

檔 號：

保存年限：

司法院刑事廳 函

地址：10048臺北市中正區重慶南路1段
124號

承辦人：

電話：

電子信箱：

受文者：本院大法官書記處

發文日期：中華民國105年2月22日

發文字號：廳刑一字第1050000215號

速別：最速件

密等及解密條件或保密期限：

附件：如文

主旨：檢送司法院關於「賴素如、李宜光就刑事訴訟法第33條第1
項規定有違憲疑義聲請解釋案」之書面意見，請查照。

說明：復貴處105年1月19日處大二字第1050000032號函。

正本：本院大法官書記處

副本：

司法院刑事廳

壹、限制辯護人於聲請羈押程序閱卷與偵查不公開原則之關係為何？

對刑事被告而言，訴訟最終目的，在成功抵抗國家的控訴，避免刑罰權加諸己身；是以保障其防禦權之行使，係實踐憲法第十六條訴訟權之最重要內涵。刑事司法程序中，鑑於被告與代表國家行使追訴權之檢察官間，無論在組織、人力、物力及專業法律知識各方面，兩者均有相當之差距，為使被告處於與檢察官實質對等之地位以進行有效之防禦，排除檢察官對其不利之控訴，被告應享有受辯護人協助之權利¹。為使辯護人制度充分發揮協助被告進行訴訟之功能，被告受辯護人協助權之內容，自不以形式上賦予選任辯護人之權利為已足，並包括由辯護人陪同應訊、閱卷獲取訴訟資訊及進行其他有效防禦所需之訴訟行為，俾從事實質辯護之權利²。故刑事訴訟程序中，辯護人得充分有效行使閱卷權，係被告防禦權之重要內涵³，源自憲法第十六條訴訟權之基本權，無待其他法律明文。

從國家偵查機關之立場出發，偵查程序中，為落實無罪推定以保障未經定罪嫌疑人名譽，及維護其他訴訟關係人隱私等權益，並防止串供與湮滅證據，維持偵查效能，以達成法治國原則

¹ 司法院釋字第654號解釋葉百修大法官協同意見書。

² 陳運財，論偵查不公開之適用範圍及其例外，全國律師雜誌，第13卷9期，頁30以下。

³ 司法院釋字第654號解釋許玉秀大法官協同意見書。

所要求，刑事訴訟必須儘可能發現真實之任務，刑事訴訟法第二百四十五條第一項因予明定偵查不公開之，即所謂「偵查不公開原則」，意指偵查程序、偵查內容不公開⁴。檢察官於偵查階段，依憑偵查不公開原則，隱匿重要偵查資訊使不致外洩，以保全證據，確為有效偵查犯罪、實現國家刑罰權之重要手段；尤其在行將啟動具急迫性、機密性之搜索、扣押或拘提、逮捕被告等強制處分之際，維持檢警資訊優勢，更攸關偵查作為之成敗，其因此對辯護人於偵查中之閱卷權有所限制，實乃追求偵查效能必需付出之代價。

惟若貫徹偵查不公開原則，完全排除辯護人偵查中之閱卷權，致其未能經由閱卷獲取防禦所必需之資訊，為有效之辯護預作準備，將無法保障被告偵查中防禦權之行使；然於偵查階段，犯罪之調查蒐證未臻完備之際，即完全不設防的公開偵查作為或卷證，勢必影響偵查效能，妨礙國家追訴犯罪公益目的之實現。是辯護人於偵查中閱卷權之行使與偵查不公開原則，本質上即存有維護偵查利益及保障個人基本權之價值衝突，二者有互為消長之緊張關係，猶如天秤兩端的砝碼。偵查階段之聲請羈押被告程序，因被告所面臨之羈押審查，關涉其人身自由之剝奪，其受辯

⁴立法院公報，第 89 卷，第 39 期，頁 446 以下；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，台灣本土法學雜誌，第 70 期，2005 年 5 月，頁 120 以下。

