

檢察官評鑑委員會

111 年度檢評字第 93 號評鑑決議不同意見書

壹、臺北律師公會請求本會個案評鑑之事實背景與理由

一、受評鑑人高○○檢察官於民國（下同）○○○年 7 月 29 日偵辦臺北地方檢察署○○○年度偵字○○○○○號時，於被告辯護律師（按即決議書所稱之陳情人，以下亦以陳情人稱之）聲明並未錄音錄影之情形下，仍要求陳情人將札記用之筆記型電腦（下稱：筆電）提出供其檢查是否開啟錄音錄影功能，並且要求陳情人打開筆電內其他資料夾供其查看，以及偵訊結束前再次要求陳情人提出筆電供告訴人審閱札記之內容等情事，經陳情人向請求人提出檢舉，請求人認為受評鑑人上開行為有個案評鑑之必要時，乃向本會請求個案評鑑。請求評鑑理由略述如下：

二、受評鑑人要求陳情人於使用筆電記錄訊問要點前須經其同意一節欠缺法規依據。按法規並未禁止律師於偵訊中使用筆電打字記錄訊問要點，受評鑑人無事實足認陳情人有妨害偵查程序，竟無端檢查陳情人使用之筆電，已屬不當限制陳情人之辯護權，致陳情人無法與被告充分溝通、提出完整辯護意旨或聲請調查證據，有害被告防禦權。又受評鑑人要求陳情人於其面前重新開啟筆電，供受評鑑人和告訴人檢視檔案與資料夾內容，亦侵擾陳情人個人資料自主控制權與隱私權。

三、受評鑑人限制陳情人使用筆電以及檢查筆電內容時，是否依檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項（以下簡稱注意事項）第 28

點踐行法定程序？又依據何種客觀情形足認陳情人有錄音、錄影之疑慮？受評鑑人以何種方式確認陳情人並未使用電腦之錄音或錄影功能札記訊問要點？如陳情人應受評鑑人之要求將電腦置於受評鑑人之前重新開機，且逐一開啟、審視陳情人置於電腦桌面上之文件與資料夾內容，則受評鑑人之行為是否逾越偵訊期日防止錄音、錄影必要之範圍，而有違憲法第 23 條比例原則？以上爭議均有查明之必要。

四、受評鑑人命陳情人提出札記訊問要點供告訴人閱覽，並詢問告訴人有無需要修改之處，係干涉陳情人與被告自由溝通之權利，侵害被告偵查中之防禦權，陳情人與受評鑑人就此項事實認知差異甚大。倘受評鑑人當時確有此行為，則屬於有無抵觸法官法第 89 條第 4 項第 7 款、檢察官倫理規範第 2 條的問題。亦即受評鑑人是否未恪遵憲法、依據法律，應本於良知、公正、客觀、超然、獨立、勤慎執行職務而情節重大？此亦有審究釐清之必要。

五、綜上，受評鑑人濫用權力，侵害被告防禦權與陳情人隱私權，抵觸憲法第 16 條、第 22 條、司法院大法官解釋第 585 號、第 654 號、法官法第 86 條第 1 項、檢察官倫理規範第 13 條，檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 28 點，屬侵越權限、行為不檢，違反檢察官維護憲法與公共利益，且應公正超然、勤慎執行職務之義務，妨害刑事偵查程序之公正。

貳、本會評鑑決議摘要：

案經本會討論後，出席委員多數以無記名票決認受評鑑人並未違背《檢察官倫理規範》，主要理由係以：「受評鑑人之行為經陳情人同

意，檢視電腦時亦與陳情人共同為之，檢視（查）時間相當短暫且僅針對必要範圍為之，屬檢察官考量使用電子設備在偵查程序中具有較高侵害偵查不公開原則之風險，為維護該刑事訴訟基本原則、防止不當行為妨害偵查秩序的合理裁量，並未構成對陳情人辯護權、筆記權或隱私權之侵害；至於由告訴人審閱陳情人札記，以確認內容有無不當部分，係為消除告訴人之疑慮，使其不致認為受評鑑人對陳情人有所偏頗，應屬合理恰當，亦難謂有干涉陳情人與被告自由溝通之權利，或侵害被告防禦權之虞。」，故認個案評鑑請求顯無理由，並依法官法第 89 條第 1 項準用第 37 條第 7 款之規定應為不付評鑑之決議。

