

## 檢察官評鑑委員會

### 107 年檢評字第 001 號評鑑決議不同意見書

本件多數意見認為受評鑑人高雄地檢署檢察官董○○（以下稱受評鑑人），在偵辦該署 105 年度偵字第 5402 號貪污治罪條例案件，於 105 年 6 月 15 日上午訊問被告莊○○時，受評鑑人在訊問過程中以當時在場，經被告選任之辯護人陳○○律師有串證之虞為由，而禁止其繼續製作札記，並當場命其交出伊行使在場權時所製作之札記之行為，並無違法或不當，故應不付個案評鑑，其主要理由係以：(1) 受評鑑人所偵辦案件，為員警包庇賭博性電玩之集團性貪污案件，除受評鑑之具體個案外，另有行賄業者及其他公務人員涉案另案偵辦中。由於受評鑑人在偵辦同一集團行受賄案件時，曾就另一疑似受賄員警帳戶內部不明來源現金為訊問，而該員警回答為其配偶之賣淫所得，該名員警配偶數日後自動到庭，同證稱為賣淫所得，顯有串證之虞；(2) 辯護人陳○○律師所屬事務所負責人甲律師，前受疑似行賄業者委任擔任辯護人，後甲律師雖解除委任，然嗣由同一事務所台南分所之陳○○律師接辦本受評鑑案件。該案經由所屬事務所承接後，轉由遠在台南之陳○○律師前來辯護，受評鑑人以案件偵辦全局思考，認陳○○律師在現場札記行為，已足使有心之閱覽或使用者獲悉並有串證之虞；(3) 依法檢察官發現辯護人之筆記內容有違偵查不公開之情形，自可限制札記。本件受評鑑人於庭訊發現陳○○律師之札記近乎逐字記載詳盡，因恐偵訊內容外洩致有勾串發生，當庭制止繼續札記，自符規定。且辯護人退庭後，仍可與被告談話或至看守所接見而獲知案情，對辯護權之行使應無妨礙；(4) 受評鑑人對陳○○律師為職務上處分時，有交待係因為「相關的證人都還在外面，我們真的要為

了避免串證」等事由，且本件因陳○○所屬律師事務所負責人甲律師曾擔任相牽連案件之行賄嫌疑人之辯護人，稍具社會經驗或常識之人，都可能會高度懷疑本件存在「勾串共犯或證人」之可能性；

(5) 受評鑑人扣留（扣押、留置）辯護人札記之法律行為雖屬強制處分，然為免妨礙偵查，依刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書目的性解釋，自無不可，對於辯護人之在場權及辯護權之行使應無妨害及 (6) 受評鑑人扣留辯護人札記之行為究應評價為刑事訴訟法上之「扣押」抑或是「留存」，涉及適用法律見解之不同，依法官法第 89 條第 5 項規定，不得據為檢察官評鑑事由等，為其判斷基礎。

惟查多數意見未能先確認案件於偵查階段，被告防禦權及辯護人在場權各自之內涵為何，進而釐清受評鑑人所作的限制辯護人在場權行使方式（禁止辯護人札記）之處分，造成什麼樣的權利損害？由於未能釐清到底有什麼權利受到損害，致多數意見未能真正立於合理正當之基礎判斷受評鑑人之禁止札記處分究竟有無不當？再者，關於受評鑑人就辯護人行使在場權時所製作之札記的扣押，依據法治國原則，所有限制人民基本權利之行為均應有法律授權及依據，並謹守正當法律程序之誠命及受比例原則之審查。多數意見既已指出受評鑑人要求辯護人留下札記確為「強制處分」之行使，卻認本件受評鑑人應遵循何等法律規範為上開強制處分之行使，僅是「法律見解」差異，而未檢討受評鑑人做成該等強制處分之適法性。據此，本意見書認為多數意見未能採取嚴格審查標準，且未妥適適用扣押札記之授權依據即據以認定受評鑑人上開行為之適法性，其論理過程及結論，實無法認同，爰提出不同意見書。

有關上開多數意見未能釐清或採取嚴格審查標準之事項，應

可整理為以下 5 項爭點，包括：

- 一、依據憲法第 8 條、第 16 條所保障正當法律程序及被告防禦權，是否可衍生出刑事訴訟法第 245 條第 2 項之辯護人在場權？
- 二、承上，如是，辯護人在場權之權利內涵為何？辯護人於訊問時在場，得行使何種辯護活動以確保被告之防禦權？
- 三、刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書，例外限制辯護人在場權之強制處分發動要件為何？應如何認定？檢察官發動該強制處分是否違反比例原則之「審查基準」為何？
- 四、本件受評鑑人禁止被告選任之辯護人製作札記而限制辯護人在場權之行使，是否違反刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書所訂之強制處分要件？有無違反比例原則？
- 五、辯護人之札記是否屬於刑事訴訟法第 133 條第 3 項所規範稱可為證據或得沒收之應扣押物？又同法第 245 條第 2 項但書限制或禁止律師在場權或其他妨害偵查行為之規定，得否作為檢察官留存或扣押辯護人原已合法行使在場權所製作札記之依據？

本意見書經整理憲法第 8 條、第 16 條正當法律程序保障之內涵、辯護人在場權之意義及設立辯護制度之內涵，並涵攝本件受評鑑人之行為後，關於以上各爭點，本意見書認為：

- 一、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人身自由於刑事程序中免於受國家恣意或不當侵害以及維護公平審判所不可或缺的權益。刑事程序中嫌疑人或被告的地位一旦形成，即屬程序之

權利主體。為防止違法偵查，使其自由權益之損害得以迅速回復，或為免於不當之追訴、獲取公平審判，自有必要賦予其充分行使防禦的機會，包括保持緘默、請求調查或保全有利於己之證據、適當獲知偵查及審判之資訊以及接受辯護人實質有效法律援助的機會等，均屬被告防禦權的核心內涵。其中，接受辯護人實質有效之法律援助，係防止違法偵查及確保審判公正進行之最基本而重要的權利，自屬憲法第 8 條、第 16 條所建構正當法律程序保障及被告防禦權之具體實踐。

- 二、 刑事訴訟法第 245 條第 2 項前段規定之辯護人在場權，是使辯護人得參與偵查機關詢問犯罪嫌疑人或訊問被告程序，知悉犯罪嫌疑人或被告被指控涉案之情形，以進一步有效遂行訴訟活動之前提性的權利，也是防止違法偵查及確保將來審判公平進行之必要權利，故亦屬憲法第 8 條、第 16 條之保障內容。辯護人在偵查機關於詢問或訊問時在場，不僅得陳述意見，同時為有效獲取案件資訊，以人身五感儘量蒐集，並當場製作札記，留下紀錄，以利擬定後續辯護、防禦策略，乃為確保犯罪嫌疑人或被告防禦權有效行使的必要活動，此為辯護人在場權之既有權利範圍，未有法律授權不得予以限制。
- 三、 刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書例外賦予檢察官等在特殊例外情況可進一步限制、禁止辯護人之在場權，由於此例外限制、禁止，已妨害被告防禦權及辯護人在場權之核心，該例外限制權力之發動，應以檢察官等提出具體之事實，足認危害之風險已達具體而可能立即實現，始足當之，更應以嚴格審查基準進行比例原則之審查。

