

本報告僅供委員參考

刑事訴訟法第 70 條之 1、第 245 條及
第 245 條之 1 條文修正草案評估報告

法制局 陳世超 撰

中華民國 113 年 3 月

刑事訴訟法第 70 條之 1、第 245 條及 第 245 條之 1 條文修正草案評估報告

目 次

摘 要

壹、前言.....	1
貳、草案重點.....	1
參、問題研析與建議.....	2
一、行政院版增訂非因過失遲誤聲請之回復原狀準用規定，較為周延，建議予以採納（草案第 70 條之 1）.....	2
二、草案明定偵查訊問程序之筆記權並增訂辯護權遭限制或禁止之救濟程序，尚符憲法法庭判決意旨（草案第 245 條第 2 項本文、第 245 條之 1 第 1 項）.....	2
三、論者對於草案第 245 條第 2 項但書之限制或禁止規定，尚存不同意見，實務執行時允宜審慎，以減少爭議（草案第 245 條第 2 項但書）.....	4
四、行政院版增訂辯護權限制或禁止事由應記明筆錄，有助法院事後審查其合法性，建議予以採納（草案第 245 條第 3 項）.....	17
五、行政院版增訂禁止辯護人在場時應再次踐行權益告知事項，有助於確保被告或犯罪嫌疑人權利，建議予以採納（草案第 245 條第 4 項）.....	17
六、行政院版增訂對於法院裁定不得抗告規定，較為明確，建議予以採納（草案第 245 條之 1 第 4 項）.....	18

七、違法限制偵查中辯護權之法律效果，允宜由主管機關另行 研議，以避免爭議	19
八、法案性別及人權影響評估	23
肆、結論.....	24
伍、條文對照表.....	25
參考文獻.....	32
附錄：「刑事訴訟法第 70 條之 1、第 245 條及第 245 條之 1 條文修 正草案評估報告（初稿）」座談會紀錄及參採情形.....	34

摘 要

為完善被告訴訟權之保障與偵查訊問中辯護權範圍及所為之限制或禁止暨其救濟等事項，有增修相關規範之必要，司法院及行政院爰擬具刑事訴訟法第 70 條之 1、第 245 條及第 245 條之 1 條文修正草案，於 113 年 3 月 11 日送請本院審議。經本報告研析相關內容，並檢視性別與人權影響評估結果，提出相關建議，俾供本院委員問政及審查法案參考。

刑事訴訟法第 70 條之 1、第 245 條及 第 245 條之 1 條文修正草案評估報告

壹、前言

刑事訴訟法（下稱本法）自民國¹（下同）17 年 7 月 28 日制定公布，並自同年 9 月 1 日施行以來，歷經數次修正；最近一次係於 112 年 12 月 27 日修正公布。

為完善被告訴訟權之保障與偵查訊問中辯護權範圍及所為之限制或禁止暨其救濟等事項，有增修相關規範之必要，司法院及行政院爰擬具「刑事訴訟法第 70 條之 1、第 245 條及第 245 條之 1 條文修正草案」²（下稱本草案），並於 113 年 3 月 11 日以院台廳刑一字第 1130006279 號、院臺法字第 1135003762A 號函請本院審議。茲就提案之相關內容進行研析，並就其性別及人權影響評估報告結果加以檢視，提出相關建議，俾供本院委員問政及審查法案參考。

貳、草案重點

本草案計修正 1 條，新增 2 條。僅就本報告納入研析與建議條文摘錄修正要點如下：

- 一、為符合憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決意旨，並完善保障被告及犯罪嫌疑人之訴訟權，增訂辯護人於偵查訊問程序中之筆記權。（本草案第 245 條）（行政院對於本草案第 245 條有不同意見）
- 二、明定辯護權遭限制或禁止之救濟程序，俾保障被告或犯罪嫌疑人之權益。（本草案第 245 條之 1）（行政院對於本草案第 245 條之 1 有不同意見，另增訂第 70 條之 1）

¹ 本報告有關年分之使用，原則以民國紀年表述，惟涉及外國法制或立法例部分，改採西元紀年表述。

² 立法院第 11 屆第 1 會期第 7 次會議議案關係文書（院總第 20 號政府提案第 11001896 號），113 年 3 月 27 日印發。

參、問題研析與建議

一、行政院版增訂非因過失遲誤聲請之回復原狀準用規定，較為周延，建議予以採納（草案第 70 條之 1）

本法第 67 條至第 69 項³規定，非因過失，遲誤聲請撤銷或變更檢察官命令之期間者，於其原因消滅後 10 日內，得聲請回復原狀，並規定聲請回復原狀之相關程序。

惟對於檢察事務官、司法警察官、司法警察所為處分不服，而依法得向該管法院聲請撤銷或變更者（例如，依本草案第 245 條之 1 第 1 項向法院聲請撤銷或變更情形），得否準用刑事訴訟法第 67 條至第 69 項規定聲請回復原狀，法無明文，恐生爭議。

因此，本草案（行政院版）增訂第 70 條之 1：「第 67 條至第 69 條之規定，於遲誤聲請撤銷或變更檢察事務官、司法警察官或司法警察處分之期間者，準用之」明定準用規定，以周延救濟程序，較為妥適，建議予以採納。

二、草案明定偵查訊問程序之筆記權並增訂辯護權遭限制或禁止之救濟程序，尚符憲法法庭判決意旨（草案第 245 條第 2 項本文、第 245 條之 1 第 1 項）

（一）憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決意旨

1. 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，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

³ 本法第 67 條：「非因過失，遲誤上訴、抗告或聲請再審之期間，或聲請撤銷或變更審判長、受命法官、受託法官裁定或檢察官命令之期間者，於其原因消滅後 10 日內，得聲請回復原狀（第 1 項）。許用代理人之案件，代理人之過失，視為本人之過失（第 2 項）」；第 68 條：「因遲誤上訴或抗告或聲請再審期間而聲請回復原狀者，應以書狀向原審法院為之。其遲誤聲請撤銷或變更審判長、受命法官、受託法官裁定或檢察官命令之期間者，向管轄該聲請之法院為之（第 1 項）。非因過失遲誤期間之原因及其消滅時期，應於書狀內釋明之（第 2 項）。聲請回復原狀，應同時補行期間內應為之訴訟行為（第 3 項）」；第 69 條：「回復原狀之聲請，由受聲請之法院與補行之訴訟行為合併裁判之；如原審法院認其聲請應行許可者，應繕具意見書，將該上訴或抗告案件送由上級法院合併裁判（第 1 項）。受聲請之法院於裁判回復原狀之聲請前，得停止原裁判之執行（第 2 項）」。

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。

2. 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

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。

3. 本法未賦予向法院請求救濟機會，違反憲法第 16 條保障訴訟權之意旨

本法第 245 條第 2 項⁴但書規定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。

本法第 416 條第 1 項⁵及同法其他規定就限制或禁止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。

(二) 本草案明定偵查訊問程序之筆記權，並增訂辯護權遭限制或禁止之救濟程序，尚符憲法法庭判決意旨

本草案第 245 條第 2 項⁶本文明定辯護人於偵查訊問程序中之筆記權，並增訂第 245 條之 1 第 1 項⁷，明定辯護權遭限制或禁止之救濟程序，俾保障被告及犯罪嫌疑人受有效協助與辯護之權利及其訴訟權，有助於被告及犯罪嫌疑人訴訟權之保障。

三、論者對於草案第 245 條第 2 項但書之限制或禁止規定，尚

⁴ 本法第 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」。

⁵ 本法第 416 條第 1 項：「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、通訊監察及第一百零五條第三項、第四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、對於第三十四條第三項指定之處分」。

⁶ 本草案第 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，並得筆記及陳述意見。……」。

⁷ 本草案第 245 條之 1 第 1 項：「被告、犯罪嫌疑人及其辯護人，對於前條第 2 項但書之限制或禁止不服者，得向該管法院聲請撤銷或變更之」。

存不同意見，實務執行時允宜審慎，以減少爭議(草案第 245 條第 2 項但書)

(一) 論者對於本草案第 245 條第 2 項但書限制或禁止規定，尚存不同意見

論者認⁸，本草案第 245 條第 1 項規定：「偵查，不公開之」，又稱偵查不公開原則。但偵查不公開，絕非概括性地排除被告或辯護人地位的原則，且偵查階段被告或犯罪嫌疑人仍得隨時選任辯護人⁹，訊問時亦應告知其此項權利¹⁰。是以，本草案第 245 條第 1 項宣示偵查不公開原則之後，隨即於同條第 2 項規定辯護人之在場權¹¹。不過，關於辯護人之偵訊在場權，本草案第 245 條第 1 項但書¹²另設例外規定，惟此一限制禁止規定，不但過於籠統(如「妨害國家機密」)，事由亦不當擴張(如「妨害他人名譽」)，因此備受批評。

另有論者認¹³，不應允許全面禁止辯護人行使在場陪偵權利，若具限定之事由亦僅限定陪偵時期或限縮為較短時間。且相關陪偵之限制，偵查機關亦應與律師協議，並採取相關維護被告或犯罪嫌疑人權利防禦措施(例如，記明筆錄或錄音錄影等)。簡言之，有關辯護人之在場、意見陳述以及筆記權，僅可例外限制，不可禁止，並應確保其向法院請求救濟調整機制。

甚有論者認¹⁴，偵查中之犯罪嫌疑人、審判中之被告有緘默權、

⁸ 林鈺雄，〈限制或禁止辯護人在場之抗告救濟權—111 年憲判字第 7 號判決評釋〉，《月旦實務選評》，第 3 卷，第 1 期，112 年 1 月，頁 102-103。

⁹ 本法第 27 條第 1 項：「被告得隨時選任辯護人。犯罪嫌疑人受司法警察官或司法警察調查者，亦同」。

¹⁰ 本法第 95 條第 1 項：「訊問被告應先告知下列事項：……三、得選任辯護人。如為低收入戶、中低收入戶、原住民或其他依法令得請求法律扶助者，得請求之」。

¹¹ 本法第 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。……」。

¹² 本法第 245 條第 2 項：「……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」。

¹³ 林裕順，〈辯護人陪偵權利與限制—簡評憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決〉，《月旦裁判時報》，第 134 期，112 年 8 月，頁 49-50。

