

## 釋字第七三七號解釋協同意見書

黃茂榮大法官 提出

本號解釋基於憲法第八條及第十六條人身自由及訴訟權保障之意旨，認為在偵查中之羈押審查程序，應使犯罪嫌疑人及其辯護人能有必要之資訊，供為實質有效辯護之需，方符合正當法律程序原則之要求。就此部分結論，本席敬表贊同。惟本號解釋就應在何時，以如何之方式提供相關資訊，其解釋文與解釋理由書之內容，所言似尚不盡意，爰提出協同意見，供後續發展之參考。

### 一、聲請人於本件聲請案之核心訴求

為實質有效辯護之需，在檢察官向法院聲請羈押後、聲押庭開庭前，不應以案件尚未在審判中為理由，依刑事訴訟法第三十三條第一項規定，否准聲請人檢閱、抄錄或攝影卷宗及證物；另外，在聲押庭開庭中，亦不應以同法第一百零一條第三項規定：「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」為理由，否准告知聲請人有關檢察官據以認定其有該條第一項各款所定事實之理由及證據方法。

### 二、法律漏洞之違憲問題

向來關於法律之違憲審查，以法律之規定內容，而不以其應規定而未規定之內容為審查標的。

由於刑事訴訟法第三十三條第一項以正面表列的方式，規定容許「檢閱、抄錄或攝影卷宗及證物」之時段為：「於審判中」；而同法第一百零一條第三項以正面表列的方

式，規定應予告知之資訊為：「第一項各款所依據之事實」。因此，就上開已規定之部分，難以認定有「妨害犯罪嫌疑人或其辯護人之防衛或辯護權」。至其「聲押後、聲押庭開庭前」之時段，因未為同法第三十三條第一項正面表列之時段所包括，致實務上不容許「檢閱、抄錄或攝影卷宗及證物」；或在聲押庭中，因「據以認定有第一項各款所定事實之理由及證據方法」未為同法第一百零一條第三項正面表列之應告知之資訊所包括，致實務上法官不准許告知「據以認定有第一項各款所定事實之理由及證據方法」。這時，就其未規定之部分，是否得認定其「妨害犯罪嫌疑人及其辯護人之防衛或辯護權」，有牴觸憲法第八條關於人身自由之正當法律程序及第十六條關於訴訟權之保障規定？引起疑問。蓋法官之所以不容許犯罪嫌疑人或其辯護人「檢閱、抄錄或攝影卷宗及證物」或不准許告知「據以認定有第一項各款所定事實之證據方法」，是該二規定在具體案件適用之結果，而非法條本即明文規定之內容。這是法律漏洞之違憲問題。此涉及該二條規定之適用範圍，按諸其規範意旨，是否有應予規定而未規定，構成法律漏洞，應透過目的性擴張予以補充的問題<sup>1</sup>。

### 三、應以刑事訴訟法第三十三條未為目的性擴張為審查標的

本號解釋以：「……刑事訴訟法第三十三條第一項規定：『辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。』同法第一百零一條第三項規定：『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。』整體觀察，偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人僅受告知羈押事由所據之

<sup>1</sup> Canaris, Die Feststellung von Lücken um Gesetz, 1964 Berlin, S. 89ff..

事實，與上開意旨不符。……」，首創以「整體觀察」刑事訴訟法第三十三條第一項、第一百零一條第三項後，所得之規範情形，作為違憲審查之標的。

其考量為，刑事訴訟法第三十三條第一項規定，從法文上觀察，係為「審判程序」之規定，而未直接涉及「偵查中」是否得為檢閱卷宗、證物或抄錄、錄影之限制；實務上犯罪嫌疑人及其辯護人於偵查階段所受之限制，非個別條文規定所致，而係綜合刑事訴訟法第三十三條第一項及第一百零一條第三項規定所得之結果，故「整體觀察」後認為，上開規定與正當法律程序不符，有妥為修正之必要。

惟按刑事訴訟法第三十三條第一項規定，辯護人僅在審判中始得申請檢閱、抄錄或攝影卷宗證物（下簡稱閱卷），關於得申請閱卷之期間，因該條規定採正面表列（即「於審判中」）之方式，致未於表列容許之期間內（例如聲押後、起訴前之期間）閱卷者，受到限制。本件聲請案之確定終局裁定（臺灣高等法院一〇二年度偵抗字第六一六號刑事裁定）即以：「……又按辯護人於『審判中』得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影，刑事訴訟法第 33 條第 1 項定有明文；該條立法理由載明：『刑事訴訟法第 245 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。……」由此可見，確定終局裁定實際上適用之法律規定為「刑事訴訟法第三十三條第一項經反面解釋之規定內容」，亦即「在『審判中以外之聲押程序』，不准辯護人檢閱、抄錄或攝影卷宗及證物」。此為未將該項規定

