

大法官會台字第 11617 號解釋憲法案
法務部書面意見（貳）



法務部
105 年 3 月 3 日

大法官審理賴素如、李宜光聲請解釋憲法案（會台字第 11617 號）

法務部書面意見（貳）

目錄

| | |
|--|----|
| 壹、關於聲請人暨訴訟代理人「釋憲補充理由」..... | 1 |
| 一、羈押程序與武器平等原則..... | 1 |
| 二、被告在現行制度下是否為程序客體..... | 3 |
| 三、偵查不公開原則之拘束對象..... | 5 |
| 四、關於「盲劍客」之比喻..... | 7 |
| 五、我國是否存在羈押浮濫之情形..... | 9 |
| 六、現行規定是否侵害律師工作權..... | 11 |
| 七、律師閱卷與節省訴訟資源..... | 13 |
| 八、被告本人及辯護人於羈押審查程序以外之偵查程序，是否亦應 有閱卷權..... | 16 |
| 九、我國現行規定是否違背公民與政治權利國際公約..... | 18 |
| 十、關於英國法制..... | 19 |
| 十一、關於美國法制..... | 21 |
| 十二、關於歐洲人權法院見解及德國法制..... | 33 |
| 貳、關於鑑定人中華民國律師公會全國聯合會鑑定意見書..... | 38 |
| 一、中華民國律師公會全國聯合會之律師代表不宜擔任本件釋憲案 鑑定人..... | 38 |
| 二、現行規定是否屬未踐行合法調查程序..... | 38 |
| 三、相關機關是否怠於履行刑事訴訟法要求..... | 40 |
| 參、關於司法院（刑事廳）就本釋憲案書面意見..... | 42 |

【附錄】

殷望大法官均衡維護「偵查不公開」原則與「武器平等及對審」原則—
慎思消解融合刑事訴訟法上競逐價值的碰撞與衝突/法務部林政務次長輝煌

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。茲對聲請人暨訴訟代理人提出之「釋憲補充理由」（壹至肆）、鑑定人中華民國律師公會全國聯合會賴彌鼎律師之「憲法法庭鑑定意見書」及司法院（刑事廳）之書面意見，再分別表示本部意見如下：

壹、關於聲請人暨訴訟代理人「釋憲補充理由」（壹至肆）：

一、聲請羈押程序與武器平等原則：

（一）聲請人主張略以：憲法第 16 條對人民訴訟權之保障，其內涵包括保障聽審權、防禦權及武器平等原則，並非直到審判程序方須保障人民訴訟權，而是在偵查程序中被指為被告或犯罪嫌疑人時，其訴訟權即有受保障之必要。羈押實際上已是刑罰的提前執行，並已推翻刑事訴訟法第 154 條無罪推定原則，該程序必然涉及法院之介入，此已實質等同法院審判程序，是以在偵查中聲請羈押程序，即應賦予被告及辯護人閱覽卷宗之權利，以保障被告之訴訟權並落實武器平等原則。

（二）本部意見

1.本部完全同意「並非直到審判程序方須保障人民訴訟權，而是在偵查程序中被指為被告或犯罪嫌疑人時，其訴訟權即有受保障之必要」之理念，然而偵查階段因案情輪廓尚在逐步釐清查證中，為免波及無辜之人，並避免真正犯罪者事先得知偵查計畫而逃亡或湮滅事證，乃有偵查不公開原則之設（刑事訴訟法第 245

條)，此原則復為司法院大法官釋字第 729 號所肯認¹。故重點非在「偵查程序中被指為被告或犯罪嫌疑人時其訴訟權應否受保障」(此點為肯定無庸置疑)，而是：「在偵查階段訴訟權之保障與偵查不公開原則間如何兼顧並於法制上求其平衡」。就此，我國立法者早已配套設計：雖限制辯護人於聲請羈押階段暫時不得閱卷，但另以下列規範完整保障被告聽審權、實質辯護權、資訊接近權等：請求注意權(刑事訴訟法第 2 條)、隨時選任辯護人權(刑事訴訟法第 27 條)、與辯護人接見通信權(刑事訴訟法第 34 條、第 34 條之 1)、訴訟權利告知(刑事訴訟法第 95 條)、罪嫌辯明權(刑事訴訟法第 96 條)、聲請調查有利證據權(刑事訴訟法第 163 條)、聲請保全證據權(刑訴 219 之 1)、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)、偵訊時辯護人在場權(刑事訴訟法第 245 條)²，是被告之防禦權，在偵查階段已有完整保障。

2. 「羈押實際上已是刑罰的提前執行，並已推翻刑事訴訟法第 154 條無罪推定原則」云云，容有誤解：按羈

¹ 司法院大法官釋字第 729 號解釋理由書：「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」。

² 詳參本部 105 年 2 月 19 日法檢字第 10504508490 號書面意見，第 5 頁。

押與徒刑之執行，表面上雖同為長期拘束人身自由，但羈押乃判決確定前之拘禁處分，與有罪判決確定後之徒刑執行不同³。因此，羈押固與無罪推定原則間具某程度之緊張關係，但立法者已制訂詳盡之正當法律程序嚴予規範：須具備列舉之法定原因（刑事訴訟法第 101 條第 1 項、第 101 條之 1 第 1 項）、須符合「合適性原則」，例如以羈押為手段達成保全有逃亡之虞的被告之目的，即屬適合⁴、須符合「必要性原則」，限於「非予羈押，顯難進行追訴、審判或執行」者，且若以其他方式（例如具保、責付、限制住居）亦能達相同效果時，亦不得率予羈押，於符合前開要件前提下，並經以法官保留之方式審查後所為羈押決定，自能兼顧羈押目的之達成與無罪推定原則，從而，聲請人之前開意見，應尚有研酌空間。

二、被告在現行制度下是否為程序客體：

（一）聲請人主張略以：檢察官雖有監督節制法官之功能，但終究是行政官，而非法官。被告若僅能消極訴諸不自證己罪、有疑唯利被告及無罪推定等原則，而無法藉由檢閱卷證得知「面對何項指控」、「此項指控的理由為何」以及「何些證據存在」等資訊，自難以針對案情提出有效之辯護主張，只好任憑檢察官進行及終結偵查程序，成為隨檢方擺佈之客體。

（三）本部意見

1. 檢察官非行政官：具有現代雛形之檢察官制，創始

³ 林鈺雄，刑事訴訟法上冊，2013 年，第 362 頁。

⁴ 同註 3，第 364 頁。

於 1789 年法國大革命，定型於 1808 年拿破崙治罪法典 (Code d'Instruction Criminelle)，嗣經德意志帝國繼受改制、日本輾轉仿效而於清末經日本引進我國。歐陸法系創設檢察官之目的，主要包括：1.廢除糾問訴訟，改採控訴新制：即為根絕糾問訴訟下法官心理難期公正、權力無所節制及被告無所防禦之弊端，將原糾問法官之權力分權予新創之檢察官，由檢察官控扼開啟審判入口，以分權模式，使法官與檢察官彼此監督制衡，藉以保障刑事司法權限行使之客觀與正確。2.作為法律守護人，追訴犯罪、保障人權：檢察官不僅追訴犯罪，更應控制警察活動的合法性，注意被告訴訟上應有之程序權利，尤其是有利被告之事證，其非片面追求打擊犯罪的追訴狂，而是客觀公正的守護人，僅以法律為準則，上級行政首長之意向，殆非檢察官執行職務之依歸。故檢察官既應保護被告免於法官之擅斷，亦應保護被告免於警察之恣意，自始具有處於警察、法官二種國家權力之中介性質，從而，無論從歐陸檢察官制之創設目的或我國現行相關規定以觀，檢察官固不等同「獨立的法官」，也不可能被定位為「一般的行政官」，而是自成一格，居於兩者之間的「司法官署」(或稱「自主之司法機關」)⁵。我國檢察機關為受憲法保障獨立行使職權之機關，檢察官的司法官屬性等，均已經司法院大法官釋字 325 號及釋字 392 號解釋確認無疑，聲請人謂檢察官「終究是行政官」云云，顯係未深入理解檢察官制之創設背景與我國

⁵ 同註 3，第 129-131 頁、第 145 頁。

向來之釋憲意旨及法制現況。

2. 依我國現行制度，被告或嫌疑人不可能只是程序客體：我國刑事訴訟法對被告防禦權保障，早已有完整配套設計，確保其聽審權、實質辯護權、資訊接近權等，例如：請求注意權(刑事訴訟法第2條)、隨時選任辯護人權(刑事訴訟法第27條)、與辯護人接見通信權(刑事訴訟法第34條、第34條之1)、訴訟權利告知(刑事訴訟法第95條)、罪嫌辯明權(刑事訴訟法第96條)、聲請調查有利證據權(刑事訴訟法第163條)、聲請保全證據權(刑訴219之1)、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)、偵訊時辯護人在場權(刑事訴訟法第245條)等，均已如前述，及本部105年2月19日書面意見亦已詳載，是被告不僅受「不自證己罪、有疑唯利被告及無罪推定」等保障，更因前列規定，而得清楚知悉「面對何項指控」、「此項指控的理由為何」以及「何些證據存在」等資訊，聲請人無視前揭規定，更無視偵查階段應綜合考量被告權利保障與偵查效能間之衡平，逕簡化成「非閱卷不足以致之」之結論，誠屬遺憾。

三、偵查不公開原則之拘束對象：

- (一) 聲請人主張略以：偵查不公開主要在確保無罪推定、維護公平審判，並保障關係人名譽及隱私，「維護偵查效率」並非規範目的。偵查內容不公開，應是指「對於不特定公眾」應保守秘密，至於對被告、被害人、告訴人、告發人等，皆不應課予保守偵查秘密之義務，同理，辯護人亦不應成為偵查秘密規範之對象，故被

告得在偵查庭後得對外揭露偵查之問答內容，其辯護人亦得代為揭露。

(二) 本部意見：

1. 「偵查，不公開之」、「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職務必要範圍外之人員。」刑事訴訟法第 245 條第 1 項、第 3 項分別定有明文，此即為偵查不公開原則及其例外規定。
2. 偵查不公開原則具有多重目的，包括：貫徹對無罪推定原則之保障、保障相關人之權益及維護偵查效能。在無罪推定之大原則下，偵查中要求偵查不公開乃理所當然，蓋犯罪嫌疑人或被告有無犯罪尚屬未定之數，檢察官或偵查輔助機關任意公開破案或落網之消息，經媒體公告周知，無異形同媒體審判或人民公審；且一旦偵查公開，犯罪嫌疑人或被告及相關人士之名譽、隱私或其他權益，即有受侵害之危險，此與保障人權之精神背道而馳；又有些尚在偵查中之線索、案情判斷如不當曝光，極可能不利案件順利偵辦。是以，自僅限於「維護公共利益」或「保護合法權益」等有必要者之情形外，得例外公開或揭露予執行職務必要範圍外之人。
3. 辯護人亦屬於偵查中依法執行職務之人員，自應受偵查不公開原則之規範。若謂辯護人為了被告利益即可對外公開或揭露偵查內容，則如何保障告訴人、

告發人及證人之權益？如何維護其等之隱私及名譽？又如何避免「輿論公審」？再者，若對被告可公開偵查秘密，被告將完全掌握檢察官取得之證據及偵查計畫，則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，將如何確保偵查效能之維護？

4.綜上，為貫徹偵查不公開原則之目的，於我國在刑事訴訟法已給予被告防禦權之充分保障情況下，限制辯護人之閱卷權並不妨害被告之訴訟防禦權。

四、關於「盲劍客」之比喻：

（一）聲請人主張略以：現行制度下，被告在偵查庭中有如蒙著眼睛的囚犯被帶到鐵籠中，任由檢察官以遠較刀劍為銳利的各式證據、問題攻擊、突襲。實務上長期以來即不乏希冀藉羈押迫使被告屈服之檢警人員，「押人取供」乃是我國刑事司法實務長期為人詬病之弊端。未能予辯護人及被告經閱卷獲悉案情進而實質有效辯護之聲押程序，使辯方形同盲劍客，完全無法招架檢方所射出的暗箭、飛刀。

（二）本部意見

1.聲請人所謂「實務上長期以來即不乏希冀藉羈押迫使被告屈服之檢警人員，『押人取供』乃是我國刑事司法實務長期為人詬病之弊端」云云，顯屬無的放矢之惡意指控，本部對此指控嚴正駁斥。按依現行規定，聲請羈押被告，應嚴格遵守正當法律程序：須具備列舉之法定原因（刑事訴訟法第101條第1項、第101條之1第1項）、須符合「合適性原則」（詳前述）、須符

合「必要性原則」，限於「非予羈押，顯難進行追訴、審判或執行」者及若以其他方式（例如具保、責付、限制住居）亦能達相同效果時，亦不得率予羈押，此外，並經以法官保留之方式，由法院詳予審查後，方能對被告羈押，實務上被告對法院之羈押裁定幾均提抗告，經由上級審再次審查羈押之必要性，豈有可能讓檢察官片面押人取供。

- 2.所謂「被告如蒙著眼睛的盲劍客」云云，更屬引喻失當。蓋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，因此就案情真相而言，處於資訊劣勢地位者實係檢察官，而非被告，此觀聲請人訴訟代理人之補充理由書亦明載「畢竟所有利害關係人中，當屬被告/犯罪嫌疑人最明瞭案件資料內容及何等資訊對其有利」⁶，更徵如此。故被告所不知悉者，僅係檢察官所已掌握之其它證據與偵查計劃，試問於調查犯罪真相過程中，豈可能於調查同時，又同步使被告或嫌疑人知悉此等調查進度與內容？案件起訴後，所有事證均查證完畢而一併送交法院，此時自應供辯護人閱覽全部證據，俾被告能說服法院形成合理懷疑而尋求無罪判決，但於案情尚在釐清中之偵查階段，欲同步掌握相關事證（例如性侵害犯罪之 DNA 鑑定結果、公務員收賄案之相關資金帳戶明細或販毒集團上下游間之通訊監察譯文等），其目的與其謂保障防禦權，毋寧是為窺視相關事證是否對己不利、預測檢察

⁶ 李念祖，釋憲補充理由（肆），第 24 頁～25 頁。

官可能採取之偵查作為，進而決定自己供述範圍，甚至與共犯勾串，實為假防禦之名而顛覆發現真實之刑事訴訟目的，至為顯然。況且，本部已一再重申，雖對被告及辯護人檢閱卷證之時點有所限制，但現行法仍有：請求注意權(刑事訴訟法第 2 條)、隨時選任辯護人權(刑事訴訟法第 27 條)、與辯護人接見通信權(刑事訴訟法第 34 條、第 34 條之 1)、訴訟權利告知(刑事訴訟法第 95 條)、罪嫌辯明權(刑事訴訟法第 96 條)、聲請調查有利證據權(刑事訴訟法第 163 條)、聲請保全證據權(刑訴 219 之 1)、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)、偵訊時辯護人在場權(刑事訴訟法第 245 條)等規定，確保被告聽審權、實質辯護權、資訊接近權，盲劍客云云，實引喻失當。

五、我國是否有羈押浮濫之情形：

(一) 聲請人主張略以：現行實務，檢察官僅含糊籠統陳述聲請羈押之理由及事證，檢察官界流傳：「人押了，案子就破了一半」，加上法官因匆促閱卷，對檢察官已進行的偵查程序及全案情節不了解，往往傾向准予羈押，以致法院裁准羈押的比例極高。刑事訴訟法規定全面排除被告於聲請羈押程序閱卷，目的是為避免被告接觸卷證後，妨礙追訴犯罪等作為，然為達到前開目的，檢察官應事前強化取證完整度，在證據已經相對充分之情況下方聲請羈押，減少羈押聲請遭法院駁回之可能性。

(二) 本部意見：

1.按現行刑事訴訟法對羈押之正當法律程序規範極其嚴謹：須具備列舉之法定原因（刑事訴訟法第 101 條第 1 項、第 101 條之 1 第 1 項）、符合「合適性原則」、「必要性原則」等，均如前述；且規定辯護人有被告受訊問時之在場權、得札記訊問要點、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，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。又「對於被告實施羈押，務須慎重將事，非確有刑訴法第 101 條第 1 項或第 101 條之 1 第 1 項各款所定情形，而有羈押之必要者，不得羈押」、「法官認檢察官聲請羈押或延長羈押期間所敘理由或所提證據不足時，不得率予准許。必要時得指定應到場之時間及處所，通知檢察官到場陳述聲請羈押之理由或提出證據」，更為法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項所明訂⁷，聲請人無端質疑檢察官含糊籠統、質疑法官不瞭解案情，豈屬公允？

2.次參近年來我國關於羈押之統計⁸，於 100 年至 104 年間，檢察機關每年向法院聲請羈押之被告人數，占每年新收偵查案件人數比分別為：100 年 2.1%、101 年 1.9%、102 年 1.6%、103 年 1.4%、104 年 1.4%，平均每百人中經檢察官聲請羈押者不到 2 人，且比例逐年遞減，證明檢察官嚴格遵守最小侵害性、最後手段

⁷ 該注意事項第 28 點、第 35 點。

⁸ 法務部統計 (http://www.rjtd.moj.gov.tw/rjtdweb/book/Book_Detail.aspx?book_id=122)

性等原則，非確有羈押必要，絕不輕易聲請，以保障人權，而各該年度法院核准羈押之比率，分別為：100 年 83.5%、101 年 83.2%、102 年 80.3%、103 年 79.5%、104 年 77.2%，亦逐年下降，顯見法院審查羈押亦趨嚴格，對照日本 100 年至 102 年統計資料⁹，其檢察機關向法院「聲請羈押」之被告人數，占每年新收偵查案件人數分別為：2011 年 6.5%、2012 年 5.9%、2013 年 5.6%，法院核准羈押比率，分別為：2011 年 98.8%、2012 年 98.6%、98.3%，均遠高於我國，是我國實務現況，何來羈押浮濫？況聲請人一方面指摘我國實務現況為「法官倉促閱卷對案情不了解，常傾向准予羈押，致法院裁准羈押比率極高」，然同時又主張「檢察官應強化取證完整度，減少羈押聲請遭法院駁回之可能性」，論述顯自相矛盾。

六、現行規定是否侵害律師工作權：

（一）聲請人主張略以：現行規定限縮辯護人僅於審判程序中享有閱卷權，嚴重影響辯護人為當事人進行有效辯護之機會，不當限制辯護人依憲法第 15 條所享有之工作權。律師於實現辯護人職能之過程中，閱卷為必要且核心之事項，如律師不能閱卷，將無法為其當事人進行有效之辯護，等同無法從事此一職業與工作，形同工作權之完全剝奪，侵害律師工作權之核心，應以最嚴格之司法審查密度予以審查。

（二）本部意見：

1. 人民工作權之保障，為憲法第 15 條所明文，然辯護人

⁹ 日本法務省統計 (http://www.moj.go.jp/housei/toukei/toukei_ichiran_kensatsu.html)

之閱卷權，目的則在以其法律專業協助被告遂行訴訟上防禦權能，為被告訴訟程序防禦權之實踐方法之一，故屬憲法第 16 條訴訟權範疇甚明（至於是否僅以閱卷權為唯一方法，復當別論），聲請人竟將此保障被告防禦權之閱卷權擴張、連結至憲法第 15 條之工作權，實屬張冠李戴。

