

私立東海大學法律學研究所  
碩士論文

指導教授：張麗卿博士

論協商程序中辯護權之保障

Safeguarding Defendant's Pleading right in the Plea Bargaining

The seal of the National Central University Library is a circular emblem. It features the university's name in English, "NATIONAL CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY", around the perimeter. In the center, there are Chinese characters "國家圖書館" (National Central University Library) arranged in a square pattern.

研究生：林孝璋

中華民國九十九年六月

碩士學位考試委員會審定書

私立東海大學法律學研究所

碩士班研究生 林孝璋 君所提之論文：  
論協商程序中辯護權之保障

經本委員會審查並舉行口試，認為符合  
碩士學位標準。

考試委員簽名處

劉秉鈞

張孟卿

伍開遠

99年 6月 19日

## 摘要

園藤重光教授：「刑事訴訟法歷史乃辯護權的擴大史」，由此可知辯護制度實是刑事訴訟法的靈魂，但協商程序相較於通常審判程序，程序進行較為彈性，例如不必踐行公開審理程序、直接審理程序及不受到傳聞法則及嚴格證明法則之拘束。

故行協商程序之被告，其程序主體地位顯然較通常程序的被告低落，故容許協商程序之存在將無可避免侵害被告的程序權，進而可能危及司法正義。

為了避免被告「孤軍奮鬥」、「螳臂擋車」，辯護權實為被告最需要且重要的武器，然現行法僅賦予部份的協商被告辯護權，規範密度嚴重不足，且協商制度的相關配套措施並不完善，導致辯護人無法發揮其應有的功能，因此藉由論文寫作的機會提出一些淺見，以期對於協商被告的辯護權有正面的助益。

關鍵字：協商程序、辯護權、強制辯護

Keyword: Pleading right、Plea Bargaining

## 目錄

<b>第一章 緒論</b> .....	<b>1</b>
第一節 研究動機 .....	1
第二節 研究範圍 .....	2
第三節 研究目的 .....	2
第四節 研究方法 .....	3
第五節 本文架構 .....	3
<b>第二章 刑事辯護制度與辯護人</b> .....	<b>7</b>
第一節 前言 .....	7
第二節 刑事辯護制度之目的與內涵 .....	8
第一項 刑事辯護制度之目的 .....	8
一、落實武器平等原則 .....	8
二、保障被告陳述不受不當干擾 .....	9
三、兼顧發現真實和程序正義 .....	10
第二項 刑事辯護制度之內涵 .....	10
一、偵查中之實質辯護 .....	11
(一) 賦予辯護人偵查中之閱卷權 .....	11
(二) 偵查中辯護人應陪同被告接受訊問 .....	12
(三) 確保被告之交通權 .....	12
二、審判中之實質辯護 .....	13
第三項 刑事辯護制度中之強制辯護制度 .....	14
一、強制辯護制度之介紹 .....	14
二、強制辯護與指定辯護之差異 .....	15
三、我國之強制辯護制度 .....	16
四、我國之強制辯護制度之缺失 .....	17
(一) 現行法規定恐有違反憲法上之平等原則 .....	17
(二) 強制辯護的指定權應屬法官之權限 .....	18
(三) 未規定違反強制辯護之自白容許性 .....	18
(四) 刑事訴訟法第 388 條之規定有欠妥適 .....	18
第三節 辯護人之定位 .....	19
第一項 刑事辯護人之地位 .....	19
一、當事人利益代理人理論 .....	19
二、司法機關理論 .....	20
三、小結 .....	20
第二項 刑事辯護人之權利 .....	21

一、刑事辯護人固有權利 .....	21
(一) 檢閱卷宗權與接見通信權 .....	21
(二) 記明筆錄請求權與聲請調查證據權 .....	22
(三) 在場權與陳述權 .....	23
二、傳來之權利 .....	23
第三項 刑事辯護人之義務 .....	24
一、刑事辯護人之真實義務及保密義務 .....	24
二、刑事辯護人服從訴訟指揮之義務 .....	24
第四節 小結 .....	25
<b>第三章 協商程序中辯護制度之比較觀察.....</b>	<b>27</b>
第一節 美國法之觀察 .....	27
第一項 美國之認罪協商 .....	27
一、認罪協商之背景 .....	27
二、認罪協商之功能 .....	28
三、認罪協商之類型 .....	29
(一) 罪狀協商 .....	29
(二) 控訴協商 .....	29
(三) 量刑協商 .....	30
四、認罪協商之時點與程序 .....	30
(一) 認罪協商之時點 .....	31
(二) 訊問被告與權利告知程序 .....	31
(三) 協商期間被告之權利 .....	32
五、認罪協商之效力 .....	33
(一) 對檢察官之效力 .....	33
(二) 對被告之效力 .....	34
(三) 對法官之效力 .....	34
六、認罪協商之救濟 .....	35
(一) 撤回認罪聲明 .....	35
(二) 聲請人身保護令 .....	35
(三) 上訴 .....	36
第二項 美國協商程序中之指定辯護制度 .....	36
一、美國刑事辯護制度之背景 .....	37
二、美國刑事辯護制度之內容 .....	37
三、美國協商程序中之指定辯護制度 .....	40
第二節 德國法之觀察 .....	40
第一項 德國之非正式協商程序 .....	40
一、暫不提起公訴程序 .....	42

二、處刑命令程序 .....	43
三、自白協商 .....	44
第二項 德國協商程序中之強制辯護制度 .....	45
一、德國強制辯護制度之介紹 .....	45
二、德國強制辯護制度之適用範圍 .....	46
三、德國協商程序中之強制辯護制度 .....	47
第三節 小結 .....	48
一、美國法 .....	48
二、德國法 .....	49
<b>第四章 我國協商程序中強制辯護制度之檢討.....</b>	<b>53</b>
第一節 我國之協商法制 .....	53
第一項 協商程序之立法目的 .....	53
第二項 協商程序之制定過程 .....	54
第三項 協商程序之規範內容 .....	55
一、協商程序之開啓 .....	55
二、協商程序之進行 .....	58
三、協商判決之救濟 .....	61
第二節 我國協商程序強制辯護制度之沿革 .....	63
第一項 協商程序中強制辯護制度之由來 .....	63
一、司法院 2002 年版本 .....	63
二、司法院 2003 年版本 .....	64
三、民間團體版本 .....	64
四、立法過程之爭議點 .....	65
(一) 協商案件強制辯護之適用範圍 .....	65
(二) 受緩刑宣告是否有強制辯護之適用 .....	66
(三) 被告得否自願放棄辯護權保障 .....	66
(四) 辯護人的權限 .....	66
第二項 刑事訴訟法第 455 條之 5 之規定 .....	67
一、適用強制辯護之案件類型 .....	67
二、刑事辯護人之權限 .....	68
三、違反強制辯護之法律效果 .....	68
第三節 我國協商程序中強制辯護制度之檢討 .....	69
第一項 協商程序被告之地位 .....	69
一、檢察官對被告之影響 .....	70
二、辯護人對被告之影響 .....	71
三、法官對被告之影響 .....	72
四、以辯護權提升協商程序被告之地位 .....	73

第二項	被告接受刑事辯護人協助之最佳時點	73
一、	協商程序包含偵查中協商	74
二、	協商程序僅有審判中協商	75
三、	小結	75
	(一) 任何時點均能進行協商	75
	(二) 法律專業協助的重要性	77
第三項	協商程序被告辯護權之保障	77
第四項	檢察官之協力義務	79
第五項	強制辯護案件範圍之探討	80
一、	現行法之半套式強制辯護	80
	(一) 立法理由	80
	(二) 與其他簡易型程序之比較	80
	(三) 現行法規定有所不足	81
二、	建構全套式強制辯護	81
第六項	被告辯護權充分保障之配套措施	84
一、	閱卷權適用對象與範圍之擴大	84
	(一) 被告與檢察官的地位並不對等	84
	(二) 辯護人應有完整的閱卷權	84
	(三) 未委任辯護人之被告應為閱卷權的行使主體	85
二、	加重告知義務之履行	86
三、	協商過程應全程錄影、錄音與製作協商記錄	86
四、	法官審查範圍之擴大	87
	(一) 現行規定審查範圍過窄	87
	(二) 法官應有廣泛的審查權	88
五、	辯護人協商技巧之強化	88
	(一) 辯護人與檢察官的協商過程	89
	(二) 落實辯護技巧強化之方式	91
第四節	小結	92

## 第五章 協商實務中強制辯護制度之現況..... 93

第一節	違反協商程序強制辯護形式要件之判決	93
第一項	應以科刑範圍決定是否屬於強制辯護之案件	93
第二項	執行刑合併超過 6 個月即屬強制辯護之案件	95
第二節	違反協商程序強制辯護實質要件之判決	96
第一項	辯護人未盡實質有效之辯護	96
第二項	被告的協商合意為協商判決合法之前提要件	104
第三項	違反強制辯護的協商判決屬於判決當然違背法令	105
第四項	法院強制委任辯護人之時點並不恰當	108

第五項 法院有為被告指定辯護人之義務 .....	111
第三節 小結 .....	111
<b>第六章 結論與建議 .....</b>	<b>113</b>
第一節 結論 .....	115
第二節 建議 .....	116
一、合憲性之配套措施 .....	116
(一) 建構全面性之強制辯護制度 .....	116
(二) 提供良好之協商環境 .....	116
(三) 落實協商程序當事人武器平等 .....	117
二、司法實務之運作 .....	118
(一) 違反刑事訴訟法第 455 條之 5 得提起上訴 .....	118
(二) 協商程序被告未受實質辯護協助為具體之上訴理由 .....	118
(三) 辯護人應於協商之前踐行權利告知程序 .....	118
(四) 以舉證責任倒置之方式保障未受辯護協助之被告 ...	119
(五) 被告得以未受實質辯護為由撤回協商之聲請 .....	119
<b>參考文獻 .....</b>	<b>121</b>



# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機

自 20 世紀以降，民主法治的思潮掘起，人權意識逐漸高漲，刑事被告已經由過去任由國家宰割的客體，慢慢蛻變為享有程序保障的主體，爲了避免被告的基本權利遭受國家機關的不當侵害，故近年來，強制處分及證據法制儼然成爲刑事訴訟法的顯學，學者的研究重心大都集中於這兩種領域。實務判決亦多就此表示見解。

強制處分及證據法制，固然有其不可替代的地位，但本文認爲還有一塊領域重要性並不亞於強制處分及證據法制，甚至可以說是貫穿整部刑事訴訟法的主幹，是刑事訴訟法的靈魂，那就是辯護制度。試想，如果我們並不了解法律，忽然國家機關對自己開啓一連串的刑事程序，這時候我們最須要的就是辯護人的協助，辯護人的協助也能帶給刑事被告心理層面的安定。縱使強制處分及證據法制規定的多完善，缺乏辯護協助的被告亦可能遭受侵害。由於被告無論在法律知識層面，或在接受調查，被追訴的心理層面，相較於過去受過法律專業訓練且以國家力量爲後盾的檢察機關，均處於較爲弱勢的地位，爲求訴訟程序之的進行非僅僅強調當事人形式上的對等，尙須有強而有力的辯護人介入訴訟程序以協助被告，確實保護其法律上之利益。進而監督並促成刑事訴訟正當程序之實現。

協商程序是各種刑事審判程序中，犧牲被告程序權最多的程序，且被告最後將得到有罪判決的結果，故理應接受更爲周密的辯護協助，如此才符合比例原則，但我國增定的協商程序，並未賦予所有的協商被告辯護權保障，爲什麼立法者會以被告願受科刑有無超過六個月及是否接受緩刑宣告爲區分標準，僅於願受科之刑超過六個月且未受緩刑宣告的被告，才具有審判長強制委任辯護人協助的優惠，其餘的協商被告則不得享有，本文對於立法者的區別方式，極度不敢苟同，難道於被告願受科刑未超過六個月或受有緩刑宣告的情形，即未侵害被告的基本權利？立法者是否存有訴訟經濟的價值崇高，而可以犧牲被告受憲法訴訟權所保障的辯護權？此種立法模式可能違反憲法上兩大原則，即比例原則及平等原則之虞。

本文認爲刑事辯護制度的規定會是刑事訴訟法制是否能進入世界先進人權國家之列的重要指標，而其中協商程序中的辯護制度如何規範將會成爲左右刑事辯護制度好壞的關鍵性因素，本文深深地認爲我國協商程序

的強制辯護制度可能有不足之處，是故引起研究的興趣，欲藉由論文的寫作，探討協商程序中的強制辯護制度應如何規範方屬完善，此為本文的研究動機。

## 第二節 研究範圍

本文主要研究的重點為協商程序的辯護制度，為了詳盡檢討我國協商程序中辯護制度的規定何規定不足之處，故本文先行論述刑事辯護制度，一套完善的刑事辯護制度應該具備何種規範內涵，辯護人在刑事程序中應扮演何種角色及須要擁有那些權利，才足以與檢察官立於武器平等的地位，達成實質辯護應該是辯護制度追求的終極目標。

本文的研究範圍以協商程序中的強制辯護制度為主軸，即刑事訴訟法第 455 條之 5 的規定，包括各個草案版本及現行法的規定以及使協商程序中的強制辯護制度運作良好的相關配套措施，除此為研究主軸外，本文將一併論述刑事辯護制度與各國的協商法制、協商法制下的辯護制度及我國的協商程序。實務於運作協商新法的情況如何，各級法院是否皆能遵守刑事訴訟法第 455 條之 5，被告的辯護權是否遭受不當侵害，相關的實務見解亦為本文的討論範圍。

## 第三節 研究目的

協商程序施行至今，已有一段時日，被告是否成為疏減案源的犧牲品，其所應該享有的權利是否被過分剝奪，到底協商程序的辯護制度是否能夠完全保護到被告的程序權利，是否有保障範圍過於狹窄的問題，由於協商程序能夠疏減大量的案源，未來可能成為實務運作上主要的程序，故如何確保被告於協商程序的主體地位，實為協商法制修正的方向，因為辯護制度將左右協商法制施行的結果，故本文研究目的即希望能檢討出現行法規定有何缺失的地方。

故希望藉由本文對於協商程序中辯護制度的完整檢討，提供未來修法的方向，使被告最終得以信服於協商判決，減少上訴的案件，讓訴訟制度能夠逐漸走向金字塔型的結構，進而邁向法學先進國之林。

## 第四節 研究方法

本文的研究方法以參考國內學者所著的刑事訴訟法教科書為主軸，由於協商程序係屬新施行的法制，故本文亦搜集新法制定前與制定後關於協商程序的研討會資料，了解國內學者與實務家對於協商法制有那些意見，對於協商程序中的辯護制度有何種見解，換言之，文獻中提出的觀點，將給予本文寫作時豐富的靈感，本文對於各種見解討論之處，提出本文的看法，本文亦將藉由相關論述外國協商程序與辯護制度的文獻，以比較法觀察的角度，介紹外國制度的優點。

## 第五節 本文架構

第一章為緒論，依照傳統的論文格式，首先說明本論文的研究動機及研究範圍，進而說明本論文的研究目的。再就本論文的脈絡、架構為說明。

第二章先行介紹刑事辯護制度，第一節先為本章的內容作一前言開頭，接著第二節第一項則論述刑事辯護制度的目的與內涵，刑事辯護制度所欲達成的目的主要有三個，亦即加強被告防禦權以落實武器平等原則、確保被告陳述係出於自由意志、達到發現真實與遵守程序正義。而第二節第二項將介紹刑事辯護制度的內涵，即偵查與審判中的實質辯護，於本項中將一併探討辯護制度應如何規範才能作到實質辯護的要求，進而達到刑事辯護制度的目的。

由於本文以研究協商程序中的強制辯護制度為中心，故第三項即對於屬於刑事辯護制度的一環－強制辯護制度提出探討，討論其與指定辯護之間的差異，接著介紹我國的強制辯護制度。辯護人在刑事程序中扮演何種角色，換言之其在程序中的定位為何，主要有兩種見解，一為當事人利益代理人理論，另一為司法機關理論。前者認為辯護人為被告的代理人，故不得為與被告意思相反的見解。後者則認為辯護人亦為司法機關，負有公益保護的任務，並不是單純地按照被告的意思提供辯護協助而已，其亦具有主體的地位。兩種看法存有相當大的差異，我國法採取何種論點，第三節第一項即提出說明。接著第二項及第三項則介紹辯護人主要享有何種權利及負擔何種義務。

第三章以比較法觀察的方式分別介紹美國與德國的法制。美國的認罪協商制度歷史悠久，且大多數的刑事案件皆藉由此程序終結，故其裡論與制度最為完備，因而成為世界各國學習的對象，故本章第一節第一項對於

美國的認罪協商制度予以詳細的介紹，首先說明認罪協商的背景、功能，再介紹認罪協商的類型，依照傳統的分類，可以分為罪狀協商、控訴協商、量刑協商，接著介紹認罪協商的時點與程序，還有認罪協商對於法官、檢察官、被告將產生何種效力，最後則是對於認罪協商的救濟方式，包括撤回認罪協商聲明、聲請人身保護令及上訴。第一節第二項則論述美國認罪協商中的辯護制度，本文先行介紹美國的刑事辯護制度及其中的指定辯護制度，了解其大致上是如何運作後，再行論述關於協商程序中指定辯護係如何規定。

德國為傳統大陸法系的國家，其刑事訴訟制度採取職權主義，而在職權主義的精神之下，法院有認定事實義務，並且以認定的結果作為裁判的基礎，是故原則上職權主義下並不存在協商程序，但由於刑事案件不斷增加，在加上審判期間過長，司法機關的負擔越來越重，為了加速刑事案件的處理，德國的刑事制度於是逐漸發展出類似於美國認罪協商制度的機制，包括暫不提起公訴程序、處刑命令程序、自白協商三種程序，於第三章第二節第一項論述之。德國係採取強制辯護制度，其認為在強制辯護案件中，被告並無放棄的權利，與美國法的指定辯護並不相同，而上述三種類似協商程序的機制是否有強制辯護的適用，於第三章第二節第二項中將予以介紹。

第四章的論述係以我國法制主軸，第一節首先介紹於 2004 年施行的協商程序，由於協商程序的褒貶不一，整個立法過程充滿爭議，不少國內學者反對協商程序引進我國的立場甚為堅定，故有必要介紹協商成立的制定過程，以及制定協商程序的立法目的為何，能夠帶來那些好處。接著大致介紹協商程序的規範內容。第二節則詳細論述我國協商程序中強制辯護的沿革，包括各個修法版本及立法過程中的爭議點，接著分析刑事訴訟法第 455 條之 5 的規定。第三節則是對於我國協商程序中強制辯護制度提出檢討，第一項指出協商程序被告的地位將受到檢察官、辯護人及法官不利的影響，故本文主張應該以辯護權提升協商程序被告的地位。第二項討論被告接受刑事辯護人協助之最佳時點為何。第三、四項則探討如何保障協商被告的辯護權及檢察官應協助保障被告的辯護權。第五項則提出現行法未提供所以協商程序的被告辯護權保護，本文認為有所不足，應加以改善。而完善的辯護權保障除了辯護制度本身的規定應避免遺漏外，其他相關的配套措施亦具有相輔相成的功效，故本文提出幾項配套措施，包含有閱卷權適用對象與範圍之擴大、加重告知義務之履行、協商過程應全程錄影、錄音與製作協商記錄、法官審查範圍之擴大、刑事辯護人協商技巧之強化等制度，希望能對協商被告帶來縝密的保護與協助。

本文在第五章蒐集協商程序施行以來關於刑商程序中關於強制辯護制度運作的各級法院判決及裁定，將各個裁判區分合法及違法的類型，並

且對於違法的協商裁判分析其違法之處，探討實務為何會違反保障被告辯護權的意旨，作出違法的判決。

第六章結論與建議則是綜合各章討論的重點，加以歸納及分析整理，提出本論文的結論，及相關立法上及政策上的建議，以完結全文。



## 第二章 刑事辯護制度與辯護人

### 第一節 前言

現代法治國家踐行之刑事程序，發現真實已經不是唯一追求之目的，必須兼顧人權保障，藉此追求犯罪訴追與審判之準確性與公平性，因此，整個刑事程序必須符合民主法治國家之權力分立制衡原理與法治國原則，遵守正當法律程序原則，雖然我國憲法並沒有直接就正當法律程序作出定義，但理論上，接受辯護人援助的機會是被告在刑事程序中的防禦權免於受到國家不當違法干預所不可或缺的機制<sup>1</sup>，應該認為屬於憲法第 8 條正當法律程序保障的具體內容。

而所謂正當法律程序原則，大法官首先於釋字第 396 號解釋中表示在公務員懲戒程序，應採取辯護制度。公務員懲戒程序僅涉及人民的財產權及名譽權，但刑事訴訟程序則涉及人民之生命、自由等重大之基本權利，舉重以明輕，可以推知，刑事被告更應受到辯護權之保護。此號解釋作成後，象徵辯護權之保障，在我國已經由法律層次提昇至憲法位階，代表著立法者於制定法律時，亦應遵循此一原則，賦予被告充分的訴訟防禦權，否則將難逃違憲之指摘。

整個刑事程序（含偵查、控訴、審判與執行）必須依據法律所明定之程序規範，而且所有之法定程序之規定內容必須是公平而且正當合理，一方面，使國家機關受到程序規範之拘束與限制，透過此等法定程序，得以兼顧發現真實與保障人權，正確無誤而公平公正地行使國家刑罰權。另一方面，基於武器平等、兩造對等原則，如果參與刑事程序之訴訟主體彼此之間能夠處於平等之地位，並且根據法定規範進行刑事程序，行使憲法所保障之訴訟權，才能達到公平之追訴與審判。

辯護權為何如此重要，可以從刑事訴訟程序之運作過程窺知一二，刑事程序主要涉及被告、檢察官、法院之三面關係，其中檢察官具有代表國家訴追犯罪之公益角色，而法院職司犯罪事實與法律效果之判定，相較於兩者均擁有龐大國家資源與強制權力作後盾，被告卻反而居於不利之地位，故從程序公平之角度，此時被告更需要專業人士之協助，避免其一進入訴訟程序，即註定慘遭不利、敗訴之命運<sup>2</sup>。

<sup>1</sup> 陳運財，刑事訴訟法之修正與刑事辯護，月旦法學雜誌第 137 期，2006 年 10 月，頁 120。

<sup>2</sup> 林山田，論正當法律程序原則，軍法專刊第 45 卷第 4 期，1999 年 4 月，頁 2。

尤其於審判過程中，面對以證明被告有罪為目的的檢察官所進行的攻擊性訴訟活動，更應賦予被告必要之訴訟防禦權，以提供實施防禦活動之機會，就此而言，辯護人之參與和協助確屬不可或缺<sup>3</sup>。如何加強被告或犯罪嫌疑人之防禦力量，確保當事人地位之平等，及促進訴訟經濟，並協助法院正確適用法律以發現真實<sup>4</sup>，是立法者及司法實務努力的方向。故辯護制度在現今之訴訟程序中，不僅為不可缺之一環，而且其重要性更有日益增加之趨勢。

## 第二節 刑事辯護制度之目的與內涵

### 第一項 刑事辯護制度之目的

辯護制度之存在是現今司法制度運作的必要條件，但是在早期司法體制不完備之時，國家機關不當地限制被告之辯護權，則不是什麼新鮮事，偵查機關限制或剝奪被告辯護權的情況時有所聞，早期為了取得被告自白，不當阻礙被告與辯護人之聯繫，甚至於與辯護人發生肢體衝突，那種高高在上的心態，將人權保障拋之腦後，被告主體性地為完全淪喪，令人感到惋惜。不過隨著民智漸開，法治教育越來越落實，人民對於自己的權利保護逐漸重視，不會再任由公權力的予取予求，進而推動一波波的改革浪潮，將辯護制度精緻化，以下即先行介紹辯護制度之制度目的<sup>5</sup>。

#### 一、落實武器平等原則

我國由檢察官代表國家行使公訴權，而被告藉以對抗檢察官公訴行為的相對權利，則是防禦權，而訴訟法中給予被告諸多為訴訟行為之權利，即是防禦權之展現<sup>6</sup>。被告所行使之防禦權與檢察官所行使之公訴權，兩者得視為推動刑事訴訟程序之原動力。而被告行使防禦權之主要目的，在偵查中，是防止偵查單位之違法偵查，並想辦法使檢察官為不起訴處分，在審判中則是使法院作出有利被告之判決，故被告的該項權利不容任意遭到

<sup>3</sup> 彭國能，刑事訴訟「程序公平原則」之建立，司法周刊第1019期，2001年2月，第2版。

<sup>4</sup> 廖偉志，辯護人權利與義務之研究，輔仁大學法律學研究所碩士論文，1997年7月，頁17-20。

<sup>5</sup> 承蒙論文口試委員劉秉鈞教授授予高見，劉教授認為刑事辯護制度除了本文所列舉的三大目的外，另外還有一個重要的目的，即能夠讓被告免於自證己罪，因為被告往往不聞法律，不知其有緘默的權利及不負有自白的義務，如能有專業的辯護人在旁協助，使被告充分行使緘默權，進而落實無罪推定原則。

<sup>6</sup> 張麗卿，刑事訴訟法理論與實用，五南，2007年1月，頁112。



侵害或剝奪。

檢察官於法律專業知識上較被告甚為優勢，被告在刑事訴訟程序中，雖然具有防禦權，但在一般情形下，卻往往缺乏能力對檢察官之起訴為適當且有效之防禦，所以極需要獲得辯護人之協助。換言之，若毫無保障被告辯護權之手段，則被告之人身自由等基本權利，必定容易受到侵害，刑事程序所謂的人權保障目的，亦將失其意義<sup>7</sup>。故基於憲法平等原則之要求，被告若因其經濟、知識上之弱勢而受到差別對待，即有違武器平等原則，此時立法者就有義務消弭此種不平等之待遇，落實憲法保障人民訴訟權之意旨。

## 二、保障被告陳述不受不當干擾

刑事訴訟法第 98 條規定：「訊問被告應出於懇切之態度，不得用強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問或其他不正之方法。」刑事訴訟法第 156 條亦規定，非法取得自白之法律效果，以杜絕非法自白之取得，但檢、調人員偵查重大案件時，常會遭受來自於上級長官及社會的期待，及承受破案壓力，故使用非法刑求的方式取供之情形便時有所聞，雖然現今因人權意識高漲之情形下，上開單純以刑求方式取供之情形已不多見，但偵查機關則常會用其他方式迫使被告自白<sup>8</sup>，此種誘使被告自白之情形，或許僅屬於偵查方法之一種，不至於達到非法之程度，但實質上業已不當侵害被告的自由意志，所以在沒有辯護人在場陪同之情形下，難以期待無辯護人協助之被告可以清楚分出上開行為之合法性。

而上開情形之補救方法，只有在審判庭就證據能力為爭辯而已，惟現行法對證據能力之判斷，多是法院以權衡之方式為之，再加上法院在開庭前已先接觸違法取證之證據，故難以期待法院就上開證據會為被告有利之認定，於此情形下，被告之權利將受到重大之侵害，但倘若上開情形有辯護人在場，即可以立即聲明異議，避免違法取得之證據，污染法官之心證。由此可知，辯護人亦具有嚇阻偵查機關不當取證及確保被告程序主體地位之功能。

## 三、兼顧發現真實和程序正義

辯護人之工作固然在於協助被告，但被告是否成立犯罪及科刑範圍為何，並非辯護人所能決定，辯護人最重要之工作，乃在於確保被告是否獲

<sup>7</sup> 林山田，刑事訴訟法，五南，2003 年 8 月，頁 121。

<sup>8</sup> 例如以誘導的方式，套取被告的自白，此種方式可能尚不足構成詐欺等不正方法，但已足以讓被告不知不覺地為有罪的陳述。

得法律上應有的公平、合法、正義的審判，及其應有的權利不被侵害，但就辯護人於刑事訴訟之地位而論，辯護人除是被告輔助者之角色外，學說上認為辯護人一方面負有相當程度之司法功能<sup>9</sup>，因此辯護人在訴訟上係位於一種雙重地位，因此，辯護人即負有幫助法官發現真實之義務，且由於辯護人於訴訟中，亦可提出法律上及事實上之主張，督促檢察官與法官遵守程序規範，防止其爲了發現真實而不擇手段。尤其是在我國現今審判實務，法官所分配之案件量過多，每一位法官用在案件上之時間、精力有限之情形下，除檢察官應扮演追訴犯罪者之角色外，辯護人亦有幫助法官正確認事用法之義務。

## 第二項 刑事辯護制度之內涵

刑事辯護可分爲形式辯護與實質辯護兩種概念，形式辯護係指司法機關僅須給予被告委任辯護人之機會，且不妨害其行使即可，被告如未選任，則並無違憲及違法之情事，換言之，對於被告辯護權之保障範圍非常有限，形式辯護僅消極的保障被告具有辯護之選任權，卻不積極保障被告因無資力、貧窮等無法選任的情形，及對於辯護權之相關內容及範圍則並未論及。此與憲法保障人民之辯護依賴權之意旨不符，所以現今法制關於辯護權之規定已不採取形式辯護的概念。

而實質辯護則係指訴訟程序之進行非僅僅強調當事人形式上的對等，尚須有強而有力的辯護人實際協助被告<sup>10</sup>。法律不能讓僅被告形式上得委任辯護人，但卻因爲辯護人未盡職責而使被告實質上沒有得到辯護的保障，故針對辯護制度即必須要進一步檢驗該規定之運作，是否能確實達到保障被告之目的。亦即爲了充實被告的防禦能力，辯護制度應使辯護人和被告之間有充分且自由的溝通機會及管道，不得任意限制之，否則即屬於違憲之規定<sup>11</sup>。於此，才能藉由辯護人之專業，充實被告防禦權及彌補被告與國家機關之間法律知識的落差，以維持審判之公平<sup>12</sup>。

我國刑事訴訟法並未對實質辯護之定義爲規定，僅能靠學說以及實務逐漸累積見解，闡明何謂實質辯護。本文以下即藉由學說及實務見解論述偵查階段及審判程序如何落實實質辯護。

### 一、偵查中之實質辯護

偵查階段辯護人之主要任務爲保護犯罪嫌疑人的權益，免於遭受檢警

<sup>9</sup> 張麗卿，註 6 書，頁 126。

<sup>10</sup> 王兆鵬，貫徹平等與實質之辯護制度，收錄於辯護權與詰問權，元照，2007 年 1 月，頁 100。

<sup>11</sup> 同前註，頁 96。

<sup>12</sup> 符基強，建構刑事偵查辯護之功能，中央警察大學警察研究所碩士論文，2000 年 6 月，頁 55。

機關之違法取證之侵害<sup>13</sup>，辯護人藉由陳述事實上及法律上之意見影響檢察官之心證，以及爲了將來的審判程序作準備<sup>14</sup>。換言之，偵查階段接受法律專業協助的重要性絕對不低於審判程序，使犯罪嫌疑人於偵查程序儘早獲得辯護人之援助，不僅有助於被告權益之維護，對於發現真實以及國家訴追的效率亦有幫助。但是實務運作上，偵審機關往往爲調查犯罪事實的必要和達到發現真實，而限制辯護權的行使，限制其不得妨礙偵查秩序與實體真實的發現<sup>15</sup>。且現行刑事訴訟法中關於偵查階段辯護權之規定對於被告的權利保障不足，使得被告與偵查機關實力相差更爲懸殊，與實質有效辯護制度的立法精神相違背。所以被告的辯護權保障實有加強之必要，本文認爲可以藉由下列的方式補強被告偵查中之辯護權：

### （一）賦予辯護人偵查中之閱卷權

基於偵查不公開原則，辯護人於偵查階段並無閱覽卷宗的權利<sup>16</sup>，而偵查不公開的主要目的在於偵查效率的考量，換言之，避免調查所得的證據資料讓被告知悉而有湮滅證據或勾串共犯證人，及作偽證而影響偵查進行的情事發生，但本文認爲此理由的說服力薄弱，將不當侵害被告的辯護權，違反正當法律程序，有值得檢討之處。偵查階段僅偵查機關擁有強制處分權，且被告蒐集證據的能力遠遠不及偵查機關，兩者實際上處於不平等的地位。縱然犯罪嫌疑人得選任辯護人爲其辯護，但辯護人於偵查中無法檢閱卷宗，無法知悉檢方掌握何種不利被告的證據，進而不能進行有效的防禦，達到避免被告遭到檢察官的濫行起訴。亦不得提早爲將來的審判程序作準備，如此將無法發揮律師協助的功能。

雖然我國刑事訴訟法已朝向當事人進行原則的方向修正，但現行法仍採取卷證併送制度，受命法官於準備程序中得檢視檢方的卷證，可能因爲僅接觸一造的說詞，而有汙染法院空白心證之虞，換言之，理想的作法應該是讓辯護人在偵查中能夠閱覽相關的卷宗資料，蒐集對被告有利的證據，讓法院同時接觸兩造的說詞，達到預斷禁止之目的。

而雖然賦予辯護人閱卷權可能存在妨礙發現真實的質疑，但實務上若發現辯護人有不當行爲，而妨害偵查程序的進行，自可對辯護人的檢閱卷宗權加以限制，不應該不分狀況一律不准辯護人於偵查階段閱覽卷宗<sup>17</sup>。換言之，偵查中的閱卷權僅能部分限制，而不能完全剝奪。更有學者認爲，偵查秩序的主導權掌握在偵查機關的手中，如果爲了發現真實而抑制辯護

<sup>13</sup> 例如違反刑事訴訟法第 98 條規定之方法取得其自白。

<sup>14</sup> 黃東熊，刑事訴訟法，三民，1999 年 3 月，頁 121。

<sup>15</sup> 陳運財，註 1 文，頁 122。

<sup>16</sup> 刑事訴訟法第 33 條第 1 項規定，僅審判階段的辯護人擁有閱卷權。

<sup>17</sup> 彭國能，辯護人之法庭活動—兼論偵查活動，台灣大學法律學研究所博士論文，2000 年 6 月，頁 130。

人的防禦行爲，無疑的將使辯護活動的進行，動輒得咎，這都是不當矮化辯護權的作法<sup>18</sup>。

## （二）偵查中辯護人應陪同被告接受訊問

辯護人之陪同在場是確保辯護權利能夠發揮效用的重要權利，被告在偵查中隨時可以選任辯護人，而辯護人能夠陪同被告接受偵訊是被告程序主體提升的重要表現。訊問被告時在場本屬於辯護權實施的範疇，況且偵查階段因沒有中立第三人的監督，所以對刑事被告造成的壓力影響絕不低於審判階段，甚至可說是遠遠超過審判階段，所以辯護人如果不能在場協助被告則根本違反實質辯護的規範目的<sup>19</sup>。

因此，本文認為刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書限制辯護人在場權的規定，應該作合憲性的限縮解釋，僅於存在明確的事證證明辯護人在場確實會影響到偵查活動時，才有加以限制的必要，否則此但書規定，將減損本條賦予辯護人在場權的立法意旨。

## （三）確保被告之交通權

被告與辯護人的接見通訊與充分溝通，是實質辯護中重要的權利之一。學說上有稱之為「交通權」<sup>20</sup>，此權利受到正當法律程序所保障。鑑於辯護人與被告存在特殊的信賴關係，辯護人若與被告之間欠缺溝通的機會，將難以達到實質辯護的目的，因此在整個刑事訴訟程序中，必須保障辯護人與被告間不受干擾或阻礙的交通權，這對身體自由受到拘束的羈押被告而言，尤其重要。

對此釋字第 654 號解釋則明白指出，羈押法第 23 條第 3 項規定，律師接見受羈押被告時，不問是否係爲了達成羈押目的或維持押所秩序之必要，一概予以錄影、錄音，違反憲法第 23 條比例原則之規定，不當侵害被告的辯護權，亦不符憲法保障訴訟權的意旨。本號解釋的作成，宣示保障被告接受實質辯護的意旨已提升至憲法層次，所有國家機關皆有遵循的義務。2010 年 6 月 1 日立法院已通過修正刑事訴訟法第 34 條已要求限制羈押被告的交通權，須有嚴格形式的令狀及改採由法官決定之法官保留原則，以落實武器平等及釋字 654 號解釋之意旨。被告如對於限制不服，本

<sup>18</sup> 陳運財，註 1 文，頁 122。

<sup>19</sup> 2010 年 6 月 1 日立法院已通過修正刑事訴訟法第 34 條第 2 項本文規定：「辯護人與偵查中受拘提或逮捕之被告或犯罪嫌疑人接見或互通書信，不得限制之。」修正刑事訴訟法第 34 條第 3 項規定：「前項接見，檢察官遇有急迫情形且具正當理由時，得暫緩之，並指定即時得為接見之時間及場所。該指定不得妨害被告或犯罪嫌疑人之正當防禦及辯護人依第二百四十五條第二項前段規定之權利。」為我國偵查中實質辯護之規定往前邁一步。

<sup>20</sup> 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，自版，2006 年 9 月，頁 204。

次修法亦修正刑事訴訟法第 404 條及第 416 條，賦予被告得對此提出抗告與準抗告救濟之。

## 二、審判中之實質辯護

被告辯護權的保障應指被告有受實質、有效協助的權利，於職權主義之下，即令辯護人未為強而有力的辯護，法院亦應依職權調查對被告有利的證據，對被告權益妨礙不大，但我國改採當事人進行主義後，法院將扮演一位中立聽訟者的角色，由兩造當事人進行訴訟上之攻防，但兩造當事人的地位實質上並不對等，擔任訴追者的檢察官具有法律專業知識，且擁有強大的國家資源作為後盾，而居於弱勢的被告，其委任的辯護人如不能善盡其責，為有利於被告的辯護，不只被告權益受損，審判的結果即可能與真實及正義偏離<sup>21</sup>。

本文參考最高法院及學者見解歸納出幾項辯護人應有的行為，辯護人須為如此的辯護行為，始為實質有效的辯護<sup>22</sup>：(1) 辯護人應於審判期日始終在場，法院才能判決。辯護人只要遲延到庭，或者中途任意退庭，只要辯護人未參與其中一個程序時，皆應視為不在場。(2) 辯護人縱使全程到庭，但未陳述事實上及法律上意見、詰問證人、亦未提出辯護書狀陳明，如此與未經實質辯護無異。(3) 如辯護人雖有表達意見，但其表達之內容僅泛言「請庭上明查，依法判決」或者「引用辯護狀所載」，並未就控訴的犯罪事實進行實質的反駁、防禦，使法官僅接觸檢方的說詞，難以產生對被告有利的心證，被告實處於挨打之局面，與未受法律協助無異，此種情形也屬未經實質辯護。

(4) 共同被告間彼此為了減輕自己的罪責，嫁禍栽贓其他共犯，加上傳統實務辦案往往以其他共犯的自白即定被告罪刑，共同被告間利害關係嚴重衝突，如果大家共同指定一個辯護人的話，辯護人為共同被告之一人進行辯護，結果可能因為利害衝突而對其他共同被告造成不利，故在利害相反的情況下行共同辯護，共同被告中必定有人形式上雖有委任辯護人，但是卻等同未受到實質協助。因此，為確保共同被告皆可以接受實質有效的辯護，法院在共同被告存有利害衝突的情況下，不應為其指定共同辯護，以維護全體共同被告的權益。

關於上述利害衝突不應共同辯護的論點，本文提出些許補充，訴訟程序為一流動之狀態，利害關係是否相反的認定，有其困難度，此階段的證據顯示大家處於同一艘船上利害相同，但隨著程序的進行及證據的調查，下一個時點彼此利益又相互衝突，所以為了維持審判的公平，只要是共犯

<sup>21</sup> 王兆鵬，註 10 文，頁 116。

<sup>22</sup> 張麗卿，註 6 書，頁 133；林鈺雄，註 20 書，頁 211；93 台上字 2337 號判決，惟本號判決認為此標準僅適用於強制辯護案件，無法一體適用於所有案件，似乎有為德不足之憾。

