



偵查中辯護權的憲法定位與刑事訴訟法例外限制偵查中辯護權的修法方向芻議

黃任顯

識澄法律事務所律師

| | | |
|----|-------------------|---------------------------|
| 目次 | 壹、前言 | 參、全律會刑事程序法委員會對限制偵查中辯護權之意見 |
| | 貳、辯護人於偵查中辯護權之憲法定位 | 肆、結論 |

壹、前言

憲法法庭於2022年5月27日做成111年憲判字第7號判決（下稱「111憲判7判決」），明確肯認辯護人在偵查中有在場陪訊及製作筆記權，為辯護人受憲法保障的權利，並在此基礎上宣告刑事訴訟法第416條第1項及其他規定未賦予被告、犯罪嫌疑人或其辯護人於上開權利受限制時向法院聲明不服、請求救濟之

機會，與有權利即有救濟之憲法原則不符而應予修正。司法院刻正積極依照111憲判7判決之意旨辦理刑事訴訟法相關規範的修正事宜。

由於111憲判7判決明確將辯護人偵查中的辯護權定位為辯護人受憲法保障之權利，相當程度釐清辯護人在司法制度的定位。此一定位的釐清，對於日後司法機關以偵查不公開之理由限制偵查中辯護權之機制，必將產生相當之影響。

由於憲法法庭以111憲判7判決釐清辯護人偵查中辯護權之憲法定位，對於辯護人於偵查中辯護權之影響頗深，不論未來刑事訴訟法相關規範如何修正，律師界對此次判決之意見與對後續修法之想法均有加以記錄之價值。全國律師聯合會（下稱「全律會」）受司法院邀請參與111憲判7判決後，刑事訴訟法相關規範修正草案之會議，並由刑事程序法委員會代表出席會議，全律會代表於會議中，對於未來偵查中辯護權限制規範之修正方向，則提出應採法官保留、限制方式應採令狀主義、限制範圍不可及於檢視、扣押辯護人所製作之筆記、違法限制之效果應將相關筆錄之證據能力逕予排除等想法。筆者為全律會刑事程序法委員會委員，在該委員會主任委員尤伯祥律師及負責此專案¹的副主任委員陳奕廷律師的同意與授意下，筆者乃一併將全律會刑事程序法委員會就例外限制偵查中辯護權修法方向的討論意見，整理為本文之一部，惟文責自當由筆者自負。

貳、辯護人於偵查中辯護權之憲法定位

權利歸屬何人，涉及日後請求救濟當事人適格的判斷。關於辯護權的行使，究竟是辯護人的「固有權」，還是從被告受憲法保障之訴訟權所衍生的「傳

來權」，在111憲判7判決做成前素有爭議。又如認此屬辯護人之「固有權」，則該權利究竟是法律所賦予辯護人之權利？還是受憲法保證之權利？亦有不明。釋字第737號解釋處理辯護人羈押程序閱卷權的議題時，曾一度有機會面對處理上開爭議，可惜最後仍未能正面處理。所幸該遺憾最終則由大法官於111憲判7判決中加以彌補。

一、釋字第737號解釋未正面處理辯護人偵查中辯護權受限制，是否屬限制辯護人受憲法保障權利之問題

釋字第737號解釋的聲請人之一賴素如（即被告）在原因事實發生時受羈押，且未聲請閱卷；而聲請人之二即賴素如之辯護人李宜光律師在偵查中聲請檢閱聲押卷證而遭法院駁回。因人身自由受侵害之主體即賴素如未聲請閱卷，而聲請閱卷遭駁回之主體即李宜光律師，人身自由並未受到任何限制。則聲請人賴素如權利雖有受害，但其未曾依法定程序提起救濟；而聲請人李宜光雖依法定程序提起救濟，但辯護人聲請閱卷之權利，是否為憲法上所保障之基本權？尚有疑義。準此，此二聲請人就法院裁定駁回辯護人聲請檢閱聲押卷證時所適用之法令聲請大法官解釋憲法，是否符合當時司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款「人民於其憲法上所保障

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」之要件而具聲請人適格？此為釋字第737號解釋做成前，大法官必須處理之程序問題。

雖然學界多認為辯護人檢閱卷宗及證物之權利，為辯護人之固有權²，但此為法律上之權利？或是辯護人受憲法保障之權利？非無疑義。如辯護人檢閱卷宗及證物之權利，僅為法律上之權利，則聲請人李宜光就未被允許在偵查中檢閱卷宗及證物而聲請解釋憲法，或有不符司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款聲請要件之疑慮。

