

釋憲補充理由（參）

案號：會台字第 11617 號

| | |
|-------|------------|
| 聲請人 | 賴素如 李宜光 |
| 聲請代理人 | 尤伯祥律師 |

目 錄

| | | |
|----|---|------|
| 壹、 | 本案所涉之違憲疑義 | p.5 |
| 貳、 | 系爭規定侵犯聲請人李宜光律師工作權之部分 | p.6 |
| 一、 | 刑事訴訟法第 33 條第 1 項規定閱卷權之權利主體限於辯護人，並僅有審判階段始得行使，偵查階段則不得閱卷 | p.6 |
| 二、 | 律師之工作權遭刑事訴訟法第 33 條第 1 項不法侵害 | p. 7 |
| | （一）充任辯護人為律師之重要業務，而為其憲法上工作權所保障 | p. 7 |
| | （二）無論是偵查或審判階段，辯護人均須經由閱卷掌握案情，始能妥善執行辯護業務，故閱卷權為律師之工作權所保障 | p.8 |

| | |
|--|-------|
| （三） 律師依其憲法上工作權，於偵查階段亦有閱卷權，始得妥善執行辯護業務。刑事訴訟法第 33 條第 1 項規定辯護人之閱卷權限於審判程序中始得行使，已剝奪律師辯護人在偵查階段之閱卷權，侵害律師之工作權 | p. 15 |
| 三、 系爭規定違反禁止剝奪基本權原則 | p. 16 |
| 四、 刑事訴訟法第 33 條第 1 項規定違反比例原則 | p. 17 |
| （一） 偵查不公開為剝奪辯護人偵查階段閱卷權的立法目的 | p. 17 |
| （二） 為維護偵查不公開而剝奪辯護人在偵查階段的閱卷權，並非侵害最小之手段 | p. 18 |
| （三） 刑事訴訟法第 33 條第 1 項規定違反憲法第 23 條比例原則，違憲 | p. 33 |
| 參、 系爭規定違憲侵害聲請人賴素如訴訟權 | p. 34 |
| 一、 系爭規定侵害被告之訴訟權 | p. 34 |
| （一） 剝奪有辯護人之被告，經由辯護人閱卷獲悉卷證內容，據以有效防禦之權利 | p. 34 |
| （二） 無辯護人之被告同有根據卷證內容實施有效防禦之需求，刑事訴訟法第 33 條第 1 項剝奪其經由自行閱卷獲悉案情之權利 | p. 35 |

(三) 辯護人因不知案情，幾無從在偵查階段為被告有效辯護，致被告倚賴辯護人之權利亦受侵害 p. 37

二、 剝奪被告偵查階段自行閱卷之權利，違反比例原則 p. 38

(一) 刑事訴訟法第 33 條第 1 項將閱卷權之主體限於辯護人，係為避免被告藉閱卷毀損卷證之風險 p. 38

(二) 為免卷證遭被告破壞或滅失，得以影印或攝影之方式交付卷宗資料，通案禁止被告取得卷證資料，並非侵害最小之手段 p. 38

(三) 為調和無辯護人被告之閱卷權與偵查不公開原則之衝突，得採取個案裁量限制之方式，立法通案剝奪其閱卷權並非侵害最小之手段 p. 40

三、 刑事訴訟法第 33 條第 1 項同時違反正當法律程序 p. 43

(一) 依正當法律程序原則，只要檢警傳訊、拘提或逮捕、聲押乃至搜索被告，刑事訴訟法即應確保被告得以主體地位防禦來自國家之攻擊 p. 43

(二) 所謂以主體地位防禦來自國家之攻擊，意味被告至少須得自主決定其命運，並依武器平等原則與國家立於對等地位 p. 44

(三) 現行偵查程序本有強烈糾問特色，剝奪被告暨其辯

護人於偵查階段之閱卷權，致偵查形同秘密審判，被告
淪為檢警得藉資訊優勢擺布之客體 p. 46

四、 刑事訴訟法第 33 條第 1 項規定違反比例原則，同時違反
憲法所保障之正當法律程序，故而違憲 p. 51

壹、 本案所涉之違憲疑義

- 一、按刑事訴訟法第 33 條第 1 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」；其修正理由並謂：「依刑事訴訟法第 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」。可見刑事訴訟法第 33 條第 1 項限「辯護人」僅得於「審判中」檢閱卷宗及證物。
- 二、充任辯護人係律師重要業務，且係律師完成保障人權、實現社會正義及促進民主法治等，律師法第 1 條第 1 項所定公益使命之主要途徑。通過閱卷權獲悉案情乃辯護制度必要之內涵，同時亦係辯護人提供被告實質有效辯護不可或缺之前提，此於審判或偵查並無二致。故，刑事訴訟法第 33 條以偵查不公開為由全面禁止辯護人在偵查中閱卷，已侵犯律師受憲法第 15 條保障之工作權，而違反憲法第 23 條比例原則。
- 三、刑事被告為行使其受憲法第 16 條所保障之訴訟上防禦權，亦須對其所涉案情有充分理解，故其獲悉與案情有關資訊之權利，亦同受訴訟權所保障，此於審判階段與偵查階段，並無分殊。

刑事訴訟法第 33 條限辯護人在審判階段始得閱卷，完全剝奪刑事被告之資訊獲取權，亦已違反憲法第 8 條正當法律程序原則。

貳、 系爭規定侵犯聲請人李宜光律師工作權之部分

一、 刑事訴訟法第 33 條第 1 項規定閱卷權之權利主體限於辯護

人，並僅有審判階段始得行使，偵查階段則完全不得閱卷：

雖學者有基於被告之防禦權，而認刑事訴訟法第 33 條規定解釋上並不能當然逕認辯護人於偵查中不得閱卷者¹。惟現行實務（例如本件確定終局裁判之臺灣高等法院 102 年度偵抗字第 616 號刑事裁定）卻因本項文義與立法理由：「依刑事訴訟法第 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」，而認辯護人之閱卷權限於審判程序始得行使，完全剝奪辯護人於偵查中之閱卷權。

¹ 陳運財，〈論偵查不公開之適用範圍及其例外〉，《全國律師》第 13 卷第 9 期，2009 年 9 月，頁 30（附件參-1）；對於實務針對刑事訴訟法第 33 條第 1 項規定採用反面解釋而限於僅有「辯護人」於「審判中」方有閱卷權的質疑，詳參 楊雲驊，〈閱卷權的突破——以歐洲人權法院近年來數個判決為例〉，《人權之跨國性司法實踐——歐洲人權裁判研究（一）》，元照出版社，2007 年 9 月，頁 111-114（附件參-2）。

二、 律師之工作權遭受刑事訴訟法第 33 條第 1 項不法侵害：

（一）充任辯護人為律師之重要業務，而為其憲法上工作權所保障：

依刑事訴訟法第 29 條：「辯護人應選任律師充之。但審判中經審判長許可者，亦得選任非律師為辯護人」之規定，能在刑事訴訟程序擔任辯護人者，原則上限於律師。雖上開規定授權審判長得許可選任非律師為辯護人，惟目前實務上幾未之見，選任辯護人莫非律師，而放眼世界，擔任辯護人亦在傳統上係律師之主要業務。按，人民之工作權受憲法第 15 條所保障，其內涵包括選擇及執行職業之自由，鈞院釋字第 682 號解釋理由書著有明文。準此，憲法第 15 條之工作權既保障人民選擇律師為其職業之自由，自亦保障律師得以充分、有效執行其業務，從而刑事訴訟法第 29 條既以律師為選任辯護人之主要來源，則充任辯護人自屬律師之業務，進而受執行職業之自由所保障。揆諸刑事訴訟法第 29 條之所以規定應以律師充任辯護人為原則，無非因律師為法律專業人員，得其協助被告斯能與作為法律專家之檢察官擷抗，並能向法院與檢察官辨明其嫌疑而為有效之防禦，進而無罪推定原則、公平法院之理念等正當法律程序之基本價值，方能實現。故律師充任辯護人之業務，不僅攸關律師之生計及生存，更是上開憲法基本價值之屏障，

而有重大之公益性質。再觀辯護人於訴訟程序中的角色定位，目前多認為並非屬單方且被動的作為被告利益之代理人，而是立於被告一側並作為整個司法體系中自主獨立的司法機關（單元）²。故辯護人雖對被告負有忠誠及保密義務，但基於此一獨立訴訟程序上機關之定位，辯護人亦被刑事訴訟法要求擔當促進公益與司法程序機能之角色，辯護人亦同時負有真實義務，不得故為虛偽陳述或使用明知虛偽之證據或資料（律師法第 28 條及第 29 條參照）。由此益見，律師充任辯護人之業務確具有明顯重大之公益性，故除非有更為重大之公益理由，否則不得對律師執行此項業務恣行限制。