護人協助，藉由閱卷獲取資訊以進行有效防禦之需求，迫在眉睫，與限制其閱卷之偵查不公開原則間之對峙，益形緊張。如何允執厥中，等值兼顧天秤兩端，使之維持衡平狀態，長久以來，始終是法治國家立法上及刑事司法決策上，所面臨之兩難抉擇。

貳、有關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？

武器平等原則，係指訴訟兩造當事人均須擁有合理機會去進行案件，且不得被置於較對造不利的地位⁵。憲法第十六條明定人民有訴訟之權，法治國家人民所享有之訴訟權，當包括向管轄之法院提起訴訟之權、法院聽審請求權，以及訴訟武器平等原則等內容⁶；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、第五八二號解釋參照）。雖有論者以武器平等乃公平審判之前提，刑事案件起訴後，當事人間之訴訟關係已形成且面臨法院之審判，此時始有維護檢、辯雙方當事人間攻擊防禦地位的平等可言；偵查階段當事人雙方對峙之關係猶未建立，亦尚未進入法院審判階段，當無所謂武器平等概念⁷。惟武器平等原則旨在落實被告之防禦權，而被告自遭偵查機關以

⁵謝慧中，偵查中羈押之程序保障—以強制辯護及閱卷權為中心，台大碩士論文，101年7月。

⁶司法院釋字第393號蘇俊雄大法官不同意見書。

⁷同註2，頁31。

其為犯罪嫌疑人，發動偵查作為之時起，即有防禦之必要，基此防禦之需求⁸，國家應提供被告得與代表國家機器之檢察官，立於平等地位進行攻防之制度性程序保障，自有武器平等原則之適用。所謂「武器平等為公平審判之前提」，係在強調為落實公平審判，必先求訴訟兩造間武器平等；就此以觀，武器平等固為公平審判之必要條件，但非充分條件，無從據以推導出武器平等原則僅適用於刑事訴訟之審判程序，偵查階段無武器平等原則可言。

針對武器平等原則於刑事司法程序偵查階段之適用問題，歐洲人權法院判決先例，於*Imbrioscia v. Switzerland*案⁹，即以審判之公平性也可能因為最初的違誤而產生嚴重侵害等為由，確立歐洲人權公約第六該條規定保障範圍及於起訴前程序¹⁰。其後之諸多判決，包括促成德國修正其內國法之2001年*Garcia Alva*、*Lietzow*及*Schöps*三案，以迄2016年一月間之*Albrechtas*案¹¹，仍採法院關於對遭羈押人民之實體、程序上要件之審查，必須提供合於司法程序之保障，此一程序必須是正當、對審之程序，特別是在當事人間、檢察官以及正遭受羈押被告間，武器平等原則必須受到保障；武器平等原則雖源自於歐洲人權公約第六條之公平審判，但亦適用

⁸司法院釋字第665號解釋許玉秀大法官部分不同意見書。

⁹ ECHR, *Imbrioscia v. Switzerland*, Judgment of 24 November 1993, Appl. no. 13972/88.

¹⁰同註5，頁12。

¹¹ ECHR, *Nikolova v. Bulgaria*, 1999.3.25, no. 31195/96 ; *Garcia Alva v. Germany*, 2001.2.13, no. 3541/94 ; *Lietzow v. Germany*, 2001.2.13, no.24479/94 ; *Schöps v. Germany*, 2001.2.13, no.25116/94 ; *Mooren v. Germany*, 2007.11.13, no. 11364/03 ; *Albrechtas v. Lithuania*, 2016.1.19, no. 1886/06。

