

發文單位：司法院

解釋字號：釋字第 654 號

解釋日期：民國 98 年 01 月 23 日

資料來源：司法院

司法周刊 第 1426 期 1 版

司法院公報 第 51 卷 5 期 1-57 頁

司法院大法官解釋（二十二）（99年7月版）第 1-80 頁

法令月刊 第 60 卷 3 期 140-141 頁

相關法條：中華民國憲法 第 16、23 條

羈押法 第 23、28 條

解 釋 文： 羈押法第二十三條第三項規定，律師接見受羈押被告時，有同條第二項應監視之適用，不問是否為達成羈押目的或維持押所秩序之必要，亦予以監聽、錄音，違反憲法第二十三條比例原則之規定，不符憲法保障訴訟權之意旨；同法第二十八條之規定，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，牴觸憲法第十六條保障訴訟權之規定。前開羈押法第二十三條第三項及第二十八條規定，與本解釋意旨不符部分，均應自中華民國九十八年五月一日起失其效力。

看守所組織通則第一條第二項規定：「關於看守所羈押被告事項，並受所在地地方法院及其檢察署之督導。」屬機關內部之行政督導，非屬執行監聽、錄音之授權規定，不生是否違憲之問題。

聲請人就上開羈押法第二十三條第三項及第二十八條所為暫時處分之聲請，欠缺權利保護要件，應予駁回。

理 由 書： 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。上開自由溝通權利之行使雖非不得以法律加以限制，惟須合乎憲法第二十三條比例原則之規定，並應具體明確，方符憲法保障防禦權之本旨，而與憲法第十六條保障訴訟權之規定無違。

受羈押之被告，其人身自由及因人身自由受限制而影響之其他憲法所保障之權利，固然因而依法受有限制，惟於此範圍之外，基於無罪推定原則，受羈押被告之憲法權利之保障與一般人民所得享有者，原則上並無不同（本院釋字第 653 號解釋理由書參照）。受羈押被告因與外界隔離，唯有透過與辯護人接見時，在不受干預下充分自由溝通，始能確保其防禦

權之行使。羈押法第二十三條第三項規定，律師接見受羈押被告時，亦有同條第二項應監視之適用。該項所稱「監視」，從羈押法及同法施行細則之規範意旨、整體法律制度體系觀察可知，並非僅止於看守所人員在場監看，尚包括監聽、記錄、錄音等行為在內。且於現行實務運作下，受羈押被告與辯護人接見時，看守所依據上開規定予以監聽、錄音。是上開規定使看守所得不問是否為達成羈押目的或維持押所秩序之必要，予以監聽、錄音，對受羈押被告與辯護人充分自由溝通權利予以限制，致妨礙其防禦權之行使，已逾越必要程度，違反憲法第二十三條比例原則之規定，不符憲法保障訴訟權之意旨。惟為維持押所秩序之必要，於受羈押被告與其辯護人接見時，如僅予以監看而不與聞，則與憲法保障訴訟權之意旨尚無不符。

羈押法第二十八條規定：「被告在所之言語、行狀、發受書信之內容，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。前開羈押法第二十三條第三項及第二十八條規定，與本解釋意旨不符部分，均應自九十八年五月一日起失其效力，俾兼顧訴訟權之保障與相關機關之調整因應。如法律就受羈押被告與辯護人自由溝通權利予以限制者，應規定由法院決定並有相應之司法救濟途徑，其相關程序及制度之設計，諸如限制之必要性、方式、期間及急迫情形之處置等，應依本解釋意旨，為具體明確之規範，相關法律規定亦應依本解釋意旨檢討修正，併此指明。

看守所組織通則第一條第二項規定：「關於看守所羈押被告事項，並受所在地地方法院及其檢察署之督導。」乃係指看守所為執行羈押之場所，看守所之職員僅實際上負責羈押之執行。其執行羈押於偵查中仍依檢察官之指揮，審判中則依審判長或受命法官之指揮（刑事訴訟法第一百零三條參照）。而看守所組織通則係有關負責執行羈押之看守所組織編制、內部單位掌理事項、人員編制與執掌等事項之組織法，其第一條第二項僅在說明法院或檢察官併具指揮執行羈押之法律地位，純屬機關內部之行政督導，非屬執行監聽、錄音之授權規定，不生是否違憲之問題。

本件聲請人因涉嫌違反貪污治罪條例第四條第一項第五款之罪，業經臺灣板橋地方法院檢察署檢察官於九十七年十一月三日提起公訴，並於同月六日移審後，已由臺灣板橋地方法院法官於同日諭知交保候傳。聲請人聲請宣告定暫時狀態之暫時處分，核與本院釋字第五八五號及第五九九號解釋意旨不符，顯然欠缺權利保護要件。故聲請人就上開羈押法第二十三條第三項、第二十八條所為暫時處分之聲請，應予駁回。

大法官會議主席	大法官	賴英照
	大法官	謝在全
		徐璧湖
		林子儀
		許宗力

許玉秀
林錫堯
池啓明
李震山
蔡清遊
黃茂榮
陳 敏
葉百修
陳春生
陳新民

協同意見書

大法官 葉百修

多數意見之解釋原則與結論，本席敬表贊同，惟就本號解釋所涉及之基本權利與憲法原則之論述，容有未盡全功之處，爰提出協同意見書如下。

壹、聲請憲法解釋之事實與聲請意旨

一、事實

聲請人因涉嫌違反貪污治罪條例第四條第一項第五款之罪，遭臺灣板橋地方法院檢察署檢察官聲請羈押，經臺灣板橋地方法院訊問後，於民國九十七年九月十一日以九十七年度聲羈字第六二七號裁定予以羈押，並禁止接見、通信。檢察官於聲請人與辯護人（律師）接見時，命予全程監聽、錄音。聲請人之辯護人於其受羈押期間雖得請求接見，惟接見時間受限，且接見之交談內容皆由看守所派員全程監聽、錄音，並將與案情相關之內容呈報檢察官或法院參考，致聲請人難以獲得辯護人有效之法律協助並充分行使其防禦權。聲請人乃以所方上開全程監聽、錄音行為侵害其受憲法保障之訴訟權為由，於九十七年九月十六日向臺灣板橋地方法院聲明異議，遭該院於九十七年十月二十四日以九十七年度聲字第四三七〇號裁定（下稱終局裁定）予以駁回，且因不得抗告而確定。

二、終局裁定意旨

上開終局裁定理由略謂：被告（即聲請人，下同）因涉犯貪污治罪條例第四條第一項第五款違背職務收受賄賂罪，經檢察官聲請羈押，經法院訊問後，認被告犯罪嫌疑重大，所犯為死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑之罪，且有事實足認有勾串共犯或證人之虞，非予羈押顯難進行追訴而有羈押之必要，於九十七年九月十一日裁定羈押，並禁止接見、通信。茲依證人林○洪於檢察官訊問時具結證述之情節，林○洪為獲得路邊停車格經營利益，出資租購車牌號碼XXXX-XX 號及XXXX-XX 號汽車供被告使用，並透過張○和行賄，而被告於檢察官訊問時亦坦承使用前開車輛，及自張○和收受金錢之事實，其與林○洪交往過程，獲有財產上之利益，究其財產來源、原因關係、目的等，顯有串證之高度動機，並有利用與辯護人接見之機會，間接與共犯或證人勾串之虞。檢察官於被告與辯護人接見時，命予全程錄音，所為處分，與看守所組織通則、羈押法之規定無悖，且未逾越必要之範圍，亦未造成被告防禦權及選任辯護人之辯護權無法行使或限制，被告及辯護人指為違法，聲明異議，核非有據，應予駁回。

三、聲請意旨

（一）聲請解釋之目的

- 1、依據看守所組織通則第一條第二項、羈押法第二十三條第三項及同法第二十八條等規定，看守所於聲請人與辯護人接見時，予以全程監聽、錄音，並將與被告案情有關事項呈報檢察官、法院，剝奪受羈押被告與辯護人秘密且充分溝通、交流之權利，因而不合理限制受羈押被告獲得辯護人充分法律協助之權利，不但違反比例原則，且與憲法第八條正當法律程序原則之要求不符。
- 2、請求定暫時狀態之暫時處分，宣告上述羈押法第二十三條第三項及第二十八條規定，於作成解釋前暫停適用。

（二）聲請意旨

- 1、羈押法第二十三條第三項、第二十八條及看守所組織通則第一條第二項規定，剝奪受羈押被告與辯護人秘密溝通、交流等受公平審判之訴訟權與違反正當程序之保障

羈押法第二十三條第一項規定，請求接見者，應將姓名、職業、年齡、住所、接見事由、被告姓名及其與被告之關係陳明之。同條第二項及第三項規定，看守所長官於准許接見時，應監視之。律師接見被告時，亦適用前項之規定。同法第二十八條亦規定，被告在所之言語、行狀、發受書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。上述規定授權看守所相關人員於受羈押被告與其辯護人接見時，均一律予以監視、監聽，並將與被告案情有關之內容呈報檢察官與法院。檢察官或法院復依據看守所組織通則第一條第二項規定，具督導看守所之職權，不待看守所人員呈報，得逕命監視、監聽受羈押被告與其辯護人之接見內容，有違憲法第八條保障人民人身自由以及正當程序之原則。受羈押被告與辯護人於接見時所為訴訟辯護之內容，亦將為審判上與被告立場對立之檢察官所獲知，有違憲法第十六條對人民訴訟權之保障。

- 2、系爭侵害並非必要，有違憲法第二十三條之規定

按羈押法第二十三條第三項、第二十八條之規定，係為防止管束羈押之被告與外人接見、通信、授受書籍及其他物件時，有足致其脫逃或湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞，乃賦予法院得依檢察官之聲請或依職權命禁止或扣押之。但檢察官或押所遇有急迫情形時，得先為必要之處分，並應即時陳報法院核准，刑事訴訟法第一百零五條第三項雖有明文，然同法第四項亦規定，「依前項所為之禁止或扣押，其對象、範圍及期間等，偵查中由檢察官；審判中由審判長或受命法官指定並指揮看守所為之。但不得限制被告正當防禦之權利。」然依現行規定，凡受羈押被告與其辯護人接見時，檢察官均命看守所派員一律予以監聽、錄音，未依個案情形逐一授權，有違憲法第二十三條比例原則之意旨。

貳、本件解釋範圍

本件解釋之範圍，僅以羈押法第二十三條第三項及第二十八條規定，就看守所對受羈押被告與辯護人（律師）接見時之自由溝通之權利，於上開系爭法律規範許予全程監聽、錄音，並將上開監聽、錄音所得資料，提供檢察官或法院作為辦案參考，是否違反憲法保障訴訟權與正當法律程序之要求，以及有無侵害受羈押被告受辯護人有效協助之權利者為限。至於（1）看守所對受羈押被告與辯護人（律師）接見以外之通訊檢查行為；（2）對受羈押被告與第三人（親友）接

見予以監視之行爲；以及（3）刑事訴訟法第三十四條及第一百零五條關於受羈押被告與辯護人接見、通訊與羈押方法之原則性規定是否牴觸憲法等問題，均不在本號解釋之範圍。

參、本席意見

一、關於看守所組織通則第一條第二項「關於看守所羈押被告事項，並受所在地地方法院及其檢察署之督導」之規定，不生違憲之問題

羈押係拘束刑事被告身體自由，並將其收押於一定處所之強制處分，此一保全程序旨在確保訴訟程序順利進行（註一），使國家刑罰權得以實現（註二）。按檢察官乃偵查程序之主導者。偵查中，檢察官訊問被告後，認有羈押之必要者，應自拘提或逮捕之日起二十四小時內，敘明羈押之理由，聲請該管法院准予羈押（註三）。據此，聲請羈押之機關，偵查中爲檢察官，且檢察官只有聲請權而已。被告經法院訊問後，認爲犯罪嫌疑重大，具有羈押之事由而有羈押之必要者，得羈押之（註四）。故，無論偵查中或審判中，法院爲羈押之法定唯一機關。至於看守所乃執行羈押之場所，準此，看守所之職員，乃實際上負責執行羈押之機關（註五）。另，鑑於羈押之重要性，刑事訴訟法第一百零三條第一項另設規定，執行羈押於偵查中依檢察官之指揮，審判中依審判長或受命法官之指揮（註六）。其所稱「指揮執行」，則係謂指揮司法警察或看守所執行被告之收押、借提等相關作業而言（註七）。看守所組織通則僅係有關負責執行羈押之看守所組織編制、內部單位掌理事項、人員編制與執掌等事項之組織法，尙非執行羈押事宜之行爲法。

又依法院組織法第六十九條第三項規定，目前由臺灣高等法院檢察署設所務科，綜理所屬看守所行政事務，諸如人事調派、會計預算、房舍之增建、改建等（註八）。惟看守所組織通則第一條第二項之所以規定「關於看守所羈押被告事項，並受所在地地方法院及其檢察署之督導」者，考其立法意旨，係法院或檢察官併具指揮執行羈押之法律地位，是該通則第一條第二項之規定，純係機關內部之行政督導，非屬執行監聽、錄音之授權規定，尙不生是否違憲之問題。

二、關於羈押法第二十三條第三項規定部分

（一）羈押法第二十三條規定所稱監視之意義

查羈押法第二十三條係於中華民國三十五年一月十九日制定公布，其後歷經六次修正，但內容並無重大改變（註九）。該條第三項規定，律師接見受羈押被告時，亦有同條第二項「看守所長官於准許接見時，應監視之」之適用。所稱「監視」之文義究應如何界定，原立法理由已無可考。「監視」就其文義固指監臨觀察，然究僅止於「在場」，或有無「與聞」之意，仍不明確。惟從羈押法第二十三條之規範意旨，以及同法第二十八條規定「被告在所之言語、行狀、發送書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」，復以同法施行細則第九章「接見」之規範等爲整體法律制度體系觀察可知，羈押法第二十三條所稱「監視」，尙非僅止於在場，亦包括與聞受羈押被告與辯護人接見時之晤談內容，即有在場與聞之意。蓋羈押法第二十八條之呈報規定，自須以具體與聞所得資料作爲呈報內容，此考諸同法施行細則第八十三條規定：「律師接見被告時，其談話內容，應以有關被告訴訟進行事項爲限，並不得有不正當之言行。」故於判斷談話內容是否與進行訴訟事項有關，自須在場與聞彼等談話內容，始得實踐其規範意旨。準此，羈押法第二十三條所稱「監

視」，應係採廣義解釋，凡在場與聞（包括監聽、錄音）等任何監臨觀察之相關措施，均係該條所稱「監視」之內涵；而同法第二十八條所謂呈報，自包括依同法第二十三條監視所得之內容在內。

（二）受羈押被告與辯護人（律師）接見時得充分自由溝通之權利應受憲法保障（註十）

公平審判原則是現代法治國家司法程序之基石（註十一），亦是國際人權法以及比較刑事訴訟法之熱門問題。法官於個案之審理，須具備無偏頗性及中立性，是公平審判原則之核心領域。在現代法治國家採行之控訴原則下，刑事被告已取得「程序主體」之地位，而不再是單純之程序客體（註十二）。為擔保其程序主體地位，乃發展出所謂「不自證己罪」（註十三）、「無罪推定」、「事疑利於被告推定」等原則（註十四）。儘管刑事被告已取得程序主體地位，但鑑於其與代表國家行使追訴權之檢察官間，無論在組織、人力、物力上以及專業法律知識等方面，兩者均有相當之差距。故為維持被告與檢察官間雙方武器平等，被告應享有辯護權，於訴訟上防禦其權利，排除追訴檢察官對其不利之控訴。因此，被告不但得隨時選任辯護人，於強制辯護案件，法院且必須主動為未選任辯護人之被告指定辯護人（註十五），國家機關亦有義務於訊問被告前，告知其得選任辯護人（註十六）。

法官或檢察官調查該管案件時，本於職權負有於被告有利或不利事項一律注意之客觀義務。然單純客觀法律義務本身，仍不足以有效保障被告之程序主體地位及其防禦權利。唯有依賴具有專業知識之辯護人，協助被告而督促國家機關實踐其應負之客觀法律義務，進而動搖其不利於被告事項之判斷，藉以落實「無罪推定」、「武器平等」等原則，並符憲法對公平審判之要求，此亦即被告受辯護人協助權利之憲法基礎（註十七）。矧辯護關係是一種特殊的信賴關係，欠缺特殊信賴關係之擔保，辯護人制度之功能將受影響（註十八）。因此，被告能夠接見辯護人，並與其在不受干擾、不受監聽、錄音之狀況下，始能完全充分地自由交流、溝通，是落實辯護制度之前提，亦是受辯護人協助權利之必要內涵（註十九）。這種被告與辯護人在不受干擾、不受監聽、錄音下之權利，學說謂之「交通權」（註二十），應是憲法保障公平審判之當然要求（註二十一）。

（三）羈押法第二十三條第三項規定看守所對受羈押被告與辯護人接見時應予監視，違反憲法第十六條保障訴訟權之意旨以及正當法律程序之要求

人民有請願、訴願及訴訟之權利，為憲法第十六條所明定。所稱「訴訟權」，乃人民在司法上之受益權，不僅指人民於其權利受侵害時，得提起訴訟請求權利保護，尤應保障人民於訴訟上有受公正、迅速審判以獲得救濟之權利，俾使人民免受不當限制，以確保其訴訟主體地位（註二十二）。刑事法院行使審判權，其結果影響人民之人身自由，有關刑事訴訟程序，自應本正當法律程序之要求，對刑事被告予以充分之程序保障，乃符憲法第十六條保障人民訴訟權之本旨。此項程序保障，例如採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並給予被告有完全陳述之機會等，俾被告得以充分行使其正當防禦權利（註二十三）。受羈押被告與外界隔離，蒐集訴訟資料不易，無法完全行使其防禦權。唯有透過其自行選任信賴之辯護人，與之在不受干擾、監聽、錄音之環境下，始能讓受羈押被告毫無顧忌地與該辯護人充分交換意見，進而達到實質、有

效辯護，並受辯護人有效協助之憲法要求。現行羈押法第二十三條第二項規定：「看守所長官於准許接見時，應監視之。」同條第三項且規定：「律師接見被告時，亦適用前項之規定」，條文所定「監視」，基於上述憲法對於人民訴訟權保障及正當法律程序之要求，應係指得監視而不得與聞；看守所依據法務部相關函釋（註二十四），對受羈押被告與辯護人（律師）接見時一律予以監聽、錄音，毫無例外，不啻侵害受羈押被告與辯護人間充分自由溝通之權利，此部分有違憲法第八條保障正當法律程序之要求，亦與憲法第二十三條比例原則不符，應屬違憲。於若干特殊急迫情勢下，得就受羈押被告與其辯護人接見時予以監聽、錄音，但須有「相應措施」，且仍須符合憲法第二十三條比例原則之要求。

