

憲法法庭 112 年憲判字第 9 號判決部分不同意見書

楊惠欽大法官 提出

黃昭元大法官 加入

蔡宗珍大法官 加入

本號判決就刑事訴訟法（下稱刑訴法）第 122 條第 2 項規定：「對於第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，以有相當理由可信為……應扣押之物或電磁紀錄存在時為限，得搜索之。」（下稱系爭規定一）及同法第 133 條第 1 項規定：「可為證據或得沒收之物，得扣押之。」（下稱系爭規定二）是否違憲，係將被告之訴訟權作為本件聲請案「據以審查之憲法權利」（本號判決主文第 1 項及理由第 26 段至第 28 段參照），且未於主文第 1 項將憲法第 10 條保障居住自由列為所侵害之基本權利；又就依系爭規定一及二進入律師事務所而搜索並扣押因委任業務往來溝通而製作之文件資料，所必須具備之憲法正當法律程序部分，進行合憲解釋。以上，本席均尚難同意，爰提出部分不同意見書。

壹、關於主文第 1 項部分

一、進入律師事務所而搜索並扣押因委任業務往來溝通而製作之文件資料，可能干預之基本權利

進行法規範憲法審查，首要係確定基本權利之保障範圍何在？並判斷該法規是否造成基本權之干預？而國家行為對人民造成之影響一旦確定落在基本權利之保障範圍內，幾乎也可同時確定已產生基本權利之干預。故而本件聲請案所涉之基本權為何，應視本件聲請案原因案件事實所示之國家

行為對人民基本權產生影響，係落入何基本權主體之何項基本權所保護之生活領域或法益。

觀本件聲請案之原因案件事實，本件聲請案中影響人民基本權利之國家行為，係法院依系爭規定一及二核發搜索票，由法務部調查局人員持該搜索票，進入被告或犯罪嫌疑人以外之第三人（下稱第三人）曾諮詢之律師事務所（該律師事務所之律師非被告或犯罪嫌疑人），進行搜索（翻閱、檢視置於事務所內之資料），扣押事務所律師因受第三人委任而執行業務，所製作關於與委任人往來溝通內容之電子郵件等資料（下稱因委任業務往來溝通而製作之文件資料）。

進入律師事務所進行搜索並扣押因委任業務往來溝通而製作之文件資料，除對律師受居住自由保障之辦公處所形成干預外，且其效果亦使被告、犯罪嫌疑人及第三人透露予辯護人或律師之個人秘密事項，為他人所知悉而有害於其等之資訊自主隱私權，甚或該個人秘密事項係涉及該等被告或犯罪嫌疑人之犯罪事項，亦造成其等不自證己罪權利（為被告或犯罪嫌疑人之訴訟權所包括）受干預之效果。

此外，律師或辯護人受委任或提供法律諮詢時，基於與委任人間一定之信賴關係，較易獲知委任人（可能為被告、犯罪嫌疑人或第三人）關於委託、諮詢事務中涉及犯罪之秘密，然律師或辯護人與委任人間之信賴關係（不僅是律師個人專業能力之信賴，還存在對律師之職業本身的信任），正是律師得以執行業務的關鍵基礎，亦即維護律師與委任人間之信賴關係其從事工作、行使其職業自由之核心。故依系爭規定一及二進入律師事務所進行搜索，並扣押律師因委任業務

往來溝通而製作之文件資料，則無疑使律師被迫公開其因執行委任業務所獲知委任人之個人秘密事項，破壞律師或辯護人與委任人間之信賴關係，增加執業之困難。是律師因委任業務往來溝通而製作之文件資料得免於被搜索、扣押，應屬上述律師職業自由保障之範圍，而系爭規定一及二則已對律師之職業自由構成干預。

二、本件聲請案之聲請人所受干預之基本權，並不包括「被告之訴訟權」，自亦不得於本件聲請案予以主張

依系爭規定一及二進入律師事務所搜索，並扣押律師因委任業務往來溝通而製作之文件資料，對被告、犯罪嫌疑人或第三人之資訊自主隱私權或訴訟權，以及律師或辯護人之居住自由與職業自由所形成之基本權干預，究係合憲限制或違憲侵害，固可藉由人民聲請法規範憲法審查判定之，然人民聲請法規範憲法審查，仍須主張其受不利確定終局裁判所適用之法規範，侵害其受憲法保障之基本權利（憲法訴訟法第59條第1項規定參照）。

