

本人 陳運財 受憲法法庭指定，就會台字第 11067 號理律法律事務所聲請案，提出專業意見，並出席憲法法庭於 112 年 3 月 27 日就本案所行之言詞辯論。謹依憲法訴訟法第 19 條第 3 項規定，就相關專業意見或資料之準備或提出，揭露相關資訊如下：

		是/否	如是，其情形
一	相關專業意見或資料之準備或提出，是否與當事人、關係人或其代理人有分工或合作關係。	否	
二	相關專業意見或資料之準備或提出，是否受當事人、關係人或其代理人之金錢報酬或資助及其金額或價值。	否	
三	其他提供金錢報酬或資助者之身分及其金額或價值。	否	

此 致

憲法法庭

陳報人：陳運財 (簽章)

2023/3/27 (日期)

# 關於律師與當事人間秘密溝通權之鑑定意見

2023/3/27 於憲法法庭  
成功大學法律系 陳運財

## 爭點題綱如下：

- 一、「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？
- 二、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？

## 目次

- 一、一項大幅殘缺的權利拼圖
- 二、關於保護必要性
  - 1、保護秘密溝通權的核心價值
  - 2、擴大權利保護的必要性
- 三、被告是權利主體
- 四、關於審查的憲法依據
  - 1、以司法院釋字 654 號解釋為基底
  - 2、其他憲法基本權利的保障
- 五、秘密溝通權的保障內容及範圍
- 六、結語

## 一、一項大幅殘缺的權利拼圖

與生成於英美判例法的所謂「律師與當事人間之秘匿特權(Attorney-Client Privilege)」相較，我國實定法上關於律師與當事人間的「秘密溝通權」的保障範圍及內容<sup>1</sup>，呈現大幅的不足。

以美國法為例，基本上所謂「律師與當事人間之秘匿特權」是指基於促進律師與當事人間充分和坦誠的溝通，透過遵守法律及正義的執行而維護更廣泛的公

---

<sup>1</sup> 關於被告與律師接見或溝通，接受法律諮詢或援助的權利，論者之間存有諸多不同的稱呼。由於司法院 654 號解釋已確立刑事被告享有與其辯護人間「不受干預下充分自由溝通權」，在本文中簡稱為「秘密溝通權」，刑事訴訟法第 34 條之「接見通信權」及同法第 182 條之「拒絕證言權」均屬其具體內容。

眾利益的目的，針對當事人向其委任律師所提出的諮詢內容、及律師向該當事人所提供的法律意見，於民、刑事程序、仲裁等裁判外紛爭解決程序及行政調查程序中均免於受到強制開示或揭露的特權。此項權利的保護要件是：(1)律師與其委託人之間的溝通、(2)就律師執行職務活動所為的溝通、(3)該溝通是以獲取法律諮詢或程序的輔助為目的、(4)不以犯罪或不法行為作為目的、以及(5)此項秘匿特權未經委託人放棄。其中，最重要的特色是，此項秘匿特權的權利主體是該委託人，而非律師，因此，未經委託人同意，律師不得任意放棄特權或揭露溝通內容。而且，不論該項溝通內容是存在於律師保管中或委託人持有中，原則上均不受強制開示。同時，凡屬於保護要件的特權，屬於絕對的權利<sup>2</sup>。

整體觀察，與上述美國法上秘匿特權的保障範圍相較，我國除了分別於民、刑事及行政訴訟程序規定業務上秘密事項之拒絕證言權及刑事程序的接見通信權外，並未有上位的、共通的並適用及於訴訟程序外之秘密溝通權的明文規範。而進一步專就我國刑事訴訟程序而言，被告與辯護人間的秘密溝通權的明文規範，僅存在於刑事訴訟法同法第 182 條<sup>3</sup>、同法第 34 條<sup>4</sup>、以及羈押法第 65 條<sup>5</sup>。不僅如此，與上開美國法上的秘匿特權的保障範圍及內容相較，就我國刑事程序而言，仍存有下列諸點規範不足之處。

第一，關於保障秘密溝通內容的程序或階段，僅止於拘捕中之接見、以及檢察官及法院依法訊問作證的程序，惟搜索、扣押、勘驗及通訊監察等強制取證程序中並無拒絕強制取證的權利。

第二，關於權利主體，傳統上實務見解認為第 182 條拒絕證言權的權利主體是律師等執行特定業務之人，並非被告或享有該業務秘密之委託人。

第三，關於保護秘密的範圍，第 182 條條文的用語是指「有關他人秘密之事項」，是否及於律師所提供給委託人的法律意見本身，文義上並不明確。

而與本系爭案件的爭點相關的，即是上述第一點，由於現行刑事訴訟法並無關於犯罪嫌疑人被告與辯護人間秘密溝通的內容得拒絕搜索扣押的明文規定，在我國刑事程序中，被告或辯護人間的溝通秘密是否屬於憲法保障的基本權利，適

