

審理會台字第13187號陳明賢案意見書

李榮耕*

身分證字號：

研究室：

電話：

電子郵件：

*國立臺北大學法律學院教授，美國印地安納大學布魯明頓校區摩爾法學院法學博士。

摘要

一、辯護人的辯護權，不是，或不僅僅是律師的執行職業自由，而應係嫌疑人（被告）受憲法所保障的訴訟權。若不如此理解，立法者將會有相當大的裁量空間，限制律師在偵查或審判中所得執行的方式或所得行使的權利。

二、依憲法第十六條保障人民訴訟權的意旨及正當法律程序的要求，為使嫌疑人在刑事偵查程序中能夠受到實質有效的保護，避免偵查官員不當侵害其相關權益，辯護人於偵查機關訊問被告或犯罪嫌疑人時的在場見聞、筆記及陳述意見權，屬於被告或嫌疑人受憲法保障的權利，而不只是法律上的權利。

三、及四、基於憲法第十六條有權利即有救濟的原則，偵查機關於訊問被告或嫌疑人時，就限制或禁止其律師在場、筆記及陳述意見的處分，應容許律師向法院單獨聲明不服（如刑訴法第416條的準抗告），而不只是只能附隨於本案聲明不服。此一單獨救濟機會的實益在於，檢警機關於偵查中侵害嫌疑人受律師協助權時，嫌疑人的不當行為會做成對自己不利或入罪的陳述，檢察官不當行為會在偵查終結後提起公訴，提起公訴者，也不一定使用嫌疑人的自白，嫌疑人（被告）也就無從於本案中主張檢警官員的訊問違反。

一、偵查中受律師協助權屬人民憲法上的權利

我國憲法並未明文人民享有受律師協助權，但從大法官已經做成的數號解釋可以知道，該權利為我國憲法所涵括。首先，釋字第三九六號表示，公務員懲戒程序事涉人民的財產、名譽及服公職等權利，依照正當法律程序的原則，被懲戒人應享有充分的程序保障，其中包括了辯護制度¹。舉輕以明重，在對於憲法權利影響更為重大的刑事程序，人民也應享有相同的權利，可以受有律師的協助，依賴律師為其辯護及防禦所享有的權益²。

隨後，大法官更進一步地宣示，於刑事程序，不只是在審判，在偵查中，人民同樣享有受律師協助權。大法官在釋字第六五四號解釋中宣告2009年修正前羈押法容許看守所監錄（聽）被羈押人與其律師間的對話的規定違憲。這一個解釋的事實約為，嫌疑人於偵查中為法院裁定羈押，在羈押中，嫌疑人於看守所接見律師時，為看守所人員全程監聽及錄音，並將與本案相關的內容呈報檢察官及法院。大法官判定，憲法第十六條保障人民享有訴訟權，依正當法律程序的要求，嫌疑人（被告）享有訴訟上的防禦權，而此一權利包括了選任信賴的辯護人（律師）。嫌疑人或被告的受律師協助權，必須要使嫌疑人或被告能夠獲得確實有效的保護，才能夠使其得以行使其訴訟上的防禦權³。亦即，大法官明確肯認，刑事程序中的嫌疑人及被告受律師協助，獲有其專業的意見，與其諮詢，為憲法所保障的權利。除此之外，從解釋的本案事實及理由可知，嫌疑人或被告在刑事偵查及審判中，都享有此一權利。

在釋字第七三七號解釋中，大法官重申了嫌疑人在刑事偵查中享有受律師協助權的意

¹釋字第三九六號解釋：「惟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，包括組織與名稱，且懲戒案件之審議，亦應本正當法律程序之原則，對被付懲戒人予以充分之程序保障，例如採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並予以被付懲戒人最後陳述之機會等，以貫徹憲法第十六條保障人民訴訟權之本旨。有關機關應就公務員懲戒機關之組織、名稱與懲戒程序，併予檢討修正。」

