

## 憲法法庭 112 年憲判字第 9 號判決協同意見書

黃虹霞大法官提出

應該算是肯定律師、辯護人與被告、犯罪嫌疑人及潛在犯罪嫌疑人（下併稱刑事被告）間秘匿特權，屬律師與刑事被告雙方均受憲法保障之獨立基本權！就此而言，律師在司法審判尤其刑事審判體系之定位將更符合民主法治國原則。

因緣際會，本席在八年前由馬前總統以國家代表人之地位，提名並特任為大法官。當時由吳前副總統敦義主持的提名記者會中，答覆記者就法律增列律師資格得被提名為大法官之意義提問時，本席曾說：司法大鼎將由審檢學三隻腳，增加為審檢辯學四隻腳共同支撐，司法大鼎應會站得更穩！這些話包含自我及來自律師界的集體期許。八年任期將屆，這段期間之表現應受公評，但對本席而言，本席以為至少應使律師在司法審判體系中被更合理定位，才符合民主法治國原則，也才可能使司法大鼎站得更穩，以妥當實現司法為民之目標。此際，本席檢視大法官解釋及憲法法庭裁判，比較相關之涉及律師地位者如附件一，其中多數係在本席任內作成，但在本件判決之前，律師之地位尚未由原刑事被告之協助者地位，完整提升為具獨立受憲法基本權保障之地位；雖然與審、檢已逐漸趨向更為平等。<sup>1</sup>而本件判決則本勿枉勿縱、被告與被害人並重之中庸立場，再向前跨一步，本席以為應該算是肯定辯護人與刑事被告間秘匿特權為受憲法保障之獨立基本權，且認為律師之辯護人與刑事被告雙方均具受憲法保障之獨立基本權主體地位，本件判決有助於法治國原則在刑事審判制度中之進一步具體落實，本席以為是全民之福。

---

<sup>1</sup> 本席在相關解釋、裁判所提意見書中，自司法院釋字第 737 號解釋伊始，均一再主張律師作為辯護人，在刑事審判程序中之獨立地位，及自具應受憲法保障之基本權，而得獨立於刑事被告之外而自為釋憲主體，詳請參照本席所提出之司法院釋字第 737 號解釋、憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決之意見書。

本席贊同本件判決之全部主文內容，並理由之大致論述，但認有再略作補充說明之必要，爰提出本協同意見書，並說明如下：

一、依本庭調取檢察官所持搜索聲請卷及執行卷查得之本件原因事實（本件判決理由第 2 段參照），本件聲請人律師係立於搜索、扣押程序之第三人之地位，而非自為刑事被告或犯罪嫌疑人；而且與律師有委任關係者也不是該搜索、扣押程序之犯罪嫌疑人，律師受諮詢之內容也無關該偵查案相關刑事責任有無之事項。是本件判決乃以刑事訴訟法第 122 條第 2 項規定（對第三人之搜索，下稱系爭規定一；另同為主要審查客體之刑事訴訟法第 133 條第 1 項規定則下稱系爭規定二）入手，作成本件判決，合先敘明。

至於在律師自為或共為刑事被告或犯罪嫌疑人之情形，則與本件判決前提固有不同，而應無本件判決之直接適用，但本席以為與本件判決之論理相同，斯時為刑事被告地位之律師，也有秘匿特權，只是並不是基於辯護人之地位，而是基於被告或犯罪嫌疑人之地位而已，另如下述。

二、律師與刑事被告間應均有受憲法獨立保障之秘密自由溝通權（即秘匿特權），其紀錄及因此而生之文件資料，且僅以此資料為限，應不得搜索、扣押之，析述如下：

（一）本件判決已由司法院釋字第 654 號解釋出發，肯認辯護人與刑事被告間之秘匿特權（本件判決理由第 37 段參照）。此一特權非專屬於刑事被告，亦同屬於辯護人。

（二）上開秘匿特權係由搜索、扣押應係對人民受憲法保障之基本權之限制出發，本於法治國原則中被告之默秘權（緘默權）、不自證己罪權，暨辯護人在刑事審判中之特殊制度性必要、獨立地位等推導得出，不是僅由律師之工作權（職業自由）、拒絕證言權、刑事被告之訴訟權，甚或（資訊）隱私權、居住自由權等等所能得出：