（二）無論是偵查或審判階段，辯護人均須經由閱卷掌握案情，始能妥善執行辯護業務，故閱卷權為律師之工作權所保障：

1. 現代法治國家的刑事程序，非但承認被告乃是程序主體，因而推定被告無罪，並為保障被告得以有效防禦國家對其之不利指控，賦予被告得隨時選任辯護人之權利（刑事訴訟法第 27 條第 1 項），因此辯護人毋寧是被告在法治國家受無罪推定之保證人³，且上開規定既無分審判或偵查，則

² 林鈺雄，《刑事訴訟法（上）》，元照出版社，2005 年 9 月，頁 191。（附件參-3）

³ Claus Roxin 著、吳麗琪譯，《德國刑事訴訟法》，三民書局出版，1998 年 11 月，頁 170。（附件參-4）

偵查中之辯護人自亦同有保障被告受無罪推定之任務。

2. 辯護人基於其辯護職務，首先即應提供其當事人法律意見。而此法律意見不僅是協助被告維護其在訴訟程序上所應享有之權利，同時亦須為被告清楚說明並分析相關的實體法之適用情形，如：主張被告並無不法所有之意圖、其行為乃出於正當防衛或緊急避難或被告認知屬於不可責之違法性錯誤等等。基此對被告在程序與實體上之照護義務，辯護人在必要時亦應主動調查，以幫助其當事人，如：辯護人得主動調查並勘驗犯罪現場、訪查有利被告之證人、為被告之利益委請專家製作私人之鑑定報告等（即律師法第 23 條之忠實搜證探究案情之義務）。
3. 辯護人為善盡前述職責，不能不充分知悉案情，否則既無從督促檢察官或法院遵守正當法律程序並維護被告之程序上權利，也無從依據案情判斷自己之陳述或辯護主張是否合於真實義務，更難以依據案情提供正確之法律建議予當事人，遑論為當事人搜求有利之證據資料？此項規定為妥善執行辯護職務而生之對案件資訊的需求，無分審判與偵查，均無二致，否則不啻謂偵查中辯護人不負保護被告受無罪推定之任務，亦不負任何真實義務。

4. 現行刑事訴訟法乃以賦予辯護人閱卷權之方式，滿足律師獲取有效執行辯護職務所需案情資訊。惟被告無分偵查或審判既均得選任辯護人，且對辯護品質之需求亦不分偵查或審判而有不同，則於偵查階段即無不許辯護人經由閱卷獲取有效辯護所需資訊之理。從而無分偵查階段或審判階段，辯護人均應享有閱卷權，否則無以期待偵查中之辯護品質能與審判階段等量齊觀。尤有甚者，在偵查中剝奪辯護人之閱卷權，迫使辯護人必須在未能充分了解案情的情況下為當事人辯護，常須在憑空揣想或臆測之情況下建立其辯護主張或策略，致偵查階段之辯護職務工作形同走在鋼索之上，不但未能有效協助防禦，致被告有被無辜起訴甚至定罪之虞，且亦常使國家浪費偵查資源以證明辯護人錯誤之辯護主張並無可取，是於私於公皆有損害。
5. 我國於 2009 年以〈公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法〉內國法化之《公民與政治權利國際公約》（International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR，下稱公政公約）第 14 條第 3 項規定：「在遭任何刑事控訴時，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...」。參以聯合國第八屆預防犯罪和罪犯待遇大會於 1990 年通過之《關於律師作用之基本準則》(Basic Principles on the Role of Lawyers) 第 1 條：「所有的人都有權請求由其選擇的一名律師協助保護和確立其權利並在刑事訴訟的各個階段為其辯護。」之規定，可見公政公約第 14 條第 3 項所保障之受辯護人協助之權利，於刑事訴追之所有階段均存在，無分審判或審前之偵查階段。再觀聯合國人權事務委員會及經濟社會文化權利委員會第 13 號一般性意見 (general comments)：「第三項第二款規定，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。『充分時間』視每個案件的情況而定，『便利』必須包括被告取得準備答辯所需的文件及其他證據，以及有機會聘僱辯護人和他聯絡。當被告不欲親自答辯，或要求他自己選擇的人或組織替自己辯護，他應可在這方面得到辯護人的協助。此外，該款規定，辯護人應可在充分保密的情況下與被告聯絡。辯護人應能按照其公認的專業標準及判斷，代表其委託人給予法律指導；他不應受到任何方面的任何限制、影響、壓力或不當的干擾」之見解，亦認公政公約第 14 條第 3 項所稱之充分便利，乃辯

護人按公認之專業標準及其專業上判斷而予當事人法律上指導之必要條件。上開意見雖依公政公約第 14 條第 3 項之文義而謂「被告」能取得準備答辯所需之文件及其他證據，始稱已獲準備答辯所需之便利，惟該項規定既以被告能獲此便利並能與辯護人聯絡交通為其答辯之前提，則自亦同時寓有保障辯護人獲悉此等文件及證據之意思。從而，綜上可見，無論是在審判或偵查階段，辯護人之閱卷權均應實現，其方能按照公認的專業標準及其專業判斷，給予當事人答辯所需之法律指導，此項權利不應受到任何方面的任何限制、影響、壓力或不當的干擾。由此益見，無論是審判或偵查階段，閱卷權均係律師妥善執行辯護人職務，完成憲法寄予辯護制度之公益任務的必要條件，自應為律師執業執行之核心範疇，而為工作權所保障。

6. 參以德國刑事訴訟法（Strafprozessordnung, StPO）第 147 條：「辯護人有權檢閱存在於法院或若在起訴的情況下應呈給法院的文件，同時亦可檢閱依職權保存之證據（第一項）。當檢察官尚未做出偵查程序終結的處分前，若閱卷有可能危害到偵查目的時，可以拒絕辯護人對全部或一部卷宗的閱覽及對依職權保存證據的檢視。縱然如第一句所

規定之條件，如被告在羈押之情形下或被告遭暫時逮捕而檢察官聲請羈押時，檢察官仍須以適當之方式，使辯護人能獲知有助於判斷此種限制被告自由措施合法性所需之基本資訊；在此種情形下，原則上應以閱卷方式保障之。

（第二項）訊問被告時或法院實施調查行為時，許可或應許可辯護人在場所製作之筆錄，及鑑定人之鑑定書，在訴訟上均不得拒絕辯護人檢閱。（第三項）如無重大之反對理由存在，辯護人得聲請將證物以外之卷宗攜往其事務所或住所檢閱。對於此項聲請所為之裁定，不得提起抗告。

（第四項）關於檢閱卷宗之許可，除在偵查程序中與有法律效力終結程序之後，由檢察官為之，其餘由本案繫屬法院之審判長決定之。若檢察官在為偵查終結註記後拒絕閱卷請求，或該請求有本條第 3 項之情形，或被告處於不自由之情形，得向依第 162 條規定之管轄法院請求救濟。第 297 至 300 條、第 302 條、第 306 至 309 條、第 311 條 a 與第 473 條 a 準用之。若公開可能危及到偵查目的，該裁定得不附理由。（第五項）若作為閱卷禁止的理由先前並未消失，檢察官最遲於偵查程序終結前得以撤銷該處分。一經通知辯護人，則其閱卷權即不再受到限制。（第六

項) 對於無辯護人的被告，因訴訟防禦上所必須，在不危害調查目的及其他刑事程序，且不妨礙第三人值得保護的利益的情況下，得依據其申請答覆卷宗內容並給予副本。

本條第 2 項第 2 句前段、第 5 項及第 477 條第 5 項準用之。(第七項)」⁴規定，可知德國無論在偵查階段或審判階段，辯護人皆享有閱卷權，且該閱卷權之範圍，原則上須讓辯護人獲得毫無缺漏之資訊。因基於辯護人之真實義務與對被告的保護義務，決定何種資料與訴訟相關以及擬定

⁴ Strafprozeßordnung (StPO) § 147: “(1) Der Verteidiger ist befugt, die Akten, die dem Gericht vorliegen oder diesem im Falle der Erhebung der Anklage vorzulegen wären, einzusehen sowie amtlich verwahrte Beweisstücke zu besichtigen.

(2) Ist der Abschluss der Ermittlungen noch nicht in den Akten vermerkt, kann dem Verteidiger die Einsicht in die Akten oder einzelne Aktenteile sowie die Besichtigung von amtlich verwahrten Beweisgegenständen versagt werden, soweit dies den Untersuchungszweck gefährden kann. Liegen die Voraussetzungen von Satz 1 vor und befindet sich der Beschuldigte in Untersuchungshaft oder ist diese im Fall der vorläufigen Festnahme beantragt, sind dem Verteidiger die für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung wesentlichen Informationen in geeigneter Weise zugänglich zu machen; in der Regel ist insoweit Akteneinsicht zu gewähren.