參、 不同意見

多數意見決議不付評鑑之理由，未對辯護人受憲法保障之筆記權、個人資料自主決定權、被告受辯護權與防禦權之意涵有充分且正確的評價，亦未合理檢視監督檢察官的程序指揮與裁量權限，未來恐將加深檢辯雙方彼此不信任，對於刑事訴訟正當程序與憲法法治國原則的實現，將造成重大而難以回復之不利影響，本席等礙難同意，爰提不同意見書如下。

一、 庭訊事實經過：

經詳閱受評鑑人○○○年 7 月 29 日偵辦受評鑑案件之庭訊筆錄及光碟譯文，發現：

- (一) 陳情人在訊問程序開始後不久即在偵查庭後方座位，將筆電放在膝上進行打字札記，受評鑑人並無任何制止或詢問。
- (二) 約於影片 07 分 25 秒時，法警指示兩位辯護人向前就座，辯護人將筆電置於桌上繼續打字，受評鑑人亦未表示反對或要求辯

護人停止。

- (三) 在 14 分 29 秒受評鑑人詢問被告辯護人之前，大約 11 分鐘均在詢問告訴人，被告及其他人於案發當日如何進入住所對告訴人施行毆打，11 分多開始，轉向被告詢問是否有與其他人在被告所述時間地點進行毆打行為，詢問重點集中於吳女士[即為臺北地方檢察署○○○年度偵字○○○○○號之被告]到底叫了幾個人一起去該地點，以及為什麼要帶人前往上述地點等問題（因告訴人帶走護照，被告前往要護照）。
- (四) 至 14 分 29 秒時，受評鑑人於指示書記官製作訊問筆錄過程中（甚至某一句話尚未完成撰寫時），突然向陳情人出聲詢問「律師你在後面打什麼啊？」並接著表示要使用筆電前應該先告知，往後之對話即如光碟譯文所載。
- (五) 大約對話進行 2 至 3 分鐘間，可觀察到受評鑑人表示「陳情人應先告知再使用筆電」、「刑事訴訟專以筆錄為主」、「使用筆電記載要點」、「無法確定辯護人有無錄音錄影」、「今天有被告在場……」等語時，語氣漸漸強烈、音量不斷提高。辯護人（男）答稱：「我們沒有錄音錄影啊。」
- (六) 受評鑑人接著要求檢視陳情人之筆電（直接對陳情人說：「先把筆電拿過來」），在影片中顯示並非先取得陳情人同意，而是由法警前去陳情人座位，陳情人將筆電交給法警轉交給受評鑑人，放在受評鑑人桌上後，受評鑑人才請陳情人上前，在受評鑑人的指示下操作筆電，確認桌面資料夾以及攝影設備有無啟動。

- (七) 在檢查時，受評鑑人表示，今天有被告（按應為告訴人）在場，陳情人所做的記錄或錄音錄影，攸關被告的答辯，一如地檢署做完筆錄後，會給所有在場之人確認，否則如果陳情人記錄的被告陳述內容與被告的本意不同時，在庭外要以誰的說法為主呢？
- (八) 受評鑑人於檢查後並指示陳情人在訊問程序結束後、離開偵查庭之前，須將筆電再交給受評鑑人檢查，確認札記內容以及未進行錄音錄影。在影片 32 分 47 秒以下，受評鑑人再請陳情人提交筆電，並與告訴人共同確認，陳情人筆電只開啟 WORD 程式且無進行錄影。

二、辯護人在場權、與當事人溝通權以及溝通內容保密原則的憲法內涵：

- (一) 刑事訴訟法第 245 條第 2 項前段之辯護人在場權，旨在確保辯護人在掌握相當案件資訊之情況下，協助被告防禦國家公權力之控訴，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。
- (二) 進而言之，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，乃為確保犯罪嫌疑人或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公平審判所不可或缺之權益。犯罪嫌疑人或被告作為刑事程序之權利主體，依程序之進行狀況，自享有適當獲知偵查及審判之資訊，並接受辯護人實質有效法律援助之機會，以充分行使其防禦權。
- (三) 正當法律程序係為確保並避免國家恣意適用法律而限制人民基本權利之重要法律原則，其內涵與法治國原則相通，為我國

