

憲法法庭鑑定意見書

案號 司法院大法官會台字第 11617 號

中華民國律師公會全國聯合會

推派代表鑑定人 賴彌鼎律師

為司法院大法官審理會台字第 11617 號聲請人賴素如、李宜光就刑事訴訟法第 33 條第 1 項，有關限制辯護人於偵查中聲請羈押程序閱卷之規定，有違憲疑義聲請解釋案，提出鑑定意見書事：

現行實務似以刑事訴訟法第 33 條進行反面推論之方式，全面性剝奪辯護人偵查中閱卷權。姑不論在法學方法論之操作上，此等推論方式是否正確，惟刑事訴訟法第 33 條之規定方式，係保障辯護人於審判中「得」閱卷之權利，遍觀該條文及其他刑事訴訟法條文均無任何限制辯護人「不得」於偵查中閱卷之規定。則此等剝奪辯護人於偵查中閱卷權之實務作法，顯已欠缺法律之授權而違反憲法第 23 條法律保留原則。尤其在法院審查羈押之聲請程序時，更與法官應依刑事訴訟法所定程序踐行證據調查之要求相悖。蓋以刑事訴訟法第 155 條第 2 項：「無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據」（此之判斷，當然包括羈押裁定）；第 164 條規定物證之調查方式應為提示或告以要旨；第 165 條則規定書證之

1 調查方式應宣讀或告以要旨，如有第 2 項情形則應交付閱覽，不得
2 宣讀。上開條文均規定於刑事訴訟法第一編總則第十二章證據，在
3 體系上對偵查程序及審判程序均有適用。故限制羈押程序之閱卷，
4 不僅與憲法第 80 條規定法官應「依據法律」審判之正當法律程序
5 要求相牴觸，更使法院審查檢察官聲請羈押案件時，均未踐行合法
6 調查證據之程序，使羈押裁定均因違背合法調查證據之程序，而有
7 適法性之疑慮。此部分雖未列為爭點，然係爭點之重要前提，故先
8 於此敘明。

9 爰依大法官揭示本案言詞辯論之爭點，依次陳述意見如下：

10 **爭點一、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**
11 **為何？**

12 **一、意見摘要：**

13 本文以為，辯護人於聲請羈押程序之閱卷權與偵查不公
14 開原則二者係同時並存而各有其理論依據及目的，同為法治
15 國家追訴犯罪應依正當法律程序及公正審判原則所不可或缺
16 之基礎，兩者之間並不存在任何對立或抵觸的關係。

17 **二、理由：**

18 （一）按律師法第 1 條（律師之使命）規定：「律師以保障人
19 權、實現社會正義及促進民主法治為使命。律師應基
20 於前項使命，本於自律自治之精神，誠實執行職務，
21 維護社會秩序及改善法律制度」。是律師角色之存在，

1 除維護當事人之利益外，更有公益目的之存在，而不
2 宜一概視為被告之代理人或僅為被告意志之延伸，而
3 應重視律師在訴訟當中，實有積極參與形成正當法律
4 程序之意義與作用，此在刑事訴訟程序上尤為重要。

5 (二) 又被告辯護人制度之目的，不僅為充分保障被告受憲
6 法第 16 條所保護之訴訟基本權，並因偵查中之強制處
7 分及刑罰均可能限制人身自由，而應維護人民受憲法
8 第 8 條保障之人身自由，藉由辯護人之參與，更能防
9 止違法濫權的偵查活動，並確保審判之合法公正。我
10 國於民國 71 年修法通過偵查中選任辯護人制度，其立
11 法理由即強調，偵查中辯護制度的確立，係憲法保障
12 人身自由的具體表現。申言之，辯護人得以其法律專
13 業提供偵查程序各方面之協助，包括訊問在場、搜索
14 之在場、證據調查之提出、意見陳述及會面之溝通等
15 協助。況人民受有憲法第 16 條訴訟權之保護，從而被
16 告在刑事訴訟程序上應有實質有效之防禦權，始符合
17 訴訟權在制度性保障中提供有效權利保障之核心要
18 求。然一來，國家機關為求真相之發現，以強大組織
19 為後盾，得對被告進行調查程序並發動強制處分，因
20 而被告與其實力並不平等；二來，被告的法律知識與
21 國家的專職法律人員並不相當，自必須借重辯護制度

