

監聽之性質及其法律規範——兼評「通訊監察法草案」之爭議

陳運財*

目 次

壹、問題狀況	參、「通訊監察法草案」之評議
一、監聽之必要性及其所侵害國民權利之性質	一、以刑罰設定一般禁止規定之必要
二、「通訊監察法草案」之爭議點	二、監聽之對象
貳、監聽之性質與其法制化應有之觀點	三、得否容許「預防性之監聽」
一、監聽之意義及種類	四、監聽之相關性原則與補充性原則
二、憲法觀點——監聽與秘密通訊之自由及隱私權之保障	五、程序上之保護措施
三、刑事訴訟法之觀點——監聽與對物之強制處分	六、是否應允許「緊急監聽」
四、本文之立場	七、同意監聽及當事人之錄音
	肆、結語

壹、問題狀況

一、監聽之必要性及其所侵害國民權利之性質

八十六年四月白曉燕綁架撕票案發生後，除了引起了社會一片治亂世用重典之呼聲外，在偵查機關偵辦此一案件的過程中，格外值得我們觀察的是偵查機關之所以能夠先行逮捕數名涉案分子並特定三名在逃主嫌，主要是依靠監聽歹徒電話通訊所獲得之線索，再次可見監聽在擄人勒贖等案件之偵查上發揮了極其重大的效果。而更弔詭的是，此一警察與歹徒的監聽戰，之後竟延伸到警方監聽調查局某組長的

* 東海大學法律學系專任副教授。

鬧劇，同時也引發了警察機關要求與調查局同樣擁有獨自執行監聽權限的權力之爭（註一）。

在圍繞著偵辦白曉燕案過程的這場監聽戰中所透露的訊息，其實正是長期以來國內關於實施監聽所伴隨之爭議問題的一個縮影，它包含著以監聽偵查犯罪的有效性、侵害國民隱私權益的嚴重性以及目前規範監聽之法制的缺乏。

誠然，隨著通訊科技日益發達，雖使知識及情報之交流與傳遞愈形便捷，但通訊同時被惡用於傳輸犯罪資訊或情報之工具的情形亦愈見頻仍，故就偵查機關而言，監察通訊乃成為蒐集犯罪線索，追查人犯之有效的偵查手段。然而，其反面，諸如所謂的監聽造成白色恐怖、檢察官核發監察書流於草率及檢察官或司法警察機關利用職權濫行監聽等之記事，經常躍然新聞紙上，監聽行為對國民秘密通訊之自由或隱私權益造成侵害之嚴重性，實不容坐視。而更令人難以容認和訝異的是，目前實務實施監聽之依據，竟是所謂的「檢察機關實施通訊監察應行注意要點」以及「國內犯罪案件通訊監察作業執行要點」兩個僅具行政命令性質的公函，而其法理基礎竟是援引刑事訴訟法賦予檢察官搜索扣押之強制處分權的規定（註二）。

然而，上述兩部執行及注意要點雖規定有得實施監聽之案件的範圍、要件及程序，但由於規定不夠嚴謹，且對於濫行監聽之行為欠缺法律拘束力與事後的救濟管道，再加上負責核發監聽票的檢察官未能確實嚴格審核及監督，故偵查機關濫行監聽之情形乃層出不窮。因此，思考如何規範監聽之問題，首先必須面對的即是目前偵查實務實施監聽之合憲性的問題，亦即，支配監聽之法理與支配搜索扣押之法理是否相同？目前實務之作法是否構成以行政命令限制國民之自由權益而違反憲法第二三條法律保留的問題。

當然，政府也正視到監聽於偵查犯罪上之必要性及濫用監聽侵害國民隱私權益的弊端，故迫切感到應儘速立法明確規範監聽之要件及程序之必要，遂於八十一年五月制定了「通訊監察法草案」送請立法院審議，惟至今仍停滯於立法院的二讀程序。立法的怠慢，除了可歸咎於立法效率緩慢之通病外，本草案中關於監聽之範圍、要件及程序上之保護措施等多數的條文，均極具爭議，委員之間難以形成共

