

憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決

部分協同部分不同意見書

黃瑞明大法官提出

壹、原因案件事實及聲請釋憲理由

本件聲請人陳律師於其當事人觸犯貪污治罪條例案件偵查程序中，以辯護人身分在場陪訊。檢察官以偵查不公開原則及筆記過於詳細為由，禁止其筆記，並指揮在庭法警扣押筆記。聲請人依刑事訴訟法第 416 條第 1 項¹（即系爭規定一）第 1 款規定提出準抗告，經臺灣高雄地方法院 105 年度聲字第 2531 號刑事裁定（下稱確定終局裁定）以其聲請與系爭規定一所列各款事由均不符為由，予以駁回。聲請人認為確定終局裁定所適用之系爭規定一及法務部於中華民國 93 年 6 月 23 日法令字第 0930802186 號令修正發布之「檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第 28 點規定²（即系爭規定二）有違憲疑義，而聲請解釋。

貳、協同意見部分

本件判決主文一認為檢察官依刑事訴訟法第 245 條第 2

¹ 刑事訴訟法第 416 條第 1 項規定：「對於……檢察官所為下列處分有不服者，受處分人得聲請所屬法院撤銷或變更之。處分已執行終結，受處分人亦得聲請，法院不得以已執行終結而無實益為由駁回：一、關於羈押、具保、責付、限制住居、限制出境、限制出海、搜索、扣押或扣押物發還、變價、擔保金、因鑑定將被告送入醫院或其他處所之處分、身體檢查、通訊監察及第 105 條第 3 項、第 4 項所為之禁止或扣押之處分。二、對於證人、鑑定人或通譯科罰鍰之處分。三、對於限制辯護人與被告接見或互通書信之處分。四、對於第 34 條第 3 項指定之處分。」

² 法務部於中華民國 93 年 6 月 23 日法令字第 0930802186 號令修正發布之「檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第 28 點規定：「檢察官對於辯護人有無依本法第 245 條第 2 項前段規定，於訊問被告時在場，應命書記官於訊問筆錄內記明之。在不違反偵查不公開之原則下，得許辯護人在場札記訊問要點。檢察官於訊問完畢後，宜詢問在場之辯護人有無意見，並將其陳述之意見要旨記明筆錄。（刑訴法 41、245）」

項³（於本意見書下稱系爭規定三）但書規定，禁止或限制辯護人於訊問時在場、筆記或陳述意見之處分，系爭規定一及其他規定，未賦予被告、犯罪嫌疑人或其辯護人享有向法院聲明不服、請求救濟之機會，違反憲法第 16 條保障訴訟權之意旨，並要求相關機關應於本判決公告之日起 2 年內，依本判決意旨修正刑事訴訟法；主文二宣示於刑事訴訟法修法前，被告、犯罪嫌疑人或其辯護人得準用刑事訴訟法第 416 條所定程序，聲請所屬法院撤銷之。本席贊同本件判決主文一及二，但就判決理由認有補充說明之必要，爰就此部分提出協同意見如下。

按判決理由第 16 段指出：「其（指系爭規定三前段部分：『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。』）權利內涵如前所述，應包括均受憲法保障之辯護人在場權、筆記權及陳述意見權等偵查中辯護權」，即確認辯護人偵查中辯護權受憲法保障，是辯護人之辯護權若受侵害，本即得獨立以自己名義請求救濟，本件判決理由於此未清楚明示，實有所不足。

實則刑事訴訟法上關於辯護人權限，可分為以下兩種：「代理權」（或稱傳來權限），乃指被告或犯罪嫌疑人所得為訴訟行為，其在性質上或法律規定上許為代理者，得由辯護人代為行使，辯護人行使此項權限，本應尊重被告或犯罪嫌疑人之意思，原則上不得與其明示之意思相反；「固有權」（或稱原始權限），係指與被告或犯罪嫌疑人之權利分離而為辯