四、本件受評鑑人在未提出可客觀合理推測陳律師有意湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人，如未予以限制，上開風險危害已達具體而可能立即實現的事證，即禁止辯護人在場製作札記之權利，該禁止處分之發動已與刑事訴訟法第 245 條第 2 項之發動要件不合，且因下述理由未能通過比例原則之審查，該限制辯護權行使方式之處分，自屬違法不當：

- (一) 本件受評鑑人禁止辯護人在場製作札記，該強制處分與所欲達到之「偵查不公開」、避免妨礙偵查之目的無必然關聯，無法通過「合目的性原則」之審查；
- (二) 本件受評鑑人如認陳○○律師所屬事務所於所偵辦案件有利益衝突情形，本應於事前禁止陳律師代理為該被告辯護，並請該被告另行選任合適之辯護人，而非當庭再予禁止陳律師札記，致妨害被告接受辯護人實質有效協助防禦之權益，本件受評鑑人對陳賢明律師之禁止札記處分，無法通過「侵害最小原則」之審查；
- (三) 本件受評鑑案件之被告，所涉犯之罪其法定刑最輕本刑為十年以上有期徒刑，如未能經辯護人於偵訊時在場有效協助防禦，則被告人身自由即有受到國家不當、不法限制之重大危險。受評鑑人限制被告辯護人之在場權行使，僅為維護未有事實足認的所謂妨害偵查不公開之虞情形，兩者利益顯不相當，無法通過「衡平性原則」之審查。

五、辯護制度為確保被告防禦權之憲法制度性保障，辯護人工作成果不受國家妨礙或不當限制，乃辯護制度之基本核心。辯護人之工作成果，不屬於刑事訴訟法第 133 條第 3 項所稱可為證據或得沒收之應扣押物，亦非刑事訴訟法第 245 條第 2

項但書所定之限制或禁止律師在場權之規範客體，本件受評鑑人留存或扣押辯護人原已合法行使在場權所製作札記，乃限制辯護人之工作成果之行為，該處分於法無據，應屬違法。

茲就以上爭點，逐一說明如下。

知  
四

一、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的權益。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的機會等，以充分行使其防禦權。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

- (一) 正當法律程序為確保、避免國家恣意適用法律而限制人民之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
1. 按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，亦是國際普遍公認之現代國家基本原則。
  2. 聯合國秘書長在 2004 年提交給安全理事會，就有關於在衝突社會及後衝突社會落實法治國原則及轉型正義的工作報告中，對於所致力落實的法治國原則曾具體說明：「『法治國原則』是本組織任務中的重要核心概念。這個概念指涉以下的治理原則：所有人、機構或實體，不論屬於公共或私人，包括國家本身，均服膺於公開發佈、平等施行、符合國際人權準則及標準且由法院獨立審判的法律之下。此一原則同時要求國家必須採取措施以確保遵守以下原則：法律至上原則、法律之前人人平等、對法律負責、公平適用法

律...法律明確性、避免恣意以及程序及法律之透明等等。」

<sup>1</sup>。是以，前開聯合國之報告清楚指明：適用法律避免恣意，確保程序及法律之透明，乃是法治國原則之重要內涵，且聯合國更致力於各國落實此一原則。

3. 而所謂正當法律程序，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。」<sup>2</sup>。程序上之正當程序，所保障者，就是避免國家之恣意限制人民基本權利，也因此，許玉秀前大法官認為正當法律程序原則，等同於法治國原則<sup>3</sup>。

（二）刑事訴訟法第 245 條第 2 項所明定之辯護人在場權，旨在使辯護人取得相當之案件資訊前提下，協助被告防禦國家公權力對被告之刑事控訴，此乃憲法第 8 條、第 16 條所建構之「程序上正當程序」之具體實踐

1. 正當法律程序之實踐，首重限制人民權利之前，必須給予當

<sup>1</sup> UN Secretary-General's Reports, The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies, 23 August 2004, S/2004/616, page 4, available at: <http://www.refworld.org/docid/45069c434.html> (“ The ‘rule of law’ is a concept at the very heart of the Organization’s mission. It refers to a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency.”

<sup>2</sup> 司法院釋字 709 號解釋，羅昌發大法官，部分協同部分不同意見書參照。

<sup>3</sup> 司法院釋字 654 號解釋，許玉秀大法官協同意見書；司法院釋字 665 號解釋，許玉秀大法官部分不同意見書參照。

事人陳述意見之機會（司法院釋字 396 號、釋字 418 號、釋字 491 號、釋字 582 號、釋字 588 號、釋字 636 號、釋字 663 號、釋字 704 號、釋字 710 號解釋等參照）。

2. 惟查，僅給予當事人陳述意見尚不足夠，為確保法律程序實質正當，給予當事人陳述意見機會之前，更應確保當事人能取得足夠之資訊以行使其權利，此有司法院釋字 709 號解釋<sup>4</sup>、釋字 731 號解釋<sup>5</sup>之意旨可稽。
3. 在刑事控訴程序中，應確保被告的主體性，使其有立於主動、與國家控訴機關相同之地位以防禦國家控訴之可能<sup>6</sup>，有關於被告防禦權之行使，首重被告之資訊獲知權<sup>7</sup>，如被告未

<sup>4</sup> 釋字 709 號解釋理由：「憲法上正當法律程序原則之內涵，應視所涉基本權之種類、限制之強度及範圍、所欲追求之公共利益、決定機關之功能合適性、有無替代程序或各項可能程序之成本等因素綜合考量，由立法者制定相應之法定程序……舊都市更新條例第十條第一項規定…雖有申請人或實施者應舉辦公聽會之規定，惟尚不足以保障利害關係人適時向主管機關陳述意見，以主張或維護其權利。上開規定及其他相關規定並未要求主管機關應設置適當組織以審議都市更新事業概要，且未確保利害關係人知悉相關資訊可能性，與前述憲法要求之正當行政程序不符，有違憲法保障人民財產權與居住自由之意旨。」參照。

<sup>5</sup> 釋字 731 號解釋理由：「關於徵收處分，直轄市或縣（市）主管機關應踐行公告及書面通知之程序，以確保土地或土地改良物所有權人及他項權利人知悉相關資訊，俾適時行使其權利，必要時並請求行政救濟。而於區段徵收之情形，依系爭條例第三十九條第一項規定，有現金補償及抵價地補償二種法定補償方式可供原土地所有權人選擇。如原土地所有權人不願領取現金補償，依系爭規定，則應於徵收公告期間內向該管直轄市或縣（市）主管機關申請發給抵價地。惟於徵收公告內容以書面通知原土地所有權人，係在徵收公告日之後送達者，如不以送達之翌日為該申請期限之起算日，而仍以徵收公告日計算前揭三十日之期間，要求原土地所有權人在徵收公告期間內為申請，將無法確保原土地所有權人適時取得選擇補償方法所需之資訊，並享有前述三十日之選擇期間，不符憲法要求之正當行政程序，有違憲法第十五條保障人民財產權之意旨。」參照。

<sup>6</sup> 司法院釋字 654 號解釋，許玉秀大法官協同意見書參照。

<sup>7</sup> 司法院釋字 762 號解釋理由書：「被告之卷證資訊獲知權，屬被告受憲法訴訟權保障應享有之充分防禦權」、司法院釋字 737 號解釋理由書：「聲請羈押之理由及有關證據，係法官是否裁准羈押，以剝奪犯罪嫌疑人人身自由之依據，基於憲法正當法律程序原則，自應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知，俾得有效行使防禦權。」、司法院釋字第 636 號解釋文：「本條例第十二條第一項規定，未依個案情形考量採取其他限制較輕微之手段，是否仍然不足以保護證人之安全或擔保證人出於自由意志陳

