

# 偵查程序強制辯護之指定及違法效果 ——以德國刑事訴訟法為觀察重點（下）\*

何 賴 傑\*\*

## 要 目

壹、前 言	三、「選擇對案」及「刑事訴訟改革討論草案」
貳、強制辯護制度之功能	四、第六十五屆「德國法律人研討會」（Deutscher Juristentag）之建議
一、強制辯護之意義與功能	五、德國聯邦最高法院相關見解
二、德國必要辯護制度之歷史觀察	(一)BGHSt 46, 93
參、德國偵查程序之必要辯護制度	(二)BGHSt 47, 172
一、德國刑事訴訟法之必要辯護規定	(三)BGHSt 47, 233
(一)總則性規定	(四)後續發展
(二)特殊規定	六、本文見解
二、偵查程序之必要辯護規定	

\* 原文發表於第十五屆政大刑法週朱石炎教授榮退學術研討會「刑事辯護制度之保障與功能」，2008年3月8日舉行，由司法院、法務部法官訓練所、國際刑法學會台灣分會、公益信託春風煦日學術基金、政大法學院刑事法學研究中心、政大法學院頂尖大學計畫合辦。後經調整綱要、限縮範圍、增加內容，另發表於此。感謝匿名審查委員之批評與指正，惟文責仍由本人自負。同時感謝政大研究生蕭琬頤、林宛怡及林慧君同學協助蒐集資料及校訂。

\*\* 政治大學法律系副教授，德國杜賓根大學法學博士。

投稿日期：九十八年四月三十日；接受刊登日期：九十八年九月二十九日

責任校對：許俊鴻

(以上見本評論第一一期)	二、證據禁止
肆、歐洲人權公約第六條第三項c之 強制辯護規定	三、自由心證
一、被告辯護權之三種行使方式	柒、我國偵查程序強制辯護規定之 解釋適用
二、無償義務辯護規定之要件	一、實質要件
三、小 結	二、程序要件
伍、違反偵查程序強制辯護規定 之救濟	三、偵查中羈押強制辯護之適用
陸、違反偵查程序強制辯護之法律 效果	四、違法之救濟
一、違背法令事由	五、違法之法律效果
	六、立法建議
	捌、結 論

## 摘 要

本文以德國刑事訴訟法第一四一條第三項關於偵查中必要辯護規定及德國聯邦最高法院判決見解，兼及德國學界對此所提之修法意見及歐洲人權公約第六條第三項c規定，作為討論我國新修刑事訴訟法第三十一條第五項規定之素材。如同德國聯邦最高法院一則開創性判決（BGHSt 46, 93）所認，偵查法官偵訊對被告不利之主要證人時，被告被排除在外（不讓其在場），此時為彌補被告不在場，其質問權受侵害之不利益，檢察官有義務向偵查法官聲請指定義務辯護人，藉由義務辯護人在場而為被告利益質問該證人。本案因檢察官未提出如此聲請，因而最高法院判定該偵查程序違法，而其違法效果係該證言證明力必須從嚴認定，即必須有特別嚴格的證據要求及判決理由（證據評價解決法）。不過，學說大多數反對將此列為證據評價問題，而要求應有證據禁止法律效果。雖然我國偵查期間之強制辯護規定，只有一項規定（第三十一條第五項），與德國規定之規範密度不能相比。立法論上，應將審判程序之強制辯護規定準用到偵查程序，且聲請羈押之案件，即有強制辯護之保護。解釋論上，本規定應從司法警察（官）詢問智能障礙被告時，即開始適用。國家偵查機關詢問或訊問智能障礙之被告，如發現被告符合本規定要件時，即應由檢察官指定辯護，此時應暫停偵訊。而該等待時間，不應計入二十四小時內，且應類推適用第九十三條之一第一項第五款規定。而為落實立法者對智能障礙被告之保護意旨，違反本規定所取得被告自由或不利陳述，應有證據禁止法律效果。

**關鍵詞：**偵查程序強制辯護、自主原則、對質詰問權、歐洲人權公約無償義務辯護、證據評價解決法、自由心證、證據禁止、權衡原則、規範保護目的理論、智能障礙被告、陳述、法定障礙事由

(以上見本評論第一一一期)

## 肆、歐洲人權公約第六條第三項 c 之強制辯護規定

### 一、被告辯護權之三種行使方式

歐洲人權公約第六條第三項c規定，被告有(一)自我辯護；(二)透過自行委任之辯護人為其辯護，或(三)無資力支付辯護費用，如對於司法利益(im Interesse der Rechtspflege, interests of justice)有必要時，獲得無償義務辯護之權利。德國學說及歐洲人權法院實務見解一致認為，透過本條規定，被告辯護權是以三種方式獲得保障，即(一)自我辯護(Selbstverteidigung)；(二)委任辯護(anwaltliche Wahlverteidigung)；(三)無償義務辯護(unentgeltliche Pflichtverteidigung)<sup>149</sup>。這三種方式都屬於被告辯護權下之附屬權利，而且也是國家之義務<sup>150</sup>。亦即此雖為歐洲人權公約所保障之被告權利，被告基此得向國家請求保障，但並非意謂被告自願放棄權利而未向

<sup>149</sup> Karsten Gaede, Fairness als Teilhabe—Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemaess Art. 6 EMRK, 2007, S. 252 ff; Wolfgang Wohlers, Notwendige Verteidigung im Ermittlungsverfahren—die Bedeutung des Rechts auf konkrete und wirksame Verteidigung i.S.d. Art. 6 Abs. 3 lit. c) EMRK als Massstab fuer die Auslegung des § 141 Abs. 3 StPO, in: Festschrift fuer Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 725; Oliver Simon, Die Beschuldigtenrechte nach Art. 6 Abs. 3 EMRK, Diss. Tuebingen, 1998, S. 45 ff.; 歐洲人權法院判決，如 *Pakelli v. Deutschland*, Serie A Nr. 64, § 31: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695431&portal=hbkm&source=externalbydober&table=cnumF69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649> (last visited: 2008.12.10), NStZ 1983, 373.

<sup>150</sup> 例如 *Artico v. Italy*, Serie A no.37, § 33: "...this right being reinforced by an obligation on the part of the State to provide free legal assistance in certain cases. ...", EuGRZ 1980, 662.

國家請求時，國家即無保障義務，因為歐洲人權法院基本上認為，這也是公約要求締約國必須遵守的義務<sup>151</sup>。

關於無償義務辯護權，在權利面向上，並非絕對權利<sup>152</sup>，不會受到絕對保障，因為必須有兩個法定前提條件（無資力及司法利益必要性）存在，被告始能享有該權利，但在義務面向上，卻是公約所特別強調的重點——國家保護義務（特別是法官照顧義務）。即使被告沒有請求國家指定義務辯護，在符合法定條件下，國家也會自動產生保障義務。學者認為，這是因為該權利首要在保障司法利益（interests of justice）及公平審判（fairness）<sup>153</sup>。而這也是自我辯護權與無償義務辯護權之主要區別所在，甚而後者是前者之限制規定，即後者合法限縮前者之適用<sup>154</sup>。

雖然德國學者主張自我辯護會受到無償義務辯護之限制，此從德國法必要辯護制度之精神而言，並無疑義。但從自我辯護權之學理基礎而言，自我辯護權是否容許被告自願承當風險，拒絕國家為其指定辯護而由自己為自己辯護，容有爭議。如果容許，則無償義務辯護即無適用可能；如果不容許，則國家即負有為被告指定辯護之義務，亦即自我辯護權會受到限制甚且無適用可能。

學者Trechsel認為，上述爭議之解決方式，可能有兩個面向——「自由的」（liberal）或「社會的」（social）面向<sup>155</sup>。前者，重要

<sup>151</sup> 參見 *Ireland v. the United Kingdom*, Serie A no. 25, §§ 236-243.

<sup>152</sup> Daniela Demko, Das Recht des Angeklagten auf unentgeltlichen Beistand eines staatlich bestellten Verteidigers und das Erfordernis der “interests of justice”, HRRS-Festgabe fuer Gerhard Fezer, 2008, S. 7; STEFAN TRECHSEL, HUMAN RIGHTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS 247 (2006).

<sup>153</sup> TRECHSEL, *id.*

<sup>154</sup> Mehle, aaO. (Fn. 92), S. 170.

<sup>155</sup> 例如 *Ireland v. the United Kingdom*, aaO. (Fn. 151)一案中，歐洲人權法院找到該義務之根源就在歐洲人權公約第1條，即國家應保障締約國國民依本公約所賦

的是被告有無意願，以被告願意辯護人為其辯護為判斷基準，亦即強調被告之程序自主權；後者，則賦予國家義務，於有必要時，國家有義務積極主動保護被告。兩者立場各有相當擁護者。「自由」立場者主張，只有例外情形才能正當化國家違反個人意願採取行動以保護個人，況且如果被告不願與辯護人合作，辯護人也無法發揮功能。如果被告與辯護人意見相左，法官應只能考慮被告意見，因而應尊重被告自主意思。「社會」立場者則主張，縱使被告非常熟悉刑事法，未必即能客觀處理自己的案件。將這種假設當作原則，應該是比較安全的作法。更且雖然律師不能被當成是法官輔助者，但律師負有照顧當事人利益之義務，這對法官審判有相當幫助<sup>156</sup>。不過，大多數學者傾向認為，走哪條路應交由被告自由選擇<sup>157</sup>。既然交由被告自由選擇，其實已經意謂走「自由」之路，因為走「社會」之路，原則上雖然仍尊重被告自主意思，不過，即使違反被告意願，也是容許的。Trechsel即認為，這兩條路都可以接受，因為這只是反應出學者對於國家跟個人間之關係有不同的基本態度而已，因此歐洲人權法院判決認為國家對此有寬廣的裁量空間（margin of appreciation），這應該是正確的作法<sup>158</sup>。

對此問題，歐洲人權法院主要有三個判決可為參考。首先，在Croissant v. Germany一案，被告Croissant 本身是律師，因刑案受德國法院審理，其在德國法院已經委任兩名辯護人，而德國法院又指定一名義務辯護人。歐洲人權法院認為，指定第三名律師作為被告之義務辯護人，與歐洲人權公約並無違背，但必須強調的是，法

---

予自由及權利。

<sup>156</sup> TRECHSEL, *supra* note 152, at 264.

<sup>157</sup> TRECHSEL, *supra* note 152, at 266, Fn. 112.

<sup>158</sup> TRECHSEL, *supra* note 152, at 266.

院指定超過一名以上之義務辯護人時，應該要考慮被告對辯護人人數有無意見。違反被告意思所為之指定，如果該指定欠缺關聯性及充分理由（relevant and sufficient justification），縱使該裁量權之行使是適當的，該指定也會被認定違反公約第六條第一項公平審判規定<sup>159</sup>。學者認為，該歐洲人權法院判決，並不認為違反被告意願為被告指定辯護，已違反公約<sup>160</sup>，但該指定必須具備關聯性及充分理由。Trechsel則認為，本案可能意謂內國法提供義務辯護人，在較為嚴重的案件，甚且違反被告意願，都是符合公約的<sup>161</sup>。

其後，在*Foucher v. France*一案，歐洲人權法院似有不同見解。法院認為被告Foucher無論依公約或依法國法，皆有權自我辯護<sup>162</sup>。亦即在本案，法院承認被告有自我辯護權，因而可以拒絕法院為其指定辯護。表面上似乎顯示，歐洲人權法院已轉變立場而改為尊重被告意願，但實質上不然，因為法國法承認被告有自我辯護權，而歐洲人權法院並不認為依公約，締約國有指定辯護之義務，因而法國法如此規定仍符合公約。Trechsel認為，該判決理由只能解為公約不禁止內國法承認被告自我辯護權，但不表示公約就禁止內國法不能有必要辯護規定<sup>163</sup>。

之後，在*Lagerblom v. Sweden*一案，歐洲人權法院有更清楚的說明。法院認為，在一定法定要件下，法律規定刑事被告一定要有辯護人為其辯護，如此規定不可能會被認為違反公約，而指定辯護時，法院必須考慮被告意願，但是，當法院認為有關聯性且充分理由且為司法利益有必要時，法院可以忽視被告意願而自行指定義務

---

<sup>159</sup> *Croissant v. Germany*, Serie A no. 237-B § 27.

<sup>160</sup> Wolfgang Wohlers, FS-Rudolphi, S. 727.

<sup>161</sup> TRECHSEL, *supra* note 152, at 265.

<sup>162</sup> *Foucher v. France*, Reports 1997-II, 452.

<sup>163</sup> TRECHSEL, *supra* note 152, at 265.

辯護<sup>164</sup>。（關於「司法利益之必要性」要件，參照下文肆、二）。

對於上述三個判決，Trechsel總結認為，內國法可以堅持在特定案件，被告在整個刑事程序都必須要有辯護人為其辯護。如果被告不自行委任辯護人，國家可以為其指定義務辯護人。只要建立在關聯性及充分理由基礎上，指定辯護縱使違反被告意願，也是符合公約的。國內法對於是否存有關聯性及充分理由之審查，享有「適當的裁量空間」（a proper margin of appreciation）<sup>165</sup>。

## 二、無償義務辯護規定之要件

無償義務辯護權之保障，相較於其他兩種權利之保障，其要件較為嚴格，依公約規定，其須具備兩個前提條件：無資力（Mittellosigkeit）及司法利益之必要性（das Erfordernis der “interests of justice”）<sup>166</sup>。前者是經濟因素，後者是法律因素<sup>167</sup>。實務上，前者之認定，較無爭議，但後者因係評價性的法律概念，因而在個案認定上常有爭議。

關於無資力認定，歐洲人權法院第一次<sup>168</sup>在 *Pakelli v. Deutschland*<sup>169</sup>一案中有所說明。被告Pakelli原籍土耳其，在德國原審程序有義務辯護人為其辯護，但於第三審程序，被告向德國聯邦最高法院表示無資力，請求審判長依法指定義務辯護人，卻遭法院

<sup>164</sup> *Lagerblom v. Sweden*, no. 26891/95, §§ 50, 54.

<sup>165</sup> TRECHSEL, *supra* note 152, at 265, 266（文內強調記號是Trechsel所加）。

<sup>166</sup> Demko, aaO. (Fn. 152), S. 1: [www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/hrrs-fezer-festgabe.pdf](http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/hrrs-fezer-festgabe.pdf) (last visited: 2008.12.09).

<sup>167</sup> TRECHSEL, *supra* note 152, at 271.

<sup>168</sup> *Id.*

<sup>169</sup> 同註149; TRECHSEL, *supra* note 152, at 271.



