

釋字第 756 號解釋部分協同意見書

蔡明誠大法官 提出

本號解釋與本院釋字第 755 號就程序部分所為解釋，兩者具有關聯性，本號解釋係屬實體問題，本席雖亦認為相關原因案件事實所涉監獄行刑法第 66 條及其施行細則相關規定之合憲性爭議，具有憲法解釋之價值，惟就所涉基本權之定性、書信發送收受之權利性質，及在監受刑人(或受監禁者)基本權保障及其限制等問題，認有進一步釐清之必要，爰提出部分協同意見如下：

一、本號解釋所涉基本權定性之再思考

就現行監獄行刑法第 66 條規定對於受刑人於監獄中書信發受之限制，其所涉憲法保障之基本權，本號解釋主要將之定性為秘密通訊自由及表現自由。從比較法觀之，在德國，受刑人之書信往來權(Briefverkehrsrecht)，係認受基本法第 2 條¹第 1 項一般行為自由(allgemeine Handlungsfreiheit)之保護。受刑人之發送書信，如包含價值判斷等，可能涉及基本法第 5 條²第 1 項第 1 段第 1 半段規定之自由意見表現基本權。另

¹ 德國基本法第 2 條

一、任何人有自由發展其人格之權利。但以不侵害他人之權利或不違犯憲政秩序或道德規範者為限。

二、任何人有生命與身體之不可侵犯權。個人之自由不可侵犯。此等權利僅依法律，始得干預。

² 德國基本法第 5 條

一、任何人有以語言、文字及圖畫自由表示及傳布其意見之權利，並有自一般公開之來源接受知識而不受阻礙之權利。出版自由及廣播與電影之報導自由應保障之。檢查制度不得設置。

就受羈押人發受書信之管制方面，有認其涉及基本法第 10 條³第 1 項保障之書信秘密基本權。然而，受刑人之資訊自由基本權(基本法第 5 條第 1 項第 1 段第 2 半段)保障，不及於私人書信之收受。若是對於配偶或其他親屬發送書信時，則基本法第 6 條第 1 項婚姻與家庭應受國家特別保護⁴之作為價值決定之原則規範(wertentscheidende Grundsatznorm)，應另予以尊重；此亦適用於受監禁之成年子女與其父母間之書信往來管制。由上可見，在德國法，受刑人之對外書信往來所涉及憲法(基本法)基本權利，比照本號解釋僅就秘密通訊自由、表現自由及訴訟權等基本權作為基礎，其具更多面向之思考。

本號解釋未特別論及是否賦予受刑人或受監禁者享有無限制之書信發受(往來)權，或許認為保留主管機關未來修法或實務上運用之裁量空間。此外，本號解釋原因案件中受刑人寄送之書信，包括回憶錄之文稿，除前述基本權以外，因涉及文稿之發送，嚴格言之，其實已非純屬狹義之書信問題，因投稿具有公開發表及出版(重製及發行等)之性質，可

二、此等權利，得依一般法律之規定、保護少年之法規及因個人名譽之權利，加以限制。

三、藝術與科學、研究與講學均屬自由，講學自由不得免除對憲法之忠誠。

³ 德國基本法第 10 條

一、書信秘密、郵件與電訊之秘密不可侵犯。

二、前項之限制，僅依法律，始得為之。如限制係為保護自由民主之基本原則，或為保護聯邦或各邦之存在或安全者，法律得規定該等限制不須通知有關人士，並由國會指定或輔助機關所核定者代替爭訟。

⁴ 德國基本法第 6 條第 1 項規定，婚姻及家庭應受國家之特別保護。

能涉及著作及出版自由(憲法第 11 條參照)之問題。

二、本號解釋原因案件所涉書信發受之權利性質及其限制

監禁於監獄之受刑人，究竟有何種權利或特權，亦值得探究。本號解釋原因案件所涉受刑人之書信發送收受，究係一種權利(right; Recht)，還是特權(Privilege)?或是其他利益?有關權利與特權之區分，雖有認為不甚重要，特殊情形亦不明確區分。但通常情形，可能仍有區分之實益。⁵若以相關通信對象區分，有將之分為一般性與享有特權之通信，而受到不同程度事前審查之限制。

從比較法觀察，在美國⁶實務上，於 1974 年 *Procunier v. Martinez*⁷案，最高法院認受刑人之直接私人書信之事前檢查(censorship of direct personal mail of prisoners)，限制受刑人與其

⁵ 權利，係依法律、習慣或本質而賦予權利主體(如自然人或法人)享有之利益。至於特權，係對特定人或團體免除其責任或豁免處罰之特別利益。有以美國憲法第 1 增修條文為例，認於公有地和平集會，係屬權利。但於私有地集會，則屬須受土地所有人准許，始能享有之特權。