由於羈押係指將被告拘禁於一定場所，以防止被告逃亡及保全證據，以完成訴訟並保全刑事程序為目的之強制處分，故羈押是保全刑事程序之措施，從刑事訴訟法第一百零一條之規定，得知羈押之主要目的有三：（1）保全被告於刑事訴訟程序中始終在場；（2）保全刑事執行之手段；（3）確保刑事偵查與審判機關得以依法從事於犯罪事實之調查與認定。上述刑事程序保全之目的，僅止於確保被告到場接受審判、執行以及消極地避免串證之危險而已，但並不包括蒐集本案犯罪證據在內，更不包括取得被告關於犯罪事實之陳述。

受羈押被告與辯護人接見時，固得予以充分自由溝通，倘受羈押被告所涉嫌之犯罪情節重大，例如：涉及恐怖犯罪組織、組織性犯罪或涉嫌危害國家重大金融犯罪等，如不予監聽、錄音，亦將危及重大公共利益，此時應可例外就受羈押被告與辯護人接見時准予監聽、錄音（註二十五）。對例外之准予監聽、錄音行為，亦應有其相應措施（註二十六），例如：（1）由非審理本案之法官判斷是否具有接見監聽、錄音之必要性；（2）該法官於監聽、錄音所得之資料負有保密義務；（3）受羈押被告不服前揭法官所為准予監聽、錄音之決定，應有法律救濟途徑；（4）國家機關對有無予以監聽、錄音之必要，應負說明義務；（5）上開監聽、錄音行為（如期間、方式等）仍應符合憲法第二十三條比例原則之要求。

三、關於羈押法第二十八條部分

（一）羈押法第二十八條規定應將監視所得資料提供於檢察官或法院參考，侵害受羈押被告之正當防禦權

承上所述，憲法第十六條保障人民訴訟權意旨，在於確保人民於其權利受侵害時，有依法定程序提起訴訟之權利，法院亦有為公平審判之義務。此項義務之踐履，就刑事審判上之被告而言，繫之於對審制度下，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。受羈押被告於押所中與辯護人接見時之言行，押所除依羈押法第二十三條第三項予以監視外，尚且依據同法第二十八條之規定，將監視所得相關資料，即受羈押被告在所之言語、行狀，於可供偵查或審判上之參考者，應呈報檢察官或法院，此係嚴重違反受羈押被告之於檢察官作為國家追訴權行使主體，與受羈押被告同屬刑事對審制度下之當事人平等原則，不啻侵害被告之正當防禦權利，與憲法保障人民訴訟權之意旨不符，應屬違憲。

（二）監聽、錄音所得資料在訴訟上不具證據能力

刑事訴訟法第一百五十四條第一項規定，被告未經審判證明有罪確定前，

推定其為無罪；同條第二項規定，犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實。是於刑事訴訟程序中，證據之取得就證明犯罪乃具關鍵性。受羈押被告於押所中之言語、行狀，特別是受羈押被告與其辯護人接見時所為之交談內容，依據羈押法第二十八條之規定，應呈報檢察官或法院，形同將被告在押所言行視為其自白；然刑事訴訟法第一百五十六條第一項規定，被告之自白，須非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，始得為證據，若受羈押被告與辯護人於接見時所為之言談內容，得呈報檢察官或法院而為本案偵查或審判之證據，將使同法第四項規定形同具文，並抵觸「不自證己罪」之原則。是受羈押被告與辯護人於接見時，非但不得予以監聽、錄音，凡受羈押被告在押所之言語、行狀，僅得於預防犯罪或有其他基於羈押之目的，得由所為相關職權判斷之非審理本案法官予以檢閱，並應嚴守保密義務，本於知悉而不使用之原則，相關資料亦不得作為本案偵查或審判之證據，至多僅得作為預防犯罪之參考。

註一：林鈺雄，刑事訴訟法，上冊總論編，2007 年 9 月，第3 42 頁。

註二：本院釋字第653號解釋理由書參照。

註三：刑事訴訟法第 93 條第 2 項規定：「偵查中經檢察官訊問後，認有羈押之必要者，應自拘提或逮捕之時起二十四小時內，敘明羈押之理由，聲請該管法院羈押之。」

註四：刑事訴訟法第101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。

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。」

同法第 101 條之 1 規定：「被告經法官訊問後，認為犯下列各款之罪，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，得羈押之：

一、刑法第一百七十四條第一項、第二項、第四項、第一百七十五條第一項、第二項之放火罪、第一百七十六條之準放火罪。

二、刑法第二百二十一條之強制性交罪、第二百二十四條之強制猥褻罪、第二百二十四條之一之加重強制猥褻罪、第二百二十五條之乘機性交猥褻罪、第二百二十七條之與幼年男女性交或猥褻罪、第二百七十七條第一項之傷害罪。但其須告訴乃論，而未經告訴或其告訴已經撤回或已逾告訴期間者，不在此限。

三、刑法第三百零二條之妨害自由罪。

四、刑法第三百零四條之強制罪、第三百零五條之恐嚇危害安全罪。

五、刑法第三百二十條、第三百二十一條之竊盜罪。

六、刑法第三百二十五條、第三百二十六條之搶奪罪。

七、刑法第三百三十九條、第三百三十九條之三之詐欺罪。

八、刑法第三百四十六條之恐嚇取財罪。

前條第二項、第三項之規定，於前項情形準用之。」

註五：羈押法第 1 條第 1 項規定：「刑事被告應羈押者，於看守所羈押之。」

註六：刑事訴訟法第 103 條第 1 項規定：「執行羈押，偵查中依檢察官之指揮；審判中依審判長或受命法官之指揮，由司法警察將被告解送指定之看守所，該所長官查驗人別無誤後，應於押票附記解到之年、月、日、時並簽名。」

註七：參閱看守所組織通則第 1 條之立法理由。

註八：法院組織法第 69 條第 3 項規定：「高等法院或其分院檢察署，得設所務科，掌理關於監督看守所及少年觀護所之行政事務，並得分股辦事。置科長一人，薦任第九職等；科員，委任第五職等或薦任第六職等至第七職等；書記，委任第一職等至第三職等；股長由薦任科員兼任，不另列等。」

註九：羈押法於民國 43 年修正時，將原該條第 2 項規定「得監視之」修正為「應監視之」。其修正理由係「若監視與否仍得由看守所長官自由裁量，殊不足以昭慎重，為強調監視之重要性與加重看守所長官之責任感」而予以修正。參見立法院公報，民國 44 年 1 月 16 日，第十四會期第六期，第 64 頁。

註十：學者嘗以四個等級區分限制接見通信之干預程度，林鈺雄，前揭文。具體而言，得概分三種情形：第一，受羈押被告與辯護人自由接見，美國與加拿大採之。第二，原則准許受羈押被告與辯護人自由接見，但於特殊情形得為一定限制，例如英國、德國、義大利、西班牙等國。第三，於嚴格條件限制下，准許受羈押被告與辯護人自由接見，例如法國、日本等國。

註十一：參照本院釋字第五九一號、第五八二號、第五三三號、第五一二號、第四一八號、第三九五號、第二五六號解釋。

註十二：林鈺雄，前揭書，第 155 頁。

註十三：參見本院釋字第五八二號解釋許玉秀大法官之協同意見書，司法院大法官解釋續編（十七），2005 年 6 月，第 525 頁以下，第 531 頁；林鈺雄，同上；王士帆，不自證己罪原則，2007 年 6 月，第 9 頁。

註十四：林鈺雄，前揭書，第 155 頁。

註十五：刑事訴訟法第 27 條第 1 項規定：「被告得隨時選任辯護人。犯罪嫌疑人受司法警察官或司法警察調查者，亦同。」同法第 31 條第 1 項規定：「最輕本刑為三年以上有期徒刑或高等法院管轄第一審案件或被告因智能障礙無法為完全之陳述，於審判中未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人或律師為其辯護；其他審判案件，低收入戶被告未選任辯護人而聲請指定，或審判長認為有必要者，亦同。」

註十六：刑事訴訟法第 95 條規定：「訊問被告應先告知左列事項：

- 一、犯罪嫌疑及所犯所有罪名。罪名經告知後，認為應變更者，應再告知。
- 二、得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。
- 三、得選任辯護人。
- 四、得請求調查有利之證據。」

同法第 100 條之 2 規定：「本章之規定，於司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人時，準用之。」

註十七：參見美國聯邦憲法增補條款第六條、日本憲法第三十四條前段。學者肯定意見，王兆鵬，前揭文，第 114 頁；吳俊毅，前揭文，第 134 頁；呂雅婷，刑事被告受律師協助權-以歐洲人權法院裁判為借鏡，2007 年，台大法學

碩士論文，頁 111 以下；陳運財，刑事訴訟法之修正與刑事辯護，月旦法學雜誌，2006年 10 月，第 137 期，頁 120 以下，第 123 頁；陳運財，論接受辯護人援助機會之保障，刑事訴訟與正當之法律程序，2004年，頁 375 以下。

註十八：林鈺雄，在押被告與律師接見通信之權利-歐洲法與我國法發展之比較與評析-，台灣法學雜誌，2008 年 1 月，第 102 期，頁 58 以下，第 58 頁。

註十九：同上。

註二十：此種權利，英國法上稱為“legal professional privilege”、美國法上稱為“attorney-client privilege”、德國法上稱為“das freie Verkehrsrecht”、日本法上稱為「接見交通」；並參見德國刑事訴訟法第一百四十八條、第一百四十八條之a，日本刑事訴訟法第三十九條等相關規定。其具體內涵，詳見林鈺雄，前揭文。我國學者有稱為「律師特權」(Attorney-client Privilege)，王兆鵬，貫徹平等與實質之辯護制度，月旦法學雜誌，2006 年 10 月，第 137 期，頁 104 以下；有稱為「秘匿特權」，王兆鵬，律師與當事人之秘匿特權，刑事法雜誌，2006年 12 月，第 50 卷第 6 期，頁 1 以下；有稱為「交流權」，吳俊毅，辯護人與被告交流權之探討-透過接見以及使用書信方式的情形，月旦法學雜誌，2006 年 10 月，第 137 期，頁 133 以下；有稱為「律師通訊權」，蔡秋明，被告之羈押期間與在押被告之律師通訊權-歐洲人權法院Erdam v. Germany 案判決評介--，台灣本土法學雜誌，2005 年 6 月，第 71 期，頁 125 以下。亦有學者稱為「會見交流權」，孫長永，沈默權制度研究，2001 年 8 月，第 117 頁以下。

註二十一：王兆鵬，受有效律師協助權利—以美國法為參考，月旦法學雜誌，2005 年 8 月，第 123 期；王兆鵬，前揭文。

註二十二：本院釋字第五九一號解釋參照。

註二十三：本院釋字第五八二號解釋參照。

註二十四：參見法務部民國 84 年 1 月 19 日(84)法監字第 01613 號函：「要旨：有關各監、院、所辦理收容人律師接見應行注意事項。

主旨：提示各監、院、所辦理收容人律師接見應行注意事項，請照辦。

說明：茲提示有關之應行注意事項如次：

一、禁見被告方面：

(一) 監看：位於眼能見耳能聞之位置。

(二) 記錄：於接見後方記錄其談話內容。

(三) 錄音：全程錄音，但記錄後錄音帶需保存一定期限。

(四) 錄音設備：隱藏式錄音設備。

(五) 於辯護律師接見被告時，事前告知辯護律師：「因被告係收押禁見，以下談話，全程錄音。」

二、非禁見被告方面：

(一) 監看：位於眼能見耳不能聞之位置。

(二) 記錄：記錄接見時之「情狀」，俾供查考。

三、有關隱藏式錄音設備安裝經費，請由各單位現行經費項下勻支。」

註二十五：林鈺雄，前揭文，第 62 頁。

註二十六：同上。

協同意見書

大法官 李震山

羈押法第二十三條第三項規定，律師接見受羈押被告時，亦有同條第二項應受監視規定之適用。本號解釋宣告：「上開規定使看守所得不問是否為達成羈押目的或維持押所秩序之必要，予以監聽、錄音，對受羈押被告與辯護人充分自由溝通權利予以限制，致妨礙其防禦權之行使，已逾越必要程度，違反憲法第二十三條比例原則之規定，不符憲法保障訴訟權之意旨。」對此，本席敬表贊同。惟本號解釋又宣稱：「如法律就受羈押被告與辯護人自由溝通權利予以限制者，應規定由法院決定並有相應之司法救濟途徑，其相關程序及制度之設計，諸如限制之必要性、方式、期間及急迫情形之處置等，應依本解釋意旨，為具體明確之規範，相關法律規定亦應依本解釋意旨檢討修正」，意即在要件具體明確下，仍得例外以法律限制受羈押被告與辯護人間之自由溝通權（以下簡稱「自由溝通權」），至於相關限制規範如何始符本解釋「具體明確」之要求，似非明朗。為免減損本號解釋之貢獻與價值，應有補充說明之必要，爰提協同意見書。

受羈押被告之訴訟防禦權，已因人身自由之限制明顯遭致弱化，特別是羈押手段在刑事追訴中所籠罩詭譎且令人疑懼的陰霾尚未掃除之前，更應避免「自由溝通權」成為羈押之祭品。對於「自由溝通權」之限制，刑事訴訟法第三十四條已有一般要件規定（註一），同法第一百零五條第二項至第四項則有特別規定（註二），即法院得依檢察官之聲請或本於職權命令禁止在押被告與外人接見，「但不得限制被告正當防禦之權利」。由於前揭刑事訴訟法規定並不在聲請解釋範圍，自未詳予審查，其有關「自由溝通權」之限制是否「具體明確」，尚難驟下定論（註三）。縱然如此，在「法院不得限制被告正當防禦之權利」的既有規定下，本號解釋仍進一步地要求，於例外對訴訟防禦權重要內容之「自由溝通權」為限制，特別是以監聽、錄音之方式時，相關之規範更需要「具體明確」。採取此種「限制之限制」（Schränken-Schränken）的憲法高標準要求，正標識著受羈押被告之「自由溝通權」有特別保障之必要。基於例外應從嚴解釋（*Exceptio est strictissimae interpretationis*）以免反噬原則之法理，以及限制基本權利重要內容之規範構成要件應具體明確之法治國原則要求，法律若仍以類似憲法第二十三條「為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者」，或以刑事訴訟法第一百零五條第一項「以維持羈押之目的及押所之秩序所必要者」等尚需價值補充之不確定法律概念，權充為限制「自由溝通權」之立法目的與要件，在無其他正當程序制約下，無異空白授權之概括條款。而概括條款應係立法者已依列舉原則（*Enumerationsprinzip*）窮盡列舉之責，或於列舉確有困難時之立法方式。換言之，立法者若未踐行「先具體後概括」之正當立法程序，而逕以概括條款為限制基本權利之規定，自難符合本號解釋「具體明確」之要求。

基於前述「例外從嚴」及「先具體後概括」的立法觀點，至少必須有客觀事實足認不限制「自由溝通權」將生重大危害時，方得例外以法律限制之。立法者自應依前揭「列舉原則」將重大危害具體化為特定事項，例如：免於死亡或嚴重身體傷害之情形、防止恐怖主義之重大不法活動，甚至妨害自由民主憲政秩序等相關更具體之行爲，作為限制「自由溝通權」之對象與範圍。再依侵害法益的程度律定相應適當之手段

，以符合立法比例原則，（註四）並在程序上考量依干預強度、情況急迫性質增納事前或事後「法官保留」（Richtervorbehalt）之機制，最後，尚須確保得向法院救濟之有效途徑。如此，方符合本號解釋所稱「具體明確」之要求。

註一：刑事訴訟法第 34 條：「辯護人得接見犯罪嫌疑人及羈押之被告，並互通書信。但有事實足認其有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞者，得限制之。」

註二：刑事訴訟法第 105 條第 2 項至第 4 項規定：「被告得自備飲食及日用必需物品，並與外人接見、通信、受授書籍及其他物件。但押所得監視或檢閱之。（第 2 項）法院認被告為前項之接見、通信及受授物件有足致其脫逃或湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞者，得依檢察官之聲請或依職權命禁止或扣押之。但檢察官或押所遇有急迫情形時，得先為必要之處分，並應即時陳報法院核准。（第 3 項）依前項所為之禁止或扣押，其對象、範圍及期間等，偵查中由檢察官；審判中由審判長或受命法官指定並指揮看守所為之。但不得限制被告正當防禦之權利。（第 4 項）」

註三：該等規定雖未被援引為本號解釋之反證，亦未被引為羈押法第 23 條第 3 項之補充適用規定，但本席認為其適用仍應受本號解釋之拘束，且意旨亦應作為有關機關通盤檢討修正之依據。

註四：有關例外干預之分級限制，請參閱林鈺雄，〈在押被告與律師接見通信之權利－歐洲法與我國法發展之比較與評析〉，《台灣法學雜誌》，第 102 期，97 年 1 月，頁 78 以下。

協同意見書

大法官 許玉秀

本件解釋多數意見的解釋結論，本席敬表贊同。關於本件聲請解釋的基本權與憲法基本原則的審查體系、被告防禦權中被告緘默權與受辯護人協助權利，以及辯護人的職業執行自由等爭點，囿於解釋體例，且因系爭規定的人權觀念長期落後國際人權水平、排除違憲狀態已屬刻不容緩，解釋論述難免淪於急促，爰提出協同意見書，就實體爭點，補充論述理由。

壹、本件聲請的審查體系

本件聲請解釋的基本權規範，包括刑事被告防禦權、在押被告與探視人的秘密通訊自由，以及探視人為辯護人時的職業執行自由。其中關於刑事被告防禦權，所涉及的上位基本權和基本原則，有憲法第十六條訴訟權、憲法第八條所例示的正當法律程序原則、公平審判原則；所涉及的下位基本權與基本原則，有緘默權、受辯護人協助的權利、不自證己罪原則與無罪推定原則。審查防禦權的限制是否違憲的憲法基本原則，是法明確性原則與比例原則，這兩個原則都是法治國原則的下位原則。分別說明如下並繪圖呈現防禦權審查體系（見圖一）

一、防禦權審查體系

（一）基本權與憲法原則的關係

憲法上的基本原則形成於一些基本的價值理念，因此原則本身內含價值理念，這些價值理念則是因為人民的需求才產生的，所以要透過人民才能實踐，也必須實踐在人民身上，因而發展出各種基本權。各種基本權可以理解為實踐相關憲法基本原則的手段，相關憲法基本原則因而是各種基本權的法理基礎。因為地基有多大，房子也就只能蓋那麼大，所以相關基本原則既是基本權的基

