德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 38, 372 —阻礙律師諮詢權之證據禁止*

文／王士帆

壹 導言

德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 38, 372[1] 處理的案情，簡述如下：犯罪嫌疑人 A 在警局接受警察詢問。警察於詢問前，依法向 A 告知得行使緘默權、得隨時（包括訊問之前）諮詢所選任之辯護人等權利後，A 表示願意陳述，惟要求警察同意其先諮詢辯護人。警察斷然拒絕並表示「你必須自己判斷是否願意陳述，辯護人不能為你決定」，還聲稱會繼續問話到真相大白。A 遂在未與辯護人諮詢下作出自白。試問：該自白有無證據能力？

BGHSt 38, 372 涉及的爭點是刑事被告（含犯罪嫌疑人）的律師諮詢權（Konsultationsrecht），在本案尤其還侵害「第一時間之律師」權利（Recht auf den “Anwalt der ersten Stunden”）。被告有第一時間律師權利，亦即，司法警察（官）第一次詢問被告時，不問被告是任意或被拘捕到案，其於第一時間享有受律師協助的防禦權[2]。

從歐洲刑事人權以觀，《歐洲人權公約》並無賦予被告第一時間律師權或與律師諮詢權的直接明文。《歐洲人權公約》第 6 條第 3 項第 3 款規定「由被告本人或選任辯護人辯護。被告無資力酬償者，如有維護司法利益之必要，則應無償提供辯護人協助」的刑事被告最低權利保障，並未直接論及律師諮詢權。然而，歐洲人權法院始終強調任何刑事被告均享有由律師為其有效辯護的權利，屬於《歐洲人權公約》第 6 條第 1 項公平審判程序的基本要素之一[3]。而在確立第一時間律師權的標竿裁判 *Salduz vs. Turkey* 案[4]，歐洲人權法院首次明示：「為了使《歐洲人權公約》第 6 條第 1 項保障之公平審判權利實際有效，一般而言，有必要自被告第一次警詢時，即應允許被告接受辯護人之協助」[5]；若「考量全案特殊情節後，存在限制此一權利的可信服理由」時，固可限制此一權利，惟「此一限制本身—無論基於何種正當事由—仍不可不當地侵犯公約第 6 條之被告權利。如果被告於警詢過程未獲得辯護人協助，而有罪判決正是以警詢自白為據者，通常會對被告權利造成無可回復之侵害」。據此，歐洲人權法院將這些原則套用於 *Salduz* 案情，表示「限制申訴人獲取辯護人協助之權利，毫無疑問影響到申訴人，因為他的警詢自白被法庭當作有罪證據。即便申訴人後來已獲得辯護人協助或緊接著進行法院之審判程序，均無法治癒先前在警察拘捕期間發生的限制辯護人協助權之瑕疵」[6]。

回到我國法。被告於訊問之前若向偵查機關主張律師諮詢權，要求停止訊問，在我國有無法律依據？首先應指出，被告的律師協助權在我國裁判實務向無疑義，是「指被告於各審級有受律師實質、有效協助之權利，其內涵應包括國家機關不得否定被告有此項權利，國家機關不得干涉辯護人的重要辯護活動，例如被告與律師的充分溝通權，以及辯護人應提供有效之協助，以確保被告辯護倚賴權應有的功能，並應排除辯護人利益衝突之情形」[7]。申言之，律師協助權在我國《刑事訴訟法》展現或衍生多元面向，諸如第 27 條選任權、第 33 條閱卷權、第 34 條接見通信權（含自由溝通權[8]）、第 95 條第 1 項第 3 款辯護權利告知與第 245 條第 2 項在場權及陳述意見權等等，這些個別權利都是出自律師協助權，「彼此緊密關聯，不容切割或分別處理。其中任何一個權利未能獲有實現，其他權利就可能只是聊備一格」[9]。

