

專家諮詢意見書

案號：112 年度 會台 字第 11067 號

專家學者、機關或團體

姓名或名稱：楊雲驊

身分證明文件字號：

住(居)所、所在地、事務所或營業所：

電話： 傳真：

電 子 郵 件 位 址 ：

送達代收人：

送達處所：

機關/團體代表人

姓名：

身分證明文件字號：

稱謂/職業：

住所或居所：

電話：

傳真：

電子郵件位址：

為（憲法訴訟類型）提出專家諮詢意見事：

應揭露事項

- 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。無
- 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。無
- 三、其他提供金錢報酬或資助者之身分及其金額或價值。無

專業意見或資料

- 一、專家諮詢意見書
- 二、
- 三、

附屬文件之名稱及其件數

文件編號	文件名稱或內容	備註

此致

憲法法庭 公鑒

中華民國 112 年 3 月 17 日

具狀人 楊雲驊（簽名蓋章）

撰狀人（簽名蓋章）

112 年度 會台 字第 11067 號 專家諮詢意見書

國立政治大學法律系教授 楊雲驊

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?

一 德國法

- 1 律師與當事人間之秘匿特權主要受憲法「職業自由」之保障
- 2 不同層級保護：非刑事辯護律師與委託人間的秘密特權受到較多限制
- 3 刑事辯護律師之密匿權—以德國刑事訴訟法為例
- 4 律師為獨立之司法機關與義務

二 我國法

- 1 辯護人憲法上辯護之權利
- 2 工作權：過去釋憲實務較不明顯的論述
 - (1) 釋憲實務的工作權保障與限制
 - (2) 慣用之三階段審查並不能全盤掌握

三 結論

- 1 應該在工作權方面加強論述
- 2 刑事辯護律師具有較高的密匿權，但亦有限制
- 3 非刑事辯護律師亦擁有密匿權，但保護層度較低

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?

一 德國對律師事務所之搜索、扣押

- 1 律師為被告
- 2 律師為非被告
- 3 辯護人與律師之拒絕證言權與禁止扣押

二 我國法對律師事務所之搜索、扣押

- 1 第 122 條第 2 項並無違憲疑慮
- 2 第 133 條第 1 項需做漏洞填補

三 結論

- 1 第 122 條第 2 項合憲，惟搜索律師事務所需特別慎重
- 2 第 133 條第 1 項需做漏洞填補，擴大禁止扣押範圍

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？

一 德國法

1 律師與當事人間之秘匿特權主要受憲法「職業自由」之保障

雖然基本法第 12 條第 1 項的措辭似乎區別選擇職業的自由和從事職業的自由，但依據聯邦憲法法院 1958 年之見解，兩者均是構成統一的職業自由基本權利的相關要內容，因為從事職業的行為本身既代表著一個人開始從事職業，也代表著一個人選擇職業。職業自由被理解為一項統一的基本權利，保護選擇和從事職業的自由¹。對於律師此一職業，德國聯邦憲法法院在 2004 年一代表性判決內²，詳細闡述從職業自由、信任關係到辯護律師保密之觀點。此判決認為，根據基本法的規定，以自由辯護為原則的律師職業係指個別律師的自由和不受監管的自我決定權(參見 BVerfGE 15, 226 <234>; 50, 16 <29>; 63, 266 <284>; 聯邦憲法法院第一庭 2003 年 7 月 3 日的決定 - 1 BvR 238/01 -, NJW 2003, p. 2520)。保護律師之工作職務不受國家控制和權威式的影響，不僅僅符合律師個人利益。律師作為「司法機關」(參見 §§ 1 和 3 BRAO) 被要求代表其委任人的利益(參見 BVerfGE 10, 185 <198>)。按照法治國有效司法之要求 律師的職業業行為亦符合公眾的利益(參見 BVerfGE 15, 226 <234>; 34, 293 <302>; 37, 67 <77 et seq. >; 72, 51 <63 et seq.>.)。根據基本法的法治國原則，基於武器平等和平等權利的理由，人民必須有法律專家在其身邊，人民可以信任律師並期望他們獨立、自由和無私地照顧他們的利益(參見 BVerfGE 63, 266 <284>; 87, 287 <320>)。作為職業上之的獨立諮詢和顧問，律師有責任為其客戶提供全面的協助³。

欲完成此任務的先決條件是律師和客戶之間的信任關係。個別專業人員的完整性和可靠性(參見 BVerfGE 63, 266 <286>; 87, 287 <320>; 93, 213 <236>)以及保密的權利和義務(參見 BVerfGE 76, 171 <190>; 76, 196 <209 f.>)是此種信任產生的基本條件。因此，保密義務一直是基本法律義務之一。作為律師職業執行不可或缺的條件受到基本法 12 條第 1 項。這種保護並透過許多法律規定(參見刑法第 203 條第 1 項第 3 款; 刑事訴訟法第 53 條第 1 項第 3 款、第 97 條)，其目的是確保律師和委託人之間的關係不受干擾⁴。

¹ BVerfGE 7, 377 - Apothekenurteil, vom 11. Juni 1958。釋字第 711 號陳新民大法官協同意見書內亦謂：聯邦憲法法院及德國學界即採「職業自由統一保障範圍論」(einheitliche Schutzbereich der Berufsfreiheit)，將職業自由視為一個「權利整體」(Rechtskomplex)，不區分選擇職業與執行職業，均受到基本法一個「職業自由」的保障效力所及，從而立法者亦可依公益要求而予以適當之限制。

² BVerfG 2 BvR 1520/01, 2 BvR 1521/01 (Zweiter Senat) - Urteil vom 30. März 2004 (BGH, LG Frankfurt/Main).

³ Rn.102.

⁴ Rn.103.

基本法第 12 條第 1 項之保護還包括刑事辯護，此屬於律師的基本專業任務之一（參見 BVerfGE 15, 226<231>;22, 114 <119 F.>;34, 293 <299>;39, 238 <242>;另見刑事訴訟法第 3 條及第 138 條第 1 項）。刑事辯護制度受基本法法治國原則的保障。目的在調查案件事實為主的刑事程序及其相關的任務，如實現國家的刑事訴追以保護個人合法利益和公眾利益等，必須有公平的架構呈現（參見 BVerfGE 57, 250<275 及其後>;stRspr），刑事訴追將給當事人帶來相當大的負擔及可能產生的深遠後果。個人必須能夠積極有效地影響針對他的訴訟程序及其結果。基於法治國的公平審判要求刑事訴追機關與被告之間「武器平等」。聯邦憲法法院將辯護權置於基於法治國的刑事訴訟的憲法原則下，向來強調自由選擇和信任是有效刑事辯護的先決條件（參見 BVerfGE 318, 1860 <1960 f.>;stRspr）。只有當被告能夠期待其辯護律師保密時，雙方才能建立信任關係，欠缺的話，刑事辯護就不可能有效進行⁵。

德國主要學說亦認為，刑事辯護律師的各種權利可以從基本法第 12 條第 1 項中衍生出來，該條保障了自由執業的權利，例如保密權和不受指示獨立行事的權利，包括不受國家干預的辯護權（自由辯護原則）⁶。除了基本法第 12 條第 1 項外，基本法內還有其他條文與辯護律師的地位和權利有關。它們部分是基於被告在刑事訴訟中的權利，特別是基於被告被視為訴訟主體而不是訴訟對象這一事實——人類尊嚴的基本權利（第 1 條第 1 項）；來自一般行為自由（第 2 條第 1 項）；來自第 19 條第 4 項司法救濟的保證，來自法治國原則包括有權公平審判。此外，也源於法定法官的權利（第 101 條第 1 項），源於德國已廢除死刑（第 102 條），源於第 103 條的基本程序權利，和第 104 條的剝奪自由的憲法要求。這些條文的主要目的是將人民置於刑事訴訟的中心，並讓其成為這一程序的參與者。旨在防止被告成為刑事訴訟中的客體和非法的對象⁷。

2 不同層級保護：非刑事辯護律師與委託人間的秘密特權受到較多限制

雖然從職業自由、信任關係到律師保密等，建構了律師在基本法上的基本架構，但此一保護並非絕對，且要視與不同案件性質之委託人關係有所區別。聯邦憲法法院在 2018 年著名的柴油數據造假案中⁸，就律師事務所內客戶文件及資料遭檢察官持搜索票扣押之合法性問題清楚表達立場。

本案的背景事實為有關在美國進行的柴油車排氣造假的刑事偵查，福斯汽車於 2015 年 9 月委託國際律師事務所 Jones Day 進行內部調查、提供法律諮詢並代

⁵ Rn.104, 105.