1、辯護人之辯護權不是僅因居於協助被告或犯罪嫌疑人之

地位始受憲法保障，辯護人具獨立憲法地位！因為辯護人乃為法治國思想體系下，與法官及檢察官同地位之「獨立司法機關」。又五權分立，憲法賦予司法機關獨立地位及審判任務，係為成就民主法治國之確保公平審判憲法價值；而公平審判不可或缺之制度性架構，建立在審檢辯三足鼎立之基石上，即經由辯護人之避免冤抑主軸（辯護人之職責只在避免冤抑，不在為被告或犯罪嫌疑人脫罪，使有罪變無罪、重罪變輕罪，辯護人心中要有被害人，是與其說辯護人協助被告或犯罪嫌疑人，毋寧是與法官協力實現公平正義）、檢察官之避免縱放，成就審判公平，進而實現正義！故就憲法高度言，辯護人制度是先於個別被告或犯罪嫌疑人而存在，辯護人之憲法上地位，自然非係附屬於被告或犯罪嫌疑人，而係在法治國原則下，刑事審判制度架構中具必要且獨立之憲法上地位，並因此進而依法治國原則衍生實現公平正義所必要之基本權。

就此而言，正如檢察官雖然代表國家為犯罪被害人追訴犯罪，但對被告、犯罪嫌疑人有利事項亦應注意及之，乃其義務並已入法一般，辯護人為被告、犯罪嫌疑人辯護同時，亦應將被害人放在心上，而不得故意為有罪被告脫罪。也唯有如此，辯護人才應在法治國原則下之刑事訴訟制度中，佔有有別於民事等律師、其他專門職業人員或任何人之特殊並應受憲法特予保障之獨立地位。

2、搜索、扣押必然涉及對人民受憲法列舉保障之人身自由、居住自由、秘密通訊自由、工作權（職業自由）、財產權及訴訟權等，甚至屬憲法第 22 條規定保障之隱私權等之限制，是其限制必須以法律規定之（符合法律保留原則），且應符合憲法第 23 條規定之要件及原則。

3、系爭規定一及二均為法律位階法規範，是系爭規定一及二均符合憲法第 23 條法律保留原則。

本件有爭議者為系爭規定一及二未特予區分律師之職業與

其他人民，而將系爭規定一及二一體適用於律師身分者，是否合憲。本席以為此部分爭議，不可概論，而且尚非可由上述受憲法保障之基本權推導得出，因為搜索、扣押規定涉及同受憲法基本權保障之犯罪被害人法益，<sup>2</sup>及刑事訴訟制度之核心價值即經由真實發現以追訴犯罪而實現公平正義。詳如下述。

4、刑事訴訟制度之存在，其前提在保護全體人民，更具體言，在保護個案受害人民，為其討公道，而其方式則為將加害人繩之以法，經由符合正當法律程序之起訴及審判，對有罪判決確定之刑事被告，施以責罰相當之適當刑罰。而刑事訴訟程序中有罪、無罪之判斷前提即真實之發現，首重證據，尤其物證。是本席以為搜索、扣押係極重要的物證取得手段，而且是真實發現所不可或缺之必要手段。從而刑事訴訟法第 122 條規定，對被告或犯罪嫌疑人得為搜索（目的在扣押犯罪證據），即被告、犯罪嫌疑人得為搜索、扣押之對象，原則上應非不合理。查對被告、犯罪嫌疑人本人既得為搜索、扣押，則對其他第三人，原則上亦應同。因為刑事訴訟程序之目的係在對有罪之被告施以刑罰，故在刑事訴訟制度下，對被告、犯罪嫌疑人之程序保護應最為嚴謹，而且被告、犯罪嫌疑人有默秘權，而人民有作證之義務，相較而言，對被告、犯罪嫌疑人为搜索時，得搜索、扣押之物品範圍可能更受限制。只是不論對被告、犯罪嫌疑人或對第三人實施搜索、扣押時，均必須以有取得犯罪證據必要為前提，乃屬當然。

