

1 **專家諮詢意見書**

2 案號：憲法法庭會台字第13187號

3 專家團體：全國律師聯合會

4

5

6 團體代表人：陳彥希理事長

7 指派代表人：李宜光律師

8

9

10 柳國偉律師

11

12 李奇律師

13

14

15

16 為憲法法庭審理會台字第13187號聲請人陳明賢就刑事訴訟
17 法第416條第1項以及檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意
18 事項第28點等規定，有違憲疑義聲請解釋案，依法提出專家
19 諮詢意見書：

20 **壹、應揭露事項**

21 依憲法訴訟法第19條第3項規定，應揭露以下資訊：

22 一、本專業意見或資料之準備或提出，並無與當事人、關係

1 人或其代理人有分工或合作關係。

2 二、本專業意見或資料之準備或提出，並無受當事人、關係

3 人或其代理人之金錢報酬或資助及其金額或價值。

4 三、本專業意見並無其他提供金錢報酬。

5 貳、專業意見

6 爰依憲法法庭揭示本案爭點題綱，依序陳述意見如下：

7 爭點一、辯護人之辯護權是依附於被告訴訟權？或是獨立受

8 憲法保障之基本權（例如律師執業自由或是其他相

9 關之基本權）？

10 一、意見摘要：

11 本會認為辯護人（律師）的辯護權，係為保障人民

12 憲法第 8 條人身自由權、第 16 條訴訟權及符合正當法

13 律程序、公正審判原則之廣義司法權，與法官的審判

14 權、檢察官的偵查權，同為受憲法保障之制度性權利，

15 並非依附於被告訴訟權，而係獨立受憲法保障之基本權

16 及制度性權利。

17 二、理由：

18 （一）按公民與政治權利國際公約（以下簡稱「公民權

19 利公約」）第 14 條規定：「一、人人在法院或

1 法庭之前，悉屬平等。任何人受刑事控告或因其
2 權利義務涉訟須予判定時，應有權受獨立無私之
3 法定管轄法庭公正公開審問。……三、審判被控
4 刑事罪時，被告一律有權平等享受下列最低限度
5 之保障：（一）迅即以其通曉之語言，詳細告知
6 被控罪名及案由；（二）給予充分之時間及便利，
7 準備答辯並與其選任之辯護人聯絡；（三）立即
8 受審，不得無故稽延；（四）到庭受審，及親自
9 答辯或由其選任辯護人答辯；未經選任辯護人
10 者，應告以有此權利；法院認為審判有此必要
11 時，應為其指定公設辯護人，如被告無資力酬
12 償，得免付之；（五）得親自或間接詰問他造證
13 人，並得聲請法院傳喚其證人在與他造證人同等
14 條件下出庭作證；（六）如不通曉或不能使用法
15 院所用之語言，應免費為備通譯協助之；（七）
16 不得強迫被告自供或認罪。…」，基此，「公民
17 權利公約」第 14 條第 3 項明文規定，辯護權是
18 對受到刑事追訴之人最低限度的保證，任何人均

有權平等享有此權利，故此應是聯合國刑事司法
準則中的最低標準。

(二) 對於「公民權利公約」第 14 條之適用，西元 2018

年人權事務委員會通過第 32 號一般性意見（下

稱：32 號意見），32 號意見係針對在法院與法庭

前一律平等及獲得公平審判的權利所為之解

釋，其前言段第 2 段載明：「在法院與法庭前一

律平等及獲得公平審判的權利是人權保護的一

項關鍵要素，是保障法治的一項程序性手段。《公

約》第十四條旨於確保司法制度的適當運作，並

為此目的保障一系列具體權利。」第 10 段宣示：

「律師辯護的有無往往決定一個人是否能夠訴

諸有關訴訟或有意義地參與訴訟。」第十四條第三

項第四款明文處理在刑事訴訟中的律師辯護保

障問題。鼓勵締約國在其他案件中，為沒有足夠

能力支付律師辯護費者，提供免費的律師辯護。

在某些案件中，他們甚至有義務這樣做。例如，

被判死刑者在刑事審判中尋求對不合法律規定

之處進行憲法審查，卻沒有足夠能力支付進行這種救濟的律師辯護費用，國家就應根據第十四條第一項並根據《公約》第二條第三項規定之關於獲得有效救濟的權利，提供律師辯護。」，從 32 號意見可看出唯有辯護權的有效實質實踐，始能維護被告受憲法第 16 條所保障訴訟權之基本權。再者，自偵查程序開始，被告之人身自由、秘密通訊自由等憲法上基本權利，即開始遭受國家強制處分之干預（即便是干預最輕微的「傳喚到案說明」，也是國家命人民強制到場，否則人民即有遭受拘提之危險）；抑或是於判決程序後遭國家論罪科刑之限制人身自由危險；因此，基於維護人民受憲法第 8 條保障人身自由，無論在偵查、審查起訴或審判階段，如果有辯護人存在，辯護人就可以藉由國家核發律師證照所認可的法律專業知識，適時監督偵查或審判機關的行為是否符合法律規定，此種監督功能不僅消極的可以避免偵查或審判機關為違法行為，更可以積

1 極的保障、確認偵查或審判程序的合法性，避免
2 犯罪嫌疑人或被告事後主張偵查或審判程序違
3 法而須重新審查的程序浪費，充實公平審判之正
4 當法律程序之功能，以確保公平審判之法治國原
5 則。易言之，在檢察官握有強大國家公權力的追
6 訴下，如果被告沒有強而有力的辯護人協助，勢
7 必不易保障被告人權並發現事實真相，因此賦予
8 辯護人許多訴訟法上的權利，其目的不僅僅在保
9 障辯護人，更是在藉由塑造強而有力的辯護人，
10 來協助被告與檢察官相抗衡，進而監督及確保刑
11 事訴訟程序的公平、正當、及結果正確，以實現
12 公正審判的精神。所以強而有力的辯護人是被告
13 獲得公正審判的重要條件。

