

抄 本

發文方式：電子交換（第一類，不加密）

檔 號：

保存年限：

司法院秘書長 函

地址：10048台北市重慶南路1段124號
承辦人：涂人蓉
電話：(02)2361-8577轉196

受文者：台北律師公會

發文日期：中華民國107年12月11日

發文字號：秘台大二字第1070033645號

速別：最速件

密等及解密條件或保密期限：

附件：如文

裝 主旨：本院大法官為審理會台字第11067號理律法律事務所聲請解釋案，請於函到1個月內，就說明二、三所列事項，提供意見及相關資料惠復，俾供審理之參考，請查照。

說明：

- 一、依司法院大法官審理案件法第13條第1項規定辦理。
- 二、檢察官等搜索律師事務所之次數、時間、案由及相關情形，請就貴會的了解詳細說明之。
- 三、貴會對聲請人之聲請書意旨有何意見，亦請一併說明之。
- 四、檢附旨揭聲請案之聲請書影本供參。

正本：台北律師公會

副本：

線

郵 寄：台北律師公會

台北律師公會 函

地址：台北市中正區羅斯福路一段7號9樓
聯絡電話：(02)2351-5071 分機 18 羅娟娟

受文者：司法院秘書長

發文日期：民國 108 年 4 月 1 日
發文字號：一〇八北律文字第 0594 號
速 別：速件
密等及解密條件或保密期限：普通
附 件：

主旨：鈞長函請本會就大法官為審理會台字第 11067 號理律法律事務所聲請解釋案提供意見及相關資料事，謹復如說明，請 查照。

說明：

- 一、依本公會 108 年 3 月 26 日第 28 屆第 23 次臨時理監事聯席會議之決議辦理，並復 鈞長 107 年 12 月 11 日秘台大二字第 1070033645 號函。
- 二、檢附本公會意見、會員提供之資料如附供參。
- 三、另，建請大法官於審理會台字第 11067 號理律法律事務所聲請解釋案時，召開言詞辯論，並通知本公會以利害關係人身份到場陳述意見，至感德便。

正本：司法院秘書長

副本：

理事長



台北律師公會就司法院大法官審理會台字第 11067 號理律 法律事務所聲請解釋案之法律意見

壹、就司法院秘書長 107 年 12 月 11 日秘台大二字第 1070033645 號函（下稱司法院秘書長 107 年 12 月 11 日函）說明事項第二項之意見：

一、查司法院秘書長 107 年 12 月 11 日函說明事項第二項：「檢察官等搜索律師事務所之次數、時間、案由及相關情形，請就貴會的了解詳細說明之。」

二、本公會就前開情形並無所悉，故未能就此事項表示意見，謹此敘明。

貳、就司法院秘書長 107 年 12 月 11 日函說明事項第三項之意見：

一、本件涉及之憲法上權利及其內涵為何？

（一）憲法第 16 條保障之訴訟權

1、按憲法第 16 條規定：「人民有請願、訴願及訴訟之權。」

2、次按，司法院大法官釋字第 582 號解釋文：「憲法第十六條保障人民之訴訟權，就刑事被告而言，包含其在訴訟上應享有充分之防禦權。」釋字第 654 號解釋理由書：「**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**。」

上開自由溝通權利之行使雖非不得以法律加以限制，惟須合乎憲法第二十三條比例原則之規定，並應具體明確，方符憲法保障防禦權之本旨，而與憲法第十六條保障訴訟權之規定無

違。……受羈押被告因與外界隔離，唯有透過與辯護人接見時，在不受干預下充分自由溝通，始能確保其防禦權之行使。羈押法第二十三條第三項規定，律師接見受羈押被告時，亦有同條第二項應監視之適用。該項所稱『監視』，從羈押法及同法施行細則之規範意旨、整體法律制度體系觀察可知，並非僅止於看守所人員在場監看，尚包括監聽、記錄、錄音等行為在內。且於現行實務運作下，受羈押被告與辯護人接見時，看守所依據上開規定予以監聽、錄音。是上開規定使看守所得不問是否為達成羈押目的或維持押所秩序之必要，予以監聽、錄音，對受羈押被告與辯護人充分自由溝通權利予以限制，致妨礙其防禦權之行使，已逾越必要程度，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。……羈押法第二十八條規定：『被告在所之言語、行狀、發受書信之內容，可供偵查或審判上之參考者，應呈報檢察官或法院。』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，牴觸憲法保障訴訟權之規定。……」

- 3、由此可知，憲法第 16 條規定所揭示之訴訟權，不僅保障人民有參與訴訟程序之權利，亦保障人民有受公平審判之權利；且依正當法律程序之要求，刑事被告應享有充分之防禦權，始得在武器平等的原則下為己權利進行辯護。而司法院大法官迄今之解釋結果，防禦權之具體內涵尚包含賦予被告有詰問證人的權利（釋字第 582 號解釋）、對質詰問權及卷證閱覽權（釋字第 636 號解釋）、辯護人接見時不被監視或監聽之權利（釋字第

654 號解釋)、羈押中獲知羈押卷證資訊之權利(釋字第 737 號解釋)等,在在揭示刑事偵查及審判程序均應符合當事人對等(武器平等原則)、不自證己罪、受辯護人實質有效辯護及無罪推定等基本要求(見司法院大法官釋字第 654 號解釋許玉秀大法官協同意見書第 27 頁)。

