

釋字第七三七號解釋協同意見書

陳新民大法官 提出

視民冤而不為言，知奸發而莫一告，慢上殘下，何以為民父母哉！

明朝·海瑞·《申軍門吳堯山并守巡道請改招詳文》

政之累民莫如管押；管押之名，律所不著，乃萬不得已而用之；故非萬不得已者，斷不可押。

清朝·汪輝祖·《學治說贅》

本席贊同本號解釋多數意見的結論，認為：即使在偵查階段的羈押審理程序，應賦予犯罪嫌疑人與辯護人充分的資訊獲得權，且此權利不一定須與刑事訴訟法(以下簡稱本法)第三十三條第一項(以下簡稱系爭規定)，所賦予的律師卷證檢閱權的內容完全一致，可由立法裁量之。本席對於多數意見所呈現出對人民訴訟權利以及正當法律程序原則的重視亦表示讚佩之意。

惟為了更進一步強化憲法保障人民訴訟權的防衛功能，以及逐步豐富憲法正當法律程序的內容、提升我國刑事正義的文明指標，本號解釋似乎可再稍加擴張審查範圍，及於審查系爭規定限定在審判期間唯有辯護人—而非被告—，方得擁有充分的資訊獲得權，以供防禦之用之部分；另外，多數意見未肯認系爭規定已經侵犯律師之職業自由與工作權，顯示出其未特別重視與論述律師角色與人民訴訟權間的「唇齒

關係」，本席也認為係忽視了人權理念之發展——特別是訴訟基本權的發展——，實與律師協助訴訟制度乃同步發展之史實也。本席亦將對此加以陳述。

其次，多數意見未能將系爭規定是否合憲的問題，予以明確說明，但字裡行間仍持合憲見解。雖然其所持立論並非無據，但恐仍不免解讀出各說各話的後果。此方法論的運用，似乎為我國大法官實務所鮮見，自有憲法釋義學的學術價值。而理由書中，甚且認為我國羈押審查程序未採對審結構，從而無武器平等原則的適用，似未能反映出大法官在過去若干號解釋(如釋字第六五四號與第六六五號解釋)，與本號解釋的意旨，都在具體的制度上，強化犯罪嫌疑人與被告的防衛能力與律師的辯護功能，豈非在行動上實踐「武器平等」的精神乎？

本席不才，謹願提供若干淺見，寫成此協同意見，敬陳於次，俾供有識者與有興趣者繼續思考相關問題的素材。

一、本號解釋涉及的法益，除了被告或犯罪嫌疑人之訴訟權外，仍應包括律師的職業自由與工作權

本號解釋的重心固然應當集中在援引正當法律程序，以保障被告或犯罪嫌疑人之人身自由與訴訟權。然而，是否應如聲請人所主張，亦及於辯護人之工作權之問題，本號解釋未置一語，只是在理由書敘及辯護人得否為本號解釋之聲請人時，肯定其「適格性」時，乃基於：「辯護人為確定終局裁定之抗告人，其受犯罪嫌疑人選任，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，是二聲請人共同聲請釋憲，核與前揭聲請釋憲要件相符」，

顯然地係因辯護人在程序上為終局裁判之當事人(抗告人)，而所侵犯者(被拒絕得以檢閱檢察官聲請羈押之卷證)，係屬「被告之防禦權」，而非基於其身為律師。此裁定以及其所依據的法律，已經侵犯律師受憲法保障之正當業務與職業行為，亦即其工作權也。此種見解，似有待商榷，因為已忽視律師在保障人民享有充分的辯護權利上，已具有不可忽視的重要性。

(一)「律師專業協助」已成為現代法治國家保障人民訴訟權 不可或缺的制度

在今日的科技與工業化的時代，國家依法而治，所導致的現象，已是法律數量繁多、法律秩序細如法網，有如繁星般的交錯盤雜。且專業分工之細，即連一般法律專業人士也未必能夠完全掌握。更何況一般人民？故一旦面臨訴訟，一般人民倘未獲得律師的協助，幾乎很難理解實體法與程序法上的繁複規定，又如何能順遂地透過訴訟程序來最大程度的維護自己的權利？另外，也要考慮到法庭的森嚴氣氛，往往會令人望之生畏。一旦身入法庭，面對檢方這個充滿敵意，且有備而來之專業團隊，能夠從容以對者，已屬難得，更何況要在答詢得條理分明、不失分寸地維護其權利，已經是百中不得其一也。這也是美國最高法院八十年前作出一件關於重犯應強制獲得律師協助辯護的經典案件「包維爾案」(Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932))中，多數意見執筆的蘇特蘭大法官(George Sutherland)所描述的現象：「在許多案件裡，如果被告沒有律師的協助，則其訴訟權沒有什麼益處。即使智力很高且受過教育者，在法律專業方面只有很少的知識，甚至不懂。在訴訟攻防，對於訴訟與證據

的規則完全不懂，也無法主張有利的證據，亦無法反駁控方引用非法的證據，因此，在對其有利的案件，往往失去了勝訴的機會。……在智力很高的被告受審時，亦不免狼狽如此，試想那些愚蠢、不識字或智力不高的人，會糟到什麼地步¹？」