礎，也就同時能為基本權劃出界限。

（二）訴訟權、刑事被告防禦權與正當法律程序原則的關係

1、正當法律程序是訴訟權的操作法則

正當法律程序原則，也就是歐陸法制上的法治國原則（註一），是人民享有訴訟權，得向法院請求救濟的憲法基礎（釋字第六五三號解釋參照），訴訟權的內涵以及訴訟權的效能界限，因而取決於正當法律程序原則的價值內涵及射程範圍。

我國憲法第八條，針對人身自由的限制，將正當法律程序原則最原始的意涵加以規定，包括法定原則與法官保留原則，內容雖然不能涵蓋正當法律程序原則的所有內涵，但可以理解為正當法律程序原則的一個例示規定，此所以凡涉及限制人身自由的規範審查，本院大法官歷來解釋（註二）皆援引憲法第八條作為正當法律原則的依據。

2、讓救濟有效的公平審判原則

依據正當法律程序原則，如果希望向法院請求的救濟，是有效的救濟，法院必須是一個公平的法院，因此從正當法律程序的內涵，可以引申出公平審判原則。公平的審判則建立在公平的遊戲規則之上，公平的遊戲規則的基礎在於參與者有平等的機會，也就是獲得遊戲資源的機會均等，這就是所謂的武器平等原則（註三）。

3、防禦權是訴訟權的核心

就刑事被告而言，面對擁有國家機器作後盾的檢察官，公平審判的第一要務，就是保障被告可以充分有效行使防禦權，因為刑事被告的訴訟任務，完全在於成功抵抗國家的控訴，避免國家刑罰權施用於己身。因此防禦權是訴訟權的核心內涵，防禦權遭到侵害，也就是訴訟權遭到侵害。憲法第十六條保障的訴訟權，就刑事被告而言，從正當法律程序原則來看，一旦進入程序，就是要保障被告的防禦權。本院大法官自從釋字第五八二號解釋以來，也已將刑事被告防禦權，定位為具有憲法位階的權利。

（三）防禦權的核心：不自證己罪、受辯護人協助、無罪推定

刑事被告為了抵禦有罪控訴，不提供任何可能使自己遭到控訴和審判的資訊，就是第一個最安全的防禦方法，此所以緘默權為防禦權的重要內涵，緘默權所倚賴的基本原則—不自證己罪原則，就是正當法律程序原則保證被告防禦權的基本原則。不自證己罪原則及所發展出來的緘默權，經釋字第五八二號解釋之後，也已具有憲法位階（註四）。

被告縱使緘默，國家龐大而無限的資源，也很容易用來羅織入罪，因此防禦權的第二道防線，就是讓與檢察官具有同樣專業知識的人協助被告防禦。被告能選任辯護人，獲得辯護人充分的協助，於是成為刑事被告防禦權的第二個重要內涵

有了強有力的辯護協助之後，如果採證不嚴謹，所有的防禦權可能徒勞無功，所以需要無罪推定原則，對防禦權做第三道的保障。無罪推定原則的內涵，包括證據裁判原則也就是要求法定證據方法的嚴格證明法則、罪疑有利被告原則，基本的定義就是：被告經過這兩個下位原則的檢驗，而認定為有罪之前，應該被當作無罪之人對待。

二、法官保留原則

對於人身自由遭受拘束的在押被告，採取進一步的權利限制，只會對基本權的干預加劇，因此更應該遵守法官保留原則。羈押的裁定、執行羈押的具體決定，都應該依據憲法第八條的正當法律程序原則，由法院為之。法官保留原則的三個下位原則，就是法定法官原則、法官獨立原則、法官中立原則。本件聲請特別涉及法官中立原則，因為本案法官與羈押法官、甚至監督羈押執行的法官如果不同，對於被告在本案中的防禦權較有保障。

三、憲法第二十三條：法明確性原則與比例原則

（一）本院歷來解釋對於憲法第二十三條的理解

觀察本院大法官歷次解釋，對於法明確性原則與比例原則的論述，大約可分成三種論述模式。

1、法明確性原則與憲法第二十三條規定並列

將法明確性原則與憲法第二十三條規定並列，明顯認為法明確性原則不屬於憲法第二十三條範圍的解釋，例如：以法律限制集會、遊行之權利，必須符合明確性原則與憲法第二十三條之規定。（第 445 號解釋文參照）

2、未引憲法第二十三條而以法治國原則為依據

單純直接自法治國原則引伸法明確性原則的解釋，例如：（1）至菸害防制法第八條第一項規定…難謂其規範內容不明確而違反法治國家法律明確性原則。（第 577 號解釋文參照）（2）基於法治國原則，以法律限制人民權利，其構成要件應符合法律明確性原則（本院釋字第 432 號、第 491 號、第 521 號、第 594 號、第 602 號、第 617 號及第 623 號解釋參照）。（釋字第 636 號解釋理由書第 2 段參照）

3、似乎將法明確性原則納入憲法第二十三條規定範圍

可以歸類為這種模式的解釋，有兩種態樣：（1）宗教團體管理、處分其財產，國家固非不得以法律加以規範，惟應符合憲法第二十三條規定之比例原則及法律明確性原則。（釋字第 573 號解釋文參照）（2）惟憲法之保障並非絕對…於符合憲法第二十三條規定意旨之範圍內，得以法律明確規定對之予以適當之限制。（釋字第 617 號解釋文、第 623 號解釋文參照）

（二）法明確性原則應有的憲法定位

觀察所列的解釋例，應該可以確定歷來大法官肯認法明確性原則源於法治國原則，而引用憲法第二十三條說明法律保留原則中的法律優位（釋字第 638 號、第 614 號、第 559 號解釋參照）及比例原則時（釋字第 577 號、第 575 號解釋參照），大法官都曾經同時援引法治國原則以為說明。可見本院大法官將憲法第二十三條規定法律保留原則與比例原則，以及法明確性原則，均歸屬於法治國原則之內。剩下的問題是，究竟法明確性原則，是否屬於憲法第二十三條的範疇。參考德國憲法實務及學術（註五）所理解的基本法第二十條第三項法治國原則，包括法律保留原則、比例原則，而法律保留原則有形式意義的法律保留原則及實質意義的法律保留原則。形式意義的法律保留原則，就是限制基本權應遵循的法律優位原則，包括以法律或法律授權的行政命令規定的情形；實質意義的法律保留原則，就是法律規定必須符合明確性的要求，以及法律授權必須明確，因為法律必須合於明確性的要求，才能真正實現

法治國原則對法律保留原則的堅持。

我國憲法雖然沒有法治國原則的規定，但是如果沒有另創法治國概念的意思，既然法律優位、法律明確性以及比例原則都屬於原生的法治國概念範疇，而且我國憲法第二十三條的法律優位原則，向來被理解為包括法規性命令有法律明確授權的情形，可見憲法第二十三條已包含部分法明確性原則，法規性命令是否逾越母法，復取決於母法授權是否明確，則將法明確性原則這種實質意義的法律保留原則，納入憲法第二十三條範疇，並無扞格（註六）。

（三）我國憲法第八條及第二十三條的定位

將憲法第八條理解為正當法律程序原則的例示規定，其實等於同時將該條規定理解為法治國原則的規定，因為法治國原則所濫觴的大憲章相關規定，在英美法系，就是發展成正當法律程序原則。我國憲法解釋在繼受過程，分別在不同的論述脈絡，分別使用法治國原則與正當法律程序原則，難免造成理解上的混淆。既然憲法第八條包含法定原則與法官保留原則，第二十三條也已經被本院大法官解釋為規定法律保留原則及比例原則的條文，則可以理解為我國憲法第八條及第二十三條規定相當於德國憲法第二十條所規定，且為本院大法官肯認的法治國原則。

四、審查密度

本件在押被告是人身自由受剝奪的人，是一個處於脆弱狀態、自保能力不足的人，對於這樣的人，法律規定進一步限制其他基本權，而且不只一種基本權受到限制，甚至同時發生限制其他多種基本權的效果，規範的審查密度別無選擇—最嚴格。

貳、在押被告的防禦權-羈押不能逾越的憲法界限

一、羈押限制人身自由與防禦權

（一）羈押目的的憲法正當性

將刑事被告身體拘束於特定處所，對被告人身施以強制處分，以確保被告始終到場，以維護訴訟程序不會因為證據遭到破毀而癱瘓，是保全程序中最嚴厲的一種。因為涉及人身自由的剝奪，而且可能成為刑罰的前置措施（被判有罪之後，可以折抵刑期），應該和刑罰手段一樣，遵循最後手段原則，因此所要保護的法益，必須屬於特別重大的公益，或與基本權連結。

羈押刑事被告的目的，旨在保障刑事訴訟程序的順利進行，刑事訴訟程序的順利進行，可以讓參與程序的原告、裁判者及其他程序參與人減輕負擔，但是減輕程序參與者的負擔，不能用犧牲其中一個參與者的人身自由來交換。使訴訟程序順利進行，是為了實現訴訟程序所要實現的目的。刑事訴訟程序之所以能夠啟動，因為國家有刑罰權，不管刑事訴訟程序結束後的結果是什麼，都是國家刑罰權的實現，而國家的刑罰權來自於國民主權，所以實現國家刑罰權，也是在實現國民主權。因此羈押目的之所以具有憲法正當性，因為羈押的目的在於實現國民主權。

（二）羈押不能傷及防禦權

羈押之所以最嚴厲，因為不但剝奪被告的人身自由，也直接衝擊被告在訴訟上的防禦權。保障被告防禦權，是保障被告訴訟權最根本的任務，也是正當法律程序原則對於刑事訴訟制度的第一個要求，甚至是全部的要求。如果被告的防禦權受到損害，訴訟程序也就不是一個實質順利的程序，因為一個沒有實

質公平內容的訴訟程序，不具有有效、順利的實質意義。保障防禦權既然是在於保障訴訟的實質順利進行，保障防禦權和羈押就有相同的目的，所以如果羈押侵害了被告的防禦權，會同時斷傷羈押自己的目的。斷傷羈押目的的羈押措施，自然就不是有效的羈押執行手段。

二、不可增加瓦解緘默權的風險

（一）羈押傷及防禦權的第一個風險：瓦解緘默權

羈押的第一個現實效果，就是瓦解緘默權。在押被告人身自由受到拘束，與家庭、社會及職業生活隔離，而且一舉一動完全暴露在他人眼下，甚至靠身體的私密性所支撐的基本尊嚴都不存在（這往往因為受羈押人被當作受刑人看待的緣故，而受刑人是否應該受如此對待，也還值得檢討），身心自然處於較為脆弱的狀況，加上押所的環境如果不夠友善，免不了因為受不了羈押的隔離而自白，甚至作不實的自白或認罪。因此儘管刑事被告緘默權受憲法保障，羈押卻可以產生逼迫被告放棄緘默權的效果。

（二）全程的現場監聽、錄音會瓦解緘默權

緘默權遭到瓦解的情形，除了被告主動向檢察官或法官自白之外，在被告與人為口頭或書面溝通時，包括與受押同伴溝通、接見訪客、與所選任的辯護人溝通，如果所有溝通內容，均遭到攔截，那麼被告的緘默權也是形同虛設。因為所謂緘默，就是不主動提供自己任何與犯罪有關的資訊，也不可以被強迫、利誘提供這樣的資訊。依據緘默權所由來的不自證己罪原則，非任意性自白的證據能力之所以遭到否定，就是因為否定非任意取得方式的正當性，取得資訊之所以不正當，因為取得方式的不正當。

如果在押被告接見訪客時，遭全程錄音、現場監聽，等於遭強迫提供與自己有關的任何資訊，包括會入自己於罪的資訊。縱使經事先告知將遭錄音、現場監聽，告知也不是為了取得在押被告與訪客的同意，因此仍然是強迫在場監聽、錄音，因而取得資訊，就是強迫取得資訊。強迫取得資訊，正好就不主動提供或拒絕提供資訊的緘默不相容。

（三）其他實現羈押目的的手段

正因為羈押會讓被告緘默權瓦解，羈押執行方式要讓這種效果儘可能降到最低，所以應該朝著避免緘默權瓦解的方向設計，縱使在押被告是否會放棄緘默權，可能因人而異。

所謂降低緘默權遭瓦解的風險，就是讓在押被告除了因為身體自由受到拘束之外，所遭受的限制停留在最小的範圍。被告遭到拘禁的意義，是不能自由移動身體到自己想去的地方，如果因為有逃亡之虞而遭羈押，可能的限制，就是防止在押被告獲得任何可能有利離開押所的工具或資訊。如果法院有足夠的具體事證（刑事訴訟法第 105 條第 3 項規定沒有任何客觀的條件限制，有決定權的人似乎可憑主觀認知，作成禁見決定或扣押的決定，可參考附表。）可以認定准許被告接見訪客，被告會獲得有利離開押所的工具或資訊，那麼應該作成禁見的裁定，才能有效達成防止逃亡的目的。如果不此之為，藉由羈押兼行監聽，所獲得的資訊，不僅止於在押被告可能逃亡的資訊，有關自身犯罪事實的資訊，或足以提供認定犯罪依據的資訊，以及其他與犯罪無關的資訊，也都可能遭到攔截，則被告縱使面對偵查及審判程序保持緘默，未提供任何可能入自己於罪的證據資訊，透過強迫的現場監聽、錄音，也存在著強迫取得的

入罪資訊。並且其他與執行羈押目的或押所安全及秩序無涉的資訊，也會遭受強迫蒐集，則通訊自由權利、資訊秘密權也會同遭侵害，造成的損害更大。同樣地，如果羈押的理由是防止破毀證據，那麼身體自由受到拘束，即不能從事某些需要自己親為的破毀證據行為，羈押就是有效的手段。但假設同時准許接見訪客，將不能封鎖破毀證據的危險，所以作成禁見裁定，才是有效的方法，否則對被告基本權的侵害更大。

（四）強迫取得資料或使用資料都侵害被告緘默權

羈押法第二十三條第二項規定的監視，在包括全程錄音、現場監聽的情形，會侵害被告的緘默權，縱使被告與訪客的溝通內容，未必與案情有關，也會升高緘默權遭瓦解的風險。

同法第二十八條規定押所人員有義務蒐集被告在押所言行與活動的資訊，並呈報檢察官與法官。以上開第二十三條第二項的監視所獲得的資訊，屬於強迫取得的資訊，如果涉及本案的犯罪資訊，而能夠成為認定被告有罪而予以起訴或審判的證據，自然違反證據的任意性原則，也就是不自證己罪原則，而侵害被告緘默權。

參、審查被告受辯護人協助的權利

一、有效辯護的前提

面對挾帶國家龐大資源的檢察官原告，刑事被告自然不能單槍匹馬應戰，至少需要獲得與原告具有相同能力的人協助，才能有效防禦。協助防禦的人如果對於被告的狀況不清楚，自然無所施力，為了能夠充分掌握被告與遭控訴的犯罪事實之間的關係，作為協助防禦的辯護人，直接瞭解的對象就是被告本人，何況辯護人受被告委任，也不能違背被告意願而提供協助，充分瞭解被告意願的方法，就是充分與被告溝通，所以有效的防禦策略，就是被告與辯護人，都必須有保障能彼此充分溝通的自由溝通權利。

二、自由溝通權利不容干預

稱為在野法曹，辯護人協助刑事被告的目的，並不是幫助有犯罪的人，而是在於協助實現公平審判。如果遭控訴的被告無辜，辯護人的協助，在於幫助國家公權力免於成為加害人；縱使遭控訴的被告確實有罪，辯護人在協助辯護的過程，亦可能對被告提前進行教化與矯治，減少為了追訴犯罪所要付出的社會成本。不管是哪一種情形，要發揮正面的效果，都必須讓辯護人對被告的情況，不僅僅是與犯罪嫌疑有關的情況，有最澈底的瞭解與掌握。那麼唯有毫無障礙的溝通，才可能達成目的。

三、對接見過程的錄音、現場監聽、涉及行為內部控制的錄影破壞充分溝通的可能性

縱使不是全程現場監聽、錄音，一旦有介入接見行為內部的干擾，刑事被告與辯護人的溝通即不可能完整。防禦權的行使，經常發生關鍵的細節影響全局的情形，因為任何準備，都不能保證完全足夠，縱使有自由之身的被告，都可能在主觀上以為已經獲得辯護人充分協助的狀況之下馬失前蹄，何況失去自由的在押被告？更何況是禁見的被告？辯護人探視在押被告的過程，既然在於執行辯護業務，則保證探視過程完全不受干擾，將妨礙在押被告防禦權的風險降到最低，是為落實公平審判原則，所必須全力以赴的。

四、充分溝通的界限？

為什麼訴訟程序會不順利進行？因為被告可能干擾、癱瘓訴訟程序，所謂防

止被告逃亡及破毀證據等羈押的理由，在於被告有濫用防禦權、干擾訴訟程序、妨害司法權的情形。所以保障刑事訴訟的順利進行，在於防止被告濫用訴訟工具、濫用防禦權。以羈押限制刑事被告人身自由，會發生的效果就是降低被告濫用防禦權的能力，但不是用以降低被告的防禦能力。

換言之，防止被告濫用防禦權的界限，應該就是防禦權的正當行使，也就是不可以爲了防止被告濫用防禦權，而妨害被告防禦權的正當行使。那麼被告與辯護人的充分溝通權利，也是以有無濫用防禦權作爲界限。

從在押被告方面，沒有所謂濫用充分溝通權以致濫用防禦權的情形，不可以因爲被告在押所內的任何言行，以限制他與所選任辯護人的溝通可能性作爲懲罰。可能存在的濫用防禦權事由，應該存在於辯護人，也唯有辯護人有濫用防禦權的情形，才有理由限制被告與辯護人之間的溝通。

五、監察辯護人與被告的接見過程侵害受辯護協助的權利

羈押法第二十三條第三項，授權押所長官，在律師接見被告時應該進行監察。如果是進行錄音、現場監聽、涉及行爲內部控制的錄影，當然妨害被告與律師之間的充分溝通，而侵害被告受律師協助的權利（註七），也因而侵害被告的防禦權。

如果辯護人有濫用辯護權，而有腐化防禦權的情形，則辯護人對被告的協助不是正面的協助，也會導致被告的防禦權遭到濫用，則不能以限制充分溝通權解決問題，而應該排除被告防禦權遭到濫用的可能，也就是建立辯護人排除機制。

