

憲法法庭判決

111 年憲判字第 7 號

聲 請 人 陳明賢

訴訟代理人 梁志偉律師

上列聲請人認臺灣高雄地方法院 105 年度聲字第 2531 號刑事裁定，所適用之刑事訴訟法第 416 條第 1 項等規定，牴觸憲法，聲請解釋憲法，本庭判決如下：

主 文

- 一、刑事訴訟法第 416 條第 1 項及其他規定，就檢察官依同法第 245 條第 2 項但書規定，禁止或限制辯護人於訊問時在場、筆記或陳述意見之處分，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，於此範圍內，與有權利即有救濟之憲法原則不符，違反憲法第 16 條保障訴訟權之意旨。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，妥為規定。
- 二、於完成修法前，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，就檢察官依同法第 245 條第 2 項但書規定，所為限制或禁止辯護人於訊問被告或犯罪嫌疑人時在場、筆記或陳述意見之處分，聲請所屬法院撤銷之。
- 三、其餘聲請不受理。

理 由

壹、事實經過及聲請人陳述要旨【1】

一、原因案件相關事實【2】

本件聲請人以刑事被告辯護人之身分，於被告受檢察官訊問時在場陪訊。訊問程序中，檢察官以聲請人之筆記過於詳細為由，依刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書規定，指揮在庭法警扣押其已

製作之訊問札記乙紙、禁止聲請人繼續筆記偵訊內容，並記明於扣押筆錄與偵訊筆錄。聲請人不服，依刑事訴訟法第 416 條第 1 項（下稱系爭規定一）第 1 款規定，聲請法院撤銷之。案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，並不得再為抗告。聲請人認上開裁定所適用之系爭規定一，及法務部中華民國 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（下稱系爭規定二），有牴觸憲法之疑義，於 105 年 9 月 29 日依司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款規定，聲請解釋憲法。【3】

二、聲請人陳述要旨【4】

聲請人主張意旨略謂：系爭規定一未將檢察官依刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書規定所為「限制、禁止辯護人在場權之強制處分」，以及「限制、禁止辯護人筆記偵訊內容之強制處分」，列舉為人民得提起準抗告之事由，乃存有權利保護漏洞，並有違憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨。另系爭規定二對辯護人偵查中在場權增加法律上所無之限制，已違反憲法第 15 條及第 16 條保障人民職業自由及訴訟權之意旨，亦不符憲法第 23 條法律保留原則等語。【5】

貳、受理要件之審查【6】

按憲法訴訟法（下稱憲訴法）修正施行前已繫屬而尚未終結之案件，除該法別有規定外，適用修正施行後之規定。但案件得否受理，依修正施行前之規定，憲訴法第 90 條第 1 項定有明文。查本件聲請案於憲訴法修正施行前即已繫屬，除其受理與否應依大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定外，應適用憲訴法相關規定。

【7】

就系爭規定一部分，經查，聲請人係確定終局裁定之受裁定人，其主張辯護人於檢察官訊問被告時在場並筆記偵訊內容，係受憲法保障之權利，遭檢察官限制、禁止而受侵害，且無從向法院提起救濟，於用盡現制下之審級救濟後，提出本件釋憲聲請，其聲請核與大審法第 5 條第 1 項第 2 款所定要件相符，爰予受理，其形成主文之理由如下（參）。【8】

就系爭規定二部分，查該規定並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 點規定所取代，亦已無再予審查之必要。是此部分之聲請，核與大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定不符，應不受理。【9】

參、受理部分之審查【10】

一、審查原則【11】

本於憲法第 8 條及第 16 條所保障之人身自由與訴訟權，刑事被告應享有依正當法律程序之原則，受法院公平審判之權利，於訴訟上尤應保障其享有充分之防禦權（司法院釋字第 384 號、第 582 號、第 636 號、第 654 號、第 762 號及第 789 號解釋參照）。此等刑事正當法律程序及充分防禦權之憲法保障，非僅侷限於刑事被告受法院審判之階段，而係自人民因犯罪嫌疑而受到犯罪偵查時起，即應受有效之保障，其中應包括被告或犯罪嫌疑人享有由辯護人為其有效協助與辯護之權利（本庭 111 年憲判字第 3 號判決參照）。【12】

被告或犯罪嫌疑人所享有之受有效協助與辯護之權利，不僅包含其得自主選任辯護人，於無資力時得享有免費獲得辯護之機會，其辯護人並得於刑事訴訟程序各階段，適時表示法律意見與提供法律上之協助，以協助被告或犯罪嫌疑人有效維護其權益。

就犯罪偵查程序而言，被告或犯罪嫌疑人受檢察官訊問時，其於不諳法律下，可能為不當或不利於己之陳述或未能及時為有利於己之主張，其辯護人為有效維護其權益，自應有權於訊問時在場聽聞，並當場為被告或犯罪嫌疑人之權益，適時表示法律意見或提供法律上之協助。此外，提供法律專業協助之辯護人，既有權於被告或犯罪嫌疑人受訊問時在場聽聞並表示意見，自有權就聽聞所得進行記憶、理解與分析等思維活動，而當場自行筆記，乃屬其記憶與思維活動之輔助行為，與其在場並陳述意見密不可分。因此，被告或犯罪嫌疑人於偵查中所應享有之受有效協助與辯護之權利，除辯護人之選任權外，至少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。又，辯護人既係以法律專業身分而協助被告或犯罪嫌疑人維護其權益，是被告或犯罪嫌疑人於偵查中辯護權遭受侵害時，基於被告或犯罪嫌疑人受有效協助與辯護權利之憲法保障，除與被告或犯罪嫌疑人明示之意思相反外，其辯護人自應有權為被告或犯罪嫌疑人之利益，而以自己之名義請求救濟。【13】