2. 依司法院大法官對憲法第 15 條工作權內涵之見解，自釋字第 404 號解釋以降，有較為具體之探討，多以「從事工作並有選擇職業之自由」（釋字第 510 號、第 612 號、第 637 號）、「人民選擇職業之自由」（釋字第 584 號、第 634 號）等作為工作權之內涵，其中釋字第 659 號解釋理由書明白指出：「職業自由為人民充實生活內涵及自由發展人格所必要，不因職業之性質為公益或私益、營利或非營利而有異，均屬憲法第 15 條工作權保障之範疇」，及釋字第 682 號解釋理由書亦揭示：「人民之工作權受憲法第 15 條所保障，其內涵包括選擇及執行職業之自由…」，可知職業自由即屬我國憲法第 15 條工作權保障範圍之內涵¹⁰。而職業自由之內容，則有：（1）選擇職業的自由權；（2）選擇工作場所的自由；（3）選擇教育場所的自由；（4）執行職業的自由；（5）禁止強迫從事特定工作；（6）消極職業自由（即不從事職業的自由）等¹¹。而我國人民凡經律師考試及格並經訓練合格者，得充律師、依規定登錄後，得在各法院、檢察署及司法警察機關或

¹⁰ 司法院大法官釋字第 689 號林錫堯大法官協同意見書。

¹¹ 參前註林錫堯大法官協同意見書之註腳 17；許育典，《憲法》，元照出版，2008 年 2 月，第 275 頁。

其他依法令規定得執行職務之機關執行職務、受當事人之委託或法院之指定，得辦理商標、專利、工商登記、土地登記及其他依法得代理之事務，復分別為律師法第3條第1項、第9條、第20條第1項、第2項所明訂，對前述憲法保障之工作權及職業自由，無任何不當限制。

3. 由此可知，律師任刑事訴訟案件被告之辯護人時，得否檢閱卷宗證物，概與前述職業自由之內容無涉，刑事訴訟法第33條第1項，僅係立法者為平衡偵查效能與被告防禦權所為配套設計之一，加以偵查階段辯護人已有之下列權限：被告受訊問時在場、得札記訊問要點、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及抗告救濟等法定權利，已足使律師克盡協助被告防禦之職責，況於案件起訴後，辯護人依法更得檢閱、抄錄、攝影全部卷宗及證物，對律師之工作權，何侵害之有？

七、律師閱卷與節省訴訟資源：

- (一) 聲請人主張略以：辯護人為自主獨立之司法機關（單元），應於真實義務與對被告之忠誠照護義務中維持平衡，因此，律師閱卷後所得之資訊，究竟「哪些」以及「如何」告知當事人，應由律師本其專業為判斷。且可以藉由卷證之閱覽，向被告提供正確法律意見，包括進行認罪以求符合法定減刑要件等，再者，所有利害關係人中，當屬被告、犯罪嫌疑人最明瞭案件資料內容及何等資訊對其有利，也最能就資訊之正確與可信度與檢方進行答辯，不但可節省檢方在處理大量案件資料時耗費之偵查資源，亦能避免因漏未注意而

錯誤起訴或聲請羈押，故不僅能有效促進真實發現，並有益於偵查及訴訟程序之進行。

(二) 本部意見：

- 1.從外國立法例之實證觀察，有害偵查目的或效能之閱卷即得予禁止，以避免增加訴訟及社會成本

依日本刑事訴訟法規定，辯護人於偵查中及起訴前並無閱卷權，美國亦採取於羈押聽審程序中不揭示相關偵查證據資料之法律制度，即令是歐盟國家，大部分亦於其刑事訴訟法中明文規定如有妨害偵查目的或效能時，得限制辯護人閱卷權。由上述外國立法例觀之，在檢察官尚未向法院起訴形成確定之訴訟關係與被告及犯罪嫌疑事實之前，偵查中閱卷可能導致偵查目的或效能妨害之結果，故予以限制，遑論偵查羈押審查程序係因有事實足認被告有逃亡或湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞之重大妨害刑罰權行使之情況，倘於該階段即准予閱卷而使辯護人及被告得知其他共同被告、證人等不一致供述之具體細節內容，或得知待傳訊之共同被告、證人之身分及尚待進一步蒐集之證據資料等具體偵查計劃，在無相關有效防止妨礙司法配套措施之情形下，實難期待不發生以行使防禦權為名而行勾串共犯、證人、偽變造或湮滅證據之實之結果，甚至發生被害人、檢舉人或證人受干擾或人身安全受危害之高度危險，此從 92 年至 104 年止的律師懲戒案件資料顯示，律師執行職務知悉偵查卷證資料內容後，因指導被告不實陳述、洩露在押被告供述內容予在逃其他被告、勾串共犯被告、誘導證人不實陳述、教唆偽證、洩露應秘密之檢舉人

身分與被告、藏匿人犯及偵查資訊目的外使用等妨害司法行為即有 25 件經決議懲戒之事實可以證明，如再加上「犯罪黑數」之計算，實際上妨害司法行為之情形則更為嚴重。上述妨害司法行為一旦發生於訴訟對象尚未具體確定前，被告處於先天上擁有犯罪是否成立之資訊優勢中，檢察官仍處於蒐集、保全證據之偵查階段，即令將被告羈押，亦已難以回復原狀，對刑罰權之實現與重大公益目的之達成，勢將產生更多之障礙，訴訟及社會成本自然大幅增加，此為事理之必然。故所稱辯護人於偵查羈押程序中閱卷可以獲得正確資訊而提供正確法律意見，進而有助於節省訴訟資源等語，應非的論。

2. 律師自律及相關法制配套措施不足，驟然採取片面之外國「閱卷」法制，將犧牲現行兼顧實體正義與程序正義之偵查不公開原則，大幅增加刑罰權實現之障礙，無助於訴訟資源之節省

從上述有關涉及律師妨害司法之懲戒案件觀之，律師自律問題仍有待律師團體自我改革，而我國之法學教育、律師養成、律師制度之各個面向，向來亦未重視律師職業倫理之研究、教育、發展與植根，尤其法學教育、律師養成、律師考選等與律師整體素質有關制度，猶待檢討與改善之際，加之我國就辯護人閱卷所得資訊使用之範圍、方式、限制，與妨害偵查之刑事處罰、濫用身分妨害司法之辯護人排除於程序外等配套法制，並未如德國於其刑事訴訟法、刑法及律師自律規範中有完整之配套規定與實踐，現階段實難期待律師於執行辯護人職務時，能普遍的充分及正確

地發揮其公益與自律之「司法機關（單元）」角色。如驟然片面採取他國之偵查中「閱卷」法制，而無相關配套法制，勢必再犧牲我國已兼顧實體正義與程序正義之偵查不公開原則，對檢察官之偵查效能造成重大衝擊，無助於節省訴訟資源。

八、被告本人及辯護人於羈押審查程序以外之偵查程序，是否亦應有閱卷權：

（一）聲請人主張略以：刑事訴訟法第 33 條第 1 項完全剝奪「無辯護人之被告」於偵查程序中之資訊獲取權，使被告無法有效答辯。因此偵查階段對「無辯護人被告」之閱卷權的剝奪，幾乎等同於剝奪此等被告於偵查階段之訴訟上防禦權。此外，不僅應准許辯護人於「聲請羈押程序」閱覽權，更應一併檢討立法使辯護人於「偵查程序」有閱卷權，以落實憲法第 8 條人身自由及第 16 條訴訟權之正當法律程序要求。

（二）本部意見：

1. 訴訟上防禦權為憲法第 16 條所保障人民之訴訟權導引出來，司法院大法官對此概念之闡釋如下：（1）釋字第 665 號解釋理由書中謂：「憲法第 16 條規定保障人民之訴訟權，其核心內容在於人民之權益遭受侵害時，得請求法院依正當法律程序公平審判，以獲得及時有效之救濟。」、「憲法第 16 條規定人民有訴訟權，旨在確保人民得依法定程序提起訴訟及受公平之審判。至於訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，應由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的以及訴訟制度之功能等因素，以法律為合理之規定」；釋字第 654 號解釋理由書中謂：「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保護，始能發揮防禦權之功能。」釋字第 636 號解釋理由書中謂：「查刑事被告詰問證人之權利，旨在保障其在訴訟上享有充分之防禦權，乃憲法第 8 條第 1 項正當法律程序規定所保障之權利，且為憲法第 16 條所保障人民訴訟權之範圍。」釋字第 582 號解釋文中謂「憲法第 16 條保障人民之訴訟權，就刑事被告而言，包含其在訴訟上應享有充分之防禦權。刑事被告詰問證人之權利，即屬該等權利之一。」合先敘明。

2.我國法制對被告之防禦權已有完整規範，計有：緘默權、隨時選任辯護人權、受辯護人協助的權利、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、不自證己罪原則與無罪推定原則等相關規定。而辯護人於偵查中亦享有諸多協助權，例如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、抗告救濟權等。均足以讓被告及辯護人在偵查程序中，充分行使其防禦權及辯護權，故並非剝奪其閱卷權，即等同於剝奪被告於偵查階段之訴訟上防禦權。

3.在一般偵查程序進行中（無羈押被告情形時），檢察官依法調查證據，還原真相，並無侵害被告人身自由之

情形，自無需以憲法第 8 條之人身自由保障規定加以檢視。

4. 參考美國、日本之立法例，均未賦予偵查中被告之閱卷權。縱使在德國，有關辯護人及被告於偵查中之閱卷權係規定在刑事訴訟法第 147 條第 2 項和第 7 項，第 2 項規定「若卷宗內尚未註明偵查終結，而檢閱可能危及調查目的時，得拒絕之辯護人查閱卷宗或個別卷宗內容以及檢視官方保管證物。若第 1 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。」，第 7 項規定「只要為適當辯護所必要、不危及調查目的--亦包括其他刑事程序之調查目的--，且不抵觸第三人之優勢值得保護利益時，對於無辯護人之被告，應依其聲請由案卷訊息提供答覆及提供案卷副本。第 2 項第 2 句前半句、第 5 項及第 477 條第 5 項之規定準用之。」亦非毫無限制地給予辯護人及被告偵查中之閱卷權。

九、我國現行規定是否違背公民與政治權利國際公約：

- (一) 聲請人主張略以：公民與政治權利國際公約（下稱公政公約）第 14 條第 3 項保障受辯護人協助之權利，無分審判或審前之偵查階段。聯合國人權事務委員會及經濟社會文化權利委員會第 32 號一般性意見（general comments）第 32 點第 1 句：「第 14 條第 3 項第 2 款規定，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…『便利』必須包括被告取得

準備答辯所需的文件及其他證據」。辯護人之閱卷權均應實現，方能予當事人答辯所需之法律指導，此項權利不應受到任何限制、影響、壓力或不當的干擾。

(二) 本部意見：

公政公約第 14 條第 3 項第 2 款規定：「審判被控刑事犯罪時，被告一律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」，然並無明文規定偵查中之羈押審查程序得閱卷。聯合國人權委員會一般性意見第 32 號第 33 點雖認為「足夠的便利」必須包括能閱覽文件和其他證據，但該點所述情形，實係針對加拿大第 5 次國家報告第 91 點：基於反恐法案所修正證據法所提出之建議，而該證據法所處理者，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。何況，業經我國內國法化之公政公約，對人民人身自由及訴訟權之保護規定，與我國憲法第 8 條及第 16 條相同，亦即拘束人身自由應依「正當法律程序」、人民權利受侵害時有受「公正審判」之權利，均未明文偵查中辯護人有閱卷權，且我國依該公約規定邀請國際人權專家審查我國人權報告，經專家審查包括刑事訴訟法在內之相關法規後，亦無任何專家表示現行刑事訴訟法規定違反兩公約意旨。

十、關於英國法制：

- (一) 聲請人主張略以：基於《警察與刑事證據法》(PACE) 所訂立的《執行守則 E》(Code E) 即規定，對於犯罪

嫌疑人訊問完後，會將一份訊問錄音檔案以時間編碼器保存以防竄改，另一份則留作偵查程序工作備份之用。且警察亦應製作一份訊問摘要，並將摘要複印一份給被告，若被告提出請求，則還有權得到一卷拷貝的檔案以檢查該筆錄摘要的準確性。而除了訊問筆錄外，其於偵查中所為之搜索紀錄，被告亦有權要求給予副本。就被告在場參與之場合，檢警製作之筆錄或搜索、扣押紀錄，絕無對被告保密之偵查不公開需求，因此系爭規定毫無例外且全面的排除無辯護人之被告於偵查階段之閱卷權，顯然過度，而有違必要性原則。

（二）本部意見：

1. 依英國《警察與刑事證據法》(Police and Criminal Evidence Act 1984)之《執行守則 E》(Code E)第 7.13 點(b)之規定，如被告已被警察訴追或已被告知其即將被檢察官起訴時，被告方得向警察請求交付被告自己偵訊內容之複製錄音；但如被告並未被訴追或起訴，則除非警察同意，或另外取得法院命令，被告並不能取得其訊問之複製錄音，亦即 Code E 實係規定偵查終結並決定訴追或起訴後，被告方得取得其偵訊錄音，與我國刑事訴訟法第 33 條規定被告於起訴後有閱卷權之規定，實際上並無二致。
2. PACE《執行守則 B》(Code B)第 6.7 點固規定警察於執行搜索時，應交付被搜索人一份告知書(Notice)，告知其搜索相關資訊及應有之權利。查我國刑事訴訟法第 150 條第 1 項規定當事人得於搜索或扣押時在場，

但被告受拘禁，或認其在場於搜索或扣押有妨害者，不在此限。又檢察機關實施搜索扣押應行注意事項第24點規定：搜索、扣押應製作筆錄，記載實施之年、月、日及時間、處所並其他必要之事項，並令依本法命其在場之人簽名、蓋章或按指印。如有扣押，應於筆錄內詳記扣押物之名目，或製作目錄附後，並開立扣押物品收據付與被扣押人。如未發現應扣押之物品，亦宜付與證明書。依照上開法規，我國被告有權於偵查機關執行搜索時在場，且在場之人應在搜索筆錄上簽名，故被告可充分知悉搜索之過程及結果，因此我國法制對於被告關於搜索之資訊取得權實已充分保障。

十一、關於美國法制：

（一）聲請人主張略以：

1. 美國「資訊自由法」列舉九大種類秘密，第七種為「犯罪調查秘密」，其第522(b)條規定，「因執法目的所彙整之犯罪調查記錄或資訊，屬於以下六種情形之一者不得公開。亦即(1)合理預期將妨礙執法程序之進行者；(2)剝奪當事人受公平審理與裁判之權利者；(3)合理預期將不當侵害個人隱私者；(4)合理預期將暴露機密消息來源之身分，或洩露因犯罪調查或國家安全情報活動所彙整之機密資料者；(5)合理預期將洩露偵查技巧或步驟者；(6)合理預期將危及任何人員之生命與人身安全者」。惟依該條項規定，反足證美國在偵查階段中其程序及內容並非完全不公開，而係原則上公開，僅是在有上述例外情形之一時，才不公

開。

2. 我國偵查中羈押程序部分，雖係於實體審判前之程序，惟此等程序實質上具有法院審理程序(trial)之性質，而美國法在審理程序前(pre-trial)階段，檢察官應進行證據開示之範圍，正足以作為我國偵查中羈押程序閱卷權之借鏡。美國聯邦各級法院對於檢察官對於所持相關卷證之揭露義務，已經作成許多判決，包括羈押程序在內，均肯認被告有權要求檢察官開示其所持有且有利於被控訴者之資訊。
3. *Brady* 案：聯邦最高法院 1963 年之 *Brady v. Maryland* 乙案所確立之 Brady 法則，在該案件中，聯邦最高法院指出，若檢察官受辯方請求提供證據時，仍隱匿有利於被告之證據，而此等證據對於被告是否有罪或應受處罰具有重大性者，不論檢方乃出於善意或惡意，均屬違反美國憲法增補條文第 5 條及第 14 條之「正當法律程序」原則。
4. 美國檢察官手冊 (U. S. Attorney's Manual) 9-5.0001 項，即明文肯認確保公平審理 (fair trial) 並且揭露重要無罪證據與彈劾證據屬於檢察官之憲法上義務。

(二) 本部意見：

1. 美國資訊自由法(Freedom of Information Act, FOIA)係在保障人民一般性的「知的權利」(Right to know)，而我國亦有類似之政府資訊公開法，兩者均在保障人民有普遍獲悉政府機關持有、保管之資訊的權利，以增進人民對政府公共事務之了解、信賴及監督，以促進

民主參與。此處之「資訊自由」或「資訊公開」，與當事人於刑事訴訟程序中得否行使「聽證權」--許其閱覽卷宗，俾利防禦及答辯，乃截然不同的制度與概念，不容混為一談，根本無法逕引美國資訊自由法之規定，以之為美國刑事訴訟制度偵查階段有無開示證據之論證，猶如不能僅以我國政府資訊公開法第 18 條第 1 項第 3 款之規定(涉及偵查、追訴、執行有關的資訊應限制公開)，直接推得「反證我國偵查階段資訊係原則公開，僅例外情形不公開」之結論，倘為如此論述，顯係類比之謬誤。

退步言之，美國資訊自由法明文規定有九種豁免(exemptions)得不公開之事由，及三類執法資訊之特別例外(exclusions)¹²。美國資訊自由法於 5 U.S.C. §552(c) 明白揭示該三類特別執法資訊「自始」即「排除」資訊自由法之適用，與 5 U.S.C. §552(b) 裁量豁免得不公開之九種豁免(exemptions)事由，有著本質上之差異，不可不辨。細繹該法用語，前者豁免事由所指之資訊，本為該法規範得向人民公開之客體，惟慮及攸關公共利益或涉及他人私益，而得「豁免公開」藉以調和利益間之衝突，故此類資訊，本屬得為某種程度公開之資訊；而三類特別執法資訊，立法本意即自始排除美國資訊自由法之適用(treat the records as not subject to the requirements of this section)，即此類資訊根本不列入原則上得向人民公開之範疇。其中第一種排除狀況¹³，即明確指出當調查對象尚未察覺且可合理預期揭

¹²前者規定在 5 U.S.C. §552(b)；後者規定在 5 U.S.C. §552(c)。

¹³5 U.S.C. §552(c)(1) Whenever a request is made which involves access to records described

露該資訊將干擾執法，則在此情形期間內，該資訊不適用資訊自由法而得請求公開，故依照美國資訊自由法上開規定，於正在進行之刑事偵查資訊，根本不屬於應向「一般人民」公開之資訊¹⁴。綜上，美國資訊自由法之規定，與羈押審查中被告之閱卷權、資訊取得權甚或防禦權，均毫無直接關連。

2. 美國證據開示制度作為美國刑事審判程序的基本構成成分，也僅不過是五十多年的光景(It is only in the last 50-plus years that discovery has emerged as a basic component of the criminal adjudicative process)¹⁵。在美國聯邦刑事程序之過程，證據開示係在罪狀認否程序(arraignement)之後、審判之前所行之程序，此由聯邦刑事訴訟規則第 12 條(b)項(4)款(B)目所定：「被告為聲請排除證據 (move to suppress evidence) 之目的，得於起訴後之罪狀認否程序中，或若實際可行，於緊接

in subsection (b) (7) (A) and (A) the investigation or proceeding involves a possible violation of criminal law; and (B) there is a reason to believe that (i) the subject of the investigation or proceeding is not aware of its tendency, and (ii) disclosure of the existence of the records could reasonably be expected to interfere with enforcement proceedings, the agency may, during only such times as that circumstances, treat the records as not subject to the requirement of this section.

