

釋字第 737 號解釋協同意見書

羅昌發大法官提出

黃虹霞大法官加入¹

本件係有關在偵查中之羈押審查程序，是否應許犯罪嫌疑人及其辯護人閱卷或以其他方式獲知檢察官據以聲請羈押之具體理由與相關證據。多數意見認為，應於偵查中羈押審查程序，以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知聲請羈押之理由與相關證據，使其得以有效行使防禦權。本席敬表同意。本件在程序上，涉及聲請解釋憲法適格要件之特殊問題；在實體上，則涉及人身自由保障、訴訟權、正當法律程序、有效行使防禦權及武器平等原則等之內涵與其間之關係；並涉及「整體觀察」解釋客體之新的違憲審查方法、偵查不公開原則是否為憲法原則、辯護人行使職權在憲法上應賦予之地位等諸多待進一步補充之問題。爰提出本協同意見書。

壹、「非抗告程序當事人之犯罪嫌疑人」及「非人身自由受侵害之辯護人」個別均應得聲請解釋憲法

一、依大法官審理案件法（下稱大審法）第五條第一項第二款規定，「人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者」，得聲請解釋憲法。此款所規定聲請解釋憲法之要件有三：其一，聲請者必須主張其憲法所保障之權利遭受不法侵害；其二，須經依法定程序向法院提起訴訟或提出其他

¹黃虹霞大法官就本意見書貳五（四）部分（即有關排除犯罪嫌疑人及其辯護人接觸檢視卷證之事由部分），認為屬於立法形成之自由；故就本意見書之該部分保留；僅加入本意見書其餘部分。

救濟程序，並經上訴或抗告等而用盡審級救濟程序，因而已有確定終局裁判；其三，須主張裁判所適用之法令有違憲疑義。原則上，憲法權利遭受侵害之人與向法院提起訴訟或提出其他救濟程序之人，應為同一人。亦即聲請解釋憲法之人，必須為憲法權利遭受侵害且已完成司法救濟程序並為確定終局裁判對象之人。然本件情形，應屬極少數之例外情形。

二、本件聲請人二人中，一為犯罪嫌疑人之辯護人；另一為犯罪嫌疑人。辯護人為向法院聲請閱卷及提出抗告之人，因而為該程序之當事人，但人身自由受侵害者為其所辯護之犯罪嫌疑人，而非辯護人本身；犯罪嫌疑人則非向法院聲請閱卷及提出抗告之當事人，但其人身自由之保護及訴訟權因其辯護人無法閱卷，而直接受影響。多數意見認為：「本件解釋之聲請人有二，即被告及其辯護人。被告雖非確定終局裁定之抗告人，惟辯護人係被告選任以協助其有效行使憲法保障之訴訟權（本院釋字第六五四號解釋理由書參照）；辯護人為確定終局裁定之抗告人，其受被告選任於羈押審查程序，檢閱檢察官聲請羈押之卷證，係為協助被告行使防禦權，是二聲請人共同聲請釋憲，核與前揭聲請釋憲要件相符。」本席對多數意見所認二人得「共同聲請」解釋憲法，固敬表同意；然多數意見就二人如非共同聲請，而係個別聲請，是否亦符合聲請釋憲之要件，並未闡釋，甚為可惜。

三、本席認為，聲請閱卷最終目的既係在保障犯罪嫌疑人之人身自由與訴訟權，犯罪嫌疑人在形式上雖非閱卷之聲請人及抗告程序之抗告人，然辯護人為犯罪嫌疑人之權益聲請閱卷且依法定程序提起抗告，應認犯罪嫌疑人已

符合大審法第五條第一項第二款所規定「經依法定程序提起訴訟」之要件，而得單獨聲請解釋憲法；否則難以有效保障其人身自由與訴訟權。又辯護人係聲請閱卷及遭裁定駁回抗告之當事人，其不但為犯罪嫌疑人之行使防禦權，以保障犯罪嫌疑人之人身自由及訴訟權，且如後所述，辯護人亦應有其憲法上固有之辯護權；故對辯護人而言，包括「傳來於」犯罪嫌疑人之人身自由及其訴訟權，以及辯護人自身之固有權利，因遭法院拒絕閱卷而受侵害，故符合大審法第五條第一項第二款所稱「憲法上所保障之權利遭受不法侵害」之要件，而得單獨聲請解釋憲法。亦即，辯護人及受聲請羈押之犯罪嫌疑人均應有分別單獨聲請解釋憲法之權。

