

憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決不同意見書

呂太郎大法官提出
吳陳銀大法官加入
貳以外部分

壹、本判決多數見解

本判決認為刑事被告或犯罪嫌疑人（以下僅以被告說明）受由辯護人有效協助與辯護之憲法權利，此一權利應包括辯護人在場權、筆記權及陳述意見權等偵查中辯護權。被告於偵查中辯護權遭受侵害時，其辯護人自應有權為被告之利益，而以自己之名義請求救濟。刑事訴訟法（下稱刑訴法）第 245 條第 2 項但書明定檢察官訊問被告時，對被告或其辯護人所應享有之偵查中辯護權，於一定要件下仍得予以限制或禁止，從而被告憲法上之受辯護人有效協助與辯護之權利，即可能因此受到限制或剝奪。就被告或其辯護人對檢察官限制或禁止辯護人於訊問時在場、筆記或陳述意見之處分不服，刑訴法並未設有相應之救濟途徑。被告或其辯護人基於有權利即有救濟原則，而受憲法保障之訴訟權已明顯受到侵害。

貳、本席之基本立場

本席就多數見解認為辯護人為被告尋求訴訟救濟時，得以自己名義為之，敬表贊同。但辯護人之權限乃源自被告之訴訟權，故仍應以被告得依法對檢察官之處分或法院之裁判聲明不服之情形為限，若被告不得不服者，辯護人當然亦不得不服（參見憲法法庭 111 年憲判字第 3 號判決，及黃瑞明大法官與本席分別就該判決

提出之協同意見書)。至於多數見解認為，因被告有受辯護人有效協助及辯護之憲法權利，故辯護人亦應享有之偵查中辯護權，刑訴法未就檢察官依同法第 245 條第 2 項但書規定，限制或禁止辯護人在場、陳述意見或筆記，設有不服程序，已侵害辯護人受憲法保障之訴訟權之部分，本席就此結論及理由，均不贊同，爰提出不同意見書如下。

參、憲法法庭判決之司法性

司法與其他國家權力最大之不同，在於以審判獨立為核心價值，並堅守不告不理原則。也因為司法堅守不告不理原則，故即使賦予司法機關獨立審判權限，亦無須顧慮會發生司法權力過大危及民主，甚至造成司法獨裁之後遺症。儘管憲法法庭行使憲法所賦予憲法解釋權，及因此延伸抽象的法規範違憲審查權，可經由判決宣告法規範因違反憲法而無效，而超越原因案件拒絕適用該法規範之範圍，故於審查該法規範是否違反憲法時，可不受聲請人主張之該法規範違反憲法之見解所拘束，甚至可就聲請人所未主張，但具有重要關聯之其他法規範，一併審查，俾符合整體法規範之合憲性。然而，憲法法庭所行使的職權，仍屬司法權之範圍，因此，不告不理原則如何於憲法法庭的判決中實踐，也不能完全忽略，尤其在憲法訴訟法新制施行後，強調以判決方式為憲法審查方式，立法精神正是使憲法法庭判決更具有司法性。

又憲法第 16 條保障之訴訟權，係一項制度性保障之基

本權，因此，有關訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，應由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的、訴訟制度之功能及司法資源之有效運用等因素後，予以規劃（後述伍、一參照）。不同之權利受侵害，其應尋求之訴訟救濟程序即有不同。因此，於判斷聲請人之訴訟權是否受侵害，自不能無視其所主張受侵害之權利為何。

就本件原因案件而論，聲請人係主張其於檢察官訊問被告時，遭檢察官禁止札記及扣押札記，侵害聲請人之工作權及職業自由，刑訴法就此又未規定可向法院尋求救濟，亦侵害其受憲法保障之訴訟權。可知聲請人係主張其基於受憲法所保障之工作權及職業自由被侵害，所應享有之訴訟權。因此，憲法法庭審查者，至少應包含刑訴法針對聲請人所主張之工作權或職業自由被侵害，是否應設有救濟之規定？以及若應有所規定，其應循之程序如何？此救濟程序與保障被告訴訟防禦權為目的之救濟程序，是否相同？等。然本判決未就聲請人前開主張之基本權受侵害所應有之訴訟權保障，有所論述，反而針對聲請人所未主張「辯護人之辯護權受侵害」，作成本判決，似已逸脫聲請人之聲請，與憲法訴訟法強調之憲法法庭判決之司法性，是否相符，尚有商榷餘地。