（註一） <監聽風波擴大----白案後遺症：檢警卯上調局>，中國時報，86年6月28日，頁3。

（註二） 參照江舜明，<監聽在刑事程序法上之理論與實務>，法學叢刊第42卷第4期，86年10月，頁112。

識，亦是造成立法遲延的主因。本草案三十一個條文之規定經立法院司法、國防、交通、內政及邊政四委員聯席會議一讀審查結果，計刪除二個條文、修正七個條項、附具委員之修正動議或保留提報院會處理者計九條，照行政院版本通過僅十七個條文，「通訊監察法草案」相關論點爭議之大，可見一斑（註三）。

二、「通訊監察法草案」之爭議點

此項草案於審議過程中主要的爭議點有：其一，如何界定實施監聽之範圍，包括受監察之客體以及得實施通訊監察之犯罪案件的範圍。其二，有無必要將「預防」重大犯罪及蒐集國家安全情報之部分列入通訊監察之範圍？其三，監聽之理由及必要性如何予以限定及明確化。其四，偵查中通訊監察書之核發是否應交由法官決定。其五，有無容許緊急實施監聽之必要。其六，監聽之執行是否應由一適任之機關統籌辦理。其七，對於非法監察通訊之處罰刑度應否加重等等之論點（註四）。

由這些爭議點可見，監聽之法制化的問題關鍵主要是圍繞在憲法所保障之國民的隱私權益與實施監聽所獲取之偵查效益之間如何取得均衡的認知差距上。立法政策上利益權衡的問題本來就是一個難解的習題，在監聽處分的法制化方面，因國內欠缺有關監聽之效益及權利侵害狀況的實證研究，在法事實之材料不足的情形下，本文只得回到監聽之本質的原點上，以抽象的概念分析，就憲法保障之秘密通訊自由乃至於隱私權、正當之法律程序以及刑訴法強制處分的內涵出發，架構容許監聽作為偵查犯罪手段之要件及其程序上應有的規範。

爰此，以下首先將從憲法保障隱私權以及刑訴法強制處分之觀點切入，檢討監

（註 三） 另外，依八十二年三月司法院印發之刑事訴訟法修正草案條文暨說明，刑訴法上亦增訂第一三五條之一至同條之四規定偵查中得實施監聽之範圍、要件及程式。規範監聽之立法體例，究竟應置於刑訴法中規定抑或另制定單行法專門規定，曾有爭議。參照郭德進，《通訊監察制度之研究——從比較法上評析我國現行通訊監察之實務與通訊監察法草案》，私立東海大學法律學研究所碩士論文，86年6月，頁190以下。管見以為，立法體例的不同，固然涉及監聽之性質以及其範圍是否及於政治偵防的問題，惟不論如何，關於監聽之法制化的重點，仍在於何種範圍、依何種要件及程序始得容許監聽，始能符合憲法正當之法律程序及比例原則之要求的問題上。由目前「通訊監察法草案」的提出審議，可見政府已採行單獨立法之形式。

（註 四） 參照立法院公報第84卷第5期（上），84年1月18日，頁104以下。

聽之性質，指出目前實務運作之違憲性，並進一步基於憲法精神探索容許監聽之範圍、要件以及程序上應有之保護措施，最後，針對上述通訊監察法草案的爭議問題，提出思考解決方向之淺見，以作為設計監聽法制上之參考（註五）。

貳、監聽之性質與其法制化應有之觀點

一、監聽之意義及種類

關於監聽處分法制化之爭議，其實可由監聽之定義本身之紛歧窺知一二。一般而言，監聽之意義及種類，有下列幾種不同之區分方式：

第一，係依有無合法之授權而區分為：有合法授權之「監聽」、以及無合法授權之「監聽」（註六）。第二，依監聽之客體區分為：有線及無線通訊之監聽、言論及談話之監聽等。第三，依通訊之方式而區分為：電訊截收之監聽、電子監聽以及當事人一方所為之錄音。

