

釋字第 762 號解釋協同意見書

許志雄大法官 提出

在國家與人民之關係上，國家擁有各式各樣之權力，而刑罰權為其中極為重要之一種。各種國家權力因有刑罰權作後盾，其權力性乃能獲得確保，故刑罰權堪稱權力之象徵。又刑罰權之發動，對人民之基本權利自由構成嚴重威脅。被告（含犯罪嫌疑人）於刑事訴訟程序中受有何種權利之保障，就一般人民之權利自由而言，亦具有象徵性意義¹。或謂刑事訴訟程序上之人權保障，乃人權保障之最後堡壘²，亦不為過。是被告人權之保障如何，足以作為一國人權發展程度之指標。

過去大法官曾作成多號解釋，有效提升被告在刑事訴訟程序上之人權保障，諸如釋字第 392 號（羈押權歸屬與提審要件）、第 436 號（軍事審判之訴訟救濟制度）、第 582 號（被告之證人詰問權）、第 654 號（律師接見受羈押被告時之監聽錄音）、第 737 號（偵查中羈押審查程序卷證資訊獲知權）及第 752 號（第二審初次受有罪判決者得上訴第三審）解釋皆是。本號解釋承認，被告於刑事案件審判中享有卷證資訊獲知權，對被告人權之保障，顯然具有強化之效果，本席深表贊同。

本號解釋文釋示：「刑事訴訟法第 33 條第 2 項前段規定：『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』，未賦予有辯護人之被告直接獲知卷證資訊之權

¹ 奧平康弘著，憲法Ⅲ—憲法が保障する權利，有斐閣，1993 年，頁 290-293、337、338。

² 杉原泰雄著，基本的權利と刑事手続，學陽書房，1980 年，頁 279。

利，且未賦予被告得請求付與卷內筆錄以外之卷宗及證物影本之權利，妨害被告防禦權之有效行使，於此範圍內，與憲法第 16 條保障訴訟權之正當法律程序原則意旨不符。」其從卷證資訊獲知權之主體、範圍及行使方式著眼，獲致系爭規定違憲之結論。關於違憲之具體理由，解釋理由書中論述綦詳，不待贅言。惟就訴訟權及正當法律程序原則而言，卷證資訊獲知權究竟扮演何種角色，具有何種性質，則未見說明，實有加以闡釋之必要，爰提出協同意見書，試予析述。

一、公平之審判

人民之訴訟權受憲法保障，一般係指人民於其權利受侵害時，有向法院提起訴訟，請求法院依正當法律程序，為公平之審判，以獲得及時有效救濟之權利。其定義顯然關注於訴訟權之受益權或國務請求權性質，側重訴訟權之積極內容。此於民事及行政事件，尚屬允當。惟刑事案件方面，訴訟權具有自由權性質，重心無寧應在於消極內容，主要包括非依法院審判不受科處刑罰之權利，以及被告在符合正當法律程序原則下受公平審判之權利。

為確保人民受公平審判之權利，須有各種相關機制之配置。首先，建構無偏頗之虞之法院，乃最基本之要求，故司法獨立、法官之身分保障及迴避制度均不可或缺。其次，維持訴訟程序之公正，亦十分重要，是以正當法律程序原則恆須貫徹。法院居於第三人地位，應與原告被告保持等距關係，乃有對審、公開審判及武器平等之要求，並應給予被告充分知悉卷證資訊、辯解及防禦之機會，俾有效行使防禦權。

本號解釋理由書稱：「憲法第 16 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（本院釋字第 654 號解釋參照），包括被告卷證資訊獲知權，俾受公平審判之保障。據此，刑事案件審判中，原則上應使被告得以適當方式適時獲知其被訴案件之卷宗及證物全部內容。」與上開旨趣相符，值得肯定。

二、程序保障請求權

基於正當法律程序原則之要求，被告享有律師選任權、證人詰問權、羈押理由及審查程序卷證資訊獲知權等。性質上，此等權利屬程序保障請求權，並非實體之權利，而與一般具有實體內容之「自由權」，如表現自由、經濟自由及人身自由等，尚有不同。程序保障請求權之目的，乃為實踐無罪推定原則，確保自由權之限制或剝奪能符合正當法律程序原則之要求，亦即防止自由權任意受限制或剝奪。在此意義下，程序保障請求權係對國家權力之行使為程序上之拘束，構成國家限制或剝奪個人自由時之條件。程序保障請求權之內容，則須藉由法律規定予以具體化。要之，為確保個人之自由，程序保障請求權與權力分立原理、司法獨立同樣重要；而為落實程序保障請求權，體現刑事正義（criminal justice），亦須建構健全之訴訟程序法制³。

