

辯護人

羈押審查程序中的閱卷權

李佳玟，月旦法學雜誌第251期，2016／04

爭點掃瞄

本篇涉及羈押中的閱卷權，時序是先有本篇文章，而後釋字第737號解釋始出爐，不過對照兩者後，老師及釋字第737號解釋的說理不盡相同，因此筆者認為本篇還是有閱讀價值的。以下除摘要本篇文章外，筆者也在焦點延伸中將釋字第737號解釋的推理過程簡單摘要，並在最後將本篇與釋字第737號解釋做出簡單的比較分析。本釋字正夯，不論在國考或研究所都有機率會考，建議讀者們能多加留意。另外，105年中正大學法研所³¹考過此爭議，為角色扮演的題型³²，建議讀者可以看過釋字內容，然後自己練習解此題。

31 (105年中正大學法研所刑事法組第1題)

刑事訴訟法第33條規定：「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。無辯護人之被告於審判中得預納費用請求付與卷內筆錄之影本。但筆錄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。」亦即，偵查中不論辯護人或被告皆無法閱卷或者得到卷內筆錄之影本，現在有人就此向法院大法官聲請釋憲。倘若你是聲請釋憲者，可從何種角度提出偵查中辯護人或被告得閱卷的理由？倘若你是法務部機關代表，可從何種角度反對偵查中辯護人或被告得閱卷的理由？試分別申論之。

32 筆者按：亦即同時要扮演正反兩方，當你想出一個方向攻擊，這時你又要跑到另一邊想出防禦方法來打自己臉。其實筆者很喜歡這種題型，它可以幫助活化我們的思考，使我們不同流於爭點背誦的合汗。

核心焦點

(一) 案例事實

2013年3月，某政黨黨主席辦公室主任甲，在台北某案件中涉嫌向投標業者收賄千萬元，遭檢察官聲請羈押，檢察官當時提出一份機密文件，證明甲有開口收賄並且與金主討價還價，法官認甲有與共同被告乙串證之虞，裁定收押，抗告後遭駁回，甲認刑事訴訟法第33條第1項規定牴觸憲法第8、16條及第23條規定，聲請釋憲。

(二) 羈押程序中亦應有武器平等原則之適用

審判前的強制處分裁定程序，因為必須在短時間作成，不可能適用審判程序之程序法則與證據法則。然而羈押影響人民基本權利重大，又不能與搜索等強制處分相提並論，因此至少必須在某程度給予被告足夠防禦權。既然被告可能面對的不利，不僅在審判中之定罪量刑的可能性，**尚包括在偵查中因檢察官向法院聲請羈押而可能喪失自由權利**，因此，在羈押審查程序裡讓被告與其辯護人可主張防禦權³³，引用武器平等原則就有必要，如此才能滿足正當法律程序的要求³⁴。

(三) 羈押程序中的武器平等原則應如何適用？

既然確認羈押程序有武器平等原則的適用，那麼接下來的問題便是該發揮到何等程度。例如檢察官手中握有十項武器，但在羈押程序只亮出四項，那麼我們該給被告看四項還是十項（其餘六項或許對被告有利）才能滿足？對此，歐洲人權法院採取全面的閱卷權見解。然而老師認為，這樣的做法等於**逼迫檢察官只能在羈押與維護偵查目的中做選擇，或是要到準備起訴時才提出羈押聲請**³⁵。因此老師結論上認為，**毋庸達到全面地開放閱卷**。

33 一般認為，被告的防禦權是源於公平審判權，而公平審判權卻是只有在審判中始得主張，如釋字第737號解釋理由書中也表示：「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。」也因此，老師才要在這裡去論述羈押程序中亦應有防禦權適用，而在其下之武器平等也就有適用。

34 亦即防禦權的保障可以不只是憲法第16條訴訟權與公平審判原則的內容，也可以是憲法第8條正當法律程序的內容。

35 因為到這時候，檢察官才不用擔心某些尚待發展的線索，會因為卷證資料的洩漏而中斷。

(四) 串供、滅證與閱卷權

雖然承認得有限地開放閱卷，然而老師認為，根本的問題在於串供、滅證³⁶是否適合作為羈押理由³⁷？現行刑事訴訟法將串供、滅證之虞當法定羈押事由，容易遭受檢察官濫用，成為合法壓迫被告取供的工具³⁸。且刑事訴訟法已有明文賦予檢察官諸多蒐證權限，當檢察官懷疑有串供、滅證可能時，應該是加緊蒐證腳步，為何反而是藉由聲請羈押被告，然後才在裁定程序中扭扭捏捏地不想公布相關卷證，因此以該事由聲請羈押是否已經**欠缺最後手段性，對被告過於不公平，也違反無罪推定？**