於同一訴訟程序接受審判，即形成共同被告的情形，應該委任不同的辯護人分別進行辯護，共同被告如係由相同辯護人協助，此時即構成未受實質有效辯護的情形，踐行之訴訟程序不合法，被告得向上級審請求救濟。辯護人須就數共同被告被訴的犯罪事實進行分別防禦，才能作出適當且充分的辯護行為。

再者，我國現行法僅要求在強制辯護案件中，如共同被告的利害相反，法院不得指定同一辯護人。學者認為我國刑事訴訟法之所以僅規定強制辯護中共同被告有利害相反之情形時不得指定一人辯護，乃是因為共同辯護人係由法院所指定，而不是被告的自由意志選任，因此法院有職責避免利害相反之共同辯護<sup>23</sup>。

此一規定存有不足之處，蓋在任意辯護案件，共同被告間還是會發生利害相反的情形，這點並不會因為案件為強制辯護或任意辯護而有差異，任意辯護的案件仍然會有同一辯護人能否周全照顧各個不同被告的問題，很難想像在任意辯護的情形得以克服共同被告利害相反的衝突。

在任意辯護案件中，被告雖有能力選任辯護人，但未必有法律上的知識知悉共同被告間因為存有利害相反的情況，故可能僅委任一名共同辯護人導致不能兼顧每一位被告的利益。辯護人有時也可能因貪圖便利或律師費用，而接受利害相反的共同被告委任，卻未向被告告知可能存有利害衝突的危險。因此，於任意辯護的制度修正前，審判長如發現多數共同被告竟委任同一辯護人時，應依職權告知每一被告其有委任不同律師的權利，甚至於法院發現有確實的利害衝突之情形存在時，得以主動禁止共同辯護。

### 第三項 刑事辯護制度中之強制辯護制度

#### 一、強制辯護制度之介紹

我國刑事訴訟法明文規定刑事被告享有接受律師協助的權利，在某些案件中，法院甚至必須為被告指定辯護人。符合此種類型之案件，法院有義務為被告指定辯護人，如辯護人未到場，不得為程序之進行，此即為強制辯護制度。

刑事辯護制度以程序進行是否須強制委任辯護人的層次上可分為任意辯護與強制辯護，後者須強制委任辯護人，前者則否。而本文之所以於本章中特別介紹強制辯護制度，主要在於本論文涉及協商程序中強制辯護規定的討論，再加上適用強制辯護的案件範圍多涉及重罪案件及弱勢被

<sup>23</sup> 王兆鵬，受有效律師協助的權利，收錄於辯護權與詰問權，元照，2007年1月，頁39。

告，刑事程序進行的結果對被告可能造成嚴重侵害，故強制辯護制度於刑事辯護制度中佔有舉足輕重的地位，值得提出討論。

所謂強制辯護，學說上有稱為「必要辯護<sup>24</sup>」，其定義為訴訟案件起訴後，必須設有辯護人，於審判期日出庭為被告辯護，否則訴訟程序即不得進行（刑事訴訟法第 284 條規定），如於辯護人未到庭之情形下進行審判，依照刑事訴訟法第 379 條第 7 款的規定，訴訟程序係屬當然違背法令，可作為提起上訴或非常上訴的事由。換言之，此類案件係以辯護人之到庭辯護為程序合法進行的要件，如果站在法院的角度，目的著重在法院審理案件之效率及合法性，故重大案件需有辯護人之在場始得審理，被告並無拒絕接受辯護人協助的權利，制度之設計為以上對下，所以縱使被告表示拋棄其受辯護人協助之權利，法院還是要依職權為其指定辯護人<sup>25</sup>。總之，只要是法律規定應委任辯護人的案件，整個審判過程皆須有辯護人到場協助被告。

為什麼立法者就某一些案件，特別規定審判程序一定要有辯護人到場，否則不得審判，為何不尊重被告是否選任辯護人的自由？因刑事訴訟程序，乃國家刑罰權之具體行使，被告所犯的罪愈重其犯罪行為所侵害的法益愈大，則國家所科以刑罰也較重，而且此等犯罪，不容易認定其刑事責任，一旦發生認事用法的錯誤，其對被告權益之侵害將極嚴重，故法律就此等案件強制規定必須有辯護人之到庭始得審判，藉此達成彌補國家與被告間實力落差之公平審判之要求。換言之，強制辯護之設置理由應該在於「保護被告利益」與「維持審判公平」<sup>26</sup>。

## 二、強制辯護與指定辯護之差異

除了上述，就程序進行是否須強制委任辯護人區分強制辯護與任意辯護兩個概念外，於另一個層次又可以區分出兩種源自兩個不同法系的概念，亦即指定辯護與強制辯護。強制辯護及指定辯護兩者，存有極大的差異，就沿革而言，強制辯護制度起源大陸法系，以法院為中心，著重於法院審理案件之效率與合法性，所以重罪案件需有辯護人在場；而指定辯護案件則是起源於英美法系，以當事人為主體，為了保障貧窮被告之辯護依賴權，只要被告主動聲請法院指定辯護人，法院即須為被告指定律師為其辯護<sup>27</sup>，法院係立於被動的角色，不過法院負有告知被告選任辯護人的義務，尤其是面對弱勢之被告，更應讓其知悉其得享有支付較為低廉的律師

<sup>24</sup> 吳俊毅，我國辯護人在審判程序當中地位之探討，刑事法雜誌第 46 卷第 1 期，2002 年 2 月，頁 101。

<sup>25</sup> 劉秉鈞，強制辯護之研究，政治大學法律學研究所碩士論文，1979 年 6 月，頁 15。

<sup>26</sup> 同前註，頁 20。

<sup>27</sup> 史奎謙，刑事辯護權之研究，中興大學法律學研究所碩士論文，1996 年 6 月，頁 4-137-4-138。

費的權利，但最後是否委任律師，決定權仍在被告，此點與強制辯護大不相同。

指定辯護案件著重在被告防禦權之保障，被告享有受憲法正當法律程序所保障的辯護依賴權，國家針對被告的需求，以國家的力量滿足被告希望律師協助處理案件的請求，且法院之指定義務不以審判程序為限，偵查中法院亦有為被告指定辯護人之義務；相反的，強制辯護制度則重在審判程序的合法性，即在審理過程中須有辯護人之介入，期能避免發生審判錯誤之情事。

其中兩個制度最大且最重要之差異在於辯護權得否出於被告「適格且明智<sup>28</sup>」之決定而放棄。在指定辯護之情形，因其係本於被告之聲請而為其委任辯護人，高度尊重被告的意願，被告得選擇放棄此一權利。而強制辯護案件，被告不得放棄此一權利，如前所述，強制辯護存在之目的在於程序的正當合法<sup>29</sup>，被告接受律師協助構成合法審理程序之要件之一，公益性濃厚，不容被告任意地拋棄，是當法院因強制辯護案件為被告指定律師為時，即使被告表示反對，律師之辯護權限並不因此而消滅。

### 三、我國之強制辯護制度

由於指定辯護與強制辯護兩者源自於不同法系，存在很大的差異，故以上述區別標準檢視刑事訴訟法第 31 條之規定性質上究屬強制辯護或是指定辯護，刑事訴訟法第 31 條規定應委任辯護人的情況有四種：(1) 最輕本刑為 3 年以上有期徒刑。(2) 高等法院管轄第一審案件。(3) 被告因智能障礙無法為完全之陳述者。此三類案件，審判中未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人或律師為其辯護。(4) 低收入戶被告未選任辯護人而聲請指定，或審判長認為必要者，亦應指定公設辯護人或律師為其指定。

本文認為刑事訴訟法第 31 條應屬於大陸法系之強制辯護之規定，理由在於依照強制辯護的定義，訴訟程序的進行須要有辯護人始終在場，審理程序始為合法，而刑事訴訟法第 379 條第 7 款規定，依本法應用辯護人之案件或已經指定辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判者，構成判決當然違背法令，亦在強調刑事訴訟法第 31 條的案件，未委任辯護人時所進行的程序為當然違背法令，所著重者為審理程序的合法性，且被告亦不得基於其明示的意思放棄辯護人的協助，故對照上述的定義，應認屬於強制辯護之案件。

刑事訴訟法第 455 條之 5 規定，協商的案件，被告表示所願受科之刑逾有期徒刑 6 月，且未受緩刑宣告，其未選任辯護人者，法院應指定公設

<sup>28</sup> 亦即「故意拋棄其已知悉之權利」，參閱王兆鵬，自美國法看我國刑事被告之律師權，收錄於辯護權與詰問權，元照，2007 年 1 月，頁 61。

<sup>29</sup> 蔡育萍，指定辯護之研究，政治大學法律學研究所碩士論文，2003 年 6 月，頁 20。



辯護人或律師為辯護人，協助進行協商。有學者認為本條是指定辯護的規定，雖無辯護人在場，協商程序仍得進行，且本法並未規定違反的法律效果，並不像強制辯護般是當然違背法令<sup>30</sup>。但本文認為基於協商程序的特殊性，協商的雙方實力落差甚大，被告應該接受辯護人專業的協助，而不得任意放棄辯護權利，故本條性質上應視為強制辯護案件，本法雖未規定違反的法律效果<sup>31</sup>，但此應屬立法漏洞，解釋上應認為與違反刑事訴訟法第 31 條相同，構成審判程序違背法令，得為上訴救濟的事由。

## 四、我國之強制辯護制度之缺失

### （一）現行法規定恐有違反憲法上之平等原則

刑事訴訟法第 31 條第 1 項後段規定，其他審判案件，低收入戶被告未選任辯護人而聲請指定或審判長認有必要者，亦可指定公設辯護人或律師為其辯護。如依法條文義，低收入戶被告接受辯護之權利，僅限於「審判中」。但是於「偵查中」，受辯護的權利不應該有貧富之別，偵查中之低收入戶被告，亦應享有國家為其聘請辯護人的權利。換言之，國家有為貧窮被告指定辯護人的義務，並不限於審判階段，偵查中之羈押程序、拘提或逮捕之訊問程序，只要被告提出請求，國家即有此義務<sup>32</sup>。

強制辯護的案件，依照現行法的規定，僅有智能障礙的被告才享有在偵查程序指定辯護人的權利，相較於其他種類的強制辯護案件的被告，是否存有不公平的情況，如此規定是否有違反憲法上的平等原則，既然立法者願意開放智能障礙的被告提早享有辯護權，對於其他同樣具有強制辯護需求的被告而言，基於平等原則與貫徹被告之辯護權，在偵查程序亦應有所適用。

故偵查中不論是受拘提或逮捕的被告，偵查機關應該允許被告有至少一次與辯護人面對面會談、接受協助的機會<sup>33</sup>。若偵查中採行強制辯護，可以透過辯護人偵查中之在場權，為相關的辯護行為，尤其是與被告諮商，向偵查機關陳述意見或請求為有利於被告之調查或處分<sup>34</sup>。

<sup>30</sup> 劉秉鈞，量刑協商程序之理論與實務座談會，法學講座第 29 期，2004 年 9 月，頁 48。

<sup>31</sup> 依刑事訴訟法第 455 條之 10 但書之規定，違反刑事訴訟法第 455 條之 5 規定並非得提起上訴之事由。

<sup>32</sup> 張麗卿，司法院強制辯護公聽會書面資料，2010 年 4 月 20 日，頁 1。

<sup>33</sup> 法律扶助基金會，自民國 96 年 9 月 17 日開始，針對重大刑案的被告（亦即所謂的強制辯護的被告）以及智能障礙的被告，在特定的檢警機關，開始試辦「檢警第一次偵訊律師陪同到場」服務（亦即檢警專案），資料來源：吳景芳，司法院強制辯護公聽會書面資料，2010 年 4 月 20 日。

<sup>34</sup> 張麗卿，註 32 文，頁 2。

## （二）強制辯護的指定權應屬法官之權限

依刑事訴訟法第 31 條第 5 項規定，偵查程序中的指定辯護人工作，係直接由檢察官指定，但是檢察官係立於與被告相反的地位，兩者存有利害衝突的情況，檢察官可能會故意指定能力較差的辯護人。由於法院所為的指定處分與檢察官所為的指定處分，在救濟程序上存有極大的差異，由法官指定時，被告不服時得提起抗告，但是若由檢察官指定，則充其量只能靠內部的行政監督機制，對被告權益的保障大相逕庭，因此為了公平保障被告的辯護權，指定辯護人的權限，不問偵查中或審判中皆應由法院指定較為妥當。

## （三）未規定違反強制辯護之自白容許性

強制辯護的案件，程序之進行須有辯護人協助方屬合法，否則違反的效果將導致所為之判決即屬當然違背法令，刑事訴訟法第 379 條第 7 款定有明文。然強制辯護案件的被告於未受辯護協助的情形下所為的自白，是否具有證據能力，本法並未規定，可能導致法院使用該違背法定程序取得的自白，為對被告不利之判決，如此亦嚴重違反強制辯護係為保障重罪、弱勢被告的制度目的，故在現行法未明確規定的情況下，似僅能用刑事訴訟法第 158 條之 4 權衡理論評價違反的效果。惟本條賦予法官廣泛的裁量，如法官認為發現真實凌駕於辯護權保障，則被告的自白仍具有證據能力，但基於辯護權為憲法訴訟權之內涵，重要性並不亞於發現真實，如法院恣意違反強制辯護的義務，此時應限縮法院的裁量權，法院有義務排除自白的容許性，以保障被告的辯護權<sup>35</sup>。

## （四）刑事訴訟法第 388 條之規定有欠妥適

刑事訴訟法第 388 條：「第 31 條之規定於第三審不適用之。」該條如此規定的理由在於，第三審為法律審，原則不經言詞辯論，故強制辯護的規定並不適用於第三審，但此理由甚為不妥。

按強制辯護制度的立法目的在於確保重大刑案的審判公平，以及保障經濟、智識上居於弱勢的被告有獲得與國家相同法律武器的權利，此一國家義務並無因為第三審為法律審，而有可以免除的正當理由。況且，第三審上訴的法律專業難度甚高，對於弱勢的被告的協助應該更為加強，才不至於輕重失衡。故為求合理保障人民的訴訟權及弱勢者的平等保障，應該

<sup>35</sup> 此為論文口試委員劉秉鈞教授對於現行法所提出的高見，劉教授對於強制辯護研究甚深，實為我國刑事辯護領域的泰山北斗，筆者有幸得到劉教授的當面指導，甚為榮幸。

刪除第 388 條，才符合現行刑事訴訟法的思潮<sup>36</sup>。

大法官於 2010 年 5 月 28 日第 1358 次會議作成議決認為現行法制並未限制被告於第三審選任律師為其辯護之權利，故刑事訴訟法第 388 條規定並不違憲，對於聲請案件為不受理之議決，其理由如下：

(1) 公設辯護人條例第三條規定：「最高法院命行辯論之案件，被告因無資力，不能依刑事訴訟法第三百八十九條第二項規定選任辯護人者，得聲請最高法院指定下級法院公設辯護人為其辯護。」同條例第二條第三項另規定：「法院於必要時，得指定律師為被告辯護，並酌給報酬。」第十七條規定：「公設辯護人辯護案件，經上訴者，因被告之請求，應代作上訴理由書或答辯書。」又法律扶助法第十四條第一款規定，涉犯最輕本刑為三年以上有期徒刑或高等法院管轄第一審案件，於審判中未經選任辯護人者，得申請法律扶助，無須審查其資力。涉犯最輕本刑為三年以上有期徒刑案件之被告於上訴第三審（不論係被告或其他有上訴權人之上訴，抑或由原審法院依職權逕送上級法院審理）後，其自得申請法律扶助，由法律扶助基金會協助選定或指定律師為其辯護。

(2) 故於我國刑事訴訟辯護制度下，涉犯最輕本刑為三年以上有期徒刑案件，既未限制被告於第三審選任律師為其辯護之權利，且不論有無資力，亦可獲得法律扶助基金會為其協助選定或指定律師擔任辯護人，或由第二審之辯護人為其撰寫上訴理由書。並未剝奪被告於第三審的辯護權。

惟本文認為大法官之見解似有商榷之處，前述大法官所列舉的公設辯護人條例和法律扶助法之規定僅賦予被告「得」聲請法院指定，或者僅於法院認為有「必要」時，「得」指定律師為被告辯護，其與刑事訴訟法第 31 條第 1 項法院「應」律師協助被告的法律效果大不相同，對被告的保障程度也有極大的差距。如果被告未主動聲請或者是法院草率地認為沒必要，即使第三審重罪被告未受辯護保障，依本決議的見解，訴訟程序亦不違憲，但不論被告是否主動聲請，終審重罪被告接受辯護保障，已是法治國憲法最基本且核心的要求，法院只有義務為被告指定辯護，而沒有權限認定是否有必要指定辯護，故大法官的見解可能有違訴訟權的本質內涵。

### 第三節 辯護人之定位

#### 第一項 刑事辯護人之地位

辯護人於訴訟程序的地位為何，關係到其能不能基於自主的地位做出與被告意見相反的訴訟行為。辯護人到底是被告的代理人，還是一個獨立

<sup>36</sup> 張麗卿，註 32 文，頁 3。

的訴訟程序參與者，會因為採取不同的學說而產生不同的差異。本文以下即介紹德國法上的兩種見解。

## 一、當事人利益代理人理論

當事人利益代理人理論認為如何實行辯護以被告自己的意思為主，辯護權為被告所獨享的權利。在審判當中，只有被告被認為是程序的主體，委任之辯護人只是被視為被告利益的代理人而已。此說認為辯護的目的最終只有為了私益，不存有公共利益的色彩，故辯護人實行辯護時不得違反被告的意思。

後來基於此理論精神發展出的所謂「契約理論」，此理論則是進一步地認為，被告可以完全自主地決定辯護方針，基於被告與其辯護人間的契約和信賴關係，辯護人應該完全實現被告的期望，兩者間存在著一個「從屬關係」，因此，縱使辯護人作出妨害司法程序的行為，按照契約理論的說法，因為被告虛偽陳述在刑法上並不處罰，而辯護人又必須受被告的意思所拘束，所以從屬於被告的辯護人自然也就被認為是無罪<sup>37</sup>。

## 二、司法機關理論

相對於當事人利益代理人理論，司法機關理論認為，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，辯護人一方面負有相當程度的司法功能，可是在另外一方面，卻是被告的輔助者或保護者<sup>38</sup>。因為這樣的需要，辯護人獲得許多自己的權利。

辯護人在審判當中雖然是被告的輔助人，不過，並不是單純地按照被告的意思提供辯護協助而已，其亦具有主體的地位，因為辯護人同時居於兩種對立的地位，往往會產生許多衝突的問題，但是當兩者產生衝突要有所取捨時，公益的保護應具有優先性，如被告罪有應得，辯護人亦不得反於真實，讓有罪之人能夠逍遙法外，僅得從法律的觀點想辦法減輕刑罰，例如：被告自白，為其求取較輕的量刑結果。如被告否認犯罪，辯護人即以證據法則為其辯護，主張未至令人毫無合理懷疑的確信心證。

但因辯護人擔負了公益保護的任務，其在審判程序中就被視為一個司法有機體，雖然相對於法官與檢察官，辯護人並非國家組織法意義下的機關，而只是公務的承擔者，但仍負有低度的真實義務<sup>39</sup>。但是實施上能否遵循這種基於自主地位及公益角色而來的權限，仍需取決於辯護人的專業

<sup>37</sup> 吳俊毅，註 24 文，頁 90-94。

<sup>38</sup> 張麗卿，註 6 書，頁 126。

<sup>39</sup> 同前註，頁 92。

素質、職業倫理以及懲處制度等相關的配套措施是否健全<sup>40</sup>，及辯護人能否本於法律良知，勇敢為正義發聲。

### 三、小結

我國刑事訴訟法並無明確規定辯護人的定位，雖然辯護人不是訴訟程序之當事人，但其係以法律專業知識協助被告，所以也是整個訴訟程序中重要的一份子。而發現實體真實為刑事訴訟主要目的之一，如何讓訴訟的進行能夠合憲、合法，有賴全體訴訟參與者的共同努力。辯護人雖為被告所委任，要為被告的利益奮鬥，但亦不得違反具有公益內涵的法治程序，故其所為的訴訟行為仍有一定的界限。

而且我國現已朝向當事人進行主義邁進，由於當事人主義將發現真實、證據蒐集的任務某程度也交給被告，不若職權主義係由法院負責，因此被告居於訴訟的主體，擁有的權限越來越大，相對的辯護人的地位也越來越吃重，可以預期的，未來辯護人將有更大的發揮空間，如果辯護人知法玩法，與有罪的被告狼狽為奸，共同詐欺司法，踐踏公平正義，有罪之人無法受到法律的制裁，辯護制度也就喪失存在的價值，故本文主張，我國法制下的辯護人應屬獨立的司法單元，其仍負有一定程度之真實義務，不僅僅是被告的代理人，辯護行為須要在不違反公益的前提之下進行，如此才能達成辯護制度的本旨。

## 第二項 刑事辯護人之權利

法律上雖承認被告有種種權利得以保護自己，但通常被告不能善用法律所授予的權利，故有必要使專精法律的第三人來保護被告。雖然法官與檢察官基於客觀性義務應保護被告的利益，但因法官居於消極、被動之地位，檢察官在訴訟上與被告之立場對立，故期待法官或檢察官保護被告，並不切合實際，因此，刑事訴訟程序須有保護被告權利的辯護人制度<sup>41</sup>。

被告無論在偵查或審判階段皆得選任辯護人為其辯護。而辯護人訴訟上權利依其來源可分為「固有的權利」與「傳來的權利」。所謂固有的權利即指辯護人基於辯護之關係，當然取得或享有的訴訟權利。此種權利的行使並不受被告意思的拘束，行使與否完全取決於辯護需要與否。而相對地，傳來的權利係指原來屬於被告本身的訴訟權利，但依其性質，只要在不違反被告的意思下，皆可以自己的名義代為行使<sup>42</sup>。

<sup>40</sup> 林鈺雄，註 20 書，頁 190。

<sup>41</sup> 黃東熊，註 14 書，頁 121。

<sup>42</sup> 黃朝義，刑事訴訟法，新學林，2009 年 9 月，頁 133。

## 一、刑事辯護人固有權利

### (一) 檢閱卷宗權與接見通信權

刑事訴訟法第 33 條規定：「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。」辯護人替被告辯護，須對被告涉嫌的犯罪情節有所瞭解，除了由被告本人提供資料外，最主要還是須藉由閱覽卷宗知悉偵查機關蒐集的犯罪證據，所以檢閱卷宗權可說是辯護人獲得有關被告涉嫌犯罪資料的主要途徑，擁有此權利，辯護人才可以為被告實施必要的防禦。本法規定辯護人的閱卷權僅限於審判中方得行使，之所以做此限制，最主要還是為了維持偵查的效率，亦即因防止偵查內容外漏而導致湮滅證據或勾串、偽證等，影響偵查進行的情事發生。

刑事訴訟法第 34 條規定：「辯護人得接見犯罪嫌疑人及羈押之被告，並互通書信。但有事實足認其有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞者，得限制之。」此為辯護人的接見通信權。為使辯護人能了解案情之始末以達實質辯護之目的，除檢閱卷宗權外，最具重要性者乃與被告充分溝通案情之接見通信權<sup>43</sup>。且基於辯護人的接見通信權為有效辯護的前提，不能完全禁止辯護人的接見通信權，此由刑事訴訟法第 34 條僅規定限制，而不規定「禁止」，可以得知。

關於被告與辯護人間之書信可否扣押，我國刑事訴訟法第 135 條有明文規定，刑事訴訟法第 135 條第 1 項第 2 款規定，被告與辯護人往來之郵件、電報，原則上不可扣押。但若郵件或電報，可認為犯罪證據或有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞，或被告已逃亡者，依刑事訴訟法第 135 條第 1 項第 2 款但書規定，則可扣押之。

### (二) 記明筆錄請求權與聲請調查證據權

刑事訴訟法第 44 條之 1 第 2 項：「當事人、代理人、辯護人或輔佐人如認為審判筆錄之記載有錯誤或遺漏者，得於次一期日前，其案件已辯論終結者，得於辯論終結後 7 日內，聲請法院定期播放審判期日錄音或錄影內容核對更正之。其經法院許可者，亦得於法院指定之期間內，依據審判期日之錄音或錄影內容，自行就有關被告、自訴人、證人、鑑定人或通譯之訊問及其陳述之事項轉譯為文書提出於法院。」刑事訴訟法第 49 條規

<sup>43</sup> 張麗卿，註 6 書，頁 131。

定：「辯護人經審判長許可，得於審判期日攜同速記到庭記錄。」該制度設計目的係在於保全言詞辯論資料、明瞭全部辯論意旨，因為審判程序中書記官所記載者，僅係要旨，並非逐字為之，且須開庭後 3 日內整理，難以即時查閱而讓辯護人充分行使辯護權，而有上開制度之設計。

辯護人得聲請調查證據，並得於調查證據時，詢問證人、鑑定人或被告。審判長除認為有不當者外，不得禁止之（刑事訴訟法第 163 條第 1 項）；得於審判期日前，提出證據及聲請法院調取或命提出證物（刑事訴訟法第 275 條）；得詰問證人、鑑定人（刑事訴訟法第 166 條以下）；就事實及法律為辯論（刑事訴訟法第 288 條之 2 及刑事訴訟法 289 條第 1 項）。

偵查階段之辯護人可以聲請調查證據，2003 年刑事訴訟法修正前並未明文規定，2003 年刑事訴訟法修正後，增訂刑事訴訟法第 219 條之 1 至第 219 條之 8 有關證據保全的規定。依現行刑事訴訟法 219 條之 1 第 1 項的規定，偵查中辯護人於證據有湮滅、偽造、變造、隱匿或礙難使用之虞時，偵查中得聲請檢察官為搜索、扣押、鑑定、勘驗、訊問證人或其他必要之保全處分。因此，偵查階段的辯護人亦得聲請調查證據。

### （三）在場權與陳述權

針對偵查中辯護人的在場權係規定在刑事訴訟法第 245 條第 2 項：「被告或犯罪嫌疑人之辯護人，得於檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察訊問該被告或犯罪嫌疑人時在場。並得陳述意見。但有事實足認其在場有妨害國家機密或有湮滅、證據或勾串共犯或證人或妨害他人名譽之虞，或其行為不當足以影響偵查秩序者，得限制或禁止之。」同條第 4 項則規定，偵查機關有義務將訊問的日、時及處所通知辯護人，使其得以行使在場權。

依刑事訴訟法第 271 條第 1 項，辯護人於審判期日有在場權，在行準備程序時，辯護人亦得在場（刑事訴訟法第 273 條）。此外，基於辯護人於法院實施搜索、扣押、勘驗時在場，可瞭解案情、蒐集對被告有利之證據，再者，可監督搜索、扣押、勘驗之法院以法定方式實施搜索、扣押、勘驗避免違法，刑事訴訟法第 150 條、第 219 條規定，審判中之辯護人得於搜索、扣押或勘驗時在場。

## 二、傳來之權利

辯護人傳來的權利又可稱為繼受權利，因權利並非辯護人本身固有的權利，而是本為被告的權利，原則上在不違反被告明示的意思之下，辯護人擁有代為行使的權利。

此傳來的權利主要有三個：(1) 聲請權，辯護人得聲請法官或檢察官迴避（刑事訴訟法第 18 條、第 26 條）、聲請回復原狀（刑事訴訟法第 67 條第 1 項）、聲請停止羈押（刑事訴訟法第 110 條）、聲請繼續審判（刑事訴訟法第 298 條）。(2) 異議權，係指當事人、代理人、辯護人或輔佐人對於審判長或受命法官有關證據調查或訴訟指揮之處分不服者，除有特別規定外，得向法院聲明異議。法院應就前項異議裁定之（刑事訴訟法第 288 條之 3）。(3) 上訴權，原審之辯護人，得為被告之利益而上訴。但不得與被告明示之意思相反（刑事訴訟法第 346 條）、為被告之利益而上訴者，非得被告之同意，不得撤回（刑事訴訟法第 355 條）。

### 第三項 刑事辯護人之義務

#### 一、刑事辯護人之真實義務及保密義務

律師法第 28 條規定：「律師對於委託人、法院、檢察機關或司法警察機關，不得有矇蔽或欺誘之行爲。」辯護人雖不得積極說謊，亦不得幫助逃亡、湮滅證據，不得反於其真實義務，而為積極使法院陷於錯誤之辯護行爲。但得消極隱瞞不利被告之事實<sup>44</sup>。故辯護人僅負有低度之真實義務<sup>45</sup>。

此保守秘密之義務可分別對二種，一種是刑事訴訟法第 182 條規定，辯護人就其因業務所知悉有關他人秘密之事項受訊問者，除經本人允許者外，得拒絕證言。另一則是刑事訴訟法第 245 條第 3 項辯護人，除依法令或為維護公共利益或保護合法權益有必要者外，不得公開揭露偵查中因執行職務知悉的事項<sup>46</sup>。

前者因辯護人在與被告或犯罪嫌疑人會面時，勢必會要求被告或犯罪嫌疑人告知相關案情，只有在辯護人有保守秘密之義務時，此時被告或犯罪嫌疑人方會在毫無顧忌之情形下，信任辯護人而告知辯護人案情，辯護人亦才能得到正確的資訊而進行實質辯護，故當被告向辯護人坦誠犯罪，並提供相關資訊，辯護人負有維持業務信賴關係之保密義務，不得主動向任何人，尤其法官或檢察官提供犯罪資訊。而後者規範之目的則是在偵查程序中，為維持被告或犯罪嫌疑人名譽權等人格權利以及防範辯護人因參與偵查，將所知悉案件之內容任意洩漏於他人，導致有湮滅、偽造、變造證據或串供之情事<sup>47</sup>。

<sup>44</sup> 同前註，頁 135。

<sup>45</sup> 同前註，頁 136。

<sup>46</sup> 同前註，頁 136。

<sup>47</sup> 同前註，頁 137。



## 二、刑事辯護人服從訴訟指揮之義務

依法院組織法第 88 條規定，審判長，於法庭之進行及審理訴訟，有指揮之權。法院組織法第 89 條規定：「法庭開庭時，審判長有維持秩序之權。」法院組織法第 92 條規定：「律師在法庭代理訴訟或辯護案件，其言語行動如有不當，審判長得加以警告或禁止其開庭當日之代理或辯護。非律師而為訴訟代理人或辯護人者，亦同。」而律師法亦於第 27 條規定：「律師在法庭或偵查中執行職務時，應遵守法庭或偵查之秩序。辯護人須遵守審判長之訴訟指揮，以維持法庭之秩序及訴訟進行之流暢<sup>48</sup>。」

### 第四節 小結

辯護制度為維護被告正當權利所不可或缺的一環，而且為構成公平裁判的基礎要素，辯護制度實為整個刑事訴訟程序中，被告方面最為重要的輔助及防禦機制，如果能夠透過專業辯護人的介入訴訟，藉以強化被告防禦權的保障，適度地平衡與國家機關間的實力落差，實現法治程序與落實公平審判原則的要求，所以辯護制度可說是現代法治國家不可或缺的重要機制。而在屬於強制辯護的案件中，國家基於實質辯護權保障的觀點，非僅消極地不予防礙被告選任律師為其辯護為已足，還須積極地提供被告受辯護人協助的機會。

---

<sup>48</sup> 同前註，頁 138。



## 第三章 協商程序中辯護制度之比 較觀察

基於前章的介紹，可以得知辯護權對於刑事被告而言非常重要，辯護權可說是被告於刑事程序中的基礎性權利，失去辯護權保障的被告就如同離開水中的魚，後果可說是不堪設想。故本文將於本章中介紹美國的協商法制與辯護制度，再行描述德國刑事訴訟制度中類似認罪協商，而具有疏減案源的相關制度與其中的指定辯護制度，藉此了解當事人主義與職權主義這兩大法系關於協商制度及協商程序中的辯護制度是如何規定與運作。

### 第一節 美國法之觀察

#### 第一項 美國之認罪協商

現在的世界法制的潮流之中，雖然已經有不少的國家採用認罪協商制度，但認罪協商制度乃是起源於英美法系當事人進行主義，而在英美法系中又以美國的認罪協商制度歷史最為悠久，而且參考資料最為豐富及齊全，故本文先行介紹美國的協商法制，了解其如何解決在因採行當事人主義的訴訟制度所造成審判期間冗長容易積案的問題，接著再行介紹其他國家，為了追求訴訟經濟所發展出來的不同法制。

##### 一、認罪協商之背景

在美國，約有百分之九十以上之案件是經由此程序來處理。主要是因為法院每日要處理的案件量眾多，若每一件案件都要進行完整的證據調查程序，藉以認定事實，適用法律，則法院必須投注相當多的人力、司法資源，反倒無多餘之資源偵辦重大案件，且美國的刑事訴訟是採陪審團及交互詰問之當事人進行主義訴訟制度，其訴訟程序相當繁瑣，而且亦相當耗費勞力、時間及費用，因此即發展出認罪協商制度，藉以消化大部分無需經由正式審判程序即能終結之案件，集中司法資源審理需要經由正式審判

程序終結之案件<sup>1</sup>。

於是，執掌犯罪追訴的檢察官便與被告之律師，就被告所涉之罪行進行協商，以類似「討價還價」的方式，雙方各讓一步，來決定被告罪刑<sup>2</sup>。所以美國到了 19 世紀末葉，越來越多對刑事訴訟程序的研究均顯示認罪協商可以有效縮減訴訟時間，節省司法資源，以紐約州為例，1839 年當時只有百分之二十五的刑事案件以認罪協商處理，10 年後增加了百分之二十，成為百分之四十五，1869 年已達百分之七十，甚至到了 1920 年幾乎百分之九十以上的案件均經由認罪協商程序完成。認罪協商法制在美國已廣泛為民眾所接受，並且成為刑事訴訟程序之不可缺少的一環<sup>3</sup>。

## 二、認罪協商之功能

一般認為，過多的法庭案件負擔，促使了認罪協商運作的出現，以協商讓步交換被告的有罪答辯，促進法院審理的效率，可認為是認罪協商能被實務廣泛接受之便利性的重要考量。在理論上，透過認罪協商，以雙方當事人同意的條件換取被告的有罪答辯，可以避免審判程序的不確定性，節省時間及精神、勞費，乃符合當事人的利益，這是雙方當事人願意積極參與協商的主要動機<sup>4</sup>。在實務上可以提高法院刑事案件審理之效率，以及理論上符合當事人之利益，被認為是認罪協商制度可以在實務上受到普遍接受的主要背景及原因，此種對各方當事人均為有利之功利考量，稱之為「刑事司法的兼得原理<sup>5</sup>」。

事實上，認罪協商的確解決了美國甚多的刑事案件，一般而言，約有百分之九十的被告在審判前即迅速認罪，該案件即由法官依照有罪答辯程序迅速結案。就全美國而言，以認罪協商解決的刑事案件，平均比例在百分之八十五以上，在美國大都市的刑事案件，則有百分之九十五的比例是依照認罪協商方式解決<sup>6</sup>。

<sup>1</sup> 王兆鵬，美國刑事訴訟制度簡介，收錄於刑事被告的憲法權利，翰蘆，1999 年 8 月，頁 367-368。

<sup>2</sup> 黃東熊，美國刑事訴訟制度，收錄於刑事訴訟法研究(二)，中央警察大學，1999 年 4 月，頁 406-412。

<sup>3</sup> 陳業鑫，認罪協商制度之研究，政治大學法律學研究所碩士論文，1998 年 6 月，頁 17-35。

<sup>4</sup> 陳運財，採用美國「有罪答辯」制度之評議，月旦法學雜誌第 16 期，1996 年 9 月，頁 32。

<sup>5</sup> 黃東熊，註 2 文，頁 361。

<sup>6</sup> 王兆鵬，註 1 文，頁 400。

### 三、認罪協商之類型

#### (一) 罪狀協商

罪狀之協商又稱為罪數之協商，係指檢察官對被告為數罪之控訴，但以減少控訴之罪名為誘因，因而與被告進行協商，承諾其僅就其中一罪或較少之罪名為控訴的對象，並把其他罪名撤銷，以換取被告剩下的控訴作為認罪的協商<sup>7</sup>。換言之，則是由檢察官提出撤回被告一部份罪名之控訴，以誘使被告為有罪答辯，法庭通常會允許檢察官對於部分控訴予以撤回。但應注意的是，檢察官撤回控訴之權限並非完全不受限制，當其撤回某部分控訴時，仍必須其餘起訴之罪名可適當的反映被告犯罪情節之危害程度時，法院始可同意其撤回。

罪狀協商通常被使用於被告所從事犯罪之本質係同一或相牽連的犯行，但法律上分類為數罪的情形。例如被告被控偽造文書罪、行使偽造文書罪、詐欺取財罪三罪，經由協商達成協議之後，檢察官同意被告就其中一罪認罪的時候，將其於兩罪之控訴撤銷。或被告被控先後強盜 6 次，經雙方協商後，由被告僅就其中三次強盜罪認罪，而由檢察官將其餘 3 次之竊盜罪控訴撤銷，或被告被起訴殺人、強盜、詐欺三罪，協商後被告就強盜罪認罪，而檢察官則請求法院就其餘兩罪撤回。一般而言被告於此情形會接受協商條件，因為被控訴較輕之罪，被告即比較有機會得到比較輕之宣告刑，以避免被判重罪的風險。換言之，這時候就是以減少控訴的罪數與被告進行協商來取消其他罪名的控訴，藉此換取被告的認罪，這就是所謂的罪狀協商<sup>8</sup>。

#### (二) 控訴協商

控訴協商是最基本的協商態樣，其係指用較輕之罪交換，亦即起訴之罪之犯罪構成要件，雙方協商後，被告同意就較輕刑期之罪認罪，檢察官同意不追究原起訴之較重刑之罪。例如檢察官以加重竊盜罪起訴被告，與被告協商後協議，被告向法院認普通竊盜罪，檢察官則同意不再追究加重竊盜罪。或者原本檢察官先以殺人未遂罪起訴被告，兩造協商後，再請求

<sup>7</sup> 王兆鵬，刑事訴訟的新潮流—「被告協商」，收錄於蔡墩銘先生六秩晉五壽誕祝壽論文集，1997年2月，頁762。

<sup>8</sup> 王文，認罪協商與有罪答辯制度之研究，刑事法雜誌第42卷第5期，1998年10月，頁8。

法院以普通傷害罪判處，殺人未遂罪就不再追究。

一般而言，被告於此情形會接受協商條件的理由不外有二：1.因為較輕之罪，被告比較有機會得比較輕的宣告刑。2.被告有時寧可接受輕罪，以避免被判重罪之風險，例如有很多被告不喜歡有一個殺人前科的標籤，或不想要有詐欺的前料，因此寧可接受較輕刑的罪<sup>9</sup>。控訴協商主要之目的即在於藉由更改起訴罪名來減輕可能的處刑。一些原本會被處以重刑的犯罪，因為變更起訴罪名，而得以獲得較輕的判決。同時也減少原本要服的刑期<sup>10</sup>。

### （三）量刑協商

量刑協商係指被告承認檢察官控訴的罪名，檢察官即承諾從輕量刑的協議。當事人以刑期為交換，例如檢察官要求被告向法院為有罪聲明，另一方面則承諾將向法院推薦一個對被告有利的刑期或不會向法院請求判處法定最高刑，或承諾不會向法院具體求刑，交由法院自由心證。

反之，則為被告承諾向法院為有罪之聲明，另一方面則要求檢察官向法院推薦對被告較輕的刑罰<sup>11</sup>。然而在實務上，法院在量刑上多會斟酌被告之具體行為以及犯罪動機、犯罪後態度等參考因素，並參酌其他案件，在相類似情況下被告被判處的刑度，作為量刑基礎。因此法院所判的刑多半會低於法定最高本刑。

