

全國律師聯合會  
台北律師公會  
台灣刑事辯護律師協會

函

地址：台北市中正區羅斯福路一段7號9樓  
聯絡方式-電話：02-23515071 分機18  
聯絡人：羅娟娟

受文者：司法院

100 臺北市中正區重慶南路一段 124 號

發文日期：中華民國 110 年 8 月 11 日  
發文字號：(110) 律聯字第 110192 號  
速別：  
密等及解密條件或保密期限：普通  
附件：如 文

主旨：為貴院審理案件之需，檢送本會、台北律師公會及台灣刑事辯護律師協會共同就辯護人權益提供意見，詳如附件，敬請卓參。

說明：復貴院秘書長 110 年 7 月 26 日秘台大二字第 1100021354 號函。

正本：司法院  
副本：

全國律師聯合會理事長

陳彥希

台北律師公會理事長

尤伯祥

台灣刑事辯護律師協會理事長

林俊宏



茲依 大院秘書長 110 年 7 月 26 日秘台大二字第 1100021354 號函，就 大院所詢有關「檢察官訊問被告時，得否禁止在場陪訊之辯護人自行札記？得否當場檢查辯護人之札記內容？得否扣留辯護人當場製作之札記？法律論據為何？」、「被告或辯護人不服檢察官上述處置時，得為如何之防禦或救濟？」等疑義，謹提供意見如下。

一、憲法第 8 條、第 16 條所建構之正當法律程序及訴訟權之保障，乃為確保被告於刑事程序中免於受國家恣意或不當侵害人身自由以及維護整體刑事追訴程序正當所不可或缺。被告作為刑事程序之主體，接受辯護人實質有效援助以充分行使其防禦權，係為落實上開憲法基本權之保障。刑事訴訟法第 245 條第 2 項前段之辯護人在場權，則為落實被告防禦權及受辯護權，以及未來公平審判所必要，自屬憲法第 8 條、第 16 條所建構之正當法律程序保障及被告防禦權之具體實踐

(一) 受刑事偵查之被告，必須是有權獲知答辯所需資訊以進行實質有效答辯、防禦之程序主體，始能落實憲法第 8 條、第 16 條所建構之「正當法律程序」

1. 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。剝奪或限制人身自由之處置，除須有法律之依據外，更須踐行必要之正當法律程序，始得為之，憲法第八條規定甚明（大院釋字第 384 號、第 436 號、第 567 號、第 588 號解釋參照）。另憲法第十六條所明定人民有訴訟權，係以人民於其權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內容，國家應提供

有效之制度性保障，以謀其具體實現（大院釋字第 574 號解釋參照）。檢察官因告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪嫌疑者，應即開始偵查，依偵查所得之證據，足認被告有犯罪嫌疑者，應提起公訴，並將卷宗及證物一併送交法院（刑事訴訟法第 228 條第 1 項、第 251 條第 1 項及第 264 條第 3 項參照）。如經判決有罪，國家則得限制人民之人身自由或財產自由，甚至剝奪其生命。雖被告於偵查及審判階段皆得自行提出並聲請調查有利證據，惟檢察官於偵查階段自行或指揮司法警察、倚賴其他政府機關協力蒐集所得之證據資料，通常在數量、質量上均遠勝於被告自行蒐集、提出者。檢察官於偵查階段蒐集之證據資料，起訴後依卷證併送之規定送交法院後，對於審判結果往往有決定性之影響，是以刑事偵查程序是否實質正當，不僅有影響於偵查結果之公正合理性，對後續被告受公正法院審判及人身自由等權利，亦均有實質且深刻之影響，從而偵查程序之進行，自亦應符合上開憲法之正當法律程序要求。

2. 而正當法律程序之實踐，係基於憲法保障人民人格尊嚴，使人民得以自主決定其生活之意旨，確保被告得以程序主體地位參與刑事追訴程序（而非在程序中淪為國家權力行使之客體），蓋在刑事追訴程序中，只有確保被告的主體性，使其有立於主動、與國家控訴機關對等之地位，其才有防禦國家追訴之可能。反之，如被告僅為程序的客體任由國家公權力擺佈，而無自主決定之餘地，則憲法第 8 條、第 16 條所揭諸之正當法律程序及訴訟權保障，均屬空談。從而於刑事追訴程序中，不僅在作成限制或剝奪被告權利之決定前，必須給予被告充分陳述意見以答辯、防禦指控之機會（大院釋字 396

號、釋字 418 號、釋字 491 號、釋字 582 號、釋字 588 號、釋字 636 號、釋字 663 號、釋字 704 號、釋字 710 號解釋等參照)，而且由於充分獲悉不利指控之內容及依據，係被告得以針對指控答辯以實質有效防禦所必要，因此正當法律程序下之刑事被告防禦權，包括被告之卷證資訊獲知權，此有大院釋字第 737 號解釋、釋字第 762 號解釋<sup>1</sup>之意旨可稽，並具體化於刑事訴訟法第 33 條及第 33 條之 1 這兩條關於閱卷之規定，而同法第 164 條、第 165 條所規定之提示、宣讀及告以要旨等證據調查方法，不僅是直接審理原則之要求，也有藉此使被告獲悉卷證內容，進而得依刑事訴訟法第 288 條之 1 表示意見、進行防禦之目的。

3. 憲法上正當法律程序原則之要求，應貫徹於偵查、審判之整體刑事追訴程序。縱偵查階段為使國家正確有效行使刑罰權，並保護犯罪嫌疑人及關係人之憲法權益，而有偵查不公開之規定，因而或對被告之卷證資訊獲知權構成不利影響甚至限制，惟，此等不利影響或限制仍不應達於不利被告答辯或進行實質有效防禦之程度，否則即有悖憲法上正當法律程序原則。