憲法第 16 條保障人民訴訟權，係在保障人民於其權利遭侵害時，有請求法院救濟之權利。基於有權利即有救濟之憲法原則，人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲得及時有效救濟之機會，乃訴訟權保障之核心內容（司法院釋字第 736 號、第 752 號、第 755 號及第 785 號解釋參照）。是人民於其權利遭受侵害時，若因相關法律未設司法救濟之規定，致使權利遭受侵害者無從向法院提起救濟程序，請求依正當法律程序受公平審判者，該等法規範之欠缺，即與有權利即有救濟之憲法原則不符，而有違憲法保障人民訴訟權之意旨。【14】

二、本庭之判斷【15】

查刑事訴訟法第 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。」其前段部分明定被告或犯罪嫌疑人於受檢察官訊問時，其辯護人享有在場陪訊，並得陳述意見之權利，乃被告或犯罪嫌疑人憲法上所應享有之受有效協助與辯護權利之具體化，為彰顯憲法公平審判原則下之正當法律程序及充分防禦權保障之重要法律規定；其權利內涵如前所述，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。【16】

然而，上開規定但書部分亦明定檢察官訊問被告或犯罪嫌疑人時，對被告、犯罪嫌疑人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，從而被告或犯罪嫌疑人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。對此，現行刑事訴訟法並未設有相應之救濟途徑。影響所及，被告、犯罪嫌疑人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，認已侵害其憲法上受有效協助與辯護之權利，即無從循司法救濟程序，請求法院為有效之權利保護。就此而言，被告、犯罪嫌疑人或其辯護人基於有權利即有救濟之憲法原則，而受憲法保障之訴訟權已明顯受到侵害。【17】

綜上，系爭規定一及刑事訴訟法其他規定，就檢察官依同法第 245 條第 2 項但書規定，禁止或限制辯護人於訊問時在場、筆記或陳述意見之處分，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，於此範圍內，與有權利即有救濟之憲法原則不符，違反憲法第 16 條保障訴訟權之意旨。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妥為規定。於完成修法前，被告、犯罪嫌疑人或其辯護人，得準用系爭規定一所定程序，就檢察官依同法第245條第2項但書規定，所為限制或禁止辯護人於訊問被告或犯罪嫌疑人時在場、筆記或陳述意見之處分，聲請所屬法院撤銷之。【18】

中 華 民 國 111 年 5 月 27 日

憲法法庭 審判長大法官 許宗力

大法官 蔡烱燉 黃虹霞 吳陳鐸

蔡明誠 林俊益 許志雄

張瓊文 黃瑞明 詹森林

黃昭元 謝銘洋 呂太郎

楊惠欽 蔡宗珍

本判決由蔡大法官宗珍主筆。

大法官就主文所採立場如下表所示：

主文項次	同 意 大 法 官	不 同 意 大 法 官
第 一 項	許大法官宗力、蔡大法官烱燉、黃大法官虹霞、蔡大法官明誠、林大法官俊益、許大法官志雄、張大法官瓊文、黃大法官瑞明、詹大法官森林、黃大法官昭元、謝大法官銘洋、楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	吳大法官陳鐸、呂大法官太郎
第 二 項	許大法官宗力、蔡大法官烱燉、黃大法官虹霞、蔡大法官明誠、林大法官俊益、許大法官志雄、張大法官瓊文、黃大法官瑞明、詹大法官森林、黃大法官昭元、謝大法官銘洋、楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	吳大法官陳鐸、呂大法官太郎
第 三 項	許大法官宗力、蔡大法官烱燉、吳大法官陳鐸、蔡大法官明誠、林大法官俊益、許大法官志雄、張大法官瓊文、詹大法官森林、黃大法官昭元、謝大法官銘洋、	黃大法官虹霞、黃大法官瑞明、呂大法官太郎

【意見書】

協同意見書：林大法官俊益提出。

詹大法官森林提出，謝大法官銘洋加入。

部分協同、
部分不同意見書：黃大法官瑞明提出。

部分不同意見書：黃大法官虹霞提出。

不同意見書：呂大法官太郎提出，吳大法官陳鑾加入貳以外
部分。

以上正本證明與原本無異。

書記官 廖純瑜

中 華 民 國 111 年 5 月 27 日

憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決協同意見書

林俊益大法官 提出

壹、前言

本件判決案名【偵查中辯護人在場筆記權等之救濟案】。

本件聲請人陳律師以刑事被告辯護人之身分，於被告受檢察官訊問時在場陪訊。訊問程序中，檢察官以聲請人之筆記過於詳細為由，依刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書規定，指揮在庭法警扣押其已製作之訊問札記乙紙、禁止聲請人繼續筆記偵訊內容，並記明於扣押筆錄與偵訊筆錄。聲請人不服，依刑事訴訟法第 416 條第 1 項（下稱系爭規定）第 1 款規定，聲請法院撤銷之。案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所列各款事由均不符為由，予以駁回，並不得再為抗告。聲請人認上開確定終局裁定所適用之系爭規定，有違憲疑義而聲請解釋憲法。

憲法法庭審理後，就系爭規定部分，判決如下：

一、刑事訴訟法第 416 條第 1 項¹及其他規定，就檢察官依同法第 245 條第 2 項²但書規定，禁止或限制辯護人於訊問時在場、

¹ 刑事訴訟法第 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：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 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。」

筆記或陳述意見之處分，未賦予被告或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³，於此範圍內，與有權利即有救濟之憲法原則不符，違反憲法第 16 條保障訴訟權之意旨。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，妥為規定。