⁶ 美國法對於受刑人地位的闡述，主要可區分為四個時期：國家奴隸時期、不介入理論時期、權利時期及權利衰退時期。相對於日本從特別權力關係中解放，修法明文規定受刑人所享有的權利，美國在歷經權利時期的爆量受刑人訴訟後，不論是立法者或是司法者，均開始重新思考先前對受刑人訴訟的開放態度，進而作出許多限制受刑人權利的判決或立法。(參照吳佳霖，粉碎特別權力關係的最後一道堡壘--論監獄行刑事件的權利救濟途徑，臺灣大學法律學研究所碩士論文，2011 年 6 月，頁 30。)其中美國國會於 1996 年通過的受刑人訴訟改革法(Prisoner Litigation Reform Act)，對於提起訴訟的受刑人及受理訴訟的聯邦法院，制定眾多限制條款。(該法具體內容，詳參前揭論文第 4 章，頁 115-134。)

⁷ 416 U.S.396(1974).

通訊者憲法增修條文第一條之言論自由；對於受刑人之書信以開拆、閱讀或沒入方式之事前檢查，僅限於符合與監獄有關之三項重要政府利益(substantial government interests)之一，即安全(security)、秩序(order)或受刑人之更生(rehabilitation of inmates)，始具有正當性；此外，事前檢查須未超過所欲達成之相關政府利益所必要者。為因應該判決之要求，美國各州監獄主管機關按所欲達成政府利益，分別訂定規則，規範受刑人書信之不同處遇，將之區分為一般性或享有特權之通信(general or privileged correspondence)。對於一般性之通訊，監獄主管得開拆、閱讀或沒入受刑人發送或收受親屬或朋友之書信，未侵害憲法增修第一條保障之受刑人或其通信對象之權利。反之，憲法保障受刑人與特定人間特權通信之言論自由，例如與律師、政府機關及法院間之通信，對之不得事前檢查。⁸之後，美國最高法院 1989 年於 *Thornburgh v. Abbott* 案⁹，認有關准許監獄主管拒絕出版社寄送出版物給受刑人之規定合憲，因該規定與正當之監獄管理利益具有合理關聯(reasonably related to legitimate penological interests)，本案中對於受刑人收受私人通信(incoming personal correspondence)，就直接影響其憲法增修條文第一條保障權利之限制，法院首次採用合理基準(a reasonableness standard)¹⁰審查，並不區分收受出版社之出版物(publications)或其他書信(mail)。至於前述 *Procunier v. Martinez* 案所採中度

⁸ 參照 Daniel M. Donovan, Constitutionality of Regulations restricting Prisoner Correspondence with the Media, *Fordham Law Review*, May 1988, 1151-1153.

⁹ 490 U.S. 401(1989).

¹⁰ *See id.* at 413-14.

嚴格審查基準(intermediate scrutiny standard)，美國有些巡迴法院將之限於適用發送之書信(outgoing correspondence)。¹¹ 以上對受刑人相關書信權利之保障，因通信對象及在監獄內發送與收受書信等而異其審查基準。本號解釋就監獄行刑法第 66 條規定之書信檢查(即如開拆後檢查)部分，採「具有合理關聯」審查標準。至關於監獄對受刑人言論之事前審查，則認須為重要公益且應有實質關聯。上述美國實務之經驗，對我國是否可供比較參考。在違憲審查密度方面，有關監獄之處分、處置或其他管理措施之合憲性判斷，基於監獄之安全、秩序或紀律之要求，並尊重監獄環境及在監受刑人身分之特殊性要求，宜有較一致之標準，特別是究竟其係採取中度嚴格審查基準，或採取較低審查密度之合理標準，凡此均值得再檢討。

另如德國刑事執行法第 28 條¹²第 1 項，原則上認為受刑人有無限制之書信往來權(Recht auf Schriftwechsel)。例外情形，得禁止與特定人間發送或收受書信。該法規定從書信往

¹¹ 參照Samuel J. Levine, Restricting the Right of Correspondence in the Prison Context: Thornburgh v. Abbott and Its Progeny, 4 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 891-93.

¹² 德國自由刑及自由剝奪保安處分之執行法(刑事執行法)第 28 條(書信往來權)

(1) 受刑人享有無限制之發送及收受書信權。(Der Gefangene hat das Recht, unbeschränkt Schreiben abzuschicken und zu empfangen.)