¹⁴<https://foia.state.gov/Learn/FOIA.aspx>(最後造訪日 2016/2/27):Congress provided special protection in the FOIA for three narrow categories of law enforcement and national security records. The provisions protecting those records are known as "exclusions". The first exclusion protects the existence of an ongoing criminal law enforcement investigation when the subject of the investigation is unaware that it is pending and disclosure could reasonably be expected to interfere with enforcement proceedings.

¹⁵RONALD JAY ALLEN, WILLIAM J. STUNTZ, JOSEPH L. HOFFMANN, DEBRA A. LIVINGSTON & ANDREW D. LEIPOLD, COMPREHENSIVE CRIMINAL PROCEDURE, 1120(2011); 關於證據開示之歷史發展與演進，可參考 WAYNE R. LAFAYE ET AL., CRIMINAL PROCEDURE, 20.1, at 953(5th ed. 2009).

該程序之後，要求檢察官通知其擬於審判中用以控訴被告，且屬被告依該規則第 16 條得請求開示範圍內之證據」¹⁶，即可得知。另由前開規則立法體例之程序編排順序亦可印證。蓋該規則第 7 條規定大陪審起訴及檢察官起訴(Indictment and Information)，第 8 條規定共同被告或多數犯罪之合併審判(Joinder of offenses or defendants)、第 9 條規定基於大陪審起訴或檢察官起訴之逮捕令或傳票(Arrest Warrant or Summons on an Indictment or Information)、第 10 條規定罪狀認否程序(Arraignment)、第 11 條規定認罪(pleas)、第 12 條之 1 不在場辯護之告知(Notice of an alibi)、第 13 條規定不同案件之合併審判(Joint Trial of Separate Cases)、第 14 條規定對法院裁定合併審判之救濟(Relief from Prejudicial Joinders)、第 16 條規定證據開示及檢示(Discovery and Inspection)，故從立法體例觀之，證據開示制度規範係在案件經起訴以後，審判前由法院所進行之程序，故有教科書將證據開示又稱之為審前開示(pretrial discovery)¹⁷。換言之，證據開示係專指起訴後審理程序開始前之程序，但非泛指「所有」「審前程序」均有適用。易言之，若將刑事訴訟程序，劃分為偵查程序、起訴程序、準備程序及審判程序，此處之審前程序，當然即非泛指所有之審前程序，亦即偵查程序、起訴程序及準備程序而言，更不得概括的將美

¹⁶ “At the arraignment or as soon as afterward as practicable, the defendant may, in order to have an opportunity to move to suppress evidence under Rule 12(b)(3)(C), request notice of the government’s intent to use (in its evidence-in-chief at trial) any evidence that the defendant may be entitled to discover under Rule 16.”

¹⁷ L.AFAVE ET AL., *supra* note 4, at 952.

國刑事程序僅區分為審前程序及審判程序，而所有之審前程序均完全一體、毫無差別式的適用相同的規範。

除上述法體例之分析外，當今美國刑訴法學界權威性教科書及教授 Wayne R. Lafave 等合著之教科書亦謂「一般言之，證據開示條款於向有管轄權之法院提起訴訟前不發生效果，因此，對於重罪言之，該條款於治安法官事先預備程序裡，並不適用，諸如：預審程序及羈押保釋程序¹⁸(Discovery provisions do not take effect prior to the filing of charges in the court having trial jurisdiction over the offense charged. Thus, for felony cases, those provisions are not available during the course of preliminary proceedings in the magistrate court, such as the preliminary hearing and the bail hearing.)」。

其次，在審判之前，確實亦有其他的程序管道，因該程序之進行足以發生類似於證據開示的效果，但該等程序之目的均非在於證據開示，其目的並非在於獲取雙方所持有證據¹⁹，因此證據若有開示僅係附帶效果或稱附帶利益。此等程序包括像是預審程序(因可詰問證人)、審前動議(例如：請求裁定排除證據)²⁰。而證據開示目的即在於達成避免突襲性審判(“trial by surprise”)，更重要的是審前證據開示係用作辯方準備審判之用，提供給辯護人預覽檢察官證據及提供給辯

¹⁸*Id.* at 959.

¹⁹*Id.* at 960.

²⁰*Id.* at 960.

護人檢方所持有或控制之物證，而該等物證可能或足以確定作為辯方證據或辯方答辯之用，故係做為準備審判之工具，而適用於審判之標準或準則²¹。然而證據開示之範圍及廣狹，究竟要採取民事審判式的證據開示或發展獨立的刑事審判之證據開示，一直以來都是學術上的論爭焦點。

證據開示或揭露主要立基於聯邦或各州的立法規範或判例法內，而各州或多或少有不同之立法規範。至於在聯邦層級，則於聯邦刑事訴訟規則第 16 規定，檢辯雙方之開示義務，而證據開示義務係本於互惠而於刑事程序進行中持續發生之義務²²，且不僅檢方應開示給辯方證據，辯方亦負有相應應開示給檢方相似之證據義務²³。該規則第 16 條(a)項即為聯邦檢察官之一般性開示義務之規範。

3. 聲請人釋憲補充理由書(肆)所指關於美國法部分(二)就美國實務見解提出多個聯邦下級法院判決作為證明在美國法制下，審前羈押程序中，即有權請求檢察官開示重要無罪證據之實務見解，並認為渠等見解均係基於聯邦最高法院在 *Brady v. Maryland* 所確定之 *Brady Rule*²⁴，並認為 *Brady* 法則即為審判前羈押程序

²¹*Id.* at 960.

²²*Id.* at 959.

²³*Id.* at 959-960.

²⁴*Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83(1963)(“Prior to the trial, petitioner’s counsel had requested the prosecution to allow him to examine Boblit’s extrajudicial statements. Several of those statements were shown to him, but one dated July 9, 1958, in which Boblit admitted the actual homicide, was withheld by the prosecution, and did not come to petitioner’s notice until after he had been tried, convicted, and sentenced, and after his conviction had been affirmed.”)

之檢察官證據開示之判例。

然承上述從法規範及權威性學者論述即已得知聯邦刑事訴訟規則所指證據開示之適用範圍，自不得張冠李戴的認為適用在羈押保釋程序，業已明確。上開釋憲補充理由書所指見解實有重新檢視其所引用之美國聯邦最高法院判例之事實及法則，以確定該法則之適用範圍。

首先該案緣起於被告 Brady 與同案被告 Boblit 共同因第一級謀殺罪被判處死刑，該案嗣經馬利蘭州上訴法院維持原判。在原審審判程序中，Brady 作證並陳述參與犯罪一情，但陳述內容包括共同被告 Boblit 為實施殺人行為之人。辯護律師乃為之辯稱：其承認第一級謀殺罪，但殷盼不判處死刑。本案程序進行之審前，被告 Brady 曾請求檢察官准許閱覽共同被告 Boblit 之審判外陳述證據，其中好幾項陳述證據都已經開示被告，但是在 1958 年 7 月 9 日之陳述證據(該次陳述提及被告 Boblit 是真正實行謀殺行為之人)，該陳述證據則被檢察官保留而未開示給被告，被告 Brady 也不知道此份陳述證據，一直到審判定罪及量刑，該地院判決經由上訴法院維持駁回上訴後，方知道該份證據之存在(Prior to the trial, petitioner's counsel had requested the prosecution to allow him to examine Boblit's extrajudicial statements. Several of those statements were shown to him, but one dated July 9, 1958, in which Boblit admitted the actual homicide, was withheld by the prosecution, and did not come to petitioner's notice until after he had been tried, convicted, and sentenced, and

after his conviction had been affirmed.)被告因該新發現之證據遭檢察官隱藏而未提供給辯方，乃請求重新審理該案，上開請求遭法院拒絕，乃提起上訴。

該案爭點即為檢察官未開示該案關於被告在審判前，辯護人請求檢方開示共同被告之先前陳述(該先前陳述係有利於被告之有罪、無罪及刑罰之證據)，若檢察官拒絕該有利於被告之證據、且該證據對於有罪無罪或刑罰之判斷有實質性影響者，無關乎檢方拒絕開示係出於善意或惡意，均違反第十四修正案之正當法律程序。(We now hold that the suppression by the prosecution of evidence favorable to an accused upon request violates due process where the evidence is material either to guilt or to punishment, irrespective of the good faith or bad faith of the prosecution.)²⁵。

現在該案即被認定關於被告之有利證據，檢察官有開示給辯方之憲法上義務，且應具備第二要件即當該證據對於案件之結果具有實質重要性(materiality to the outcome of the case)。至於此法則之適用時點，法院判決並未明白指明具體適用時間點，但學者認為下級法

²⁵*Id.* ("The question remains whether petitioner was denied a constitutional right when the Court of Appeals restricted his new trial to the question of punishment. In justification of that ruling, the Court of Appeals stated:

"There is considerable doubt as to how much good Boblit's undisclosed confession would have done Brady if it had been before the jury. It clearly implicated Brady as being the one who wanted to strangle the victim, Brooks. Boblit, according to this statement, also favored killing him, but he wanted to do it by shooting. We cannot put ourselves in the place of the jury, and assume what their views would have been as to whether it did or did not matter whether it was Brady's hands or Boblit's hands that twisted the shirt about the victim's neck. . . . [I]t would be 'too dogmatic' for us to say that the jury would not have attached any significance to this evidence *in considering the punishment of the defendant Brady*." "Not without some doubt, we conclude that the withholding of this particular confession of Boblit's was prejudicial to the defendant Brady. . . . " "The appellant's sole claim of prejudice goes to the punishment imposed. *If Boblit's withheld confession had been before the jury, nothing in it could have reduced the appellant Brady's offense below murder in the first degree. We therefore see no occasion to retry that issue.*" 226 Md. at 429 430, 174 A.2d at 171.")

院均採取只要有利證據實質開示給被告，在「及時開示以便審判中有效利用即可」(“in time for its effective use at trial”)²⁶，參酌該案係專就審前證據開示所作之判例，但非就羈押庭審程序而為之判決，更難援引該案判決作為本案聲請釋憲說理之正當化依據，併此敘明。

末以釋憲補充理由書(肆)所指關於美國法部分(二)之見解，主張就美國實務見解審前羈押程序中，有權請求檢察官開示重要無罪證據之實務見解係基於 Brady Rule，承上分析，顯係誤解該法則所定證據開示之時點，且其適用時間更非可擴及於偵查程序或偵查中羈押庭審程序中自明。是該補充理由書中所檢附之其他下級法院之見解，亦屬有誤，自不待言。(至於該理由書所提 Giglio v. United States 案，僅論及彈劾性證據之開示義務，並非敘述開示之時點，與本案並無太多關聯性。至於 United States v. Agurs 案，係就證據重要性(materiality)而為之判斷，與本案開示之時點並無關係。至於 United States v. Bagley 案²⁷，係就證據重要性(materiality)之標準所論，即當檢察官未能揭示具有合理可能性證據之有效使用將足致被告無罪判決。(Exculpatory and impeachment evidence is material to a finding of guilt—and thus the Constitution requires disclosure—when there is a reasonable probability that effective use of the evidence will result in an acquittal.)

4. 美國成文法部分：至於該份理由書所列美國成文法部分，

²⁶Lafave et. al, *supra* note 1, at 974.

²⁷United States v. Bagley, 475 U.S. 667, 676 (1985).

其所指聯邦刑事訴訟規則第 16 條之規範，其實係指證據開示之範圍及客體，而依據前述權威性學者所述，其適用之時間點當以於向有管轄權之法院提起訴訟後方有適用²⁸。此部分該理由書所示，應僅論述及於開示之範圍或客體，而非具體論述開示之時間點，若以開示之時間點，仍應以上述權威性學者論述及該條規定之體例而論。自難以該規則遽而推論證據開示之規定適用於羈押聽審程序，應屬的論。

5. Jencks Act：18 U.S.C.A.3500(a)稱之為 Jencks Act，其主要規範先前證人(包含檢方證人及辯方證人)之陳述之紀錄，於審判中之提出事項²⁹，其條文內容如下：3500(a)：任何檢方證人或未來檢方證人之陳述或報告在美國檢察官持有中，於該證人已經在審判中經主詰問程序作證後，均得受證據開示或檢視之 (“In any criminal prosecution brought by the United States, no statement or report in the possession of the United States which was made by a Government witness or prospective Government witness (other than the defendant) shall be the subject of subpoena, discovery, or inspection until said witness has testified on direct examination in the trial of the case.”)。故其提出時點，實為證人在審判中詰問作證後，方得開示或揭露之規定。此與本案爭訟，實無關聯性，更非羈押聽審程序之證據開示相關規定。該條文更明定限於「審判中」，自與羈押聽審程序無關。

6. 美國檢察官手冊 (U. S. Attorney's Manual) 9-5.0001 項

²⁸Lafave et. al, *supra* note 1, at 959.

²⁹*Id.* at 962.

規範：首先，此一手冊並非法律，不該當作法律或憲法位階之法律予以深入探究，以免將他國之行政規則或指導準則當作金科玉律，而產生胡亂適用、法秩序錯亂之疑慮。而 9-5.0001A 項開宗明義即稱此守則為促進證據開示實務之一般性政策(the policy set forth here is intended to promote regularity in disclosure practices)，該政策係用以確保無罪開釋及彈劾證據資訊之適當範圍之及時開示，而足以確保審判係公平審判(The policy is intended to ensure timely disclosure of an appropriate scope of exculpatory and impeachment information so as to ensure that trials are fair.)。且同條 A 項亦稱該政策不該替代個案裡之個別法律問題(This policy is not a substitute for researching the legal issues that may arise in an individual case.Additionally)。

次之，該守則政策肯認確保公平審理（fair trial）並且揭露重要無罪證據與彈劾證據屬於檢察官之憲法上義務³⁰，此本為聯邦最高法院在數個個案裡，已明確揭示之法則無疑。然上揭守則，關於證據開示之時點，規定

³⁰See U. S. Attorney's Manual 9-5.0001 (last visited Feb. 27, 2016) (“Constitutional obligation to ensure a fair trial and disclose material exculpatory and impeachment evidence. Government disclosure of material exculpatory and impeachment evidence is part of the constitutional guarantee to a fair trial. *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83, 87 (1963); *Giglio v. United States*, 405 U.S. 150, 154 (1972). The law requires the disclosure of exculpatory and impeachment evidence when such evidence is material to guilt or punishment. *Brady*, 373 U.S. at 87; *Giglio*, 405 U.S. at 154. Because they are Constitutional obligations, *Brady* and *Giglio* evidence must be disclosed regardless of whether the defendant makes a request for exculpatory or impeachment evidence. *Kyles v. Whitley*, 514 U.S. 419, 432-33 (1995). Neither the Constitution nor this policy, however, creates a general discovery right for trial preparation or plea negotiations. *U.S. v. Ruiz*, 536 U.S. 622, 629 (2002); *Weatherford v. Bursey*, 429 U.S. 545, 559 (1977).”)

於該守則之 D 項開示時間(Timing of disclosure)，僅指示檢察官開示應給予足夠時間以便准許被告能在審判中有效使用該無罪及彈劾性證據資料(“Due process requires that disclosure of exculpatory and impeachment evidence material to guilt or innocence be made in sufficient time to permit the defendant to make effective use of that information at trial.”)。在絕大多數案件裡，憲法要求之開示僅在審判前即可(“In most cases, the disclosures required by the Constitution and this policy will be made in advance of trial.”)。此處所謂之審判前，即與前述美國學界所述稱為「審前開示」相符，並非指偵查中或羈押聽審程序之證據開示，並不得在此強詞奪理，將此審前程序包括審判前所有程序，而援引作為美國實務之依據或現況。

十二、關於歐洲人權法院見解及德國法制：

(一) 聲請人主張略以：

1. 由 *Garcia v. Germany* 案、*Lamy v. Belgium* 案、*Lietzow v. Germany* 案可知，不應完全剝奪偵查階段辯護人之閱卷權。另 2016 年 *Albrechtas* 案，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。被告為對抗聲請羈押之檢察官，其防禦之需求迫在眉睫，須與檢察官立於實質對等地位。
2. 歐盟在為保障刑事程序中資訊權所訂定之 Directive 2012/13/EU 第 7 條明文規定：「受逮捕或羈押者，本人或其律師應有權接觸使用該案件卷宗中，為挑戰逮捕或羈押合法性所必要之部分」。依該指令第 11 條規

定，所有歐盟會員國應該在 2014 年 7 月 2 日前依該指令制定相關法律、法規命令或行政規則。

3. 德國刑事訴訟法第 147 條在偵查階段固有因偵查密行而須以偵查不公開加以保護之利益，仍不得凌駕於辯護人之閱卷權。

（二）本部意見：

1. 歐洲人權法院裁判係判例法（case law）之性質，針對「具體個案」中內國之處理程序是否違反公約作具體審查，故縱然歐洲人權法院裁判就個案得出違反公約之結論，亦必須從具體個案實際情形著手，將裁判理由與案件事實結合。因此，即便此類案例經歐洲人權法院認定違反公約，非代表所有未給予全面閱卷之情形均必定違反公約，亦難逕認我國刑事訴訟法第 33 條就偵查中羈押審查程序之閱卷權保障程度不符歐洲人權法院所認定之標準。在 Garcia Alva、Lietzow、Schöps、Mooren 申訴德國等案件中，申訴人及其辯護人均未於第一次羈押審查時要求給予閱卷：Garcia Alva 案之申訴人於 1993 年 4 月 7 日經法院裁定羈押，其於翌日委任辯護人，辯護人始要求閱卷，惟辯護人僅獲得申訴人於法院羈押審查時之訊問筆錄及羈押令狀³¹；Lietzow 之申訴人於 1992 年 2 月 6 日經法院核發羈押令狀（Haftbefehl）並逮捕後，其辯護人於 1992 年 2 月 7 日始要求閱卷³²；Schöps 案之申訴人於 1993 年 3 月 11 日經法院裁定羈押，而申訴人之辯護人雖曾宣稱其於 1993 年 3 月間即有聲請閱卷，惟正

³¹ ECHR, *Garcia Alva v. Germany*, Judgment of 13 February 2001, Appl. no. 23541/94, para. 11-13.

³² ECHR, *Lietzow v. Germany*, Judgment of 13 February 2001, Appl. no. 24479/94, para. 9-11.

式閱卷聲請紀錄係於 1993 年 9 月 14 日³³；Mooren 案之申訴人於 2002 年 7 月 25 日遭逮捕、羈押，惟其辯護人於 2002 年 8 月 7 日提出抗告時始聲請閱卷³⁴。另 Lamy 案中，申訴人於 1983 年 2 月 18 日經法院核發逮捕令狀，並於 1983 年 2 月 22 日於辯護人在場之情形下，經聽審後予以羈押，惟亦未見辯護人於此時聲請閱卷。³⁵是上開案件之情形均與本件釋憲案之案例事實情形有所不同，尚難比附援引。

又我國現行刑事訴訟法第 33 條第 1 項，依其立法理由所示，係基於偵查不公開目的，即維護偵查利益等目的之範圍內，在偵查階段限制辯護人之閱卷權。然我國偵查中仍有提示證物及予以被告閱覽筆錄，並徵詢辯護人意見³⁶，已足以充分保障被告之防禦權。反觀 Albrechtas 案中，申訴人涉嫌於 1995 年發生之謀殺案，於 2002 年經共犯證人 G.B.（於 2002 年判決有罪確定）指認後被認為涉有重嫌，申訴人於 2005 年 5 月 26 日被逮捕，並於同日經法院審查後裁定羈押。此案之辯護人雖係於同日聲請閱卷，立陶宛檢察官則給予辯護人檢閱 2005 年 5 月 25 日之逮捕紀錄、2002 年 9 月 2 日將申訴人列為被告之決定、2005 年 5 月 25 日之對申訴人之訊問紀錄等文件。此案中，檢察官認申訴人有逃亡之虞聲請羈押，惟未認有串證之虞，認其已給辯護人充分檢閱證據，而無給予辯護人檢閱關鍵證人即共犯 G.B.證詞之必要。³⁷是 Albrechtas 案

³³ ECHR, *Schöps v. Germany*, Judgment of 13 February 2001, Appl. no. 25116/94, par. 9-15.

