

犯罪嫌疑人及被告之證據開示聲請權——

會台字第 11617 號聲請解釋案意見書

2016/03/03 於司法院
成功大學法律系 陳運財

言詞辯論爭點題綱：

- 1、限制辯護人於聲請羈押程序閱卷與偵查不公開原則之關係為何？
- 2、聲請羈押被告程序有無武器平等原則之適用？其可能之憲法依據為何？
- 3、依據我國憲法，是否應許被告之辯護人於聲請羈押被告程序中有檢閱聲請羈押之卷宗之權利？涉及被告及辯護人之何種憲法上權利？其得限制之範圍及方式為何？

目 次

- 一、問題狀況
- 二、「偵查不公開」與偵查中聲請證據開示權的衝突？
- 三、偵查中聲押程序有無「武器平等原則」的適用？
- 四、聲請證據開示權之憲法依據及其實質內涵

一、問題狀況

高等法院暨所屬法院 103 年法律座談會刑事類提案第 25 號法律問題：「偵查中檢察官聲請羈押，被告暨辯護人請求閱覽羈押聲請書，以利答辯？」研討結果多數說採甲說「不得請求閱覽」，其理由主要有二：一是案件仍在偵查中，被告及辯護人本無請求閱覽卷證之權利。二是，基於偵查不公開，為避免日後恐有勾串或湮滅事證進而影響後續偵查作為，實不宜令被告知悉羈押聲請書內容¹。復如本件聲請釋憲案的背景事實，羈押中的被告為聲請撤銷羈押及具保停止羈押而向法院聲請開示偵查卷證，法院亦以刑事訴訟法第 33 條之閱卷權限於審判中為由²，駁回被告的抗告。

可見在偵查階段，縱使是在被告人身自由恐被剝奪的關鍵的聲押程序以及羈押被告試圖回復其人身自由的救濟程序中，被告或其辯護人想要向法院聲請接觸

¹ 參照 103 年法律座談會彙編，台灣高等法院編印，採甲說 53 票、採乙說「在不違反偵查不公開之前提下，應准許閱覽後再為答辯」 24 票，頁 551 以下。

² 確實，依據 71 年修正刑事訴訟法第 33 條規定之理由謂：「依刑事訴訟法第二百四十五條之規定，偵查不公開之，如許偵查中選任之辯護人對於卷宗及證物檢閱、抄錄或攝影，則不僅實質上有損偵查不公開之原則，且難免影響偵查之正常進行，自不應准許。爰修正本條增訂『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。」

相關偵查卷證都受到阻礙，更遑論是向司法警察人員或檢察官要求開示。在偵查不公開的大旗下，嫌疑人、被告及其辯護人接觸偵查卷證資料行使防禦的管道，猶如處於不見天日的狀況，亟須盡速檢討改善。

以下，本文針對本次言詞辯論所設定的二個相互背馳的論點：「偵查不公開」得否作為限制辯護人偵查中聲請證據開示的正當事由？進行檢討（下文二）。次就偵查階段，特別是聲請羈押程序中，有無「武器平等原則」的適用，而得作為嫌疑人或被告聲請開示偵查卷證的依據，做一扼要論述（下文三），最後再從我國憲法的觀點，檢討嫌疑人或被告、及其辯護人於刑事程序中有無享有證據開示聲請權與此項權利的具體內涵及其界限（下文四）³。

在此先行敘明的是，由於「閱卷權」一詞係在我國起訴程序採行卷證併送的機制下，加上早期採行職權調查的訴訟結構下對於刑事訴訟法第 33 條規範的解釋產物，隨著刑事訴訟引進當事人進行的精神，對抗式的證據調查的色彩日增，以「證據開示聲請權」詮釋刑事訴訟法第 33 條，較為妥適。這也表示在當事人進行的訴訟結構下，不僅是被告及辯護人有權聲請接觸檢察官手中的卷證資料，同時意味著辯方對其審理中所聲請調查之證據，亦有向檢方開示的必要。其次，傳統上審判中適用刑事訴訟法第 33 條的「閱卷權」，除有特別規定外，對於閱卷的範圍及方式並無任何限制，原則上是全面閱卷，而現今討論偵查中的嫌疑人、被告及其辯護人聲請接觸卷證的問題，如延續使用「閱卷權」一詞，恐一下子直接陷入是否全面閱卷的爭議，故為避免不必要的誤解，遂使用「證據開示聲請權」代之，並用以彰顯本文強調此項權利的適用範圍，應以嫌疑人及被告之權利主體性出發，貫穿從偵查至審判、上訴階段乃至於確定判決後之非常救濟程序⁴。

