

檔 號：
保存年限：

法務部 書函

地址：100204臺北市中正區重慶南路1段
130號

承辦人：周芳怡

電話：02-21910189#2304

電子信箱：joycozy@mail.moj.gov.tw

受文者：憲法法庭

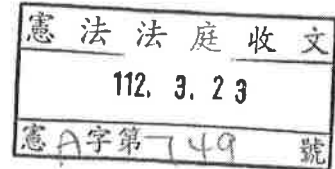
發文日期：中華民國112年3月23日

發文字號：法檢字第11204500490號

速別：最速件

密等及解密條件或保密期限：

附件：如主旨 (A11000000F_11204500490A0C_ATTCH2.pdf、
A11000000F_11204500490A0C_ATTCH1.pdf)



主旨：檢送憲法法庭會台字第11067號案本部之言詞辯論意旨書
暨附件各乙份，請查照。

說明：復貴法庭112年1月5日通知書。

正本：憲法法庭

副本：聲請人理律法律事務所(含附件)、本部檢察司(含附件)



憲法法庭 1120323



TCCA1120007696

法規範憲法審查言詞辯論意旨書

案號：會台字第 11067 號

關係機關：法務部 設臺北市中正區重慶南路 1 段 130 號
電話：02-21910189

代表人：黃謀信 與關係機關之關係：法務部檢察司司長
地址/電話同上

訴訟代理人：簡美慧 稱謂/職業：法務部檢察司副司長
地址/電話同上

周芳怡 稱謂/職業：法務部調部辦事主任檢察官
地址/電話同上

林麗瑩 稱謂/職業：最高檢察署調辦事檢察官
地址：臺北市中正區貴陽街 1 段 235 號
電話：02-23167000

聲請線上查詢案件進度，陳報 E-mail 如下

joycozy@mail.moj.gov.tw

為法規範憲法審查案件，提出以下言詞辯論意旨：

**壹、律師與當事人間之「秘匿特權(或稱律師與當事人之秘密溝通豁免權)」
(Attorney-Client Privilege) 及律師執業隱私權是否應受憲法保障？
其憲法保障依據、對象、內涵及範圍為何？**

所謂律師與當事人間之秘匿特權(Attorney-Client Privilege)，引用之原文以觀，應係來自英美之概念。但比較法上有從不同保護觀點出發，探究其與憲法基本權利關係，並發展其保護內涵及範圍，值得參考。以下以歐洲人權法院之見解、德國法、美國法三大比較法角度，分析此一爭點，並回應在我國法體系上應有之解釋：

一、歐洲人權法院之見解

(一)肯認律師法律職業特權(legal professional privilege)受歐洲人權

公約第 8 條保護，是權利也是義務，並有公共利益

歐洲人權法院(下稱人權法院)透過案例，發展了對律師與當事人間秘匿關係保護及在公約上地位的看法。

該院在 Michaud¹一案表示，律師職業秘密(professional secrecy)的保護是律師與客戶間信賴關係的基礎。歐洲人權公約(下稱公約)第 8 條保護所有個人間「溝通」(correspondence)秘密性，而對於律師與其委託人間的溝通則加強保護。而加強保護的正當性在於民主社會中，律師被賦予重要的角色，即捍衛訴訟當事人的任務。如果律師無法擔保他與當事人溝通的秘密性，將無法履行其捍衛訴訟當事人的任務²。該案理由並提及，律師與委託人間秘匿關係的保護與公平審判權關係雖然是間接的，但公平審判權必然有賴此秘匿關係之保護，其中包括被告不自證其罪的權利³。人權法院因此認為，根據公約第 8 條對律師與委託人間秘匿關係的保護與理由，雖本為賦予律師義務，但也因此肯認律師得拒絕提供訊息的法律職業特權(legal professional privilege)，屬於公約第 8 條保護範圍⁴。

按公約第 8 條第 1 項規定：人人享有私人生活、家庭生活，以及住宅、通訊之保障⁵，是以公約本條內涵可回溯一般隱私權(allgemeine Privatheit)之保護⁶。可認人權法院承認律師有執業隱私權。不過該院也指出，律師與委託人間秘匿關係的保護，主要是賦予律師義務(包括保密、不得有包庇、共犯⁷)，而非僅給予律師特權。給予律師特權不僅在保護律師與其客戶交流的職業與商業利益，也同時保障司法妥適運作的公共利益⁸，因此此特權也有公共利益的色彩。

¹ Michaud v. France, judgment of 6 December 2012 (12323/11, 2012).

² Id. §118.

³ Id.

⁴ Id. §119.

⁵ Art.8 I : Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

⁶ SK-StPO - Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK/Meyer, Bd. X EMRK, 5. Aufl. 2019, Art.8 Rn.1.

⁷ Sallinen and others v. Finland, judgment of 25 November 2003 (50882/99), § 87; André and Another v. France, judgment of 24 July 2008 (18603/03), §42.

⁸ Müller v. Germany, judgment of 19 November 2020 24173/18. §67 ; André and Another v. France, §42 ; Niemietz v. Germany, 16 December 1992 (13710/88), §37.

(二) 律師法律職業特權範圍之解釋與保護，由內國法決定

人權法院肯認法律職業特權，至於其內涵從相關判決中提及只要是律師與客戶間具有秘匿性的溝通不問目的為何，應受到保護⁹，但強調這僅止於其與客戶間的關係(covers only the relationship between a lawyer and his clients)¹⁰，至於具體內容與保護方式與範圍，人權法院在多個判決中都認為應由各內國法規範¹¹，且不限於法律層次，並可透過實務見解形成保護範圍¹²。人權法院僅審查內國法是否有給予公約最低限度保護、保護的範圍是否明確，足使人民可得預先確定。例如在 Sallinen¹³案，其違反公約之主因，係芬蘭法律對秘匿特權保護的範圍，在不同法律間規定關係不明確，導致法院對於同一案件見解不同而致¹⁴。

(三) 層級化及個案權衡的審查基準

人權法院對於律師或辯護人與其客戶溝通內容，並非給予絕對的保護，歸納相關案例，其保護是在所謂的層級式審查(Stufenprüfung)上，逐個案的、以權衡方式保護¹⁵。蓋律師與客戶秘匿關係及律師職業特權的保護，既然主要由公約第 8 條隱私保護導出，因此在符合同條第 2 項要件下(法律保留、比例原則)，公權力可進行干預¹⁶。

基本上，對於律師與當事人溝通秘匿性內容，包括雙方之通訊及往來文

⁹ “correspondence between a lawyer and his client, whatever its purpose”, see Michaud v. France, §117; Compbell v. the United Kingdom, judgment on 25 March 1992(13590/88), §546-48.

¹⁰ Müller v. Germany, §67; Kopp v. Switzerland, Judgment of 25 March 1998 (23224/94), §73.

