

檔 號：
保存年限：

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02月19日

發文字號：法檢字第10504508490號

速別：普通件

密等及解密條件或保密期限：

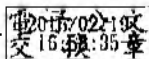
附件：如文(500000000FUX00000_A11000000F_10504508490A0C_ATTCH1.docx)

主旨：檢附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1份，請查照。

說明：復貴秘書長105年1月13日秘台大二字第1050001603號函。

正本：司法院秘書長

副本：賴素如女士、李宜光先生



大法官會台字第 11617 號賴素如、李宜光聲請釋憲案法務部書面意見
目錄

壹、 偵查不公開原則與被告防禦權之衡平·····	1
一、 偵查不公開原則之內涵與憲法位階·····	1
(一) 偵查不公開原則之內涵·····	1
(二) 偵查不公開原則之憲法位階·····	2
(三) 美國、日本及德國關於偵查不公開原則與偵查效能之規範···	3
二、 我國在偵查不公開原則下已給予被告防禦權之充分保障·····	5
貳、 限制辯護人於聲請羈押程序閱卷之正當性·····	5
一、 規範目的之正當性·····	5
(一) 限制辯護人於聲請羈押程序之閱卷權符合憲法第 8 條第 1 項之正當法律程序·····	6
(二) 限制辯護人於聲請羈押程序之閱卷權符合憲法第 23 條法律保留原則·····	6
二、 限制手段之必要性·····	8
(一) 羈押原因可能涉及串證、滅證之虞·····	8
(二) 閱卷並非保障被告防禦權之唯一方式·····	9
三、 權利侵害之最小限制·····	10
參、 偵查階段無對審原則及武器平等原則適用·····	11
一、 偵查中檢察官就案情真相而言，處於資訊劣勢地位·····	11
二、 我國憲法並未提及偵查中有武器平等原則之適用·····	12

三、 公民與政治權利國際公約之規定.....	12
四、 美國、日本之制度與我國大致相仿.....	12
肆、 刑事訴訟法第 33 條第 1 項規定不生牴觸憲法問題.....	15
一、 我國現行法制對被告防禦權已有完整保障.....	15
二、 由公民與政治權利國際公約之規定及一般性意見可知偵查中閱卷 尚非屬普世價值.....	16
三、 美、日兩國均未賦予偵查中羈押審查程序被告及辯護人閱卷之權， 且皆無違憲之議.....	17
伍、 辯護人於聲請羈押程序中閱卷對實務之衝擊.....	18
陸、 總結.....	19

壹、偵查不公開原則與被告防禦權之衡平

現代刑事訴訟以在正當法律程序之前提下，發現真實、實現正義為目的。為讓檢察機關得有效追訴犯罪，適正實現國家刑罰權，因此建立偵查不公開之機制，又為預防偵查不公開可能造成被告防禦之困難，乃賦予被告適當之防禦權利。當二者發生衝突時，宜從以憲法多元價值調和之高度，綜合考量現行法制對被告防禦權保障之架構，妥為衡平之憲法判斷。

一、偵查不公開原則的內涵與憲法位階

(一) 偵查不公開原則之內涵：

刑事訴訟法第245條第1項規定：「偵查，不公開之」，稱為「偵查不公開原則」。此一規定對於保護被告及相關第三人及為真實發現以保全證據確有必要，另參該條第3項（即偵查不公開原則除外規定的要件）之立法理由謂：「無罪推定原則為民主法治國家所公認之原則，亦為世界人權宣言及國際公民與政治權利公約所明確宣示」、「偵查程序有關之資訊若經不當公開，對於被告及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」，可見偵查不公開原則具有多重目的，包括：

1. 貫徹對無罪推定原則之保障：發動偵查僅是刑事程序之開端，被告犯罪嫌疑尚檢驗、查證中，若此階段不當洩漏相關訊息，甚易誤導為「輿論公審」，甚而於起訴後對法院造成不當壓力。

2. 保障相關人之權利：被告以外之關係人向偵查機關透露本案資訊，可能涉及自身或他人隱私、名譽甚至身家性命，在案件起訴前，應予保護免於資訊外流。
3. 基於偵查效能之維護：起訴前之調查階段，偵查機關應享有偵查策略之優勢，此策略優勢常是破案先機，若不當走漏，將造成蒐集及保全證據之阻礙，不利於偵查。

（二）偵查不公開原則之憲法位階：

司法院大法官釋字第 729 號解釋理由書闡明：「檢察機關之偵查卷證與偵查追訴犯罪有重要關係，有其特殊性與重要性。正在進行犯罪偵查中之案件，其偵查內容倘若外洩，將使嫌疑犯串證或逃匿，而妨礙偵查之成效，影響社會治安，基於權力分立與制衡原則及憲法保障檢察機關獨立行使職權，立法院自不得調閱偵查中之相關卷證」、「立法院行使憲法上職權，向檢察機關調閱偵查卷證之文件原本或影本，由於偵查卷證之內容或含有國家機密、個人隱私、工商秘密及犯罪事證等事項，攸關國家利益及人民權利，是立法院及其委員因此知悉之資訊，其使用自應限於行使憲法上職權所必要，並須注意維護關係人之權益（如名譽、隱私、營業秘密等），對依法應予保密之事項亦應善盡保密之義務；且不得就個案偵查之過程、不起訴處分或未經起訴而以其他方式結案之結論及內容，為與行使憲法上職權無關之評論或決議，始符合權力分立、相互制衡並相互尊重之憲政原理，乃屬當然」。