²王兆鵬，受有效律師協助的權利，辯護權與詰問權，自版，初版，2008年5月，頁1。

³釋字第六五四號解釋：「憲法第十六條規定人民有訴訟權，旨在確保人民有受公平審判之權利，依正當法律程序之要求，刑事被告應享有充分之防禦權，包括選任信賴之辯護人，俾受公平審判之保障。而刑事被告受其辯護人協助之權利，須使其獲得確實有效之保護，始能發揮防禦權之功能。從而，刑事被告與辯護人能在不受干預下充分自由溝通，為辯護人協助被告行使防禦權之重要內涵，應受憲法之保障。上開自由溝通權利之行使雖非不得以法律加以限制，惟須合乎憲法第二十三條比例原則之規定，並應具體明確，方符憲法保障防禦權之本旨，而與憲法第十六條保障訴訟權之規定無違。」

旨。在這一個解釋的傍論中，大法官指出，由於偵查中的羈押是起訴前對於人身自由最為嚴厲的限制，所以在法制上應與最高的保障，相關機關在修正羈押相關規範時，宜考量於偵查的羈押程序中，採行強制辯護制度⁴。亦即，嫌疑人在偵查中的受律師協助權，涵蓋了選任律師，以及國家為其指定律師或辯護人的權利。

至釋字第七三七號解釋後，偵查中受有律師協助屬於嫌疑人的憲法權利，殆無疑義。接下來的問題是，這一個權利的內涵為何？嫌疑人及其律師具體上能有什麼樣的主張？能夠主張哪些權利？如果侵害到此一權利，會有什麼樣的法律效果？是否會因為人身自由是否受有拘禁而有所不同？

二、美國法制上的借鏡

在美國，偵查中的嫌疑人在接受訊問時，享有受律師協助的權利。不過，要注意的是，這一個權利是來自於聯邦憲法第五增修條文不自證己罪權利(the privilege against self-incrimination)，而不是第六增修條文。在著名的 *Miranda v. Arizona* 案⁵中，美國聯邦最高法院宣示，不只是在審判中，在起訴前的偵查程序，嫌疑人同樣可以主張受律師協助權。在這一個案件中，能主張此一權利。為確保嫌疑人不被迫做成自我入罪的陳述，偵查機關在訊問受拘捕的嫌疑人前，必須要告知其享有受律師協助權，而且，第五增修條文所保障的受律師協助權，包括了在訊問前的與律師接見，以及在訊問中的律師陪同在場(the right to be present)⁶。除了避免嫌疑人在外在壓力下做成入罪的陳述外，律師在訊問時的在場，也可以降低嫌疑人陳述虛偽的危險⁷。隨後，聯邦最高法院在 *Connecticut v. Barrett* 案解釋，嫌疑人接受訊問時，律師的陪同在場，目的是為了要預防警察可能強加給嫌疑人的壓力或是逼迫⁸。美國聯邦最高法院在近年的 *Montejo v. Louisiana* 案⁹中再次重申，被告依聯邦憲法第五增修條文，享有不自證己罪權利，於拘禁中受訊問時，可以主張受律師協助的權利。

關於在偵查裡，嫌疑人於拘禁中受有訊問時的受律師協助權，美國法院實務上有過更為詳盡具體的說明。在 *Fare v. Michael C.* 案¹⁰中，聯邦最高法院表示，依 *Miranda* 案的判決，嫌疑人表示要與律師討論或是尋求其意見時，偵查官員不能禁止，且必須要停止訊問¹¹。此外，在 *State v. Tapp*¹² 案中，愛德荷州(Idaho)上訴法院判定，在警察訊問的過程中，被告 Tapp 的律師可以看到 Tapp，但是 Tapp 看不到其律師，所以 Tapp 是單獨面對偵查官員，就像律師待在自己的事務所，未於訊問時到場一樣。在本案的訊問過程中，Tapp 無從由律師在場，在心理上獲有確認或是把握，或是即時地詢問或是諮詢律師，獲有法律上的建議。律師雖然可以從旁監督訊問過程，但對被告來說，僅僅知道律師在旁觀看，與律師實際上就在身邊陪同，可以即時提供協助不可同日而語。如果律師只能夠在旁或在另一個房間見聞偵查官員的訊問，並不足以緩解或是解除拘捕後訊問對於嫌疑人所會造成的心理壓力或是強制力¹³。也因此，本案中偵查官員所進行的訊問程序，侵害了被告 Tapp 依聯邦憲法第五增修條文所享有的權利。

⁴釋字第六五四號解釋：「……偵查中羈押係起訴前拘束人民人身自由最為嚴重之強制處分，自應予最大之程序保障。相關機關於修法時，允宜併予考量是否將強制辯護制度擴及於偵查中羈押審查程序，併此指明。」

⁵*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 469 (1966).