14 (三) 又聯合國第八屆預防犯罪和罪犯待遇大會通過之
15 「關於律師作用的基本原則」(Basic Principles on
16 the Role of Lawyers) 第 16 條規定：「各國政府
17 應確保律師(a)能夠履行其所有職責而不受到恫
18 嚇、妨礙或不適當的干涉；(b)能夠在國內以及國

1 外旅行並自由地同其委托人進行磋商；(c)不會由
2 於其按照公認的專業職責、準則和道德規範所採
3 取的任何行動而受到或者被威脅會受到起訴或
4 行政、經濟或其他制裁。」明確揭示各國政府應
5 確保律師執行職務不受恫嚇、妨礙或不適當的干
6 涉之獨立性，並不得有干涉律師為當事人於案件
7 中進行主張及防禦之不當舉措等違反上揭國際
8 規範行為。又關於律師作用的基本原則第 17 條
9 規定，律師如因履行其職責而其安全受到威脅
10 時，應得到當局給予充分的保障。本條規定的理
11 由與前條相同，並非僅在保障律師此種行業的執
12 業活動，而是為了保障更高的利益，也就是目的
13 在達成國家刑事司法任務，保障被告獲得公平審
14 判及符合正當法律程序，屬於廣義的司法權，且
15 為憲法之辯護律師制度性權利及保障。

16 (四) 此外，鈞院釋字第 392 號解釋文亦認為：「司
17 法權之一之刑事訴訟、即刑事司法之裁判，係以
18 實現國家刑罰權為目的之司法程序，其審判乃以

1 追訴而開始，追訴必須實施偵查，迨判決確定，
2 尚須執行始能實現裁判之內容。是以此等程序悉
3 與審判、處罰具有不可分離之關係，亦即偵查、
4 訴追、審判、刑之執行均屬刑事司法之過程，其
5 間代表國家從事『偵查』『訴追』『執行』之檢
6 察機關，其所行使之職權，目的既亦在達成刑事
7 司法之任務，則在此一範圍內之國家作用，當應
8 屬廣義司法之一。」又 鈞院釋字第 799 號解釋
9 文亦揭示：「刑事訴訟法及性侵害犯罪防治法均
10 未規定應賦予受處分人於法院就聲請宣告或停
11 止強制治療程序，得親自或委任辯護人到庭陳述
12 意見之機會，以及如受治療者為精神障礙或其他
13 心智缺陷無法為完全之陳述者，應有辯護人為其
14 辯護，於此範圍內，均不符憲法正當法律程序原
15 則之意旨。」，再參諸我國刑事訴訟法第 31 條
16 規定有強制辯護制度，在被告沒有選任辯護人的
17 情形下，法院應指定辯護人為被告辯護。基此，
18 刑事辯護制度的內涵，除為保障被告私益外，顯

然尚具有公益保護的機能。辯護人參與刑事訴訟，一方面可以透過交互辯證來發現真實，另一方面可以確保國家司法程序符合法治國原則，特別是被告訴訟主體地位、無罪推定原則及公正審判原則的確立與貫徹¹。由於辯護人（律師）具有一定的自主地位及公益色彩，因此國家司法制度賦予辯護人（律師）許多被告自己所沒有的權利，例如探視權、接見權等；又因辯護人（律師）在審判中具有一定的主體地位，並不只是單純地按照被告意思提供辯護協助而已。所以在被告這一方，係存有兩個程序主體，除了被告本人以外，辯護人（律師）則是源自於國家司法權為保障人民憲法第 8 條人身自由權、第 16 條訴訟權及符合正當法律程序、公平審判原則所不可或缺的制度性保障及制度性權利。辯護人（律師）的行為應是為保護一個「為一般所許可的利益」，因此當公益與前者利益發生衝突時，公益的保護

¹林鈺雄，刑事訴訟法（上冊）總論編，元照出版有限公司 2004 年 9 月四版第 1 刷，第 191 頁。第 9 頁，共 36 頁。

具有優先性。

(五) 由於辯護人（律師）同時負擔公益保護的任務，所以在審判程序中應被視為一個自主的「司法機關（單元）」(Organ)²，但因其並非國家組織法意義下之政府機關，而僅是「公務的承擔者」³。另有學者補充說明，辯護人（律師）並不只是透過民法上委任契約行使被告所賦予的權限，同時也是「獨立的刑事司法機關（單元）」，在刑事訴訟法上享有與其他二個刑事司法機關（即法院、檢察官）同等地位⁴。由於辯護人（律師）具有前述獨立的司法機關（單元）角色，因此其不應受當事人意思左右，也不得為妨礙國家偵審的行為⁵，所以德國律師法第 1 條即明文，律師為「獨立之司法機關（單元）」(ein unabha"ngiges Organ der Rechtspflege)。

²林鈺雄教授係將 Organ der Rechtspflege 譯為司法單元。請見林鈺雄，刑事訴訟法（上冊）總論編，元照出版有限公司 2004 年 9 月四版第 1 刷，第 191 頁。

³吳俊毅，我國辯護人在審判程序當中地位之探討，載《刑事法雜誌》第 46 卷第 1 期，第 92 頁。

⁴陳志龍，辯護人→刑事司法機關→法治國家原則（上），律師雜誌，1997 年第 209 期，第 67 頁。

⁵陳志龍，辯護人→刑事司法機關→法治國家原則（上），律師雜誌，1997 年第 209 期，第 67 頁。

1 (六) 另參照我國刑事訴訟法第 31 條之 1 規定：「偵查
2 中之羈押審查程序未經選任辯護人者，審判長應
3 指定公設辯護人或律師為被告辯護。但等候指定
4 辯護人逾四小時未到場，經被告主動請求訊問
5 者，不在此限。(第 1 項) 前項選任辯護人無正
6 當理由而不到庭者，審判長得指定公設辯護人或
7 律師。(第 2 項) 前條第三項、第四項之規定，
8 於第一項情形準用之。(第 3 項)」其立法理由略
9 謂：「…二、偵查中檢察官向法院聲請羈押被告，
10 係起訴前拘束人身自由最嚴重之強制處分，是自
11 應予以最高程度之程序保障。爰參酌司法院釋字
12 第七三七號解釋意旨，增訂第一項規定，將強制
13 辯護制度擴及於偵查中檢察官聲請羈押、延長羈
14 押、再執行羈押被告之法院審查及其救濟程序，
15 原則上採強制辯護制度。」由此足證偵查中之羈
16 押審查程序亦應有辯護人（律師）之參與，更顯
17 見辯護人（律師）之辯護職權行使，目的亦在達
18 成國家刑事司法任務，在此一範圍內之國家作

