辯護人在場權之探討

吳　俊　毅*

要　目

壹、問題的提出
貳、在場權及其限制的理論
一、辯護人在場權的概念
二、保護的利益
三、獨立的權利
㈠見證過程的功能
㈡促進程序司法性（Justizförmigkeit）的功能
㈢緩和功能
四、在場權的限制
參、在場權的實行
一、在場權實行的概念
二、在場權實行的法律基礎
三、法官實行調查行為時在場
㈠對於自白的被告以及人證調查的情形
㈡在調查物證的情形
四、檢察官實行調查行為時在場
五、司法警察實行調查行為時在場
肆、在場權實行的限制
一、限制在場權實行的概念
二、限制在場權實行的法律基礎
三、限制在場權實行的原因
㈠掩蓋事實的危險
㈡自願放棄
㈢遲延危險
㈣其他限制辯護人在場權實行的原因
四、限制在場權實行的規定與其他限制辯護人權利規定的競合
伍、通知到場義務及其免除
一、通知到場義務的概念

* 高雄大學法律學系專任助理教授，德國特里爾大學法學博士。
投稿日期：九十六年七月十一日；接受刊登日期：九十七年十一月二十六日
責任校對：吳美慧

二、通知到場義務的法律基礎
三、通知到場義務人與相關的程序
四、通知到場義務的免除
陸、違法限制在場權與不實行通知到場義務的效果
柒、對於現行規定的檢討與建議——代結論
一、在場權是一個獨立的權利
二、在場權實行的限制不應以妨害刑事司法的思考作出發
三、重新精確掌握第二四五條第二項所規定的情況並在區分之後作符合體系的修正
四、按照正確的流程完整規定通知到場義務及其免除的前提
五、強化程序透明化——新增辯護人在場權的建議

摘　要

歷經二〇〇三年的修法，諸如第一六八條之一和第二〇六條之一被規定到刑事訴訟法。也因此，我國刑事訴訟法當中辯護人在場權的機制已變得漸趨完整。在我國，從現行規定作出發，對辯護人在場權作全面性地探討，在時機上已經成熟。這樣研究的重要性在於，可以為將來辯護人在場權機制的繼續發展累積更多的能量。

本文首先嘗試由辯護人在場權保護的利益內容進行根本性地探索，接著，列出辯護人在場權所要獨立發揮的功能，並且藉此確定辯護人在特定程序可以有效參與的時間點。然後，以這些結果作為基礎來形成辯護人在場權實行與限制的理論。再來，將對於現行刑事訴訟法有關辯護人在場權的實行與限制規定的意義，以及在適用上，以個別特定程序被進行時辯護人的在場權作為標的的規定，彼此之間的關係進行體系性地敘述。此外，這些規定和證據禁止的關係也會在本文被處理。在最後，將以前面討論所取得的結果對於現行的規定提出未來修法時的建議。

關鍵詞：辯護人、在場權、通知到場義務、公平程序原則、證據禁止

壹、問題的提出

談到辯護人的權利，辯護人的在場權是一定會提的。在敘述上，這個權利都是引用現行刑事訴訟法的規定，亦即，使用列舉立法例的方式，比方，刑事訴訟法第二四五條第二項[1]，來肯定辯護人在刑事訴追機關實行特定的程序時是具有在場權。不過，若想要進一步地掌握辯護人的在場權，似乎就缺乏體系性的說明，以致於「究竟什麼是辯護人的在場權？」目前普遍被接受的介紹方式看來並不能對這個問題提出令人滿意的回答。

觀察現行的刑事訴訟法，散見著辯護人在特定的刑事訴追機關所主導的特定程序被實行時的在場權。可是，一提到「為什麼此時辯護人可以在場？」也沒有辦法把理由講清楚。所以，想要確實掌握辯護人的在場權，藏在機制背後理論的探索是必須開始的。本文想要從個別的程序的功能以及目的作出發，找出辯護人參與程序的實益所在，並以此形成辯護人在場權的實行以及限制的理論，然後以此討論的結果來檢視現行的規定，並且對於規範不足的地方提出改進的建議。

貳、在場權及其限制的理論

一、辯護人在場權的概念

辯護人的在場權是指，在國家的刑事訴追機關實行為了達到刑

---

1 蔡墩銘，刑事訴訟法論，頁110，2002年10月增訂5版；林山田，刑事程序法，頁204，2004年9月增訂5版；黃朝義，刑事訴訟法，頁83，2006年。Gerhard Fezer, Hat der Beschuldigte ein „Recht auf Rüge“?, in: Wilfried Küper (Hrsg.): Beitrage Zur Rechtswissenschaft Festschrift Fur Walter Stree Und Johannes Wessels Zum 70. Geburtstag, 1993, S. 680.

事訴追目的的行為時，辯護人根據刑事訴訟法可以參與（Teilnahme, Einschaltung或是Mitwirkung）[2]。

刑事訴訟法賦予了辯護人一些獨立的權利，比方說，閱卷權（刑事訴訟法第三十三條）、詰問權（刑事訴訟法第一六六條以下），他可以根據自己的專業判斷，站在被告的立場藉此對於程序進行影響。這些權利是否可以有效地被實行，取決於辯護人即時地被通知參與程序。因此，辯護人的在場，在實行他的訴訟法上的權利時，經常[3]被當成是一個「平台」，透過這個平台提供了實行權利的入口。

一般在介紹所有辯護人權利的時候，雖然也會講到他的在場權，感覺也都認為是不得不提的，可是，許多文獻都是想當然爾地將此帶過，或者是，可能一開始有想要好好地介紹，卻又說著說著走回到其他權利的內涵上面[4]。也因此，讓人不禁有這樣的疑問，「辯護人的在場權是一個獨立的權利？」以及「這個辯護人的在場權到底單獨可以用來保護什麼利益（有什麼功能）？」後者是掌握辯護人在場權相當好的起點，本段想從辯護人在場權的「保護利益究竟是什麼」來作出發，從「在這裡，值得保護的利益的具體需求面向」，為這個權利應該作為獨立被論述的權利重新去找尋真正具有說服力的理由。

---

2 Hans-Heiner Kühne, Strafprozessrecht. Ein Lehrbuch zum deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht, 7. Aufl., 2007, Rn. 224.

3 因為在一些權利的實行，不見得是在此前提之下——在國家的刑事訴追機關實行為了達到刑事訴追目的的行為時，辯護人根據刑事訴訟法可以參與——被實現，比方，辯護人與被告的交流權（刑事訴訟法第34條）以及獨立為被告利益的上訴權（刑事訴訟法第346條）。

4 甚至把在場權與陳述權放在同一個段落討論，林山田，同註1，頁204。

二、保護的利益

前面（貳、一）已經提到，在文獻上，大部分的看法都同意，應該要把辯護人的在場權和他的其他權利分開來處理。可是，在想要進一步地去瞭解在場權的內涵時，卻又不自覺地把其他的權利也拉過來，並且認為這樣已經清楚地說明：「什麼是辯護人的在場權」。德國的討論狀況在理論形成時是值得參考的，根據該國普遍被接受的看法，辯護人的在場權被認為是「公平程序」（das faire Verfahren）原則的實現[5]；不過，這個刑事訴訟程序的指導原則的範圍還是過於空洞的[6]，所以，屬於這個原則的下位概念——「武器平等」（Waffengleichheit）原則，在要求作更進一步說明時，被用來作為辯護人在場權所根據的基礎[7]，這個看法被普遍地接受且被相信是在場權所要保護的利益。然而，概念探索的嘗試走到這個地方，看起來好像已經達到令人滿意的終點，可是，若平心靜氣地接著問說，「在這裡，武器對等應該要如何被理解？」這樣的說法，就讓人感覺像是用另外一個自認為可以作為答案的概念強塞給人一樣，既已存在的疑問依舊沒有被完整地回答[8]。要掌握辯護人

---

5 Margret Spaniol, Das Recht auf Verteidigerbeistand im Grundgesetz und in der Europäischen Menschenrechtskovention, 1990, S. 25 u. 121.

6 Werner Beulke, Strafprozeßrecht, 8. Aufl., 2005, Rn. 28.

7 Rainer Paulus, Dogmatik der Verteidiger, NStZ, 1992, Heft 7, S. 307; Volkhard Wache, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz, in: Pfeiffer, Gerd (Hrsg.), § 168 c, 5. Aufl., 2003, Rn. 1.（縮引為：KK，並按照，責任作者、法條條號[§]以及邊碼[Rn.]引用）；另外，關於武器平等原則在這裡的實現，詳細地討論，Ursula Kohlbacher, Verteidigung und Verteidigungsrechte unter dem Aspekt der Waffengleichheit (mit einer kritischen Analyse der geltenden Regelungen, insbesondere im Bund und Kanton Zürich), 1979.