⁶*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 469, 471 (1966).

⁷*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 470 (1966).

⁸*Connecticut v. Barrett*, 479 U.S. 523, (1987). *See also* *Eidson v. Owens*, 515 F.3d 1139 (10th Cir. 2008).

⁹*Montejo v. Louisiana*, 556 U.S. 778 (2009).

¹⁰*Fare v. Michael C.*, 442 U.S. 707 (1979).

¹¹*Fare v. Michael C.*, 442 U.S. 707, 718 (1979).

¹²*State v. Tapp*, 33 P.3d 828 (Ct. App. 2001).

¹³*State v. Tapp*, 33 P.3d 828, 835 (Ct. App. 2001).

值得附帶一題的是，除了美國之外，歐洲人權法院也肯認嫌疑人在偵查的訊問程序中，享有受律師協助的權利。在 *Salduz v. Turkey* 案中，歐洲人權法院判定，依歐洲人權公約第6條第1項，人民享有受公平審判的權利。據此，嫌疑人在接受警察第一次詢問時，享有諮詢律師，受律師協助的權利。在未受有律師協助下做成入罪的陳述，被告的防禦權，原則上可認已經受有侵害¹⁴。隨後，在 *Mader v. Croatia* 案中，歐洲人權法院則更進一步地判定，嫌疑人享有在接受警察訊問時，有律師在場陪同的權利¹⁵。

受拘捕的刑事被告或犯罪嫌疑人依美國聯邦憲法第五增修條文所享有的權利，有其具體的法律效果。首先，嫌疑人表示要與律師接見後，偵查機關就不得進行訊問，已經開始訊問者，也必須要立即停止，不得再進行訊問¹⁶。檢警官員如果在嫌疑人表示要諮詢律師後還繼續訊問，因而所得到的陳述，是在強制狀態下所作成，原則上沒有證據能力¹⁷。

三、討論及建議

在參考了我國過往的釋字及美國聯邦最高法院的判決後，我們可以進一步討論與嫌疑人受律師協助權相關的幾個重要課題。以下分述之。

（一）律師辯護權的性質

依釋字三九六、五八四或七三七號解釋，被告或犯罪嫌疑人在刑事偵查及審判享有受律師協助權。美國聯邦最高法院在數個案件中也肯認，拘捕中的嫌疑人在受有訊問時，依聯邦憲法第五增修條文的不自證己罪權利，有相同的權利。據此，嫌疑人所委任的律師得於偵查機關訊問嫌疑人時在場，並行使確保嫌疑人相關權益的各種權利。在刑訴法中，雖然條文的文字多是以律師或是辯護人作為行使權利的主體（「辯護人得……」）¹⁸，形式上，似是律師的權利，但其本質上應認其係刑事程序中嫌疑人或被告的憲法權利，而不是，或不僅僅是律師的執行職業自由。這是因為，嫌疑人或被告依憲法上的訴訟權及防禦權，享有受律師協助的權利。也就是說，律師之所以能夠提供嫌疑人或被告協助，是源自於其憲法上的權利。律師之所以能夠參與在刑事程序中，於偵查或審判中在場，為嫌疑人或被告主張或維護權利，是因為受有其委任，或受到檢察官或法院指定。

另外，從政策層面的角度來說，如果認為律師的此一權利是其獨立的憲法上的權利，如律師的職業自由，對嫌疑人或被告來說，將會由相當不利的後果。詳細地來說，大法官在數號解釋中所採的是寬鬆的審查基準，因而判定關於人民從事特定工作的方法、時間或地點等執行職業的自由，只要立法者所追求的是公共利益，採行的手段確屬必要¹⁹。亦即，除非有明顯恣意的規範或限制，否則大法官相當尊重立法者的形成自由。也因此，如果認為辯護權屬於律師在憲法上的執行職業的權利或自由，立法者將擁有較大的空間，限制律師在偵查或審判中所得執行的方式或所得行使的權利。這樣的結果將會是，被告或是嫌疑人從律師所得

¹⁴*Salduz v Turkey* 36391/02 [2008] ECHR 1542.

