

臺灣宜蘭地方法院檢察署98年度研究發展項目研究報告

律師接見通信權界限之研究

審查人：檢察長周章欽

撰寫人：檢察官何若薇

台灣宜蘭地方法院檢察署編印

中華民國九十八年十二月

第一章 緒論.....	6
第一節 研究動機.....	6
第二節 本文研究範圍及名詞定義	7
一、研究範圍.....	7
二、名詞定義.....	8
第二章 司法院大法官釋字第 654 號解釋前對於接見通信權 之規範.....	10
第一節 接見通信權之法令依據	10
一、刑 事 訴 訟 法	10
二、羈押法及其施行細則.....	14
三、監獄行刑法.....	15
四、行政函示.....	15
第二節 接見通信權之實務監控情況.....	17
第三節 小結.....	19
第三章 因應司法院大法官釋字第 654 號解釋之省思.....	22
第一節 司法院大法官釋字第 654 號解釋本文及理由書....	22
一、司法院大法官釋字第 654 號解釋文.....	22
二、司法院大法官釋字第 654 號解釋理由書.....	22
第二節 辯護人地位之探討	27
一、當事人利益之代理人.....	27
二、司法機關理論.....	28
三、限制的司法機關理論.....	29

第三節 限制接見通信權之理論	35
第四節 外國法制對於接見通信權之規範	37
一、德國	37
二、日本	39
三、英國	40
四、歐洲人權法院	40
五、小結	45
第四章 建構我國接見通信權之制度	46
第一節 辯護人接見通信權應受保障之程度	46
第二節 限制接見通信權之事由及方式	54
一、限制接見通信權之目的	54
二、接見通信權之界限	58
三、限制接見通信權之可能機制	60
四、有效維護前述目的之限制機制	69
第三節 因應司法院大法官釋字第 654 號解釋之刑事訴訟法 修正草案之檢討	74
一、草案內容	74
二、草案規定之衝擊	76
第四節 啟動接見通信權限制機制取得證據之使用	82
一、以往規定及實務狀況	83
二、經法院核准啟動限制機制取得資料之使用	88
第五章 結論	92
主要參考文獻	94

摘要

司法院於 98 年 1 月 23 日公布大法官釋字第 654 號解釋文揭示對於辯護人與被告接見過程監視錄音措施及將所得監視資料交予檢察官或法院等規定均違憲，直接衝擊過往對於在押被告與辯護人接見通信監控措施，解釋文及解釋理由書詳論被告及辯護人權利之保障，於重新檢討建立被告與辯護人接見通信監控之際，希冀除從憲法、學理層面強調對於被告與辯護人權利外，能夠呈現實務運作層面之考量及擔憂，以期保障被告及犯罪嫌疑人人權同時，兼顧憑藉犯罪偵查建立之生存秩序，並保障始終無法發聲的被害者人權。

本文擬從過往法律規定、實務作法、學理探討、外國規範、司法院大法官解釋、因應司法院大法官釋字第 654 號解釋之修正草案等迭序檢討被告與辯護人接見通信之保障與管控，最後提出建構被告與辯護人接見通信機制之建議。

對於因應司法院大法官釋字第 654 號解釋之刑事訴訟法修正草案認應（一）明文規範限制方法及限制期間。（二）將辯護人勾串滅證「之虞」與勾串滅證「事實」界定為不同限制機制啟動事由。（三）增定拘提逮捕後 24 小時移送法院之法定障礙事由。（四）建立辯護人於本案完全退場機制。（五）明文規定依法啟動辯護人接見通信權限制機制取得資料之證據能力。

關鍵詞：接見通信權、釋字第 654 號解釋、辯護人。

第一章 緒論

第一節 研究動機

近年之社會輿論不斷提倡「人權」，但究其內容不外乎係強調「被告或犯罪嫌疑人」之人權，身為偵查犯罪之一員，對此深感警惕，因被告或犯罪嫌疑人之人權當然應該獲有一定保障，此屬事理之當然，自應不待「提倡」或「鼓吹」始能獲得保障，然過往行之有年之某些措施，讓偵查犯罪者習以為常，乃至遭受社會輿論極大的反撲，此乃擁有影響甚或侵害人民權利之作為權限之犯罪偵查者必須反省之處。然而反省之際，心底更浮現質疑，於不斷提倡被告或犯罪嫌疑人人權之時，是否高舉人權旗幟而將天平傾斜至另一極致？是否犯罪偵查者一面對「人權」即必須自我節節退步，而不再去思考偵查犯罪採取之作為是否確實造成人權侵害？或社會輿論係一種天平反向過度傾斜之情況？尤其處於媒體充斥的時代，一般民眾的法律概念來自媒體，而面對這樣情況下之民眾形成的社會輿論是否應該照單全收？

司法院大法官過往解釋確認羈押、搜索、通訊監察決定權屬於法官保留事項，因此帶動刑事訴訟法的修正，將羈押、搜索及通訊監察決定權交回法官手中，該等權限回歸法院後，犯罪偵查者確實減少利器，本文雖相當贊成對於人民權利侵害之事項，發動要件必須以法律規定、規範內容具體明確、決定權回歸法院。但身為犯罪偵查之一員，不禁提出實務運作就法官與檢察官認知經歷之異而遭遇挫折之處：因法官與檢察官日常處理

事務不一，法官對於案情不如檢察官這般關係緊密，所以可以客觀判斷是否准許發動羈押、搜索或通訊監察，但此事的另一面向就是法官亦會做出不可思議的判斷，因法官對於犯罪偵查實際作為這一區塊的許多見解是存有許多美好想像的¹，有時更會導致案件破局而無法順利偵辦，實乃第一線面對被害人之人之偵查犯罪者深感無奈與無力之處。

司法院於 98 年 1 月 23 日公布大法官釋字第 654 號解釋文揭示對於辯護人與被告接見過程監視錄音措施及將所得監視資料交予檢察官或法院等規定均違憲，直接衝擊過往對於在押被告與辯護人接見通信監控措施，解釋文及解釋理由書詳論被告及辯護人權利之保障，於重新檢討建立被告與辯護人接見通信監控之際，希冀除從憲法、學理層面強調對於被告與辯護人權利外，能夠呈現實務運作層面之考量及擔憂，以期保障被告及犯罪嫌疑人人權同時，兼顧憑藉犯罪偵查建立之生存秩序，並保障始終無法發聲的被害人人權。

第二節 本文研究範圍及名詞定義

一、研究範圍

本文研究之範圍限定在「在押被告」與辯護人之接見通信權利，也就是限定研究本案判決確定「前」受羈

¹此乃無實際操作經驗者之必然，就如同許多偵辦犯罪的警察對於檢察官要求的偵辦作為常會感覺無從落實。

押在看守所的被告。因為本文主要以司法院大法官釋字第 654 號解釋作為出發點，而該號解釋之聲請對象即為在押被告，而「在押被告」與辯護人接見通信權之限制將涉及監所秩序管理及刑事程序目的保全等利益衡量，與限制已經判決確定之受刑人之接見通信權之主要理由為獄政秩序管理目的不同，且受刑人之案件已經終結，所以實務上亦較少與辯護人接見通信之情況。

自第二章以降，本文從過往法律規定、實務作法、學理探討、外國規範、司法院大法官解釋、因應司法院大法官釋字第 654 號解釋之修正草案等迭序檢討被告與辯護人接見通信之保障與管控，最後提出建構被告與辯護人接見通信機制之建議。

二、名詞定義

因同一概念或有不同名詞，為免用語歧異影響觀念之交流，對於本篇文章提及之用語概念先予界定如下：

(一) 接見通信權：又名交流權、接見交通權、接見通信權或接觸權 (Kontaktrecht)，意指在押被告與辯護人之會面談話與信件往來溝通之權利。

(二) 監所：包括看守所及監獄。

(三) 標題之「律師」，係指本案之辯護律師，文章中以「辯護人」稱之。然文章所引用之法律規定及機關函文若原始用語即以「律師」稱之者則保留引用。

第二章 司法院大法官釋字第 654 號解釋前對於 接見通信權之規範

第一節 接見通信權之法令依據

一、刑事訴訟法

我國刑事訴訟法第 34 條「辯護人得接見犯罪嫌疑人或羈押之被告，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」及第 105 條第 2 項「被告得自備飲食及日常必需用品，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 3 項「法院認被告為前項之接見、通信或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 4 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」。

就刑事訴訟法第 34 條及第 105 條規定之限制目的觀之，僅限於「維持羈押目的」及「維持監所秩序」；限制手段方面，最嚴厲者乃完全剝奪接見通信權，其餘主要包含監視接見、檢閱及扣押通信；而監視接見及檢閱通信，押所得自行發動；禁止或扣押處分，原則上由法官為之，惟急迫情形得由檢察官或押所先行必要處分，再陳報法院核准。但所謂由法官決定，僅止於「是

否」為禁止或扣押處分的決定，關於「如何」限制的決定，偵查中由檢察官、審判中由法官決定²。而除了禁止及扣押處分外，其餘的監視、檢閱措施，均無救濟可能性。

依據上揭刑事訴訟法第 34 條及第 105 條之規定，第 34 條所規範者為「辯護人」，第 105 條係規範「被告與外人」之接見、通信及受授物件，此兩條文存有競合之關係，自法治國原則以降的公平審判原則所導出的「有效的辯護」，刑事訴訟法第 34 條所賦予辯護人的權利主要是為了實現這個公益，反之刑事訴訟法第 105 條是羈押當中被告接見權之規定，主要是涉及到被告的一般人格權以及資訊與意見自由的基本權。這兩個規定的標的，一個是辯護人的接見權，一個是羈押當中被告的接見權，都可以保護被告與其辯護人的聯繫關係，但是刑事訴訟法第 34 條卻可將第 105 條反射成為一個絕對不受干擾的辯護人與被告碰面交談的權利，因為此功能，刑事訴訟法第 34 條應被解釋成第 105 條之特別規

² 有看法認為：如依第 3 項延伸而為一貫解讀，凡屬禁止接見等各該附屬於羈押之處分，既經改由法院核定，則無論對於偵查抑或審判中之在押被告，其對象、範圍及期間等，當然皆應由法院核定該處分之同時，一併詳予指定，豈有法院對於偵查中在押被告部分僅能核發空白處分命令任由檢察官填充之理？因此第 4 項所謂偵查中由檢察官指定並指揮，應解為僅指依第 3 項但書所為急迫處分之對象、範圍及期間而言，詳見朱石炎，刑事訴訟法（上），修訂三版一刷，2003 年 10 月，第 101 頁，三民書局股份有限公司。

定，在適用時，刑事訴訟法第 34 條享有優先性³。

實務見解亦認為刑事訴訟法第 105 條第 2 項之規定不適用於辯護人，對於辯護人之接見通信有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞者，應優先適用刑事訴訟法第 34 條但書之「限制」接見通信規定，而不適用第 105 條第 2 項但書之「禁止」接見通信規定⁴。

本文以為，基於下述理由：（一）依據刑事訴訟法第 34 條及第 105 條規定之法條文字用語觀之，一者特別點明被告與「辯護人」之接見、一者概括規範被告與「外人」之接見，而辯護人本就屬外人，若未另行規範，

³ 吳俊毅，辯護人論，2009 年 1 月一版，第 159-160 頁。亦認為刑事訴訟法第 34 條規定優先同法第 105 條規定適用之見解者：林山田，刑事程序法，2004 年 9 月五版一刷，第 319 頁，五南圖書出版股份有限公司；朱石炎，前揭書，第 100 頁；黃東熊、吳景芳，刑事訴訟法論（上），2004 年 9 月修訂六版一刷，第 110 頁，三民書局股份有限公司；林國賢、李春福，刑事訴訟法論（上冊），2006 年 1 月增修版，第 292 頁，三民書局股份有限公司。

⁴ 法務部 74 年 7 月 6 日（74）法檢字第 7962 號函「關於偵查中禁見之被告，律師聲請接見，其限制之範圍及是否須具狀聲請疑義一案，核復如左：按羈押之被告縱經檢察官依刑事訴訟法第一百零五條第二項但書規定禁止與外人接見，其禁止之效力，應不及於辯護人，辯護人如欲接見禁止接見之羈押中被告，除該辯護人係經依刑事訴訟法第三十四條但書規定受限制接見者外，本毋庸聲請核准，前經本部七十二年十二月十三日法（72）檢字第一四八六〇號及七十三年七月十九日法（73）檢字第八一七八號等函示在案。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，亦應由檢察官斟酌案情認定」。

自當落入被告與「外人」接見通信規範之列，而刑事訴訟法第 34 條既然特別規範點明「辯護人」，依據文義解釋，自應優先於刑事訴訟法第 105 條而適用。(二) 被告受辯護人協助之權利，於我國法規範圍雖未明文，但在大法官歷來解釋中，已不斷揭示確認，雖有究竟應該落入憲法第 16 條訴訟權之保障或由正當法律原則所保護之爭議⁵，但不論如何，被告應享有獲得有效實質辯護之權利。就未受司法機關限制而行動自由之被告而言，隨時得以自由與辯護人碰面，獲得法律上、精神上的協助⁶，但就人身自由受拘束之在押被告而言，僅於接見時有機會與外界往來，若係禁止接見通信之被告，其與外界往來近乎完全隔絕，對於案件之法律諮詢完全欠缺，心理承受之壓力極大，若此時辯護人亦在可「禁止」接見之列，被告受辯護人協助之權利完全落空，豈有有效實質辯護可言？故辯護人與被告之接見不應屬於得完全

⁵ 大體上，大法官解釋、最高法院、王兆鵬教授皆以憲法第 16 條為刑事被告受律師協助權之憲法依據；陳運財教授則主張無須援引訴訟權，單以正當法律程序為憲法基礎即可，以上轉引自刑事被告受律師協助權—以歐洲人權法院裁判為借鏡，呂雅婷，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文，96 年 6 月，第 144-146 頁。由於此非本文討論重點，故僅提出有此問題之探討。

⁶ 就專業考量而言，任何法律規定對於社會一般未受法律教育之老百姓而言，均屬難以理解之火星文字，面對追訴其犯罪之檢察官更難有信賴感，縱刑事訴訟法第 2 條規定「實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形。一律注意」，被告或犯罪嫌疑人亦難相信檢察官告知之法律專業事項。就心理層面而言，即便係具有法律專業之人面對己身案件，未必能秉持專業看待，故需要另一與此事無涉之人提供法律分析。

隔絕之列，因此認為刑事訴訟法第 34 條應優先於第 105 條適用。

二、羈押法及其施行細則

羈押法⁷第 23 條「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」、第 25 條「接見被告每次不得逾三十分鐘，但有不得已事由，經看守所長官准許者，得延長之」、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」；羈押法施行細則第 72 條「接見被告應在接見室為之。但因患病或其他特殊理由者，得准於適當處所行之。接見被告由管理員在場嚴密監視。每日一次，每次以三十分鐘為限，其有不得已事由，經看守所長官許可者，不在此限。看守所所長對於刑事被告之接見次數，為達羈押之目的及維持秩序之必要時，得予適當之限制」、第 80 條「請求接見被告之律師，以法院指定或經選任者為限。前項請求接見被告之律師，應提出被指定或選任之證明文件」、第 81 條「律師接見被告，應在本法第二十六條規定接見之時間內為之。但有特別理由，經看守所長官許可者，不在此限」、第 82 條「律師接見被告，應在看守所指定之場所為之」、第 83 條「律師接見被告時，其談話內容，應以有關被告訴訟進行事

⁷ 此所稱之羈押法規定係 98 年 5 月 13 日修正前之規定。

項為限，並不得有不正當之言行」。

三、監獄行刑法

監獄行刑法第 65 條「接見時，除另有規定外，應加監視；如在接見中發見有妨害監獄紀律時，得停止其接見」、第 66 條「發受書信，由監獄長官檢閱之。如認為有妨害監獄紀律之虞者，受刑人發信者，得述明理由，令其刪除後再行發出；受刑人受信者，得述明理由，逕予刪除再行收受」、第 67 條「凡遞與受刑人之書信，經本人閱讀後，應保管之，於必要時，得令本人持有」。

四、行政函示

(一) 法務部 75 年 6 月 28 日 (75) 法檢字第 7636 號函

「據陳報載台灣台北士林看守所羈押被告鄭某之辯護人至看守所接見該被告時，因檢察官之禁止接見而未獲准許之『法律夾縫』乙案，提示如左：為維護被告及偵查中辯護人權益，並使看守所對於辯護人請求接見之處理方式有所遵循，今後檢察官依刑事訴訟法第 105 條第 2 項但書規定禁止在押被告與外人接見者，應於押票備註欄註記『禁止被告接見及通信』字樣，如認尚有同法第 34 條但書情形者，除應一併註記「限制辯護人接見及通信」字樣外（本部 73 年 7 月 19 日法 73.檢字第 8178 號函示參照），應確實遵照本部 74 年 11 月 11 日修正『檢察處辦理刑事偵查及執行案件應行注意事項』第 28 項規定，將其據以限制之事實記明於卷內及

通知被告選任之辯護人，並將應對辯護人如何限制之點，通知看守所，俾便看守所憑以辦理。如押票備註欄無註記『限制辯護人接見及通信』字條，看守所遇有律師請求接見禁止接見外人之在押被告時，應按一般規定處理，無須另向檢察官請示；如押票備註欄註有『限制辯護人接見及通信』字樣，而檢察官漏未通知對辯護人如何限制之點時，看守所應不待律師請求接見該被告，即應速與承辦檢察官聯繫補行通知」。

(二) 法務部 78 年 8 月 31 日 (78) 法檢字第 1541 號函

「按羈押中之被告，如經法院或檢察官依刑事訴訟法第 105 條第 2 項但書規定禁止其接見及通信，而欲以書信通知其家屬代為選任辯護人時，為保護被告選任辯護人之權利，應不在上開規定禁之列，但其發送書信之內容應僅限於與選任辯護人有關之事項，並須經看守所人員檢閱無誤後，始得發送，看守所應檢具該被告發送之書信影本，陳報命羈押之法院或檢察官備查」。

