

本報告僅供委員參考

刑事訴訟法第 17 條、第 26 條及第 134
條之 1 條文修正草案評估報告

法制局 吳欣宜 撰

中華民國 115 年 5 月

刑事訴訟法第 17 條、第 26 條及第 134 條之 1 條文 修正草案評估報告

目 次

摘要

壹、前言	1
貳、草案重點.....	2
參、外國立法例對於秘密自由溝通權之規範	2
一、德國.....	2
二、美國.....	4
肆、問題研析與建議.....	5
一、明確限縮「前審」概念（草案第 17 條第 8 款）	5
二、秘密自由溝通權之保障應同時涵蓋程序侵入與證據使用 （草案第 134 條之 1 序文）	7
三、草案第 134 條之 1 但書例外事由宜採司法院版（草案第 134 條之 1，採甲案：司法院版）	8
四、法案性別及人權影響評估.....	9
伍、結論	9
陸、條文對照表.....	10
參考文獻	23
附錄：「刑事訴訟法第 17 條、第 26 條及第 134 條之 1 條文修正草 案」評估報告（初稿）書面審查意見及參採情形	25

摘 要

為因應憲法法庭 112 年憲判字第 9 號及第 14 號判決意旨，保障憲法第 15 條律師之工作權及憲法第 16 條被告之訴訟權，並兼顧檢察官之職務性質及人力現況，司法院爰會銜行政院擬具「刑事訴訟法第 17 條、第 26 條及第 134 條之 1 條文修正草案」，於 115 年 2 月 25 日送請本院審議。經本報告研析相關內容，並檢視性別與人權影響評估結果，提出相關建議，俾本院委員問政及審查法案參考。

刑事訴訟法第 17 條、第 26 條及第 134 條之 1 條文修正 草案評估報告

壹、前言

民國¹（下同）112 年 6 月 16 日憲法法庭憲判字第 9 號判決指出，整體觀察刑事訴訟法第 122 條第 2 項、第 133 條第 1 項及其他相關規定，尚未將律師或辯護人與被告、犯罪嫌疑人及潛在犯罪嫌疑人，基於憲法所保障之秘密自由溝通權行使而生之文件資料（如文書、電磁紀錄等），明確排除於得為搜索、扣押之範圍外，與憲法第 15 條保障律師工作權及憲法第 16 條保障被告訴訟權之意旨不符。又同年 8 月 14 日憲法法庭憲判字第 14 號判決則明確指出，法官於同一案件中，曾參與據以聲請再審或提起非常上訴之刑事確定裁判者，於該再審程序（包括聲請再審及開始再審後之本案更為審判）或非常上訴程序中，應自行迴避，不得參與審判，然刑事訴訟法對此迴避事由未設明文規定，與憲法第 16 條保障訴訟權之意旨有違。憲法法庭於前開 2 號判決中一致命有關機關，應自判決宣示之日起 2 年內，依判決意旨完成刑事訴訟法之修正。

司法院為符合憲法法庭 112 年憲判字第 9 號及第 14 號判決意旨，保障憲法第 15 條律師之工作權及憲法第 16 條被告之訴訟權，並兼顧檢察官之職務性質及人力現況，爰會銜行政院擬具「刑事訴訟法第 17 條、第 26 條及第 134 條之 1 條文修正草案」²（下稱本草案），並於 115 年 2 月 25 日以院台廳刑一字第 1150004247 號及院臺法字第 1155002310A 號函請本院審議。茲就本草案提案之相關

¹ 本報告有關年分之使用，原則以民國紀年表述，惟涉及外國法制或立法例部分，改採西元紀年表述。

² 立法院第 11 屆第 5 會期第 2 次會議議案關係文書（院總第 20 號政府提案第 11019479 號），115 年 3 月 6 日印發。

內容進行研析，並就其性別及人權影響評估報告結果加以檢視，提出相關建議，俾供本院委員問政及審查法案參考。

貳、草案重點

本草案計修正 3 條，謹就本報告納入研析與建議修正條文摘錄要點如下：

- 一、明定法官於再審或非常上訴程序之自行迴避事由。(草案第 17 條)
- 二、明定律師或辯護人與被告或犯罪嫌疑人秘密溝通之紀錄，或因此所生之文件資料，不得為作為證據而扣押，並列舉其例外事由。(草案第 134 條之 1)

參、外國立法例對於秘密自由溝通權之規範

一、德國

德國法對於辯護人與當事人間之秘密自由溝通保障，主要建構於刑事訴訟法之證據禁止與搜索扣押限制制度，並與律師之職業保密義務相互結合，形成一套完整之辯護秘密保障體系。其核心精神在於：確保被告得與辯護人進行完全且無保留之溝通，以保障防禦權之實質行使。在制度設計上，德國並非僅以證據法上的技術性排除問題概念處理，而是透過拒絕證言權、扣押禁止及搜索限制等多重規範共同保障辯護秘密。

首先，在證言義務方面，德國刑事訴訟法第 53 條明定律師、辯護人對於其在執行職務過程中所知悉之事項，享有拒絕證言權。此項拒絕證言權係以保護當事人信賴為核心³，目的在於確保當事

³ 楊雲驊，〈搜索、扣押律師事務所—評憲法法庭 112 年憲判字第 9 號判決〉，《法學叢刊》，第 272 期，112 年 10 月，頁 15。

人得毫無顧忌地向辯護人陳述案件事實，辯護人就因職務關係所知悉之事項得拒絕作證，避免辯護功能遭國家刑罰權吸納。學說普遍認為，此一規範本質上即係刑事程序中之辯護秘密保障制度，並與德國基本法第 2 條人格權及法治國原則所保障之公平審判權密切相關⁴。

在此基礎上，德國刑事訴訟法第 97 條進一步將拒絕證言權之保障延伸至搜索與扣押程序，形成辯護通信之「扣押禁止」制度。該條明文規定，被告與辯護人間之書面通訊、因信賴關係所生之紀錄與文件，以及其他屬拒絕證言權範圍內之資料，原則上不得扣押。此一扣押禁止制度係德國辯護秘密保障之核心規範，其保護範圍包括書面文件、電子資料及其他辯護活動中形成之紀錄。此外，德國法制對具有拒絕證言權人之偵查措施，亦採取高度限制。依德國刑事訴訟法第 160a 條規定，對於律師等具有保密義務之職業人員，原則上不得採取偵查措施以取得其職務秘密⁵。上開規範設計之核心意旨，並非僅在於排除該等資料之證據能力，而是在程序層次即劃設國家偵查權力不得介入之禁區，以避免辯護信賴關係於偵查階段即遭破壞。

再者，德國法對扣押禁止所設之例外事由，亦採取高度限縮之立場，僅於有具體事實足認辯護人本人參與犯罪，或該通信、文件本身即屬犯罪工具、犯罪所得或涉及妨害司法秩序之特定犯罪類型時，始得突破扣押禁止，即「禁止扣押之排除」(Ausschluss der Beschlagnahmefreiheit)⁶。此等例外並非以被告行為或抽象犯罪危險為判斷基準，而係以辯護人是否已脫離其正當防禦角色、轉而

⁴ 林麗瑩，〈憲法法庭關於搜索律師事務所之判決研析—評 112 年憲判字第 9 號判決〉，《月旦裁判時報》，第 137 期，112 年 11 月，頁 87。

⁵ 陳俊偉，〈無所不搜？—搜索律師事務所之合法性〉，《月旦法學教室》，第 245 期，112 年 3 月，頁 24。

⁶ 林鈺雄、王士帆、連孟琦著，《德國刑事訴訟法註釋書》，1 版，元照，112 年 6 月，頁 142。

成為犯罪行為人為核心，從而維持辯護制度本身之正當性與可信賴性。

整體而言，德國法制之特色在於透過多層次程序保障形成完整的辯護秘密保護機制：一方面賦予辯護人拒絕證言權，另一方面透過扣押禁止與搜索限制，使國家難以取得相關資料。此種制度設計目的，在於確保辯護制度之有效運作，並維護刑事程序之公平性。