¹⁵*Mader v Croatia* 56185/07 [2011] ECHR and *Sebalj v Croatia* 4429/09 [2011]

¹⁶*Minnick v. Mississippi*, 498 U.S. 146 (1990).

¹⁷*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 473-74 (1966).

¹⁸如刑訴法第33條第1項：「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄、重製或攝影。」、第33條之1第1項：「辯護人於偵查中之羈押審查程序，除法律另有規定外，得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。」、第34條第1項：「辯護人得接見辯護人得接見羈押之被告，並互通書信。……」、第41條第2項：「……受訊問人為被告者，在場之辯護人得協助其閱覽，並得對筆錄記載有無錯誤表示意見。」以及第49條：「辯護人經審判長許可，得於審判期日攜同速記到庭記錄。」等。

¹⁹如釋字第七一一號：「關於從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由，立法者為追求公共利益，且採行之限制手段確屬必要者，始符合憲法第二十三條比例原則之要求……」。第五八四號、第六四九號、第七〇二號解釋參照。

受有的協助將會大大受限，無法倚賴律師為其有效、完整及確實地維護其權益。

（二）偵查中嫌疑人的律師於嫌疑人受訊問時享有在場權

大法官在數號解釋中已經肯認，依憲法第十六條保障人民訴訟權規定及正當法律程序的要求，偵查中的嫌疑人享有受律師協助權。參考前述美國法制上的規範可認，這一個權利包括了得於嫌疑人受偵查官員訊問時在場²⁰。這是因為，對嫌疑人來說，尤其是人身自由受到拘禁者，常會因為訊問程序所帶來的巨大壓力，做成虛偽、非任意或不明智的陳述，或是重大決定，因而受有嚴重的權利侵害²¹。嫌疑人的此一權利，除了包括得於訊問前諮詢律師，取得法律專業上的意見外，也包括了律師在訊問時，得全程在場見聞，陪同在嫌疑人身旁，而不是只能與嫌疑人保持相當距離，待在嫌疑人身後，或甚至是在另一個房間。這是因為，律師確實陪同在旁，才能夠有效地和緩或是去除訊問程序所可能造成的壓迫，避免其被迫做成不利於己，或是虛偽的陳述。如果律師只能夠在與嫌疑人相遙之處，甚至是另一個空間觀看訊問的進行，雖然還是可以確保偵查機關沒有不正訊問或使用違法的訊問方式，但對嫌疑人來說，其所能獲有的心理上的確據或是擔保，實與未受律師協助無異。是故，應認嫌疑人於偵查中的受律師協助權，涵蓋了律師於嫌疑人受訊問時，得在場見聞，確實陪同在場，物理上位處於嫌疑人身側的權利。釋字第654號解釋中也特別強調，憲法之所以賦予嫌疑人受律師協助權，是為了使嫌疑人在刑事程序中受有必要、實質及有效的保護。其中，刑事程序也應該包括了偵查在內。亦即，憲法之所以賦予嫌疑人受律師協助權，目的之一就是要在刑事偵查程序中能夠受到實質有效的保護，避免偵查官員不當侵害其相關權益，所以嫌疑人的受律師協助權應包括了律師得於其接受訊問時的在場權利。