從而，於確定終局裁判係以搜索並扣押被告或犯罪嫌疑人委任之律師或辯護人因委任業務往來溝通而製作之文件資料，作為有罪判決之證據時，此等被告或犯罪嫌疑人固可就該對其不利之確定終局裁判所適用之系爭規定一及二，主張其等之訴訟權及資訊自主隱私權受侵害（自不包括律師之職業自由及居住自由），而聲請法規範憲法審查。然本件聲請案，其聲請人係律師事務所，且主張之原因案件，係因聲請人不服准許核發搜索票裁定，所循序提起之救濟遭駁回之個案，是其聲請法規範憲法審查所得主張者，自係系爭規定一

及二侵害其居住自由與職業自由之基本權利，尚無法為自己之訴訟權受侵害（其訴訟權未受干預）或「被告之訴訟權」受侵害（律師非該基本權之主體），而聲請法規範憲法審查。

三、不同意主文第 1 項所列「據以審查之憲法權利」

綜上，本件聲請案之聲請人所受干預之基本權為居住自由及職業自由，且無法主張「被告之訴訟權」受侵害（非該基本權主體），而聲請法規範憲法審查。故本席就本號判決主文第 1 項未以律師之居住自由作為「據以審查之憲法權利」，卻另將「被告之訴訟權」作為本件聲請案「據以審查之憲法權利」（本號判決主文第 1 項及理由第 26 段至第 28 段參照），尚難認同。

值得附帶一提的是，律師因執行委任業務所獲知委任人之個人秘密事項，若為他人知悉，不僅侵害委任人之資訊自主隱私權，甚或不自證己罪之權利，且亦將破壞律師與委任人間之信賴關係，而侵蝕個別律師從事工作、行使其職業自由之關鍵基礎，進一步造成律師專門職業制度之崩壞。從而，除於律師法特別規定律師有保守其職務上所知悉秘密之權利及義務，並以刑法處罰其洩密行為（律師法第 36 條及刑法第 316 條規定參照）外，亦應防免國家恣意以公益之名，強行經由律師知悉其因執行委任業務所獲知委任人之個人秘密事項，尤其在刑事案件之偵查、審理。是以，刑訴法第 182 條乃特別規定，律師、辯護人因業務知悉他人秘密者，於法庭上有拒絕證言之權利，而本號判決認律師於委任人為被告、犯罪嫌疑人或潛在犯罪嫌疑人時，其等間因委任業務往來溝通而製作之文件資料得免於受搜索、扣押，亦均有防免

國家為偵查犯罪，破壞律師與委任人間信賴關係之職業特性之意涵。

貳、關於主文第 2 項部分

一、本號判決主文第 2 項之合憲解釋內容

本號判決係自系爭規定一、二及刑訴法有關搜索、扣押之規定整體觀察，以（一）法官得對有關機關搜索律師事務所予以審查監督，及（二）已設有救濟機制，而認刑訴法未對律師事務所之搜索、扣押設有特別之程序規定，與憲法第 10 條保障人民居住自由、第 15 條保障律師工作權及正當法律程序原則之意旨尚屬無違。為利以下說明，爰先將上開（一）所稱之法官審查監督機制及（二）所指之救濟機制，依本號判決理由所載（詳理由第 42、43 段），分別簡列如下：

（一）法官審查監督機制部分

1、關於搜索部分：

除逕行搜索外，依搜索所採之法官保留及刑訴法第 128 條規定，法官於核准搜索時，應於搜索票明確記載搜索律師事務所之處所、物件或電磁紀錄之範圍，並具體指示執行人員對搜索律師事務所所取得之應扣押物，應不含律師或辯護人與被告、犯罪嫌疑人間行使祕密溝通權而生之文件資料（如文書、電磁紀錄等）。

2、關於扣押部分：

- （1）於個案依比例原則審酌是否依刑訴法第 133 條第 3 項規定，對扣押物優先採取命提出或交付之手段。

- (2) 附隨於搜索之扣押，已採法官保留。
- (3) 誤為扣押，刑訴法第 142 條有發還或暫行發還之規定律師事務所，以維護辯護人與被告之權益。
- (4) 執行搜索、扣押之過程，均應全程錄音錄影。
- (5) 執行過程，就扣押物是否屬秘密自由溝通權保障範圍之爭執，受處分人得即時依第 416 條第 1 項第 1 款規定，向該管法院聲請撤銷或變更搜索、扣押處分，並聲請先將扣押物封緘送交法院檢視審查。
- (6) 依刑訴法第 132 條之 1 規定，搜索扣押之執行結果應陳報核發搜索票之法院，法院得審查執行搜索、扣押之合法性。

(二) 救濟機制部分

- 1、依刑訴法第 416 條第 1 項第 1 款規定，不論搜索或扣押處分已否執行終結，對該等處分之聲請撤銷或變更。
- 2、依刑訴法第 416 條第 2 項規定，搜索、扣押經撤銷者，審判時法院得宣告所扣得之物，不得作為證據。