¹⁴ 憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決黃虹霞大法官部分不同意見書，頁 2-3。

選任辯護人權及無辯護人陪同停止訊問權¹⁵，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。是以，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，乃屬上開基本權論理推導之所當然，不待明定。因此，本草案第 245 條第 2 項本文規定是憲法要求，不是立法裁量恩惠。而受憲法保障之基本權固非不得以法律並合於比例原則之方式限制，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，應不得以法律限制之。準此，其認本草案第 245 條第 2 項但書規定顯然侵害犯罪嫌疑人上開受憲法保障之基本權，而為違憲。

因此，論者就本草案第 245 條第 2 項但書限制或禁止規定，尚存不同意見，摘述如下：

1. 有事實足認有妨害國家機密之虞

論者認¹⁶，「有事實足認有妨害國家機密之虞」之情形，應係慮及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 條及律師倫理規範第 37 條¹⁷規定外，甚有刑事責任¹⁸。因此

¹⁵ 本法第 95 條第 1 項：「訊問被告應先告知下列事項：……二、得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。三、得選任辯護人。如為低收入戶、中低收入戶、原住民或其他依法令得請求法律扶助者，得請求之」；第 95 條第 2 項：「無辯護人之被告表示已選任辯護人時，應即停止訊問。但被告同意續行訊問者，不在此限」。

¹⁶ 憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決黃瑞明大法官部分協同部分不同意見書，頁 14-15。

¹⁷ 律師法第 36 條：「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」；律師倫理規範第 37 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。但有下列情形之一，且在必要範圍內者，得為揭露：一、避免任何人之生命、身體或健康之危害。二、避免或減輕因委任人之犯罪意圖及計畫或已完成之犯罪行為之延續可能造成他人財產上之重大損害。三、律師與委任人間就委任關係所生之爭議而需主張或抗辯時，或律師因處理受任事務而成為民刑事訴訟之被告，或因而被移送懲戒時。四、依法律或本規範應揭露者」。

¹⁸ 國家機密保護法第 32 條：「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 1 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 2 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 3 項）。第 1 項及第 2 項之未遂犯罰之（第 4 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 5 項）。犯前 5 項之罪，所洩漏或交付屬絕對機密者，加重其刑至 1/2（第 6 項）」。

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。

亦有論者認¹⁹，以「有事實足認有妨害國家機密之虞」作為限制或禁止辯護人在場之理由，恐將排除亟需辯護人在場之政治犯，並不合理。

是以，論者認²⁰，單純讓辯護人在場與是否有妨害國家機密的危險，二者之間並不一定存在著等號的關係。因此，僅以有事實足認其在場有妨害國家機密作為原因來限制辯護人的在場權行使，過於寬鬆，對於有效辯護極為不利。

2. 有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞

論者認²¹，於「有事實足認有湮滅、偽造、變造證據之虞」情形，可能構成刑法第 165 條²²湮滅刑事證據罪，律師倫理規範第 24 條第 1 項²³亦明文規定律師「不得偽造變造證據」；而「有事實足認其有勾串共犯或證人之虞」情形，可能成立刑法教唆偽證罪。惟在辯護人未有任何湮滅刑事證據或教唆行為之前，即預先防患，高度懷疑辯護人可能會從事湮滅刑事證據或教唆偽證之行為，從而即可禁止辯護人筆記甚至禁止在場，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。因此有關「有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人或妨害他人名譽之虞」此要件並無規範必要。

論者並認²⁴，有關「湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人」的事由，原屬被告拘提、羈押理由²⁵，卻用以限制辯護人在場，更

¹⁹ 林裕順，〈論偵訊中辯護人之在場權〉，《法學新論》，第 2 期，97 年 9 月，頁 14。

²⁰ 吳俊毅，〈辯護人在場權之探討〉，《政大法學評論》，第 108 期，98 年 4 月，頁 198-199。

²¹ 黃瑞明，同註 16，頁 12、15。

²² 刑法第 165 條：「偽造、變造、湮滅或隱匿關係他人刑事被告案件之證據，或使用偽造、變造之證據者，處 2 年以下有期徒刑、拘役或 1 萬 5,000 元以下罰金」。

²³ 律師倫理規範第 24 條第 1 項：「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」。

²⁴ 林裕順，同註 19，頁 14。

²⁵ 本法第 76 條：「被告犯罪嫌疑重大，而有下列情形之一者，必要時，得不經傳喚逕行拘提：一、無

是否定刑事訴訟辯護制度本質。辯護人果有湮滅罪證等情事當屬犯罪行為，偵查機關應另行追究相關刑事責任，或移請懲戒追究責任，實無由偵查機關監控評價律師之不法，既褻瀆律師於訴訟程序中之神聖任務，並侵害被告原有之憲法基本權保障。

3. 有事實足認有妨害他人名譽之虞

論者認²⁶，「有事實足認有妨害他人名譽之虞」之情形，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²⁷洩漏業務上知悉秘密罪、同法第 309 條及第 310 條²⁸妨害名譽罪處罰，並無將之列為得限制或禁止辯護人在場之必要。

另有論者認²⁹，「有事實足認有妨害他人名譽之虞」不僅摒除性犯罪案件，亦因犯罪不免涉及被害隱私，將形同被害人或可左右被告辯護權之保障，並不合理。

亦即，論者認³⁰，本草案第 245 條第 2 項但書雖容許偵查機關得於一定情形下，限制或禁止辯護人於訊問被告或犯罪嫌疑人在場，但此規定過於廣泛籠統而有不當。以「有事實足認有妨害他人名譽之虞」為例，僅因為辯護人在場可能「妨害他人名譽」，就可以禁止其在場，將使得被告或犯罪嫌疑人無法得到辯護人的協助，是否有利益過度失衡情形，實有斟酌的餘地。

4. 行為不當足以影響偵查秩序者

一定之住、居所者。二、逃亡或有事實足認為有逃亡之虞者。三、有事實足認為有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞者。四、所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪者」；第 101 條第 1 項：「被告經法官訊問後，認為犯罪嫌疑重大，而有下列情形之一，非予羈押，顯難進行追訴、審判或執行者，得羈押之：一、逃亡或有事實足認為有逃亡之虞者。二、有事實足認為有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞者。三、所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為 5 年以上有期徒刑之罪，有相當理由認為有逃亡、湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞者」。

²⁶ 黃瑞明，同註 16，頁 15。

²⁷ 刑法第 316 條：「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 1 年以下有期徒刑、拘役或 5 萬元以下罰金」。

²⁸ 刑法第 309 條第 1 項：「公然侮辱人者，處拘役或 9,000 元以下罰金」；第 310 條第 1 項：「意圖散布於眾，而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事者，為誹謗罪，處 1 年以下有期徒刑、拘役或 15,000 元以下罰金」。

²⁹ 林裕順，同註 19，頁 14。

³⁰ 憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決所附「李榮耕教授意見書」，頁 6。

雖有論者認³¹，檢察官有主導偵查程序及維護法庭秩序之權利，當辯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，尚具合理性。

惟有論者認³²，本草案第 245 條第 2 項但書規定「行為不當足以影響偵查秩序者」，此一要件將因何為「不當」難以界定，偵查人員或將以此為藉口，偵訊中選任辯護人制度將完全破壞。

亦即，論者認³³，「影響偵查秩序」係過於寬鬆的規定，蓋辯護人積極地為被告或犯罪嫌疑人主張權利，可能也會被偵查機關認為是「行為不當足以影響偵查秩序」而被限制或禁止在場³⁴。

（二）限制或禁止偵查訊問程序中之辯護權行使是否應採法官保留原則，亦存爭議

有論者認³⁵，依照常人之經驗法則，要避免權力濫用，首先即要避免讓立場相左之一方有限制他方權力行使可能的機會。本草案第 245 條第 2 項但書允許偵訊者自行判斷並限制偵查中辯護權的行使，此一制度設計背離上開經驗法則，且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，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。

或有認事後給予被告、犯罪嫌疑人或辯護人向法院尋求司法救濟的機會，即為已足，而無事前要求法官保留之必要。

³¹ 黃瑞明，同註 16，頁 15-16。

³² 林裕順，同註 19，頁 14。

³³ 李榮耕，同註 30，頁 6。

³⁴ 一個積極主動為被告或犯罪嫌疑人主張權益，建議其保持緘默或請求訊問官員明確表述問題的辯護人，極可能會被認為是「行為不當足以影響偵查秩序」，而被限制或禁止其在場及陳述意見。但這等於是變相地要求在場的辯護人必須要「行使緘默權」，而對於被告或犯罪嫌疑人，一個只能在場，但不能（積極）陳述意見的辯護人有何意義可言。李榮耕，〈受拘捕犯罪嫌疑人於訊問中之受辯護權〉，《月旦法學》，第 192 期，100 年 4 月，頁 59-60。

³⁵ 黃任顯，〈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〉，《月旦律評》，第 16 期，112 年 7 月，頁 14。

然論者認³⁶，偵查實務中，在被告或犯罪嫌疑人第一次接受檢察偵查訊（詢）問後，如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，可能進一步聲請法院羈押。而辯護人在當事人接受訊（詢）問前，對於檢察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，快速掌握事實輪廓為當事人調查、蒐集有利事證並擬定妥適答辯方針，並在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、聲請羈押的因應策略。如檢察得自行決定是否限制偵查中辯護權，再考量被告在偵查中辯護權受到限制條件下所作之筆錄可能會成為後續聲請羈押的依據，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限制偵查中辯護權確有不當，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。

惟亦有論者認³⁷，將辯護權之限制或禁止採法官保留形式固較有保障，但法院之裁定難免曠日廢時或緩不濟急，如採取此種立法模式宜就緊急狀況之處置設例外規定（事後審查），或為求時效，先由偵訊機關之首長決定，再賦予當事人及其辯護人事後向法院提起救濟。