貳、犯罪嫌疑人於偵查中羈押審查程序所應享人身自由保障、訴訟權、有效防衛權、武器平等及正當法律程序之內涵

一、「訴訟權」適用於偵查中羈押審查程序應有之內涵：

- (一) 憲法第十六條訴訟權包括正當程序、公平審判及充分防禦權：本席在本院釋字第七三六號解釋所提出之協同意見書中曾提及，憲法第十六條所保障之人民訴訟權，有諸多內涵；「包括人民於其權益受侵害而尋求救濟時，有接近利用法院之權，以及在利用司法救濟之時有受司法正當程序與公平審判保障之權及刑事被告在訴訟上享有充分防禦之權等。」多數意見就犯罪嫌疑人之訴訟權，僅提及憲法第十六條之訴訟權「係以人民權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內容，國家應提供有效之制度性保

障，以謀其具體實現」(見本號解釋理由書)。而未提及本院以往解釋(如釋字第五八二號、第六六五、第六八一號、第七三六號等諸多解釋)所提及之「公平審判」及「充分防禦」之權等更具體之內涵，殊為可惜。蓋本件所涉及之核心議題為應如何確保犯罪嫌疑人於偵查中之羈押審查程序中受公平審判及使其享有充分防禦之權。

- (二) 刑事偵查程序雖非起訴後之訴訟程序，然偵查中之羈押審查程序，由法院審理，並由代表國家追訴犯罪之檢察官與犯罪嫌疑人及其辯護人，就羈押之事由與證據進行攻防，故應屬憲法第十六條「訴訟權」保障之範疇。多數意見明確將憲法第十六條所規定訴訟權保障之範圍適用於偵查中之羈押審查程序，本席敬表同意。

二、人身自由保障適用於偵查中羈押審查程序應有之內涵：

- (一) 偵查中羈押審查程序涉及犯罪嫌疑人可能因法院審查之結果而受強制隔離，其人身自由可能於起訴前(將來是否起訴尤屬未知；如將來確受起訴，最後是否受有罪判決，更為未定之天)，即遭受剝奪。犯罪嫌疑人自應受憲法第八條之保障。
- (二) 憲法第八條就逮補、拘禁、審問、處罰之主體與法定程序，以及移送法院之時間及法院之提審等程序有具體規定，然其第一項就「人民身體之自由應予保障」之原則性規定，隱含著剝奪或限制人身自由之一切國家措施，均應「踐行必要之司法程序或其他正當法律程序」之要求(本院釋字第七〇八號解釋理由參照)。

所謂必要之正當法律程序，自應包括使人身自由已經遭受侵害或即將遭受侵害者，得以在相關程序中有效行使防禦，使其人身自由不受限制或剝奪之權。

三、人身自由與訴訟權之保障於本件同時為正當法律程序之基礎：

憲法就人身自由、財產權等實體權利受侵害，或訴訟權等程序權利之行使，均以正當法律程序之要求予以保障。故在不同之憲法解釋事件中，因所涉基本權利之不同，自有可能以不同的憲法條文作為正當法律程序要求之基礎（見本席於本院釋字第六九一號所提協同意見書）。本件情形，如前所述，犯罪嫌疑人於羈押審查程序，應享有訴訟權（包括具有「公平審判」及「充分防禦」內涵之正當程序）以及人身自由保障（包括使人身自由已受或可能受侵害者，得以有效行使防禦，使其人身自由不受非法限制或剝奪之正當程序）。此二項憲法上權利，同時作為本件正當法律程序要求之基礎。

四、武器平等原則為偵查中羈押審查程序所應遵守之正當法律程序之應有內涵：

- （一）武器平等原則（the principle of equality of arms）係歐洲人權法院依歐洲人權公約所規定公平審判（the right to a fair trial）所引申而來之基本權利。本院釋字第六六五號解釋理由書載謂：「刑事訴訟法第一百零一條第一項……規定羈押之目的應以保全刑事追訴、審判或執行程序為限。……單以犯重罪作為羈押之要件，可能背離羈押作為保全程序的性質，其對刑事被告武器平等與充分防禦權行使上之限制，即可能

