

正 本

檔 號：

保存年限：

## 司法院刑事廳 函

臺北市中正區重慶南路1段124號

受文者：憲法法庭

發文日期：中華民國112年3月17日

發文字號：廳刑一字第1120200583號

速別：普通件

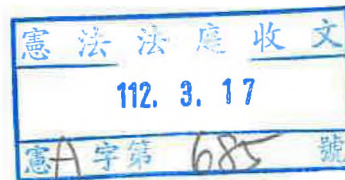
密等及解密條件或保密期限：

附件：如文

地址：臺北市重慶南路一段124號

承辦人：吳鎔涵

電子信箱：peiwu@judicial.gov.tw



主旨：檢送本廳就本院憲法法庭審理會台字第11067號理律法律事務所聲請解釋案，關於律師秘匿權之陳述意見書16份，請查照。

正本：憲法法庭

副本：理律法律事務所

# 司法院刑事廳

# 司法院刑事廳陳述意見書

案號：會台字第 11067 號

陳述機關：司法院刑事廳

為憲法法庭審理人民聲請刑事訴訟法（以下簡稱本法）法規範憲法審查案，謹於本廳權責範圍內，就憲法法庭 112 年 1 月 5 日爭點題綱所列事項，陳述意見如下：

## 目錄

序言.....	1
一、關於爭點題綱一：律師與當事人間之秘匿特權及執業隱私權是否應受憲法保障？其憲法保障之依據、對象、內涵及範圍.....	2
（一）普通法系律師與當事人間秘匿特權之演進.....	2
（二）秘匿特權之排除.....	6
（三）秘匿特權於我國法制下適用性之分析.....	6
（四）律師執業隱私權或職業自由之保障？.....	11
（五）小結.....	12
二、關於爭點題綱二：刑事訴訟法第 122 條第 2 項及第 133 條第 1 項之規定，是否構成對前述權利之侵害.....	12
（一）比較法之觀察.....	13
（二）我國法脈絡.....	17
（三）被告基本權之保障與發現真實之調和.....	20
（四）結論.....	24

## 序言

司法是正義的最後一道防線，其良窳攸關人民生命財產，及國家

社會秩序之維護。國家將析訟斷獄之權責委諸法院，由其平亭曲直，定紛止爭。刑事法院行使審判權，其結果影響人民之人身自由，有關刑事訴訟程序，自應本正當法律程序之要求，對刑事被告予以充分之程序保障，係實踐憲法第 16 條訴訟權之最重要內涵。此項程序保障，例如採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度<sup>1</sup>，並給予被告有完全陳述之機會等，俾被告得以充分行使其正當防禦權利<sup>2</sup>。然在刑事司法程序中，鑑於被告與代表國家行使追訴權之檢察官間，無論在組織、人力、物力及專業法律知識各方面，兩者均有相當之差距，為使被告處於與檢察官實質對等之地位以進行有效之防禦，排除檢察官對其不利之控訴，被告應享有受辯護人協助之權利<sup>3</sup>。為使辯護人制度充分發揮協助被告進行訴訟之功能，被告受辯護人協助權之內容，自不以形式上賦予選任辯護人之權利為已足，並包括由辯護人陪同應訊、閱卷獲取訴訟資訊及進行其他有效防禦所需之訴訟行為，俾使其獲得實質、有效辯護之權利<sup>4</sup>。

## 一、關於爭點題綱一：律師與當事人間之秘匿特權及執業隱私權是否應受憲法保障？其憲法保障之依據、對象、內涵及範圍

### （一）普通法系律師與當事人間秘匿特權之演進

特權(Privilege)概念是來自於普通法(common law)，

---

<sup>1</sup> 最高法院 93 年度台上字第 2237 號判決：「按刑事辯護制度係為保護被告之利益及期待法院公平審判，進而確保國家刑罰權之適當行使而設，刑事被告在訴訟上有依賴辯護人為其辯護及不受不法審判之權，此為人民依憲法第十六條享有之訴訟權所衍生之基本權…。」

<sup>2</sup> 刑事被告之防禦權自從司法院釋字第 582 號解釋以來，已定位為具有憲法位階的權利，司法院釋字第 654 號解釋許玉秀大法官協同意見書一、(二)、3。

<sup>3</sup> 司法院釋字第 654 號解釋葉百修大法官協同意見書。

<sup>4</sup> 陳運財(2009)，論偵查不公開之適用範圍及其例外，全國律師雜誌，第 13 卷 9 期，頁 30 以下。

英美法上第一個被承認的特權即為律師與當事人<sup>5</sup>間的特權（attorney-client privilege），稱之為秘匿特權。蓋法律事務具高度複雜性，常人往往難單憑己力處理，而須向律師諮詢。為促進雙方溝通，有必要免除律師於法庭上的揭露責任，一來使律師不致違反對當事人應盡的忠實義務，與律師倫理規範要求的守密義務，俾維護當事人的隱私及雙方信賴；二來可強化雙方溝通，使當事人更能瞭解自身權益，律師也較能為有效的辯護，增進社會公益。一般認為此特權濫觴於英國法院在 1577 年 *Berd v. Lovelace* 案<sup>6</sup>作成的判決中，免除律師揭露與尋求法律諮詢的當事人間私密溝通的義務。該案法院從「紳士榮譽」（gentleman's honor）的角度出發，主張為維護當時英國社會習慣，確保律師不因受迫作證而公開與當事人間的談話內容，毀棄其對當事人的保密承諾，以致違反紳士守則（code of a gentleman）<sup>7</sup>，故有創設律師的秘匿特權、免除律師強制作證義務的必要，藉以保護律師對當事人隱私事項的守密誓約，維護律師之誓言及榮譽（the oath and the honor of the attorney）<sup>8</sup>。因此秘匿特權發展之初，是律師所擁有之權利，而非為當事人利益，法院不得要求或強迫律師透露其當事人所作陳述。在此觀點下，秘匿特權因會抑制事實之揭露，若只是為保護律師執業之榮譽，

---

<sup>5</sup> 在刑事案件即被告（或犯罪嫌疑人）與辯護人，以下均以律師、當事人稱之。

<sup>6</sup> 21 Eng. Rep. 33 (Ch. 1577)。

<sup>7</sup> Lonnie T. Brown, Jr. (2006), *Reconsidering the Corporate Attorney-Client Privilege: A Response to the Compelled—Voluntary Waiver Paradox*, 34 HOFSTRA L. REV. 897, 913。

<sup>8</sup> Thomas C. Dawson Jr., John T. Tucker III & Kevin J. Whyte(1985), *The Attorney-Client Privilege*, 19 U. RICH Law Rev. 599 at 560.