第一種之區分方式，因已將監聽是否合法之結論界定出來，無法再逆向解釋而導出監聽之本質，管見以為，監聽行為均是在未得到當事人之同意或在其不知情之情況下獲取其對話內容之作爲，故不論有無合法之授權，對於監聽之本質並不生影響（註七）。換言之，設若監聽行為構成犯罪，則有無合法之授權，僅屬是否得阻卻違法的問題，對於監聽之侵害國民權益之構成要件該當性，並無不同。因此，第一種以有無合法授權之區分方式，不僅是偏向於國家機關的觀點，且對於監聽本質之推究，亦不具實質意義。要之，思考監聽之性質，應著重於監聽之客體所具有之隱私權益的重要程度以及實施監聽所伴隨之權利侵害性如何而定，基於此項觀點，

（註 五） 由於本文乃著重於監聽之法制化問題之檢討，而「違法」監聽取得證據之容許性的問題固與能否有效規範將來監聽之實施息息相關，惟因涉及違法蒐集證據排除法則之範疇，在此暫不予討論。

（註 六） 有論者將英文之 eavesdropping 譯為竊聽；wiretapping 譯為監聽，並不妥適，eavesdropping 之原意係指在屋簷下之偷聽；wiretapping 是指侵入電子迴路截取通話內容而言，故 wiretapping 僅是 eavesdropping 的一種方式，此種分類與有無經合法授權，亦無關聯。參照江舜明，前揭文，見註（2），頁 117。

（註 七） 參照江舜明，前揭文，見註（2），頁 117。

關於監聽之意義及性質，應從上述之第二種及第三種區分方式綜合觀察，較為妥適。

目前，於立法院審議中之「通訊監察法草案」第三條規定所謂「秘密通訊」之種類包括：利用電信設備傳輸或接受訊息之有線及無線電信、郵件、書信，以及言論和談話；而草案第十條第一項則規定執行監察之方法包括截收、監聽、監錄、開拆檢查或其他必要之方法。換言之，通訊監察法草案除了將所謂「通訊」定義為利用電信秘密傳送或接收聲音等信息之有線或無線電信、言論及談話外，更廣義地將郵件以及書信列進通信監察之範圍。

惟本文中所討論之「監聽」，僅專指對當事人間之通話或談話內容，未經其同意而予以截聽或以錄音裝置接收或錄取之行爲，進一步具體言之，作為犯罪偵查手段之監聽行爲，一般可區分為下列三種情形：一是，監聽電話線路，指在當事人使用之電話線路上連接一定之裝置，以截取其通話之內容（wiretapping），同時對於使用無線通訊之通話予以監錄之行爲，亦可視爲此一類型之監聽活動。二是，以監聽器接收談話，例如於室內等一定之場所裝置隱藏式監聽器，接收在場當事人之談話內容（eavesdropping 或俗稱 bugging）。三是，與上述之監聽型態不同，由偵查機關本身或利用線民等暗藏錄音儀器，趁與犯罪嫌疑人或被告交談時予以秘密錄音之方式，稱爲一方當事人秘密錄音，亦是常見之偵查活動（註八）。一方當事人秘密錄音之適法性問題，留待後述，在此，先討論前兩種監聽方式之相關論點。

二、憲法觀點——監聽與秘密通訊之自由及隱私權之保障

監聽之實施，究竟對會話之當事人的何種權益造成何種程度的侵害？此項問題，因監聽具有多種不同之型態，故難以一概而論。惟關於監聽之權利侵害性，一般比較注重的是與憲法第十二條秘密通訊自由之保障的關係，目前審議中之通訊監察法草案亦僅強調秘密通訊自由之保障而已（註九）。

誠然，憲法第十二條規定國民有秘密通訊之自由，通訊之秘密，係屬國民隱私

（註 八） 三井誠，《刑事手續法(1)補訂版》，1995年4月，有斐閣，頁69。

（註 九） 參照通訊監察法草案總說明，立法院公報第84卷第5期（上），84年1月18日，頁148以下。

之重大權益，故憲法明文加以保障，使國民間以書信、電話、電報或利用電訊網路為傳遞、接收通訊之活動，不受開拆、檢閱、監聽或截取等不當的干涉及介入。特別是，從保障言論自由之觀點，秘密通訊是傳達、表現言論及思想之重要管道，故通訊自由之保障，實質上亦可達到確保言論自由之目的。因此，利用電話等通訊設備所為之通話秘密，直接受到憲法第十二條之保護，上述第一種型態之以電訊截取的監聽行為，顯然干涉國民秘密通訊之自由，應無疑義。但是，監聽所涉及之國民憲法上權益保障之問題，並非如此單純。