8 Peter Rieß, Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnug und das Gerichtsverfasungsgesetz,

在場權的內涵，「保護的利益究竟是什麼」儘管是一個相當理想的起點，不過，就像是上述的公平程序以及武器對等，是可以讓人知道是要被保護的利益，但是，「為什麼會這樣？」這些術語並沒有辦法協助我們進一步地掌握這個辯護人的權利所要保護的利益的標的。因此，在研究方法上，應該從所要保護的利益的標的著手，對此，「目的的思考」似乎是一個不錯的切入點，所以，以下想要從設計在場權的目的開始，嘗試精確地確定辯護人在場權所要保護的利益。

被告，在刑事訴訟程序當中一方面是被調查的目標，同時也具有程序主體的地位。所有參與程序的刑事訴追機關對此都應該加以尊重。按照刑事訴訟法第二條第一項，刑事訴追機關對於被告「有實行可罰行為」的印象，應該是要在對他有利（無法證明）以及不利的（證明）證據的客觀考慮之下產生。可是，這畢竟只是一個理想的期待，現實上，被告在面對法官或者是檢察官時，不管是在過去還是現在，他們都較少會依據刑事訴訟法第一六三條第二項主動且負責客觀地去進行完整事實的確定，甚至還反過來要求被告或其他的程序參與人要自行承擔促進證據調查的責任[9]。在結案的壓力之下，根本就無法保障，對於被告有利的證據會如同不利的證據而獲得注意[10]。為了扭轉刑事訴追機關對於事實「以偏概全」的印

Großkommentar, in: Peter Rieß (Hrsg.), Band 3: § 168 c, 25. Aufl., 2004, Rn. 1.（縮引為：LR-Kommentar，並按照，責任作者、法條條號[§]以及邊碼[Rn.]引用）

9 實務上，在一些輕微案件，像是，輕傷罪，檢察官常會跟被告「要證據」（比方，要被告先去看監視器調錄影帶並找出來，到底誰是行為人）而不是自己依職權去調查。在立法上，也有跟「實質真實發現」以及「職權原則」相牴觸的規定，比方，刑事訴訟法第176條之2規定，在辯護人聲請法官調查證據的情形，若是聲請調查人證，則他還必須自行負責促使證人到場。這個規定是極有問題的，好像真實發現是跟法官無關似的。

10 Werner Beulke, Der Verteidiger im Strafverfahren: Funktion und Rechtsstellung,

象，「如何使用刑事訴訟法所賦予的權利，來對於程序的進行朝客觀的方向加以影響」，對於被告來說，是具有重要的意義與利益。辯護人的機制正是為了滿足被告這方面的需求。所以，從實現刑事訴追目的的調查程序一開始，辯護人就應該要能夠積極地參與，而且若是有可能的話，進而加以影響。

在審判的階段，由於涉及到有效判決的決定，辯護人是被允許全程廣泛地參與程序，甚至在必要辯護案件（刑事訴訟法第三十一條）的情形，審判階段辯護人的在場被絕對地保障，他應該不中斷地在場，否則可據此作為上訴第三審的理由（刑事訴訟法第三七九條第七款）。在這個階段，對於審判階段辯護人的在場權是比較沒有爭議的。

相反地，在偵查階段，根據刑事訴訟法第二四五條第一項，整個程序應該被秘密地進行（偵查不公開）。實務上通常因此認為，在這個階段，程序是要一直進行到所有的證據都已經收集齊全了，甚至是可以對於案件提起公訴了（刑事訴訟法第二五一條第一項），這個時候辯護人才可以對於犯罪的指控進行「反擊」[11]。由此可以想像，在這個階段，因為辯護人大部分時間被排除在程序之外，被告是「手無寸鐵」[12]般地獨自去面對一個握有壓倒性（過

1980, S. 43.

11 Beulke, aaO., S. 245.

12 例如，檢察官為了調查事實，可以傳喚證人（刑事訴訟法第175條第2項第5款、第3項）、鑑定人（刑事訴訟法第198條），對於證人甚至可以使用強制力促使他到場，另外，其他的國家機關對於他的偵查活動也負有提供協助的義務（刑事訴訟法第126條、第127條、第134條）。這些花費以及投入，都是可以由國庫支付（證人日費旅費請求權：刑事訴訟法第194條；鑑定人日費旅費鑑定費請求權：刑事訴訟法第209條）。相反地，在被告這一邊，所有對自己有利的證據，要調查就得要自掏腰包，如果是在被告被羈押的情形，且辯護人又不許參與偵查程序，被告跟他的辯護人幾乎是不可能對程序朝客觀性發展進

大）權力的、不可知的對手。

廣泛受到實務界所熱烈歡迎的趨勢：「擴大便宜（偶然）原則（Opportuniätsprinzip）以減少案件量統計數字」，檢察官在偵查階段最後的決定，主宰著案件是否繼續進行到下一個階段；在答案是否定且確定的情況，這樣的決定是具有「（偵查階段的）影響判決」的效力（die urteilsprägende Kraft），在提起公訴的情形，偵查階段所取得的調查結果對於接下來的整個程序方向可能會有「定調」的效果，亦即，比方，被告是因為涉嫌實行殺人罪案件被提起公訴，則法院常會依此進行殺人罪案件的審判而不是去調查被告還有沒有實行竊盜罪的事實。因此，一旦調查不充分，法院就必須在被告和他的辯護人對於根據偵查結果所建立的指控有異議的情況下，先消除異議，然後才能進入事實確定的流程，這樣即是程序進行拖延的原因所在。所以，辯護人愈慢參與程序，可能對於程序客觀性的促進就愈是無濟於事[13]。此外，在作成不起訴處分、以及緩起訴處分期限完成且沒有被撤銷的情形[14]，會造成程序的終止，審判程序因此不會被開始，在本質上是具有相當於「形成判決」的效力。既然，「具有影響判決效力，或是可以終止程序的決定」是可以在偵查階段的最後被檢察官作成。因此，有鑑於在檢察官這邊被持續擴大的「偵查程序選擇功能」（die Selektionsfunktion des

---

行任何的影響；對此，相同的看法，Claus-Dieter Kniemeyer, Das Verhältnis des Strafverteidigers zu seinem Mandanten: Vertrauen und Unabhängigkeit, 1996, S. 21.

13 Werner Beulke, Wohin treibt die Reform der Strafverteidigung, in: Hans-Ludwig Schreiber (Hrsg.), Strafprozeß und Reform – eine Kritische Bestandsaufnahme, 1979, S. 46.

14 儘管根據刑事訴訟法第253條之1，在決定緩起訴處分的情形，程序是否終止取決於，預定期間的完成且緩起訴處分沒有被撤銷，不過，就「停止程序的可能性」這一點，仍然是具有終止程序效力的機制。

Ermittlungsverfahrens）[15]，辯護人在這樣的程序進行時就應該可以參與，這裡所要保護的利益，在審判階段以及偵查階段並沒有什麼特別不一樣的地方，也因此，辯護人必須允許從程序一開始就參與，亦即，從「被告」地位取得時起，如此，被告在任何程序階段的主體地位才能被確保，公平的程序才有可能被真正地實現。

由司法警察所主導的調查階段，相較於偵查以及審判階段，這裡最後的決定並沒有影響判決或者終止程序的效力，所以，在司法警察對於犯罪嫌疑人進行詢問以及其他的調查活動時，辯護人若也可以參與，需要精確地指出保護利益到底在哪裡。不過，在文獻上，目前並無法對於肯定的結論進一步地提出具有說服力的理由[16]。

---

15 Beulke, aaO. (Fn. 10), S. 245.

16 在我國，由於有刑事訴訟法第245條第2項，因此爭議並未發生。但是，在德國，警察對於被告（犯罪嫌疑人）提問的情形（詢問），根據現行德國刑事訴訟法第163條a第4項，法官訊問被告時辯護人被允許在場的規定（§ 168 c I, V StPO）沒有可以準用的明文，此時辯護人是否有在場權於是引發爭議，也就是說，警察詢問被告時是可以將辯護人排除在程序之外的。對此，反對辯護人此時具有在場權的看法，主要是根據法條的規定（因為沒有規定說可以！），Eberhard Schmidt, Rechte und Pflichten, Funktionen und Konflikte des Strafverteidigers, JZ, 1969, S. 318; 不過，也是有贊成的看法，可是就只有提出結論，不是無法提出具體的理由，Beulke, aaO. (Fn. 10), S. 245. 就是，儘管有提出理由，不過並不具有說服力，譬如，有看法認為，在警察詢問被告時，辯護人有在場權，是因為聯邦憲法法院在判決（BVerfGE 38, 105(111)）當中認為，「證人」在「法官以及其他的訊問」時可以使用辯護人的協助，這個其他的訊問應該包含警察詢問，舉輕明重，在警察對被告（犯罪嫌疑人）詢問時，辯護人也應該被允許在場，Kühne, aaO. (Fn. 2), Rn. 225; Kohlbacher, aaO. (Fn. 7), S. 144. 不過，反對的看法認為，在這裡，排除辯護人的在場權是為了加速程序、保護證人以及發現真實，特別是最後一個目的，因為他的在場，證人經常會不願意作陳述；Volker Krey, Deutsches Strafverfahrensrecht-Band 1: Grundlagen, Verfahrensbeteiligte, Gang des Strafverfahrens, Verfahrensprinzipien, Strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 2006, Rn. 230.

