

憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決部分不同意見書
黃虹霞大法官提出

除立於協助審判中之被告及偵查中之犯罪嫌疑人之地位之外，辯護人為審、檢、辯司法大鼎三隻腳之一，應另具獨立憲法上地位，而非僅係輔助被告或犯罪嫌疑人行使基本權之附屬地位。律師本質為公益，應爭天下利，而非一己之工作權、職業自由等小利！

檢、辯對等，在審判中應然，在偵查中亦應無異！檢察官無權禁止、限制辯護權之行使！刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書規定違憲！

檢察署刑事傳票例稿「注意事項一、被告無正當理由不到場者，得命拘提」：「被告」之用語誤謬、不足為拘提依據；犯罪嫌疑人得拒絕到場，到場後亦得拒絕陳述！

雖然聊勝於無，本件判決主文第 1、2 項違憲結論至少肯定辯護人之訴訟權，故不必全盤不贊成之，但其主文第 3 項意含應受理且違憲之刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書規定亦併不受理，暨其理由建立在辯護人輔助犯罪嫌疑人地位部分，本席難以贊同，爰提出部分不同意見書，說明本席之意見及理由如下：

一、如果本最小釋憲原則，比如可以以合憲限縮處理的，不必作法規範違憲之宣告。則本件如果只是要賦予辯護人程序救濟（保障訴訟權），其實不必然要為刑事訴訟法違憲之宣告，因為法理上本可透過法律解釋得到準用刑事訴訟法第 416 條第 1 項規定之結論；或如為爭執當次偵訊筆錄之證據能力目的，在提起公訴後亦本可於本案審理中主張等，是得以此為據作成合憲限縮判決，亦可達到相同目的。

二、本件判決有宣示保障訴訟權之意，但其實質效果有限；其未由刑事訴訟法審、檢、辯根本架構著手，併予審查

刑事訴訟法第 245 條第 2 項規定，宣告該條項但書規定違憲，藉此確立刑事訴訟偵查中檢、辯對等，至為可惜；甚至於理由中，僅由辯護人輔助犯罪嫌疑人之地位為基礎，並似肯定偵查中檢、辯不對等，應非有當：

（一）本件判決宣示保障訴訟權包括肯定辯護人之訴訟權，固屬事實。然則其實質效果？必然極其有限，因為：

1、僅準用刑事訴訟法第 416 條第 1 項規定，得事後準抗告：如果是立即停止偵訊程序，由法院立即審理，則確具實益，但實務上明顯不可行；如果偵訊結束後抗告，則偵訊程序已結束，木已成舟。

2、有謂辯護人可以以抗告裁定為據，或主張排除該次偵訊筆錄之證據能力，或聲請國家賠償，故具實益。惟不經抗告，辯護人依現行刑事訴訟法第 158 條之 4 規定，本已可能為證據排除主張；除非修改國家賠償法，否則求償無門。

3、可能徒增訟源及審、檢、辯甚至犯罪嫌疑人之負擔，故可能僅具宣示意義。

（二）刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書規定違憲

1、本件聲請違憲審查之確定終局裁判已適用刑事訴訟法第 245 條第 2 項規定，應無爭議；而且本件原因爭議係因刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書規定而起，亦無爭議，是刑事訴訟法第 245 條第 2 項規定至少具實質密切關聯，憲法法庭得將之納入併予審查，但多數意見未併予受理，本席不贊成。

2、司法院釋字第 737 號解釋已認於提起公訴前之偵查階段，尚無「被告」，只有「犯罪嫌疑人」（司法院釋字第 737 號解釋理由書參照），但屬刑事訴訟法第二編第一章第一節偵查之刑事訴訟法第 245 條第 2 項規定，卻仍併稱「被告或犯罪嫌疑人」，明顯不當。

3、偵查中之犯罪嫌疑人、審判中之被告有緘默權、選任辯護人權，86 年修正刑事訴訟法第 95 條定有明文；102 年修正增列第 2 項，其本文規定：「無辯護人之被告表示已選任