對於上開疑慮，考量刑事控訴程序中，首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³，而該防禦可能則建立在被告已取得相當資訊的前提，又國家享有龐大而無限的資源，而訴訟又為高度技術、專業之事項，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（即辯護人）協助被告防禦⁴。而辯護人對被告可以提供有效的保護，乃建立在辯護人可以充分掌握案情之前提上，只有充分掌握案情，辯護人才能有效被告擬定防禦策略、發揮被告之防禦權，以抵禦來自國家機關公權力的不當侵害的機能。由於辯護人的制度的運作，實是落實被告防

禦權行使的必要機制，如果辯護人的權利行使不受憲法保障而可恣意由法律加以限制，則被告防禦權的行使，自亦可能淪為空中閣樓而無法實現。是以在釋字第737號解釋案件中，即有數位大法官認為應從辯護人受憲法保障之權利受侵害的角度處理辯護人偵查中閱卷權的問題⁵，在此觀點下，本無聲請人李宜光律師當事人不適格的問題。例如，羅昌發大法官在其所提出之協同意見書中即指出：「辯護人不僅有刑事訴訟程序上之權利；亦應有憲法上之權利。在憲法上，其權利不僅為傳來自被告或犯罪嫌疑人（即傳來權），尚包括憲法所應賦予之『辯護權』。本席認為，辯護人之辯護權（內含為被告或犯罪嫌疑人接觸及檢閱證據資料之權）應為其憲法上所享有之固有權……在憲法第十六條之下，被告及犯罪嫌疑人有權選任辯護人，應為實現訴訟權應有之『制度內涵』。其既然為訴訟權應有之『制度內涵』，則顯然已經非單純保障訴訟當事人之問題，而同時應以建立憲法所要求之『制度』著眼。在『制度上』，如僅承認被告及犯罪嫌疑人之憲法上權利，而未賦予辯護人擁有憲法上權利以有效協助被告與犯罪嫌疑人，將使辯護人之功能流於被動，而無法更主動有效協助被告及犯罪嫌疑人實現其憲法第十六條之權利。」⁶。惟多數大法官未回應此意見。多數意見於釋字第737號解釋中，在程序上婉轉地以「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。」，認為聲請人即李宜光律師聲請閱卷以協助聲請人賴素如有效行使憲法保障之訴訟權及防禦權，兩人共同聲請釋憲，因「互為互補」而具有聲請人之適格，進而解決可能的程序問題。但是，如該案的聲請人二人當初是「個別」提出聲請釋憲，是否仍然具有聲請人適格？大法官的上開見解並未給出明確的答案⁷。因此，對於辯護人於偵查中行使職權受限制，是否屬於辯護人受憲法保障的權利受到侵害，在釋字第737號做成之際，答案仍不明確。

二、憲法法庭於111憲判7判決正面肯認辯護人偵查中辯護權為辯護人受憲法保障之權利

憲法法庭111年憲判字第7號案件的原因事實略為：聲請人為刑事被告之辯護人，於被告受檢察官訊問時陪同在場

並製作筆記，訊問程序中檢察官以聲請人所記筆記過於詳細，依刑事訴訟法第245條第2項但書規定，扣押聲請人所製作之筆記，並禁止聲請人繼續筆記偵訊內容。聲請人依刑事訴訟法第416條第1項規定提出抗告遭駁回，該裁定確定後，聲請人向司法院大法官聲請解釋憲法。

由於該案並非被告與辯護人一同聲請解釋憲法，是以大法官必須直接處理辯護人是否有權單獨聲請解釋憲法的問題。對此，大法官在111憲判7判決先明文肯認：「查刑事訴訟法第245條第2項……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。」，直接肯定刑事訴訟法第245條第2項有關辯護人在場陪訊、陳述意見之規定，為憲法第16條保障人民受公平審判、正當法律程序原則保障的具體落實，並確認辯護人在偵查中的辯護權內涵，包括在場權、筆記權、陳述意見權等，均受憲法之保障。該見解實已將羅昌發大法官在釋字第737號解釋協同意

見書有關辯護人制度為實現人民訴訟權應有之憲法制度內涵寫入判決理由內。由於大法官確認刑事訴訟法第245條第2項前段的辯護人偵查中辯護權為落實公平審判制度的重要規定並受憲法保障，因此該案聲請人提出的解釋憲法聲請，自無當事人不適格的問題。

