



法学新领域文库

New Frontiers in the Science of Law

辩护权与诘问权

**Rights to Defense vs Rights to
Cross-Examination**

王兆鹏 著



华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>



D925.215.4
5

辩护权与诘问权

**Rights to Defense vs Rights to
Cross-Examination**

王兆鹏 著

图书在版编目(CIP)数据

辩护权与诘问权/王兆鹏 著. —武汉:华中科技大学出版社,2010年4月
ISBN 978-7-5609-6066-1

I. 辩… II. 王… III. 刑事诉讼-辩护-研究-台湾省 IV. D927.580.521.54

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 038319 号

辩护权与诘问权

王兆鹏 著

责任编辑:谢 阅

封面设计:闻·竞工作室
责任监印:周治超

出版发行:华中科技大学出版社(中国·武汉)

武昌喻家山 邮编:430074 电话:(027)87557437

印 刷:湖北新华印务有限公司

开本:710mm×1000mm 1/16

印张:17.25

字数:270 000

版次:2010年4月第1版

印次:2010年4月第1次印刷

定价:33.00元

ISBN 978-7-5609-6066-1/D·133

(本书若有印装质量问题,请向出版社发行部调换)

序

将宪法法院建筑在黑狱之上,南非!

今年暑假参观南非宪法法院,一座建于 2004 年的崭新建筑物,不见衙门之威严,也无高耸华丽的气势,外观并无任何独特之处。然而,了解了宪法法院院址选设之缘由以及法庭设计的理念,不得不敬佩其人民对司法的高度期许与宏伟愿景。

南非宪法法院的建筑基地,前身为恶名昭彰的黑狱,过去该监狱实施种族隔离,差别待遇。白人囚犯二、三层楼,宽敞明亮的房间,日日沐浴,餐餐丰饱。黑人或有色人种数十人囚居斗室,食不裹腹,一个月只能淋水数十秒钟,弱者甚至遭受囚友、狱卒之凌虐。许多黑人政治领袖,包括曼德拉先生,都曾因为反抗种族隔离措施而被拘禁在此。南非在 1994 年成立新政府后,即为新宪法法院应设何处而苦恼,在激烈争论与百般思虑后,此一污秽的黑狱成为众人的首选。不但如此,他们也决定以拆除的监狱砖瓦作为新宪法法庭的建筑材料。

对于人权的残暴纪录,人民可能因为时间而淡忘,执政者也可能故意忽视,但宪法法院不可一日或忘。在此出入的宪法法院法官、政府官员、律师,俯仰所见皆是无法抹灭的历史,呼吸之气息皆是先烈先贤的人权理念,念兹在兹,不再重蹈覆辙。伟哉!

宪法法庭设计的理念,也令人耳目一新。世界各国宪法法庭的法官席位几乎都是高高在上,以显示其至高无上的权威。相反的,南非宪法法院的旁听席却全部高于法官席位,犹如阶梯教室般的讲堂,法官席位是在最低下、最明显的位置。法庭的屋顶以玻璃采光,四壁间以透明砖砌成。

透过法庭空间的设计,南非人民表达对宪法法庭的高度期许:无人高于法

律之上,宪法法院法官亦同;法官应谦卑为人民服务,而不是高高在上主宰人民;法院里的一切事物,全部摊在阳光之下处理,透明、公开,任何人从里、从外都可以看见法院在做什么。

建筑物反映思想,台湾的法院建筑也反映了台湾地区的司法思想。

台湾司法建筑的最大特征,就是院检一家,人民进入法庭大厦,右边是法院,左边是检察署,人民常分不清楚哪边是法院,哪边是检察署。

历史的因素,院检自古就是一家人,从考试、受训、分发、职务移转到调动,都是在同一个体系内。将“法院”、“检察署”放在同一栋大楼办公,非但反映了检察官、法官“考、训、用”同一的一贯思想,也反映了诉讼程序的构造。

检察官对人民提起公诉后,卷证从法庭大厦左边的办公室,移至右边的办公室,犹如工厂的生产线,左边办公室未完成的,右边的办公室应“继续”、“接续”办理。很多人民分不清楚左边的侦查检察官与右边的纠问法官有何不同。