⁶ Werner Beulke, Die Notwendigkeit einer teleologischen Reduktion des § 53 Abs. 2 S. 1 StPO bei Verteidigern im Zeugenstand? ZIS 5/2011, S. 324 ff.

⁷ Werner Beulke, Die Notwendigkeit einer teleologischen Reduktion des § 53 Abs. 2 S. 1 StPO bei Verteidigern im Zeugenstand? ZIS 5/2011, S. 325.

⁸ BVerfG, 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, 2 BvR 1562/17, 2 BvR 1287/17, 2 BvR 1583/17.

表福斯面對美國之執法機關。為了釐清該案，Jones Day 律師事務所的律師檢視了福斯集團的文件並訪談多位福斯集團內部員工，Jones Day 慕尼黑辦事處的律師也參與本案。慕尼黑檢察官針對福斯的子公司奧迪股份有限公司的 3.0 公升柴油引擎涉及詐欺及非法廣告展開調查，但子公司奧迪本身並沒有委託 Jones Day 律師事務所。起初，該調查僅限於幾名不知名的人員，慕尼黑地檢署在 2017 年 6 月 29 日針對幾名特定人員指控刑事犯罪，同時也針對奧迪依秩序違反罰法第 30 條起訴處罰。另一方面，地檢署針對福斯製造的 2.0 公升柴油引擎對數名被控刑事犯罪的人員進行刑事調查。慕尼黑區法院 (Amtsgericht) 在 2017 年 3 月 6 日對 Jones Day 律師事務所在慕尼黑的辦事處核發搜索票，在 2017 年 3 月 15 日的搜索時，大量扣押了含有內部調查結果的文件及電子檔案。慕尼黑地方法院在 2017 年 3 月 21 日及 29 日認為抗告無理由。福斯、Jones Day 律師事務所各自對該搜索票及上述決定提起憲法訴訟，Jones Day 律師事務所的三名律師也對搜索決定提起憲法訴訟。在憲法訴訟中，質疑上述強制處分及普通法院支持這些措施的決定違反憲法。憲法法院認為，搜索及扣押保全這些文件並不侵害福斯的資訊自我決定權或是公平審判的權利。

本判決涉及諸多爭議問題，例如福斯公司可否主張資訊自決權遭受侵害？Jones Day 此一外國律師事務所是否為基本權主體？律師事務所之合夥人與律師可否個別主張基本權遭受干預等，本文僅就與本件憲法訴訟直接相關之對律師搜索及扣押保全措施是否合憲之爭議做一說明。

本判決對此首先強調憲法法院與普通法院間權限區分⁹。刑事訴訟法規定搜索及扣押保全之要件及程序，但就事實調查結果和法律適用的正確性，普通法院不受聯邦憲法法院無限制的事實和法律審查。刑事訴訟程序的設計、刑法和刑事訴訟法條文的解釋及其在個案的適用等，完全是管轄法院的事務權限，不受憲法法院的審查，除非對此存在恣意性或違反了憲法之特別規定。如果一個判決在任何可能的觀點在法律上都無法支持，或是其論證是基於與事物無關的考慮時，該判決可認是恣意的。據此，僅當明顯的未考慮相關規範或規範的內容被顯然誤解時，才存在恣意性。如果普通法院詳細審查了法律情況，並且其意見不缺乏相關事實依據者，則不能被認為是恣意曲解¹⁰。任何法院的裁判都可能涉及基本權，但不是所有違法裁判都會侵害基本權。其認為憲法法院僅應處理「特別憲法受到侵害」之情形，其餘訴訟之程序進行、事實之調查認定、普通法律解釋及個案應用，均非憲法法院之職權，應由普通法院負責。通常，只有當錯誤變得明顯時，而這種錯誤是基於對基本權利的內涵，特別是其保護範圍的範圍的根本錯誤看法，或者當法律適用不正確以致嚴重對基本法的基本理念難以合理的理解後，才可能出現違反憲法的情況¹¹。以下茲就與本案相關問題作一分析。

⁹ Rn. 69.

¹⁰ Rn. 70.

¹¹ Rn. 71.

(1) 本案對律師事務所的搜索扣押並未違法、違憲

刑事訴訟法第 97 條禁止扣押之規定與第 52 及 53 條拒絕證言權規定之規範目的相同，第 97 條第 1 項將禁止扣押分成三類，第 1 款與第 2 款均是規定被告與拒絕證言權人之間的書面通訊、記錄等禁止扣押，第 3 款則是規定對拒絕證言權所能涵蓋之其他物件 (andere Gegenstände) 禁止扣押。就律師而言，其他物件包括在諮詢契約範圍內完成之文件或由被告處所獲得。律師由第三人處基於辯護目的而提供之文件亦屬之。

惟第 3 款之適用範圍需受到限制。根據實務通說和學說中的普遍觀點，企業內部調查 (internal Investigations) 之文件，例如由律師事務所接受企業委任對於企業職員進行之詢問之結果等，並無扣押禁止之適用¹²。就此並無第 97 條有利於可能遭刑事追迫之職員之保護效力產生，因為此時並沒有「類似委任之信賴關係」存在¹³。第 97 條第 1 項僅保護有拒絕證言權的人與特定刑事訴訟中被告之間的信任關係，因此，憲法就律師事務所之委託文件 (Mandatenunterlage) 並無絕對證據調查與證據評價禁止可言。普通法院將第 97 條第 1 項第 3 款基於信賴關係的保護 (禁止扣押)，在解釋上僅限於具體刑事偵查程序中的被告與職業秘密持有人，並未違憲。對職業秘密信賴關係的保護將嚴重影響國家有效追訴犯罪的公共利益，對此必須嚴格解釋，且要有正當性方可。

憲法法院進一步強調¹⁴，對委託人委託其律師或與其他業務保密人間資訊的利益予以保護，將與有效刑事追訴的憲法要求和在刑事訴訟中完全發現真實的公共利益相對立。拒絕證言權和禁止扣押是澄清事實義務的例外情況，並隱含法院將被迫在不充分的事實基礎上作出決定的危險。這將減損了司法澄清與實體真實的可能性，從而弱化了實體刑法保護法益的目的 (參見 BVerfGE 33, 367 [383]; BVerfGE 38, 312 [321]; BVerfGE 77, 65 [76])。因此，此類權利和禁止的說理和擴張都需要有基於法治國原則的正當性方可 (參見 BVerfGE 33, 367 [383]; BVerfGE 77, 65 [76])。

在業務保密者 - 刑事被告關係 (Berufsgeheimnisträger-Beschuldigten-Verhältnisses) 以外的扣押，§ 第 97 條第 1 項規定有效刑事追訴利益優先於委託人保密利益，這在憲法上無可指摘。因為對第 97 條第 1 項第 3 款的解釋，如果不以業務保密者 - 被告關係為前提的話，將導致廣泛對具有業務秘密的者享有免於扣押及相關搜索的保護，則針對非屬犯罪嫌疑人的業務保密者進行搜索扣押，從一開始就僅能針對不可主張拒絕證言權之物，才有准許的可能。對這樣無限制的解釋憲法法院表示憂心，認為「如果將免於扣押的保護範圍擴展到所有客戶關係，無論客戶是否具被告 (或犯罪嫌疑人) 地位，被濫用的可能性也會很大。證據可能被有意地轉移到律師的場所內，或者僅選擇性地提出；縱然是善意的律師也

¹² Grever in:KK-Komm., 2019, § 97 Rn. 14a.