有充分之資訊，當無可能為己行使有效之防禦。又國家享有龐大而無限的資源，因此被告防禦權的另一核心內涵，就是要讓與檢察官具有同樣專業知識的人協助被告防禦，使被告能選任辯護人，獲得辯護人充分的協助<sup>8</sup>。而辯護人之協助與對被告之有效保護，乃建立在辯護人可以充分掌握案情之前提上。

4. 有關於辯護人在偵查中取得案件資訊以協助被告防禦權行使之權利，固因受到偵查活動之密行性及急迫性需求，而受到較大之限制。辯護人在偵查為協助被告，依法所得行使之資訊取得權利，為刑事訴訟法第 33 條之 1 羈押審查程序之閱卷權，以及同法第 245 條第 2 項辯護人之在場權。上開規定立法者依偵查階段是否已進入羈押審查程序為區分基準，而對被告之人身自由已有受到國家不當限制高度危險之羈押審查程序，讓被告及辯護人得行使較為全面之資訊獲取權，至若僅於偵查訊問階段，立法者就人身自由受到限制風險較輕微之訊問程序，僅賦予辯護人在場及陳述意見權（此一權利行使方式之限制是否合憲，則為另外之問題），然上開權利之核心宗旨，均旨在確保辯護人得有效獲取相當資訊，期能有效為被告擬定防禦策略、發揮被告之防禦權，以抵禦來自國家機關公權力對被告行刑事控訴時可能的不

述意見，即得限制被移送人對證人之對質、詰問權與閱卷權之規定，顯已對於被移送人訴訟上之防禦權，造成過度之限制，與憲法第二十三條比例原則之意旨不符，有違憲法第八條正當法律程序原則及憲法第十六條訴訟權之保障。」等參照。

<sup>8</sup> 司法院釋字 631 號解釋理由書：「受監察人在通訊監察執行時，通常無從得知其基本權已遭侵害，致其無從行使刑事訴訟法所賦予之各種防禦權（如保持緘默、委任律師、不為不利於己之陳述等）」司法院釋字 654 號解釋，許玉秀大法官協同意見書：「被告縱使緘默，國家龐大而無限的資源，也很容易用來羅織入罪，因此防禦權的第二道防線，就是讓與檢察官具有同樣專業知識的人協助被告防禦。被告能選任辯護人，獲得辯護人充分的協助，於是成為刑事被告防禦權的第二個重要內涵」參照。

當侵害。辯護人上開權利之行使，均屬憲法第 8 條、第 16 條之正當法律程序保障之具體實踐。

**二、刑事訴訟法第 245 條第 2 項前段規定之辯護人在場權，是使辯護人得參與偵查機關詢問犯罪嫌疑人或訊問被告程序，知悉犯罪嫌疑人或被告被指控涉案之情形，不僅得陳述意見，並得以人身五感儘量蒐集、獲取案件資訊並留下紀錄，以利擬定後續辯護、防禦策略、確保被告防禦權之有效行使，此為辯護人在場權之既有權利範圍，未有法律授權不得再予限制**

- (一) 按辯護人之「在場權」，屬被告在訴訟法上的基本權利，與被告受辯護人之依賴權同受保障<sup>9</sup>。辯護人之在場，得證明相關程序公正、純潔、慎重及尊重，用昭公信，且能使當事人、辯護人對於證據方法之展示、取得，因曾會同參與而見證知悉，乃得以及早展開反證活動，有助迅速發現真實<sup>10</sup>。
- (二) 前已敘明，被告面對國家機關控訴之防禦權及基於被告防禦權而衍生之受辯護人協助之權利，均為憲法所保障之正當法律程序之具體實踐，而被告受辯護人協助之權利，各該權利之有效施行，乃以辯護人能即時有效獲取案件資訊為前提。而關於辯護人在偵查中獲取資訊之權利，立法者已在刑事訴訟法第 33 條之 1 及同法第 245 條第 2 項，依據偵查密行之需求以及被告人身自由受到不法侵害之風險大小，分別訂有

<sup>9</sup> 最高法院 94 年台上字第 4929 號判例意旨：「當事人及審判中之辯護人得於搜索或扣押時在場。但被告受拘禁，或認其在場於搜索或扣押有妨害者，不在此限。刑事訴訟法第一百五十條第一項定有明文。此規定依同法第二百十九條，於審判中實施勘驗時準用之。此即學理上所稱之『在場權』，屬被告在訴訟法上之基本權利之一，兼及其對辯護人之倚賴權同受保護。」參照。

<sup>10</sup> 王兆鵬，刑事訴訟法（上），台北，承法數位文化，第 476 頁（2012）。

不同程度之資訊獲取方式，即偵查中閱卷權及訊問時在場權。

(三) 相較於刑事訴訟法第 33 條之 1，同法第 245 條第 2 項將辯護人獲取資訊之方法限制於被告接受國家機關訊問時在場，而不許辯護人在此時接觸案件卷證。立法者已對辯護人在偵查中接觸案件資訊之方式依照情境的差異而做不同的區分。由於被告之防禦權本來就是被告立於與國家機關平等之立場的自有權利而受憲法保障，而非立法者的恩給，立法者只是在偵查的實際需求基礎上，基於限制人身自由的強度的不同，對於接觸案件資訊內容予以不同之限制，但在立法者之限制範圍之內，被告得依照權利之內涵有效行使權利，本屬當然。

(四) 由於辯護人在偵查訊問階段之在場權，其核心意旨在於獲取必要案件資訊以利後續為被告擬定有效之辯護、防禦策略，在國家機關訊（詢）問被告程序之際，由於被告處於國家強制力之威脅下，恐無法有充裕的時間及冷靜的判斷力仔細思考、檢驗國家機關所提之問題或檢視所提示之證據，被告也不可能事前全面性地掌握、組織、比對各問題或所提示證據之內容，辯護人在此情形下，如果無法在其行使在場權之權利範圍內，記錄保留在場體驗的經驗，顯然就無法滿足辯護人獲取必要案件資訊以與被告就案件盡情正確及必要之討論，而無法滿足正當法律程序要求，而且辯護人如果在沒有適當的基礎整理、消化所體驗的資訊，又如何針對關鍵問題，行使在場權而「適時陳述意見」？由於司法院釋字第 654 號理由書已揭明，被告之防禦權行使，包括與辯護人在不受干預下充分自由溝通之權，而辯護人於偵查程序在場札記，係為協助被告或犯罪嫌疑人核對詢（訊）問紀錄是否正確，並獲

取與案件相關之必要訊息，進而與被告充分溝通、聲請調查證據、擬定辯護策略等，乃辯護人為被告進行實質有效辯護行使防禦權之基礎。立法者既然給予辯護人在場以蒐集資訊之權利，則辯護人在現場以其人身的五感進行資料的蒐集並製作紀錄，自然均屬辯護人在場權既有權利範圍之合法行使方式（至於辯護人如果以科技方法保留其人身五感所能體驗、感受的經驗，是否屬於在場權的實施範疇，容或有討論空間，然此並非本件必須要討論的問題）。