而與被告知訴訟權利、自由溝通交流權無涉，權衡後發現真實之利益會凌駕在律師保密承諾之上，故傾向限制律師的秘匿特權<sup>9</sup>。

19 世紀初，英國法院開始將既有的特權原則發展成普通法，連同許多英國證據法著作，成為美國獨立建國初期法官判定特權問題時的指引，但時序遞嬗，19 世紀後期英國法在美國的影響力逐漸式微，「發現真實」躍升為主流價值，秘匿特權因將律師與當事人間的溝通內容排除在證據範圍外，難免妨礙訴訟的進行，其正當性受到質疑，故美國法院一度認為：限於律師與當事人間，就現在或未來之訴訟直接相關之溝通內容，始受秘匿特權之保障<sup>10</sup>。其後，隨著「效益主義」（utilitarianism）思潮興起<sup>11</sup>，認為秘匿特權確保律師與當事人間溝通的秘密性，有助於促進雙方充分且完全的資訊交換，使律師得充分掌握案情，提供實質有效的法律諮詢，促進司法制度的有效運作<sup>12</sup>，所因此獲得的公共利益超過排除律師證言對司法制度所致的成本，藉以賦予秘匿特權正當化的基礎。基此，秘匿特權創設之目的，既係在保護當事人能勇於向律師進行完整、誠實的揭露、溝通，以尋求法律協助，故秘匿特權之主體，遂由律師轉而為當事人。

---

<sup>9</sup> Petersen, Gene A.(1969), Attorney-Client Privilege in Internal Revenue Service Investigation, 54 MINN Law Rev. 67 at 69.

<sup>10</sup> 同註 7，頁 917。

<sup>11</sup> Note (1977), The Attorney-Client Privilege: Fixed Rules, Balancing, and Constitutional Entitlement, 91 HARV. L. REV. 466.

<sup>12</sup> Note (1999), Maintaining Confidence in Confidentiality: The Application of the Attorney-Client Privilege to Government Counsel, 112 HARV. L. REV. 1995, 1997

美國憲法增修條文第 6 條賦予當事人受律師協助之權利 (right to counsel)，即保障當事人與律師間溝通之秘密性 (Confidence)，奠定秘匿特權在美國法上之憲法基礎<sup>13</sup>。在聯邦規範層級，係以聯邦證據法 (Federal Rule of Evidence, FRE) 第 501 條為基礎，授權聯邦法院累積判決先例。在聯邦法院經常引用的 United Shoe 案例中，Wyzanski 法官認為成立秘匿特權的要件包括：1.主張秘匿特權者現為或曾為當事人；2.其溝通之對象 a.係在法院登錄的律師，或其履行輔助人，b.以律師身分進行溝通；3.該溝通 a.係由當事人所為；b.無第三者在場；c.當事人為獲取法律意見、法律服務，或訴訟程序中的協助；d.且非為進行犯罪或侵權行為；以及 4.當事人未拋棄秘匿特權，且主張該項權利<sup>14</sup>。

Wigmore 氏所著「聯邦證據法」書中所列秘匿特權的要件，包括：1.由當事人；2.向具法律專業且以該身分執業之人；3.尋求法律諮詢；4.所為的溝通；5.具有秘密性；6.未經當事人或該法律專業人士揭露；7.除經拋棄外；8.受到永久保護<sup>15</sup>。

易言之，秘匿特權的保護對象係律師與當事人間之溝通，且該溝通具有秘密性，律師與當事人主觀上具有取得或提供法律諮詢之意，在此情況下，如該秘密溝通內容未構成犯罪或自我防衛例外 (詳後述)，且未經當事人拋棄秘匿特權者，即受有特權之保護，法院不得命律師就該等內容作證陳述，

---

<sup>13</sup> Mueller, C.B., Kirkpatrick, L.C. & Richter(2012), Evidence.

<sup>14</sup> United States v. United Shoe Machinery Corp., 89 F. Supp. 357, 358-59(D. Mass. 1950)

<sup>15</sup> JOHN HENRY WIGMORE, EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW §2292 (McNaughton rev. ed., 1961) (1st ed. 1904).

亦不得要求以證據開示或命提出證據之方法，揭露該溝通內容，違反者，因而取得之證據不具證據能力<sup>16</sup>。

## （二） 秘匿特權之排除

秘匿特權以促使當事人與律師能充分溝通，獲得案件防禦所必要之法律協助，故其範圍亦受此拘束。當事人雖得聘請律師為其「過去的犯罪」辯護，但其若為現在正在進行中（Ongoing Crime）或即將進行（Future Crime）之犯罪而與律師接觸、溝通，則因與秘匿特權之目的相違，而不在其保護範圍內，避免扭曲制度本意，使秘匿特權成為滋生不法或詐欺行為的溫床<sup>17</sup>，學說稱此為犯罪例外（Crime-fraud Exception）<sup>18</sup>。

## （三） 秘匿特權於我國法制下適用性之分析

### 1. 被告之受辯護權

公平審判原則是現代法治國家司法程序之基石<sup>19</sup>，法官於個案之審理，須具備無偏頗性及中立性，是公平審判原則之核心領域。在現代法治國家採行之控訴原則下，刑事被告已取得「程序主體」之地位，而不再是單純之程序客體<sup>20</sup>。儘管刑事被告已取得程序主體地位，但其與代表國家行使追訴

<sup>16</sup> 王兆鵬（2006），律師與當事人間之秘匿特權，刑事法雜誌 50 卷 6 期，頁 1。

<sup>17</sup> In re Grand Jury Proceedings (5th Cir. 1982), 680 F.2d 1026, 1028.