之時段（即「於審判中」）目的性擴張至包含「聲押後、聲押庭開庭前」所形成之規範狀態。

是故，本號解釋不妨直接以刑事訴訟法第三十三條未經目的性擴張之規定內容為審查標的，而認為該「在『審判中以外之聲押程序』，不准辯護人檢閱、抄錄或攝影卷宗及證物」之規定，與憲法第八條所定之正當程序保障及憲法第十六條所定訴訟權之保障的意旨不符，應不予適用。無須迂迴創造「整體觀察」之審查及論述方式，導致審查標的不明確之現象。

#### 四、羈押審查程序應相當於通常審判程序

關於羈押要件，刑事訴訟法第一百零一條規定：「被告經法官訊問後，認為犯罪嫌疑重大，而有左列情形之一，非予羈押，顯難進行追訴、審判或執行者，得羈押之：一、逃亡或有事實足認為有逃亡之虞者。二、有事實足認為有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞者。三、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者（第一項）。法官為前項之訊問時，檢察官得到場陳述聲請羈押之理由及提出必要之證據（第二項）。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（第三項）。」另依同法第一百零一條之一規定，犯該條第一項所列各款之罪，其嫌疑重大，有事實足認為有反覆實施同一犯罪之虞，而有羈押之必要者，亦得羈押之。所以，犯罪嫌疑人必須有該二條所定之羈押事由，始得聲請法院准予羈押，法院亦始得為准予羈押之裁定。而上開羈押事由是否具備，應依調查所得之證據認定之。因此，檢察官在聲請羈押時，在羈押聲請書中應即載明，犯罪嫌疑人應予羈押之事由及所據以認定

之證據方法，供承審羈押案件之法院據以裁定，是否准予羈押。

鑑於准予羈押之裁定，雖非有罪判決，但卻與有罪判決中之有期徒刑的判決一樣，會產生限制犯罪嫌疑人之人身自由的結果；蓋一旦准予羈押，即於有罪判決確定前，提早限制犯罪嫌疑人之人身自由。因此，當限制犯罪嫌疑人人身自由之時點，已因羈押審查程序之啟動而提前，則應認為等同於通常審判程序已提前展開。換言之，刑事訴訟法第三十三條第一項所定之「審判中」之時點即已向前移動，俾使犯罪嫌疑人及其辯護人能根據相關證據方法，從事必要之防衛與辯護。

縱認羈押審查程序不等同於通常審判程序，而不得適用刑事訴訟法第三十三條規定給予辯護人閱卷，然基於憲法第八條人身自由保障之意旨，以及無罪推定原則之要求，對於犯罪嫌疑人及其辯護人就羈押事由有關之卷宗、證物，除確有防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益之必要，得以法律明文加以限制外，應使犯罪嫌疑人及其辯護人於羈押審查程序中，有與通常審判程序相當之防衛及辯護之權利與機會，俾符合憲法第二十三條法律保留原則及比例原則。刑事訴訟法第三十三條僅就審判中，而未對起訴前，特別是聲押前、聲押庭開庭時，犯罪嫌疑人及其辯護人檢閱、抄錄或攝影卷宗、證物等防衛及辯護權妥為規定，因此發生對於犯罪嫌疑人及其辯護人一時性之限制結果，與憲法第二十三條意旨不盡相符。是故，就其適用範圍除應儘速修法外，在修法前，並應予目的性擴張，以符該條規定之規範意旨。

## 五、如何給予犯罪嫌疑人及其辯護人實質有效之防衛及辯護

## 權

實質有效之防衛及辯護，應兼從時間、方式及內容三個面向來落實。本號解釋以「……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；除有事實足認有湮滅、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，得予限制或禁止者外，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。其獲知之方式，不以檢閱卷證並抄錄或攝影為必要。……整體觀察，偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人僅受告知羈押事由所據之事實，與上開意旨不符。……」上開解釋之意旨，無非從「時間、方式及內容」三個方面來論述。於內容方面，多數意見認為，現行偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人所能獲知者，僅為聲請羈押所依據之事實，而未及於檢察官聲請羈押各項理由之具體內容及相關證據，與憲法所定剝奪人身自由所應遵循之正當法律程序原則不符，並認為除「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」得予限制外，應使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官聲請羈押之有關證據。就此部分，本席敬表贊同。

惟在時間方面，多數意見認為應「及時」，而何謂及時，於解釋理由中並未予具體表示；在方式部分，多數意見認為所謂「適當方式」不以由犯罪嫌疑人及其辯護人檢閱卷宗並抄錄或攝影為必要，由法官提示、告知、交付閱覽等方式亦無不可，而究採何種方式係屬立法機關自行裁量之範疇。就此二部分，本席意見如下：

