

釋字第七三七號解釋 協同意見書

蔡大法官明誠 提出

黃大法官虹霞 加入

本件解釋基於憲法保障人身自由及訴訟權之意旨及正當法律程序原則，整體觀察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，偵查中之犯罪嫌疑人或辯護人僅於羈押事由所據之事實範圍內受告知，認上開規定與憲法意旨不符，謹表同意。惟有關辯護人之法律地位及其閱卷權之性質、閱卷權及告知請求權之關係、犯罪嫌疑人與被告之用語等問題，仍待釐清檢討，是以謹提出本協同意見書如後。

一、辯護人之法律地位及其閱卷權之性質

於刑事訴訟程序中辯護人之閱卷權 (Recht auf Akteneinsicht)規定，其法理基礎，有謂係源於聽審原則下被告之請求資訊權，此說法強調被告請求權，嚴格言之，此是否認為辯護人之閱卷權係來自於被告之傳來權，而非辯護人之固有權，頗值得探討。我國學說，認為閱卷權係辯護人之固有權，而非由被告之傳來權。¹另從比較法觀察辯護人之法律地位，辯護人不問係經被告選任或法院指定，應履行其法定之委任，此不僅包括保護被告之利益，亦包括協助處理由法治國思想所

¹ 參照蔡墩銘，辯護人之閱卷權，月旦法學教室，創刊號，頁 18。其認為刑事訴訟法第三十三條辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物，並得抄錄或攝影，屬於辯護人之固有權。類似見解，參照林山田，刑事程序法，台北：五南，2004 年 9 月 5 版 1 刷，頁 202 以下。

建構之刑事司法事務。對於辯護人之法律地位，在學理上²雖有不同見解，惟為強化辯護人之法律地位，宜認辯護人係屬與法院及檢察官同等地位之「獨立司法機關」。換言之，辯護人係為具有功能性之刑事司法夥伴，而非敵對方。因此，辯護人亦負有「使程序在實體及形式上之軌道運作」之注意義務。辯護人非居於從屬性地位，宜解為其係以自我負責方式而進行辯護，且不受法院之控管，亦不受被告指示之拘束。質言之，辯護人並非僅係代理人，而是被告之保護人(Beistand)(有譯輔佐人或輔助人)。其任務在於全面性維護被告之權利，關注一切有利於被告之法律及事實情況，致力於司法程序之嚴格踐行。³因此，辯護人依法律及專業倫理規範執行辯護任務，宜解為係具有獨立性之機關地位，而非單純犯罪嫌疑人或被告之代理人，從以上觀點出發，刑事訴訟法第三十三條第一項所規定辯護人之閱卷權，宜認為係辯護人之固有權。

二、閱卷權與告知請求權之互補及差異

從比較憲法觀察，德國基本法第一百零三條第一項規定人在法院享有合法聽審請求權(Anspruch auf rechtliches Gehör)，此係以法治國原則為根源，補充傳統訴訟基本權而發展出與其

² 有關辯護人之法律地位，於德國學說上有代理利益說、機關說及所謂嚴格機關說(sog.“strenge“ Organtheorie)等理論。逐漸採取機關說，尤其是Werner Beulke 提出限制機關說，且以新進法院判決作為基礎之所謂嚴格機關說。(參照 Claus Roxin/Bernd Schünemann, Strafverfahrensrecht, München:Beck, 2014, §19 Rn.3.)

³ 參照 Meyer-Großner/Schmitt, Strafprozessordnung, 58.Aufl., München:Beck, 2015, Vor §137 Rn.1.

他憲法程序原則相關聯之等同基本權之權利 (Grundrechtsgleiches Recht)。聽審請求權、其他特別訴訟基本權及一般公平審判權，同為確保法院刑事程序進行。所謂公平審判之一般訴訟權 (allgemeine Prozessgrundrecht auf ein faires Verfahren)，係屬於攔截性基本權 (Auffanggrundrecht)，用以補充屬於特別程序權之聽審請求權。⁴公平審判請求權僅於未有特別保障時，始發生之。⁵

再者，如合法聽審受到確保時，客觀正當的審理，始得踐行，從而刑事程序中之所謂武器平等，亦得保障。前述聽審請求權，亦係源自突襲性裁判之禁止，且合法聽審之功能，不僅是為法院判決事實基礎之澄清，並且亦為人性尊嚴之尊重。⁶德國基本法明定之合法聽審請求權不適用法律保留，僅在憲法內在限制範圍內，始得限制，此乃基於德國基本法第十九條第四項規定有效權利保護之要求而產生。因此，立法者基於基本法第一百零三條第一項所規範之保障範圍，在合乎比例原則內，有權利亦有義務以個別法律制定合法聽審請求權之相關程序。⁷

⁴ 參照 Christoph Brüning in: Stern/Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2010, Art. 103 Rn. 118f.; Michael/Merlok, Grundrechte, 4. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2014, Rn. 897.