¹¹ 例如 Müller v. Germany 案人權法院認為內國法及實務見解對於拒絕證言權的範圍、要件已經有很清楚的界定，本件並無違反公約；在 Kopp v. Switzerland 案違反公約的主要理由，即瑞士內國法與實務對於可監聽律師事務所的範圍沒有很明確的規範可遵循，以下兩件亦有類似理由而違反公約：Sallinen and others v. Finland, §91; Saber v. Norway, judgment of 17 December 2020 (459/18), §57.

¹² Kopp v. Switzerland, §73; Buck v. Germany, judgment of 28. April 2005 (41604/98), §546,52.

¹³ Sallinen and others v. Finland (50882/99, 2005).

¹⁴ Id. § 91.

¹⁵ SK-StPO/Meyer, a.a.O., Rn.213.

¹⁶ 公約第 8 條第 2 項規定得干預該條第 1 項保護的權利，必須根據法律，並必須基於國家安全、公共安全或國家的經濟福祉，或為了防止暴亂或犯罪、為了保護健康或道德、或為了保護他人的權利與自由等正當目的，且以干預措施達到上開目的是民主社會中所必要者為限。

Art.8 II : There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

件，不論其儲存媒介¹⁷，律師有拒絕揭露或提供之權¹⁸。但律師一般性有保密義務的內容，並不當然即免除公權力的干預措施。

人權法院也肯認內國法對具辯護人、訴訟代理人身分之律師與委託人間的溝通，與其他不在上開身分內的法律諮商、經濟投資服務，以及事務所一般與客戶聯繫的業務資訊，兩者可加以區別¹⁹，前者涉及客戶受公平審判權(公約第 6 條)，為秘匿特權保護，後者可不在特權排除干預措施的保護範圍內²⁰。而縱然案件當事人與律師溝通秘匿性受到較強的保護，惟仍有個案權衡的例外情形。例如辯護人與當事人的通訊原則上不得監聽，但亦容許有例外，如辯護人為共犯，或因基於重大國安需求等情況而監聽，並不違反公約²¹。

至於搜索扣押(律師事務所之搜索詳下述)，涉及律師職業特權者，人權法院僅要求有特別的程序保障及避免濫權恣意之機制，並有較高的比例原則審查。至於得扣押之物(beschlagnahmefähige Objekte)及資料量，並未有具體限制，從相關人權法院判決來看，就律師的客戶檔案，甚至是辯護檔案，從公約第 8 條的觀點，並不完全禁止扣押及檢視²²，但僅在具有被告與辯護人關係的情況下，才有可能禁止扣押，例如有個案因證據難以取得，而有意地規避被告不自證己罪的保障，則相關搜索扣押將被認為違反比例原則²³。惟辯護特權也會因律師涉嫌犯罪或包庇而喪失²⁴。

(四)關於律師事務所的搜索

首先，人權法院在解釋公約第 8 條之住宅保護時，對於住宅的定義是

¹⁷ Michaud v. France (12323/11, 2012) §117; 包括律師事務所內電腦硬碟、電子郵件、電磁資料等均屬之, see Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights – Right to respect for private and family life, *consol. of Europe*, 2017, Rn.406.

¹⁸ Michaud v. France, §91; Müller v. Germany, §38.

¹⁹ See Kopp v. Switzerland, §71-73. ; vgl. SK-StPO/Meyer, a.a.O., Rn.330. 本件人權法院認為該案內國法未區分特權保護範圍，監聽律師事務所所有電話，違反公約。

²⁰ Lindstrand Partners Advokatbyrå AB v. Sweden Judgment of 20 December 2016 (18700/09) ; vgl. SK-StPO/Meyer, a.a.O., Rn.330.

²¹ 例如監聽當事人，截聽到與辯護人對話，發現辯護人涉嫌共犯， see Versini-Campinchi et Crasnianski c. France, 16 juin 2016 (49176/11)；又如為有效對抗高度複雜形式的間諜、恐攻犯罪對民主社會之威脅，基於國家安全利益，在嚴格的要件與程序要求下，例外情況不排除監聽時包含干預到公約第 6 條權利的對話內容，並不違反公約， see Klass and Others v. Germany, judgment of 6 September (19785029/71).

²² SK-StPO/Meyer, a.a.O, Rn.297.

²³ André and Another v. France, §§41-42,47.

²⁴ Id. §42.

採取廣義的解釋，並不限於私人家宅(*privates Heim*)²⁵，特定的營業空間(*Geschäftsräume*)，特別是屬於自由業的營業處所，也在保護範圍，包括律師事務所²⁶。不過人權法院認為只要內國法符合法律保留及公約的要求，律師事務所是可以執行搜索扣押；但由於搜索律師營業處所及扣押相關文件，會破壞其職業秘密及與客戶的信賴關係，甚至可能涉及客戶受公平審判權(公約第 6 條)，因此需要有特別的程序擔保(*special procedural guarantees*)、充分而有效保護機制(*safeguards*)以避免濫權或恣意，並提供有效的審查機制(*effective scrutiny*)²⁷。

因此在審核律師事務所的搜索票上，人權法院認為公約第 8 條第 2 項的要件必須從嚴解釋，所謂干預措施為達成目的是民主社會中所必要的必要性，必須解釋為有迫切的社會需要(*pressing social need*)²⁸。該院並在案例上建立了嚴謹比例原則審查基準。除了有法律授權基礎、要求法律足夠明確避免實務產生歧異見解²⁹，且必須基於公約第 8 條第 2 項列舉的正當目的外，上述所謂特別的程序擔保、有效審查機制，及足夠的保護機制，可分為事前、執行中、事後三階段說明：**(1)事前法官核票(司法審查)，且門檻提高**：事前必須是由法官或類似法官具有獨立地位者簽發之令狀³⁰。法官審核時除必須考量本案所涉罪名的嚴重性外，尚應注意簽發搜索票的方式、狀況與應扣押物範圍，對於律師事務所盡量侷限在合理範圍，避免損及相關人之聲譽³¹。如前所述，人權法院對於得扣押之物及扣押數量並未有具體的限制，但令狀的記載有較高的要求³²，應扣押物記載應具體明確，但以關鍵字方式形容是足夠的³³。**(2)執行中避免濫權或恣意之保護機制**：執行搜索律師

²⁵ Sallinen and others v. Finland, §70.

²⁶ 以上說明及人權法院具體案例引用，參見 SK-StPO/Meyer, a.a.O. Rn.58,59.

²⁷ Roemen and Schmit v. Luxembourg, judgment of 25 February 2003 (51772/99), §69; André and Another v. France, §§41-43; Heino v. Finland, judgment of 15 February 2011 (56720/09), §45.