參、全律會刑事程序法委員會對限制偵查中辯護權之意見

憲法法庭雖在111憲判7判決雖明確肯認辯護人在偵查中的在場權、筆記權及陳述意見權等偵查中辯護權，為被告、犯罪嫌疑人與辯護人受憲法保障的權利，但因該判決並未將刑事訴訟法第245條第2項有關檢察官依該項但書規定禁止或限制被告、犯罪嫌疑人或辯護人所應享有之偵查中辯護權的規定納為審理標的，是以111憲判7判決僅能在判決審理範圍內，在不檢視刑事訴訟法第245條第2項賦予檢察官限制偵查中辯護權的合憲性的前提下，處理刑事訴訟法未賦予被告、犯罪嫌疑人或辯護人就偵查中辯護權受到侵害一事尋求救濟的機會而違反憲法意旨的疑義。但是在111憲判7判決將辯護人制度為實現人民訴訟權應有之憲法制度內涵、辯護人於偵查中之辯護權為受憲法保障之權利寫入判決

理由後，在依111憲判7判決意旨重新檢討刑事訴訟法相關規定之修正之際，自有必要重新檢視處理刑事訴訟法第245條第2項但書賦予檢察官限制偵查中辯護權限制之合理性與合憲性。

一、限制偵查中辯護權應採法官保留原則

現行刑事訴訟法第245條第2項但書賦予檢察官在一定要件下，即得逕予限制被告、犯罪嫌疑人及所選任辯護人所享有之偵查中辯護權。在111憲判7判決做成之前，辯護人之偵查中辯護權的憲法定位未明，對於檢察官依刑事訴訟法第245條第2項但書限制偵查中辯護權的思考，多單純從被告或犯罪嫌疑人的訴訟權受限制的角度思考，因訴訟權之限制非人身自由之限制，無憲法第8條關於人身自由限制之法官保留原則適用而屬一般的基本權限制，此時的思考判斷上，只要符合憲法第23條之法律保留原則及比例原則，就算是採檢察官保留，從形式上觀之，似亦無違憲之疑慮。

然而，111憲判7判決將辯護人享有之在場陪訊、陳述意見等偵查中辯護權定位為落實被告及犯罪嫌疑人的憲法上所應享有之受有效協助與辯護權利的具體制度：「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，而確認偵查中辯護權作為憲法第16條訴訟權保障的制度性意義。

由於偵查中辯護權的行使，是為了落實被告及犯罪嫌疑人的憲法上所應享有之受有效協助與辯護權利，且其實質上，更有透過辯護人在場及行使辯護權等，以確保公權利不遭濫用之機能。因此辯護人行使偵查中辯護權，本質上實有落實正當程序及監督檢察官行使偵查權並避免濫權之憲法意義，因此辯護人的偵查中辯護權與檢察官的偵查權，兩種權利／權力在本質上即存有對立、矛盾之潛在衝突。

例如，111憲判7判決之原因事實案件，曾另外引發檢察官評鑑委員會是否要將承辦檢察官送個案評鑑之爭議（該委員會最終以5：4的投票結果，決議不付評鑑），檢察官評鑑委員會多數意見認為辯護人以筆記抄錄金流金額、時間等資訊，「受評鑑人（按，即檢察官）以案件偵辦全局思考，認陳情人（按，即辯護人）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」、「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」⁸。而另一方面，不同意上開不付評鑑的理由，並認為個案應付評鑑的檢察官評鑑委員會的4名委員，則撰擬不同意見書反駁：「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。」⁹。黃瑞明大法官在檢視上開檢察官評鑑委員會多數意見及少數意見針鋒相對的理由論辯後，於其就111憲判7判決提出之協同意見書感嘆：「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』」¹⁰。黃瑞明大法官於協同意見書的感嘆，完全凸顯辯護人與檢察官角色的潛在衝突性質。

依照常人之經驗法則，要避免權利／權力濫用，首先即要避免讓立場相左之一方有限制他方權利／權力行使可能的機會。而刑事訴訟法第245條第2項但書允許檢察官自行判斷並限制偵查中辯護權的行使，此一制度設計完全背離上開經驗法則，最終成為前開檢察官評鑑委員會多數意見及少數意見針鋒相對的論辯的結構性因素。此一制度的運作，讓檢察官得以訴諸所謂「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」等看似符合公益理由，即限制辯護人偵查中的辯護權，然此等運作方式，有直接架空辯護人偵測、監督、防範國家公權利濫用機能的風險，並剝奪偵查中辯護權作為憲法第16條訴訟權保障的制度性意義。是以，現行刑事訴訟法第245條第2項但書允許檢察官自行發動、限制辯護人偵查中的辯護權，應非允當。偵查中辯護權的限制，應以「法官保留」而由中立客觀的法官審酌，始為公允。

