

辯護人偵查中筆記權之沿革與展望

陳明賢*

壹、前言

依刑事訴訟法第 29 條之規定，刑事案件偵查階段之辯護人，必須由律師擔任之；又依刑事訴訟法第 245 條第 2 項前段規定，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。上開規定，乃律師擔任偵查中辯護人得於檢察官偵訊在場權之法律依據，但律師據此行使偵查中在場權時，得否在偵查現場從事筆記偵訊內容之紀錄活動，在實務上存在爭議¹。

本文首先將回顧偵查中辯護人筆記權之發展沿革，再彙整高雄地檢署檢察官扣押辯護人筆記案之爭訟過程，以及介紹憲法法庭 111 年憲判字第 7 號憲法判決，最後提出建議以供實務參考。

貳、辯護人偵查中筆記權之實務沿革

一、法務部（83）法檢字第 24163 號函

本件法務部 83 年函釋表示，為加強偵查中辯護人之功能，在不違反偵查不公開的原則下，得許辯護人在場札記訊（詢）問要點，但有刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書規定之情形時，得限制或禁止之。此外，在訊問證人時，倘被告或犯罪嫌疑人及辯護人亦有在場，本件法務部 83 年函釋亦表示檢察官得考量個案情形，比照辦理。

對於被告或犯罪嫌疑人在偵查階段受檢察

官、司法警察官、司法警察訊問該被告或犯罪嫌疑人時，辯護人可否當場記錄訊問之爭議，此件法務部函釋似乎是最早肯認辯護人在偵查中得從事紀錄活動之實務見解，但僅容許辯護人札記要點，且個案中辯護人得否從事偵查中之紀錄，仍繫於檢察官之許可。

二、法務部（84）檢（二）字第 0504 號函

本件法務部 84 年函釋，又再度針對刑事被告選任之辯護人於偵查中得否就偵訊內容記錄筆記之問題進行討論，討論意見分為肯否兩說，對於應給予或不應給予辯護人筆記偵訊內容之理由，已有較為深入之論點。

討論意見的肯定說認為，法無明文禁止辯護人記錄筆記，既允其在場聽聞，刑事訴訟法第 245 條並有規定辯護人因偵查中執行職務所知悉之事項，不得洩漏，且有串證、湮滅證據之虞者，可比照刑事訴訟法第 34 條之規定加以限制。為加強發揮辯護人之辯護功能，及協助檢察官發現真實，宜允許其記錄偵查內容。何況，辯護人受有法律知識專門訓練，實際上，辯護人如果欲洩漏案情，何必筆記，在不允許辯護人攜同速記到場之情形下，既准辯護人在場，與允許其記錄，並不違背。若不准辯護人記錄筆錄，其亦有串證之可能。

討論意見的否定說則認為，偵查中並無類似刑事訴訟法第 49 條辯護人經審判長許可得於審判期日攜同速記到庭記錄之規定，顯係有意省略。而刑事訴訟法第 23 條僅規定辯護人於「審判中」得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影，並不及於「偵查中」，若律

* 本文作者是台灣大學法律研究所碩士，律師高考及格。

1. 類似爭議，亦可見諸 108 年度台北地區地方檢察署檢察官與律師座談會編號 1、編號 2、編號 6（網址：https://www.tba.org.tw/media/1709/146_00041984.pdf，最後瀏覽日：2022 年 7 月 8 日）

師本身學有速記則其可將偵訊內容完全記錄，即可達到檢閱抄錄卷宗之目的，且若允辯護人記錄，似乎可擴張為容許錄音，如此將嚴重影響偵查之秘密及妨礙偵查案件之進行。況刑事訴訟法第 245 條第 2 項僅規定辯護人得「在場」，立法目的在保護被告合法接受偵訊之人身不受侵害權利，並非意在讓辯護人辯護，而日本重視人權，亦僅允許辯護人在未能聽聞偵訊內容之情形下在場，倘允辯護人聽聞後再做筆記，顯有違偵查不公開之精神。訴訟法上之權利需有明文規定始可主張，並非法無禁止即可為之，否則將紊亂訴訟程序。又辯護人仍可於偵訊結束後，經由與被告談話或至看守所接見而獲知案情並撰寫答辯狀提供檢察官參考，故禁止辯護人記錄偵訊內容，對辯護人功能並無妨礙。

最後討論結果，多數贊成否定說，但法務部檢察司研究意見則指出，仍建議參照法務部（83）法檢字第 24163 號函之意旨，偵查中訊問被告時，於不違反偵查不公開之原則下，得許被告辯護人在場札記訊問要點，但如有刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書情形，得限制或禁止之。