如果考量實務的需求，不想根本宣告此做法違憲，至少在是否得閱卷上**應採取原則例外的審查方法**，要求檢察官說明何以存在對辯護人隱匿特定卷宗的必要³⁹。即便檢察官的羈押聲請可以通過上述審查，而讓法官以串供、滅證之虞核准羈押，法官也應時時督促檢察官限期完備證據的蒐集。

焦點延伸

(一) 釋字第737號解釋

釋字第737號解釋之理由書中首先點出人身自由為重要基本權，欲限制則須踐行正當法律程序。聲請羈押之理由及有關證據，係法官是否裁准羈押，以剝奪犯罪嫌疑人人身自由之依據，**基於憲法正當法律程序原則，自應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知，俾得有效行使防禦權。**惟為確保國家

36 刑事訴訟法第101條第1項第2款：「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。」

37 老師比較第1、2款的狀況說明。倘若以有逃亡之虞聲請羈押，檢察官所提出的證據，會是被告居無定所或是擁有外國護照等資料，根本不用擔心被告湮滅證據。但若以串供滅證聲請羈押，檢察官所提出的證據，將會是被告有哪些證人需要被影響、哪些證物需要被銷毀藏匿。這樣弔詭的狀況，也正是實務上總是拒絕讓被告辯護人閱覽卷宗的原因。

38 例如本案的情形，且串供、滅證是刑事訴訟法承認的羈押理由，也不會構成該案律師所指摘的違法羈押而排除自白。

39 老師參照美國法上審查標準，認為檢察官應向法院說明：

- 1.存有重大利益；
- 2.為何無法事先進行證據保全，而要採此種方式聲押，即闡明隱匿必要性；
- 3.所欲保密之證據應在所欲保護之利益範圍內。

刑罰權得以實現，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、身體之虞時，自得限制或禁止其獲知聲請羈押之有關證據。

觀察刑事訴訟法第33條第1項及第101條第3項，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有關證據，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。至於獲知理由及有關證據之方式，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。

羈押程序中獲知必要資訊，屬正當法律程序之內涵，且獲知資訊之範圍，上開解釋意旨亦已設有除外規定，已能兼顧犯罪嫌疑人及關係人憲法權益之保護及刑罰權之正確行使。因此偵查不公開原則自不應妨礙正當法律程序之實現。

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。

(二) 與本文比較分析

1. 首先，釋字第737號解釋在羈押程序賦予被告得檢閱相關事證的依據，和本文一樣都是由正當法律程序出發。然而，老師文中認為應有武器平等原則適用，才能有效行使防禦權，而釋字第737號解釋在此部分則是因為我國羈押審查並非對審制而不承認有該原則適用。
2. 再者，老師文章的結論上是在有限的閱卷中，再搭配原則例外的方式處理。白話地說，就是十項武器中，只需要給你看在羈押審查中亮出來的四項，如果這四項我有不想給你看的，我就要向法院說明。而在釋字第737號解釋的見解中，其實看不太出來是採取全面或是有限的閱卷見解，倘若是全面的，則將有老師文章所提到的問題。而釋字第737號解釋也在閱卷權權限中設有除外條款⁴⁰，結論上似也可以解釋成老師所說的原則例外處理方式，只是詳細的判斷標準為何，檢察官是否應向法院說明、應說明至何種程度等問題，就只能觀察實務的後續發展。

40 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、身體之虞時，自得限制或禁止其獲知聲請羈押之有關證據。

特別救濟程序

2015年新修正的再審新法

李榮耕，月旦法學教室第156期，2015／10

爭點掃描

本篇討論2015年4月再審修訂刑事訴訟法第420條，並兼論其他仍有需要修正之處。除此之外，老師近來還有撰文討論再審其他需要修正之處，筆者將一併地摘錄在焦點延伸。另外，新再審規定修正前，104年的台北大學法研所⁴⁰及

40 104年台北大學法研所刑事法學組第3題

被告張三被判決強制性交罪有罪確定，主要的證據是一份DNA鑑定報告，報告顯示在被害人陰道內採集到帶有張三的精液。張三不服，堅持自己是無罪的。事過多年後，張三知悉有新的DNA鑑定技術問世，擬向法院聲請救濟，以還自己清白之身。試問，如果你是張三所委請的律師，可以為他作成什麼樣的建議？請以下列實務判決為基礎，詳細說明之。（30分）