---

<sup>2</sup> 安井哲章，アメリカにおける弁護士、依頼者間秘匿特權、刑事法ジャーナル，No.49，2016 年，頁 47。川出敏裕，弁護士、依頼者間秘匿特權をめぐる現状と課題、刑事法ジャーナル，No.49，2016 年，頁 39。

<sup>3</sup> 刑事訴訟法第 182 條規定：證人為醫師、藥師、助產士、宗教師、律師、辯護人、公證人、會計師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>4</sup> 刑事訴訟法第 34 條規定：辯護人得接見羈押之被告，並互通書信。非有事證足認其有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人者，不得限制之（第 1 項）。辯護人與偵查中受拘提或逮捕之被告或犯罪嫌疑人接見或互通書信，不得限制之。但接見時間不得逾一小時，且以一次為限（第 2 項）。

<sup>5</sup> 羈押法第 65 條規定：被告與其辯護人接見時，除法律另有規定外，看守所管理人員僅得監看而不與聞，不予錄影、錄音；除有事實上困難外，不限制接見次數及時間（第 1 項）。為維護看守所秩序及安全，除法律另有規定外，看守所人員對被告與其律師、辯護人接見時往來之文書，僅得檢查有無夾藏違禁物品（第 2 項）。

用刑事訴訟法第 122 條第 2 項及第 133 條第 1 項之規定對於該溝通內容的電子郵件等予以搜索扣押，是否已構成對上開權利的侵害？

其實，國內歷來早有學說主張刑事程序中，辯護人在業務上受委託而持有或保管之文書或物件涉及他人秘密之事項，亦得拒絕扣押。其論據主要是基於維護業務隱私及對於特定業務的社會信賴，應擴張刑事訴訟法第 182 條的適用階段，認為刑事訴訟法承認律師拒絕證言權，若律師就業務持有或保管之文件不得拒絕扣押，則拒絕證言權有瑕疵<sup>6</sup>。亦有論者主張根據憲法上保障被告受律師協助的權利、不自證己罪的權利，原則上不得搜索扣押律師與當事人間秘密溝通之內容，否則將會產生律師不可信任的寒蟬效應，且可能破壞刑事審判之公平對抗原則<sup>7</sup>。

就結論而言，筆者贊成亦主張刑事程序中被告或辯護人間的溝通秘密的保障屬於憲法上的基本權利，原則上犯罪嫌疑人、被告與辯護人就其彼此間秘密溝通的內容得拒絕搜索扣押。惟各國之間對於律師與當事人間的秘匿特權的法源依據如何定位、此項權利的保障範圍及內容如何，往往因對於真實發現的需求、對於律師執業的信賴程度及法治的發展水平不同而有差異。為探究我國刑事程序中秘密溝通權的法源依據何在、權利主體是被告或辯護人、保障的具體內涵及範圍如何，以下擬從此項權利的保護必要性，並立於被告防禦權保障的觀點出發加以探討。

## 二，關於保護必要性

### 1、保護秘密溝通權的核心價值

關於我國刑事訴訟法第 182 條的規範目的，傳統見解認為特定執行業務之人依其受委託之意旨或交易上之慣例，本負有保守秘密之義務<sup>8</sup>，而為維護對於特定處理個人秘密業者之業務及委託人之信賴關係，就其因執行業務而受個人委託有關秘密之事項，原則上得拒絕證言<sup>9</sup>。另外，日本刑事訴訟法針對特定業務上受委託而保管或持有之物，與他人秘密有關者，得拒絕扣押(第 105 條)<sup>10</sup>、

<sup>6</sup> 黃東熊，刑事訴訟法論，1987 年，3 版，頁 219。

<sup>7</sup> 王兆鵬，搜索律師事務所之合憲性，月旦法學雜誌，第 227 期，2014 年 4 月，頁 19。另外，關於國家機關實施通訊監察的界限，對於犯罪嫌疑人或被告與其辯護人間之通訊內容亦應有秘密溝通權之適用，原則上不得予以監聽或截取。參照李榮耕，律師及被告間通訊的監察，政大法學評論第 146 期，2016 年 9 月，頁 3 以下。

<sup>8</sup> 陳樸生，刑事訴訟法實務，1993 年，頁 241。

<sup>9</sup> 黃東熊，同註（6），頁 219。

<sup>10</sup> 日本刑事訴訟法第 105 條規定，「現任或曾任醫師、牙醫、助產師、護理師、律師（含外國法律事務律師）、專利師、公證人、宗教職業之人，就其業務上委託而保管或持有之物，與他人秘密有關者，得拒絕扣押。但經本人承諾之情形，或足認拒絕扣押僅係為被告所為之權利濫用之情形（被告為本人之情形除外），以及其他依法院規則所定事項之情形，不在此限。」