二、於完成修法前，被告或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，就檢察官依同法第 245 條第 2 項但書規定，所為限制或禁止辯護人於訊問被告或犯罪嫌疑人時在場、筆記或陳述意見之處分，聲請所屬法院撤銷之。

本席對判決主文，完全贊同。惟關於本案聲請釋憲仍有部分值得分享之處，爰提出協同意見書，以就教於方家！

本判決就被告或犯罪嫌疑人受憲法保障之辯護人辯護權，創設四項重要特色，茲分述如下：

貳、首創辯護人得聲請釋憲之先例

本件係律師擔任偵查中被告之辯護人，就檢察官對其限制其筆記並扣押其筆記之處分不服，依刑事訴訟法第 416 條準抗告之規定，向法院聲請撤銷該處分，經法院裁定駁回其聲請，因不得抗告而確定。嗣辯護人得否向憲法法庭聲請釋憲？此涉及辯護人有何憲法上所保障之權利受侵害而得聲請釋憲之重要爭議。

按憲法訴訟法（下稱憲訴法）修正施行前已繫屬而尚未終結

³ 刑事訴訟法第 105 條第 3 項同樣設有禁止規定：「法院認被告為前項之接見、通信及受授物件有足致其脫逃或湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞者，得依檢察官之聲請或依職權命禁止或扣押之。但檢察官或押所遇有急迫情形時，得先為必要之處分，並應即時陳報法院核准。」同法第 416 條第 1 項第 1 款設有針對「第 105 條第 3 項、第 4 項所為之禁止或扣押之處分」之救濟規定。

之案件，除該法別有規定外，適用修正施行後之規定。但案件得否受理，依修正施行前之規定，憲訴法第 90 條第 1 項定有明文。查本件聲請案於憲訴法修正施行前之 105 年 9 月 29 日繫屬，其受理與否應依司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款規定：「二、人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者。」判斷之。

從前揭規定可知，人民聲請釋憲之基本前提，係主張其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害。本件釋憲聲請，首應審究者，辯護人有何憲法上所保障之權利受侵害？茲就相關之司法院解釋及憲法法庭判決分析說明如下：

一、應由被告與辯護人共同聲請釋憲

司法院釋字第 737 號解釋，涉及偵查中羈押審查程序辯護人卷證資訊獲知權之爭議。偵查中之辯護人在羈押審查程序，以辯護人名義向該管法院聲請閱卷，經地方法院裁定駁回聲請人即辯護人之聲請，辯護人抗告於高等法院，亦經該院以抗告無理由而裁定駁回抗告人即辯護人之抗告。

前揭地方法院及高等法院之裁定，聲請人欄及抗告人欄，僅列辯護人之姓名，均未列偵查中被告之姓名。如確定終局裁定所適用之法規有違憲疑義而要聲請釋憲，應由何人提出聲請方屬適法？

就此，司法院釋字第 737 號解釋認為，被告受憲法第 16 條訴訟權之保障，至於律師辯護人並無受憲法保障之基本權，故於解釋理由特別敘及：「本件解釋之聲請人有二，即被告（未起訴前應

為犯罪嫌疑人，現行刑事訴訟法稱為被告，以下稱犯罪嫌疑人)及其辯護人。犯罪嫌疑人雖非確定終局裁定之抗告人，惟辯護人係犯罪嫌疑人選任以協助其有效行使憲法保障之訴訟權(本院釋字第654號解釋參照);辯護人為確定終局裁定之抗告人，其受犯罪嫌疑人選任，於羈押審查程序檢閱檢察官聲請羈押之卷證，係為協助犯罪嫌疑人行使防禦權，是二聲請人**共同聲請釋憲**，核與前揭聲請釋憲要件相符。」即上開情形，必須列被告及辯護人為共同聲請人，始符合人民聲請釋憲之法定要件。

二、被告得聲請釋憲

憲法法庭111年憲判字第3號判決案，涉及辯護人得否對偵查中延長羈押裁定代理被告提起抗告之爭議。偵查中之辯護人在地方法院裁定延長羈押被告後，以被告之名義，代為提起抗告，經高等法院認為，辯護人既非延長羈押裁定之當事人，其逕以辯護人之名義提起抗告，於法尚有未合，而裁定駁回抗告人即辯護人之抗告，裁定抗告人欄僅記載抗告人即選任辯護人姓名。嗣被告乃以自己之名義聲請解釋憲法。

憲法法庭111年憲判字第3號判決認為，被告受憲法第16條訴訟權之保障，至於律師辯護人並無受憲法保障之基本權，故於判決理由敘明：「查本件確定終局裁定之受裁定人，雖非本件聲請人而係其辯護人，惟該辯護人係為協助被告即本件聲請人有效行使憲法所保障之訴訟權(司法院釋字第654號及第737號解釋參照)，為被告之利益而抗告，其效果及於本件聲請人，是本件聲請人核屬大審法第5條第1項第2款所稱受不利益確定終局裁判之人民，其釋憲聲請核與大審法上開規定相符。」換言之，確定終局裁定之抗告人雖為辯護人，如要聲請釋憲，仍應以被告名義聲