此段關於法庭對人民的震懾力，以及人民面對法律爭議的「無抵抗力」之敘述，令人敬佩。可見得法庭實務上，人民訴訟權利的充分保障離不開律師的協助，否則，儘管憲法如何強調訴訟權利的重要，仍只是紙面文章的鏡花水月假象而已。亦正如同美國著名的法學家也是「包維爾案」最高法院承審法官之一的卡多佐(Benjamin Cardozo)在本案的意見書所強調的：「裁判有無提供律師協助，已構成正當法律程序的要素，而在個案必須考慮被告的種族(七名失業黑人)以及有無聘請律師出庭的可能性與能力(在數天內經過三次審理，每次審理一天內宣判)，來作判斷。因此，公平審判不僅僅是『理論概念』，也是『事實概念』。²」

蘇特蘭大法官正確地強調了現代訴訟中律師角色的不可忽視性。也促使了律師的職業與社會發展同步之專業化。律師成為國家法治化，監督公權力(包括行政與司法權力)是否有依法行使，而無濫權之虞的重要制度。同時又是人民的職業之一，更具有代表人民行使上述監督權限的民主意義。故律師能否發揮其法律專業、使其能夠發揮確保人民享有法定的權利，律師的角色對法治國家的重要性不言可喻，所以律師正因法令對行使職務有所限制或禁止，使其上述功能受到妨礙，即屬侵犯其憲法職業自由與工作權保障範圍之問題。

同樣的例子，可舉醫師說明。醫生應當盡其醫療專業知

¹ 可參見安東尼·路易士所著，李伯恬譯，基甸的號角，自華書店，1987年，第130頁。

² A. L. 考夫曼著，張守東譯，卡多佐，北京法律出版社，2001年，第548頁。

識來診治病人。如今法令動輒限制其不能開刀、用藥等，以致其專業無法施展，豈非侵犯其工作權與職業自由乎？其理自明。

由上述之討論可知，國家的憲政理念能發展到將人民的訴訟權利，聯結到獲得律師的協助，進而納入憲法上正當法律程序保障的範圍，當是經過相當漫長時間的醞釀，經過多少法庭不正義的判決，社會良知對這些案件的檢討與醒悟後，獲得共識的人權理念，才將此見解形塑成正當法律程序的概念範圍之內，得來並不容易。

依據古典的憲法人權理念，人民訴訟權的保障，甚早便是將律師協助融和在此權利的體系之中。可觀諸美國憲法修正案第六條的規定：「在所有刑事案中，被告人應有權提出下列要求：要求由罪案發生地之州及區的公正的陪審團予以迅速及公開之審判，並由法律確定其應屬何區；要求獲悉被控的罪名和理由；要求與原告的證人對質；要求以強制手段促使對被告有利的證人出庭作證；並要求由律師協助辯護。」易言之，早在二百二十年前，西方的人民訴訟權，已經將人民得請求律師協助辯護的權利，提升到憲法保障的位階。這是值得重視的史實，顯示出憲法的人權理念，特別在人身自由與訴訟權的保障方面，必須透過律師的協助不可。因此，律師的功能與人權理念是同步發展、亦步亦趨的始終相隨也。

當然，隨著國家人權理念的提升，二百年前美國這種律師辯護權本是「自願原則」，由人民自願聘請律師之辯護為保障的對象，逐漸的擴充到對重罪的「強制辯護」，如前述的「包維爾案」。並且更進一步地延伸到對窮困、無力訴訟

者的被告亦享有獲得律師協助的權利，否則不能符合憲法正當法律程序的原則。例如，一九六三年三月十八日美國最高法院所作出膾炙人口的案例——「基甸案」(Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963))，宣告了一個窮困的被告，即使是犯輕罪，如果要求律師協助而不果時，其審判即不能符合憲法正當法律程序的原則³。這已經將自然正義的理念，融入了人民能獲得公正審判的契機，而形成正當法律程序的一環。

這種制度已經成為國際社會的潮流。一九九〇年八月二十七日至九月二十七日，在古巴哈瓦那市召開的聯合國預防犯罪與罪犯待遇大會通過一個文件「關於律師角色的基本原則」(Basic Principles on the Role of Lawyers)，前言已宣示：「被拘留的人皆有權獲得法律顧問的協助，有權與法律顧問聯絡與諮商。同時，要求所有人都有獲得獨立法律人士就其無論是經濟、社會、文化、公民與權利方面，提供法律服務。」其中第七條宣示各國政府應確保被逮捕或拘留之人，不論是否受刑事指控，均應有機會與一名律師聯繫，且至遲自逮捕起算不得超過四十八小時。同時第十六條亦規定各國政府也應確保律師能夠不受干擾、不受恫嚇地履行本公約的職權。雖然我國並非本公約的簽字國，且此公約似乎仍只是立法建議的性質，但也可理解律師角色與人權保障的密切關聯，已是國際社會的文明指標。