(三) 法務部 83 年 11 月 11 日 (83) 法檢決字第 24558 號函

「賄選、貪瀆案件之在押被告，其押票如註明『禁止接見』或『限制接見』者，於其辯護人接見時，實施全程錄音，並將錄音帶送承辦檢察官參考」。

從上揭法律規定及機關函示內容可知，刑事訴訟法第 34 條規定並未明確規範限制被告與辯護人接見通信

權之決定者、限制方式等，反係羈押法、監獄行刑法及法務部函文內容揭示由監所自行以錄音錄影方式監視被告與辯護人之接見談話內容，檢察官於偵查中更自行決定是否限制被告與辯護人接見過程，而實務上更是依此運作多年，於司法院大法官釋字第 654 號解釋之前，僅有零星質疑聲音，卻無足以撼動此行之有年措施之聲浪，檢察官對於就被告與辯護人接見過程予以錄音之舉亦習以為常。

第二節 接見通信權之實務監控情況

法務部 84 年 1 月 9 日 (84) 法監字第 01613 號函就禁止接見通信之被告及未禁止接見通信之被告與辯護人間之接見過程立下不同之監控方式，即禁見被告方面：(一) 監看：位於眼能見耳能聞之位置。(二) 紀錄：於接見後方紀錄其談話內容。(三) 錄音：全程錄音，但紀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) 於辯護人接見被告時，事前告知辯護人：「因被告係收押禁見，以下談話，全程錄音。」；非禁見被告方面：(一) 監看：位於眼能見耳不能聞之位置。(二) 紀錄：紀錄接見時之「情狀」，俾供查考。

上揭函文之區分標準為法院裁定羈押時是否禁止被告與外人接見通信，並未再以其他情況判斷或再經其他程序決定，似有預先假設每一位辯護人均有「事實」足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞，

恐已侵害被告之防禦權及辯護人之接見通信權⁸。而實際上有些監所作法更甚於該函文揭示之內容，例如臺灣臺南看守所對於辯護人接見被告時，不論有無禁見，管理員均位於眼能見耳能聞之位置紀錄談話內容，並全程錄音⁹；臺灣彰化看守所對於辯護人接見被告或犯罪嫌疑人，並未區分是否受禁止接見處分，一律予以全程錄音¹⁰；臺灣雲林第二監獄對於禁見被告與辯護人之接見，全程錄音、錄影，對於非禁見被告與辯護人之接見，原則上不錄音，但承辦之法官或檢察官有特別指示者，依指示辦理¹¹。

因律師界不斷反應，法務部更於 97 年 1 月 24 日以

-
- ⁸ 林家祺，偵查中之辯護權現況，第 53 頁，全國律師，89 年 11 月號。
- ⁹ 臺灣臺南看守所律師接見提帶程序作業要點（94 年 9 月 20 日修正）四、律見進行時戒護應行注意事項：（一）禁見收容人方面：1. 嚴禁與其他收容人（或職員）交談及接觸。2. 監看：位於眼能見耳能聞之位置。3. 紀錄：於接見側方紀錄其談話內容。4. 錄音：全程錄音並於當日下午下班前交由內勤管理員簽收並保存之。（二）非禁見收容人方面：1. 監看：位於眼能見耳能聞之位置。2. 紀錄：於接見側方紀錄其談話要點。3. 錄音：需錄音，但無特殊情事，可不予留存。（三）特殊、殘障收容人方面：1. 監看：位於眼能見耳能聞之位置。2. 紀錄：於接見側方紀錄其談話內容。3. 錄音：禁見之收容人全程錄音，並於律見結束時，交由內勤管理員簽收並保存之。4. 婦女收容人之律見由女所戒護提帶。
- ¹⁰ 臺灣彰化監獄收容人接見錄音帶保存要點（91 年 6 月 3 日發布/函頒）四律師接見應全程錄音，錄音帶至少保存至該案判決確定。
- ¹¹ 詳參臺灣雲林第二監獄收容人接見錄音暨錄音帶保存要點（94 年 3 月 8 日發布/函頒）四、被告律師接見：（一）禁見被告—全程錄音錄影……（二）非禁見被告：1. 不錄音，但承辦之法官、檢察官有特別指示者，依其指示辦理。2. 提帶人員應位於眼能見耳不能聞之位置，紀錄接見時之「情狀」，俾供參考。

法檢字第 0970800236 號函示全國各檢察機關及監所，若欲限制辯護人與被告之接見，應依下列方式為之：1. 必須有事實足認辯護人有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞者，始得依刑事訴訟法第 34 條但書為之，且應符合比例原則而審慎認定，並應將其限制或禁止所依據之事實及限制之方法及範圍記明於卷內並通知辯護人。2. 倘檢察官指派檢察事務官到場監看、紀錄或錄音，應合乎比例原則之必要性，尤須注意是否為「最後不得已之手段」。若認有必要，亦應將事由記明於卷內並通知辯護人。3. 被告之辯護人如已遞交委任狀於該受理案件之檢察署並已蓋有收文戳章，除有上開限制外，各監所即應受理該辯護人之接見申請，不以「經檢察官同意或指派檢察事務官到場」為是否給予接見之條件。4. 律師接見在監在押之被告，應區分禁見與非禁見而與不同程度之管理，且原則上依法務部 84 年法監第 01613 號函示注意事項嚴格務實執行，執行時應有敏感度，力求避免勾串（含書信、紙條之傳遞）或危險（危險物品之傳遞）之情事發生。5. 監所人員應自行紀錄律師接見被告之談話內容或情狀，不得要求律師接見後自行填載。6. 監所宜儘可能改善律師接見被告之環境¹²。

第三節 小結

¹² 邱忠義，辯護權及其界限—兼論釋字第六五四號解釋之因應，第 38 頁至第 39 頁，全國律師，2009 年 3 月號。

由上述規定內容及實務作法可見，規範被告與辯護人接見通信權之原始法律基礎即刑事訴訟法第 34 條雖規範有滅證或勾串之虞時，可限制被告與辯護人之接見通信權，但未就決定者、限制方式、限制期間、救濟程序等予以規範。而規範被告監所生活作息之羈押法、監獄行刑法卻未有任何啟動要件即全面監視被告與辯護人之接見過程並檢視往來信件內容，法務部函文更進而提供檢察官於偵查中擁有發動限制被告與辯護人接見之權限，監所依據檢察官之指示即可監視被告與辯護人接見談話過程，檢察官更可直接決定限制之方式並通知監所，對於賄選、貪污案件之禁止接見或限制接見之被告與辯護人之接見談話內容，更由監所全程錄音併陳送檢察官。部分監所或為便捷管理之考量，於被告與辯護人之接見過程，更有不區分是否禁止接見，一律予以錄音監控之情況。

故從上揭內容迭序觀之，可以發現過往實務對於被告與辯護人接見談話過程之隱密性不予重視，對於監視、進而對於被告與辯護人之接見談話內容全都錄之作為成為普遍情況，對於被告與辯護人之通信內容加予檢視更是當然採行之措施，錄音所得內容若經檢察官或法官要求即當然陳報¹³，而對於這些架空被告秘密溝通，

¹³ 雖然羈押法第 28 條規範被告之言語、行狀或往來書信內容可供作為偵查上參考者，應呈報檢察官或法院，但是實際操作時，除非談話內容明顯涉及串證或犯罪行為，否則監所多係因檢察官及法官調閱該等內容或事前指示監控陳報被告與辯護人之接見談話，監所乃

甚或形成法律實力更加不對等情況之監視措施，僅以「維持羈押目的」、「維持監所秩序」等目的作為理由，卻未詳盡將影響羈押目的或監所秩序而必須發動此等錄音、在旁親聞接見談論內容措施之事實呈現於案卷中¹⁴，且因該等監視措施並無救濟管道¹⁵，故在司法院大法官釋字第 654 號解釋公布之前，習見監視側錄被告與辯護人接見談話內容並檢閱被告與辯護人之通信內容。

提供錄音所得資料。此因被告與辯護人接見時，商談重點當然即為本案犯罪事實之辯護，所以商談內容必然涉及犯罪事實，但是否可供作為偵查上參考，除非是極為明顯之串證內容，否則對於實際聽聞被告與辯護人接見談話之監所管理人員而言並不易判斷是否與本案事實相關，故監所管理人員多係依據檢察官及法官之要求而提供監控被告與辯護人接見談話所得資料。

¹⁴ 不論是以湮滅證據或勾串共犯或證人為據，都可以此為由而禁止被告與一般人之接見，而此處所為之錄音、派人參聞談話內容係針對被告與辯護人之溝通，若未提出辯護人有何滅證或勾串證人、共犯之事實依據，恐顯示對於辯護人之當然不信任。而若以監所秩序之維持作為理由，則更應提出辯護人與被告之接見談話有何影響監所秩序之事實，因為辯護人與被告之接見談話內容將瓦解監所秩序，屬於更加難以想像之情況，一般殊難想像辯護人會影響、促成被告引發監所秩序之破壞，若為免傷害被告己身，更只需要確認辯護人與被告接見過程未交付危險物品即可，絕對不需要聽聞其對話溝通內容。

¹⁵ 此可能係多年來均無法動搖對於被告或犯罪嫌疑人與其律師接見加以錄音的措施之原因之一。

第三章 因應司法院大法官釋字第 654 號解釋之 省思

第一節 司法院大法官釋字第 654 號解釋本 文及理由書

一、司法院大法官釋字第 654 號解釋文

「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」。

二、司法院大法官釋字第 654 號解釋理由書

「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（本院釋字第六五三號解釋理由書參照）。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」。

上揭司法院大法官解釋甫公布¹⁶，瞬間對於監所就辯護人接見時所採取之監視措施產生巨大影響，各監所紛於最短時間內停止對於辯護人接見之監視¹⁷，並動搖

¹⁶ 98年1月23日公布。

¹⁷ 以臺灣宜蘭看守所為例，自98年2月起即對於辯護人之接見採「監看不與聞」之方式，即站立在無法聽聞辯護人與被告談話之距離，觀看辯護人與被告言談過程之神色及有無私自交付物品並進行此等紀錄。現行臺灣宜蘭監獄辦理律師接見勤務規範二、除經法官或檢察官以書面載明期間，指揮看守所對於被告接見律師時為監聽、錄音或記錄者外，值勤人員辦理律師接見被告時，應依照司法院釋字第654號「監看而不與聞」之解釋意旨辦理（一）監看：位於眼能見、耳不能聞之位置。（二）記錄：僅得記錄接見時之情狀。

羈押法第 23 條第 3 項及第 28 條之合憲性，羈押法因此業已刪除第 23 條第 3 項及第 28 條之規定，並新增第 23 條之一「被告與其辯護人接見時，除法律另有規定外，看守所管理人員僅得監看而不與聞。為維護看守所秩序及安全，除法律另有規定外，看守所得對被告與其辯護人往來文書及其他相關資料檢查有無夾帶違禁物品。前條第一項規定¹⁸，於辯護人接見時準用之」¹⁹。

大法官該號解釋文及理由書²⁰雖揭示修正前之羈押法對於辯護人與被告接見「一律」監視（即在旁與聞談話內容、紀錄、錄音）之規範違憲，同時揭示符合法律保留原則、比例原則、規範具體明確原則及有救濟程序時，即可啟動辯護人與被告接見過程之限制機制，故即便有該號解釋存在，並非必然不可限制被告與辯護人之接見通信內容。為保障被告與其辯護人不受干涉之接見

¹⁸ 即羈押法第 23 條第 1 項「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」。

¹⁹ 此部分之修正條文業經總統 98 年 5 月 13 日華總一義字第 09800118221 號令公布。

²⁰ 本文認為該號解釋理由書對於羈押法第 28 條違憲之論理略顯跳躍，因為理由書中提及因羈押法第 28 條規定使錄音所得之受羈押被告與其律師接見談話內容成為偵查或審判上認定被告有罪之證據，影響被告之辯護權而違憲，但羈押法第 28 條僅規定被告與其律師接見談話內容可供作偵查上參考上，「應呈報檢察官或法院」，並未述及可做為被告有罪認定之證據，解釋理由書就此或係基於實務確有以此接見談話紀錄內容作為證據使用，但此並非羈押法明文規定，而是實務對於證據取捨認定所致，若因實務自行推演之作法而認定法律規定違憲，於論理敘述應更詳盡，但解釋理由書就羈押法第 28 條規定何以違憲之部分並未詳加著墨。

通信範疇，同時確保犯罪偵查成果不因此落空，進而保障被害人權及基本社會秩序，需全面檢討相關人角色地位、權利義務等進而界定規範內容，其中辯護人之角色更見重要，故以下從確認辯護人之地位談起。

第二節 辯護人地位之探討

辯護人在刑事程序之角色，相較於追訴犯罪之檢察官，係站立在對面的一方，由於此先天地位之差異，檢辯雙方許多時候存有不同甚或對立之想法，尤其在社會矚目案件中，檢辯之間彼此不信賴，進而彼此攻訐。於追訴犯罪之檢察官立場而言，或認為辯護人偏袒其當事人，甚或為其當事人脫免罪責無所不用其極；於為當事人利益主張之辯護人立場而言，無罪推定原則為其當事人之保障，於檢方提出足以排除合理懷疑而令裁判者形成有罪確信之證據前，自應主張其當事人無罪。檢辯各有其法律立場，加上人之感受天性介入，彼此之間之鴻溝日漸形成，不信賴感日益萌生，然檢辯之間是否真無彼此對話、彼此信賴之可能，檢察官是否一味入被告於罪？辯護人是否一味為被告脫罪？對於彼此角色地位是否因長年工作之刻板印象而先入為主產生不信任？而本文重在探討辯護人接見通信權之界限，為求妥適探求界限所在，自需先對於辯護人之地位予以界定。而關於辯護人之地位，主要有以下三種看法：

一、當事人利益之代理人

此說認為辯護人純粹係被告利益之代理人，既然係

代理人，行事之最高準則就是被告之利益。據此，利益與不利益取決於被告之自主決定，辯護人之作用只不過係輔助被告達成其利益與目的而已，本身並無自主性，應如何進行辯護，完全以被告之意思為準，辯護關係僅屬於民法之契約關係，辯護人既無公益色彩亦無公法地位²¹。只有被告被認為係程序主體，辯護的目的以及辯護人之功能被設定成只有為了「私益」，辯護人與被告間存在著一個從屬關係，因此，縱使辯護人實行的一些妨害刑事司法的行為，例如虛偽陳述，按照契約理論的說法，因為被告的虛偽陳述依據德國刑法第 153 條第 1 項係不罰的關係，而辯護人又必須受到被告的意思所拘束，則從屬於被告之辯護人自然也就被認為不具有前述「偽證罪」之可罰性，藉此否定辯護人在辯護實行時的「獨立性」，故辯護人不會是擔負「公益保護」的「司法機關」²²。

二、司法機關理論²³

此說認為辯護行為實行的內涵，除了被告私益的保護之外，尚有公益的保護，因為這樣的需要，辯護人遂獲得許多自己的權利，辯護人不再僅係單純按照被告意思提供辯護協助而已，其具有程序主體地位，因為辯護人同時擔負了公益保護的任務，其也在審判程序中被視

²¹ 林鈺雄，刑事訴訟法上冊，2007 年 9 月，五版第一刷，第 202 頁。

²² 吳俊毅，前揭書，第 19-20 頁。

²³ 林鈺雄稱之為「自主性之司法單元」，見前揭書，第 202 頁。

為一個「司法機關」，然並非成為國家組織法意義之下的機關，而只是公務的承擔者²⁴。而基於辯護人擔當一定公益功能而且獨立於被告意思之外的自主地位，辯護人相較於被告，必須符合更高標準的行事準則，例如被告不負真實性義務，然辯護人應負有真實性義務，始符合擔當公益及司法機能的角色，當然，相較於檢察官，辯護人僅為被告有利行事而已，不論對被告不利之部分，辯護人雖然不得積極說謊，亦不得幫助被告逃亡或偽證，但仍可以消極隱瞞不利被告之事實，甚至有時消極隱瞞更是辯護人之義務，例如被告告知之犯罪事實，辯護人有保密義務，不得主動向任何人，尤其是檢察官或法官提供該犯罪資訊²⁵。

三、限制的司法機關理論

此說係德國教授 Werner Beulke（布爾克）於 1979 年在其教授資格論文當中對於辯護人地位提出的看法。其認為，辯護人「公的功能」這個概念畢竟還是不夠明確，容易造成國家司法機關藉此對於辯護的恣意干擾，他對於德國關於必要辯護的規定，及辯護人排除的規定作了詳細的分析，由此分析嘗試找出辯護人所保護的個別公益的具體內涵，其最後找出以下三個利益：實質辯護的有效性、司法的有效性及聯邦德國的安全，而實質辯護的有效性及司法的有效性是辯護人應該注意

²⁴ 吳俊毅，前揭書，第 15-16 頁。

²⁵ 林鈺雄，前揭書，第 203-204 頁。

的公益，公益的保護係意味著一個對於私益的侵害以及對於某種辯護的放棄。以實質辯護的有效性作為理由對於辯護的干預強度是最強的，依其內涵，辯護人原則上應密集致力於針對刑事訴追機關的保護，這裡會產生一個危險，國家可能以促進實質有效的辯護的名義恣意干擾辯護的決定。這個「實質辯護有效性」的提示似乎是多餘的，因為通常沒有辯護人不會為了使有利於其被告的利益而辯護的。以司法的有效性作為理由的干預就顯得較為溫和而在強度上處於中等的程度，以此作為標準的機制試圖畫出一道辯護的禁區，故當辯護行為超越並陷入這塊禁區時，這個行為就被評價為「濫用」並加以禁止，因此，可以明確區分出被允許以及不被允許的辯護，例如辯護人不得採取拖延訴訟的手段。因為此利益保護對於辯護的干預在程度上係屬於中等，在什麼情況應該被允許或者是不受允許，還是存有一個灰色地帶。就此點來說，許多的爭議都在此被引發²⁶。

上述三種見解係德國學界之產物，係參照德國刑事訴訟制度規範所為之探討，我國目前刑事訴訟法之規定與德國之規定並未一致，硬要將我國辯護人在刑事訴訟程序之地位套入前揭三種見解之一，恐有削足適履之情形。故本文探討我國律師在刑事訴訟程序地位時，不落入上揭三種學說之爭，而依照我國目前關於律師之規範，界定辯護人於我國刑事訴訟程序之地位及功能。