請，而非辯護人。

三、辯護人得聲請釋憲

本判決原因案件確定終局裁定之受裁定人係辯護人，而非被告本人，辯護人如要聲請釋憲，其究有何憲法所保障之權利受侵害而得聲請釋憲？殊值探討！

過往司法院解釋先例，大法官曾想方設法用心良苦從**被告受辯護人有效協助之憲法權利**，導出什麼事項係辯護人協助被告行使防禦權之重要內涵，應受憲法之保障。此一釋憲之論證模式，最早出現於98年1月23日司法院公布之釋字第654號解釋，其解釋理由略以：「刑事被告受其辯護人協助之權利，須使其獲得確實有效之保護，始能發揮防禦權之功能。從而，刑事被告與辯護人能在不受干預下充分自由溝通，為辯護人協助被告行使防禦權之重要內涵，應受憲法之保障。」自由溝通權一體兩面，既係被告或犯罪嫌疑人之自由溝通權，亦係辯護人為有效協助被告之自由溝通權，均受憲法保障。本解釋公布後，99年6月23日修正公布刑事訴訟法，修正第34條規定⁴並增訂第34條之1有關被告或犯罪嫌疑人與其辯護人自由溝通權之規定，於同法第416條第1項序文規定：「受處分人得聲請所屬法院撤銷或變更」下，增訂第3款規定：「對於限制辯護人與被告接見或互通書信之處分。」及第4款規定：「對於第34條第3項指定之處分。」上開受處分

⁴ 刑事訴訟法第34條規定：「（第1項）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。（第2項）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1小時，且以1次為限。接見經過之時間，同為第93條之1第1項所定不予計入24小時計算之事由。（第3項）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245條第2項前段規定之權利。」

人，就被告、犯罪嫌疑人與其辯護人之自由溝通權而言，一體兩面，即包括被告、犯罪嫌疑人及其辯護人雙方，均得以自己之名義，向所屬法院聲請撤銷或變更限制或禁止之處分。

嗣憲法法庭 111 年憲判字第 3 號判決亦援用上開釋憲模式，該判決理由謂：「**被告受辯護人有效協助之權利**，已成為現代法治國普世公認之基本人權……被告對於法院之裁判依法得提起上訴或抗告以聲明不服，係被告重要之防禦權。從而，**辯護人得為被告之利益而上訴或抗告**，除與被告明示意思相反外，係被告受辯護人協助有效行使防禦權之重要內涵，應受憲法之保障」，強調辯護人有效協助被告行使被告之抗告權，必須再強調一下，係被告之抗告權，而非辯護人之抗告權。此際就只有一個面向而已！此際辯護人基於有效協助被告之立場，以被告之名義代為提起抗告！

本判決雖亦援引上開釋憲模式，但最重要之關鍵在於，將「受辯護人有效協助之權利」，擴大為「受辯護人有效協助與辯護之權利」，論及有效辯護，自應賦予辯護人得有效辯護之地位與機會為重要前提，始足以落實憲法保障被告受有效辯護之權利（詳見附表一之說明）。本判決的釋憲邏輯 4 步驟為：①先從憲法正當法律程序原則及訴訟權保障，導出被告享有充分之防禦權；②再由被告享有充分之防禦權，導出被告受辯護人有效協助與辯護之權利；③為達有效辯護，自應賦予辯護人得為被告之利益而為有效辯護之權利；④就原因案件而言，最後導出，憲法保障被告受有效協助與辯護權利所涵蓋之辯護人偵查中辯護權，應受憲法之保障（本判決理由段碼【13】參照）。從而辯護人主張其偵查中辯護權遭受檢察官之限制或禁止處分，於用盡審級救濟後，得以辯護人

名義聲請釋憲，乃是為落實憲法對被告訴訟權之保障。是以本判決理由對此特別論述：「經查，聲請人係確定終局裁定之受裁定人，其主張辯護人於檢察官訊問被告時在場並筆記偵訊內容，係受憲法保障之權利，遭檢察官限制、禁止而受侵害，且無從向法院提起救濟，於用盡現制下之審級救濟後，提出本件釋憲聲請，其聲請核與大審法第 5 條第 1 項第 2 款所定要件相符，爰予受理。」

本判決開啟辯護人得聲請釋憲之新里程，對被告或犯罪嫌疑人受憲法保障之訴訟權，開創新思維的釋憲模式，保障人權更進步，殊值肯定與讚同！此為本判決第 1 項重要貢獻！

參、確立受辯護人有效協助與辯護權利之適用階段始點

首先，本判決依司法院釋字第 654 號、第 762 號解釋及憲法法庭 111 年憲判字第 3 號判決，重申被告或犯罪嫌疑人受辯護人有效協助與辯護之權利，係受憲法保障之重要權利。

其次，本判決確立被告或犯罪嫌疑人受辯護人有效協助與辯護權利之適用階段，包括偵查機關之偵查階段與法院之審判階段，偵查階段始自「人民因犯罪嫌疑而受到犯罪偵查時起，即應受有效之保障」（判決理由段碼【12】參照），即被告或犯罪嫌疑人因犯罪嫌疑受偵查機關（包括司法警察、司法警察官、檢察事務官及檢察官）開始調查⁵或偵查之時起（偵查機關主觀上對人民知有犯罪嫌疑之時起），該人民即應享有受辯護人有效協助與辯護之權利而受憲法保障。偵查機關即應依憲法之要求，賦予被告或

⁵ 刑事訴訟法第 228 條第 1 項規定：「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。」第 230 條第 2 項規定：「前項司法警察官知有犯罪嫌疑者，應即開始調查。」第 231 條第 2 項規定：「司法警察知有犯罪嫌疑者，應即開始調查。」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。」

犯罪嫌疑人受憲法保障之各項措施，對人民採取一系列的保障措施。是以**確立被告或犯罪嫌疑人受辯護人有效協助與辯護權利之適用階段始點**，始自人民因犯罪嫌疑而受到犯罪偵查之時，是本判決第 2 項重要貢獻。