由上可知，偵查不公開原則乃大法官肯認之憲

法價值，絕非僅是偵查機關為單方掌控偵查資訊所狹隘設限之自我秘密，而是具有高度之公益考量，並涉及憲法所保障檢察機關職權之獨立行使，於立法院行使憲法所賦予之文件調閱權時，尚須對偵查不公開原則有適當節制，則刑事案件被告行使訴訟防禦權時，自仍應受偵查不公開原則之規範。

（三）美國、日本及德國關於偵查不公開原則與偵查效能之規範

1. 美國：

美國聯邦刑事訴訟規則第 6 條(e)(2)規定大陪審團以偵查密行為原則，足認大陪審程序之進行亦採取偵查不公開之原則。偵查不公開原則係大陪審制度早已確立之立法政策。美國聯邦最高法院對於偵查不公開原則之態度亦將之視為不可或缺(indispensable)之政策，且為發揮大陪審制度之適當功能，亦需依賴此密行原則¹。故美國雖有學者認為偵查不公開原則縱不具絕對性，但亦承認聯邦法院認為大陪審團內之資訊或資料，仍以不開示（揭露）為原則²。

2. 日本：

該國刑事訴訟法第 40 條第 1 項規定：「於提起公訴後，辯護人始得請求閱覽、抄錄文書、證物」，第 47 條規定：「訴訟相關文書，於公開法院開庭前，不得公開」，與我國相同，亦以「偵查不公開」維護偵查效能，但應注意該國另有相關規定平衡保障被告防禦權。分述如

¹ United States v. Sells Engineering, Inc., 463 U.S. 418, 425(1983)

² CHARLESALANWRIGHT & ANDREW D. LEIPOLD, FEDERAL PRACTICE AND PROCEDURE, §91(2007)

下：

- (1) 檢察官聲請羈押時，應以記載一定事項之羈押請求書向法院提出，並提出相關資料佐證（日本刑事訴訟規則第 139 條第 1 項、第 147 條、第 148 條）。
- (2) 法院受理檢察官之聲請後，應進行羈押前訊問，此時以不公開方式聽取嫌疑人關於該案件之陳述。法官先告以涉犯之案件並聽取嫌疑人之陳述後，認逮捕程序合法且有羈押理由及羈押必要時，法院即簽發押票。
- (3) 因日本憲法第 34 條規定，基於人身保護令之精神，嫌疑人得請求法院告知羈押理由，故於該國刑事訴訟法明文規定：法院受理請求後，應在辯護人及被告均出庭之公開法庭由審判長告知羈押理由，對此理由之告知，嫌疑人、辯護人、檢察官均得陳述意見，或由法院命提出記載其意見之書面（日本刑事訴訟法第 82 條至第 84 條）。

3. 德國：

德國刑事訴訟法第 158 條以下，有關偵查程序之規範，雖未如我國刑事訴訟法就偵查不公開原則有一般性規定，但仍於個別條文中以避免危及偵查目的為要件，在偵查中限制被告或辯護人聽審權、防禦權，以確保刑事程序發現真實之目的得以實現。例如德國刑事訴訟法第 168 條 c 第 3 項係規定，偵查法官訊問證人或鑑定人時若被告在場，可能危及偵查目的，法官得排除其在場，尤其在證人於被告面前無法為真實陳述之情形。

二、我國在偵查不公開原則下已給予被告防禦權之充分保障

以下我國刑事訴訟法及相關行政規定，已完整涵蓋學理上所稱之聽審權、實質辯護權、資訊接近權等被告防禦權之所有內涵（相關法規詳參附件）：

- （一）請求注意權（刑事訴訟法第 2 條）
- （二）隨時選任辯護人權（刑事訴訟法第 27 條）
- （三）與辯護人接見通信權（刑事訴訟法第 34 條、第 34 條之 1）
- （四）訴訟權利告知（刑事訴訟法第 95 條）
- （五）罪嫌辯明權（刑事訴訟法第 96 條）
- （六）聲請調查有利證據權（刑事訴訟法第 163 條）
- （七）聲請保全證據權（刑訴 219 之 1）
- （八）被告知聲請羈押理由及所依事實權（刑事訴訟法第 228 第 4 項、101 條第 3 項）
- （九）偵訊時辯護人在場權（刑事訴訟法第 245 條）
- （十）司法院頒訂之法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項：
 - 1. 得請求法院即時訊問（第 25 點）。
 - 2. 得請求通知並等候辯護人到場（第 34 點）。
- （十一）法務部頒訂之檢察機關辦理刑事訴訟應行注意事項：
 - 1. 通知辯護人權（第 23 點）。
 - 2. 請求提示證物權（第 25 點）。
 - 3. 得在場並札記訊問要點（第 28 點）。
 - 4. 協助閱覽筆錄權（第 31 點）。

貳、限制辯護人於聲請羈押程序閱卷之正當性

一、規範目的之正當性：

(一) 限制辯護人於聲請羈押程序之閱卷權符合憲法第8條第1項之正當法律程序

按人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁時，憲法第8條僅於第2項明文規定「羈押原因告知權」，「24小時內移送法院聽審權」，此二者固屬憲法保留範圍。但偵查中法院審查羈押之法定程序及其辯護人有無閱卷權，並非憲法保留事項，憲法第8條第1項僅規定非依「法定程序」不得逮捕拘禁；非依「法定程序」不得審問處罰。至於何謂「法定程序」，則委諸立法裁量，故限制偵查中聲請羈押時辯護人之閱卷權，係屬立法裁量事項。