我國刑事訴訟體制發展至今，也不遑多讓，本法第三十一條，除了對於重罪(最輕本刑為三年以上有期徒刑案件及高等法院管轄第一審案件)，應予強制辯護外，且對於弱勢

³ 關於本判決的來龍去脈，可參見，安東尼·路易士所著，李伯恬譯，基甸的號角，自華書店，1987年。

族群(如精神障礙或其他心智缺陷無法為完全之陳述者，或被告具原住民身分者)，以及被告為低收入戶或中低收入戶，亦應指定公設辯護人或律師為被告辯護。

不惟寧是，我國且在二〇〇四年一月七日，公布「法律扶助法」將扶助弱勢族群及窮困民眾之訴訟救助，由刑事衍伸至民事與行政訴訟，亦是本院所捐助之「財團法人法律扶助基金會」所執行的業務，已經有二十一個分會，十年來付出的努力，有目共睹，當可積極促進我國人民訴訟正義的實踐。

因此，本號解釋多數意見在理由書，甚且建議立法者可以考慮將強制辯護制度擴及於偵查中羈押審查程序之中，以保障人身自由。基於儘量維護人身自由的領域，嚴格限制羈押的行使，以及確保每個國民的刑事辯護權的功能，此建議本席樂觀其成。

(二)學術主流見解認定律師的資訊獲得權為其「法定權利」

本號解釋既然不承認系爭規定中律師的閱覽或知悉其當事人被聲請羈押的有關證據，乃是獨立的、受憲法保障的職業與工作權範圍，反而必須寄託與依靠當事人的訴訟與防禦權，而作出了其應擁有該證據與資訊的知悉權，顯然地已經衝擊了目前我國刑事訴訟法學界的主流見解——將律師的檢閱相關卷證權視為律師的「固有權」，而非其當事人訴訟權的「傳來權」⁴，亦即將該條文乃賦予辯護人之權利(與交通權、在場權、出庭辯護權及聲請權……)，都是權利的主

⁴ 參見黃朝義，刑事訴訟法，2006年9月，第80頁；張麗卿，刑事訴訟法理論與運用，2007年1月，第133頁；林山田，刑事程序法，2004年，第5版，第202頁。

體，而非以被告為主體⁵，並不一致也。

但本號解釋似乎未對此問題提出闡釋，然而值得注意的是，本號解釋所專注者仍在「偵查中」、而非「審判中」的資訊告知權限問題，導致的結論也侷限於「犯罪嫌疑人與辯護人」皆有獲得聲請羈押證據與相關資訊之權。亦即獲得資訊的權利人有二：犯罪嫌疑人與辯護人；相形之下，系爭規定所規定的審判中資訊獲得權利人只有一個(律師檢閱權)的合憲性，仍未改變，而被告(起訴後身分已由犯罪嫌疑人改為被告)，並未擁有此權利。易言之，律師在審判中的檢閱權，仍維持「固有權」的特徵。反之，在偵查中律師的資訊獲得權，由上文的法益討論，多數意見認為乃寄託在其當事人的防禦權上，且犯罪嫌疑人亦得獲得資訊，是否已由「固有權」改為「傳來權」乎？一樣的律師「資訊獲得權」(Recht auf Information)實施在兩個訴訟階段，竟會在屬性上造成二元，能否在刑事訴訟法學界獲得共鳴？仍有待觀察也。

(三)即使承認涉及律師的工作權，與職業自由，亦屬低度的憲法保障

誠然，如持承認應保障律師的職業自由與工作權之見解，會有利於聲請人一方，蓋其增加了釋憲機關應放入「衡量天平」上的籌碼也。現今許多的法律都會牽涉不只單一人權種類，也可能觸及兩種人權，例如，多數意見也認為羈押制度不僅限制人身自由，且因將其「家庭、社會及職業生活隔離，非特予其生理、心理上造成嚴重打擊，對其名譽、信用等人格權之影響亦甚重大」(見理由書)，因此，形成複數人權的

⁵ 林鈺雄，刑事訴訟法(上冊)，2003年9月，第3版，第195頁以下。

侵犯問題。

因此，一個立法措施的違憲與否，往往面臨數個人權的保障、侵犯與衝突，都是釋憲機關須納入考量，尤其是在後者的情形，這些複數人權間往往形成競爭關係，亦即法律往往會保障一種人權，進而侵犯(限制)另一種人權，典型的例子是言論自由權與名譽、人格尊嚴的衝突。此時的立法判斷便是一種公益選擇，且無異於「法益衡量」——高位階的法益之「應保障性」(Schutzwürdigkeit)應超越低位階的法益。本號解釋也是同樣的情形。故釋憲機關進行雙方法益衡量時，對於另一方可以納入判斷的人權種類，如同其砝碼般，不可忽視，以避免其「法益份量」的縮水。本號解釋如須平衡人民的訴訟權與防止影響偵查的利益比較時，如增加律師的工作權與職業自由之法益，自然可以獲得更高的優勢也。

儘管如此，這種對於律師職業自由所為的限制，以憲法學的角度而言，卻未能發揮關鍵性的作用。依據學界與我國大法官實務界對職業自由所盛行的檢驗標準，乃是依循德國聯邦憲法法院在一九五六年所作出的「藥房案」中所創設的「三階段理論」，這在我國大法官已普遍採納的檢驗標準(見釋字第五八四、六一二、六四九、六五九、六八二、七一一號解釋)，將職業自由區分成寬鬆、中度及高度審查。而對於職業自由與職業行為所為的限制，只要非涉及選擇或從事某種職業的主觀條件限制(採中度審查)，或客觀條件限制(採高度審查)外，皆是寬鬆審查。故舉凡職業行使的限制、可為與不可為的行為種類……，都屬於此類，只要立法者出於公共利益的考量，並遵循比例原則與平等原則，即可為之限制也，同時釋憲機關亦應給予高度的尊重。