<sup>18</sup> 王兆鵬（2008），「刑事訴訟講義」，頁 840 至 841，元照出版有限公司。

<sup>19</sup> 司法院釋字第 591、第 582 號、第 533 號、第 512 號、第 418 號、第 395 號、第 256 號解釋可資參照。

<sup>20</sup> 林鈺雄（2020），刑事訴訟法，上冊總論編，頁 163。

權之檢察官間，在專業法律知識方面並非對等，故為維持被告與檢察官間雙方武器平等，被告應享有辯護權，於訴訟上防禦其權利，排除追訴檢察官對其不利之控訴。因此，被告不但得隨時選任辯護人，於強制辯護案件，法院且必須主動為未選任辯護人之被告指定辯護人<sup>21</sup>，國家機關亦有義務於訊問被告前，告知其得選任辯護人<sup>22</sup>。法官或檢察官調查該管案件時，本於職權負有於被告有利或不利事項一律注意之客觀義務。然單純客觀法律義務本身，仍不足以有效保障被告之程序主體地位及其防禦權利。唯有依賴具有專業知識之辯護人，協助被告而督促國家機關實踐其應負之客觀法律義務，進而動搖其不利於被告事項之判斷，藉以落實「無罪推定」、「武器平等」等原則，並符憲法對公平審判之要求，此即被告受辯護人協助權利（right to counsel）之憲法基礎<sup>23</sup>，此基本權經過大法官一再解釋（本院釋字第 396、582、737、762 號等解釋、憲法法庭 111 年憲判字第 3、7 號判決參照），已在我國確立。

然被告或犯罪嫌疑人所享有之受有效協助與辯護之權

---

<sup>21</sup> 刑事訴訟法第 27 條第 1 項規定：「被告得隨時選任辯護人。犯罪嫌疑人受司法警察官或司法警察調查者，亦同。」同法第 31 條第 1 項規定：「最輕本刑為三年以上有期徒刑或高等法院管轄第一審案件或被告因智能障礙無法為完全之陳述，於審判中未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人或律師為其辯護；其他審判案件，低收入戶被告未選任辯護人而聲請指定，或審判長認為有必要者，亦同。」

<sup>22</sup> 刑事訴訟法第 95 條規定：「訊問被告應先告知左列事項：一、犯罪嫌疑及所犯所有罪名。罪名經告知後，認為應變更者，應再告知。二、得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。三、得選任辯護人。四、得請求調查有利之證據。」同法第 100 條之 2 規定：「本章之規定，於司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人時，準用之。」

<sup>23</sup> 陳運財（2006），刑事訴訟法之修正與刑事辯護，月旦法學雜誌第 137 期，頁 123；陳運財（2004），論接受辯護人援助機會之保障，刑事訴訟與正當之法律程序，頁 375 以下。



利射程範圍，究竟應如何劃定？依照歷來本院解釋及憲法法庭裁判之意旨，不僅包含其得自主選任辯護人，強制辯護案件未選任辯護人者，應由指定之公設辯護人或律師為其辯護，尚包含辯護人真正參與訴訟，為被告進行實質、有效辯護，為達成此一內涵，因而伴生辯護人接見被告自由交流不受干擾之權利（釋字第 654 號解釋）、偵查中羈押及審判中之卷證資訊獲知權利（釋字第 737、762 號解釋）等，辯護人並得於刑事訴訟程序各階段，在場、筆記並適時表示法律意見與提供法律上之協助（憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決第 13 段），及賦予辯護人為被告之利益，提起抗告之權利（憲法法庭 111 年憲判字第 3 號判決），俾確保憲法第 16 條所揭櫫之訴訟權、保障人民受公平審判之權利。

受辯護權既為被告之基本權，為使被告實質享有此一權利，理當保障被告與律師間之充分及自由之溝通。蓋律師身為在野法曹，於受被告（或犯罪嫌疑人）委任後，須藉由被告（或犯罪嫌疑人）告知相關事證，獲取充分資訊，方能進行分析判斷，提供有效之法律意見。被告（或犯罪嫌疑人）需向律師無後顧之憂充分陳述，並信賴律師不至將溝通內容向第三人揭露，成為日後不利於己之訴訟資料，始能獲得實質有效之法律協助。基此，為強化雙方互信，有必要責成律師保守因業務上知悉之秘密，乃事理之常。

關於當事人與律師間信賴關係之維護，我國在制度設計

上與同為大陸法系之德國、日本<sup>24</sup>相近，並無前述英美法所稱之秘匿特權之設，而是除以洩密時課予的民、刑事責任及懲戒處分作為嚇阻手段外<sup>25</sup>，在訴訟上賦予律師業務拒絕證言權<sup>26</sup>，使令無庸被迫揭露其因業務上所知悉當事人之秘密，俾確保當事人與律師間之信賴關係，此為受辯護權的核心價值<sup>27</sup>。

## 2. 拒絕證言權與秘匿特權之區辨

然而，我國法之拒絕證言權與英美法系之秘匿特權，兩者雖相似，但實質不同，至少有 2 項重大差異：第一，主體不同。如同前述，特權是屬於該政策創設特權所欲保護之主體，拒絕證言權則是歸屬於證人。例如在律師與當事人間關係中，由於美國法認為當事人能與專業人士的律師進行充分溝通與求助，才是特權創設之意義所在，因此當事人始為特權之主體。我國法上之業務拒絕證言權主體則為律師、醫師，是否透露溝通內容之決定權主體在於律師，而非當事人。第二，作用範圍不同。享有特權之主體，可主張任何人均不得揭露受該特權保護之事項，目的則是為保護某些（比發現真

