

關於律師與當事人間秘密溝通權之 鑑定意見

2023/03/27 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？

一、包裹處理「律師與當事人間秘匿特權」的困難性

- ▶ 1. 在英法法係由判例逐漸累積生成，其保障範圍及內內仍具流動性、屬現在進行式。（美國聯邦證據規則第501條：特權之議題，本於判例法之原理，由法院審酌理由及經驗予以規範。）
- ▶ 2. 2013年日本政府(內閣)設立獨占禁止法審查程序懇談會報告書認為因此項特權的適用範圍不明確及可能妨害發現真相等考量，現階段並不建議引進。(2019年修正公平會審查規則，僅就業者配合調查減免科處罰鍰的調查程序有類似的規範)。
- ▶ 3. 東京高等裁判所平成25年9月12日第19民事部判決指出，此項秘匿特權並非日本憲法第32條訴訟權及第34條辯護人依賴權等憲法上保障之具體權利。

二、於刑事程序保障秘密溝通權的必要性

▶ 1、保護秘密溝通權的核心價值

- ▶ (1) 保護辯護業務上之秘密
- ▶ (2) 維護社會對於律師業務之信賴
- ▶ (3) 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（司法院釋字654號解）。

▶ 2、擴大權利保護的必要性

- ▶ 基於維護此項秘密溝通權的周延及均衡
- ▶ (1) 除了訊問證人之程序，亦應將秘密溝通權適用及於偵審機關實施搜索、扣押、提交命令及通訊監察等強制取證程序，以避免造成被告防禦權保障的破口或缺陷。
- ▶ (2) 全球化的影響：有助促進企業遵守法律，提升我國法治水平。

二、於刑事程序保障秘密溝通權的必要性

- ▶ 3、反對見解以發現真實的需求及防止湮滅證據等防弊考量，是似而非，以偏概全
- ▶ (1)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。
- ▶ (2)被告本身湮滅罪證，並不構成犯罪。
- ▶ (3)權利濫用（crime-fraud exception），本不在秘密溝通權的保障範圍。
- ▶ (4)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。

三、被告是權利主體

▶ 1.權利性質及歸屬的爭議

- ▶ (1)辯護人的固有權
- ▶ (2)委託人(被告)的權利
- ▶ (3)辯護人對委託人負有守密義務的反射效果

▶ 2.被告是秘密溝通權的權利主體

- ▶ (1)基於辯護人依賴權的本質

▶ 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(司法院釋字654號)。

- ▶ (2)自釋字654號起、737號、762號、111年憲法法庭第3、第7號判決一系列擴張並強化被告防禦權的憲法解釋，肯認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。此項見解已成為一項重要的憲法原理。

三、被告是權利主體

▶ 3.被告是權利主體的具體重要內涵

- ▶ (1)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。
- ▶ (2)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：
 - ▶ a. 辯護人有無與被告建立維持信賴關係；
 - ▶ b. 辯護人有無與被告充分聯絡、接見等以準備防禦；
 - ▶ c. 辯護人於審判前有无盡充分的調查或訴訟準備；
 - ▶ d. 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。

四、關於審查的憲法依據

▶ 1、以司法院釋字654號解釋為共通審查之基底

- ▶ (1)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。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。
- ▶ (2)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、網路等手段進行溝通之際，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。
- ▶ (3)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

四、關於審查的憲法依據

▶ 2、其他憲法基本權利的保障

- ▶ 除了以憲法第16條訴訟權作為秘密溝通權的共通的保障依據外，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。
- ▶ (1)關於通訊監察之強制處分程序
 - ▶ a. 憲法第12條保障秘密通訊自由
 - ▶ b. 司法院631號解釋：所踐行之程序並應合理、正當
- ▶ (2)於嫌疑人、被告與其辯護人接見或通訊，或對嫌疑人或被告實施詢問或訊問時，另有緘默權或拒絕自我入罪特權之適用

五、秘密溝通權的保障內容及範圍

- ▶ 1. 刑事程序中，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。
- ▶ 2. 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。
- ▶ 3. 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(特權範圍)，違背654號解釋之意旨，應予以廢除或不再適用。

五、秘密溝通權的保障內容及範圍

- ▶ 4.得拒絕搜索扣押之秘密溝通權的保障內容及範圍：
- ▶ (1)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。
- ▶ (2)所謂得拒絕搜索扣押之秘密，不限於應具非公知性及隱私利益為必要，委託人就委託意旨希望不被揭露之事項，亦屬秘密之事項。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。

五、秘密溝通權的保障內容及範圍

- ▶ 4.得拒絕搜索扣押之秘密溝通權的保障內容及範圍：
- ▶ (3)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。
- ▶ (4)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。

簡報至此

感謝聆聽