刑事訴訟法第33條第1項有無違反憲法第8條之正當法律程序，應綜觀被告偵查中辯護權之其他相關保障配套已否完備，是否兼顧司法機關妥速實現國家刑罰權之調和，不宜僅從單一法條之妥當性或僅著重保障被告防禦權而為論斷。如前所述，我國刑事訴訟法及相關應行注意事項，已賦予被告及辯護人各項防禦權，尤其辯護人於檢察官聲請羈押前及法官審查羈押時，二度被告知聲請羈押之理由及依據之事實，已足讓稱職之專業辯護人向法院完整表達其對羈押之辯護意見，並兼顧被告於羈押程序中自我防禦之需要及偵查不公開之司法機能，故符合憲法第8條第1項之正當法律程序。

(二) 限制辯護人於聲請羈押程序之閱卷權符合憲法第23條法律保留原則

按憲法第23條規定，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要之目的者外，不得立法限制人民基本權，否則即不具有限制目

的之必要性。又按限制人民人身自由權時，依憲法第8條正當法律程序原則之內涵，除要求人民權利受侵害或限制時，應有使其獲得救濟之機會與制度，亦要求立法者依據所涉基本權之種類、限制之強度及範圍、所欲追求之公共利益、決定機關之功能合適性、有無替代程序或各項可能程序成本等因素綜合考量後，制定相應之法定程序³。

若未綜合考量「權利受侵害或限制時，有無使其獲得救濟之機會與制度；所涉基本權之種類、限制之強度及範圍、所欲追求之公共利益、決定機關之功能合適性」其所制定之法定程序，即不具限制手段之正當性。相同地，若未綜合考量「有無其他替代程序或其他各項可能程序成本等因素」，其制定之法定程序即不具備限制權利之最小侵害性原則，皆難謂其權利限制符合憲法第8條之正當法律程序內涵及第23條之法律保留原則。

偵查不公開原則，乃大法官肯定之憲法價值⁴，對照刑事訴訟法第33條限制偵查中辯護人閱卷權之立法理由：「如許偵查中選任辯護人對於及證物檢閱、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」，可知立法者基於偵查不公開原則，限制偵查中辯護人閱卷權，實已考量憲法第23條為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者之目的。

從而，偵查中羈押審查程序，基於偵查階段特重急迫性及隱密性，除應立即處理且偵查內容不得公開外，其目

³ 司法院大法官釋字第689號解釋理由書。

⁴ 參第2頁所述及司法院大法官釋字第729號解釋理由書。

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，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⁵，故許可法院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。此與美日等國審前羈押制度，基於法官保留原則之令狀主義，不採言詞辯論、辯論人不得閱卷，僅由中立超然之法官審閱偵查機關之聲請及所提卷證，於訊問並聽取被告辯明復調查羈押相關事證後，一旦認被告罪嫌重大、有羈押之理由、且有羈押必要性事由（無其他適宜之替代羈押手段，及不得羈押事由等）時，即得裁定羈押，復明定不服法官羈押裁定者得向上級法院提起抗告之救濟機制，並無不同。故我國偵查中羈押之法官職權審查制，其限制辯護人不得閱卷之規定，已考量司法救濟之機會與制度，且其限制已依據所涉權利之種類、限制之強度及範圍、所欲追求之公共利益、決定機關之功能合適性，顯已符合限制手段之正當性之要求。可知刑事訴訟法第33條第1項立法限制偵查中辯護人之閱卷權，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。

二、限制手段之必要性

（一）羈押原因可能涉及串證、滅證之虞

刑事訴訟法第101條第1項規定，羈押除犯罪嫌疑重大外，尚須具有下列各款要件之一：逃亡或有事實足

⁵ 刑事訴訟法92年2月6日修正增定第159條第2項立法理由及最高法院71年臺上字第5658號判例。

認為有逃亡之虞、有事實足認為有湮滅偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞、所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為5年以上有期徒刑之罪。

羈押案件之處理，並非終局判斷被告罪責成立與否，係由法院依聲請羈押時之事證，依職權斟酌法定要件及個案具體情形，就被告是否犯罪嫌疑重大、有無羈押事由、有無羈押必要等事項裁量決定，且因偵查階段，被告行為是否確實構成犯罪，仍在持續進行調查（on-going investigation），被告可能為脫免刑責而勾串共犯或證人，或湮滅、偽造、變造證據，如使被告及辯護人得直接檢視閱覽檢察官提交法院之卷證內容，此時縱將被告裁定羈押，亦已失去羈押之目的（例如以被告有「勾串共犯或證人之虞」為聲請羈押事由，若使被告竟得預先閱覽該共犯或證人之筆錄內容，又何需羈押）。故偵查中被告及其辯護人對於偵查資訊之接近權，實有適當限制之必要。

（二）閱卷並非保障被告防禦權之唯一方式

我國關於刑事被告之防禦權保障，已有諸多設計，詳如前述。美國、日本法制與我國相似，同樣未以閱卷為唯一不可替代之保障防禦權方法：

1. 美國：1984年保釋改革法（The Bail Reform Act of 1984 (18 U.S.C. §§ 3141 - 3150)）規定，依該法羈押庭程序，明定被告得享有刑事審判程序之律師在場權、提出證據或證人、詰問對己不利證人之權利，然同未賦予被告或犯嫌人於羈押庭審程序中閱卷權，應係認為既已賦予被告諸多前述其他權利以