憲法及聯合國均肯認之現代法治國基本原則，再者法治國原則為我國憲法之基本原則，首重人民權利之保障（司法院釋字第471號、第559號、第589號、第599號解釋參照）。且法治國原則不僅為我國憲法之基本要求，亦為國際普遍公認之現代國家基本原則。又所謂正當法律程序，其理論上之內涵，「包括『實體上正當程序』（substantive due process）及『程序上正當程序』（procedural due process）。...『程序上正當程序』則係在禁止國家以恣意的方式，並在未給予充分通知且在未賦予受影響之人民被聽取意見機會的情形下，剝奪其法律上保護的權利。」以上有關憲法上正當法律程序原則之意涵，本會107年檢評字第001號評鑑決議之不同意見書亦反覆論陳，乃本會行使檢察官評鑑職權應維護注意之法律價值。

- (四) 以比較法的觀點，律師與當事人之秘密溝通豁免權（Attorney-Client Privilege）為英美法上最古老之秘密通訊特權，其目的係為鼓勵律師與當事人間為充分完整且誠實之溝通，藉以保障法律實踐與司法正義中更廣泛、重要之公共利益。美國聯邦最高法院於Hickman v. Taylor 乙案即曾指出律師職業隱私權及不受干預權之重要性以及所涵蓋的事物範圍：「律師一直以來都是法院之成員，負有義務促進正義及同時忠實保障其客戶正當之利益。律師於履行其多樣性之義務時，其工作應享有必要之隱私，並可免於其對造及對造律師不必要之干預。適當準備其客戶之案子要求律師蒐集資訊，從事實中過濾出其認為相關者，準備其法律理論及擬定策略而不受不當且不必要之干預。律師

在此一法律歷史脈絡，以及必要的保護方式下，可以在我國司法系統中追求正義及保護其客戶之權益。律師的工作會透過會談、聲明、註記、溝通、概要、心理印象、個人信仰及各種有形或無形之方式反映，統稱為『律師的工作產物』(work product of the lawyer)。如果僅因對造律師要求而公開該等工作產物，律師就不敢寫下他們現在會寫下的東西，其也不會表達真正的思想。此將不可避免地影響給予法律意見或準備訴訟過程之效率及公平，對於法律專業亦將造成傷害。當事人權益及公平正義之追求將會落空。」美國聯邦最高法院 Marshall 法官於 Weatherford v. Bursey 乙案亦闡明：「政府侵擾律師與當事人之間的關係，將破壞政府與被告間的對抗平衡(adversary balance)，允許控方證人得以修正其證詞以對應辯方可能之辯護策略，並藉由減損律師與當事人間溝通保密的期待(該保密原則係獨立源於美國憲法增修條文第六條[刑事被告受律師扶助]之權利)，而使律師與當事人間之溝通產生寒蟬效應。」

- (五) 未按不自證己罪原則經司法院釋字第 582 號解釋後，於我國亦已具有憲法位階。如在被告向其辯護人陳述案件細節與內容後，國家機關得以在被告未同意之前提下，以強制力取得該辯護人所作成之記錄，形同強迫該辯護人成為國家機關的線民或代理人，也如同強迫辯護人間接陳述對被告不利之事實，從而違反被告不自證己罪原則。

三、檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項對於正當法律程序之實現：

- (一) 《注意事項》於 108 年 3 月 20 日修正並且公告周知檢察官，故承辦檢察官均應知悉實施犯罪偵查時，應尊重辯護人之辯護權(包含在場權、札記權、及陳述意見並聲請調查證據等權利)。
- (二) 本會 107 年檢評字第 1 號評鑑決議針對檢察官扣押辯護人札記產生爭議後，法務部乃於 108 年 3 月 20 日修正《注意事項》，依據修正條文：「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、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。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。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。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。(刑訴法四一、二四五)」準此，法務部已經非常明確依據法治國之精神，揭示辯護權包含在場權、筆記權及陳述意見權等。其修正理由略以：「偵查中檢察官禁止或限制辯護人在場、陳述意見或札記，固為個案中程序指揮權之行使，同時亦為辯護權之限制，檢察官宜審慎為之，而檢察事務官應報請檢察官同意後始得為之，