二、「偵查不公開」與偵查中聲請證據開示權的衝突？

縱先不論嫌疑人及被告是否享有憲法上之證據開示聲請權，基於偵查不公開的規範目的、偵查結構、偵查中證據保全之精神等考量，本文認為以偵查不公開為由作為全面禁止偵查中嫌疑人及被告聲請證據開示的機會，法理並不充分且顯失均衡。理由分述如下：

第一，偵查不公開的規範目的

依據民國 89 年修正刑事訴訟法第 245 條第 3 項之理由說明謂：「無罪推定

³ 本意見書內容主要引自拙著，『偵查與人權』，2014年，頁75以下；釋字第654號解釋與白山溝通權，月旦法學雜誌，第192期，2011年5月，頁5以下。

⁴ 關於日本刑事訴訟法審判中的當事人證據開示制度，是規定於第 316 條之 13 至同條之 27。審判中被告或辯護人對於檢察官手中持有的證據，係透過此項證據開示機制進行閱覽或抄錄，至於審判中法院保管中的審判筆錄、已經調查完畢之證據文書或證物等，則是依刑事訴訟法第 40 條規定向法院請求閱覽抄錄。針對偵查階段，日本刑事訴訟法並未設有嫌疑人及其辯護人得向偵查機關聲請開示證據的明文規範，偵查實務亦不承認嫌疑人及其辯護人享有是項權利。部分學說則持肯定說。相關討論可參考白取祐司，刑事証拠開示の諸相，札幌学院法学 30 卷 2 号，2014 年 3 月，頁 197 以下，<http://sgulrep.sgu.ac.jp/dspace/handle/10742/1844>；齋藤司，強制処分と証拠開示，法政研究 76 卷 4 号、2010 年，頁 363 以下。<http://catalog.lib.kyushu-u.ac.jp/ja/recordID/16835>。

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。……本法第一百五十四條規定，犯罪事實應依證據認定之，無證據不得推定犯罪事實，已明白宣示無罪推定原則。而本條第一項規定偵查不公開之，其主要立法意旨，無非在確保無罪推定之落實。……避免未經正式起訴審判程序即公布犯罪嫌疑人涉嫌犯罪之資訊，對未經定罪嫌疑人之名譽造成難以彌補之傷害，況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，刑事訴訟法第 245 條第 1 項規定偵查不公開之意旨，主要在確保無罪推定，維護公平的審判，並保障關係人的名譽或隱私權益。

雖然在學理上，論者有謂刑訴法第 245 條第 1 項規定偵查不公開，係指偵查活動之內容不得對外公開，除當事人及關係人外，任何人均不得介入偵查活動，以避免偵查中應秘密之事項洩漏，故又稱為「偵查密行主義」⁵，然而，依上述修法意旨，其實維護偵查的效率或偵查程序的順利進行，並非是立法者所特別強調的規範目的，而係基於無罪推定乃刑事訴訟制度之一大原理，且偵查活動尚屬於調查犯罪嫌疑收集證據之階段，若將偵查內容公開，勢必對犯罪嫌疑人或被害人等之名譽造成不利影響，而有加以保護之必要，故設偵查不公開之規定。因此，將第 245 條第 1 項稱之為「名譽保護原則」，或內含在維護公平審判原則中，反而較為妥適。

在此意義下，偵查中賦予嫌疑人或被告接觸偵查機關所蒐集之卷證資料，如有助於將來公平審判的實踐，且相對的並不生妨害關係人名譽之虞，此種情形，如再以維護偵查效率為由全面阻絕嫌疑人或被告接觸偵查卷證之機會，將反而不符「偵查不公開」的規範意旨。