便其行使防禦權，即不再以閱卷為唯一必要之方式甚明。

2. 日本：該國於偵查中聲請羈押程序，對被告防禦權之保障有：法院受理檢察官之羈押聲請後進行訊問，係以不公開方式聽取嫌疑人關於該案件之陳述，且檢察官與辯護人皆不得在場、法官認逮捕程序合法且有羈押理由及必要時即簽發押票，押票應記載公訴事實要旨、羈押處所及羈押期間、嫌疑人得對法院之羈押裁定提救濟、被羈押之嫌疑人得請求告知羈押理由，故法院應在公開法庭由審判長告知羈押理由，對此理由之告知，嫌疑人、辯護人均得陳述意見，法院認無羈押理由或必要時，得依職權撤銷羈押。

三、權利侵害之最小限制

我國自 71 年建構偵查中辯護制度起，為兼顧保障偵查中刑事被告辯護權之必要性，及維護偵查不公開在實現國家刑罰權之重要性，除第 33 條外，同時修訂第 27 條、第 34 條、第 101 條第 3 項、第 228 條第 4 項、第 245 條第 2、3、4 項等與偵查辯護制度相關之配套條文，俾調和偵查中刑事辯護權與國家刑罰權之衝突，符合權利侵害最小原則。上開修正所增之配套措施如下：

- (一) 偵查中得隨時選任辯護人(第 27 條)
- (二) 偵查中辯護人有與羈押被告接見、通信之權。但如有事實足認辯護人有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞者，檢察官得限制之，但不得禁止之(第 34 條)。

(三) 偵查中辯護人有於訊問被告時在場權，但如有事實足認辯護人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。更賦予辯護人除依法令或為維護公共利益或保護合法權益有必要者外，偵查中因執行職務知悉之事項，不得公開或揭露予執行法定職務必要範圍以外之人員，應負洩密刑責(第 245 條第 2 項、第 3 項)。

(四) 賦予辯護人就羈押法律及事實相關問題，陳述意見，及聲請調查有利證據之權(第 245 條第 2 項)。

(五) 檢察官於聲請羈押前及法官於審查羈押前，皆應向被告說明聲請羈押之理由及依據之事實，以保障被告防禦權及辯護權(第 228 條第 4 項、第 101 條第 3 項)。

綜上所述，刑事訴訟法第 33 條第 1 項雖限制偵查中聲請羈押時辯護人之閱卷權，但因已另賦予辯護人於偵訊被告時之在場權、札記訊問要點，協助閱覽筆錄、聲請調查有利證據、表達辯護意見、與羈押被告通訊接見權，及抗告救濟權，復明定檢察官於聲請羈押前及法官於審查羈押前，皆應向被告明確告知聲請羈押之理由及依據之事實，且需經法官於羈押訊問聽取被告辯明及辯護人表示意見後，始能為羈押之裁定等，應已足讓辯護人在羈押審查程序中，就檢察官據以聲請羈押之理由及所據事實充分行使其防禦權及辯護權，故本條之設，符合權利侵害最小原則。

參、偵查階段無對審原則及武器平等原則適用

一、偵查中檢察官就案情真相而言，處於資訊劣勢地位

對審及武器平等原則僅適用於審判中，於偵查階段檢察官均係於犯罪發生之後才展開偵查，透過一步步蒐集證據、訊問證人等作為才能逐漸拼湊事件全貌，故於事實真相之資訊掌握，遠不及身歷其境瞭解真相之被告或嫌疑人。設若辯護人有權檢閱聲請羈押之卷宗，被告將完全掌握檢察官取得之證據及偵查計劃，甚至預測檢察官可能採取之偵查作為，故偵查不公開原則係在補強檢察官之蒐證效能，對被告而言並不因有偵查不公開而使被告之防禦權受到損害。

二、我國憲法並未提及偵查中有武器對等原則之適用

被告為檢察官代表國家公權力追訴之對象，與審判時和被告同為當事人之情況不同，故於偵查程序中無武器對等原則適用。憲法第8條明文人民身體自由應予保障，非由法院依法定程序，不得審問處罰，及第16條保障有受公平法院審判之訴訟權，然均未提及偵查階段亦有武器對等原則之適用。另司法院大法官釋字第729號於肯認偵查不公開之憲法意義，同未提及偵查階段應適用武器對等原則。

三、公民與政治權利國際公約（下稱公政公約）之規定：

公政公約第14條第3項明定被告於公開法庭審理期間，應享有之最低限度保障，不及於偵查期間。另第32號一般意見第2點、第8點、第13點亦均指出，訴訟當事人之武器平等原則係基於法庭平等之原則衍生機會平等、權利平等，僅適用於審理期間，不適用於偵查階段。

四、美國、日本之制度與我國大致相仿

（一）美國：

美國偵查程序之進行，有所謂「大陪審制度」業如

前述，依據大陪審之歷史傳統延續至今之程序構造，並不採對抗構造，即無對審原則之適用，僅由檢察官透過大陪審團傳喚犯罪嫌疑人、證人或命第三人提出證據，任何犯罪嫌疑人或證人(其可能亦為潛在被告，未來得轉換身分為被告)被傳喚到庭時，因對於作證或陳述將導致自己未來被追訴或處罰，該犯罪嫌疑人或證人享有聯邦憲法第 5 修正案之「不自證己罪」特權，但仍未享有律師在場協助權。