二、美國

美國法對於辯護人與當事人間之秘密自由溝通保障，主要係建構於普通法所發展之律師與當事人秘匿特權（Attorney-Client Privilege）之上，其性質屬於證據法範疇，而非全面性的程序法限制。此一制度在英美普通法中具有悠久歷史，其核心內容在於：當事人為尋求法律意見而向律師所為之秘密溝通，在符合一定要件時，不得被強制揭露，亦不得作為訴訟證據使用⁷。其制度目的在於鼓勵當事人向律師提供完整且真實之資訊，使律師得以充分了解案件事實並提供適當之法律建議或辯護策略，進而維持刑事審判的對審結構及程序正當⁸。

然而，該特權並未發展為對偵查權力之全面阻卻。在實務上，即便涉及可能受秘匿特權保護之資料，搜索與扣押仍非當然禁止，而是容許偵查機關先行取得，再由法院於事後判斷是否屬於特權範圍，並決定其證據能力。為避免特權內容遭不當利用，美國實務發展出所謂資訊過濾團（filter team）或由特別執行官（special master）審查之機制⁹，試圖在偵查需求與秘匿特權保障間取得平

⁷ 王兆鵬，〈搜索律師事務所之合憲性〉，《月旦法學雜誌》，第 227 期，103 年 4 月，頁 8。

⁸ 李榮耕，〈律師事務所的搜索〉，《台灣法律人》，第 22 期，112 年 4 月，頁 78-79。

⁹ 張明偉，〈論提出命令與律師秘密自由溝通權〉，《月旦律評》，第 24 期，113 年 3 月，頁 46。

衡，但此等措施仍屬事後補救性質，並未否認國家權力對辯護通信之初步接觸。

此外，美國法中特別重要之限制，在於「犯罪例外」(crime-fraud exception)。依此例外，若當事人與律師間之通信係以策劃、實行或掩飾犯罪為目的，即不受秘匿特權之保障¹⁰。該例外之判斷，通常由法院依具體事證進行審查，但其適用邏輯係以通信內容之用途為核心，而非以律師是否已實質參與犯罪作為唯一門檻。此一設計雖有助於防止特權被濫用為犯罪工具，惟亦使辯護通信之保障呈現出高度彈性，並可能因偵查機關之初步接觸而對辯護信賴關係產生寒蟬效應。另外，美國憲法增修條文第 4 條關於不合理搜索扣押之禁止，以及第 6 條保障被告受律師協助之權利，亦在一定程度上補強律師與當事人秘匿特權之保護效果，使國家機關在調查犯罪時不得恣意侵入辯護通信領域¹¹。

整體而言，美國制度之核心特徵在於，以證據法上的秘匿特權為基礎，並由憲法上的有效辯護權提供更高層次保障。只要溝通係為取得法律意見且具有保密性，即原則上受特權保護，不得被國家取得或利用。此種制度安排，旨在維護被告防禦權並確保刑事程序之公平。

肆、問題研析與建議

一、明確限縮「前審」概念（草案第 17 條第 8 款）

就現行刑事訴訟法第 17 條第 8 款部分，草案雖已因應憲法法庭 112 年憲判字第 14 號判決，增訂第 9 款以處理「法官於再審或非常上訴程序中審查自己所作裁判」之違憲問題，然若僅止於新增

¹⁰ 王兆鵬，《辯護權與詰問權》，初版，元照，96 年 1 月，頁 121。

¹¹ 李佳玟，〈律師事務所搜索扣押之規範違憲審查〉，《台灣法律人》，第 23 期，112 年 5 月，頁 98-99。

第 9 款，而未同步修正第 8 款「曾參與前審之裁判」之文字，仍難避免既有規範射程不明確所造成之體系性缺陷。憲法法庭於 112 年憲判字第 14 號判決中，已明確區分「審級上下之自我審查禁止」與「確定裁判後救濟程序之自我審查禁止」係屬性質不同之憲法問題，並指出現行刑事訴訟法第 17 條第 8 款無法當然涵蓋後者，正係源於「前審」概念本身過於抽象與寬泛¹²。

從憲法解釋脈絡觀之，司法院釋字第 178 號解釋早已指出，審級制度之核心意義，在於透過不同審級之法院，對同一案件為「不同視角、不同功能」之審查，以確保裁判之正確性與公正性；若法官於上級審程序中再度參與對其曾於下級審所為裁判之審查，將破壞審級制度所內含之制度信賴。其後，司法院釋字第 761 號解釋進一步強調，人民受公平審判之權利，不僅要求實質中立，亦要求程序上避免產生合理之偏頗疑慮，法官是否曾對案件形成既定評價，正是判斷程序正義是否受到侵蝕之重要指標。

是以，若仍維持第 8 款「曾參與前審之裁判」之不確定用語，勢將使該條款在解釋上游移於「審級上下關係」與「確定裁判後救濟程序」之間，反而削弱本次增訂第 9 款之規範功能。為將憲法法庭於 112 年憲判字第 14 號判決中所揭示之合憲限縮解釋確實法制化，並使不同類型之迴避事由於條文層級即完成清楚分工，第 8 款自有併同修正之必要，宜明確改為「法官曾參與下級審之裁判」，以清楚限定其僅適用於審級制度中上下級法院之關係，使第 8 款與新增第 9 款各自承擔不同之憲法功能，從而提升規範明確性、可預見性及整體法秩序之安定性。

¹² 有關前審裁判之涵義，請參閱林俊益，〈論刑事程序曾參與前審裁判之法官迴避〉，《新學林法學》，第 1 期，113 年 2 月，頁 33-36。

二、秘密自由溝通權之保障應同時涵蓋程序侵入與證據使用（草案第 134 條之 1 序文）

就草案第 134 條之 1 序文之用語部分，無論司法院版或行政院版，均以「不得為作為證據而扣押」作為核心規範文字，惟此一表述方式，於體系上仍有產生誤解之虞，亦未能完整反映憲法法庭 112 年憲判字第 9 號判決所揭示之保障內涵。該判決明確指出，律師或辯護人與被告或犯罪嫌疑人間之秘密自由溝通權，係刑事防禦權之核心內容，其保障重點並非僅止於證據能力之排除，而更在於防止國家權力對防禦準備過程之不當侵入。

此一理解，亦可溯源於司法院釋字第 654 號解釋所揭示之憲法原則。該解釋明確指出，當國家行使搜索、扣押等強制處分時，若涉及人民受憲法保障之重要權利領域，立法者即負有以明確法律界線加以規範之義務，以避免權力行使產生寒蟬效應，進而實質侵蝕基本權之行使。就辯護通信而言，其憲法保障之核心，即在於確保被告得以在「免於國家事前侵入與事後利用」之安全領域內，與律師進行充分而坦率之防禦性溝通。

是以，若僅以「不得為作為證據而扣押」作為條文表述，文義上即可能被解讀為「形式上不得作為證據，實質上仍得侵入取得」之規避空間。此種解釋，不僅與刑事訴訟法搜索、扣押制度以「事前侵入即為重大干預」之基本理解相扞格，亦將使辯護通信保障在實務上大幅弱化。為忠實反映憲法法庭 112 年憲判字第 9 號判決及司法院釋字第 654 號解釋所要求之完整保障，草案第 134 條之 1 序文自應明確修正為「不得搜索、扣押，亦不得作為證據使用」，以清楚揭示該等資料於原則上同時享有程序面與證據面之雙重排除效果，始符合法律明確性原則及憲法訴訟權保障之要求。

三、草案第 134 條之 1 但書例外事由宜採司法院版（草案第 134 條之 1，採甲案：司法院版）

就草案第 134 條之 1 但書例外事由之設計，司法院版與行政院版間，存在顯著且關鍵之憲法風險差異。憲法法庭 112 年憲判字第 9 號判決已反覆強調，辯護通信保障制度之目的，在於確保被告得以毫無顧忌地與律師進行防禦性溝通，避免因國家可能介入而產生寒蟬效應；因此，任何例外事由之設計，均必須嚴格受比例原則與必要性原則拘束，否則即可能反向侵蝕制度本身，使保障淪為形式。

司法院版但書例外事由僅限於被告或犯罪嫌疑人出於自願性同意、律師或辯護人本身犯罪，以及有具體事證足認湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯、證人等情形，係以「防止制度被濫用」為界線，設計出相對明確且可受司法審查之例外範圍，尚能維持辯護通信保障之原則地位。相較之下，行政院版增列「正在進行中或未來犯罪」等高度概括之例外事由，並進一步限縮受保護之持有主體，顯著擴張國家得以介入辯護通信之空間，極易使例外反成常態，導致辯護通信保障在實務上被大幅掏空。