如上所述，個人自由唯於例外情形始許限制或剝奪之，而程序保障請求權為該例外之條件，有關程序保障請求權之法律規定則為許可條件之具體設定。其規定若充分維護程序

³奧平康弘著，同註 1，頁 297-304。

保障請求權，符合正當法律程序原則之要求，自無問題。反之，其規定若未充分維護程序保障請求權，則構成違憲。此際所以違憲，係因不能滿足正當法律程序原則之要求，並非程序保障請求權受「限制」所致，故與比例原則無關。申言之，自由權違憲審查之論證，基本上採三階段審查（Drei-Stufen-Prüfung）步驟，循「保護領域（Schutzbereich）→限制（侵害 Eingriff）→正當化（Rechtfertigung）」之順序進行審查。程序保障請求權既非一般具有實體內容之「自由權」，原則上應無三階段審查之適用。而且，第二階段所稱限制（侵害），乃自由之例外。程序保障請求權係使例外得以正當化之程序要件，於其規定有所不足時，若認係一種限制（侵害），則形同例外之例外，於理不合。至於比例原則，乃第三階段從實質觀點檢視限制（侵害）之正當性時，據以判定合憲或違憲之方法。第二階段之限制（侵害）已無法自圓其說，當無第三階段比例原則之適用餘地。

本案聲請人之一以「法律限制人民權利，應符合適當性原則、必要性原則及過度禁止原則」為由，認系爭規定不符比例原則。其將比例原則適用在屬於程序保障請求權之閱卷權（卷證資訊獲知權）上，參照前述，難謂合理。本號解釋理由書指出：「系爭規定明定：『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。』是得直接獲知卷證資訊（請求付與筆錄影本）之人，僅限於審判中無辯護人之被告，而未及於有辯護人之被告；而得獲知卷證資訊之範圍，僅限卷內筆錄之影本，未及於筆錄以外其他被告被訴案件之卷宗及證物全部內容；又得獲知卷證資訊之方式，僅預納費用請求付與筆錄影本一途，未容許被告得以檢閱並抄錄或攝

影等其他方式獲知卷證資訊。上開卷證資訊獲知權之主體、範圍及行使方式，是否符合正當法律程序之要求，須視被告充分防禦之需要、案件涉及之內容、卷證之安全、有無替代程序及司法資源之有效運用等因素，綜合判斷而為認定。」本號解釋對系爭規定有無違憲之判斷方法，顯然異於聲請人之主張。多數意見直接從系爭規定是否符合正當法律程序之要求探討，既未出現限制或侵害之用語，更未適用比例原則，實屬允當。

三、關於被害人之卷證資訊獲知權問題

論者或認為，基於公平性考量，除被告外，被害人亦應賦予卷證資訊獲知權，以兼顧被害人之權利保障。按近年來被害人之人權議題，漸受重視，最初關注焦點在於犯罪被害人補償制度之建立，繼則擴及訴訟程序之參與⁴。在此一脈絡下，認卷證資訊獲知權之主體應包含被害人，具有擴大被害人之訴訟參與及強化其人權保障之意義。

惟被害人宜否參與刑事訴訟程序？允許參與之程度如何？應賦予何種權利？有關爭議仍大，迄無定論。在此情況下，是否應要求立法賦予被害人卷證資訊獲知權，需審慎評估。抑有進者，承認被害人參與刑事訴訟程序之權利，可能對刑事制度及正當法律程序原則造成強烈衝擊，不能掉以輕心。就法制之演進觀之，近代刑事制度建立之後，排除私人應報觀念，被害人逐漸脫離刑事訴訟當事人之角色。刑罰權為國家之權力，由國家獨佔。如今，主張被害人之訴訟參與權，尊重被害人之人權，固有其時代意義，但若過度強調，

⁴ 河合幹雄著，犯罪被害人と人權，收於愛敬浩二編「人權の主體」，法律文化社，2010年，頁220。

恐有使私人應報觀念復活之虞。而且，被害人若提升至憲法之地位，必然導致被告之人權保障相對化，並損及正當法律程序原則⁵。職是之故，是否立法賦予被害人卷證資訊獲知權，猶待通盤考量，不可遽下定論。

⁵ 中島徹著，刑事手続における「主權」と「人權」——憲法シンボルをめぐる異夢，ジュリスト第1334號，2007年5月，頁187。