1 彌補其間的法律知識落差。在者，偵查程序中，被告
2 遭受羈押之聲請，即將面臨人身自由遭受拘束的最嚴
3 厲強制處分，當更須有辯護人之協助，方能保障其人
4 身自由及訴訟程序之實質正當，凡此即須聲請羈押被
5 告程序辯護人閱卷權之不受限制，方能達到被告公平
6 防禦權之可能，始能落實憲法第 8 條人身自由保護之
7 正當法律程序及第 16 條人民訴訟基本權之保護相關內
8 涵，故聲請羈押程序辯護人之完全閱卷權，為落實及
9 完善前揭憲法所欲保護人身自由及訴訟基本權所必要
10 而不可或缺，並能促成國家機關均受正當法律程序之
11 監督。

12 (三) 按偵查不公開之規範目的，主要在確保無罪推定，維
13 護公平的審判，並及於保障關係人的名譽或隱私權
14 益。此由民國 89 年修正刑事訴訟法第 245 條第 3 項之
15 修正立法理由說明：「無罪推定原則為民主法治國家所
16 公認之原則，亦為世界人權宣言及國際公民與政治權
17 利公約所明確宣示。各種不同形式的人民公審則被國
18 際社會視為踐踏人權之野蠻國家的不文明象徵。本法
19 第 154 條規定，犯罪事實應依證據認定之，無證據不
20 得推定犯罪事實，已明白宣示無罪推定原則。而本條
21 第 1 項規定偵查不公開之，其主要立法意旨，無非在

1 確保無罪推定之落實。…避免未經正式起訴審判程序
2 即公布犯罪嫌疑人涉嫌犯罪之資訊，對未經定罪嫌疑
3 人之名譽造成難以彌補之傷害，況偵查程序有關之資
4 訊若經不當公開，對於被告及犯罪嫌疑人以外之人，
5 如證人、被害人、告訴人、告發人及相關人員之名譽、
6 隱私及其他合法權益、亦有侵害之虞，不得不有嚴格
7 限制。惟刑事案件偵辦過程中，有關偵查之資訊若完
8 全封鎖，則於澄清視聽、安定民心、維護社會秩序等
9 社會公共利益，可能反而不利影響，爰修正增訂第 3
10 項，規定參與偵查程序之人員除依法令或為維護公共
11 利益或保護合法權益有必要者外，不得公開揭露偵查
12 中執行職務知悉之事項，藉以折衷調和」即知，偵查
13 不公開原則在確保無罪推定之落實，至於檢察機關從
14 事偵查活動因而受有之便利僅係反射利益，並非偵查
15 不公開之目的，且係指對於參與偵查程序之人員以外
16 之不特定人不得公開，而非對於參與程序之犯罪嫌疑
17 人或被告及其辯護人，均不得公開之謂。

18 (四) 附帶應提及的是刑事訴訟法第 245 條第 1 項固然規
19 定：「偵查，不公開之」；然不可忽略的是立法者在同
20 條第 5 項進一步要求：「第一項偵查不公開作業辦法，
21 由司法院會同行政院定之」。惟此一偵查不公開作業辦

1 法迄今仍未由司法院會同行政院定之，而現行偵查實
2 務之作法卻以法務部核定最高法院檢察署所訂「檢
3 察、警察暨調查機關偵查刑事案件新聞處理注意要點」
4 （民國 91 年 6 月 28 日法務部法檢字第 0910021751 號
5 函核定，最近一次修正係以民國 99 年 2 月 3 日法務部
6 法檢字第 0999002110 號函核定修正）為準據，此舉不
7 僅是消極地怠於履行刑事訴訟法之明文要求，更顯然
8 是積極地違反憲法第 172 條所揭示之法律優位原則。

9 （五）是以，依據前揭憲法第 8 條、第 16 條規定及相關大法
10 官解釋，並刑事訴訟法第 254 條規定及立法理由之說
11 明，應可認為辯護人於聲請羈押程序之閱卷權乃至包
12 括整個偵查程序之閱卷權，與偵查不公開原則二者之
13 間，係各有其理論依據及目的而同為刑事訴訟制度中
14 正當法律程序及公正審判原則所不可或缺之基礎，兩
15 者之間並不存在任何對立或抵觸的關係。