第二、關於偵查結構的觀點

日本法關於偵查之結構，於學理上向來有所謂糾問式偵查構造及彈劾式偵查構造的對立模式存在⁶。

在糾問式之偵查構造下，偵查本屬偵查機關調查及訊問犯罪嫌疑人之專有程序，賦予偵查機關有搜索、扣押、逮捕與羈押等強制處分之權限。其具有之特徵為：第一、採兩面構造，係偵查主體（偵查機關）對偵查客體（犯罪嫌疑人）之上下的兩面關係。第二、偵查機關擁有強制處分之權限，犯罪嫌疑人則屬忍受偵訊的客體，否定兩者之間所謂當事人對等的原則。第三、刑事程序係以偵查（特別是犯罪嫌疑人之偵訊）為重心，著重於真實之追究（偵查或訊問中心主義）。相對地，根據彈劾式的偵查構造，偵查屬偵查機關所單獨實施之準備起訴及公判之活動；犯罪嫌疑人亦同時為防禦之準備。偵查中之強制處分係為確保將來審判

⁵ 蔡墩銘，『刑事訴訟法論』，民國82年修訂版，頁290。

⁶ 平野龍一，『刑事訴訟法』，1958年，頁83；黃東熊，『刑事訴訟法論』，民國76年三版，頁136。國內學者亦有將糾問式偵查稱之為職權主義之偵查；彈劾式之偵查稱為當事人主義之偵查，參照蔡墩銘，同前註，頁292。

的順利進行，須根據法院之決定，始得實施保全犯罪嫌疑人及證據；偵查機關僅是利用該強制處分之結果而已。故其具有之特徵為：第一、偵查程序和審判程序一樣，係採三面構造。亦即，偵查之型態上，係以法官為頂點，偵查機關與犯罪嫌疑人則以當事人之地位立於對等的立場。第二、偵查中具有強制處分之權限者為法院，強制處分之執行應有法官事先所簽發之令狀始得為之（令狀主義）。犯罪嫌疑人並非偵查機關訊問之客體，充分享有選任辯護權、緘默權等防禦權利之保障，而與偵查機關立於實質對等地位。第三、偵查程序僅係起訴及審判前之準備活動，刑事程序的重心在於審判階段（公判中心主義），偵查中犯罪嫌疑人之偵訊乃至於拘束人身自由之強制處分的要件及期間等，均受到嚴格的規範⁷。

關於偵查之構造，雖然有上述兩種基本型、理念型的對立構造的區分，但此種對立的二分法分析模式，似已難以各自單獨地用來完整說明或掌握一個國家所採行的偵查制度。以我國之偵查法制為例，現行刑訴法偵查中的檢察官仍擁有傳喚訊問、拘提逮捕及勘驗等強大的強制處分權，且實務運作上犯罪嫌疑人及被告仍被視為偵訊的客體，偵查具有相當強烈的糾問式色彩。惟另一方面，為沖淡此一糾問色彩，保障偵查對象之權利主體性，同時明文規定受無罪推定原則保護之嫌疑人及被告享有緘默權，以及接受辯護人援助的機會，得與辯護人接見通信、偵訊時辯護人得在場等權利，故可謂係屬糾問與彈劾之混合型態的偵查構造。

因此，在此種折衷型的偵查結構下，嫌疑人及被告享有為避免不當或違法之起訴，以及準備審判之防禦權利，無庸置疑。而其中聲請偵查機關開示其為行使防禦所需之卷證資料，乃防止將來錯誤起訴及誤判不可或缺的擔保機制，對此，偵查機關自不得逕以其為偵查之客體，而與偵查不公開做不當聯結，全面拒絕為必要的證據開示。

第三、聲請證據保全的觀點

另一方面，值得觀察的是，民國 92 年修正刑事訴訟法增訂第 219 條之 1 設偵查中證據保全制度，規定於偵查中，證據有湮滅、偽造、變造、隱匿或礙難使用之虞時，犯罪嫌疑人、被告或辯護人得聲請檢察官實施搜索、扣押、鑑定、勘驗、訊問證人或其他必要之保全證據。檢察官受理聲請後，除認聲請為不合法或無理由予以駁回者外，應於五日內為保全處分。依其修正理由，此項偵查中之證據保全規定，係基於刑事訴訟法第 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（第 1 項）。被告得請求前項公務員，為有利於己之必要處分（第 2 項）。」，為落實檢察官之客觀義務以及保障嫌疑人及被告之權利所增設。則解釋上，對於檢察官依聲請所實施保全而得之證據，聲

