

司法院釋字第七三七號解釋抄本



司法院公布令·····	1
解釋文及解釋理由書·····	1
湯大法官德宗提出，林大法官俊益加入之部分協同意見書·····	8
蘇大法官永欽提出之協同意見書·····	12
黃大法官茂榮提出之協同意見書·····	29
陳大法官新民提出之協同意見書·····	38
羅大法官昌發提出，黃大法官虹霞加入之協同意見書·····	60
蔡大法官明誠提出，黃大法官虹霞加入之協同意見書·····	74
林大法官俊益提出之協同意見書·····	85
陳大法官碧玉提出之部分協同部分不同意見書·····	104
黃大法官虹霞提出之部分協同部分不同意見書·····	113
葉大法官百修提出之部分不同部分協同意見書·····	121
陳大法官春生提出之部分不同意見書·····	132
吳大法官陳鵬提出之部分不同意見書·····	140

解 釋

司法院 令

發文日期：中華民國105年4月29日

發文字號：院台大二字第1050011308號

公布本院大法官議決釋字第七三七號解釋

附釋字第七三七號解釋

院長 賴 浩 敏

司法院釋字第七三七號解釋

解釋文

本於憲法第八條及第十六條人身自由及訴訟權應予保障之意旨，對人身自由之剝奪尤應遵循正當法律程序原則。偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由；除有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，得予限制或禁止者外，並使其獲知聲請羈押之有關證據，俾利其有效行使防禦權，始符憲法正當法律程序原則之要求。其獲知之方式，不以檢閱卷證並抄錄或攝影為必要。刑事訴訟法第三十三條第一項規定：「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。」同法第一百零一條第三項規定：「第一項各款所依據之事實，應

告知被告及其辯護人，並記載於筆錄。」整體觀察，偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人僅受告知羈押事由所據之事實，與上開意旨不符。有關機關應於本解釋公布之日起一年內，基於本解釋意旨，修正刑事訴訟法妥為規定。逾期未完成修法，法院之偵查中羈押審查程序，應依本解釋意旨行之。

解釋理由書

本件係因賴○○及其偵查中選任辯護人李△△律師為聲請閱覽偵查中聲羈卷案件，認臺灣高等法院一〇二年度偵抗字第六一六號刑事裁定（下稱確定終局裁定）所適用之刑事訴訟法第三十三條第一項規定，有違憲疑義，聲請解釋憲法，經大法官議決應予受理，並依司法院大法官審理案件法第十三條第一項通知聲請人及關係機關包括司法院（刑事廳）及法務部指派代表及代理人，於中華民國一〇五年三月三日到場，在憲法法庭行言詞辯論，並邀請鑑定人到庭陳述意見。

聲請人賴○○、李△△主張刑事訴訟法第三十三條第一項規定抵觸憲法第八條、第十六條及第二十三條規定，其理由略謂：一、允許辯護人於偵查中羈押審查程序閱卷，有利於檢察官遵循義務，與偵查不公開並無矛盾。二、憲法第八條、第十六條所蘊含之正當法律程序原則，應保障被告有充分之防禦權；偵查中聲請羈押程序有對立當事人之訴訟結構，故亦有武器平等原則之適用。三、限制被告及其辯護人檢閱聲請羈押卷宗之權利，涉及被告之訴訟權、人身自由，以及辯護人之工作權與其作為司法一環應具備之辯護權。再者，刑事訴訟法第三十三條第一項並非最小侵害手段，有違憲法第八條、第十六條之意旨。四、刑事訴訟法第一百零一條

第一項及第一百零一條之一第一項各款羈押事由，與本件爭點有關聯必要性，應為本件解釋範圍。五、司法院大法官應諭知聲請人賴○○得據以聲請刑事補償或國家賠償等語。

關係機關司法院（刑事廳）略稱：一、憲法第十六條明定人民有訴訟權，檢察官聲請羈押被告程序，雖處於偵查階段，然被告仍得享有程序保障，使其得充分有效行使防禦權。武器平等原則旨在落實被告之防禦權，基此防禦之需求，國家應提供被告得與代表國家之檢察官，立於平等地位進行攻防之制度性程序保障，故聲請羈押被告程序自有武器平等原則之適用。二、閱卷權乃實現被告基本權訴訟權核心，即防禦權之重要內涵，依據我國憲法，應許可被告之辯護人於聲請羈押程序中有檢閱聲請羈押卷宗之權利；縱囿於偵查不公開之考量，有限制上必要，亦不應全面禁止。刑事訴訟法第三十三條第一項限制辯護人於起訴前完全不得行使閱卷權，與此意旨不符；刑事訴訟法第一百零一條第三項規定亦仍不足以落實被告之防禦權等語。

關係機關法務部略稱：一、偵查不公開原則係為貫徹無罪推定原則、保障相關人之權利、維護偵查效能等；限制偵查中辯護人之閱卷權，乃偵查中保全程序本質之急迫性及隱密性使然，允許辯護人於偵查程序中閱卷，對偵查及訴訟程序並無助益，且有妨害，甚至與羈押之目的相悖。二、於偵查程序中無武器對等原則適用。三、我國刑事訴訟法已充分保障被告於偵查程序中之防禦權，包括刑事訴訟法第二條、第二十七條、第三十四條、第三十四條之一、第九十五條、第九十六條、第一百六十三條、第二百十九條之一、第二百二十八條第四項、第一百零一條第三項、第二百四十五條等。刑事訴訟法第三十三條第一項是否違憲，應綜觀被告於偵

查中之相關辯護權保障是否完備，刑事訴訟法就此有以上充分保障，已對被告為適度之資訊揭露，是刑事訴訟法第三十三條第一項並未違憲等語。

本院斟酌全辯論意旨，作成本解釋，理由如下：

司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定：「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：……二、人民、法人或政黨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者。」其目的在使基本權受到侵害之人得聲請本院解釋憲法。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（本院釋字第六五四號解釋參照）；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。又本件聲請人主張刑事訴訟法第三十三條第一項有牴觸憲法疑義，而未主張同法第一百零一條第三項違憲，且該條項亦未為確定終局裁定所適用。惟人民聲請憲法解釋之制度，除為保障當事人之基本權利外，亦有闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的，故其解釋範圍自得及於該具體事件相關聯且必要之法條內容，而不全以聲請意旨所述或確定終局裁判所適用者為限（本院釋字第四四五號解釋參照）。如非將聲請解釋以外之其他規定納入解釋，無法整體評價聲請意旨者，自應認該其他規定為相關聯且必要，而得將其納為解釋客體。本件聲請人雖主張犯罪嫌疑人及其辯護人之閱卷權，然

其憲法疑義之本質為犯罪嫌疑人及其辯護人於偵查中之羈押審查程序是否有權以閱卷或其他方式獲知聲請羈押所依據之具體理由、證據資料，以有效行使防禦權，並避免犯罪嫌疑人人身自由遭不法侵害。故本院除審查刑事訴訟法第三十三條第一項規定外，亦應將同法第一百零一條第三項納入審查，始能整體評價犯罪嫌疑人及其辯護人獲知聲請羈押所依據之具體理由、證據資料是否足以使其有效行使防禦權。本件自應將相關聯且必要之同法第一百零一條第三項一併納入解釋範圍。均先予敘明。

人身自由乃人民行使其憲法上各項自由權利所不可或缺之前提，為重要之基本人權，應受充分之保障。剝奪或限制人身自由之處置，除須有法律之依據外，更須踐行必要之正當法律程序，始得為之，憲法第八條規定甚明（本院釋字第三八四號、第四三六號、第五六七號、第五八八號解釋參照）。另憲法第十六條所明定人民有訴訟權，係以人民於其權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內容，國家應提供有效之制度性保障，以謀其具體實現（本院釋字第五七四號解釋參照）。羈押係於裁判確定前拘束犯罪嫌疑人或刑事被告身體自由，並將其收押於一定處所之強制處分。此一保全程序乃在確保偵審程序順利進行，以實現國家刑罰權。惟羈押強制處分限制犯罪嫌疑人或刑事被告之人身自由，將使其與家庭、社會及職業生活隔離，非特予其生理、心理上造成嚴重打擊，對其名譽、信用等人格權之影響亦甚重大，故應以無羈押以外其他替代方法為前提，慎重從事（本院釋字第三九二號、第六五三號解釋參照）。偵查階段之羈押審查程序，係由檢察官提出載明羈押理由之聲請書及有關證據，向法院聲請裁准之程序。此種聲請羈押之理

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。惟為確保國家刑罰權得以實現，於有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞時，自得限制或禁止其獲知聲請羈押之有關證據。

現行偵查階段之羈押審查程序是否滿足前揭憲法正當法律程序原則之要求，應綜合觀察刑事訴訟法相關條文而為判斷，不得逕以個別條文為之。刑事訴訟法第三十三條第一項規定：「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。」同法第一百零一條第三項規定：「第一項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄。」致偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人得從而獲知者，僅為聲請羈押事由所依據之事實，並未包括檢察官聲請羈押之各項理由之具體內容及有關證據，與上開憲法所定剝奪人身自由應遵循正當法律程序原則之意旨不符。有關機關應於本解釋公布之日起一年內，基於本解釋意旨，修正刑事訴訟法妥為規定。逾期未完成修法，法院之偵查中羈押審查程序，應依本解釋意旨行之。至於使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由及有關證據之方式，究採由辯護人檢閱卷證並抄錄或攝影之方式，或採法官提示、告知、交付閱覽相關卷證之方式，或採其他適當方式，要屬立法裁量之範疇。惟無論採取何種方式，均應滿足前揭憲法正當法律程序原則之要求。

至偵查不公開為刑事訴訟法之原則，係為使國家正確有效行使刑罰權，並保護犯罪嫌疑人及關係人憲法權益之重要

制度。然偵查中之羈押審查程序使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知必要資訊，屬正當法律程序之內涵，係保護犯罪嫌疑人憲法權益所必要；且就犯罪嫌疑人及其辯護人獲知資訊之範圍，上開解釋意旨亦已設有除外規定，已能兼顧犯罪嫌疑人及關係人憲法權益之保護及刑罰權之正確行使。在此情形下，偵查不公開原則自不應妨礙正當法律程序之實現。至於羈押審查程序應否採武器平等原則，應視其是否採行對審結構而定，現行刑事訴訟法既未採對審結構，即無武器平等原則之適用問題。

又因偵查中羈押係起訴前拘束人民人身自由最為嚴重之強制處分，自應予最大之程序保障。相關機關於修法時，允宜併予考量是否將強制辯護制度擴及於偵查中羈押審查程序，併此指明。

另聲請人認刑事訴訟法第一百零一條第一項及第一百零一條之一第一項各款所列羈押事由，應為本件聲請解釋範圍等語，惟查上開條文未經確定終局裁定所適用，且與本件解釋亦難謂有重要關聯，自不得據以聲請解釋。又聲請人請求國家賠償或刑事補償等救濟之諭知部分，則非屬大法官之職權。均與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款不符，依同條第三項應不受理。

大法官會議主席 大法官 賴浩敏

大法官 蘇永欽 黃茂榮 陳 敏 葉百修
陳春生 陳新民 陳碧玉 黃璽君
羅昌發 湯德宗 黃虹霞 吳陳銀
蔡明誠 林俊益

釋字第七三七號解釋部分協同意見書

湯德宗大法官 提出

林俊益大法官 加入

本案聲請人一賴○○因涉嫌違反貪汙治罪條例，於民國一〇二年三月二十八日遭臺灣臺北地方法院檢察署聲請羈押，¹同年月三十日由臺灣臺北地方法院（下稱臺北地院）裁定羈押禁見。²賴○○委任之辯護人李△△（本案聲請人二）於一〇二年五月三日具狀向臺北地院聲請閱覽卷證，臺北地院以「於法無據、礙難准許」為由，駁回其閱卷聲請。³李○○不服，向臺灣高等法院提起抗告；經該院於一〇二年五月二十八日以一〇二年度偵抗字第六一六號刑事裁定無理由駁回確定。⁴茲二聲請人以前揭高等法院確定終局裁定所適用之刑事訴訟法第三十三條第一項有違憲疑義，聲請本院解釋。

「於法無據、礙難准許」，其果然乎？豈其然乎？如此冠冕堂皇的說辭，背後多少耐人尋味的往事……。

按刑事訴訟法第三十三條第一項僅規定：「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影」，此外並無犯罪嫌

¹ 參見臺灣臺北地方法院檢察署 102 年度北檢治字第 87 號羈押聲請書。

² 參見臺灣臺北地方法院 102 年度聲羈更（一）字第 3 號刑事裁定。

³ 參見臺灣臺北地方法院 102 年 5 月 10 日北院木刑來 102 偵聲 79、81 字第 1020005603 號及第 1020005624 號函。

⁴ 參見臺灣高等法院 102 年度偵抗字第 616 號刑事裁定（「三、經查……本件被告賴○○因涉嫌貪汙治罪條例案件既仍在偵查中，而刑事訴訟法第 33 條第 1 項及其立法理由已明文規定，辯護人檢閱卷宗證物及抄錄或攝影，以在『審判程序中』者為限，原審據此駁回抗告人閱卷之聲請，於法核無違誤，抗告人具狀指摘原裁定不當，其抗告為無理由，應予駁回」）。

疑人及其辯護人得於偵查中閱卷之規定，實因我國刑事訴訟辯護制度初僅限於「審判」程序。⁵李師科案發生後，為杜絕刑求，⁶七十一年八月四日刑事訴訟法乃修正第二十七條第一項：「被告得隨時選任辯護人」。此後辯護制度擴及於偵查階段，然辯護人之作用實際殆僅限於得於訊問犯罪嫌疑人時在場。⁷八十四年十二月本院作成釋字第三九二號解釋，釋示：「憲法第八條第一項、第二項所規定之『審問』，係指法院審理之訊問」，並宣告其時刑事訴訟法授予檢察官羈押（被告之）權之相關規定⁸違憲。八十六年十二月十九日刑事訴訟法修正，遂將偵查中之羈押改由法院（法官）審查，並配合增訂第一百零一條第三項：「第一項各款（按：指檢察官聲請羈押）所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄」，使法官向犯罪嫌疑人及其辯護人提示部分聲押資訊。在律師界的努力下，八十九年修正刑事訴訟法第二百四十五條第二項⁹，更予辯護人（於訊問犯罪嫌疑人時有）在場「陳

⁵ 參見刑事訴訟法（24/01/01 修正公布）第 27 條第 1 項（「被告於起訴後，得隨時選任辯護人」）。

⁶ 參見刑事訴訟法（71/08/04 修正公布）第 245 條第 2 項立法理由（「二、為使實施偵查程序之公務員對被告或犯罪嫌疑人合法實施偵訊，並確保被告或犯罪嫌疑人之合法權益，爰修正本條增列第二項，規定辯護人得於檢察官訊問被告或司法警察官、司法警察調查犯罪嫌疑人時在場。又為確保國家機密，及防止偽造、變造證據，或勾串共犯或證人，及維護他人之名譽與偵查程序之正常進行，如偵查中訊問被告時辯護人之到場毫無限制，亦非所宜，故設第二項但書之規定，以期周密」）。

⁷ 參見刑事訴訟法（71/08/04 修正公布）第 245 條第 2 項（「被告或犯罪嫌疑人之辯護人，得於檢察官、司法警察官或司法警察訊問該被告或犯罪嫌疑人時在場。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」）。

⁸ 參見刑事訴訟法（84/10/20 修正公布）第 101 條、第 102 條第 3 項準用第 71 條第 4 項、第 105 條第 3 項、第 120 條、第 121 條第 1 項及第 259 條第 1 項。

⁹ 參見刑事訴訟法（89/07/19 修正公布）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」。

述意見」之權。時隔十六年後，本案聲請人進一步主張：犯罪嫌疑人及其辯護人於偵查中之羈押審查程序並應有閱卷權。

「於法無據」是事實（存在），但未必即是憲法之規範意旨（當為）。為集思廣益，經舉行言詞辯論，聽取聲請人、關係機關代表及鑑定人等到庭陳述意見後，全體大法官連月來開誠思辨、反覆研議，卒深心體認憲法第八條及第十六條保障人身自由及訴訟權之本旨，乃確立解釋原則：羈押審查之程序，須使犯罪嫌疑人或被告得以有效行使防禦權，避免發生違法羈押，始符合憲法正當法律程序原則之要求。¹⁰茲偵查階段之羈押，既係由檢察官提出理由及證據，向法院聲請裁准，則法官是否裁准羈押之依據，自應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知，俾其得為有效之防禦。¹¹爰解釋文具體釋示：「偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之

¹⁰ 本解釋釋示之「犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由及證據權」，性質上屬於憲法「正當法律程序」(due process of law)中之「受告知權」(right to be informed)。關於「受告知權」之意涵，參見本席於本院釋字第731號解釋提出之「部分協同意見書」。

¹¹ 聲請人賴○○於105年3月3日言詞辯論稱：「聲請釋憲，係因偵查過程中，檢方以密件突襲，讓我不知為何被羈押。我們懇切希望知道被羈押之原因為何，能夠加以防禦並作一些答辯，但是沒有。剛才聽法務部代表之說明，才知原來密件就是監聽譯文。這是一個客觀存在之資料，被告無法湮滅，檢方已有錄音存檔。以此為由，不讓我知道，而將我羈押了四個多月，這樣對嗎？我們想告訴各位大法官，為何被告或辯護人要有資訊獲取權，因為我們無法及時說明或答辯，當下若是知道，我就可以說明」。參見卷附105年3月3日言詞辯論筆錄，頁59；並參見臺灣高等法院102年度偵抗字第616號刑事裁定：（「一、本件抗告意旨略以：……（5）……本案檢察官於偵查中對被告賴○○聲請羈押，並於聲押庭中突襲地當庭提交所謂「密件」，而由原審法院據此得到羈押被告賴○○心證的理由，且聲押庭審理時檢察官及法官均不准被告賴○○及其辯護人知悉、閱覽所謂「密件」性質、名稱、內容，使被告賴○○及辯護人完全無從知悉聲押的具體事證，更遑論能對之提出任何辯駁」）。

理由；除有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，得予限制或禁止者外，並使其獲知聲請羈押之有關證據」。惟綜觀刑事訴訟法相關規定，偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人所受告知者，僅為羈押事由所據之「事實」，而不及於檢察官聲請羈押之「理由與證據」，乃與上開解釋意旨不符。解釋文爰併諭知：「有關機關應於本解釋公布之日起一年內，基於本解釋意旨，修正刑事訴訟法妥為規定。逾期未完成修法，法院之偵查中羈押審查程序，應依本解釋意旨行之」。

如上審查結論，兼顧國家刑罰權之正確行使與犯罪嫌疑人及關係人權益之保障，符合本院有關人身自由與訴訟權之解釋先例，本席敬表贊同。即其間為凝聚可決共識、勉力作成解釋，而創新之解釋方法，例如：認為本案二聲請人（犯罪嫌疑人及其辯護人）得合力（而非單獨）建構適格之釋憲聲請人；¹²為闡明系爭憲法疑義，應整體評價相關法規（而不限於確定終局裁判形式上所引據者）；¹³關於偵查羈押「閱卷權」，應從憲法正當程序原則（即程序正當之觀點），為實質理解（而不囿於特定形式）¹⁴等，本席亦皆多所協力。餘所希冀者，解釋文果能併予釋示：「偵查中之羈押審查應概採強制辯護制度」¹⁵，本解釋將益臻圓滿，而功德無量矣。

¹² 參見解釋理由書第5段前半部之論述。

¹³ 參見解釋理由書第5段後半部之論述。

¹⁴ 參見解釋文（「其獲知之方式，不以檢閱卷證並抄錄或攝影為必要」），及解釋理由書第7段之論述。

¹⁵ 蓋偵查中之羈押，乃起訴前拘束人民人身自由之強制處分；其對人身自由之危害猶甚於審判中之羈押，理應給予最大限度之程序保障。且，為貫徹本解釋意旨，使犯罪嫌疑人或被告得以有效行使防禦權，並為避免無力委任或未委任辯護人之犯罪嫌疑人受到差別保護，亦應採取強制辯護制度。

本席相信立法者終將接力走完這最後一哩路，為我國人權保障豎立新的里程碑！

釋字第七三七號解釋協同意見書

蘇永欽大法官 提出

本件解釋為本院首次就偵查中的羈押審查程序，犯罪嫌疑人及其辯護人獲知資訊的問題作成解釋。一方面認為，基於憲法正當法律程序原則的要求，其獲知的範圍應及於聲請羈押的有關證據，以利其有效行使防禦權。另一方面，又認為在有危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞的情形，得予限制或禁止。據此展開審查，先在標的上從聲請人主張的刑事訴訟法第三十三條第一項，依職權擴及未主張的同法第一百零一條第三項，接著又以前所未見的整體觀察方法，認為唯於綜觀二法條後，始可確認犯罪嫌疑人及其辯護人所能獲知的資訊範圍，尚不符合憲法要求。要正確理解本解釋整體思路及違憲宣告的實質意涵及效力——儘管理由書已盡力說明——，以其論述及宣告方式的異於以往，恐怕仍不容易。本席支持解釋結果及其基本論證，但為避免誤讀，乃至陷入各說各話，願意嘗試更深入的分析背後的憲法思維，包括偵查中羈押審查程序所涉的法益權衡、程序的本質、司法審查與立法選擇的界限等，藉以明瞭本案創設所謂整體觀察違憲宣告方式的必要性及其具體效力。以下即分成十點做簡要的分析。

- 一、容許對尚未起訴、嗣後有可能依所得證據作不起訴處分的犯罪嫌疑人加以羈押，自應有特別的憲法理由，主要應在於國家有發現犯罪事實、以正確有效行使刑罰權的義務。

聲請人主張，在偵查中的羈押審查程序，犯罪嫌疑人或

辯護人應有權檢閱卷證，才能有效行使防禦權。在展開憲法審查前，應先建立明確的、足以判斷人身自由受到剝奪的犯罪嫌疑人在資訊上是否確有不足的標準。人身自由的重要性，僅從憲法第八條罕見的高密度規範，即可了然；究竟還有何種法益足以平衡此一重大人權，是在探討審查標準前必須仔細思考的。相對於審判中羈押被告，偵查中的羈押不僅也有無罪推定的憲法考量（可參閱本院釋字第六六五號解釋），要對根本尚未起訴、事後甚至有可能依所得證據作不起訴處分的犯罪嫌疑人，剝奪其人身自由，自應有更為特別的憲法理由，此所以偵查中的羈押（Untersuchungshaft）向來被認為是刑事訴訟法中最敏感的憲法問題。一般多即以社會大眾對國家有效行使刑事司法權的需求，為平衡人身自由保障的重大公共利益。近年來義大利憲法法院在審查嚴格證據排除法則的合憲性時，從其憲法中檢察官有對犯罪行為起訴之責的規定（第一百十二條），推導出國家有發現真實、實現國家刑罰權的義務（可參 Judgement n. 24/1992, n. 254/1992, 255/1992）。德國憲法法院也在三年前審查有關認罪協商制度是否違憲的判決中，明確肯認從法治國的罪責原則（Schuldprinzip）可導出國家有發現真實的義務（可參 BVerfG HRRS 2013 Nr.222 Rn.X）。本院迄今雖未明確肯認國家負有此一義務（僅曾從反面角度肯認罪責原則，可參本院釋字第六八七號解釋），但本席認為唯有明確肯認國家有發現犯罪事實以利正確有效行使刑罰權的義務，才更能合理說明偵查中羈押犯罪嫌疑人的制度。本件解釋就有關偵查中羈押審查程序的資訊獲取規定所建立的審查標準，實際上即建立於保障人身自由與發現真實二義務的權衡上，從避免危害

偵查的除書的提出，特別清楚。惟在凸顯國家發現真實義務以利正確行使刑罰權的同時，更要注意羈押的實際結果與刑罰的近似性，而應用心檢討被羈押人所受處遇的合理性，就此範圍聲請人賴○○在言詞辯論庭的最後陳述值得相關機關給予更高的關注。

二、本件解釋的核心爭議在於：羈押審查程序中的資訊獲取規定應如何妥適權衡國家保障人身自由與發現真實的義務，儘量避免使程序本身反而對應否羈押的權衡構成干擾。

刑事訴訟法有關羈押原因的規定，第一百零一條第一項第一款的虞逃要件與第二款的滅證、勾串要件，顯然都是為了避免阻礙檢察官發現真實。本院前曾以第六六五號解釋對第三款重罪要件加以審查，雖未認其違憲，但要求在適用時應以其實質含有虞逃或滅證、勾串之虞，始能構成羈押的理由，足見本院在審查有關羈押原因規定時建立的標準，即為保障人身自由與發現真實義務的權衡。本案涉及的問題不在羈押的原因——也就是人身自由的限制可容忍底限的問題——，而是涉及羈押審查程序中，資訊提供與取得的正當程序問題，此處同樣需要就人身自由與真實發現作妥適權衡，以達到最大程度的兼顧。因為一方面可能被剝奪人身自由的犯罪嫌疑人需要足夠資訊，以為充分自我防禦，法官也需要有充分資訊，始能作成應否羈押的合理判斷。另一方面，偵查羈押本即源於檢察官尚未掌握足夠事實與證據，而無法決定是否對犯罪嫌疑人或其他潛在的犯罪者起訴，僅於犯罪事實與證據已掌握到相當程度時，為保全證據，不得已才採取羈押的手段。故倘若羈押審查程序中的資訊提供或取得，反而

有礙於真實發現，即與此程序的目的發生根本矛盾。

換言之，有關羈押原因的限縮，即建立於人身自由與發現真實的妥適權衡上。落實此一規定的羈押審查程序，若不同時考量發現真實的義務，而僅注意人身自由的保障，即可能使本院在有關應否羈押所作的小心翼翼的權衡受到扭曲，從而嚴重影響程序目的的實現。類似的思維，見於國家課稅若不能注意簡政，以致課徵成本過高，可能降低課稅的正當性，乃至應考量停徵此稅；或如營業秘密法的訴訟程序，如未能注意營業秘密的保護，也同樣會受到投鼠毀器的質疑。

三、 憲法特別針對偵查中羈押犯罪嫌疑人規定應由法院審問，其本質顯非發動審判權，而是藉由獨立、公正的法官審問，始得為憲法宣示的人身自由提供足夠的制度性保障。

在審查相關資訊規則前，又有必要先就偵查中羈押審查程序的本質作前提性的定位。由於檢察官尚未起訴，法官的審判權無從發動，法官在此只是因其受高度制度保障的公正獨立地位而承擔令狀審查核發者的功能，並非憲政體制邏輯必然的唯一選項，這就和審判權只能由法官行使有所區隔（我國見於憲法第八十條的規定），此所以歐洲人權及基本自由保障公約第五條第三項就此處的角色分配僅規定應由法官或「依法執行司法權力之其他官吏」（other officer Authorized by law to exercise judicial power）審查，其後的聯合國公民及政治權利國際盟約第九條第三項與美洲人權公約第七條第五項也與此類同，都未要求必須為法官。我國的

情形因為憲法第八條第一、二項已經都規定由「法院」「審問」，本院在釋字第三九二號解釋才以此為據論證其主體應限於法官，但仍不以法官行使者為審判權，還特別強調法官「並非對案件之實體為審理，如德國現行刑事訴訟法第一百十七條之『羈押審查』(Haftprüfung)，第一百十八條之羈押『言詞審理』(Mündliche Verhandlung)，即均係起訴前決定羈押與否之規定。」足見審前的羈押聲請雖由法官審理，仍屬偵查程序的一環，其消極目的雖在確認限制人身自由的必要性，積極目的也在協助檢察官發現真實以利其決定是否起訴，與起訴後以法官為主體的審判程序，其目的在發現真實以利法官決定可否及如何定罪，不論目的與結構都不相同。

四、刑事訴訟法對於審檢辯角色的分配必須由立法裁量以反映人民的價值偏好，在依憲法應採對審的審判程序尚且如此，對非必須採對審結構的羈押審查程序更應開放選擇。

檢察官聲請法官核准羈押特定犯罪嫌疑人，此一審查程序應以何種方式進行才符合正當程序的要求，涉及法官、檢察官、犯罪嫌疑人或其辯護人的角色分配問題。為落實人民訴訟權公平審判的要求，本院對於法官行使審判權的程序，向來要求應採對審結構（參閱本院釋字第四三六號、第五八二號解釋），並遵守當事人對等原則。起訴前的羈押審查，其性質既非審判，則若採非對審結構，即以法官為程序中心，分別與聲請機關檢察官、犯罪嫌疑人或其辯護人建立兩面關係，由檢察官敘明應羈押的理由，提出相關證據以說服法官，另由法官以適當方式告知犯罪嫌疑人或其辯護人，使其得為人身自由作有效的防禦，應該也是符合目的的程序。

我國刑事訴訟法規定，羈押之聲請由檢察官提出，審查的進行則規定於第一百零一條第一項，由法官訊問被告；第二項僅規定檢察官得於訊問時到場陳述理由，及提出必要的證據。同條第三項規定，法官應將羈押所依據的事實告知被告及辯護人，並記載於筆錄，顯然即採此種非對審結構。

起訴前的羈押審查程序是否應採對審方式而須符合當事人對等原則，本院於審理釋字第三九二號案件時，聲請人雖有主張，但未獲肯認，顯然並不以對審方式為正當程序要求的底限。若從羈押審查程序的目的在兼顧人身自由的保障與發現真實，則由法官扮演二者「最大利益照顧者」的角色，由法官單向從檢察官獲取必須羈押犯罪嫌疑人的事實及相關證據，經考量避免妨害真實發現而為必要過濾後，再單向對犯罪嫌疑人或其辯護人提供為有效防禦必要的資訊，應同樣可實現羈押審查程序的目的，而無違憲之虞。影響我國刑事訴訟法制甚大的德國刑事訴訟法，原來也採非對審方式，後來改制是因歐洲人權法院於二〇〇一年連續在 Garcia Alva、Lietzow 與 Schöps 三案判德國敗訴（值得注意的是，三案在德國憲法法院的憲法訴願，都被以「無勝訴希望」未經實體審理即駁回），判決明確要求德國依歐洲人權公約第五條第四項建構其羈押審查程序時，應按公約有關公平審判原則的第六條意旨，在立法上以對審方式（kontradiktorisch）對檢方與受聲押人之間的關係依武器平等原則來設計。此一近於顛覆德、法等許多歐陸國家刑事訴訟原則的判決，實源於公約訂立時該部分受到英美法影響較大，其結果是歐陸等國只能在立法上儘量調適，但刑事法學者迄今對武器平等原則的內涵仍言人人殊，多數不認為應藉此導入過多當事人進

行原則的元素，而寧可將其稀釋為基於一般平等原則衍生的「機會平等」。

我國當然也可以把本質上非屬必要三面關係的羈押審查，擬制為如同審判的三面關係進行，但若維持現行非對審的結構，應該也無違反正當程序的問題。又在三面關係的審判程序，向來有當事人進行原則（*Parteiengrundsatz*; *adversarial*）及職權進行主義（*Amtsgrundsatz*; *inquisitorial*）的二分，涉及卷證是否併送、證據取用及調查方式、證據排除法則等環節，分別標示英美法系國家與多數歐陸法系國家刑事訴訟程序之特徵。美國學者 Herbert Packer 認為，在二種刑事訴訟程序模式的背後，反映的是二種不同的意識型態（*ideology*），一為正當程序（*due process*），另一則為犯罪控制（*crime control*）。我國近年刑事訴訟法改革，即逐漸從職權進行轉向當事人進行，其選擇既在反映社會民眾的多數價值偏好，自應屬立法決定範圍，而不宜由司法機關藉憲法名義代為決定。同理，羈押審查程序可採非對審方式，也可採對審方式，在後一情形也還須保留職權進行或當事人進行的選擇，在憲法全未著墨的情形，都不宜由本院擅斷。就此既無涉人權的普世價值，不在歐洲屋簷下的我們不必像德、法一樣被歐洲人權法院牽著鼻子走，反而有較多的立法選擇，倒是可以慶幸的事。

