受羈押外籍被告之領事接見權

——以刑事訴訟法第105條第4項指定權之行使為中心

文／許辰舟

五之一

壹 問題之提出

外籍被告受羈押，並經法院依刑事訴訟法第 105 條第 3 項命禁止接見、通信（下稱禁見處分）後，其所屬國駐華使領館或代表機構人員請求探視時，看守所應否准許，實務上偶見爭議。羈押法第 59 條第 2 項雖規定，看守所應依外籍被告之請求，協助其與所屬國或地區之外交、領事或代表人員接見及通信；惟刑事訴訟法就禁見處分下之領事接見則無特別規定，羈押法施行細則第 42 條亦僅就辯護人以外之律師請求接見受禁見被告，定有看守所報請檢察官或法院同意之程序，就領事人員亦無相應規定。此與辯護人接見已由法律明定其限制要件及程序之情形有所不同[1]。看守所須依押票所載之禁見範圍執行，無從自行判斷領事接見是否在禁止之列。禁見處分之對象、範圍及期間，依刑事訴訟法第 105 條第 4 項，於偵查中由檢察官、審判中由審判長或受命法官指定並指揮看守所為之，但不得限制被告正當防禦之權利；領事接見是否及於禁見效力，本屬此一指定權限所應處理之事項。實務上，有法院於羈押裁定主文將代表機構排除於禁見範圍之外者，亦有待代表機構提出探視申請後逐案處理者，處理方式尚不一致。指定如未就領事人員另為處理，看守所即只能將之一併禁止，或逐案報請確認，領事接見之准駁遂繫於個別承辦者之處理，而欠缺一致之判斷基準。問題因而在於：檢察官或審判長、受命法官依第 4 項指定禁見之對象及範圍時，如何避免僅因法律未如辯護人接見設有特別規定，即將領事人員與一般外人同視而一併禁止；其判斷及限制方式又應受何種基準拘束，始足以兼顧禁見之目的與我國所受之國際法拘束？

就此問題，法務部民國 102 年 1 月 14 日法外字第 10206501670 號函（下稱法務部 102 年函）以「為履行國際公約義務」為由，要求偵查機關於逮捕、拘禁外籍人士時告知並通知其母國駐華使領館或代表機構，並認禁見處分作成後，外國領事是否仍得探視被告，應由偵查中檢察官或審判中法官視個案狀況裁量。司法院 113 年 3 月 28 日院台廳刑二字第 1130005844 號函及 114 年 6 月 11 日院台廳刑二字第 1140015941 號函（以下合稱司法院 113 年、114 年函）則要求法院尊重外國領事官員或代表機構人員與外籍被告間會見及通訊之權，並於指揮看守所時注意 1963 年維也納領事關係公約（Vienna Convention on Consular Relations，下稱 VCCR）之精神及義務，依個案具體情狀及比例原則妥適裁量，優先考量監看、錄音、錄影或中止接見等較輕微手段。

司法院 113 年函已就禁見處分提出個案衡酌、比例原則及優先考量監看等較輕微手段之操作方向。然而，該函本身涉及審判上之法律見解，依司法院釋字第 216 號解釋，對法官僅供參考；現行法律亦僅於第 105 條第 4 項明定由有權機關具體指定，未明定其審查基準。因此，仍有必要說明：禁見效力何以不當然全面及於領事接見、其個案判斷及方法選擇受何種規範拘束，以及比例原則應如何具體操作。本文即在函示所示方向之基礎上，補充其法源基礎與判斷準據。

以下即以刑事訴訟法第 105 條第 4 項之指定為中心，依序檢討：領事接見之規範內容、目的及其互惠結構（貳）；第 105 條第 3 項禁見決定與第 4 項具體指定之二階結構，以及指定時何以應就領事接見單獨判斷（參）；相關規範依據及其於我國法上之效力（肆）；指定者於何事項受羈束、於何事項應為個案判斷、於何事項得為方法裁量，及其判斷與裁量之基準（伍）；現行法下指定權之具體行使步驟（陸）；以及我國處於少有正式邦交國且非 VCCR 締約國之處境，互惠如何確保（柒）。

