

## 釋字第 654 號解釋協同意見書

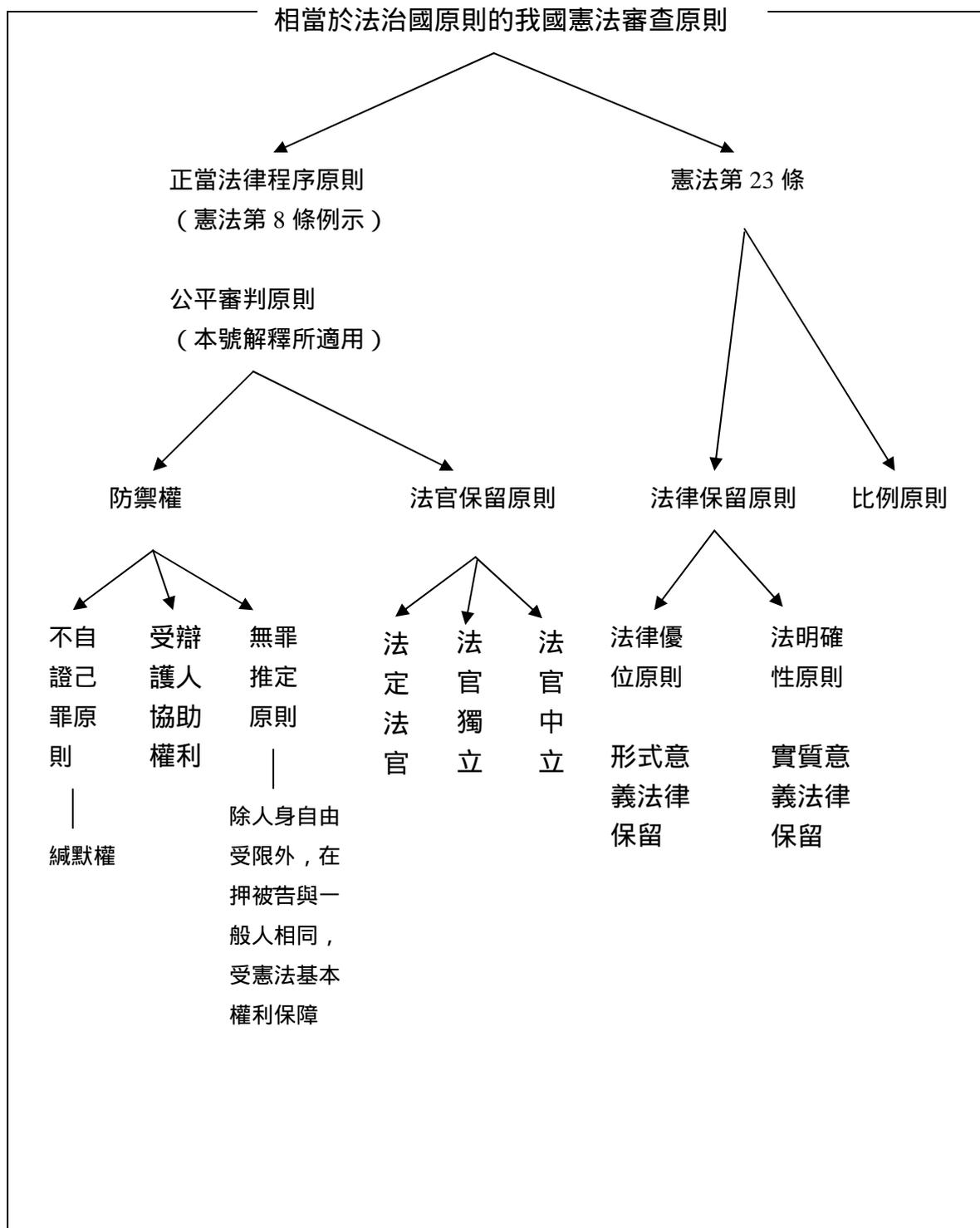
許大法官玉秀

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）

### 圖一、審查體系圖



## 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<sup>1</sup>，是人民享有訴訟權，得向法院請求救濟的憲法基礎（釋字第 653 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<sup>2</sup>皆援引憲法第八條作為正當法律原則的依據。

