

釋字第六五四號解釋協同意見書

政不可寬（散慢） 寬則人慢（輕慢）；刑不可急，急則人殘

—白居易

對於一個好的社會來說，保護無罪者比懲罰犯罪者更為重要

—約翰 亞當斯

大法官 陳新民

本席認同本號解釋多數意見保障人民訴訟權，強調基於正當法律程序的「武器平等」原則，辯護人接見受羈押禁見之被告所談論之內容，原則上不得錄音或錄影，且不得作為不利於被告的證據。系爭之羈押法第二十三條第三項，援引同條第二項之「一律監視」之規定，以及實務上採行錄音、錄影等措施，本號多數解釋認為違憲。就此而言，本席亦表贊同；然而本號解釋並未同時檢討羈押法第二十三條第二項的「監視」措施合憲性，以區分該條第二項與第三項的「監視」應有不同強度，從而構建出一個可供修法依據之憲法意義的公權力「監視規範」；亦未檢討刑事訴訟法第三十四條但書的規定，是否有「規範不足」之虞？以及針對羈押法第二十八條是否尚未達到違憲程度，僅需為「限縮解釋」即足？等論點，皆未明確說明，恐將使本號解釋期冀完善保障人民訴訟權等基本權利之意旨，未盡淋漓顯現。為周延本號解釋論理起見，爰提出協同意見。

一、 羈押法第二十三條第三項當否為「限縮解釋」？

本號多數解釋涉及到對羈押法第二十三條第二項、第三項的「監視」之概念。本號解釋理由書已經提及所謂監視乃「監臨觀察」，但其實際意義則採行同法施行細則之規範意旨，整體法律制度體系，及目前實務運作，非僅於看守所人

員在場觀看，也及於監聽、錄音、錄影等行為在內¹。第三人即可與聞外，亦可為檢察官或法院所聞之其內容，以致有侵犯「武器平等」之嫌。

按「監視」一詞，如果只採「狹義」的解釋，亦即只有看守所人員在場觀看，來防止不法之行為，然不得進行錄音及錄影，且不得呈交法院或檢察官作為證據，是否即可不違背憲法的保障訴訟權等基本人權，而使本條文不至於遭到違憲無效的命運？

而支持這種「限縮解釋」的立論，可舉本法制定時的立法意旨。按本條文制定於民國三十五年一月十九日，其中歷經六次修正，內容並無改變。而條文制定當時，立法之監視意義，本即由所方人員在場監督視察，與聞談話內容，並可隨時中斷談話（Watching & Hearing）。何況衡諸當時國家財力及錄音設備稀少、昂貴，絕無可能在全國各省看守所內都有錄音設備。故回歸立法時的「監視」意涵，本即是由人工目視監視而已。如此，即可以宣布實務措施為違憲，而為「法律合憲性的解釋」（verfassungskonforme Gesetzauslegung）。另一個可參照的立法例為我國在民國八十八年七月十四日制定的通訊保障及監察法，也不再援用「監視」的用語，改採「監察」。而該法第十三條第一項之規定，通訊監察以截收、監聽、錄音、錄影、攝影、開拆、檢查、影印或其他類似之必要方法為之。但不得於私人住宅裝置竊聽器、錄影設備或其他監察器材。則狹義的監視，只是上述「監聽」的一種方式而已，顯見我國新的立法，已將監視採狹義解釋²。更何況羈押法施行細則並未授權看守所採

¹ 此觀諸法務部八十四年一月十九日（84）法檢字第0一六一三號函，提示各監、院所辦理收容人律師接見應行注意事項：關於：一、禁見被告方面，包括：監看（位於眼能見耳能聞之位置）紀錄（於接見後方紀錄其談話內容）錄音、錄音設備（隱藏式錄音設備）及事前的告知義務；二、非禁見被告方面：監看（位於眼能見耳不能聞之位置）紀錄（紀錄接見時之「情狀」，俾供查考）。