從司法院釋字第 654 號解釋所揭示之比例原則觀之，當立法者面對涉及訴訟防禦核心之制度設計時，例外事由若欠缺明確界線與嚴格要件，即可能使基本權保障遭到「制度性侵蝕」。行政院版所採之高度抽象例外，正有此一風險，亦與 112 年憲判字第 9 號判決所要求之「防止保障制度被實質架空」之意旨不符。基於維護刑事防禦權之實效性、確保律師與被告間信賴關係之制度維繫，草案第 134 條之 1 但書之例外事由，宜採司法院版之設計，並避免再行引入概括性過高、易於擴張解釋之事由，以確保辯護通信保障

不致流於空洞宣示，而能在實務中真正發揮憲法防線之功能。

四、法案性別及人權影響評估

本草案主管機關並未進行性別與人權影響評估，經本報告檢視，本草案內容在性別影響評估部分，執行方式無因性別、性傾向或性別認同不同而有差異，對於性別對象及執行方式並無區別，故就不同性別、性向或性別認同者亦不會產生不同結果。在人權影響評估部分，本草案亦無違反公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約等內容，爰草案符合憲法、國際規範、性別平等政策綱領等要求，並符合憲法有關人民權利之規定、公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約。

伍、結論

本草案內容主要係因應憲法法庭 112 年憲判字第 9 號及第 14 號判決意旨，俾保障憲法第 15 條律師之工作權及憲法第 16 條被告之訴訟權。茲就司法院提案相關內容進行研析，並就其性別及人權影響評估結果加以檢視，提出相關建議如下，俾供本院委員於問政及審查法案參考：

- 一、明確限縮「前審」概念。
- 二、秘密自由溝通權之保障應同時涵蓋程序侵入與證據使用。
- 三、草案第 134 條之 1 但書例外事由宜採司法院版。

陸、條文對照表

司法院會銜行政院函送本院審查之「刑事訴訟法第 17 條、第 26 條及第 134 條之 1 條文修正草案」，共計修正 3 條。本報告經研析後，建議修正 2 條（第 17 條及第 134 條之 1）。茲就相關條文建議修正情形，臚列條文對照表如下：

刑事訴訟法第十七條、第二十六條及第一百三十四條之一條文修正草案條文對照表

司法院、行政院 提案條文	本報告建議條文	現行條文	說明
<p>第十七條 法官於該管案件有下列情形之一者，應自行迴避，不得執行職務：</p> <p>一、法官為被害人。</p> <p>二、法官現為或曾為被告或被害人之配偶、八親等內之血親、五親等內之姻親或家長、家屬。</p> <p>三、法官與被告或被害人訂有婚約。</p> <p>四、法官現為或曾為被告或被害人之法定代理人。</p> <p>五、法官曾為被</p>	<p>第十七條 法官於該管案件有下列情形之一者，應自行迴避，不得執行職務：</p> <p>一、法官為被害人。</p> <p>二、法官現為或曾為被告或被害人之配偶、八親等內之血親、五親等內之姻親或家長、家屬。</p> <p>三、法官與被告或被害人訂有婚約。</p> <p>四、法官現為或曾為被告或被害人之法定代理人。</p> <p>五、法官曾為被</p>	<p>第十七條 法官於該管案件有下列情形之一者，應自行迴避，不得執行職務：</p> <p>一、法官為被害人者。</p> <p>二、法官現為或曾為被告或被害人之配偶、八親等內之血親、五親等內之姻親或家長、家屬者。</p> <p>三、法官與被告或被害人訂有婚約者。</p> <p>四、法官現為或曾為被告或被害人之法定代理人者。</p> <p>五、法官曾為被</p>	<p>司法院、行政院說明：</p> <p>一、關於法官應自行迴避之規定，旨在維護人民受公平法院依正當法律程序予以審判之訴訟權益，並避免法院之公正性受到人民質疑，以增進人民對於司法審判的信賴。聲請再審或非常上訴之目的，既係為推翻錯誤裁判，則法官曾參與刑事確定裁判，再於其救濟程序執行職務，甚難讓人民信賴法官係本於中立</p>

<p>告之代理人、辯護人、輔佐人或曾為自訴人、附帶民事訴訟當事人之代理人、輔佐人。</p> <p>六、法官曾為告訴人、告發人、證人或鑑定人。</p> <p>七、法官曾執行檢察官或司法警察官之職務。</p> <p>八、法官曾參與前審之裁判。</p> <p><u>九、法官曾參與據以再審或非常上訴之確定裁判。</u></p>	<p>告之代理人、辯護人、輔佐人或曾為自訴人、附帶民事訴訟當事人之代理人、輔佐人。</p> <p>六、法官曾為告訴人、告發人、證人或鑑定人。</p> <p>七、法官曾執行檢察官或司法警察官之職務。</p> <p>八、法官曾參與<u>下級</u>審之裁判。</p> <p>九、法官曾參與據以再審或非常上訴之確定裁判。</p>	<p>告之代理人、辯護人、輔佐人或曾為自訴人、附帶民事訴訟當事人之代理人、輔佐人者。</p> <p>六、法官曾為告訴人、告發人、證人或鑑定人者。</p> <p>七、法官曾執行檢察官或司法警察官之職務者。</p> <p>八、法官曾參與前審之裁判者。</p>	<p>第三人的立場，毫無偏見地公平審查自己之裁判。</p> <p>二、是法官曾參與刑事確定裁判者，於該確定裁判之再審(包括聲請再審及開始再審後之本案更為審判)及非常上訴程序，應自行迴避，爰增訂第九款之規定，以維裁判之公平性，並符合憲法法庭一百十二年憲判字第十四號判決意旨。另就其餘各款，則酌作文字修正。至各法院倘無員額限制之事實上困難，而於其分案規則進一步擴大法官迴避之範圍(例如要求曾參與裁判確定前歷審裁判之法官亦應迴避，或要求曾參與確定裁判之法官不得再參與非常上訴有理由後發由原審法院更為</p>
--	---	---	--

			<p>審判程序)，當屬各法院本於司法自主、法官自治之決定而無不可，附此敘明。</p> <p>本報告說明： 酌修第八款用語，明確限定其適用於「審級上下關係」，以杜爭議。</p>
<p>第二十六條 第十七條至第二十條及第二十四條關於法官迴避之規定，於檢察官、檢察事務官及辦理檢察事務之書記官準用之。但不得以曾於下級檢察署執行檢察官、檢察事務官、書記官或通譯之職務，<u>或同一檢察官曾於再審或非常上訴前之訴訟程序執行職務</u>，為迴避之原因。</p> <p>檢察官、檢察事務官及前項書記官之迴避，應聲請所屬檢察長或檢察總長核定之。</p> <p>檢察長之迴避，應聲請直接上級檢察署檢察長或檢察總長核定</p>	(無修正意見)	<p>第二十六條 第十七條至第二十條及第二十四條關於法官迴避之規定，於檢察官、檢察事務官及辦理檢察事務之書記官準用之。但不得以曾於下級檢察署執行檢察官、檢察事務官、書記官或通譯之職務，為迴避之原因。</p> <p>檢察官、檢察事務官及前項書記官之迴避，應聲請所屬檢察長或檢察總長核定之。</p> <p>檢察長之迴避，應聲請直接上級檢察署檢察長或檢察總長核定之；其檢察官僅有一人者，亦同。</p>	<p>一、檢察官係立於犯罪追訴者之地位執行職務，其職務性質不因裁判確定前之一般訟程序或確定後之特別救濟程序而有所差異，與法官本於中立第三人為審判之立場有別，縱由同一檢察官於再審或非常上訴程序執行職務，亦難認有損於人民之訴訟權益，尚無迴避之必要；又因檢察員額限制及人力未足，倘上開情形仍須迴避，恐有礙於檢察業務之運作，爰修正第一項之規定，排除該</p>