- 4、其中,司法院大法官釋字第 654 號解釋所揭示之防禦權,涉及刑事被告與辯護人接見時不被監視或監聽之權利,學理上又稱律師秘密特權、律師密匿特權、接見交通權等。刑事訴訟法既保障被告有委請辯護人進行實質有效辯護之權利,同時亦必須使其享有與辯護人充分自由溝通的權利,始能確保被告在毫無心理壓力之下,向辯護人闡述事實、交換意見,俾尋求辯護人完整之法律協助。而對辯護人而言,亦應取得當事人之完全信賴,且必須仰賴當事人提供與案情相關之完整資訊,辯護人方得擬定適當之辯護方法及訴訟策略,並提供實質有效之辯護。否則,殘缺不齊之資訊不僅易使辯護人誤判案情,亦可能因此怠於採取必要的保全手段(如保全有利證據)、未能適時提出救濟(如聲明異議)或採取錯誤之辯護方式,致被告權益受嚴重侵害。是以,倘若被告與辯護人間之訊息往來內容將會成為未來定罪證據,不僅違反防禦權中之「不自證己罪」原則,更使被告對提供完整資訊予辯護人有所顧慮,進而難以取得辯護人之「實質有效辯護」,致憲法保障之防禦權大打折扣。因此,被告與辯護人間之訊息流通,理應保有一定程度的私密性,使雙方建立信賴關係,方符憲法第 16 條規定保障被告防禦權之意旨。惟如許宗力大法官於司法院大法官釋字第 654 號解釋協同意見書所述,此種秘密特權並非絕對保障,但其限制受到憲法

第 23 條規定比例原則之嚴格審查（見司法院大法官釋字第 654 號解釋許宗力大法官協同意見書第 1 至 3 頁）。

- 5、而防禦權下之律師秘密特權，亦展現於刑事訴訟法之若干條文，例如刑事訴訟法第 34 條規定保障辯護人接見被告或犯罪嫌疑人，原則上不受限制；第 135 條規定保障辯護人與被告間郵件、電報，僅限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，或被告已逃亡者始得扣押；第 182 條規定則保障辯護人之拒絕證言權等，均保障辯護人得基於維護被告防禦權之考量下行使其秘密特權，益徵辯護人亦為得主張訴訟權防禦權功能之權利主體之一。而司法院大法官釋字第 737 號解釋，亦明文肯認辯護人得為協助被告行使防禦權，而為防禦權之權利主體。

（二）憲法第 12 條保障之秘密通訊自由

- 1、按憲法第 12 條規定：「人民有秘密通訊之自由。」
- 2、次按，司法院大法官釋字第 631 號解釋理由書：「……憲法第十二條規定：『人民有秘密通訊之自由。』旨在確保人民就通訊之有無、對象、時間、方式及內容等事項，有不受國家及他人任意侵擾之權利。此項秘密通訊自由乃憲法保障隱私權之具體態樣之一，為維護人性尊嚴、個人主體性及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於國家、他人侵擾及維護個人資料之自主控制，所不可或缺之基本權利（本院釋字第 603 號解釋參照），憲法第十二條特予明定。國家若採取限制手段，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，方符憲法保障人民基本權利之意旨。通保法係國家為衡酌『保障人民秘密通訊自由不

受非法侵害』及『確保國家安全、維護社會秩序』之利益衝突，所制定之法律（通保法第一條參照）。依其規定，國家僅在為確保國家安全及維護社會秩序所必要，於符合法定之實體及程序要件之情形下，始得核發通訊監察書，對人民之秘密通訊為監察（通保法第二條、第五條及第七條參照）。……惟通訊監察係以未告知受監察人、未取得其同意且未給予防禦機會之方式，限制受監察人之秘密通訊自由，具有在特定期間內持續實施之特性，故侵害人民基本權之時間較長，亦不受有形空間之限制；受監察人在通訊監察執行時，通常無從得知其基本權已遭侵害，致其無從行使刑事訴訟法所賦予之各種防禦權（如保持緘默、委任律師、不為不利於己之陳述等）；且通訊監察之執行，除通訊監察書上所載受監察人外，可能同時侵害無辜第三人之秘密通訊自由，與刑事訴訟上之搜索、扣押相較，對人民基本權利之侵害尤有過之。……為制衡偵查機關之強制處分措施，以防免不必要之侵害，並兼顧強制處分目的之達成，則經由獨立、客觀行使職權之審判機關之事前審查，乃為保護人民秘密通訊自由之必要方法。是檢察官或司法警察機關為犯罪偵查目的，而有監察人民秘密通訊之需要時，原則上應向該管法院聲請核發通訊監察書，方符憲法上正當程序之要求。」

- 3、由此可知，憲法第 12 條規定明文保障秘密通訊自由，係指人民就其個人所營生活領域及與他人互動過程之私密性，不為國家或第三人恣意侵擾，同時也隱含了對人民隱私權之保障。目前我國釋憲實務所論及之保障客體，包括司法院大法官釋字第 756 號解釋之「書信」，以及司法院大法官釋字第 631 號解釋就通訊監察之「通訊」，亦即通訊監察及保障法（以下簡稱通保法）

第 3 條規定之定義：「本法所稱通訊如下：一、利用電信設備發送、儲存、傳輸或接收符號、文字、影像、聲音或其他信息之有線及無線電信。二、郵件及書信。三、言論及談話。」此外，現今資訊科技發達，手機或社交平台上之通訊軟體亦為人與人間通訊之重要媒介，諸如 Line、Facebook、WeChat、Skype 等，亦應屬秘密通訊自由之保障範疇。