(二) 不許偵查中之被告於訊、詢問時自行或由辯護人札記，將違反正當法律程序原則，對其訴訟權造成顯不必要之侵害：

---

<sup>1</sup>大院釋字 762 號解釋理由書：「被告之卷證資訊獲知權，屬被告受憲法訴訟權保障應享有之充分防禦權」、大院釋字 737 號解釋理由書：「聲請羈押之理由及有關證據，係法官是否裁准羈押，以剝奪犯罪嫌疑人人身自由之依據，基於憲法正當法律程序原則，自應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知，俾得有效行使防禦權。」、大院釋字第 636 號解釋文：「本條例第十二條第一項規定，未依個案情形考量採取其他限制較輕微之手段，是否仍然不足以保護證人之安全或擔保證人出於自由意志陳述意見，即得限制被移送人對證人之對質、詰問權與閱卷權之規定，顯已對於被移送人訴訟上之防禦權，造成過度之限制，與憲法第二十三條比例原則之意旨不符，有違憲法第八條正當法律程序原則及憲法第十六條訴訟權之保障。」等參照。

1. 在比較法上，德、英兩國均明文規定被告或犯罪嫌疑人得以在偵查程序以程序主體地位，獲悉指控內容及對其不利之卷證資訊，以進行實質有效之答辯及防禦：

- (1) 德國刑事訴訟制度底下，有關偵查中對於被告之程序主體程序之確保機制，反映在該國刑事訴訟法賦予被告得以請求檢察機關以電子檔案形式交付並檢視訴訟卷證資料及取得筆錄，或由律師檢閱相關卷證及筆錄等規定之上<sup>2</sup>。尤其，該國刑事訴訟第 147 條第 3 項更明文規定，不論在程序的任何階段，都不得拒絕辯護人檢閱對於被告訊問之筆錄。同時，該國的刑事訴訟法並規定，如擬限制辯護人之辯護權，應由法院做出裁定，而且該辯護人所屬之公會更得提出意見。在法院做出裁定前，法院雖得限制辯護人行使刑事訴訟法第 147 條所賦予之閱卷權，但同時法院應指定另名辯護人行使閱卷權<sup>3</sup>。而且，法院做出限制辯護人之辯護權的裁定前，更須經言詞辯論<sup>4</sup>。在上開的規定下，被告或犯罪嫌疑人於偵查階段即得經由委任辯護人閱卷，獲悉指控內容及卷證資料，進而得據以答辯並相應提出有利證據，以為實質有效之防禦。
- (2) 在英國，依其《警察及刑事證據法》(Police and Criminal Evidence Act) 第 67 條於 2019 年所頒布之《守則 C (修正版)：警察拘留、待遇及訊問被告實務守則》(CODE C Revised : Code of Practice for the detention, treatment and

---

<sup>2</sup> 德國刑事訴訟法第 147 條參照。

<sup>3</sup> 德國刑事訴訟法第 138c 條參照。

<sup>4</sup> 德國刑事訴訟法第 138d 條參照。

questioning of persons by Police Officers) 6.1<sup>5</sup>、6.3<sup>6</sup>、6.5<sup>7</sup>

可知，被告於偵查中受訊問時，得使辯護人在場及隨時向律師諮詢法律意見之權，除辯護人在場有阻止或不合理地妨礙或阻止警察向被告提出適當的問題或記錄被告的回答外，不能限制辯護人在場<sup>8</sup>，且限制辯護人在場被認為是極為嚴重的情形，如有類此情形發生，還必須向

---

<sup>5</sup> CODE C Revised : Code of Practice for the detention, treatment and questioning of persons by Police Officers 6.1: “Unless Annex B applies, all detainees must be informed that they may at any time consult and communicate privately with a solicitor, whether in person, in writing or by telephone, and that free independent legal advice is available. See paragraph 3.1, Notes 1I, 6B and 6J. “

<sup>6</sup> CODE C Revised : Code of Practice for the detention, treatment and questioning of persons by Police Officers 6.3: “A poster advertising the right to legal advice must be prominently displayed in the charging area of every police station. See Note 6H. “

<sup>7</sup> CODE C Revised : Code of Practice for the detention, treatment and questioning of persons by Police Officers 6.5: “the exercise of the right of access to legal advice may be delayed only as in Annex B. Whenever legal advice is requested, and unless Annex B applies, the custody officer must act without delay to secure the provision of such advice. If the detainee has the right to speak to a solicitor in person but declines to exercise the right the officer should point out that the right includes the right to speak with a solicitor on the telephone. If the detainee continues to waive this right, or a detainee whose right to free legal advice is limited to telephone advice from the Criminal Defence Service (CDS) Direct (see Note 6B) declines to exercise that right, the officer should ask them why and any reasons should be recorded on the custody record or the interview record as appropriate. Reminders of the right to legal advice must be given as in paragraphs 3.5, 11.2, 15.4, 16.4, 16.5, 2B of Annex A, 3 of Annex K and 5 of Annex M of this Code and Code D, paragraphs 3.17(ii) and 6.3. Once it is clear a detainee does not want to speak to a solicitor in person or by telephone they should cease to be asked their reasons. See Note 6K. “

<sup>8</sup> CODE C Revised : Code of Practice for the detention, treatment and questioning of persons by Police Officers 6.D: “The solicitor’s only role in the police station is to protect and advance the legal rights of their client. On occasions this may require the solicitor to give advice which has the effect of the client avoiding giving evidence which strengthens a prosecution case. The solicitor may intervene in order to seek clarification, challenge an improper question to their client or the manner in which it is put, advise their client not to reply to particular questions, or if they wish to give their client further legal advice. Paragraph 6.9 only applies if the solicitor’s approach or conduct prevents or unreasonably obstructs proper questions being put to the suspect or the suspect’s response being recorded. Examples of unacceptable conduct include answering questions on a suspect’s behalf or providing written replies for the suspect to quote. “

英國大律師公會（Solicitors Regulatory Authority）進行相關報告<sup>9</sup>。另方面，依其《警察及刑事證據法》（Police and Criminal Evidence Act）第 67 條於 2018 年所頒布之《守則 E（修正版）：訊問被告錄音實務守則》（CODE E Revised : Code of Practice on Audio Recording Interviews with Suspects）2.3(b)<sup>10</sup>明白指出應使被告取得訊問過程的完整紀錄，且於具體操作上，要求警察在訊問之初，就應該要告知被告有權拿到一份載有訊問過程紀錄的副本<sup>11</sup>，並且應於訊問結束後將紀錄提供予被告<sup>12</sup>，且此等程序上

---

<sup>9</sup> CODE C Revised : Code of Practice for the detention, treatment and questioning of persons by Police Officers 6.11: “The removal of a solicitor from an interview is a serious step and, if it occurs, the officer of superintendent rank or above who took the decision will consider if the incident should be reported to the Solicitors Regulatory Authority. If the decision to remove the solicitor has been taken by an officer below superintendent rank, the facts must be reported to an officer of superintendent rank or above, who will similarly consider whether a report to the Solicitors Regulatory Authority would be appropriate. When the solicitor concerned is a duty solicitor, the report should be both to the Solicitors Regulatory Authority and to the Legal Aid Agency.