三、獨立的權利

在刑事訴追機關實行以形成「影響判決」或者「終止程序」效力的決定作為目的的偵查行為時，辯護人可以在場，乍看之下好像就只是「讓辯護人一個人杵在那裡」。或許是擔心在場淪為形式，因此對「純在場」的情況提出質疑，而且還主動將功能予以擴大，自動地把在場權跟辯護人的陳述權，甚至是提問權等同視之[17]。若把辯護人的在場權理解扣住這個方向，則辯護人的在場權在他的權利體系上被獨立處理以及規定的正當性就會蕩然無存。

辯護人的在場權是否是一個應該被獨立處理的權利，應該要從他的功能來加以觀察。辯護人的在場權具有以下的功能：

㈠見證過程的功能

比方，辯護人在檢察官以及法官訊問被告的時候在場，他可以針對過程當中檢察官與法官所提問題的內容，瞭解到他們對於事實調查的方向以及計畫（策略）[18]，藉此縮小他們相對於被告的資訊優勢[19]。

㈡促進程序司法性（Justizförmigkeit）的功能

在檢察官以及法官實行調查行為時允許辯護人在場，可以促使他們讓過程是在遵守規定之下被實行，也就是會造成「收斂效果」

---

17 Ulrich Eisenberg, Beweisrecht der StPO-Spezialkommentar, 4. Aufl., 2002, München, Rn. 515; Matthias Weihrauch, Verteidigung im Ermittlungsverfahren, 1984, Rn. 151; 彭國能，偵查程序中辯護人在場權之探究，全國律師，6卷2期，頁67，2002年。

18 Weihrauch, aaO., Rn. 151.

19 Kniemeyer, aaO. (Fn. 12), S. 192.

（Zurückhalt）[20]，特別是，比方，在檢察官訊問被告時在場，辯護人可以證明他是否曾使用「違法的方式」取得被告的自白，或者，在檢察官對被告住宅實行搜索、扣押時在場，觀察是否具有有效的搜索票（符合要式性）以及符合比例原則。

㈢緩和功能

辯護人在場，在被告的方面，可以透過諮詢以及指導實行權利，緩和被告心理上的不確定感，另外一方面，透過辯護人的協調，可以瞭解刑事訴追機關的意圖，化解雙方因為措施針對被告所引起的緊張關係，消除對於被告可能產生的偏見。前者的情形，譬如在訊問被告時，辯護人可以即時地為他講解問題提出的可能用意，以及應該如何切題地回答[21]，或是行使緘默權拒絕回答，辯護人可藉此來指導被告實行自己的辯護權利；或者，辯護人也可能只是單純地陪同，使被告不是獨自面對具有壓倒性權力的國家刑事訴追機關，因此獲得心理上的緩和。在後者，例如在對被告的住宅實行搜索、扣押時，由於此時被告的私人的、對外不公開的領域以及名譽會遭受到重大的干預，執行公務員的一些舉動可能會引起雙方的緊張關係，像是，說一些挑釁的話（「A那麼多錢，我就看看到底還有哪些好康的在裡面……」）、通知媒體隨同進入住宅拍攝「犯罪現場直擊報導」……。在這樣的氣氛底下，辯護人在場可以站在被告的立場跟刑事訴追機關溝通，讓雙方的對立情況獲得緩和[22]。

從以上的介紹可知，辯護人的在場權有其獨立的功能，因為這些功能的充分發揮，辯護人的其他權利才能夠在這個基礎之上對程

---

[20] Kniemeyer, aaO. (Fn. 12), S. 192; Weihrauch, aaO. (Fn. 17), Rn. 211.
[21] Harro Otto, Strafvereitelung durch Verteidigerhandln, Jura 1987, Heft 6, S. 329.
[22] Weihrauch, aaO. (Fn. 17), Rn. 211.

序進行有效的影響；例如根據在場權見證程序進行的功能，以及後來透過閱卷權觀察刑事訴追機關所掌握的證據情況，辯護人可以發現調查不足之處，並提出具有意義的證據調查聲請。辯護人的在場權是獨立於其他的權利的另外一層意義是，辯護人在刑事訴追機關實行調查時在場並不是說，他必須一言不發地或是板著臉地杵在一邊，在調查的現場，他應該是很忙的，「在不影響程序順利進行之下」，他是可以和刑事訴追機關公務員以及被告進行溝通，不過，這些對話，因為並不是辯護人其他權利行使的時間，所以並不能被視為是辯護人其他權利的行使，比方，提問權、詰問權[23]……等。換句話說，辯護人可能提出一些問題，目的應該不在對於程序造成影響，而是在確認刑事訴追機關實行的行為種類以及促進其合法性。

因此，辯護人在場權有效實行之下，應該可以減少對於過程合法性的爭議[24]，程序的拖延也將會因此減少。

四、在場權的限制

原則上，在刑事訴追機關實行為了作成具有「影響判決」效力，或者「終止程序」效力的決定的偵查活動時，辯護人是可以參與的，但是，因為特定的原因，上述的活動例外地允許在沒有他的參與之下被實行。

這裡所謂的「特定的原因」，在內容上，是指根據具體事實「會危及調查目的」（Gefährdung des Untersuchungszwecks）[25]；

---

23 Rieß, LR-Kommentar, § 168 c, Rn. 31.

24 Kniemeyer, aaO. (Fn. 12), S. 192. 相類似的看法，最高法院94年台上字第4929號判例。

25 譬如，根據德國刑事訴訟法第168條c第3項和第5項，允許在法官訊問被告、證人或鑑定人時不讓被告或是辯護人在場，不過卻是根據不同的理由，前者是因

也就是，若按照一般的情形通知辯護人到場，按照具體的情況，舉例來說，計算傳達到場的訊息到辯護人、等待辯護人收到訊息以及等待他到場等項目實現所需要的時間損失，等到辯護人到場之後才開始事實的調查，屆時原先預計實行的活動本身已經沒有任何意義或者意義不大。這裡應該不會涉及到調查成果是否可以被取得的問題（比方，真實發現會被耽誤）；調查的目的是否可能被達成，主要是決定在，原先所預計實行的活動能否按照計畫被實行，例如要訊問因為罹患癌症命在旦夕的被告，是否可能等到通知到目前在非洲自助旅行的辯護人並且等到他回國到場才開始。

所以，「會危及調查目的」的事實，在理解上並不能和辯護人因為積極實行妨害刑事司法目的行為的情形等同視之，比方，德國刑事訴訟法第一三八條a以下規定「辯護人排除」（Ausschließung des Verteidigers）的機制，辯護人會因為涉嫌參與實行作為程序標的的可罰行為，或者有實行妨害刑事司法行為的嫌疑，而被排除參與程序。若是將限制辯護人在場權的情形的原因與辯護人排除的機制等同視之，這樣的擴張解釋會使得在場權可以較為容易地被限制，導致辯護人排除的機制因此被扭曲[26]。

另外，「偵查不公開」（刑事訴訟法第二四五條第一項）也是刑事訴追機關經常無線上網用來在實際上限制辯護人在場權的手法。也就是，以程序實行應該保密為由而拒絕讓辯護人參與程序。刑事訴追機關的一般想法是，「若是讓辯護人參與全部的程序，他

為「會危及調查的目的」（Gefährdung des Untersuchungszwecks），而在後者關於不實行通知到場義務的情形則是要求「會危及調查的結果」（Gefährdung des Untersuchungserfolgs），對於「會危及調查結果」的解釋，實務上以及文獻上大多採取限縮的看法，也就是和「會危及調查的目的」等同視之，詳細的介紹，請參考，Rieß, LR-Kommentar, § 168 c, Rn. 42 ff.

26 Rieß, LR-Kommentar, § 168 c, Rn. 42a.

一定會想辦法去危及調查的目的（妨害刑事司法的危險）」，換句話說，這種對於辯護人有妨害刑事司法的嫌疑的揣測[27]，造就了現在檢察官不透明、不願意誠實面對問題、不作說服、然後強把「自己都無法接受的結論」塞給被告並要大家接受的「檢察官辦案文化」。不難想像的是，根據這樣的程序所提起的犯罪指控或是認定無罪的決定，將來必定引發全面的爭執，結果，之前沒有作的事情——說服，仍然要重來一遍。「對於程序的開誠布公，以及對於案件事實調查採取設身處地的策略」，偵查程序如此對於辯護人公開並不會導致偵查目的因此被危及。

參、在場權的實行

一、在場權實行的概念

在刑事訴追機關實行為了作成具有「影響判決」效力，或者「終止程序」效力的決定的偵查活動時過程當中，允許辯護人參與，見證整個過程的客觀性、促進程序的司法性、緩和被告心理上的不確定感，以及與刑事訴追機關之間的緊張對立關係等功能可藉此被發揮。因此，被告在程序當中的主體地位可以受到尊重。

所謂的「具有『影響判決』效力，或者『終止程序』效力的決定的偵查活動」的過程，進一步地說，其實是由以下的行為所組成：㈠事實確定，以及㈡根據此事實所進行的法律適用。前者，又可以區分成對於人的證據的調查（訊問證人、鑑定人及準備自白的被告[28]），以及對物證的調查（書證、物證）。至於後者，因為法

---

27 相同的批評，Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, § 19, Rn. 63.