至於羈押法第二十八條，將監察資料提供給檢察官與法官，則當然使得被告受辯護人協助的權利完全落空，因爲原告會獲得辯護的資訊。

肆、審查辯護人的職業執行自由

一、職業執行自由限制的審查密度

（一）本院大法官歷來解釋採低度審查標準

本院大法官對於職業執行自由限制規範的審查，認爲增進公共利益所必要，立法者得以法律對人民工作的方法爲限制（釋字第 404 號、第 414 號、第 612 號解釋參照），審查限制職業執行自由的規範，採取寬鬆審查，只要合於公益目的，多屬合憲（釋字第 192 號、第 404 號、第 411 號、第 414 號、第 612 號解釋參照）。關於法明確性原則及授權明確性原則的審查，縱使有違憲的解釋（釋字第 390 號、第 394 號、第 402 號、第 432 號、第 545 號、第 634 號解釋參照），尙難判斷是採嚴格或寬鬆審查，但是至今關於構成要件明確性的審查，即便是在刑罰規範，也普遍採取寬鬆審查（釋字第 594 號解釋）。

（二）本件聲請的審查密度

羈押法第二十三條第三項不僅限制辯護人職業執行自由、在押被告受有效辯護的防禦權利，以及限制雙方的秘密通訊自由，同時因爲對辯護人與在押被告溝通權的限制或排除，甚至解除辯護職務，將影響辯護人的商譽權（專業人格權），有多數人的多項權利會受到侵害，所以產生干預權利的競合，應該採取比較嚴格的審查標準，至少是中度的審查標準。

二、以辯護人排除制度取代接見監察？

聲請人認爲爲了防止辯護人濫用辯護權，立法上有比較小的干預基本權方式可供選擇，即辯護人排除機制，但立法者卻採取比較嚴重的干預方式，違反比例

原則。

（一）辯護人排除機制的立法例

1、德國刑事訴訟法規定

依據聲請人援引作為論據的德國刑事訴訟法第 138a 條規定（註八），在三種情況下，法院可以禁止辯護人繼續為被告辯護：（1）有明顯事實顯示辯護人參與被告受到調查的犯罪（辯護人可能是共同正犯、教唆犯、幫助犯）、（2）對被告所犯案件，辯護人有庇護、贓物或妨害刑事司法的行為、（3）辯人濫用與在押被告的溝通權利而犯罪或導致危害羈押處所安全。

在採取辯護人排除機制的同時，德國刑事訴訟法在第 148 條保障在押被告與辯護人的往來，不受到任何限制或干預。也就是說，德國立法者認為，除非有刑事訴訟法第138a條或第138b條（註九）規定的情形，在押被告與辯護人的往來完全自由。依據德國法制，辯護人的職業執行自由，就個案而言，只有全有或全無，沒有部分受限制的情況。

2、完全自由與完全排除機制的意涵

上述排除辯護人辯護職務的方式有兩種，一種是排除為個案辯護，一種是排除為特定犯罪（參加恐怖組織罪、參加外國犯罪及恐怖組織罪）辯護。排除理由中，除嚴重危害押所安全未必構成犯罪之外，其餘理由均指向辯護人有犯罪行為。辯護人的犯罪行為或者與本案有關，因為參與本案犯罪行為，應該是本案的共同被告，或從事本案的事後幫助犯罪類型（庇護、贓物、妨害司法罪等）的犯罪；或者是利用辯護人與被告之間的溝通機會而實施犯罪。

利用溝通機會犯罪，是濫用辯護權，也是濫用防禦權，會破壞憲法保障防禦權的功能。另外兩種情形，屬於和本案犯罪事實有關的犯罪行為，辯護人如果是這兩種犯罪行為人，則所發揮的功能也必然超越防禦權的目的。例如辯護人曾參與本案犯罪時，可以利用辯護人的身分，在被告受訊問時在場，可以得知被告的回答、監控共同被告，也可以提早得悉檢察官的訊問內容、獲得對自己最為有利的偵查訊息；辯護人如有實施包庇、妨害刑事司法及贓物行為，則辯護人不僅僅是協助無辜被告，澄清事實真相，或為有罪被告，尋求最妥當的再社會化方案（刑罰的矯治），而是在擴大犯罪對社會的危害。

（二）辯護人排除機制所衍生的問題與所干預的基本權

固然如聲請人主張，辯護人排除機制，完全免除辯護人參與訴訟程序，可將辯護人參與程序所可能產生的弊端一舉革除，卻也必然衍生一些干預基本權利的問題。最直接受到影響的，是被告的防禦權。

排除辯護人，被告的防禦權利當然受到影響，因為被告選任該名辯護人最可能的原因在於信賴，如果對辯護人欠缺信賴，可能不願意暢所欲言，縱使另行替換辯護人，與特定辯護人的信賴關係，可能不能替換。況且一旦將辯護人排除，被告之前為訴訟防禦所投入的努力全然白費，被告的防禦工程可能必須從頭開始，對於被告而言，排除辯護人所造成的不利益，也可能瓦解整個辯護功能（註十）。

當然也會同時影響辯護人職業執行自由、辯護人的專業信譽損及辯護人財

產權利（生計）。除了利用與在押被告會面的機會嚴重危害押所安全，以及僅止於嫌疑而終究不構成犯罪的情形（註十一），可能僅止於在個案影響辯護人的專業生存與發展，這些影響都不會只是個案的影響。

（三）辯護人排除機制仍屬必要而限制較輕微的方式

德國刑事訴訟法上的辯護人排除機制，不僅僅針對在押被告。構成排除辯護人的理由，既然主要因為辯護人有犯罪行為或重大犯罪嫌疑，辯護人是執業律師時，因此失去執業資格，未必是憲法所不許。因為刑事辯護人如果是律師，他們的專業目的，在於以專業的法律知識，充實被告的訴訟能力，協助被告對抗國家追訴機關，實現憲法正當法律程序原則下的武器平等原則。但協助被告的目的，不能正當化律師的犯罪行為，無法導引出律師有犯罪的權利。何況律師有上述立法例所列行為時，執行職務的目的，已非為了協助被告，當律師的行為本質上已經不能被認為是為了協助被告，律師即已無法實現正當法律程序原則的憲法付託，也就失去作為被告辯護人的憲法地位。所以律師所有與該目的互相抵觸的專業表現及相關行為，都應該成為失去執業資格的理由。既然執業資格可以剝奪，依附在職業上面的執業自由、專業人格權、財產權等等，當然失所附麗。換言之，在最不得已的條件之下，也就是依據專業倫理，辯護人根本應該失去執業資格的前提之下，排除辯護人的辯護機會，根本上是為了被告的利益，而不是為了被告的不利益。

就為了被告的利益而言，雖然可能被告與辯護人之間有特別信賴關係，例如是共犯，但是這種特別信賴關係，也是唇齒相依的利害關係，對於被告未必有利，甚至有加深被告受程序不利益的可能，而從透過程序正義教化被告的角度而言，對被告則是完全的有害。

無論如何，最重要的是對在押被告防禦權的保障。要構築好的防禦工程，被告與辯護人享有完全的溝通自由，是最好的保障。因為對在押被告而言，訴訟最為重要的防禦，就是擁有辯護人與國家追訴機關對抗，而對抗的前提在於不受限制而充分的溝通，如果失去自由溝通，則整個防禦工程都將失靈，接見監察會損毀整個防禦工程。相較之下，排除辯護人，雖然使被告與前辯護人之前的防禦努力白費，但是被告仍然可以重新架構防禦陣容，並無被國家追訴機關了解防禦重點的疑慮。

至於在押被告與辯護人的其他基本權，例如通訊自由權、隱私權等等，在享有完全的溝通自由的情況之下，才不致於遭到侵害，接見監察因此不是一個對基本權侵害較小的選擇。

總之，排除辯護人的機制，是對在押被告防禦權及其他基本權侵害最小的方式，甚至是對被告防禦權最有保障的方式。因為完全排除辯護人的機制，才能使被告重新獲得一個符合憲法目的的防禦協助。

三、辯護人排除機制的立法要求

（一）重大公益目的、手段明確且合於比例原則

立法者雖應選用排除辯護人機制以替代接見監察方式，降低損傷被告辯護權。但依據嚴格或至少中度的審查標準，這樣的立法選擇只能存在於有重大公益目的且有必要限制被告與辯護人往來的情形。刑事司法權的有效運作，是實現國家刑罰權的一環，屬於重大公益，雖無疑義，但限制的程度和範圍都必須符合較小侵害原則，因此對於限制的必要條件、限制方式、限制範圍的規定，

都應該具體明確，且合於比例原則的要求。

（二）法官保留原則與司法救濟途徑設置

辯護人排除機制所產生的問題，所造成的最嚴重的損害結果，也可能是瓦解整個辯護權。為避免國家追訴機關不當利用作為刑事程序的攻擊方法，排除辯護人的決定，不應交由身為原告的檢察官行使，而應採取法官保留制度。排除辯護人均會損及被告及辯護人的權利，基於有權利即有救濟的要求，應當賦予司法救濟途徑。

伍、審查法官保留原則

一、看守所人員不得介入偵查、審判程序

羈押法第二十三條第二項、第三項的監視，直接由法律授權看守所長官為之，同法第二十八條且要求看守所應將經由監視所獲得的資訊，提供檢察官及法官，將押所行政人員當作原告檢察官的手足，當作法官的助手，明顯不符合公平審判原則的要求。押所人員的職責在於看守被告，保證被告始終到場，而不在於協助檢察官進行控訴，也不在於協助法官審判。如果押所人員不能保持中立，羈押必定成為取供的手段，成為壓迫被告就範的方法，羈押就成為削弱被告防禦權的工具。

如果檢察官因為偵查而有需要取得某些資訊，應該經過法官許可，由法官指示押所提出；如果法官需要某些資訊，例如被告主張在押所表現良好，希望法官從寬量刑，法官應該就所舉事證調查，而要求押所提供資料。法官的裁決，也應該准許司法救濟。

二、中立法官

逃逸與破毀證據，和犯罪是屬於同一性質的行為，犯罪人會同時採取這三種行為，屬於犯罪當然邏輯。被告如果想要逃逸與破毀證據，屬於事理之當然，是人之常情。但是被告這兩種行為，都可能癱瘓本案的進行，審理本案的法官，勢必最不願意面對。而會逃逸的，不只有實施犯罪的人，也有唯恐法院不能還他清白的安善良民；會破毀證據的人，同樣不只有實施犯罪的人，也有恐懼遭到構陷、因為無知而弄巧成拙、入自己於罪的人。為了避免本案法官藉羈押以取供，為了避免逃逸與破毀證據，不管情節輕重，成為推論犯罪的證據，指揮監督羈押執行的法官，不應由本案法官擔任，亦即本案法官應該在羈押執行事項保持中立。

為符合當代人權發展趨勢，司法機關設置羈押專庭，甚或成立羈押專屬法院及刑事執行法院，已屬刻不容緩。

陸、審查羈押執行的督導規定

一、看守所組織通則第一條修法沿革

看守所組織通則制定於民國（下同）三十四年十二月二十九日，名稱原為看守所條例，五十七年五月三十一日修法改稱為看守所組織條例，九十年十二月二十八日再改為看守所組織通則。其中第一條規定歷來的修正情形如下（註十二）：

年月日(民國)	第一條內容
34.12.29通過	看守所隸屬於所在地之地方法院。
35.1.19 公布	

36.6.10 施行	
43.12.14通過	看守所隸屬於所在地之地方法院，並受檢察官之督導。
43.12.25公布	
57.5.31 通過	看守所隸屬於所在地之地方法院，關於羈押事項，並受檢察官之督導。
57.6.12 公布	地方法院轄區遼闊或案件繁多者，得設二以上之看守所。
69.6.24 通過	看守所隸屬於所在地之地方法院檢察處，關於審判中被告之羈押事項，並受法院之督導。
69.7.4 公布	地方法院轄區遼闊或案件繁多者，得設二以上之看守所。
90.12.28通過	看守所隸屬於高等法院檢察署，其設置地點及管轄，由高等法院檢察署報請法務部核定之。
91.1.25 公布	關於看守所羈押被告事項，並受所在地地方法院及其檢察署之督導。

二、督導的意涵

（一）類似法規比較

督導究竟僅指行政事務的「監督指導」而純屬行政機關內部管理事項，還是有決策功能，可以作成對外有拘束力的決定？

參考使用督導用語的法規，例如

法規	內容
政府採購法第 10 條	主管機關（本法所稱主管機關，為行政院採購暨公共工程委員會）掌理下列有關政府採購事項： 六、各機關採購之協調、督導及考核。
行政院原住民族委員會組織條例第 6 條	衛生福利處掌理下列事項： 三、原住民職業訓練、就業服務、失業扶助與創業之規劃、協調及督導事項。 五、原住民社會福利服務制度之規劃、建立及督導事項。
內政部兒童局組織條例第 2 條	內政部兒童局掌理下列事項： 一二、其他全國性兒童福利之策劃、委辦、督導及與家庭有關之兒童福利事項。

不論是哪一個規定，督導都不是單純的庶務管理，或是機關內部管理措施，而是具有「統一」政策執行的意涵，透過督導規定，上級機關有權就下級機關所主管的事務進行檢查、指導，並使政策規劃一致、統一執行方式等。且督

導是以事務的性質（如上述採購、原住民就業、兒童福利）為規範，賦予上級機關全面性、概括性的檢查、指導權限，致使督導規定的實效在於，使上級機關有權檢查下級機關是否依據各該主管事務所應適用的法令（上級機關並非事務主管機關）執行各該事務，或指導依法執行，進而使行政得以不生歧異。

（二）修法的思考脈絡

觀察修法過程顯示，自四十三年起檢察官可以督導法院所屬機關看守所，檢察機關和法院似乎同為司法機關（當時檢察機關與高等法院以下法院均隸屬改制前司法行政部）。五十七年的修正理由（註十三）為「規定檢察官之督導範圍：看守所隸屬所在地之地方法院，其行政業務受地方法院之指揮監督，檢察官僅就有關被告之羈押事項有督導權責。如涉及其他行政業務，則看守所無所適從，原條例第一條未予限定，故加以修正」，顯示將看守所的行政管理歸屬於地方法院，但是關於刑事強制處分的羈押事項，則由檢察官負責指揮監督。六十九年的修正顯示，審判中被告的羈押事項，已依據法官保留原則，屬於法院權限，看守所的行政事務則由地方法院檢察處負責管理。到了九十一年以後，看守所的行政歸屬為高等法院檢察署，羈押被告事項的執行，則規定地方法院及地檢署都有督導之責。

其中六十九年的修正，已經開始區分檢察機關的行政特質與法院的司法特質，九十年的修正，或許因為刑事訴訟法仍然有偵查中羈押的規定，第一百零三條仍然規定檢察官對於偵查中羈押有指揮監督權，對於拘束人身自由的羈押處分，作為原告的檢察官，仍然有執行上的指揮監督權。

觀察這一段修法沿革，很難認為所謂督導，僅止於行政事務的內部管理，如果真要將督導解釋成內部管理行為，則看守所隸屬於法院時，應僅受到法院的督導，而非由外部的檢察機關進行督導。至於看守所改隸於檢察機關時，仍然規定法院得就羈押進行督導，顯見督導確實是依據事務的性質，使事務主管機關（偵查中羈押由檢察官指揮、審判中羈押由法院指揮）有權就事務政策、執行等事項為一致處理。

現行規定由法院及檢察官負責督導，應該是遷就刑事訴訟法第一百零三條第一項規定所致，而刑事訴訟法第一百零三條第一項規定，於八十六年修正時並未隨羈押決定權回歸法院意旨一同修正。

三、羈押執行的管理權限應歸由法院

（一）羈押與否由法官決定

憲法第八條保障人身自由受拘束人，有受法院進行中立、公正審理的程序權利。對於人身自由的拘束應適用法官保留原則，不論長時間或短暫性的拘束，長時間的羈押，必須由法官決定是否進行羈押，短時間的拘提、逮捕，也必須於二十四小時之內將被逮捕人送交法院，使法院有審查的機會，以保障被逮捕人的即時救濟權利。

依據本院釋字第三九二號解釋，憲法第八條所規定的法院，是指狹義的司法機關，並不包含檢察官，這才符合法官保留原則的解釋。

（二）羈押的執行應適用法官保留原則

對於羈押的執行，檢察官如果仍然擁有督導權限，形同由原告看管被告。原告即可能透過督導，迂迴地決定如何羈押被告，而且是實質決定羈押執行，則羈押即容易成為檢察官最便利的偵查方法，為保障被告防禦權所需要的被告

緘默權、武器平等原則均可能實質上遭受侵害。

註一：釋字第 574 號解釋本席協同意見書參照。

註二：釋字第 639 號、第 636 號、第 603 號、第 582 號、第 436 號、第 392 號解釋。

註三：武器平等的意義不在於你有十公斤的刀，我也必須擁有十公斤的刀。兩個力氣與技藝不同的人需要的資源也不相同，保障獲取資源的機會，就是讓力氣較小的人獲得公平程序。

註四：緘默權具有憲法位階的外國立法例，如美國憲法增修條文第 5 條、日本憲法第 38 條，參考釋字第 582 號解釋本席協同意見書註 10。

註五：Gusy in: v. Mangoldt/Klein/Starck(hrsg.), Kommentar zum Grundge-setz, 5.Aufl. 2005, Art. 10 Rn. 89；另參見陳愛娥，法治國原則的開放性及其意義核心-法治國內涵的矛盾與其解決的嘗試，收錄於林文雄教授六秩晉五華誕祝壽論文集-當代基礎法學理論，2001 年，頁 175, 180。

註六：縱使因憲法第 23 條是關於限制人民權利的規定，而是否適用於所謂的給付行政有疑義，也不致影響將法明確性原則納入第 23 條規範之內。

註七：尤其律師的概念，如不包含公設辯護人，還有違反平等原則的問題。

註八：§ 138a StPO (Ausschluss eines Verteidigers)

(1) Ein Verteidiger ist von der Mitwirkung in einem Verfahren auszuschlie?en, wenn er dringend oder in einem die Er?ffnung des Hauptverfahrens rechtfertigenden Grade verd?chtig ist, da? er

1.an der Tat, die den Gegenstand der Untersuchung bildet, betei-licht ist,

2.den Verkehr mit dem nicht auf freiem Fu? befindlichen Beschul-digten dazu mi?braucht, Straftaten zu begehen oder die Sicher-heit einer Vollzugsanstalt erheblich zu gef?hrden, oder

3.eine Handlung begangen hat, die f?r den Fall der Verurteilung des Beschuldigten Beg?nstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei w?re.