<p>之；其檢察官僅有一人者，亦同。</p>			<p>迴避事由。 二、第二項及第三項未修正。</p>
<p>(甲案：司法院版) 第一百三十四條之一 律師或辯護人因執行業務，與被告或犯罪嫌疑人秘密溝通之紀錄，或因此所生之文件資料，不得為作為證據而扣押。但有下列情形之一者，不在此限： 一、經該被告或犯罪嫌疑人出於自願性同意。 二、可為該律師或辯護人犯罪之證據。 三、有事證足認該律師或辯護人湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人。</p>	<p>第一百三十四條之一 律師或辯護人因執行業務，與被告或犯罪嫌疑人秘密溝通之紀錄，或因此所生之文件資料，不得<u>搜索、扣押</u>，亦不得作為證據使用。但有下列情形之一者，不在此限： 一、經該被告或犯罪嫌疑人出於自願性同意。 二、可為該律師或辯護人犯罪之證據。 三、有事證足認該律師或辯護人湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人。</p>		<p>司法院說明： 一、<u>本條新增</u>。 二、為符合憲法法庭一百十二年憲判第九號判決意旨，保障律師或辯護人與被告或犯罪嫌疑人間秘密自由溝通權之行使，俾維護律師之工作權及被告之訴訟權，爰於本條前段明定律師或辯護人因執行業務，與被告或犯罪嫌疑人秘密溝通之紀錄，或因此所生之文件資料，不得為作為證據而扣押，相關紀錄（包括言詞、書信、電子傳遞等方式）或文件資料（如文書、電磁紀錄等），即享有拒絕扣押權。又鑑於律師與其委任人間之關係是否轉變為同時兼具辯護人與被告</p>

			<p>或犯罪嫌疑人之關係，並非截然可分，且律師之委任人向律師諮詢或請求協助，允不限於已受國家機關追訴時之被告或犯嫌疑人身分，亦可為未來受追訴之虞而預做準備。故憲法所保障之律師或辯護人與被告或犯罪嫌疑人間秘密自由溝通權之範圍，應擴張及於可能受國家機關偵查追訴，而尋求律師協助之潛在犯罪嫌疑人身分。</p> <p>三、上開秘密自由溝通權倘合乎憲法第二十三條比例原則規定，非不得以法律加以限制(司法院釋字第六五四號及第七三七號解釋意旨參照)，為兼顧上述權利及避免危害犯罪追訴之重大公益，爰於本條但</p>
--	--	--	---

<p>(乙案：行政院版) 第一百三十四條之一 律師或辯護人所持有因執行業務，與被告或犯罪嫌疑</p>			<p>書揭明例外得予排除拒絕扣押權之情形。</p> <p>四、本條前段所定相關紀錄或文件資料，除合於但書各款情形外，既不得為作為證據而扣押，則在享有拒絕扣押權之範圍內，當不得為扣押該等物品，而依第一百二十二條第一項、第二項等規定發動搜索，或就該等物品為第一百三十七條之附帶扣押、第一百五十二條之另案扣押或非附隨於搜索之扣押。又本條旨在排除為作為證據而扣押該等物品之情況，並未排除該等物品因屬得沒收之物而被扣押之可能性，併予敘明。</p> <p>行政院說明：</p> <p>一、依憲法法庭一百十二年憲判字第九號判決意旨，限於律師</p>
--	--	--	--

<p>人秘密溝通之紀錄，或因此所生之文件資料，不得為作為該被告或犯罪嫌疑人之證據而扣押。但有下列情形之一者，不在此限：</p> <p>一、經該被告或犯罪嫌疑人出於自願性同意。</p> <p>二、有事實足認律師或辯護人參與犯罪。</p> <p>三、有事實足認該律師或辯護人湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人。</p> <p>四、有事實足認被告或犯罪嫌疑人為預備、陰謀或實行中之犯罪而為者。</p>			<p>為第三人時，其為保障與委任人間之特殊信賴關係，始得主張拒絕扣押權，不得作為該被告或犯罪嫌疑人之證據。倘律師或辯護人本身為被告時，於其自己之刑事程序中，不得主張拒絕扣押，然就其委任人之犯罪證據，仍應回歸秘密自由溝通權之規定，除有本條但書情形者外，原則上不得扣押作為該委任人為被告或犯罪嫌疑人之證據，以保障渠等間之特殊信賴關係及其委任人之訴訟權，故為序文規定。</p> <p>二、本條序文所定秘密溝通之紀錄及因此所生之文件資料，以律師或辯護人所持有者為限。至於被告本人所持有，其與律師或辯護人為</p>
--	--	--	--

			<p>辯護目的之秘密溝通紀錄或因此所生之文件資料，結合本條與第三十四條通信權之規定解釋，不待規定，亦不得作為證據而扣押。另於第三人持有前開律師或辯護人與被告或犯罪嫌疑人秘密溝通之紀錄或因此所生文件資料之情形，考量秘密溝通之紀錄或因此所生之文件資料，一旦離開受保護之信任與保密領域，使該第三人可能得以接觸、知悉其內容，該等紀錄或文件資料即喪失其受保護之正當性，故不得主張受秘密自由溝通權保障而得拒絕扣押，例外僅於承繼其持有之人（如律師事務所之承接情形）享有相同之拒絕證言權時，始得</p>
--	--	--	---

			<p>主張拒絕扣押。倘就第三人持有情形未予區分即全面禁止扣押，將導致秘密自由溝通權之保障過度擴張，致真實發現遭受不當限制。</p> <p>三、於律師參與犯罪時，不得主張秘密自由溝通而拒絕扣押，因於律師參與犯罪時，其與當事人間之溝通已非訴訟防禦範疇，不再屬於應受保障之正當信賴關係，否則將導致秘密自由溝通保障制度遭濫用，爰於但書第二款增訂「有事實足認律師或辯護人參與犯罪」規定，為不得作為證據扣押之例外情形。倘就此漏未規定，恐有違秘密自由溝通權設立之目的，造成濫用權利以掩護犯罪之虞。</p> <p>四、律師或辯護人</p>
--	--	--	---

			<p>有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人情形時，已逾越憲法保障秘密自由溝通權之範圍，應屬不得作為證據扣押之例外情形。又是否符合該情形，應適用自由證明程序，故檢察官釋明有此事實即為已足，爰將但書第三款規定為「有事實足認」。</p> <p>五、另憲法法庭一百十二年憲判字第九號判決意旨所指之「潛在犯罪嫌疑人」，係指過去已完成犯罪，然尚未受國家機關追訴之人，其為過去已完成之犯罪，與律師或辯護人建立刑事辯護關連性時起，即該潛在犯罪嫌疑人以言詞或書面與律師接觸、諮詢，判斷有無可能委任該律師為辯護人之洽</p>
--	--	--	---

			<p>談階段起，亦存在保護必要性者。至於當事人若為現在「正在進行中」或「即將進行」之犯罪而與律師接觸、溝通，自非秘密自由溝通之拒絕扣押權保障之範疇，而非屬憲法法庭一百一十二年憲判字第九號判決意旨所指之「潛在犯罪嫌疑人」。亦即，當事人雖得委任律師為其「過去的犯罪」辯護，但其若為現在「正在進行中」或「即將進行」之犯罪而與律師接觸、溝通，非屬訴訟權保障之範疇，與秘密自由溝通之拒絕扣押權之目的相違，不應納入保護範圍，否則乃扭曲該制度本意，使秘密溝通自由權遭濫用成為滋生不法的溫床，爰參考美國犯罪例外</p>
--	--	--	---

			<p>(crime-fraud Exception) 法則，如當事人與律師之溝通，涉及正在進行中或未來之犯罪行為，不受秘密自由溝通權之保護，增訂但書第四款規定，以符合秘密自由溝通權保障之目的。倘就此漏未規定，恐有違秘密自由溝通權設立之目的，造成濫用權利以掩護犯罪之虞。</p> <p>本報告說明：</p> <p>一、為忠實反映憲法法庭一百十二年憲判字第九號判決及司法院釋字第六五四號解釋所要求之完整保障，酌修序文用語，以清楚揭示該等資料於原則上同時享有程序面與證據面之雙重排除效果。</p> <p>二、相較於司法院版但書例外事由係以防止制</p>
--	--	--	--

			<p>度被濫用為界線，行政院版所採之高度抽象例外，極易使例外反成常態，導致秘密自由溝通權保障被實質架空。基於維護刑事防禦權之實效性、確保律師與被告間信賴關係之制度維繫，但書例外事由允宜採司法院版。</p>
--	--	--	--