(2) 監所主管得禁止下列特定人之書信往來：

1. 危害監所之安全或秩序者。
2. 非屬刑法所稱受刑人之親屬，因書信往來可能對受刑人具有傷害性之影響或妨礙其適應監所之虞者。

來之對象，區分其是否屬與特定人書信往來¹³。在與特定人書信往來方面，例如與辯護人、聯邦及各邦之民意代表機關、民意代表機構之議員且正確載明民意代表機關地址與發送人，及聯邦及各邦資料保護監察官，上開書信不受監管(Überwachung)。另如寄信給歐洲議會及其議員、歐洲人權法院、歐洲人權委員會、歐洲預防刑求及不人道侮辱之處遇或刑罰委員會，亦不受監管。如非與特定人書信往來，則屬於其他種類之書信往來(Der übrige Schriftwechsel)，其因監所之處遇、安全或秩序所必要者，得予以監管。¹⁴另德國刑事執行法第 31 條規定，對於受刑人的書信，如有危害執行目的、監獄之安全或秩序(wenn das Ziel des Vollzuges oder die Sicherheit oder Ordnung der Anstalt gefährdet würde)等情事，監獄主管得予以扣留(Anhalt des Schreiben)。在日本法，則在特別情事，得以部分刪除、重製或保留等處置。在我國監獄行刑法，此種監管，可能包含檢、閱、刪、退回等處置(監獄行刑法第 66 條及第 67 條規定參照)¹⁵。以上可見，各國對於書信發受之權

¹³ 在少年犯之執行，德國有些邦法，例如 Sachsen-Anhalt 邦少年刑罰執行法(Gesetz über den Vollzug der Jugendstrafe in Sachsen-Anhalt)第 58 條第 2 項規定，亦有類似規定，即監所主管因有危害監所之安全或秩序(die Sicherheit oder Ordnung der Anstalt)者，得禁止與特定人為書信往來，此特定人係屬於受刑人之親屬，如因書信往來有傷害性影響受刑人，或妨礙其適應監所之虞，或監護權人不同意者。

¹⁴ 參照德國刑事執行法第 29 條(書信往來之監管)(Überwachung des Schriftwechsels)規定。

¹⁵ 監獄行刑法第 66 條(發受書信之檢閱及限制)
發受書信，由監獄長官檢閱之。如認為有妨害監獄紀律之虞，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。

監獄行刑法第 67 條(書信之保管)

利性質及其限制，在法律規定及實務運作上，雖有不少共通之處，但存在若干差異。

三、監獄與受刑人之特別身分關係及其對外書信發受限制之合憲性

監禁於監獄之受刑人或極刑犯(死刑犯)、監禁於看守所之受監禁者，分別適用或準用監獄行刑法，因其身分特殊，且處於專制環境(Authoritarian Environments)¹⁶，現今其是否仍適用傳統特別權力關係，不無疑義。受刑人於監獄中之言論，是否受到絕對保障，或在有關監獄之重要公益(如安全、秩序或受刑人更生)(security, order or rehabilitation of inmates)情形，就受刑人之書信，是否得事前檢查(如開拆、閱讀或沒入等)? 質言之，受刑人或受監禁者與公權力(行政)之權利及義務關係，往昔係認屬特別權力關係¹⁷ (besondere

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。

¹⁶ 於美國文獻，將軍隊、監獄及學校中之軍人、受刑人及學生之言論，認屬於專制環境之言論(Speech in Authoritarian Environments)，三者雖在內涵上顯有不同，在法院均類似地對其特別顯著對待，且此等地方之受規範人常處於非自願之狀態。在內部管理上，雖有其不同之專制環境，但非民主運作之地方。(參照 Erwin Chemerinsky, Constitutional Law, §11.4.4, 1188.(4th ed., New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2011))

¹⁷ 在特別權力關係下，事前不受法律保留原則之羈束，事後相對人不能循行政爭訟途徑，尋求法院的救濟。(參照陳新民，行政法學總論，台北：三民，2005年修訂八版，頁131-134；林明鏘，行政法講義，台北：新學林，2017年修訂三版，頁80。)於二次世界大戰之後，特別權力關係在德國發生變更，這與基本法之規定、法院之裁判及學界之詮釋有關。(參照黃錦堂，法令月刊，62卷9期(2011年9月)，頁1-24。)為釐清是否許可提起爭訟之界線，1956年德國 Carl Hermann Ule 教授提出基礎關係與管理關係理論。惟在德國聯邦憲

Gewaltverhältnisse), 現則認為其法律關係仍特別受到一定程度之限縮¹⁸, 在德國有稱之為特別身分關係¹⁹ (Sonderstatusverhältnisse)。²⁰此特別身分關係²¹, 包括公務員、學生、軍人、服替代役者及受刑人; 基本權保障及基本權干預之法律保留, 亦適用於此等特別身分者。²²因此, 受