³ 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。」

護人特別所擁有之權限，此項權限有與被告或犯罪嫌疑人同享者，亦有僅辯護人所專有者（即法條規定為「辯護人得……」）。由於辯護人之固有權係基於辯護人之地位所具有，故其行使自不受被告或犯罪嫌疑人明示、默示意思之拘束，縱其與被告或犯罪嫌疑人同享之權限亦然（最高法院 108 年度台上字第 3842 號刑事判決參照）⁴。本席認為按系爭規定三之法條明示：「被告或犯罪嫌疑人之辯護人，得……」，故依上開最高法院見解，辯護人在場權、筆記權及陳述意見權，應屬辯護人之固有權，其行使自不受被告或犯罪嫌疑人明示、默示意思之拘束。若檢察官依系爭規定三但書對辯護人上述權利為限制或禁止之處分，其處分對象為辯護人，直接侵害其固有權，並進而侵害其受憲法所保障之辯護權及工作權，被告或犯罪嫌疑人受辯護之防禦權亦因此受到侵害。對上述權利受到侵害應如何救濟，辯護人應較被告或犯罪嫌疑人有立場作決定且有較佳之判斷力，況律師作為辯護人之角色並非均依被告或犯罪嫌疑人之指示而為，而具有一定獨立之地位，此於律師法已有明文規定⁵，因此辯護人因辯護權及工作權受侵害行使救濟權，應得獨立以自己名義行之，無須得被告或犯罪嫌疑人之同意，甚至可與其明示、默示之意思相反，方能彰顯辯護人之辯護權及工作權受憲法保障之本質。

參、不同意見部分

本件判決主文三對聲請人之其餘聲請不受理。判決理由

⁴ 基此判決所衍伸之關於辯護人法律上所享有之權利及其憲法根基之討論，可參見本件判決詹森林大法官提出之協同意見書，頁 2-3。

⁵ 律師法第 34 條第 3 項規定：「當事人之請求如係違法或其他職務上所不應為之行為，律師應拒絕之。」同法第 46 條規定：「律師不得代當事人為顯無理由之起訴、上訴、抗告或其他濫行訴訟之行為。」

指出系爭規定二未為確定終局裁定所實質審酌、適用，自不得以之為聲請客體。況該規定業經法務部 108 年 3 月 20 日法檢字第 10804510780 號函修正發布之「檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第 28 點規定⁶所取代，亦已無再予審查之必要。本席不贊同本件判決主文三及其理由，爰就此部分提出不同意見如下。

一、本件爭議之核心：對辯護人之辯護權及工作權加以限制或禁止之規定之合憲性

本席認為本件聲請案之核心爭議不限於辯護人受禁止或限制行使其辯護權及工作權後有無救濟機會的問題，而應包括對辯護權及工作權之行使加以限制或禁止之規定之合憲性問題。按系爭規定三但書賦予檢察官在一定條件之下得限制或禁止辯護人於訊問時在場、筆記或陳述意見之權力，法務部依據該規定發布系爭規定二，本件判決就系爭規定二為不受理，且未對系爭規定三為任何審議，本席認為系爭規定二及三均有違憲疑義，未就此加以審議實有所不足。

二、系爭規定二及三符合受理之要件，具有一併受理審查之價值

⁶ 法務部 108 年 3 月 20 日法檢字第 10804510780 號函修正發布之「檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第 28 點規定：「(第 1 項) 檢察官、檢察事務官訊問、詢問被告時，應依本法第 245 條第 2 項規定，准許辯護人在場、陳述意見並札記訊問要點。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：一、有妨害國家機密之虞。二、有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞。三、有妨害他人名譽之虞。四、其行為不當足以影響偵查秩序。(第 2 項) 檢察官、檢察事務官依本法第 245 條第 2 項但書規定，限制或禁止辯護人在場、陳述意見或札記訊問要點，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。(第 3 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。(第 4 項) 檢察官、檢察事務官於訊問、詢問完畢後，宜詢問辯護人有無意見，並將其陳述之意見要旨記明筆錄。(刑訴法 41、245)」

