偵查程序強制辯護之指定及違法效果
——以德國刑事訴訟法為觀察重點（上）*

何　賴　傑**

要　目

壹、前　言
貳、強制辯護制度之功能
　一、強制辯護之意義與功能
　二、德國必要辯護制度之歷史觀察
參、德國偵查程序之必要辯護制度
　一、德國刑事訴訟法之必要辯護規定
　　㈠總則性規定
　　㈡特殊規定
　二、偵查程序之必要辯護規定
　三、「選擇對案」及「刑事訴訟改革討論草案」
　四、第六十五屆「德國法律人研討會」（Deutscher Juristentag）之建議
　五、德國聯邦最高法院相關見解
　　㈠BGHSt 46, 93
　　㈡BGHSt 47, 172
　　㈢BGHSt 47, 233
　　㈣後續發展
　六、本文見解

---

* 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、法務部司法官訓練所、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

（以下見本評論第一一二期）
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
二、無償義務辯護規定之要件
三、小　結
伍、違反偵查程序強制辯護規定之救濟
陸、違反偵查程序強制辯護之法律效果
一、違背法令事由
二、證據禁止
三、自由心證
柒、我國偵查程序強制辯護規定之解釋適用
一、實質要件
二、程序要件
三、偵查中羈押強制辯護之適用
四、違法之救濟
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

壹、前　言

二〇〇六年五月二十四日我國增訂刑事訴訟法第三十一條第五項規定，對於智能障礙無法為完全陳述之被告，於偵查程序如未選任辯護人，檢察官有義務為其指定辯護人為其辯護。如依本規定內容形式觀之，顯然與刑事訴訟法第三十一條第一項前段第三選項[1]，被告因智能障礙無法為完全陳述，於審判中未經選任辯護人者，審判長應指定辯護人為其辯護之規定並無二致。觀其立法意旨，兩者亦皆在保障智能障礙被告之防禦權[2]。不過，前者適用於偵查程序，後者適用於審判程序。僅此差異，無論在學理上或在具體實踐上，都將造成重大影響，不得不仔細探究。

本文將以德國刑事訴訟法關於偵查中必要辯護規定及學理討論為重點，冀圖為我國新修規定之具體適用提供參考。不過，偵查程序之強制辯護制度涉及層面甚廣，縱使將實務層面抽離而僅處理規範層面，仍不免須觸及一般辯護制度之基礎理論，且偵查階段之強制辯護須以審判程序之強制辯護為其立論基礎，因而如要討論所有相關細節，恐非本文篇幅所能涵蓋處理。因而本文對於一般辯護制度之基礎理論及相關規定，僅附帶論及，基本上仍係以偵查階段強制辯護制度為觀察重點，且以其所具有之特殊性，尤其是指定義務辯護人之前提要件、指定時點、指定之職權及其違法效果為論述重點。

---

1 以下所指刑事訴訟法，如未特別標明國別，即係指稱我國刑事訴訟法。

2 立法理由，參見林鈺雄主編，新學林分科六法——刑事訴訟法，頁A-29，2006年9月5版。

貳、強制辯護制度之功能

一、強制辯護之意義與功能

早期德國學者主張，刑事辯護制度之意旨，在保護被告以對抗國家偵審機關不合法或有違公平正義之刑事程序[3]。這種主張只是從對抗國家偵審機關不合法程序之角度以觀察辯護制度，未必能切合現代辯護制度之精神。由於現代刑事訴訟之政經文化基礎之多元化及制度之多樣性，例如透過合意或協商以處理刑事案件（無論是我國之協商規定或德國之量刑協商（Absprache）），刑事辯護制度之精神，已經不只是對抗國家不法，同時也在輔助國家刑事司法任務之完成。辯護人透過提醒、敦促或指導被告如何行使法律所賦予之權利，藉此強化其在刑事訴訟之主體地位，並獲得更有利之判決結果，無疑也是現代刑事辯護人之重要任務。如同德國最高法院所示，辯護制度之目的，在幫助被告獲得適當的輔助（ein geeigneter Beistand），並且確保刑事程序之進行符合程序規定[4]。德國聯邦憲法法院也曾表示，辯護人的任務，在幫助法官做出符合個案情節的裁判（sachgerechte Entscheidung），同時保護被告避免法官做出不利被告之錯誤裁判[5]。晚近德國學者主張，刑事辯護制度之功能，在提供被告法律諮詢、為被告陳述、作為被告之代表人、行使刑事訴訟法賦予之程序權利或行使其他法律賦予之特殊辯護權利、澄清犯罪事實、促成刑事案件以協商或和解等方式終結等[6]。僅此可知，當今辯護人之功能或任務已今非昔比。

雖然至今無人會否認辯護制度之存在價值及其對法治國刑事訴

---

3 Vgl. Karl Peters, Strafprozess, 4. Aufl., 1985, S. 213.

4 BGHSt 46, 36=NJW 2000, 2217=NStZ 2000, 530=StV 2000, 418.

5 BVerfG, NStZ 1997, 35.

6 Werner Beulke, Strafprozessrecht, 10. Aufl., 2008, Rn. 149.

訟之形塑之貢獻，但現今刑事訴訟法基本上係將辯護制度建立在被告自我決定之自主權（Autonomie）基礎上，亦即以被告委任辯護人之意願，作為辯護人是否能參與刑事程序之規範基礎，因而如被告不願委任辯護人，國家亦不必積極介入。但如此之司法消極主義，對於資訊弱勢、社會弱勢、經濟弱勢等被告之保護，必然有其不足之處。特別在資本主義下之刑事司法制度更是如此[7]。相較之下，社會主義下之刑事司法，雖較強調保障這些弱勢被告之辯護權，不過，要如同選任辯護般以相同程度照顧該等弱勢被告之辯護權，至今似乎沒有一個國家有如此意願或財政實力。現今各國情況，大多以加強律師社會責任或賦予律師公益角色，以義務律師或法律扶助之方式，試圖彌補該等辯護漏洞[8]。不過，這種「半義

---

7 依據Manfred Hahn之研究，英美法系之英國及美國，在立法上皆無強制辯護制度之設計，因而原則上可聽任被告自由決定是否要讓辯護人為其辯護，此與該等國家所採當事人處分原則有關。縱使法官認為被告辯護確有保障必要，亦須經由被告聲請或同意，始能為被告選任辯護，vgl. Manfred Hahn, Die Notwendige Verteidigung im Strafprozess, 1975. S. 67 ff. 此可以從好萊塢電影“Fracture”（台灣譯為「破綻」）電影情節裡，看到這種法庭現象：被告觸犯謀殺罪，但拒絕義務辯護而執意要自行辯護。最後被告全身而退，無罪釋放，不過，是因證據排除之結果，而非因該刑事審判違背強制辯護規定緣故。同樣情節，在台灣絕對不會出現，因為被告犯重罪，審判長一定要為被告指定辯護，不可能允許被告自行辯護，否則判決違背法令（刑事訴訟法第379條第7款）。

8 德國學者有認為，刑事辯護，概念上可涵蓋形式辯護（formelle Verteidung）與實質辯護（materielle Verteidung）兩類，前者係指刑事辯護人所為之辯護，後者則係被告為自己辯護。如此區分，是由F. C. Schroeder最先提出，氏認為德國刑事訴訟法所規定之Verteidigung用語，不僅使用於辯護人之辯護，也使用於被告為自己辯護情形。即使被告已經委任辯護人，仍享有為自己辯護之權利，因為這是實質辯護，其與辯護人之形式辯護應予以區分。而且氏還主張，形式辯護只是實質辯護之部分內容，形式辯護之範圍只能從實質辯護之範圍導出，參見F. C. Schroeder, Formelle und materielle Verteidigung, NJW 1987, 301 ff.

工」[9]性質之辯護人，是否能發揮辯護功能並滿足被告之辯護需要，恐怕是因人而異，無法過於樂觀期待[10]。

由於辯護制度對於被告防禦權之防護有其正面意義，雖然現今

依Schroeder看法，被告權利大於辯護人權利，被告所享有之權利，辯護人才可能享有。但如此見解，顯然與學理承認辯護人享有獨立權利（如閱卷權）有所違背。辯護權與被告之權利雖有重疊，但仍有不同，實不應將兩者混爲一談。而用「形式」與「實質」兩個對立概念，也會引起爭議。爲何辯護人之辯護只是「形式」辯護？被告爲自己辯護就是「實質」？只是用權利主體來區分「形式」、「實質」，如此標準會引起爭議。因而將辯護人之權利稱爲「辯護權」，被告之權利稱爲「防禦權」或單純稱爲「被告的權利」，應該是比較不會引起誤解的作法。不過，使用「被告之辯護權」用語，亦可以接受，只是這時所稱辯護權仍與辯護人之辯護權有所區別，如同Schroeder所主張，被告選任辯護人之權利，亦爲辯護權，只是此爲被告之實質辯護。Beulke在其教科書內雖然也使用這兩個區分概念，不過，並沒有明確說明這兩個概念具體內涵爲何，參見Beulke, aaO. (Fn. 6), Rn. 147，但其他德國教科書或註釋書則未見如此區分。

9 所謂「半義工性質」，主要係從律師費用而論。律師費用通常被七零八扣，因而律師之服務與報償，常常已不成比例。因而造成律師對於此類案件之委任，心態猶如雞肋「食之無味，棄之可惜」。從現實面而言，對於此類案件之律師收費標準，應考慮在合理基礎上爲適當調整。德國在論及偵查階段必要辯護之改革時，也會談到關於律師收費改革問題，因爲德國關於此部分之規定（律師收費法，Rechtsanwaltsverguetungsgesetz, RVG），仍有部分不盡合理之處。詳細討論，請參閱Hermult Satzger, Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens, Gutachten C fuer den 65. Deutschen Juristentag, 2004, C 93 ff.

10 本身是職業律師之Neuhaus，不諱言指出，學理上，被告雖不能因使用義務辯護人而導致比使用選任辯護人更不利，但現實上還是有嚴重區別，其中一個原因就是義務辯護之收入較少，讓義務辯護人即使想完全依此維生，亦無以確保其經濟上之基本生存能力。因而其辯護常常只是「縮減的辯護」（reduzierte Verteidigung），以便另闢財源，參見Ralf Neuhaus, Notwendige Verteidigung im Ermittlungsverfahren-BGHSt 46, 93, JuS 2002, 20. 另外，根據Hahn研究，在美國有些州，被法官所指定的辯護人，甚而沒有酬勞，參見Hahn, aaO. (Fn. 7), S. 72.

刑事司法仍無法滿足每位被告之辯護需要，但為避免刑事司法陷於嚴重失衡或背離公平正義[11]，仍有必要在法治國原則要求下，劃定一定界限，讓被告辯護權在此界限內獲得充分保障，不會因被告自主決定而失去辯護輔助。從規範意義而言，在該界限內，立法者認定被告之辯護權有決定保護之必要，不能委諸被告自主決定是否使用辯護人；縱使被告無意願或無資力[12]，無法委任辯護人，國家也應積極介入為其媒介並指定義務辯護人為其辯護，因為在此界限內，保護被告以對抗檢察官攻擊之辯護必要性高於其他案件，而且在此界限內，一定要竭盡所能避免發生司法錯誤，而這也符合國家之司法利益[13]。如此界限，即為立法者以強制辯護或必要辯護為名所設之法律制度，亦為承認強制辯護或必要辯護制度之規範意旨。

立法者在該界限內創設強制辯護制度，即意謂在該界限外，未必所有刑事案件皆須有辯護人參與。但究竟如何案件，須承認有強制辯護必要，亦即強制辯護案件之適用案件範圍究竟多大，基本上，係立法者之刑事政策考量，亦即立法者之自由形成空間。不過，具體觀察德國刑事訴訟法所定之強制辯護案件類型，其共通前提大抵是立法者認為該等案件較為嚴重，或雖不嚴重，但因被告特殊情況，因而如無辯護人參與，對被告利益有嚴重不利之處[14]。例

---

11 Winfried Rath, Der Widerruf der Pflichtverteidigerbestellung aus wichtigem Grund, Diss. Muenster, 1999, S. 27. 歐洲人權法院亦以歐洲人權公約第6條第1項公平審判作爲必要辯護制度之規範基礎，參見下文肆。