依美國聯邦刑事偵查程序之相關規範，該國之偵查制度除由警方發動偵查逮捕嫌疑人外，另有所謂大陪審團(grand jury)之重罪偵查程序，即由大陪審團偵查並審查決定是否交出起訴書，又稱「起訴陪審」制度⁶。依聯邦刑事訴訟規則第 6 條(e)(2)規定，大陪審團以「偵查密行」為原則，亦即其偵查程序採「偵查不公開原則」，受規範之對象包括大陪審之陪審員、檢察官、書記員等，目的在於保障無辜者、防止逃亡、免使證人受到外力之影響、免使大陪審員受到相關壓力等⁷。

大陪審團之起訴陪審制程序中，得傳喚及訊問犯罪嫌疑人及證人、命提出文書證據及物證等，經大陪審團審訊而進行判斷，但被傳喚之犯罪嫌疑人或證人除無律師在場權之外，亦無提出證據或證人、詰問對己不利證人之權利，此等程序構造猶如一般所稱之糾問制度，美國聯邦最高法院亦承認該國大陪審團係採糾問制無疑⁸，從

⁶ WAYNER, LAFAVE ET AL., CRIMINAL PROCEDURE, 744-745, 771-777(2009); 1 CHARLES ALAN WRIGHT & ANDREW D. LEIPOLD, FEDERAL PRACTICE AND PROCEDURE, §91(2007); RONALD JAY ALLEN, WILLIAM J. STUNTZ, JOSEPH L. HOFFMANN, DEBRA A. LIVINGSTON & ANDREW D. LEIPOLD, COMPREHENSIVE CRIMINAL PROCEDURE, 1034-1039(2011); 王兆鵬，美國刑事訴訟法，頁 627-629，2007 年。

⁷ U.S. v. Procter & Gamble Co., 356 U.S. 677, 681 n6(1958)

⁸ McNeil v. Wisconsin 501 U.S. 171, 182 n2(1991)「Our system of justice is, and always has been, an

而，其偵查程序既仍採取糾問構造，即無武器平等原則之適用。

（二）日本：

日本憲法第 32 條規定「任何人均不得被剝奪在法院接受審判之權利」，第 82 條第 1 項規定「法院之對審及裁判，在公開法庭為之」，明定保障人民受法院公平審判之權利。而此公平審判之實踐，則應於公開法庭為之。武器平等原則係保障公平審判之一環，使兩造於法院裁判時平等取得資訊，以利辯論攻防。日本刑事訴訟法第 47 條本文規定：「訴訟相關文書，於公開法院開庭前，不得公開之」、第 40 條第 1 項規定：「辯護人於提起公訴後，得在法院閱覽訴訟相關文書及證物，且得抄錄。但有關證物之抄錄，須經審判長許可」，是以在提起公訴前之偵查階段，並無於公開法庭對審及裁判之情形，辯護人於偵查及提起公訴前，亦無閱覽及抄錄卷證之權限。

此外，於法院羈押被告（日本刑事訴訟法第 60 條、第 207 條）及核發羈押令狀（第 64 條）時，檢察機關為該羈押令狀執行機關之一（同法第 70 條以下），法院羈押被告前，僅踐行聽取被告對犯罪事實陳述意見程序，被告已逃亡時，則毋庸聽取被告意見且無須通知檢察官或被告及其辯護人到庭辯論，均顯無對審之要求。又日本刑事訴訟法第 82 條以下規定，被告或辯護人得請求法院開示羈押理由，由法院在公開法庭對被告或辯護人開示羈押理由，第 84 條第 2 項固明定「檢察官或被告及其

辯護人請求開示理由時，得陳述意見。但審判長認為適當時，得命其提出記載意見之書面，以取代陳述意見」，然此僅係對審判長開示之羈押理由表示意見，非於決定羈押與否前，與檢察官進行辯論，足認非適用對審原則。

綜上所述，依正當法律程序原則，若期待向法院請求之救濟為實質有效，該法院即必須是一「公平法院」，而使參與者有平等獲得資源的機會，此即所謂武器平等原則，是武器平等原則實乃法院審理程序之重要內涵，不能直接套用至偵查階段。蓋偵查過程中，僅檢察官有強制處分聲請權，且基於適正實現國家刑罰權、使偵查效能得以維護之目的，必須使國家訴追機關在不逾越憲法規定之前提下，享有部分資訊優勢，因而本質上亦不可能要求檢察官與被告間處於「形式、機械上的武器絕對平等」，例如檢察官向法院聲請核發搜索票或聲請准予通訊監察時，即不可能先通知被告到庭表示意見，故偵查階段之「武器平等」應重在維持兩者間「相當程度的平等」，以確保被告之訴訟主體地位及其防禦權⁹。

肆、刑事訴訟法第 33 條第 1 項規定不生牴觸憲法問題

一、我國現行法制對被告防禦權已有完整保障

司法院大法官釋字第 654 號解釋理由書已闡明：「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，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

⁹ 司法院大法官釋字第 654 號許玉秀大法官協同意見書：「武器平等的意義不在於你有十公斤的刀，我也必須擁有十公斤的刀。兩個力氣與技藝不同的人需要的資源也不相同，保障獲取資源的機會，就是讓力氣較小的人獲得公平程序」。