確定終局裁定理由標題三、(二)指出：「被告雖因本件經裁定羈押在案，然聲請意旨所指檢察官於前揭期日依刑事訴訟法第 245 條第 2 項、檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 28 點規定所作成不許筆記訊問要旨之處分，並非針對被告人身自由所為限制，自非『廣義上關於羈押所為禁止處分』，復與刑事訴訟法第 416 條第 1 項各款所例示得提起救濟之事由均有不符，本院自無從就檢察官上開處分之當否為實體上之審究」，由上理由可知系爭規定二及三於確定終局裁定均有所適用。至於系爭規定二雖已於法務部 108 年 3 月 20 日法檢字第 10804510780 號函修正發布之「檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第 28 點規定所取代，然而本件爭議之起源在於系爭規定二所規定「在不違反偵查不公開之原則下，得許辯護人在場札記訊問要點」，該規定於 108 年 3 月 20 日修改為：「檢察官、檢察事務官訊問、詢問被告時，應依本法第 245 條第 2 項規定，准許辯護人在場、陳述意見並札記訊問要點」，二者雖有些行文用語之差異，但爭議根源之「札記訊問要點」之規定並未變更，因此其違憲疑義持續存在。系爭規定二於確定終局裁定有適用，聲請人亦主張系爭規定二違憲，自符受理之要件。聲請人雖未聲請審查系爭規定三，然系爭規定二係依據系爭規定三而訂定，而且以違反系爭規定二為理由所作之任何處分，均須依據系爭規定三為之，系爭規定三亦為確定終局裁定所適用，於規範意義上二者具有不可分割關係，均符合受理要件，自應一併納入審查範圍。

三、系爭規定二僅得「札記訊問要點」與系爭規定三「有事實足認有勾串共犯或證人之虞」之合憲性探討

本件原因案件之爭議，即辯護人於偵查訊問時在場作詳細之筆記，是否構成「有事實足認有勾串共犯或證人之虞」，而得命其不得繼續筆記，甚至得限制或禁止其在場，因此系爭規定二所定辯護人得「札記訊問要點」與系爭規定三所定「有事實足認有勾串共犯或證人之虞」為爭議之核心，其合憲性應予檢討。

(一) 辯護人在偵查庭「詳細記載偵訊內容」與「有事實足認有勾串共犯或證人之虞」之關聯度

系爭規定三允許被告或犯罪嫌疑人之辯護人得於檢察官訊問該被告或犯罪嫌疑人時在場並得陳述意見，該規定對於辯護人於偵查庭能否作筆記並未為任何規定。當檢察官認為辯護人筆記太詳細已超越系爭規定二「札記訊問要點」之範圍，因而認符合系爭規定三之「有事實足認有勾串共犯或證人之虞」，則限制或禁止辯護人繼續作筆記之依據是系爭規定三，而依系爭規定三，檢察官亦可以相同的理由命辯護人不得在場，對其辯護權行使之限制程度更為嚴重，因此系爭規定二僅為系爭規定三執行之技術面規定，可說是系爭規定三所稱「有事實足認有勾串共犯或證人之虞」之例示規定而已，審查系爭規定二所訂「札記訊問要點」有無違憲，自然必須同時審查系爭規定三之合憲性始為完整，因為若同意辯護人在場而限制或禁止其作詳細筆記，令辯護人僅能憑藉記憶以作為日後為被告或犯罪嫌疑人辯護之基礎，實已淘空其辯護權，與限制或禁止辯護人在場之處分並無太大的差別，故應一併審查。

(二) 檢評會之決議理由及部分委員對該決議之不同意見之

解析

本件聲請案之原因案件，曾由高雄律師公會向檢察官評鑑委員會（下稱檢評會）聲請就該檢察官進行個案評鑑，檢評會作出不付評鑑之結論，該評鑑決議書⁷及不同意見書之理由可資參考。