(3) Die Einsicht in die Niederschriften über die Vernehmung des Beschuldigten und über solche richterlichen Untersuchungshandlungen, bei denen dem Verteidiger die Anwesenheit gestattet worden ist oder hätte gestattet werden müssen, sowie in die Gutachten von Sachverständigen darf dem Verteidiger in keiner Lage des Verfahrens versagt werden.

(4) Auf Antrag sollen dem Verteidiger, soweit nicht wichtige Gründe entgegenstehen, die Akten mit Ausnahme der Beweisstücke zur Einsichtnahme in seine Geschäftsräume oder in seine Wohnung mitgegeben werden. Die Entscheidung ist nicht anfechtbar.

(5) Über die Gewährung der Akteneinsicht entscheidet im vorbereitenden Verfahren und nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens die Staatsanwaltschaft, im Übrigen der Vorsitzende des mit der Sache befassten Gerichts. Versagt die Staatsanwaltschaft die Akteneinsicht, nachdem sie den Abschluss der Ermittlungen in den Akten vermerkt hat, versagt sie die Einsicht nach Absatz 3 oder befindet sich der Beschuldigte nicht auf freiem Fuß, so kann gerichtliche Entscheidung durch das nach § 162 zuständige Gericht beantragt werden. Die §§ 297 bis 300, 302, 306 bis 309, 311a und 473a gelten entsprechend. Diese Entscheidungen werden nicht mit Gründen versehen, soweit durch deren Offenlegung der Untersuchungszweck gefährdet werden könnte.

(6) Ist der Grund für die Versagung der Akteneinsicht nicht vorher entfallen, so hebt die Staatsanwaltschaft die Anordnung spätestens mit dem Abschluß der Ermittlungen auf. Dem Verteidiger ist Mitteilung zu machen, sobald das Recht zur Akteneinsicht wieder uneingeschränkt besteht.

(7) Dem Beschuldigten, der keinen Verteidiger hat, sind auf seinen Antrag Auskünfte und Abschriften aus den Akten zu erteilen, soweit dies zu einer angemessenen Verteidigung erforderlich ist, der Untersuchungszweck, auch in einem anderen Strafverfahren, nicht gefährdet werden kann und nicht überwiegende schutzwürdige Interessen Dritter entgegenstehen. Absatz 2 Satz 2 erster Halbsatz, Absatz 5 und § 477 Abs. 5 gelten entsprechend.” (附件參-5)

何種訴訟策略乃是辯護人之責任，而非檢察官或法院。由德國之立法例可知，國家在偵查階段固有因偵查密行而須以偵查不公開加以保護之利益，惟仍不得凌駕於辯護人之閱卷權，因此德國之辯護人於偵查中亦得閱卷，檢察官或法院僅得於必要時例外限制之。從而由此比較法上之觀察，益證辯護人之閱卷，縱於偵查亦無任何窒礙難行之處。

7. 綜上，充任辯護人並基於辯護人之職責而閱卷，乃律師職業自由行使之範疇，而為憲法第 15 條工作權所保障。無論從當代法治國賦予辯護制度落實無罪推定與促進刑事程序正當進行之目的，或是辯護人因係獨立之刑事程序上機關而被課予之真實義務而言，均可見得辯護人無論在偵查或審判階段，均須經由閱卷始能妥善執行辯護職務，已是普世性之認知，而為公政公約乃至關於律師作用之基本準則等國際人權規範所是認，且在比較法上亦有德國立法例可徵偵查不公開並不能成為辯護人不得於偵查中閱卷之理由。從而，偵查階段辯護人亦應享有閱卷權，實無庸置疑。

（三）綜上，律師依其憲法上工作權，於偵查階段亦有閱卷權，始得

妥善執行辯護業務。刑事訴訟法第 33 條第 1 項規定辯護人之閱卷權限於審判程序中始得行使，已剝奪律師辯護人在偵查階段之閱卷權，侵害律師之工作權。

三、 刑事訴訟法第 33 條第 1 項規定違反禁止剝奪基本權原則：

- (一) 按德國基本法第 19 條第 2 項：「基本權利之實質內容絕不能受侵害」，明文限制國家對於基本權利的限制，不得觸及基本權利內涵的核心領域或本質內容（Wesengehalt），乃至於完全剝奪其基本權利，德國學說上認為係一種「基本權利限制的制限」（Schränken-Schränken）。要求立法者對基本權利限制的不得侵犯其核心內容，乃為防止基本權被立法者或立法者授權的行為所「空洞化」或「連根拔掉」⁵，是以對每個基本權利的限制，皆會有「最起碼留存」的部分，以免遭國家行為掏空殆盡，並以此作為人格尊嚴之表徵⁶。鈞院在釋字第 550 號解釋理由書：「地方自治團體受憲法制度保障，其施政所需之經費負擔乃涉及財政自主權之事項，固有法律保留原則之適用，於不侵害其自主權核心領域之限度內，基於國家整體施政需要，中央依據法律使地方分擔保險費之補助，尚非憲法所不許。前述所謂核

⁵ 吳庚，《憲法的解釋與適用》，三民書局，2003 年 9 月，頁 165。（附件參-6）

⁶ 法治斌、董保城，《中華民國憲法》，國立空中大學，1996 年 8 月，頁 135-136。（附件參-7）

心領域之侵害，指不得侵害地方自治團體自主權之本質內容，致地方自治團體之制度保障虛有化」即已揭示核心領域或本質內容不得侵害之憲法意旨，並據此作為違憲審查之基準，而於該號解釋為違憲之宣告。

（二）閱卷權係辯護人為當事人進行實質有效辯護之必要制度前提，已如前述。從而對於充任辯護人之律師而言，閱卷權即屬律師妥善執行辯護業務所必要之前提條件，進而與律師之執業品質與信譽息息相關。如前所述，充任辯護人在傳統上係律師之主要業務，因此攸關律師辯護業務品質及信譽之閱卷權，自位於律師工作權之核心。因此，刑事訴訟法第 33 條第 1 項對於偵查程序中閱卷權的剝奪，使律師辯護人難於偵查中提供被告實質、有效辯護，致辯護工作嚴重的形骸化與空洞化，已侵犯到律師從事辯護業務之本質內容。故禁止辯護人於偵查中閱卷，形同剝奪辯護人提供實質、有效辯護之權利，導致律師之工作權名存實亡，基於核心領域限制禁止之原則，自為憲法所不許。

四、 刑事訴訟法第 33 條第 1 項規定違反比例原則：

（一）偵查不公開為剝奪辯護人偵查階段閱卷權的立法目的：

刑事訴訟法第 33 條第 1 項規定之立法理由明謂：「依刑事訴

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」。是以，立法者所為之限制目的即為，一、維護偵查不公開；二、確保偵查之進行。

(二) 為維護偵查不公開而剝奪辯護人在偵查階段的閱卷權，並非侵害最小之手段：

1. 偵查不公開兼有保障偵查階段檢警資訊優勢及被告名譽之目的：

關於偵查不公開之規範目的，民國 89 年修正刑事訴訟法第 245 條第 3 項之立法理由指出：「...本條第一項規定偵查不公開之，其主要立法意旨，無非在確保無罪推定之落實。...避免未經正式起訴審判程序即公布犯罪嫌疑人涉嫌犯罪之資訊，對未經定罪嫌疑人之名譽造成難以彌補之傷害，況偵查程序有關之資訊若經不當公開，對於被告即犯罪嫌疑人以外之人，如證人、被害人、告訴人、告發人及相關人員之名譽、隱私及其他合法權益，亦有侵害之虞，

不得不有嚴格限制。」是故，偵查不公開除了確保檢警之資訊優勢以維護偵查程序正常進行之目的，同時亦有確保落實無罪推定，保障被告及相關人等之名譽與隱私權益。

2. 辯護人在偵查階段閱卷，與偵查不公開保障被告名譽之目的並無扞格，故為此目的而禁止辯護人在偵查階段閱卷，有違適當性原則：

偵查不公開之所以欲保障被告之名譽，按其理由說明乃為避免被告於正式起訴前名譽因偵查活動而受有難以彌補之傷害，是偵查不公開亦寓有保護被告之內涵，非僅追求國家之追訴利益而已。辯護人受被告之委任，因而就其所知之案情資訊，依律師倫理規範之要求，負有保密義務，因此辯護人經閱卷獲悉之資訊本即應三緘其口，非得當事人同意，不得外洩，從而無論是在偵查或審判階段之閱卷，均無可能與偵查不公開保障被告名譽之目的衝突，故為此目的而禁止辯護人在偵查中閱卷，自非必要。況辯護人因不知案情而未能為被告有效辯護，則對因檢警機關未能遵守偵查不公開原則致公眾已知其遭偵辦之被告而言，既未能藉有效辯護而澄清犯嫌，即更不利於名譽維護之目的達成，因此有違適當性原則。