³⁴ ECHR, *Mooren v. Germany*, Judgment of 13 December 2007, Appl. no. 11364/03, para. 10-13.

³⁵ ECHR, *Lamy v. Belgium*, Judgment of 30 March 1989, Appl. no. 10444/83, para. 9-11.

³⁶ 參《檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項》第 25、28、31 點。

³⁷ ECHR, *Albrechtas v. Lithuania*, Judgment of 19 January 2016, Appl. no. 1886/06, para. 7-20, 79.

中，立陶宛檢察官並非以危害偵查利益為由駁回閱卷聲請，與我國刑事訴訟法第 33 條立法意旨限制偵查中閱卷之情形有別，實不宜截取該裁判之部分理由，逕認我國刑事訴訟法第 33 條之規定違憲。

2. 依歐盟運作條約 (THE TREATY ON THE FUNCTIONING OF THE EUROPEAN UNION) 第 288 條第 3 項，「指令」係指引會員國，就有關所要達成的目標具有拘束力，然賦予立法者可選擇其形式及方式³⁸。這表示指令並非直接適用，國家立法者在所定期限內有將指令轉化為內國法的形成空間。經由這樣的程序，指令可在各會員國具體化。如此主要能考量各國的特殊性，並在歐盟建立可相互對照的法律狀態。是以，歐盟指令之效力，縱使在歐盟成員國，仍有賦予各會員國之立法者在立法上的形成空間，我國並非歐盟成員國，指令對於我國極其量僅係外國法制之參酌。又細觀該指令之內容，第 7 條第 1 項，係明文「Where a person is arrested and detained at any stage of the criminal proceedings, Member States shall ensure that documents related to the specific case in the possession of the competent authorities which are essential to challenging effectively, in accordance with national law, the lawfulness of the arrest or detention, are made available to arrested persons or to their lawyers.」，就卷內有關為挑戰逮捕或羈押合法性所必要之部分，係使用「available」之用語，並未明文需以閱卷方式

³⁸ A directive shall be binding, as to the result to be achieved, upon each Member State to which it is addressed, but shall leave to the national authorities the choice of form and methods.

為之，且同條第 4 項中亦明文，「當閱覽可能嚴重危害其他人之生活或基本權、為保護重要公共利益所必要，例如在可能危害進行中的偵查、可能嚴重影響該會員國國家安全之情形下，可拒絕接觸特定資料³⁹。」就卷證資料之接觸，仍有要件之限制。

3. 德國刑事訴訟法第 147 條第 1 項之規範內容，相應於我國刑事訴訟法第 33 條第 1 項，係規定「辯護人有權查閱存在於法院或在提起公訴之情況下應呈交法院之卷宗，以及檢視官方保管之證物」，該項規定不因歐洲人權法院在就辯護人閱卷權之相關判決，判決德國 4 次敗訴而有更動。顯見該條項規定，並無違反歐洲人權公約，從而亦未違反所謂的武器平等原則，而可做合於歐洲人權公約之解釋。依該條項規定，原則上辯護人係就存於法院或起訴後之卷證方有權查閱。

又由德國刑事訴訟法第 147 條第 2 項第 1 句，亦是先明文「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」，足徵偵查目的在偵查終結前仍為優先。況依德國刑事訴訟法第 147 條第 2 項第 2 句，並無規定必應以何種方式提供必要資訊，於具體情形，應以何種方式提供必要資訊，仍交由個案決定，非必以閱卷方式為之。且德國偵查中羈押制度，原則上法官審查羈押時，被告並不在場，也無須通知被告，

³⁹access to certain materials may be refused if such access may lead to a serious threat to the life or the fundamental rights of another person or if such refusal is strictly necessary to safeguard an important public interest, such as in cases where access could prejudice an ongoing investigation or seriously harm the national security of the Member State in which the criminal proceedings are instituted.

故此時縱然法院駁回羈押之聲請，也較無偵查秘密因而被洩漏之問題。此外，辯護人在德國享有信賴，然而當然也有禁止辯護人閱卷以免危及偵查結果之案例。當危及偵查目的之原因存在於辯護人，閱卷權尚能經由德國刑事訴訟法第 138a 條以下的排除程序以及同法第 147 條、第 148 條之規定限制之。

貳、關於鑑定人中華民國律師公會全國聯合會鑑定意見書：

一、中華民國律師公會全國聯合會不宜擔任本件釋憲案鑑定人：所謂鑑定人，指應本於其專門知識，輔助法院判斷特定證據或表示特定意見之人，是除應具知識之專業性外，更應具公正之客觀性，以示其不偏不倚、立場超然，否則若其立足有偏頗之虞，又何能期待所為鑑定意見能使人信服。大院 105 年 1 月 19 日新聞稿以：「本案涉及偵查中羈押程序辯護人可否閱卷之爭議，與律師執行職務息息相關」等語，本部甚表贊同，然正因本釋憲案結論與律師之職務直接相關，將影響律師執行辯護人業務時，得否請求閱卷及其時點與範圍，且本件聲請人之一即為執業律師，亦係因其執行辯護人業務過程中衍生本件釋憲爭議，因而不具中立客觀性，故律師團體代表應屬司法院大法官審理案件法第 13 條所稱「關係人」而非鑑定人至明，本部前雖曾函請大院就此重為斟酌，惜未經採納。本部認為其鑑定意見不宜採為本件釋憲理由依據。

二、現行規定是否屬未踐行合法調查程序：

（一）鑑定意見略以：刑事訴訟法第 164、165 條等規定書

證之調查方式應宣讀或告以要旨，如有第 165 條第 2 項情形則應交付閱覽，不得宣讀，定於刑事訴訟法第一編總則第十二章證據，在體系上對偵查程序及審判程序均有適用。限制羈押程序之閱卷，使法院審查羈押案件時，均未踐行合法調查證據之程序，而有適法性之疑慮。

（二）本部意見：

1. 刑事訴訟法第 164 條、第 165 條固規定於本法第 1 編總則第 12 章，然此主要係規範案件起訴後法院審判期日時，應以如何方式踐行證據調查（即原則應朗讀或告以要旨），與辯護人之閱卷權無涉，況第 165 條第 2 項規定應交付閱覽之情形，係指相關文書內容為有關風化、公安或有毀損他人名譽之虞時，應交付當事人、代理人、辯護人或輔佐人閱覽，不得宣讀，更係因衡量此時若以朗讀方式為之，恐有妨害善良風俗或他人名譽，故以交付閱覽代之，不應指鹿為馬，謂此為閱卷權之規定。
2. 法院於受理檢察官聲請羈押而進行審查時，更非完全套用起訴後之審理規則，此觀刑事訴訟法第 159 條第 2 項規定自明⁴⁰。此係因偵查中羈押審查程序，乃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

⁴⁰ 刑事訴訟法第 159 條：「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。前項規定，於第 161 條第 2 項之情形及法院以簡式審判程序或簡易判決處刑者，不適用之。其關於羈押、搜索、鑑定留置、許可、證據保全及其他依法所為強制處分之審查，亦同。」

程序，被告得在該程序中表達意見，僅在落實保障其聽審權，並非言詞辯論，是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⁴¹，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。

3.且此與美、日等國審前羈押制度並無不同，該二國規定略為：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。

4.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，並非立法疏漏，更無未踐行合法調查證據之程序之虞。

三、相關機關是否怠於履行刑事訴訟法要求：

(一)鑑定意見略以：刑事訴訟法第245條第5項明訂：「第1項偵查不公開作業辦法，由司法院會同行政院定之」，

⁴¹ 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。

然該作業辦法迄今仍未訂定，而現行實務僅以法務部核定最高法院檢察署所訂「檢察、警察暨調查機關偵查刑事案件新聞處理注意要點」（最近一次修正係以民國 99 年 2 月 3 日法務部法檢字第 0999002110 號函核定修正）為據，顯係消極地怠於履行刑事訴訟法之明文要求。

（二）本部意見：

按「偵查不公開作業辦法」業經司法院與行政院於 101 年 12 月 5 日以院台廳刑一字第 1010034072 號、院臺法揆字第 1010073144 號令頒布施行，全文共 11 條，此有附件之司法院公報（第 55 卷第 1 期）可參，任何人均能輕易於網頁檢索得知，何來「消極地怠於履行刑事訴訟法之明文要求」？另最高法院檢察署固於 99 年間修正「檢察、警察暨調查機關偵查刑事案件新聞處理注意要點」並經本部核定，然該要點業於 101 年 7 月 31 日經最高法院檢察署修正名稱為「檢察、警察、調查暨廉政機關偵查刑事案件新聞處理注意要點」及全文 9 點，並自 101 年 8 月 1 日生效，鑑定人未經詳查，即於釋憲案鑑定書草率指摘，應予更正。

四、中華民國律師公會全國聯合會鑑定意見另提及之「偵查不公開原則拘束對象」、「律師閱卷有助節省訴訟資源」、「辯護人於羈押審查程序以外之偵查階段亦應有閱卷權」及對公政公約之見解等，因與聲請人前述主張完全一致，本部意見均同上述，爰不贅引。

參、關於司法院（刑事廳）就本釋憲案書面意見：

一、司法院刑事廳於本釋憲案之定位：刑事廳係基於司法院內部業務分工而設之幕僚「單位」，非屬「機關」甚明⁴²，則能否謂其係司法院大法官審理案件法第 13 條第 1 項所稱「有關機關」，已非無疑，況其提出之書面意見，即代表司法院之立場，司法院既已由大法官審查本件釋憲案，宜否再指定同院之幕僚單位（刑事廳）出具書面意見進而出席表達意見？此於憲法法庭之程序公正性，恐生爭議，該意見似不宜於本釋憲案中審酌。

另按「大法官審理案件，曾就受審查法規範之制定或修正，為相關行政程序之決行或負最終責任，應自行迴避」，為大法官審理案件法草案第 8 條第 5 款所明定，其立法理由為：「大法官曾參與受審查法規範之制定或修正，為相關行政程序之決行或負最終責任者，推定其已確信該法規範具合憲性，亦不宜使其參與法規範違憲審查之審理程序，以杜外界對其立場之質疑」⁴³。刑事訴訟法之法律案係由司法院主管，並得研擬修正草案後會銜行政院向立法院提請審查，司法院院長係司法行政權之最高首長，對於刑事訴訟法之修正自應負有責任，是以，司法院院長既已負責刑事訴訟法之制定與修正，宜否再參與本件以刑事訴訟法為標的之釋憲案審查？或應參酌前揭大法官審理案件法草案規定而自行迴避，均請一併釋示。

二、司法院（刑事廳）意見略以：閱卷權乃實現被告受憲法

⁴² 參司法院組織法第 9 條第 1 款、司法院處務規程第 14 條。

⁴³ 司法院大法官網站

(http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/pl0_02.asp?id=109099)

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，為憲法第 8 條之憲法保留事項，非立法者得以限制、剝奪。限制辯護人閱卷權於起訴前完全不得行使，與憲法規定及司法院解釋先例意旨不盡相符，與歐陸法之趨勢亦背道而馳。於攸關被告人身自由之聲請羈押程序，允宜朝充實辯護權之方向，對形成羈押決定具重要影響之偵查卷證，允許閱卷。現行刑事訴訟法關於禁止辯護人於聲請羈押程序閱卷之規定，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。

三、本部見解：

被告防禦權為憲法所保障人民訴訟權之基本內涵，屬憲法第 16 條之憲法保留事項，然保障防禦權之方式甚多，閱卷僅為達成資訊接近權之方法之一，逕將「閱卷權」視為憲法保留事項，此推論似過於跳躍。況有關偵查構造、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」⁴⁴後制定之法律，即屬合憲。

我國立法者基於立法裁量，兼顧偵查不公開及被告防禦權要求下，設計現行刑事訴訟法第 33 條規定，同時搭配其他如同法 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，

⁴⁴ 司法院大法官釋字第 689 號解釋理由書。

可知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，率認違背憲法規定，更不應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。

何況，業經我國內國法化之兩人權公約中之公政公約，對人民人身自由及訴訟權之保護規定，與我國憲法第 8 條及第 16 條相同，亦即拘束人身自由應依「正當法律程序」、人民權利受侵害時有受「公正審判」之權利，均未明文偵查中辯護人有閱卷權，且我國依該公約規定邀請國際人權專家審查我國人權報告，經專家審查包括刑事訴訟法在內之相關法規後，亦無任何專家表示現行刑事訴訟法規定違反兩公約意旨。另大院於檢討現行刑事訴訟法是否符合公政公約之要求時，亦未提及刑事訴訟法第 33 條有何不符公約之處⁴⁵，益證大院同樣肯認現行規定並未違反世界人權公約。

最後應再重申，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，均應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，等同視之，並從整體刑事訴訟制度為完整思考，非以「鋸箭法」之方式切割評價單一法條。是本部殷望

⁴⁵ 司法院網站人權專區：「司法院主管法令及行政措施是否符合「兩公約」規定檢討及策進作為（<http://www.judicial.gov.tw/rights/rts2.asp>）。且其中與羈押制度有關之刑事訴訟法第 101 條、第 101 條之 1 規定，經司法院檢討後認係「與公約意見大致相符」（最後造訪日 105 年 3 月 2 日）。

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。

殷望大法官均衡維護「偵查不公開」原則與「武器平等及對審」原則—慎思消解融合刑事訴訟法上競逐價值的碰撞與衝突

林輝煌

聲請人賴素如女士、李宜光律師就刑事訴訟法第 33 條第 1 項規定是否違憲疑義聲請釋憲乙案，本部認為：該條項規定，既與「武器平等及對審」原則毫不扞格，更無悖正當法律程序，有礙被告的訴訟防禦權，並不違憲。由於此釋憲案牽涉層面廣泛，茲事體大，不容輕忽，謹研提詳論其不違憲之理由如次，藉供卓酌：

壹、從刑事訴訟制度之目的與構造模式觀察

現代刑事訴訟制度之建構，係以依循「人權保障之正當程序」，追求「真實的發現」，以期毋枉毋縱，正確實現國家具體刑罰權為目的。故其訴訟構造，乃由初始的單元模式，蛻變轉化成現代的雙軌模式（參閱 Herbert L. Packer, *The two Models of the Criminal Process*, 113 U. Penn. L. Rev. 1 (1964)），亦即：

1. 犯罪控制模式 (Crime Control Model) —採「糾問制」(inquisitorial system)
正當程序模式 (Due Process Model) —採「彈劾制」(adversarial system):
職權調查原則(大陸法系採之) v. 當事人進行原則(英美法系採之)
2. 我國現行法制遵循國際主流，採偵審雙軌分流制 —
偵查程序採行「糾問制」；審判程序採行「彈劾制」中的改良式當事人進行制（大陸法系與英美法系之混合模式）
3. 偵查程序既採「糾問制」，即以犯罪控制為其核心目的，為確保犯罪偵查之有效性，維護我憲法前言所標舉「奠定社會安寧」之公共利益保障，爰明定「偵查不公開原則」。從比較制度觀察，在採司法官制（即法官與檢察官皆屬司法）之大陸法系國家以及採大陪審團（相當於偵查機關）制之美國（“Our system of justice is, and always has been, an inquisitorial one at investigative stage (even the grand jury) is an inquisitorial body.”, *McNeil v. Wisconsin*, U.S. 111 S. ct. 204, 115 L. Ed. 2d 158

(1991))，偵查不公開原則不但是刑事訴訟法明定之原則(我國刑事訴訟法第 245 條參照)，我國及大陸法系許多國家更將其提昇之，視為憲法所肯認之原則。蓋依我國司法院大法官作成的諸號相關解釋，為確保偵查不公開原則，乃賦予檢察機關得依據該原則，對抗高居憲政機關地位之監察院與立法院依憲法明定之調閱卷宗權(釋字第 325 號、729 號參照)，並可構成政府資訊免予公開之事由(政府資訊公開法第 18 條第 1 項第 2 款參照)，亦即，肯認偵查不公開原則所保護的公共利益超越人民依憲法所具有知的權利(right to information)，是為明證。足徵，偵查不公開原則在憲法及刑事訴訟法制上所居之重要地位。

(有關確保偵查不公開原則之解釋及法規，詳附件一)

貳、從保障被告訴訟權與人身自由之機制琢磨

訴訟權與人身自由之保障，乃憲法所明定保障之基本人權，無論行政、立法、司法皆責無旁貸，應竭力維護。對此，皆無爭議義。其保障之機制，依據我國憲法及國際人權公約規定，主要殆有：

1. 訴訟權之保障(憲法第 16 條)

內涵一以「公平審判」(fair trial)為訴訟權保障內涵，而公平審

又以保障被告訴訟防禦(defence)為核心

保障機制一賦予被告接近法院權、請求基於實體法規定獲得有利判決之程序規則權、請求由超然獨立之法院權、武器平等權、對審程序權、請求審程序透明權、速審權、辯護權

2. 正當法律程序之保障(憲法第 8 條)

內涵—人身自由之剝奪或制，其程序應實質正當

保障機制—程序正當(procedural due process)及實質正當(substantive due process)

「程序正當」：包括審判機關須具有法定權(jurisdiction)、請求聽審權(right to be heard)、請求告知權(right to be

noticed)

「實質正當」：剝奪或限制人身自由須具基本公平性 (fundamental fairness)

3. 據上分析，可知無論「武器平等」原則或「對審」原則，皆是為保障被告訴訟防禦權所衍生之一項機制，其本身既非憲法所保障的基本人權，更非憲法原則，應委諸立法者綜合考量競逐利益之調和，以立法形成。

(有關上開各權利意涵及其適用原則，詳附件二)

參、從援用國際人權公約釋憲之方法立論

1. 依司法院大法官歷年來的諸多號解釋，有關國際人權公約所規定之權利，以視其是否具有普世人權價值之性質而定，依我國憲法第 22 條概括規定或結合憲法所明定的相關人權條款，資為援用之依據。
2. 惟在釋憲方法論上，援用國際人權公約釋憲，不宜囫圇吞棗，徒以潮流所趨，盲目是從，實應考量國各不同，源流多異，自宜先審各國之國情，歷史之背景，觀其所同異於我國者何若，然後取其同者，於今昔之時勢，一一比較而衡量之，何者宜於彼而不宜於我，何者無分中外，可為經常久遠之規，垂百世不刊之典。如此權酌長短，善加取捨，始不致鑿圓枘方，扞格不合。為合憲性審查時，允宜研鑽而勿替，不能邯鄲學步，捨自己典章不變之法，襲他人權宜可易之例，矜長護短，曲意遷就（大法官釋字第 384 號解釋林永謀大法官協同意見書及司法院大法官審理案件法第 13 條參照）。
3. 由憲法第 16 條規定之訴訟權衍生出「公平審判權」，再由公平審判權派生出「武器平等」原則，復依該武器平等原則輾轉再生出「律師閱卷權」，此由派生之武器平等原則輾轉再生之律師閱卷權，是否具普世人權價值之性質，而可引申躍升為憲法所保障的基本權(fundamental right)，尚非無疑，遑論據此原則用以匹敵對抗

