

法務部 函

地址：10048臺北市中正區重慶南路1段130
號

承辦人：李濠松

電話：02-21910189

電子信箱：pinelee@mail.moj.gov.tw

受文者：司法院秘書長

發文日期：中華民國105年03月18日

發文字號：法檢字第10504510680號

速別：普通件

密等及解密條件或保密期限：

附件：如文(500000000FUX00000_A11000000F_10504510680A0C_ATTCH4.docx)

主旨：檢送有關大法官審理賴素如、李宜光聲請解釋憲法案（會
台字第11617號）本部「書面意見（參）」1份，請查照。

正本：司法院秘書長

副本：賴素如女士(含附件)、李宜光先生(含附件)、尤伯祥律師(含附件)、李念祖律師
(含附件)、葉建廷律師(含附件)

2015-03-18
15:38:53

關於大法官審理賴素如、李宜光聲請解釋憲法案（會台字第 11617 號），本部前已以 105 年 2 月 19 日法檢字第 10504508490 號函檢送書面意見，第於 105 年 3 月 3 日言詞辯論時當庭提出書面意見（貳）。茲對聲請人之訴訟代理人李念祖律師所提補充意見及鑑定人林超駿教授鑑定意見（關於美國法制部分）、鑑定人陳運財教授之鑑定意見，及對歐洲人權法院判決之意見，均再補充如下：

壹、關於聲請人之訴訟代理人李念祖律師所提補充意見及鑑定人林超駿教授鑑定意見（關於美國法制部分）：

一、Pretrial proceedings 與 Pretrial discovery：

按美國聯邦刑事程序規則（Federal Rules of Criminal Procedure，下稱聯邦規則）之法源為美國聯邦法典 United States Code (USC) 第 28 編第 2072 條(a)項，而依 28 USC 2072(b)項後段規定，聯邦刑事程序規則就其所規定事項，效力優於其他法律（All laws in conflict with such rules shall be of no further force or effect after such rules have taken effect），此合先敘明。聲請人之訴訟代理人李念祖律師主要論點之一，係謂美國檢察官在偵查階段就應將證據對被告開示，開示範圍即如聯邦規則第 16 條所示云云。然此見解實與美國相關規定及實務均不相符，以下分述之：

（一） Trial、pretrial proceedings 及我國之審判程序與審判準備程序：

聯邦規則第 6 章 (Title VI; R 23 - R 31) 對所謂 trial 設有詳細規定，簡言之，包括 jury trial (陪審團審判) 和 nonjury trial (或稱 bench trial, 即無陪審團審判)

兩種方式，亦即在主審法官主持下，由雙方當事人為開場陳述 opening statements 開始，接著雙方提出證據 producing evidence（包含證人詰問 witness examination），至以終場辯論 closing arguments 作終之「實質審理」程序。所謂審前程序 pretrial proceedings 雖然理論上凡是時序在正式審判以前之程序皆屬之，但依聯邦規則第 4 章(Title V; R 10-R 17)之規定，pretrial proceedings 主要係指檢察官對被告正式起訴（即提出 indictment 或 information）之後，至審判開始之前所行之程序而言，亦即自聯邦規則第 10 條罪狀認否程序 arraignment 起，至第 17 條審前會商 pretrial conference 為止之所有審前程序均屬之。

有關美國檢察官正式提起公訴以前之程序，雖亦發生於審判之前，但聯邦規則另以預備性程序即 preliminary proceedings 稱之，而規定於同規則之第 2 章 (Title II; R 3-R 5.1)，其條文內容包含第 3 條之告發 (complaint)、第 4 條之依告發書核發逮捕令或傳票 (arrest warrant or summons on a complaint)、第 5 條之初次到庭 (first appearance)、第 5.1 條之預備性聽審 (preliminary hearing)。此一起訴前之預備聽審等階段，大致相當於我國之偵查中階段。