肆、是被告有使辯護人在場權，而非辯護人有在場權

一、本判決之推論過程

本判決就辯護人何以亦受憲法第 16 條訴訟權之保

障，其推論過程似乎是：由被告受憲法保障之人身自由、訴訟權及受有效辯護權（理由第 12 段，下稱 A），推論出辯護人得協助被告（理由第 13 段，B），進而推論出辯護人有權在場、提出意見與筆記（理由第 13 段，C），再推論出辯護人之辯護權（理由第 13 段，D）。因刑訴法第 245 條但書可能限制或剝奪了被告受有效辯護之權利，但並未設有相應之救濟途徑（理由第 17 段，E），故被告或辯護人受憲法保障之訴訟權明顯已受侵害，基於有權利即有救濟之憲法原則，被告或辯護人得依憲法第 16 條請求救濟（理由第 17 段，F）。

二、令人目眩神迷的推論

- （一）就從導出本判決結論前的最後二項 E、F 之論述來看，從「被告」訴訟權中受有效辯護之權利，可能被限制或剝奪之前提（E），導出「辯護人」受憲法保障之訴訟權明顯已受侵害之結論（F），不但變更了述句的主詞（權利主體），也變更了權利狀態，但並沒有中間理由的充填，是否符思維的邏輯法則，有待斟酌。
- （二）從推 A 至 D 之推論過程，辯護人之辯護「權」，係由被告受憲法第 16 條保障之訴訟權衍生而來，最終卻得出辯護人也有受憲法保障且明顯受侵害之訴訟權（F）的結論，這樣的推論，是否也陷入雞生蛋、蛋生雞、雞又生蛋一樣的自我循環論證？

(三) 再仔細觀察，便可發現本判決的推論過程中，由B轉到C，再由C轉到D的過程，正是由「權能」(power)質變為「權利」(right)的過程。在B之結論，辯護人得協助被告，充其量只能說辯護人有協助被告之「權能」，此「權能」來自被告之權利(A)，到了C，已由辯護人之「權能」自己產出辯護人「有權」在場、提出意見與筆記之結論，所謂「有權」，究竟是延續B結論之「有權能」，或已演化到可以享受行使「權能」所生結果之「利益」地步之「權利」，尚屬未明，但到了D則明顯演化到辯護人有「辯護權」，且是強大到足以獨立受憲法保障之訴訟權之地步。

然本席認為，本判決就辯護人協助被告之「權能」，何以能質變到為協助被告而有在場、陳述意見及筆記之「權利」？並未充分說明。

三、若辯護人有「辯護權」，誰是辯護人行使權利之對象？如果承認辯護人為協助被告而有在場、陳述意見及筆記之「權利」，那麼辯護人因行使此「權利」，究竟能享有什麼「利益」？或者是如果不能行使此「權利」，將承受何種「不利益」？如果承認辯護人有此權利，其權利行使之對象為何人？亦即何人有忍受辯護人行使權利之義務？是受協助之被告或國家（檢察官）？被告可否拒絕辯護人在場、陳述意見或筆記？如果不可以，會不會發生被告反受自己

權利所衍生之辯護人權利所拘束？如果此權利之對象為國家，那麼辯護人對國家有此權利之依據何在？辯護人行使此一「權利」時，應否經被告同意？若辯護人此一權利之行使，與被告防禦權之行使相衝突時又該如何處理？等，均生問題。

四、必須澄清的基本觀念

(一) 多數見解困境所由生

本席認為，本判決多數見解之所以無法從「被告享有受辯護人有效協助及辯護權利」，順理成章的推論到「辯護人有受憲法訴訟權保障之辯護權」，基本上是因為將「被告享有受辯護人有效協助及辯護權利」這樣的述句，用來說明被告與辯護人間之關係，而這樣的說明，有明顯錯誤。因為如此解釋，當然會產生被告、辯護人與國家之間，應有如何權利、義務之錯亂的「三角關係」，也就會變成如前所述，被告成為辯護人行使其辯護權的對象，被告受辯護人協助辯護反成為其義務，或國家分別成為被告與辯護人行使權利的對象，可能導致被告的受辯護權與辯護人的辯護權相衝突之結果（例如被告禁止辯護人在場、陳述意見或筆記，但辯護人反對或拒絕，或被告同意檢察官禁止辯護人在場、陳述或筆記，但辯護人仍然聲明不服），致被告遭自己權利（受有效辯護權）所衍生之權能（辯護人之「辯護權」）反噬，法理上完全

