

# 辯護人論

吳俊毅◎著

正典出版文化有限公司 出版  
PUBLISHER: ZENITH, TAIPEI

# 辯護人論

吳俊毅 ◆ 著

正典出版文化有限公司 出版



## 自序

喜歡聽故事的人，特別是成功的故事，傳記應該是不錯的選擇，有時候，透過別人的成長過程，可以發現，「同樣是一路走來，哪些是我們也可以作的。」

「全面探索與完整掌握系列」的構想主要是來自於以下幾個例子的啟發。首先是，前德勒斯登科技大學法學院的 Prof. Dr. Knut Amelung 先生，謝謝他分享了選擇以「同意」（Einwilligung）這個主題作為出發點，現在已經延伸到醫療刑法的病患同意領域的心路歷程，這樣的學術發展模式。Passau 大學法學院的 Prof. Dr. Werner Beulke 先生，是選擇「辯護人」進行全面研究的先驅者，到現在還一直想起 2003 年春天在 Inn 河河畔散步的對話，在確認 Beulke 教授以功能的探討出發討論辯護人地位的方法以及認識其後來以辯護人為主軸的系列研究初衷之後，更加確定自己博士階段之後想要研究的東西。從他們的身上看到了一種共通的態度：「選擇一個真正感興趣的主題，然後就繞著這個主題不斷地鑽下去，只為了想要了解與此有關的一切」，就是靠這樣的一股「傻勁」才可能一直撐下去！因為，面對沒有比較好的經濟報酬的題目，以及現今研究成果純粹以爭取到的研究經費量化研究成就的評分趨勢環境底下，要一個經濟條件還在起步階段的年輕人繼續走一條吃力不討好的路是相當困難的。對一個題目不因任何影響而不偏不移地作全面探索，看似枯燥、孤獨，事實上，讓生活與思緒單純並找尋理論發展的「原點」，會赫然發現，有許多被認為是「理所當然的」，根本就是「從來沒有被好好了解過的」。找出原點的過程，可以發現前輩所設定的研究縱深與原點的距離，

以及一連串「錯誤—修正」的思考脈絡。從選題的觀點，這種被歸類成「古典」的動作，實際上才是蘊藏無限創新潛力的所在。對於原點的全面探索，滿足了原始「求知」的需求，如此掌握「來龍去脈」的感覺，相信是踏實且讓人興奮的。在法律學的領域，任何全面探索並掌握理論發展原點的嘗試，根據 1957 年諾貝爾物理學獎得主楊振寧先生的說法應該也算是法律學的前沿研究吧！上面所講的態度將貫穿這個系列，這本書是一個開始，在每一件事情，如果想成為「專家」或者「玩家」，基本的前提就是在這裡。

這本書的基礎是建立在自己從 2001 年起至今陸續以辯護人為題的八篇文章，其中較早發表的三篇文章，「辯護人在審判程序當中的地位—以德國法為中心的探討」、「我國辯護人在審判程序當中地位之探討」、以及「辯護人與其當事人的關係—以德國法為中心的探討」，一方面，由於在文章發表後幾年之間的幾波修法，另外一方面，累積最近幾年幾個對於辯護人的功能和特殊問題的深入思考心得，以及過去四年以來就相同章節在課堂上為求「自圓其說」，不斷在論證上面力求細緻化所得到的主題輪廓的清楚描繪；決定將這三篇文章在編排上設定為導論性質的文章之後，面對之前的論述，覺得有很多地方可以使用更俐落的表達方式來個「一言以蔽之」。因此，藉著出版本書的機會，對這三篇文章，在基本思考不變之下作了大幅度的改寫，包含部分看法的細部調整和參考文獻最新版本的查證，以求寫作風格的連貫性以及更能符合導論文章的功能。也可以這麼說，這三篇文章是「從未發表的最新版本」。其他幾篇文章，完成的時間是在最近三年左右，也藉此機會再作仔細地檢視，修改的幅度不大，只是把一些地方的敘述方式以及觀點進行增補、訂正，並且作參考文獻較