對照以上美國法對 trial 之定義，我國刑事訴訟程序之 trial 即審判程序，自然係指刑事訴訟法第 285 條所定以朗讀案由為始的「審判期日」程序而言，亦即一般法院審理通知函所稱之「(行)審判程序」。至於同法第 273 條所稱的「(行)準備程序」，及第

274 條至 279 條所定的程序，均屬檢察官提起公訴後，進行「審判（期日）」前的審前程序，此一階段，正是美國法所稱的 pretrial 階段，此等程序皆應稱為 pretrial proceedings。

（二）Pretrial discovery

美國法所稱之審前證據開示（pretrial discovery），應於何時為之，美國聯邦規則並未作通案規定。該規則僅於第 12 條(b)項(4)款(A)目及(B)目規定：檢察官應自罪狀認否程序 arraignment 起，將其擬於審判中使用之證據通知被告，使被告得有機會聲請排除此等證據（move to suppress evidence）；被告為聲請排除證據之需，亦得請求檢察官自罪狀認否程序時起，將擬提出於審判中使用之證據資料通知被告。該規則另於第 12.1 條(b)項(2)款規定，於被告擬主張不在場抗辯（alibi defense）時，檢察官應於審判前 14 天將相關證人之資料開示予被告。至於聲請人提出主張偵查中應開示證據所據之聯邦規則第 16 條，則置於該規則之第 4 章罪狀認否與審判準備（arraignment and pretrial preparation）章中，此等程序即通稱之審前程序（pretrial proceedings）。由此條文體系安排，即可得知，美國聯邦刑事程序中，僅於案件正式提起公訴之後，被告始有請求證據開示之權利。

在州法方面，一般認為立法最先進之加州於該州刑法典（Penal Code，該法將實體法與程序法規定於同一法典中）第 1054.7 條第 1 項規定，所有本章所定應為之證據開示，應於審判前 30 天之前為之（The disclosures required under this chapter shall be made at

least 30 days prior to the trial)。若具有正當事由，提供一方是可以拒絕、限制或推遲開示(unless good cause is shown why a disclosure should be denied, restricted or deferred)。一方當事人於審前 30 天內取得或獲悉之證據，只要立即揭露即可 (if the material and information becomes known to, or comes into the possession of, a party with 30 days of trial, disclosure shall be made immediately)。所謂拒絕、限制或推遲開示之正當事由 (good cause)，係指對被害人、證人人身安全之威脅或可能的危險 (threats or possible danger to the safety of a victim or witness)，證據之毀損 (destruction of evidence)，以及對執法機關所行調查行為之可能妨害 (possible compromise of other investigations by law enforcement)。

我國檢察官在提起公訴後，即會將全部案卷移送法院。自斯時起，所有檢察官卷證即全部處於可供被告辯護人閱覽之狀態。在實務運作上，檢察官將起訴案件之卷證移送至法院，而得供辯護人閱覽時起，至法院開始進行審判程序之前，一般均有 30 天以上之期間。換言之，我國檢察官在審判前之 30 天之前，甚至數個月前，即已經將所有卷證都交到法院手中，而可供辯護人閱覽抄錄。因此，就證據開示時點而言，亦早於美國實務上之開示時點。可謂我國之法律規定或實務操作，就證據開示時點而言，皆不比美國遜色。聲請人所提出作為主張檢察官於偵查中即應開示證據之聯邦規則第 16 條，係規定於起訴後之審前程序中，已見前述。觀諸該條規定內容，係專就當事人

應予開示證據之範圍所設。與此相對，我國法律並未如美國聯邦則第 16 條限制證據開示之範圍，而係於起訴之後，立即將所有卷證送至法院，而由法院通知被告辯護人前往閱卷。因此，就證據開示之範圍而言，我國係採毫無保留之全面開示，非如美國設有前述多種限制；是以，我國不論法律規定或實務操作，均不比美國法律或實務遜色。