本件爭議案最具代表性之意義在於：檢察官自認依法執行職務之行為卻被律師公會請求評鑑。而評鑑之結果雖然是「本件不付評鑑」，但9位評鑑委員中（原11位扣除請假及自行迴避者2位），有4位評鑑委員提出不同意見，亦即本件是以一票之差（5：4）而未交付評鑑。明明依系爭規定二辯護人僅得「札記訊問要點」而行使偵查庭指揮權，卻差點被移付評鑑，如此之結果，可能讓許多檢察官感到不解甚至震驚。由此可見爭議之源起不在檢察官，而在於法務部訂定之系爭規定二，以及系爭規定三之問題。檢評會僅就應否對檢察官移付評鑑為決議，但是決議及不同意見書之理由對辯護人在偵查庭中作詳細筆記而被禁止所涉及辯護權及工作權之意涵討論詳盡，不同意見雙方均深入論述，充分表達了對此問題正反兩面不同之看法，可作為判斷系爭規定二及三是否合憲之參考。

1. 檢評會決議不付評鑑之主要理由

檢評會認為檢察官禁止辯護人作詳細筆記之行為符合系爭規定三之要件，即「有事實足認有勾串共犯或證人之虞」，主要理由包括：

(1) 受評鑑案件為員警包庇賭博性電玩之集團性違反貪污治

⁷ 檢察官評鑑委員會 107 年檢評字第 001 號評鑑決議書。

罪條例案件，「行受賄案件多為隱密進行，且以現金交付製造金流斷點，除供述證據外，實難以其他方式取證」。

- (2)「陳情人（註：即本件聲請人陳律師）於庭訊時針對檢察官訊問被告帳戶內金流，即（檢察官主觀認為恐與犯罪有關之）金額、時間及被告回答（金流來源為被告至親）等以 QA 方式記載。……受評鑑人（註：即檢察官）以案件偵辦全局思考，認陳情人在場札記之行為，其內容及方式，已足使有心之閱覽或使用者獲悉檢察官偵辦關於職務賄賂罪所揭露之核心（即各筆疑似賄款現金金額、時間等），顯有串證之虞，似非無據」。
- (3)陳情人曾受僱於甲辯護人，而甲辯護人曾擔任與被告具有職務賄賂對立關係之電玩業者（即行賄嫌疑人）之辯護人，從而認為「任何稍具有社會經驗或者常識之人，都可能會高度懷疑陳情人在本件受評鑑案件中，存在違反刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書規定『勾串共犯或證人』之可能性」。

2. 對檢評會決議不同意見書之理由

對該評鑑決議提出不同意見書之 4 位委員，針對相同之行為，解讀則完全不同：「既然訊問的是有關金流問題，則辯護人未確認每筆金流的時間、金額，又如何能特定調查的標的而協助被告調查有利證據？辯護人於訊問時行使在場權而詳實紀錄金流的金額、時間，乃是盡責之辯護人行使職權之必然，今多數意見竟然以辯護人盡責行使職權之成果，認為『已足使有心之閱覽或使用者獲悉檢察官偵辦關於職務賄賂罪所揭露之核心』，此一意見如成普遍見解，則日後辯護人在場權的機能將被弱化、損害被告的防禦權」。

3. 對評鑑決議及不同意見理由之評析

就評鑑決議書形成心證之立論基礎與不同意見書之理由加以比對觀察，辯護人之同一行為事實可被視為「盡責行使職權」，亦可認「稍具社會經驗或者常識之人」均可高度懷疑為「有事實足認有勾串共犯或證人之虞」，就此立場鮮明之差異可以說明辯護人與檢察官就分工之角色，難免有緊張關係，此不僅我國獨有，而是法治國家共有之普遍現象。此即日本學者所感慨：「最完善之辯護」常被斥責為「妨害偵查」或「不適當辯護」⁸。