五、本院的任務是建立一個不論採何種羈押審查程序都應該在人身自由和真實發現之間達到妥適權衡的標準，以此為基礎再對相關資訊取得規定進程序是否正當的檢視。

偵查中的羈押審查程序究應採何種模式，既無法由憲法的正當程序原則導出，本院即應尊重立法者的選擇。本院的任務應該是建立一個不論採何種程序模式都應該在人身自由和真實發現之間達到妥適權衡的標準。再以此為基礎，於確定立法者選擇的程序模式後，去對爭議的資訊取得規定作是否符合正當程序的判斷。不論採對審或非對審的結構、職權進行或當事人進行的原則，有關資訊獲取的規定都必須通過前述標準的檢視。另一方面，本院於審查有爭議的資訊獲取規定是否符合該標準時，即不能無視於現行法對羈押審查程序已明確選擇的規範模式，倘若不考慮爭議的資訊取得規定在整體程序中的功能，逕依不同程序理念的考量認為該資訊取得規定已違反上述標準，其結果不是造成不同程序理念並存的混亂，就是因某一環節的改變，實質上顛覆了整套的程序理念，有如為換一雙襪子而不得不換整套的西裝，其不合理自不言可喻。

此所以本解釋的第一個重點即在於審查標準的提出：「偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由；除有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，得限制或禁止者外，並使其獲知聲請羈押之有關證據，俾利其有效行使防禦權，始符憲法正當法律程序原則之要求。」其表述方式即有意的超越各種可能的程序模式，從緊接著說：「其獲知之方式，不以檢閱卷證並抄錄或攝影為必要。」即知重點在於犯罪嫌疑人及其辯護人至少應「獲知」資訊的最低份量，及為了避免有礙發現真實，可以從中排除的例外範圍。至於獲知的方式，或於

採非對審模式時由法官提示、告知、交付閱覽相關卷證，或於採對審而又維持職權進行的模式時，因卷證併送而基於武器平等原則由辯護人檢閱卷證並抄錄或攝影，又或於採對審而以當事人進行配套的模式時，因卷證不併送而基於武器平等原則由檢方為證據的開示，不一而足，但各自都需要通過前揭標準的檢視。

六、兩位聲請人質疑刑事訴訟法的閱卷規定未及於偵查羈押，但羈押審查實見於第一百零一條第三項，考量此處有制度選擇問題，只能先依職權擴及後一條文才好綜合判斷。

我國刑事訴訟法有關羈押審查程序，主要見於第一百零一條的規定，因此如果針對該條發生犯罪嫌疑人及其辯護人獲知資訊不足的爭議，則在尊重立法者所為制度選擇的前提下，其違憲審查的範圍即可限於該條，自無疑義。本案特殊之處在於，二位聲請人都質疑刑事訴訟法第三十三條的閱卷規定未及於偵查羈押，而無視於我國現制下，第一百零一條才是犯罪嫌疑人及其辯護人主要獲知羈押相關資訊的管道，僅如此當然還不到必須依職權擴張審查標的的程度。考慮法條編排的體系性，對個別法條為違憲審查往往須觀照其他相關法條，才能做出合理判斷，並不表示該相關法條也非要一併納入審查不可，就此本院的解釋不乏先例，比如從法律保留原則延伸出來的委任立法必須在授權上達到具體明確的程度，對於授權法條是否違反具體明確原則的判斷，本院經常會強調「整體」的解釋方法：「授權明確與否，則不應拘泥於法條所用之文字，而應由法律整體解釋認定，或依其整體規定所表明之關聯意義為判斷。」（釋字第七三四號、

第七一〇號、第六四三號、第六五一號、第六一二號、第六〇六號、第五九三號、第五四七號、第五三八號解釋、第五〇六號、第四九七號、第四八〇號、第四二六號、第三九四號等解釋可參)；另外在操作依一般法治國原則引申出來的法律具體明確原則時，也多會強調所謂「法體系整體關聯性」：「如法律規定之意義，自立法目的與法體系整體關聯性觀點非難以理解，且個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以認定及判斷者，即無違反法律明確性原則（本院釋字第六九〇號、第六〇二號、第五九四號、第五二一號、第四三二號等解釋參照）。

本件解釋必須擴張審查客體於聲請人未主張的第一百零一條第三項有關法官告知的規定，主要是基於以下三點考量，缺一即未必有正當性：第一，該條才是現行羈押審查程序犯罪嫌疑人及其辯護人主要獲知資訊的管道；第二，依前揭審查標準並就相關法條做整體觀察的結果，可確認犯罪嫌疑人及其辯護人無法獲知有關聲押必要的資訊；第三，聲請人主張的開放閱卷和第一百零一條第三項規定的由法官告知是兩種不同的獲知資訊方式，本院如果仍以閱卷規定為限，作犯罪嫌疑人及其辯護人獲知之資訊是否不足的判斷，解釋結果會造成羈押審查制度的混亂，立法者亦將無所適從，已如前述；反之，如果改以法官告知規定為主要審查對象，而略過聲請人對閱卷規定的違憲質疑，又可能被認為解釋隱含憲法僅容許現行法所採非對審模式之意。因此唯一可以避開這些疑慮的方法，就是把閱卷和告知規定都納入審查，以利通過整體觀察做成決定。換言之，本件解釋確實是

因為聲請人主張違憲的切入點挑動了羈押審查程序的制度選擇問題，而本院為尊重立法者的裁量空間，才依職權擴張了審查客體。外界苟有「聲東擊西」的疑慮，或可稍解。

七、刑事訴訟法第一百零一條第三項使法官告知範圍僅限於構成羈押理由的事實而不及於證據，在審判前尚無從藉閱卷獲知證據的情形，犯罪嫌疑人顯然無法為有效的防禦。

刑事訴訟法第三十三條第一項規定：「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。」對於偵查中被羈押的犯罪嫌疑人，因為還不在「審判中」，其辯護人還不能依據本條對法院繫屬的聲押案件請求檢閱任何卷證。同法第一百零一條第三項則規定：「第一項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄。」犯罪嫌疑人及其辯護人可以從而獲知者，也僅限於聲請羈押事由所依據的事實，並未包括檢察官聲請羈押的各項理由的具體內容及其相關證據，如果法官以此為範圍所為告知，還要扣除「有事實足認有湮滅或偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞」的部分，犯罪嫌疑人及其辯護人還能不能為有效的防禦，自不能無疑。依前述的檢驗標準，即犯罪嫌疑人及其辯護人所能「獲知」的資訊，顯然沒有達到必要的底線。

換言之，解釋不是因為刑事訴訟法第三十三條第一項無法通過檢驗，同法第一百零一條第三項也無法通過檢驗，所以認定兩個條文都對犯罪嫌疑人及其辯護人的資訊獲知請求給付不足而認定兩條文「都」違憲，而是整體觀察兩條文

所能滿足的資訊獲知，認定兩條文加在一起對犯罪嫌疑人及其辯護人的資訊獲知請求，所給付者未能達到憲法的最低要求。對加在一起的兩條文作違憲的宣告，當然不包含對任一條文「單獨」的憲法判斷，本解釋既沒有確認刑事訴訟法第三十三條第一項違憲，也沒有確認第一百零一條第三項違憲。也許可以打個比方，如果每個人吃兩個麵包可以飽，吃兩碗米飯也可以飽，現在有人只得到一碗米飯，當然就沒有飽。此時不能說沒有飽的原因在於沒給他麵包，也不能說沒有飽的原因在於只給他一碗米飯，真正邏輯的說法是，沒有飽的原因在於「一共」只給他吃了一碗飯。

八、本件解釋既以整體觀察認定犯罪嫌疑人及其辯護人依系爭條文的規定尚無法及時獲知必要資訊，則立法者無論修改任一法條，只要能使獲知必要資訊即可排除違憲狀態。

正確理解此處依整體觀察所做違憲宣告的意旨後，對於立法者要如何排除此一違憲狀態，應該比較不會有太多困惑。簡言之，未來立法者不論仍以法官的告知為主，擴大其告知的事項，或者改以閱卷為主，除明定限制或禁止的事項外，原則上使辯護人得檢閱檢察官併送的所有卷證。甚至在審判程序改採徹底的當事人進行模式的情形，就審前的羈押審查程序也以檢察官開示證據的方式做配套的修改，只要總體而言，能讓犯罪嫌疑人及其辯護人獲知可為有效防禦的必要資訊，都可排除本解釋確認的違憲狀態。由此即可清楚看出，在落實憲法第八條保障人民人身自由以外，此一解釋念茲在茲的，就是為立法者保留合理的制度選擇空間，避免在做憲法判斷時因過度聚焦於閱卷規定這樣的技術規範，而不

必要的注入大法官個人的信仰，限縮了本應由立法者反映多數民眾價值偏好的制度選擇空間。以下整理的簡表或可更清楚的看到三種可能的制度選擇：

附表：偵查羈押審查程序類型的比較

程序目的	為發現完整事實、確認應否起訴，而以羈押犯罪嫌疑人為保全手段。		
價值權衡	人身自由 $\div$ 發現真實（實現國家刑罰權）		
程序類型	對審（擬制審判）	非對審	
程序構造	三面關係（審檢辯）	二面關係（審檢、審辯）	
指導原則	武器平等	照顧雙方最大利益	
檢察官是否應到庭	是	得到庭（刑訴法第 101 條第 2 項）	
主要審問模式	當事人交互詰問	法官訊問被告（刑訴法第 101 條第 1 項）	
程序原則	當事人進行	職權進行	職權進行
卷證是否併送	否	是	是（檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 21 點）
提供資訊方式	證據開示	檢閱卷證	法官以適當方式提供
偵查秘密的最後控管	檢察官提出聲押	法官准駁閱卷之聲請	法官告知（刑訴法第 101 條第 3 項）
提供資訊時點	審理前	審理前	審理中
資訊提供有無除外條款	有		有
程序後果	人身自由 > 發現真實	人身自由 $\div$ 發現真實	
代表法制	美國	德國	台灣（刑訴法第 101 條）

			第 3 項依本解釋修正 後)
--	--	--	-------------------

九、如僅從妥適權衡人身自由與發現真實的角度來評價，現行審查程序採非對審結構而由法官選擇傳遞必要資訊毋寧為更佳的選擇，但此一決定仍應歸屬立法者而非司法者。

就上表所列的三種方式，包括我國所採的非對審方式、德國所採的職權主義對審方式，及美國所採的當事人進行主義對審方式而言，其實際影響確實不一。在三者都使犯罪嫌疑人取得足以自我防禦的資訊，也有除書規定合理限縮檢察官提供資訊或犯罪嫌疑人取得資訊範圍的前提下，最主要的差異即在法官可能取得資訊的範圍。

就非對審方式而言，因為以二面關係的方式進行，作為審查者的法官可以扮演雙方利益最大照顧者的角色，因為法官不是阻礙發現真實的危險源，而檢察官為向法官爭取最有利的決定，會選擇提供盡可能完整的資訊，而由法官作為把關者，權衡犯罪嫌疑人有效答辯的需要及避免影響偵查，為合理的、選擇性的告知。相對於此，採當事人進行主義的對審模式，檢察官在審查程序前開示證據時，即必須審慎選擇，避免所提供的資訊因直接由犯罪嫌疑人或辯護人取得，而影響偵查，以致常陷入在爭取法官有利決定與避免影響偵查之間，僅能就掌握的相關資訊，作一定比例的提供。其結果可能是因資訊不足而未獲准羈押，或資訊較多而增加滅證勾串風險，雖得到羈押的有利決定，仍有妨礙偵查的危險。因此法官得到可供應否羈押判斷的資訊較不完整，整體而

言，對於犯罪嫌疑人人身自由的保障自較有利，而於國家發現真實、實現刑罰權較為不利。至於採職權主義的對審方式，以德國為例，由於採取卷證併送制度，檢察官提供的羈押理由及證據仍可充分供法官審查，同時對於犯罪嫌疑人或辯護人閱卷的範圍加以限縮，其影響應接近非對審模式。相對於此，當事人進行主義的對審模式下，例如美國，因採卷證不併送制度，且原則上禁止單方秘密提供證據（*ex parte, in camera*），故法官所能審酌的資訊相對較少。

但這樣簡單的後果分析，當然不可能是全部立法裁量的因素，既涉及法官、檢察官、犯罪嫌疑人、辯護人的角色分配，就會有許多附麗於此一角色分配的制度因素，乃至歷史、文化因素，只宜由立法者反映民眾的價值偏好去做選擇，也可因時間推移觀念改變而修法變制，而非由司法者依其信仰去做選擇，且因以憲法之名為之，把制度與時而轉的空間也大幅限縮。

十、本院就基本權保護不足所為定期失效解釋，倘於期限屆至後仍未完成修法，基於保護基本權的考量，原法條尚不致失效，本解釋更特別諭知法院此時應逕依解釋意旨處理。

有關本件解釋的效力，還有需要說明者，是其被確認違憲之處，實質上在於刑事訴訟法有關資訊獲知的規定，從人身自由和訴訟權保障的觀點來看仍有不足，因此命相關部門修法填補不足，和實質意義的「作為」違憲明顯有間。因此同屬命定期修法，在後者如果屆期未完成修法，只有使違憲規定失效一途，因為此時一定有避免規範空白的考量，定期

失效既已把立法者所需的合理立法期間考量進去；而且從人民調適的困難來看，定期失效背後往往還寓有保護人民對法的信賴、「容許過渡以利調適」的涵意，時間一到這樣的正當性也不復存在，此時發生失效結果不需要存有任何懸念。反之，國家立法給付不足的違憲，即未必適合做相同的處理，如果一碗飯吃不飽，失效的意思就是連一碗飯也沒得吃了，對於本案所涉的正當程序原則而言，就是讓不夠正當的程序變成完全不要求正當程序，這當然不是命定期完成修法的解釋希望看到的結果。

不久前的先例就是第七〇九號解釋，該解釋因都市更新條例第十九條第三項前段未要求主管機關應將該計畫相關資訊，對更新單元內申請人以外的其他土地及合法建築物所有權人分別為送達，且未規定由主管機關以公開方式舉辦聽證，而認定違反憲法的正當行政程序原則，即命「相關機關應依本解釋意旨就上開違憲部分，於本解釋公布之日起一年內檢討修正，逾期未完成者，該部分規定失其效力。」但該解釋公布於一〇二年四月二十六日，到了一年以後立法院仍未完成修法，如果系爭條文真的失效，則辦理都更不但不能強制聽證，連原來要求的公聽也不要了，豈有是理？故內政部於一〇三年四月二十七日即發佈新聞，宣示：「為避免都市更新條例修法不及致目前推動中之都市更新案件受違憲條文失效影響，內政部已於一〇三年四月二十六日修正都市更新條例施行細則部分條文規定，根據大法官解釋意旨，針對資訊公開、確保民眾知悉都市更新相關資訊、都市更新事業概要應經適當組織審議、給予民眾適時陳述意見之機會、都市更新事業計畫應經聽證程序及核定之計畫應送達相

關當事人等事項，納入都市更新條例施行細則中規定，以使都市更新案均能符合釋字第709號解釋所要求之正當行政程序。」確實是更符合解釋意旨的作法。

本件解釋有意省略屆期失效的宣示，直接諭知法院「應依本解釋意旨行之」，就是要避免上述可能的誤解。這裡值得探討的反而是：在整體觀察下所做的命定期修改的違憲宣告，重點即在尊重立法者的制度選擇權，已如前述，此一尊重在立法事實上未作為的情形——不論是不作為或有作為卻無法達成修法共識——，未必當然可以轉移到非民意機關的法官身上，因此法官如何「依本解釋意旨行之」，就不能不有所限制。本席以為，法官此時適合作的，就是在現行法制下補其不足，也就是在採非對審結構的現制下擴大法官告知範圍及於相關證據，而非替代立法者另做其他制度的選擇。本件解釋再次顯示現行解釋制度未注意作為違憲和不作為違憲的差異，確有改進的餘地。本席去年應邀參訪中歐國家的憲法法院時，才知道匈牙利二〇一一年的憲法法院法特別在第四十六條針對這個問題有原則性的規定，且迄今已有不少實踐（去年一整年八十件實體決定中有六件作出立法不作為的違憲宣告），或許可供參考：「（第一項）倘憲法法院於行使職權之程序中，對立法者之不作為致違反基本法為違憲之宣告，其應定期限令該不作為之機關加以履行。（第二項）以下應認屬立法者之不作為：a) 立法者怠於履行國際條約導出之義務；b) 經法規明確授權予立法者，其仍未據以訂頒該法規；c) 就基本法可明確導出之部分，法規之重要內容不完整。」

釋字第七三七號解釋協同意見書

黃茂榮大法官 提出

本號解釋基於憲法第八條及第十六條人身自由及訴訟權保障之意旨，認為在偵查中之羈押審查程序，應使犯罪嫌疑人及其辯護人能有必要之資訊，供為實質有效辯護之需，方符合正當法律程序原則之要求。就此部分結論，本席敬表贊同。惟本號解釋就應在何時，以如何之方式提供相關資訊，其解釋文與解釋理由書之內容，所言似尚不盡意，爰提出協同意見，供後續發展之參考。

一、聲請人於本件聲請案之核心訴求

為實質有效辯護之需，在檢察官向法院聲請羈押後、聲押庭開庭前，不應以案件尚未在審判中為理由，依刑事訴訟法第三十三條第一項規定，否准聲請人檢閱、抄錄或攝影卷宗及證物；另外，在聲押庭開庭中，亦不應以同法第一百零一條第三項規定：「第一項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄」為理由，否准告知聲請人有關檢察官據以認定其有該條第一項各款所定事實之理由及證據方法。

二、法律漏洞之違憲問題

向來關於法律之違憲審查，以法律之規定內容，而不以其應規定而未規定之內容為審查標的。

由於刑事訴訟法第三十三條第一項以正面表列的方式，規定容許「檢閱、抄錄或攝影卷宗及證物」之時段為：「於審判中」；而同法第一百零一條第三項以正面表列的方

式，規定應予告知之資訊為：「第一項各款所依據之事實」。因此，就上開已規定之部分，難以認定有「妨害犯罪嫌疑人或其辯護人之防衛或辯護權」。至其「聲押後、聲押庭開庭前」之時段，因未為同法第三十三條第一項正面表列之時段所包括，致實務上不容許「檢閱、抄錄或攝影卷宗及證物」；或在聲押庭中，因「據以認定有第一項各款所定事實之理由及證據方法」未為同法第一百零一條第三項正面表列之應告知之資訊所包括，致實務上法官不准許告知「據以認定有第一項各款所定事實之理由及證據方法」。這時，就其未規定之部分，是否得認定其「妨害犯罪嫌疑人及其辯護人之防衛或辯護權」，有牴觸憲法第八條關於人身自由之正當法律程序及第十六條關於訴訟權之保障規定？引起疑問。蓋法官之所以不容許犯罪嫌疑人或其辯護人「檢閱、抄錄或攝影卷宗及證物」或不准許告知「據以認定有第一項各款所定事實之證據方法」，是該二規定在具體案件適用之結果，而非法條本即明文規定之內容。這是法律漏洞之違憲問題。此涉及該二條規定之適用範圍，按諸其規範意旨，是否有應予規定而未規定，構成法律漏洞，應透過目的性擴張予以補充的問題¹。

三、應以刑事訴訟法第三十三條未為目的性擴張為審查標的

本號解釋以：「……刑事訴訟法第三十三條第一項規定：『辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。』同法第一百零一條第三項規定：『第一項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄。』整體觀察，偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人僅受告知羈押事由所據之

¹ Canaris, Die Feststellung von Lücken um Gesetz, 1964 Berlin, S. 89ff..

事實，與上開意旨不符。……」，首創以「整體觀察」刑事訴訟法第三十三條第一項、第一百零一條第三項後，所得之規範情形，作為違憲審查之標的。

其考量為，刑事訴訟法第三十三條第一項規定，從法文上觀察，係為「審判程序」之規定，而未直接涉及「偵查中」是否得為檢閱卷宗、證物或抄錄、錄影之限制；實務上犯罪嫌疑人及其辯護人於偵查階段所受之限制，非個別條文規定所致，而係綜合刑事訴訟法第三十三條第一項及第一百零一條第三項規定所得之結果，故「整體觀察」後認為，上開規定與正當法律程序不符，有妥為修正之必要。

惟按刑事訴訟法第三十三條第一項規定，辯護人僅在審判中始得申請檢閱、抄錄或攝影卷宗證物（下簡稱閱卷），關於得申請閱卷之期間，因該條規定採正面表列（即「於審判中」）之方式，致未於表列容許之期間內（例如聲押後、起訴前之期間）閱卷者，受到限制。本件聲請案之確定終局裁定（臺灣高等法院一〇二年度偵抗字第六一六號刑事裁定）即以：「……又按辯護人於『審判中』得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影，刑事訴訟法第 33 條第 1 項定有明文；該條立法理由載明：『刑事訴訟法第 245 條之規定，偵查不公開之，如許偵查中選任之辯護人對於卷宗及證物檢閱、抄錄或攝影，則不僅實質上有損偵查不公開之原則，且難免影響偵查之正常進行，自不應准許。爰修正本條增列『於審判中』四字，以示辯護人檢閱卷宗證物及抄錄或攝影，以『審判程序中者』為限。……」由此可見，確定終局裁定實際上適用之法律規定為「刑事訴訟法第三十三條第一項經反面解釋之規定內容」，亦即「在『審判中以外之聲押程序』，不准辯護人檢閱、抄錄或攝影卷宗及證物」。此為未將該項規定

之時段（即「於審判中」）目的性擴張至包含「聲押後、聲押庭開庭前」所形成之規範狀態。

是故，本號解釋不妨直接以刑事訴訟法第三十三條未經目的性擴張之規定內容為審查標的，而認為該「在『審判中以外之聲押程序』，不准辯護人檢閱、抄錄或攝影卷宗及證物」之規定，與憲法第八條所定之正當程序保障及憲法第十六條所定訴訟權之保障的意旨不符，應不予適用。無須迂迴創造「整體觀察」之審查及論述方式，導致審查標的不明確之現象。

四、羈押審查程序應相當於通常審判程序

關於羈押要件，刑事訴訟法第一百零一條規定：「被告經法官訊問後，認為犯罪嫌疑重大，而有左列情形之一，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五年以上有期徒刑之罪者（第一項）。法官為前項之訊問時，檢察官得到場陳述聲請羈押之理由及提出必要之證據（第二項）。第一項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄（第三項）。」另依同法第一百零一條之一規定，犯該條第一項所列各款之罪，其嫌疑重大，有事實足認為有反覆實施同一犯罪之虞，而有羈押之必要者，亦得羈押之。所以，犯罪嫌疑人必須有該二條所定之羈押事由，始得聲請法院准予羈押，法院亦始得為准予羈押之裁定。而上開羈押事由是否具備，應依調查所得之證據認定之。因此，檢察官在聲請羈押時，在羈押聲請書中應即載明，犯罪嫌疑人應予羈押之事由及所據以認定

之證據方法，供承審羈押案件之法院據以裁定，是否准予羈押。

鑑於准予羈押之裁定，雖非有罪判決，但卻與有罪判決中之有期徒刑的判決一樣，會產生限制犯罪嫌疑人之人身自由的結果；蓋一旦准予羈押，即於有罪判決確定前，提早限制犯罪嫌疑人之人身自由。因此，當限制犯罪嫌疑人人身自由之時點，已因羈押審查程序之啟動而提前，則應認為等同於通常審判程序已提前展開。換言之，刑事訴訟法第三十三條第一項所定之「審判中」之時點即已向前移動，俾使犯罪嫌疑人及其辯護人能根據相關證據方法，從事必要之防衛與辯護。

縱認羈押審查程序不等同於通常審判程序，而不得適用刑事訴訟法第三十三條規定給予辯護人閱卷，然基於憲法第八條人身自由保障之意旨，以及無罪推定原則之要求，對於犯罪嫌疑人及其辯護人就羈押事由有關之卷宗、證物，除確有防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益之必要，得以法律明文加以限制外，應使犯罪嫌疑人及其辯護人於羈押審查程序中，有與通常審判程序相當之防衛及辯護之權利與機會，俾符合憲法第二十三條法律保留原則及比例原則。刑事訴訟法第三十三條僅就審判中，而未對起訴前，特別是聲押前、聲押庭開庭時，犯罪嫌疑人及其辯護人檢閱、抄錄或攝影卷宗、證物等防衛及辯護權妥為規定，因此發生對於犯罪嫌疑人及其辯護人一時性之限制結果，與憲法第二十三條意旨不盡相符。是故，就其適用範圍除應儘速修法外，在修法前，並應予目的性擴張，以符該條規定之規範意旨。

五、如何給予犯罪嫌疑人及其辯護人實質有效之防衛及辯護

權

實質有效之防衛及辯護，應兼從時間、方式及內容三個面向來落實。本號解釋以「……偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由；除有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，得予限制或禁止者外，並使其獲知聲請羈押之有關證據，俾利其有效行使防禦權，始符憲法正當法律程序原則之要求。其獲知之方式，不以檢閱卷證並抄錄或攝影為必要。……整體觀察，偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人僅受告知羈押事由所據之事實，與上開意旨不符。……」上開解釋之意旨，無非從「時間、方式及內容」三個方面來論述。於內容方面，多數意見認為，現行偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人所能獲知者，僅為聲請羈押所依據之事實，而未及於檢察官聲請羈押各項理由之具體內容及相關證據，與憲法所定剝奪人身自由所應遵循之正當法律程序原則不符，並認為除「有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞」得予限制外，應使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官聲請羈押之有關證據。就此部分，本席敬表贊同。

惟在時間方面，多數意見認為應「及時」，而何謂及時，於解釋理由中並未予具體表示；在方式部分，多數意見認為所謂「適當方式」不以由犯罪嫌疑人及其辯護人檢閱卷宗並抄錄或攝影為必要，由法官提示、告知、交付閱覽等方式亦無不可，而究採何種方式係屬立法機關自行裁量之範疇。就此二部分，本席意見如下：

（一）關於時間

羈押審查程序攸關犯罪嫌疑人之人身自由是否受到限制，其當遵守之正當法律程序之內涵為何，本院應正面面對，並於解釋文中明文闡釋本院之具體意旨，而不宜以不確定、看似合理的文字作為結論。

本號解釋僅要求應「及時」使犯罪嫌疑人及辯護人獲知，輔以肯認由法官提示、告知或交付閱覽之方式使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知相關卷證資訊。不免令外界困惑，本號解釋多數意見所謂之「及時」，究竟所指為何？係聲押庭開庭前？開庭中？抑或法院作出羈押與否之決定以前？也因此，為未來修法、司法實務操作埋下不易處理之疑難，致本號解釋之意旨恐無法儘早獲得貫徹。

由於犯罪嫌疑人欲證明其無罪或不符合羈押事由，係就消極事實所為之舉證，所以，在證據方法之提出上確有困難，或甚至是不可能的。因此，為使犯罪嫌疑人及其辯護人能為實質有效之辯護，除責由主張有犯罪事實之一方（在此即檢察官）向法院聲請羈押時應具體表明聲請羈押之事實、理由，並提出必要之證據外，同時，上開事實、理由以及必要證據（除有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，得限制或禁止者外），亦應讓犯罪嫌疑人及其辯護人知悉，俾使其能針對檢察官所指控之事實、認定事實所憑據之證據逐一回應，為其清白而為辯護。

因此，所謂之「及時」應指於「聲押庭開庭前」即令犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官聲請羈押所據之事實、理由及證據，並給予充分時間為聲押庭之答辯做準備，而不能至聲押庭開庭中、甚至法院作出羈押與否之裁定前，始讓犯罪嫌疑人及其辯護人獲知相關資訊。

（二）關於方式

本號解釋認為，使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知之方式，不以檢閱卷證並抄錄或攝影為必要，由法官提示、告知、交付閱覽相關卷證或其他適當之方式，均無不可，並指明此部分要屬立法裁量之範疇。

然而事實上，多數意見對於「有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞」之情形，已有得為限制或禁止犯罪嫌疑人及其辯護人獲悉相關卷證資訊之共識。換言之，多數意見已就犯罪嫌疑人及其辯護人於偵查中獲悉相關卷證資訊，本於憲法比例原則、正當法律程序原則，以及偵查實務之狀況，予以通盤考量。因此，當無上述「有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞」情形時，究有何正當理由再限制犯罪嫌疑人之辯護人，不能如同通常審判程序一般，檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影？其差別之理由為何？就此，本號解釋並未加以論述。

固有意見認為，人民應信任法官為客觀中立之審判機關，由法官提示、告知、交付閱覽相關卷證，即應無損於犯罪嫌疑人之利益，並非只有許辯護人檢閱卷證並抄錄或攝影之方式，始符合正當法律程序。惟上述說法似有幾個盲點：第一，忽視「法官提示、告知或交付閱覽」與「辯護人自行閱卷」，在卷證資訊之取得，本質上有間接及直接之差異。第二，按現行規定，通常審判程序中亦採辯護人自行檢閱卷證並得抄錄或攝影之方式，而非由法官提示，而依一般觀念，並不會將辯護人閱卷制度之設計，認為是對於法官提示卷證之不信任。第三，如前所述，羈押審查程序乃於有罪判

決確定前，提早決定是否限制犯罪嫌疑人之人身自由。因此，在羈押審查程序中，應以使犯罪嫌疑人獲得與通常審判程序相同之程序保障為原則，當有特殊目的考量，而有限制之必要時，自應符合憲法法律保留原則及比例原則之要求，並須具備差別待遇之正當理由，方得為之。

六、結論

處理本案問題首先必須理解到，犯罪嫌疑人欲證明無罪或無受羈押之事由，是關於消極事實之舉證。這在證據方法的提出上是有困難，甚至是不可能的，因此，必須由主張有犯罪事實之一方（即檢方）提出認為有羈押必要之事實、理由，以及證明其主張之證據，而後犯罪嫌疑人及其辯護人方有可能針對檢察官之指控，為實質有效之防衛與辯護。於羈押審查程序，使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知必要之卷證相關資訊，乃為保護犯罪嫌疑人憲法上權益所必要，其應當踐行之正當法律程序究竟為何，本號解釋僅以「及時」、「適當方法」等抽象文字名之，恐因保留過多空間予立法裁量，而致將來修法之結果，不能符合本號解釋多數意見之意旨及多數人民之期待。是否會有如此之演變與發展，值得持續關注，以供將來釋憲解釋措辭上之參考。

釋字第七三七號解釋協同意見書

陳新民大法官 提出

視民冤而不為言，知奸發而莫一告，慢上殘下，何以為民父母哉！

明朝·海瑞·《申軍門吳堯山并守巡道請改招詳文》

政之累民莫如管押；管押之名，律所不著，乃萬不得已而用之；故非萬不得已者，斷不可押。

清朝·汪輝祖·《學治說贅》

本席贊同本號解釋多數意見的結論，認為：即使在偵查階段的羈押審理程序，應賦予犯罪嫌疑人與辯護人充分的資訊獲得權，且此權利不一定須與刑事訴訟法(以下簡稱本法)第三十三條第一項(以下簡稱系爭規定)，所賦予的律師卷證檢閱權的內容完全一致，可由立法裁量之。本席對於多數意見所呈現出對人民訴訟權利以及正當法律程序原則的重視亦表示讚佩之意。

惟為了更進一步強化憲法保障人民訴訟權的防衛功能，以及逐步豐富憲法正當法律程序的內容、提升我國刑事正義的文明指標，本號解釋似乎可再稍加擴張審查範圍，及於審查系爭規定限定在審判期間唯有辯護人——而非被告——，方得擁有充分的資訊獲得權，以供防禦之用之部分；另外，多數意見未肯認系爭規定已經侵犯律師之職業自由與工作權，顯示出其未特別重視與論述律師角色與人民訴訟權間的「唇齒

關係」，本席也認為係忽視了人權理念之發展——特別是訴訟基本權的發展——，實與律師協助訴訟制度乃同步發展之史實也。本席亦將對此加以陳述。

其次，多數意見未能將系爭規定是否合憲的問題，予以明確說明，但字裡行間仍持合憲見解。雖然其所持立論並非無據，但恐仍不免解讀出各說各話的後果。此方法論的運用，似乎為我國大法官實務所鮮見，自有憲法釋義學的學術價值。而理由書中，甚且認為我國羈押審查程序未採對審結構，從而無武器平等原則的適用，似未能反映出大法官在過去若干號解釋（如釋字第六五四號與第六六五號解釋），與本號解釋的意旨，都在具體的制度上，強化犯罪嫌疑人與被告的防衛能力與律師的辯護功能，豈非在行動上實踐「武器平等」的精神乎？

