

第四章

“辯護人——兼談輔佐人 與被害人訴訟參與

前情提要

本章節所考，國考與研究所機率頗高。對於辯護人義務，答題上需要注意與被告實質辯護權適時做答題上的連結。本章節另需注意新增修法：被害人參與。

現行刑事訴訟法採取三面關係：法院、追訴機關、被告之外，被害人訴訟參與是三面關係外另一支點。亦是司法改革：改善司法與人民距離的核心之一。近期司法改革目標，讀者應該多加留心。按許宗力大法官「司法二三事——從憲法與人民信任的角度談起」演講中提及，司法對人民不信任，來自多方因素，可能來自於我國欠缺司法信任司法傳統、我國人民強調應報主義、威權時代，審判獨立欠缺——政治干預司法，政治分裂對立社會，政治敏感度高，人民懷疑、媒體影響一般民眾等等問題。政府極力想拉近司法與人民的距離，但單靠一方的努力，是無法有效達成相關成效的。第二篇相關問題，除了筆者希望讀者不論支持或是反對，都能先稍稍放下以前既有成見，花時間了解司法改革相關內對保障、對聲請再審被告保障、強化被害人保護與訴訟參與、刑事訴訟法落實兩公約等等。如果能理解相關爭議，對於修法上可能就比较不那么陌生，刑事訴訟法可能也會變成妳／你的好朋友喔！

主題一 辯護人的義務與實質辯護權

【說在前頭】

林鈺雄老師認為，辯護人雖為自主的司法單位，但辯護人為被告辯護不負客觀性義務，僅為低度真實義務負責¹；王兆鵬老師認為，律師不是政府機關傀儡，不是程序正當化幫襯，他為提供被告實質、真正保護存在²。「走鋼索的律師」，辯護人定位，常走在人權與法治道德的交叉路口，辯護人義務「界線」，為主要考試常考的議題，讓我們繼續看下去。



辯護人第二審代撰寫上訴理由義務、 辯護人實質辯護義務



波斯納讀書會

檢察官以殺人未遂罪起訴甲。審判期日，甲經合法傳喚竟未到庭，甲委任之辯護人乙亦未到庭。審判長以相關證人等皆已到庭，決定將審判期日改行準備程序訊問證人。準備程序結束時，審判長另定審判期日。於該次審判期日，甲到庭，辯護人乙仍未到庭，亦未請假。審判長以開庭時間已到，隨即開始進行審理。於調查證據時，審判長以證人丙於準備程序已訊問完畢而不予傳喚，僅當庭向被告提示準備程序之丙訊問筆錄。審判長詢問甲對丙證言有何意見，甲表示無意見。證據調查結束，開始辯論時，辯護人乙始匆匆趕到法庭參加辯論。輪到乙辯論時，乙僅當庭提出一份辯護狀，內載「請庭上念及被告年輕氣盛，誤觸法網，請宣告被告緩刑，給予被告自新機會」等數語，未另外陳述意見。甲則否認犯行。法院最後仍採信證人丙證言及其他證據判處甲有期徒刑五年。甲提起第二審上訴。上訴狀內表明，辯護人乙於證據調查時並未到庭，審判長

1 林鈺雄，刑事訴訟法（上），2017年9月8版，頁215。

2 王兆鵬，偵查中之辯護權，律師雜誌，第348期，9月號，頁17-18。

亦未指定辯護人為其辯護，認審判有違背法令事由。第二審法院則以無具體理由而駁回上訴。試評論本件審判程序、辯護行為及第二審上訴之合法性。（50%）

（101政大法研）

題型解說

第一審程序有三個爭點：1.審判長可否於第一次審判程序轉換準備程序問題。2.審判長以證人已於準備程序到庭，故審判程序僅以丙訊問筆錄作為證據正當性。3.辯護人雖到庭，但與未到庭無異判斷標準與效果。綜合上述爭點1與2簡言之：可以轉換，但是準備程序不可以架空審判程序所「應該做的事情」，即應該於審判程序為證人訊問，不應前挪至準備程序，避免架空直接審理原則核心。爭點3：判斷標準建議採取行為與結果瑕疵綜合判斷，違反法律效果則為第379條第7款。

第二審問題，為辯護人有無替被告代撰上訴理由狀義務。本問題是重要爭議問題，實務與學說皆有爭議。實務見解有認為不用（基於審級效力），有認為需要（基於強制辯護）；學說認為應區分強制辯護與一般辯護區別之見解。對於爭議應該點出，分數上才能左右逢源。

擬答

【共3,305字】

(一)本案審判程序是否合法，茲析述如下：

1. 本案審判長得否於第一次審判程序先轉換準備程序茲下論述：準備程序進行為充實訴訟程序、集中審理，避免訴訟空洞化破壞直接審理主義，若符合一定要件下得由審判程序轉換為準備程序，避免已到庭程序浪費。按刑事訴訟法（下同）第273條第4項，同條第1項之人未合法到庭者，得先為準備程序；次按第279條得由合議庭受命法官為之。

2. 本案證據調查行為應不合法：

(1)準備程序上，僅得為集中後續訴訟審理預作準備。申言之，僅得就提出之事實與證據為爭點整理，法院得曉諭當事人為調查證據之聲請，惟不得逾越訴訟審理所為之行為，避免破壞直接言詞審理原則。

(2)本題，審判長按第273條第4項被告未到庭，可由審判程序轉換準備程序，惟該準備程序不得訊問證人，以避免實質上將審判核心前挪至準備階段，導致審判空洞化。審判中調查階段，審判長以證人丙於準備程序已接受訊問之理由便不再傳喚，按釋字第582號意旨，被告應於訴訟中享有對質詰問權保障，法院不僅未盡到傳喚義務，更不當剝奪被告得於訴訟上面對面、全方面挑戰質疑他的人的機會。

3. 本案辯護行為：

(1)按第379條第7款、辯護人未到庭而為審判者，判決違背法令：

① 實質辯護之意義³：被告倚賴辯護權為訴訟上重大權利。辯護人訴訟上對被告具有發揮訴訟上防禦權功能，按釋字第654號解釋，亦闡明辯護人應為實質及忠實辯護使被告確實受訴訟上有效權利之保護。若辯護人未能提供有效之律師協助則與未到庭無異，構成第379條第7款判決違背法令。

② 學說⁴認為應於行為不利與結果不利綜合判斷律師有無提供有

3 王兆鵬，實質及忠實辯護——最高法院相關判決評析，法令月刊，第60卷第7期，2009年7月，頁66-67。

4 何謂辯護人無盡到實質及忠實辯護，實在是很抽象。學說提出較清楚標準，王兆鵬老師文章提出「行為瑕疵」、「結果不利」判斷標準。雖然老師現在已經