¹³ Grever in:KK-Komm., 2019, § 97 Rn. 14a.

¹⁴ Rn.89.

可能成為尚未被發現的犯罪跡證的“庇護所”（參見例如 Erb, FS Kühne, 171 [180 f.]）。尤其是大企業可能有諸多的利益，藉由內部調查逃避執法機關獲取某些文件，（參見 Schmitt in Meyer-Goßner/Schmitt, § 97 para. 10 b; cf. also LG Mannheim, NStZ 2012, 713 Rn. 73-86 to § 160a StPO）。如果發生這種情況，偵查機關對本應不受禁止扣押保護的濫用行為，即很難提出有效的懷疑。

簡言之，憲法法院有意區分委託律師者是被告或不具被告身份，而有不同之保護密度。簡言之，憲法就律師事務所之委託文件(Mandatenunterlage)並無絕對證據調查與證據評價禁止可言。普通法院將第 97 條第 1 項第 3 款基於信賴關係的保護（禁止扣押），在解釋上侷限於具體刑事偵查程序中的被告與職業秘密持有人，並未違憲。職業秘密信賴關係的保護範圍將大小嚴重影響國家有效追訴犯罪的公共利益，對此必須嚴格解釋，且要有正當性方可。憲法法院強調，如果將免於扣押的保護範圍擴展到所有客戶關係，無論該客戶是否為刑事被告，遭到濫用的可能性很大。證據可能會被故意轉移到律師或事務所的範圍內，導致刑事訴訟的困難。

（2）與刑事訴訟法第 160a 條第 1 項之關係

有鑑於現代科技之進步，國家容易滲透到律師與其委託人間之接觸、溝通內容，此將對兩者之密匿空間造成事實上的干擾，第 160a 條的增定目的是因為 2008 年德國刑訴法翻修通訊監察以及其他秘密偵查措施以加強對律師之信賴關係，並將 2006/24/EG v. 21.12.2007 (BGBl. 2007 I 3198)轉化為內國法所致。依照 160a 條第 1 項第 1 句主要規定，一個針對執業秘密者（包括律師）的偵查措施，當此措施可預期將可能取得證人受拒絕證言權保護的資料時，依照 160a 條第 1 項第 1 句是禁止的。但在扣押領域或者以此前提為進行審視的保全措施 (Sicherstellung) 上，第 160a 條第 1 項第 1 句的規定並不適用。憲法法院認為普通法院之見解沒有違憲。

按此，德刑訴法第 97 條是針對扣押部分為第 160a 條的「特別規定」(eine Spezialregelung für Beschlagnahmen)，對此第 160a 條第 1 項第 1 句被排除 (verdrängt) 適用。此從同條第 5 項立法明文規定 (§§ 97, 100 c VI und 100 g IV stop) 不受本條影響之規定可以得出 (unberührt bleiben)。立法者在第 160a 條所規定的是其他的偵查措施，不包括第 97 條對職業秘密者之禁止扣押¹⁵。

既然第 97 條之禁止扣押屬於特別規定 (§ 97 StPO als Spezialvorschrift)，如對於律師事務所的搜索是針對非屬第 97 條禁止扣押範圍（如前所述是對企業之內部調查文件），亦即依據該條是屬於許可扣押之物的話，就不會有違反第 160a 條第 1 項第 1 句的問題。因此，如果對第 160a 條第 1 項第 1 句採取其他不同解

¹⁵ Rn. 74.

釋，在方法論上是不可行的。因為依照第 160a 條第 5 項立法規定，第 97 條規定不受影響。換言之，扣押之執行必須依照第 97 條，而非第 160a 條¹⁶。

憲法法院進一步強調¹⁷，基本法並未要求將第 160a 條第 1 項的絕對保護擴展到搜索領域，包括為檢視目的暫時保全扣押(vorläufigen Sicherstellung)和扣押律師的客戶文件(Mandatenunterlage)。刑事訴訟法第 160a 條中絕對禁止蒐集和使用證據的規定在相當大的程度上，限制了憲法要求的刑事追訴有效性（參見 BVerfGE 29, 183 [194]；BVerfGE 77, 65 [76]；BVerfGE 80, 367 [375]；BVerfGE 100, 313 [388 f.]；BVerfGE 107, 299 [316]；BVerfGE 122, 248 [272 f.]；BVerfGE 129, 208 [260]；BVerfGE 133, 168 [199]；BVerfGE 139, 245 [267]），因為基於與特定專業團體的隸屬性緣故，第 160a 條從一開始就禁止相關偵查措施，並禁止使用所獲取的資訊。但根據聯邦憲法法院的見解，這種絕對禁止只能在少數例外情況下有效，特別是如果偵查措施與侵犯到不容許有任何權衡可能的人性尊嚴保護相關時，只有在這種情況下才允許（並且在某些情況下也是憲法的要求）一般性的禁止蒐集證據，並且縱有在獲得此類資訊的情況下，排除該資訊的任何使用（參見 BVerfGE 129, 208 [262 f.]）。

3 刑事辯護律師之密匿權—以德國刑事訴訟法為例

為使被告之權利得以充分行使，以及衡平國家在刑事追訴時優越之公權力，有權選任辯護人之權利顯的格外重要，對此正當法律程序以及法治國原則對此均特別保護。由辯護人的觀點則主要是第 12 條的「職業自由」所導出。除「被告可以隨時自由選任辯護人（第 137 條以下）」及「被告與辯護人自由接觸溝通（第 148 條）」外，關於被告與辯護人的信賴關係與密匿權的規定甚多，主要有

(1) 拒絕證言權：第 53 條第 1 項

下列人對下列事項有權拒絕證言：

...

2. 被告的辯護人，關於其以此身份被信賴告知或所知悉的事項；
3. 律師和商會法律顧問、專利代理人、公證人、審計師、宣誓查帳員、稅務顧問和稅務代理人、醫生、牙醫、心理治療師、兒童和青少年心理治療師、藥劑師和助產士，關於其以此身份被信賴告知或所知悉的事項；根據第 53a 條，這不適用於內部律師（聯邦律師法第 46 條第 2 項，基於僱傭關係為雇主工作）和內部專利代理人（專利代理人法第 41a 條第 2 項）委託給他們或以這種身份為他們所知；...

(2) 扣押禁止：第 97 條

為貫徹拒絕證言權之保護意旨¹⁸，第 97 條規定對拒絕證言權人之扣押禁止，第 97 條第 1 項將禁止扣押分成三類，第 1 款與第 2 款均是規定刑事被告與拒絕證言權

¹⁶ Rn.75,76.

¹⁷ Rn.78.

¹⁸ Greven, in:KK-Komm., 2019, §97, Rn. 1.

人之間的書面通訊、記錄等禁止扣押，第3款則是規定對拒絕證言權所能涵蓋之其他物件（andere Gegenstände）禁止扣押。就律師而言，其他物件包括在諮詢契約範圍內完成之文件或由被告處所獲得者。律師由第三人處基於辯護目的而提供之文件亦屬之。違反禁止扣押規定所取得之物件，禁止做為證據使用¹⁹。

要注意的是，此扣押禁止並非絕對，同條第2項第2句規定，當拒絕證言權人有一定之事實顯示其參與犯罪或隱匿資訊、獲得好處、妨礙司法或收受贓物，或者如果所涉物品是由刑事犯罪產生，或於實施犯罪行為時被使用或意圖使用，或由犯罪所得者，不適用之。此一例外規定亦適用於律師²⁰。

(3) 特別之證據禁止，主要指利用科技設備干預職業保密者與當事人間之通訊與溝通等，包括：

第100d條第5項

在第53條（拒絕證言權）的情況下，不允許採取的根據第100b（線上搜索）和100c條（住宅之聲音監控）之措施；如果在實施期間或之後，案件屬於第53條的規定，則應相應適用第2項（禁止使用）。在第52條（特定親屬）和53a條（輔助人）的情況下，根據第100b條和100c條採取的措施獲得的資訊只有在考慮到信任關係的重要性下，與調查事實或確定被告的所在非不合比例時，允許使用。第160a條第4項相應適用（但參與犯罪不適用）。