辯護人時，應即停止訊問。」以上權利為偵查中之犯罪嫌疑人、審判中之被告受憲法保障之基本權，亦應無爭議（司法院釋字第 654 號解釋理由書參照）。即在 86 年起刑事訴訟法第 95 條明定犯罪嫌疑人上開權利而且為受憲法保障之基本權以來，犯罪嫌疑人之辯護人，得於檢察官等訊問該犯罪嫌疑人時在場，並得陳述意見，乃屬由上開基本權論理推導之所當然，本不待刑事訴訟法之明定。是刑事訴訟法第 245 條第 2 項本文規定是憲法要求，不是刑事訴訟法給予犯罪嫌疑人之立法裁量恩惠。

4、受憲法保障之基本權固非一概不得以法律並合於比例原則之方式限制之，但上開緘默權、選任辯護人權及無辯護人陪同停止訊問權，係法治國保障被告或犯罪嫌疑人人身自由之最基本程序要求之一，本席以為不得以法律限制之。準此，刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書規定：「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。」顯然侵害犯罪嫌疑人上開受憲法保障之基本權，違憲。退而言之，單由比例原則著眼，上開但書規定亦無法通過比例原則之審查，因為除其僅限制辯護人而已，並無法限制有直接利害關係之犯罪嫌疑人本人，故根本無法達到原擬達到之避免妨害國家機密等公益目的外，原因案件禁止筆記，尤屬荒謬，因為律師均需通過國家考試，其不具備相當記憶能力殆難想像，是欲以禁止筆記冀求避免串證，無異緣木求魚。

5、另由辯護人之地位著眼，上開但書規定也違憲：

辯護人之辯護權不是僅因居於協助被告或犯罪嫌疑人之地位始受憲法保障，辯護人具獨立憲法地位！辯護人乃為法治國思想體系下，與法官及檢察官同等地位之「獨立司法機關」。¹又五權分立，憲法賦予司法機關獨立地位及審判任

¹ 司法院釋字第 737 號解釋羅昌發大法官提出，本席加入之協同意見書，以及蔡明誠大法官提出，本席加入之協同意見書參照。另請參見 Schmitt, in: Meyer-Großner/Schmitt, Strafprozessordnung, 63.Aufl., München:Beck, 2020, Vor §137 Rn.1。因辯護人負有「使程序在實體及形式上之軌道運作」之注意義務，其所負

務，係為成就民主法治國之確保公平審判憲法價值；而公平審判不可或缺之制度性架構，建立在審檢辯三足鼎立之基石上，即經由辯護人之避免冤抑主軸（辯護人之職責只在避免冤抑，不在為被告或犯罪嫌疑人脫罪，使有罪變無罪、重罪變輕罪，辯護人心中要有被害人，是與其說辯護人協助被告或犯罪嫌疑人，毋寧是與法官協力實現公平正義）、檢察官之避免縱放，成就審判公平，進而實現正義！故就憲法高度言，辯護人制度是先於個別被告或犯罪嫌疑人而存在，辯護人之憲法上地位，自然非係附屬於被告或犯罪嫌疑人。²另在刑事審判程序對審制度下，檢辯對等已然無可爭議。至於偵查程序固無對審問題，但本席以為亦應然。因為偵查為審判之前行廣義司法程序，檢辯同為「獨立司法機關」，角色目的均在實踐公平正義，勿枉勿縱。二者地位應相等。檢察官沒有指揮監督辯護人之權，也不應有其他高於辯護人之公權力。是上開但書規定准檢察官限制、禁止辯護人行使辯護權，自與法治國原則有違。

6、如宣告刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書規定違憲無效，還需要談因該規定而生之相關爭議救濟嗎？本件判決應該由審、檢、辯根本架構著手！

7、或謂律師良窳不齊！但刑事訴訟法第 245 條第 3 項及律師法、律師倫理規範不是已有相關因應處置規定了嗎？本席支持對少數害群之馬為相應處罰。另本席無法理解：如果有刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書之情形，為什麼一定要對犯罪嫌疑人揭露？如果其原本不知，而檢察官告訴犯罪嫌疑人，又無法完全阻絕他妨礙公益等，那不是自找麻煩，是一種「洩密」嗎？難不成是證據不足，直到科技昌明的今日，

擔辯護職責，宜認為固有之獨立法律地位，而非居於依賴被告或犯罪嫌疑人之有利協助之地位。換言之，辯護人非居於從屬性地位，不問被告是否選任，或由法院所指派，宜解為其係履行法定委託(einen gesetzlichen Auftrag)，不僅是為被告之利益，亦且為法治國思想實現之刑事司法者。因此，依德國通說，其與法官及檢察官居於同等獨立地位之司法者(Rechtspflege)。以上見解所強調律師在刑事司法程序上之獨立地位，方屬現代法治國思想實現之重要一環。

