



社團法人臺中律師公會  
TAICHUNG BAR ASSOCIATION

111 年在職進修

「2022 年社團法人臺中律師公會第二  
屆審、檢、辯、學交流法學研討會  
— 憲法及行政法學探討」

地點：本會會館進修室

★講義僅供上課參考使用，請勿轉做其他用途或外流，謝謝！

中 華 民 國 1 1 1 年 1 2 月 1 7 日

## 議程表

場次時間	議程
08：40～09：00	報到
09：00～09：15	開幕式及貴賓致詞
09：20 ～ 10：40	<p><b>第一場次：憲法訴訟法之修法與問題探討</b></p> <p>主 持 人：社團法人臺中律師公會理事長楊大德律師</p> <p>報 告 人：中央研究院法律學研究所李建良特聘研究員兼 所長（30分鐘）</p> <p>與 談 人：法官學院張升星院長（15分鐘） 洛誠法律事務所主持律師張淵森律師（15分鐘）</p> <p>回應與交流（15分鐘）</p>
10：40～11：00	茶敘/場地佈置
11：00 ～ 12：20	<p><b>第二場次：論辯護人的地位與辯護權的憲法基礎-兼評憲法法庭111年憲判字第7號判決</b></p> <p>主 持 人：社團法人臺中律師公會副理事長蘇若龍律師</p> <p>報 告 人：德國哥廷根大學法學博士馮聖晏（30分鐘）</p> <p>與 談 人：臺灣臺中地方檢察署檢察官/法務部廉政署中部 調查組駐署檢察官黃鈺雯檢察官（15分鐘） 謙信法律事務所主持律師李宜光律師（15分鐘）</p> <p>回應與交流（15分鐘）</p>
12：20～12：30	<p><b>邀請來賓致閉幕詞</b></p> <p>邀請社團法人臺中律師公會前理事長盧永盛律師致詞</p>

---

# 憲法訴訟法之修法 與問題探討

李建良

中央研究院法律學研究所特聘研究員

2

---

## 修法背景

2022年8月11日，司法院院會通過憲法訴訟法修正草案，總說明如下：憲法訴訟法自110年1月4日起施行，大法官審理案件全面司法化、程序訴訟化、審理結果裁判化。鑑於：

1. 因應憲法法庭審判實務運作，優化調整現行條文。
2. 應定義「關係人」。
3. 宜明文建立許可擔任法庭之友期間一致性之準則。
4. 不宜許關係人再聲請憲法法庭裁定許可擔任法庭之友。
5. 宜明文規定憲法法庭宣告法規違憲溯及失效者之效力規定，並及時修正調整有關諭知法規違憲立即失效與溯及失效宣告效力之規範體系。

## 修法背景

6. 至於適用違憲立即失效之法規範所作成之確定裁判，縱係刑事確定裁判，倘非據以聲請憲法法庭裁判之原因案件，仍賦予一般性、溯及性之救濟效力，與長期釋憲實務型塑建立之原則產生落差。
7. 檢討本法就違憲失效法規範之確定裁判為一致性之執行封鎖規範之妥適性，因不同事物領域應有不同規範需求。
8. 補充人民聲請法規範憲法審查及裁判憲法審查案件之聲請要件及應遵守不變期間之計算。

## 修正重點：修正15條，增訂1條

1. 其他法律規定得聲請司法院解釋者，其聲請仍應依其性質，分別適用本法所定相關案件類型及聲請要件之規定。（修正條文第1條）
2. 刪除有關擬制相對人之規定。（修正條文第6條）
3. 當事人依憲法法庭通知到庭，應委任律師為訴訟代理人為原則，不以言詞辯論期日到庭為限。（修正條文第8條）
4. 聲請人書狀除應為之聲明外，並應記載所聲請之本法所定案件類型。（修正條文第14條）
5. 新增審查庭就聲請顯無理由者，毋庸命補正，得以一致決裁定不受理。（修正條文第15條）

6. 賦予關係人得委任訴訟代理人之權，其依憲法法庭通知到庭時，應委任訴訟代理人。（修正條文第19條）
7. 新增本法所稱關係人之定義。（修正條文第19條之1）
8. 排除關係人再聲請憲法法庭裁定許可擔任法庭之友，並明定聲請裁定許可擔任法庭之友之期間；如係聲請裁定許可提出專業意見者，於聲請裁定許可階段，除以書面敘明與審理案件之關聯性外，並應敘明其立場及論點要旨；聲請裁定許可擔任法庭之友，以及經憲法法庭裁定許可擔任法庭之友後，提出法庭之友意見書，均應為相關之資訊揭露。（修正條文第20條）
9. 憲法法庭就分別提起之數宗聲請得合併審理、合併裁判；其合併審理者，得指定其中一宗或數宗聲請案件行言詞辯論。（修正條文第24條）

10. 新增言詞辯論期日應通知關係人及其訴訟代理人到庭，並賦予憲法法庭裁量當事人或關係人本人是否到庭之權。（修正條文第28條）
11. 修正憲法法庭判決書應記載事項。（修正條文第33條）
12. 公開大法官就實體裁定主文之立場，並採主筆大法官顯名制。（修正條文第34條）
13. 新增憲法法庭宣告法規違憲溯及失效者之效力規定；修正憲法法庭判決諭知法規違憲立即失效與溯及失效宣告效力之規範體系，並刪除刑事以外確定裁判於違憲範圍內一律不得再予執行之規定。（修正條文第53條）
14. 人民聲請法規憲法審查及裁判憲法審查案件之聲請要件更加明確化。（修正條文第59條）
15. 新增人民聲請法規憲法審查及裁判憲法審查案件經憲法法庭判決宣告法規溯及失效者，亦得準用第53條之規定。（修正條文第63條）
16. 新增修正條文之施行日期，由司法院以命令定之。（修正條文第95條）

## 問題與討論

### 一、案件類型與法律適用

✓ 第1條、第14條。

#### (一) 憲法訴訟法之案件類型？

憲法審查的程序標的與聲請類型

##### 1. 法規範憲法審查

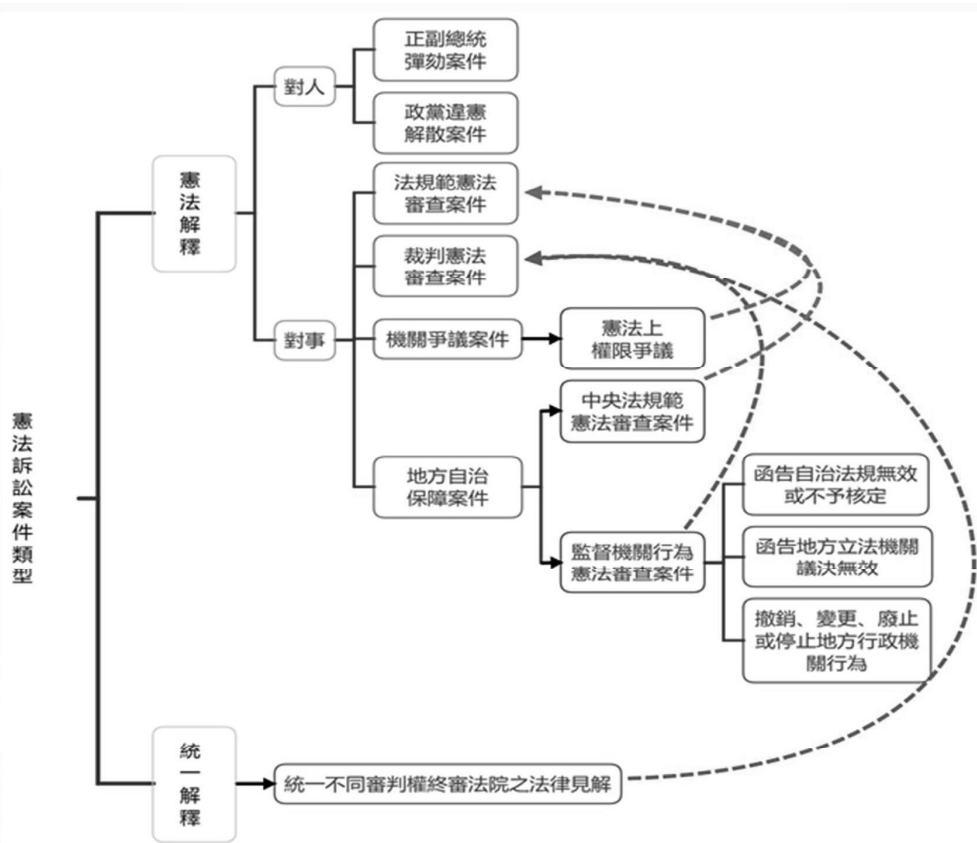
- 國家最高機關或獨立機關聲請
- 立法委員聲請（限法律位階之法規範）
- 各法院聲請（限法律位階之法規範）
- 人民聲請
- 地方自治團體之立法或行政機關聲請（限中央法規範）

##### 2. 裁判憲法審查

- 人民聲請
- 地方自治團體聲請

##### 3. 機關行為憲法審查（機關爭議）

- 國家最高機關聲請



## 一、案件類型與法律適用

### (二) 其他法律與憲訴法之關係？

- ✓ 公民投票法第30條第3項：「立法院、直轄市議會或縣（市）議會依第一項第二款制定之法律或自治條例與創制案之立法原則有無牴觸發生疑義時，提案人之領銜人得聲請司法院解釋之。」
- ✓ 地方制度法第30條第5項：「自治法規與憲法、法律、基於法律授權之法規、上級自治團體自治條例或該自治團體自治條例有無牴觸發生疑義時，得聲請司法院解釋之。」

## 二、憲法訴訟之當事人與關係人

✓ 第6條、第8條、第19條、第19條之1、第20條、第28條

(一) 何謂「憲法訴訟之當事人」？

(二) 當事人之程序主體地位？

(三) 關係人之程序主體地位？

(四) 憲法訴訟之訴訟代理人

(五) 法庭之友

## 三、不受理裁定之法庭與理由

✓ 第15條

(一) 憲法法庭與審判庭之關係

(二) 不受理裁定之理由



#### 四、合併審理與言詞辯論

##### ✓ 第24條

(一) 強制合併審理？

(二) 強制言詞辯論？

#### 五、判決與實體裁定之形式

##### ✓ 第33條、第34條

(一) 憲法法庭判決形式之實體意涵

(二) 主筆大法官制度之規範意涵

## 六、人民聲請憲法審查之要件

### ✓ 第59條

- (一) 聲請憲法審查的訴訟權能與程序合法要件？
- (二) 依法定程序用盡審級救濟程序之規範意涵？
- (三) 不利確定終局裁判暨最終裁判之規範意涵？

## 七、憲法法庭判決之效力

### ✓ 第53條、第63條

- (一) 案件類型與憲法法庭判決之效力
- (二) 憲法法庭判決的時之效力
- (三) 憲法法庭判決的對事效力



## 八、修正條文之施行日期

✓ 第95條



謝謝聆聽  
敬請指教

## 憲法訴訟法部分修正條文對照表

### 一、案件類型與法律適用

#### 第 1 條：

原條文	<p>第一項：司法院大法官組成憲法法庭，依本法之規定審理下列案件：一、法規範憲法審查及裁判憲法審查案件。二、機關爭議案件。三、總統、副總統彈劾案件。四、政黨違憲解散案件。五、地方自治保障案件。六、統一解釋法律及命令案件。</p> <p>第二項：其他法律規定得聲請司法院解釋者，其聲請程序應依其性質，分別適用解釋憲法或統一解釋法律及命令之規定。</p>
新條文	<p>第一項：未修正。</p> <p>第二項：其他法律規定得聲請司法院解釋者，其聲請仍應依其性質，分別適用本法所定相關案件類型及聲請要件之規定。</p>
修正理由	<p>第一項未修正。</p> <p>第二項立法原旨，係考量除第一項所定之憲法訴訟案件類型外，如有其他法律規定得聲請司法院解釋（例如公民投票法第三十條第三項）者，仍應以聲請案件之性質合於大法官職權規定者為限，由憲法法庭適用本法所定相關案件類型及聲請要件之規定審理之。「解釋憲法或統一解釋法律及命令規定」固係憲法賦予大法官之固有職權內涵，並經本法予以具體化其程序，惟與本法就大法官審理案件職權予以類型化之憲法訴訟案件類型概念未相銜接對應，適用上易滋疑義；又憲法法庭依本法審理其他法律規定得聲請司法院解釋之案件，當不僅以聲請程序為限，現行條文就此規範亦有不足。為應實務運作所需，爰修正本項，規定依其他法律規定聲請之案件繫屬時，憲法法庭仍應依其性質，分別適用本法所定相關案件類型及聲請要件規定審理之。</p>

#### 第 14 條

原條文	<p>第一項：書狀，除本法別有規定外，應記載下列各款事項： 一、當事人姓名、身分證明文件字號及住所或居所；當事人為法人、機關或其他團體者，其名稱及所在地、事務所或營業所。二、有法定代理人、代表人或管理人者，其姓名、住所或居所，及其與法人、機關或團體之關係。三、有訴訟代理人或辯護人者，其姓名、職業、住所或居所。四、應為之聲明。五、事實上及法律上之陳述。六、供證明或釋明用之證據。七、附屬文件之名稱及其件數。八、憲法法庭。九、年、月、日。</p> <p>第二項到第六項：未修正</p>
新條文	<p>第一項：書狀，除本法別有規定外，應記載下列各款事項：</p>

	<p>一、當事人姓名、身分證明文件字號及住所或居所；當事人為法人、機關或其他團體者，其名稱及所在地、事務所或營業所。二、有法定代理人、代表人或管理人者，其姓名、住所或居所，及其與法人、機關或團體之關係。三、有訴訟代理人或辯護人者，其姓名、職業、住所或居所。四、<u>聲請之案件類型</u>及應為之聲明。五、事實上及法律上之陳述。六、供證明或釋明用之證據。七、附屬文件之名稱及其件數。八、憲法法庭。九、年、月、日。</p> <p>第二項到第六項：未修正</p>
修正理由	<p>第一條規定司法院大法官組成憲法法庭，審理法規範憲法審查及裁判憲法審查、機關爭議、總統、副總統彈劾、政黨違憲解散、地方自治保障、統一解釋法律及命令等六類案件，依其他法律規定得聲請司法院解釋者，則分別適用本法所定相關案件類型及聲請要件之規定。為促使聲請人於書狀表明所聲請之本法所定案件類型，俾利引導憲法訴訟之參與者明確表達其主張，暨利於憲法法庭判斷其聲請要件具備與否，並進一步作為開展憲法訴訟書狀規則之依據，以提升憲法法庭審理效能，爰修正第一項第四款規定，增訂除應為之聲明外，書狀並應記載所聲請之本法所定案件類型。</p> <p>第二項到第六項：未修正</p>

## 二、憲法訴訟之當事人與關係人

### 第6條：

原條文	<p>第一項：本法所稱當事人，係指下列案件之聲請人及相對人： 一、第三章案件：指聲請之國家最高機關、立法委員、法院及人民。二、第四章案件：指聲請之國家最高機關，及與其發生爭議之機關。三、第五章案件：指聲請機關及被彈劾人。四、第六章案件：指聲請機關及被聲請解散之政黨。五、第七章案件：指聲請之地方自治團體或其立法、行政機關。六、第八章案件：指聲請之人民。</p> <p>第二項：受審查法規範之主管機關或憲法法庭指定之相關機關，視為前項之相對人。</p>
新條文	<p>第一項：未修正 第二項：<u>全部刪除</u></p>
修正理由	<p>第一項未修正。</p> <p>現行條文第二項就本質上屬客觀訴訟之法規範憲法審查案件類型，擬制受審查法規範之主管機關或憲法法庭指定之相關機關為相對人，使其於程序上除具陳述意見之地位外，更取得當事人之地位。惟其既不具當事人之實質，擬制規定於體系及解釋適用上，反生困擾。又第十九條之一已明文規定有參與程序之必要而經憲法法</p>

	庭指定之人民、機關或團體為關係人，且第十九條第一項及第二十八條第一項已分別賦予關係人有到庭說明、陳述意見及言詞辯論之機會，故受審查法規範之主管機關或憲法法庭指定之相關機關於本項刪除後，於必要時，仍得經憲法法庭指定為關係人而參與憲法訴訟之程序。爰刪除現行條文第二項，以杜爭議。
--	---

### 第 8 條

原條文	<p>第一項：當事人得委任律師為訴訟代理人；除有下列情形之一者外，言詞辯論期日，應委任律師為訴訟代理人：一、當事人或其代表人、法定代理人具有法官、律師或第三項第一款得為訴訟代理人之資格。二、第六條第二項所稱相對人。三、被彈劾人已選任辯護人。</p> <p>第二項：每一當事人委任之訴訟代理人，不得逾三人。</p> <p>第三項：非律師具有下列情形之一者，亦得為訴訟代理人：一、法學教授、副教授或助理教授。二、當事人為公法人、機關、公法上之非法人團體時，其所屬辦理法制或法務相關業務之專任人員。</p> <p>第四項：委任前項非律師為訴訟代理人者，應經憲法法庭審判長許可。</p> <p>第五項：第一項第一款情形，應提出資格證明文件；委任訴訟代理人，應提出委任書及受任人之資格證明文件。</p> <p>第六項：訴訟代理人不得委任複代理人。</p>
新條文	<p>第一項：當事人得委任律師為訴訟代理人；除有下列情形之一者外，<u>依通知到庭</u>，應委任律師為訴訟代理人：一、當事人或其代表人、法定代理人具有法官、律師或第三項第一款得為訴訟代理人之資格。二、被彈劾人已選任辯護人。</p> <p>第二項到第六項：並未修正。</p>
修正理由	<p>憲法法庭審理之案件，當事人依通知到庭以言詞陳述意見者，除另有規定外，均有採律師強制代理之必要，以使當事人就憲法爭點充分陳述、詢答，並促進憲法法庭審理之效率，爰修正第一項序文，明定除有該項各款情形之一者外，<u>當事人依通知到庭</u>，應委任律師為訴訟代理人。</p> <p>配合第六條刪除第二項，現行條文第一項第二款「第六條第二項所稱相對人」已無規定之必要，爰予刪除；第三款款次變更為第二款。</p> <p>第二項到第六項：並未修正。</p>