(2) Von der Mitwirkung in einem Verfahren, das eine Straftat nach § 129a, auch inVerbindung mit § 129b Abs. 1, des Strafgeset-zbuches zum Gegenstand hat, ist ein Verteidiger auch auszuschlie-?en, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begr?nden, da? er eine der in Absatz 1 Nr. 1 und 2 bezeichneten Handlungen begangen hat oder begeht.

第 138a 條（排除／禁止辯護人）

第 1 項：辯護人明顯有下列嫌疑之一，或其嫌疑程度已足以開啓主要審判程序者，得禁止其為辯護行為：

1.參與受調查之犯罪事實。

2.濫用與在押被告之往來而為犯罪或致嚴重危害羈押場所之安全。

3.對於被告受判決之個案所為之行爲，可能成立庇護罪、妨礙刑事司法罪或贓物罪。

第 2 項：有具體事實足認辯護人正在進行或已經實施第 1 項第 1 款及第 2 款規定之行爲者，亦禁止其就刑法第 129a 條以及第 129b 條第 1 項犯罪爲辯護。

介紹與討論該規定的中文文獻：吳俊毅，辯護人的選任與排除，收錄於氏著，辯護人論，2009 年 1 月，頁 243-257。

註九：德國刑事訴訟法第 138b 條規定可以以辯護人參與危害國家安全行爲，作爲排除辯護人的理由，但與本案無關。

註十：Beulke, Der Strafverteidiger im Strafverfahren, 1980, S. 224.

註十一：如果認定嫌疑的證據嚴謹，這種情形應該微乎其微。

註十二：資料參見立法院法律系統，法編號 01805，

<http://lis.ly.gov.tw/lghhtml/lawstat/version2/01805/0180534122900.htm>（瀏覽日期：2009 年 1 月 21 日）

註十三：參見立法院公報 57 卷 29 期，頁 2645。

協同意見書

大法官 許宗力

本件聲請案多數意見就羈押法第二十三條第三項，有關律師接見受羈押被告時，亦應受監視之規定，認爲其「不問是否爲達成羈押目的或維持押所秩序之必要，亦予以在場全程監聽、錄音，對受羈押被告與辯護人充分自由溝通權利予以限制，致妨礙其防禦權之行使，已逾越必要程度，違反憲法第二十三條比例原則之規定，不符憲法保障訴訟權之意旨」。本席對此結論固表贊同，惟何以「不問是否爲達成羈押目的或維持押所秩序之必要，亦予以在場全程監聽、錄音」，就逾越必要程度，牴觸比例原則，多數意見吝於作更清楚之闡明，不免有說理不足，致減損本號解釋價值之憾，本席爰略提幾點說明加以補充：

一、受羈押被告與辯護人間之秘密溝通尚非絕對保障，但其限制應受嚴格司法審查

按刑事被告與代表國家行使追訴權的檢察官相較，無論從組織、人力、物力與專業能力來看，恆屬弱勢一方，其選任辯護人以協助訴訟防禦因此顯得尤其重要。刑事被告若進一步遭受羈押，因與外界隔離，蒐集資料不易，更是唯有依賴與辯護人間不受第三人與聞的充分自由溝通，方能確保防禦權的有效行使，受羈押被告與辯護人間不受干預之自由溝通，也因此更顯得不可或缺。據此，外國立法例若有對受羈押被告與辯護人間之秘密溝通採取絕對保障，也就不難理解。例如德國，相關法律均不准對受羈押被告與辯護人間之溝通加以監聽，即使出於反恐的特殊需要，也僅允許對通信與收受物件加以檢閱，與辯護人的面會商議，依然維持監看但不與聞原則（註一）。惟姑且不論德國此種近乎絕對保障的立法例，在比較法上尚屬少見（註二），受羈押被告與辯護人間之秘密溝通再怎麼重要，放到我國憲法第二十三條比例原則「可以限制，但不得逾越必要範圍」的脈絡，要證立其絕對保障地位，有其一定難度。所以我們或許應放棄這種不切實際的絕對保障主張，改從可以限制，但該限制應受嚴格比例原則審查的思考方向，來彰顯秘密溝通權的重要性。在嚴格審查下，該限制所追求目的須屬特別急迫、重要之正當公益目的，所採限制手段於目的之達成須適合、必要（最小侵害）且合比例性，在審查相關立法事實的預測與判斷上，要求至少須達充分蓋然性，或者說相當確定性之程度，且舉證之不利歸國家一方負擔（註三）。

二、系爭規定所追求之目的尚屬合憲

監聽受羈押被告與辯護人間之溝通，其可能追求的目的為何，體系觀察羈押法與刑事訴訟法相關規定，並參酌外國立法例暨國內外學說的討論，可知大致上不外乎（1）調查本案犯罪事實、（2）預防犯特定罪、（3）防止湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人、（4）防止逃亡、（5）維護押所秩序等數種可能選項。若以調查本案犯罪事實為監聽目的，則目的顯不正當而屬違憲，因受羈押被告與辯護人秘密溝通，目的正在於防禦國家擬加諸於其身的刑事處罰，若施加處罰一方的國家竟可經由監聽與聞其防禦內容，不啻宣告整個辯護制度的瓦解。相對之下，預防犯罪、維護押所秩序與防止逃亡作為監聽目的，不僅不牴觸辯護制度功能，且可認定屬特別重要之公益目的，其合憲因此應較易獲得肯認。至若以防止湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人為監聽目的，雖瑞士、奧國等也有類似規定，但仍非想當然爾地正當。其實，已有搜索、扣押的武器，加上交互詰問與傳聞法則，物證並重於人證，被告又已在押，則是否有必要再允許以防止湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人為由進行監聽，加深雙方武器的不對等，是有商榷餘地的。惟考量該等目的終究還是在防止辯護權與防禦權的濫用，有其正當性，且如後述，經由限制監聽所得資料之使用，亦可相當程度阻止武器不對等的深化，何況此目的下之監聽涉及國家刑事司法制度之健全運作，可列特別重大公益目的，是本席最後仍可同意以防止湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人作為監聽目的，尚屬合憲。

回到本件，系爭規定僅規定律師接見受羈押被告時，應受監視，其追求目的為何，未置一詞，立法資料亦未見任何說明。即便如此，多數意見仍逕以「達成羈押目的」（相當於防止湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人、防止逃亡）與「維持押所秩序」為系爭規定之目的，並默認其合憲性。其雖因未稍作說理，而顯得突兀，惟可知多數意見係本職權調查主義之精神，主動基於體系解釋探詢系爭規定可能追求之目的，並根據合憲解釋原則，以合憲的選項作為系爭規定之目的，應無不當。是多數意見認系爭規定之目的合憲，雖有論理跳躍之嫌，但結論仍值贊同。

三、系爭規定未設定任何監聽手段之發動條件，允許無差別監聽，違反必要原則

接著是手段合憲性之檢查。按監聽受羈押被告與辯護人間之溝通，乃係對受羈押被告唯一可以依賴之防禦武器的進一步弱化，其實實施自須受嚴格條件之限制。則根據立法者對實施監聽所設定之發動條件，審查系爭監聽手段是否侵害最小，我們至少須要求立法者僅能規定於有客觀、明確之事實，足以證明受羈押被告與辯護人之溝通有導致串證、滅證等之高度、具體危險時，始准相關機關實施監聽。若無客觀、明確事實足資證明有高度、具體危險，僅因凡辯護人與受羈押被告之溝通，若不監視，通常會有串證、滅證等之抽象危險，就輕易准予監聽，不僅易生過度干預受羈押被告之防禦權之情事，甚至無異於在欠缺具相當確定性立法事實的支撐下，視任一參與溝通之律師為有高度犯罪可能之潛在犯罪行為人，明顯不符必要性之要求。又如果只是空泛規定有發生串證、滅證等之危險，就准予監聽，未設進一步發動條件，則不僅違反必要性，也於明確性之要求有違。而系爭規定甚至連任何發動條件亦無之，只要受羈押被告與辯護人一有溝通，就予以無差別監聽，其難以通過必要性之檢驗，更是顯然。

四、系爭規定要求在押期間之溝通一律監聽，亦違反必要原則

次就監聽的實施時間審查系爭監聽手段的必要性。外國立法例常見有監聽期

間之限制，例如瑞士蘇黎世邦刑事訴訟法規定，除非有特別理由足證有勾串之危險，否則羈押 14 天後，即不能再監聽受羈押被告與辯護人間之溝通。且偵察終結後，即不得再行監聽。奧地利刑事訴訟法也有類似規定。有時間限制相較於無時間限制，當然是侵害較小之手段，且禁止於起訴後監聽，不僅侵害更小，更有逼使檢察官慎重起訴的功能。但不容否認，滅證、串證、偽造、變造證據的危險，任何時候都可能發生，包括起訴後（只是起訴後的危害比較小而已）。本席因此認為，即使法律未明定監聽期間之限制，甚至未排除起訴後之監聽，只要有授權由有決定權之機關（如後述，係指法官）依個案事實權衡實施監聽期間之規定，仍有可能滿足必要性之要求（註四）。然如果連對法官的授權亦無之，而以法律硬性規定，只要是在押期間，一有與辯護人之溝通即一律予以監聽，這種無時間差之監聽，無論如何難以通過必要原則之檢驗。系爭規定正屬此種情形。

五、系爭規定之監聽，欠缺任何程序擔保措施，違反必要原則

最後是從實施監聽所遵循的程序審查系爭監聽手段的必要性。鑑於受羈押被告與辯護人間之秘密溝通，乃受羈押被告僅剩重要防禦武器，而基於防範串證、滅證等由，又不得不監聽其溝通，則為免導致個案無從辯護，使防禦權名存實亡，在必要原則要求下，某些最低限度的程序擔保措施是絕對需要的，包括（1）監聽的決定者或執行者，絕不能是作為本案追訴者的一方（本案承辦的檢、警、調）。（2）監聽之決定要求法官保留，並為免監聽與否之決定影響法官本案心證，監聽之決定應僅能由非本案承審之另一中立法官為之，監聽之執行則由押所人員為之，排除本案檢、調介入。（3）依前述監聽所得事證，不得作為本案犯罪證據。前面既已禁止以蒐集本案犯罪事實作為監聽理由，則禁止以監聽所得事證充作本案證據，自是必然結果。但該監聽所得事證仍得作為另案（包含湮滅證據罪等）追訴事由。（4）不服監聽措施，應給予相應之司法救濟途徑。系爭規定欠缺任何程序擔保措施，也因此理由而違反必要原則。

註一：參見林鈺雄，在押被告與律師接見通信之權利-歐洲法與我國法發展之比較與評析---，台灣本土法學，102 期，2008.1 頁 6 9以下。

註二：如瑞士允許在辯護人有勾串之危險時（Kollusionsgefahr），得與聞在押被告與辯護人之溝通。Dazu Vgl. P. Henni, Grundrechte des Angeschuldigten im Strafprozeß, in HGR VII/2, §226 NR.31. 奧地利現行刑事訴訟法第 45 條第 3 項則在有特別嚴重情形，足證律師與在押被告之溝通有導致危害證據方法（Beeinträchtigung von Beweismitteln）之危險時，允許監聽之。美國承認源自普通法的「律師與當事人秘密溝通特權」（Attorney-Client Privilege），但同時也承認「犯罪或詐欺之例外」（Crime-Fraud Exception），即例外允許以預防犯罪為目的之監聽。See e.g., Developments in the Law - Privileged Communications III. Attorney - Client Privilege, 98 Harv.L.Rev.1501-1530（1985）

註三：參照許宗力，比例原則之操作試論，載於法與國家權力（二），頁 121 以下。

註四：此時，法官所為個案監聽之決定，當然也須符合比例原則之嚴格要求，並接受上級審法院的審查。

政不可寬（散慢）、寬則人慢（輕慢）；刑不可急，急則人殘

-白居易

對於一個好的社會來說，保護無罪者比懲罰犯罪者更為重要

-約翰·亞當斯

本席認同本號解釋多數意見保障人民訴訟權，強調基於正當法律程序的「武器平等」原則，辯護人接見受羈押禁見之被告所談論之內容，原則上不得錄音或錄影，且不得作為不利於被告的證據。系爭之羈押法第二十三條第三項，援引同條第二項之「一律監視」之規定，以及實務上採行錄音、錄影等措施，本號多數解釋認為違憲。就此而言，本席亦表贊同；然而本號解釋並未同時檢討羈押法第二十三條第二項的「監視」措施合憲性，以區分該條第二項與第三項的「監視」應有不同強度，從而構建出一個可供修法依據之憲法意義的公權力「監視規範」；亦未檢討刑事訴訟法第三十四條但書的規定，是否有「規範不足」之虞？以及針對羈押法第二十八條是否尚未達到違憲程度，僅須為「限縮解釋」即足？等論點，皆未明確說明，恐將使本號解釋期冀完善保障人民訴訟權等基本權利之意旨，未盡淋漓顯現。為周延本號解釋論理起見，爰提出協同意見。

一、羈押法第二十三條第三項當否為「限縮解釋」？

本號多數解釋涉及到對羈押法第二十三條第二項、第三項的「監視」之概念。本號解釋理由書已經提及所謂監視乃「監臨觀察」，但其實際意義則採行同法施行細則之規範意旨，整體法律制度體系，及目前實務運作，非僅於看守所人員在場觀看，也及於監聽、錄音、錄影等行為在內（註一）。第三人即可與聞外，亦可為檢察官或法院所聞之其內容，以致有侵犯「武器平等」之嫌。

按「監視」一詞，如果只採「狹義」的解釋，亦即只有看守所人員在場觀看，來防止不法之行為，然不得進行錄音及錄影，且不得呈交法院或檢察官作為證據，是否即可不違背憲法的保障訴訟權等基本人權，而使本條文不致於遭到違憲無效的命運？

而支持這種「限縮解釋」的立論，可舉本法制定時的立法意旨。按本條文制定於民國三十五年一月十九日，其中歷經六次修正，內容並無改變。而條文制定當時，立法之監視意義，本即由所方人員在場監督視察，與聞談話內容，並可隨時中斷談話（Watching & Hearing）。何況衡諸當時國家財力及錄音設備稀少、昂貴，絕無可能在全國各省看守所內都有錄音設備。故回歸立法時的「監視」意涵，本即是由人工目視監視而已。如此，即可以宣布實務措施為違憲，而為「法律合憲性的解釋」（verfassungskonforme Gesetzesauslegung）。另一個可參照的立法例為我國在民國八十八年七月十四日制定的通訊保障及監察法，也不再援用「監視」的用語，改採「監察」。而該法第十三條第一項之規定，通訊監察以截收、監聽、錄音、錄影、攝影、開拆、檢查、影印或其他類似之必要方法為之。但不得於私人住宅裝置竊聽器、錄影設備或其他監察器材。則狹義的監視，只是上述「監聽」的一種方式而已，顯見我國新的立法，已將監視採狹義解釋（註二）。更何況羈押法施行細則並未授權看守所採取錄音、錄影等措施。按羈押法施行細則第七十二條第二項僅有「嚴密監視」之規定。再觀諸同細則第八十三條規定，辯護人接見禁見被告，僅能為「有關被告訴訟進行」之談話。顯見該法施行細則也僅賦予「第三人聞知」的法源依據，否則如何得知談話內容僅限於「訴訟進行之議題」？至於實務上由看守所設置錄音、錄影設備，主要是為實施羈押

法第二十八條的作用，且依職權爲之（註三），其法源依據應加以區別。

但畢竟「監視」一詞成爲社會廣泛的用語，已將廣義的監視概念納入，例如「監視器」一詞即可表明之。另外，由於本法在民國四十三年修正時，將本法原來第二十三條第二項的「得監視之」改爲「應監視之」，其修法目的爲：「羈押被告之目的，最重要者在防杜串供保全證據，以便發現真實，而利訴訟進行…，一若監視與否仍得由看守所長官自由裁量，殊不以昭慎重，爲強調監視之重要性與加重看守所長官之責任感，應改爲『應監視之』，以明示其旨」（註四）。可見得現行條文立法者對於監視的概念已採嚴格廣義解釋，唯恐所方「監視之網不夠嚴密」也。

故爲了避免法律用語造成人民認知上的混淆，但最主要還是基於立法者在民國四十三年之嚴格修法意旨，本席認爲可以割捨法律合憲性解釋的方式，直接探究羈押法第二十三條第三項規定的違憲性。

然則本號解釋只指摘羈押法第二十三條第三項之「一律予以在場全程監聽、錄音」部分違憲，但其他部分則未宣告違憲，易言之，仍許可「監看」的最弱監視方式合憲性。所以羈押法第二十三條第三項只是部分違憲而已，其立論類似釋字第四七一號解釋。這種見解將系爭法律條文（羈押法第二十三條第三項）是否因違憲而全部失效的問題，沒有在解釋文及理由書中明白說明，徒使解釋文義模糊不清，也使有關機關日後研修系爭條文將有不知如何下手之疑問。

二、第二十三條「監視」概念應加以細密的區分

本號多數解釋承認羈押法第二十三條第二項及第三項的監視爲嚴格標準。但在不挑戰刑事訴訟法第三十四條但書合憲性的前提下，已經承認了律師接見權的「相對保障」制度。在個案情形，仍可以限制辯護人的接見被告。而此時，則可以適用羈押法第二十三條第三項嚴格的監視措施。所以本號解釋意旨仍肯定羈押法第二十三條第二項對一般會面的嚴格監視規定的合憲性，第三項唯有符合刑事訴訟法第三十四條但書條件時，方得準用第二項的規定。

這種解釋不能具體澄清目前僵硬監視制度的違憲疑慮，只有「見林不見樹」的澄清效果，似應當跨出更大的腳步，來規正實務及羈押法第二十三條的「過時」結構。

首先，本席贊同本號解釋多數意見所強調律師角色的重要性。誠然在法律日趨複雜的現代社會，一般被告不可能具有充分的法律素養，必須求助於專業的律師協助，沒有律師的專業協助，被告即無法從國家龐大的法律秩序中，尋獲最有利的依據，來保護自己的權利。著眼於這種律師專業服務的不可缺性，法律甚至可以違背當事人「獨自進行訴訟」的自由意願，強制指派律師協助訴訟，此有重大刑事訴訟「強制辯護」制度（參見刑事訴訟法第三十一條），以及國外亦有規定非委任律師（或類似代理人）不得進行訴訟者（例如德國行政法院法第六十七條第一項、聯邦憲法法院法第二十二條第一項）。律師與受羈押被告的依存關係處於更爲密切的狀態。被告在喪失自由之前，本可以親自蒐集有利證據機會，現已經完全喪失，唯有依賴律師的協助。而此同時，國家偵查犯罪的機關也全力在進行不利於被告的證據蒐集，際此未來定罪與否的關鍵「黃金時刻」，被告與辯護律師的關係且從「信賴轉變爲依賴」。何況被告與檢察官所代表的國家公權力客觀對比，明顯的處於「弱勢」地位，除了少數豪門鉅室的被告外，大多數被告是以個人單薄的力量來對付在人力動員、財力支援，以及行政制度多樣的誘因（