於審前程序，蓋人身自由剝奪係對於基本權之重大侵害，若涉及偵查中之情形，其審查亦應盡可能符合公平審判之要求，亦即於審判前之偵查階段，武器平等原則應獲得確保。

刑事法院行使審判權，其結果影響人民之人身自由，有關刑事訴訟程序，自應本正當法律程序之要求，對刑事被告予以充分之程序保障，始符憲法第十六條保障人民訴訟權之本旨。此項程序保障，例如採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並給予被告有完全陳述之機會等，俾被告得以充分行使其正當防禦權利¹²。檢察官聲請羈押被告程序，雖處於偵查階段，然法院因應檢察官聲請所進行之審查及所為關於羈押之裁定，仍屬刑事法院審判權之作用。被告面臨法院羈押審查，為對抗聲請羈押之檢察官，排除遭羈押處分剝奪其人身自由之危險，其防禦上之需求，非但不言可喻，甚且迫在眉睫。被告所得享有之程序保障，必須足使其與檢察官立於實質對等之地位，而得充分有效行使防禦權。依憲法第十六條保障人民訴訟權之規定，可推導出應包含實現憲法正當法律程序原則所必要之武器平等原則。

參、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之卷宗之權利？涉及被告及辯護人之何種憲法上權利？其得限制之範圍及方式為何？

¹²司法院釋 654 號解釋葉百修大法院協同意見書。

憲法第十六條訴訟權之保障，應受正當法律程序原則指導。正當法律程序所保障人民合理、公平參與法律程序的權利，包括客觀參與可能的保障，以及主觀參與可能的保障。所謂主觀參與可能的保障，就是使權利主體有知悉參與權利存在的可能性。畢竟知道權利存在，是行使權利的先決條件，對參與權利資訊的知悉可能性，也就是權利主體取得權利資訊的機會，可稱之為程序資訊取得權¹³。屬刑事被告防禦權重要內涵之辯護人閱卷權，即為被告程序資訊請求權之最佳體現。

司法院解釋關於憲法上正當法律程序原則之適用，係依憲法所保障基本權之種類、對基本權限制之強度與範圍、所欲追求之公共利益、程序替代可能性及程序成本等因素，透過比例原則之適用，審查憲法解釋之標的是否符合正當法律程序。我國憲法第八條，針對人身自由的限制，規定正當法律程序原則最原始的意涵，包括法定原則與法官保留原則，內容雖然不能涵蓋正當法律程序原則的所有內涵，但可以理解為正當法律程序原則的一個例示規定，此所以凡涉及限制人身自由的規範審查，大法官歷來解釋皆援引憲法第八條作為正當法律原則的依據¹⁴，羈押為剝奪被告人身自由之強制處分，羈押審查所應具備之程序保障，自亦以

¹³司法院釋字第 610 號解釋許玉秀、林子儀、許宗力大法官部分協同意見書。

¹⁴許玉秀大法官釋字第 654 號解釋協同意見書。

該規定為根據。

人身自由之保障，乃行使憲法上其他基本權之前提，為重要之基本人權，故對人身自由之限制，是否符合憲法正當法律程序要求，其審查本應採較其他憲法基本權嚴格之標準¹⁵。羈押不僅所干預者係被告重要基本權之人身自由權，且干預程度，不僅止於限制，實已達剝奪的地步，復以係機構性處分，將被告拘禁於特定處所，使自日常生活之場域隔離，致失其原有諸多依怙，甚且常持續相當期間。被告已蒙刑訟之累，一旦又遭羈押，防禦能力勢必驟降而陷於極度弱勢之處境。被告於聲請羈押程序所面臨者，除有身陷囹圄之危險外，尚為日後訴訟成敗之關鍵，故對關於限制被告防禦權之規範，其審查密度自應更為嚴格。

鑑於閱卷權乃實現被告受憲法正當法律程序所保障資訊請求權之具體手段，為被告基本權訴訟權核心即防禦權之重要內涵，係源自憲法上之權利；且防禦權之行使應始自有防禦需求之偵查階段，以符合武器平等原則之要求；再者，羈押攸關被告人身自由之剝奪，審查羈押過程中所應有之程序保障，應採最嚴格之標準。辯護人閱卷權之行使，縱偵查中，囿於偵查不公開之考