最高法院89年度台抗字第308號裁定

稱發現確實之新證據，除須具有該證據可認為確實足以動搖原確定無罪判決，而對受判決人為有罪判決之「確實性」特性外，尚須具備該證據係在事實審法院於判決前即已存在，因未經發現，不及調查斟酌，或審判時未經注意，至其後始行發現之「新規性」特質，二者均不可或缺，倘未兼備上開學理上所謂「確實性」與「新規性」之二種再審新證據之特性，即不能據為再審之原因。

高等法院台中分院102年度聲再字第132號裁定（再審聲請人為陳龍綺）

二、……依（判決）當時採用之16組型別之鑑驗方式，因為在林建良與陳冠佑所構成之混合型中，都可看到陳龍綺的基因型，如果要再進一步確定被害人之採樣檢體有無陳龍綺Y染色體DNA-STR型別，以目前之鑑定方法，可以增加基因位，亦即採用23組基因比對鑑定法，可以做

103⁴¹、104⁴²年的東吳大學法研所皆考過再審相關考題，讀者可以以新修正條文再行演練過一遍，觀察結論是否有所不同。



核心焦點

(一) 過往判解的新規性及確實性

1. 新規性

用以聲請再審的證據須為判決前已經存在，判決後始發現者，始足當之⁴³。

2. 確實性

對此，實務上並未有一致見解。有認為「係指就證據本身之形式上觀察，無顯然之瑕疵，可以認為足以動搖原確定判決者」⁴⁴；亦有「固非以絕對不須經過調查程序為條件，然必須可認為確實足以動搖原確定判決，而為受判決人有利之判決者為限」⁴⁵；亦有認新證據「須已可認為確實足以動

進一步更細的比對等情，本院乃依職權當庭諭知原鑑定機關以增加基因位之鑑定法，做進一步比對後之鑑定結果為：可排除混合陳龍綺DNA，有內政部警政署刑事警察局102年12月5日刑醫字第00號記載鑑定結論：……在卷可憑。

三、本件原確定判決於判決後，鑑定機關內政部警政署刑事警察局對於被害人之採樣標示處之Y染色體DNA-STR型別、混合型，是否混有陳龍綺DNA，按目前增加基因位之較新鑑定方法既有不同之見解，而作成上開該局102年12月5日刑醫字第00號鑑定書，依上開說明，該鑑定書應屬刑事訴訟法第420條第1項第6款規定中所謂新證據，且該新證據之斟酌，將足以影響被告陳龍綺是否有罪之認定。是再審聲請人所陳關於上開再審理由，為有理由，應為開始再審之裁定。本件既經准予再審之裁定，受判決人陳龍綺原受判決確定之刑罰，應併停止其執行。

41 103年東吳大學法研所B組第4題

甲因涉嫌殺害乙，經檢察官以其違犯殺人罪向法院提起公訴，歷經地方法院、高等法院審理，皆以甲出現在犯罪現場且身上有血跡，而認定其犯下殺人罪，判決確定後，因刑事鑑識技術的進步，發現甲身上血跡與死者DNA不符，請問：甲得否依據此鑑定報告聲請再審？（25分）

42 104年東吳大學法研所B組第4題節錄

請說明理由，就下列裁判得否為聲請再審或提起非常上訴？

(三)有罪判決確定後，始發現之新證據，足認受無罪之判決者。（8分）

43 最高法院28年抗字第8號判例。

44 最高法院32年抗字第113號判例。

45 最高法院33年抗字第70號判例。

搖原確定判決，而為受判決人有利之判決者為限」⁴⁶。

(二) 2015年之新修正

立法理由指出實務增加新規性及確實性之限制：「不僅毫無合理性，亦無必要，更對人民受憲法保障依循再審途徑推翻錯誤定罪判決之基本權利，增加法律所無之限制，而違法律保留原則。」因此修正刑事訴訟法第420條第1項第6款並增訂第3項⁴⁷。

用以聲請再審者究為事實或證據，往往難以區分，因此修正刑事訴訟法第420條第1項第6款將二者並列。此外確實性部分也採取了學理上綜合判斷標準，即除了單憑聲請人所提出的證據或事實便可認足以動搖原確定判決的情形外，法院亦應綜合新事實或新證據，以及原判決中已存在的證據，判斷是否應受無罪或其他有利判決。第3項之增訂除判決前已成立或存在，而未及調查斟酌者外，判決確定後才成立的事證亦得用以聲請。