16 **爭點二、聲請羈押被告程序有無武器平等原則之適用？其可能之憲**
17 **法依據為何？**

18 **一、意見摘要：**

19 聲請羈押被告程序應有武器平等原則之適用，其可能之
20 依據為憲法第 8 條及第 16 條，並可參照大法官會議解釋第
21 384、436 號及釋字 442、466 號解釋意旨，且大法官釋字第

665 號解釋理由書明白揭示武器平等原則為憲法上之重要原則，而為憲法第 16 條保障人民受公平審判之內涵。另本文認為我國既已藉由兩公約施行法之規定，使兩公約有關人權保障之規定成為現行有效之內國法，則依據「公民與政治權利國際公約」及聯合國人權事務委員會關於「公民與政治權利國際公約」之第 32 號一般性意見，其所揭示之武器平等原則顯然亦應認為係我國內國法之一部分，其內涵更保障被告及辯護人藉由閱覽卷宗以充分準備答辯之權利，此亦應為本件進行憲法解釋時，所不可不注意者。

二、理由：

（一）大法官釋字第 665 號解釋理由書明白揭示，將武器平等原則與無罪推定原則、刑事被告之充分防禦權及比例原則等，併同列為憲法上之重要原則，並認為被告在審判中平等獲得資訊之權利及防禦權之行使及武器平等原則均為憲法第 16 條保障人民受公平審判之內涵。另因聲請羈押被告涉及人身自由之拘禁，依憲法第 8 條人身自由之保障，須依法定程序由法院為之，並符合法律正當程序之原則始得為之，亦迭經大法官作成解釋在案可參。

（二）偵查中辯護制度之設立，在於實踐偵查程序之實質正當法律程序，辯護人之選任為被告之訴訟程序防禦權

之核心，惟有透過辯護人能提供必要的訴訟協助，此
在偵查程序中聲請羈押尤其重要，且羈押程序更是須
完全遵守憲法第 8 條之法律正當程序，除符合拘捕法
定程序、法院審查、羈押事實理由告知義務外，更應
有辯護人提供充足之資訊以協助被告檢視羈押理由、
事證之正確與否？有無羈押之必要性等以為抗辯，則
辯護人閱卷即為必要而不可或缺，是以現行實務全面
剝奪辯護人於偵查程序閱卷權利，尤其在偵查中聲請
羈押程序，業已使被告之人身自由受立即拘束之風險
時，竟仍不得閱卷，實已違背憲法第 16 條訴訟權保護
之規定。由此觀之，依憲法第 8 條人身自由保護之規
定、第 16 條訴訟權之保護、公正審判原則所要求，偵
查中羈押聲請程序之辯護人自應有完整之閱卷權，方
能提供充足之資訊以協助被告檢視羈押理由、事證之
正確與否？有無羈押之必要性等以為抗辯，以達到充
足的防禦；否則對於羈押聲請之事證毫無所悉，無異
競技場上手無寸鐵且矇眼比鬥，不公平莫此為甚。此
觀諸德國及奧地利之立法例及歐洲人權法院相關判
決，均肯認羈押程序中之辯護人或被告之閱卷權（參
見楊雲驊著「閱卷權的突破」一文），亦可知偵查中羈
押聲請程序之辯護人應有完整之閱卷權，始符合武器

1 平等原則之要求。

2 (三) 另本文以為，依據民國 98 年 12 月 10 日施行之「公民
3 與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施
4 行法」(簡稱：兩公約施行法)第 2 條規定：「兩公約
5 所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力」；第 3
6 條規定：「適用兩公約規定，應參照其立法意旨及兩公
7 約人權事務委員會之解釋」；第 4 條則規定：「各級政
8 府機關行使其職權，應符合兩公約有關人權保障之規
9 定，避免侵害人權，保護人民不受他人侵害，並應積
10 極促進各項人權之實現」。而「公民與政治權利國際公
11 約」第 14 條第 3 項第 2 款規定：「審判被控刑事罪時，
12 被告一律有權平等享受下列最低限度之保障：… (二)
13 給予充分之時間及便利，準備答辯並與其選任之辯護
14 人聯絡¹」；兩公約人權事務委員會第 90 屆會議於 2007
15 年通過之「第 32 號一般性意見：在法院和法庭前一律
16 平等和獲得公正審判的權利²」，其中第 8 點揭示了：「在
17 法院和法庭前一律平等的權利一般地保障第 14 條第 1
18 項第 2 句所述的原則之外，還保障平等機會和武器平

¹ 原文為：In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality:… To have adequate time and facilities for the preparation of his defence and to communicate with counsel of his own choosing.