第100g條第4項

根據第2項以及第3項第2句收集往來數據，該收集針對第53條第1項第1句1至5所稱之人，並且可能會產生相關的資訊，這些人將會對這些資訊拒絕證言者，禁止為之。所獲得的資訊禁止使用。必須立即刪除這些記錄。其取得和刪除記錄的事實應當記錄在案。如果由於調查措施不是針對第53條第1項第1句1至5所稱之人而採取的調查措施，從該些人那裡獲得了可能拒絕作證的資訊，則應比照適用第2至4句。第160a條第3和第4項相應適用。

(4) 一般性的偵查禁止 160a

2011年修訂德刑訴法第160a條第1項，給予律師、辯護人與當事人間信賴關係全面排除強制處分干預之保護，不僅有證據使用的禁止，也在前端有證據調查（或稱證據取得）之禁止。再次強調的是，如前述德國聯邦憲法法院之見解及實務通說，依照第160a條第5項立法規定，第97條規定（扣押禁止）不受影響，扣押之執行必須依照第97條，而非第160a條。此外，同條第4項規定，當律師參與犯罪或涉及包庇犯罪利益、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。

4 律師為獨立之司法機關與義務

除基本權利的保護外，就律師而言，其亦具有司法機關（Organ der Rechtspflege）之地位，辯護人不僅是為被告的私人利益工作，同時也必須實行公的任務，最優先的公任務是刑事司法受法治國性的保障。專業者的正直與可信賴性，以及默密

¹⁹ Greven, in:KK-Komm., 2019, §97,Rn. 9.

²⁰ Greven, in:KK-Komm., 2019, §97,Rn. 38.

(Verschwiegenheit)的權利與義務，是信賴關係的基礎，因此保密是律師的基本義務(德國聯邦律師法第 43a 條)，也是律師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。律師保有客戶的秘密亦是義務之一除德國聯邦律師法第 43a 條規定外，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。

因此，辯護人在刑事程序所享有的特權並非絕對，如前述，律師參與犯罪或涉及包庇犯罪利益、妨礙司法(串證或滅證)、涉嫌贓物罪時，本享有之權利可能遭到限制外，就整體而言，甚至可能被剝奪辯護權利而排除在刑事程序之外。德國刑事訴訟法第 138a 條以下規定，在三種情況下，法院可以禁止辯護人繼續為被告辯護(Ausschließung des Verteidigers):(1) 有明顯事實顯示辯護人參與被告受到調查的犯罪(辯護人可能是共同正犯、教唆犯、幫助犯)、(2) 對被告所犯案件，辯護人有庇護、贓物或妨害刑事司法的行為、(3) 辯人濫用與在押被告的溝通權利而犯罪或導致危害羈押處所安全。第 138b 條則規定辯護人之參與特定罪名之訴訟會對德國安全造成危險時，亦可排除之。另外，德國刑事訴訟法第 148 條原則保障在押被告與辯護人的往來，不受到任何限制或干預。但認為有刑事訴訟法第 138a 條或第 138b 條規定的情形，在押被告與辯護人的往來受到限制。

根據分析²¹，辯護人作為司法機關之一以及維護公共利益的要求下，不可為庇護、贓物或妨害刑事司法的行為：不許湮滅毀損證據，或模糊證據線索、辯護人不可說謊、為了促使證人主張證人的拒絕作證權，使用詐術或恐嚇的手段、湮滅卷宗和證據，將犯罪工具隱藏、偽造、變造案件事實的證據、提出偽造的文書或證據、夾帶破壞工具進入看守所、為逃亡取得護照和機票、匯款給逃亡中的被告或藏匿被告。

二 我國法

1 辯護人憲法上辯護之權利

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。按此，刑事被告或犯罪嫌疑人享有受有效協助與辯護之權利，在憲法上並無疑問²²。至於刑事辯護人是否在被告以外，擁有獨立之憲法上辯護之權利？遂成疑問。過去的釋憲實務，對此似採較為保守之態度，例如釋字第 654 號：「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。」、111 年憲判字第 3 號判決：「辯護人得為被告之利益而上訴或抗告，除與被告明示意思相反外，係被告受辯護人

²¹ Werner Beulke, Gesamtreform der StPO-Vorschriften über "Verteidigung" - notwendig und wünschenswert? StV 2010, S. 442 ff.

²² 釋字第 654 號。

協助有效行使防禦權之重要內涵，應受憲法之保障」。

此一問題到了 111 年憲判字第 7 號判決，有了較為清楚的態度。首先，本案聲請人為辯護律師，係確定終局裁定之受裁定人，其主張辯護人於檢察官訊問被告時在場並筆記偵訊內容，係受憲法保障之權利，遭檢察官限制、禁止而受侵害，且無從向法院提起救濟，於用盡現制下之審級救濟後，提出釋憲聲請。憲法法庭認為其聲請與大審法第 5 條第 1 項第 2 款所定要件相符，這意味著該款「人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害」之要件滿足，故予受理。

在理由部分，本判決認為「又，辯護人既係以法律專業身分而協助被告或犯罪嫌疑人維護其權益，是被告或犯罪嫌疑人於偵查中辯護權遭受侵害時，基於被告或犯罪嫌疑人受有效協助與辯護權利之憲法保障，除與被告或犯罪嫌疑人明示之意思相反外，其辯護人自應有權為被告或犯罪嫌疑人之利益，而以自己之名義請求救濟。」、「被告、犯罪嫌疑人或其辯護人對檢察官限制或禁止辯護人於訊問時在場、筆記或陳述意見之處分不服，認已侵害其憲法上受有效協助與辯護之權利」按此，除被告或犯罪嫌疑人憲法上受有效協助之權利外，「辯護人憲法上辯護之權利」亦被明文入列為一憲法上之權利。

除 111 年憲判字第 7 號判決指出辯護人在場權、筆記權及陳述意見權等偵查中辯護權外，釋字第 654 號解釋所揭示之自由溝通權也應該列入受憲法保障之辯護人偵查中辯護權之內²³，蓋國家如果可以任意侵擾、妨礙此一範圍，例如截收、監聽、錄音、錄影、攝影、扣押（開拆、檢查、影印）辯護人與被告、犯罪嫌疑人間的談話、溝通文件或相關記錄等，自對自由溝通權造成嚴重干預，辯護人之辯護權當然亦直接受到影響，有效辯護所據之信賴關係亦受到妨礙。因此，辯護人與被告、犯罪嫌疑人間應該存在著一定的密匿空間，應無疑問。刑事訴訟法第 182 條律師、辯護人之拒絕證言權與第 135 條被告與辯護人往來之郵件、電報原則禁止扣押等，亦屬立法者實現此一密匿空間的明示。當然，此一密匿空間之保障並非絕對。

要注意的是，此「受憲法保障之辯護人偵查中辯護權」按字義解釋僅限於刑事案件，亦即被告或犯罪嫌疑人依據刑事訴訟法選任或指定之辯護人。能否擴展到「律師與當事人間之秘匿特權、及律師執業隱私權」均應受憲法保障？亦即不論律師與委託人間案件性質為何（除刑事辯護人外，所有民、公、非訟、理財規劃諮詢、法令遵循等），從前述德國法的分析來看，頗有疑義。

其次，如果在刑事辯護律師之外，廣泛認為律師此一職業享有特別憲法上之權利，其他職業秘密主體（醫師、藥師、助產士、宗教師、公證人、會計師）等，亦應比照辦理，例如醫師基於病患之生存權、健康權主張享有受憲法保障之醫療密匿

²³ 至於司法院釋字第 737 號解釋所揭示之偵查中羈押審查程序卷證資訊獲知權及 111 年憲判字第 3 號判決所揭示之就偵查中延長羈押裁定得代被告提起抗告之權等，尚須進一步討論。