- 4、而本件關於律師事務所之搜索、扣押、通訊監察，涉及憲法第 12 條規定保障之秘密通訊自由，蓋律師與當事人間不僅面對面以言語溝通，亦有可能透過電話、書信、電子郵件、通訊軟體等方式進行資訊交流，均屬前開通訊法第 3 條規定之「通訊」範疇。因此，不論是針對前開通訊方式進行通訊監察，或是針對通訊所留存之記錄進行搜索或扣押，均使律師與當事人間通訊內容為他人所知悉，使通訊之私密性遭到破壞，因而限制律師受憲法第 12 條規定保障之秘密通訊自由。
- 5、此外，刑事被告之秘密通訊自由權利亦同時涉及前述訴訟權之被告防禦權，蓋刑事被告與辯護人間秘密通訊內容往往關乎防禦權之行使，以及對辯護人之信賴關係建立，更有維持私密性之必要。更有甚者，當事人和律師間的通訊內容不僅涉及案情，更是與當事人個人隱私息息相關之訊息，例如重要商業機密、家庭親子關係、私人財產狀況、親密關係之隱私等，均涉及人格發展與私領域。為此，刑法第 316 條亦明文規定：「醫師、藥師、藥商、助產士、心理師、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，無故洩漏因業務知悉或持有之他人秘密者，處一年以下有期徒刑、拘役或五萬元以下罰金。」，足見律師確有因業務知悉當事人秘

密之高度可能，則律師及當事人間通訊內容，自應受憲法第 12 條規定之秘密通訊自由所保護，同時涵蓋對隱私權之保障。

(三) 憲法第 7 條保障之平等權

- 1、按憲法第 7 條規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」
- 2、次按，司法院大法官釋字第 412 號解釋：「憲法第七條所定之平等原則，係為保障人民在法律上地位之實質平等，亦即法律得依事物之性質，就事實情況之差異及立法之目的，而為不同之規範。」釋字第 485 號解釋：「憲法第七條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待。」可知憲法第 7 條規定保障者為實質平等，應針對事務性質之差異為合理區別對待，亦即「等者等之，不等者不等之」，始符合平等權之概念。
- 3、而目前釋憲實務雖大多僅消極針對「依事務性質差異所為之既有之區別對待是否合理？」之命題進行闡述，惟針對不同性質之事物，倘立法者未積極為合理差別待遇時，對人民產生之實際效果仍非平等。舉例而言，司法院大法官釋字第 490 號解釋肯認因男女生理上差異及社會生活角色不同，女性得免服兵役之義務，無違憲法保障平等權之意旨；司法院大法官釋字第 719 號解釋肯認原住民族經濟社會狀況較居弱勢，保障其受雇及勞動條件之差別待遇尚與平等權相符，均係考量倘採取「形式平等」而為完全相同之處理，對女性或對原住民族所受之實際效果反而未盡合理，賦予合理之差別待遇始能平衡因彼此事物差異帶來之效果。

4、本件涉及律師擔任辯護人時，與其他被告、嫌疑人或第三人是否同受刑事訴訟法第 122 條、第 133 條、通保法第 5 條規定之限制，亦有平等權之問題。如前所述，律師與當事人間有信賴關係，而律師事務所不僅為律師執行業務之處所，更匯集了各個當事人隱私秘密之資訊，故一旦為檢警機關進行搜索、扣押、通訊監察，不僅限制律師本人之秘密通訊自由，更有礙於被告行使防禦權以及破壞律師與其他當事人間信賴關係，影響人民訴訟權之完整行使（試問：若可搜索或扣押律師事務所保存，被告、第三人交付之案件資料，或律師事務所製作之會議紀錄、談話紀錄、案情研究分析報告、律師筆記等工作成果，則被告及其他當事人如何願意告知所有事實及提供所有資料？如何可全然放心信賴受任律師？），顯與一般人民受到搜索、扣押、通訊監察所受之影響有間。故刑事訴訟法第 182 條明文規定律師有拒絕證言之權利，即是考量律師因業務知悉他人秘密，為維護他人隱私、避免妨礙律師執行業務、維護律師與當事人間信賴關係，故予以合理之差別待遇。反之，倘因律師身分之特殊性，而未賦予合理之差別待遇，致使律師遭搜索、扣押、通訊監察時，所受到的權利侵害遠大於其他人，則其後果反而不平等。亦即「不等者」並未「不等之」時，亦屬平等權之侵害。故為符合憲法第 7 條規定揭示之實質平等，確有必要針對個別事務差異，就關於律師事務所搜索、扣押之規定，予以合理之差別待遇。

二、本件聲請人主張辯護人倘為檢警任意搜索、扣押及通訊監察，將有前述基本權利受侵害之虞，是否有理由？

（一）憲法第 16 條規定之訴訟權

- 1、按刑事訴訟法第 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。」第 133 條第 1 項規定：「可為證據或得沒收之物，得扣押之。」第 135 條第 1 項規定：「郵政或電信機關，或執行郵電事務之人員所持有或保管之郵件、電報，有左列情形之一者，得扣押之：一、有相當理由可信其與本案有關係者。二、為被告所發或寄交被告者。但與辯護人往來之郵件、電報，以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。」
- 2、次按，通保法第 5 條第 1 項本文及第 3 項前段規定：「有事實足認被告或犯罪嫌疑人有下列各款罪嫌之一，並危害國家安全、經濟秩序或社會秩序情節重大，而有相當理由可信其通訊內容與本案有關，且不能或難以其他方法蒐集或調查證據者，得發通訊監察書。……」、「前項通訊監察書，偵查中由檢察官依司法警察機關聲請或依職權以書面聲請該管法院核發。」
- 3、基此，由前開刑事訴訟法規定可知，僅有針對「被告與辯護人往來之郵件、電報」，始有「以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」之限制，其餘文件或電磁紀錄之搜索或扣押，則未針對辯護人所持有之文件或電磁紀錄設有特別規範。詳言之，檢警僅需「有相當理由可信應扣押之物或電磁紀錄存在時」，即可搜索辯護人持有之文件或電磁紀錄；或是檢警認為屬於「可為證據或得沒收之物」，即可扣押辯護人持有之文件或電磁紀錄，毋庸舉證說明該文件或電磁紀錄是否足以作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。而依據通保法之規定，如涉有通保法第 5 條第 1 項所列特定罪嫌，並有法院核發之通訊監察書，檢警亦可對被告與辯護人間通訊進行監聽。