相關要件與程序亦應明確規範。爰增訂第一項但書規定，除依卷內事證綜合判斷，辯護人有所列四種情形之一時，檢察官、檢察事務官始得限制或禁止之」。

(三) 再者，依憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決¹：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。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〔判決理由第 12 段〕。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。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、札記權及陳述意見權等。是偵查中札記權是辯護權之基本內涵，無須事先得到檢察官之同意。

(四) 辯護人札記訊問要點固然多以紙筆方式為之，但不應以此事實

¹ 司法院釋字第 582 號、第 636 號、第 654 號、第 762 號、以及第 789 號等解釋同旨可參。

背景為由，將電子方式札記排除適用上開函釋或《注意事項》之外，一如檢察官實施偵查製作筆錄，亦早已由紙本記錄方式改為以電子筆錄行之。因此除非有事實足認有《注意事項》第 28 條之 4 種情形外，均不得禁止之。因此辯護人以筆電札記偵訊時之記憶內容，無須事先得到檢察官之同意。何況受有專業訓練之律師身為辯護人均知悉偵查程序不公開，不得於偵查程序中為錄音錄影。否則律師即有違律師倫理規範被移送懲戒，甚或涉有洩密之法律責任。

四、法官法第 89 條第 4 項之規定及法務部所訂定之《檢察官倫理規範》之目的，係制約檢察官執行職務必須遵守法令：

依法官法第 89 條第 6 項授權訂定之《檢察官倫理規範》第 2 條、第 8 條、第 13 條、第 23 條分別規定：「檢察官為法治國之守護人及公益代表人，應恪遵憲法、依據法律，本於良知，公正、客觀、超然、獨立、勤慎執行職務。」、「檢察官辦理刑事案件時，應致力於真實發現，兼顧被告、被害人及其他訴訟關係人參與刑事訴訟之權益，並維護公共利益與個人權益之平衡，以實現正義」、「檢察官執行職務，應本於合宜之專業態度。檢察官行訊問時，應出以懇切之態度，不得用強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問或其他不正方法，亦不得有笑謔、怒罵或歧視之情形。」、「檢察官執行職務時，應與法院及律師協同致力於人權保障及司法正義迅速實現。」又依據《檢察官倫理規範》第 10 條規定：「檢察官行使職權應遵守法定程序及比例原則，妥適運用強制處分權。」，故檢察官指揮偵查程序之進行，以及於偵

查程序中發動公權力或行使程序裁量權限，應注意遵守依法行政以及比例原則。

五、依據偵訊光碟及譯文，受評鑑人檢視陳情人筆電之過程足勘認定違反《檢察官倫理規範》：

- (一) 本件庭訊日期為○○○年7月29日，而前揭《注意事項》第28點已於108年3月22日修訂公布，再依據108年3月25日「108年法務部律師業務聯席會議」紀錄記載「修正內容已公布於法務部主管法規之最新消息欄」等語以觀，受評鑑人及所有檢察官均應已瞭解上開《注意事項》第28點規定。依該規定，檢察官限制辯護人的筆記權須「有事實足認」該點第1項各款所指情事，始得為之。
- (二) 依據光碟譯文中，辯護人（律師）針對以筆電札記部分，已經向受評鑑人聲明「沒有錄音錄影」。但受評鑑人仍稱：「先把筆電拿過來」，並隨即由法警向陳情人拿取電腦，似無徵詢陳情人、於取得陳情人同意後才進行檢查的意思。受評鑑人於書面陳述意見中仍僅以告訴人權益與得到陳情人同意，且未對札記作任何修改，作為其要求並無不當之理由，後為本會多數意見參採為本件不付評鑑之理由，本席等實難以認同。
- (三) 進一步而言，此過程正展現受評鑑人對於律師身為辯護人之不信任，並將辯護人視同已涉嫌違反偵查不公開之現行犯般要求辯護人交出筆電，然該筆電是律師身為辯護人行使辯護權之重要工具，且在勘驗光碟中發現受評鑑人詳細檢查筆電之錄音錄影功能是否啟動等，此一檢查舉動是極度不信任律師身為辯護人執行法律