3. 為保障檢警機關在偵查階段之資訊優勢，全然剝奪辯護人
偵查階段之閱卷權，有違必要性原則：

(1) 律師係法律專業人員，且受專業倫理規範之約束，

自不得僅因其得閱卷即遽謂偵查目的有遭危害之

虞：

I. 律師基於律師法及律師倫理規範之真實義務，不
得為當事人從事勾串、滅證或其他積極混淆案情
之行為：

辯護人乃獨立之刑事程序上機關，而非單純之被告代理人。是以，基於此一獨立刑事程序機關的角色功能，辯護人亦須注意公益，因而有真實義務，以確保訴訟程序得以正常進行並協助法院發現真實。因此辯護人之辯護行為，本身即不得違反此一真實義務。進步言之，當律師依刑事訴訟法第 27 條第 1 項充任辯護人時，同時也應遵守律師法及律師倫理規範。根據律師法第 28 條規定：「律師對於委託人、法院、檢察機關或司法警察機關，不得有矇蔽或欺誘之行為」、第 29 條：「律師不得有足以損及其名譽或信用之行

為」，若違反之並得依同法第 39 條第 1 款之規定交付懲戒。復根據律師倫理規範第 16 條：「律師接受事件之委託後，應忠實蒐求證據、探究案情，並得在訴訟程序外就與案情或證明力有關之事項詢問證人，但不得騷擾證人，或將詢問所得作不正當之使用。（第一項）律師不得以威脅、利誘、欺騙或其他不當方法取得證據。（第二項）律師不得自行或教唆、幫助他人使證人於受傳喚時不出庭作證，或使證人出庭作證時不為真實完整之陳述。但有拒絕證言事由時，律師得向證人說明拒絕證言之相關法律規定。（第三項）」、第 23 條第 1 項：「律師於執行職務時，不得有故為隱蔽欺罔之行為，亦不得偽造變造證據、教唆偽證或為其他刻意阻礙真實發現之行為」，若違反本規範之規定，依同規範第 49 條規定，得以勸告、告誡或送請相關機關處理之方式處置。更嚴重者，則可能該當刑法第 165 條予以刑事制裁。

II. 律師雖須根據閱卷所得資訊告知當事人案情，惟

仍可本律師倫理規範之要求及專業上之判斷，在不危及偵查目的之範圍內履行此項職責：

辯護人作為一自主獨立之訴訟程序上機關，應於真實義務與對被告間的忠誠照護義務中維持平衡。因此，律師於閱卷後所得之資訊，究竟「哪些」以及「如何」告知當事人，應由律師本於其專業判斷，在不危及偵查目的以及追求真實義務的前提下，履行對於被告照護義務的職責。申言之，刑事訴訟法第 33 條限律師始得閱卷，而未許被告本人閱卷，即係因律師作為法律專業人士，深知相關法律規範及效果，並受前開專業倫理規範之約束，故乃信賴律師得閱覽卷證而不虞遭其毀損。準此考量，則於偵查階段亦不應對律師遵守法律及專業倫理規範之能力有所質疑，否則立法者豈非自相矛盾？德國刑事訴訟法第 147 條 4 項甚至規定，辯護人得聲請將卷宗攜往其事務所或住所檢閱，由此益見，律師辯護人所受專業倫理規範約束之可恃。上開德國法規定閱覽權及於偵查階段，已如前述。其第 2 項雖規定，得

於可能有害偵查目的時限制辯護人閱覽卷證，但此終屬例外，與我國刑事訴訟法第 33 條一概剝奪，相去不只以道里計。由是可知偵查中辯護人的閱卷權並不當然有害偵查目的或危及檢警之資訊優勢，從而刑事訴訟法第 33 條一概禁止偵查中閱卷，絕非必要。

- (2) 於被告或其辯護人在場參與之場合，檢警製作之筆錄或記錄，對被告暨辯護人並無秘密可言，自不得以偵查不公開為由限制辯護人閱卷取得該等資料：按刑事訴訟法第 27 條規定，被告隨時有選任辯護人之權利。是檢警於被告或其辯護人在場參與時，所製作之詢問、訊問筆錄，或扣押或搜索之記錄，對被告暨辯護人均無秘密可言，自無須為保護被告名譽或檢警資訊優勢而禁止辯護人或被告取得。且若透過影本或攝影之方式，給予辯護人或被告檢閱，亦無導致偵查程序無法正常進行之風險。因此，刑事訴訟法第 33 條第 1 項規定，毫無例外、無視資料種類與性質，一律禁止辯護人檢閱，自有限制過度之情形，而難符最小侵害之必要性原則。

(3) 於有具體事實足認有可能妨礙偵查目的時，於個案以適當之手段限制辯護人之閱卷，即可保障檢警之資訊優勢，殊無必要以立法方式通案禁止：

刑事訴訟法第 33 條第 1 項規定之立法目的：為維持檢警的資訊優勢，雖不能謂毫無公益價值，然而為了追求此目的的手段，卻採取毫無例外且全面的禁止辯護人於偵查中之閱卷權，除了上段所指出的，並未考量到其所禁止檢閱的資料之性質與特性，而限制過廣外，基於此項剝奪已侵犯律師工作權的核心領域，本案應採最嚴格的審查標準。本法之目的與手段間預設了辯護人與被告於偵查程序檢閱卷宗及證物有危及偵查目的之抽象危險，而未有基於立法目的更細緻的考量與限縮，亦難謂符合最小侵害手段之要求。誠如學者所言，基於立法目的之追求，於偵查階段對於閱卷權之限制，應限於「基於具體事實，可認重要的偵查範圍將有遭受損害的重大危險⁷」之虞者，經權衡偵查目的、考量律師之工作權以及被告之防禦權等價值後，始得以侵害最小

⁷ 楊雲驊，前揭註 1，頁 123。(附件參-2)

之方式限制之，以取代目前違反必要性原則之全面且毫無例外的禁止。

(4) 於比較法上，亦可見得偵查秘行所欲保護之資訊優

勢，可以個案限制之方式與辯護人之閱卷權調和：

如在德國刑事訴訟法中，其第 147 條第 1 項規定：

「辯護人有權審閱呈上法庭或若在起訴的情況下應

呈給法院之文件，同時亦可檢閱依職權保存之證

據」，明文揭示於偵查程序中，辯護人得以檢閱卷證

為原則。並於同條第 2 項前段規定：「當檢察官尚未

做出偵查程序終結的處分前，若閱卷有可能危害到

偵查目的時，可以拒絕辯護人對全部或一部卷宗的

閱覽及對依職權保存證據的檢視」等語，而賦予檢

察官個案裁量之權限，以衡量確保偵查程序進行之

目的以及辯護人之閱卷權，惟此一限制仍應賦予當

事人接近法院之救濟權，仍屬當然⁸。由是可見，偵

⁸ 2012 年 5 月 22 日通過之 2012 年/13 號/UE 歐盟刑事程序獲取資訊權利之訓令（Directive 2012/12/UE）第 7 條第 4 項：「但對於若干卷證之閱覽，將造成第三人生命、或基本權利之嚴重威脅者，對於此等卷證之閱覽，得拒絕之；或為保全重要之公共利益，此等卷證若開放閱覽，將遲滯正在進行之調查，或嚴重損害該刑事程序進行所在之成員國之國家安全者，對於此等卷證之閱覽，應在嚴格之必要時，得以拒絕之。於此情形，得不受前開第二項、第三項規定之限制，但不得因此而損害程序之公平。成員國應監督，依據各該國國內法之規定，對於本第四項

查密行所欲保護之資訊優勢縱於個案中與辯護人偵查中閱卷權有所衝突，惟仍得以逐案衡量之方式處理，進而應可認目前刑事訴訟法第 33 條第 1 項規定，毫無例外且全面的禁止，並非同樣有效達到立法目的的方法中，對人民侵害最小之手段，而有違必要性原則。

(5) 於羈押（包括延押）及相關救濟程序剝奪辯護人之閱卷權，所造成之損害遠大於偵查利益，亦抵觸狹義比例性原則：

I. 羈押侵害人身自由，應受最嚴格之審查：

按羈押乃以確保訴訟程序順利進行為目的之保全措置，即拘束被告身體自由之強制處分，並將之拘禁於一定之處所（看守所）。由於人身自由乃所有憲法基本權利行使之前提，故在憲法第 8 條的規範密度上，即可看出對於人身自由的侵犯，應經較嚴格之檢視。此外，依據鈞院釋字第 392 號解釋理由書，謂：「憲法第八條係對人民身體