承辦官員的升職、知名度提升)處於絕對優勢的國家公權力。故法治國家強調的刑事訴訟及程序正義,不單指訴訟法制上應呈現「公平程序」的外表,還要在內在的關懷點上,讓真實的正義有更可能實踐的機會,使得「小蝦米」能有一搏「大鯨魚」的可能。強化人民的「應訴能力」才是訴訟程序正義的主要指標。

因此,國家如果要以極重大的公益需求,來限制人民獲得律師的辯護,必須重視這種程序正義所依賴的律師扶助機制。

在本號解釋已經承認被告與辯護人秘密溝通的「相對保障」,似乎有必要再更精確的加以分析。應當區分成三種不同的限制情形,這也相對的表現在看守所應採行三種寬嚴不等的監視措施。這三種不同寬嚴的監視措施,依其嚴格強度,尚可分為嚴格(看、聽、錄)、中度(看、聽)及輕度的監視(看而不聽),必須有其不同的適用對象及公益考量,以符合比例原則的「區分要求」(Das Differenzierungsgebot)。

- 1、採取嚴格的監視措施,必須基於最嚴重的立法目的,方可以監聽、錄音、錄影、紀錄等方式來監視被告與辯護人的談話。此在國外的立法例,特別是歐美針對防止恐怖主義的立法(例如德國刑法第一二九條a及刑事訴訟法第四一八條第二項)都有類似的立法例。甚至最嚴格的監視措施還可以取消被告與律師的會面權(但實施這種最嚴格的監視措施,也只能短期限制被告與辯護人的會面權,而不能長期剝奪之。否則將形成「限制權」的濫用)。即使嚴格的立法例的實施,除了必須「法律保留」依據外,且要符合「法律明確性」的要求。我國羈押法第二十三條第三項及實務上運作,卻僵硬且概括的採行這種監視方法,顯然違背比例原則的「區分要求原則」。
- 2、第二種中度的監視措施(看、聽),則是除不得錄音、錄影外,由第三人在場監聽,以防止串供或湮滅證據或策劃逃亡等。這「應當」是我國刑事訴訟法第三十四條但書所指律師接見禁見被告的監視方式,也是屬於個案性質的一般限制,乃依據個案情形(ad hoc),且依刑事訴訟法第三十四條但書的規定取得合法的依據。就此條而言,無庸嚴格的法律明確性要求,可與前述嚴格的監視措施相區別。
- 3、至於寬鬆的監視(看而不聽),是錄影(但不錄音)或由第三人以目視監視(監看),而不與聞會談內容的兩種方式。這主要是「行為監視」,而非「溝通監視」之手段,也是維持監所的秩序所必要。同時,這應當是非禁見被告的一般接見,包括與律師接見在內的監控方式。現行實務(見註一處所列法務部八十四年度函),只有對後者律師接見非禁見被告,才實施此種寬鬆監視措施。其他人接見非禁見被告時,仍採嚴格監視。故對彼等隱私權自然造成極大與違憲的侵害。

本號解釋很遺憾未能對上述三種應有不同寬嚴程度的監視措施,進行合理的區分,從而無法提供未來立法者一個更細密的「監視規範」,只是單純對於羈押法第二十三條第三項的「僵硬適用」規定部分宣布違憲。這既忽視了將來立法者為了特殊立法,有可能採取第一種最嚴格的監視措施的必要;復未強調「正常」的刑事訴訟法第三十四條但書所指的監視「應當」只要施以中度的監視即足。本號解釋理由書中雖同意羈押法第二十三條第三項規定「殘留」合憲時,對未受刑事訴訟法第三十四條但書限制之會面時,仍只准許「監看」一種方法。至於第三人在場之中度的監視,則不許可之,當然也

未曾討論分析：「如果該第三人『聽而不報』，是否亦可爲之？」的問題了。

三、採行中度監視「看、聽」-「聽而不錄」及「聽而不報」的原則，即不違憲

律師接見被告是如同英美法所稱的「律師特權」(legal professional privilege)。在禁見被告連關涉人倫重要價值的與「家屬會面權」都無得享有，只能由律師接見，可見得此律師特權重要性，乃協助當事人的實踐訴訟權利。律師與當事人會面應僅止於受託委任訴訟事宜，而非概括委託其處理本案以外的其他事宜，包括其他訴訟。律師與當事人違背上列「專案委託」的意旨，即屬律師會面特權的濫用。羈押法施行細則第八十三條也有相同的規定（儘管本席認為本法施行細則第八十三條的規定，僅是訓示規定而已，因為在有限的會面時間，如此「超越議題」的會談，徒然浪費寶貴會面時間）。至於律師協助勾串證人與湮滅證據等，自亦屬律師特權的濫用。

但是如何控制這種「濫權」的可能性？錄音、錄影實際上僅是作為事後論究律師法律責任的補救手段。然此已和被告受羈押的目的不合，蓋已經造成羈押所欲防範的後果：例如透過律師來勾串證人或湮滅證據…等可能已經完成。有效的方法只得是由第三人在旁監聽：一旦聽聞有上述濫權之疑慮，即可及時制止，方能有效防止串供等。然而，問題也在於該第三人是否在法律知識及對於案情之瞭解上，足以區別有無濫權的界限？答案顯然是否定。而該第三人將所聽聞之攻、防策略告知檢察官，將有害於「武器平等原則」是可肯定。但第三人在場，如果目睹律師與當事人有其他違法的行為，例如明顯商談勾串事宜等，可立時制止，也是第三人在場監視不可取代的優點。故兩相權衡結果：

- 1、律師會面權若有濫用之虞，而有採行監視必要時，如利用錄音、錄影的事後追究責任，與羈押目的不合；即令這種錄音、錄影只是「錄而不用」等待日後一旦律師涉及串供時，再取出調閱以調查事實，則容易形成「秋後算帳」的工具。不服輸的檢察官容易將調閱這些資訊作為追究、報復律師的手段。
- 2、由第三人在場旁聽，好處可即時制止律師會面權的濫用，也可維持監所秩序。缺點雖然有可能不當介入律師與被告的溝通。但此制度不妨礙律師與被告仍可以繼續溝通，只不過改變溝通方式而已。因此，並不會對溝通權造成太大的侵犯。而第三人所聞知律師與被告之攻防策略，如果明定不得提供檢察官與法官參考，即不致侵犯「武器平等」之原則。故只要導入第三人監視「聽而不錄」及「聽而不報」的原則(Watching ,Hearing without Using)，第三人在場的中度的監視，並不當然違憲。這是本席平衡律師在法治國家訴訟制度所具有不可缺的重要性，而另一方面，防範律師在接見禁見被告時，儘管為數不多，但不無可能會濫用此權利，同時這種中度的監視也不致於造成辯護功能太多的傷害，故以此衡量作為此項監視標準的判斷依據。

四、羈押法第二十三條第二項「監視」概念的合憲性應一併予以檢討

(一) 應援用「裁判重要關聯」理論：

本號解釋對於羈押法第二十三條第二項未加審議，雖以避免訴外裁判為由，然亦肯認其合憲性。本席認為本號解釋既然審究羈押法第二十三條第三項援引第二項的監視規定的合憲性問題，如果不先確認第二項規定的合憲性，豈可逕將此有「合憲疑慮」的規定與概念，援用作為論究第三項規定的合憲基礎？

其次，當羈押法第二十三條第二項及第三項存有「具體關聯」的重要性時

，即可適用「裁判重要關聯性理論」Entscheidungserheblichkeitstheorie），一併審查相關的法規，而無「訴外裁判」之虞。本院解釋也多次承認這種理論，指明憲法解釋的對象，不應囿於釋憲聲請所指摘的法規為限。例如釋字第五三五號解釋理由書中即明白提及：「…所謂裁判所適用之法律或命令，係指法令之違憲與否與該裁判有重要關聯性而言。以刑事判決為例，並不限於判決中據以論罪科刑之實體法及訴訟法之規定，包括作為判斷行為違法性依據之法令在內，均得為聲請釋憲之對象」；釋字第四四五號解釋理由書也有類似說明：「…惟人民聲請憲法解釋之制度，除為保障當事人之基本權利外，亦有闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的，故其解釋範圍自得及於該具體事件相關聯且必要之法條內容有無牴觸憲法情事而為審理。」可作為例證。

（二）本項「監視」概念應採最寬鬆標準：

上文已提及實務上依民國八十四年（84）法務部法監字第○一六一三號函對於禁見被告與非禁見被告接見律師時，監、所的監視措施，分為嚴格與寬鬆兩種。前者採嚴格監視措施，後者為寬鬆監視，只限於「監看」（位於眼能見耳不能聞之位置），以及「紀錄」（紀錄接見時之「情狀」，而非言談內容，俾供查考）。但對於非禁見被告接見一般人時，則採取嚴格的監督措施，是否仍符合憲法的規定？本席認為已牴觸比例原則矣！

被告雖已羈押，則其逃亡、串供及湮滅證據的風險，已減輕大半。復未被科與禁見處分，則其上述羈押目的風險又減輕許多。看守所的監視措施即應特別注重比例原則，只得採取「強度最弱」的監視措施。

而被告接見他人時，特別是會見親人或親近朋友，往往不免談及私密之課題。如均可為看守所知悉時，已經不當侵犯到人民受憲法保障之隱私權範圍，且也涉及到人性尊嚴、個人主體性，以及人格發展之完整（本院釋字第六三一號解釋參照之）。因此，除非有例外的個案情形，否則只能採取「監看」（位於眼能見耳不能聞之位置，即Watching without Hearing），亦即應將目前律師接見非禁見被告的監視標準，擴張實施到一般人與非禁見被告的接見之上。

可參考之外國立法例，例如：德國巴伐利亞邦在二〇〇七年十一月二十七日通過一個巴伐利亞邦「刑事執行法」（BayStVollzG, Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe, der Jugendstrafe und der Sicherungsverwahrung），該法第三十條第一項規定看守所對於一般接見時，都採行監視措施，包括錄音或錄影，但事前必須先告知。該項資訊最遲在一個月後應銷毀之。如個案無不當行為及無影響看守所秩序之虞，即無庸監視。第二項規定：在上述情形，在會面談話部分，不得採行錄音或錄影之監視方式。第五項特別規定：律師接見時不予監視。

巴伐利亞邦刑事執行法此項規定，便是要求在對一般接見的監督採取「一律監視、但個案且例外免除」的方式。同時，對於談話內容部分，更是採行不得錄音錄影的寬鬆監督方式（監看），可見得是「行為監視」。對律師會面則不得監視。但有特別立法規定時，例如前述德國刑法及刑事訴訟法訂定有關反恐的特別規定時，則不在此限。

日本現行（平成十七年制定）的「刑事收容設施及被收容者等處遇法律」對一般接見，得由所方裁量採行各種監視措施，但律師接見時有特別妨礙所方秩序之疑慮時，方得監視之（第一百十六條）。易言之，對一般接見比德國嚴

格，但和我國類似，也沒有對言談不予監控的規定（即實施「溝通監視」）；但對於律師接見，則比我國寬鬆，和德國相近。

故我國的制度比德、日兩國來得嚴格。對羈押法第二十三條第二項的監視，應該強調比例原則與保護隱私權的重要性。而對於監督的措施，應當要有不同強度的區分，否則即和憲法的規定有違。

五、刑事訴訟法第三十四條但書之規定應一併審查

（一）亦應適用援引「裁判重要關聯」理論：

本號解釋多數意見未討論刑事訴訟法第三十四條但書的合憲性，其目的似乎乃避免「訴外裁判」。但本條文既然賦予限制律師會面權的法源依據。律師受到這種限制，自然涉及到被告的訴訟權利。因此，如同本席前述主張應一併審查羈押法第二十三條第二項的合憲性一樣，本條文是否規範完備，已和羈押法第二十三條的規定有具體關聯性，應當一併列入審查的範圍。

（二）應承認涉及辯護人的工作權，並設立法律救濟的機制：

刑事訴訟法第三十四條但書雖然只言及限制辯護人的接見權，但此「限制」，實務上包括監視權限在內。而辯護人與被告秘密通訊權及律師執行職務之權利，因此將遭到限制。雖然可提出聲明異議，但對此處分的裁定，依刑事訴訟法第四百十六條第一項第一款及第四百十八條第一項之規定，不得提起抗告。故辯護人顯然已經無法充分發揮其律師的功能，理應允許辯護人或被告向上級法院提出抗告的權利。這也是本院在前一號解釋（釋字第六五三號解釋）所樹立的原則，本號解釋應當一併的宣告之，同時應課予法官（且只有法官方可）作出此處分時，當同時諭知監視的種類（特別是依本號解釋，仍可依刑事訴訟法第三十四條但書之規定給予會面嚴格的錄音等監視處分）、監視期限等，以示慎重。另外，由於羈押時間急迫，對於此處分的救濟（包括提起異議或抗告）以及決定作出的期限，必須較一般抗告程序的時間急速，故當由立法者全盤制定配套的修正條款。故刑事訴訟法第三十四條但書之規定，顯有「規範不足」之弊，應宣告一定的期限，宣示立法者從速修正之。

（三）排除檢察官的處分權：

第三十四條但書的規定，使得檢察官在偵查期間，亦可行使此限制律師接見權之權利（註五）。因此，明顯的違反「武器平等」的原則，故應當加以修正，明定此條但書的處分權應為「法官保留」。唯有急迫情勢方得由檢察官緊急限制之，並於最短期間內聲請法官核定之。此亦為該條文的規範過於空泛之弊端也！

綜上所述，由第三十四條但書規定，被限制的對象主要是辯護人，故此限制明顯侵犯律師的職業權。因此，綜觀本案所侵犯的法益，除了被告的訴訟權，以及相關聯的「武器平等」正當法律程序之原則外，尚應包括律師職業權在內。

六、羈押法第二十八條應採合憲限縮解釋

關於羈押法第二十八條規定，本號解釋文以為：「…同法第二十八條規定，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，牴觸憲法第十六條保障訴訟權之規定。前開羈押法第二十三條第三項及第二十八條規定，與本解釋意旨不符部分，均應自中華民國九十八年五月

一日起失其效力」。由這段解釋文可否令人清晰的瞭解，究竟「羈押法第二十八條是否全部違憲而失效？」抑或是「部分失效，只是將同法第二十三條第三項所獲得的資訊，如果利用第二十八條的途徑，呈報檢察官或法院時，才屬違憲？」探查本號解釋的多數意見，當指後者（部分失效）而言。本席對結論表示贊同，但對於行文論理方式，則有一愚之見，僅略述如下：

- （一）解釋文句仍然使用「隱晦式」的解釋（如同上述宣布羈押法第二十三條第三項的部分違憲一樣），為何不採用「本文與但書」的模式來敘述之？由於檢討此條規定乃附隨檢討第二十三條第三項的規定而來，如果本號解釋明白承認系爭第二十八條條文大體上仍具合憲性，就應不必猶豫的宣布之。但對律師與被告之間的談話資訊，既然認為不能呈報檢察官或法院，即可將之排除在呈報內容之外，豈不更「明快清晰」？更何況，在詮釋第二十八條條文的內容時，究竟哪一點規定與本號解釋文的「解釋意旨不符」？更是模糊不清。因為，目前產生違憲爭議的，乃是實務上的運作所造成，何不採取「限縮解釋」的「排除法」即可？
- （二）至於被告被羈押在看守所的期間，當是其犯罪行為正在偵查及起訴期間，亦同為檢察官與法院欲發現真實之時刻。而被告此時也可能正有勾串證人或湮滅證據之急迫性。加上被告已羈押於看守所內，每日生活作息在焉，其言行自然有可能透露任何有助於發現真實之訊息。現代民主國家強調的科學辦案，有一分證據說一分話，被告看守所內言行透露的「蛛絲馬跡」，檢察官或法院自可裁量有無採用的價值，看守所誠然沒有蒐集犯罪證據的法定義務，但法律要求其「附帶性」的協助偵查（註六），只要未侵犯人權，似亦無違憲之虞。故對此資訊，無庸陳義過高的「棄之如敝屣」！
- （三）對羈押法第二十八條規定的解釋，會否當然導出律師與被告會談資訊的洩漏給檢察官或法官？但由本號解釋文的用語：「…同法第二十八條規定，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…」，顯示兩者有必然的後果。但這種敘述乃「強制」將兩個條文銜接起來，不免過於勉強的引起誤會！這也造成上文所提及的本號解釋對第二十八條採行「隱晦式」違憲解釋的後果。
- （四）本法第二十八條既然還大部分合憲，但律師與被告會面的談話內容，如果是經過「法定程序」的取得時，看守所仍否應呈交法官或檢察官參考？例如：法院對某律師會見禁見被告，認為有嚴格監視之必要，依刑事訴訟法第三十四條但書規定，決定予以監視。此時，若所方監聽得到之資訊，是否當屬合法取得之資訊，而可比照通訊保障及監察法第五條第五項得採為證據？如果採否定說，則經過嚴格門檻制定的監視規範，豈無任何功能？所以監視所獲得的資訊，能否具有證據力？也應當一併的探究之。對此，本號解釋雖未提及違憲的依羈押法第二十三條第三項所獲得的資訊，是否具有證據力的問題，但答案似乎是否定（因為第二十三條第三項被宣告為部分違憲，故基於此部分取得之證據，當然視為違法證據）。至於合憲方式獲得的資訊，就未論及之，似乎留待立法者日後深入研究，解決此問題。
- （五）由於本號解釋多數意見只限於解決羈押法第二十三條第三項及同法第二十八條的違憲問題，在理由書中雖一再強調律師與被告「不受干預下充分自由溝通」