不通的結論。正如後述美國聯邦最高法院於 1975 年 *Faretta v. California*, 422 U.S. 806 案之判決中所指出：「辯護權是直接賦予被告，因為倘辯護失敗，是被告要承受判決之結果。」

(二) 受辯護權是被告對國家的權利

本席認為，「被告享有受辯護人有效協助及辯護權利」的述句，是在說明被告與國家之關係，而非被告與辯護人之間的關係。換言之，是指受刑事控訴之被告，可以對國家主張有受辯護人有效辯護之權利，國家不但有忍受被告選任辯護人為其辯護之義務，甚至於被告未選任辯護人時，合於一定條件下，國家還須為被告指定辯護人為其辯護。在這樣的述句中，辯護人協助被告、為被告辯護，是被告對國家主張權利之「內容」，辯護人不是前開述句中的當事人（主詞或受詞、權利人或義務人）。我國雖未將辯護制度納入憲法明文，但由大法官歷來有關使被告受辯護人協助的解釋觀之，受憲法保障之主體，均為受協助之被告、受處分人等，而非辯護人，辯護人只是為使被告受憲法保障之權利能落實，必須享有一定之訴訟上權能而已。例如釋字第 799 號解釋（犯性侵害案件而受強制治療者為精神障礙或其他心智缺陷無法為完全之陳述者，應有辯護人為其辯護）、釋字第 737 號解釋（辯護人於偵查中羈押程序閱卷）及

釋字第 654 號解釋（辯護人接見在押被告時之監視及以監視資料作為證據）等，均持此一見解。就比較法言，美國聯邦憲法第 6 修正案及日本國憲法第 37 條第 4 項規定，所保障之辯護依賴權，都是以被告為保障之主體。歐洲人權法院認為：「歐洲人權公約第 6 條一般係要求在一開始接受警察詢問時，被告即有權受益於律師的協助。然而，此項權利至今被認為於有合理的理由時，得受到限制（CASE OF MADER v. CROATIA, 56185/07(2011)。」¹此外，歐洲議會與歐盟理事會第 2013/48/EU 號指令前文第 25 段及第 3 條 b 項亦指出：「締約國應確保，當犯罪嫌疑人或被告接受警察、其他執法單位或司法當局詢問時，包括法院的聽審程序，犯罪嫌疑人或被告有權使其辯護律師在場並有效參與詢問程序。」²可知應受協助辯護，為被告對國家之權利。

（三）所謂「辯護人在場權」，是指「被告有權使其辯護人在場」

沒有被告，哪來辯護人？

¹原文：Article 6 will normally require that **the accused be allowed to benefit from the assistance of a lawyer** already at the initial stages of police interrogation. However, this right has so far been considered capable of being subject to restrictions for good cause).

²第 25 段原文：「Member States should ensure that **suspects or accused persons have the right for their lawyer to be present and participate effectively** when they are questioned by the police or by another law enforcement or judicial authority, including during court hearings.」第 3 條 b 項文字略同。

如上所述，被告受辯護之權利才是憲法所保障的權利，所謂「辯護人在場權」，是指「被告有權使其辯護人在場」，不是「辯護人有在場之權利」，除前述歐盟指令已明白指出這樣的關係外，美國聯邦最高法院於 1966 年 **Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436** 案之判決中亦指出：「因此，本院認為，為保護個人之增修條文第五條之權利，個人被訊問之前，必須被清楚告知其有權與律師諮商，且在訊問過程中有律師在場予以協助。」、「在訊問之前須被警示其有權保持沈默、所為之任何陳述都可能在法院被採為對其不利的證供、有權選任律師在場陪同、如果他無力聘請律師，政府將依其意願在偵訊之前指派律師到場。」³。可知所謂辯護人在場權，是被告有讓辯護人在場之權利，而非辯護人有此權利。是被告有受辯護之權利，而非辯護人有辯護之權利。本判決將「被告有受辯護之權利」，簡化為「辯護人有辯護之權利」，似有「魯魚亥豕」之誤認。