1 用，亦屬廣義之司法權之一，與法官之審判權、
2 檢察官之偵查權，同為保障人民憲法第 8 條人身
3 自由權、第 16 條訴訟權及符合正當法律程序、
4 公正審判原則之憲法制度性權利與保障。

5 (七) 承上所述，司法權之一之刑事訴訟，即刑事司法
6 之裁判，既係以實現國家刑罰權為目的之司法程
7 序，其審判乃以追訴而開始，追訴必須實施偵
8 查，迨判決確定，尚須執行始能實現裁判之內
9 容，是以此等程序悉與審判、處罰具有不可分離
10 之關係，亦即偵查、訴追、審判、刑之執行均屬
11 刑事司法之一連串過程。(參照 鈞院釋字第 392
12 號理由書) 而辯護人(律師)之辯護權行使，如
13 前說明，有確保國家司法程序符合法治國原則、
14 正當法律程序之任務，在此範圍內之作用，當屬
15 廣義司法之一無疑。

16 (八) 關於辯護人(律師)之辯護權屬受憲法制度性保
17 障權利之見解，亦可參照 鈞院釋字第 737 號中
18 關係機關司法院(刑事廳)見解，該機關認為：

「一、憲法第十六條明定人民有訴訟權，檢察官聲請羈押被告程序，雖處於偵查階段，然被告仍得享有程序保障，使其得充分有效行使防禦權。武器平等原則旨在落實被告之防禦權，基此防禦之需求，國家應提供被告得與代表國家之檢察官，立於平等地位進行攻防之制度性程序保障，故聲請羈押被告程序自有武器平等原則之適用。二、閱卷權乃實現被告基本權訴訟權核心，即防禦權之重要內涵，依據我國憲法，應許可被告之辯護人於聲請羈押程序中有檢閱聲請羈押卷宗之權利；縱囿於偵查不公開之考量，有限制上必要，亦不應全面禁止。刑事訴訟法第三十三條第一項限制辯護人於起訴前完全不得行使閱卷權，與此意旨不符；刑事訴訟法第一百零一條第三項規定亦仍不足以落實被告之防禦權等語」。而該號解釋理由書亦謂：「人身自由乃人民行使其憲法上各項自由權利所不可或缺之前提，為重要之基本人權，應受充分之保障。剝奪

1 或限制人身自由之處置，除須有法律之依據外，
2 更須踐行必要之正當法律程序，始得為之，憲法
3 第八條規定甚明（本院釋字第三八四號、第四三
4 六號、第五六七號、第五八八號解釋參照）。另
5 憲法第十六條所明定人民有訴訟權，係以人民於
6 其權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院
7 救濟為其核心內容，國家應提供有效之制度性保
8 障，以謀其具體實現（本院釋字第五七四號解釋
9 參照）。」基此，辯護人（律師）之辯護權即係
10 國家為保障人民訴訟權、符合正當法律程序，所
11 創設之獨立受憲法保障之基本權及制度性保障
12 權利。

13 （九）再者，外國文獻討論辯護人（律師）之辯護權部
14 分，有學者認為辯護人於刑事訴訟中的法律地
15 位，不只是源自於客觀的憲法原則，尤其不只是
16 源自於被告的權利（特別是要要求公平審判的權
17 利），毋寧辯護人—基於自己的權利地位—也可
18 以主張基本法第 12 條第 1 項的基本權（亦即職

業自由)，而該項基本權也包括刑事辯護這項制度性保障⁶。

(十) 德國聯邦憲法法院相關裁判亦有提及「律師是司法制度的機關(Organ der Rechtspflege)」(參照聯邦律師規則第 1 及第 3 條)，而且有義務代表其當事人之利益(參閱 BVerfGE 10, 185 [198])。律師身為受委任的獨立諮詢者以及輔助人，有義務在其受到基本法第 12 條第 1 項第 1 句保護的自由執業範圍內，全面地協助他的當事人。而律師與當事人之間的信賴關係，是履行這項任務的前提(參閱 BVerfGE 110, 226 [252])。」⁷

(十一) 承上，可推知德國聯邦憲法法院對於辯護人(律師)辯護權的憲法基礎，是兼採基本法第 12 條職業自由主觀權利(包括律師執業自由這個客觀法面向)，以及源自於法治國原則的正當程序要求這兩種觀點，反而不是特別從被告的訴訟權出發，因為被告受律師協助的權利有其他的憲法根

⁶ 參考 M. Möstl, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 8, 3. Aufl., 2010, § 179 Rn. 25:

⁷ 參考 BVerfGE 113, 29, 49 (12.04.2005 - 2 BvR 1027/02)

據。若循此見解，依我國憲法第 8 條揭示正當法律程序，辯護人（律師）之辯護權應係獨立於被告訴訟權，目的在確保公正審判之法治國原則，與被告受憲法保障之訴訟權，兩者間相互伴隨且有重合，同在建構國家司法權之公平、正當行使。（亦即辯護人（律師）的辯護權能實質而有效行使，才能保障被告憲法上之訴訟權）

（十二）另就我國實務運作面觀察，辯護人（律師）辯護權之行使，並非僅是保障被告訴訟權而已，更是正當法律程序之實踐（即藉由辯護人（律師）實質有效辯護確保公平法院及正當法律程序之實現），例如辯護人（律師）強制辯護制度，就是基於保護被告訴訟權及落實正當法律程序，實踐公平法院對於訴訟當事人的訴訟照料義務⁸。又憲法第 16 條所定人民有訴訟之權，乃人民在司法上之受益權，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