之權，但限於「有限打擊」的論理方式，無暇再一併論究律師與被告此項溝通權的其他重要成分，其中例如：

- 1、「充分溝通權」：律師應當與被告有充分的時間進行訴訟的策略研究。「律師會面特權」儘管可以由看守所爲了監所秩序所必須予以限制者外，但必須在時間的足夠度上，使被告辯護利益的開展，可以遊刃有餘。而且此項時間長短的決定，案情的重大與法律關係複雜與否，都應列入個案考量。本號解釋只論及了「溝通自由及隱密性」問題，而未及於探究溝通的「充分」問題之上。
- 2、律師與被告的會見除了言語的溝通外，還需要訴訟文件與相關書籍資訊的討論。這些文書上的內容監視，也應當比照言語溝通的監視，不能受到拆閱或影印存參的干擾。就此而言，羈押法第二十八條已經觸及到看守所由「發受書信」所獲得的資訊，惜乎，本號解釋未加以重視及闡釋此「文書監視」的問題。
- 3、前述關於律師會面時間的不足，以及文書監視等，律師及被告如果認爲不服所方決定，依本院釋字第六五三號解釋，屬於可提起法律救濟之爭議。故本席以爲羈押法第二十八條的規定，並非全無立法上的考量，其目的亦符合憲法之規定，僅須爲限縮解釋即足（註七）。爲正本清源，本席亦贊成在此宣示立法者應在一定期間修正羈押法第二十八條，增訂「被告與辯護人（甚至更進一步）以及被告與他人會談所獲得之談話內容，不得呈送檢察官或法官」的但書規定，以明確解決爭議。

註一：此觀諸法務部八十四年一月十九日（84）法檢字第○一六一三號函，提示各監、院所辦理收容人律師接見應行注意事項：關於：一、禁見被告方面，包括：監看（位於眼能見耳能聞之位置）、紀錄（於接見後方紀錄其談話內容）、錄音、錄音設備（隱藏式錄音設備）及事前的告知義務；二、非禁見被告方面：監看（位於眼能見耳不能聞之位置）、紀錄（紀錄接見時之「情狀」，俾供查考）。

註二：類似法規，例如：外國人收容管理要點（民國八十五年）第三十三點：「收容所於許可會客時，應指派員警在場監視，並得記錄其談話內容。會客時間，由收容所酌定之。」；另海岸巡防機關大陸地區人民及香港澳門居民臨時收容處所設置管理要點（民國九十三年）第九點：「（五）：會見時應派員在場監視，必要時得摘錄其他內容或予以錄音、錄影。…」都是狹義解釋的例子。

註三：參見法務部八十三年十一月十一日（83）法檢決字第二四五五八號函，對涉及賄選及貪瀆案件之禁止或限制接見之被告，應實施全程錄音並將錄音帶送承辦檢察官參考，以防串供串證。

註四：民國四十三年十二月七日，立法院民刑商法、法制委員會函，見立法院公報第十四會期第六期，第 64 頁。

註五：法務部民國七十五年六月二十八日（75）法檢字第七六三六號函：「…至於辯護人經檢察官依刑事訴訟法第三十四條但書規定限制接見時，其限制之範圍，宜應由檢察官斟酌案情認定之」。

註六：此觀乎本條文在民國四十三年修正理由要旨，亦有：「被告在所言行，『間亦』有足供偵查或審判上之參考者，原二十八條僅列書信之可供參考者，應送法院或檢察官，尙欠週密，本案特予增補。」的說明，可見乃「附屬性任務」，

見立法院公報第十四會期第六期（同前註三處）。

註七：這也是典型「法律合憲解釋」的案例，因為只要能透過任何一個傳統的解釋方式，能讓一個法律合憲運作，即可採取此解釋方法，見Volker Epping, Grundrechte, 3.Aufl., 2007, Rdnr.63.

抄麥○懷釋憲聲請書

茲依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款及第八條第一項之規定，聲請解釋憲法，並將有關事項說明如下：

壹、聲請解釋憲法之目的

請求解釋：

一、看守所組織通則第 1 條第 2 項、羈押法第 23 條及同法第 28 條等規定，命看守所於聲請人與辯護人接見時，予以全程錄音，並將與被告案情有關事項呈報檢察官、法院，致剝奪在押被告與辯護人秘密且充分溝通、交流之權利，因而不合理限制在押被告獲得辯護人充分法律協助之權利，不但違反比例原則，也顯與憲法第 8 條正當法律程序原則之要求不符。

二、請求定暫時狀態之暫時處分，宣告上述羈押法第 23 條及第 28 條規定，於鈞院作成解釋前暫停適用。

貳、疑義之性質與經過

一、本件聲請人麥○懷因涉嫌貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款違背職務收受賄賂罪，遭臺灣板橋地方法院檢察署檢察官聲請羈押，經臺灣板橋地方法院訊問後，認聲請人犯罪嫌疑重大，所犯為死刑、無期徒刑或 10 年以上有期徒刑之罪，且有事實足認有勾串共犯或證人之虞，非予羈押，顯難進行追訴，有羈押之必要，於民國（下同）97 年 9 月 11 日以該院 97 年度聲羈字第 627 號羈押裁定予以羈押，並禁止接見、通信。

二、目前我國遭到禁見處分之在押刑事被告，於接見辯護人時，看守所一律予以全程錄音，且為因應錄音設備有限，而遭到禁見之被告接見律師者眾多，乃嚴格限制每名被告之接見時間僅有 20 分鐘。聲請人之辯護人即本件聲請代理人尤○祥律師於收押翌日即同年 12 日上午前往臺北看守所接見聲請人時，接見之交談內容即遭全程錄音（嗣後每次前往接見，亦莫不如是）。由於與聲請人之對話悉數遭到錄音，國家（檢察官、司法警察人員）得隨時、任意窺知聲請人與辯護人之交流內容，聲請人與辯護人根本無從進行秘密之溝通、交流乃至法律諮商，加以看守所規定之接見時間極短（因羈押法第 25 條規定律師接見被告時間不得逾 30 分鐘，目前監所之律見時間乃以 30 分鐘為限，尤其禁見中之被告，律見時與辯護人以玻璃窗相隔，藉由話筒通話，以利交談過程全程錄音，時間一到即自動斷話，停止交流。短短 30 分鐘內，被告與辯護人難以充分溝通、交流，實屬必然。在此情況下，自難期辯護能有具體成效），以致聲請人與辯護人因誠恐聲請人於接見時對辯護人無心所言，嗣後反成為自證己罪之素材，均不敢也難暢所欲言。於此情況下，聲請人難以從辯護人處獲得有效之法律協助並進行有效之防禦，辯護人也因未能明瞭案情及當事人之意向而無從辯護。為此聲請人乃依刑事訴訟法第 416 條第 1 項第 1 款之規定，主張刑事被告得於國家不得監聽、窺知交流內容之私密狀態下與辯護人進行充分交流，進而獲取法律意見與協助，乃普世承認、保障之最低限度刑事基本人權。綜觀刑事訴訟法全文，並無任何規定授權法院或檢察官以錄音之方式侵害被告此項訴訟上基本權利，於 97 年

9 月 16 日就上述錄音措施向臺灣板橋地方法院聲明異議（提起準抗告）。

三、臺灣板橋地方法院於 97 年 10 月 24 日以 97 年度聲字第 4370 號裁定（附件一）駁回辯護人之準抗告。上開裁定先於理由欄第二項內，援引看守所組織通則第 1 條第 2 項、羈押法第 23 條及同法第 28 條等規定，暨刑事訴訟法第 103 條第 1 項、第 105 條第 1 項至第 4 項等規定，再於理由欄第三項交代依證人林○洪於檢察官訊問時具結證述之情節，及被告於檢察官偵訊時坦誠說明之內容，認聲請人與該證人林○洪顯有串證之高度動機，並有利用與辯護人接見之機會，間接與共犯或證人勾串之虞，檢察官於被告與辯護人接見時，命予全程錄音，所為處分，與前揭看守所組織通則、羈押法之規定無悖，且未逾越必要之範圍，亦未造成被告防禦權及選任辯護人辯護權無法行使或限制，被告或辯護人指為違法，聲明異議，核非有據，應予駁回云云（請參附件一）。

四、上開裁定既於末尾教示稱不得抗告等語，則其自對外生效之日起，即已係確定終局裁判，而得對其所適用之法令聲請釋憲。看守所組織通則第 1 條第 2 項、羈押法第 23 條及同法第 28 條乃上開確定終局裁判適用之法律，至為明確。聲請人認上開規定違背憲法第 8 條之正當法律程序之要求，違憲侵害聲請人受憲法保障之受辯護人協助之權利，因此提起本件聲請。

參、所涉及之憲法條文

憲法第 8 條之人身自由及正當法律程序原則、憲法第 16 條之訴訟權、憲法第 23 條之比例原則

肆、聲請解釋憲法之理由：

一、得與辯護人於保密狀態下充分溝通、交流，乃刑事被告獲得辯護人有效協助之前提，自屬其受律師協助辯護權利之核心：

（一）刑事被告得在律師等法律專業人員協助下進行辯護，乃普世性之基本人權：

依公民及政治權利國際公約第 14 條第 3 項第 2 款：「在判定對他提出的任何刑事指控時，人人完全平等地有資格享受以下的最低限度保障：……

（二）有相當時間和便利準備他的辯護並與他自己選擇的律師聯絡；」及聯合國「保護所有遭受任何形式拘留或監禁的人之原則」第 11 條第 1 項後段：

「被拘留人應有權為自己辯護或依法由律師協助辯護。」第 17 條第 1 項：

「被拘留人應有權獲得法律顧問的協助。主管當局應在其被捕後及時告知該項權利，並向其提供行使該權利的適當便利。」「關於律師作用的基本原則」（

Basic Principles on the Role of Lawyers，附件二）第 1 條：「所有的人都有權請求由其選擇的一名律師協助保護和確立其權利，並在刑事訴訟的各個階段為其辯護。」第 5 條：「各國政府應確保由主管當局迅速告知所有遭到逮捕和拘留，或者被指控犯有刑事罪的人，其有權得到自行選定的一名律師提供協助。」第 7 條：「各國政府還應確保，所有被逮捕和拘留的人，不論是否受到刑事指控，不管在何種情況下，至遲不超過自逮捕或拘留之時起的四十八小時，均應迅速得到機會與一名律師聯繫。」等國際人權文件所確立之國際人權標準，刑事被告在律師等法律專業人員協助下為自己進行辯護，乃普世性之基本人權。由我國刑事訴訟法第 27 條第 1 項規定被告得隨時選任辯護人，犯罪嫌疑人受司法警察官或司法警察調查者，亦同，可知我國法對此項普世性基本人權之存在，絕無疑問。

（二）被告得與律師在完全保密之情況下溝通、交流，乃其受律師有效協助之必要前

提，故此項秘密交通權乃其受律師協助辯護權利之核心：

- 1、為鼓勵當事人對律師真誠、充分說明案情，俾律師得以做出對其最有利之判斷，律師就業務上持有之當事人資訊負保密義務，並因而享有免證特權：

我國刑法第 316 條使律師對當事人承擔絕對之保密義務，並於刑事訴訟法第 182 條規定律師因此享有拒絕證言之免證特權。如眾所周知，此項保密義務及免證特權之目的，乃在使當事人得以絕對信賴律師，鼓勵當事人在不虞資訊外洩之情況下，願意真誠對律師和盤托出案情，使律師得以獲得做出對當事人最有利之最佳判斷所需之資訊。美國律師協會在其制定之〈職業行為示範規則〉（ABA Model Rules of Professional Conduct）第 1.6 條之註釋【2】謂：「委託人-律師關係的一個基本原則是，在沒有委託人的知情同意的情況下，律師不得披露與代理有關的資訊。這有利於促成作為委託人-律師關係之標誌的信任。這樣才能鼓勵委託人尋求法律幫助，並與律師進行充分、坦率的交流，即使是令人尷尬的或者是在法律上不利的事項。為了對委託人進行有效的代理，並且在必要的情况下為了建議委託人不要從事錯誤行為，律師需要這一資訊。幾乎沒有例外，委託人找到律師，是為了在法律和法規的迷宮中確定他們的權利是什麼以及什麼被認為是合法的、正確的。根據經驗，律師們知道，幾乎所有的委託人都採納了他們的建議，並且法律得到了維護。」等語，對何以律師與當事人間因高度信賴關係而需要課予律師極為高度之保密義務，並因此享有幾乎絕對之免證特權，有極佳之說明（註一）。

- 2、辯護人與被告間之秘密溝通、交流，乃聯合國眾多人權文件肯認之普世性基本人權，也是辯護制度賴以運作之根本：

此於刑事辯護之範疇，更是如此。辯護人經由接見被告、與被告互通書信之溝通交流過程，方能進入案情，為被告提供最基本之答辯要領，據以籌劃辯護活動，給予被告法律協助（偵查階段之被告，可以從辯護人處得到之法律幫助，首先便是有關緘默權之知識。經由辯護人之告知，被告得以明確知悉自己並無供述之義務，有權隨時以緘默手段中斷偵訊，其未遭逮捕者，更得任意、隨時離去（註二）。以上所述緘默權之具體行使方法，均非目前偵訊實務上公務員會對被告具體告知之事項，也不可能期待偵訊人員如是告知。故對被告說明緘默權之功用及行使方法，乃辯護人無可旁貸之職責（註三）），並為被告尋找有利證據，乃至提供其他法律協助，例如聲請調查或保全有利被告之證據，聲請交保，針對從事刑事訴追職務之公務員不法侵害被告權利之行為尋求法律救濟等。甚至，在溝通交流之過程中，被告也可向辯護人諮詢因承認犯罪可得爭取之法律上有利處遇。上述辯護活動之進行，除有保障被告權利之意義外，並有監督國家權力之合法、正當行使，進而避免日後出現冤判、錯判之功能。律師接見被告之目的既在於獲得有利辯護之相關案情資訊，而在接見中是否能達此目的，關鍵在於保障接見時溝通、交流之隱密性，唯有溝通、交流之隱密性獲得絕對保障，接見方能取得實效。故被告（特別是在押被告）得於交流內容完全保密之狀態下接見辯護人，乃是其最基本之訴訟權利，也是律師發揮其辯護職能之基礎。如果這項權利得不到保障，則辯護制度之功能難

以發揮，進而被告在與控訴方武器不對等（辯護人是被告對抗國家訴追之最重要武器）之情況下，也難期能在當下或日後得到公平審判。有鑑於此，以下這些聯合國人權文件確立被告得與辯護人秘密溝通、交流之權利，乃是普世性之基本人權，也是其依正當法律程序受公平審判之必要制度前提。國家縱有公益上之考量而有對被告與辯護人之溝通、交流進行監督之需要，惟此等監督僅得在可看而不可聽聞交談內容之限度內進行，一旦逾此界限，國家的監督就會使接見流於形式，實質上剝奪了被告接見律師乃至受律師協助之權利（註四）：

- (1) 公民及政治權利國際公約第 14 條第 3 項第 2 款：「在判定對他提出的任何刑事指控時，人人完全平等地有資格享受以下的最低限度保障：……（二）有相當時間和便利準備他的辯護並與他自己選擇的律師聯絡；」
- (2) 「保護所有遭受任何形式拘留或監禁的人之原則」（Body of Principles for the Protection of All Persons under any Form of Detention or Imprisonment，附件六）第11條第 1 項後段：「被拘留人應有權為自己辯護或依法由律師協助辯護。」第 17 條第 1 項：「被拘留人應有權獲得法律顧問的協助。主管當局應在其被捕後及時告知該項權利，並向其提供行使該權利的適當便利。」第 18 條：「1、被拘留人或被監禁人應有權與其法律顧問聯絡與磋商。2、應允許被拘留人或被監禁人有充分的時間和便利與其法律顧問進行磋商。3、除司法當局或其他當局為維持安全和良好秩序認為必要，並在法律或合法條例具體規定的特別情況外，不得終止或限制被拘留人或被監禁人接受其法律顧問來訪，和既不被延擱又不受檢查以及在充分保密的情況下與其法律顧問聯絡的權利。4、被拘留人或被監禁人與其法律顧問的會面，可在執法人員視線範圍內但聽力範圍外進行。5、本原則所述的被拘留人或被監禁人與其法律顧問間的聯絡，不得作為對被拘留人或被監禁人不利的證據，除非這種聯絡與繼續進行或圖謀進行的犯罪有關。」
- (3) 「囚犯待遇最低限度標準規則」（Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners，附件七）第 93 條：「未經審訊之囚犯可以會見律師，警察或監所官員對於囚犯與律師間之會談，可以用目光監視，但不得在可以聽見談話的距離以內。」
- (4) 「關於律師作用的基本原則」第 1 條：「所有的人都有權請求由其選擇的一名律師協助保護和確立其權利，並在刑事訴訟的各個階段為其辯護。」第 5 條：「各國政府應確保由主管當局迅速告知所有遭到逮捕和拘留，或者被指控犯有刑事罪的人，其有權得到自行選定的一名律師提供協助。」第 7 條：「各國政府還應確保，所有被逮捕和拘留的人，不論是否受到刑事指控，不管在何種情況下，至遲不超過自逮捕或拘留之時起的四十八小時，均應迅速得到機會與一名律師聯繫。」第 8 條：「所有遭逮捕、居留或監禁的人，應有充分機會、時間和便利條件，毫無遲延地，在不被竊聽、不經檢查和完全保密的情況下接受律師來訪和與律師聯繫協商。這

種協商可在執法人員能看見但聽不見的範圍內進行。」第 16 條俟項：「各國政府應確保律師能夠履行其所有職責而不受到恫嚇、妨礙和不適當的干涉。」第 22 條：「各國政府應確認和尊重律師及其委託人間在其專業關係內的所有聯絡及磋商均屬保密。」（以上請參附件二）

3、辯護人與在押被告間之秘密會談，於德國法，原則上受絕對保障：

根據德國學界對該國刑事訴訟法第 148 條第 1 項規定之解釋，在押被告與辯護人間之溝通、交流，無論是以口頭或書面進行，除設籍德國刑法第 129 條 a 之恐怖主義犯罪外，原則上均屬秘密，不得被監視。在實務操作上，辯護人在接見室裡於別無他人在場之環境下與被告單獨交談（註五）。嚴格禁止藉監聽設備或竊聽器材知悉被告與辯護人間之談話，除恐怖犯罪外，同樣禁止有關當局拆閱在押被告與辯護人間之書面通信（註六）。

4、日本法同樣肯認在押被告與辯護人之秘密溝通、交流，應受絕對保障：

根據日本學界對該國刑事訴訟法第 39 條第 1 項規定之解釋，在押被告有於無他人在場之情況下會見辯護人，並收授書面文件、物品之秘密會見權（註七）。

5、中國律師法亦已肯認被告得接見律師而不被國家監聽，乃是辯護制度運作之前提：

依照法源法律網 97 年 6 月 22 日之報導：「依照大陸新修正律師法第三十三條規定，律師會見犯罪嫌疑人、被告，不被監聽，大陸教授表示，先前律師跟犯罪嫌疑人、被告談話時，警察站在一旁，使被告行防禦權的效果不彰，而新律師法修正後大大擴張律師的權利，保證了會見的效果。同法第三十三條亦明文規定，律師會見當事人不需要經過司法機關批准，只需提出律師執業證書、律師事務所證明、委託書或者法律援助公函即可。」「目前我國律師接見被告必須受到監視，甚至實務上的作法，有時還要錄音、錄影。這樣的作法，時常受到學者的詬病，而針對律師職業豁免權的規定，也為我國所欠缺。中國大陸在此部分的立法，或許值得我國作為借鏡。」（附件十三）可知，即使是中國，目前亦已肯認被告得接見律師而不被國家監聽，乃是辯護制度發揮作用之基本前提。