二、聯邦規則第 26.2 條規定文義之澄清：

聲請人之訴訟代理人於辯論時另又主張：聯邦規則第 26.2 條作為檢察官在偵查中之羈押聽審 detention hearing 中應為證據開示之依據。實則此一主張完全誤解該條規定之意旨，蓋聯邦規則第 26.2 條見於該規則第 6 章審判 trial 程序章，該條內容係規定一方當事人於審判中聲請傳喚證人為主詰問時，對方當事人即可以請求傳喚證人之一方開示該證人先前陳述，以供彈劾(impeach)證人於審判中證詞可信度(credibility)，故而，此等開示之標的，雖然包括證人先前在預備性聽審(preliminary hearing)或審前羈押聽審(pretrial detention hearing)之證詞，然此一開示其實係不折不扣的審判中證據開示(discovery in trial)，與本件解釋案議題毫無關聯。

三、Pretrial detention 與 detention hearing：

美國的審前羈押審查程序，稱為 detention hearing (pretrial detention hearing)，主要規定在 1984 年保釋改革法(The Bail Reform Act of 1984; 18 USC 3141-3150, 3156)，即 18 USC 3142。依 18 USC 3142(f)第 2 段之規定，羈押聽審程序應於被逮捕之人第一次被帶到司法官面前的首次到庭程序完成後立即進行(The hearing shall

be held immediately upon the person' s first appearance before the judicial officer) 。除非該人或檢察官聲請延期為之 (unless that the person, or the attorney for the Government, seeks a continuance) 。

然美國實務上之審前羈押聽審，與我國之羈押審查庭有一重大不同，即羈押程序通常涉及重罪(felony)案件，一般而言，多係在起訴之後，特別係經陪審團(grand jury)作成起訴決定(indictment)並將被告逮捕(聯邦規則第9條依起訴書核發逮捕令或傳票(arrest warrant or summons on an indictment or information之規定參照)之後，始應檢察官之聲請行羈押程序。因為，負責首次到庭程序(含聯邦規則第5條所定initial appearance在內之first appearance)之治安法官，若發現此人所犯者為重大犯罪(18 USC 3142(f)(1)(A)-(D))，或該人有逃亡之虞(18 USC 3142(f)(2)(A))，或有妨害司法或企圖妨害司法，威脅、傷害、恫嚇威脅、傷害、恫嚇可能之證人陪審員之情事者(18 USC 3142(f)(1)(B))，前者得依檢察官聲請，後二者得依檢察官之聲請或法官依職權，裁定進行審前之羈押聽審。但若被告尚未經正式起訴，承審之治安法院為求慎重起見，通常會接著在審查追訴正當事由(probable cause)之預備性聽審(preliminary hearing)程序中，以被逮之人虞逃或傷害其他人或社區為由，於不含假日在內之10日內，暫時羈押(detain temporarily)被告(18 USC 3142(d)(2))，並以公共利益所需為由，召集大陪審團，將案件移送(bind-over)給大陪審團決定是否提起公訴，俟大陪審團作成起訴即 indictment 決

定後，始依 18 USC 3141(f)之規定，進行羈押聽審（detention hearing）。

再由 18 USC 3141(a)及 18 USC 3142 條項名稱及內文的 pending trial（候審，若未被起訴，即無候審可言）及 18 USC 3141(a)規定內文之 charged with an offense（經以某一罪名起訴）之用語，也可推知一般聯邦羈押聽審程序之順序係如上所述，先予起訴，再為羈押審查。縱如林超駿教授所言 charged 一字，亦有可能包括僅經告發或非正式起訴（a complaint filed）之情形。然由上開聯邦法律規定之文義觀之，參酌實務判決所示案例（如聲請人所提出之 U. S. v. Suppa, 799 F.2d 115 (3rd Cir. 1986; U. S. v. Martir, 782 F.2d 1141 (2nd Cir. 1986); Seattle Times v. U.S. Dis. W. Dist. Wa. 845 F.2d 1513 (9th Cir, 1988; U.S. v. Gatto 727 F.Supp.923 (D. NJ 1989)等，均屬先起訴再舉行羈押聽審之案例)，就重大犯罪而言，採先行起訴再行羈押程序順序之案例，應屬多數；而先行羈押審查再行提起公訴之情形，則應僅占少數。