⁸ 參照臺灣高等法院 105 年度上訴字第 3124 號裁定意旨。
第16頁，共 36 頁。

分之防禦權，包括倚賴辯護人之助，針對控訴攻擊，盡防禦之能事，俾受公平審判之保障。國家應提供有效之制度保障，以謀其具體實現，法院於適用法律時，亦須以此為目標，並藉由程序之遵守，確保公平法院及正當法律程序之具體實現。有謂：「刑事訴訟法歷史，乃辯護權的擴大史」，更是人權保障史，我國刑事訴訟法亦然，辯護權不斷持續擴張及深化，對人權保障更為完善。刑事訴訟法第 31 條關於強制辯護規定，於 102 年 1 月 23 日修正公布，適用對象擴及具有原住民身分之被告或犯罪嫌疑人，適用範圍也從審判階段深化至偵查階段，同條文第 5 項規定：「被告或犯罪嫌疑人……具原住民身分者，於偵查中未經選任辯護人，檢察官、司法警察官或司法警察應通知依法設立之法律扶助機構指派律師到場為其辯護。但經被告或犯罪嫌疑人主動請求立即訊問或詢問，或等候律師逾四小時未到場者，得逕行訊問或詢問。」其旨在考量偵查階段，被

1 告處於資訊不對等之弱勢地位，尤其原住民因傳
2 統文化、習俗、經濟、教育等因素，接觸法律資
3 訊不易，針對訴追之防禦能力更為弱勢，乃從偵
4 查程序使其得由國家主動給與辯護人為協助，此
5 倚賴權尤甚於一般之選任辯護，更應受保障，並
6 藉由程序之遵守確保裁判之公正，同時展現原住
7 民族基本法開宗明義對於原住民基本權利之制
8 度性保障。⁹由此更可推知，辯護人（律師）的辯
9 護權不僅是為維護被告之訴訟權，更是確保人民
10 有受公平審判之權利，符合正當法律程序所不可
11 或缺的憲法上制度性權利。

12 （十三）最後，律師法第 1 條規定：「律師以保障人權、
13 實現社會正義及促進民主法治為使命。（第 1 項）
14 律師應基於前項使命，本於自律自治之精神，誠
15 正信實執行職務，維護社會公義及改善法律制
16 度。（第 1 項）」是律師法第 1 條開宗明義針對
17 律師使命為期許，律師除維護當事人之利益外，

⁹ 最高法院 107 年度台上字第 3084 號判決意旨參照。

1 更有公益目的實現之要求。因此，辯護人（律師）
2 辯護權之內涵，除維護被告私益之保障外，尚有
3 實現正當法律程序之公益目的，這同時也是辯護
4 人（律師）辯護之任務與功能。另方面本條亦揭
5 示律師自律自治，不受任何外在不當干涉，獨立
6 執行職務之精神。

7 （十四）綜上所述，辯護人（律師）之辯護權，係為保障
8 人民憲法第 8 條人身自由權、第 16 條訴訟權及
9 符合正當法律程序、公正審判之廣義司法權，與
10 法官審判權及檢察官偵查權，皆屬於人權及法治
11 國原則所依賴之支柱，同為受憲法保障之制度性
12 權利，並非依附於被告訴訟權，而係獨立受憲法
13 保障之基本權及制度性權利。

14 爭點二、偵查中辯護人於檢察官訊問被告或犯罪嫌疑人時之
15 在場見聞、筆記及陳述意見，是否為被告或犯罪嫌
16 疑人受憲法保障之權利？其憲法上依據為何？或
17 僅屬於法律上之權利？（可分別就在場、筆記及陳
18 述說明之）

19 一、意見摘要：

1 本會以為偵查中辯護人於檢察官訊問被告或犯罪
2 嫌疑人時之在場見聞、筆記及陳述意見，三者均攸關被
3 告受憲法保障之人身自由權及訴訟權，且為符合正當法
4 律程序之重要依據，屬於辯護人（律師）受憲法保障之
5 制度性權利，有助於公平審判及發見真實，以達成刑事
6 訴訟之目的，應屬於廣義的憲法司法權之一部分。

7 二、理由：

8 （一）「憲法第十六條規定人民有訴訟權，旨在確保人民
9 有受公平審判之權利，依正當法律程序之要求，刑
10 事被告應享有充分之防禦權，包括選任信賴之辯護
11 人，俾受公平審判之保障。而刑事被告受其辯護人
12 協助之權利，須使其獲得確實有效之保護，始能發
13 揮防禦權之功能。從而，刑事被告與辯護人能在不
14 受干預下充分自由溝通，為辯護人協助被告行使防
15 禦權之重要內涵，應受憲法之保障。上開自由溝通
16 權利之行使雖非不得以法律加以限制，惟須合乎憲
17 法第二十三條比例原則之規定，並應具體明確，方
18 符憲法保障防禦權之本旨，而與憲法第十六條保障

1 訴訟權之規定無違。」，前揭 鈞院釋字第 654 號
2 解釋之理由書業已闡明依據憲法正當法律程序之
3 要求，僅能依據律法限制辯護人與被告之自由溝通
4 權利，而不得完全禁止，且限制之方法、手段應符
5 合比例原則，並應具體明確。

6 (二)「至偵查不公開為刑事訴訟法之原則，係為使國家
7 正確有效行使刑罰權，並保護犯罪嫌疑人及關係人
8 憲法權益之重要制度。然偵查中之羈押審查程序使
9 犯罪嫌疑人及其辯護人獲知必要資訊，屬正當法律
10 程序之內涵，係保護犯罪嫌疑人憲法權益所必要；
11 且就犯罪嫌疑人及其辯護人獲知資訊之範圍，上開
12 解釋意旨亦已設有除外規定，已能兼顧犯罪嫌疑人
13 及關係人憲法權益之保護及刑罰權之正確行使。在
14 此情形下，偵查不公開原則自不應妨礙正當法律程
15 序之實現。」，由前揭 鈞院釋字第 737 號解釋之
16 理由書可知，刑事辯護人（律師）獲知必要資訊，
17 屬正當法律程序之內涵，係保護犯罪嫌疑人憲法權
18 益所必要，檢察官自不得以偵查不公開原則為理由