三、監察院 091 司正 0007 糾正案²

監察院 091 司正 0007 糾正案曾針對部分警、調機關在偵查中不當限制被告辯護權，於法務部函釋有違乙節，對法務部與內政部提出糾正，主要理由係認為辯護權為落實憲法保障人民訴訟權利不可或缺之一環，尤以不公開之偵查程序中，被告與國家機關實力懸殊，若任意不當限制被告辯護權。該糾正案援引法務部（83）法檢字第 24163 號

函為據，指出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，自應允許辯護人在場札記訊（詢）問要點，但接獲部分律師陳訴，偵察機關時有假偵查不公開之名不當限制被告辯護權之行使，如部分偵查單位未設置辯護人坐位、辯護人筆記訊問內容受到禁止，經監察院實地勘查各警察、調查機關之偵訊室後，確實有發現偵訊室內未設置辯護人座位，或雖有座位但無桌面可供辯護人筆記者之情事，可徵檢警單位之硬體設施，無法於實施偵查程序時，落實上開法務部函釋之要求，顯見辦案人員對偵查中辯護權普遍仍存在排斥或漠視之心態，嚴重影響被告偵查中辯護權之行使，殊屬違法不當，應檢討改進。

四、檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 28 點

法務部 108 年 3 月 20 日法檢字第 10804510780 號函修正後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。（第 2 項）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

2. 本件糾正案文，請參監察院網站（網址：<file:///C:/Users/USER001/Downloads/37104.pdf>，最後瀏覽日：2022 年 7 月 8 日）

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。(刑訴法四一、二四五)」，此點規定最早可溯及至法務部85年2月2日(85)法檢字第02796號函訂定之檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項第27點。

上開108年3月20日修正前之應行注意事項第28點原規定：「…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…」，於108年3月20日修正後改為：「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。…」，此乃法務部為回應監察院107年11月調查報告(案號：107司調0052號)所為之調整，修正理由為：「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245條第2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24163號、(八四)檢(二)字第0504號函釋均採肯定見解，爰修正第一項規定。」，可知法務部對於律師從事辯護人工作在偵查現場之記錄活動，已從「得許」放寬為「應許」之立場，明示承認此為律師基於辯護人地位得合法行使之自由，且修正後之規定並要求檢察機關僅可在符合法定條件之例外情形下，始得對之予以禁止或限制。

參、高雄地檢署檢察官扣押辯護人筆記事件

一、原因事實

憲法法庭111年憲判字第7號憲法判決之原因案件係一起高雄地檢署扣押辯護人筆記事件，整個事件起因於高雄地方檢察署所偵辦之電玩貪污案件中，承辦檢察官於105年6月間訊問莊姓被告時，其辯護人陳姓律師在場陪訊，但檢察官在訊問過程中，以辯護人之當場手寫之筆記記載過於詳細，且當日另有證人待訊，恐有違偵查不公開原則為由，依刑事訴訟法第245條第2項但書規定，指揮在庭法警扣押辯護人已製作之訊問札記乙紙(下稱檢察官所為之扣押行為)，並禁止辯護人繼續筆記偵訊內容(下稱檢察官所為之禁止筆記處分)。

二、高雄地方法院105年度聲字第2531號刑事裁定

辯護人不服，乃援引當時刑事訴訟法第416條第1項第1款規定為據，先後就檢察官所為之禁止筆記處分以及檢察官所為之扣押筆記行為提起準抗告，聲請所屬法院撤銷之，然經高雄地方法院105年度聲字第2531號刑事裁定，併予駁回。

此則裁定之駁回理由略為，辯護人聲請撤銷檢察官所為之禁止筆記處分乙節，非屬當時刑事訴訟法第416條1項所列得提起救濟之事由，故法院無從對此進行實體上之審究。另辯護人認為檢察官所為之扣押筆記行為屬於扣押處分而聲請撤銷乙節，經法院認定非屬強制處分性質之「扣押」，而應屬辯護人「任意提出之留存」，亦非屬當時刑事訴訟法第416條1項所列得提起救濟之

事由，理由在於刑事訴訟法第 143 條對於留存所設之規定，雖有準用同法關於扣押規定之明文，但不得以文書名稱爲「扣押筆錄」或「扣押物品收據」，逕認檢察官所爲之扣押行爲屬於扣押處分，蓋扣押筆錄所勾選實施依據爲「所有人或保管人任意提出或交付之物」，就該勾選項目聲請人當場並無異議即簽名確認，事後提起救濟時亦未針對此有所爭執，又扣案筆記係由辯護人自行撕下交付，檢察官提出要求時語氣平和，未施以強制力，過程中辯護人未表示不欲提出，僅要求檢察官開立相關憑據，尚難認檢察官所爲之扣押行爲構成具有強制處分性質之「扣押」。