² 類似法規，例如：外國人收容管理要點（民國八十五年）第三十三點：「收容所於許可會客時，

取錄音、錄影等措施。按羈押法施行細則第七十二條第二項僅有「嚴密監視」之規定。再觀諸同細則第八十三條規定，辯護人接見禁見被告，僅能為「有關被告訴訟進行」之談話。顯見該法施行細則也僅賦予「第三人聞知」的法源依據，否則如何得知談話內容僅限於「訴訟進行之議題」？至於實務上由看守所設置錄音、錄影設備，主要是為實施羈押法第二十八條的作用，且依職權為之³，其法源依據應加以區別。

但畢竟「監視」一詞成為社會廣泛的用語，已將廣義的監視概念納入，例如「監視器」一詞即可表明之。另外，由於本法在民國四十三年修正時，將本法原來第二十三條第二項的「得監視之」改為「應監視之」，其修法目的為：「羈押被告之目的，最重要者在防杜串供保全證據，以便發現真實，而利訴訟進行，一若監視與否仍得由看守所長官自由裁量，殊不以昭慎重，為強調監視之重要性與加重看守所長官之責任感，應改為『應監視之』，以明示其旨」⁴。可見得現行條文立法者對於監視的概念已採嚴格廣義解釋，唯恐所方「監視之網不夠嚴密」也。

故為了避免法律用語造成人民認知上的混淆，但最主要還是基於立法者在民國四十三年之嚴格修法意旨，本席認為可以割捨法律合憲性解釋的方式，直接探究羈押法第二十三條第三項規定的違憲性。

然則本號解釋只指摘羈押法第二十三條第三項之「一律予以在場全程監聽、錄音」部分違憲，但其他部分則未宣告違憲，易言之，仍許可「監看」的最弱監視方式合憲性。所

應指派員警在場監視，並得記錄其談話內容。會客時間，由收容所酌定之。」；另海岸巡防機關大陸地區人民及香港澳門居民臨時收容處所設置管理要點（民國九十三年）第九點：「（五）：會見時應派員在場監視，必要時得摘錄其他內容或予以錄音、錄影。」都是狹義解釋的例子。

³ 參見法務部八十三年十一月十一日（83）法檢決字第二四五五八號函，對涉及賄選及貪瀆案件之禁止或限制接見之被告，應實施全程錄音並將錄音帶送承辦檢察官參考，以防串供串證。

⁴ 民國四十三年十二月七日，立法院民刑商法、法制委員會函，見立法院公報第十四會期第六期，第64頁。

以羈押法第二十三條第三項只是部分違憲而已，其立論類似釋字第四七一號解釋。這種見解將系爭法律條文（羈押法第二十三條第三項）是否因違憲而全部失效的問題，沒有在解釋文及理由書中明白說明，徒使解釋文義模糊不清，也使有關機關日後研修系爭條文將有不知如何下手之疑問。

二、 第二十三條「監視」概念應加以細密的區分

本號多數解釋承認羈押法第二十三條第二項及第三項的監視為嚴格標準。但在不挑戰刑事訴訟法第三十四條但書合憲性的前提下，已經承認了律師接見權的「相對保障」制度。在個案情形，仍可以限制辯護人的接見被告。而此時，則可以適用羈押法第二十三條第三項嚴格的監視措施。所以本號解釋意旨仍肯定羈押法第二十三條第二項對一般會面的嚴格監視規定的合憲性，第三項唯有符合刑事訴訟法第三十四條但書條件時，方得準用第二項的規定。