⁷ 二、非誠・捜査の構造，法學教室157期，1993年10月，頁89。另外，除了上述之兩種型態的偵查構造外，學說上有論者提倡所謂的「訴訟式的偵查構造論」。此項理論之內容及特徵主要有：第一、偵查係為決定起訴或不起訴，調查有無具備訴訟條件之程序。第二、司法警察機關及犯罪嫌疑人同是偵查之主體，分別獨自蒐集對自己有利的證據，而由檢察官立於頂點，監督規範司法警察機關的偵查，故具有類似訴訟之三面構造的性質。第三、偵訊活動，係為聽取犯罪嫌疑人的主張及辯解的程序，應屬於犯罪嫌疑人的權利，偵查機關不得以犯罪嫌疑人為偵訊之客體，透過偵訊積極取供。參照井戶田侃，捜査の構造，高田卓爾等編，『演習刑事訴訟法』，1984年，頁85。

請人之嫌疑人、被告或辯護人自得聲請閱覽或抄錄，始能貫徹此項證據保全制度之意旨。

如是，在刑事訴訟法基於保障嫌疑人及被告之權利，已修正引進偵查中證據保全制度的狀況下，檢察官如果再以偵查不公開為由，對嫌疑人或被告窮追猛打，一概否認其聲請接觸相關卷證資料的權利，不啻有違檢察官自己應負的客觀義務，亦不符上開增訂偵查中證據保全制度保障嫌疑人及被告權利的立法趨勢，被批評為時代錯誤，亦不為過。

第四、偵查不公開應有的界限

除了上述偵查中證據保全的觀點外，其實更基本而重要的是應從建立偵查辯護制度的立法精神來檢視所謂「偵查不公開」應有的界限。

按辯護人選任權是使犯罪嫌疑人及被告有效地進行訴訟行為之防禦權，也是防止違法的偵查活動及確保審判公正進行之必要權利，係犯罪嫌疑人及被告於刑事程序上最重要而基本的防禦權。我國於1982年修法通過偵查中選任辯護人制度時之立法理由即強調，偵查中辯護制度的確立，係憲法保障人身自由的具體表現⁵。而辯護權的保障，並非僅止於形式上賦予選任律師的機會而已，拘捕中之嫌疑人及羈押被告的接見通信、偵訊時在場權的保障以及聲請閱覽相關的卷證資料以準備防禦，均是為達成上述確立偵查辯護制度所伴隨的重要的實質內容。現行刑事訴訟法雖僅設有接見通信權及偵訊時在場權之規定，而未明定偵查中聲請證據開示之依據，然得否據此，逕以刑事訴訟法第33條的反對解釋來否定建立偵查辯護制度背後的憲法精神，大有疑義。

本文認為，偵查辯護制度的確立既係本於維護憲法保障人身自由之精神，旨在使嫌疑人及被告於偵查中即可獲得辯護人實質的法律援助，以防止違法偵查及協助其行使防禦，則不應將偵查不公開無限上綱，限制辯護人參與偵查程序及適當接觸偵查資訊的機會；亦不宜以部分辯護人可能有妨害偵查或將偵訊資訊做訴訟目的外之使用為由，因噎廢食的反過來全面禁止辯護人聲請證據開示之機會。換言之，所謂偵查不公開，並非指偵查活動絕對限於偵查機關內部秘密進行為必要，對於訴訟法上得合法參與偵查程序之辯護人或關係人，並不在禁止揭露之範圍。職是之故，為保障嫌疑人及被告合法之防禦權益，偵查機關仍應對辯護人開示必要的卷證資料，此可謂為偵查不公開之對人的例外情形。

三、偵查中聲押程序有無「武器平等原則」的適用？

所謂「武器平等原則」(Principle of Equality of Arms)，其具體內涵如何，此項原則與公平審判、當事人對抗或當事人進行原則有無不同？除了審判階段之外，在偵查階段或針對強制處分所提起之抗告階段是否亦在此項原則的適用？此項原則只是個工具概念，還是本身即是具體的權利等等，其實並不明確，依論者的價值判斷不同，可能言人人殊。

我國審判實務在判決中為說明辯護制度、輔佐人制度、檢察官負實質舉證責任、審判中之證據保全以及詰問證人之證據調查之立法意旨，迭有引用「武器平等原則」、「當事人對等原則」作為論據，最高法院 93 年第 9 次刑事庭會議復指出：「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。」可見，多數審判實務基於憲法第 16 條訴訟權的保障，已將所謂「武器平等原則」、「當事人對等原則」內含於公平審判之概念中予以闡述，惟其適用範圍是否及於偵查階段或檢察官聲請羈押之程序，尚未表示明確見解⁸。

