

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基本法「職業自由」之保障
- 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
- 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
- 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

- 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
- BVerfG, 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, 2 BvR 1562/17, 2 BvR 1287/17, 2 BvR 1583/17.
- 「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”」
- 職業秘密信賴關係的保護範圍大小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。

- 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。
- 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）。
- 最後本案對律師事務所的搜索扣押並未違法、違憲。

- 3律師為獨立之司法機關與義務
- 律師亦具有司法機關(Organ der Rechtspflege)之地位。
- 辯護人在刑事程序所享有的特權並非絕對，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。

- 二 我國法

- 1 辯護人憲法上辯護之權利

- 111年憲判字第7號判決「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。

- 能否更擴展到「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。

- 2 工作權：過去釋憲實務較不明顯的論述
- 我國過去釋憲實務似較無從律師此一專門職業本身，從工作權出發，並發展至信任關係到辯護律師保密之論述。
- 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律師之密匿權

- 2 刑事辯護律師具有較高的密匿權，但亦有限制

- 刑事訴訟法第135條「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。」

- 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
- 第102條搜索被告、第103條搜索第三人
- 聯邦憲法法院採取有限審查之態度
- 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。
- 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
- 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

- 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
- 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

• 二 辯護人與律師之拒絕證言權與禁止扣押

- 為貫徹拒絕證言權之保護意旨，德國刑訴第97條規定對擁有拒絕證言權人之扣押在特定範圍內禁止。
- 但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。

- 二 我國法

- 1 第122條第2項並無違憲疑慮

- 法院在核發搜索票時，對「有相當理由可信」之解釋，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。

- **2第133條第1項需做「漏洞填補」**
- 第133條第1項規定僅為「可為證據或得沒收之物，得扣押之。」
- 未規定具有秘密證言權人原則上亦有禁止扣押之效果，保護不足。
- 對刑事訴訟法第135條採「目的性擴張」解釋，不限於被告與辯護人往來之郵件、電報等原則禁止扣押，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。

- 搜索律師事務所之搜索票核准時，除須特別謹慎的審查搜索要件及比例原則之遵守外，對應扣押之物應具體指示！
- 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等，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」；
- 另第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。」

• 三 結論

- 1 第122條第2項合憲，惟搜索律師事務所個案需特別慎重
- 2 第133條第1項需做漏洞填補，擴大禁止扣押範圍
- 3 法院核發搜索票時，就應扣押之物與指示事項內，視案件性質記載「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」或其他等；「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」