本席不才，謹願提供若干淺見，寫成此協同意見，敬陳於次，俾供有識者與有興趣者繼續思考相關問題的素材。

一、本號解釋涉及的法益，除了被告或犯罪嫌疑人之訴訟權外，仍應包括律師的職業自由與工作權

本號解釋的重心固然應當集中在援引正當法律程序，以保障被告或犯罪嫌疑人之人身自由與訴訟權。然而，是否應如聲請人所主張，亦及於辯護人之工作權之問題，本號解釋未置一語，只是在理由書敘及辯護人得否為本號解釋之聲請人時，肯定其「適格性」時，乃基於：「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」，

顯然地係因辯護人在程序上為終局裁判之當事人(抗告人)，而所侵犯者(被拒絕得以檢閱檢察官聲請羈押之卷證)，係屬「被告之防禦權」，而非基於其身為律師。此裁定以及其所依據的法律，已經侵犯律師受憲法保障之正當業務與職業行為，亦即其工作權也。此種見解，似有待商榷，因為已忽視律師在保障人民享有充分的辯護權利上，已具有不可忽視的重要性。

(一)「律師專業協助」已成為現代法治國家保障人民訴訟權不可或缺的制度

在今日的科技與工業化的時代，國家依法而治，所導致的現象，已是法律數量繁多、法律秩序細如法網，有如繁星般的交錯盤雜。且專業分工之細，即連一般法律專業人士也未必能夠完全掌握。更何況一般人民？故一旦面臨訴訟，一般人民尚未獲得律師的協助，幾乎很難理解實體法與程序法上的繁複規定，又如何能順遂地透過訴訟程序來最大程度的維護自己的權利？另外，也要考慮到法庭的森嚴氣氛，往往會令人望之生畏。一旦身入法庭，面對檢方這個充滿敵意，且有備而來之專業團隊，能夠從容以對者，已屬難得，更何況要在答詢得條理分明、不失分寸地維護其權利，已經是百中不得其一也。這也是美國最高法院八十年前作出一件關於重犯應強制獲得律師協助辯護的經典案件「包維爾案」(Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932))中，多數意見執筆的蘇特蘭大法官(George Sutherland)所描述的現象：「在許多案件裡，如果被告沒有律師的協助，則其訴訟權沒有什麼益處。即使智力很高且受過教育者，在法律專業方面只有很少的知識，甚至不懂。在訴訟攻防，對於訴訟與證據

的規則完全不懂，也無法主張有利的證據，亦無法反駁控方引用非法的證據，因此，在對其有利的案件，往往失去了勝訴的機會。……在智力很高的被告受審時，亦不免狼狽如此，試想那些愚蠢、不識字或智力不高的人，會糟到什麼地步¹？」

此段關於法庭對人民的震懾力，以及人民面對法律爭議的「無抵抗力」之敘述，令人敬佩。可見得法庭實務上，人民訴訟權利的充分保障離不開律師的協助，否則，儘管憲法如何強調訴訟權利的重要，仍只是紙面文章的鏡花水月假象而已。亦正如同美國著名的法學家也是「包維爾案」最高法院承審法官之一的卡多佐(Benjamin Cardozo)在本案的意見書所強調的：「裁判有無提供律師協助，已構成正當法律程序的要素，而在個案必須考慮被告的種族(七名失業黑人)以及有無聘請律師出庭的可能性與能力(在數天內經過三次審理，每次審理一天內宣判)，來作判斷。因此，公平審判不僅僅是『理論概念』，也是『事實概念』。²」

蘇特蘭大法官正確地強調了現代訴訟中律師角色的不可忽視性。也促使了律師的職業與社會發展同步之專業化。律師成為國家法治化，監督公權力(包括行政與司法權力)是否有依法行使，而無濫權之虞的重要制度。同時又是人民的職業之一，更具有代表人民行使上述監督權限的民主意義。故律師能否發揮其法律專業、使其能夠發揮確保人民享有法定的權利，律師的角色對法治國家的重要性不言可喻，所以律師正因法令對行使職務有所限制或禁止，使其上述功能受到妨礙，即屬侵犯其憲法職業自由與工作權保障範圍之問題。

同樣的例子，可舉醫師說明。醫生應當盡其醫療專業知

¹ 可參見安東尼·路易士所著，李伯恬譯，基甸的號角，自華書店，1987年，第130頁。

² A. L. 考夫曼著，張守東譯，卡多佐，北京法律出版社，2001年，第548頁。

識來診治病人。如今法令動輒限制其不能開刀、用藥等，以致其專業無法施展，豈非侵犯其工作權與職業自由乎？其理自明。

由上述之討論可知，國家的憲政理念能發展到將人民的訴訟權利，聯結到獲得律師的協助，進而納入憲法上正當法律程序保障的範圍，當是經過相當漫長時間的醞釀，經過多少法庭不正義的判決，社會良知對這些案件的檢討與醒悟後，獲得共識的人權理念，才將此見解形塑成正當法律程序的概念範圍之內，得來並不容易。

依據古典的憲法人權理念，人民訴訟權的保障，甚早便是將律師協助融和在此權利的體系之中。可觀諸美國憲法修正案第六條的規定：「在所有刑事案中，被告人應有權提出下列要求：要求由罪案發生地之州及區的公正的陪審團予以迅速及公開之審判，並由法律確定其應屬何區；要求獲悉被控的罪名和理由；要求與原告的證人對質；要求以強制手段促使對被告有利的證人出庭作證；並要求由律師協助辯護。」易言之，早在二百二十年前，西方的人民訴訟權，已經將人民得請求律師協助辯護的權利，提升到憲法保障的位階。這是值得重視的史實，顯示出憲法的人權理念，特別在人身自由與訴訟權的保障方面，必須透過律師的協助不可。因此，律師的功能與人權理念是同步發展、亦步亦趨的始終相隨也。

當然，隨著國家人權理念的提升，二百年前美國這種律師辯護權本是「自願原則」，由人民自願聘請律師之辯護為保障的對象，逐漸的擴充到對重罪的「強制辯護」，如前述的「包維爾案」。並且更進一步地延伸到對窮困、無力訴訟

者的被告亦享有獲得律師協助的權利，否則不能符合憲法正當法律程序的原則。例如，一九六三年三月十八日美國最高法院所作出膾炙人口的案例——「基甸案」(Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963))，宣告了一個窮困的被告，即使是犯輕罪，如果要求律師協助而不果時，其審判即不能符合憲法正當法律程序的原則³。這已經將自然正義的理念，融入了人民能獲得公正審判的契機，而形成正當法律程序的一環。

這種制度已經成為國際社會的潮流。一九九〇年八月二十七日至九月二十七日，在古巴哈瓦那市召開的聯合國預防犯罪與罪犯待遇大會通過一個文件「關於律師角色的基本原則」(Basic Principles on the Role of Lawyers)，前言已宣示：「被拘留的人皆有權獲得法律顧問的協助，有權與法律顧問聯絡與諮商。同時，要求所有人都有獲得獨立法律人士就其無論是經濟、社會、文化、公民與權利方面，提供法律服務。」其中第七條宣示各國政府應確保被逮捕或拘留之人，不論是否受刑事指控，均應有機會與一名律師聯繫，且至遲自逮捕起算不得超過四十八小時。同時第十六條亦規定各國政府也應確保律師能夠不受干擾、不受恫嚇地履行本公約的職權。雖然我國並非本公約的簽字國，且此公約似乎仍只是立法建議的性質，但也可理解律師角色與人權保障的密切關聯，已是國際社會的文明指標。

我國刑事訴訟體制發展至今，也不遑多讓，本法第三十一條，除了對於重罪(最輕本刑為三年以上有期徒刑案件及高等法院管轄第一審案件)，應予強制辯護外，且對於弱勢

³ 關於本判決的來龍去脈，可參見，安東尼·路易士所著，李伯恬譯，基甸的號角，自華書店，1987年。

族群(如精神障礙或其他心智缺陷無法為完全之陳述者，或被告具原住民身分者)，以及被告為低收入戶或中低收入戶，亦應指定公設辯護人或律師為被告辯護。

不惟寧是，我國且在二〇〇四年一月七日，公布「法律扶助法」將扶助弱勢族群及窮困民眾之訴訟救助，由刑事衍伸至民事與行政訴訟，亦是本院所捐助之「財團法人法律扶助基金會」所執行的業務，已經有二十一個分會，十年來付出的努力，有目共睹，當可積極促進我國人民訴訟正義的實踐。

因此，本號解釋多數意見在理由書，甚且建議立法者可以考慮將強制辯護制度擴及於偵查中羈押審查程序之中，以保障人身自由。基於儘量維護人身自由的領域，嚴格限制羈押的行使，以及確保每個國民的刑事辯護權的功能，此建議本席樂觀其成。

(二)學術主流見解認定律師的資訊獲得權為其「法定權利」

本號解釋既然不承認系爭規定中律師的閱覽或知悉其當事人被聲請羈押的有關證據，乃是獨立的、受憲法保障的職業與工作權範圍，反而必須寄託與依靠當事人的訴訟與防禦權，而作出了其應擁有該證據與資訊的知悉權，顯然地已經衝擊了目前我國刑事訴訟法學界的主流見解——將律師的檢閱相關卷證權視為律師的「固有權」，而非其當事人訴訟權的「傳來權」⁴，亦即將該條文乃賦予辯護人之權利(與交通權、在場權、出庭辯護權及聲請權……)，都是權利的主

⁴ 參見黃朝義，刑事訴訟法，2006年9月，第80頁；張麗卿，刑事訴訟法理論與運用，2007年1月，第133頁；林山田，刑事程序法，2004年，第5版，第202頁。

體，而非以被告為主體⁵，並不一致也。

但本號解釋似乎未對此問題提出闡釋，然而值得注意的是，本號解釋所專注者仍在「偵查中」、而非「審判中」的資訊告知權限問題，導致的結論也侷限於「犯罪嫌疑人與辯護人」皆有獲得聲請羈押證據與相關資訊之權。亦即獲得資訊的權利人有二：犯罪嫌疑人與辯護人；相形之下，系爭規定所規定的審判中資訊獲得權利人只有一個(律師檢閱權)的合憲性，仍未改變，而被告(起訴後身分已由犯罪嫌疑人改為被告)，並未擁有此權利。易言之，律師在審判中的檢閱權，仍維持「固有權」的特徵。反之，在偵查中律師的資訊獲得權，由上文的法益討論，多數意見認為乃寄託在其當事人的防禦權上，且犯罪嫌疑人亦得獲得資訊，是否已由「固有權」改為「傳來權」乎？一樣的律師「資訊獲得權」(Recht auf Information)實施在兩個訴訟階段，竟會在屬性上造成二元，能否在刑事訴訟法學界獲得共鳴？仍有待觀察也。

(三)即使承認涉及律師的工作權，與職業自由，亦屬低度的憲法保障

誠然，如持承認應保障律師的職業自由與工作權之見解，會有利於聲請人一方，蓋其增加了釋憲機關應放入「衡量天平」上的籌碼也。現今許多的法律都會牽涉不只單一人權種類，也可能觸及兩種人權，例如，多數意見也認為羈押制度不僅限制人身自由，且因將其「家庭、社會及職業生活隔離，非特予其生理、心理上造成嚴重打擊，對其名譽、信用等人格權之影響亦甚重大」(見理由書)，因此，形成複數人權的

⁵ 林鈺雄，刑事訴訟法(上冊)，2003年9月，第3版，第195頁以下。

侵犯問題。

因此，一個立法措施的違憲與否，往往面臨數個人權的保障、侵犯與衝突，都是釋憲機關須納入考量，尤其是在後者的情形，這些複數人權間往往形成競爭關係，亦即法律往往會保障一種人權，進而侵犯(限制)另一種人權，典型的例子是言論自由權與名譽、人格尊嚴的衝突。此時的立法判斷便是一種公益選擇，且無異於「法益衡量」——高位階的法益之「應保障性」(Schutzwürdigkeit)應超越低位階的法益。本號解釋也是同樣的情形。故釋憲機關進行雙方法益衡量時，對於另一方可以納入判斷的人權種類，如同其砝碼般，不可忽視，以避免其「法益份量」的縮水。本號解釋如須平衡人民的訴訟權與防止影響偵查的利益比較時，如增加律師的工作權與職業自由之法益，自然可以獲得更高的優勢也。

儘管如此，這種對於律師職業自由所為的限制，以憲法學的角度而言，卻未能發揮關鍵性的作用。依據學界與我國大法官實務界對職業自由所盛行的檢驗標準，乃是依循德國聯邦憲法法院在一九五六年所作出的「藥房案」中所創設的「三階段理論」，這在我國大法官已普遍採納的檢驗標準(見釋字第五八四、六一二、六四九、六五九、六八二、七一一號解釋)，將職業自由區分成寬鬆、中度及高度審查。而對於職業自由與職業行為所為的限制，只要非涉及選擇或從事某種職業的主觀條件限制(採中度審查)，或客觀條件限制(採高度審查)外，皆是寬鬆審查。故舉凡職業行使的限制、可為與不可為的行為種類……，都屬於此類，只要立法者出於公共利益的考量，並遵循比例原則與平等原則，即可為之限制也，同時釋憲機關亦應給予高度的尊重。

依照此審查標準，律師的行為準則，可屬一般公共利益，立法者當可為必要的限制。因此，雖然此權利可和被告與犯罪嫌疑人的訴訟權法益共同聯結，但其實質上能獲得釋憲機關青睞的份量，仍然有限也。但無論如何，雖然其只基於次要與輔助性質的角色，但憲法解釋學是強調原則與理論體系的學問，故亦應善盡嚴謹的方法論也。

二、熱鬧與門道——本號解釋的方法論商榷

俗語說：「外行看熱鬧，內行看門道」，可以適用在本號解釋的論理之上。可由下面幾點來觀察：

（一）方法論的玄妙——勿忘所謂「整體觀察」的詮釋方式

系爭規定只許可律師在審判中擁有閱卷的權利，是否違憲？本號解釋似乎語焉不詳，讀者若不查，會導出其「違憲」的結論。因為本號解釋已經在解釋文中作出違憲的結論：「整體觀察，偵查中之犯罪嫌疑人或辯護人僅受告知羈押事由所據之事實，與上開意旨不符。有關機關應於本解釋公布之日起一年內，基於本解釋意旨，修正本法妥為規定。逾期未完成修法，法院之偵查中羈押審查程序，應依本解釋意旨行之。」既然已同時指明立法者應在一年內完成修正本法的義務，是否即表明了系爭規定已違憲，從而立法者應當在一年內修正，讓律師，以及犯罪嫌疑人都可獲得聲請羈押有關證據及其資訊的權利？

倘若讀者獲得此結論，遺憾的，乃誤解了本號解釋的意旨。多數意見的大法官同仁，已經殫精竭慮地利用巧妙、不無複雜的論理方式，作出了系爭規定並不違憲的結論⁶。何以

⁶ 對聲請人而言，此也關涉其有無提起個案救濟的可能性也。

有此可能造成各說各話的差距？有必要詳論本號解釋的微言大義，以了解其立論的精妙所在。

多數意見在解釋文作出違憲結論時，提出要「整體觀察」系爭規定及同法第一百零一條第三項規定後，才會導出偵查階段律師與犯罪嫌疑人僅受告知羈押事由所據之事實，與正當法律程序原則等意旨不符之結論。易言之，不能光從系爭規定，也不能由第一百零一條第三項單獨作解釋，來導出是否符合正當法律程序原則的結論。此種敘述，除了在理由書亦將此作為必須援引重要關聯理論，而將聲請人所未聲請釋憲之標的，但卻是恰好關於羈押程序的第一百零一條第三項納入審查範圍的理由外，亦復於理由書中重覆出現：「現行偵查階段之羈押審查程序是否滿足前揭憲法正當法律程序原則之要求，應綜合觀察刑事訴訟法相關條文而為判斷，不得逕以個別條文為之。刑事訴訟法第三十三條第一項規定（下略）及同法第一百零一條第三項規定（下略）致偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人得從而獲知者，僅為聲請羈押事由所依據之事實，並未包括檢察官聲請羈押之各項理由之具體內容及其相關證據，與上開憲法所定剝奪人身自由應遵循正當法律程序原則之意旨不符」。

所謂的「整體觀察」的功能顯然有二：第一，乃是將本法第一百零一條第三項納入審查範圍；第二，乃是將本號解釋審議的焦點，專指「偵查中」的資訊獲得權問題，而不論及系爭規定的本義乃指「審判中」，唯有律師才擁有的資訊獲得權之規定，是否違憲的問題。

至於上述所指的第一個功能，按照法律詮釋的方式，如果判斷一個行為、當事人的見解，甚至學說的合法與正確與

否，都需要將相關的論述、規定、事實與證據作整體的觀察與判斷，避免流入「斷章取義」、「見樹不見林」或「以偏概全」的弊端，論事如此、聽訟也如此。法律規範一個制度，不可能由一個法條全部規範之，此時由若干法條構成的法律制度，是否合憲，當然要將所有相關條文納入審查，以求全貌，包括原則與例外規定。因此，在此第一種功能若只是就應當審查相關條文，強調須使用「整體觀察」的方式，乃為最稀鬆平常不過之舉，沒有釋義上的特殊之處。

本號解釋最玄妙與最重要之處，乃是第二個功能，此時，產生了審查標的之「乾坤大挪移」，將違憲焦點由聲請人所指摘的系爭規定(只准許審判中資訊獲得權，不准許偵查中有此權利，乃過度的侵犯訴訟權)，巧妙的移到整個本法未規範偵查中資訊獲得權的問題之上，才會導出立法者應當要儘速修法、建立一套全新的偵查中資訊獲得權的法制也。

(二)立法者應如何對待系爭規定？

既然如多數意見所示，系爭規定只是規定審判中的資訊獲得權，而非偵查中的資訊獲得權問題，立法者規範自有不足，應當重新立法補足此漏洞。故聲請人本期待大法官能夠宣告系爭規定因「規範不足」、「保護範圍不夠」而違憲，卻轉變為獲得了「應積極立法」的結論。儘管，最終聲請人仍能夠願望實現，亦即經過大法官宣示的立法期限(一年)後，立法者完成增訂規範偵查中資訊獲得權之法制。我國的訴訟人權法制也隨之更上一層樓。

但此在我國大法官解釋實務中似乎並未出現的解釋方法(易宣告原條文過於狹隘與過時之違憲，為原條文不違憲，

由立法者定期訂立新法來修補原條文不足之處⁷⁾，能否廣為釋憲實務所採納？恐怕仍有待觀察也。

在此產生一個困難：立法者究竟要如何對待系爭規定？由於本號解釋並不指摘本條文的違憲性，從而本條文沒有修正的絕對必要，因此仍可維持其合憲性，在此即會產生下列現象：

1、系爭規定只准許審判中律師的閱卷權，不及於被告，既然繼續維持合憲性，而在偵查中卻許可犯罪嫌疑人擁有充分的資訊獲得權。雖然後者的獲取權不一定須與前者(閱卷權)一致，本號解釋理由書臚列數種立法選項(究採由辯護人檢閱卷證並抄錄或攝影之方式，或採法官提示、告知、交付閱覽相關卷證之方式，或採其他適當方式)，屬於立法裁量之範疇，但一定也會滿足正當法律程序的要求。但何以同一個國民，只要因身分的不同(犯罪嫌疑人或被告)，就擁有不同的資訊獲得權？本席在本意見書前文已經提到了律師的資訊獲得權也會因此產生兩種「屬性」的不同，也是基於同樣的疑惑也。

特別是，系爭規定的不許可被告擁有閱卷權的立法理由，乃是避免被告會破壞不利於己的卷證。而律師為維持其職業前途及工作權利，且有懲戒等制裁，當較可防止此種危害。故我國立法者才會否認被告擁有資訊獲得權，而只賦予律師

⁷⁾ 系爭規定既然依明白的條文意義及立法意旨，乃排斥律師在偵查程序擁有閱卷權，沒有通融之餘地。且形成實務界的見解，並經本號解釋原因案件確定終局裁判所援用之理由。而今如要「網開一面」，認為本條禁令不及於偵查階段，學說上最常援用之方法，乃使用所謂的「法律合憲解釋」，限縮系爭規定的效力，只在審判階段，不及於偵查階段，亦即，利用「限縮解釋」的辦法，來避免宣告一個保護不足、規範不週的法律，導致無效的結果，以儘量維持法律的效力。經典案例可舉德國聯邦憲法法院在 1987 年的判決(BVerfGE 74, 264)，依德國集遊法(第 14 條)亦曾有規定：室外集會應於 48 小時前向警察機關報備之義務。後經聯邦憲法法院採取合憲限縮之解釋方式，將該條文的適用範圍，僅限於一般室外集會，但不及於突發性集會之上，以避免該條文淪為違憲之後果。大法官在釋字第 709 號解釋亦使用此方法。但使用此解釋方法，仍必須將該系爭條文納為審查的標的，並明文加以限縮其意義，明白規定效力未及之處，以便立法填補也。

也⁸。同樣的危險，難道在偵查階段時，不會發生在犯罪嫌疑人之上乎？其次，依同條文第二項，雖然准許無辯護人的被告「於審判中得預納費用請求付與卷內筆錄之影本」，其所獲得的資訊，也極為有限，且不得檢閱所有的卷宗，或抄錄與攝影，也無法檢視證據，可見得現行法「防範」被告之周密，彷彿其已犯罪確鑿，不無牴觸「無罪推定原則」精神之嫌。

此外，如以對人民權利產生侵害性的程度上而論，偵查階段遠不如審判階段的重要。前者不一定導致起訴遑論定罪。後者則在起訴之後，涉及有無犯罪的關鍵角色。理論上，更應當給予人民在後階段擁有更大的防衛能力與資訊。這也是本號解釋多數意見迴避審查系爭規定違憲性後，仍不能解開的盲點。

2、立法者何去何從？——本席的建議

雖然立法者在本號解釋公布後，必須建立一套偵查中的資訊給予權制度，理由書也提供了幾種立法方式，但是這是細節，重點是在如何處理系爭規定的問題，其方法可如，多數意見所宣示，可以增訂新的條文固是一個方式。依本席之見，應當釜底抽薪、一勞永逸地修正系爭規定及第三十三條第二項。可再分析如下：

（1）在修正系爭規定部分：

固然只要將律師閱卷權的許可階段，改為「偵查中與審判中」，亦即，增訂三個字，便可將本號解釋的意旨涵括在內。但比較起同條文第二項——無辯護人之被告，可要求給予筆錄副本的有限資訊，同時亦有除外規定如下：「但筆錄

⁸ 按學界也主張此被告為權利的主體，但為防止破壞卷證，立法折衷之計才賦予律師也。如此立論顯然律師的閱卷權，並非完全固有，而是「移轉」而來也。見林鈺雄，前揭書，第195頁。

之內容與被告被訴事實無關或足以妨害另案之偵查，或涉及當事人或第三人之隱私或業務秘密者，法院得限制之。」雖然只是規範在無辯護人之被告的資訊獲得權之上，但顯然也是立法疏漏，在可提供給律師閱卷的資料上，豈可洩露該資訊乎？因此，有必要透過此次修法一併填補之。

至於除外規定的內容方面，也應求一致性。但上述第二項的除外規定與多數意見在解釋文所宣示應給予偵查中律師與犯罪嫌疑人相關資訊的除外情形(有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，得限制或禁止者外)，並不一致，在修法時可以考慮重新整理，以本號解釋所新宣示的除外規定取代舊規定。

(2) 至於第三十三條第二項亦有必要重新整理：

目前該項條文僅僅適用在「無辯護人之被告」，範圍過狹，應該推廣到不僅被告（不論有無辯護人），及連犯罪嫌疑人，皆應包括在內；其次，在資訊內容方面，也只給予極為有限的資訊獲得權(於審判中得預納費用請求付與卷內筆錄之影本)，與本號解釋保障人民資訊獲得權與正當法律程序的精神不符，應當擴張其資訊獲得權的方式與種類(包括除外規定)已於前述，本號解釋理由書已有例示說明，可由立法者決定。

本席相信，立法者若依此方式大幅度修正系爭規定及同條文第二項，當可以完整且一步到位地建立起犯罪嫌疑人與被告的資訊獲得權之法制。

三、武器平等原則的適用？

針對聲請人所主張必須給予羈押程序中的犯罪嫌疑人及辯護人擁有資訊獲得權之目的，乃在提供充分之防禦權，以獲得武器平等的可能性，以符合正當法律程序之主張。本號解釋多數意見在理由書以下列的文字表明立場：「至於羈押審查程序應否採武器平等原則，應視其是否採行對審結構而定，現行刑事訴訟法既未採對審結構，即無武器平等原則之適用問題。」顯然採取否認的立場，認為此種資訊獲得權無涉武器平等原則之適用，而是訴訟結構的問題，亦即只有採取「對審制」方有此原則的適用也。

多數意見此種見解，將武器平等原則推向「訴訟體制」，亦即羈押審查程序不採行對審結構。似乎在討論到我國刑事訴訟體制，並未採納英美法制所流行的「當事人進行主義」，而實施該制度者，也會建立起一套證據制度，例如，「開示制度」——控辯雙方相互分享所獲得之證據，也是武器平等原則的體現。就此證據的相互擁有與分享而言，這和大陸法系國家所流行的「職權進行主義」，或是我國在二〇〇二年以後所採行的所謂「改良式當事人進行主義」，都並不完全一致，我國的制度之所以稱為「改良式當事人進行主義」，即為系爭規定之精神，由被告辯護人單方面檢閱檢察機關所獲得的證據，而已方有利之證據卻毋庸提供予檢察機關也。也因此顯現出雙方攻防所擁有的資訊與證據並不對等也。

其實武器平等原則乃是強調立法者在規範各種案件的訴訟程序上，應儘可能的給予被告充分的防禦資訊以增強防衛的能力，尤其是應使雙方擁有同等攻防的機制，此不僅涉及比例原則，也同屬平等原則的適用。這些都構成了正當法律

程序的內容。特別在刑事案件，偵查一方的國家機關擁有龐大的國家資源與公權力，形成優勢的一方，故人民方面更應當給予廣泛的行為權限，俾作為捍衛自己權利之用。比例原則即扮演著關鍵的角色。而在民事訴訟程序，本原則一樣發揮了規範的角色，尤其是在法官的闡明權方面(民事訴訟法第一九九條)⁹，顯示出不論民事訴訟或刑事訴訟，都有武器平等原則之適用，也是關涉到平等權、法官中立的憲法原則也。因此，並不一定要將武器平等原則與是否實施當事人進行主義的問題綁在一起，而限縮了武器平等原則在其他方面亦可發揮的功能。

大法官對於武器平等原則，亦認定須以比例原則為依據，此見諸大法官釋字第六六五號解釋——該號解釋也針對羈押審查，與本號解釋頗為類似，同時也是審查同一個法條(本法第一百零一條)，只是非審查第三項，而是第一項。

釋字第六五四號解釋已經對武器平等的精神為詳盡地宣示，僅是未明白提出「武器平等原則」的用語而已。這是針對當時法律許可看守所於羈押中被告會見律師時，得予以錄音、錄影等監視，同時可將錄音、錄影所獲得的資訊，如有辦案需要時，提供檢察官參考。易言之，被告與律師間的會面言論，本應具秘密性質、涉及攻防策略，無疑曝光予對方。該號解釋便認為此規定，已經侵犯了憲法確保人民有受公平審判、正當法律程序以及刑事被告應享有充分之防禦權，包括選任信賴之辯護人之權利¹⁰。故本席在該號解釋協同意見

⁹ 許士宦，戰後臺灣民事訴訟法學發展史，月旦民商法雜誌第 35 期，2012 年 3 月，第 15 頁。

¹⁰ 釋字第 654 號解釋：「……憲法第十六條規定人民有訴訟權，旨在確保人民有受公平審判之權利，依正當法律程序之要求，刑事被告應享有充分之防禦權，包括選任信賴之辯護人，俾受公平審判之保障。而刑事被告受其辯護人協助之權利，須使其獲得確實有效之保護，始能發揮防禦權之功能。從而，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。……羈押法第二十八條規定：「被告在所之言語、行狀、發受書

書，便直指該號解釋即貫徹「武器平等」的原則，方可有效確保人民有受公平審判的可能。尤其是，儘管看守所可以監看律師的會面，但是所獲得的資訊，不得提供檢方使用，否則即屬於非法取得之證據，會導致判決不合法之結果。同時也不致於違反武器平等的公平審判與自由辯護的原則¹¹。

本於同一意旨，大法官復於釋字第六六五號解釋對本法第一百零一條第一項重罪羈押合憲性的審查時，更以比例原則作為武器平等原則的審查標準，並提及：「亦即單以犯重罪作為羈押之要件，可能背離羈押作為保全程序的性質，其對刑事被告武器平等與充分防禦權行使上之限制，即可能違背比例原則」。

故大法官所指的我國「現行刑事訴訟法既未採對審結構」，似乎取代了我國現行訴訟「未採當事人進行主義」，會使人誤解「對審」的意義。因為我國大法官過去對所謂「對審」制度，多半指原被告雙方可進行辯論、對質的攻防行為，亦即類似法院開庭的程序，例如，釋字第三九六號解釋之要求公務員懲戒委員會在組織與決議上，應採行類似法院裁判之體制，而有「對審」的制度¹²。因此對審制度已形同法院內的辯論與對質之程序，而與未經當事人辯論，以及當事人未受法官詢問與答詢機會的「書面審理程序」迥異的制度，釋

信之內容，可供偵查或審判上之參考者，應呈報檢察官或法院。」使依同法第二十三條第三項對受羈押被告與辯護人接見時監聽、錄音所獲得之資訊，得以作為偵查或審判上認定被告本案犯罪事實之證據，在此範圍內妨害被告防禦權之行使，牴觸憲法保障訴訟權之規定。」

¹¹ 此即「聽而不錄」及「聽而不報」的原則（Watching, Hearing without Using）。可參見本席釋字第654號解釋之協同意見書。

¹² 釋字第396號解釋：「公務員懲戒委員會掌理公務員之懲戒事項，屬於司法權之行使，並由憲法上之法官為之。惟懲戒處分影響憲法上人民服公職之權利，懲戒機關之成員既屬憲法上之法官，依憲法第八十二條及本院釋字第一六二號解釋意旨，則其機關應採法院之體制，包括組織與名稱，且懲戒案件之審議，亦應本正當法律程序之原則，對被付懲戒人予以充分之程序保障，例如採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並予以被付懲戒人最後陳述之機會等，以貫徹憲法第十六條保障人民訴訟權之本旨」。

字第五八二號解釋便是此一意旨：「憲法第十六條規定人民有訴訟之權，就刑事審判上之被告而言，應使其在對審制度下，依當事人對等原則，享有充分之防禦權，俾受公平審判之保障（本院釋字第三九六號、第四八二號解釋參照）。刑事被告對證人有詰問之權，即屬該等權利之一」。

因此「對審制度」似乎當指有無當事人雙方言詞辯論、對質等攻防的程序而言，在羈押偵查庭中，既然許可被告與辯護人獲得羈押事由與證據的權利，亦即可以檢驗該些資訊的真偽，從而提出申辯；而立於相反一方的檢察機關亦可反駁，而終由法官裁決。此一來一往之攻防，豈非實施對審制？而訴訟法學界討論武器平等原則，率多與辯論主義合而為一，因此既然羈押審查容有辯護、反駁的機制，即容有辯論，實施對審制度與要求武器平等的空間也。

據此，吾人可以導出一個結論：只要涉及人民合憲的訴訟權利，必然應實施辯論與對審制度，即應符合武器平等原則，與賦予人民充分的防衛能力。如此的訴訟程序，才可符合正當法律程序原則也。因此，本號解釋既然一方面宣示目前羈押程序中未給予犯罪嫌疑人與辯護人充分的資訊獲得權，已減損其防禦權，牴觸正當法律程序；另一方面又宣稱目前羈押審查程序並未實施對審制，而無武器平等原則的適用，豈非矛盾？