固然法官在憲法上的核心功能為對應人民訴訟權的審判（憲法第80條），而我國憲法唯一明文規定審判外之事項須以法官保留者，者亦僅有憲法第8條有關

人身自由的限制規定，其餘事項似非法官職權的核心事項。惟偵查中辯護權的存在，既然具有落實憲法第16條訴訟權保障的制度性意義，則允許以「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」等事由限制偵查中辯護權，即是認為憲法第16條所設用以保障人民訴訟權的制度以及人民的基本權利保障，都必須暫時為了上述的公益理由而退讓。然而，「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』，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』。」¹¹，是以偵查中辯護權縱使可以限制，也不應該以犧牲正當程序為代價，否則以不正當方式追求的司法正義，最終也會變成不正義。

因此，由受到制度保障，具有中立、獨立身分地位的法官，以中立客觀的角度，對檢察官所提出認定應對偵查中辯護權予以限制之事由進行權衡，評估憲法第16條所設，用以保障人民訴訟權的

辯護制度應否退讓於檢察官所主張之所謂公益，方能擺脫檢察官在偵查程序中，與辯護人間可能的角色衝突，而真正落實正當程序之要求。

或有認為，由檢察官對偵查中辯護權為限制後，依照111憲判7判決之意旨，給予被告、犯罪嫌疑人或辯護人尋求司法救濟之機會，亦能由具有中立、獨立身分地位的法官，以中立客觀的角度進行權衡以處理偵查程序中檢察官與辯護人的角色衝突問題，應無事前即要求法官保留之必要。然查：

在偵查實務中，辯護人與檢察官互信基礎最為薄弱的階段，就在被告或犯罪嫌疑人第一次接受檢警偵查、訊問的階段。在此一階段，檢察官對於被告或犯罪嫌疑人在接受檢警偵查、訊問，是否會對所調查的犯罪事實有所警覺，進而妨礙後續的偵查多有所疑慮，因此會急於在第一次對被告或犯罪嫌疑人為詢問、訊問前，即完成主要證據的蒐證工作並避免外洩太多訊息，如對被告或犯罪嫌疑人为詢問、訊問後，檢察官仍認所蒐集之資料尚未完足，為避免被告或犯罪嫌疑人後續湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人，更可能進一步聲請法院羈押被告。而辯護人在當事人接受司法警察（官）詢問或檢察官訊問前，對於檢警偵辦事由大多還未掌握輪廓，因此亟需透過行使偵查中在場權及筆記權等，快速掌握事實輪廓並為當事人調

查、蒐集有利之事證並擬定妥適之答辯方針，並在所初步掌握的偵查輪廓基礎上，進一步考慮當事人後續如遭逮捕、聲押的因應策略。如檢察官得自行決定是否限制偵查中辯護權，則其心中的天平桿秤在先天上就已傾斜。再考量被告如在偵查中辯護權受到限制條件下作成之筆錄，該筆錄還可能會成為檢察官聲押被告的依據，被告將立時陷入人身自由可能遭到剝奪的風險。於此情況下，縱謂被告、犯罪嫌疑人或辯護人在偵查中辯護權受限制後，仍有事後尋求司法救濟之機會，但在司法救濟結果出來之前，被告可能已因事前的程序保障不足而受到羈押。縱使事後法院確認檢察官限制偵查中辯護權確有不當、被告先前製作筆錄之程序確實因為未能使被告受完整之辯護人協助而有所不當，然此時被告因程序保障不足導致人身自由受侵害的既成事實，並不會有任何改變。唯一能避免此一情況發生的機制，就僅有對限制偵查中辯護權之事項採取法官保留原則。

二、對偵查中辯護權之限制應採令狀主義

透過程序的正義，以實現實體的正義，是現代刑事司法的基本理念，而實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意，刑事訴訟法第2條第1項定有明

文。限制偵查中的辯護權，本質上已架空植基於憲法第16條人民訴訟權保障的辯護制度，對人民基本權侵害甚大，限制偵查中辯護權本應審慎為之。是以，全律會刑事程序法委員會內部討論後，認為偵查中辯護權之限制應採令狀主義及法官保留原則，應責成檢察官在限制偵查中辯護權前，明列決定限制之具體理由及所依據之事實，並由受理聲請之公平法院，居於中立、客觀、超然立場，在打擊犯罪及損害人民權益之間，對於聲請機關提出之資料，確實審核，善盡把關職責，如認檢察官之聲請有理由，則應於相關書類中明載其判斷理由及憑據，俾便後續受處分人尋求救濟，以確保國家公權力限制偵查中辯護權，能夠審慎、客觀且公正。

