

次修正，學者認為修法時未將法官同一性要件納入規範（排除審查法官與本案承審法官的同一性），雖然可由現行迴避規定處理，但將來應明文納入自行迴避事由規定為宜。⁵⁷

第三項 在場權

辯護人之「在場權」，屬被告在訴訟法上之基本權利之一，兼及其對辯護人之依賴權同受保護。⁵⁸辯護人之在場，得證明法院所踐行之訴訟程序公正、純潔、慎重及尊重，以昭公信，且能使當事人、辯護人對於證據方法之展示、取得，因曾會同參與而見證知悉，乃得以及早展開反證活動，有助迅速發現真實。⁵⁹

一、辯護人偵查中在場權

第245條

II 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、偽造、變造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。

IV 偵查中訊問被告或犯罪嫌疑人時，應將訊問之日、時及處所通知辯護人。但情形急迫者，不在此限。

(一)學說認為，我國法但書限制過多，與修正後刑訴第34條第2項相比較，這樣的規定顯得極為不當。因為依現行規定，得限制或禁止辯護人在場及陳述意見的事由過於廣泛抽象，執法機關可能動輒作成限制或禁止的處分，不當侵害犯罪嫌疑人的受辯護權益。

(二)此外「有事實足認其有妨害國家機密或有湮滅、偽造、變造證據或勾串

⁵⁷ 林鈺雄，刑事訴訟法（上），7版，2013年，頁234。

⁵⁸ 最高法院94台上4929例。

⁵⁹ 王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（上），2015年，頁546。

共犯或證人或妨害他人名譽之虞」在個案中的判斷，可能流於恣意，依修正後的第34條第2項，其已非限制犯罪嫌疑人或辯護人接見的事由，但第245條第2項卻仍將其列為得限制辯護人在場及陳述意見的原因，相較之下，並不妥當。

(三)綜上，學者認為，應刪除「有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人或妨害他人名譽之虞」或「行為不當足以影響偵查秩序」之規定，並容許犯罪嫌疑人或辯護人於在場權或陳述意見權受有侵害時，得提起準抗告，以為救濟。⁶⁰

二、辯護人審判中在場權

(一)準備期日與審判期日之在場權

1. 案件起訴後，辯護人不僅於審判期日具有在場權，即便審判期日前，法院為準備審判起見而於期日前先行訊問被告者，辯護人亦得於訊問時在場，法院並應預先通知其訊問之時間、地點（§ 271 I、§ 273）。期日前訊問證人、鑑定人或通譯時（§ 276），亦同。⁶¹

2. 審判中，辯護人不在場，亦不得訊問證人

(1)除了準備期日與審判期日辯護人得在場外，刑訴第168條之1規定：「I 當事人、代理人、辯護人或輔佐人得於訊問證人、鑑定人或通譯時在場。II 前項訊問之日、時及處所，法院應預行通知之。但事先陳明不願到場者，不在此限。」立法理由指出：「為保障當事人之反對詰問權，使交互詰問制度得以充分落實，以期發見真實，當事人、代理人、辯護人及輔佐人於訊問證人、鑑定人或通譯時允宜賦予在場之機會，斯即學理上所稱之**在場權**。」