法庭大厦左边办公室已经完成的作品,右边办公室不应浪费时间再为检查处理,甚至应该极度尊重,不容推翻。在这种思想下,检察官起诉后,卷证移至法院,剩下的工作当然应该由法院完成,检察官又何须到庭,何须举证?如果判决结果与所谓的真实不符,当然是责怪法官未尽其责,岂可再究检察官之责。起诉后,一切责任归司法大厦另一边的人负责。

关于证人讯问、证物调查,岂不也是如此。检察官讯问证人的笔录、委托鉴定人的鉴定报告,是在司法大厦的左侧完成,右侧人员非但不能任意推翻,更应该高度尊重,岂容浪费时间重新调查、怎能怀疑左侧人员的能力等等?也因此,一切检察官侦查中完成的成品,法院几乎都必须承认其证据能力。

院检同栖共用司法建筑物,反映过去对于法院的思想:法院不是人民(被控诉者)与检察官(控诉者)纷争的仲裁者,法院应与检察官合力完成台湾人民所交付的司法任务。

台湾司法做了一大堆改革,但司法建筑结构未改,里面的人也脱离不了建筑物的框架。

法院应该是人民权利的最后一道防线,是人民对抗政府机关的最后仲裁者。当检察官对人民穷追猛打时,制度的设计在使法院立于中立的角色,裁判人民与检察官之间的纷争,以使人民及社会大众信服。如果审判中,法官再接续检察官的角色、再对被告穷追猛打、再与被告针锋相对,那又由谁来裁判人民与法官之间的纠纷?法院存在的理论基础,并不是法官比检察官、辩护人更

能发现真实,而是法官比检察官、辩护人更为中立。没有中立、超然的裁判者,人民就失去了权利的最后一道防线,人民与政府间的纠纷也永无休止。

许多法官挥不去发现真实的梦魇,有时“比检察官还检察官”。一直到现在,仍有许多法官说:“检察官证据不足,我不帮他调查证据,案子如何判?”这种思想,来自于旧的司法大厦——法官必须与检察官协力完成司法任务,而非中立超然裁判人民与政府的纠纷。检察官拥有丰沛的行政资源,得指挥警调人员,在起诉前就应该将证据搜集齐全,也有绝对胜于法院的能力将证据搜集齐全。法院帮检察官调查证据,等于鼓励检察官怠惰、鼓励检察官不运用其行政资源调查证据、鼓励侦查机关不掌握第一时间搜集证据、鼓励检察官无充分证据即得起诉人民。再者,检察官打乱被推定无罪人民的平静生活,将其起诉带入法院,就必须负担证明被告有罪的举证责任,如果检察官不能举证,就应该还人民原有的自由。法院帮检察官证明被告有罪,等于转换为行政机关的打手,已不再是人民权利的最后一道防线,司法的中立性也丧失殆尽。

法官因为检察官不能明确证明被告有罪,就将案件拖延不决,也是误解法院的意义,不但戕害了人民速审的权利,更是误解了举证责任的法理,最后也伤害了社会大众的利益。这些法官本意都是良善,但必须了解法官不是包青天,也不能是包青天,司法已独立于行政、立法之外,而且事实真相如何,只有上天知道,司法体系下的法官只是一个裁判者,不适格、也无能力作事实真相的挖掘者。

建筑物反映思想,台湾司法建筑的另一特征,就是不争气的律师寄居在司法大厦的一隅。

在偌大的法庭广厦里,“律师公会”寄居在其中一间小小的办公室,仅有二三个职员看守,不刻意寻找,不容易发现她的存在。在以检察官、法官为主的建筑物里,法庭大厦的工作人员对“律师公会”通常未给予太多的注意与尊重。在司法大厦里,“律师公会”又矮、又小、又不显著,虽不能说是建筑物的装饰品,但当她不存在时,进出大厦的人可能都不会发现。

建筑物蕴藏的思想,也反映在刑事诉讼中。律师在过去刑事诉讼中,也是又矮、又小、又不显著,虽不能说是装饰品,但如果没有律师的存在,刑事诉讼一样能运作如常。律师也习于(或被迫于)在刑事诉讼中扮演微不足道的角色,只有在检察官或法官疏忽时,才偶而发挥律师的功能——提醒法官或检察官注意。如果检察官或法官善尽职责,律师几乎只是当事人的心理咨商师。