其次，在上述律師協助權的個別權利面向中，被告於訊問之前的律師諮詢權固然沒有明文規定，但從實質有效辯護角度來看，實在無法想像僅允許律師於訊問時在場、與被告（一小時內）接見通信，卻禁止被告於訊問前與律師諮詢。歐洲人權法院 *Sadulz* 案即表示，「在偵查程序的被告，乃處於一種特別容易受到侵害的處境，而刑事訴訟法越來越複雜（尤其是證據取得與使用的法律條文），更加惡化此種情形。於大多數案例，這種特殊的易受侵害性，唯有透過辯護人之協助才能予以適當彌補，而辯護人此時尤須注意被告的不自證己罪權利應獲得尊重」[10]。德國聯邦最高法院 BGHSt 38, 372 的說法更直白：「讓被告與辯護人談話，應是使被告在決定是否自白此一辯護上至關重要之問題時，有與辯護人商量的機會。被告在受權利告知之後、而於訊問之前，若要求與辯護人交談者，此時為滿足上述目的，訊問人員應立即停止訊問」[11]。準此以觀，被告於訊問前的律師諮詢權在我國《刑事訴訟法》的依據可能有二，一是第 34 條第 2 項偵查接見權[12]，另一是於 2013 年增訂的第 95 條第 2 項「無辯護人之被告表示已選任辯護人時，應即停止訊問。但被告同意續行訊問者，不在此限」[13]。

再者，《公民與政治權利國際公約》（下稱公政公約）也有被告之律師諮詢權的人權依據。依《公政公約》第 14 條第 3 項第 2 款，刑事被告享有下列最低限度之保障：「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」，而依公約第 32 號一般性意見，其意涵為「與辯護人的聯絡權要求及時批准被告與辯護人聯繫。辯護人應當能夠私下會見委託人，在充分尊重通信保密的條件下與被告聯絡。另外，辯護人應當能夠向刑事被告提供諮詢意見，根據公認的職業道德標準代表被告，而不受任何方面的限制、影響、壓力，或不當的干涉」。《公政公約》自《兩公約施行法》於 2009 年 12 月 10 日施行後，公約權利本身、立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋，均具有我國內國法效力。當我國實務已接受《公政公約》第 14 條的人權保障「乃國際公約所認定之最低人權標準，同時係刑事審判中對刑事被告最低限度之保障，具有普世價值，在兩公約內國法化後，亦屬我國國際法上之義務」[14]，《公政公約》第 14 條第 3 項第 2 款及其意見書肯認的律師諮詢權，亦應受到相同看待。而且，《公政公約》之被告人權與我國其他法律發生法律衝突時，「基於人權保障之法治國原則，應優先適用人權保障密度較高之兩公約規範」[15]。

最後，警察阻礙被告之律師諮詢權所取得的自白，應否證據使用禁止呢？德國《刑事訴訟法》（StPO）對這種類型的違法取證並沒有法定證據使用禁止規定，BGHSt 38, 372 乃從權衡方式（德國法院判決非泛泛條列審酌因素，而是實在探求被違反條文之規範保護目的）得出證據禁止結論：「當所違反的

（文轉三版）

註釋

* BGH, Urt. v. 29. 10. 1992 – 4 StR 126/92.