即使係先行羈押審查再行提起公訴之情形，在審前羈押程序中，檢察官亦尚無開示證據之義務。此美國聯邦第二巡迴區上訴法院在 U.S. v. Martir 一案判決中表示，「該(羈押聽審程序)不應該讓被告當成證據開示的工具」((the) hearing should not become a discovery tool for the defendant)，亦可明瞭。換言之，在審前羈押審查程序中，或者被告業經正式提起公訴，而不值得作為我國修法之參考（蓋我國在被告經起訴後即全數開示證據予被告），或者被告尚無請求開示證據之權，均無引作檢察官於偵查中（不論是否羈押被告）即應將卷證資料提供

被告閱覽之理由。至林林超駿教授於鑑定意見書所提及之 United States v. Abuhamra 案判決，係就被告定罪後之羈押聽審程序所為（18 USC 3141(b)參照），與本件釋憲案就應否於起訴前提供卷證予被告或其辯該人閱覽之議題無關，應無參考之必要。因此，無論就審前證據開示範圍或時點，或審前羈押審查程序對證據開示的限制，我國的規定與實際作法，與美國的法制與實務，均不存有重大差異。

四、關於美國大陪審團制度：

大陪審制度本採行偵查秘行，任一案件經過大陪審團審查，與羈押聽審程序，完全屬於二事，聲請人之訴訟代理人於釋憲聲請補充理由書（陸）所述似有誤解。按羈押聽審程序，為嫌犯經逮捕後送交治安法官決定是否基於相當理由之逮捕(逮捕是否合法)及決定是否准予保釋，或是決定予以羈押，之後才會進入預先審查程序(preliminary hearing)及大陪審團程序之雙重起訴審查程序。又或者是經過大陪審團起訴審查(亦為大陪審偵查程序)後，經大陪審團決定提起公訴後，才進行逮捕(聯邦刑事訴訟規則第9條規定依據起訴書核發之逮捕令或傳票)，而後進入羈押審查程序，益證大陪審團程序與羈押審查程序，本為二階段、二個分別且獨立之程序，此為本部自始之主張，毫無疑問。

而大陪審團法制亦屬偵查程序且扮演偵查程序之功能，有美國聯邦最高法院及主流權威教科書之意見，實無庸置疑，如當今美國刑訴法學界權威性教科書及教授 Wayne R. Lafave 等合著之教科書第八章即有大陪審團偵查即大陪審團兼具雙重功能，並謂「大陪審程序同時

兼有美國刑事司法過程之『劍』及『盾』之功能，扮演『盾』之功能時，即為介於政府與個人(人民)間之起訴審查功能，以決定是否提起公訴；……………。扮演『劍』之功能，即為大陪審制度作為偵查體之功能」(“The common law grand jury is said to constitute both “the shield and the sword” of American criminal justice process. It is likened to a shield in its performance as a screening agency interposed between the government and the individual. In deciding whether to issue an indictment, the grand jury reviews the government’s evidence and in effect, screens the prosecutor’s decision to charge……………The grand jury is likened to a sword in its performance as an investigative body. Here, the grand jury is not reviewing cases that the prosecutor believes to be ready for prosecution, but rather examining situations that are still at the inquiry stage”)，故該份理由書恐誤解美國刑事訴訟程序之流程及意義。