一直到现在,司法当局仍将律师当作装饰或陪衬,律师也习于(或被迫于)接受如此的角色。台湾地区刑事诉讼政策及“修法”的最重要机关——“司法院刑事诉讼法研究修正委员会”,目前共有 17 个委员,其中“律师公会”代表仅寥寥 1 人,检察官或警察代表却多达 4 人。法院最少在形式上必须公平,否则其判决结果再如何正确,也无法令当事人及社会大众甘服,此为极浅显之理。17 个委员,只有 1 人来自于“律师公会”,“司法院刑事诉讼法研究修正委员会”的组成方式,是否符合形式上公平,毋庸赘述!这种机关作出来的决策,又怎可能令人心悦诚服。

司法当局为何如此鄙视“律师公会”?“律师公会”为何仍继续参与、依附在这个机关之内?难解。

建筑司法,我们常忘记“透明”(Transparency)这个重要的建材。

一直到现在,有许多法官不了解司法透明的意义为何。司法透明有多层的意义,其中之一是审判庭的公开,目的在使当事人及社会大众知道法院的审判是经得起检验的,任何人都可以随时走进法院,看到法院在做什么。很遗憾,有的法官竟然因为检察官主张仍有共犯在逃,就命令审判庭不公开,也是当代奇闻,应该列入司法博物馆。如果人民不能随时走进法庭看审判是如何进行,法院的判决不论如何正确,社会大众都会质疑!许多法官不能了解程序公平性与透明性,比判决的正确性还重要。判决是否正确,只有上天知道!没有透明,人民就会怀疑其中有鬼、其中有腐、其中有弊!

司法的透明也包括:原则上,法官应听取双方当事人意见后始作决定,法官不得单独接受一方之证据或意见。除了侦查中搜索票之声请因为性质类似证据保全外,所有法院的决定,都应在听取双方当事人正反不同意见后,始能为之。法院作为人民生命、自由、财产、名誉的最终裁决机关,绝对不是因为法官比较聪明、比较优越,而在于她的透明、中立、超然。很遗憾,仍然有许多法官不能了解此一基本原则。有的法官在言词辩论终结后,自行上网抓资料,据以为裁判之基础。有的法官在办公室打电话给检察官,要检察官补充证据,辩护人则未受通知而完全无表达意见、提出证据反驳的机会。有的检察官跑到法官办公室说明法律、证据的意见,法官也私下接受而未通知辩护人提出答辩。更有甚者,在侦查中的羁押声请,有的法官竟然容许检察官对其交头接耳窃窃私语,不使辩护人知悉检察官陈述内容。不透明的决定,断伤司法的可信性;没有司法的透明,就没有司法的正义。

辩护权与诘问权是建设刑事司法的重要支柱。很遗憾,对于此二权利,我们过去的纪录实在不怎么光彩。

就辩护权部分,如果不是因为王迎先殉命,被告侦查中的辩护权,不知道要拖到何年何月才有可能出现在法条。诘问权的部分,过去证人在警察局、检察官前指控被告的笔录,不论被告如何不服、如何哀求要诘问证人,法院都可以不予理会,因为“最高法院”说被告无诘问证人的权利。我当律师的时候,法官甚至偷偷传唤讯问证人,不使当事人知悉,再拿那份笔录来判决被告有罪,也是因为法官认为被告无诘问证人的权利。

我们虽然作了一些改善,但欠缺人权观念的旧思维仍存于现行法律或实务中。以辩护权为例:一直到现在,辩护人会见羁押之被告,仍有警察在旁监视、监听,甚至有法官据辩护人与被告之会谈内容而判决被告有罪。被告在被拘提或逮捕后,要求先与律师会谈,侦查机关得完全不予理会。警察在讯问被告时,有时会要求辩护人到讯问室外观看,不准辩护人听闻讯问之内容。辩护人在审判前与证人会谈,法官动辄怀疑辩护人教唆伪证。

以诘问权为例,由“司法院”主导的“刑事诉讼法”修改,完全不能体会诘问权的真谛,以官位大小决定被告“宪法”上诘问权的有无,荒谬至极:证人于警察前的陈述,原则上不得为证据,被告保有“宪法”上的诘问权;证人于检察官前的陈述,原则上得为证据,被告有条件地丧失诘问权;证人于其他法官前的陈述,绝对得为证据,被告的诘问权也绝对丧失。“宪法”上诘问权的有无,竟然取决于官位大小,21世纪台湾地区的“司法院”竟然修出如此的法律,也是可以摆在司法博物馆供后人评论。