¹⁵司法院釋字第709號解釋葉百修大法官協同意見書。

量，有加以限制之事實上必要，惟為落實被告於攸關其人身自由之聲請羈押程序所應享有資訊請求權及武器平等原則之保障，亦不應全面禁止。

我國常繼受歐陸法律，觀諸歐陸國家關於辯護人閱卷權之法制沿革及司法實務見解嬗遞過程，其中歐洲人權公約第五條第一項對拘束人身自由處分，要求應符合法律保留及法官保留；同條第四項明定關於羈押等剝奪人身自由處分之合法性審查，應由法院為之，以符合法官保留原則¹⁶。透過歐洲人權法院之詮釋，該審查程序既由法院進行，即必須符合一定之程序保障，其保障方式、程度及範圍是否符合要求，則取決於個案中剝奪自由之類型。一般而言，應包括中立之法官，採言詞審理、對審制方式，並符合武器平等原則及因此衍生之程序在場權、法律協助權和閱卷權等保障¹⁷。針對偵查中羈押程序閱卷權，歐洲人權委員會早期曾經採否定說，表示檢方不必讓被告知悉全部可能在審判中提出的證據；但歐洲人權法院自 1989 年 *Lamy v. Belgium*¹⁸ 案開始肯定辯護人於偵查中羈押審查程序之閱卷權¹⁹後，否定說已成過

¹⁶ARTICLE 5 : 4. Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.

¹⁷同註 5，頁 9。

¹⁸ECHR, *Lamy v. Belgium*¹⁸, 1989.3.30, no. 24479/94。

¹⁹同註 5，頁 31。

去²⁰。人權法院於 *Lamy* 案認為基於維護對審及武器平等原則，縱使偵查中之羈押審查程序有維護偵查機密之公益考量，仍應容許辯護人以適當方式去接觸得據以挑戰羈押合法性之重要資訊。換言之，對辯護人於偵查中羈押之閱卷權，賦予較偵查利益更優先之保障。繼於 2001 年，歐洲人權法院針對德國檢察官拒絕辯護人閱卷之 *Garcia Alva*、*Lietzow* 及 *Schöps* 三案所為指標性判決，除肯認武器平等原則於審判前之偵查階段，即應獲得確保，尤以拘束人身自由之羈押審查程序為然，已詳述如上述，並強調剝奪人身自由對基本權影響重大，關於足以挑戰羈押合法性之重要資訊，應予辯護人閱卷，始符合公平程序中武器平等之要求；僅以記載摘要之書面告知，或言詞轉述，均屬透過檢察官、法院解釋之資訊，與原始證據內容之情形有別，縱係基於有效偵查目的使然，亦非禁止閱卷之合法理由，故檢察官不得拒絕辯護人於羈押審查程序行使閱卷權。而歐洲人權公約第六條關於公平審判之規定，其範圍固及於起訴前之審前程序，致與類似我國憲法第八條之該公約第五條第四項關於剝奪人身自由之法院審查要求規定間，產生法規競合，然羈押既屬對剝奪人身自由之處分，故歐洲人權法院於羈押審查之案例，往往優先適用該公約第五條第

²⁰同註 5，頁 28。

四項，認定德國政府違法²¹。嗣 2007 年 *Mooren v. Germany*²²、2009 年 *Kunkel V. Germany*²³ 等案仍持相同見解，當被告處於羈押狀態時，賦予辯護人不受限制的全面閱卷權²⁴。

德國舊刑事訴訟法第一百四十七條第二項原規定：檢察官於偵查階段如認為辯護人閱卷可能危及偵查目的時，可以拒絕辯護人對全部或單一文件的檢閱。然德國聯邦憲法法院 1994 年 7 月 11 日判決，即認為閱卷權是憲法所保障聽審權之具體化，不過祇有偵查終結之後，辯護人才享有不受限制的閱卷權。但當被告在偵查中遭受羈押時，應享有現時的，而非可延至偵查終結後的資訊利益，及時的閱卷保障誠屬重要。因為被告同受憲法保障之人身自由權，正遭受國家限制，其資訊利益相較於法治國原則要求之刑事訴訟真實發現，應居於較高地位。²⁵ 嗣因上開歐洲人權