<sup>24</sup> 見德國刑事訴訟法第 53 條、日本刑事訴訟法第 149 條。

<sup>25</sup> 刑法第 316 條：「…律師、辯護人…或其業務上佐理人，或曾任此等職務之人，無故洩漏因業務知悉或持有之他人秘密者，處一年以下有期徒刑、拘役或五萬元以下罰金。」民法第 544 條規定：「受任人因處理委任事務有過失，或因逾越權限之行為所生之損害，對於委任人應負賠償之責。」律師倫理規範第 33 條前段：「律師對於受任事件內容應嚴守秘密，不得洩露。」第 49 條：「律師違反本規範，由所屬律師公會審議，按左列方法處置之：一、勸告。二、告誡。三、情節重大者，送請相關機關處理。」律師法第 73 條：「律師有下列情事之一者，應付懲戒：…三、違反第二十一條第三項、第二十四條第五項、第三十條、第三十一條、第三十五條第二項、第三十六條、第三十九條、第四十三條或違背律師倫理規範，情節重大。」

<sup>26</sup> 刑事訴訟法第 182 條：「證人為…律師、辯護人…或其業務上佐理人或曾任此等職務之人，就其因業務所知悉有關他人秘密之事項受訊問者，除經本人允許者外，得拒絕證言。」

<sup>27</sup> 王兆鵬（2007），「辯護權與詰問權」，頁 95 至 96，元照出版有限公司。

實更重要的)社會價值與利益,故有學者稱特權乃植基於「政策考量」(policy consideration)而來<sup>28</sup>,業務拒絕證言權則只能在權力主體(即律師)做為證人時主張<sup>29</sup>,二者本質既有如上迥異之處,實不可不辨。

再者,縱使欲援引英美法上之秘匿特權以界定被告與辯護人間秘密交流權之界限,或沿用我國法及其他大陸法系國家業務拒絕證言權之設計,其規範目的、保護範圍無可避免地與國家追訴犯罪、發現真實間存有價值衝突,二者有互為消長之緊張關係。如何允執厥中,等值兼顧天秤兩端,使之維持衡平狀態,始終是法治國家立法上及刑事司法決策上,所面臨之兩難抉擇。為使其效力範圍受其設置目的之規範,俾能在維護社會利益之同時,兼顧司法正義之需求,秘匿特權中亦有前述犯罪例外(Crime-fraud Exception)之限制,或參考我國 92 年刑事訴訟法限縮身分關係拒絕證言權之親等範圍、排除「藥商」於業務關係拒絕證言權主體外之修正<sup>30</sup>,及最高法院 97 年度台抗字第 464 號刑事裁定揭櫫,判斷拒絕證言正當理由之有無,「須就個案衡諸社會秩序及公共利益於真實發現、公平審判與新聞自由二社會公益為權衡取捨」,在在足見:為保障被告受辯護權而衍生之秘密交流權(Verkhersrecht),尚非絕對保障,並不排除立法者基於政

<sup>28</sup> Thomas A. Mauet & Warren D. Wolfson (2005), Trial Evidence, 267, Aspen Publishers, 3rd ed.

<sup>29</sup> 蘇凱平(2009),政府秘匿特權與刑事審判—以美國法為借鏡,國立臺灣大學法律學研究所碩士論文,頁 27 至 28。

<sup>30</sup> 我國刑事訴訟法第 180 條修正理由:「為儘量縮小具有拒絕證言權人之範圍,以免妨害司法權之健全運作,而有助於真實之發現...」第 182 條修正理由:「...二、刪除原條文所定『藥商』二字,限縮有拒絕證言權人之範圍,以利真實之發現。」均明揭斯旨。

策考量予以加諸限制，僅其限制應受嚴格比例原則之司法審查<sup>31</sup>。

#### (四) 律師執業隱私或職業自由之保障？

另有論者自隱私權保護之角度闡釋，強制律師以證人身分將當事人溝通交流之內容在法庭上呈現，其結果不但侵犯當事人對其個人私密資訊流通的控制權，也影響當事人與專業人士間形成信賴關係的權利，藉由秘匿特權或拒絕證言權得以防止政府動輒侵入私領域，具有維護業務關係中之隱私、自由、信賴等價值的功能，並保障人民「隱私的空間」(zone of privacy)<sup>32</sup>。然而刑事案件當事人必須對律師坦承其犯罪事實，始能獲得實質有效的辯護。在當事人自願揭露隱私的表象下，是出於取得專業服務的迫切需求而不得不揭露隱私，同時國家對於這些從事業務之人所知悉或保管的隱私，經常能透過課予作證義務加以侵犯，當事人的隱私更是特別值得被保護<sup>33</sup>，故業務拒絕證言權的規範目的，在被告受辯護權之脈絡下，毋寧更著重在保護當事人隱私權<sup>34</sup>，維護律師職業自由之社會功能則較屬於反射效果，更與律師執業隱私權無關。

再由對職業自由工作權之觀點檢驗之，我國向來之大法官解釋乃是依循德國聯邦憲法法院在 1956 年所作出的「藥房

<sup>31</sup> 見司法院釋字第 654 號解釋許宗力大法官協同意見書。

<sup>32</sup> 王兆鵬，「辯護權與詰問權」，頁 249，元照出版有限公司，2007 年初版。

<sup>33</sup> Vgl. Schünemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann, Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch: StGB, Bd. 6, 12. Aufl., 2010, § 203 Rn. 3.

<sup>34</sup> Zöller, Reform des Ermittlungsverfahrens unter Berücksichtigung der Zeugnisverweigerungsrechte. Bausteine für ein »stimmiges Gesamtkonzept«, in: Wieviel Sicherheit braucht die Freiheit?, 2007, S. 251, 255.