肆、確認辯護人偵查中辯護權受憲法保障之權利內涵

被告或犯罪嫌疑人受辯護人有效協助與辯護權利之初始階段係偵查階段，此一階段，被告或犯罪嫌疑人享有受辯護人有效協助與辯護權利之內容⁶為何？受限於原因原件，本判決僅揭示其權利內涵，除**辯護人之選任權**外，至少應包括**辯護人在場權、筆記權及陳述意見權**等偵查中辯護權（判決理由段碼【13】參照），均係受憲法保障之權利。除本判決外，受憲法保障之辯護人偵查中辯護權，尚包括司法院釋字第 654 號解釋所揭示之**自由溝通權**、司法院釋字第 737 號解釋所揭示之**偵查中羈押審查程序卷證資訊獲知權**及 111 年憲判字第 3 號判決所揭示之**就偵查中延長羈押裁定得代被告提起抗告之權**。

本判決宣告辯護人偵查中辯護權，係受憲法保障之權利，一

⁶刑事訴訟法規定被告或犯罪嫌疑人偵查中受辯護人有效協助與辯護權利之內容如下：
①告知被告或犯罪嫌疑人得選任辯護人（第 88 條之 1 第 3 項、第 89 條第 1 項第 95 條第 1 項第 3 款規定參照）、②被告或犯罪嫌疑人表示選任辯護人時應停止訊問（第 95 條第 2 項及第 100 條之 2 準用規定參照）、③等候辯護人 4 小時，等候期間不得詢問或訊問（第 93 條之 1 第 1 項第 5 款、第 2 項及第 158 條 2 第 2 項規定參照）、④偵查中應通知依法設立之法律扶助機構指派律師到場為其辯護（第 31 條第 5 項規定參照）、⑤被告或犯罪嫌疑人得選任辯護人權，辯護人到場時，應賦予優先接見、自由溝通之權利（第 27 條第 1 項、第 34 條第 2 項及第 3 項規定參照）、⑥辯護人在訊問被告或犯罪嫌疑人時，有在場權、筆記權及陳述意見權（第 245 條第 2 項前段規定參照）、⑦辯護人對偵訊筆錄有協助被告或犯罪嫌疑人閱覽權、筆錄記載有無錯誤表示權、請求更正筆錄記載錯誤權（第 41 條第 2 項、第 3 項及第 43 條之 1 第 1 項規定參照）、⑧偵查中羈押審查程序之閱卷權（第 33 條之 1 第 1 項規定參照）、⑨偵查中羈押審查程序之請求給予適當時間準備答辯之權（第 101 條第 4 項、第 100 條之 1 第 3 項規定參照）、⑩辯護人權限受限制或禁止之準抗告權（第 416 條第 1 項規定參照）。

體兩面，既係被告或犯罪嫌疑人之權利，亦係辯護人之權利，本判決宣示，應有助於保障偵查中被告或犯罪嫌疑人之基本人權，澈底杜絕偵查中之違法取供，此乃司法改革最重要的第一步，上游乾淨清澈，下游自然水到渠成，偵查階段重視被告或犯罪嫌疑人受辯護人有效協助與辯護權利之落實，自有助於避免冤獄，落實憲法公平審判原則之要求，此乃本判決第3項重要貢獻。

伍、創設辯護人偵查中辯護權遭侵害之救濟途徑

辯護人偵查中辯護權，並非獨立性權利，係在憲法保障被告受辯護人有效協助與辯護之權利涵蓋下而得享有之權利，一體兩面，既係被告或犯罪嫌疑人之權利，亦屬辯護人之權利，均為受憲法保障之權利。檢察官就上開辯護人偵查中辯護權予以限制或禁止之處分，影響所及，受處分人包括被告或犯罪嫌疑人與其辯護人，雙方均得以受處分人自己之名義(其他權利行使方式，詳見附表二)，聲明不服、尋求救濟。

本判決除宣告辯護人偵查中辯護權，係憲法保障被告受辯護人有效協助與辯護之權利涵蓋下而得享有之權利外，更依憲法第16條所揭櫫有權利即有救濟之憲法原則，審查現行刑事訴訟法第416條⁷及其他規定，均未賦予被告、犯罪嫌疑人或其辯護人，就檢察官依同法第245條第2項但書規定，限制或禁止辯護人於訊

⁷ 民國99年6月23日修正刑事訴訟法第416條之立法理由謂：「二、憲法第16條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利。基於有權利即有救濟之原則，人民認為其權利遭受侵害時，必須給予向法院請求救濟之機會，此乃訴訟權保障之核心內容，不得因身分之不同而予以剝奪(司法院釋字第653號解釋參照)。故對於接見或互通書信權利受限制之辯護人或被告，自應給予救濟機會。上開限制如係以法院裁定為之者，得依第404條第3款提起抗告救濟之；如係由審判長或受命法官所為者，自得聲請所屬法院撤銷或變更之，爰增訂第1項第3款。三、辯護人、被告或犯罪嫌疑人對於檢察官依第34條第3項規定指定接見之時間、場所之處分，如有不服，亦應給予救濟之機會，爰增訂第1項第4款。」

問被告或犯罪嫌疑人時在場、筆記或陳述意見之處分，有向法院聲明不服、請求救濟之機會，於此範圍內，違反有權利即有救濟之憲法原則，不符憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨。應定期修正刑事訴訟法，妥為規定；並宣告完成修法前，得準用刑事訴訟法第 416 條所定程序，被告、犯罪嫌疑人或其辯護人均得就檢察官依同法第 245 條第 2 項但書規定所為之限制或禁止處分，請求所屬法院撤銷該處分。此乃本判決第 4 項重要貢獻！