新版本的更新，同時，為了專書形式出版的需要並顧及讀者視覺上的整體感，也對各篇文章作格式上的調整。如果你問我說，「為什麼是辯護人？」時間必須拉回到多年前參加恩師—德國特里爾大學法學院教授 Prof. Dr. Dr. h.c. Hans-Heiner Kühne 先生的「歐洲刑事訴訟法專題研究」，當時無心插柳之下的題目決定。本書用三個大的段落畫出對辯護人全面探索的方向，就所想要完整掌握的目標，這八篇文章只能算是踏出一小步而已，在前述的架構底下還是具有無限延伸的可能性。透過這本書，也想要跟大家分享這樣深鑿的經驗與驚豔，「原來，可能在教科書裡只有幾頁甚至幾行帶過的地方，竟然可以擠出這麼多的東西。」同時帶點私心地為自己的一個成長階段留下紀錄。

本書的出版，想要感謝亦師亦友的黃常仁教授的建議，在人生最困頓的時候老師不計回報一再慷慨地伸出援手，來到國立高雄大學法律系服務之後，很榮幸可以與老師共事，近距離觀察老師，有機會認識到，原來學術的本質就是這樣的一種如同修行般的自我探索：「相信自己、挑戰自己的劣根性」。在老師所致力提倡的理念下，「為年輕老師營造一個『安心、專心』的教學與研究環境」，自己可以自由地邁開步伐穩健地去走學術這一行，同時，在平日共事以及針對許多事情的談話點滴當中更加深刻地體會「教學相長」這句話的真諦。還有，也想謝謝昔日的同事，詹鎮榮副教授，不吝提供自己專書出版的經驗且毫不保留地分享他自己踏實的教學研究故事。封面與編排的風格是一本書給人的第一印象，一本印製精美的書，後製工作也是相當重要的環節，感謝正典出版文化有限公司願意出版本書以及國立成功大學法律系蔡志方教授為促成此事的穿針引線。最後，想感謝高雄大學法律系碩士班蔡念辛、黃俊諺在校對工作的協助與討論，他們與我

反覆閱讀這八篇文章，減少了描述上的錯誤，並使得自己的想法可以更加精確地表達。

在這塊位於北高雄、昔日小漁村旁邊自由自在的美麗淨土，運動、讀書、教書與由此所引發的問題的探索，是這四年來每天樂此不疲的，身心因此獲得了充分的鍛鍊與沈澱，累積了全面探索問題源源不絕的能量和更加寬廣的視野。「了解自己、全面探索、完整掌握、把握機會、精彩呈現」，應該是喚起深植人心感動的要素。這本書的出版也是基於這樣的心情。

吳俊毅

2008 年 12 月於蚵仔寮的刑法基地

# 目次

|          |   |
|----------|---|
| 自序 ..... | 3 |
|----------|---|

## 第一部分 辯護人的地位

|                                    |    |
|------------------------------------|----|
| 第一章 辯護人在審判程序當中的地位—以德國法為中心的探討 ..... | 11 |
| 第二章 我國辯護人在審判程序當中地位之探討 .....        | 35 |
| 第三章 辯護人與其被告的關係—以德國法為中心的探討 .....    | 61 |

## 第二部分 辯護人的功能

|                                                       |     |
|-------------------------------------------------------|-----|
| 第一章 辯護人在場權之探討 .....                                   | 83  |
| 第二章 鑑定人「行鑑定時」辯護人的在場權—評最高法院九十五年度台上字第四五八二號判決 .....      | 121 |
| 第三章 辯護人與被告交流權（Verkehrsrecht）之探討—透過接見以及使用書信方式的情形 ..... | 143 |

## 第三部分 辯護行為的界線

|                                       |     |
|---------------------------------------|-----|
| 第一章 辯護人是實行洗錢罪的高危險群？ .....             | 181 |
| 第二章 辯護人的選任與排除—兼論引進德國辯護人排除機制的可行性 ..... | 215 |