所保障辯護權之舉。況且由前述庭訊過程摘要可知，受評鑑人並未於庭訊開始時即反對或詢問陳情人使用筆電之行為，亦未表示應先徵得其同意始可使用筆電，毋寧是庭訊進行至一半，突然轉向陳情人詢問及要求，顯然並無事實足認陳情人有下列得限制情形：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。雖本件受評鑑人於檢查後讓陳情人使用筆電札記，但受評鑑人於陳情人已表明沒有錄音錄影情形下，受評鑑人仍要求陳情人交出筆電，受評鑑人此舉實已屬於對於札記權之不當限制。事實上，受評鑑人如確有疑慮，應可依前揭刑事訴訟法第 245 條及《注意事項》第 28 點，當場告知陳情人事由後限制或禁止其繼續製作札記，並將情形記錄於筆錄，即可維護偵查程序的進行，然其卻採取要求陳情人交出筆電並查看筆電內其他資料夾之行為，受評鑑人此舉亦與前揭刑事訴訟法、《注意事項》及憲法判決意旨相悖，亦不符合比例原則。

(四) 受評鑑人要求陳情人交出筆電，並查看筆電內其他資料夾，實已侵害辯護權及隱私權。受評鑑人未慮及該電腦並非證物，而是陳情人之私人物品，電腦中亦包含陳情人個人資料、隱私，因此受評鑑人要求陳情人交出筆電，再要求陳情人上前，一起查看筆電內容，受評鑑人此舉已使該筆電處於非陳情人自由意志支配之情形下使用，勢必衍生陳情人個人資料、隱私受侵害之嚴重疑慮。

(五) 此外，受評鑑人亦嚴重侵犯陳情人與被告之間充分自由溝通之權利。按司法院釋字第 654 號解釋指出：「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。」準此，本於憲法第 8 條以及第 16 條，被告應享有與辯護人間充分自由溝通而排除國家干預之權利。而辯護人只有在能與被告充分溝通，對於案件事實具有相當程度之瞭解後，方能提供實質上的辯護協助，因此辯護權最不容被侵犯的核心價值，就是讓被告得毫無恐懼、毫無疑慮地向辯護人吐露實情，不用擔心今日所述會成為明日法庭上的不利證據，若非如此，所謂受辯護人協助之憲法權利形同虛設。

(六) 本件受評鑑人要求陳情人交出筆電，並打開資料夾以供其檢視陳情人所為札記內容，惟該札記可能記載陳情人身為被告之辯護人而於札記之際所評估之辯護方向與策略，筆電中更可能含有陳情人與另案當事人之間的溝通或工作成果。受評鑑人當庭檢視陳情人筆電之行為，已然嚴重干預陳情人與被告間之充分自由溝通權利，因而侵害陳情人、被告、以及其他「非本案」當事人之辯護權及隱私權。

(七) 按我國刑法第 316 條規定：「醫師、藥師、藥商、助產士、心理師、宗教師、律師、辯護人、公證人、會計師或其業務上佐理人，或曾任此等職務之人，無故洩漏因業務知悉或持有之他人秘密者，處一年以下有期徒刑、拘役或五萬元以下罰金。」本條立法理由為：「本條所揭，係違背職業上秘密義務之罪，此種罪行，若不加以一定之刑，世人於此特種之職業，必失其依賴之便益，而有此種職業之人，於此間亦墜其信用，其危害社會，非淺鮮也。」足見保障律師及當事人之秘密溝通豁免權，亦屬法律明確課予檢察