⁵ 德國聯邦憲法法院認為基本法第一百零三條第一項屬於特別法 (lex specialis)，公平審判請求權屬於一般規定。(參照 Volker Epping, Grundrechte, 5. Aufl., Berlin Heidelberg: Springer, 2012, Rn. 966.)

⁶ 有關德國聯邦憲法法院之論述，參照 Christian Bumke/Andreas Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 7. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, Rn. 2474ff..

⁷ 參照 Christoph Gröpl/Kay Windthorst/Christian von Coelln, Grundgesetz-Studienkommentar, 2. Aufl., München: Beck, 2015, Art. 103 Rn. 13.

從基本法第一百零三條第一項所規定之合法聽審請求權又衍生出訴訟中資訊權(Recht auf Information im Prozess)⁸、訴訟中意見權(Recht auf Äußerung im Prozess)⁹及法院對當事人所表達意見之斟酌義務(Recht auf Berücksichtigung)¹⁰。上開資訊權內涵，原則上包含法院文件之送達，及檢閱得供法院使用之相關卷宗。¹¹亦即，該資訊權藉由檢閱訴訟卷宗權，予以確保及加強。簡言之，由合法聽審請求權產生資訊權，而閱卷權屬於此項資訊權之一種。此閱卷權又包含審閱得供法院使用之相關卷宗(Akteneinsicht)，及檢閱官方持有之證物(Besichtigung amtlich verwahrter Beweisstücke)¹²，明文規定於德國刑事訴訟法第一百四十七條。通常情形，違反德國刑事訴訟法¹³第一百

⁸ 參照 Michael/Merlok, a.a.O., Rn.899.

⁹ 保障表達意見權(Recht auf Äußerung;Recht zur Äußerung)，使程序參與者不僅有表達意見之可能性，亦且有就法院判決基礎之事實(Tatsachen)，亦得以事先表達意見。參照 Gröpl/Windthorst/von Coelln, a.a.O., Art.103 Rn.8; Michael/Merlok, a.a.O., Rn.900..

¹⁰ 此斟酌義務不僅是使法院知悉，且法院在判決時就當事人之意見應予以斟酌。然於此並非意指法院應跟隨該表達意見，毋寧是原則上使法院知悉該參與者所提出之不同意見，且將之納入考慮。參照 Gröpl/Windthorst/von Coelln, a.a.O., Art.103 Rn.9.有稱為狹義聽審權(Das Recht auf Gehör i.e.S.)，參照 Michael/Merlok, a.a.O., Rn.902.

¹¹ 參照 Christoph Gröpl/Kay Windthorst/Christian von Coelln, a.a.O., Art.103 Rn.7.

¹² 我國刑事訴訟法第三十三條第一項規定並未區別卷宗與證物之檢閱。

¹³ 德國刑事訴訟法係為“Strafprozessordnung“之翻譯，其包括廣義刑事程序實施之規定(Vorschriften für die Durchführung des Strafverfahrens im weiteren Sinne)，嚴格言之，譯為刑事程序法，似較為妥適，不過為與我國刑事訴訟法對照，茲譯為“刑事訴訟法“。

四十七條閱卷權規定，亦即違反基本法第一百零三條第一項聽審請求權規定。¹⁴

由上述德國法觀察，閱卷權係源自憲法所規定合法聽審請求權之對事務之保障範圍(das sachliche Schutzbereich)。原則上，辯護人享有無限制之閱卷權(ein uneinschränkbares Einsichtrecht)(德國刑事訴訟法第一百四十七條第一項參照)。在偵查期間，例外情形，如有危害偵查目的者，得限制閱卷權(第一百四十七條第二項第一段參照)，另基於秘密須加以保護(Gemeinschutz)之卷宗，法院得限制或排除辯護人攝影或摘錄之權利。¹⁵在羈押審查或羈押抗告程序，則屬於例外之例外情形，向來德國實務上就羈押問題給予部分閱卷權(Teilakteneinsicht)。¹⁶德國刑事訴訟法明定，辯護人得以適當方式接近使用對被告自由剝奪之合法性判斷之重要資訊，於此範圍內原則上保障閱卷權。(第一百四十七條第二項第二段參照)除閱卷權外，另有告知及抄錄(Auskünfte und Abschriften)請求權及將閱覽卷證所獲知者轉告被告等權利。後者，辯護人通常得就卷宗內容口頭告知被告，程序上亦有義務將所抄錄或攝影(Abschriften oder Ablichtungen)之卷宗內容交付被告。¹⁷如無辯護人之被告，基於其聲請，得以告知及抄錄卷宗(第一百四十七條第七項參照)。