保護，始能發揮防禦權之功能」，故「辯護人協助權」，堪稱被告防禦權之核心內涵。我國法制對被告之防禦權已有完整規範，計有：隨時選任辯護人權、與辯護人接見通信權、偵訊時辯護人在場權、陳述意見權、聲請調查有利證據權、被告知聲請羈押理由及所依事實權、請求注意權、訴訟權利告知、罪嫌辯明權、聲請保全證據權等相關規定。

二、由公政公約之規定及一般性意見可知偵查中閱卷尚非屬普世價值

- (一) 公政公約第 9 條第 4 項規定：「任何人因逮捕或拘禁而被剝奪自由時，有權聲請法院提審，以迅速決定其拘禁是否合法，如屬非法，應即令釋放」，第 35 號一般意見第 24 點只要求於逮捕時必須告知逮捕之理由及指控之罪名，第 26 點甚至規定口頭通知理由可以滿足此一要求，可見並未規定羈押審查程序中可閱卷¹⁰。
- (二) 公政公約第 14 條第 3 項第 2 款規定：「審判刑事犯罪時，被告有權平等享受下列最低限度之保障：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」，同樣未明文被告或辯護人在羈押審查程序中得閱卷¹¹。再者，公政公約第 14 條第 3 項第 1 款規定：「所有刑事被告均有權迅速以其通曉之語言被詳細告知罪名」，然第 32 號一般性意見第 31 點也指出：本款不適用於提出指控前的刑事調查，通知逮捕理由是由公約第 9 條第 2 項另外作出保障，

¹⁰一般性意見第 35 號第 15 點雖提及「至少讓被拘禁者瞭解據以做出裁決的主要證據」，惟檢視第 35 號一般性意見及其註 4 內容可知，此乃指刑事訴訟程序以外之「行政拘留」而言（亦即對非被指控刑事犯罪之人實行拘禁），此種拘禁有極高危險成為任意剝奪自由，因此有必要使被拘禁人與其辯護人有機會接近相關證據，未提及一般刑事訴訟之被告有此權利。

¹¹一般性意見第 32 號第 33 點雖提及「充分之便利」包括能閱覽文件和其他證據，然該點所述情形，實係針對加拿大第 5 次國家報告第 91 點基於反恐法案修正證據法所提出之建議，該證據法所處理者，係對恐怖主義者所為之審前、審理及上訴程序，未論及一般刑事訴訟之被告，故尚難認為可逕予適用一般刑事被告之羈押審查程序。

由此可知，第14條各項規定並非當然均適用於審前程序，是前述之第3項第2款（給予充分之便利），既未明文適用於起訴前程序，即不能謂刑事被告或辯護人在起訴前之羈押審查程序有閱卷權。

三、美、日兩國均未賦予偵查中羈押審查程序被告及辯護人之閱卷權，且皆無違憲之議

（一）關於美國制度：

參考美國1984年保釋改革法有關偵查中羈押審查程序（detention hearing）之規定（18 USC 3142），明定不適用審判程序關於證據能力之判斷法則、法院有廣泛裁量權限制證據之提呈等，然被告仍享有律師在場權、提出證據或證人、詰問對己不利證人之權，惟美國聯邦最高法院判決明白判示被告不得以此程序作為請求開示證據之工具¹²，此判決意旨與我國刑事訴訟法第33條第1項相同，並未規定被告或辯護人於偵查中羈押審查程序得以閱覽卷宗及證物，此一規定至今仍未被認為違反該國憲法。

（二）關於日本制度：

日本刑事訴訟法第40條第1項規定：「辯護人於公訴提起後，得在法院閱覽及抄錄訴訟有關之文件及證據物」，此與我國刑事訴訟法第33條第1項規定類似，均僅規定「辯護人」於起訴後之「審判程序」有閱覽卷宗證物之權，是檢察官於起訴前向法院聲請羈押，經法院審理時，因尚非「公訴提起後」之階段，辯護人自無權請求閱覽卷宗、證物。該國最高裁判所亦從未宣告上揭規定違背日本憲法，可見該國

¹² 「hearing should not become a discovery tool for the defendant」，U.S.v. Martir, 782 F.2d 1141 (2d Cir. 1986)

司法機關從整體刑事訴訟結構為完整觀察後，肯認立法者所為之立法設計。

綜上所述，我國現行法制對被告防禦權已有完整配套及架構，刑事訴訟法第 33 條第 1 項係此完整體系之部分，不應單獨觀察，此等規定雖適度限制偵查中羈押審查時辯護人之檢閱卷宗證物權限，但辯護人仍有接近相關資訊之機會，無虞被告人身自由未經正當法律程序即被恣意剝奪，故現行規定與國際人權公約（公民與政治權利國際公約）無違，亦與美、日等先進法治國家立法意旨相同。何況，本條項係正面表述：辯護人於審判中「得」檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影，實乃賦予權利之明文規定，何抵觸憲法之有？

伍、辯護人於聲請羈押程序中閱卷對實務之衝擊

若無視我國刑事訴訟法實已對被告防禦權保障有完整設計，而仍逕使辯護人得於聲請羈押程序中閱覽卷宗證物，恐將產生下列衝擊：

- （一）檢察官聲請羈押必須將被告涉嫌重大以及與聲請羈押事由相關之證據，全部提請法院參酌，很難將本案資料與羈押聲請部分完全區隔，如允許辯護人得於羈押審理程序中檢閱卷證，則檢察官除訊問被告、撰寫羈押聲請書外，還需全面檢視、分類卷證，將與被告羈押無關之相關卷證分離，此可能造成羈押審理之延宕。
- （二）偵查卷內相關資料內容，涉及檢察機關偵查犯罪之偵查策略、準備計畫、檢舉人與證人之證述、檢察機關內部文稿等資料，若提供被告辯護人閱卷，將使被告及辯護人得趁檢察官尚未蒐證完備之際，自行或指定他人湮滅、偽造、變造證據或與共犯、證人勾串，甚或騷擾、恐嚇