²⁶ 吳俊毅，前揭書，第16-18頁。

我國刑事訴訟法規範辯護人之權利包括與羈押被告之接見通信權（刑事訴訟法第 34 條）、檢閱或抄閱卷宗及證物權（刑事訴訟法第 33 條）、攜同速記到庭紀錄權（刑事訴訟法第 49 條）、辯論權（刑事訴訟法第 289 條）、在場權（刑事訴訟法第 150 條、第 168 條之 1、第 206 條之 1、第 219 條、第 245 條第 2 項）、詰問權（刑事訴訟法第 166 條）、聲請調查證據權（刑事訴訟法第 163 條第 2 項、第 275 條）、異議權（刑事訴訟法第 288 條之 3）、聲請迴避權（刑事訴訟法第 18 條）、繼續審判聲請權（刑事訴訟法第 298 條）、回復原狀聲請權（刑事訴訟法第 67 條第 1 項）、上訴撤回權（刑事訴訟法第 354 條）、再審救濟權（刑事訴訟法第 420 條）²⁷。

²⁷ 上揭權利包括學說上所謂之固有權及傳來權，所謂固有權係基於辯護人地位而取得之權利，包括與羈押被告之接見通信權至異議權。傳來權係指辯護人代理被告行使權利，自聲請迴避權至再審救濟權均屬之。辯護人行使者若為傳來權，則須符合被告之意思，不得為違反被告意思之訴訟行為。但如此分類有其盲點存在，因為刑事訴訟法之當事者為檢察官、自訴人及被告，而刑事訴訟程序在犯罪偵查之過程中，對於犯罪嫌疑人及被告之權利產生極大之干預，故為追訴犯罪保護被害人，亦保護被告或犯罪嫌疑人不受超越法律限度之侵害而制定刑事訴訟法，作為追訴犯罪程序之法律依憑，故整部刑事訴訟法相當大的比重是以被告或犯罪嫌疑人作為出發點，被告或犯罪嫌疑人相較於辯護人在刑事訴訟程序應有更值得受保障之處，若認為凡屬辯護人之固有權，即可不受被告意思而行使，則例如辯護人不行使接見通信權，則被告僅能於民事法律關係解任該辯護人或聲請法院另行指定公設辯護人，其餘無法有其他權利主張或要求辯護人必須積極行使該權利，則何以能獲得有效實質辯護，故區分辯護人之固有權及傳來權雖有學術上分類意義，但以被告或犯罪嫌疑人作為刑事訴訟程序之主角地位而言，重點應為這些權利之行使如何使被告或犯罪嫌疑人在犯罪偵查過程獲得應得之保障。

律師法²⁸則規定律師有以下義務：律師於接受當事人之委託、法院之指定或政府機關之囑託辦理法律事務後，應研究案情，搜求證據（律師法第 23 條）、律師如因懈怠或疏忽，致委託人受損害者，應負賠償之責（律師法第 25 條）、律師在法庭或偵查中執行職務時，應遵守法庭或偵查之秩序（律師法第 27 條）、律師對於委託人、法院、檢察機關或司法警察機關，不得有矇蔽或欺誘之行為（律師法第 28 條），另外，亦負有忠實義務、保密義務（刑事訴訟法第 245 條第 2 項）。

律師法第 1 條更開宗明義規定「律師以保障人權、實現社會正義及促進民主法治為使命」，單從上述律師義務及律師使命規範內容觀之，即可確認辯護人在我國刑事程序之法律地位並非僅係追求被告利益之代理人。

而我國律師組成團體—中華民國律師公會全國聯合會頒訂之律師倫理規範²⁹第 2 條「律師執行職務，應遵守法律、本規範及律師公會章程」、第 6 條「律師應謹言慎行，端正社會風氣，作為社會之表率」、第 7 條「律師應體認律師職務為公共職務，於執行職務時，應兼顧當事人合法權益及公共利益」、第 8 條「律師執行職務，應基於誠信、公平、理性及良知」、第 11 條「律師不應拘泥於訴訟勝敗而忽略真實之發現」，亦均揭示

²⁸ 91 年 1 月 30 修正之規範。

²⁹ 由中華民國律師公會聯合會擬訂，此處所列者為 95 年 9 月 23 日第七屆第二次會員代表大會通過之規範內容。

律師有一定社會責任，不可為求勝訴而忽略真實發現。

基於上述對於律師行為之規範，可以看出律師不純為其當事人利益存在，惟辯護人與其當事人間存有契約關係，為當事人利益主張為契約履行義務之一，對於當事人告知之事實更有保密義務，故辯護人斷不可能捨當事人利益而不顧，加上無罪推定原則，於法官形成當事人有罪心證之前，辯護人極力主張其當事人無罪係必然之舉。故界定我國規範之下之辯護人地位時，肯認其具有一定社會責任，每位律師均重視維護該社會責任，體認所從事者屬於公共職務。而當公共利益與當事人合法權益衝突時，辯護人故應力求兩者平衡，惟魚與熊掌不可兼得乃事理之常，兩者更不可能像數字比例般明確劃分二分之一。而我國刑事訴訟之修正歷程係由職權主義逐步走向改良式當事人進行主義，法官從以往接棒檢察官追訴犯罪之地位逐漸退居中立第三者之立場，檢察官從形式蒞庭強化為在公開法庭接受辯護人挑戰，辯護人則可藉由交互詰問過程、證據提示過程檢視、弱化甚至擊潰檢察官提出之證據以保護其被告，由此修正過程可以看出在刑事訴訟程序中，透過檢察官提出證據、辯護人挑戰證據、法官以中立立場檢視檢辯雙方之陳述及證據而形成心證以下判斷，事實於此過程中逐步呈現，故辯護人於此三方角色中具有不可或缺的地位，三方形成堅實的金三角而促成真實之發現，因辯護人於此協力促成真實發現過程，立於防禦者地位，則保護其被告之義

務，即吸收在此概念下，應認為辯護人保護被告之義務，係協力刑事司法之反射結果。

因辯護人負有協力司法發現真實之義務，而保護被告合法利益之義務，屬於協力司法之反射效果，故我國規範下之辯護人並非僅以被告之權益為懸念，更具有協力司法發現真實之責任，並於協力司法發現真實過程落實保護被告之合法權益。但辯護人對於協助當事人之過程獲悉之犯罪事實，並無義務向任何人陳述，即便此等陳述有助於真實之發現，亦不得以真實發現為名而要求辯護人陳述，此時雖然真實發現之刑事司法協力義務與被告之合法權益衝突，但基於不自證己罪原則及有效辯護原則³⁰，辯護人就被告告知之犯罪事實具有保密義務，司法協力發現真實義務亦無足動搖。但若辯護人為免真實遭發現或其他目的而以法律程序外之行為掩飾或干擾真實發現，即便辯護人高舉當事人利益之大旗，恐無法通過檢視，因此等作為非屬保障被告「合法」權益³¹之作為，此時已違背司法協力發現真實義務，辯護人不應為此行為，若辯護人此時選擇當事人利益而捨身為堅實三角之義務於不顧，自應有制衡辯護人之機制介

³⁰ 因為若以真實發現之刑事司法協力義務即可要求律師陳述被告或犯罪嫌疑人告知之犯罪事實，將造成被告或犯罪嫌疑人不敢將事情全盤托出，律師即無法判斷決定辯護策略，被告或犯罪嫌疑人將無法獲得對其最有幫助之法律協助。

³¹ 蓋因合法權益應於法律程序落實，於法律程序進展中，透過法律外之方式影響事實調查或認定，已非律師基於堅實三角形其中一角應為之行為。

入。

第三節 限制接見通信權之理論

辯護人前揭權利義務規範及應協力司法發現真實，並在此過程實現保護被告合法權益觀之，辯護人具有獨立於被告之法律上地位，其雖追求被告之利益，但非僅係代理人，而具有協力司法發現真實之義務，並於協力司法發現真實過程中落實保障被告之合法權益。

為求協力司法發現真實及保障被告之合法權益，辯護人自需掌握事實，對於辯護人而言，透過閱卷權之行使，可向刑事訴追機關取得與被告遭追訴事實之相關資訊，再透過與被告接見通信權之行使，可以由被告之陳述，獲得刑事訴追機關已經知悉或尚未知悉的訊息。辯護人雖具有一定法律專業，可對被告提供法律上、心理上協助，但若對於事實掌握有所落差，尤其是細節稍有出入即將導致結論天差地別的刑事案件，都將使辯護人提供之法律協助大打折扣，為使辯護人能夠掌握事實全貌，除閱卷權行使外，被告所告知之資訊越完整仔細越有助辯護人釐清事實，提供最有助益之法律協助，為使被告能夠全無保留對辯護人陳述，自需確保被告與辯護人交換資訊之秘密性：於交換資訊過程不受任何干擾、向辯護人提及之資訊日後不遭公開。所以必須建立一個秘密領域，讓被告與辯護人在該空間內可以自由進行思想交流，這個空間可能是客觀可見之環境或是透過媒介的方式。

所謂限制辯護人及被告之接見通信權是指，雙方不能在「秘密領域」內自由實行思想的交換，而不論被告及辯護人之接見通信權有所保留地實行或是完全被阻隔，都會對於辯護人想從被告陳述完整地掌握事實，然後據此適用法律擬定可行的辯護策略造成影響，也就無法達成有效辯護。故限制辯護人與被告的接見通信權會涉及對於被告辯護權之干預，同時也會涉及對於某些基本權之干預，例如被告之人格權、資訊自由與意見自由，甚至若對於辯護人與被告在一定私人住宅之談話進行監聽，更進而侵害住宅之不可侵犯性，而由於遭干預之數基本權間具有競合關係，故要視不同情況下之限制而異討論之出發點³²。

原則上，權利實行之範圍並非毫無限制，在辯護人與被告之間接見通信權的情形也不例外，當越過並落入所劃定之「禁區」時，權利的行使就必須受到限制且被評價為「權利的濫用」，也因此劃出辯護人與被告接見通信權限制的範圍，而所謂的「濫用」要如何檢驗？應在「自由的辯護」的意義底下根據比例原則來檢驗：「是否在辯護人發揮與被告之間的信賴關係而自由地進行意見交換時，會『不成比例』使得真實的發現變的更加困難或者根本不可能」。若此答案為肯定，則可評價為辯護人濫用接見通信權。具體言之，辯護人在可以與被告自由交換思想的秘密領域中，若不是為了保護有效辯

³² 吳俊毅，前揭書，第 154 頁至第 155 頁。

護這個利益，而是積極地為了妨害刑事程序目的的達成，像是湮滅、偽造或變造證據、教唆或幫助被告實行隱匿或逃亡³³，即可評價為濫用接見通信權。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，也就是不可以為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為界限³⁴。

故為了防止權利被濫用，故須設計一定之限制機制，討論此限制機制時，「辯護人的濫用嫌疑」就被具體提出作為限制辯護人接見通信權行使的前提要件。故立法實務上，一般會要求「辯護人有實行或參與妨害刑事司法的可罰行為的嫌疑」，亦即根據具體事實證明，辯護人涉嫌實行積極地妨害刑事程序目的達成的行為³⁵，但立法例上，也有將可罰行為事實的特殊性作為限制辯護人與被告接見通信權之前提³⁶。

第四節 外國法制對於接見通信權之規範

一、德國

德國刑事訴訟法針對接見通信權的相關規定，也歷經數階段重大改變，第一階段：西元 1877 年至 1926 年

³³ 吳俊毅，前揭書，第 155 頁。

³⁴ 許玉秀大法官就第 654 號解釋文提出之協同意見書第 14 頁。

³⁵ 吳俊毅，前揭書，第 156 頁。

³⁶ 例如德國刑事訴訟法第 148 條第 2 項規定若被告涉嫌組織犯罪或恐怖組織犯罪（即犯德國刑法第 129 條）即可因此對其辯護人之交流權加以限制。

12月27日，此時期規定如下「受拘禁之被告，得以文字或言語與辯護人往來（第一項）。在審判程序未開啟之前，法官可拒絕寄發或移交未經其檢閱之書面資料（第二項）。倘非僅因犯罪嫌疑人或被告有逃亡之虞而逮捕之，法院可命法院職員列席，參與被告與其辯護人之會談（第三項）」。

之後，1926年12月27日，第三項修正為「若非僅因犯罪嫌疑人或被告有逃亡之虞而逮捕之，法院可命令，被告與其辯護人在受命法官面前會談」。換言之，此一時期容許法官命令，因「有使案件晦暗之虞」之理由而遭逮捕、羈押的犯罪嫌疑人或被告，在受命法官面前，與其辯護人會談。若僅以「有逃亡之虞」為由而逮捕犯罪嫌疑人或被告，則不可要求犯罪嫌疑人或被告在受命法官面前，與其辯護人會談。此一規定沿用至1964年12月19日。此時之刑事訴訟改革法案才將「若非僅因犯罪嫌疑人或被告有逃亡之虞而逮捕之，此時，法院可命令，被告與其辯護人在受命法官面前會談」刪除，修正第148條為「縱使被告行動自由受限制，亦得與其辯護人以書面或言語交流之」，擴大了辯護人與犯罪嫌疑人或被告之接見通信權，此時期至1976年8月18日可稱為第二大階段。第三大階段則在1976年8月18日開始，此次修正乃係配合刑法及其他法律修正之故。涉嫌恐怖組織犯罪之被告，與辯護人口頭交談不受限制，但書信往來即受限制（德國刑事訴訟法第148條第2項）。此外，1977年9月30日德國立

法者又增訂排除連絡法，限縮涉嫌恐怖組織犯罪人與辯護人往來之權利。之後在 1978 年 4 月 14 日，又擴充第 148 條第 2 項之規定。近年來亦再擴充第 148 條第 2 項，將刑法第 129b 條第 1 項亦列入。因而，目前德國刑事訴訟法第 148 條規定「縱使被告行動自由受限制，亦得與其辯護人以書面或言語交流之（第一項）。當被告行動自由受限制，並且因觸犯刑法第 129a 條及第 129b 條第 1 項之嫌疑，而形成第 1 項之調查對象，只要寄件人表示不同意將文書或其他物品，事先提出供法官檢閱，法官得拒絕移交該文書或其他物品於收件人（第二項第一句）。被告與辯護人在其他法定程序，以書面往來之情形，亦同（第二項第二句）。若欲監視依據第一句或第二句之往來，即須因被告與其辯護人之交談，而提供能阻斷移交文書資料或其他物品之設備（第二項第三句）」³⁷。

二、日本

在日本舊舊刑事訴訟法階段（1890-1922 年），第 85 條第 1、2 項規定辯護人欲接見被告，仍須有官員參與，在一旁監視。欲授受文件資料，亦須經預審法官或檢察官為必要之檢查始可。而舊刑事訴訟法階段（1922-1945），第 45 條則規定，辯護人須於被告被起訴後，始有與被告自由交流之權利。在偵查階段，欲接見

³⁷ 簡銘昱，初探辯護人之交流（接見通信）權—理論面之觀察—，全國律師，第 82-83 頁，97 年 6 月。

犯罪嫌疑人，則須有見證人在場。且不得授受書信以外之物，而書信也必須檢受檢查。第二次世界大戰後，因應日本憲法之改革，日本現行刑事訴訟法第 39 條規定「身體受拘束之被告或犯罪嫌疑人，能夠與（其所選任之）辯護人，在無見證人在場之情況下，會面、授受文件或物品（第一項）。為防止被告或犯罪嫌疑人逃亡、湮滅罪證或授受阻礙防護之物，關於前項接見或授受，得以法令（包含法院規則，以下同此）規定，採必要之措施（第二項）。有搜索檢查之必要時，檢察官、檢察事務官或司法警察職員（司法警察及司法巡查。以下同此），得於起訴前，就有關第一項之接見或授受，指定期日、處所及時間。但不得對於犯罪嫌疑人準備防禦或類此之權利，作不當之限制（第三項）」³⁸。

三、英國

英國法於 1949 年之監獄法第 83 條及 1964 年之裁判官準則中均採取完全自由原則，甚至於立法上設有對於故意拒絕接見的拘禁處所職員採處罰之規定，然而，為了防止犯罪嫌疑人逃亡及維持設施內秩序，設有若干之行政上監視措施，但於此範圍內，辯護人仍得於無人在場之情形下，與犯罪嫌疑人自由接見³⁹。

四、歐洲人權法院

³⁸簡銘昱，初探辯護人之交流（接見通信）權—理論面之觀察—，全國律師，第 84 頁，97 年 6 月。

³⁹葉光洲，只有上帝才知道—辯護人接見被告或犯罪嫌疑人時不應有人監視—，律師雜誌，第 84 頁，96 年 6 月。

歐洲人權法院主要職責在於審查歐洲人權公約簽約國之申訴案件，有無違反公約的保障。對於在押被告與其辯護人之接見通信，在該公約並無直接規定，但會涉及該公約第 6 條第 3 項「凡受刑事控訴者有下列最低限度的權利：a、立即以其所能了解的語文並詳細地告知以被控訴罪名的性質和原因；b、有適當的時間和設備準備防禦；c、親自為自己防禦或其所選任的法律協助為之，如果他無力支付法律協助的費用，當公平利益所必要時，應予免費；d、質問對其不利證人，並在與不利證人相同的條件下，使有利於他的證人出庭受訊；e、若其不了解或不曾以法院所使用的語文陳述時，應提供其免費的通譯協助。」及第 8 條「任何人就其私人生活、家庭生活、居家及通訊皆享有受尊重的權利。對於上開權利行使之干預，必須依法為之，且屬民主社會為了秩序或安全等正當目的所必要者為限」。

歐洲人權法院在 *S v. Switzerland*⁴⁰ 案例確立了在民主社會之中，被告與辯護人間不受第三人與聞的溝通權

⁴⁰ 本案之事實：1980-1984 年間，蘇黎世街頭先後多起抗議軍售的示威活動，後演變成一連串的房屋縱火及暴力攻擊事件，本件申訴人 S 涉嫌以爆裂物攻擊內閣閣員的住宅及其他縱火罪名，被逮捕後，S 因有逃亡及勾串共犯之虞遭到羈押，法院指定 G 律師為 S 辯護，然而整個羈押期間，S 僅有一次與 G 自由接見商議半小時的時間，其餘接見情形，S 接受嚴厲的監察，而 S 寫給 G 的信件不但都被檢閱還被使用到筆跡鑑定報告，針對這些監視檢閱措施，內國政府主張 S 的辯護律師可能藉此與其他被告的律師互通訊息，也就是勾串共犯之虞。轉引自呂雅婷前揭論文第 58 頁。