### 第 19 條

原條文	第一項：憲法法庭審理案件認有必要時，得依職權或依聲請，
-----	-----------------------------

	<p>通知當事人或關係人到庭說明、陳述意見，並得指定專家學者、機關或團體就相關問題提供專業意見或資料。</p> <p>第二項：前項通知或指定，應以通知書送達。</p> <p>第三項：當事人、關係人以外之人民或團體，依第一項指定提出專業意見或資料時，應揭露以下資訊：一、相關專業意見或資料之準備或提出，是否與當事人、關係人或其代理人有分工或合作關係。二、相關專業意見或資料之準備或提出，是否受當事人、關係人或其代理人之金錢報酬或資助及其金額或價值。三、其他提供金錢報酬或資助者之身分及其金額或價值。</p>
<p>新條文</p>	<p>第一項修正為：<u>憲法法庭審理案件認有必要時，得通知當事人、關係人到庭說明、陳述意見，並得指定專家學者、機關或團體就相關問題提供專業意見或資料。</u></p> <p>第二項：未修正</p> <p>第三項增訂：<u>「關係人得委任訴訟代理人；依通知到庭，應委任訴訟代理人。」</u></p> <p>第四項增訂：<u>「前項訴訟代理人之資格與人數，準用第八條之規定。」</u></p> <p>第五項：原第三項內容移列</p>
<p>修正理由</p>	<p>第一項部分：憲法法庭依職權審理案件，除本法別有規定，如依第二十八條第一項，行言詞辯論期日原則上應通知當事人、關係人及其訴訟代理人到庭外，是否通知當事人、關係人到庭說明或陳述意見，原即憲法法庭視審理案件需要職權決定。現行條文第一項縱有當事人或關係人得聲請到庭說明或陳述意見之規定，實質上僅具促請憲法法庭職權發動之意義；又配合第十九條之一增訂本法所稱之關係人係由憲法法庭職權指定之人，現行條文關於當事人或關係人得聲請到庭說明、陳述意見之規定已無必要，爰予刪除；另本項文字並酌作修正。</p> <p>第二項未修正。</p> <p>增訂第三項：</p> <p>鑑於憲法法庭審理案件涉及憲法領域高度專業知識，為避免關係人因欠缺專業知識能力與經驗，致未能明確就爭點闡述其意見、主張，爰賦予關係人委任訴訟代理人之權，以保障其訴訟權益，並促進審理效率。</p> <p>為期關係人依通知到庭時，得聚焦於憲法爭點論述，促進憲法訴訟程序順暢進行，爰採強制訴訟代理之制度。</p> <p>增訂第四項：關於關係人之訴訟代理人概念用語及資格與人數，準用第八條之規定。</p> <p>第五項：現行條文第三項遞移為第五項。</p>

第 19 條之 1

增訂條文	<u>本法所稱關係人，指有參與程序之必要，經憲法法庭指定之人民、機關或團體。</u>
修正理由	<p>憲法法庭居於客觀、中立及超然之立場審理案件，容有廣泛參考不同專業領域之多元意見或各種資料之需要，以適切行使憲法審判權。為利憲法法庭審理案件適用及程序進行，爰明定本法所稱關係人，乃有參與程序之必要，經憲法法庭依職權指定之人，藉憲法法庭之指定，確立其於具體程序之關係人地位。</p> <p>憲法法庭於審理不同類型之案件時，得衡量案件之性質與特定人民、機關或團體間之利害關係，及參與訴訟程度之必要性，決定是否賦予下列之關係人之程序主體地位：(一) 第三章案件之法規範主管機關，或其他相關機關。(二) 第三章第二節案件，法院審理之原因案件當事人。(三) 第三章第三節案件，因依法定程序用盡審級救濟之不利確定終局裁判受有法律上之利益者。(四) 第四章案件之裁判，於其憲法上權限具有重要性之其他國家最高機關。(五) 第七章案件之中央法規範主管機關、其他相關機關，或就該章案件之裁判，於其受憲法保障之地方自治權限具有重要性之其他地方自治團體。(六) 第八章案件，因依法定程序用盡審級救濟之不利確定終局裁判受有法律上之利益者。(七) 其他憲法法庭認為適當者。</p>

第 20 條

原條文	<p>第一項：當事人以外之人民、機關或團體，認其與憲法法庭審理之案件有關聯性，得聲請憲法法庭裁定許可，於所定期間內提出具參考價值之專業意見或資料，以供憲法法庭參考。</p> <p>第二項：前項聲請，應以書面敘明關聯性為之。</p> <p>第三項：當事人以外之人民或團體，依裁定許可提出專業意見或資料時，準用前條第三項之規定。</p> <p>第四項：當事人以外之人民、機關或團體依裁定許可提出專業意見或資料時，應委任代理人；其資格及人數依第八條之規定。</p> <p>第五項：憲法法庭審理案件認有必要通知其裁定許可之當事人以外之人民、機關或團體到庭說明、陳述意見時，應以通知書送達。</p> <p>第六項：第一項人民、機關或團體提出專業意見或資料，經當事人引用者，視為該當事人之陳述。</p>
新條文	<p>第一項：當事人及<u>關係人以外</u>之人民、機關或團體，認其與憲法法庭審理之案件有關聯性，得聲請憲法法庭裁定許可，於所定期間內提出具參考價值之專業意見或資料，以供憲法法庭參考。</p> <p>第二項：前項聲請，應以書面敘明關聯性為之；<u>其聲請裁定許</u></p>



	<p><u>可提出專業意見者，另應敘明其立場及論點要旨。</u></p> <p><u>第三項：第一項得聲請憲法法庭裁定許可之期間，自聲請書公開之日起算二個月。但另經公告者，至公告之截止日止。</u></p> <p><u>第四項：當事人及關係人以外之人民或團體為第一項之聲請時，準用第十九條第五項之規定。其依裁定許可提出專業意見或資料時，亦同。</u></p> <p><u>第五項：當事人及關係人以外之人民、機關或團體依裁定許可提出專業意見或資料時，應委任訴訟代理人。</u></p> <p><u>第六項：前項訴訟代理人之資格及人數，準用第八條之規定。</u></p> <p><u>第七項：憲法法庭審理案件認有必要通知其裁定許可之當事人及關係人以外之人民、機關或團體到庭說明、陳述意見時，應以通知書送達。</u></p> <p><u>第八項：經憲法法庭依第一項裁定許可之人，嗣經憲法法庭指定為關係人時，第一項裁定失其效力。</u></p>
修正理由	<p>本法已賦予關係人一定之程序主體地位，得依第二十八條通知其到庭參與言詞辯論，爰排除關係人再聲請裁定許可任法庭之友進而另再提出意見之資格，避免立場、論點重複及程序之浪費，爰修正現行條文第一項、第三項、第四項及第五項規定。</p> <p>為利提供憲法法庭充分之資料，以判斷是否裁定許可擔任法庭之友之聲請，參考美國聯邦最高法院審理規則第三十七條第五項規定，於第二項後段增訂聲請人如係聲請裁定許可提出專業意見者，於聲請裁定許可階段，除以書面敘明與審理案件之關聯性外，並應敘明其立場及論點要旨。</p> <p>聲請憲法法庭裁定許可擔任法庭之友之期間，宜明文限定，以利建立一致性之準則以資遵循，並配合案件之審理期程，亦容留當事人回應之機會。爰應實務運作之需，增訂第三項明定聲請法庭之友裁定許可之期間，並設公告調節機制。又該聲請期間，非法定不變期間，附此敘明。</p> <p>現行條文第三項遞移為第四項。聲請裁定許可擔任法庭之友，以及經憲法法庭裁定許可擔任法庭之友後，提出法庭之友意見書，均應為相關之資訊揭露，俾使憲法法庭於裁定許可時，有判斷其立場之資料；於接受其提出之意見或資料時，得併為審酌所揭露之資訊。另並配合第十九條之修正，調整準用項次。</p> <p>現行條文第四項前段有關法庭之友提出專業意見或資料時應強制專業代理規定部分遞移為第五項，並酌作文字修正。</p> <p>現行條文第四項後段有關強制代理之資格及人數規定部分移列增訂為第六項。</p> <p>現行條文第五項遞移為第七項。</p> <p>法庭之友提出之專業意見或資料經當事人引用即構成當事人陳</p>

	<p>述之一部，毋庸贅定，現行條文第六項爰予刪除。</p> <p>經憲法法庭裁定許可擔任法庭之友者，嗣經憲法法庭指定為審理案件之關係人時，憲法法庭許可法庭之友裁定之效力如何，應予規範，爰增訂第八項明定該裁定失其效力。</p>
--	--

第 28 條：

原條文	<p>第一項：言詞辯論期日應通知當事人、訴訟代理人或關係人到庭。</p> <p>第二項：訴訟代理人或依第八條毋庸委任訴訟代理人到庭辯論之當事人無正當理由不到庭者，除本法別有規定外，憲法法庭得逕為裁判。</p>
新條文	<p>第一項：言詞辯論期日應通知當事人、<u>關係人及其訴訟代理人</u>到庭。<u>但憲法法庭認為當事人或關係人本人毋庸或不宜到庭者，不在此限。</u></p> <p>第二項：未修正</p>
修正理由	<p>憲法法庭行言詞辯論之案件，當事人與經通知到庭之關係人於此程序均具程序地位；又當事人與關係人分別依第八條、第十九條第三項、第四項之規定，採強制訴訟代理。於言詞辯論期日，即應通知當事人、關係人及其訴訟代理人到庭，爰修正第一項本文規定。</p> <p>憲法法庭審理案件涉及憲法領域高度專業知識，案件行言詞辯論之意義，除在其程序公開性外，更重在於使憲法法庭於有限之時間內，經程序參與者之言詞陳述與詢答過程，就憲法爭點獲得書面資料以外更充分之認識。為使憲法爭點之辯論、詢答聚焦，宜賦予憲法法庭依案件與爭點之性質，裁量當事人與關係人本人是否到庭之權限。倘認為不必要或不適宜者，當毋庸通知其到庭，爰增訂第一項但書規定。</p> <p>第二項：未修正</p>

三、不受理裁定之法庭與理由

第 15 條

原條文	<p>第一項：聲請憲法法庭裁判，應以聲請書記載本法規定之應記載事項，並附具相關佐證資料提出於憲法法庭。</p> <p>第二項：前項聲請，有下列各款情形之一者，審查庭得以一致決裁定不受理。但其情形可以補正者，審判長應定期間命其補正：一、聲請人無當事人能力。二、聲請人未由合法之法定代理人、代表人或管理人為訴訟行為。三、由訴訟代理人聲請，而其代理權有欠缺。四、聲請逾越法定期限。五、本法明定不得聲請或不得更行</p>
-----	--

	<p>聲請之事項。六、對憲法法庭或審查庭之裁判聲明不服。七、聲請不合程式或不備其他要件。</p> <p>第三項：聲請書未表明聲請裁判之理由者，毋庸命其補正，審查庭得以一致決裁定不受理。</p>
新條文	<p>第一項及第二項：未修正</p> <p>第三項：聲請書未表明聲請裁判之理由<u>或聲請顯無理由者</u>，毋庸命其補正，審查庭得以一致決裁定不受理。</p>
修正理由	<p>第一項及第二項：未修正</p> <p>聲請案件之聲請書雖有關於聲請裁判之論述，惟依其所述，在法律上顯然不能獲得聲請有理由的裁判者，並無受理作成實體裁判之價值。第三十二條第一項規定，聲請顯無理由，憲法法庭應裁定不受理；審查庭既擔負篩選案件之功能，則就顯無理由之聲請，如已能達成一致決，亦應得以此理由裁定不受理，並由審查庭以外其他大法官依程序表示意見，無再待由憲法法庭以顯無理由為不受理裁定之必要，否則顯然輕重失衡。爰於第三項就聲請顯無理由者，明定毋庸命聲請人補正，審查庭亦得以一致決裁定不受理，以杜爭議。</p>

#### 四、合併審理與言詞辯論

##### 第 24 條

原條文	<p>第一項：分別提起之數宗聲請，憲法法庭得合併審理，並得合併裁判。但其聲請審查之法規範或爭議同一者，憲法法庭應就已受理之聲請案件合併審理。</p> <p>第二項：聲請人以同一聲請書聲請數事項，憲法法庭得分別審理，並得分別裁判。</p>
新條文	<p>第一項：<u>憲法法庭</u>就分別提起之數宗聲請得合併審理，並得合併裁判；<u>其合併審理者，得指定其中一宗或數宗聲請案件行言詞辯論。</u></p> <p>第二項：未修正</p>
修正理由	<p>第一項：現行條文第一項但書規定聲請審查之法規範或爭議同一者，憲法法庭應就已受理之聲請案件合併審理。惟聲請審查之法規範或爭議同一之案件一律併案審理，反而影響案件審理之效率。況第四十一條已規定憲法法庭應以裁定宣告判決效力及於其他以同一法規範或爭議聲請而未及併案審理之案件，已可妥適處理已繫屬而未予併案審理之案件，爰予刪除。又憲法法庭合併審理案件，經常係因其聲請審查之法規範或爭議同一，考量併案聲請人於案件行言詞辯論時，聲請意旨與論點往往共通，且憲法法庭所行之言詞辯論，除第五章及第六章案件類型外，本係任意言詞辯論，亦無應本</p>

	<p>於言詞辯論而為判決之規定。為提升憲法法庭審理案件之效能，爰明定憲法法庭得指定其中一宗或數宗聲請案件行言詞辯論。</p> <p>第二項：未修正</p>
--	---

## 五、判決與實體裁定之形式

### 第 33 條

原條文	<p>第一項：判決應作判決書，記載下列事項：一、當事人姓名、住所或居所；當事人為法人、機關或其他團體者，其名稱及所在地、事務所或營業所。二、有法定代理人、代表人、管理人者，其姓名、住所或居所及其與法人、機關或團體之關係。三、有訴訟代理人或辯護人者，其姓名、住所或居所。四、案由。五、經言詞辯論者，其言詞辯論終結日期。六、主文。七、當事人陳述之要旨。八、理由。九、年、月、日。十、憲法法庭。</p> <p>第二項：判決書應記載參與判決之大法官姓名及其同意與不同意主文之意見，並標示主筆大法官。</p> <p>第三項：判決得於主文諭知執行機關、執行種類及方法。</p> <p>第四項：理由項下，應記載受理依據，及形成判決主文之法律上意見。</p>
新條文	<p>第一項：判決應作判決書，記載下列事項：一、當事人姓名、住所或居所；當事人為法人、機關或其他團體者，其名稱及所在地、事務所或營業所。二、有法定代理人、代表人、管理人者，其姓名、住所或居所及其與法人、機關或團體之關係。三、有訴訟代理人或辯護人者，其姓名、住所或居所。四、案由。<u>五、主文。</u><u>六、理由。</u><u>七、年、月、日。</u><u>八、憲法法庭。</u>（刪除原本的第五款與第七款）</p> <p>第二項及第三項未修正</p> <p>第四項：理由項下，應記載<u>當事人陳述之要旨</u>、受理依據，及形成判決主文之法律上意見。</p>
修正理由	<p>現行條文第一項第五款係參酌民事訴訟法第二百二十六條第一項第三款、行政訴訟法第二百零九條第一項第四款規定。惟憲法訴訟為法律審，僅就憲法問題辯論；言詞辯論終結後，憲法法庭仍可採酌嗣後所提出之訴訟資料，言詞辯論終結日期並無設定既判力基準時點功能，判決尚無記載言詞辯論期日之必要，爰刪除之。</p> <p>現行條文第一項第七款所定當事人陳述之要旨，並不獨立於主文、理由項而另為一項記載，爰移列至第四項，修正增列為理由項下應記載事項之一。</p> <p>現行條文第一項第六款、第八款至第十款規定，變更為第五款至第八款。</p>

### 第 34 條

原條文	<p>第一項：前條第一項及第三項規定，於裁定準用之。裁定，除本法</p> <p>第二項：別有規定外，得不附理由。</p>
新條文	<p>第一項：前條第二項及第三項規定，於<u>實體裁定</u>準用之。</p> <p>第二項：未修正</p>
修正理由	<p>憲法法庭依本法所作成之判決、裁定，除具解決個案紛爭之特性外，均與判斷有無侵害憲法基本權、是否維繫社會多元價值及能否平衡、協調國家機關權力等憲法價值息息相關，具令憲法具體化及法律規範形成之機能。憲法法庭所為之實體裁定，依第三十八條第二項規定，效力既等同判決，於實體裁定之記載應同第三十三條第二項之規定，實體裁定亦需記載參與之大法官姓名，及其同意與不同意主文之意見，並採行主筆大法官顯名制。</p> <p>又憲法法庭審理案件，除實體事項外，諸多程序事項均須以裁定即時、有效處理，回應當事人或關係人之主張，其裁定格式與記載內容不宜固化，此亦為共通之訴訟法理（民事訴訟法第二百二十條、刑事訴訟法第二百二十條、行政訴訟法第一百八十七條參照），爰修正現行條文第一項，限縮僅實體裁定準用第三十三條第二項及第三項之規定。</p>

## 六、人民聲請憲法審查之要件

### 第 59 條

原條文	<p>第一項：人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，對於受不利確定終局裁判所適用之法規範或該裁判，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。</p> <p>第二項：前項聲請，應於不利確定終局裁判送達後六個月之不變期間內為之。</p>
新條文	<p>第一項：人民於其<u>憲法上所保障之權利遭受不法侵害</u>，經<u>依法定程序用盡審級救濟程序</u>，對於所受不利確定終局裁判，<u>或該裁判及其所適用之法規範</u>，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。</p> <p>第二項：前項聲請，應自<u>用盡審級救濟之最終裁判送達後翌日起</u>之六個月不變期間內為之。</p>
修正理由	<p>第一項：</p> <p>本法增加裁判憲法審查案件類型，除人民所受不利確定終局裁判所適用之法規範外，亦將該不利確定終局裁判納為憲法審查之客體。憲法法庭如認人民之聲請有理由者，依本法第六十二條，應於</p>