又刑訴法第 245 條第 2 項雖然規定「辯護人……，得……在場」，形式上似乎是賦予辯護人「權

³ 原文為：「(Accordingly we hold that an individual held for interrogation must be clearly informed that **he has the right to consult with a lawyer and to have the lawyer with him during interrogation** under the system for protecting the privilege we delineate today.」 「He must be warned prior to any questioning that he has the right to remain silent, that anything he says can be used against him in a court of law, that **he has the right to the presence of an attorney**, and that if he cannot afford an attorney one will be appointed for him prior to any questioning if he so desires.」

利」，但推究其實，辯護人之在場，只是源於被告受憲法保障之權利（right）所派生的權能（power）。被告欲禁止辯護人在場、陳述意見或筆記，原則上均無不可，因為承受程序最終結果者為被告，如何對被告可能最有利，被告有權決定，也如此才能與判決理由所指「辯護人不得與被告明示之意思相反」（理由第 13 段），理論前後一貫。

關於此點，美國聯邦最高法院早在 1975 年 **Faretta v. California, 422 U.S. 806 (1975)** 案判決中，已有深刻而精闢的分析，該判決指出：「第六增修條文並非只規定要為被告提供辯護。第六增修條文是提供被告有為自己辯護之個人權利。是被告，而非辯護人，應被告知被訴之原因事實、得以詰問不利於己之證人、得要求以強制手段取得有利於己之證人。雖然第六增修條文沒有記載的如此詳盡，為自己主張的權利—替自己辯護，是必然包含於第六增修條文之內。辯護權是直接賦予被告，因為倘辯護失敗，是被告要承受判決之結果。」、「辯護人的規定是在補充此制度設計。該條規定論及辯護人的『協助』，而協助者縱使為專家，仍只是協助者。第六增修條文之用語及精神，旨在說明辯護人就如同增修條文所舉之其他保障防禦權之工具，是在協助願意受其協助之被告，而非被國家

安插在不願受協助之被告與被告為自己辯護之權利間的人。違反被告之意願，將辯護人強行指派給被告，是違反增修條文的邏輯。於此情形，辯護人已非協助者，而是專家，防禦權將背離增修條文所堅持的特質。當被告選擇委任律師來處理他的案件，**法律上及傳統上會將權能分配給律師**，使其在許多訴訟策略上得做出有拘束力的決定。然而，此種分配僅能藉由被告於一開始時已同意委任律師為其代表而予以正當化。」⁴

(四) 檢察官限制或禁止辯護人在場或陳述意見，係影響被告之防禦權，而非辯護人之辯護權

⁴ 原文：「The Sixth Amendment does not provide merely that a defense shall be made for the accused; it grants to the accused personally the right to make his defense. **It is the accused, not counsel,** who must be ‘informed of the nature and cause of the accusation,’ who must be ‘confronted with the witnesses against him,’ and who must be accorded ‘compulsory process for obtaining witnesses in his favor.’ Although not stated in the Amendment in so many words, the right to self-representation—to make one's own defense personally—is thus necessarily implied by the structure of the Amendment. The right to defend is given directly to the accused; for it is he who suffers the consequences if the defense fails.」 「The counsel provision supplements this design. It speaks of the ‘**assistance**’ of counsel, and an assistant, however expert, **is still an assistant.** The language and spirit of the Sixth Amendment contemplate that counsel, like the other defense tools guaranteed by the Amendment, shall be an aid to a willing defendant—not an organ of the State interposed between an unwilling defendant and **his right** to defend himself personally. To thrust counsel upon the accused, against his considered wish, thus violates the logic of the Amendment. In such a case, counsel is not an **2534 assistant, but a master;16 and **the right** to make a defense is stripped of the personal character upon which the Amendment insists. It is true that when a defendant chooses to have a lawyer manage and present his case, law and tradition may allocate to the counsel **the power** to make binding decisions of trial strategy in many areas. Cf. Henry v. Mississippi, 379 U.S. 443, 451, 85 S.Ct. 564, 569, 13 L.Ed.2d 408; Brookhart v. Janis, 384 U.S. 1, 7—8, 86 S.Ct. 1245, 1248—1249, 16 L.Ed.2d 314; Fay v. Noia, 372 U.S. 391, 439, 83 S.Ct. 822, 849, 9 L.Ed.2d 837. This allocation can only be justified, however, by the defendant's consent, at the *821 outset, to accept counsel as his representative.」