1 妨礙正當法律程序之實現，縱囿於偵查不公開之考
2 量，有限制上必要，亦不應全面禁止。

3 （三）又刑事被告在訴訟上應享有充分之防禦權，為憲法
4 第 16 條所保障人民訴訟權之範疇；此防禦權包含
5 辯護倚賴權（即積極受辯護人協助之權利）在內。
6 因此，刑事訴訟法賦予辯護人（律師）多項權限，
7 期使辯護倚賴權為最大之發揮。而如前所述，辯護
8 人（律師）的辯護權，係為保障人民憲法第 8 條人
9 身自由權、第 16 條訴訟權及符合正當法律程序、
10 公正審判原則之廣義司法權，與法官的審判權、檢
11 察官的偵查權，同為受憲法保障之制度性權利，並
12 非依附於被告訴訟權，而係獨立受憲法保障之基本
13 權及制度性權利。而辯護人（律師）於檢察官訊問
14 被告或犯罪嫌疑人時之在場見聞、筆記及陳述意見
15 等權利，為辯護人（律師）行使憲法制度性保障辯
16 護權所不可或缺的權利，因此我國刑事訴訟法第
17 245 條第 2 項辯護人（律師）於檢察官、檢察事務
18 官、司法警察官或司法警察訊問該被告或犯罪嫌疑

1 人時在場並得陳述意見之權利，係基於辯護人（律
2 師）之憲法上地位所具有，此為辯護人（律師）受
3 憲法保障之制度性權利。直言之，既然辯護人有於
4 偵查中「在場」獲取必要資訊之憲法上權利（鈞
5 院釋字第 737 號解釋之理由書參照），則應當可以
6 「紀錄筆記」，否則如何能完整、妥善的向偵查機
7 關「陳述意見」為被告辯護或請偵查機關調查對被
8 告有利之證據？

9 （四）再者，刑事被告在訴訟上有依賴辯護人（律師）為
10 其辯護之權，此為人民依憲法第 16 條享有訴訟權
11 所衍生之基本權，功能在使被告充分行使防禦權，
12 俾與檢察官或自訴人立於平等之地位，而受法院公
13 平之審判。當律師接受委託或經指定成為被告之辯
14 護人，便取得相關決定訴訟策略之權利，倘若僅有
15 辯護人（律師）於偵查中在場及陳述意見權，並未
16 賦予辯護人（律師）就檢察官訊問被告筆錄之查閱
17 權（需強調的是，於立法制度上，更應賦予辯護人
18 （律師）對於偵查中被告筆錄不受限制的查閱權，

1 我國現行制度僅使辯護人（律師）得於檢察官偵查
2 中訊問被告時札記，亦已有違憲之虞。），則辯護
3 人（律師）將無從充分實質有效決定訴訟策略，亦
4 無從針對檢察官訊問被告之問題，於偵查庭後詳細
5 提出書狀為被告實質有效辯護或聲請調查有利被
6 告之證據，造成被告不僅在偵查中居於弱勢，於起
7 訴後更有因在偵查中無法充分行使訴訟防禦權，而
8 被不當論罪科刑之侵害人身自由風險，而違反正當
9 法律程序，侵害人民受公正審判的憲法權利。

10 **爭點三、檢察官於訊問被告或是嫌疑人時，限制或禁止其辯**
11 **護人在場、筆錄及陳述意見之處分，是否應賦予辯**
12 **護人向法院請求救濟之機會？抑或應於本案終局**
13 **判決時認定是否違法，並做為證據評價之依據？如**
14 **未賦予單獨救濟之機會，是否構成違憲？其憲法上**
15 **依據為何？（可分別就在場、筆記及陳述說明之）**

16 **一、意見摘要：**

17 本會以為檢察官於訊問被告或是嫌疑人時，不
18 得禁止其辯護人（律師）在場、筆錄及陳述意見，
19 如確有限制（但不得禁止）其辯護人（律師）在場、
20 筆錄及陳述意見之必要及理由，應由檢察官依據法

1 律明確規定之具體理由，說明如不限制將會危害偵
2 查目的及進行（此部分應以法律規定，以符合法律
3 保留原則、明確性原則），且確有限制之必要（符
4 合比例原則），並向該管法院聲請限制（符合法官
5 保留原則），由公正中立之法院加以審酌、決定。
6 如由檢察官自行限制或禁止辯護人（律師）在場、
7 筆錄及陳述意見，實已侵犯辯護人（律師）為保障
8 人民憲法第 8 條人身自由權、第 16 條訴訟權及符合
9 正當法律程序、公正審判原則之廣義司法權及憲法
10 制度性保障而違憲。另如該管法院依檢察官聲請而
11 准予限制，本於有權利即有救濟之原則（鈞院釋字
12 第 653 號、第 752 號及第 755 號解釋參照），亦應
13 賦予辯護人（律師）就法院限制辯護人（律師）在
14 場、筆錄及陳述意見之裁定，向上級審法院提起抗
15 告以資救濟之權利。

16 二、理由：

17 （一）承上本會爭點一之說明，辯護人（律師）的辯護權，
18 係為保障人民憲法第 8 條人身自由權、第 16 條訴

1 訟權及符合正當法律程序、公正審判原則之廣義司
2 法權，與法官的審判權、檢察官的偵查權，同為受
3 憲法保障之制度性權利。因此，檢察官於訊問被告
4 或是嫌疑人時，不得禁止其辯護人（律師）在場、
5 筆錄及陳述意見，如確有限制（但不得禁止）其辯
6 護人（律師）在場、筆錄及陳述意見之必要及理由，
7 應由檢察官依據法律明確規定之具體理由，說明如
8 不限制將會危害偵查目的及進行（此部分應以法律
9 規定，以符合法律保留原則、明確性原則），且確
10 有限制之必要（符合比例原則），並向該管法院聲
11 請限制（符合法官保留原則），由公正中立之法院
12 加以審酌。如由檢察官自行限制或禁止辯護人（律
13 師）在場、筆錄及陳述意見，則顯已侵犯辯護人（律
14 師）為保障人民憲法第 8 條人身自由權、第 16 條訴
15 訟權及符合正當法律程序、公正審判原則之廣義司
16 法權及憲法制度性保障，而屬違憲。