以第二種型態之電子監聽為例，關於私人間未利用通訊設備傳輸之秘密的言論或談話的監聽或監錄，例如侵入屋內裝置監聽器或於屋外架設高敏度之監聽接收器材，監聽屋內當事人之間談話的行為，雖然與所謂之秘密通訊自由無涉，但是否即表示此種監聽不具權利侵害性？其侵害之程度是否較輕於第一種型態之監聽？

首先，第二種型態之監聽行為，若違反當事人之同意侵入室內裝置監聽器監錄當事人之談話本身，顯然係侵害憲法第十條所保障之住居權，侵入者應負刑法第三〇六條無故侵入住居罪，固無疑義。問題是未涉及侵入住居而於室外監錄室內當事人談話之行為，對於會話當事人之權益有無造成侵害？思考此一問題，由美日兩國實務判例見解之演進，可提供我們比較法上重要之參考。

在日本，早期實務曾有判例認為於房屋外牆壁裝設錄音裝置聽取屋內當事人之談話的行為，「對於該屋內之外觀、音響等之利用、型態並無帶來任何之影響」，故此種監聽行為屬於為達偵查目的之必要範圍內的合法之任意偵查（註一〇）。另一方面，在美國早期之聯邦最高法院亦曾專以有無對當事人之住居造成物理上之侵入的觀點，來判斷偵查機關所為之監聽是否有違反聯邦憲法增訂條款第四條保障國民「不受無正當理由之搜索扣押」的規定（註一一）。

上述美日之早期實務見解，均是以監聽行為之過程中對當事人之住居有無物理上之侵入或阻礙其利用，作為判斷偵查機關之監聽是否合法的基準，至於，對當事人會話之自由或隱私有無造成干涉的問題，並未予以重視。但是，在美國於一九六〇年代後半，聯邦最高法院採用了新的見解認為增訂條款第四條之規定與其說是保

（註一〇） 參照東京高決昭和 28 年 7 月 17 日東京高刑時報 4 卷 1 號 17 頁。

（註一一） *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928) ; *Goldman v. United States*, 316 U.S. 129 (1940) .

護個人對於住居之物理上的支配與利用權，無寧是在保護個人之隱私。一九六七年之葛茲事件判決即是最具代表性之先例（註一二）。在此一案件中，被告葛茲因從洛杉磯利用電話將賭博情報通知至邁阿密及波斯頓等地，而被聯邦地方法院判決有罪（註一三），其所憑之主要證據是，偵查機關在被告所利用之公眾電話亭外秘密裝置監聽器監錄被告之通話內容。對此，聯邦最高法院改變上開之傳統見解，指出憲法增修條款第四條所保障者係「個人正當期待之隱私」，於公眾電話亭中打電話時，期待自己談話之隱私乃當然之理，故違反此種正當之期待而監聽電話亭中會話之行爲，構成侵害憲法上所保障之國民權益。

相對地，現今在日本，關於監聽行爲之權利侵害性，亦由過去舊有之對住居之支配或利用所造成之物理上的侵入，轉而著重於有無侵害個人之隱私或人格權的危險上，故利用第二種型態之監聽作爲偵查手段者，應認爲構成強制偵查，已逐漸成爲共通的見解（註一四）。

由以上之描述可見，在美日由「住居之不可侵」發展至「隱私權之保護」的趨勢，第二種型態之監聽，不管其外觀上有無伴隨著侵入住宅之行爲，對於私人間會話自由之侵害程度絕不亞於第一種型態之監聽。監聽問題所涉及之當事人之真正權益並非僅是住居之物理上的不可侵，而是私人間會話及通話的自由，係屬於隱私權保護之範圍，似已無爭議。