² 另在由法院為被告指定辯護人之情形，更可以看出辯護人之獨立地位。

還要高度仰賴供述證據，尤其犯罪嫌疑人之自白？³偵查技術真的還需要大大提昇，本席支持之！

三、犯罪嫌疑人不當然有應檢察官通知到場受訊問義務，檢察官不得僅以犯罪嫌疑人未依其傳票通知到場為由，拘提犯罪嫌疑人

1、刑事訴訟法第 71 條文義固可能包括偵查中檢察官傳喚犯罪嫌疑人之文書（傳票），暨其應記載事項包括：「無正當理由不到場者，得命拘提」；第 71 條之 1 第 1 項規定：「司法警察官或司法警察，因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據之必要，得使用通知書，通知犯罪嫌疑人到場詢問。經合法通知，無正當理由不到場者，得報請檢察官核發拘票。」第 75 條規定：「被告經合法傳喚，無正當理由不到場者，得拘提之。」惟一則第 71 條規定未區分偵查與審判，概稱傳喚「被告」，已有未當（第 71 條之 1 規定已稱「犯罪嫌疑人」）；二則犯罪嫌疑人有應檢察官傳喚到場被訊問之義務嗎？本席以為本於犯罪嫌疑人之緘默權，犯罪嫌疑人沒有義務。但不到場，會不會被檢察官拘提呢？

2、刑事訴訟法第 71 條只是傳票格式之規定，不足為檢察官有權拘提犯罪嫌疑人之依據，自不待言，是檢察官拘提犯罪嫌疑人權限，必須另有法律依據。其依據為何？單單第 75 條規定就可以作為檢察官之拘提權依據嗎？本席以為不可以。至少要另有第 76 條、第 87 條或第 88 條之 1 規定為依據。也就是說：不論犯罪嫌疑人有無正當理由，檢察官均不得僅以犯罪嫌疑人未依其傳票通知到場為由，拘提犯罪嫌疑人。

四、犯罪嫌疑人得拒絕檢察官等之訊問、隨時離開訊問地點

³ 但是供述證據極不可靠。以供述故意誤導調查方向，以期脫罪者眾；有意無意未為完整陳述致偵查中、審判中供述不一之情事更是屢見不鮮！無事實佐證或與客觀事實相齟齬者更多！很多冤案或縱放都與供述證據相關。時至今日，實不應再繼續仰賴供述證據尤其被告或犯罪嫌疑人之陳述，以免冤縱！另測謊報告作為有罪證據也有類似造成冤錯問題。

犯罪嫌疑人既有緘默權，則犯罪嫌疑人當然有權拒絕檢察官之訊問；除非符合羈押規定，並由檢察官依法聲請法院准予羈押，否則檢察官沒有留置權，犯罪嫌疑人得隨時離開訊問地點。司法事務官、警察官等之詢問更然。

這也是本席以為本件判決實益不大的理由之一。

五、律師本質是公益，要爭的是天下利即與審檢共同實踐公平正義、勿枉勿縱！贏得人民信賴，何需斤斤於私利，工作權、職業自由何足掛齒？！

六、上開刑事訴訟法相關規定未區分審判與偵查程序，不符現代刑事訴訟之思維理念，不當侵害人權，允宜通盤檢討修正。

七、111年5月20日及21日的新聞中報導：依單一照片指認，將人誤為起訴及判刑入獄119天，起訴檢察官認錯並願賠33萬元後，被申誡。

真沒想到這種不當指認不該有的冤錯，到現在還有！想起84、85年間，本席第一件公益辯護案（羅讚榮先生冤錯案）就是因單一指認而起，該案羅先生被法院錯誤羈押832天，多虧更一審遇到蔡永昌法官，才獲判無罪定讞，羅先生並因錯誤羈押獲冤獄賠償（現為刑事補償）200多萬元。唉！司法同仁們，我們還要更努力避免冤錯！併此，感謝蔡永昌法官！

其實以本席前執行律師業務30多年之親身經驗，作出正確裁判保護被害人或被告，及在審級救濟制度下，努力達成自我糾錯任務的蔡永昌法官們很多，他們做應做的事，默默為所當為，盡守護人民職責。這一部分也希望各界能看見！