由於過往判解及刑事訴訟法第429條文字的緣故，聲請人必須提出證據本身，不能僅主張某種特定鑑定技術、鑑定方式或證據方法。但因為刑事程序上受判決人沒有選任鑑定人的權利，且部分證據只有法院或偵查機關才能接觸或取得，因此將陷入難以聲請再審的困境。修法理由指出，受判決人得以原判決所憑鑑定有誤，或是以判決後新的鑑定方法或技術足使法院相信應重為更有利之判決為由，聲請再審。

(三) 尚待改進之處

老師認為，此次修正適度地降低聲請門檻，值得肯定。但再審法制中仍有以下幾點需要改進之處：

1. 受判決人在再審程序仍無法享有受律師協助權利⁴⁸。
2. 雖然實際操作上多不是問題，但受判決人在法律上仍然沒有接觸或取得卷證的權利⁴⁹。

46 最高法院41年台抗字第1號判例。

47 刑事訴訟法第420條第1項第6款：「六、因發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決者。」第420條第3項：「第一項第六款之新事實或新證據，指判決確定前已存在或成立而未及調查斟酌，及判決確定後始存在或成立之事實、證據。」

48 筆者按：請參照焦點延伸(-)。

49 筆者按：請參照焦點延伸(二)及(三)。

3. 受判決人沒有向再審法院聲請蒐集證據之權利。
4. 再審仍以書面審理為原則，受判決人沒有向法院以言詞陳述意見之權利。
5. 再審管轄法院仍維持是判決的原審法院（刑訴 § 426 I）。
6. 再審仍然沒有法官迴避之適用⁵⁰。

焦點延伸

(一) 再審及受律師協助權⁵¹

本篇爭點為：再審程序中，再審聲請人**有無受律師協助權**？該程序**有無強制辯護規定適用**？

刑事程序中賦予受律師協助之權利，是為了保護被告免於因為程序繁複及威懾，作成了非任意或不明智的決定。且律師在旁協助，也可以維護程序中當事人之間的對等，使被告確實了解各個訴訟階段的意涵，作成具有實質意義的主張及攻擊防禦，維持訴訟程序的公平性（釋654、憲 § 16）。正因辯護人在刑事程序中至為重要，因此刑事訴訟法設有第31條強制辯護之規定。

除三審外，第一、二審皆有強制辯護規定之適用（刑訴 § 388），然而**就法條文義而言，受判決人並不同樣享有此等權利**，蓋刑事訴訟法第31條規範主體為「被告」，而聲請再審之人皆不符合此一要件（刑訴 § 427）。因此法院無須、也無從准許指定律師協助之聲請。

相較於第一、二審，聲請再審之困難度更高，非有深諳法律的律師，難以成功說服法院開啟再審，為了使再審程序真正發揮救濟受判決人洗刷冤屈之功能，倘認為目前尚無須全面賦予所有聲請人受律師協助權，**至少應讓重罪案件之受判決人享有該權利**。

(二) 再審與閱卷⁵²

本篇爭點為：再審程序中，**再審聲請人**有無閱卷權？受判決人聲請再審，並聲請閱覽卷證時，再審法院應如何處理？

50 筆者按：請參照焦點延伸四。

51 李榮耕，再審及受律師協助權，月旦法學教室第160期，2016年2月，頁30-32。

52 李榮耕，再審與卷證閱覽，月旦法學教室第152期，2015年6月，頁30-32。

依刑事訴訟法第33條之規定，辯護人以及無辯護人的被告在審判中得預納費用，請求付與卷內的筆錄影本，因此依該條規定，只有審判中的「辯護人」或是沒有辯護人的「被告」才有閱覽卷宗、證據或抄錄或攝影的權利。而再審聲請人或其律師是否能夠檢閱卷證或是取得複本，便成問題。

實務上有針對再審閱卷的重要裁判可供參照⁵³，判決中法院認為聲請卷證資料目的正當，且為保護其權益的必要措施，再者其只是聲請在地檢署檢視錄音（影），非聲請取得複本，無複本被變造失真或在外傳播的疑慮，因此沒有依相關條文得拒絕之情形。且亦未涉及另案偵查中的問題，沒有妨礙犯罪偵查、追訴或影響社會治安的疑慮，**應容許受判決人檢閱偵查中的訊問錄音（影）之內容**。惟為德不卒之處乃法院僅承認「檢閱」而不含「取得」複本，**倘已容許檢閱內容，實在沒有不發給複本之必要**。