權²⁴？宗教師基於人民有宗教自由而得以主張享有受憲法保障之宗教密匿權（宗教行為與宗教結社之自由），有待進一步討論。

2 工作權：過去釋憲實務較不明顯的論述

（1）釋憲實務的工作權保障與限制

我國憲法第十五條規定：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」認職業自由為人民充實生活內涵及自由發展人格所必要，不因職業之性質為公益或私益、營利或非營利而有異，均屬憲法第十五條工作權保障之範疇。（釋字第 659 號解釋）憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，故人民得自由選擇工作及職業，以維持生計（釋字第 404 號、釋字第 411 號解釋）。按憲法第十五條規定，人民之工作權應予保障，是以凡人民作為謀生職業之正當工作，均應受國家之保障，對於職業自由之限制，應具有正當之理由，並不得逾越必要程度。（釋字第 462 號解釋）憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，人民從事工作並有選擇職業之自由。（釋字第 510 號解釋）

在保障選擇職業自由之外，營業自由乃是遂行所選擇職業之權利，憲法保障之職業選擇自由照理也應包括營業自由（執行職業之自由）。對此，有認為在工作權保障範圍之內，例如釋字第 682 號解釋認為「人民之工作權受憲法第十五條所保障，其內涵包括選擇及執行職業之自由，以法律或法律明確授權之命令對職業自由所為之限制是否合憲，因其內容之差異而有寬嚴不同之審查標準。」亦有認為認為營業自由非僅單屬財產權或工作權保障，而是合併適用兩項基本權，例如釋字第 514 號認為「人民營業之自由為憲法第十五條工作權及財產權應予保障之一項內涵。基於憲法上工作權之保障，人民得自由選擇從事一定之營業為其職業，而有開業、停業與否及從事營業之時間、地點、對象及方式之自由；基於憲法上財產權之保障，人民並有營業活動之自由，例如對其商品之生產、交易或處分均得自由為之。」²⁵；釋字第 716 號亦稱「憲法第十五條保障人民之工作權及財產權，人民營業之自由亦為其所保障之內涵。基於憲法上工作權之保障，人民得自由選擇從事一定之營業為其職業，而有開業、停業與否及從事營業之時間、地點、對象及方式之自由；基於憲法上財產權之保障，人民並有營業活動之自由，例如對其商品之生產、交易或處分均得自由為之」。有認為辯護人在從事辯護工作亦受憲法第 15 條工作權之保障²⁶，認為「因實務上，刑事訴訟之辯護人，往往以被告或犯罪嫌疑人代理人之角色參與程序，並被賦予維護被告權利、為其辯護之任務，以致忽略辯護人在從事辯護工作之同時，其本身亦受憲法第 15 條工作權之

²⁴ 例如釋字第 767 號內憲法保障人民生存權、健康權。

²⁵ 釋字第 778 號：「憲法第 15 條規定人民之工作權應予保障，人民有從事工作及選擇職業之自由（本院釋字第 404 號、第 510 號、第 612 號及第 637 號解釋參照）。按對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。關於從事工作之方法、時間、地點、內容等執行職業自由，立法者為追求一般公共利益，非不得予以適當之限制。」

²⁶ 憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決協同意見書（詹森林大法官提出、謝銘洋大法官加入）。

保障。然辯護人作為一種職業，倘其業務之執行受到公權力限制、介入或侵害時，其救濟基礎，若仍須藉助被告或犯罪嫌疑人受有效辯護權，難免有不盡完善之嫌。是探究辯護工作之憲法根基，本席認為應由辯護人本身之工作權出發，較為合宜。」

律師此一職業無疑受到憲法工作權之保障，相較於德國對律師執業主要且明確的從職業自由出發，並發展至信任關係到辯護律師保密之觀點，亦即根據基本法的規定，以自由辯護為原則的律師職業係指個別律師的自由和不受監管的自我決定權等，我國過去釋憲實務似較無從律師此一專門職業本身「以保障人權、實現社會正義及促進民主法治為使命」及需「本於自律自治之精神，誠正信實執行職務，維護社會公義及改善法律制度」等在憲法層面予以詳細闡釋，並架構必需之信任關係到辯護律師保密義務的論理。也因此此在討論律師與當事人間之秘匿特權，甚至是律師執業隱私權等問題時，釋字第 654 號雖然明示「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。」但主要仍是從憲法第 16 條訴訟權覆蓋下的刑事被告出發，刑事被告能獲得確實有效辯護之前提，必需是律師在執行其辯護工作時盡量不受國家之干預，律師執業時與委託人間「信賴」²⁷以及「不受干預下充分自由溝通」等，實屬於律師受憲法保障工作權內容之核心等，並未清楚彰顯。

(2) 慣用之三階段審查並不能全盤掌握

既然談到工作權，釋憲歷來解釋對於憲法第十五條所保障之工作權，其審查基準已建立所謂「三階段理論」：即關於從事工作及職業之方法、時間、地點、對象或內容等「執行職業」之自由，採取合理審查；如從事特定工作及職業之個人本身所應具備之專業能力或資格，且該等能力或資格可經由訓練培養而獲得者，所謂「選擇工作及職業之主觀許可要件」，則採取較嚴格審查；至於對從事特定職業之條件限制，非個人努力所可達成者，所謂「選擇工作及職業之客觀許可要件」，則須採取嚴格審查。此三階段之審查基準，概已成本院依循之解釋原則²⁸。「早在釋字第五八四解釋起，便正式援用了德國聯邦憲法法院在一九五八年「藥房案」中所提出的「三階段論」，將人民職業自由的限制區分為：第一類之執行職業自由之限制（第一階段），及第二類之職業選擇自由之限制（分別是第二階段之客觀條件與第三階段主觀條件之限制），審查密度也逐漸由寬鬆提升為中度與嚴格，以符合比例原則之要求。本院日後陸續在多號解釋中一再援引（釋字第六三四號、第六四九號、第六五九號及第七〇二號解釋參照），似乎認為「三階段論」成為

²⁷ 矧辯護關係是一種特殊的信賴關係，欠缺特殊信賴關係之擔保，辯護人制度之功能將受影響，見釋字第 654 號葉百修大法官協同意見書。

²⁸ 見釋字第 711 號葉百修大法官協同意見書。

顛撲不破的真理」²⁹。

按此，「律師與當事人間之秘匿特權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？」的問題，是否純然屬於「關於從事工作及職業之方法、時間、地點、對象或內容等執行職業之自由」之範圍而採取合理審查即足？本文認為，這樣的看法忽略職業人員需具備一定的「職業品質」，即要求必須遵守一定的行為準則，作為其他國民信賴的基礎，亦即某些行為視為從事某種職業所絕對不可行；反之某種行為，才是該職業從業人員應行之標準。亦即這些行為準則可稱之為「職業形象」(Berufsbild)，甚至有強烈追求公益的目標，律師此一職業與業務之執行即屬此類，但在所謂之三階段審查標準裡，卻容易失之於形式化，似無法從職業自由出發，發展至信任關係到辯護律師保密之憲法觀點，以致於對律師此一職業之方法、時間、地點、對象或內容等之進行較為深入之界定與審查。

三 結論

1 應該在工作權方面加強論述

111 年憲判字第 7 號判決指出「受憲法保障之辯護人偵查中辯護權」以及釋字第 654 號自由溝通權，應可導出刑事辯護律師與當事人間之秘匿特權，刑事訴訟法規定之拒絕證言權(刑訴第 182 條)以及禁止扣押(刑訴第 135 條)等即為明例。此外，包含刑事辯護律師在內，其他非屬刑事辯護律師之律師執業，憲法第 15 條保障之工作權當然亦保障。我國過去多號釋憲實務，認人民有從事工作及選擇職業之自由，按此，律師此一職業自然受到保護。惟關於律師與當事人間之秘匿特權及其限制等，如僅以常見之「有開業、停業與否及從事營業之時間、地點、對象及方式之自由」、「立法者為追求一般公共利益，非不得予以適當之限制」，甚至廣泛使用之「三階段理論」審查標準等，均未就職業自由出發，發展至信任關係到律師保密等律師工作之特性，乃至於律師此一專業人士之「職業形象」，甚至有強烈追求公益之目的等³⁰，在憲法上之特別保護與限制等予以闡釋與釐清，應予補充。