12 爲無資力被告指定義務辯護人，學者認爲此爲社會國原則（Sozialstaatsprinzip）之要求，參見Rath, aaO.；反對見解，如Bastian Mehle, Zeitpunkt und Umfang notwendiger Verteidigung im Ermittlungsverfahren, 2006. S. 201 f.；無資力不應作爲適用必要辯護制度之前提條件。不過，反觀歐洲人權公約第6條第3項c規定，則將被告無資力列爲前提要件之一，參見下文肆。

13 Hartmut Schmidt, Die Pflichtverteidigung, Diss. Muenchen, 1967, S. 47.

14 Schmidt, aaO., S. 49; Hans-Heiner Kuehne, Strafprozessrecht, 7. Aufl., 2007, Rn. 187.

如德國刑事訴訟法第一四〇條第一項、第二項必要辯護規定觀之，基本上，犯罪之嚴重性、犯罪事實及法律適用之困難度、被告因個人因素欠缺防禦能力、被告防禦能力受到限制等，皆是立法者決定採用強制辯護制度之考量因素[15]。如由我國刑事訴訟法第三十條第一項強制辯護規定觀之，主要是考量重罪、高等法院管轄之案件、被告智能障礙、低收入户等因素。

德國學者有認為，必要辯護制度明顯限制被告依德國基本法第二條第一項所保障之「一般行為自由」（allgemeine Handlungsfreiheit）[16]。「一般行為自由」落實於刑事程序，即被告之「程序自主空間」（prozessuale Handlungsspielraum des Beschuldigten）[17]或「程序自主權」（Prozessautonomie）。立法者對於被告「一般行為自由」透過必要辯護制度予以限制，究竟有無「正當化事由」（Rechtsfertigung），即涉及必要辯護制度之合憲性基礎。

Luederssen認為，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（Ausgleich）立法者在必要辯護案件所擬制的被告自主權之落差（Autonomiedefizite des Beschuldigten）[18]。亦即Luederssen認為必要辯護制度不是對於基本權之限制，而是加強，因而必要辯護規定之規範基礎，還是建立在被告之程序自主權上。Roxin也持類似看法，其認為被告基於自主權（Autonomie des Beschuldigten）可以放棄辯護人為其辯護，不過，該原則在兩方面會碰到限制：一方面，被告放棄辯護人為其辯護，不是受限於特殊

---

15 Hahn, aaO. (Fn. 7), S. 12 ff.

16 Mehle, aaO. (Fn. 12), S. 177.

17 參見Peter Riess, Pflichtverteidigung-Zwangsverteidigung-Ersatzverteidigung-Reform der notwendigen Verteidigung, StV 1981, 460(462).

18 Luederssen in: Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: Großkommentar/Löwe-Rosenberg(LR-StPO). vor §137 Rn. 67 ff.; § 140 Rn. 8,15 ff.

狀況而產生自主權落差（Autonomiedefizit）；另一方面，必須不涉及必要辯護，因為必要辯護是立法者所擬制被告無法自我辯護的情況[19]。上述兩位學者之見解，實質上仍肯認被告對於委任辯護人有自主權，不過，在被告自主權有落差時，必要辯護即有介入之必要，此在德國刑事訴訟法立法上，也可獲得驗證：德國刑事訴訟法第一四三條規定，法官指定義務辯護人後，如又有委任辯護人參與該刑事程序，法官應撤銷（zurueckneh men）該指定[20]。即如果被告事後另行自行委任辯護人，則其委任將優先於國家指定之義務辯護，因為此時被告既已行使自主權，自行決定委任辯護人，國家即無再介入之正當化理由。通說也一致認為，義務辯護只具補充性質[21]或從屬性質（Subsidiaritaet）[22]。

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[23]。對此通說，Welp持反對見解，其認為帶有強制性之必要辯護，已經限縮被告的自主空間及主體地位。只有在被告自主權存有「缺陷」（defekt）時，立法者才能透過必要辯護制度限縮自主原則（Autonomieprinzip），例如被告誤認辯護

---

19 Claus Roxin, Anmerkung zu BGH, Beschluss von 05.02.2002-5 StR 588/01, JZ 2002, 897(898).

20 我國刑事訴訟法第31條第4項亦有類似規定，不過，我國係規定「得」撤銷，而非「應」撤銷。德國實務上亦承認法官得不撤銷，讓義務辯護人與委任辯護人同時並存。就此而言，我國規定爲「得」，較符合實際需要。

21 Schmidt, aaO. (Fn. 13), S. 47, 66.

22 Christian Theiss, Die Aufhebung der Pflichtverteidigerbestellung de lege lata und de lege ferenda, 2004, S. 37.

23 特別參照Meyer-Gossner, Strafprozessordnung § 140 Rn. 1; Laufhuette in Karlsruher Kommentar Zur Strafprozessordnung: mit GVG, EGGVG und EMRK/hrsg. von Rolf Hannich(KK-StPO), §§ 140 Rn. 1; 142 Rn. 7; 143 Rn. 4.

不重要或誤以為自己有能力自我辯護[24]。事實上，無論是前述被告自主權落差之主張或Welp所認被告自主權缺陷之見解，都沒有認為必要辯護制度因欠缺正當化理由而構成違憲。基本上，現行法對於必要辯護案件範圍之規定，也是立法者所擬制被告於該等案件無辯護能力為規範基礎，因而也可以將此解為立法者所認「自主權有缺陷」之案件，如此解釋結果與Welp看法即無二致。

雖然立法者仍係將必要辯護制度視為通常辯護制度之例外情形，因而原則上還是優先保障被告之自主權，不過，學者Herrmann認為，從立法者越來越重視被告之自我決定權（Selbstbestimmungsrecht des Beschuldigten）趨勢而言，即使在刑事訴訟，過去那種以上對下以照顧觀點（obrigkeitlich fuersorgliche Betrachtungsweise）而設計的法律制度，將來必然會因被告自主權之加強而受到影響，必要辯護制度亦然。另外，從被告有其自己的防禦策略（Verteidigungsstrategie）而言，被告也有可能是想藉著顯示自己無防禦力（Wehrlosigkeit）來影響法官之心證[25]。純粹從理念而言，Herrmann強調被告自主權之論點，值得認同，不過，如果進而認為法官不應對被告負訴訟照顧義務，可能即須深思。即依指定辯護而言，如從德國或我國實務角度觀察，指定義務辯護人在大多數情形下，是符合被告之需要，並不違反被告之意願。即使違反被告意願，也應該是極少例外。如因而即認必要辯護制度必然違反被告自主決定權，應非的論。況且在指定辯護情形，除被告要不要委任辯護之處分權被剝奪外，其餘辯護權之行使（包括辯護方式、辯護內容、辯護策略等），被告仍然享有充分自主空間，不會因適用必

24 Juergen Welp, Der Verteidiger als Anwalt des Vertrauens, ZStW 90(1978), 101 ff. (116 f.).

25 Joachim Herrmann, Ueberlegungen zur Reform der notwendigen Verteidigung, StV 1996, 396; Welp, aaO., S. 102(120).

要辯護制度而有不同。

由於一般辯護與強制辯護（必要辯護）有其不同之存立基礎，反應到規範上，兩者之法律效力也因此產生重大差異。在一般刑事案件，由於辯護與否係委諸被告自主決定，因而縱使被告沒意願委任辯護人，致使該案件沒有辯護人參與，對於刑事程序法律效力亦無影響。但在強制辯護案件，無論被告意願如何，刑事程序一定要有辯護人在場行使辯護權，否則即構成違法。法官為避免刑事程序違法，於被告無意願自行委任辯護人時，仍應依職權指定義務辯護人。但義務辯護人接受指定後，其所能行使的辯護權，原則上與委任辯護人並無二致，甚且不能因係義務辯護人即受到比委任辯護人更不利之待遇[26]。不過，德國學說及實務仍承認有少數例外，始得義務辯護人接受法官指定後，其行使辯護權會受到比委任辯護人較多限制，例如義務辯護人接受指定後，必須自行執行辯護事務，不得另行委託其他律師代為執行職務[27]。這些限制大抵是基於「事物本質」，不得不然，並非基於刑事政策因素而為限制。

另外，一般委任辯護，辯護人係由被告自行委任，因而其與被告間具有較為充分之信賴基礎，但在指定辯護情形，義務辯護人係由法院指定，如何確保其與被告間仍存有如同選任辯護人般之信賴關係，是攸關強制辯護制度能否發揮辯護功能之關鍵要素，德國刑事訴訟法第一四二條即因此而生。該條第一項第一句規定，法院審判長應盡可能指定法院管轄區域內之律師為辯護人；第二句則規定，應給被告機會，在一定期限內讓他自己挑選律師；第三句規定，審判長沒有重大反對理由時，應指定由被告自己挑選之律師。

---

26 特別參見Theiss, aaO. (Fn. 22), S. 38 Anm 62; Mehle, aaO. (Fn. 12), S. 171; BVerfGE 39, 238.

27 Meyer-Gossner, aaO. (Fn. 23), § 142 Rn. 15.

學說認為，基此規定，被告沒有權利要求審判長一定要指定哪一位律師為辯護人，律師也不能要求審判長在具體個案內必須指定其為辯護人。亦即此將由審判長為合義務性裁量[28]。不過，審判長的裁量必須受第三句規定及公平審判原則之限制[29]，亦即在此限制下，審判長即有指定之義務。本條規定依實務實踐結果觀之，審判長適用第一句規定之情形並不多見，審判長大多會適用第二句、第三句以指定義務辯護人[30]。亦即審判長會充分尊重被告自行選定的辯護人。實務見解也認為，被告向法院表示其對某特定律師有信賴關係（Vertrauensverhaeltnis）時，該等信賴關係在審判長指定辯護人時，應特別予以重視[31]。不過，德國實務為遏止被告及辯護人濫用程序權利而發展出來的「補充辯護人」（Ergaenzungsverteidiger）或「替補辯護人」（Ersaztverteidiger）制度，因為該等制度之程序功能是為遏止辯護權利之濫用，因而審判長會自行決定義務辯護人，不必再考慮被告與辯護人間之信賴關係[32]。

---

28 Stepnan Barton, Mindeststandards der Strafverteidigung: Die strafprozessuale Fremdkontrolle der Verteidigung und weitere Aspekte der Gewaehrleistung von Verteidigungsqualitaet, Baden-Baden, 1994, S. 100; Meyer-Gossner, aaO. (Fn. 23), § 142 Rn. 3.

29 BVerfGE 39, 238 (242)=NJW 1975, 1015.

30 Barton, aaO. (Fn. 28), S. 100.

31 OLG Duesseldorf StV 1990, 346; BGH NStZ 1995, 296.

32 在必要辯護案件，被告所選任的辯護人，以故意不到庭等策略意圖拖延訴訟，或被告故意臨時解任選任辯護人，讓審判程序「開天窗」等，審判長只好臨時指定義務人參與審判，或在被告選任辯護人外，再指定義務辯護人，以避免程序「癱瘓」（Sabotage）。這些被「臨危授命」的辯護人，被稱爲「（程序）保全辯護人」（Sicherungsverteidiger）、「（法官）強制辯護人」（Zwangs-verteidiger）或「補充辯護人」（Ergaenzungsverteidiger）、「替補辯護人」（Ersatzverteidiger）。法院以這種方式指定義務辯護人，當然不會考慮被告是否接受該辯護人，雖然指定合法，且常常也是不得已，但學說仍然對此有很多

由於義務辯護人係由法院指定，法院指定後，如認該義務辯護人不適任，可否不經被告同意，逕由法院解除其辯護義務（Entpflichtung）？德國實務曾出現如此爭議。由於德國刑事訴訟法只針對不適任之委任辯護人有排除（Ausschliessung）其參與程序之規定（即第一三八a條以下規定），但指定辯護則無明文之排除制度，因而是否可以解除其辯護義務及其法律依據為何，即引起學說及實務之討論。實務最後是統一於聯邦憲法法院之判決見解（BVerfGE 39, 238），通說亦贊成[33]。憲法法院認為，縱使違反被告意願，於有重要理由（wichtiger Grund）時，義務辯護人之指定亦得撤銷（Widerrufen）。所謂重要理由，係指會嚴重危害必要辯護目的之事由者。具體言之，即對於確保被告獲得適當輔助（ein geeigneter Beistand）且確保刑事程序進行能符合程序規定之目的有所危害者。此處之撤銷，其法律依據則為刑事訴訟法第一四一條。該條規定原係規範義務辯護人之指定而非撤銷指定，不過，憲法法院認為，依該條規定之法意（Ratio），於指定之撤銷亦可適用[34]。其後德國實務認為，無論是因義務辯護人已經無法確保刑事程序之進行能符合法律規定，或因義務辯護人與被告間存有干擾信賴關係（Vertrauensstoerung）之事由等，法院皆得以有重大理由解除義務辯護人之辯護義務[35]。

二、德國必要辯護制度之歷史觀察

強制辯護，德國刑事訴訟法稱為必要辯護（Notwendige

批評，甚而建議將來應透過立法解決，參見Theiss, aaO. (Fn. 22), S. 30; Mehle, aaO. (Fn. 12), S. 36.