## 四、認罪協商之時點與程序

當大陪審團對被告提出控告書或檢察官對被告提出起訴書，而法院受理後，即應預定期日通知被告出庭，要求被告在公開法庭上，對於大陪審團或檢察官所控訴之犯罪事實，作有罪與否的答辯。而對於控告書或起訴書，被告依據美國聯邦刑事訴訟規則第 11 條規定通常得為無罪答辯、不抗辯、及有罪答辯等三種答辯型態。

依據美國聯邦刑事訴訟規則的規定，罪狀答辯程序必須在公開法庭為之，由法官向被告朗讀起訴書或告以起訴書之要旨後，要求被告對起訴之事實為答辯。而法院則將被告答辯之內容記載於起訴書中，並依被告答辯

<sup>9</sup> 王兆鵬，美國刑事訴訟法，元照，2004年9月，頁540。

<sup>10</sup> 朱建男，認罪協商制度(上)，司法周刊第852期，1997年11月，第2版。

<sup>11</sup> 王文，註8文，頁6。

之內容，對該刑事案件進行不同的程序<sup>12</sup>。若被告在罪狀答辯程序中，向法院答辯有罪，或是不抗辯起訴書所記載不利於己的內容時，等同於被告向法院表示願意放棄美國憲法第 6 增修條文所保障受公正陪審團迅速且公開審判之權利<sup>13</sup>。但是，對於被告的不抗辯，必須獲得法院之同意後，始可為之。法院對於被告為有罪答辯或不抗辯的刑事案件，則不進行本案審理，而得直接調查犯罪事實，適用適當法條予以論罪科刑，並另定期日宣告判決，而該期日通常係在被告為答辯有罪後的一星期內。

### （一）認罪協商之時點

至於被告或其辯護人與檢察官到底要在何時進行認罪協商程序，關於認罪協商的時點，現行美國聯邦刑事訴訟法並無硬性的規定，檢察官起訴前或起訴後均可進行協商。一般而言，若檢察官對於該案件所掌握的證據相當充分，可使被告被定罪的機率相當高，則辯護人必須儘早與檢察官達成協商，以避免隨著檢察官逐步蒐證完成，其讓步的範圍則相當有限，或甚至拒絕協商，所以原則上應該在法院正式審判以前為之較為妥當。

反之，若檢察官對於該案件，所掌握的證據相當有限或其證據存有瑕疵，辯護人可與之協商的時間與空間則相對較大。然協商最晚必須於被告在法院面前答辯有罪或無罪的罪狀認否程序前為之<sup>14</sup>。否則，被告一旦答辯有罪或者無罪，案件將會進入正式審判程序或法院逕以判決可終結程序，將無法再進行認罪協商<sup>15</sup>。

### （二）訊問被告與權利告知程序

法院在受理被告是否為有罪答辯之前，依照美國聯邦刑事訴訟規則第 11 條規定，應告知被告本人下列事項：(1) 起訴書所載事實之性質及所科法定刑之刑罰。(2) 在罪狀答辯程序中享有選任辯護人之權利，或要求法院為其指定公設辯護人之權利。(3) 得為無罪之答辯，並且得享有接受陪審團公正審判、在審判中得選任辯護人、得對不利己之證人進行對質詰問、得保持緘默、免於自證有罪等權利。(4) 若答辯有罪或對起訴之事實不抗辯，將會喪失接受通常程序審判之權利。(5) 於答辯有罪或不抗辯後，

<sup>12</sup> 賴帥君，論我國刑事簡易程序之協商機制，中正大學法律學研究所碩士論文，2001 年 8 月，頁 181-182。

<sup>13</sup> 王兆鵬，論新法之協商程序，收錄於新刑訴新思維，元照，2004 年 10 月，頁 172。

<sup>14</sup> 許俊雄，認罪協商制度之研究，輔仁大學法律學研究所碩士論文，2000 年 6 月，頁 103。

<sup>15</sup> 王文，註 8 文，頁 9。

法院得就相關事項詢問被告，倘若有虛偽的情事，則願接受偽證罪的制裁。(6) 刑罰的輕重範圍。(7) 檢察官有權對被告在宣誓下所作之任何陳述以偽證及不實陳述加以訴追。如果法院未盡到上述告知義務，上級法院可將該依被告有罪答辯的協商判決撤銷<sup>16</sup>。

聯邦刑事訴訟規則第 11 條規定，要求有罪答辯必須以事實為基礎，即法院依協商為判決前，需先調查是否有事實基礎足以支持被告之有罪答辯<sup>17</sup>。而所謂足夠的事實基礎係指被告對於起訴書上所記載的犯罪行為予以承認，且認識到已拋棄由陪審團決定是否有罪之權利。再者，要求法院於接受有罪答辯前，需調查有無足夠的事實基礎，但並不是要求法院在接受抗辯答辯之前需要調查有無足夠的事實基礎。此外，法院調查有無足夠事實基礎的決定是不需要當面告知被告。

### (三) 協商期間被告之權利

由美國憲法的觀點，被告答辯有罪就等於放棄了許多權利，包括憲法第 5 修正案，免於自證入罪之特權，除超過合理的懷疑，被證明有罪外，應循正當法律程序判決無罪，因此被告必須受到相當程度的保障<sup>18</sup>。第一個保障機制是律師，律師對被告的保護，其內容為：被告應得到律師實效協助的權利，美國最高法院曾經認定憲法第 6 修正案，自刑事訴訟程序開始之後，被告發現其面對有組織的檢察機關之壓力及陷入複雜的刑事實體法及程序法，應隨時得到有效力的律師協助的權利。檢察官無須直接與被告協商，除非被告拋棄得到律師協助之權利。同時美國憲法第 6 修正案要求，如果律師實施協商必須有效為之，亦即律師需從事該案件充分的調查以便勸告當事人有關不同的控訴和量刑的選擇，並保證當事人明白其可為之選擇。

接著是獲得證明無罪之權利，辯護人在最後協商締結之前，必須能夠閱覽檢察官所擁有之任何能證明被告無罪之資料。然而，這些資料只在會變更被告之認罪之答辯之合理可能性之下才有可能被考慮。還有包括在場的權利，協商雖然未牽涉到與檢方之證人對質之問題亦與憲法第 6 修正案所規定的在場權無關，但認罪協商之進行需要依賴辯護人充分閱讀卷證，故應使被告與辯護人在場。了解檢察官擁有多少被告犯罪的卷證，以便與檢察官進行協商。

<sup>16</sup> 陳業鑫，註 3 書，頁 66。

<sup>17</sup> 廖尉均，認罪協商之理論與實務—兼論我國刑事簡易程序，刑事法雜誌第 43 卷第 6 期，1999 年 12 月，頁 63。

<sup>18</sup> 同前註，頁 65。



至於第二種保障機制，就必須仰賴法官的職權，第一種情況被告若理智的認罪，法官必須確信被告了解認罪和任何相關之協商要件。第二種情形為被告如自願認罪，乃放棄了憲法第 5 修正案的免於自證己罪、由陪審團審判及面對告訴人、告發人三項權利，故要求法官必須詢問被告，以確保被告被告知自己的權利並表明放棄。第三種為關於答辯之事實基礎，聯邦刑事訴訟規則第 11 條，不僅要求法院保證認罪係理智且自願所為，另需有認罪之事實基礎始可。通常法官並不確認該事實基礎，然若被告於答辯程序中告訴法官其係無辜，此時法官應依憲法之要求對基礎事實加以確認<sup>19</sup>。

## 五、認罪協商之效力

認罪協商是檢察官與被告所為之協議，其效力自存在於檢察官與被告之間，檢察官與被告協議之認罪協商，必待法官接受之後，始能產生法律上之效力，在此之前，雙方之認罪協議僅具有事實上之效力而已，對法官並無拘束力。換言之，認罪協商之效力普遍存在於檢察官、被告及法院三者之間。

### （一）對檢察官之效力

在檢察官與被告經過協商後，並經被告為有罪之答辯，而法院亦接受雙方協商之內容，則檢察官即負有履行在協商過程中向被告所為承諾之義務。因為當法院一旦承認雙方所為之認罪協商，則該協商內容構成法院判決之內容，除非檢察官能夠證明係可歸責於被告之事由，構成認罪協商之瑕疵，而向法院尋求救濟，將原先所成立之協商視為不存在。否則，檢察官不得再對該協商內容聲明不服，故檢察官即受合法成立之認罪協商所拘束。

而在檢察官與被告完成認罪協商後，於被告向法院為有罪答辯前，法院尚未接受雙方所為之協商內容，依通說認為，既然雙方之協商尚未被法院所接受，則該協商仍未正式有效成立，故該協商內容難以拘束檢察官。另外對於檢察官所提供認罪之有利條件，若被告一但予以明確表示願意接受該有利條件時，則必須保障被告對檢察官所承諾有利條件以產生的信賴與期待之利益。因此，如果被告依承諾完成協商之內容，而且被告亦願意接受檢察官所承諾認罪之條件，檢察官不得事後反悔撤回該承諾，以保障

<sup>19</sup> 黃東熊，註 2 文，頁 542。

被告之期待利益<sup>20</sup>。除非被告自己也未遵守協商的約定向法院作有罪答辯，此時檢察官也毋庸履行其對被告的承諾。

## （二）對被告之效力

被告縱使在協商過程中與檢察官達成認罪協商之協議，然於法院為罪狀認否程序中仍得為無罪之抗辯，不受認罪協商之拘束。倘被告於法院中抗辯無罪，法院即應訂定期日進行正式審判程序，檢察官不得強迫被告向法院認罪，但同時被告原本與檢察官所達成之協商利益，亦會因此而喪失。倘若檢察官已履行協商之條件，而被告未履行時，則檢察官得解除協商協議，回復未協商前之狀態，例如檢察官原以一級謀殺罪起訴被告，經協商後被告承諾替檢察官對同案被告作證，檢察官因此改以二級謀殺罪判處被告罪刑，惟嗣後被告拒絕履行協商條件，此時檢察官得請求法院撤銷原二級謀殺罪，而重新以一級謀殺罪起訴審判被告<sup>21</sup>。

被告依據認罪協商之條件，向法院為有罪答辯時，原則上基於誠實信用及禁反言原則，並不允許被告隨意撤回之，除非被告有具體事證能證明其認罪並非出於自願，或者被告未獲辯護律師之協助，或被告因辯護律師之錯誤而誤為認罪，及其他有公平正當的理由，如法院亦未審查協商內容之合法性，有上述的情形，被告得經過法院同意後撤回先前所為的有罪答辯。

## （三）對法官之效力

基於審判獨立之原則，法官原則上不受當事人即檢察官與被告所達成認罪協商之拘束，尤其當該協商判決係明確尋求量處特定之刑期時，法官有權拒絕之。但是若法官曾經參與協商程序，並承諾將履行該協商時，基於禁反言原則，法官自當受其之前所作的承諾所拘束。反之，如果法官並未參與認罪協商，縱然檢察官與被告已達成認罪協商，只要法官認為不妥當或有違法之處時，自然可以逕行改依通常之審判程序審理<sup>22</sup>。

法官必須考慮三項因素來決定是否接受協商的結果，1.是協商的結果對被告是否公平，檢察官是否以同一事實對被告再行起訴。2.公益是否確實被保護，檢察官行使裁量權時，是否顧及公共利益。3.協商的內容是否

<sup>20</sup> 朱建男，註10文，第2版。

<sup>21</sup> 王兆鵬，註13文，頁191。

<sup>22</sup> 朱建男，註10文，第2版。

侵犯法院固有的量刑權<sup>23</sup>。

## 六、認罪協商之救濟

被告於法院上為有罪答辯之後，如果檢察官違反對被告的承諾，而被告欲推翻其先前所為之認罪聲明，可以主張下列三個理由：(1) 為主張其認罪係基於非出於自由意志下所為；(2) 為檢察官違反認罪協商之內容所達成的協議，或者協商內容不為法院所採納；(3) 則是被告於審判前的抗辯事由，法院皆未考量在內，例如被告遭受非法搜索、扣押、或為不合法組成的大陪審團起訴等等。而經由法院實務的運作，被告若不服其認罪，則有下列的救濟程序<sup>24</sup>：

### (一) 撤回認罪聲明

被告與檢察官達成協商，於法院中為有罪答辯後，在法院正式判處罪刑之前，得提出前述公平合理之三項理由之一，撤回其認罪聲明。尤其當法院已經拒絕當事人間之協商時，應准許其撤回其認罪聲明。但法院若已依被告認罪協商之內容為判決，則被告僅能依上訴程序或人身保護令程序尋求救濟，但在有些州，則允許被告於法院為刑之宣告之後，仍得撤回其認罪聲明，但其條件則較為嚴格，通常只有在避免明顯不正義情形之下，才可能允許被告撤回其認罪聲明<sup>25</sup>。

### (二) 聲請人身保護令

聯邦人身保護令之規定係規定在美國聯邦憲法第 1 條第 9 款中，其是指當人民受到聯邦政府違法拘禁或被無審判權法院判決有罪而遭到拘禁時，有權向聯邦法院聲請人身保護令予以救濟，其主要的目的是針對拘禁人民人身自由的合法性，提供審查及救濟的管道。若聯邦法院審理結果，認為原審法院基於無審判權而為之判決，或原判決所科的刑罰係非法或不當者，聯邦法院應將原判決撤銷，而另為適當的裁定或准許將案件重新審判<sup>26</sup>。而後基於擴大保護被告權益，凡人民受聯邦憲法所保障之權利被州政府所侵害時，亦得聲請人身保護令予以救濟，並建立起州的人身保護令

<sup>23</sup> 王兆鵬，註 7 文，頁 764。

<sup>24</sup> 王兆鵬，註 7 文，頁 384。

<sup>25</sup> 王文，註 8 文，頁 6。

<sup>26</sup> 陳業森，註 3 文，頁 465。

制度，因此當人民受聯邦憲法所保障的權利被州政府非法侵害時為，於用盡州司法系統尋求救濟後，得透過聯邦法院聲請聯邦人身保護令。

因此於認罪協商的情形下，法院依據檢察官與被告的認罪協商所為之判決，如果被告的認罪非出自於自願，而法院亦未依據聯邦刑事訴訟法第 11 條的規定，審查被告的認罪是否出自於自願，或者檢察官並未履行雙方協商的承諾，則該判決可能不符合正當法律程序原則的要求，可認為係侵害被告受聯邦憲法所保障的權利，則得向聯邦法院聲請人身保護令尋求救濟。但聲請聯邦保護令屬於更嚴格的程序，實際上被告能夠成功聲請聯邦人身保護令的機會不大，被告必須證明其已用盡其他救濟程序仍無法獲得救濟時，始得進一步聲請聯邦人身保護令<sup>27</sup>。

### （三）上訴

若法院已依被告與檢察官所達成的認罪協商科處被告徒刑，此時被告可撤回認罪聲明的時間已過，被告只能依上訴的方式請求救濟。聯邦刑事訴訟法第 11 條（e）以下有規定被告於認罪聲明後，法院應如何為審查之程序，其規定法院有義務確認被告的認罪係出於自願且平等的基礎下，法院始得接受被告的認罪聲明，此乃法院於審查認罪協商時所必須遵守的義務。

因此若法院未依該規定為審查，於被告對於原審法院所為的判決提起上訴時，上級審法院應將該判決廢棄，廢棄後則被告於原審所為的認罪則歸於無效，原審法院應對被告重新進行正式審判程序。但其上訴的範圍限於審判筆錄內容有違誤的地方為限，若被告所提出的主張，並未在審判筆錄的記載範圍內，則通常上訴審法院並不會採納其上訴理由，故若被告的上訴獲得勝訴後，則可准許被告撤回在原審法院所為的認罪<sup>28</sup>。

## 第二項 美國協商程序中之指定辯護制度

在介紹美國的認罪協商法制中關於辯護制度係如何規定之前，鑑於美國刑事辯護法制的發展亦有數百年之久，相關規範亦甚為詳盡，故本文擬先行介紹美國的刑事辯護制度及其中的指定辯護制度，了解其大致上是如何運作後，再行論述關於協商程序中指定辯護係如何規定。

<sup>27</sup> 廖尉均，註 17 文，頁 8。

<sup>28</sup> 賴帥君，註 12 文，頁 190—191。

## 一、美國刑事辯護制度之背景

最早在美國殖民時代最初期，大約在剛開始的前 100 年的期間，訴訟程序是在完全沒有辯護人的情況下進行，原因是因為擁有大量土地的統治階級，將法律專業視為是一種政治權力下的產物<sup>29</sup>。其後，在美國聯邦憲法修正條文第 6 條制訂前，刑事訴訟有關辯護運作之規定，大都仿效英國。少數地域，實務運作甚至比英國更為進步，即不論被告所犯的罪名為何，法院須為無資力之被告指定辯護人。但因為那個時代，辯護人數不足再加上刑事訴訟程序規定甚為簡陋，被告只要有某種證據得證明其無罪，其獲得無罪判決之機會甚大。因此，被告可以自行行使防禦權，依賴辯護人之處不多，所以辯護制度在殖民地時代並不發達，且未受到重視<sup>30</sup>。

到了 18 世紀末期，各州陸續承認刑事被告擁有辯護權，並且大量培養辯護人，及人民逐漸擁有人權觀念，故聯邦憲法第 6 修正條款即明確規定被告的辯護權，以保障人民之基本人權，聯邦憲法第 6 修正條款規定：「在一切刑事訴訟中，被告應享受下列之權利：(1) 發生刑案之州或區域的公正陪審團予以迅速的公開審判，其區域當以法律先確定之。(2) 要求通知告發事件的性質與理由。(3) 准與對造證人對質。(4) 要求以強制手段取得有利於本人的證人，並聘請律師為之辯護。」

惟依該條款之字面解釋，似僅指聯邦於刑事訴訟程序中應授與被告有自由選任辯護人的權利，即聯邦政府保證不剝奪被告自行選任律師辯護而已，並無規定聯邦應主動為被告的利益選任或指派辯護人的意思。但美國聯邦最高法院透過一連串的判決將此條款擴充解釋，要求政府應為無資力的被告聘任律師，且這個規定應適用於各州<sup>31</sup>。

## 二、美國刑事辯護制度之內容

縱上所述，美國的辯護制度歷史極為悠久，所以發展出多套辯護制度，而其運作方式，各州有不同規定模式，大致上以公設辯護人制度、指定律師制度、及契約制度或綜合以上三類的方式運作。其中公設辯護人制度係以官方或私人非營利的組織型態出現，配置有專職或兼職的領薪律

<sup>29</sup> 林妍汝，刑事被告受律師協助的憲法權利，台灣大學法律學研究所碩士論文，2006 年 7 月，頁 9。

<sup>30</sup> 黃東熊，英美刑事辯護權沿革之研究，收錄於刑事訴訟法研究（一），中央警察大學，1999 年 10 月，頁 82-83。

<sup>31</sup> 黃東熊，註 2 文，頁 353-477。

師；指定律師制度則是遇有需求時，可從一份備妥的私人律師名單中指定律師擔任公辯任務；契約制度則係個人律師、法律事務所或律師公會，同意在官方提供一定報酬的條件下，為貧窮被告提供公設辯護人之法律服務<sup>32</sup>。

如果加以具體區分，公設辯護人又可區分為由地方政府設立的公的公設辯護人和私的公設辯護人，公的公設辯護人產生方式係以任命或選舉方式公設辯護負責人，該負責人再遴選助理公設辯護人及輔助人員協助推動辯護工作，公設辯護人係領有固定薪水的常設機構，不像私人律師或指定辯護人係按件計酬，公設辯護人須全力投入貧民被告的辯護工作<sup>33</sup>。

而私的公設辯護人的制度為非營利的私法人與政府訂立契約，負責為貧窮被告辯護，至於經費來源則由私人捐助或部分社區基金及政府撥款，整體來說私的公設辯護人，其組織並不屬於政府，所聘任的律師成員並無公務員身份，可避免政治權利從中介入影響辯護方向，其較可以保持超然獨立的立場，且容易獲得被告的信賴，但其主要的缺點是會因為缺乏經費，而無法推動長期之計畫及服務貧窮被告。公設辯護人制度堪稱為理想與完善的制度，且漸成為最有效力的指定辯護方式，能處理大量的案件，惟其性質屬常設專職機構而需龐大經費支撐運作，故多半為人口眾多具都會性質的城市多設有此制度<sup>34</sup>。

公的公設辯護人與私的公設辯護人，前者係由地方政府設立公設辯護人辦公室，以任命或選舉方式產生公設辯護負責人，該負責人在遴選助理公設辯護人及輔助人員協助推動辯護工作。公設辯護人辦公室為常設機構，列有經費預算，公設辯護人係領取固定薪水，並非如私人律師或指定辯護人係按件計酬，其係專業辯護人，其全部時間均投入貧民被告的辯護工作。

公設辯護人除公家撥款成立的「公」的公設辯護人外，另有所謂「私」的公設辯護人，係指非營利私法人與政府訂立契約，負責提供貧民辯護，其成員領取固定薪水為專職人員，經費來源由私人捐助或部分社區基金及政府撥款，因法人僱請的律師成員並無公務員身份，此制的負責人係由董事會任命而非由地方政府任命，其組織不隸屬於政府，可以脫離政府政治權利運作的影響，而保持超然獨立的立場，較易獲被告之信賴，但缺點為因屬私人機構，存續不受法律保障，有時因經費或其他因素會使業務執行發生困難，無法推動長期之計畫。公設辯護人制度堪稱為理想與完善之制度，且漸成為最有效力之指定辯護方式，能處理大量之案件，惟其性質屬

<sup>32</sup> 蔡育萍，指定辯護之研究，政治大學法律學研究所碩士論文，2003年6月，頁38。

<sup>33</sup> 王兆鵬，自美國法看我國刑事被告之律師權，收錄於辯護權與詰問權，元照，2008年9月，頁49。

<sup>34</sup> 蔡育萍，註32文，頁39。

常設專職機構而需龐大經費支撐運作，故多半為人口眾多的大都市較喜選用<sup>35</sup>。

除上開制度以外，還有指定律師制度亦為美國多數城市所採行，此制度可因指定方式的不同，又可細分為任意指定律師制度與協商指定律師制度兩種方式。任意指定律師制度乃係個別的私人律師於具體個案中被個別的法官指派為被告提供辯護服務，即由法官於具體案件就轄區律師任意指定一名為被告辯護。

但是根據實務運作的方式顯現這種指定方式缺點甚多，例如其指定一般均落在年輕無經驗律師上，較難為被告作有效辯護，且因年輕律師經驗不足無形中容易增加辯護費用的支出，另一個缺點為指定方式不公平，如律師報酬合於理想，經常指定某特定人士恐有圖利他入之嫌，反之如果報酬過於低廉，則有不願接受指定或未能全力投入辯護工作情形，且因不公平之負擔，亦容易引起律師心生不滿導致影響刑事被告的權益；再加上並無一套標準的任意指定律師之的方式，導致無法有效監督或協助律師履行其辯護職責並維護辯護品質。

至於協商指定律師制度係專門由一名行政管理者，取代法官的指定辯護律師工作，由此管理者從地方律師公會有能力之刑事律師名單中指定，做出公平合理的分配，管理者主要是監督該制度的運作，並致力為該制度發展出一套準則及程序。此種指定律師制度盛行於人口較少地區，因為地方政府之財力無法支持並維護常設公設辯護組織，故使用私人律師為被告提供辯護服務較能減少財政的支出<sup>36</sup>。

總體而言，美國實施指定辯護制度發展的甚為完善，所以範圍不斷擴張，導致有許多地區財政不能支出如此龐大的經費，所以為了彌補為彌補財政支出，於大多數城市設有「付還」的規定，即被告如經指定辯護，日後應償還其費用之全部或一部。但是反對此規定者，認為將使被告擔憂未來無法償還辯護之報酬而放棄指定辯護的權利，有違憲法平等保障的本旨，何況尋求指定辯護的被告多為貧窮之人，出獄後勢必為清償費用而疲於奔命，甚至於無力籌款者又將鋌而走險，再度犯罪，有違反刑法特別預防目的的精神<sup>37</sup>。

<sup>35</sup> 同前註，頁 39。

<sup>36</sup> 王兆鵬，註 33 文，頁 55。

<sup>37</sup> 郝芷筠，辯護制度之研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，2008 年 6 月，頁 64。

### 三、美國協商程序中之指定辯護制度

由上述美國法制的介紹，可以得知為什麼在美國，被告的有罪答辯可以處理大部分的刑事案件，最主要是因為一旦被告為有罪答辯或不抗辯後，法院於踐行法定程序後，如接受被告的有罪答辯，即可不經過審判程序，逕行論科刑，不再經由陪審團認定事實的審判程序。

聯邦刑事訴訟規則第 11 條規定，法院接受被告有罪答辯前應該踐行必要的法定程序，而該法定程序則包括，被告享有接受辯護人援助及指定公設辯護人為其辯護的權利。本條並無限制適用案件的範圍，只要是被告欲認罪，在開啓有罪答辯程序之前，如果被告未委任辯護人，即須替被告指定辯護人，除非被告出於自由意志放棄辯護協助<sup>38</sup>，否則不分案件輕重，法院必須為協商被告指定辯護人，換言之，在美國，認罪協商的被告享有辯護人的協助已經是程序的最基本要求。

## 第二節 德國法之觀察

### 第一項 德國之非正式協商程序

德國為傳統大陸法系的國家，其刑事訴訟制度是採職權主義，職權主義的精神為法院負擔職權調查的義務，也就是職權調查原則，在此精神下，法院有義務積極認定事實，並以認定的結果作為裁判基礎。論者指出，認罪協商制度本質上與依職權發現真實之刑事訴訟法上所要求的言詞審理主義、直接審理主義等諸多基本原則不符，所以在職權主義下並不存在有協商程序，而長久以來，德國刑事審判制度被認為沒有協商之餘地<sup>39</sup>。

德國學者們認為，長期針對單一刑事案件進行長時間訴訟，不僅與法治國刑事訴訟程序的基本原則相衝突，而且亦違背歐洲人權公約第 6 條有關人性尊嚴的要求。再者，審判期間過長，亦可能增加誤判的機率，對雙方當事人造成程序上的不利益，也不利於犯罪行為人的社會化等<sup>40</sup>，故在德國的刑事司法制度中，為加速刑事案件的處理，故特別設置特殊程序，來避免進行漫長且繁雜的通常審判程序。所以在 1980 年初期，協商實務漸漸被接受，甚至在一些重罪的案件也有協商的適用。

<sup>38</sup> 被告必須瞭解辯護權的意義，才算是出於自由意願的放棄，參閱黃東熊，註 30 文，頁 383。

<sup>39</sup> 林鈺雄，協商程序與審判及證據原則(上)，月旦法學教室第 25 期，2005 年 7 月，頁 32。

<sup>40</sup> 廖尉均，註 17 文，頁 79。



學者指出德國並無明文規定協商程序，但是仍然盛行於實務的運作，最主要的原因是在於，司法積案數量超出法院的負擔範圍，造成訴訟的嚴重拖延，再加上時常有辯護律師利用各種技巧拖延訴訟的進行，企圖擾亂法官正確地認事用法，例如：聲請法院調查證據以拖延訴訟之時間，而法院基於結案的壓力，輕率地進行訴訟就不是不可想像的事。在這種大環境底下，造成德國的刑事訴訟程序存在協商程序的空間。

所以基於迅速終結案件的誘因，雖然協商的發展在實務界並沒有太長的時間，但是根據資料顯示，已經有許多判決是基於當事人與法院之間的協議所作成，換言之，德國的刑事審判程序已經不是嚴格地遵守謹慎的訴訟規則及證據法則<sup>41</sup>，而是仿倣英美法系的制度，判決得依合意的結果作成。

認罪協商制度對於德國而言，雖然在實務上的運作不如美國熟稔，但在實際上而言，認罪協商其基本的本質不會有太大的變異。亦即，認罪協商乃透過被告的認罪或自白，以作為法院判決的基礎，在此種情況下，法院確實可以節省許多事實認定的工作。

另一方面，被告也不會要求法院調查過多之證據或是任意要求上訴，也因此，多數的檢察官或是被告都更加喜歡使用認罪協商此一制度的運用。認罪協商也讓雙方當事人都可以更增加對判決結果的預測性，節省下來的時間可以去處理更多事情或是其他的案件。種種的因素，皆為協商制度或規範在德國漸漸受到重視的原因。

就事實上而論，為了避免拖延訴訟或是達到訴訟經濟之目的，分別對於情節輕重不同的案件，採取不同的訴訟程序或方式，也並不會妨礙當事人訴訟的進行，又能減少訴訟當事人的勞力、時間、費用，在多項現實考慮下的因素，即使是如同德國採用職權進行主義之國家，亦必須審慎考量協商制度施用之利益性。

而這些特殊刑事程序中，在德國司法實務上逐漸發展出類似美國認罪制度的協商機制。而學者們對於此項實務上所存在的協商機制，是否能夠和現今德國刑事訴訟制度相符合，以及與現行法律規定相結合之可能性展開激辯<sup>42</sup>。雖然協商程序是否存在於德國實務，仍有不同的意見，但就目前德國刑事訴訟法規定中得以進行協商之機制計有「暫不提起公訴」及「處刑命令協商」二種特殊刑事程序。另外，在現今德國司法實務上，逐漸發展有別上述特殊刑事程序之協商機制，稱之為「自白協商」或「非正式協商」。以下即一一介紹各種制度：

<sup>41</sup> 張麗卿，德國刑事訴訟的簡易審判程序，收錄於刑事訴訟制度與刑事證據，五南，2003年9月，頁164。

<sup>42</sup> 王兆鵬，註7文，頁155。

## 一、暫不提起公訴程序

暫不提起公訴程序在德國乃於 1975 年所增訂，依據依德國刑事訴訟法第 153 條 a 的規定，檢察官於輕微案件中，得經法院及被告同意後命被告為一定之義務，而暫時不對被告提起公訴並立即停止偵查程序，而於被告履行檢察官所命的行為後，檢察官即對該案件以不起訴處分終結之<sup>43</sup>。

而檢察官對被告所課予的義務，包括命被告支付一定金額給被害人國家或慈善團體、給付贍養金或提供社區服務，通常依本條受緩起訴的被告，幾乎都被要求支付一定數額金錢給予國家或慈善團體，緩起訴程序通常都適用於較輕微的案件，檢察官會對於此種不值得起訴的案件，於被告願意對被害人、社會作出補償的情況下對該案件作出不起訴的處分，以避免案件進入通常訴訟程序而浪費訴訟資源，檢察官即是以這種方式與被告進行協商<sup>44</sup>。

暫不提起公訴程序，並非賦予檢察官廣泛的裁量權，適用這個程序的前提須被告有罪的證據充分，檢察官才得對被告協商而不提起公訴。但在實際的運作下，在比較複雜的案件，檢察官也有可能會在沒有充分的證據下與被告進行協商。原因是檢察官通常不願意花費太多的時間去搜集證據，且檢察官認為若被告無罪，其辯護律師也不可能會答應與其進行協商，不過如前所述，德國在刑事訴訟法第 153 條 a 的規定，其目的並非授權檢察官與被告進行大量的協商<sup>45</sup>。

當初在增訂本條項的目的限制在於輕微案件時才能適用，實際上檢察官並未確實遵守如此的限制，導致檢察官與被告之辯護律師，以本條項為協商之法律基礎進而促成許多協商的案例。

另一方面，該條文亦限制重罪之案件不得適用，只有在輕微之案件，而被告的犯行有足以排除訴追之公益時，才得適用本條項暫緩起訴之程序。在實際上有大量需求之情況下，檢察官對於本條項的立法目的並未遵循，即使被告所犯者係重罪，檢察官亦與其辯護人進行協商並以輕罪名代替重罪名。為了制衡檢察官濫用本條項的規定，雖有規定檢察官必須要獲得法院之同意始得對被告為不起訴的處分，但是在實務上法院幾乎從未表示過不同意的意見，也因此法院為制衡檢察官濫權的目的也無法確實做到<sup>46</sup>。

<sup>43</sup> 張麗卿，刑事案件之「協商程序」，收錄於驗證刑訴改革脈動，五南，2008 年 9 月，頁 290。

<sup>44</sup> 同前註，頁 291。

<sup>45</sup> 同前註，頁 293。

<sup>46</sup> 同前註，頁 294。

由於實務上運作暫不提起公訴程序，時常超出其法定界限，所以遭到反對者以刑事司法商業化加以強烈批評，不過爲了加速刑事案件的处理，減輕司法機關的負擔，在實務上仍被貫徹實施，並且還被證明是一個解決輕微案件的有效工具<sup>47</sup>。

## 二、處刑命令程序

處刑命令程序乃是德國刑事訴訟制度上爲節省訴訟資源，對於輕微案件所適用之程序，並且係相對於通常審判程序之特別程序。在德國，處刑命令現今已成爲處罰輕微案件中，最重要之訴訟程序類型。

但在德國學界中尚存有不同之意見，亦即反對處刑命令程序之見解乃認爲，簡要及迅速之訴訟過程，並未對被告踐行充分之訊問程序及使其陳述意見之機會，如此則容易造成被告受到不公平之刑罰而無法進行有效之防禦，並且被告只能透過書面之懲罰而無法達到教化之目的。如此之見解故然有其道理存在，但是若所有案件都必須以通常審判之程序審理，則將會使司法負擔過重而對於整體訴訟程序而言，也並非都具有利益<sup>48</sup>，因此設計專門針對簡易案件適用之訴訟程序也是有其必要。

依德國刑事訴訟法第 407 條的規定，處刑命令程序是由檢察官以書面聲請，以檢察官所提出的證據作書面審查，爲刑事簡易程序之一種<sup>49</sup>。處刑命令適用之對象爲輕微案件，如嚴格貫徹法治國原則，處刑命令的法律效果絕無宣告自由刑之可能，其乃因爲自由刑係剝奪法治國家中最重要的基本權利，故而在性質上不應適用簡易之程序<sup>50</sup>。不過就現今的情況而言，只要符合特定之要件，即使已經開啓審判程序，經檢察官提出聲請後仍得爲處刑命令。顯然在德國實務上具有如此的需求，因而才會使處刑命令的適用範圍越來越廣。

處刑命令之程序乃是由檢察官於偵查終結後提出於法院，認爲被告有充份之犯罪嫌疑，並具備有足夠之理由提起公訴，且檢察官認爲沒有進行通常審判程序之必要，得以書面提出處刑命令聲請，並在書面上記載被告的犯行以及證據，並指出所適用之刑法條文及建議對於被告應處之刑罰等。

不過通常只有在法律及事實皆簡單明確的時候，並可以期待被告亦希望適用此程序之情況下，檢察官才會選擇聲請處刑命令，否則被告異議或

<sup>47</sup> 同前註，頁 295。

<sup>48</sup> Claus Roxin 著，吳麗琪譯，德國刑事訴訟法，三民，1998 年 11 月，頁 690。

<sup>49</sup> 張麗卿，註 41 文，頁 164。

<sup>50</sup> 許俊雄，註 14 文，頁 193。

是法院改用通常審判程序時，只會使得訴訟程序更加的延遲。若檢察官提出處刑命令之聲請後，被告未提出異議時，該命令即發生效力並等同於確定判決，若被告提出異議，則處刑命令歸於無效，案件就進入審判程序中。不過在許多案件中，被告若願意坦承犯行時，其辯護律師則會主動與檢察官協商，並告知檢察官，只要處刑命令之罰鍰不要超過一定之金額則不會對處刑命令聲明異議<sup>51</sup>。

處刑命令之所以會被當作類似認罪協商的一種形態，主要是因為罰金的多寡是由檢察官向法官建議，通常法官不會調查整個案件的真實性，大都對檢察官的聲請予以准許，倘若被告願意坦承犯行，其辯護律師通常會主動與檢察官協商，告知檢察官被告願意接受罰金的範圍，如果檢察官也接受則被告就不會對處刑命令提出異議，因此，處刑命令既可以免除被告出庭，也可以避免案情曝光，對法官或檢察官而言，可以節省時間、快速結案而節省司法資源<sup>52</sup>。

### 三、自白協商

自白協商是德國實務發展出的協商，亦可稱之為非正式協商。在德國的刑事審判程序中，基於職權進行主義，法院有義務認定事實並以之作為裁判的依據，因此當檢察官將案件起訴後，就似乎無協商的機會存在。不過直到近年來因為複雜之案件不斷的增加，使得法院工作之負荷量過重，並且辯護律師經常以延遲訴訟進行作為手段，迫使法院答應將來對被告科以較輕的刑罰，如此亦使法院辦案的壓力大增，因而在德國的實務上乃漸漸發展出得以在審判中進行的協商。

此種協商之方式，相對的被告也必須對犯罪事實為自白，或撤回調查證據之聲請，或承諾將來不再對同一案件提起上訴以作為交換的條件。在實務上，法院與被告之協商已越來越頻繁，並且許多判決結果已不再是經由法院認定事實及嚴格適用法律所產生。

此種在實務上發展出之協商模式，法官通常扮演積極的角色，協商的時點可能發生在起訴前，或是起訴後。在起訴前則由檢察官與被告或其辯護律師為協商，通常由被告答應自白，而檢察官同意向法院起訴較輕之罪名。在起訴後則由法官與辯護律師為協商，在起訴後法官與辯護律師所為之協商，法官通常不會告知辯護律師確定之刑罰，但會告知可能之最高刑罰為何，若被告願意接受則會在審判時坦承犯行，而法官也依據雙方協議

---

<sup>51</sup> 同前註，頁 195。

<sup>52</sup> 王兆鵬，註 7 文，頁 276。

結果為判決<sup>53</sup>。

自白協商通常發生在較大或複雜的案件，如販賣毒品或白領犯罪等，故因此類案件之被告自白可以節省許多審判的時間。就另一方面而言，在審判開始後檢察官亦會加入協商，究其原因乃在於，若法院未將其與被告達成協商之內容告知檢察官，而直接就協商之內容對被告為量刑時，檢察官得以上訴的方式推翻該已達成協商之判決，如此則對於協商當事人皆屬不利之結果。

此外，自白協商在實務上大都以較輕的量刑而換取被告的自白，當自白出於被告之任意性且並不違法時，則法院即可據此為有罪判決之基礎，就此種運作之模式而言，在德國實務上一般皆未認為其屬於不合法。不過在實務上進行協商之際，法院則必須讓訴訟之當事人知悉協商的內容，且讓當事人有評論的機會，如果合乎審判公平且不違反刑事訴訟法所要求的基本原則前提下，則法院與被告進行協商亦不會產生違憲的問題<sup>54</sup>。

## 第二項 德國協商程序中之強制辯護制度

### 一、德國強制辯護制度之介紹

德國為大陸法系的國家，故其著重於特定案件的進行須強制由辯護人協助被告，且被告不得任意放棄接受辯護協助的權利，其採行者係與英法系的指定辯護不同的強制辯護制度，刑事訴訟法關於強制辯護的規定甚為零散，分別規定在刑事訴訟法第 140 條、第 141 條、第 142 條、第 117 條第 4 項、第 118 條 a 第 2 項、第 145 條、第 350 條第 3 項、第 364 條 a、第 364 條 b 設有強制辯護的規定。

其中最重要者乃刑事訴訟法第 140 條在何種情形下須為強制辯護的規定，依該條第 1 項採取列舉的方式規定強制辯護案件之類型包括：(1) 法庭審理第一審在邦高等法院或邦法院進行。(2) 被告被指控犯有重罪（意指至今一年以上自由刑）。(3) 進程序可能導致禁止執業。(4) 撤銷。(5) 根據法官的命令或者在法官許可下，被告已被拘禁超過三個月並且在審判開始的至少兩周前不會被釋放。(6) 為了準備對被告的精神狀態作鑑定，可能依第八十一條規定將他安置。(7) 進行保安處分程序。(8) 目前的辯