評鑑決議認「本件受評鑑人於庭訊時發覺陳情人之札記以 QA 方式近乎逐字記載詳盡，並非僅札記問訊過程要點，因恐偵訊內容外洩致有勾串發生，當場制止繼續札記，自符規定」，所稱「規定」應是指系爭規定二及三。精確言之，本件爭議也就是詳細筆記已超出系爭規定二所定「札記訊問要點」之範圍，從而構成系爭規定三「有事實足認有勾串共犯或證人之虞」之問題，就此討論如下：

(1) 辯護人在法庭外與其他共犯及證人接觸之行為界限

按辯護人於何範圍內得於法庭外與其他共犯⁹或證人接觸，律師法及刑事訴訟法等均無直接明確規範，中華民國律師公會全國聯合會會員代表大會制定公布並報請法務部備查之律師倫理規範，就此特別規定「律師接受事件之委託後，應忠實蒐求證據、探究案情，並得在訴訟程序外就與案情或證明力有關之事項詢問證人」(第 16 條第 1 項前段)，即肯認

⁸ 森際康友編，劉志鵬等譯，法曹倫理，頁 157，新學林，2011 年 11 月，1 版。

⁹ 刑事訴訟法第 287 條之 2 規定：「法院就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告準用有關人證之規定。」

辯護人在訴訟程序外與證人有所接觸並不違反律師倫理規範，此乃辯護人可以協助證人回復記憶、瞭解爭點、知曉法律用語等正面功能。然而，辯護人對證人給予意見之界限，可說是刑事辯護律師之倫理難題，該難題就是律師在刑事訴訟程序所負之「真實義務」以及對當事人「忠實義務」間尋求平衡點之問題，幾乎所有法律倫理學之書籍皆將之列為重要課題加以論述¹⁰。

(2) 檢察官對辯護人可能串證之疑慮

系爭規定二限制辯護人在場僅能「札記訊問要點」，即推論筆記記載詳盡就有串證之虞。限制筆記內容之目的，就是防範辯護人知悉並詳細記錄訊問之內容後，於庭外利用這些資訊與其他共犯或證人進行串證。由系爭規定二可以得知法務部對於辯護人是否會參與串證有高度的懷疑與不信任感，本席認為此不信任感至少有如下三個原因：

①辯護人於證人作證前與證人會談固無不可，但辯護人為當事人之最佳利益而努力，為避免證人作出不利於其之陳述，協調當事人與各證人間之說詞以尋求當事人最佳利益之誘因存在。

②對證人給予意見構成串證與否之界限模糊

證人於出庭陳述前，與辯護人有所諮詢並非法律或倫理規範所禁止，但律師倫理規範第 23 條第 1 項規定¹¹亦明確規範律師不得有「教唆偽證或其他刻意阻礙真實發現之行

¹⁰ Deborah L. Rhode, David Luban 著，林利芝譯，法律倫理（上），頁 448-451，新學林，2018 年 8 月，1 版。台北律師公會主編，尤伯祥等著，法律倫理，頁 295，五南，2012 年 5 月，2 版。

¹¹ 律師倫理規範第 23 條第 1 項規定：「律師於執行職務時，不得有故為矇蔽欺罔之行為，亦不得偽造變造證據、教唆偽證或為其他刻意阻礙真實發現之行為。」

為」，然而對證人給予意見於何程度將被認定有串證行為，而可能該當教唆偽證之罪責，其間界線模糊，對辯護人與檢察官均形成困擾。

③串證通常隱密為之，且證人或共同被告間可能利害一致，故揭發不易

基於以上因素所產生之不信任感，造成檢察官曾對律師以教唆偽證罪起訴之案件，有些案件或許律師確已逾越界限而罪有應得，然而有許多案件是在界限不清之情形下，而遭移送，過去曾發生之檢察官發現律師為當事人準備檢察官可能之問題及擬答之「教戰手則」案例¹²，引起社會與法界正反兩面之論戰，即為典型事例，本件爭議之本質亦為如此，如此之爭議普遍存在於世界各國律師與檢察官之間。