28 從刑事訴訟法第156條可以推得，根據被告的陳述，其內容若是承認自己是行為人或者指出可以推得其係行為人的事實，則這種陳述，亦即「自白」，屬於

律適用是由刑事訴追機關依職權為之，辯護人只能以辯論和陳述的方式表達他對於法律適用上的看法，藉此來對程序進行影響，不過，這應該是屬於辯護人陳述權的內容，因此，這種情形必須從辯護人在場權討論的範圍被排除。

二、在場權實行的法律基礎

刑事訴訟法當中，有以辯護人在場權作為規範標的的規定。按照程序階段以及參與的調查活動，可以把現行刑事訴訟法有關辯護人在場權的規定整理成以下的表格（圖一）：

調查活動 / 程序階段	人證調查（證人、被告）		物證調查（書證、物證）	
	訊問 被告（準備自白）	訊問 證人、鑑定人	依職權取得 （搜索、扣押、勘驗）	保全證據 （搜索、扣押、勘驗）
審判階段 （法官）	§§ 271, 273 （由此導出）	§ 168-1 I	§ 150 I （搜索、扣押） §§ 219＋150 I （實施勘驗）	
偵查階段 （檢察官）	§ 245 II	§ 206-1 I （訊問鑑定人）	§ 214 II （實施勘驗）	§ 219-6 I （搜索、扣押、勘驗）
調查階段 （司法警察）	§ 245 II（?）			

圖一　辯護人在場權實行的法律基礎

從上面的表格（圖一）內容可以發現，對照審判階段，在偵查階段，檢察官訊問證人，以及調查階段，司法警察訊問證人或是鑑

人的證據，除此之外的被告陳述並不是人的證據。

定人的時候，辯護人參與該程序並沒有法律上的基礎，換句話說，此時刑事訴追機關可以拒絕讓辯護人在場。在調查物的證據（書證、物證）的情形，法官為了取得證據而下令執行搜索、扣押時，辯護人此時被允許在場（刑事訴訟法第一五〇條第一項）。不過，在偵查階段由檢察官執行搜索、扣押時，辯護人在這個時候沒有在場權[29]。偵查階段檢察官實施勘驗時，辯護人可以在場（刑事訴訟法第二一四條第二項）；而在審判階段法官實施勘驗的情形，辯護人也可以在場（刑事訴訟法第二一九條、第一五〇條第一項）。

三、法官實行調查行為時在場

在審判階段以及更早的準備程序階段，事實的調查是由法官所主導。之後，判決是根據如此而被確定的事實所作成。在立法上，辯護人的在場權或者是用「到場」[30]、或是使用「到庭」[31]、又或

29 在德國，刑事訴訟法的規範情況也是如此，甚至在警察詢問犯罪嫌疑人的時候，辯護人並沒有在場權（由德刑訴法第163條a第3項、第2句以及第168條c第1項反推）。對此，有看法認為，給這個刑事政策上的措施自由空間，是因為出其不意才能讓效率發揮到淋漓盡致。一旦措施進入到審判階段，這種「捉迷藏」（Versteckspiel）遊戲就要結束而賦予辯護人全程的在場權；Kühne, aaO. (Fn. 2), Rn. 226. 相反地，有看法是贊成在任何的程序階段，只要是有對證人、鑑定人訊問，這樣的過程就應該允許讓辯護人參與，Beulke, aaO. (Fn. 10), S. 245.

30 刑事訴訟法第214條第2項：「檢察官實施勘驗，如有必要，得通知當事人、代理人或辯護人到場。」（通知到場＝勘驗時，辯護人在場）。

31 刑事訴訟法第31條第2項：「……選任辯護人於審判期日無正當理由而不到庭者，審判長得指定公設辯護人。」（到庭＝必要辯護案件審判時，辯護人在場）以及同法第273條第1項：「法院得於第一次審判期日前，傳喚被告或其代理人，並通知……辯護人……到庭，行準備程序，」（到庭＝準備程序時，辯護人在場）。

是只有用「通知」[32]來描述。在這個階段，辯護人的參與，原則上是不容許被打斷的。甚至是，在必要辯護案件的情形（刑事訴訟法第三十一條第一項），他的在場權受到絕對的保障，比方，在此時，被告的辯護人，在審判期日無正當理由而不到場時，法院可以為被告指定其他的辯護人，在審判時由這個新的辯護人參與程序（刑事訴訟法第三十一條第二項），而且在他到場之前，審判不允許被實行（刑事訴訟法第二八四條），一旦違反這個規定，據此所作成的判決被視為是「當然違背法令」，可因此對判決提起第三審上訴（刑事訴訟法第三七九條第七款）。

法官的事實調查，主要是由對於人的證據的調查，以及對於物的證據的調查所組成：

㈠對於自白的被告以及人證調查的情形

誠如本段一開始所提到的，在審判階段，辯護人所享有的是一個「不中斷」的在場權（刑事訴訟法第二七一條第一項、第二七三條第一項）。可是，根據刑事訴訟法第一六八條之一第一項以及第二項[33]，在法官訊問證人、鑑定人時，辯護人可以在場[34]，卻又特

---

32 刑事訴訟法第271條第1項：「審判期日，應傳喚被告或其代理人，並通知檢察官、辯護人、輔佐人。」（通知「到場」＝審判程序時，辯護人在場）。

33 在2003年修法之前本條被規定在第276條第3項。

34 根據2003年修法時被加入的刑事訴訟法第206條之1第1項：「行鑑定時，如有必要，法院或檢察官得通知當事人、代理人或辯護人到場。」由於這個規定，遂引發了一個新的問題：「法官透過鑑定人的協助以進行事實確定的過程範圍有多大？」在這裡，所謂的「行鑑定」，應該是鑑定人對於事實所進行的分析過程（比方，在實驗室檢驗尿液是否含有毒品的成分），有鑑於鑑定人屬於「人的證明」的性質，法官對於鑑定人的調查，應該是指，在此之後，法官就進行鑑定的任務事項（鑑定事實）訊問鑑定人（鑑定結果）的情形（譬如，刑事訴訟法第168條之1），這個時候允許辯護人參與才會有實益。

別被強調。不過，在法官訊問被告的時候，現行刑事訴訟法對此並沒有辯護人可以在場的明文[35]；對照刑事訴訟法第二四五條第二項，甚至，在偵查階段檢察官訊問被告時辯護人也特別被講到可以在場。考慮到法官訊問被告是形成有效判決的過程，所以，在法官訊問被告時辯護人具有在場權更應該被肯定，這一點是亟需被強調的，藉此提醒法官應該注意以及尊重辯護人在此階段行為實行時的在場權。

㈡在調查物證的情形

只有在法院取得證據的過程當中，辯護人可以參與。比方，刑事訴訟法第一五〇條第一項第一句規定，辯護人在法官實行搜索扣押時允許在場；以及，在法官實行勘驗時，辯護人也允許在場（刑事訴訟法第二一九條、第一五〇條第一項）。

四、檢察官實行調查行為時在場

檢察官實行調查，目的有可能是為了在他所主導的偵查程序的最後作成具有影響判決效力的決定，比方，根據刑事訴訟法第二五一條提起公訴；或者按照同法第二五二條以下作成不起訴處分[36]，

---

35 有看法認為，此時辯護人的在場權可由刑事訴訟法第95條第3款推得，林鈺雄，刑事訴訟法（上），頁205，2006年9月4版；類似的看法，Eisenberg, aaO. (Fn. 17), Rn. 517.