- 4、然而，刑事訴訟法第 135 條規定固有針對「郵件、電報」，設置較高之扣押門檻，但律師持有之文件或電磁紀錄，亦有可能包含了與被告間之訊息往來，諸如被告提供之重要證物、律師與被告間之書面開會紀錄、談話錄音、通聯記錄或通訊軟體之對話紀錄，以及因此所作之相關文件等，均可視為律師與被告間接見溝通之延伸。易言之，現今資訊科技之進步，被告與辯護人間之溝通已不再侷限於面對面之會面或郵件往返，藉由通訊軟體（如前述 Line、WeChat 等）與當事人進行案件討論之律師，所在多有，而將談話進行錄音或製作會議紀錄，亦屬律師執行業務之常態，足徵此等文件或電磁紀錄之內容確有包含辯護人與被告間溝通訊息之高度可能。故依憲法第 16 條規定及司法院大法官釋字第 654 號解釋意旨，辯護人與被告溝通所衍生之文件或電磁紀錄，亦應保有一定程度之私密性，不宜輕易使檢警獲知其內容，方得確保被告在不受干預情形下與辯護人進行完整溝通。
- 5、此外，實務上辯護人通常亦會透過電話與被告直接進行通訊，內容可能包含案情事實之討論、交換意見等，倘任由檢警依通保法相關規定進行通訊監察，即可在被告及辯護人不知情之下，輕易取得被告自白，甚至以此作為偵查依據甚至起訴之證據。況且，藉由通訊監察聽取辯護人之陳述內容，將使辯護人無從主張刑事訴訟法第 182 條規定之拒絕證言權，反而使被告陷入更不利之狀態，更使該條規定形同具文。被告亦將因此懼

於與辯護人進行通訊聯繫，而使被告與辯護人未能充分溝通，甚至難以建立信賴關係，將可能違反不自證己罪、武器平等原則、辯護人實質有效辯護等重要原則，似有導致被告防禦權受嚴重侵害之虞。

- 6、再者，辯護人就與被告間商議後所為之筆記、開會紀錄或類似之文件及電磁記錄，亦可能包含辯護人將來會採取之訴訟策略或辯護方法，在美國法制下更另外賦予「律師工作產物特權」(work product privilege)之概念予以保障。倘任由檢警恣意取得而事先知悉，將使檢察官與被告立於「武器不平等」之地位進行攻防，無異使檢察官以事先知悉被告將採取之辯護策略，致被告未能受到實質有效之辯護，與憲法第 16 條規定保障之防禦權顯有違背。是以，聲請人主張辯護人與被告間之通訊，以及辯護人持有之文件或電磁紀錄，屬憲法第 16 條規定防禦權之保護範圍，且檢警倘任意搜索、扣押或監聽被告與辯護人間通訊內容，將對被告防禦權產生侵害等語，似非子虛。

(二) 憲法第 12 條規定之秘密通訊自由

- 1、承前所述，現行通保法第 5 條規定並未明文排除對被告及辯護人進行通訊監察之情形，檢警仍可能對被告或辯護人進行通訊監察。倘係對「被告」進行通訊監察，可能對被告本身之防禦權、秘密通訊自由及隱私權造成侵害，業如司法院大法官釋字第 631 號解釋所闡述，必須由法院核發通訊監察書始得進行通訊監察。
- 2、然而，倘係對「辯護人」進行通訊監察，檢警未必僅針對辯護人與「被告」之通訊內容進行監察，更可能對辯護人及其他通訊對象進行監察，此時所涉及者不僅僅是被告之基本權利，更

有侵害辯護人及第三人之秘密通訊自由之虞。蓋現今實務擔任辯護人之律師，鮮有僅為單一被告進行刑事辯護者，大多更有其他當事人之辯護及民事、行政案件之訴訟代理，以及法律諮詢及非訟案件，其牽涉通訊對象及通訊內容相當廣，且均涉及其他當事人之秘密通訊自由及隱私權。誠如前述，當事人與律師之通訊內容往往涉及私領域之資訊，具高度私密性，與當事人人格權、財產權、名譽等均密切相關，倘容許檢警不分對象一概對辯護人進行通訊監察，對其他當事人之秘密通訊自由及隱私權似難謂毫無侵害。

- 3、進一步言，倘法院核發之通訊監察書未另做限制，檢警不僅可對辯護人辦公場所之電話進行通訊監察，亦可能對辯護人私人手機號碼或通訊軟體進行監察，侵害客體將因此及於辯護人本身之秘密通訊自由及隱私權。由此足見，對辯護人進行通訊監察之行為，對其他當事人及辯護人本身之秘密通訊自由及隱私權之限制難謂微小，似須通過憲法第 23 條規定比例原則之檢驗，始符憲法第 12 條規定及釋字第 631 號解釋之意旨。

(三) 憲法第 7 條規定保障之平等權

- 1、如前所述，律師如受檢警任意搜索、扣押，以及被告或嫌疑人與律師間之通訊遭受通訊監察，是否侵害律師依憲法第 7 條規定保障之平等權，需視其是否受有合理之差別待遇。按刑事訴訟法第 122 條規定，對於「被告及嫌疑人」之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，「必要時」得搜索之；對於「第三人」之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，「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」得搜索之。而此條規定並未進一步就「第三人」區分是否為辯

護人，故現況下檢警機關得依刑事訴訟法第 122 條第 2 項規定，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」為由，搜索律師之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所。次按刑事訴訟法第 133 條第 1 項規定，檢警機關就「可為證據或得沒收之物」均得扣押，不問持有人為何人，僅有第 134 條規定政府機關或公務員持有之文書或物件、第 135 條規定郵政或電信機關持有之郵件電報，在特定條件下始得例外允許扣押。從而，律師既非政府機關或公務員，亦非郵政或電信機關，檢警機關如認為律師持有「可為證據或得沒收之物」，即可向法院聲請扣押裁定予以扣押。再按通保法第 5 條規定，固針對被告或犯罪嫌疑人進行通訊監察，惟通訊監察對象並未區分是否為辯護人，亦未排除被告或犯罪嫌疑人與律師間通訊內容之證據能力，導致被告或犯罪嫌疑人與辯護人間之通訊內容得為檢警所知悉，甚至作為不利於被告之證據。