²¹歐洲人權法院於 *Garcia Alva* 案，認為對審之程序要求，雖然內國法得以不同之方式滿足，但無論如何方法上之選擇，應使當事人得知悉已提交之資料以及對其有評論之機會；於 *Lietzow* 案，認為檢察官拒絕辯護人閱卷權之請求，是因該案相當複雜且涉及多數被告，為偵查順利進行，部分資訊蒐集之需求在調查程序中應被保密，以避免造成司法公正性之減損，然此正當目的之追求不應以犧牲被告防禦權之方式完成。因此，應使被告律師能以適當之方式獲取對於羈押決定必要之資訊；於 *Schöps* 案，認為辯護人被拒絕閱覽對於挑戰羈押合法性所必要之偵查中資料時，在未接觸上開卷證之情形下，很難能有效質疑證據之可信度，已違反武器平等原則，即違反司法程序之基本要求，此項原則是源自於公約第六條之公平審判，其亦適用於審前程序。

²²*Mooren v. Germany*, 2007/12/13, no.11364/03。

²³EGMR StV 2001, 201-Lietzow v. Deutschland；偵查階段在押而請求閱卷。Sabine Gless 撰，王士帆譯，歐洲：刑事辯護的挑戰，檢察新論第 9 期，2011 年 1 月，第 327 頁。

²⁴EGMR StV 2001, 201-Lietzow v. Deutschland；偵查階段在押而請求閱卷。Sabine Gless 撰，王士帆譯，歐洲：刑事辯護的挑戰，檢察新論第 9 期，2011 年 1 月，第 327 頁。

²⁵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，台灣本土法學雜誌，第 70 期，2005 年 5 月，頁 128 以下。

法院判決，於 2009 年修正上開刑事訴訟法規定為：「若卷宗內尚未註明偵查終結，而檢閱可能危及調查目的時，得拒絕辯護人查閱卷宗或個別卷宗內容以及檢視官方保管之證物。若第一句之要件成立，且被告在羈押中或在暫時逮捕之情況下被聲請羈押時，應以適當方式讓辯護人接觸為判斷剝奪行動自由合法性之重要資訊；對此通常應准許檢閱卷宗證物。」²⁶該規定不僅適用於被告已被羈押，而且適用到因暫時逮捕而被聲請羈押之情形。前者，被告已被羈押，辯護人閱卷，只能對將來之停止羈押發生辯護作用，對於最初之羈押決定，因已事過境遷，無法溯及發生保護功能；後者，被告雖遭聲請羈押，但仍未受羈押，辯護人獲知偵查資訊，有機會參與偵查法官之決定，讓偵查法官做出不維持羈押之決定而釋放被逮捕之人。²⁷確立朝解除辯護人偵查中行使閱卷權限制之法制趨勢。

我國於民國七十一年，於舊刑事訴訟法第三十三條第一項

²⁶Strafprozeßordnung (StPO) § 147 : (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.

²⁷何賴傑，論德國羈押強制辯護之新制—以德國 2009 年 7 月 29 日羈押修正法為重點，全國律師，2010 年 7 月，第 15 頁。

「辯護人得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。」增列「於審判中」，修正為「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。」所持理由以「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。」依修正後規定，限制辯護人閱卷權於起訴前完全不得行使，與上揭憲法規定及司法院解釋先例意旨不盡相符，與歐陸法制強化偵查中閱卷權之趨勢亦背道而馳。對被告而言，偵查程序中落實辯護權，俾免遭國家機關違法偵查侵害之必要性，遠大於起訴後之審判階段，亦有助益於其日後訴訟之進行，此觀我國早將偵查中辯護制度入法即明。是則相關之辯護人偵查中閱卷權，允宜配合朝充實辯護權之方向，於攸關被告重要基本權人身自由之聲請羈押程序，對於法院形成羈押決定具有重要影響之偵查中卷證，允許其閱卷。現行刑事訴訟法關於禁止辯護人於聲請羈押被告程序閱卷之規定，有欠完備，未來刑事訴訟程序相關規範修正時，將妥為建制，以貫徹憲法保障訴訟權之意旨。