及拒絕證言(第 149 條)<sup>11</sup>。關於此二項條文的規範目的，一般認為係因所定之業務於社會上具有透過守密義務而維護其職業信賴的重要性，為調和訴訟法上發現真實的利益與維護業務上秘密之公共利益，故對於特定之從事業務之人執行業務所知悉的機密的維護，優先訴訟上真實發現的目的，而分別賦予其拒絕扣押及拒絕證言權<sup>12</sup>。

就一般論而言，本文贊同不論是律師、辯護人或其他執行特定業務之人，為維護對於特定處理個人秘密業者之業務及委託人之信賴關係，而有賦予其得拒絕證言的必要。換言之，為使委託人可安心地向律師等執行業務之人充分坦白的披露有關委託處理事項的資訊，且由這些處理專門業務之人提供實質有效的專業意見或必要的處理，應設有使此等執行特定業務之人與委託人間溝通之秘密事項得拒絕披露的權利。惟不僅如此，進一步個別地針對刑事程序中的辯護制度而論，之所以保護辯護人的拒絕證言權，其核心應溯源的求諸於擔保被告得藉由與其選任或指定的辯護人充分的自由溝通，而實質有效行使其防禦權。如果制度上欠缺拒絕證言權的保障，被告會擔憂向辯護人所揭露的內容會成為將來法庭上不利於自己的證言，因而不敢坦然無懼地與辯護人進行充分及自由的溝通，如此一來，被告將無法獲得實質有效的律師協助<sup>13</sup>。

司法院釋字 654 號解釋理由書開宗明義指出：「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。」本文認為，依此項解釋的意旨，刑事訴訟法第 182 條中有關辯護人的拒絕證言權的保護必要性，應置於確保刑事被告與辯護人能在不受干預下充分自由溝通，以使被告實質有效行使防禦權的觀點予以理解。亦即，第 182 條賦予辯護人拒絕證言權，不僅止於維護之社會大眾對於辯護人從事被告辯護工作的信賴，更重要的意義是為了使刑事被告享有充分有效的防禦權，而有確保其與辯護人間的溝通秘密不被強行揭露的必要。

## 2、擴大權利保護的必要性

---

<sup>11</sup> 日本刑事訴訟法第 149 條規定：「醫師、牙醫、助產師、護理師、律師（含外國法律事務律師）、專利師、公證人、宗教職業者或曾任該職者，就業務上委託而知悉有關他人秘密之事項，得拒絕證言。但經本人承諾之情形，或足認拒絕證言僅係為被告所為之濫用權利之情形（被告為本人之情形除外），以及其他法院規則所定事項之情形，不在此限。」

<sup>12</sup> 長瀨敬昭，第 149 條〔業務上秘密と証言拒絕權〕，收錄於三井誠、河源俊也、上野友慈、岡慎一編，新基本法コンメンタール刑事訴訟法，日本評論社，2017 年 4 月，第 2 版追補版，頁 171。

<sup>13</sup> 李榮耕，同註（7），頁 9。

進一步言，此項保護刑事被告與辯護人間秘密溝通權的必要性，不僅適用於檢察官或法院以辯護人作為證人實施訊問之場合，對於國家機關實施搜索、扣押、提交命令及通訊監察等強制取證之程序，亦有保護的必要性，以避免造成被告防禦權的保障造成破口或缺陷。換言之，基於維護此項秘密溝通權的周延及均衡，不僅應保障辯護人作證時的拒絕證言權，亦應賦予被告及辯護人得就其案件所為溝通討論的秘密事項，得拒絕扣押、提交命令及免受通訊監察。倘不同時賦予拒絕扣押等權利，誠如論者所指摘，當律師行使刑事訴訟法第 182 條之拒絕證言權時，檢警再持法院核發的搜索票查扣辯護人持有記載其與被告溝通的秘密內容的文件，即可突破第 182 條的限制<sup>14</sup>。若是如此，透過拒絕證言權維護被告與辯護人間的秘密溝通權將形同虛設。

而關於秘密溝通權的保護必要性，在此補充一點的是，藉由促進律師與當事人間充分和坦誠的溝通，提供實質有效的法律意見，就積極意義而言，更有助於社會大眾及企業遵守法律，提升整體法治水平的公眾利益。尤其，在全球化的商業環境中，跨國企業間通常面臨著愈形複雜而流動的法律關係，一旦發生違反公平交易法、證券交易法等跨域的不法行為或犯罪，在他國基於律師與當事人間的秘匿特權，辯護人得拒絕該國偵審機關的強制取證，在台灣卻可能蒙受被搜索扣押或監聽的處分，對我國法治的發展將造成不利的影響。

相對的，主張秘密溝通權的保護傘不應再擴張至搜索扣押等強制取證程序的反對意見，不外乎是出於發現真實的要求以及防止湮滅證據等防弊的考量。在本件系爭裁定理由中，高等法院認為「辯護人之權限並不包括為被告隱匿或湮滅罪證，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」<sup>15</sup>，即屬同出一轍的防弊思維。