2、準此，前開規定均未考量律師身分之特殊性，將使律師事務所持有被告或他案當事人有關之秘密為他人所知悉，動搖律師與當事人間之信賴關係，更影響未來獲取其他當事人信任及執行業務，與一般人遭受搜索、扣押、通訊監察之效果顯然有別，故此時如未另設合理之區別對待，將與憲法第 7 條明文保障之實質平等相違背。

三、本件聲請人主張刑事訴訟法第 122 條第 2 項、第 133 條規定、通訊保障及監察法第 5 條規定，限制憲法第 16 條規定之訴訟權及第 12 條規定之秘密通訊自由已逾必要程度，有無理由？

(一) 按刑事訴訟法第 133 條第 2 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。」第 273 條第 1 項第 7 款

規定：「法院得於第一次審判期日前，傳喚被告或其代理人，並通知檢察官、辯護人、輔佐人到庭，行準備程序，為下列各款事項之處理：……七、命提出證物或可為證據之文書。……」第 274 條規定：「法院於審判期日前，得調取或命提出證物。」第 275 條規定：「當事人或辯護人，得於審判期日前，提出證據及聲請法院為前條之處分。」

- (二) 次按，律師法第 28 條規定：「律師對於委託人、法院、檢察機關或司法警察機關，不得有矇蔽或欺誘之行為。」第 39 條第 1 款及第 3 款規定：「律師有左列情事之一者，應付懲戒：一、有違反第 20 條第 3 項、第 21 條、第 22 條、第 24 條、第 26 條、第 28 條至第 37 條之行為者。……三、有違背律師倫理規範或律師公會章程之行為，情節重大者。」律師倫理規範第 20 條規定：「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 條第 1 項規定：「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。」
- (三) 承前所述，依據司法院大法官釋字第 654 號解釋結果，刑事被告與辯護人應有權主張在不受干預之環境下充分自由溝通，而此等權利雖非不得以法律加以限制，惟須合乎憲法第 23 條比例原則之規定，並應具體明確，方符憲法保障防禦權之本旨。
- (四) 查檢察官或司法警察透過搜索、扣押辯護人所持有之文件或電磁紀錄，或對被告及辯護人通訊內容進行監聽，無非係為犯罪偵查及維護社會秩序，目的堪屬正當。而藉此方式往往得使檢警獲取被告或辯護人對案情之陳述，或發現指證被告是否犯罪之重要證物，不僅提供檢警偵查方向，甚至成為起訴後證明被告有罪與否

之關鍵證據，確於前開目的之達成有所助益，符合比例原則之適當性原則。

- (五) 然而，依前開刑事訴訟法第 133 條第 2 項規定、第 273 條第 1 項第 7 款至第 275 條規定，可知不論檢察官或法院，均得命當事人或辯護人提出證物，且律師另受律師法及律師倫理規範所拘束，倘無正當理由應不得拒絕提出。從而，倘若檢察官或法院認為辯護人所持有之特定文件或電磁紀錄係屬重要犯罪證據，自得以命辯護人提出該文件或電磁紀錄之方式，即可達成偵查及追訴犯罪之目的，無庸對律師事務所內所有文件或電磁紀錄進行無差別之搜索或扣押。由此足見刑事訴訟法第 122 條第 2 項及第 133 條第 1 項規定，允許檢警搜索律師事務所及扣押文件或電磁紀錄等證物，恐非達成目的之最小侵害手段，與比例原則之必要性原則似有違背。
- (六) 再者，允許檢警為達成偵查、追訴特定犯罪之目的，搜索律師事務所或扣押事務所內文件或電磁紀錄，恐將使刑事訴訟法建立之辯護制度日漸崩潰。蓋被告與辯護人之信賴關係可謂辯護制度之重要基礎，倘被告對辯護人未充分信賴，可能提供辯護人不完全之資訊或對辯護人之建議未完全配合，致被告未能進行有效防禦。然一旦允許檢警對律師之事務所進行搜索、扣押，甚至進行通訊監察，則被告對辯護人所陳述之內容及提供之文件資料將面臨被搜索、扣押及通訊監察之危險，被告恐不再對辯護人吐露實情，將使被告與辯護人間之信賴關係產生裂痕甚至崩潰，似對辯護人提供實質有效辯護有弊無利。
- (七) 甚者，律師事務所通常不只服務單一當事人，律師事務所的空間場域往往同時存放其他當事人之檔案資料，尤其存於電腦或網路

空間之電磁紀錄，未必會按個別當事人明確區分存放，亦難以避免檢警在搜索過程中知悉其他當事人所涉案件之相關資訊。是以，當檢警一旦進入律師事務所大肆搜索或無差別扣押證物時，其他當事人可能對自己相關案件將遭調查而有所顧慮，因此對律師產生不信任，進而拒絕提供完整詳實之資訊予律師，造成刑事訴訟之辯護人制度或民事、行政訴訟之訴訟代理人制度，其律師與當事人間之信賴基礎受到嚴害破壞。易言之，檢警前開行為不僅對刑事被告之防禦權有所妨礙，亦將導致不特定多數當事人訴訟權之嚴重侵害，似已遠超於偵查追訴特定犯罪之公共利益，恐與比例原則之狹義比例性原則有所扞格。職是，聲請人主張刑事訴訟法第 122 條第 2 項規定、第 133 條第 1 款規定未排除對辯護人之搜索、扣押，對被告防禦權造成之侵害無法通過比例原則之檢驗，似非無理。