²⁸ See, for example Buck v. Germany, §44. 本案並非搜索律師事務所，惟人權法院在說明搜索律師事務所要件時，有提及本案，see Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights – Right to respect for private and family life, Council of Europe, 2017, Rn.307,309.

²⁹ Sallinen and others v. Finland, §91; Kopp v. Switzerland, §63,75 .

³⁰ Sallinen and others v. Finland, §89; Heino v. Finland, §40-44.

³¹ Buck v. Germany, §45.

³² SK-StPO/Meyer, a.a.O. Rn.296.

³³ Servulo & Associados - Sociedade de Advogados, RL u.a. gg. Portugal, Urteil vom 3.9.2015, (27013/10),§74，本案搜索令狀列出 35 個關鍵字，指出應扣押物為出現這些關鍵字之文件。本件雖然扣押事務所內大量檔案及電磁資料，人權法院認定無違反公約第 8 條。

事務所過程，人權法院原則上要求有中立第三者在場，負責檢視是否有禁止扣押之律師客戶秘匿特權所保護之文件。不過如果受搜索之律師或律師事務所所有代表在場，並可檢視是否有不應扣押之文件，亦屬於有適當之保護機制³⁴。又如德國對受搜索文件之檢視，原則為檢察官之權限，亦未受人權法院指為不合公約要求³⁵。(3)事後應有有效的司法救濟程序：作為程序的有效擔保，除了有事前應由法官或類似法官獨立地位者審核令狀外，搜索、扣押執行後，應有立即可提起審查的救濟程序，程序應由具獨立性的法官來加以審核³⁶。此外，該院也特別強調，扣押執行後，應該立即製作扣押物清單³⁷，如果有所遲延將會影響關係人的救濟程序³⁸。

二、德國法

(一)由拒絕證言權發展的律師與當事人間信賴關係保護，涉及的保護利益有多面向，包括公共利益

德國有關律師與當事人秘匿特權相當的法律概念為「律師與客戶之信賴關係」(Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant)保護，此信賴關係之保護，主要從德國刑事訴訟法(下稱德刑訴法)第53條特定職業人士拒絕證言權的規定發展而出。德國聯邦憲法法院即曾指出，保護特定職業與其客戶間的信賴關係，是公民生活需求不可或缺的一部分，並具有值得保護的利益(ein schutzwürdiges Interesse)³⁹。而律師與當事人間信賴關係是具有多面向的保護利益⁴⁰。聯邦憲法法院認為就當事人的利益而言，係自基本法第2條第1項人格權(人格發展自由)結合第1條人性尊嚴的基本權導出，並在不同面向，可涉及律師的職業自由、當事人的資訊自

³⁴ Lindstrand Partners Advokatbvrå AB v. Sweden judgment of 20 December 2016 (18700/09), §§85,96.本件無違反公約第6條、第8條。

³⁵ 在 Niemietz 一案中，人權法院並非指摘德國法沒有規定中立第三者在場檢視文件，而是因此認為搜索票之記載空泛，而無其他必要之限制，就該個案而言，更顯得特別不合比例(Niemietz v. Germany, §37)；而在 Buck 一案中，也強調德國法律規定與實務運作，已有充分保護機制，僅該個案本身執行逾越比例原則(Buck v. Germany, §§ 46-52)。

³⁶ Servulo & Associados - Sociedade de Advogados, RL u.a. gg. Portugal, §5 103f.

³⁷ Id, §105.

³⁸ Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria, judgment of 16 October 2007 (74336/01), §§ 61,63.

³⁹ BVerfG NJW 1972, 2214.

⁴⁰ Vgl. LR-StPO/ Ignor/Berteau, § 53, Rn.1; SK-StPO - Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK/Rogall, 5. Aufl. 2018, §53 Rn.4-11. (前揭索引文獻後者，內容基本上對信賴關係保護說有所批評)

主權；而在客戶具有刑事被告身分時，更涉及法治國原則下公平審判的不自證己罪、受有效辯護協助等基本權⁴¹。除相關個人基本權外，此信賴關係的保護，亦關乎有效且有序的司法公共利益(Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen und geordneten Rechtspflege)⁴²。

就律師而言，保密是律師的基本義務(德國聯邦律師法第 43a 條)，也是職務行使不可或缺的一環，而享有基本法第 12 條第 1 項的保護⁴³。就保密義務而言，德國刑法第 203 條第 1 項第 3 款，對律師洩漏客戶秘密有刑事處罰規定；而權利方面，律師享有訴訟上的拒絕證言權，例如在刑事訴訟上，依德刑訴法第 53 條第 1 項第 2 款(辯護人)、第 3 款(律師)之證人拒絕證言權。

(二)區分法律事件律師與當事人信賴關係、辯護人與被告信賴關係

此外，基於拒絕證言權，延伸出來保護信賴關係免於國家干預的特權，以德刑訴法之規定為主。歸納德刑訴法之規定及相關實務穩定的見解，對律師與當事人間信賴關係之保護，主要可區分當事人具有刑事被告或相當於被告之地位時，與當事人非刑事被告身分兩類，而有不同保護強度。

1. 一般法律事件律師與當事人信賴關係之保護—相對性的保護

首先，德刑訴法第 53 條一般性的給予辯護人及其他代理法律事件的律師拒絕證言權，其拒絕證言範圍涵蓋只要當事人基於信任所提供，而不論是在刑事、民事或是其他法律事件(Rechtsangelegenheit)中所獲之資訊⁴⁴，且不限於已有委託關係，包括徵詢委託階段，或雖非以律師身分進行諮商，只要實質內容符合上述要件，即在拒絕證言權範圍。至於抽象法律問題的諮詢、擔任企業監察的活動、擔任破產清算人等業務，依照德國實務見解，均不在律師得拒絕證言權範圍⁴⁵。此外，依德國洗錢防制法

⁴¹ BVerfG HRRS 2005 Nr.549, Rn.78-95.

⁴² KK-StPO/Bader, 9. Aufl. 2023, StPO §53 Rn.16; u.a. BVerfG HRRS 2015 Nr. 6, Rn.18, (2 BvR 2928/10, 2014)

⁴³ BVerfG HRRS 2005 Nr.238, Rn.103 (Urteil v. 30.3.2004 – 2 BvR 1520/01, 2 BvR 1521/01)

⁴⁴ LR-StPO/ Ignor/Berteau, § 53, Rn.34.

⁴⁵ 相關德國實務見解，參見 LR-StPO/ Ignor/Berteau, § 53, Rn.34.