（三）另有論者建議引進德國刑事訴訟法辯護人排除規定，讓辯護人自程序退出並讓新的辯護人來實行在場權

有論者認³⁸，本草案第 245 條第 2 項但書以在場權的實行作為

³⁶ 同前註，頁 15。

³⁷ 羅秉成，〈律師在場權與實質辯護——以偵查中律師陪訊制度改革為中心〉，《全國律師》，第 12 卷，第 12 期，97 年 12 月，頁 50。

³⁸ 吳俊毅，同註 20，頁 204。

妨害刑事司法的原因，藉此限制辯護人在場權實行，因為缺乏進一步妨害刑事司法的行為，用來正當化限制在場權的原因並不充分，這樣的規定應該要加以刪除。若是辯護人涉嫌實行妨害刑事司法的行為，應該是要將辯護人的其他具體的權利加以限制，例如，依據本法第 34 條但書限制辯護人與被告之間的交流權。至於辯護人如有涉嫌更嚴重妨害刑事司法的情形，則是應該考慮引進德國刑事訴訟法的辯護人排除機制，讓辯護人自程序退出並讓新的辯護人來實行在場權。

惟此尚涉本法中有關辯護人選任、接見、在場及陳述意見等受辯護權之整體規範性考量，且涉及辯護人排除之實質要件、程序要件及救濟程序等，是否參酌論者意見及德國刑事訴訟法增訂辯護人排除規定，建議由主管機關另行審酌研議。

茲就德國刑事訴訟法³⁹辯護人排除規定，摘述如下：

1. 德國刑事訴訟法第 138a 條

德國刑事訴訟法第 138a 條⁴⁰規定：「(1) 辯護人在下列情形中涉嫌重大，或其嫌疑達到可開啟審判程序之程度時，應排除其參與程序：1. 參與構成調查對象之犯罪。2. 濫用與行動自由受剝奪被告之溝通，以實施犯罪或重大危及押所安全，或 3. 實施某行為，而該行為在被告被判有罪之情況下將會構成資訊贓物罪、包庇犯罪利益、妨礙司法或贓物罪。(2) 若一定之事實構成嫌疑，辯護人已

³⁹ 以下德國刑事訴訟法中譯文字均係參考林鈺雄，《德國刑事訴訟法註釋書》，1 版，新學林出版股份有限公司，112 年 6 月，頁 405-415。

⁴⁰ Strafprozeßordnung §138a:「(1) Ein Verteidiger ist von der Mitwirkung in einem Verfahren auszuschließen, wenn er dringend oder in einem die Eröffnung des Hauptverfahrens rechtfertigenden Grade verdächtig ist, daß er 1. an der Tat, die den Gegenstand der Untersuchung bildet, beteiligt ist, 2. den Verkehr mit dem nicht auf freiem Fuß befindlichen Beschuldigten dazu mißbraucht, Straftaten zu begehen oder die Sicherheit einer Vollzugsanstalt erheblich zu gefährden, oder 3. eine Handlung begangen hat, die für den Fall der Verurteilung des Beschuldigten Datenhehlerei, Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei wäre. (2) Von der Mitwirkung in einem Verfahren, das eine Straftat nach § 129a, auch in Verbindung mit § 129b Abs. 1, des Strafgesetzbuches zum Gegenstand hat, ist ein Verteidiger auch auszuschließen, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, daß er eine der in Absatz 1 Nr. 1 und 2 bezeichneten Handlungen begangen hat oder begeht.」。

實施或正實施第 1 項第 1 款及第 2 款所稱之行為，亦應排除其參與以刑法第 129a 條及其結合第 129b 條第 1 項犯罪為對象之程序。……」。

此係辯護人排除事由之列舉規定，其他辯護人之不當行為，即使是不法或甚至構成犯罪，都不能排除其參與訴訟。至於依據德國法院組織法第 176 條以下所規定，審判長基於維持庭審秩序，得命例如衣著不當之辯護人離開法庭之權限，則不受影響⁴¹。

(1) 嫌疑程度

德國刑事訴訟法第 138a 條第 1 項第 1 款至第 3 款情形，應具有足夠達到開啟審判程序之犯罪嫌疑或重大犯罪嫌疑，以認定有所列各該款之事實存在⁴²。

德國刑事訴訟法第 138a 條第 2 項，對於在追訴恐怖主義犯罪組織之訴訟中（德國刑法第 129a 條及其結合第 129b 條第 1 項之犯罪），則放寬到只要有一定事實構成嫌疑即可⁴³。

(2) 參與犯罪（德國刑事訴訟法第 138a 條第 1 項第 1 款）

參與犯罪必須足以構成犯罪，且足以起訴辯護人。參與之形式不限，可以是共同正犯、間接正犯或教唆犯、幫助犯。若該犯罪是告訴乃論之罪，並不以已對辯護人提出告訴為要件；只要該行為已足以在律師懲戒程序中被追訴即可⁴⁴。

(3) 濫用與被告間之溝通（德國刑事訴訟法第 138a 條第 1 項第 2 款）

此款只適用在當被告行動自由受剝奪時。濫用溝通以實施犯罪時必須有下列嫌疑存在，亦即某犯罪行為以正犯或共犯形式被實施或已開始實施。如果辯護人只是涉嫌在未來將要實施犯罪，還不足以構成本款。當該犯罪是告訴乃論之罪時，必須以預計告訴權人會提出告訴為前提，否則，排除將不合比例原

⁴¹ 林鈺雄，同註 39，頁 406-407。

⁴² 林鈺雄，同註 39，頁 410。

⁴³ 林鈺雄，同註 39，頁 407。

⁴⁴ 林鈺雄，同註 39，頁 407。

則；至於重大危及押所安全，是指對於押所內之人或物（建築物或設備），或對於本來經由剝奪自由對被告產生的拘禁狀態有具體危險存在時，例如辯護人將武器、炸藥或逃脫工具帶進押所內。對於押所安全之干擾，不需要已經出現，只要有很多接近的可能性，表明這個狀況將會發生，就足夠了。要認定有此情形之涉嫌重大，必須是可能產生危險的行為，已經開始實施⁴⁵。

（4）資訊贓物罪、包庇犯罪利益、妨礙司法或贓物罪（德國刑事訴訟法第 138a 條第 1 項第 3 款）

這些附隨犯罪必須連結到德國刑事訴訟法第 264 條意義下構成訴訟標的之犯罪⁴⁶。

（5）刑法第 129a 條（德國刑事訴訟法第 138a 條第 2 項）

當被告之訴訟係以刑法第 129a 條及其結合第 129b 條第 1 項犯罪為對象時，對於辯護人構成德國刑事訴訟法第 138a 條第 1 項第 1 款及第 2 款之行為嫌疑程度，不需要達到重大嫌疑或足夠犯罪嫌疑，只要有如同德國刑事訴訟法第 100a 條之一定事實構成嫌疑，辯護人有法律上不當行為，即可排除之。因此，並不要求有根據刑法第 129a 條所發出之羈捕令存在⁴⁷。

2. 德國刑事訴訟法第 138b 條

德國刑事訴訟法第 138b 條⁴⁸規定：「若根據一定事實，有理由認為辯護人參與程序可能對聯邦德國之安全帶來危險，亦應排除其參與以下列犯罪為對象之程序，即法院組織法第 74a 條第 1 項

⁴⁵ 林鈺雄，同註 39，頁 407-408。

⁴⁶ 林鈺雄，同註 39，頁 408。

⁴⁷ 林鈺雄，同註 39，頁 408。

⁴⁸ Strafprozeßordnung §138b: 「Von der Mitwirkung in einem Verfahren, das eine der in § 74a Abs. 1 Nr. 3 und § 120 Abs. 1 Nr. 3 des Gerichtsverfassungsgesetzes genannten Straftaten oder die Nichterfüllung der Pflichten nach § 138 des Strafgesetzbuches hinsichtlich der Straftaten des Landesverrates oder einer Gefährdung der äußeren Sicherheit nach den §§ 94 bis 96, 97a und 100 des Strafgesetzbuches zum Gegenstand hat, ist ein Verteidiger auch dann auszuschließen, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen die Annahme begründet ist, daß seine Mitwirkung eine Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland herbeiführen würde. § 138a Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 gilt entsprechend. 」。

第 3 款及第 120 條第 1 項第 3 款所稱之犯罪，或未履行刑法第 138 條規定之關於刑法第 94 條至第 96 條、第 97a 條及第 100 條之叛國罪或外患罪之告發義務。……」。

德國刑事訴訟法第 138b 條係根據一定事實產生嫌疑，認為辯護人參與程序可能對德國之安全帶來危險，而規定之排除事由⁴⁹。

3. 辯護人排除之管轄權

(1) 管轄權

按德國刑事訴訟法第 138c 條第 1 項⁵⁰規定：「第 138a 條及第 138b 條之裁判，由邦高等法院為之。若於偵查程序中由聯邦檢察總長主持偵查，或案件繫屬於聯邦最高法院，則由聯邦最高法院裁定之。若案件繫屬於邦高等法院或聯邦最高法院之審判庭，則由另一審判庭裁定之」。

(2) 呈交案卷

按德國刑事訴訟法第 138c 條第 2 項⁵¹規定：「依第 1 項規定有管轄權之法院，在提起公訴後至程序確定終結前，基於案件繫屬法院之呈交案卷而裁定，其他情形依檢察官之聲請而裁定。呈交案卷，由法院經檢察官之聲請或依職權，透過檢察官為之。若某辯護人應當被排除，而其身為律師公會之成員時，應將第 1 句中檢察官聲請之副本或法院之呈交案卷，通知主管律師公會理事會。該理事會及辯護人得於程序中陳述意見」。