本號解釋的作出，豈不是證明出大法官已又進一步、念茲在茲地重視武器平等原則的實踐乎？大法官同仁實可有此自信也。

四、結論——政之累民，莫如管押

由前所述，基本人權強化了訴訟權的功能。然而不僅西方的人權與法治思想都要求司法權力要儘量謹慎、避免濫權實施羈押，即連對現代司法訴訟精神極為陌生的我國儒家文化，也可以尋覓出類似「恤民」的思想。

本席近來偶爾夜讀古籍，也發現到古代先賢此種要求司法官「謹慎羈押」以及查明被押人民有無不法之冤屈，以及有無確須羈押必要的義務。舉例之一，乃是明朝大政治家，也是民間僅次於「包青天」，而學術界且更敬仰的清官海瑞，在其「申軍門吳堯山并守巡道請改招詳文」一文中¹³，嚴詞批評地方司法官未能夠體恤民情，動輒濫用羈押權力，而喪失了公平正義。海瑞為此說出一句悲憤的名言流傳於世：「視民冤而不為言，知奸發而莫一告，慢上殘下，何以為民父母哉！」

好一句「視民冤而不為言」！這可為兩解：

一是，司法官見到有人民之冤案，而不替之申冤，因此是司法官應有「見冤而申」的言詞義務，包括替人民向上級司法官爭取正義在內，顯示出下級司法官員不畏上級威勢的勇氣；二是，司法官必須讓人民「有冤必申」，讓人民的冤屈、自身清白的理由得以申訴，而予裁決。亦即「視民冤而予言」也。無論如何，都有讓人民自證其清白的機會也。已有了保障訴訟權的概念雛形。

其次，在清朝夙有「幕學權威」，也是撰寫類似師爺教科書的名人汪輝祖，在其「學治說贅」對於辦案者(師爺)，亦因為管押環境的惡劣、獄政人員的腐敗欺凌，故一再叮嚀：「政之累民莫如管押；管押之名，律所不著，乃萬不得已而

¹³ 參見欽定四庫全書，備忘集卷二。

用之；故非萬不得已者，斷不可押。」以及辦案者必須有良心(盡其心)詳細審明被押者有無冤屈：「既押須親自查驗，幕猶恐被人欺止能求盡其心、官則心盡而力可自盡，慎勿為人蒙蔽」¹⁴，都可以顯示出羈押權力的濫用，真乃「政之累民莫如管押」，也是屬於海瑞所稱的「殘下之法」也。

故本席在此協同意見書一再強調多數意見所未特加論述的律師對人民訴訟權利之保障功能，並且以歷史的角度，由前引二百二十年前美國憲法增修條文第六條的規定。揭示了律師的協助體系已納入訴訟基本人權的發展，且與現代人權理論同步發展的歷史淵源。

而律師在訴訟程序內參與的不可或缺性，以國際潮流而論，也是一步一步地擴大其實施範圍，由「自願辯護」改採有條件的「強制辯護」，且後者也逐漸擴張其實施範圍，由死罪、重罪延伸到窮困、或其他弱勢族群在內。在此風潮中，也會對律師辯護的功能性——能夠獲得的資訊、辯護的程序以及相關的證據法則，朝有利於發揮辯護功能的方向發展。

因此，本席一方面強調本號解釋將對我國人民人身自由的保障體系提供更進一步的動力，同時也強化了律師保障委任人身自由、監督司法公權力的能力，對於我國法治國家的品質，將有莫大的貢獻，值得朝野的重視。同時也希望本號解釋應當能產生一個強大的「放射功能」

¹⁴ 參見汪輝祖，學治說贅，管押簿：「管押之名，律所不著，乃萬不得已而用之、隨押隨記大概賊盜之待質者最多，審則重者禁，輕者保無關者省釋，立予銷除。命案牽連應即時詰證取保，勢不能速結者、至四五日斷不可不為完結，若詞訟案件，自可保候、覆訊不宜差押、政之累民莫如管押，且關係甚重，或賊押而捕縱行竊，或命押而怕累輕董(監督之意)，至訟案押而招搖撞騙，百弊錯出，向有班房夜間，官須親驗以防賄從。數年前，禁革班房名目，令原差押帶私家，更難稽察，似不如仍押公所為安。役之貪狡者，命案，訟案及非正盜正賊藉偷押以恣勒索，每系之穢污不堪處所，暑令熏蒸，寒令凍餓，至保釋而病死者不少。故非萬不得已者，斷不可押，既押須親自查驗，幕猶恐被人欺止能求盡其心、官則心盡而力可自盡，慎勿為人蒙蔽，不設此簿或有遺忘，勢且經旬累月，民受大害矣。」

(Ausstrahlungswirkung)，將此進步的理念加以延伸、擴大戰果，不僅應納入審判中被告的資訊獲得權外，也要延伸到與羈押類似的「管收案件」之上。這是基於大法官在釋字第五八八號解釋已提及：管收對人身自由的限制與羈押無異，應當給予受管收人正當法律程序的保障以及充分的防禦機會，以維護其人身自由¹⁵。該號解釋未提及辯護人的資訊獲得權，即應援引本號解釋的意旨，使辯護人亦得在管收程序，擁有資訊獲得之權利也。

如此一來，即可透過大法官的解釋，一步一腳印地累積司法智慧的成果，逐漸豐富我國憲法保障人民訴訟權的體系與正當法律程序的內容。

本席尤其贊成本號解釋強調了國家對人民自由的剝奪，應當屬於「最後手段」(ultima ratio)，應基於最重大的公益與比例原則最嚴格的檢驗¹⁶。此乃因為未曾經歷過被剝奪人身自由者，不知身陷囹圄者在身體與心理上的苦楚，也因此，國家必須儘量賦予人民證明清白、司法公權力避免作出違法羈押人民之「冤、錯、假案」的機率。

我國司法與刑事制度的文明程度之提升，哪一日可驕傲地與國際法治先進國並駕齊驅——超英美、趕德日(超越海洋法系的英、美等國及大陸法系的德、日諸國)，便有賴焉！

¹⁵ 釋字第 588 號解釋：「……管收係於一定期間內拘束人民身體自由於一定之處所，亦屬憲法第八條第一項所規定之「拘禁」，其於決定管收之前，自應踐行必要之程序、即由中立、公正第三者之法院審問，並使法定義務人到場為程序之參與，除藉之以明管收之是否合乎法定要件暨有無管收之必要外，並使法定義務人得有防禦之機會，提出有利之相關抗辯以供法院調查，期以實現憲法對人身自由之保障」。

¹⁶ 這也是符合德國的憲法學主流想法，對於重要的基本人權，例如，關涉生命與身體自由、人性尊嚴等權利，除要強調比例原則的重要性外，還要利用更周詳的程序規定來確保之，換言之，至少先將程序的保障，視為實體保障的「前哨戰」也。可參見李建良，論基本權利之程序功能與程序基本權——德國理論的借鑑與反思，刊載司法院大法官九十二年度學術研討會，司法院，民國 93 年 10 月，第 137、143 頁以下。

釋字第七三七號解釋協同意見書

羅昌發大法官提出

黃虹霞大法官加入¹

本件係有關在偵查中之羈押審查程序，是否應許犯罪嫌疑人及其辯護人閱卷或以其他方式獲知檢察官據以聲請羈押之具體理由與相關證據。多數意見認為，應於偵查中羈押審查程序，以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知聲請羈押之理由與相關證據，使其得以有效行使防禦權。本席敬表同意。本件在程序上，涉及聲請解釋憲法適格要件之特殊問題；在實體上，則涉及人身自由保障、訴訟權、正當法律程序、有效行使防禦權及武器平等原則等之內涵與其間之關係；並涉及「整體觀察」解釋客體之新的違憲審查方法、偵查不公開原則是否為憲法原則、辯護人行使職權在憲法上應賦予之地位等諸多待進一步補充之問題。爰提出本協同意見書。

壹、「非抗告程序當事人之犯罪嫌疑人」及「非人身自由受侵害之辯護人」個別均應得聲請解釋憲法

一、依大法官審理案件法（下稱大審法）第五條第一項第二款規定，「人民、法人或政黨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者」，得聲請解釋憲法。此款所規定聲請解釋憲法之要件有三：其一，聲請者必須主張其憲法所保障之權利遭受不法侵害；其二，須經依法定程序向法院提起訴訟或提出其他

¹黃虹霞大法官就本意見書貳五（四）部分（即有關排除犯罪嫌疑人及其辯護人接觸檢視卷證之事由部分），認為屬於立法形成之自由；故就本意見書之該部分保留；僅加入本意見書其餘部分。

救濟程序，並經上訴或抗告等而用盡審級救濟程序，因而已有確定終局裁判；其三，須主張裁判所適用之法令有違憲疑義。原則上，憲法權利遭受侵害之人與向法院提起訴訟或提出其他救濟程序之人，應為同一人。亦即聲請解釋憲法之人，必須為憲法權利遭受侵害且已完成司法救濟程序並為確定終局裁判對象之人。然本件情形，應屬極少數之例外情形。

二、本件聲請人二人中，一為犯罪嫌疑人之辯護人；另一為犯罪嫌疑人。辯護人為向法院聲請閱卷及提出抗告之人，因而為該程序之當事人，但人身自由受侵害者為其所辯護之犯罪嫌疑人，而非辯護人本身；犯罪嫌疑人則非向法院聲請閱卷及提出抗告之當事人，但其人身自由之保護及訴訟權因其辯護人無法閱卷，而直接受影響。多數意見認為：「本件解釋之聲請人有二，即被告及其辯護人。被告雖非確定終局裁定之抗告人，惟辯護人係被告選任以協助其有效行使憲法保障之訴訟權（本院釋字第六五四號解釋理由書參照）；辯護人為確定終局裁定之抗告人，其受被告選任於羈押審查程序，檢閱檢察官聲請羈押之卷證，係為協助被告行使防禦權，是二聲請人共同聲請釋憲，核與前揭聲請釋憲要件相符。」本席對多數意見所認二人得「共同聲請」解釋憲法，固敬表同意；然多數意見就二人如非共同聲請，而係個別聲請，是否亦符合聲請釋憲之要件，並未闡釋，甚為可惜。

三、本席認為，聲請閱卷最終目的既係在保障犯罪嫌疑人之人身自由與訴訟權，犯罪嫌疑人在形式上雖非閱卷之聲請人及抗告程序之抗告人，然辯護人為犯罪嫌疑人之權益聲請閱卷且依法定程序提起抗告，應認犯罪嫌疑人已

符合大審法第五條第一項第二款所規定「經依法定程序提起訴訟」之要件，而得單獨聲請解釋憲法；否則難以有效保障其人身自由與訴訟權。又辯護人係聲請閱卷及遭裁定駁回抗告之當事人，其不但為犯罪嫌疑人之行使防禦權，以保障犯罪嫌疑人之人身自由及訴訟權，且如後所述，辯護人亦應有其憲法上固有之辯護權；故對辯護人而言，包括「傳來於」犯罪嫌疑人之人身自由及其訴訟權，以及辯護人自身之固有權利，因遭法院拒絕閱卷而受侵害，故符合大審法第五條第一項第二款所稱「憲法上所保障之權利遭受不法侵害」之要件，而得單獨聲請解釋憲法。亦即，辯護人及受聲請羈押之犯罪嫌疑人均應有分別單獨聲請解釋憲法之權。

貳、犯罪嫌疑人於偵查中羈押審查程序所應享人身自由保障、訴訟權、有效防衛權、武器平等及正當法律程序之內涵

一、「訴訟權」適用於偵查中羈押審查程序應有之內涵：

- (一) 憲法第十六條訴訟權包括正當程序、公平審判及充分防禦權：本席在本院釋字第七三六號解釋所提出之協同意見書中曾提及，憲法第十六條所保障之人民訴訟權，有諸多內涵；「包括人民於其權益受侵害而尋求救濟時，有接近利用法院之權，以及在利用司法救濟之時有受司法正當程序與公平審判保障之權及刑事被告在訴訟上享有充分防禦之權等。」多數意見就犯罪嫌疑人之訴訟權，僅提及憲法第十六條之訴訟權「係以人民權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內容，國家應提供有效之制度性保

障，以謀其具體實現」(見本號解釋理由書)。而未提及本院以往解釋(如釋字第五八二號、第六六五、第六八一號、第七三六號等諸多解釋)所提及之「公平審判」及「充分防禦」之權等更具體之內涵，殊為可惜。蓋本件所涉及之核心議題為應如何確保犯罪嫌疑人於偵查中之羈押審查程序中受公平審判及使其享有充分防禦之權。

- (二) 刑事偵查程序雖非起訴後之訴訟程序，然偵查中之羈押審查程序，由法院審理，並由代表國家追訴犯罪之檢察官與犯罪嫌疑人及其辯護人，就羈押之事由與證據進行攻防，故應屬憲法第十六條「訴訟權」保障之範疇。多數意見明確將憲法第十六條所規定訴訟權保障之範圍適用於偵查中之羈押審查程序，本席敬表同意。

二、人身自由保障適用於偵查中羈押審查程序應有之內涵：

- (一) 偵查中羈押審查程序涉及犯罪嫌疑人可能因法院審查之結果而受強制隔離，其人身自由可能於起訴前(將來是否起訴尤屬未知；如將來確受起訴，最後是否受有罪判決，更為未定之天)，即遭受剝奪。犯罪嫌疑人自應受憲法第八條之保障。
- (二) 憲法第八條就逮捕、拘禁、審問、處罰之主體與法定程序，以及移送法院之時間及法院之提審等程序有具體規定，然其第一項就「人民身體之自由應予保障」之原則性規定，隱含著剝奪或限制人身自由之一切國家措施，均應「踐行必要之司法程序或其他正當法律程序」之要求(本院釋字第七〇八號解釋理由參照)。

所謂必要之正當法律程序，自應包括使人身自由已經遭受侵害或即將遭受侵害者，得以在相關程序中有效行使防禦，使其人身自由不受限制或剝奪之權。

三、人身自由與訴訟權之保障於本件同時為正當法律程序之基礎：

憲法就人身自由、財產權等實體權利受侵害，或訴訟權等程序權利之行使，均以正當法律程序之要求予以保障。故在不同之憲法解釋事件中，因所涉基本權利之不同，自有可能以不同的憲法條文作為正當法律程序要求之基礎（見本席於本院釋字第六九一號所提協同意見書）。本件情形，如前所述，犯罪嫌疑人於羈押審查程序，應享有訴訟權（包括具有「公平審判」及「充分防禦」內涵之正當程序）以及人身自由保障（包括使人身自由已受或可能受侵害者，得以有效行使防禦，使其人身自由不受非法限制或剝奪之正當程序）。此二項憲法上權利，同時作為本件正當法律程序要求之基礎。

四、武器平等原則為偵查中羈押審查程序所應遵守之正當法律程序之應有內涵：

- （一）武器平等原則（the principle of equality of arms）係歐洲人權法院依歐洲人權公約所規定公平審判（the right to a fair trial）所引申而來之基本權利。本院釋字第六六五號解釋理由書載謂：「刑事訴訟法第一百零一條第一項……規定羈押之目的應以保全刑事追訴、審判或執行程序為限。……單以犯重罪作為羈押之要件，可能背離羈押作為保全程序的性質，其對刑事被告武器平等與充分防禦權行使上之限制，即可能

違背比例原則。再者……刑事訴訟法第一百零一條第一項第三款如僅以『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』，作為許可羈押之唯一要件，而不論是否犯罪嫌疑重大，亦不考量有無逃亡或滅證之虞而有羈押之必要，或有無不得羈押之情形，則該款規定即有牴觸無罪推定原則、武器平等原則或過度限制刑事被告之充分防禦權而違反比例原則之虞。」其一，該解釋雖係以武器平等原則節制羈押之事由與要件（而未涉及羈押審查程序中被告或犯罪嫌疑人與辯護人接觸檢視卷證之權利），然其顯然已經承認武器平等原則作為憲法原則之一環。其二，該解釋就刑事訴訟法第一百零一條規定引用武器平等原則，並未限制其適用於起訴後之羈押審查程序；亦即，在該解釋下，偵查階段之羈押審查程序，亦應有武器平等原則之適用。

（二）多數意見謂：「羈押審查程序應否採武器平等原則，應視其是否採行對審結構而定，現行刑事訴訟法既未採對審結構，即無武器平等原則之適用問題。」本席歉難認同。

（三）本席認為，武器平等原則之基本內涵為使攻防之雙方有相同之機會，以接觸、檢視及挑戰證據；亦即凡有攻防內涵及由公正之第三方作成裁決之程序，即應使攻防之雙方有相同之機會檢視及闡述相關證據，以確保雙方所提出之理由及證據，均係由不同角度受充分檢視，以確保裁決之不偏不倚。故武器平等原則為刑事被告或犯罪嫌疑人有效行使防禦權之重要方法，應係憲法所要求公平審判及正當法律程序之重要內涵。

武器平等原則不但適用於起訴後之審判程序，亦應適用於偵查中由法院進行之羈押審查程序。如偵查中之羈押審查程序係採對審制度（亦即由雙方攻防為主），固應有武器平等原則之適用；縱使偵查中之羈押審查程序係採法官職權訊問之結構（如同我國現行制度），由於其審查之實際過程仍係由法院基於檢察官於聲請羈押時以及羈押審查程序中所提出之事實、理由、證據與口頭之說明為裁定之依據，故顯然有實質上之攻防，自應使檢察官所提出之事由與相關證據受他方之充分檢視與挑戰。縱使審查羈押聲請之法官主觀上確實不偏不倚，制度上仍不應假設其在欠缺犯罪嫌疑人及其辯護人說明之情形下，均能正確解讀相關證據，並依該等證據作成羈押與否之適當裁定；犯罪嫌疑人及其辯護人雖有可能曲解證據，然依經驗法則，其等基於切身利益或親身經歷，應較能提供不同於檢察官角度之觀察，以協助法官作成正確之解讀。在偵查中之羈押審查程序，如未賦予犯罪嫌疑人及其辯護人平等之武器，使其有相同之機會檢視與闡述證據，將如同使其被「蒙住眼睛」而與聲請羈押之檢察官，為犯罪嫌疑人之人身自由之保護進行決鬥，自與公平審判之意旨不符。

五、正當法律程序適用於偵查中羈押審查程序之具體內容— 接觸檢視卷證以有效挑戰聲請羈押事由及證據之機會：

- （一）依前述說明，偵查中羈押審查程序之正當法律程序之憲法基礎為訴訟權及人身自由之保障。其內涵，抽象而言，應包括公平審判、充分有效防禦及武器平等；具體而言，則應使犯罪嫌疑人得以接觸、檢視卷證，

俾使其得以闡述相關證據，並有效挑戰聲請羈押之事由及證據之真實性或證據價值。

(二) 多數意見認為：「偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由；……並使其獲知聲請羈押之有關證據，俾利其有效行使防禦權，始符憲法正當法律程序原則之要求。」本席敬表同意。本號解釋文及解釋理由雖未對「適當方式」及「及時」之要件進一步闡釋，然此二要件顯然受「有效行使防禦權」之規範；亦即，若證據複雜或須經查證，則僅給予犯罪嫌疑人或其辯護人短暫檢視卷證之時間，即不符合「及時」及「適當方式」之要件。

(三) 如上說明，使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知聲請羈押之理由及有關證據，既在使其有效行使防禦權；而制度上又不應假設法官在欠缺犯罪嫌疑人及其辯護人說明之情形下，均能正確解讀相關證據，並依據該等證據作成羈押與否之適當裁定；故應使犯罪嫌疑人及其辯護人得以「親自」接觸、檢視卷證，俾使其得以有效挑戰聲請羈押之事由及證據，以協助法官作成適當之裁定。如非犯罪嫌疑人或其辯護人「親自」接觸、檢視卷證，而係透過法官檢閱卷證並消化後再予轉告之方式使其獲知，則有遺漏證據之關鍵內容或使犯罪嫌疑人或其辯護人受誤導之可能；自不符合使犯罪嫌疑人及其辯護人得以有效行使防禦權之憲法要求。多數意見稱：「至於使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由及相關證據之方式，究採由辯護人檢閱卷證並抄錄或攝影之方式，或採法官提示、

告知、交付閱覽相關卷證之方式，或採其他適當方式，要屬立法裁量之範疇。」本席對於多數意見認為立法者如採「法官告知」聲請羈押理由及相關證據之立法方式，亦可滿足正當法律程序之要求部分，感到不安。立法機關應將蒙住犯罪嫌疑人及其辯護人眼睛之眼罩完整移除，本於確實使其得以親自接觸、檢視卷證，以有效挑戰聲請羈押之事由及證據之原則，為其立法裁量之依據。

- (四) 另多數意見將「有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，得限制或禁止者」作為犯罪嫌疑人及其辯護人獲知聲請羈押所依據之證據之例外，本席敬表同意。此乃對人身自由之保障與國家之有效追訴犯罪間之適當平衡。然究竟是否有此所列舉之具體「事實」以及某項事實究竟是否確有此所稱之「危害」，自應由法院依據相關證據認定，而非僅憑檢察官之指稱，自屬當然。又「危害偵查目的」之用語極為概括，除有「湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人」之危害偵查目的外，其他情形，自應限於檢察官提出具體證據以證明導致某項具體之偵查目的受到危害之情形。否則如許凡事均可概括的歸諸有害偵查目的，並因而排除犯罪嫌疑人及其辯護人之接觸檢視卷證之權，自將背離本號解釋之意旨，甚至使本號解釋意旨之實現落空。又多數意見所稱「有事實足認有……之虞，得限制或禁止」，係指得就有造成「湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞」之部分證據，使犯罪嫌疑人

及辯護人均不得接觸與檢視；而非一有此情形，即可使犯罪嫌疑人及辯護人不得接觸或檢視其他卷證資料；此亦屬本號解釋當然之解讀。

六、「整體觀察」刑事訴訟法第三十三條第一項與第一百零一條第三項之新解釋方式：

（一）多數意見列舉刑事訴訟法第三十三條第一項及第一百零一條第三項所規定「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影」及「（第一百零一條）第一項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄」，並以「整體觀察」此二規定之結果，認偵查中之犯罪嫌疑人或辯護人僅受告知羈押事由所據之事實，並不符合正當程序之要求。此為本院新採之違憲審查方式。其意旨在於，兩條文中之任何一條規定均無法單獨認定在現行刑事訴訟法之下，是否已經滿足在偵查中之羈押審查程序應賦予犯罪嫌疑人及其辯護人有效行使防禦權之憲法要求，因而不能宣告兩項規定同時或分別違憲；而必須將兩者合併納入觀察，以確定其所提供之防禦權是否充分。故本號解釋所宣告者，為刑事訴訟法對偵查中羈押審查程序之犯罪嫌疑人所提供之保護不足，因而與憲法意旨不符；而刑事訴訟法第三十三條第一項及第一百零一條第三項僅係在說明整個刑事訴訟法之保護不足。

（二）本席並不反對此種「整體觀察」之審查方式；然本席認為，如單純審查刑事訴訟法第三十三條第一項之規定，並宣告其違憲，將較為直接、明確且有效。蓋刑事訴訟法第三十三條第一項原規定：「辯護人得檢閱

卷宗及證物並得抄錄或攝影。」民國七十一年八月四日前之刑事訴訟法並未准許於偵查中選任辯護人；為配合偵查中得選任辯護人之規定，七十一年修法時於該條項加入「審判中」之條件，而修正成為現行規定，即「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影」。其立法理由為：「依刑事訴訟法第二百四十五條之規定，偵查不公開之，如許偵查中選任之辯護人對於卷宗及證物檢閱、抄錄或攝影，則不僅實質上有損偵查不公開之原則，且難免影響偵查之正常進行，自不應准許。爰修正本條增列『於審判中』四字，以示辯護人檢閱卷宗證物及抄錄或攝影，以審判程序中者為限。」換言之，刑事訴訟法第三十三條第一項規定辯護人於審判中之閱卷權，依立法意旨，顯然包括禁止辯護人於偵查程序（包括偵查中之羈押審查程序）閱卷，更禁止犯罪嫌疑人於該程序中閱卷。由於偵查中羈押審查程序之正當法律程序內涵，應使犯罪嫌疑人及其辯護人得以親自接觸、檢視卷證之方式獲知聲請羈押之理由及有關證據，俾使其得以挑戰聲請羈押之事由及證據，而有效行使防禦權；故刑事訴訟法第三十三條第一項所隱含禁止犯罪嫌疑人及其辯護人於偵查程序中閱卷之意旨，自屬「部分違憲」（亦即：部分違背憲法正當法律程序之要求）。故較直接而有效之審查方式，應為宣告刑事訴訟法第三十三條第一項在「未許偵查中羈押審查程序之犯罪嫌疑人及其辯護人得以親自接觸、檢視卷證之方式獲知聲請羈押之理由及有關證據，俾使其得以挑戰聲請羈押之事由及證據，而有效行使防禦權」之範圍內，為違憲。

七、有關偵查不公開問題之釐清：

偵查不公開原則對無罪推定原則之貫徹（以避免輿論對法院造成不當壓力）、對當事人權利（如隱私與名譽）之保障、以及對偵查效能之確保，均至為重要。偵查不公開原則本身並非憲法所承認之原則（故僅為刑事訴訟法之原則），然由於該原則涉及犯罪嫌疑人無罪推定與其權利之保障，故其含有保障人民基本權益之重要憲法元素。因犯罪嫌疑人接觸、檢視卷證以獲知聲請羈押之事由與相關證據，俾為有效防禦，為保障人民身體自由及訴訟權之必要元素，故就偵查不公開原則中之保障人民基本權益之憲法元素而言，其與確保犯罪嫌疑人之公平審判與有效防禦之檢視卷證權利，自係併行不悖。就偵查不公開原則中之確保偵查效能元素而言，因該原則僅為法律原則，而非憲法原則，故其自不應與犯罪嫌疑人及其辯護人接觸、檢閱卷證之憲法權利相抵觸。

叁、辯護人之憲法上權利之釐清

一、多數意見雖認為偵查中之羈押審查程序應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由及證據；然多數意見認辯護人為「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」（見本號解釋理由書）；且多數意見就本件受侵害之憲法上權利，僅列舉犯罪嫌疑人之人身自由及訴訟權（見本號解釋理由書）。亦即，多數意見並不承認辯護人在刑事訴訟制度中，有任何固有之憲法上權利；而認為其有與犯罪嫌疑人共同聲請解釋憲法之權，係傳來於犯罪嫌疑人所享有之憲法所保護

之權利。本席就本號解釋未能肯定在刑事訴訟程序中應賦予辯護人一定之憲法上權利，甚感惋惜。

二、或有認為：辯護人之固有權限，僅為其「法律上權利」

（如刑事訴訟法第三十三條第一項所規定辯護人之閱卷權、第三十四條第一項所規定之接見羈押之被告即互通書信權等），而非「憲法上權利」。本席認為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；理由有二。其一，憲法第十六條所規定之訴訟權固係對程序之當事人所賦予之保障；然該條所規定保障之內涵，包括使被告及犯罪嫌疑人得以選任辯護人以協助其有效行使憲法保障之訴訟權（本院釋字第六五四號解釋理由書參照）。亦即，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。其二，憲法上所承認之基本權，除憲法第七條至第二十一條所明文列舉者外，尚包括第二十二條所概括規定「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障」之權

利。辯護人之辯護權（包括羈押審查程序中接觸、檢視聲請羈押所依據之理由及證據之權），除有憲法第十六條為其間接依據之外，第二十二條則為其直接依據；亦即，此種權利屬於憲法第二十二條所稱之其他權利。本席認為，承認辯護人在刑事訴訟程序中之辯護權為憲法上之權利，有助於健全訴訟權保障之制度性要求，使其更得以依專業行使職權，為當事人進行有效辯護。惟本席亦應提醒，賦予辯護人行使職權具憲法上地位之外，亦應於制度上對辯護人嚴格落實專業倫理與執行業務之責任，使其權責相符，始能使辯護人制度更趨完善。

釋字第七三七號解釋 協同意見書

蔡大法官明誠 提出

黃大法官虹霞 加入

本件解釋基於憲法保障人身自由及訴訟權之意旨及正當法律程序原則，整體觀察刑事訴訟法第三十三條第一項及第一百零一條第三項規定，偵查中之犯罪嫌疑人或辯護人僅於羈押事由所據之事實範圍內受告知，認上開規定與憲法意旨不符，謹表同意。惟有關辯護人之法律地位及其閱卷權之性質、閱卷權及告知請求權之關係、犯罪嫌疑人與被告之用語等問題，仍待釐清檢討，是以謹提出本協同意見書如後。

一、辯護人之法律地位及其閱卷權之性質

於刑事訴訟程序中辯護人之閱卷權 (Recht auf Akteneinsicht) 規定，其法理基礎，有謂係源於聽審原則下被告之請求資訊權，此說法強調被告請求權，嚴格言之，此是否認為辯護人之閱卷權係來自於被告之傳來權，而非辯護人之固有權，頗值得探討。我國學說，認為閱卷權係辯護人之固有權，而非由被告之傳來權。¹另從比較法觀察辯護人之法律地位，辯護人不問係經被告選任或法院指定，應履行其法定之委任，此不僅包括保護被告之利益，亦包括協助處理由法治國思想所

¹ 參照蔡墩銘，辯護人之閱卷權，月旦法學教室，創刊號，頁 18。其認為刑事訴訟法第三十三條辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物，並得抄錄或攝影，屬於辯護人之固有權。類似見解，參照林山田，刑事程序法，台北：五南，2004 年 9 月 5 版 1 刷，頁 202 以下。

建構之刑事司法事務。對於辯護人之法律地位，在學理上²雖有不同見解，惟為強化辯護人之法律地位，宜認辯護人係屬與法院及檢察官同等地位之「獨立司法機關」。換言之，辯護人係為具有功能性之刑事司法夥伴，而非敵對方。因此，辯護人亦負有「使程序在實體及形式上之軌道運作」之注意義務。辯護人非居於從屬性地位，宜解為其係以自我負責方式而進行辯護，且不受法院之控管，亦不受被告指示之拘束。質言之，辯護人並非僅係代理人，而是被告之保護人(Beistand)(有譯輔佐人或輔助人)。其任務在於全面性維護被告之權利，關注一切有利於被告之法律及事實情況，致力於司法程序之嚴格踐行。³因此，辯護人依法律及專業倫理規範執行辯護任務，宜解為係具有獨立性之機關地位，而非單純犯罪嫌疑人或被告之代理人，從以上觀點出發，刑事訴訟法第三十三條第一項所規定辯護人之閱卷權，宜認為係辯護人之固有權。

二、閱卷權與告知請求權之互補及差異

從比較憲法觀察，德國基本法第一百零三條第一項規定人人在法院享有合法聽審請求權 (Anspruch auf rechtliches Gehör)，此係以法治國原則為根源，補充傳統訴訟基本權而發

² 有關辯護人之法律地位，於德國學說上有代理利益說、機關說及所謂嚴格機關說(sog.“strenge“ Organtheorie)等理論。逐漸採取機關說，尤其是Werner Beulke 提出限制機關說，且以新進法院判決作為基礎之所謂嚴格機關說。(參照 Claus Roxin/Bernd Schünemann, Strafverfahrensrecht, München:Beck, 2014, §19 Rn.3.)

³ 參照 Meyer-Großner/Schmitt, Strafprozessordnung, 58.Aufl., München:Beck, 2015, Vor §137 Rn.1.

展出與其他憲法程序原則相關聯之等同基本權之權利(Grundrechtsgleiches Recht)。聽審請求權、其他特別訴訟基本權及一般公平審判權，同為確保法院刑事程序進行。所謂公平審判之一般訴訟權(allgemeine Prozessgrundrecht auf ein faires Verfahren)，係屬於攔截性基本權(Auffanggrundrecht)，用以補充屬於特別程序權之聽審請求權。⁴公平審判請求權僅於未有特別保障時，始發生之。⁵

再者，如合法聽審受到確保時，客觀正當的審理，始得踐行，從而刑事程序中之所謂武器平等，亦得保障。前述聽審請求權，亦係源自突襲性裁判之禁止，且合法聽審之功能，不僅是為法院判決事實基礎之澄清，並且亦為人性尊嚴之尊重。⁶德國基本法明定之合法聽審請求權不適用法律保留，僅在憲法內在限制範圍內，始得限制，此乃基於德國基本法第十九條第四項規定有效權利保護之要求而產生。因此，立法者基於基本法第一百零三條第一項所規範之保障範圍，在合乎比例原則內，有權利亦有義務以個別法律制定合法聽審請求權之相關程序。⁷

⁴ 參照 Christoph Brüning in: Stern/Becker(Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2010, Art.103 Rn.118f.; Michael/Merlok, Grundrechte, 4.Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2014, Rn.897.