6、被告在不受國家監聽之情況下接見律師，乃其防禦權之當然內容，亦為我國學者所肯定：

我國刑事訴訟法學者林鈺雄教授指出，鑑於辯護人與被告特殊的信賴關係，辯護人若與被告之間欠缺溝通的機會，也就難以完成實質辯護目的，因此，在整個刑事訴訟程序，原則上必須保障辯護人與被告之間不受檢查、干擾或阻礙的交通權，這對於身體自由受到拘束的羈押被告而言，尤其重要（註八）。當被告向辯護人坦誠犯罪並提供相關資訊時，辯護人負有維持業務信賴關係的保密義務，不得主動向任何人，尤其是檢察官或法院提供該犯罪資訊（註九）。可見我國學說同樣認為，被告得於不受國家監聽之狀態下與辯護人進行充分之溝通、交流，乃其訴訟上防禦權之當然內容。

二、違憲之理由析述如下：

(一) 羈押法第 23 條及第 28 條、看守所組織通則第 1 條第 2 項等規定，非惟剝奪在押被告與辯護人秘密溝通、交流之基本權利，且進一步損及其受公平審判之訴訟權：

- 1、羈押法第 23 條：「(1) 請求接見者，應將姓名、職業、年齡、住所、接見事由、被告姓名及其與被告之關係陳明之。(2) 看守所長官於准許接見時，應監視之。(3) 律師接見被告時，亦適用前項之規定。」規定看守所長官於律師接見被告時應一律監視，同法第 28 條：「被告在所之言語、行狀、發受書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。」復進一步規定律師接見被告時之言語、行狀等一切交流內容，如可供偵查或審判上之參考，應呈報檢察官或法院。以上兩條規定，要求看守所長官對所有律師與被告之接見，應一律監視、監聽，並將與被告案情有關之內容呈報職司追訴之檢察官及職司審判之法院，已剝奪在押被告得不受國家監聽而與辯護人秘密溝通、交流之憲法上基本權利。
- 2、看守所組織通則第 1 條第 2 項：「關於看守所羈押被告事項，並受所在地地方法院及其檢察署之督導。」之規定，進一步授權法院及檢察官不待看守所長官呈報，即得依職權下令看守所將監視、監聽律師接見被告之交流內容上呈，此非特使於審判階段與被告立於對等當事人地位之檢察官，竟可在偵查階段完全窺知被告與其辯護人溝通、交流之內容，乃至被告未來在審判中可能採用之防禦策略，殊失公平，並使現制所採當事人進行主義精神在偵查階段即遭破壞殆盡，且於審判階段，也有使原應立於中立聽訟地位之法院，竟因下令監聽被告與辯護人之交流內容而自失公平法院之立場（實務上的確有一審法院在起訴接押被告後，下令看守所記錄被告與辯護人之交流內容並隨時送院之實例）。簡言之，上開看守所組織通則之規定，與羈押法第 23 條及第 28 條結合之結果，嚴重損及在押被告受公平審判之權利。

(二) 此項侵害並非必要，無法通過比例原則之檢驗：

- 1、本件確定終局裁判於理由欄第三項認定謂，聲請人有串證之高度動機，並有利用與辯護人接見之機會，間接與共犯或證人勾串之虞，故檢察官於被告與辯護人接見時，命予全程錄音，所為處分，與前揭看守所組織通則、羈押法之規定無悖云云。準此，則上開規定授權看守所長官監視、監聽被告接見辯護人之規範目的，乃在防止被告利用與辯護人接見之機會，間接與共犯或證人勾串。
- 2、果爾，則上開規定實已形同將所有辯護人視為勾串之虞犯或準被告。然則，憲法乃至刑事訴訟法豈可能在所有辯護人均有為被告勾串之情況下設置辯護制度？若立法者毫無實證資料可證明所有辯護人或大多數辯護人有為被告勾串證人之事實甚或傾向，則上述羈押法第 23 條及第 28 條之立法推定，即形同在客觀上沒有現在侵害訴追利益之緊急防衛情狀，卻採取全面剝奪被告與辯護人秘密溝通交流權利之防衛手段的「誤想正當防衛」，付出的代價是辯護制度於被告在押時因而幾近失靈，其不成比例，殊為明顯。
- 3、況我國律師法及律師倫理規範，目前均有明文禁止律師為當事人勾串證人及共犯（律師法第 26 條第 2 項、第 28 條及第 32 條，律師倫理規範

第 16 條及第 23 條參照），並設置完整之律師懲戒制度（律師法第 39 條至第 43 條）及律師公會之律師專業組織，確保律師依照律師法及律師倫理規範所定之專業標準及職業道德執行職務，則除非有明確之實證資料可證明上述律師專業制度均已失靈，否則立法者何能在羈押法推定所有辯護人均有協助被告串證之虞？既有獵槍可用，豈可用大砲打小鳥？是由此愈見，羈押法第 23 條及第 28 條為保全訴追利益所採取之措施，顯屬過當。

- 4、於個案中確有真憑實據可認定辯護人為被告勾串證人或共犯之情形，固不可不有機制以為因應，惟，此應係個案中選任辯護人之排除或禁止問題，實無為個案而剝奪全體被告與辯護人秘密溝通、交流權利之理。從辯護人與被告間之彼此信賴，乃是辯護人與被告內部關係之本質，也是有效辯護之前提著眼，刑事被告與國家間無可諱言具有對抗性，辯護人則是其對抗國家最有力之武器。若國家看辯護人不順眼的話，得輕易逼迫被告撤換其信賴之辯護人，實不啻謂國家得在對抗過程中輕易奪走被告使用正順手之武器。這不但顯失公平，而且長此以往，也將大幅挫傷被告選任辯護人之興趣。故，國家應不可輕易以公權力逼迫被告撤換選任辯護人，選任辯護人之強制排除，絕對是辯護制度之例外情況，不但屬法律保留事項而須立法明定，且須先導正羈押法第 23 條及第 28 條剝奪被告與律師秘密溝通、交流權利之怪象，始有訂定之理。且從辯護制度作為正當法律程序之核心要素著眼，個案中辯護人之排除或禁止，應有法官保留原則之適用。德國法上辯護人之禁止通常由邦高等法院，有時亦得由聯邦最高法院決定之（參考德國刑事訴訟法第138c條），在為此決定之前，須傳喚該辯護人為言詞辯論，且須通知被告，一般而言也須通知律師公會之主席（參考德國刑事訴訟法第138d條第 1 項至第 5 項）（註十），其縝密、慎重而不殃及無辜之思維，可見一斑。相較之下，羈押法以一律剝奪被告與辯護人秘密溝通、交流權利之方式，因應個別辯護人可能之濫用交通權情事，實屬太過。

（三）結論：違憲。

三、聲請人請求定暫時狀態之暫時處分，宣告上述羈押法第 23 條及第 28 條規定暫停適用：

- （一）司法院大法官依據憲法獨立行使憲法解釋及憲法審判權，為確保其解釋或裁判結果實效性之保全制度，乃司法權核心機能之一，不因憲法解釋、審判或民事、刑事、行政訴訟之審判而異。如因系爭憲法疑義或爭議狀態之持續、爭議法令之適用或原因案件裁判之執行，可能對人民基本權利、憲法基本原則或其他重大公益造成不可回復或難以回復之重大損害，而對損害之防止事實上具急迫必要性，且別無其他手段可資防免時，即得權衡作成暫時處分之利益與不作成暫時處分之不利益，並於利益顯然大於不利益時，依聲請人之聲請，於本案解釋前作成暫時處分以定暫時狀態，以上 鈞院釋字第 599 號解釋著有明文。
- （二）聲請人已因無法在偵查階段獲得有效辯護，致於 97 年 11 月 3 日被提起公訴，並於同年月 6 日送審當天經臺灣板橋地方法院裁定交保釋放。雖聲請人已釋放，惟，上述羈押法第 23 條及第 28 條規定，非特使全國在押禁見被告與辯護人秘密溝通、交流之權利隨時處於持續遭到剝奪之狀態，且因看守所管

制律師接見時間不得超過 30 分鐘，也使全國在押刑事被告與辯護人充分溝通之權利持續受到不合理之限制，進而在押刑事被告既無法與辯護人秘密溝通，縱使接見也難能充分交流，則該等被告受辯護人協助之權利，目前實屬處於持續受到侵害之狀態。鑑於辯護人的難以發揮職能，非但使該等被告在偵查階段淪為全然的調查甚或糾問客體，且極可能使該等被告持續在押，進而遭到不必要起訴（無辜被告因難以獲得辯護人有效協助而遭到起訴，固屬之，即使是有罪被告，因未獲得辯護人有效協助而未能把握偵查階段認罪機會，亦屬不必要起訴之情形），甚而在偵查階段因辯護人未能充分瞭解案情，以致錯失為該等被告辯明罪嫌及蒐集有利證據之機會，使該等被告難以在審判階段為己洗刷冤屈。故，該等被告現階段因羈押法第 23 條及第 28 條所受損害，核屬重大而難以回復，且因羈押法第 23 條及第 28 條未授予看守所長官任何裁量空間，故除宣告該 2 條規定暫停適用外，別無其他防止全國該等被告權利受損之方法。另一方面，上開羈押法第 23 條及第 28 條所欲防衛之危害公益情形，非惟於本案中並不存在，且實際上也無任何實證資料證明此項危害普遍存在之可能性極高，是以縱使宣告羈押法第 23 條及第 28 條暫停適用，也無對國家之訴追利

益造成不利之虞。

- （三）偵查中羈押期限含延押 1 次在內，僅有 4 個月，為時甚短，若無暫時處分，待得 鈞院作成有利解釋，該等被告恐怕已無獲得偵查中辯護人協助之必要。而全國之在押禁見被告，也一如聲請人，因上述羈押法第 23 條及第 28 條之規定，而持續處於未能獲得辯護人充分、有效協助之苦境中，其防禦權遭到不合理、不必要限制，與聲請人也無二致，公平法院理想所欲追求之公益，持續受損也如同本案。綜上所陳，基於上述羈押法第 23 條及第 28 條目前持續侵害全國眾多在押禁見被告受辯護人有效協助之權利，進而嚴重危及刑事追訴、審判之公平性，於公益有重大危害，懇請 鈞院於作成解釋前，暫先處分定暫時狀態，宣告羈押法第 23 條及第 28 條暫停適用。

四、結語：

經充分溝通、交流後獲得必要之法律諮詢，乃是被告獲得律師協助此項基本權利之核心內涵，如國家一方面勇於羈押被告，另一方面卻不願提供充足之人力、物力資源，以利在押禁見被告行使此項基本防禦權，則從人性的觀點來看，無論日後的有罪判決正確與否，都難期被告甘服。於辯護人接見禁見被告時全程錄音，不啻使辯護人間接將不利被告甚或被告有罪之資訊提供予檢察官或法院，使辯護人形同利用其與被告間之信賴關係替國家訊問被告。此種現象非但與辯護制度之本旨矛盾，而且也使辯護制度之功能於被告在押時嚴重萎縮，進而嚴重危及其日後公平受審之機會，使在押禁見被告之有罪甚或死刑判決的可信度備受質疑。長期以來，這一直是我國刑事訴訟之恥！懇請 鈞院為蒼生立命，儘速宣告羈押法第 23 條及第 28 條暨看守所組織通則第 1 條第 2 項違憲，以早日終結這項全體國民的恥辱。

註一：中文翻譯請參王進喜譯，美國律師協會職業行為示範規則（2004），中國人民公安大學出版社，第 21 頁。請參本聲請書附件三。

註二：雖然刑事訴訟法第 95 條第 2 款規定訊問被告前應先告知其得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述，但此項告知義務之實務操作結果，對被告在偵訊

時之處境並無明顯改善。究其原因，首先在於一般欠缺法律知識之被告，難以單憑這段法律規定之文字即明確知悉自己並無供述義務，而從人性的角度來看，也很難期待偵訊人員能像律師般對被告詳加說明此項權利之內涵。其次，偵訊時被告孤立無援、在偵訊室之密閉空間中被偵訊人員包圍之情境，也常使被告很難有勇氣對偵訊人員回答問題之要求說不。值得一提的是，德國偵訊實務之情況也與我國類似。德國刑事訴訟法也規定在偵訊被告前必須先告知其有緘默權，但實際上即使被告不斷強調其不想回答，德國警察還是會繼續訊問，直到獲得被告的有罪供述為止。由於德國刑事訴訟法至今仍不承認被告在警訊時有請求律師在場陪同之權利，德國警察無視被告緘默權之情況因此更為惡化。請參弗洛伊德·菲尼（Floyd Feeney），約阿希姆·赫爾曼（Joachim Herrmann），岳禮玲著，一個案例 兩種制度-美德刑事司法比較（One Case-Two Systems A Comparative View of American and German Criminal Justice），中國法制出版社 2006 年 6 月第 1 版，第 185 頁。

註三：松尾浩也，日本刑事訴訟法（上卷），丁相順譯，中國人民大學出版社 2005 年 8 月第 1 版，第 135 頁。請見本聲請書附件四。

註四：卞建林、楊宇冠著，聯合國刑事司法準則撮要，中國政法大學出版社，第 98 頁至第 99 頁。請見本聲請書附件五。

註五：請參弗洛伊德·菲尼（Floyd Feeney），約阿希姆·赫爾曼（Joachim Herrmann），岳禮玲著，一個案例 兩種制度-美德刑事司法比較（One Case-Two Systems A Comparative View of American and German Criminal Justice），中國法制出版社 2006 年 6 月第 1 版，第 219 頁。請見本聲請書附件八。

註六：托馬斯·魏根特（Thomas Weigend），德國刑事訴訟程序（Deutsches Strafverfahren），岳禮玲、溫小澤譯，中國政法大學出版社，第 63 頁，請見本聲請書附件九；Clause Roxin 著，吳麗琪譯，德國刑事訴訟法，第 198 頁至第 200 頁，請見本聲請書附件十。

註七：松尾浩也，日本刑事訴訟法（上卷），丁相順譯，中國人民大學出版社 2005 年 8 月第 1 版，第 133 頁。請見本聲請書附件十一。

註八：林鈺雄，刑事訴訟法（上）冊，2005 年 9 月 4 版二刷，第 204 頁。請見本聲請書附件十三。

註九：林鈺雄，刑事訴訟法（上）冊，2005 年 9 月 4 版二刷，第 191 頁。請見本聲請書附件十四。

註十：Clause Roxin 著，吳麗琪譯，德國刑事訴訟法，第 189 頁至第 190 頁。請見本聲請書附件十五。

臺灣板橋地方法院刑事裁定

97年度聲字第4370號

異議人

即被告 麥 ○ 懷（住略）

選任辯護人 尤 伯 祥 律師

上列異議人即被告因違反貪污治罪條例案件，不服臺灣板橋地方法院檢察署檢察官之處分，聲明異議，本院裁定如下：

主 文

異議駁回。

理 由

- 一、聲明異議意旨略以：異議人即被告麥○懷因違反貪污治罪條例案件，於偵查中經本院依檢察官之聲請，於民國 97 年 9 月 11 日裁定羈押，並禁止接見、通信在案。惟按刑事被告得於國家不得監聽、窺知交流內容之私密狀態下，與辯護人充分交流，獲取法律意見與協助，此乃基本人權保障。檢察官於被告與辯護人接見時，命予全程錄音，違反法律保留原則，爰依法聲明異議。
- 二、按關於看守所羈押被告事項，受所在地地方法院及其檢察署之督導；請求接見者，應將姓名、職業、年齡、住所、接見事由、被告姓名及其與被告之關係陳明之；看守所長官於准許接見時，應監視之；律師接見被告時，亦適用前項之規定；被告在所之言語、行狀、發受書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，看守所組織通則第 1 條第 2 項、羈押法第 23 條、第 28 條分別定有明文。另按執行羈押，偵查中依檢察官之指揮，審判中依審判長或受命法官之指揮，由司法警察將被告解送指定之看守所；管束羈押之被告，應以維持羈押之目的及押所之秩序所必要者為限；被告得自備飲食及日用必需物品，並與外人接見、通信、受授書籍及其他物件，但押所得監視或檢閱之；法院認被告為前項之接見、通信及受授物件有足致其脫逃或湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞者，得依檢察官之聲請或依職權命禁止或扣押之，但檢察官或押所遇有急迫情形時，得先為必要之處分，並應即時陳報法院核准；依前項所為之禁止或扣押，其對象、範圍及期間等，偵查中由檢察官，審判中由審判長或受命法官指定並指揮看守所為之，但不得限制被告正當防禦之權利，刑事訴訟法第 103 條第 1 項、第 105 條第 1 項至第 4 項規定甚明。
- 三、經查，被告因涉犯貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款違背職務收受賄賂罪，經檢察官聲請羈押，由本院訊問後，認被告犯罪嫌疑重大，所犯為死刑、無期徒刑或 10 年以上有期徒刑之罪，且有事實足認有勾串共犯或證人之虞，非予羈押，顯難進行追訴，有羈押之必要，於 97 年 9 月 11 日裁定羈押，並禁止接見、通信。茲依證人林○洪於檢察官訊問時具結證述之情節，林○洪為獲得臺北縣路邊停車格經營利益，出資租購車牌號碼○○○○-CC號及○○○○-QE號汽車供被告使用，並透過張○和行賄，而被告於檢察官訊問時亦坦承使用前開車輛，及自張○和收受金錢之事實，其與林○洪交往過程，獲有財產上之利益，就其財產來源、原因關係、目的等，顯有串證之高度動機，並有利用與辯護人接見之機會，間接與共犯或證人勾串之虞。檢察官於被告與辯護人接見時，命予全程錄音，所為處分，與前揭看守所組織通則、羈押法之規定無悖，且未逾越必要之範圍，亦未造成被告防禦權及選任辯護人辯護權無法行使或限制，被告及辯護人指為違法，聲明異議，核非有據，應予駁回。
- 四、依刑事訴訟法第 416 條、第 412 條，裁定如主文。

中 華 民 國 97 年 10 月 24 日
(本件聲請書其餘附件略)