

## 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。」<sup>1</sup>

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

<sup>1</sup> 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 0 四號解釋<sup>2</sup>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<sup>3</sup>。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<sup>4</sup>。立法裁量是否應與行政裁量概念

---

<sup>2</sup> 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。

<sup>3</sup> 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。

<sup>4</sup> 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<sup>5</sup>。

---

<sup>5</sup> 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。