- (五) 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。……」，以及法務部 83 年 11 月 7 日法檢字第 24163 號函：「一、偵查中訊問被告或詢問犯罪嫌疑人時，如不違反偵查不公開原則，得許辯護人在場札記訊(詢)問要點。但於有刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書情形時，得限制或禁止其札記訊問被告或詢問犯罪嫌疑人之要點。二、訊問證人而被告或犯罪嫌疑人及辯護人在場時，檢察官得斟酌實際情形，參考移送機關之意見，比照辦理。」，均在刑事訴訟法第 245 條第 2 項之規定之外，對辯護人在場權之行使，增加法律所無之限制（在不違反所謂偵查不公開之情況下，也僅「許辯護人在場札記訊問要點」。但是，辯護人行使在場權並製作札記，本屬在場權之行使之固有權利範圍，何需檢察官另外「許可」，更何況，許可之內容為僅得「札記要點」，實質上限縮辯護人在場權之行使方式）。多數意見認為：「就辯護人於偵查中得行使之辯護權明白揭示為在場權及陳述意見權，至辯護人能

否在場札記，法並無明文規定」云云，顯然不能充分瞭解辯護人在場權之憲法意義及其對被告防禦權行使、辯護人陳述意見權之行使至關重要，本意見書對多數意見中缺乏有關被告憲法權利之論述及說明，實感遺憾。上開規定對於辯護人在場權增加法律所無之限制，自屬違法，而無法作為多數意見判斷之依據，不得不辨。

(六) 末查，多數意見固認：「即辯護人之札記權雖為辯護權及在場權之表現，亦不得與偵查不公開之原則相牴觸」、「受評鑑人雖禁止陳請人續為札記，然並未禁止陳請人在場為被告辯護，況辯護人於退庭後，仍可以與被告談話或至看守所接見而獲知案情並撰寫答辯狀等方式行使其辯護權，是本會認為本件受評鑑人禁止辯護人札記之行為，對辯護人辯護權之行使應無妨礙」。惟查：

1. 偵查不公開，係刑事訴訟法第 245 條所揭櫫之準則。或有認為刑事案件在偵查階段，倘偵查方法與內容洩漏於外，易使嫌犯與共犯逃匿，或發生湮滅證據、勾串共犯偽證等情事，導致不能追訴犯罪、有礙發現真實之虞，但是偵查不公開除前開確保偵查資訊不因洩漏而妨礙司法追訴犯罪及發現真實之目的外，亦寓有在無罪推定原則底下，保護受偵查之被告或嫌疑人，不因尚未明確之消息而被認是罪犯，而導致自由受到侵害之意義。
2. 89 年 6 月 30 日立法院修正刑事訴訟法第 245 條第 3 項，在偵查不公開原則之下，明定對檢察官、辯護人等於偵查程序依法執行職務之人員原則上不得公開揭露偵查中因執行職務知悉之事項時，立法理由指出：「無罪推定原則為民

主法治國家所公認之原則，亦為世界人權宣言及國際公民與政治權利公約所明確宣示。各種不同型式的人民公審則被社會視為踐踏人權之野蠻國家的不文明象徵。本法第一百五十四條規定，犯罪事實應依證據認定之，無證據不得推定犯罪事實，已明白宣示無罪推定原則。而本條第一項規定『偵查不公開之』，其主要立法意旨，無非在確保無罪推定原則之落實。...按偵查不公開原則之內涵，一為偵查程序不公開，一為偵查內容不公開。一則禁止公開偵查過程及偵查行為，藉以維護偵查程序之順利進行；二則基於無罪推定原則，避免未經正式起訴審判程序及公佈犯罪嫌疑人涉嫌犯罪之資訊。對未經定罪嫌疑人之名譽造成難以彌補之傷害。<sup>11</sup>，是以，前項立法理由確認：(1)「偵查不公開」之內涵分為程序不公開—用以維護偵查程序之順利進行；一為內容不公開—用以維護無罪推定，保護人權，兩者應並行不悖。

3. 前已敘明，辯護人札記的機能即在使辯護人可以在被告受到國家強制力威脅的情況下，在旁記錄、留下行使在場權所經驗到的訊問現場的狀況印象，以代被告掌握、組織、比對各問題或所提示證據之內容，俾利日後為被告擬定有效之辯護、防禦策略，並調查有利之證據。如果辯護人無法在其行使在場權之權利範圍內，記錄保留在場體驗的經驗，顯然就無法滿足辯護人獲取必要案件資訊以與被告就案件盡情正確及必要之討論，而無法滿足正當法律程序要求，更遑論行使刑事訴訟法第 245 條第 2 項前段賦予辯護人在場權後接續的「適時陳述意見」之權利？

<sup>11</sup> 立法院公報，第 89 卷第 39 期院會紀錄，頁 447-449（2000）參照。

4. 由於辯護人之在場權與辯護人與被告接見面會之溝通權，乃是獨立並存的權利，前者甚至是辯護人與被告聚焦、有效溝通的重要基礎，在許多情況下，受羈押的被告無法正確回憶事實，需要依靠辯護人正確記錄訊問過程才能為之找尋正確的有利證據或提出答辯。因此多數意見認為辯護人與被告之接見面會之溝通權、為被告答辯等辯護權均未受到影響，而認辯護人在場權基於偵查不公開之理由可以予以限制云云，顯然誤解各該權利內涵之差異，併予指明。

**三、刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書例外賦予檢察官等在特殊例外情況可進一步限制、禁止辯護人之在場權，由於此例外限制、禁止，已妨害被告防禦權及辯護人在場權之核心，該例外限制權力之發動，應以檢察官等提出具體之事實，足認危害之風險已達具體而可能立即實現，始足當之，更應以嚴格審查基準進行比例原則之審查**

- (一) 由於辯護人之在場權是為有效防禦國家對被告的控訴，更有助於落實無罪推定原則，涉及對被告人身自由及人性尊嚴之保障，在立法者已做初步的判斷而對偵查中受訊問被告所委任的辯護人的資訊獲取方法，初步限制為辯護人在場以人身的五感去進行觀察及資料的蒐集後，又授與檢察官等偵查官員在特殊例外情況可就個案進行更進一步的限制。由於辯護人在偵查中只有透過行使在場權，才能得知悉檢察官之可能控訴內容及調查的方向，進而立於與檢察官對等之地位，而有挑戰其控訴是否合法、妥當之可能，由於國家為達成刑事司法究明案件真象之目的，非謂即可訴諸任何手段，即使係犯罪嫌疑人，其人身自由仍亦應予適

當保障（司法院釋字 392 號解釋參照），立法者雖然賦予檢察官等偵查官員依個案判斷之限制或禁止辯護人在場權之權限，但是由於對已退讓到極限的被告受辯護人辯護之權限（即辯護人之在場權及陳述意見權）如再予以限制，既已恐侵害被告防禦權之核心，相關依個案判斷所為之限制，自應以最嚴格之審查標準審查。

