



偵訊限制辯護措施之 救濟及合憲性問題

國立台灣大學法律學院

林鈺雄 教授

報告大綱

2022/04/19

■ 前言：離譜案例

- I. 誰的**憲法權利**受侵害？
 - 辯護律師之職業自由？
 - 刑事被告之訴訟權（受律師有效協助權）！
- II. 刑事被告受律師有效協助之**權利內涵**
 - 辯護律師之在場（消極）、陳述意見（積極）
 - 筆記本身之權利性質？
- III. 檢察官偵訊限制措施之**救濟必要**
 - 憲法訴訟權性質→有權利有救濟（甲說：獨立救濟說）
 - 審判中之證據使用禁止？（乙說：審判評價說）
- IV. 獨立抗告救濟v. 確認之訴之**確認利益**
- 結論：違憲

I. 前言

公開法庭旁聽：不能筆記？



I. 前言：偵訊在場不能筆記？
筆記是紀錄者輔助聽聞的手段，內容也僅是表達
其「主觀意見」而已！
容許在場，不可能單獨限制筆記！



I. 誰的憲法權利受侵害？

律師自身職業自由之侵害？ → X

- 工作權與職業自由之內涵
- 自由權之性質/防禦（權）功能 v. + 社會權之性質/受益（權）功能之爭
- 人民從事工作並有選擇職業之自由 → 限制律師在場筆記 → 侵害職業自由？ → X
 - 1 「職業執行自由之限制（職業執行規則）」
 - 2 「職業選擇自由之主觀限制（主觀許可要件）」
 - 3 「職業選擇自由之客觀限制（客觀許可要件）」

I. 誰的憲法權利受侵害？

德國聯邦最高及憲法法院 → 洗錢案

- BGHSt 47, 68 ff. → BVerfGE 110, 226 (BVerfG, 30.03.2004 - 2 BvR 1520/01, 2 BvR 1521/01)
- 德國法上曾就洗錢TB問題有爭議；主要爭點在於，律師收受酬金是否應有某種特權，一來避免犯罪嫌疑人找不到律師願意幫忙辯護，影響其受辯護協助權利，二來也避免過度限縮律師之職業自由。
- 德國聯邦最高法院拒絕賦予律師這種豁免隔絕型洗錢罪的特權，隨後一路打到聯邦憲法法院，該院採取限縮解釋，結論認為應限於律師「明知」收受源自於犯罪之酬金，始能該當隔絕型構成要件。
- 隨後，2021年德國洗錢罪最新修正，亦將上開見解明文化，杜絕爭議 (§ 261 I S. 3 StGB n.F.)。
- 其餘訴訟上辯護限制措施，無法論證出律師職業自由受侵害

I. 誰的憲法權利受侵害？

刑事被告受公平審判/律師有效協助權之訴訟權侵害？ → 歐洲人權公約/法院之比較

Art. 6 III ECHR: Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights: ≙ Art. 14 III ICCPR

- a. to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;
 - b. to have adequate time and facilities for the preparation of his defence;
 - c. to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;
 - d. to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;
 - e. to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court.
-
- 6-III-b/c/d 非關律師之職業自由，6-III-e非關通譯之職業自由
 - →違反者侵害的是被告的權利；ICCPR亦同
 - 釋字654、737參照

II. 刑事被告受律師有效協助之 權利內涵？

2022年台歐司法交流

2022 EU-TAIWAN JUDICIAL
EXCHANGE WORKSHOP

人民參與審判實務之人權實踐 國際研討會

HUMAN RIGHTS IN CITIZEN
PARTICIPATION PRACTICES

日期

2022.4.28-29

地點

法官學院國際會議廳 台北市士林區福國路103號

4.28 星期四

14:00 — 17:30

開幕致詞 | 司法院許宗力院長、
歐洲經貿辦事處高哲夫處長
主 題 | 公平審判與有效協助
Fair Trial and Effective Legal Assistance
主 持 人 | 黃昭元大法官
主 講 人 | 歐洲人權法院法官 Marko Bošnjak、
德國大成律師事務所法蘭克福辦事處
合夥人暨律師 Dr. Constantin Rebaag
與 談 人 | 林鈺雄教授、何仁慶法官、林俊宏律師