再者，人身自由、居住自由、工作權、通訊自由、訴訟權、隱私權，人人有之，非律師或其他專門職業人員所獨有，其等縱依刑事訴訟法第 182 條規定有拒絕證言權，<sup>3</sup>但一則此一權利應尚非受憲法保障之基本權，故不能由刑事訴訟法第 182 條規定推論出聲請人有憲法保障之基本權受侵害；二則有默秘權之刑事被

---

<sup>2</sup> 本席準此，曾於本月 9 日提出憲法法庭 112 年憲裁字第 19 號裁定協同意見書，說明犯罪被害人亦應具釋憲聲請人資格。

<sup>3</sup> 依本件原因事實，聲請人就系爭搜索、扣押相關案件，未必有拒絕證言權，因為其委任人非該搜索案之犯罪嫌疑人，而且雖為聲請人之委任人公司人員，但就受偵查之涉嫌案件即就該公司股票有內線交易嫌疑案言，該案犯罪嫌疑人與其所屬公司間可能立於相反利害關係之地位。

告本人原則上尚得為搜索、扣押之對象，遑論受其委任之辯護人（包括潛在犯罪嫌疑人就可能被訴案件預為諮詢之律師，此部分另如下述）及其以外之其他人。

5、然則，勿枉為法治國原則下刑事訴訟制度必不可退讓之底線；而在勿枉前提下，法治國原則在刑事訴訟制度已然發展出刑事被告之默秘權（緘默權）、不自證己罪權，其中默秘權已具體落實在法律中（刑事訴訟法第 95 條規定參照）<sup>4</sup>；而且司法院釋字第 654 號解釋早已肯認：刑事被告與辯護人能在不受干預下充分自由溝通，應受憲法之保障（司法院釋字第 654 號解釋理由書參照）。是系爭規定一及二未予區分，而將屬辯護人與刑事被告間自由溝通保障範圍內之物證，亦包含在得搜索扣押範圍，自己生被害人保護、真實發現，與辯護人、刑事被告自由溝通權、刑事被告默秘權、不自證己罪權保障間之法益衝突。於此情形，經法益權衡後，在勿枉底線下，此部分之物證自應排除在得搜索、扣押範圍之外，即不得搜索、扣押之，始符法治國原則下之刑事訴訟制度之體系正義，因為如許搜索、扣押，則明顯牴觸勿枉底線所必要之刑事被告默秘權及不自證己罪權保障之意旨。

（三）又本件判決主文一所稱不得搜索、扣押之文件資料，係僅限於刑事被告（如前所述，係含犯罪嫌疑人及潛在犯罪嫌疑人）與辯護人間秘密自由溝通秘匿特權之往來通訊、紀錄及所生之文書，不包括其他刑事被告交付律師、辯護人者，比如委託保管之物件等。又律師不得故意为有罪者脫罪，不得偽造、變造、隱匿、湮滅證據，乃屬當然。

三、本件聲請人聲請之相關原因事實固不屬於本件判決主文一之情形，因而聲請人無從以本件判決為據，尋求救濟，但因其聲請而得以確認刑事被告與辯護人均具受憲法獨立保障之秘匿