依照此審查標準，律師的行為準則，可屬一般公共利益，立法者當可為必要的限制。因此，雖然此權利可和被告與犯罪嫌疑人的訴訟權益共同聯結，但其實質上能獲得釋憲機關青睞的份量，仍然有限也。但無論如何，雖然其只基於次要與輔助性質的角色，但憲法解釋學是強調原則與理論體系的學問，故亦應善盡嚴謹的方法論也。

二、熱鬧與門道——本號解釋的方法論商榷

俗語說：「外行看熱鬧，內行看門道」，可以適用在本號解釋的論理之上。可由下面幾點來觀察：

(一)方法論的玄妙——勿忘所謂「整體觀察」的詮釋方式

系爭規定只許可律師在審判中擁有閱卷的權利，是否違憲？本號解釋似乎語焉不詳，讀者若不查，會導出其「違憲」的結論。因為本號解釋已經在解釋文中作出違憲的結論：「整體觀察，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，與上開意旨不符。有關機關應於本解釋公布之日起一年內，基於本解釋意旨，修正本法妥為規定。逾期未完成修法，法院之偵查中羈押審查程序，應依本解釋意旨行之。」既然已同時指明立法者應在一年內完成修正本法的義務，是否即表明了系爭規定已違憲，從而立法者應當在一年內修正，讓律師，以及犯罪嫌疑人都可獲得聲請羈押有關證據及其資訊的權利？

倘若讀者獲得此結論，遺憾的，乃誤解了本號解釋的意旨。多數意見的大法官同仁，已經殫精竭慮地利用巧妙、不無複雜的論理方式，作出了系爭規定並不違憲的結論⁶。何以

⁶ 對聲請人而言，此也關涉其有無提起個案救濟的可能性也。

有此可能造成各說各話的差距？有必要詳論本號解釋的微言大義，以了解其立論的精妙所在。

多數意見在解釋文作出違憲結論時，提出要「整體觀察」系爭規定及同法第一百零一條第三項規定後，才會導出偵查階段律師與犯罪嫌疑人僅受告知羈押事由所據之事實，與正當法律程序原則等意旨不符之結論。易言之，不能光從系爭規定，也不能由第一百零一條第三項單獨作解釋，來導出是否符合正當法律程序原則的結論。此種敘述，除了在理由書亦將此作為必須援引重要關聯理論，而將聲請人所未聲請釋憲之標的，但卻是恰好關於羈押程序的第一百零一條第三項納入審查範圍的理由外，亦復於理由書中重覆出現：「現行偵查階段之羈押審查程序是否滿足前揭憲法正當法律程序原則之要求，應綜合觀察刑事訴訟法相關條文而為判斷，不得逕以個別條文為之。刑事訴訟法第三十三條第一項規定（下略）及同法第一百零一條第三項規定（下略）致偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人得從而獲知者，僅為聲請羈押事由所依據之事實，並未包括檢察官聲請羈押之各項理由之具體內容及其相關證據，與上開憲法所定剝奪人身自由應遵循正當法律程序原則之意旨不符」。

所謂的「整體觀察」的功能顯然有二：第一，乃是將本法第一百零一條第三項納入審查範圍；第二，乃是將本號解釋審議的焦點，專指「偵查中」的資訊獲得權問題，而不論及系爭規定的本義乃指「審判中」，唯有律師才擁有的資訊獲得權之規定，是否違憲的問題。

至於上述所指的第一個功能，按照法律詮釋的方式，如果判斷一個行為、當事人的見解，甚至學說的合法與正確與

否，都需要將相關的論述、規定、事實與證據作整體的觀察與判斷，避免流入「斷章取義」、「見樹不見林」或「以偏概全」的弊端，論事如此、聽訟也如此。法律規範一個制度，不可能由一個法條全部規範之，此時由若干法條構成的法律制度，是否合憲，當然要將所有相關條文納入審查，以求全貌，包括原則與例外規定。因此，在此第一種功能若只是就應當審查相關條文，強調須使用「整體觀察」的方式，乃為最稀鬆平常不過之舉，沒有釋義上的特殊之處。

本號解釋最玄妙與最重要之處，乃是第二個功能，此時，產生了審查標的之「乾坤大挪移」，將違憲焦點由聲請人所指摘的系爭規定(只准許審判中資訊獲得權，不准許偵查中有此權利，乃過度的侵犯訴訟權)，巧妙的移到整個本法未規範偵查中資訊獲得權的問題之上，才會導出立法者應當要儘速修法、建立一套全新的偵查中資訊獲得權的法制也。

(二)立法者應如何對待系爭規定？

既然如多數意見所示，系爭規定只是規定審判中的資訊獲得權，而非偵查中的資訊獲得權問題，立法者規範自有不足，應當重新立法補足此漏洞。故聲請人本期待大法官能夠宣告系爭規定因「規範不足」、「保護範圍不夠」而違憲，卻轉變為獲得了「應積極立法」的結論。儘管，最終聲請人仍能夠願望實現，亦即經過大法官宣示的立法期限(一年)後，立法者完成增訂規範偵查中資訊獲得權之法制。我國的訴訟人權法制也隨之更上一層樓。