2015年修正了刑事訴訟法第420條第1項第6款，明確改採綜合判斷標準作為確實性之判準，亦即只要綜合新事證及先前證據，足認受判決人應受更有利的判決者，就應該具備了確實性。由於聲請再審，除了提出再審書狀及原判決繕本外，更必須要提出證據（刑訴§429），因此，**更應認受判決人有權取得證據**，否則實難提出合於刑事訴訟法第429條的證據。因此結論上，老師認為受判決人應有權閱覽卷宗，並可取得證據之複本，以便有效利用再審之救濟程序。至於訴訟目的外使用的禁止及限制，亦應有其他配套措施，自不待言。

(三) 刑事再審程序的閱卷⁵⁴

本篇爭點為：再審程序中，再審聲請人**所委任之律師有無閱卷權**？

同前述，刑事訴訟法第33條只有審判中的辯護人或是無辯護人之被告才有閱卷權，再審中辯護人得否閱卷便成問題。若從法條文字來看，會得出否定答案，蓋再審程序中並無「被告」或「辯護人」（既無被告，則選任之律師亦非刑訴§27之辯護人）。但從被告訴訟權、正當程序及公平審判的角度來看，為**確保委任律師得以在程序中為聲請人提出有利的主張，維護受判決人受非常救濟的權利**，實有賦予委任律師有閱卷之權利。

53 臺北高等行政法院103年度訴字第906號判決參照。

54 李榮耕，刑事再審程序的閱卷，月旦法學教室第143期，2014年9月，頁33-35。

近來實務判決有出現過肯定無委任律師的受判決人得閱卷之見解⁵⁵，而既然未委任律師都得依刑事訴訟法第33條第2項請求影本，那麼受判決人所委任之律師，也應該得依第33條第1項聲請閱卷。

(四) 再審與法官迴避⁵⁶

本篇爭點為：法官曾參與再審前的訴訟程序時，於再審程序中是否應迴避？即該情形是否構成迴避事由？

正當法律程序的核心要求之一，即審判程序必須要公平。當法官於進行審判時無法保持中立，便應該迴避，否則便與審判公平及程序正當的要求相違背。由於正當法律程序屬於憲法誠命，法官應迴避而未迴避即侵害被告受公正法院審判的憲法權利。

刑事訴訟法第17條第8款之「前審」一直有著「審級說」及「拘束說」的爭議⁵⁷。我國實務向來採審級說之見解，釋字第178號解釋即明白宣示：「刑事訴訟法第十七條第八款所稱推事曾參與前審之裁判，係指同一推事，就同一案件，曾參與下級審之裁判而言。」

然而，刑事訴訟法第17條第8款之「前審」是否包含確定判決前之裁判，釋字第178號解釋並未說明，不過在釋字第256號解釋中認為，民事再審之訴中之所以有法官迴避規定，是為了維護審級利益以及裁判的公平性。老師認為，這樣的價值應該是所有審判程序都應該要追求的對象，因此該號解釋也應適用於刑事訴訟當中。

最高法院102年度台抗字第143號刑事裁定中，法院不拘泥於民、刑事程序的

55 筆者按：以下兩則判決字號及內容都值得讀者加以記憶。最高法院101年度台抗字第277號裁定：「參酌日本刑事訴訟法第五十三條第一項規定『任何人，在被告案件終結後，均得閱覽訴訟紀錄。但對訴訟紀錄之保存或對法院及檢察廳之事務有妨礙者，不在此限。』及我國實務對於『聲請再審或抗告之刑事案件，如有當事人委任律師請求抄閱原卷及證物，現行法並無禁止之明文，為符便民之旨及事實需要，自應從寬解釋，准其所請』……之同一法理，於判決確定後，無辯護人之被告以聲請再審或非常上訴為理由，請求預納費用付與卷內筆錄之影本，既無禁止之明文，自宜類推適用上開規定，從寬解釋，以保障其獲悉卷內資訊之權利，並符便民之旨。」最高法院100年度台抗字第690號裁定亦同一意旨。

56 李榮耕，再審與法官迴避——簡評最高法院102年度台抗字第143號刑事裁定，月旦裁判時報第27期，2014年6月，頁54-60。

57 筆者按：這邊就請讀者自行複習兩說內容了。