官之義務。

- (八) 受評鑑人固然提出，現今筆記型電腦可以迅速、隱密的進行錄音錄影，而且陳情人電腦疑似有鏡頭的設置，作為限制之理由，但單純使用電子設備以及指出電子設備具備的功能，而未見有其他可能構成前述《注意事項》第 28 點之禁止或限制事由的行為動作，顯不足以作為限制陳情人使用電腦札記之正當理由，受評鑑人指揮偵查程序除應注意辯護人是否違反「偵查不公開」原則外，作為國家公權力擔當者，亦必須同時注意避免侵害人民基本權利，而受評鑑人顯然未盡其對基本權利的保護義務。
- (九) 受評鑑人及多數意見均以檢視筆電是否開啟錄音、錄影功能以及資料夾內容，係經陳情人同意，且檢視時間甚短，在確認後仍交還陳情人繼續以該筆電製作庭訊札記，故不構成限制筆記權，亦無上述辯護權或隱私權受侵害的問題。惟縱使不論受評鑑人要求檢視筆電及桌面資料夾、文件時，陳情人是否確有同意（詳如前述），上述見解顯然誤解「權利限制」的意義。質言之，基於以基本權保障為核心的憲法法治國原則，在基本權利「保護範圍」內人民活動原則上是自由的，而任何可能造成基本權利全部或部分無法行使的國家公權力行為，均屬於基本權利的限制，必須符合憲法對限制基本權的正當性要求，如法律保留原則、明確性原則、比例原則等，始屬合憲，否則即構成違憲的侵害。本件受評鑑人反覆強調，辯護人要以筆電製作札記必須得其同意，又要求陳情人提出筆電由其檢查後，始能繼續使用，參照前述說明，此等行為構成基本權利之限制，並無疑義，也正因為對於辯護人權利的

尊重與保障，108 年修正後的《注意事項》第 28 點才會明定限制或禁止札記或其他在場權的要件²，然而受評鑑人卻未注意及此，在無事實足認有妨礙偵查秩序之行為下即限制陳情人權利，顯有違誤，前揭不構成權利限制之見解自亦難獲信服。

(十) 本會前於 107 年 12 月 26 日就高雄地方檢察署檢察官董 0 0 於偵查程序中禁止辯護人為札記並扣押（留置）其已書寫札記之行為（107 年檢評字第 1 號），認為董 0 0 檢察官因相關連案件偵查中曾發生串證之事實，而其庭訊目的正欲釐清被告所涉案件之金流，而且辯護人任職之事務所主持律師為相關連案件被告之辯護人，故扣押（留置）札記係依刑事訴訟法第 245 條第 2 項規定為適當之限制，個案評鑑請求顯無理由，而為不付評鑑之決議，縱使當時少數委員亦提出不同意見書表示反對此結論，但至少該案受評鑑人董 0 0 檢察官明確指出限制、禁止札記的理由，反觀本案受評鑑人對陳情人札記與製作札記之設備進行檢查，欠缺客觀明確之理由已如前述，本會仍以請求顯無理由決議不付評鑑，兩案相較，尤其令本席等感到遺憾。

(十一) 綜上，受評鑑人要求陳情人筆電札記須事前告知，且要求陳情人交出筆電，檢查筆電札記內容及查看其他資料夾內容，並要求陳情人於庭訊程序中札記完成之電子紀錄內容，交由受評鑑人及另

² 108 年 3 月 20 日修正前《注意事項》第 28 點：「檢察官對於辯護人有無依本法第二百四十五條第二項前段規定，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。（刑訴法四一、二四五）」

一方訴訟關係人查看，顯已抵觸比例原則，侵害辯護人之辯護權，亦使陳情人之隱私、秘密蒙受侵害之風險，受評鑑人上揭所為實已不當限制陳情人辯護權之行使，並抵觸《檢察官倫理規範》第2條、第8條、第10條、第13條、第23條等規定。

六、受評鑑人將陳情人筆電交由告訴人檢視及表示意見，此過程亦違反《檢察官倫理規範》：

- (一) 受評鑑人將陳情人所作札記視為庭訊筆錄，讓告訴人閱覽並表示有無修改意見，顯然未注意此舉可能對陳情人的隱私（如要求一一開啟資料夾）、業務上機密以及他造當事人訴訟上權益（札記中可能包含辯護策略）可能構成侵害。況且，受評鑑人亦未說明，告訴人之權益將可能因陳情人使用電腦製作札記受到如何之影響，在庭訊筆錄中僅見受評鑑人以「被告（按應為告訴人）今天到場…」云云作為說明，顯然無法賦予受評鑑人將陳情人筆電交由告訴人檢視這項行為的正當性。
- (二) 再者，受評鑑人將陳情人札記視為庭訊筆錄，且比照刑事訴訟法有關筆錄之規定，讓告訴人閱覽並表示有無修改意見（該法第41條第2項），明顯混淆陳情人札記為私文書、筆錄為公文書之間的本質上差異。試問，若當時告訴人表示不同意札記內容，受評鑑人應如何處置？難道可要求陳情人現場修改其札記內容？可見受評鑑人作為於法顯有違誤。
- (三) 又細繹當時庭訊筆錄內容，受評鑑人表示，如果陳情人只是以紙筆進行記錄、摘要，就沒有使用電子設備的問題，亦即就不會進行限制或檢查。然而，這項論點明顯基於前述電子設備附有錄音