拒絕。德國聯邦最高法院拒絕理由是因德國刑事訴訟法第三五〇條第三項<sup>170</sup>並無賦予未被羈押的被告有此聲請權，且在本案犯罪事實及法律狀況，皆看不出有指定義務辯護之正當理由。被告轉而向歐洲人權法院申訴。德國政府在本案提出抗辯認為，沒有證據可以證明被告無資力，相反的，被告曾向德國法院表示在德國賺了一筆相當可觀的錢，他也販毒賺錢，且也在土耳其做生意。歐洲人權理事會（Commission）認為德國政府沒有權利去調查被告是否無資力，因為德國刑事訴訟法必要辯護規定不是以無資力為前提條件，而且被告先前之辯護人也提出被告的貧窮證明，只是德國法院不採納而已。因而理事會認為德國政府違反公約第六條第三項c之規定，但是否違反公約第六條第一項公平審判規定，則無須判斷。

歐洲人權法院最後的判決結論與理事會一致，不過，判決理由並未完全同意理事會意見。法院表示，理事會主張德國政府不能對被告無資力主張提出抗辯，因為德國刑事訴訟法並未如此規定。歐洲人權法院則不認同理事會看法。因為被告無資力並非德國聯邦最高法院拒絕被告必要辯護聲請之理由，而面對公約第六條第三項c規定之適用，無資力既為法律要件，即不能認為德國政府對於被告無資力主張已經喪失爭執的權利。而如理事會所言，今天（一九八三年）要去證明當年（一九八八年）被告是否無資力，實務上已經不可能。但無論如何，還是有一些跡象（indications）顯示被告當年確無資力。另外，也沒有理由足以證明先前辯護人不可能獲得被告無資力證明。一九七九年，被告向理事會提出資力說明並提供一份土耳其官方稅務機關對於被告收入之證明。這些可以證明被告經營小本生意，其經濟狀況也是小康（modest）。這些資料足以讓理事會相信被告應該可以獲得無償義務辯護。這些資料雖然不夠超過

---

<sup>170</sup> 參見前文參、一、(二)。

合理懷疑證明被告無資力，但這些資料與被告向德國聯邦最高法院提出無資力證明有關，而且欠缺更明確的跡象足以為相反推論，因而這些資料已足以讓歐洲人權法院認定被告符合公約第六條第三項c第一個條件——無資力<sup>171</sup>。

是否無資力，基本上是事實認定問題，涉及對被告經濟狀況之客觀評定，原則上法官不須為評價性解釋。而有無資力，是歐洲人權公約無償義務辯護規定之適用前提條件，其為程序事實，法官只須為自由證明，但仍須提出足為證明之證據。對於有無資力之程序事實，德國學者有認為應由被告證明<sup>172</sup>。不過，由於德國刑事訴訟法並未規定以無資力為要件，因而法官不能因被告並非無資力而拒絕刑事訴訟法必要辯護規定之適用，此時被告有無資力，並非法官關注焦點。即使檢察官於偵查中向法院聲請指定辯護，檢察官亦不須舉證證明被告無資力。如果是被告向法官要求指定義務辯護，被告主張其無資力，則由被告負提出責任，且因此為自由證明事項，有無說服責任即不重要。

關於司法利益必要性之要件，在歐洲人權法院判決中，具有指標性意義的<sup>173</sup>，首推*Quaranta v. Switzerland*一案<sup>174</sup>。該案被告Quaranta原是義大利人，從小居住於瑞士，因案被瑞士法院判決有期徒刑十月並宣告緩刑三年。緩刑期間又犯毒品罪。被告聲請義務

---

<sup>171</sup> *Pakelli v. Deutschland*, Serie A Nr. 64 §§ 32-34.

<sup>172</sup> Gollwitzer in: Loewe/Rosenberg-StPO, MRK Art. 6 Rn. 202; Trechsel則認為被告負舉證責任 (onus of proof), *supra* note 152, at 272.

<sup>173</sup> 因為其後歐洲人權法院判決也一再引伸該判決見解，參見Oliver Simon, S. 3 Anm 4.

<sup>174</sup> *Quaranta v. Switzerland*, Serie A Nr. 205: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695554&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649> (last visied: 2008.12.10).

辯護被法院拒絕，理由是本案事實並不具特別困難性（*besondere Schwierigkeiten*），指定辯護並無必要（*nicht erforderlich*）。審判時，被告到庭但並無辯護人為其辯護，檢察官則未到庭。最後被告因販賣並吸食毒品被判有期徒刑六個月，前案緩刑也被撤銷。被告一九八六年向歐洲人權法院以瑞士法院判決違反無償義務辯護規定（*Art. 6 III c EMRK*）申訴，一九九〇年歐洲人權法院法官一致認定瑞士敗訴。

歐洲人權法院在本案中認為，關於司法利益必要性之要件，必須考慮個別的判斷標準（*Beurteilungskriterien*），主要有三：1. 犯罪嚴重性及其可能的最重刑罰<sup>175</sup>；2. 案件之複雜性<sup>176</sup>；3. 被告個人狀況<sup>177·178</sup>。

首先，必須考慮被告被控訴之犯罪之嚴重性及可能負擔刑罰之嚴重程度。本案被告觸犯使用及運送毒品罪，可能會被判處有期徒刑。瑞士政府主張，被告未必會被判處最高刑罰（十八個月有期徒刑），最後被告只被判處六個月有期徒刑。但歐洲人權法院認為，這不過是事前預估，縱使最後是幾個判決的刑罰一齊合併計算，也

---

<sup>175</sup> 參見 *Quaranta v. Switzerland*, Serie A Nr. 205 § 33: “The Seriousness of the Offence... and the Severity of the Sentence”. 此處係參考 Demko 之用語 “Die Schwere der Straftat und das mögliche Höchstmass der drohenden Bestrafung”, aaO. (Fn. 152), S. 11.

<sup>176</sup> 參見 *Quaranta v. Switzerland*, Serie A Nr. 205 § 34: “The Complexity of the Case”.

<sup>177</sup> 參見 *Quaranta v. Switzerland*, Serie A Nr. 205 §§ 35, 36. TRECHSEL, *supra* note 152, at 276: “The Particularities of the Accused”. Demko 則以「被告個人狀況及其能力」（*Die persönlichen Umstände und individuellen Fähigkeiten des Angeklagten*）稱之，aaO. (Fn. 152), S. 18.

<sup>178</sup> 原判決理由並無如此清楚分類（只有逐點說明），此分類主要參考 Demko, aaO. (Fn. 152), S. 11 ff.

不是違法判決。因而本案最後計算結果，刑罰也可能達到最高刑罰三年。因而本案符合本要件要求<sup>179</sup>。

其次，必須附加之要件是案件之複雜性。法院同意瑞士政府主張，本案事實並無特殊困難，被告也在偵查法官前承認犯罪。但因為又涉及被告先前緩刑之撤銷，瑞士法院因而必須要重新判決新的刑罰。特別是在衡量刑罰事由上，律師參與對被告才能創造出最好有利條件<sup>180</sup>。

第三，問題之複雜性及被告個人狀況。被告是年輕外國成年人、下層社會背景出身、沒有受過真正職業訓練，而且又有一長串前科，從一九七五年開始，幾乎每天吸食毒品直到一九八三年，跟家人只靠社會救濟過活。在本案狀況下，被告沒有辯護人陪同而一人出庭，根本沒有能力在法庭有任何適當表現<sup>181</sup>。

基上，歐洲人權法院認為，上述缺失（defect）在瑞士法律審都沒有得到救濟，因而法院最後認定本案違犯公約第六條第三項c規定。

除上述三個要件外，Trechsel還加上「程序特殊性」（The Particularities of the Proceeding）要件。其認為在特殊程序狀況下，尤須義務辯護，例如有檢察官出庭時，為了武器平等（Equality of Arms），即須有辯護人出庭。另外一種情況，例如被告被判有罪，如該有罪判決並無缺失，被告經過建議知道上訴成功可能性極微，卻仍執意要上訴，上訴審即使駁回被告義務辯護之聲請，也不

---

<sup>179</sup> *Quaranta v. Switzerland*, Serie A Nr. 205 § 33

<sup>180</sup> *Quaranta v. Switzerland*, Serie A Nr. 205 § 34; Demko用「案件事實與法律之複雜性」（Die faktische oder rechtliche Komplexitaet des Falles）稱之，aaO. (Fn. 152), S. 14.

<sup>181</sup> *Quaranta v. Switzerland*, Serie A Nr. 205 §§ 35, 36.

致違反公約第六條第三項c規定，因為欠缺司法利益必要性<sup>182</sup>。

不過，學者Demko認為，歐洲人權法院這些判斷標準不能割裂檢驗。這些標準可以相互融合，甚而也可能相互衝突。歐洲人權法院也認為這些標準不必是累積關係（kumulativ），也可以選擇性（alternativ）適用，亦即只要有任一標準存在，也可以認為已符合司法利益必要性要件<sup>183</sup>。

Gaede認為本案見解顯示，即使是輕微的法定有期徒刑案件，更確切的說，即使是實務預期將來只是輕微有期徒刑處罰的案件，歐洲人權法院也會要求國家須資助被告辯護費用<sup>184</sup>。甚而在歐洲人權法院*R.D. v. Poland*<sup>185</sup>及*S.C. v. United Kingdom*<sup>186</sup>兩個判決所持見解，認為被告有無自我辯護能力，會是國家應否資助辯護費用的決定性判斷標準。基此，都會擴張指定辯護案件之範圍，亦即歐洲人權法院想要保證每個被告都有實現有效辯護的機會，特別在羈押案件，這些判決也都贊成擴張義務辯護範圍<sup>187</sup>。

---

<sup>182</sup> 參見TRECHSEL, *supra* note 152, at 275-76.

<sup>183</sup> Demko, aaO. (Fn. 152), S. 8.

<sup>184</sup> Gaede, aaO. (Fn. 149), S. 44; Demko, aaO. (Fn. 152), S. 13.

<sup>185</sup> *R.D. v. Poland*, nos. 29692/96, 34612/97, 18.2.2001, §§ 48 ff.; Demko, aaO. (Fn. 152), S. 10.

<sup>186</sup> *S. C. v. United Kingdom*, no. 60958/00, judgment 15/06/2004, Reports 2004-IV, § 29; Demko, aaO. (Fn. 152), S. 17. 本案涉及年方11歲的被告涉嫌搶奪未遂，審判時沒有委任辯護人，法院亦未指定義務辯護人，歐洲人權法院即認為該案審理違反公約第6條第1項公平審判原則，參見Loukis G. Loucaides, *The European Convention on Human Rights*, 2007, S. 98.

<sup>187</sup> Karsten Gaede, *Ungehobene Schätze in der Rechtsprechung des EGMR fuer die Verteidigung? HRRS-Festgabe fuer Gehard Fezer*, 2008, S. 44 f.

### 三、小 結

由於歐洲人權公約亦屬德國內國法，德國法官亦有適用歐洲人權公約之義務，因而如符合被告無資力及有司法利益必要性兩要件時，德國法官即有指定義務辯護人之義務。但由於歐洲人權公約無償義務辯護規定與刑事訴訟法必要辯護規定內容不盡相同，且兩者適用上亦無位階關係，因而如何適用，仍有爭議。

德國學者仍有主張，從公約規定並非必然得導出德國法官有指定辯護之義務<sup>188</sup>，亦即仍須以德國刑事訴訟法必要辯護規定為判斷基準。尤其德國刑事訴訟法並無以被告無資力作為適用必要辯護之法定前提要件，德國聯邦最高法院甚而認為，不能單純因被告不懂德文及無資力支付通譯費用，法官即當然有為其指定義務辯護人之義務，因為歐洲人權公約第六條第三項c無償使用通譯規定，不能擴張適用到第六條第三項c無償義務辯護規定。被告依前者規定可以無償獲得通譯輔助，但未必當然即得獲得無償義務辯護<sup>189</sup>。而德國聯邦憲法法院則表示，無資力委任辯護人之被告，在較為嚴重的案件，應由法院依職權且由國家支付費用讓其獲得義務辯護，這是法治國之誠命<sup>190</sup>。依此憲法法院見解，似乎被告無資力，雖非德國刑事訴訟法必要辯護規定之必要條件，但可能是充分條件。法官雖不會只因被告無資力，就為被告指定義務辯護，但如被告無資力，法官在判斷是否符合必要辯護規定要件時，得以此為重要的裁量事由。

雖然歐洲人權公約第六條第三項c規定並無明示適用到偵查程序，但德國學者通說皆認為，依歐洲人權法院判決見解，公約第六

---

<sup>188</sup> Meyer-Gossner, aaO. (Fn. 23), § 141 Rn. 5; Wohlers, aaO. (Fn. 160), S. 731.

<sup>189</sup> BGHSt 46, 178=NJW 2001, 309=NStZ 2001, 107=StV 2001,1.

<sup>190</sup> BVerfGE 39, 238 (243)=NJW 1975, 1015.

條第三項c規定亦適用於偵查階段<sup>191</sup>。亦有學者認為，若符合刑事訴訟法第一四〇條必要辯護案件類型，並考量如在偵查階段欠缺辯護，在主審判程序即無法補償之情況，在偵查階段之指定辯護，無論依公約規定或依德國刑事訴訟法規定，皆有其必要<sup>192</sup>。亦即兩者規定之適用，應為一致。但亦有學說認為，偵查程序必要辯護制度之適用，只要依德國刑事訴訟法規定解釋即可，不必考慮公約規定，因為公約規定不夠明確<sup>193</sup>。

### 伍、違反偵查程序強制辯護規定之救濟

德國偵查程序之必要辯護制度，義務辯護人之指定係法官之職權，但須由檢察官向管轄法院聲請（德國刑事訴訟法第一四一條第三項第二句）。是否指定，由該管法院審判長以處分（*Verfuegung*）方式決定，而對審判長該等處分，係以抗告（*Beschwerde*）方式救濟（德國刑事訴訟法第三〇四條）<sup>194</sup>。甚而檢察官聲請後，審判長應為處分而未處分，對於審判長之不作為，亦得抗告<sup>195</sup>。相對於此，對檢察官之不作為（應聲請而未聲請），卻無法依刑事訴訟法救濟，但依德國法院組織法施行法（*Einfuehrungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz, EGGVG*）第二十三條以下規定，另設有救濟管道。

德國法院組織法施行法第二十三條第一項第一句規定，關

<sup>191</sup> Wohlers, aaO. (Fn. 149), S. 713 (729) Anm. 88; Mehle, aaO. (Fn. 12), S. 171 Anm. 465及S. 264. Mehle雖未明示，但似乎對此有不同意見。

<sup>192</sup> Wohlers, aaO. (Fn. 160), S. 713 (732).

<sup>193</sup> Mehle, aaO. (Fn. 12), S. 265.

<sup>194</sup> Laufhuetten in: KK-StPO § 141 Rn. 13. 不過，德國實務亦有不同見解，認不得抗告者，vgl. Laufhuetten in KK-StPO § 141 Rn. 13所引判決。

<sup>195</sup> Laufhuetten in: KK-StPO § 141 Rn. 13.

於命令（Anordnungen）、處分（Verfügungen）或其他措施（Massnahmen）之合法性（Rechtmässigkeit），由普通法院基於聲請而決定。該規定所涉及之措施，係由司法機關（Justizbehörden）為了決定民法、商法、民事訴訟、非訟事件內事務及涉及刑事司法案件（Strafrechtspflege）事務所為之措施。如就刑事領域而言，本規定係就刑事司法機關在刑事司法領域內所為措施之特別救濟管道，而此處之措施，尤係指司法行政處分（Justizverwaltungsakte）<sup>196</sup>，亦即對於刑事司法機關違法之司法行政處分，當事人可以聲請法院以裁定撤銷該等處分（法院組織法施行法第二十三條第一項第一句及第二十八條第一項第一句）。即使對於司法機關依法應為特定司法行政處分而不為，或違法拒絕當事人就特定司法行政處分所為之聲請，當事人亦可聲請法院以裁定命司法機關履行其義務（法院組織法施行法第二十三條第二項及第二十八條第二項）<sup>197</sup>。雖然本規定所指之司法機關，是以機關之功能為認定標準，因而不但包括檢察官，司法警察也包括在內<sup>198</sup>。不過，對於偵查程序檢察官之處分（Verfügungen），是否能依本條救濟，仍有爭議。基本上，實務認為檢察官於偵查程序所為之偵查行為，無論是開始偵查或進行偵查，皆不能依本規定救濟，因為該等行為是訴訟行為（Prozesshandlungen）而非司法行政行為<sup>199</sup>。通說亦贊成實務見解<sup>200</sup>，但也有採反對見解者<sup>201</sup>。不過，學說及

<sup>196</sup> Beckemper就此有詳細說明，參見Beckemper, aaO. (Fn. 69), S. 221.

<sup>197</sup> 學說特別將此聲請稱為「賦予義務之聲請」（Verpflichtungsantrag），參見Meyer-Gossner, aaO. (Fn. 23), Anhang 2, EGGVG § 23 Rn. 11.

<sup>198</sup> Meyer-Gossner, aaO. (Fn. 23), Anhang 2, EGGVG § 23 Rn. 2.

<sup>199</sup> Meyer-Gossner, aaO. (Fn. 23), Anhang 2, EGGVG § 23 Rn. 9 f.

<sup>200</sup> 參照Beckemper, aaO. (Fn. 69), S. 221 Anm 4; Meyer-Gossner, aaO. (Fn. 23), Anhang 2, EGGVG § 23 Rn. 9.