已經憲法及刑事訴訟法所肯認之偵查不公開原則。

(有關釋憲援用國際人權公約之方法論，參見附件三)

肆、從偵查不公開原則與律師閱卷權之對立與權衡探究

1. 為確保犯罪偵查之有效性，以維護憲法所保障社會安寧之公共利益而創設之偵查不公開原則，其內涵厥在偵查卷證資料之保密，以免外漏，影響犯罪訴追；而為保全訴追犯罪之必要所設置的審前羈押制度，以拘束刑事被告身體自由為手段，此一保全程序旨在確保訴訟程序順利進行，使國家刑罰權得以正確實現(釋字第653號大法官李震山部分協同意見書參照)，顧及保護人身自由不受非法、不當的剝奪或限制，乃衍生創設武器(資訊)平等及對抗原則，賦予被聲請羈押之被告具有防禦權。而被告有效之防禦行使，則有賴接近使用可資為對抗之卷證資料，斯即「卷證資料接近權」(access to the case file)之由來。因偵查不公開所要求的資訊保密原則與因武器平等及對抗原則所生的資訊接近權，儼然形成價值衝突與碰撞。
2. 第查，上開價值或法益匹敵對立情形，並非刑事訴訟法上唯一特例，其他常見者，例如，由被告辯護倚賴權(right to counsel)所衍生的辯護人在場權與偵查不公開，亦會發生相同抗衡情況。有鑒及此，我國憲法第23條爰設立均衡多元競爭利益(balancing competing interests)之「比例原則」(principle of proportionality)規定，委諸立法者之集體智慧，據以為巧妙的制度設計，圓滿消解對立，使之兼容並蓄。本乎此，我國刑事訴訟法即設有諸多相對應規範。刑事訴訟法第158條之4有關排除違法取得證據之「權衡法則」規定，即為最顯著適例。
3. 由此可知，「偵查不公開原則」與「武器平等及對審」原則利益之競逐，應由立法者權衡決斷，大法官洵不宜越俎代庖，以免有悖「權力分立」之憲政原則。

伍、從歐洲人權法院相關裁判為信實詮釋

1. 歐洲人權公約相關規定及歐洲人權法院相關判決意旨

為免被誤解是自我解說歐洲人權法院相關判決意旨，爰特引用相關判決意旨英文原文如下，藉供參照：Under Article 5(4), a person detained pre-trial must have access to a procedure meeting essential guarantees of a fair trial, including equality of arms, which requires that **‘information which is essential for the assessment of the lawfulness of a person’s detention should be made available in an appropriate manner to the suspect’s lawyer.’** (Garcia Alva v. Germany App. no 23541/94 (Judgment of 13 February 2001), paragraph 42 ; (Even if there is a legitimate reason for restricting access to the case file (see para. 9 above), this cannot be pursued at the expense of substantial restrictions on the rights of defence. (Dochnal v. Poland App. no 31622/07 (Judgment of 18 September 2012), paragraph 87).

Article 6 violations are assessed by the ECtHR after conclusion of the criminal proceedings, so there is no Article 6 case-law concerning access to the case file at the pre-trial stage in isolation. However, **in its case-law regarding Article 5(4) ECHR, the ECtHR appears to state a general view in acknowledging ‘the need for criminal investigations to be conducted efficiently, which may imply that part of the information collected during them is to be kept secret in order to prevent suspects from tampering with evidence and undermining the course of justice’.**

2. 細繹上開規定及裁判要旨，歸納言之，仍肯認偵查不公開對有效偵查犯罪之價值，雖然此項公共利益之價值，於審查羈押合法性時，因涉及人身自由權，應稍予退讓，爰援引通常適用於審判程序之武器平等原則，賦予辯護人有限度的卷證資料接近權，惟僅就此必要範圍為限，亦即，與羈押合法性審查相關之必要資訊(information which is essential for the assessment of the lawfulness of a person’s detention) 為度，始例外准許被聲押之被告及其辯護人有接近卷證資料之權利，裨益其防禦。以此折衷之道，謀合均衡。至於辯護人接近卷證資料之方式，無論公約或裁判，皆未強行要求，只抽象曉諭原則而委諸立法為適

當形成(made available in an appropriate manner to the suspect's lawyer)。上開人權法院之裁判能以如此的巧思，圓滿消解偵查不公開原則與武器平等原則之對立與衝突，使此兩者融合，共生共榮，令人欽敬。（有關歐洲人權法院相關之裁判分析及各國相對應之立法例，詳附件四）

陸、刑事訴訟法第 33 條第 1 項規定之解析

1. 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 項等規定是，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。此外，相關行政規則，例如檢察機關辦理刑事案件應行注意事項第 23 點、25 點、28 點、31 點、32 點、36 點第 2 項亦明示保障偵查中被告得以順利行使其防禦權。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，馴至達到違憲之地步。
2. 細繹該條項立法目的，旨在擴張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，更進一步明定列舉尚得以「檢閱卷宗及證物」並得「抄錄」或「攝影」等方式為之，俾確保被告之審判防禦權，並非在排除偵查中檢察官聲請羈押審查合法性與否相關卷證之接近權。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卷證資料接近機會。立法者所以將本條項如是規定，係鑒於偵查中羈押審查合法性時，顧及偵查不公開原則，乃排除辯護人得以「檢閱卷及證物」並得「抄錄」或「攝影」等方法接近與羈押合法與否相關之卷證資料，此觀諸該條項之立法說明稱：「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。」等語自明。此種立法旨意，何違憲之有？！

柒、本件系爭刑事訴訟法第 33 條第 1 項規定是否違憲應採「折衷審查」密度

查法律本是一種價值邏輯系統，在多元價值中之價值的選擇或權衡，或在實踐技術之多重可能性的選擇上，相關機關得循民主原則，為政策上之取捨，只要其取捨結果仍維持其價值與邏輯之一貫性，無矛盾的情事即可認為合憲(釋字第 690 號黃茂榮大法官協同意見書參照)。又大法官當然不能僅僅因為有解釋權，就可以用自己的價值或利益偏好去取代立法部門反映的多數人民的價值和利益偏好，大法官個人的法律感情在民主體制下根本不應該有任何特別的權重。相反的，民主政治的意義，在一定程度上還包括為多數決保留試誤的空間——「讓民主來糾正民主」，乃至在一定範圍內宣洩情緒的空間，包括對特定事物的嫌惡或恐懼。即使特設的憲法法院可以憑藉基本權去管控國會的多數決，其極限也只到基本權可以容忍的底線，而不是基本權的最大滿足。憲法法院不能以基本權之名，把法律的違憲審查變成公共政策的選美比賽，實質上把自己變成公共政策的最高決定者，把 democracy 變成 juristocracy (釋字第 732 號蘇永欽大法官協同意見書參照)。美國聯邦最高法院首席大法官 John Roberts 曾在案中稱：「本院的成員被賦予的權限是解釋法律，我們既沒有專業能力，也沒有任何特權去作公共政策妥當性的判斷」(*Members of this court are vested with the authority to interpret the law; we possess neither the expertise nor the prerogative to make policy judgments.*)等語，洽與前開旨意相互呼應。

經查本件釋憲案涉及「偵查不公開原則」與為保障偵查中被告免違法羈押，遭受非法剝奪或限制其人身自由而類推審判中之「武器平等及對審原則」而衍生出律師閱卷權之價值的選擇或權衡，無論依美國法制所創的高度的「嚴格審查」(strict scrutiny)、折衷的「中間審查標準」(intermediate scrutiny)及低度的「合理基礎審查」(rational basis review)等三種不同層次的司法審查密度，對此競逐價值的選擇或權衡，皆採折衷的「中間審查」(intermediate scrutiny)標準，此與鈞院大法官歷年來有關人身自由剝奪或限制是否遵循正當法律程序之規範，「其審查相關程序規範是否正當、合理，除考量憲法有無特別規定及所涉基本權之種類外，尚須視案件涉及之事物領、侵害基本權之強度與範圍、所欲追求之公共利益、有無替代程序及各項可能程序之成本等因素，綜合判斷而為認定。」(釋字第39號、釋字第702號解釋參照)，顯採「折衷的審查」密度(亦即，系爭法律或政策得以促進一項政府的重大利益，而其所採取之方法與欲保護之公共利益有實質的關聯 *(In order to overcome the intermediate scrutiny test, it must be shown that the law or policy being challenged furthers an important government interest in a way that is substantially related to that interest.)*)

(就本件案而言，指促進偵查效能，奠定社會安寧之公共利益而言)，殆屬不謀而合。

據上而言，本件違憲審查標準，至多僅能採「折衷的審查」密度。立法者既已明示該條設限原因之重大利益，且其限制之方法與欲意保護之公共利益確有實質的關聯性，本條項並未違憲。

(有關違憲司法審查標準，詳附件五)

捌、結論

一、憲法的永續生命，端賴釋憲機關審慎釋憲，彰顯時代精神及意義所在，以維持多元利益之均衡，調和國家機關各部門權力職掌及其相互間之關係，確保人民諸種自由權利，維繫社會核心

價值體系。本部對於大法官會善盡「憲法守護者」、「人權捍衛者」、「社會核心價值維護者」及「利益衝突調和者」之司法角色，除深具信心外，期待更是殷切。

二、本部殷望大法官對本件釋憲案能本一貫司法自抑之精神，避免司法恣意，偏聽、曲解刑事訴訟法第 33 條第 1 項立法旨意，貿然宣告該條項規定違憲，在無意中裂解我國繼受國際主流法制所形成的偵查不公開制度。本件釋憲案牽涉整體刑事訴訟偵審基本結構，尤其是由立法形成的偵查不公開制度，茲事體大，不可輕忽，大法官允宜以憲法多元價值的調和者及法律制度的守護者之角色高度，本諸司法自抑精神，尊重立法者精心形塑之訴訟體制，避免司法恣意，徒以空泛的「潮流所趨」是依，濫用「人權保障」美名，藉由憲法所明定保障之訴訟權，一再擴張衍繹，輾轉繁衍出並未形諸我國憲法具體條文且內涵及實踐又相當抽象模糊之所謂「武器平等」及「對審」原則，而率予裂解已深植我國刑事訴訟法制之偵查不公開原則。

三、偵查中羈押審查之律師調閱卷宗爭議，本可依循既有法定機制順暢運作，在羈押聽審程序，已能成就辯護人對羈押合法性審查相關卷證資料之接近機會，無虞被告人身自由會未經「實質正當的法律程序」而被恣意剝奪，洵無宣告刑事訴訟法第 33 條第 1 項規定違憲之必要。

本部衷心期盼大法官會慎重調和利益衝突，維護社會核心價值，作成各界信服之睿智解釋。

附件一

釋字第 325 號

本院釋字第七十六號解釋認監察院與其他中央民意機構共同相當於民主國家之國會，於憲法增修條文第十五條規定施行後，監察院已非中央民意機構，其地位及職權亦有所變更，上開解釋自不再適用於監察院。惟憲法之五院體制並未改變，原屬於監察院職權中之彈劾、糾舉、糾正權及為行使此等職權，依憲法第九十五條、第九十六條具有之調查權，憲法增修條文亦未修改，此項調查權仍應專由監察院行使。立法院為行使憲法所賦予之職權，除依憲法第五十七條第一款及第六十七條第二項辦理外，得經院會或委員會之決議，要求有關機關就議案涉及事項提供參考資料，必要時並得經院會決議調閱文件原本，受要求之機關非依法律規定或其他正當理由不得拒絕。但國家機關獨立行使職權受憲法之保障者，如司法機關審理案件所表示之法律見解、考試機關對於應考人成績之評定、監察委員為糾彈或糾正與否之判斷，以及訴訟案件在裁判確定前就偵查、審判所為之處置及其卷證等，監察院對之行使調查權，本受有限制，基於同一理由，立法院之調閱文件，亦同受限制。

釋字第 729 號

檢察機關代表國家進行犯罪之偵查與追訴，基於權力分立與制衡原則，且為保障檢察機關獨立行使職權，對於偵查中之案件，立法院自不得向其調閱相關卷證。立法院向檢察機關調閱已偵查終結而不起訴處分確定或未經起訴而以其他方式結案之案件卷證，須基於目的與範圍均屬明確之特定議案，並與其行使憲法上職權有重大關聯，且非屬法律所禁止者為限。如因調閱而有妨害另案偵查之虞，檢察機關得延至該另案偵查終結後，再行提供調閱之卷證資料。其調閱偵查卷證之文件原本或與原本內容相同之影本者，應經立法院院會決議；要求提供參考資料者，由院會或其委員會決議為之。因調閱卷證而知悉之資訊，其使用應限於行使憲法上職權所必要，並注意維護關係人之權益（如名譽、隱私、營業秘密等）。本院釋字第三二五號解釋應予補充。

訴事訴訟法規定

第 245 條第 1 項：

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。

法官法規定

第 89 條第 4 項：

檢察官有下列各款情事之一者，應付個案評鑑：

第五款：嚴重違反偵查不公開等辦案程序規定或職務規定，情節重大

政府資訊公開法規定

第 18 條第 1 項第 2 款：

政府資訊屬於下列各款情形之一者，應限制公開或不予提供之：

二、公開或提供有礙犯罪之偵查、追訴、執行或足以妨害刑事被告受公正之裁判或有危害他人生命、身體、自由、財產者。

偵查不公開作業辦法

第 1 條：

本辦法依刑事訴訟法（以下簡稱本法）第二百四十五條第五項規定訂定之
第 8 條

下列事項於案件偵查中，除法令另有規定者外，不得公開或揭露之：

一、被告、少年或犯罪嫌疑人之供述及是否自首或自白。

二、有關逮捕、羈押、搜索、扣押、勘驗、現場模擬、鑑定、限制出境、資金清查等，尚未實施或應繼續實施等偵查方法或計畫。

三、實施偵查之具體內容及所得心證。

四、有湮滅、偽造、變造證據之虞。

五、被害人被挾持中尚未脫險，安全堪虞者。

六、偵查中之卷宗、筆錄、錄音帶、錄影帶、照片、電磁紀錄或其他重要文件或物品。

七、犯罪情節攸關被告、犯罪嫌疑人或其親屬、配偶之隱私與名譽。

八、有關被害人之隱私、名譽或性侵害案件被害人之照片、姓名或其他足以識別其身分之資訊。

九、有關少年之照片、姓名、居住處所、就讀學校、家長、家屬姓名及其案件之內容，或其他足以識別其身分之資訊。

十、檢舉人或證人之姓名、身分資料、居住處所、電話及其陳述之內容或所提出之證據。

十一、蒐證之錄影、錄音。

十二、其他足以影響偵查不公開之事項。

案件在偵查中，不得帶同媒體辦案，或任被告、犯罪嫌疑人或少年供媒體拍攝、直接採訪或藉由監視器畫面拍攝；亦不得發表公開聲明指稱被告或犯罪嫌疑人有罪，或對審判結果作出預斷。

法院辦理偵查中聲請羈押重大、矚目刑事被告案件注意要點

九、本要點之聲請羈押案件，分案時應於卷面為適當註記，裁定正本等訴訟文書之製作及交付送達，與抗告之送卷程序，應指定專人辦理；非上班時間亦應事先聯繫，立即將抗告卷宗送交抗告法院，並得先將羈押聲請書、訊問筆錄、裁定、抗告書狀及其他必要卷證等以電信傳真或其他科技設備傳送予抗告法院，惟應注意落實偵查不公開原則。抗告法院各科室承辦人員應即時處理，迅速分案，經裁定發回者，立刻發送卷宗，並得囑託原審法院代為送達裁定正本，力求縮短作業流程。

法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項

三十五 (通知檢察官補提事證)

法官認檢察官聲請羈押或延長羈押期間所敘理由或所提證據不足時，不得率予准許。必要時得指定應到場之時間及處所，通知檢察官到場陳述聲請羈押之理由或提出證據。此項通知，得命書記官以電話、傳真或其他迅捷方式行之，作成紀錄。檢察官未遵限到場者，得逕行裁定。又法院對於上開羈押或延長羈押事由之審查，仍須注意偵查不公開原則，不得任意揭露偵查資料，而其審查目的亦僅在判斷檢察官提出之羈押或延長羈押聲請是否符合法定要件，並非認定被告是否成立犯罪，故其證據法則無須嚴格證明，僅以自由證明為已足。(刑訴法一〇一、一〇一之一、一〇八、二四五，參照最高法院七一年臺上字第五六五八號判例)

三十九 (偵查中羈押案件不公開)

法官於駁回檢察官之羈押聲請或改命具保、責付、限制住居時，應以書面附理由行之，俾便檢察官即時提起抗告。法官為上述裁定時，應注意偵查不公開之原則，避免將具體偵查資料載於裁定書內，並不得將相關偵查卷證資料公開揭露。(刑訴法九三、二四五、四〇四、四一三)

七十五 (偵查中搜索抗告程序不公開)

法院就前兩點之抗告或聲請為裁定時，應注意偵查不公開之原則，避免將具體偵查資料載於裁定書內，並不得將裁定內容及相關偵查卷證資料公開揭露。(刑訴法二四五)

檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項

二十八、(辯護人之在場權)

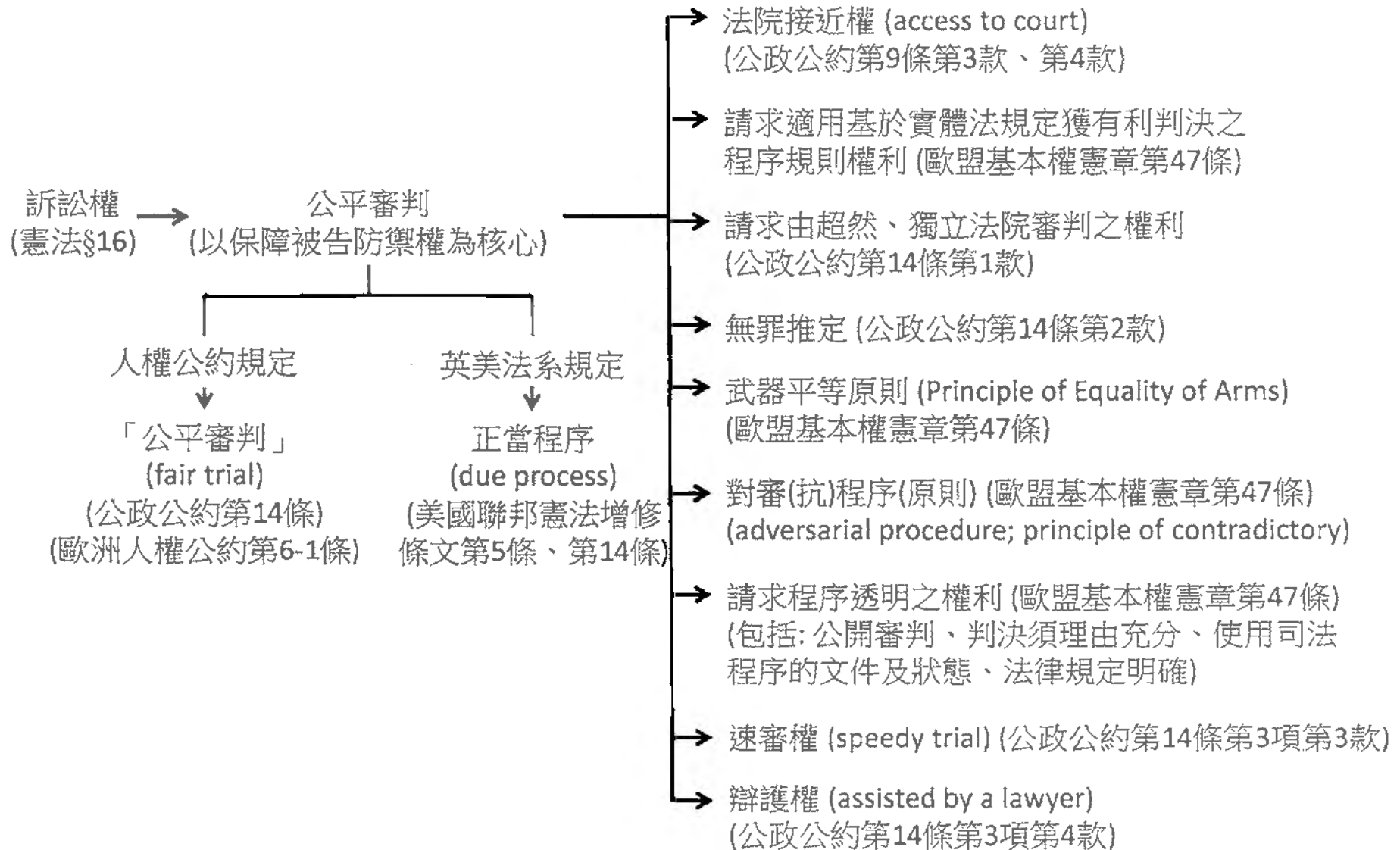
檢察官對於辯護人有無依本法第二百四十五條第二項前段規定，於訊問被告時在場，應命書記官於訊問筆錄內記明之。在不違反