1、比較法之觀點

日本學說上，傳統刑訴教科書一般將武器平等原則置於當事人主義下進行說明，而以當事人平等原則一詞代之。所謂當事人平等原則，被定位為訴訟之實質原理，指被告在面對檢察官擁有龐大資源代表國家追訴其犯罪時，因存有攻擊防禦的落差，應增強被告之防禦能力，達成實質的對等而言⁹。如前所述，採彈劾偵查結構的論者，基於維護犯罪嫌疑人之權利主體性，亦有主張應將當事人對等原則，適用到偵查程序¹⁰。惟關於適用到偵查的何種階段以及實質對等的權利內容如何，並無進一步的深論。

值得關注的是，日本憲法第 34 條設有羈押理由開示制度，規定人身自由受羈押之犯罪嫌疑人、其辯護人等得聲請法院以公開之法庭，開示羈押嫌疑人之理由，並賦予嫌疑人及其辯護人陳述意見及防禦之機會。檢察官得於此項程序到場陳述意見，惟無到場之義務。踐行羈押理由開示程序的結果，如發現羈押處分不適法或無理由者，應撤銷羈押（日刑訴法第 82 條以下）。學理上，部分論者認為此種羈押理由之開示，不僅應告知構成羈押要件的具體事實，並應提示證明該羈押事由存在之證據，故具有某種程度證據開示的作用¹¹。

關於「武器平等原則」的適用，在國際人權法上反而有較令人矚目的發展。與本次聲請大法官釋憲案的事實關係極為類似的是歐洲人權法院 1989 年 LAMY v. BELGIUM 一案的判決。1983 年 2 月 18 日，本案被告經法官核發押票遭到羈押，因押票上漏未簽名，且日期記載有誤，被告遂於同年 2 月 22 日及 23 日分別先後向地院合議庭及高院公訴部聲明不服，惟均被駁回，被告之羈押經延長至同年 8 月 18 日。其間，在其人身自由經拘束 30 日後，其辯護人始於被告被延長羈押之前，接受相關偵查紀錄的開示。被告在經羈押後的最初 30 日內，並無法閱覽檢討準抗告法院認為拘束被告人身自由之處分合法所憑的警察及偵查法官製作之筆錄及偵查報告書等書類。歐洲人權法院認為，接觸上開紀錄，在決定羈押或釋放抗

⁸ 2009 年釋字第 665 號的解釋理由書，亦曾提及此項概念。此項解釋認為，檢察官依刑事訴訟法第 403 條第 1 項及第 404 條規定對於審判中法院所為停止羈押之裁定提起抗告，並未妨礙被告在審判中平等獲得資訊之權利及防禦權之行使，自無違於武器平等原則。

⁹ 參照田藤重光，『新刑事訴訟法綱要（七訂版）』，1984 年，頁 89。平野竜一，『刑事訴訟法』，1984 年，頁 3。田口守一，『刑事訴訟法（第五版）』，2010 年，頁 29。白取祐司，『刑事訴訟法（第四版）』，2007 年，頁 68。

¹⁰ 田宮裕，『刑事訴訟法』，2012 年，頁 46。

¹¹ 田宮裕，同前註，頁 89。

告人的關鍵程序中是不可或缺的，特別是對於辯護人而言，如能接觸到上開紀錄，將可有助於向法院主張共同被告的主張及態度問題。據此，歐洲人權法院認為，為使能實質地爭執對於羈押適法性所為之抗告、閱覽上開紀錄誠屬重要。相對於檢察官對於所有卷證內容均有認識，在此程序中的抗告人對於羈押被告之處分是依據何種理由而得正當化，並未被賦予適當的方法加以爭執的機會。由於此項程序並未保障武器平等，因此事實上不是採取對審結構。值得注意的是，在本案中，歐洲人權法院係以歐洲人權條約第5條第4項（受拘捕之人享有接受法院迅速審查其拘捕適法性之權利）作為依據，認為對於羈押之準抗告或對於羈押處分之審查程序，必須採行對審結構，在追訴者及嫌疑人之間應保障武器對等¹²。