(2)學說認為，倘法官於訊問證人時，未依此規定通知辯護人到場，違反被告的律師權及與證人對質詰問的權利，不論法院出於故意或過

⁶⁰ 李榮耕，受拘捕犯罪嫌疑人於訊問中之受辯護權，月旦法學雜誌第192期，2011年5月，頁58-60。

⁶¹ 林鈺雄，刑事訴訟法（上），7版，2013年，頁235。

失，辯護律師得請求該證詞不得作為證據。⁶²

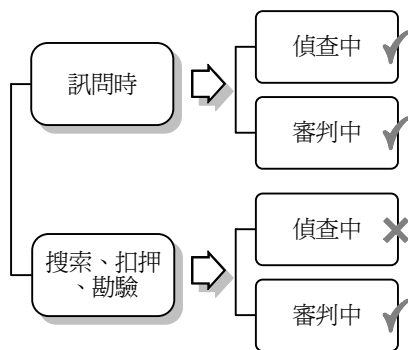
(二) 審判中搜索、扣押、勘驗時之在場權

最高法院94台上4929例

當事人及審判中之辯護人得於搜索或扣押時在場。但被告受拘禁，或認其在場於搜索或扣押有妨害者，不在此限。刑事訴訟法第一百五條第一項定有明文。此規定依同法第二百十九條，於審判中實施勘驗時準用之。此即學理上所稱之「在場權」，屬被告在訴訟法上之基本權利之一，兼及其對辯護人之倚賴權同受保護。故事實審法院行勘驗時，倘無法定例外情形，而未依法通知當事人及辯護人，使其有到場之機會，所踐行之訴訟程序自有瑕疵，此項勘驗筆錄，應認屬因違背法定程序取得之證據。

→依第150條以及本判例之意旨，此在場權僅針對「審判中」實施的搜索、扣押或勘驗。

偵查中與審判中辯護人在場權之比較



三、違反律師在場權之效果

(一) 實務見解

按上開最高法院94台上字第4929號判例可知，實務上認為此種侵害律師

⁶² 王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（上），2015年，頁550。

在場權之類型，屬於違背法定程序取得之證據。又本法並無就此類型予以特別規定，因此應依刑訴第158條之4權衡其證據能力之有無。

(二)學說見解

學說上認為，在違反律師權之情況所取得被告之自白，已無任意性可言，應按自白法則中之「預防性」或「嚇阻性」理論排除自白。⁶³

偵查中與審判中辯護人之比較⁶⁴

	偵查中辯護人	審判中辯護人
指定辯護人	§ 31-1	§ 31 I
辯護人之資格	律師	原則律師；例外經審判長許可，得選任非律師為辯護人（§ 29）
閱卷權	原則不得閱卷，但釋字第737號解釋後，偵查中羈押審查程序辯方得獲取與羈押事由相關之資訊。	得檢閱卷宗證物並抄錄或攝影（§ 33 I）
搜索、扣押、勘驗之在場權	不得在場	得在場（§ 150 I、§ 219）
訊問時在場	得在場	得在場
攜同速記到庭紀錄	不得	得（§ 49）

考題研析

調查局調查員甲受檢察官之指揮，偵辦某財團董事長乙涉嫌掏空公司資產的背信罪嫌。某日，調查員甲通知乙到調查站詢問案情，並於詢問前依法告知刑事訴訟法第95條所定事項，乙選任的辯護人丙並於偵訊室內陪同在場。詢問過程中，辯護人丙認為調查員甲試圖以誘導方式詢問可能涉及乙公司的營業秘密，且判斷乙可能因此作出不利於自己的回答，遂當場告知乙可以保持緘默，不用回答該項問題。調查員甲認為辯護人丙的行為已不當干擾其詢問

⁶³ 王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（上），2015年，頁552；李榮耕，受拘捕犯罪嫌疑人於訊問中之受辯護權，月旦法學雜誌第192期，2011年5月，頁57。

⁶⁴ 林俊益，刑事訴訟法概論（上），14版，2014年，頁116-117。

的進行，要求丙離開偵訊室，限制其僅能在室外隔窗觀察。詢問結束隔日，各大報刊登乙涉案情節，並描述乙已供出所掏空資金的流向云云。辯護人丙認為乙並未掏空公司資產，且乙亦未承認自己有何不法行為，媒體報導似受到調查員甲的誤導而與事實不符。丙遂與乙一起召開記者會，公開前日調查員甲的部分詢問內容，並批評限制其在場陳述意見的做法不當。試問：

(→)調查員甲限制辯護人丙偵訊時在場陳述意見的處理方式是否合法？（15分）
（102律③）

【答題關鍵】

在場權的核心內涵包括「在場」並「陳述意見」。偵查機關若無刑訴第245條第2項但書情形而限制辯護人在場並得陳述意見之權利時，即屬對在場權之侵害。本案辯護人告知乙得保持緘默，不用回答該項問題。所謂緘默權乃源自於不自證己罪特權，且經刑訴第95條第1項第2款所明定。辯護人丙既然係提醒被告乙享有此項刑事訴訟上之權利，誠難認為有任何不當干擾詢問進行之情事。據此，調查員甲限制辯護人在場陳述意見之處理方式應屬違法。