还要多久,我们才能真正体认辩护权与诘问权的实质意义,让人民拥有充分的防御权,使人民享有公平的审判?本书集结了我这几年所写的许多文章,其中有六篇涉及辩护权与诘问权,也就以此命名。我的助理,台湾大学法律研究所学生蔡羽玄、魏潮宗、刘育琳、陈昭筠、郑雯婷、苏凯平、严心吟,聪敏勤奋,远甚于我,协助搜寻资料,帮忙校正,也提供许多宝贵意见。毋庸置疑,文责一切归我。

王兆鹏

2006年11月20日

台湾大学法律学院研究室

目 录

第一章 受律师协助的权利	1
一、导论	1
二、他山之石	2
三、台湾地区律师权的理论与实务	3
第二章 受有效律师协助的权利	15
一、导论	15
二、适用范围	17
三、宪法标准的演进	18
四、辩护人造成的错误	19
五、利益冲突	27
六、政府的干涉行为	31
七、结论	33
第三章 从美国法看台湾地区刑事被告之律师权	45
一、导论	45
二、律师权之内容	46
三、律师权之抛弃与自行辩护的权利	54
四、宪法上律师权之附着	56
五、结论	61

第四章 贯彻平等与实质之辩护制度	71
一、导论	71
二、辩护制度之理论基础	72
三、平等保护	74
四、实质辩护	78
五、结论	84
第五章 律师与当事人之秘匿特权	93
一、导论	93
二、理论基础	94
三、权利主体	95
四、要件与范围	95
五、结论	100
第六章 对质诘问权	107
一、导论	107
二、传闻法则	110
三、对质诘问权	115
四、结论	137
第七章 从“宪法”解释看被告诉讼基本权与诘问权	151
一、导论	151
二、刑事被告基本权之确立	152
三、“第 392 号解释”与基本权之干预	155
四、“第 384 号解释”与对质诘问权之创设	159
五、最具刑事诉讼深义之“第 582 号解释”	163
六、推翻晦暗先例的“第 556 号解释”	176
七、结论	179
第八章 “释字第 582 号解释”后之刑事诉讼	191
一、导论	191
二、“宪法”诘问权之实践	192
三、共同被告之调查	200
四、诘问权之特别保护?	205

五、上诉审审理原则	209
六、结论	214
第九章 重新思维台湾地区测谎之证据能力	225
一、测谎意义与准确度	225
二、测谎之证据能力	225
三、科学证据之证据能力认定标准	226
四、以“宪法”论测谎之证据能力	228
五、自立法政策论测谎	230
六、测谎与被告以外之人之陈述	231
第十章 论新闻记者之拒绝证言权	237
一、导论	237
二、拒绝证言权的意义	238
三、“宪法”基础的拒绝证言权	240
四、“法律”上的拒绝证言权	242
五、结论	247
英文索引	255
中文索引	259

第一章 受律师协助的权利

一、导论

刑事被告有权聘请律师,在文明国家为基本人权的一部分。美国将之明文订于中,法位阶上属于宪法上权利,其宪法增修条文第六条规定:“In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right. . . to have the assistance of counsel for his defense.”台湾地区“宪法”虽无明文规定刑事被告有受律师协助的权利,但“大法官释字第 654 号解释”明白指出此一权利受“宪法”所保障:“‘宪法’第 16 条规定人民有诉讼权,旨在确保人民有受公平审判之权利,依正当法律程序之要求,刑事被告应享有充分之防御权,包括选任信赖之辩护人,俾受公平审判之保障。”“刑事诉讼法”第 27 条规定:“被告得随时选任辩护人。”其意旨相同。

刑事诉讼中的律师权重要否?西方早期有人说被告若是无罪之人,他就是自己最好的辩护律师,被告只要依事实陈述,自能证明自己无辜。若被告为有罪之人,被告的行止言语,自能透露真相,狡辩的律师只会阻碍此真相的发现。^①但普通人从日常生活中,突然被带入复杂庞大的司法体系中,被控以犯罪,又受生命、自由、财产的威胁,常彷徨无依不知所措,律师能提供专业的知识,教导当事人如何应对,如何保存或调查证据,对被告的重要性,不容否认。换言之,律师于刑事诉讼中能帮助法院发现真实,能协助无辜之人平反,能保护有罪之人的应有权利。

台湾地区律师权已普遍实施,如被告于任何阶段皆得选任辩护人,又“刑事诉讼法”第 33、34 条规定辩护人阅卷及接见被告权,几乎从未听闻执法者有不依法律不让辩护人行使该条规定之权利。