1. BGH, Urt. v. 29. 10. 1992 – 4 StR 126/92. Anm. dazu vgl. Rieß, JR 1993, 334 f.; Roxin, JZ 1993, 426 ff.
2. 詳見 *Schlegel/Wohlers*, Der “Anwalt der ersten Stunde” in der Schweiz, StV 2012, 307 ff.
3. 參見 EGMR, *Poitrimol vs. France*, v. 23. 11. 1993, Nr. 14032/88, § 34; *Demebukov vs. Bulgaria*, v. 28. 02. 2008, Nr. 68202/01, § 50.
4. EGMR, *Salduz vs. Turkey*, v. 27. 11. 2008, Nr. 36391/02。可參見王士帆，〈被告第一時間之律師協助權—歐洲人權法院 *Salduz vs. Turkey* 譯介〉，《司法周刊》，1701 期，2014 年 6 月 20 日，版 2-3。
5. EGMR, *Salduz vs. Turkey*, v. 27. 11. 2008, Nr. 36391/02, § 55.
6. EGMR, *Salduz vs. Turkey*, v. 27. 11. 2008, Nr. 36391/02, § 58.
7. 最高法院 102 年度台上字第 3050 號判決。
8. 司法院釋字第 654 號解釋理由書：「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。而刑事被告受其辯護人協助之權利，須使其獲得確實有效之保護，始能發揮防禦權之功能。從而，刑事被告與辯護人能在不受干預下充分自由溝通，為辯護人協助被告行使防禦權之重要內涵，應受憲法之保障」。關於被告與辯護人之自由溝通權及《刑事訴訟法》第 34 條說明與批評，詳見陳運財，〈釋字 654 號解釋與自由溝通權〉，《月旦法學雜誌》，192 期，2011 年 5 月，頁 5-28；李榮耕，〈受拘捕犯罪嫌疑人於訊問中之受辯護權〉，《月旦法學雜誌》，192 期，2011 年 5 月，頁 45-62。
9. 李榮耕，〈受拘捕犯罪嫌疑人於訊問中之受辯護權〉，《月旦法學雜誌》，192 期，2011 年 5 月，頁 58。
10. EGMR, *Salduz vs. Turkey*, v. 27. 11. 2008, Nr. 36391/02, § 54.
11. BGHSt 38, 372, 373.
12. 《刑事訴訟法》第 34 條第 2 項「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。但接見時間不得逾一小時，且以一次為限。接見經過之時間，同為第九十三條之一第一項所定不予計入二十四小時計算之事由」。關於本條文說明與批評，詳見陳運財，〈釋字 654 號解釋與自由溝通權〉，《月旦法學雜誌》，192 期，2011 年 5 月，頁 5-28；李榮耕，〈受拘捕犯罪嫌疑人於訊問中之受辯護權〉，《月旦法學雜誌》，192 期，2011 年 5 月，頁 45-62；黃朝義，《刑事訴訟法》，4 版，2014 年，頁 103-106。
13. 立法理由謂增列第 95 條第 2 項「以保護被告之權益」，惟未指出保護被告何種權益。另一方面，文獻指出「此項規定係與本法第 93 條之 1 第 1 項第 5 款及同法第 2 項相互配合」（朱石炎，《刑事訴訟法論》，修訂 5 版，2015 年，頁 98）。
14. 最高法院 105 年度台上字第 2765 號判決：「憲法第十六條所定人民訴訟權之保障，就規範目的而言，應合乎『有效的權利保障』及『有效的權利救濟』之要求，在權利救濟的司法制度設計上，其應循之審級制度及相關程序，立法機關雖得衡量訴訟性質以法律為合理之規定，然公民與政治權利國際公約（下稱公政公約）第十四條第五項揭櫫：『經判定犯罪者，有權聲請上級法院依法覆判其有罪判決及所科刑罰。』參酌公政公約第三十二號一般性意見第四十八段之論述，公約所指由上級審法院覆判有罪判決的權利，係指締約國有義務根據充分證據和法律進行『實質性覆判』，倘僅限於覆判為有罪判決的形式，而不考量事實情況，並不符合本項義務之要求。可見，刑事被告至少應受一次實質有效上訴救濟機會之訴訟權保障，乃國際公約所認定之最低人權標準，同時係刑事審判中對刑事被告最低限度之保障，具有普世價值，在兩公約內國法化後，亦屬我國國際法上之義務。」
15. 最高法院 105 年度台上字第 1062 號判決。

JUDICIAL 司法 復刊 稱 周 亭
四、院網站。
五、稿件一經刊登，酌送稿酬，並寄贈該期刊物。
訂閱辦法
本刊每
全年
費用新
如蒙
請郵
帳
5005
帳
司法院

（文接二版）

程序條文，其制定目的在於確保刑事訴訟被告程序法地位之基礎者，則必然會有證據使用禁止的後果」[16]，「訊問人員刻意阻礙被告與辯護人諮詢，此詢問過程取得的被告陳述，必須賦予證據使用禁止之效力，因為被告得由辯護人提供法律協助的機會，屬於刑事被告最重要的權利之一。藉由此，以確保被告不會只被當作刑事程序之客體，而是得以透過影響程序之過程及結果來維護其權利。訊問人員於訊問之前雖有告知被告得諮詢辯護人，但卻阻礙被告接觸其辯護人者，此訊問取得之陳述更必須禁止使用。因為唯有如此，始能確保國家遵守這個對被告至關重要的權利」[17]；除此之外，警察同日下午再行詢問被告取得之第二次自白，因受到上午自白證據禁止之延伸效力所及，故亦無證據能力[18]。因此，BGHSt 38, 372 鑒於原審有罪判決以應予證據使用禁止的自白為裁判基礎，無從維持，判決撤銷發回更審，要求更審法官應審查並判斷是否仍可依其他證據獲致被告犯罪之證明。