- (八) 況以憲法解釋之後果考察以觀，應認為刑事訴訟法第 122 條第 2 項規定、第 133 條第 1 款規定未排除對辯護人之搜索、扣押，確有違憲之虞。我國釋憲實務不乏基於後果考察而做出之解釋，諸如司法院大法官釋字第 31 號解釋文：「……惟值國家發生重大變故，事實上不能依法辦理次屆選舉時，若聽任立法、監察兩院職權之行使陷於停頓，則顯與憲法樹立五院制度之本旨相違，故在第二屆委員未能依法選出集會與召集以前，自應仍由第一屆立法委員、監察委員繼續行使其職權。」以及釋字第 520 號解釋文：「……本件經行政院會議決議停止執行之法定預算項目，基於其對儲備能源、環境生態、產業關連之影響，並考量歷次決策過程以及一旦停止執行善後處理之複雜性，自屬國家重要政策之變更，仍須儘速補行上開程序。」此即為大法官預先評估作成解釋

之後果，以此為基礎而做出之憲法解釋，俾使釋憲結果不與憲法基本精神相互扞格。許宗力大法官亦撰文論及，倘有「憲法意圖不夠明確」或「嚴格適用憲法規範將導致令人無法忍受之後果」時，過於僵化之解釋將可能導致公益之重大不利，甚至妨礙國家功能運作，故應允許釋憲者考察解釋所致後果而作出適切之憲法解釋（見許宗力，憲法與政治，收錄於：憲法與法治國行政，1999年，頁25至29）。

- (九) 基此，倘就本件進行後果考察，似可認為作出違憲解釋較合於憲法保障人民訴訟權之精神，以及平衡檢察官與辯護人間之公平對抗地位。如前所述，就被告或嫌疑人之訴訟權而言，倘我國容許檢察官不受限制即可逕自搜索律師事務所，並扣押律師保管之物品、文件或與被告溝通所為之書面或電磁記錄等，將致使被告受有效實質辯護之防禦權蕩然無存。且倘本件一旦宣告合憲，毋寧是向大眾傳遞「將機密資料交由律師保管、與律師商討犯罪情節或隱私秘密，有遭檢警搜索、扣押或監聽風險」之訊息，將導致社會大眾對律師存有不信任感，且不願提供重要機密文件資料、告知犯罪情節或涉及隱私秘密之事實。如此不僅可能使被告未能受完整有效之辯護，影響律師與被告間信賴關係，亦將使律師與其他當事人間信賴關係連帶受影響。甚至導致律師為維護其他當事人權益，避免受檢警恣意搜索事務所，而拒絕承辦刑事案件或有關公司、個人秘密之案件，嚴重影響人民應受訴訟權保障之權益。再者，就平衡檢察官與辯護人間之公平對抗地位而言，學者王兆鵬曾撰文論及，刑事辯護律師與檢警機關之戰場在於審判庭，倘容許檢警機關搜索律師事務所，將使辯護律師一方面為積極蒐集有利事證及研擬辯護策略，另一方面卻要防禦檢警機關之

搜索、扣押或通訊監察，將致使辯護律師無暇他顧而影響被告受有效辯護之防禦權。甚者，律師亦可能為避免遭檢警無端搜索，進而拒絕承辦刑事案件或避免招惹檢察官而順應其意思，導致辯護人與檢察官間公平對抗地位嚴重受影響，與武器平等原則相悖。是以，考察本件一旦作成合憲宣告之後果，影響層面恐及於人民訴訟權未能受有完整保障及律師與檢察官間地位平衡，似已有嚴重侵害人民訴訟權，以及產生不可回復且令人無法接受之嚴重後果，應認大法官如作成違憲宣告較能符合我國憲法之精神。

四、以各國法制為借鑑，我國刑事訴訟法制似有規範不足而違憲之虞

(一) 我國

1、承前所述，就律師受搜索、扣押以及就被告與律師間通訊監察等相關法規簡要整理如下：

	搜索	扣押	通訊監察
法律規定	刑事訴訟法第 122 條第 2 項	刑事訴訟法第 133 條第 1 項	通保法第 5 條第 1 項
對象	第三人	物品	被告或犯罪嫌疑人，及為其發送、傳達、收受通訊或提供通訊器材、處所之人
要件	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	可為證據或得沒收之物	有通保法第 5 條第 1 項各款罪嫌之一，並危害國家安全、經濟秩序或社會秩序情節重大，而有

			相當理由可信其通訊內容與本案有關，且不能或難以其他方法蒐集或調查證據者。
--	--	--	--------------------------------------

2、由上表可知，我國目前實務就搜索、扣押、通訊監察等強制處分，並未如刑事訴訟法第 182 條規定之律師拒絕證言權，針對律師之特殊身分設有特別規範。而我國法務部法檢字第 0930801416 號法律問題，曾就是否得就律師事務所進行搜索、扣押乙節，進行相關研討，法務部當時所提出折衷說見解認為：應視搜索扣押之客體分別論之，如為因業務知悉之秘密，依刑事訴訟法第 182 條規定本得拒絕證言，而該秘密雖已作成文書記錄，然與律師將該秘密陳述於審判庭制成筆錄，二者性質並無不同，自不得因該秘密已作成文書記錄，即主張其可為扣押之客體。如為業務上持有或保管之物，因法無明文排除，依刑事訴訟法第 133 條規定，自屬「得為證據之物」而得為搜索扣押之客體，否則無非鼓勵犯罪人，只要將犯罪證據寄放於律師事務所，即可不被扣押而脫免於罪。固然當時臺灣高等檢察署研究意見一致認為，刑事訴訟法並未明文排除律師不受搜索扣押，故律師該等秘密如已作成文書紀錄，自屬得搜索扣押之物，惟法務部研究意見對律師秘匿特權已有意識，尚值肯認。