	<p>判決主文宣告該確定終局裁判違憲，廢棄發回管轄法院；如認該確定終局裁判所適用之法規範違憲，並為法規範違憲之宣告。所對應者，或係不利確定終局裁判因適用違憲之法規範而違憲，或係所適用之法規範雖未違憲，惟該裁判解釋適用該法規範之見解違憲。不問何種情形，均以該不利之確定終局裁判違憲為必要。人民依法定程序用盡審級救濟程序，聲請憲法法庭裁判時，自應相應具體敘明該不利確定終局裁判，或該裁判及其所適用之法規範有如何違憲之情事，爰修正現行條文之文字，以杜爭議，並利人民依循。</p> <p>本節就人民聲請法規範及裁判憲法審查之案件類型之規定，係憲法第七十七條司法院大法官解釋憲法權限之具體化態樣之一。既係憲法審查，人民聲請憲法法庭為憲法審查，當以其憲法上所保障之權利遭受公權力不法侵害為要件，始克該當，爰予明定，以杜爭議。</p> <p>又人民聲請憲法法庭為憲法審查，應以其憲法上所保障之權利遭受「公權力」不法侵害為要件。詳言之，基本權主要在於確保個人自由領域免於公權力之不法侵害，為主觀權利而具防禦功能。此外，基本權也作為客觀價值秩序，直接拘束所有公權力。基本權如受私人，或自然災害之侵害，僅能藉由公權力方能有效排除時，包含法院在內之公權力，其行使或不行使，或就基本權衝突之衡量，如忽略基本權作為客觀價值秩序之意義，或對於基本權之保護有所不足而具不法性，仍屬公權力不法侵害。於基本權遭受私人侵害時，基本權客觀價值秩序所拘束之公權力對象尤其指向民事法院，附此敘明。</p> <p>第二項：人民依本節規定聲請憲法法庭裁判，須符合依法定程序用盡審級救濟而受不利確定終局裁判之要件。法定不變期間之計算，當自聲請人用盡審級救濟之最終裁判送達之翌日起算，始符公允。至於各該終審法院係以不合法或無理由駁回以致原因案件裁判終局確定，則非所問。現行條文第二項關於此部分之規定未臻明確，爰予修正，以資遵循，並保障人民聲請權益。</p>
--	---

## 七、憲法法庭判決之效力

### 第 53 條

原條文	<p>第一項：判決宣告法規範立即失效者，於判決前已繫屬於各法院而尚未終結之案件，各法院應依判決意旨為裁判。</p> <p>第二項：判決前已適用前項法規範作成之刑事確定裁判，檢察總長得依職權或被告之聲請，提起非常上訴。</p> <p>第三項：前項以外之確定裁判，其效力除法律另有規定外，不受影響。但尚未執行或執行未完畢者，於違憲範圍內，不得再予執</p>
-----	--

	行。
新條文	<p>第一項：判決宣告法規立即失效或溯及失效者，於判決前已繫屬於各法院而尚未終結之案件，各法院應依判決意旨為裁判。</p> <p>第二項：<u>判決前適用立即失效之法規範作成之確定裁判</u>，其效力除法律另有規定外，不受影響。</p> <p>第三項：<u>判決前以溯及失效之法規範為基礎作成之確定裁判，得依法定程序或判決意旨救濟之；其為刑事確定裁判者，檢察總長得據以提起非常上訴。</u></p>
修正理由	<p>本法第五十二條第一項依歷來釋憲實務之慣例，明定憲法法庭之判決宣告法規違憲且應失效者，得為立即失效、溯及失效或定期失效之諭知，則三種不同之法規範違憲失效宣告模式，皆應明確規範其效力。爰修正本條，新增憲法法庭宣告法規違憲且溯及失效之宣告模式效力，另調整現行條文有關宣告法規違憲且立即失效之宣告模式效力規定。</p> <p>憲法法庭判決諭知法規違憲且立即失效或溯及失效者，法規均自憲法法庭判決時起不再具規範效力，爰修正本條第一項，於現行第一項規定新增「或溯及失效」，明示憲法法庭以判決宣告法規立即失效或溯及失效者，各法院就判決前已繫屬而尚未終結之案件，原則上均不得再繼續適用因憲法法庭之判決而已失效之法規範，應依判決意旨為裁判，此項規定並與第五十四條所定憲法法庭判決諭知法規違憲且定期失效之效力相對應。又第一項係在規範法院就判決前已繫屬尚未終結之案件如何裁判，並非就案件應適用之法律因憲法法庭判決變更，應適用之法律準據之一般性規範，應予指明。</p> <p>憲法法庭宣告法規違憲且立即失效者，法規係自判決宣示或公告時起向後失效，相對於憲法法庭宣告法規溯及失效而言，側重法安定性之維護，爰將現行條文第三項本文移列至第二項，並明定於憲法法庭判決前，適用立即失效違憲法規作成之確定裁判，其效力不受影響，以維護法安定性。此所指之效力，亦包含確定裁判之執行力。不過此一原則，如法律另為規定時，則依其規定，以作為例外之調整，容由法律依不同事物領域之規範要求，另為形成之空間。</p> <p>按確定裁判之執行種類及態樣繁多，憲法法庭判決宣告裁判所適用之法規範違憲並立即失效者，基於該違憲法規作成之裁判尚未執行或執行未完畢者，後續應如何處理，不同事物領域或有不同規範需求。例如，於兒少與家事事件，確定裁判之執行亦寓有保護兒少之意旨，未必即適合一律停止執行。是於本法就適用違憲失效法規之確定裁判為一致性之執行封鎖規範，未臻妥適。另刑法第二條第三項亦規定：「處罰或保安處分之裁判確定後，未執行或執行</p>

未完畢，而法律有變更，不處罰其行為或不施以保安處分者，免其刑或保安處分之執行。」倘據以處罰或施以保安處分之法律，因憲法法庭宣告違憲且失效，解釋上即法律有變更，不處罰其行為或施以保安處分，即應免其刑或保安處分之執行，此即有執行封鎖效力之規定。實務上，司法院釋字第七九一號解釋宣告刑法第二百三十九條規定違憲立即失效後，非據以聲請解釋之通(相)姦罪受刑人亦均依此規定免其刑之執行而獲釋。則就最重實體正義之刑事確定判決之執行，法律亦已有封鎖執行之規定，現行條文第三項但書規定爰予刪除。

法規範違憲而立即失效，其與溯及失效之最大差異，表現在兩種模式對於既已確定之司法裁判之影響。現行條文第二項所仿之德國聯邦憲法法院法第七十九條規定，以違憲法規範自始無效為原則，與我國過去釋憲實務宣告法規範違憲係向將來失效之原則，兩者制度體系與立法例全然不同，現行條文第二項規定，就非據以聲請憲法法庭裁判之原因案件，賦予一般性、溯及性救濟效力，恐與長期釋憲實務型塑建立之原則產生落差，影響整體法秩序安定性之維護。而法規範違憲之情形須溯及變更法秩序始能滌除時，憲法法庭得依第五十二條第一項但書，宣告該法規範溯及失效。於此情況下，實體正義之實現則當優先於法安定性之維護。爰將現行條文第二項移列至第三項，並修正明定於憲法法庭宣告法規範違憲溯及失效時，判決前以溯及失效之法規範為基礎作成之確定裁判，得依法定程序或判決意旨救濟之；其為刑事確定裁判者，檢察總長得據以提起非常上訴。所指「判決前以溯及失效之法規範為基礎作成之確定裁判」文義上亦包含刑事確定裁判在內；所指「法定程序」，指依相關法律所定之既有程序救濟，並受該法定程序之規範。因此，於憲法法庭判決前以該溯及失效法規範為基礎作成之確定裁判，各該裁判均得循聲請再審、提起再審之訴、第三人撤銷訴訟、重新審理、事後撤銷訴訟，或法院依法自為撤銷變更等法定程序，由法院就業已確定之裁判重為審判；其倘屬刑事確定裁判，依現行刑事訴訟法，既基於溯及失效法規範所作成，本質上自屬違背法令，得由檢察總長依法提起非常上訴。第三項之規定，旨在賦予以違憲且溯及失效之法規範為基礎而作成之確定裁判，因憲法法庭之判決而有一般性、溯及性之個案救濟，以實現憲法法庭判決宣告法規範違憲溯及失效，溯及滌除法規範效力於過去所生違憲狀態之意旨。至如憲法法庭判決另就確定裁判之救濟另有諭知者，自應依其諭知，以符個案正義，並兼顧基本權利與公共利益之維護。此外，現行條文第二項規定，原以「判決前已適用前項法規範作成之刑事確定裁判…」為條文文句。惟鑑於確定裁判縱適用違憲溯及失效之法規範之事實，其裁判結果未必因而受影響；而唯有裁判結果受此事實影



	響之確定裁判，始有賦予救濟效力之必要。因此，「適用」之用語文義可能過廣，不能彰顯法規範與其違憲情形須直接影響確定裁判之結果之規範意旨，是第三項修正為「判決前以…失效之法規範為基礎作成之確定裁判…」之文句，以資明確。
--	---

### 第 63 條

原條文	本節案件判決宣告法規範立即失效者，準用第五十三條規定。
新條文	本節案件判決宣告法規範立即 <u>或溯及</u> 失效者， <u>除本法別有規定外</u> ，準用第五十三條規定。
修正理由	<p>本條規定旨在引用關於宣告法規範立即失效，各法院就審理中案件之處理方式及判決對於已確定之非原因案件終局裁判之影響，除另有規定，例如本法第九十一條第二項規定本法施行前聲請之原因案件，應依法定程序提起救濟，而無準用第五十三條之餘地外，應均可援用。</p> <p>因應第五十三條之增訂判決宣告法規範溯及失效之情形，爰於本條增加「或溯及失效」之文字，以使本節案件判決宣告法規範溯及失效者，亦得準用第五十三條之規定。</p>

## 八、修正條文之施行日期

### 第 95 條

原條文	本法自公布後三年施行。
新條文	<p>第一項：未修正</p> <p>第二項（增訂）：<u>本法修正條文施行日期，由司法院以命令定之。</u></p>
修正理由	增訂第二項，明定本法修正條文之施行日期，由司法院以命令定之，以利完成憲法法庭審理規則等配套法規之修正及其法制作業程序。

# MEMO

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

# 論辯護人的法律地位與辯護權的憲法基礎

## —兼評憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決\*

馮聖晏\*\*

### 壹、引言

過去數十年來，關於辯護人在法律上的地位，始終是外國刑事訴訟法學一項爭論已久的議題<sup>1</sup>，反觀我國刑事訴訟法學界對此深入討論的文獻，則是相當有限<sup>2</sup>。討論有限的原因，或者因為學者對此議題欠缺研究興趣，或者因為在實務上欠缺一個能夠促使學界研究此議題的誘因，也可能是認為這個議題僅停留於理論爭議的層次，採取何種立場對於實務運作的結果不會有關鍵的差異。然而，憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決（以下簡稱系爭判決）的對象，正好說明了這個議題不僅具有相當的實務重要性，也會影響具體的法權關係中，辯護人、被告與國家在訴訟法權關係中的權利與義務關係。因為辯護人相關的辯護行為若受到法院，或者國家刑事追訴機關限制、甚至剝奪（系爭判決涉及辯護人在檢察官偵查中訊問被告時，能否，以及在多大的範圍內得筆記訊問內容），能否以該等措施侵害辯護人「自己」在實定法（尤其是刑事訴訟法）或者憲法上受保障的權利為由，向憲法法院請求救濟，便涉及辯護人在法律上的地位，以及由此地位所衍伸出的權利是否遭受侵害等問題<sup>3</sup>。即便系爭判決相關專家意見書，以及相關的大法官意見書對此已有一定的深入論述，也深化了此議題的發展，本文仍然希望從有別於國內既有文獻的**方法論視角**，重新省思辯護人的法律地位以及其憲法基礎，促成刑事法與憲法的對話，期盼能引起更多人關注此一重要議題。

---

\* 本演講稿初次發表於 2022 年 12 月 17 日，由臺中律師公會主辦「2022 年社團法人臺中律師公會第二屆審、檢、辯、學交流法學研討會—憲法及行政法學探討」，由於本文屬於演講稿性質，請勿引用。

\*\* 德國哥廷根大學法學博士。

<sup>1</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl., 2022, § 19 Rn. 2a. 關於日本法對此的爭論，詳細的論述與引證，參閱憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決，劉芳伶副教授所提之專家意見書，第 4 頁以下。

<sup>2</sup> 可參閱陳志龍，辯護人→刑事司法機關→法治國家原則（上）（下），分別刊載於律師雜誌，第 209 期，1997 年，第 64-71 頁，以及第 210 期，1997 年，第 74-82 頁。較為詳細的論述參閱吳俊毅，辯護人論，2009 年，頁 11 以下。

<sup>3</sup> 對此問題意識，以及系爭判決對象的特色，亦參閱系爭判決林超駿教授所提之專家意見書，第 1 頁。

## 貳、方法論

在進入實質論述前，有必要先釐清本文所採取的相關用語以及方法論：

本文以下若稱辯護人的辯護權，係指辯護人，為了鞏固被告程序主體地位以及有效為其辯護，在法律上或者憲法上所得主張的權利或者權能，例如刑事被告於偵查中受檢察官訊問時的在場權、與陳述意見權（刑事訴訟法第 245 條第 2 項）。至於文獻上經常提及的刑事被告受辯護人有效協助或辯護的權利，本文以下以刑事被告受辯護人有效協助或辯護之權稱之。

此外，在方法論上應該區別辯護人的地位、任務與功能三者。關於辯護人的地位，涉及到刑事辯護制度的定位，或者辯護人在訴訟法權關係中應有的角色。尤其是涉及到辯護人與刑事被告、以及國家機關（尤其是法院、國家偵察機關）之間的關係。而從此辯護制度的定性，才能決定辯護人究竟有何具體的任務，而辯護人的功能，則涉及我們能夠期待辯護人履行該任務後，所可能產生的效果。唯有如此精確地區分三者，才能在論述上更精確地分析個別具體的問題，避免不精確的概念模糊論證的層次。

在方法論上，如何探討辯護人的法律地位，有數種可能的途徑。第一種方式，是詳細地分析實定法，尤其是刑事訴訟法中與辯護人權利與義務有關的規範，由此推導出辯護人在法律上的地位或者角色<sup>4</sup>。這種方法論的優點在於，能夠間接探知我國立法者在制定相關的訴訟權利義務時，對於辯護人地位的想像。對於研究我國辯護人法律地位，這種方法論實屬必要<sup>5</sup>。但是姑且不論這種方法論可能遭受「存在即合理」的指摘，其極限在於，辯護人的地位或者角色，不只是透過刑事訴訟法關於辯護人相關的權利義務規定，毋寧也透過憲法，尤其是過往大法官釋憲實務逐步建構而成<sup>6</sup>。所以為了避免窄化論述視野，讓刑事訴訟法作為憲法的測震儀<sup>7</sup>，能夠發揮其彈性，讓辯護人的地位在憲法的框架下與時俱進，探討辯護人的地位，便需要（首先）考慮憲法，甚至是國家理論<sup>8</sup>。尤其在憲法訴訟中，

<sup>4</sup> 反對從抽象的憲法基礎推導出辯護人的法律地位，而採此路徑者例如 *Roxin/Schünemann*, *Strafverfahrensrecht*, 30. Aufl., 2022, § 19 Rn. 9；反對從抽象的辯護人地位理論，而主張從實定法律規定著手者，例如 *Hürtgen*, *Strafvereitelung der Verfahrensbeteiligten*, 2017, S. 218.

<sup>5</sup> 吳俊毅，前揭註 2 書，頁 42 以下，似乎採此路徑。

<sup>6</sup> 與刑事被告受辯護人有效協助或辯護的憲法權利解釋頗多，除了系爭判決之外，不久前例如憲法法院 111 年憲判字第 3 號判決。德國法此一觀點，參閱 *Wohlens*, in: *Jürgen Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, 5. Aufl., 2016, Vor §§ 137 Rn. 27.

<sup>7</sup> *Roxin/Schünemann*, *Strafverfahrensrecht*, 30. Aufl., 2022, § 2 Rn. 1。國內文獻例如林鈺雄，**刑事訴訟法（上）**，版，頁。

<sup>8</sup> 就此相同立場 *Wohlens*, in: *Jürgen Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zur*

援引憲法作為論證更是不可或缺的前提。

然而，援引憲法作為**論證方法**，甚至強調應該運用憲法學法學方法論來解決具體的刑事訴訟爭議<sup>9</sup>，並不是沒有疑慮。第一個可能的疑慮是，由於憲法文本具有高度的抽象性，因此憲法「本身」無法為具體的論證提供引導的效果，而需要借助相對具體的刑法或者刑事訴訟法理論<sup>10</sup>。然而，這種立場顯然忽略了，抽象的憲法文本正好可以，也已經藉由憲法釋義學、基本權理論與國家理論而逐漸具體化，至於公法學理論相較於刑法或者刑事訴訟法理論，是否更能夠解決具體的問題，是另一個問題。因此，關鍵在於我們在探求辯護人的地位，或者辯護權的憲法基礎時，是否能妥善運用公法學所發展出的理論作為論證的方法。第二個疑慮是，我國許多文獻，甚至是大法官釋憲實務在援引憲法作為論證方法時，時常參考外國憲法或者相關國際人權公約的規定。這種論證方式在我國憲法文本不明，以及相關憲法學理發展尚未成熟時，是個務實的做法。但其危險性在於，相關的外國憲法，甚至是國際人權公約，都是該國或者特定社會環境歷史、文化、政治與經濟因素交織而成的產物，在援引這些域外規範作為論證時，不能不考慮相關的社會環境因素差異，有必要時甚至必須進行轉譯。尤其當我們認為，所謂的人權（Menschenrechte），其實並沒有普世效力，人權同樣也是會隨著特定社會的發展因素而有所改變，只能置於特定的社會脈絡下來理解，那麼就會面臨境外相關的人權規範如何在我國發揮其效力的問題。可能的解決途徑是，在考量我國的社會文化環境因素後，我國公民也自主承認外國人權法制所彰顯的人權思維，將之納入我國法文化中，因此在我國也能開展規範效力。

每一個外國人權法制背後都以一定的法概念，或者對於人權的規範性想像作為基礎。這種憲法所奠基的規範性觀點，無法從憲法本身尋得，而是必須借助法律哲學或者法理論的論證方式而得出。因此，當我們在做憲法詮釋或者論證時，

---

Strafprozessordnung, 5. Aufl., 2016, Vor §§ 137 Rn. 27；尤其是從刑事憲法（Strafverfassungsrecht）角度觀察者，例如 *Jahn*, in: Jörg-Peter Becker/Volker Erb/Robert Esser/Kirsten Graalman-Scheerer, Hans Hilger/Alexander Ignor, (Hrsg.), Löwe-Rosenberg. Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar, 27. Aufl., Band 4/2, Vor §§ 137 ff., Rn. 5 ff.; *Jahn/Brodowski*, in: Eric Hilgendorf/Hand Kudlich/Brian Valeris (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Band 7, 2020, § 17 Rn. 4 ff. 強調國家理論對此的重要性者 *Gössel*, Die Stellung des Verteidigers, ZStW 94 (1982), 5 (7 f.).

im rechtsstaatlichen Strafverfahren

<sup>9</sup> 最近的文獻例如 *Ellerbrok/Hartmann*, Die „Fernwirkung“ des öffentlich-rechtlichen Reaktionsrechts auf die strafprozessualen Beweisverwertungsverbote. Ein Beitrag zu Bedeutung und Durchsetzung subjektiver öffentlicher Rechte im Strafprozess, ZStW 134 (2022), 708 ff.