此則裁定最後指出，留存物雖然不限於可爲證據或得沒收之物，但至少應具備作爲本案被告所涉貪污治罪條例罪名之證據性質，始有留存之必要，倘辯護人認爲扣案筆記已無基於證據保全而有留存之必要，仍得依刑事訴訟法第 143 條準用同法第 142 條規定，另行向檢察官聲請發還。

三、高雄地方法院 105 年度聲字第 2748 號刑事裁定

承上，辯護人乃依高雄地方法院 105 年度聲字第 2531 號刑事裁定之指示，另以書面請求高雄地方檢察署檢察官聲請發還該扣押之筆記乙紙，經承辦檢察官以 105 年 6 月 24 日雄簡欽讓 105 聲他 809 字第 61643 號函拒絕，嗣辯護人再具狀向所屬法院聲請發還扣押物，仍經高雄地方法院 105 年度聲字第 2748 號刑事裁定駁回。

此則駁回裁定之理由略爲，承辦檢察官於偵查中所扣押之筆記乙紙，已提出作爲證據而隨卷併送法院，應可認檢察官認有留存

必要。而案件起訴後，既已繫屬法院，則扣案筆記有無必要繼續扣押（留存），或是否發還，應依案件發展、事實調查，由法院依職權爲之，檢察官已無權就已移至法院審判中之扣押物（留存物）爲發還與否之處分，故辯護人聲請撤銷上述檢察官於偵查中所爲駁回扣押物發還處分，礙難准許。此裁定另指出，辯護人如認扣案筆記乙紙無留存之必要，應另行向承審法院之承辦庭，提出發還聲請。

四、橋頭地方法院 105 年度訴字第 539 號刑事裁定

由於檢察官所偵查之貪污案件已起訴，並移轉管轄至新成立之橋頭地方法院後，辯護人因此再具狀向承審法院聲請發還扣押物，經該法院徵詢檢察官意見後，檢察官亦函覆同意發還，且法院亦認爲所扣押之筆記乙紙並非得沒收之物，與本案被告之犯行亦無必要之關連，無繼續留存之必要，爰經橋頭地方法院 105 年度訴字第 539 號刑事裁定准予發還。

五、監察院 107 司調 0052 調查報告³

前揭高雄地檢署檢察官扣押辯護人筆記事件，後來引發監察院介入，並於 107 年 11 月間出具調查報告（字號：107 司調 0052）指出，刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書以及當時檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 28 點之規定，檢察官固然可依法限制或禁止辯護人在場或札記，但仍應符合「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，或其行爲不當足以影響偵查秩

3. 本件調查報告，詳參監察院網站（網址：<https://www.cy.gov.tw/CyBsBoxContent.aspx?n=133&s=17234>，最後瀏覽日：2022 年 7 月 8 日）

序」之前提，但經監察院勘驗偵訊錄影後，發現 105 年 6 月 15 日高雄地檢署檢察官在訊問被告過程中，檢察官在檢閱辯護人札記筆記前，即要求辯護人將筆記留下，但未提出辯護人有何具體違反偵查不公開之事證，僅以先前同案其他被告，對收賄金流答辯奇怪，便以涉及偵查不公開為由，禁止該辯護人繼續札記，並對辯護人札記之筆記予以扣押，有欠允當，應促其注意。況且，依據橋頭地方法院 105 年度訴字第 539 號刑事裁定准予發還扣案筆記，理由略為扣案筆記非得沒收之物，且與被告之犯行亦無必要之關，益徵檢察官禁止辯護人筆記偵訊內容以及扣押其已製作之筆記，顯然欠缺辯護人違反偵查不公開之具體事證。

最後本件調查報告基於有權利即有救濟原則，建議司法院檢討刑事訴訟法第 416 條第 1 項所列得提起準抗告之範圍，並指出當時刑事訴訟法第 245 條第 2 項及檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 28 點規定，對於檢察官以違反偵查不公開限制與禁止辯護人札記之相關要件與程序未盡明確，建議法務部對於檢察官所為之禁止或限制措施，能將足認違反偵查不公開之事實記明筆錄內，俾使檢察官與律師執行職務時，有明確規範以資遵循。

六、檢察官評鑑委員會 107 年檢評字第 001 號決議⁴

發生高雄地檢署檢察官扣押辯護人筆記事件後，高雄律師公會曾向檢察官評鑑委員會聲請對該名檢察官進行個案評鑑，案經檢察官評鑑委員會於 107 年 12 月間作成 107

年檢評字第 001 號決議書，其主要論據略為，受評鑑之檢察官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，因此以多數意見達成「本件不付評鑑」之結論。

