落實之情形；且較諸最高法院，地方法院之判決時間點更接近偵查時點，若欲觀察偵查中之被告律師權是否已詳為落實，地方法院之判決應較最高法院之判決有更多的著墨。

二、 實證研究範圍之擴張：台灣律師懲戒委員會決議書

同樣地，關於本文第三章之實證研究，研究之對象亦可從法院判決擴張至台灣律師懲戒委員會決議書，以律師公會、律師法與律師倫理之角度，檢視我國律師之執業是否存在實質有效辯護之議題。

三、 實證研究範圍之擴張：民事判決與刑事判決

除法院判決、台灣律師懲戒委員會決議書之外，亦可從以律師執業過失為案由之民事訴訟與刑事訴訟的角度，切入、檢索律師執業過失之案件，檢視與分析我國律師致生此類訴訟之案件事實、法院判決之切入角度與判決著重之要件，以及律師於此類案件需負之責任為何。

第六章 結論

透過對我國最高法院與高等法院判決檢索之實證研究，本文發現我國律師不論是於起訴前或起訴後之重要階段，都存在無法為被告盡實質有效辯護義務之情形，本文認為這些情形可能出於以下幾種原因而導致被告律師權被完全剝奪或被部分侵害之結果：

- 一、制度本身設計不良，如：該重要程序對於辯護人之在場權並未明文立法保障，包括：指認程序之辯護人在場權、羈押審查程序、羈押訊問時之辯護人在場權；或如：現行實務與法規對於辯護人實行辯護與否之判斷標準仍不明確，包括：司法警察（官）詢問程序，被告是否已放棄辯護人在場權之判斷標準、共同辯護時，多數被告間是否利害相反之判斷標準。
- 二、辯護人本身失職之人為因素，包括：證據調查程序，辯護人缺席，以及辯護人到庭但未為明確辯護。
- 三、司法人員執法時之過失，包括：審判中勘驗，辯護人在場權，以及司法警察（官）詢問程序，辯護人之在場權。

針對上述被告之律師權被剝奪或被侵害之情形，儘管我國最高法院或高等法院於判決中已指出此一議題，並且於多數之見解中均要求將判決發回更審以作因應，然而並非所有判決都是如此處理，如共同辯護，多數被告間利害相反之相關最高法院見解中，即有最高法院並非以發回更審作為處理方式者，如最高法院九十年度台上字第五四九七號判決。再者，即便是發回更審，對於起訴前之階段被剝奪律師權之被告而言，其律師權被剝奪之事實已經無法回復，蓋不論是警詢程序或者是羈押審查訊問程序，當辯護人缺席，被告即時獲得辯護人協助之權利即已永久地被剝奪，此時，若法院認定警詢筆錄並不具有證據能力，則又構成司法資源之浪費。至於起訴後之階段，未受到律師實質有效辯護之被告也有同樣的問題，即，儘管法院因辯護人未為實質有效辯護而發回更審，或者將相關之證據

認定為無證據能力，如律師不在場所作成之勘驗筆錄，對於被告也是徒增訟累或者造成司法資源之浪費。

因此，本文認為，刑事訴訟程序中會影響被告是否成罪或傾向將被告為有罪認定之重要階段中，皆應設有辯護人應在場且得陳述意見之規定，如此的作法不但可即時保障被告之權利，並藉由律師之在場與對訴訟程序之監督以促進真實之發現，進而減少因程序不公而必須發回更審之訟累，達到節省司法資源之效果。至於辯護人是否已盡實質有效辯護之義務，法院對於此類律師執業行為之問題似也只能以消極的、事後發回更審的方式處理，本文認為，由於這是律師行為規範之問題，或可由律師執業行為準則如律師法之訂定、律師公會之監督與懲戒加以處理，然而目前我國對於此一議題並無討論與發展，因此除了本文第四章之說明與建議外，此部分之改進尚待未來實務與學說之發展及補充。



參考文獻

一、 中文書籍

- 王兆鵬，〈《搜索扣押與刑事被告的憲法權利》〉，臺北：翰蘆，2000年。
- 王兆鵬，〈自美國法看我國刑事被告之律師權〉，《自由、責任、法—蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，臺北：元照，2005年。
- 王兆鵬，〈《美國刑事訴訟法》〉，臺北：元照，2007年。
- 王兆鵬，〈《刑事訴訟講義》〉，臺北：元照，2008年。
- 王兆鵬，〈《刑事訴訟講義》〉，臺北：元照，2010年。
- 王兆鵬，〈《刑事救濟程序之新思維》〉，臺北：元照，2010年。
- 吳巡龍，〈《刑事訴訟與證據法全集》〉，臺北：新學林，2008年。
- 吳俊毅，〈《辯護人論》〉，臺北：正典，2009年。
- 林鈺雄，〈《刑事訴訟法》〉，臺北：自版，2000年。
- 林鈺雄，〈《刑事訴訟法》〉，臺北：自版，2007年。
- 林鈺雄，〈《刑事訴訟法》〉，臺北：自版，2010年。
- 姜世明，〈《律師民事責任論》〉，臺北：元照，2004年。
- 張麗卿，〈《刑事訴訟法理論與運用》〉，臺北：五南，2007年。

二、 英文書籍

- DEBORAH L. RHODE & DAVID LUBAN, LEGAL ETHICS, FIFTH EDITION (Foundation Press 2008).
- MIKEL A. ROTHENBERG, M.D., PREPARING ORTHOPEDIC DISABILITY CASES (Aspen Publishers 2006).
- SUSAN SAAB FORTNEY & VINCENT R. JOHNSON, LEGAL MALPRACTICE LAW: problems and prevention (Thomson West 2008).