反觀我國，私人間的秘密言論或談話的自由，自亦應屬隱私權乃至於人格權的一環而受到保護，蓋國民私生活上之自由，應免於遭受警察權等國家權力非法或不當之侵害。問題是此之所謂隱私權或人格權之保護，其憲法上之根據何在？管見以爲，雖然我國憲法上並無直接明文規定隱私權之保障條款，但以監聽行爲之型態觀之，採取對電話等通訊進行截收監聽者，自應直接受憲法第十二條秘密通訊自由之規範；而未涉及侵入住居之電子竊錄當事人談話之行爲，則涉及隱私權之侵害，屬於憲法第二二條所謂其他自由權利保護之範疇，至於若有涉及侵入住居而爲之者，

（註一二） Katz v. United states, 389 U.S. 347 (1967) .

（註一三） 在美國利用電話違法交易或爲所謂詐賭行爲，係構成聯邦法上之犯罪， See, 18 U.S.C. § 1084.

（註一四） 參照井上正仁，〈科學搜查の限界——盜聽を中心にして——〉，法學教室第114號，1990年3月，頁19；盛岡地判照昭和63年3月23日判時1269號160頁。

則更與憲法第十條有違。因此，監聽行為除非符合憲法第二三條及第八條之規定，否則憲法第十條、第十二條以及第二二條所保障之國民權益，不得予以侵犯（註一五）。

三、刑事訴訟法之觀點——監聽與對物之強制處分

實施監聽雖然伴隨著對個人隱私乃至於人格權之侵害，惟在符合憲法第二三條之前提下，究非不得作為偵查犯罪之手段，就刑事訴訟法之觀點言之，此種違反個人之同意而造成其憲法上重要權益之侵害或限制的監聽行為，應構成強制處分（註一六），故除非監聽行為係屬於刑訴法上既已明文規定之強制偵查的種類，否則即應先透過立法之管道予以明文規範後，始可實施。因此，在此首先要檢討的是，監聽行為是否屬於現行刑訴法所容許之強制處分的問題。

目前偵查實務訂定所謂的「應行注意要點」及「作業執行要點」作為實施通訊監察之依據，其背後之思考邏輯，即是認為現行刑訴法中關於搜索扣押等之規定可做為監聽之法律依據，故不構成違憲（註一七）。同時，有論者援引美國法之解釋，指出傳統搜索扣押之物理上強制力與以有體物作為對象之觀念應有變更，監聽與搜索扣押在本質上作為類推適用之重要觀點應相一致，而且我國目前實務上之作法已考慮到必要原則及比例原則之適用，故尚無違憲，此種見解亦是出於相同之思考（註一八）。

但是，應留意的是，由於在美國所謂之搜索係包含著相當廣義之概念，故將監聽亦納入搜索之範疇，而依聯邦憲法增修條款第四條予以規範（註一九），就上位概念言，監聽與傳統之搜索雖均具有侵害隱私權之共通性，但並不表示於刑訴法上

（註一五） 監聽之實施除了須符合憲法第二三條本旨外，為何仍須同時受憲法第八條正當法律程序之規範，理由說明於后。

（註一六） 參照拙著，〈偵查之基本原則與任意偵查之界限〉，私立東海大學法學研究第9期，84年9月，頁300以下。

（註一七） 行政院於81年1月30日送請立法院審議之「通訊監察法草案」總說明中，首先指出「目前司法實務上雖依據刑事訴訟法有關搜索、扣押之法理，對於重大犯罪，亦運用通訊監察方法，追尋嫌犯處所及蒐集犯罪證據。但我國刑事訴訟法並無明文規定通訊之監察，其監察要件與實施程序等仍難免爭議」。