證人(例如黑幫犯罪等)，均將妨害事件真相之調查。

(三) 偵查階段聲請羈押，目的在保全證據、防止勾串共犯或證人、防止被告逃亡及防止反覆實施同一犯罪，法院應僅就各該目的範圍內審核准許羈押與否，實無將偵查資料由被告辯護人檢閱之必要，否則非但違反偵查不公開之刑事訴訟原則，亦與保全證據等目的相悖，易使偵查作為過早暴露於被告辯護人前，況現行制度尚無防止辯護人不當洩漏所悉資訊之相關配套，且一旦辯護人不當洩漏相關資訊，此等損害恐將難以回復(例如檢舉人之姓名、個人資料等)，故逕行准予閱卷，恐有不宜。

(四) 犯罪行為人熟知本身及相關共犯之犯罪事實，並知悉犯罪證據之所在，檢察官對被告犯罪之資訊，係由空白而經蒐證逐一建立事件輪廓，設若辯護人有權檢閱聲請羈押之卷證，被告將完全掌握檢察官取得之證據及偵查計劃，將造成許多重大犯罪無法追訴、治安法紀難以維護之嚴重後果。

陸、總結

有關偵查構造、羈押審查之法定程序及偵查中辯護人閱卷權，憲法並未明文規定，可知應屬制憲者授權立法裁量之法律保留範圍，只要係立法機關經綜合考量「所涉基本權之種類、限制之強度及範圍、所欲追求之公共利益、決定機關之功能合適性、有無替代程序或各項可能程序成本等因素」¹³後制定之法律，即屬合憲。

從而，我國立法者基於立法裁量，決定於刑事訴訟法採糾問

¹³ 司法院大法官釋字第689號解釋理由書。

制偵查構造、羈押程序採法官職權訊問結構，復就偵查中辯護人閱卷權，在兼顧偵查不公開及被告防禦權要求下，設計現行第 33 條規定，同時搭配其他例如同法 27 條、第 31 條、第 95 條、第 96 條、第 101 條等相關規定，完整保障被告之聽審權、防禦權。可知偵查中檢察官持有卷證是否讓辯護人卷閱，立法者實已基於上述原則綜合裁量並為立法，自不宜僅就其中「限制辯護人於審判程序有閱卷權」之規定率認違憲，否則恐將破壞偵查階段構造法理之完整性。

聲請人所爭執之刑事訴訟法第 33 條第 1 項規定，僅為我國整體刑事訴訟制度設計其中之一，此乃立法機關本於法律形成之職權，經國會充分討論，並基於國民主權法理充分反應民意後，將其價值判斷形諸法律條文，進而於刑事訴訟法就被告防禦權之規定全面檢討後，為整體設計配套修正，絕非單獨割裂僅引用其中單一條文，即率謂與國際人權理念不符、違背憲法規定云云，而任意推翻立法者原所為之完整設計。

最後應強調的是，檢察官代表國家追訴犯罪，落實公益，同時也重視保障被告人權，監督司法警察於蒐集犯罪事證及法院裁判過程均能恪遵正當法律程序，期使毋枉毋縱、罰當其罪。被告防禦權之保障是否不足、現行規定有無或應如何為符合時代潮流之調整等，檢察官身為國家法憲看守人，對此議題之重視，毫不遜於其他法曹，然被告防禦權之保障為刑事訴訟程序之一環，與其他刑事程序價值如偵查不公開、發現真實、保障被害人權益等，均應等同視之，從整體刑事訴訟制度為完整思考，非驟以「鋸箭法」之方式切割評價單一法條。是本部殷望大法官宜以憲法多元價值之調和者及法律制度守護者之高度，綜合考量現行法制對被告防禦權保障之架構，並尊重立法機關形塑之刑事訴訟體系，對刑事訴訟法第 33 條第 1 項規定為合憲之解釋。

附件（相關法規）

刑事訴訟法

第 2 條

實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意。

被告得請求前項公務員，為有利於己之必要處分。

第 27 條

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。

被告或犯罪嫌疑人之法定代理人、配偶、直系或三親等內旁系血親或家長、家屬，得獨立為被告或犯罪嫌疑人選任辯護人。

被告或犯罪嫌疑人因精神障礙或其他心智缺陷無法為完全之陳述者，應通知前項之人得為被告或犯罪嫌疑人選任辯護人。但不能通知者，不在此限。

第 34 條

辯護人得接見羈押之被告，並互通書信。非有事證足認其有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人者，不得限制之。

辯護人與偵查中受拘提或逮捕之被告或犯罪嫌疑人接見或互通書信，不得限制之。但接見時間不得逾一小時，且以一次為限。接見經過之時間，同為第九十三條之一第一項所定不予計入二十四小時計算之事由。

前項接見，檢察官遇有急迫情形且具正當理由時，得暫緩之，並指定即時得為接見之時間及場所。該指定不得妨害被告或犯罪嫌疑人之正當防禦及辯護人依第二百四十五條第二項前段規定之權利。