實務仍承認有例外，即干預基本權之偵查行為，應可依本規定救濟。主要理由是基於德國基本法第十九條第四項有效權利保護之規定，如當事人無法依刑事訴訟法救濟，即應承認例外而改依本規定救濟<sup>202</sup>。

檢察官於偵查程序應聲請法院指定義務辯護人，卻違法不聲請時，被告可否依本規定聲請法院救濟？一九九七年Karlsruhe之邦最高法院（Oberlandesgericht, OLG Karlsruhe）即曾針對該問題有所裁示。

OLG Karlsruhe法院於裁定中表示，被告向檢察官提議，希望檢察官向管轄法院聲請指定義務辯護人，卻遭檢察官拒絕。該拒絕之處分，是訴訟行為，不能依法院組織法施行法第二十三條以下規定救濟。另外，法院也表示，依通說及絕對多數學說之主張，由於刑事訴訟法第一四一條第一項及第三項第三句審判程序之必要辯護為強制規定，因而在尚未起訴前之偵查階段，被告原則上應忍受檢察官提起公訴前會有一段等待期間，這是立法者對被告的合理期待。不過，檢察官如恣意（Willkuerlich）拒絕被告之提議，對此，法院即有介入審查之必要。本案並無法認定檢察官有恣意拒絕之情形，因為本案被告原本即有委任辯護人為其辯護，因而即使未指定義務辯護人，亦不致影響被告之防禦能力<sup>203</sup>。

Beckemper對該裁定之部分見解持反對意見。其認為，雖然依實務見解及學界通說，訴訟行為不能依法院組織法施行法第二十三條以下規定救濟<sup>204</sup>，但依本條規定文義，立法者使用概念上較不

---

<sup>201</sup> 如Wohlers in: SK-StPO § 160 Rn. 100 ff.; Beckemper, aaO. (Fn. 69), S. 221.

<sup>202</sup> BGH 28, 57 (58); Knut Amelung, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 34.

<sup>203</sup> OLG Karlsruhe, NStZ 1998, 315.

<sup>204</sup> Mehle, aaO. (Fn. 12), S. 310 Anm 89.

嚴謹的「措施」(Massnahme)用語，而不用「行政處分」(Verwaltungsakte)，事實上是有意放寬本條適用範圍，畢竟本條所為之救濟，有其急迫性，且此種救濟途徑只具過度及輔助性質，因主要救濟途徑還是應回歸刑事訴訟法<sup>205</sup>。另外，訴訟行為概念只是學說見解，於刑事訴訟法並未明文，對其定義，學說亦仍有爭議。而偵查期間檢察官之偵查行為，有其獨特性質，不能與司法審判行為同視。立法者雖於刑事訴訟法，無意讓所有偵查行為皆有救濟管道而受法院審查，亦即容許救濟存有法律漏洞<sup>206</sup>。不過，立法者於刑事訴訟法不規定，並不表示即不能依法院組織法施行法救濟，畢竟法院組織法施行法之救濟途徑，本來就是輔助性質，可以用來彌補刑事訴訟法救濟管道之不足<sup>207</sup>。

亦有學者主張，不必援引德國法院組織法施行法之救濟途徑，只要類推適用德國刑事訴訟法第九十八條第二項規定<sup>208</sup>或第一六一條第三項第二句規定<sup>209</sup>，即可聲請法院救濟。對此觀點，Beckemper認為，刑事訴訟法第九十八條第二項規定係針對扣押強制處分之救濟。偵查機關未事先取得法院命令即予以扣押，因而賦予當事人事後得向法院請求確認該扣押處分合法性。立法者既然是為強制處分而設之救濟，理應不能類推到偵查機關所為之一切偵查行為。刑事訴訟法救濟手段既然無法類推適用，法院組織法施行法

<sup>205</sup> Beckemper, aaO. (Fn. 69), S. 222.

<sup>206</sup> 相同見解，如Mehle, aaO. (Fn. 12), S. 311.

<sup>207</sup> Beckemper, aaO. (Fn. 69), S. 223.

<sup>208</sup> Ingo Koester, Anmerkung zu OLG Oldenburg, Beschluss v. 12.11.1992- 1 V As 4/92, StV 1993, 511, StV 1993, 513: 由審查強制處分之法官予以救濟，因為其對個案情節較為接近 (Sachnaehe)，亦即較能進入狀況。

<sup>209</sup> Ralf Neuhaus, Notwendige Verteidigung im Erkenntnisverfahren, ZAP F 22, 147 (157)，不過並未說明如此類推之理由。

作為輔助救濟手段即應適用<sup>210</sup>。至於刑事訴訟法第一六一a條第三項救濟途徑，係證人或鑑定人無故不依檢察官傳喚到庭或拒絕到庭，檢察官可命限制其自由之處分或處罰緩，對該處分，當事人可向法院聲請確認該處分之合法性。基本上，立法者於刑事訴訟法，只有針對干預基本權處分，特別賦予當事人有尋求法院救濟之可能，因而就檢察官不為聲請指定義務辯護人之救濟，因其並非基本權干預處分，要類推刑事訴訟法之救濟規定，確實很難提出能令人信服的類推理由。

Mehle也認為，刑事訴訟法第九十八條第二項及第一六一a條第三項第二句皆適用於積極之強制處分或偵查處分，若要適用到檢察官之不作為（不聲請指定），體系上並非無疑。另外，依法院組織法施行法第二十三條規定之救濟，係由邦最高法院（Oberlandesgericht）受理<sup>211</sup>，相對於刑事訴訟法第九十八條第二項係向區法院（Amtsgericht）之偵查法官聲請救濟，前者耗費之時間顯然較長。對於被告而言，既快且簡單之救濟才是最合適的方式，因而即使適用法院組織法施行法予以救濟，也應該將該利益保留給被告，亦即應該以偵查法官為管轄法院，而不應適用法院組織法施行法第二十五條第一項由邦最高法院管轄之規定<sup>212</sup>。

另外，本裁定認為在偵查期間，原則上被告應忍受檢察官提起公訴前有一段等待期間，這是法律對被告的合理期待，因而檢察官即將起訴時，被告對於偵查行為，即欠缺法律保護必要（Rechtsschutzbeduerfnis），因為起訴後，被告即可向法院請求救濟。Beckemper認為此種見解不能令人信服。因為不是所有偵查行

---

<sup>210</sup> Beckemper, aaO. (Fn. 69), S. 224.

<sup>211</sup> 參見德國法院組織法施行法第25條第1項規定。

<sup>212</sup> Mehle, aaO. (Fn. 12), S. 319.

為最後都會導致起訴之結果，況且起訴後，法官之審查只針對起訴後檢察官之聲請，對於起訴前檢察官不聲請之行為，法官也無法審查<sup>213</sup>。Mehle也反對本裁定見解。其認為被告在此仍有法律保護必要。偵查法官應該透過法律解釋，將被告向檢察官之請求，解釋為檢察官有義務將該請求轉給偵查法官決定。偵查法官之決定，如同依刑事訴訟法第一四一條第四項審判長之決定，因而即得依抗告救濟（德國刑事訴訟法第三〇四條第一項）<sup>214</sup>，況且聯邦憲法法院也曾表示，被告請求法律保護（Rechtsschutzbegehren），不能透過法律解釋，讓被告的上訴（Rechtsmittel）或法律救濟（Rechtsbehelfe）變成毫無作用（ineffektiv）<sup>215</sup>。

德國實務亦曾認為，適用法院組織法施行法之救濟途徑，將導致偵查程序遲延甚而癱瘓，尤其偵查程序特別不容許時間損失，如此救濟，有違訴訟迅速原則<sup>216</sup>。Beckemper反對實務如此保守立場，其認為，只要偵查行為干預到被告權利，且被告因此而有法律保護必要時，即不能以將導致偵查程序遲延為由而拒絕被告救濟。如果這種理由可以成立，偵查程序之辯護制度即無成立可能，因為辯護權之行使，不免會增加偵查之困難。此種實踐上的觀點（Praktikabilitaetsgesichtspunkte），一般而言，不適於作為公權力可以免除法院審查之理由<sup>217</sup>。

一般偵查行為無法尋求法院救濟，對此原則，德國通說仍承認有例外，即偵查行為如客觀上有恣意（objektiv willkuerlich）情形

---

<sup>213</sup> Beckemper, aaO. (Fn. 69), S. 222.

<sup>214</sup> Mehle, aaO. (Fn. 12), S. 321.

<sup>215</sup> BVerfGE 78, 88 (99); 96, 27 (39).

<sup>216</sup> OLG Karlsruhe, NJW 1976, 1418.

<sup>217</sup> Beckemper, aaO. (Fn. 69), S. 223.

時，即應受法院審查<sup>218</sup>。本裁定理由最後也贊成此觀點，Beckemper也贊同。不過，Beckemper認為，對於檢察官之偵查行為是否觸犯恣意禁止（Willkuerverbot），應以該偵查行為成立理由為斷，如偵查行為之成立，完全找不出任何符合個案之理由（sachlicher Grund）時，即為恣意。換言之，檢察官之偵查行為，基於任何觀點皆無法令人理解，且不合比例的侵犯被告權利時，該偵查行為即為恣意<sup>219</sup>。而對於恣意偵查行為，無論是學說通說或實務見解，皆認為被告可以援引法院組織法施行法第二十三條以下規定聲請法院救濟。Mehle認為，本裁定引用恣意觀點，對被告不利，因為除非檢察官恣意，否則被告無法救濟。此已經為檢察官得拒絕被告之聲請，廣開方便之門。本裁定亦忽視檢察官在此有聲請義務及審判長有指定義務，縱使檢察官無恣意，該拒絕聲請也是違反義務而侵害被告權利之偵查行為<sup>220</sup>。

## 陸、違反偵查程序強制辯護之法律效果

### 一、違背法令事由

檢察官違反偵查程序強制辯護規定，對於刑事程序（尤其是判決）有何法律效果？此可區分為兩種狀況。首先，第一審法院發現檢察官違法，可否救濟？第二，上訴審法院發現檢察官違法而第一審判決並未救濟時，上訴審法院可否救濟？

第一審法院發現檢察官違法，法院必須判斷該偵查違法是否影響到法院審判程序及判決之合法性。依程序法理，偵查程序縱然違

---

<sup>218</sup> 參見Beckemper, aaO. (Fn. 69), S. 224 Anm 41.

<sup>219</sup> Beckemper, aaO. (Fn. 69), S. 224.

<sup>220</sup> Mehle, aaO. (Fn. 12), S. 314 f.

法，並不當然構成得為上訴理由之判決違背法令事由。因上訴係針對判決違背法令而設之救濟制度，如判決本身並無違法之處，只是偵查程序違法，且偵查程序之違法亦無延續到審判程序（尤其是判決），則該判決不會成立違背法令事由。就檢察官偵查程序違反強制辯護規定而言，如其違法效力繼續延續到判決，而第一審法院就此違法又未於審判時予以救濟，該判決即會成立違背法令事由。如同上述聯邦最高法院判決所示，檢察官違法未聲請法院指定義務辯護人，第一審法官仍以該違法未指定辯護人之偵查法官筆錄作為判決依據。如此之偵查程序違法已經影響到判決，亦即構成違背法令事由，被告以此為上訴理由，上訴審法院即應依法審查並予救濟，即為適例<sup>221</sup>。

另外，偵查程序違反強制辯護規定，但其後之審判程序，已由審判長依法指定義務辯護人為被告辯護，是否偵查程序之違法即得因此而治癒？偵查機關違反強制辯護規定所進行之偵查程序，原則上，不能因其後有另外合法偵查程序或審判程序，即認該程序瑕疵已無關緊要而「當然」治癒<sup>222</sup>，否則偵查程序之強制辯護功能將無法貫徹。不過，起訴前，如檢察官自行發現違法，仍可透過補正或重複該行為而治癒原先之程序瑕疵，例如捨棄原先違法偵查程序，另依法向法院聲請指定義務辯護人後，重新進行該等偵查程序。德國學者亦言，如果偵查程序違法未指定義務辯護，其所為證據調查之違法性，在指定辯護後，得透過重新調查該證據而獲得治癒，但如只是因主審程序已經指定義務辯護，不能即謂已補正所有

---

<sup>221</sup> BGHSt 46, 93; 47, 172.

<sup>222</sup> 關於程序瑕疵之治癒，參見何賴傑等四人合著，刑事訴訟法實例研習，頁313以下，2000年。

偵查程序因未指定而生之違誤<sup>223</sup>。

如第一審法院就檢察官之違法未予以救濟，且該偵查違法已影響到第一審判決，則該判決已構成違背法令事由。但縱使構成違背法令事由，亦未必會導致判決之撤銷，此即為絕對上訴事由與相對上訴事由之區別<sup>224</sup>。

依德國刑事訴訟法規定，違反必要辯護規定之判決，可能構成刑事訴訟法第三三八條第五款及第八款之絕對上訴事由。第五款係規定，於檢察官或依法應出席的人缺席下所進行之審判程序；第八款則規定，對法院裁判有重大關係的程序上，刑事辯護因法院裁定受到不合法之限制。此兩者雖皆為絕對上訴理由，但第五款規定明文適用於審判程序，亦即於審判程序，未指定義務辯護人或義務辯護人未到庭時，該審判構成本款違法事由。通說因而認為，違反偵查程序之必要辯護規定，不可能成立本款事由<sup>225</sup>。不過，第八款則有適用可能。依學說及實務見解，違反特別保護辯護權之程序規定，或違反保障辯護權之公平審判原則、訴訟照顧義務（*Fuersorgepflicht*）時，可能成立本款事由<sup>226</sup>。例如，被告與某律師間有信賴關係，且被告長期被羈押在離審判法院相當遠的看守所，被告因而請求指定該律師為義務辯護人，卻被法院以該律師為外地律師，不在法院管轄區域內而拒絕指定該律師。聯邦最高法院認為，在這種情況，指定外地律師可能有其必要性，審判長拒絕指定之處分，已經構成違反本款之事由<sup>227</sup>。基此，法官違法拒絕指定義務辯護人時，即有可能構成本款違法事由。

---

<sup>223</sup> Mehle, aaO. (Fn. 12), S. 347.

<sup>224</sup> 我國刑事訴訟法則稱為當然違背法令事由及相對違背法令事由。

<sup>225</sup> Kuckein in: KK-StPO § 338 Rn. 79.

<sup>226</sup> Kuckein in: KK-StPO § 338 Rn. 101; Pfeiffer, aaO. (Fn. 70), § 338 Rn. 31.

<sup>227</sup> BGH 43, 153=NJW 1997, 3385; Pfeiffer, aaO. (Fn. 70), § 338 Rn. 32.

違反偵查程序必要辯護規定，即使不成立上述絕對上訴事由，亦可能成立相對上訴事由，即亦得作為上訴第三審之理由（德國刑事訴訟法第三三七條<sup>228</sup>），且法官指定辯護人之處分（*Verfügung*），是判決前之法官裁判，且是判決之基礎，因而依德國刑事訴訟法第三三六條規定，該處分亦受上訴審法官之審查<sup>229</sup>。但由於法官依第一四一條第三項第一句規定所為之指定處分，是法官裁量權之行使，因而除非裁量有法律違誤（*rechtsfehlerhafte Ermessensausübung*），例如法官誤解法律概念、未考慮到個案基本情況、裁量逾越等，否則上級審法官不得審查該指定處分<sup>230</sup>。

## 二、證據禁止

基本上，違反強制辯護規定，係嚴重侵害被告防禦權之事由，不僅在審判程序如此，在偵查程序亦為如此。不過，對於違反該等規定所取得之證據，是否皆應賦予證據禁止之法律效果，德國學說與實務見解仍未統一。其中尤以上述聯邦最高法院對於違反第一四一條第三項偵查期間必要辯護規定之判決，引發「證據禁止解決法」與「證據評價解決法」兩派爭論，特別有申論必要。

上述德國聯邦最高法院判決（BGHSt 46, 93）認為，於偵查法官訊問唯一不利證人時，檢察官未聲請法官指定義務辯護人，以代替被拒絕在場之被告行使質問權。該等違反偵查程序必要辯護規定而取得之偵查法官之證言，相較於承認其有證據禁止效果所引發之嚴重後果，不如承認其只會減損該證言之證明力，比較符合個案

---

<sup>228</sup> 類似我國刑事訴訟法第377、378條規定。

<sup>229</sup> BGH NStZ 1992, 292; Pfeiffer, aaO. (Fn. 70), § 142 Rn. 5.

<sup>230</sup> Mehle, aaO. (Fn. 12), S. 346.