36 在實務上，檢察機關內部有通過「檢察案件編號計數分案報結實施要點」。這只能算是一個行政命令，不過，這個要點卻可以左右檢察官是否要開始依據刑事訴訟法第228條第1項的偵查程序。比方，根據該要點（刑事訴訟法第3條第1項第2款），若案件被歸類成「其他偵查案件」（俗稱的「他字案件」），依同要點第11條第4項，可以用「簽結」的方式結束偵查的任務，就這一點，和不起訴處分在效果上並沒有什麼不同；可是，對於簽結，並沒有設計在有異議時的救濟管道，另外，簽結並不是刑事訴訟法當中的法定結束程序方式，並且

造成程序停止進行到審判階段的效果，對被告來說，這樣的結果和無罪判決是一樣的，是有利於他的決定。因此「正確的指控」或者「切斷和程序的關聯」，都是值得保護的利益。

所以，應該要給被告充分的機會，消除檢察官方面對於他有實行可罰行為的印象。在作法上，是在面對檢察官進行事實調查的過程當中讓被告和他的辯護人完全地的參與。考慮到未來審判可以客觀且順暢地被實行，檢察官的調查進度及結果是「不對一般外界公開」，但是，這個不公開的範圍不應該包括被告以及辯護人，特別是辯護人，更不可將他的參與「想當然地」當作是對於調查活動的強烈負擔，因為根據司法機關理論，辯護人對於「刑事司法有效率地運作」這個公的利益是不會積極加以妨礙的[37]。所以，必須使辯護人從程序一開始就可以接近所有的訊息來源，這樣他的功能才可以有最大的發揮[38]。

根據現行的刑事訴訟法，被告和他的辯護人只有在檢察官訊問被告時（刑事訴訟法第二四五條第二項）、實施勘驗時（刑事訴訟法第二一四條第二項）被允許在場。另外，依據刑事訴訟法第二〇六條之一，在檢察官訊問鑑定人時，辯護人是「得」在場，可以當成是一種「另類的在場權」並藉此肯定辯護人在這個場合可以參與[39]。可是，在檢察官訊問證人時，因為沒有如第一六八條之一的

可能藉此造成法定原則以及機會原則意義的扭曲；林鈺雄，刑事訴訟法（下），頁23，2006年9月4版。

37 對於辯護人地位的理論介紹，可參考，Beulke, aaO. (Fn. 10); 中文的介紹，吳俊毅，我國辯護人在審判程序當中地位之探討，刑事法雜誌，46卷1期，頁87-110，2002年。

38 Beulke, aaO. (Fn. 10), S. 245.

39 相反地，根據現行的德國刑事訴訟法，在檢察官訊問鑑定人時，辯護人並沒有被賦予在場權，不過，學界多表示應該允許辯護人可以參與此程序；Beulke, aaO. (Fn. 10), S. 245. 對於鑑定人所作成的鑑定結果的調查，在我國現行刑事

規定[40]，所以辯護人無法請求在訊問證人時在場。學理以及實務大抵都同意，在偵查階段訊問被告時辯護人可以在場，而在檢察官的其他調查活動，卻不允許辯護人在場，對於贊同這樣差別處理的理由，目前並沒有看到深入的說明[41]。

五、司法警察實行調查行為時在場

根據刑事訴訟法第二三〇條第二項、第二三一條第二項，司法警察知悉有可罰行為的嫌疑時，可以依職權開始「調查」的程序。這個階段是擺在偵查階段的前面。在最後，司法警察或者將調查結果報告檢察官，這個動作其實是第二二八條第一項意義底下的「告發」，或者是不報告調查的結果（俗稱的：「吃案」），這兩種決定並不會有如同偵查階段決定的「影響判決」或「終止程序」效力。

在這裡，辯護人的在場權似乎是根據這些規定，像是，刑事訴訟法第八八條之一第四項：「檢察官、司法警察官或司法警察，依第一項規定程序拘提之犯罪嫌疑人，應即告知本人及其家屬，得選任辯護人到場。」以及同法第二四五條第二項：「……犯罪嫌疑人之辯護人，得於……司法警察官或司法警察訊問該……犯罪嫌疑人

訴訟法當中，第168條之1以及第206條之1都是以此作為主題的規定，不過，前者是侷限在法官訊問鑑定人的情形，而後者卻是規定法官和檢察官訊問鑑定人的情形，在適用上，在法官訊問鑑定人時，第168條之1在適用上總是享有優先性的，也因此，第206條之1的適用空間似乎只剩下「檢察官訊問鑑定人的情形」，由於並無法嗅到一開始所提到的如同德國對於這個問題的討論，讓人感覺結論彷彿是「意外正確地」被規定。

40 刑事訴訟法第168條之1第2項：「前項訊問之日、時及處所，法院應預行通知之……」由此推論，並連同同條第1項，目前只有在法官訊問證人、鑑定人時允許辯護人在場。

41 請參考，Kühne, aaO. (Fn. 2), Rn. 226.

時在場……」；前者在實際上並非辯護人在場權的規定，而是以刑事訴追機關對被告可以選任辯護人的告知義務作為規範的標的。此時，並沒有任何的程序可以讓他參與，因為逮捕被告（犯罪嫌疑人）的動作早就已經結束，且詢問的程序還沒有開始。所以，真正在這個階段可以視為辯護人在場權的法律基礎只有第二四五條第二項。又根據法院組織法第六六條之三，檢察事務官的地位被定位為刑事訴訟法第二三〇條意義下的「司法警察」，且在檢察官的指揮之下行動，所以他應該是在「偵查階段」才可能對被告訊問，因此，檢察事務官應該從這裡被排除。但是，檢察官訊問被告、證人、鑑定人卻又可以假手檢察事務官（法院組織法第六十六條之三第一項第二款），然後據此形成他對於被告是否有實行可罰行為的心證，鑑於檢察官作成的決定具有影響判決或終止程序效力的特性，這樣的設計是極有問題的。

肆、在場權實行的限制

一、限制在場權實行的概念

原則上，在刑事訴追機關實行具有「影響判決」或是「終止程序」效力的偵查行為時，辯護人是可以參與的。不過，基於特定的原因，上述的行為依法可以在辯護人不參與之下被實行，造成了對於辯護人在場權的限制，這是例外的情形。

理論上，所謂「辯護人的不參與」，基於有效辯護的考慮以及並沒有妨害刑事司法的擔心，所以，在手段的選擇上，應該限制在「不實行對辯護人通知到場的義務，而他也因此無從得知與實行在場權」的情形，對此後面（伍）會再說明。

至於「特定的原因」，則是指，若不即刻地實行調查行為，則原先所期待的目的可能會因為時間上的遲延而無法被達成，比方，對於一個罹患重病的證人進行訊問，希望得到他的陳述就是訊問的目的[42]；而時間上的遲延主要是消耗在，根據具體事實所做的預測，通知以及等待辯護人在場所需要的時間，像是，按照通常的程序確定到場的時間以及地點之後，以正式公文送達方式通知辯護人的「在途時間」，加上讓他知悉到場的日時處所以及進行安排的「反應時間」，以及等待準時到場的「等待時間」，這三個時間經過之後，可能原先調查行為的目的已經無法被達成，在本段開始的例子，若在辯護人到場時，前述罹患重病的證人已經因為重病而陷入昏迷，對於訊問已經無法陳述，為了達到這個訊問的目的，趁著證人仍然意識清醒時進行訊問即顯得刻不容緩，此時辯護人無法在場所形成的限制效果例外地才可以被允許。

二、限制在場權實行的法律基礎

現行刑事訴訟法也規定了對於辯護人在場權實行限制的情形，若是以辯護人在場權的實行作為主軸，然後找出相對應的限制的方式，並以所要調查的證據種類以及程序階段相互對照，可以把限制辯護人在場權實行的法律基礎體系整理成以下的表格（圖二）：

42 至於根據內容，是否具有高度的證明力，或是對於事實的確定不具任何意義，則在所不問。

調查活動 程序階段	人證調查（證人、被告）		物證調查（書證、物證）	
	訊問 被告（準備自白）	訊問 證人、鑑定人	依職權取得 （搜索、扣押、勘驗）	保全證據 （搜索、扣押、勘驗）
審判階段 （法官）		§168-1Ⅱ但	§150Ⅰ但 §150Ⅲ但 （搜索、扣押） §§ 219＋150Ⅰ，Ⅲ但 （實施勘驗）	
偵查階段 （檢察官）	§245Ⅱ但 §245Ⅳ但	§206-1Ⅱ但 ＋ §168-1Ⅱ但	§214Ⅲ但 （實施勘驗）	§219-6Ⅰ §219-6Ⅱ但 （搜索、扣押、勘驗）
調查階段 （司法警察）	§245Ⅱ但（?） §245Ⅳ但（?）			

圖二　辯護人在場權實行限制的法律基礎

從上面的表格（圖二）可以發現，在審判階段，辯護人具有不受限制的在場權。在偵查階段，因為在檢察官訊問證人時目前並沒有允許辯護人在場的明文，所以也就沒有限制規定；另外，在檢察官下令實行搜索、扣押時，也是因為依法沒有給予辯護人在場權，所以就沒有規定限制的情形。

若是以辯護人在場權實行限制的原因作為主軸，然後對照程序的階段，也可以把限制辯護人在場權實行的法律基礎體系整理成以下的表格（圖三）：

原因	程序階段	刑事訴訟法的規定
掩蓋事實的危險	審判	§150Ⅰ但、　§§219＋150Ⅰ但
	偵查	§245Ⅱ但、　§219-6Ⅰ
	調查	§245Ⅱ但
自願放棄（權利的行使）	審判	§168-1Ⅱ但、　§206-1Ⅱ但＋§168-1Ⅱ但
	偵查	§214Ⅲ但、　§206-1Ⅱ但＋§168-1Ⅱ但
	調查	
遲延的危險（情況急迫）	審判	§150Ⅲ但、　§§219＋150Ⅲ但
	偵查	§245Ⅳ但、　§219-6Ⅱ但
	調查	§245Ⅳ但
其他限制原因	審判	
	偵查	§245Ⅱ但（妨害國家機密、妨害他人名譽、行為不當足以影響偵查秩序 ）
	調查	