(3) 律師界對防止律師串證之努力

針對辯護人與證人會談間之倫理界限，律師界努力定出會員行為之規範，如前述律師倫理規範第 16 條第 1 項前段規定律師得於訴訟程序外就與案情或證明力有關之事項詢問證人，但該條後段則明定「不得騷擾證人，或將詢問所得作不正當之使用」。且律師不得為串證之規範極為明確，「律師不得自行或教唆、幫助他人使證人於受傳喚時不出庭作證，或使證人出庭作證時不為真實完整之陳述」（第 16 條第 3 項前段）。另外尚有許多條文直接規範律師與證人之會談界

¹² 95 年 5 月間台灣土地開發公司股票內線交易的案件（簡稱台開案），趙建銘為當事人之一，調查局北機組在搜索趙建銘臺大醫院辦公室時搜出檢調攻防教戰手冊，內容記載面對檢調訊問的答辯技巧。檢察官查出資料來源為其委任律師，考慮將該律師以違反律師倫理之名移送懲戒。參見：趙建銘辦公室 搜出攻防教戰手冊，TVBS 新聞網，<https://news.tvbs.com.tw/politics/360867>，95 年 6 月 20 日；應訊教戰手冊 追來源，<https://tw.appledaily.com/headline/20060712/6TE4HBKPGBQTWDFNYNFUR7CSIU/>，95 年 7 月 12 日；吳景欽，律師有錯嗎？從台開案的教戰守則談被告的辯護權，人權教育諮詢暨資源中心，<https://hre.pro.edu.tw/article/3716>，108 年 2 月 26 日。

限，如明文規定律師不得有教唆偽證之行為（串證該當之）¹³，甚至特別制定「律師訪談證人要點」¹⁴，其他尚有許多避免律師過度執著於當事人之勝負而踰矩之原則性規定¹⁵。

(4) 系爭規定二辯護人僅得「札記訊問要點」與系爭規定三「有事實足認有勾串共犯或證人之虞」得限制或禁止辯護人在場，侵害辯護人之辯護權、工作權及被告或犯罪嫌疑人之防禦權

按偵查庭中，辯護人之一舉一動一切盡在檢察官眼中，不可能當場有勾串共犯或證人之行為，因此檢察官所疑慮的是辯護人作了詳細筆記後，於庭外是否作為串證之依據，然而是否串證與札記是否詳細實無必然關係，筆記詳盡頂多是「有助於」或「較便於」從事串證，然而辯護人作了詳細之筆記，仍可能謹守刑法、律師法及律師倫理規範之規定，而不踰矩。況詳細筆記有助於辯護人為被告或犯罪嫌疑人辯護，具有維護其辯護權、工作權及保障被告或犯罪嫌疑人防禦權之正面功能，自不應受到限制或禁止。檢評會決議以辯護人筆記詳細而超出「札記訊問要點」之限制即認符合系爭規定三所定「有事實足認有勾串共犯或證人之虞」之規定。按「勾串共犯或證人」可能成立刑法教唆偽證罪或違反律師倫理規範之行為，然而教唆偽證罪之成立亦須有教唆行為，在辯護人未有任何教唆行為之前，即預先防患，高度懷疑辯護人可能會從事教唆偽證之行為，從而即可禁止辯護人筆記

¹³ 同註 11。

¹⁴ 中華民國律師公會全國聯合會制定，96 年 7 月 1 日起施行。

¹⁵ 律師倫理規範第 35 條第 2 項規定：「律師不得就家事、刑事案件或少年事件之結果約定後酬。」同法第 28 條規定：「律師就受任事件，不得擔保將獲有利之結果。」