<sup>10</sup> CODE E Revised : Code of Practice on Audio Recording Interviews with Suspects 2.1(b) : “when a person who has been charged with, or informed they may be prosecuted for, any offence, is told about any written statement or interview with another person and they are handed a true copy of the written statement or the content of the interview record is brought to their attention in accordance with Code C, paragraph 16.4 and Note 2D. “

<sup>11</sup> CODE E Revised : Code of Practice on Audio Recording Interviews with Suspects 3.4(e) : “tell the suspect that:

- they will be given a copy of the recording of the interview in the event that they are charged or informed that they will be prosecuted but if they are not charged or informed that they will be prosecuted they will only be given a copy as agreed with the police or on the order of a court; and
- they will be given a written notice at the end of the interview setting out their right to a copy of the recording and what will happen to the recording and; “

<sup>12</sup> CODE E Revised : Code of Practice on Audio Recording Interviews with Suspects 3.21 : “The suspect shall be handed a notice which explains:

- how the audio recording will be used;
- the arrangements for access to it;
- that if they are charged or informed they will be prosecuted, a copy of the audio recording will be supplied as soon as practicable or as otherwise agreed between the suspect and the police or on the order of a



的要求，無論是以數位錄音網路設備或錄影的方式進行，均無不同<sup>13</sup>。也就是說，在英國法制下，除了明白確立了被告在偵查中受律師在場協助之權利外，更藉由提供完整的訊問紀錄予被告來確保被告的資訊獲取權，使被告及辯護人在得以明確掌握被告先前陳述以及警方訊問重點之情況下，擬定辯護策略並進行答辯。

2. 除羈押審查程序外，我國刑事訴訟法並無使偵查中被告得以行使其資訊獲知權之規定：

我國刑事訴訟法除於第 33 條之 1 規定偵查中之羈押審查程序，有辯護人之被告經由辯護人閱卷、無辯護人之被告則由法院以適當方式告知，而得以獲知卷證之內容外，至於羈押審查以外之情形，則基於偵查不公開之理由，既不許被告或其辯護人閱卷，也未賦予被告請求偵查機關付與卷宗及證物影本之權利，以致被告於偵查中或者無從窺知對其指控之全貌，或者雖知對其指控之全貌，但不知究竟有何不利證據可支持指控。無論何者，均將使被告難以進行實質有效之答辯及防禦。相較德國之被告於偵查中得委由辯護人閱卷、英國之被告於警詢後能獲得完整的訊問紀錄，我國被告的資訊獲知權於偵查中所受限制，顯使被告常處於矇眼挨打的局面，殊難以主體地位參與偵查程序。

3. 警詢、偵訊是偵查中被告得以零碎獲悉案情之唯一途徑，若不許被告自行或由辯護人札記當場見聞之資訊，則對被告資

---

court. “

<sup>13</sup> CODE E Revised : Code of Practice on Audio Recording Interviews with Suspects 4.3、4.12、4.A : CODE F Revised : Code of Practice on Visual Recording with Sound of Interviews with Suspects 2.3.

訊獲知權之限制，已違反正當法律程序原則：

具體而言，我國之被告於偵查中除非遭到聲押，否則僅能於接受警詢、偵訊時，從檢、警提問內容以及同時在場接受訊、詢問之證人等被告以外之人的陳述，片段、零碎獲悉與其案情有關之資訊，本已難以藉此拼湊、理解全般案情。而人的記憶力有限，訊、詢問之內容卻經常冗長而逾常人記憶力所能負荷之限度，若不許被告自行或由在場之辯護人札記當場見聞之案情資訊，而令被告及其辯護人僅能於訊、詢問結束後，憑記憶回想詢、訊問之過程，則不僅當時所悉案情資訊，甚且被告自己的陳述，也恐多有遺忘、疏漏或記錯。是被告及其辯護人之記憶，實難憑為理解案情進而進行實質有效答辯之基礎。故苟不許被告於訊、詢問時自行或由在場之辯護人札記，則對被告資訊獲知權之限制，勢將達違反正當法律程序原則之程度，對其訴訟上防禦權造成顯不必要的侵害。

**(三) 為協助偵查中被告得以行使最低程度之資訊獲知權，並使其得獲實質有效之辯護，辯護人有權於警詢、偵訊時當場札記**

1. 刑事訴訟法第 245 條所定辯護人在場權，目的非僅為保護被告不受不正訊、詢問而已，更欲使被告得獲辯護人實質有效之協助：

(1) 按刑事訴訟法第 27 條原僅規定被告於起訴後得隨時選任辯護人，惟自民國 60 年代起，台中律師公會、中華民國律師公會全國聯合會及台北律師公會，即陸續向立法院請願修改刑事訴訟法第 27 條之規定，使偵查中之被告得以選任辯護人，使辯護人得以參與偵查程序協助被告行使防禦全，以避免偵查機關偵訊不合法、侵害人權並造

成冤獄<sup>14</sup>。嗣在 71 年間發生李師科案，無辜之王迎先遭警察非法刑求逼供，最終自殺死亡一案，輿論嘩然，之後行政院旋即正式提案修正刑事訴訟法，修正刑事訴訟法第 27 條，給予被告隨時選任辯護人之權，同時配合修正同法第 245 條第 2 項，使辯護人得以在被告接受檢警訊問時在場<sup>15</sup>。經此修正而賦予被告或犯罪嫌疑人，得於受訊、詢問時選任辯護人到場陪同之權利，符合辯護權之擴大作為刑事訴訟之進步指標的世界潮流。