拒絕卷證閱覽之規定，應由司法機關做成；或至少該拒絕之決定，應得由司法機關予以審查。」可資參照。<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32012L0013>

自由所為之基本保障性規定，不僅明白宣示對人身自由保障之重視，更明定保障人身自由所應實踐之程序，執兩用中，誠得制憲之要；而羈押之將人自家庭、社會、職業生活中隔離，『拘禁』於看守所、長期拘束其行動，此人身自由之喪失，非特予其心理上造成嚴重打擊，對其名譽、信用—人格權之影響亦甚重大，係干預人身自由最大之強制處分，自僅能以之為『保全程序之最後手段』，允宜慎重從事，其非確已具備法定條件且認有必要者，當不可率然為之」，揭示羈押之行使僅能作為保全程序之最後手段外。是以，對於人身自由之限制，自應採取最嚴格的審查模式⁹。

II. 辯護人未能於羈押及相關救濟程序閱卷，不但致聲押庭之辯護形同虛設，無對審可言，且亦致救濟程序淪為空談：

A. 羈押之行使嚴重侵犯人民之人身自由，是以

⁹ 司法院釋字第 639 號解釋李震山大法官協同意見書；吳庚，《憲法的解釋與適用》，三民書局，2003 年 9 月，頁 413-414。（附件參-8）

依憲法第 8 條規定，自應賦予當事人正當法律程序之保障。聲押程序雖於偵查階段，但依憲法第 8 條之規定，仍應基於正當法律程序原則，依法官保留原則之要求，在法院進行，並在符合公平法院且充分保障被告防禦權之程序裡，對檢察官之羈押聲請進行審查。為此，自應依鈞院釋字第 162 號解釋以及第 396 號解釋之意旨，為予被告充分之程序保障而採直接審理、言詞辯論、對審即辯護制度。準此自須基於武器平等原則而予被告及其辯護人充分獲悉檢方聲押所憑證據資料及法律主張，否則殊難期待被告及辯護人得於聲押程序為任何實質有效之辯護，更難謂有何對審實質可言。

- B. 歐洲人權法院透過歐洲人權公約第 5 條第 4 項以及第 6 條規定，推導出羈押程序應符合武器平等原則並遵守對審程序原則。例如在 *Garcia v. Germany* 案中提到：「武器平等不僅是保障辯護人被拒絕閱卷時可以實質影響，

並挑戰對其當事人拘束的合法性。這些要求是導源於公約第 6 條，必須賦予控訴人與被告有相同機會以理解彼此的卷證並對其提出意見¹⁰」。可見在聲押程序，被告及其辯護人均有權獲悉檢方為聲押向法院提出之所有資訊，進而依公政公約第 14 條第 3 項第 2 款：「在遭任何刑事控訴時，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」之規定，在充分理解該等資訊後始行答辯。

- C. 再觀歐洲人權法院於 *Lamy v. Belgium* 案中進一步重申：「當法院在決定是否維持羈押或釋放時，想要具體影響法院決定，閱卷權的賦予以接觸卷證是必要的，如此有助於辯護人提供法院關於共同被告的陳述與態度，從法院的角度，也因如此得檢視有爭論之文

¹⁰ 魏俊明，〈檢視我國對於被告偵查中羈押審查時間閱卷權之保障——從歐洲人權法院 *Mooren v. Germany* 案為出發〉，《刑事法雜誌》第 58 卷第 1 期，2014 年 2 月，頁 18。（附件參-9）

件而審視羈押命令之合法性¹¹」，另在 *lietzow v. Germany* 判決：「內國法可能以不同的方式去滿足對審程序、武器平等的要求，但無論如何，在方法的選擇上，必須確保他造相同機會以理解彼此的卷證並對其提出意見¹²」，則上開結論益明。

- D. 基此可知，由於聲押程序係在偵查階段，故現行刑事訴訟法第 33 條第 1 項規定，完全剝奪偵查階段辯護人之閱卷權之結果，亦致律師無法在聲押程序藉由閱卷權的行使，提供當事人實質有效的辯護，並致聲押程序之辯護形同虛設，雖有司法審查之外觀，而難謂有司法審查之實質。系爭規定為追求偵查不公開之價值，卻致剝奪人身自由之聲押程序嚴重牴觸憲法第 8 條之正當法律程序原則，因小失大，未符合狹義比例性。
- E. 德國在其有關閱卷權之規定被歐洲人權法院宣告違反歐洲人權公約後，即修正刑事訴訟

¹¹ 魏俊明，前揭註 10，頁 20。（附件參-9）

¹² 魏俊明，前揭註 10，頁 21。（附件參-9）

法第 147 條第 2 項為：「縱然如第一句所規定之條件（註：檢察官因危及偵查目的之虞而限制辯護人之閱卷權），如被告在羈押之情形下或被告遭暫時逮捕而檢察官聲請羈押時，檢察官仍須以適當之方式，使辯護人能獲知有助於判斷此種限制被告自由措施合法性所需之基本資訊；在此種情形下，原則上應以閱卷方式保障之。」以確保被告在遭羈押前，辯護人得以獲取足夠之資訊，俾落實律師辯護工作之進行以及羈押程序的正當性，並進一步增加被告被釋放的可能性。因此，偵查不公開與正當法律程序此一根本性憲法價值縱有衝突，仍得為更衡平的考量與規範，上開德國法規定可為範例。

III. 檢察官得以在不虞偵查秘密曝光之情況下聲押，

易貽檢察官押人取供之機，升高冤獄風險：

羈押作為在有罪判決確定前長期拘禁刑事被告或犯罪嫌疑人之措施，乃是侵害人身自由最為嚴厲之強制處分，但卻也是國家對被告所能運用之最

為有效的保全手段。研究顯示，在羈押所造成的突然與家庭、社會隔離，工作、事業因遭押毀於一旦的巨大煎熬之壓力下，被告常為求及早保釋以挽救家庭、事業而就範（自白）¹³。正因羈押對於被告所造成的巨大壓力，加上難謂符合國際人權最低限度要求之惡劣監所環境，所以實務上長期以來即頗不乏希冀藉羈押帶來之壓力迫使被告屈服自白之檢警人員，押人取供乃是我國刑事司法實務長期為人詬病之弊端¹⁴。未能予辯護人及被告經閱卷獲悉案情進而實質有效辯護之聲押程序，使辯方形同盲劍客，完全無法招架檢方所射出的暗箭、飛刀。此種因資訊落差形成的巨大優勢，自易滋檢方佔被告便宜之心態，在案件偵查尚未完備之情況下，行險射倖，希冀聲押成功而遂其押人取供之企圖，導致羈押流於濫用。進而因被告為求交保而虛偽自白，或因在押而錯失

¹³ 美國有研究顯示，相較於未被羈押被告而言，在押被告感到更大壓力接受認罪協商，也更易為了獲得釋放、緩刑或監執行而急於認罪。請參 Ellen Hochstedler Steury and Nancy Frank,《美國刑事法院訴訟程序（Criminal Court Process）》，陳衛東、徐美君譯，中國人民大學出版社，2002 年 1 月，頁 359-362。（附件參-10）

¹⁴ 尤伯祥，〈是恩惠還是權利？從程序保障觀點檢討現行羈押法制〉，《全國律師雜誌》第 10 卷第 7 期，2006 年 7 月，頁 23。（附件參-11）

為已搜求有利證據之時機等因素，不當升高冤獄之風險。

（三）綜上所述，刑事訴訟法第 33 條第 1 項規定違反憲法第 23 條比例原則，違憲：

律師充任刑事辯護人而於偵查階段閱卷之權利，屬於憲法第 15 條工作權之保障範圍，且為律師在偵查中為提供被告實質有效辯護，以妥善執行律師業務所必要之前提，乃律師工作權之核心領域。刑事訴訟法第 33 條第 1 項規定，剝奪律師於偵查階段的閱卷權，以侵犯律師工作權之核心或本質內涵，自應採取嚴格的審查標準。而本法剝奪律師與被告偵查階段的閱卷權，一方面無法達成保護被告名譽與隱私之立法目的，而欠缺適當性；另一方面，因未考量律師因其專業倫理規範所負真實義務，復未斟酌於被告或其辯護人在場參與所製作之筆錄或紀錄等資料的性質，對被告與辯護人不具秘密性，致未考量視個案情形判斷是否限制及如何限制之方式，處理偵查不公開與閱卷權所生之衝突，難調為同樣達到「確保偵查程序進行」目的中之最小侵害手段，而與必要性有違。最後，系爭規定並未斟酌偵查階段之羈押