甚至禁止在場，限制了其辯護權之行使，更可能讓辯護人在場之機能完全弱化，侵害被告或犯罪嫌疑人受憲法保障之防禦權。

由上可知，辯護人於偵訊被告或犯罪嫌疑人時在場，固然有機會得知被告或犯罪嫌疑人之答詢並作詳細筆記，但辯護人是否會利用這些資訊進行串證，其實受到許多內部與外界規範之制約，外部規範包括刑法與律師法規定之刑事責任與懲戒措施（第 8 章規定參照），尚包括律師倫理規範所規定之處置措施（第 49 條規定參照）；內部規範包括律師之倫理自覺等。因此檢察官應尊重辯護人之辯護權及工作權之行使係憲法保障之權利，不必也不應以懷疑的眼光看待辯護人，若檢察官僅因辯護人作詳細筆記已超過「札記訊問要點」之範圍，懷疑辯護人可能串證就令辯護人不得作詳細之筆記甚至可以禁止其在場，無疑是在辯護人可能觸犯刑法（教唆偽證罪）或律師倫理規範之前，就先行採取防制之措施。雖然法律規定檢察官得發動禁止或限制處分之門檻不低（有事實足認有……之虞），但符合該門檻之事實認定必生爭議。依此，本席認為系爭規定二辯護人僅得「札記訊問要點」與系爭規定三「有事實足認有勾串共犯或證人之虞」得限制或禁止辯護人在場之規定，給予檢察官過大之裁量權並採預先防範之立法方式，已侵害了辯護人之辯護權、工作權及被告或犯罪嫌疑人之防禦權而違憲。

(5) 聲請人曾受僱於同案共同被告之辯護人之事由不應構成

「有事實足認有勾串共犯或證人之虞」

檢評會決議認為本件聲請人有串證之虞的另一個理由是因為聲請人曾受僱於同案共同被告之辯護人，本席認為如

此之理由亦為牽強。按律師承辦具體案件應否迴避，於律師法已有相關規定（第 34 條），律師倫理規範並為更詳細嚴格規定（第 30 條等），實務上並已有許多案例可供參酌。同案共同被告之辯護人間彼此熟識或曾有受僱關係，在辯護實務上極為平常，並無特殊之處，不構成迴避事由，而檢評會之決議僅以同案共同被告之辯護人間曾有受僱關係，即作為「高度懷疑」有串證可能性之理由之一，應該是認為光憑「作詳細筆記」即推論有勾串共犯或證人之虞有所不足，因此再增列此一理由。然而本席認為如此之理由係以「高度懷疑」取代法律要求之「有事實足認」之認定門檻，其心證之基礎已有不當，由此亦可見系爭規定三但書之規定門檻雖高，但在事實認定上有高度被濫用之可能性。

四、系爭規定三「有事實足認有勾串共犯或證人之虞」以外之其他條件之必要性與妥適性探討

以上討論僅對系爭規定三所定「有事實足認有勾串共犯與證人之虞」，而認為系爭規定三此部分條件違憲。本席認為系爭規定三但書規範之其他條件之必要性與妥當性亦有同時討論之價值：

（一）「有事實足認有妨害國家機密之虞」

「有事實足認有妨害國家機密之虞」之情形，應係偵查訊問被告或犯罪嫌疑人之內容涉及國家機密，為防患辯護人可能洩漏而得限制或禁止辯護人在場，然而辯護人即使因在場而獲悉國家機密，仍受嚴格保密義務之拘束，違反者除違

背律師法第 36 條¹⁶及律師倫理規範第 33 條前段規定¹⁷之外，甚有刑事責任（國家機密保護法第 32 條規定¹⁸）。因此若僅因案件涉及國家機密即可限制或禁止辯護人於偵訊時在場，除妨害辯護人之辯護權及工作權，被告或犯罪嫌疑人受刑事辯護之防禦權亦將受侵害。