(Geldwähebekämpfungsgesetz)，律師亦有洗錢犯罪之通報義務(該法第 11 條第 1、3 項)，其拒絕證言權因此受到限縮(不過通報義務係向職業公會再由公會向偵查機關通報)⁴⁶。此外，享有拒絕證言權之辯護人、律師，依照 2011 年修訂德刑訴法第 160a 條第 1 項，給予其與當事人間信賴關係排除強制處分干預之保護。不過搜索、扣押因仍適用同法第 97 條之規定(同法第 160a 條第 5 項)，因此若非辯護人與被告關係，仍得為搜索扣押(詳下述)。

2. 辯護人與被告信賴關係之保護—憲法層級的保護

至於當事人具有被告地位時，即進一步形成辯護人與被告間之關係(Verteidiger-Mandanten-Beziehung)，聯邦憲法法院認為辯護人與被告間的信賴關係，是有效辯護不可或缺的基礎⁴⁷。而其秘匿的自由溝通權，屬於德國基本法第 2 條人格權、法治國原則下公平審判與有效辯護的核心領域⁴⁸。德刑訴法第 148 條第 1 項即明文：被告，包括人身自由受拘束之在監在押被告與辯護人間，無論以書面或口頭的溝通均受保障，依同法第 160a 條第 1 項規定，並給予不受強制處分權干預的保護，亦即不只有證據使用禁止(Beweisverwertungsverbot)，在前端即有禁止蒐證的證據調查禁止(Beweiserhebungsverbot)⁴⁹。不過，辯護人與被告的自由溝通權也不能濫用，依照上開德刑訴法第 160a 條第 4 項規定，當律師涉及包庇犯罪、妨礙司法(串證或滅證)、涉嫌贓物罪時，則不適用該條第 1 項、第 2 項之保護。

德刑訴法第 97 條有關禁止扣押物之規定，實務認為係同法第 160a 條之特別規定(參見同條第 5 項)。關於搜索扣押應優先適用第 97 條，而非第 160a 條。第 97 條就僅限於當事人已具有相當被告的地位時，律師與客戶之書面或其他紀錄資訊或檔案才得排除扣押⁵⁰，此保護的侷限也獲得聯邦憲法

⁴⁶ LR-StPO/ Ignor/Berteau, § 53, Rn.34.

⁴⁷ BVerfG HRRS 2005 Nr.238, Rn.105(Urteil v. 30.3.2004 – 2 BvR 1520/01, 2 BvR 1521/01)

⁴⁸ Vgl.LR-StPO/ Jahn, § 148, Rn.1. BVerfGE 109, 279= NJW 109,279.

⁴⁹ 參見德國刑訴法第 160a 條第 1 項之規定。

⁵⁰ 德國刑訴法第 97 條第 1 項：下列物不得扣押：(1)被告與依第 52 條或第 53 條第 1 項第 1 款至第 3b 款有拒絕證言權人間之書面通訊；(2)第 53 條第 1 項第 1 款至第 3b 款所稱之人，就被告對其信賴告知知識項或拒絕證言權所涵蓋之其他情況所作之紀錄；(3)其他為第 53 條第 1 項第 1 款至第 3b 款拒絕證言權所及物件，包括醫生檢查結果報告。

法院的支持⁵¹，認為禁止扣押的範圍必須嚴格解釋，保護當事人與其律師間秘匿的資訊利益，與有效的刑事追訴之憲法要求及探究真實的公共利益相對立，從而弱化了實體刑法保護法益的目的⁵²。所以此類權利和禁止的說理或是擴張適用都需要有基於法治國原則的正當性⁵³，一般解釋禁止扣押被告辯護人之資料，認為僅限於客戶(例如 A)為被告之特定案件，但如果他人(例如 B)為被告之案件，包括辯護人本身為被告，則具被告身分 A 之文件資料，仍可扣押使用於被告 B 或辯護人本人之刑事案件⁵⁴。

惟上開禁止扣押物，也有法定例外情況(同條第 2 項但書)，亦即：1. 當有事實合理懷疑律師涉及包庇犯罪、妨礙司法(串證或滅證)、涉嫌贓物罪時；2. 實施犯罪之工具或計畫使用之工具、犯罪所得或所生之物均不在禁止扣押之列。

(三)律師事務所之搜索

德刑訴法有關搜索之規定在第 102 條至第 110 條，扣押之規定在第 94 條至第 98 條；搜索有區分對被告(第 102 條)與對第三人(第 103 條)之搜索，而對於律師事務所的搜索扣押並無特別規定，不論律師作為犯罪嫌疑人或第三人，並不排除搜索或扣押之強制處分，僅司法實務對搜索律師事務所有較高的比例原則要求。

聯邦憲法法院即曾指出，在律師執行業務的空間範圍內，於審查強制處分的比例適當性時，必須注意保護律師與客戶間的信任關係，以符合追求有效和有序司法的公共利益，特別是根據第 103 條對無犯罪嫌疑人身分的律師搜索其事務所，這一點更為重要⁵⁵。聯邦憲法法院提醒強制處分比例適當性(Angemessenheit)的審查⁵⁶，除了所涉犯罪嫌疑的程度外，包括罪行的嚴重

⁵¹ BVerfG NStZ 2019,159 (162).

⁵² A.a.O., vgl. auch BVerfGE 33, 367(383) ; BVerfGE 38, 312(321) ; BVerfGE 77, 65 (76)

⁵³ A.a.O., vgl. auch BVerfGE 33, 367(383) ; BVerfGE 77, 65 (76)

⁵⁴ LR-StPO/ Ignor/Berteau, § 97, Rn.24-25.

⁵⁵ BVerfG HRRS 2015 Nr. 6, Rn.18, (Beschl. v. 6. November 2014 - 2 BvR 2928/10)

⁵⁶ 此處指狹義比例原則，使用的手段(造成的侵害)與為達成之目的必須符合比例，在偵查的強制處分上即指該處分的侵害與欲查明的犯罪間必須符合比例。(Schließlich muss der jeweilige Eingriff in angemessenem Verhältnis zu der Schwere der Tat und der Stärke des Tatverdachts stehen,vlg. u.a. BVerfG, Beschl. v. 06.05.2008 – 2 BvR 384/07, Rn.12.