33 特別參見Meyer-Gossner, aaO. (Fn. 23), § 143 Rn. 3.

34 BVerfGE 39, 238=NJW 75, 1015.

35 Rath, aaO. (Fn. 11), S. 55 ff.

Verteidigung），其起源甚早。依學者分析，在西元八世紀時代，日耳曼——法朗克法律領域（germanisch-fraenkischer Rechts-kreis[36]）即有所謂代言人（Vorsprecher）出現，其可以在法庭代表當事人發言[37]。由於當時法庭審判的證據調查程序，係屬法定證據主義，程序的目的，不在發現實體真實，而是提出符合法定形式的證據。程序進行也非常形式主義，即使微小的程序錯誤，也可能導致敗訴。被告的防禦，尤須注意不能說錯話，因而一旦說錯話，即無法補正[38]。因而代言人的法庭工作即顯得非常重要。代言人係由當事人向法庭聲請而由法庭指定，而被指定的人不得拒絕，而且剛開始的時候，代言人的工作是沒有報酬的。當時有一些地方法律（Lokalrecht）明文規定，被告在法庭一定要有代言人。貧窮的被告或沒有防禦能力的被告，應該要由法庭為其指定代言人[39]。這種制度一直被保留下來。直到中世紀後期，才由沒有報酬的工作轉變為有報酬的職業。貧窮及沒有防禦能力的被告則可以免除繳費義務（Lohnzahlungspflicht）[40]。當時除代言人外，另有稱為muntporo或advocatus的法律專家，可以在法庭代表不出庭的被告出庭，但代表

---

36 如追溯德國法起源，早期北邊有日耳曼王國之法律領域（Das germanische Recht），其後南邊則有法蘭克王國之法律領域（Das fraenkische Recht）。Eberhard Schmidt將德國法律歷史，分爲日耳曼時期（die germanische Zeit）、法蘭克時期（die fraenkische Zeit）、中古時期、現代時期等4個時期，法蘭克王國時期大約開始於西元第10世紀，參見Eberhard Schmidt, Einfuehrung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., 1965, S. 17.

37 Bernd Schneider, Notwendige Verteidigung und Stellung des Pflichtverteidigers im Strafverfahren, Diss. Bonn, 1979, S. 4; Schmidt, aaO. (Fn. 13), S. 37.

38 Schmidt, aaO. (Fn. 13), S. 37.

39 Schneider, aaO. (Fn. 37), S. 5; Schmidt, aaO. (Fn. 13), S. 37.

40 Schneider, aaO. (Fn. 37), S. 5.

人只能替出庭的被告發言，此為兩者之不同處[41]。

大約至十三世紀，糾問程序（Inquisitionsprozess）開始興盛並支配整個刑事訴訟程序[42]。糾問程序興起的時代背景，主要是因當時國王權力逐漸沒落、國家權力逐漸分散、社會連結日益解體，因而當時的犯罪日益猖獗，而貴族的沒落也造成早期日耳曼法、法朗克法無法繼續延續。當時人們逐漸體認到追訴犯罪應該是國家的任務，不是被害人的事，而是國家的責任也是義務[43]。基此糾問審判日益盛行，法官必須依職權調查犯罪並予以處罰。此時，法官不僅扮演追訴者角色，也扮演辯護人角色。此時，公開及言詞審判，逐漸被書面及祕密審判代替，被告也逐漸淪為程序客體[44]。代言人職業越來越不受重視，因為其辯護沒有發揮功能之機會，畢竟代言人是法官指定，其可以行使的職權當然也會受到法官限制[45]。但是，當時支配刑事訴訟程序及刑事實體法的一部重要法典——卡羅麗娜法典（Constitutio Criminalis Carolina Kaiser Karls V von 1532, ccc）仍規定被告有委任辯護人的權利（稱為「代言人」（fuersprech）或「輔助人」（beistand））[46]。被告可以從參審員（Schoeffen）或市民中選一人來擔任他的輔助人（beistand），或從參審員中選出代言人（fuersprech），再請法官予以指定。參審員或市民未必須

41 Schmidt, aaO. (Fn. 13), S. 37.

42 大約同時期，民事訴訟與刑事訴訟也開始分流，參見Schmidt, aaO. (Fn. 13), S. 38.

43 Hahn, aaO. (Fn. 7), S. 48.

44 Schmidt, aaO. (Fn. 13), S. 38. 糾問程序大約發端於西元第13世紀，至16世紀發展到極致，其間從15世紀開始，尤因繼受義大利羅馬法而受到影響，參見Schmidt, aaO. (Fn. 13), S. 88 f., 102 ff.

45 Schmidt, aaO. (Fn. 13), S. 39.

46 Schneider, aaO. (Fn. 37), S. 7.

為法律專家[47]，且代言人職權主要也只是在法官宣判時出庭而已[48]。

直至十八世紀，卡羅麗娜法典還是糾問程序當時最重要的法律依據。十九世紀中葉後，糾問制度才逐漸式微。從十八世紀末啓蒙運動風起雲湧後，德國也受到法國大革命及啓蒙運動影響[49]，德國境內幾乎所有刑事訴訟法都受此影響。這一些「改革的德國刑事訴訟法」（reformierter deutscher Strafprozess），拋棄過去書面祕密審判之糾問程序，改成公開言詞審理的控訴程序（Akkusationsprozess）[50]，至此，被告有效辯護的權利才日益受到保障[51]。在此基礎上，一八七七年二月一日德意志帝國頒布帝國刑事訴訟法，一八七九年十月一日開始實施。當時知名法儒Karl Birkmeyer對於控訴程序所賦予的期待，曾以如下的一段話加以說明：「雙方必須擁有同等的武器，雙方必須擁有同等能力在法官面前進行程序，沒有一方可以比對方更靠近法官一步。[52]」基此可以看出，被告之主體地位及權利，已經開始受到重視。

---

47 Hahn, aaO. (Fn. 7), S. 50.

48 Schmidt, aaO. (Fn. 13), S. 39 f.

49 學者認爲，直到西元1848年，改革運動都還只是停留在學者之呼籲，當時特別是Feuerbach、Zachariae、Mittermaier、Savigny都強烈呼籲要引進公開及言詞審判制度。直到1848年，在德國法蘭克福由普魯士人民選出代表組成國民會議，向國王提出憲法草案，才確立啓蒙運動後自由主義革命的成果，參見Hahn, aaO. (Fn. 7), S. 54 ff.

50 Schmidt, aaO. (Fn. 13), S. 42 f.

51 不過，在偵查階段的辯護制度，並無改善，主要還是因爲當時修法取經對象的法國刑法典（CIC，1808年制定，這是1789年法國大革命後的產物），對於偵查程序，除設有法官預審程序外，其他基本上並無改變，因而偵查還是停留於祕密書面的糾問程序，特別是因爲當時一般還是認爲，於偵查階段，犯罪追訴國家利益應優先於被告辯護利益，參見Hahn, aaO. (Fn. 7), S. 56 ff.

52 Karl Birkmeyer, Deutsches Strafprozessrecht, 1898, S. 143, zitiert nach Schneider, aaO. (Fn. 37), S. 8. Kuehne, aaO. (Fn. 14), § 9 Rn. 174：此即武器平等原則。

在帝國刑事訴訟法頒布前，德國各地方法（Partikularrecht）也受到啓蒙運動影響，對於被告權利有較多保障，例如必要辯護制度之規定，大多數法律規定，被告犯較重有期徒刑或死刑之犯罪，法院必須為被告指定辯護。部分法律則規定，貧窮的被告也享有此權利。指定辯護案件範圍最寬的法律規定是一八五〇年十一月八日頒布的漢諾瓦（Hannover）刑事訴訟法及一八五七年十一月二日頒布的歐登堡（Oldenburg）刑事訴訟法。前者第七十三條規定，所有重罪皆須指定辯護。後者第一七四條規定，對於沒有辯護人之被告，除所犯是輕罪外，原則上皆須為被告指定辯護。各地方法對於必要辯護案件範圍之規定非常不一致，對於被指定的辯護人是否應該有報酬，規定也不一致。有些規定國家不必支付報酬，大多數則規定，如被告無法支付該報酬，即由國家支付。直到帝國刑事訴訟法頒布，不一致的地方法規定才獲得統一[53]。

相對於現行刑事訴訟法及當時德國各地方法之規定，一八七七年帝國刑事訴訟法第一四〇條規定之必要辯護案件範圍顯然較為狹窄。依當時規定，在帝國法院第一審程序或參審法院（Schwurgericht）程序，始須指定辯護（第一四〇條第一項）。在邦高等法院（Landgericht）第一審程序，只有被告聾啞或未滿十六歲（第一四〇條第二項第一款），或犯重罪且被告或法定代理人聲請法官指定者，始須指定辯護[54]。但如重罪是因被告為累犯者，不適用本款規定（第一四〇條第二項第二款）。在第一四一條則有概念條款規定，即雖無第一四〇條事由，由法院或在緊急情況下由審判長依職權或依聲請指定義務辯護。依當時通說見解，本條之適用

53 Schneider, aaO. (Fn. 37), S. 9 f.; Hahn, aaO. (Fn. 7), S. 59.
54 Schneider, aaO. (Fn. 37), S. 10a.

完全交由法院裁量[55]。

相較於現行規定，帝國刑事訴訟法必要辯護類型之規定顯然還很簡陋。現行刑事訴訟法必要辯護規定，則係經過數次修法後，才逐漸擴張至現今範圍，不過，基本規範結構與當時帝國刑事訴訟法相較並無任何改變[56]。

參、德國偵查程序之必要辯護制度

一、德國刑事訴訟法之必要辯護規定

㈠總則性規定

德國刑事訴訟法之必要辯護，總則性規定主要是第一四〇條。第一項規定必要辯護之七種情況[57]：*1.*第一審屬於邦最高法院（Oberlandesgericht）或高等法院（Landgericht）之案件[58]；*2.*重罪案件（Verbrechen[59]）；*3.*觸犯有職業禁止（Berufsverbot[60]）從刑之案件；*4.*基於法官命令或法官許可，將被告送入醫療機構至少三個月，且在主審程序開始前被釋放但不超過二週時間；*5.*為鑑定被告精神狀態，考慮依刑事訴訟法第八十一條將被告送入醫療機構；

---

55 參見Hahn, aaO. (Fn. 7), S. 61 f.