² HUMAN RIGHTS COMMITTEE Ninetieth Session, Geneva, 9 to 27 July 2007, General Comment No. 32 Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial.

1 等原則，並保證相關訴訟當事人不受任何歧視³」；第
2 13 點更進一步闡明：「在法院和法庭前一律平等的權利
3 還確保訴訟當事人的武器平等。這就意味著，除了根
4 據法律作出的在客觀合理基礎上有理由的區分之外，
5 所有各方都應享有同樣的程序性權利，但這種區分不
6 得使被告處於不利地位或對其造成不公⁴」；第 32 點第
7 1 句則規定：「第 14 條第 3 項第 2 款規定被告必須有充
8 分時間和便利準備他的答辯，並與他自己選任的辯護
9 人聯絡。該條是公正審判和適用武器平等原則的一個
10 重要基本保障⁵」；第 33 點第 1 句更明確指出：「『充分
11 的便利』必須包括能夠閱覽文件和其他證據；這必須
12 涵蓋檢方計劃在法庭上針對被告提出的全部資料或者
13 可免於刑責的資料⁶」。

14 (四) 自前揭公約第 14 條之規定及兩公約人權事務委員會第

³ 原文為：The right to equality before courts and tribunals, in general terms, guarantees, in addition to the principles mentioned in the second sentence of Article 14, paragraph 1, those of equal access and equality of arms, and ensures that the parties to the proceedings in question are treated without any discrimination.

⁴ 原文為：The right to equality before courts and tribunals also ensures equality of arms. This means that the same procedural rights are to be provided to all the parties unless distinctions are based on law and can be justified on objective and reasonable grounds, not entailing actual disadvantage or other unfairness to the defendant.

⁵ 原文為：Subparagraph 3 (b) provides that accused persons must have adequate time and facilities for the preparation of their defence and to communicate with counsel of their own choosing. This provision is an important element of the guarantee of a fair trial and an application of the principle of equality of arms.

⁶ 原文為：「Adequate facilities」must include access to documents and other evidence; this access must include all materials that the prosecution plans to offer in court against the accused or that are exculpatory.

32 號一般性意見之內容所示，武器平等原則不僅為公約第 14 條所規定之法庭平等原則之重要內涵，更具體要求應使被告及辯護人充分閱覽卷證資料以為答辯之準備，此處之卷證資料包括所有檢方欲提出於法院之文件與證據。是前揭公約及一般性意見所揭示關於刑事訴訟程序中被告權利保護之意見，自然也在審查本件憲法解釋聲請案時，具有極高之參考價值及拘束力。

爭點三、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？

一、意見摘要：

本文以為，不僅應准許犯罪嫌疑人或被告之辯護人於聲請羈押程序閱覽卷宗之權利，更應一併檢討改進立法使辯護人於偵查程序之閱卷權，受刑事訴訟法之明文保障，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，以達到偵查程序中有效權利救濟與保障的制度核心；僅在辯護人有妨害被告及訴訟關係人之權利乃至妨害司法時，始予以事後之追懲，此部分可參考德國刑法第 353d 第 3 項及日本刑事訴訟法第 281 條之 5 之規定，而就現行刑法第 316 條關於律師部分予以修法，以符合法律保留原則中關於最小侵害原則之要求，而不得完全剝奪辯護人之閱卷權。

二、理由：4

(一) 人身自由乃人民行使其憲法上各項自由權利所不可或缺之前提，憲法第 8 條第 1 項規定所稱「法定程序」，係指凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，除須有法律之依據外，尚須分別踐行必要之司法程序或其他正當法律程序，始得為之。此項程序固屬憲法保留之範疇，縱係立法機關亦不得制定法律而遽予剝奪，此有釋字第 588 號解釋意旨可供參照。憲法第 16 條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利（釋字第 418 號解釋參照）。基於有權利即有救濟之原則，人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，此乃訴訟權保障之核心內容（釋字第 396 號、第 574 號解釋參照）。

(二) 況司法院大法官於前揭釋字第 588 號解釋即已就管收制度表示：「管收係於一定期間內拘束人民身體自由於一定之處所，亦屬憲法第八條第一項所規定之『拘禁』，其於決定管收之前，自應踐行必要之程序、即由中立、公正第三者之法院審問，並使法定義務人到場為程序之參與，除藉之以明管收之是否合乎法定要件