⁴⁹ 林鈺雄，同註 39，頁 410。

⁵⁰ Strafprozeßordnung §138c：「(1) Die Entscheidungen nach den §§ 138a und 138b trifft das Oberlandesgericht. Werden im vorbereitenden Verfahren die Ermittlungen vom Generalbundesanwalt geführt oder ist das Verfahren vor dem Bundesgerichtshof anhängig, so entscheidet der Bundesgerichtshof. Ist das Verfahren vor einem Senat eines Oberlandesgerichtes oder des Bundesgerichtshofes anhängig, so entscheidet ein anderer Senat. ……」。

⁵¹ Strafprozeßordnung §138c：「…… (2) Das nach Absatz 1 zuständige Gericht entscheidet nach Erhebung der öffentlichen Klage bis zum rechtskräftigen Abschluß des Verfahrens auf Vorlage des Gerichts, bei dem das Verfahren anhängig ist, sonst auf Antrag der Staatsanwaltschaft. Die Vorlage erfolgt auf Antrag der Staatsanwaltschaft oder von Amts wegen durch Vermittlung der Staatsanwaltschaft. Soll ein Verteidiger ausgeschlossen werden, der Mitglied einer Rechtsanwaltskammer ist, so ist eine Abschrift des Antrages der Staatsanwaltschaft nach Satz 1 oder die Vorlage des Gerichts dem Vorstand der zuständigen Rechtsanwaltskammer mitzuteilen. Dieser kann sich im Verfahren äußern. ……」。

亦即，審判中，「案件繫屬的法院」是有權提案排除辯護人的機關。在其他的階段，比方，偵查前、偵查中、確定判決執行以及刑罰執行等階段，「檢察官」是辯護人排除的有權聲請機關。此外，具有律師資格的辯護人，可能會有懲戒的問題，因此應通知辯護人所屬的律師公會理事會，理事會可以在審查程序當中陳述意見⁵²。

（3）法院得命辯護人停止行使辯護權

按德國刑事訴訟法第 138c 條第 3 項⁵³規定：「案件繫屬法院得命令，直至依第 1 項規定有管轄權之法院對排除作出裁判前，辯護人停止行使第 147 條及第 148 條之權利；法院亦得在 138a 條第 4 項及第 5 項所稱情形中，命停止行使前述權利。在提起公訴前及程序確定終結後，第 1 句之命令，由應就辯護人之排除為裁定之法院為之。此項命令，以不得聲明不服之裁定作出。在命令持續期間，為維護第 147 條及第 148 條之權利，法院應另行指定辯護人。第 142 條之規定準用之」。

亦即，在德國刑事訴訟法第 138c 條第 1 項有管轄權之法院對排除作出裁判前，案件繫屬法院得命令辯護人停止行使同法第 147 條（查閱卷宗證物權）及第 148 條（被告與辯護人溝通權）之權利。且在法院命令辯護人停止行使辯護權期間，為維護被告權利，法院應另行指定辯護人，且應給予被告提報律師人選之機會⁵⁴。

⁵² 吳俊毅，〈選任辯護人的排除—評台灣高等法院高雄分院 102 年度抗字第 188 號刑事裁定〉，《臺灣法學雜誌》，第 327 期，106 年 9 月，頁 26。

⁵³ Strafprozeßordnung §138c :「…… (3) Das Gericht, bei dem das Verfahren anhängig ist, kann anordnen, daß die Rechte des Verteidigers aus den §§ 147 und 148 bis zur Entscheidung des nach Absatz 1 zuständigen Gerichts über die Ausschließung ruhen; es kann das Ruhen dieser Rechte auch für die in § 138a Abs. 4 und 5 bezeichneten Fälle anordnen. Vor Erhebung der öffentlichen Klage und nach rechtskräftigem Abschluß des Verfahrens trifft die Anordnung nach Satz 1 das Gericht, das über die Ausschließung des Verteidigers zu entscheiden hat. Die Anordnung ergeht durch unanfechtbaren Beschluß. Für die Dauer der Anordnung hat das Gericht zur Wahrnehmung der Rechte aus den §§ 147 und 148 einen anderen Verteidiger zu bestellen. § 142 Absatz 5 bis 7 gilt entsprechend. ……」。

⁵⁴ 林鈺雄，同註 39，頁 411。

且依德國刑事訴訟法第 138c 條第 4 項⁵⁵規定：「若案件繫屬法院在審判期日進行中依第 2 項呈交案卷，則其應在呈交之同時停止或中斷審判期日，直至依第 1 項規定有管轄權之法院作出裁判為止。審判期日最長得停止 30 日」。

4. 辯護人排除須經言詞審理

按德國刑事訴訟法第 138d 條第 1 項⁵⁶規定：「關於辯護人之排除，經言詞審理後裁定之」。且依同條第 2 項⁵⁷規定：「言詞審理庭期應傳喚辯護人到場。傳喚期限為 1 周；得縮短為 3 日。言詞審理庭期應通知檢察官、被告及在第 138c 條第 2 項第 3 句情形中之律師公會理事會」。

5. 救濟

按德國刑事訴訟法第 138d 條第 6 項⁵⁸規定：「不服出於第 138a 條所稱理由排除辯護人之裁定，或不服第 138b 條情況下之裁定時，得提起立即抗告。律師公會理事會無抗告權。對於拒絕依第 138a 條排除辯護人之裁判，不得聲明不服」。

6. 辯護人排除的效力範圍

辯護人排除的效果是從決定作成時立即生效，且其影響範圍，係從程序當中的單一的行為乃至於到完全結束所有關連的程序，辯護人都是被排除，包括上訴審確定判決的執行、刑罰的執行、赦

⁵⁵ Strafprozeßordnung §138c :「…… (4) Legt das Gericht, bei dem das Verfahren anhängig ist, gemäß Absatz 2 während der Hauptverhandlung vor, so hat es zugleich mit der Vorlage die Hauptverhandlung bis zur Entscheidung durch das nach Absatz 1 zuständige Gericht zu unterbrechen oder auszusetzen. Die Hauptverhandlung kann bis zu dreißig Tagen unterbrochen werden. ……」。

⁵⁶ Strafprozeßordnung §138d :「(1) Über die Ausschließung des Verteidigers wird nach mündlicher Verhandlung entschieden. ……」。

⁵⁷ Strafprozeßordnung §138d :「…… (2) Der Verteidiger ist zu dem Termin der mündlichen Verhandlung zu laden. Die Ladungsfrist beträgt eine Woche; sie kann auf drei Tage verkürzt werden. Die Staatsanwaltschaft, der Beschuldigte und in den Fällen des § 138c Abs. 2 Satz 3 der Vorstand der Rechtsanwaltskammer sind von dem Termin zur mündlichen Verhandlung zu benachrichtigen. ……」。

⁵⁸ Strafprozeßordnung §138d :「…… (6) Gegen die Entscheidung, durch die ein Verteidiger aus den in § 138a genannten Gründen ausgeschlossen wird oder die einen Fall des § 138b betrifft, ist sofortige Beschwerde zulässig. Dem Vorstand der Rechtsanwaltskammer steht ein Beschwerderecht nicht zu. Eine die Ausschließung des Verteidigers nach § 138a ablehnende Entscheidung ist nicht anfechtbar. ……」。

免程序、再審等程序⁵⁹。

(四) 綜上，審酌本草案第 245 條第 2 項本文之立法意旨係為落實並保障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，且因論者對同條項但書規定尚存不同意見，因此實務依該條項但書規定執行時，允宜審慎，以減少爭議。

四、行政院版增訂辯護權限制或禁止事由應記明筆錄，有助法院事後審查其合法性，建議予以採納（草案第 245 條第 3 項）

本草案（行政院版）增訂第 245 條第 3 項：「前項限制或禁止事由應記明於筆錄」，此主要係考量，於檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察依同條第 2 項但書限制或禁止辯護人在場、筆記或陳述意見之情形，為使法院於其事後救濟時，得完整審查該限制或禁止處分之合法性，以保障被告之辯護依賴權，爰參酌法院組織法第 92 條及第 93 條⁶⁰規定，明定該限制或禁止事由應記明於筆錄，包含限制或禁止之原因事實、理由、方式等⁶¹。

本草案（行政院版）增訂第 245 條第 3 項規定，有助於法院事後審查限制或禁止辯護人在場、筆記或陳述意見處分之合法性，建議予以採納。

五、行政院版增訂禁止辯護人在場時應再次踐行權益告知事項，有助於確保被告或犯罪嫌疑人權利，建議予以採納（草案第 245 條第 4 項）

本草案（行政院版）增訂第 245 條第 4 項：「檢察官、檢察事務官、

⁵⁹ 吳俊毅，同註 52，頁 26。

⁶⁰ 法院組織法第 92 條：「律師在法庭代理訴訟或辯護案件，其言語行動如有不當，審判長得加以警告或禁止其開庭當日之代理或辯護。非律師而為訴訟代理人或辯護人者，亦同」；第 93 條：「審判長為第 90 條第 3 項、第 91 條及第 92 條之處分時，應命記明其事由於筆錄」。

⁶¹ 本草案條文對照表之行政院意見參照。

司法警察官或司法警察依第 2 項但書禁止辯護人在場，致被告或犯罪嫌疑人無其他辯護人在場陪同，應再行告知第 95 條第 1 項第 2 款、第 3 款之事項」，此主要係為確保被告或犯罪嫌疑人之訴訟權，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察依本草案第 245 條第 2 項但書禁止辯護人在場致被告或犯罪嫌疑人無其他辯護人在場陪同，因其受憲法保障之防禦權行使將受影響，為確保被告或犯罪嫌疑人之權益，明定應再行告知本法第 95 條第 1 項第 2 款、第 3 款⁶²之事項⁶³。

本草案（行政院版）增訂第 245 條第 4 項規定，有助於確保被告或犯罪嫌疑人權利，建議予以採納。

六、行政院版增訂對於法院裁定不得抗告規定，較為明確，建議予以採納（草案第 245 條之 1 第 4 項）

本草案第 245 條之 1 第 1 項規定，被告、犯罪嫌疑人及其辯護人，對於本草案第 245 條第 2 項但書之限制或禁止不服者，得向該管法院聲請撤銷或變更。

對於法院依本草案第 245 條之 1 第 1 項所為裁定，本草案（司法院版）第 245 條之 1 第 3 項⁶⁴係規定，準用本法第 418 條⁶⁵規定，不得抗告。