五、被告是否得於羈押程序請求檢察官提供證據及羈押聽審程序之提供證據規定：

聯邦規則第 46 條關於同規則第 26.2 條適用於羈押聽審程序之法則，然參酌該規則 26.2 (a)，於該證人已經在審判中經主詰問(直接詰問) 程序作證後，法院依未傳喚證人之一方聲請，應令對造提供該證人之先前陳述且在檢方或被告方持有中之證人證詞。然而，此並非即為檢方應事先開示給辯護人或被告方證據之法律依據，蓋該國羈押聽審程序，本即採行對抗制度，而有所謂之交互詰問，而檢察官於該程序，應提出檢方證人，經過

主詰問後再經辯護方反詰問，是於該程序，檢方證人即已於該程序開示給被告方「知悉及聽聞」，該證人先前證詞，僅需於主詰問後提供給辯方，以便於反詰問時供做彈劾之用，彈劾是否有先前不一致之陳述之情形。是不得以之隨即率而認定被告方或辯護人有證據開示之請求權，而必須是證人經過主詰問之後，方得提供。更不得率而主張被告方有據此請求全部證據開示之權利，此主張並非該國之法制之規範及運作實務。相較之下，在未採行對審制之我國羈押聽審之程序中，自無法要求在未採取交互詰問之前提下，即得隨意公開該證人之先前陳述，更不得躁進率而主張被告有於羈押聽審程序請求檢方開示全部證據之權利。

貳、關於鑑定人陳運財教授之鑑定意見部分：

按偵查中羈押審查程序其目的僅在判斷有無實施證據保全及強制處分之必要，非認定被告有無犯罪之實體審判程序，故使被告得在該審查程序中表達意見，僅在落實保障其聽審權，並非言詞辯論，故羈押審查之證據法則毋須嚴格證明，僅以自由證明已足，且得以傳聞證據作為羈押審查之證據，法院亦得於告知羈押資料及聽取被告辯明及辯護人意見後，不經言詞辯論，即得為羈押之裁定。故我國偵查中羈押之法官職權審查制，限制辯護人不得閱卷之規定，實已考量司法救濟之機會與制度，可知刑事訴訟法第33條第1項立法，乃偵查中保全程序本質之急迫性及隱密性使然，並非立法疏漏致未能充分保障偵查中羈押被告之辯護權或防禦權問題。陳運財教授2014年版之《偵查與人權》專論第一編第五章「論偵

查不公開之適用範圍及其例外」一文認本條係立法疏漏，恐有誤解。

參、關於歐洲人權法院判決之部分：

(一) 歐洲人權法院在 Schöps v. Germany 案及 2007 年 12 月 13 日 Mooren v. Germany 案之判決，雖均明白肯認羈押審查程序中必須給予閱卷權，然此時仍應考量歐洲人權法院之判決或據以做成該判決之歐洲人權公約在我國法體系之角色與定位。亦即應須先區分各該公約係國際習慣法、已完成批准程序、已成為我國法秩序（如兩公約），或係迄今尚未在我國完成批准與加入程序之絕大多數國際及區域人權公約（如歐洲人權公約即屬之）。後者因欠缺相關連結，無從逕行對我國構成有拘束效果的國際法規範，其意義較似為外國法規範，或可作為我國憲法解釋之參考，但並不當然可直接構成我國憲法解釋的拘束來源與具體化依據，毋寧應限於外國法與本國法的參酌比較，但不足作為我國憲法應依循並致力具體化而付諸實現之框架秩序。詳言之，尚難逕以歐洲人權公約為國際人權規範，即成為形塑我國憲法規範內涵之來源，甚至牽制我國憲法之解釋適用。並應注意在將國際人權公約具體化的過程中，各國仍保有相當程度的自主形成空間，各國因此而能夠且有義務透過各國自己認為最適合的方式，協助實現國際人權公約所追求人權保障的目標¹。

¹ 黃舒梵，〈國際及區域人權公約在憲法解釋中扮演的角色：兼評司法院釋憲實務對國際及區域人權公約之看待與引用方式〉，司法院大法官 104 年度學術研討會—大法官解釋之釋憲方法。