違背比例原則。再者……刑事訴訟法第一百零一條第一項第三款如僅以『所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪』，作為許可羈押之唯一要件，而不論是否犯罪嫌疑重大，亦不考量有無逃亡或滅證之虞而有羈押之必要，或有無不得羈押之情形，則該款規定即有牴觸無罪推定原則、武器平等原則或過度限制刑事被告之充分防禦權而違反比例原則之虞。」其一，該解釋雖係以武器平等原則節制羈押之事由與要件（而未涉及羈押審查程序中被告或犯罪嫌疑人與辯護人接觸檢視卷證之權利），然其顯然已經承認武器平等原則作為憲法原則之一環。其二，該解釋就刑事訴訟法第一百零一條規定引用武器平等原則，並未限制其適用於起訴後之羈押審查程序；亦即，在該解釋下，偵查階段之羈押審查程序，亦應有武器平等原則之適用。

（二）多數意見謂：「羈押審查程序應否採武器平等原則，應視其是否採行對審結構而定，現行刑事訴訟法既未採對審結構，即無武器平等原則之適用問題。」本席歉難認同。

（三）本席認為，武器平等原則之基本內涵為使攻防之雙方有相同之機會，以接觸、檢視及挑戰證據；亦即凡有攻防內涵及由公正之第三方作成裁決之程序，即應使攻防之雙方有相同之機會檢視及闡述相關證據，以確保雙方所提出之理由及證據，均係由不同角度受充分檢視，以確保裁決之不偏不倚。故武器平等原則為刑事被告或犯罪嫌疑人有效行使防禦權之重要方法，應係憲法所要求公平審判及正當法律程序之重要內涵。

武器平等原則不但適用於起訴後之審判程序，亦應適用於偵查中由法院進行之羈押審查程序。如偵查中之羈押審查程序係採對審制度（亦即由雙方攻防為主），固應有武器平等原則之適用；縱使偵查中之羈押審查程序係採法官職權訊問之結構（如同我國現行制度），由於其審查之實際過程仍係由法院基於檢察官於聲請羈押時以及羈押審查程序中所提出之事實、理由、證據與口頭之說明為裁定之依據，故顯然有實質上之攻防，自應使檢察官所提出之事由與相關證據受他方之充分檢視與挑戰。縱使審查羈押聲請之法官主觀上確實不偏不倚，制度上仍不應假設其在欠缺犯罪嫌疑人及其辯護人說明之情形下，均能正確解讀相關證據，並依該等證據作成羈押與否之適當裁定；犯罪嫌疑人及其辯護人雖有可能曲解證據，然依經驗法則，其等基於切身利益或親身經歷，應較能提供不同於檢察官角度之觀察，以協助法官作成正確之解讀。在偵查中之羈押審查程序，如未賦予犯罪嫌疑人及其辯護人平等之武器，使其有相同之機會檢視與闡述證據，將如同使其被「蒙住眼睛」而與聲請羈押之檢察官，為犯罪嫌疑人之人身自由之保護進行決鬥，自與公平審判之意旨不符。

五、正當法律程序適用於偵查中羈押審查程序之具體內容— 接觸檢視卷證以有效挑戰聲請羈押事由及證據之機會：

- （一）依前述說明，偵查中羈押審查程序之正當法律程序之憲法基礎為訴訟權及人身自由之保障。其內涵，抽象而言，應包括公平審判、充分有效防禦及武器平等；具體而言，則應使犯罪嫌疑人得以接觸、檢視卷證，

俾使其得以闡述相關證據，並有效挑戰聲請羈押之事由及證據之真實性或證據價值。

(二) 多數意見認為：「偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由；……並使其獲知聲請羈押之有關證據，俾利其有效行使防禦權，始符憲法正當法律程序原則之要求。」本席敬表同意。本號解釋文及解釋理由雖未對「適當方式」及「及時」之要件進一步闡釋，然此二要件顯然受「有效行使防禦權」之規範；亦即，若證據複雜或須經查證，則僅給予犯罪嫌疑人或其辯護人短暫檢視卷證之時間，即不符合「及時」及「適當方式」之要件。

(三) 如上說明，使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知聲請羈押之理由及有關證據，既在使其有效行使防禦權；而制度上又不應假設法官在欠缺犯罪嫌疑人及其辯護人說明之情形下，均能正確解讀相關證據，並依據該等證據作成羈押與否之適當裁定；故應使犯罪嫌疑人及其辯護人得以「親自」接觸、檢視卷證，俾使其得以有效挑戰聲請羈押之事由及證據，以協助法官作成適當之裁定。如非犯罪嫌疑人或其辯護人「親自」接觸、檢視卷證，而係透過法官檢閱卷證並消化後再予轉告之方式使其獲知，則有遺漏證據之關鍵內容或使犯罪嫌疑人或其辯護人受誤導之可能；自不符合使犯罪嫌疑人及其辯護人得以有效行使防禦權之憲法要求。多數意見稱：「至於使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由及相關證據之方式，究採由辯護人檢閱卷證並抄錄或攝影之方式，或採法官提示、