之後，歐洲人權法院於2001年2月13日分別判決的三個案件中，進一步明確指出，在審查對於羈押處分不服的救濟程序中，應保障對審式的司法程序，且檢察官與被羈押的被告之間應保障當事人之間的武器平等。而當辯護人為爭執羈押之適法性，卻無法接觸重要的文書及偵查紀錄時，武器平等原則即未獲得保障。固然對警察的偵查必須有效率的進行，這包括為防止嫌疑人干擾證據及偵查的進行，而有必要將續行偵查中所蒐集資料的某些部分加以保密。但此一正當目的，並不能導出辯護權可被實質削減。以上的要求，可依據歐洲人權條約第6條公平審判所內含的請求對審程序導出，且依此項規定之文義，上述權利在起訴前之程序亦有可能適用。再者，考量剝奪自由之重大影響及訴訟當事人因此所受之基本權利的侵害，歐洲人權條約第5條第4項所定之程序，應盡可能的兼顧公正及對審程序原則¹³。

要言之，於歐洲人權法上，所謂武器平等原則乃源自於公約第6條第1項接受法院公平聽審(fair hearing)的權利，且常與系出同源的對審程序(adversarial proceedings)聯結在一起。此項原則，不僅適用於審判程序，於起訴前之程序亦有適用之可能。特別是考量羈押乃剝奪人身自由之重大處分，基於公約第5條第4項之規定，起訴前，法院對於不服羈押處分之審查，應採對審程序，並保障當事人間的武器平等，應賦予辯護人閱覽或抄錄構成羈押事由之相關偵查卷證，以使其能有效爭執羈押處分的適法性。此時的證據開示聲請權，不得以防止干擾證據的偵查效率的考量而予以剝奪¹⁴。

2、本文意見

綜上觀察可見，所謂武器對等原則，係源自於公平審判的精神，與當事人對抗式的審理結構具有高度的親近性，一般是指訴訟繫屬中的當事人之間主張、聲請或調查證據，乃至於上訴等聲明不服之程序攻擊防禦的地位應力求對等的見解。

¹² The European Court of Human Rights, LAMY v. BELGIUM, 30 March 1989. 引自齋藤司，前揭註(4)，頁374以下。

¹³ GARCIA ALVA v. GERMANY, 13 February 2001；LIETZOW v. GERMANY, 13 February 2001；SCHÖPS v. GERMANY, 13 February 2001，引自齋藤司，前揭註(4)，頁379以下。

¹⁴ 關於歐洲人權法院之相關判決及德國刑事訴訟法有關偵查中閱卷制度之發展，詳參楊雲驊，閱卷權的突破——以歐洲人權法院近年來數個判決為例，台灣本土法學雜誌，第70期，2005年5月，頁120以下。

特別是就刑事程序而言，考量到與檢察官之間攻擊防禦之間的極大落差，為求公平之審判，更有以當事人對等或武器平等的概念來實質強化被告的防禦能力。

我國審判實務見解認為，刑事程序中之當事人對等原則，係為使被告享有充分之防禦權，俾受公平審判之保障所需，並以憲法第16條訴訟權作為其立論基礎，參酌上述國際人權法之相關發展狀況，本文表示贊同。惟內含於憲法訴訟權保障內容的武器平等原則，得否適用及於偵查中檢察官聲請羈押被告的階段，則容有疑義。

如從程序之形式論之，案件經起訴後，當事人的訴訟關係形成，為維護公平審判起見，以武器平等原則作為一種論述，試圖填平檢察官與被告之間攻擊防禦地位的落差，確實有其必要，也具說服力。相對的，於起訴前之偵查階段，當事人的訴訟關係尚未形成，要全面套用所謂武器對等的概念至偵查中，邏輯上說服力可能不足。惟即便如此，由於偵查中嫌疑人或被告接受辯護人援助的機會以及得保持緘默的權利，本來實質上亦得以武器平等原則來加以詮釋，對於此種詮釋，並無特別的反對意見，其實亦無加以反對的必要。真正關心的問題是，今日主張武器平等原則是否適用及於偵查階段，其最大作用的影響將是偵查中的嫌疑人是否與審判中被告的地位相同，同樣享有聲請證據開示、詰問證人、免費之指定辯護以及其辯護人得在搜索扣押時在場等等之權利。這也是本文上述強調此項課題容有疑義的理由，爭議的焦點無非將回到武器平等原則應適用及於偵查中的何種程序及其具體的權利內容如何。這已遠遠超過本次言詞辯論設定的議題，而且其實也不是單純用武器平等原則這一個工具性概念就可加以處理。故在此僅針對偵查中聲請羈押之程序，且以聲請開示偵查卷證的問題為限，略述己見。