(二) 次按歐洲人權法院係針對個案判斷該國內國之總體程序是否違反公約。縱然歐洲人權法院裁判就個案得出違反公約之結論，亦必須從個案實際情形著手，因此，即便此個案經歐洲人權法院認定違反公約，亦非代表所有未給予全面閱卷之情形均必定違反公約。因倘若個案未予全面檢閱卷證，或因該證據不具重要性，或因個案確實已用其他方式補償未予閱卷之不足，使被告已能有效進行防禦，亦不排除被認定為未違反武器平等原則之可能。簡言之，歐洲人權法院係對「具體個案」中內國之處理程序是否違反公約作審查，並非對內國之法律是否違反公約作抽象審查；又歐洲人權法院裁判結果並不對內國法律發生直接效力，即內國法律不因在個案適用上被歐洲人權法院認定違反公約，即產生無效或定期失效之效果，僅係若內國在個案被宣告違反公約，其拒絕修改法律之效果，在未來相似個案中，將繼續因個案處理程序違反公約而被判決應賠償申訴人，因此，似不宜於我國大法官釋憲案中直接套用歐洲人權法院裁判之結論。

肆、結語

在偵查不公開原則下，我國刑事訴訟法乃設諸多規定，確保被告之防禦權行使，以求均衡兼顧，例如第 93 條第 1 項、第 95 條第 1 項第 2 款、第 93 條 2 項等規定，而對偵查中羈押審查所依據之事實，並在第 101 條第 2 項、第 3 項明定應告知被告及其辯護人。凡此程序規定，既符合憲法所要求的實質正當，又與歐洲人權法院對有關偵查期間羈押合法性審查辯護人卷證資料接近權闡釋之精神並無扞格，而且實務操作亦甚為順暢，殊難遽指有欠周延、馴至達違憲程度云云。

再細繹刑事訴訟法第 33 條第 1 項立法目的，在明文規定審判中辯護人接近案卷之方法，不以「提示」或「告知」卷證資料之方式為已足，而係更進一步列舉得以「檢閱卷宗及證物」並得「抄錄」或「攝影」之方式為之，俾確保被告之審判防禦權，並非排除偵查中檢察官聲請羈押審查合法性與否時相關卷證之接近權。質言之，本條項規定端在區別辯護人在偵查與審判程序中接近卷證資料之方式有所差異，要非全然否定辯護人於偵查羈押審查程序之「接近卷證資料」機會。立法者所以將本條項如是規定，係鑒於偵查中法院審查羈押合法性時，應顧及偵查不公開原則，故排除辯護人得以「檢閱卷宗及證物」、「抄錄」或「攝影」等方法接近相關卷證資料，此意旨已詳載於該條立法說明²，立法者本此旨意所制訂之規定，何違憲之有？

況且，大法官釋憲之標的應僅能審查法律或命令是否牴觸憲法，而非就具體個案進行違憲審查。本件係該個案之司法實務運作結果，而非法律規定牴觸憲法，此於鑑定人中華民國律師公會全國聯合會賴彌鼎律師之鑑定意見書亦採相同見解，其認：「刑事訴訟法第 33 條之規定方式，係保障辯護人於審判中『得』閱卷之權利，遍觀該條文及其他刑事訴訟法條文均無任何限制辯護人『不得』於偵查中閱卷之規定」，而認本件係剝奪辯護人於偵查中閱卷權之「實務作法」違反憲法第 23 條法律保留原則³，益徵鑑定人亦認為本件非法律違憲問題。從而，若就本件之實務運作進行憲法解釋，恐將

² 刑事訴訟法第 33 條第 1 項立法理由：「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」。

³ 中華民國律師公會全國聯合會賴彌鼎律師鑑定意見第 1 頁。

開啟個案釋憲之先例，而有逾越司法院大法官審理案件法所
定大法官職權範圍之虞，請大法官應一併審慎酌量。