參考文獻

一、政府出版品

立法院第 11 屆第 5 會期第 2 次會議議案關係文書(院總第 20 號政府提案第 11019479 號)，115 年 3 月 6 日印發。

二、書籍

1. 王兆鵬，《辯護權與詰問權》，初版，元照，96 年 1 月。
2. 林鈺雄、王士帆、連孟琦著，《德國刑事訴訟法註釋書》，1 版，元照，112 年 6 月。

三、期刊論文

1. 王兆鵬，〈搜索律師事務所之合憲性〉，《月旦法學雜誌》，第 22 期，103 年 4 月，頁 5-19。
2. 李榮耕，〈律師事務所的搜索〉，《台灣法律人》，第 22 期，112 年 4 月，頁 74-87。
3. 李佳玟，〈律師事務所搜索扣押之規範違憲審查〉，《台灣法律人》，第 23 期，112 年 5 月，頁 93-113。
4. 林俊益，〈論刑事程序曾參與前審裁判之法官迴避〉，《新學林法學》，第 1 期，113 年 2 月，頁 29-56。
5. 林麗瑩，〈憲法法庭關於搜索律師事務所之判決研析—評 112 年憲判字第 9 號判決〉，《月旦裁判時報》，第 137 期，112 年 11 月，頁 81-90。
6. 陳俊偉，〈無所不搜？—搜索律師事務所之合法性〉，《月旦法學教室》，第 245 期，112 年 3 月，頁 21-25。
7. 張明偉，〈論提出命令與律師秘密自由溝通權〉，《月旦律評》，第

24 期，113 年 3 月，頁 40-53。

8. 楊雲驊，〈搜索、扣押律師事務所—評憲法法庭 112 年憲判字第 9 號判決〉，《法學叢刊》，第 272 期，112 年 10 月，頁 1-24。

附錄：「刑事訴訟法第 17 條、第 26 條及第 134 條之 1 條文修正草案」評估報告（初稿）書面審查意見及參採情形

政治大學法律學系楊教授雲驊：

一、明定法官於再審或非常上訴程序之自行迴避事由（草案第 17 條）

憲法法庭 112 年憲判字第 14 號判決主文認為，法官就同一案件，曾參與據以聲請再審或提起非常上訴之刑事確定裁判者，於該再審（包括聲請再審及開始再審後之本案更為審判程序）或非常上訴程序，應自行迴避，不得參與審判。刑事訴訟法未明文規定上開法官迴避事由，與憲法第 16 條保障訴訟權之意旨有違。旨在維護人民受公平法院依正當法律程序予以審判之訴訟權益，並避免法院之公正性受到人民質疑，以增進人民對於司法審判的信賴。故法官如發生「審查自己所作裁判」之情形，致當事人喪失其非常救濟利益，從而原則上亦應屬憲法所要求之法官迴避事由。按此，法官曾參與刑事確定裁判者，於該確定裁判之再審（包括聲請再審及開始再審後之本案更為審判）及非常上訴程序，應自行迴避。

德國刑事訴訟法第 23 條亦規定法官因參與受撤銷的裁判而迴避：(1)曾參與經上訴撤銷的裁判之法官，依法不得參與上級法院的裁判。(2)曾參與經聲請再審的裁判之法官，依法不得參與再審程序的裁判。若受撤銷的裁判是在上級法院所為，則曾參與該裁判所依據之下級法院裁判的法官亦不得參與。第 1 句及第 2 句之規定，於參與再審程序準備程序的決定時，亦同。

按此，草案第 17 條增訂第 9 款「法官於該管案件有下列情形之一者，應自行迴避，不得執行職務：九、法官曾參與據以再審或

非常上訴之確定裁判。」自可贊同。

二、排除同一檢察官曾於再審或非常上訴前之訴訟程序執行職務之迴避事由（草案第 26 條）

憲法法庭 112 年憲判字第 14 號清楚揭示，法官就其審判之個案如有「利益衝突」及「審查自己所作裁判」兩種情形之一，自難期待其公正審判，且亦將損及當事人之救濟利益，從而即應迴避而不得參與該個案之審理、裁判，此乃憲法所要求之法官迴避事由。刑事訴訟法第 17 條第 8 款「法官曾參與前審之裁判者。」之規範即在避免法官「審查自己所作裁判」以致危及公正審判且損及當事人之救濟利益。至於檢察官，刑事訴訟法第 26 條第 1 項規定「第 17 條至第 20 條及第 24 條關於法官迴避之規定，於檢察官、檢察事務官及辦理檢察事務之書記官準用之。但不得以曾於下級檢察署執行檢察官、檢察事務官、書記官或通譯之職務，為迴避之原因。」其中將第 17 條第 8 款「法官曾參與前審之裁判者。」排除在檢察官法定迴避事由之列。原因在於檢察官依據刑事訴訟法第 3 條為當事人之一，且無「審查自己所作裁判」之疑慮，故檢察官係立於犯罪追訴者之地位執行職務¹³，與法官之審判獨立不同，且其職務性質不因為裁判確定前之一般訴訟程序或確定後之特別救濟程序而有所差異，與法官本於中立第三人為審判之立場有別，縱由同一檢察官於再審或非常上訴程序執行職務，亦難認有損於人民之訴訟權益，尚無迴避之必要。草案第 26 條第 1 項基於同一法理增加「……但不得以曾於下級檢察署執行檢察官、檢察事務官、書

¹³ 法院組織法第 60 條規定，檢察官之職權如左：「一、實施偵查、提起公訴、實行公訴、協助自訴、擔當自訴及指揮刑事裁判之執行。二、其他法令所定職務之執行。」；司法院釋字 530 號解釋：「檢察官偵查刑事案件之檢察事務，依檢察一體之原則，檢察總長及檢察長有法院組織法第 63 條及第 64 條所定檢察事務指令權，是檢察官依刑事訴訟法執行職務，係受檢察總長或其所屬檢察長之指揮監督，與法官之審判獨立尚屬有間。」

記官或通譯之職務，或同一檢察官曾於再審或非常上訴前之訴訟程序執行職務，為迴避之原因。」可資贊同。

比較法上，例如德國刑事訴訟法甚至並未就可能迴避之檢察官設有規定。聯邦最高法院（BGH）認為無法律漏洞，故駁回類推適用刑事訴訟法第 22 條以下規定之請求。蓋因立法者在知悉此問題之情況下，於修正刑事訴訟法第 22 條以下規定時，並未為迴避之檢察官創設相關規定。然而，實務認為，可透過其直屬上級，依據德國法院組織法（GVG）第 145 條、第 146 條（監督權及代理權）之規定¹⁴，請求更換檢察官。

原則上，認定檢察官具有偏頗之虞的門檻，將高於負責裁判案件的法官。然而，若檢察官與被害人之間存在密切私人關係，即足以令人懷疑其已無法客觀適當地履行職務。此外，對於所謂「證人檢察官」（Zeugenstaatsanwalt）亦可能產生偏頗問題。特別是在檢察官必須於最終辯論中評價其本身證詞時，對其客觀性會產生疑慮。

若有跡象顯示檢察官僅單方面地不利於或有利於被告，並且已不願再客觀評價偵查結果，則其迴避聲請亦屬有理由。如果未撤換該檢察官，則是否能以程序方式強制實現其撤換？依通說見解，由於法律並無相關規定，因此在同一審級內無法進行此種程序。只能透過上訴審中的「法律審（Revision）」途徑救濟：若遭合法聲請迴避的檢察官仍繼續參與程序，即可構成德國刑事訴訟法第 337 條所稱的上訴理由。

三、明定律師或辯護人與被告或犯罪嫌疑人秘密溝通之紀錄，或

¹⁴ 德國法院組織法第 145 條：（1）高等法院及地方法院檢察署的檢察長，有權在其管轄區域內的所有法院親自執行檢察機關的職務，或指派原本非負責該案件的其他檢察官代為履行。（2）司法檢察官（Amtsanwälte）僅得於基層法院（Amtsgerichte）執行檢察職務。第 146 條：檢察機關的公務人員必須遵從其上級的職務指示。