案」中所創設的「三階段理論」(Drei-Stufen-Theorie，見司法院釋字第 584、612、649、659、682、711 號解釋)，將職業自由區分成寬鬆、中度及高度審查。對於職業自由與職業行為所為的限制，只要非涉及選擇或從事某種職業的主觀條件限制(採中度審查)，或客觀條件限制(採高度審查)外，皆是寬鬆審查。故舉凡職業行使的限制、可為與不可為的行為種類，均屬此類，只要立法者出於公共利益的考量，並遵循比例原則與平等原則，即可為限制，釋憲機關亦應給予高度尊重。故退步言之，縱認律師與當事人間信賴關係之維護涉及律師工作權與職業自由，我國法制下透過業務拒絕證言權之設計，亦應已符合低度憲法保障之要求。

#### (五) 小結

總括的來說，英美法上的秘匿特權，有其源遠流長的歷史淵源，對於被告受辯護權之保障，當有實效。然此特權所欲達到的目的，在德國、日本等同為大陸法系國家的法制實踐上，係以律師業務拒絕證言權之設，達於保障被告受辯護權之目的。是以英美法上的秘匿特權與我國憲法保留之溝通自由權，其內涵、界限未必全然一致，且在不同法制設計下彼此架接能否相容，亦屬有疑。

### 二、關於爭點題綱二：刑事訴訟法第 122 條第 2 項及第 133 條第 1 項之規定，是否構成對前述權利之侵害

我國刑事訴訟法第 122 條及第 133 條均係於民國 23 年 11 月

29 日制定，第 122 條原於第 2 項規定：「對於第三人之身體、物件及住宅或其他處所，以有相當理由可信為被告或應扣押之物存在時為限，得搜索之。」現行條文則是 90 年 1 月 3 日修正，修正理由將搜索對象增列「電磁紀錄」，並重新界定「被告」之概念，將偵查中之「被告」正名為「犯罪嫌疑人」，與經檢察官偵查終結予以追訴之審判中之「被告」資以區別；第 133 條僅於 105 年 5 月 27 日配合沒收新制修正，增訂為保全追徵之扣押。

承前所述，為保障被告受實質有效辯護之訴訟權，我國刑事訴訟法係以賦予律師業務拒絕證言權以資擔保，然對於律師因委任關係而取得當事人之文件，或與當事人晤談過程中做成之「供述替代品」，是否會因國家發動搜索、扣押之強制處分，而規避拒絕證言權之規範目的，茲先由同有業務拒絕證言權法制設計之德國、日本，另參考及歐洲人權法院判決以為觀察。

## （一）比較法之觀察

### 1. 德國法

德國之業務拒絕證言權規定在刑事訴訟法第 53 條，該條因職業拒絕證言之情形，旨在保護尋求專業協助之信賴關係，換言之，當事人在這些情形下，通常會毫無保留地揭露自己的資訊予專業人士，為保障公益，因此允許專業人士拒絕作證。從而，職業拒絕證言權人的拒絕證言範圍，並非全面，而是限於以專業身分而知悉之事有關（因此專業人士受託從事與專業無關之事、偶然得知專業以外事項，或律師在受當

事人委任前即已得悉被告犯罪之事實<sup>35</sup>，均不在拒絕證言權範圍)，且亦可以透過當事人解除保密義務，而不再有拒絕證言權。

德國刑事訴訟法第 53 條拒絕證言權範圍，透過第 53a 條、第 95 條 II 第 2 句、第 97 條扣押禁止、第 98a 條第 5 項、第 100c 條第 6 項、第 160a 條對業務拒絕證言權人之調查禁止等規定進一步補充規範<sup>36</sup>。即以第 53 條業務拒絕證言權為基礎，為免律師透過拒絕證言權之保障得以拒絕作證陳述，惟檢、警卻得繞道經由扣押相關物件而取得得律師與當事人間秘密交流之內容，無異規避拒絕證言權之保護目的<sup>37</sup>，影響有效辯護之功能，故在刑事訴訟法第 97 條規定拒絕證言權範圍內所包含之書面通訊或紀錄等均禁止扣押。但在拒絕證言權人有參與犯罪或參與資訊贓物罪、包庇犯罪利益、妨礙司法或贓物罪嫌疑，或該物件係供犯罪所用、犯罪預備之物、犯罪所生之物或犯罪所得時，一律不適用扣押禁止與調查禁止（德國刑事訴訟法第 97 條第 2 項第 3 句）。

關於搜索之否准，德國為因應其刑事訴訟法於 2008 年就電信通訊監察等手段大幅修正，而於 2011 年增訂第 160a 條，其第 1 項規定：「偵查處分，若針對第 53 第 1 項第 1 句第 1 款、第 2 款或第 4 款所稱之人、律師、依聯聯邦律師法第 206

---

<sup>35</sup> MÜKoStPO/Kreicker, 2. Aufl. 2023, StPO § 53 Rn. 3. BVerfG 28.1.2008 – 2 BvR 112/08, BeckRS 2008, 31920; OLG Koblenz 10.12.2007 – 2 Ws 618/07, NSTZ-RR 2008, 283 mkritAnm Bosbach NSTZ 2009, 177; Neubeck in KMR-StPO Rn. 14.

<sup>36</sup> MÜKoStPO/Kreicker, 2. Aufl. 2023, StPO § 53 Rn. 1, 11.

<sup>37</sup> Vgl. Gerhold, in Graf(Hrsg.), BeckOK stop, 36, Ed. 2020, § 97 Rn. 1 ff.