⁵ 德國聯邦憲法法院認為基本法第一百零三條第一項屬於特別法(lex specialis)，公平審判請求權屬於一般規定。(參照 Volker Epping, Grundrechte, 5.Aufl., Berlin Heidelberg: Springer, 2012, Rn.966.)

⁶ 有關德國聯邦憲法法院之論述，參照 Christian Bumke/Andreas Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 7.Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, Rn.2474ff..

⁷ 參照 Christoph Gröpl/Kay Windthorst/Christian von Coelln, Grundgesetz-Studienkommentar, 2.Aufl., München: Beck, 2015, Art.103 Rn.13.

從基本法第一百零三條第一項所規定之合法聽審請求權又衍生出訴訟中資訊權(Recht auf Information im Prozess)⁸、訴訟中意見權(Recht auf Äußerung im Prozess)⁹及法院對當事人所表達意見之斟酌義務(Recht auf Berücksichtigung)¹⁰。上開資訊權內涵，原則上包含法院文件之送達，及檢閱得供法院使用之相關卷宗。¹¹亦即，該資訊權藉由檢閱訴訟卷宗權，予以確保及加強。簡言之，由合法聽審請求權產生資訊權，而閱卷權屬於此項資訊權之一種。此閱卷權又包含審閱得供法院使用之相關卷宗(Akteneinsicht)，及檢閱官方持有之證物(Besichtigung amtlich verwahrter Beweisstücke)¹²，明文規定於德國刑事訴訟法第一百四十七條。通常情形，違反德國刑事訴訟法¹³第一百

⁸ 參照 Michael/Merlok, a.a.O., Rn.899.

⁹ 保障表達意見權(Recht auf Äußerung; Recht zur Äußerung)，使程序參與者不僅有表達意見之可能性，亦且有就法院判決基礎之事實(Tatsachen)，亦得以事先表達意見。參照 Gröpl/Windthorst/von Coelln, a.a.O., Art.103 Rn.8; Michael/Merlok, a.a.O., Rn.900..

¹⁰ 此斟酌義務不僅是使法院知悉，且法院在判決時就當事人之意見應予以斟酌。然於此並非意指法院應跟隨該表達意見，毋寧是原則上使法院知悉該參與者所提出之不同意見，且將之納入考慮。參照 Gröpl/Windthorst/von Coelln, a.a.O., Art.103 Rn.9.有稱為狹義聽審權(Das Recht auf Gehör i.e.S.)，參照 Michael/Merlok, a.a.O., Rn.902.

¹¹ 參照 Christoph Gröpl/Kay Windthorst/Christian von Coelln, a.a.O., Art.103 Rn.7.

¹² 我國刑事訴訟法第三十三條第一項規定並未區別卷宗與證物之檢閱。

¹³ 德國刑事訴訟法係為“Strafprozessordnung”之翻譯，其包括廣義刑事程序實施之規定(Vorschriften für die Durchführung des Strafverfahrens im weiteren Sinne)，嚴格言之，譯為刑事程序法，似較為妥適，不過為與我國刑事訴訟法對照，茲譯為“刑事訴訟法”。

四十七條閱卷權規定，亦即違反基本法第一百零三條第一項聽審請求權規定。¹⁴

由上述德國法觀察，閱卷權係源自憲法所規定合法聽審請求權之對事務之保障範圍(das sachliche Schutzbereich)。原則上，辯護人享有無限制之閱卷權(ein uneinschränkbares Einsichtrecht) (德國刑事訴訟法第一百四十七條第一項參照)。在偵查期間，例外情形，如有危害偵查目的者，得限制閱卷權(第一百四十七條第二項第一段參照)，另基於秘密須加以保護(Gemeinschutz)之卷宗，法院得限制或排除辯護人攝影或摘錄之權利。¹⁵在羈押審查或羈押抗告程序，則屬於例外之例外情形，向來德國實務上就羈押問題給予部分閱卷權(Teilakteneinsicht)。¹⁶德國刑事訴訟法明定，辯護人得以適當方式接近使用對被告自由剝奪之合法性判斷之重要資訊，於此範圍內原則上保障閱卷權。(第一百四十七條第二項第二段參照)除閱卷權外，另有告知及抄錄(Auskünfte und Abschriften)請求權及將閱覽卷證所獲知者轉告被告等權利。後者，辯護人通常得就卷宗內容口頭告知被告，程序上亦有義務將所抄錄或攝影(Abschriften oder Ablichtungen)之卷宗內容交付被告。¹⁷如無辯護人之被告，基於其聲請，得以告知及抄錄卷宗(第一百四十七條第七項參照)。

此外，依德國刑事訴訟法第一百四十七條規定，閱卷權僅

¹⁴ 參照 Christoph Brüning in: Stern/Becker(Hrsg.), a.a.O., Art.103 Rn.26.

¹⁵ 參照 Rolf Hannich, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, 7.Aufl., München:Beck, 2013, §147 Rn.13.

¹⁶ 參照 Brüning in: Rolf Hannich, a.a.O., §147 Rn.16.

¹⁷ 參照 Meyer-Großner/Schmitt, a.a.O., §147 Rn.20.

給予辯護人，而非「被告」¹⁸本人。但如從歐盟人權及基本自由保護公約(EGMR)觀點，則不符合歐盟人權法院對於上開公約中聽審請求權之見解。是以有認為德國未賦予被告¹⁹本人閱卷權之規定，違反歐盟人權及基本自由保護公約之解釋及相關判決，為符合前揭公約之聽審請求權之解釋，應予被告本人於辯護人在場時得以閱卷。²⁰

我國有關辯護人之閱卷權及告知請求權等規定，主要規定於刑事訴訟法第三十三條第一項及第一百零一條第三項，茲列表如下，以供參酌：

	閱卷權	告知請求權	抄錄或攝影	請求付與卷內筆錄之影本	法 條
辯護人	審判中得檢閱卷宗及證物	偵查中之羈押審查程序，第 101 條第 1 項各款所依據之事實，應告知辯護人	審判中得抄錄或攝影		第 33 條第 1 項、第 101 條第 3 項
無辯護人之被告				原則上審判中得預納費用請求付與卷內筆錄之影本	第 33 條第 2 項 ²¹

¹⁸ 此所謂被告，係指“Beschuldigter”，詳參本文頁 10-11 之說明。

¹⁹ 不過此所稱被告，係指“Angeklagter”，宜留意之，詳參本文頁 10-11 之說明。

²⁰ 參照 Christoph Brüning in: Stern/Becker(Hrsg.), a.a.O., Art.103 Rdn.27.

²¹ 按我國刑事訴訟法第三十三條第二項，雖其請求權內容仍有差異，但比較類似德國刑事訴訟法第一百四十七條第七項規定無辯護人之被告情形。

被告		偵查中之羈押審查程序，第 101 條第 1 項各款所依據之事實，應告知被告			第 101 條 第 3 項
----	--	---------------------------------------	--	--	------------------

因我國審判實務上，往往限於審判中辯護人始有閱卷權。於偵查中，特別是於羈押審查程序中是否宜賦予辯護人閱卷權，仍處於理論上探討階段。於國內學理論著中，不乏參考前述德國或歐盟等立法例，提出檢討之建議，值得參酌。因此，未來修法檢討時，仍宜思考採行何種適合我國刑事程序之辯護人制度、閱卷方式及相關規範，俾確保辯護人之法律地位，並保護犯罪嫌疑人(或被告)之訴訟基本權。

綜上，本件解釋主要針對偵查中之羈押審查程序，辯護人與犯罪嫌疑人之告知請求權，在法律適用上予以同等對待。至於閱卷權問題，則稱「其獲知之方式，不以檢閱卷證並抄錄或攝影為必要」等語，作為解釋，此似有意委由立法自由形成或立法裁量。惟如前述，如辯護人之閱卷權，涉及憲法保障之程序基本權(或稱訴訟基本權)，實宜有憲法層次之考量。換言之，除前述歐盟公約之見解外，如參考前述德國法規定，至少原則上宜肯定辯護人之部分閱卷權，縱使否定被告(或稱犯罪嫌疑人)之閱卷權，於一定要件下，宜另賦予告知請求權，是以兩者在偵查中或偵查中聲請羈押審查程序，其所享有閱卷權，可能因不同立法政策考量，使之享有不同形式之請求合法聽審之資訊權。

此外，辯護人之閱卷權，屬於其固有權，而非由被告傳來之權利。如將閱卷權與告知請求權比較，兩者之功能、構成要件及保障範圍，實不盡類似。質言之，使被告享有受告知(或稱獲知)卷證資訊之請求權或使法院負有告知義務，雖犯罪嫌疑人(或被告)或辯護人可能從所提供資訊中獲知可供防禦或辯護之資訊，但畢竟如將卷證放置特定場所，至少使辯護人有機會親自接觸相關卷證，藉以探尋卷證之蛛絲馬跡，有時或許可能獲得意想不到之資訊，是以告知請求權與閱卷權兩者，往往發生不同功能或結果，故宜予以區別。

另本件解釋以刑事訴訟法第三十三條第一項規定作為解釋客體，本於憲法第十六條訴訟權應予保障之意旨，對於訴訟權之定性，如能從消極之防衛權(*Abwehrrecht*)功能，提升為積極之受益權或給付權(*Leistungsrecht*)功能之請求權，似更可彰顯憲法保護人民訴訟基本權或程序基本權之意旨與目的(*Sinn und Zweck*)。換言之，人民基於權利保護之訴訟基本權保障，於其訴訟上受益權等基本權受到侵害時，依法享有於司法程序獲得及時有效救濟之請求權，其包含聽審、公正程序、公開審判請求權及程序上之平等權等訴訟基本權(本院釋字第四八二號解釋參照)。從前述憲法訴訟基本權之積極給付權功能面向之要求觀之，刑事訴訟法第三十三條第一項關於辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影之規定，使辯護人僅限於審判中始享有閱卷權，法律規定之保障尚有不足，宜檢討之。

三、犯罪嫌疑人與被告用語二分法之再思考

有如美國 *suspect*(或 *crime suspect*)及日本被疑者(*ひびし*)

や) (有稱「容疑者」)²²等用語²³，本號解釋區分犯罪嫌疑人與被告之用語，並認為基於無罪推定原則及憲法第八條之規定，現行我國刑事訴訟法使用被告稱呼偵查中之犯罪嫌疑人，實於未起訴前應稱為犯罪嫌疑人，故於解釋文及解釋理由書中均如此稱呼，如此較能保障受偵查人之名譽等權益，固值得贊同。惟法律規定使用何種名稱稱呼，大多屬於立法裁量之範圍，宜予尊重。且從德國刑事訴訟法比較觀察，在開始偵查程序後，可能隨其刑事程序發展階段之不同，而有不同稱呼，此一立法例，亦有比較及參考之價值。因德國刑事訴訟法未明定「嫌疑人」(Verdächter)，而是在嫌疑人與被告之間，因偵查前、偵查、中間程序、(主要)審判²⁴、裁判(既判力)及執行²⁵階段之不同，而有不同稱呼，但非採取二分法用語。²⁶依德國刑事訴訟法規定，主要刑事程序通常區分四個階段，使用不同德文表示其不

²² 於日本，犯罪之嫌疑人經提起公訴(起訴)者，稱「被告人」(ひこくにん)。於民事裁判中被起訴者，則稱被告。(參照 <https://ja.wikipedia.org/wiki/%E8%A2%AB%E5%91%8A%E4%BA%BA>)(瀏覽日期:2016/4/25)。

²³ 法律上廣義嫌疑人(Verdächtiger im weiteren rechtlichen Sinne)，雖此法律概念於德國未為立法者所採用，其係指有犯罪嫌疑之人(eine Person, welche einer Straftat verdächtigt wird)。(參照 <https://de.wikipedia.org/wiki/Verd%C3%A4chtiger>)(瀏覽日期:2016/4/25)

²⁴ 偵查、中間程序、(主要)審判、裁判(既判力)階段，屬於判決認定)程序(Erkenntnisverfahren)。

²⁵ “Vollstreckungsverfahren”，屬於判決後之執执行程序。

²⁶ 於刑事程序，「被告」(Beklagter)概念，不予使用(按:此使用於民事訴訟上之被告)，對於當事人之稱謂，按檢察官對之所進程序，即按各階段進程序(je nach Verfahrensstadium)，分別稱之為“Beschuldigter”，“Angeschuldigter”或 “Angeklagter”。參照 <https://de.wikipedia.org/wiki/Beklagter>(瀏覽日期:2016/4/25)。

同程序上之地位或角色²⁷，茲列示如下，以供參酌：

刑事警察或檢察官就犯罪嫌疑之開始 (Anfangsverdacht)	偵查程序開始(基於一定事實，具體認為其具有嫌疑者)，或採行偵查(調查)措施，例如物之沒收、身體檢查、逮捕、裁定羈押等	檢察官之偵查程序結束而提起公訴(中間程序;開啟程序) ²⁸	法院審判程序開始
嫌疑人		被起訴之被告	被告 ²⁹
Verdächter	Beschuldigter	Angeschuldigter	Angeklagter

²⁷ 參照 Mey-Großner-Schmitt, a.a.O., §157 Rn.1ff.及本參考資料之附錄。有關單純行為嫌疑(Tatverdacht allein)，既不是被告身分，亦不是當然即構成偵查之理由；亦且不單純因刑事告發而發生。如基於告發(或稱檢舉)(Strafanzeige)(按：“Strafantrag”；「刑事告訴」)，而進行偵查時，嫌疑人被稱認為 Beschuldigter。此視行為嫌疑之強度而定。尤其在警察對於有嫌疑之指控，不得逾越權限，認其為 Beschuldigter。(參照 Mey-Großner-Schmitt,a.a.O., Einl 77.)另參照林山田，前揭書，頁185註80，論及我國刑事訴訟法，除有些條文將嫌疑人與被告並列外，絕大多數條文均只規定被告，而其規定內容亦應及於犯罪嫌疑人，並參考德國刑事訴訟法，在不同階段有不同用語稱呼之。

²⁸ 中間程序存在之價值，向來有些爭議，德國學者有持保留見解。但實務上可能因其具有消極控管功能，而未開啟審判程序(例如 Spiegel-Prozess 案)。如能由非原裁判程序法院之法官開啟中間程序，而係由其他審判機關(例如開啟審判法院或法官)擔任，或許實務上尚有存在意義。此類似美國刑事程序之大陪審(Grand jury)之情形。(參照 Roxin/Schünemann,a.a.O., §42 Rn.3.)

²⁹ 被告在刑事訴訟上為“Angeklagter”(譯為「被告」)，在民事訴訟上稱“Beklagten”(譯為「被告」)。

依德國刑事訴訟法第二百零三條規定，於刑事程序 (Strafverfahren) 中，決定對偵查中之 Beschuldiger³⁰，開始法院審判程序(Eröffnung des Hauptverfahrens)³¹(德國刑事訴訟法第 157 條)，或對之為處刑命令 (Strafbefehl) 後，稱為被告 (Angeklagter)。但在此之前，其並不使用“Verdächter”(嫌疑人)，而稱“Beschuldiger”，起訴後則稱 “Angeschuldigter”(或可稱為「被起訴之被告」或被訴者)，審判程序開始後，則稱之為“Angeklagter”(被告)。我國刑事程序制度及基本原則，固與德國法不盡相同，且中文亦與外文使用上容有差異，固難以類比或完全繼受，但如比較法觀察，現行相關規定，採取「犯罪嫌疑人」與「被告」用語二分法，是否屬於妥當作法，是否要參考德國立法例再做更細緻的分類，謹提供上述外國法經驗以作參考，併此敘明。

³⁰ “Beschuldiger”(有譯為「被告」)，如其被起訴，即改稱為“Angeschuldigter”(或譯為「被起訴之被告」)，德國刑事訴訟法第 157 條。(參照吳麗琪譯，德國刑事訴訟法，台北:三民，民國 87 年 11 月初版，頁 418。)被指責為犯罪行為且對之進行刑法之偵查(調查)程序之人，稱為“Beschuldiger”，其與有為犯罪之開始嫌疑者之嫌疑人(Verdächtiger)(參照德國刑事訴訟法第 152 條第 2 項)，換言之，進入偵查程序，則稱為“Beschuldiger”。檢察官提起公訴時，則稱為「被起訴之被告」(Angeschuldigter)(參照德國刑事訴訟法第 157 條)，法院開始審判程序，稱之為「被告」(參照德國刑事訴訟法第 203 條、第 407 條)。

³¹ 調查程序與中間程序，係於該時點結束時，開始審判程序(Das Ermittlungsverfahren und das Zwischenverfahren sind zu diesem Zeitpunkt abgeschlossen und es beginnt das Hauptverfahren.)。參照 <https://de.wikipedia.org/wiki/Angeklagter>。

釋字第七三七號解釋協同意見書

林俊益大法官 提出

壹、前言

本號解釋【偵查中羈押審查程序卷證資訊獲知案】，茲先將原因事實及爭點概要說明如下：

本件聲請人係被告及其辯護人，被告因涉嫌違反貪污治罪條例等案件，經檢察官向臺灣臺北地方法院（下稱臺北地院）聲請羈押（下稱聲押）獲准並被禁見通信，其辯護人向臺北地院具狀聲請閱卷，經函復：「台端聲請閱卷事宜，於法無據，礙難准許。」辯護人對此函¹提起抗告，臺灣高等法院認為，刑事訴訟法第三十三條第一項規定（下稱系爭規定一）已明文，辯護人檢閱卷宗證物並抄錄或攝影，以「審判程序中」為限，臺北地院據此駁回閱卷之聲請，於法核無違誤，抗告為無理由，而以一〇二年度偵抗字第六一六號刑事裁定（下稱確定終局裁定）駁回抗告確定。

聲請人以確定終局裁定所適用之系爭規定一有不法侵害被告受憲法第八條所保障之人身自由權、第十六條所保障之訴訟權及違反第二十三條對基本權利限制應遵守之比例原則及正當法律程序原則，而牴觸憲法之疑義，依司法院大法官審理案件法（下稱司法院大審法）第五條第一項第二款規定，聲請解釋。

本號解釋認為，本於憲法第八條及第十六條人身自由及訴訟權應予保障之意旨，對人身自由之剝奪尤應遵循正當法律程序原則。偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲押之理由；除有事實足認有湮滅、偽

¹ 依刑事訴訟法第 220 條規定：「裁判，除依本法應以判決行之者外，以裁定行之。」此函應屬刑事裁定之性質。

造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，得予限制或禁止者外，並使其獲知聲押之有關證據，俾利其有效行使防禦權，始符憲法正當法律程序原則之要求。其獲知之方式，不以檢閱卷證並抄錄或攝影為必要。本號解釋，從憲法正當法律程序原則，採嚴格之審查標準，重新檢視本院釋字第三九二號解釋所導正之偵查中羈押審查程序，在法官保留原則等之外，認為應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲押之理由，及除有例外亦應使之獲知有關證據，以確保屬於正當法律程序原則內涵之「卷證資訊²獲知權」，俾利其有效行使防禦權，殊值贊同。惟多數意見所通過之解釋理由部分，尚有可補充說明之處，爰提出本協同意見書。

貳、程序審查

一、本件聲請人適格性之爭議

依司法院大審法第五條第一項第二款規定：「人民、法人或政黨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者」，人民得聲請解釋憲法。本號解釋之聲請人有二，即被告（未起訴前應為犯罪嫌疑人，刑事訴訟法第一百二十二條第一項修正理由可為參照。現行刑事訴訟法多稱被告，下稱犯罪嫌疑人）及其辯護人，其聲請解釋憲法之適格性爭議如下。

² 「卷證資訊」一詞，可參閱，林鈺雄教授謂：「個案中若法官使用了辯方完全不知的卷證資訊（粗體及底線標示為本意見書添加，下同），作為決定羈押被告之基礎，試問這是哪個層次的問題呢？是立法規定或司法權本身？翻閱我國刑事訴訟法，固然沒有如同德國刑訴般的明文容許，但反過來說，也沒有禁止提示偵查卷證資訊給辯方的明文」。參「偵查階段羈押閱卷何去何從」研討會資料，105年3月19日臺灣大學霖澤館。

（一）犯罪嫌疑人部分

犯罪嫌疑人主張其憲法上所保障之訴訟權及人身自由權遭受不法侵害，固符合上開規定。惟值得注意者，犯罪嫌疑人並非確定終局裁定之抗告人，如何能據確定終局裁定提起本件聲請？本號解釋多數意見認為，因抗告人即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（本院釋字第六五四號解釋參照），而認定犯罪嫌疑人係適格之聲請人。

（二）辯護人部分

辯護人雖係確定終局裁定之抗告人，惟值得探討者，辯護人有何種憲法上所保障之權利遭受不法侵害？憲法第十六條所保障之訴訟權，係指被告之訴訟權，而非辯護人之訴訟權。辯護人之辯護權，是否為憲法所保障之基本權利，不無爭議。本號解釋多數意見認為，辯護人係受犯罪嫌疑人選任，於羈押審查程序聲請檢閱檢察官聲押卷證，係為協助犯罪嫌疑人行使防禦權。故犯罪嫌疑人及辯護人二人「共同提出」本件聲請釋憲案，均得認為係合法適格之釋憲聲請人。換言之，犯罪嫌疑人及其辯護人二人於本號解釋案，聲請係「互為互補」。至於個別提出聲請釋憲，是否適格，不無爭議。

二、本件審查標的之爭議

本件聲請人主張之解釋客體係，系爭規定一有牴觸憲法之疑義，至於刑事訴訟法第一百零一條第三項規定（下稱系爭規定二），既未經聲請人主張，且未為確定終局裁定所適用，得否成

為解釋客體？

過去本院釋憲實務上，諸多解釋採用「重要關聯性」理論，將聲請意旨所未主張或確定終局裁判未適用之法令納入審查。³本號解釋多數意見，參酌本院釋字第四四五號解釋意旨，認為人民聲請解釋憲法之制度，除為保障當事人之基本權利外，亦有闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的，故其解釋範圍自得及於該具體事件「相關聯且必要」之法條內容，而不全以聲請意旨所述或確定終局裁判所適用者為限。如非將聲請解釋以外之其他規定納入解釋，無法整體評價聲請意旨者，自應認該其他規定為相關聯且必要，而得將其納為解釋客體。

本件聲請人雖主張犯罪嫌疑人及其辯護人之閱卷權，並指摘系爭規定一違憲。然其爭執牴觸憲法疑義之本質係，其於偵查中羈押審查程序是否有權獲知檢察官據以聲押之理由及有關證據，而系爭規定二，即係與此有關之關鍵性規定。故本號解釋，採「相關聯且必要」理論，除系爭規定一外，併將系爭規定二納入審查，以整體評價犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲押之理由及有關證據是否足以使其有效行使防禦權，殊值贊同！

三、本件聲請釋憲具有重要之憲法價值

本件聲請案，表面上看，僅係辯護人於偵查中羈押審查程序得否閱卷之爭議。但實質上看，則涉及羈押剝奪人身自由之程序應如何遵循憲法正當法律程序原則，涉及之憲法爭議具有重要之憲法價值。

³ 大法官解釋憲法之範圍，不全以聲請解釋意旨所指摘者為限，過去本院釋憲實務上，關於人民未聲請釋憲，或未經確定終局裁判適用之法令，亦曾有列為解釋客體者。例如，釋字第 445 號解釋（關於集會遊行法第 11 條第 4 款部分，認為係具體事件相關聯且有必要）、釋字第 569 號解釋（納入意旨相同之令釋）、釋字第 580 號解釋（準用系爭規定之規定亦在解釋範圍）及釋字第 644 號解釋（就違反行為要件之法律效果規定一併審理）等，可資參照。

四、審查客體、審查基準及審查原則

本件釋憲之審查客體係，系爭規定一及二。本號解釋之審查基準係，憲法第八條與第十六條所定人身自由及訴訟權保障之正當法律程序原則。本件審查原則係，系爭規定一及二有無違反憲法正當法律程序原則？

參、憲法正當法律程序原則之內涵及運用

本號解釋，以憲法正當法律程序 (due process of law) 原則⁴作為審查基準及原則，此原則對偵查中羈押審查程序之要求為何？其具體內涵及射程範圍為何？亦即憲法上所肯認最低限度之正當法律程序保障⁵為何？有待釐清。

「正當法律程序原則之原始意涵係，關涉人民權利之公權力運作，應該設置合理正當之法定程序，俾保障人民有合理、公平參與及異議之權利，是以法律優位、法律保留、法官保留等原則，皆係正當法律程序原則之下位規則，我國憲法第八條及第十六條之規定，亦皆得理解為正當法律程序原則之例示規定。」⁶訴訟權應如何保障，應接受正當法律程序原則之指導。⁷關於憲法正當法

⁴ 有稱為「法治國原則」。

⁵ 最低限度或程度之人權及有關之程序保障，可參本院釋字第 567 號解釋理由書：「非常時期，國家固得為因應非常事態之需要，而對人民權利作較嚴格之限制，惟限制內容仍不得侵犯最低限度之人權保障。思想自由……。」釋字第 613 號解釋理由書：「除立法者未積極建制人民行使訴願權之必備要件，或未提供人民最低程度之正當程序保障外，本院對於立法者之形成自由宜予最大之尊重」。此外，依公民及政治權利國際公約第 14 條第 3 項第 2 款：「審判被控刑事罪時，被告一律有權平等享受下列最低限度之保障：……（二）給予充分之時間及便利，準備答辯並與其選任之辯護人聯絡」。同公約同條項第 5 款之詰問證人權，亦曾為本院釋字第 582 號解釋理由書引用：「公民及政治權利國際公約 (International Covenant on Civil and Political Rights) 第十四條第三項第五款，亦均規定：凡受刑事控訴者，均享有詰問對其不利之證人的最低限度保障。足見刑事被告享有詰問證人之權利，乃具普世價值之基本人權。」由上可見，所謂最低限度或程度，係指憲法容許之界限或具有普世之價值而言，並非意謂排斥更周延之保障。

⁶ 引自許玉秀、林子儀及許宗力三位大法官於釋字第 610 號解釋共同提出之部分協同意見書。

⁷ 釋字第 395 號解釋理由書：「憲法第十六條規定人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟

律程序原則之內涵，本院釋字第六八九號著有解釋，謂：「**憲法上正當法律程序原則**之內涵，除要求人民權利受侵害或限制時，應有使其獲得救濟之**機會與制度**，亦要求立法者依據所涉基本權之種類、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成本等因素綜合考量，制定相應之**法定程序**」或「制定相應之**適當程序**」（本院釋字第七一〇號解釋參照）。

依上開解釋意旨，偵查中之羈押審查程序，涉及人身自由之剝奪，係在審判前為保全證據或被告而設之程序，其應「如何」設計及應使被聲押者獲得「如何」之救濟可能性，制度始謂符合正當法律程序原則？

一、首先從釋字第三八四號解釋談起

釋字第三八四號解釋，最早揭示實質正當法律程序原則，其謂人民身體自由享有充分保障，乃行使其憲法上所保障其他自由權利之前提，為重要之基本人權。

上開解釋指出，限制人民身體自由處置之程序，須以法律定之，且立法機關於制定法律時，其內容更須合於實質正當，並應符合憲法第二十三條所定之條件，此乃屬「**人身自由之制度性保障**」。依此推之，羈押係剝奪人民人身自由最為嚴重之強制處分，雖有刑事訴訟法為其實施依據，惟該法所定偵查中羈押審查程序之內容是否實質正當、合理？⁸應如何判斷？

及受公平審判之權益。」（其他可參閱，釋字第442號、第512號及第684號解釋）釋字第574號解釋：「憲法第十六條所規定之訴訟權，係以人民於其權利遭受侵害時，得依**正當法律程序**請求法院救濟為其核心內容。」（其他可參閱，釋字第610號、第653號、第663號、第667號及第681號解釋）。⁸本院釋字第690號解釋理由書：「人身自由為重要之基本人權，應受充分之保護，對**人身自由之剝奪或限制尤應遵循正當法律程序之意旨**，惟**相關程序規範是否正當、合理**，除考量憲法有無特別規定及所涉基本權之種類外，尚須視案件涉及之事物領域、侵害基本權之強度與範圍、所欲追求之公共利益、有無替代程序及各項可能程序之成本等因素，綜合判斷而為認定（本院釋字第六三九號解釋參照）。」

二、次從釋字第五八八號解釋演繹

本院釋字第五八八號解釋，重申人身自由乃人民行使其憲法上各項自由權利所不可或缺之前提，指出凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，除須有法律之依據外，尚須分別踐行必要之司法程序或其他正當法律程序，始得為之。

偵查中之羈押審查程序，如何「踐行必要之司法程序或其他正當法律程序」？上開解釋指出：「管收係於一定期間內拘束人民身體自由於一定之處所，雖亦屬憲法第八條第一項所規定之『拘禁』，然與刑事程序之羈押，目的上尚屬有間。羈押重在程序之保全，即保全被告俾其於整個刑事程序均能始終到場，以利偵查、審判之有效進行，以及判決確定後之能有效執行；管收則有如前述，目的在使其為金錢給付義務之履行，為間接執行方法之一種，並非在保全其身體，故其所踐行之司法程序自無須與羈押完全相同。然雖如此，其於決定管收之前，仍應踐行必要之司法程序則無二致，此即由中立、公正第三者之法院審問，並使法定義務人到場為程序之參與，除藉之以明管收之是否合乎法定要件暨有無管收之必要外，並使法定義務人得有防禦之機會，提出有利之相關抗辯以供法院調查，期以實現憲法對人身自由之保障。」

上開解釋，雖係針對行政執行法之管收而作成，惟就同樣涉及限制人身自由之羈押審查程序，指出正當法律程序原則之內容有二，即「由中立、公正第三者之法院審問」及「使之到場為程序之參與」，就系爭規定一及二是否符合憲法，應有值得參考之處。

三、偵查中羈押審查程序有關正當法律程序原則之運用

依釋字第三八四號及第五八八號解釋意旨，並參酌論者建議之正當法律程序原則審查體系，⁹本席認為，偵查中羈押審查程序，應至少有如下之程序保障：

（一）法律保留原則

羈押係剝奪人民人身自由最嚴重之強制處分，刑事訴訟法設有詳細規定（刑事訴訟法第一編第十章「被告之羈押」第一百零一條至第一百二十一條）。

（二）法官保留原則、法定法官原則、法官中立原則

偵查中之羈押決定，應由中立、公正第三者之法院審問，本院釋字第三九二號著有解釋。因此民國（下同）八十六年十二月十九日修正公布刑事訴訟法，改由客觀、中立之法官審查，以確保羈押審查程序之公正進行，讓被聲押人有主客觀程序參與之可能。

（三）比例原則

法官決定是否羈押，就羈押原因及羈押必要性之判斷，應遵守比例原則。其中刑事訴訟法第一百零一條第一項第三款重罪之羈押原因，限於有相當理由認為有逃亡或滅證等之虞，於此範圍內，尚未違反比例原則（本院釋字第六六五號解釋參照）。

⁹ 關於正當法律程序原則之理論與實踐，許玉秀大法官有非常深入而精闢之研究。可參閱，許玉秀，論正當法律程序原則，軍法專刊社，100年10月，頁119-58（第四章：限制人身自由的正當法律程序）。

（四）令狀原則

依據令狀原則，法官之決定應以書面為之。偵查中之羈押審查，法官決定羈押時，應用押票，記載羈押之理由及其所依據之事實（刑事訴訟法第一百零二條第二項第三款），以利受羈押人採取相對應之對策，並決定如何參與程序。此係落實憲法要求公權力應盡之告知義務，並確保人民得據以尋求救濟。