---

## **第一部分 辯護人的地位**

---



# 第一章 辯護人在審判程序當中的地位

## —以德國法為中心的探討

|                         |    |
|-------------------------|----|
| 壹、序言                    | 13 |
| 貳、辯護人地位的學理探討            | 14 |
| 一、司法機關理論                | 15 |
| 二、限制的司法機關理論             | 16 |
| 三、當事人利益代理人理論            | 19 |
| 參、在審判程序當中辯護人與其他程序參與人的關係 | 21 |
| 一、辯護人與檢察官以及法官的關係        | 21 |
| 二、辯護人與其被告的關係            | 24 |
| 肆、辯護人的權利及其限制、辯護人的義務     | 27 |
| 一、辯護人的權利                | 27 |
| 二、辯護人權利的限制、辯護人的義務       | 29 |
| 伍、辯護人的資格與種類             | 31 |
| 一、辯護人的資格                | 31 |
| 二、辯護人的種類                | 32 |
| 陸、結論                    | 34 |



## 壹、序言

這幾年在台灣，關於刑事訴訟制度究竟應否完全或者部分地採行「當事人進行」的精神，討論的情況是相當熱烈的，就刑事訴訟當中訴訟參與者權力（die Macht）優勢的實際消長加以觀察，很自然地，大家首先會去想到法官以及檢察官地位的問題。不過，對於程序的參與，還有一方似乎也不可以被忘記，那就是與被告站在同一邊的一辯護人。整個刑事訴訟的過程就像是在演一齣戲，每個角色都必須要把自己的功能確實地弄清楚，這樣才可以「演什麼，像什麼」。同樣的道理，參與刑事訴訟程序的辯護人，在清楚地瞭解自己在當中的法定功能以及地位之後，可以適當地實行自己的任務。透過對於辯護人地位的掌握，我國刑事訴訟制度所採取的精神即可以獲得「全面性」的確定。歐陸法系刑事訴訟法制的老大哥—德國，其刑事訴訟法採取「辯護制度」以及「辯護人」的設計，對此在實務上以及學理上已經累積相當深入而且廣泛的探討，並且也獲得了相當豐富的成果。俗話說，「他山之石，可以攻錯」，彼邦的經驗或許可以給同樣採取辯護制度以及辯護人機制的我們，在沸沸揚揚的爭執之際，可以稍微停下腳步找到一點思考方向上的啟示。在德國，討論辯護人的地位時，通常是基於這樣的思考順序，首先是由辯護人在審判當中的行為作出發，先藉此來釐清辯護人的任務與功能，然後再自此討論的結果導出辯護人在審判中的地位，因此，有人說：「辯護人的行為

是因，而辯護人的地位則是其行為的果」<sup>1</sup>。一般的德國刑事訴訟法（以下簡稱為：「德刑訴法」）教科書也是遵循著上述的思考順序來對辯護人作介紹<sup>2</sup>。本文將採取上述德國通說在討論辯護人地位時的研究方法，首先由辯護人的地位理論開始，藉由探索辯護人的任務與功能來確定辯護人的法律地位，之後，再由此導出辯護人與其他程序參與人的關係，接著，再詳述辯護人可以獨立行使的權利以及由辯護人地位理論所導出之對其權利的限制與義務<sup>3</sup>，由此來檢討理論與實際規定之間的關係，最後，是德國辯護人的資格以及種類的介紹，本段也是對於辯護人地位理論的再次檢視。

## 貳、辯護人地位的學理探討

關於辯護人在審判當中地位的學理，在研究方法的結構安排上，首先係由辯護人的功能以及任務開始，由對其內涵探討的方

- 
- 1 Rainer Paulus, Dogmatik der Verteidigung, NStZ 1992, Heft 7, S. 305; Werner Beulke, der Verteidiger im Strafverfahren-Funktion und Rechtsstellung, S. 261 f.
  - 2 參見 Hans-Heiner Kühne, Strafprozeßrecht. Ein Lehrbuch zum deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht, 7. Aufl., 2007, Rn. 165 ff.; Werner Beulke, Strafprozeßrecht, 8. Aufl., 2005, Rn. 147 ff.; Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, S. 124 ff.
  - 3 或許這個段落的說明是重複了前面的論述；近來，在德國，辯護人的權利係往擴張的方向發展，若通通把辯護人可以行使的權利放在第一段而和辯護人的任務與功能一起介紹，似乎又無法凸顯問題的重要性，但是，自「理論與實際對照」的觀點來看，這樣的段落編排就有其實益了。