圖三　辯護人在場權實行限制的原因

上面的表格（圖三）呈現出，根據現行刑事訴訟法，限制辯護人在場權實行所根據的理由是「多元的」。

三、限制在場權實行的原因

限制在場權的原因以及方式涉及到，「是否」限制辯護人在場權所根據的條件。這裡想先介紹個別原因的內容。

㈠掩蓋事實的危險

在審判的階段，關於限制辯護人在場權實行的原因，是直接根

據刑事訴訟法第一五〇條第一項但書，「認其在場於搜索或扣押有妨害者」，或者依同法第二一九條類推第一五〇條第一項但書：「認其在場於勘驗有妨害者」。解釋上，對此應該是，辯護人在法官實行搜索扣押時在場會對於搜索、扣押的目的達成造成危險。至於為什麼會有這個危險，同條第三項因為已經就遲延危險（急迫情形）而限制辯護人在場權加以規定，所以，這裡危險的原因，應該作不同的理解，也就是，根據具體的事實，辯護人涉嫌實行掩蓋事實的行為，比方，湮滅應該被扣押、或者勘驗的證據。

在偵查階段，刑事訴訟法第二四五條第二項但書則明確地將訊問被告時限制在場權實行的原因點出：「有事實足認……有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人……之虞……」，另外，同法第二一九條之六第一項也規定在保全證據時得限制辯護人在場權的實行，不過，原因並不清楚，解釋上應該與前者作相同的理解。

在調查階段，因為刑事訴訟法第二四五條第二項但書把司法警察「訊問」（應該是「詢問」！）犯罪嫌疑人的情形也收錄，所以在辯護人的在場權在這裡也有適用。類似的敘述，也發現存在同法第二一九條之六第一項，不過，在時間點上，卻寫著「偵查中」，因此產生解釋上的問題。

㈡自願放棄

法官訊問證人、鑑定人時（刑事訴訟法第一六八條之一第二項但書）時，若辯護人在通知到場義務實現之前表示放棄實行他的在場權時，法院因此被免除通知他到場的義務。

檢察官進行勘驗時（刑事訴訟法第二一四條第三項但書）以及在偵查階段訊問鑑定人時（刑事訴訟法第二〇六條之一第二項、第一六八條之一第二項但書），若辯護人在通知到場義務實現之前表示放棄實行他的在場權時，檢察官也會因此被免除通知他到場

的義務。

不過，就有效辯護以及公平程序的角度，以這樣的理由來限制辯護人的在場權是相當有問題的，因為，一方面並沒有涉及到參與程序所要達到的目的會因為實行通知辯護人到場而有無法達成的危險，另外一方面，程序的符合司法性也會因此而無法被見證。所以，一旦得知辯護人明確表示將放棄實行他的在場權時，因為刑事訴追機關在程序當中的客觀性地位，應該是要積極地促使他到場，若仍然無法改變他的決定，應該告知有選任辯護人權利人由其重新選任其他的辯護人，或者，在必要辯護案件的情形（刑事訴訟法第三十一條第一項），可參考刑事訴訟法第三十一條第二項，依職權為被告指定其他的辯護人。正確的作法應該是，辯護人允許放棄他在特定程序時的在場權，前提應該限制在「已經被有權的刑事訴追機關依法通知到場之後」。因此，無論如何，刑事訴追機關對於通知辯護人的到場義務並不會因為辯護人「事先」且「概括地」表示放棄實行在場權而被免除；這也涉及到一個相當有趣的問題：「連有或是沒有都還不知道，要怎麼放棄？」。藉由通知到場義務而被保障的辯護人的在場權，對此，辯護人才有可能實行放棄[43]。

㈢遲延危險

在審判階段實行搜索、扣押時，若情況急迫，直接依據刑事訴訟法第一五〇條第三項但書，或者在實施勘驗時，根據同法第二一九條準用第一五〇條第三項但書，在上述兩種情形，法官的通知辯護人到場義務皆可以被免除。所謂情況急迫，是指根據具體的事實，通知以及之後等待辯護人在預定期日到場的時間經過，會使得搜索、扣押或是勘驗所追求的目的無法被達成。對此，法官應該就

43 Rieß, LR-Kmmentar, § 168 c, Rn. 55.

下令當時的具體事實，詳細地就如何會造成對於搜索、扣押目的的達成的危險進行說明；所以，只是因為「覺得通知太麻煩」或是以為事後可以朗讀訊問筆錄，然後問問雙方有沒有意見即可（以「書證」代替「人證」）[44]，都是對此規定的扭曲[45]。

在檢察官訊問被告時（刑事訴訟法第二四五條第四項但書）以及在保全證據程序（刑事訴訟法第二一九條之六第二項但書），遲延的危險也被作為免除其通知辯護人到場的原因。在這裡，情況急迫是指，程序的目的（對被告訊問而得到被告的陳述，以及證據可以被使用）會因為通知辯護人當中的耽擱而有無法達成的危險，比方，預定訊問被告的日期，並等待訊問被告開始，到了約定的時間，陳述已經不再能夠被取得[46]。另外，在調查階段，根據刑事訴訟法第二四五條第四項，上述的情形也有適用。

㈣其他限制辯護人在場權實行的原因

在刑事訴訟法第二四五條第二項但書當中，可以發現其他的限制原因：「有事實足認其在場有妨害國家機密」、「妨害他人名譽」以及「辯護人行為不當足以影響偵查秩序之虞」。首先，單純讓辯護人在場是否可以認定有妨害國家機密的危險，相對於，公開應該保密的事項是否會有損國家重大利益，二者之間並不一定存在著等號的關係。對此，可以拿同法第一二七條第二項的情形來作個類比說明，亦即，雖然是應該被保密的（國家）軍事上處所，若搜索有損害國家重大利益的危險，則可以對此拒絕；對照這個規定可知，「搜索所造成的秘密公開」才是導致國家重大利益損害的原

---

44 常常是被告方面會有意見，這樣的程序就必須被重來，被官方因此所耽擱的時間恐怕是更多的。

45 Krey, aaO. (Fn. 16), Rn. 472; Beulke, aaO. (Fn. 6), Rn. 410.

46 Wolfgang Wohlers, Anmerkung zu BGH, StV 5/2006, S. 229.

因，而不是由於辯護人的在場，所以，僅以有事實足認其在場有妨害國家機密作為原因來限制辯護人的在場權行使，因為過於寬鬆，對於有效辯護是極為不利的。再來，妨害他人名譽，這是一個證人保護的原因，但是並不是限制辯護人在場權的原因。最後，辯護人行為不當足以影響偵查秩序之虞，這裡有兩個不確定的法律概念亟待釐清，一是「行為不當」，另一則是「偵查秩序」，在實際適用時，由於範圍不明，實際上可能會是，要不就是被濫用[47]，要不就是永遠不會被使用。

四、限制在場權實行的規定與其他限制辯護人權利規定的競合

從上述（肆、三）可知，在刑事訴追機關進行調查行為時，辯護人的在場會有掩蓋事實的危險，比方，刑事訴訟法第一五〇條第一項但書，以及刑事訴訟法第二四五條第二項但書，則在場權的實行可因此而被限制。若對照限制辯護人實行與被告交流權的情形（刑事訴訟法第三十四條但書、第一三五條第二項第二款但書），是根據具體的事實指出，辯護人並不是利用這個權利來準備辯護，而是涉嫌實行或是準備實行掩蓋事實的行為。很有問題的是，觀察辯護人在場權的功能，掩蓋事實的危險實在很難只根據在場權的實行而被認定，應該還要有其他權利的行使，比方，透過交流權或是閱卷權，才可能被證實。所以，只憑辯護人在場權的實行就認為辯護人有掩蓋事實的危險，實際上只能算是「推測」，由此限制辯護人的權利會造成刑事訴訟法第三十四條但書以及第一三五條第一項第二款但書的限制效果因為被輕易地使用而遭到扭曲。

因此，為了有效辯護以及公平程序的保證，在適用時，一旦有事實認為，辯護人涉嫌實行掩蓋事實的行為，刑事訴訟法第三十四

47 林鈺雄，同註35，頁205。

條但書在適用上具有優先性[48]。

伍、通知到場義務及其免除

一、通知到場義務的概念

辯護人的在場權通常是緊扣著刑事訴追機關所實行的程序。所以，「到底有沒有程序可以參與？」辯護人是無從知悉的，所以必須在接受刑事訴追機關的正式邀請，這個問題才能夠被回答[49]。按照這樣的思考，通知到場是對辯護人提出參加特定程序的「邀請」。基於這樣的理解，在立法例上，是把通知到場的動作從在場權實行區分出來，這和「傳喚與到場接受訊問」的關係是頗為近似的。不過，觀察「通知到場」和在場權實行之間關係的內涵會發現，在這裡，後者的「實行權利」是這裡應該被通知的內容，就這一點是和前者（實行到場義務）不同的。也因此，正確的理解是，不應該把通知辯護人到場與他的在場權分開，而是要把通知到場當作是辯護人在場權實行的一個環節。有鑑於本段一開始所提到的制度設計思考——通知到場的「被動性」以及通知到場是在場權實行的本質，國家應該要促使這個權利可以順利有效地被實行，藉此保障程序的公平，刑事訴追機關在實行特定程序時「通知辯護人到場」的義務即因此而被形成。