2 刑事辯護律師具有較高的密匿權，但亦有限制

除工作權外，刑事辯護律師更直接「受憲法保障之辯護人偵查中辯護權」之保障，刑事訴訟法第 182 條明文之拒絕證言權以及第 135 條禁止扣押被告與辯護人往來之郵件、電報及刑法第 316 條守密義務等，加上律師法第 36 條「律師有保守其職務上所知悉秘密之權利及義務」³¹，相當清楚顯示刑事辯護律師與當事人(被告或犯罪嫌疑人)間具有秘匿特權及隱私權之憲法與法律地位。但此一保障並非絕對，律師負有之公共利益實現義務，刑事訴訟法第 135 條「可認為犯罪證據或

²⁹ 見釋字第 711 號陳新民大法官協同意見書。

³⁰ 律師法第 1 條「律師以保障人權、實現社會正義及促進民主法治為使命。」；律師倫理規範第 7 條「律師應體認律師職務為公共職務，於執行職務時，應兼顧當事人合法權益及公共利益。」

³¹ 律師倫理規範第 33 條「律師對於受任事件內容應嚴守秘密，非經告知委任人並得其同意，不得洩漏。……」。

有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞，或被告已逃亡者為限」、第 245 條第 2 項但書「但有事實足認其在場有妨害國家機密或有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人或妨害他人名譽之虞，或其行為不當足以影響偵查秩序者，得限制或禁止之。」及律師法相關規定等³²，均清楚說明此點。

3 非刑事辯護律師亦擁有密匿權，但保護層度較低

雖然同受職業自由之保護，辯護人以外之律師但並非如刑事被告本於憲法第 8 條及第 16 條所保障之人身自由與訴訟權，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，故需辯護人進行有效辯護、自由溝通以及高度密匿之背景。

如前述，德國聯邦憲法法院有意區分律師者刑事被告或不具被告身份而受委任，區別職業秘密之範圍，並進一步認為，拒絕證言權和禁止扣押是澄清事實義務的例外情況，隱含法院將被迫在不充分的事實基礎上作出決定的危險。這將減損了司法澄清與實體真實的可能性，從而弱化了實體刑法保護法益之目的。「如果將免於扣押的保護範圍擴展到所有客戶關係，無論客戶是否具被告(或犯罪嫌疑人)地位，被濫用的可能性也會很大。證據可能被有意地轉移到律師的場所內，或者僅選擇性地提出；縱然是善意的律師也可能成為尚未被發現的犯罪跡證的「庇護所」！

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？

此二條文背景涉及對律師事務所之搜索、扣押，茲以德國法與我國法進行分析

一 德國對律師事務所之搜索、扣押

德國基本法第 13 條保障住宅不受侵犯。該規定與一般人格權密切相關，保護的是個人享有獨處權的空間私人領域，在第 13 條有相當周密的規定。對此，第 13 條的基本權利代表了一項典型的對抗公權力措施的權利，並取代了其適用領域中的一般人格權。關於物的保護範圍，第 13 條只提到了住宅。由於本基本權保證個人在空間方面的自由發展，住宅的概念被廣泛解釋。根據普遍意見，工作、營業和營業場所均包括在內³³。工作場所也受到保護，原因在於人們一生的大部分時間都在那裡度過，因此需要保護他們的私人領域和不受干擾的專業工作。商務會議也受到這種保護。每個人都可以自由決定誰可以在什麼時候以及在什麼條件

³² 第 20 條「律師應協助法院維持司法尊嚴及實現司法正義，並與司法機關共負法治責任。」、第 23 條「律師於執行職務時，不得有故為矇蔽欺罔之行為，亦不得偽造變造證據、教唆偽證或為其他刻意阻礙真實發現之行為。」

³³ BVerfG 32,54 (71), Beschluss des Ersten Senats vom 13. Oktober 1971, 1 BvR 180/ 66 und 1 BvR 280/66, NJW 1971, 2299 .

下進入其住宅³⁴。歐洲人權法院在解釋歐洲人權公約第 8 條之住宅保護時，對於住宅的定義是亦採取廣義的解釋，特定的營業空間（Geschäftsräume）也在保護範圍，特別是屬於自由業的營業處所³⁵。

德國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。刑事搜索的目的計有「偵查搜索（發現證據以及將來扣押之對象）」以及「拘捕搜索（發現被告並拘捕之）」，以搜索之對象區分有對被告及對被告以外之第三人等，法條規定為：

第 102 條 搜索被告

對於犯罪之正犯或共犯，或隱匿證據、包庇犯罪、妨礙司法訴追或贓物罪嫌者，為了逮捕或預期將發現證據時，得搜索住宅、處所、個人及所屬物件。

第 103 條 搜索第三人

只有事實可認或可得知，欲尋找之人、踪跡或物品位於要搜索的空間時，方允許為逮捕被告或追查刑事犯罪證據或沒收某些物品而對第三人進行搜索。為了逮捕涉嫌犯有《刑法》第 89a 條或第 89c 條第（1）至（4）款、第 129a 條、連結刑法第 129b 條第 1 項或第 129a 條內所列相關犯罪之被告，若有事實可認被告位在某建築物內，則也允許搜索建築物內住宅和其他處所。

在違憲審查面，再度重申基於權限劃分，聯邦憲法法院採取有限審查之態度，亦即對一般法律規定的解釋和適用，包括可能產生拒絕證言權的合法事由，屬於普通法院的權責，原則上不由聯邦憲法法院審查，除非違反特別的憲法規定。惟聯邦憲法法院有權審查普通法院是否違反「恣意禁止」³⁶，如果遭質疑的裁判所依據的法律適用在任何可能的方面均不再具有法律正當性，並且因此得出結論是基於與事物無關以及基於恣意的考慮，則違反了「恣意禁止」的規定。恣意的認定並非任何主觀上的有罪指控，任意性在客觀意義上應被理解為與其試圖控制的情況實際和明顯不適當的措施³⁷。

由於搜索將對人格權造成嚴重的干預，對住宅的搜索更為嚴重，故在搜索的要件上，聯邦憲法法院要求構成搜索之犯罪嫌疑需相當確定，亦即基於具體之事實方可，只是模糊的懷疑或單純的推測並不足夠。「找不到事實上足夠、合理的理由進行搜索」將違反此一要求³⁸。除此之外，聯邦憲法法院在許多裁判內，對比例原則之審查採取較嚴格之態度，搜索需與犯罪之嚴重與否與涉案之程度符合適當性³⁹。在對職業秘密主體的搜索時，適當性的要求尤需特別注意⁴⁰。

³⁴ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 13. Oktober 1971, 1 BvR 180/ 66 und 1 BvR 280/66, NJW 1971, 2299.

³⁵ Sallinen and others v. Finland, judgment of 25 November 2003 (50882/99), § 92, 95.

³⁶ BVerfGE 62,338,343.

³⁷ BVerfG, Beschluss vom 28. Januar 2008 - 2 BvR 112/08.

³⁸ BVerfG, 2 BvR 1775/16, NJW 2018, 1240 ff.

³⁹ BVerfG, 2 BvR 1775/16, NJW 2018, 1240 ff.

⁴⁰ Bruns, in:KK-Komm., 2019, § 102 Rn. 12.