但此在我國大法官解釋實務中似乎並未出現的解釋方法(易宣告原條文過於狹隘與過時之違憲，為原條文不違憲，

由立法者定期訂立新法來修補原條文不足之處⁷)，能否廣為釋憲實務所採納？恐怕仍有待觀察也。

在此產生一個困難：立法者究竟要如何對待系爭規定？由於本號解釋並不指摘本條文的違憲性，從而本條文沒有修正的絕對必要，因此仍可維持其合憲性，在此即會產生下列現象：

1、系爭規定只准許審判中律師的閱卷權，不及於被告，既然繼續維持合憲性，而在偵查中卻許可犯罪嫌疑人擁有充分的資訊獲得權。雖然後者的獲取權不一定須與前者(閱卷權)一致，本號解釋理由書臚列數種立法選項(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)，屬於立法裁量之範疇，但一定也會滿足正當法律程序的要求。但何以同一個國民，只要因身分的不同(犯罪嫌疑人或被告)，就擁有不同的資訊獲得權？本席在本意見書前文已經提到了律師的資訊獲得權也會因此產生兩種「屬性」的不同，也是基於同樣的疑惑也。

特別是，系爭規定的不許可被告擁有閱卷權的立法理由，乃是避免被告會破壞不利於己的卷證。而律師為維持其職業前途及工作權利，且有懲戒等制裁，當較可防止此種危害。故我國立法者才會否認被告擁有資訊獲得權，而只賦予律師

⁷ 系爭規定既然依明白的條文意義及立法意旨，乃排斥律師在偵查程序擁有閱卷權，沒有通融之餘地。且形成實務界的見解，並經本號解釋原因案件確定終局裁判所援用之理由。而今如要「網開一面」，認為本條禁令不及於偵查階段，學說上最常援用之方法，乃使用所謂的「法律合憲解釋」，限縮系爭規定的效力，只在審判階段，不及於偵查階段，亦即，利用「限縮解釋」的辦法，來避免宣告一個保護不足、規範不週的法律，導致無效的結果，以儘量維持法律的效力。經典案例可舉德國聯邦憲法法院在 1987 年的判決(BVerfGE 74, 264)，依德國集遊法(第 14 條)亦曾有規定：室外集會應於 48 小時前向警察機關報備之義務。後經聯邦憲法法院採取合憲限縮之解釋方式，將該條文的適用範圍，僅限於一般室外集會，但不及於突發性集會之上，以避免該條文淪為違憲之後果。大法官在釋字第 709 號解釋亦使用此方法。但使用此解釋方法，仍必須將該系爭條文納為審查的標的，並明文加以限縮其意義，明白規定效力未及之處，以便立法填補也。

也⁸。同樣的危險，難道在偵查階段時，不會發生在犯罪嫌疑人之上乎？其次，依同條文第二項，雖然准許無辯護人的被告「於審判中得預納費用請求付與卷內筆錄之影本」，其所獲得的資訊，也極為有限，且不得檢閱所有的卷宗，或抄錄與攝影，也無法檢視證據，可見得現行法「防範」被告之周密，彷彿其已犯罪確鑿，不無牴觸「無罪推定原則」精神之嫌。

此外，如以對人民權利產生侵害性的程度上而論，偵查階段遠不如審判階段的重要。前者不一定導致起訴遑論定罪。後者則在起訴之後，涉及有無犯罪的關鍵角色。理論上，更應當給予人民在後階段擁有更大的防衛能力與資訊。這也是本號解釋多數意見迴避審查系爭規定違憲性後，仍不能解開的盲點。

2、立法者何去何從？——本席的建議

雖然立法者在本號解釋公布後，必須建立一套偵查中的資訊給予權制度，理由書也提供了幾種立法方式，但是這是細節，重點是在如何處理系爭規定的問題，其方法可如，多數意見所宣示，可以增訂新的條文固是一個方式。依本席之見，應當釜底抽薪、一勞永逸地修正系爭規定及第三十三條第二項。可再分析如下：

(1) 在修正系爭規定部分：

固然只要將律師閱卷權的許可階段，改為「偵查中與審判中」，亦即，增訂三個字，便可將本號解釋的意旨涵括在內。但比較起同條文第二項——無辯護人之被告，可要求給予筆錄副本的有限資訊，同時亦有除外規定如下：「但筆錄

⁸ 按學界也主張此被告為權利的主體，但為防止破壞卷證，立法折衷之計才賦予律師也。如此立論顯然律師的閱卷權，並非完全固有，而是「移轉」而來也。見林鈺雄，前揭書，第 195 頁。

之內容與被告被訴事實無關或足以妨害另案之偵查，或涉及當事人或第三人之隱私或業務秘密者，法院得限制之。」雖然只是規範在無辯護人之被告的資訊獲得權之上，但顯然也是立法疏漏，在可提供給律師閱卷的資料上，豈可洩露該資訊乎？因此，有必要透過此次修法一併填補之。