二、通知到場義務的法律基礎

按照「所要參與的程序」，現行的刑事訴訟法當中規定了以下

48 對於此結論的詳細說明，可參考，吳俊毅，辯護人與被告交流權之探討——透過接見以及使用書信方式的情形，月旦法學雜誌，137期，頁133-151，2006年9月。

49 Volkhard Wache, KK, § 168 c, Rn. 16.

的通知到場義務：

㈠在偵查階段，訊問被告時（刑事訴訟法第二四五條第四項）；

㈡在審判階段，訊問證人、鑑定人（或通譯）時（刑事訴訟法第一六八條之一第二項刑訴法）；

㈢在審判階段，就訊證人及實行遠距訊問證人時（刑事訴訟法第一七七條第三項後段）；

㈣在偵查階段，訊問鑑定人時（刑事訴訟法第二〇六條之一第二項、第一六八條之一第二項）[50]；

㈤在審判階段，執行搜索、扣押時（刑事訴訟法第一五〇條第三項）；

㈥在偵查階段，實施保全證據時（刑事訴訟法第二一九條之六第二項）。

三、通知到場義務人與相關的程序

通常，辯護人所要參與的程序的主導者（檢察官或法官）對於程序的細節知之最詳，所以，在制度設計上都是由他來擔任通知辯護人到場的義務人，比方，在偵查階段的訊問被告程序，檢察官是通知到場義務人（刑事訴訟法第二四五條第四項）。通知到場，根據現行刑事訴訟法，在方式上並沒有特別的規定，不過，為了查證的目的，應該還是要以書面的方式實行通知，像是，通知單等公文書。在書面的內容上，至少應該有案件資訊、程序資訊、到場時間、地點等項目。對照現行刑事訴訟法當中通知義務的規定，大部分都只有講到應該就「日、時、處所」進行通知，至於「案件資訊以及程序資訊」等重要的訊息卻沒有規定，這是立法上的漏洞，在

50 法官或檢察官認為有必要而允許辯護人在場的情況。

實行通知義務時還是應該把這兩個項目納入到場通知的內容當中。

四、通知到場義務的免除

在程序進行時，基於特定的原因，辯護人允許不被通知到場，刑事訴追機關對此所負有的通知到場義務因此被免除。對於上述的特定原因，在現行刑事訴訟法當中，「情況急迫」是最普遍被採用的描述方式（刑事訴訟法第二四五條第四項但書、第一五〇條第三項但書、第二一九條之六第二項但書）。對此的詳細介紹，請參考前面（肆、三）。另外，根據刑事訴訟法第一六八條之一第二項及第二〇六條之一第一項、第二項，「辯護人事先陳明不願到場」也是免除通知辯護人到場義務的原因。這樣的作法是頗有問題的，對此詳細的討論請參考前面的介紹（肆、三）。

陸、違法限制在場權與不實行通知到場義務的效果

違法限制在場權是指，知悉且有意實行在場權的辯護人，其對於特定程序的參與被刑事訴追機關所拒絕。至於不實行通知到場義務，則是刑事訴追機關不依法事前告知辯護人程序開始的時間與地點等訊息。

在我國，對於違法限制在場權與不實行通知到場義務的效果，立法和司法方面目前都沒有正面加以解決[51]。因此，想參考德國對於這個問題的討論過程和成果，希望在問題討論的方法上可以有所啓發。不論是違法限制在場權，還是不實行通知到場義務，所造成

[51] 比方，最高法院94年台上字第4929號，只提到，法院行勘驗時，未依法通知辯護人到場，此項勘驗筆錄是「違背法定程序所取得的證據」，至於屬於違反的效果——是否禁止使用，則沒有進一步地說明。甚至，有認為在這裡是辯護人的「詰問權」被侵害，最高法院92年台上字第3824號。

的結果都是：「辯護人沒有參與刑事訴追機關所實行的程序」，所以，在討論效果時，這兩種情形在理論上是共通的[52]。在這兩種違法的情形所取得的結果，通常是，比方，被以筆錄方式記錄的證人或鑑定人的陳述，可否在審判當中僅由法官對辯護人以「朗讀」，或是「告以要旨」的方式而當作是確定事實的方法而被使用？也就是，在這裡，證據取得的禁止是否會導致證據使用的禁止。原則上，這兩者之間並不存在著「等號」的關係[53]，因此，對於肯定的答案，需要有法律的明文規定。在缺乏法律的基礎之下，對於違法限制辯護人在場權與不實行通知辯護人到場義務，以致於程序是在辯護人不在場之下而被實行，因此所取得的結果在審判當中是可以被使用[54]。對於這裡的違法狀態，在訊問措施的情形，可能可以透過這樣的方式被解除（Heilung），亦即，在顧及到辯護人在場權實行之下，之前已經進行過的訊問可以在他在場的情形再一次地被實行[55]；或者是，辯護人在事後表示「放棄實行自己先前的在場權」，比方，他在知悉訊問及回答的內容之後，明確地表示他對此沒有爭執，違法的狀態也會因此被解除[56]。

---

52 Rieß, LR-Kommentar, § 168 c, Rn. 53.

53 有看法認為，在這種情形，辯護人得請求所取得的證詞不得作為證據，王兆鵬，刑事訴訟講義，頁507，2006年2月2版；認為對被告的訊問不能使用，Urs Kindhäuser, Strafprozessrecht, 1. Aufl., 2006, § 7, Rn. 11.

54 德國實務對此的看法反反覆覆，大體上也是持相同的看法，Rieß, LR-Kommentar, § 168 c, Rn. 53a u. 54; Lutz Meyer-Goßner, Strafprozessordnung – Gerichtsverfassungsgestz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 47. Aufl., 2004, § 168 c, Rn. 6.

55 Rieß, LR-Kommentar, § 168 c, Rn. 55. 相反地，我國最高法院曾在判決當中認為，只要在事後「告以（訊問筆錄）要旨，並且給予辯解的機會」即可，最高法院90年台上字第5454號以及95年台上字第4582號。

56 Rieß, LR-Kommentar, § 168 c, Rn. 55; Wohlers, aaO. (Fn. 46), S. 229.

柒、對於現行規定的檢討與建議——代結論

一、在場權是一個獨立的權利

辯護人的在場權具有獨立的功能[57]，在這些功能充分有效發揮之下，辯護人的其他權利才有可能立於這個基礎之上繼續對程序進行進一步的影響。辯護人的在場權的有效實行可以減少日後對於程序公正性的爭議，程序的拖延也會因此大為降低。所以，辯護人的在場權是一個獨立的權利，對於這個權利，應該可以正面地去掌握，並不需要把辯護人其他權利的內涵納入。

二、在場權實行的限制不應以妨害刑事司法的思考作出發

從前面的討論[58]可知，掩蓋事實的危險實在很難只根據「在場權的實行」而被認定，應該還要有其他權利的行使來作為判斷的依據。因此，現行刑事訴訟法第一五〇條第一項但書、第二四五條第二項但書、第二一九條之六第一項，這些規定以在場權的實行作為妨害刑事司法的原因，藉此限制辯護人在場權實行，因為缺乏進一步妨害刑事司法的行為，用來正當化限制在場權的原因並不充分，這樣的規定應該要加以刪除。若是辯護人涉嫌實行妨害刑事司法的行為，則是應該要將辯護人的其他具體的權利加以限制，比方，依據刑事訴訟法第三十四條但書限制辯護人與被告之間的交流權。更嚴重的情形，將來是否應該考慮引進德國刑事訴訟法的辯護人排除機制讓辯護人自程序退出，之後讓新的辯護人來實行在場權。

---

57 貳、三。

58 肆、四。

三、重新精確掌握第二四五條第二項所規定的情況並在區分之後作符合體系的修正

刑事訴訟法第二四五條第二項的規範目的應該是：「在偵查階段，檢察官訊問被告時，辯護人有在場權」。不過，一方面立法者把不是這個階段的程序主導者，檢察事務官、司法警察也納入，另外一方面，在談到在場權之外，也把辯護人的陳述權也一併在這裡規定，因此讓人無法正確地掌握辯護人在場權的真正內涵。正確的作法應該是，將調查階段司法警察詢問犯罪嫌疑人的情形從本條分離並且另外進行規定。並且，也建議把易生混淆的陳述權刪除，這樣，真正的規範目的才有可能重見天日。附帶一提，對於第二四五條第四項司法警察詢問犯罪嫌疑人的通知到場義務，也應該就所處的程序階段進行正確的規定，建議的作法是，將司法警察詢問犯罪嫌疑人時辯護人在場權的規定放到一個獨立的條項進行規定。