這種解釋不能具體澄清目前僵硬監視制度的違憲疑慮，只有「見林不見樹」的澄清效果，似應當跨出更大的腳步，來規正實務及羈押法第二十三條的「過時」結構。

首先，本席贊同本號解釋多數意見所強調律師角色的重要性。誠然在法律日趨複雜的現代社會，一般被告不可能具有充分的法律素養，必須求助於專業的律師協助，沒有律師的專業協助，被告即無法從國家龐大的法律秩序中，尋獲最有利的依據，來保護自己的權利。著眼於這種律師專業服務的不可缺性，法律甚至可以違背當事人「獨自進行訴訟」的自由意願，強制指派律師協助訴訟，此有重大刑事訴訟「強制辯護」制度（參見刑事訴訟法第三十一條），以及國外亦有規定非委任律師（或類似代理人）不得進行訴訟者（例如德國行政法院法第六十七條第一項、聯邦憲法法院法第二十二條第一項）。律師與受羈押被告的依存關係處於更為密切的狀態。被告在喪失自由之前，本可以親自蒐集有利證據機

會，現已經完全喪失，唯有依賴律師的協助。而此同時，國家偵查犯罪的機關也全力在進行不利於被告的證據蒐集，際此未來定罪與否的關鍵「黃金時刻」，被告與辯護律師的關係且從「信賴轉變為依賴」。何況被告與檢察官所代表的國家公權力客觀對比，明顯的處於「弱勢」地位，除了少數豪門鉅室的被告外，大多數被告是以個人單薄的力量來對付在人力動員、財力支援，以及行政制度多樣的誘因（承辦官員的升職、知名度提升）處於絕對優勢的國家公權力。故法治國家強調的刑事訴訟及程序正義，不單指訴訟法制上應呈現「公平程序」的外表，還要在內在的關懷點上，讓真實的正義有更可能實踐的機會，使得「小蝦米」能有一搏「大鯨魚」的可能。強化人民的「應訴能力」才是訴訟程序正義的主要指標。

因此，國家如果要以極重大的公益需求，來限制人民獲得律師的辯護，必須重視這種程序正義所依賴的律師扶助機制。

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。

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。同時，這應當是非禁見被告的一般接見，包括與律師接見在內的監控方式。現行實務（見註一處所列法務部八十四年度函），只有對後者律師接見非禁見被告，才實施此種寬鬆監視措施。其他人接見非禁見被告時，仍採嚴格監視。故對彼等隱私權自然造成極大與違憲的侵害。

本號解釋很遺憾未能對上述三種應有不同寬嚴程度的監視措施，進行合理的區分，從而無法提供未來立法者一個更細密的「監視規範」，只是單純對於羈押法第二十三條第三項的「僵硬適用」規定部分宣布違憲。這既忽視了將來立法者為了特殊立法，有可能採取第一種最嚴格的監視措施的必要；復未強調「正常」的刑事訴訟法第三十四條但書所指

的監視「應當」只要施以中度的監視即足。本號解釋理由書中雖同意羈押法第二十三條第三項規定「殘留」合憲時，對未受刑事訴訟法第三十四條但書限制之會面時，仍只准許「監看」一種方法。至於第三人在場之中度的監視，則不許可之，當然也未曾討論分析：「如果該第三人『聽而不報』，是否亦可為之？」的問題了。

三、採行中度監視「看、聽」—「聽而不錄」及「聽而不報」的原則，即不違憲

律師接見被告是如同英美法所稱的「律師特權」(legal professional privilege)。在禁見被告連關涉人倫重要價值的與「家屬會面權」都無得享有，只能由律師接見，可見得此律師特權重要性，乃協助當事人的實踐訴訟權利。律師與當事人會面應僅止於受託委任訴訟事宜，而非概括委託其處理本案以外的其他事宜，包括其他訴訟。律師與當事人違背上述「專案委託」的意旨，即屬律師會面特權的濫用。羈押法施行細則第八十三條也有相同的規定（儘管本席認為本法施行細則第八十三條的規定，僅是訓示規定而已，因為在有限的會面時間，如此「超越議題」的會談，徒然浪費寶貴會面時間）。至於律師協助勾串證人與湮滅證據等，自亦屬律師特權的濫用。