### （一）關於時間

羈押審查程序攸關犯罪嫌疑人之人身自由是否受到限制，其當遵守之正當法律程序之內涵為何，本院應正面面對，並於解釋文中明文闡釋本院之具體意旨，而不宜以不確定、看似合理的文字作為結論。

本號解釋僅要求應「及時」使犯罪嫌疑人及辯護人獲知，輔以肯認由法官提示、告知或交付閱覽之方式使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知相關卷證資訊。不免令外界困惑，本號解釋多數意見所謂之「及時」，究竟所指為何？係聲押庭開庭前？開庭中？抑或法院作出羈押與否之決定以前？也因此，為未來修法、司法實務操作埋下不易處理之疑難，致本號解釋之意旨恐無法儘早獲得貫徹。

由於犯罪嫌疑人欲證明其無罪或不符合羈押事由，係就消極事實所為之舉證，所以，在證據方法之提出上確有困難，或甚至是不可能的。因此，為使犯罪嫌疑人及其辯護人能為實質有效之辯護，除責由主張有犯罪事實之一方（在此即檢察官）向法院聲請羈押時應具體表明聲請羈押之事實、理由，並提出必要之證據外，同時，上開事實、理由以及必要證據（除有事實足認有湮滅、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，得限制或禁止者外），亦應讓犯罪嫌疑人及其辯護人知悉，俾使其能針對檢察官所指控之事實、認定事實所憑據之證據逐一回應，為其清白而為辯護。

因此，所謂之「及時」應指於「聲押庭開庭前」即令犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官聲請羈押所據之事實、理由及證據，並給予充分時間為聲押庭之答辯做準備，而不能至聲押庭開庭中、甚至法院作出羈押與否之裁定前，始讓犯罪嫌疑人及其辯護人獲知相關資訊。

## （二）關於方式

本號解釋認為，使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知之方式，不以檢閱卷證並抄錄或攝影為必要，由法官提示、告知、交付閱覽相關卷證或其他適當之方式，均無不可，並指明此部分要屬立法裁量之範疇。

然而事實上，多數意見對於「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」之情形，已有得為限制或禁止犯罪嫌疑人及其辯護人獲悉相關卷證資訊之共識。換言之，多數意見已就犯罪嫌疑人及其辯護人於偵查中獲悉相關卷證資訊，本於憲法比例原則、正當法律程序原則，以及偵查實務之狀況，予以通盤考量。因此，當無上述「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」情形時，究有何正當理由再限制犯罪嫌疑人之辯護人，不能如同通常審判程序一般，檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影？其差別之理由為何？就此，本號解釋並未加以論述。

固有意見認為，人民應信任法官為客觀中立之審判機關，由法官提示、告知、交付閱覽相關卷證，即應無損於犯罪嫌疑人之利益，並非只有許辯護人檢閱卷證並抄錄或攝影之方式，始符合正當法律程序。惟上述說法似有幾個盲點：第一，忽視「法官提示、告知或交付閱覽」與「辯護人自行閱卷」，在卷證資訊之取得，本質上有間接及直接之差異。第二，按現行規定，通常審判程序中亦採辯護人自行檢閱卷證並得抄錄或攝影之方式，而非由法官提示，而依一般觀念，並不會將辯護人閱卷制度之設計，認為是對於法官提示卷證之不信任。第三，如前所述，羈押審查程序乃於有罪判



決確定前，提早決定是否限制犯罪嫌疑人之人身自由。因此，在羈押審查程序中，應以使犯罪嫌疑人獲得與通常審判程序相同之程序保障為原則，當有特殊目的考量，而有限制之必要時，自應符合憲法法律保留原則及比例原則之要求，並須具備差別待遇之正當理由，方得為之。

## 六、結論

處理本案問題首先必須理解到，犯罪嫌疑人欲證明無罪或無受羈押之事由，是關於消極事實之舉證。這在證據方法的提出上是有困難，甚至是不可能的，因此，必須由主張有犯罪事實之一方（即檢方）提出認為有羈押必要之事實、理由，以及證明其主張之證據，而後犯罪嫌疑人及其辯護人方有可能針對檢察官之指控，為實質有效之防衛與辯護。於羈押審查程序，使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知必要之卷證相關資訊，乃為保護犯罪嫌疑人憲法上權益所必要，其應當踐行之正當法律程序究竟為何，本號解釋僅以「及時」、「適當方法」等抽象文字名之，恐因保留過多空間予立法裁量，而致將來修法之結果，不能符合本號解釋多數意見之意旨及多數人民之期待。是否會有如此之演變與發展，值得持續關注，以供將來釋憲解釋措辭上之參考。