（五）犯罪嫌疑人有到場參與權

關於偵查中之羈押審查程序，現行刑事訴訟法採言詞審理方式（不採書面審查），保障犯罪嫌疑人到場權，¹⁰為程序之參與，除得以明白檢察官據以聲押之理由是否合乎法定要件（刑事訴訟法第一百零一條第一項各款一般性羈押原因及第一百零一條之一第一項各款預防性羈押原因）暨有無羈押之必要（是否非予羈押顯難進行追訴、審判或執行）外，並使犯罪嫌疑人得有防禦之機會，提出有利之相關抗辯以供法院調查，期以實現憲法對人身自由之保障（本院釋字第五八八號解釋參照）。

（六）犯罪嫌疑人受辯護人協助權

偵查中，犯罪嫌疑人得選任辯護人（刑事訴訟法第二十七條），受辯護人協助（本院釋字第六五四號解釋參照），辯護人得於訊問犯罪嫌疑人時在場，並得陳述意見（刑事訴訟法第二百四十五條第二項），被告與其辯護人得自由接見、通信（刑事訴訟法第三十四條第二項參照）。

¹⁰ 本院釋字第 636 號解釋：「依據正當法律程序原則，於審查程序中，被提報人應享有到場陳述意見之權利」。

（七）犯罪嫌疑人受告知、聽聞權 (notice and hearing)

犯罪嫌疑人享有**受告知、聽聞 (notice and hearing) 及辯解機會之保障**（相當於公民與政治權利國際公約第十四條第三項之告知聽聞權），¹¹此乃犯罪嫌疑人行使防禦權之基本前提，亦係使限制犯罪嫌疑人人權減至最低所不可或缺之程序保障，¹²旨在使犯罪嫌疑人能充分行使防禦權，以維程序之公平。是以刑事訴訟法規定，法官應於訊問前告知檢察官聲押之犯罪嫌疑、得保持緘默，無庸違背自己之意思而為陳述，得選任辯護人，得請求調查有利之證據（刑事訴訟法第九十五條第一項各款）、辯明犯罪嫌疑之權（同法第九十六條）。

犯罪嫌疑人就檢察官聲押時之「**卷證資訊獲知權**」，乃源自憲法正當法律程序原則所保障之**受告知聽聞權**，為犯罪嫌疑人行使防禦權之重要前提，俾利其有效行使防禦權，於偵查中之羈押審查程序應受保障。良以偵查階段之羈押審查程序，係由檢察官提出載明羈押理由之聲請書及有關證據，向法院聲請裁准之程序。此種聲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，俾利其有效行使防禦權，¹³表達去除羈押理由之意見，請求法院考量參酌後作成正確決

¹¹ 在德國，此涉及**聽審權**，於基本法第 103 條第 1 項有所規定，並因此派生三項子權利：請求資訊權、請求表達權及請求注意權，當中「閱卷權的主要法理基礎……，在於**聽審權**之請求資訊權，確保被告因此充分知悉本案被控相關資訊並據以規劃防禦方向。」參林鈺雄，刑事被告本人之閱卷權，政大法學評論，第 110 期，98 年 8 月，頁 233-34。又連孟琦教授亦曾謂：「按聯邦憲法法院一貫之見解，要保障**法定聽審權**，即被告有權知悉法院裁判資訊相關之權利，只有他知道相關資訊，始能有效行使表達其意見，且要求法院考量其意見之權利。故閱卷權主要涉及**法定聽審權**下之請求資訊權。」參「偵查階段羈押閱卷何去何從」研討會資料，同前註 2。

¹² 陳運財，刑事訴訟與正當之法律程序，月旦出版社，87 年 9 月，頁 41 及 55。

¹³ 關於卷證資訊獲知方式之一的閱卷權與防禦權之關係，本院釋字第 636 號解釋曾謂：「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。」

定，避免其人身自由遭不當剝奪。是以本號解釋理由書第五段乃謂：「偵查中之羈押審查程序使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知必要資訊，屬於正當法律程序之內涵，係保護犯罪嫌疑人憲法權益所必要」。

四、兼顧發現真實與人權保障

羈押雖係基於確保偵審程序順利進行，以達發現真實、實現國家刑罰權之目的，所為不得已剝奪人身自由性質上屬於刑事保全程序之強制處分。惟如前所述，仍不得因此而影響人民基於憲法正當法律程序原則所享有最低限度之程序保障。是以偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使被告及其辯護人獲知檢察官據以聲押之理由（例如，檢察官向法院提出羈押聲請書前，應送達聲請書之正本予被告及辯護人）及有關證據，俾利其有效行使防禦權。然因羈押係性質上屬於刑事保全程序之強制處分，旨在確保刑事程序順利進行，使國家刑罰權得以實現，於有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞時，自得予以限制或禁止其獲知聲押之有關證據，¹⁴以維持國家追訴機關之功能，避免減弱羈押程序之正當性，阻礙犯罪事實之發現，乃至於影響國家刑罰權之實現。

¹⁴ 刑事訴訟法設有類似之規定如下：

- (1) 第 34 條第 1 項：「辯護人得接見羈押之被告，並互通書信。非有事證足認其有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人者，不得限制之。」
- (2) 第 105 條第 3 項：「法院認被告為前項之接見、通信及受授物件有足致其脫逃或湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞者，得依檢察官之聲請或依職權命禁止或扣押之。」
- (3) 第 135 條第 1 項第 2 款但書：「但與辯護人往來之郵件、電報，以可認為犯罪證據或有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞，或被告已逃亡者為限。」
- (4) 第 245 條第 2 項但書：「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) 第 258 條之 1 第 2 項：「律師受前項之委任，得檢閱偵查卷宗及證物並得抄錄或攝影。但涉及另案偵查不公開或其他依法應予保密之事項，得限制或禁止之。」

此外，基於同一法理，案件經起訴後之法官裁定羈押程序，被告亦應受相同正當法律程序原則之保障，併此敘明。

肆、系爭規定合憲性之審查

一、系爭規定一之合憲性審查

為審查系爭規定一之合憲性，除有必要了解其立法沿革外，¹⁵並應配合我國辯護制度之演進，說明如下：

- (一) 我國刑事訴訟法關於起訴之方式，採卷證併送原則，五十六年一月二十八日修正增訂第二百六十四條第三項規定：「起訴時，應將卷宗及證物一併送交法院。」此等卷證係法院裁判之基礎，基於當事人對等原則（武器平等原則），自有必要賦予被起訴者獲得資訊之權利及防禦權之行使。因此，第三十三條乃規定：「辯護人得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。」（後修正為同條第一項，下稱檢閱卷證）。
- (二) 我國刑事訴訟法之辯護制度，在七十一年八月四日修正公布刑事訴訟法前，僅有審判中辯護制度，故原第二十七條第一項規定：「被告於起訴後，得隨時選任辯護人。」於起訴前之偵查中，並不得選任辯護人，是以上開第三十三條

¹⁵ 系爭規定一之立法沿革如下：

- (1) 10 年公布刑事訴訟法第 183 條第 1 項：「辯護人得檢閱卷宗及證據物件，並得抄錄卷宗。但起訴前恐於訴訟程序有妨害者，得限制或禁止之。」第 2 項：「訊問被告之筆錄、鑑定人之鑑定書，辯護人可以在場之預審筆錄，不問訴訟程度如何，不得限制或禁止辯護人檢閱及抄錄。」
- (2) 17 年 7 月 28 日制定公布刑事訴訟法第 175 條：「辯護人得檢閱卷宗及證據物件並得抄錄卷宗。」
- (3) 24 年 1 月 1 日修正公布刑事訴訟法第 33 條：「辯護人得檢閱卷宗及證物並得抄錄卷宗。」
- (4) 56 年 1 月 28 日修正公布刑事訴訟法第 33 條：「辯護人得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。」
- (5) 71 年 8 月 4 日修正公布刑事訴訟法第 33 條：「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。」
- (6) 96 年 7 月 4 日修正公布刑事訴訟法第 33 條第 1 項：「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。」第 2 項：「無辯護人之被告於審判中得預納費用請求付與卷內筆錄之影本。但筆錄之內容與被告被訴事實無關或足以妨害另案之偵查，或涉及當事人或第三人之隱私或業務秘密者，法院得限制之。」

之辯護人檢閱卷證權，法律規定中雖未明文，但自僅適用於審判中。

- (三) 七十一年八月四日修正公布刑事訴訟法後，第二十七條第一項修正為：「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。」「得隨時」三字，包括起訴前與起訴後，是以除審判中辯護制度外，兼採偵查中辯護制度。同時，增列第二百四十五條第二項前段規定，賦予辯護人得於檢察官訊問或司法警察（官）詢問犯罪嫌疑人時「**在場**」，促使檢警機關合法偵訊，並確保犯罪嫌疑人之合法權益。¹⁶

起訴後，法院公開審判，辯護人得檢閱卷證，起訴前之檢察官偵查中，辯護人可否檢閱卷證？按所謂偵查，係檢察官偵查犯罪情形與蒐集證據（第二百二十八條第一項參照）以決定是否對犯罪嫌疑人提起公訴或實行公訴之程序。檢察機關之偵查卷證與偵查犯罪有重要關係，有其特殊性與重要性。正在進行犯罪偵查中之案件，其偵查內容倘若外洩，將可能使犯罪嫌疑人串證或逃匿，而妨礙偵查之成效，危害關係人之權益（名譽、隱私、營業秘密），影響社會治安（本院釋字第七二九號解釋參照）。有鑒於此，立法者仍維持原來辯護人僅於審判中得檢閱卷證之制度，並修正第三十三條，將「審判中」予以明文。¹⁷

¹⁶ 第 245 條第 2 項修正理由謂：「為使實施偵查程序之公務員對被告或犯罪嫌疑人合法實施偵訊，並確保被告或犯罪嫌疑人之合法權益，爰修正本條增列第二項，規定辯護人得於檢察官訊問被告或司法警察官、司法警察調查犯罪嫌疑人時在場。又為確保國家機密，及防止偽造、變造證據，或勾串共犯或證人，及維護他人之名譽與偵查程序之正常進行，如偵查中訊問被告時辯護人之到場毫無限制，亦非所宜，故設第二項但書之規定，以期周密。」

¹⁷ 第 33 條修正理由謂：「依刑事訴訟法第二百四十五條之規定，偵查不公開之，如許偵查中選任之辯護人對於卷宗及證物檢閱、抄錄或攝影，則不僅實質上有損偵查不公開之原則，且難免影響偵查之正常進行，自不應准許。爰修正本條增列『在審判中』四字，以示辯護人檢閱卷宗證物及抄錄或攝影，以審判程序中者為限。」

- (四) 嗣為因應釋字第三九二號解釋，八十六年十二月十九日修正公布刑事訴訟法，關於偵查中之羈押，改採法官審查制，另增訂第一百零一條第三項規定：「第一項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄。」採法官告知之方式，使被告及其辯護人知悉檢察官聲押事由所據之事實，以利犯罪嫌疑人及其辯護人行使防禦權。
- (五) 八十九年七月十九日修正公布刑事訴訟法第二百四十五條第二項規定：「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。」除辯護人在場權外，並賦予陳述意見權。¹⁸

由於偵查中辯護制度，僅賦予辯護人於檢察官訊問或司法警察（官）詢問犯罪嫌疑人時，得在場並得陳述意見，立法者顯然認為偵查中仍以不許辯護人有檢閱卷宗之權為妥。惟偵查中如檢察官向法院聲押犯罪嫌疑人，向法院提出載明羈押理由之聲請書及有關卷證，是否允許犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲押之理由及有關證據？此涉及剝奪人身自由之處置，自應審慎以對。因此，在合憲性審查上值得進一步檢討，產生違反正當法律程序疑義之源由者，究竟是系爭規定一或系爭規定二？抑或應整體觀察系爭規定一及二？

二、系爭規定二之合憲性審查

八十四年十二月二十二日釋字第三九二號解釋公布後，本院刑事訴訟法研究修正委員會，開始進行研修，參考立法委員曾提

¹⁸ 第 245 條第 2 項修正理由謂：「修正本條第二項賦予偵查中在場之辯護人陳述意見之機會，以強化被告或犯罪嫌疑人之防禦權，並示區別偵查中之表示意見與審理中之辯論有所不同。」

出之修正案，¹⁹增訂第一百零一條第三項規定：「第一項所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記明筆錄。」²⁰採法官訊問制，由法官告知檢察官據以聲押事由所據之事實，俾利犯罪嫌疑人及其辯護人行使防禦權。至於法官是否給予犯罪嫌疑人及其辯護人知悉檢察官據以聲押之理由及有關證據，偵查中羈押審查實務運作上，視具體個案而定，有時法官亦會給予犯罪嫌疑人及其辯護人知悉。²¹是以嚴格言之，偵查中羈押審查程序，是否應使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲押之理由及有關證據，顯然與羈押事由所據之事實較為相關，應屬系爭規定二之規範對象。系爭規定一，採取辯護人檢閱卷證之方式，且非僅適用於羈押審查程序。系爭規定二，採取法官告知之方式，為羈押審查程序獲知資訊之特別規定。但無論何者，如能使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲押之理由及有關證據，即足以滿足憲法正當法律程序原則所要求之卷證資訊獲知權。

三、合憲性審查結論

詳析本號解釋文，可分二段，第一段，闡述偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲押之理由及有關證據，俾利犯罪嫌疑人及其辯護人有效行使防禦權，始符憲法正當法律程序原則之要求。第二段，先列出刑事訴訟法第三十三條第一項及第一百零一條第三項，再經「整

¹⁹ 立法委員張志民等 21 人於 80 年 7 月 2 日曾提出刑事訴訟法修正草案（院總第 161 號，委員提案第 482 號），認羈押為嚴重侵犯人權之處分，故於審查應否羈押之際，除應使被告得有辯護人之幫助外，亦應將認定之事實告知被告，使之有辯明之機會，並使辯護人得為其聲請撤銷羈押，故建議於第 101 條增訂第 3 項規定：「第一項之相當事實應告知被告及辯護人，並應詢問有無陳述。」惟惜未通過。

²⁰ 請參閱，司法院刑事廳編輯，司法院刑事訴訟法研究修正資料彙編（八），司法院，85 年 6 月，頁 878、890 及 892。

²¹ 林鈺雄教授謂：「事實上，也有諸多我國實務個案，法官在羈押決定階段就揭示給辯方重要的卷證資訊（德國在修法明文規定前，實務就已常容許偵查羈押閱卷）」。參「偵查階段羈押閱卷何去何從」研討會資料，同前註 2。

體觀察」，得知「偵查中之犯罪嫌疑人或辯護人僅受告知羈押事由所據之事實」，並無第一段所示「應以適當方式及時獲知」羈押理由及有關證據之規定，顯然規範不足，故認為「與上開意旨不符」。乍看之下，或有「前揭二法條，與上開意旨意旨不符而全部違憲」之疑問？為此，本號解釋特別在解釋理由書第四段說明：「現行偵查階段之羈押審查程序是否滿足前揭憲法正當法律程序之要求，應綜合觀察刑事訴訟法相關條文而為判斷，不得逕以個別條文為之。」換言之，經「綜合觀察」刑事訴訟法相關條文，偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人得從而獲知者，僅為聲押事由所依據之事實（即刑事訴訟法第一百零二條第二項第三款後段規定之「其所依據之事實」），並未包括檢察官聲押之理由（即刑事訴訟法第一百零二條第二項第三款前段規定之「羈押之理由」）及有關證據，與上開憲法所定剝奪人身自由應遵循正當法律程序原則之意旨不符。上開刑事訴訟法規範不足、保障不周之問題，有關機關應修正刑事訴訟法，提供有效的制度性保障（本院釋字第三八四號、第五〇七號及第五七四號解釋參照）。是以本號解釋特別強調，「有關機關應於本解釋公布之日起一年內，基於本解釋意旨，修正刑事訴訟法妥為規定。」²²至於有關機關要如何妥為修正刑事訴訟法或增訂相關條文（或修正第三十三條，或修正第一百零一條，或增訂其他條文），使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲押之理由及有關證據之方式（究採由辯護人檢閱卷證並抄錄或攝影之

²² 此種針對法規範不足之解釋方式，可參照本院釋字第 455 號解釋，針對行政院人事行政局 63 年 5 月 11 日（六三）局肆字第 09646 號函釋，關於「留職停薪之入伍人員，於退伍復職後，依規定須補辦考績，並承認其年資」，致服義務役軍人僅得於任公務員後服役者始得併計公務員退休年資，認為與憲法意旨不符。但為避免因宣告該函釋違憲，以致原得採計年資之情形因而失效，故指明其他情形，應不分服義務役或志願役，亦不分服役係在任公務員之前後，均應採計年資，而稱：「此項年資之採計對擔任公務員者之權利有重大影響，應予維護，爰依司法院大法官審理案件法第十七條第二項，諭知有關機關於本解釋公布之日起一年內，**基於本解釋意旨，逕以法律規定或由行政院會同考試院，依上開條例第三十二條第二項之授權妥為訂定。**」翁岳生大法官於該號解釋提出之協同意見書更指明：「釋憲者如所然宣告此法規失效力，一併剝奪原受益者之權利，將更不符合憲法意旨。……原則上立法者應有其自由形成的空間，釋憲者應斟酌個案情形，不宜一律宣告該規範無效或逕自將受不到待遇者納入有利之規範中，以免侵害原受益者之權益或干預立法者之形成自由。」本號解釋雖與屬給付行政之人事年資採計不全然相同，但為避免宣告系爭法令違憲而致原有保障亦遭剝奪，思維則大致相同。

方式，或採法官提示、告知、交付閱覽相關卷證之方式，或採其他適當方式)，於符合憲法要求之正當法律程序原則下，要屬立法裁量之範疇，允宜委諸立法形成自由，司法應予最大之尊重！²³至如逾期未完成修法，為避免法制欠缺而致延宕除去違憲狀態，本號解釋特別要求「法院之偵查中羈押審查程序，應依本解釋意旨行之。」

伍、二點建議

由於羈押審查程序涉及人身自由之剝奪，應有最低限度之正當法律程序保障，除卷證資訊獲知權外，本席認為有關機關於修法時，允宜併予考量下列二事：

一、建議將強制辯護制度擴大及於偵查中羈押審查程序

憲法第十六條規定人民有訴訟權，旨在確保人民有受公平審判之權利，依正當法律程序之要求，刑事被告應享有充分之防禦權，包括選任信賴之辯護人，俾受公平審判之保障（本院釋字第六五四號解釋參照）。國家應提供有效之制度性保障，以謀其具體實現，法院於適用法律時，亦須以此為目標，俾人民於其權利受侵害時，有及時、充分回復並實現其權利之可能（本院釋字第五七四號解釋參照）。上開訴訟權之制度性保障，屬正當法律程序之最低限度者，自不因所進行之程序不同而有差異。依刑事訴訟法第二百八十四條規定，「應用辯護人之案件」（刑事訴訟法第三百七十九條第七款參照），於通常審判程序之審判中，無辯護人到庭

²³ 本院釋字第 725 號解釋：「憲法第十六條保障人民有訴願之權，其具體內容與能否獲得適當之保障，均有賴立法者之積極形成與建制，立法者對訴願制度因此享有廣泛之形成自由。除立法者未積極建制人民行使訴願權之必備要件，或未提供人民最低程度之正當程序保障外，本院對於立法者之形成自由宜予最大之尊重。」

者，不得審判，於審判中未經選任辯護人者，國家應提供指定辯護制度之保障，由審判長指定公設辯護人或律師為被告辯護（刑事訴訟法第三十一條第一項規定參照），以確保其受公平審判之權利。被告於通常審判程序，尚未產生立即被剝奪人身自由之危險，國家已設有指定辯護制度之程序保障；犯罪嫌疑人於可能立即被剝奪人身自由之偵查中羈押審查程序，更應有指定辯護之程序保障。是以「依刑事訴訟法應用辯護人之案件」，偵查中之羈押審查程序，應有辯護人（選任或指定）在場為被告辯護，始符合憲法保障人民訴訟權之正當法律程序要求。²⁴

二、建議將卷證資訊獲知權擴大及於羈押抗告程序

為使受羈押裁定之犯罪嫌疑人得以有效救濟，刑事訴訟法第四百零四條第一項但書第二款規定，犯罪嫌疑人得對羈押裁定提起抗告。偵查中，辯護人對法院據以羈押之理由及有關卷證資訊的獲知，係辯護人對羈押裁定提起抗告（行使救濟權）之理由具體充分之依據，為辯護人協助犯罪嫌疑人行使防禦權之重要內涵，應受憲法之保障。檢察官偵查終結處分不起訴或緩起訴後，刑事訴訟法第二百五十八條之一第一項規定，告訴人對駁回再議確定之不起訴或緩起訴處分，得委任律師提出理由狀，聲請法院交付審判，以為救濟。為使律師了解案情並有所憑藉地提出理由狀，同條第二項另規定：「律師受前項之委任，得檢閱偵查卷宗及證物並得抄錄或攝影。但涉及另案偵查不公開或其他依法應予保密之事項，得限制或禁止之。」俾利律師得有效協助告訴人聲請法院交付審判。同理，偵查中受羈押之犯罪嫌疑人，為對羈押裁

²⁴ 刑事訴訟法第31條第1項規定「審判中」，司法實務上，有將「審判中」解釋為「審判期日」，僅於審判期日，始有指定辯護人之適用。但臺灣士林地方法院刑事庭採廣義解釋，自89年6月間推動交互詰問新制起，遇有強制辯護案件經檢察官提起公訴，在「移審」法院時，如被告未經選任辯護人者，審判長即會指定公設辯護人為被告辯護，協助被告因應移審時之羈押裁定程序，以此積極保障人權！

定提起抗告，亦有必要明瞭被裁定羈押之理由及有關證據。甚至隨偵查作為之進展，危害可能性逐漸降低時，而得檢閱偵查卷宗及證物並得抄錄或攝影，以使其得有效提出具體之抗告理由書狀。

陸、結語：憲法正當法律程序原則之要求，與時俱進

八十四年七月間，大法官作成釋字第三八四號解釋，首次揭示憲法正當法律程序原則之基本內涵，開啟我國適用法治國原則之大門。同年十二月間，大法官再作成釋字第三九二號解釋，闡明偵查中之羈押，應遵循法官保留原則，因而促成修正刑事訴訟法相關規定，將偵查中羈押之決定權，改歸法院（法官）行使，使偵查中之羈押審查程序，邁向人權保障的新里程！嗣大法官對羈押處分之準抗告救濟程序，作成釋字第六三九號解釋，認為對受命法官所為之羈押處分，得依準抗告之程序，依法救濟。嗣再就重罪之羈押原因，作成釋字第六六五號解釋，認為不得單以重罪為羈押事由，仍必限於有相當理由足認有逃亡、湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞。自釋字第三八四號解釋首度揭示正當法律程序原則迄今逾二十年，本號解釋，肯認偵查中羈押審查程序之卷證資訊獲知權，係憲法正當法律程序原則之內涵，應加以保障，俾利有效行使防禦權，有關機關應修正刑事訴訟法妥為規定，前後呼應。這二十多年來，印證憲法正當法律程序原則之實質內涵，不斷進步發展，刑事訴訟法之人權保障規範，亦隨之發揮光大！德儒有云：「刑事訴訟法是憲法的測震儀」，誠屬至理名言！

釋字第七三七號解釋部分協同部分不同意見書

陳碧玉大法官 提出

本案爭點為刑事訴訟法關於法官審查檢察官於偵查中之聲請羈押程序，所應遵行憲法要求之正當法律程序原則之應有內涵，俾使犯罪嫌疑人及其辯護人得以適當之「方式」、於適當之「時點」獲知聲請羈押之事實、理由與一定限度「範圍」內之證據，以利犯罪嫌疑人防禦權之行使，並平衡國家刑罰權之實現與人身自由之保障。

本號解釋將審查客體，由聲請人指摘違憲之刑事訴訟法第三十三條第一項（下稱系爭規定一）擴及於與本件具體案件相關聯且必要之同法第一百零一條第三項（下稱系爭規定二），以及解釋文前段關於偵查中之羈押審查程序應遵行之正當法律程序原則所為之闡釋等部分，本席敬表贊同。然解釋文後段將系爭規定一、二整體觀察，認其等與正當法律程序原則不符，而未對審查客體分別為合憲與否之諭知部分，本席礙難同意。爰提出部分協同意見書與部分不同意見書如下。

一、程序爭點部分

（一）聲請人適格性

大法官審理案件法（下稱大審法）第五條第一項規定：「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：……二、人民、法人或政黨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者。」第三項規定：「聲請解釋憲法不合前二項規定者，應不受理。」是於人民聲請憲法解釋之案件，聲請人「個人」倘非該確定終局裁判之當事人（本院會台字第一〇九一二號、第一一六三五號、第一一六五四號不受理決議等參照），或非因其「個人」憲法上所保障之權利遭受不法侵害（本院會台字第一一五五九號不受理決議參照），依法即應不予受理。本件解釋乃因原因案件犯罪嫌疑人賴○○於偵查程序中，經檢察官聲請羈押，其所選任之辯護人李○○律師聲請檢閱卷證，於法院裁定駁回確定後，認確定終局裁定所適用之系爭規定一，使辯護人於偵查中之聲請羈押程序不得檢閱卷證，致犯罪嫌疑人及其辯護人未能經由「辯護人檢閱卷證」之方式，獲知檢察官據以聲請羈押之事實、理由及證據，而無法有效行使防禦權，與憲法要求之正當法律程序原則有違，共同聲請解釋（其餘聲請部分經不受理議決在案）。查確定終局裁判之當事人為辯護人李○○律師一人，犯罪嫌疑人賴○○非該裁定之當事人；然辯護人無法檢閱偵查中之羈押卷證，受侵害的是犯罪嫌疑人受憲法保障之人身自由權與訴訟權，辯護人並無憲法上之權利因此受有侵害，審究聲請人二人個別之當事人適格性，均有欠缺，依法應不予受理。惟因本案是聲請人二人「共同聲請」，二者結合後，上開大審法關於「確定終局裁判之當事人」與「憲法上權利遭受不法侵害」之二要件，因此具足，而予以受理。

（二）本案審查客體範圍

關於審查客體部分，聲請人據以聲請解釋之系爭規定一為確定終局裁定所適用之法律，得為本案聲請解釋之客體。惟人民聲請憲法解釋之制度，除為保障當事人之基本權利外，亦有闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的，故其解釋範圍自

得及於該具體事件相關聯且必要之法條內容有無牴觸憲法情事而為審理（本院釋字第四四五號解釋參照）。本件聲請人因認確定終局裁定所適用之系爭規定一，未准許辯護人於偵查中之聲押程序檢閱卷證，有礙犯罪嫌疑人防禦權之行使，與正當法律程序原則不符，違反憲法第八條、第十六條規定，聲請解釋。而查系爭規定二為法官審查檢察官聲押事件應遵循之特別程序規定，是否符合憲法所要求之正當法律程序原則，乃為「具體案件相關聯且必要之法條內容」，雖未經當事人聲請，亦非確定終局裁定所適用，依上開解釋意旨，仍應為本件聲請解釋之客體。

本席雖對多數意見所持理由：納入系爭規定二為審查客體，始能「整體評價」犯罪嫌疑人及其辯護人獲知聲請羈押所依據之具體證據資料是否足以使其有效行使防禦權，尚有異見，然對於受理本案暨將系爭規定二納入為審查客體之決議，表示贊同。

二、實體爭點部分

於偵查中之聲請羈押程序，辯護人得否檢閱卷證，事涉刑事制度之採設，各國法制不同，各有其配套措施。現行刑事訴訟法為國家刑罰權行使之重大公共利益，於偵查程序並未採對審制，然為犯罪嫌疑人防禦權之有效行使，明定選任辯護人有在場權、陳述權、請求調查有利證據等權。由於偵查中之羈押審查程序，並非審判程序，現行法制於審判中採行之對審結構，及對於特定案件強制辯護制度均不適用。本案應就現行法制下，系爭規定一未准犯罪嫌疑人選任之辯護人檢閱偵查聲押程序之相關卷證，或系爭規定二法官告知範

圍僅及於事實部分，是否為足夠資訊之提供？犯罪嫌疑人能否因此為有效防禦權之行使？而為其法效果（例如合憲、違憲、合憲警告等）之諭知。而非以將來此部分之刑事訴訟制度有採對審制之可能，逕以之為基準，審究系爭審查客體之法效性。

（一）解讀本解釋文前段及理由書對於正當法律程序原則所為之闡釋，認蘊含下列各點意旨

1、本案涉及之基本權為犯罪嫌疑人之訴訟權與人身自由權。基本權利之限制應遵循正當法律程序原則，且不因犯罪嫌疑人有無選任辯護人而異其標準

偵查中羈押係檢察官於起訴前為確保訴訟程序順利進行為目的，向法院聲請准予保全之措置，為干預犯罪嫌疑人人身自由最大之強制處分，自應遵行憲法要求之正當法律程序原則。國家亦應提供防禦權得以有效行使之訴訟救濟程序，使犯罪嫌疑人之基本權受國家制度性保障得具體實現。本案關涉犯罪嫌疑人之訴訟權與人身自由權之保障，辯護人係受犯罪嫌疑人選任或國家指定於羈押審查程序，檢閱檢察官聲請羈押之卷證，以協助犯罪嫌疑人行使防禦權之人，並非基本權受有限制之人。是審查客體是否合乎憲法要求之正當法律程序原則，應由犯罪嫌疑人之角度觀之，不應因犯罪嫌疑人有無辯護人而異其標準。

2、為確保國家刑罰權得以實現，犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官於偵查中提出之羈押相關證據之範圍，固然受有限制，惟經法官審酌後認非屬應予限制或禁止

之證據部分，檢察官不得主張偵查不公開原則以妨礙正當法律程序之實現

如前所述，犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官聲請羈押之證據範圍，必須平衡國家刑罰權之實現與人身自由之保障。從而必經法官審酌後，排除有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，應予以限制或禁止之證據後，始能為犯罪嫌疑人及其辯護人所獲知。此與系爭規定一辯護人於審判程序中之檢閱卷證權範圍不受限制不同。

3、解釋文所稱「及時」應係指法官閱卷、排除應受限制或禁止證據之後，並給予適當時間為辯解之準備

由於犯罪嫌疑人及其辯護人在偵查中羈押審查程序獲知相關證據之範圍受有限制，解釋文「偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由」所稱之「及時」應係指法官閱卷、排除應受限制或禁止證據之後，並給予適當時間為辯解之準備，而非檢察官聲請羈押之時。此與系爭規定一辯護人於案件經檢察官起訴、繫屬於法院後，即可進行卷證檢閱之情形，並不相同。

4、獲知羈押相關卷證資料之方式，不以辯護人檢閱卷證並抄錄或攝影為必要，其他滿足憲法要求之正當法律程序原則之方式，亦屬適當

至於究採由辯護人檢閱卷證並抄錄或攝影之方式（下稱方式一），或採法官提示、告知、交付閱覽

相關卷證之方式（下稱方式二），或採其他適當方式（下稱方式三），要屬立法裁量之範疇。立法機關必須就刑事訴訟法相關規定為全盤之檢討，設定所採刑事訴訟制度後，應就所採之獲知「方式」提供必要之配套措施，例如僅採取辯護人檢閱卷證方式，則因犯罪嫌疑人不能檢閱卷證，而必須採取全面之強制辯護制度等是，亦即無論採取何種方式，均應滿足憲法為犯罪嫌疑人防禦權之有效行使所要求之正當法律程序原則之遵守。

是就上開部分，敬表贊同。

（二）對於解釋文後段不予贊同之理由

按對於法令聲請違憲審查，如經程序審查予以受理後，本院應就各該客體分別審查其合憲性，並為法效果之宣告。本號解釋以偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由為始，繼而以平衡國家刑罰權行使之重大公共利益與犯罪嫌疑人人身自由之保障，能獲知之證據範圍應受限制，點出辯護人於偵查中之聲請羈押程序，得檢閱卷證之範圍與時點與系爭規定一不同，繼而謂獲知卷證資料之方式不限於聲請人主張之系爭規定一所稱辯護人檢閱卷證之方式一，以方式二或方式三只要能滿足本案解釋文揭示之正當法律程序原則要求之方式，亦屬適當，並明確指出現行法制於偵查程序中未採對審結構，而無武器平等原則之適用問題。因系爭規定二法官告知之內容僅限於事實，並未包括檢察官聲請羈押之各項理由之具體內容及其相關證據，不符本解釋闡釋之正當法律