筆者並不完全排除或無視於擴大秘密溝通權可能造成湮滅證據等妨害司法風險的增加，亦不否認我國律師倫理教育及律師懲戒制度尚有不足，防止濫用秘匿特權的配套機制難謂已經充分到位。然而，就刑事程序而言，基於無罪推定及公平審判原則，偵審機關自不應以搜索扣押等強制手段取得被告與辯護人就案件進行溝通諮詢的文件，作為追訴處罰的依據。至於，以防弊的觀點作為反對秘密溝通權保護的必要性，更屬一竿子打翻一艘船，因噎廢食的論調。一則被告與辯護人間所為之溝通諮詢若涉及犯罪，已構成權利濫用，本不在秘密溝通權的保障範圍；二是，防止濫用秘匿特權應有的作為，應強化並明確化律師倫理及懲戒制度，避免律師因與被告進行諮詢溝通而受到犯罪的牽連，才是正道。

### 三、被告是權利主體

<sup>14</sup> 王兆鵬，同註（7），頁 7。

<sup>15</sup> 台灣高等法院 100 年度偵抗字第 633 號刑事裁定，頁 2-3。

如上所述，基於有關特定業務上秘密事項之守密義務，傳統見解認為得依刑事訴訟法第 182 條規定行使拒絕證言的權利主體，是該條所稱之執行特定業務之人及其佐理人。刑事訴訟法第 34 條規定之接見通信權，屬於辯護人的固有權。另外，亦有論者主張英美判例法上所確立的秘匿特權，係當事人為獲取法律援助而向律師所為的秘密通訊，是作為當事人的權利而受到保護。相對的，於歐陸法上，此項權利則是因律師對委託人負有守密義務的反射效果，而保護律師與當事人間的通訊秘密<sup>16</sup>。

筆者並不否認上述見解有關刑訴法秘密溝通權的權利主體的解釋，惟基於下述理由，在此要強調的是，包含第 34 條接見通信權及第 182 條拒絕證言權在內的辯護人與被告間的秘密溝通權，不只是辯護人的固有權，被告亦同屬權利主體：

第一，依第 182 條之文義解釋，確實得行使拒絕證言權的主體是從事該條所稱之定業務之人及其佐理人。惟如同該條但書所示，如經享有該項秘密利益之委託人本人同意，從事業務之人仍得基於委託人放棄業務秘密之保護而於法庭上據實陳述。換言之，實質上依本條但書規定之解釋，刑事被告等委託人亦屬此項拒絕證言權規定之權利主體。

第二，基於辯護人依賴權的本質。立法政策採用刑事辯護制度，賦予犯罪嫌疑人或被告享有接受辯護人援助之機會，其目的主要有四：（1）確保犯罪嫌疑人及被告之主體性，藉由辯護人的援助，縮小其與檢察官蒐集證據之實力及法律專業之間的差距，盡可能的維護當事人的對等。（2）維護程序的正當性，防止違法偵查、濫權起訴及誤判的發生。（3）確保或爭取有利或必要的處遇，例如民事和解、交保、爭取緩起訴之處分等。（4）積極的協助辯護活動，例如蒐集證據、準備審判，聲請調查證據等，以具體實踐無罪推定及公平審判的理念。辯護人乃被告之代理人、輔助者及保護者<sup>17</sup>。本文認為，在刑事訴訟法的條文上，所謂接見通信權及偵訊時在場權等不少有關辯護權的條文規定，固然均以辯護人作為主詞，惟實質上無非是要保障被告充分行使防禦的機會，包括接見通信權及偵訊時在場權等在內的辯護人依賴權是使犯罪嫌疑人及被告有效地進行訴訟行為之前提性的權利，也是防止違法的偵查活動及確保公平審判不可或缺的權利，均屬犯罪嫌疑人及被告於刑事程序上最重要而基本的防禦權的一環<sup>18</sup>。

第三，依據歷來司法院解釋及憲法法庭判決意旨，例如釋字 654 號解釋理由書中強調關於辯護權之保障，不僅只是形式上選任辯護人而已，基於被告充分行使防禦權益，以維護公平審判，應使被告獲得辯護人「確實有效」之協助。於此敘述的脈落中，其實已明白指出所謂的辯護人依賴權應以被告作為權利主體的想

<sup>16</sup> 片山達，依賴者と弁護士の間の通信秘密の確立に向けて—刑事手続、刑事収容施設に關する近時の裁判例の分析、刑事法ジャーナル，No.49，2016 年，頁 65。