但是如何控制這種「濫權」的可能性？錄音、錄影實際上僅是作為事後論究律師法律責任的補救手段。然此已和被告受羈押的目的不合，蓋已經造成羈押所欲防範的後果：例如透過律師來勾串證人或湮滅證據等可能已經完成。有效的方法只得是由第三人在旁監聽：一旦聽聞有上述濫權之疑慮，即可及時制止，方能有效防止串供等。然而，問題也在於該第三人是否在法律知識及對於案情之瞭解上，足以區別有無濫權的界限？答案顯然是否定。而該第三人將所聽聞之攻、防策略告知檢察官，將有害於「武器平等原則」是可肯

定。但第三人在場，如果目睹律師與當事人有其他違法的行為，例如明顯商談勾串事宜等，可立時制止。也是第三人在場監視不可取代的優點。故兩相權衡結果：

1. 律師會面權若有濫用之虞，而有採行監視必要時，如利用錄音、錄影的事後追究責任，與羈押目的不合；即令這種錄音、錄影只是「錄而不用」等待日後一旦律師涉及串供時，再取出調閱以調查事實，則容易形成「秋後算帳」的工具。不服輸的檢察官容易將調閱這些資訊作為追究、報復律師的手段。

2. 由第三人在場旁聽，好處可即時制止律師會面權的濫用，也可維持監所秩序。缺點雖然有可能不當介入律師與被告的溝通。但此制度不妨礙律師與被告仍可以繼續溝通，只不過改變溝通方式而已。因此，並不會對溝通權造成太大的侵犯。而第三人所聞知律師與被告之攻防策略，如果明定不得提供檢察官與法官參考，即不至侵犯「武器平等」之原則。故只要導入第三人監視「聽而不錄」及「聽而不報」的原則（Watching ,Hearing without Using），第三人在場的中度的監視，並不當然違憲。這是本席平衡律師在法治國家訴訟制度所具有不可缺的重要性，而另一方面，防範律師在接見禁見被告時，儘管為數不多，但不無可能會濫用此權利，同時這種中度的監視也不至於造成辯護功能太多的傷害，故以此衡量作為此項監視標準的判斷依據。

四、羈押法第二十三條第二項「監視」概念的合憲性應一併予以檢討

（一）應援用「裁判重要關聯」理論：

本號解釋對於羈押法第二十三條第二項未加審議，雖以避免訴外裁判為由，然亦肯認其合憲性。本席認為本號解釋既然審究羈押法第二十三條第三項援引第二項的監視規定的合憲性問題，如果不先確認第二項規定的合憲性，豈可逕

將此有「合憲疑慮」的規定與概念，援用作為論究第三項規定的合憲基礎？

其次，當羈押法第二十三條第二項及第三項存有「具體關聯」的重要性時，即可適用「裁判重要關聯性理論」

(*Entscheidungserheblichkeitstheorie*)，一併審查相關的法規，而無「訴外裁判」之虞。本院解釋也多次承認這種理論，指明憲法解釋的對象，不應囿於釋憲聲請所指摘的法規為限。例如釋字第五三五號解釋理由書中即明白提及：「所謂裁判所適用之法律或命令，係指法令之違憲與否與該裁判有重要關聯性而言。以刑事判決為例，並不限於判決中據以論罪科刑之實體法及訴訟法之規定，包括作為判斷行為違法性依據之法令在內，均得為聲請釋憲之對象」；釋字第四四五號解釋理由書也有類似說明：「惟人民聲請憲法解釋之制度，除為保障當事人之基本權利外，亦有闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的，故其解釋範圍自得及於該具體事件相關聯且必要之法條內容有無牴觸憲法情事而為審理。」可作為例證。