條納入律師公會之人或公會核可之法律顧問，且預計可能獲得該等人有權拒絕證言之認知情況時，原則上不得為之。即使為之，所獲得之認知情狀不得使用。關於此等紀錄應儘速刪除。此外，同條第 4 項亦設有排除適用之情形，即該拒絕證言權人有參與犯罪或參與資訊贓物罪、包庇犯罪利益、妨礙司法或贓物罪嫌疑時，不適用禁止調查之規定。

當事人與律師間之信賴關係涉及被告之防禦權，因為刑事審判中所看重，然而發現真實之要求，仍無法偏廢。基此，德國刑事訴訟法第 160a 條第 1 項關於侵蝕拒絕證言權範圍而取得之證據，負與證據法上絕對禁止使用之效力，然依同條第 2 項，並非全盤禁止對於拒絕證言權人實施強制處分。若律師成為「對第三人搜索」之對象，德國刑事訴訟法第 103 條規定：「對其他人之處所，僅為逮捕被告、追蹤犯罪跡證或扣押特定物件，且存在事實可信所尋找之人、跡證或物件在應搜索之處所時，方得搜索之。」除前開搜索要件外，其搜索客體限於「可得扣押」之物品，且符合比例原則，並權衡刑事訴追利益及律師與當事人間之信賴關係等因素，審慎為之。

## 2. 日本法

日本刑事訴訟法第 105 條雖賦予律師拒絕扣押權，卻未針對「搜索」有所明文限制，且拒絕扣押之客體僅限於「因受業務上委託而保管之物」或「持有關於他人秘密之物」，但在經本人承諾同意，或法院認為有為使被告脫免罪責而濫用



權利，及法律另有規定時，律師之拒絕扣押權得予以限制<sup>38</sup>，故非絕對保障。實務上另有認為在受委託保管物品為違禁物時，如槍砲彈藥刀械或毒品等，或律師被認為是共犯時，亦不可主張拒絕扣押權。

### 3. 歐洲人權法院觀點

歐洲人權法院對於搜索律師事務所之議題，曾由歐洲人權公約第 8 條第 1 款「私人及家庭生活」權利為觀點，將公約文字中「家」(Home)的概念擴及私人住宅及律師事務所 (Buck v. Germany, 2005 年, §§ 31-32; Niemietz v. Germany, §§ 30-33)。認為基於對於私領域及家庭之尊重，搜索律師執業場所可能會侵害律師與其當事人間存在的信任關係 (Andre' and Another v. France, 2008)，由於律師與當事人間的信賴關係攸關公約第 6 條「公平審判」的權利，因此搜索律師事務所等強制處分，必須符合令狀主義，令狀之否准標準須受到嚴格審查 (Kolesnichenko v. Russia, 2009)，若需要對此做出限制，則必須「符合法律規定」且「為民主社會所必需」，並提供有效的補救措施。然而，公約亦非全面禁止對律師事務所實施偵查作為，尤其是在有可靠證據發現律師參與犯罪行為之情況下，以為發現真實之平衡。

綜上可知，德國及日本著重於業務容易接觸個人秘密之

---

<sup>38</sup> 日本刑事訴訟法第 105 條規定：醫師、牙科醫師、助產士、護士、律師（包括外國法事務律師）、專利代理人、公證人、宗教職業者或者曾經擔任以上相關職務的人，因業務上受有委託而保管或者持有關於他人秘密物品者，得拒絕扣押。但經本人承諾，或拒絕扣押僅為被告免罪之權利濫用（本人為被告時例外），或有其他法院規則所定事由時，不在此限。

職業，保障從事該職業之人以及接受該項業務服務之社會大眾，以及維護委託者與受委託者間之信賴關係，以拒絕證言權為核心，劃定搜索、扣押律師事務所之界線；歐洲人權法院亦非採取完全禁止搜索、扣押等強制處分之手段，僅其需受到嚴格標準之審查及提供有效之救濟。

## （二）我國法脈絡

### 1. 扣押部分

司法院釋字第 627 號解釋承認總統在拒絕證言權的範圍內，有權拒絕提交證物<sup>39</sup>；刑事訴訟法則規定：政府機關、公務員或曾為公務員之人所持有或保管之文書及其他物件，如為其職務上應守秘密者，非經該管監督機關或公務員允許，不得扣押<sup>40</sup>。軍事上應秘密之處所，非得該管長官之允許，不得搜索<sup>41</sup>。政府機關或公務員所持有或保管之文書及其他物件應扣押者，應請求交付。但於必要時得搜索之<sup>42</sup>。蓋倘若總統或公務員不得拒絕扣押文件，即使拒絕證言，檢察官仍可藉由扣押文件之方式，獲知其所拒絕證言之內容，而架空拒絕證言權對國家機密或公務秘密之保護，故拒絕證言權與拒絕扣押權間存在著對應關係。然縱使如此，業務上之秘密是否得與國家安全機密、公務上之秘密相提併論，而同等賦予拒絕扣押（或搜索，詳後述）之權限，乃屬立法抉擇問題<sup>43</sup>，立

<sup>39</sup> 許澤天（2007），〈總統之刑事豁免權與證人特權：德國法啟示〉，《月旦法學雜誌》，142 期，頁 177 至 202。

<sup>40</sup> 刑事訴訟法第 134 條第 1 項。

<sup>41</sup> 刑事訴訟法第 127 條第 1 項

<sup>42</sup> 刑事訴訟法第 126 條。

<sup>43</sup> 林永謀（2010），刑事訴訟法釋論（上），頁 443 至 446，作者自刊。

法者的任務，是認知何種專業有特殊保護必要，因而使刑事訴追利益退居其次。且立法機關不能隨意擴大拒絕證言的職業範圍，反而應該限制在絕對必要的範圍之內<sup>44</sup>。

再者，律師因業務上持有之文件或物品得否扣押，應再區分二不同層面檢視。若係與當事人晤談過程中，當事人向律師坦承犯罪並尋求法律協助，律師將諮詢內容作成之「供述替代品」，因涉及刑事訴訟法第 182 條拒絕證言權所欲保密之核心，此律師因業務上知悉之秘密所製作之文書，應屬不得扣押之物品。另一方面，若當事人將其涉及犯罪之證據、違禁物等交由律師保管，倘不允許扣押，不啻使當事人得以利用律師藏匿犯罪證物而脫免於罪，與社會正義觀感有違<sup>45</sup>。

現行刑事訴訟法第 133 條第 1 項雖未就上開情形為分別之規定，惟觀諸同法第 135 條第 1 項第 2 款但書規定，被告與辯護人往來之郵件、電報，以可認為犯罪證據或有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞，或被告已逃亡者為限，始得扣押，與同法第 34 條溝通自由權之保障意旨同，第 133 條第 1 項扣押之規定，自應為相同之解釋，實務上亦當無窒礙難行之處，以求保障之周全。

## 2. 搜索部分

其次，搜索通常是扣押的前階段強制處分，拒絕證言權

---

<sup>44</sup> MüKoStPO/Kreicker, 2. Aufl. 2023, StPO § 53 Rn. 3.