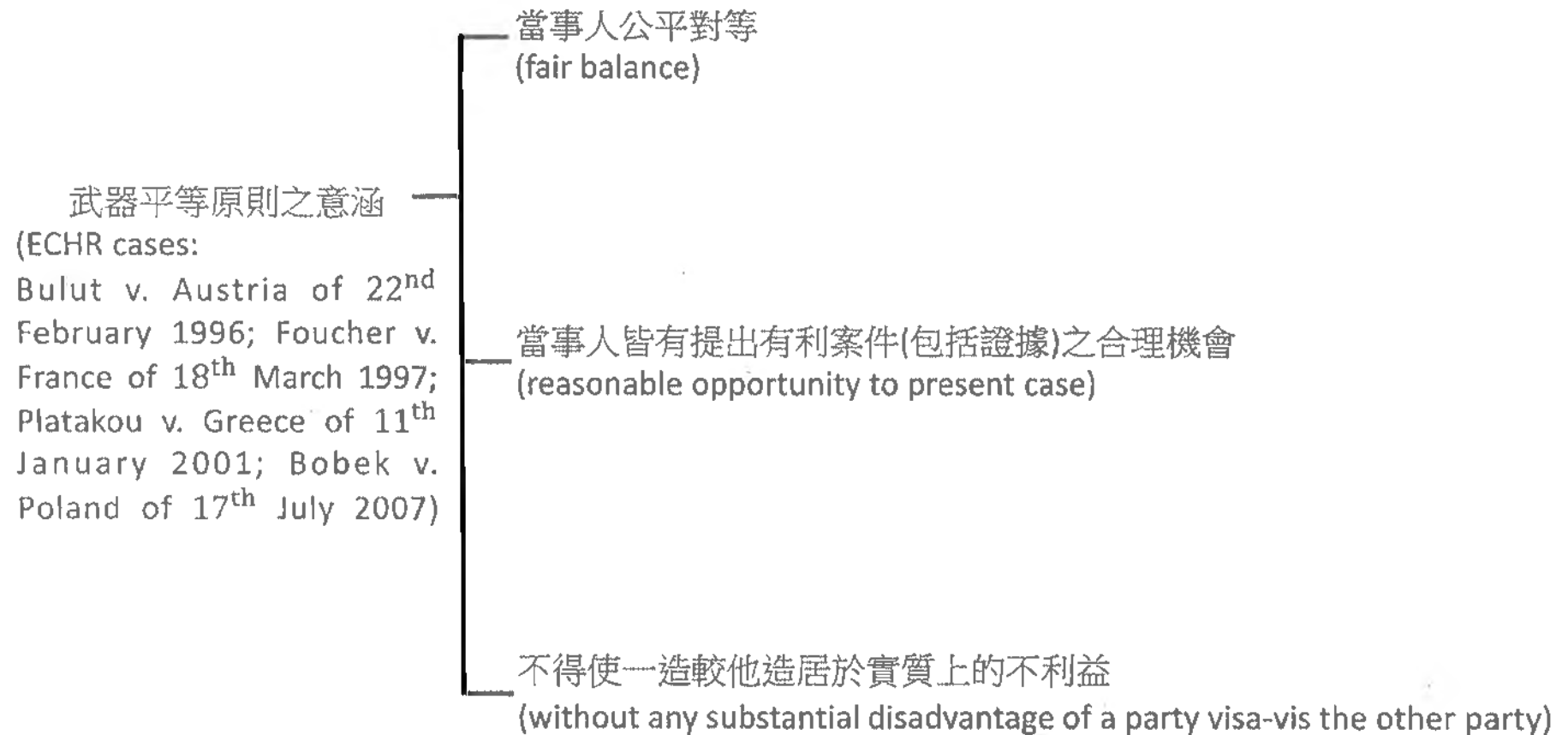
偵查不公開之原則下，得許辯護人在場札記訊問要點。檢察官於訊問完畢後，宜詢問在場之辯護人有無意見，並將其陳述之意見要旨記明筆錄。(刑訴法四一、二四五)

三十七、(到庭陳述聲請羈押意見應注意事項)

檢察官於法院審查羈押之聲請時，如到庭陳述意見，應注意其審查目的僅在判斷檢察官提出之羈押或延長羈押聲請是否符合法定要件，並非認定被告是否成立犯罪，必要時宜提醒法院無須進行辯論程序，並注意偵查不公開原則，避免揭露無關之偵查資料。且關於聲請羈押之理由，以釋明為已足。(刑訴法一五九第二)

附件二-1 有關訴訟權保障之內涵及其適用原則





對審(抗)原則之意涵
(對於會影響訴訟結果
的任何要素，皆須經
兩造論辯後來決定)

— 兩造當事人皆須有使其知悉自己請求或主張要素之可能性
(The possibility to make known the elements on which his claim is based)

— 兩造當事人皆須有可知悉及論辯提供給法官的任何主張、證據或文件之可能性
(The possibility to know and discuss any claim, evidence or document presented to the judge)

武器平等原則
v.
對審(對抗)原則

ECHR cases:
Borgers v. Belgium
of 30th October 1991;
Makhfi v. France
of 19th October 2004

同

皆指「可向法院提出主張(爭執)、文件、要件及證據的方式」
(the way arguments, documents, elements and evidence are presented before the court)

皆指「法院程序的特性」
(the characteristics of the procedures before the court)

異

對審(抗)原則重在程序適用及裁判作成的方式 (the way)

武器平等原則重在當事人的地位及程序權利之對等 (the status)

武器平等原則之侷限性

不可能擔保武器完全對等

(It is not possible to ensure a perfect equality)

並非所有的不對等皆違反武器平等原則

(not all inequalities breach the principle of the Equality of Arms)
(ECHR case: Ankerl v. Switzerland of 23rd October 2006)

考量當事人的特質，可以接受不同的程序規則

(Different procedural rules considering the nature of the party may be accepted)
(ECHR case: Guigue and SGEN-CFDT v. France of 6th January 2004)

應准予當事人(被告)可以使用案件資料以利準備防禦

(defendants should be allowed to access their case file and reports in order to prepare their defence)
(ECHR cases: Foucher v. France of 18th March 1997; Kuopila v. Finland of 27th April 2000)

附件二之 2

釋字第 710 號

未予申辯之機會，即得逕行強制出境部分，有違憲法正當法律程序原則，、、、
未由法院審查決定，均有違憲法正當法律程序原則，不符憲法第八條保障人身自由之意旨

釋字第 672 號

作成行政處分（沒入）時應遵循之類似警告、教示或予當事人陳述意見機會之程序（程序正當程序）

釋字第 667 號

為使人民確實知悉文書之內容，人民應有受合法通知之權利，此項權利應受正當法律程序之保障。就訴願決定書之送達而言，攸關人民得否知悉其內容，並對其不服而提起行政訴訟之權利，至為重要。

釋字第 636 號

本條例第二條關於流氓之認定，依據正當法律程序原則，於審查程序中，被提報人應享有到場陳述意見之權利；經認定為流氓，於主管之警察機關合法通知而自行到案者，如無意願隨案移送於法院，不得將其強制移送。

本條例第十二條第一項規定，未依個案情形考量採取其他限制較輕微之手段，是否仍然不足以保護證人之安全或擔保證人出於自由意志陳述意見，即得限制被移送人對證人之對質、詰問權與閱卷權之規定，顯已對於被移送人訴訟上之防禦權，造成過度之限制，與憲法第二十三條比例原則之意旨不符，有違憲法第八條正當法律程序原則及憲法第十六條訴訟權之保障。

釋字第 491 號

對於公務人員之免職處分既係限制憲法保障人民服公職之權利，自應踐行正當法律程序，諸如作成處分應經機關內部組成立場公正之委員會決議，處分前並應給予受處分人陳述及申辯之機會，處分書應附記理由，並表明救濟方法、期間及受理機關等，設立相關制度予以保障。

釋字第 582 號

憲法第十六條規定人民有訴訟之權，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、第四八二號解釋參照）。

附件三

大法官釋憲案援用〈歐洲人權公約〉共計有 20 號：釋字第 724 號、718 號、712 號、710 號、709 號、708 號、696 號、694 號、691 號、690 號、689 號、680 號、678 號、670 號、667 號、666 號、665 號、582 號、521 號、514 號)

大法官釋憲案援用〈公民與政治權利國際公約〉共計 24 號：釋字第 730 號、727 號、725 號、724 號、721 號、718 號、715 號、712 號、710 號、709 號、708 號、701 號、699 號、697 號、696 號、694 號、690 號、689 號、684 號、682 號、670 號、665 號、636 號、582 號)

援引公約釋憲之方法

釋字第 724 號蘇永欽大法官協同意見書：

憲法體例雖以獨立規定為多，但國際人權公約和不少國家就把這些權利放在同一條文，比如世界人權宣言第二十條、歐洲人權公約第十一條和我國憲法第十四條都把集會自由和結社自由放在一起，美國憲法增修條文第一條則是把它和言論自由放在一起。

釋字第 582 號

西元 1950 年 11 月 4 日簽署、1953 年 9 月 3 日生效之歐洲人權及基本自由保障公約（European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms）第 6 條第 3 項第 4 款及聯合國於 1966 年 12 月 16 日通過、1976 年 3 月 23 日生效之公民及政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights）第 14 條第 3 項第 5 款，亦均規定：凡受刑事控訴者，均享有詰問對其不利之證人的最低限度保障。足見刑事被告享有詰問證人之權利，乃具普世價值之基本人權。在我國憲法上，不但為第 16 條之訴訟基本權所保障，且屬第 8 條第一項規定「非由法院依法定程序不得審問處罰」、對人民身體自由所保障之正常法律程序之一種權利（本院釋字第三八四號解釋參照）。

釋字第 694 號羅昌發大法官協同意見書

尊嚴一詞（在本院大法官解釋及不同國際人權公約，分別稱「人性尊嚴」、「人格尊嚴」、「個人尊嚴」、「固有尊嚴」等）雖尚無法律或條約之明確定義，然其一般係指人性的維護、人格主體的維持、對於人之主體性的肯認與基本尊重。尊嚴的保護，已成為普世價值及重要的人權內涵。聯合國憲章（Charter of the United Nations）、世界人權宣言（Universal Declaration of Human Rights）、經濟、社會與文化權利國際公約（International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights（ICESCR））、公民與政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights（ICCPR））以及諸多人權公約，均提及對人性尊嚴（human dignity）的尊重，或提及所有的人權均源自人類固有（與生俱來）的尊嚴（inherent dignity）

of the human person)。例如世界人權宣言前言二度提及固有尊嚴：「鑒於對人類家庭所有成員的固有尊嚴及其平等與不移的權利的承認，乃是世界自由、正義與和平的基礎」、「鑒於各聯合國國家人民已在《聯合國憲章》中重申他們對基本人權、人格尊嚴和價值以及男女平等權利的信念，並決心促成較大自由中的社會進步和生活水平的改善」。該宣言之條文更數次以尊嚴作為人權的重要內涵。例如該宣言第一條規定：「人人生而自由，在尊嚴和權利上……一律平等。」第二十二條另規定：「每個人，作為社會的一員，有權享受社會保障，並有權享受他的個人尊嚴和人格的自由發展所必需的經濟、社會和文化方面各種權利的實現……。」世界人權宣言之後，尊嚴之維護更普遍成為聯合國各項人權公約極為核心之價值。前述經濟、社會與文化權利國際公約以及公民權利和政治權利國際公約亦均宣示：「對人類家庭所有成員的固有尊嚴及其平等的和不移的權利的承認，乃是世界自由、正義與和平的基礎，確認這些權利是源於人身的固有尊嚴」

我國已透過「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」，施行該二公約；並透過「消除對婦女一切形式歧視公約施行法」，施行該公約。雖該二施行法在我國國內屬於法律位階，然在我國法律體系內納入並執行國際人權公約，亦可證明我國對於該等人權公約所承認之人權價值（包括對人民尊嚴之維護），有明確且直接之肯定。我國雖非前揭世界人權宣言以及殘疾人權利公約之締約國，亦尚未以立法方式施行該宣言及公約，故無法直接引用該等人權宣言與公約作為憲法解釋之依據，然此並不影響該等國際文件所承認之各項人權及價值之普世性質，以及其得以作為解釋我國憲法基本權利內涵之重要考量依據。特別是在我國憲法之下，對於殘疾人之人格尊嚴基本價值之維護，與殘疾人權利公約所揭示者應無不同，自無異於公約所反映之國際趨勢及所保護之人權價值而為解釋之任何理由。

附件四之 1

Case Kress v. France, judgment 7 June 2001

Although the equality of arms requires a “fair balance between the parties”, in the instant case, the applicant cannot derive from this principle a right to have disclosed to her before the hearing submissions which have not been disclosed to the other party to the proceedings, or to the reporting judge or to the judges of the trial bench. HOWEVER, the right to a fair trial also means, in principle, the opportunity for the parties to have knowledge of and to comment on all evidence adduce.

CASE OF GARCIA ALVA v. GERMANY, judgment 13 February 2001

The Court is aware that the Public Prosecutor denied the requested access to the file documents on the basis of Article 147 § 2 of the Code of Criminal Procedure, arguing that to act otherwise would entail the risk of compromising the success of the on-going investigations, which were said to be very complex and to involve a large number of other suspects (see paragraphs 13 and 19 above).

The Court acknowledges the need for criminal investigations to be conducted efficiently, which may imply that part of the information collected during them is to be kept secret in order to prevent suspects from tampering with evidence and undermining the course of justice. However, this legitimate goal cannot be pursued at the expense of substantial restrictions on the rights of the defence. Therefore, information which is essential for the assessment of the lawfulness of a detention should be made available in an appropriate manner to the suspect’s lawyer.

附件四之 2

美國聯邦刑事訴訟法

第 6(2)條規定：偵查中之資料必須保持秘密。

德國刑事訴訟法

第 147 條第 2 項規定：在偵查程序未終結前，檢察官得以妨礙偵查之目的，拒絕卷宗閱覽之聲請。

日本刑事訴訟法

第 40 條規定：辯護人僅在提起公訴以後得聲請閱卷等。

韓國刑事訴訟法 Korean Criminal Procedure Act

Article 35 (Inspection or Copying of Documents or Evidential Materials)

Every defendant and his defence counsel shall have a right to inspect or make a copy of any related document or evidential material for his case pending in a court.

Article 72 (Detention and Notice of Cause)

The defendant shall not be placed under detention before having been informed of the gist of facts constituting the offense, of the cause for detention and of the fact that he may select a defense counsel, and before the court has given him the opportunity to defend himself: Provided, That the foregoing shall not apply to a fugitive defendant.

<Amended by Act No. 3955, Nov. 28, 1987; Act No. 8496, Jun. 1, 2007>

俄羅斯刑事訴訟法 Russian Federation Criminal Procedure Code

Article 53. Powers of the Counsel for the Defence

1. Right from the moment of being admitted to the participation in the criminal case, the counsel for the defence shall have the right:

6) to get acquainted with the report on the detention, with the ruling on the application of a measure of restriction and with the protocols of investigative actions, carried out with the participation of the suspect or of the accused, as well as with the other documents that have been presented or should have been presented to the suspect or

the accused;

7) after the completion of the preliminary investigation, to get acquainted with all the materials of the criminal case,

3. The counsel for the defence shall have no right to divulge the data of the preliminary investigation about which he has learned in connection with the performance of the defence, if he was warned to this effect in advance in accordance with the procedure, established by Article 161 of the present Code. The counsel for the defence shall be held responsible for the divulgence of the data of the preliminary investigation in conformity with Article 310 of the Criminal Code of the Russian Federation.