(二) 本項「監視」概念應採最寬鬆標準：

上文已提及實務上依民國八十四年(84)法務部法監字第一六一三號函對於禁見被告與非禁見被告接見律師時，監、所的監視措施，分為嚴格與寬鬆兩種。前者採嚴格監視措施，後者為寬鬆監視，只限於「監看」(位於眼能見耳不能聞之位置)，以及「紀錄」(紀錄接見時之「情狀」，而非言談內容，俾供查考)。但對於非禁見被告接見一般人時，則採取嚴格的監督措施，是否仍符合憲法的規定？本席認為已牴觸比例原則矣！

被告雖已羈押，則其逃亡、串供及湮滅證據的風險，已減輕大半。復未被科與禁見處分，則其上述羈押目的風險又減輕許多。看守所的監視措施即應特別注重比例原則，只得

採取「強度最弱」的監視措施。

而被告接見他人時，特別是會見親人或親近朋友，往往不免談及私密之課題。如均可為看守所知悉時，已經不當侵犯到人民受憲法保障之隱私權範圍，且也涉及到人性尊嚴、個人主體性，以及人格發展之完整（本院釋字第六三一號解釋參照之）。因此，除非有例外的個案情形，否則只能採取「監看」（位於眼能見耳不能聞之位置，即 Watching without Hearing），亦即應將目前律師接見非禁見被告的監視標準，擴張實施到一般人與非禁見被告的接見之上。

可參考之外國立法例，例如：德國巴伐利亞邦在二七年十一月二十七日通過一個巴伐利亞邦「刑事執行法」（BayStVollzG, Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe, der Jugendstrafe und der Sicherungsverwahrung），該法第三十條第一項規定看守所對於一般接見時，都採行監視措施，包括錄音或錄影，但事前必須先告知。該項資訊最遲在一個月後應銷毀之。如個案無不當行為及無影響看守所秩序之虞，即無庸監視。第二項規定：在上述情形，在會面談話部分，不得採行錄音或錄影之監視方式。第五項特別規定：律師接見時不予監視。

巴伐利亞邦刑事執行法此項規定，便是要求在對一般接見的監督採取「一律監視、但個案且例外免除」的方式。同時，對於談話內容部分，更是採行不得錄音錄影的寬鬆監督方式（監看），可見得是「行為監視」。對律師會面則不得監視。但有特別立法規定時，例如前述德國刑法及刑事訴訟法訂定有關反恐的特別規定時，則不在此限。

日本現行（平成十七年制定）的「刑事收容設施及被收容者等處遇法律」對一般接見，得由所方裁量採行各種監視措施，但律師接見時有特別妨礙所方秩序之疑慮時，方得監視之（第一百一十六條）。易言之，對一般接見比德國嚴

格，但和我國類似，也沒有對言談不予監控的規定（即實施「溝通監視」）；但對於律師接見，則比我國寬鬆，和德國相近。

故我國的制度比德、日兩國來得嚴格。對羈押法第二十三條第二項的監視，應該強調比例原則與保護隱私權的重要性。而對於監督的措施，應當要有不同強度的區分，否則即和憲法的規定有違。

五、刑事訴訟法第三十四條但書之規定應一併審查

（一）亦應適用援引「裁判重要關聯」理論：

本號解釋多數意見未討論刑事訴訟法第三十四條但書的合憲性，其目的似乎乃避免「訴外裁判」。但本條文既然賦予限制律師會面權的法源依據。律師受到這種限制，自然涉及到被告的訴訟權利。因此，如同本席前述主張應一併審查羈押法第二十三條第二項的合憲性一樣，本條文是否規範完備，已和羈押法第二十三條的規定有具體關聯性，應當一併列入審查的範圍。