<sup>10</sup> 針對援引憲法作為刑事立法正當性論述的部分，此質疑已見於 *Greco*, Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Strafrechtswissenschaft, in: Beatrice Brunhöber/Katrin Höffler/Johannes Kaspar/Tobias Reinbacher/ Moritz Vormbaum (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, 2012, S. 20 ff., 35.

不可避免會涉及法哲學，尤其是法概念的根本問題<sup>11</sup>。因此，完整的憲法論證，也必須清楚說明論證者所持的法概念立場，才能由此開展具體的國家與人民之間的權利義務關係。沒有法哲學論證的憲法論證，猶如失血幽靈是盲目的。

總結上述關於方法論的論述，本文認為，論證辯護人的法律地位，必須結合法哲學、憲法理論以及刑事訴訟法釋義學三者，才能畢其功。但限於本文篇幅，以下會將分析重點置於釋義學與憲法學層次的分析。

## 參、辯護制度的正當性與必要性，或者刑事被告受辯護人協助的權利的憲法基礎

為何要有辯護制度，以及刑事被告受辯護人協助的權利的憲法基礎，可參考憲法法庭 111 年憲判字第 3 號判決理由【10】：「本於憲法第 8 條及第 16 條所保障之人身自由與訴訟權，刑事被告應享有依正當法律程序之原則，受法院公平審判之權利，於訴訟上尤應保障其享有充分之防禦權（司法院釋字第 582 號、第 654 號、第 737 號、第 762 號及第 789 號解釋參照），包括選任信賴之辯護人，俾受公平審判之保障。而刑事被告受其辯護人協助之權利，須使其獲得確實有效之保護，始能發揮防禦權之功能（司法院釋字第 654 號解釋參照）。」判決理由顯然認為，承認刑事辯護或者刑事被告受辯護人協助的憲法權利，其目的在於讓被告在訴訟中能夠有效行使其防禦權，而防禦權正是建構公平審判的要素之一。但是，這段論述未說明的是，為何被告享有依照正當法律程序原則，受法院公平審判的權利，以及因此必須具有防禦權與受辯護人協助的憲法基本權利？這些權利本身都不是自我目的，而是為了實現被告作為程序主體這個規範性構想：

從工具性的務實角度觀察，即便依據現行刑事訴訟法，法院負有澄清義務、檢察官也負有客觀性義務，刑事訴訟法上也賦予被告許多能夠防衛國家機關過度侵害其基本權利的權利，但是一位不諳法律，必須獨自面對擁有龐大國家資源的犯罪偵查機關，甚至人身自由被限制的刑事被告，在大部分的情形毋寧無法完全自主判斷並且捍衛自己的權利，因此刑事被告通常需要一位辯護人<sup>12</sup>，這位辯護人與職司審判的法院以及對追訴犯罪負有權責的檢察官不同，是訴訟法權關係中唯一專為刑事被告的利益而行動，為其主張訴訟上應有之權利之人，包括消極地

<sup>11</sup> Neumann, Theorie der juristischen Argumentation, in: Winfried Brugger/Ulfrid Neumann/Stephan Kirste (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, 2008, S. 233.

<sup>12</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl., 2022, § 19 Rn. 1.

抵禦國家機關不當的基本權干預，以及積極地形塑訴訟法權關係與程序的走向，藉此衡平刑事被告與國家刑事追訴機關之間的實力落差。從衡平落差的角度觀察，刑事辯護，或者被告受有效協助與辯護的權利基礎是武器平等原則（Waffengleichheit）<sup>13</sup>，其作為法治國原則下公平審判原則（Fair-Trial Prinzip）的一個具體面向<sup>14</sup>。唯有當刑事被告在訴訟法權關係中能夠實質有效地開展其防禦權，不只能消極抵抗國家違法干預，並且能夠積極參與訴訟法權關係，才不會淪落為受國家機關支配的客體，而是現實的訴訟主體。

但為什麼必須實現程序主體這個規範性構想？因為所有的法律體制，當然包括確認國家刑罰權有無的刑事訴訟程序，以及可能的刑罰，其正當性均源自於個人的自主（Autonomie）。如果不是如此，那麼整個國家體制對於個人而言，不過是一種單純外於個人的強制力，如果沒有受到個人所承認，並無正當性。所謂的法，其實源自於個人在道德上的自主，或者人性尊嚴（Menschenwürde）。這種道德上的自主或者自由，有兩個重要的面向，自由的消極面向係指免於受他人外部的強制，而自由的積極面向，則是指遵循自己所承認的立法而行動<sup>15</sup>，包括遵循自己所承認的國家狀態下的實定法，以及維護個人自由所不可或缺的體制<sup>16</sup>。正是由於相關的立法與體制已經被自主的個人所承認，成為個人的遵從的法則的一部分，違反相關規範或者體制的制裁，或者基於體制而衍伸的基本權干預，對於該個人才具有正當性。同理，確認國家刑罰權有無的刑事訴訟，也必須被定位為是一種實現個人自主的體制，相關的強制處分或者基本權干預，對於受干預的個人才具有正當性<sup>17</sup>。但是四處充滿赤裸裸的強制處分的刑事程序要如何實現個人的自主？就刑事訴訟的目的而言，其實是在一個**不確定的狀態下**，依循法定程序來確認國家刑罰權有無，藉此修復法和平性<sup>18</sup>。正是因為個人透過其自主共同參與法的建構，當法在客觀上受到干擾或者侵害時，也同時影響了個人的自主，所以修復受干擾的法和平，也具有實現個人自主或者自由的功能。既然刑事程序的

---

<sup>13</sup> BVerfGE 110, 226, 253 f.; *Beulke*, in: Helmut Satzger/Wilhelm Schluckebier/Gunter Widmaier (Hrsg.), *Strafprozessordnung mit GVG und EMRK Kommentar*, 5. Aufl., 2022, Einleitung, Rn. 160.

<sup>14</sup> BVerfGE 38, 105, 111. 其他佐證參閱 *Hürtgen*, *Strafvereitelung der Verfahrensbeteiligten*, 2017, S. 213 f.

<sup>15</sup> *Kant*, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, in: *Gesammelte Schriften*, herausgegeben von der preussischen Akademie der Wissenschaften, Band 4, S. 446 f.

<sup>16</sup> 進一步的論述，參閱 *Feng*, *Grund und Grenzen der strafbaren Beteiligung durch Unterlassen*, 2023, S. 108 ff. (Im Erscheinen).

<sup>17</sup> 基礎性的論述，尤其是從自由的法概念證立所謂的司法義務（Justizpflicht），參閱 *Köhler*, *Prozeßrechtsverhältnis und Ermittlungseingriffe*, *ZStW* 107 (1995), 10 ff., 最近朝此方向的論述，但具體論證方向容有差異，例如 *Rössinger*, *Die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbstbelastung*, 2019, S. 63 ff., 107 ff., 123 ff.

<sup>18</sup> *Murmann*, *Über den Zweck des Strafprozesses*, *GA* 2004, 65 (71).

正當性係源自於個人的自主，為個人所承認，那麼只有當個人在整個刑事程序中都被當作主體對待時，相關的刑事程序才有正當性，一個依循正當程序規則而遂行的程序，雖然未必能確保所發現的真實為客觀真實，但至少是符合個人自主，因此對相關程序參與者都具有正當性的結果<sup>19</sup>。這也是為何要賦予刑事程序中，基本權受嚴重干預的被告相關程序基本權利的實質理由。所謂的防禦權、受辯護人有效協助或辯護的權利，都是為了確保個人在程序中的自主以及主體地位，讓被告現實有效主張其權利，甚至進而參與影響程序走向與決定，藉此獲致對被告而言正當，而且能夠修復法和平、實現個人自由的裁決。

因此，辯護制度，或者刑事被告受律師協助或辯護權利的憲法基礎，最根本的是憲法所保障的個人自主，也就是人性尊嚴，個人自主雖然並非基本權利本身，卻是所有法或者權利的根源（Grund）<sup>20</sup>。至於具體實現個人自主的防禦權、受辯護人有效協助或辯護的權利、請求依據公平程序審判的權利（包含必要的武器平等）等憲法基礎，在我國的脈絡下，如同大法官於上述判決所言，係源自於憲法第 16 條訴訟權保障。有疑問的是，如果憲法第 16 條關於訴訟權保障，已經涵蓋刑事被告請求依據正當程序審判的權利，是否有必要如同前述或者系爭判決再援引憲法第 8 條正當法律程序，作為辯護制度或者被告受辯護人協助權利的憲法基礎？有認為只援引憲法第 16 條作為受辯護人協助權利的憲法基礎，可能會遭遇對於程序權保障，立法者可能享有較大裁量判斷空間的問題<sup>21</sup>。但這個論點並不十分有效，因為如果考量到辯護權的限制或者剝奪可能嚴重影響公平審判，屬於被告程序權保障的核心，立法者限制刑事被告受辯護人協助或者辯護的空間因此可能極為有限，或者至少該權利有其核心領域，不容國家任意以公共利益為由越界侵犯。如果仍堅持除了憲法第 16 條之外，仍以憲法第 8 條作為刑事被告受辯護人協助或者辯護權利的基礎，那麼在認為憲法第 16 的訴訟權保障已經涵蓋公平審判原則的前提下，援引憲法第 8 條的規範意義就只在於，**強調**刑事被告受辯護人受協助或者辯護的權利，同時也觸及被告的人身自由：刑事被告或者犯罪嫌疑人的人身自由，不只是有受到偵查或審判中種種強制處分干預的**危險**，還包括有罪判決確定後受刑罰的干預。此所以人身自由未受限制的犯罪嫌疑人或者刑事被告，其受辯護人協助或者辯護的權利，也可以援引憲法第 8 條作為該權利的憲法基礎。

<sup>19</sup> 對於刑事程序中的真實概念，以及其與公平審判之間的關聯，參閱 Hörnle, Justice as Fairness - Ein Modell auch für das Strafverfahren?, *Rechtstheorie* 35 (2004), 175 (177 ff.).

<sup>20</sup> 類似看法 Friauf/Höfling/Enders, *GG Art. 1, Rn. 49*.

<sup>21</sup> 例如陳運財，刑事訴訟法之修正與刑事辯護，*月旦法學雜誌* 137 期，2006 年，頁 123。



## 肆、辯護權的憲法基礎

如果刑事被告在憲法上享有受辯護人協助或者辯護的權利，那麼能否從該憲法權利推導出辯護人的辯護權也是憲法上的權利？或者辯護人的辯護權，必須由其他憲法所承認的基本權利，例如職業自由推導而出？又或者辯護人在憲法上根本無此權利？

### 一、奠基於刑事被告受辯護人有效協助或者辯護的訴訟權：兼論辯護權的權利證立從屬性

大法官在憲法法庭 111 年判字第 3 號判決理由【19】中曾附帶提及：「為有效保障被告之訴訟權，辯護人協助被告行使防禦權，為憲法保障之權利。被告之辯護人，依本判決意旨，就被告依法得抗告之事項（刑事訴訟法第 404 條第 1 項但書規定參照），除與被告明示意思相反外，得為被告之利益而抗告，自屬當然。」但不太清楚的是，這是承認辯護人的辯護權是憲法保障的權利，或者認為刑事被告受律師協助或者辯護的權利，係被告受憲法保障的權利，只是得由辯護人以被告名義行使而已。兩種詮釋都是可能的詮釋，以當時的時空背景，似乎以第二種詮釋比較接近憲法法庭的真義。因為如果詮釋為抗告是被告的權利，只是得由辯護人以被告名義代為行使，那麼辯護人為被告行使被告權利，當然不能違反其明示的意思。

但時至系爭判決，已經明確肯認辯護人的辯護權屬於憲法所保障的基本權利，只是系爭判決關於辯護權憲法基礎的推論略顯隱晦。憲法法庭於系爭判決理由【13】中論述如下：

「被告或犯罪嫌疑入所享有之受有效協助與辯護之權利，不僅包含其得自主選任辯護人，於無資力時得享有免費獲得辯護之機會，其辯護人並得於刑事訴訟程序各階段，適時表示法律意見與提供法律上之協助，以協助被告或犯罪嫌疑入有效維護其權益。」

「辯護人既係以法律專業身分而協助被告或犯罪嫌疑入維護其權益，是被告或犯罪嫌疑入於偵查中辯護權遭受侵害時，基於被告或犯罪嫌疑入受有效協助與辯護權利之憲法保障，除與被告或犯罪嫌疑入明示之意思相反外，其辯護人自應有權為被告或犯罪嫌疑入之利益，而以自己之名義請求救濟。」

從這段論述可以確定的是，即便認為辯護人得以自己之名義，而非以刑事被告的名義請求救濟，係肯定辯護人屬於辯護權的權利持有者，只是權利的利益歸屬於被告而已，但是辯護權的憲法基礎是從被告或犯罪嫌疑人受有效協助與辯護權利的基本權利推導而出。呂太郎大法官於本判決不同意見書中，對此判決理由的推論有嚴厲而深刻的批評，多數意見如何從被告受辯護人有效協助的權利推導出辯護人的辯護權？中間論證過程並不明確<sup>22</sup>。林俊益大法官於本判決協同意見書中，對於多數意見的推論過程有進一步的說明：

「本判決的釋憲邏輯 4 步驟為：①先從憲法正當法律程序原則及訴訟權保障，導出被告享有充分之防禦權；②再由被告享有充分之防禦權，導出被告受辯護人有效協助與辯護之權利；③為達有效辯護，自應賦予辯護人得為被告之利益而為有效辯護之權利；④就原因案件而言，最後導出，憲法保障被告受有效協助與辯護權利所涵蓋之辯護人偵查中辯護權，應受憲法之保障(本判決理由段碼【13】參照)。從而辯護人主張其偵查中辯護權遭受檢察官之限制或禁止處分，於用盡審級救濟後，得以辯護人名義聲請釋憲，乃是為落實憲法對被告訴訟權之保障。」

這段關於系爭判決理由推論的說明，的確能讓我們更清楚瞭解多數意見大法官如何推導出辯護人偵查中的辯護權。但如果仔細觀察會發現，這段推論並不符合嚴格的邏輯推論，而是一種帶有工具性質的規範性考量，充斥著手段與目的的規範關聯：為了符合憲法的正當程序與訴訟權保障，必須賦予被告防禦權，為了被告的防禦權，必須賦予被告受辯護人有效協助的權利，為了讓辯護人能夠有效辯護，必須賦予辯護人相關的偵查中辯護權等等。這一層層的規範性的權利賦予，可以說明權利的正當性，以及辯護權為何必須與刑事被告受有效協助權利掛勾的規範理由，但並非一種嚴格的邏輯推論。有趣的是，林俊益大法官在協同意見書中還指出，

「本判決宣告辯護人偵查中辯護權，係受憲法保障之權利，一體兩面，既係被告或犯罪嫌疑人的權利，亦係辯護人之權利…」

---

<sup>22</sup> 系爭判決呂太郎大法官提出，吳陳鑽大法官加入貳以外不同意見書，頁 4 以下。

林大法官似乎認為，辯護人偵查中的辯護權，與刑事被告受辯護人有效協助或者辯護的權利，係同一權利的不同面相而已（一體兩面？），而且辯護人與刑事被告同為該權利的持有者。將辯護人與刑事被告視為一個整體，雖然可以技術性地避免呂太郎大法官針對權利主體錯置推導的指摘<sup>23</sup>，但有疑問的是，辯護權與被告受辯護人有效協助的權利內容未必相同，例如被告有自由選任辯護人的權利，但辯護人並沒有也不需要此權利，又或者有些辯護權係辯護人的固有權，例如閱卷權，甚至可能違反被告意思為之。此處所謂權利的一體兩面，充其量只是描述出辯護人與刑事被告在行使權利上的緊密關係與對向性而已。作為論證辯護人的辯護權，或者論證何以辯護權必須由刑事被告受辯護人協助或者辯護的權利推導而出，一體兩面的措辭不僅可能引起誤解，也無助於讓論證更為清晰，因此宜放棄使用這樣容易令人誤解的用語。

毋寧我們應該回頭檢視系爭判決賦予辯護人偵查中辯護權的正當化事由。如果之所以賦予辯護人偵查中辯護權，係為了讓被告能有效行使其防禦權、訴訟權，以及受公平審判的權利，那麼為了這些正當目的而在規範上賦予辯護人具有憲法位階的辯護權，從手段目的之間的合理關連而言，無可指摘。在這樣的合理手段與目的規範關聯下，辯護人的辯護權必然從屬於刑事被告的訴訟權，或者更具體的受辯護人有效協助與辯護的權利。本文將之稱為辯護權在權利證立層次上的從屬性。或許這樣的從屬性才是林俊益大法官於系爭判決協同意見書中所謂「一體兩面的權利」的真義，係指涉兩種權利的不可分割性。這種從屬性標示出，如果憲法上沒有刑事被告受辯護人協助或者辯護的權利，就沒有辯護人憲法上受保障的辯護權，辯護權始終是為此刑事被告的權利而存在。落實於具體的訴訟法權關係中，那就是如果沒有刑事被告的委任，或者法院指派義務辯護人，無從出現具體辯護人的辯護權。