17 （二）其次，檢察官於訊問被告或是嫌疑人時，限制或禁
18 止其辯護人（律師）在場、筆錄及陳述意見之處分，

不僅是對於辯護人（律師）的辯護權侵犯，同時也侵害了被告與辯護人（律師）秘密溝通進而受辯護人實質有效辯護的憲法上權利（人身自由權、正當法律程序保障、訴訟權等，鈞院大法官釋字第 654 號解釋參照），依據憲法第 23 條之規定，自必須有法律之明文授權始得為之。尤其檢察官於訊問被告或是嫌疑人時，限制或禁止其辯護人（律師）在場、筆錄及陳述意見之憲法上權利行使，所侵犯者俱屬辯護制度乃至正當法律程序之基礎。故檢察官於訊問被告或是嫌疑人時，不得禁止其辯護人（律師）在場、筆錄及陳述意見，如確有限制（但不得禁止）其辯護人（律師）在場、筆錄及陳述意見之必要及理由，則應由檢察官依據法律明確規定之具體理由，說明如不限制將會危害偵查目的及進行（此部分應以法律規定，以符合法律保留原則、明確性原則），且確有限制之必要（符合比例原則），並向該管法院聲請限制（符合法官保留原則），由公正中立之法院加以審酌、決定。相關之限制方

1 法、要件及救濟途徑，均可參考我國刑事訴訟法「羈
2 押」相關條文，如第 34 條¹⁰及 34 條之 1¹¹之規定，
3 以符合法律保留原則、明確性原則、比例原則及法
4 官保留原則。

5 （三）再者，如法院依據檢察官聲請而准予限制辯護人
6 （律師）在場、筆錄及陳述意見，本於有權利即有
7 救濟之原則（鈞院釋字第 653 號、第 752 號及第 755
8 號解釋參照），辯護人（律師）自得就法院限制辯
9 護人在場、筆錄及陳述意見之裁定，向上級審法院

¹⁰ 刑事訴訟法第 34 條

辯護人得接見羈押之被告，並互通書信。非有事證足認其有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人者，不得限制之。

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。

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。

¹¹ 刑事訴訟法第 34-1 條

限制辯護人與羈押之被告接見或互通書信，應用限制書。

限制書，應記載下列事項：

一、被告之姓名、性別、年齡、住所或居所，及辯護人之姓名。

二、案由。

三、限制之具體理由及其所依據之事實。

四、具體之限制方法。

五、如不服限制處分之救濟方法。

第七十一條第三項規定，於限制書準用之。

限制書，由法官簽名後，分別送交檢察官、看守所、辯護人及被告。

偵查中檢察官認羈押中被告有限制之必要者，應以書面記載第二項第一款至第四款之事項，並檢附相關文件，聲請該管法院限制。但遇有急迫情形時，得先為必要之處分，並應於二十四小時內聲請該管法院補發限制書；法院應於受理後四十八小時內核復。檢察官未於二十四小時內聲請，或其聲請經駁回者，應即停止限制。

前項聲請，經法院駁回者，不得聲明不服。

1 提起抗告以資救濟。

2 (四) 最後，對於辯護人（律師）在場、筆錄及陳述意見

3 之限制，亦可參考德國刑事訴訟法第 138a 條¹²、第

4 138b 條¹³規定，僅在辯護人涉嫌參與構成調查對象

5 之犯罪重大等特定情形，或嫌疑達到可開啟審判程

6 序之程度時，或對聯邦德國安全有危險時，始得排

7 除辯護人（律師）參預程序。而排除辯護人（律師）

8 參預程序之裁判，依據第 138c 條¹⁴規定，係由邦高

¹² 德國刑事訴訟法第 138a 條【辯護人之排除】

(1) 辯護人在下列情形中涉嫌重大，或其嫌疑達到可開啟審判程序之程度時，應排除其參預程序：

1. 參與構成調查對象之犯罪，

2. 濫用與行動自由受剝奪被告之溝通，以實施犯罪或重大危及押所安全，或

3. 實施某行為，而該行為在被告被判有罪之情況下將會構成資訊贓物罪、包庇犯罪利益、妨礙司法或贓物罪。

(2) 若一定之事實構成嫌疑，辯護人已實施或正實施第 1 項第 1 款及第 2 款所稱之行為，亦應排除其參預以《刑法》第 129a 條，及其結合第 129b 條第 1 項犯罪為對象之程序。

(3)¹ 下列情形，應撤銷排除：

1. 一旦排除之要件不再成立，但非僅因被告已被釋放，

2. 在對導致排除辯護人之案情而開啟之審判程序中，辯護人被判無罪，或者名譽或職業法院在判決中並未認定辯護人在該案情中有責地違反職業義務，

3. 至遲在排除後 1 年內，對導致排除之案情，未能在刑事程序中或者在名譽或職業法院程序中開啟審判程序或宣告處刑令。

² 若因案件之特殊困難或特殊範圍或其他重要原因，使得尚無法對審判程序之開啟作出裁判時，對依第 3 款規定應撤銷之排除，可限期維持排除，但最長總共再維持 1 年。

¹³ 德國刑事訴訟法第 138b 條【在聯邦德國安全有危險時之排除】

¹ 若根據一定事實，有理由認為辯護人參預程序可能對聯邦德國之安全帶來危險，亦應排除其參預以下最為對象之程序，即《法院組織法》第 74a 條第 1 項第 3 款及第 120 條第 1 項第 3 款所稱之犯罪，或未履行《刑法》第 138 條規定之關於《刑法》第 94 條至第 96 條、第 97a 條及第 100 條之叛國罪或外患罪之告發義務。² 第 138a 條第 3 項第 1 句第 1 款之規定準用之。