（二）應承認涉及辯護人的工作權，並設立法律救濟的機制：

刑事訴訟法第三十四條但書雖然只言及限制辯護人的接見權，但此「限制」，實務上包括監視權限在內。而辯護人與被告秘密通訊權及律師執行職務之權利，因此將遭到限制。雖然可提出聲明異議，但對此處分的裁定，依刑事訴訟法第四百十六條第一項第一款及第四百十八條第一項之規定，不得提起抗告。故辯護人顯然已經無法充分發揮其律師的功能，理應允許辯護人或被告向上級法院提出抗告的權利。這也是本院在前一號解釋（釋字第六五三號解釋）所樹立的原則，本號解釋應當一併的宣告之，同時應課與法官（且只有法官方可）作出此處分時，當同時諭知監視的種類（特別是依本號解釋，仍可依刑事訴訟法第三十四條但書之規定給予會面嚴格的錄音等監視處分）監視期限等，以示慎重。

另外，由於羈押時間急迫，對於此處分的救濟（包括提起異議或抗告）以及決定作出的期限，必須較一般抗告程序的時間急速，故當由立法者全盤制定配套的修正條款。故刑事訴訟法第三十四條但書之規定，顯有「規範不足」之弊，應宣告一定的期限，宣示立法者從速修正之。

（三）排除檢察官的處分權：

第三十四條但書的規定，使得檢察官在偵查期間，亦可行使此限制律師接見權之權利⁵。因此，明顯的違反「武器平等」的原則，故應當加以修正，明定此條但書的處分權應為「法官保留」。唯有急迫情勢方得由檢察官緊急限制之，並於最短期間內聲請法官核定之。此亦為該條文的規範過於空泛之弊端也！

綜上所述，由第三十四條但書規定，被限制的對象主要是辯護人，故此限制明顯侵犯律師的職業權。因此，綜觀本案所侵犯的法益，除了被告的訴訟權，以及相關聯的「武器平等」正當法律程序之原則外，尚應包括律師職業權在內。

六、羈押法第二十八條應採合憲限縮解釋

關於羈押法第二十八條規定，本號解釋文以為：「同法第二十八條規定，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」。由這段解釋文可否令人清晰的瞭解，究竟「羈押法第二十八條是否全部違憲而失效？」抑或是「部分失效，只是將同法第二十三條第三項所獲得的資訊，如果利用第二十八條

⁵ 法務部民國七十五年六月二十八日（75）法檢字第七六三六號函：「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，宜應由檢察官斟酌案情認定之。」

的途徑，呈報檢察官或法院時，才屬違憲？」探查本號解釋的多數意見，當指後者（部分失效）而言。本席對結論表示贊同，但對於行文論理方式，則有一愚之見，僅略述如下：

（一）解釋文句仍然使用「隱晦式」的解釋（如同上述宣布羈押法第二十三條第三項的部分違憲一樣），為何不採用「本文與但書」的模式來敘述之？由於檢討此條規定乃附隨檢討第二十三條第三項的規定而來，如果本號解釋明白承認系爭第二十八條條文大體上仍具合憲性，就應不必猶豫的宣布之。但對律師與被告之間的談話資訊，既然認為不能呈報檢察官或法院，即可將之排除在呈報內容之外，豈不更「明快清晰」？更何況，在詮釋第二十八條條文的內容時，究竟哪一點規定與本號解釋文的「解釋意旨不符」？更是模糊不清。因為，目前產生違憲爭議的，乃是實務上的運作所造成，何不採取「限縮解釋」的「排除法」即可？

（二）至於被告被羈押在看守所的期間，當是其犯罪行為正在偵查及起訴期間，亦同為檢察官與法院欲發現真實之時刻。而被告此時也可能正有勾串證人或湮滅證據之急迫性。加上被告已羈押於看守所內，每日生活作息在焉，其言行自然有可能透露任何有助於發現真實之訊息。現代民主國家強調的科學辦案，有一分證據說一分話，被告看守所內言行透露的「蛛絲馬跡」，檢察官或法院自可裁量有無採用的價值，看守所誠然沒有蒐集犯罪證據的法定義務，但法律要求其「附帶性」的協助偵查⁶，只要未侵犯人權，似亦無違憲之虞。故對此資訊，無庸陳義過高的「棄之如敝屣」！