(二) 日本

1、按日本憲法第 37 條規定：「在一切刑事案中，被告享有接受法院公正迅速的公開審判的權利。」、「刑事被告享有充分詢問所有證人之機會，並有使用公費通過強制的手續為自己尋求證

人的權利。」、「刑事被告人在任何場合都可委託適格之辯護人。被告本人不能自行委託時，由國家提供之。」此為日本憲法就人民訴訟權之明文規定，其中包括人民有權委任辯護人為己權利進行辯護。

- 2、次按，日本刑事訴訟法第 39 條明文規定，受拘禁之被告或嫌疑人得在不被監視之情況下，接見其辯護人並交付物品，例外於防止被告或嫌疑人逃亡、銷毀藏匿罪證或法律另有規定時，得採必要措施，此即為日本就被告或嫌疑人與辯護人之接見交通權。而日本刑事訴訟法第 105 條規定：「醫師、牙科醫師、助產士、護士、律師（包括外國法事務律師）、專利代理人、公證人、宗教職業者或者曾經擔任以上相關職務的人，因業務上受有委託而保管或者持有關於他人秘密物品者，得拒絕扣押。但經本人承諾，或拒絕扣押僅為被告免罪之權利濫用（本人為被告時例外），或有其他法院規則所定事由時，不在此限。」則賦予律師得就業務上保管或持有他人秘密之物，行使拒絕扣押之權利。日本刑事訴訟法第 149 條規定：「醫師、牙科醫師、助產士、護士、律師（包括外國法事務律師）、專利代理人、公證人、宗教職業者或者曾經擔任以上相關職務的人，因受業務委託而得知關於他人秘密之事實，得拒絕證言。但經本人承諾，或拒絕扣押僅為被告免罪之權利濫用（本人為被告時例外），或有其他法院規則所定事由時，不在此限。」此即賦予律師得行使拒絕證言權。惟應注意者，律師得行使之接見交通權、拒絕扣押權、拒絕證言權，均有但書規定，並非毫無限制。
- 3、細查日本刑事訴訟法第 105 條規定之拒絕扣押權，其立法意旨在於針對因業務容易接觸個人秘密之職業，保障從事該職業之

人以及接受該項業務服務之社會大眾，以及維護委託者與受委託者間之信賴關係。僅於例外情形，即本人承諾同意，或法院認為有權利濫用以及法律另有規定時，始得限制律師之拒絕扣押權。實務上另有認為在受委託保管物品為違禁物時，如槍砲彈藥刀械或毒品等，或律師被認為是共犯時，亦不可主張拒絕扣押權。

- 4、惟日本雖賦予律師拒絕扣押權，卻無針對「搜索」進行限制，且拒絕扣押之客體僅限於「因受業務上委託而保管之物」或「持有關於他人秘密之物」，仍有可能為進行扣押而有搜索律師事務所之情形。再者，就日本刑事訴訟法第 105 條但書，律師是否有為使被告脫免責任而濫用權利，尚無確切具體之標準，實務上認為應衡量搜索扣押之必要性與被搜索人所受之不利益，拒絕扣押權並非絕對保障。

(三) 美國

- 1、按美國憲法增修條文第 6 條：「在所有刑事案中，被告應有權提出下列要求：要求由罪案發生地之州及區的公正的陪審團予以迅速及公開之審判，並由法律確定其應屬何區；要求獲悉被控的罪名和理由；要求與原告的證人對質；要求以強制手段促使對被告有利的證人出庭作證；並要求由律師協助辯護。」此為美國憲法保障被告受訴訟權及受辯護權利之明文規定。
- 2、惟美國聯邦最高法院並無針對搜索律師事務所或扣押律師保管之物等做出相關判決，相關案例散見於州法律、各州最高法院、聯邦上訴巡迴法院等，未有統一見解。參考學者王兆鵬教授提出三種於美國適用之相關制度（見王兆鵬，搜索律師事務所之合憲性，月旦法學雜誌第 227 期，頁 11 至 15），簡要整理如下：

(1) 提出命令優先原則

明尼蘇達州最高法院判決，倘未先以「提出命令」要求律師提出證物，逕行搜索律師事務所之行為係屬違憲。蓋不論搜索票如何詳細描述搜索扣押之物品及處所，均不得免除檢警搜索其他文件看到秘密資訊之可能，且一旦看過即難以自記憶中除去，嚴重破壞律師與當事人間之秘匿特權。而美國另設有配套措施，包括違反提出命令之律師負有藐視法庭之刑事責任、律師公會予以懲戒或除名等，使提出命令得以實際發揮效力。

(2) 嚴格限縮搜索要件

美國聯邦檢察總長另有制定行政規章，就搜索律師事務所之實質要件限縮於：以提出命令要求律師提出文書將明顯危害文書之可用性，或該文書資料對犯罪偵查或起訴有明顯之重要性。形式要件則提高聲請令狀之層級，且必須符合「特定明確原則」，避免不必要之搜索。亦有聯邦地方法院認為，搜索律師事務所之令狀因違反「特定明確原則」而無效，且非最後有效之手段。

(3) 特別執行官制度

加州法院則未採取「提出命令優先原則」，且未就搜索要件特別限縮，而是設置「特別執行官」(Special Master)為搜索之執行人員，由聲譽良好之律師擔任，一方面防止律師湮滅或隱匿證據，另一方面亦可避免檢警人員不當搜索。倘受搜索之律師主張文件或物品涉及秘密而不應揭露，執行官應送交法院審查，如法官認為確有秘匿特權或隱私保護之必要，即須發還律師。