（三）律師的在場權包括了在場見聞等權利

前述的律師在場或是在場見聞，性質上是較為消極或是被動的權利。律師在場權的此一面向，係使律師於國家機關訊問嫌疑人時，得以確保或是確認程序進行的合法性及嫌疑人陳述的任意性。不過，要讓嫌疑人更為完整地行使其訴訟上的防禦權，能夠受到實質且有效的保護，律師應該還要可以提供法律上的專業意見，回答嫌疑人可能會有的問題、釐清疑慮、幫助嫌疑人了解其所面對的情況、可以主張的權利及所擁有的選擇等事項，並在訊問程序中為嫌疑人主張其所得享有的權利，如保持緘默，不作成非出於自願、不真實或是不明智的陳述或是決定²²。

這是因為，依釋字第654號解釋，被告或是嫌疑人於刑事程序中所享有的受律師協助的權利，必須要使其得以受有「確實有效之保護」，才能使被告或嫌疑人的防禦權發揮其應有之功用，或是說，才能算是防禦權發揮了其功能。嫌疑人要能受有律師「確實有效之保護」，自應包括了在場的律師能夠主動提供受訊問的嫌疑人建議、對訊問的問題表示意見、為嫌疑人主張權利，以及被動地回答嫌疑人的問題，接受其諮詢，以確保嫌疑人能夠做成任意且真實的陳述，以及是在審慎考慮後，做成重要的決定²³。如果律師只能夠「在場」，不能主動提供法律上的建議，或甚至是不被動地回覆嫌疑人的問題，律師將只是訊問程序中的花瓶、陪襯，或是裝飾品，這將與憲法保障人民受律師協助權的意旨，大相逕庭。

從比較法的角度來說，也會得到同樣的結論。美國聯邦最高法院便判定，受訊問中的嫌疑人表示要尋求律師協助時，便必須要立即停止詢問，使其得以接見律師，獲有法律上的建

²⁰王兆鵬等，刑事訴訟法（上），自版，5版，2020年3月，頁637；林鈺雄，刑事訴訟法（上），自版，10版，2020年9月，頁243。

²¹參照王兆鵬，偵查中之辯護權，律師雜誌，348期，2008年9月，頁12。

²²參照王兆鵬，偵查中之辯護權，律師雜誌，348期，2008年9月，頁20。

²³參照王兆鵬，偵查中之辯護權，律師雜誌，348期，2008年9月，頁20。

議。亦即，嫌疑人的律師不是只能「在場」，還能夠在訊問中即時回答嫌疑人的提問，提供嫌疑人專業上的協助。是故，應認受律師協助權涵括了律師得於訊問程序中陳述意見的權利。另外，律師為能有效地為嫌疑人提供協助，提供其實質有效的保護，應容許其得訊問過程中製作筆記，否則等於是要求律師強記訊問過程中的各個細節、需要為嫌疑人主張的事項或是應提出的主張，這對律師來說，不啻是一過苛的要求，也不利於對於嫌疑人的權利有效保護。論者或認，律師的筆記可能會有洩露偵查祕密的可能，所以應與禁止，或訊問機關得限制或禁止之，但這可能是多慮。這是因為，姑且不論律師受有偵查不公開的規範（刑訴法第245條第3項），如果其會洩露偵查中所知悉的應祕密事項，即使不能製作筆記，同樣還是能夠洩露。禁止律師於嫌疑人受訊問時筆記，只是徒然對嫌疑人的受律師協助權造成不必要的限制，但對於公共利益的促進，可說是毫無效果可言。

必須要承認的是，在偵查程序中，會有維護案件順利進行的需要，偵查機關對於訊問也會有維護秩序的需要，也因此，刑訴法第245條第2項容許偵查機關得於一定情形下，限制或禁止律師於訊問嫌疑人在場的規定。但現行條文規定，實是過於廣泛籠統，甚有不當者。例如，因為律師在場可能影響他人名譽，就可以禁止其在場，使得嫌疑人無法得到律師的協助，其中利益是否有過度失衡的情形，實有斟酌的餘地。「偵查秩序」也是過於寬鬆的規定，律師積極地為嫌疑人主張權利，可能也會被偵查機關認為是「行為不當足以影響偵查秩序」，而被限制或禁止在場。是故，刑訴法第245條第2項實有徹底檢討的必要，更多地使用事後監督或是控制（律師懲戒或是其他法律處罰），而不是容許偵查機關得以限制或禁止律師在場保護嫌疑人的權利。