辯護人在場，可避免被告受到不正訊問，也可以安定被告心情，有助於被告以自由意思決定是否保持緘默或如何陳述，對被告防禦權之行使，有所助益。至於辯護人陳述意見，能促請檢察官為有利於被告之訊問，或適時糾正檢察官不當之訊問，亦有助於被告之防禦權之落實。因此，檢察官限制或禁止辯護人之在場或陳述意見，固可能影響被告之防禦權，但對辯護人自身而言，並未因此承受法律上不利益之效果，無侵害辯護人之辯護權問題。

(五) 檢察官限制或禁止辯護人札記，更無侵害辯護人之辯護權問題

本件聲請案之原因案件，係檢察官限制或禁止辯護人為札記，而刑訴法第 245 條第 2 項，並未允許辯護人於檢察官訊問被告時為札記，因此，就檢察官訊問被告時，限制或禁止辯護人札記，是否侵害辯護人之辯護權，自有說明必要。按所謂札記，乃隨手為重點、簡要之記錄之意，至於筆記，則不限於繁或簡。辯護人札記後，該札記已成為獨立之物體（猶如於身分證上按指紋一般，釋字第 603 號解釋參照）。如果非於訊問完畢即予銷燬或交回，該札記就有獨立流通於外之可能，鉅細靡遺之記錄，可能有與錄音、錄影或閱卷相近之功能，對於後續偵查程序之影響，即有特別考慮之必要。如果認為辯護人為輔助記憶之必

要，即可就檢察官訊問被告之全盤過程，鉅細靡遺的記錄，則辯護人為輔助記憶，請求檢察官允許其自行為現場錄音、錄影（非指檢察官依規定應為之錄音、錄影，刑訴法第 100 條之 1 規定參照），檢察官得否限制或禁止？如檢察官不得限制或禁止雷同於錄音、錄影之詳細筆記，又如何與現行法有關偵查中除羈押審查程序外不得閱卷之規定（刑訴法第 33 條及第 33 條之 1 規定參照），有所區別？辯護人於檢察官訊問被告時為札記，係辯護人就其在場聽聞之內容，為重點式摘記，與在場、陳述意見，雖然在行為之啟動上有部分關聯，但客觀上乃完全不同之行為，行為內涵上亦有不同。在場與陳述意見，固均直接有助於被告決定受檢察官訊問時，採如何應對態度，係為落實被告之防禦權，但限制或禁止辯護人在場或陳述意見，尚且難謂係侵害辯護人之辯護權，已如前述。遑論札記僅辯護人輔助記憶之行為，對正實施之訊問程序，以及對於被告接受檢察官訊問時，應採何種應對之態度，均無直接影響，自更無侵害辯護人辯護權問題。

伍、允許辯護人得就檢察官禁止筆記之處分為準抗告，實際功能有限

一、訴訟制度有一定立法形成自由

憲法第 16 條所規定之訴訟權，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。有關訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，則應由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的、訴訟制度之功能及司法資源之有效運用等因素，以決定是否予以限制，及如欲限制，應如何以法律為合理之規定，有一定之立法形成空間，迭經大法官作成解釋（司法院釋字第396號、第442號、第512號、第574號、第591號、第639號、第665號、第752號及第761號解釋參照）。蓋訴訟是一個連續的過程，其最終目的在於使法院得作成裁判，故一切的訴訟過程中之行為，其共同的目標都是為提供判決的基礎；訴訟也是一個集團現象，一個程序同時有多人參與其間，一套程序要能同時適用極多數之案件，因此法律就程序如何進行，通常設有明確規定俾供遵循，強化效率，一方面使國家有限之司法資源得適當分配，避免不必要之人力、物力浪費，另一方面，亦減少當事人因訴訟程序之冗長，增加時間、金錢之支出，以及訴訟過程之折磨。