所需<sup>231</sup>。

本判決也認為，為了符合歐洲人權公約，歐洲人權法院對於程序所採取之整體觀察法（Gesamtbetrachtung），於解釋德國刑事訴訟法時，應該被貫徹。關於質問權之保障，應該以整體的證據程序，一併為觀察。歐洲人權法院雖然首要考慮的多為證據程序，較少考慮證據評價。但在整體觀察法下，證據評價也應受到重視，這也是歐洲人權法院在Unterpertinger案與Asch案<sup>232</sup>所為之區別。因為整體觀察必須取決個案情形，因而必須找到一個能正確評價個案之解決方式，證據評價解決法（Beweiswuerdigung-Loesung）最能達成該目標，這是本判決認為值得採用該方法的理由。

雖然本判決認為，採用證據評價解決法會被質疑法官有罪判決是建立在違反法定聽審權而無辯護人參與之偵訊結果上。但是本判決認為，在類似情況之匿名證人情形，其辯護也有類似問題，而且

---

<sup>231</sup> BGHSt 46, 93 (99).

<sup>232</sup> EuGRZ 1992, 474. Unterpertinger案件事實大致如此：被告Unterpertinger觸犯傷害罪，於奧地利法院審判時，因為證人行使拒絕證言權，法官即朗讀證人之警察筆錄，被告因而被定罪。歐洲人權法院認為奧地利違反歐洲人權公約第6條第1項及第6條第3項d之公平審判原則，因為整個程序被告完全沒有機會向不利證人質問。雖然被告可以對該等證言有陳述意見機會，但無法向證人提問。雖然該證言不是唯一證據，但法院判決理由決定性的建立在該證言基礎上。另一案件，被告Asch觸犯強制罪及傷害罪。在法院審判時，證人行使拒絕證言權，法官傳喚偵訊該證人之警察作證。其後法院以警察證言及醫生之診斷書，認定被告有罪。歐洲人權法院在本案認為奧地利沒有違反公平審判原則，因為證人的拒絕證言權不能用來癱瘓刑事司法，只要被告防禦權被到確保，法院即可使用該證言，特別是證言可以透過其他證據（特別是醫生診斷書）來證實。被告在警察面前及在法院審判時，都有機會對該證言陳述意見。此時，被告還因矛盾的陳述而影響到自己陳述的可信性。被告也沒有對警察證人質問，也沒有聲請調查其他證人。尤其是法院也不是以該拒絕證言權之證言作為唯一證據。法院也考慮到對該警察證人之親自印象及醫生之診斷書。本案在上述點上，與Unterpertinger及Delta兩案皆有所區別。

匿名證人情形，侵害質問權的情形更為嚴重，因為連證人是誰都不知道，且被告所提之疑問，從匿名證人處也得不到任何答案。在匿名證人情形，既然證據評價解決法可用來作為符合歐洲人權公約的補償方式，在本案情形，更可以適用證據評價解決法。另外，在違反公約的陷害教唆（Tatprovokation）情形，最高法院也是採量刑解決法（Strafzumessung-Loesung）<sup>233</sup>，這也足以證明拒絕承認本案有證據禁止效力是符合體系的（systemkonform）解釋方法。

本判決最後認為，該偵訊結果是基於未指定義務辯護人之違法情形下所作，因而本案使用的證據評價解決法，必須如同對於匿名證人的處理方式<sup>234</sup>，判決尤須滿足兩個要求始為合法，即特別嚴格的證據要求及判決理由（此即下文所欲討論的自由心證內涵）。

對本判決所採之證據評價解決法，Gless持反對態度，其認為，本判決基於整體觀察法及證據禁止與證據評價應有所區別之理由，而拒絕本案有證據禁止效果。但如此見解值得商榷。整體觀察法必須放在歐洲人權法院特殊背景下觀察。這是歐洲人權法院為審查內國法院程序是否因違反歐洲人權公約第六條第三項而為不公平程序所採取的程序整體觀察標準。歐洲人權法院如此作法之背景是，歐洲人權法院正努力於正確評價各內國法之程序規定之差異性。因為各國對於程序違法，可能已經規定有非常完整的彌補方式，在此背景下，歐洲人權法院只能以抽象規則的整體觀察法作為審查各內國法程序規定之標準。不過，歐洲人權法院判決還是受到嚴厲批評，因為如此作法將產生不利後果，即很難事先預估從歐洲人權法院判決是否能導出被告程序權利受到侵害之判斷結果。現在

---

<sup>233</sup> BGHSt 45, 321=NJW 2000, 1123.

<sup>234</sup> BGHSt 17, 382=NJW 1962, 1876; BGH NStZ 1998, 97; StV 1999, 7; NStZ 2000, 265.

德國聯邦最高法院在內國法也採取如此方法，很明顯未來將會產生更極端的「權衡理論」<sup>235</sup>（*Abwaegungslehre*），而聯邦最高法院過去的判決，已經讓我們很清楚權衡所帶來的危險<sup>236</sup>。

另外，證據禁止與證據評價應有所區別，但Gless認為聯邦最高法院於本案中已經漠視這種區分之必要性。Gless認為，在第一個層面上，應區別證據取得禁止與證據使用禁止，其目的在確保基於形式規則而排除那些不應影響判決的事實認知。如此目的也反應到第二個層面上，即應嚴為區分證據禁止與證據評價。由於證據評價欠缺嚴格規則，那些會明確影響到判決的事實認知，在此已經不可能會再被排除了。這兩個層面的區分，正是所謂「證據取得應符合司法形塑性」（*Justizfoermigkeit*）之內涵。德國聯邦最高法院在本文中，也談到這兩個層面的問題。雖然其肯認本案程序違法，但卻認為證據仍得使用，雖然也提到該證據之證明力應受到限縮，卻以此作為不採證據禁止法律效果的理由。事實上，最高法院已經漠視這種區分之必要性<sup>237</sup>。

Kunert徹底反對德國聯邦最高法院如此畏畏縮縮的作法而主張本案應有證據禁止的法律效果。其認為，最高法院在本案也曾衡量是否要採取證據禁止，只是最後仍然不採。證據禁止可以創造清楚明確的法律關係，對於檢察官及偵查法官也可以產生清楚明確的行為誡命，也符合判決理由內所稱立法者要加強偵查期間辯護人積極參與的意旨。相對的，證據評價解決法對於偵查法官及審判法官，在實務上會產生不確定的權衡結果，而且其所產生的問題及負擔，全部都由第一線的法官承擔。站在第二線的上訴審法官，對於最後

---

<sup>235</sup> 這是原作者強調的標號。

<sup>236</sup> Gless, aaO. (Fn. 119), S. 3607.

<sup>237</sup> AaO.

權衡結果的不確定性，可以完全不表態，只要發回下級審就可以。這對於程序單純化完全沒有幫助。而採取開放的權衡方式，背後隱藏的原因，是擔心讓被告無罪釋放不合理。不過，法律也明定有證據禁止法律效果，同樣也可能產生實質的不合理無罪判決。觀此，最高法院應該可以減少一些無謂的擔心。總結言之，本案採取證據禁止法律效果，才符合刑事訴訟法的基本結構（尤其是刑事訴訟法第二五二條規定<sup>238</sup>），且對於檢察官及偵查法官，才有清楚的行為指示的教育功能，也才符合加強偵查期間辯護人積極參與的政策目的，也能讓歐洲人權公約第六條第三項d質問權保障規定有較大適用空間。畢竟在法治國體系下，只有符合司法形塑性的判決，才可能是正當的判決<sup>239</sup>。

Mehle亦反對本案所採證據評價解決法，其從證據禁止理論下手，藉以論證本案應有證據禁止法律效果。Mehle認為，依權利領域理論（Rechtskreistheorie），無論因被告不在場（違反德國刑事訴訟法第一六八c條第二項、第四項），致無法質問（質問權受侵害），或德國刑事訴訟法第一四一條第三項、第四項必要辯護所保障之被告辯護權受到侵害，皆侵及被告權利領域，因而應有證據禁止效果<sup>240</sup>。而依規範保護目的理論（Schutzzwecklehren），被告向辯護人諮詢（Verteidigerkonsultation），對被告有其重要意義，如同Roxin所言，此為被告有效辯護之根本權利（Fundamentalrecht auf effektive Verteidigung），其不得被侵害，否則被告會喪失對程序影響之可能性，因而被降為程序客體<sup>241</sup>。就此而言，違反必要

<sup>238</sup> 德國刑事訴訟法第252條規定，主審程序訊問的證人，直到主審程序才主張拒絕證言權，其先前之證言不得於主審程序朗讀。

<sup>239</sup> Kunert, aaO. (Fn. 133), S. 217 f.

<sup>240</sup> Mehle, aaO. (Fn. 12), S. 339.

<sup>241</sup> Claus Roxin, aaO. (Fn. 19), 898(900).

辯護規定應該有證據禁止效果<sup>242</sup>。而且因本案被告有其保護必要性，此已經排除權衡理論在此適用可能<sup>243</sup>，而縱使依權衡理論（*Abwaegungslehre*），被告向辯護人諮商之權利有其特殊重要性，學說及實務皆承認如有侵害，有證據禁止效果，此處未為被告指定義務辯護人，應等同於侵害被告向辯護人諮商之權利，因而同樣應有證據禁止效果<sup>244</sup>。

相對於學者幾乎一面倒向證據禁止法律效果，德國聯邦最高法院第一庭第二個判決（BGHSt 47,172）則明白表示改採權衡理論，但最後仍拒絕承認該案有證據禁止效果。該判決認為，本案違反第一四一第三項第二句規定程序，被告在這種狀況下確實值得保護，但其值得保護的重量，尚未達到證據禁止的程度。違反本規定所得之證據，刑事訴訟法並未明定有證據禁止法律效果，因而持贊成或反對證據禁止見解，必須基於法治國之誠命及目的而為權衡。原則上，立法者對於不正方法訊問，因其為嚴重的（*gravierend*）程序違法，故有證據禁止之明文（德國刑事訴訟法第一三六a條第三

---

<sup>242</sup> Mehle, aaO. (Fn. 12), S. 343.

<sup>243</sup> Mehle, aaO. (Fn. 12), S. 341.

<sup>244</sup> Mehle, aaO. (Fn. 12), S. 340 ff.; Karl Heinz Goessel, Ueber Beweiverwertung, Beweiswuerdigung und Beweisregeln, in: Gedächtnisschrift fuer Dieter Meurer, 2002, S. 381 (387 f.). 另外，Mehle在其論文第343頁認為，如果違法未指定辯護人，該違法只是檢察官違反德國刑事訴訟法第141條第3項第2句之聲請義務，而不涉及法官違反第141條第3項第1句之指定義務時，此時不生證據禁止效果，因為這只是單純國家偵查機關之違失。如此見解，事實上只可能存在於下列這一種情況，即檢察官違法未聲請，但審判長仍然指定義務辯護。此種情況可能出現在被告因檢察官不聲請而向法院請求救濟，法院認為被告有理因而主動指定義務辯護。不過，德國實務上，這種情形出現機率很低。另外，Mehle如此區分，也有值得商榷之處，因為涉及不指定義務辯護之違法，無論出於檢察官違反義務或法官違反義務，規範上沒有區分必要，其對於被告辯護權之侵害，並無二致。

項)。此外，德國聯邦憲法法院也一再強調有效刑事追訴及對抗犯罪有其必要性，也強調盡可能完整發現真實也是公共利益，且有效澄清嚴重的犯罪，正是法治國共同體（*Gemeinwesen*）的基本任務（參照BVerfGE 77, 65[76]=NJW1988, 329=NSTZ 1988, 33; BVerfGE 80, 367[375]=NJW 1990, 563[564]；同樣參照BverfG, NstZ 1996, 45）。保護法治國共同體、對於犯罪被害人及未來可能成為犯罪被害人之保護、犯罪行為人對於正確且適當判決的要求，皆會對證據禁止之承認設下界限。在這裡必須做的權衡（*Abwaegung*）是，是否存有一個嚴重的程序瑕疵，及是否被告在本案須受到特殊程度的保護（BGHSt 42, 170[174]=NJW 1996, 2242=NSTZ 1996, 452）。基於本案被告知道行使緘默權且知道向辯護人諮詢，因而本案違反第一四一條第三項第二句之程序瑕疵，不應被評價為嚴重。本案也應考慮被告是自願參與犯罪過程之重建，且犯罪追訴機關認為犯罪過程之重建是不能遲延而有急迫需要。基此，被告在本案，沒有特殊程度的保護必要性。被告基於自己意願且未被羈押情形下，在國外即嘗試跟承辦本案之警察連絡且提供案件之說明，在此關聯下，特別須強調的是，被告對於自白之意願。在當時情形下，被告有機會向律師諮詢，因為當時被告涉及另外兩件案件已經有辯護人為其辯護。從整個過程及被告行為來看，有理由相信被告的自白是明知且是被告自己想要的。因而最高法院最後認為本案不會有證據禁止效果<sup>245</sup>。

對於實務改以權衡方式認定有無證據禁止效果，Schuska持贊成意見，但對權衡結果不表贊同。其認為必要辯護所保障之辯護權，在偵查程序，對被告有其特別重要性，因為其後可能無法再對該證人質問，而質問證人也是公平審判及法治國之要求。相對於對

---

<sup>245</sup> BGH NJW 2002, 975 (977).

抗犯罪及刑事司法效率之公共利益，被告於此之保護必要性，應優先於公共利益而為保障。因而法官基於權衡，應認定該程序違反已經嚴重到須賦予證據禁止法律效果<sup>246</sup>。

但Wohlers則反對以權衡方式處理。其認為以權衡方式考慮是否有證據禁止法律效果，將打亂立法者設立必要辯護制度之立法評價。被告沒有辯護人可諮詢（Konsultation），其所為的決定，不算一個能擔負責任（verantwortlich）的被告的決定，更不是一個能擔負責任之程序主體（verantwortlich handelnder Prozesssubjekt）的決定<sup>247</sup>。此時，規範保護目的理論能作為證據禁止之法理依據。

之後，在二〇〇四年第六十五屆「德國法律人研討會」（Deutscher Juristentag），最後大會贊成的決議（Beschlusse IV. 4.）亦認為，如果依法應指定義務辯護而未指定，辯護人因而不能在法官訊問被告時參與，涉及被告訊問部分，在任何情況下（jedenfalls），皆有證據禁止法律效果<sup>248</sup>。亦即不但承認有證據禁止法律效果，而且不採權衡理論。

不過，該決議只針對被告陳述（尤其是被告自白）有證據禁止法律效果，對於證人陳述是否亦有證據禁止法律效果，則無說明。因而如同上述聯邦最高法院判決（BGHSt 46, 93）所示情況，法官訊問證人時，法官不令被告在場，亦無指定義務辯護人在場，此時該證人陳述是否有證據禁止法律效果，即無法依本決議認定有證據禁止效果。原先Satzger所為書面報告最後之議題八（Thesen 8）之內容是，依法應指定義務辯護人而規避（Umgehung）者，皆有證

---

<sup>246</sup> Frederek Schuska, Die Rechtsfolgen von Verstoessen gegen Art. 6 EMRK und ihre revisionsrechtliche Geltendmachung, 2006, S. 179.

<sup>247</sup> Wolfgang Wohlers, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 22.11.2001- 1 StR 220/01, NJW 2002, 975, JR 2002, 293(295).

<sup>248</sup> AaO.

據禁止的法律效果<sup>249</sup>。亦即不限被告陳述、證人陳述、甚而其他證據方法，皆有證據禁止效果，其涵蓋之適用範圍顯然較其後所為之決議寬廣許多。

該決議採取證據禁止法律效果，雖然符合大多數學說見解，但與聯邦最高法院判決所採之證據評價解決法或權衡理論仍有相當差距。或許這也是該決議最後是以六十二票比六十一票<sup>250</sup>，僅以一票之差險勝的原因，因為實務界甚而學界對於一概適用證據禁止，恐怕還是有疑慮，畢竟證據評價解決法確實比較能符合個案需要。尤其該決議之提問方式，是以在「任何情況下」（jedensfalls）皆屬證據禁止的陳述方式，亦即完全不考慮個案情況，因而適用上並無迴旋空間，且如果涉及被告自白，該自白因此會被斷然禁止使用，此更不易為保守的實務界接受。

四年後（二〇〇八年），第六十七屆「德國法律人研討會」刑法組議題——在法治國保障與有效對抗犯罪及恐怖主義緊張關係下之證據取得禁止與證據使用禁止（Beweiserhebungs-und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus），其中關於「違反保護公平審判原則，特別是保護基本權之程序法規定，經常（stets）會導致證據禁止」的議題（Beschlüsse II. a），最後大會決議不贊成<sup>251</sup>。反之，對於「違

---

<sup>249</sup> Satzger, aaO. (Fn. 9), C 147: “Eine Umgehung der rechtlich gebotenen Pflichtverteidigerbestellung sollte zu einem Beweisverwertungsverbot führen”.

