

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，¹同法第一百零五條第二項至第四項則

¹ 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。」

有特別規定，²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。³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」(Schranken-Schranken) 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

² 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)」

³ 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。

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為，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，⁴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，尚需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。

⁴ 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。