如果著眼於辯護權在權利證立上的從屬性，那麼以刑事被告受辯護人有效協助或辯護的權利的憲法基礎，也就是憲法第 8、16 條，作為辯護權的憲法基礎，也屬必然，因為前者正是後者的證立前提。

## 二、奠基於辯護人的職業自由：兼論辯護權的獨立性

另一條論證偵查中辯護權憲法基礎的路徑，是將辯護權與被告受辯護人有效協助或辯護的權利脫鉤，直接認為相關的限制基本權措施侵害了辯護人固有的基

---

<sup>23</sup> 呂太郎大法官提出，吳陳鑽大法官加入貳以外不同意見書，頁 4。

本權，例如職業自由。這也是系爭判決聲請人所持的觀點。雖然這條路徑未被多數意見審酌，但獲得詹森林大法官的支持<sup>24</sup>，他認為應該以刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書規定，有侵害辯護人職業自由之虞，作為審查基礎。但是，限制辯護人於偵查中檢察官訊問被告時在場，或者筆記的措施，是否侵害了辯護人的職業自由，容有不同意見。林鈺雄教授於系爭判決的專家意見書中否定相關措施侵害了辯護人的職業自由，而係侵害了被告受辯護人有效協助的權利。並舉德國聯邦憲法法院關於律師收受辯護酬金可能成立洗錢罪幫助犯的判決為例（BVerfGE 110, 226 BVerfG, 30.03.2004 2 BvR 1520/01, 2 BvR 1521/01），結論認為此種限制辯護權的措施並未侵害辯護人的職業自由<sup>25</sup>。劉芳伶副教授觀察日本文獻與實務判決，也認為日本法上在相關的脈絡下，完全未提到以侵害辯護人的職業自由作為審查標準。她認為這是因為日本法上將職業自由解釋為經濟性的基本權利，而與涉及人身自由的辯護權有本質上的區別<sup>26</sup>。除此之外，以侵害辯護人的職業自由作為審查標準，還可能有一個值得重視的疑慮，那就是依照德國聯邦憲法法院在藥房暗中，關於職業自由所發展出來的三階段理論，必須依據所干預者係職業自由的行使方式，或者關於職業選擇自由的主觀或者客觀限制，而異其審查密度<sup>27</sup>。就系爭判決的對象而言，限制辯護人偵查中訊問被告時的在場權，或者筆記權，可能只涉及對於職業行使方式的限制，因此會採取對於聲請人而言較為不利的寬鬆審查標準，換言之，立法者對於辯護權行使的限制，將有較大的立法裁量空間，可能過度限制辯護權。

上述反對以職業自由作為辯護權憲法基礎的觀點，都有一定的根據，但值得更深入的分析：首先，很難有堅強的理由認為，限制辯護人在場權，或者筆記權並未侵害辯護人的職業自由。因為為被告利益而反覆從事刑事辯護活動，正是辯護人職業行為的核心領域<sup>28</sup>。而德國文獻上及德國聯邦憲法法院的判決中，也沒有排除限制辯護權的措施侵害辯護人職業自由的想法。文獻上認為，相關高權行為有可能侵害辯護人的職業自由，使得辯護人得以此基本權被侵害為由，提起憲法訴願，尤其是有下列兩種情形<sup>29</sup>：（1）辯護人因為辯護活動而遭受刑事處罰（例如洗錢罪、妨害司法[*Strafvereitlung*]等罪）的危險，或者（2）「辯護人基於自己

<sup>24</sup> 系爭判決詹森林大法官提出，謝銘洋大法官加入之協同意見書，頁 1 以下。

<sup>25</sup> 系爭判決林鈺雄教授提出之專家意見書，頁 6 以下。

<sup>26</sup> 系爭判決劉芳伶副教授提出之專家意見書，頁 22。

<sup>27</sup> BVerfGE 7, 377, 400 ff.

<sup>28</sup> 相關討論參閱 *Hürtgen*, *Strafvereitlung der Verfahrensbeteiligten*, 2017, S. 202 ff.

<sup>29</sup> *Jahn*, in: *Jahn/Krehl/Löffelmann/Güntge*, *Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen*, 2. Aufl., 2017, Rn. 168.

的權能能夠提起上訴或者提出聲請，尤其是涉及辯護人作為有權的訴訟代理者（Prozessbevollmächtigter），或者輔助人[Beistand]（例如排除辯護人）等地位時」。而公法上的文獻也有採相同看法者，例如「辯護人於刑事訴訟中的法律地位，不只是源自於客觀的憲法原則，尤其不只是源自於被告的權利（特別是要求公平審判的權利），毋寧辯護人－基於自己的權利地位－也可以主張基本法第 12 條第 1 項的基本權（譯按：職業自由），而該項基本權也包括刑事辯護這項制度性保障。」<sup>30</sup> 德國聯邦憲法法院也在數則裁判中提及：「律師是司法機關（Organ der Rechtspflege）（參照聯邦律師規則第 1 及第 3 條），而且有義務代表其當事人之利益（參閱 BVerfGE 10, 185 [198]）。律師身為受委任的獨立諮詢者以及輔助人，有義務在其受到基本法第 12 條第 1 項第 1 句保護的自由執業範圍內，全面地協助他的當事人」<sup>31</sup>；「基本法第 12 條第 1 項所保護的範圍也包含刑事辯護，而刑事辯護是律師最重要的執業任務之一（BVerfGE 15, 226 [231]; 22, 114 [119f.]; 34, 293 [299]; 39, 238 [242]; 也參閱 § 3 BRAO und § 138 Abs.1 StPO）」<sup>32</sup>。以上這些判決並沒有因為刑事辯護行為係為了被告的利益，而排除限制刑事辯護的行為可能侵害辯護人職業自由的可能性。我們雖然可能進一步區分落入職業自由保障的辯護權，以及與職業自由無涉的辯護權，但有疑問的是，釋義學上果真有一個精確的標準，能區分哪種辯護行為係受辯護人的職業自由所保障，而哪種辯護行為則否？

同時，即便將職業自由解釋為經濟性的基本權利，仍然不能忽略的是，在探討辯護權是否受到憲法職業自由所保障時，關鍵只在於相關的限制措施是否也會間接影響辯護人的經濟活動與生活條件，而不是相關受限制的活動與公益，或者精神性、或者與精神性可相比擬的人身自由有關，便排除以職業自由作為刑事辯護權的憲法基礎。

最後，如果我們認為，即使是干預職業的執行方式，而未干預基本權主體選擇特定職業，也可能因為職業行使方式與其他重要的基本權具有緊密的從屬關係，例如此處的被告受辯護人有效協助或辯護的權利，因此在審查密度的選擇上，順應地將被告受辯護人協助的基本權納入考量，並且提高審查密度，那麼就可以降低立法者以限制執業行使自由，而非職業選擇為由，過度限制辯護權的危險。

如此看來，似乎的確沒有理由反對以憲法第 15 條職業自由作為辯護權的憲法基礎，背後的實質理由其實在於，以憲法第 15 條作為辯護權的憲法基礎，是

<sup>30</sup> Möstl, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 8, 3. Aufl., 2010, § 179 Rn. 25.

<sup>31</sup> BVerfGE 113, 29, 49 (12.04.2005 - 2 BvR 1027/02).

<sup>32</sup> BVerfGE 110, 226, 253 f. (30.03.2004 - 2 BvR 1520/01, 2 BvR 1521/01)（律師涉及洗錢案）。

著眼於具體訴訟關係中特定辯護人與辯護活動之間的關係，而非著眼於辯護人與刑事被告之間的關係。這也是為何以憲法第 15 條作為辯護權憲法基礎的意見書，都會提及辯護人的固有權，因為固有權著眼的，正是辯護人獨立於被告的權利<sup>33</sup>。如果我們肯定辯護人為了有效履行其辯護任務，因此在憲法上應該賦予其辯護權，那麼就不能忽略，在規範上賦予辯護人權利，也因此會創設了一個有別於辯護人與被告之間的法權關係，而該法權關係正是以辯護人自己身為權利主體，與其自身的辯護活動為對象。在這個辯護人與自身辯護行為的法權關係中，辯護人係依照自己本身的專業知識，協助刑事被告抵禦不當的國家干預，或者積極參與程序。為了讓辯護人能夠運用其專業知識，為了刑事被告利益履行辯護任務，就不能不賦予辯護人一定獨立於刑事被告的地位，本文將之稱之為**辯護權在權利行使上的獨立性**。

但是即便我們承認辯護權在權利行使上有一定的獨立性，仍然無法忽略辯護權在權利證立上的從屬性，因為必然先證立權利，才有獨立行使該權利的可能。因此，辯護權的憲法基礎其實比刑事被告受辯護人協助或辯護的權利更為複雜，除了在權利證立的層次上，以憲法第 8、16 條為基礎之外，在權利行使的層次上，相關限制辯護活動的干預處分，還涉及辯護人受憲法第 15 條職業自由的保障。

### 三、反對辯護權具有憲法位階，或者認為相關干預處分只侵害被告受辯護人有效協助或者辯護的觀點

但在系爭判決的相關訴訟資料中，也不乏有認為，限制或者剝奪辯護人於檢察官訊問被告時的在場權，並未侵害辯護人憲法上的基本權利，而是侵害刑事被告受辯護人有效協助或者辯護的權利。林鈺雄<sup>34</sup>、林超駿<sup>35</sup>、李榮耕<sup>36</sup>等教授採此看法。這種看法最堅強的論證後盾，便是美國憲法增修條文第 5 條或者第 6 條，以及歐洲人權公約第 6 條第 3 項第 3 款。這些規範有個共通特色，便是在措辭上，以刑事被告作為受辯護人有效協助或者辯護的權利主體。但是，從這些立法例與公約，充其量只能得出刑事被告享有受辯護人協助或者辯護的權利，並無法進一步推論出辯護人在憲法上沒有相關的權利。如果我們仍然堅持從這些立法例

<sup>33</sup> 例如系爭判決詹森林大法官提出、謝銘洋大法官加入之協同意見書，頁 2 以下。

<sup>34</sup> 系爭判決林鈺雄教授提出之專家意見書，頁 6 以下，尤其是頁 8。

<sup>35</sup> 系爭判決林超駿教授提出之專家意見書，頁 1 以下。

<sup>36</sup> 系爭判決李榮耕教授提出之專家意見書，頁 1、4。

推導出**只有**刑事被告的權利受侵害，那便是已經預設相關干預處分只可能侵害刑事被告**或者**辯護人其中一人的權利，但是這無疑是無效的論證。正確且關鍵的提問應該是，在肯認刑事被告受辯護人有效協助或者辯護的權利，是刑事被告憲法上的基本權利後，辯護人是否也有憲法上的權利能夠抵禦相關的干預處分？

針對這個問題，系爭判決已經從規範性的功能觀點，以刑事被告受辯護人協助或辯護的憲法權利為基礎，賦予辯護人具備憲法位階的偵查中辯護權，而且如前所述，這個規範性的功能權利賦予有其必要性與正當性，否則辯護人無法完善履行其辯護任務。但是如果如同呂太郎大法官否定辯護人在憲法上享有辯護權，並且認為，系爭判決多數意見肯認的「辯護權」，充其量只是辯護人為了被告利益所享有的權能（power）而已，並非權利，那麼權利受侵害者，只有刑事被告，辯護人不能以相關干預處分侵害自己的權利為由，提起憲法訴訟救濟，只能以被告權利被侵害為由，以被告名義，為被告利益提起救濟。林鈺雄、林超駿、李榮耕等教授雖然沒有明確表示，辯護人在場或者筆記的權能，是否是由刑事被告賦予辯護人的權能而非權利，但是在立場的解釋上，如果限制在場或者筆記並沒有干預辯護人的憲法權利，而只干預被告受協助或辯護的權利，那麼可能也會贊同呂太郎大法官的看法，認為**至少在憲法上**，辯護人對此並無相關權利可得主張，自然也無法提起憲法救濟。姑且不論相關限制辯護人在場或者筆記的措施，已經干預辯護人依照憲法第 15 條所保障的職業自由，上述不同意見的觀點會產生的問題是，辯護人在偵查中的權限，有些屬於辯護人固有的權利，可獨立於被告行使，尤其是辯護人於偵查中被告被羈押時的閱卷權。此時，並非被告讓辯護人有權閱卷，而是法律賦予辯護人有閱卷的權利，該權利的來源並非源自於被告授予的權能，而是直接由法律著眼於辯護功能，從規範上賦予辯護人。

即便呂太郎大法官正確地論述辯護權在權利證立上的從屬性，但是從肯認刑事被告受辯護人有效協助或者辯護的權利，還無法推導出辯護人在憲法上無辯護權的結論。至於呂太郎大法官認為，多數意見肯定辯護人的辯護權後，會產生被告—辯護人—國家之間錯綜複雜的三角關係，該法權關係的具體內容，正是本文以下關於辯護人的法律地位要處理的問題。

## 五、小結

系爭判決多數意見認為，為了確保被告受辯護人協助或辯護的權利，應該賦予偵查中辯護人辯護權，並且肯定辯護人的辯護權具有憲法位階，就結論而言值

得贊同。但辯護人辯護權的憲法基礎，必須區別辯護權權利證立層次的從屬性以及辯護權權利行使層次的獨立性。限制或者剝奪辯護人於偵查中檢察官訊問被告時的在場權，或者筆記權，便是同時干預了辯護人依照憲法第 8、16、15 條所享有的辯護權與職業自由，同時也干預了刑事被告依據憲法第 8 條、第 16 條所享有的受辯護人有效協助或者辯護的自由。辯護人與刑事被告各自可以因為自己的憲法權利遭受侵害，而請求救濟。

## 伍、辯護人的法律地位

辯護人的法律地位，涉及到的是辯護人、被告與國家之間的三面法權關係，及其具體的內容。本文以下將先以德國文獻上對於辯護人的地位所提出的重要理論作為分析工具<sup>37</sup>，並且在相關的脈絡下檢討我國文獻上類似的觀點，期望能對我國相關文獻的立場做更深入的分析與補充，釐清我國辯護人的法律地位。

### 一、強調刑事被告自主的觀點

關於辯護人的法律地位，第一種重要的觀點強調刑事被告的自主性，刑事被告身為訴訟主體，能自主決定如何參與訴訟程序，或者自主決定是否以及如何請求辯護人協助其訴訟上的權利。

在此脈絡下產生所謂的純粹當事人利益代理人理論（*reine Parteiinteressevertreter*），其認為被告係程序主體，只有被告能夠自主決定其訴訟上的利益為何，並因此請求辯護人協助其實現其自主決定。辯護人只是純粹代理被告利益之人，如果將辯護制度的目的指向公益，要求辯護人履行一定的公共義務，例如確保刑事程序合法性，將會過度侵害刑事被告以及辯護人的權限<sup>38</sup>。這種觀點預設刑事被告在程序上皆係自主，但通常刑事被告與國家追訴機關之間現實上存有權力落差，這種權利落差經常使得刑事被告陷入一種無助狀態，無法發揮其自主性，而辯護制度的初衷，便是藉由辯護人為了被告的利益，進行專業判斷，協助其行使權利來平衡該落差。如果辯護人只能依據被告的意思而行動，而欠缺一定的獨立於被告的地位，那麼辯護人根本無法依據其專業履行為被告利益而行動的義務，違反創設辯護制度的初衷。這也是何以刑事訴訟法上賦予辯護人

<sup>37</sup> 我國對此文獻參閱吳俊毅，前揭註 2 書，頁 11 以下。

<sup>38</sup> 理論論述僅參考 *Jahn/Brodowski*, in: Eric Hilgendorf/Hand Kudlich/Brian Valeris (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts*, Band 7, 2020, § 17 Rn. 36；吳俊毅，前揭註 2 書，頁 19 以下。



不取決於被告意思的固有權限<sup>39</sup>。尤有甚者，若刑事被告的意思違反法規範，同時又強調辯護人的行為必須受被告意思拘束，那麼辯護人或者只能終止與被告之間的法權關係，或者淪為被告違法行為的共犯，無疑妨害公正程序<sup>40</sup>。

同樣強調刑事被告主體地位的還有所謂的契約理論（Vertragstheorie）。該理論將刑事辯護理解為民法上的委任契約，辯護人因此必須受刑事被告指令的拘束。而辯護人行動的界線，則是源自於契約違反法律規定或者公序良俗無效，或者源自於基本權的第三人效力<sup>41</sup>。契約理論雖然避免了純粹當事人利益代理人理論上述的缺點，但將刑事辯護制度的本質奠基於私法契約，忽略了刑事程序，乃至於辯護任務實現刑事訴訟透過公正程序修復法和平性的公法性質，除此之外，也無法說明德國刑事訴訟法上關於必要與義務辯護規定的正當性，因為此時辯護人係受指定而擔任被告的辯護人，並非經由被告與辯護人之間合意締結之委任契約<sup>42</sup>。

根據本文的觀察，在強調刑事被告自主性的理論陣營中，最重要者莫過於 Wohlers 所主張的訴訟主體扶助人（Prozesssubjektsgehilfe）理論。Wohlers 認為，不只是刑訴法，憲法與歐洲人權公約也確保了辯護權，因此，在認定辯護人的地位時，必須考慮這些規範<sup>43</sup>。辯護作為體制，其任務與功能在於援助被告的實體辯護權，以及更重要的是填補其被告在訴訟程序現實上的缺陷（例如無能力辨識或者主張規範，或者因為被羈押拘禁無自由）以及確保偵查合法<sup>44</sup>。從這個角度觀察，刑事被告為辯護權的程序主體，而辯護人可稱為訴訟主體扶助人<sup>45</sup>。辯護體制的憲法基礎在於源自於法治國原則的公正程序，讓每位市民都能實際運用訴訟權以建構其主體地位。至於辯護有助於公益（例如公正程序等等），只不過是一種反射利益，不能用來弱化辯護人對於被告的保護功能<sup>46</sup>。隨後，Wohlers 更明

<sup>39</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl., 2022, § 19 Rn. 7; 吳俊毅，前揭註 2 書，頁 20。

<sup>40</sup> 類似批評 Bosch, Die Rechtsstellung des Strafverteidigers, Jura 2012, 938 (939); Volk/Engländer, Grundkurs StPO, 10. Aufl., 2021, § 11 Rn. 23.