（二）關於國家強制處分權之發動，依據該強制處分權之強度，立法者將發動要件分為「合理懷疑」、「相當理由」及「有事實足認...之虞」等三類。警察職權行使法第 6 條第 1 項第 1 款、第 7 條第 1 項第 1 款以及第 8 條第 1 項所規範，在公共場所對人民之身分查證以及對車輛之攔停，因為對人民的基本權侵害程度較低，因此均以「合理懷疑」作為強制處分之發動門檻。而刑事訴訟法第 122 條第 2 項、第 131 條第 2 項、第 133 條之 2 第 3 項、第 135 條第 1 項第 1 款等，有關搜索、扣押之強制處分權發動，因已可能涉及對人民之隱私權、財產權等之侵犯且已達重大之程度，則係以「相當理由」作為強制處分之發動門檻。至於刑事訴訟法第 76 條第 2、3 款、第 88 條第 1 項第 1、3、4 款、第 93 條第 2 項但書、第 101 條第 1 項第 1、2 款、第 101 條之 1 第 1 項、第 131 條第 1 項第 1、2 款等關於逕行拘提、聲請法院限制或禁止辯護人、被告獲知羈押卷證、羈押事由及為逮捕現被告、犯罪嫌疑人、追躡現行犯或逮捕脫逃人等情形，因為涉及人民之人身自由保障，發動門檻更提高到「有事實足認...之虞」情形。

（三）所謂合理懷疑係低於相當理由（probable cause）的標準，訊息質、量要求均較相當理由為低，相關情資的內容及憑信

性，在評估有無合理懷疑時，必須依整體情狀法則（totality of the circumstances）考量質與量的因素<sup>12</sup>，至於所謂「相當理由」，我國最高法院向來認為，此係指強制處分發動之事由，於判斷具體個案之情況下，應有合理之依據，不得出於揣測者而言<sup>13</sup>，此一發動要件，乃以執法者要依據合理的依據，已有相當高蓋然性之可信度者之程度始足當之。至於「有事實足認有...之虞」，與所謂「相當理由」尚屬有別，後者之條件較為寬鬆，所謂「有事實足認有...之虞」，乃指執法者所憑之依據，不得僅以主觀、抽象的蓋然性程度，更有提出具體之事證，已足以合理推測已經有意實施該行為<sup>14</sup>，而得以認定該危害之風險已達具體而可能立即實現之程度，始足當之。

（四）強制處分以「有事實足認...之虞」為發動要件者，都是對於人民之基本權恐造成強烈侵害之處分類型。辯護人在偵查中的在場權，已是被告基於國家偵查密行之需求，在被告防禦權的行使上的最大退讓，如再退讓形同被告受辯護人協助之防禦權幾乎縮減至幾乎為零，此乃對於人民基本權之重大侵害，因此再限制或禁止辯護人在場權之強制處分，在發動上必須予以最嚴格之限制，且相關處分之發動，更要通過嚴格審查基準之比例原則審查方屬適法。

<sup>12</sup> Alabama v. White, 496 U.S. 325, at 330 (1990).

<sup>13</sup> 最高法院 99 年度台抗字第 141 號判決意旨、100 年度台抗字第 476 號判決意旨等參照。

<sup>14</sup> 最高法院 102 年度台抗字第 1074 號裁定意旨：「所謂有事實足認有逃亡之虞係指有具體之情況事實，可合理推測被告有意逃避刑事追訴、執行之謂。」參照。該案原裁定以被告經一審判處 4 年有期徒刑，原裁定法院審酌「被告於前案有二次通緝紀錄...被告於本案前審，亦經傳不到，而一造辯論判決，於本院亦多次拒絕法律扶助基金會指派之律師為其辯護人，致本院迄今無法進行準備程序，充分顯示其逃避審判及執行之態度，所辯自不可採。」據此「合理推測」被告隨時可能逃亡，而裁定羈押，最高法院經審酌後，維持上開裁定並駁回受羈押被告之抗告。

(五) 按刑事訴訟法第 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。」，多數意見認為：「本會認為因偵查態樣及個案不同差異懸殊各異，無從一體論之，仍應回歸個別案件為審認，實屬允當。」，固屬的論。然而，所謂「回歸個案為審認」，當然須就個別具體案件之情形，審酌如何「有事實足認」符合發動例外禁止、限制辯護人在場權之情形。檢察官等在依前開規定限制或禁止辯護人之在場權（包括辯護人在場權之行使方法）之前，依據上開強制處分之發動要件，檢察官等應依據個案之具體情狀，先提出可合理推測個別案件之辯護人有意妨害國家機密或為湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人或妨害他人名譽等行為，如未予以限制，上開風險危害已達具體而可能立即實現之事證，始得限制或禁止辯護人之在場權。而且該限制更應通過以嚴格審查基準進行之比例原則「合目的性原則」、「侵害最小原則」以及「衡平性原則」之審查。多數意見以：「實務上在審認是否已達『違反偵查不公開之原則』時，多引刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書中『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。』之規定作為審查標準。」僅是將法律構成要件再做覆述，未闡釋上開「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」在案件審查作為節制國家公權力濫用之機能及其具體意涵，其理由不備、操作基準不明甚至等同全面交由第一線之檢察官自行判斷而缺乏監督機制，本意見書對此甚表遺憾。

**四、本件受評鑑人在未提出可客觀合理推測陳律師有意湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人，如未予以限制，上開風險危害已達具體而可能立即實現之事證即限制辯護人在場製作札記之權利，該禁止處分之發動已與刑事訴訟法第 245 條第 2 項之發動要件不合，且未能通過比例原則之審查，該限制辯護權行使方式之處分，自屬違法不當**

(一) 本件受評鑑人在未提出可合理推測辯護人有意湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人，如未予以限制，上開風險危害已達具體而可能立即實現的程度之事證即限制辯護人在場製作札記之權利，其強制處分權之發動不符法定要件，自屬違法

1. 本件受評鑑人偵辦高雄地檢署 105 年度偵字第 5402 號案件，於 105 年 6 月 15 日上午訊問被告莊○○，該次訊問，被告莊○○之辯護人陳○○律師亦到場，受評鑑人在訊問中途，要求辯護人陳○○律師將札記筆記留下，並禁止其繼續筆記，此有該次訊問筆錄在卷可稽。受評鑑人固係以涉及偵查不公開為由，禁止被告選任之辯護人陳○○律師續行記錄札記而限制其辯護人在場權之行使。惟受評鑑人未曾明確說明，究竟有何項事證足以顯示辯護人違反偵查不公開，受評鑑人固於上開訊問過程中僅稱這個案件、相

關證人都還在外面，真的要避免串證等語即為上開處分，多數意見同意此一主張而認「非僅空泛論及事件『特殊性』而已」。然查，前開所謂的限制理由，並未依照刑事訴訟法第 245 條第 2 項規定，提出任何可合理推測辯護人有意湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人，如未予以限制，上開風險危害已達具體而可能立即實現的程度之事證。

2. 由於被告及辯護人的充分溝通，為辯護人有效協助被告行使防禦權之基礎，對於刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書之限制，應有具體且相當之事證，尚非僅得以空泛推測或檢察官主觀意見為據，即得剝奪在場及札記權利。多數意見對此固認為：「經本會通知受評鑑人後，受評鑑人以書面陳明並到會說明：(1) 受評鑑人於偵辦受評鑑案件前，已就疑似對員警行賄之電玩業者及疑似受賄員警另案偵辦中。期間就在押員警之金流部分進行訊問，惟該員警就其帳戶內可疑為贓款不明來源之現金均供稱為其配偶賣淫所得。訊問當日在庭者，僅該名經羈押且禁止接見通信之員警及其選任辯護人，該選任辯護人當庭允諾將偕同員警配偶到庭為證，惟庭後卻稱未能尋得該員警之配偶，受評鑑人為釐清真實亦指揮承辦受評鑑案件關連案件之調查官查證，然該員警之配偶已離開居住處所。數日後該員警之配偶始主動到庭，並於偵查庭證稱帳戶內不明來源之現金全數為其賣淫所得。」為由，認受評鑑人之處分尚非無據。然查：