或謂：「檢察官依刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書規定所為限制或禁止之處分，嗣偵查程序業已終結，木已成舟，聲請法院撤銷並無實益，倒不如依刑事訴訟法第 158 條之 4 規定，主張該偵訊筆錄違法取得應予排除，比較有實益」云云。惟本席認為，刑事訴訟法第 416 條第 1 項序文特別規定：「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」此乃因聲請法院撤銷之程序，本質上另有**確認訴訟之性質**⁸，先行確認檢察官所為限制或禁止處分之程序是否合法，如不合法，即予以撤銷，可早日釐清偵查程序之合法性，確有其效益，故法院不得以偵查程序業已終結為由而駁回被告、犯罪嫌疑人或其辯護人所提起之準抗告。況檢察官雖依刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書規定為限制或禁止之處分，惟檢察官偵查終結未必是提起公訴或聲請簡易判決處刑，可能處分不起訴或緩起訴處分，此際根本

⁸ 關於確認訴訟之性質，111 年 2 月 18 日修正公布刑事訴訟法增訂第 121 條之 6 規定：「（第 2 項）於執行暫行安置期間，有事實足認被告與外人接見、通信、受授書籍及其他物件，有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞，且情形急迫者，檢察官或執行處所之戒護人員得為限制、扣押或其他必要之處分……（第 4 項）對於第二項之處分有不服者，得於處分之日起十日內聲請撤銷或變更之。法院不得以已執行終結而無實益為由駁回。」其立法理由略以：「該項所定之救濟期限較前述處分效力期間更長，亦可明確其**兼具確認訴訟之性質**，縱使處分效力期間經過之後，仍得依其聲請而**確認處分之違法與否**。」可供參考。

無從在審判中主張刑事訴訟法第 158 條之 4 相對排除法則，以排除不法取得訊問筆錄之證據能力，則辯護人偵查中辯護權遭受檢察官之限制或禁止之處分，即無澄清之可能，是以主張因有刑事訴訟法第 158 條之 4 規定相對排除法則可資援引，進而否定辯護人得準用刑事訴訟法第 416 條規定聲請撤銷之處分程序，此一說法容有商榷餘地！

陸、需要急起直追之配套改革---警詢階段

本判決雖指出，被告或犯罪嫌疑人受辯護人有效協助與辯護權利之適用階段，始於人民因犯罪嫌疑被檢察事務官、司法警察官或司法警察開始調查時或檢察官開始偵查時（判決理由【12】參照），但因受限於原因案件係發生於檢察官訊問被告或犯罪嫌疑人，故判決主文僅論及檢察官訊問被告或犯罪嫌疑人時。至於檢察事務官、司法警察官或司法警察開始調查被告或犯罪嫌疑人時，亦有可能發生刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書所定之檢察事務官、司法警察官或司法警察對偵查中辯護人限制或禁止處分之爭議，現行刑事訴訟法第 416 條對此警詢階段所發生之限制或禁止處分情形並無救濟之規定，亦有違反有權利即有救濟之憲法原則，相關機關將來修法，亦應依本判決意旨，妥為修正。

柒、結論：為迎向當事人進行主義而鋪路

明年 112 年 1 月 1 日即將施行國民法官法，採行當事人進行主義之卷證不併送制（起訴狀一本主義）及證據開示制（國民法官法第 43 條第 1 項及第 53 條規定參照），被告受辯護人有效協助與辯護之權利，勢必更需要辯護人有效辯護而得以落實。希望本判決之重大宣示，肯定辯護人偵查中辯護權，係憲法保障被告受辯護人有效協助與辯護之權利涵蓋下而得享有之權利，並於判

決理由內敘明「被告或犯罪嫌疑人所享有之受有效協助與辯護之權利，不僅包含其得自主選任辯護人、於無資力時得享有免費獲得辯護之機會，其辯護人並得於刑事訴訟程序各階段，適時表示法律意見與提供法律上之協助，以協助被告或犯罪嫌疑人有效維護其權益。」在刑事訴訟程序各階段（包括犯罪偵查階段與法院之審判階段），均有其適用，讓我們共同迎向溫暖有人性且富保障人權的新刑事訴訟制度！讓本判決所揭示之人民受法院公平審判之權利，得以澈底實踐！

附表一：辯護人偵查中辯護權受憲法保障之論據說明

憲法保障之權利		
第 8 條正當法律程序原則及第 16 條保障人民之訴訟權		
刑事被告應享有充分之防禦權，係受憲法保障之權利		
適用階段	人民因犯罪嫌疑而受到犯罪偵查階段	法院審判階段
憲法依據	被告或犯罪嫌疑人受辯護人有效協助與辯護之權利	
辯護人之有效辯護	1、得自主選任辯護人； 2、於無資力時得享有免費獲得辯護之機會； 3、辯護人得於刑事訴訟程序各階段，適時表示法律意見； 4、提供法律上協助，以協助被告或犯罪嫌疑人有效維護其權益。	
具體權利	1、辯護人之選任權 2、至少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	
救濟方式	1、對此，現行刑事訴訟法均無規範，於此範圍內，違憲，應定期修法。 2、完成修法前，就檢察官所為限制或禁止辯護人在場、筆記及陳述意見之處分，①被告或犯罪嫌疑人或②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。 3、至於檢察事務官、司法警察官或司法警察所為之限制或禁止辯護人在場、筆記及陳述意見之處分，因與本判決原因案件無涉，故本判決未諭知。	