- (2) 行政院初始提出增定刑事訴訟法第 249 條第 2 項規定之立法理由，雖稱辯護人在場權之規範目的，僅在確保實施偵查程序之公務員合法實施偵訊並確保被告或犯罪嫌疑人之權益，因此辯護人於偵查中無陳述意見權及辯論權<sup>16</sup>，但嗣在 2000 年修法時，於該條項明文增添辯護人之陳述意見權，立法理由並指出該次修正「辯護人在場時得否表示意見，法無明文，為免滋生疑義，爰參考目前偵查實務上之作法，修正本條第二項賦予偵查中在場之辯護人陳述意見之機會，以強化被告或犯罪嫌疑人之防禦權。」<sup>17</sup>。是自此辯護人之在場即非僅為保護被告不受不正訊、詢問而已，更欲使被告得獲辯護人實質有效之協助。

- (3) 嗣刑事訴訟法第 34 條於 2010 年根據大院釋字第 654 號解

<sup>14</sup> 立法院第一屆第五十四期第五次會議議案關係文書，第 55-58 頁（立法院司法委員會報告檢附台中律師公會請願書）、立法院第一屆第六十七會期第十五次會議議案關係文書，第 93-96 頁（立法院司法委員會報告檢附中華民國律師公會全國聯合會請願書）、立法院第一屆第六十九會期第二十次會議議案關係文書，第 291-293 頁（立法院司法委員會報告檢附台北律師公會請願書）。

<sup>15</sup> 立法院第一屆第六十九會期第三十四次會議議案關係文書，第 7-19 頁參照。

<sup>16</sup> 同上註，第 17 頁。

<sup>17</sup> 立法院第四屆第三會期第二十三次會議議案關係文書，第 13 頁參照。

釋之意旨增訂第2項，明定辯護人得於不逾一小時、以一次為限之限度內，接見偵查中受拘提或逮捕之被告或犯罪嫌疑人。配合此項規定，則辯護人依刑事訴訟法第245條規定於訊、詢問時在場，非僅有保護被告或犯罪嫌疑人不受不正取供之作用，更有實現被告或犯罪嫌疑人之辯護倚賴權，使其得以受辯護人實質有效協助之機能，益明。

2. 為使被告或犯罪嫌疑人得獲辯護人實質有效之辯護，辯護人有權於警詢、偵訊時當場札記：

(1) 被告之資訊獲知權及辯護倚賴權保障其得倚賴辯護人為其札記，紀錄於訊、詢問時獲知之零碎案情資訊

前已敘明，警詢、偵訊是偵查中被告得以零碎獲悉案情之唯一途徑，被告若欲有效為己辯護，自須善加掌握、牢牢記下經此途徑所獲知之零碎案情資訊。惟，所謂事不關己，關己則亂，在接受訊、詢問之際，絕大多數被告處於攸關人身自由、事業、家庭甚至生命之壓力威脅下，往往沒有充裕的時間及冷靜的判斷力仔細思考，從容答問常已難能，遑論自行札記當場見聞資訊，此際其僅能仰賴在場辯護人為其進行札記，記錄、留存在場見聞獲取之案件資訊，是辯護人之札記行為本身就是給予被告或犯罪嫌疑人之實質協助。有此札記，被告或犯罪嫌疑人始能在訊、詢問結束後，與辯護人根據札記內容就案情進行精確之討論，從而得獲辯護人實質有效之協助，辯護人亦得盡其為被告盡力辯護之職責。從而，若欲在場辯護人得予被告實質有效之協助，必然須使保障辯護人得以於在場時進行札記。簡言之，由於札記是在

場辯護人給予被告或犯罪嫌疑人之辯護上協助，故被告之資訊獲知權及辯護倚賴權保障其得倚賴在場辯護人為其札記，紀錄於訊、詢問時獲知之零碎案情資訊。

- (2) 為使被告或犯罪嫌疑人得因辯護人之陳述意見獲得實質有效之辯護協助，亦應保障辯護人得當場札記

進一步言之，如前所述，訊、詢問往往頗為冗長，如果辯護人無法在陪訊當場隨時紀錄所發生的事實狀況及當下的想法，就沒有適當的基礎得以協助回憶並整理、消化當場所獲資訊，則勢必亦將影響辯護人當場隨時陳述意見之能力。例如，苟辯護人無札記可憑，又要如何針對一再重複的問題、前提未建立的假設性甚至陷阱性的問題，行使「陳述意見」之權利？。

3. 辯護人當場札記之權利，既為保障偵查中被告之資訊獲知權所必要，並為且為被告對辯護人之倚賴權所及，即屬憲法位階之權利，對其限制自應符合憲法第 23 條所要求之法律保留原則及比例原則，非有法律明文授權及必要理由，不得加以限制。

**二、檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 28 點，規定辯護人札記應經檢察官、檢察事務官許可，經許可者得限制或禁止、或對札記內容進行檢查等，乃是對被告之資訊獲知權及辯護倚賴權增加法律所無、亦非必要之限制，於此範圍內已違反憲法第 8 條、第 23 條之正當法律程序原則、法律保留原則及比例原則，應屬違憲**

- (一) 按憲法所列舉之人民自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，

不得以法律限制之，憲法第 23 條定有明文。

**(二) 刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書並無限制或禁止在場辯護人札記之意思，也未授權實施訊問之官員檢閱或扣押札記**

刑事訴訟法第 245 條第 2 項規定：「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。」，依上開條文文意，僅於有事實足認但書所列舉情形存在時，得限制或禁止辯護人之在場或陳述意見。基於以下理由，上開但書所稱限制或禁止辯護人在場或陳述意見，應無限制或禁止辯護人札記之意思，也未授權檢察官等實施訊問之官員得檢閱或扣押札記：

**1. 從合憲解釋而言：**

如前所述，辯護人為被告札記，係其給予被告之最基本辯護上協助，藉由辯護人之札記，被告之資訊獲知權及辯護倚賴權始能獲最低限度之實現。苟禁止辯護人為被告進行札記，則被告不僅難以有效掌握於訊、詢問時獲悉之零碎案情資訊，且辯護人既連最基本之辯護上協助(即札記)都無法提供予被告，更遑論在掌握基本案情之前提下給予其他辯護上協助？現行刑事訴訟法本已欠缺使偵查中被告得以行使資訊獲取權之機制，若禁止辯護人札記，則勢必進一步剝奪被告及辯護人獲取最低限度案情資訊之能力，進而嚴重減損被告之辯護倚賴權及防禦權。連最低限度案情資訊都無法有效掌握、無從獲得辯護人實質有效協助之被告，其實已是被蒙上眼睛、縛緊