4.29 星期五

9:00 — 12:00

電影欣賞 | 判決之前
The Judgement
主 持 人 | 蘇素娥院長
映後座談 | 蘇素娥院長、呂政精記者
@ 法官學院 | 樓演講廳

14:00 — 17:20

主 題 | 以國民法官為中心之法庭活動
Citizen Judge-Centered Court Activities
主 持 人 | 林俊益大法官
主 講 人 | 德國聯邦最高法院法官 Dr. Britta Erbguth、
法國普瓦捷上訴法院榮譽法官 Régis de Jorna
與 談 人 | 吳秋宏法官、鄧巧玲副司長、陳奕廷律師
· 中英法文同步口譯

線上報名網址 (法官學院報名專區)
<http://tpireg.judicial.gov.tw/jasignup/signupsite/>

主辦單位



II. 刑事被告受律師有效協助之 權利內涵？主講人/與談人

Right to a fair trial & Effective legal assistance

Intervention by M. Bošnjak,
Judge at the European Court of Human Rights
and President of section

II. 刑事被告受律師有效協助之權利內涵？相關要點/引述

- 審前獲律師協助之權利
- 在刑事訴訟初期即獲律師協助之權利—包含偵訊
 - *Salduz v. Turkey* [GC], no. 36391/02, 27 November 2008: for the right to a fair trial to remain “practical and effective”, access to a lawyer had to be provided from the first police interrogation.
 - *Pishchalnikov v. Russia*, no. 7025/04, 24 September 2009: article 6 may be relevant before a case is sent for trial if and so far as the fairness of the trial is likely to be seriously prejudiced by an initial failure to comply with its provisions.
- 起算點=「刑事指控」 Criminal Charge/被告地位形成時點
 - *Simeonovi v. Bulgaria* [GC], no. 21980/04, May 2017: The right becomes applicable as soon as there is a “criminal charge” within the meaning given to that concept by the Court’s case-law and, in particular, from the time of the suspect’s arrest, whether or not that person is interviewed or participates in any other investigative measure during the relevant period.

II. 刑事被告受律師有效協助之權利內涵？相關要點/引述

- 審前獲律師協助之權利(Salduz case law)
- 在刑事訴訟初期即獲律師協助之權利—包含偵訊
 - Salduz訴土耳其案[GC]，第36391/02號，2008年11月27日：為使公平審判權保持「切實而有效」，於警方首次訊問時，當事人便應獲得律師協助。
 - Pishchalnikov訴俄羅斯案，第7025/04號，2009年9月24日：如因最初階段未遵循第六條規定，而導致審判公平性可能受損，則此時案件送審前便可能已涉及第六條；。
- 起算點=「刑事指控」 Criminal Charge/被告地位形成時點
 - Simeonovi訴保加利亞案[GC]，第21980/04號，2017年5月：如根據該法院之判例法，於概念上已符合「刑事指控」之意義，尤其自嫌疑人被捕時，無論此人在相關期間是否接受訊問或參與任何調查，該權利即已適用

II. 刑事被告受律師有效協助之權利內涵？限制之正當性/引述

- Right to a pre-trial counsel (Salduz case law)
- Compelling reasons to restrict this right.
- Even where compelling reasons arise, restrictions must not unduly prejudice the rights of the accused
 - Pishchalnikov v. Russia, no. 7025/04, 24 September 2009 : whether the restriction was justified and, if so, whether, in the light of the entirety of the proceedings, it has not deprived the accused of a fair hearing.
- The rights of the defence will in principle be irretrievably prejudiced when incriminating statements made during police interrogation without access to a lawyer are used for a conviction
 - Salduz v. Turkey [GC], no. 36391/02, 27 November 2008: the absence of a lawyer while he was in police custody irretrievably affected his defence rights, in breach of Article 6 (3) (c).