---

<sup>4</sup> 任何基本人權之落實於法規範中，都不是天上突然掉下來的禮物，而是經過相當辯正，很多人包括前輩大法官們的努力。比如自由溝通權之於司法院釋字第 654 號解釋；另以默秘權為例，在立法前，本席有幸在 66、67 年間，曾經與當時均就讀臺大法律研究所的共 6 位同學，與時任臺灣高等法院法官之楊仁壽先生在當時的聯合報，作三個回合的正反書面論辯。

特權基本權，且因此而生之紀錄文書不得搜索、扣押之，聲請人對法治國原則在刑事審判制度中之進一步落實，有所貢獻。

四、本席亦贊同本件判決主文第二項，理由為：律師或其他專門職業人員雖然處理不特定多數人之事務，而可能存有他人之資料，但是現代的複雜社會，人際交往頻繁，所有營業者如此，甚至私人亦如此。是律師或其他專門職業人員難認因此具特殊之處，而應對其另立特別程序。尤其行憲多年，我國法院法官具相當憲法素養，有相當之人權保障意識，比例原則為基本認知，並常具體運用於個案裁判中。是在搜索、扣押令狀原則（搜索需搜索票，由法官核發）下，並已有刑事訴訟法相關明文規定、相關細節法令輔助暨救濟程序、上級審監督，甚至不法證據排除規定等，另對為第三人之專門職業人員搜索、扣押案例亦極有限（顯示大體而言，不致濫行搜索），再審酌律師之公益本質，辯護人在刑事訴訟體系之應有定位等等，並基於避免過度偏向刑事被告（犯罪嫌疑人、潛在犯罪嫌疑人）保護，過度不利真實發現及犯罪被害人保護之中庸立場，爰認系爭規定二合憲之結論為合宜，應予贊同。

附件一

判決/解釋案號/ 聲請人身分	主文（節錄）	判決理由/解釋理由（節錄）	說明  （律師/辯護人之地位及權利）
111 年憲判字第 7 號【偵查中辯護人在場筆記權等之救濟案】 *律師	一、刑事訴訟法第 416 條第 1 項及其他規定，就檢察官依同法第 245 條第 2 項但書規定，禁止或限制辯護人於訊問時在場、筆記或陳述意見之處分，未賦予被告、犯罪嫌疑人或其辯護人享有向法院聲明不服、請求救濟之機會，於此範圍內，與有權利即有救濟之憲法原則不符，違反憲法第 16 條保障訴訟權之意旨……。	「刑事訴訟法第 245 條第 2 項規定……前段部分明定被告或犯罪嫌疑人於受檢察官訊問時，其辯護人享有在場陪訊，並得陳述意見之權利，乃被告或犯罪嫌疑人憲法上所應享有之受有效協助與辯護權利之具體化，為彰顯憲法公平審判原則下之正當法律程序及充分防禦權保障之重要法律規定；其權利內涵如前所述，應包括均受憲法保障之辯護人在場權、筆記權及陳述意見權等偵查中辯護權。」	*聲請人為刑事被告辯護人之身分。 *辯護人之地位及權利，依附於被告或犯罪嫌疑人。
111 年憲判字第 3	刑事訴訟法第 403 條規定：「當事	「人身自由乃人民行使其憲法上各項	*辯護人為該原