德國刑事訴訟法並沒有絕對禁止搜索律師事務所的明文，在實務上，因刑事案件而搜索律師事務所的案件也不罕見，主要是基於律師本身為被告或非被告而決定。

1 律師為被告

如果律師涉嫌自己參與犯罪，例如協助其委託人犯罪，依據法律搜索的門檻較低，但律師作為司法機關的特殊地位也必須在此得到重視，聯邦憲法法院在 2015 年一裁定中強調此點⁴¹。本案例事實簡述如下：某位律師被指控違反了對前一段婚姻中三個孩子的撫養義務，具體的說，就是某位律師在相關家事法糾紛中，對自己的財務狀況提供了不正確或者不完整的資料，以致被認為涉嫌詐欺以及違反撫養義務。偵查中，管轄之偵查法官下令搜索律師辦公室，該律師事務所的會計文件和行事曆也被扣押。該律師針對搜查律師事務所的搜索提起憲法訴訟並勝訴。

聯邦憲法法院在其決定中提出了一些重要原則，如果律師本人被指控涉嫌犯罪，在搜查律師事務所時必須遵守這些原則。聯邦憲法法院指出，對職業保密人員的特殊保護（刑事訴訟法第 53 條），即所有因工作而受到特別信任的人，需要特別注意比例原則（參見 BVerfGK 17, 550 <556>）⁴²

律師事務所等專業場所也受到住宅不可任意侵犯之保護⁴³（參見 BVerfGE 32, 54 <69 et seq.>; 42, 212 <219>; 96, 44 <51>）。與一般的住宅搜索相較，搜索事務所不僅必須遵守住宅不可任意侵犯外（基本法第 13 條），同時還必須注意公眾的利益，亦即國家不會輕易搜索特定地點（律師事務所、醫療診所等）這一事實。因此，在簽發搜索票之前，刑事司法機關還必須考慮相關人員的職業活動受到損害（間接）的程度。當偵查行為係對於享有職業秘密者之領域進行時，該律師之委託人（不具被告身份）之相關資料可能被偵查機關知悉，而這受到基本法第 2 條第 1 項連結第 1 條第 1 項之保護，委託人的基本權利將受到影響⁴⁴。司法機關在審查強制措施的適當性時，需要特別注意這些問題。

根據這些特殊要求，聯邦憲法法院認為，縱使律師本身確有刑事犯罪嫌疑而得以正當化搜索律師事務所，必須特別詳細審查，例如，偵查機關主張在搜索過程中可能會發現某些有助於證明被告犯罪的文件，對此必須以特別具體的方式舉出，不能僅是泛稱或是概括式的描述。對較輕微的犯罪，例如僅是違反贍養義務，通常不應構成對律師事務所進行搜索的理由。

因此，在其 2005 年 4 月 12 日的另一裁定中⁴⁵，憲法法院強調，扣押律師事務所的全部資訊構成了對律師和委託客戶資訊自我決定基本權利的侵犯。扣押受職業

⁴¹ BVerfG 2 BvR 497/12, 2 BvR 498/12, 2 BvR 499/12, 2 BvR 1054/12 vom 29.01.2015.

⁴² Rn. 18.

⁴³ Rn. 16.

⁴⁴ Rn. 18.

⁴⁵ BVerfGE 113, 292, BvR 1027/02.

秘密主體保護的資訊需要特殊的憲法理由。個案上，需有具體事項可認其與訴訟程序相關，方可以認為扣押所有資訊符合比例原則。

2 律師為非被告

當律師非屬第 102 條之範圍時，對律師事務所之搜索就要依據第 103 條對被告以外之人進行搜索為之。2014 年，聯邦憲法法院針對根據第 103 條搜查被告辯護律師之律師事務所的搜索令和扣押相關證據提起憲法訴訟一案，做出決定⁴⁶。

本件事實大致為：2010 年 7 月 21 日，區法院根據第 103 條對第 2 號訴訟人的事務所發出搜索票，由於他是第 1 號訴訟人的法律代表，預測搜索將發現相關之病患文件。而根據第 97 條，這些非屬律師和被告之間的書面溝通，不屬於禁止扣押之文件，只是會影響被告的「商業文件」而已。在 2010 年 7 月 26 日的搜索中，在第 2 號訴訟人的辦公室扣押了 17 份個人文件（大部分是影本），其中包括兩份打字的「病患檔案卡」，是第一號訴訟人據其觀點詳細描述了他的治療過程和他專門為第二號訴訟人打字的手寫版本，以及一張帶註記的發票。訴訟人對搜索提出抗告，並要求歸還扣押的文件，其認為搜索票對律師事務所是不合比例的嚴重侵犯，並主張，根據聯邦最高法院的見解（參考 BGHSt 44、46），這些無疑的屬於辯護文件，屬基於辯護關係的特殊保護，這些不能成為針對辯護人的搜索對象。辯護律師與委託人之間的所有的溝通內容都必須被視為辯護文件。

在救濟未果，訴訟人等提出憲法訴訟時聲稱，搜索和扣押辯護文件（尤其是病患檔案的影本和註記的發票）違反了「不自證己罪（nemo tenetur）原則」，並且侵犯了第 1 號訴訟人獲得公平審判的權利，因為第 1 號訴訟人為其刑事辯護律師製作之影本，萬一被扣押，將被用作對自己不利的證據。第 2 號訴訟人主張其基本法第 13 條和第 12 條的權利受到侵犯。如果日常的辯護行為，例如針對不利證人，都可能可以成為搜索辯護律師辦公室並檢視全部辯護文件之依據，那麼信任關係的保護將成空談。普通法院對刑事訴訟法第 97 條之保護範圍做狹義解釋，在憲法上是無理由的。辯護文件應包括辯護律師與委託人之間為製定辯護策略而進行溝通的所有文件。

憲法法院認為憲法訴訟有理由，理由大致為：

1. 由於搜索係對基本法第 13 條第 1 項保護的人民空間私隱的嚴重侵犯，下令搜索的法官有義務盡可能合理地確保搜索票的決定得當，且係在可預知和可控制的範圍下侵犯基本權利⁴⁷。
2. 如果搜索是針對職業保密者（本案：刑事辯護律師）在其執行工作的空間範圍內，於審查搜索措施的適當性時，必須特別注意律師和委託人之間信任關

⁴⁶ BVerfG 2 BvR 2928/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 6. November 2014 (LG München I / AG München).

⁴⁷ Rn.17.

係之保護，這也與有效司法追訴的公共利益符合。具體而言，當根據刑事訴訟法第 103 條對律師是以非被告身份對其處所進行搜索時，需特別注意此點。當刑事偵查措施針對的是在其執業空間範圍內需要保密的人，通常也會對基本法第 2 條第 1 項連同第 1 條第 1 項所保護的非本案被告（例如律師的委託人）之資訊帶來風險，亦即會為偵查機關知悉，而這些資訊本是專業保密領域的相關人員需有效防護者。這不僅影響了委託人的基本權利，保護律師與委託人之間的信任關係也符合有效司法的公共利益。在審查強制處分的適當性時，必需特別考慮這些問題（參見 BVerfGE 113, 29 <47 et seq.>; BVerfGK 14, 83 <88>）。從偵查機關的角度來看，就算其行動並未對不具被告身份者進行搜索，對比例原則審查的要求將更高。

3. 如果獲得的任何資料無論如何都屬禁止使用時，搜索是不適當的且違反比例。因此，只有在預估可知僅能從律師與委託人之間信任關係下未受絕對保護之核心領域方可獲得調查資料時，法院才可下令進行搜索。
4. 對於被控欺詐罪的牙醫師專門為其辯護律師製作，並有註記的病患文件副本，可以立即認為是供「辯護律師參考 (Verteidigerbezug)」的，對其扣押是侵犯辯護律師的職業自由和被告獲得公正審判的權利。

總之，如果是根據第 103 條對屬第三人身分的律師搜索其事務所，要更為審慎。聯邦憲法法院提醒強制處分比例適當性 (Angemessenheit) 的審查，特別是在搜索第三人搜索情況下，本即有較高的比例原則門檻。在適當性的審查上，除了所涉犯罪嫌疑的程度外，包括罪行的嚴重性、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將不合比例的，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。

如上所述，德國刑事訴訟法規定搜索有區分對被告（第 102 條）與對第三人（第 103 條）等，對於律師事務所的搜索扣押並無特別規定，條文本身未被認為有違憲疑義。惟觀察聯邦憲法法院實務，在個案判斷上，對搜索律師事務所所有較高的要求。