---

1 釋字第 574 號解釋本席協同意見書參照。

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

## 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<sup>3</sup>。

## 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 582 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 -

---

3 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

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<sup>4</sup>。

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：法明確原則與比例原則

---

<sup>4</sup> 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。

(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申法明確原則的解釋，例如：  
(1) 至於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(本院釋字第四三二號、第四九一號、第五二一號、第五九四號、第六二二號、第六一七號及第六二三號解釋參照)。(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 號解釋解釋文、第 623 號解釋解釋文參照)

## （二）法明確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 號解釋、第 614 號解釋、第 559 號解釋參照）及比例原則時（釋字第 577 號解釋、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，以及法明確原則，均歸屬於法治國原則之內。剩下的問題是，究竟法明確原則，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<sup>5</sup>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

---

<sup>5</sup> Gusy in: v. Mangoldt/Klein/Starck(hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 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。

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<sup>6</sup>。

### （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人多種基本權的效果，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

---

<sup>6</sup> 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。

## （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。

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，不可以因為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為懲罰。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、涉及行為內部控制的錄影，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<sup>7</sup>，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，因為原

---

<sup>7</sup> 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。

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，認為增進公共利益所必要，立法者得以法律對人民工作的方法為限制（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），尚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，也普遍採取採寬鬆審查（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，同時因為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？

聲請人認為為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<sup>8</sup>，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，

---

8 § 138a StPO (Ausschluss eines Verteidigers)

(1) Ein Verteidiger ist von der Mitwirkung in einem Verfahren auszuschließen, wenn er dringend oder in einem die Eröffnung des Hauptverfahrens rechtfertigenden Grade verdächtig ist, daß er

1. an der Tat, die den Gegenstand der Untersuchung bildet, beteiligt ist,
2. den Verkehr mit dem nicht auf freiem Fuß befindlichen Beschuldigten dazu mißbraucht, Straftaten zu begehen oder die Sicherheit einer Vollzugsanstalt erheblich zu gefährden, oder
3. eine Handlung begangen hat, die für den Fall der Verurteilung des Beschuldigten Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei wäre.

(2) Von der Mitwirkung in einem Verfahren, das eine Straftat nach § 129a, auch in Verbindung mit § 129b Abs. 1, des Strafgesetzbuches zum Gegenstand hat, ist ein Verteidiger auch auszuschließen, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, daß 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啟主要審判程序者，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為，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 款規定之行為者，亦禁止其就刑法第 129a 條以及第 129b 條第 1 項犯罪為辯護  
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。

辯護人有庇護、贓物或妨害刑事司法的行為、(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。

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，除非有刑訴第 138a 條或第 138b 條<sup>9</sup>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

---

<sup>9</sup> 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為，作為排除辯護人的理由，但與本案無關。

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<sup>10</sup>。

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<sup>11</sup>，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。

---

10 Beulke, Der Strafverteidiger im Strafverfahren, 1980, S. 224.

11 如果認定嫌疑的證據嚴謹，這種情形應該微乎其微。

### （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，才不至於遭到侵害，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，也有恐懼遭到媾陷、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<sup>12</sup>：

年月日(民國)	第一條內容
34.12.29 通過 35.1.19 公布 36.6.10 施行	看守所隸屬於所在地之地方法院。
43.12.14 通過 43.12.25 公布	看守所隸屬於所在地之地方法院，並受檢察官之督導。
57.5.31 通過 57.6.12 公布	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。

12 資料參見立法院法律系統，法編號 01805，  
<http://lis.ly.gov.tw/lghtml/lawstat/version2/01805/0180534122900.htm>（瀏覽日期：  
2009 年 1 月 21 日）