因此所生之文件資料，不得為作為證據而扣押，並列舉其例外事由（草案第 134 條之 1）

112 年憲判字第 9 號認為，律師與其委任人間，同時具有辯護人與被告、犯罪嫌疑人之關係時，辯護人與被告、犯罪嫌疑人間秘密自由溝通之權利，應受憲法保障。律師辯護制度之目的既是在審檢辯分立之訴訟制度下，律師為協助其委任人對抗國家之追訴，以免冤抑，故雙方此部分之溝通紀錄及律師因此所製作之文件資料（如文書、電磁紀錄等），均應受憲法保障，而應被排除於得為犯罪證據之外，從而國家機關自不得為扣押取得此溝通紀錄及因此所生之文件資料（如文書、電磁紀錄等）作為犯罪證據之目的而發動搜索。又若辯護人與被告、犯罪嫌疑人或潛在犯罪嫌疑人間秘密自由溝通之溝通紀錄及因此所生之文件資料（如文書、電磁紀錄等），得為國家搜索、扣押之標的，必然阻礙辯護人為保障被告訴訟權益功能之實現，亦屬對律師工作權之不當侵害。

惟辯護人與被告、犯罪嫌疑人間秘密自由溝通之權利並非毫無限制。刑事訴訟法第 34 條即規定「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。」德國刑事訴訟法第 97 條有進一步禁止扣押之規定，按此，被告與依據第 52 條或第 53 條第 1 項第 1 款至第 3b 款規定得拒絕證言者之間的書面；第 53 條第 1 項第 1 款至第 3b 款所稱之人，就其受被告委託之通知或證言拒絕權所及之其他事項所作之紀錄等，均禁止扣押。同條第 2 項內，則有「若有特定事實足認有權拒絕證言之人參與該犯罪行為、或參與贓物處理、藏匿、湮滅證據或收受贓物，或若該等標的係由犯罪行為所生、供犯罪使用或預定供犯罪使用，或屬犯罪所得者，則不適用之。」

之例外規定。

司法院及行政院兩版本對草案第 134 條之 1 前三款規定內容大致相同，並無疑義。惟乙案（行政院版）另有「四、有事實足認被告或犯罪嫌疑人为預備、陰謀或實行中之犯罪而為者。」之規定，應係憲法法庭 112 年憲判字第 9 號判決意旨所指之「潛在犯罪嫌疑人」範圍之解釋，乙版對此說明為「至於當事人若為現在『正在進行中』或『即將進行』之犯罪而與律師接觸、溝通，自非秘密自由溝通之拒絕扣押權保障之範疇，而非屬憲法法庭 112 年憲判字第 9 號判決意旨所指之『潛在犯罪嫌疑人』。亦即，當事人雖得委任律師為其『過去的犯罪』辯護，但其若為現在『正在進行中』或『即將進行』之犯罪而與律師接觸、溝通，非屬訴訟權保障之範疇，與秘密自由溝通之拒絕扣押權之目的相違，不應納入保護範圍，否則乃扭曲該制度本意，使秘密溝通自由權遭濫用成為滋生不法的溫床，爰參考美國犯罪例外（crime-fraud Exception）法則，如當事人與律師之溝通，涉及正在進行中或未來之犯罪行為，不受秘密自由溝通權之保護，增訂但書第 4 款規定，以符合秘密自由溝通權保障之目的。」德國法亦有（Kein Schutz bei Beteiligung an Straftaten「涉及參與犯罪時不受保護」），按此，保密原則（例如：保密義務、拒絕作證權）並非絕對的保護。當涉及刑事犯罪行為時，或者當受信任者促成具有刑事意義的行為時，該原則即告終止。

另德國刑事訴訟法第 97 條有禁止扣押規定內，第 2 項有「若有特定事實足認有權拒絕證言之人參與該犯罪行為、或參與贓物處理、藏匿、湮滅證據或收受贓物，或若該等標的係由犯罪行為所生、供犯罪使用或預定供犯罪使用，或屬犯罪所得者，則不適用之。」之例外規定。我國法似可仿效考慮加入若該「紀錄或因此所

生之文件資料」係由犯罪行為所生、供犯罪使用或預定供犯罪使用或屬犯罪所得者，則不適用之例外規定，以資周延。

參採情形：

- 一、第一點及第二點意見，贊同本次修法方向，錄供參考。
- 二、第三點意見，行政院版增列「預備、陰謀或實行中之犯罪」等例外事由，以及德國刑事訴訟法第 97 條就涉及犯罪行為、犯罪所得或供犯罪使用之物排除禁止扣押保護之作法，均係基於避免秘密自由溝通制度遭不當利用之考量，相關觀點具有重要參考價值；惟本報告係考量例外事由及適用範圍之明確性，認司法院版之設計相對較為限縮，爰仍維持本報告原建議，相關不同制度取向則一併錄供審酌。

司法院：

- 一、其建議併同修正刑事訴訟法第 17 條第 8 款為「法官曾參與下級審之裁判」部分：

憲法法庭 112 年憲判字第 14 號判決主文第 1 項載以：「刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定所稱法官『曾參與前審之裁判者』，係指法官就同一案件之審級救濟程序，『曾參與下級審之裁判』，不包括『曾參與發回更審前同審級法院之裁判』之情形，與憲法第 16 條保障訴訟權之意旨，尚無違背。於此範圍內，司法院釋字第 178 號解釋毋庸補充或變更。」是此部分未經上開憲判宣告違憲，且實務上之適用向無疑義，復基於修法時程之急迫性，故本次修法宜採最小變動原則，尚無必要就題設情形併同修正。

- 二、其建議將刑事訴訟法第 134 條之 1 司法院版修正為「不得搜索、扣押，亦不得作為證據使用」部分：

(一) 憲法法庭 112 年憲判字第 9 號判決旨在處理相關溝通紀錄

或文件資料「作為犯罪證據之目的」而享有拒絕扣押權之問題（參見其理由欄第 38 段），且司法院版草案說明欄四亦已敘明：「本條前段所定相關紀錄或文件資料，除合於但書各款情形外，既不得為作為證據而扣押，則在享有拒絕扣押權之範圍內，當然不得為扣押該等物品，而依第一百二十二條第一項、第二項等規定發動搜索」等語，故完全契合上開憲判意旨，難謂有何不妥。

（二）另一方面，上開憲判並未排除該等物品因屬得沒收之物而被扣押之可能性，亦未對相關證據能力或程序部分宣告違憲（參見其主文第 2 項、理由欄第 43、44 段等），是立法院法制局所建議「不得搜索、扣押，亦不得作為證據使用」之文字，其中「不得搜索、扣押」部分業過度擴張拒絕扣押權，而「不得作為證據使用」部分則逾越上開憲判之射程範圍，非屬本次修法所欲處理之對象。從而，建請維持司法院版草案中「不得為作為證據而扣押」之文字。

（三）又法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 64、65 點已配合上開憲判意旨而為修正，明訂於搜索立於第三人地位之律師事務所時，除另有規定外，為作為證據而扣押之物不得含該等物品；法院於審查相關搜索之聲請時，應衡酌其特殊性，就具體個案搜索之相當理由為審查，且應秉持比例原則，優先考量採取「命其提出或交付」之干預較小手段，附此敘明。

三、評估報告（初稿）認刑事訴訟法第 134 條之 1 但書例外事由宜採司法院版部分：

本院無不同意見。

參採情形：

- 一、第一點意見，本報告關於草案第 17 條第 8 款之修正建議，並非基於違憲判斷，而係為將憲法法庭 112 年憲判字第 14 號判決所採之合憲限縮解釋予以明文化，以釐清「前審」概念之不確定性，並與增訂之第 9 款形成明確之功能分工，避免條文於「審級關係」與「救濟程序」間產生適用混淆，從而提升規範明確性與體系一致性，尚非實質擴張修法範圍，亦不違最小變動原則。
- 二、第二點意見，本報告建議草案第 134 條之 1 明定「不得搜索、扣押，亦不得作為證據使用」，係基於憲法法庭 112 年憲判字第 9 號判決所揭示之保障重點在於防止國家對秘密自由溝通權之事前侵入，而非僅止於證據能力之排除，為避免未明文化可能形成容許先行搜索取得後再行排除證據之操作空間，致辯護信賴關係已受侵害，爰仍維持本報告之修正建議。
- 三、第三點意見，錄供參考。