56 Schmidt, aaO. (Fn. 13), S. 44.

57 本條原規定有8種情況，其中第4款之瘖啞盲被告之必要辯護，已於1988年刪除。取代之規定，係本條第2項第2句，即對於聽障或語障被告之指定辯護人聲請，法官必須允許。

58 參見德國法院組織法第74條以下、第120條以下規定，類似我國第4條事務管轄第一審屬於高等法院管轄之案件。

59 參見德國刑法第12條規定。

60 參見德國刑法第70條規定。

*6.*保安程序（Sicherungsverfahren[61]）；*7.*被委任之辯護人基於法官裁判被排除（Ausschliessung）[62]參與該刑事程序。

如有本條第一項所定之七種必要辯護情形，無論如何，一定要有辯護人辯護，此時之辯護人，一般被稱為**必要辯護人**（notwendiger Verteidiger）。德國學說認為，必要辯護人可能是當事人自行選任（waehlen）之**選任辯護人**（Wahlvertiediger），亦可能是當事人未自行選任而由法官指定（bestellen）之**義務辯護人**（Pflichtverteidiger）。亦即必要辯護人與義務辯護人並非同義；義務辯護人一定是必要辯護人，但必要辯護人未必是義務辯護人，也可能是選任辯護人[63]。亦即必要辯護是義務辯護之適用前提[64]，如果沒有必要辯護，即無義務辯護可言。但如果被告已經選任辯護人，此時即無義務辯護人存在必要，不過，仍然還是適用必要辯護規定。

除上述七種必要辯護情形外，立法者在本條第二項另規定有概括條款。該項第一句規定，因犯罪情形嚴重或因案件事實或法律狀態有困難之處，顯示有辯護必要，或被告明顯地無法自我保護，特別是因被害人依第三九七a條及第四〇六g條第三項及第四項規定已經指定辯護人，審判長即應依聲請或依職權指定辯護人。第二句則

---

61 參見德國刑事訴訟法第413條到第416條規定，如被告因無罪責能力或無應訊能力，以致無法進行刑事程序時，檢察官得向法官聲請進行保安程序，即不必進行通常刑事審判而由法官對被告單獨宣告保安處分。由於保安程序之審判程序，被告得不出庭，而為保障其辯護權，因而有必要辯護規定。

62 參見德國刑事訴訟法第138a條規定。

63 Beulke, aaO. (Fn. 6), Rn. 165. 如在我國情形，強制辯護及指定辯護，亦應有如此上下位階之適用關係，概念上應區別，不能混用。

64 Theiss, aaO. (Fn. 22), S. 231. 認為必要辯護是義務辯護之「先前階段」（Vorstufe）。此種說法不精確，從法律邏輯上來看，前者是後者之上位概念才是。

規定，對於聽障或語障被告之指定辯護人聲請，法官必須允許。

第二項之概括條款規定，主要是針對輕罪（Vergehen[65]），而輕罪原則上未必有指定辯護之必要，不過，立法者特別於第二項規定，縱係輕罪，審判長亦應依**合義務裁量**指定辯護人[66]。此與第一項法官必須依法指定而不能裁量之規定有所不同。而第二句對於聽障或語障被告之指定辯護人聲請，法官則必須允許，此亦為法官法定義務而非裁量事項。

㈡特殊規定

如果被告被羈押，為保護被羈押人，德國立法者特別明文必須適用必要辯護制度。德國刑事訴訟法第一一七條規定之羈押審查（Haftpruefung）制度，賦予被羈押人於羈押期間得隨時向法官聲請撤銷羈押或停止羈押之權利。在該條第四項第一句規定，如羈押已超過三個月且檢察官或被告或其法定代理人聲請法院為其指定義務辯護人時，法官應在羈押期間為未選任辯護人之被告指定義務辯護人，且依第二句規定，法官應告知被羈押人有聲請權。另外，在羈押審查庭為言詞審理（muendliche Verhandlung）時，依第一一八a條第二項第二句規定，如被羈押人未被提解到庭時，必須要有辯護人在場為其行使權利。如無選任辯護人在場，法官即應為被羈押人指定義務辯護人參與該言詞審理（第三句規定）。此些特別規定，皆係為被羈押人之利益而設，尤其第一一七條第四項賦予被告及其法定代理人有聲請權，且科與法官有告知義務，皆為其他必要辯護規定所無。

另較為特殊者，係因辯護人被排除行使辯護權，為不影響被告

65 參見德國刑法第12條規定。

66 Laufhuette in: KK-StPO § 140 Rn. 20.

辯護權而設之輔助的必要辯護制度。如辯護人因具法定事由（參見第一三八a條第一項、第二項、第一三八b條之規定），法官欲排除（ausschliessen）該辯護人參與被告案件之辯護時，在排除程序進行中，該辯護人無法繼續為被告辯護，為保障被告權利，法官必須指定**其他辯護人**接續為被告辯護（德國刑事訴訟法第一三八c條第三項第四句）。由於排除辯護人參與刑事程序，不但可能干預被告辯護權，而且也可能干預辯護人之職業自由，對此，必須要有明確法律規定，而且為保障被告辯護權，立法者即明文採用必要辯護制度，強制審判長須另行指定義務辯護人繼續為被告行使辯護權[67]。

另一特殊必要辯護規定是，被告故意且可歸責讓自己陷於無應訊能力狀態，其明知並藉此欲阻擾審判程序進行，在一定法定條件下，法官得於被告缺席下進行審判（第二三一a條規定）。但只要法官考慮要為缺席判決時，如果被告沒有委任辯護人，審判長即須為被告指定辯護（第二三一a條第四項）。

在上訴審程序，唯一有必要辯護明文規定者，為第三審程序（Revision）。除得逕行駁回之案件外，第三審程序皆須開庭進行言詞審理。而對於未被提解到庭之羈押被告，基於該被告之聲請，審判長應指定義務辯護人到庭為其辯護（第三五〇條第三項第一句）。此規定相對於第一審、第二審之必要辯護制度，具有特別規定性質。

即使於再審程序，德國立法者也引用必要辯護制度以保障弱勢被判決人。德國刑事訴訟法第三六四a條規定，當個案事實狀況或法律狀態較為困難，因而辯護人之參與顯示有其必要時，如果再審聲請人未委任辯護人，基於其聲請，再審法院應為其指定辯護進行再審；而第三六四b條第一項第一句則規定，為了準備再審，在具

67 Meyer-Gossner, aaO. (Fn. 23), § 138c Rn. 13.

備下列三款法定條件下，基於再審聲請人之聲請，再審法院應為沒有委任辯護人之再審聲請人指定辯護。該法定條件，即：有足夠事實依據足以認定，經一定調查程序，可以找到足以作為再審聲請理由之事實或證據方法（第一款）、案件狀況或法律狀態有其困難度，因而辯護人之參與顯示有其必要（第二款）、不影響聲請人家計情況下，聲請人無能力以自己費用委任辯護人（第三款）。

在特殊程序，例如處刑命令程序（Strafbefehlsverfahren）亦採必要辯護制度。此規定於第四〇八b條第二句，即依處刑命令程序，法官預期要判處被告最高一年有期徒刑並宣告緩刑時，如被告未委任辯護人，法官必須為被告指定辯護人，且依第二句規定，準用第一四一條第三項偵查程序之必要辯護規定。

我國之強制辯護規定，總則性規定只有刑事訴訟法第三十一條，特殊規定只有第四五五條之五協商程序之強制辯護[68]，相較於德國刑事訴訟法必要辯護之案件類型，顯然我國規定簡陋許多。在刑事政策上，立法者應考量個別情形下被告辯護利益之特殊狀況，並衡量司法資源如何有效利用，如能適度擴張強制辯護之適用類型，對被告利益之保障應較為有利。

---

68 我國甚而有明文排除不適用強制辯護者，即刑事訴訟法第388條明文排除第三審程序不適用第31條強制辯護規定。如此規定之規範意旨，可能是立法者認爲第三審原則上只是書面審查而不進行言詞審理，且第三審只是法律審而非事實審，因而辯護人於此審級所能發揮之辯護功能有限。如果立法意旨果真如此，其欲藉此而拒絕適用強制辯護，其說服力並不充分。即使程序進行到第三審，被告之程序利益並未因此減縮，反而得上訴第三審之案件，並非輕微案件，且一旦經第三審判決，案件可能隨即確定，對被告利益更有保護必要。況且以法律明文排除強制辯護適用，此種立法技術，利大於弊，一來，如無明文排除，可以留給司法有解釋空間，對個案被告相對有利；二來，有此明文排除，依反面解釋，可能造成只要未明文排除，即有適用強制辯護義務之結果，反而造成適用上之困擾。將來應考慮將該規定廢止。

二、偵查程序之必要辯護規定

德國刑事訴訟法上述之必要辯護制度，原則上僅適用於審判程序，此由德國刑事訴訟法第一四一條第一項：「於符合第一四〇條第一項、第二項規定之情形，對於未委任辯護人之被告，只要依第二〇一條規定被要求對起訴書答辯時，即須為其指定辯護人」規定即可知之。亦即**起訴後**，法官即「應」指定義務辯護人。而於偵查程序，依第一四〇條第三項第一句規定：「於偵查程序得為被告指定辯護人為其辯護」，亦即於偵查程序，只是「得」而非「應」指定義務辯護人。

上述對於偵查程序必要辯護僅為「得」而非「應」之規定，於一九七四年受到修正。立法者於第三項增訂第二句：「依檢察官觀點，如認將來進入法院審理程序，依第一四〇條第一項或第二項規定有指定辯護之必要時，檢察官即應聲請法官指定」。亦即立法者賦予檢察官有提早於偵查程序聲請法官指定義務辯護人之義務，讓義務辯護人能提早參與刑事程序。不過，依本句規定，立法者對於是否有指定辯護之必要，係交由檢察官裁量。檢察官必須預先評估（prognostizieren）將來起訴後是否有指定辯護必要，以決定是否要提早聲請。

不過，依第二句規定，檢察官雖提出聲請，但法院並非即須指定義務辯護人，亦即法官於此並無指定義務[69]。而從偵查終結時點開始，法官始有指定義務，此從本條第三項第三句規定，於偵查終結後，法官基於檢察官聲請，必須指定辯護即可知之，即從偵查終結時點開始，法官即無裁量權而應依法指定。而偵查終結係以檢察

69 此爲實務及學界通說，參見Meyer-Gossner, aaO. (Fn. 23), § 141 Rn. 5; Katharina Beckemper, Der Antrag auf Bestellung eines Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren—Anmerkung zu OLG Karlsruhe, NStZ 1998, 315, NStZ 1999, S. 221.

官於卷宗註明時為準（參見刑事訴訟法第一六九a條）。

雖然法條規定係由檢察官向法官聲請，不過，學說亦有主張被告對於指定辯護亦有聲請權，因為依第一四一條第三項規定文義，只表示檢察官有聲請義務，但無明確表示檢察官有聲請獨佔權限（Antragsmonopol），且基於公平審判原則，應該讓被告也得享有聲請權[70]。Beckemper即認為，為了避免讓檢察官一人決定，因而科與檢察官聲請義務，再由法官為最後決定。但在實務上，此已經證實是沒有多大作用，因為現行刑事訴訟法在符合第一四一條第三項條件下，本來已經科與檢察官聲請義務，但實際上在偵查階段指定辯護之情形變成只是例外而非原則[71]。而法院組織法施行法第二十三條以下規定之救濟手段[72]也無能為力改變這種現況。縱使由邦最高法院（Oberlandesgericht）就檢察官不聲請指定辯護而為救濟，也無法有效保護被告，因為邦最高法院縱認為檢察官違法不為聲請，也不會自行為被告指定辯護，而只是科與檢察官義務，要檢察官向管轄法院聲請指定。此意謂著被告仍須等待一段時間，直到檢察官向法院聲請，再由法院指定為止。這種救濟方式，無法期待

---

70 Pfeiffer-Fischer StPO § 141 Rn. 5; KMR StPO § 141 Rn. 1; LR-Luederssen § 141 Rn. 24; AK StPO-Stern § 141 Rn. 7-11; LG Bremen, StV 99, 532 L; OLG Karlsruhe, NStZ 1998, 315雖未明示，但字裡行間文義似乎也贊成。Beckemper, aaO., S. 225 Anm. 52; Hamm不但認同BGHSt 46, 93見解，且認爲該判決見解使得須透過檢察官聲請之必要性已經喪失，參見Rainer Hamm, Die (notwendige) Verteidigung waehrend des Vorverfahrens im Lichte der Vertragstheorie und der neueren Rechtsprechung, in: Festschrift fuer Klaus Luederssen, 2002, S. 717 (726).

71 依實證統計資料顯示，所有指定義務辯護人之案件中，只有12%是在偵查程序中指定，其他都是在起訴後指定，而偵查中指定義務辯護人，絕大多數都是在檢警偵訊被告後，檢察官決定起訴前，才由檢察官向法官聲請，參見Thomas H. Vogtherr, Rechtswirklichkeit und Effizienz der Strafverteidigung, 1991, S. 232.