惟行政院認⁶⁶，本法第 418 條第 1 項係對於同法第 416 條之聲請所為裁定不得抗告之規定，且審酌得否抗告屬救濟之重要事項，爰於本草案（行政院版）增訂第 245 條之 1 第 4 項，明定對於同條第 1 項之裁定，不得抗告，並配合將同條第 3 項所定準用「第 418 條」修正為「第 418 條第 2 項」⁶⁷。此一修正較為明確，建議予以採納。

⁶² 本法第 95 條第 1 項：「訊問被告應先告知下列事項：……二、得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。三、得選任辯護人。如為低收入戶、中低收入戶、原住民或其他依法令得請求法律扶助者，得請求之。……」。

⁶³ 本草案條文對照表之行政院意見參照。

⁶⁴ 本草案（司法院版）第 245 條之 1 第 3 項：「第 409 條至第 414 條、第 417 條、第 418 條規定，於本條準用之」。

⁶⁵ 本法第 418 條第 1 項：「法院就第 416 條之聲請所為裁定，不得抗告。……」。

⁶⁶ 本草案條文對照表之行政院意見參照。

⁶⁷ 本草案（行政院版）第 245 條之 1：「……第 409 條至第 414 條、第 417 條、第 418 條第 2 項規定，於本條準用之（第 3 項）。對於第 1 項之裁定，不得抗告（第 4 項）」。

七、違法限制偵查中辯護權之法律效果，允宜由主管機關另行研議，以避免爭議

（一）違法限制偵查中辯護權之法律效果，法無明文，恐生爭議

本草案第 245 條之 1 第 1 項雖已規定，被告、犯罪嫌疑人及其辯護人，對於本草案第 245 條第 2 項但書之限制或禁止不服者，得向該管法院聲請撤銷或變更之。

惟偵查中辯護權之限制或禁止經該管法院撤銷或變更後，對於被告或犯罪嫌疑人在違法限制偵查中辯護權情形下所作筆錄有無證據能力，法無明文規範，如何處理，尚存不同見解。

1. 法務部認⁶⁸，應依本法第 158 條之 4⁶⁹，由法院於個案權衡判斷，理由如下：

本法體例上，明定「不得作為證據」，排除證據能力之規定，均未賦予個案救濟權。如本法第 100 條之 1 第 2 項⁷⁰錄音（影）內容與筆錄不符者、本法第 131 條第 4 項⁷¹逕行搜索後未陳報法院或經法院撤銷者、第 158 條之 2⁷²關於違反同法第 93 條之 1 第 2 項⁷³（法定障礙期間不得訊問）、第 100 條之 3 第 1 項⁷⁴（夜間訊問）、第 158 條之 3⁷⁵未經具結等規定。而關於對律師之在場、陳述意見及筆記權之禁止或限制，依憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決，

⁶⁸ 法務部范孟珊主任檢察官於報告初稿座談會所提意見一、（二）。

⁶⁹ 本法第 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」。

⁷⁰ 本法第 100 條之 1 第 2 項：「筆錄內所載之被告陳述與錄音或錄影之內容不符者，除有前項但書情形外，其不符之部分，不得作為證據」。

⁷¹ 本法第 131 條第 4 項：「第 1 項、第 2 項之搜索執行後未陳報該管法院或經法院撤銷者，審判時法院得宣告所扣得之物，不得作為證據」。

⁷² 本法第 158 條之 2：「違背第 93 條之 1 第 2 項、第 100 條之 3 第 1 項之規定，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限（第 1 項）。檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人時，違反第 95 條第 1 項第 2 款、第 3 款或第 2 項之規定者，準用前項規定（第 2 項）」。

⁷³ 本法第 93 條之 1 第 2 項：「前項各款情形之經過時間內不得訊問」。

⁷⁴ 本法第 100 條之 3 第 1 項：「司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人，不得於夜間行之。但有左列情形之一者，不在此限：一、經受詢問人明示同意者。二、於夜間經拘提或逮捕到場而查驗其人有無錯誤者。三、經檢察官或法官許可者。四、有急迫之情形者」。

⁷⁵ 本法第 158 條之 3：「證人、鑑定人依法應具結而未具結者，其證言或鑑定意見，不得作為證據」。

已賦予救濟權，體例上，應採本法第 158 條之 4 權衡原則。

其他訴訟權之限制，例如閱卷權、限制接見，依本法第 33 條第 4 項⁷⁶、第 416 條第 1 項第 3 款⁷⁷賦予個案救濟權，對於違法效果並採本法第 158 條之 4 權衡原則，基於體例一致性，並避免立法評價矛盾，對於違法限制偵查中辯護權之法律效果，宜依本法第 158 條之 4 規定，個案權衡是否排除其偵訊筆錄之證據能力。

被告或犯罪嫌疑人委任在場之辯護人在場或陳述意見權遭禁止、限制時，僅該辯護人之在場、陳述意見權遭禁止、限制，然被告或犯罪嫌疑人仍可保持緘默或選任其他辯護人，其訴訟權及受有效辯護權並未遭剝奪，依本法第 158 條之 4 權衡原則保障已足。

2. 惟有論者認⁷⁸，依本法第 158 條之 4 權衡判斷，將顯失衡平

對於侵害辯護人偵訊在場權之情形，對被告防禦權益或基本人權侵害的重大程度，並不亞於本法第 158 條之 2 所定之違反告知義務之情形，結果依本法第 158 條之 4 之規定，卻僅採權衡原則，與第 158 條之 2 對自白採排除原則之規定相較，顯失衡平。

3. 另有論者認⁷⁹，應認定其屬「出於不正之方法」，相關陳述之證據能力，應逕予排除

偵查中辯護權倘若受到限制甚至排除，因被告或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或犯罪嫌疑人而言，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人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

⁷⁶ 本法第 33 條第 4 項：「對於前 2 項之但書所為限制，得提起抗告」。

⁷⁷ 本法第 416 條第 1 項：「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：……三、對於限制辯護人與被告接見或互通書信之處分。……」。

⁷⁸ 陳運財，〈違法證據排除法則之回顧與展望〉，《月旦法學》，第 113 期，93 年 10 月，頁 30。

⁷⁹ 黃任顯，同註 35，頁 17-18。

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，或可參考本法第 156 條第 1 項⁸⁰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」情況下，方得作為證據。如被告或犯罪嫌疑人在檢警訊（詢）問過程中有偵查中辯護權遭違法排除之情況，原則上即應認定其屬「出於不正之方法」，相關陳述之證據能力，自應逕予排除。

4. 司法院認⁸¹，應留待司法實務及學術理論發展，理由如下：

本法第 158 條之 4 是否僅限於非供述證據？可否適用於此種情形的供述證據，司法實務和學術理論均有不同意見。宜否參採此一法理而為修正？可由司法實務或學術理論發展。

本法第 131 條第 4 項或第 416 條第 2 項⁸²與禁止限制處分遭法院撤銷之情形是否相類？是否因供述證據與非供述證據之別而有不同？宜否參採此一法理而為修正？可由司法實務或學術理論發展。

本法第 158 條之 2 第 1 項所規定之第 93 條之 1 第 2 項、第 100 條之 3 第 1 項，是針對法律已明文禁止訊問而違法訊問的情形；第 158 條之 2 第 2 項則是僅有針對檢察事務官及司法警察（官）未為第 95 條第 1 次權利告知的情形，與此種情形是否相同？宜否參採此一法理而為修正？可由司法實務或學術理論發展。

綜上，在本次修法前，證據取得過程有瑕疵之證據能力如何規範，司法實務及學術理論本有諸多不同意見。而司法實務已依憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決主文運作 1 年以上，未有滯礙，基於修法時程之急迫性，本次修法採取最小變動原則，因而不於此時就證據能力有無為獨立規範，委由司法實務及學術理論繼續發展。

⁸⁰ 本法第 156 條第 1 項：「被告之自白，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，得為證據」。

⁸¹ 司法院林勇如法官於報告初稿座談會所提意見五。

⁸² 本法第 416 條第 2 項：「前項之搜索、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」。

(二)立法政策上，建議由主管機關另行研議違法限制偵查中辯護權之法律效果，以避免將來實務執行之爭議

雖司法院認，違法限制偵查中辯護權之法律效果，得留待司法實務及學術理論發展。

惟對於違法限制偵查中辯護權情形下所作筆錄有無證據能力，得否適用本法第 158 條之 4，論者對此仍存不同意見，繼續留待司法實務及學術理論發展，是否能有共識，不無疑義。

例如，有論者認⁸³，依本法第 158 條之 4 之立法意旨⁸⁴，該條僅適用於「物證排除法則」，「供述證據」自始即不在適用該條之列。亦即，論者認⁸⁵，供述證據中，以被告自白為例，有無證據能力之判斷係以「有無」危害任意性之違法行為存在與否為主；相對地，非供述證據中，以證物之蒐集為例，有無證據能力之判斷係以違法之「輕重」為主。在處理供述證據與非供述證據之標準相當不同，不得混為一談。因此，在解釋上，本法第 158 條之 4 所規定者應僅以「非供述證據」為適用對象。

惟亦有論者認⁸⁶，本法第 158 條之 4 係有關證據排除之概括規定，所規範之對象，不僅包括非供述性證據，尚包括供述性證據在內。雖然有關供述性證據其證據能力之排除法則，已有本法第 156 條第 1 項、第 158 條之 2 規定，但上開二條之排除程度甚強，且對證據能力排除之情形，予以一一列舉。故對於上開二條文未列舉之其他違反法定程序情形，且其排除程度無須如此強烈者，即由法律授權法官於個案審理時，權衡人權保障及公共利益之均衡維護決定之。

⁸³ 黃翰義，〈不正方法取得之自白與證據能力之相對性—評最高法院 106 年度台上字第 2370 號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，第 73 期，107 年 7 月，頁 69。