<sup>45</sup> 王兆鵬（2001），論搜索扣押之客體—搜索新聞媒體、律師事務所，月旦法學雜誌第 68 期，頁 162。

所衍生出禁止國家扣押證物的效力，能否進一步向前延伸至禁止搜索拒絕證言權人及其處所、物件？

細究之，檢察官或司法警察透過搜索、扣押律師所持有之文件或電磁紀錄，無非係為犯罪偵查及維護社會秩序，目的堪屬正當。而藉此方式往往得使檢警獲取被告或辯護人對案情之陳述，或發現指證被告是否犯罪之重要證物，不僅提供檢、警偵查方向，甚至成為起訴後證明被告有罪與否之關鍵證據，確於前開目的之達成有所助益，當符合比例原則之適當性原則。

又依刑事訴訟法第 122 條第 2 項，搜索之客體為「應扣押之物」，前開所列「禁止扣押之物」即不得成為搜索之目標<sup>46</sup>，其理至明，但並非絕對不得搜索持有人的身體、物件或處所，因並非其所持有之所有物品，皆被禁止扣押，尤其搜索之發動，極大多數發生在偵查初始階段，若絕對禁止搜索持有人，一方面逾越防止拒絕證言權被規避的必要性，另一方面不當阻礙國家扣押其他物品或拘捕被告的可能性。因此，對持有禁止扣押物之人仍應保留搜索的可能性，僅其搜索之發動必須符合比例原則之限制而已，至於針對律師事務所遭搜索後對其與當事人間信賴關係之影響，同應納入利益衡量之權衡中，以平衡搜索律師事務所對於被告受辯護權的重大影響<sup>47</sup>。

<sup>46</sup> Bruns, in: Hannich, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl., 2019, § 103 Rn. 7.

<sup>47</sup> 王兆鵬（2014），〈搜索律師事務所之合憲性〉，《月旦法學雜誌》，227 期，頁 5-19。

相同地，法務部法檢字第 0930801416 號函釋之法律問題，就是否得就律師事務所進行搜索、扣押乙節，亦採取近似之折衷說見解認為：應視搜索扣押之客體分別論之，如為因業務知悉之秘密，依刑事訴訟法第 182 條規定本得拒絕證言，而該秘密雖已作成文書紀錄，然與律師將該秘密陳述於審判庭制成筆錄，二者性質並無不同，自不得因該秘密已作成文書紀錄，即主張其可為扣押之客體。如為業務上持有或保管之物，因法無明文排除，依刑事訴訟法第 133 條規定，自屬「得為證據之物」而得為搜索扣押之客體。

### (三)被告基本權之保障與發現真實之調和

我國憲法第 16 條賦予人民有請願、訴願及訴訟之權，其訴訟基本權必須透過實體法及程序法之落實，始能具體實踐。又依司法院釋字第 488 號解釋意旨，「基於保障人民權利之考量，法律規定之實體內容固不得違背憲法，其為實施實體內容之程序及提供適時之司法救濟途徑，亦應有合理規定，方符憲法維護人民權利之意旨」。訴訟制度之目的既然在藉由正當法律程序而發現真實，此亦為訴訟權制度性保障不可或缺之一環。法院之認事用法，需以證據為基礎，證人因親自見聞系爭案件之待證事實，其陳述提供相關之資訊內容或素材，乃釐清事實之重要證據資料，為求發現真實以維護司法之公平正義，證人為重要之法定證據方法，人民亦被課予一般性之作證義務<sup>48</sup>。

---

<sup>48</sup> 司法院釋字第 636 號解釋理由書：「刑事案件中，任何人（包括檢舉人、被害人）於他人案件，除法律另有規定外，皆有為證人之義務。」刑事訴訟法第 176-1 條：「除法律另有規定者外，不問何人，於他人之案件，有為證人之義務。」即明示此一原則，考其立法理由，在於藉

惟刑事訴訟程序除發現真實外，某些特定關係、社會價值同有保護之必要<sup>49</sup>，在法益權衡前提下，必定要有比促進訴訟發現真實更高之公共利益存在，始能主張證據排除。準此，對於秘匿特權或業務拒絕證言權之否准，自應採取較嚴密之審查標準<sup>50</sup>，茲析之：

### 1. 第 122 條第 2 項對第三人之搜索必須在有「相當理由」下始得發動搜索

搜索，既係對於一定處所（即住居所、物、人之身體），以發現物（證據或得沒收之物）、人（被告、犯罪嫌疑人）為目的所為事實上之處分。對於以物之發現為目的之搜索，又與扣押有密切之連動關係。刑事訴訟法第 122 條以搜索之對象為區分，分別有不同之發動門檻標準。對於被告或犯罪嫌疑人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，刑事訴訟法第 122 條第 1 項規定，「必要」時得搜索之。所謂「必要」，指若不予搜索即無可達成扣押目的之謂，蓋因被告之身體、物件及處所一般存在有得扣押之標的物蓋然性甚高，即立法理由謂：「…以其物件宅第等皆屬於被告，而立於嫌疑之地也」。

---

由居住在我國領域內、服從我國法權之第三人，陳述己身之見聞，以協助法院發現真實；美國法部分，參見 *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665, 688 (1972)（除憲法、普通法、或法律關於特權規定之保護外，任何人均負有作證義務）。