(1) 多數意見既曾說明：「本會認為因偵查態樣及個案不同差異懸殊各異，無從一體論之，仍應回歸個別案件為審認，實屬允當。」，又稱「是本會認受評鑑人偵辦評鑑案件與各案件間尚難割裂，應就全般案件之偵辦作為審酌

辯護人之各個行為是否已達湮滅、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，而不應以單一案件偵辦視之。」，然縱以所偵辦案卷之全局審視依照刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書規定禁止、限制辯護人在場權之必要性，然最終仍須回歸具體情形，判斷本件受評鑑人限制辯護人在場權之行使是否適法、妥適，有無合乎刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書之例外情形。上開有關受評鑑人於其他被告案件所遭遇受訊問被告回覆之答案超乎一般人之經驗、而後該被告之配偶為同樣之回覆，乃屬另案之情形，與本件被告莊○○之辯護人陳○○律師有無事實足認其有勾串共犯、證人之虞的要件並無一定關聯，尚不得作為本件受評鑑人為強制處分的事實基礎。

- (2) 且查本件受評鑑案件受評鑑人訊問被告莊○○買房之貸款過程及繳付貸款之資金來源，被告莊○○之回覆繳付貸款資金來源包括向母親的借款、配偶跟會、以及弟弟向伊借款之還款等，經核無違背常人經驗法則，並無受評鑑人之前所遭遇之被告回覆違背常人經驗法則之情形，受評鑑人不得以其於他案之經驗，自行預設本件辯護人陳○○律師會有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞而作為其限制辯護人在場權之依據。
- (3) 又依照受評鑑人之上開書面及到會說明意見，如證人與被告之陳述恰巧相同，縱使與其主觀意見相左而認為「奇怪」，也並非「有事實足認在場之辯護人日後會有勾串共犯或證人之虞」的依據，否則只要任何被告與證人之陳述恰巧相同，即認此係「有事實足認在場之辯護人

有與共犯或證人有勾串之虞」，而受評鑑人恣意以「偵查不公開」為由，限制辯護人之在場權而危及被告防禦權之行使，其權力行使恐流於恣意而無從監督。

(4) 多數意見雖又認為：「受評鑑人以案件偵辦全局思考，認陳請人在場札記之行為，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。」，然查辯護人行使在場權之目的即在確認檢察官之訊問及被告之回答內容，進而再與被告重複確認，或據以蒐集、調查對被告有利之證據，而誠如本件受評鑑人提出書面意見所述：「當天所進行之偵查程序，係為釐清被告莊○○帳戶內之金流，有無可能來自於電玩業者所交付之賄款」，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記錄金流的金額、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. 多數意見雖又認為：「關於受評鑑人在禁止札記是否僅為空泛交代本件程序具有『特殊性』，或者受評鑑人是否在無端影射，陳請人有違反偵查不公開原則之虞而扣押筆記？此觀卷內在偵查程序中之音譯內容（請參卷內頁 49）資料得知：...姑且不論，甲辯護人接受兩造之委任，或者隨即又辭

任其中一造之辯護人之事由是否屬實，或者已然違反律師倫理，任何稍具有社會經驗或者常識之人，都可能會高度懷疑陳請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。」等語。然查：

(1) 依據卷內偵查程序中之音譯內容，受評鑑人從未向辯護人陳○○律師說明其所屬事務所擔任該案行賄者嫌疑人之事實，作為其欲限制陳○○律師之辯護人在場權之理由，多數意見之上開理由，顯僅為受評鑑人事後提出的理由，無法正當化其在 105 年 6 月 15 日當時為強制處分之理由。

(2) 且查，依照多數意見之結論，上開理由既僅屬受評鑑人個人主觀上的「高度懷疑」，即非可合理推測個別案件之辯護人有意妨害國家機密或為湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人或妨害他人名譽等行為，如未予以限制，上開風險危害已達具體而可能立即實現之事證，受評鑑人顯然還是沒有提出足以認定辯護人陳○○律師有勾串共犯、證人之事證，其仍未符合刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書之強制處分要件。

(二) 本件受評鑑人限制辯護人在場權之強制處分，無法通過比例原則之審查

1. 本件受評鑑人禁止辯護人在場製作札記，該強制處分與所欲達到之「偵查不公開」、避免妨礙偵查之目的無必然關聯，無法通過「合目的性原則」之審查

(1) 辯護人在場權之目的，如前所述，是讓辯護人得在訊問

現場，以人身之五感，感受訊問之現場並蒐集資訊，以利其了解案情，俾利之後與被告之溝通並擬定辯護、防禦之策略。只要辯護人在場，檢察官所提問之問題與被告之回答，不論辯護人是否製作札記，辯護人均已知悉。對於上開辯護人行使在場權所知悉的偵查秘密，依照刑事訴訟法第 245 條第 3 項<sup>15</sup>、律師倫理規範第 33 條<sup>16</sup>等規定，辯護人本有保密之義務，如無故洩漏，更有該當刑法第 132 條第 3 項洩漏國防以外秘密罪之可能性<sup>17</sup>。陳○○律師由受評鑑案件中被告莊○○之委任，是否與其所屬事務所負責律師前所受委任之案件間有利益衝突、有無違反律師倫理規範第 30 條、第 32 條之規定<sup>18</sup>，

<sup>15</sup> 刑事訴訟法第 245 條第 3 項：「檢察官、檢察事務官、司法警察官、司法警察、辯護人、告訴代理人或其他於偵查程序依法執行職務之人員，除依法令或為維護公共利益或保護合法權益有必要者外，偵查中因執行職務知悉之事項，不得公開或揭露予執行法定職務必要範圍以外之人員。」參照。

<sup>16</sup> 律師倫理規範第 33 條：「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。」參照。

<sup>17</sup> 刑法第 132 條：「(第 1 項) 公務員洩漏或交付關於中華民國國防以外應秘密之文書、圖畫、消息或物品者，處三年以下有期徒刑。... (第 3 項) 非公務員因職務或業務知悉或持有第一項之文書、圖畫、消息或物品，而洩漏或交付之者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。」參照。

<sup>18</sup> (1) 律師倫理規範第 30 條：「律師不得受任下列事件：

一、依信賴關係或法律顧問關係接受諮詢，與該諮詢事件利害相衝突之同一或有實質關連之事件。

二、與受任之事件利害相衝突之同一或有實質關連之事件。關於現在受任事件，其與原委任人終止委任者，亦同。

...