此外，依德國刑事訴訟法第一百四十七條規定，閱卷權僅

¹⁴ 參照 Christoph Brüning in: Stern/Becker(Hrsg.), a.a.O., Art.103 Rn.26.

¹⁵ 參照 Rolf Hannich, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, 7.Aufl., München:Beck, 2013, §147 Rn.13.

¹⁶ 參照 Brüning in: Rolf Hannich, a.a.O., §147 Rn.16.

¹⁷ 參照 Meyer-Großner/Schmitt, a.a.O., §147 Rn.20.

給予辯護人，而非「被告」¹⁸本人。但如從歐盟人權及基本自由保護公約(EGMR)觀點，則不符合歐盟人權法院對於上開公約中聽審請求權之見解。是以有認為德國未賦予被告¹⁹本人閱卷權之規定，違反歐盟人權及基本自由保護公約之解釋及相關判決，為符合前揭公約之聽審請求權之解釋，應予被告本人於辯護人在場時得以閱卷。²⁰

我國有關辯護人之閱卷權及告知請求權等規定，主要規定於刑事訴訟法第三十三條第一項及第一百零一條第三項，茲列表如下，以供參酌：

| | 閱卷權 | 告知請求權 | 抄錄或攝影 | 請求付與卷內筆錄之影本 | 法條 |
|---------|-------------|--|-----------|------------------------|---------------------------|
| 辯護人 | 審判中得檢閱卷宗及證物 | 偵查中之羈押審查程序，第 101 條第 1 項各款所依據之事實，應告知辯護人 | 審判中得抄錄或攝影 | | 第 33 條第 1 項、第 101 條第 3 項 |
| 無辯護人之被告 | | | | 原則上審判中得預納費用請求付與卷內筆錄之影本 | 第 33 條第 2 項 ²¹ |

¹⁸ 此所謂被告，係指“Beschuldiger”，詳參本文頁 10-11 之說明。

¹⁹ 不過此所稱被告，係指“Angeklagter”，宜留意之，詳參本文頁 10-11 之說明。

²⁰ 參照 Christoph Brüning in: Stern/Becker(Hrsg.), a.a.O., Art.103 Rdn.27.

²¹ 按我國刑事訴訟法第三十三條第二項，雖其請求權內容仍有差異，但比較類似德國刑事訴訟法第一百四十七條第七項規定無辯護人之被告情形。

| | | | | | |
|----|--|---------------------------------------|--|--|--------------|
| 被告 | | 偵查中之羈押審查程序，第 101 條第 1 項各款所依據之事實，應告知被告 | | | 第 101 條第 3 項 |
|----|--|---------------------------------------|--|--|--------------|

因我國審判實務上，往往限於審判中辯護人始有閱卷權。於偵查中，特別是於羈押審查程序中是否宜賦予辯護人閱卷權，仍處於理論上探討階段。於國內學理論著中，不乏參考前述德國或歐盟等立法例，提出檢討之建議，值得參酌。因此，未來修法檢討時，仍宜思考採行何種適合我國刑事程序之辯護人制度、閱卷方式及相關規範，俾確保辯護人之法律地位，並保護犯罪嫌疑人(或被告)之訴訟基本權。

綜上，本件解釋主要針對偵查中之羈押審查程序，辯護人與犯罪嫌疑人之告知請求權，在法律適用上予以同等對待。至於閱卷權問題，則稱「其獲知之方式，不以檢閱卷證並抄錄或攝影為必要」等語，作為解釋，此似有意委由立法自由形成或立法裁量。惟如前述，如辯護人之閱卷權，涉及憲法保障之程序基本權(或稱訴訟基本權)，實宜有憲法層次之考量。換言之，除前述歐盟公約之見解外，如參考前述德國法規定，至少原則上宜肯定辯護人之部分閱卷權，縱使否定被告(或稱犯罪嫌疑人)之閱卷權，於一定要件下，宜另賦予告知請求權，是以兩者在偵查中或偵查中聲請羈押審查程序，其所享有閱卷權，可能因不同立法政策考量，使之享有不同形式之請求合法聽審之資訊權。