二、他山之石

执业律师只要看过美国电影,可能都会对台湾地区律师在刑事诉讼中的无力而自馁,可能会对美国律师在诉讼中能尽情发挥防御被告的机会而歆羡仰慕。台湾地区被告之律师权与美国有极大的差异,有许多部分涉及刑事诉讼的根本制度,如美国审判为当事人进行主义,而台湾地区为职权主义,因此在不同的主义下,律师自应扮演不同的角色。若欲效仿美国,扩充台湾地区律师于审判中的权力,此不仅是单纯的被告律师权的问题,可能会涉及台湾人民及司法界对当事人进行主义及职权主义的痛苦抉择。但有些差异,则与刑事诉讼制度的根本问题并无太大的关联。

《美国宪法》第六增修条文只规定被告有权聘请律师的协助,但未言贫穷的被告得要求政府为其聘任律师。美国联邦最高法院透过一连串的判决将此条文扩充解释,要求政府应为无资力的被告聘任律师,且此规定应适用到全国各州。联邦最高法院先于 1932 年时,指出死刑案件若被告无资力聘请律师,政府应为其聘任律师,否则即与正当程序(Due Process)的规定违背。^②1938 年要求对于联邦的重罪案件,联邦政府应为无资力被告聘请律师。^③在 1963 年时,联邦最高法院规定各州政府应为该州重罪的贫穷刑事被告聘任律师。^④1972 年时又规定即令轻罪案件的贫穷被告也有此权利。^⑤但 1979 年时,联邦最高法院表示并非每一个贫穷的刑事被告都有权要求政府委派律师,此权利只有当被告确实被科拘役或徒刑时始适用,若被告只被科处罚金则不适用。^⑥

为何贫穷的被告有权要求政府替其委派律师辩护? 联邦最高法院早在 1956 年即开始关心贫穷的被告,并注意被告是否聘有律师有时会影响审判的结果,间接地等于金钱会影响审判的结果。大法官 Black 在当时写下为人传颂的一句名言:“There can be no equal justice where the kind of trial a man gets depends on the money he has.”联邦最高法院的关心并非毫无依据的,据统计美国多达 60% 的刑事被告都无法负担律师费用,在某些大城市甚至多达 80%。^⑦而美国刑事诉讼采当事人进行主义,律师的能力绝对会影响审判的结果。^⑧

美国律师权最重要的规定是,以违反被告律师权而取得的证据完全无效。在 1964 年的一案例,被告 Massiah 于起诉后聘有律师,警察为求得 Massiah 的

自白,乃收编 Massiah 之同案被告,在该同案被告身上装了窃听器,要其约 Massiah 到街上谈论案情,Massiah 不知其患难之友已成警察线民,对其侃侃而谈,同时作出对自己不利的陈述,而为警方窃听录音。最高法院表示 Massiah 所作不利的陈述不得为证据,虽然该陈述为任意性,但被告既已起诉又聘有律师,警方不通知被告律师,却以狡猾方式取得被告陈述,违反被告的律师权。^⑨本案所表彰的是,当被告起诉后且聘有律师,警察必需通知其律师始能对被告取供,若律师不在场,不论警察以何种方式取得被告陈述(如本案以被告友人套得自白),亦不论该陈述是否与事实相符,是否具任意性,皆不得为证据。

又根据《美国宪法》第五增修条文,刑事被告于警讯中亦得聘请律师,此即为众人所熟悉,美国警察于逮捕被告,为讯问前应先告知被告有权请律师在场,若请不起律师,法院会指派律师代替(“You have the right to the attorney’s presence. If you cannot afford an attorney, one will be appointed for you by court.”)^⑩若警方未为此告知义务而取得的自白,不得为证据。但更重要的是若被告要求见律师时,警察必需立即停止讯问,在律师到场之前,警察绝对不得为任何的讯问,否则所取得的自白亦不得为证据。^⑪

三、台湾地区律师权的理论与实务

(一)审判中违反律师权取得的证据

法院于讯问证人或被告时,未依法定程序通知辩护人在场,所取得的自白或证词可为证据否?