利，是公平審判的必要基礎，據此，國家機關對於受拘禁被告與其辯護人間之接見，僅得監看但不得與聞商議內容⁴¹。此後之案例之爭議焦點，即轉向個案是否合乎容許與聞之例外，然歐洲人權法院向來堅守「例外從嚴」之原則，因此歐洲各國向來係以敗訴收場⁴²。

對於被告或受刑人與辯護人間之信件往來的限

⁴¹ 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—，臺灣本土法學雜誌，97年1月，第62-64頁。

⁴² 在 *Lanz v. Austria* 案件中，申訴人因為涉嫌詐欺罪及偽造文書罪遭逮捕，該罪嫌主要涉及申訴人的商業活動，特別是兩筆不動產投資計畫，調查法官（Investigating Judge）簽發了搜索票搜索他的營業處所，該令狀命令搜索及扣押與犯罪事實有關的文件。後申訴人經調查法官訊問後，法官認為有逃亡、勾串及影響其他本案證人之虞及滅證之危險，裁定羈押。調查法官並下命令，由於有勾串證人的危險存在，申訴人與他律師接見必須在法院監視下進行，並表示此一命令將在法定的限制（奧地利刑事訴訟法規定，因為有勾串證人的危險而羈押者，有兩個月法定的期限）屆滿前有效，申訴人對此提起抗告，內國法院認為監視命令是為了確保刑事訴訟程序而為，本案關涉到申訴人所管理的 SDBV 公司與其他申訴人所管理的幾間公司間商業活動的複雜案件，並涉及其間的資金流向，還有其他本案證人還未被發現及訊問，若不羈押並予以監視干預，的確可能會有勾串的危險存在，因此認為申訴人之抗告無理由。在奧地利之內國法係規定羈押中的被告得在無調查法官在場的情況與律師接見，然而如果是因為有勾串危險而羈押者，在開始羈押的 14 天內，與其律師的接見，得有調查法官在場，如果是因為有阻礙證人之虞存在，調查法官可以加長這樣的監視至起訴，但歐洲人權法院認為此一被告在調查法官監視下與其律師接見之措施，已經違反歐洲人權公約的 6 條第 3 項 b、c 款，因為內國法此項監視措施，嚴重干預被告的權利，必須有與其相當的理由才足以正當化，而本案例中，因為有勾串之虞，被告已經被羈押，如果再以此一理由對在押被告與其律師的接見予以監視，縱使是由調查法官在場監視，亦「不足以」正當化，必須有「進一步」的理由才足夠正當化這樣的干預。轉引自呂雅婷，前揭論文第 60 頁至第 61 頁。

制，歐洲人權法院多以公約第 8 條規定進行檢視，歐洲人權法院在 *Golder v. U.K.* 一案中，表示對於公約第 8 條第 1 項所列權利之干預，其正當化事由已經明定在公約該條的第 2 項，所以即便是受拘禁者，也是第 8 條第 1 項的通訊自由保障之權利人，而國家機關任何限制受拘禁者通訊的措施，都必須依照第 2 項的干預正當化要件來檢驗。而在 *Campbell and Fell v. U.K.* 案件中，歐洲人權法院就受拘禁被告與辯護人間往來信件，揭示開拆而不閱覽之原則，僅在國家機關具有合理理由相信受拘禁者濫用了其與辯護人間的秘密、非公開的交通特權，而危及監所秩序、他人安全或有其他刑事不法情事時，始得例外地閱讀信件內容，而此必須審酌一切情況依據客觀事實判斷。歐洲人權法院更將焦點放在防範不當閱覽的安全措施，即要求在被告面前當場開拆信件檢查的執行方式，隨即歸還⁴³。

歐洲人權法院基本上對於被告或受刑人與辯護人之接見通信，揭示「監看不與聞」、「開拆不閱覽」的原則，僅在例外即有正當化理由存在時，始得以加以限制上述原則。例如共犯逍遙法外⁴⁴、以反恐為議題⁴⁵或為被

⁴³ 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--，臺灣本土法學雜誌，97 年 1 月，第 66-67 頁。

⁴⁴ *Brennan v. UK* 案件中，申訴人爭執第一次與律師接見時受到警方在場監視並監聽商議內容，且在接見開始前，申訴人尚未到場之前，警方告知律師不得討論姓名或是傳達任何協助其他嫌犯的資訊，只可以單純就案情予以商議。而歐洲人權法院雖承認有正當化的事由存在時，是可以限制被告與律師自由保密的接見，但是此案件中，

告人身安全的維護⁴⁶，始得對於「監看不與聞」原則有

歐洲人權法院雖沒有發現警方以此監視措施取證，但是內國法此項例外限制的目的是為了防止洩漏訊息給在逃的其他共犯，但在本案當中，被申訴國並沒有提出任何主張說明律師意圖洩漏訊息或有勾串危險存在。轉引自呂雅婷，前揭論文，第 67 頁。

⁴⁵ 在 *Erdem v. Germany* 案件中，因為涉及反恐議題，被申訴國就涉嫌刑法第 129a 條恐怖組織之成員於在押期間與其律師之接見通訊予以監視，但被申訴國就此監視設立擔保機制即由非本案審理之中立法官開拆閱覽通信內容，並有義務對其因此所知之資訊予以保密，但此涉及之恐怖組織成員與其律師接見時之口頭商議猶不受監聽。歐洲人權法院認為此時被申訴國就申訴人之通訊予以限制，並未違反公約第 8 條。轉引自呂雅婷，前揭論文，第 68 頁。

⁴⁶ 在 *Ocalan v. Turkey* 案件中，被申訴人被認為是 PKK 領袖，涉嫌企圖分裂土耳其共和國，指揮多起恐怖攻擊造成許多人民傷亡與建築損壞而被逮捕，被逮捕之後，總共有 16 位律師表示係其家族所委任，要求接見申訴人，土耳其當局為避免對於申訴人人身安全造成威脅，要求律師接見申訴人前必須先被搜身一次僅能允許 1、2 位律師接見，同時前往島上監獄的登船方式及地點，均由土耳其當局安排，在被逮捕後第 10 天，申訴人終於獲准與其中 2 位律師接見，並有一位法官與一位安全局人員戴著面罩在場監視，該次接見被限制在 20 分鐘內，之後在 2 個月內，申訴人被准予與律師秘密地接見，總共 12 次，每次約 45 分鐘至 1 小時不等。根據申訴人表示，其與律師的接見，皆有當局在玻璃鏡面後監視，並且被全程錄影。且除了前兩次短暫接見外，之後的接見被限制為 1 星期兩次，每次以 1 小時為限，而且律師每次接見都要被搜身五次，並填寫密密麻麻的表格；被申訴國則主張無論是接見的次數或時間。均未受到限制，除了第一次在法官及安全局人員在場監視外，其他接見時的監視措施均係根據內國法的刑事程序法典所為。歐洲人權法院再度表示被告與其律師在不受到監聽情況下接見商議，是民主社會中公平審判的基本需要，然在有足以正當化的理由存在時，得以容許例外存在，此時要就被告所受到的程序，來「整體判斷」此限制是否已經剝奪受公平審判的權利，雖然被申訴國主張此等監聽措施係為了保障申訴人的人身安全，但人權法院認為律師係受申訴人所委任，而且也沒有任何理由認為律師會危害其當事人的生命安全，此外，律師接見其當事人之前，已經經過搜身，在此情況下，僅有目視的監視措施，即足以擔保申訴人的人身安全，不需要採取監聽措

所限制。而對於被告與辯護人之通信，僅有在合理的理由相信被告與辯護人間的保密、非公開的特權被濫用時，始得例外地閱讀被告與辯護人間的信件，而所謂之「正當事由」，應審酌所有相關情況，必須有足以說服一客觀觀察之人認為法律所保障之通訊方法已被濫用之事實或資訊存在⁴⁷。

五、小結

上述各國法律規範及歐洲人權法院漸趨表示為使被告獲得有效辯護協助，必須保障被告與辯護人間享有不受監視、完全秘密之接見通信權利，例外時始得加以限制，但所謂例外情況，必須由國家機關舉證證明接見通信權已遭濫用，不得僅以當初羈押之理由即當然限制被告與辯護人之接見通信權利，且限制之事由、程序、救濟方式必須法律明確規定，而若以輕微之限制方式即行為監視則可達成防範目的，即不容許以該目的為由進行使國家追訴機關知悉被告與辯護人接見談話或通信內容之限制接見通信權之措施。

施。轉引自呂雅婷，前揭論文，第 69 頁。

⁴⁷呂雅婷，前揭論文，第 70 頁。

第四章 建構我國接見通信權之制度

第一節 辯護人接見通信權應受保障之程度

人在自由狀態應是自由的、無拘束的。但自從有了人類社會之後，個人的自由權利就需受到限制。啟蒙時代的盧梭在「社會契約論」中，認為人民的天賦人權即必須透社會契約的締結，以限制個人自己的人權。因此人權的「可限制性」及「必要限制性」和人權的「肯定論」自始至終是一起存在與發展的。但限制「人權」的目的，乃在於保證人權不會被濫用，以及促進公共福祉⁴⁸。我國憲法第 7 條至第 18 條臚列各種類的人權條款，在第 22 條與第 23 條規定人權的限制要件，若一一分析憲法對於人權保障與限制規定，可知我國憲法的人權限制，分為無限制保留、特別限制與概括限制三種⁴⁹。而

⁴⁸ 陳新民，憲法學釋論，94 年 8 月，修訂五版，第 164 頁，陳新民發行。

⁴⁹ 一、人權的無限制保留，乃係憲法第 9 條「人民除限制軍人外，不受軍事審判」，因此條規定雖在第 7 條至第 22 條之列，但其實第 9 條所規範者實際上屬於人民之訴訟權利（即憲法第 16 條），為強化訴訟權之內容，保障人民絕對不受軍事審判之權利而特於第 9 條規定此內容，因此，我國憲法此項規定意指為「絕對性」。二、人權的特別限制，即為憲法第 8 條「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非經法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁時，其逮捕拘禁機關應將逮捕拘禁原因，以書面告知本人及其本人指定之親友，並至遲於二十四小時內移送該管法院審問。本人或他人亦得聲請該管法院，於二十四小時內向逮捕之機關提審。法院對於前項之聲請，不得拒絕，並不得先令逮捕拘禁之機關查覆。逮捕拘禁

憲法第 23 條之具體內容分為公益動機、法律保留與比例原則三要項。公益動機分為「防止妨害他人自由」、「避免緊急危難」、「維持社會秩序」、「增進公共利益」⁵⁰。法律保留原則，係於公益需求下可限制基本權利，但其限制方式必須以法律為之。比例原則認為立法者在對人權認為有公益需求時，可予以限制，但應限於必要的限度內⁵¹。

之機關，對於法院之提審，不得拒絕或遲延。人民遭受任何機關非法逮捕拘禁時，其本人或他人得向法院聲請追究，法院不得拒絕，並應於二十四小時內向逮捕拘禁之機關追究，並依法處理」，因為憲法第 8 條於此已就可能侵害人身自由之情狀詳盡具體規定。三、人權的概括限制，即為我國憲法第 22 條「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障」及第 23 條「以上各條所列舉之自由權利，除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外，不得以法律限制之」。但是第 22 條與第 23 條單由法條結構作「機械性」的類比解釋，將會導致相互矛盾之結果，所以只有透過以人權概括限制的整體面觀察，第 22 條應解為係專門作為「擴充人權項目」所制定之條款。至於對所有扣除無限制保留及特別限制人權之其他人權限制，無論列舉與否，皆由第 23 條規範其限制要件。詳參陳新民，前揭書，第 165 頁至第 168 頁，陳新民發行。

⁵⁰ 所謂「防止妨害他人自由」係指個人享有的自由，以不得侵害他人所擁有之「法定自由」為限。「避免緊急危難」，指為避免在客觀情狀下所發生的緊急危險或災難所肇致之結果。較高層次為「國家社會的緊急危難」，例如緊急命令制度；低層次屬於故人的生命、身體、健康、財產之「個人的緊急危難」，如行政執行法第 37 條規定許可警察為保障酗酒泥醉及瘋狂者，所施以之強制性人身管束；「維持社會秩序」為維持社會秩序而限制人權之範圍，相當寬廣，且會與「增進公共利益」發生競合。「增進公共利益」這是為了社會大眾福祉，對個人人權作必要性限制，乃服膺傳統的人權理念，認為個人利益的重要性，應居於社會公益之下。若兩者發生衝突與矛盾，個人的利益應該放棄。陳新民，前揭書，第 169 頁至第 172 頁。

對於辯護人之接見通信權施加限制，影響所及係被告是否能夠獲得實質有效辯護、辯護人職業執行自由及財產權利⁵²，此等屬於人民之訴訟權、工作權、財產權內涵之權利，基本上雖完全自由、不受限制，但並非我國憲法規範之「無限制之人權」或「特別限制之人權」，而係屬於憲法第 22 條及第 23 條規範之符合相關要件時可予限制之人權，司法院大法官釋字第 654 號解釋理由書亦清楚表明此點⁵³。

辯護人與被告接見通信權利係出現於犯罪事實偵查過程，也就是說此時已存在被告以外之被害人之生命、身體、財產等受憲法保障之權利或基本生存之社會秩序遭侵害之嫌疑事實，而犯罪追查過程，正是要找出破壞個人權利及社會秩序之行為人，令其等為過往行為負責，並於令其負責過程修補所破壞之秩序⁵⁴，以達成

⁵¹ 即（一）採取之方法應有助於目的之達成（妥當性原則）。（二）有多種同樣能達成目的的方法時，應選擇對人民權益損害最少者（必要性原則）。（三）採取之方法所造成之損害。不得與欲達成之目的利益損失均衡（均衡原則）。

⁵² 被告能否獲得實質有效辯護或有看法認為其應屬於憲法第 16 條訴訟權保障之列。辯護人之職業執行自由及財產權利，應為憲法第 15 條工作權及財產權所保障。

⁵³ 司法院大法官釋字第 654 號解釋理由書「…上開自由溝通權利之行使雖非不得以法律加以限制，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」。

⁵⁴ 但是刑事犯罪追查並無法回復犯罪未發生之狀態，因為一個遭受侵害之人所受之傷勢、死亡或財產損失，並無法因為行為人服膺刑事責任（包括入監執行、罰金等）就當然回復未受侵害之狀態或得到填補。但無可諱言，另行為人負責之追訴過程，可使被害人獲得一定心理上之安慰。

社會教化功能，故刑事犯罪追訴所保障者為整體社會國家法秩序，確保一個大家遵守法規而共存之環境。因此犯罪追訴過程，啟動之許多強制作為，例如通訊監察，也侵害他人秘密溝通之隱私權利，但還是在利益衡量後由立法者制定通訊保障及監察法，而令執法者在一定實體要件及程序規範下，可監控人民秘密溝通內容。同樣地，為確保社會秩序、公共利益⁵⁵時，對於涉及人民訴訟權、財產權、工作權、隱私權之辯護人與被告不受監控之接見通信權利，亦非不得予以限制。

因為刑法是法規最後防線，動用刑法所建構的是所有人民均可安全生存之最基本、但無道義美德之環境，若此種環境均不可得，則社會大眾勢必生存在終日不得安寧之惶恐中，故為保障大眾安穩生存最基本之環境，必須建構基礎法律規範，於任何人破壞法規建構之秩序而侵害他人時，找出破壞規範之人，並透過刑罰加以規制無自控能力遵守此等法規之人，以重申此等基本生存環境之不受破壞。故為維護此一最基本生存秩序之利益，與人民受保障之財產權、工作權、訴訟權相衝突時，人人均可安全生存之社會秩序利益⁵⁶，應優於

⁵⁵ 所謂「社會秩序」、「公共利益」，均屬於抽象之利益，所以當私益與公益衝突時，究竟所欲保障之「公益」為何，自應仔細探究。「公益」包括利益內容的不確定及受益對象之不確定，雖然如此，但對於私益或公益內容的價值判斷，必須尋求一個「質量最高」的價值作為標準，也就是「公益」是經過「價值斟酌」之產物。

⁵⁶ 包括破壞秩序、侵害他人之人，因為被告或嫌疑人雖破壞法秩序，但其亦生活在法秩序之中，藉由追訴其行為之重建法秩序過程，亦

個人上揭權利受保障。

再就我國目前律師教育、律師作為及律師管控機制觀察，雖然自前述探討內容可知我國辯護人具有協力司法發現真實義務，並於此義務之實現過程落實保障被告之合法權益，然因我國有相當特殊的政治社會氛圍，通常社會矚目案件易流於政治派別之紛爭，目前辯護人之自律機制及教育落實仍有相當努力空間⁵⁷，而犯罪偵查

使被告或嫌疑人得以生存在擁有最基本安全之環境。

⁵⁷ 目前沸沸揚揚的陳○扁家族案件，在社會形成政治迫害的輿論，而針對陳○扁辯護律師鄭○龍召開記者會對媒體公布證人辜○諒等人偵訊光碟之作為，臺北律師公會秘書長高○誠受訪：「(證人)的權益會不會受侵害？會，可是當今我們的刑事訴訟制度，是在保障被告的公平審判的時候，(證人的權益)要退回。」。對此司法院有意修法，在刑事訴訟法明定律師閱卷所取得的筆錄、光碟，不可作為訴訟以外目的使用，卻遭到台北律師公會強烈反對，認為相關修法限制律師的辯護權及被告的訴訟權，剝奪大眾監督執法的權利，違反國民主權，為保障當事人公平受審要將偵訊光碟公開，這與審判公開的精神一致。甚至陳○扁辯護人石○琳針對檢方日後不再提供證人偵訊光碟之傳言表示「這根本是鴛鴦心態，因為偵訊光碟遭公布，其權威及官僚心態被挑戰，導致慌亂不知所措」。 民間司法改革基金會執行長林○正律師對此撰寫「非常離譜的光碟」表示律師對媒體公布證人偵訊光碟係因為檢方辦案過程訊問技巧太過粗暴，檢察官在偵查密行原則，不知有多少被告暗吃悶虧哭訴無門。民間司法改革委員會董事羅○成律師亦撰文「公開偵訊光碟，有何不可？」，表示雖辯護人將偵訊光碟公開影響隱私權保障，但若公開偵訊光碟目的在於揭發執法人員之濫權行為，雖不一定與案件之訴訟目的有關，也可能對影像中人的隱私權或人格權有負面影響，但基於抑制權力濫用的公益目的，禁止將此見不得人的偵訊光碟公開，到底是在保障個人隱私權，或在掩護違法濫權的公務員？本件若可以先聲請法院當庭勘驗、播放有爭議的偵訊光碟，讓公開法庭將之公諸於世，或許是另一項避免不必要程序衝突的選擇，不過，這齣法庭大戲的張力也將失色不少。另璩○鳳偷拍光碟案中，犯嫌郭○玲女兒高○淳之辯護律師李○諭，因誘導高○淳的同學作偽