(二) 「有事實足認有湮滅、偽造、變造證據之虞」

按偽造、變造證據或隱匿關係他人刑事被告證據，構成刑法第 165 條湮滅刑事證據罪，律師倫理規範第 23 條第 1 項亦明文規定律師「不得偽造變造證據」，因此依前述有關「有事實足認有勾串共犯或證人之虞」之論述，此條件亦無規範之必要。

(三) 「有事實足認有妨害他人名譽之虞」

辯護人如果洩漏偵訊時在場所獲得之資訊，而妨害他人名譽者，本得依刑法第 316 條洩漏業務上知悉秘密罪以及妨害名譽罪（刑法第 309 條以下）處罰，依前述討論之法理，亦沒有必要將之列為得限制或禁止辯護人在場之理由。

(四) 「行為不當足以影響偵查秩序者」

按檢察官有主導偵查程序及維護法庭秩序之權利，當辯

¹⁶ 律師法第 36 條規定：「律師有保守其職務上所知悉秘密之權利及義務。但法律另有規定者，不在此限。」

¹⁷ 律師倫理規範第 33 條前段規定：「律師對於受任事件內容應嚴守秘密，非經告知委任人並得其同意，不得洩漏。」

¹⁸ 國家機密保護法第 32 條規定：「(第 1 項)洩漏或交付經依本法核定之國家機密者，處 1 年以上 7 年以下有期徒刑。(第 2 項)洩漏或交付前項之國家機密於外國、大陸地區、香港、澳門、境外敵對勢力或其派遣之人者，處 3 年以上 10 年以下有期徒刑。(第 3 項)因過失犯前 2 項之罪者，處 2 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣 20 萬元以下罰金。(第 4 項)第 1 項及第 2 項之未遂犯罰之。(第 5 項)預備或陰謀犯第 1 項或第 2 項之罪者，處 2 年以下有期徒刑。(第 6 項)犯前 5 項之罪，所洩漏或交付屬絕對機密者，加重其刑至 2 分之 1。」

護人在偵查庭之行為有不當而足以影響偵查秩序者，檢察官自有權限制或禁止其在場，因此該規定是對辯護人已有不當行為時處置，而非事先之防範規定。因此本席認系爭規定三僅此條件之規定具有合理性，而無違憲疑慮，至於辯護人之行為是否有所不當而足以影響偵查秩序，而應受限制或禁止在場、筆記或陳述意見之處分，辯護人自得依本件判決所宣示之準抗告權而提起救濟。

五、系爭規定三但書除「行為不當足以影響偵查秩序」之外之其他條件，侵害辯護人之辯護權、工作權及被告或犯罪嫌疑人之防禦權而違憲

綜上討論，系爭規定三但書所定檢察官得限制或禁止辯護人在場、筆記或陳述意見之條件，除「行為不當足以影響偵查秩序」之外，其餘均已於刑法、律師法、律師倫理規範或其他法律有明文限制或禁止之規定，而沒有在此重複規定之必要。況系爭規定三所定「有事實足認有……之虞」之要件，係以「懷疑」或「有此可能」取代違法事實之發生，其規範不明有被濫用之可能，已侵害辯護人之辯護權、工作權及被告或犯罪嫌疑人之防禦權。就立法政策之考量上，亦應對律師採取信任尊重之立場，不應事先抱持懷疑之態度，而先行採防制之措施，本席相信律師與檢察機關有良性互動，始符律師與司法機關共負法治責任之理念¹⁹。誠然律師界也應強化辯護人與證人間互動界限之研究，俾會員知所遵循，自重而後人重。

¹⁹ 律師倫理規範第 20 條規定：「律師應協助法院維持司法尊嚴及實現司法正義，並與司法機關共負法治責任。」

本席認為本件爭議其實凸顯了國內檢察官與律師對彼此職業之行為與倫理界限尚有許多隔閡，而有進一步磨合以求更為精緻執行職務之進步空間。