⁸⁴ 本法第 158 條之 4 立法理由：「……供述證據與非供述證據之性質不同，一般認為供述證據之採取過程如果違法，即係侵害了個人自由意思，故而應嚴格禁止，而蒐集非供述證據之過程如果違背法定程序，則因證物之型態並未改變，尚不生不可信之問題。……」，可資參照。

⁸⁵ 黃朝義，〈證據能力與證明力之區辨—兼評最高法院 93 年台上字 664 號裁判例等〉，《臺灣法學雜誌》，第 141 期，98 年 12 月，頁 259。

⁸⁶ 王俊力，〈新修正刑事訴訟法有關被告自白之證據能力及調查〉，《法官協會雜誌》，第 5 卷，第 2 期，92 年 12 月，頁 136。

因此，有論者認⁸⁷，違法限制偵查中辯護權之法律效果，在法無明文的情況下，究應依本法第 156 條、第 158 條之 2 或第 158 條之 4，學理上尚存爭議。此一爭議，恐仍有待法律明文規範。

至於違法限制偵查中辯護權之法律效果，究應採用何種立法體例（例如，本法第 156 條、第 158 條之 2 或第 158 條之 4），此涉及此種違法取得證據之性質、對憲法保障基本權之侵害程度及本法整體證據使用禁止規範體系之檢討，建議由主管機關另行研議予以明定，以避免爭議。

八、法案性別及人權影響評估

本草案主管機關並未進行性別與人權影響評估，經本報告檢視，本草案內容在性別影響評估部分，執行方式無因性別、性傾向或性別認同不同而有差異，對於性別對象及執行方式並無區別，故就不同性別、性傾向或性別認同者亦不會產生不同結果。在人權影響評估部分，本草案亦無違反公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約等內容，爰草案符合憲法、國際規範、性別平等政策綱領等要求，並符合憲法有關人民權利之規定、公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約。

⁸⁷ 李榮耕教授於報告初稿座談會所提意見二。

肆、結論

本草案內容主要涉及偵查訊問中對辯護權所為限制或禁止暨其救濟等事項相關規範。茲就司法院及行政院提案相關內容進行研析，並就其性別及人權影響評估報告結果加以檢視，提出相關建議如下，俾供委員於問政及審查法案參考：

- 一、行政院版增訂非因過失遲誤聲請之回復原狀準用規定，較為周延，建議採行政院版。
- 二、草案明定偵查訊問程序之筆記權並增訂辯護權遭限制或禁止之救濟程序，尚符憲法法庭判決意旨。
- 三、論者對於草案第 245 條第 2 項但書之限制或禁止規定，尚存不同意見，實務執行時允宜審慎，以減少爭議。
- 四、行政院版增訂辯護權限制或禁止事由應記明筆錄，有助法院事後審查其合法性，建議予以採納。
- 五、行政院版增訂禁止辯護人在場時應再次踐行權益告知事項，有助於確保被告或犯罪嫌疑人權利，建議予以採納。
- 六、行政院版增訂對於法院裁定不得抗告規定，較為明確，建議予以採納。
- 七、違法限制偵查中辯護權之法律效果，允宜由主管機關另行研議，以避免爭議。

伍、條文對照表

有關司法院及行政院擬具之「刑事訴訟法第 70 條之 1、第 245 條及第 245 條之 1 條文修正草案」，共計修正 1 條，新增 2 條。本報告經研析後，建議 3 條（第 70 條之 1、第 245 條、第 245 條之 1）。茲就相關條文建議情形，臚列條文對照表如下：

刑事訴訟法第七十條之一、第二百四十五條及

第二百四十五條之一條文修正草案

條文對照表

司法院、行政院 提案條文	本報告建議條文	現行條文	說明
(甲案：司法院版) 無 (乙案：行政院版) 第七十條之一 第六十七條至 第六十九條之 規定，於遲誤聲 請撤銷或變更 檢察事務官、司 法警察官或司 法警察處分之 期間者，準用之 。	採乙案：行政院版		司法院版未規定 行政院意見： 一、 <u>本條新增</u> 。 二、對於檢察事務 官、司法警察官 、司法警察所為 之處分不服，依 法得向該管法 院聲請撤銷或 變更者，例如依 修正條文第二 百四十五條之 一第一項規定， 對第二百四十 五條第二項但 書之限制或禁 止聲請撤銷或 變更，倘非因過 失而遲誤聲請 期間，應給予聲 請回復原狀之 權利，以周延檢 察事務官、司法 警察官、司法警 察處分之救濟 程序，爰增訂本 條。 本報告說明：

			行政院版明定非因過失而遲誤聲請期間之聲請回復原狀準用規定，較為周延，建議採行政院版。
(甲案：司法院版) 第二百四十五條偵查，不公開之。 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<u>筆記及</u>陳述意見。但有事實足認其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。 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	採乙案：行政院版	第二百四十五條偵查，不公開之。 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<u>在場</u>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。 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	司法院說明： 一、為符合憲法法庭一百十一年憲判字第7號判決意旨，完善被告或犯罪嫌疑人受有效辯護之權利，明定辯護人除有在場、陳述意見之權外，亦得為筆記之行為。至若錄音、錄影等重現詢、訊問現場之科技方法，則因其可能包含完整之他人或案件資訊，並易於複製、流通，導致他人重要法益受損及偵查程序保全犯人或證據之困難，且增加犯人勾串之風險認定，而無益於被告、犯罪嫌疑人，此即非前揭筆記權之範圍。於此情形，詢、訊問者亦得依現行第二百四十五條第二項但書限制或禁止之，併此敘明。 二、第二項但書規定：「……其在場有妨害國家

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。 偵查中訊問被告或犯罪嫌疑人時，應將訊問之日、時及處所通知辯護人。但情形急迫者，不在此限。 第一項偵查不公開作業辦法，由司法院會同行政院定之。 （乙案：行政院版）第二百四十五條偵查，不公開之。 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，並得筆記及陳述意見。但有事實足認其有妨害國家機密或有湮滅、偽造、變造證據或勾		執行法定職務必要範圍以外之人員。 偵查中訊問被告或犯罪嫌疑人時，應將訊問之日、時及處所通知辯護人。但情形急迫者，不在此限。 第一項偵查不公開作業辦法，由司法院會同行政院定之。	機密或……足以影響偵查秩序者……」，易有是否僅得限制或禁止在場權而不得限制筆記權及陳述意見權之爭議，爰參酌檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項第二十八點之規定，刪除「在場」二字，以明除可禁止或限制辯護人在場外，亦可於辯護人在場之情形下，僅限制或禁止辯護人之筆記權或陳述意見權，以兼顧實務需求。 三、第一項、第三項至第五項未修正。 行政院意見： 一、參酌憲法法庭一百十一年憲判字第七號判決意旨，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，包括辯護人在場權、筆記權及陳述意見權等偵查中辯護權。又憲法第十六條保障人民訴訟權，係在保障人民
---	--	--	---

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。 <u>前項限制或禁止事由應記明於筆錄。</u> <u>檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察依第二項但書禁止辯護人在場，致被告或犯罪嫌疑人無其他辯護人在場陪同，應再行告知第九十五條第一項第二款、第三款之事項。</u> 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。 偵查中訊問被告或犯罪嫌疑人時，應將			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。是於檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察依第二項但書限制或禁止辯護人在場、筆記或陳述意見之情形，為使法院於其事後救濟時，得完整審查該限制或禁止處分之合法性，以保障被告之辯護依賴權，爰參酌法院組織法第九十二條及第九十三條規定，增訂第三項，定明第二項限制或禁止事由應記明於筆錄，包含限制或禁止之原因事實、理由、方式等，以利被告、犯罪嫌疑人及其辯護人提起救濟時法院進行事後審查。 二、為確保被告或犯罪嫌疑人之
---	--	--	---

訊問之日、時及處所通知辯護人。但情形急迫者，不在此限。 第一項偵查不公開作業辦法，由司法院會同行政院定之。			訴訟權，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察依第二項但書禁止辯護人在場致被告或犯罪嫌疑人無其他辯護人在場陪同，因其受憲法保障之防禦權行使將受影響；為確保被告或犯罪嫌疑人之權益，應當場告知其關於第九十五條第一項第二款、第三款之事項，爰增訂第四項。 三、第一項未修正；第三項至第五項移列為第五項至第七項，內容未修正。 本報告說明： 行政院版增訂辯護權限制或禁止事由應記明筆錄，且禁止辯護人在場時應再次踐行權益告知事項，有助法院事後審查其合法性及確保被告或犯罪嫌疑人權利，建議採行政院版。
（甲案：司法院版）第二百四十五條之一 被告、犯罪嫌疑人及其辯護人，對於前條第二項但書之限制或禁止	採乙案：行政院版		司法院說明： 一、<u>本條新增</u>。 二、依憲法法庭一百十一年憲判字第七號判決意旨，明定被告、犯罪嫌疑人及

不服者，得向該管法院聲請撤銷或變更之。 前項聲請期間為十日，自為限制或禁止之日起算，其為送達者，自送達後起算。法院不得以已執行終結而無實益為由駁回。 第四百零九條至第四百十四條、第四百十七條、第四百十八條規定，於本條準用之。 （乙案：行政院版） 第二百四十五條之一 被告、犯罪嫌疑人及其辯護人，對於前條第二項但書之限制或禁止不服者，得向該管法院聲請撤銷或變更之。 前項聲請期間為十日，自為限制或禁止之日起算，其為送達者，自送達後起算。法院不得以已執行終結而無實益為由駁回。 第四百零九條至第四百十四條、第四百			其辯護人，均得對於檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察依第二百四十五條第二項但書所為之限制或禁止，向該管法院聲請撤銷或變更之，並明確規範被告、犯罪嫌疑人或辯護人聲請撤銷或變更之方式、程序及準用第四百零九條至第四百十四條、第四百十七條、第四百十八條之程序規定，爰增訂本條。 行政院意見： 考量司法院版之第三項乃準用第四百十八條規定，惟第四百十八條第一項係對於第四百十六條之聲請所為裁定不得抗告之規定，因得否抗告屬救濟之重要事項，爰增訂第四項，定明對於第一項之裁定，不得抗告。第三項所定準用「第四百十八條」配合修正為「第四百十八條第二項」。 本報告說明： 行政院版增訂第二百四十五條之一第四項，明定對
---	--	--	---