因此，環視現代法治國家，看不到允許程序參與者可以無條件對程序過程中法院（或檢察官等）所為裁判、處分，單獨聲明不服，啟動另一審查程序之情形。因為允許這樣無條件的不服程序，將造成程序進行又新增爭執程序，就新增程序再生另一爭執程序，循環爭執不休，致案件之終結，遙遙無期。換言之，現代法治國家有關訴訟程序之規定，係以

參與程序者，包含法官、檢察官、當事人、代理人、辯護人、證人及鑑定人等，均能依法律規定，合法而理性的參與程序，並為程序中行為作為設想前提，至於對於少數未遵循程序之行為，除了該行為已經對於當事人或其他參與訴訟之人產生重大不利影響，或會造成後續程序進行之困難，法律才會特別規定得針對此等有未遵循法律之行為，於程序中單獨進行救濟外，其餘均視為因判決而補正其瑕疵，或就其瑕疵行為於判決時一併評價、斟酌，或經由參與者各自之執業倫理（如律師、醫師倫理）、行政監督（如法官、檢察官及參與程序之公務人員）或法律責任（如科以罰鍰、偽證罪等），進行事後監督、究責，而非啟動另一審查程序以為糾正，避免訴訟遲滯。因此，訴訟程序中之裁定、處分，除法律別有規定外，不得抗告，乃各國所採之基本原則（我國民事訴訟法第 483 條、刑訴法第 404 條、行政訴訟法第 265 條，日本刑事訴訟法第 420 條及德國刑事訴訟法第 305 條參照）。此與實體法之法律行為、行政處分，一為行為，原則上即單獨存在並發生效力，無連續性，所以有透過法院之裁判，確認個別法律行為或行政處分效力之制度，有根本的不同，不能相提並論。

二、檢察官限制或禁止辯護人筆記之處分，與刑訴法第 416 條第 1 項所列情形，均不相同

刑訴法第 416 條第 1 項規定，對於審判長、受命法

官、受託法官或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。茲分析如下：

(一) 刑訴法第 416 條第 1 項所列之處分，與第 245 條第 2 項但書之處分，性質完全不同

1. 刑訴法第 416 條第 1 項第 1 款所列處分，乃關於羈押、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（被告受羈押時，接見、通信及所受授之物件，有致逃亡、滅證或串證之虞），所為之禁止或扣押之處分，此等處分均係直接以被告之人身自由、隱私權（監聽）或財產權為對象，與辯護人無涉。第 2 款對於證人、鑑定人或通譯科以罰鍰之處分，亦與辯護人無關。至於第 3 款對於限制辯護人與被告接見或互通書信之處分，雖亦限制了辯護人與被告之接見或互通書信之權能，但與辯護人之接見及通信，仍是被告之權利，辯護人僅有基於此權利所派生之權能，已如前述，故仍然是以被告為處分對象，且因而影響到被告受憲法保障之防禦權。第 4 款對於第 34 條第 3 項指定之處分（檢察官為暫緩辯護人接見並指定即時接見時間、場所），性

質上與第 3 款同。綜言之，第 416 條第 1 項第 1 款至第 3 款，法院或檢察官之處分，均直接以被告為對象，且直接限制或剝奪了被告之人身自由、隱私權、財產權及防禦權，此等權利為憲法所保障之重要權利，故法律乃明定被告得於程序進行中，例外開啟審查程序。

2. 刑訴法第 245 條第 2 項但書，係檢察官限制或禁止辯護人在場、陳述意見或筆記之處分，處分之對象均為辯護人，而非被告，形式上與第 416 條第 1 項第 1 款、第 3 款及第 4 款，已不相同。尤其本件原因案件，聲請人係因檢察官禁止札記之處分，與被告接受訊問之過程，或被告對訊問採何種應對態度，更毫無關聯。換句話說，於被告接受檢察官訊問時，辯護人為何有札記之需要、是否札記及札記之內容如何等，均僅係辯護人執業之習慣或方法之問題，對被告對訊問採何種應對態度，或為陳述時，其陳述之內容，均不會發生任何影響，更明顯與第 416 條第 1 項所列之處分，有所不同。