程序原則中關於獲知資訊「範圍」部分之要求，已有違憲之共識，然就系爭規定一之法效果則擺盪於合憲、違憲間，最後多數意見選擇依附於違憲之系爭規定二為整體觀察，再用系爭規定二違憲之理由，為審查客體違憲之諭知，對於系爭規定一本身究係合憲或違憲，則未作成議決。則究係系爭規定一、或系爭規定二均違憲，或僅其一違憲，或二規定本身均不違憲，然整體觀察是違憲（正正得負？）未明。

此種將不同法律條文合併觀察，迴避處理各個審查客體之合憲性爭議，委由外界各自解讀之方式，並不適當，蓋系爭規定一與系爭規定二所規範之內容不同，前者係辯護人於審判中之閱卷權，後者則係法官於羈押審查程序中，告知犯罪嫌疑人及其辯護人之相關資訊內容是否充足，雖均與被告（或犯罪嫌疑人）防禦權之行使有關，但所涉議題不同，並非不得針對審查客體分別為合憲與否之諭知。對於：現行偵查階段之羈押審查程序是否滿足前揭憲法正當法律程序原則之要求，不得逕以刑事訴訟法個別條文，而應綜合觀察相關條文以為判斷之多數見解，並無異見，然卻未就綜合觀察相關條文後形成之心證，分別就各審查客體為法效果之諭知，而有意的創造模糊結論，礙難贊同。難道將病人送入手術室之前，無須先註記手術部位？

（三）系爭規定一：辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影，並不違憲，其理由如下

- 1、就本案正當法律程序原則內涵之闡釋，其中關於「時點」為及時，獲知資訊「範圍」應及於檢察官聲請羈押之事實、理由暨不受限制或禁止之相關證據，乃至

於獲知之「方式」究採方式一、或二、或三，只要滿足本解釋揭示之憲法正當法律程序原則，即屬立法裁量範疇之論點，並無爭議。是就獲知之「方式」即有上開三種選擇，選擇任一方式或複數方式，均無不可，已難謂未選擇方式一即屬違憲。

2、刑事訴訟審判程序採改良式當事人進行主義，檢察官與被告立於對等地位，被告對於起訴及審判中之卷證資料有全盤獲知之必要，以有效行使防禦權。現行法採行複數方式：有辯護人者經由辯護人無限制之檢閱卷證方式(刑事訴訟法第三十三條第一項規定參照)，無辯護人者經由法院交付未受限制或禁止之筆錄影本暨同法第一百六十四條至第一百六十五條之一規定之法官調查證據方法，以提示、告知、交付閱覽方式獲知卷證資料，達成與檢察官間武器平等原則之要求(同法第三十三條第二項規定及其立法理由參照)。是採對審制之審判中為武器平等原則之確保，尚不以辯護人檢閱卷證之方式為必要，遑論非採對審制之偵查中羈押審查程序，更無一定要賦予辯護人閱卷權之理。

3、本解釋文後段指出：「逾期未完成修法，法院之偵查中羈押審查程序，應依本解釋意旨行之。」現行法於偵查程序中採行方式二，法官提示、告知、交付閱覽之「方式」本身之合憲性，為本解釋所肯認，則於修法完成前續依上開方式二，使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官聲請羈押之事實、理由與必要證據，即不構成違憲。系爭規定一為審判程序中辯護人有範圍不

受限制之卷證檢閱權規定，否准辯護人於偵查中聲押程序有同一方式之卷證檢閱權，並不違憲。

三、結論

本號解釋有別於本院先前解釋就當事人之適格性係依個別聲請人為認定，就納入為審查客體之各個法令為各個法效果之諭知（例如本院釋字第七〇九號解釋，就納入為審查客體之各法令，依其是否符合憲法要求之都市更新應遵行之正當行政程序原則，為個別法效果之諭知），而是基於「共同聲請」或「整體評價」或「整體觀察」，先建構為「連體嬰」後，再為當事人之適格性、審查客體乃至於解釋文、解釋理由之審定。非常獨特，當妥？往後案件能否採同一模式處理？仍有待觀察。

又本案係為使犯罪嫌疑人有效行使防禦權而衍伸之資訊接近之「方式」、「時點」與「範圍」爭議。對於本號解釋所界定之方式、時點與範圍，應一體適用於於偵查中受聲請羈押之犯罪嫌疑人，不因其有無選任或指定辯護人而異。法官職司羈押審理之責，自有能力且能盡責的依據審閱檢察官聲請羈押之卷證資料及證據調查之結果妥為裁定，以維護犯罪嫌疑人之人身自由權與訴訟權。在現行法制所採獲知方式二規定本身之合憲性並無爭議之情形下，為免犯罪嫌疑人因其有無辯護人而受不同程度之保障，形成無正當理由之差別待遇，是否有改採其他方式之必要，值得深思。

釋字第七三七號解釋部分協同部分不同意見書

黃虹霞大法官提出

壹、本件解釋認 1、現行刑事訴訟法關於偵查中羈押審查程序對犯罪嫌疑人基本權之保護不足，故原則上犯罪嫌疑人及其辯護人有權另獲知羈押具體理由及有關證據部分；2、起訴前之偵查階段不應以「被告」稱呼犯罪嫌疑人部分；3、諭請主管機關考量於偵查中聲押庭引進強制辯護制度部分固值贊同。但對於本件解釋 1、未肯定辯護人之獨立地位、固有辯護權，得獨立以辯護人之地位聲請憲法解釋；2、未以刑事訴訟法第三十三條第一項規定全面禁止辯護人於偵查中閱卷，已違反正當法律程序原則及比例原則為由，直接宣告該條項違憲；或直接以該條項中所稱「於審判中」應擴張及於偵查中之羈押審查程序，俾辯護人得憑以依該條項規定，聲請閱覽聲羈卷，而採取迂迴複雜之關聯整體觀察評價方式，暨未直接准予閱卷；3、就涉及限制或禁止閱卷或告知之除外文字，有招致誤解可能，以為大法官非以准予閱卷等為原則、及將辯護人與被告同視等部分，則無法贊同；4、就未認刑事訴訟法第三十一條規定應擴大及於偵查中羈押審查程序部分，則深感可惜。謹將無法贊同之理由，簡要說明如下：

一、審檢辯是法曹三家，共為民主法治國家人權保障防線之司法之基石。有謂辯護人與審檢同為機關者如德國立法例；縱非如此，亦因辯護人不受被告（犯罪嫌疑人）指示之拘束，故非被告（犯罪嫌疑人）之代理人，即在法治國原則下，辯護人為人權之必要保護者，應具有獨立性並具檢閱證據等固有權如日本立法例。準此，除聯合國於西元一九九〇年於古

巴舉行之第八屆犯罪防治會議所通過之 Basic Principles on the Role of Lawyers 揭櫫辯護人之保障人權公益責任外，我國律師法第一條即開宗明義稱律師以保障人權、實現社會正義等為使命（而非曰以保障被告人權為使命，並另強調應實現社會正義），及律師倫理規範亦強調辯護人之公益本質及職責，且比如刑事訴訟法第三百四十六條亦明定辯護人得為被告之利益上訴，暨第二百四十五條第三項以辯護人為依法執行職務者應獨立於被告（犯罪嫌疑人）之外負保密責任等，在在均足見辯護人具備有別於被告（犯罪嫌疑人）之獨立地位。從而就系爭刑事訴訟法第三十三條第一項及第一百零一條第三項規定言，既又明定以辯護人為閱卷或被告之主體，則聲請人李○○認為就屬其所有，並衍生自憲法第十六條被告（犯罪嫌疑人）訴訟權所必要之辯護權重要內涵之閱卷權，受確定終局裁定侵害，故其得依司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第五條第一項第二款規定聲請解釋云云，其主張應為有理由，即辯護人應得單獨以其憲法上所保護之基本權（可能係第十六條訴訟權之衍生權或第二十二條之其他權）受侵害為由聲請釋憲。惟多數大法官未認同辯護人之獨立性，及閱卷權屬辯護人之固有權且在憲法上具有受保護之基本權地位，致於本件解釋理由中，略而不談之，甚至稱辯護人與被告（犯罪嫌疑人）二人得共為聲請云云，此與法治國原則應有未符，且其意涵除顯示審檢辯共為法曹三家在台灣還只是口號，未深入全體法律人之心，律師界仍待努力外，長久以來律師地位之被貶抑現象所造成之司法大鼎三腳中之一腳較短，難以支撐司法大鼎之四平八穩（可能抵觸刑訴設計體系、危及刑訴制度），尤令人擔憂。律師界有識之士輒為律師正確角色定位努力不懈，值得關注，及若予

支持，當有助司法體系之健全與發展。

二、本件聲請人所主張違憲之法律僅係刑事訴訟法第三十三條第一項，系爭確定終局裁定所適用之法律亦僅上開第三十三條第一項，且二者均未及於同法第一百零一條第三項。而不但系爭確定終局裁定意旨係現行法制下，不許閱覽聲羈卷之依據為上開第三十三條第一項規定，因為係在偵查階段；且其他刑事訴訟實務及相關機關亦同此見解。又該第三十三條第一項規定於民國七十一年修正時，加入「於審判中」字樣當時之立法資料亦顯示：係為排除辯護人偵查中閱卷權之意思。準此，本件所應論究者，自應係上開第三十三條第一項全面禁止辯護人於偵查中尤其於羈押審查程序閱卷，是否違憲？然則，本件除因未達法定足額之故，未能直接作成明白宣示該條項違憲之解釋，誠屬遺憾外，另查羈押係對人身自由之嚴重限制，且係於有罪無罪裁判確定前所為之以無其他替代方案為前提之不得已強制處分，全面禁止辯護人閱覽聲羈卷，已使犯罪嫌疑人難為有效答辯，辯護人難為有效辯護，暨難盡辯護人協助法院作成准否羈押正確裁定之公益職責，故應認為該條項規定就羈押審查程序部分已牴觸憲法第八條、第十六條及第二十三條規定，始為確當。

退而言之，因上開第三十三條第一項規定係於民國七十一年修正，當時羈押權尚屬於檢方；惟於民國八十六年時，已因本院於民國八十四時作成釋字第三九二號解釋而使羈押權回歸法院，故羈押審查程序已非單純偵查程序，而屬審判權作用範圍，即屬廣義審判之一環。從而，若認為逕指上開條項規定違憲有所不宜，自可將上開條項規定擴及於已具審判形式（有檢方及犯罪嫌疑人加辯護人方、並為裁判者之院方）之偵查中羈押審查程序，即應許辯護人閱覽聲羈卷，

方為正當。

又准閱卷係使被告（犯罪嫌疑人）及其辯護人獲知羈押卷證之一般普通方式，且係唯一直接（非經二手傳播，如法官之告知）又完足（非經他人選擇，如法官之提示）之方式，刑事訴訟法第一百零一條第三項採取由法院告知方式，應係例外之妥協處理。自民國八十六年迄今，已近二十年，使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知羈押事證既已得共識，則應無再迴避而不直接准閱記載羈押事證之聲羈卷之理。

三、本件解釋認為為遂行偵查目的，得於個案由法院限制或禁止犯罪嫌疑人獲知羈押相關證據部分，固非不當；但就辯護人部分亦同在限制或禁止之列，則與前一、同，可能係植基於對辯護人之信賴不足，應值律師界深自反省檢討。期盼律師界除應如台北律師公會致贈執業三十年會員紀念品上所載，盡「保障人權」公益職責外，更應如台中律師公會致贈執業二十年會員紀念品上所載，「明法尚義」，嚴守律師法、律師倫理規範，對少數不肖絕不護短，確實嚴守辯護人「勿縱」底線及保密責任，實踐辯護人協助法院作成正確裁判公益使命，絕不可明知被告（含偵查中之犯罪嫌疑人）有罪或重罪而以辯護技巧，使之脫免應有之罪責；辯護人心中應長存公平正義，注意國家法益及被害人保護，正如檢察官也應注意被告（含偵查中之犯罪嫌疑人）有利部分同。又解釋文所稱「有事實足認……等危害偵查目的之虞」云云，固已較「……等妨害偵查之虞」云云為嚴謹，但仍有招致誤解可能，執行上若有差誤，仍可能予法官以在縱與枉之間得向枉傾斜之感，並模糊本件解釋係以應准予獲知為原則之用心。尤以勿枉勿縱當然應是審檢辯共同追求之目標，依本件解釋意旨修法時，如何兼顧人權保障及偵查公益，如何在枉

縱間作抉擇後，適當賦與法官個案裁量權限，係立法細節，由本件解釋逕予代立法者決定除外內容，是否確當，仍非無商榷餘地。又因例外限制或禁止部分係對人民基本權之限制，而基本權限制之例外愈少對基本權之保障愈有利，故立法時，如認為本件解釋中之除外情形過於廣泛，於人權保障言有失平衡，則立法者自得適當限縮該除外範圍，併此敘明。

四、將刑事訴訟法第三十一條規定之強制辯護制度擴大到偵查中羈押審查程序，在現有運作多年且順暢之法律扶助制度下，不致增加法扶人力及經費負擔，應屬適當，且有助於消弭屢受詬病之押人取供之譏，本件解釋未能一舉擴大之，誠屬可惜。仍待努力。

貳、另擬再就相關事項一併敘明如下：

一、本件解釋之解釋文及理由書以「犯罪嫌疑人」替代「被告」一語，係基於檢察官提起公訴前尚無所謂被告可言，故不宜以被告名之。就現行刑事訴訟法等之相關規定（以「被告」指稱偵查中之犯罪嫌疑人）比如刑事訴訟法第二百二十八條等，相關機關修法時，如併審酌該等於偵查中使用「被告」用語之妥當性，並調整變更之，當更符合憲法保障人權之旨。

二、本件解釋並無限制犯罪嫌疑人及其辯護人獲知羈押相關事證之方式不得為閱卷之意思，也無必使被告得自行閱卷之意思；且立法者若選擇以閱卷方式行之，比如於刑事訴訟法第三十三條第一項「於審判中」之後，加上「及偵查中羈押審查程序」字樣，亦非必不符本件解釋意旨。

三、現行刑事訴訟法第一百零一條第二項規定固因考量檢方之人力負擔而未強制檢察官於聲押庭到場，但本院釋字第三

九二號解釋既認偵查中羈押審查程序為憲法第八條所示之審問，則為貫徹法官客觀中立聽審之原則，偵查中羈押審查程序自宜採對審制度，使檢察官以羈押聲請人之地位出席聲押庭，並適用武器平等原則，應較能兼顧國家刑罰權之正確實現及犯罪嫌疑人之基本人權。若採對審制度，則應同時增強檢方之配備。

四、目前絕大多數羈押審查程序（尤其聲押庭）係於非正常上班時間之深夜甚至凌晨，由已超時工作之法官詢問已超時工作之辯護人及身心俱疲之犯罪嫌疑人，除顯然與刑事訴訟法禁止夜間、疲勞訊問之旨背離，對參與之司法人員（包括院檢兩方人員）及辯護人亦均屬不人道並已違反勞基法（律師已被納入適用勞基法）外，在各方參與者（包括出席聲押庭之檢察官）均身心俱疲之狀況下，如何期待必能作成正確之准否羈押裁定？此一極端不合理之狀態，理應面對並即改善。或謂此一不合理狀態之成因，至少部分係來自犯罪嫌疑人方對被留置被拘束之恐懼及抗拒，法院只是應犯罪嫌疑人要求才配合。此一院方之善意及不得已確屬事實，犯罪嫌疑人之不安心情也可以理解，但若犯罪嫌疑人耐心短暫等待，將給與自己及別人（包括有權決定是否羈押的法官）清明的身心狀態，就犯罪嫌疑人言較能正確答辯，及就法官言較有足夠時間消化了解羈押相關事證，理性作成正確裁定。此與倉促開聲押庭因而較可能因思慮不周致裁定不當之情形相較，對犯罪嫌疑人尤其對司法公正之追求言，很顯然應選擇耐心短暫等待，即不宜要求夜間倉促開聲押庭。此部分尤待辯護人善盡職責，詳予分析，使犯罪嫌疑人理解而勿一味要求立即召開聲押庭，庶幾能更符合憲法正當法律程序原則之意旨。果如此也應是辯護人保障人權天職之具體展現，

企盼之。

五、另外，目前法院方善意體諒檢方之舉（任由檢方以一紙聲押書及未擇出聲押相關事證，而將全部偵查卷含與羈押聲請無關部分全部交付聲押庭），也應即改善。本件解釋應無意增加法院之負擔，法院不必然需自行自全部偵查卷中找出與羈押相關之事證俾使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知；並期待藉由本件解釋回復原應有之制度原貌，即檢方於聲押時應於聲押書後附具並僅附具與羈押相關之事證（以免污染法官），法官及上級審並均只能以聲羈卷內之資料為據，作成裁定（判斷）。

六、法院之審問應以公開為原則，不公開為例外。既然聲押庭已具審判形式，並屬審判權之作用，則除為保護犯罪嫌疑人或其他關係人之隱私，或有其他特予應不公開之例外情形，得例外不公開外，聲押庭應無特予不公開審理之理，目前聲押庭不公開之實務作法，有檢討空間。

七、被聲請羈押人尚非已被定罪之人，尤其是尚未經裁准羈押者，其處遇包括候審留置設施似應與已定罪或已裁准羈押者有所差別；並應儘可能避免以人犯視之，方符無罪推定及人權保障之旨。

八、檢察官隸屬關係機關法務部，檢察官與被告（犯罪嫌疑人）及其辯護人為刑事訴訟之對立兩造，法務部以其兼為律師法主管機關等之地位，就偵查權與辯護權間之衝突爭議，應存有兩難甚至可能有矛盾。但若非出於主事者個人見解差異，而係因我國法制現況，法務部必然偏向檢察官，無法全然客觀中立，則法務部是否適宜繼續兼為律師法之主管機關，似非無疑。

九、大審法第十四條第一項規定下，因大法官以全體出席為常態，故就法律違憲之宣告輒需有現有總額共十五名大法官之三分之二，即十名大法官之同意。即依現行運作實務，同意比例（三分之二）及其同意所需人數（十名）均高於諸多憲政國家（一般比例為二分之一、同意人數為五人），甚至同意所需人數（十名）已高於諸多憲政國家之大法官總人數（九人）；而且因同意所需比例為三分之二之故，無可避免會發生人數超過二分之一但未達三分之二之多數意見者，實質上需對未達二分之一之少數意見者（比如九票要讓六票及以下、八票敗給七票及以下）作出妥協打折退讓，甚至陷入僵局無法快速或根本無法作出解釋。此一現象應存在已久，並應係立法使然，但其合理性應值商榷，並待修法改正。蓋司法院為國家機關、大法官為總統特任公務員且有出席大法官相關會議義務，大法官不同於沒有出席會議義務之一般人民團體之會員；大法官解釋憲法尤與一般人民團體之會議決議有別，上開大審法第十四條仿一般人團會議可決人數所為之規定，誠非妥當，已因而造成實務運作結果，過半數之多數敗給少數，需聽從少數意見，顯違少數服從多數之民主基本原則，並疑與該條項原意所需同意人數僅為七人（十五人之三分之二之三分之二計為七人）以上（尚不需實質過半）之旨不符。大審法修法時，應避免重蹈覆轍，比如可比照大法官同意權之行使，規定需總額過半數同意，即可避免上述不合理之情事。

司法院釋字第七三七號解釋

部分不同、部分協同意見書

葉百修大法官 提出

檢察官就聲請人賴○○所涉相關案件進行偵查時，向臺灣臺北地方法院提出載明正當理由之聲請書及相關證據以聲請羈押獲准。聲請人之選任辯護人李○○律師為聲請具保停止羈押、撤銷羈押裁定，向臺灣臺北地方法院聲請閱覽檢察官原聲請羈押案件全卷，經該院函覆「於法無據，礙難准許」予以否准，乃以該函屬刑事裁定提起抗告，經臺灣高等法院一〇二年度偵抗字第六一六號刑事裁定（下稱確定終局裁定）以刑事訴訟法第三十三條第一項規定（下稱系爭規定一）及其立法理由，「辯護人檢閱卷宗證物及抄錄或攝影，以『審判程序中者』為限」，認其抗告無理由予以駁回。

查李○○乃確定終局裁定之受裁定之人，而其為賴○○之辯護人，李○○遂據確定終局裁定，並以賴○○及其個人名義，認確定終局裁定所適用之系爭規定一，及與本件聲請具關聯性之刑事訴訟法第一百零一條第一項及第一百零一條之一第一項規定（下併稱系爭規定二），侵害賴○○之人身自由、訴訟權及李○○之工作權及辯護權，有牴觸憲法第八條、第十六條及第二十三條之疑義，聲請本院解釋憲法暨諭知刑事補償或國家賠償。本院認本件聲請事涉憲法上人身自由、訴訟權保障，以及刑事訴訟制度中犯罪偵查與羈押制度等重要憲法爭議，爰召開憲法法庭審理，並以一、限制辯

護人於羈押程序閱卷與偵查不公開原則之關係為何？；二、聲請羈押被告程序有無武器平等原則之適用？其可能之憲法依據為何？；三、依據我國憲法，是否應許被告之辯護人於聲請羈押被告程序中有檢閱聲請羈押卷宗之權利？涉及被告及辯護人何種憲法上權利？其得限制之範圍及方式為何？等三項爭點，由聲請人及關係機關行言詞辯論。

本院斟酌「全辯論意旨」，作成本解釋，多數意見解釋要旨略以：一、聲請人中賴○○雖非確定終局裁定之當事人，惟受裁定之人李○○為其辯護人，協助其有效行使訴訟上之防禦權，而認符合聲請本院解釋憲法之當事人適格要件；二、聲請人雖以系爭規定一、二為聲請本院解釋審查之客體，惟多數意見以「整體評價聲請意旨」為由，於聲請人未主張、確定終局裁定未適用之情形下，認刑事訴訟法第一百零一條第三項規定（下稱系爭規定三）具有「關聯必要性」而一併納入審查客體之解釋範圍；三、偵查階段之羈押審查程序，係法院判斷有無羈押事由及相關證據而為准駁，涉及人身自由之限制與剝奪，應符合正當法律程序之要求，且該要求之審查應綜觀相關條文為斷，不得逕以個別條文為之；四、系爭規定一、三「整體觀察」，偵查中犯罪嫌疑人或其辯護人僅受告知羈押事由所據之事實，與正當法律程序原則不符，並因有除外規定，而與偵查不公開原則無違，及因不涉對審而無武器平等原則之適用。

本席雖贊同多數意見所為「違憲」之結論，然就本件解釋審查客體之解釋範圍、所涉憲法基本權利之內涵、審查原則之適用與操作等諸端，多數意見之看法與本席仍有極大差異，爰分別就程序與實體部分提出部分不同、部分協同意見

如后。

壹、程序審查之部分不同意見

一、本件解釋審查客體欠缺彼此關聯性，解釋範圍亦不宜過於主觀認定

本院職司違憲審查，本質上仍為司法權行使之一種。按司法者不告不理，本院基於憲政秩序維護之必要，於違憲審查客體之解釋範圍，不全以聲請意旨所述者為限，漸以聲請人未聲請但為法院裁判基礎(本院釋字第五三五號解釋、第五七六號解釋及第七〇三號解釋)或於法律適用上具有重要關聯性(本院釋字第五八〇號解釋、第六六四號解釋及第七〇九號解釋參照)等方式，於個別解釋中將審查標的之範圍放寬。多數意見於本件解釋中再度將審查客體之解釋範圍，將重要關聯性之判斷，從法院裁判基礎或法律適用上之重要關聯，轉變為作為釋憲者之「本院」，於違憲審查程序中，基於「整體評價聲請意旨」之必要，即認聲請意旨以外之其他規定，均可一併納入解釋範圍作為審查客體，本席對此深感疑慮。

按本院釋字第四四五號解釋固然以「人民聲請憲法解釋之制度，除為保障當事人之基本權利外，亦有闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的，故其解釋範圍自得及於該具體事件相關聯且必要之法條內容有無牴觸憲法情事而為審理。」然以釋字第四四五號解釋為例，聲請人僅以申請集會遊行之期限是否違憲聲請本院解釋，本院認其牽涉問題實係集會遊行應為申請許可「是否牴觸憲法所發生之疑義，殊難僅就同法第九條第一項所定申請期限是否違憲一事為論斷。」本院釋

字第四四五號解釋所為審查客體之本質在於申請許可本身應否違憲，而非僅係申請期限之後續問題，換言之，若無須申請許可，即無期限是否違憲之問題。因此，並非本院認定聲請解釋之審查客體是否違憲之判斷難易問題，而係審查客體所涉具體事件之程度問題，此亦為本院之後所謂法律適用上之重要關聯性。

然本件解釋聲請意旨直指系爭規定一僅明示辯護人於「審判中」得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影，而排除「偵查中」，其審查客體之判斷殊為明確；況系爭規定一與系爭規定三原屬不同程序，有何重大關聯須一併納入審查？若認系爭規定三所涉為羈押事由所據事實之告知，與系爭規定一於「偵查中」被告及其辯護人是否得以閱覽卷宗「以有效行使防禦權，並避免其人身自由遭不法侵害」，兩者須整體評價始能確認與憲法有無牴觸，對聲請人聲請意旨所稱重要關聯之系爭規定二，何以不具整體評價之關聯與必要？多數意見以未經確定終局裁定所適用，且難謂有重要關聯而不予受理，可見本院原以法院裁判基礎及法律適用之重要關聯為客觀依據之原則，僅淪為本件解釋多數意見主觀恣意之粉飾說詞。

是以本件解釋應以系爭規定一「明示其一、排除其他」而排除偵查中辯護人得以閱卷之可能性，可為單獨受理而為審查標的；縱認具有法律適用上之重要關聯性，則應以系爭規定三於羈押審查程序中，僅以告知羈押事由所依據事實，就系爭規定一適用於「偵查中」之羈押審查程序，有無侵害聲請人之訴訟防禦權及人身自由兩者間具有重要關聯性，進而納入審查客體之範圍，而非僅因本院進行違憲審查之所

需，即可無限制放寬審查客體之解釋範圍。

二、審查客體偏離言詞辯論要旨

又多數意見以本院「整體評價」之關聯必要，將系爭規定三一併納入審查客體之解釋範圍，然於前述三項言詞辯論題綱所示三項爭點，卻又未明確說明。無論是聲請人或相關機關依據本院所示爭點進行之言詞辯論，其範圍均集中於系爭規定一有無牴觸憲法疑義之論辯，多未就系爭規定三之合憲性予以討論。多數意見於本件解釋卻又以「整體評價聲請意旨」為由，將系爭規定三納入審查客體之解釋範圍，偏離本件解釋於行言詞辯論時爭點討論之範圍。固然爭點三似乎有討論系爭規定三之可能性，然而本院對於審查客體之提示與爭點，因其過於寬泛，致使未能集中於系爭規定一之合憲性判斷，卻又未能使辯論雙方均能就系爭規定二、三是否一併納入本院解釋之審查客體提出見解，實有突襲性裁判之疑。

三、審查原則不應避談比例原則

本院行使違憲審查權即將邁入七十年，所作解釋業已七三七號。累積前輩們的經驗、智慧和各國憲法理論與實務，本院解釋理應更加細緻深入。然而近來本院解釋則越見簡略，對於聲請案件解釋合憲者，僅以一端宣告合憲，卻未就所有違憲可能之論據逐一審查(例如本院釋字第七二七號解釋)；對於解釋違憲者，卻也未能就違憲理由善盡論證之責。以本件解釋為例，多數意見以系爭規定一、三整體觀察，認偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人僅得獲知檢察官聲請羈押事由之依據事實，與正當法律程序原則之意旨不符。然而，

從程序而言，系爭規定三確有一定程序使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知一定資訊，並非完全無法獲知任何資訊；再者，多數意見亦不否認其獲知資訊之方式，得由立法者予以自由形成，同時並認有事實足認危害偵查目的或他人生命、身體之於，亦得限制或禁止其獲知聲請羈押之有關證據。

換言之，對於系爭規定三結合系爭規定一整體觀察，多數意見認定犯罪嫌疑人及其辯護人依現行制度獲知資訊之程序，並不符合正當法律程序原則，然關鍵在於，在既有程序規範下，多數意見如何認定何以「不正當」？多數意見所設除外條款，又如何認定其程序「正當」？亦即，對於正當法律程序原則之審查，本院不應仍僅以程序有無為論斷，或者僅以「未包括檢察官聲請羈押之各項理由之具體內容及其相關證據」而一語帶過，對於除外條款之事由又絲毫未加以審究，又何種資訊於偵查中之羈押審查程序屬於「必要」，多數意見均未有明確說明與論證。在正當法律程序原則之適用下，本身即包括如何認定程序是否「正當」，而此項認定即應就各項程序規範加以檢視，在目前本院尚未就正當法律程序原則之所謂「實質正當」累積一定判斷標準下，本院解釋有一定理論與實務累積之比例原則之適用，於本件解釋中，即應有所適用。¹

貳、實體審查之部分不同、部分協同意見

本席對本件解釋多數意見認定系爭規定一、三違憲之結論固表贊同，然多數意見以有事實足認危害偵查目的及他人生命、身體之虞，對犯罪嫌疑人於偵查中剝奪其人身自由之

¹ 本院釋字第 384 號解釋參照。

羈押審查程序，得限制或禁止其獲知羈押理由或證據，並以系爭規定一、三整體觀察而認定與正當法律程序之意旨不符，本席尚難支持，以下進一步就實體審查提出部分不同及部分協同意見。

一、例外太多，淘空原則等於人身自由毫無保障

如同本席於前述關於程序審查之不同意見所陳，本件解釋多數意見僅以正當法律程序原則審查系爭規定一、三是否合憲，卻未進一步判斷程序是否正當或以比例原則加以審查，致使多數意見所提「有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞」而得限制或禁止犯罪嫌疑人及其辯護人獲知聲請羈押之理由或有關證據，此項例外看似與刑事訴訟法第一百零一條第一項第二款相同，然所謂事實、危害等事由如何認定，究屬法院於個案中之判斷，且所謂偵查目的之範圍，何以未包括同項第一款逃亡或有事實足認為有逃亡之虞？危害他人生命、身體之虞更屬寬泛；復以多數意見又認犯罪嫌疑人及其辯護人獲知相關資訊之方式，屬立法裁量之範疇。諸項事由相加總下，對於多數意見念茲在茲的人身自由之憲法最基本、原則性之保障，豈非因例外過多而淘空？縱使依本件解釋多數意見之看法，本院宣告犯罪嫌疑人及其辯護人於偵查中羈押審查程序，有獲知檢察官據以聲請羈押之理由及相關證據之方式，然法院於具體個案中，仍有可能以例外事由拒絕，則本件解釋所稱「逾期未完成修法，法院之偵查中羈押審查程序，應依本解釋意旨行之」，其所謂「本解釋意旨」究竟為何？在多數意見未具體審查可能之除外規定是否符合正當法律程序或其他憲法原則之要求下，本件解釋之意旨

將到頭一場空。

二、獲知羈押卷宗之權利內涵未具體明確

本件解釋多數意見對於犯罪嫌疑人及其辯護人獲知偵查中羈押審查程序之具體內涵，多數意見僅說明「檢察官據以聲請羈押之理由及相關證據」，然而對照系爭規定一之內涵，辯護人於審判中得「檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影」，而於偵查中，基於何項理由，多數意見可認為偵查中羈押審查程序，犯罪嫌疑人及其辯護人獲知相關資訊之內涵，僅為「羈押理由及相關證據」？對於羈押理由所涉各種「事實」之內容是否開放閱覽？不閱覽如何認定有無羈押事由？如何抗辯？多數意見對於閱覽卷宗之範圍及方式，無論有意或無心，區分審判中及偵查中而形成差異，多數意見卻未就此提出進一步論據，其結果究竟能實踐多少人身自由保障之正當法律程序原則之要求，本席僅得樂觀期待立法者善體多數意見之用心，確實保障偵查中羈押審查程序之當事人獲知資訊之權利。