德國聯邦最高法院 BGHSt 38, 372 被當代刑法大師 Claus Roxin 教授譽為與具開創時代意義之 BGHSt 38, 214（警詢違反緘默權告知義務，自白應予證據禁止）[19]並駕齊驅的德國判決[20]。不過，BGHSt 38, 214的成果是收割德國學界當時通說，相較之下，BGHSt 38, 372 則是領先學界群倫，在當年德國學界和文獻對於律師諮詢權仍無充分討論時，BGHSt 38, 372 帶頭立下標竿，難能可貴[21]。我國最高法院 98 年度台上字第 4209 號判決頗有 BGHSt 38, 372 的精湛法學身影[22]，也是關於律師協助權與證據禁止的指標裁判，唯一美中略嫌不足的是其未直接依《刑事訴訟法》第 158 條之 4 權衡方式，從探求規範保護目的作為審酌因素而得出證據禁止結論，反而依舉輕以明重，走向類推同法第 158 條之 2 第 2 項的路徑，雖然證據禁止的結論殊途同歸，法律適用上卻不符合文義解釋、體系解釋，實在無庸多此一舉。BGHSt 38, 372 被德國眾多刑事訴訟法教科書引用[23]，鑒於其關於律師諮詢權的比較法意義，筆者不揣淺陋譯介，以饗同好。

貳 裁判要旨

訊問人員於被告接受初次訊（詢）問時，雖有踐行德國《刑事訴訟法》第 136 條第 1 項第 2 句規定之告知義務（告知得自由決定是否陳述案情與隨時諮詢辯護人權利），卻阻礙被告諮詢所選任之辯護人者，此訊（詢）問取得之被告自白仍無證據能力。

參 理由

被告提起法律審上訴，指摘原審程序違法，其上訴為有理由。原審對被告犯有殺人罪結合強制性交、妨害自由（犯罪單數）之有罪判決無以維持，應予撤銷。被告稱其因前述罪名接受初次警察詢問之前，其辯護人諮詢權利受到阻礙，此指摘於法有據。

a) 如同辯護人參照原審判決所述，被告因另案有罪判決而受羈押，於在押期間，即 1990 年 5 月 17 日上午，被解送到警局接受偵訊。被告到警局後，「有被告知刑事被告應有之權利。被告表示願意陳述，但要求先允許他與辯護人談話，但警察 N 拒絕此要求。拒絕理由是，N 說『被告自己必須知道是否願意陳述，辯護人不能為他決定』。此外，N 還表示會繼續詢問被告，『直到真相大白』。被告遂不再堅持諮詢辯護人」。於是，被告作出本案陳述。到了下午，警察帶他前往犯罪地點勘查，接著再一次進行詢問並製成筆錄。被告在下午的警詢先作出一般自白，後來才為詳細之自白。被告在 1990 年 5 月 19 日寫給辯護人之書信表示已撤回自白，並且提到他之所以自白，只是因為「心理刑求」。

b) 不可阻礙被告諮詢辯護人。根據德國《刑事訴訟法》第 137 條第 1 項第 1 句規定，被告「於程序任何階段」均可獲得辯護人協助。而同法第 136 條第 1 項第 2 句（連結第 163a 條第 4 項第 2 句）規定之告知義務，其目的在於讓被告接受初次訊問之前，獲悉享有與辯護人諮詢之機會。只有被告自己能決定是否願意陳述，此說法固然正確，惟讓被告與辯護人談話，應是使被告在決定是否自白此一辯護上至關重要之問題時有與辯護人商量的機會。被告在受權利告知之後、而於訊問之前，若要求與辯護人交談者，此時為滿足上述目的，訊問人員應立即停止訊問（Kleinknecht/Meyer, StPO, 40. Aufl., § 136 Rdnr. 10）；處於國家監禁下的被告，當其尋求聯繫辯護人時，不可使之難以達成或加以阻礙（Rieß, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 24. Aufl., § 163a Rdnr. 81）。警察如果拒絕——尤其警方已知被告有選任辯護人——讓被告與辯護人接觸，且繼續詢問並表示會詢問到「真相大白」，已違反此一禁止阻礙辯護諮詢義務。