<sup>49</sup> Christopher B. Mueller & Laird C. Kirkpatrick, *evidence* 330 (Little, Brown & Company, 1995)（發現真實雖在訴訟中扮演重要角色，但非絕對，保護某些社會利益之必要性，也可能超過發現真實之需要）；Graham C. Lilly, *An Introduction to the Law of Evidence*, 381 West Publishing Co., 1987）

（若一律強制揭露，勢必對社會認為應保存、維護之原則或關係不利）；

Development in the Law—Privileged Communications: Part I. Introduction: The Development of Evidentiary Privileges in American Law, (Part 1 of 8), 98 HARV. L. REV. 1454, 1454 (1985)（特權免除證人作證義務，雖然影響法律制度之直接目的，但也促成其他間接目標之實現）。

<sup>50</sup> 汪漢卿，論律師之拒絕證言權—以共同委任人間之爭議為例，月旦律評第 11 期，頁 33>

是以對於被告或犯罪嫌疑人係以「必要」為限，許其為搜索。但對於無關之第三人，既非刑罰權實現之對象，對於搜索等強制處分之忍受義務，自較被告為低，欲予以搜索，非積極上有「相當理由」可信為被告或犯罪嫌疑人或扣押物存在者，不得為之。此之「相當理由」，必須有相當之事實為根據，即必須有相當之情資、線報或跡象，或經檢、警初步查證補強，作為基礎，據此可以合理相信犯罪之人、事、物存在，自須有一定程度之把握，既非憑空臆測，亦非捕風捉影，鑑於搜索之發動，關乎偵查作為之方式與走向，法院就相當理由及必要性之存否，仍應為確實之審核<sup>51</sup>。

是以對於第三人處所即律師事務所實施搜索，現行法規範面即已有相當之節制作用。

2. 另關於學者建議參考美國法制，對於律師事務所之搜索，宜對其發提出命令（Subpoena duces tecum）之方式取得證據，採取「提出命令優先制」<sup>52</sup>，現行刑事訴訟法第 133 條第 3 項已明定：「對於應扣押物之所有人、持有人或保管人，得命其提出或交付。」亦非無規範可資適用。

再者，我國雖無如德國刑事訴訟法第 160a 有對於業務拒絕證言權人禁止實施強制處分之規定，但德國法上為保護從事業務之人與尋求專業協助之人的信賴關係，不論該人是被告或第三人，從事業務之人均享有拒絕證言權（德國刑訴法第 53

---

<sup>51</sup> 最高法院 105 年度台上字第 3011 號判決要旨參照。

<sup>52</sup> 王兆鵬（2014），〈搜索律師事務所之合憲性〉，《月旦法學雜誌》，227 期，頁 5 至 19。

條第 1 項)，並且在可預期取得其得拒絕證言之內容時，禁止對其實施強制處分（第 160a 條第 1、2 項）。然而，對於業務拒絕證言權人之扣押禁止（第 97 條），僅適用於其與「被告」之書面通信（第 1 項第 1 款）、其就「被告」所告知之事項及其他情狀所作之紀錄（第 1 項第 2 款）、以及拒絕證言權所涵蓋之「其他物品」（第 1 項第 3 款）。對照之下，第 160a 條之調查禁止是涵蓋所有業務拒絕證言權的所有內容，第 97 條第 1 項第 1、2 款對於拒絕證言權人與第三人之溝通內容，卻不在免於扣押之列，範圍較第 160a 條為狹窄，其整體規範架構似有欠缺一致性標準之處，欲片面移植援引德國刑事訴訟法第 160a 條，容有再思考之空間。尤如前所述，依我國現行刑事訴訟法第 135 條第 1 項第 2 款但書、133 條第 1 項規定意旨，得拒絕證言之辯護人因業務上合法持有具有供述替代性之物品，不在得搜索、扣押範圍之內，自當對被告訴訟防禦權有足夠之保障。

### 3. 以抗告及證據排除法則為救濟手段

現行刑事訴訟法對於法院搜索、扣押之裁定，依刑事訴訟法第 404 條但書第 2 款之規定，得提起抗告以資救濟；若係審判長、受命法官、受託法官或檢察官所為關於搜索、扣押之處分有所不服，受處分人得依同法第 416 條第 1 項第 1 款提起準抗告，聲請所屬法院撤銷或變更之，以符合有權利受有侵害，得循正當法律程序請求法院救濟之核心內容（司法院釋字第 574 號解釋意旨參照）。



此外，為完整保障被告於刑事訴訟程序中之防禦權及受公平審判之權利，對於其與律師秘密交流而製作之文書，含有業務拒絕證言權所欲保護之內容，無論依據權利領域理論（Rechtskreistheorie）或規範保護目的（Schutzzweck der Norm）<sup>53</sup>，倘以之為搜索目標，因取證行為所侵害自由交流權保護之對象為被告，亦得透過刑事訴訟法第 158 條之 4 就國家追訴利益與被告訴訟權保護進行權衡，而排除該證據之使用。

#### （四）結論：

誠如前所述，英美法之秘匿特權並未為我國立法機關所採取。而我國現行刑事訴訟法已針對被告及第三人之搜索發動條件，於刑事訴訟法 122 條第 1 項及第 2 項為差異性規定，並就律師業務得拒絕證言乙事規定於同法第 182 條。法院自應本於憲法上訴訟權保障意旨及刑事訴訟法規範意旨，在個案中就搜索、扣押之發動詳加審視，乃至於在令狀中就准許之範圍、客體為適當之指示、限制，甚至在搜索、扣押之執行有違背令狀主義、逾越令狀範圍等違法情形時，參酌前述意旨否定違法搜索、扣押所得證據之證據能力，應足保障被告之受辯護權及訴訟防禦權，猶無因搜索等強制處分之發動，即謂有所謂秘匿特權受侵害之情形。

---

<sup>53</sup> 林鈺雄（2020），刑事訴訟法下冊，10 版，頁 22 至 25，新學林出版。