雙手，任憑偵查機關攻擊而無還手之力之客體。如此偵查，自己非憲法上正當法律程序原則所許。故從法律應為合憲解釋而言，自無可能認為該項但書所稱限制或禁止辯護人在場或陳述意見之意思，及於禁止辯護人札記。

2. 從歷史解釋而言：

刑事訴訟法第 245 條第 2 項於 1982 年初次訂定賦予被告或犯罪嫌疑人得選任辯護人到場之權利時，即有目前但書之文字，其立法理由稱：「為確保國家機密，及防止偽造、變造證據，或勾串共犯或證人，及維護他人之名譽與偵查程序之正常進行，如偵查中訊問被告時辯護人之到場毫無限制，亦非所宜，故設第二項但書之規定，以期周密。」由此立法背景可知，該項但書所稱限制或禁止，係專就辯護人之人身能否到場或到場後之在場位置而言，例如不許辯護人進入偵訊場所，或者雖然准許進入偵訊場所，但只許辯護人坐在無法與被告交談、不能陪同被告閱覽筆錄的位置。故，該項但書既僅稱限制或禁止辯護人在場，而未言及限制或禁止在場辯護人札記，則其文義自不能外擴及之。

3. 從目的解釋而言：

在場辯護人札記之內容，自係其在場見聞之問答及其他其認為值得紀錄之案情資訊。認為實施訊、詢問之公務員得限制或禁止辯護人札記者，無非認為札記內容係偵查秘密，因此為保偵查秘密，得限制、禁止、檢閱、扣押札記。惟，辯護人在場時既已獲悉問答內容及其他與案情有關之資訊，苟其有心「洩漏國家機密，偽造、變造證據，或勾串共犯或證人，損害他人之名譽」，則縱

無札記可憑，亦非不得於在場時加意用心牢記其有意傳述於外之特定事項。因此，限制、禁止、檢閱、扣押札記，顯非保守偵查秘密，以達「確保國家機密，及防止偽造、變造證據，或勾串共犯或證人，及維護他人之名譽與偵查程序之正常進行」等目的之手段。刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書必然只能解釋為限制或禁止辯護人在場與聞特定訊、詢問內容，始能達此目的。易言之，辯護人若得在場與聞訊、詢問，即無不許其札記之理由與必要。

4. 從體系解釋而言：

由於限制或禁止辯護人在場與聞特定訊、詢問內容，勢必嚴重損害被告之資訊獲知權及辯護倚賴權，因此刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書之規定，其適用應受嚴格限制。該條規定為免出現動輒以大砲轟擊小鳥之情形，乃同時增訂第 3 項，規定辯護人因偵查中執行職務所知悉之事項，不得洩漏，作為侵害較小之手段。該項規定既僅係課予辯護人守密義務，自不能謂已授權實施訊、詢問之公務員得限制或禁止辯護人札記或檢閱、扣押札記。第 3 項所設對被告侵害較小之手段，既未授權限制、禁止、檢閱或扣押札記，則從體系解釋而言，亦可知同條第 2 項但書之限制或禁止，無使用此等手段之意思。

5. 從對基本權之打擊範圍而言：

辯護人之札記固係其見聞之訊、詢問內容之記載，惟，不僅使用何等文句表述問答內容及其他案情相關資訊，已涉及辯護人內在之思想、人格，而且札記內容常有對問答內容之評價，乃至增添註記、備忘，作為事後與被



告討論案情時之重點，此等札記內容除係辯護人之精神活動成果外，更會涉及辯護策略及辯護人與被告之祕密溝通事項。因此，檢閱或扣押札記，不唯侵害辯護人之內在思想自由，尚且有因侵入辯護人與被告祕密溝通領域，而使偵查機關不當取得偵查優勢之虞。此外，札記雖係為協助被告而製作，但在物理性質上係辯護人之財產，因此檢閱或扣押札記均將侵犯辯護人之財產權。立法者於訂定刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書時，其所欲限制或禁止者，僅有被告受到場辯護人保護、協助之權利而已，並未想到要侵犯辯護人之思想自由及財產權，也無意使偵查機關獲得違反正當法律程序之優勢，從而由刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書對基本權之打擊範圍，亦可見其絕無授權偵查機關檢閱或扣押辯護人札記之意思。

### **(三) 檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 28 點應屬違憲：**

#### **1. 違反法律保留原則：**

- (1) 現行檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項（以下簡稱應行注意事項）第 28 點第 1 項規定：「檢察官、檢察事務官訊問、詢問被告時，應依本法第二百四十五條第二項規定，准許辯護人在場...並札記訊問要點。但有事實足認有下列情形之一者，檢察官、檢察事務官報請檢察官同意後，得限制或禁止之、、、」、同點第 2 項規定：「檢察官、檢察事務官依本法第二百四十五條第二項但書規定，限制或禁止辯護人...札記訊問要點，宜審慎認定，將其限制或禁止所依據之事由、限制之方法及範圍告知辯護人及被告，並命書記官記明於訊問或詢問筆錄。依據上開注意事項第 28 點第 1 項及第 2 項之文