十七條、第四百十八條第二項規定，於本條準用之。 對於第一項之裁定，不得抗告。			於同條第一項之裁定，不得抗告，並配合酌修同條第三項文字，較為明確，建議採行政院版。
--	--	--	--

參考文獻

一、書籍

- 1、林鈺雄，《德國刑事訴訟法註釋書》，1版，新學林出版股份有限公司，112年6月。

二、期刊論文

- 1、王俊力，〈新修正刑事訴訟法有關被告自白之證據能力及調查〉，《法官協會雜誌》，第5卷，第2期，92年12月，頁125-151。
- 2、李榮耕，〈受拘捕犯罪嫌疑人於訊問中之受辯護權〉，《月旦法學》，第192期，100年4月，頁45-62。
- 3、吳俊毅，〈選任辯護人的排除—評台灣高等法院高雄分院102年度抗字第188號刑事裁定〉，《臺灣法學雜誌》，第327期，106年9月，頁19-34。
- 4、吳俊毅，〈辯護人在場權之探討〉，《政大法學評論》，第108期，98年4月，頁171-211。
- 5、林鈺雄，〈限制或禁止辯護人在場之抗告救濟權—111年憲判字第7號判決評釋〉，《月旦實務選評》，第3卷，第1期，112年1月，頁93-107。
- 6、林裕順，〈辯護人陪偵權利與限制—簡評憲法法庭111年憲判字第7號判決〉，《月旦裁判時報》，第134期，112年8月，頁44-51。
- 7、林裕順，〈陪偵辯護並非門神〉，《月旦法學教室》，第142期，103年8月，頁33-35。
- 8、林裕順，〈論偵訊中辯護人之在場權〉，《法學新論》，第2期，97年9月，頁1-20。
- 9、郭皓仁，〈我願為你挺身而出一論警詢中之內在強制性及辯護權之行使〉，《月旦律評》，第16期，112年7月，頁33-42。
- 10、陳運財，〈違法證據排除法則之回顧與展望〉，《月旦法學》，第113期，

93 年 10 月，頁 27-50。

- 11、黃任顯，〈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〉，《月旦律評》，第 16 期，112 年 7 月，頁 8-19。
- 12、黃朝義，〈證據能力與證明力之區辨—兼評最高法院 93 年台上字 664 號裁判例等〉，《臺灣法學雜誌》，第 141 期，98 年 12 月，頁 253-259。
- 13、黃翰義，〈不正方法取得之自白與證據能力之相對性—評最高法院 106 年度台上字第 2370 號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，第 73 期，107 年 7 月，頁 61-71。
- 14、羅秉成，〈律師在場權與實質辯護—以偵查中律師陪訊制度改革為中心〉，《全國律師》，第 12 卷，第 12 期，97 年 12 月，頁 46-51。

三、憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決資料

- 1、李榮耕教授意見書。
- 2、黃虹霞大法官部分不同意見書。
- 3、黃瑞明大法官部分協同部分不同意見書。

**附錄：「刑事訴訟法第 70 條之 1、第 245 條及第 245 條之 1 條
文修正草案評估報告（初稿）」座談會紀錄及參採情形**

時間：113 年 3 月 15 日（星期五）上午 10 時

地點：立法院法制局 305 會議室

主席：盧組長焜鑫

紀錄：陳世超

參加人員：

一、學者專家：

國立臺北大學法律學系 李教授榮耕

二、司法院：

法官 林勇如

法官 黃于真

三、法務部：

主任檢察官 范孟珊

四、本局出席人員：

林研究員鈺琪

吳副研究員欣宜

楊助理研究員蕙如

發言要點：

國立臺北大學法律學系李教授榮耕：

一、本草案第 245 條第 2 項但書部分：

本草案第 245 條第 2 項涉及「筆記」、「在場」及「陳述意見」等權利，惟這 3 個權利並非完全獨立，例如筆記權主要係為輔助在場權。而就筆記權限制或禁止部分，美國並無相關案例，亦無類此規定，有可能是實務本來就不允許限制或禁止，也有可能是實務本即允許限制或禁止所以沒有爭議案例。不過，個人認為，允許辯護人在場，並允許辯護人將相關資訊記在腦中，卻不允許辯護人筆記，邏輯很怪。如果相關資訊不應被辯護人知悉者，即不應揭露，而非限制或禁止其筆記權，所以我個人無法理

解筆記權的限制或禁止規定。

二、報告初稿建議增訂第 245 條之 1 第 5 項部分：

報告初稿參酌本法第 158 條之 2 規定，建議本草案（行政院版）第 245 條之 1 增訂第 5 項：「檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察依前條第 2 項限制或禁止辯護人在場或陳述意見，經法院依第 1 項撤銷或變更者，其所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限」。

惟考量本法第 158 條之 2 係在處理違反「夜間訊問」、「法定障礙期間訊問」及「告知事項」的情形，而本草案係處理「受辯護權」，這 4 種情形在憲法上的重要性並不相同。蓋「受辯護權」依歷來大法官解釋已將其地位提升到憲法第 16 條的訴訟權保障，此種權利遭受侵害所得證言是否得基於「非出於惡意」及「出於自由意志」而承認其證據能力，個人持保留態度。個人認為涉及對辯護權或訴訟權的違法限制，其法律效果應該更強一點才對。因為相較於被逮捕之被告已表示要選任辯護人，在辯護人到場前繼續訊問而取得之自白是完全沒有證據能力的，而辯護人被禁止在場後訊問取得之自白卻是「非出於惡意」及「出於自由意志」即有證據能力，會有輕重失衡疑慮。此外，個案很難判斷辯護人被禁止在場時，當事人之意志是否仍屬自由，且訊問人明知律師不在場仍繼續訊問，除非沒學過本法，否則一定是出於惡意。因此，是否參酌本法第 158 條之 2 之立法體例規範違法限制或禁止辯護人在場或陳述意見之法律效果，可以再思考看看。

至於違法限制或禁止辯護人在場或陳述意見之法律效果，在法無明文的情況下，究應依本法第 156 條、第 158 條之 2 或第 158 條之 4，學理上尚存爭議。留學德國的學者認，除本法第 158 條之 2 的情形外，均適用本法第 158 條之 4；留學美國的學者認，本法第 158 條之 4 只能處理非供述證據，供述證據只能適用本法第 156 條或第 158 條之 2。此一爭議，恐仍有待法律明文規範。

參採情形：

一、所提意見一：

報告初稿業已說明，論者對於草案第 245 條第 2 項但書之限制或禁止規定，尚存不同意見，因而建議實務執行時允宜審慎，以減少爭議。爰所提意見，謹錄供主管機關作為爾後實務執行之參考。

二、所提意見二：

有關違法限制偵查中辯護權之法律效果，究應採用何種立法體例（例如，本法第 156 條、第 158 條之 2 或第 158 條之 4），本報告業已修正為建議主管機關另行研議，以避免爭議。爰所提意見，謹錄供主管機關作為研議之參考。

司法院林法官勇如：

一、憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決主文明示：被告或犯罪嫌疑人之辯護人，於檢察官訊問被告或犯罪嫌疑人時，有在場筆記之權，且現行法未賦予被告、犯罪嫌疑人或其辯護人，對就檢察官依本法第 245 條限制或禁止辯護人在場、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，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。

二、司法院為因應憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決針對辯護權之保障，共召開 5 次諮詢會議，由審、檢、辯、學及警政機關提供意見。司法院刑事廳並曾參酌美國、德國法制下，偵查訊問中的辯護人有在場權而檢察官或司法警察無限制權；日本法制下，偵查中辯護人於訊問被告時不能在場，提出折衷版本，將本法第 245 條第 2 項限縮至僅得由檢察官禁止或限制辯護人在場、筆記或陳述意見，檢察事務官及司法警察（官）則應報請檢察官為限制或禁止處分，且增訂檢察官的限制或禁止處分，應以書面為之，並記載於筆錄，及應當場告知被告或犯罪嫌疑人得保持緘默，無庸違背自己之意思而為陳述，以利於被告或犯罪嫌疑人及其辯護人向法院尋求救濟，確保被告及犯罪嫌疑人之權益。

- 三、惟因法務部於司法院諮詢會議中反對前開修法方向，司法院在考量修法時程的因素下，採取最小變動原則，於司法院院會通過草案（下稱司法院版草案），明定辯護人於檢察官、檢察事務官或司法警察（官）訊問時，有筆記之權，並得由被告或犯罪嫌疑人及其辯護人對檢察官的限制或禁止處分，向法院聲明不服。又為完善偵查訊問中之辯護權，本次修正亦依前述法理，賦予被告或犯罪嫌疑人及其辯護人對檢察事務官、司法警察（官）的限制或禁止處分，向法院聲明不服之權。
- 四、嗣於司法院將司法院版草案送請行政院會銜過程，行政院亦召開 3 次會議，邀請司法院、法務部、律師團體及警政機關與會討論，並由司法院提供前述諮詢會議中之草案（第 245 條、第 245 條之 1）及其他研議中的刑事訴訟法修正草案（第 70 條之 1）供參，最終經行政院會通過行政院版修正草案（下稱行政院版草案）。故司法院對於行政院版草案（即第 70 條之 1、第 245 條、第 245 條之 1），敬表贊同。
- 五、至於檢察官、檢察事務官或司法警察官（官）所為禁止或限制處分遭法院變更或撤銷時，被告或犯罪嫌疑人於辯護權遭限制期間所為之供述，是否具有證據能力（即報告初稿第 18-21 頁之內容），司法院於諮詢會議及司法院版草案研議過程中多有討論。最終基於下列理由，認為不宜明定，而應留待司法實務及學術理論發展：
- （一）本法第 158 條之 4 是否僅限於非供述證據？可否適用於題設的供述證據，司法實務和學術理論均有不同意見。宜否參採此一法理而為修正？可由司法實務或學術理論發展。
- （二）本法第 131 條第 4 項或第 416 條第 2 項與禁止限制處分遭法院撤銷之情形是否相類？是否因供述證據與非供述證據之別而有不同？宜否參採此一法理而為修正？可由司法實務或學術理論發展。
- （三）本法第 158 條之 2 第 1 項所規定之第 93 條之 1 第 2 項、第 100 條之 3 第 1 項，是針對法律已明文禁止訊問而違法訊問的情形；第 158 條之 2 第 2 項則是僅有針對檢察事務官及司法警察（官）未為第 95 條第 1 次權利告知的情形，與題設情形是否相同？宜否參採