九、其他與律師對其他委任人、前委任人或第三人之現存義務有衝突之事件。

前項除第五款情形外，律師於告知受影響之委任人與前委任人並得其書面同意後，仍得受任之。

律師於同一具訟爭性事件中，不得同時受兩造或利害關係相衝突之一造當事人數人委任，亦不適用前項之規定。」；

(2) 律師倫理規範第 32 條第 1 項：「律師依第三十條第一項、第三項、第三十條之一、第三十條之二受利益衝突之限制者，與其同事務所之其他律師，亦均受相同之限制。但第三十條第一項第六款、第七款、第九款之事件，如受限制之律師未參與該事件，亦未自該事件直接或間接獲取任何報酬者，同事務所之其他律師即不受相同之限

若有利益衝突而違反律師倫理規範之情，亦係受評鑑人是否主動請律師公會懲戒的問題，縱受評鑑人認陳律師或甲律師上開行為已經違反律師倫理規範，亦不得逕自認定陳○○律師已違反律師倫理規範第 33 條之規定。縱受評鑑人認定陳○○律師會將相關資訊外洩，則辯護人有無在場製作札記，對於偵查資訊是否外洩，亦已無任何影響（如要外洩，除非將辯護人長期扣留在偵查庭內，否則根本無法阻止）。且多數意見雖稱：「任何稍具有社會經驗或者常識之人，都可能高度懷疑陳請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」。然在嚴格審查基準底下，手段與目的之間的關聯性，不能只是具有「可能性」，而應要必然有助於目的實現<sup>19</sup>，誠如本件多數意見所認，本件僅是單純之「可能性」，並無法達到嚴格審查基準所要求之必然有助於目的達成之要求，是本件受評鑑人限制辯護人行使在場權之行使方式而禁止製作札記，對於其所欲達到的「偵查不公開」之間，並無必然關聯。

制。」參照。

<sup>19</sup> 司法院釋字 669 號解釋理由書：「人民身體之自由應予保障，憲法第八條定有明文。鑑於限制人身自由之刑罰，嚴重限制人民之基本權利，係屬不得已之最後手段。立法機關如為保護合乎憲法價值之特定重要法益，並認施以刑罰有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，雖得以刑罰規範限制人民身體之自由，惟刑罰對人身自由之限制與其所欲維護之法益，仍須合乎比例之關係，尤其法定刑度之高低應與行為所生之危害、行為人責任之輕重相符，始符合罪刑相當原則，而與憲法第二十三條比例原則無違（本院釋字第六四六號、第五五一號、第五四四號解釋參照）。」、「司法院釋字 551 號解釋理由書：「憲法第八條、第十五條定人民身體之自由與生存權應予保障。立法機關為實現國家刑罰權，本於一定目的，對於特定事項以特別刑法規定特別之罪刑，其內容須符合憲法第二十三條所定要件。法律對於人民自由之處罰或剝奪其生存權，除應有助於達成立法目的，尚須考量有無其他效果相同且侵害人民較少之手段，處罰程度與所欲達成目的間並應具備合理必要之關係，方符合憲法第二十三條規定之比例原則」參照。

(2) 其次，如依照受評鑑人提出之書面意見：「因陳○○律師彼時受雇於○○律師事務所，其主持律師甲○○於本案開始偵辦之初即接受本案最重要白手套○姓業者之委任...基於律師倫理，該事務所是否亦應考量○姓業者予該等收賄員警於訴訟上有相當利益衝突，甚至考量○姓業者已於本案轉為重要之祕密證人，受證人保護法之保護，考量其人身安全，而拒絕再為本案收賄員警辯護。」，準此，本件檢調機關既已掌握祕密證人之證詞，則被告莊○○之證詞，如與祕密證人之證詞相左，則無串證問題；如屬相同，亦僅屬與祕密證人證述相同而是否可為補強證據之問題，均與受評鑑人所主張之「偵查不公開」以免妨礙偵查之情形無關。本件並無法通過「合目的性之審查」。

2. 本件受評鑑人如認陳○○律師所屬事務所於所偵辦案件有利益衝突情形，本應於事前禁止陳律師代理為該被告辯護，並請該被告另行選任合適之辯護人，而非當庭再予禁止陳律師札記，致妨害被告接受辯護人實質有效協助防禦之權益，本件受評鑑人對陳賢明律師之禁止札記處分，無法通過「侵害最小原則」之審查

依受評鑑人提出之書面陳述：「因陳○○律師彼時受雇於○○律師事務所，其主持律師甲○○於本案開始偵辦之初即接受本案最重要白手套○姓業者之委任...基於律師倫理，該事務所是否亦應考量○姓業者予該等收賄員警於訴訟上有相當利益衝突...拒絕再為本案收賄員警辯護。」，由於本件受評鑑人是在明知上情之情況下，同意陳○○律師為被告莊○○辯護，顯然受評鑑人對於陳賢明所屬事務所就該

案件有無利益衝突一事並無疑慮。而如受評鑑人對此有疑慮，卻於訊問開始之前未先行曉諭，使被告有另外選任合適辯護人為之辯護之機會，反而於訊問開始之後，始限制被告辯護人之在場權行使方式，此舉形同突襲而嚴重剝奪被告受辯護人協助之防禦權，顯非對被告防禦權之侵害最小方式。是本件受評鑑人之處分，亦無法通過「侵害最小原則」之審查。

3. 本件受評鑑案件之被告，所涉犯之罪其法定刑最輕本刑為十年以上有期徒刑，如未能經辯護人於偵訊時在場有效協助防禦，則被告人身自由即有受到國家不當、不法限制之重大危險。受評鑑人限制被告辯護人之在場權行使，僅為維護未有事實足認的所謂妨害偵查不公開之虞情形，兩者利益顯不相當，無法通過「衡平性原則」之審查

誠如本件受評鑑人提出書面意見所述「本案（按即本受評鑑案件）被告所涉及之貪污犯行均為十年以上重罪」，又「當天所進行之偵查程序，係為釐清被告莊○○帳戶內之金流，有無可能來自於電玩業者所交付之賄款」，足證辯護人陳○○律師於該次訊問時在場，行使在場權掌握案件資訊更形重要，辯護人除有權知道檢察官之訊問方向之外，更重要的是要能清楚瞭解被告之回答內容，俾利辯護人查證、擬定調查辯護方向及調查對被告有利之證據。由於該案件被告所涉犯之罪其法定刑最輕本刑為十年以上有期徒刑，如未能經辯護人有效協助以確立正確調查方向，則被告人身自由即有受到國家不當、不法限制之重大危險，且如真實無辜之被告遭到起訴，其尚必須承受法定刑十年以上有期徒刑之巨大心理威脅，其為自己辯駁，精神所受的壓力、折

磨，非足外人所得體會，此為對被告人性尊嚴之莫大侵害。由於受評鑑人限制辯護人偵查中在場權之行使方式，恐影響其有效為被告辯護之職能，導致辯護人或未能在偵查中為被告妥適擬定辯護策略，或聲請調查有利被告之證據。而該處分所維護者，則僅是「主觀上很有可能」，但是並未有具體事實足認的妨害偵查不公開之虞的利益，與被告之人身自由受到國家不當限制、個人受憲法正當法律程序保障之防禦權受到侵害情形顯不相當，本件顯然無法通過「衡平性原則」之審查。

**五、辯護制度為確保被告防禦權之憲法制度性保障，辯護人工作成果不受國家妨礙或不當限制，乃辯護制度之基本核心。辯護人之工作成果，不屬於刑事訴訟法第 133 條第 3 項所稱可為證據或得沒收之應扣押物，亦非刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書所定之限制或禁止律師在場權之規範客體，本件受評鑑人留存或扣押辯護人原已合法行使在場權所製作札記，乃限制辯護人之工作成果之行為，該處分於法無據，應屬違法**

(一) 辯護制度是為協助被告行使防禦權而存在，是憲法為避免人民基本權受到國家公權力不當侵害而設之制度性保障，為在野法曹。為確保辯護人職權之行使以保障被告權益，此一制度性保障之內涵，應包括為確保辯護人有效行使及職務，並保障辯護人一定程度的隱蔽性、避免對造（於本件即檢方所代表之國家）對其工作內容的不必要的窺視<sup>20</sup>。為