（三）對羈押法第二十八條規定的解釋，會否當然導出律師與被告會談資訊的洩漏給檢察官或法官？但由本號解

⁶ 此觀乎本條文在民國四十三年修正理由要旨，亦有：「被告在所言行，『間亦』有足供偵查或審判上之參考者，原二十八條僅列書信之可供參考者，應送法院或檢察官，尚欠週密，本案特予增補。」的說明，可見乃「附屬性任務」，見立法院公報第十四會期第六期（同前註三處）。

釋文的用語：「 同法第二十八條規定，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 」，顯示兩者有必然的後果。但這種敘述乃「強制」將兩個條文銜接起來，不免過於勉強的引起誤會！這也造成上文所提及的本號解釋對第二十八條採行「隱晦式」違憲解釋的後果。

（四）本法第二十八條既然還大部分合憲，但律師與被告會面的談話內容，如果是經過「法定程序」的取得時，看守所仍否應呈交法官或檢察官參考？例如：法院對某律師會見禁見被告，認為有嚴格監視之必要，依刑事訴訟法第三十四條但書規定，決定予以監視。此時，若所方監聽得到之資訊，是否當屬合法取得之資訊，而可比照通訊保障及監察法第五條第五項得採為證據？如果採否定說，則經過嚴格門檻制定的監視規範，豈無任何功能？所以監視所獲得的資訊，能否具有證據力？也應當一併的探究之。對此，本號解釋雖未提及違憲的依羈押法第二十三條第三項所獲得的資訊，是否具有證據力的問題，但答案似乎是否定（因為第二十三條第三項被宣告為部分違憲，故基於此部分取得之證據，當然視為違法證據）。至於合憲方式獲得的資訊，就未論及之，似乎留待立法者日後深入研究，解決此問題。

（五）由於本號解釋多數意見只限於解決羈押法第二十三條第三項及同法第二十八條的違憲問題，在理由書中雖一再強調律師與被告「不受干預下充分自由溝通」之權，但限於「有限打擊」的論理方式，無暇再一併論究律師與被告此項溝通權的其他重要成分，其中例如：

1. 「充分溝通權」：律師應當與被告有充分的時間進行訴訟的策略研究。「律師會面特權」儘管可以由看守所為了監所秩序所必須予以限制者外，但必須在時間的足夠度上，

使被告辯護利益的開展，可以游刃有餘。而且此項時間長短的決定，案情的重大與法律關係複雜與否，都應列入個案考量。本號解釋只論及了「溝通自由及隱密性」問題，而未及於探究溝通的「充分」問題之上。

2. 律師與被告的會見除了言語的溝通外，還需要訴訟文件與相關書籍資訊的討論。這些文書上的內容監視，也應當比照言語溝通的監視，不能受到拆閱或影印存參的干擾。就此而言，羈押法第二十八條已經觸及到看守所由「發受書信」所獲得的資訊，惜乎，本號解釋未加以重視及闡釋此「文書監視」的問題。

3. 前述關於律師會面時間的不足，以及文書監視等，律師及被告如果認為不服所方決定，依本院釋字第六五三號解釋，屬於可提起法律救濟之爭議。

故本席以為羈押法第二十八條的規定，並非全無立法上的考量，其目的亦符合憲法之規定，僅須為限縮解釋即足⁷。為正本清源，本席亦贊成在此宣示立法者應在一定期間修正羈押法第二十八條，增定「被告與辯護人（甚至更進一步）以及被告與他人會談所獲得之談話內容，不得呈送檢察官或法官」的但書規定，以明確解決爭議。

⁷ 這也是典型「法律合憲解釋」的案例，因為只要能透過任何一個傳統的解釋方式，能讓一個法律合憲運作，即可採取此解釋方法，見 Volker Epping, Grundrechte, 3.Aufl., 2007, Rdnr.63.