

國立政治大學法學叢書 64

刑事法學的新視野

New Perspectives on Crime and Criminal Justice

政治大學法學院
刑事法學中心 編



在臺五十週年院慶



國立政治大學法學叢書 64

刑事法學的新視野



政治大學法學院
刑事法學中心 編

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

刑事法學的新視野／國立政治大學法學院刑事法學
中心編輯．-- 初版．-- 臺北市：元照，2011.05
面；公分．--（國立政治大學法學叢書；64）

ISBN 978-986-255-117-2（平裝）

1. 刑事法 2. 論述分析 3. 文集

585.07

100007064

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

國立政治大學法學叢書 64

刑事法學的新視野

1D185PA

2011 年 5 月 初版第 1 刷

編者 國立政治大學法學院刑事法學中心
作者 何賴傑、李聖傑、楊雲驊、謝如媛、陳志輝
出版者 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網址 www.angle.com.tw
定價 新臺幣 550 元
專線 (02)2375-6688
傳真 (02)2331-8496
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-255-117-2

院慶叢書 總序

政治大學法學院走過了半個世紀的歲月，在時代更迭之際即將度過五十歲生日。本叢書之出版，即係為祝賀政大法學院五十週年院慶。專書的出版恰可見證過去本院老師對社會議題的關切與努力。

質言之，法律本身是一門強調應用的學科，法律存在的意義就是為了解決社會發生的問題。然而要能妥適處理現實世界各種錯綜複雜的難題，勢必須有深入的分析研究，作為政策選擇背後的堅實依據。

本著這樣的初衷，政大法學院七大研究中心邀集76位教授，提筆撰寫103篇學術論文，將超過163萬字的研究成果集成七冊專書，希望以專業所學回饋社會，共同實現法學院對國家的使命與承諾。

這套叢書從七個不同的法領域出發，切合社會時事並針對當代重要的新興議題，開展法學研究新頁。書中觀點勇於挑戰傳統概念，突破現行制度盲點與思想窠臼，彌平法律規範與社會生活事實間的落差，以符應快速變動中的社會需求，深刻關懷社會轉型期的弱勢保障。

此外，我們也期待藉由本叢書之出版，將我國之法學研究由傳統的單純比較法學，昇華至對全球化與本土化議題之高度關懷，展現作為法制繼受國家深刻的反思與自省，為未來社會之發展以及華人文化法系的創設，建構適切之法規秩序。

當然，法學院能有今日這般豐碩甜美的研究成果，必須感謝教育部頂尖大學計畫，讓我們能無後顧之憂追求知識份子治學淑世的理想，有計畫有系統的完成影響深遠的研究，為政治大學厚植學術能量真正邁向頂尖大學，更為國家奠基人文社會科學的軟實力。

政治大學法學院 院長

方嘉麟

2011年4月

序 文

刑事法相關法制的設計與執行之良窳，是現代法治國中檢驗人權是否受到確實保障的重要指標。刑法規範了犯罪的構成要件和法律效果，是國家發動刑罰權的根據；刑事訴訟法規範國家追訴、審判犯罪的程序，是憲法的測震儀；刑事政策學研究各種足生抗制犯罪與預防犯罪成效的對策。刑事法學研究中心致力於上述研究領域的研究和教學活動之推展，以及積極延聘相關師資。

刑事法學中心正式成立的時間是一九九五年十月，屬於政大法學院中成立時間最早的研究中心。自一九九二年十一月中心成立前開始舉辦第一次刑法師生作品發表會以來，本中心每年定期於第二學期初舉辦刑事法研討會，於一九九四年的第三次師生作品發表會開始同時舉辦第一屆刑法週，截至今年三月止舉辦第十八屆刑法週（同時也是第二屆海峽兩岸刑事法論壇學術研討會），十九年來，已舉辦數場國際學術研討會、各類型研討會、演講會近五十場。近年來，更與最高法院定期合作，舉辦實務與學術的對話學術研討會，與最高法院法官就重要判決議題進行深度學術對話，以求我國刑事判決之益加精進，以及刑事法學理兼顧實務之發展。在老師和學生們多年來的努力下，本中心已成為臺灣刑事法學研究的重要基地。