<sup>20</sup> 美國聯邦最高法院，Hickman v. Taylor, 329 U.S. 495, at 511-12 “Proper preparation of a client's case demands that he assemble information, sift what he considers to be the relevant from the irrelevant facts, prepare his legal theories, and plan his strategy without undue and needless interference. That is the historical and the necessary way in which lawyers act within the framework of our system of jurisprudence to promote justice and to protect their clients' interests.”(1947)參照。

保障辯護人履行職責、為當事人之案件進行妥適的準備，在辯護人取得案情資訊、排除不必要的事實、整理法律主張及擬定辯護策略等工作事項上，應全力排除國家對辯護人工作成果之不正當、不必要之限制。對此，聯合國於 1990 年通過之《關於律師作用之基本原則》第 16 點(a)復揭示：

「各國政府應確保律師能夠履行其所有職責而不受到恫嚇、妨礙或不適當之干涉」<sup>21</sup>。又律師之工作成果，事涉律師財產權及工作權的保障，也與被告及辯護人間默密溝通進而受辯護人實質有效辯護協助的權利息息相關，應與被告之防禦權同受憲法之高度保障。對律師工作成果（不論是律師在腦海所想，或寫下而化為具體之陳述、文字等）的保障，不應因律師是否有具體寫下而有不同，如檢察官要取得律師的工作成果，因此一限制攸關被告之防禦權及人身自由之保障，應適用嚴格之法律保留原則，要有法律的明確授權，且相關限制之發動，更要通過嚴格審查基準下的比例原則審查。

(二) 誠如多數意見所述：「實際上，這仍屬受評鑑人『強制』要求陳請人必須留下該筆記，但這『強制性』正是在前段中所指出之刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書規定其屬『強制處分』的理由。換言之，陳請人留下該紙筆記，係基於受評鑑人在偵查程序中所實施的『強制處分』，而非屬於陳請人之任意提出。」、「歸根究底之問題在於，受評鑑人對於陳請人所為強制其留下該紙札記之強制處分，是否具備適法性的

<sup>21</sup> Basic Principles on the Role of Lawyers, Article 16 (a)” Governments shall ensure that lawyers (a) are able to perform all of their professional functions without intimidation, hindrance, harassment or improper interference” (Adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, 27 August to 7 September 1990,).

問題。」。有關本件受評鑑人留存辯護人製作之札記的適法性，自然應先檢討，其留存該札記可能依循之法律依據，並檢視受評鑑人之處分，是否符合該法律依據之要件。經查：

1. 依刑事訴訟法第 133 條第 3 項之規定，只有對可為證據或得沒收之應扣押物，檢察官才得據此規定命持有人提出或交付。由於辯護人以行使在場權後所留下之紀錄，則屬辯護人行使在場權所留下之工作成果。由於辯護人之工作成果，內容除了包含辯護人所蒐集的資料以外，另可能包含辯護人在側面觀察所記錄之現場狀況、內心印象、結論、法律見解等，相關資訊如任由檢察官取得，則辯護人為被告防禦之機能形同虛設，故辯護人之工作成果應屬被告防禦權之根本核心，與辯護人之在場權分屬不同受保障之權利有別。由於辯護人在偵查過程，因行使職務而製作之札記，屬於辯護人之工作成果而非可為證據或得沒收之物，自非屬檢察官可依刑事訴訟法第 133 條第 3 項規定命辯護人提出或交付之客體。檢察官不論在何情形之下，均不得以上開規定強命被告辯護人提出或交付，否則即屬檢察官妨礙辯護人執行職務之行為。
2. 次查，刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書，僅授權檢察官等訊（詢）問被告時，得在極例外之情形，限制或禁止辯護人之在場權。所謂之禁止，即全面排除辯護人在場，而所謂之限制，則指在允許辯護人在場之情況下，對行使方法之限制者言。至於辯護人在檢察官等未依法限制在場權之行使方法而取得之工作成果，已獨立成為辯護人為被告防禦權行使所擬定之文件，自非刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書

之限制客體。由於刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書僅授權檢察官等得例外限制辯護人在場權之執行方法，沒有限制得命辯護人交出工作成果之明文，因此受評鑑人本不得據此作為限制並命辯護人交出工作成果之依據；又本件受評鑑人留存或扣押辯護人原已合法行使在場權所製作札記，亦無法通過嚴格審查基準下的比例原則審查，理由與依限制辯護人陳○○在場繼續製作札記之理由相同，茲不重複贅述。

- (三) 由於本件受評鑑人命辯護人提出所製作札記之行為，屬於對辯護人命其交出工作成果之強制處分。該強制處分既然為限制被告防禦權及辯護人辯護權之國家公權力行為，依據憲法第 23 條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」，有關於本件受評鑑人命辯護人提出所製作札記之法律依據，多數意見亦認為：「對於辯護人已記載之筆記，如認有違偵查不公開原則，為防帶出偵查庭後有串證之虞，得否加予扣留？法無明文。亦即受評鑑人要求辯護人將札記留存，辯護人為表示反對僅要求須製作扣押清單，此事實行為究竟應評價為刑事訴訟法上之『扣押』抑或是『留存』，尚無定論，更無從討論後續程序適法性」，顯然多數意見亦肯認，目前刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書，並未授權檢察官等命辯護人提出所作之札記，由於本件涉及的強制處分係屬於憲法第 23 條所規定之法律保留事項，此應屬具有法律專業訓練之受評鑑人職務上應知悉之事項，因此這部份自然不可能是所謂法律見解的爭議。多數意見認為「是請求個案評鑑意

旨認受評鑑人此部分涉有違反扣押之嫌，然究竟此行為係『扣押』抑或是『留存』，顯已事涉適用法律見解之不同...此部分本會認不宜據為本件個案評鑑之事由」，理由前後顯有矛盾。

## 六、總結

本會職責之一，為審查代表國家追訴犯罪的檢察官，在追訴犯罪過程中，運用國家公權力是否有廢弛職務、侵越權限、有無違反辦案程序規定或職務規定暨情節是否重大，而判斷檢察官是否違法、濫權，均應以法治國原則、正當法律程序為準據。本委員會之職權行使應當有明確之實質法治國的圖像，以制衡國家權力之行使，以避免其濫權。本次多數意見之評鑑決議書，未能在具體個案，依據憲法勾勒一幅實質法治國的圖像供檢察官遵循俾利其行使職權，甚至未能依照既有法制所框定之強制處分權發動門檻仔細檢視本件受評鑑人之強制處分行為是否確有違法，導致日後類此之強制處分恐將逸脫法律之限制，而架空被告受憲法保障之辯護權，自此被告在刑事訴訟程序，將再度落入已遭歷史反省、修正的糾問制下，而被貶為程序的客體而無法與國家抗衡之境地。本委員等對多數意見未能慮及本件不付評鑑處分之後續影響，又未於決議書中詳加勾勒、闡明實質法治國理念及法規範之意旨，對此甚感遺憾，爰做成不同意見書如上。

中 華 民 國 1 0 7 年 1 2 月 2 6 日

檢察官評鑑委員會

委員： 李玲玲

林志忠

陳運財

葉建廷

(按姓氏筆劃排列)

知