意，辯護人僅在受到准許的情況下，才得札記「要點」，可見上開規定否定辯護人得進行札記（故須經許可始得為之）。易言之，應行注意事項第 28 點逕行剝奪了辯護人札記之權利，札記因而成為實施訊、詢問之公務員特許在場辯護人之恩惠，進而於此前提下，該點規定授權檢察官、檢察事務官得依刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書規定，限制或收回授予辯護人的此項恩惠。惟，刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書所稱限制或禁止辯護人在場或表示意見，並不及於限制或禁止辯護人札記，也無授權實施訊問之官員檢閱或扣押札記之意思，已如前述。應行注意事項既係刑事訴訟法之子法，則其第 28 點剝奪辯護人札記之權利，並授權檢察官、檢察事務官限制或禁止辯護人札記，顯已牴觸或逾越其母法刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書之規定，對辯護人在場權之行使增加刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書所無之限制，而違反憲法第 23 條之法律保留原則（蓋辯護人為履行其協助被告進行實質有效辯護之職責而製作札記，本屬被告資訊獲知權及辯護倚賴權所保障之事項，係辯護人在場行使職權之固有權利範圍，何需檢察官另外「許可」？而且上開規定檢察官僅許可辯護人「札記要點」，更是實質上限縮辯護人在場權之行使方法，均非刑事訴訟法第 245 條第 2 項明文允許之強制處分）。

- (2) 應行注意事項第 28 點於第 1 項但書授權檢察官、檢察事務官得限制或禁止辯護人札記，至於限制之方法及範圍，依同點第 2 項：「將其限制或禁止所依據之事由、限制之方法及範圍告知辯護人及被告，並命書記官記明

於訊問或詢問筆錄。」之規定，則全委諸檢察官裁量。由於上開規定並未就限制之方法有何具體說明，檢察官裁量之範圍因而無邊無界，致實務上檢察官據此規定而檢閱辯護人札記內容者有之，認為辯護人之札記過於詳細而「指導」者有之，命辯護人「自願」留下札記而不攜出偵查庭，以規避同點第 4 項：「檢察官、檢察事務官就辯護人在場製作之札記，除法律另有規定外，不得扣押。」規定者亦有之<sup>18</sup>。惟，如前所述，辯護人於檢察官訊問過程中製作之札記，除了記載、記錄辯護人在訊問現場，以人體五感所感受到的訊問現場體驗內容外，通常也會在進行札記時，一併記載辯護人接下來擬陳述意見或未來辯護方向之摘要，或註記在庭後需要進一步與被告溝通、確認之事項，或註記辯護人受被告告知之內容與檢察官所訊問事項之差異等事項，抑或辯護人在側面觀察現場狀況後之內心印象、個人結論、法律見解等。以上種種，不僅俱屬辯護人內在之思想精神活動，也會涉及辯護人與被告在不受干預下充分自由、祕密溝通交流之事項，乃辯護人協助被告行使防禦權之重要內

<sup>18</sup> 監察院 107 年 11 月 14 日 107 年度司調字第 52 號調查報告，第 9 頁：「查高雄地檢署檢察官偵辦 105 年度偵字第 5402 號貪污治罪條例案，於 105 年 6 月 15 日訊問被告期間，突然以被告辯護人涉及偵查不公開為由，扣押辯護人之札記並禁止其繼續札記，已如前述。承辦檢察官固於該次訊問筆錄中記明：『檢察官諭知辯護人當庭詳細記載偵訊內容之筆記涉及偵查不公開，經檢視該張筆記應予扣案』...嗣辯護人向高雄地檢署請求發還，經該署以 105 年 6 月 24 日雄檢欽讓 105 聲他 809 字第 61643 號函復拒絕，該函指出：『有關辯護人於偵查庭，得否記載訊問要旨，依規定需符合「不違反偵查不公開」及「得檢察官許可」之情形下，方能為之。聲請人為被告莊○○之辯護人，當知悉被告莊○○遭法院裁定羈押禁見原因之一為有串供串證之虞，考量本件案情特殊性，檢察官當庭禁止聲請人將書寫完整之筆記乙紙帶離偵查庭亦有所據，扣押程序均得聲請人同意，並無不當。』」。

涵，應受憲法之保障（大院釋字 654 號解釋意旨參照）。應行注意事項第 28 點第 1 項在刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書並未授權檢閱、扣押辯護人札記之情況下，竟以上述空白授權之方式，使檢察官得以檢閱辯護人札記內容，甚至實質扣押辯護人之札記，實已逾越其母法即刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書之授權，構成無法律依據而侵害辯護人之思想自由、財產權以及與被告祕密溝通交流之秘匿特權，而違反法律保留原則。

2. 違反比例原則，並牴觸正當法律程序原則：

認為刑事訴訟法第 245 條但書授權於應行注意事項第 28 點限制或禁止辯護人札記者，不外係以偵查不公開之空泛理由，為其論據，例如「辯護人之札記權雖為辯護權及在場權之表現，亦不得與偵查不公開之原則相牴觸」、「受評鑑人雖禁止陳請人續為札記，然並未禁止陳請人在場為被告辯護，況辯護人於退庭後，仍可以與被告談話或至看守所接見而獲知案情並撰寫答辯狀等方式行使其辯護權，是本會認為本件受評鑑人禁止辯護人札記之行為，對辯護人辯護權之行使應無妨礙」云云<sup>19</sup>。惟查：

- (1) 縱偵查階段為使國家正確有效行使刑罰權，並保護犯罪嫌疑人及關係人之憲法權益，而有偵查不公開之規定，因而或對被告之卷證資訊獲知權及辯護倚賴權構成不利影響甚至限制，惟，此等不利影響或限制仍不應達於不利被告答辯或進行實質有效防禦之程度，否則即有悖憲法上正當法律程序原則。

<sup>19</sup> 檢察官評鑑委員會 107 年度檢評字第 001 號決議書參照。

(2) 偵查不公開，係刑事訴訟法第 245 條所揭櫫之準則。或有認為刑事案件在偵查階段，倘偵查方法與內容洩漏於外，易使嫌犯與共犯逃匿，或發生湮滅證據、勾串共犯偽證等情事，導致不能追訴犯罪、有礙發現真實之虞，但是偵查不公開除前開確保偵查資訊不因洩漏而妨礙司法追訴犯罪及發現真實之目的外，亦寓有在無罪推定原則底下，保護受偵查之被告或嫌疑人不因尚未明確之消息而被認是罪犯，而導致自由受到侵害之實質意義。