過程，被告雖受無罪推定原則保障，但「現實上」被告是否從事違法情事乃其最為瞭解，對於相關證據所在亦屬被告知之最詳。但對於犯罪偵查者而言，尋求證據以證明過往發生事實以令破壞法秩序之人負責之過程，因為面對者係對於相關事實完全知悉之被告，過程中遭遇之困境不言可喻，為保障被告人權，自然必須提出相當證據始可對被告追訴，然追訴犯罪過程更必須落實對於「被害者」人權保障，而人性趨吉避凶為自古不變之理，實務上有多少觸犯法律之人能誠實面對己身過往錯誤⁵⁸？被告或犯罪嫌疑人大都盡力避免違法情事遭發現，原本辯護人介入係為使被告獲得有效實質辯護以保障合法權益，但不可諱言，有不在少數之辯護人並未將其協力司法發現真實之義務存於其心，反為當事人利益極力追求⁵⁹，故依據我國目前法治教育、辯護人養成教育、辯護人管控機制之現狀，亦難認辯護人接見通信權應受絕對保障。

而前述外國法例對於辯護人之接見通信權雖然原

證，遭臺灣臺北地方法院檢察署移送懲戒，臺灣律師懲戒委員會原本決議「不付懲戒」，後經移送機關提出覆審，改處以停業處分。

⁵⁸基本上被告會認罪都是證據充分才會認罪，當然在證據未達有罪門檻之前，被告本均受無罪推定原則保障，但是回歸客觀事實層面，被告是否有為違法情事，對其而言，難道需要看到證據才知道嗎？當然不需要，所以根本無從期待被告誠實面對己身過往所為不法情事。

⁵⁹實務案件偵辦過程，更有賄選案件之被告對收賄者言「律師說如果檢察官問，就說是借款」。

則上不予限制，但於相關法律要件明文規範下仍有例外予以限制之情況，可見外國法例目前對於辯護人接見通信權並非完全不予限制之絕對保障。

於司法院大法官釋字第 654 號解釋文出爐之際，雖無大法官提出不同意見書⁶⁰，而該號解釋亦非揭示辯護人之接見通信權為「絕對保障」之權利，就此葉大法官百修之協同意見書更指出「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。對例外之准予監聽、錄音行為，亦應有其相應措施，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」。

陳大法官新民之協同意見書更進而指出「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

⁶⁰ 葉大法官百修、李大法官震山、許大法官玉秀、許大法官宗力、陳大法官新民均提出協同意見書。

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⁶¹。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」。

由前述可知不論是從憲法保障觀點、我國社會目前現狀、司法院大法官解釋等，辯護人接見通信權應屬於「相對保障」之權利。但過往以羈押法、監獄行刑法及法務部函示概括限制辯護人接見通信權，確實已違反法律保留原則及規範具體明確原則，自應回歸刑事訴訟法之具體規定落實對於辯護人接見通信權之規範。

第二節 限制接見通信權之事由及方式

一、限制接見通信權之目的

被告因符合刑事訴訟法第 101 條第 1 項⁶²及第 101

⁶¹ 陳大法官新民認為由第三人在場聽聞被告與辯護人溝通內容，但明定「聽而不錄」、「聽而不報」應屬於現行刑事訴訟法第 34 條但書規定所得採取之限制措施，此監視措施並不需嚴格法律明確性之要求，並進而認為由第三人在場監聽，好處為可即時制止辯護人接見權之濫用，也可維持監所秩序。缺點為可能不當介入辯護人與被告之溝通，但此制度不妨害辯護人與被告仍可繼續溝通，不過改變溝通方式而已。故若導入第三人監視「聽而不錄」及「聽而不報」之原則，於現行之刑事訴訟法第 34 條規定下，第三人在場之中度監視措施並不當然違憲。然本文從實務操作立場，對陳大法官新民贊同以第三人在場監視為限制措施之看法持保留態度，詳見後述「限制接見通信權之可能機制」。

⁶² 刑事訴訟法第 101 條第 1 項「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

條之 1 第 1 項⁶³規定要件，由法院裁定予以羈押限制其人身自由，其中已將避免被告逃亡、勾串滅證等作為限制其人身自由之衡量要件，而對於人身自由受拘束之被告，原則上仍可與外人接見、通信⁶⁴，有例外情事始經法院命禁止或扣押⁶⁵，但此禁止與外人接見通信之效力不及於被告之辯護人。辯護人之存在係為保障被告之合法權益，使被告獲得實質有效辯護，以對抗擁有國家機器協助追訴犯罪之檢察官，故若辯護人利用與被告接見

死刑、無期徒刑或最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪者」。

⁶³ 刑事訴訟法第 101 條之 1 第 1 項「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」。

⁶⁴ 刑事訴訟法第 105 條第 2 項「被告得自備飲食及日用必須物品，並得與外人接見、通信、受授書籍及其他物件。但押所得監視或檢閱之」。

⁶⁵ 刑事訴訟法第 105 條第 3 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」。由此規定可見，禁止被告與外人接見及扣押信件之目的係為免被告脫逃或滅證勾串。

通信權進行逸脫上述功能之作為，應可對於辯護人之接見通信權施加限制。而限制辯護人接見通信權，最終目的係為防止以違法或法律體制外之方式阻礙犯罪之追訴，以求建立基本生存之社會秩序，故參酌外國法例規範並考量我國社會現狀，認為限制辯護人接見通信權係為「維護羈押目的」、「維持監所秩序」及「避免干擾偵審程序進行」。

所謂「維護羈押目的」，與前述羈押被告及禁止被告與外人接見通信之考量目的一致。雖被告受無罪推定原則、不自證己罪原則保障，但被告為實際行為人，是否曾進行違法情事，無人較其更為知悉，正因如此，被告欲從事掩飾真實、破壞追訴之作為，更係相當容易之舉。人性趨吉避凶乃千古不變之理，無從期待違法之人在無證據向其指訴之前坦然在法律面前低頭，故被告於此人性驅使下多會進行掩飾過往犯行之作為，因此增加犯罪追訴之困難。而被告人權雖然重要，真實發現及被害人保護更係不容遺忘之事項，追訴犯罪過程若發現被告以積極行為阻礙真實發現或有此嫌疑時，自須啟動管控模式規制被告作為，故被告若有滅證勾串而影響真實發現之虞時，自需藉由一定措施將被告暫時隔離，並隔絕被告可能利用以阻礙真實發現之管道。我國刑事訴訟法因此規定有事實顯示被告有勾串滅證之虞時，則將被告與外界暫時隔絕（即羈押），有事實顯示羈押之被告利用與外人接見通信機會而有脫逃、滅證勾串之虞，則

禁止羈押被告此項與外界往來之權利。同理可證，若被告藉由與辯護人接見通信權利之行使，進行勾串滅證之舉或有進行勾串滅證行為之虞時，自應對此項權利加以限制。

就「維持監所管理秩序」而言，刑事訴訟法雖未規定得因此目的羈押被告或禁止被告與外人接見通信，但此目的之維護乃被告進入監所後不可避免而必須考量之情況，尤其在我國監所人數氾濫之現今，管理人員與監所人犯數目不成比例，若全然未加任何控制，任一監所人犯只要進行一項違規行為，所有監所管理即會面臨崩潰，故目前監所對於在所人員與外界往來均會施加監視檢查措施⁶⁶，而被告與辯護人接見通信往來亦可能會影響到監所管理秩序，故考量被告與辯護人接見通信規範時，不能迴避監所秩序管理之目的。

至於「避免干擾偵審程序進行」，此一目的乃因應我國社會風氣而探討，因為每個國家均有特殊歷史背景或社會氛圍，如德國將涉嫌恐怖組織犯罪者列為限制被告與辯護人接見通信權之一種情況，我國並無恐怖組織動搖國本之歷史經驗，但我國以往戒嚴時期以黨治國，白色恐怖期間遺留之民眾對於司法不信任感及為爭取解嚴而形成之主要兩黨對峙之特殊政治氛圍，於矚目之企業經濟犯罪或公務員違反職務犯罪等案件，均會在社

⁶⁶ 例如與外界信件往來會檢查是否有夾帶物品；寄菜進入監所，均需一一倒出或剖開檢查；與外人接見時會有管理人員在旁監看。

會上形成政治取向之討論，而且民眾對此說法大多予以跟從，此根源於法治教育落實不足及以往黨國共治於民眾心中形成之刻板印象，此情況之形成與發展，雖非司法所得掌控，但我國社會目前確實存有此種情況，且伴隨此情況之進展不斷傷害司法威信，故於建立司法制度時，自無法忽略此點不論，故因應我國特殊社會氛圍及正視此氛圍對於司法之影響，討論辯護人接見通信權限制時，自無法將此目的置之不顧。

故探討我國辯護人接見通信之限制機制前，必須先確認係為維護羈押目的、維持監所管理秩序及避免干擾偵審程序進行三大目的，因為追求目的之不同將影響界限範疇及限制措施。

二、接見通信權之界限

我國辯護人接見通信權為「相對保障」之權利，故當此權利跨越界限即落入應受限制之境地，而當辯護人行使不受限制之接見通信權之結果將妨害羈押目的、影響監所管理秩序或干擾偵審程序進行時，即認為辯護人已超越達成有效辯護利益保護之界限，此時即應該啟動限制機制。

就維護羈押目的而言，辯護人接見通信權之界限是以「辯護人與被告自由進行意見交換時，是否會不成比例使真實發現更加困難或根本成為不可能」，若答案為肯定，即認辯護人濫用接見通信權。而辯護人所採取之辯護作為若係法律規範賦予權限之行為，自應認為此屬

於正當合法之辯護行為。

就維持監所管理秩序目的而言，若辯護人與被告接見通信過程，造成監所秩序管理不易，則有必要對於被告與辯護人接見通信施加管控措施。

就避免干擾偵審程序進行目的而言，辯護人與被告接見通信後，由辯護人利用法無明文限制之作為試圖影響偵審程序之進行，因辯護人此等作為已非達成為被告有效辯護之法律作為，即應對於辯護人之接見通信權施加限制。例如：對於被告或證人筆錄之真實性有所爭執，法律已規範可聲請法院進行勘驗，辯護人卻選擇召開記者會將相關人等偵訊光碟透過媒體大肆放送並加上個人解讀，該等辯護人之作為顯然已經跨越界限而不應容許⁶⁷。而辯護人若係與被告接見通信討論案件辯護方向後，選擇此一對媒體公布相關人等偵訊光碟內容之作為，則可認為辯護人已濫用其與被告接見通信權進行妨害其他法益之溝通⁶⁸。

⁶⁷ 擅自利用媒體公開相關人等之偵訊光碟內容，更會影響以下法益：1. 罪證可能被湮滅。2. 相關人之個人秘密、名譽受侵害。3. 不當影響整體司法偵查及審判程序之進行。詳見邱忠義所著之開示證據目的外使用之禁止。

⁶⁸ 因為以辯護人具有協力司法發現真實之義務及信賴辯護人均尊重其所負之社會責任為出發點，每一辯護人不應也不會主動提出以規範外作為以影響司法案件進行之建議，然辯護人與被告接見通信後，所採取之作為超脫法規範，則辯護人顯然已拋卻其協力司法發現真實之義務，與被告於隱密之接見通信空間進行妨害司法目的之溝通後，出面進行影響司法偵查及審判程序進行之作為，辯護人此舉已非達成有效實質辯護所必要。

三、限制接見通信權之可能機制

觀諸我國刑事訴訟法第 34 條並未規範限制被告與辯護人接見通信之機制，而過往於羈押法、法務部函示及各監所之管理規範進而訂立派人在旁監看、紀錄、錄音（影）、檢閱信件內容作為限制方式，然此等行之有年之限制方式是否均能夠達成保障目的之追求？

（一）錄音

我國實務行之有年之「錄音」是否適宜作為限制被告與辯護人接見之機制？在檢辯學三方參與之釋字第 654 號解釋羈押法檢討座談會即引發爭論⁶⁹，參與該

⁶⁹ 該次座談會中，楊雲驊教授認為「錄音」本身即為一種侵害，不論此錄音之後有無被使用。林鈺雄教授認為錄音屬於對於人格權之侵害。陳瑞仁檢察官提出可對於「禁止接見通信」之被告與其辯護人接見過程予以錄音，但密封且不可作為本案證據使用，惟經檢察官提出相當事實說服法官該錄音內容涉及未來犯罪或勾串、滅證時，由本案承審法官之外之中立法官以非公開方式來聽。林麗瑩檢察官提出德國基本上對於偵訊警詢錄音係極為例外之情況，因為德國認為對於非公開談話之錄音就是對於人格權之侵害，但於我國容許警詢偵訊錄音錄影，顯見我國對於錄音錄影造成之權利侵害在價值衡量後是可以被排在下位的，對於目前猶有辯護人藉由與被告接見通信以進行勾串、滅證之行為經追訴之案例觀之，追訴犯罪之檢方同樣對於辯護人不信任，既然警詢偵訊等不公開對話在我國均可全面錄音錄影，對於辯護人與被告之接見通信何以不能錄音後密封，原則上不予使用。林峰正律師對此強力反駁，認為警詢偵訊錄音是經過血淚堆疊而成，認為被告接受警察、檢察官詢問之過程與被告與辯護人談話過程是不可等量齊觀的。顧立雄律師認為錄音就會造成寒蟬效應，不論如何保證不會使用此等錄音，其均無法信賴該等保證。詳見（臺灣本土法學雜誌第 126 期，第 90-103 頁，2009 年 4 月）

次研討會之檢辯雙方發言透露出對於彼此不信任⁷⁰，但在討論任何一個機制建立前，都必須回歸原則進行討論，情緒性之討論並無助於觀念之釐清及制度之建立，實應回歸探討「錄音」此一措施保護何利益、侵害何利益、是否可以通過利益衡量等。

我國刑事訴訟法明文規定對於被告之警詢偵訊過程需錄音（影），此係因過往戒嚴時期警察國家，被告或嫌疑人遭受警調檢等機關動輒刑求逼供，由無數人民血淚交疊的歷史，才讓我們檢討制度而建立被告及嫌疑人警詢偵訊過程予以錄音（影）之制度。依據行政院 93 年 3 月 3 日院臺法字第 0930007637 號函所定「檢察及司法警察機關使用錄音錄影及錄製之資料保管注意要點」，規範訊（詢）問被告或犯罪嫌疑人時，應全程錄音（影）；訊（詢）問被告或犯罪嫌疑人以外之人時，為便於審判中證明其陳述具有可信性，於必要時，應全程錄音（影）⁷¹。目前實務上，檢察機關開庭訊問過程

⁷⁰ 註釋 70 的研討會討論焦點最後已流於個案意氣之爭，主要針對馬○九特別費案及陳○扁國務機要費等案之檢察官對外放話、辯護人召開記者會公開相關證人等偵訊光碟畫面，甚而林○正律師表示如果檢察官在意公開偵訊光碟會使不相干的證人或第三者會受到傷害，那為何檢方對於在偵查期間洩漏資訊、洩漏偵查秘密這件事情都不在意？

⁷¹ 一、為落實檢察官訊問或檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問時，妥慎實施錄音、錄影，俾確保筆錄之公信力，並依刑事訴訟法第一百條之一第三項規定錄音、錄影資料之保存方法，特訂定本要點。二、檢察及司法警察機關應備置錄音、錄影之設備及儲存錄音、錄影內容之材料，作為實施訊問或詢問時之輔助記錄。三、訊問被告或詢問犯罪嫌疑人時，應依刑事訴訟法第一百條之一全程連續錄

全程錄音錄影，警察機關詢問被告或犯罪嫌疑人時，全程錄音。而對於警詢偵訊過程之接受詢（訊）問之相關人（包括被告、嫌疑人、證人等）予以錄音，難道這就不是對於這些人的人格權侵害嗎？本文認為對於任何不公開場合所為之錄音，基本上就是對於人格權之侵害，因為既是「不公開」，任何破壞其不公開性質之作為當然屬於侵害。故依此所見，對於被告警詢偵訊談話過程錄音當然也是一種侵害。但之所以對於被告偵訊過程錄音，係因過往不應出現之僅重被告自白之刑求逼供之歷史，使得對於被告偵訊過程錄音反成為保障被告之一種方式，這是對於執法者之諷刺，但不可諱言此係因過往特殊背景造成，更因為對於被告偵訊過程錄音所侵

音；必要時，並應全程連續錄影。但有急迫情況且經記明筆錄者，不在此限。訊問被告以外之人或詢問犯罪嫌疑人以外之人時，為便於審判中證明其陳述具有可信性，於必要時，應依前項規定辦理。四、錄音、錄影應自開始訊問或詢問時起錄，迄訊問或詢問完畢時停止，其間應連續始末為之。每次訊問或詢問前，應宣讀訊問或詢問之日、時及處所；如檢察機關已分案者，應一併宣讀案號及案由。訊問或詢問中，如遇有切換錄音帶、錄影帶、數位磁碟或遇有偶發之事由致事實上訊問或詢問無法繼續進行時，宜於恢復訊問或詢問並繼續錄音、錄影時，先以口頭敘明中斷之事由及時間。五、訊問或詢問時實施錄音、錄影，應遵守偵查不公開之規定，慎防錄音、錄影內容之不當外洩。六、筆錄經向受訊問人或受詢問人朗讀或交其閱覽而無異議者，無庸播放錄音、錄影之內容。其有異議者，如認異議為有理由，書記官或製作筆錄之公務人員，應即更正或補充筆錄之記載；如認異議為無理由，應當場播放錄音、錄影之內容予以核對，並依據核對之內容，更正或補充筆錄之記載或僅於筆錄內附記其異議之事由。