	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 69.7.4 公布	看守所隸屬於所在地之 <b>地方法院檢察處</b> ，關於審判中被告之 <b>羈押事項</b> ，並受法院之督導。 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 91.1.25 公布	看守所隸屬於 <b>高等法院檢察署</b> ，其設置地點及管轄，由高等法院檢察署報請法務部核定之。 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、 <b>督導</b> 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 <b>督導</b> 事項。 五、原住民社會福利服務制度之規劃、建立及 <b>督導</b> 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、 <b>督導</b> 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<sup>13</sup>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

---

13 參見立法院公報 57 卷 29 期，頁 2645。

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。

附表：比較羈押法第 23 條第 2、3 項、刑事訴訟法第 34 條但書、第 105 條第 2、3、4 項

	羈押法第 23 條第 2、3 項	刑事訴訟法第 105 條第 2 項	刑事訴訟法第 105 條第 3、4 項	刑事訴訟法第 34 條但書
文義	<p>II 看守所長官於准許接見時，<u>應監視</u>之。</p> <p>III 律師接見被告時，亦適用前項之規定。</p> <p>( 刑事訴訟法第 105 條第 2 項規定「得」監視、檢閱 )</p>	<p>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。</p>	<p>III 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。</p> <p>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。</p>	<p>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。</p>
限制的理由與要件	未明文規定	<p>未明文規定 ( 本條第 1 項雖規定：「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。」但管束被告的理由並非限制探視人或書信寄送人的理由 )</p>	被告有逃亡、勾串、滅證之虞	辯護人有勾串、滅證之虞
限制的範圍	接見 ( 口頭往來 )	接見 ( 口頭往來 ) 書信往來	接見 ( 口頭往來 ) 書信往來	接見 ( 口頭往來 ) 書信往來
限制的方式	<p>1. 命人在場見、聽</p> <p>2. 以工具錄音、錄影</p>	<p>1. 命人在場見、聽</p> <p>2. 以工具錄音、錄影</p> <p>3. 開拆、閱讀</p>	<p>1. 禁止接見—完全限制 ( 剝奪 )</p> <p>2. 扣押書信往來—完</p>	<p>一、完全限制 ( 剝奪 )</p> <p>1. 禁止接見</p> <p>2. 禁止書信往來</p>

		( 可以不准傳遞，但不應該檢查 )	全限制 ( 剝奪 )	二、部分限制 1. 開拆、閱讀書信 2. 命人在場見、聞 3. 以工具錄音、錄影 4. 時間、地點、次數 ( 次數與時間的限制有害防禦權 )
基本權受限制者	受羈押被告 ( 、 ) 探視人 ( ) 辯護人 ( )	受羈押被告 探視人、書信寄送人	受羈押被告 探視人、書信寄送人	辯護人 受羈押被告
受干預的基本權利	通訊雙方的通訊自由權 被告的資訊秘密權 刑事程序的防禦權 ( 有所顧忌而無法進行暢行辯護策略，已屬影響防禦權，毋須連結羈押法第 28 條規定 )	通訊自由權	通訊自由權 財產權 ( 扣押 )	刑事程序的防禦權 通訊自由權 通訊的隱私權 辯護人職業執行自由
可否請求救濟	羈押法未設向法院請求救濟的程序，但依據有權利即有救濟原則 ( 釋字第 653 號 )，被告可向法院請求審判。	依刑事訴訟法第 404 條規定，不得抗告。	依刑事訴訟法第 404 條規定，得抗告。	非刑事訴訟法第 404 條規定得抗告的情形，欠缺救濟途徑。
決定權主體	看守所長官 ( 違反法官保留原則 )	看守所長官 ( 違反法官保留原則 )	法官 緊急時，檢察官或看守所得為之，並應陳報法院，法院並應為核准，核准屬裁定，可以抗告	第 34 條法條未明文，或可依第 103 條第 1 項推論，偵查中由檢察官決定，審判中由審判長或受命法官決定。 ( 部分違反法官保留原則 )
審查原則	正當法律程序原則 法明確原則 比例原則 法官保留原則	非本號解釋範圍	非本號解釋範圍	非本號解釋範圍
結論	違憲	非本號解釋範圍	非本號解釋範圍	非本號解釋範圍