1. 过去实务

旧“刑事诉讼法”第 273 条规定,法院为准备审判程序起见,得于第一次审判期日前讯问被告。辩护人得于此讯问时在场,除有急迫情形外,法院应将讯问之日、时及处所预行通知之。实务上偶有法院于审判期日前讯问被告,竟未依前揭规定通知辩护律师到场。不过此种程序违反,通常不会对被告造成太大的伤害,因绝大多数的被告在接到法院通知后,会主动与辩护人联络,辩护人能间接知道法院讯问之日、时及处所,并于讯问时到场。但亦偶有过分自信或过分忙碌的被告,未与辩护人联络,致辩护人不知法院将对被告讯问之情事,非但未能事先教育被告出庭应讯的准备,亦未于讯问时到场,此时法院对

被告讯问所取得的自白或陈述可否为证据？实务上一般皆认为无不可作为证据之理。

更严重的是法院于审判期日前讯问证人，竟未依规定通知辩护律师到场。“刑事诉讼法”第 276 条规定，法院得于审判期日前讯问证人，辩护人得于此讯问时在场，其讯问之日、时及处所，法院“应”预行通知之。法条所用之文字为应通知，而非得通知。但实务上常有法院于审判期日前讯问证人，未依前述规定通知辩护人到场，致辩护人不知卷宗内已多出一证人笔录，也无法猜测法官心证受该证词影响的程度如何。辩护律师须至阅卷时，才赫然警觉多出一证人笔录；更有甚者，有时辩护律师未勤于阅卷，迟至审判中法院为卷宗内笔录提示时，才知道有笔录，律师有如遭突袭暗算，上须面对法院，下须向当事人解释，常惊惶尴尬不知所措。若当庭向法院表示异议，法院多不予理睬，仍迳采为证据，终结辩论程序。

法院于审判期日前讯问证人，却不通知被告或辩护人，可能出于疏忽，亦可能出于故意。若为故意，可能是(1)法院担心若让被告事先知道法院要传唤何证人，被告可能会于讯问前影响证人；也可能是(2)法院不愿证人与被告对质，担心被告若到场，证人不能在被告前自由陈述。不论何种情形，法院皆违反刑事诉讼的基本大原则——无罪推定(Presumption of Innocence)——任何人未受有罪判决前应推定为无罪之人。若非法院心态上已认为被告非无辜之人，否则何以会怀疑被告会事先影响证人，何以会怀疑证人不敢在被告前自由陈述。再者，“刑事诉讼法”第 169 条规定：“审判长预料证人、鉴定人或共同被告于被告前不能自由陈述者，得于其陈述时，命被告退庭。但陈述完毕后，应再命被告入庭，告以陈述要旨。”已规范若证人不能在被告前自由陈述时之处理方式，法院实不应舍此不为，却违反程序规定，“偷偷摸摸”自行传唤证人，不通知被告或辩护人。所以，除非台湾地区不承认前述无罪推定的大原则，否则法官前述心态已明白彰显其非适格公正之法官。更有甚者，法官之行为不论故意或过失，皆侵犯被告得与证人对质诘问之基本人权，此容后详述。

实务上，法院“漂白”其程序的违反，最主要的依据是“刑事诉讼法”第 165 条。依该条规定，卷宗内之笔录可为证据者，应向被告宣读或告以要旨。实务认为只要证人笔录向被告告以要旨后，即可为合法无瑕疵之证据。“最高法院 25 上 1822 号判例”亦采此见解：“受命推事于审判期日前讯问证人，依法系得由当事人或辩护人到场，并非以上开人等在场为必要，故讯问证人时，纵令被

告及其辩护人未到,而审判期日已将此项证言之要旨告知被告,予以辩解之机会者,其采用该项证言,不能以此指为违法。”

2. 最新见解

“最高法院”实务见解认为,辩护人之“在场权”,属被告在诉讼法上之基本权利之一,兼及其对辩护人之依赖权同受保护。辩护人之在场,得证明法院所践行之诉讼程序公正、纯洁、慎重及尊重,用昭公信,且能使当事人、辩护人对于证据方法之展示、取得,因曾会同参与而见证知悉,乃得以及早展开反证活动,有助迅速发现真实。故事实审法院进行相关诉讼程序时,倘无法定例外情形,而未依法通知当事人及辩护人,使其有到场之机会,所践行之诉讼程序自有瑕疵,应认属因违背法定程序取得之证据。^⑧