至於除外規定的內容方面，也應求一致性。但上述第二項的除外規定與多數意見在解釋文所宣示應給予偵查中律師與犯罪嫌疑人相關資訊的除外情形(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)，並不一致，在修法時可以考慮重新整理，以本號解釋所新宣示的除外規定取代舊規定。

(2) 至於第三十三條第二項亦有必要重新整理：

目前該項條文僅僅適用在「無辯護人之被告」，範圍過狹，應該推廣到不僅被告（不論有無辯護人），及連犯罪嫌疑人，皆應包括在內；其次，在資訊內容方面，也只給予極為有限的資訊獲得權（於審判中得預納費用請求付與卷內筆錄之影本），與本號解釋保障人民資訊獲得權與正當法律程序的精神不符，應當擴張其資訊獲得權的方式與種類（包括除外規定）已於前述，本號解釋理由書已有例示說明，可由立法者決定。

本席相信，立法者若依此方式大幅度修正系爭規定及同條文第二項，當可以完整且一步到位地建立起犯罪嫌疑人與被告的資訊獲得權之法制。

三、武器平等原則的適用？

針對聲請人所主張必須給予羈押程序中的犯罪嫌疑人及辯護人擁有資訊獲得權之目的，乃在提供充分之防禦權，以獲得武器平等的可能性，以符合正當法律程序之主張。本號解釋多數意見在理由書以下列的文字表明立場：「至於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。」顯然採取否認的立場，認為此種資訊獲得權無涉武器平等原則之適用，而是訴訟結構的問題，亦即只有採取「對審制」方有此原則的適用也。

多數意見此種見解，將武器平等原則推向「訴訟體制」，亦即羈押審查程序不採行對審結構。似乎在討論到我國刑事訴訟體制，並未採納英美法制所流行的「當事人進行主義」，而實施該制度者，也會建立起一套證據制度，例如，「開示制度」——控辯雙方相互分享所獲得之證據，也是武器平等原則的體現。就此證據的相互擁有與分享而言，這和大陸法系國家所流行的「職權進行主義」，或是我國在二〇〇二年以後所採行的所謂「改良式當事人進行主義」，都並不完全一致，我國的制度之所以稱為「改良式當事人進行主義」，即為系爭規定之精神，由被告辯護人單方面檢閱檢察機關所獲得的證據，而已方有利之證據卻毋庸提供予檢察機關也。也因此顯現出雙方攻防所擁有的資訊與證據並不對等也。

其實武器平等原則乃是強調立法者在規範各種案件的訴訟程序上，應儘可能的給予被告充分的防禦資訊以增強防衛的能力，尤其是應使雙方擁有同等攻防的機制，此不僅涉及比例原則，也同屬平等原則的適用。這些都構成了正當法律

程序的內容。特別在刑事案件，偵查一方的國家機關擁有龐大的國家資源與公權力，形成優勢的一方，故人民方面更應當給予廣泛的行為權限，俾作為捍衛自己權利之用。比例原則即扮演著關鍵的角色。而在民事訴訟程序，本原則一樣發揮了規範的角色，尤其是在法官的闡明權方面(民事訴訟法第一九九條)⁹，顯示出不論民事訴訟或刑事訴訟，都有武器平等原則之適用，也是關涉到平等權、法官中立的憲法原則也。因此，並不必一定將武器平等原則與是否實施當事人進行主義的問題綁在一起，而限縮了武器平等原則在其他方面亦可發揮的功能。

大法官對於武器平等原則，亦認定須以比例原則為依據，此見諸大法官釋字第六六五號解釋——該號解釋也針對羈押審查，與本號解釋頗為類似，同時也是審查同一個法條(本法第一百零一條)，只是非審查第三項，而是第一項。

釋字第六五四號解釋已經對武器平等的精神為詳盡地宣示，僅是未明白提出「武器平等原則」的用語而已。這是針對當時法律許可看守所於羈押中被告會見律師時，得予以錄音、錄影等監視，同時可將錄音、錄影所獲得的資訊，如有辦案需要時，提供檢察官參考。易言之，被告與律師間的會面言論，本應具秘密性質、涉及攻防策略，無疑曝光予對方。該號解釋便認為此規定，已經侵犯了憲法確保人民有受公平審判、正當法律程序以及刑事被告應享有充分之防禦權，包括選任信賴之辯護人之權利¹⁰。故本席在該號解釋協同意見

⁹ 許士宦，戰後臺灣民事訴訟法學發展史，月旦民商法雜誌第 35 期，2012 年 3 月，第 15 頁。

¹⁰ 釋字第 654 號解釋：「……憲法第十六條規定人民有訴訟權，旨在確保人民有受公平審判之權利，依正當法律程序之要求，刑事被告應享有充分之防禦權，包括選任信賴之辯護人，俾受公平審判之保障。而刑事被告受其辯護人協助之權利，須使其獲得確實有效之保護，始能發揮防禦權之功能。從而，刑事被告與辯護人能在不受干預下充分自由溝通，為辯護人協助被告行使防禦權之重要內涵，應受憲法之保障。……羈押法第二十八條規定：「被告在所之言語、行狀、發受書