三、 中文期刊

- 王兆鵬，〈論證據排除法則(上)〉，《司法周刊》，第 1150 期，2003 年 9 月。
- 王兆鵬，〈受有效律師協助的權利，以美國法為參考〉，《月旦法學》，第 123 期，2005 年 8 月。
- 吳俊毅，〈辯護人與被告交流權之探討—透過接見以及使用書信方式的情形〉，《月旦法學》，第 137 期，2006 年 10 月。
- 何賴傑，〈告知義務及第三審上訴之限制〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 1 期，1999 年。
- 林永謀，〈關於修正刑事訴訟法之事實審理諸原則（上）〉，《司法週刊》，第 1198 期，2004 年 8 月。
- 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》，第 137 期，2006 年 10 月。
- 林裕順，〈偵查程序為何需要「公費」辯護制度—實質、有效辯護的關鍵機制〉，《全國律師》，2008 年 12 月。
- 林裕順，〈權利告知乃莊嚴的承諾—實質有效辯護之國家宣誓〉，《臺灣法學雜誌》，第 152 期，2010 年 5 月。
- 姜世明，〈律師倫理及律師民事責任之規制交錯〉，《月旦法學》，第 196 期，2011 年 9 月。
- 張永宏、陳昭龍，〈論告知義務〉，《軍法專刊》，第 53 卷第 5 期，2007 年 10 月。
- 邱忠義，〈辯護權及其界限—兼論釋字第六五四號解釋之因應〉，《全國律師》，頁 40，2009 年 3 月。
- 陳運財，〈被告接受辯護人援助之機會〉，《月旦法學教室》，第 24 期，2004 年 10 月。
- 陳運財，〈刑事訴訟法之修正與刑事辯護〉，《月旦法學》，第 137 期，2006 年 10 月。

- 蔡名堯，〈從改良式當事人進行主義觀點看公訴之減縮〉，《檢察新論》，第6期，2009年7月。
- 蔡榮耕，〈Gideon's Trumpet 被告的受有效辯護權〉，《全國律師》，2008年12月。
- 羅秉成，〈在錯認與認錯之後—談指認制度的建立與落實〉，《司法改革雜誌》，第41期，2002年10月。
- 羅秉成，〈律師在場權與實質辯護—以偵查中律師陪訊制度改革為中心〉，《全國律師》，2008年12月。

四、英文期刊

- Daniel Kanstroom, The Right to Deportation Counsel in Padilla V. Kentucky: The Challenging Construction of the Fifth-And-A-Half Amendment, 58 UCLA L. REV. 1461 (2011).
- Douglas L. Colbert, Thirty-Five Years after Gideon: The Illusory Right to Counsel at Bail Proceedings, 1998 U. ILL. L. REV. 1 (1998).
- Douglas L. Colbert, Ray Paternoster, & Shawn Bushway, Do Attorneys Really Matter? The Empirical and Legal Case for the Right of Counsel at Bail, 23 CARDOZO L. REV. 1719 (2002).
- Elizabeth Gable & Tyler Green, Wiggins v. Smiths: The Ineffective Assistance of Counsel Standard Applied Twenty Years after Strickland, 17 GEO. J. LEGAL ETHICS 755 (2004).
- James W. Diehm, The Introduction of Jury Trials and Adversarial Elements into The Former Soviet Union and Other Inquisitorial Countries, 11 Journal of Transnational Law & Policy 1 (2001).
- Note and Comments, An Historical Argument for the Right to Counsel During Police Interrogation, 73 YALE L.J. 1000 (1964).

- Notes, Prejudice and Remedies: Establishing a Comprehensive Framework for Ineffective Assistance Length-of-Sentence Claims, 119 HARV. L. REV. 2143 (2006).
- Randolph N. Jonakait, The Rise of the American Adversary System: America Before England, 14 WIDENER L. REV. 323 (2009).

五、 中文碩士論文

- 林妍汝，〈刑事被告受律師協助的憲法權利〉，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2005年。
- 沈依玲，〈被告在刑事程序中受律師協助權之研究〉，銘傳大學法律學研究所碩士論文，2009年。
- 柯清達，〈刑事程序上當事人對等原則之研究〉，國防管理學院法律研究所碩士論文，2000年。
- 顏華歆，〈論律師契約義務之具體化—以律師倫理規範充實律師契約義務之可能性〉，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2003年。

六、 網路資料

司法院網站，<http://www.judicial.gov.tw/work/work02/work02-01.asp>（最後點閱日期：2010年9月28日）。

- 財團法人民間司法改革基金會網站，http://www.jrf.org.tw/newjrf/RTE/myform_detail.asp?id=3361（最後點閱日期：2011年12月26日）。
- 張靜薰，〈我國刑事實務指認程序之研究〉，司法官訓練所學員報告，第48期，<http://ja.lawbank.com.tw/pdf2/2037-2055.pdf>（最後點閱日期：2012年2月19日）。
- 戚瑛瑛，〈論辯護人在刑事程序之權利—以偵查階段為中心〉，司法官訓練所學員報告，第48期，<http://ja.lawbank.com.tw/pdf2/2225-2243.pdf>（最後點閱日期：2011年10月4日）。

七、 其他資料

- 盧亨龍，〈指認程序淺探〉，《法學研究報告合輯（第四輯）—司法官第46期》，2007年。