此外，辯護人之閱卷權，屬於其固有權，而非由被告傳來之權利。如將閱卷權與告知請求權比較，兩者之功能、構成要件及保障範圍，實不盡類似。質言之，使被告享有受告知(或稱獲知)卷證資訊之請求權或使法院負有告知義務，雖犯罪嫌疑人(或被告)或辯護人可能從所提供資訊中獲知可供防禦或辯護之資訊，但畢竟如將卷證放置特定場所，至少使辯護人有機會親自接觸相關卷證，藉以探尋卷證之蛛絲馬跡，有時或許可能獲得意想不到之資訊，是以告知請求權與閱卷權兩者，往往發生不同功能或結果，故宜予以區別。

另本件解釋以刑事訴訟法第三十三條第一項規定作為解釋客體，本於憲法第十六條訴訟權應予保障之意旨，對於訴訟權之定性，如能從消極之防衛權(Abwehrrecht)功能，提升為積極之受益權或給付權(Leistungsrecht)功能之請求權，似更可彰顯憲法保護人民訴訟基本權或程序基本權之意旨與目的(Sinn und Zweck)。換言之，人民基於權利保護之訴訟基本權保障，於其訴訟上受益權等基本權受到侵害時，依法享有於司法程序獲得及時有效救濟之請求權，其包含聽審、公正程序、公開審判請求權及程序上之平等權等訴訟基本權(本院釋字第四八二號解釋參照)。從前述憲法訴訟基本權之積極給付權功能面向之要求觀之，刑事訴訟法第三十三條第一項關於辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影之規定，使辯護人僅限於審判中始享有閱卷權，法律規定之保障尚有不足，宜檢討之。

三、犯罪嫌疑人與被告用語二分法之再思考

有如美國 suspect(或 crime suspect)及日本被疑者(ひぎし

や) (有稱「容疑者」)²²等用語²³，本號解釋區分犯罪嫌疑人與被告之用語，並認為基於無罪推定原則及憲法第八條之規定，現行我國刑事訴訟法使用被告稱呼偵查中之犯罪嫌疑人，實於未起訴前應稱為犯罪嫌疑人，故於解釋文及解釋理由書中均如此稱呼，如此較能保障受偵查人之名譽等權益，固值得贊同。惟法律規定使用何種名稱稱呼，大多屬於立法裁量之範圍，宜予尊重。且從德國刑事訴訟法比較觀察，在開始偵查程序後，可能隨其刑事程序發展階段之不同，而有不同稱呼，此一立法例，亦有比較及參考之價值。因德國刑事訴訟法未明定「嫌疑人」(Verdächtiger)，而是在嫌疑人與被告之間，因偵查前、偵查、中間程序、(主要)審判²⁴、裁判(既判力)及執行²⁵階段之不同，而有不同稱呼，但非採取二分法用語。²⁶依德國刑事訴訟法規定，主要刑事程序通常區分四個階段，使用不同德文表示其不

²² 於日本，犯罪之嫌疑人經提起公訴(起訴)者，稱「被告人」(ひこくにん)。於民事裁判中被起訴者，則稱被告。(參照 <https://ja.wikipedia.org/wiki/%E8%A2%AB%E5%91%8A%E4%BA%BA>)(瀏覽日期:2016/4/25)。

²³ 法律上廣義嫌疑人(Verdächtiger im weiteren rechtlichen Sinne)，雖此法律概念於德國未為立法者所採用，其係指有犯罪嫌疑之人(eine Person, welche einer Straftat verdächtigt wird)。(參照 <https://de.wikipedia.org/wiki/Verd%C3%A4chtiger>)(瀏覽日期:2016/4/25)

²⁴ 偵查、中間程序、(主要)審判、裁判(既判力)階段，屬於判決認定)程序(Erkenntnisverfahren)。

²⁵ “Vollstreckungsverfahren”，屬於判決後之執行政序。

²⁶ 於刑事程序，「被告」(Beklagter)概念，不予使用(按:此使用於民事訴訟上之被告)，對於當事人之稱謂，按檢察官對之所進程序，即按各階段進程序(je nach Verfahrensstadium)，分別稱之為“Beschuldigter”，“Angeschuldigter”或 “Angeklagter”。參照 <https://de.wikipedia.org/wiki/Beklagter>(瀏覽日期:2016/4/25)。