告知、交付閱覽相關卷證之方式，或採其他適當方式，要屬立法裁量之範疇。」本席對於多數意見認為立法者如採「法官告知」聲請羈押理由及相關證據之立法方式，亦可滿足正當法律程序之要求部分，感到不安。立法機關應將蒙住犯罪嫌疑人及其辯護人眼睛之眼罩完整移除，本於確實使其得以親自接觸、檢視卷證，以有效挑戰聲請羈押之事由及證據之原則，為其立法裁量之依據。

- (四) 另多數意見將「有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，得限制或禁止者」作為犯罪嫌疑人及其辯護人獲知聲請羈押所依據之證據之例外，本席敬表同意。此乃對人身自由之保障與國家之有效追訴犯罪間之適當平衡。然究竟是否有此所列舉之具體「事實」以及某項事實究竟是否確有此所稱之「危害」，自應由法院依據相關證據認定，而非僅憑檢察官之指稱，自屬當然。又「危害偵查目的」之用語極為概括，除有「湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人」之危害偵查目的外，其他情形，自應限於檢察官提出具體證據以證明導致某項具體之偵查目的受到危害之情形。否則如許凡事均可概括的歸諸有害偵查目的，並因而排除犯罪嫌疑人及其辯護人之接觸檢視卷證之權，自將背離本號解釋之意旨，甚至使本號解釋意旨之實現落空。又多數意見所稱「有事實足認有……之虞，得限制或禁止」，係指得就有造成「湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞」之部分證據，使犯罪嫌疑人

及辯護人均不得接觸與檢視；而非一有此情形，即可使犯罪嫌疑人及辯護人不得接觸或檢視其他卷證資料；此亦屬本號解釋當然之解讀。

六、「整體觀察」刑事訴訟法第三十三條第一項與第一百零一條第三項之新解釋方式：

(一) 多數意見列舉刑事訴訟法第三十三條第一項及第一百零一條第三項所規定「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影」及「(第一百零一條)第一項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄」，並以「整體觀察」此二規定之結果，認偵查中之犯罪嫌疑人或辯護人僅受告知羈押事由所據之事實，並不符正當程序之要求。此為本院新採之違憲審查方式。其意旨在於，兩條文中之任何一條規定均無法單獨認定在現行刑事訴訟法之下，是否已經滿足在偵查中之羈押審查程序應賦予犯罪嫌疑人及其辯護人有效行使防禦權之憲法要求，因而不能宣告兩項規定同時或分別違憲；而必須將兩者合併納入觀察，以確定其所提供之防禦權是否充分。故本號解釋所宣告者，為刑事訴訟法對偵查中羈押審查程序之犯罪嫌疑人所提供之保護不足，因而與憲法意旨不符；而刑事訴訟法第三十三條第一項及第一百零一條第三項僅係在說明整個刑事訴訟法之保護不足。

(二) 本席並不反對此種「整體觀察」之審查方式；然本席認為，如單純審查刑事訴訟法第三十三條第一項之規定，並宣告其違憲，將較為直接、明確且有效。蓋刑事訴訟法第三十三條第一項原規定：「辯護人得檢閱

卷宗及證物並得抄錄或攝影。」民國七十一年八月四日前之刑事訴訟法並未准許於偵查中選任辯護人；為配合偵查中得選任辯護人之規定，七十一年修法時於該條項加入「審判中」之條件，而修正成為現行規定，即「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影」。其立法理由為：「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。」換言之，刑事訴訟法第三十三條第一項規定辯護人於審判中之閱卷權，依立法意旨，顯然包括禁止辯護人於偵查程序（包括偵查中之羈押審查程序）閱卷，更禁止犯罪嫌疑人於該程序中閱卷。由於偵查中羈押審查程序之正當法律程序內涵，應使犯罪嫌疑人及其辯護人得以親自接觸、檢視卷證之方式獲知聲請羈押之理由及有關證據，俾使其得以挑戰聲請羈押之事由及證據，而有效行使防禦權；故刑事訴訟法第三十三條第一項所隱含禁止犯罪嫌疑人及其辯護人於偵查程序中閱卷之意旨，自屬「部分違憲」（亦即：部分違背憲法正當法律程序之要求）。故較直接而有效之審查方式，應為宣告刑事訴訟法第三十三條第一項在「未許偵查中羈押審查程序之犯罪嫌疑人及其辯護人得以親自接觸、檢視卷證之方式獲知聲請羈押之理由及有關證據，俾使其得以挑戰聲請羈押之事由及證據，而有效行使防禦權」之範圍內，為違憲。