「人生在世五十年，與天地相較，如夢又似幻」。政大法學院在臺五十年，可卻一點都不夢幻，它培養出無數的社會各

界中堅與菁英，一切是那麼的實際且平實。人生過了五十年，通常是體力開始走下坡的時候。政大法學院五十歲了，非但沒有老態龍鍾，反而顯得生氣蓬勃，處處展現出它的朝氣和活力。為慶祝政大法學院五十大壽，本中心將中心老師近年於上開學術活動中所發表的論文匯集成冊，謹以本書作為其生日賀禮。命名為「刑事法學的新視野」，期待在日益頻繁的國際學術交流活動中，刑事法學研究立足於臺灣，擺脫昔日殖民法學的影響，以全球化的新視野面對未來面臨的新挑戰。

刑事法學中心 主任

陳志輝

2011年4月

目 錄

院慶叢書 總序 序 文

方嘉麟

陳志輝

- 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…………… 何賴傑… 1
- 交通事故中過失行為的刑法處遇思考…………… 李聖傑… 109
- 「家族相似性」探尋刑法典範之應用
——以法益為核心…………… 李聖傑… 141
- 投票行賄罪與訴訟法之「犯罪事實」認定
——以最高法院九十八年度臺上字第五八八六
號判決、九十八年度臺上字第四三一二號
判決與九十九年度第五次刑事庭會議為例…………… 楊雲驊… 165
- 新修正通訊保障及監察法評析
——以「法官保留」及「證據禁止」為中心…………… 楊雲驊… 211
- 論美國毒品法庭制度
——從懲罰到治療的刑事司法實踐…………… 謝如媛… 239
- 夢想或現實？由紐西蘭經驗看修復式司法之
可能性
——以法院轉介之修復式司法方案為中心…………… 謝如媛… 271
- 刑法上的有價證券概念
——偽造有價證券罪研修芻議…………… 陳志輝… 315
- 新刑法犯罪競合問題與實務因應…………… 陳志輝… 331

• 自然的行為單數

- 兼評最高法院九十三年度臺上字第四四二
九號、九十三年度臺上字第三〇三八號、
九十四年度臺上字第四八五四號、九十五
年度臺上字第六七六七號判決…………… 陳志輝… 391

• 競合論之發展在實務實踐的光與影

- 以集合犯概念為中心…………… 陳志輝… 407

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——

何賴傑**

目 次

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
- 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

六、本文見解

肆、歐洲人權公約第六條第三項 c之強制辯護規定

* 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、國際刑法學會臺灣分會、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。

** 政治大學法學院教授。

2 刑事法學的新視野

- | | |
|-------------------|---------------------|
| 一、被告辯護權之三種行使方式 | 柒、我國偵查程序強制辯護規定之解釋適用 |
| 二、無償義務辯護規定之要件 | 一、實質要件 |
| 三、小 結 | 二、程序要件 |
| 伍、違反偵查程序強制辯護規定之救濟 | 三、偵查中羈押強制辯護之適用 |
| 陸、違反偵查程序強制辯護之法律效果 | 四、違法之救濟 |
| 一、違背法令事由 | 五、違法之法律效果 |
| 二、證據禁止 | 六、立法建議 |
| 三、自由心證 | 捌、結 論 |

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，在幫助法官作出符合個案情節的裁判（sachgerechte Entscheidung），同時保護被告避免法官作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。

³ Vgl. Karl Peters, Strafprozess, S. 213.

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

⁵ BVerfG, NStZ 1997, 35.

⁶ Werner Beulke, Strafprozessrecht, Rn. 149.

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。

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”（臺灣譯為「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，在臺灣絕對不會出現，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 Verteidigung）與實質辯護（materielle Verteidigung）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

不過，這種「半義工」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。

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.

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，實不應將兩者混為一談。而用「形式」與「實質」兩個對立概念，也會引起爭議。為何辯護人之辯護只是「形式」辯護？被告為自己辯護就是「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為「辯護權」，被告之權利稱為「防禦權」或單純稱為「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，亦為辯護權，只是此為被告之實質辯護。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為何，參見Werner Beulke, Strafprozessrecht, 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為適當調整。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，因為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,

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，即意味在該界限外，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

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.

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項公平審判作為必要辯護制度之規範基礎，參見下文肆。

¹² 為無資力被告指定義務辯護人，學者認為此為社會國原則（Sozialstaatsprinzip）之要求，參見Rath, aaO.；反對見解，如Mehle, Zeitpunkt und Umfang notwendiger Verteidigung im Ermittlungsverfahren, 2006. S. 201 f：無資力不應作為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，則將被告無資力列為前提要件之一，參見下文肆。

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

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、低收入戶等因素。

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」（Rechtfertigung），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

¹⁴ Schmidt, aaO., S. 49; Kuehne, Strafprozessrecht, Rn. 187.

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: LR-StPO vor § 137 Rn. 67 ff.; § 140 Rn. 8, 15 ff.