貳 領事接見之規範內容、目的與互惠

判斷禁見處分下應否准許領事接見，應先釐清領事接見所保障之利益及其制度目的。我國雖非 VCCR 締約國，外籍被告於刑事程序中接受本國領事協助之利益，仍與其人身自由、訴訟權及正當法律程序保障密切相關。至 VCCR 第 36 條能否及如何於我國法秩序中發生作用，則屬法源及效力問題，留待本文肆另行檢討。

一、維也納領事關係公約第36條之規範內容

VCCR 第 36 條規範「與派遣國國民之通訊及聯絡」，其第 1 項分 3 款建構派遣國國民受領事協助之制度[2]。(a) 款為基礎規範，規定領事官員與派遣國國民間之自由通訊及會見，權利主體兼及領事官員與國民雙方。(b) 款規定「領事通知」及其前提之「告知」：領事館轄區內有派遣國國民受逮捕、監禁、羈押候審或其他方式之拘禁時，經其本人請求，接受國主管當局應即通知派遣國領館，受拘禁人致領館之信件亦應迅予遞交；該款末句並明定當局「應將本款規定之權利迅即告知當事人」，此即告知義務。(c) 款規定「領事探視」與「代聘法律代表」：領事官員有權探訪受拘禁之派遣國國民，與之交談、通訊並代聘其法律代表，但受拘禁國民明示反對者，領事官員應避免採取行動。是探視與協助選任辯護人為領事保護職能之核心手段，而以尊重當事人意思為其界限。

同條第 2 項則為行使方式條款：第 1 項所定各項權利應遵照接受國法律規章行使之，「但此項法律規章務須使本條所規定之權利之目的得以充分實現」。準此，權利本身由公約保障，行使方式則委諸內國法，而內國法之規定不得使權利保障之目的落空。以此對照本文所關切之問題，刑事訴訟法之禁見處分即屬限制權利行使方式之規範，其合法界限，在於不得使告知、通知、聯繫、探視、代聘辯護人各該權利之目的無法實現。

二、領事接見之規範目的與必要性

VCCR 第 36 條係同公約第 5 條所

（文轉三版）

註釋

1 司法院釋字第 654 號解釋；刑事訴訟法第 34 條第 1 項；第 34 條之 1 第 2 項第 3 款、第 4 款（限制書應載明限制之具體理由、所依據之事實及具體之限制方法）。

2 Vienna Convention on Consular Relations, Apr. 24, 1963, 596 U.N.T.S. 261, Art. 36。中文譯文引自全國法規資料庫《維也納領事關係公約》。

3 維也納領事關係公約第 5 條 (a)、(e)、(h)、(i) 款。中文譯文引自全國法規資料庫《維也納領事關係公約》。應注意者，(a) 款附有「在國際法許可之限度內」（within the limits permitted by international law）、(h) 款附有「在接受國法律規章所限定之範圍內」（within the limits imposed by the laws and regulations of the receiving State）等限制語；(i) 款除以「以不牴觸接受國慣例與程序為限」（subject to the practices and procedures obtaining in the receiving State）為前提外，並明定臨時措施之取得應「依接受國法律規章」（in accordance with the laws and regulations of the receiving State）為之。

4 刑事訴訟法第 99 條；公政公約第 14 條第 3 項 (a) 款、(b) 款、(f) 款。人權事務委員會第 32 號一般性意見（Human Rights Committee, General Comment No. 32: Article 14, CCPR/C/GC/32 (2007)）就以被告通曉之語言迅速、詳細告知指控之性質及原因，見 para. 31；就給予充分時間及便利準備防禦並與辯護人溝通，見 paras. 32-34；就免費通譯之協助，見 para. 40。

5 學者 Sabina Veneziano 援引 Osagiede v. United States 所稱領館得充當受拘禁外國人與接受國司法機制間之「文化橋樑」（cultural bridge）之譬喻，說明領事通知及協助對外籍被告正當程序權利之功能，參 Sabina Veneziano, “The Right to Consular Notification: The Cultural Bridge to a Foreign National’s Due Process Rights,” Georgetown Journal of International Law, Vol. 49, Issue 1 (2017), pp. 501 以下，尤見 p. 501 標題註（引 Osagiede v. United States, 543 F.3d 399, 403 (7th Cir. 2008)）及 pp. 532-534（Importance of Article 36 節；p. 532 並引 Sanchez-Llamas v. Oregon, 548 U.S. 331, 367 (2006) 所稱領事之「cultural bridge」功能）。另參 Mark Warren, “Rendered Meaningless? Security Detentions and the Erosion of Consular Access Rights,” Southern Illinois University Law Journal, Vol. 38, Issue 1 (2013), pp. 27-56，就領事接觸對防止受拘禁人遭受不當處遇之保護功能，以及國家安全拘禁情境下領事接觸權遭侵蝕之分析，尤見 pp. 35, 40, 52-53, 56。