<sup>41</sup> 深入的論證 Jahn/Brodowski, in: Eric Hilgendorf/Hand Kudlich/Brian Valeris (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Band 7, 2020, § 17 Rn. 37 ff.

<sup>42</sup> Wohlers, in: Jürgen Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Aufl., 2016, Vor §§ 137 Rn. 18; 吳俊毅，前揭註 2 書，頁 20。

<sup>43</sup> Wohlers, in: Jürgen Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Aufl., 2016, Vor §§ 137 Rn. 27.

<sup>44</sup> Wohlers, in: Jürgen Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Aufl., 2016, Vor §§ 137 Rn. 29.

<sup>45</sup> Wohlers, in: Jürgen Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Aufl., 2016, Vor §§ 137 Rn. 29. 就此部分類似看法 Gaede, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, 2006, S. 502 f.

<sup>46</sup> Wohlers, in: Jürgen Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Aufl., 2016, Vor §§ 137 Rn. 29.

確主張，辯護人並非獨立的訴訟主體，而是訴訟主體扶助人，辯護人沒有初始的訴訟權能，而是替被告行使權利<sup>47</sup>。

事實上，Wohlers 的觀點可以作為前述呂太郎大法官，或者林鈺雄教授等人不同意見的論述基礎<sup>48</sup>：藉由訴訟主體及其扶助人的想法，可以說明被告才是訴訟程序主體，享有訴訟權，而辯護人只是刑事被告的扶助人，並非訴訟主體，也無訴訟權，只是在法律上有權能夠替被告行使權利。但是訴訟主體扶助人的觀點，無法說明現行法上辯護人獨立於被告的意思所享有的權利，在這些事例中，辯護人可以本於其獨立性，以自己的名義行使相關權利，而不只是從屬於刑事被告的扶助人而已。

## 二、強調辯護人也具有一定公益性格的觀點

德國目前的實務與多數說見解所採取的機關理論（Organtheorie）強調，辯護制度不只是著重於單方保護刑事被告的自主以及利益，而是同時具有一定的公益性格。「辯護人並非單方代理被告利益之人，而是被告身旁作為『獨立的司法機關』（selbständiges Organ der Rechtspflege，德國聯邦律師規則第 1 條）的輔助人（Beistand 德國刑事訴訟法第 137 條），辯護人對於刑事司法的有效運作因此也有義務，辯護行為的內容與界限，則是權衡個人利益與公眾利益的結果。」<sup>49</sup>「尤其是在重大起訴案件，辯護人的協力確保了刑事司法符合法治國原則」<sup>50</sup>，就此而言，辯護人的辯護行為實具有一定的公益功能，尤其能「透過單方協助被告，使得民主社會的共同體成員清楚知道相關的刑事程序是以符合司法的方式運作」<sup>51</sup>。

應予說明的是，即便機關理論從字面上而言，容易讓人誤以為該理論係將辯護人視為國家追訴機關的一部分，實則所謂的獨立司法機關，主要係指涉辯護人也能以獨立於法院或者國家追訴機關的方式來實現刑事司法。機關理論正確地認識到，辯護制度不可能只奠基於辯護人與被告之間的私法契約關係，辯護人也不

<sup>47</sup> Wohlers, in: Jürgen Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Aufl., 2016, Vor §§ 137 Rn. 51.

<sup>48</sup> 但與 Wohlers 不同，林鈺雄教授認為，辯護人的地位係獨立的司法機關，參閱氏著，前揭註書，頁。

<sup>49</sup> 理論引述自 Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl., 2022, § 19 Rn. 3. 採取機關理論的經典裁判例如 BVerfGE 38, 105, 119 f.; BVerfGE 113, 29, 49; BGHSt 12, 369.

<sup>50</sup> Beulke, in: Helmut Satzger/Wilhelm Schluckebier/Gunter Widmaier (Hrsg.), Strafprozessordnung mit GVG und EMRK Kommentar, 5. Aufl., 2022, Einleitung, Rn. 161.

<sup>51</sup> Beulke, in: Helmut Satzger/Wilhelm Schluckebier/Gunter Widmaier (Hrsg.), Strafprozessordnung mit GVG und EMRK Kommentar, 5. Aufl., 2022, Einleitung, Rn. 161.

可能只受到刑事被告主觀恣意與想像的拘束，因為整個刑事追訴程序本身便帶有確認國家刑罰權是否存在的公法特質，辯護制度也因此必須具有一定的公益特質，這個特質便是**透過刑事訴訟以及憲法所設下的合法框架內，捍衛被告在訴訟程序上所享有的權利與利益，維護其訴訟主體地位，也確保相關的程序公正，進而促成以合乎公正程序的方式實現實體真實，修復法和平。**就修復法和平的功能而言，辯護人與法院、檢察官的確是依據不同的任務彼此獨立、同等有權的司法機關，共同促成法和平的修復<sup>52</sup>。

但是不可否認的是，國家追訴犯罪的權利與捍衛被告在訴訟上防禦的權利經常處於緊張關係，在兩者衝突時，如果過於強調辯護人的機關性格，以及捍衛法的義務（嚴格的機關理論，strenge Organtheorie），那麼即有可能以捍衛刑事司法為名犧牲被告所享有的正當利益，最後的結果便是被告與辯護人之間的信任關係蕩然無存，被告無從透過辯護人捍衛其程序主體地位，也無法修復法和平性<sup>53</sup>。黃虹霞大法官於系爭判決不同意見書中指出，應該採取德國通說的機關理論，並且認為，辯護人心中要有被害人，甚至認為辯護人必須與法官共同協力實現正義，如果此處的協力義務，係指辯護人必須居於法定程序的保證人，負有監督程序合法性的一般性義務，那麼這種主張可能過度強調辯護人的公益性格，而有前述削弱被告主體地位的危險。

因此，德國文獻上通行的限制的機關理論(ingeschränkte Organtheorie)認為，不能過度強調追求司法的有效性，而是必須確保有效辯護與有效司法各自的核心領域不被侵害。針對國家追訴機關的干預處分，辯護人雖然應該為被告利益盡可能採取防禦手段（有效辯護），但也不能濫用其辯護權，以至於損害有效司法的核心領域<sup>54</sup>。依據限制的機關理論，辯護人並不是法院的幫助者，不負有確保程序合法的一般性義務，也沒有向法院指出程序瑕疵的義務，更無承擔法院澄清義務的義務<sup>55</sup>。

但由於辯護人係只為了被告利益而為辯護行為的獨立司法機關，因此辯護人可能進行為了被告利益，但卻與被告意思相反的辯護行為，例如違反被告的意思

---

<sup>52</sup> Murmann, Prüfungswissen Strafprozessrecht, 5. Aufl., 2022, S. 38 Rn. 75.

<sup>53</sup> Wohlers, in: Jürgen Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Aufl., 2016, Vor §§ 137 Rn. 13.

<sup>54</sup> Beulke, in: Helmut Satzger/Wilhelm Schluckebier/Gunter Widmaier (Hrsg.), Strafprozessordnung mit GVG und EMRK Kommentar, 5. Aufl., 2022, Einleitung, Rn. 162.

<sup>55</sup> Beulke, in: Helmut Satzger/Wilhelm Schluckebier/Gunter Widmaier (Hrsg.), Strafprozessordnung mit GVG und EMRK Kommentar, 5. Aufl., 2022, Einleitung, Rn. 163.

聲請調查有利於被告的證據<sup>56</sup>。這種必然的結論遭致的批評是，限制的機關理論蘊含濃厚的家父長思維，可能危及被告的自主性以及主體地位<sup>57</sup>。這個批評雖然有效，但卻只適用於被告在訴訟上完全了解自己的利益地位與權利，並且因此係完全自主的情形。

至於我國法是否有採取(限制的)機關理論的空間，以及文獻上是否已經(實質)採納(限制的)機關理論，值得另行為文探討。吳俊毅教授曾為文主張，「我國辯護人地位理論的發展一直沒有辦法跨入到機關理論的討論框架」，或許是因為「文獻上一直沒有辦法從辯護人權利限制的規定看到其公益保護的功能。」<sup>58</sup>吳俊毅教授此處提到的「辯護人權利限制」，依照該文的指引係指「實行權利時，目的不可以是，想用來『積極地』妨害國家刑事司法有效性的利益」。但這個假設容有討論餘地，因為該處所稱的辯護權利限制，當然也可以從前述的契約理論，而未必從機關理論推導而出。除此之外，我國刑事訴訟法第 346 條規定：「原審之代理人或辯護人，得為被告之利益而上訴。但不得與被告明示之意思相反。」<sup>59</sup>也可能被援引為我國現行法不採機關理論的例證，因為依照機關理論，辯護人為了達到發現真實的公益，同時也為了被告利益，不僅可以，也可能應該反於被告明示的意思而為辯護行為。但事實上，刑事訴訟法第 346 條所謂不得與被告明示意思相反，與此處辯護人的地位採取何種理論的爭議關聯性不高<sup>60</sup>。理由在於，即便如同機關理論認為辯護具有公的性格，辯護人相對於被告因此有一定的獨立性，並且能以自己的名義行使自己的辯護權，但這是在涉及辯護人的辯護權時才是如此<sup>61</sup>，在涉及刑事被告本身專屬的權利時，辯護人即便身為被告獨立的司法機關，身為輔助人的辯護人也不可能取代刑事被告的地位成為該權利的持有者<sup>62</sup>，而刑事訴訟法第 346 條正是涉及被告專屬權利的情形，只是依照法律的規定與推定，辯護人在沒有違反刑事被告明示的意思時，被法律賦予權利得以自己之名義

<sup>56</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl., 2022, § 19 Rn. 11.

<sup>57</sup> 例如 Gaede, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, 2006, S. 521 Fn. 19.

<sup>58</sup> 吳俊毅，前揭註 2 書，頁 41，類似看法同書頁 45，更指出「辯護人自身的權利主要也包含有公的機能以漸漸到了不得被承認的地步」。

<sup>59</sup> 德國刑事訴訟法第 297 條有與我國刑事訴訟法第 346 條近乎相同的規定：「在不違反被告明示的意思下，辯護人得為被告提起上訴」。

<sup>60</sup> 德國刑事訴訟法第 297 條脈絡下相同見解 Frisch, Jürgen Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl., 2022, § 297 Rn. 2.

<sup>61</sup> 德國法脈絡 BGHSt 12, 367, 369.

<sup>62</sup> BGHSt 12, 367, 370.

代被告提起上訴而已，但上訴權仍專屬被告<sup>63</sup>。

但是就系爭判決而言，判決理由的整體論述係將辯護權奠基於刑事被告主觀的防禦權，或者更精確地說：刑事被告受有效協助或辯護的主觀權利，辯護制度或者辯護權的公益性格並未如同機關理論那麼明顯。尤其系爭判決理由【13】認為：「辯護人既係以法律專業身分而協助被告或犯罪嫌疑人維護其權益，是被告或犯罪嫌疑人於偵查中辯護權遭受侵害時，基於被告或犯罪嫌疑人受有效協助與辯護權利之憲法保障，除與被告或犯罪嫌疑人明示之意思相反外，其辯護人自應有權為被告或犯罪嫌疑人之利益，而以自己之名義請求救濟。」此段論述並未區分辯護權或者專屬於刑事被告的權利，一律認為辯護人偵查中的辯護權一律不得與被告或犯罪嫌疑人明示之意思相反，也不符合機關理論的看法，尤其系爭判決涉及的正是辯護人於偵查中，檢察官訊問被告時的在場權，而辯護人的在場權並非專屬於被告的權利，依照機關理論，辯護人本於其獨立的司法機關地位，可以也可能有必要為了保護刑事被告的利益，或者實現實體真實發現的公義，與被告明示意思相反而在場。

即便系爭判決正確肯定辯護人於憲法上享有偵查中辯護權，但並沒有掌握辯護人或者辯護權的公益性格，甚為可惜。除此之外，不區分是否涉及刑事被告或犯罪嫌疑人專屬權利，一律認為辯護人於偵查中行使辯護權時，不得違反刑事被告或犯罪嫌疑人明示的意思，也值得批評。

### 三、 兩種觀點的辯證合一，結合辯護權的獨立與從屬性

以上兩種主要的觀點，亦即尊重當事人自主性以及辯護權的公益性，各自說明了辯護制度特定的重要面向，亦即刑事被告的自主性或程序主體性，以及辯護制度必然帶有的公益特質，但也或多或少突顯出各自理論的缺點。兩種觀點的公約數似乎是在尊重刑事被告自主權，以及維護其程序主體性的前提下，遂行公正程序，進而修復法和平性。就結論而言，這個理論公約數接近限制的機關理論<sup>64</sup>：辯護人係只為了被告的利益，為其主張程序上享有的合法權利，並且在此範圍內有助於公正程序、實體真實發現或者修復法和平等公益<sup>65</sup>。

藉由以上關於辯護人法律地位的結論，可以進一步結合前述關於辯護權與刑

<sup>63</sup> BGHSt 61, 218, 220.

<sup>64</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl., 2022, § 19 Rn. 10.

<sup>65</sup> 認為前述兩種主要觀點係互相補充者，例如 Knauer, in: Müller/Schlothauer/Knauer, Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 3. Auflage 2022, § 1 Rn. 119.

事被告受辯護人有效協助或者辯護的權利彼此關聯的論述。所謂的辯護人的辯護權，在權利的論證層次上，必然從屬於刑事被告受辯護人有效協助或者辯護的權利。這是因為辯護制度的目的，就是為了實現被告防禦權以及維持被告程序主體地位所致，本文將之稱為**辯護權在權利證立上的功能從屬性**。辯護人之所以有在場等權利，係因為被告委任或者法院指定，都涉及上述辯護權在權利證立上的功能從屬性，因為沒有刑事被告受辯護的權利，並進而行使此權利建構出辯護人與刑事被告還有國家之間的具體法權關係，在該法權關係中就沒有辯護權存在，也沒有必要性。但是如前所述，這種辯護權在權利證立層次上的從屬性，只說明了辯護權必須以被告與辯護人之間具有具體的訴訟法權關係從在為前提，至於在此訴訟法權關係中，辯護人的辯護權是否為憲法上承認的辯護人固有權利，是另一個問題。如果考量辯護人是透過其專業知識捍衛刑事被告的權利，而遂行公正程序，進而修復法和平性，那麼在權利行使的層次上，就必須賦予辯護人一定的獨立地位，這種在具體的訴訟法權關係中行使權利的獨立性，分別指向國家機關以及作為當事人的刑事被告。唯有當辯護人係獨立於國家機關，才能免於受到國家機關實力強制，損害被告的主體地位；唯有當辯護人也能與被告保持一定的距離，自由地依其專業知識提供被告訴訟建議，才能免於淪為被告實現己利的工具，進而達成辯護人捍衛被告權利的任務。而辯護人在具體訴訟法權關係中依其專業知識行使權利的獨立性，正是辯護人職業自由的核心內涵，受憲法第 15 條訴訟權保障。

## 陸、邁向務實的辯護人地位與辯護權基礎？

探討辯護人的法律地位，以及辯護權的憲法基礎，事實上正是直搗辯護制度最基礎的核心，也是決定具體訴訟法權關係中，辯護人行動的基礎與界限。但是，關於辯護人地位的各種理論，爭執數十年仍無法取得共識，當然也就無法為具體個案中行動的辯護人提供具體的行動準則。Jahn 因此主張，我們雖然有必要提出一個完整的理論，說明辯護人的法律地位，並且支持前述的契約理論，但他同時認為，執著於前述各種理論的爭執，也可能阻礙辯護權理論的發展，因此提出一個兼顧各種理論最大公約數的務實立法建議如下<sup>66</sup>：

「命題一：刑事辯護的基礎」

(1) 被告受有效刑事辯護的權利，確保了被告在刑事程序中的主體地位。

---

<sup>66</sup> Jahn, Die Rechtsstellung des Verteidigers im heutigen deutschen Strafverfahren, StV 2014, 40 (46 f.).