同程序上之地位或角色²⁷，茲列示如下，以供參酌：

| | | | |
|---------------------------------------|--|--|------------------|
| 刑事警察或檢察官就犯罪嫌疑之開始 (Anfangsverdacht) | 偵查程序開始(基於一定事實，具體認為其具有嫌疑者)，或採行偵查(調查)措施，例如物之沒收、身體檢查、逮捕、裁定羈押等 | 檢察官之偵查程序結束而提起公訴(中間程序;開啟程序) ²⁸ | 法院審判程序開始 |
| 嫌疑人 | | 被起訴之被告 | 被告 ²⁹ |
| Verdächtigter | Beschuldigter | Angeschuldigter | Angeklagter |

²⁷ 參照 Mey-Großner-Schmitt, a.a.O., §157 Rn.1ff.及本參考資料之附錄。有關單純行為嫌疑(Tatverdacht allein)，既不是被告身分，亦不是當然即構成偵查之理由；亦且不單純因刑事告發而發生。如基於告發(或稱檢舉)(Strafanzeige)(按:“Strafantrag”;「刑事告訴」)，而進行偵查時，嫌疑人被稱認為 Beschuldigter。此視行為嫌疑之強度而定。尤其在警察對於有嫌疑之指控，不得逾越權限，認其為 Beschuldigter。(參照 Mey-Großner-Schmitt,a.a.O., Einl 77.)另參照林山田，前揭書，頁 185 註 80，論及我國刑事訴訟法，除有些條文將嫌疑人與被告並列外，絕大多數條文均只規定被告，而其規定內容亦應及於犯罪嫌疑人，並參考德國刑事訴訟法，在不同階段有不同用語稱呼之。

²⁸ 中間程序存在之價值，向來有些爭議，德國學者有持保留見解。但實務上可能因其具有消極控管功能，而未開啟審判程序(例如 Spiegel-Prozess 案)。如能由非原裁判程序法院之法官開啟中間程序，而係由其他審判機關(例如開啟審判法院或法官)擔任，或許實務上尚有存在意義。此類似美國刑事程序之大陪審(Grand jury)之情形。(參照 Roxin/Schünemann,a.a.O., §42 Rn.3.)

²⁹ 被告在刑事訴訟上為“Angeklagter”(譯為「被告」)，在民事訴訟上稱“Beklagten”(譯為「被告」)。

依德國刑事訴訟法第二百零三條規定，於刑事程序 (Strafverfahren) 中，決定對偵查中之 Beschuldiger³⁰，開始法院審判程序 (Eröffnung des Hauptverfahrens)³¹ (德國刑事訴訟法第 157 條)，或對之為處刑命令 (Strafbefehl) 後，稱為被告 (Angeklagter)。但在此之前，其並不使用“Verdächter”(嫌疑人)，而稱“Beschuldiger”，起訴後則稱 “Angeschuldigter”(或可稱為「被起訴之被告」或被訴者)，審判程序開始後，則稱之為“Angeklagter”(被告)。我國刑事程序制度及基本原則，固與德國法不盡相同，且中文亦與外文使用上容有差異，固難以類比或完全繼受，但如比較法觀察，現行相關規定，採取「犯罪嫌疑人」與「被告」用語二分法，是否屬於妥當作法，是否要參考德國立法例再做更細緻的分類，謹提供上述外國法經驗以作參考，併此敘明。

³⁰ “Beschuldiger”(有譯為「被告」)，如其被起訴，即改稱為“Angeschuldigter”(或譯為「被起訴之被告」)，德國刑事訴訟法第 157 條。(參照吳麗琪譯，德國刑事訴訟法，台北:三民，民國 87 年 11 月初版，頁 418。) 被指責為犯罪行為且對之進行刑法之偵查(調查)程序之人，稱為“Beschuldiger”，其與有為犯罪之開始嫌疑者之嫌疑人(Verdächtiger)(參照德國刑事訴訟法第 152 條第 2 項)，換言之，進入偵查程序，則稱為“Beschuldiger”。檢察官提起公訴時，則稱為「被起訴之被告」(Angeschuldigter)(參照德國刑事訴訟法第 157 條)，法院開始審判程序，稱之為「被告」(參照德國刑事訴訟法第 203 條、第 407 條)。

³¹ 調查程序與中間程序，係於該時點結束時，開始審判程序(Das Ermittlungsverfahren und das Zwischenverfahren sind zu diesem Zeitpunkt abgeschlossen und es beginnt das Hauptverfahren.)。參照 <https://de.wikipedia.org/wiki/Angeklagter>。