害者為被告之權利⁷²，同時係為保障被告受「合法」訊問之權利，故利益衡量後經由立法者將對於被告偵訊過程予以錄音之程序，明定為保障被告權利之作為。

我國刑事訴訟法並未明文規定對於證人偵訊過程必須錄音，對於證人偵訊過程錄音當然係對於個人人格權之侵害，上揭檢察及司法警察機關使用錄音錄影及錄製之資料保管注意要點雖規定訊問被告以外之人或詢問犯罪嫌疑人以外之人時，為便於審判中證明其陳述具有可信性，於必要時，應依刑事訴訟法第 100 條之 1 全程連續錄音；必要時，並應全程連續錄影，然此並非經由立法者利益衡量後所為之立法決定，而錄音侵害此等被告或犯罪嫌疑人以外之人之人格權係為保障何種利益呢？從上述注意要點規定係為「便於審判中證明其陳述具有可信性」，但被告或犯罪嫌疑人以外之人可於審判中傳訊到庭進行交互詰問，甚而要經過交互詰問之程序始可令其偵查中之證言具有證據能力，既然如此，上揭注意要點所保障之權利並非不可以其他途徑獲得確保⁷³，甚有看法認為此舉係為保障被告權利⁷⁴，但是既然

⁷² 對於被告錄音同時，也側錄追訴犯罪者之談話，但此時追訴犯罪者所為並非私人談話事項，所以應無影響追訴犯罪者「個人隱私」。

⁷³ 此處其實反應出證人翻供後舉證之問題，因為目前實務上多有證人於交互詰問程序翻供，此在暴力組織犯罪、販毒、賄選等案件習見，證人翻供之其中一項重要理由即為被告於審判中經由閱卷可知證人於偵查中陳述之內容，證人因此擔心己身安全，我國目前對於走出庭外之證人也確實無法提供有效之保護，所以證人於審判中交互詰問時多進行翻異前述證言之舉，檢方被要求必須證明證人先前證

對於證人可於審判中進行交互詰問，自可藉由交互詰問過程確認證人證言之證據能力，如此即可保障被告權利，並無必須對證人偵訊過程錄音之必要。既然對於被告或犯罪嫌疑人以外之人之偵訊過程予以錄音侵害其人格權，又無法提出僅有依靠此舉始得保障之權利，則被告或犯罪嫌疑人以外之人若要求不予錄音以免侵害其人格權，該次偵訊過程即不應予以錄音，並將此情事記明筆錄，令被告或犯罪嫌疑人以外之人於此記載內容再度簽名確認後關閉錄音（影）設備再進行該次偵訊⁷⁵，並應逐漸走向對於被告或犯罪嫌疑人以外之人偵訊過程原則上不錄音（影），若接受訊問者要求錄音（影）（即

言之可信性時，只有提出勘驗偵訊光碟之聲請，但是此舉不更令證人偵訊陳述之言語一一顯示在被告面前，不更增添證人對於人身安全之擔憂嗎？為何證人翻供檢方僅能以勘驗光碟以證明證人先前證言之可信性呢？若證人於偵查中陳明不願受錄音錄影，連同之所以不願接受錄音錄影之理由記明筆錄，由證人簽名確認，如此何以不足作為該份筆錄具有可信性之憑據呢？我們實務取證上難道都只有一種認定方式嗎？

⁷⁴ 即證人之證言不具證據能力而無法作為被告犯罪事實之證據。

⁷⁵ 或有質疑認為如此情況下作成之被告或犯罪嫌疑人證述之證據能力，但我國刑事訴訟法本就沒有規範對於被告或犯罪嫌疑人以外之人之訊問必須錄音（影），何況此不予錄音（影）更係出自被告或犯罪嫌疑人以外之人之要求，而且經過簽名確認。至於證述內容是否有任何不當訊問之處或誤解被告或犯罪嫌疑人陳述內容之疑義，可由被告或犯罪嫌疑人以外之人於筆錄最後之簽名確認，甚或審判中再度傳訊到庭進行交互詰問。若被告或犯罪嫌疑人以外之人事後提出訊問內容被不當扭曲記載為筆錄，當需由其提出證據，若無法提出證據佐證，當應肯認此等記載內容之真實性及證據能力，但若有檢察官利用不錄音（影）機會進行不當訊問或故意曲解陳述內容，亦應接受嚴厲懲處。

放棄人格權之保障)始為之。

既然對於任何不公開談話予以錄音(影)都是一種侵害，對於辯護人與被告不公開之談話內容予以錄音(影)當亦侵害隱私權及弱化被告受實質有效辯護協助。限制辯護人接見通信權，係為建立包括被告在內均可安全生存之最基本(但無美德)之社會秩序，此社會秩序為個人生存所必須，應優於個人隱私權、訴訟權等利益而受保障，但應由立法者衡量後，明文規範具體要件，符合法律明文規定要件始啟動錄音(影)之限制辯護人接見通信權機制。

(二) 辯護人排除機制

辯護人排除機制之立法例，參照德國刑事訴訟法第 138a 條，在以下三種情形，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，德國刑事訴訟法第 138a 條第 1 項第 1 款)、(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(德國刑事訴訟法第 138a 條第 1 項第 3 款)、(3) 辯護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⁷⁶(德國刑事訴訟法第 138a 條第 1 項第 2 款)。在採取辯護人排除機制的同時，德國刑事訴訟法第 148

⁷⁶ 「在德國，有看法著眼在辯護人離開所參與之程序，嚴重干預辯護關係的效果，與國家真實發現利益的保護進行衡量，認為基於比例原則，排除辯護人並非適當的手段，而應該考慮以限制此一規定的適用範圍」，詳見吳俊毅，前揭書，第 249 頁。

條保障在押被告與辯護人的往來，不受任何限制或干預。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（即以辯護人參與危害國家安全行為，作為排除辯護人之理由）規定的情形，在押被告與辯護人往來完全自由。而辯護人排除機制，雖可將辯護人參與程序所可能產生的弊端一舉革除，但也將影響被告的防禦權及辯護人職業執行自由、專業信譽損及辯護人財產權利，因為被告選任該辯護人最可能原因為信賴，若欠缺信賴，可能不願暢所欲言，縱更換辯護人，與特定辯護人的信賴關係，可能不能替換，況一旦將辯護人排除，被告之前為防禦所投入之努力全然白費，被告防禦工程必須重新開始。但有時被告與辯護人間有特別信賴關係，對於被告未必有利，甚至有加深被告受程序不利益的可能，例如被告與辯護人為共犯。又上揭構成排除辯護人之理由，既然主要因為辯護人有犯罪行為或重大犯罪嫌疑，則辯護人為執業律師時，因此失去執業資格，未必是憲法所不許，因為協助被告之目的，並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。更何況律師有上述行為時，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託付，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相互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，

附麗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⁷⁷。

（三）在旁監看與聞

司法院大法官釋字第 654 號解釋之前，大部分監所均派員在旁監看被告與辯護人接見談話並同步紀錄交談內容，甚而部分地方法院檢察署檢察官因應案件之性質⁷⁸而派遣檢察事務官在旁監看紀錄接見內容。本文認為此種限制方式較之錄音更易造成寒蟬效應，因為錄音僅係將辯護人接見被告談論內容予以留存，偵查犯罪之一方並無從依此直接得知被告告知辯護人之內容，但派員在旁監聽並紀錄被告與辯護人接見談論內容，使被告之答辯方向甚至係被告得保持緘默之犯罪事實，均直接為第三人獲知，凡係「人」獲知之事實，較之「物」保存之事實，更具有洩漏之可能性⁷⁹，通常難以信賴聽聞

⁷⁷ 許大法官玉秀就第 654 號解釋文提出協同意見書第 16-20 頁。

⁷⁸ 通常是組織犯罪，筆者即曾經偵辦組織犯罪，遭羈押禁見之被告與法律扶助基金會之辯護人接見後，被告之未落網的大哥前往該辯護人處，明確表示辯護人係於何時接見被告，並要求辯護人下次接見時帶話給被告，幸該辯護人當下婉拒後，並於庭訊空檔告知此事，令筆者得以採取措施防止該禁見被告再與外界互通訊息。於此揭示過往偵辦案件經驗，並非贊成派員在旁監視接見過程之機制，僅為表示縱然被告禁見，但監所有許多迥異常態、不可想像之情況，不容忽略或一派天真的想像。

⁷⁹ 因為由錄音保存之內容，可以藉由現場密封、按指印等方式確保不為有意探知之人隨意得知，但若係存乎任一第三人腦中之內容，無法如錄音這般可以以客觀可見之方式確保不為有意探知之人知悉，即便可以對該第三人加諸洩密處罰，但對於被告而言，實在無從依此取得信賴，遑論該第三人就是與其在對立一方之政府機關人員。

內容之人保密而不洩漏，何況聽聞接見談話內容之人係受追訴犯罪之檢察官指揮之監所人員或檢察事務官！縱然係由本案以外且負有保密義務之法官在旁監看與聞，對於被告亦將造成相當心理壓力⁸⁰，殊難想像被告於有人在旁監看與聞談話內容時，能夠無所忌憚對於辯護人暢談遭追訴之事實經過，則辯護人藉由行使接見權希冀由被告處獲得對於案情之全面掌握成為不可能，自難期待被告能獲得實質有效辯護之協助。故此等派員在旁監聽與聞之限制方式，直接架空有效實質辯護，所侵害之權利明顯可見且重大，縱有值得保障之利益存在，因有其他造成損害較小之方式可選擇，故難認此為限制辯護人接見權行使之選擇選項。

（四）檢閱信件內容

目前監所實務少有被告利用與辯護人通信溝通其遭追訴之案件事實及辯護方向，原因在於被告可於接見時將欲言之事告知辯護人，且書信筆談較見面對談更易造成溝通內容之誤解，並降低及時溝通之效率，實務上辯護人更非僅有被告之單一案件進行中，更無可能對於被告之來信逐一回覆，故縱辯護人擁有與被告「通信」權利，少有利用此項權利與被告交流。暫置實務上少有辯護人行使與被告通信權利不論，檢閱信件內容確實亦

⁸⁰ 由法官在旁監看與聞在我國現況恐將面臨日後檢察官起訴案件時，該法官對該案件是否迴避之問題，依據目前人力配置情況，若法官需迴避該案件，恐無法有足夠法官人力以為因應，就如同我國目前法官亦無迴避審理其曾審查核發通訊監察書之案件。

侵害被告與辯護人秘密往來溝通之權利，若由政府機關之一員檢閱信件內容，對被告而言等同係派員直接在旁監聽其與辯護人之接見談論內容，被告自然因此對於書信溝通內容有所保留，辯護人因通信權行使以從被告處獲悉案件全貌之期待因此落空，故如同上述之派員在旁監聽一般，由第三人檢閱信件內容不宜作為限制辯護人通信權之機制。但若將信件影印密封而不閱覽，其功能等同對於被告與辯護人接見溝通內容錄音，不致因此直接影響被告與其辯護人暢談案情，經由利益衡量之後，或可經由立法過程形成限制機制之一。

四、有效維護前述目的之限制機制

（一）維護羈押目的

就維護羈押目的而言，當跡象顯示辯護人於與被告完全隱密之接見通信過程，從事偽造、變造、湮滅刑事案件之證據或勾串刑事案件之證人或共犯行為時，為避免阻礙真實發現，自應有管控機制介入。於偵查犯罪過程，辯護人執意受利害衝突均遭禁見之共犯委任或於禁見被告之案件偵查過程發現被告以外之人（包括證人、被害人、鑑定人等）異常翻異前詞，可認為辯護人與被告於隱密之接見過程疑行影響證據收集、阻礙真實發現之措舉，以此等事實及嫌疑啟動「錄音密封機制」及「影印信件內容密封機制」限制辯護人與被告之接見通信⁸¹。因為前述事證顯現辯護人具有混淆刑事案件證據之

嫌疑，藉由啟動此限制機制，可適時敦促受律師養成教育之辯護人修正辯護作為，且協助憶起身負公共職務之角色，應可泯除辯護人影響真實發現之嫌疑。上揭機制取得之被告與辯護人談話通信內容均以密封方式留存，第三人仍無法依此獲知對話溝通內容，不致直接影響辯護內涵，應屬於侵害最小之方式。雖側錄接見談話內容及影印信件內容使被告與辯護人間之溝通並非完全隱密，但溝通內容側錄影印後直接密封，被告及其辯護人無庸擔憂辯護方針直接為第三人得知，縱此舉破壞被告與辯護人完全秘密溝通往來，但此侵害與確保羈押目的之利益相較，利益仍大於損害。

若辯護人為禁見被告之共犯或幫助犯、教唆犯或已實際進行湮滅證據行為，無論係啟動錄音錄影或影印信件密封之限制機制，均已無法達到效果，因辯護人既從事己身觸法行為，顯然不具擔任辯護人之資格，雖然本案被告勢必對此辯護人相當信賴，但此信賴已非對於辯護人合法辯護作為之信賴，此信賴已成為辯護人進行違法情事為被告卸免刑事責任之犯罪共同體之信賴，不屬於被告獲得有效實質辯護保障之一環，應考量將此辯護

⁸¹側錄辯護人與被告接見談話過程，僅可留存被告與辯護人口語交談，對於辯護人從事湮滅證據或勾串證人共犯之嫌疑時，或與被告於接見過程以「筆談」方式規避錄音限制機制，亦可啟動錄影監控機制，或藉由為維持監所秩序之不需刑事訴訟法規定之「行為監視」即可達成監控目的。

人剔除於本案程序之外，德國之辯護人排除制度⁸²或可為我國建立制度之參考。

⁸²德國刑事訴訟法第 138a 條第 1 項，辯護人被排除的前提原則上是在於他有實行同法第 138a 條第 1 項第 1 至 3 款的「嫌疑」。在嫌疑的程度上，同法第 138a 條當中卻是有所區別的；首先，在第 138a 條第 1 項是必須要達到「重大的」嫌疑，這個概念是指，在對於所有的事實進行整體的評價之後得出，排除辯護的理由的存在是具有「高度的可能性」。除此之外，在第 138a 條第 1 項可以發現，對於嫌疑也使用了這樣的描述：「具有可以開啟審判程序程度的嫌疑」，在性質上，這其實是對於「足夠嫌疑」的描述，也就是第 138a 條第 1 項第 1 至 3 款的理由的存在只具有「比較低度的可能性」。在可能性的光譜分佈上，這兩個概念並不相同，前者是高於後者的，而作為排除辯護人下令門檻的兩種嫌疑程度，同時出現在第 138a 條第 1 項，不過，要特別注意的是，這兩個門檻並非是可以由法官「選擇性」地被適用。原則上，一旦辯護人有實行第 138a 條第 1 項第 1 至 3 款當中任何一種事由的「重大嫌疑」時，「一定」足以支持法院依職權作成辯護人排除的決定。而有權提議排除辯護人者，在起訴後直到有法律效力的程序結束時，「程序所繫屬的法院」是有權提案排除辯護人的機關；其他的階段，「檢察官」是有權提議排除辯護人的機關。德國刑事訴訟法第 138c 條第 1 項規定，決定機關並非程序即將繫屬或已經繫屬的法院，而是「邦最高法院」。而一旦提出排除辯護人的聲請，必須通知律師公會理事會，理事會可以在程序當中陳述，並進行言詞審理，對於排除與否之決定，辯護人、被告與檢察官有權提出異議，但若係駁回根據德國刑事訴訟法第 138a 條辯護人排除的決定，則不得異議。而在進行辯護人排除程序當中，在邦最高法院作出決定前，「程序繫屬的法院」可下令暫停辯護人之閱卷權以及與羈押中被告的交流權，在命令有效期間內，下令的法院必須指定一位義務辯護人，而該義務辯護人的任務僅限於代為實行被暫停的辯護人權利。再者，當程序繫屬的法院在審判階段作出辯護人排除的提案時，該法院必須在提案被決定之前暫停程序，暫停期間最高為 30 天。在德國，有看法認為辯護人排除的決定程序，過於繁瑣及費時，實務操作上，根據德國刑事訴訟法第 138a 條、第 138b 條的辯護人排除程序並不多，通常都是爭議一發生，辯護人即自動解除委任，並保證不會在有爭議的程序再度擔任選任辯護人。吳俊毅，前揭書，第 251 至 257 頁。

（二）維持監所管理秩序

就維持監所管理秩序而言，辯護人隱密接見通信過程可能產生影響監所秩序之情況，係辯護人趁機夾帶違禁物品與被告。故為維持監所管理秩序，僅需管控辯護人遞交物品舉動及信封內容物，為達此管控目的，僅需監看辯護人之舉動及開拆信封，無須聽聞辯護人與被告之交談內容或檢閱信件內容。故為維護此目的，僅需派員（或藉由未收音之監看設備）在不聽聞辯護人與被告接見交談內容之距離監看及單純開拆信封檢查內容物。此等防止辯護人趁機遞交物品之機制，並不會影響辯護人之隱密接見溝通權利，更不會減損對於被告獲得實質有效辯護協助，故僅需於管控被告生活起居之羈押法加以規範即可⁸³。

（三）避免干擾偵審程序進行

此一目的之提出係因應我國特殊社會氛圍，縱多數刑事案件不致出現干擾偵審程序進行之情況，但過往經驗確實顯示當被告為知名人物或案情矚目時，社會大眾易隨媒體或相關人等言行起舞，有心人極易進行法規範之外影響偵審程序進行之作為。涉嫌此等案件之被告既經中立法官審酌認為其具有刑事訴訟法第 101 條或第 101 條之 1 之情形，並有羈押之必要而羈押禁止接見，

⁸³目前辯護人若欲於接見過程遞交物品與被告，程序與一般人遞交物品與被告相同，需經由檢查窗口檢查之後交付被告，以免有夾帶違禁物品之情形，而檢查作為僅限於檢視有無夾帶物品，並不會進行內容之檢閱。

被告犯罪嫌疑顯然重大，並有影響真實發現之虞，非剝奪人身自由及拘束溝通往來之權利，無法遂行發現真實、確保偵審程序進行、保障被害人等目的。若羈押禁見被告猶得以一定作為鼓動大眾而干擾偵審程序進行，甚或實際啟動者即為被告之辯護人，則辯護人與被告顯然於隱密之接見通信過程商議進行法規範以外之遊走法律邊境作為，辯護人顯非提供有效實質辯護，已逸脫辯護權行使界限，非高舉「被告人權」、「言論自由」旗幟即可合法（理）化作為。辯護人此際已將協力司法發現真實義務置於被告利益前，並將干擾司法作為現實化，應啟動限制機制管控辯護人與被告於接見過程進行法制外干擾偵審程序之溝通。惟縱辯護人與被告溝通進行干擾司法之舉，但辯護人藉由隱密接見以圖獲悉之被告遭追訴事實之權利仍受保障，故派員在旁監聽與談內容並非適宜之限制機制⁸⁴。而因辯護人已將干擾偵審程序行為現實化，雖法無明文評價辯護人作為為違法行為，但不可諱言辯護人之作為造成案件偵查審理之難題⁸⁵，為求偵審程序不受法規範外之作為影響而能落實真