<sup>17</sup> 渡辺修，起訴前、起訴後における「弁護の目的」，上口裕等著，基礎演習刑事訴訟法，1996 年，13 頁以下。

<sup>18</sup> 拙著，釋字第六五四號解釋與自由溝通權，月旦法學雜誌，2011 年 5 月，頁 7 以下。

法。之後，有關偵查中羈押審查時的閱卷權，釋字 737 號解釋指出，原則上應使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官聲請羈押之有關證據，俾利其有效行使防禦權。釋字第 762 號解釋則指摘修正前之刑事訴訟法第 33 條第 2 項規定未賦予有辯護人之被告直接獲知卷證資訊之權利，且未賦予被告得請求付與卷內筆錄以外之卷宗及證物影本之權利，妨害被告防禦權之有效行使。憲法法庭 111 年憲判字第 3 號及第 7 號判決一致延續上開釋字第 654 號解釋意旨，認為本於憲法第 8 條及第 16 條，刑事被告應享有依正當法律程序之原則，受法院公平審判之權利，於訴訟上尤應保障其享有充分之防禦權，應包括被告或犯罪嫌疑人享有由辯護人為其有效協助與辯護之權利。透過上述一系列擴張並強化被告防禦權的憲法解釋，刑事訴訟法上有關接見通訊權、閱卷權及偵訊在場權之權利主體，不僅是辯護人本身，被告同屬權利主體的見解已屬一項重要的憲法原理。

而在確立被告是刑事程序中秘密溝通權的權利主體的前提下，本文認為其具有的實質意義及內涵如下：

其一，關於被告與其辯護人間就本案行使防禦所為的諮詢溝通的內容，就被告而言，屬於其緘默權的保障範圍，故被告對於偵查機關或法院所為之詢問或訊問自得拒絕陳述。

其二，關於刑訴法第 182 條之適用，基於權利放棄的法理，除非經過作為權利主體的被告本人同意，否則即使辯護人願意配合法院的訊問，辯護人也不得在法庭上就其與被告間的溝通內容作證陳述<sup>19</sup>。

其三，此項包括接見通信權及拒絕證言權在內的秘密溝通權，不應被拘泥於僅是辯護人的固有權，而應從被告主體性的觀點，檢討如何使犯罪嫌疑人或被告防禦權之行使獲得迅速而實質辯護，才是辯護制度的原點。亦即，在尊重被告主體性的理念下，作為被告代理人及協助角色的辯護人，應負起以被告最佳利益之保護者的積極態度，提供被告迅速且有效的法律意見或援助。

其四，被告如未能獲得來自於選任或指定辯護人的實質有效援助時，自應賦予其請求救濟的管道。而被告是否已接受辯護人實質有效的辯護，如有爭執而進入訴訟程序，法院基本上應綜合判斷下列事項，以決定於該個案中被告之秘密溝通權有無受到侵害：(1)辯護人有無與被告建立維持信賴關係；(2)辯護人有無與被告充分聯絡、接見等以準備防禦；(3)辯護人於審判前有无盡充分的調查或訴訟準備；(4)作為刑事訴訟辯護人之知識及技能有無欠缺等，與辯護品質相關的事項<sup>20</sup>。

## 四、關於審查的憲法依據

### 1、以司法院釋字 654 號解釋為基底

<sup>19</sup> 李榮耕，同註（7），頁 9。

<sup>20</sup> 參照岡田悅典，被疑者弁護權の研究，2001 年，日本評論社，頁 327。



在確立被告與辯護人間秘密溝通權的保護應貫穿於所有的強制取證程序，且其權利主體屬於被告的前提下，接下來必須探究的是，刑事程序的秘密溝通權是否為憲法保障的基本權利，抑或屬於立法政策上制度設計的問題。

首先一提的是，在英美法上透過長期判例累積生成的律師與當事人間的秘匿特權，不僅適用於民、刑事程序，於仲裁等裁判外紛爭解決程序及行政調查程序中亦享有免於被強制開的特權，此項適用廣泛的特權，如果要在我國尋求憲法上的保障依據，或許問題複雜且極具爭議性。

以日本為例，在一件違反獨占禁止法的案件中，公平交易委員會將原告與律師間開會討論的紀錄開示予競爭對手，對此原告不服，主張其與律師間的溝通，原則是應受絕對保障的權利，屬於日本憲法第 21 條第 2 項後段秘密通訊自由、第 22 條第 1 項職業選擇自由、第 31 條正當法律程序、第 32 條訴訟權、第 34 條辯護人依賴權以及應受第 35 條令狀主義保護之具體權利，向法院聲請撤銷公平會之處分。於之後的上訴審中，東京高等法院判決認為，憲法第 21 條第 2 項後段是對於國民通常所為之通訊秘密予以保障的規定，難謂有理由應將律師與委託人間的溝通解釋為是超越此項規定之保障範圍而特別應予絕對保護的具體權利；同樣的，關於原告主張的其他憲法上的規定，不得將律師與委託人間的溝通解釋為是超越此等規定之保障而特別予以保護的具體權利。在現行法下，難謂有理由應將原告所主張的律師與委託人間的秘密特權解釋作為具體的權利或利益而加以保障<sup>21</sup>。而在學理上，是否得將此項英美法上的秘匿特權解釋為是日本憲法隱私權（第 13 條）、拒絕自我入罪特權（第 38 條第 1 項）、辯護人依賴權（第 34 條）以及接受法院公平審判之權利（第 37 條）所保障範圍內的權利，存有不少爭議<sup>22</sup>。