<sup>53</sup> 張麗卿，註 41 文，頁 177。

<sup>54</sup> 廖尉均，註 17 書，頁 276。

護人被禁止參加程序<sup>55</sup>。

如果符合上述各款之情形，審判中即須有辯護人參與訴訟，程序始為合法。而在羈押審查程序，該法第 118 條 a 亦規定，當被告無法解送至法庭時，必須有辯護人於審理程序中行使其權利。當被告未選任辯護人時，爲了言詞審理，法院有義務爲其指定辯護人。

而德國刑事訴訟法第 140 條第 2 項採取概括條款要件規定的方式<sup>56</sup>，認爲在其他情形，如鑑於其犯罪行爲的嚴重性或因其事實或法律狀態的困難度需有辯護人之參與或明顯可認爲被告無法爲自己辯護時，尤其是被害人有律師協助的情形，審判長即應依聲請或職權爲其指定義務辯護人<sup>57</sup>。故若不構成刑事訴訟法第 140 條第 1 項的要件，但客觀上被告卻極須要辯護人協助時，審判長即負有指定辯護人的義務，本條運作的結果將使強制辯護的範圍處於流動的狀態，審判長可視情形替被告指定辯護人，讓須要辯護人協助的被告能適時地得到幫助<sup>58</sup>。

依照刑事訴訟法第 141 條第 1 項的規定，在強制辯護案件，被告如無自行選任辯護人，得於起訴後，由案件繫屬法院之審判長指定義務辯護人爲其辯護，至於如何指定，則是法院之審判長盡可能在其管轄區內已登錄的律師中選定，且爲考慮被告與辯護人間的信賴關係，應給予被告於指定期間內表示律師人選之機會，如無重大反對理由，即應指定被告所表示之辯護人。刑事訴訟法第 142 條亦規定在刑事訴訟法第 140 條第 1 項第 2 款、第 5 款及第 140 條第 2 項之情形，尙得指定熟悉法律之司法官初試及格且曾從事司法事務至少 1 年 3 個月者爲第一審的辯護人<sup>59</sup>。

## 二、德國強制辯護制度之適用範圍

而德國的強制辯護制度，適用於偵查程序、審判程序、上訴程序與再審程序，可以說所有的刑事程序皆一體適用，尤其是在偵查程序，依刑事訴訟法第 117 條第 4 項的規定，如果被告沒有選任辯護人而羈押已經超過 3 個月時，此時檢察官、被告或其法定代理人得爲被告聲請指定義務辯護人。且於被告並未要求指定辯護人，而檢察官或被告的法定代理人亦未向羈押法官提出指定辯護人之聲請，被告也未因此不服羈押命令提起法律救濟途徑時，則在羈押逾 3 個月後，而被告並未選任辯護人之雙重條件下，

<sup>55</sup> 楊雲驊，司法院強制辯護公聽會書面意見，2010 年 4 月 20 日，頁 2

<sup>56</sup> 同前註，頁 3。

<sup>57</sup> Claus Roxin，吳麗琪譯，註 48 書，頁 174。

<sup>58</sup> 同前註，頁 168。

<sup>59</sup> 同前註，頁 176。

法院應該主動依職權審查當初的羈押命令是否合法，這樣主要是爲了保護未選任辯護人的被告。

另外在偵查程序中，如檢察官認爲法院所進行之程序依刑事訴訟法第140條第1項或第2項有辯護人參與之必要時，於偵查終結後得爲指定辯護之聲請。然此起訴前爲犯罪嫌疑人聲請指定辯護人的規定，檢察官有此聲請權，被告並無此種權利，其不僅爲檢察官之權利，更可以說是他的義務<sup>60</sup>。基於此，有建議於日後修法時，應該儘可能賦予強制辯護案件的指定辯護人具有類似於任意的選任辯護人的權利，並在所有羈押案件中立即指定辯護人，在偵查程序中亦得因被告的請求爲其指定辯護人，使指定辯護權不再完全操縱於檢察官之手，也應該讓被告擁有主動聲請法院指定辯護的權利。

關於此點，在2004年時德國執政黨黨團針對刑事訴訟法第141條提出討論的草案，該草案規定，當預期依刑事訴訟法第140條第1項或第2項規定，辯護人之參與有其必要性時，檢察官在偵查程序必須聲請指定辯護。被告及其法定代理人同樣有聲請權。該草案的主要理由認爲，現階段德國刑事訴訟法之法律規定，導致辯護人參與偵查階段之訊問程序變成例外情形，而如果能讓辯護人越早參與偵查程序的話，不但可以加強被告之主體地位，且對於偵查程序本身亦可有所裨益<sup>61</sup>。

我國學者分析認爲刑事訴訟法第141條之草案<sup>62</sup>，對於德國的刑事辯護制度帶來了非常大的變革。首先，最重要的修訂是賦予被告及其法定代理人有聲請權，避免由檢察官獨佔聲請權，如檢察官不聲請，法官也無法介入，被告也無法救濟。第二是明文規定檢察官聲請時，法官即有指定的義務，此係爲讓偵查程序能夠迅速進行及減輕法院的負擔。第三，則是基於尊重被告的意願，對於義務辯護人之入選，必須由檢察官及被告共同決定，此草案的見解足資參考。

### 三、德國協商程序中之強制辯護制度

故適用暫不提起公訴程序、處刑命令程序、自白協商的刑事案件若符合刑事訴訟法第140條第1項列舉的強制辯護案件的類型。或者是審判長認爲其犯罪行爲甚爲嚴重或因其事實或法律狀態極需要有辯護人之參與或者有明顯的事實足認爲被告無法替自己辯護，在有類似這三種情形之下，符合刑事訴訟法第140條第2項的概括規定，審判長即應依聲請或職權爲其指定義務辯護人。換言之，只要是進行暫不提起公訴程序、處刑命

<sup>60</sup> 史奎謙，刑事辯護權之研究，中興大學法律學研究所碩士論文，1996年6月，頁140。

<sup>61</sup> 楊雲驊，註55文，頁5。

<sup>62</sup> 同前註，頁6

令程序、自白協商這三種程序，而該當刑事訴訟法第 140 條第 1 項或者第 2 項的要件，則案件即屬於強制辯護的案件，審判長即有義務賦予被告辯護協助，否則所踐行的訴訟程序即屬違法。

## 第三節 小結

### 一、美國法

由於認罪協商制度濫觴於美洲大陸，所以世界各國當中，美國是使用協商程序最為頻繁的國家，加上美國的訴訟制度為全面性的當事人主義，法官居於中立第三人的角色，不負有調查證據的義務，法庭上的活動由雙方當事人主導，但被告的法律專業知識無法與檢察官抗衡，在協商程序中這種落差更大，被告所享有訴訟上的各種權利，極可能遭到剝奪。

所以為了保障被告權利，聯邦憲法第 6 修正條款即規定，被告的辯護權，為其基本人權，任何法律或者法院判決不得任意加以限制，否則將難逃違憲的指摘。有鑑於此，美國聯邦刑事訴訟規則第 11 條規定，法院有義務在一開始的罪狀認否程序，即被告在決定是否認罪的程序中，告知被告其享有選任辯護人的權利，如被告要求法院指定，法院則負有指定的義務，甚至被告如屬於貧窮弱勢的族群，法院更須主動替被告指定辯護人。

聯邦憲法第 6 修正條款更要求律師協助被告與檢察官進行協商談判時，必須是實質有效的幫助，所以法律賦予辯護人充分閱讀卷證的權利，不是形式上做做表面工夫而已，如被告無罪的證據明確，辯護人就應建議被告放棄認罪，而接受陪審團的考驗還其清白。雖然美國各州的法律不盡相同，但是被告受實質有效的辯護是最高位階的憲法所明文保障，這個權利在美國並不是一個口號而已，而是要通過聯邦憲法的檢驗。

本文所要探討的是，在民主自由及人權保障方面皆為世界先驅的美國，為何能夠廣泛的使用一套限制被告權利最多、最大的協商程序，甚至於將其發揚光大，影響其他國家，難道訴訟經濟真的完全大過於人民的訴訟基本權嗎，其實仔細觀察美國的認罪協商和辯護制度，美國的法律藉由賦予被告強大的受辯護人協助的權利，讓訴訟經濟和權利保障的天枰能夠平衡，雖然被告在協商程序中喪失許多權利，但是靠者辯護人的專業知識和充分的閱卷權，辯護人可以正確的研判整個證據情勢對被告不利的程序為何，藉此決定被告是否認罪及如果認罪後要如何和檢察官就罪名和刑度進行討價還價，以謀求被告最大的利益。



所以美國在協商程序中的辯護權保障制度規定的甚為詳細，其指定辯護制度也發展出多套制度，除了有政府立法設立法律扶助制度，幫助弱勢、貧窮的被告外，也借重民間力量，結合民間豐富的資源，由各地方的律師界即熟悉律師界運作的公會，自行規劃如何分配辯護資源，用類似BOT的方式，由律師公會選任管理者監督整個制度的運作，由與被告立於相同利害關係的辯護人主導指定事宜，相信絕對比由中立的法院指定更能使被告信服，最後的協商判決被告也較更能接受，如此才能達到疏減案源的目標。

美國法制努力地不讓天秤朝向訴訟經濟的方向傾斜，縱使協商程序容易犧牲被告的權利，但如果做好完善的制度性保障，魚與熊掌也能兼得，這就是為什麼協商程序在美國風行數百年，歷久不衰，就像陳年老酒一般，放越久越香醇，還造成各國爭相模仿的對象。

這似乎告訴我們一套法律制度並沒有絕對好與壞，畢竟制度是人類創造出來的，並非自然科學中的定律，只要防弊、防腐措施做的妥當，兩全其美、面面俱到，似乎不是什麼遙不可及的夢想，本文不敢說美國法完美無暇，但其能夠讓協商程序的辯護人擁有完整的閱卷權及在場權和表達意見的權利，不區分案件的範圍，一律賦予被告辯護權，完善的事後救濟制度等配套措施，都是協商程序才剛起步的我國學習的好對象。立法者和司法實務者應該見賢思齊，共同為被告的權利而奮鬥。

## 二、德國法

德國為傳統法學發展歷史悠久的國家，相關重要且根本的刑事訴訟原理原則，諸如無罪推定原則、罪刑相當原則、罪疑唯輕原則、不自證己罪原則、嚴格證明法則等，構成現代刑事證據法的核心理念，皆起源於德國，且皆受到德國基本法及歐洲人權公約所保障，故德國的刑事通常審判程序可說是非常的嚴謹，不容國家機關任意地侵害被告的權利。

而德國在強制辯護的立法理由指出：「被告被科以刑罰之痛苦愈大，且罪責問題裁判之困難性愈增時，保護被告免於受無理由之誤判，應為刑事訴訟之任務。因刑事訴訟程序，乃國家刑罰權之具體行使，被告行為所侵害之法益愈大，則國家所科以刑罰之程度愈重，且對此等犯罪，關於其刑事責任之裁判亦愈增困難，設有誤判，其對被告權益之侵害將極嚴重，為保護被告之利益計，乃就此等案件強制規定必須有辯護人之到庭始得審判。」可見德國強制辯護制度設置的立法理由，乃從「保護被告利益」的觀點出發<sup>63</sup>。

<sup>63</sup> 劉秉鈞，強制辯護之研究，政治大學法律學研究所碩士論文，1979年6月，頁19。

德國的刑事訴訟制度採取職權主義，在這個精神下，法院有義務認定事實，並以認定的結果作為裁判基礎，所以多年來當事人主義色彩濃厚的認罪協商在德國並不被接受。但是，職權主義訴訟程序進行冗長，所導致之訴訟程序延滯，讓審判機關難以負擔，而且亦與法治國刑事訴訟保障人民享有迅速審判的權利相衝突，審判期間過長可能使誤判之機率大增，所以德國司法實務上不得不謀求解決之道，其中包括有法律明文規定的暫緩起訴程序、處刑命令程序，及由實務發展而成的自白協商程序，雖然一向反對認罪協商的學者認為這些制度並非道地當事人主義下的認罪協商，充其量僅為疏減案源的司法外處遇，當事人不得就罪名或刑度進行討價還價。

但是不可否認，這些制度雖非如美國認罪協商明白肯認雙方當事人得進行協商，但某種程度上，仍藉由給予被告刑度上的優惠，換取被告自白認罪，迅速地終結程序。例如：暫緩起訴程序，違反輕罪的被告認罪後，與檢察官達成願意履行一定的負擔後，檢察官就其案件暫時不予以起訴，也存有當事人就刑事案件進行磋商的色彩。而處刑命令之所以會被視為認罪協商的一種形態，主要是因為罰金的多寡是由檢察官向法官建議，通常法官也不會調查案件的真實性，大都依檢察官的聲請而允准處刑命令。

如果被告願意自白認罪，辯護律師會主動請求與檢察官協商，希望檢察官對處刑命令的罰金金額不要超過一定的數額，被告就不會對處刑命令聲明異議，所以仍然存有就罰金範圍協議的色彩。而由實務發展出的自白協商，更是由手操審判大權的法官與被告直接進行條件的交換，法官答應將來對被告科以較輕的刑罰，但是被告必須對犯罪事實為自白，或撤回調查證據的聲請，或者承諾將來不再對同一案件提起上訴，以作為交換條件，此種方式亦是雙方互相協商，達成科刑範圍的運作模式，與美國協商的差異在於德國是由法官與被告為協商的主體，美國則為檢察官與被告，但兩者本質並無大幅度的差別。

筆者剛開始學習刑事訴訟制度時並不知道德國也存在著協商運作模式，一直認為職權主義色彩而且法律制度非常嚴謹的德國應該絕對不可能存在當事人得自由處分訴訟標的情況，但後來閱讀相關文獻深入了解後，才發現因為疏減案源的魔力讓原本職權主義與當事人主義中間的柏林圍牆倒塌，兩者不再壁壘分明，職權主義的訴訟制度中也可以存有當事人主義的影子。雖然長久以來，協商程序的種種缺點一直為人所垢病，無形中也讓這個制度蒙上一層陰影，但是德國法既然認同這個外來的驕客，就勢必要有防堵其將污染帶進來的機制，否則如何面對以人性尊嚴為神主牌的基本法和世界人權典範的歐洲人權公約。

德國實務所設立的制度性保障<sup>64</sup>，除了必須遵守相關法治國的底線外，強化被告的辯護權亦為其保障的重點，德國法制非常重視協商的過程，辯護人具有全程參與的權利，而且法院有義務通知到場，辯護人未到場者不得進行協商，因為不懂法律的被告在面對司法機關時，處境非常地危險，如何措其手足，所以極需要辯護人的協助，透過辯護人與檢察官或法官協商，一切由辯護人出面與司法機關交涉，除了衡量院檢的協商條件是否有利於被告外，更可以檢驗整個協商過程是否違反法定原則，而請求國家機關不得就此草率地結束案件，應給予被告接受正當法律程序的審判。

再加上德國的強制辯護制度在任何一個程序皆有適用，包括起訴前的偵查程序及判決確定後的再審程序，尤其是偵查程序，因為此時檢察官擁有強大的強制處分權，被告常常還在狀況外，就直接接受檢察官開出來的條件，無辜的被告莫名其妙被科以一定的負擔，就算是輕微的罰金刑，但仍屬於不當侵犯被告的財產權，這就須要專業的辯護人為其把守最後一道關卡，且德國法院在指定辯護人時亦充分考量辯護人與被告的信賴關係，儘量委任被告能夠接受的辯護人，充分尊重被告的訴訟主體地位。這些都是值得我們好好效法的地方。

---

<sup>64</sup> 德國聯邦憲法法院曾數度對於協商提出相關的界限，例如：1、禁止以協商來規避言詞審理原則及公開審理原則。2、法院至多僅能許諾量刑之上限，而不能許諾特定之刑度。3、協商不能抵觸罪刑相當原則。4、任何人皆不得許諾逾越其法定權限的協商條件。5、被告的認罪自白並不因而解除法院之調查義務。6、不得以被告之「捨棄上訴」當作協商條件。參閱，林鈺雄，註39，頁84。



## 第四章 我國協商程序中強制辯護 制度之檢討

本章一開始將先行介紹我國刑事訴訟法的新嬌客－協商程序，接著深入探討協商制度中關於被告強制辯護權之規定，檢討現行法制有所不足之處，對於法律漏洞與缺失的部分應該如何改善及增補提出本文的看法，希望能夠賦予協商程序之刑事被告完善的制度性保障，達到憲法第 16 條訴訟權保障之意旨。

### 第一節 我國之協商法制

現代社會多元發展之後，刑事審判的負擔越來越嚴重，為解決案件累積過多的問題，各國均制定簡易訴訟程序或認罪協商機制。而且像傳統大陸法系之德國、義大利亦學習美國認罪協商制度的精神，發展出不同的認罪協商模式。

我國刑事訴訟制度自從 2000 年以後已確定朝改良式當事人進行主義方向修正，實行交互詰問制度，於通常審判程序的證據調查須要遵守嚴格證明法則，可想而知，整個審理程序將會變得非常地漫長，可以用曠日費時來形容。如果沒有相關的配套措施，司法積案的問題最終將影響審判的品質，使人民對司法失去信心。有鑑於此，立法者即參考美國、德國、義大利等國家有關協商之立法，在 2004 年 4 月 7 日，正式的公布施行刑事訴訟法第 7 編之 1「協商程序」。

#### 第一項 協商程序之立法目的

由於協商程序亦屬廣義的刑事簡易程序的一環，而採行簡易程序，主要係基於訴訟經濟的考量，換言之，司法的資源是屬於有限財，不能夠毫無限制地讓人民恣意的運用，應該要區分不同的案件，分別適用不同的訴訟程序，如此才能使每一個人皆能獲得完善的司法救濟。

制定協商程序的目的主要是希望能藉由被告自白認罪後，協商出一個法院、檢方及被告都能接受的科刑範圍，而法官依據協商的結果為判決，

被告對此亦不做爭執，就此將案件終結，製造三贏的局面，藉以解決案件負荷的問題，期待能夠建構良好的審判環境，本於「明案速判，疑案慎斷」的原則，讓法官有足夠的時間及精神致力於重大繁雜案件之審理。減少人民對判決上訴的機會，建構堅實的第一審，呈現金字塔型的訴訟架構，此為制定協商程序的最終目標<sup>1</sup>。

## 第二項 協商程序之制定過程

1999年司法改革會議時，當時對於疏減訟源、迅速終結案件的討論結果達成共識，並進而決議將酌採認罪協商制度。隨後司法院刑事訴訟法研究修正委員會乃本此決議，草擬於刑事訴訟法修正草案中增訂刑事訴訟法第7編之1協商程序，並在2004年3月23日，於立法院三讀通過增訂刑事訴訟法第7編之1協商程序，原本是預期以協商程序作為改良式當事人進行主義的配套措施，在修法的過程中，司法院與行政院函請立法院審議之刑事訴訟法部分條文修正草案，於2004年的版本中，原已有刑事訴訟法第7編之1協商程序的增訂。

不過在經立法院司法委員會審查後，於朝野協商的過程中，部分委員反對協商程序之增訂，故而在該次修法時將協商程序刪除<sup>2</sup>，也因此協商程序並未如預期的在2003年修改增訂。而刑事訴訟法中關於協商的規定，其原本第七編就設置有簡易程序，並且有稱之為「偵查中求刑協商」，所以有學者認為新增之刑事訴訟法第7編之1協商程序乃為「審判中協商程序<sup>3</sup>」。在各方意見尚未達成共識的情況下，整個立法的過程就歷經多次的改版，最後得以現行版本達成共識，並在2004年3月23日，於立法院三讀通過增訂刑事訴訟法第7編之1協商程序。也由於整個立法的過程幾經波折才達成各方滿意的共識，因此有必要先對其增修協商程序的過程略為簡述。

在2003年時，司法院與行政院函請立法院審議刑事訴訟法部分修正草案，而增訂刑事訴訟法第7編之1協商程序，共增訂9條並刪除刑事訴訟法第451條之1的規定。但是在法案進入二讀之時，有部分委員反對，故而立法院在朝野協商時，司法院同意協商程序暫不增訂，也因此協商程序未能隨證據章節修正條文三讀通過。而此次由司法院所提之協商程序版本，亦稱之為2002年司法院版本。

<sup>1</sup> 蔡清遊，刑事訴訟協商程序實務探討(上)，司法周刊第1140期，2004年7月，第2版。

<sup>2</sup> 立法院公報，第92卷第8期，2003年1月，頁2216。

<sup>3</sup> 林俊益，求刑與求刑協商之辨正，月旦法學雜誌第109期，2004年6月，頁233。

而在此次對於協商程序之提案並未正式於立法院三讀通過之後，司法院又於民國 2003 年 2 月間，邀集法務部及中華民國律師公會全國聯合會、台北律師公會、民間司改會、台灣法學會等代表研究，司法院參酌出席代表之意見，將原先送立法院的版本作適度的修正，委請尤清等 8 位委員，於同年 4 月提案修正刑事訴訟法部分條文，增訂刑事訴訟法第 7 編之 1 協商程序，此版本乃簡稱其為尤清委員版本或有稱之司法院版本<sup>4</sup>。不過該版本仍有部分委員並不贊同，故而至 2003 年 7 月時，乃由民間團體另擬條文，委請陳金德委員提出修正草案。

此一草案的版本亦稱之為陳金德委員版本或是民間版本，不過在此次版本所提出之草案部分仍未達成全面之共識，因此為了和尤清版本達成共識而與司法院、法務部、法官協會及其他民間團體等代表進行研究，經過討論並研究過後才達成妥協之共識<sup>5</sup>。

在立法期間為求獲取共識，立法院司法委員會廣邀學者專家、團體代表、主管機關等舉行公聽會尋求共識。最後經過立法院二讀會前朝野協商時，司法院亦採取民間版本的意見，進而才能在 2004 年 3 月 23 日立法院三讀通過增訂刑事訴訟法第 7 編之 1 協商程序。由此可以看出，我國刑事訴訟法第 7 編之 1 協商程序在立法的過程是經過多次研究討論，並且包括民間團體及專家學者們，集合眾多人的意見，最終才得以在多個版本中獲得共識而順利完成立法。

不過從另一方面更可以知道，協商程序在某種程度上，其實有非常多的爭議及歧見。在各種版本都各執己見的情況下，要達成多數人的共識其實並不容易。更何況我國並未如英、美等國實行認罪協商制度已經有多年豐富的經驗，所以難免各界都會有不同的意見，但最後還是取得最大公因數而通過現行的新法，故現行協商程序可說是各方妥協的產物，並非全是一個團體的意見<sup>6</sup>。

### 第三項 協商程序之規範內容

#### 一、協商程序之開啓

關於「協商程序的開啓」，刑事訴訟法第 455 條之 2 第 1 項規定：「除所犯為死刑、無期徒刑、最輕本刑三年以上有期徒刑之罪或高等法院管轄

<sup>4</sup> 王兆鵬，論刑事訴訟法新增訂之協商程序(上)，司法周刊第 1181 期，2004 年 4 月，第 2 版。

<sup>5</sup> 蔡清遊，註 1 文，第 2 版

<sup>6</sup> 林俊益，2004 年修正刑事訴訟法簡介，臺灣本土法學雜誌第 57 期，2004 年 4 月，頁 223。

第一審案件者外，案件經檢察官提起公訴或聲請簡易判決處刑，於第一審言詞辯論終結前或簡易判決處刑前，檢察官得於徵詢被害人之意見後，逕行或依被告或其代理人、辯護人的請求，經法院同意，就相關事項於審判外進行協商，經當事人雙方合意且被告認罪者，由檢察官聲請法院改依協商程序而為判決。」

何種案件可以協商，主要是參酌「我國國情、簡易判決處刑、簡式審判程序之適用範圍等各種情況」，如同允許進行簡式審判程序之求刑協商的案件一般，僅限於「所犯為死刑、無期徒刑、最輕本刑三年以上有期徒刑之罪或高等法院管轄第一審案件」以外之案件；亦即限於「非重罪或高等法院管轄第一審外」之刑事案件，均得進行協商程序。故本次增訂協商程序，並非全面引進有如美國徹底當事人主義的認罪協商，而是在改良式當事人進行主義下的有限度的量刑協商，仍然嚴格限制範圍，不允許當事人可以任意處分刑罰權的內容。另外自訴案件亦不得為協商的聲請<sup>7</sup>。

而為了確保法院審判公正客觀性及兼顧被害人權益之維護，新法形式上採行「審判中之協商程序」；換言之，唯有案件經檢察官提起公訴或聲請簡易判決處刑後，於第一審言詞辯論終結前或簡易判決處刑前，才可以進行協商程序（刑事訴訟法第 455 條之 2 第 1 項）。故檢察官依通常程序起訴的案件，不論是否改為簡式審判程序，於第一審言詞辯論終結前，均得進行協商程序。且檢察官聲請簡易判決處刑的案件，於法院簡易判決處刑前，亦得進行協商程序。

本來司法院 2002 年版本採取實質上「偵查中」能夠協商的態度，但是在檢察官改革委員會極力反對，偵查中若允許協商恐會有脅迫被告自白的憂慮之下加以刪除，故即使被告與檢察官於偵查中達成認罪及量刑的協商，檢察官仍須對案件起訴或者聲請簡易判決。

由於檢察官的聲請是開啓協商程序的唯一途徑，僅檢察官有權向法院聲請進行協商程序，被告或自訴人並無聲請法院同意之權。檢察官聲請法院同意的方式，可以書面或言詞為之。例如，以言詞聲請者，應於準備程序或審判期日以言詞為之，由法院書記官將聲請協商判決的意旨及協商程序的內容記明筆錄，以為憑據；如果以書面聲請者，聲請書中應記載聲請協商判決的意旨及協商程序的內容<sup>8</sup>。

<sup>7</sup> 張麗卿，刑事訴訟法理論與運用，五南，2007 年 1 月，頁 296；林鈺雄，刑事訴訟法(下)，自版，2007 年 6 月，頁 384。

<sup>8</sup> 張麗卿，同前註，頁 298；林鈺雄，同前註，頁 386；黃朝義，刑事訴訟法，新學林，2009 年 9 月，頁 359；林山田，刑事程序法，五南，2004 年 9 月，頁 803；林俊益，刑事訴訟法概論(下)，新學林，2010 年 2 月，頁 210。



至於法官得否參與協商程序之進行，雖然刑事訴訟法第 455 條之 2 的立法理由指出：「各國因立法不同而法官參與協商程序程度不一，但若從該條文中的「審判外進行協商」解釋，法院不應介入檢察官與被告間之協商程序，這除了確保法院裁判之公正性及客觀性外，因若允許法官介入檢察官，與被告間之協商，將導致法官具有球員兼裁判的角色，且難保被告因懼怕若未接受協商將會遭受法院為更不利於己判決的疑慮，故為了促使被告能在自由意志下與檢察官為協商的合意，法院應不得參與協商的進行。」

另外，由於刑事訴訟法第 451 條之 1 第 1 項及第 2 項均以被告自白為前提，始有其適用，是以新法協商程序，亦規定「被告認罪」始得進行協商。而所謂「被告認罪」係指被告對檢察官起訴之罪名與法條皆予以承認並且無爭執者<sup>9</sup>。

檢察官提起公訴後，訴訟程序如何進行屬於法院職權，檢察官如擬進行協商程序，勢必影響訴訟程序的進行，是以檢察官於審判中如打算進行協商程序，自應取得法院同意，也就是必須在檢察官提起公訴後，或聲請簡易判決處刑後，案件已經進入法院，經由法院同意後進行協商。刑事訴訟法第 455 條之 2 第 1 項規定：「檢察官得於徵詢被害人的意見後，逕行或依被告或其代理人、辯護人的請求，經法院同意進行協商。」

要注意的是，「經法院同意」是指檢察官進行協商應通知法官，讓法官能暫時停止審判，暫留三十日讓檢察官與被告商談，不宜解釋為檢察官之聲請協商必須是經過法院同意是「合法前提要件」，所以若是未事前經過法院同意而為之偵查中的協商合意，法院不得據此認為協商不合法而拒絕為協商判決<sup>10</sup>。

換言之，若將「經法院同意」解釋為並非是檢察官與被告進行協商程序的必要條件時，檢察官與被告若有事前未經過法院同意即逕為協商程序並為協商合意的情形時，應認為則除非有刑事訴訟法第 455 條之 4 之法院不得為協商判決的情形外，法院仍須為協商之判決，所以「經法院同意」應解釋為僅是通知或告知的訓示規定，故原則上法院不得任意拒絕當事人的聲請協商，如此，程序的進行將較具有彈性，也較能擴大協商程序的適用<sup>11</sup>。

<sup>9</sup> 張麗卿，同前註，頁 302；朱石炎，刑事訴訟法論，三民，2009 年 8 月，頁 402。

<sup>10</sup> 張麗卿，刑事案件之「協商程序」，刑事法雜誌第 48 卷第 5 期，2004 年 10 月，頁 15。

<sup>11</sup> 林麗瑩，有關協商程序的幾點看法，法學講座第 29 期，2004 年 9 月，頁 55 以下。

## 二、協商程序之進行

法院同意檢察官的聲請於審判外進行協商程序後，檢察官即得就下列事項，進行協商：(1) 被告願受科刑之範圍或願意接受緩刑之宣告。由於協商判決係不經言詞辯論之判決，被告的權利比接受通常審判程序多有所限制，所以對其宣告的刑度，必須有一定限制始符合程序實質正當的要求。

是以刑事訴訟法第 455 條之 4 第 2 項後段規定：「法院為協商判決所科之刑，以宣告緩刑、兩年以下有期徒刑、拘役或罰金為限」。即指被告與檢察官之求刑協商，僅能於上開範圍內協商，如逾其範圍，法院自不受拘束。所謂「願受科刑之範圍」，除主刑外，應包括從刑在內。(2) 被告向被害人道歉。道歉能讓當事人間的傷害得到某種程度的修復，所以可以多加利用，而且道歉應該不拘泥於形式。(3) 被告支付相當數額的賠償金。(4) 被告向公庫或指定公益團體、地方自治團體支付一定之金額。而關於「得協商之期間」是指，檢察官經法院同意進行協商程序後，應於「30 日內」就以上事項與被告達成協議（刑事訴訟法第 455 條之 2 第 3 項）。另外，如檢察官就「被告向被害人道歉」及「被告支付相當數額的賠償金」兩事項與被告協商時，應徵得被告同意，才可以為之（刑事訴訟法第 455 條之 2 第 2 項）。

由於協商是由檢察官與被告在「審判外」進行，所以原則上是在自由形式的談判架構下達成，不像法院實施審判程序時須進行言詞辯論，被告亦無各項法定程序可資主張<sup>12</sup>。且協商的結果將拘束法院，就算對判決不服，基本上也限制將來上訴的機會。

但是相較於熟悉法律的檢察官，被告通常處於弱勢，因此告知其在同意協商所可能帶來的效果就顯得非常重要。依照刑事訴訟法第 455 條之 3 第 1 項規定，為確保協商程序之正當性，「法院負有告知義務」，亦即，法院應於接受協商程序之聲請後 10 日內，須訊問被告並告知所認罪名、法定刑及所喪失之權利。例如，接受法院依通常程序公開審判之權利、與證人對質詰問之權利、保持緘默之權利、法院如依協商合意而為判決時，除有特殊情形外不得上訴等權利，法院必須於確認被告係自願放棄前述權利後，始得作成協商判決<sup>13</sup>。

刑事訴訟法第 455 條之 5 則規定，係強制指定辯護人協助被告進行協商之規定，立法意旨指出「為使被告能有足夠能力或立於較平等之地位與檢察官進行協商，實有加強被告辯護依賴權之必要」，其範圍依本條第 1

<sup>12</sup> 張麗卿，註 10 文，頁 17。

<sup>13</sup> 張麗卿，註 7 書，頁 308；蔡墩銘，刑事訴訟法概要，三民，2009 年 3 月，頁 209。

項規定：「協商之案件，被告表示願受科之刑逾有期徒刑六月，其未選任辯護人者，法院應指定公設辯護人或律師為辯護人，協助進行協商。」

由於在協商程序中，被告可能為取得檢察官之合意，會透露出有關不利於己之自白，只是被告與檢察官在協商程序中對於犯罪行為為自白，嗣後經檢察官向法院聲請協商判決時所拒絕，如果允許檢察官以被告在協商程序中所為之不利供述作為指控被告涉嫌犯罪之證據，或是作為指控其他共犯之不利證據，被告可能不願與檢察官進行協商程序，故此次增訂刑事訴訟法第 455 條之 7 規定：「法院未為協商判決者，被告或其代理人、辯護人在協商過程中之陳述，不得於本案或其他案件採為對被告或其他共犯不利之證據。」讓被告較能寬心的與檢察官協商<sup>14</sup>。

至於，被告若經法院為協商判決後，其在協商程序中所指稱之供述，可否作為指證其他共犯之證據？是否為傳聞法則之例外情形？對於此一看法，本來司法院與民間司改會兩者間的見解不同，司法院認為應得作為證據而具證據能力，但是後者則以為，應該不得採做認定其他共犯的證據。經過協商後，則採取司法院見解，承認協商程序中被告的指證，係屬刑事訴訟法第 159 條之 1 傳聞法則例外的情形，而具有證據能力，但在立法理由中則載明：「.....法院應審酌此等陳述係在協商過程所取得，更應確保其他被告及共犯之對質詰問權得以有效行使。」

因此，法院在實務運作時，應該注意雖然該被告於協商程序中所指證之證詞是否具有證據能力，而且為落實其他共犯對質詰問權的保障，在程序運作上宜以傳喚被告到庭作證為當<sup>15</sup>。

法院受理檢察官之聲請為協商判決後，為確保協商程序之正當性，應於接受前條之聲請後 10 日內，訊問被告並告知所認罪名、法定刑度及所喪失之權利（刑事訴訟法第 455 條之 3）。法院訊問被告時，仍然應該注意踐行刑事訴訟法第 95 條所定的告知義務。於確認被告係自願放棄前述權利後，法院才得作成協商判決。由於，協商程序之適用係以被告自白犯罪事實及其所犯非重罪案件為前提，為求司法資源之妥適及有效運用，協商程序案件之證據調查程序應予簡化，所以無須適用傳聞法則，法院亦無庸行合議審判，因此修正刑事訴訟法第 455 條之 11 第 2 項規定：「第一五九條第一項、第二八四條之一的規定，於協商程序不適用之。」

協商程序之進行，被告放棄其依通常程序審判上之多項權利，為了避免事後被告後悔，無法救濟，並保障被告憲法上所賦予的訴訟基本權，故修正刑事訴訟法第 455 條之 3 第 2 項前段規定：「被告得於前項程序終結前，隨時撤銷協商之合意。」要求法院回復通常或簡式審判程序或仍以原

<sup>14</sup> 楊雲樺，刑事訴訟新增「協商程序」之探討(上)，月旦法學教室第 20 期，2004 年 6 月，頁 90。

<sup>15</sup> 陳運財，協商認罪制度的光與影，月旦法學雜誌第 110 期，2004 年 7 月，頁 233。

簡易判決處刑。至於合意撤銷之方式，可以言詞或書面為之。

檢察官如在協商過程中與被告有所協議，但是後來卻發現「被告違反協議之內容時，檢察官亦得於前項程序終結前，撤回協商程序之聲請。」由於「協議之內容」並不以刑事訴訟法第 455 條之 2 第 1 項所列各款事由為限，條文規定「撤回協商程序之聲請」（刑事訴訟法第 455 條之 3 第 2 項後段），係指撤回檢察官聲請法院改依協商程序而為判決之「聲請」，因為該協商程序早已進行，當事人業已達成協商合意，自然無從撤回協商程序。

協商程序中，法院有最終審查權，因此法院對協商之聲請，認有刑事訴訟法第 455 條之 4 第 1 項各款所定情形之一者，應以裁定駁回協商的聲請，轉而適用通常、簡式、簡易審判程序。此項裁定屬於訴訟上之裁定，故不得加以抗告（刑事訴訟法第 455 條之 6）。法院受理檢察官協商判決之聲請後，調查案件後發現，若不存在刑事訴訟法第 455 條之 4 第 1 項所定不得為協商判決之消極事由時，法院應「不經言詞辯論」，於協商合意範圍內為判決（刑事訴訟法第 455 條之 4 第 2 項前段）。

接著，協商判決之內容，以宣告緩刑、2 年以下有期徒刑、拘役或罰金為限（刑事訴訟法第 455 條之 4 第 2 項後段）。當事人如有刑事訴訟法第 455 條之 2 第 1 項第 2 款至第 4 款的合意，亦即，被告向被害人道歉、被告支付相當數額之賠償金、被告向公庫或指定之公益團體、地方自治團體支付一定之金額，法院應記載於筆錄或判決書內（刑事訴訟法第 455 條之 4 第 3 項）。法院依協商範圍為判決後，則刑事訴訟法第 455 條之 2 第 1 項第 3 款（被告支付相當數額之賠償金）、第 4 款（被告向公庫或指定之公益團體、地方自治團體支付一定之金額），並得為民事強制執行名義（刑事訴訟法第 455 條之 4 第 4 項）<sup>16</sup>。

最後，協商判決內容後，應製作與送達協商判決書，協商判決書的製作及送達，準用刑事訴訟法第 454 條、第 455 條的規定（刑事訴訟法第 455 條之 8），換言之，法院為協商判決後，書記官應立即製作協商判決書正本或宣示判決筆錄正本或節本，送達於當事人、辯護人、代理人、告訴人、告發人。

為減輕法官製作裁判書之負擔，法院於接受協商所為之協商判決，得僅由書記官將主文、犯罪事實要旨及處罰條文記載於宣示判決筆錄，以代判決書。但於宣示判決之日起 10 日內，當事人聲請法院交付判決書者，法院仍應為判決書之製作。前項筆錄正本或節本之送達，準用刑事訴訟法第 455 條的規定，並與判決書的送達有同一的效力（刑事訴訟法第 455 條之

<sup>16</sup> 林俊益，註 8 書，頁 209；蔡墩銘，註 13 書，頁 211。

9)。不過，「犯罪事實要旨」的記載，應記載足資認定既判力範圍的犯罪事實要旨，這樣才能避免事後出現爭議<sup>17</sup>。

### 三、協商判決之救濟

由於協商判決是法院依照當事人雙方的合意所為的判決，與其他依照通常、簡式審判或者簡易程序所作成的判決，存在著相當大的差異，故協商判決的事後救濟，亦與其他程序有不同的規定。由於協商程序所為的科刑判決，是在檢察官與被告協商合意範圍內所為之判決，事前已經過當事人同意，與其他通常、簡式審判或簡易判決程序所為之判決，係由法院單方面決定並不相同，故雙方原則上均應遵守協商判決，不允許被告任意反悔而提起上訴，否則當事人不但違反誠信原則，亦浪費時間與司法資源，而且也與協商程序所欲達成的迅速性目的亦相違背<sup>18</sup>。故刑事訴訟法第 455 條之 10 第 1 項前段規定，原則上不得上訴。

不過，為兼顧裁判正確，妥適，及當事人的訴訟權益，如果協商判決是出於法院的疏失或者是對當事人有顯然違反公平正義的情形時，為了兼顧裁判的正確性、妥當性及當事人的訴訟權利，本法也設有例外規定，讓當事人能夠請求救濟將違法的協商判決撤銷。

依刑事訴訟法第 455 條之 10 第 1 項但書規定，如有刑事訴訟法第 455 條之 4 第 1 項第 1 款撤銷合意或撤回協商聲請者、第 2 款被告協商之意思非出於自由意志者、第 3 款被告所犯之罪非得以聲請協商判決者、第 4 款被告所犯之罪非刑事訴訟法第 455 條之 2 第 1 項所定得以聲請協商判決者、第 6 款被告有其他較重之裁判上一罪之犯罪事實者、第 7 款法院認應該諭知免刑、免訴或不受理者，有上述情形之一者，或協商判決違反同條第 2 項的規定者，例外容許當事人得以上訴。