然而，在不付評鑑之多數意見以外，另有數位評鑑委員共同提出長達 34 頁之不同意見書，認為檢察官之行為有違法不當，此乃檢察官評鑑委員會成立以來首度發布不同意見書。該不同意見書之主要論據略為，辯護人在偵訊現場製作札記，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，且辯護人製作之筆記乃其工作成果，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，受評鑑之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，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。此外，受評鑑之檢察官在未提出可客觀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，且如果認為辯護人有利益衝突情形，本應於事前禁止辯護人受任為該被告辯護，並請該被告另行選任合適之辯護人，而非當庭再予禁止辯護人札記，致妨害被告接受辯護

4. 本件決議書，請參法務部網站（網址：<https://www.moj.gov.tw/2204/2645/2721/2726/24298/>，最後瀏覽日：2022 年 7 月 8 日）

人實質有效協助防禦之權益，故受評鑑之檢察官對辯護人所為之禁止札記處分，不符合比例原則下之「侵害最小原則」，自屬違法不當。

本件檢察官評鑑案中，9位評鑑委員中（原評鑑委員共11位，扣除請假及自行迴避者2位），多數意見一方有5位評鑑委員，另有4位評鑑委員提出不同意見書，雙方僅有一票之差，看法相當分歧，其中不同意見書對於刑事被告受實質有效辯護之憲法權利以及辯護人之角色與定位，進行了深入之探討與論述，可以說是具有相當參考價值之法學資料。

肆、憲法法庭 111 年憲判字第 7 號憲法判決

前揭高雄地檢署檢察官扣押辯護人筆記事件之辯護人，後來以高雄地方法院 105 年度聲字第 2531 號刑事裁定為終局確定裁判，聲請釋憲。其聲請意旨主張，該裁定所適用之刑事訴訟法第 416 條第 1 項規定，對於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」，未列為得提起準抗告之事由，存在權利保護漏洞，不符合憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨，另外並主張該裁定有適用檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 28 點之規定，而此規定對於辯護人偵查中在場權增加法律上所無之限制，違反憲法第 15 條保障人民工作權之意旨，亦不符合憲法第 23 條之比例原則。

此件釋憲聲請案提出後，歷經約 5 年 8 個月，終經改制後憲法法庭作出 111 年憲判

字第 7 號憲法判決，此判決除對於檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 28 點部分，以未經終局確定裁判實質適用為由，而予以不受理外，其餘判決主文則對於刑事訴訟法第 416 條第 1 項部分為違憲宣告，以及要求相關機關應於 2 年內完成修法，且於完成修法前，並允許被告、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。

觀諸本件憲法判決之判決理由，首先指出被告或犯罪嫌疑人受憲法保障之刑事正當法律程序及充分防禦權，非僅侷限於審判階段，亦及於起訴前之偵查階段。

再者，該判決指出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，並且進一步確立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憲法上權利，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，從而導出偵查中辯護權受侵害時，辯護人自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。據此推論，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，現行刑事訴訟法第 416 條未設有相應之救濟途徑，與有權利即有救濟之憲法原則不符，故不符合憲法第 16 條保障訴訟權之意旨。

伍、結論與展望

關於辯護人於偵查中得否從事筆記偵訊內容之記錄行為，長久以來困擾實務運作，於憲法法庭 111 年憲判字第 7 號憲法判決出爐後，雖然確認此屬刑事訴訟法第 245 條第 2 項前段所定偵查中辯護權之內涵，並且就檢察官對此所為之禁止或限制不服時，得向法院請求救濟。惟此項爭議之根源，乃刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書規定以及檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 28 點之合憲性問題，然此件憲法判決中，對此尚未加以解決。詳言之，刑事訴訟法第 245 條第 2 項前段之偵查中辯護權，事涉被告或犯罪嫌疑人獲得實質有效辯護之權利，受憲法高度保障，然刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書以及應行注意事項第 28 點，卻可以使用廣泛的事由，輕易地將辯護人排除，是否恰當，容值商榷。再者，如果辯護人有意欲妨害國家機密，或湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人，或妨害他人名譽之行為，則

該辯護人利用在場見聞偵訊活動之機會而獲取相關資訊，即可得逞，不必特別藉由筆記偵訊內容作為手段，故禁止或限制辯護人之偵查中筆記權，難謂有助於杜絕妨害國家機密，或湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人，或妨害他人名譽等目的，顯然無法通過比例原則之檢驗。憲法法庭 111 年憲判字第 7 號對於檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 28 點部分，為不受理決定，錯失藉此利用重要關聯性理論檢驗上開規範合憲性之機會，僅能期待將來修正後刑事訴訟法第 416 條所增加之抗告事由，使其他偵查中辯護權受禁止或限制之個案，能進入法院接受司法審查，逐步以法院裁判，促進偵查不公開制度運作之合理化，並使辯檢互動之界線予以明確化，避免檢察機關藉由偵查不公開之大旗，不當犧牲辯護人及被告、犯罪嫌疑人之權益。