庭，涉及到被告人身自由之限制，而剝奪律師辯護權中檢閱卷證資料，將導致被告之辯護權及防禦權落空，羈押庭程序之對審原則與武器平等原則無法落實，不但嚴重違反正當法律程序原則，並升高我國冤案之風險，因小失大，兩者間顯然失衡，而有違狹義比例性原則。

參、 系爭規定違憲侵害聲請人賴素如訴訟權：

一、 系爭規定侵害被告之訴訟權：

（一）剝奪有辯護人之被告，經由辯護人閱卷獲悉卷證內

容，據以有效防禦之權利：

依據憲法第 16 條規定人民有訴訟之權，復按司法院釋字第 654 號解釋理由書謂，「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」，因此被告於刑事追訴中獲得辯護人實質、有效之協助，乃為訴訟權中防禦權的核心內涵。惟刑事訴訟法第 33 條第 1 項規定，剝奪被告之辯護人檢閱卷證之權利，而閱卷

權作為辯護人履行其對被告保護義務之前提，已於本狀針對律師工作權之部分論及（本補充理由書第 4 頁以下）。故系爭規定剝奪辯護人於偵查階段的閱卷權，等同於剝奪了被告於偵查階段受到有效防禦之權利，進而架空憲法第 16 條訴訟權之保障以及刑事訴訟法第 27 條第 1 項：「被告得隨時選任辯護人。犯罪嫌疑人受司法警察官或司法警察調查者，亦同」之立法意旨。

（二）無辯護人之被告同有根據卷證內容實施有效防禦之需求，刑事訴訟法第 33 條第 1 項剝奪其經由自行閱卷獲悉案情之權利：

被告固有倚賴辯護人協助辯護之權利，但未選任辯護人之被告，亦有為自己辯護之權利。如鈞院釋字第 708 號解釋羅昌發大法官部分協同部分不同意見書，援引聯合國 1988 年通過之「保護所有遭受任何形式拘禁或監禁者原則」（Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, BPP）中，原則 11 第 1 項：「任何人如未受由法院或其他機關有效言詞審理之機會，不得對其拘禁；受拘禁之人有權為自己辯護或依法請求律

師協助其辯護」。公政公約第 14 條第 3 項第 4 款規定：「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：4. 到庭受審，及親自答辯或由其選任辯護人答辯；未經選任辯護人者，應告以有此權利；法院認為審判有此必要時，應為其指定公設辯護人，如被告無資力酬償，得免付之」；以及聯合國人權事務委員會及經濟社會文化權利委員會針對第 32 號一般性意見稱：「如第 14 條第 3 項第 4 款規定，所有遭刑事指控的被告有權親自替自己辯護或通過自己選擇的法律援助辯護，並有權被通知他享有這項權利。這一權利涉及到互不排斥的兩類辯護。有律師協助者有權在職業責任限度內對其律師作關於受理案件的指示，代表自己作證。同時，《公約》所有正式語言的措詞都很明確，規定由本人『或』由自己所選擇的法律援助進行辯護，因此被告有可能拒絕任何律師的協助。然而，這一無律師的自我辯護權不是絕對的。在具體審判中，出於司法考慮可能會違背被告的意願而要求指定律師，特別是當其嚴重和不斷干擾進行適當審判或面臨嚴重指控，卻無法親自為自己辯

護時、或必須保護易受傷害的證人在受被告詰問時不受威脅和恫嚇。然而，對被告親自為自己辯護願望的任何限制，必須有客觀和足以重大的目的，不得超越維護司法利益所必要的程度。因此，國內法應當避免絕對地禁止個人在刑事訴訟中無律師協助，親自為自己辯護的權利」等旨，皆揭示被告有為自己辯護之權利。我國刑事訴訟法不但未於審判階段採取全面強制辯護，且偵查階段除刑事訴訟法第 31 條第 5 項所定因智能障礙無法為完全陳述或具原住民身份之情形外，更無強制辯護可言。被告而無辯護人者，於我國偵、審實務上遠多於有辯護人之被告。是則，刑事訴訟法第 33 條第 1 項規定，完全剝奪了無辯護人之被告於偵查程序中之資訊獲取權，使被告無法基於對案情的充分了解，為己有效答辯，或要求檢警調查對其有利之證據。因此偵查階段對無辯護人被告之閱卷權的剝奪，幾乎等同於剝奪此等被告於偵查階段之訴訟上防禦權，並致對此類被告之偵、審程序因未能保障其資訊獲取權而有普遍違憲之虞。

（三）辯護人因不知案情，幾無從在偵查階段為被告有效辯

護，致被告倚賴辯護人之權利亦受侵害：

在偵查中剝奪辯護人之閱卷權，迫使辯護人必須在不了解案情的情況下為當事人提供辯護主張，自難期此種往往以揣想、臆測為基礎之辯護，能予被告實質有效之協助，已如前述，從而被告依賴辯護人協助防禦之權利，亦同受系爭規定侵害。

二、剝奪被告在偵查階段自行閱卷之權利，違反比例原則：

（一）刑事訴訟法第 33 條第 1 項將閱卷權之主體限於辯護

人，係為避免被告藉閱卷毀損卷證之風險：

刑事訴訟法第 33 條第 1 項，將閱卷主體限為辯護人，同時將其限於審判程序而不及於偵查階段。儘管立法理由並未明確說明究竟基於何種目的而將閱卷權之主體限於辯護人，惟學說多數認為此即被告防禦權與證據保全必要間之立法權衡後的結果：「因為卷宗與證物是認定本案犯罪事實的重要基礎，由於被告對於本案的利害關係過大，如果容許被告本人行使閱卷權，難保被告不會竄改或湮滅卷證¹⁵」。

（二）為免卷證遭被告破壞或滅失，得以影印、攝影或掃描

¹⁵ 林鈺雄，前揭註 2，頁 203。（附件參-12）

之方式交付卷宗資料，通案禁止被告取得卷證資料，並非侵害最小之手段：

無辯護人之被告，為自行辯護而亦有獲悉所有案情資訊之需要，因而自其訴訟上防禦權可導出此項資訊獲取權，已如前述。系爭規定將閱卷權之主體限於辯護人，已使無辯護人被告之資訊獲取權未能藉閱卷而滿足，顯有違憲之虞。同條第 2 項雖規定：「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」等語，惟筆錄遠非全部卷證，是此項規定仍無解刑事訴訟法第 33 條於無辯護人被告之訴訟權的違憲侵害。參以德國刑事訴訟法第 147 條第 7 項亦規定：「對於無辯護人的被告，因訴訟防禦上所必須，在不危害調查目的及其他刑事程序，且不妨礙第三人值得保護的利益的情況下，得依據其申請答覆卷宗內容並給予副本」，非唯透過副本之方式滿足被告之閱卷權利，且範圍係全部卷宗而非僅筆錄而已，可知縱為避免被告毀跡滅證，仍得以卷宗影本、

攝影或掃描檔等替代品交付被告，而不致侵害被告防禦權，故刑事訴訟法第 33 條規定無分偵查或審判，一概禁止被告通過閱卷或其他方式取得卷證資料，自非侵害最小之手段。

(三) 為調和無辯護人之被告之閱卷權與偵查不公開原則之衝突，得採取個案裁量限制之方式，立法通案剝奪其閱卷權並非侵害最小之手段：

1. 於被告在場參與之場合，檢警製作之筆錄或記錄，對被告並無秘密可言，自不得以偵查不公開為由限制被告閱卷取得該等資料：

刑事訴訟法第 33 條第 1 項規範之立法理由，乃基於偵查不公開之目的，於本狀前文已論及。偵查不公開主要為落實無罪推定原則，避免被告或犯罪嫌疑人在未經正式起訴審判程序前，遭公布其涉嫌犯罪之資訊，對其名譽造成難以彌補之損害。是故，身為程序當事人之被告知悉與自身相關之犯罪嫌疑資訊，自不會造成其名譽或社會評價之減損，反而能讓被告或犯罪嫌疑人實踐其自我辯護之權利，以維護其自身之名譽。因此，以毫無例外且全面禁止無辯護人之被告於