附表二：被告受辯護人有效協助與辯護權利之行使方式

憲法保障被告受辯護人有效協助與辯護之權利	
性質上屬被告權利	性質上屬辯護人辯護權
被告受辯護人有效協助	被告受辯護人有效辯護
以【被告】之名義	以【辯護人自己】之名義
代理上訴(刑事訴訟法第 346 條規定及司法院釋字 306 號解釋)	閱卷權(刑事訴訟法第 33 條第 1 項及第 33 條之 1 第 1 項規定)
代理抗告(憲法法庭 111 年憲判字第 3 號判決)	在場權(刑事訴訟法第 245 條第 2 項、刑事訴訟法第 150 條及第 219 條準用第 150 條規定)
代理聲請撤銷或變更(刑事訴訟法第 416 條第 1 項規定)	自由溝通權(刑事訴訟法第 34 條規定)
代理聲請再議(刑事訴訟法第 256 條之 1 規定)	聲請調查證據權(刑事訴訟法第 163 條第 1 項規定)
代理聲請迴避(刑事訴訟法第 18 條規定)	出庭辯護權(刑事訴訟法第 271 條及第 289 條規定)
代理聲請拒卻鑑定人、聲請撤銷協商合意(刑事訴訟法第 200 條第 1 項及第 455 條之 3 規定)	對筆錄協助被告閱覽權、有無錯誤表示權、請求更正筆錄記載錯誤權(刑事訴訟法第 41 條第 2 項、第 3 項及第 43 條之 1 第 1 項規定)

憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決

協同意見書

詹森林大法官提出

謝銘洋大法官加入

111 年 5 月 27 日

對於本判決 3 項主文，本席均敬表贊同。惟對構成主文之理由，尤其將律師之在場、筆記及陳述意見權，由憲法上被告或犯罪嫌疑人之正當法律程序及訴訟權推導而出部分（即判決理由段碼 12 至 15），本席尚有不同看法，略述如下。

一、從事辯護工作為律師核心業務之一，受憲法工作權之保障

就偵查中辯護人之在場、筆記及陳述意見權，其憲法上權利之根基，本席認為，與其間接由被告或犯罪嫌疑人受憲法第 8 條及第 16 條所保障之正當法律程序及訴訟權推導而出，不如訴諸憲法第 15 條所保障辯護人之工作權¹，更為合適。

查，憲法第 15 條所保障之工作權，從「自由權」之觀點出發，係指基本權主體「以生活創造或維持之意思，在一定

¹ 聲請人亦主張其因受憲法保障之工作權受限制，且未有相應之救濟管道，故相關規範有違憲之疑慮。參見聲請人 105 年 9 月 29 日所提之釋憲聲請書，第 5 頁至第 7 頁、第 11 頁。

期間內，反覆從事之作為」。因此，「工作」包含兩個核心概念：一、在主觀上，行為人將之作為與生活相關聯之活動；二、客觀上，在一定期間內反覆之行為²。次查，律師法第 21 條第 1 項規定：「律師得受當事人之委任，辦理法律事務」，此處法律事務之範圍，內容雖稍龐雜，然受民事、行政當事人及刑事被告或犯罪嫌疑人之委託，協助其於法庭上或偵查中為訴訟行為，當然應視為律師工作之核心內涵。

刑事辯護實務上，法院更進一步將上開辯護人之工作內容具體化為代理權及固有權，即認「刑事訴訟法上關於辯護人權限，可分為代理權與固有權，前者（或稱傳來權限）乃指被告所得為訴訟行為，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，本應尊重被告之意思，原則上不得與被告明示之意思相反（例外者，如刑事訴訟法第 110 條具保停止羈押之聲請）；後者（或稱原始權限），係指與被告之權利分離而為辯護人特別所擁有之權限，此項權限有與被告同享者（亦即法條規定『當事人（或被告）及辯護人得……』，如刑事訴訟法第 150 條第 1 項搜索及扣押時之在場權、第 163 條第 1 項聲請調查證據權、第 289 條事實及法律辯論權等），有僅辯護人所專有者（亦即法條規定為『辯護人得……』，如刑事訴訟法第 34 條第 1 項之接見羈押被告並互通書信、第 49 條攜同速記到庭記錄權、第 389 條第 2 項律師充任辯護人之第三審辯論權等）。由於辯護人之固有權係基於辯護人之地位所具有，因之，其行使自不受被告明示、默示意思之拘束，縱其與被告同享之權限亦

² 李惠宗，憲法要義，2019 年 9 月，8 版，邊碼 1401；許育典，憲法，2018 年 2 月，8 版，第 302 頁。

然。」³

由是可見，在法律規範上，辯護人所享有之權利，並非完全與被告或犯罪嫌疑人之權利重疊，而係有非依附於被告或犯罪嫌疑人之權利者。

尤應注意者，基於刑事訴訟「發現真實」及「保障人權」之最高宗旨，辯護人於刑事訴訟程序中所扮演之角色，除被告或犯罪嫌疑人之辯護者外，尚有其他獨立、且具公益色彩之面向。申言之，刑事訴訟之目的，「在於發現真實，確定具體刑罰權之有無及其範圍，使刑法得以正確適用，藉以維護社會安全，其手段則應合法、純潔、公平、公正，以保障人權」⁴，即「並非為求真實，而不計任何代價或使用任何手段，發現真實必須在正當之程序作用下，方為所許」⁵。

換言之，在審、檢、辯分立之法庭程序中，或在檢、辯分立之偵查程序中，辯護人之功能，不僅係被告或犯罪嫌疑人之代理人而已，更肩負以辯護人角色，實踐上開刑事訴訟之目的。例如，探究案情、蒐集證據⁶，於檢察官忽略相關證據時，適時提出，以協助發現真實，或於檢察官提出之證據非出於合法、純潔、公平、公正時，適時提醒以保障人權。辯護人扮演前揭角色時，甚至不當然受委任人意思之拘束。

就此，律師法之相關規定，可為佐證。該法第 38 條：「律師對於委任人、法院、檢察機關或司法警察機關，不得有矇蔽或欺誘之行為」、第 46 條：「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」等規定，課以