(影)功能或有較高洩密風險的考量，明顯已偏離受評鑑人前述將辯護人之庭訊札記視作偵查筆錄，交由告訴人查看，係為避免札記內容與其真意不符的問題上。換言之，如果認為由告訴人檢查辯護人所為札記，係為避免札記內容錯誤，則無論使用何種載體，均應進行檢查，受評鑑人何以表示紙筆紀錄就不會限制或檢查，特別針對以電子設備所為之札記？亦令人費解，由此可見，受評鑑人交由告訴人檢查陳情人筆電的理由明顯過於牽強。

(四) 綜上，受評鑑人將陳情人電腦筆記是為偵查筆錄，以及告訴人檢視辯護人筆記與防範違反偵查不公開原則間亦欠缺合理的關聯，受評鑑人在自己檢查筆記、確認攝錄設備有無開啟之外，還由告訴人檢視辯護人筆記，就偵查不公原則而言明顯沒有必要，已非程序指揮權行使限制辯護人筆記權的層次，而構成對於陳情人筆記權、辯護權以及隱私權之侵害，而與《檢察官倫理規範》第 2、3、8、10 及 23 條之依法行使職權、遵守比例原則、保障人權之精神有所牴觸。

七、本件受評鑑人前揭所為，足認已違反《檢察官倫理規範》，且情節重大：

(一) 法務部針對辯護人之偵查中辯護權及札記權等議題，向來尊重，多次以座談會、函釋及《注意事項》三令五申作為檢察官辦案準則等，受評鑑人身為檢察官應知之甚詳。且《注意事項》第 28 點規定早於本事件發生前之 108 年 3 月 20 日已修正公告，並函知各地檢署及檢察官。

(二) 「偵查不公開原則」與「落實禁止錄音錄影的法庭秩序」亦不能

不當限制與侵害辯護權之正當行使。本件陳情人使用筆電於偵查中未錄影錄音，實為辯護權之正當行使，不須事先取得同意已如前所述。

(三) 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；檢察官為法治國之守護人及公益代表人，應恪遵憲法、依據法律，本於良知，公正、客觀、超然、獨立、勤慎執行職務；檢察官辦理刑事案件時，應致力於真實發現，兼顧被告、被害人及其他訴訟關係人參與刑事訴訟之權益，並維護公共利益與個人權益之平衡，以實現正義；檢察官行使職權應遵守法定程序及比例原則；檢察官應本於合宜之專業態度執行職務；並應與法院及律師協同致力於人權保障及司法正義迅速實現，《注意事項》第 28 條及《檢察官倫理規範》第 2 條、第 8 條、第 10 條、第 13 條及第 23 條分別訂有明文。

(四) 陳情人雖已聲明沒有錄影錄音，但受評鑑人仍要求陳情人交出筆電，之後更是要求陳情人打開其他資料夾並加以查看，此對於律師執行職務已造成嚴重干擾，並侵害辯護權之正當行使及律師執業之隱私權，顯已不符比例原則，按，律師辯護權是刑事程序的核心價值，不論法官與檢察官都應尊重，況且辯護權之行使有賴札記訊問內容以提供辯護人與被告進行答辯，答辯方向可能是有罪答辯或是無罪答辯，準此，筆記權之正當行使對於促進刑事訴訟程序之進行具有高度意義，更是法治國家刑事審理基本價值。如前所述，在賦予檢察官偵查指揮權下，仍應嚴謹遵守法律保留