三、基本權利定性與利益衡量之闕如

本件解釋最關鍵者仍在於所涉憲法基本權利之定性與限制侵害之審查。多數意見既以准許本件解釋聲請人賴○○及李○○二人均當事人適格，對於本件解釋所涉及基本權利之限制，多數意見僅就賴○○作為犯罪嫌疑人及被告之主張加以回應，卻就李○○主張工作權及辯護權毫無回應。本件解釋到底仍以犯罪嫌疑人及其辯護人併論，則本件解釋所涉及基本權利之定性，即不應顧此失彼。尤有甚者，多數意見對於人身自由及訴訟權所應遵守的正當法律程序是否應予一

致？其正當法律程序之具體內涵，於偵查中羈押審查程序之適用，有無與其他訴訟程序不同？同為侵害人民身體自由之限制，偵查中羈押審查程序之適用又有無不同？對此，多數意見均未予以著墨。

此外，對於偵查中羈押審查程序，於系爭規定一明確予以排除之情形下，單獨審查系爭規定一之困難處何在？多數意見何以無法為之，而須與系爭規定三整體觀察？最重要的是，多數意見對於系爭規定一、三所稱「整體觀察」，卻未具體審查。如同言詞辯論時，相關機關法務部即以系爭規定一之立法目的，係基於「偵查不公開」原則，因「偵查中保全程序本質之急迫性及隱密性使然。」對此，多數意見僅以設有除外情事，而認與偵查不公開原則無違。然而就系爭規定一審查，假如以正當法律程序原則為之，則系爭規定一完全排除偵查中閱覽卷宗及證物之可能性，是因為偵查不公開之目的，則兩者間如何權衡？有無訴訟權保障上「武器平等原則」之適用？該目的與完全剝奪之手段及目的與手段間，是否符合比例原則？是否因此構成「不正當」之法律程序？多數意見就此均毫無審查判斷，僅以設有除外條款及刑事訴訟法未採對審結構而認無武器平等原則之適用，均係結論式之說詞，欠缺實質論理。

再者，多數意見所列舉危害偵查目的及他人生命身體之虞，就前者而言，若未就系爭規定二一併納入「整體觀察」，如何能避免以危害偵查目的而由檢察官聲請羈押，再回頭以危害偵查目的，限制犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官聲請羈押之理由及證據？兩者顯然不符邏輯。就後者而言，他人生命身體保護與受羈押人之生命身體保護，同屬人身自由之

保障，兩者間利益衡量如何取捨？於多數意見完全為作審查前又如何認定？本席曾提出以利益衡量原則判斷法律程序是否「正當」，即：

「第一，國家行為將影響人民相關利益之內涵及重要性；第二，國家行為剝奪人民權利時，該適用程序所可能造成該行為違法或不當之危險程度，是否有額外或可替代之程序保障機制，以及該機制所可達成之利益；第三，國家行為所追求之公共利益，包括其具體內涵及重要性，以及因採取上開額外或可替代之程序保障機制，所必須支付的財政負擔及行政成本等予以綜合考量。」²

依本席綜合聲請人及相關機關之論辯結果，本席認為系爭規定一本身以「偵查不公開」之目的，排除犯罪嫌疑人及其辯護人於偵查中羈押審查程序得閱覽卷宗及證據，其所欲追求者固屬重要公共利益，惟其手段已完全剝奪犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官聲請羈押之事實、理由及證據，對檢查官聲請羈押時，受羈押之犯罪嫌疑人竟無從得知相關資訊，其辯護人自亦無從為其辯護以免受羈押，固然與偵查不公開之目的具有實質關聯，然該手段過度侵害人民之人身自由及訴訟權，對於維持偵查不公開之目的，仍有其他手段可資使用，諸如獲知資訊之內容及方式加以若干限制，仍得於不危害偵查目的之情形下，准予閱覽相關卷宗及證物。是本席認為，單以系爭規定一即可推導出不符合憲法正當法律程

² 參見本席於本院釋字第 667 號解釋提出之不同意見書。

序原則及比例原則，應屬違憲；即便將系爭規定三一併納入審查，其本身亦與系爭規定一所設限制相同，亦屬違憲，而無須如多數意見將系爭規定一、三整體觀察後，始認與憲法正當法律程序之意旨不符。此外，本席亦不贊同多數意見逕以危害偵查目的及他人生命、身體之虞，於完全未予審查之前提下，對於同屬憲法所保障之人身自由，何以得因防止妨害他人人身自由，即可剝奪犯罪嫌疑人之人身自由，便認可據以限制或禁止犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由及其證據，而未就憲法比例原則加以具體審查。

釋字第七三七號解釋部分不同意見書

陳春生大法官提出

本號解釋認偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由；除有危害偵查目的等情況得予限制或禁止者外，並應使其獲知聲請羈押之有關證據，俾利其行使防禦權，始符憲法正當法律程序之要求；且其獲知之方式，不以檢閱卷證並抄錄或攝影為必要等之見解，本席敬表同意。惟關於本號解釋多數說採從「整體觀察」論證方式，認刑事訴訟法第三十三條第一項及同法第一百零一條第三項之規定，就偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人僅受告知羈押事由所據之事實，與本解釋意旨不符云云之論證方式，本席無法贊同，因為就本號解釋，應只對刑事訴訟法第一百零一條第三項規定，宣告其違憲即已足，爰提出部分不同意見書如下。

壹、以整體觀察作為系爭二規定違憲之論證方式並不適當，且無法使違憲審查之法理一貫

依本號解釋，偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人僅受告知羈押事由所據之事實，與本解釋意旨不符，其理由依據為「現行偵查階段之羈押程序是否滿足前揭憲法正當法律程序原則之要求，應綜合觀察刑事訴訟法相關條文而為判斷，不得逕以個別條文為之。」

對此本席認為，以刑事訴訟法之系爭二規定為綜合觀察而獲致違憲之論證方式並不適當。因為此將造成本號解釋之系爭二規定之是否均違憲？或各該規定達到如何程度之違

憲？等問題，並不清楚，且無法使違憲審查之法理一貫。敘述如下：

一、所謂整體觀察或綜合觀察之意涵不明

按刑事訴訟法第三十三條第一項規定：「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。」及同法第一百零一條第三項之規定：「第一項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄。」各有其不同之立法目的，則刑事訴訟法第三十三條第一項及同法第一百零一條第三項之規定究竟那一條違憲？或兩條均違憲？並不清楚。蓋第三十三條第一項之立法目的：「依刑事訴訟法第二百四十五條之規定，偵查不公開之，如許於偵查中選任之辯護人對於卷宗及證物檢閱、抄錄或攝影，則不僅實質上有損偵查不公開之原則，且難免影響偵查之正常進行，自不應准許。爰修正本條增列“在審判中”四字，以示辯護人檢閱卷宗證物及抄錄或攝影，以審判程序中者為限。」¹

而刑事訴訟法第一百零一條第三項之立法目的：「第一項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄，使之有就該事實辯明之機會」，其就偵查中羈押程序相關規定，明顯與同法第三十三條第一項之立法目的不同。

二、方法上，本案為何「整體觀察」之對象只就刑事訴訟法第三十三條第一項及同法第一百零一條第三項兩法條之兩項規定為限？為何不連結其他法條？其基準為何？刑事訴訟法第三十三條第一項之不足為法條規定只適用於「審判中」；相對地、刑事訴訟法第一百零一

¹ 立法院議案關係文書 71 年 6 月 12 日印發，院總第 161 號，政府提案第 2164 號第 16 頁。

條第三項之規定係就犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由及有關證據之「獲知方式」。而關於審判中之獲知方式，不只於刑事訴訟法第三十三條第一項，尚有其他相關規定，如下述。

三、「整體觀察」與刑事訴訟法第三十三條第一項

本院對於立法不作為或部分不作為之違憲審查，應以最嚴格之自制方式為之。本案只須審查刑事訴訟法第一百零一條第三項之「獲知方式」規定不足，即可達違憲審查之目的，因本條即已規定於偵查程序，不須將關於「審判中」規定之刑事訴訟法第三十三條第一項涉入。否則為何未將刑事訴訟法相關規範「審判中」之獲知方式之其他相關條文列入整體觀察之對象？例如，第一百六十四條（審判長應將證物提示當事人等、被告不解文書之意義者之告以要旨）、第一百六十五條第一項、第二項（審判長應向當事人等宣讀或告知筆錄及文書要旨、文書只限於閱覽不得宣讀、以及告以要旨）等列入？刑事訴訟法第三十三條第一項之立法過程，其規範範圍明確，屬對當事人授益性質，其規定四平八穩，不應因其適用範圍只限於審判中不及於偵查中而違憲。

四、「整體觀察」與刑事訴訟法第一百零一條第三項之規定

關於立法不作為或立法作為不足之審查，應以最嚴格自制、打擊最少方式為之，亦即若已有系爭規定，而其規範程度不足時，則以該立法之「部分不作為」規定作為違憲審查之切入點即為已足，不須再以整體觀察之不明確用語為依據，將未經嚴謹審查之其他規定，一併納入審查，並宣告其「整體違憲」，以免介入立法裁量之領域。刑事訴訟法第一

百零一條第三項之規定因與本號解釋之爭議（偵查中之證據、理由之適當獲知方式）密切相關，故審查其於偵查中之羈押程序，其所提供予犯罪嫌疑人及其辯護人之獲知方式是否適當，能否確保其有效行使防禦權即可。

貳、立法不作為之違憲審查

對於立法不作為之違憲審查，要比立法作為之審查其成立要件更嚴格。而本號解釋正是對於立法不作為或部分不作為之審查，違憲之宣告更應嚴格謹慎，以免介入立法裁量或立法形成自由之領域。本院有關立法裁量與違憲審查，亦即對立法作為與不作為之審查，敘述如下：

一、我國大法官自民國七十五年釋字第204號解釋²首次使用立法裁量用語以來，該語詞與其他用語如立法形成自由、立法政策事項、基於立法政策之考量、屬立法者之權限等，相當多號解釋採類似用語³。立法裁量之概念問題，即立法裁量概念上除立法作為之外，是否包括立法機關之不作為（或立法怠惰）？大法官對此之用語除立法裁量、立法形成自由外，包含立法政策。

若對照於行政法角度，行政裁量除指行政機關之積極行使外，應包含消極不行使⁴。立法裁量是否應與行政裁量概念

² 該號解釋乃就票據法中之刑罰規定是否違憲之問題為判斷，大法官認為：「票據法第一百四十一條第二項有關刑罰之規定，旨在防止發票人濫行簽發支票，確保支票之流通與支付功能，施行以來，已有被利用以不當擴張信用之缺失，唯僅係該項規定是否妥善問題，仍未逾立法裁量之範圍，與憲法第十五條及第二十二條尚無抵觸。」而兩年後之釋字第228號解釋，關於國家賠償法第13條有關有審判與追訴職務公務員之國家賠償責任規定之合憲性問題，大法官指出該規定係針對審判與追訴職務之特性所為之特別規定，尚未逾越「立法裁量」範圍，與憲法並無抵觸。

³ 例如本院釋字第204、228、299、302、315、337、369、370、377、392、445、468、472、477、495、502、517、550、554、560、587、611、639、653、664、666、673、697、698、699、709等號解釋。

⁴ 例如警械使用條例第4條規定，警察人員執行職務時，在一定條件下，得使用警刀或槍械。解釋上包括不使用警刀或槍械。我國行政程序法第10條關於裁量之規定雖看不出是否包含裁量不

同其意涵，可以討論，但其結果對司法審查權限影響很大，因為一般而言，司法對立法不作為之審查，必須比司法對立法積極作為行為審查有更為嚴格之根據。

二、本院釋字第四七七號解釋為關於立法不作為之司法審查問題，釋字第四七七號解釋從其解釋文內容看，似乎同時承認立法裁量之積極作為與不作為。有將立法裁量之不作為區分成部分之不作為與全然之不作為（全面的不作為），吾人亦接受此種區分。但釋字第四七七號解釋卻同時針對戒嚴時期人民受損權利回復條例中部分不作為之明定只適用於外患罪、內亂罪之案件，其餘案件不列入，係屬立法裁量範圍；相對地，關於該條例之適用對象，只限於受無罪之判決確定前曾受羈押或刑之執行者，本院認為係屬漏未規定（即立法怠惰或不作為）之情形，得請求國家賠償，其區別標準何在？可見並非容易區別。

三、釋字第七〇九號解釋

釋字第七〇九號解釋指出：都市更新條例第十條第一項有關主管機關核准都市更新事業概要之程序規定，「未設置適當組織」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及適時陳述意見之「機會」，與憲法要求之正當行政程序不符。同條例第十九條第三項前段規定，並「未要求」主管機關應將該計畫相關資訊，對更新單元內申請人以外之其他土地及合法建築物所有權人分別為「送達」，且「未規定」由主管機關以公開方式舉辦聽證，使利

行使，但行政訴訟法第 201 條規定，行政機關依裁量權所為之行政處分，以其作為或不作為逾越權限或濫用權力者為限，行政法院得予撤銷。

害關係人得到場以言詞為意見之陳述及論辯後，斟酌全部聽證紀錄，說明採納及不採納之理由作成核定，連同已核定之都市更新事業計畫，分別送達更新單元內各土地及合法建築物所有權人、他項權利人、囑託限制登記機關及預告登記請求權人，亦不符憲法要求之正當行政程序。上開規定均有違憲法保障人民財產權與居住自由之意旨。

本解釋一連使用「未設置適當組織」、「未確保」利害關係人知悉相關資訊及適時陳述意見之「機會」、「未要求」將該計畫相關資訊，分別為「送達」，且「未規定」公開方式舉辦聽證，斟酌全部聽證紀錄，說明採納及不採納之理由等，係從立法不作為或部分不作為角度，介入立法裁量。

然都市更新條例第十條第一項與同條例第十九條第三項乃屬都市更新程序過程之不同階段之程序，前者乃有關主管機關核准都市更新事業概要之程序規定；後者乃屬核定之都市更新事業計畫之程序規定，本院並未以「整體觀察」方式宣告其因立法不足而違憲，而係採取分別就該二法條為審查客體，其審查對象、基準與效力（違憲與否），清楚明確，而不似本號解釋之難以理解。

四、日本之案例

像過去日本一般均認為，若司法對立法不作為之合憲性加以審查，此不啻荒誕無稽（荒唐無稽）之行為。但現在學界、實務界則大體承認立法不作為也可能成為司法審查之對象。只是對於立法不作為要比立法作為其成立要件更嚴格，如須有立法義務存在、立法義務之違反須持續相當期間⁵。

⁵ 參考陳春生，論立法不作為之違憲審查－評「在外國日本國民選舉權之日本最高法院 2005 年

五、採「整體觀察」之論證方式，無法使違憲審查之法理一貫

就本號解釋，應只對刑事訴訟法第一百零一條第三項規定宣告其違憲即可，不須以「整體觀察」論證方式為之，即可促使立法者透過修法，整體檢討改進有關偵查羈押審查程序中之閱卷法制。因為如同理由書所示，使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由及相關證據方式，得包含採由辯護人檢閱卷證並抄錄或攝影之方式，或採法官提示、告知、交付閱覽相關卷證之方式，或採其他適當方式，要屬立法裁量之範疇。

基於刑事訴訟法第三十三條從其立法過程可知，其本來就只規範審判中，而排除偵查程序之檢閱卷證並抄錄或攝影之適用。既然獲知之方式不只限於檢閱卷證並抄錄或攝影之一種方式，則不致因本條限於審判中之檢閱卷證並抄錄或攝影之方式，而阻絕犯罪嫌疑人及其辯護人有效行使防禦權之其他所有手段，犯罪嫌疑人及其辯護人，仍能依刑事訴訟法規定之他種獲知方式行使防禦權，如刑事訴訟法第一百零一條第三項之羈押所據事實之被告知，並記載於筆錄，在本案中，只是該條規定之方式尚不足以使犯罪嫌疑人及其辯護人有效行使防禦權，故不符憲法正當法律程序之要求。反之，若本解釋認為，獲知之方式，只限於刑事訴訟法第三十三條規定之「辯護人得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影」方式為唯一方式，而排除其他所有適當方式，則以本條未及於偵查程序為由宣告違憲，前後方屬法理一致。

判決」，收於論法治國之權利保護與違憲審查，頁 287 以下。

參、結論

前已述及，本號解釋之主要意旨為在偵查中之羈押程序，應使犯罪嫌疑人及其辯護人能經由適當方式及時獲知據以聲請羈押之理由；並使其獲知聲請羈押之有關證據，俾利其有效行使防禦權，始符正當法律程序原則之要求。而其獲知之方式，亦不以檢閱卷證並抄錄或攝影為必要。本號解釋因牽涉立法不作為或部分不作為之違憲審查，故其審查必須嚴格與明確。對複數審查客體採所謂整體觀察或綜合觀察之論證方式，並不適當！本號解釋，應認為刑事訴訟法第三十三條第一項合憲，而只對刑事訴訟法第一百零一條第三項規定宣告其違憲即已足，不須以「整體觀察」論證方式為之，即可促使立法者透過修法整體檢討改進，以達到符合正當法律程序原則之要求。

釋字第七三七號部分不同意見書

吳陳銀大法官 提出

一、解釋文及理由書中，將刑事訴訟法中之「被告」一詞以「犯罪嫌疑人」代之，有違權力分立原則，不能贊同

解釋文中「本於憲法第八條及第十六條人身自由及訴訟權應予保障之意旨，對人身自由之剝奪尤應遵循正當法律程序原則。偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由；除有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，得限制或禁止者外，並使其獲知聲請羈押之有關證據，俾利其有效行使防禦權，始符憲法正當法律程序原則之要求。其獲知方式，不以檢閱卷證並抄錄或攝影為必要。」一段有關保障人民身體自由及訴訟權之意旨，固值贊同。惟解釋文及理由書中，以「犯罪嫌疑人」替代「被告」部分，係基於下列三項理由：一、刑事案件起訴前，憲法第八條稱之為「犯罪嫌疑人」，本件係釋憲案，基於憲法之高度，應以「犯罪嫌疑人」稱之；二、刑事案件起訴前，尚無被何人所告之事實，不應以「被告」稱之；三、日本於刑事案件起訴前，稱之為「被疑者」，我國亦應從之；且我國學者就檢察官偵查中，刑事訴訟法以「被告」稱之多所批評，認應以「犯罪嫌疑人」稱之，則難認同。理由如下：

(一) 憲法第八條規定：「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。(第一項)人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁時，其逮捕拘禁機關應將逮捕拘禁原因，以書面告知本人及其本人指定之親友，並至遲於二十四小時內移送該管法院審問。本人或他人亦得聲請該管法院，於二十四小時內向逮捕之機關提審。(第二項)法院對於前項聲請，不得拒絕，並不得先令逮捕拘禁之機關查覆。逮捕拘禁之機關，對於法院之提審，不得拒絕或遲延。(第三項)人民遭受任何機關非法逮捕拘禁時，其本人或他人得向法院聲請追究，法院不得拒絕，並應於二十四小時內向逮捕拘禁之機關追究，依法處理。(第四項)」雖有「犯罪嫌疑」一詞，但並無「犯罪嫌疑人」一詞。且人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁並不限於司法警察調查中或檢察官偵查中，因足認有犯罪嫌疑而經檢察官提起公訴(刑事訴訟法第二百五十一條第一項參照)，在未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪之審判中經法院通緝者，亦得逮捕之(刑事訴訟法第一百五十四條第一項、第八十五條、第八十七條參照)。故以刑事案件起訴前，憲法第八條稱之為「犯罪嫌疑人」，本件係釋憲案，基於憲法之高度，應以「犯罪嫌疑人」稱之之理由，顯屬無據。否則審判中基於同一理由，豈不亦應以「犯罪嫌疑人」稱之，僅於判決有罪確定後，始能以被告稱之。更何況憲法中

亦無「被告」一詞，則基於憲法高度之理由，是否整個刑事訴訟程序均不能將有犯罪嫌疑者及經審判證明有罪確定者稱之為「被告」？

(二) 我國刑事訴訟設有告訴、告發及請求之制度（刑事訴訟法第二百二十八條第一項、第二百三十二條至第二百四十三條參照），亦即刑事案件起訴前，即有可能發生某人被他人所告之情事，故以刑事案件起訴前，尚無被何人所告之事實，不應以「被告」稱之之理由，亦屬無據。

(三) 按日本憲法中亦無「被疑者」之稱呼¹，則基於憲法之高度，是否於日本刑事訴訟法中，亦不能使用「被疑者」之稱呼？又雖日本刑事訴訟法確有「被疑者」之稱呼（日本刑事訴訟法第二十七條等參照）²，但並非稱之為「犯罪嫌疑人」，另日本刑事訴訟法將我國刑事訴訟法中之「被告」稱之為「被告人」（日本刑事訴訟法第二條等參照）³，將我國刑事訴訟法中之「傳喚」、「拘提」、「羈押」分別稱之為「召喚」（日本刑事訴訟法第五十七條等參照）⁴、「勾引」（日本刑事訴訟法第五十八條等參照）⁵、「勾留」（日本刑事訴訟法第六十條等參照）⁶，除此之外，我國刑事訴

1 <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/S21/S21KE000.html>, last visited: April 25, 2016.

2 http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/idxselect.cgi?IDX_OPT=2&H_NAME=&H_NAME_YOMI=%82%af&H_NO_GENGO=H&H_NO_YEAR=&H_NO_TYPE=2&H_NO_NO=&H_FILE_NAME=S23HO131&H_RYAKU=1&H_CTG=1&H_YOMI_GUN=1&H_CTG_GUN=1, last visited: April 25, 2016.

3 同上註。

4 同上註。

5 同上註。

6 同上註。

訟法中之名詞與日本刑事訴訟法不同者不勝枚舉，自不得以日本於刑事案件起訴前，稱為「被疑者」，我國亦應從之為由，一定要將我國刑事案件檢察官偵查中之「被告」，稱之為「犯罪嫌疑人」。

- (四) 按法律中之名詞及訴訟制度之採擇，除有牴觸憲法之情事外，要屬立法形成自由之範疇。我國刑事訴訟法於司法警察官、司法警察調查中將調查對象稱為「犯罪嫌疑人」（刑事訴訟法第二十七條、第四十三條之一、第七十一條之一、第一百條之二、第一百條之三、第一百二十八條之一、第一百九十六條之一參照），於檢察官偵查中將偵查對象稱為「被告」（刑事訴訟法第三十四條之一、第三十六條、第七十一條、第七十七條、第八十二條、第八十五條、第八十七條、第九十三條第三項至第五項、九十三條之一第一項第七款、第一百零一條、第一百零三條等參照），並無牴觸憲法之情事，雖非不得檢討修正，但要屬立法形成自由之範疇，本院逕於解釋文及理由書中，將刑事訴訟法中之「被告」一詞以「犯罪嫌疑人」代之，有違權力分立原則，不能贊同。

二、解釋文中偵查中之羈押審查程序，例外得限制或禁止被告及其辯護人獲知聲請羈押有關證據之情形，限於有事實足認有危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，於有危害國家安全之虞或有其他較私益更需保護之重大公共利益需維護之情形時，未予一併納入予以限制或禁止，亦無法贊同

查科技之進步及國際交流之頻繁，犯罪之手法不斷翻新，跨國性及組織性之犯罪亦層出不窮，可能對他人自由形成重大危害或造成緊急危難之狀況或嚴重危害社會秩序及公共利益，因此許多國家就刑事案件卷證之接近（access to case file）或證據之揭露（discovery），除就本解釋文予以限制或禁止之情形，亦予限制或禁止外，尚就其他必要之情形，予以限制或禁止，例如美國聯邦刑事訴訟規則（Federal Rules of Criminal Procedure）第十六條 d 項規定，法院基於正當理由（good cause），得拒絕、限制或延後證據之揭露或檢視⁷；又如紐西蘭二〇〇八年刑事證據揭露法（Criminal Disclosure Act 2008）第十六條第一項 a 款、b 款及 d 款至 k 款規定，依該法原應揭露予被告之資訊，於下列情形，檢察官仍得不予揭露：（一）揭露可能危害法律秩序之維持，包括預防、偵查及發現犯罪；（二）揭露可能危害任何人之安全；（三）有關臥底偵查人員之資訊；（四）有關秘密證人之資訊；（五）有關證人住址之資訊；（六）揭露可能危害國家安全、國防或政府之國際關係；（七）揭露可能危害外國、外國政府機關或國際組織基於信賴關係所交付之資訊；（八）揭露資訊可能促成觸犯其他犯罪；（九）揭露資訊會構成藐視法庭或藐視國會；（十）基於證據法則任何可以拒絕證言之情形⁸；

7 Rule 16 of the Federal Rules of Criminal Procedure of the United States of America, Discovery and Inspection (d)(1) provides that: '(d) Regulating Discovery. (1) Protective and Modifying Orders. At any time the court may, for good cause, deny, restrict, or defer discovery or inspection, or grant other appropriate relief. The court may permit a party to show good cause by a written statement that the court will inspect ex parte. If relief is granted, the court must preserve the entire text of the party's statement under seal.' Available at: <http://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title18/title18a/node35&edition=prelim>, last visited: April 21, 2016.

⁸ 我國刑事訴訟法規定證人得拒絕證言之情形，參見第一百七十九條至第一百八十一條及第一百八十二條。

(十一)揭露資訊將牴觸其他法律⁹。另如蘇格蘭二〇一〇年刑事司法及證照法(Criminal Justice and Licensing (Scotland) Act 2010)第一百二十二條第二項至第四項規定，任何可能有關有利或不利被告資訊之詳細內容雖均應向被告揭露，但檢察官毋庸揭露敏感性資訊(sensitive information)之詳細內容，所謂敏感性資訊，係指如揭露會發生下列風險：(一)導致任何人嚴重之傷害或死亡；(二)妨害或阻止犯罪之預防、發現、偵查或追訴；(三)導致嚴重危害公共利益¹⁰。

⁹ Section 17 of the Criminal Disclosure Act 2008 of New Zealand, ‘Reasons for withholding information’ provides that:

‘(1)A prosecutor may withhold any information to which the defendant would otherwise be entitled under this Act if—

(a)disclosure of the information is likely to prejudice the maintenance of the law, including the prevention, investigation, and detection of offences;

(b)disclosure of the information is likely to endanger the safety of any person; or

...

(d)the information is subject to sections 108 and 109 of the Evidence Act 2006 (which relates to information about undercover police officers); or

(e)the information is subject to a pre-trial witness anonymity order under section 110 of the Evidence Act 2006 or a witness anonymity order under section 112 of the Evidence Act 2006; or

(f)the information is subject to section 16 of the Victims Rights Act 2002 (which relates to information about witnesses’ addresses); or

(g)the disclosure of the information would be likely to prejudice—

(i)the security or defence of New Zealand or the international relations of the Government of New Zealand; or

(ii)the entrusting of information to the Government of New Zealand on a basis of confidence by the government of any other country or any agency of such a government or any international organisation; or

(h)disclosure of the information would be likely to facilitate the commission of another offence; or

(i)disclosure of the information would constitute contempt of court or contempt of the House of Representatives; or

(j)the information could be withheld under any privilege applicable under the rules of evidence; or

(k)disclosure of the information would be contrary to the provisions of any other enactment;...’
Available at: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2008/0038/latest/DLM1378869.html>, last visited: April 22, 2016.

¹⁰ Section 122 of the Criminal Justice and Licensing (Scotland) Act 2010, ‘Disclosure of other information: solemn cases’ provides that:

解釋文中偵查中之羈押審查程序，例外得限制或禁止被告及其辯護人獲知聲請羈押有關證據之情形，僅限於有事實足認有危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，於有危害國家安全之虞或有其他較私益更需保護之重大公共利益需維護之情形時，未予一併納入予以限制或禁止。則縱於有危害國家安全之虞或有其他較私益更需保護之重大公共利益需維護之情形，亦不得以法律限制或禁止被告及其辯護人獲知聲請羈押有關證據，否則依本解釋即屬有違憲法正當法律程序原則之要求，就私益保障與重大公益維護間之衡酌，有欠允當，亦難贊同。

三、解釋文中，隱含刑事訴訟法第三十三條第一項可能違憲之意旨，亦難贊同

按刑事訴訟法第三十三條第一項規定：「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。」係規範起訴後審判程序中辯護人之閱卷，而非規範偵查程序之閱卷，並無違憲法第八條、第十六條規定及正當法律程序原則。解釋文中『刑事訴訟法第三十三條第一項規定：「辯護人於審判中得檢閱

'...(2)As soon as practicable after complying with the requirement, the prosecutor must disclose to the accused details of any information which the prosecutor is not required to disclose under section 121(2)(b) but which may be relevant to the case for or against the accused.

(3)The prosecutor need not disclose under subsection (2) details of sensitive information.

(4)In subsection (3), “sensitive”, in relation to an item of information, means that if it were to be disclosed there would be a risk of—

(a)causing serious injury, or death, to any person,

(b)obstructing or preventing the prevention, detection, investigation or prosecution of crime, or

(c)causing serious prejudice to the public interest.’ Available at:

<http://www.legislation.gov.uk/asp/2010/13/section/122>, last visited: April 23, 2016.

卷宗及證物並得抄錄或攝影。」同法第一百零一條第三項規定：「第一項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄。」整體觀察，偵查中之犯罪嫌疑人或辯護人僅受告知羈押事由所據之事實，與上開意旨不符。』一段，隱含刑事訴訟法第三十三條第一項可能違憲之意旨，與解釋文前段「本於憲法第八條及第十六條人身自由及訴訟權應予保障之意旨，對人身自由之剝奪尤應遵循正當法律程序原則。偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由；除有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，得限制或禁止者外，並使其獲知聲請羈押之有關證據，俾利其有效行使防禦權，始符憲法正當法律程序原則之要求。其獲知之方式，不以檢閱卷證並抄錄或攝影為必要。」僅指摘刑事訴訟法第一百零一條第三項規定規範不足，不相契合，亦不能贊同。

四、解釋理由書中「相關機關於修法時，允宜併予考量是否將強制辯護制度擴及於偵查中羈押審查程序」部分，違反權力分立原則，亦無法贊同

按我國憲法並未如同美國¹¹或日本憲法¹²設有刑事被告有

¹¹ Amendment VI of the Constitution of the United States of America states that: 'In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to...have the Assistance of Counsel for his defence.' Available at: <http://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/frontmatter/organiclaws/constitution&edition=prelim>, last visited: April 27, 2016.

¹² 日本国憲法（昭和二十一年十一月三日憲法）第三十七條「...3 刑事被告人は、いかなる場合にも、資格を有する弁護人を依頼することができる。被告人が自らこれを依頼することができないときは、国でこれを附する。」Available at: <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/S21/S21KE000.html>, last visited: April 27, 2016.

獲得律師辯護之權利之明文。且「憲法第十六條所規定之訴訟權，係以人民於其權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內容。而訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，則由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的，以及訴訟制度之功能等因素，以法律為正當合理之規定。」「憲法第十六條保障人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利，至訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，應由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的，以及訴訟制度之功能等因素，以法律為正當合理之規定。」「憲法第十六條規定人民有訴訟之權，旨在確保人民得依法定程序提起訴訟及受公平之審判。至於訴訟救濟應循之審級制度及相關程序，立法機關自得衡量訴訟性質以法律為合理之規定。」已經本院釋字第五七四號、第五一二號、第四四二號解釋文分別釋明在案。而「憲法第十六條固規定人民有訴訟之權，惟此項權利應依如何之程序行使，…使司法訴訟程序之利用臻於合理，屬立法裁量問題，應由立法機關以法律妥為規定。」亦經本院釋字第三〇二號解釋理由書敘明在案。故是否將強制辯護制度擴及於偵查中羈押審查程序，應由立法機關衡酌訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的、訴訟制度之功能及訴訟程序之合理利用等因素，以法律為正當合理之規定，屬立法裁量之範疇，解釋理由書中「相關機關於修法時，允宜併予考量是否將強制辯護制度擴及於偵查中羈押審查程序」部分，指示相關機關修法宜考量之事項，違反權力分立原則，亦無法贊同。