<sup>250</sup> 該議題，有62人贊成，61人反對，10人無意見，最後成為大會贊成的決議，參見：同註114。

<sup>251</sup> 該議題，有28人贊成，48人反對，3人無意見，因而最後大會決議不贊成，參見[http://www.djt.de/files/djt/67/djt\\_67\\_beschluesse.pdf](http://www.djt.de/files/djt/67/djt_67_beschluesse.pdf)，最後瀏覽日：2008年12月8日，關於第67屆德國人法律人研討會刑法組之議題，從證據禁止的目的、



反保護公平審判原則之程序法規定，其證據禁止須附加權衡個案所有重要情況」之議題（*Beschluesse II. b*），則獲得大會決議贊成<sup>252</sup>。亦即此次研討會決議，明顯係以權衡法則作為證據禁止的判斷標準，這也符合德國通說與實務一貫見解，畢竟這是兩者妥協的最大公約數。

### 三、自由心證

上述德國聯邦最高法院判決（*BGHSt 46, 93*）認為，違反偵查程序必要辯護規定而取得之人證證據方法，只會減損該證言之證明力，不會導致證據禁止，亦即其違法之法律效果是法官依自由心證降低該證據之證明力。不過，聯邦最高法院對於這種證據評價解決法（*Beweiswuerdigungs-Loesung*），也不是完全放任讓事實審法院

---

證據禁止的法源、權衡事項、放射效力、私人取證，與歐盟各國間的證據禁止問題等，皆有觸及。惟其他部分因超過本文範圍，於此不贅，請自行上網參閱[http://www.djt.de/files/Themenubersicht\\_67\\_DJT.pdf](http://www.djt.de/files/Themenubersicht_67_DJT.pdf)，最後瀏覽日：2008年12月8日。

<sup>252</sup> 該議題，有54人贊成，16人反對，6人無意見，最後大會決議贊成，參見：同前註，另外，關於權衡原則必須權衡之事項，aa)程序違反之嚴重程度（69人贊成，無人反對，5人無意見，大會決議贊成）；bb)偵查機關違反義務之程度（55人贊成，12人反對，11人無意見，大會決議贊成）；cc)被告罪責之嚴重性（40人贊成，35人反對，4人無意見，大會決議贊成）；dd)使用該證據之具體必要性（9人贊成，64人反對，7人無意見，大會決議不贊成）；ee)假設偵查流程而合法取得該證據之可能性（10人贊成，57人反對，10人無意見，大會決議不贊成）；ff)被害人之利益（16人贊成，52人反對，7人無意見，大會決議不贊成）；gg)公眾對於法治國刑事程序之利益（45人贊成，26人反對，5人無意見，大會決議贊成）；hh)嚴重違法而無法追訴，對於國家追訴機關形象之影響（26人贊成，43人反對，8人無意見，大會決議不贊成），參見：同前註，亦即大會最後接受的權衡事項：(1)程序違反之嚴重性；(2)偵查機關違反義務之程度；(3)被告罪責之嚴重性；(4)公眾對於法治國刑事程序之利益。

自由心證，其對事實審法官之自由心證，亦二項嚴格指示，即特別嚴格的證據要求及判決理由。

聯邦最高法院首先認為，本案中之偵查法官，只是間接聽聞犯罪事實之證人，雖然其證言仍有一定證明力，不過，辯護人在本案無直接質問原始證人之機會，因而事實審法官必須特別注意，對於該證言之可信度（Glaubwürdigkeit）應加上一定限制。因為對造無法進行對質詰問，因而該證言只能有限度的澄清犯罪事實，且該證言必然是不完整的。因而本案應如同對祕密證人之處理情形，原則上，基於該偵查法官證言所能確認之事實，必須要有該證言以外之其他重要觀點（Gesichtspunkte）作為確認該事實之證據時，始能採用該證言。事實審法官必須在判決理由內，以上訴審法官可以事後審查的方式，具體說明如何小心謹慎的（sorgfältigst）檢驗該偵查法官之證言。雖然現在最高法院才如此明確要求特別的證據評價及判決理由，不過，本案判決依然不符合該要求，因為事實審法官在該證言之外，沒有其他重要觀點足以證實該犯罪事實之經過。雖然事實審法官也傳喚其他證人，不過，這些證人既不是目擊證人，部分還是傳聞證人。事實審法官所為之證據評價，依然停留在「證言對抗證言」（Aussage gegen Aussage）之情形，雖然合法，但不能滿足最高法院在此所提出之特別證據及判決理由之要求。而且本案也沒有重要的物證作為證據。本案判決有如此瑕疵，但最高法院不能為無罪判決，因為不能排除撤銷發回後，在新的事實審法院審理時，事實審法官可能會確認新的犯罪事實<sup>253</sup>。

對於聯邦最高法院較為嚴格之自由心證要求，Endriss認為，縱然採用最高法院於本案所認之特別嚴格證據及判決理由，亦無法增強證人可信度之判斷。想透過該證言以發現其他表徵證據

---

<sup>253</sup> BGHSt 46, 93, 105 f.

（Indizien），最後常常還是無法直接掌握犯罪事實之核心事件（Kerngeschehen），也無法提供對證言可信度之直接判斷依據<sup>254</sup>。

對於最高法院援用過去判決立場而主張證據評價解決法，Mehle認為，最高法院這一套原先只是針對匿名證人所發展出來的法則，並非針對司法自己的失誤行為而考量。現在最高法院想將這一套證據法則一般化（Verallgemeinerung），恐怕有待商榷<sup>255</sup>。Endriss也認為，本案最高法院以匿名證人為例，是錯誤類比，因為匿名證人是因行政機關封鎖證人緣故，司法機關無可歸責，但在本案情形，完全是因司法機關自己違反義務所致<sup>256</sup>。另外，本判決將適用於陷害教唆之量刑解決法，轉用到本案作為證據評價解決法之立論依據，學者Ambos也認為此為錯誤類比。因為陷害教唆係基於國家偵查機關之違法行為，因而透過量刑減輕以補償被告所受之不利。但本案被告的犯罪行為是自行決意，並非國家所引起。被告只是事後在刑事程序上，辯護權受到國家違法限制而已。這兩種類型不能類比。因而以量刑解決法作為證據評價解決法之立論依據，顯有錯誤<sup>257</sup>。

證據評價與量刑，理論上可以區分也可以結合，因為證據評價是法官基於自由心證而為的訴訟行為，而量刑則屬於法官行使國家所托付的國家刑罰權（實體刑罰權、刑事司法權），兩者係在不同領域發生作用，因而其結合是法律允許且有必要。例如，如果違反質問權規定係基於國家司法機關之違誤（無論是有意、疏失、誤認

---

<sup>254</sup> Rainer Endriss, Vom Fragerecht des Beschuldigten im Vorverfahren, in: Festschrift fuer Peter Riess zum 70. Geburtstag, 2002, S. 65 (75).

<sup>255</sup> Mehle, aaO. (Fn. 12), S. 332.

<sup>256</sup> Endriss, aaO. (Fn. 254), S. 65(75).

<sup>257</sup> Kai Ambos, Europarechtliche Vorgaben fuer das (deutsche) Strafverfahren-Teil II, NStZ 2003, 14, 17, Fn. 182.

法律要件等），依據德國聯邦最高法院一貫見解，皆採證據評價解決法，由法官基於自由心證以認定被告犯罪行為<sup>258</sup>。不過，如果國家司法機關之違誤程度，並非單純違誤，已經嚴重到可以提升到國家不法層次（例如國家偵查機關蓄意違法將證人藏匿，不讓證人到庭接受被告質問），此時法官當然也得考慮於量刑時減輕被告刑罰，藉以補償被告之不利益。基此，Ambos認為本判決將適用於陷害教唆之量刑解決法，拿來作為違反質問權之證據評價解決法之基礎，其立論有所不當，如此見解在理論上未必毫無疑義，不過，本案最高法院並未仔細說明如此適用之立論基礎為何，仍有理由不夠充分之嫌。

對於自由心證法則，Goessel認為，最高法院所採證據評價解決法亦屬證據法則（Beweisregel），且須依附於德國刑事訴訟法第二六一條自由心證規定而為適用。但本案情形顯然並非如此。依自由心證法則，事實審法官應獨立判斷所認定之犯罪事實是否已充分足夠作為判決基礎，因而法官可以獨立判斷是否採用證言。證言雖未經被告質問，但如果有經過質問，該證言可能會導致不被採用之結果時<sup>259</sup>，只要法官有此懷疑，該證言即無法提供足以作為有罪判決基礎之保證。可是，最高法院在本案卻承認此種證據也可以作為被告有罪判決之基礎<sup>260</sup>，因為只要在證言外，有其他重要觀點足以確認該證言之真實性時，該證言仍得作為判決基礎。

Widmaier則贊成最高法院對自由心證所為之限制，其認為，最高法院所採之證據評價解決法，對德國刑事訴訟法第二六一條自由

---

<sup>258</sup> 例如BGHSt 51, 150及其所引之判決如BVerf, NJW 2006, 672; BGH, NJW 2003, 3142.

<sup>259</sup> 這當然只是一種事後之假設（hypothetisch）。

<sup>260</sup> Goessel, aaO. (Fn. 244), S. 380 (390 ff.)

心證原則而言，是一套陌生的證據法則，但還是可以從歐洲人權公約第六條第三項d質問權規定獲得合法基礎，而且最高法院也認為這是符合個案之理性的證據評價法則。不過，在BGHSt 46, 93案例，採用證據評價解決法，這個概念本身可能就有疑義（fragwuerdig），並非正確評斷該程序違失之特性及強度後所應採用之方法。因為侵害被告根本的辯護權，想用這種方式保留「彈性」（flexibel），並非適當作法<sup>261</sup>。因而Widmaier贊成證據禁止效果，但又獨創見解，認為應區分兩種情況而賦予不同法律效果，即（一）檢察官違反義務不聲請指定辯護，對於被告陳述（Aeusserungen）或其他程序行為（Verhaltensweisen）所造成之侵害；或（二）檢察官違反聲請義務，只是讓被告在證據調查時，因無義務辯護人參與而無法行使其參與權（Mitwirkungsrechte）。前者，有證據禁止之法律效果；後者則無，只會對其所取得的證據價值予以降低評價<sup>262</sup>。Widmaier認為，前者之違反，侵害被告的主體地位，因而必須賦予證據禁止效果；後者，如同檢察官或司法警察官訊問證人之期日未通知被告，致被告無法到場一樣，德國學說認其法律效果也不是證據禁止。Widmaier進一步認為，最高法院對自由心證原則，以特別嚴格證據要求及判決理由予以限制，已經足夠明確能避免法官「隨個人之意」（Beliebigkeit）而為自由心證。尤其在「證言對抗證言」情形，既無更有分量的證據，被告即不會被判有罪。就此，已經是富有重要意義的進步了<sup>263</sup>。

理論上，事實審法官之自由心證並非不能受到限制，無論是依法限制或依有拘束力之實務見解而為限制，皆不違背自由心證原

---

261 Widmaier, aaO. (Fn. 137), S. 76 (78) (強調記號為原文所有)。

262 Widmaier, aaO. (Fn. 137), S. 76 (79).

263 AaO.

則，只是對於自由心證之限制，仍須符合論理法則及經驗法則（我國刑事訴訟法第一五五條第一項已有此明文）。德國聯邦最高法院本案判決並未詳述對自由心證為如此限制之立論基礎為何，只是援引祕密證人案例作為理由，仍不夠充分。

另外，依Widmaier說法，則只有被告陳述部分，有證據禁止效果；證人陳述部分，則採證據評價解決法。對於這種說法，Mehle認為，這種區別毫無意義，因為這兩種情況皆屬對被告辯護權之侵害。被告主體地位之保障，在這兩種情況下，應該是一樣的，且如此解釋，嚴重忽視刑事訴訟法第一四一條第三項規定之適用<sup>264</sup>。因而Mehle主張，無論是被告之陳述或其他程序行為，或其他在無辯護人在場時所取得的證據，都應有證據禁止效果<sup>265</sup>。Schuska也反對如此區分，如同Mehle，其也是從保障被告主體地位及程序權利之有效行使作為立論基礎，另外，是否賦予證據禁止法律效果，不應單純取決於該證據方法是被告陳述還是因侵害被告參與權而獲得之其他證據方法<sup>266</sup>。

另外，Schuska反對證據評價解決法之理由之一，是從實務觀點出發。Schuska認為，證據評價是非常複雜的過程，遠比法官正確評估被告權利如何受到侵害之過程還要複雜。而違法取得的證據之證據價值究竟有多少，通案根本無法掌握，個案也很難說明。最高法院所說必須依「其他重要觀點」認定犯罪事實，在個案很難精確認定，也無法合理檢驗。而必須個案解決，將無法預估刑事訴訟法適用之結果。尤其如果司法機關發現個案內存有其他「重要觀點」足以認定犯罪事實時，將有可能引發司法機關之不良心態，即

---

<sup>264</sup> Mehle, aaO. (Fn. 12), S. 335.

<sup>265</sup> Mehle, aaO. (Fn. 12), S. 344.

<sup>266</sup> Schuska, aaO. (Fn. 246), S. 176.

乾脆不管被告有無義務辯護需要，反正不為被告聲請及指定義務辯護之違法效果，對於被告有罪判決之結果已經無關緊要了。亦即適用結果，使得該法定義務被相對化了<sup>267</sup>。

另外，Schuska對於違反德國刑事訴訟法第一四一條第三項第二句之法律效果，主張應經由權衡而認定有證據禁止效果（參見上文陸、二），但對於違反歐洲人權公約第六條第三項d質問權規定之法律效果，卻主張應區別不同情況而賦予不同法律效果，即只有基於可歸責於國家司法機關之違失而造成的程序違法，始有證據禁止效果，否則只能依自由心證證據評價方式處理<sup>268</sup>。Schuska認為，德國刑事訴訟法第一四一條第三項第二句規定與歐洲人權公約第六條第三項d規定可以分開處理，因為不為被告指定義務辯護，如已經違反刑事訴訟法第一四一條第三項第二句規定，即使不援用歐洲人權公約第六條第三項d規定，依然可以導出證據禁止法律效果。援用歐洲人權公約第六條第三項d質問權規定，只是有助於法官判斷是否構成第一四一條第三項第二句規定之程序違法而已<sup>269</sup>。

縱使吾人贊成Schuska將歐洲人權公約第六條第三項d規定與刑事訴訟法第一四一條第三項第二句規定予以區分，且只從後者導出證據禁止法律效果之見解，依然可以發現Schuska見解有其不一貫之處。其對於違反歐洲人權公約第六條第三項d質問權規定之法律效果，主張只有基於可歸責於國家司法機關之違失而造成的程序違法，始有證據禁止效果，否則只能依自由心證證據評價方式處理，但對於違反刑事訴訟法第一四一條第三項第二句規定，卻不考慮司法機關是否有可歸責之事由。如此區別處理之理由何在，Schuska

---

<sup>267</sup> Schuska, aaO. (Fn. 246), S. 170 f.

<sup>268</sup> Schuska, aaO. (Fn. 246), S. 153 f.

<sup>269</sup> Schuska, aaO. (Fn. 246), S. 164.