三、限制範圍不得及於檢視、扣押或命辯護人交出筆記內容

憲法法庭在111憲判7判決中，明文肯認辯護人有權於偵查中訊問時在場聽聞，並當場為被告或犯罪嫌疑人適時表達法律上意見或提供法律上協助之權，甚至更進一步說明：「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。」¹²，而確認辯護人在

場之筆記，屬辯護人之記憶與思維活動的輔助行為，而與辯護人行使在場並陳述意見之辯護權密不可分。

由於辯護人在偵查中書寫筆記，是行使在場權及陳述意見權所必要，相關權利均屬憲法為落實憲法第16條訴訟權保障所內含的辯護制度之內涵。但筆記權與其他在場權、陳述意見權略有不同。後二者均為辯護人在檢察官面前執行職務之方式，而筆記權則又可分為記錄筆記的行為與記錄筆記的成果二類，前者與在場權、陳述意見，均為辯護人在檢察官面前執行職務之方式，而記錄筆記的成果，則是辯護人內心活動的外在記錄，內容除了包含辯護人當場所體驗感知之資訊外，內容可能還包含辯護人未來之辯護策略、之前與被告溝通瞭解之內容、以及辯護人側面觀察所得之內心印象、結論、法律見解等，是辯護人思想內容的具體化等等¹³。

辯護制度的有效運作，應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、避免國家對其工作內容的不必要的窺視^{14、15}，而聯合國於1990年《關於律師作用之基本原則》第16點（a）也揭示：「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」¹⁶，由於辯護人於訊問現場所製作之筆記，內容涉及辯護人的記憶及思想內容，更有辯護人的觀察、印象、法律見解、辯護策略等思考內容，

而屬辯護人為被告辯護的根本核心，是以相關內容不僅不容任何非當事人以外之人（含國家機關）檢查，更不得予以扣押或命辯護人交出，否則如容許檢視甚至扣押辯護人筆記內容，無異是給予國家機關檢查辯護人思考內容之可能，而將直接危及辯護制度的運作，而根本地破壞憲法第16條所保障的訴訟權。是以，縱使偵查中的辯護權得以在例外情況予以限制，該限制範圍也不得及於檢視、扣押或命辯護人交出筆記內容。

四、違法限制偵查中辯護權之效果

如有違法限制偵查中辯護權之情事，應進一步考慮被告或犯罪嫌疑人在偵查中辯護權受限制之情況下所做之筆錄是否有證據能力之問題。過往在別無特別規定之情況下，公務員如有違反刑事訴訟法之程序規定而取得證據，相關證據得否作為證據，原則上都應回歸刑事訴訟法第158條之4「除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護。」之規定，由法院於個案審理中，就個人基本人權之保障及公共利益之均衡維護，依比例原則及法益權衡原則，考量（一）違背法定程序之程度、（二）違背法定程序時之主觀意圖、（三）

違背法定程序時之狀況（即程序之違反是否有緊急或不得已之情形）、（四）侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重、（五）犯罪所生之危險或實害、（六）禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果、（七）偵審人員如依法定程序，有無發現該證據之必然性、（八）證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度等情狀，經綜合審酌後再決定應否賦予證據能力¹⁷。然而在訴訟實務上，依照刑事訴訟法第158條之4權衡原則排除證據能力之情形甚少，此一訴訟實務的操作結果，無異是對外昭告：司法機關如稍有疑慮，即可大膽排除偵查中辯護權，縱使嗣經認定有違法限制情形，所取得之筆錄有相當大概率仍有證據能力，對案件不會有太大之影響。

然而，偵查中辯護權倘若受到限制甚至排除，因被告、犯罪嫌疑人可能繼續製作筆錄，其在高壓的偵查程序中，能否繼續維持平常心態審慎回答問題已不無疑問，且對欠缺法律專業能力之被告而言，在其辯護人之辯護權已受限制之情況下，要期待被告或犯罪嫌疑心理上仍有餘裕並時時注意其權益不受損害（例如，注意到檢警有無引用非法之證據而誘導其為不利陳述等情），實無期待可能性。