性、可預期的刑度均須列入考量。如果僅為微小處罰的犯行而搜索律師事務所是不合比例的⁵⁷，此外，證據價值不高、犯罪嫌疑過於空泛而發動搜索，也是不合比例的⁵⁸。

此外，搜索律師事務所時，對於扣押範圍，應注意上開第 97 條第 1 項，對於本案被告與其辯護人(律師)間往來資訊禁止扣押之規定。縱然禁止扣押範圍僅限於被告身分者與其律師之關係，但由於搜索行動觸及大量與訴訟無關的資訊，影響到與本案無關的眾多人員，因此執行時必須盡可能避免查扣與訴訟無關的文件或資訊。因此在決定扣押前，即檢視文件的階段(德刑訴法第 110 條)，有必要盡可能地根據關聯性仔細檢查和區分文件是否得以扣押⁵⁹。所謂文件的檢視階段，指德刑訴法第 110 條之規定，該條第 1 項係關於執行搜索時，檢閱受搜索文件，包含電磁紀錄(同條第 3 項)，原則上屬於檢察官之權限，但檢察官可授權司法警察(德國法院組織法第 152 條之官員)為之；惟同條第 2 項又規定，若文件或電磁紀錄持有人不同意在場官員檢閱時，而又有檢閱之必要時，即必須於持有人面前，當場封緘送交檢察官。

上述德國內國法上立法與司法實務，人權法院肯認符合公約之標準，僅在執行面有個案因逾越比例原則而遭指摘⁶⁰。

三、美國法

(一)律師與當事人之秘匿特權，本為普通法(commen law)保障之權利

美國法上律師與當事人間之秘匿特權(Attorney-Client Privilege)，係指對於律師與當事人間為給予或取得法律諮詢之秘密溝通的保護⁶¹。聯邦層次的相關規定在聯邦證據規則第 501-503 條，其中第 502 條(g)項給予定義：該權利係指相關法律所定對於律師與其當事人間秘密通訊之保護 (attorney-client privilege means the protection that applicable

⁵⁷ BVerfG, Beschl. v. 06.05.2008 – 2 BvR 384/07, Rn.17

⁵⁸ BVerfG HRRS 2015 Nr. 280, Rn.19 (2 BvR 497/12, 2 BvR 498/12, 2 BvR 499/12, 2 BvR 1054/12).

⁵⁹ BVerfG Beschluss vom 12. April 2005 – 2 BvR 1027/02, Rn.101,107,118.

⁶⁰ Buck v. Germany, §46,52. 另參閱註 35。

⁶¹ Upjohn Co. v. United States, 449 U.S. 383, 389 (1981).

law provides for confidential attorney-client communications)。同規則第 501 條：「有關秘匿特權之主張，除聯邦憲法、聯邦法律或最高法院規則另有規定外，如同聯邦法院迄今依理論與實務所為之詮釋，應依判例法（普通法）之法則處理之。」⁶²因此，一般認為律師秘匿特權為判例法上的權利，通常在聯邦或州的證據規則出現⁶³，且至今尚未有聯邦法院見解承認其為憲法上權利⁶⁴，其雖非憲法上權利，惟公權力對秘匿特權的侵犯，仍會構成憲法上的爭議。其中最主要的就是憲法增修條文第 4 條所指受不合理 (unreasonable) 的搜索或扣押。而在當事人的刑事訴訟程序上，則會落入增修條文第 6 條有效辯護權的保護範圍⁶⁵。

(二)秘匿特權的範圍以當事人向律師尋求法律意見(legal advice)，並具有秘匿性為限

原則上，在秘匿特權範圍內，當事人有拒絕並防止其他人揭露相關訊息之特權⁶⁶。而秘匿特權之範圍及保護，既然是普通法層次，美國各州規定或透過判決形成範圍或保護即不盡相同⁶⁷。基本上只要是律師與客戶或有意成為客戶之人間的秘匿溝通，內容以尋求法律意見(legal advice)為限，如為單純的商業、稅務或投資諮詢則不在保護範圍⁶⁸。此外，除了當事人(Client)可以放棄特權保護外⁶⁹，秘匿特權的保護也有例外，例如聯邦證據規則第 503 條(d)，即列有 5 項例外，包括為幫助、計劃犯罪或詐騙，而與律師接觸、溝通，則與秘匿特權目的相違，而不在其保護範圍⁷⁰。

⁶² Federal Rule of Evidence(FRE) Rule 501. Privilege in General: "The common law — as interpreted by United States courts in the light of reason and experience — governs a claim of privilege unless any of the following provides otherwise: the United States Constitution; a federal statute; or rules prescribed by the Supreme Court."

⁶³ Lang v. Yang 869 F.2d, 1008, 1012 n 2 (7th Cir. 1989); Partington v. Gedan, 961 F.2d 852 (9th Cir. 1992)

⁶⁴ 美國聯邦最高法院則曾表示過，該院並未曾將律師與當事人的秘匿特權認定為憲法上權利，see Maness v. Meyers, 419 U.S. 449 (1975).

⁶⁵ Newburyport Clamshell Alliance v. Public Serv. Co. of New Hampshire, 838 F.2d 13,19 (1st. Cir.1988).

⁶⁶ FRE Rule 502(b).

⁶⁷ See Teri Dobbins Baxter, Great (and Reasonable) Expectations: Fourth Amendment Protection for Attorney-Client Communications (2008). 32 Seattle University Law Review 35 (36), (available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1336980>)

⁶⁸ 相關美國實務見解整理，See Jackie Unger, Maintaining the Privilege: A Refresher on Important Aspects of the Attorney-Client Privilege, ABA Business Law Publication, available at : https://www.americanbar.org/groups/business_law/publications/blt/2013/10/01_unger/

⁶⁹ See FRE Rule 502.

⁷⁰ FRE Rule 503(d)(1) : Furtherance of Crime or Fraud. If the services of the lawyer were sought, obtained or used

(三)秘匿特權的保護為相對性的，搜索律師事務所採嚴格要件

不過享有秘匿特權之溝通內容，縱使是被告與其辯護人間的溝通，並非即得排除公權力為追訴犯罪的強制處分包括監聽及搜索、扣押。美國聯邦法院向來見解，係要求在相關干預措施上，必須對秘匿特權依照排除「與案件相關但係特權所及為限」(only if pertinent but privileged)的原則，將侵害最小化(minimized)⁷¹。

此外，美國聯邦最高法院肯認立法及實務未區分對犯罪嫌疑人或第三人之搜索，要件均為相當理由(probable cause)，且可對有特權保護文件之處所搜索，並非憲法所禁止⁷²。而聯邦上訴法院則直接指明，搜索律師事務所非本質上不合理，但是要仔細審查其特殊性、搜索的範圍，以及搜索後之影響⁷³，亦即審查應較為嚴格，核發搜索票必須符合明確性。除了嚴格要件外，實務也有發展不同的保護秘匿特權機制。例如，若律師非犯罪嫌疑人(第三人情形)，如無滅證疑慮，以提出命令為適當，是為提出命令較宜(subpoena preference rule)原則，屬於個案執行上之比例原則考量，而非搜索的前提要件⁷⁴。美國聯邦司法部之檢察官手冊第9章，其中9-19.220則規定⁷⁵，在通常情況下，對具有秘密性的資料，宜先以提出命令為之，但資料有滅失危險時，應經由檢察總長或其指定之人同意後，得採取搜索。而近期聯邦上訴法院⁷⁶在律師事務所之搜索及扣押，就秘匿特權資料的保護機制(safeguard)，修正了過濾小組(filter team)制度的做法，認為宜先封存相關文件，並由被搜索人(律師)或其代表檢視封存文件，經被搜索人同意，或由法官裁定非特權保護範圍之文件後，方得交由檢方。

至聲請意旨固以 O'CONNOR v. Johnson 案為例，建議採行提出命令取

to enable or aid anyone to commit or plan to commit what the client knew or reasonably should have known to be a crime or fraud.