偵查中之閱卷權作為手段，並無助於偵查不公開中保護被告名譽之目的追求，而有違適當性原則。進步言之，若於偵查程序中，由被告之陳述所為的訊問筆錄，或由被告在場所為之搜索、扣押紀錄等，對於被告而言皆已知悉而不具有秘密性質，因此亦已不存在偵查不公開所欲追求之目的。從比較法觀察，如英國基於《警察與刑事證據法》（PACE）所訂立的《執行守則 E》（Code E）即規定，對於犯罪嫌疑人訊問完後，會將一份訊問錄音檔案以時間編碼器保存以防竄改，另一份則留作偵查程序工作備份之用¹⁶。且警察亦應製作一份訊問摘要，並將摘要複印一份給被告，若被告提出請求，則還有權得到一卷拷貝的檔案以檢查該筆錄摘要的準確性¹⁷。而除了訊問筆錄外，其於偵查中所為之搜索紀錄，被告亦有權要求給予副本

¹⁸。德國刑事訴訟法第 147 條第 3 項亦規定：「訊問被

¹⁶ POLICE AND CRIMINAL EVIDENCE ACT 1984 (PACE) – CODE E 2.2: “One recording, the master recording, will be sealed in the suspect’s presence. A second recording will be used as a working copy. The master recording is any of the recordings made by a multi-deck/drive machine or the only recording made by a single deck/drive machine. The working copy is one of the other recordings made by a multi-deck/drive machine or a copy of the master recording made by a single deck/drive machine.”（附件參-13）

¹⁷ John Sprack 著，徐美君、楊立濤譯，《英國刑事訴訟程序》，中國人民大學出版，2006 年 12 月，頁 54。（附件參-14）

¹⁸ POLICE AND CRIMINAL EVIDENCE ACT 1984 (PACE) – CODE C 2.3A: “The custody officer must then ensure that the person is asked if they want a copy of the search record and if they do, that they are given a copy as soon as practicable.”（附件參-15）

告時或法院實施調查行為時，許可或應許可辯護人在場所製作之筆錄，及鑑定人之鑑定書，在訴訟上均不得拒絕辯護人檢閱。」而與英國立法例同一旨趣。由上開英、德立法例可之，就被告在場參與之場合，檢警製作之筆錄或搜索、扣押記錄，絕無對被告保密之偵查不公開需求，因此系爭規定毫無例外且全面的排除無辯護人之被告於偵查階段之閱卷權，顯然過度，而有違必要性原則。

2. 於有具體事實足認閱卷可能妨礙偵查目的時，得於保障檢警資訊優勢之必要限度內，依個案情節限制被告之閱卷，殊無必要立法通案禁止閱卷：

參以德國刑事訴訟法第 147 條第 7 項規定：「對於無辯護人的被告，因訴訟防禦上所必須，在不危害調查目的及其他刑事程序，且不妨礙第三人值得保護的利益的情況下，得依據其申請答覆卷宗內容並給予副本」，除賦予偵查中無辯護人之被告請求交付卷宗副本之權利，以滿足其資訊獲取權外，並賦予檢察官得視個案情形判斷是否准許被告之交付副本聲請。有國內學者指出，基於閱卷權作為落實抗辯權的重要前

提，對於被告檢閱卷證是否當然危害偵查程序之進行，立法上應以個案裁量具體判斷之，且原則上應以影印或攝影的方式行之。無辯護人之被告遭聲押者，應由法院以有相當於刑事訴訟法第 31 條第 1 項所稱之「認有必要」為理由，為其指定辯護人，以確保被告得行使資訊獲取權，並認即便在偵查階段亦應類推適用該規定¹⁹。可見，為滿足無辯護人被告在偵查中之資訊獲取權，立法者得選擇授權檢察官依個案判斷是否限制被告的閱卷，或是為其指定辯護人閱卷等手段，均比「完全禁止無辯護人之被告檢閱卷證」侵害更小卻同樣有助於達成立法目的之手段，故系爭規定不符合必要性原則。

三、 刑事訴訟法第 33 條第 1 項同時違反正當法律程序：

（一）依正當法律程序原則，只要檢警傳訊、拘提或逮捕、聲押乃至搜索被告，刑事訴訟法即應確保被告得以主體地位防禦來自國家之攻擊：

按正當法律程序所要求之對象為國家公權力之行使，其目的乃在於保障公權力所實施的對象——人民——

¹⁹ 楊雲驊，前揭註 1，頁 123。（附件參-2）

免於遭受公權力不正當之侵害。而為了落實正當法律程序原則，首要之務乃是建立人民於程序之中的主體地位。在刑事程序中，當國家因懷疑人民涉嫌犯罪而以之為犯罪嫌疑人或被告，進而發動偵查，自應確保被告享有程序主體之地位，以對抗國家公權力之侵犯。因此在刑事程序中，建立了不自證己罪、有疑唯利被告以及無罪推定原則等，即是避免被告在整個訴追程序的過程中，因檢警為發現真實而淪為偵查程序之被動客體。是故，只要檢警傳訊、拘提或逮捕、搜索乃至於聲押被告，自應賦予被告享有程序主體的地位，防禦來自國家公權力之攻擊。

（二）所謂以主體地位防禦來自國家之攻擊，意味被告至少須得自主決定其命運，並依武器平等原則與國家立於對等地位：

1. 儘管對於偵查階段，除聲押程序外，是否有武器平等之適用，在理論上或有不同見解。然而隨著人性尊嚴、訴訟權及公平審判之保障以及正當法律程序等憲法誠命不斷強化，再加上近代犯罪型態、犯罪數量等巨幅改變以及急速增加等現實情

況，偵查程序之錯誤除了會影響審判程序，導致冤案發生的風險升高外，在現今檢察官承受終結大量刑案的壓力下，被告與辯護人於偵查程序中適當的參與、介入，實有必要²⁰。退步言之，若認於偵查程序中主張檢警方與被告之辯方完全的武器平等是不可能的，也並不表示武器平等是一個無用或是不需要的原則，而可能是到目前為止，基於武器平等原則所發展出來的被告防禦權種類還不夠，而國家仍有積極開發、充實控訴方之防禦權的保護義務²¹。

2. 為了確立被告於偵查程序中的主體地位，以防禦來自國家公權力之攻擊，則至少應確保其得有效參與國家公權力所發動之程序，並為自己遭受到攻擊之命運進行實質且自主的決定。因此在偵查程序中，一旦國家經由傳喚通知乃至強制處分等方式，對被告發動攻擊，即確保國家與被告間的武器平等，以維持被告得以在國家機器的攻擊下，進行實質有效的防禦，此際被告受辯護人協

²⁰ 楊雲驊，前揭註 1，頁 118。(附件參-2)

²¹ 許玉秀，《論正當法律程序原則》，軍法專刊社出版，2011 年 10 月，頁 154。(附件參-16)

助之權利以及資訊獲取權等，自均係被告防禦之武器庫裡極為重要之項目。

(三) 現行偵查程序本有強烈糾問特色，剝奪被告暨其辯護人於偵查階段之閱卷權，致偵查形同秘密審判，被告淪為檢警得藉資訊優勢擺布之客體：

1. 現行刑事訴訟法有強烈之糾問色彩：

(1) 現代刑事訴訟法設置檢察官之目的，原在於廢除糾問制度：

現代檢察官制度在法國大革命後創設，隨拿破崙戰爭輸出至歐陸其他國家。而其設立檢察官之主要目的，乃為了根除原先糾問制度底下法官心理難期公正、權力無所節制以及被告無所防禦的弊端。而在檢察官設立後所採的控訴原則，除了同時賦予被告享有與檢察官公平對抗、有效參與追訴程序的主體地位外，同時也將檢察官視為控制法官裁判入口的把關者。當代此種訴訟分權模式，使法官與檢察官得以彼此監督節制，藉以保障刑事司法權限行使的客觀性與正確性²²。

²² 林鈺雄，前揭註2，頁116-117。(附件參-17)

(2) 檢察官雖有監督節制法官之功能，但終究是行政官而非法官：

儘管當代的控訴原則與分權訴訟模式，期待檢察官肩負控制法官裁判入口的把關者，同時應為被告利益執行職務，而課予其強烈的客觀性義務。然而，檢察官終究為行政官而非當代憲政主義下客觀中立之法官，正如司法院釋字第 392 號解釋理由書謂：

「我國現制之檢察官係偵查之主體，其於『刑事』為公訴之提起，請求法院為法律正當之適用，並負責指揮監督判決之適當執行；另於『民事』復有為公益代表之諸多職責與權限，固甚重要（參看法院組織法第六十條、刑事訴訟法第二百二十八條以下）；惟其主要任務既在犯罪之偵查及公訴權之行使，雖其在『訴訟上』仍可單獨遂行職務（法院組織法第六十一條參看）；但關於其職務之執行則有服從上級長官（檢察首長）命令之義務（法院組織法第六十三條），此與行使職權時對外不受任何其他國家機關之干涉，對內其審判案件僅依據法律以為裁判之審判權獨立，迥不相侔。至於檢察機關則