參酌上述歐洲人權法的發展狀況，本文認為(1)於偵查中嫌疑人或被告經國家機關施以強制處分，其憲法上所保障之自由權利已受侵擾時、(2)為使其於聲明不服的救濟管道中得充分爭執或辯明該強制處分的適法性，盡速回復其權益得自由行使之狀況，在此種具有準訴訟性質之聲明不服的救濟程序中，基於維護嫌疑人或被告防禦權之行使，對於作為該項強制處分事由之相關偵查卷證資料及紀錄，應享有證據開示聲請權，對此，偵查機關或法院原則上不得拒絕。此種情形，本文贊成可引用所謂武器平等原則加以詮釋。至於，偵查中聲請羈押之階段，由於羈押處分係法院為防止被告妨害司法權公正行使所為之程序措施，且檢察官依法並不負到場之義務，故本文認為此種程序無庸適用武器平等原則，有關被告及其辯護人接觸偵查卷證資料的問題，回歸證據開示聲請權的範疇處理即可。

四、聲請證據開示權之憲法依據及其實質內涵

綜上所論，在偵查不公開原則不足以阻斷嫌疑人及被告接觸相關卷證之機會；相對的，以武器平等原則作為主張於聲請羈押階段應有閱卷權的見解又有疑義的狀況下，本文認為，處理聲請羈押被告程序中有無檢閱聲請相關卷宗之權利，應置於整體刑事程序的脈絡中思考，以嫌疑人及被告作為程序主體，確立並充實其證據開示聲請權。就結論而言，偵查中於聲請羈押之階段，被告基於憲法第8條

正當程序及第 16 條訴訟權之保障，享有聲請國家機關開示必要證據之權利，對於此項權利，除非基於正當之目的，以法律明文規定且合於比例原則，否則不得予以限制。且對於此項證據開示聲請權之限制，應賦予其向法院聲明不服之救濟管道。茲分述理由如下：

1、以嫌疑人及被告之權利主體性出發

在早期，關於刑事程序嫌疑人及被告的防禦權，除了緘默權之外，一般傾向於依附在辯護人依賴權，故行使防禦所必須的接見通信權，證據開示聲請權及偵訊在場權等，多數理解為辯護人的固有權。相關刑事訴訟法的條文亦以辯護人一詞作為主語，加以規定。惟近年來，包括增訂刑事訴訟法第 33 條第 2 項，以被告無辯護人者，仍同有行使防禦權之必要，自應適當賦予無辯護人之被告閱覽卷證之權利，故規定「無辯護人之被告於審判中得預納費用請求付與卷內筆錄之影本」，即是回歸被告乃行使防禦之主體的思維。又，654 號解釋理由書指出，不論被告人身自由是否受拘束，均享有與其辯護人不受干預自由溝通之權利；基於無罪推定原則，受羈押之被告憲法權利之保障與一般人民所享有者，原則上並無不同，因其與外界隔離，唯有透過與辯護人接見時，在不受干預下充分自由溝通，始能確保其防禦權之行使。此項意旨，已明確彰顯被告作為刑事程序中權利主體的想法。這樣的觀念及立場，值得稱許。

本文認為，無罪推定乃程序法上之謙抑原則，係國家對於嫌疑人及被告訴訟主體性的尊重，應盡其可能的與一般市民同等對待，始能讓其有充分行使防禦之機會。犯罪嫌疑人或被告一般缺乏法律專門知識，難以自行行使防禦活動的狀況下，如何使其防禦權能客觀化、具體化，除了緘默權及辯護人依賴權之外，即是接觸刑事程序中有關其犯罪情形的卷證資料，這是為有效遂行訴訟活動之前提性的權利，也是防止違法偵查及確保審判公正進行之必要權利。

以嫌疑人及被告作為權利主體下的證據開示聲請權，具有下述實質內涵：

第一，在刑事程序中嫌疑人或被告的地位一旦形成，即屬程序之權利主體，不僅是審判階段為準備訴訟攻擊防禦之所需；在偵查階段，為防止違法偵查，使其自由權益之損害得以迅速回復，或為爭取有利或必要的處遇，更有必要賦予其接觸相關的偵查卷證。且於案件判決確定後，為促請檢察總長提起非常上訴或聲請再審之必要，亦享有此項證據開示聲請權。