6 學者 Kadish 早在 1997 年即自條文文義、起草史及條約解釋規則，論證第 36 條賦予受拘禁外國人得由個人主張並請求司法執行之領事通知、聯絡及接觸權利，參 Mark J. Kadish, “Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations: A Search for the Right to Consul,” Michigan Journal of International Law, Vol. 18, Issue 4 (1997), pp. 565-613，尤見 Part V.A.2（pp. 590-603）關於個人權利之論證；該處並承認公約前言就特權及豁免「不在利益於個人」之文字不利於個人權利說，惟認該文字所指為享有特權及豁免之領事人員，而非受拘禁之派遣國國民。Kadish 並指出，就當時之美國判例而言，法院多未先決定第 36 條是否創設個人權利，即逕行審查違反該條是否使被告受有不利益，見同文註 136、註 149。

7 LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2001, p. 466, at p. 494, para. 77（第 36 條第 1 項創設受拘禁外國人之個人權利）。本案並認定國際法

JUDICIAL 司法 徵稿啓事
三、文稿內容應符合學術倫理規範，請勿違反學術社群共同接受的行為準則；並請適當遮掩個資及其他法定限制公開事項。
六、文稿一律不退件，請自留底稿。稿件如經採用，文責自負。
七、刊出文稿除紙本刊登外，亦置司法院網站；並酌計稿酬，寄贈該期刊物。

（文接二版）

列領事職務中「保護派遣國國民」一項，於刑事拘禁情境下之具體化。第 5 條 (a) 款定領事職務包括於接受國內保護派遣國及其國民之利益，(e) 款為幫助及協助派遣國國民，(h) 款為保護為派遣國國民之未成年人及其他無充分行為能力人之利益，(i) 款則明定以不牴觸接受國慣例與程序為限，於接受國法院及其他機關之前代表派遣國國民或安排適當之代表，俾依接受國法律規章取得保全其權利與利益之臨時措施，以應本人不能及時自行主張之情形[3]。是 VCCR 第 36 條所欲實現者，在使一國國民於身處異國、復遭剝奪人身自由之最不利狀態下，仍得獲得其本國之保護。同條第 2 項既以前引「充分實現」之要求為內國法規章之界限，則所謂「目的」之內容，即為判斷內國措施是否逾越界限之基準。

外籍被告於我國刑事程序中所處之不利地位具有結構性，而非個案偶發。領事接見之必要性，應自其所得填補之被告於訴訟上之地位落差予以理解。

其一，語言與資訊之落差。外籍被告多不諳中文，對其被訴事實、羈押原因及得行使之程序權利，往往僅能透過通譯間接理解。刑事訴訟法第 99 條固設有通譯之規定，公民與政治權利國際公約（下稱公政公約）第 14 條第 3 項 (a) 款、(f) 款並要求以被告通曉之語言迅速告知罪名並提供通譯之協助，(b) 款復保障其準備防禦及與辯護人溝通之權利[4]，惟通譯之品質、其是否確實轉達程序上之意義，制度上並無外部檢驗之機制。領事人員以其國民之母語與之交談，得確認被告是否真正理解其處境，此為通譯制度所不能取代之功能。

其二，對我國法制之陌生。羈押與具保責付之區別、辯護制度之運作、認罪與否對量刑之影響、緩起訴與協商程序之效果，凡此對本國被告已屬不易理解，於外籍被告更難掌握。領事人員雖不能取代辯護人提供法律意見，仍得提供一般性之程序資訊、協助聯繫辯護人，並確認被告是否理解其所處程序階段及可尋求協助之管道。

其三，社會支持網絡之欠缺。此點與本文所關切之問題關係最為密切。本國被告縱受禁見處分，其社會關係仍存在於境內，禁見解除後即得回復；外籍被告之親屬則多不在我國境內，一般接見對其本無實益，領事接見實為其與外界之重要常態聯繫管道。因此，同一禁見處分對本國被告與外籍被告之實際影響可能顯著不同：一併禁止領事接見，對外籍被告可能造成較本國被告更為嚴重之實質隔絕。此種形式相同而實質迥異之效果差異，於個案判斷時應予正視，否則所謂平等適用，將流於形式。