¹⁴ 德國刑事訴訟法第 138c 條【排除裁判之管轄權】

(1)¹ 第 138a 條及第 138b 條之裁判，由邦高等法院為之。² 若於偵查程序中由聯邦檢察總長主持偵查，或案件繫屬於聯邦最高法院，則由聯邦最高法院裁定之。³ 若案件繫屬於邦高等法院或聯邦最高法院之審判庭，則由另一審判庭裁定之。

(2)¹ 依第 1 項規定有管轄權之法院，在提起公訴後至程序確定終結前，基於案件繫屬法院之呈交案卷而裁定，其他情形依檢察官*之聲請而裁定。² 呈交案卷，由法院經檢察官*之聲請或依職權，透過檢察官*為之。³ 若某辯護人應當被排除，而其身為律師公會之成員時，應將第 1 句中檢察官*聲請之副本或法院之呈交案卷，通知主管律師公會理事會。⁴ 該理事會及辯護人得於程序中陳述

第29頁，共 36 頁。

1 等法院或聯邦最高法院為之。同時，依據第 138d
2 條¹⁵規定，排除辯護人（律師）參預程序，應經言
3 詞審理。
4 （五）綜上可知，對於辯護人（律師）的辯護權限制，如
5 同羈押對於被告人身自由的重大侵害，自應由獨
6 立、客觀之法院，依據比例原則、明確性原則，及
7 時做出准否限制之決定，而非僅僅事後由法官於判
8 決中審酌是否為偵查程序違法不當之證據能力問

意見。

(3)¹ 案件繫屬法院得命令，直至依第 1 項規定有管轄權之法院對排除作出裁判前，辯護人停止行使第 147 條及第 148 條之權利；法院亦得在第 138a 條第 4 項及第 5 項所稱情形中，命停止行使前述權利。² 在提起公訴前及程序確定終結後，第 1 句之命令，由應就辯護人之排除為裁定之法院為之。³ 此項命令，以不得聲明不服之裁定作出。⁴ 在命令持續期間，為維護第 147 條及第 148 條之權利，法院應另行指定辯護人。⁵ 第 142 條之規定準用之。

(4)¹ 若案件繫屬法院在審判期日進行中依第 2 項呈交案卷，則其應在呈交之同時停止或中斷審判期日，直至依第 1 項規定有管轄權之法院作出裁判為止。² 審判期日最長得停止 30 日。

(5)¹ 若辯護人在依第 2 項排除辯護人之聲請提出後，或案件被呈交應為裁判之管轄法院後，出於自己決定或被告之要求退出程序，則應為裁判之管轄法院得繼續進行排除程序，以確認退出之辯護人參預程序是否合法。² 若確認參預不合法，則在第 138a 條、第 138b 條、第 138d 條之意義下等同於排除。

(6)¹ 若辯護人被排除參預程序，得科由其負擔中斷所產生之費用。² 對此之裁定，由案件繫屬法院為之。

¹⁵ 德國刑事訴訟法第 138d 條【排除辯護人之程序】

(1)關於辯護人之排除，經言詞審理後裁定之。

(2)¹ 言詞審理庭期應傳喚辯護人到場。² 傳喚期現為 1 週；得縮短為 3 日。³ 言詞審理庭期應通知檢察官*、被告及在第 138c 條第 2 項第 3 句情形中之律師公會理事會。

(3)若已依法傳喚辯護人，且於傳票中指明其不在場亦可審理時，言詞審理得在無辯護人之情況下進行。

(4)¹ 言詞審理時應聽詢在場參與人之意見。² 聽詢律師公會理事會，準用第 247a 條第 2 項第 1 句之規定。³ 證據調查範圍，由法院依合義務裁量決定之。⁴ 審理情形應製成筆錄；第 271 條至第 273 條之規定準用之。

(5)¹ 裁定應在言詞審理結束時宣示之。² 若此無可能，則裁定至遲應於 1 週內作出。

(6)¹ 不服出於第 138a 條所稱理由排除辯護人之裁定，或不服第 138b 條情況下之裁定時，得提起立即抗告。² 律師公會理事會無抗告權。³ 對於拒絕依第 138a 條排除辯護人之裁判，不得聲明不服。

題。否則，將嚴重侵害被告受憲法保障之人身自由
權、正當法律程序保障及訴訟權，以及辯護人（律
師）受憲法保障之廣義司法權及制度性保障所不可
或缺之辯護權。

**爭點四、（承上）如應賦予辯護人向法院請求救濟之機會，
其具體可能之權利救濟機制為何？其救濟實益何
在？**

一、意見摘要：

本會以為應賦予辯護人（律師）向法院請求救濟之
機會，其具體可能之權利救濟機制應採取法官保留原
則，亦即偵查中檢察官認有限制辯護人（律師）在場、
筆錄及陳述意見之必要（比例原則），應以書面記載法
定之具體明確事由（法律保留原則、明確性原則），並
檢附相關文件，向所屬法院聲請限制，倘若該管法院裁
定准許檢察官之聲請，則辯護人（律師）可向上級審法
院循抗告途徑以資救濟。

二、理由：

（一）參照德國刑事訴訟法第 147 條¹⁶關於辯護人檢閱卷

¹⁶ 德國刑事訴訟法第 147 條【辯護人檢閱卷宗證物權；被告聲請答覆權】

(1)辯護人有權查閱存於法院或在提起公訴之情況下應呈交法院之卷宗，以及檢視官方保管之證
第31頁，共 36 頁。

1 宗證物權，其中第 2 項規定如果偵查尚未終結，而
2 且有危害偵查目的之虞，得拒絕辯護人查閱卷宗或
3 是個別卷宗內容以及檢視官方保管之證物。但是須
4 注意第 3 項有特別規定，對於被告之訊問筆錄，如
5 果辯護人訊問時在場，不管在任何訴訟階段都不可
6 以拒絕辯護人查閱該筆錄，而且沒有任何例外（即
7 未如該條第 2 項閱卷權之限制）。亦即德國刑事訴
8 訟法明文規定，辯護人（律師）可以直接查閱偵查
9 中偵訊被告之筆錄，故在偵查中辯護人（律師）根
10 本無需再耗費大量心力、時間札記檢察官訊問被告
11 之內容，在德國自然不會發生如我國本件檢察官限