及比例原則，本案受評鑑人無事證下，並在辯護人聲明「沒有錄影錄音」情形下，率然要求「先把筆電拿過來」，並進而檢視筆電設備、札記內容及其他資料夾，而不採取其他如以筆錄記載要求辯護人聲明保證沒有「錄影錄音」等方式，受評鑑人此舉顯不符比例原則而屬侵害辯護權行使，甚且在無任何法令依據情形下，將陳情人筆電札記內容提供對立之告訴人審閱，其違失情節應屬重大。

- (五) 本件受評鑑人既然有前揭違反情事且情節重大，應依法官法第 89 條第 4 項 7 款，就受評鑑人違失情事進行個案評鑑。退步言，如認本件受評鑑人違失情節尚非屬情節重大，亦應依法官法第 95 條規定，請其監督權人發命令促其注意。然 111 年 12 月 2 日之評鑑會議多數意見未能考量前揭法令意旨，認本案請求無理由而為不付評鑑之議決，誠屬遺憾，故做成不同意見書如上。

委員：李慶松、呂理翔、郭清寶（按姓名筆劃排列）

中華民國 112 年 1 月 6 日

附錄一：

刑事訴訟法第 245 條第 2 項：「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。」

附錄二：檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項（108年3月20日修正）：「28.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、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。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。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。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。」

附錄二之一：檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項第28條修正理由（108年3月20日修正）：

一、偵查不公開，係為確保公平審判、保障偵查程序順利進行並維護訴訟關係人之名譽、隱私、安全，此三大目的之重要性無分軒輊。其中確保公平審判部分，為確保被告訴訟權之正當行使，加強偵查中辯護人之功能，檢察官、檢察事務官於偵查中訊問、詢問被告，其已委任辯護人者，原則上應依本法第二百四十五條第二項之規定，准許辯護人在場並陳述意見。又有關在場之辯護人於訊（詢）問時得否札記訊問要點，法務部（八三）法檢字第二四一六三號、（八四）檢（二）字第○五○四號函釋均採肯定見解，爰修正第一項規定。二、偵查中檢察官禁止或限制辯護人在場、陳述

意見或札記，固為個案中程序指揮權之行使，同時亦為辯護權之限制，檢察官宜審慎為之，而檢察事務官應報請檢察官同意後始得為之，相關要件與程序亦應明確規範。爰增訂第一項但書規定，除依卷內事證綜合判斷，辯護人有所列四種情形之一時，檢察官、檢察事務官始得限制或禁止之。

三、辯護人如遭檢察官、檢察事務官限制或禁止在場、陳述意見或札記，將影響被告之訴訟權，亦影響被告與辯護人間之互信關係，在程序上，檢察官、檢察事務官應將禁止或限制辯護人在場、陳述意見或札記之理由、限制之方法及範圍，告知辯護人及被告，並命書記官記明筆錄，以昭公信，爰增列第二項規定。

四、辯護人在偵訊時陪同被告在場所製作之札記，為辯護權行使之一環，除法律另有得扣押之規定，或為證據、得沒收之物外，檢察官、檢察事務官不得扣押，爰增列第三項規定。

五、由於辯護人於檢察官、檢察事務官訊問、詢問被告時，依第一項規定以在場為原則，原規定後段移至第四項，「在場之」三字為贅文，爰予刪除，並增列檢察事務官之適用

附錄三：憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決摘要

說明：本摘要係由憲法法庭書記廳依判決主文及理由摘錄而成，僅供讀者參考，並不構成本判決的一部分。

聲請人：陳明賢判決公布日期：111 年 5 月 27 日

案由：聲請人以刑事被告辯護人之身分，於刑事被告受檢察官訊問時在場陪訊。訊問程序中，遭檢察官依刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書規定禁止聲請人繼續筆記偵訊內容並扣押其已製作之訊問札記乙紙。聲請人不服而提起訴訟，經用盡審級救濟途徑後，主張臺灣高雄地方法院 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 項規定（下稱系爭規定一），有牴觸憲法之疑義，於 105 年 9 月聲請解釋憲法。

判決主文

1. 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。
2. 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。
3. 其餘聲請不受理。

判決理由要旨

(1) 一、審查原則〔第 11 段〕

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。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。

〔第 12 段〕

(2) 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。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，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。〔第 13 段〕

(3) 二、本庭之判斷〔第 15 段〕

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。」〔第 16 段〕

4. 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。〔第 17 段〕

5. 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。〔第 18 段〕