法法院發展出重要性理論之後, 已受到大幅修正。(參照陳新民, 前揭書, 頁 137-139; 林政緯、張祐齊, 從憲法基本權論公務員司法救濟範圍-兼論「特別權力關係」理論之消逝, 中山學報, 31 期 (2010 年 12 月), 頁 16。)

- ¹⁸ 有主張以特別法律關係代替特別權力關係, 作為公務員關係之法理基礎, 並進一步建議以特別法律關係全面取代特別權力關係, 作為傳統理論所包括之各個範圍(公務員關係、軍事服役關係、在學關係、監獄受刑人關係等)的上位概念。(參照吳庚, 行政法之理論與實用, 台北:三民, 2016 年增訂 14 版, 頁 223-224。)特別法律關係說也可稱為特別身分關係說。(參照黃錦堂, 前揭文, 頁 22。)
- ¹⁹ 有認特別身分關係一詞更適於表達與國家具有特別聯繫者之法律地位。在憲政國家裡, 處於特別身分關係者亦享有基本權保障, 乃理所當然之事; 然而, 因各種特別身分關係的目的, 要求對特別身分關係者之基本權作不同的限制, 至於得以限制特別身分關係者之基本權的範圍則取決於比例原則。(參照陳愛娥, 憲法與行政法的互動場域: 第一講 從特別權力關係到特別身分關係, 月旦法學教室, 103 期, 頁 43。)
- ²⁰ 參照 Schwarz in: Mauz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 80.EL Juni 2017-beck-online, Art. 17a GG Rn.9ff..
- ²¹ 德國學者 Wolfgang Loschelder 指出, 於此必須考量國民置身於國家內部的特殊事理法則。公務員、學生、受刑人等進入行政的內部流程裡, 國家與個人緊密交錯, 個人置身於國家為實現特定目的所安排的流程裡...; 在此等關係中, 既非國家也非個人的法益當然處於優先地位。處其中之個人的法律地位也難以作一般性的界定, 個人的自由地位應依其置身之國家內部的事理法則以決。(參照陳愛娥, 前揭註 19 文, 頁 44。)
- ²² 參照 Herdegen: Mauz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 80. EL Juni 2017-Beck-online, Art.1 Abs.3 Rdnr. 47.

刑人雖因其特別身分，可能受到干預或限制，但其仍可享有憲法保障之基本權，如對其限制(Schranken)，須符合法律保留原則。如係對基本權限制之限制(Schranken-Schranken)，應符合比例原則之要求。²³

此外，歐洲人權及基本自由保護公約 (EMRK)，因德國屬於歐盟會員國，故在德國文獻上亦有參考該公約第 8 條第 1 項規定作為論據，認任何人享有尊重其私人及家庭生活、住居及通訊(Korrespondenz)之權利。²⁴同公約同條第 2 項規定，機關僅限於法律規定，及對於民主社會、國家或公共安全、國家經濟福祉、秩序維護、犯罪行為防範、健康或道德之保護、或他人之權利及自由之保護所必要者，始得對於前開權利予以干預。上開通訊自由權，係指包括透過 email 等電子書信往來，或電話等之所有通訊方式。如係對於受羈押人及受刑人之書信往來監管，被告與辯護人間通訊之限制，其干預須符合比例原則。²⁵因此，關於書信往來之限制，因已規定於前開公約第 8 條第 2 項，其限制自無違反法律保留原則，但個案之干預或限制，仍須符合憲法之比例原則。綜上，在

²³ 告別特別權力關係，並非完全抹煞行政內部關係與外部關係之區分必要性，只是此等區分迥異於往昔特別權力關係與一般權力關係截然二分之一之境，在肯認行政內部關係亦屬法律關係之前提基礎上，繼之而起者，乃法律保留原則之適用可能性以及機關內部措施之判別、法律關係、權利侵害態樣、行政訴訟類型和司法審查密度等課題。(參照劉淑範，論公務員職務調動之概念及法律性質：揮別我國特別權力關係思維之遺緒，臺大法學論叢，42 卷 1 期(2013 年 3 月)，頁 40。)

²⁴ 參照 Schultheis in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7.Aufl., 2013-beck-online, §119 StPO, Rn.29.

²⁵ 參照 Schädler/Jakobs : Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7.Aufl., 2013-beck-online, Artikel 8 MRK, Rn.2, 5.