四、按照正確的流程完整規定通知到場義務及其免除的前提

由前面的討論[59]可以瞭解，通知辯護人到場的義務是辯護人在場權有效實行的一環。因此，原則上，相對應每個辯護人的在場權，是應該都同時賦予刑事訴追機關通知辯護人到場的義務；另外，通知到場義務的實行方式，比方，要式性以及通知內容必要記載的項目也應該要清楚地規定。

免除通知到場義務的前提應該是基於，是否程序所要達到的目的會因為通知辯護人到場而有無法達成的危險；因此，根據具體的事實所建立的急迫情況（危險）應該是唯一可能的免除義務原因。「自願放棄」（刑事訴訟法第一六八條之一第二項，第二〇六條之

59 伍、一。

一第一項、第二項）由於並沒有涉及到上述的急迫危險，所以並不適合作為免除通知辯護人到場的原因。

通知到場義務的免除會造成在場權實行被限制的效果，所以在場權實行限制及通知到場義務免除的討論，在理論上是共通的，因此，掌握通知到場義務免除，就已經可以妥善處理辯護人到場權實行限制的問題。

五、強化程序透明化——新增辯護人在場權的建議

根據對於（圖一）的觀察，在偵查階段，檢察官訊問證人，以及執行搜索、扣押的時候，現行的刑事訴訟法並沒有在這裡為辯護人設計在場權。不過，在檢察官實施勘驗時，辯護人卻被允許在場（刑事訴訟法第二一四條第二項）。一方面，由於偵查階段具有「影響判決」的效力（比方，起訴或者不起訴處分），另外一方面，在這裡，讓辯護人參與，原則上，不但不會危及程序目的的達成，而且更會因為程序對於辯護人透明化而消除對於程序公正性的質疑，進而促進將來程序的順利進行。因此，程序（調查行為）目的如果不會因為通知辯護人到場而有無法達成的危險，應該允許辯護人在程序進行時在場。建議在未來可以在這兩個地方也賦予辯護人在場權並且使檢察官負有通知辯護人到場的義務。

在審判階段，辯護人有一個不受限制的在場權，所以，在法官訊問證人、鑑定人（以及通譯）時，毫無疑問的，辯護人具有在場權，法院對他也負有通知到場的義務。不過，因為刑事訴訟法第一六八條之一第一項在描述上是使用「『得』於訊問時在場」，在實務上就曾發生過辯護人在場權被扭曲的情形[60]。建議在未來，應該

[60] 在第168條之1還是在第276條第3項被規定的時期，最高法院曾在幾個判決當中認為，在審判期日之前訊問證人、鑑定人時，並不以辯護人在場為必要，像

基於有效保障辯護人在場權的思考，將第一六八條之一第一項的描述修改成「於訊問時『允許』在場」。除此之外，在檢察官依據刑事訴訟法第二〇六條之一訊問鑑定人的情形，也建議應該比照前述作相同的修改。

是，94年台上字第2253號、94年台上字第1360號、93年台上字第5949號；不過，在最近有持否定看法的判決出現，例如，96年台上字第2144號。另外，在法院實行搜索、扣押以及勘驗時，支持辯護人在場權的看法，94年台上字第4929號。

參考文獻

一、中　文

1. 王兆鵬，刑事訴訟講義，2版，2006。

2. 林山田，刑事程序法，增訂5版，2004。

3. 林鈺雄，刑事訴訟法（上），4版3刷，2006。

4. 林鈺雄，刑事訴訟法（下），4版3刷，2006。

5. 吳俊毅，我國辯護人在審判程序當中地位之探討，刑事法雜誌，46卷1期，頁87-110，2002。

6. 吳俊毅，辯護人與被告交流權之探討——透過接見以及使用書信方式的情形，月旦法學雜誌，137期，頁133-151，2006。

7. 黃朝義，刑事訴訟法，2006。

8. 彭國能，偵查程序中辯護人在場權之探究，全國律師，6卷2期，頁66-79，2002。

9. 蔡墩銘，刑事訴訟法論，增訂5版，2002。

二、外　文

1. Beulke, Werner, Wohin treibt die Reform der Strafverteidigung, in: Hans-Ludwig Schreiber (Hrsg.), Strafprozeß und Reform – eine Kritische Bestandsaufnahme, 1979.

2. Beulke, Werner, Der Verteidiger im Strafverfahren: Funktion und Rechtsstellung, 1980.

3. Beulke, Werner, Strafprozeßrecht, 8. Aufl., 2005.

4. Eisenberg, Ulrich, Beweisrecht der StPO-Spezialkommentar, 4. Aufl., 2002.

5. Fezer, Gerhard, Hat der Beschuldigte ein „Recht auf Rüge“?, in: Wilfried Küper (Hrsg.): Beitrage Zur Rechtswissenschaft Festschrift Fur Walter Stree Und Johannes Wessels Zum 70. Geburtstag, 1993.

6. Kindhäuse, Urs, Strafprozessrecht, 1. Aufl., 2006.

7. Kniemeyer, Claus-Dieter, Das Verhältnis des Strafverteidigers zu seinem Mandanten: Vertrauen und Unabhängigkeit, 1996.
8. Kohlbacher, Ursula, Verteidigung und Verteidigungsrechte unter dem Aspekt der Waffengleichheit (mit einer kritischen Analyse der geltenden Regelungen, insbesondere im Bund und Kanton Zürich), 1979.
9. Krey, Volker, Deutsches Strfverfahrensrecht-Band 1: Grundlagen, Verfahrensbeteiligte, Gang des Strafverfahrens, Verfahrensprinzipien, Strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 2006.
10. Kühne, Hans-Heiner, Strafprozessrecht. Ein Lehrbuch zum deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht, 7. Aufl., 2007.
11. Rieß, Peter, Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnug und das Gerichtsverfasungsgesetz, Großkommentar, in: Peter Rieß (Hrsg.), Band 3: §§ 137-212b, 25. Aufl., 2004.
12. Meyer-Goßner, Lutz, Strafprozessordnung – Gerichtsverfassungsgestz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 47. Aufl., 2004.
13. Otto, Harro, Strafvereitelung durch Verteidigerhandln, Jura 1987, Heft 6.
14. Paulus, Rainer, Dogmatik der Verteidiger, NStZ, 1992, Heft 7.
15. Roxin, Claus, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998.
16. Schmidt, Eberhard, Rechte und Pflichten, Funktionen und Konflikte des Strafverteidigers, JZ, 1969.
17. Spaniol, Margret, Das Recht auf Verteidigerbeistand im Grundgesetz und in der Europäischen Menschenrechtskovention, 1990.
18. Wache, Volkhard, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz, in: Pfeiffer, Gerd (Hrsg.), 5. Aufl., 2003.
19. Weihrauch, Matthias, Verteidigung im Ermittlungsverfahren, 1984.
20. Wohlers, Wolfgang, Anmerkung zu BGH, StV 5/2006.

Die Untersuchung des Anwesenheitsrechts des Verteidigers

Jiuan-Yih Wu*

Abstract

Nach der Rechtsreform im Jahr 2003 sind beispielsweise § 168-1 und § 206-1 im taiwanischen Strafprozessrecht geregelt. Damit ist das Institut des Anwesenheitsrechts des Verteidigers in Taiwan schrittweise komplette geworden. In Taiwan ist die Zeit schon reif, aufgrund der geltenden Vorschriften im taiwanischen Strafprozessrecht von dem Anwesenheitsrecht des Verteidigers zu sprechen. Die Bedeutung solcher Forschung liegt darin, um die Energie zum weiteren Fortschritt des Anwesenheitsrecht-Instituts des Verteidigers zu erhalten.

Dieser Aufsatz versucht zunächst, den Inhalt des vom Anwesenheitsrecht des Verteidigers geschützten Interessens wesentlich herauszufinden. Anschließend werden die Funktionen, die sich aus dem Anwesenheitsrecht des Verteidigers selbständig entwickeln, aufgezählt dargestellt. Und damit kann der Zeitpunkt festgestellt werden, zu dem der Verteidiger im bestimmten Verfahren wirksam mitwirken kann. Auf der Basis dieser Ergebnisse sind die Theorien für die Ausübung und

* Assistant Professor of Law National University of Kaohsiung, Department of Law; Doctor of Law, Trier University, Germany.

Received: July 11, 2007; accepted: November 26, 2008

Einschränkung des Anwesenheitsrechts des Verteidigers zu begründen. Dann, was die geltenden prozessualen Vorschriften über die Ausübung und Einschränkung des Anwesenheitsrechts des Verteidigers bedeutet, und welches Verhältnis zwischen den einzelnen Vorschriften, die das Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei Durchsetzung des bestimmten Verfahrens als Gegenstand annehmen, werden systematisch erklärt. Darüber hinaus wird die Beziehung zwischen diesen Vorschriften und dem Beweisverbot auch hier behandelt. Zum Schluss wird das von der obigen Diskussion erlangte Ergebnis als Vorschlag bei Novelle der geltenden Vorschriften gestellt.

Keywords: Verteidiger, Anwesenheitsrecht, Benachrichtungspflicht, das faire Verfahren, Beweisverbot