第二，此項權利係獨立於辯護人依賴權之外，即便嫌疑人或被告未選任辯護人，亦得聲請。確立此項權利的主體性，有三層重要的意義：(1)對外排除來自於國家機關不當的干預，(2)就其與辯護人的內部關係，倘其選任的辯護人未為其最佳利益，進行接觸及處理相關卷證資料，致其防禦權受損時，得以未獲實質有效之辯護，提出抗辯。(3)因嫌疑人或被告對於偵查或審判的結果有切身利益關係，相對的辯護人受律師倫理之規範，故得視個案情節，適度區隔對於兩者所為開示證據的範圍及方式。

第三，得聲請開示的範圍，隨偵查之進程（蒐集證據的內容或密度等）以及對於嫌疑人或被告實施訊問、搜索、拘捕進而羈押等干預自由權益的種類及其程

度，具有連動層升的比例關係。例如偵查中，嫌疑人或被告經強制扣押或人身自由受剝奪而聲明不服時，為爭執此等強制處分的適法性，其證據開示之聲請應更獲得優先且實質的保障。至審判階段，如仍維持現行的卷證併送制度，則因相關卷證資料，除由檢察官聲請調查外，其餘部分法院仍有依職權調查之可能，故為行準備防禦起見，刑事訴訟法第33條之規定仍可繼續適用。

第四，於偵查中，為保障具實效的證據開示，防止偵查機關以抽象而無正當事由之串證或滅證之虞而拒絕開示，對於嫌疑人或被告之聲請所為之拒絕處分，應予嚴格化及客觀化。例如下述幾種情形，遇嫌疑人、被告或辯護人聲請時，解釋上，檢察官應負開示之義務，不得拒絕：

(1)有利於嫌疑人及被告之證據。因屬行使防禦之積極手段，又無自行湮滅之危險，偵查機關應負開示義務¹⁵。

(2)偵查機關已先行公開揭露偵查資訊之相關證據。因偵查機關先行公開的結果可能導致嫌疑人或被告將來審判中有受不公平審判之虞，為平衡、回復嫌疑人或被告合法權益所為之自辯，聲請開示此項已公開之資訊者亦應提供。

(3)為指摘偵查方法違反法定程序之違法或不當者。此乃基於違法不值得予以掩護的觀點，為使違法偵查情節不致持續或擴大，同時收到嚇阻將來偵查機關的違法偵查，此種類型，自應屬開示於被告或辯護人的範圍。

(4)鑑定報告，已經完成之鑑定報告，基本上已無湮滅等風險，且往往左右判決之結果，故如遇被告聲請，基本上應行開示。必要時更可提供樣品，使其亦可自行委任專家鑑定，有助於釐清真實，促進訴訟的效果。

(5)嫌疑人及被告偵查中之陳述筆錄¹⁶。

(6)不利證據，無干擾證據之風險者。

其中關於(1)之部分，如屬足以影響判決結果之證據，檢察官應主動通知嫌疑人、被告及其辯護人。

第五，為兼顧緘默權的維護，行使證據開示之聲請時，不得強行要求嫌疑人或被告應負說明請求開示之具體理由的義務，否則將造成權利行使的萎縮。

第六，遭拒開示或不當限制時，應配套設有事後請求撤銷拒絕或限制處分，回復開示狀態的救濟管道。

2、憲法上之依據及限制之要件

¹⁵ 歐洲人權委員會在 *Jespersen v. Belgium* 一案中曾做成決議指出：基於歐洲人權法第6條第1項的武器對等原則聯結同條第3項(b)之規定，偵查及追訴機關對於其持有中或可接觸得到之所有足以有助於使被告獲判無罪或可獲得減刑之資料，負有開示之義務。此項原則並及於可能用來減損檢方證人信用性之資料。引自 Nuala Mole & Catharina Harby, *The right to a fair trial: A guide to the implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights*, 2nd edition, 2006, P47.
[http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRHAND/DG2-FN-HRHAND-03\(2006\).pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRHAND/DG2-FN-HRHAND-03(2006).pdf)

¹⁶ 以上第(4)、(5)點參照德國刑事訴訟法第147條第3項之規定。