(3) 89 年 6 月 30 日立法院修正刑事訴訟法第 245 條第 3 項，在偵查不公開原則之下，明定檢察官、辯護人等於偵查程序依法執行職務之人員原則上不得公開揭露偵查中因執行職務知悉之事項時，立法理由指出：「無罪推定原則為民主法治國家所公認之原則，亦為世界人權宣言及國際公民與政治權利公約所明確宣示。各種不同型式的人民公審則被社會視為踐踏人權之野蠻國家的不文明象徵。本法第一百五十四條規定，犯罪事實應依證據認定之，無證據不得推定犯罪事實，已明白宣示無罪推定原則。而本條第一項規定『偵查不公開之』，其主要立法意旨，無非在確保無罪推定原則之落實。...按偵查不公開原則之內涵，一為偵查程序不公開，一為偵查內容不公開。一則禁止公開偵查過程及偵查行為，藉以維護偵查程序之順利進行；二則基於無罪推定原則，避免未經正式起訴審判程序及公佈犯罪嫌疑人涉嫌犯罪之資訊。對未經定罪嫌疑人名譽造成難以彌補之傷害。」<sup>20</sup>，是以，前項立法理由確認：「偵查不公開」之內涵分為（1）程序不

<sup>20</sup> 立法院公報，第 89 卷第 39 期院會紀錄，頁 447-449（2000）參照。

公開—用以維護偵查程序之順利進行；(2) 內容不公開—用以維護無罪推定，保護人權。兩者應並行不悖。偵查不公開，不應輕易作為用以限制被告、辯護人權利之理由。

- (4) 前已敘明，辯護人札記的機能即在協助被告牢記於訊、詢問時得以獲悉之片段、零碎案情資訊，在刑事訴訟法欠缺使偵查中被告得以行使資訊獲知權之規定的現狀下，辯護人之札記實係使被告得以確實掌握防禦所需之最低限度資訊所不可或缺之協助。因此，限制或禁止辯護札記，將嚴重侵害被告獲知防禦所需案情資訊之權利，並致其難以受辯護人實質有效之協助，因此淪為偵查權力行使之客體，必然牴觸正當法律程序原則。偵查不公開雖係刑事訴訟法所肯認之公益，但既有基於無罪規定原則保護被告之意旨，則尤不能因追求偵查不公開反而不利於被告之辯護，從而縱為維護偵查不公開之目的而限制被告及辯護人之權利，仍不應導致偵查程序牴觸正當法律程序原則。準此，苟刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書或應行注意事項第 28 點係為偵查不公開而限制或禁止辯護人札記，即已違反正當法律程序原則。以「辯護人於退庭後，仍可以與被告談話或至看守所接見而獲知案情並撰寫答辯狀等方式行使其辯護權、對辯護人辯護權之行使應無妨礙」等理由，作為限制辯護人在場札記之理由，實是過度昧於事實，完全不理解偵查中被告與辯護人的資訊弱勢處境，上開理由更是我國刑事訴訟偵查制度對於被告主體地位的輕視的赤裸裸呈現。

- (5) 辯護人之在場權與辯護人與被告接見面會之溝通權，乃

是獨立並存的權利。而無論是被告或辯護人，記憶能力均有其侷限，縱被告得於與辯護人會商或接見時討論案情，但若無札記可憑，雙方均難能正確回憶訊、詢問時所獲資訊，自亦難以有效討論。因此以辯護人與被告之接見面會之溝通權、為被告答辯等辯護權均未受到限制為由，認為辯護人在場札記之權利得基於偵查不公開之理由而予以限制云云，亦係昧於事實之論，無異謂雖然砍斷被告的左手，但其仍有右手可以保護自己，所以對被告仍然公平。這種論證之荒謬，輕易可見，自無解於正當法律程序原則之違反。

- (6) 如前所述，辯護人在場時既已獲悉問答內容及其他與案情有關之資訊，苟其有心違反偵查不公開，洩漏當場所悉偵查秘密，或偽造、變造證據，或勾串共犯或證人，損害他人之名譽，則縱無札記可憑，亦非不得訊、詢問結束後憑記憶為之。因此，限制、禁止、檢閱、扣押札記，除嚴重侵害被告之資訊獲知權及辯護倚賴權外，並不能達到保守偵查秘密之目的。就此而言，苟刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書或應行注意事項第 28 點係為偵查不公開而限制或禁止辯護人札記，則亦已違反比例原則。

三、辯護制度為確保被告防禦權之憲法制度性保障，辯護人之札記乃屬工作成果，亦為辯護人之財產，不受國家妨礙或不當限制，此乃辯護制度之基本核心，且更不屬於刑事訴訟法第 133 條第 3 項所稱可為證據或得沒收之應扣押物，亦非刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書所定之限制或禁止律師在場權之規範客體。如檢察官扣留辯護人當場製作之札記，已屬限制辯護人之工作成果及財產權之行為，該處分於法無據，應屬違法

(一) 辯護制度是為協助被告行使防禦權而存在，是憲法為避免人民基本權受到國家公權力不當侵害而設之制度性保障。為確保辯護人職權之行使以保障被告權益，此一制度性保障之內涵，應包括為確保辯護人有效行使及職務，並保障辯護人一定程度的隱蔽性、避免對造（即檢方所代表之國家）對其工作內容的不必要的窺視<sup>21</sup>，為保障辯護人履行職責、為當事人之案件進行妥適的準備，在辯護人取得案情資訊、排除不必要的事實、整理法律主張及擬定辯護策略等工作事項上，應全力排除國家對辯護人執行工作之不正當、不必要之限制。對此，聯合國於 1990 年通過之《關於律師作用之基本原則》第 16 點(a)復揭示：「各國政府應確保律師能夠履行其所有職責而不受到恫嚇、妨礙或不適當之干涉」<sup>22</sup>。又律師之工作成果，事涉律師財產權及工作權的保障，也與被告及辯護人間默密溝通進而受辯護人實質有效辯護協助的權利息息相關，應與被告之防禦權同受憲法之高度保障。對律師工作成果（不論是律師在腦海所想，或寫下而化為具體之陳述、文字等）的保障，不應因律師是否有具體寫下而有不同，如檢察官要取得律師的工作成果，因此一限制攸關被告之訴訟上防禦權與生命、自由及財產之保障，更涉及辯護人的工作權、財產權的侵害，應適用嚴格之法律保留原則，且相關限制之

<sup>21</sup> Hickman v. Taylor, 329 U.S. 495, at 511-12 (1947) (“Proper preparation of a client's case demands that he assemble information, sift what he considers to be the relevant from the irrelevant facts, prepare his legal theories, and plan his strategy without undue and needless interference. That is the historical and the necessary way in which lawyers act within the framework of our system of jurisprudence to promote justice and to protect their clients' interests.”).