³ 最高法院 108 年度台上字第 3842 號刑事判決理由二（二）參照。

⁴ 林俊益，刑事訴訟法概論（上），2019 年 9 月，19 版，第 18 頁至第 19 頁。

⁵ 林俊益，刑事訴訟法概論（上），2019 年 9 月，19 版，第 19 頁。

⁶ 參見律師法第 31 條規定：「律師為他人辦理法律事務，應探究案情，蒐集證據。」

辯護人獨立於被告及犯罪嫌疑人之公益義務；另同法第 35 條第 1 項規定：「律師在法庭或偵查中依法執行職務，應受尊重」。前述條文在在彰顯辯護人於刑事訴訟程序所從事之工作，並非完全依附被告或犯罪嫌疑人，而係有其獨立之工作內涵，藉以維護刑事訴訟所保障之目的與價值。此項特殊性，在公益辯護案件，尤其明顯。

綜上，因實務上，刑事訴訟之辯護人，往往以被告或犯罪嫌疑人代理人之角色參與程序，並被賦予維護被告權利、為其辯護之任務，以致忽略辯護人在從事辯護工作之同時，其本身亦受憲法第 15 條工作權之保障。然辯護人作為一種職業，倘其業務之執行受到公權力限制、介入或侵害時，其救濟基礎，若仍須藉助被告或犯罪嫌疑人受有效辯護權，難免有不盡完善之嫌。是探究辯護工作之憲法根基，本席認為應由辯護人本身之工作權出發，較為合宜⁷。

二、偵查中之訊問被告時，律師在場札記偵訊內容，係貫徹其辯護工作之重要手段，若受限制，應有相應之救濟管道

刑事訴訟法第 254 條第 2 項（下稱系爭規定）本文賦予律師於檢察官、檢察事務官、司法警察或司法警察官訊問被告或犯罪嫌疑人時，享有在場及陳述意見權。系爭規定固係為確保偵查階段之訊問程序依法進行，及保障被告或犯罪嫌疑人之權益而設⁸。然如上所述，律師既被賦予於偵查訊問程

⁷ 對此，聲請人亦持相同見解。參見聲請人 111 年 3 月 28 日所提之法規範憲法審查陳述意見書，第 1 頁至第 5 頁。

⁸ 中華民國 71 年 8 月 4 日增訂系爭規定時之立法理由。

序中，為被告或犯罪嫌疑人提供法律上協助之任務與角色，則其於完成該任務範圍內所為之必要行為，自應受憲法第 15 條工作權之保障。

查，律師/辯護人之實質有效辯護，必須立基於對被告或犯罪嫌疑人案情之掌握，故辯護人獲取被告或犯罪嫌疑人案情相關資訊之方式與手段，自屬其執行業務之重要方式。系爭規定雖僅明定律師於偵查中之訊問有在場及陳述意見權，然其於偵訊現場透過筆記有效記憶及掌握偵訊內容、獲悉基本案情及偵辦方向，以作為後續擬定訴訟策略或蒐集有利於被告或犯罪嫌疑人證據資料之方向，本即當然屬於律師辯護業務之權利。尤其，在偵查階段，本於偵查不公開原則，辯護人之閱卷本即受到限制⁹，若再限制或剝奪辯護人陪訊時筆記之權利，必定嚴重影響其業務之執行。

準此，檢察官依系爭規定但書，限制或禁止辯護人在場陪訊、陳述意見、甚至筆記偵訊內容等協助被告受有效辯護之權利時，從刑事被告及犯罪嫌疑人之面向觀察，固然如憲判字第 7 號判決理由所言，係限制被告或犯罪嫌疑人本於憲法第 8 條及第 16 條而生之「由辯護人為其有效協助與辯護之權利（判決理由段碼 12）」；然從辯護人自身之面向而言，亦同時當然係限制其受憲法第 15 條保障之工作權。

綜上，辯護人自身作為工作權之主體，於從事辯護工作時，若遭受公權力侵害，自應具有得單獨提起救濟之管道。現行刑事訴訟法於辯護人之在場筆記權受檢察官限制或禁止，從而侵害其工作權時，未提供相應之救濟管道，自屬有

⁹ 依偵查不公開原則，辯護人在偵查階段原則上不得閱卷，僅在涉及偵查中之羈押審查程序時，方得依刑事訴訟法第 33 條之 1 第 1 項規定檢閱卷宗及證物。

違憲法第 16 條保障人民（辯護人）訴訟權之意旨。

三、結論

憲判字第 7 號判決，乃我國刑事訴訟法制之重要里程碑。蓋本判決不僅延續大法官釋字第 737 號解釋、憲法法庭憲判字第 3 號判決之腳步，允許刑事被告或犯罪嫌疑人之辯護人，得以自己名義，對限制其辯護權之刑事訴訟法規範，獨自聲請解釋憲法¹⁰。本判決更本於該聲請，宣告刑事訴訟法第 461 條第 1 項及其他規定，在未針對辯護人設有救濟管道範圍內，違反憲法第 16 條保障訴訟權之規定。

本席十分贊同本判決保障人民基本權之意旨，但認為辯護人之辯護權應受憲法訴訟權保障之論理，無庸依附於被告或犯罪嫌疑人之訴訟權，而可立基於辯護人自己之工作權。爰提出本意見書。

¹⁰ 詳見林俊益大法官就憲判字第 7 號判決提出之協同意見書第 2 頁至第 7 頁。

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，尤伯祥等合著，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/20060712/6TE4HBKPGBOTWDFNYNFUR7CSIU/>，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。

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！

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 MAĐER 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。