式來導出辯護人在審判當中的地位。對此，在當今德國的文獻上，主要是有三種學說：當事人利益代理人理論、司法機關理論以及限制的司法機關理論。

## 一、司法機關理論

相對於當事人利益代理人理論（以下簡稱為：「利益代理人理論」），「司法機關理論」（die Theorie des Organs der Rechtspflege od. Organtheorie）（以下簡稱為：「機關理論」）認為，辯護行為實行的內涵，除了被告私益的保護之外，尚有公益的保護；這同時也是辯護人的任務與功能。通說大都「借用」德國聯邦律師法第一條的規定作為公式<sup>4</sup>，以此得出並肯定辯護人具有「公的功能」（die öffentliche Funktion）<sup>5</sup>。

因為這樣的需要，辯護人遂獲得許多自己的權利（die eigene Rechte）<sup>6</sup>；辯護人在審判當中係被告的「輔助人」（Beistand），不過，在此不再是單純地按照被告的意思提供辯護協助而已，其具有程序主體的地位，所以，在被告的這一邊會有兩個程序的主體。原則上，受辯護人所保護的公益與私益並不是互相排斥的，反過來說，公益的保護係意味著對於以往所謂的「自由辯護」（freie Verteidigung）的干預，在此情形之下，辯護人的行為是為了保護一個「被一般所認可的利益」（das allgemein anerkannte In-

---

4 德國聯邦律師法（Bundesrechtsanwaltsordnung）第一條（律師在司法當中的地位）：「律師是一個獨立的司法機關。」（Der Rechtsanwalt ist ein unabhängiges Organ der Rechtspflege.）

5 比方，Beulke, Strafprozeßrecht, Rn. 150; Kühne, a. a. O., Rn. 178.

6 Beulke, Der Verteidiger im Strafverfahren, S. 262.



teresse)<sup>7</sup>，因此，當二者相衝突時，公益的保護具有優先性。因為辯護人同時擔負了公益保護的任務，其也在審判程序當中被視為一個「司法機關」<sup>8</sup>；不過，要注意的是，相對於同樣負責公益保護的法官與檢察官，辯護人並非國家組織法意義之下的機關，而只是公務的承擔者<sup>9</sup>。

## 二、限制的司法機關理論

「限制的司法機關理論」（die Theorie des eingeschränkten Organs der Rechtspflege od. die eingeschränkte Organtheorie）（以下簡稱為：「限制的機關理論」）係由現為德國帕勻（Passau）大學的教授 Werner Beulke（布爾克）於 1979 年在其教授資格論文（Habilitationsschrift）當中對於辯護人的地位所提出的看法<sup>10</sup>。其認為，辯護人「公的功能」這個概念畢竟還是不夠明確，容易造成國家司法機關藉此對於辯護的恣意干擾。他對於必要辯護的規

7 Claus-Dieter Knemeyer, Das Verfahren des Strafverteidigers zu seinem Mandanten: Vertrauen und Unabhängigkeit, 1996, S. 203; Karl-Heinz Vehling, Die Funktion des Verteidigers im Strafverfahren, StV 2/1992, S. 87; Wilhelm Krekeler, Strafrechtliche Grenze der Verteidigung, NStZ 1989, Heft 4, S. 147; 不過，有看法認為，「辯護人的地位可當作是受法治國拘束的獨立利益代理人」，Kühne, a. a. O., Rn. 178.

8 反對此說法的，Wolfgang Knapp, der Verteidiger-Ein Organ der Rechtspflege, 1973, 其認為，「辯護人不需要一個限制自由的頭銜」；Gerd Temming, Der Verteidiger als (modifiziertes) Organ der Rechtspflege, StV 1/1982, S. 543.

9 Beulke, Der Strafverteidiger, S. 262.

10 Werner Beulke, der Verteidiger im Strafverfahren-Funktion und Rechtsstellung, 1980.