II. 刑事被告受律師有效協助之權利內涵？限制之正當性/引述

- 限制此項權利之重大事由。
- 即便有重大事由，仍不得過度損害被告權利
 - Pishchalnikov訴俄羅斯案，第7025/04號，2009年9月24日：限制是否有合理事由；如有，則檢視訴訟程序自始至尾，是否並未剝奪被告獲公平聽審之權利。
- 如在無律師陪同情況下，於警方訊問時做出有罪陳述，而後陳述被用於定罪，則原則上辯護權將蒙受不利以致無法挽回。
 - Salduz訴土耳其案[GC]，第36391/02號，2008年11月27日：遭警方拘留期間並無律師陪同，致使其辯護權受到影響而無法挽回，違反第6條(3)項(c)款。

II. 刑事被告受律師有效協助之權利內涵？限制之正當性/引述

- Right to a pre-trial counsel (Ibrahim & Beuze case law)
- Two criteria to determine the compatibility of a restriction to the right of access to a lawyer with the right to a fair trial:
 - Restriction justified by compelling reasons, other than the mere existence of legislation precluding the presence of a lawyer (exceptional circumstances, temporary nature and based on an individual assessment of the particular circumstances of the case).
 - Even in the absence of compelling reasons, examination of the prejudice caused to the rights of the defence by the restriction.

II. 刑事被告受律師有效協助之權利內涵？限制之正當性/引述

- 審前獲律師協助之權利（Ibrahim & Beuze判例法）
- 限制受律師協助權是否符合公平審判權，有兩個評判標準：
 - 如限制此權利，應有合理之重大事由，而非僅因法律規定不允許律師到場（特殊情況、僅為暫時性質，且根據個案具體情況個別評估）。
 - 即便並無重大事由，仍審視此限制是否對辯護權不利。
 - Simeonovi訴保加利亞案[GC]，第21980/04號，2017年5月：申訴人在被警方拘留期間未獲得法律扶助，然並未對其刑事訴訟的整體公平性造成不可挽回的損害。
 - Ibrahim等人訴英國案[GC]，第50541/08及其他3案號，§255，2016年9月13日：換言之，法院必須審視此限制對於程序整體公平性的影響，並決定訴訟程序整體而言是否公平。
 - Beuze訴比利時案[GC]，第71409/10號，2018年11月9日：[法院]須仔細研究此國內訴訟案如何進行，如受律師協助權遭受限制但並無重大事由，應從嚴檢討。

II. 刑事被告受律師有效協助之權利內涵？相關要點/協助內容

- 在場（消極）＋陳述意見（積極）
 - Aras v. Turkey (no. 2), no. 15065/07, 18 November 2014: the “mere presence” of the lawyer was not sufficient to make effective the right under Article 6 (3) (c).
- 筆記？
 - No case-law of ECtHR
 - 係依附於在場、陳述意見等受律師有效協助權利而存在，本身非單獨權利性質。對筆記限制之指摘亦然，連結者乃受律師有效協助權而非單獨就筆記本身指摘。
- 比喻：上課筆記與受教權？

III. 檢察官偵訊限制措施之 救濟必要/甲說：獨立救濟說

- 刑事被告受律師協助權屬於憲法之訴訟權性質
- →限制措施侵害其憲法上之訴訟權
- →有權利有救濟→獨立救濟說
- 但現行法（刑訴416）立法不足→合憲性解釋→類推適用416

III. 檢察官偵訊限制措施之 救濟必要/甲說：獨立救濟說

- 比較法：奧地利刑事訴訟法之偵訊措施救濟
- § 106 StPO Einspruch wegen Rechtsverletzung
- (1) Einspruch an das Gericht steht jeder Person zu, die behauptet, im Ermittlungsverfahren durch Staatsanwaltschaft in einem subjektiven Recht verletzt zu sein, weil
 - 1. ihr die Ausübung eines Rechtes nach diesem Gesetz verweigert oder
 - 2. eine Ermittlungs- oder Zwangsmaßnahme unter Verletzung von Bestimmungen dieses Gesetzes angeordnet oder durchgeführt wurde. ...