德國法及歐洲人權及基本自由保護公約，就受刑人之對外書信往來之限制，須符合憲法或國際公約所要求之法律保留原則與比例原則。

四、監獄行刑法施行細則第 81 條第 3 項規定是否違反法律保留與比例原則問題

受刑人在監發送文稿，例如本號解釋有關回憶錄之文稿與書信對外發送之情形，從出版實務上，雖其可能投稿期刊雜誌連載，而後集結成書出版，但亦可能直接以書籍形式出版回憶錄。而監獄行刑法施行細則第 81 條第 3 項僅規定發表於期刊雜誌之文稿，是否包括由出版社以書籍形式加以發行，未來修法亦值得留意。又前開限制規定，未規定於母法監獄行刑法中或有明確授權法令訂定，本號解釋既認其與憲法第 23 條法律保留原則不符，因而該基本權之限制，自有違憲之虞。則本號解釋就該項規定之審查(題意正確或監獄信譽等)，似毋庸再論該細則規定是否符合比例原則，蓋因其規定與授權規範目的間是否適合或必要，雖不無疑義，但比例原則之審查，係基本權限制之限制，如基本權之限制既不符合法律保留，已構成違憲，實無用再論其是否符合比例原則。比較外國立法例，例如德國刑事執行法第 31 條有關監獄主管得予扣留受刑人之書信(Anhalten von Schreiben)及日本刑事收容措施及被收容人處遇法第 129 條及第 132 條有關被收容人書信發受之禁止、刪除等處置，已明定於法律之中，則審查時再就具體情事判斷對監獄內紀律及秩序維護之妨害，是否具相當蓋然性，同時有無妨礙受刑人之教化，作為判斷之要

素。²⁶如認其限制係在合理且必要範圍內，則不構成違憲。²⁷因前述外國立法例，非如我國法係規定於施行細則，未違反法律保留，在違憲審查時，就法律規定監獄主管得對受刑人書信發受之限制(例如扣留、退回或刪除等)，此時始須就其限制所欲達成之公共利益(例如監獄之安全或秩序維護)與受刑人之書信往來權利間，是否具有相當性(即所謂狹義比例原則，或稱衡量性)，進行利益衡量。

²⁶ 有關此等案件之日本最高法院裁判翻譯，參照李茂生譯，因閱讀自由受侵害損害賠償事件，(最高法院昭和五十八年六月二十二日大法庭判決)，載於日本國最高法院裁判選譯第一輯，司法院印行，91年12月，頁60-64，該判決採取具體情事判斷，對監獄之紀律及秩序所不可忽視之障礙，是否具有相當之蓋然性(概然性)。另有判決認為如對於監獄內規律及秩序之維持產生妨害，同時有礙受刑人之教化，對於報紙之報導、機關刊物之記載及受刑人所發書信為部分塗銷，並不違反憲法第二十一條(該條係有關集會、結社、表現之自由、檢閱之禁止及通信之秘密)規定。(參照劉姿汝譯，受刑者之書信收發事件(最高法院平成十年四月二十四日第一小法庭判決)，載於日本國最高法院裁判選譯第二輯，司法院印行，93年12月，頁243-245。)

²⁷ 有關日本在監者之人權，因特別權力關係理論受到批判，對於其人權限制之正當化，有從在監關係與其自律性之憲法秩序之構成要件觀點出發，例如從日本憲法第18條有關不受奴隸或苦役之自由及第31條有關生命或自由剝奪或科處刑罰之法定程序保障，加以觀察，學理上即所謂憲法秩序構成要素說。如欲對在監者人權加以限制，須符合合理之必要最小限度所許範圍。在合憲性判定之審查基準方面，實務上對於受刑人之閱讀文書圖畫，係從監獄之防止逃亡與維持監獄內之紀律及秩序，發生明顯立即(明白現在)之危險之蓋然性作為基準。但該基準在舉證要求可能過於嚴苛，可能不適用於在監受刑人之情形。另有採相當之具體的蓋然性基準，考慮監獄之特殊性，就具體情事，要求其對於監獄紀律與秩序危害具有相當之蓋然性。(參照芦部信喜，憲法學II人權總論，東京:有斐閣，1997年1版5刷，頁273-279;芦部信喜，高橋和之補訂，憲法，東京:岩波書店，2013年5刷，頁108-110。)

綜上，於違憲審查時，對受刑人發送書信或文稿之限制，須規定於母法監獄行刑法中或有明確授權法令訂定，始認符合法律保留原則。至於相關母法或授權訂定之法規命令所設受刑人之書信或文稿發送之基本權限制之限制，於符合法律保留原則情況下，再進行憲法第 23 條比例原則之合憲性審查，探究其相關規定之限制，是否與憲法保障基本權之意旨相符。