物。

(2)¹若卷宗內尚未註明偵查終結，而檢閱可能危及調查目的時，得拒絕辯護人查閱卷宗或個別卷宗內容以及檢視官方保管之證物。²若第 1 句之要件成立，且被告在羈押中或在暫時逮捕之情況下被聲請羈押時，應以適當方式讓辯護人接觸為判斷剝奪行動自由合法性之重要資訊；對此通常應准許檢閱卷宗證物。

(3)對被告之訊問筆錄、已准許辯護人在場或本應准許其在場之法官調查行為之筆錄，以及鑑定人之鑑定意見，在刑事程序任何階段，均不得拒絕辯護人查閱。

(4)¹只要無重要理由與此相牴觸，則依聲請，應當讓辯護人將除證物以外之卷宗帶回辦公地點或住宅查閱。²對於此裁判，不得聲明不服。

(5)¹就查閱卷宗之准許，在偵查程序中及程序確定終結後，由檢察官*決定之，其餘由受訴法院審判長決定之。²若檢察官*在案卷中註明偵查終結後拒絕查閱卷宗、拒絕第 3 項之查閱，或被告行動自由受剝奪，得向依第 162 條有管轄權之法院聲請法院裁判。³第 297 條至第 300 條、第 302 條、第 306 條至第 309 條、第 311a 條及第 473a 條之規定準用之。⁴若公布理由可能危及調查目的，則前述裁判不附理由。

(6)¹若拒絕辯護人查閱卷宗之理由未於先前消除，則檢察官*至遲應與偵查終結一併撤銷命令。²一旦閱卷權恢復不受限制，應通知辯護人。

(7)¹只要為適當辯護所必要、不危及調查目的——亦包括其他刑事程序之調查目的——，且不牴觸第三人之優勢值得保護利益時，對於無辯護人之被告，應依其聲請由卷宗訊息提供答覆及副本。²第 2 項第 2 句前半句、第 5 項及第 477 條第 5 項之規定準用之。

1 制或禁止辯護人（律師）札記之爭議。

2 （二）承上本會爭點一之說明，辯護人（律師）的辯護權，
3 係為保障人民憲法第 8 條人身自由權、第 16 條訴訟
4 權及符合正當法律程序、公正審判原則之廣義司法
5 權，與法官的審判權、檢察官的偵查權，同為受憲
6 法保障之制度性權利。則檢察官於訊問被告或是嫌
7 疑人時，自不得完全波奪（即禁止）其辯護人（律
8 師）在場、筆錄及陳述意見，如確有限制（但不得
9 禁止）其辯護人（律師）在場、筆錄及陳述意見之
10 必要及理由，應由檢察官依據法律明確規定之具體
11 理由，說明如不限制將會危害偵查目的及進行（法
12 律保留原則、明確性原則），且確有限制之必要（比
13 例原則），並向該管法院聲請限制（法官保留原則），
14 由公正中立之法院加以審酌、決定。因此，本案檢
15 察官僅依據檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事
16 項第 28 點之行政命令，自行限制、禁止辯護人在場
17 筆記（札記），顯然已侵犯辯護人（律師）為保障
18 人民憲法第 8 條人身自由權、第 16 條訴訟權及符合

1 正當法律程序、公正審判原則之廣義司法權及憲法
2 制度性保障，檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意
3 事項第 28 點自屬違憲。又現行刑事訴訟法第 416 條
4 規定，並未賦予辯護人（律師）對於檢察官違憲、
5 違法限制、禁止辯護人在場筆錄向法院提起救濟之
6 途徑，顯然亦侵犯辯護人（律師）為保障人民憲法
7 第 8 條人身自由權、第 16 條訴訟權及符合正當法律
8 程序、公正審判原則之廣義司法權，以及與法官的
9 審判權、檢察官的偵查權，同為受憲法保障之制度
10 性權利，亦違反正當法律程序，同時更已違反 鈞
11 院大法官釋字第 653 號、第 752 號及第 755 號等解
12 釋一貫闡明之「有權利即應有救濟」法律原則，自
13 然同屬違憲。

14 綜上所述，辯護人（律師）的辯護權，係為保障人民
15 憲法第 8 條人身自由權、第 16 條訴訟權及符合正當法律程
16 序、公正審判原則之廣義司法權，與法官的審判權、檢察
17 官的偵查權，同為受憲法保障之制度性權利，並非依附於
18 被告訴訟權，而係獨立受憲法保障之基本權及制度性權

1 利。因此，檢察官於訊問被告或是嫌疑人時，不得禁止其
2 辯護人（律師）在場、筆錄及陳述意見，如確有限制（但
3 不得禁止）其辯護人（律師）在場、筆錄及陳述意見之必
4 要及理由，則應由檢察官依據法律明確規定之具體理由，
5 說明如不限制將會危害偵查目的及進行（法律保留原則、
6 明確性原則），且確有限制之必要（比例原則），並向該
7 管法院聲請限制（法官保留原則），由公正中立之法院加
8 以審酌、決定。如由檢察官自行限制或禁止辯護人（律師）
9 在場、筆錄及陳述意見，顯已侵犯辯護人（律師）為保障
10 人民憲法第 8 條人身自由權、第 16 條訴訟權及符合正當法
11 律程序、公正審判原則之廣義司法權及憲法制度性保障，
12 而屬違憲。另如該管法院依檢察官聲請而准予限制，本於
13 有權利即有救濟之原則（鈞院釋字第 653 號、第 752 號及
14 第 755 號解釋參照），自應賦予辯護人（律師）就法院限
15 制辯護人在場、筆錄及陳述意見之裁定，向上級審法院提
16 起抗告以資救濟之權利，以符正當法律程序。本全國律師
17 聯合會推派代表人爰依提出專家諮詢意見如上。請 鈞院
18 憲法法庭妥慎審究，以符憲法保障正當法律程序及訴訟權

1

2

3

4

5

6

7

8

9

10