並未說明。是否因可歸責司法機關之事由，導致被告最後仍無機會質問不利證人，是歐洲人權法院用以判斷是否違反歐洲人權公約第六條第三項d質問權規定之判斷基準，而德國聯邦最高法院一貫見解則認為，縱使是可歸責司法機關之事由而導致被告最後仍無機會質問證人，仍是以證據評價解決法處理。亦即依歐洲人權法院及德國聯邦最高法院看法，皆不認為其有證據禁止法律效果<sup>270</sup>。Schuska雖明示反對德國聯邦最高法院之證據評價解決法，但其主張以可否歸責司法機關之事由，作為是否有證據禁止法律效果，其立論基礎何在，Schuska並未充分釋疑。

另一位刻意區別歐洲人權公約與德國刑事訴訟法適用之學者是Schlothauer。其認為，證據評價解決法確實有其適用餘地，但只有在第一種類型（即違反歐洲人權公約，但不違反德國刑事訴訟法）才有適用（參見上文參），因為如此解決方式符合歐洲人權法院判決見解。歐洲人權法院判決一向認為，違反歐洲人權公約第六條第三項d質問權規定，必須導致被告辯護權整個受到侵害，才構成歐洲人權公約第六條第三項公平審判原則（*der Grundsatz eines fairen Verfahrens*）之違反，尤其有罪判決只建立在該違反質問權規定的證言上，或有罪判決絕大比重（*in erheblichem Masse*）建立在該違反質問權規定的證言上，都已違反公平審判原則。因而聯邦最高法院在本案採取證據評價解決法，要求事實審法院必須要有該證言以外之其他重要觀點（*Gesichtspunkte*）作為確認該事實之證據時，始能採用該證言，正符合歐洲人權法院之要求。如果沒有其他重要觀點足證該證言之正確性，事實審法官即不能以該證言判決被告有罪。如此方式才能避免無法預估何時訊問該證人之困境，也不須判斷如果被告真有機會質問該證人，該證言之可信度究竟如何。只要

---

<sup>270</sup> Schuska, aaO. (Fn. 246), S. 153, 156.



法官有罪判決不建立在該唯一證言上，或有罪判決不是絕大比重建立在該證言上，該判決就已經符合聯邦最高法院在本案所誠命之特別證據要求及判決理由要求，且藉此讓判決獲得其正當性<sup>271</sup>。

Schlothauer進一步認為，如同最高法院本判決情形，此種第三種類型之案件（同時違反歐洲人權公約第六條第三項d質問權規定及德國刑事訴訟法第一四一條第三項規定），單純的證據評價解決法無法解決這種雙重程序瑕疵的問題。聯邦最高法院在本判決誠命對該證言須特別降低其證據價值，因而法官要採用該證言，必須提高其證據價值。這種所謂「特別證據評價要求」的空白條款，在概念上、內容上皆無法確定，遑論在實務上究應如何實踐。畢竟被告之質問權在偵查法官訊問證人時受到侵害，這不是一般的程序瑕疵。一般的程序瑕疵，會導致偵查法官筆錄的證據價值會被降低<sup>272</sup>，但在被告質問權受到侵害時，該偵查法官筆錄之證據價值是否也只是被降低而已？最高法院所誠命的「特別證據評價要求」是否真能將該偵查法官筆錄之證據價值提高，不能無疑<sup>273</sup>。如果可以，在一般程序瑕疵的偵查法官筆錄，是否也可以依此而提高其證據價值？聯邦最高法院為何對於一般程序瑕疵不為同樣誠命？

由德國聯邦最高法院後續判決發展觀之，實務（特別是刑事第一庭）對於違反歐洲人權公約第六條第三項d質問權規定，甚而違反歐洲人權公約第六條第一項公平審判規定，皆傾向於以證據評價

---

<sup>271</sup> Schlothauer, aaO. (Fn. 124), S. 129.

<sup>272</sup> 德國實務認為，如果偵查法官訊問證人程序有瑕疵，該偵查法官筆錄不能依德國刑事訴訟法第251條第2項以朗讀筆錄代替偵訊證人，但仍可以依第251條第1項規定將該偵查法官筆錄視為非法官筆錄而朗讀，但該法官筆錄之證據價值應該減低到如同第1項非法官筆錄的證據價值，參見Meyer-Gossner, aaO. (Fn. 23), § 251 Rn. 15.

<sup>273</sup> Schlothauer, aaO. (Fn. 124), S. 130 f.

自由心證方式作為違法程序之法律效果<sup>274</sup>，而且不論國家司法機關對該程序違法是否有可歸責原因，無論是有意（*absichtlich*）、疏失（*versehentlich*）或誤認法律要件（*Verkennung der gesetzlichen Voraussetzung*）<sup>275</sup>，皆為相同處理。基此，再加上過去聯邦最高法院已經類型化處理的案例（例如祕密證人、陷害教唆、訴訟時間遲延等），顯示聯邦最高法院對於承認證據禁止法律效果，仍抱持非常遲疑的態度，因而個案認定之證據評價解決法或量刑解決法，仍為其上選之策。縱使聯邦最高法院擔心事實審法官可能濫用自由心證原則，因而又提出更嚴格的證據評價及判決理由之誡命，要求不能只以該未經質問之證言為唯一證據，必須於該證言外，另有其他重要觀點足以確認該證言事實時，始能採用該證言。但縱然如此，一旦回歸到自由心證原則，事實上最後常常還是無法有效確保該程序違法能獲得救濟，此點可以在實務上獲得驗證。此從Schuska從德國實務觀點所為之說明，亦可一窺全豹。

### 柒、我國偵查程序強制辯護規定之解釋適用

我國對於偵查期間之強制辯護規定，只有一個條文——刑事訴訟法第三十一條第五項規定（以下簡稱本規定）。此為民國二〇〇六年五月二十四日公布之新修條文。從該條立法理由觀之，雖然沒有明示此為強制辯護，不過，基於第三十一條之體系解釋，及其規範意旨如同第三十一條第一項前段係保護智能障礙被告，因而此為強制辯護制度之一環，應無疑問。但相較於第三十一條第一項前段

<sup>274</sup> 例如BGHSt 46, 93; BGHSt 51, 150; BGH, Beschluss v.27.06.2005—1 StR 396/04; BGH, JR 2005, 247.

<sup>275</sup> 例如BGHSt 51, 150及其所引之判決如BVerf, NJW 2006, 672; BGH, NJW 2003, 3142.

係由審判長依職權指定辯護人及第三十一條第一項後段須由被告聲請或審判長認有必要始指定辯護人之規定，本條規定有其特殊性，其係直接誡命檢察官應主動為被告指定辯護。檢察官於此不但不得裁量亦無判斷餘地，且不必聲請法官指定。相較於德國刑事訴訟法第一四一條第三項規定（參見上文參），本條規定也有其特殊性。以下將以上述對於德國刑事訴訟法規定之理解，作為分析討論我國規定之素材。

### 一、實質要件

本規定適用之實質要件，係「被告智能障礙無法為完全陳述」及「偵查中未經選任辯護人」。

何謂「智能障礙無法為完全陳述」？由於本規定之文義與第二十七條第三項、第三十一條第一項第三選項、第三十五條第三項規定，並無二致，因而無論依文義解釋或體系解釋，皆應為相同解釋。而檢察官如何認定被告智能障礙，係自由證明範疇，畢竟強制辯護制度適用與否，係程序事項，不涉及被告犯罪實體事項，因而不須依嚴格證明。因而被告言行顯示有智能障礙也好，或被告有智能障礙之殘障手冊也好，只要檢察官「相信大概如此」即可。因其為程序事項，因而對被告是否智能障礙之認定，如有疑義時，也無「罪疑唯輕」原則之適用。

「偵查中未經選任辯護人」之要件，如同第三十一條第一項前段「審判中未經選任辯護人」之要件，其目的在強調強制辯護只具補充性，被告選任辯護應優先適用（參見前文貳）。所謂「偵查」，由於不似「審判」係以起訴為起點、判決宣示或送達為終點，有明確的規範定義，因而本規定將來在適用上，必將產生疑義。

「偵查」亦有起點，亦有終點，而本規定之強制辯護制度，即

以偵查開始為其開始適用之時點，以偵查終結為其適用結束之時點。偵查終結，係以起訴或廣義不起訴（包括緩起訴處分）為準，並無疑義。而依刑事程序法理而言<sup>276</sup>，偵查之開始，未必是由檢察官開始，反而於具體實踐，偵查常係由司法警察（官）開始。本規定之規範意旨，既然是保障智能障礙被告在偵查階段之防禦權，因而即應從偵查開始之時點（無論是檢察官開始偵查或司法警察開始調查），皆應有本規定之適用。本規定雖只言檢察官，不過，解釋上，可以將檢察官解為負有指定辯護人之義務主體，因而司法警察（官）訊問被告時，仍由檢察官負指定義務。亦即本規定並非一定要解釋成檢察官訊問被告時才能適用，因為如此解釋，將嚴重限縮本規定之適用範圍，不但無助於被告保護，且有違立法者原意。

另外，依本規定文義觀之，僅在被告無法為完全之「陳述」時，始有本規定適用。是否表示，須於司法警察（官）或檢察官「偵訊」而被告為「陳述」時，始有本規定適用？所謂「陳述」，依現行刑事訴訟法規定，並不限於偵訊時，始有陳述，例如刑事訴訟法第一五九條傳聞規定之陳述，係於審判外之陳述，且包含言詞陳述及書面陳述（甚而書面陳述之作成方式，未必與刑事程序相關）。雖然被告面對國家偵審機關（包括司法警察）之正式偵訊程序，得為陳述，但即使非正式的刑事程序，被告亦得陳述，此從自白概念即可知之。由於陳述用語，依現行刑事訴訟法非常歧異，因而此處必須進一步討論。

---

<sup>276</sup> 依程序法理，司法警察（官）是檢察官之輔助機關，因而司法警察（官）所為之偵查（法條則以調查稱之），也是檢察官之偵查。但實務及學界通說認為，刑事訴訟法第323條第1項偵查開始，只限於由檢察官開始，不包括由司法警察（官）開始，而刑事訴訟法第228條第1項規定之偵查開始，也限於檢察官。雖然此兩個法條只言檢察官，不過，應依目的性擴張解釋涵蓋司法警察（官），始符合理法。

如從立法意旨觀之，本條規定之「陳述」概念，似乎應為限縮解釋，僅限言詞陳述，且只有被告應訊（即依刑事訴訟法接受「訊問」）時，本規定始有適用餘地。基此，無論是被告有應訊義務之被動應訊（如傳喚、拘提等），或被告自首或其他主動向偵查機關投案等主動請求訊問情形，皆應有本規定適用。如此解釋，符合主觀立法解釋，也符合文義解釋。

不過，如從被告利益觀之，如此解釋，對智能障礙被告而言，保障非常不足，因為只限於接受偵訊時始有保障，面對其他偵查行為時則無保障。相對於審判階段之強制辯護，只要符合法定條件，經審判長指定辯護人後，該指定辯護人即如同一般選任辯護人般，享有完整之辯護權，並不限於審判期日開庭時始能行使辯護權，而於此處，為何該指定辯護人只限於智能障礙被告被偵訊時始能行使辯護權？如果立法者有意為如此區別，係因此為偵查階段，而非審判階段，雖不能因此逕謂此為立法評價矛盾，但仍係為德不足之立法。

另外，現行刑事訴訟法並無硬性規定，檢察官或司法警察（官）必須訊問被告後，始得起訴，因而如果檢察官或司法警察（官）未經訊問智能障礙被告即予以起訴，如認被告既未「陳述」，因而逕予起訴亦不違反本規定強制辯護規定，無異為檢察官及司法警察（官）開啓得以迴避本規定之方便之門，本條之保護意旨將完全落空。因而為保障智能障礙被告，依目的解釋，應誠命檢察官必須保障該被告之強制辯護利益，亦即應指定辯護人、訊問被告後，始能起訴，否則起訴違法，應依刑事訴訟法第一六一條第二項命檢察官補正。

## 二、程序要件

本規定之程序要件，依文義係指「檢察官」「應」指定「律

師」為其辯護。不過，與此相關之程序，如指定之時點、指定處分之作成方式、被告聲請權，亦應考慮。

本規定只誡命檢察官擔負指定辯護人之義務，因而縱然是司法警察（官）詢問被告，發現被告有智能障礙而無法完全陳述，司法警察（官）亦不負指定辯護人義務，且亦無此權限。詢問之司法警察（官）只能主動報告檢察官，由檢察官指定辯護人。由於法律規定為「應」，檢察官對於指定與否，並無裁量權，亦無判斷餘地，必須就本規定之實質要件事實（即智能障礙無法為完全之陳述）為具體認定。

如上所述，本規定之強制辯護之適用期限，係從偵查開始到偵查終結為止。即使到偵查終結前，檢察官仍有指定辯護之義務，且一旦檢察官依本規定指定辯護，指定辯護之效力將持續至偵查終結為止，而非僅止於該次訊問結束。至於偵查終結時點，係以不起訴處分或緩起訴處分之確定時點為準。而緩起訴期間係從緩起訴處分確定之日起算（第二五三條之一第一項），因而緩起訴期間即非指定辯護效力所及。但在緩起訴處分確定前，如告訴人聲請異議或聲請交付審判，則被告仍須指定辯護人為其辯護，因而指定辯護之效力仍及於此。

檢察官如依本規定指定辯護人後，該指定辯護人，除於該次訊問應行使辯護權外，於其後之偵查程序（無論是被告應訊或其他偵查程序），只要法有明文承認辯護人得在場或得行使辯護權情形，該指定辯護人皆應負為被告辯護之義務，直至偵查終結或其指定辯護被撤銷或辯護義務被解除為止。

如以比較法角度觀察，我國偵查強制辯護規定與德國有重大差異，德國係法官始有指定權，檢察官只有聲請權，而我國則檢察官直接享有有指定權。如從指定之時效或效率言之，我國由檢察官直接指定，當然優於德國法的檢察官聲請而由法官指定（因而德國

「刑事訴訟改革討論草案」也賦予檢察官有指定權，參見上文參、三），不過，如從角色衝突及客觀中立性而言，由法官指定將優於由檢察官指定，尤其在偵查階段，檢察官負偵查成敗之完全責任，很難期待檢察官能積極主動「邀請」義務辯護人參與。德國現行制度，檢察官只有聲請權而無指定權，但實施結果，檢察官常常藉故不為聲請，因而遭學者嚴詞批評，即可知之（參見上文參、二及三）。另外，從救濟角度觀之，現行法就法官處分之救濟規定，也比就檢察官處分之救濟更為充分。基此，立法者誠命檢察官有指定義務之良法美意，恐不易充分實踐。

另外，本規定並未明示智能障礙被告有無向檢察官聲請指定辯護人之權利？雖然德國刑事訴訟法對此亦無明定，但德國學者大多主張被告亦有聲請權（參見上文參、三及四），不過，德國係由法官指定，因而縱使被告有聲請權，亦係向法官聲請。我國規定則係由檢察官指定，因而如參考我國現行法規定，恐怕無法賦予被告有此聲請權，畢竟於偵查階段，除少數例外（如第二一九條之一保全證據），原則上，被告並無向檢察官為任何聲請之權利。縱使賦予被告有聲請權，實踐上恐怕也是淪為「虛設」。

國家偵查機關詢問訊問智能障礙之被告，如發現被告符合本規定要件時，即應由檢察官指定辯護人為其辯護，但詢問或訊問的程序是否必須中斷，等到指定辯護人到場後，始能繼續詢問或訊問？

德國聯邦最高法院於上述判決（BGHSt 47, 172）亦曾討論，從德國刑事訴訟法第一四一條第三項第二句規定，是否得導出偵查程序必須暫停之義務？聯邦最高法院並未明示肯定或否定之立場，不過，其仍表示應以告知義務為主要考慮重點。如果被告已被明確告知檢察官已為其指定辯護人，被告在瞭解這種狀況及其權利後，仍願意陳述，偵查程序即得繼續進行。特別是在一些特殊的偵查情況下，繼續訊問有其急迫性或不應遲延時，偵查程序即得繼續

進行<sup>277</sup>。

由於我國規定係以被告智能障礙為適用前提，此與德國法未必完全一致，因而本文主張，智能障礙之被告是否能正確理解告知之意義，恐怕仍有爭議，為避免爭議，應暫停偵訊比較妥適。

而為避免偵訊中斷造成程序困擾，檢察官應儘早指定辯護人為是。只要國家偵查機關預先評估被告可能因智能障礙而無法完全陳述時，即應指定辯護人，未必一定要等到國家偵查機關開始偵訊被告，才進行指定程序。基此，本文主張，如國家偵查機關已鎖定智能障礙之人為被告（即被告地位已經形成），縱然尚未進行偵訊，因而被告尚未「陳述」，但只要預先評估可能符合本條實質要件，尤其「已知或可得而知」被告為智能障礙之人，則檢察官即應「預先」指定辯護人，非必一定要等到開始訊問，始適用本規定，因如須至訊問始能指定辯護，恐將造成訊問不得不中斷之遲延後果。

不過，檢察官如欲聲請羈押，仍須受二十四小時之限制（第九十三條第二項），於此並無例外。此時，為等待檢察官進行指定程序及所指定之辯護人到場之經過時間，應如何處理，現行刑事訴訟法並無特別規定。

本文主張，檢察官依本規定指定辯護人之經過時間及等待辯護人到場之時間，不應計入二十四小時內。此雖於第九十三條之一並無明定，不過，此為立法疏漏，且非立法者有意省略，因而應經由類推適用之法官造法方法補充之。類推適用之理由，由第九十三條之一第一項第五款後段法定障礙事由規定之法制史資料即可知之。

一九九七年刑事訴訟法增訂第三十五條第三項規定，一九九九年為配合第三十五條第三項規定而增訂第九十三條之一第一項第五款後段「其因智能障礙無法為完全之陳述，因等候第三十五條第三

---

<sup>277</sup> BGH NJW 2002, 975, 977.