由於被告或犯罪嫌疑人在偵查中，在其所享有的偵查中辯護權遭不法排除之情況下，作成不利於己之陳述，其所

屬情境與被告在不正情境下作成自白的情形類似。則此時被告相關陳述之證據能力認定，或可參考刑事訴訟法第156條第1項之規定，只有在確保其陳述「非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者」之情況下，方得作為證據。如被告或犯罪嫌疑人在檢、警詢問、訊問過程中有偵查中辯護權遭違法排除之情況，原則上即應認定被告之自白屬「出於不正之方法」之情況，此時相關陳述之證據能力，自應逕予排除。

肆、結 論

司法院大法官作成111憲判7判決後，已初步釐清偵查中辯護權的憲法定位，本文在此基礎上，整理、紀錄全律會刑事程序法委員會對該判決作成後，後續修法之方向之意見，期能使各界更清楚瞭解律師界對於辯護人角色的自我認知及定位，期能共同促進我國司法體

系之健全與發展。又本文囿於篇幅，無法就刑事訴訟法第245條第2項但書允許檢察官以「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」等情限制偵查中辯護權的合憲性部分，逐一檢視各該例外情況是否符合具體明確、是否可以通過比例原則的「合目的性原則」、「侵害最小原則」及「衡平性原則」的審查。惟就此部分，111憲判7判決原因事實案件衍生的檢察官應否付個案評鑑之爭議中，認為應付評鑑之評鑑委員已於其不同意見書，詳述渠等認為該案個案檢察官限制辯護人在場權無法通過比例原則審查的理由，該理由應可一併供各界參酌，併此附帶說明如上。♣

註釋

1. 參與相關會議討論之律師，包含全律會刑事程序法委員會主委尤伯祥律師、副主委陳奕廷律師、委員王振名律師、何俊龍律師、吳文君律師、吳典哲律師、林思儀律師、簡陳由律師、謝育錚律師及筆者等。
2. 黃朝義，刑事訴訟法，2006年9月，80頁；張麗卿，刑事訴訟法理論與運用，2007年1月，133頁。
3. 釋字第654號解釋，許玉秀大法官協同意見書參照。

4. 釋字第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。
5. 陳新民大法官提出之釋字第737號解釋協同意見書、羅昌發大法官提出，黃虹霞大法官加入之釋字第737號解釋協同意見書、蔡明誠大法官提出，黃虹霞大法官加入之釋字第737號解釋協同意見書、黃虹霞大法官提出之釋字第737號解釋部分協同部分不同意見書等參照。
6. 羅昌發大法官提出，黃虹霞大法官加入之釋字第737號解釋協同意見書，第13頁參照。
7. 林俊益大法官提出之釋字第737號解釋協同意見書，第3頁參照。
8. 檢察官評鑑委員會107年檢評字第001號評鑑決議書，第7-8頁。引用自<https://www.moj.gov.tw/media/7109/121190110173425350.pdf?mediaDL=true>（最後瀏覽日：2023年5月29日）。
9. 檢察官評鑑委員會107年檢評字第001號，委員李玲玲、林志忠、陳運財、葉建廷所共同出具之不同意見書，第23頁。引用自<https://www.moj.gov.tw/media/7110/18419011017410761e.pdf?mediaDL=true>（最後瀏覽日：2023年5月29日）。
10. 黃瑞明大法官提出之憲法法庭111年憲判字第7號判決部分協同部分不同意見書，第9頁參照。
11. 詹森林大法官提出，謝銘洋大法官加入之釋字第737號解釋協同意見書，第3頁參照。
12. 司法院111年憲判字第7號判決，第13段。
13. 全國律師聯合會、台北律師公會、台灣刑事辯護律師協會於110年8月11日，為司法院大法官審理111年憲判字第7號案件之需，聯名提出之意見書第23頁參照。引用自<https://cons.judicial.gov.tw/download/download.aspx?id=408521>（最後瀏覽日：2023年5月29日）。
14. Hickman v. Taylor, 329 U.S. 495, at 511-12 (1947)(“Proper preparation of Aclient’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.”).
15. 同註9，第29-30頁參照。
16. 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).
17. 最高法院111年度台上字第4145號、111年度台上字第5324號、111年度台上字第3883號等判決意旨參照。

關鍵詞：在場權、辯護權、正當法律程序

DOI：10.53106/279069731601

（相關文獻☛月旦知識庫 www.lawdata.com.tw；
更多裁判分析☛月旦法律分析庫 lawwise.com.tw）