⁷¹ See, for example *United States v. Harrelson*, 754 F.2d 1153, 1169 (5th Cir 1985); *United States v. Chagra*, 754 F.2d 1181, 1182 (5th Cir 1985).

⁷² *Zurcher v. Stanford Daily*, 436 U.S. 547, 563-567 (1978).

⁷³ *Klitzman, Klitzman & Gallagher v. Kurt*, 744 F.2d 955, 959 (3th Cir 1984)

⁷⁴ 明尼蘇達州最高法院在 *O'Connor* 案認為聯邦最高法院並不要求搜索前必須先命提出，但在律師並無犯罪嫌疑且無滅證危險時，直接以搜索律師事務所方式取證，是不合理的。See *O'Connor v. Johnson*, 287 N.W. 2d 400, 405 (Minn 1979)

⁷⁵ Justice Manual Title.9 9-19.220 (Procedure where Privileged Materials Sought Are in Possession of A Disinterested Third Party Physician, Lawyer, or Clergyman)

⁷⁶ *United States v. Korf*, 11 F. 4th 1235, 1243 (11th Cir. 2021).

代搜索，惟依該判決理由之說明，憲法並未強制要求搜索律師事務所須先以提出命令為前提，且依該案意旨，律師有法律賦予的職業責任，須遵守提出命令(詳見參、附件)。觀諸我國律師法或律師倫理規範並無明定辯護人應即時提出交付，而辯護人無正當理由拒絕即時提出交付者，亦無相關配套罰則，亦無如同美國對於違反法院之命令有藐視法庭罪，若採提出命令優先，於我國刑事訴訟法欠缺違反提出命令之法律效果，及律師倫理規範未盡嚴密之現況下，恐難以期待律師遵守提出命令，致無從有效追訴犯罪與發現真實。

四、小結—我國法體系上，律師與當事人間秘匿特權應有保護

律師與當事人間之秘匿特權，在我國法上應可從刑事訴訟法第 182 條律師、辯護人的拒絕證言權發展形成保護範圍。參照歐洲人權法院見解，此可透過實務運作形成，不待法律規定。而我國經司法院釋字第 603 號、第 689 號解釋，肯認人格權與隱私權之憲法地位，基於人性尊嚴，個人主體性及人格之自由發展，應受憲法保障，其內涵保障個人生活私密領域及個人資料之自主權。

而上開秘匿特權，就當事人方面而言，涉及之憲法權利應屬人格權保障範圍，其中包括個人的隱私權及資訊自主權。就律師方面而言，參考人權法院見解，應可認律師之執業隱私受隱私權保障；而揆諸上開比較法的說明，律師與當事人之秘匿關係，尚涉及有效有序司法的公共利益，而公權力為追訴犯罪對之進行干預措施，應有較高的比例原則門檻，但有效的追訴犯罪亦為憲法層次的要求，兩者仍應在個案為權衡。進一步如雙方是相當於辯護人與被告信賴關係時，參照司法院釋字第 654 號解釋，被告與辯護人的自由溝通權，係憲法保障被告辯護依賴權之一環，且屬於公平審判之核心領域，有高度保護之必要，原則上追訴犯罪之公共利益應退讓，但參考比較法上之例外情況，應認為可例外允許強制處分干預。

貳、刑事訴訟法第 122 條第 2 項及第 133 條第 1 項之規定，是否已構成對上開所述權利之侵害而違憲？

一、從比較法觀點，並無違憲疑慮

我國刑事訴訟法(以下未指明為外國法者，均指我國刑事訴訟法)第 122 條第 2 項規範搜索第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，第 133 條第 1 項規範對於可為證據或得沒收之物為扣押，係規範實施搜索扣押之一般性要件。從比較法觀點，美、德、日立法例均未禁止對於律師事務所實施搜索，德刑訴法、日本刑事訴訟法(下稱日刑訴法)均區分對於被告與第三人之處所搜索，且未就搜索律師事務所為特別規定，而日刑訴法規定得扣押之標的為證據物或認應沒收之物，與我國第 122 條、第 133 條第 1 項之立法體例類似⁷⁷，由此可知，基於憲法要求有效追訴犯罪與發現真實之重大公益，於具體個案並非不能對律師事務所實施搜索扣押，至於是否有提供足夠之程序擔保及保護與救濟機制、第 122 條第 2 項、第 133 條第 1 項是否合憲，應從我國刑事訴訟程序關於搜索扣押之法規範體系與實務見解整體觀察認定，詳如下述。

二、有關搜索之規範與執行

(一)第 122 條第 2 項符合法律保留、明確性原則與比例原則

按第 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被告或犯罪嫌疑人或應扣押之物或電磁紀錄存在時為限，得搜索之。」依本部「檢察機關實施搜索扣押應行注意事項」(下稱搜扣應行注意事項)⁷⁸第 5 點規定，所稱「有相當理由」，指所認定有犯罪證據存在之相當可能性，其程度高於第 122 條第 1 項所定之「必要時」，亦必符合比例原則，始足當之，可知對於第三人律師事務所實施搜索，相較於對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實施搜索之要件更為嚴格，上開法律規定要件明確，應認符合法律保留、明確性

⁷⁷ 美國聯邦刑事訴訟規則第 41 條未區分對於被告與第三人為搜索扣押；德刑訴法第 102 條、第 103 條區分對於被告與第三人為搜索；日刑訴法第 102 條區分對於被告與被告以外之人為搜索。另依日刑訴法第 99 條、第 218 條規定，法院於必要時，得扣押證據物或認應沒收之物，檢察官就犯罪偵查於必要時，依法官所發之令狀，得為扣押。是扣押標的為證據物或認應沒收之物。

⁷⁸ 本部制訂「檢察機關實施搜索扣押應行注意事項」，以行政規則規範搜索扣押執行方式與內部控制。落實迄今，不只重要政府機關、大專院校及媒體事業機構，舉凡認有重大影響基本權之處所，檢察官多於聲請搜索前，報告其主任檢察官層報檢察長，或共同研商決定，俾利審慎實施搜索扣押，加強保障人權。

原則與比例原則。又第 122 條第 2 項以有相當理由可信為「被告或犯罪嫌疑人」存在，目的係為查緝被告或犯罪嫌疑人；「應扣押之物或電磁紀錄」存在，係為搜索取得可為證據或得沒收之物或電磁紀錄而言，涉及辯護人與被告間秘密溝通內容者，實務上原則不得扣押(詳下述)，若以此等不得扣押之物為聲請搜索扣押之標的，自始不符合搜索之法定要件，除此以外，為防止以秘匿特權規避犯罪偵查、勾串滅證或為追緝已逃亡之被告，於符合法定要件之前提下，仍得實施搜索。