台湾地区“新法”已改采当事人进行主义,法官对于证人只作人别讯问,即由当事人对证人为诘问。“新法”第166条第1项规定:“当事人、代理人、辩护人及辅佐人声请传唤之证人、鉴定人,于审判长为人别讯问后,由当事人、代理人或辩护人直接诘问之。被告如无辩护人,而不欲行诘问时,审判长仍应予询问证人、鉴定人之适当机会。”

且依“新法”第168条之一规定:“当事人、代理人、辩护人或辅佐人得于讯问证人、鉴定人或通译时在场。(第2项)前项讯问之日、时及处所,法院应预先通知之。但事先陈明不愿到场者,不在此限。”立法理由指出:“为保障当事人之反对诘问权,使交互诘问制度得以充分落实,以期发见真实,当事人、代理人、辩护人及辅佐人于讯问证人、鉴定人或通译时允宜赋予在场之机会,斯即学理上所称之在场权。”

在“新法”的制度下,如法官于讯问证人时,未依规定通知辩护人到场,违反被告的律师权及与证人对质诘问的权利,不论法院出于故意或过失,辩护律师得请求该证词不得为证据。^⑨“最高法院”近年亦认为上述情形“有违被告诉讼基本权之保障”,所取得之证人陈述无证据能力。^⑩

(二)警讯中律师权的违反

本段主要探讨二个问题:第一,警察于讯问被告前,应否先告知被告有权聘请律师?第二,如果被告于警讯时,要求先与律师见面,警察多如何处理?法律应如何规定?

1. 过去规定

国民八十六年(公元1997年)以前,除“刑事诉讼法”第88条之一外,台湾

地区“法律”并无规定执法者于讯问被告前,应告知其有权聘请律师。“刑事诉讼法”第 88 条之一第 4 项规定:“检察官、司法警察官或司法警察依第 1 项规定(迳行拘提)程序拘提之犯罪嫌疑人,应即告知其本人及其家属得选任辩护人到场。”法条所用之文字为“应”,而非“得”告知。此条文有两个问题值得探讨:第一,为何于此种情形,执法者应告知被告得选任辩护人,而于他种情形则无须为相同之告知?第二,若执法者未遵守该规定为告知,所取自白的效力如何?

关于第一个问题,“刑事诉讼法”第 88 条之一为不用拘票之逮捕,而其他逮捕除现行犯外,系用拘票之逮捕。为何执法人员未用拘票逮捕被告,即应告知被告得选任辩护人,若用拘票则不需对被告为同样之告知?自被告之角度而言,不论执法人员持拘票与否,都是逮捕,二者并无轩輊。被告错愕恐慌之心理,亦不会因执法人员持有拘票,而稍有减轻。若无拘票被逮捕之被告应受法律之保障,有拘票被逮捕之被告亦应受同等之保障。故本文主张,执法人员拘提被告时,亦应为 88 条之一得选任辩护人的告知。

以立法例论,世界主要文明国家亦无区别被告之逮捕有无拘票,而要求警察应或不应为律师权的告知。美国之规定已如前述,《德国刑事诉讼法》第 136 条第 1 项亦明文规定:“初次讯问时,……应告知被告……随时或于讯问前,得求教于选任辩护人”。《日本刑事诉讼法》第 203 条亦规定警察为逮捕后,应立即告知被逮捕人得选任辩护人。

关于前述第二个问题,“最高法院 72 年台上字第 1332 号判例”:**“警察机关对拘提到案之被告为讯问时,未即时告知其得选任辩护人,依‘刑事诉讼法’第 88 条之一第 4 项规定,固属告知义务之违反,但于被告在警局任意之自白不生影响,仍非无证据能力,如经原审调查与事实相符,自得资为裁判之基础。”**依“最高法院”见解,只要被告自白为任意性,刑事诉讼程序之违反不影响自白之证据能力。“最高法院”前述见解,或因“刑事诉讼法”第 88 条之一并无警察若违反告知义务,所取得的自白不得为证据的规定,或因此程序违反尚不构成“刑事诉讼法”第 156 条之事由。^⑤简而言之,“最高法院”的理由是“于法无据”。

“最高法院”在作成前述见解时,可能未想到其见解对法律的执行及法律的公平性所可能造成的冲击。就警察层面言,“聪明”的警察在知悉前述判例后,在迳行拘提被告时,恐不会再遵守 88 条之一规定告知被告得选任辩护人。因为告知后,被告可能会立即选任律师到场,进而影响警察对被告的操纵。反