⁸⁴ 因為辯護人縱有與被告於接見時進行干擾偵審程序作為之溝通，但也會進行本件辯護方針之討論，若派員在旁監聽對話內容，則因派遣之人直接可以獲知被告與辯護人談論內容，被告自當無法對其辯護人暢所欲言，故為避免干擾偵審程序進行，派員在旁監聽並非係達成該目的之最小侵害方式。

⁸⁵ 以辯護人公開被告案件之證人之偵訊光碟畫面為例，公開證人偵訊光碟，已對證人造成壓力，試圖影響證人日後證述之內容，當然影響真實之發現。雖然法無明文禁止辯護人此等作為，甚而有看法認

實發現，應啟動錄音機制保存辯護人與被告接見溝通內容或影印（但不閱覽）往來信件內容留存，防止辯護人提議或贊同、鼓動被告進行干擾偵審程序進行之作為⁸⁶。

第三節 因應司法院大法官釋字第 654 號解釋之刑事訴訟法修正草案之檢討

一、草案內容

司法院大法官釋字第 654 號解釋明白指出如法律就

為此舉並無不妥之處，但跳脫公開偵訊光碟之馬案及扁案而論，我國法律已明文賦予被告、辯護人可聲請法院勘驗相關人等偵訊光碟，若被告或辯護人對於證人證言之憑信性有所質疑，自可聲請法院進行勘驗或利用交互詰問程序打擊檢方提出之證據，對媒體公開證人之偵訊光碟可以排除證人證言憑信性嗎？顯然無法以此排除，則辯護人此舉目的為何？司馬昭之心，路人皆知。而擅自對媒體公開光碟畫面，豈非為被告利益（雖筆者不明瞭此舉是為保障被告何利益）將證人隱私或人身安全完全置之不顧，若各案件之辯護人日後多利用此舉，於我國現行對於證人保障不足之狀況下，以後何人敢出面作證？何人受害敢出面控訴？只要把這樣的作為放置在暴力犯罪案件即可知嚴重性，暴力犯罪多有許多未落網之人，若辯護人擅自對外公開證人偵訊光碟，未落網者難道不會去尋找這些人影響其證言嗎？誰來保障這些證人人身安全？但我國目前並無禁止辯護人此項作為之規定，僅能以道德勸說加以要求。近年來因為被告人權高漲之訴求，修定相關法律均走向被告之保障，被害人之保護已有多久未為人重視，就因為被害人並非刑事訴訟程序之當事人，就當然應該在法律規範中被犧牲嗎！或謂檢察官可代表被害人，但受限於檢察官有國家機器協助，社會論點認為必須限制檢察官權限以保障被告權益，不斷打擊限縮檢方權限，身為犯罪追訴者，我們並不擔心失去什麼，但高舉被告人權大旗之際，可曾看顧陰影中之被害人？甚或是已無法發聲之被害人？

⁸⁶ 此結論係從辯護人尊重其身負社會職務、不以追求勝訴為目的之公音舉動保存辯護人與被告接見談話內容，此錄音內容非於一定情況下不得開拆，並不得作為被告本件事實認定評價使用，但可作為懲處辯護人不當行為之憑據，詳後述「啟動限制機制取得資料之使用」之論述。

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，依據解釋意旨，為具體明確之規範，相關法律規定亦應依解釋意旨檢討修正，司法院因應於此提出刑事訴訟法修正草案如下：

(一) 第 34 條

「辯護人得接見羈押之被告，並互通書信。非有事證足認其有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人者，不得限制之。辯護人與偵查中受拘提或逮捕之被告或犯罪嫌疑人接見或互通書信，不得限制之。檢察官為偵查之必要，得指定接見之時間及場所。但其指定不得妨害被告或犯罪嫌疑人正當防禦之權利」。

(二) 第 34 條之 1

「限制辯護人與羈押之被告接見或互通書信，應有限制書。限制書，應記載下列事項：一 被告之姓名、性別、年齡、住所或居所，及辯護人之姓名。二 案由。三 限制之具體理由及其所依據之事實。四 具體之限制方法。五 如不服限制處分之救濟方法。第七十一條第三項規定，於限制書準用之。限制書，由法官簽名後，分別送交檢察官、看守所、辯護人及被告。偵查中檢察官認羈押中被告有限制之必要者，應以書面記載第二項第一款至第四款之事項，並檢附相關文件，聲請該管法院限制。但遇有急迫情形時，得先為必要處分，並應於

二十四小時內聲請該管法院補發限制書；法院應於受理後四十八小時內核復。檢察官未於二十四小時內聲請，或其聲請經駁回者，應即停止限制。前項聲請，經法院駁回者，不得聲明不服」。

（三）第 404 條

「對於判決前關於管轄或訴訟程序之裁定，不得抗告。但下列裁定，不在此限：...三對於限制辯護人與被告接見或互通書信之裁定」。

（四）第 416 條

「對於審判長、受命法官、受託法官或檢察官所為下列處分有不服者，受處分人得聲請所屬法院撤銷或變更之。...三 對於限制辯護人與被告接見獲互通書信之處分。四 對於第三十四條第二項指定之處分。...」。

二、草案規定之衝擊

前揭因應司法院大法官釋字第 654 號解釋而由司法院提出之草案內容，規定於相關要件下由檢察官聲請限制被告與辯護人接見通信權利，由法官進行審核以為決定，若不服法官所為之處分可聲明不服，落實法律保留、具體明確原則及救濟途徑，然該草案內容仍有下列未盡之處：

（一）程序啟動之困難

第 34 條第 1 項「...非有事證足認其有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人者，不得限制之...」，將現

行刑事訴訟法第 34 條第 1 項⁸⁷「之虞」兩字刪除並調整內容如上，正面揭示辯護人享有完全隱密之接見通信權利。而刪除「之虞」二字是否表示不得以有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之「嫌疑」為據而限制辯護人之接見通信權？修正說明⁸⁸並未表明何以刪除「之虞」

⁸⁷ 「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」。

⁸⁸ 「一、現行條文關於羈押之被告之規定改列為第一項。二、辯護人與羈押之被告，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。參照司法院釋字第六五四號解釋意旨，此自由溝通權利雖非不得以法律加以限制，惟應合乎憲法第二十三條比例原則規定，並應具體明確，方符憲法保障防禦權之本旨。爰就第一項為文字修正，揭明辯護人與羈押之被告得為接見或互通書信，暨得予限制之條件。至犯罪嫌疑人部分，於增訂之第二項中規範。三、偵查中之被告或犯罪嫌疑人經拘提或逮捕到場者，為保障其訴訟上之防禦權，對其與辯護人之接見或互通書信，不得限制之。又為偵查之必要，接見之時間及場所，得由檢察官指定之。所謂「偵查之必要」，應限於如不予指定，將導致偵查行為中斷之顯然妨害偵查進行之情形。且檢察官所為之指定，應合理、妥適，不得妨害被告或犯罪嫌疑人正當防禦之權利。爰增訂第二項，以資兼顧。至司法警察(官)，因調查犯罪及蒐集證據，如認有上開指定之必要時，應報請檢察官為之。四、如辯護人、被告或犯罪嫌疑人不服檢察官依第二項所為指定之處分，依第四百十六條第一項第四款規定提起救濟，經法院以其指定不符合偵查之必要，或妨害被告或犯罪嫌疑人正當防禦之權利，予以撤銷或變更者，既屬指定不當，即屬違背法定程序之一種，期間所取得之證據，其證據能力之有無，應依第一百五十八條之四規定，審酌人權保障及公共利益之均衡維護定之，附此敘明。五、本條僅以辯護人對人身自由受拘束之被告或犯罪嫌疑人之接見或互通書信為規範內涵，至於人身自由未受拘束之被告或犯罪嫌疑人，辯護人本得與之自由接見或互通書信，而無本條之適用，自屬當然。」

兩字，但從修正前後條文文字觀之，確實有此顯著差異，草案通過後，檢察官若僅提出辯護人有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人「嫌疑」之事證，會否遭法院認為並不該當第 34 條第 1 項規定而駁回聲請？

第 34 條規定修正看似落實司法院大法官釋字第 654 號解釋揭示意旨，卻忽略實務操作上之困境。首先，辯護人均為熟習法律之人，多年從事刑事案件辯護工作之經歷使其熟知追訴作為，復據被告陳述獲知相關證據資料所在，極易不遭發覺地進行影響真實發現之掩飾工作，使檢察官提出辯護人從事湮滅證據作為之憑據幾近不可能⁸⁹。我國目前更無管控辯護人退場之「辯護人排除機制」，縱確實提出辯護人進行湮滅證據之舉聲請啟動限制機制，因辯護人已為湮滅證據之己身違法行為，顯然不具本案辯護人資格，此時不論是啟動錄音錄影或影印信件機制，均不足規範辯護人行為而維護本案真實發現。

草案內容為前揭文字調整，卻未詳予說明，更無同

⁸⁹ 舉例而言，羈押禁見被告僅可與辯護人秘密接見通信溝通，本件曾經訊問之證人或共犯再度開庭時，面對檢察官訊問突然翻異前詞或拒絕證述或表現承受壓力，因被告無法與證人或共犯往來，亦無法與外界溝通，除被告以外之人無從獲悉有關證人或共犯之資料之情況下，證人或共犯卻有上述表現，顯然有遭受外來壓力之嫌疑，此時已影響到案件真實之調查，而因被告法律上對外溝管道僅有辯護人，應可形成辯護人具有勾串滅證之「嫌疑」，若修正後刑事訴訟法第 34 條認為「嫌疑」不該當該條規定，則此情況下猶不得啟動限制機制，日後刑事案件何能繼續偵辦呢？

時檢討訂立辯護人退出本案之機制，若草案內容照樣經過三讀公布，日後檢察官是否必須提出辯護人從事勾串滅證之事實，始得啟動此一程序？若此，檢察官如何提出有效因應辯護人滅證勾串作為之限制機制？因此將造成多少應負責之刑事案件被告於法律眼下逃脫？又有多少被害人求助無門？社會秩序遭面臨多大之衝擊？

（二）檢察官提出「限制方法」之不當

第 34 條之 1 規範檢察官聲請法院限制被告與辯護人接見通信權利時，應記載「具體之限制方法」並檢附書面文件，也就是說，草案內容並未規範被告與辯護人接見通信權之限制方式，而係由檢察官於個案視案情及偵查情況而個別聲請。此規定故可因應個別案件之特殊情況而變化，加強檢察官對於案件偵查之機動性，然因個別檢察官個案聲請提出限制方式，由個別法官每一個案審查，恐形成不可預見性及法官決定恣意。法官面對每一個案聲請之限制方法之裁量基準無法形成可預見性，大大加深檢察官舉證責任⁹⁰。而因為法官裁量基準

⁹⁰ 以羈押為例，若法官認可檢察官提出之證據資料，法官就會裁定羈押，也只有羈押這種剝奪被告人身自由之機制，所以檢察官舉證時僅需致力提出被告有何逃亡或串證等羈押事由之資料。而何等資料可使法院形成此案有羈押事由之心證，更可由法院以往之裁定內容窺見一二。但是限制被告與辯護人通信接見之限制方法，需個案提出本案之限制方法聲請，檢察官必須先提出維護目的、限制方式、限制方法與此目的維護之關連性，甚而進入比例原則下三原則之舉證，以憲法原則說服刑事法官，舉證事項較諸剝奪被告人身自由之

形成之困難，更無法排除法官或會在個案中加入許多難以管控之個人意識之判斷。

司法院大法官釋字第 654 號解釋揭示接見通信權之限制應以「法律」定之，而「限制方法」屬於限制被告與辯護人接見通信權之重要內涵，草案中卻未將「限制方法」明文規範，而係由檢察官個案聲請提出，似有將「限制方法」排除於法律保留原則之外。

（三）未有「限制期間」之規範

前揭草案已正面揭示辯護人接見通信權不受限制，例外於檢察官提出限制聲請時，經由法院審核判斷。惟啟動辯護人接見通信權限制機制確實影響被告受實質有效辯護之保障，故外國法例縱有所限制，均有規範限制期間，我國羈押規定亦有羈押期間⁹¹之規定，司法院大法官釋字第 654 號解釋亦揭示「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」，但第 34 條之 1 就限制機制啟動後之期間卻未有規範，屬於限制機制重要內涵之「限制期

羈押聲請更劇。且因為每個案件之限制方法不一，且牽動因素極多，所以法官對於所舉事證之評價，無法形諸可預見之標準，檢察官、被告或辯護人均無法預見法官之裁量，而檢察官舉證為免散失，勢必大量提出事證，無形中也加重法官審核之困難。

⁹¹ 刑事訴訟法第 108 條第 1 項「羈押被告，偵查中不得逾 2 月，審判中不得逾 3 月」、第 108 條第 5 項「延長羈押期間，偵查中不得逾 2 月，以延長 1 次為限。審判中每次不得逾 2 月，若所犯最重本刑為 10 年以下有期徒刑以下之刑者，第一審、第二審以 3 次為限，第三審以 1 次為限」。

間」恐逸脫法律保留原則範疇。

(四) 壓縮刑事訴訟法第 93 條第 2 項⁹²之時限

第 34 條第 2 項規範偵查中（包括在警詢階段及偵訊階段）受拘提或逮捕之被告或犯罪嫌疑人與辯護人不受限制之接見通信權，檢察官為偵查之必要，於不妨礙被告或犯罪嫌疑人正當防禦權利時，得指定接見之時間及場所⁹³。若對此指定有所不服，可依據草案第 416 條第 1 項第 4 款規定提起救濟，若法院以其指定不符合偵查之必要，或妨害被告或犯罪嫌疑人正當防禦之權利，予以撤銷或變更者，既屬指定不當，即屬違背法定程序之一種，期間所取得之證據，其證據能力之有無，應依刑事訴訟法第 158 條之 4 規定，審酌人權保障及公共利益之均衡維護定之。此時正屬案件偵查之浮動階段，偵查事實隨證據浮現，偵查時間分秒必爭，於案件偵查過程對於拘提或逮捕之被告或犯罪嫌疑人聲請羈押，依據刑事訴訟法第 93 條第 2 項規定，需於拘提或逮捕之時起 24 小時內向法院聲請，被告與辯護人之接見通信當然壓縮 24 小時之時限，雖草案規定檢察官可因偵查必要而指定時間，但若案情繁複案件，警詢、偵訊共用 24 小時已常有與時間賽跑之情況，其中又要擠壓出被告與其辯護人接見通信時間，實屬不易之事。辯護人於案情

⁹² 刑事訴訟法第 93 條第 2 項「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」。

⁹³ 若於警詢過程有此必要，由警察報請檢察官指定時間及場所。

繁瑣案件若僅有 1、2 小時與被告接見談話，無法獲悉案情而提供辯護協助，如此進展之下，辯護人恐將屢屢爭執檢察官指定時間之不當，若經法院審核後認為確實不當，則此過程中取得之證據恐因未符刑事訴訟法第 185 條之 4 之規定而遭到排除，將影響犯罪追訴成果及不足妥適保障被告。

現行刑事訴訟法第 93 條之 1 規定原本即有不計入 24 小時之障礙事由規定，若能將草案第 34 條第 2 項之被告與辯護人接見通信時間列入刑事訴訟法第 93 條之 1 之法定障礙事由，並加上障礙時間之限制，如此一來，被告與辯護人可於無時間壓力下溝通、檢察官指定時間亦有所依憑，也不致擔憂超越 24 小時而指定較為短暫之時間，辯護人日後也不致因溝通時間短暫而爭執指定不當。

因司法院目前提出之修正草案內容於實行層面有前述疑義，為免草案修正通過後，再度流於違反法律保留原則之批判，並為兼顧實務追訴犯罪保障被害人人權及社會基本生存秩序與被告與辯護人秘密接見通信權，本文認應（一）刑事訴訟法明文規範限制方法及限制期間。（二）將辯護人勾串滅證「之虞」與勾串滅證「事實」界定為不同限制機制啟動事由。（三）增定拘提逮捕後 24 小時移送法院之法定障礙事由。（四）建立辯護人於本案完全退場機制。

第四節 啟動接見通信權限制機制取得證據

之使用

一、以往規定及實務狀況

刑事訴訟法第 34 條規定並未規範限制辯護人接見通信權之具體措施，刑事訴訟法當然亦無規定限制辯護人接見通信權所取得資料之使用。而修正前羈押法第 28 條⁹⁴「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」，並未明定可作為證據使用，但司法院大法官釋字第 654 號解釋認為限制辯護人接見通信所取得之資料，因此規定得以作為偵查或審判上認定被告本案犯罪事實之證據，因此妨害被告防禦權之行使，而宣告該規定失其效力。

以往實務上確實有少數案例以被告與辯護人接見談話內容於起訴時作為證據使用，例如臺北地方法院檢察署 96 年度偵字第 20584 號案件以被告與辯護人接見談話錄音譯文作為被告供述為真實之證明⁹⁵、臺北地方法院檢察署 95 年度偵字第 9501 號案件以另案被告與辯護人接見錄音譯文作為被告辯解及證人證述不實在之

⁹⁴ 該條業經司法院大法官釋字第 654 號解釋宣告自 98 年 5 月 1 日起失其效力。

⁹⁵ 臺北地方法院檢察署 96 年度偵字第 20584 號案件起訴事實概要：被告郝○庭與被告陳○智為確保順利得標臺北市立聯合醫院婦幼院區第一與第二醫療大樓整修統包工程，為使順利開標決標而借用被告郭○實經營之普泰公司及另名被告劉○昌之克益公司名義投標，最終開標結果果真由被告郝○庭、陳○智議妥之宗盈捷成公司得標。於起訴書證據清單中列明以被告郝○庭與律師接見錄音譯文證明被告郝○庭所為之「係被告陳○智要求找普泰公司之被告郭○實陪標」之供述為真實。