1 暨有無管收之必要外，並使法定義務人得有防禦之機
2 會，提出有利之相關抗辯以供法院調查，期以實現憲
3 法對人身自由之保障」。則大法官就管收制度尚且強調
4 防禦機會之保障，則就偵查中羈押之審查，更應容許
5 被告及辯護人有充分防禦之機會，藉由閱卷方式以提
6 出有利之答辯以供法院審酌。

7 (三) 其次，現行司法實務剝奪辯護人於偵查中之閱卷權，
8 尚且涉及到辯護人依據憲法第 15 條工作權所保障之職
9 業方式之自由，設例言之，猶如限制醫師只能以問診
10 之方式獲得病人之主訴而作成診斷與治療，而禁止使
11 用醫學儀器（X 光或超音波）或化學方法檢驗以明全
12 貌。同時偵查機關也過於貶抑及忽略律師之公益角
13 色，更未能慮及辯護人可以藉由卷證之閱覽，向被告
14 提供正確的法律意見，包括建議其進行認罪以求符合
15 法定減刑要件等，則使辯護人有閱卷之權利，不僅能
16 有效促進真實發現，並有益於偵查及訴訟程序之進行。

17 (四) 至於辯護人倘有妨害訴訟關係人之權利乃至妨害司法
18 時，此部分似可參考德國刑法第 353d 第 3 項及日本刑
19 事訴訟法第 281 條之 5 之規定，而就現行刑法第 316
20 條關於律師部分予以修法增補，以事後追懲之方式限
21 制辯護人對於所獲得卷證資訊之使用，俾使符合比例

1 原則中最小侵害手段性之要求。另應附帶提及者，刑
2 事訴訟制度上閱卷權，按其接觸與使用之程度可區分
3 為資訊之接觸（包括：法院之提示、告以要旨、供辨
4 認及檢閱等），以及資訊之收集、處理、使用（包括：
5 卷證資料之抄錄、攝影及影印等）。是以，涉及被告人
6 身自由之羈押審查程序中，似可考量區分資訊接觸權
7 以及資訊收集使用權之程度，為不同程度之處理，而
8 不應全面否定被告及辯護人有接觸、收集、處理及使
9 用偵查中卷證之權利。

10 （五）故本文認為，最小侵害手段除得以事後追懲之刑罰手
11 段保障辯護人合理使用所閱得資料外。亦可依具體個
12 案情形區分資訊接觸及使用之不同程度，原則上准許
13 辯護人全面接觸及使用卷證資料，但例外於特定情形
14 則限制辯護人抄錄、影印或攝影之權利（亦即限制收
15 集卷證之方式），僅以提示、供閱覽方式使被告及辯護
16 人得以有所準備（亦即提供接觸卷證之機會），即已足
17 以達成保障偵查資訊不予公開之目的。而現行司法實
18 務全面剝奪被告及辯護人之閱卷權，未依個案情形考
19 量採取其他限制較輕微之手段，顯已對於被告及辯護
20 人在訴訟上之防禦權造成過度之限制，與憲法第 23 條
21 比例原則之意旨不符，有違憲法第 8 條正當法律程序

1 原則及憲法第 16 條訴訟權之保障。

2 綜上所述，現行司法實務僅以刑事訴訟法第 33 條第 1 項之反
3 面推論而全面剝奪被告及辯護人之閱卷權，不僅違反法律保留原
4 則，且未依個案情形考量採取其他限制較輕微之手段，顯已對於被
5 告及辯護人在訴訟上之防禦權造成過度之限制，與憲法第 23 條比
6 例原則之意旨不符，並違背武器平等原則，嚴重侵害人民受憲法第
7 8 條所保障之正當法律程序原則及憲法第 16 條所保障之訴訟權，
8 並與「公民與政治權利國際公約」及人權事務委員會第 32 號一般
9 性意見所揭示之人權條款有所未合。代表鑑定人爰依提出意見書如
10 上。請 鈞院大法官妥慎審究，以符憲法保障人民之人身自由及訴
11 訟權之意旨。

12 謹狀

13 司法院大法官憲法法庭 公鑒

14 中 華 民 國 一 百 零 五 年 二 月 二 十 二 日

16 中華民國律師公會全國聯合會

17 指派代表鑑定人 賴彌鼎律師