書，便直指該號解釋即貫徹「武器平等」的原則，方可有效確保人民有受公平審判的可能。尤其是，儘管看守所可以監看律師的會面，但是所獲得的資訊，不得提供檢方使用，否則即屬於非法取得之證據，會導致判決不合法之結果。同時也不致於違反武器平等的公平審判與自由辯護的原則¹¹。

本於同一意旨，大法官復於釋字第六六五號解釋對本法第一百零一條第一項重罪羈押合憲性的審查時，更以比例原則作為武器平等原則的審查標準，並提及：「亦即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」。

故大法官所指的我國「現行刑事訴訟法既未採對審結構」，似乎取代了我國現行訴訟「未採當事人進行主義」，會使人誤解「對審」的意義。因為我國大法官過去對所謂「對審」制度，多半指原被告雙方可進行辯論、對質的攻防行為，亦即類似法院開庭的程序，例如，釋字第三九六號解釋之要求公務員懲戒委員會在組織與決議上，應採行類似法院裁判之體制，而有「對審」的制度¹²。因此對審制度已形同法院內的辯論與對質之程序，而與未經當事人辯論，以及當事人未受法官詢問與答詢機會的「書面審理程序」迥異的制度，釋

信之內容，可供偵查或審判上之參考者，應呈報檢察官或法院。」使依同法第二十三條第三項對受羈押被告與辯護人接見時監聽、錄音所獲得之資訊，得以作為偵查或審判上認定被告本案犯罪事實之證據，在此範圍內妨害被告防禦權之行使，牴觸憲法保障訴訟權之規定。」

¹¹ 此即「聽而不錄」及「聽而不報」的原則（Watching ,Hearing without Using）。可參見本席釋字第 654 號解釋之協同意見書。

¹² 釋字第 396 號解釋：「公務員懲戒委員會掌理公務員之懲戒事項，屬於司法權之行使，並由憲法上之法官為之。惟懲戒處分影響憲法上人民服公職之權利，懲戒機關之成員既屬憲法上之法官，依憲法第八十二條及本院釋字第一六二號解釋意旨，則其機關應採法院之體制，包括組織與名稱，且懲戒案件之審議，亦應本正當法律程序之原則，對被付懲戒人予以充分之程序保障，例如採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並予以被付懲戒人最後陳述之機會等，以貫徹憲法第十六條保障人民訴訟權之本旨」。

字第五八二號解釋便是此一意旨：「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（本院釋字第三九六號、第四八二號解釋參照）。刑事被告對證人有詰問之權，即屬該等權利之一」。

因此「對審制度」似乎當指有無當事人雙方言詞辯論、對質等攻防的程序而言，在羈押偵查庭中，既然許可被告與辯護人獲得羈押事由與證據的權利，亦即可以檢驗該些資訊的真偽，從而提出申辯；而立於相反一方的檢察機關亦可反駁，而終由法官裁決。此一來一往之攻防，豈非實施對審制？而訴訟法學界討論武器平等原則，率多與辯論主義合而為一，因此既然羈押審查容有辯護、反駁的機制，即容有辯論，實施對審制度與要求武器平等的空間也。

據此，吾人可以導出一個結論：只要涉及人民合憲的訴訟權利，必然應實施辯論與對審制度，即應符合武器平等原則，與賦予人民充分的防衛能力。如此的訴訟程序，才可符合正當法律程序原則也。因此，本號解釋既然一方面宣示目前羈押程序中未給予犯罪嫌疑人與辯護人充分的資訊獲得權，已減損其防禦權，牴觸正當法律程序；另一方面又宣稱目前羈押審查程序並未實施對審制，而無武器平等原則的適用，豈非矛盾？

本號解釋的作出，豈不是證明出大法官已又進一步、念茲在茲地重視武器平等原則的實踐乎？大法官同仁實可有此自信也。

四、結論——政之累民，莫如管押

由前所述，基本人權強化了訴訟權的功能。然而不僅西方的人權與法治思想都要求司法權力要儘量謹慎、避免濫權實施羈押，即連對現代司法訴訟精神極為陌生的我國儒家文化，也可以尋覓出類似「恤民」的思想。

本席近來偶爾夜讀古籍，也發現到古代先賢此種要求司法官「謹慎羈押」以及查明被押人民有無不法之冤屈，以及有無確須羈押必要的義務。舉例之一，乃是明朝大政治家，也是民間僅次於「包青天」，而學術界且更敬仰的清官海瑞，在其「申軍門吳堯山并守巡道請改招詳文」一文中¹³，嚴詞批評地方司法官未能夠體恤民情，動輒濫用羈押權力，而喪失了公平正義。海瑞為此說出一句悲憤的名言流傳於世：「視民冤而不為言，知奸發而莫一告，慢上殘下，何以為民父母哉！」

好一句「視民冤而不為言」！這可為兩解：

一是，司法官見到有人民之冤案，而不替之申冤，因此是司法官應有「見冤而申」的言詞義務，包括替人民向上級司法官爭取正義在內，顯示出下級司法官員不畏上級威勢的勇氣；二是，司法官必須讓人民「有冤必申」，讓人民的冤屈、自身清白的理由得以申訴，而予裁決。亦即「視民冤而予言」也。無論如何，都有讓人民自證其清白的機會也。已有了保障訴訟權的概念雛形。