除了限制上訴，對於第 1 審協商判決例外允許提起上訴救濟者，因為協商判決乃法院就當事人協商合意的範圍而為判決，未經詳細的證據調查，也未經過言詞辯論程序，對於此種案件，上訴審並沒有必要為完全重覆的事實調查，所以立法者採取限制審查的態度，依刑事訴訟法第 455 條之 10 第 2 項規定，第 2 審法院之調查內容僅限於當事人上訴理由所指摘之事項為限。且刑事訴訟法第 455 條之 10 第 3 項前段亦規定，第 2 審法院認為上訴有理由者，應將原審判決撤銷，並不自行調查，而將案件發回第 1 審法院依判決前之程序更為審判。換言之，協商之上訴審理原則上為事後

<sup>17</sup> 張麗卿，刑事案件之協商程序，收錄於驗證刑訴改革脈動，五南，2008 年 9 月，頁 301。

<sup>18</sup> 立法院公報，第 92 卷第 32 期，2003 年 6 月，頁 132。

審及法律審，而非覆審或續審制<sup>19</sup>。

依刑事訴訟法第 455 條之 11 第 1 項規定：「協商判決之上訴，除本編有特別規定外，準用第三編第一章及第二章之規定。」以及刑事訴訟法第 455 條之 10 第 3 項規定：「第一審法院認為上訴有理由者，應將原判決撤銷，將案件發回第一審法院依判決前之程序更為審判。」

但協商判決，法院於協商要件之審查後，即不經證據調查及言詞辯論程序，本於當事人協商合意之範圍內而為判決。」，協商程序第二審上訴，性質上為事後審及法律審，並不自行調查事實，所以協商判決上訴審所為的裁判原則上只有 2 種，第 1 種情況認為上訴不合法或無理由而駁回上訴，由原審法院依刑事訴訟法第 362 條規定逕以上訴不合法，裁定駁回其上訴。也可以由上訴審法院依刑事訴訟法第 367 條或第 368 條之規定駁回其上訴。第 2 種情況為上訴審法院認為協商判決的確有違法之處，將原判決撤銷，發回原審法院更為審判<sup>20</sup>。

至於協商判決之上訴，應該要向那一個法院提起，因依照刑事訴訟法第 455 條之 2 第 1 項規定，案件經檢察官提起公訴或聲請簡易判決處刑，而於第一審言詞辯論終結前或簡易判決處刑前，法院得由檢察官聲請改依協商程序而為判決，故關於協商判決應向何法院提起上訴，應該視其原本是在那個程序中聲請協商判決而定。如果是簡易判決處刑的案件，而於簡易判決處刑則為協商判決者，其上訴應依簡易判決之程序，向地方法院之合議庭提起。如果是提起公訴之案件，不論是依照通常審判程序或者是簡式審判程序，而於第 1 審言詞辯論終結前為協商判決者，均應該向高等法院提起<sup>21</sup>。

<sup>19</sup> 王兆鵬，論新法之協商程序，收錄於新刑訴、新思維，元照，2005 年 8 月，頁 210；林鈺雄，註 7 書，頁 390。

<sup>20</sup> 涂裕斗，刑事訴訟協商程序之實證研究—以臺灣高雄地方法院為例，高雄大學法律學研究所，2007 年 12 月，頁 101。

<sup>21</sup> 張麗卿，註 17 文，頁 312。

## 第二節 我國協商程序強制辯護制度之沿革

### 第一項 協商程序中強制辯護制度之由來

協商程序為被告放棄諸多受憲法所保障的權利，被告此一決定，涉及許多法律判斷，若無律師的協助，被告恐怕不能作出理智之決定<sup>22</sup>，為了讓被告能夠具備充足的防禦能力，並進而與檢察官在協商之程序上互為抗衡，故有使被告接受辯護人協助進行協商之必要。

各版本草案均一致認為，在法院行協商程序時，應加強被告辯護依賴權之必要，但在何種條件之下，才須賦予被告辯護依賴權，及辯護人於協商程序中所為之陳述若與被告相反時，應如何處理，立法過程中之各個版本則有不同看法。為充分了解刑事訴訟法第 455 條之 5 的規範意旨，以下即一一介紹立法過程中各個版本的規定。

#### 一、司法院 2002 年版本

司法院之 2002 年版本草案刑事訴訟法第 455 條之 4 第 1 項規定：「協商之案件，被告表示願接受一年以上有期徒刑，未經選任辯護人者，法院或檢察官應指定公設辯護人或律師為辯護人，協助進行協商，但被告明示無辯護人之協助，仍願意進行協商者，則不在此限。」此為司法院協商程序關於辯護權規定的第一個版本，此版本認為原則上進行協商程序的案件僅於被告表示願意接受 1 年以上有期徒刑，且未選任辯護人協助，法院或檢察官應為被告指定公設辯護人或律師為辯護人，協助進行協商，惟設有例外之規定，即出於被告明示無辯護人之協助，仍願意進行協商者，則無須為其指定辯護人，理由在於，我國刑事訴訟制度現已朝向改良式當事人進行主義修正，為尊重協商主體即被告之意見，且為節約辯護資源，被告既已明白表示縱無辯護人的協助，其仍願意進行協商，即應尊重被告之意見逕行協商，而不須為其指定辯護，藉此限縮協商程序強制辯護之案件範圍。

<sup>22</sup> 王兆鵬，註 19 文，頁 211。

司法院之 2002 年版本刑事訴訟法草案第 455 條之 4 第 2 項規定：「辯護人於協商程序，得就協商事項陳述事實上及法律上之意見。但不得與被告明示之意見相反。」此規定的目的在於因被告往往為不知法律之弱勢，故為了保障其防禦權，辯護人於協商程序自得就相關事項陳述事實上及法律上之意見，然為尊重被告之程序主體地位，辯護人所陳述之事實上及法律上之意見，不得與被告明示之意思相反。換言之，不准辯護人提出與被告不同之法律意見，以避免辯護人為迅速結案，節省勞力、時間、費用，公然犧牲被告之權利。

## 二、司法院 2003 年版本

司法院之 2003 年版本刑事訴訟法草案第 455 條之 4 規定第 1 項：「協商之案件，被告表示願接受逾六個月有期徒刑，未經選任辯護人者，法院應指定公設辯護人或律師為辯護人，協助進行協商。但被告明示無辯護人之協助，仍願意進行協商者，則不在此限。」司法院 2003 年版則將強制辯護之範圍擴大為「被告表示願接受逾六個月有期徒刑」，原則上即應有公設辯護人或律師的協助，使多數進行協商程序之被告之辯護依賴權受到更大的保障，避免其成為疏減案源之下的犧牲品，故司法院之版本係朝向加強被告權益之方向修正。立法意旨甚為良善。

司法院之 2003 年版本刑事訴訟法草案第 455 條之 4 規定第 2 項：「辯護人於協商程序，得就協商事項陳述事實上及法律上之意見。但不得與被告明示之意思相反。」第 2 項之規定則維持與 2002 年版本相同之規定。其增定理由亦同。

## 三、民間團體版本

民間團體所提出的版本刑事訴訟法第 455 條之 6 第 1 項規定：「協商之案件，被告表示所願受科之刑逾有期徒刑六月，未經選任辯護人者，法院應指定公設辯護人或律師為辯護人，協助進行協商。」此版本刪除了「但被告明示無辯護人之協助，仍願意進行協商者，則不在此限。」理由在於無辯護人之被告多屬於社會上之弱勢族群，其可能因倉促或受誘導之情況下，極有可能作出不智之決定而放棄受律師扶助的權利，再進而放棄憲法審判等多項權利而認罪，因此其主張刪除司法院版本但書的規定。即令被告明示無辯護人仍願進行協商者，法院仍必須為其指定辯護人，被告不得



自行放棄其權利<sup>23</sup>，這樣規定顯然對被告的保護較為周延，至於被告表示所願受科之刑未逾有期徒刑 6 月或被告受緩刑宣告者，則在基於司法成本有限的考量，容許在無辯護人的協助下，由被告自行與檢察官進行協商。

至於辯護人於協商程序中所為的陳述若與被告相反時，應該如何處理，司法院 2002 年版與 2003 年版本條文原規定，辯護人於協商程序，得就協商事項陳述事實上及法律上的意見，但不得與被告明示之意思相反，一切以被告之意思為主。惟民間團體版本則對但書規定則有不同意見，民間團體所提出的版本規定刑事訴訟法第 455 條之 6 第 2 項規定：「辯護人於協商程序，得就協商事項陳述事實上及法律上之意見。但不得與被告明示之協商意見相反」，改成僅不得與被告明示之協商意見相反即可。換言之，只要被告最終的意思是願意進行協商，辯護人基於其法律的專業，就協商的細部事項提出與被告不同之意見，藉以謀求被告最大的利益。

#### 四、立法過程之爭議點

司法院 2002 年版本、2003 年版與民間團體之版本與現行法之差異主要在於下列 4 個部份：

##### （一）協商案件強制辯護之適用範圍

關於協商案件強制辯護之適用範圍，為司法院版本與民間團體版本最大的爭執點，司法院在協商草案的第 1 個版本，主張只有在被告表示願意接受 1 年以上的有期徒刑，再加上未經選任辯護人，法院或檢察官才有義務為其指定公設辯護人或律師為辯護人，協助進行協商。

但民間團體認為對於超過 1 年的自由刑，才有強制辯護的適用，對協商程序中居於非常弱勢的被告，保護嚴重不足，故官方與民間數度討論後，司法院理解民間版之美意，但憂慮強制指定辯護人可能造成的司法成本，而無法完全同意，經過反覆的磋商，決定以被告的權益為重，雙方之後提出的版本，將強制指定律師的案件範圍大幅度擴張至，只要被告表示接受 6 個月以上的刑期，就強制要求須有辯護人協助被告，規定為 6 個月應該是考量到得否易科罰金，即被告是否須入監服自由刑的差異，如被告所希望的刑期得易科罰金，對其影響不如身體遭受拘禁嚴重，所以被告得

<sup>23</sup> 此與美國之規定不同，美國協商程序被告雖有受律師協助的權利，但此一權利為被告得放棄之權利。我國被告在協商程序受律師協助的規定，則為強制規定，非被告所能放棄之權利。轉引自王兆鵬，美國認罪協商程序，收錄於新刑訴、新思維，元照，2005 年 8 月，頁 193。

自行與檢察官協商即可。

## （二）受緩刑宣告是否有強制辯護之適用

被告如受緩刑之宣告時是否有強制辯護的適用，司法院 2002 年及與民間團體版本皆未有受緩刑之宣告此一要件，但最後通過的條文卻加上這個要件，大幅限縮強制辯護的範圍<sup>24</sup>。如此規定則是民間團體希望官方將強制辯護的案件範圍降到以有期徒刑 6 個月為基準所做的讓步，希望能達到官方所希望的節省辯護資源。

## （三）被告得否自願放棄辯護權保障

被告明示無辯護人之協助，仍願意進行協商者，是否有刑事訴訟法第 455 條之 5 規定的適用，民間團體和司法院產生極大的爭議，司法院的兩個版本，皆認為基於尊重被告自主意思，其得以自由放棄受律師協助的權利。但民間版本則採不同的見解，認為被告放棄此權利可能出於外力所壓迫才放棄此權利的。故此權利是強制賦予被告的，只要符合法定要件就權利就當然發生。最後通過的條文則採民間團體版本，刪除「但被告明示無辯護人之協助，仍願意進行協商者，則不在此限」。

## （四）辯護人的權限

第四個差異點在於辯護人的權限，到底協商過程中得否表示與被告不同的意見，如辯護人與被告的意見不同要以誰的意見為主。司法院的兩個版本皆認為辯護人雖然可以提出與被告相異的事實上以及法律上的意見，但訴訟主體是被告，所以任何事實上以及法律上的意見皆不得與被告的意思相反，一切還是要以被告為主。

但民間團體則有不同的看法，其認為與被告提出不同之法律意見在所難免，若不允許辯護人提出與被告不同之法律意見，恐怕會影響辯護人行使辯護權之職責，進而無法充分為被告之利益而辯護，且不論何種見解皆不得與被告的意見相反，則辯護人可能無法為被告的利益有效辯護。所以為達到實質辯護之目的，得提出與被告不同之事實上或法律上之意見。但被告既為程序之主體，其對是否與檢察官進行協商仍享有最終決定權，如

<sup>24</sup> 依刑法第 74 條規定，受 2 年以下有期徒刑，即可宣告緩刑，其與強制辯護受 6 個月刑期的界限有一定的落差，即科過 6 個月刑度，但受緩刑宣告者，亦無刑事訴訟法第 455 條之 5 的適用。

被告不欲進行協商程序，辯護人仍應以被告之意見為主。最後則依民間團體版本作為現行法。

## 第二項 刑事訴訟法第 455 條之 5 之規定

協商程序為被告放棄其憲法上審判等重大之權利，此一決定，涉及許多法律判斷，若無律師之協助，被告恐怕不能作出明智之決定，為讓被告得以具備完全的防禦能力而處於武器平等之地位，並進而能與檢察官在協商之程序上互為抗衡，故被告有受辯護人協助進行協商之必要。

所以新法第 455 條之 5 規定：「協商之案件，被告表示所願受科之刑逾有期徒刑六月，且未受緩刑之宣告，其未選任辯護人者，法院應指定公設辯護人或律師為辯護人，協助進行協商。辯護人於協商程序，得就協商事項陳述事實上及法律上之意見。但不得與被告明示之協商意見相反。」旨在保障被告權益，藉以衡平被告與檢察官間實力之落差，使得協商程序進行合乎公平正義。

### 一、適用強制辯護之案件類型

為使被告能有足夠之能力或立於較平等之地位與檢察官進行協商，實有加強被告辯護依賴權之必要<sup>25</sup>，明定被告表示所願受科之刑逾有期徒刑 6 月，且未受緩刑之宣告的話，則此案件為強制辯護案件，因此若被告未選任辯護人者，法院負有義務為被告指定公設辯護人或律師為其辯護人，協助被告進行協商。

除法院依職權為被告選任辯護人外，解釋上，被告亦可主動以口頭或書面要求法院指定公設辯護人或律師協助其進行協商<sup>26</sup>。而相較於刑事訴訟強制辯護案件，僅適用於最輕本刑為 3 年以上有期徒刑或高等法院管轄第 1 審之案件，或被告有特殊狀況（例如被告因智能障礙無法為完全之陳述或屬低收入戶）等情形，協商程序中關於強制辯護之規定，並不考慮被告本身的特殊狀況，顯然對被告之保護較為周延。

被告表示所願受科之刑未逾有期徒刑 6 月，或雖逾有期徒刑 6 月但有受緩刑之宣告者，無須辯護人協助，被告得逕與檢察官進行協商。其考量

<sup>25</sup> 為了維護被告不分貧富貴賤皆能平等接受公平審判的基本人權，倘若刑事被告因無資力或其他法定原因而未能選任律師為其辯護時，那麼國家有義務為其提供辯護服務，此為被告的辯護依賴權。

<sup>26</sup> 張麗卿，註 17 文，頁 299。

重點在於「司法資源有限」及「節省辯護資源之使用」。故協商程序，被告表示所願受科之刑逾有期徒刑 6 月，且未受緩刑宣告的案件即落入強制辯護的案件類型，法院有義務為未委任辯護人的被告提供法律協助。

## 二、刑事辯護人之權限

辯護人具有法律專業知識，而協商程序對被告權利的侵害遠高過其他刑事審判程序，須有法律背景的辯護人從旁協助，如不能盡情發表見解，則難免綁手綁腳，難以達成辯護的目的，故於協商程序進行時，辯護人得就協商事項陳述事實上及法律上之意見，以保障被告權益，然被告是案件當事人，為了尊重被告的程序主體地位，被告是以自白認罪換取較輕的刑罰，對被告影響甚大，所以最終是否要行協商程序，還是要以被告的意見為主，辯護人僅得從旁陳述一些事實上或法律上的意見。

因此，辯護人不論係選任辯護人或指定辯護人，皆不得與被告明示之協商意見相反，顯然協商之主體為被告而非辯護人，故被告表示願協商，辯護人縱使不願協商，還是須協助被告進行協商程序。但是如果選任辯護人不願協助協商，其可解除委任，由法院另指定辯護人協助進行協商<sup>27</sup>。但仍須符合刑事訴訟法第 455 條之 5 第 1 項的要件。

## 三、違反強制辯護之法律效果

刑事訴訟法第 455 條之 5 第 1 項規定：「協商之案件，被告表示所願受科之刑逾有期徒刑六月，且未受緩刑宣告，其未選任辯護人者，法院應指定公設辯護人或律師為辯護人，協助進行協商。」辯護權為被告於刑事程序中最重要之權利，但此次新法卻未規定違反本條項規定的法律效果，使本條可能被解釋為訓示規定，法院似乎並無遵守的義務，惟辯護權是被告於刑事程序中最為重要的權利，何況是在被告喪失諸多程序權的協商程序，法院違反保障辯護權的規定，竟無規定任何的救濟途徑，實屬嚴重的法律漏洞，有待立法者修法解決此一缺漏。

對此立法漏洞，學者有主張，如刑事訴訟法第 455 條之 5 第 1 項規定應行強制辯護案件，法官發現疏未替被告指定辯護人時，應考慮以辯護權保障不周或以刑事訴訟法第 455 條 4 第 3 款協商合意顯有不當為由拒絕為協商判決<sup>28</sup>。

<sup>27</sup> 蔡清遊，刑事訴訟協商程序實務探討（下），司法周刊第 1195 期，2004 年 7 月，第 2 版。

<sup>28</sup> 何賴傑，從拘束力觀點論協商程序，月旦法學雜誌第 118 期，元照，2005 年 3 月，頁 13。

刑事訴訟法第 455 條之 5 第 1 項指定辯護人協助進行協商的規定，如同刑事訴訟法第 31 條強制辯護的規定一樣，皆為強制性的規定，非僅為訓示性的規定，如違背該條項的規定，而未指定辯護人的話，縱刑事訴訟法第 455 條之 4 第 1 項未列為法院不得為協商判決情形之一，法院亦不得為協商判決，如法院在尚未為協商判決之前已發現違背刑事訴訟法第 455 條之 5 第 1 項之規定者，應再次通知雙方當事人開庭（因未經言詞辯論，故不須再開辯論），不得逕為協商判決，如違背規定而為協商判決，則其審判應屬違背法令，構成非常上訴的原因<sup>29</sup>，近期的最高法院亦採此見解<sup>30</sup>。

本文認為本條項為強制辯護的規定，法院如果發現被告未受到辯護人的協助時，應立即替被告指定辯護人協助其與檢察官進行協商，如果法院未替提供法律協助仍為協商判決，雖然刑事訴訟法第 455 條之 10 未將此列為例外得上訴的事由，但是基於辯護權為被告憲法上重要的基本權利，應類推刑事訴訟法第 455 條之 10，容許被告得以此為由對協商判決提起第 2 審上訴，第 2 審法院應以原審判決違背法令，予以撤銷，發回更審為當。違反刑事訴訟法第 455 條之 5 應與違反刑事訴訟法第 31 條相同，皆構成刑事訴訟法第 379 條第 7 款判決當然違背法令，如第 2 審法院駁回被告的上訴時，被告得上訴第 3 審，於協商判決確定後，檢察總長得依刑事訴訟法第 441 條提起非常上訴。

### 第三節 我國協商程序中強制辯護制度之

## 檢討

### 第一項 協商程序被告之地位

由於協商程序相較於通常審判程序，程序進行方面較為彈性，例如不必踐行公開審理程序、直接審理程序，及不受到傳聞法則等相關證據法則之拘束，故容許協商程序的存在將無可避免的侵害被告程序權，可能導致危及司法正義<sup>31</sup>。因此進行協商程序的被告，其程序主體地位顯然較行通常程序的被告為低。而解決之道，本文認為可以從辯護權保障方面著手，給予被告更多接受律師協助之機會。

<sup>29</sup> 蔡清遊，註 27 文，第 2 版。

<sup>30</sup> 97 台非字第 129 號、98 台非字第 82 號、98 年台非字第 83 號判決。

<sup>31</sup> 陳運財，註 15 文，頁 231。

現行刑事訴訟法第 455 條之 5 第 1 項規定並未踐行全面強制辯護<sup>32</sup>，其立法理由認為因司法資源有限，及節省辯護資源之使用，但如果考量協商程序可能違背刑事訴訟法上之罪疑唯輕原則、無罪推定原則、不自證己罪原則、實體真實原則、自由陳述原則、嚴格證明法則等原則，並違背憲法上保障被告之在場權、緘默權及對質詰問權等權利，相較之下，這兩個立法理由論據即嫌薄弱。而欠缺辯護協助的被告可能作出違反自由意志的決定，故本文即先行論述被告在面對審、檢、辯三方時，其協商之自由意志將遭受何種影響及侵害，導致做出不智、倉促或被誘導的決定，以下即就此三方面加以分析。

## 一、檢察官對被告之影響

依刑事訴訟法第 455 條之 2 第 1 項規定，協商程序之主體主要係檢察官與被告或其辯護律師。且僅有檢察官才有協商程序的聲請權，即使被告願意協商，還必須通過檢察官這一道關卡。因為協商大權掌握在檢察官手上，因而導致檢察官可能犧牲被告的權利，因此於協商程序中被告與檢察官之地位是不對等的。

對檢察官而言，其聲請法院改以協商程序審理，可以解除到庭論告、交互詰問等公訴任務，且在蒐集的證據不足以將被告定罪的情況下，與被告協商獲得其認罪自白並且達成協商之合意，則可以獲得有罪判決的保證書<sup>33</sup>，可以降低被告獲判無罪的風險。且經過司法院的大力推動後，檢察官與被告協商的比率逐漸提高。

現行條文雖規定檢察官欲聲請法院改依協商程序而為判決，須與被告合意且經被告認罪，然實質上檢察官仍擁有程序之控制權，此點可以從幾個地方得知端倪。首先，可能產生報復性偵審的問題<sup>34</sup>。換言之，若被告拒絕認罪或者雖然認罪但是協商條件談不攏而導致協商破裂者，檢察官可能會對被告採取事後報復性偵審的手段，檢察官利用其求刑的合法、正當權限對於不聽話的被告從重求刑。

檢察官可能在與被告雙方協商的過程中，告知被告若不接受檢察官所提的協商建議，那麼檢察官可以利用其就科刑範圍表示意見的機會，對被告求處重刑，故檢察官往往為了一己之利，遊走於合法邊緣的灰色地帶，不顧被告權益，且亦有實務工作者認為，檢察官的態度過於強勢，被告常

<sup>32</sup> 有稱此為「半套式之強制辯護」，參閱林鈺雄，註 7 書，頁 272。

<sup>33</sup> 林鈺雄，協商程序與審判及證據原則(上)，月旦法學教室第 25 期，2004 年 11 月，頁 77。

<sup>34</sup> 林鈺雄，註 7 書，頁 275。

淪為「接受」與「不接受」協商條件的不對等地位，而非實質進行協商<sup>35</sup>。於此賦予被告完整全面的受律師協助之權利，即屬刻不容緩，讓被告有能力與檢察官就量刑協商的條件「討價還價」。

## 二、辯護人對被告之影響

由上述檢察官對被告之影響可知，被告有可能在面臨國家機關給予其強大壓力之下，出於非自由意志的認罪。而辯護人為被告所委任，理論上，辯護人應該為被告利益著想，依其專業知識為其提供法律意見，使被告心甘情願與檢察官協商。

不過在協商程序的實務運作下，辯護人的協助反而有可能會影響被告是否認罪而進行協商程序之意願。理由在於認罪協商對辯護人而言，可以在維持案件收費標準下減少其時間及精力的支出<sup>36</sup>，使其能利用時間接辦其他的案件以增加收入。同時被告得否應付旁大的律師費<sup>37</sup>，也是辯護人考慮是否建議被告接受協商的重要原因<sup>38</sup>，因為審判程序經年累月，若被告無力支付龐大的訴訟費用，但又希望辯護人可以提供法律協助，可以想見被告的辯護人為節省其時間及精力的不必要浪費，大多會積極勸告當事人認罪並接受協商。

且相較於通常訴訟程序而言，協商程序可以大幅度的節省辯護人的時間與精力，而且又可將多餘的時間另接案件增加收入，換言之，辯護人具有相當大的誘因勸說被告與檢察官協商，使其可以省時、省力，而且可以輕鬆的賺錢，是故可以想見辯護人會積極建議被告接受檢察官協商的提議，不論被告有罪與否。

依刑事訴訟法第 455 條之 5 第 1 項之規定，如被告未選任辯護人者，法院應指定公設辯護人或律師協助其進行協商，於此種情形，被告更容易受到辯護人的影響，因公設辯護人為領取國家薪俸的公務員（參公設辯護人條例第 5 條、第 10 條、第 11 條），且在我國現行公設辯護人員額極度不足的情況下<sup>39</sup>，其案件的負荷量很重，因此協商對他而言具有很大的誘因。

<sup>35</sup> 涂裕斗，註 20 書，頁 223。

<sup>36</sup> 林鈺雄，註 33 文，頁 34。

<sup>37</sup> 被告如聲請法律扶助，依目前的收費標準，委任律師一個審級費用為 3 萬元，以國民平均薪資 2 萬 8 千元至 3 萬元之程度觀之，仍屬高昂。

<sup>38</sup> 戴遐齡，我國簡易訴訟程序與認罪協商，臺灣大學法律學研究所碩士論文，2000 年 6 月，頁 50-51。

<sup>39</sup> 司法院從 2004 年 6 月以後就不再招考公設辯護人，以現在全國大約 50 位左右的公設辯護人，甚難應付每年數量龐大的強制辯護及必要辯護案件，參法扶會訊第 25 期之分享園地，財團法人法律扶助基金會出版，2009 年夏季號，頁 13。

因為可以大幅減少許多時間及精力的支出，且對於被告被判有罪或無罪並沒有特別的利害關係<sup>40</sup>。故當被告無資力聘請律師為其辯護而由法院依法指定公設辯護人為其辯護，則可能發生公設辯護人為了迅速結案而無暇顧及被告的權益，因而便會極力勸進被告認罪與檢察官協商，且委任公設辯護人係屬被告無資力聘請辯護人的情況，此等弱勢之被告通常公設辯護人說什麼，被告通常都會聽從他們的專業意見<sup>41</sup>，其難以抗拒公設辯護人所提之協商建議，故被告協商之意願幾乎為其所左右，刑事訴訟法第 455 條之 5 第 2 項但書：「不得與被告明示之協商意見相反」，即可能成為具文。

### 三、法官對被告之影響

依現行協商程序之規定，協商程序的主體為檢察官與被告，被告不得與法官協商，法官扮演客觀、中立的第三人角色，其任務僅為監督協商程序的進行，並且確保被告於協商時得受到正當程序之保障。

然法官有可能積極慫恿被告認罪進行協商，雖然因為法官擁有審判權限，掌握被告有罪與否的生殺大權，其介入檢辯雙方的協商，則法官可以藉此省卻複雜的審判程序、棘手的證據調查及判決的製作<sup>42</sup>，故此制度對於法官的誘因相當大。是故，法官可能積極介入協商程序，且法官握有審判的權利，相較之下，被告處於相對弱勢的地位，兩者的身分、地位差異相當大，如法官積極建議被告與檢察官協商，被告會擔心如拒絕法官的建議，而回到原來通常、簡式審判或簡易審判程序時，遭受法官報復而被判有罪，故被告可能心不甘、情不願地認罪，接受法官之建議，與檢察官進行協商<sup>43</sup>。

總之，甚難想像命懸法官之手的被告，對於法官的「建議」能勇於拒絕，故此時須有法律專業人士從旁協助，告知被告其於程序上擁有那些權利，從相關事證亦顯示其無罪的機率很大，毋庸聽從法官之建議，避免無故接受有罪判決。

---

<sup>40</sup> 林鈺雄，註 33 文，頁 78。

<sup>41</sup> 被告亦會顧慮如不聽從公設辯護人之建議，而案件如改依通常程序審理時，公設辯護人是否盡力替被告辯護。

<sup>42</sup> 林鈺雄，註 7 書，頁 261。

<sup>43</sup> 目前實務運作的情況大多是法官促請檢察官與被告協商，法官都已經表明其立場，那麼被告豈敢不聽從法官之建議。



## 四、以辯護權提升協商程序被告之地位

基於快速解決訴訟案件之誘因，身為代表國家執法人員之法官、檢察官，對於法律賦予其得以快速解套的制度，愛不釋手的程度，是難以用文字表達的，擁有刑事訴訟法第 7 篇之 1 協商程序這頂合法的保護傘，不難想像他們會無所不用其極使被告認罪，進而與檢察官協商，且當有人提出是否會犧牲被告的權利之質疑時，則一切皆遵循法律的規範將會是很好的藉口；故為了對抗偵察審判機關，應該讓被告接受專業的法律援助；

惟如前所述，辯護人有時為了結省勞費，往往會忽視被告的協商意願，如此將導致被告陷入面對法官、檢察官、辯護人三方之困境，解決之道，似可修改法律或制定相關配套措施，例如辯護人於協商程序應如何協助被告，應遵守那些界限，不得侵害被告之意志，相關規範亦可從律師倫理方面著手，加強律師應有的職業道德，告誡律師不可為了一己之私，矇騙不懂法律的被告，犧牲其應有的權利。藉以落實被告為協商程序之中心主體，被告之利益應凌駕於疏減案源之上，法官、檢察官、辯護人三方應充分尊重被告協商之意願，被告應於絕對無任何外力干擾的情況下作出判斷，藉以強化被告之主體地位。

### 第二項 被告接受刑事辯護人協助之最佳時點

被告與檢察官於協商程序係立於不平等之狀態，為了保障被告之權利，使實體正義不會遭受出賣，理論上於偵查階段被告有意願與檢察官協商時，即應有辯護人介入協助被告<sup>44</sup>，辯護人應全程參與協商程序。惟依刑事訴訟法之規定，似無明確規範辯護人應該參與之時點，固本文擬依現行條文文義，及相關學者之見解，探討如何賦予被告完善且充足的制度性保障。

司法院 2002 年版本刑事訴訟法第 455 條之 2 第 1、2 項規定：「被告所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑以外之罪，而於偵查中認罪者，檢察官得依職權或依被告、辯護人之聲請就被告願受科刑之範圍或願意接受緩刑之宣告，進行協商，經雙方合意，由檢察官向法院聲請進行協商程序。前項聲請，檢察官應以書面行之，並將卷宗及證物一併送交法院。」

司法院 2003 年版本刑事訴訟法第 455 條之 2 第 1、2 項規定：「除所犯為死刑、無期徒刑、最輕本刑三年以上有期徒刑之罪或高等法院管轄第

<sup>44</sup> 張麗卿，註 17 文，頁 18。

一審案件者外，被告於偵查中認罪者，檢察官於徵詢被害人意見後，得依職權或依被告或其代理人、辯護人之聲請就被告願受科刑之範圍或願意接受緩刑之宣告，進行協商，經雙方合意，由檢察官聲請法院進行協商程序。前項聲請，檢察官應以書面行之，並將卷宗及證物一併送交法院。」

民間團體版本刑事訴訟法第 455 條之 2 第 1 項規定：「除所犯為死刑、無期徒刑、最輕本刑三年以上有期徒刑之罪或高等法院管轄第一審案件者外，檢察官得於徵詢被害人意見後，依職權或依被告或其代理人、辯護人之聲請就下列事項協商，經雙方合意，且被告認罪者，由檢察官聲請法院進行協商程序。」均規定除審判中之協商外，偵查中檢察官亦得與被告進行協商程序，更明文規定檢察官得聲請法院進行協商程序，且與起訴或聲請簡易判決處刑有同一之效力。

但現行刑事訴訟法第 455 條之 2 第 1 項僅規定，案件經檢察官提起公訴或聲請簡易判決處刑，於第一審言詞辯論終結前或簡易判決處刑前，檢察官得於徵詢被害人之意見後，逕行或依被告或其代理人、辯護人之請求，經法院同意，就下列事項於審判外進行協商，經當事人雙方合意且被告認罪者，由檢察官聲請法院改依協商程序為判決。通過之新法並未如司法院 2002 年版本、2003 年版本及民間版本般明文規定檢察官得直接聲請法院進行協商程序，但是依現行法之解釋，我國是否承認偵查中之協商，學者之間仍分持兩種對立之見解，茲分述如下：

## 一、協商程序包含偵查中協商

此說主要的理由在於，偵查中之協商符合增訂協商程序儘速審結案件之立法目的；且依立法沿革及歷史解釋，不論是司法院 2002 年版本、2003 年版本或是民間團體版本，均規定除審判中之協商外，偵查中檢察官亦得與被告進行協商程序，最後立法通過之條文未明文排除偵查中協商之規定，足認現行法增訂之協商程序已包括偵查中之協商<sup>45</sup>。因此在實務運作上，檢察官在偵查階段仍得與被告進行協商，在達成協商合意後，再對被告之犯罪行為起訴或聲請簡易判決處刑，而後經法院同意後改依協商程序而為判決。故此種見解肯認我國新增之協商程序有偵查中協商<sup>46</sup>。

<sup>45</sup> 王兆鵬，註 19 文，頁 186。

<sup>46</sup> 吳巡龍，我國協商程序實務問題的探討，月旦法學教室第 22 期，2004 年 8 月，頁 110。

## 二、協商程序僅有審判中協商

此說的主要理由在於，雖然歷次的修法版本，均規定除審判中之協商外，偵查中檢察官亦得與被告進行協商程序，然單純就依現行法之文義解釋，檢察官須先行起訴或聲請簡易判決處刑，於訴訟中始得與被告進行協商，而後經法院同意改依協商程序而為判決，自此特徵觀察，我國此次新增協商程序之適用時期，乃在第一審審判期間<sup>47</sup>。如偵查中就允許協商，可能使檢察官的偵查生態發生重大改變。檢察官可能會捨棄其職責而不再積極調查事實、蒐集證據，而盡量以各種「技巧」與被告達成協商並向法院聲請依此而為判決，達到省時省力的結案。如此一來，被告犯罪事實可能未經詳實調查即進入法院。

而法院原則上須於 20 日內依協商內容而為判決，如碰到較為複雜的案件，法院根本沒有足夠的時間進行本已有限的審查，可得而知，法院只好在心不甘情不願之下，依協商內容而為判決。這樣的操作下，一個科以被告刑罰的國家刑罰權就有可能是在偵查階段未詳查、審判階段也未詳盡調查證據的情況下草率地完成認定，實有不當<sup>48</sup>。故偵查中協商並不足採。

## 三、小結

### （一）任何時點均能進行協商

多數學者認為我國並未承認偵查中協商<sup>49</sup>，本文認為現行法雖規定要起訴才得行協商程序，但誠如贊成偵查中協商的學者所言，法律僅形式上要求須提出一個正式的控訴文件而已，即起訴書或聲請簡易判決處刑書。

檢察官於偵查中如找不到將被告起訴之足夠證據，可能會與被告及其辯護人私下進行協商，雙方就科刑等相關事項達成合意且被告願意認罪，檢察官可以形式上將被告起訴或聲請簡易判決處刑後，在審判程序中就可以被告已認罪及就相關協商事項已達成合意，直接向法院聲請改依協商程序而為判決，雖有論者認為討論協商程序有無「偵查中協商」似無意義，因為我國在簡易程序修法時，即引進「偵查中求刑協商」制度，惟因對於

<sup>47</sup> 陳運財，註 15 文，頁 230-231。

<sup>48</sup> 楊雲樺，註 14 文，頁 85-86。

<sup>49</sup> 林山田，刑事程序法，五南，2004 年 9 月，頁 800；林鈺雄，註 7 書，頁 254；林俊益，註 6 文，頁 222；陳運財，註 15 文，頁 231。

檢察官缺乏實施之誘因，實務運作上難得一見，新增協商程序，對於檢察官亦缺乏實施之誘因，故偵查中進行協商的機會應該很小<sup>50</sup>。

但本文認為偵查中仍可能出現檢察官與被告協商之情形，理由在於簡易程序之案件範圍，案件只有其所科之刑為宣告緩刑、得易科罰金之有期徒刑及拘役或罰金者，始有適用簡易判決處刑之餘地（刑事訴訟法第 449 條第 2 項）。與協商程序之案件限於所犯為死刑、無期徒刑、最輕本刑三年有期徒刑之罪或最高法院管轄第一審案件以外之非重罪案件，超過此範圍之重罪案件即不得聲請協商。兩者相較，簡易程序處刑之範圍，顯較協商判決之科刑範圍狹小。檢察官可能會就無法適用簡易程序之案件，於偵查中與被告及其辯護人達成協議，等到進入審判程序，立即向聲請法院改依協商程序而為判決，迅速終結案件<sup>51</sup>。故仍存有偵查中協商之情形，此種形式上於審判中進行協商，惟實際上偵查中雙方已就協商事項達成合意，本文稱之為「形式上審判中協商、實質上偵查中協商」。由於協商合意是在偵查中即行作成，故此種情況保障被告的重心應在於偵查階段，而非審判階段。

偵查中檢警擁有優勢的強制處分權，可以調查證據、詢問證人，且基於偵查不公開原則，辯護人僅於審判中得行使閱卷權（刑事訴訟法第 33 條第 1 項規定：「辯護人於審判中得閱覽卷宗及證物並得抄錄或攝影」）。如果發生「形式上審判中協商、實質上偵查中協商」之情形，檢察官有意與被告進行協商，但被告方面無法得知卷內現有之證據情勢為何，而無法研判是否接受檢方的協商建議，加上偵查階段雙方之地位極度不對等，及我國檢警辦案一向偏重自白的情況下，被告可能為非任意性的自白及同意檢察官的要求，檢察官於取得自白後立即起訴，由法院為協商判決將案子終結，而且協商程序原則不得上訴，例外得上訴的範圍則嚴格限縮（刑事訴訟法第 455 條之 10 第 1 項）。

被告如欲事後提起救濟可以說是困難重重，被告雖得於權利告知程序終結前撤銷協商之合意（刑事訴訟法第 455 條之 3 第 1 項）。但檢察官可能於起訴後以迅雷不及掩耳的速度向法院聲請協商判決，法院為了避免積案也迅速做成判決，等到被告回過神來才發現自己有可能得到無罪的結果，當初實不應於偵查時草率地認罪與檢察官進行協商，最後導致於偵查中踏上錯誤的第一步，則一步錯步步錯，等到無法救濟時，始發現為時已晚，大勢已去，無處伸冤。

<sup>50</sup> 洪堯讚，我國量刑協商制度之研究，中正大學法律學研究所碩士論文，2005 年 6 月，頁 85。

<sup>51</sup> 本文認為實務上不得宣告緩刑及併科罰金之相關財產犯罪，檢察官與被告很有可能在偵查中即達成協商之合意。

## （二）法律專業協助的重要性

故於偵查階段當事人雙方進行實質上協商時，法律之專業協助對被告而言，即如同浮木對落海之人般重要，接受辯護人的協助，讓被告於偵查中得以正確地研判是否接受檢察官的協商條件，進而決定要否認罪。故本文認為，只要檢察官與被告開始進行實質上的協商，被告即應享有實質有效的辯護協助，而不應形式上的區分係處於偵查階段或者是審判階段。

我國憲法對於被告接受迅速審判之權利，雖無明文規定<sup>52</sup>，惟司法院大法官釋字第 446 號解釋理由書指出，憲法第 16 條所定之訴訟權，乃人民在司法上之受益權，應保障人民於訴訟上有受公正、迅速審判，獲得救濟之權利<sup>53</sup>。惟迅速審判之權利固然重要，但仍須正視容許協商無可避免的存在侵害被告程序權的保障，如果無完善的制度性保障之機制，則被告即非迅速審判之受惠者，而是速審制度下之冤魂，訴訟經濟之下的犧牲品。

