

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，認為其「不問是否為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「不問是否為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¹。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²，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

¹ 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69以下。

² 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. Hänni, 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)

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，且舉證之不利益歸國家一方負擔³。

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

³ 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。

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，但仍非相當然爾地正當。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，即使法律未明訂監聽期間之限制，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⁴。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

⁴ 此時，法官所為個案監聽之決定，當然也需符合比例原則之嚴格要求，並接受上級審法院的審查。

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。