3 辯護人與律師之拒絕證言權與禁止扣押

德國刑事訴訟法對辯護人與律師之拒絕證言權主要規定在第 53 條第 1 項⁴⁸，第

⁴⁸ (1) 下列人對下列事項有權拒絕證言

1. 神職人員，關於其以神職人員身份被信賴告知或所知悉的事項；
2. 被告的辯護人，關於其以此身份被信賴告知或所知悉的事項；
3. 律師和商會法律顧問、專利代理人、公證人、審計師、宣誓查帳員、稅務顧問和稅務代理人、醫生、牙醫、心理治療師、兒童和青少年心理治療師、藥劑師和助產士，關於其以此身份被信賴告知或所知悉的事項；根據第 53a 條，這不適用於內部律師（聯邦律師法第 46 條第 2 項，基於雇傭關係為雇主工作）和內部專利代理人（專利代理人法第 41a 條第 2 項）委託給他們或以這種身份為他們所知；
- 3a. 根據《懷孕衝突法》第 3 和 8 的規定認可之諮詢中心的成員或受託人，關於其以此身份被信賴告知或所知悉的事項
- 3b. 由機關或團體、機構或根據公法設立基金會等認可之諮詢中心或自身成立的麻醉品成癮問

97 條則為扣押禁止 (Beschlagnahmeverbot)。為貫徹拒絕證言權之保護意旨⁴⁹，第 97 條規定對擁有拒絕證言權人之扣押禁止，第 97 條第 1 項將禁止扣押分成三類，第 1 款與第 2 款均是規定刑事被告與拒絕證言權人之間的書面通訊、記錄等禁止扣押，第 3 款則是規定對拒絕證言權所能涵蓋之其他物件 (andere Gegenstände) 禁止扣押。就律師而言，其他物件包括在諮詢契約範圍內完成之文件或由被告處所獲得者。律師由第三人處基於辯護目的而提供之文件亦屬之。違反禁止扣押規定所取得之物件，禁止做為證據使用⁵⁰。要注意的是，此扣押禁止並非絕對，同條第 2 項第 2 句規定，當拒絕證言權人有一定之事實顯示其參與犯罪或隱匿資訊、獲得好處、妨礙司法或收受贓物，或者如果所涉物品是由刑事犯罪產生，或於實施犯罪行為時被使用或意圖使用，或由犯罪所得者，不適用之。此一例外規定亦適用於律師⁵¹。

二 我國法

1 第 122 條第 2 項並無違憲疑慮

我國刑事訴訟法第 122 條將搜索區分為對於被告或犯罪嫌疑人 (第 1 項) 及對於第三人 (第 2 項)，前者係「必要時得搜索之」，後者較為嚴格，需「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」，對律師事務所無特別規定，與德國刑事訴訟法內搜索有區分對被告 (第 102 條) 與對第三人 (第 103 條) 之搜索，且對於律師事務所的搜索扣押亦無特別規定等相當類似。如前述，聯邦憲法法院並未認為條文規定本身有違憲疑義，而是個案審查上，一方面尊重普通法院之決定，但要求法院在核發搜索票時，須特別謹慎的審查搜索要件滿足及比例原則；偵查機關在執行搜索時，對於客戶之基本權、信賴關係保護的公共利益，以及影響受搜索人的工作活動的範圍等，均必須加以注意。本文認為，第 2 項條文並無違憲疑慮，重點是個案決定搜索律師事務所，有無慎重考慮相關基本權的問題。

2 第 133 條第 1 項需做漏洞填補

我國刑事訴訟法第 182 條規定律師、辯護人因業務所知悉有關他人秘密具有拒絕證言權，但第 133 條第 1 項規定僅為「可為證據或得沒收之物，得扣押之。」範圍廣泛，未如德國刑事訴訟法第 97 條規定具有秘密證言權人原則上亦有禁止扣押之效果，可能讓辯護人與被告間的信賴關係、法治國原則下公平審判與有效辯護以及辯護人之工作權等遭到減損。但未可逕就認為立法者對此完全漠視以致需

題顧問，關於其以此身份被信賴告知或所知悉的事項

德國聯邦眾議院、聯邦議會、德意志聯邦共和國歐洲議會或地方議會的成員，關於以這些機構成員的身份向他們透露事實的人，或他們以這種身份向他們透露事實的人以及這些事實本身；現在或曾參與印刷品、無線電廣播、電影報導或訊息和通信服務的準備、製作或發行有助於傳授知識或形成意見的人員。

⁴⁹ Greven, in:KK-Komm., 2019, § 97, Rn. 1.

⁵⁰ Greven, in:KK-Komm., 2019, §97Rn. 9.

⁵¹ Greven, in:KK-Komm., 2019, §97Rn. 38.

直接宣告違憲的程度，刑事訴訟法第 135 條就被告所發或寄交被告與辯護人往來之郵件、電報等原則禁止扣押，除非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，或被告已逃亡者始可扣押。可見立法者除注意憲法所保障之秘密通訊自由外，另就辯護人之就委任案件之內容密匿空間亦曾加以考慮，只是條文文義僅限於「郵件、電報」，亦即「通訊」之範圍而已⁵²，過於狹隘。基於憲法保障前述辯護人享有「憲法上辯護之權利」以及「工作權」，刑事訴訟法第 182 條「拒絕證言權」的規範意旨等，此時應採「目的性擴張」解釋⁵³，認為除法有明文被告與其辯護人就案件溝通之郵件、電報外，尚包括其他現代通訊常用之方式，以及辯護人與被告的溝通內容，不論其載體，包括書面、電磁紀錄等原則上亦禁止扣押。惟保護當事人與其律師間密匿的資訊利益，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，如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，或被告已逃亡時，可例外准許扣押。

此外，涉及搜索律師事務所之搜索票核准時，基於前述憲法之要求，對於像律師此種職業秘密者應有特別的保護，法院在核發搜索票時，須特別謹慎的審查搜索要件及比例原則之遵守！例如法院可在刑事訴訟法第 128 條第 2 項內「二、應搜索之被告、犯罪嫌疑人或應扣押之物……」，在應扣押之物項下指明「不包括被告與辯護人關於辯護案件溝通之書面、其他紀錄資訊或檔案，除非可認是犯罪證據或有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞，或被告已逃亡者」；第 3 項「搜索票，由法官簽名。法官並得於搜索票上，對執行人員為適當之指示。」項下，指示「執行時必須盡可能避免搜索與查扣與訴訟無關的文件或資訊。」以合乎比例原則。另依據第 133-1 條法官裁定非附隨於搜索之扣押（單獨）時，於第 3 項二、應受扣押裁定之人及扣押標的及三、……；法官並得於裁定中，對執行人員為適當之指示時，亦同。

三 結論

本文認為，

1 第 122 條第 2 項合憲，惟搜索律師事務所需特別慎重

第 122 條第 2 項並無違憲疑慮，惟搜索律師事務所個案決定與執行時，在適當性的審查上需更為嚴格，除了所涉犯罪嫌疑的程度外，包括罪行的嚴重性、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將不合比例的，此外，證據價值不高或根本不能做為證據、犯罪嫌疑過於空泛而發動搜索，也將不合比例。另法官在核票時，應依據第 128 條第 3 項指示執行人員需注意是否與本案無關之資訊。

2 第 133 條第 1 項需做漏洞填補，擴大禁止扣押範圍

⁵² 參見通訊保障及監察法第 3 條。

⁵³ 目的性擴張，係指對法律文義所未涵蓋的某一類型，由於立法者之疏忽，未將之包括在內，為貫徹規範意旨，乃將該一類型包括在該法律適用範圍內之漏洞補充方法而言。是目的性擴張，乃將原不為文義所涵蓋之類型，包括於該法律適用之範圍內，其屬於法律漏洞之補充。

方法是對第 135 條之「郵件、電報」採「目的性擴張」解釋，其他現代通訊常用之方式，以及辯護人與被告的溝通內容，不論其載體，包括書面、電磁紀錄等原則上亦禁止扣押，如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，或被告已逃亡時，可例外准許扣押。另要求第 128 條第 2 項內「二、…應扣押之物」下指明此禁止扣押之內容與例外，第 3 項「對執行人員為適當之指示」下，指示「執行時必須盡可能避免搜索與查扣與訴訟無關的文件或資訊。」單獨扣押時亦同。