本文認為偵查中檢察官如欲與被告協商以換取自白，而於起訴後迅速結案，如被告未選任辯護人，檢察官即負有主動提供律師之義務，強制辯護應延伸至偵查階段<sup>54</sup>；惟如依多數學者之見解，本法僅承認審判中協商，換言之，刑事訴訟法第 455 條之 5 之規定僅適用於審判中，但限縮刑事訴訟法第 455 條之 5 的適用範圍，對被告實為不利。

故為了建構協商程序完善的制度性保障機制，保護被告免於因為偵查階段受到檢察官不當的影響而作出非真實、非任意、非明智的陳述或重大決定<sup>55</sup>，且基於憲法上之平等原則，偵查中協商應該類推適用刑事訴訟法第 455 條之 5 第 1 項及第 2 項，法院應指定公設辯護人協助進行協商，辯護人得就協商事項陳述其事實上及法律上之意見。且偵查中檢方因擁有強制處分權，其比被告方面具有證據情報之優勢，此時應構成偵查不公開原則之例外，應該類推適用刑事訴訟法第 33 條之規定，讓辯護人於偵查中得以行使閱卷權。

<sup>52</sup> 由於協商程序不開庭審理、調查證據、原則上不得上訴，且可以用宣判筆錄代替判決，故得歸類為迅速審判程序之一種。

<sup>53</sup> 陳運財，淺論刑事妥適審判法草案—由日本法之觀點，收錄於刑事迅速審判與被害人保護學術研討會論文集，2009 年 9 月 24 日，頁 21。

<sup>54</sup> 1982 年發生震驚全國的王迎先命案，立法院乃修法使犯罪嫌疑人於偵查中得選任辯護人，辯護人並得於檢察官或警察訊問被被告或犯罪嫌疑人時在場。

<sup>55</sup> 王兆鵬，貫徹平等與實質之辯護制度，收錄於辯護權與詰問權，2008 年 6 月，頁 84。

### 第三項 協商程序被告辯護權之保障

於協商程序上，係由被告先認罪或先協商，亦為此次修法過程之爭議點，司法院 2002 年司法院版草案刑事訴訟法第 455 條之 2 及 2003 年司法院版草案刑事訴訟法第 455 條之 3 皆規定被告必須先認罪，始得與檢察官或法院就刑之部分為協商，其理由認為我國新增定之協商程序為「量刑協商」而非「認罪協商」，不得就罪名進行協商，故須被告先行認罪之後，再就刑度方面與檢察官協商。

惟民間版之修正條文有不同之看法，其認為要求被告先認罪再協商，並不公平，且被告在未確定是否能獲得有利的協商條件前，先要求被告認罪，將嚴重影響被告是否協商之自由意志，強迫先行承認自己有罪之後，才能表示自己願受科刑之範圍，被告亦會擔憂如協商破局先前所為之自白有何對己不利之影響，反而減少協商成立的機會，故認為應先協商，協商合意後再認罪。為了確保被告協商之任意性不受到侵犯，司法院最後接納民間版條文，刑事訴訟法第 455 條之 2 第 1 項規定，被告必須先與檢察官進行協商，協商成立後被告始為認罪。

但學者則認為依法條文義，似乎無法得出必須被告先認罪，始得進行協商程序之結論，反而認為該條文意旨，如被告先認罪再與檢察官為刑之協商，或者檢察官先與被告協商合意後，被告始認罪，皆為法所許可，因現行法僅規定被告認罪，係檢察官聲請協商程序之前提要件，但絕對未要求被告必須先行認罪，始得與檢察官進行協商<sup>56</sup>。

根據實務家之觀察，在實務運作上，常見到被告最關心者，通常為刑度之問題，因與其切身權利息息相關，故常有被告及辯護人表示，在協商程序開始進行之前，希望檢察官能透露刑度條件的範圍，認為如果雙方對刑度認知差異過大，便不願認罪進行協商。甚至有被告及辯護人明白向檢察官表示，直接就刑度進行協商，等到科刑範圍雙方已達成合意後，被告再表示認罪<sup>57</sup>。因而於實務運作之情形，檢察官如堅持被告一定要先認罪，始同意進行協商，則協商程序將無從開啓與進行。

本文認為不論是先認罪再進行協商亦或先協商再認罪，皆須於協商程序一開始即須讓被告接受專業的法律幫助，於先認罪再協商的情形，由於認罪係指對犯罪事實為不利於己之陳述，弱勢之被告面對偵審機關時可能做出非任意性之自白，辯護人在場可以確保被告不至遭受威脅利誘，如無充足的證據可以證明被告有罪，即毋須認罪與進行協商程序，就算遭致起

<sup>56</sup> 王兆鵬，註 19 文，頁 185。

<sup>57</sup> 涂裕斗，註 20 書，頁 147。

訴，且基於無罪推定原則，亦有可能獲致無罪判決，不必馬上自白以換取減刑，就算被告承認犯罪，也應確保係出於自由意志而為自白，再與檢察官就相關事項為協商。

另一種狀況是被告先行協商再認罪的情形，辯護人可以告知被告毋庸馬上認罪，得與檢察官先行協商，辯護人可以一一檢視檢察官提出之協商條件對被告而言是否符合公平正義，檢察官於達成協議後之後可能出爾反爾的機會有多大，進而建議被告是否接受檢察官的協商條件，再考慮是否認罪，再由檢察官依刑事訴訟法第 455 條之 2 第 1 項之規定聲請法院改依協商程序而為判決。故不管是先認罪或者是先協商，辯護權的保障皆能使被告免於淪為協商程序之客體。

#### 第四項 檢察官之協力義務

訴訟程序之進行非僅僅強調當事人形式上的對等，尚須有強而有力的辯護人協助被告<sup>58</sup>，如上所述，不論先協商或者先認罪，都須有辯護人全程協助，案件經檢察官起訴或聲請簡易判決處刑後，檢察官或被告如欲進行協商程序，此時審判長應調查被告是否已委任律師，如果發現被告未委任辯護人，應依刑事訴訟法第 455 條之 5 第 1 項指定公設辯護人協助被告進行協商，不得於被告已認罪或與檢察官進行協商後始為指定辯護，如此方能貫徹實質有效辯護之理念，避免辯護人的功能淪於形式。

檢察官與被告達成協商合意後，法院始指定辯護人提供被告專業的法律協助，將會造成辯護人尚未閱卷，未全面了解被告之案情，因被告與檢察官已達成協商之合意，甚至於被告已認罪，辯護人只能就協商合意的內容作形式上審查，視其有無刑事訴訟法第 455 條之 4 第 1 項規定不得協商之情形，則辯護人的功能將淪於形式，辯護保障的效果發揮有限，頂多只能確認被告是否出於自由意志。於此即有違背憲法保障被告訴訟權之意旨，故辯護權介入時點不得過晚。

本文認為，依刑事訴訟法第 2 條之規定：「實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意。」換言之，檢察官負有對於被告不利事項的客觀性注意義務<sup>59</sup>，檢察官於協商過程中係立於主導之地位，如其主觀上認為協商之科刑範圍可能超過有期徒刑 6 個月且不得宣告緩刑時，應主動向法院請求指定辯護人協助未委任辯護人之

<sup>58</sup> 王兆鵬，受有效律師協助的權利，收錄於辯護權與詰問權，元照，2008 年 6 月，頁 6。

<sup>59</sup> 檢警單位手中握有大權，就像一輪烈日，平民百姓則脆弱如秋霜。如果檢警不夠謹慎、不知節制，一不小心就會傷害到平民百姓，故檢察官負有客觀性之注意義務。轉引自，張焜芬，無彩青春—蘇建和案十四年，商周出版，2004 年 7 月，頁 3。

被告與其進行協商，即不會發生上述辯護權介入時點過晚、辯護功能難以發揮等缺憾。

## 第五項 強制辯護案件範圍之探討

### 一、現行法之半套式強制辯護

#### (一) 立法理由

司法院 2002 年草案版本原規定，被告願受科刑超過有期徒刑 1 年，始為強制辯護之案件，然民間團體<sup>60</sup>，則認為應放寬至願受科刑逾 6 個月即須指定辯護，最後通過之條文為被告表示願受科之刑超過 6 個月，且未受緩刑宣告者，其未選任辯護人者，法院應指定公設辯護人或律師為辯護人，協助其進行協商。科刑範圍採納民間團體之意見，惟附加未受緩刑宣告之限制，為何最後仍不採全面性之強制辯護，立法理由指出，係為了「節約辯護資源之使用」及「司法資源有限」。

本文試著探討立法者的意思，首先，科刑範圍為何規定逾有期徒刑 6 個月，其標準何在，依刑法第 41 條第 1 項之規定，受有期徒刑 6 個月以下之宣告，得易科罰金，有期徒刑 6 月是被告得否易科罰金與入監服刑的界線，故只要被告可能須入監服刑時<sup>61</sup>，就須接受法律專業的協助。立法者可能認為協商程序係為了解決刑事審判案件之沉重負擔，以節省司法成本，故辯護資源應該集中在較為嚴重之案件，較為妥當。而且現行協商程序對得易科罰金之被告的保障機制應已足夠<sup>62</sup>。

#### (二) 與其他簡易型程序之比較

立法者打著「訴訟經濟、疏減案源」的大旗，認為要更加限縮強制辯護之適用範圍<sup>63</sup>，而這些「訴訟經濟、疏減案源、節約辯護資源之使用、司法資源有限」等神主牌一搬出來，似乎可以凌駕所謂的「人權保護、實

<sup>60</sup> 民間團體包括中華民國律師公會全國聯合會、臺北律師公會、臺灣法學會、民間司法改革基金會。

<sup>61</sup> 僅科處被告罰金，仍屬對其財產權之侵害，只是相較於入監服刑是侵害其身體自由權，財產權之侵害應較為輕微。

<sup>62</sup> 此保障主要係指進行協商須經法院同意，法官須審查有無不得協商之情形及踐行訊問被告及權利告知之程序等監督機制。

<sup>63</sup> 如司法院 2002 年版本，規定有期徒刑逾 1 年者，才須指定辯護人。



體正義、無罪推定、程序保障」等可以避免國家刑罰恣意行使的基本且重要之原理原則，只要法律規範之制度目的是這些神主牌，就可以得到合憲推定之保護傘，免於受到違憲的指摘，對於部分堅守正義防線之學者的立法建議，皆充耳不聞。

我國刑事訴訟法從 2000 年開始，以「朝向當事人進行主義，建立金字塔型之訴訟結構」，為改革之目標，陸陸續續地增修許多制度<sup>64</sup>，以達成「堅實之事實審」、「疑案慎斷、明案速判」之理想境界。尤其是數個司法外處遇之制度，更是被寄予厚望。由於刑事訴訟歷次之修正，剛好為筆者學習法律的初窺之期，故對於新制度之體驗甚為刻苦銘心，根據筆者這幾年的仔細觀察殊不難發現，我國立法者也犯了全天下法學繼受國都會犯的錯，就是鑑於本國法院積案問題嚴重，只要是能夠疏減案源之制度，不問是否水土不服，一律囫圇吞棗，加以仿倣，等到制度施行之後，發現將對人權造成破壞時，想回過頭來亡羊補牢，可能為時已晚，導致人權保障已成空談。

以我國為例，「緩起訴、簡易程序、簡式審判程序、協商程序」，可說是現行刑事訴訟法作為疏減案源之四大制度，但制度與制度之間適用範圍重疊，導致有些制度可能於適用上驅於萎縮，有遭受架空之虞，有論者即指出，簡易程序中之協商制度（刑事訴訟法第 451 條之 1 之規定）及緩起訴制度即有可能會降低檢察官於起訴後聲請協商判決之意願<sup>65</sup>，本文比較這兩個制度與協商程序的差異，發現簡易程序中之協商制度明文規定偵查階段被告即得直接與檢察官進行協商，無須等到起訴之後，且不須進行刑事訴訟法第 455 條之 3 的權利告知程序，相較於協商制度，程序的進行上亦較為簡便。

而緩起訴制度，檢察官可以依本身的裁量權，可自行與被告達成協議，而且做成的緩起訴確定後期滿未經撤銷，即發生與不起訴處分確定後相同的實質確定力（刑事訴訟法第 260 條），且命被告履行的負擔亦得為執行名義，檢察官自主做成的緩起訴處分就可發生強大的實質拘束力，為何還須與被告協商，協商的結果還要經過法院的審查，受到法院的制約，可想而知緩起訴將會擁有較高的使用率。

### （三）現行法規定有所不足

本文認為法律制度並不能片面地認定其長處，應全方位地觀察，面面

<sup>64</sup> 例如：簡易訴訟程序、緩起訴制度、交互詰問、簡式審判程序、協商程序、加重檢察官之舉證責任等規範。

<sup>65</sup> 林俊益，偵查中求刑協商，月旦法學教室第 18 期，2004 年 4 月，頁 19。

俱到地檢視其合憲性，並無何種目標、何種理想必然優於其他原則，應該是盡力尋求其間之平衡點，讓法之天秤不至傾斜。任何的制度規範皆應以保障人民基本權利為出發點，因為基本權利之核心保障是正義之最後一道防線<sup>66</sup>，相關的配套應該構築在人權之上，不得過度侵害人民受憲法上保障之權利。

雖然協商程序，不論身處何國，都出現違反實體真實、買賣正義的批評，就如鬼魅般地如影隨形，但如能搭配完善的制度性保障，即是讓鬼魅消失之符咒。誠如學者所言，立法者如果要明文採用協商制度，自有義務同時設計制度性保障機制，以防止被告的權益可能遭受不當的侵害以及正義被出賣的危險<sup>67</sup>。

縱上所述，本文希望能夠打破立法者傳統的想法，換言之，其認為只要規定有權益保障制度即為已足，不必完善地保障之迷思。但協商過程檢察官擁有完全之主導權，如未賦予被告全面性的專業法律協助，則被告處境之惡劣，可想而知，例如面對檢方之問話，只能回答是或否，好或不好，無法完整地敘述有利於己之證詞。現行法僅規定部分的強制辯護，本文認為有待商榷與檢討其不足之處<sup>68</sup>。

## 二、建構全套式強制辯護

國內文獻對於協商批評力道最深之論點，主要是認為協商對原則取向訴訟構造之破壞<sup>69</sup>，因協商幾乎無法遵守十九世紀以來被所有認為構築刑事訴訟重要基石的調查與審理原則。將刑事訴訟導向契約取向，破壞審檢分隸原則，將帶來對我國訴訟結構的顛覆與衝擊<sup>70</sup>。而其中的無罪推定原則、罪疑唯輕原則、不自證已罪原則、嚴格證明法則等現代證據法的幾個核心原則，經過歷次大法官解釋反覆強調其根本性<sup>71</sup>，現今已成為我國憲法上人權保障之試金石<sup>72</sup>，重要性不可言喻。

由於協商已成為我國之實定法制，面對協商新制可能會對這些基本原則所造成質變，即須要思考如何能夠將降低新制度帶來之衝擊及傷害，重新檢討相關配套措施是否完備，設定正確且有效的停損點，如此才能一方

<sup>66</sup> 即基本權利僅得限制，而不得完全剝奪，此為基本權利之核心理論。

<sup>67</sup> 陳運財，註 15 文，頁 242。

<sup>68</sup> 學者黃朝義亦認為依現行法之規定，被告可以適用強制辯護的案件範圍過狹，因此應修法放寬，不過其並未說明應部分放寬或者應全面放寬。參閱黃朝義，簡易訴訟程序—協商程序，月旦法學教室第 35 期，2005 年 9 月，頁 92。

<sup>69</sup> 林鈺雄，註 33 文，頁 80。

<sup>70</sup> 楊雲驊，註 14 文，頁 55。

<sup>71</sup> 釋字 384、582 號等關於刑事訴訟之重要憲法解釋。

<sup>72</sup> 拘束人身自由之刑事處罰，係屬法律體系中的絕對法律保留。

面充分發揮協商程序之功能，另一方面堅守法治國的底線，藉此挽救我國協商新法。

如果從刑事被告之審判心理觀察，被告於被起訴後，心理上即忐忑不安，一方面恐懼將會遭受到重刑之判決，如果同意量刑協商，等於有罪判決確定，故其往往在不滿意及不甘心之情況下，勉強接受檢察官之條件。本文認為最佳解決之道，就是提供全方位之法律協助，因為協商程序之所以與異於其他審判程序，在於其能迅速終結案件，換言之，簡化耗時費力之證據調查程序<sup>73</sup>，為其最具吸引力的優點，故或多或少犧牲被告的權益乃不得不然之結果，所以應該構思解決之道，而本文認為應該從全面性的保障被告之辯護權方向改善，雖反對意見認為辯護資源有限<sup>74</sup>，應將辯護資源放在較為重大之案件上<sup>75</sup>。

不過本文認為此種說法似乎過於鄉愿，雖筆者未曾從事法律實務工作，但是律師因人數激增，競爭激烈之情形卻是時常耳聞，且台灣目前律師人數佔總人口數比仍遠低於美國<sup>76</sup>，考試制度亦是朝向增加律師錄取率方向改革，未來台灣之辯護資源只會增多，不會減少，多數被告沒有委任辯護人之原因應是律師費用偏高<sup>77</sup>，再加上法院之公設辯護人嚴重短少<sup>78</sup>，根本不足以應付強制辯護之案件，幸而於 2004 年 1 月 7 日公布施行法律扶助法，透過法律扶助基金會委任律師，則費用較為低廉<sup>79</sup>。

本文認為與其透過法院指定公設辯護人，倒不如構思如何落實人人皆請得請律師的目標，使欲行協商程序之被告能自行為委任辯護人，保障自身的權益，希望未來能夠整體調降委任費用，走向辯護費用價格平民化，盡量使人人都有能力接近與使用司法資源。如此立法者及實務工作者一再強調的辯護資源有限的論點將不攻自破。縱上所述，建構全面性的強制辯護方屬支撐協商程序繼續運作下去的關鍵要素。

<sup>73</sup> 例如：刑事訴訟法第 166 條規定以下的交互詰問程序。

<sup>74</sup> 刑事訴訟法第 455 條之 5 之立法理由一再強調辯護資源是有限的。

<sup>75</sup> 持此種看法者主要為實務工作者，參閱涂裕斗，註 20 書，頁 243。

<sup>76</sup> 美國全國律師具有超過一百萬名的市場規模，參閱網路文章：不要東施效顰的法學教育改革，元豪的憲法夢想論壇，<http://mypaper.pchome.com.tw/liaobruce/post/1285420965>，最後到期日：2010 年 1 月 12 日。

<sup>77</sup> 目前委任律師一個審級之行情價通常為五萬元，視案件之複雜程序會比例提高，以現今台灣大學畢業生之平均薪資所得為三萬三千元，打官司須花掉超過一個月之薪水，是否委任律師的確會讓人考慮再三。

<sup>78</sup> 司法院從 2004 年 6 月以後即不再招考，現今全國大約只剩 50 位左右之公設辯護人，資料來源，財團法人法律扶助基金會 [http://www.laf.org.tw/tw/public/index\\_detial.php?H\\_ID=263](http://www.laf.org.tw/tw/public/index_detial.php?H_ID=263)，最後到期日：2010 年 2 月 1 日。

<sup>79</sup> 筆者曾詢問法律扶助基金會嘉義分會委任律師之費用，一個審級為 3 萬元，比自行委任整整少了 2 萬元。

## 第六項 被告辯護權充分保障之配套措施

### 一、閱卷權適用對象與範圍之擴大

#### (一) 被告與檢察官的地位並不對等

協商程序可視為檢察官與被告之間的諜對諜的交易戰場，協商程序與通常審判程序所適用的程序法理大不相同，協商程序之進行係以被告承認有罪為前提，被告所在意的並非能否得到無罪判決，而是希望藉由其自白犯罪，免去法院調查證據等耗時費力的訴訟程序，以換取減輕刑罰的結果，因此在協商程序，被告所期待的是檢察官在量刑上能夠做最大的讓步，甚至於得到易科罰金的機會，而毋須入監服刑。

被告及其辯護人為了希望能在與檢察官協商過程中獲取最大的利益，其就須要了解到底檢察官手上握有那些被告有罪之證據，藉此得以試探檢方的讓步的底線為何。

不過，被告受限於在先天上就與檢察官立於武器不平等的地位，是以雖然被告享有受法院告知之權利，可以知悉所認的罪名、法定刑度與放棄的權利等（刑事訴訟法第 455 條之 3 條），但被告仍無法全面地知悉檢察官手上握有多少對其不利的證據，且檢察官可能虛張聲勢向被告誇大其證據確鑿，若不參與協商則會被求處重刑的方式威嚇被告，使被告不得不接受協商條件，故被告之所以會陷於如此不利的情勢，實乃因為被告沒有足夠的籌碼與檢察官談判、對抗。被告只有知悉對其有利不利之證據，才能不被檢察官羅織罪名，得到不成比例之刑責。換言之，本文認為法官在同意協商時，應該督促檢察官公開其卷證，充分滿足被告的聽審請求權，維護被告取得資訊的平等地位。

#### (二) 辯護人應有完整的閱卷權

按刑事訴訟法第 33 條第 1 項規定：「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。」審判中辯護人得與檢察官進行協商之前，依本條之規定先行閱覽相關卷證<sup>80</sup>，且為了避免檢察官於協商過程中取得最大之優

<sup>80</sup> 閱覽卷宗及證物權，係指辯護人對於卷宗證物有閱覽、抄錄、攝影權，使其瞭解案情，能為適當之辯護。此為辯護人之固有權利，不受被告拘束，亦非法院所能剝奪禁止。

勢，以操縱程序的進行，司法院應根據刑事訴訟法第 33 條第 1 項的立法意旨，再行制定細部相關之閱卷規則，規定兩造當事人進行協商時檢察官應將其擁有的卷宗及證物全數讓辯護人閱覽。

至於偵查中檢察官與被告如欲進行非正式的協商，雖然刑事訴訟法並無明文規定偵查中辯護人擁有閱卷權，但是爲了確保被告能夠與檢察官立於平等之地位談判，本文認爲此時應類推適用刑事訴訟法第 33 條之規定，賦予辯護人偵查中亦得行使閱覽卷宗之權利，可能有認爲偵查中賦予辯護人閱卷權，將會破壞偵查不公開原則，使檢警喪失偵查中之證據優勢，關於此點，本文認爲協商程序的重點在於當事人是否達成協商合意，換言之，檢察官並不須積極證明被告有罪，被告亦不會爭執最後有罪之結果，故閱卷權之行使並不會妨礙犯罪偵查。故偵查中協商應類推刑事訴訟法第 33 條第 1 項之規定，如此方有助於雙方地位達成實質的平等。以上爲被告有委任辯護人的情形。

### （三）未委任辯護人之被告應爲閱卷權的行使主體

刑事訴訟法第 455 條之 5 之規定，若被告未選任辯護人，而且表示其所願科之刑未逾有期徒刑 6 月，或逾有期徒刑 6 月但受緩刑宣告者，因爲此情況不在法院依法應爲其指定公設辯護人或律師爲其辯護之範圍內，但閱卷權行使的主體僅限於律師不及於被告。不論審判中或偵查中檢察官只與被告一人進行協商時，依法被告不得行使閱卷權，所有卷內資料皆有賴檢察官告知被告，檢察官可能向被告虛偽表示其擁有許多被告犯罪之證據，藉此威脅被告認罪與其協商，並接受檢察官開出之科刑範圍及協商條件，整個情勢對未具有法律專業協助且不懂法律之被告而言，可說是相當的不利。

對此有學者主張，縱使無辯護人協助之案件，法院應負補充性照顧被告之義務，告知其筆錄或其他證據資料之內容或要旨，如屬行使防禦權之重要事項，法院認爲有必要時，應使其閱覽或影印交付被告，使被告在充分認識證據狀況的前提下，決定有無必要與檢察官進行協商以及協商合意的事項<sup>81</sup>。此見解基於被告程序權的維護，確保協商程序的任意性及對等性，立意甚爲良善，但本文認爲依此見解被告得否行使閱卷權，仍取決於法官之裁量權，法官爲了快速將案件終結，濫用裁量權的機會大增，將導致被告無法掌握相關之證據資料，而無法做出正確之判斷，故本文認爲協商程序，應直接規定讓被告成爲閱卷權的行使主體，毋庸經過任何國家機關的同意。

<sup>81</sup> 陳運財，註 15 文，頁 244-245。

刑事訴訟法於 2007 年增訂刑事訴訟法第 33 條第 2 項，其本文規定：「無辯護人之被告於審判中得預納費用請求付與卷內筆錄之影本。」修正理由指出，被告無辯護人者，亦同有行使防禦權之必要，自應當賦予無辯護人之被告閱錄卷證之權利。故審判中進行協商，被告可依此條項請求付與卷內筆錄之影本，惟如偵查中無辯護人之被告與檢察官先進行協商時，似可類推此條項之規定，使被告得請求檢察官付與卷內筆錄之影本，被告於詳閱卷證之後始研判是否接受檢察官開出之條件，進而承諾於審判中認罪。

## 二、加重告知義務之履行

刑事程序中被告原本享有各種的法定訴訟權利，如接受法院依通常程序公開審判的權利（法院組織法第 86 條參照）、與證人對質詰問的權利（刑事訴訟法第 166 條、第 184 條參照），接受言詞審理及辯論之權利（刑事訴訟法第 221 條參照）等，因為改行協商程序，所以皆不得主張。另一方面，協商的結果將會拘束被告，之後就算其對判決不服，原則上限制將來的上訴機會（刑事訴訟法第 455 條之 10 參照）。因此，為了確保協商判決的「正當性」，由偵查及審判機關適度提供充足的資訊及可能的結果，讓被告在同意協商前對於協商的結果具有「預測可能性」，就顯得非常重要<sup>82</sup>。

協商程序中，國家機關所負的告知義務如僅為刑事訴訟法第 455 條之 3 第 1 項規定之內容，本文認為尚嫌不足，應該同時告以刑事訴訟法第 95 條規定之事項，尤其應告以得選任辯護人，尤其是當案件並非屬強制辯護之案件時，法院往往為了節省被告選任辯護人的時間，可能對於被告未選任辯護人睜一隻眼閉一隻眼，況且這也符合刑事訴訟法第 455 條之 5 之規定，但這已嚴重侵害到被告之辯護依賴權。本文認為，國家機關告知之內容應結合刑事訴訟法第 455 條之 5 和第 95 條，只要是協商程序，檢察官及法院就有義務告知被告其擁有選任辯護人的權利，此義務本文稱之為「協商程序之加強告知義務」，換言之，要讓被告得知其於協商程序得隨時選任辯護人，接受法律專業之協助。

## 三、協商過程應全程錄影、錄音與製作協商記錄

由於協商程序能夠快速解決積案問題，故應慎防檢察官為儘速取得協議，忽視其當事人真正的利益，使被告成為刑事訴訟體系下之賄賂性操作之犧牲品，淪為那些懂得玩弄權力遊戲之人所操縱的工具。如協商程序被

<sup>82</sup> 楊雲驊，註 14 文，頁 83-90。

廣泛運用，容易造成檢方與辯方律師間不正常的關係<sup>83</sup>，再加上協商過程的秘密進行，可能會犧牲被告權益。

如本文所介紹的實務見解，可以得知被告不服協商判決的理由，多半是抗辯其所為的協商合意並非出於其自由意志。但檢察官欲證明被告並無受到任何外力的脅迫，而是完全出於自己的意願認罪並且與檢察官就協商的事項達成合意，卻因為未遺留任何記錄協商的過程的證據，導致舉證上的困難，換言之，檢察官舉證困難似乎對被告有利，但事實上並非如此，因為具有審判權的上訴審法院通常只調閱原審筆錄，就輕易地認定被告是出於其自由意志，但如果發生臺灣高等法院 97 年度抗字第 575 號刑事裁定的案例事實<sup>84</sup>，即筆錄的記載與實際狀況根本不同的情形，造成上級法院以不實的筆錄阻斷被告救濟途徑，這如何能讓人民相信司法。

故為了防範此一情況發生，本文以為協商過程不管是公開或私下進行都應全程錄音，如經費允許還須錄影<sup>85</sup>。一方面確保被告認罪自白之自由意志，另一方面在被告事後對於認罪自白之任意性有所爭執而需由檢察官負舉證責任時，透過勘驗協商紀錄可減輕檢察官舉證方面的負擔，被告也較能對協商判決信服。因此，在目前尚未有明文規範前，學者認為似乎可先類推適用刑事訴訟法 100 條之 1 關於訊問被告之相關規定<sup>86</sup>。

## 四、法官審查範圍之擴大

### （一）現行規定審查範圍過窄

依刑事訴訟法第 455 條之 3 及第 455 條之 4 的規定，協商程序法官的職責有兩個，第一是踐行權利告知程序，訊問被告並告知其所認罪名、法定刑及所喪失的權利。第二是審查協商合意有無刑事訴訟法第 455 條之 4 不得為協商判決的情形<sup>87</sup>，但實際在進行協商程序時，法官可能為了盡速清理積案，大都只履行這兩個法定義務後，認為沒有刑事訴訟法第 455 條之 4 所列各款不得協商的情形後，直接為協商判決，如此作法雖不違反法律，但對被告而言，仍然有保護的漏洞存在。

<sup>83</sup> 如檢察官與辯護律師私下交好，律師可能會儘量配合檢察官之要求，以換取下個協商案件進行之順利。

<sup>84</sup> 本案中被告提出抗告爭執其並未就協商科刑範圍同意，法官逕行認定其接受協商刑度，雙方就有無達成協商合意認定不一。

<sup>85</sup> 刑事訴訟法第 41 條之 1 規定：「審判期日應全程錄音；必要時，並得全程錄影。」，但協商過程係於審判外進行，不適用本條之規範，故應該另行尋求依據。

<sup>86</sup> 陳運財，註 15 文，頁 244。

<sup>87</sup> 張麗卿，註 7 書，頁 644。

而本法之所以規定法官不得參與協商，原因之一就是希望法官能夠立於純粹中立第三人的地位，監督整個協商程序。但是本文認為法官應該不只是維持程序的合法性，還要控制協商內容的妥當性，雖然協商之過程中法官缺席，但是其守門員的角色，仍然在協商程序中佔有舉足輕重的地位，雖然本文一再強調辯護人的重要性，但是畢竟辯護人手無寸鐵，面對擁有強制處分權的對造，還須法官的監督及制衡，才不至有不公平的情事發生。

## （二）法官應有廣泛的審查權

本文認為法官應該詳細地審查檢察官與辯護人在協商程序所為的各種行為，例如：檢察官是否故意捏造事實及證據強逼被告認罪，或者拒絕提供有關資料，濫用權利等情事。而辯護人雖與被告處於同一陣線，但是其也可能因為一己之私，想要將案件快速解決，再加上大部分的被告都缺乏法律常識，不知道何種辯護策略對他們是最有利，有可能被不肖的辯護人牽者鼻子走，明明無罪，卻被辯護人誤導進而認罪，還有若被告不聽從辯護人的建議與檢察官達成合意，而案件改依通常程序審理時，如被告未更換辯護人，則原辯護人是否會盡力替被告辯護就值得懷疑，所以法官也須要對律師的辯護行為加以監督，避免產生不公不義的情事。

故依照本文的看法，法官並非只能對於協商合意表示接受或不接受而已，其還擁有一定的審查權限，其須審查的事項包括：（1）檢方行為之正當性、避免檢方不正當的行為。（2）辯護人是否能有效維護被告權益，並且因而使被告在認罪協商過程中得到公平的待遇。（3）法官本身擁有的自主判決權限是否遭到剝奪。故本文建議可以透過修法的方式，於刑事訴訟法第 455 條之 4 第 1 項增定概括條款，賦予法官廣泛的審查權，只要法官覺得協商合意存在違反公平正義的情事時，就可以拒絕為協商判決。如此，協商程序即存有兩道保護被告的安全閘，第一道是辯護人的法律協助，第二道則是法官的專業監督。

## 五、辯護人協商技巧之強化

協商程序能否發揮有效疏減案源的效果，主要是取決於被告是否心甘情願地接受協商判決，如果被告接受判決，就不再尋求救濟，案件就此終結，達到明案速判的終極目標。故使被告不爭執判決結果的前提是被告願意接受協商的條件，如何協調出一個讓被告接受且令其滿意的結果，其中一個重要的關鍵是取決於辯護人的談判能力，假如辯護人具有豐富的協商



經驗以及靈活的溝通技巧，在協商過程中取得優勢的地位和充足的籌碼，讓檢察官在刑度上作出最大的讓步，使被告獲得更優惠的刑罰，則被告就不至於對判決提起上訴，浪費不必要的時間、費用。

但辯護人的對手是國家訓練出來，代表國家追訴犯罪的檢察官，其並非省油的燈，再加上檢察官或多或少握有被告犯罪的事證，亦不會輕易地讓步，就算肯作讓步，也是有限度的讓步，其並不會讓被告和辯護人通盤了解整個證據情勢，畢竟追訴犯罪為其職責之所在。而所謂知己知彼，百戰百勝，辯護人要如何替被告爭取最大的刑罰折扣，就要視辯護人能否在與檢察官的交涉互動的過程中，運用談判技巧，讓檢方作出最大的讓步，為被告謀求最大的福利。

### （一）辯護人與檢察官的協商過程

辯護人在協商程序的主要任務是想辦法減輕或免除被告可能遭受的刑罰，但檢察官為了公益、社會正義也不可能讓辯護人予取予求，所以檢察官與辯護人在聲請協商判決前，會進行一連串的協商，最後才達成合意。而這整個過程中，辯護人是依照以下的三個步驟逐漸與檢察官達成合意<sup>88</sup>。

#### 1. 辯護人先行審查檢察官所提出的協商條件

在與檢察官進行協商之前，辯護人必須了解整個案情，包括實際的犯罪事實及可能違反的罪名，及想辦法得知檢方所掌握的證據，與被告是否有其他的前科紀錄。於整個協商過程中，檢方所握有被告犯罪的證據數量可能不一，辯護人即須隨時掌握檢察官掌握對被告有利及不利證據的多寡，評估檢察官所提出的協商條件，為被告爭取合理的認罪條件<sup>89</sup>。

縱然檢察官在協商開始時就已經提出不錯的協商條件，依照美國的實務經驗，辯護人並不會馬上就接受協商條件，他們還會繼續與檢察官談判，希望在往後的程序中能夠替被告爭取到更好的條件，所以當辯護人推測認罪條件變壞的可能性不大時，通常會建議被告繼續與檢察官進行認罪協商<sup>90</sup>。

<sup>88</sup> Douglas W. Maynard, *Inside Plea Bargaining: The Language of Negotiation*, at 176. 轉引至陳業鑫，認罪協商制度之研究，政治大學法律學研究所碩士論文，1997年6月，頁108。

<sup>89</sup> 同前註，頁110。

<sup>90</sup> 同前註，頁113。

## 2.接著就認罪條件與檢察官進行初步協商

辯護人在評估檢方所提出的認罪條件，及了解檢察官掌握多少被告犯罪的證據後，辯護人會運用其過去與檢察官協商的經驗，猜測檢方提出認罪條件的底線，此階段須依賴辯護人的協商技巧，為被告爭取最大的刑度折扣，辯護人在此時會盡量與檢察官進行談判，如果能夠得到檢方初步的回應，接著辯護人就會與被告討論，視被告能夠接受檢察官提出的協商條件，但若被告不同意認罪條件，通常辯護人並不會放棄，其仍會就認罪條件與檢察官協商<sup>91</sup>。

## 3.最後辯護人與被告商議並決定協商條件

辯護人在與檢方協商認罪條件後，接著就是與被告討論是否接受檢察官的條件或者與檢察官繼續討價還價，辯護人應該依照其法律專業知識，替被告評估何種協商條件對其現處的環境最為有利，並且告知被告案件最後可能的結果。惟被告為程序主體，判決結果規屬於被告，故是否協商及接受協商條件最後的決定權仍在於被告，辯護人僅是為被告爭取較佳的條件，其意思不能取代被告本身的意思<sup>92</sup>。

一般而言，被告與辯護人商議的結果有五種情形，第一是被告與辯護人都同意檢察官提出來的協商條件，接受檢方的條件，這種情形兩造對於處罰範圍並不爭執，被告同意辯護人的建議，此種模式案件會迅速終結。第二則是辯護人建議繼續進行訴訟程序，但被告則希望進行認罪協商，因為被告害怕如果接受審判的話會被加重刑責，有些被告則是希望早一點坐牢就能早一點服完刑期，總之因為迅速終結案件能夠帶來很多好處，所以被告往往會不接受辯護人的建議，就算證據顯示對被告不利，其仍舊會願意與檢察官進行談判<sup>93</sup>。

第三種情形與第二種剛好相反，辯護人建議進行認罪協商，被告則希望接受審判，有些堅持自己無罪的被告從辯護人處得知有獲得無罪判決的時候，會積極要求讓案件進入審判程序，除非最後檢察官妥協提出被告可以接受的條件或者是被告意識到經由審判程序可能會被處以重刑外，只要被告認為其有獲得無罪判決的機會時，縱使辯護人建議進行認罪協商，被告仍然希望案件進入審判程序<sup>94</sup>。

---

<sup>91</sup> 同前註，頁 115。

<sup>92</sup> 同前註，頁 115。

<sup>93</sup> 同前註，頁 117。

<sup>94</sup> 同前註，頁 120。

最後一種情形為被告及辯護人皆同意繼續進行訴訟程序，雙方無法達成協商合意，造成這種狀況通常是辯護人及被告認為檢察官未提出合理的認罪條件，或是檢察官拒絕進行協商，辯護人認為證據情勢對於被告並不有利，所以就算被告接受審判也不會造成太大的損失，不過縱使最後仍未依協商程序終結案件，在協商過程中辯護人還是會努力地與檢察官談判尋求較佳的認罪條件，只是雙方無法達成協商合意<sup>95</sup>。

由上述介紹協商的過程可以得知辯護人在整個協商中，扮演著穿針引線的重要角色，辯護人如果能夠替被告爭取到有利的認罪條件，則案件將迅速地終結，而辯護人是否得順利為被告求得有利的認罪條件將取決於其協商經驗及談判技巧，如果辯護人擁有豐富的協商經驗，知悉何種案件最後協商判決的刑度範圍及檢察官通常的底線為何，如此將容易與檢察官達成合意，避免浪費過多的協商時間。

如前所述，辯護權的保障須為實質有效的法律協助，而協商過程中如何提供被告實質有效的辯護協助，關鍵在於辯護人的談判技巧，因為如果辯護人能夠說服檢察官，讓檢察官接受辯護人提出的刑度範圍，藉由談判，不但能使被告確保其權利遭到不當侵害，亦可使其信服協商判決，被告也才能衣帶漸寬終不悔，進而達到修復式正義之理念。

## （二）落實辯護技巧強化之方式

而如何加強辯護人的談判及辯護技巧，本文認為可以藉由全國各地的律師公會定期開設相關課程，類似於企業管理中的商務談判學，因為協商過程中檢察官與辯護人就協商條件的交涉，即類似商場上買賣討價還價、你來我往的過程，雙方皆是為了謀取己方最大的利益。

況且大學、研究所的課程大都著重於法學知識的講授，加上國家考試也未此範圍出題，故真正要學習到談判技巧相關的知識，就必須等到於實務工作後，才有機會學習，但是談判溝通能力往往須要長久經驗的累積，而一個新手律師卻也可能馬上要與檢察官進行討價還價，此時即有可能因辯護人的談判技巧不如檢察官，導致被告失去獲得更有利的刑罰的機會。故律師如能夠透過相關的在職進修，快速地加強本身的談判溝通技巧，於協商程序中才能為被告爭取到更優惠的刑度。