72 關於德國法院組織法施行法第23條以下規定之說明，請參見下文柒。

被告會樂於使用，因為被告需要的是儘快指定辯護人為其辯護，否則偵查程序仍在持續進行中，被告會一直處於無辯護人為其辯護之不利地位。此由統計資料顯示被告向邦最高法院依法院組織法施行法第二十三條以下規定尋求救濟之案件數量非常少，即可知之。為了導正現行實務偵查階段指定辯護完全依附於檢察官之決定，且實務上檢察官之聲請之比例也非常少之現況，應該賦予被告有聲請權，始符合有效權利保護原則[73]。不過，通說及實務見解仍主張檢察官有聲請獨占權限，因為法條文義及立法意旨都已經明白表示排除被告之聲請權[74]。

另外，羈押案件之必要辯護規定（刑事訴訟法第一一七條第四項及第一一八a條第二項第二句，參見前文），在偵查階段有相當重要性。尤其刑事訴訟法第一一七條第四項羈押超過三個月之規定，通常也是在偵查階段（尤其是一開始偵查，被告就被羈押）比較常出現。不過，第一四一條應優先適用，不符合該規定時，始有本規定補充適用[75]。

基本上，德國刑事訴訟法對於偵查程序之必要辯護制度，讓檢察官及法官仍有相當大的自由決定空間。但如此適用結果，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。因為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[76]，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

---

73 Beckemper, aaO. (Fn. 69), S. 226.

74 Meyer-Gossner, aaO. (Fn. 23), § 141 Rn. 5; KK-Laufhuette Rn. 6.

75 Meyer-Gossner, aaO. (Fn. 23), § 117 Rn. 22; BGHSt 47, 172.

76 BGH NStZ 2002, 381.

在多有[77]。學者甚而如此描述：「檢察官拒絕被告指定辯護之請求，此為人盡皆知[78]之事，到目前為止，這種情況沒有多大改變」[79]。

學說對於早期聯邦最高法院所採較為限縮本條適用之立場[80]，頗有微辭。近來最高法院開始有逐漸放寬其適用之趨勢（參見下文參、五）。學者也肯定最高法院較為朝向學說調整之轉變見解[81]。不過，仍有學者認為，最高法院一再肯認檢察官對此有判斷餘地，因而不受廣泛之司法審查，根本無法扭轉檢察官對於本規定過於保守的適用心態[82]。

三、「選擇對案」及「刑事訴訟改革討論草案」[83]

二〇〇一年，一群涵蓋德國、奧地利、瑞士刑法學者組成的工作團隊（Arbeitskreis）,曾針對刑事偵查程序之改革，提出一份「選擇對案」（Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens, 簡稱AE-EV）[84]。該草案所設計的偵查程序，係以市民及其基本權保障為中心，而非從偵查機關及其最佳功能之角度出發[85]。而就必

---

77 Beulke, aaO. (Fn. 6), Rn. 171.

78 德文原文notorisch，另有一貶義：聲名狼藉。

79 Hamm, aaO. (Fn. 70), S. 725.

80 如BGHSt 29, 1(5)認爲，檢察官對本條規定要件之認定，屬於判斷餘地，原則上不受司法審查。

81 Kuehne, aaO. (Fn. 14), 2007, Rn. 190.

82 Leo Teuter, Die Beiordnung eines Pflichtverteidugers im Ermittlungsverfahren, speziell in Haftsachen, StV 2005, 233.

83 Diskussionsentwurf fuer eine Reform des Strafverfahrens, StV 2004, S. 228.

84 Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens, Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, oesterreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer, Bannenberg, Britta/Baumann, Juergen u.a., Muenchen, 2001.

85 AaO., S. 30.

要辯護規定而言，其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（參見草案第一一五b條規定），而不是如同現行德國刑事訴訟法第一一七條第四項規定必須被羈押三個月後才適用必要辯護制度。如同草案理由所言，羈押程序將導致被告地位嚴重受損，因而有特別保護被羈押人的必要。只要一被羈押，必要辯護制度即應開始適用。另外，現行德國刑事訴訟法第一一七條第四項規定，指定辯護人必須經由檢察官、被告或其法定代理人之聲請，本草案則廢棄如此限制，而改由審判長依職權且賦予其有指定義務[86]。

二〇〇四年，德國執政黨黨團[87]（Regierungsfraktionen）亦曾針對刑事訴訟法第一四一條第三項提出「討論草案」[88]（Diskussionsentwurf）。本草案規定，當預期依刑事訴訟法第一四〇條第一項或第二項規定，辯護人之參與有其必要性時，檢察官在偵查程序必須聲請指定辯護。被告及其法定代理人同樣有聲請權。基於檢察官之聲請，法院必須指定辯護。直到起訴前，檢察官得指定由被告圈選之辯護人，經由該辯護人同意而為被告辯護[89]。

草案之主要理由認為，現階段德國刑事訴訟法之法律規定，導致辯護人參於偵查階段之訊問程序變成例外情況。而讓辯護人越早

---

86 AaO., S. 51 f.

87 這是由德國參議院（Deutscher Bundestag）社民黨（SPD）與90聯盟／綠黨（Buendnis90/Die Gruenen）黨團（Fraktion）及聯邦司法部（Bundesministerium der Justiz）於2004年2月所提議案之討論草案。

88 討論草案（Diskussionsentwurf）尚非立法草案（Gesetzentwurf），只是作爲議會討論辯論之文件資料，因而不必經過三讀等表決程序，也不會成爲正式法律。即如同該討論草案前言所示，該草案是爲延續2001年4月參議院對於刑事訴訟改革的討論，且不預設結論的提供給專業公眾及所有有興趣的民眾繼續討論之用。

89 AaO. (Fn. 83), S. 232.

參與偵查程序，不但可以加強被告之主體地位，且對偵查程序本身亦可有所裨益。在Hessen邦及Niedersachsen邦對於羈押案件曾提出「實驗模式計畫」（Modellprojekte），該計畫成果顯示出在羈押案件，越早指定辯護人，對於縮短被告羈押期間是有正面幫助作用[90]。

本草案對現行德國刑事訴訟法第一四一條第三項做了非常大的修正。第一，最重要的是賦予被告及其法定代理人有聲請權。此係針對學說實務對於檢察官是否有聲請獨佔權限之爭議，做出否定的立法明文。第二，明文規定檢察官聲請時，法官即有指定之義務。此亦係針對實務認為法官於起訴前，對於檢察官之聲請仍有裁量權的見解，予以明文否定。第三，賦予檢察官於起訴前，對於義務辯護，亦有指定權，且對於義務辯護人的人選，必須由檢察官及被告共同決定。而依現行法規定，只有法官始有指定權，且法官基於重要理由，即使自行指定而不考慮被告所希望的人選，亦不構成違法（刑事訴訟法第一四二條第一項，參見本文貳）。賦予檢察官指定權，是為了讓偵查程序能迅速進行及減輕法院負擔之雙重利益考量。

另外，對於刑事訴訟法第一一七條第四項羈押案件之必要辯護規定，本草案也做了調整。因為第一一七條第四項第一句規定適用前提條件是，被告被羈押已超過三個月。對此條件，該草案認為，該規定與第一四一條第三項盡早為被告指定辯護之意旨不合，且被告被羈押之三個月內，存有解釋上之灰色地帶，因為若依現行法第一四一條第三項第二句規定，此時是否應指定辯護，仍屬法官之裁量範圍，被告不一定能獲得義務辯護。草案因而決定刪除三個月之限制，亦即只要被告被羈押，羈押一開始，就有本條之適用，被告

90 AaO.

不必等到被羈押三個月後始能提出聲請[91]。

學者Meier對該「討論草案」持正面肯定態度，尤其是賦予被告聲請權及賦予國家偵查機關告知義務，都值得贊同。渠認為，在現行法對於檢察官之聲請沒有賦予法律效力狀況下，德國通說還認為被告沒有聲請權，這種見解很難令人理解，且拒絕被告有聲請權，幾乎無法會被認為仍符合歐洲人權公約第六條之公平審判原則[92]。對於刪除三個月羈押期間之限制，Meier也贊同，因為依實證研究結果顯示，辯護人早一點參與，會導致羈押期間及訴訟期間明顯的減少，減少羈押期間所產生的經濟利益遠超過因使用辯護人所產生的費用[93]。不過，Meier認為，羈押案件之必要辯護，不應取決於檢察官或被告之聲請，因為在此情形下之必要辯護，不僅是為被告利益，也是為了司法利益（Justizinteresse）[94]。

不過，Teuter認為該「討論草案」規定仍有所不足。基本上，偵查期間指定辯護之聲請，不應如同現在實務幾乎聽認檢察官自由決定，至少檢察官聲請羈押時，應立法強制檢察官必須同步聲請必要辯護，否則會產生令人無法忍受的評價矛盾情形，即檢察官一方面認為案情重大須聲請羈押，另一方面又認為案情不重大不須聲請指定辯護。在一些特殊情況，檢察官羈押之聲請，可以合理解釋為檢察官也同步聲請指定辯護。而賦予檢察官不必向法院聲請而直接指定辯護之權限，雖值得認同，但這並不代表會因此而提升義務辯

91 AaO.

92 Bernd-Dieter Meier, Die Reform des Ermittlungsverfahrens – Zur notwendigen Staerkung der Rechtsstellung der Beteiligten, Schwerpunkt: 65. Deutscher Juristentag 2004, GA 2004, S. 454.

93 Joerg-Martin Jehle/Berit Bossow, Verkuerzung von Untersuchungshaft durch fruehzeitige Strafverteidigung, in: BewHi (Bewaehrungshilfe), 49 (2002), 1, S. 73.

94 Meier, aaO. (Fn. 92), S. 453.

護的品質[95]。

四、第六十五屆「德國法律人研討會」（Deutscher Juristentag）之建議

二〇〇四年第六十五屆「德國法律人研討會」，Satzger教授以「偵查程序改革之契機與危機」（Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens）為題於刑法組（Abteilung Strafrecht）提出報告[96]。在此報告內，Satzger對於偵查期間必要辯護制度，亦有其個人看法，不過，終究並未提出結構性改革建議。

Satzger之基本立場認為，偵查程序應該是參與式（partizipatorisch）的刑事程序，也就是應該保障被告及辯護人之參與權（Teilhaberechte），特別是訊問證人時之參與權，例如在場權、對證人之質問權、請求調查證據、對偵查法官提問之異議權、期日受通知等權利，且為保障參與權人之有效參與，無論是被告及辯護人之閱卷權、被告之證據調查聲請權，或參與權人對偵查程序進行或終結處分之權利救濟可能性等，都應加強保障[97]。渠認為偵查程序之重要性，已非當年立法者所認偵查程序只是為主審程序做準備而已。審判程序之成敗，常常在偵查程序時就已經決定了。偵查程序為審判程序成敗之「轉轍器」（Weichenstellungen）[98]之說法，早已是老掉牙的普遍看法（“Binsenweisheit”），因而在偵查程序蒐集

95 Teuter, aaO. (Fn. 82), S. 240.

96 Satzger, aaO. (Fn. 9).

97 Satzger, aaO. (Fn. 9), C 37.

98 上述「選擇對案」（AE-EV），開宗明義即言，「骰子（Wuerfel）不是直到審判程序才落下，而是在偵查程序即已擲下」，亦即訴訟勝敗常常在偵查程序即已決定，參見aaO. (Fn. 84), S. 27.

證據階段，必須保障被告及辯護人之參與權[99]。Satzger認為，偵查階段強化被告及辯護人之參與權，是法治國之誡命，並非國家對被告之善行（Wohltat）[100]。Satzger且進一步主張，既然採取參與式之偵查程序，在偵查程序已經充分保障被告及辯護人之參與權，則應有限度承認在偵查階段所取得證據，審判時即不必再調查，法官得因證據調查聲請之排除效力（Praeklusion von Beweisantraegen）[101]而拒絕該證據調查之聲請。不過只限於被告、辯護人、檢察官皆**同意**不調查該證據時，始有排除效力[102]。

由於Satzger主張參與式偵查程序，且賦予其排除效力，甚而Satzger不諱言，參與式偵查程序之成敗，取決於辯護人有無參與[103]，因而對於無辯護人之被告，即須擴張必要辯護制度之適用，始能真正發揮參與式偵查之功效。Satzger認為，為發揮參與式偵查之功效，應承認所有的偵查案件皆應列為必要辯護範圍，但從國家財政或人員組織觀點，這種主張不切實際（irreal）[104]。不過，被告在審判程序透過必要辯護所獲得的保護，在偵查程序也應獲得等值（gleichwertig）的保護[105]。依案件狀況，如果將來審判時，被告將獲得必要辯護保障，則在參與式偵查程序也應有必要辯

99 Satzger, aaO. (Fn. 9), C 34 f.

100 Satzger, aaO. (Fn. 9), C 44.

101 國內所稱之「失權效」，係基於「不主張即放棄」之想法，而此處所言「排除效力」，則是「已主張即不得再主張」之想法。兩者仍有所不同。

102 Satzger, aaO. (Fn. 9), C 43 ff. 此處基於同意而產生之排除效力，並非創見，因爲現行德國刑事訴訟法第245及251條早有規定。Satzger自己也承認，但仍認其用意只是單純希望透過參與式偵查程序，能增加該排除效力之使用機會而已，aaO. (Fn. 9), C 50.