其四，辯護人選任之困難。VCCR 第 36 條第 1 項 (c) 款明定領事官員得為受拘禁之派遣國國民「代聘其法律代表」，此一權限，所以補外籍被告欠缺資力調查、人際網絡及對我國律師市場認識之不足。刑事訴訟法第 31 條之指定辯護固可補其不足，惟該條各款事由並未及於語言不通或外國人身分，未必當然適用於外籍被告；且指定辯護與被告自主選任其所信賴之辯護人，仍有差異。領事之協助，往往係外籍被告取得實質有效辯護之前提，二者互補而不重複。

其五，有利事證之取得。量刑所需之品格證據、家庭與經濟狀況、母國有無前科紀錄，以及境外之書證與證人，非經母國機關之協助難以取得。領事管道於此並非便利與否之問題，而每為此類事證得以進入我國法院之主要途徑。

其六，處遇與人身安全之外部檢驗。飲食、宗教、醫療需求及與家屬之通報，於外籍被告每因語言與文化因素而難以自行主張；領事接見亦使拘禁機關以外之人得以了解受拘禁之人之處境，具有外部查證及防免不當處遇之功能，於人身自由遭受拘束期間尤為重要[5]。

領事接見與辯護人接見雖同為受拘禁人對外聯繫之途徑，規範目的並不相同。辯護人接見直接服務於訴訟防禦，其保障重心在溝通之秘密性（刑事訴訟法第 34 條、司法院釋字第 654 號解釋）；領事接見則在實現派遣國保護國民之職能，內容兼及訴訟外之處遇、家屬通報、證件與身分事務，以及判決確定後之遣返或受刑人移交等事項，二者不能相互替代，自不得以被告已選任或已指定辯護人為由拒絕領事接見。尤其被告同時受羈押及禁見時，其自由、語言及對外聯繫均受高度限制，正是 VCCR 第 36 條保護最有必要發揮功能之情形。

三、權利之雙重性質：受拘禁人之個人權利與派遣國之職能

VCCR 第 36 條規定之權利主體為何，係國際法院 LaGrand 案前後最核心之爭點：該條究竟僅創設派遣國與接受國間之權利義務，抑或同時創設受拘禁外國人之個人權利[6]？該院於該案採個人權利說，明認 VCCR 第 36 條第 1 項除國家間權利義務外，並創設受拘禁外國人之個人權利[7]。美洲人權法院 OC-16/99 諮詢意見並將受拘禁外國人獲告知其領事協助權利列為刑事正當程序之最低保障[8]。

惟採個人權利說，並不否定第 36 條同時創設國家間之權利義務，二者係並存而非替代之關係。公約前言就特權與豁免所揭示之目的定位，即在確保領館代表其本國有效執行職務而非利益於個人，可見公約整體係以派遣國之職能利益為其制度基礎；第 36 條所定通訊、通知與探視，即為該職能於拘禁情境之具體展開，其中自含派遣國之利益在內[9]。準此，接受國拒絕領事探視者，同時侵害受拘禁人之個人權利，以及派遣國執行其保護國民職能之權利。

此一雙重性質於本文所關切之問題有三層意義：

其一，就個人權利之面向言，司法院釋字第 708 號解釋[10]已明示人身自由為任何人不分國籍均受保障之基本人權。由此可見，外籍被告請求與本國領事接觸並接受協助之利益，至少與憲法第 8 條人身自由、第 16 條訴訟權及正當法律程序保障密切相關；國家以禁見處分加以限制，應受法律保留與比例原則之審查，不得僅因其屬外國人即予全面排除。是禁見處分所限制者，不止於派遣國之職能，亦及於受拘禁人受保護之利益；且此一利益之存否繫於人之受拘禁，而不繫於國之相互承認，於我國與多數國家無正式邦交之處境，更有其實益。

其二，就派遣國職能之面向言，法院或檢察官就領事接見所為之准駁，同時構成我國對外領事關係實踐之一部分，其效果及於個案以外；互惠之重要性，即由此一面向而生（詳見本章四）。