附件五之1 有關司法審查密度相關重要解釋：

釋字第732號蘇永欽大法官協同意見書

三、合憲法律解釋的類型與正確操作的方法本件解釋最後的判斷：

「在……範圍內已構成違憲，應不予適用」，和過去常見到的、從法律適用上去限縮的另一種判斷：「在……範圍內尚不構成違憲」，同樣都是合憲法律解釋方法的運用，德國學者常以這種合憲法律解釋與一般理解的部分違憲比較——比如僅宣告審查的法條第二項第三款違憲——，後者在形式上雖有部分內容失效，前者則保有整條的效力，但實質上前者原有的適用可能性減少了，其規範力同樣已經減損，因此有後者為「量」的部分違憲，前者則為「質」的部分違憲之說。不論正面表述的限縮適用，還是反面表述的限縮適用，都有類似外科手術的排除法條違憲瑕疵，保留法條整體生命的功能。

韓國學者把這兩種合憲性解釋分別稱之為限定合憲解釋和限定違憲解釋，憲法裁判所的正式統計也把這兩種合憲性解釋和「與憲法不一致」並列為三種「變形決定」。二次戰後依一九四八年新憲法建制的義大利憲法法院，也是以法律的違憲審查為其核心任務，而且在一九五六年就參考德國憲法法院在三年前創設的合憲法律解釋決定，並漸次發展出這兩種表述的形式，義大利憲法法院對於法官聲請的法律違憲案，可為單純有理由成立的判決（*sentenze di accoglimento*）或無理由駁回的判決（*sentenze di rigetto*），前者有使法律失效的普遍拘束力（*erga omnes*），後者則只拘束聲請法院（*inter partes*）。介於單純合憲和單純違憲之間的解釋性判決（*sentenze interpretative*），採正面表述的是解釋性的駁回判決（*sentenza interpretativa di rigetto*），其主文形式為：「系爭法條如循此方向解釋則與憲法尚無不合」，並即駁回法官的請求。採反面表述的是解釋性成立判決（*sentenze interpretative di accoglimento*），其主文形式則為：「系爭法條『就此部分』（*nella parte in cui*）或『在此範圍內』（*in quanto*）已達違憲」。但韓國憲法裁判所對於何種情形該

作成限定合憲，何種情形該作成限定違憲的決定，迄無很清楚的判準。而司法權真正的龍頭一大法院，則一向認為憲法裁判所依憲法只能做出合憲或違憲的判斷，這種視法律如何解釋才能判斷其合憲性的決定，因為已干預了大法院的最終法律解釋權，一律不承認其拘束力，並不因其為限定合憲或限定違憲而有不同。反之，義大利同樣在此處引發了如何調適因憲法解釋權和法律解釋權衝突而生的緊張關係的問題。他們很快就在憲法法院和普通法院之間形成一個默契，就是當憲法法院以正面表述方式回復聲請的法官時，其指引的法律解釋僅對該法院有拘束力，但當憲法法院以反面表述方式，也就是具體指出某種解釋方向違憲時，該法律解釋應對所有法院都有拘束力。在效力不同的情形下，什麼時候應作何種解釋，就不能沒有比較清楚的判準，法學底蘊深厚的義大利憲法法院發展出來的判準便建立於其更早提出的活法（*diritto vivente*）理論上。最簡單的說，活法就是各級法院對特定法律解釋或適用形成的通說，用在妥善劃分憲法法院的憲法解釋權和各終審法院的的法律解釋權上，就是當系爭問題在法院體系已經有穩定的見解而形成活法時，若這樣的活法見解剛好與憲法抵觸，而法律仍有為其他解釋的空間時，基於對普通法院釋法權的尊重，反而應該作成限定違憲的解釋，並對所有法官都有拘束力。如果活法見解並未抵觸憲法，反倒是聲請法官自己的少數見解與憲法不合時，憲法法院會直接諭知聲請法官回到活法而駁回其聲請（這時稱糾正駁回判決：*sentenze correttive*）。但當活法尚未形成時，憲法法院同樣基於對終審法院釋法權的尊重，只宜作成正面導引的限定合憲解釋，這時並不堅持其普遍拘束力，為法院形成統一見解保留空間。如此細膩的操作，可說兼顧了憲法意旨的貫徹，外部的司法立法分權，以及司法內部的釋憲釋法的分權，真的令人神往。

回到我國的憲法，因為特別彰顯本院大法官解釋憲法的職能（憲法第七十八條及第一百七十三條），對於因合憲性判斷而作的法律解釋，向來未區分其為正面表述還是反面表述，隱隱然以其都是憲法解

釋的延伸而可拘束所有機關人民，學者及法院方面也不因為本院選擇了限定合憲解釋或限定違憲解釋，而對其效力有不同的看法。儘管如此，在思考兩種決定的判準時，仍可參考對釋憲釋法權的調和最有利的活法理論，使本院決定作成合憲法律解釋時，應採限定合憲還是限定違憲，不但有一個比較可預見並可查驗的方法，而且明顯較為合理。循此思路去回顧本院過去作的合憲法律解釋，特別令人驚豔的是，歷任大法官無意中的選擇竟和這樣的理論大體暗合！簡言之，和義大利的憲法法院一樣，只有在法院已經形成穩定一致的見解，而這種見解正好是憲法要避免的情形，大法官才會選擇限定違憲解釋，多數的情形，不是已有活法而活法並不違憲，或尚未形成活法，大法官都會選擇比較溫和的限定合憲解釋。在本院作成本件解釋之前，唯一的限定違憲解釋就是處理兩岸人民重婚問題的釋字第二四二號解釋，最高法院定於一的配偶仍得撤銷後婚姻的解釋，違反了憲法保障的家庭權，大法官才會基於「對於此種有長期實際共同生活事實之後婚姻關係，仍得適用上開第九百九十二條之規定予以撤銷，其結果將致人民不得享有正常婚姻生活，嚴重影響後婚姻當事人及其親屬之家庭生活及人倫關係，反足以妨害社會秩序」的考量，宣告「就此而言，自與憲法第二十二條保障人民自由及權利之規定，有所牴觸」。其他如較早期的釋字第一八〇號、第二六五號、第二七二號、第二七八號、第二九五號等解釋，近期如釋字第五〇九號、第六五六號、第六八九號、第七一二號等解釋，全屬限定合憲的類型。即以受到較多注意、有關侵害他人名譽被判令登報道歉的第六五六號解釋為例來說明，最後基於「惟如要求加害人公開道歉，涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事者，即屬逾越回復名譽之必要程度，而過度限制人民之不表意自由」，本院還是宣告：「依據上開解釋意旨，系爭規定即與憲法維護人性尊嚴與尊重人格自由發展之意旨無違」。從本院審查本案時整理的諸多民事案例可知，法院對於登報道歉的必要性，當時確實尚無一致穩定的見解。在此之前，日本的最高裁判所和韓國的憲法裁判所也曾

就非常類似的爭議做出判決，日本認定未侵害人民的基本權，韓國則做出限定違憲的判決（侵害了人民的良心自由），頗堪玩味。

由於本件解釋是本院作的第二件限定違憲解釋，相對於過去的許多限定合憲解釋先例，有無充分的理由，有再加以檢驗的必要。

釋字第 702 號蘇永欽大法官部分協同部分不同意見書

當本院以比例原則的違反為理由去推翻國會通過的法律時，所提出的有關公共利益、合目的性、必要性及合比例性的論述，卻不能呈現和立法部門在立法時所作論述有何實質的不同，任何人都可以質疑，沒有民意基礎的大法官，為什麼可以改變有多數民意基礎的立法院決定的政策，而還能和大法官自己闡明的民主政治兩大原則不相矛盾？大法官當然不能僅僅因為有解釋權，就可以用自己的價值或利益偏好去取代立法部門反映的多數人民的價值和利益偏好，大法官個人的法律感情在民主體制下根本不應該有任何特別的權重。相反的，民主政治的意義，在一定程度上還包括為多數決保留試誤的空間——「讓民主來糾正民主」，乃至在一定範圍內宣洩情緒的空間，包括對特定事物的嫌惡或恐懼。即使特設的憲法法院可以憑藉基本權去管控國會的多數決，其極限也只到基本權可以容忍的底線，而不是基本權的最大滿足。憲法法院不能以基本權之名，把法律的違憲審查變成公共政策的選美比賽，實質上把自己變成公共政策的最高決定者，把 democracy 變成 juristocracy。這一點，歐美學者的論述已經汗牛充棟，可以從美國最近備受矚目的強制健保案，投下關鍵票的首席大法官 John Roberts 所表示的意見找到最好的詮釋，這位由共和黨籍小布希總統提名，意識型態偏向保守的大法官，這樣說明他為什麼不認為歐巴馬總統推動的健保法違憲：「本院的成員被賦予的權限是解釋法律，我們既沒有專業能力，也沒有任何特權去作公共政策妥當性的判斷」（*Members of this court are vested with the authority to interpret the law; we possess neither the expertise nor the prerogative to make policy judgments.*）。

釋字第 690 號理由書

人身自由為重要之基本人權，應受充分之保護，對人身自由之剝奪或限制尤應遵循正當法律程序之意旨，惟相關程序規範是否正當、合理，除考量憲法有無特別規定及所涉基本權之種類外，尚須視案件涉及之事物領域、侵害基本權之強度與範圍、所欲追求之公共利益、有無替代程序及各項可能程序之成本等因素，綜合判斷而為認定（本院釋字第 639 號解釋參照）。

同上號解釋黃茂榮大法官協同意見書

法律是一種價值邏輯系統，在多元價值中之價值的選擇或權衡，或在實踐技術之多重可能性的選擇上，相關機關固得循民主原則，為政策上之取捨，但其取捨結果仍應維持其價值與邏輯之一貫性，不應有矛盾的情事。

按解釋文所稱正當法律程序，現行法對於刑事處分及非刑事處分，本來有明確之不同法律程序的規定。其法律程序之不同主要在於其救濟：刑事處分，採法官保留；非刑事處分，透過訴訟權之保障，採一般司法救濟。

釋字第 639 號解釋

本院解釋宣示人身自由為重要之基本人權，應受充分之保護，對人身自由之剝奪或限制尤應遵循正當法律程序之意旨，惟相關程序規範是否正當、合理，除考量憲法有無特別規定及所涉基本權之種類外，尚須視案件涉及之事物領域、侵害基本權之強度與範圍、所欲追求之公共利益、有無替代程序及各項可能程序之成本等因素，綜合判斷而為個案認定。」

釋字第 689 號許玉秀大法官不同意見書

審查密度：一、跟追作為一種行動自由：低度審查

（一）僅限制跟追的行為方式和財產使用方式 跟追是一種追求特定目的的行為表現，人人均可能因為好奇或其他目的而有想要追尋的目標，這種追尋特定目標的自由，屬於一般行為自由。行動自由是一切

自由的基礎，是人性尊嚴最直接的表現，對於行動自由的拘束，有可能採取嚴格的審查標準。但是因為所包含的內容非常廣泛，可能與其他基本權連結，而影響審查的密度。

釋字第 669 號許宗力大法官協同意見書

對刑罰應採取何種密度之審查，一直是難以委決的問題：一方面刑法制裁動輒剝奪人民之財產、自由、名譽乃至於生命，具嚴峻性與最後手段性，從刑罰對人民權利影響重大之觀點，似應以嚴格審查標準審視刑罰之合憲性，否則輕易容任國家濫刑重罰，人民最核心的人身自由與生命，不免時時懸於國家合法暴力的威脅。但他方面嚴格違憲審查卻有其現實困難，因為有關何種行為應予處罰及應受何種處罰，涉及複雜的社會環境、歷史文化、犯罪現象、群眾心理及犯罪理論等因素，立法機關所具之民主正當性，較諸司法機關更能反映當代社會紛呈的多元價值，對前者基於民主論辯所為之決定，後者要難率爾取代，是由事務領域與機關功能最適之角度，司法機關原則上似應支持刑罰之立法政策，僅以合理審查標準審查之。

在上開權利保障與機關功能的衝突中，本院釋字第六四六號解釋首度明確採取折衷見解，試圖調和緩解二者間的緊張關係，主張立法機關對刑罰相關立法事實之判斷與預測，如合乎事理而具可支持性，司法者應予適度尊重。

釋字第 654 號許玉秀大法官協同意見書

本件聲請解釋的基本權規範，包括刑事被告防禦權、在押被告與探視人的秘密通訊自由，以及探視人為辯護人時的職業執行自由。其中關於刑事被告防禦權，所涉及的上位基本權和基本原則，有憲法第十六條訴訟權、憲法第八條所例示的正當法律程序原則、公平審判原則；所涉及的下位基本權與基本原則，有緘默權、受辯護人協助的權利、不自證己罪原則與無罪推定原則。審查防禦權的限制是否違憲的憲法基本原則，是法明確性原則與比例原則，這兩個原則都是法治國原則的下位原則。分別說明如下並繪圖呈現防禦權審查體系（見圖一）

一、防禦權審查體系

(一) 基本權與憲法原則的關係

憲法上的基本原則形成於一些基本的價值理念，因此原則本身內含價值理念，這些價值理念則是因為人民的需求才產生的，所以要透過人民才能實踐，也必須實踐在人民身上，因而發展出各種基本權。各種基本權可以理解為實踐相關憲法基本原則的手段，相關憲法基本原則因而是各種基本權的法理基礎。因為地基有多大，房子也就只能蓋那麼大，所以相關基本原則既是基本權的基礎，也就同時能為基本權劃出界限。

(二) 訴訟權、刑事被告防禦權與正當法律程序原則的關係

1、正當法律程序是訴訟權的操作法則正當法律程序原則，也就是歐陸法制上的法治國原則（註一），是人民享有訴訟權，得向法院請求救濟的憲法基礎（釋字第六五三號解釋參照），訴訟權的內涵以及訴訟權的效能界限，因而取決於正當法律程序原則的價值內涵及射程範圍。我國憲法第八條，針對人身自由的限制，將正當法律程序原則最原始的意涵加以規定，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，本院大法官歷來解釋（註二）皆援引憲法第八條作為正當法律原則的依據。

2、讓救濟有效的公平審判原則

依據正當法律程序原則，如果希望向法院請求的救濟，是有效的救濟，法院必須是一個公平的法院，因此從正當法律程序的內涵，可以引申出公平審判原則。公平的審判則建立在公平的遊戲規則之上，公平的遊戲規則的基礎在於參與者有平等的機會，也就是獲得遊戲資源的機會均等，這就是所謂的武器平等原則（註三：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)。

3、防禦權是訴訟權的核心

就刑事被告而言，面對擁有國家機器作後盾的檢察官，公平審判的第一要務，就是保障被告可以充分有效行使防禦權，因為刑事被告的訴訟任務，完全在於成功抵抗國家的控訴，避免國家刑罰權施用於己身。因此防禦權是訴訟權的核心內涵，防禦權遭到侵害，也就是訴訟權遭到侵害。憲法第十六條保障的訴訟權，就刑事被告而言，從正當法律程序原則來看，一旦進入程序，就是要保障被告的防禦權。本院大法官自從釋字第五八二號解釋以來，也已將刑事被告防禦權，定位為具有憲法位階的權利。

(三) 防禦權的核心：不自證己罪、受辯護人協助、無罪推定

刑事被告為了抵禦有罪控訴，不提供任何可能使自己遭到控訴和審判的資訊，就是第一個最安全的防禦方法，此所以緘默權為防禦權的重要內涵，緘默權所倚賴的基本原則—不自證己罪原則，就是正當法律程序原則保證被告防禦權的基本原則。不自證己罪原則及所發展出來的緘默權，經釋字第五八二號解釋之後，也已具有憲法位階(註四)。被告縱使緘默，國家龐大而無限的資源，也很容易用來羅織入罪，因此防禦權的第二道防線，就是讓與檢察官具有同樣專業知識的人協助被告防禦。被告能選任辯護人，獲得辯護人充分的協助，於是成為刑事被告防禦權的第二個重要內涵有了強有力的辯護協助之後，如果採證不嚴謹，所有的防禦權可能徒勞無功，所以需要無罪推定原則，對防禦權做第三道的保障。無罪推定原則的內涵，包括證據裁判原則也就是要求法定證據方法的嚴格證明法則、罪疑有利被告原則，基本的定義就是：被告經過這兩個下位原則的檢驗，而認定為有罪之前，應該被當作無罪之人對待。

釋字第 639 號

本件解釋多數意見尊重法院實務之常態運作，重視司法資源有效配置與運用，從而決定採取較寬鬆的審查標準。其因果關係恐非如解釋理

由書中所稱，系爭不同救濟制度「其在訴訟救濟上之實質差異亦甚為有限，故無採取較嚴格審查之必要。」

釋字第 639 號李震山大法官協同意見書

有關司法審查密度標準之相關著作

吳庚大法官分析我國釋憲機關的審查密度，認為採嚴格審查事項者，有下列四種：一、限制人身自由的法律。二、限制訴訟權的法律或判解。三、有關憲法第七條男女平等的貫徹。四、限制言論自由，尤其是限制政治性言論自由的法律。參見氏著，《憲法的解釋與適用》，93 年，頁 416-17。

本件解釋(釋字第 639 號)多數意見應係屬要求目的須為合法的政府利益、手段與目的應具合理關聯的「合理審查標準」，尚非要求目的須為重要的政府利益、手段與目的具有實質關聯性等較嚴格審查標準。有關美國法上司法審查標準之合理審查、中度審查與嚴格審查等多元審查標準之分析介紹，參見黃昭元，〈憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析〉，《台大法學論叢》，第 33 卷第 3 期，93 年 5 月，頁 1-103。法治斌，〈司法審查中之平等權：建構雙重基準之研究〉，收於氏著，《法治國家與表意自由》，正典，92 年，頁 213-16。林子儀，〈言論自由之限制與雙軌理論〉，收於《現代國家與憲法—李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集》，月旦，86 年，頁 648 以下。廖元豪，〈高深莫測，抑或亂中有序？—論現任大法官在基本權利案件中的「審查基準」〉，《中研院法學期刊》，第 2 期，7 年 3 月，頁 211 以下。有關德國聯邦憲法法院發展出的審查密度(Kontrollledichte)，包括明顯性審查、可支持性審查與強烈內容審查，參見許宗力，〈違憲審查程序之事實調查〉，收於氏著，《法與國家權力(二)》，元照，96 年，頁 43 以下。而將美國、德國、我國綜合觀察分析者，參見許玉秀，〈刑罰規範的違憲審查標準〉，收於《民主·人權·正義—蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，元照，94 年，頁

美國法制上違憲審查之密度

對基本權之限制採高度審查基準，亦即其限制之合憲性，以有 ompelling interest 存在為必要

中度審查基準，其具體內容包括以下四步驟：(1) 言論須合法且無誤導；(2) 政府利益有實質重要性 (governmental interest is substantial)；(3) 規範直接有助於提昇所稱之政府利益 (regulation directly advances the governmental interest asserted)；以及(4) 規範並不過當 (it is not more extensive than is necessary to serve that interest)

最低密度審查 (minimum rational basis Scrutiny) 之差別為後者只須手段被認為有助於正當之政府目的，並不考慮其成本效益關係。

附件五之 2

Strict scrutiny

Strict scrutiny is the most stringent standard of judicial review used by United States courts. It is part of the hierarchy of standards that courts use to weigh the government's interest against a constitutional right or principle. The lesser standards are rational basis review and exacting or intermediate scrutiny. These standards are used to test statutes and government action at all levels of government within the United States.

The notion of "levels of judicial scrutiny", including strict scrutiny, was introduced in Footnote 4 of the U.S. Supreme Court decision in *United States v. Carolene Products Co.* (1938), one of a series of decisions testing the constitutionality of New Deal legislation. The first and most notable case in which the Supreme Court applied the strict scrutiny standard and found the government's actions valid was *Korematsu v. United States* (1944), in which the Court upheld the exclusion of Japanese Americans from designated areas during World War II.

Applicability

U.S. courts apply the strict scrutiny standard in two contexts: when a fundamental constitutional right is infringed,[1] particularly those found in the Bill of Rights and those the court has deemed a fundamental right protected by the Due Process Clause or "liberty clause" of the 14th Amendment, or when a government action applies to a "suspect classification," such as race or national origin.

To pass strict scrutiny, the law or policy must satisfy three tests: It must be justified by a compelling governmental interest. While the Courts have never brightly defined how to determine if an interest is compelling, the concept generally refers to something necessary or crucial, as opposed to something merely preferred. Examples include national security, preserving the lives of multiple individuals, and not violating explicit constitutional protections.

The law or policy must be narrowly tailored to achieve that goal or interest. If the government action encompasses too much (overbroad) or fails to address essential aspects of the compelling interest, then the rule

is not considered narrowly tailored.

The law or policy must be the least restrictive means for achieving that interest. That is, there cannot be a less restrictive way to effectively achieve the compelling government interest. The test will be met even if there is another method that is equally the least restrictive. Some legal scholars consider this "least restrictive means" requirement part of being narrowly tailored, though the Court generally evaluates it separately. Legal scholars, including judges and professors, often say that strict scrutiny is "strict in theory, fatal in fact," because popular perception is that most laws subjected to this standard are struck down. However, an empirical study of strict scrutiny decisions in the federal courts found that laws survive strict scrutiny more than 30% of the time. In one area of law, religious liberty, laws that burden religious liberty survived strict scrutiny review in nearly 60% of cases. However, a discrepancy was found in the type of religious liberty claim, with most claims for exemption from law failing and no allegedly discriminatory laws surviving.[2]

The compelling state interest test is distinguishable from the rational basis test, which involves claims that do not involve a suspect class and involve a liberty interest rather than a fundamental right. It is also important to note that, unlike the rational basis test, the burden of proof falls on the state in cases requiring either strict scrutiny or intermediate scrutiny.