103 Satzger, aaO. (Fn. 9), C 93.

104 Satzger, aaO. (Fn. 9), C 87.

105 Satzger, aaO. (Fn. 9), C 48.

護之保障。結論上，只要在偵查程序所獲得的證據，對其後刑事程序有法律重要性，則該偵查程序必要辯護之保障程度及範圍，即應如同審判程序[106]。

對於被羈押之被告，Satzger認為有特別保護其辯護權之必要。一來，被告心理會因羈押而受到特別壓力；二來，被告行使辯護權會受到物理牢房的限制。只有透過辯護人始能克服這些障礙。現行德國刑事訴訟法亦考慮到羈押被告的特殊狀況，因而有特別的必要辯護規定（第一四〇條第一項第五款），但如此規定，似乎將羈押前三個月之被告，排除於必要辯護保護之外，這是不應該容忍的。對於學說一再主張，應從羈押開始，就指定義務辯護之見解，Satzger亦表贊同[107]。

對於被告聲請指定義務辯護人之權利，通說及實務皆表反對，且對檢察官不聲請必要辯護時，通說及實務也認為被告無救濟機會[108]。Satzger則認同少數意見，認為未來應修法讓被告享有聲請權，畢竟無論由檢察官，還是由被告聲請，最後還是須由法官決定，因為在偵查階段，是否有必要透過必要辯護以維持雙方武器平等，法官因其客觀中立性，是最佳的最後決定者。對於檢察官享有直接指定義務辯護人之權利，Satzger也贊同上述「討論草案」（上文參、三）建議，因為有助於指定程序之效率（卷證不必轉呈法官），且其係基於檢察官與被告之協議結果而指定，對被告並無不利[109]。

對於不指定義務辯護人之違法效果，Satzger主張至少在通常案

106 Satzger, aaO. (Fn. 9), C 88.
107 Satzger, aaO. (Fn. 9), C 88 f.
108 Satzger, aaO. (Fn. 9), C 89 Anm 325 ff.
109 Satzger, aaO. (Fn. 9), C 90.

件（zumindest im Regelfall），應有證據禁止的法律效果，主要有三點理由：*1.*辯護權在法治國有其重要意義；*2.*證據禁止有導正紀律之效果；*3.*在證據評價層面，如何以降低證據價值方式彌補被告，至今並無一套具體的標準，因而常常會有只以權宜式的權衡，即可犧牲被告辯護權之判決結果[110]。

對於Satzger之建議，該研討會最後之大會決議（Beschluesse）認為，*1.*當預期依德國刑事訴訟法第一四〇條第一項、第二項規定將來有適用必要辯護之需要時，基於被告聲請或檢察官聲請，應立刻（alsbald）為被告指定辯護（Bechluesse Ⅳ.*1.*）[111]；*2.*當被告被羈押時，基於被告聲請或檢察官聲請，應立刻（alsbald）為被告指定辯護（廢除德國刑事訴訟法第一一七條第四項三個月羈押期間規定）（Beschluesse Ⅳ.*2.*）[112]；*3.*檢察官得指定由被告圈選的律師為義務辯護人（Beschluesse Ⅳ.*3.*）[113]；*4.*如果依法應指定義務辯護而未指定，於被告被訊問時，辯護人因而不能參與，只要是涉及被告訊問之程序，在任何情況下（jedenfalls），皆有證據禁止之法律效果（Beschluesse Ⅳ.*4.*）[114]。基本上，本決議之賦予被告聲

---

110 Satzger, aaO. (Fn. 9), C 91 f.

111 該議題，有116人贊成，4人反對，7人無意見，最後成爲大會贊成的決議，參見www.djt.de/files/djt/65/beschluesse.pdf，最後瀏覽日：2008年12月6日。

112 該議題，有105人贊成，17人反對，6人無意見，最後成爲大會贊成的決議，參見同註111。

113 該議題，有106人贊成，9人反對，10人無意見，最後成爲大會贊成的決議，參見同註111。

114 該議題，有62人贊成，61人反對，10人無意見，最後成爲大會贊成的決議，參見同註111。但相較於前三個議題，本議題顯然贊成與反對的人數幾乎平分秋色（62：61），可見該議題之爭議性頗大（理由將於下文陸討論）。另外，由於本次刑法組議題係針對偵查程序全面改革的報告，因而大會決議關於辯護人之參與、檢察官之政治性、檢察官指令權、偵查法官之功能，甚而

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，如對照上述「討論草案」建議，並無特殊之處。較為特殊的只有涉及證據禁止之論點，此將留待下文捌繼續討論。

對於該研討會之決議，Teuter認為，該決議主張只要一羈押，法官馬上就要指定辯護。這種論點仍有所不足。事實上，必須要將羈押聲請與義務辯護聲請結合，始能發揮其功效。另外Satzger主張對於未被羈押的被告，也應如同被羈押被告一樣等價處理。Teuter認為，這種論點也不夠深入，因為對被羈押被告而言，所謂立刻（alsbald）為被告指定，應如何實踐，是否真能保障義務辯護人在偵查法官面前之在場權？恐怕仍太樂觀了。因為實務顯示，常常在義務辯護人參與之前，偵查法官很多重大決定都已經做了。因而Teuter認為，只有在決定剝奪被告人身自由權之前，就已經指定好辯護且讓其參與該決定，此種立法才算是實事求是的修法[115]。

Meier則認為，Satzger將偵查階段之必要辯護保障，依附於審判時是否有必要辯護保障，即是否符合德國刑事訴訟法第一四〇條第一項、第二項規定，在適用上會有問題，因為將來是否符合必要辯護規定，在偵查階段只是一種預測（Prognose），其適用結果無法令人樂觀。Meier還認為，在偵查階段，明確、操作簡單且能為被告提供可靠保障的規則，才符合實際需要。因而偵查階段之必要辯護，應該以唯一且在偵查階段已經可以明確判斷的實質標準——重罪（德國刑事訴訟法第一四〇條第一項第二款），作為適用必要

檢警關係皆有所決議。有的議題成爲大會贊成的決議，有的議題成爲大會反對的決議，不一而足。針對此次研討會，由於部分內容已經超出本文議題，本文無法處理，留待未來另文討論。有興趣的讀者，可以自行上網瀏覽大會決議部分www.djt.de/files/djt/65/beschluesse.pdf，最後瀏覽日：2008年12月6日。

115 Teuter, aaO. (Fn. 82), S. 240.

辯護之前提要件[116]。針對偵查之必要辯護，Meier特別強調重罪而不考慮其他原得適用必要辯護之情形，如此適用結果必然將導致必要辯護適用範圍之限縮，對於被告並非有利。雖然偵查階段之必要辯護規定，由於偵查程序之特殊性、靈活性、自由形成、不確定性，因而無法如同審判般以更明確標準作為適用前提要件，不過，如因此即主張應限縮偵查中必要辯護之適用範圍，不但損及被告利益，甚且危及創立必要辯護制度之意旨，因為偵查錯誤常常無法補救，因而應比審判更值得關注。

五、德國聯邦最高法院相關見解

㈠BGHSt 46, 93[117]

1. 案例事實及法院見解

本案事實是被告涉嫌對女兒觸犯多達三〇四次強制性交罪而被起訴。被害人經警察詢問後，隔天被告即被逮捕且經警察盡告知義務後詢問。隔天，區法院簽發羈押令，被告即被羈押。同一天，偵查法官訊問被告前，曾告知被告得委任辯護人，被告對此則未為任何表示且對犯罪事實也未陳述。隔天，檢察官以證人（被害人）陳述具有重要的證據價值，因而聲請偵查法官訊問證人。偵查法官則依德國刑事訴訟法第一六八c條第三項規定[118]，於訊問證人時，不

116 Meier, aaO. (Fn. 92), S. 454.

117 BGHSt 46, 93＝NJW 2000, 3505=NStZ 2001, 212=StV 2000, 593=JuS 2001, 194=JA 2001, 100=JZ 2001, 359（本文僅節略判決主要內容，判決全文請自行參閱判決原文）。其後，德國實務也一再引用該判決之見解，例如聯邦憲法法院BVerfG, NJW 2007, 204; BVerfG, Beschluss v. 29.03.2007- 2 BvR 1880/06 ; 聯邦最高法院BGH, NJW 2002, 975; BGH, NJW 2007, 237.

118 德國刑事訴訟法第168c條第3項規定：「如法官認為被告在場對於偵訊目的將產生危害時，得不讓被告在場。特別是法官擔心被告在場，證人無法為真實

讓被告在場，也沒通知被告訊問時日。該證人經偵查法官告知得拒絕證言後，仍對被告為不利之證言。之後，被告始自行委任辯護人。其後，檢察官也同意讓辯護人閱覽被害人於偵查法官之筆錄。起訴後，被害人向管轄本案之地方法院主張行使拒絕證言權。之後，法院即將偵查法官作為證人予以傳喚。最後，被告被判有期徒刑五年。被告即以本案違反歐洲人權公約第六條第三項d規定（違反公平審判程序之質問權）向聯邦最高法院提起上訴。

聯邦最高法院最後以偵查程序違反德國刑事訴訟法第一四一條第三項偵查程序強制辯護規定及歐洲人權公約第六條第三項d公平審判程序之詰問權規定而認定被告上訴有理由。判決理由主要是認為，偵查法官訊問被害證人之程序存有嚴重瑕疵，雖然偵查法官依法可以排除被告在場，但未依第一四一條第三項規定指定義務辯護人在偵查法官訊問證人時在場，已侵害被告之詰問權，而該偵查程序之程序瑕疵，對於審判程序亦有繼續效力，因而訴訟程序違背法令。

最高法院於本案認為，依歐洲人權法院一貫見解，從歐洲人權公約第六條第三項d規定無法導出被告在偵查程序訊問證人時一定要在場之在場權。在特定情況下，例如基於保護證人原因，或預料證人於被告面前不能據實陳述時，亦得放棄被告與證人面對面之權利。亦即被告面對證人之權利並非於任何情況下皆是強制性的誡命規定。但是司法對於如此限制被告之詰問權必須予以補償。或是在訊問證人時，或是在其後之刑事程序，必須賦予被告機會去詰問證人或讓其他人為其詰問。讓被告只能詰問偵查法官是不夠的，因為偵查法官不是原始證人。

而**限制被告詰問權可以透過至少讓辯護人在訊問證人時在場並詰**

陳述時，法官得不讓被告在場。」我國刑事訴訟法第169條也有類似規定。

問證人方式予以補償。而在本案情形，在偵查法官訊問重要證人時，被告雖未委任辯護人，亦應為被告指定辯護人為其辯護，如此解釋德國刑事訴訟法第一四一條第三項規定始符合歐洲人權公約。從第一四一條第三項修法沿革可以看出，立法者對於辯護人應該參與偵查程序，有越來越強之意圖（從原先之「得」，到一九六四年修法所採之sollen，到最後現行法之「應」）。無論如何，在偵查法官訊問重要證人時，如果被告之在場權被剝奪時，原則上即應檢驗，對於未委任辯護人之被告依第一四一條第三項是否有指定義務辯護人之必要。而依第一四一條第三項規定，應先由檢察官承擔該檢驗義務，但此並不免除偵查法官亦有符合歐洲人權公約以進行刑事程序之責任。

另外，最高法院同時也認為，**基於證據保全原因而聲請偵查法官訊問享有拒絕證言權之主要證人時，被告既已被拒絕在場，則關於有無必要指定辯護人之裁量，將被減縮至零**。否則因為判斷有無必要指定辯護人而引發時間上之遲延，將有害於偵查之進行。只有如此解釋第一四一條第三項，始能符合歐洲人權公約第六條第三項d規定，否則無法確保歐洲人權公約第六條第三項d所保證之詰問權於本案繼續進行之刑事程序中能獲得實踐。基此，檢察官依第一四一條第三項規定（也就是不限於個別偵查行為），在偵查法官訊問證人前，即有聲請法官指定辯護人之義務。對於被指定之辯護人，在偵查法官訊問證人前，應給予與被告會面商談之機會。

最高法院進一步認為，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詰問，其詰問權受到侵害之不利益，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詰問該證人。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，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（關於違法效果，另參閱下文捌）。

*2.*學者評論

對此判決，引發學界激烈討論。有學者贊同，亦有持批判意見。非常肯定該判決者，如Gless認為，德國司法雖然受歐洲人權公約拘束，但長久以來，都不是真心誠意想從公約解釋得出判決結論，都只是敷衍的做做表面文章。但本案判決能確認本案有程序違法，值得肯定[119]。Martin也認為，本案正足以顯示，歐洲人權公約對於德國國內法解釋之重要性已逐漸增加，且也顯示本判決可以成為在此領域作為判決先例之判決[120]。