不過，當我們把問題座標設定回來在我國「刑事程序上的秘密溝通權」時，法源依據的審查問題其實是明確而簡易。因為我國司法院釋字 654 號解釋已基於憲法第 16 條訴訟權，為維護被告防禦權之行使，構築了刑事程序秘密溝通權的保護城堡。

釋字 654 號解釋文謂：「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。」觀察此項解釋理由書的論據構成及邏輯推論，其審查原則的體系可扼要整理如下：第一，辯護權的憲法化。被告選任辯護之防禦權，係憲法第 16 條保障刑事被告受公平審判之權利的重要一環。且刑事被告與其辯護人不受干預下充分自由溝通之權利，乃為使被告獲得辯護人確實有

<sup>21</sup> 東京高等裁判所平成 25 年 9 月 12 日第 19 民事部判決。

<sup>22</sup> 川出敏裕，弁護士、依頼者間秘匿特權をめぐる現状と課題、刑事法ジャーナル，No.49，2016 年，頁 49。

效之協助所不可或缺，亦屬憲法訴訟權保障的範圍。第二，不論被告人身自由是否受拘束，均享有與其辯護人不受干預自由溝通之權利，始能確保其防禦權之行使。第三，基於不受干預自由溝通權的保障，即便為達成羈押目的或維持押所秩序，亦不得於羈押被告與其辯護人接見時予以監聽或錄音，亦即僅得採取所謂監看而不與聞的做法。第四，如法律就受羈押被告與辯護人自由溝通權利予以限制者，應規定由法院決定並有相應之司法救濟途徑，其相關程序及制度之設計<sup>23</sup>。其中，第二點的見解，可謂是此項解釋所確立的憲法權利城堡的基石，得否作為處理本件爭點的審查依據，值得檢討。

首先，654 號解釋以不受干預充分自由溝通權，禁止國家機關於羈押被告與其辯護人接見時加以監聽或錄音的干預，即便為達成羈押目的或維持押所秩序，亦僅得採取所謂監看而不與聞的措施。可見羈押被告與辯護人接見時的溝通諮詢內容的秘密性，是絕對的保障。此項秘密溝通權，自應適用及於被拘提或逮捕之被告與其辯護人進行接見的場合，應無疑義。

其次，本文認為依 654 號解釋意旨，由於人身自由未受拘束之犯罪嫌疑人或被告亦享有與其辯護人不受干預自由溝通的權利，據此，於案件偵審過程中，該犯罪嫌疑人或被告與其辯護人之間當面的會談、或透過電話、網路等手段進行通訊之際，亦享有秘密溝通之具體權利，司法警察人員、檢察官或法院不得予以監聽、錄音或截取。蓋拘捕或羈押中的被告與辯護人的接見尚且享有秘密溝通的權利，人身自由未受拘束的情形下與其辯護人的溝通之際，卻反而可能遭受國家機關的監控而無法維護其溝通的秘密性，不僅輕重失衡，對於充分自由溝通的權利更是直接的戕害，顯然違反憲法第 16 條保障被告的訴訟防禦權。

最關鍵的是，犯罪嫌疑人、被告或辯護人持有或保管中之秘密溝通內容的紀錄或資料，對於國家機關的強制取證程序得否主張釋字 654 號確立的不受干預自由溝通權，而拒絕搜索扣押或提交命令？本文認為答案應是肯定。試想在上述的推論脈絡下，基於充分自由溝通權的保障，嫌疑人或被告與辯護人的接見、當面討論以及使用通訊手段溝通之際，國家機關不得予以監聽或錄音，如果卻容許偵審機關可以守株待兔地在事後透過搜索扣押等強制手段，取得其溝通過程所往來或製作的文件或紀錄，無異於秘密溝通權的護城牆雖關閉了前門，卻大開後門，秘密溝通權的保護形同虛設。嫌疑人或被告倘知悉其與辯護人間溝通諮詢的相關資料，可能遭受搜索扣押而作為不利證據使用，勢必產生寒蟬效應而無法充分進行溝通。因此，針對嫌疑人或被告與辯護人間溝通諮詢的相關資料，基於充分保障被告防禦權的必要，亦屬於 654 號解釋的射程範圍，受秘密溝通權的保障，嫌疑人、被告或辯護人得拒絕搜索扣押或提交命令。

---

<sup>23</sup> 參照李建良，受羈押被告之訴訟防禦的憲法保障／釋字第六五四號解釋，台灣法學雜誌，122 期，2009 年 2 月 15 日，頁 169 以下。拙著，同註（18），頁 7 以下。

## 2、其他憲法基本權利的保障

對於嫌疑人或被告與辯護人的接見、當面討論以及使用通訊手段溝通之場合、以及其持有或保管中之秘密溝通內容的紀錄或資料，除了上述內含於憲法第 16 條訴訟權作為共通的保障依據外，由於刑事偵審程序中存在著多樣的強制取證程序或手段，針對各個不同的強制取證程序或手段，憲法可能同時分別設有相應的程序規範或基本權利的保障，亦可作為強化或補充秘密溝通權保障的效果。