二、對律師事務所之搜索、扣押，系爭規定一、二及其他刑訴法規定，就相關程序未為特別規定，與憲法正當法律程序之要求有違—不同意本號判決所採合憲解釋之解釋方法及結論

誠如本號判決所言，律師事務所作為律師執行業務之所在，儲存保留眾多其委任人委託案件之檔案資料，且包

括以電磁數位方式儲存者，而同一電子檔案內亦可能包括多數委任人之資料，又律師與其委任人間之委任內容可能涉及刑事責任，亦可能涉及其他領域之諮詢不一而足。是就律師事務所執行搜索、扣押時，欲就特定文書、電磁紀錄加以搜索、扣押，必經篩選，則瀏覽範圍勢必及於非本案應扣押標的之其他委任人所屬應受祕密自由溝通權保障之文件資料，是對律師事務所進行搜索、扣押，在發動條件、程序及救濟上自應有所特別考量，始符合憲法正當法律程序原則之要求（本號判決理由第 41 段參照）。惟本號判決對於律師事務所進行搜索、扣押之相關程序規範，係採如上開〈貳一〉所述之合憲解釋，本席認其就現行刑訴法相關規定所為之解釋，並未能達成對律師事務所進行搜索、扣押所以應為程序面之特別規範之目的，遑論其中尚有難認係符合合憲解釋之界限者，故尚難同意，爰分述如下：

（一）現行刑訴法欠缺有效保障本號判決所揭禁之祕密自由溝通權之規定

關於就律師事務所之文件資料所為之搜索扣押，較之一般之搜索扣押，最大之差異點乃搜索扣押之標的，即搜索票所載之標的本身或執行中是否屬標的範圍之文件資料，存有是否涉及律師與委任人間應受祕密自由溝通權保障之爭議。

惟依現行刑訴法關於搜索、扣押之規定，其就搜索、扣押之合法性控制，係採事後審查制，即包含抗告救濟（刑訴法第 404 條）、準抗告救濟（刑訴法第 416 條）及特別救

濟（刑訴法第 131 條第 3 項、第 137 條第 2 項）¹。換言之，於搜索、扣押之程序中，發生欲搜索、扣押之文件資料，是否涉及上所述之律師與委任人間應受秘密自由溝通權保障事項之爭議，如進行執行之檢察官、檢察事務官或司法警察（官）（下稱檢警人員）仍繼續執行搜索、扣押，則此等檢警人員原則上係處於已知悉該等文件資料內容之情況；是若此等文件資料之內容確包含應受秘密自由溝通權保障之事項，則所呈現者，核係上述具偵查犯罪職責之檢警人員（法院組織法第 66 條之 3、刑訴法第 228 條至第 231 條規定參照），將因此知悉涉及他人犯罪之證據。是縱此等證據於經上述之事後救濟後，係得受發還或有證據禁止之效果，但自具有偵查犯罪職責之檢警人員已知悉他人可能涉及犯罪之文件資料情事下，仍難謂對上所述之秘密自由溝通權未造成侵害。

至本號判決雖對執行過程，就扣押物是否屬秘密自由溝通權保障範圍之爭執，以受處分人得即時依刑訴法第 416 條第 1 項第 1 款規定，向該管法院聲請撤銷或變更搜索、扣押處分，並聲請先將扣押物封緘送交法院檢視審查，而認已有足夠之程序保障。然如上所述，刑訴法第 416 條第 1 項第 1 款規定之準抗告，並未能防免檢警人員對扣押物內容之知悉；且依現行法規定，受搜索扣押之律師事務所，有否聲請先將扣押物封緘送交法院檢視審查之權，本席亦質疑，況於檢警人員已執行搜索扣押而得知悉扣押物之內容下，再聲請封緘送交法院檢查，亦僅係是否撤銷或變更處分之意義，尚非保障秘密自由溝通權之有效方法。

¹ 林鈺雄，刑事訴訟法（上），2022 年 11 版，第 447 頁參照。

此外，刑訴法第 132 條之 1 規定所稱將搜索扣押之執行結果「陳報」核發搜索票之法院，只是讓法院知悉執行情況，縱法院認執行違法，亦無法為任何處置²，亦即法院似無從據以審查執行搜索扣押之合法性。從而，本號判決所論及之刑訴法相關規定，本席認其或與本號判決所聚焦之秘密自由溝通權之保障無涉，或非屬保障本號判決所揭禁之秘密自由溝通權之有效方法。