憑據⁹⁶、板橋地方法院檢察署 96 年度偵字第 28274 號案件以被告與辯護人接見談話內容作為被告所辯不實在之證據⁹⁷、板橋地方法院檢察署 95 年度偵字第 21389 號案件以共犯與辯護人接見談話紀錄作為被告涉嫌起訴事實之證據⁹⁸、臺中地方法院檢察署 97 年度偵字第 13031 號案件、臺中地方法院檢察署 96 年度偵字第 2901 號案件、臺中地方法院檢察署 92 年度偵字第 9082 號案件、屏東地方法院檢察署 93 年度偵字第 4942 號案件、臺北地方法院檢察署 94 年度偵字第 19721 號案件均以被告與辯護人接見談話內容作為認定被告先前供述內容真實之證據⁹⁹、彰化地方法院檢察署 95 年度偵字第

⁹⁶ 該案起訴之事實概要：被告侯○昌持有具有殺傷力之改造手槍及子彈。本件查獲時扣得之改造手槍及子彈係在被告侯○昌租用之自用小客車查獲，查獲當時係被告侯○昌女友即證人彭○璿在車上，證據清單列明以被告侯○明另案在看守所與辯護人接見錄音帶勘驗筆錄作為被告侯○昌要求證人彭○璿附和其辯解之詞之佐證。

⁹⁷ 該案起訴事實龐雜，簡要內容為被告鄭○榮（為交通部鐵路改建工程局局長）等人辦理採購工程違法，證據清單列明以被告鄭○榮與辯護人接見談話內容之紀錄佐證被告辯解之「偵辦前不知有第一次預算書」云云為不實。此案係因有利害衝突之數名羈押被告執意委任相同之辯護人，該辯護人經告知其當事人間有利害衝突之情形猶接受委任，為免羈押目的喪失而指派檢察事務官在旁紀錄被告與辯護人接見交談內容。

⁹⁸ 該案起訴事實概要：被告劉○墉為偵查佐，涉嫌收賄包庇色情業者，並與共犯商○發共同經營色情摸摸茶店，證據清單列明以共犯商○發與辯護人接見談話內容「被告劉○墉不進入店裡，都約在外面向被告劉○墉報告」作為被告劉○墉與共犯商○發共同經營色情摸摸茶店之憑據。

⁹⁹ 97 年度偵字第 13031 號案件起訴事實：被告廖○順販賣第一級毒品海洛因，被告廖○順原本坦承後翻供，證據清單列明以被告廖○順

857 號案件以被告等人與辯護人接見所為未否認起訴犯行之談話作為被告等人犯行之積極證據之一¹⁰⁰、高雄地方法院檢察署 97 年度偵字第 8606 號案件以被告與辯護人接見交談內容認定扣案海洛因為被告所有之證據¹⁰¹、高雄地方法院檢察署 97 年度偵字第 2198 號案件以被告與辯護人接見談話內容作為起訴事實之積極證據

與辯護人接見談話內容與其先前供述內容相符而認定被告廖○順先前供述內容為真實。96 年度偵字第 2901 號案件起訴事實：被告羅○潔與真實姓名年籍不詳綽號「作伙仔」之成年人共同運輸、販賣第一級毒品海洛因，被告羅○潔原本坦承後又翻供，證據清單以被告羅○潔與辯護人接見談話內容與其先前供述相符而佐證其先前供述為真實。92 年度偵字第 9082 號案件起訴事實：被告劉○全與真實姓名年籍不詳「阿華」共組竊車恐嚇取財集團，被告劉○全於警詢及前兩次偵訊均坦承犯行細節，嗣後翻供，起訴書以被告劉○全與辯護人接見談話內容與警詢及前兩次偵訊供述內容一致作為被告劉○全先前自白真實之證據之一。93 年度偵字第 4942 號案件起訴被告黃○霖製造具有殺傷力之改造手槍，被告黃○霖初始供述製造方式等，後翻異前詞辯稱：係向「阿源」購買，證據清單以被告黃○霖與辯護人接見時亦為與先前供述相同之陳述，證明被告先前供述之可信。94 年度偵字第 19721 號案件起訴之事實概要：被告鄭○龍遭查獲持有大量第三級毒品愷他命及分裝袋，被告鄭○龍原供述係與真實姓名不詳「志宏」購買該批毒品，並約定待出售後再給付款項與「志宏」，後翻易供述為已將購買毒品款項支付與「志宏」，而查獲毒品係作為己身施用。證據清單列明以被告與辯護人接見談話內容之譯文證明被告告知辯護人之內容與其原本供述內容一致，故其原本供述內容為真實

¹⁰⁰ 起訴事實概要：被告江○義等人合組兩岸詐騙集團，被告等人均坦承犯行，起訴書再以被告等人與辯護人接見時均未否認犯行之談話紀錄作為被告等人確實涉犯起訴事實之證據。

¹⁰¹ 該案起訴事實：被告曾○男遭查獲持有大量第一級毒品、第二級毒品及第三級毒品，起訴被告曾○男於購入之時即具販賣意圖之販賣毒品罪嫌，證據清單列明以被告曾○男與辯護人接見交談內容認定扣案海洛因為被告所有之憑據。(但被告亦曾坦承為其所有)

¹⁰²、嘉義地方法院檢察署 91 年度偵字第 621 號案件以被告與辯護人接見談話內容作為被告預備買票之證據¹⁰³、¹⁰⁴。

審判系統亦有將被告與辯護人談話內容作為犯罪事實佐證，例如最高法院 92 年度台上字第 7000 號判決¹⁰⁵、最高法院 97 年度台上字第 6187 號判決¹⁰⁶、臺灣高

¹⁰² 該案起訴事實概要：被告孫○翔、洪○文共同販賣第二級及第三級毒品，證據清單以被告孫○翔與辯護人（亦為被告洪○文之辯護人）接見談話內容佐證被告孫○翔欲使被告洪○文脫罪及被告孫○翔交付毒品與證人；以被告洪○文與辯護人接見談話內容佐證被告孫○翔與洪○文確實進行通訊監察譯文之對話及被告洪○文指示少年送交毒品之事實。

¹⁰³ 該案起訴事實：被告劉○玲與被告廖○生共同預備向具有投票權人交付款項買票，起訴書以被告劉○玲與辯護人接見談話內容「問：蘇○祿有沒有去？被告劉○玲答：蘇○祿沒有去，我們都是透過人跟他買」作為被告劉○玲預備買票之證據。

¹⁰⁴ 以上資料係以法務部檢察書類查詢系統檢索各地方法院檢察署之起訴書、聲請簡易判決處刑書所獲。至於基隆地檢、宜蘭地檢、桃園地檢、新竹地檢、士林地檢、雲林地檢、南投地檢、臺南地檢、澎湖地檢、花蓮地檢、台東地檢之書類檢索結果並無以被告與辯護人接見談話內容作為起訴或聲請簡易判決之證據使用。

¹⁰⁵ 該案件就原審判決即高等法院 92 年度上重訴字第 41 號判決內容之被告與辯護人接見談話內容之勘驗譯文與被告初始於警詢及偵訊供述內容一致，顯見被告嗣後翻異之詞不足採信之論述未予排除。

¹⁰⁶ 該判決撤銷原審 95 年度重上更（十二）字第 208 號被告蕭○龍無罪判決並發回臺灣高等法院，其中一點理由以被告蕭○龍辯護人接見所言「問：你和劉○琦是約在員樹林見面是嗎？見面後有談什麼嗎？答：是，那時是十一、二點，見面後也沒談什麼話。問：他說（車子）是你開的？答：那部車子前左（左前）輪有毛病，我開一段路然後才換他去開」認定被告蕭○龍於自由意志下向辯護人陳述，若此事證為真，故被告蕭○龍所辯至大溪分局前不曾與劉○琦謀面，劉○琦係因警察以手肘碰觸暗示才含糊指認，是否實在？尚非無疑。

等法院臺度選上訴字第 83 號案件¹⁰⁷、臺灣高等法院 92 年度上重訴字第 41 號判決¹⁰⁸。

由上述內容可知，因以往實務操作習見以錄音（影）、紀錄監控被告與辯護人接見談話內容，遂有進而勘驗監控所得之資料後引為起訴證據或判決證據，但引為證據使用之起訴書、聲請簡易判決處刑書及判決書僅為少數。詳觀前揭搜尋所獲之起訴書、聲請簡易判決處刑書及判決書內容，更見縱將被告與辯護人接見談話紀錄引為證據使用，亦均非唯一證據或主要證據，反多有其他可資認定被告所辯不實或認定被告確有該件犯行之證據，最後再論述尚有被告與辯護人接見談話內容可資為據。故縱然以往未嚴格把關啟動辯護人接見限制機制，監控所獲資料之證據能力亦少遭受挑戰，但實務操作上確實少有直接以被告與辯護人接見談話紀錄作為認定犯罪事實之唯一或主要證據，反多係作為被告翻

¹⁰⁷ 該案判決以被告黃○和羈押期間與辯護人接見紀錄及錄音光碟列為認定犯罪事實之證據之一（該判決列為證據十四），但無論述該項證據如何與他項證據勾稽比對。經被告黃○和上訴後，由最高法院以 97 年度台上字第 5408 號判決撤銷原審判決並發回更審。

¹⁰⁸ 該案被告徐○川辯稱係因死者彭○美不斷辱罵，以手掌壓住彭○美口部卻誤壓頸部，並無殺人故意云云，判決以被告徐○川警詢、偵訊對於壓住死者彭○美脖子經過供述之細節為據，認為被告所辯誤壓脖子云云不足採信，並以被告與辯護人接見談話內容與被告警詢、偵訊供述經過細節一致，認定被告所辯誤壓云云係為卸責。經被告徐○川上訴最高法院，以 92 年度台上字第 7000 號判決駁回上訴，最高法院該案判決內容並無對於原審判決以被告與辯護人接見談話內容作為證據認定之一為質疑。

異前詞時認定哪一供述內容為真、證人證言何次可信之憑據。

二、經法院核准啟動限制機制取得資料之使用

司法院大法官釋字第 654 號解釋除揭示管控辯護人接見通信之機制需符合法律保留原則、規範具體明確原則等，同時於解釋文中宣告羈押法第 28 條規定使被告與辯護人接見談話內容成為被告本案犯罪事實之證據使用而違憲，葉大法官百修所著協同意見書更指出「受凡受羈押被告在所之言語、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¹⁰⁹」。

外國法例基本上不會探討此一問題、也無須探討此一問題，因例外情況始得啟動辯護人與被告接見通信限制機制，各國亦無以監控所得資料作為控訴證據使用，何況各國限制被告與辯護人接見通信權之機制少能通過歐洲人權法院之審查，豈有可能使用經由該限制機制取得之資料！

¹⁰⁹ 葉大法官百修就第 654 號解釋文提出之協同意見書第 17 頁。而許大法官宗力之協同意見書第 5 頁亦同此看法「……. 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」。

我國目前規範下之被告與辯護人接見通信權利於法定要件具備時可予以限制，啟動限制機制勢必取得被告與辯護人接見通信內容資料，前揭刑事訴訟法修正草案更未就此資料使用加以規範，故有探討之必要。

本文認為啟動限制機制係為維護羈押目的、維持監所管理秩序及避免干擾偵審程序進行。而就維持監所管理秩序所應採取者為「行為監視」，並非「溝通監視」，因此目的啟動之限制機制並不會取得被告與辯護人接見通信內容資料。至於就維護羈押目的及避免干擾偵審程序進行而言，認為適宜之限制機制為錄音錄影或影印信件密封留存¹¹⁰，而此資料之開拆需另提出事證向法官聲請，經法官審核後始可檢視密封之錄音錄影內容及信件內容。但其內容不得作為認定犯罪事實之積極證據，因為當時啟動限制機制本非為了蒐集本案犯行之證據，也不可為蒐集本案證據而啟動限制機。基於被告不自證己罪原則，亦不得以被告與辯護人接見通信內容作為被告有無為本件犯行之積極證據使用。

既然係因刑事證據有晦暗之嫌及偵審發現真實程序受阻而啟動限制機制，因此獲得之資料自可用於澄清刑事證據憑信性及追訴阻礙真實發現之另案違法行為，故檢視監控機制所獲之資料應作為證人證言憑信

¹¹⁰ 即在被告及辯護人面前當場密封按指印等而確保留存內容之秘密性。

性、被告自白純潔性之憑據及另案犯行之積極證據¹¹¹、
112。

¹¹¹ 因為證明被告犯行之積極證據係證人證言、被告自白，而使用限制機制取得之資料僅為查證證人證言是否可信、被告自白是否純潔，並不是直接以該限制機制取得之資料佐證被告犯行，因為即便佐證證人證言憑信性、被告自白憑信性，仍須回歸證人證言是否足以認定被告犯行及被告自白不得作為有罪判決唯一依據之環節，所以不會直接抵觸被告不自證己罪原則。至於若限制機制取得之資料顯示已有另案犯罪事實之進行，則因為原本啟動限制機制並非為取得另案犯罪事實之資料，當時也無從認為有另案犯罪事實存在，所以以該限制機制取得之資料作為另案犯罪事實之證據或追查線索，應無礙被告本案權利。

¹¹² 以往實務上亦有被告主張調閱其與辯護人接見紀錄作為其抗辯實之憑據，例如高雄地方法院 94 年度重訴字第 135 號案件被告潘○輝主張係因羈押禁見時受「辯護人」以解除禁見誘導而供述犯行，但此辯解未獲採信（臺灣高等法院高雄分院 95 年度上重訴字第 9 號判決、最高法院 95 年度台上字第 3054 號判決）。臺灣高等法院高雄分院 93 年度重上更（六）字第 34 號判決被告郭○宏以其與辯護人接見時曾言遭刑求之紀錄作為其自白係遭強暴脅迫下所為之憑據，經該判決採納，後經最高法院 94 年度台上字第 3428 號判決撤銷發回更審，臺灣高等法院高雄分院 94 年度重上更（七）字第 46 號再度以被告郭○宏與辯護人接見紀錄作為被告先前自白不可信之憑據之一，而判決被告郭○宏無罪，後經最高法院 95 年度台上字第 5809 號判決駁回檢察官上訴而全案確定。故被告與辯護人接見紀錄內容對於被告而言不見得均係不利之憑據。

第五章 結論

司法院大法官釋字第 654 號解釋前，實務上習見錄音錄影、派員在旁聽聞監控被告與辯護人接見談話內容，併陳報檢察官、法官，監控所得資料亦有作為直接或間接證據使用，惟上揭解釋揭示羈押法規定違憲，連帶動搖過往監控作為，重新檢討限制被告與辯護人接見通信權之機制。

外國法例趨勢保障對於被告與辯護人完全不受監控之接見通信空間，惟仍承認於法律保留原則、具體明確原則、救濟程序完畢之例外情況予以監控。我國辯護人之接見通信權屬於憲法規範之概括限制人權，目前辯護人養成教育、管控機制、退場制度及社會法治觀念之情況，尚未進展至保留被告與辯護人完全不受監控之接見通信空間，為兼顧被告辯護權、犯罪追訴、被害人保護及維持基本生存秩序，原則上保障被告與辯護人隱密接見通信權利，例外時仍可啟動限制機制。

司法院因應大法官釋字第 654 號解釋而提出刑事訴訟法相關規定修正草案，以期全面完備限制被告與辯護人接見通信權機制之法律保留原則、規範具體明確原則及相關救濟程序，然草案內容仍有未明定限制方法及限制期間、用語不明確及未一併檢討法定障礙時間事由等。本文樂見影響被告辯護權利之限制管控機制回歸法院決定，然於設計相關規範制度時，更期妥善考量實務現況。

我國辯護制度一路走來由渾沌不明至備受期待，甚至獲得社會大眾高度擁戴，然辯護權不可無限上綱而恣意濫用，隨時代進步，社會漸趨多元化，愈來愈多被告尋求法律扶助之情況，但相形之下，被害人受法律扶助之層面卻有待加強，對於已經他人迫害之被害人往往於我國目前刑事訴訟程序運作下再度被傷害，本文贊同也重視被告人權及辯護人權利之保障，然一味保障被告及辯護人之際，更顯露對於被害人保護之不足，落實被告與辯護人秘密接見通信權利固屬人權維護之新頁，然相關配套規制及退場機制若未同步檢討建立，恐仍遺忘了天平那端權利已無回復可能之受害者。

主要參考文獻 (按作者姓氏筆劃排列)

【書籍】

- 一、朱石炎，刑事訴訟法（上），修正三版一刷，2003年10月，三民書局股份有限公司。
- 二、吳俊毅，辯護人論，2009年1月一版，正典出版文化股份有限公司。
- 三、林山田，刑事程序法，五版一刷，2004年9月，五南圖書出版股份有限公司。
- 四、林國賢、李春福合著，刑事訴訟法論（上冊），2006年1月增修版，三民書局股份有限公司。
- 五、林鈺雄，刑事訴訟法上冊，五版第一刷，2007年9月，林鈺雄發行。
- 六、陳新民，憲法學釋論，修訂五版，94年8月，陳新民發行。
- 七、黃東熊、吳景芳合著，刑事訴訟法論（上），修訂6版一刷，2004年9月，三民書局股份有限公司。

【論文】

- 一、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，96年6月國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文。
- 二、林家祺，偵查中之辯護現況，全國律師，89年11月號。
- 三、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—，臺灣本土法學雜誌，97年1月。
- 四、邱忠義，辯護權及其界限—兼論釋字第六五四號解釋之因應，全國律師，98年3月號。
- 五、葉光洲，只有上帝才知道—辯護人接見被告或犯罪嫌人時不應有人監視—，律師雜誌，96年6月。
- 六、黃朝義，重新建構偵查中辯護權問題，律師雜誌，第337期，96年10月
- 七、簡銘昱，初探辯護人之交流（接見通信）權—理論面之觀察—，全國律師，97年6月號。

【網路文章】

- 一、林峰正，「非常離譜的光碟」，引自臺灣維新影子政府網站 http://www.shadowgov.tw/18134_119_act.htm?page_no=46。
- 二、羅秉成，「公開偵訊光碟，有何不可？」，引自民間司改會官方部落格，http://www.jrf.org.tw/newjrf/index_new.asp。
- 三、邱忠義，「開示證據目的外使用之禁止」，引自法務部檢察官論壇，<http://172.31.1.3/mojmenu1.asp>。