3、另就通訊監察部分，美國各州亦設有不同制度，參考學者李榮耕教授提出數種於美國適用之相關制度（見李榮耕，律師及被告間通訊的監察，政大法學評論第 146 期，頁 20 至 24），簡要整理如下：

(1) 禁止通訊監察

美國部分州州法規定，禁止就律師及其當事人間之通訊進行通訊監察（如伊利諾州），或是僅限於通訊之雙方均為受通訊監察之人，否則不得監察被告與律師、醫師、神職人員等之通訊（如夏威夷州）。

(2) 嚴格限縮要件及限制執行方式

另有部分地區針對律師、醫師、神職人員等人為執行職務所使用之通訊，必須有其他事證足證用於組織犯罪，且符合最小侵害、不得侵害秘匿特權之條件，始得進行通訊監察（如哥倫比亞特區）。或提高核發令狀層級，如由二審法院院長判定（如羅德島州），抑或是限縮監察時間，如加州限制執法人員必須先以暫停 2 分鐘、監察 30 秒之方式確認其對話是否為秘匿特權保障範圍，若是，則必須停止監察。

(3) 證據排除

美國聯邦通訊監察法即規定，通訊所能主張之秘匿特權保障，不因通訊監察而受影響，亦即通訊監察內容如為秘匿特權保障範圍，則不得作為證據所使用。

(四) 德國

1、按德國刑事訴訟法第 53 條第 1 項第 2 款、第 3 款規定：「下列之人對下列事項有權拒絕證言：……2.被告之辯護人，對於其以此身分被信賴告知或所知悉之事項；3.律師及律師公會之其他成

員、專利師、公證人、法定審計師、已宣誓之查帳員、稅務顧問及稅務代理人、醫師、牙醫、心理治療師、兒童及青少年心理治療師、藥劑師及助產士，對於其以此身分被信賴告知或所知悉之事項.....。」明文揭示律師享有拒絕證言權，且目的即為維護其與當事人間之信賴關係。而為了實踐拒絕證言權之規定，德國刑事訴訟法第 97 條第 1 項及第 2 項亦規定：「(1)下列物件不得扣押：1.被告與依第 52 條或第 53 條第 1 項第 1 句第 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 句第 1 款至第 3b 款所稱之人，就被告對其信賴告知之事項或拒絕證言權所涵蓋之其他情況所作之記錄；3.第 53 條第 1 項第 1 句第 1 款至第 3b 款所稱之人之拒絕證言權所涵蓋的、包括醫師檢查報告之其他物件。(2)以上限制僅適用於物件被拒絕證言權人所保管之情形.....。扣押之限制不適用於下列情形，即當一定之事實構成懷疑，拒絕證言權參與犯罪或參與資訊贓物罪、包庇犯罪利益、妨礙司法或贓物罪，或者當物件是經由犯罪產生、實施犯罪時使用或計畫使用或者由犯罪所得者。」即賦予拒絕證言權人，與被告間書面通訊或依信賴關係留存之相關記錄、物件等，有扣押禁止之規定。惟扣押禁止之規定並非完全不受限制，該條第 2 項及明文限制部分情況仍得扣押，避免律師事務所成為包庇犯罪或共謀犯罪之溫床。不同於美國制度，德國訴訟法第 95 條規定此等物件已不得扣押，自不得要求以提出命令要求拒絕證言權人提出。倘檢警機關已扣押或已取得，則絕對禁止作為證據使用。

- 2、就搜索而言，德國刑事訴訟法並無搜索禁止之規定，亦無特別禁止律師事務所之搜索，惟就第三人之搜索，德國刑事訴訟法

限於為了逮捕被告、追蹤犯罪跡證或扣押特定物件，並且有特定事實足認尋找之被告、跡證或物件位於應搜索之處所內，始得進行搜索。且搜索之客體限於「可得扣押之物」，前開所列「禁止扣押之物」自始不得成為搜索之目標。且搜索必須符合比例原則，尤其是針對律師事務所遭搜索後對其與當事人間信賴關係之影響，亦應納入利益衡量之權衡中。

- 3、至於通訊監察，德國法亦無將律師排除在外，檢警機關得就被告或律師進行通訊監察，但仍受德國刑事訴訟法第 100 條之 1 規定關於通訊監察之限制，例如私生活核心領域之資訊不得監察。而對於律師本人之通訊監察，依德國刑事訴訟法第 160 條之 1 規定，倘可預期係拒絕證言權保障範圍者，則不得為之，否則將與自由溝通權（或稱接見交通權）有所牴觸。

（五）小結

綜上所述，可知日本、美國、德國各有不同制度，保障重點亦有不同。日本及德國著重於法律要件，以拒絕證言權為核心，禁止律師持有業務秘密之物得為扣押。美國則因其法律制度，發展各種不同執行方式，以維護辯護人與被告間之秘匿特權。誠然，如司法院大法官釋字第 654 號解釋許宗力大法官協同意見書所述，辯護人與被告間之秘密特權並非絕對保障，律師事務所亦不得因過度保障而成為罪犯共謀犯罪、藏匿罪證之處所，日本、德國、美國等均設有諸多例外條款，惟相對於各國採「原則禁止，例外允許」之態度，由法務部於 93 年所為之法律問題研究，可知我國實務界仍採取「一律允許」之立場，對律師及被告或嫌疑人之權利保障難謂周全。故刑事訴訟法第 122 條第 2 項、第 133 條第 1 款、通保法第 5 條規定未就辯護人之搜索、扣押有特別規定，對

被告防禦權造成之侵害似無法通過憲法第 23 條所定比例原則之檢驗，違反憲法第 16 條訴訟權之保障；且其未區別對律師事務所搜索扣押及對一般人搜索扣押之差異而有特別之規定，違反不同事務應予不同處理之實質平等，似與憲法第 7 條保障人民平等權之意旨有違。

五、以上意見，敬請卓參。