第 34-1 條

限制辯護人與羈押之被告接見或互通書信，應用限制書。

限制書，應記載下列事項：

- 一、被告之姓名、性別、年齡、住所或居所，及辯護人之姓名。
- 二、案由。
- 三、限制之具體理由及其所依據之事實。
- 四、具體之限制方法。
- 五、如不服限制處分之救濟方法。

第七十一條第三項規定，於限制書準用之。

限制書，由法官簽名後，分別送交檢察官、看守所、辯護人及被告。

偵查中檢察官認羈押中被告有限制之必要者，應以書面記載第二項第一款至第四款之事項，並檢附相關文件，聲請該管法院限制。但遇有急迫情形時，得先為必要之處分，並應於二十四小時內聲請該管法院補發限制書；法院應於受理後四十八小時內核復。檢察官未於二十四小時內聲請，或其聲請經駁回者，應即停止限制。

前項聲請，經法院駁回者，不得聲明不服。

第 95 條

訊問被告應先告知下列事項：

- 一、犯罪嫌疑及所犯所有罪名。罪名經告知後，認為應變更者，應再告知。
- 二、得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。
- 三、得選任辯護人。如為低收入戶、中低收入戶、原住民或其他依法令得請求法律扶助者，得請求之。
- 四、得請求調查有利之證據。

無辯護人之被告表示已選任辯護人時，應即停止訊問。但被告同意續行訊問者，不在此限。

第 96 條

訊問被告，應與以辯明犯罪嫌疑之機會；如有辯明，應命就其始

末連續陳述；其陳述有利之事實者，應命其指出證明之方法。

第 163 條

當事人、代理人、辯護人或輔佐人得聲請調查證據，並得於調查證據時，詢問證人、鑑定人或被告。審判長除認為有不當者外，不得禁止之。

法院為發見真實，得依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。

法院為前項調查證據前，應予當事人、代理人、辯護人或輔佐人陳述意見之機會。

第 219-1 條

告訴人、犯罪嫌疑人、被告或辯護人於證據有湮滅、偽造、變造、隱匿或礙難使用之虞時，偵查中得聲請檢察官為搜索、扣押、鑑定、勘驗、訊問證人或其他必要之保全處分。

檢察官受理前項聲請，除認其為不合法或無理由予以駁回者外，應於五日內為保全處分。

檢察官駁回前項聲請或未於前項期間內為保全處分者，聲請人得逕向該管法院聲請保全證據。

第 228 條

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。

前項偵查，檢察官得限期命檢察事務官、第二百三十條之司法警察官或第二百三十一條之司法警察調查犯罪情形及蒐集證據，並提出報告。必要時，得將相關卷證一併發交。

實施偵查非有必要，不得先行傳訊被告。

被告經傳喚、自首或自行到場者，檢察官於訊問後，認有第一百零一條第一項各款或第一百零一條之一第一項各款所定情形之一而無聲請羈押之必要者，得命具保、責付或限制住居。但認有羈押之必要者，得予逮捕，並將逮捕所依據之事實告知被告後，

聲請法院羈押之。第九十三條第二項、第三項、第五項之規定於本項之情形準用之。

第 245 條

偵查，不公開之。

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。

檢察官、檢察事務官、司法警察官、司法警察、辯護人、告訴代理人或其他於偵查程序依法執行職務之人員，除依法令或為維護公共利益或保護合法權益有必要者外，偵查中因執行職務知悉之事項，不得公開或揭露予執行法定職務必要範圍以外之人員。

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。

第一項偵查不公開作業辦法，由司法院會同行政院定之。

法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項

第 25 點

拘提或逮捕被告到場者，或法院於受理檢察官所為羈押之聲請，經人別訊問後，除有刑訴法第九三條第五項但書之情形外，應即時訊問。所謂「即時訊問」係指不得有不必要之遲延，例如法官閱卷後始進行訊問、為避免疲勞訊問而令已長時間受訊問之被告先適當休息後再予訊問等情形，均非屬不必要之遲延。法官訊問被告後，認無羈押必要，應即釋放或命具保、責付或限制住居。

第 34 點

法官為羈押訊問時，如被告表示已選任辯護人者，法院應以電話、傳真或其他迅捷之方法通知該辯護人，由書記官作成通知紀錄。

被告陳明已自行通知辯護人或辯護人已自行到場者，毋庸通知。被告因精神障礙或其他心智缺陷無法為完全之陳述或具原住民身分，於偵查中檢警漏未通知或被告主動請求立即訊（詢）問或等候法扶律師逾四小時未到場，而無法律扶助機構指派律師到場辯護，羈押訊問時請求法院通知者，法院宜通知依法設立之法律扶助機構指派律師為其辯護。

檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項

第 23 點

訊問或詢問被告或犯罪嫌疑人，應將訊問或詢問之日、時及處所，以電話或書面通知辯護人。

第 25 點

檢察官對辯護人所提關於調查證據以供偵查案件參考之聲請，應予重視。如於訊問被告後認有必要時，亦應主動提示證物徵詢在場辯護人意見。

第 28 點

在不違反偵查不公開之原則下，得許辯護人在場札記訊問要點。檢察官於訊問完畢後，宜詢問在場之辯護人有無意見，並將其陳述之意見要旨記明筆錄。

第 31 點

訊問或詢問完畢後令被告閱覽筆錄時，應許在場之辯護人協助閱覽。但應於筆錄上簽名。辯護人請求將筆錄內容增、刪、變更者，應使被告明瞭增、刪、變更之內容後，將辯護人之陳述附記於筆錄。