Suspect classification[2]

Main article: Suspect classification

The Supreme Court has established standards for determining whether a statute or policy's classification requires the use of strict scrutiny. The class must have experienced a history of discrimination, must be definable as a group based on "obvious, immutable, or distinguishing characteristics," be a minority or "politically powerless," and its characteristics must have little relationship to the government's policy aims or the ability of the group's members to contribute to society.

The Court has consistently found that classifications based on race, national origin, and alienage require strict scrutiny review. The Supreme Court held that all race-based classifications must be subjected to strict scrutiny in *Adarand Constructors v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995), overruling *Metro Broadcasting, Inc. v. FCC* (89-453), 497 U.S. 547

(1990), which had briefly allowed the use of intermediate scrutiny to analyze the Equal Protection implications of race-based classifications in the narrow category of affirmative-action programs established by the federal government in the broadcasting field.

De jure versus de facto discrimination

As applied in *Korematsu v. United States*, which upheld the race-based exclusion order and internment during World War II of Japanese Americans who had resided on the West Coast of the United States, strict scrutiny was limited to instances of de jure discrimination, where a racial classification is written into the language of a statute.

The Supreme Court's decision in *Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp.* provided further definition to the concept of intent and clarified three particular areas in which intent becomes apparent, the presence of any of which demands the harsher equal protection test. The Court must use strict scrutiny if one of these tests is met:

the impact is so "stark and dramatic" as to be unexplainable on non-racial grounds, as in *Yick Wo v. Hopkins* the historical background suggests intent

the legislative and administrative records show intent

Thirteen notable cases

Skinner v. State of Oklahoma, ex. rel. Williamson, 316 U.S. 535 (1942),
cf. *Buck v. Bell* 274 U.S. 200 (1927)

Brown v. Board of Education, 385 U.S. 481 (1967)

One, Inc. v. Olesen, 301 U.S. 340 (1958)

Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963)

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965)

Loving v. Virginia, 388 U.S. 111 (1967)

Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972)

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)

Employment Division v. Smith, 494 U.S. 872 (1990)

Romer v. Evans, 517 U.S. 144 (1996)

City of Boerne v. Flores, 521 U.S. 507 (1997)

Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal, 546 U.S. 418 (2006)

United States v. Windsor, 131 S.Ct. 2688 (2013)

References

Jump up ^ Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 155 (1973)(Blackmun,J.),
accessed July 5, 2011

Jump up ^ Adam Winkler, "Fatal in Theory and Strict in Fact: An
Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts", Vanderbilt
Law Review", Vol. 59, p. 793, 2006.

Intermediate scrutiny

Intermediate scrutiny, in U.S. constitutional law, is the second level of deciding issues using judicial review. The other levels are typically referred to as rational basis review (least rigorous) and strict scrutiny (most rigorous).

In order to overcome the intermediate scrutiny test, it must be shown that the law or policy being challenged furthers an important government interest in a way that is substantially related to that interest.^{[1][2]} This should be contrasted with strict scrutiny, the higher standard of review which requires narrowly tailored and least restrictive means to further a compelling governmental interest.

Laws subject to Equal Protection scrutiny

Constitutional Equal Protection analysis applies not only to challenges against the federal government, but also to state and local governments. Although the Fourteenth Amendment's Equal Protection Clause applies only to state and local governments, the United States Supreme Court has implied an Equal Protection limitation on the federal government through a process known as "reverse incorporation." As the Fourteenth Amendment applies directly to the states, the incorporation process was unnecessary to hold this restriction against state and local governments. Equal Protection analysis also applies to both legislative and executive action regardless if the action is of a substantive or procedural nature. Judicially crafted (common law) rules are also valid only if they conform to the requirements of Equal Protection. See, e.g., *Reed v. Campbell*, 476 U.S. 852 (1986).^[3]

Sex-based classifications

In the context of sex-based classifications, intermediate scrutiny applies to constitutional challenges of equal protection and discrimination.

An example of a court using intermediate scrutiny came in *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976), which was the first case in the United States Supreme Court which determined that statutory or administrative sex-based classifications were subject to an intermediate standard of

judicial review.[4]

In *Mississippi University for Women v. Hogan* in 1982, the United States Supreme Court ruled that the burden is on the proponent of the discrimination to establish an "exceedingly persuasive justification" for sex-based classification to be valid.[5] As such, the court applied intermediate scrutiny in a way that is closer to strict scrutiny[6] and in recent decisions the Court has preferred the term "exacting scrutiny" when referring to the intermediate level of Equal Protection analysis. For example the court applied similar exacting intermediate scrutiny when ruling on sex-based classifications in both *J.E.B. v. Alabama* (concerning specific strikes against male jurors during jury composition) and *United States v. Virginia* (concerning male-only admission to the Virginia Military Institute).

In *Glenn v. Brumby*, the United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit held that firing based on transgender status was a form of sex discrimination, and therefore subject to intermediate scrutiny.[7]

Illegitimacy

Restrictions based on illegitimacy are also subjected to intermediate scrutiny in the Equal Protection context.[8][9]

The courts have found such scrutiny necessary for a number of reasons. Rationally, imposing legal burdens on an illegitimate person in order to express disapproval of the conduct of her parents is illogical, unjust, and contrary to the fundamental principle that legal burdens should have some relationship to individual wrongdoing. Like race or gender, the court has stressed that an illegitimate person's status of birth is a condition over which she has no control, and it has no bearing on her ability or willingness to contribute to society. In applying increasingly exacting intermediate scrutiny, the courts have noted that illegitimate persons are a stigmatized minority, are vastly outnumbered politically, and are the target of long-standing and continuing invidious legal discrimination. For all these reasons, exacting constitutional scrutiny is mandated under the Equal Protection clause of the Fourteenth Amendment.

An additional ground for heightening scrutiny of illegitimacy-based

discriminatory statutes occurs whenever such statutes involve sex discrimination (as they commonly do). Following a sweep of legislative changes in almost every state in the early nineteenth century all non-marital children were legitimated as to their mothers. Each such child remained illegitimate as to her male parent, only. This gender-based classification disadvantaged male parents and privileged female parents in their fundamental familial relationship to their child. Such gender discrimination was held an additional grounds for intermediate scrutiny of statutory denial of the father-child relationship in cases such as *Caban v. Mohammed*, 441 U.S. 380 (1979).

Sexual orientation

Courts have been reluctant to apply intermediate scrutiny to cases centered around sexual orientation. For instance, in *Romer v. Evans* 517 US 620 (1996), which struck down an amendment to the Colorado Constitution that invalidated legal protections based on sexual orientation, the United States Supreme Court held that the amendment violated the Equal Protection Clause because the amendment was motivated by a bare desire to harm a politically unpopular group, which is never a legitimate governmental interest.[10]

In *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), the U.S. Supreme Court struck down anti-sodomy laws as unconstitutional, explicitly overturning its earlier *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986) decision, but did not specify the level of scrutiny it applied. In *Lofton v. Secretary of the Department of Children & Family Services*, 358 F.3d 804 (11th Cir. 2004), the United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit explicitly held that *Lawrence* did not apply strict scrutiny. However, in 2008, the California Supreme Court adopted the strict scrutiny standard for state laws that discriminate on the basis of sexual orientation in the case *In re Marriage Cases*. [11]

On October 18, 2012, the Second Circuit Court of Appeals became the first federal appeals court, in *Windsor v. United States*, to hold that laws that classify people based on sexual orientation should be subject to intermediate scrutiny.[12][13][14] The decision of the Second Circuit was later affirmed by the Supreme Court on June 26, 2013, but the Supreme Court did not specifically state the level of scrutiny it applied. On January

21, 2014, the Ninth Circuit Court of Appeals ruled in *SmithKline Beecham Corp. v. Abbott Laboratories* that "classifications based on sexual orientation are subject to heightened scrutiny", making it the second appellate court to do so.[15][16]

Free speech

There are two types of laws affecting "free speech" among United States citizens: content-based and content-neutral. In the free speech context, intermediate scrutiny is the test or standard of review that courts apply when analyzing content-neutral speech versus content-based speech. Content-based speech is reviewed under strict scrutiny in which courts evaluate the value of the subject matter or the content of the communication.[17][18] **Content-neutral laws are evaluated by the nature and scope of the speech regarding the time, place and manner of communication. Content-neutral speech is reviewed under intermediate scrutiny versus strict scrutiny because this speech is only restricted by the way in which the information is communicated; not the information itself.** In 1968, *United States v. O'Brien* established a four-factor test to determine whether restricting content-neutral speech is constitutional: (1) Is restriction within the constitutional power of government? (2) Does restriction further important or substantial governmental interest? (3) Is the governmental interest unrelated to the suppression of free expression? (4) Is the restriction narrowly tailored – no greater than necessary? Later, a fifth factor was added in *Ladue v. Gilleo*, 512 U.S. 43 (1994): (5) whether the restriction leaves open ample opportunities of communication.

When deciding if a restriction is narrowly tailored, courts consider the setting of the communication. Setting has two divisions: public forum and non-public forum. In a public forum people have a right to express themselves however, not in a non-public forum. *Adderley v. Florida*, 385 U.S. 39 (1966) held that freedom of speech may be limited in a jailhouse because a jailhouse is not a public forum therefore speech is subject to restriction. The court in *Adderley v. Florida* used the rational basis test standard of review even though the law was content neutral because a jailhouse is a non-public forum.

Ward v. Rock Against Racism, 491 U.S. 781 (1989) held that a city's

restriction on loud music volume controlled by equipment and technicians is constitutional because it is narrowly tailored. *Madsen v. Women's Health Center*, 512 U.S. 753 (1994) upheld part of an injunction restricting abortion protesters from entering the "buffer zone" around the abortion clinic because this was the least restrictive means and still gave protestors ample opportunity to communicate outside the buffer zone on the sidewalk, which was a public forum. The court used the strict scrutiny standard of review in *Madsen*.

Intermediate scrutiny applies to regulation that does not directly target speech but has a substantial impact on a particular message. It applies to time, place, and manner restrictions on speech, for example, with the additional requirement of "adequate alternative channels of communication." In other words, if restricting the time, place, or manner of speech means that speech cannot take place at all, the regulation fails intermediate scrutiny. It has been used in "erogenous zoning" cases such as *Renton v. Playtime Theatres, Inc.*, 475 U.S. 41 (1986), that limit the concentration or require concentration of certain types of establishments. It has also been used for other types of content-neutral regulation, as well as for content-neutral speech compulsion. Intermediate scrutiny also applies to regulation of commercial speech, as long as the state interests in regulating relate to fair bargaining. Regulations for other reasons, such as protection of children, are subject to strict scrutiny.

Gun control

Various federal and state laws restricting access to guns by certain people, laws that restrict or ban the acquisition or ownership of certain types of firearms by the general population, and laws that restrict the carrying of firearms by private citizens in public places have largely been upheld on the basis of intermediate scrutiny. In many of these cases, such laws have survived intermediate scrutiny on the basis that the government is furthering an "important interest in public safety" in enacting laws that constrain the individual right to keep and bear arms under the Second Amendment of the United States Constitution. The United States Supreme Court in its 2008 *District of Columbia v. Heller* decision confirmed that the right to "keep and bear arms" is an individual right, but also caveated that the Second Amendment is not necessarily "a right to keep and carry any weapon whatsoever in any manner."

However, outright bans on acquiring, possessing and carrying any and all types of firearms in Illinois, the District of Columbia and in various cities and counties (notably Chicago and San Francisco) have been struck down, failing to survive intermediate scrutiny where the courts determined that the government overreached in furthering its interest in public safety by completely banning private citizens from obtaining or possessing firearms or carrying firearms in public.

"Intermediate" versus "heightened"

The phrase "heightened scrutiny" has been used interchangeably with "intermediate scrutiny" but it is unclear if the two are actually legally interchangeable. In *Witt v. Department of the Air Force*, 527 F.3d 806 (9th Cir. 2008), the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit ruled that the law commonly known as "don't ask, don't tell" (DADT) was subject to "heightened" scrutiny based on its analysis of *Lawrence*. As the Obama administration chose not to appeal *Witt* to the Supreme Court, it is binding precedent on the Ninth Circuit and it has been cited as such in *Log Cabin Republicans v. United States (LCR)*, another case challenging the constitutionality of DADT. The District court in *LCR* applied the three-pronged test in ruling DADT unconstitutional. The administration appealed this decision to the Ninth Circuit. In December 2010 DADT was legislatively repealed. On September 29, 2011, the Ninth Circuit vacated the district court's decision, ruling that the legislative repeal of "don't ask, don't tell" rendered the case moot. The dismissal left the lower court ruling without value as precedent.[19]

The Obama administration, in its refusal to defend several lawsuits challenging Section 3 of the Defense of Marriage Act, argued that "heightened" scrutiny is the appropriate level of scrutiny to apply to statutes that discriminate on the basis of sexual orientation.

Rational basis review

Rational basis review, in U.S. constitutional law, refers to the default standard of review that courts apply when considering constitutional questions, including due process or equal protection questions under the Fifth Amendment or Fourteenth Amendment. Courts applying rational basis review seek to determine whether a law is "rationally related" to a "legitimate" government interest, whether real or hypothetical.[1] The higher levels of scrutiny are intermediate scrutiny and strict scrutiny. Heightened scrutiny is applied where a suspect or quasi-suspect classification is involved, or a fundamental right is implicated.[1]

In United States Supreme Court jurisprudence, the nature of the interest at issue determines the level of scrutiny applied by appellate courts. When courts engage in rational basis review, only the most egregious enactments – those not rationally related to a legitimate government interest – are overturned.[2][3]

Overview

Rational basis review tests whether the government's actions are "rationally related" to a "legitimate" government interest.[4][5] The Supreme Court has never set forth standards for determining what constitutes a legitimate government interest.[6] Under rational basis review, it is "entirely irrelevant" what end the government is actually seeking and statutes can be based on "rational speculation unsupported by evidence or empirical data."[7] Rather, if the court can merely hypothesize a "legitimate" interest served by the challenged action, it will withstand rational basis review.[8] Judges following the Supreme Court's instructions understand themselves to be "obligated to seek out other conceivable reasons for validating" challenged laws if the government is unable to justify its own policies.[9]

History

The concept of rational basis review can be traced to an influential 1893 article, "The Origin and Scope of American Constitutional Law," by Harvard law professor James Bradley Thayer. Thayer argued that statutes

should be invalidated only if their unconstitutionality is "so clear that it is not open to rational question." [10] Justice Oliver Wendell Holmes, Jr., a student of Thayer's, articulated a version of what would become rational basis review in his canonical dissent in *Lochner v. New York*, arguing that "the word 'liberty,' in the 14th Amendment, is perverted when it is held to prevent the natural outcome of a dominant opinion, unless it can be said that a rational and fair man necessarily would admit that the statute proposed would infringe fundamental principles as they have been understood by the traditions of our people and our law."

However, the court's extensive application of economic substantive due process during the years following *Lochner* meant that Holmes' proposed doctrine of judicial deference to state interest was not immediately adopted.[11] It was not until *Nebbia v. New York* that the Court began to formally apply rational basis review, when it stated that "a State is free to adopt whatever economic policy may reasonably be deemed to promote public welfare, and to enforce that policy by legislation adapted to its purpose." In *United States v. Carolene Products Co.* the Court in Footnote Four left open the possibility that laws that seem to be within "a specific prohibition of the Constitution," which restrict the political process, or which burden "discrete and insular minorities" might receive more exacting review. Today, such laws receive strict scrutiny, whereas laws implicating unenumerated rights that the Supreme Court has not recognized as fundamental receive rational basis review.

Applicability

In modern constitutional law, the rational basis test is applied to constitutional challenges of both federal law and state law (via the Fourteenth Amendment). This test also applies to both legislative and executive action whether those actions be of a substantive or procedural nature.

The rational basis test prohibits the government from imposing restrictions on liberty that are irrational or arbitrary, or drawing distinctions between persons in a manner that serves no constitutionally legitimate end. [12] While a "law enacted for broad and ambitious purposes often can be explained by reference to legitimate public policies which justify the incidental disadvantages

they impose on certain persons", it must nevertheless, at least, "bear a rational relationship to a legitimate governmental purpose".[13]

To understand the concept of rational basis review, it is easier to understand what it is not. Rational basis review is not a genuine effort to determine the legislature's actual reasons for enacting a statute, nor to inquire into whether a statute does in fact further a legitimate end of government. A court applying rational basis review will virtually always uphold a challenged law unless every conceivable justification for it is a grossly illogical non sequitur (or even worse, a word salad).

In 2008, Justice John Paul Stevens reaffirmed the lenient nature of rational basis review in a concurring opinion: "[A]s I recall my esteemed former colleague, Thurgood Marshall, remarking on numerous occasions: 'The Constitution does not prohibit legislatures from enacting stupid laws.'"[14]

References

^ Jump up to: a b "Rational Basis." Rational Basis. Cornell University Law School. Web. 26 Aug. 2015.

Jump up ^ "Rational Basis Test." The Free Dictionary. Farlex. Web. 26 Aug. 2015.

Jump up ^ Indest, Miles O. "Walking Dead: The Fifth Circuit Resurrects Rational Basis Review." Tulane Law Review 88.5 (2014): 993-1005. Web. 26 Aug. 2015.

Jump up ^ United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938).

Jump up ^ "Equal Protection in Florida". Huffington Post. December 1, 2008.

Jump up ^ See Nollan v. California Coastal Commission, 483 U.S. 825, 834 (1987)

Jump up ^ FCC v. Beach Communications, Inc. 508 U.S. 307, 315 (1993)

Jump up ^ Sullivan, Kathleen M. & Gunther Gerald. Constitutional Law. Foundation Press, New York, NY. 16th Ed. Chapter 9 (2007).

Jump up ^ Starlight Sugar, Inc. v. Soto, 253 F.3d 137, 146 (1st Cir.2001)

Jump up ^ Posner, Richard A. (2012). "The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint". California Law Review 100 (3): 519, 522. Retrieved February 24, 2015.

Jump up ^ Indest, Miles O. "Walking Dead: The Fifth Circuit Resurrects Rational Basis Review." Tulane Law Review 88.5 (2014): 993-1005. Web.

26 Aug. 2015.

Jump up ^ Killian, Johnny H., George A. Costello, & Kenneth R. Thomas, co-eds., *The Constitution of the United States of America: Analysis and Interpretation: Analysis of Cases Decided by the Supreme Court of the United States to June 28, 2002*, by Congressional Research Service, Library of Congress (Senate Document No. 108-17, 108th Congress, 2d Session) (Washington [D.C.]: U.S. Gov't Printing Ofc. 2004) (short title: *Constitution Annotated*), pp. 1906–1910 (pp. 242–246 per Adobe Acrobat Reader) (Fourteenth Amendment, title page (p. [I] (p. 1 per Adobe Acrobat Reader))), and Authorization (authorization to publish by joint resolution) (giving short title) (p. III) (p. 1 per Adobe Acrobat Reader), all as accessed October 23, 2005).

Jump up ^ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996) at 635

Jump up ^ *New York State Bd. of Elections v. Lopez Torres*, 552 U.S. 196, ____ (2008) (Stevens, J., concurring).