III. 檢察官偵訊限制措施之救濟必要/乙說：審判評價說

- 理論基礎訴訟行為說→排除個別救濟之可能性
- →審判中一併爭執→證據使用禁止 158-4
- →個案權衡視情形排除其偵訊筆錄之證據能力
- 簡評：
 - 404, 416關於刑事訴訟上之干預處分，已經摒棄訴訟行為說而准予救濟，得救濟項目之權利清單亦不斷擴充
 - 其他訴訟權利受限制部分如閱卷、限制接見，我國亦皆已立法准予個別救濟，應避免立法評價矛盾
 - →趨勢整體觀察，走向應是准予個別（準）抗告救濟，問題關鍵僅在於個案有無「確認違法之訴之利益」

IV. 獨立抗告救濟v.確認違法 之訴之「確認利益」

- 依訴之性質，有無訴之利益/權利保護必要
 - 給付訴訟：有。
 - 如142、416發還扣押物、留存物。
 - 確認訴訟：未必。
 - 但不能一般性否認，通常需個案判斷、舉證。
 - 刑訴常見肯認之違法確認之訴的確認利益，如禁止反覆違法之危險，或作為證據使用禁止之前提判斷問題，或作為國家賠償訴訟之前提判斷問題等。

IV. 獨立抗告救濟v.確認違法之訴之「確認利益」

- 現行刑訴法已承認之「確認違法之訴」
- 416 I準抗告（404II 抗告亦同）
 - 對於審判長、受命法官、受託法官或檢察官所為下列處分有不服者，受處分人得聲請所屬法院撤銷或變更之。處分已執行終結，受處分人亦得聲請，法院不得以已執行終結而無實益為由駁回：
 - 一、關於羈押、具保、責付、限制住居、限制出境、限制出海、搜索、扣押或扣押物發還、變價、擔保金、因鑑定將被告送入醫院或其他處所之處分、身體檢查、通訊監察及第一百零五條第三項、第四項所為之禁止或扣押之處分。
 - 二、對於證人、鑑定人或通譯科罰鍰之處分。
 - 三、對於限制辯護人與被告接見或互通書信之處分。
 - 四、對於第三十四條第三項指定之處分。

IV. 獨立抗告救濟v.確認違法之訴之「確認利益」

- 現行刑訴法已承認之確認違法之訴
- 立法背景：416 I, 404 II 2014增列違法確認之訴
 - 「處分已執行終結，受處分人亦得聲請，法院不得以已執行終結而無實益為由駁回：」
 - 通訊監察於事後受通知得提起抗告時，處分皆已經終結。搜索處分通常亦然，與扣押、羈押有別。
 - 若不承認違法確認之訴，則準抗告立法列入搜索、通訊監察處分，完全沒有實益可言。
 - 比較法參照：23 ff. EGGVG。
 - 未來立法建議：實務法官拒絕類推適用，245 II 限制偵訊措施宜立法納入(準)抗告救濟。

結論

- I. 受侵害的權利是**刑事被告受有效辯護/公平審判之訴訟權**，而非律師之職業自由。
- II-a. 受有效辯護之權利內容，包含偵訊律師之消極在場、積極陳述意見。此項權利雖然可以受到合理限制，但應有重大事由。
- 就此而論，刑訴245 II本身並不違憲，但個案過度適用可能違憲。參考ECHR case-law結論亦同。
- II-b. 在場做筆記僅係輔助律師之主觀記憶，本身並非獨立權利；做筆記受不當限制者，應係主張刑事被告受有效辯護/公平審判之訴訟權受侵害。
- 就此而論，**注意事項28點擅自添加訴245 II所無之筆記限制，既無必要性也逾越母法授權範圍。**

結論

- III-a. 刑事被告受律師協助權屬於憲法之訴訟權性質
→ 限制措施侵害其憲法上之訴訟權 → 有權利有救濟之憲法原則 → 原則上應容許獨立救濟（甲說）。
- III-b. → 具體救濟途徑，立法前固應類推刑訴416，但鑑於實務法官拒絕類推之事實，憲法法庭於本案應為侵害刑事被告訴訟權之違憲宣告，主管機關司法院亦應儘速修法補救。
- IV-a. 現行刑訴法，原則上已承認確認違法之訴，參刑訴404 II, 416 I。如違法通訊監察。
- IV-b. 違法確認之訴的「訴之利益/權利保護必要」係個案證立，而不能一般性否認。



謝謝聆聽 ~
歡迎交流 ~