法務部：

- 一、刑事訴訟法第 17 條第 8 款部分：

現行刑事訴訟法第 17 條第 8 款「法官曾參與前審之裁判」，按目前實務通說採「審級說」，與本報告建議修正之「法官曾參與下級審之裁判」，其運作結論並無不同。故本款是否須修正，本部尊重主管機關司法院之評估及大院委員職權。

- 二、草案第 134 條之 1 序文部分：

- (一) 宜維持「不得為作為證據而扣押」文字

行政院版與司法院版均採「不得為作為證據而扣押」之用詞，已符合憲法法庭 112 年憲判字第 9 號判決意旨。考量個案違反

情節輕重不一，有無證據能力之法律效果應回歸刑事訴訟法第158條之4之權衡法則，理由如下：

- 1、刑事訴訟法明定絕對無證據能力者，如第100條之1第2項錄音（影）內容與筆錄不符者、第158條之2關於違反第93條之1第2項（法定障礙期間不得訊問）、第100條之3第1項（夜間訊問）、第158條之3未經具結等規定，均屬具有明確判斷標準之事項。除此之外，其餘違背法定程序取得證據之證據能力，均係依刑事訴訟法第158條之4規定，於個案權衡是否排除其證據能力。
- 2、有關違法扣押取得證物之證據能力，係採權衡原則，而律師與當事人間之秘密自由溝通權所生之拒絕扣押權，同屬扣押之規定，基於體例之一致性，宜採權衡原則，避免立法評價矛盾。
- 3、律師與當事人間之秘密自由溝通權，為訴訟權之一環，而有關其他訴訟權之限制，例如閱卷權、限制接見，依刑事訴訟法第33條第4項、第416條第1項第3款賦與個案救濟權，對於違反效果並採刑事訴訟法第158條之4權衡原則，為求體例一致，避免立法評價不同，對於違法扣押辯護人與被告間之秘密溝通文件之法律效果，宜依刑事訴訟法第158條之4規定，個案權衡是否排除其證據能力。

綜上，為兼顧發現真實與秘密自由溝通權之保障，草案文字不宜修改為「不得搜索、扣押，亦不得作為證據使用」，而應以原草案文字較為妥適。

（二）司法院版之禁止扣押範圍不限於律師或辯護人所持有，保障範圍過廣

1、關於秘密自由溝通權之保障，應以該溝通資料處於特定保密關係領域內為前提。若相關紀錄或文件已移轉至第三人持有，保密性已因脫離特定保密關係領域而喪失，即無繼續維持高強度保障之正當基礎。是以，諸如文件遺失、棄置，或落入不具保密義務之共犯手中等情形，均應排除拒絕扣押權之適用。

2、日本刑事訴訟法第 105 條¹⁵、德國刑事訴訟法第 97 條¹⁶有關拒絕扣押權，均限於辯護人所持有之溝通自由文件方得主張，參考先進國家法制，且依憲法法庭 112 年度憲判字第 9 號判決意旨，應限於辯護人所持有之秘密自由溝通文件始得主張拒絕扣押權。

三、草案第 134 條之 1 但書例外事由宜採行政院版

(一) 但書宜增訂第 4 款「有事實足認被告或犯罪嫌疑人为預備、陰謀或實行中之犯罪而為者」：

秘密溝通權之核心在於「合法防禦權」之行使，而非提供「犯罪規劃」之避風港。當事人雖得聘請律師為其「過去的犯罪」辯護，但其若為現在「正在進行中」或「即將進行」之犯罪而與律

¹⁵ 日本刑事訴訟法第 105 條（業務上秘密與扣押拒絕權）

醫師、牙醫、助產師、護理師、律師（包括外國法律事務律師）、代辦人、公證人、宗教職業者或曾任此等職務之人，因已受業務上委託，就保管或持有物涉及他人秘密之物，得拒絕扣押。但經本人允許之情認，或可認為拒絕扣押純為被告利益而濫用權利之情形（被告是本人之外），以及其他法院規則有規定之事由的情形，不在此限。

¹⁶ 德國刑事訴訟法第 97 條（對拒絕證言權人之扣押禁止）

- (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紀錄。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，但物件是《社會法》第 5 章第 291a 條意義下之電子健康紀錄卡除外。扣押之限制不適用於下列情形，即當一定之事實構成懷疑，拒絕證言權人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。
- (3) — (5) (略)

師接觸、溝通，自非秘密自由溝通之拒絕扣押權保障範疇，司法院版未將此情形排除在保護之外，恐扭曲制度本意，使秘密溝通自由權成為滋生不法或詐欺行為的溫床，建議參考美國犯罪例外（crime-fraud Exception）法則，如當事人與律師之溝通，涉及正在進行中或未來之犯罪行為，不受秘密自由溝通權之保護，將此情形納為草案第 134 條之 1 但書例外事由。

（二）但書第 2 款宜以「有事實足認律師或辯護人參與犯罪」作為例外排除事由

- 1、於律師或辯護人參與犯罪時，不得主張秘密自由溝通而拒絕扣押，因於律師參與犯罪時，其與當事人之間的溝通已非訴訟防禦範疇，不再屬於應受保障的正當信賴關係，故應排除律師或辯護人參與犯罪情形，否則將導致制度濫用。
- 2、司法院版限於「可為該律師或辯護人犯罪之證據」排除範圍似過狹。舉例而言，涉詐騙案件之被告甲與其選任之辯護人 A 在訊息對話時，談論到同事務所之律師 B 係詐騙集團成員並負責進行洗錢，此時甲與 A 間之訊息對話，是否可以作為證據而扣押？依司法院版之但書似無法涵蓋此情形，將導致法律漏洞，使共同犯罪或集團性犯罪之證據蒐集受到阻礙，有鑑於實務近年發生多起律師或辯護人涉入詐騙集團相關犯罪，宜認此時可將前開情形作為證據扣押，以兼顧真實發現與落實國家刑罰權。

參採情形：

- 一、第一點意見，並未反對本報告見解，爰錄供參考。
- 二、第二點意見，本報告建議草案第 134 條之 1 序文修正為「不得搜索、扣押，亦不得作為證據使用」，係基於憲法法庭 112

年憲判字第 9 號判決所揭示之保障重點在於防止國家對辯護活動之事前侵入，而非僅止於證據能力之排除；為避免實務上出現先行搜索取得後再行排除證據之操作空間，致辯護信賴關係受侵害，爰仍維持本報告之修正建議。至於保障範圍是否應限於特定持有主體，涉及保障範圍界定之立法選擇，錄供參考。

三、第三點意見，行政院版就草案第 134 條之 1 但書例外事由之設計，係以最大程度防止秘密自由溝通保障制度遭濫用為主要考量。惟「預備、陰謀或實行中之犯罪」等概括規定，其構成要件較為抽象；另一方面，相較於行政院版之「有事實足認律師或辯護人參與犯罪」，司法院版以「可為該律師或辯護人犯罪之證據」為界，規範較為限縮且可受控制。是以，為避免例外事由概括性過高而有擴張解釋空間，致例外常態化並削弱辯護通信保障之實效，爰維持本報告建議例外事由宜採司法院版之設計。

陳副研究員秋芬：

一、本報告係以憲法法庭 112 年憲判字第 9 號及第 14 號判決意旨為基礎，並就法官迴避制度與律師秘密自由溝通權之保障加以說明，內容具相當參考價值。

二、關於將「前審」明確界定為「下級審」之法制建議，殊值贊同。按 112 年憲判字第 14 號判決主文所示，刑事訴訟法第 17 條第 8 款所稱法官「曾參與前審之裁判」，係指於同一案件之審級救濟程序中，「曾參與下級審裁判」之情形，並不包括曾參與發回更審前之同審級法院裁判。是以，報告建議依該判決意旨，將「前審」明確規範為「下級審」，以落實審級制度中禁止自我審查之核心價

值，誠屬可採。

蓋審級制度之設，旨在透過上級審對下級審裁判進行監督；若法官於上級審程序中審查其先前參與之裁判，將有損制度功能及程序公正。又依憲法第 16 條所保障之公平審判權，當法官於垂直審級關係中審理其自身先前判決時，客觀上亦足以引發偏頗之合理懷疑。準此，將用語限縮為「下級審」，不僅得以排除非屬審級關係之混淆，提升規範明確性，亦可使法條內容與 112 年憲判字第 14 號判決意旨相互契合。