辯護因此有助於法治國的實現。

- (2) 辯護人必須協助其當事人，盡可能地實現其權利及利益（辯護人的輔助功能）。此外，辯護人必須保護被告，避免被告喪失權利，防止被告遭受法院或者機關的錯誤決定、確保被告能對抗違憲的妨礙或者國家逾越權力的行為（辯護人的保護任務）

命題二：刑事辯護人的法律地位

- (1) 辯護人係獨立的。辯護人在與其當事人達成共識的前提下，可以自由地、自主決定地、不受拘束地形塑辯護行為，只要一般的實定法或者職業法沒有課與辯護人特別的義務。
- (2) 辯護的自由空間，包含了所有辯護人為了抵禦被告遭受的刑事責難，或者為了維護其利益所遂行的，所招致的，以及任其發生的措施。
- (3) 辯護人只有在輔助當事人，以及保護當事人的任務內，對法治國的程序負有權責。

姑且不論上述命題是否是德國學界最大的共識，或者在細部主張上其實隱約納入了 Jahn 個人的契約理論觀點，一個以各種理論最大公約數為出發點的務實命題，仍然不能消除各種理論潛在的衝突。因此，還是有必要採取特定的理論立場，甚至是發展一套更完整的辯護基礎理論，才能突破數十年來的困境。而這項任務，需要理論與實務工作者相互交流研討，才能畢其功。願與各位道長們共勉之！

# MEMO

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1 論辯護人的地位與辯護權的憲法基礎-兼論憲法 2 法庭111年憲判字第7號判決

3 李宜光律師 111.12.17

## 4 壹、緣由:

5 憲法法庭111年憲判字第7號判決，係因聲請人陳明賢律  
6 師於105年6月15日在高雄地檢署偵查庭為被告辯護，承辦檢  
7 察官於偵查庭訊問過程中，以所謂本案有其「特殊性」云云，  
8 即假偵查不公開之名，以聲請人陳明賢律師所書寫之開庭筆  
9 記過於詳細為由，指揮在庭法警將聲請人陳明賢律師製作之  
10 訊問札記乙紙扣押，並作成禁止聲請人陳明賢律師繼續筆記  
11 偵訊內容之強制處分。聲請人陳明賢律師事後對於承辦檢察  
12 官之禁止筆記處分、扣押札記處分及高雄地檢署拒絕發還之  
13 函不服，向高雄地院提起準抗告，經高雄地院裁定駁回確定，  
14 聲請人陳明賢律師乃向司法院聲請宣告刑事訴訟法第416條  
15 第1項及檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項第28點等  
16 規定違憲。

17 司法院受理聲請人陳明賢律師之聲請，於111年3月11日  
18 通知全國律師聯合會提供專業意見，並指派代表出席於111  
19 年4月19日憲法法庭說明會。全國律師聯合會指派本人及柳  
20 國偉律師、李奇律師撰寫意見書及出席說明會。

21  
22 貳、憲法法庭提出之與辯護人地位有關之爭點，本人及柳國  
23 偉律師、李奇律師為全國律師聯合會提出之意見:

1

2 爭點一、辯護人之辯護權是依附於被告訴訟權？或是獨立受  
3 憲法保障之基本權（例如律師執業自由或是其他相  
4 關之基本權）？

5 一、意見摘要：

6 本會認為辯護人（律師）的辯護權，係為保障人民  
7 憲法第 8 條人身自由權、第 16 條訴訟權及符合正當法  
8 律程序、公正審判原則之廣義司法權，與法官的審判權、  
9 檢察官的偵查權，同為受憲法保障之制度性權利，並非  
10 依附於被告訴訟權，而係獨立受憲法保障之基本權及制  
11 度性權利。

12 二、理由：

13 (一)按公民與政治權利國際公約(以下簡稱「公民權利公約」)

14 第 14 條規定：「一、人人在法院或法庭之前，悉屬平等。

15 任何人受刑事控告或因其權利義務涉訟須予判定時，應

16 有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問。……三、

17 審判被控刑事罪時，被告一律有權平等享受下列最低限

18 度之保障：（一）迅即以其通曉之語言，詳細告知被控

19 罪名及案由；（二）給予充分之時間及便利，準備答辯

20 並與其選任之辯護人聯絡；（三）立即受審，不得無故

1 稽延；（四）到庭受審，及親自答辯或由其選任辯護人  
2 答辯；未經選任辯護人者，應告以有此權利；法院認為  
3 審判有此必要時，應為其指定公設辯護人，如被告無資  
4 力酬償，得免付之；（五）得親自或間接詰問他造證人，  
5 並得聲請法院傳喚其證人在與他造證人同等條件下出  
6 庭作證；（六）如不通曉或不能使用法院所用之語言，  
7 應免費為備通譯協助之；（七）不得強迫被告自供或認  
8 罪。…」，基此，「公民權利公約」第 14 條第 3 項明文  
9 規定，辯護權是對受到刑事追訴之人最低限度的保證，  
10 任何人均有權平等享有此權利，故此應是聯合國刑事司  
11 法準則中的最低標準。

12 (二)對於「公民權利公約」第 14 條之適用，西元 2018 年人  
13 權事務委員會通過第 32 號一般性意見（下稱：32 號意  
14 見），32 號意見係針對在法院與法庭前一律平等及獲得  
15 公平審判的權利所為之解釋，其前言段第 2 段載明：「在  
16 法院與法庭前一律平等及獲得公平審判的權利是人權  
17 保護的一項關鍵要素，是保障法治的一項程序性手段。  
18 《公約》第十四條旨於確保司法制度的適當運作，並為  
19 此目的保障一系列具體權利。」第 10 段宣示：「律師辯

1 護的有無往往決定一個人是否能夠訴諸有關訴訟或有  
2 意義地參與訴訟。第十四條第三項第四款明文處理在刑  
3 事訴訟中的律師辯護保障問題。鼓勵締約國在其他案件  
4 中，為沒有足夠能力支付律師辯護費者，提供免費的律  
5 師辯護。在某些案件中，他們甚至有義務這樣做。例如，  
6 被判死刑者在刑事審判中尋求對不合法律規定之處進  
7 行憲法審查，卻沒有足夠能力支付進行這種救濟的律師  
8 辯護費用，國家就應根據第十四條第一項並根據《公約》  
9 第二條第三項規定之關於獲得有效救濟的權利，提供律  
10 師辯護。」，從 32 號意見可看出唯有辯護權的有效實質  
11 實踐，始能維護被告受憲法第 16 條所保障訴訟權之基  
12 本權。再者，自偵查程序開始，被告之人身自由、秘密  
13 通訊自由等憲法上基本權利，即開始遭受國家強制處分  
14 之干預（即便是干預最輕微的「傳喚到案說明」，也是  
15 國家命人民強制到場，否則人民即有遭受拘提之危險）；  
16 抑或是於判決程序後遭國家論罪科刑之限制人身自由  
17 危險；因此，基於維護人民受憲法第 8 條保障人身自由，  
18 無論在偵查、審查起訴或審判階段，如果有辯護人存在，  
19 辯護人就可以藉由國家核發律師證照所認可的法律專

1 業知識，適時監督偵查或審判機關的行為是否符合法律  
2 規定，此種監督功能不僅消極的可以避免偵查或審判機  
3 關為違法行為，更可以積極的保障、確認偵查或審判程  
4 序的合法性，避免犯罪嫌疑人或被告事後主張偵查或審  
5 判程序違法而須重新審查的程序浪費，充實公平審判之  
6 正當法律程序之功能，以確保公平審判之法治國原則。  
7 易言之，在檢察官握有強大國家公權力的追訴下，如果  
8 被告沒有強而有力的辯護人協助，勢必不易保障被告人  
9 權並發現事實真相，因此賦予辯護人許多訴訟法上的權  
10 利，其目的不僅僅在保障辯護人，更是在藉由塑造強而  
11 有力的辯護人，來協助被告與檢察官相抗衡，進而監督  
12 及確保刑事訴訟程序的公平、正當、及結果正確，以實  
13 現公正審判的精神。所以強而有力的辯護人是被告獲得  
14 公正審判的重要條件。

15 (三)又聯合國第八屆預防犯罪和罪犯待遇大會通過之「關於  
16 律師作用的基本原則」(Basic Principles on the Role of  
17 Lawyers)第16條規定：「各國政府應確保律師(a)能夠  
18 履行其所有職責而不受到恫嚇、妨礙或不適當的干涉；  
19 (b)能夠在國內以及國外旅行並自由地同其委托人進行

1 磋商；(c)不會由於其按照公認的專業職責、準則和道德  
2 規範所採取的任何行動而受到或者被威脅會受到起訴  
3 或行政、經濟或其他制裁。」明確揭示各國政府應確保  
4 律師執行職務不受恫嚇、妨礙或不適當的干涉之獨立性，  
5 並不得有干涉律師為當事人於案件中進行主張及防禦  
6 之不當舉措等違反上揭國際規範行為。又關於律師作用  
7 的基本原則第 17 條規定，律師如因履行其職責而其安  
8 全受到威脅時，應得到當局給予充分的保障。本條規定  
9 的理由與前條相同，並非僅在保障律師此種行業的執業  
10 活動，而是為了保障更高的利益，也就是目的在達成國  
11 家刑事司法任務，保障被告獲得公平審判及符合正當法  
12 律程序，屬於廣義的司法權，且為憲法之辯護律師制度  
13 性權利及保障。

14 (四)此外，鈞院釋字第 392 號解釋文亦認為：「司法權之一  
15 之刑事訴訟、即刑事司法之裁判，係以實現國家刑罰權  
16 為目的之司法程序，其審判乃以追訴而開始，追訴必須  
17 實施偵查，迨判決確定，尚須執行始能實現裁判之內容。  
18 是以此等程序悉與審判、處罰具有不可分離之關係，亦  
19 即偵查、訴追、審判、刑之執行均屬刑事司法之過程，

1 其間代表國家從事『偵查』『訴追』『執行』之檢察機  
2 關，其所行使之職權，目的既亦在達成刑事司法之任務，  
3 則在此一範圍內之國家作用，當應屬廣義司法之一。

4 又 鈞院釋字第 799 號解釋文亦揭示：「刑事訴訟法及  
5 性侵害犯罪防治法均未規定應賦予受處分人於法院就  
6 聲請宣告或停止強制治療程序，得親自或委任辯護人到  
7 庭陳述意見之機會，以及如受治療者為精神障礙或其他  
8 心智缺陷無法為完全之陳述者，應有辯護人為其辯護，  
9 於此範圍內，均不符憲法正當法律程序原則之意旨。」，  
10 再參諸我國刑事訴訟法第 31 條規定有強制辯護制度，  
11 在被告沒有選任辯護人的情形下，法院應指定辯護人為  
12 被告辯護。基此，刑事辯護制度的內涵，除為保障被告  
13 私益外，顯然尚具有公益保護的機能。辯護人參與刑事  
14 訴訟，一方面可以透過交互辯證來發現真實，另一方面  
15 可以確保國家司法程序符合法治國原則，特別是被告訴  
16 訟主體地位、無罪推定原則及公正審判原則的確立與貫  
17 徹<sup>1</sup>。由於辯護人（律師）具有一定的自主地位及公益色

---

<sup>1</sup>林鈺雄，刑事訴訟法（上冊）總論編，元照出版有限公司 2004 年 9 月四版第 1 刷，第 191 頁。

1 彩，因此國家司法制度賦予辯護人（律師）許多被告自  
2 己所沒有的權利，例如探視權、接見權等；又因辯護人  
3 （律師）在審判中具有一定的主體地位，並不只是單純  
4 地按照被告意思提供辯護協助而已。所以在被告這一方，  
5 係存有兩個程序主體，除了被告本人以外，辯護人（律  
6 師）則是源自於國家司法權為保障人民憲法第 8 條人身  
7 自由權、第 16 條訴訟權及符合正當法律程序、公平審判  
8 原則所不可或缺的制度性保障及制度性權利。辯護人  
9 （律師）的行為應是為保護一個「為一般所許可的利益」，  
10 因此當公益與前者利益發生衝突時，公益的保護具有優  
11 先性。

12 （五）由於辯護人（律師）同時負擔公益保護的任務，所以在  
13 審判程序中應被視為一個自主的「司法機關（單元）」  
14 （Organ）<sup>2</sup>，但因其並非國家組織法意義下之政府機關，  
15 而僅是「公務的承擔者」<sup>3</sup>。另有學者補充說明，辯護人  
16 （律師）並不只是透過民法上委任契約行使被告所賦予  
17 的權限，同時也是「獨立的刑事司法機關（單元）」，在

---

<sup>2</sup>林鈺雄教授係將 Organ der Rechtspflege 譯為司法單元。請見林鈺雄，刑事訴訟法（上冊）總論編，元照出版有限公司 2004 年 9 月四版第 1 刷，第 191 頁。

<sup>3</sup>吳俊毅，我國辯護人在審判程序當中地位之探討，載《刑事法雜誌》第 46 卷第 1 期，第 92 頁。



1 刑事訴訟法上享有與其他二個刑事司法機關（即法院、  
2 檢察官）同地位<sup>4</sup>。由於辯護人（律師）具有前述獨立  
3 的司法機關（單元）角色，因此其不應受當事人意思左  
4 右，也不得為妨礙國家偵審的行為<sup>5</sup>，所以德國律師法第  
5 1 條即明文，律師為「獨立之司法機關（單元）」（ein  
6 unabha"ngiges Organ der Rechtspflege）。

7 （六）另參照我國刑事訴訟法第 31 條之 1 規定：「偵查中之羈  
8 押審查程序未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護  
9 人或律師為被告辯護。但等候指定辯護人逾四小時未到  
10 場，經被告主動請求訊問者，不在此限。（第 1 項）前項  
11 選任辯護人無正當理由而不到庭者，審判長得指定公設  
12 辯護人或律師。（第 2 項）前條第三項、第四項之規定，  
13 於第一項情形準用之。（第 3 項）」其立法理由略謂：「…  
14 二、偵查中檢察官向法院聲請羈押被告，係起訴前拘束  
15 人身自由最嚴重之強制處分，是自應予以最高程度之程  
16 序保障。爰參酌司法院釋字第七三七號解釋意旨，增訂  
17 第一項規定，將強制辯護制度擴及於偵查中檢察官聲請

---

<sup>4</sup>陳志龍，辯護人→刑事司法機關→法治國家原則（上），律師雜誌，1997 年第 209 期，第 67 頁。

<sup>5</sup>陳志龍，辯護人→刑事司法機關→法治國家原則（上），律師雜誌，1997 年第 209 期，第 67 頁。

1 羈押、延長羈押、再執行羈押被告之法院審查及其救濟  
2 程序，原則上採強制辯護制度。」由此足證偵查中之羈  
3 押審查程序亦應有辯護人（律師）之參與，更顯見辯護  
4 人（律師）之辯護職權行使，目的亦在達成國家刑事司  
5 法任務，在此一範圍內之國家作用，亦屬廣義之司法權  
6 之一，與法官之審判權、檢察官之偵查權，同為保障人  
7 民憲法第 8 條人身自由權、第 16 條訴訟權及符合正當  
8 法律程序、公正審判原則之憲法制度性權利與保障。

9 （七）承上所述，司法權之一之刑事訴訟，即刑事司法之裁判，  
10 既係以實現國家刑罰權為目的之司法程序，其審判乃以  
11 追訴而開始，追訴必須實施偵查，迨判決確定，尚須執  
12 行始能實現裁判之內容，是以此等程序悉與審判、處罰  
13 具有不可分離之關係，亦即偵查、訴追、審判、刑之執  
14 行均屬刑事司法之一連串過程。（參照 鈞院釋字第 392  
15 號理由書）而辯護人（律師）之辯護權行使，如前說明，  
16 有確保國家司法程序符合法治國原則、正當法律程序之  
17 任務，在此範圍內之作用，當屬廣義司法之一無疑。

18 （八）關於辯護人（律師）之辯護權屬受憲法制度性保障權利  
19 之見解，亦可參照 鈞院釋字第 737 號中關係機關司法

1 院（刑事廳）見解，該機關認為：「一、憲法第十六條明  
2 定人民有訴訟權，檢察官聲請羈押被告程序，雖處於偵  
3 查階段，然被告仍得享有程序保障，使其得充分有效行  
4 使防禦權。武器平等原則旨在落實被告之防禦權，基此  
5 防禦之需求，國家應提供被告得與代表國家之檢察官，  
6 立於平等地位進行攻防之制度性程序保障，故聲請羈押  
7 被告程序自有武器平等原則之適用。二、閱卷權乃實現  
8 被告基本權訴訟權核心，即防禦權之重要內涵，依據我  
9 國憲法，應許可被告之辯護人於聲請羈押程序中有檢閱  
10 聲請羈押卷宗之權利；縱囿於偵查不公開之考量，有限  
11 制上必要，亦不應全面禁止。刑事訴訟法第三十三條第  
12 一項限制辯護人於起訴前完全不得行使閱卷權，與此意  
13 旨不符；刑事訴訟法第一百零一條第三項規定亦仍不足  
14 以落實被告之防禦權等語」。而該號解釋理由書亦謂：  
15 「人身自由乃人民行使其憲法上各項自由權利所不可  
16 或缺之前提，為重要之基本人權，應受充分之保障。剝  
17 奪或限制人身自由之處置，除須有法律之依據外，更須  
18 踐行必要之正當法律程序，始得為之，憲法第八條規定  
19 甚明（本院釋字第三八四號、第四三六號、第五六七號、

1 第五八八號解釋參照)。另憲法第十六條所明定人民有  
2 訴訟權，係以人民於其權利遭受侵害時，得依正當法律  
3 程序請求法院救濟為其核心內容，國家應提供有效之制  
4 度性保障，以謀其具體實現（本院釋字第五七四號解釋  
5 參照）。」基此，辯護人（律師）之辯護權即係國家為保  
6 障人民訴訟權、符合正當法律程序，所創設之獨立受憲  
7 法保障之基本權及制度性保障權利。

8 (九)再者，外國文獻討論辯護人（律師）之辯護權部分，有學  
9 者認為辯護人於刑事訴訟中的法律地位，不只是源自於  
10 客觀的憲法原則，尤其不只是源自於被告的權利（特別  
11 是要求公平審判的權利），毋寧辯護人—基於自己的權  
12 利地位—也可以主張基本法第 12 條第 1 項的基本權（亦  
13 即職業自由），而該項基本權也包括刑事辯護這項制度  
14 性保障<sup>6</sup>。

15 (十)德國聯邦憲法法院相關裁判亦有提及「律師是司法制度  
16 的機關(Organ der Rechtspflege)」（參照聯邦律師規則第  
17 1 及第 3 條），而且有義務代表其當事人之利益（參閱

---

<sup>6</sup> 參考 M. Möstl, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 8, 3. Aufl., 2010, § 179 Rn. 25:

1 BVerfGE 10, 185 [198])。律師身為受委任的獨立諮詢者  
2 以及輔助人，有義務在其受到基本法第 12 條第 1 項第 1  
3 句保護的自由執業範圍內，全面地協助他的當事人。而  
4 律師與當事人之間的信賴關係，是履行這項任務的前提  
5 (參閱 BVerfGE 110, 226 [252])。」<sup>7</sup>

6 (十一)承上，可推知德國聯邦憲法法院對於辯護人(律師)辯  
7 護權的憲法基礎，是兼採基本法第 12 條職業自由主觀  
8 權利(包括律師執業自由這個客觀法面向)，以及源自  
9 於法治國原則的正當程序要求這兩種觀點，反而不是特  
10 別從被告的訴訟權出發，因為被告受律師協助的權利有  
11 其他的憲法根據。若循此見解，依我國憲法第 8 條揭示  
12 正當法律程序，辯護人(律師)之辯護權應係獨立於被  
13 告訴訟權，目的在確保公正審判之法治國原則，與被告  
14 受憲法保障之訴訟權，兩者間相互伴隨且有重合，同在  
15 建構國家司法權之公平、正當行使。(亦即辯護人(律  
16 師)的辯護權能實質而有效行使，才能保障被告憲法上  
17 之訴訟權)