c) 本案的違法阻礙行為，導致被告自白無證據能力。雖然並非任何違法取證均會逕自形成證據使用禁止之效果，對於肯定或否定證據使用禁止的判斷，毋寧是採取全面性的權衡，即審酌程序違法之嚴重性及其對相關人法律保護領域的重要性，此外也必須考慮到不得不計代價發現真實（BGHSt 38, 214, 219 ff. 有諸多德國聯邦最高法院裁判可為例證）；然而，當所違反的程序條文，其制定目的在於確保刑事訴訟被告程序法地位之基礎者，則必然會有證據使用禁止的後果（BGH aaO）。

據此毫無疑問的，訊問人員刻意阻礙被告與辯護人諮詢（再加上警方說沒有辯護人在場的詢問仍會繼續下去，直到「真相大白」），此詢問過程取得的被告陳述，必須賦予證據使用禁止之效力，因為被告得由辯護人提供法律協助的機會，屬於刑事被告最重要的權利之一（參照歐洲人權公約第 6 條第 3 項第 3 款）。藉由此，以確保被告不會只被當作刑事程序之客體，而是得以透過影響程序之過程及結果來維護其權利（BVerfGE 57, 250, 275; 63, 380, 390）。在一件未將被告訊問期日依德國《刑事訴訟法》第 168c 條第 5 項通知辯護人的案件，德國聯邦最高法院已認為此訊問所取得之自白應予禁止使用（BGH NStZ 1989, 252）。這一通知義務之用意在確保辯護人在場權，違反通知義務若不生任何效果，辯護人在場權將顯著折損價值（Hilger, NStZ 1989, 283）。訊問人員於訊問之前雖有告知被告得諮詢辯護人，但卻阻礙被告接觸其辯護人者，此訊問取得之陳述更必須禁止使用。因為唯有如此，始能確保國家遵守這個對被告至關重要的權利（亦參照 Strate/Ventzke, StrVert 1986, 30, 33）。

相較之下，原審認為被告諮詢辯護人之權利雖受阻礙，「但此並不是影響其決定陳述與否的原因，理由是被告已知悉『他無須陳述，也不可被強制陳述』」。原審前述考量，本庭不予贊同。質言之，本案並不涉及被告是否知悉享有緘默權，而是關係到被告可否實現其權利的問題。況且，正由於訊問人員補充說「被告必須自己決定是否願意陳述案情」、「會繼續詢問被告，『直到真相大白』」，這已阻礙被告實現其權利。本庭認為，被告在這種狀況下必定形成一種印象，即「他雖有辯護諮詢權與緘默權，但卻不能行使這些權利」。

d) 證據使用禁止的效力範圍，涵蓋被告於 1990 年 5 月 17 日上午及下午的全部陳述。基於被告合法上訴法律審所提出之實體法指摘，本庭必須另外注意原審判決理由（BGHSt 38, 302）。從原審判決理由可看出，被告下午被帶往犯罪地點勘查之後、開始製作警詢筆錄之前，警察有再一次告知其刑事被告之權利。但這次的警詢筆錄仍與先前在上午進行的詢問具有直接關聯性，這次警詢主要目的在於以書面筆錄方式確保被告自白之證明力。可是，警察上午警詢曾對被告說「會繼續詢問被告，『直到真相大白』」這句話，並沒有被警方清楚撤回。因此，被告必然認為就被指控殺人罪方面，他的權利行使繼續受到了阻礙。進一步言，假如要將被告 1990 年 5 月 17 日下午之自白作為證據使用，唯一可能性就是下午的詢問情勢相對於該日上午之詢問已有所轉變，而且被告毫無疑義地知悉這項轉變，但本庭並未於原審判決理由看出這種轉變。