(二) 本號判決主文第 2 項之諭知將影響主文第 1 項所揭禁之律師與潛在犯罪嫌疑人間秘密自由溝通權之保障

本號判決主文第 1 項係宣告系爭規定一及二「未將律師或辯護人與被告、犯罪嫌疑人、潛在犯罪嫌疑人間基於憲法保障秘密自由溝通權之行使而生之文件資料(如文書、電磁紀錄等)，排除於得搜索、扣押之外」部分違憲。簡言之，其係認律師基於「律師或辯護人」之身分，與「被告、犯罪嫌疑人、潛在犯罪嫌疑人」間，基於「憲法保障秘密自由溝通權之行使而生之文件資料」，不得予以搜索、扣押。

查中華民國 93 年 4 月 27 日臺灣雲林地方法院檢察署座談會關於「律師因業務上知悉之秘密(例如：某甲向律師坦承犯罪事實所作成之文書紀錄)，及業務上持有或保管他人之文書或物件(例如：某乙將逃漏稅捐之公司帳冊置於其律師事務所)，是否得為搜索扣押之客體？」之法律問題，雖討論決議、臺灣高等法院檢察署研究意見均採「均得搜索扣押之乙說」，惟法務部則援引刑訴法 135 條第 1 項第 2 款規定，認律師因業務上知悉之秘密，如涉及辯護人與被

² 同前註。

告間基於信賴關係所獲知者，應不得為搜索扣押之客體。但若涉及湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人者，縱係在辯護人持有或保管中之物，亦得為搜索扣押之客體(法務部法檢字第 0930801416 號函參照)。

從而，基於上述檢察機關所決議之作法，以及犯罪嫌疑人亦享有受律師有效協助與辯護之權利(本庭 111 年憲判字第 7 號判決參照)，本席認本號判決主文第 1 項針對系爭規定一及二所採部分違憲之宣告，其對實務操作之真正意義，係關於「律師與潛在犯罪嫌疑人間」，基於憲法保障秘密自由溝通權之行使而生之文件資料(如文書、電磁紀錄等)部分。而本號判決所稱之「潛在犯罪嫌疑人」，則係指「可能受國家機關偵查追訴，而尋求律師之協助」者(本號判決理由第 37 段參照)。

依本號判決如上所述「潛在犯罪嫌疑人」之意涵，則其應非搜索票上所明文記載者，至搜索票上所明文記載之應扣押物或所欲搜索之物件或電磁紀錄，是否含有「律師與潛在犯罪嫌疑人間基於憲法保障秘密自由溝通權之行使而生之文件資料(如文書、電磁紀錄等)」，其內容應係受搜索之律師事務所之律師最清楚，是於受搜索之律師事務所人員有爭議時，如檢警人員仍予搜索扣押，則不論係依現行刑訴法規定或本號判決所為之合憲性解釋，其相關程序因均已屬檢警人員搜索扣押後之措施，從而，檢警人員於該等文件資料已遭搜索扣押而得知悉其等內容下，進而即得知悉該等文件內容所涉之「可能受國家機關偵查追訴，而尋求律師之協助」之潛在犯罪嫌疑人及其犯罪內容。準此，則依本號判決主文第 1 項納入保障範圍之「潛在犯罪

嫌疑人」，是否能因此而真正獲得保障，實令人憂慮！

(三) 現行刑訴法欠缺封緘送公正第三人檢視之規定，不符憲法正當法律程序之要求

綜上，基於如上述之律師居住自由及工作權之基本權所應具之憲法正當法律程序要求，本席認應係就執行中對欲搜索扣押之文件資料，發生是否存有律師與委任人間應受秘密自由溝通權保障事項之爭議，引入由公正第三人(如法院)予以檢視之機制，亦即有爭議之文件資料應係由執行人員及被搜索之律師事務所人員當場封緘，嗣後再由公正第三人予以檢視判斷，始得認符合憲法正當法律程序之要求。

參、對立法之期待—代結論

本號判決主文第 2 項雖對現行刑訴法相關規定，採取合憲解釋方式，而認符合憲法正當法律程序之要求。然在本號判決主文第 1 項對律師或辯護人與被告、犯罪嫌疑人、潛在犯罪嫌疑人間基於憲法保障秘密自由溝通權之行使而生之文件資料(如文書、電磁紀錄等)，所採不得予以搜索、扣押之見解，以及主管機關應定期修法之諭知下，本席基於本意見書前開所述之疑慮，認為使本號判決主文第 1 項所界定範圍之律師工作權得獲有效保障，實期待主管機關於進行刑訴法相關規定之修法時，於整體立法政策之考量上，仍得引入公正之第三人(包含法官)制度，俾使因本號判決而應進行之相關修法結果，得更符合憲法正當法律程序之要求。