例如，國家機關對於嫌疑人、被告與辯護人間以通訊溝通之際，實施通訊監察，或是扣押被告與辯護人間往來的郵件的處分，除了以憲法第 16 條訴訟權之保障加以審查外，由於同時涉及對於秘密通訊自由的干預，故亦得從憲法第 12 條保障秘密通訊自由的精神進行審查。再者，關於通訊監察之強制處分，依司法院 631 號解釋意旨，「除應有法律依據外，限制之要件應具體、明確，不得逾越必要之範圍，所踐行之程序並應合理、正當，方符憲法保護人民秘密通訊自由之意旨。」可見，對於被告與辯護人間的通訊採取干預手段時，亦應合於正當法律程序。

其次，對於嫌疑人、被告與其辯護人接見或通訊時，不得予以監聽或錄音，或是對於偵查機關或法院的詢問或訊問之場合，嫌疑人或被告除了得主張秘密溝通權的保障外，亦得主張緘默權或拒絕自我入罪特權的適用。試想嫌疑人或被告與其辯護人接見或通訊溝通時，倘國家機關得予以監聽或錄音，將迫使被告難以出於自由意志與其辯護人充分討論案情，此不特妨害秘密溝通權，亦已干擾嫌疑人或被告決定是否為陳述的自由，實質上與侵害緘默權無異。在此意義下，內含於訴訟權的秘密溝通權，不僅是被告作為訴訟主體積極行使防禦的作用，同時可作為維護被告供述自由之擔保機制，有助於緘默權之實質保障，兩項權利之間在防禦上應予以有機的連結。除此之外，關於刑訴法第 182 條之拒絕證言權，解釋上，由於如果沒有被告與辯護人間的秘密溝通權，國家機關可以在被告尋求辯護人協助後，再傳喚辯護人迫使其陳述與被告間談話的內容。如此一來，就等同強迫被告陳述對自己不利的事實，間接地侵害了其保持緘默的權利<sup>24</sup>。

## 五、秘密溝通權的保障內容及範圍

綜上所述，依釋字 654 號解釋所確立的被告與辯護人間秘密溝通權的保障，屬於憲法第 16 條的保障內容，此項權利主體屬於被告，且應貫穿於刑事訴訟所有的強制取證程序。此項秘密溝通權的射程範圍，包括偵審機關所為的搜索、扣押、提交命令、通訊監察以及對人證的訊問程序等。

<sup>24</sup> 李榮耕，同註（7），頁 9。

在此意義下，首先，對於嫌疑人、被告或辯護人以電話或通訊手段所為之溝通，基於憲法第 16 條秘密溝通權的保障，並為落實憲法第 12 條秘密通訊之自由及被告緘默權的保護，原則上國家機關不得予以監聽。至於，刑法第 316 條及刑事訴訟法第 182 條所列之其他從事特定業務之人受他人委任所執行之業務相關事項，除非該業務主體本身因涉嫌第 5 條或第 6 條所定之對象犯罪而成為被監聽之對象，立法論上，亦同時值得檢討原則上不予列進通訊監察的對象<sup>25</sup>。其次，對於嫌疑人、被告與其辯護人之接見或通訊既然不得予以監聽或錄音，則對於辯護人與人身自由未受拘束之被告往來的書信，解釋上，國家機關自不得予以查扣或檢視內容。現行刑事訴訟法第 135 條 1 項第 2 款規定得扣押被告與其辯護人就案件內容往來之郵件電報之部分，違背 654 號解釋之意旨，應不再適用或予以廢除。

而與本件爭點相關的是，此項憲法保障的秘密溝通權亦適用及於刑事程序中偵查機關及法院搜索、扣押或提交命令之處分，故嫌疑人或被告與辯護人就其彼此間溝通諮詢的相關資料，原則上得拒絕搜索、扣押或提交命令。現行刑事訴訟法針對上開強制取證程序，未明文賦予被告及其辯護人得就秘密溝通內容拒絕強制取證，造成偵審機關就被告及其辯護人就案件所為之秘密溝通內容，得依同法第 122 條第 1 項對被告本人或同條第 2 項對辯護人實施搜索、及依第 133 條第 1 項實施扣押、或依第 133 條為提交命令，乃侵害憲法第 16 條保障之秘密溝通權，並有違正當法律程序之保障。

至於，有關此項得拒絕搜索扣押之秘密溝通權的保障內容及範圍如何，本文扼要說明下述幾點：

第一，就刑事程序中嫌疑人、被告與辯護人之秘密溝通得拒絕搜索扣押，固屬憲法秘密溝通權的保障範圍，至於刑事訴訟法第 182 條所列之其他執行特定業務之人的營業秘密，乃至於新聞媒體的取材來源，是否亦列入得拒絕搜索扣押的對象範圍，立法政策上自得積極研議。