此一法理而為修正？可由司法實務或學術理論發展。

（四）綜上，在本次修法前，證據取得過程有瑕疵之證據能力如何規範，司法實務及學術理論本有諸多不同意見。而司法實務已依憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決主文運作 1 年以上，未有滯礙，基於修法時程之急迫性，本次修法採取最小變動原則，認不於此時就題設情形之證據能力有無為獨立規範，委由司法實務及學術理論繼續發展。

參採情形：

一、所提意見二：

雖司法院認，違法限制偵查中辯護權之法律效果，得留待司法實務及學術理論發展。

惟對於違法限制偵查中辯護權情形下所作筆錄有無證據能力，得否適用本法第 158 條之 4，論者對此仍存不同意見，繼續留待司法實務及學術理論發展，是否能有共識，不無疑義。

例如，有論者認⁸⁸，依本法第 158 條之 4 之立法意旨⁸⁹，該條僅適用於「物證排除法則」，「供述證據」自始即不在適用該條之列。亦即，論者認⁹⁰，供述證據中，以被告自白為例，有無證據能力之判斷係以「有無」危害任意性之違法行為存在與否為主；相對地，非供述證據中，以證物之蒐集為例，有無證據能力之判斷係以違法之「輕重」為主。在處理供述證據與非供述證據之標準相當不同，不得混為一談。因此，在解釋上，本法第 158 條之 4 所規定者應僅以「非供述證據」為適用對象。

惟亦有論者認⁹¹，本法第 158 條之 4 係有關證據排除之概括規定，所規範之對象，不僅包括非供述性證據，尚包括供述性證據在內。雖然有關供述性證據其證據能力之排除法則，已有本法第 156 條第 1 項、第 158 條之 2 規定，但上開二條之排除程度甚強，且對證據能力排除之情形，予以一一系列。故對於上開二條文未列舉之其他違反法定程序情形，且其排除

⁸⁸ 黃翰義，同註 83，頁 69。

⁸⁹ 同註 84。

⁹⁰ 黃朝義，同註 85，頁 259。

⁹¹ 王俊力，同註 86，頁 136。

程度無須如此強烈者，即由法律授權法官於個案審理時，權衡人權保障及公共利益之均衡維護決定之。

因此，本報告仍建議由主管機關另行研議明文規範，以避免爭議。爰所提意見，謹錄供參考。

二、其餘意見，均錄供參考。

法務部范主任檢察官孟珊：

一、關於違法限制偵查中辯護權之法律效果，宜依本法第 158 條之 4 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而為權衡判斷：

（一）報告初稿建議：

報告初稿建議本草案（行政院版）第 245 條之 1 增訂第 5 項：「檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察依前條第 2 項限制或禁止辯護人在場或陳述意見，經法院依第 1 項撤銷或變更者，其所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限」。至於限制或禁止辯護人筆記權，經法院撤銷或變更者，此部分對被告或犯罪嫌疑人的陳述影響較小，得依本法第 158 條之 4 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而為權衡判斷。

（二）法務部認為關於違法限制偵查中辯護權之法律效果，宜依本法第 158 條之 4 規定，個案權衡是否排除其偵訊筆錄之證據能力。理由如下：

1. 本法體例上，明定「不得作為證據」，排除證據能力之規定，均未賦予個案救濟權。如本法第 100 條之 1 第 2 項錄音（影）內容與筆錄不符者、本法第 131 條第 4 項逕行搜索後未陳報法院或經法院撤銷者、第 158 條之 2 關於違反同法第 93 條之 1 第 2 項（法定障礙期間不得訊問）、第 100 條之 3 第 1 項（夜間訊問）、第 158 條之 3 未經具結等規定。而關於對律師之在場、陳述意見及筆記權之禁

止或限制，依憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決，已賦予救濟權，體例上，應採本法第 158 條之 4 條權衡原則。

2. 其他訴訟權之限制，例如閱卷權、限制接見，依本法第 33 條第 4 項、第 416 條第 1 項第 3 款賦予個案救濟權，對於違法效果並採本法第 158 條之 4 權衡原則，基於體例一致性，並避免立法評價矛盾，對於違法限制偵查中辯護權之法律效果，宜依本法第 158 條之 4 規定，個案權衡是否排除其偵訊筆錄之證據能力。

3. 被告或犯罪嫌疑人委任在場之辯護人之在場或陳述意見權遭禁止、限制時，僅該辯護人之在場、陳述意見權遭禁止、限制，然被告或犯罪嫌疑人仍可保持緘默或選任其他辯護人，其訴訟權及受有效辯護權並未遭剝奪，依本法第 158 條之 4 權衡原則保障已足。

二、關於報告初稿其他意見，均肯定行政院版本草案，法務部無其他意見。

參採情形：

一、所提意見一、(二)：

對於違法限制偵查中辯護權情形下所作筆錄有無證據能力，得否適用本法第 158 條之 4，論者對此仍存不同意見。因此，本報告仍建議由主管機關另行研議明文規範，以避免爭議。爰所提意見，謹錄供參考。

二、其餘意見，均錄供參考。

林研究員鈺琪：

一、本草案（行政院版）增訂第 70 條之 1 部分：

為周延檢察事務官、司法警察（官）處分之救濟程序，本草案（行政院版）增訂第 70 條之 1，因而報告初稿認為明定非因過失而遲誤聲請期間之聲請回復原狀準用規定，較為周延，建議採行政院版，個人敬表贊同。另司法院已於 113 年 2 月 23 日召開第 209 次院會通過「刑事訴訟法部分條文修正草案」，亦有增訂第 70 條之 1，內容與本草案（行政院版）相同。因此，司法院將來與行政院會銜函送該草案時，允宜注意本草案（行政院版）第 70 條之 1 通過時程，以避免重複。

二、報告初稿建議增訂第 245 條之 1 第 5 項部分：

報告初稿建議增訂第 245 條之 1 第 5 項，就限制或禁止辯護人在場或陳述意見經法院撤銷或變更者，明定其法律效果，以落實被告或犯罪嫌疑人受實質有效辯護權保障，以避免法無明文而恐生爭議之問題。基於保障人民訴訟權益，肯認報告意見。

參採情形：

一、所提意見一：

錄供主管機關參考。

二、其餘意見，均錄供參考。

吳副研究員欣宜：

一、本草第 245 條之 1 部分：

為保障被告或犯罪嫌疑人之權益，對於辯護權遭限制或禁止，本草案第 245 條之 1 明定得聲請撤銷或變更，以為救濟。惟本草案第 245 條之 1 與本法第 416 條似高度重疊，或可考慮於本法第 416 條第 1 項增訂第 5 款：「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：……五、對於第 245 條第 2 項但書所為之限制或禁止之處分」，俾求條文精簡。

二、報告初稿建議增訂第 245 條之 1 第 5 項部分：

為落實被告或犯罪嫌疑人受實質有效辯護權之保障，報告初稿建議應明定違法限制偵查中辯護權之法律效果，敬表贊同。其法律效果之規範，或可參照本法第 158 條之 2 第 2 項規定，於同條增訂第 3 項：「第 245 條第 2 項但書所為之限制或禁止經法院撤銷或變更者，準用第 1 項規定」，以資適用。

參採情形：

一、所提意見一：

經查本法第 416 條第 1 項⁹²僅限「對於審判長、受命法官、受託法官或檢察官」所為相關處分有不服者，受處分人始得聲請所屬法院撤銷或變更，並未包括本草案第 245 條之 1 所欲規範之「檢察事務官、司法警察官或司法警察」。爰所提意見，謹錄供參考。

二、所提意見二：

有關違法限制偵查中辯護權之法律效果，本報告業已建議由主管機關另行研議明文規範，以避免爭議。爰所提意見，謹錄供參考。

楊助理研究員蕙如：

一、報告初稿建議增訂第 245 條之 1 第 5 項部分：

報告初稿建議增訂第 245 條之 1 第 5 項：「檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察依前條第 2 項限制或禁止辯護人在場或陳述意見，經法院依第 1 項撤銷或變更者，其所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限」，就限制或禁止辯護人在場或陳述意見經法院撤銷或變更者，明定其法律效果，殊值肯定，惟限制或禁止辯護人在場或陳述意見係對人民權利之限制，為避免濫權宜予適度限縮，爰建議審酌刪除「檢察事務官」及「司法警察」行使該等權力，酌予修正為：「檢察官或司法警察官依前條第 2 項限制或禁止辯護人在場或陳述意見……」。

二、文字誤繕部分：

報告初稿第 25 頁條文對照表中有關本草案第 245 條（甲案：司法院版）第 2 項：「……但有事實足認其『在場』有妨害國家機密或有湮滅……得限制或禁止之」，「在場」二字似屬誤植，建議確認。

⁹² 本法第 416 條第 1 項：「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」。

參採情形：

一、所提意見一：

有關違法限制偵查中辯護權之法律效果，本報告業已建議由主管機關另行研議明文規範，以避免爭議。爰所提意見，謹錄供參考。

二、所提意見二：

報告初稿文字確屬誤植，業已參採所提意見修正。

散會（上午 10 時 50 分）