三、關於「外國立法例」與「問題研析」之連結，尚有強化空間

本報告於「參、外國立法例」部分，詳實介紹德國與美國對於秘密自由溝通權之規範，立意良善且具國際視野。惟於後續「肆、問題研析與建議」中，針對草案第 134 條之 1 之討論，多著重於行政院與司法院之見解歧異，似未見援引前述外國立法例作為論證支撐，致使比較法部分淪為形式。建議於研析階段似可考慮強化外國法制與我國草案之關聯說明，俾使建議更具法理說服力。

四、本報告第 3 頁提及「禁止扣押之排除」(Ausschluss der Beschlagnahmerfreiheit)，其中 Beschlagnahmerfreiheit 之拼寫，建議確認是否應為 Beschlagnahmefreiheit。

參採情形：

- 一、第一點及第二點意見，並未反對本報告見解，爰錄供參考。
- 二、第三點意見，本報告關於外國立法例之引介，係就德國法上扣押禁止與程序侵入限制之整體保障架構，以及美國法上秘匿特權偏重證據排除之制度設計，作為制度理解與比較觀察之參考基礎，主要著重於提供整體之理解脈絡。至於其與具體條文建議之連結強度，則涉及論述取徑與篇幅配置之取捨，尚屬

不同呈現方式之範疇。

三、第四點意見，已參採修正。

田副研究員華仁：

一、查本草案第 17 條新增第 9 款，明定法官曾參與據以再審或非常上訴之確定裁判者，於該救濟程序中應自行迴避，以落實憲法法庭 112 年憲判字第 14 號判決意旨。本報告問題研析與建議一建議同步將第 8 款「曾參與前審之裁判」修正為「曾參與下級審之裁判」，以清楚界定其僅適用於審級制度中上下級法院之關係，使第 8 款與新增第 9 款各自承擔不同之憲法功能，從而提升規範明確性、可預見性及整體法秩序之安定性，敬表贊同。

惟有論者認為，法官不得審查自己所作裁判之原則，「不應僅指形式上不得審查自己所作之裁判，亦應包括實質上不得審查自己所作裁判之情形」，如此始能真正讓人民權利受到實質有效之保護，獲得確實有效之非常救濟利益。本草案第 17 條增訂第 9 款僅以「曾參與據以再審或非常上訴之確定裁判」為自行迴避之要件，則曾參與確定裁判前歷審裁判之法官，在憲判字第 14 號判決理由第 80 段「不包括曾參與裁判確定前之歷審裁判者」之框架下，尚不得主張自行迴避。

就此，本草案第 17 條之修正說明援引憲判字第 14 號判決理由第 84 段表示，在再審或非常上訴程序，如「各法院倘無員額限制之事實上困難，而於其分案規則進一步擴大法官迴避之範圍（例如要求曾參與裁判確定前歷審裁判之法官亦應迴避，或要求曾參與確定裁判之法官不得再參與非常上訴有理由後發由原審法院更為審判程序），當屬各法院本於司法自主、

法官自治之決定而無不可，附此敘明」，惟法官迴避制度是憲法保障訴訟權之核心內容，釋示規定於再審或非常上訴程序應迴避之法官，係指曾參與當事人據以聲明不服之確定裁判，此乃憲法之最低要求。為形塑更公正的審判機關形象，俾符憲法保障訴訟權之意旨，提升人民對司法的信賴，類此攸關人民非常救濟利益能否獲得實質有效保障之事項，宜否全盤委諸各法院之司法行政裁量，而不在立法層次設有明文規範，主管機關允宜審慎研酌，俾確保人民之非常救濟利益獲得實質有效之保障。

二、憲法法庭 112 年憲判字第 9 號判決揭示律師或辯護人與被告、犯罪嫌疑人、潛在犯罪嫌疑人間基於憲法保障秘密自由溝通權之行使而生之文件資料（如文書、電磁紀錄等），均應排除於得搜索、扣押之外，其保障重點並非僅止於證據能力層次之排除，而更在於防止國家權力於偵查程序中對防禦準備過程之不當侵入。然查本草案第 134 條之 1 序文用語，無論司法院版或行政院版，均以「不得為作為證據而扣押」作為核心規範文字，文義上極易被解讀為「形式上不得作為證據，實質上仍得先行侵入取得」之規避空間。有論者指出，「倘若立法者沒在搜索過程中就建立機制避免執法機關接觸到特權資料的內容，僅是在搜索到資料後，才禁止特權資料的扣押……這些手段都不足以保障律所搜索牽動的被告訴訟權」。比較法上，德國刑事訴訟法第 160a 條明確建立「不僅有證據使用的禁止，也在前端有證據調查之禁止」之雙重保障架構，足資參酌。爰此，本報告問題研析與建議二建議將草案序文修正為「不得搜索、扣押，亦不得作為證據使用」，使辯護通信資料同時享有

程序面與證據面之雙重排除效果，可資贊同。

三、查本草案第 134 條之 1 但書例外事由，行政院版擬增列「有事實足認被告或犯罪嫌疑人为預備、陰謀或實行中之犯罪而為者」等高度概括之例外事由，該事由因高度抽象易於擴張解釋，極易使例外反成常態，導致辯護通信保障在實務上被實質架空。爰此，本報告問題研析與建議三建議但書例外事由採司法院版之設計，以防止制度被濫用為界線，設計相對明確且可受司法審查之例外範圍，可資贊同。

此外，有論者指出憲法法庭 112 年憲判字第 9 號判決首度創設「潛在犯罪嫌疑人」概念，並將之抬升到與被告均擁有與律師間憲法保障秘密自由溝通權之相同地位，惟其定義及認定標準尚不明確，德國憲法法庭認為「若將免於扣押的保護範圍擴展到所有客戶關係，無論客戶是否為被告，遭到濫用的可能性也會很大，證據可能會被故意轉移到律師或事務所的範圍內，導致刑事訴追的困難」。爰建議主管機關允宜就「潛在犯罪嫌疑人」之認定標準審慎研酌，俾兼顧刑事追訴之必要及辯護制度之可信賴性。

參採情形：

第一點意見關於法官迴避範圍之擴大，宜否全盤委諸司法行政裁量或應以法律明定，涉及審判實務運作、人力配置及案件分配彈性；第三點意見關於潛在犯罪嫌疑人之認定標準，亦關係秘密自由溝通權之保障範圍，進而可能影響刑事追訴，以上均錄供法規主管機關參考。餘均贊同本報告建議，錄供參考。

高助理研究員念祖：

一、為落實憲法法庭 112 年憲判字第 9 號及第 14 號判決意旨，保

障律師工作權與被告訴訟權，司法院會銜行政院擬具本草案。報告據此提出法案評估，其內容旁徵博引，自我國刑事訴訟法影響最深的德國、美國法制入手，就秘密自由溝通權之立法例加以介紹，再就修正條文提出問題研析與建議，兼顧理論架構與條文設計，值得肯認。

二、關於問題研析與建議第 1 點，自司法院釋字第 178 號解釋著眼，認為「前審」係指於刑事救濟程序中，法官於同一案件曾參與「下級審」之裁判。是以，為使條文設計更為明確，將第 17 條第 8 款修正為「前審」概念為「下級審」，亦屬用心。

三、關於問題研析與建議第 2 點，實源於律師「拒絕證言權」。報告並提出程序與實質面的雙重強化建議，建議將序文修正為「不得搜索、扣押，亦不得作為證據使用。」，確對於律師工作權更形保障。然報告既已引用美國法制實務上的「資訊過濾團 (filter team)」或「特別執行官 (special master)」審查機制，建議亦於條文增訂第 2 項：前項但書情形之判定，應由不參與該案偵查之公正第三方予以檢視判斷。

參採情形：

第三點意見有關第三方審查機制之增訂建議，確有助於避免偵查機關直接接觸受保護資訊，惟此類制度涉及我國刑事程序結構、偵查權運作及法院審查分工，尚須整體制度配套與實務可行性評估，爰錄供法規主管機關參考。餘均贊同本報告建議，錄供參考。