七、有關偵查不公開問題之釐清：

偵查不公開原則對無罪推定原則之貫徹（以避免輿論對法院造成不當壓力）、對當事人權利（如隱私與名譽）之保障、以及對偵查效能之確保，均至為重要。偵查不公開原則本身並非憲法所承認之原則（故僅為刑事訴訟法之原則），然由於該原則涉及犯罪嫌疑人無罪推定與其權利之保障，故其含有保障人民基本權益之重要憲法元素。因犯罪嫌疑人接觸、檢視卷證以獲知聲請羈押之事由與相關證據，俾為有效防禦，為保障人民身體自由及訴訟權之必要元素，故就偵查不公開原則中之保障人民基本權益之憲法元素而言，其與確保犯罪嫌疑人之公平審判與有效防禦之檢視卷證權利，自係併行不悖。就偵查不公開原則中之確保偵查效能元素而言，因該原則僅為法律原則，而非憲法原則，故其自不應與犯罪嫌疑人及其辯護人接觸、檢閱卷證之憲法權利相抵觸。

參、辯護人之憲法上權利之釐清

一、多數意見雖認為偵查中之羈押審查程序應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由及證據；然多數意見認辯護人為「受犯罪嫌疑人選任，於羈押審查程序檢閱檢察官聲請羈押之卷證，係為協助犯罪嫌疑人行使防禦權」（見本號解釋理由書）；且多數意見就本件受侵害之憲法上權利，僅列舉犯罪嫌疑人之人身自由及訴訟權（見本號解釋理由書）。亦即，多數意見並不承認辯護人在刑事訴訟制度中，有任何固有之憲法上權利；而認為其有與犯罪嫌疑人共同聲請解釋憲法之權，係傳來於犯罪嫌疑人所享有之憲法所保護

之權利。本席就本號解釋未能肯定在刑事訴訟程序中應賦予辯護人一定之憲法上權利，甚感惋惜。

二、或有認為：辯護人之固有權限，僅為其「法律上權利」（如刑事訴訟法第三十三條第一項所規定辯護人之閱卷權、第三十四條第一項所規定之接見羈押之被告即互通書信權等），而非「憲法上權利」。本席認為辯護人不僅有刑事訴訟程序上之權利；亦應有憲法上之權利。在憲法上，其權利不僅為傳來自被告或犯罪嫌疑人（即傳來權），尚包括憲法所應賦予之「辯護權」。本席認為，辯護人之辯護權（內含為被告或犯罪嫌疑人接觸及檢閱證據資料之權）應為其憲法上所享有之固有權；理由有二。其一，憲法第十六條所規定之訴訟權固係對程序之當事人所賦予之保障；然該條所規定保障之內涵，包括使被告及犯罪嫌疑人得以選任辯護人以協助其有效行使憲法保障之訴訟權（本院釋字第六五四號解釋理由書參照）。亦即，在憲法第十六條之下，被告及犯罪嫌疑人有權選任辯護人，應為實現訴訟權應有之「制度內涵」。其既然為訴訟權應有之「制度內涵」，則顯然已經非單純保障訴訟當事人之問題，而同時應以建立憲法所要求之「制度」著眼。在「制度上」，如僅承認被告及犯罪嫌疑人之憲法上權利，而未賦予辯護人擁有憲法上權利以有效協助被告與犯罪嫌疑人，將使辯護人之功能流於被動，而無法更主動有效協助被告及犯罪嫌疑人實現其憲法第十六條之權利。其二，憲法上所承認之基本權，除憲法第七條至第二十一條所明文列舉者外，尚包括第二十二條所概括規定「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障」之權

利。辯護人之辯護權（包括羈押審查程序中接觸、檢視聲請羈押所依據之理由及證據之權），除有憲法第十六條為其間接依據之外，第二十二條則為其直接依據；亦即，此種權利屬於憲法第二十二條所稱之其他權利。本席認為，承認辯護人在刑事訴訟程序中之辯護權為憲法上之權利，有助於健全訴訟權保障之制度性要求，使其更得以依專業行使職權，為當事人進行有效辯護。惟本席亦應提醒，賦予辯護人行使職權具憲法上地位之外，亦應於制度上對辯護人嚴格落實專業倫理與執行業務之責任，使其權責相符，始能使辯護人制度更趨完善。