其次，在清朝夙有「幕學權威」，也是撰寫類似師爺教科書的名人汪輝祖，在其「學治說贅」對於辦案者(師爺)，亦因為管押環境的惡劣、獄政人員的腐敗欺凌，故一再叮嚀：「政之累民莫如管押；管押之名，律所不著，乃萬不得已而

¹³ 參見欽定四庫全書，備忘集卷二。

用之；故非萬不得已者，斷不可押。」以及辦案者必須有良心(盡其心)詳細審明被押者有無冤屈：「既押須親自查驗，幕猶恐被人欺止能求盡其心、官則心盡而力可自盡，慎勿為人蒙蔽」¹⁴，都可以顯示出羈押權力的濫用，真乃「政之累民莫如管押」，也是屬於海瑞所稱的「殘下之法」也。

故本席在此協同意見書一再強調多數意見所未特加論述的律師對人民訴訟權利之保障功能，並且以歷史的角度，由前引二百二十年前美國憲法增修條文第六條的規定。揭示了律師的協助體系已納入訴訟基本人權的發展，且與現代人權理論同步發展的歷史淵源。

而律師在訴訟程序內參與的不可或缺性，以國際潮流而論，也是一步一步地擴大其實施範圍，由「自願辯護」改採有條件的「強制辯護」，且後者也逐漸擴張其實施範圍，由死罪、重罪延伸到窮困、或其他弱勢族群在內。在此風潮中，也會對律師辯護的功能性——能夠獲得的資訊、辯護的程序以及相關的證據法則，朝有利於發揮辯護功能的方向發展。

因此，本席一方面強調本號解釋將對我國人民人身自由的保障體系提供更進一步的動力，同時也強化了律師保障委任人身自由、監督司法公權力的能力，對於我國法治國家的品質，將有莫大的貢獻，值得朝野的重視。同時也希望本號解釋應當能產生一個強大的「放射功能」

¹⁴ 參見汪輝祖，學治說贅，管押簿：「管押之名，律所不著，乃萬不得已而用之、隨押隨記大概賊盜之待質者最多，審則重者禁，輕者保無關者省釋，立予銷除。命案牽連應即時詰證取保，勢不能速結者、至四五日斷不可不為完結，若詞訟案件，自可保候、覆訊不宜差押、政之累民莫如管押，且關係甚重，或賊押而捕縱行竊，或命押而怕累輕董(監督之意)，至訟案押而招搖撞騙，百弊錯出，向有班房夜間，官須親驗以防賄從。數年前，禁革班房名目，令原差押帶私家，更難稽察，似不如仍押公所為安。役之貪狡者，命案，訟案及非正盜正賊藉偷押以恣勒索，每系之穢污不堪處所，暑令熏蒸，寒令凍餓，至保釋而病死者不少。故非萬不得已者，斷不可押，既押須親自查驗，幕猶恐被人欺止能求盡其心、官則心盡而力可自盡，慎勿為人蒙蔽，不設此簿或有遺忘，勢且經旬累月，民受大害矣。」

(Ausstrahlungswirkung)，將此進步的理念加以延伸、擴大戰果，不僅應納入審判中被告的資訊獲得權外，也要延伸到與羈押類似的「管收案件」之上。這是基於大法官在釋字第 588 號解釋已提及：管收對人身自由的限制與羈押無異，應當給予受管收人正當法律程序的保障以及充分的防禦機會，以維護其人身自由¹⁵。該號解釋未提及辯護人的資訊獲得權，即應援引本號解釋的意旨，使辯護人亦得在管收程序，擁有資訊獲得之權利也。

如此一來，即可透過大法官的解釋，一步一腳印地累積司法智慧的成果，逐漸豐富我國憲法保障人民訴訟權的體系與正當法律程序的內容。

本席尤其贊成本號解釋強調了國家對人民自由的剝奪，應當屬於「最後手段」(ultima ratio)，應基於最重大的公益與比例原則最嚴格的檢驗¹⁶。此乃因為未曾經歷過被剝奪人身自由者，不知身陷囹圄者在身體與心理上的苦楚，也因此，國家必須儘量賦予人民證明清白、司法公權力避免作出違法羈押人民之「冤、錯、假案」的機率。

我國司法與刑事制度的文明程度之提升，哪一日可驕傲地與國際法治先進國並駕齊驅——超英美、趕德日(超越海洋法系的英、美等國及大陸法系的德、日諸國)，便有賴焉！

¹⁵ 釋字第 588 號解釋：「……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暨有無管收之必要外，並使法定義務人得有防禦之機會，提出有利之相關抗辯以供法院調查，期以實現憲法對人身自由之保障」。

¹⁶ 這也是符合德國的憲法學主流想法，對於重要的基本人權，例如，關涉生命與身體自由、人性尊嚴等權利，除要強調比例原則的重要性外，還要利用更周詳的程序規定來確保之，換言之，至少先將程序的保障，視為實體保障的「前哨戰」也。可參見李建良，論基本權利之程序功能與程序基本權—德國理論的借鑑與反思，刊載司法院大法官九十二年度學術研討會，司法院，民國 93 年 10 月，第 137、143 頁以下。