（四）法律效果

偵查機關侵害嫌疑人在偵查中受訊問時的受律師協助權時，應有相對應及適當的法律效果，如此一來，偵查機關才會尊重嫌疑人的此一權利。由於這一個權利的規範目的在於保護嫌疑人，尤其是人身自由受有拘禁的嫌疑人，不會因為訊問程序的強大壓力，被迫做成不利於己或自我入罪的陳述，所以應認侵害偵查中，受拘捕中嫌疑人的受律師協助權者，其所作成的陳述，不得作為認定其犯罪的證據²⁴。此時，應有刑訴法第158條之2的適用。美國聯邦最高法院也判定，警察官員侵害嫌疑人依聯邦憲法第五增修條文所得享有的受律師協助權者，嫌疑人所為的陳述，不得作為認定其犯罪的證據²⁵。此外，受訊問的嫌疑人要求接見律師，但訊問的偵查官員未停止訊問，繼續訊問者，所得到的嫌疑人陳述，沒有證據能力，應與排除²⁶。至於人身自由未受到拘禁的嫌疑人，則應該沒有前述規範的適用²⁷。另外，律師的在場及陳述意見，有前述排除陳述證據能力的適用。至於嫌疑人受訊問時的筆記，由於對於嫌疑人陳述的影響較小，在一般的情形下，其限制或禁止，不至於造成對於嫌疑人的壓迫或是強制，所以應認沒有排除陳述證據能力的效果。

訊問機關侵害嫌疑人不當限制或禁止嫌疑人的受律師協助權時，除應有前述的排除證據能力的規範外，基於憲法第十六條「有權利即有救濟」的原則²⁸，應使嫌疑人及其律師有救濟的機會。亦即，應該容許嫌疑人及其律師類推適用刑訴法第416條，提起準抗告。這是因為，依刑訴法第416條，嫌疑人或其律師對於法官就限制辯護人與被告接見或互通書信的處分不服者，得聲請法官所屬法院撤銷或變更之，同樣屬於涉及嫌疑人受律師協助權的限制或禁止的處分，也應該要有相同的救濟機會。釜底抽薪之計，會是通盤檢討刑訴法第416條，

²⁴參照王兆鵬，偵查中之辯護權，律師雜誌，348期，2008年9月，頁20-21。

²⁵*Pennsylvania v. Muniz*, 496 U.S. 582 (1990). See also *Pollard v. Galaza*, 290 F.3d 1030 (9th Cir. 2002).

²⁶*Fare v. Michael C.*, 442 U.S. 707, 718 (1979).

²⁷如果嫌疑人可以證明偵查機關的訊問違法，影響陳述任意性時，自是有刑訴法第156條第1項的適用。

²⁸釋字第七三六號、第七四二號、第七七四號及第七八五號解釋參照。

將與該條第1項各款類似的處分，盡數納入，不再再讓受處分人或當事人，因為處分主體的不同，而無從提起準抗告，造成平等原則的違反。至於對侵害受律師協助權的處分提起準抗告，幾乎都會有已經執行完畢，無從即時獲有救濟的情形，不過仍容許提起準抗告，還是會能有違法確認的效果，能夠讓嫌疑人（被告）在後續的程序中提出，獲有救濟，如在本案審判中提出，用以排除偵查機關訊問所得的自白，或是據以聲請國家賠償。

需要附帶說明的是，僅容許嫌疑人（被告）及其律師附隨於本家中聲明不服，可能無法滿足其權利救濟的需要。其中的原因在於，檢警機關於偵查中侵害嫌疑人受律師協助權時，嫌疑人不當然會做成對自己不利或入罪的陳述，檢察官不當然會在偵查終結後提起公訴，提起公訴者，也不一定會使用嫌疑人的自白，嫌疑人（被告）也就無從於本家中主張檢警官員的訊問違反。是故，制度上應容許嫌疑人或其律師得以單獨就受律師協助權的侵害聲明不服，以為救濟，如此方與憲法保障人民訴訟權的意旨無違。