e) 本庭裁判見解未與本院刑事第三庭判決歧異（NJW 1992, 2903, 2905 = BGHSt 38, 291）。於刑事第三庭該判決之案情，被告尋求諮詢辯護人之權利並未受到阻礙。該案被告雖有表示延聘一位律師擔任其辯護人，但他仍——在未受到不正訊問方法（德國刑事訴訟法第 136a 條）或其他不法手段之強迫之下——自願地表示，可在辯護人未在場之下繼續陳述案情。除此之外，該案另一名女性共同被告，先前在訊問程序雖「依其精神狀態，有清楚表示希望與她已洽談過的辯護人可以到場」，但她於訊問之前早就與該名辯護人洽談過，並得知她身為刑事被告的訴訟權利，但仍在無辯護人在場下自願性陳述。準此以觀，本庭案件之被告乃是被阻礙接觸其辯護人，此外還被督促在無辯護人之諮詢下作出陳述，故與刑事第三庭該判決之案情不具類似性。

（作者為成大法律助理教授）

註釋

16. BGHSt 38, 372, 373 f.
17. BGHSt 38, 372, 374.
18. BGHSt 38, 372, 375.
19. 參見王士帆，〈違反緘默權告知義務之證據禁止—以德國法作比較觀察〉，《政大法學評論》，120 期，2011 年 4 月，頁 159-269。
20. Roxin, JZ 1993, 426.
21. Roxin, JZ 1993, 427.
22. 最高法院 98 年度台上字第 4209 號判決：「被告或犯罪嫌疑人因拘提或逮捕到場者，應即時訊問，刑事訴訟法第九十三條第一項定有明文。又檢察事務官、司法警察官、司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人時，違反應告知得選任辯護人之規定者，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限。同法第九十五條第三款、第一百五十八條之二第二項亦定有明文。之所以如此立法，當係被告或犯罪嫌疑人臨時受拘提或逮捕，一時難免惶惑，不知所措，為保障其訴訟上之防禦權，期使司法警察（官）確實遵守此一告知之程序，以保障人權，特別明定，違背此一程序時，除有但書例外之情形外，所取得之供述證據，無證據能力，此與在其他調查、偵查或審判程序違背此一告知義務時，非當然無證據能力之規定不同。而第九十三條、第九十五條及第一百五十八條之二已分別於民國八十六年十二月十九日、九十二年九月一日公布施行，至九十七年六月間已行之經年，當為辦理刑事偵查之司法警察（官）所明知。故司法警察（官）明知被告或犯罪嫌疑人已表明需選任辯護人，自應待其辯護人到場後，即刻訊問，不得無故拖延。如司法警察（官）待犯罪嫌疑人所選任之辯護人到場後，卻刻意拖延，不遵守應即時詢問之規定，而於其辯護人離去後，始加詢問，使犯罪嫌疑人未獲辯護人之諮商及協助，自有礙於其防禦權之充分行使。此種情形，較之於詢問之初未告知得選任辯護人，尤為嚴重；且既屬明知而有意為之，自屬惡意。因此，依舉輕以明重之法理，司法警察（官）以此方法違背刑事訴訟法第九十三條第一項即時詢問之規定時，其所取得被告或犯罪嫌疑人之不利供述證據，難認有證據能力。」
23. 例如 Beulke, Strafprozessrecht, 13. Aufl., 2016, Rn. 469; Kindhäuser, Strafprozessrecht, 4. Aufl., 2016, § 7 Rn. 11 Fn. 26; Kühne, Strafprozessrecht, 9. Aufl., 2015, § 54 Rn. 910 Fn. 192; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl., 2014, § 24 Rn. 37.

WEEKLY 周刊 徵稿啓事 一、本刊歡迎兼顧理論與實務、探討司法制度、法學新知的作品。文長宜在八千字以內，以利一次刊出。文後請加註，以利參考。二、本刊並歡迎司法人、事及法院的故事。三、本刊對來稿有權潤飾刪改，不願者請加注明；刊出文章並將置同法 WEEKLY 周刊 訂閱 郵撥 號 4377 戶 司法周刊 定價400元 訂閱 郵撥 號 4377 戶 司法周刊