(二) 准許對刑訴法第 416 條第 1 項之事由為準抗告，與准許對刑訴法第 245 條第 2 項但書之處分為準抗告，功能與實益亦完全不同

1. 法院或檢察官就第 416 條第 1 項各款所為之處分，不但均係直接以被告為對象，並涉及被告受憲法保障之基本權利，且有處分持續性、重覆實

施處分或實施完畢但法律效果仍然持續等特徵，因此：A、若該處分仍持續中者（例如羈押、責付、限制住居、限制出海、監聽等），許為準抗告，如準抗告有理由，即可阻止處分之繼續執行。B、如其處分已執行完畢，但因處分所生之法律效力仍然存續者（搜索、扣押或扣押物發還、變價、監聽等），即得透過準抗告，取消處分之效力（如同條第 2 項規定，搜索、扣押經撤銷者，審判時法院得宣告所扣得之物，不得作為證據，或請求返還扣押物）。C、如其處分已執行完畢，但仍有再次重覆實施之可能性，亦得經由準抗告，阻止再次重覆處分（例如監聽、禁止接見、通信等），無論何種情況，允許經準抗告而撤銷或變更處分，均有其法律上實益。

2.因依第 1 項規定所為之處分，有處分仍在執行中者，有執行完畢但不利於被告之法律效果仍然持續，有執行完畢但可能再次重覆為相同內容之處分者，無論何者，均有使被告以準抗告程序救濟之必要性，故同條第 1 項序文規定處分已執行終結，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，誠有必要，並非僅為「確認」原處分之違法性而已。

3.但辯護人就檢察官依第 245 條第 1 項但書限制或禁止其在場、陳述意見或筆記所為準抗告，通常會在檢察官訊問被告完畢後為之，不可能經由

準抗告程序，即時阻止檢察官為該處分。縱令嗣後經準抗告，由法院予以撤銷該處分，對於已完成之訊問程序，亦無任何影響。即便是檢察官於第二次對被告訊問時，能否再次限制或禁止辯護人在場、陳述意見或筆記，仍須依第二次訊問的具體情況判斷，非謂因有第一次法院裁定，即謂檢察官於第二次訊問時，不得限制或禁止辯護人在場、陳述意見或筆記，聲請人如對第二次限制或禁止為準抗告，法院仍須依檢察官第二次訊問之具體情況，判斷檢察官之處分是否合法，不受第一次裁定之拘束。是法院第一次撤銷檢察官限制札記的裁定，縱有「確認」第一次處分違法之功能，但對於已完成之該次訊問或爾後程序之進行，沒有任何拘束力。至於檢察官之限制或禁止處分經撤銷後，能否據此即謂檢察官所為之訊問無證據能力，亦有研究餘地，縱使欲由證據能力觀點處理經撤銷處分後之被告陳述，亦未必須以允許準抗告之程序為前提。從而允許辯護人為前述準抗告，徒然增加法院工作負荷而已。

三、辯護人不得準用刑訴法第 416 條規定，提起準抗告

綜上，本判決認為辯護人就檢察官限制或禁止其在場、陳述意見或筆記之處分，得準用第 416 條之規定為準抗告，理論基礎薄弱，實際功能有限，徒然造成司法資源浪費而已。

陸、宣告程序法律因規範不足而違憲之判決，應審慎為之

應附一言者，我國現制所採之違憲審查，係採抽象、集中審查制，僅大法官有違憲審查權，且可宣告違憲之法規無效，而非僅於個案審判拒絕適用違憲之法規。因此，某法律經大法官以規範不足為由而宣告違憲者，立法者即必須依據大法官之判決意旨，制定新法律，以補大法官所認不足之規範。於此情形下之大法官，不但扮演相當於立法者之角色，有時更甚於一般之立法者，因為立法者一旦依此制定新法，該法即具有相當於憲法之具體化，日後不但不可能透過立法者修法而改變（因修法改變，即可能牴觸大法官判決意旨而構成違憲），也不會因大法官再次判決而改變（因為依大法官判決意旨制定之法律，通常不會有所謂違憲之問題，也很難會再作為審查客體），亦即該法律可能將長期存在於我們的法律體系內。其中尤以訴訟法之影響為甚，蓋訴訟法乃根本之程序法，同一程序規定，所適用之案件每年動輒數萬至數十萬件，如何兼顧當事人因訴訟程序所生之勞費、精神負擔、社會公益需求、正義之實現及國家資源之分配與利用等諸多複雜需求，故有關訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，則應由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的、訴訟制度之功能及司法資源之有效運用等因素，以決定之，大法官未必適合為此決定。