(二)搜索採取法官保留，聲請與核發搜索票均符合嚴格要件

依第 128 條規定，搜索採取法官保留。依同法第 128 條之 1 第 1 項規定，偵查中檢察官認有搜索之必要者，除逕行搜索之情形外，應以書面記載第 128 條第 2 項各款規定所列之事項，並敘明理由，聲請該管法院核發搜索票。又依搜扣應行注意事項第 10 點規定，檢察官向法院聲請搜索票時，應備妥聲請書，將第 128 條第 2 項各款規定所列之事項，逐一記載，且力求明確，並釋明對於第三人處所實施搜索之相當理由，足見相關法令已明定檢察官聲請搜索扣押應釋明符合法定要件，並具體指明搜索扣押範圍。而司法警察官因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據，認有搜索之必要時，依第 128 條之 1 第 2 項規定，得報請檢察官許可後，向該管法院聲請核發搜索票，亦應由檢察官依上開法令嚴格把關符合法定要件與特定搜索扣押範圍。

其次，依第 128 條第 2 項第 3 款規定，搜索票應記載應加搜索之處所、身體、物件或電磁紀錄，依同條第 3 項規定，法官並得於搜索票上，對執行人員為適當之指示。準此，法院核准對於第三人律師事務所實施搜索時，應於搜索票明確記載搜索律師事務所之處所、身體、物件或電磁紀錄之範圍，並得具體指示就被告與辯護人間秘密溝通內容之物件、電磁紀錄等，不得扣押，及如何保護此等物件、電磁紀錄之具體措施，以符合嚴格要件。是以法院自得依法審酌律師事務所之特殊性，就具體個案搜索律師事務所之相當理由與必要性，嚴格審查以判斷是否核發搜索票。

(三)執行方式符合最小侵害及恪遵比例原則

對於第三人律師事務所實施搜索扣押，其聲請與核發搜索票均經嚴格審查是否符合法定要件，及具有搜索之必要性。依本部統計數據，偵查中對於第三人律師事務所實施搜索扣押之情形，極為少見⁷⁹，足見實務對於第三人律師事務所搜索，十分嚴謹而審慎，無恣意之虞。

另依第 124 條規定：「搜索應保守秘密，並應注意受搜索人之名譽。」又依搜扣應行注意事項第 3 點規定：「檢察官實施搜索扣押，應嚴格遵守偵查不公開規定，並依比例原則，擇其適當方法，務期於損害最小、影響最少之情形下，審慎執行之。」基於偵查犯罪具有時效性與密行性，偵查中實施搜索扣押均不公開，並應依比例原則，採取最小侵害之方式妥慎、迅速為之，適足以維護律師事務所之聲譽，亦無侵害律師執業隱私權。

又第 133 條第 3 項規定：「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。」準此，法院縱已核發對於第三人律師事務所之搜索票，執行中審酌個案情形，認為應扣押之物並無滅失或遭偽、變造之虞者，自得予以干預基本權程度較低之「命其提出或交付」為之，此亦符合美國實務於個案執行時，可考量比例原則「提出命令較宜」之精神。

三、有關扣押之規範與執行

(一)第 133 條第 1 項符合法律保留、明確性原則與比例原則

第 133 條第 1 項規定：「可為證據或得沒收之物，得扣押之。」業已明確規範扣押範圍，以「可為證據之物」或「得沒收之物」為限。而依第 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，在郵務或電信機關，或執行郵電事務之人所持有或保管者，原則不得扣押，旨在保障被告辯護倚賴權，然而為達成憲法要求有效追訴犯罪與發現真實之正當目的，對於非屬被告與其辯護人間之秘密溝通，或涉及現在進行中或未來犯罪之

⁷⁹ 依本部統計，近 3 年(109 年至 111 年)「聲搜」與「警聲搜」聲請案件，共計 5 萬 8639 件(其中「聲搜」541 件與「警聲搜」5 萬 8098 件，不合同意搜索)，依司法院全球資訊網司法統計年報，109 年、110 年(不含 111 年度)，核准件數已達 2 萬 9932 件(109 年度核准 1 萬 5760 件、110 年度核准 1 萬 4172 件，截至 112 年 3 月 16 日止，111 年度核准件數尚未公布)。近 3 年搜索律師事務所共計僅 20 件(合同意搜索)，其中僅有 2 件係因律師事務所為犯罪行為地，故對於第三人律師事務所實施搜索，其餘 18 件係因律師為被告或犯罪嫌疑人，或因律師涉及湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人而為搜索。

討論，或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，或為追緝已逃亡之被告等內容，例外得予扣押。

(二)辯護人與被告間秘密溝通內容，實務上原則禁止扣押

又為有效保障被告與辯護人之自由溝通權，實務已擴大不得扣押之範圍，依本部 93 年 4 月 27 日法檢字第 0930801416 號函釋：「……，律師因業務上知悉之秘密，如涉及辯護人與被告間基於信賴關係所獲知者，例如被告向辯護人坦承犯罪事實所作成之文書紀錄，應不得為搜索扣押之客體，否則亦將侵害被告之辯護倚賴權，惟辯護人之權限並不包括為被告隱匿或湮滅罪證，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，亦得為扣押之客體，否則無異鼓勵犯罪人，只要將犯罪證據寄放於辯護人處，即可不被扣押而脫免於罪。」衡諸第 135 條第 1 項第 2 款但書保障被告辯護倚賴權之立法意旨，該條法律文義所涵蓋之範圍顯然過狹，以致不能貫徹該規範之意旨，故透過本部上開函釋，目的性擴張解釋辯護人與被告間基於信賴關係所獲知秘密之「文書紀錄」不得扣押，且不得「搜索」。至其他承載辯護人與被告間秘密溝通內容之物件、電磁紀錄，亦可目的性擴張解釋適用第 135 條第 1 項第 2 款但書規定。本部就檢察機關提案法律問題研提意見並作成函釋後適用迄今，經檢察機關多年落實辦理，本件具體個案中臺灣高等法院 100 年度偵抗字第 633 號裁定理由亦同此意旨，足認已發展為實務穩定見解，符合人權法院認為對於秘匿特權之保障，不限於法律層次，並可透過實務見解形成保護之意旨，與美國實務最小侵害原則相符。

(三)扣押之審查採取法官或檢察官保留，並符合嚴格要件

附隨於搜索之扣押，應依法院核發之搜索票執行，採取法官保留，已如前述。另依第 136 條第 1 項規定：「扣押，除由法官或檢察官親自實施外，得命檢察事務官、司法警察官或司法警察執行。」採取法官或檢察官保留。於我國刑事訴訟程序，檢察官依第 2 條第 1 項規定，應於被告有利及不利