項經通知陪同在場之人到場致未予訊問者，亦同」之規定<sup>278</sup>。依第九十三條之一第一項第五款後段規定，偵查機關於等候陪同到場之人到場前，不得訊問（第九十三條之一第二項），且等候時間不計入二十四小時，不過，等候時間不得逾四小時（第九十三條之一第一項第五款但書）。此處，雖係為等候陪同到場之人到場，不過，其與等候指定辯護人到場，皆係為保障智能障礙被告利益，兩者利益狀態並無二致，因而為避免立法評價矛盾，應齊一處理為是。

立法論上，為配合本規定增訂，立法者理應於第九十三條之一第一項第五款將等候指定辯護人之時間及等候時間不計入二十四小時，配合本規定一併修正為是。縱未修正，法官亦應類推第九十三條之一第一項第五款規定適用。基此，如果是司法警察之詢問，從司法警察報告檢察官時點開始，司法警察即不得詢問，必須等候指定辯護人到場，始得詢問。而該等經過時間及等候指定辯護人到場時間，皆不計入二十四小時，但仍不得逾四小時。如此解釋，始能兼顧智能障礙被告辯護權保障及二十四小時人身自由保障期限。

最後，本規定限定檢察官只能指定「律師」為被告辯護，此與本法其他辯護規定有所不同，此處規定較為特殊。不過，此處只能指定「律師」為辯護人之特殊性何在？立法理由並未明示，從學理上也看不出有區別處理之必要。特別是相較於第三十一條第一項情形，前者適用於「審判」，本條適用於「偵查」，但由此亦無從判斷為何兩者適用要件須如此區別。唯一可能涉及因素是偵查不公開原則。立法者也許認為，律師始能充分理解及遵守偵查不公開原則。不過，只要能被指定為辯護人，無論其是否為律師，對刑事訴訟法規定及原理原則大多不會陌生，否則如何行使辯護權。因而此

---

<sup>278</sup> 立法理由，參見林鈺雄主編：同註2，頁A-83。

種論點，似乎未必有正當性。德國刑事訴訟法第一四二條第二項甚而規定，在第一四〇條第一項第二款（重罪）及第五款（被羈押超過三個月）及第一四〇條第二項（概括條款）之必要辯護案件，審判長可以指定第一次國家考試及格且已實習超過一年三個月之法律系畢業生（Referendar）擔任第一審案件之義務辯護人。而該規定也適用到偵查程序之必要辯護。

立法者其實可以不必如此規定。畢竟現行實務強制辯護案件，審判長指定辯護人，雖然法條無限制，不過，也都是律師充之。充其量，只要檢察機關以內部規則（內規）方式處理即可。現行實務對本規定之操作，亦如同一般刑事案件之法律扶助方式處理，即由檢察官函請法律扶助基金會，再由基金會轉請法服律師擔任義務辯護人。因而法條是否限定，無關緊要。有此限定，反顯突兀。

如就上述德國偵查中強制辯護規定與我國偵查程序強制辯護規定相較，我國對於適用之案件範圍較為狹隘——僅限智能障礙無法為完全陳述之被告，而且不區分犯罪輕重或個別案件情況。另外，德國係由檢察官向法官聲請指定，我國則直接由檢察官自行指定。雖然由檢察官指定，較為迅速，不過，仍然弊大於利。而依我國規定，檢察官負有指定義務，並無判斷餘地或裁量空間，較能保障被告防禦權。

### 三、偵查中羈押強制辯護之適用

如上所述，德國刑事訴訟法第一一七條第四項第一句及第一一八a條第二項第二句，皆係針對羈押被告之特別必要辯護規定。如被告被羈押已超過三個月，或被羈押之被告在羈押審查時無法到場為自己答辯時，法官皆應指定義務辯護人為被告辯護（參見前文參、一）。而德國學說及修法建議，皆一致主張不應等三個月羈押期間經過，始應指定辯護，而應是只要被告被羈押，就應為被告指

定義務辯護（參照前文參、三及四）。如此主張，也符合德國實務經驗及實證研究結果，亦即於偵查期間，被告被羈押時，越早指定辯護，對於縮短羈押時間，越有幫助<sup>279</sup>。甚且Teuter主張未來修法，羈押聲請應與指定辯護聲請結合，只要聲請羈押，即須同步聲請指定辯護，也可以將羈押聲請解釋為同時包含必要辯護聲請<sup>280</sup>。

就我國規定而言，偵查強制辯護制度，最能發揮保障被告功能者，應該是針對智能障礙之受羈押人。因為羈押處分對被告人身自由之干預較為嚴厲，相較於其他偵查程序及其他偵查中之被告，受羈押人更有受強制辯護保護之必要。本規定雖未明示亦適用於羈押程序，不過，只要於「偵查中」，皆屬本規定之適用範圍，因而無論是聲請羈押前，檢察官對被告之羈押訊問，或羈押審查時，法官對被告之羈押訊問，甚而停止羈押、再執行羈押，只要係「偵查中」，檢察官皆有指定辯護之義務。甚而立法論上，應該如同德國刑事訴訟法，讓所有受羈押人皆受強制辯護之保障，無論是審判中之羈押，或偵查中之羈押，皆然。

#### 四、違法之救濟

檢察官未依本規定指定義務辯護人，究應如何救濟？我國現行刑事訴訟法只針對檢察官之特定處分設有救濟程序（例如針對不起訴處分之聲請再議及交付審判、針對強制處分之準抗告等），但針對檢察官之一般處分，則未設有救濟管道，更遑論對於檢察官之不作為（應為處分而未處分）之救濟<sup>281</sup>。

<sup>279</sup> 參見前文參、三；Diskussionsentwurf fuer eine Reform des Strafverfahrens, StV 2004, S. 232.

<sup>280</sup> 參見前文參、三；Teuter, aaO. (Fn. 82), S. 240.

<sup>281</sup> 但於特定情形，則有特殊規定，例如證據保全（第219條之1以下規定）。

原則上，如果檢察官應指定辯護人而未指定，依目前刑事訴訟法，並無具體規定，因而只能以司法行政職務監督方式，即透過上級檢察官命令下級檢察官為指定處分（我國法院組織法第一一一條、第一一二條）。

另外，檢察官如未依本規定指定辯護人，現行法亦無明文得由法官介入，亦即法官並無干預權限，法官不能以裁定或處分方式命令檢察官指定辯護。較為特殊之情況，如羈押審查時，法官如認被告智能障礙無法為完全陳述，檢察官卻未指定辯護人為其辯護，法官可否或應否介入？法官可否「依職權」或「依聲請」（依受羈押被告聲請）逕行指定辯護人為被告辯護？或「命」檢察官依規定指定辯護人？如依本規定，只有檢察官擔負指定辯護人義務，且只有檢察官有指定辯護人之權限，法官不與焉。因而法官不能逕行指定辯護人，亦無依訴訟參與人聲請而為指定之權限。縱使於羈押審查，亦無明文法官得「命」檢察官指定辯護人。縱使法官令檢察官指定辯護，該命令亦無法律效力。法官似乎只能「提醒」或「敦促」檢察官依本規定指定辯護人，但是否指定，仍只有檢察官才能決定。

於偵查程序，若有其他訴訟參與人參與程序，例如刑事訴訟法第三十五條第三項，對於智能障礙被告，特別賦予其享有輔佐人在場輔佐之權利。雖然該條並未明示於偵查中亦有適用，亦未規定輔佐人得「陳述意見」，不過，依其立法理由<sup>282</sup>，兩者皆應採肯定立場。基此，依第三十五條第三項在場之輔佐人，可能藉由「陳述意見」方式，以「提醒」或「敦促」檢察官指定辯護人。不過，此並非「聲請」，因法未明文輔佐人就此有聲請權，因而檢察官就此亦無回應義務。

---

<sup>282</sup> 此係1997年新增規定，依其立法理由，係仿照兒童少年性交易防治法第10條第1項而增設，參見林鈺雄主編，同註2，頁A-40。

上述我國規定，相較於德國情形，我國程序顯有保護不足之處。德國偵查程序之必要辯護制度，指定義務辯護人係法官職權，但須由檢察官向管轄法院聲請。是否指定，由該管法院審判長以處分方式決定，而對審判長該等處分，係以抗告方式救濟。甚而檢察官聲請後，審判長應為處分而未處分，對於審判長之不作為，亦得抗告。相對於此，對檢察官之不作為（應聲請而未聲請），雖無法依刑事訴訟法救濟，但依德國法院組織法施行法第二十三條以下規定，於例外情形，即檢察官觸犯客觀上恣意時，亦可救濟（參見上文、伍）。而我國只有委由檢察機關內部以司法行政監督方式尋求救濟一途。此種方式，姑且不論司法行政監督並非刑事訴訟法正式的法律救濟管道，而且如此方式，較不具實效，此從刑事訴訟法舊法對檢察官不起訴處分是透過內部監督予以救濟，因而遭到各界批為毫無實效之法制經驗，即可得知。

## 五、違法之法律效果

檢察官違反本規定未指定辯護人時，雖然本規定仍屬刑事訴訟法第三七九條第七款第一選項規定「依本法應用辯護人之案件」，不過，由於第三七九條第七款係規定「……辯護人未經到庭辯護而逕行審判」，依其文義，只適用於審判階段違反強制辯護規定<sup>283</sup>，亦即限於違反第三十一條第一項情形，因而偵查階段違反第三十一條第五項規定，並不適用本款。但是否可以構成第三八〇條訴訟程序違背法令之事由，則須依個案判斷之。

如同上述德國聯邦最高法院判決所示（BGHSt 46, 93），檢察官應聲請指定義務辯護人而未聲請，而法院有罪判決又以該程序違

---

<sup>283</sup> 如同德國刑事訴訟法第338條第5款（絕對上訴事由）亦只明文適用於審判程序。

法而取得之證言為判決依據，即可認為該程序違法之效力已經延續到審判程序，因而判決亦構成訴訟程序違法而得為上訴事由。依此法理，如果檢察官未依本規定指定辯護，無論是該被告之自白，或辯護人於訊問證人得在場之人證證言，如法院有罪判決以該等證據資料作為判決依據時，被告即得以此為上訴事由。

另外，偵查程序違反強制辯護規定，但其後之審判程序，已由審判長依法指定義務辯護人，是否審判長即得以該偵查程序違法已治癒？甚而如司法警察詢問智能障礙被告，並未有指定辯護人在場，但其後檢察官複訊被告時，已指定辯護人為被告辯護，該司法警察之程序違法，是否亦得治癒？原則上，偵查機關違反強制辯護規定所進行之偵查程序，不能因其後有合法之偵查程序或審判程序，即認該程序瑕疵已無關緊要而「當然」治癒<sup>284</sup>，否則偵查程序之強制辯護功能將無法貫徹。不過，仍有可能透過補正或重複該行為而治癒原先之程序瑕疵，例如廢棄原先違法之程序，而依法指定辯護人後，重新進行該等程序。

在羈押審查時，法官發現被告係智能障礙者，檢察官卻無指定辯護人為其辯護，法官雖不能依職權逕行指定辯護（參見上文柒、四），不過，羈押審查時，法官須訊問被告，如果沒有指定辯護人在場，該訊問程序亦將構成違法，因為此為強制辯護案件，須有指定辯護人為被告行使辯護權。法官為避免程序違法，應「告知」檢察官依本規定指定辯護，否則無法訊問被告，當然亦無法決定羈押聲請之准否。

進一步討論違反強制辯護規定，是否有證據禁止之效果？特別是因而取得之被告自白，該自白是否屬證據取得禁止？

從刑事訴訟法第一五六條不正方法取得自白之角度觀察，如沿

---

<sup>284</sup> 參見何賴傑等四人合著，同註222，頁313以下。

用最高法院關於檢察官將被告以證人地位訊問所得自白之證據能力之見解<sup>285</sup>，檢察官如蓄意不指定辯護，係以詐欺方式取得自白，因而有證據禁止效果；檢察官如非蓄意，則落入第一五八條之四權衡原則，由法院權衡後認定自白有無證據能力。不過，上述最高法院見解係從違反告知義務觀點出發，與此處違反強制辯護規定，本文認為不應等同處理，因為此處檢察官縱然不為被告指定辯護人，依然會踐行對被告之告知義務。基本上，我國至今仍未承認此類案件類型有證據禁止效果，無論是審判時，審判長違法未指定義務辯護人，或未將審判期日通知選任辯護人等皆然。

本文認為，為落實立法者對智能障礙被告之保護意旨，對於違反本規定所取得的被告自白，應有證據禁止效果，並且應依規範保護目的作為其立論基礎，因為立法者擬制智能障礙被告之陳述意志自由可能有障礙，必須有辯護人在場始能保護其利益，因而檢察官不指定辯護人在場，被告之陳述可能欠缺意志自由，基此，該陳述即不應作為判決基礎。另外，我國刑事訴訟法第一五八條之四規定所涵攝之範圍非常廣，幾乎無所不包，因而依文義解釋，違反第三十一條第五項規定亦可涵攝適用該條規定（甚而法官違反強制辯護規定，亦都可以涵攝），不過，最後通通由法官依權衡決定證據能力，如此方式，是否過度誇大權衡之功用，並非無疑。

另外，德國聯邦最高法院所採證據評價解決法，特別是嚴格的證據評價及判決理由之誠命，要求不能只以該違反程序規定之證據為唯一證據，必須於該證據外，另有其他重要觀點足以確認該犯罪事實時，始能採用該證據。事實上，此類要求，於我國最高法院係以補強證據概念出現於判決中。而於檢察官違法未指定辯護人時，如認智能障礙被告之自白，只要有補強證據，即可採為被告有罪判

---

<sup>285</sup> 參見最高法院92年台上字第4003號判決。

決基礎，一來，恐將遭受如同德國學者普遍反對證據評價法之批判；二來，也將使立法者特意保護被告之意旨淪為空談。

## 六、立法建議

參照上述說明，本文認為偵查強制辯護規定未來應為如下修正：

(一)本規定實質要件，不應只限「智能障礙」被告。偵查程序也應適用審判程序強制辯護之一般案件類型。亦即刑事訴訟法第三十一條第六項應修改為：「第一項至第四項之規定於前項之指定，準用之。」如此始能徹底貫徹強制辯護之精神。

(二)本規定之程序要件，現行法係由檢察官逕行指定辯護。雖較具時效性，不過，實效性有待檢驗，且無救濟管道。立法上，可以雙軌為之，由檢察官指定，於檢察官不為指定時，被告得直接向法官聲請指定。本規定未來立法條文應改為：「……檢察官應指定律師為其辯護；如檢察官不為指定時，被告或得為其輔佐之人得向起訴後有管轄權之法院聲請指定。」

(三)於羈押程序，強制辯護有其特別實益。立法論上，應明文規定對智能障礙被告聲請羈押時，應適用強制辯護，由檢察官或羈押審查法官指定。亦即於刑事訴訟法第一〇一條第四項新增：「被告符合第三十一條第一項強制辯護事由時，檢察官聲請羈押前，應先指定律師為其辯護。檢察官未為指定時，羈押審查法官應為指定。」