其三，個人權利說亦有其附帶界限。VCCR 第 36 條第 1 項 (c) 款既明定受拘禁人明示反對時領事官員應避免採取行動，法院或檢察官就領事接見所為之決定，即應尊重被告之意思。

（下期待續）

（作者為司法院刑事廳廳長）

註釋

院依國際法院規約第 41 條所發布之臨時措施命令具法律拘束力，見 pp. 501-506, paras. 98-109（尤其 p. 506, para. 109）；美國未採取其所能採取之一切措施，以確保 Walter LaGrand 於本案終局判決前不被執行死刑，因而違反 1999 年 3 月 3 日臨時措施命令所生之義務，見主文 p. 516, para. 128(5)。另，學者 Aceves 之判決評釋指出，法院肯認第 36 條創設個人權利，惟未就該權利是否屬人權作成決定，並認第 36 條所建立之權利體系兼有相互關聯之個人權利與國家權利面向，參 William J. Aceves, “LaGrand (Germany v. United States),” American Journal of International Law, Vol. 96, Issue 1 (2002), pp. 210-218（Bernard H. Oxman 主編之 International Decisions 專欄），尤見 pp. 213, 218。

8 Inter-American Court of Human Rights, The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law, Advisory Opinion OC-16/99 of October 1, 1999, Series A No. 16, paras. 84（第 36 條賦予受拘禁外國人個人權利，並與接受國之義務相對應）、122（應將該權利列為使外國人得以適當準備防禦並受公平審判所必要之最低保障）、123-124（該權利使公政公約第 14 條之正當程序保障得以於個案中產生實效）、129、136-137（死刑案件），及主文（para. 141）意見 1（第 36 條賦予受拘禁外國人權利，其中包括領事協助資訊權）、意見 3（「迅即」指逮捕時，至遲於受拘禁人向當局為首次陳述之前）、意見 6（該資訊權使公政公約第 14 條之正當程序保障於個案中產生實效），暨意見 7（死刑案件中未尊重該權利而科處死刑，構成恣意剝奪生命；以六票對一票通過，Oliver Jackman 法官持部分不同意見）。另，學者 Cerna 並以領事通知權作為人權為題立論，參 Christina M. Cerna, “The Right to Consular Notification as a Human Right,” Suffolk Transnational Law Review, Vol. 31, Issue 2 (2008), pp. 419-470，尤見 pp. 419, 422-23（引述 OC-16/99 諮詢意見中 Antônio Augusto Cançado Trindade 法官之協同意見）。

9 維也納領事關係公約前言第 5 段：「Realizing that the purpose of such privileges and immunities is not to benefit individuals but to ensure the efficient performance of functions by consular posts on behalf of their respective States」（給予特權及豁免之目的不在利益於個人，而在確保領館代表其本國有效執行職務）；並參同前言末段（第 6 段）：「Affirming that the rules of customary international law continue to govern matters not expressly regulated by the provisions of the present Convention」。另參 LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2001, p. 466, at p. 494, para. 77；另見 p. 497, para. 89（第 36 條第 1 項於賦予派遣國之權利以外，另為受拘禁人創設個人權利，故同條第 2 項所稱「權利」兼指二者）。

10 司法院釋字第 708 號解釋處理入出國及移民法收容事件，其理由書第 1 段指出：國家剝奪或限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，除須有法律之依據外，尚應踐行必要之司法程序或其他正當法律程序；人身自由係基本人權，任何人不分國籍均應受保障，憲法第 8 條關於人身自由之保障亦應及於外國人，使與本國人同受保障。另見同理由書第 3 段：於處分或裁定收容之後，「亦應即以受收容之外國人可理解之語言及書面，告知其處分收容之原因、法律依據及不服處分之司法救濟途徑，並通知其指定之在臺親友或其原籍國駐華使領館或授權機關」。

WEEKLY 周刊

一、本刊歡迎兼顧理論與實務、探討司法制度、法學新知、足供讀者參考的作品；並歡迎司法人、事及法院的故事。來稿請聯繫（02）23618577 分機 849。
二、作品如以偵、審中案件，及未確定案件為主題，或作者為文稿議題之關係人士，請勿來稿。
四、文長宜在 7200 字以內，以利一次刊出。文內引用資料請加註解，以利參考。
五、本刊對來稿有權潤飾斟酌，對有疑義之內容將洽請作者再行檢視；不願接受刪改者，請加注說明。