<p>號【被告之辯護人對羈押裁定抗告案】</p> <p>*被告</p>	<p>人對於法院之裁定有不服者，除有特別規定外，得抗告於直接上級法院。證人、鑑定人、通譯及其他非當事人受裁定者，亦得抗告。」及同法第 419 條規定：「抗告，除本章有特別規定外，準用第 3 編第 1 章關於上訴之規定。」整體觀察，關於抗告權人之範圍，仍應準用同法第 3 編第 1 章關於上訴權人之規定。就被告之辯護人而言，為有效保障被告之訴訟權，被告之辯護人對於法院羈押或延長羈押之裁定，除與被告明示意思相反外，自得為被告之利益而抗告，始與憲法第 8 條保障人身自由及第 16 條保障訴訟權之意旨無違。</p>	<p>自由權利所不可或缺之前提，為重要之基本人權，應受充分之保障……受羈押被告於此極為不利之情境下，唯有倚賴具法律專業知識之律師擔任辯護人為其提供及時有效之協助，例如獲知卷證資訊、提起救濟等，始能有效行使其防禦權，並確保法院裁定羈押之慎重性與最後手段性。」</p>	<p>因案件確定終局裁定之抗告人，非本件聲請之聲請人。</p> <p>*辯護人得為被告之利益上訴或抗告，乃係為協助被告有效行使防禦權，以符合憲法保障被告訴訟權之意旨。</p>
<p>釋字第 737 號【偵查中羈押審查程序</p>	<p>本於憲法第八條及第十六條人身自由及訴訟權應予保障之意旨，對</p>	<p>「聲請羈押之理由及有關證據，係法官是否裁准羈押，以剝奪犯罪嫌疑人人身</p>	<p>*辯護人與被告同為本件聲請</p>

<p>卷證資訊獲知案】 *律師+被告</p>	<p>人身自由之剝奪尤應遵循正當法律程序原則。偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由；除有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，得予限制或禁止者外，並使其獲知聲請羈押之有關證據，俾利其有效行使防禦權，始符憲法正當法律程序原則之要求。其獲知之方式，不以檢閱卷證並抄錄或攝影為必要。刑事訴訟法第三十三條第一項規定：「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。」同法第一百零一條第三項規定：「第一項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記</p>	<p>自由之依據，基於憲法正當法律程序原則，自應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知，俾得有效行使防禦權。」</p>	<p>人，辯護人為本件原因案件之抗告人。 *辯護人獲知聲請羈押之有關證據，乃係為協助被告或犯罪嫌疑人得有效行使防禦權。</p>
----------------------------	---	--	---

	載於筆錄。」整體觀察，偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人僅受告知羈押事由所據之事實，與上開意旨不符。		
釋字第 654 號 *被告	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。	「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	*律師接見受羈押之被告，為協助被告之行使防禦權，應符合被告受憲法第 16 條保障訴訟權之意旨。

		十六條保障訴訟權之規定無違。」	
<p>釋字第 306 號 *被告+律師</p>	<p>本院院解字第三〇二七號解釋及最高法院五十三年台上字第二六一七號判例，謂刑事被告之原審辯護人為被告之利益提起上訴，應以被告名義行之，在此範圍內，與憲法保障人民訴訟權之意旨，尚無牴觸。但上開判例已指明此係程式問題，如原審辯護人已為被告之利益提起上訴，而僅未於上訴書狀內表明以被告名義上訴字樣者，其情形既非不可補正，自應依法先定期間命為補正，如未先命補正，即認其上訴為不合法者，應予依法救濟。最高法院與上述判例相關連之六十九年台非字第二〇號判例，認該項程式欠缺之情形為無可補正，與前述意旨不符，應不予援用。</p>	<p>但此種由原審辯護人以被告名義提起之上訴，係該辯護人之行為，而非被告之行為。其上訴書狀已否表明以被告名義上訴字樣，非被告所能注意。如上訴書狀未為此表明，上開判例亦指明乃係違背程式，其情形既非不可由原為上訴行為之該辯護人補正，依現行刑事訴訟法第三百六十二條但書、第三百六十七條但書、第三百八十四條但書等有關規定，法院或審判長，自仍應定期間先命補正。以免僅因辯護人對於上訴程式之疏忽，而使被告之上訴權受不測之損害。如未先命補正，即認其上訴為不合法而逕予駁回者，自應予以依法救濟。最高法院與上開判例相關連之六十九年台非字第二〇號判例……其中認該項程式欠缺之情形為無可補正部分，與</p>	<p>*辯護人以被告名義提起上訴，乃係為保障憲法第 15 條保障被告之訴訟權。</p>

		前述意旨不符，應不予援用。」	
--	--	----------------	--