(四)檢察官與法官對於智能障礙被告負有強制辯護之告知義務，亦即於被告不委任辯護人時，檢察官及法官應告知被告將由國家為其指定辯護人。因而應於第九十五條第三款增加後段規定：「如被告符合第三十一條第一項強制辯護事由時，並應告知被告不選任辯護人時，將由檢察官或法官為其指定律師為其辯護。」



(五)為配合本規定增訂，立法者理應於第九十三條之一第一項第五款將等候指定辯護人之時間及等候時間不計入二十四小時，配合本規定一併修正為是。縱未修正，法官亦應類推第九十三條之一第一項第五款規定適用。

(六)刑事訴訟法第三八八條排除第三審適用強制辯護規定，剝奪被告於第三審程序之強制辯護保障。一來，立法者有意與第一審、第二審程序區別，但如此區別之意旨何在，如此區別處理之正當理由為何，在在令人質疑。二來，第三審程序對被告程序利益有舉足輕重之影響——判決因而確定，將第三審程序排除，對被告程序利益之保護顯有嚴重不足之處。相較於德國刑事訴訟法第三五〇條第三項規定限於未被提解到庭之羈押被告之聲請，始有必要辯護之適用，本規定不區分不同情況，一概將第三審程序予以排除，亦有過當之嫌。因而本文建議本規定應予以廢除。

## 捌、結 論

一、德國學說主張，立法者透過必要辯護制度，不是在限制被告之程序自主權，反而是補足立法者擬制的被告自主權之落差。不過，德國通說認為，限制被告行為自由之必要辯護，其正當化基礎係建立在確保刑事程序符合法治國原則之公共利益上，而非在補充被告自主權之落差。

二、德國刑事訴訟法第一四一條第三項對偵查程序必要辯護規定，讓檢察官及法官享有相當大自由決定空間。依該項規定，偵查程序義務辯護人之指定，必須由檢察官向管轄法院之審判長聲請，而檢察官是否聲請，原則上並非義務。第二句雖明文規定檢察官有聲請義務，但檢察官仍有判斷餘地，因而甚至重罪案件之偵查程序，並無義務辯護人為被告辯護之情形，於實務上亦所在多有。如

此適用結果，對於偵查程序之被告防禦權，即無法如同審判程序般，受到較充分之保障。

三、二〇〇一年之「選擇對案」，就必要辯護規定，有意放寬對被羈押人之必要辯護要件，亦即犯罪嫌疑人一被羈押，即須為其指定必要辯護人。二〇〇四年，德國執政黨黨團「討論草案」，曾意圖徹底改變刑事訴訟法第一四一條第三項，將檢察官之聲請權利及法官必要辯護之指定，皆修改為義務，且被告及其法定代理人同樣有聲請權。

四、二〇〇四年第六十五屆「德國法律人研討會」，Satzger對於偵查期間必要辯護制度，亦提出修正意見。最後大會決議賦予被告聲請權、科與法官指定義務、刪除三個月羈押等待期間、賦予檢察官指定權等論點，完全認同上述草案之建議。

五、德國聯邦最高法院一則開創性判決（BGHSt 46, 93）認為，偵查法官偵訊對被告不利之主要證人時，被告被排除在外（不讓其在場），此時為彌補因被告不在場，因而無法對該主要不利證人質問，其質問權受到侵害之不利利益，檢察官有義務向偵查法官聲請指定義務辯護人，藉由義務辯護人在場而為被告利益質問該證人。此時，關於有無必要指定辯護人之裁量，將被減縮至零。本案因檢察官未提出如此聲請，因而最高法院判定該偵查程序違法，但其違法效果則非證據禁止，而係該人證之證據方法之證明力必須從嚴認定，即判決必須有特別嚴格的證據要求及判決理由（證據評價解決法）。

六、學說基本上皆反對本判決適用證據評價解決法，而主張本案有證據禁止法律效果。其後，德國聯邦最高法院（BGHSt 47, 172）則改採權衡理論作為證據禁止之依據。但學說則多主張應以規範保護目的理論作為證據禁止依據。

七、歐洲人權公約第六第三項c規定，被告辯護權是以三種方

式獲得保障，即：(一)自我辯護；(二)委任辯護；(三)無償義務辯護。關於無償義務辯護，須具備兩個前提條件：無資力及司法利益之必要性。關於司法利益必要性之要件，在歐洲人權法院判決中，具有指標性意義的，首推Quaranta v. Switzerland一案。歐洲人權法院在本案中認為，關於司法利益必要性之要件，必須考慮個別的判斷標準（Beurteilungskriterien），主要有三：(一)犯罪嚴重性及其可能的最重刑罰；(二)案件之複雜性；(三)被告個人狀況。最後，歐洲人權法院一致認定瑞士政府敗訴。

八、檢察官應聲請指定義務辯護人卻未指定，可否依德國法院法院組織法施行法第二十三條第一項第一句規定予以救濟？一九九七年Karlsruhe之邦最高法院（OLG Karlsruhe）於裁定中表示，不能依法院組織法施行法第二十三條以下規定救濟。不過，檢察官如係恣意，法院即有介入審查之必要。學說及實務亦有例外承認干預基本權之偵查行為，應可依本規定救濟。

九、我國偵查期間之強制辯護規定，只有一項規定，即刑事訴訟法第三十一條第五項，其規範密度顯不足保護偵查程序之被告。立法論上，應將審判程序之強制辯護規定準用到偵查程序，而且強制辯護規定應擴張及於所有聲請羈押之案件。解釋論上，本規定應從司法警察（官）詢問智能障礙被告時，即開始適用。國家偵查機關詢問或訊問智能障礙之被告，如發現被告符合本規定要件時，即應由檢察官指定辯護，此時應暫停偵訊。而該等待時間，不應計入二十四小時內，且應類推適用第九十三條之一第一項第五款規定。為落實立法者對智能障礙被告之保護意旨，違反本規定所取得被告自由或不利陳述，應有證據禁止法律效果。

## 參考文獻

### 一、中 文

1. 林鈺雄主編，新學林分科六法——刑事訴訟法，5版，2006。
2. 何賴傑等四人合著，刑事訴訟法實例研習，2000。

### 二、外 文

1. Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens, Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, oesterreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer, Bannenberg, Britta Baumann, Juergen u.a., Muenchen, 2001.
2. Ambos, Kai, Europarechtliche Vorgaben fuer das (deutsche) Strafverfahren-Teil II, NSTZ 2003.
3. Amelung, Knut, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976.
4. Anwaltkommentar: Strafprozessordnung, hrsg. von Wilhelm Krekeler, Bonn, 2007(AK StPO).
5. Barton, Stephan, Mindeststandards der Strafverteidigung: Die strafprozessuale Fremdkontrolle der Verteidigung und weitere Aspekte der Gewaehrleistung von Verteidigungsqualitaet, Baden-Baden, 1994.
6. Beckemper, Katharina, Der Antrag auf Bestellung eines Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren—Anmerkung zu OLG Karlsruhe, NSTZ 1998, NSTZ 1999.
7. Beulke, Werner, Strafprozessrecht, 10. Aufl., 2008.
8. Birkmeyer, Karl, Deutsches Strafprozessrecht, 1898.
9. Demko, Daniela, Das Recht des Angeklagten auf unentgeltlichen Beistand eines staatlich bestellten Verteidigers und das Erfordernis der “interests of justice”, HRRS-Festgabe fuer Gerhard Fezer, 2008.
10. Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: Großkommentar/

- Löwe-Rosenberg, 26., neu bearb. Aufl. Berlin [u.a.]: de Gruyter Recht 2006( LR-StPO).
11. Diskussionsentwurf fuer eine Reform des Strafverfahrens, StV 2004.
  12. Eberhard Schwaben, Die Rechtsprechung des BGH zwischen Aufklaerungs-  
ruege und Verwertungsverbot, NSTZ 2002.
  13. Endriss, Rainer, Vom Fragerecht des Beschuldigten im Vorverfahren, in:  
Festschrift fuer Peter Riess zum 70. Geburtstag, 2002.
  14. Fezer, Gerhard, Ammerkung zu BGH, Urteil v. 25.7.2000-1 StR  
169/00(BGHSt 46, 93), in: JZ 2001.
  15. Gaede, Karsten, Fairness als Teilhabe—Das Recht auf konkrete und wirksame  
Teilhabe durch Verteidigung gemaess Art. 6 EMRK, 2007.
  16. Gaede, Karsten, Ungehobene Schaetze in der Rechtsprechung des EGMR fuer  
die Verteidigung? HRRS-Festgabe fuer Gehard Fezer, 2008.
  17. Gless, Sabine, Zur “Beweiswuerdigung-Loesung” des BGH, NJW 2001.
  18. Goessel, Karl Heinz, Ueber Beweiverwertung, Beweiswuerdigung und  
Beweisregeln, in: Gedaechnisschrift fuer Dieter Meurer, 2002.
  19. Hahn, Manfred, Die Notwendige Verteidigung im Strafprozess, 1975.
  20. Hamm, Rainer, Die (notwendige) Verteidigung waehrend des Vorverfahrens  
im Lichte der Vertragstheorie und der neueren Rechtsprechung, in: Festschrift  
fuer Klaus Luederssen, 2002.
  21. Herrmann, Joachim, Ueberlegungen zur Reform der notwendigen Verteidi-  
gung, StV 1996.
  22. Jehle, Joerg-Martin/Bossow, Berit, Verkuerzung von Untersuchungshaft durch  
fruehzeitige Strafverteidigung, in: BewHi (Bewaehrungshilfe), 49 (2002).
  23. Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung: mit GVG, EGGVG und  
EMRK/hrsg. von Rolf Hannich, 6., neu bearb. Aufl., München, 2008(KK-  
StPO).
  24. KMR-Kommentar zur Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz,  
hrsg. von Hermann Müller, 7., neubearb. und erw. Aufl. 1981.

25. Koester, Ingo, Anmerkung zu OLG Oldenburg, Beschluss v. 12.11.1992- 1 V As 4/92, StV 1993, StV 1993.
26. Kuehne, Hans-Heiner, Strafprozessrecht, 7. Aufl., 2007.
27. Kunert, Karl, Anmerkung zu BGHSt 46, 93, NStZ 2001.
28. Loucaides, Loukis G., The European Convention on Human Rights, 2007.
29. Martin, Sigmund, Anmerkung zu BGHSt 46, 93, JuS 2001.
30. Mehle, Bastian, Zeitpunkt und Umfang notwendiger Verteidigung im Ermittlungsverfahren, 2006.
31. Meier, Bernd-Dieter, Die Reform des Ermittlungsverfahrens – Zur notwendigen Staerkung der Rechtsstellung der Beteiligten, Schwerpunkt: 65. Deutscher Juristentag 2004, GA 2004.
32. Meyer-Goßner, Lutz, Strafprozessordnung, 51., neu bearb. Aufl., München, 2008.
33. Neuhaus, Ralf, Notwendige Verteidigung im Erkenntnisverfahren, ZAP F 22, 147.
34. Neuhaus, Ralf, Notwendige Verteidigung im Ermittlungsverfahren-BGHSt 46, 93, JuS 2002.
35. Peters, Karl, Strafprozess, 4. Aufl., 1985.
36. Pfeiffer, Gerd, Strafprozessordnung, 5., neu bearb. Aufl., München, 2005.
37. Rath, Winfried, Der Widerruf der Pflichtverteidigerbestellung aus wichtigem Grund, Diss. Muenster, 1999.
38. Riess, Peter, Pflichtverteidigung-Zwangverteidigung-Ersatzverteidigung-Reform der notwendigen Verteidigung, StV 1981.
39. Roxin, Claus, Anmerkung zu BGH, Beschluss von 05.02.2002-5 StR 588/01, JZ 2002.
40. Satzger, Hermult, Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens, Gutachten C fuer den 65. Deutschen Juristentag, 2004.
41. Schlothauer, Reinhold, Die Flucht aus der Justizfoermigkeit durch die europaeische Hintertuer, zum Urteil des BGH v. 25.7.2000-1 StR 169/00=StV 2000, 593, StV 2/2001, 127 f.

42. Schmidt, Eberhard, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., 1965.
43. Schmidt, Hartmut, Die Pflichtverteidigung, Diss. Muenchen, 1967.
44. Schneider, Bernd, Notwendige Verteidigung und Stellung des Pflichtverteidigers im Strafverfahren, Diss. Bonn, 1979.
45. Schroeder, F. C., Formelle und materielle Verteidigung, NJW 1987.
46. Schuska, Frederek, Die Rechtsfolgen von Verstoessen gegen Art. 6 EMRK und ihre revisionsrechtliche Geltendmachung, 2006.
47. Schwaben, Sylvia, Die Rechtsprechung des BGH zwischen Aufklaerungsruege und Verwertungsverbot, NSTZ 2002, 288.
48. Simon, Oliver, Die Beschuldigtenrechte nach Art. 6 Abs.3 EMRK, Diss. Tuebingen, 1998.
49. Strafprozeßordnung, Kommentar, von Gerd Pfeiffer und Thomas Fischer, München, 1995. 2. Aufl. (Pfeiffer-Fischer StPO).
50. Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, hrsg. Hans-Joachim Rudolphi usw, Frankfurt am Main, 2009 (SK-StPO).
51. Teuter, Leo, Die Beiordnung eines Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren, speziell in Haftsachen, StV 2005.
52. Theiss, Christian, Die Aufhebung der Pflichtverteidigerbestellung de lege lata und de lege ferenda, 2004.
53. TRECHSEL, STEFAN, HUMAN RIGHTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS (2006).
54. Vogtherr, Thomas H., Rechtswirklichkeit und Effizienz der Strafverteidigung, 1991.
55. Welp, Juergen, Der Verteidiger als Anwalt des Vertrauens, ZStW 90 (1978).
56. Widmaier, Gunter, Zu den Folgen der Verletzung von Art. 6 III lit. d EMRK durch unterbliebene Verteidigerbestellung: Beweiswuerdigungsloesung oder Verwertungsverbot? In: Sonderheft fuer Gerhard Schaefer zum 65. Geburtstag, 2002.

57. Wohlers, Wolfgang, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 22.11.2001- 1 StR 220/01, NJW 2002, 975, JR 2002, 293.
58. Wohlers, Wolfgang, FS-Rudolphi, S. 727.
59. Wohlers, Wolfgang, Notwendige Verteidigung im Ermittlungsverfahren—die Bedeutung des Rechts auf konkrete und wirksame Verteidigung i.S.d. Art. 6 Abs. 3 lit. c) EMRK als Massstab fuer die Auslegung des § 141 Abs. 3 StPO, in: Festschrift fuer Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004.



# **Compulsory Defense on Criminal Investigation —Appointment and Effects (2)**

Lai-Jier Her<sup>\*</sup>

## **Abstract**

This article aims to address the legal study of compulsory defense in the Criminal Procedural Act of Germany and in the European Convention on Human Rights, and also the rules of the Criminal Procedural Act of Taiwan. With respect to the opinion of the Federal Supreme Court of Germany (BGHSt 46, 93), the interrogation of witnesses without cross examination by the Investigative Judge is against the law, if the accused, without representation by an attorney, was interrogated and the prosecutor had not previously applied for an appointment of an attorney by the Investigative Judge in the case of compulsory defense. The outcome of violating the law is that the witness's testimony is assessed most carefully by the Judge and the verdict must be based not solely on such witness testimony but also on other material evidence. On the other hand the majority of the theory is against such an opinion and suggests this being exclusionary evidence. In Taiwan neither in the provisions of the Criminal Procedural Act nor in the judicial praxis ac-

---

<sup>\*</sup> Associate Professor, College of Law, National Cheng-Chi University; Dr. jur. Tuebingen (Germany); Master-Degree, Institute of Law, Taiwan University (Taiwan).  
Received: April 30, 2009; accepted: September 29, 2009

cepts such a regulation in favor of the defendant. This article supports an analog application in Taiwan.

**Keywords:** Compulsory Defense, Autonomous Principle, Right to Cross Examination, Free Compulsory Defense, Exclusionary Rule, Handicapped Defendant, Statement