<sup>22</sup> Basic Principles on the Role of Lawyers, Article 16 (a) “Governments shall ensure that lawyers (a) are able to perform all of their professional functions without intimidation, hindrance, harassment or improper interference” (Adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, 27 August to 7 September 1990).



發動，更要通過嚴格審查基準下的比例原則審查。

**(二) 由於現行刑事訴訟法並未授權檢察官得扣留辯護人當場製作之札記，是以檢察官如予以扣留，即屬違法**

1. 依應行注意事項第 28 點第 4 項：「檢察官、檢察事務官就辯護人在場製作之札記，除法律另有規定外，不得扣押。」之規定，檢察官、檢察事務官限於有法律根據時，始得扣押辯護人在場製作之札記，是上開規定並非使檢察官、檢察事務官得扣押辯護人札記之授權規範，核先敘明。次依刑事訴訟法第 133 條第 3 項之規定，只有對可為證據或得沒收之應扣押物，檢察官才得據此規定命持有人提出或交付。辯護人既係依刑事訴訟法第 245 條第 2 項之規定在場陪同被告或犯罪嫌疑人接受訊、詢問，即屬依法執行辯護職務，自無不法可言，故辯護人在場製作之札記自無可能是被告或辯護人自己犯罪之證據，也就不會是刑事訴訟法第 133 條第 3 項所稱可為證據或得沒收之應扣押物。進而言之，札記是在場辯護人執行辯護職務之同時所製作之工作上紀錄，不僅屬辯護人行使在場權所留下之工作成果，亦屬於辯護人之財產。何況，前已說明，辯護人於訊問現場所製作之札記，內容除了包含辯護人當場所體驗感知之資訊外，內容可能還包含辯護人未來之辯護策略、之前與被告溝通瞭解之內容、以及辯護人側面觀察所得之內心印象、結論、法律見解等，是辯護人思想內容的具體化，根本不是所謂之「得為證據或得沒收之應扣押物」，且相關資訊如任由檢察官取得，則辯護人為被告防禦之機能形同虛設，故辯護人所製作之札記內容，應屬被告防禦權之根本核心，就此而言，更不容檢察官恣行扣押，致危及辯護制度之運作。綜上可知，雖然應行注意事項第 28 點第

4項規定檢察官、檢察事務官於有法律根據時，得扣押辯護人在場製作之札記，但實際上目前並不存在此等法律依據，從而檢察官不論如何，均不得扣押辯護人之札記，更遑論命被告或辯護人提出或交付札記與其閱覽，否則即屬檢察官違法妨礙辯護人執行職務之行為。

2. 如前所述，刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書應嚴格解釋，僅授權檢察官訊問被告時，得在極例外之情形，限制或禁止辯護人之在場。該項但書所稱限制或禁止，係專就辯護人之人身能否到場或到場後之在場位置而言，例如不許辯護人進入偵訊場所，或者雖然准許進入偵訊場所，但只許辯護人坐在無法與被告交談、不能陪同被告閱覽筆錄的位置。至於辯護人因在場執行辯護職務而於現場製作之札記，則是辯護人為被告後續防禦權行使所製作之紀錄文書，並非刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書之限制客體，因此刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書也非授權檢察官得扣押作為辯護人工作成果之札記的法律依據。

#### **四、對於限制、禁止、檢閱或扣押辯護人札記之處分，無論是事前之作成過程或事後之救濟，現行刑事訴訟法之程序保障均顯有不足**

- (一) 按不論是檢察官限制或禁止在場陪訊之辯護人自行札記、要求檢查札記內容或扣留札記，均屬檢察官限制被告防禦權及辯護人辯護權之強制處分，然此等強制處分卻缺乏法律之明文授權依據，已如前述。
- (二) 有關於受處分人對檢察官之處分有所不服，應如何救濟一事。現行之刑事訴訟法第 416 條列舉相關得對檢察官之處分向法院提起準抗告之事由。就扣押辯護人札記之處分，或得認係

該條第 1 款所稱關於「扣押」之處分，而提起準抗告。惟，限制、禁止札記或檢閱札記之處分，則不在該條第 1 項所列舉得提起準抗告之 4 款情形內。易言之，限制、禁止札記或檢閱札記對被告之資訊獲取權及辯護倚賴權、辯護人之思想自由及財產權均構成嚴重侵害，在現行刑事訴訟上卻無救濟途徑。

- (三) 縱認限制、禁止札記或檢閱札記之處分，性質上接近該條第 1 項第 3 款所稱有關「對於限制辯護人與被告接見或互通書信之處分。」，而得類推適用刑事訴訟法第 416 條第 1 項第 3 款之規定，向法院提起準抗告，惟，如前所述，此等處分對被告及辯護人之基本權均構成嚴重侵害，並進而危及辯護制度及正當法律程序之基礎，故其作成及事後之救濟自均應相稱於對基本權及正當法律程序侵害之嚴重性。就此可參德國刑事訴訟法第 138c 條及第 138d 條，其規定限制辯護人之辯護權，應由法院做出裁定，而且法院做出此等裁定前，須經言詞辯論，於此程序中，該辯護人所屬之律師公會得提出意見。亦即，限制辯護權之決定不僅須遵守法官保留原則，而且必須踐行有律師公會陳述意見之言詞辯論程序，始得作成。反觀我國，偵查機關不需經法院許可即得限制、禁止、檢閱或扣押辯護人札記，而且縱認此等處分均能提起準抗告，惟，準抗告僅係書面審理，不行言詞辯論，被告、辯護人乃至辯護人所屬律師公會均無以言詞陳述意見之機會。相較德國之制度，我國刑事訴訟法對於因限制、禁止、檢閱及扣押辯護人札記之而受侵害之基本權（被告之資訊獲知權及辯護倚賴權、辯護人之思想自由及財產權），所給予之程序保障顯然不足。