18 (十二)另就我國實務運作面觀察，辯護人(律師)辯護權之行

---

<sup>7</sup> 參考 BVerfGE 113, 29, 49 (12.04.2005 - 2 BvR 1027/02)  
第13頁，共 26 頁

1 使，並非僅是保障被告訴訟權而已，更是正當法律程序  
2 之實踐（即藉由辯護人（律師）實質有效辯護確保公平  
3 法院及正當法律程序之實現），例如辯護人（律師）強  
4 制辯護制度，就是基於保護被告訴訟權及落實正當法律  
5 程序，實踐公平法院對於訴訟當事人的訴訟照料義務<sup>8</sup>。  
6 又憲法第 16 條所定人民有訴訟之權，乃人民在司法上  
7 之受益權，旨在確保人民有受公平審判之權利，依正當  
8 法律程序之要求，刑事被告應享有充分之防禦權，包括  
9 倚賴辯護人之助，針對控訴攻擊，盡防禦之能事，俾受  
10 公平審判之保障。國家應提供有效之制度保障，以謀其  
11 具體實現，法院於適用法律時，亦須以此為目標，並藉  
12 由程序之遵守，確保公平法院及正當法律程序之具體實  
13 現。有謂：「刑事訴訟法歷史，乃辯護權的擴大史」，  
14 更是人權保障史，我國刑事訴訟法亦然，辯護權不斷持  
15 續擴張及深化，對人權保障更為完善。刑事訴訟法第 31  
16 條關於強制辯護規定，於 102 年 1 月 23 日修正公布，  
17 適用對象擴及具有原住民身分之被告或犯罪嫌疑人，適  
18 用範圍也從審判階段深化至偵查階段，同條文第 5 項規

---

<sup>8</sup> 參照臺灣高等法院 105 年度上訴字第 3124 號裁定意旨。  
第14頁，共 26 頁

1 定：「被告或犯罪嫌疑人……具原住民身分者，於偵查  
2 中未經選任辯護人，檢察官、司法警察官或司法警察應  
3 通知依法設立之法律扶助機構指派律師到場為其辯護。  
4 但經被告或犯罪嫌疑人主動請求立即訊問或詢問，或等  
5 候律師逾四小時未到場者，得逕行訊問或詢問。」其旨  
6 在考量偵查階段，被告處於資訊不對等之弱勢地位，尤  
7 其原住民因傳統文化、習俗、經濟、教育等因素，接觸  
8 法律資訊不易，針對訴追之防禦能力更為弱勢，乃從偵  
9 查程序使其得由國家主動給與辯護人為協助，此倚賴權  
10 尤甚於一般之選任辯護，更應受保障，並藉由程序之遵  
11 守確保裁判之公正，同時展現原住民族基本法開宗明義  
12 對於原住民基本權利之制度性保障。<sup>9</sup>由此更可推知，辯  
13 護人（律師）的辯護權不僅是為維護被告之訴訟權，更  
14 是確保人民有受公平審判之權利，符合正當法律程序所  
15 不可或缺的憲法上制度性權利。

16 (十三)最後，律師法第 1 條規定：「律師以保障人權、實現社  
17 會正義及促進民主法治為使命。（第 1 項）律師應基於  
18 前項使命，本於自律自治之精神，誠正信實執行職務，

---

<sup>9</sup> 最高法院 107 年度台上字第 3084 號判決意旨參照。

1 維護社會公義及改善法律制度。（第1項）」是律師法  
2 第1條開宗明義針對律師使命為期許，律師除維護當事  
3 人之利益外，更有公益目的實現之要求。因此，辯護人  
4 （律師）辯護權之內涵，除維護被告私益之保障外，尚  
5 有實現正當法律程序之公益目的，這同時也是辯護人  
6 （律師）辯護之任務與功能。另一方面本條亦揭示律師自  
7 律自治，不受任何外在不當干涉，獨立執行職務之精神。

8 (十四)綜上所述，辯護人（律師）之辯護權，係為保障人民憲  
9 法第8條人身自由權、第16條訴訟權及符合正當法律  
10 程序、公正審判之廣義司法權，與法官審判權及檢察官  
11 偵查權，皆屬於人權及法治國原則所依賴之支柱，同為  
12 受憲法保障之制度性權利，並非依附於被告訴訟權，而  
13 係獨立受憲法保障之基本權及制度性權利。

14

15 爭點二、偵查中辯護人於檢察官訊問被告或犯罪嫌疑人時之  
16 在場見聞、筆記及陳述意見，是否為被告或犯罪嫌疑  
17 人受憲法保障之權利？其憲法上依據為何？或  
18 僅屬於法律上之權利？（可分別就在場、筆記及陳  
19 述說明之）

20 一、意見摘要：



1           本會以為偵查中辯護人於檢察官訊問被告或犯罪  
2           嫌疑人時之在場見聞、筆記及陳述意見，三者均攸關被  
3           告受憲法保障之人身自由權及訴訟權，且為符合正當法  
4           律程序之重要依據，屬於辯護人（律師）受憲法保障之  
5           制度性權利，有助於公平審判及發見真實，以達成刑事  
6           訴訟之目的，應屬於廣義的憲法司法權之一部分。

## 7   二、理由：

8   (一)「憲法第十六條規定人民有訴訟權，旨在確保人民有受公  
9           平審判之權利，依正當法律程序之要求，刑事被告應享  
10          有充分之防禦權，包括選任信賴之辯護人，俾受公平審  
11          判之保障。而刑事被告受其辯護人協助之權利，須使其  
12          獲得確實有效之保護，始能發揮防禦權之功能。從而，  
13          刑事被告與辯護人能在不受干預下充分自由溝通，為辯  
14          護人協助被告行使防禦權之重要內涵，應受憲法之保障。  
15          上開自由溝通權利之行使雖非不得以法律加以限制，惟  
16          須合乎憲法第二十三條比例原則之規定，並應具體明確，  
17          方符憲法保障防禦權之本旨，而與憲法第十六條保障訴  
18          訟權之規定無違。」，前揭 鈞院釋字第 654 號解釋之  
19          理由書業已闡明依據憲法正當法律程序之要求，僅能依

1 據法律限制辯護人與被告之自由溝通權利，而不得完全  
2 禁止，且限制之方法、手段應符合比例原則，並應具體  
3 明確。

4 (二)「至偵查不公開為刑事訴訟法之原則，係為使國家正確有  
5 效行使刑罰權，並保護犯罪嫌疑人及關係人憲法權益之  
6 重要制度。然偵查中之羈押審查程序使犯罪嫌疑人及其  
7 辯護人獲知必要資訊，屬正當法律程序之內涵，係保護  
8 犯罪嫌疑人憲法權益所必要；且就犯罪嫌疑人及其辯護  
9 人獲知資訊之範圍，上開解釋意旨亦已設有除外規定，  
10 已能兼顧犯罪嫌疑人及關係人憲法權益之保護及刑罰  
11 權之正確行使。在此情形下，偵查不公開原則自不應妨  
12 礙正當法律程序之實現。」，由前揭 鈞院釋字第 737  
13 號解釋之理由書可知，刑事辯護人（律師）獲知必要資  
14 訊，屬正當法律程序之內涵，係保護犯罪嫌疑人憲法權  
15 益所必要，檢察官自不得以偵查不公開原則為理由妨礙  
16 正當法律程序之實現，縱囿於偵查不公開之考量，有限  
17 制上必要，亦不應全面禁止。

18 (三)又刑事被告在訴訟上應享有充分之防禦權，為憲法第 16  
19 條所保障人民訴訟權之範疇；此防禦權包含辯護倚賴權

1           （即積極受辯護人協助之權利）在內。因此，刑事訴訟  
2           法賦予辯護人（律師）多項權限，期使辯護倚賴權為最  
3           大之發揮。而如前所述，辯護人（律師）的辯護權，係  
4           為保障人民憲法第 8 條人身自由權、第 16 條訴訟權及  
5           符合正當法律程序、公正審判原則之廣義司法權，與法  
6           官的審判權、檢察官的偵查權，同為受憲法保障之制度  
7           性權利，並非依附於被告訴訟權，而係獨立受憲法保障  
8           之基本權及制度性權利。而辯護人（律師）於檢察官訊  
9           問被告或犯罪嫌疑人時之在場見聞、筆記及陳述意見等  
10          權利，為辯護人（律師）行使憲法制度性保障辯護權所  
11          不可或缺的權利，因此我國刑事訴訟法第 245 條第 2 項  
12          辯護人（律師）於檢察官、檢察事務官、司法警察官或  
13          司法警察訊問該被告或犯罪嫌疑人時在場並得陳述意  
14          見之權利，係基於辯護人（律師）之憲法上地位所具有，  
15          此為辯護人（律師）受憲法保障之制度性權利。直言之，  
16          既然辯護人有於偵查中「在場」獲取必要資訊之憲法上  
17          權利（鈞院釋字第 737 號解釋之理由書參照），則應當  
18          可以「紀錄筆記」，否則如何能完整、妥善的向偵查機  
19          關「陳述意見」為被告辯護或請偵查機關調查對被告有

1 利之證據？

2 (四)再者，刑事被告在訴訟上有依賴辯護人（律師）為其辯護  
3 之權，此為人民依憲法第 16 條享有訴訟權所衍生之基  
4 本權，功能在使被告充分行使防禦權，俾與檢察官或自  
5 訴人立於平等之地位，而受法院公平之審判。當律師接  
6 受委託或經指定成為被告之辯護人，便取得相關決定訴  
7 訟策略之權利，倘若僅有辯護人（律師）於偵查中在場  
8 及陳述意見權，並未賦予辯護人（律師）就檢察官訊問  
9 被告筆錄之查閱權（需強調的是，於立法制度上，更應  
10 賦予辯護人（律師）對於偵查中被告筆錄不受限制的查  
11 閱權，我國現行制度僅使辯護人（律師）得於檢察官偵  
12 查中訊問被告時札記，亦已有違憲之虞。），則辯護人  
13 （律師）將無從充分實質有效決定訴訟策略，亦無從針  
14 對檢察官訊問被告之問題，於偵查庭後詳細提出書狀為  
15 被告實質有效辯護或聲請調查有利被告之證據，造成被  
16 告不僅在偵查中居於弱勢，於起訴後更有因在偵查中無  
17 法充分行使訴訟防禦權，而被不當論罪科刑之侵害人身  
18 自由風險，而違反正當法律程序，侵害人民受公正審判  
19 的憲法權利。

1

2 **參、對憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決之評議**

3 一、111 年憲判字第 7 號判決，其受理部分之審查原則為：

4 「被告或犯罪嫌疑人所享有之受有效協助與辯護之權  
5 利，不僅包含其得自主選任辯護人，於無資力時得享有  
6 免費獲得辯護之機會，其辯護人並得於刑事訴訟程序各  
7 階段，適時表示法律意見與提供法律上之協助，以協助  
8 被告或犯罪嫌疑人有效維護其權益。就犯罪偵查程序而  
9 言，被告或犯罪嫌疑人受檢察官訊問時，其於不諳法律  
10 下，可能為不當或不利於己之陳述或未能及時為有利於  
11 己之主張，其辯護人為有效維護其權益，自應有權於訊  
12 問時在場聽聞，並當場為被告或犯罪嫌疑人之權益，適  
13 時表示法律意見或提供法律上之協助。此外，提供法律  
14 專業協助之辯護人，既有權於被告或犯罪嫌疑人受訊問  
15 時在場聽聞並表示意見，自有權就聽聞所得進行記憶、  
16 理解與分析等思維活動，而當場自行筆記，乃屬其記憶  
17 與思維活動之輔助行為，與其在場並陳述意見密不可分。  
18 因此，被告或犯罪嫌疑人於偵查中所應享有之受有效協  
19 助與辯護之權利，除辯護人之選任權外，至少應包括辯

1 護人在場權、筆記權及陳述意見權等偵查中辯護權。又，  
2 辯護人既係以法律專業身分而協助被告或犯罪嫌疑人  
3 維護其權益，是被告或犯罪嫌疑人於偵查中辯護權遭受  
4 侵害時，基於被告或犯罪嫌疑人受有效協助與辯護權利  
5 之憲法保障，除與被告或犯罪嫌疑人明示之意思相反外，  
6 其辯護人自應有權為被告或犯罪嫌疑人之利益，而以自  
7 己之名義請求救濟。【13】」

8 二、黃虹霞大法官所提之部分不同意見書：「辯護人之辯護權  
9 不是僅因居於協助被告或犯罪嫌疑人之地位始受憲法  
10 保障，辯護人具獨立憲法地位！辯護人乃為法治國思想  
11 體系下，與法官及檢察官同等地位之「獨立司法機關」。

12 又五權分立，憲法賦予司法機關獨立地位及審判任務，  
13 係為成就民主法治國之確保公平審判憲法價值；而公平  
14 審判不可或缺之制度性架構，建立在審檢辯三足鼎立之  
15 基石上，即經由辯護人之避免冤抑主軸（辯護人之職責  
16 只在避免冤抑，不在為被告或犯罪嫌疑人脫罪，使有罪  
17 變無罪、重罪變輕罪，辯護人心中要有被害人，是與其  
18 說辯護人協助被告或犯罪嫌疑人，毋寧是與法官協力實  
19 現公平正義）、檢察官之避免縱放，成就審判公平，進

1 而實現正義！故就憲法高度言，辯護人制度是先於個別  
2 被告或犯罪嫌疑人而存在，辯護人之憲法上地位，自然  
3 非係附屬於被告或犯罪嫌疑人。另在刑事審判程序對審  
4 制度下，檢辯對等已然無可爭議。至於偵查程序固無對  
5 審問題，但本席以為亦應然。因為偵查為審判之前行廣  
6 義司法程序，檢辯同為「獨立司法機關」，角色目的均  
7 在實踐公平正義，勿枉勿縱。二者地位應相等。檢察官  
8 沒有指揮監督辯護人之權，也不應有其他高於辯護人之  
9 公權力。是上開但書規定准檢察官限制、禁止辯護人行  
10 使辯護權，自與法治國原則有違。

11 三、筆者於憲法法庭說明會中之陳述，以及對於憲法法庭 111  
12 年憲判字第 7 號判決的意見：

13 (一)辯護律師的辯護權，係為保障人民憲法第 8 條人身自由  
14 權、第 16 條訴訟權及符合正當法律程序、公正審判原則  
15 之廣義司法權，與法官的審判權、檢察官的偵查權，同  
16 為受憲法保障的制度性權利，並非依附於被告訴訟權，  
17 而係獨立受憲法保障之基本權及制度性權利。

18 (二)偵查中辯護律師於檢察官訊問犯罪嫌疑人時之在場見聞、  
19 筆記及陳述意見，三者均攸關犯罪嫌疑人受憲法保障之

1 人身自由權、訴訟權，以及辯護律師的辯護權行使，為  
2 符合正當法律程序、有助於公正審判及發見真實，應認  
3 為偵查中辯護律師的在場見聞權、筆記權及陳述意見權，  
4 均屬於辯護律師受憲法保障的制度性權利，而與司法院  
5 釋字第 392 號解釋意旨中所指檢察官之職權相同，其目  
6 的既均在達成國家的刑事司法任務，即應屬於廣義的憲  
7 法司法權之一部分。

8 (三)辯護律師在刑事訴訟中，與法官、檢察官三方共同致力於  
9 實現國家司法公正審判之任務，其重要性不言可喻，就  
10 此可由前述公民權利公約、聯合國「關於律師作用的基本  
11 原則」之規定，以及我國刑事訴訟法有強制辯護制度  
12 規定，縱然被告不選任辯護人，但國家仍應為被告選任  
13 辯護人。以及法律扶助法第 2 條規定，各級法院、檢察  
14 署、律師公會及律師，負有協助實施法律扶助事務之義  
15 務，均足證明辯護律師制度具有高度公益性。而如同聯  
16 合國人權事務委員會第 32 號一般性意見，律師辯護的  
17 有無，往往決定一個人是否能夠訴諸有關訴訟或有意義  
18 地參與訴訟，因此我們可以想像或接受，沒有辯護律師  
19 參與重大刑事案件如何能夠順利、公正進行？而這會符



1 合公正審判、正當法律程序？

2 (四)因此，辯護律師的權利，如果僅僅是來自於被告，或依附  
3 於被告，那麼辯護律師自被告傳來的權利，就不應該，  
4 也不可能比被告還大，因為分身不可能比本尊還享有更  
5 多、更大的權利。同時辯護人在法庭中的地位也不可能  
6 比被告更高，因此難怪在現行刑事訴訟實務上，檢察官  
7 或法官對待辯護律師的態度，與對待被告的態度並沒有  
8 太多的差別。但這是憲法建構公正司法審判制度所能夠  
9 接受的嗎？這符合正當法律程序嗎？而事實上依據司  
10 法院過去的憲法解釋，辯護律師所享有的權利是大於被  
11 告，例如辯護律師享有被告自己所沒有的接見權、在場  
12 權及完整的閱卷權。因此，筆者主張，憲法法庭可以參  
13 考德國律師法第 1 條規定，在判決中確立辯護律師是獨  
14 立的司法機關(單元)。

15 (五)本案只是長久以來，辯護律師在偵查及審判中受到不公  
16 平對待的冰山一角，還有更多、更嚴重的案例並沒有被  
17 提出。其核心的原因，就在於辯護律師的憲法地位不明，  
18 因此律師界，非常希望藉由本案，透過憲法法庭的判決，  
19 確立辯護律師在憲法上的地位，由憲法法庭認定辯護律

1 師的辯護權，與法官審判權，檢察官偵查權，都是憲法  
2 建構公正司法審判權所不可或缺的制度及權利，而是屬  
3 於憲法制度性的權利，使以後不會再有辯護律師在偵查  
4 或審判中受到不公平的對待，如此才能真正保障人權。

5 (六)筆者對於憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決，認為該判  
6 決雖認定：刑事訴訟法第 416 條第 1 項及其他規定，就  
7 檢察官依同法第 245 條第 2 項但書規定，禁止或限制辯  
8 護人於訊問時在場、筆記或陳述意見之處分，未賦予被  
9 告、犯罪嫌疑人或其辯護人享有向法院聲明不服、請求  
10 救濟之機會，於此範圍內，與有權利即有救濟之憲法原  
11 則不符，違反憲法第 16 條保障訴訟權之意旨。對於其結  
12 論表示贊同，但對於其理由認為本案僅係被告或犯罪嫌  
13 疑人於偵查中所應享有之辯護人在場權、筆記權及陳述  
14 意見權等偵查中辯護權受到侵害，其辯護人有權為被告  
15 或犯罪嫌疑人之利益，以自己之名義請求救濟等語，並  
16 未認定係辯護律師自己所享有受憲法保障之廣義司法  
17 權(辯護權)受到侵害，而得請求救濟，尚有為德不卒之  
18 處。為此，籲請律師界未來仍需繼續努力爭取辯護律師  
19 的憲法地位及權利！

# MEMO

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---