之情形，一律注意，負有客觀性義務，因此，不論法官或檢察官親自實施或命檢察事務官、司法警察官或司法警察執行扣押時，均應具體指明扣押範圍，並注意律師事務所之特殊性，從嚴審查扣押標的是否屬辯護人與被告間秘密溝通內容，若非犯罪證據、有勾串滅證之虞或為追緝已逃亡之被告等情形，自不得扣押。

(四)執行方式符合最小侵害及恪遵比例原則

偵查中執行扣押時，應注意第 124 條及搜扣應行注意事項第 3 點規定，以最小侵害方式審慎執行，避免影響律師事務所之聲譽，已如前述。另第 142 條第 1 項前段規定：「扣押物若無留存之必要者，不待案件終結，應以法院之裁定或檢察官命令發還之。」第 2 項規定：「扣押物因所有人、持有人或保管人之請求，得命其負保管之責，暫行發還。」據此，若有誤為扣押、已調查扣押物完畢或得由律師事務所自行保管之情形，得循上開規定迅速發還，以維護辯護人與被告之權益。

四、對於律師事務所搜索扣押，除事前採法官保留原則，已有事中檢視扣押物與事後救濟相關規範

依第 128 條第 3 項規定，法官得於搜索票上，對執行人員為適當之指示。準此，法院於核發搜索票時，應審酌律師事務所之特殊性，視具體個案情形，得於搜索票上得具體指示執行人員搜索律師事務所取得之扣押物，應先封緘送法院檢視審查，屬被告與辯護人間秘密溝通內容，且無涉及犯罪證據或勾串滅證等權利濫用情形者，不得扣押。

對於律師事務所實施搜索扣押時，依第 148 條規定，應命住居人、看守人或可為其代表之人在場；如無此等人在場時，得命鄰居之人或就近自治團體之職員在場。又依第 139 條、第 42 條規定，扣押物應加封緘並蓋印，並制作扣押物收據付與所有人、持有人或保管人；另應制作搜索扣押筆錄，於筆錄內詳記扣押物之名目，或制作目錄附後，並應令上開應命其在場之人簽名、蓋章或按指印。據此，上開應命在場之人或在場之當事人，依法得全程

參與檢視扣押物，確認扣押物是否屬秘匿特權保護範圍而不得扣押，併就扣押物之名目數量詳細確認後，上開應命在場之人於搜索扣押筆錄簽章或按指印。又實務執行搜索扣押均全程錄音錄影，可擔保上開檢視扣押物與搜索扣押過程符合正當法律程序。

執行過程中，上開應命在場之人或在場之當事人就扣押物是否屬秘匿特權保護範圍，如有爭議，基於偵查中之扣押為檢察官保留，自得由負有客觀義務之檢察官檢視認定，此與德刑訴法第 110 條檢視文件原則屬檢察官權限，並無不同⁸⁰。此際，上開應命在場之人或在場之當事人得請求執行人員先將扣押物封緘，送交檢察官檢視認定。若仍有不服，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，經審查屬秘匿特權保護範圍者，不得扣押。

檢察官或司法警察官於聲請核發之搜索票執行後，依第 132 條之 1 規定，應將執行結果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。又搜索扣押處分固已執行終結，受處分人仍得依第 416 條第 1 項第 1 款聲請撤銷或變更原處分，法院不得以已執行終結而無實益為由駁回，又依第 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，已有明文規定救濟途徑及證據禁止之法律效果。

五、本案雖屬法規範憲法審查，惟依聲請意旨應屬個案執行問題，但本案搜索扣押「犯罪證據」亦無違法、違憲

本案聲請意旨固認臺灣高等法院 100 年度偵抗字第 633 號確定裁定適用之第 122 條第 2 項、第 133 條第 1 項違憲。惟依上開裁定意旨，該案經法務部調查局臺北市調查處聲請搜索扣押○○公司委託聲請人律師等人撰寫文件回覆證期局要求提出之說明，係涉及該案內線交易案件之重要證據，並經原審法院審查結果，認其聲請與刑事訴訟法之相關規定並無不合，據此

⁸⁰ 德刑訴法未規定由中立第三者在場檢視文件，人權法院對此未認為違反公約，詳見頁 5 至 6 及註 35。又由受搜索人(律師)或應命其在場之人(可為律師事務所代表之人)檢視文件，符合美國法近期實務判決發展，詳見頁 12，亦可有效避免辯護人與被告間秘密溝通內容或偵查秘密外洩等問題。

裁定核發搜索票，並經抗告法院認定於法無違等語。可知該案搜索扣押標的既屬「犯罪證據」，且○○公司亦非該案違反證券交易法等案件之被告或犯罪嫌疑人，與辯護人與被告間秘密溝通內容無關，本非在不得扣押之列，該案搜索扣押「犯罪證據」，於法並無不合，且無違憲疑義。

六、小結

律師與當事人間秘匿特權，涉及當事人隱私權、律師職業特權與職業隱私權之保障，若進一步為辯護人與被告間之秘密溝通內容，因屬被告受實質有效辯護協助之辯護倚賴權與公平審判之核心領域，應受更高度保障，惟對於律師事務所實施搜索扣押，於具體個案具有追訴犯罪與發現真實之重大公益，上開所涉基本權利均非絕對不得以公權力干涉。又從比較法觀點，美、德、日立法例均未禁止對於律師事務所實施搜索，且從我國法角度，第 122 條第 2 項、第 133 條第 1 項之規範符合法律保留、法官保留、明確性原則與比例原則，若涉及辯護人與被告間秘密溝通內容，則提升其保護，目的性擴張解釋第 135 條第 1 項第 2 款但書規定，原則不得扣押，並應予嚴格審查。於我國法規範與函釋之補充下，辯護人與被告秘匿特權之保護，已透過實務見解形成保護。又自實務執行之內在界限而言，檢察官對於第三人律師事務所聲請搜索，均依法律及相關要點規定審慎判斷是否符合法定要件，法院亦有嚴謹審查基準且可依法為具體指示，實務上實施搜索扣押方式須符合最小侵害手段，並已有事中檢視扣押物、事後救濟與證據禁止等相關程序擔保規範，可避免濫權或恣意，確保搜索扣押限制基本權之程度，與追訴犯罪與發現真實之公共利益間，損益均衡，符合人權法院層級化的保障與個案權衡之審查基準，亦與德國、美國法實務採取嚴格要件之標準無異，應無違憲之疑慮。

參、有關本案釋憲聲請書、釋憲聲請補充理由書引用外國判決之主張，與判決見解容有不同處，本部說明如附件。

此 致

憲法法庭 公鑑

中 華 民 國 1 1 2 年 3 月 1 6 日

具狀人 法務部

代表人 黃謀信

撰狀人 簡美慧

周芳怡

林麗瑩