持反對見解者，似乎較為多數，如Fezer即不贊同本判決。其認為，本案不僅只是侵害詰問權，也是侵害被告之辯護權。這是兩個不一樣的程序瑕疵。依本案被告犯罪情節，未來起訴後，會構成第一四〇條第一項第一款（第一審屬於上級法院管轄）及第二款（重罪）事由。如果已經可以成立第一四〇條情形，是否在偵查階段，檢察官依第三項第二句即有聲請義務，最高法院於本案判決並未表示意見，不過，這是肯定的。只要預估能成立必要辯護，指定辯護即應越早越好。因而在偵查期間，已經構成第一四〇條第一項要件，偵查法官訊問程序即無法迴避第一四一條第三項規定之適用，即使被告在偵查法官訊問證人時在場，亦應指定辯護。偵查法官訊問證人，是影響判決非常重要的證據調查，也是從審判程序提前到偵查程序實施之一個證據調查程序，因而必要辯護規定應該被貫徹，對於沒有選任辯護人之被告，即應為其指定辯護。此不僅為

119 Sabine Gless, Zur “Beweiswuerdigung-Loesung” des BGH, NJW 2001, 3606; Meyer-Gossner, aaO. (Fn. 23), § 141 Rn. 5.

120 Sigmund Martin, Anmerkung zu BGHSt 46, 93, JuS 2001, 194.

了保障質問權，也是為了保障辯護權（也可以從歐洲人權公約第六條第三項c規定導出辯護權之保障），本案皆應指定辯護。本案程序之瑕疵，已經超出最高法院單純僅認為是詰問權侵害而已。也由於最高法院認定本案僅侵害被告之詰問權，因而其認定之法律效果——拒絕承認證據禁止——對被告是非常不利的[121]。（對於違法效果，將於下文捌討論）。

Neuhaus也持反對見解，其認為本案判決構成仍有探討餘地，因為第一四一條第三項規定，絕非賦予檢察官裁量權，本條第一句之「得」與第二句配合適用，只是表示法官指定辯護人不需經由檢察官聲請，被告自己亦得聲請；只有被告不聲請時，檢察官依第二句即有聲請義務[122]。而且由於聯邦最高法院誤解本條係裁量規定，因而無法從刑事訴訟法導出結論，只好引用歐洲人權公約第六條第三項d之規定。不過，兩者適用上仍有區別。違反刑事訴訟法第一四一條第三項規定，未必就是違反歐洲人權公約第六條第三項d規定，只是本案同時違反該兩項規定而已。而違反第一四一條第三項規定，無法導出當然也違反歐洲人權公約第六條第三項d之結果[123]。

持反對立場且反對理由洋洋灑灑非常詳實者，厥為Schlothauer。雖然其對最高法院努力將歐洲人權公約之原則性規定落實於具體的刑事訴訟現實上，且認真的將歐洲人權公約當作國內法規定予以適用，表示肯定，不過，其認為最高法院在本案的努力並不成功，因為最高法院將判決重點都放在歐洲人權公約第六條第

121 Gerhard Fezer, Ammerkung zu BGH, Urteil v. 25.7.2000-1 StR 169/00(BGHSt 46, 93), in: JZ 2001, 364.

122 Neuhaus, aaO. (Fn. 10), 20.

123 Vgl. Neuhaus, aaO. (Fn. 10), 21.

三項d保障質問權規定上，卻忘了德國刑事訴訟法之具體規定。因而不僅判決理由構成，甚而最後判決結論，都有嚴重失當之處[124]。

首先，Schlothauer認為，本案之程序違法——被告在整個刑事程序完全沒有機會質問證人，不須特別援引歐洲人權公約而對刑事訴訟法第一四一條第三項為符合公約的解釋，透過刑事訴訟法第一六八c條對被告及辯護人所保障之參與權[125]（Teilhaberecht），也可以直接得出該程序違法之結果。而從刑事訴訟法第一四一條第三項解釋也可得出，對於沒有選任辯護人之被告，因為其符合第一四〇條第一項第二款（即觸犯重罪），為保障其參與權，無論偵查法官訊問證人時，其在不在場，皆應為其指定辯護人，此時檢察官聲請指定之裁量已經轉成義務。即使偵查法官訊問證人時被告在場，如果認為該訊問對於其後之審判程序有很重要之意義，甚而根本就是其後審判程序提早為調查證據時，此時皆應為被告指定辯護[126]。

Schlothauer更進一步認為，聯邦最高法院應該不能只是處理違反歐洲人權公約部分，對於違反德國刑事訴訟法部分，也應該判斷。但是，本判決不予區分的只處理違反歐洲人權公約及其違法的法律效果，沒有正確認知兩者之區分類型，因而自己堵住了通往正確判斷結果之路[127]。

---

124 Reinhold Schlothauer, 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. 從文章標題——從歐洲後門逃出司法形式性的控制，就已經看出Schlothauer透過本文章所要傳達的意旨。

125 特別是德國刑事訴訟法第168c條第1、2項及第5項規定：法官訊問被告、證人、鑑定人時，檢察官及被告、辯護人得在場，除有危害偵查之虞外，訊問期日必須預先告知有在場權之人。

126 Schlothauer, aaO. (Fn. 124), S. 128.

127 Schlothauer, aaO. (Fn. 124), S. 129.

Schlothauer進一步分析，類似本案情節之情況，基本上可分為三種類型：⑴第一種類型只違反歐洲人權公約而不違反德國刑事訴訟法；⑵反之，第二種類型只違反德國刑事訴訟法而不違反歐洲人權公約；⑶第三種類型則兩者規定皆違反。

⑴第一種類型，例如證人於偵查階段合法訊問後，於審判時死亡，因而無法到庭接受質問。由於整個刑事程序，被告皆無機會質問證人，因而會被認為違反歐洲人權公約第六條第三項d，但證人死亡無法出庭，使用其先前合法取得的證言，依德國刑事訴訟法第二五一條第一項、第二項規定是合法的。這種情形，不應有證據禁止效果，聯邦最高法院於本案所使用的證據評價解決法，只有在此種情況下才有適用餘地[128]。（詳見下文柒）。

⑵第二種類型，例如偵查期間違反刑事訴訟法規定而拒絕被告質問證人之請求或如本案情形應指定辯護而未指定等程序瑕疵，但在其後程序已經讓被告獲得質問該證人之機會。此種情形，雖然違反刑事訴訟法規定，但依歐洲人權法院判決見解，並沒有到達無法治癒（*irreparable*[129]）因而違反歐洲人權公約第六條第三項d的程度。此時純粹依德國刑事訴訟法處理即可。例如違反德國刑事訴訟法第一六八條c第五項規定（違法不通知被告到庭），多數實務見解及通說認為，被告先前之偵訊筆錄，不應當作書證朗讀，其有證據禁止之法律效果[130]。

⑶第三種類型，因為同時違反歐洲人權公約及德國刑事訴訟法，必須要依特別觀點處理。如同本判決之案例事實所示，本案不

128 AaO.

129 此為原作者Schlothauer所加之強調符號。

130 BGHSt 26, 332; 29, 1; 31, 140; 42, 86; Meyer-Gossner, aaO. (Fn. 23), § 168c Rn. 6.

僅違反歐洲人權公約而且也違反德國刑事訴訟法，對於這種「雙重瑕疵」（Doppelfehler），聯邦最高法院僅以證據評價解決法解決是不夠的。拒絕依歐洲人權公約第六條第三項d給予被告詰問權保障，依德國刑事訴訟法如果是不合法的，該違反詰問權之證言必須有證據禁止效果。證據評價解決法的「治癒力」（Heilkraefte）對於彌補該證言證據價值的落差（Beweiswertdefizit），是沒有作用的[131]。況且聯邦最高法院刑事第一庭自己也曾在BGHSt 26, 332判決，關於關於違反刑事訴訟法第第一六八條c第五項通知被告到庭規定之違反情形，採用證據禁止之手段，不但禁止朗讀偵查法官之被告筆錄，也禁止傳訊偵查法官到庭作證。假使刑事第一庭曾考慮過這個判決，則對刑事第一庭而言，這條以證據評價解決法取代明確的證據禁止解決法的路早就不通了[132]。

Kunert則認為本判決結論對於刑事訴訟法第一四〇條第三項第二句的解釋，值得贊同，但判決理由內對於法條用語（「依檢察官之觀點」）幾乎沒有提出批判見解。事實上，聯邦最高法院在本案是以客觀標準來解釋該用語，已經修正了原來法條之用語。這是完全正確的結論，但判決理由並未明白表示。這是法官法律續造的例子，也許法官是基於司法自我限縮觀點而不願在判決理由內明示。這種修正法條用語的解釋結論，從該法條歷史沿革之目的論解釋方式即可得出，縱使不援引歐洲人權法院判決也無不可[133]。不過，本判決僅承認證據評價解決法，顯示聯邦最高法院畏畏縮縮的態

131 Schlothauer, aaO. (Fn. 124), S. 130.

132 Schlothauer, aaO. (Fn. 124), S. 130 f.

133 Kunert在這裡是用三個看來不是正面意思的形容字句說明：「非常顯目努力回溯到歐洲人權法院判決」、「該部分份量幾乎占了判決三分之一」，「不是以平常方式遠溯歐洲人權法院判決」。從這裡應該可以探知Kunert真意、參照Karl Kunert, Anmerkung zu BGHSt 46, 93, NStZ 2001, 217.

度，導致本判決結論有結構上的缺陷。這部分不能贊同[134]（參見下文捌說明）。

本判決認定程序違法之法律效果部分，由於最高法院拒絕承認本案有證據禁止的效果，更是眾人批判的焦點，將於下文捌申論。

3. 小　結

綜合學說見解，多數皆肯定本判決有其開創性意義，尤其對於偵查期間必要辯護規定，過去在司法實務上幾乎形同虛設，本判決不啻給司法實務一記當頭棒喝。但多數見解同時也認為聯邦最高法院在本判決，只著重歐洲人權公約規定之適用，對於具有同等法律效力之德國刑事訴訟法規定，卻輕描淡寫一筆帶過，判決理由顯然有甚多值得批判之處，特別是Schlothauer與Fezer兩人對此皆有令人激賞的批判見解[135]。雖然如此，最高法院基本上還是認定下級審法院程序違法，對此，學者也都認同，不過，本判決引起的最大爭議，仍然是在違法效果方面，幾乎所有學者都反對判決見解，此將在下文捌詳加申論。

㈡BGHSt 47, 172[136]

1. 案例事實及法院見解

隔年（二〇〇一年），聯邦最高法院刑事第一庭（與上述判決相同法庭）繼續沿用上述見解，並進一步擴張其適用。

本案案例事實涉及被告及共同被告於一九九三年六月射殺被害

---

134 AaO.

135 Schlothauer的判決評釋刊載於2001年2月號，Fezer的判決評釋刊載於同年的7月號。由於後者之文章，完全沒有引註，因而不清楚Fezer是否有看過Schlothauer之文章。如果沒有，但兩人評釋該判決之重點及論述方向卻幾乎一致（雖然論述理由有簡有繁），也許只能說「英雄所見略同」吧！

136 BGHSt 47, 172=NJW 2002, 975.

人。被告及共同被告誘騙被害人到樹林邊，由被告先開槍，但只射中被害人手臂，共同被告隨即從被告手上搶走手槍，近距離射中被害人背部。兩人又把被害人拖進樹林內，由共同被告再開一槍致被害人當場斃命。共同被告承租被害人披薩店，積欠被害人九萬七千元馬克無法支付，因而想殺害被害人。共同被告要被告幫忙，事成後，答應給被告二萬馬克及被害人的BMW轎車當作酬勞。被告被Konstanz邦高等法院（Landgericht Konstanz）以謀殺罪及其他罪名，判處有期徒刑八年。被告不服上訴聯邦最高法院。最高法院最後以無理由駁回該上訴。

最高法院於本案認為，依德國刑事訴訟法第一四一條第三項第二句，檢察官於本案有為被告聲請指定辯護人之義務，且**從檢察官認定被告有重罪之重大犯罪嫌疑且被告事實上須有辯護人辯護之時點開始，檢察官即有聲請義務。當檢察官因重罪而向法院聲請羈押時，檢察官也必須同時考慮聲請法院指定辯護人**。如被告尚未因執行羈押而被逮捕，指定辯護人之聲請可以延後到被告被逮捕時聲請。檢察官如預測將來於審判時有指定辯護人之必要時，可以優先考量先由被告自主決定是否自己要委任辯護人，而不必立刻聲請法院指定，這是檢察官的判斷職權。