---

<sup>95</sup> 同前註，頁 129。

## 第四節 小結

我國刑事訴訟法制發展至今已將近百年，其中歷經多次的修法，雖然學者之間對於我國刑事訴訟法到底應該定位為職權原則亦或是當事人原則仍存有爭議，但不論是職權原則還是當事人原則，保障刑事被告的程序權及避免被告受到不平等的對待應該是兩大法系共同追求的目標，故理應拋開此爭議，重點在於制度本身是否已充分保障被告所應享有的權利，其實兩種不同法系下的制度，並沒有孰優孰劣的必然性，不論是引進大陸法系或者是英美法系的制度，只要在不過分犧牲被告的權利的前提下，達到制度所欲追求的目的，且在國內無水土不服的情況，則該制度就可以歸類為良法之一環，畢竟法律制度是人為的產物，並無科學邏輯上的必然，沒有任何一套制度是永遠最好的，制度的缺失須要實際運作後，視其與社會磨合的情形，透過時間經驗的累積才能顯現其不足之處。

## 第五章 協商實務中強制辯護制度 之現況

協商新法通過至今，將邁入第6個年頭，由於認罪協商制度為英美當事人進行主義下的產物，能否相容於以歐陸法系職權主義為主的我國刑事訴訟制度，即值得研究。而實務上運作的情形又是如何，會不會產生水土不服，會不會為了追求迅速結案而犧牲被告的辯護權。本文蒐集了新法施行以來部分具有代表性的關於協商程序被告辯護權的各級法院判決，藉此了解被告於協商程序是否受到充足的保障。接著就協商新法於實務上運作的情形加以分析。

### 第一節 違反協商程序強制辯護形式要件 之判決

協商程序強制辯護的適用範圍多廣，須要具備何種要件，法院未替被告指定辯護人就代表不是進行協商程序嗎？被告願受科之刑，系指宣告刑而已，亦或者包括執行刑在內，本文選出幾個較有爭議的實務見解，加以檢討。

#### 第一項 應以科刑範圍決定是否屬於強制辯護之案件

本案（臺灣高等法院臺中分院 97 年度上訴字第 1520 號刑事判決）認為第一審法院的法官積極介入協商程序，違反法官不得參與協商的規範，整個協商程序有違法之虞，其上訴意旨認為：「……本案於原審審理時，被告聲請認罪協商，經由蒞庭之檢察官到庭，並經獨任之受命法官同意，進入審判協商程序，依法受命法官應予迴避（即暫時退庭），令被告與檢察官協商論罪科刑之合意，然受命法官非但未迴避，並當庭干預被告與檢察官達成合意，終因檢察官提出定應執行刑 2 年 10 月之刑度，不為被告所接受，而未能達成協商，由受命法官自行裁判，被告認此違反法定程序云云。」

但是上訴審法院卻認為，其調查原審筆錄，原審根本未開啓協商程序，所為的程序不是協商程序，所以並沒有所謂法官不得介入的問題，其理由書指出：「本件依原審審判筆錄之記載：「……被告稱：請求認罪協商。檢察官稱：請求判處被告應執行 2 年 10 個月。被告稱：不同意檢察官求刑。檢察官稱：無法達成協商。被告稱：不進行認罪協商，並無承審法官同意進行協商程序之記載。且協商之案件，被告表示所願受科之刑逾有期徒刑 6 月，且未受緩刑宣告，其未選任辯護人者，法院應指定公設辯護人或律師為辯護人，協助進行協商，刑事訴訟法第 455 條之 5 第 1 項亦定有明文。又法官若同意改依協商程序而為判決，會告知下列事項：一、如適用協商程序判決，被告喪失受法院依通常程序公開審判之權利、保持緘默之權利、與證人對質或詰問證人之權利。二、協商判決除有刑事訴訟法第 455 條之 4 第 1 項及違反同條第 2 項之規定者外，不得上訴。查，本件被告係屬累犯，當無可能宣告緩刑，且其中施用第一級毒品之犯行依累犯規定加重其刑後，刑度必然會逾有期徒刑 6 月，若要進行犯罪協商，承審法官當會依法指定公設辯護人或律師為辯護人，協助被告進行協商。然依上訴意旨所載，本件並無辯護人參與協商，審判筆錄亦無此記載，且審判筆錄復無上開告知事項之記載，益見本件並未經承審法官同意進行協商程序，自無所謂承辦法官干擾協商程序進行之問題。被告上訴意旨所指之情，充其量僅係承審法官於同意進行協商程序前之事而已，被告認原審法官違反協商法定程序云云，並非可採，其上訴為無理由，應予駁回。」

本案主要的爭執點在於到底有無開啓協商程序，而上訴審判斷的依據竟然是以法院是否替被告指定辯護人為標準，其認為本案被告表示所願受科之刑逾有期徒刑 6 月，且未受緩刑宣告，其未選任辯護人者，法院應指定公設辯護人或律師為辯護人，但承審法官未替被告指定公設辯護人或律師為其辯護，故原審根本未開啓協商程序，故被告認為原審法官違反協商法定程序的理由並不成立。

本文認為上訴審的見解大有可議之處，其完全顛倒順序，導果為因，如果依照整個協商程序的流程，正確的流程應該是先認定是否符合協商程序的要件，所進行的程序如屬協商程序，則再進一步認定被告所願受科之刑是否逾有期徒刑 6 個月，決定是否替未選任辯護人的被告提供法律協助，而非以法院未替所願受科之刑逾有期徒刑 6 個月的被告指定辯護人，就認為所進行的並非協商程序，換言之，此並非開啓協商程序的要件。否則，往後只要法院未提供法律協助，就認為其進行的並非協商程序，藉此掩飾其違法之處。這種導果為因的見解不但對被告甚不公平，可說是將被告的辯護權剝奪殆盡。

且從權力分立的角度觀之，亦完全違背立法意旨<sup>1</sup>，司法者不當區解立法者的本意，增加法律所未規定的要件，此舉就如同對立法者的善意強暴<sup>2</sup>。逾越了司法者應遵守的界限。

另一則判決（臺灣高等法院 93 年度上訴字第 3410 號刑事判決）亦是以法院是否替被告指定辯護人，作為認定是否為協商程序的要件之一，其理由書中指出：「查檢察官請求量處被告有期徒刑 9 月，被告雖當庭接受並認罪在卷，然查被告當時並未選任辯護人，而原審並未依同法第 455 條之 5 規定指定公設辯護人或律師為辯護人，協助進行協商；再查被告嗣於原審審理時請求量處得易科罰金之刑罰（即有期徒刑 6 月以下），並指摘檢察官求刑過重云云（原審卷第 212 頁、第 213 頁）。另查原審亦未依照同法第 455 條之 4 第 2 項之規定：不經言詞辯論，於協商合意範圍內為判決。綜上，因原審所為之判決並非同法第 455 條之 10 所規定之『認罪協商判決』。」不妥之處已如上述。

## 第二項 執行刑合併超過 6 個月即屬強制辯護之案件

本案（桃園地方法院 95 年度交訴字第 13 號刑事判決）涉及數罪併罰的協商案件各宣告刑未逾有期徒刑 6 個月，但合併定執行刑則超過 6 個月，此時是否為仍為強制辯護之案件。本號桃園地院的判決認為：「……被告所犯二罪，其犯意各別，行為互殊，所犯為不同罪名，為數罪併罰案件，檢察官係就二罪分別與被告協商，所協商二罪之罪刑分別為有期徒刑 3 月、6 月。雖所定執行刑超過 6 月，惟自二罪宣告刑分別觀之，均未超過 6 月有期徒刑，是本件雖未指定公設辯護人，惟尚無違反刑事訴訟法第 455 條之 5 第 1 項之規定。」其認為第 455 條之 5 的「……被告表示所願受科之刑……」係指宣告刑而言，且各罪的宣告刑必須分別觀察是否超過有期徒刑 6 個月，如各罪的宣告刑都未超過 6 個月，即非強制辯護的案件，縱使最後依刑法第 51 條定執行刑的結果逾越 6 個月，亦非屬強制辯護的案件，法院並無義務為被告指定辯護人<sup>3</sup>。

本文對此種見解深不表贊同，雖然各罪的宣告刑皆未超過 6 個月，但是最後的合併定執行刑卻超過 6 個月，如依舊刑法 41 條第 8 項規定不得易科罰金<sup>4</sup>，被告還是須服自由刑，對被告的侵害仍屬重大，且就刑事訴訟法

<sup>1</sup> 本文認為法條意旨應該是，先行開啟協商程序後，再判斷是否屬於強制辯護的案件，並不是以有無強制辯護來判斷進行的程序是否為協商程序。

<sup>2</sup> 參閱大法官釋字 576 號解釋的許宗力大法官協同意見書。

<sup>3</sup> 蔡清遊大法官亦同此見解，參閱，蔡清遊，刑事訴訟協商程序實務探討(下)，司法周刊第 1195 期，2004 年 7 月，第 2 版。

<sup>4</sup> 刑法第 41 條已遭釋字 662 號解釋宣告違憲。立法者已於 2009 年 12 月將第 41 條修正為只要合

第 455 條之 5 的法條文字「……被告表示所願受科之刑……」觀察，並非只能解釋為宣告刑，也可包括執行刑在內。學者指出，該條項既規定「協商之案件」，而非規定「協商之罪」，自係指該案件被告所犯全部之罪名而言，準此，所謂「被告表示所願受科之刑逾有期徒刑 6 月」，當包括數罪併罰所定應執行刑逾有期徒刑 6 月之情形在內，亦即，在此情形下，仍應指定辯護人協助進行協商<sup>5</sup>。

在舊刑法第 41 條的運作下，同樣最後都不得易科罰金，兩者的差別僅在於一個在宣告刑就超過 6 個月，另一個是定執行刑超過 6 個月，然本號判決並未指出兩者的不同，即拒絕提供後者法律專業的協助，且未明確說明其區分標準何在，恣意地剝奪後者被告的辯護權，實已構成不合理的差別待遇，違反憲法第 7 條保障的平等原則，本文認為，只要執行刑超過 6 個月，就屬強制辯護的案件，不問宣告刑是否超過有期徒刑 6 個月，如此方不至使被告辯護權的保障造成漏洞。

## 第二節 違反協商程序強制辯護實質要件 之判決

### 第一項 辯護人未盡實質有效之辯護

筆者瀏覽眾多經由協商程序所作成的判決，多數法院仍能遵守刑事訴訟法第 455 條之 5 的規範，且有些法院會在判決理由書中記明，其已為被告指定辯護人。當被告不服判決提起上訴，主張其未與檢察官達成協商合意或者協商判決認事用法有所不當，上訴審通常會以「原審法院乃依同法第 455 條之 5 第 1 項規定，指定該院公設辯護人為其之辯護人以協助進行協商」及「法官已履行第 455 條之 3 的權利告知程序」為理由駁回上訴，被告所為的抗辯皆為任意指摘原判決違法，並不足採。

由此可知，多數實務見解認為法院遵守第 455 條之 5 及第 455 條之 3 即能確保被告的協商合意係出於自由的意志，且協商判決，嚴格限制提起上訴，除有刑事訴訟法第 455 條之 4 第 1 項第 1 款、第 2 款、第 4 款、第 6 款、第 7 款所定情形之一，或違反同條第 2 項之情形者外，不得上訴。故只要原審有指定辯護人協助被告，上訴大都遭到駁回，案件很快就確

---

併執行刑超過 6 個月，即得易科罰金與易服勞役。

<sup>5</sup> 黃朝義，刑事訴訟法，新學林，2009 年 9 月，頁 598。



定。例如：96 年台上字 5569 號判決、臺中高分院 96 年上訴字 1575 號判決、96 台上字 4659 號判決、96 台上字 4659 號判決、臺中高分院 97 上訴字 826 號判決、臺中高分院 98 年上訴字 550 號判決、臺中高分院上易字 1221 號判決。

但本文認為形式上賦予法律協助，並不足夠，應充實辯護權之內涵，避免辯護權流於「形式化」、「空洞化」。釋字第 654 號解釋理由書中指出：「憲法第 16 條規定人民有訴訟權，旨在確保人民有受公平審判之權利，依正當法律程序之要求，刑事被告應享有充分之防禦權，包括選任信賴之辯護人，俾受公平審判之保障。而同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……」。

由此可知，僅形式上提供被告法律協助仍不足夠，辯護人還須盡到實質有效的辯護，才符合憲法的要求，而何謂實質有效，學者有提出幾個判斷標準，有效協助其內容至少應包括下列幾項：「1. 律師對系爭案件充分的調查與準備。2. 律師主動積極參與訴訟程序。3. 律師盡責與被告討論案情。4. 律師對被告為忠誠的代理<sup>6</sup>。」不符合實質有效的辯護與未經辯護相同，所作成的判決皆屬違法。

上述的判決，法院都依刑事訴訟法第 455 條之 5 規定，指定辯護人協助被告，且雙方就協商事項已達成合意，為什麼被告仍會不服協商判決而提起上訴，是不是律師未盡實質有效的辯護義務，本文參閱判決書中記載的被告上訴意旨，藉以探討被告是否受到實質有效的協助。

於臺中高分院 94 年度上易字第 1221 號刑事判決中，被告的上訴意旨謂：「伊竊取本件車牌時，係使用十字型鑰匙，而非使用螺絲起子，雖經被告多次辯解，原審法官仍認定伊係使用螺絲起子竊取本件車牌，且未當庭告知伊使用十字型鑰匙與螺絲起子在竊盜車牌時，量刑用法上有什么不同，因此伊才在此不平與無奈的情緒中，又怕再強加辯解，若引起法官反感，恐加重其刑的情況下，違背自己的意志達成協商合意。」

但上訴審認為被告在原審已就使用螺絲起子竊盜的犯罪事實認罪，所以不採納被告的抗辯。本文認為犯罪工具是十字型鑰匙或是螺絲起子，於認定罪名及量刑上有很大的差異<sup>7</sup>，被告如果真的不是使用螺絲起子竊盜，在與檢察官協商時，辯護人就應極力阻止被告認罪，避免其得到與其罪責不符的刑罰，而有違罪責原則，但是本案被告認為他會就使用螺絲起子竊盜的事實認罪，是出於不平與無奈的情緒，又害怕再強加辯解，若引起法

<sup>6</sup> 林志潔，是公平的保障還是一襲國王的新衣？—論對抗制下律師失職行為與被告律師權的保障，月旦法學雜誌第 137 期，2006 年 10 月，頁 62。

<sup>7</sup> 一般而言，客觀上螺絲起子比鑰匙更具危險性，而得認為是兇器，故得論以加重竊盜罪，參閱 70 台上字 5253 號判例、74 年第 3 次刑庭決議。

官反感，恐加重其刑。換言之，是在不得已的情形下才認罪的，本文推測辯護人應該未盡責與被告討論案情，告知其不必就使用螺絲起子的犯罪事實認罪，由此可知辯護人似乎並未盡到實質辯護之責。

另一則判決（臺中高分院 98 年度上訴字 550 號）中，被告提出的上訴意旨認為：「上訴人身罹愛滋病症，加上已年近一甲子那判處之刑期，似乎已超逾上訴人之生命的長度，綜合上情，緩請考量上訴人犯罪之目的及犯罪後之態度，又犯罪日期相近，給予量處適當之刑期並以「集合」犯定應執行之刑。」被告既然有此苦衷，辯護人應於協商過程中，提出此理由以換取較輕的刑罰，但辯護人未替被告為此等聲明，本文認為辯護人似已違反「律師對被告為忠誠的代理」，故應可判定辯護人未盡到實質有效的協助，導致被告提起的上訴慘遭駁回。

而最高法院 96 年台上字 5569、96 年台上字 4659、96 年台上字 3777 號三則判決，皆是被告（上訴人）於第三審時才針對單純的事實為爭辯，執以主張其多次的犯罪行為應成立裁判上一罪，但第三審為法律審不作事實的調查，故最後皆遭到最高法院判決駁回。本文認為辯護人具有法律專業知識，其應該協助被告於事實審中提出事實的抗辯，而非等到法律審才主張，如此會使得被告無法獲得充分的救濟。這三個案例中辯護人並未主動積極參與訴訟程序，未履行實質有效的辯護協助，原審的協商判決根本就不符合正當法律程序之要求。

另一則案例（桃園地方法院刑事裁定 96 年度審交訴字第 30 號、臺灣高等法院 97 年度抗字第 575 號刑事裁定）上訴人即被告在上訴意旨中主張：「被告就賠償問題不堪檢察官再三催促，而答以「如再要被告拿出錢來，實在做不到，假如因此必需被關，那就關」，而非對願受科刑範圍表示意見；又被告教育程度不高，法院之筆錄，超出被告理解。本院公設辯護人未與被告進行對話或溝通，未實質協助被告進行協商云云。」

但桃園地院並未採納上訴意旨，其認為「被告既先同意與檢察官於審判外進行協商，且雙方協商後合意上開刑度，復經本院向被告確定其達成協商合意係出於自由意志，嗣被告以前開上訴意旨，任意泛指其對刑度並無表示同意，所稱顯係被告事後反悔強辯之詞，核非可採。而且被告與檢察官於審判外之協商過程，有本院公設辯護人協助被告，並基於被告之利益，聆聽被告與檢察官於審判外之協商，因認協商過程並無不法，又認其合意刑度尚無不當或顯失公平，故尊重被告與檢察官之合意，然上訴意旨以其未與被告溝通為由，空言指摘其未依法協助被告進行協商，實不足採。」

本文認為被告在上訴意旨中抗辯其協商過程中僅回答「如再要被告拿出錢來，實在做不到，假如因此必需被關，那就關」，但這個並不代表被

告已經就刑度與檢察官達成合意，但上訴審並未採納被告的抗辯，認為這是被告事後反悔強辯之詞。

到底本案當事人究竟有無就科刑範圍達成合意，雙方各執一詞，筆者查閱原審的裁判書僅記載「本件經檢察官與被告於審判外達成協商之合意且被告均認罪，其合意內容為：被告願受科刑範圍為有期徒刑 6 月，減為有期徒刑 3 月，如易科罰金以新臺幣 900 元折算 1 日。經查，上開協商合意並無刑事訴訟法第 455 條之 4 第 1 項所列情形之一，檢察官聲請改依協商程序而為判決，本院爰不經言詞辯論，於協商合意範圍內為協商判決，合予敘明。」

本判決如此記載並無法明確得知到底被告究竟有無與檢察官達成合意及被告是否受到實質有效的協助，為協商判決的法院之所以如此草率的記載，可能的原因是現行制度並未明確要求法院應該詳細記載整個協商的過程，因依現行法院辦理協商程序應行注意事項第 3 點的規定，僅須記載其聲請協商判決之旨及協商合意結果的內容即可，毋須記錄整個協商過程。

而檢察機關辦理協商程序應行注意事項第 141 點第 1 項規定：「檢察官與被告進行協商前，就協商之時間、地點填寫協商進行單。於協商時，倘檢察官親自為之，應有檢察事務官或書記官在場協助，如檢察官命檢察事務官為之者，應有書記官在場，並均應將協商結果作成書面紀錄，由參與協商之人簽名。」由此要點觀之，僅須將協商結果作成書面紀錄，不用逐字將「審判外」的協商過程記錄，而第 2 項又規定前項協商之過程，於必要時得以錄音方式留存紀錄。而什麼情況屬於必要時又是不確定法律概念，檢察官擁有很大的裁量權，如果檢察官一心只想要快速將案件終結，勢必將嚴格限縮「必要時」的認定標準，則當時的協商過程將無法完整的保留。換言之，協商過程中，被告是否真的出於其意願自白認罪及就科刑範圍與檢察官達成合意，因為沒有留下證據證明，就容易造成本案中雙方當事人對於是否達成合意及被告是否受辯護人實質有效的協助產生各說各話的現象，導致被告不信服協商判決，進而提起上訴，讓案件無法迅速終結，協商程序的立法目的無法達成，浪費司法資源。

故本文認為應該在刑事訴訟法明文規定，或者在檢察機關辦理協商程序應行注意事項中增訂，應全程記錄協商過程，縱使其為審判外進行協商亦同。畢竟協商結果會實質拘束法院及被告，對被告權益產生重大的影響，故也應比照審判程序，由檢察機關全程錄音、錄影，如往後雙方就上述事項產生爭執，則上訴審法院即可勘驗協商當時的影音證據，使被告信服，不再爭執。如此方能達到疏減案源的目標。

本案例的上訴審裁定（臺灣高等法院 97 年度抗字第 575 號刑事裁定）裁定撤銷原審判決（桃園地方法院刑事裁定 96 年度審交訴字第 30 號）可以說是，協商新法實行以來，因為法院未指定公設辯護人協助被告，造成法官與檢察官聯手欺壓被告的經典案例。

本案被告於原審時，並非出於自由意志與檢察官達成協商合意，但原審仍逕行作成協商判決，經被告提起上訴，而原審法院進行上訴要件審查時，竟然未詳盡調查，也是直接認定協商判決合法，駁回被告的上訴，被告進而就此裁定提出抗告，其抗告意旨謂「抗告人係以否認協商之存在而上訴，原審未予審酌果否有所謂成立協商，竟仍依協商成立之判決之上訴要件，審酌抗告人對該判決之上訴要件，該裁定顯係本於抗告人猶有爭執之事項（有否成立協商？內容如何？）為前提所為之不備理由之裁定。」換言之，被告認為原協商判決存在嚴重的瑕疵，但原審根本未盡其調查義務，完全藐視被告的主張。本文即節錄當初協商過程的內容<sup>8</sup>，探討原審法院違誤之處：

00:14:37.554：

檢察官：「甲○○，7 個月可以接受否，7 個月？」

審判長：「暫時到裡面 7 個月吧，我也沒辦法救你」

「請公辯一下」

00:15:23.578：

審判長：「可以嗎，甲○○，做個決定吧」

00:15:40.468：

檢察官：「因為你的...（模糊）到此為止，所以知道就不用再提前了，所以給你 6 個月內的意義也不大，對不對，給你易科罰金的意義也不大，因你不用賺錢還他，那就等他告你，那就 7 個月好了，下個月執行，大概 5 月底可以嗎」

審判長：「可以嗎，甲○○，要回答阿，可不可以要回答，你都不說話，不知你的意思」

00:16:39.380：

---

<sup>8</sup> 臺灣高等法院 97 年度抗字第 575 號刑事裁定理由欄。

審判長：「100萬元有收到喔，王添勇先生？」

王添勇：「有」

檢察官：「.....（模糊）什麼時候到期？」

王添勇：「最後1張是禮拜6到期...」

檢察官：「那應該已經到了...」

00:17:13.817：

審判長：「可以嗎？可以嗎？？其他公司去處理，反正你進去裡面」

檢察官：「你們公司大概也是這樣，你自己的行為自己負責，那我們今天就把他結了，那你再去跟你們公司談，也談不出什麼來，那他也不願意給你緩刑，我也沒辦法」

00:17:54.350：

檢察官：「要不要今天決定還是要延一個禮拜？」

審判長：「不行，今天決定，再過去我們辦案時間就過了，今天一定要決定」「剛有一個人犯因為你再提下去了」

00:18:13.439：

檢察官：「你考慮的結果？還是要在外面談？那我們先開後面的？」

00:18:20.335：

甲○○：「不必了，那就去關啦」

檢察官：「確定喔，今天付了就不能再改了喔」

審判長：「公辯來了沒有？...他會來喔？...好」

審判長：「那同意這樣子的話，原則上就確定了喔，除非有法定事由才能上訴，大概2、3個月後執行，你再準備一下，我們判決書會先到。」（錄音結束）

本號裁定指出：「光碟錄音內容雜訊多、模糊不清，部分內容無法辨識。惟至本次錄音結束，審判長並未詢問抗告人即被告達成協商合意是否出於自由意志，也並未有公設辯護人發言的聲音，無法確定該次庭期公設辯護人是否在場。依本院前開勘驗筆錄之內容以觀，一開始檢察官與被告協商科刑範圍為有期徒刑7月時，審判長稱「請公辯一下」，顯見被告開始與檢察官為協商程序時，公設辯護人並未在場協助；而於協商程序過程最後，抗告人稱：「不必了，那就去關啦」，審判長復稱：「公辯來了沒有？... 他會來喔？... 好」等語，顯見及至協商程序結束時，原審指定之公設辯護人尚未到庭協助抗告人甚明，否則審判長焉會詢問公辯來了沒有乎？另經本院傳喚原審公設辯護人陳瑞明到庭亦證稱，對於本件協商程序過程及協商內容係有期徒刑7月，完全沒有印象等語（參見本院97年7月2日訊問筆錄第3頁），暨依前開勘驗筆錄所載，至該次開庭錄音結束，並未出現公設辯護人發言的聲音，無法確定該次庭期公設辯護人是否在場等情，均足堪佐證。依此，則原審於上開協商程序過程中，所指定之公設辯護人並未實際到庭協助抗告人進行協商程序之事實應可認定，原審所為之協商程序自有違反刑事訴訟法第455條之5第1項之規定。」

根據上訴審法院調查的結果，整個協商的過程始終未見公設辯護人到庭協助被告，但在原審判決書（臺灣桃園地方法院96年度審交訴字第30號刑事判決）中卻出現「指定辯護人 本院公設辯護人 陳瑞明」的字樣，難道僅憑著審判長一句「請公辯一下」，就代表被告已受法律協助，下級審法院公然違法的情況，令人殊難想像。而原審法院在作合法性審查時，亦未盡實質審查之責，被告在上訴意旨中明確表示「公設辯護人未與被告進行對話或溝通，未實質協助被告進行協商。」

但原審法院仍置之不理，睜眼說瞎話，在裁定理由書中謂：「被告與檢察官於審判外之協商過程，有本院公設辯護人協助被告，並基於被告之利益，聆聽被告與檢察官於審判外之協商，因認協商過程並無不法，又認其合意刑度尚無不當或顯失公平，故尊重被告與檢察官之合意，然上訴意旨以其未與被告溝通為由，空言指摘其未依法協助被告進行協商，實不足採。」原審法院硬拗的說詞真的讓人感到匪夷所思。

接著本號上訴審裁定告訴我們未受辯護人協助的被告會有什麼下場，其理由書謂：「本件依前開本院勘驗筆錄所示，及至庭訊錄音結束時，審判長並未詢問抗告人即被告達成協商合意是否出於自由意志；另就本院前述勘驗筆錄之內容以觀，一開始檢察官與被告協商刑度為有期徒刑7月時，審判長亦加入協商程序之進行，而建議被告「暫時到裡面7個月吧，我也沒辦法救你」；其後檢察官及審判長一再多次要求被告表示是否可以接受有期徒刑7月，甚至在檢察官表示：「要不要今天決定還是要延一個禮拜？」時，審判長竟稱：「不行，今天決定，再過去我們辦案時間就過

了，今天一定要決定」「剛有一個人犯因為你再提下去了」等語，明顯在開庭時給予抗告人不當之壓力，嗣經檢察官再次詢問時，抗告人始稱：「不必了，那就去關啦」，之後審判長又稱：「那同意這樣子的話，原則上就確定了喔，除非有法定事由才能上訴，大概 2、3 個月後執行，你再準備一下，我們判決書會先到。」等語。

而依刑事訴訟法第 455 條之 2 第 1 項之規定，協商程序之過程應由被告（含辯護人）與檢察官為之，法院並無積極介入之餘地，本件原審審判長在協商過程中一再對被告表示意見，檢察官亦反覆要求被告同意有期徒刑七月之刑度，在無辯護人之協助下，致抗告人之自由意志明顯受到影響，依上開說明，抗告人對於協商之結果既非出於其完全之自由意志，自得對此協商判決提起上訴。

協商程序最令人擔憂的情形還是發生了，弱勢、無助的被告竟遭到強大的審判、訴追機關脅迫，當檢察官要給被告時間考慮，審判長竟然強逼被告一定要當庭就做決定，接受其所不願意接受的刑期，而且還強迫被告要回答認罪，這裡應該亦有違反刑事訴訟法第 98 條「訊問被告應出以懇切之態度，不得用強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問或其他不正之方法。」而且帶頭違法者就是立於中立第三人的法官。那麼贊成法官介入協商的論者，如果知道有這種情形，不知是否會改變見解<sup>9</sup>。觀察整份錄音譯文，雖然是進行協商程序，但是從法官、檢察官、被告的一問一答之中，根本看不到有所謂的「協商」，完全是由手操生殺大權、高高在上的審判長一手主導，檢察官在旁扮演幫腔的角色，而被告則是魚肉，任人宰割，最後以被告一句「不必了，那就去關啦」，結束整個荒腔走板的協商程序。

雖然這只是過失致死的輕微案件，但也影響被告受憲法所保障的人身自由權，為何審判機關會如此草率地認事用法，可見欠缺人權保障觀念的舊思維仍或多或少存在於現今的實務工作者中。本文認為如果本案被告確實受到實質有效的辯護，可能法官及檢察官也不敢如此明目張膽公然違法，由此可知，被告的辯護權應該是協商程序中首先須予以重點保障的權利，如果被告失去法律協助，協商程序就算有再多的制度性保障，也是發揮不了多大的作用，故應該不分刑度的輕重一律賦予被告辯護依賴權，才可以避免本案的情形發生。

<sup>9</sup> 肯定法官得介入協商的理由有四：1、可除去檢察官與被告協商過程中所掩飾之不確定性。2、促使檢察官公開其卷證，維護被告取得資訊的平等地位。3、擔保各種可能適用的刑罰條款，充分的受到討論。4、允許法官介入審查，可提供對檢察官的權力行使、警方的偵查作為及被告之辯護人的效率予以監督或檢視的機會。參閱，孫啟強，協商程序之研究，高雄大學法律學研究所碩士論文，2008 年 1 月，頁 68。

## 第二項 被告的協商合意為協商判決合法之前提要件

本案（臺灣高等法院 93 年度上訴字第 2996 號刑事判決）為原審判決違反刑事訴訟法第 455 條之 5 第 1 項之規定，而遭上訴審法院撤銷，發回原審依判決前之程序更為審判的典型案列，本上訴判決的見解值得贊同。本案被告因違反槍砲彈藥刀械管制條例，經檢察官與被告於審判外達成協商之合意且被告已認罪，其合意內容為：「被告願受科刑範圍為有期徒刑 1 年 3 月，併科罰金新台幣十五萬元。原審（臺灣桃園地方法院刑事判決 93 年度訴字第 612 號）依協商程序判決有期徒刑 1 年 3 月，併科罰金新台幣 5 萬元。」

被告依法提起上訴，上訴意旨指出：「原審量刑過重，意指伊未同意判處有期徒刑 1 年 3 月及罰金 15 萬元。後來經上訴審法院調查原審卷宗發現被告於原審訊問時已請求法院指定公設辯護人協助進行協商，但原審並未指定辯護人協助進行協商。又被告於同日更表示，不進行認罪協商，而且觀乎原審準備程序及審判筆錄所載，檢察官請求判處有期徒刑 1 年 8 月，併科罰金 15 萬元，被告雖承認全部犯罪事實，但僅請求從輕量刑，並未表示同意於有期徒刑 1 年 8 月及罰金 15 萬元之範圍內科刑。原審逕認被告已為協商之合意，而為協商之判決，自有未當。遂將原判決撤銷發回原審法院，依判決前之程序更為審判。」

本案原審法院明顯犯了協商程序兩大致命的錯誤，第一個錯誤是公然忽視被告實際上並未同意科刑範圍，卻逕行認為被告已為協商之合意，而為協商之判決。按合法協商程序的前提要件在於被告須出於自由意志與檢察官進行協商，經雙方達成合意，由被告表達其願受科刑的範圍後，再由法院在此範圍內為判決，整個協商程序自始自終都以被告自願與檢察官協商並願意接受科刑範圍為程序進行的前提，被告如非出於其本意，檢察官與法院不得強迫被告進行協商，否則將遭致違法甚至於違憲的指摘。

被告於原審審理時雖然有自白及請求從輕量刑，但也明白表示不進行認罪協商且未表示同意於有期徒刑 1 年 8 月及罰金 15 萬元之範圍內科刑，但是原審確充耳不聞，不當一回事，直接認為被告已為協商之合意，而為協商之判決，此種野蠻的舉動，本文認為與以強暴、脅迫等不正方法取得被告的自白並無二致，視法治國人權保障為無物，雖然本案是在協商程序施行後 5 個月所為的判決，或許尚處於適應期，操作新法尚未熟練，但這種違法情形，是直接違反刑事訴訟法第 455 條之 2 的法條文義，任何懂得中文語法的人，都知道本條規定是要被告願意接受科刑，法院才可為判



決，難道深具法學素養的法官會不知道嗎？這並不須要學說理論深入詮釋的法條規範，但法官卻明知而故犯，難怪會遭到上訴審廢棄。

第二個離譜錯誤，也就是嚴重忽視法律明文規定。刑事訴訟法第 455 條之 5 白紙黑字清楚規定被告表示所願受科之刑逾有期徒刑 6 月，且未受緩刑之宣告，其未選任辯護人者，法院應指定公設辯護人或律師為辯護人，協助進行協商。

而審判筆錄記載本案被告明明於原審訊問時就已請求法院指定公設辯護人協助進行協商，但原審確未指定辯護人協助進行協商，不知道是法官一時疏忽，還是沒有關心究竟新法規定了那些東西，反正被告已經認罪了，就依協商新法快速將案件終結大家都輕鬆，什麼辯護權的保障，那是學者寫文章在用的。還好上級審適時地糾正這種誇張的錯誤，直接宣示「如所科刑非在被告協商合意範圍內，或所科之刑逾有期徒刑 6 月，且未受緩刑宣告，而未指定辯護人協助進行協商者，均係違背法令」藉此殺雞警猴。

本文希望建構良好的司法審判不只是學者的任務，站在第一線的實務工作者更應該身體力行，尊重被告於刑事程序上的權利，這點值得我們提出來檢討一番，否則達到堅實的第一審將只會是口號而已。

### 第三項 違反強制辯護的協商判決屬於判決當然違背

#### 法令

此三號近期的最高法院非常上訴審的判決(最高法院 97 年度台非字第 129 號、98 年度台非字第 82 號、98 年度台非字第 83 號刑事判決)，清楚表示法院違反刑事訴訟法第 455 條之 5 所作的協商判決，屬於判決當然違背法令，得據此提起第三審上訴，亦得於確定判決後提起非常上訴。藉此期待下級審法院於行協商程序時能遵守本條項之規定，才不致遭到撤銷的命運。

本案被告係違反臺灣地區與大陸地區人民關係條例，經原審協商判決(臺灣新竹地方法院 96 年度訴字第 339 號刑事判決)處有期徒刑柒月，減為有期徒刑 3 月又 15 日，如易科罰金，以新臺幣 1000 元折算 1 日。協商過程被告未選任辯護人，法院亦未替被告指定公設辯護人。經被告提起上訴，上級審亦明白承認原審未替被告指定公設辯護人，不符合法律的規定，其謂：「協商之案件，被告表示所願受科之刑逾有期徒刑 6 月，且未受緩刑宣告，其未選任辯護人者，法院應指定公設辯護人或律師為辯護

人，協助進行協商，刑事訴訟法第 455 之 5 第 1 項定有明文。經查本件被告與檢察官協商願受科之刑為有期徒刑 7 月，且其未選任辯護人，而原審於審判庭時並未指定辯護人到庭協助被告進行協商，有原審審判筆錄在卷可查（見原審卷第 28 至 29 頁），則揆諸上開規定，原審進行協商判決之訴訟程序，於法亦有未合，上訴意旨指摘原審判決不當，尚非全然無見。」

但是最後上級審還是駁回被告的上訴，其認為：「本件協商判決並無刑事訴訟法第 455 條之 4 第 1 項第 1 款、第 2 款、第 4 款、第 6 款、第 7 款所定情形之一，或違反同條第 2 項之規定，對於該協商判決，自不得上訴，檢察官對於不得上訴之案件，而提本件上訴，其上訴即屬法律上不應准許，揆諸首開說明，自應駁回其上訴，並不經言詞辯論為之。」

上訴審認為協商判決依刑事訴訟法第 455 條之 10 原則不得上訴，只有在刑事訴訟法第 455 條之 4 第 1 項第 1 款、第 2 款、第 4 款、第 6 款、第 7 款所定情形之一，或違反同條第 2 項之情形，才可以例外提起上訴，而違反刑事訴訟法第 455 條之 5 並未列為上訴事由，故不得上訴，似乎是將刑事訴訟法第 455 條之 5 當成訓示規定，即便違反亦不會遭受任何不利的法律效果，此種見解將完全剝奪被告的辯護權，架空刑事訴訟法第 455 條之 5，使其成爲具文。

前述臺灣高等法院 97 年度抗字第 124 號刑事裁定、及臺灣高等法院 97 年度抗字第 575 號刑事裁定，皆以原審法院違反刑事訴訟法第 455 條之 5，將協商判決撤銷發回，但是本號判決（臺灣高等法院上訴字第 5244 號判決）卻認為就算法院未指定辯護人，仍不得據此提起上訴。可見高等法院不同刑庭之間對於違反本條項的法律效果，見解甚爲歧異。

而本案判決確定後，檢察總長以「本件被告與檢察官協商願受科之刑為有期徒刑七月，且其未選任新辯護人，而原審於審判庭時並未指定新辯護人到庭協助被告進行協商，其進行協商判決之訴訟程序，亦有違誤。」提起非常上訴。

而 97 台非第 129 號判決將原判決撤銷，由原審依判決前的程序更爲審判。其理由書中指出：「協商程序中被告表示所願受科之刑，乃法院依協商程序為科刑判決時量定宣告刑之依據。從而同法第 455 條之 5 關於協商案件，被告表示所願受科之刑逾有期徒刑 6 月，且未受緩刑宣告，其未選任辯護人者，法院應指定公設辯護人或律師為辯護人，協助進行協商之規定，所稱被告所願受科之刑，即指法院所為協商判決之宣告刑，要非法院另依罪犯減刑條例減其宣告刑後，所減得之刑。是協商判決原宣告刑逾有期徒刑 6 個月者，縱減刑後所減得之刑在 6 個月以下，苟未受緩刑宣告，復未選任辯護人，仍應依上開規定指定辯護人。」明確表示判斷被告表示所願受科之刑是否逾有期徒刑 6 個月，是以原本協商判決的宣告刑而言，

縱使法院事後依相關的減刑條例減輕刑罰，致最後宣告的刑期在 6 個月以下，還是屬於強制辯護的案件，法院仍須替無委任辯護人的被告指定辯護人，才屬合法。

97 台非第 129 號判決的見解，本文深表贊同，因為如依減刑前的宣告刑被告須服自由刑，無法易科罰金，而最後得否減刑仍取決於減刑的法定要件是否該當及法官的裁量權有違訴訟程序安定，且宣告減刑往往已是審判的最後階段，如減刑後未低於有期徒刑 6 個月，此時再指定辯護人，充其量只是形式上符合法律的要求，對被告實質的協助不大。本號最高法院的判決強調受辯護人協助的重要性，應該賦予被告全面性的辯護權保障。

本判決另一個有關協商辯護的重點在於，評價違反刑事訴訟法第 455 條之 5 時的法律效果，其認為：「……另依刑事訴訟法應用辯護人之案件或已經指定辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第 455 條之 5 第 1 項、第 379 條第 7 款亦分別定有明文，而刑事訴訟法第 441 條所謂「案件之審判係違背法令」，包括原判決違背法令及訴訟程序違背法令，後者係指判決本身以外之訴訟程序違背程序法之規定，與前者在實際上時相牽連。非常上訴審就個案之具體情形審查，如認其判決前之訴訟程序違背上開應用辯護人之案件而未經到庭辯護逕行審判之規定，致有依法不應為判決而為判決之違誤，顯然於判決有影響者，該項確定判決，即屬判決違背法令。」本判決將違反刑事訴訟法第 455 條之 5 第 1 項定位為訴訟程序違背法令，且顯然於判決有影響，故被告仍得上訴第三審及確定後提起非常上訴。