係檢察官執行其職務之官署，雖配置於法院（法院組織法第五十八條），但既獨立於法院之外以行使職權，復與實行審判權之法院無所隸屬，故其非前述狹義之法院，其成員中之檢察官亦非法官之一員，要無疑義」。因此，檢察官雖有監督節制法官之功能，但其終究是行政官，而非法官。

（3）我國現行刑事訴訟法誤將檢察官定位為法官，雖檢察官之強制處分權已逐步回歸法院，但未竟全功，致偵查階段仍具有強烈糾問色彩：

臺灣的刑事訴訟中，同樣繼受了控訴原則以及訴分權制度，以達成「篩漏」與「蒐集並保全證據」的功能。惟於釋字第 392 號解釋前，刑事訴訟法誤將檢察官與法院等同，因而與法院有同等之強制處分權，其不起訴處分竟有實質確定力而與確定判決同視。於釋字第 392 號解釋後，羈押、搜索等強制處分權雖回歸法院，惟檢察官猶可拘提，不起訴處分亦有實質確定力，故舊法之謬誤並未完全正本清源。進而，檢察官做為偵查程序之發動者、主導者以及進行者，相較於審判程序中三面訴訟關係的程

序設計，偵查階段畢竟只有檢察官與被告之單向關係，而檢察官卻有拘提等強制處分權，得居高臨下訊問被告，程序地位顯優越於被告，再加上以偵查不公開之名禁止被告及其辯護人閱卷，則益添秘密偵訊之特性，而有糾問制度下秘密調查及審理之性格，從而偵查於我國自不免帶有強烈的以檢察官為重心的糾問色彩。

2. 由於被告暨其辯護人無從閱卷，無論檢察官以何種方式進行及終結偵查程序，被告均無置喙餘地，不但武器顯不對等，且淪為命運任憑檢察官擺佈之客體：

- (1) 檢察官主導偵查程序之發動、進行及終結：

「檢察官因告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪嫌疑者，應即開始偵查」（刑事訴訟法第 228 條第 1 項）。「被告或犯罪嫌疑人之辯護人，得於檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察訊問該被告或犯罪嫌疑人時在場，並得陳述意見。但有事實足認其在場有妨害國家機密或有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人或妨害他人名譽之虞，或其行為不當足以影響偵查秩序者，得限制或禁止之」

(刑事訴訟法第 245 條第 2 項)。「偵查中訊問被告或犯罪嫌疑人時，應將訊問之日、時及處所通知辯護人。但情形急迫者，不在此限」(刑事訴訟法第 245 條第 4 項)。「檢察官依偵查所得之證據，足認被告有犯罪嫌疑者，應提起公訴」(刑事訴訟法第 251 條第 1 項)。此外，刑事訴訟法第 252 條及第 253 條亦分別規定檢察官應不起訴及職權不起訴處分，刑事訴訟法第 253-1 條和第 253-2 條則規定檢察官得依職權為緩起訴處分。依上開各條規定，檢察官為起訴、不起訴或緩起訴處分，均本其職權為之，無須聽取被告或其辯護人之意見，被告或其辯護人縱表示意見，檢察官亦無審酌之義務。

(2) 被告暨其辯護人既無從閱卷，處於與檢警顯不相當之資訊劣勢，武器顯不對等：

檢察官因其掌握國家機器的龐大資源，得以偵查為由對被告發動拘捕、搜索及聲押等強制處分，惟被告暨其辯護人若僅能消極的訴諸不自證己罪、有疑唯利被告以及無罪推定等抽象上位原則，而無法藉由檢閱卷證得知被告「面對何項指控」、「此項指控

的理由為何」以及「何些證據存在」等積極防衛國家攻擊所需之必要資訊，自難擁有與檢察官對等的攻擊、防禦力量，亦有違武器平等之原則。

(3) 被告因此等資訊劣勢，難以針對案情提出有效之辯護主張，只好任憑檢察官進行及終結偵查程序，成為命運隨檢方擺佈之客體：

被告因未能獲悉案情而有效防禦檢方之偵查，致遭提起公訴者，故難謂得以自己決定其命運，顯係認檢方擺佈之客體。又縱因認罪而獲緩起訴、聲請簡易處刑判決，苟係僅憑檢、警告知之案情資訊而認罪，而非在被告得以充分瞭解卷證內容下所為，縱非受詐欺，亦難謂係自主決定，仍實係為檢、警藉資訊落差之優勢所擺佈。以上無論何者，俱屬淪為檢察官隨意擺佈的客體，而有違憲法正當法律程序之保障。

四、 刑事訴訟法第 33 條第 1 項規定違反比例原則，同時違反憲法所保障之正當法律程序，故而違憲：

按憲法第 15 條訴訟權，同時保障人民得以請求辯護人之協助之權以及為自己辯護之權。刑事訴訟法第 33 條第 1

項規定剝奪了辯護人以及無辯護人之被告於偵查階段之閱卷權，使被告自己及辯護人均因資訊匱乏而無法有效進行辯護，乃對被告訴訟權之限制。且系爭規定之手段，涵蓋於取自被告之筆錄、紀錄而對被告無秘密性可言之部分，因無助於偵查不公開所追求之保護被告名譽及確保偵查程序正常進行等目的，而與適當性原則有違。就比較法上以及現實上，存有以交付副本、警詢錄音拷貝等方式滿足無辯護人被告之資訊獲取權，或是由檢察官依個案情形具體限制交付無辯護人被告之資訊等方式，均能有效達到防止被告毀跡滅證之目的，顯係較系爭規定侵害更小的手段，故與必要性原則有違。此外，正當法律程序保障之意義，首在基於人性尊嚴而賦予被告程序主體地位，使其能夠有效防禦來自國家公權力的攻擊，然而系爭規定卻使偵查中被告及其辯護人處於與檢察官資訊嚴重不平等的情勢，淪為任憑檢察官擺佈、無法自主決定命運的客體，因此亦遠不符正當法律程序原則。

謹狀

司法院

公鑑

附件名稱：

參-1：陳運財，〈論偵查不公開之適用範圍及其例外〉，《全國律師》

第 13 卷第 9 期（2009）影本乙份

參-2：楊雲驊，〈閱卷權的突破——以歐洲人權法院近年來數個判決

為例〉，《人權之跨國性司法實踐——歐洲人權裁判研究

（一）》，元照出版社（2007）影本一份

參-3：林鈺雄，《刑事訴訟法（上）》，元照出版社（2005），第 191

頁影本乙份

參-4：Claus Roxin 著、吳麗琪譯，《德國刑事訴訟法》，三民書局出

版（1998），第 170 頁影本乙份

參-5：德國刑事訴訟法（StPO）第 147 條原文影本乙份

參-6：吳庚，《憲法的解釋與適用》，三民書局（2003）第 165 頁影

本乙份

參-7：法治斌、董保城，《中華民國憲法》，國立空中大學（1996），

第 135-136 頁影本乙份

參-8：吳庚，《憲法的解釋與適用》，三民書局（2003），第 413-414

頁影本乙份

參-9：魏俊明，〈檢視我國對於被告偵查中羈押審查時閱卷權之保障

——從歐洲人權法院 *Mooren v. Germany* 案為出發〉，《刑事法

雜誌》第 58 卷第 1 期（2014）影本乙份

參-10：Ellen Hochstedler Steury and Nancy Frank 著，《美國刑事法院
訴訟程序（Criminal Court Process）》，陳衛東、徐美君譯，中
國人民大學出版社（2002），第 359-362 頁影本乙份

參-11：尤伯祥，〈是恩惠還是權利？從程序保障觀點檢討現行羈押
法制〉，《全國律師雜誌》第 10 卷第 7 期（2006）影本乙份

參-12：林鈺雄，《刑事訴訟法（上）》，元照出版社（2005），第 203
頁影本乙份

參-13：英國《警察與刑事證據法》（Police and Criminal Evidence Act
1984）之《執行守則 E》（Code E）第 2.2 點原文影本乙份

參-14：John Sprack 著，徐美君、楊立濤譯，《英國刑事訴訟程序》，
中國人民大學出版（2006），第 54 頁影本乙份

參-15：英國《警察與刑事證據法》（Police and Criminal Evidence Act
1984）之《執行守則 C》（Code C）第 2.3A 點原文影本乙份

參-16：許玉秀，《論正當法律程序原則》，軍法專刊社出版（2011）
第 154 頁影本乙份

參-17：林鈺雄，《刑事訴訟法（上）》，元照出版社（2005），第 116-
117 頁影本乙份

中 華 民 國 1 0 5 年 2 月 2 3 日

聲請人：賴 素 如

李 宜 光

代理人：尤 伯 祥 律師