第二，所謂得拒絕搜索扣押之秘密，應不限於客觀上之秘密，亦即不必具有非公知性及具有隱私利益為必要，委託人就委託意旨希望不被揭露之事項，亦秘密之事項。例如被告私下希望辯護人就案件防禦上提供的法律意見，縱使非關隱私事項，亦在保護範圍。是否為秘密事項，應由辯護人判斷，除非外觀上有否定其為秘密之明確情況，否則法院應受辯護人判斷的拘束<sup>26</sup>。

第三，一旦屬於秘密溝通之內容，即屬權利保障之範圍，除非有權利放棄或因涉嫌犯罪、湮滅罪證等權利濫用之情形，否則均不受偵查機關或法院的強制取證的干預，國家機關不得再以依利益衡量或所謂急迫情形而加以強制取得。

<sup>25</sup> 參照日本通信傍受法第 15 條規定，與醫師、牙醫師、助產士、護士、律師、專利師、公證人或宗教師之間的通信，認係屬於受他人委任所為之業務相關事項者，除非該從事業務之人是監聽票所記載之犯罪嫌疑人本身，否則不得實施監聽。

<sup>26</sup> 中島宏，刑訴法 105 条「他人の秘密に関するもの」への該当性、法学セミナー，No.774，2017 年 1 月，頁 44-45。

第四，遇有權利濫用的例外情形、或搜索扣押對象非屬業務秘密之文件時，基於比例原則，應優先以任意提出或命令提交之方式處理，避免直接對律師事務所實施搜索<sup>27</sup>。

## 六、結語

基於司法院釋字第 654 號解釋之意旨，刑事被告與其辯護人不受干預下充分自由溝通之權利，乃為使被告獲得辯護人確實有效之協助所不可或缺的權利，屬於憲法第 16 條訴訟權保障的範圍。此項充分自由溝通權，除了作為維護被告與辯護人間的秘密溝通內容不受干預的概括性的共通依據外，由於刑事程序中存在著多樣的偵查機關或法院強制取證的程序或手段，針對各個不同的強制取證程序或手段，被告同時分別亦應享有憲法其他基本權利的保障。例如，針對國家機關實施的通訊監察，被告與辯護人間的充分自由溝通，亦同時屬憲法第 12 條秘密通訊自由的保護範圍；對於偵查機關或法院的詢問或訊問，被告同時享有緘默權的保障，得拒絕就其與辯護人的溝通內容進行陳述。

進一步言，本文認為關於此項秘密溝通權的保障對象、具體內涵及範圍如下：

第一，基於被告乃刑事程序的當事人，為使其得充分行使防禦，以維護其受公平審判的權益，此項自由秘密溝通的權利主體應屬於被告。

第二，一旦屬於秘密溝通之內容，即屬權利保障之範圍，除非有權利放棄或權利濫用之情形，否則均不受偵查機關或法院的強制取證的干預，國家機關不得再以依利益衡量或所謂急迫情形而加以強制取得。

第三，此項不受干預充分自由溝通的權利，不論嫌疑人或被告人身自由是否受拘束，均同受保障；且不論其辯護來源之型態是選任辯護或指定辯護，亦不計案件類型任意辯護或強制辯護，均有適用。

第四，基於憲法第 12 條秘密通信自由及第 16 條訴訟權的保障，國家機關自不得依通訊保障監察法之規定，針對被告與辯護人就案件所為諮詢討論之溝通內容進行通訊監察。另外，現行刑事訴訟法第 135 條 1 項第 2 款規定得扣押被告與其辯護人往來之郵件電報之規定，顯不符 654 號解釋意旨，乃違憲之規定，應不再適用或予以廢除。

第五，此項憲法保障的秘密溝通權亦適用及於刑事程序中偵查機關及法院搜索、扣押或提交命令之處分，現行刑事訴訟法針對上開強制取證程序，未明文賦予被告及其辯護人得就秘密溝通內容拒絕強制取證，造成偵審機關對於被告及其辯護人就案件所為之秘密溝通內容，得依同法第 122 條第 1 項對被告本人或同條第 2 項對辯護人實施搜索、及依第 133 條第 1 項實施扣押、或依第 133 條為提交命令，原則上乃侵害憲法第 16 條保障之秘密溝通權，並有違正當法律程序之保障。

---

<sup>27</sup> 王兆鵬，同註（7），頁 19。

最後一提的是，律師等專門職業領域，攸關民眾法律權益等重大利益的維護，具有高度的社會責任，如其執行業務未有相應的專業倫理，將無法獲得民眾的信任，其結果亦將造成這些具有社會重要價值的業務難以正常發展。在此意義下，於擴大律師與當事人間秘密溝通權的過程中，權利的背後所牽伴的辯護人責任亦相對的加重。如何提升辯護倫理，促進偵查機關乃至於社會大眾對辯護人行使辯護權的信賴，更是維繫此項秘密溝通權妥適運作所不可或缺的要素。