但本文認為違反刑事訴訟法第 455 條之 5 與違反刑事訴訟法第 31 條的瑕疵狀態係為相同，皆屬強制辯護的規定，而違反刑事訴訟法第 31 條的法律效果，依刑事訴訟法第 379 條第 7 款為判決當然違背法令，則違反刑事訴訟法第 455 條之 5 的法律效果應該等同視之，才符合等者等之的平等原則。換言之，其也是屬於刑事訴訟法第 441 條之審判當然違背法令，不應歸類於瑕疵較為輕微的訴訟程序違反法令，否則法院可能以非顯然於判決有影響為由，不當侵害被告的請求救濟權。

97 台非 129 號刑事判決雖然有此小瑕疵，但瑕不掩瑜，仍值得讚許。本文希望藉由本號最高法院判決的明確宣示，下級審法院於行協商程序，皆能遵守刑事訴訟法第 455 條之 5 的規定，避免案件在上下級法院之間來回審理，浪費不必要的司法資源。

嗣後本案因其他非常上訴的程序問題及關於易科罰金的爭執（非本文所探討的協商辯護的問題），由檢察總長對發回更審的判決（新竹地方法院 97 年度訴更字第 4 號刑事判決）及 97 台非 129 號兩則判決提起非常上訴，最高法院作出 98 台非 82、98 台非 83 判決，除了重申 97 台非 129 號

闡述的意旨外，98 台非 83 判決更表示：「……未指定辯護人到庭協助被告進行協商，即依該協商結果判處被告前開罪刑，且未對被告宣告緩刑，所進行之訴訟程序，已剝奪被告對於辯護人之倚賴權，有違正當程序及公平正義之維護，並有依法不應判決而為判決之違誤，顯然於判決有影響，即屬判決違背法令。」

由上述三則最高法院的見解可知，協商程序中被告辯護權的保障已屬正當法律程序的一環，這告訴我們，法官進行協商程序時不能一味地追求迅速，被告受到實質的法律協助是協商判決正當性的基礎，疏減案源的立法目的不能夠凌駕於正當法律程序及公平正義之上。

#### 第四項 法院強制委任辯護人之時點並不恰當

本案（桃園地方法院 96 年度交訴緝字第 3 號刑事裁定、臺灣高等法院 97 年度抗字第 124 號刑事裁定）被告不服原審判決，向原審法院提起上訴，桃園地方法院 96 年度交訴緝字第 3 號刑事裁定駁回上訴，被告不服又對此裁定提起抗告，嗣後遭臺灣高等法院 97 年度抗字第 124 號刑事裁定，撤銷發回台灣桃園地方法院。本案主要有兩個爭執點，第一個爭執點為強制辯護介入的時點，是否須全程參與，還是等到被告表示願受科之刑逾有期徒刑 6 月時，才通知公設辯護人到庭協助被告進行協商即可。第二個爭執點為未依刑事訴訟法第 455 條之 3 第 1 項之告知被告所喪失之權利，則被告所為之協商是否係屬出於自由意志。

本案被告於上訴意旨主張「本件依審判期日之譯文可知，公設辯護人對於協商程序並未全程參與，是原審之程序已違反刑事訴訟法第 455 條之 5 之規定。」但是桃園地院卻認為「故於協商過程之前階段，被告既未表示願逾有期徒刑 6 個月之宣告，本院自無須依該條為被告指定辯護人，而被告於表示願受科之刑逾有期徒刑 6 月時，本院即通知公設辯護人到庭協助被告進行協商，是本院於此部分，自無何違誤。」

本文參閱本案的原審判決即桃園地方法院 96 年度交訴緝字第 3 號判決，本案被告所違反的罪名為刑法第 185 條之 4 的肇事逃逸罪，刑度為 6 個月以上、5 年以下有期徒刑，所以被告表示願受科刑的範圍不得低於本罪最低法定刑 6 個月，換言之，就算協商過程的前階段，被告縱然尚未表示願逾有期徒刑 6 月刑之宣告，但是以本案而言，不論協商合意的刑期為何，皆為強制辯護的案件，法院不應等到被告表示願逾有期徒刑 6 個月之宣告，始為被告指定辯護人，否則對被告的保障有所不足。

本文主張如協商案件為最低法定刑在 6 個月以上的案件，例如：刑法第 346 條恐嚇取財罪、第 353 條毀壞建築物礦坑船艦罪、第 325 條強奪罪、第 321 條加重竊盜罪、第 300 條藏匿被略誘人罪、第 294 條違背義務遺棄罪、第 290 條意圖營利加工墮胎罪、第 289 條第 2 項加工墮胎致死罪、第 282 條加工自傷罪、第 274 條生母殺嬰罪、第 247 條侵害屍體罪、第 248 條發掘墳墓罪、第 243 條藏匿被誘人罪、第 228 條利用權勢性交或猥褻罪、第 224 條強制猥褻罪等刑法罪名，不問被告是否表示願受科之刑，即使在協商前階段，如果沒有委任律師，法院應立即替其指定辯護人。

縱上所述，本裁定似乎可以突顯出實務上長久以來的心態，也可說是一種弊病，換言之，只要依照法條文義行事就不違法，不問對於被告保障是否不足，能儘速終結案件，才是重點。因為依照法條文義，只須被告表示願受逾有期徒刑 6 個月的刑之宣告，才須為其指定辯護人，如果一開始被告未表示願受逾有期徒刑 6 個月的話，即無須為其指定。亦屬合法。

但本文認為如此做法，將背離法治國刑事程序的規範，忽視被告主體性的地位，因為既然為最低本刑 6 個月以上的案件，最後不管被告如何表示，合意的刑度一定超過 6 個月，為何不於開始協商程序時，即給予被告法律協助，況且協商前階段對被告權利之影響最為重大，相較於協商其他階段更須有辯護人的協助，如前階段被告情勢判斷錯誤，則被告與檢察官談判的籌碼可能大幅減少，嚴重影響其原本可以得到的刑度折扣，且辯護人也可以在開啓協商程序之初，監督檢察官是否有違反法律的地方，適時地提出異議，避免最後協商判決遭到廢棄，浪費無謂的勞力、時間、費用。

而被告就此裁定不服提起抗告，抗告法院認為「經本院勘驗原審法院 96 年 9 月 20 日庭期錄音，並無法院依刑事訴訟法第 455 條之 3 第 1 項規定，訊問被告時，告以法定刑及所喪失之權利，及確認被告係自願放棄前述權利之相關對話，有本院勘驗筆錄可稽，原審法院顯然違反前述法定程序，由於被告係於不知其喪失相關權利之情形下進行協商，協商之意思顯非出於自由意志，是被告自得提起上訴，原審法院以被告上訴不合法，裁定駁回被告上訴，即有未洽，應由本院將原審裁定撤銷，並發回原審法院為適當之處理。」

本案藉由抗告法院的調查，發現原審法院出現非常嚴重的疏失，上訴審法院勘驗原審法院的庭期錄音，原審受理檢察官的聲請為協商判決後，依照刑事訴訟法第 455 條之 3 規定，應該訊問被告並告以所認罪名、法定刑及所喪失之權利。而此條的目的便在宣示，只有讓被告能夠清楚瞭解自己因選擇協商程序判決所喪失之權利，始足以確保協商程序及判決之合法性與正當性，否則被告即得於訊問程序終結前，隨時不附理由撤銷協商合意。

而依審判期日的錄音，法院實際上並未踐行上述的權利告知程序，卻在準備程序筆錄中大方地記載法院訊問被告的經過，筆錄記載的內容與錄音所記錄程序的過程根本不相符合，更離譜的是，被告就此提起上訴，原審法院在進行上訴合法性審查時，似乎僅調查審判筆錄，並未因上訴人抗辯其協商並非出於自由意志，而再調查審判期日的錄音，與審判筆錄進行比對，原審法院進行刑事訴訟法第 362 條程序審查時過於草率，值得非議。

且抗告意旨亦指出「依刑事訴訟法第 455 條之 10 第 2 項，應由第二審法院調查證據後，始能決定被告之指摘有無理由，原審判決是否有應撤銷並發回之必要，又依照客觀情形，顯然無法期待原審法院能為公平之裁判，此時，最妥適之作法毋寧是將上訴理由及所有卷證資料送交第二審法院，由第二審法院調查證據後，再判斷，非由原審法院率爾以上訴為法律上不應准許為由，逕以裁定駁回上訴。」此意旨甚為有理，況且本案原審發生如此重大的錯誤，上訴合法性審查時卻始終未發現，如此容易使人懷疑是否有坦護同一法院的判決，本文認為被告如果抗辯其協商係出於非自由的意思而提起上訴時，原審法院應依刑事訴訟法第 363 條速將該案卷宗及證物送交第二審法院。藉此確保被告的權益。

而抗告法院及時發現錄音與筆錄並不符合，值得讚許，但也有美中不足之處，亦即被告於上訴意旨中指法院指定的公設辯護人對於協商程序並未全程參與，經原審認為只須在被告表示願受科刑超過 6 個月時才須為其指定公設辯護人，公設辯護人毋庸全程參與協商程序，此論點的缺失已如前述。抗告法院雖然撤銷原裁定，但是確未就此一違誤加以指摘，於此本文深表遺憾。

本文深入探討此案例，為何原審法院明知其並未履行法定的權利告知程序，卻敢在審判筆錄上明目張膽的記載進行權利告知程序的經過，例如法院根本未踐行刑事訴訟法第 455 條之 3 的程序，但筆錄卻有記載法官訊問被告的內容<sup>10</sup>，原因應該出於辯護人未全程協助被告，換言之，於協商的前階段，不諳法律的被告根本不知道如果與檢察官進行協商將擁有及喪失何種權利，而法院往往在積案的壓力之下，犧牲被告接受法官訊問的權利，換言之法官自行省略權利告知程序，被告更不知其得於何時能夠任意撤回協商的合意，導致最後被告必須心不甘、情不願的接受協商判決，如果被告能在協商一開始即接受辯護人的協助，明確地知道自己享有那些權利，其即可要求法院履行訊問權利，及在此程序終結前任意撤回協商之合意，完全保障被告的自由意志。

---

<sup>10</sup> 臺灣高等法院 97 年度抗字第 124 號刑事裁定之理由欄第 3 點。

由本案可以得知，協商程序被告的辯護依賴權的重要性，被告於協商之初未受法律專業協助的話，往往後續一連串的程序皆可能因國家機關的懈怠進而導致違法，造成被告不服協商結果，動輒提起上訴，惟協商判決的上訴率過高，那麼其立法目的將難以達成。本文由衷地希望法院進行協商程序能保障被告的辯護權，萬不可爲了省卻指定辯護人的程序，導致判決遭廢棄而須重新審理，因小失大，得不償失。

## 第五項 法院有爲被告指定辯護人之義務

本號判決（臺中地方法院刑事裁定 96 年度訴字第 2877 號）認爲：「被告就其施用第一級毒品海洛因罪，願受有期徒刑 10 月，惟因未經公設辯護人或律師協助被告進行協商。從而，檢察官聲請依協商程序而為判決，於法不合，應予駁回。」法院以被告未受法律協助爲由，駁回檢察官的協商聲請。

但依刑事訴訟法第 455 條之 5 之規定：「法院應指定公設辯護人或律師爲辯護人，協助進行協商。」爲被告指定辯護人是法院的職責，但本案法院竟直接駁回檢察官的協商聲請，違背其法定義務，使被告喪失利用司法資源的權利，嚴重侵害被告受憲法第 16 條保障的訴訟權。

本文認爲最適當的作法是當法院發現被告係在未受辯護協助的情況下與檢察官協商，爲了保障被告的程序權，法院不應直接駁回協商聲請，而應立即指定辯護人協助被告重新與檢察官進行協商。而且就如同上述臺灣高等法院臺中分院 97 年度上訴字第 1520 號刑事判決的檢討，法院是否替被告指定辯護人並非進行協商程序的要件，就算未指定辯護人，所進行的仍然是協商程序，只不過程序存有瑕疵，得加以救濟而已。換言之，是否指定辯護人並非開啓協商程序的要件，法院如以此爲由直接駁回協商聲請，並不妥當。

## 第三節 小結

筆者綜覽各地法院的協商判決，大多數的協商判決都能遵守刑事訴訟法第 455 條之 5 的規定，爲被告指定辯護人，但有少數的錯誤判決，卻是錯的離譜，讓我覺得匪夷所思，竟然有法官認爲如果被告表示願科之刑超過 6 個月，如法官未指定辯護人，則所進行的就非協商程序，將保障被告防禦權的規定當做是認定程序種類的判斷標準，完全牛頭不對馬尾，在號稱人權立國的臺灣竟有此種判決出現，值得提出檢討。還有僅在「威權

時期」才可能出現的「造假筆錄」，竟也出現在這幾年才作成的協商判決中，本文甚難了解現今審判過程，都有錄音、錄影，為何法官竟然還敢製作不實的筆錄。本文猜想是不是協商程序真的能幫法官快速地將積案消化，對於法官的誘因過大，使其都忘了程序正義、正當法律程序為何物，如果此類情形仍持續發生，則協商程序就不是一帖良藥，而是破壞人權保障的洪水猛獸。

新法協商程序嚴格限縮得以上訴的範圍，並未規定法院違反刑事訴訟法第 455 條之 5 亦在得上訴的範圍，但保障被告的防禦權為刑事程序能夠合法、合憲的根基，被告如喪失防禦權將淪為訴訟的客體，任人宰割，而辯護權是防禦權的核心，侵犯受憲法第 8 條之正當法律程序、第 16 條之訴訟權所保障的被告辯護權，竟無法獲得救濟，刑事訴訟法第 455 條之 10 的規定有輕重失衡之處。換言之，此應當屬於重大的法律漏洞，應立即加以填補。最高法院 97 年度台非字第 129 號、98 年度台非字第 82 號、98 年度台非字第 83 號刑事判決三則判決，最高法院利用司法造法的方式，直接表達違反刑事訴訟法第 455 條之 5 的規定，即屬判決當然違背法令，得上訴至第三審，故舉重以明輕，亦應容許上訴第二審，方不至造成權利救濟的缺口。本文衷心地希望能藉由終審法院的見解，導正下級審錯誤的觀念<sup>11</sup>。

從多號的地院協商判決中，可以得知法院通常以被告已受辯護人的協助，就馬上認定被告係出於自由意志與檢察官達成合意，但是本文認為如此推斷似乎有點跳躍，因為受辯護協助尚可區分為形式協助和實質的協助，而形式辯護與根本未受辯護相同，如被告僅受到形式上的法律協助，即甚難導出被告係出於自由意志與檢察官達成合意，法院應說明辯護人於法庭上已為如何的實質攻防，以證明被告協商意志係出於自由。

故本文認為為了避免被告事後的爭執，法院應提出具體的理由獨立認定被告的協商合意是否出於其自主意願，如以受到法律協助與否作為判斷協商合意是否出自於被告的自主意願，此一判斷標準實難令被告能折服於協商判決。

現今實務已多能遵守刑事訴訟法第 455 條之 5 的規定，惟仍有少數實務見解拘泥於法條形式，認為只要有為被告指定辯護人，程序即為合法，殊不知辯護權保障的真正精隨在於實質有效的辯護，法治國刑事訴訟要求的是被告權利保護的具體落實，而非僅是形式地符合規範。關於這點，我國實務仍有努力及進步的空間。

---

<sup>11</sup> 有些地院判決甚且認為只有刑事訴訟法第 455 條之 4 規定的情形才能上訴，違反刑事訴訟法第 455 條之 5 雖有不當，但仍不得據此提起上訴。例如：台中地院 96 年訴字第 367 號判決。



## 第六章 結論與建議

### 第一節 結論

刑事程序係國家追訴、審判與處罰犯罪，以行使國家刑罰權的程序，而現今世界各國的刑事訴訟制度，已捨棄以往追訴者與審判者相結合的糾問制度，改採將追訴者與審判者嚴格區分的訴訟制度，被告亦從以往只是程序客體，透過各種權利的賦予，逐漸成為程序的主體，享有訴訟上防禦的權利。但被告於刑事程序中雖然具有對抗國家機關的權利，但受限於自身能力導致難以和國家機關相對抗，故為了強化被告的防禦力量，就產生了辯護制度。刑事訴訟法為了保障被告有機會取得對其有利的訴訟結果，由辯護人以第三人立場為被告進行辯護，藉以充實被告的防禦力量，確保被告地位的提昇，是故，辯護制度為現代法治國刑事訴訟法制不可或缺的一環，具有平衡國家訴追機關與被告之間的實力差距，進而達到武器平等的功能。

於強制辯護的案件中，國家基於實質辯護保障的觀點，非僅消極地不妨礙被告選任律師為其辯護為已足，還須積極地提供被告受辯護人協助的機會，但刑事訴訟法第 31 條第 1 項所規定強制辯護案件的範圍，法定刑限於最輕本刑三年以上有期徒刑的案件，所設定的門檻似乎過高，對多數刑事被告而言，有保障不周之虞。另一方面，刑事訴訟法第 31 條第 1 項後段亦規定，低收入戶被告聲請指定辯護時，審判長應為其指定辯護人，此規定雖然廣泛賦予被告得向法院指定辯護人的權利，但多數的弱勢被告並不知其擁有此權利，除非審判長主動告知，否則將導致本條保護窮困被告的立法良意難以發揮，此亦為立法不足之處。

公民與政治權利國際公約第 14 條第 3 項第 2 款及第 4 款規定：「審判被控刑事犯罪時，被告一律有權平等享受下列之權利：給予充分之時間及便利，準備答辯並與其選任之辯護人聯絡及到庭受審，及親自答辯或由其選任辯護人答辯；未經選任辯護人者，應告以有此權利；法院認為審判有此必要時，應為其指定公設辯護人，如被告無資力酬償，得免付之。」換言之，此規定揭示一項重要的立法意旨，即刑事被告於刑事程序中應該全程享有律師辯護的權利。立法院於 2009 年制定公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法，其中第 2 條規定：「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」

本公約既然經過立法者制定施行法，發生法律上之拘束力，本文認為公民與政治權利國際公約藉以國內立法承認後，不僅僅發生一般普遍法之效力，其應該具有基本法的地位，換言之，立法者制定的法律皆不可違反本公約的意旨與精神，立法者只能制定比本公約更保障人權的法律，不可訂定劣於本公約意旨的法律，如果制定通過的法律違反本公約促進人權的精神，即屬不當剝奪刑事被告所享有的程序保障權，將遭受違反憲法的非難<sup>1</sup>。

協商制度的引進，一開始就遭到反對當事人主義的學者極力且無情的批評與看衰，對於協商制度扣上各種買賣正義、出賣實體真實的帽子，好像刑事訴訟法有了協商程序，我國法制就會退步到跟北韓一樣，但協商好歹也在美國施行了數百年，而美國正是世界公認的民主先進國家，故本文認為協商程序應該沒有那麼地糟糕，只是是否能夠融入以大陸法系職權主義為制定藍本的我國刑事訴訟法及人民法感情而已。

為了因應快速成長的案件量，及維持良好的審判品質，我國從 2000 年之後大量引進英美法系的制度，希望能夠解決實務嚴重的積案問題，但各種制度中保障被告權利的配套性措施皆有所不足，但實務工作者卻關注於是否能夠達到疏減案源的成效，這由司法院每年都會製作成效的統計表可以得知。而協商程序是各種疏減案源的法制中，最容易侵害被告權利的制度，因為被告只要進行協商程序就注定有罪的命運，不論客觀上是否真的犯案，協商可以完全達到勿縱，但卻可能作不到勿枉，換言之，制度性保障的配套措施，應該是協商合憲運作的充分且必要條件，協商程序到底是救命仙丹還是毒藥，制度性保障將會是重要的關鍵配方，而辯護權保障則是關鍵中的關鍵。

不可諱言，協商制度為了追求快速終結案件，的確犧牲被告諸多刑事程序上的權利，但世界上沒有一套制度是完全十全十美的，我們應該致力於如何才能將傷害降到最低，本文認為賦予被告於協商程序中全面性的辯護權保障，可以儘可能地達到填補協商法制缺失的要求，畢竟訴訟制度具有高度的專業技巧，須要有專業知識的人才能熟稔地運作，而協商即是一個討價還價的過程，更須要具有法律專業背景的人，才能確保於協商過程中與檢察官立於相同的地位，很難想像不知程序如何運作、實體法制如何規定的被告，在面對國家高權的檢察官能夠自我保護自身的權利，如果只有被告孤身一人於檢察官進行談判協商，那可能只有八個字可以形容，那就是「人為刀俎、我為魚肉」，任由檢察官宰割。但被告如果有辯護人的專業協助，情況可能就不至於如此淒慘落魄，畢竟辯護人本於受人之託，

---

<sup>1</sup> 公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法第 8 條規定：「各級政府機關應依兩公約制定之內容，檢討所主管之法令及行政措施，有不符兩公約規定者，應於本法施行後二年內，完成法令之制定、修正或廢止及行政措施之改進。」

忠人之事的精神，發揮善良管理人的注意義務，與檢察官進行抗衡，確保被告於協商程序應有權利的行使，替被告爭取更大的刑度優惠，雖然有辯護人的協助不保證被告會立於不敗之地，但至少確保不會落至慘輸的境地。

但是刑事訴訟法於制定第 7 篇之 1 協商程序時，卻在第 455 條之 5 規定，只有有期徒刑超過六個月且未受緩刑宣告之被告，其未委任辯護人時，法院才須提供法律協助。本法如此規定，本文認為此是將行協商程序的被告強制區分為兩類，一種是有期徒刑超過六個月且未受緩刑宣告之被告，另一則是有期徒刑未超過六個月或已受緩刑宣告之被告，賦予兩類被告不同的程序保障，有期徒刑超過六個月且未受緩刑宣告之被告，本法認為其須要入監服刑，侵害權利較重，所以讓其乘坐賓士高級進口轎車，而另一類被告，因為其得以易科罰金，基於司法成本的考量，只讓其搭乘裕隆本土廉價國產車，立法者認為如此區分一方面可以達到疏減案源的成效，又可以兼顧被告的程序保障，正是兩全其美的作法。

但本文對於上述立法者的區分標準甚不表贊同，其將人民的權利逕自做了保障的次序，認為權利應該有大小、輕重、優劣之分，自由權應較財產權重要而受到優先保障，所以限制自由權的措施應受到高度的制約，但本文認為，此區分並非真理，並非一成不變且絕對的標準，自由權並非恆優於財產權，舉例言之，在資本主義的社會，大多數人正不是用自由來換取財富的追求嗎？為了累積財富而辛勤地工作，犧牲原本應擁有的自主，此正是財產權重要性超過自由權的例證。是故，我們不可忽略有些被告對其財產權非常重視，甚至於寧願以自由換取財產的確保，而選擇不易科罰金，換言之，立法者不可輕易地認定被告的財產權不值得保障，未賦予其法律協助亦無妨。此論點恣意區別協商程序的被告，賦予其不合理的差別待遇，有違反平等原則之虞。

## 第二節 建議

刑事訴訟法第 455 條之 5 僅賦予一部分的協商被告辯護協助，已嚴重不當侵害刑事被告的辯護權，違反憲法第 7 條平等原則、第 8 條正當法律程序及第 16 條訴訟權保障，屬於違憲的法律，立法者應該重新制定協商程序被告辯護權保障之規定，本文以下即提出將來立法時可以參考、斟酌之處。

協商程序雖然僅於我國運作數年，到底此制度對於我國刑事程序之運作是帶來幫助或者不利的影響，目前似乎尚未有一定論，但既然協商程序

已成為刑事訴訟法第 7 篇之 1，故排斥它倒不如思考如何接受它，研究還須規定那些制度性保障措施，讓其於我國運作良好，不至遭到架空。

吾人須知法律制度的施行，並非短暫的三五年時間，而是細水長流，運作數個世代，故制度如有不足之處即應馬上改革，刻不容緩，本文認為辯護制度之改革應是我國協商程序的當務之急，藉由協商辯護制度的革新，產生蝴蝶效應，進而影響整個辯護制度的發展，建立以人權保障為中心的刑事辯護制度，希望本論文的提出，能夠提供未來修法的方向。

## 一、合憲性之配套措施

### （一）建構全面性之強制辯護制度

首先，基本的架構應該是全面性、全套式的辯護權保障，不分案件的輕重，只要被告未委任辯護人，法院應該立即為其委任辯護人，而且我國現行已有法律扶助法之規定，大幅減輕被告的費用負擔，加上律師員額十分充足，所以司法資源有限的藉口應該要斥之以鼻。而各法院皆配置有公設辯護人，且法院附近律師樓林立，通知辯護人到庭協助被告應該不會浪費多少時間，故延宕程序進行的藉口亦不成立。

有認為刑事訴訟法第 159 條之 5 第 1 項藉由被告之同意賦予傳聞證據證據能力之規定，其中「被告之同意」之性質應採「權利放棄說」，其認為被告自願放棄詰問證人的機會後，原則上不得再行撤回同意而回復其權利，藉以促使被告於決定是否同意時力求慎重，不要輕易表示同意，落實訴訟的集中審理及安定性，但被告放棄詰問證人權，同意傳聞證據具有能力應係在辯護人法律援助下所為，換言之，被告之同意表示必須是無瑕疵方屬有效，避免被告輕率地作出不利於己之同意<sup>2</sup>。

而被告同意協商與同意放棄反對詰問權之行使的情況類似，皆屬被告自願放棄憲法賦予其於訴訟中所得享有之程序權，同意法院對其作出不利之認定，故基於相同事務應為相同處理之平等原則，被告同意協商應與同意放棄反對詰問權為相同之解釋，於協商過程中應有辯護人從旁援助，確保被告之協商合意並無瑕疵。

---

<sup>2</sup> 陳運財，偵查中證人之具結與傳聞例外之適用評九四年台上字三二七七號刑事判決，臺灣本土法學雜誌 93 期，2007 年 4 月，頁 256。

## (二) 提供良好之協商環境

而賦予每位被告辯護協助後，也須讓辯護人能有用武之地，所以相關的配套措施也非常地重要，才能讓辯護人充分發揮協助被告的功能。由於進行法律協商是一項高難度的任務，故協商應該要在不受干擾的環境中進行，學者即有認為法院基於便民，應該設置有完善的協商室，讓檢辯、被告能在不受外力干擾之下進行談判，確保協商合意係出於雙方的自由意志<sup>3</sup>。

## (三) 落實協商程序當事人武器平等

再者。如本文第四章第六項所述，應給予辯護人完整的辯護權，使其充分了解整個協商情勢，協助被告作出最有利的決定，而法院則有責任履行其全方位的告知義務，由閱卷權搭配告知義務，讓被告和辯護人能於協商過程中站在與檢察官平行的地位，資訊完全對等沒有落差。

且為了事後如有爭執，全部的協商過程應該留下影音證據，如此方能迅速地認定達成合意後所產生的種種爭議，所以走過應留下痕跡，協商過程應全程錄影、錄音與製作協商記錄。還有法官基於其為中立第三人，應該擔負起守門員的任務，其應該詳細地審查協商過程是否存有瑕疵而不得為協商判決之情形，由於本法已經限縮得行協商程序的案件範圍，協商案件的卷證資料應該相對較不複雜，法官審查所須的時間應不會過長，而致妨礙案件的終結。

除了加強配套規範的制定外，辯護人本身的協商能力亦可能左右協商的結果，協商是一種談判的技巧，而技巧是可以藉由訓練及經驗逐漸增強，故加強辯護人的協商談判能力，使被告於協商中先立於不敗之地，對被告而言，辯護人高超的協商能力，是其最直接的受惠。

本文建議可以藉由各地方的律師公會定期舉辦關於談判能力與技巧的在職進修，有了此配套措施後，刑事訴訟法的主管機關可以在辦理刑事訴訟應行注意事項等行政命令中對於參與協商程序的辯護人資格加以限制，限於已研習關於談判能力與技巧的在職進修，並且取得相關學分後，才得於協商程序中成為被告的辯護人，或者限於執業達到一定年限的辯護人，方得在協商程序中接受委任。

<sup>3</sup> 張麗卿，刑事案件之協商程序，刑事法雜誌第 48 卷第 5 期，2004 年 10 月，頁 20。

以現今的辯護人人數，增加這些限制，應不會產生可用於協商程序的辯護資源不足的窘境。如此一來，就能儘量避免出現經驗不足的菜鳥辯護人，使被告作出刑度上不必要的讓步。故只要是協商程序中的辯護人都具有一定的談判經驗，足以和檢察官進行討價還價，為被告的權利嚴格把關，爭取到最有利於被告的刑罰，如此雙方當事人才能折服於協商結果，進而達到定紛止爭、疏減案源、及訴訟經濟的目標。

## 二、司法實務之運作

### (一) 違反刑事訴訟法第 455 條之 5 得提起上訴

由於現行法並未將違反刑事訴訟法第 455 條之 5 列為得上訴救濟的事由，而為了充分保障被告的訴訟權，本文認為於此種情形，似乎可以該當第 455 條之 4 第 2 款：「協商之合意非出於自由意志」及第 3 款：「協商之合意顯有不當或顯失公平」的情形，法院不可以為協商判決，如為判決，因第 3 款非上訴事由，故被告得以第 2 款提起上訴救濟，藉此彌補現行法制之不足。

### (二) 協商程序被告未受實質辯護協助為具體之上訴理由

2007 年刑事訴訟法增定第 361 條第 2 項及第 3 項，提起第 2 審上訴應敘述具體理由，上訴始為合法。而刑事訴訟法第 455 條之 11 則規定，關於協商判決的上訴準用第二審上訴的規定，換言之，如果要對協商判決提起上訴時亦須敘述具體理由。

如果被告以未受辯護人協助或者雖有委任辯護人但辯護人卻未盡到實質有效的辯護協助而提出上訴時，應該認為這兩個理由應該已構想具體的上訴理由，上訴審法院不得依辦理刑事訴訟應行注意事項第 162 條逕行駁回上訴，因為被告於協商程序中已喪失辯護權的保障，換言之，被告的訴訟權已遭受嚴重侵害，故當被告就此請求救濟時，應該放寬審查標準，不該讓被告求助無門，此為本文對實務運作上之建議。

### （三）辯護人應於協商之前踐行權利告知程序

刑事訴訟法第 455 條之 3 規定，法院應該訊問被告並且告知以所認罪名、法定刑及所喪失的權利，但此權利告知程序係於被告與檢察官達成協商合意之後，換言之，被告可能會誤以為其於認罪之後仍然享有程序上的諸權利，進而與檢察官達成協商合意，故為了確保被告的協商自由意志，本文認為辯護人應於被告決定是否進行協商時，事先告知其可能喪失的權利，讓其決定是否認罪，亦即將權利告知程序提前至協商程序開始前，而告知義務則由辯護人負擔，如此將減少被告事後對於協商合意爭執的機會。

### （四）以舉證責任倒置之方式保障未受辯護協助之被告

協商程序中被告如果未接受辯護人協助，逕行與檢察官進行協商，嗣後法院作成協商判決，被告如主張其於協商過程中遭受偵查機關不當之外力干擾，導致其協商意思非出於自由意志，雙方的協商合意顯有不當或顯失公平，此時法院應先推定被告之主張為真，若檢察官抗辯其並未使用不當作為與被告達成協商合意，應該由檢察官實質舉證被告之協商意思係出於自由的意志，如檢察官未盡舉證之責，法院就必須為有利於被告之認定，換言之，協商判決即具有刑事訴訟法第 455 條之 4 第 2 款之情形，被告得依刑事訴訟法第 455 條之 10 第 1 項但書之規定上訴救濟。藉由賦予未受辯護協助之被告免負舉證責任之利益，彌補雙方實力之落差，強化被告於協商程序中之地位。

### （五）被告得以未受實質辯護為由撤回協商之聲請

依刑事訴訟法第 455 條之 3 第 2 項規定，被告得於權利告知程序終結前不附任何理由即可撤回協商程序之聲請，故被告如認為辯護人於協商過程中，未盡到實質辯護之責，導致其喪失獲得更優惠的刑度之權利時，如權利告知程序尚未終結，被告理當可直接撤回協商的聲請。但如被告於權利告知程序結束後欲撤回協商之聲請，則被告須提出正當的理由，才能撤回協商之聲請，進而阻止法院下協商判決<sup>4</sup>，本文認為辯護人未盡實質辯護，協商過程中未替被告謀取最大的福利，應該構成撤回協商聲請的正當

<sup>4</sup> 王兆鵬，論刑事訴訟新增訂之協商程序（中），司法周刊第 1182 期，第 2 版。

理由，被告得於權利告知程序終結後撤回協商聲請，避免因辯護人的失職而犧牲被告應該享有的權利。



## 參考文獻

### (一) 書籍

- 1、王兆鵬，美國刑事訴訟法，元照，2004年9月
- 2、王兆鵬，辯護權與詰問權，元照，2007年1月
- 3、王兆鵬，刑事被告的憲法權利，翰蘆，1999年8月
- 4、王兆鵬，新刑訴新思維，元照，2004年10月
- 5、朱石炎，刑事訴訟法論，三民，2009年8月
- 6、林山田，刑事程序法，五南，2004年9月
- 7、林鈺雄，刑事訴訟法（上）版，2006年9月
- 8、林俊益，刑事訴訟法概論（下），新學林，2010年2月
- 9、張麗卿，刑事訴訟法理論與實用，五南，2007年1月
- 10、張麗卿，刑事訴訟制度與刑事證據，五南，2003年9月
- 11、張麗卿，驗證刑訴改革脈動，五南，2008年9月
- 12、黃東熊，刑事訴訟法，三民，1999年3月
- 13、黃東熊，刑事訴訟法研究（一），中央警察大學，1999年4月
- 14、黃東熊，刑事訴訟法研究（二），中央警察大學，1999年10月
- 15、黃朝義，刑事訴訟法，新學林，2009年9月
- 16、蔡墩銘，刑事訴訟法概論，五南，2009年3月
- 17、張娟芬，無彩青春—蘇建和案十四年，商周出版，2004年7月

### (二) 期刊

- 1、王兆鵬，貫徹平等與實質之辯護制度，月旦法學雜誌第 137 期，2006年10月
- 2、王兆鵬，刑事訴訟的新潮流—「被告協商」，收錄於蔡墩銘先生六秩晉五壽誕祝壽論文集，1997年2月

- 3、王兆鵬，論刑事訴訟法新增訂之協商程序(上)，司法周刊第 1181 期，2004 年 4 月
- 4、王文，認罪協商與有罪答辯制度之研究，刑事法雜誌第 42 卷第 5 期，1998 年 10 月
- 5、朱建男，認罪協商制度(上)，司法周刊第 852 期，1997 年 11 月
- 6、何賴傑，從拘束力觀點論協商程序，月旦法學雜誌第 118 期，元照，2005 年 3 月
- 7、吳巡龍，我國協商程序實務問題的探討，月旦法學教室第 22 期，2004 年 8 月
- 8、吳俊毅，我國辯護人在審判程序當中地位之探討，刑事法雜誌第 46 卷第 1 期，2002 年 2 月
- 9、林山田，論正當法律程序原則，軍法專刊第 45 卷第 4 期，1999 年 4 月
- 10、林鈺雄，協商程序與審判及證據原則(上)，月旦法學教室第 25 期，2005 年 7 月
- 11、林俊益，求刑與求刑協商之辨正，月旦法學雜誌第 109 期，2004 年 6 月
- 12、林俊益，2004 年修正刑事訴訟法簡介，臺灣本土法學雜誌第 57 期，2004 年 4 月
- 13、林俊益，偵查中求刑協商，月旦法學教室第 18 期，2004 年 4 月
- 14、林志潔，是公平的保障還是一襲國王的新衣?—論對抗制下律師失職行為與被告律師權的保障，月旦法學雜誌第 137 期，2006 年 10 月
- 15、張麗卿，司法院強制辯護公聽會書面資料，2010 年 4 月 20 日
- 16、張麗卿，刑事案件之「協商程序」，刑事法雜誌第 48 卷第 5 期，2004 年 10 月
- 17、陳運財，刑事訴訟法之修正與刑事辯護，月旦法學雜誌第 137 期，2006 年 10 月
- 18、陳運財，採用美國「有罪答辯」制度之評議，月旦法學雜誌第 16 期，1996 年 9 月
- 19、陳運財，協商認罪制度的光與影，月旦法學雜誌第 110 期，2004 年 7 月

- 20、陳運財，淺論刑事妥適審判法草案—由日本法之觀點，收錄於刑事迅速審判與被害人保護學術研討會論文集，2009年9月24日
- 21、林麗瑩，有關協商程序的幾點看法，法學講座第29期，2004年9月
- 22、劉秉鈞，量刑協商程序之理論與實務座談會，法學講座第29期，2004年9月
- 23、劉秉鈞，刑事訴訟法新增協商程序規定之檢討，法學講座第28期，2004年7月
- 24、吳景芳，司法院強制辯護公聽會書面資料，2010年4月20日
- 25、廖尉均，認罪協商之理論與實務—兼論我國刑事簡易程序，刑事法雜誌第43卷第6期，1999年12月
- 26、蔡清遊，刑事訴訟協商程序實務探討(上)，司法周刊第1140期，2004年7月
- 27、蔡清遊，刑事訴訟協商程序實務探討(下)，司法周刊第1195期，2004年7月
- 28、楊雲樺，刑事訴訟新增「協商程序」之探討(上)，月旦法學教室第20期，2004年6月
- 29、黃朝義，簡易訴訟程序—協商程序，月旦法學教室第35期，2005年9月
- 30、法扶會訊第25期之分享園地，財團法人法律扶助基金會出版，2009年夏季號
- 31、彭國能，刑事訴訟「程序公平原則」之建立，司法周刊第1019期，2001年2月
- 32、立法院公報，第92卷第32期，2003年6月

### (三) 學位論文

- 1、史奎謙，刑事辯護權之研究，中興大學法律學研究所碩士論文，黃東熊教授指導，1996年6月
- 2、林妍汝，刑事被告受律師協助的憲法權利，台灣大學法律學研究所碩士論文，王兆鵬教授指導，2006年7月
- 3、涂裕斗，刑事訴訟協商程序之實證研究—以臺灣高雄地方法院為例，

- 高雄大學法律學系研究所，王兆鵬教授指導，2007年12月
- 4、洪堯讚，我國量刑協商制度之研究，中正大學法律學研究所碩士論文，柯耀程教授指導，2005年6月
  - 5、孫啓強，協商程序之研究，高雄大學法律學研究所碩士論文，陳運財教授指導，2008年1月
  - 6、彭國能，辯護人之法庭活動—兼論偵查活動，台灣大學法律學研究所博士論文，蔡墩銘教授指導，2000年6月
  - 7、鄧芷筠，辯護制度之研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，黃朝義教授指導，2008年6月
  - 8、符基強，建構刑事偵查辯護之功能，中央警察大學警察研究所碩士論文，黃朝義教授指導，2000年6月
  - 9、陳業鑫，認罪協商制度之研究，政治大學法律學研究所碩士論文，段重民教授指導，1998年6月
  - 10、許俊雄，認罪協商制度之研究，輔仁大學法律學研究所碩士論文，甘添貴教授指導，2000年6月
  - 11、賴帥君，論我國刑事簡易程序之協商機制，中正大學法律學研究所碩士論文，柯耀程教授指導，2001年8月
  - 12、廖偉志，辯護人權利與義務之研究，輔仁大學法律學研究所碩士論文，褚劍鴻教授指導，1997年7月
  - 13、蔡育萍，指定辯護之研究，政治大學法律學研究所碩士論文，段重民教授指導，2003年6月
  - 14、劉秉鈞，強制辯護之研究，政治大學法律學研究所碩士論文，黃東熊教授指導，1979年6月
  - 15、戴遐齡，我國簡易訴訟程序與認罪協商，臺灣大學法律學研究所碩士論文，蔡墩銘教授指導，1996年6月