接著，最高法院在本案中認定，被告於檢察官詢問時為第一次自白，此時檢察官仍未產生聲請指定辯護人之義務。雖然此時因警察先前是以被告地位詢問被告，其被告之地位已經確定。不過，此時被告之陳述仍有諸多需要繼續查明之處。**直到檢察官認定被告犯罪嫌疑重大而向法院聲請羈押被告時，此時檢察官之指定辯護人之聲請義務始同時產生**。

同樣的，最高法院於本案中也認為，違反第一四一條第三項第二句之法律效果，刑事訴訟法本身並無證據禁止之規定。相對於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，此處則只能以權衡（Abwaegung）方式決定其是否有證據禁止的法律效果（詳細討論，請參閱下文捌）。最後，最高法院以權衡方式認定，以本案之附隨情況觀之，被告保護必要性之重量仍不足認定本案有證據禁止的法律效果。

*2.*學者評論

德國學說基本上贊成本判決肯認檢察官有聲請義務之見解。Widmaier認為，本判決主張從檢察官認定被告有重罪之重大犯罪嫌疑及被告事實上亦須有辯護人辯護之時點開始，檢察官即有聲請義務。如此見解已經擴張且一般化BGHSt 46, 93所肯認保障被告質問權之原則[137]。另外，本判決重大貢獻在於，將不指定義務辯護人之法律效果，等同於拒絕被告向辯護人諮商，因而即可引用最高法院一貫見解，即故意阻止被告向辯護人諮商（Konsultation），應該有證據禁止之違法效果[138]。另外，Widmaier提到，雖然最高法院最後還是拒絕本案有證據禁止效力，不過，如同本案判決理由附帶所論，如果被告已經明示在偵查法官訊問時，要求要有義務辯護人在場，該願望如被法官拒絕，本案即會有證據禁止之法律效果[139]。亦即本案最高法院並未完全排除證據禁止之法律效果。

Schwaben認為，本案最高法院認為，從檢察官認定被告有重罪之重大犯罪嫌疑及被告事實上亦須有辯護人辯護之時點開始，檢

137 Gunter Widmaier, 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, S. 76.

138 參見BGHSt 38, 372 (374)=NJW 1993, 338=NStZ 1993, 142所言：「賦予被告使用辯護人之機會，是確保被告不會淪於程序客體之程序基本權利。」對此判決之評論，參見Sylvia Schwaben, Die Rechtsprechung des BGH zwischen Aufklaerungsruege und Verwertungsverbot, NStZ 2002, S. 288 (290).

139 Widmaier, aaO. (Fn. 137), S. 78 f.

察官即有聲請義務。如此認定基準，原則上是取決於事前判斷（ex ante）之客觀化基準。對於被告權利之保障而言，第一庭前後這兩個判決具有「里程碑」（Meilenstein）之重要意義，因為其不但強調辯護之重要性，而且以客觀事前標準要求檢察官[140]。

如比較第一庭上述先後兩個判決的見解，後者（即本判決）已經將檢察官之義務擴張到只要檢察官認被告有重罪的重大犯罪嫌疑，且向法院聲請羈押時，該義務即已產生。此與前者判決見解僅限於偵查法官訊問重要不利證人，被告被拒絕在場時，始須指定義務辯護人之情形，顯然前者判決適用範圍較廣，而且有明確的判斷基準。另外，後者判決並不排除證據禁止之法律效果，只是必須經過法官權衡後始能決定。

㈢BGHSt 47, 233[141]

1. 案例事實及法院見解

第二年（二〇〇二年），聯邦最高法院第五刑事庭對上述第一刑事庭前後兩個判決見解，改採限縮立場，尤其拒絕第一庭後者判決所持之擴張適用見解。

本判決認為，檢察官聲請指定義務辯護人，在一般情況，係屬檢察官不受法院廣泛審查之判斷餘地職權。刑事第一庭關於裁量減縮到零之見解值得認同，但**從現行法無法導出當檢察官認被告有重罪之重大犯罪嫌疑時，檢察官聲請指定辯護人之判斷餘地因而即須受到限縮**。這種立場，即使不會產生過大的法律適用不確定性，也會令人質疑是否符合立法者在德國刑事訴訟法第一四〇條及第一四一條特為不同規定之意旨。因而這種見解並不妥適，無論從歐洲人權

140 Schwaben, aaO. (Fn. 138), S. 293.

141 BGHSt 47, 233.=NStZ 2002, 380=NJW 2002, 1279.

公約第六條第三項c規定，或從基本法第二條第一項及第二十條第三項被告最低程度的公平審判保障，皆無法導出如此要求。未來立法者可以繼續討論如何權衡（Abwaegung）相對利益以加強偵查期間辯護權之保障，不過，在現行法律基礎上，無法導出在偵查期間檢察官也有以如此方式提早保障必要辯護之誡命。

2.學者評論

Roxin雖然肯認本判決的出發點是正確的，但仍無法認同本判決的結論。Roxin認為，依第一四一條第二項第二句「依檢察官觀點」之規定，檢察官所享有的判斷餘地（Beurteilungsspielraum），只是對將來是否適用必要辯護制度為預測（Prognose）而已。只要預測有此必要，檢察官即須於偵查程序預先聲請指定辯護，此為檢察官之聲請義務。而且在本案情形，被告年輕且懷孕，又是不會講德語的外國人，又被認定有殺人未遂幫助犯之重大犯罪嫌疑，實在很難看出為何歐洲人權公約第六條公平審判原則在此無法導出檢察官有聲請指定辯護之義務[142]。Roxin進一步指出，判決理由所言應由立法者為權衡，但無論如何權衡，皆不應侵害被告有效辯護之根本權利（das Fundamentalrecht des Beschuldigten auf effektive Verteidigung），因為被告使用辯護人之可能性，屬於被告最重要的權利。透過此種權利之行使，才可以確保被告不會淪於程序客體，而且可以影響到程序之進行及結果，如此才可以保護其權利。因而從結論而言，本案應適用刑事訴訟法第一四一條第三項規定，一定要為被告指定義務辯護人，檢察官對此當然有聲請義務。依此而言，本判決對於被告辯護權保障的立場太畏縮了[143]。

---

142 Roxin, aaO. (Fn. 19), 897(899).

143 Roxin, aaO. (Fn. 19), S. 900.

㈣後續發展

其後，聯邦最高法院對於類似案例情節，皆以違反質問權（Frage- und Konfrontationsrecht）規定為由，延續BGHSt 46, 93之見解，以「證據評價解決法」（Beweiswuerdigung-Loesung）[144]作為其違法之法律效果。

例如二〇〇六年BGHSt 51, 150一案中，偵查法官訊問證人時，法官不讓被告在場，也沒通知其辯護人到場。對另一共同被告，法官也沒通知其到場，也沒為其指定義務辯護人。刑事第一庭即認為，如此程序皆違反歐洲人權公約第六條第三項d質問權規定。因可歸責於偵查程序之錯誤，於法官訊問證人時，被告及其辯護人皆未受通知，因而被告沒有機會質問證人，該程序違犯公約第六條第三項d及德國刑事訴訟法第一六八c條第五項第一句[145]規定。而依歐洲人權法院判決，因可歸責司法機關而讓被告沒有機會質問證人，該證言之使用必須非常小心評價，始能作為被告有罪判決之依據，且不得以此作為唯一的或決定性的證據。亦即事實審法官為證據評價時，必須在該證言外，另有其他重要觀點足以證實該證言，法官始能使用該證言。另外，訊問證人時，法官未適用德國刑事訴訟法第一六八c條第五項第二句規定[146]，違法不讓共同被告在場，係違反歐洲人權公約第六條第三項d及德國刑事訴訟法第一六八c條第五項第二句規定。此時不讓被告到場，即應由辯護人為被告行使質問權，被告如未委任辯護人，義務辯護人之指定，即有

---

144 此為學說之用語，關於「證據評價解決法」，留待下文陸詳細申論。

145 德國刑事訴訟法第168c條第5項第1句規定：訊問期日，法官應預先通知有在場權之人。

146 德國刑事訴訟法第168c條第5項第2句規定：訊問期日，法官如認對訊問結果恐有危害時，得不通知有在場權之人。

其必要。該程序違法也是可歸責於司法機關之過失。而根據BGHSt 46, 93意旨，該程序違誤，不會導致證言有證據禁止效果。不過，由於本案事實審法官認定被告有罪之依據，並不符合特別嚴格證據評價及心證要求，因而最高法院最後仍認定本案上訴有理由而將該案撤銷發回[147]。

而在其他不涉及必要辯護規定，但構成違反歐洲人權公約第六條第三項d質問權規定之案件，即使不是由聯邦最高法院刑事第一庭或第五庭審理，而是由刑事第二庭審理，其所為之判決，也是採用相同之「證據評價解決法」[148]。基此，似乎可以認定聯邦最高法院對此已有共識。其後聯邦憲法法院也認為，訴訟程序如牴觸依據公平審判及法治國而來的程序基本權，並不會導出經常（stets）有證據禁止之法律效果。即使違反質問權規定而取得證言，該證言以自由心證證據評價方式予以採用，聯邦憲法法院也不認為構成違憲，聯邦憲法法院似乎也肯認最高法院採用「證據評價解決法」有其合憲基礎（BVerfG, NJW 2007, 204）。

六、本文見解

德國刑事訴訟法第一四一條雖將必要辯護制度，從原本之審判程序提前到偵查程序開始適用，不過，實務實踐之結果，弱勢被告常常依然無法透過該規定獲得必要之保障。尤其是偵查中被羈押之被告，無論是因現實狀況之處境，或強調被告辯護權保障之理念，在刑事政策上，應有區分對待及特別保護之必要。學說之建議及立法草案，對此立場有志一同，並無異議。但接下來，對於程序上如

147 BGHSt 51, 150=NJW 2007, 237=NStZ 2007, 166=JR2007, 300.

148 BGH, Beschluss vom 22.6.2005, NStZ-RR 2005, 321=NJW 2005, 1132.

何開始及進行保障，學說及草案則有所分歧，不過，多數認為德國現行規定有其不合理或不妥適之處，例如被告無聲請權，而由檢察官獨占聲請權，即使檢察官不聲請，法官也無法介入，被告也無救濟機會，另外，檢察官是否聲請，是檢察官之判斷餘地，法官也無法審查。如此完全由檢察官獨占開啓指定義務辯護人程序之方式，雖然符合德國刑事訴訟法之結構，即偵查程序由檢察官負全責，但實踐結果，明顯對被告不利且不公平。因而賦予被告也有聲請權，似乎是一種可以調整雙方地位落差之方式。另外，不考慮賦予被告聲請權，而改從強調檢察官有聲請義務著手，也是一種可以改變現狀的方式，而且不必修法而僅透過司法解釋即能克竟其功。這也是上述聯邦最高法院判決所採之方式。

在上述三個聯邦最高法院案例中，最高法院一致認定各該案件之程序有違法之處，主要是因檢察官違反在各該案件中已經成立之法定義務，即聲請指定義務辯護人之義務。雖然檢察官聲請義務之成立時點，究竟是法官依法不令被告於訊問證人時在場之時點（BGHSt 46, 93），或檢察官羈押聲請之時點（BGHSt 47, 172），聯邦最高法院見解似乎仍未一致，不過，對被告而言，能儘早於偵查中獲得義務辯護人為其辯護，終究是法治國之一大進步。

由於必要辯護制度涉及被告辯護權之行使，如應指定義務辯護人而未指定，將全面危及被告於偵查中之程序利益，其所違反之程序規定，絕不僅限於指定義務辯護之規定而已（德國刑事訴訟法第一四一條第三項），諸如未通知義務辯護人到場（德國刑事訴訟法第一六八c條第五項）、不在場之被告無法透過義務辯護人行使質問權（歐洲人權公約第六條第三項d）等程序，必然也會受到波及。無論依何規定，皆會構成程序違法。上述聯邦最高法院在個案中，雖認定有不同之程序違法，不過，皆基於無義務辯護人在場，

殆無疑義，而最高法院後續之判決，雖認定有侵害被告質問權之程序違法，且並非基於無義務辯護人在場，不過，最高法院最後仍係以相同論述方式認定各該案件之程序違法。

（以下見本評論第一一二期）

Compulsory Defense on Criminal Investigation
—Appointment and Effects (1)

Lai-Jier Her*

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-

* 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