（註一八） 江舜明，前揭文，見註（2），頁112。

（註一九） 井上正仁，前揭文，見註（14），頁27。

之監聽即相當於搜索，因為在我國刑訴法上搜索、扣押、勘驗以及鑑定處分等均分別設有其要件程序等之規定，予以嚴格區別，尤其依如下所詳述，在傳統上搜索及扣押之目的物係以管理可能之有體物為限，監聽之性質及權利侵害性顯異於搜索、扣押以及勘驗，故依憲法第二三條之意旨，若認為真有必要將監聽此一強制處分作為偵查手段，仍須於刑訴法或其他實定法中置其根據規定，明確規範其要件、程式等，始可容許。要言之，在此不宜援引美國法之解釋而認為我國監聽與搜索扣押之概念相同，而指摘目前實務之運作尚屬合憲，對於此種作為限制國民重大隱私權益之類推適用，不可不慎。

進一步具體言之，基於下述之理由，管見認為監聽顯與搜索、扣押等處分有別，是我國現行刑訴法所未規定之強制處分（註二〇）：

以偵查犯罪為目的之監聽處分與刑事訴訟法上之搜索、扣押，雖均為蒐集保全犯罪證據之手段，但兩者之間基本上仍有下述諸點差異：其一，監聽之目的在於通話內容之掌握及記錄，屬於一種情報之收集活動，與傳統之搜索扣押係僅就對象物體本身或其形狀所為之保全行為有異；其二，監聽之目的雖在於蒐集犯罪嫌疑人或被告有關之犯罪情報，但與該犯罪無關之第三人之談話極易附隨地成為被監聽之對象，而實施搜索扣押之場所或對象因係有形物體，明確而特定，兩者相較，監聽之範圍可能流於漫無限制而較難以掌控；其三，就處分之強制效果而言，傳統之搜索扣押通常僅是一次之作用，而監聽則往往是長期的、多次反覆的作為，可見監聽處分對國民自由權益之侵害程度較大。其四，就執程序言，依據現行刑訴法之規定，執行搜索扣押時應先出示搜索票以明示處分之對象及範圍，然而監聽行為既係秘密中實施，實際上難以想像得事前對受監聽人提示監聽票。其五，又就訴訟程序上之救濟管道而言，對檢察官或法官關於扣押處分有不服者，得提出準抗告聲請其所屬法院撤銷或變更，但關於監聽處分，當受監聽人知悉被監聽後想要聲明不服時，其受害權益之救濟顯然已緩不濟急，而且實際上關於監聽處分得否提出準抗告，現行刑訴法並無直接明文規定，適用上亦有爭議及困難存在。

再者，或許有謂監聽與搜索、扣押縱有不同，但仍可視為刑訴法上之勘驗處

（註二〇） 另外，目前常被實務引為實施監聽之根據者尚有電信法第七條第二項之規定係專指關於已發生之通訊內容若經司法機關查詢時，免除電信事業人員之守密義務而已，並非積極地容許偵查機關為偵查犯罪得對現進行中之通話予以監聽的法律依據。

分，檢察官或法院認為有調查犯罪情形之必要者，自可依相關之法定程序為之（註二一）。誠然，勘驗係透過五官之作用認知對象之存在或形狀等之處分，以聽覺來聽取電話中之通話的監聽行為，比起搜索扣押，類型上是較接近於勘驗處分。但是，監聽之作用並不僅止於認知聲音，更在於掌握其意義及內容，已超越勘驗係就對象物體之性質或形狀所為之認知的範疇；同時，勘驗與上述所謂搜索扣押之特徵相似，係就特定對象，在有限之時地內實施調查或檢查，與監聽相較，監聽處分之範圍不當擴張而侵害國民權益之危險性顯然較大。再者，我國現行刑訴法關於勘驗處分之要件、程序及救濟管道等之規定並不充分，更難以作為實施監聽之依據，因此，實不宜將監聽視為是現行刑訴法上之勘驗處分的一環。

據上所述，監聽之偵查活動並非現行刑訴法明文允許之強制偵查處分，檢察機關認為因調查犯罪情形蒐集證據之必要而簽發通信監察書給司法警察機關執行監聽，可謂是檢察機關無法律之依據而自行新創的監聽票，顯違我國憲法第八條及第二三條所要求之強制處分法定主義之本旨（註二二）。

四、本文之立場

監聽行為對於國民憲法上所保障之秘密通訊自由或隱私權等重要權益固然會造成重大的侵害，惟基於公共福祉之保護，於不得已時在符合憲法第二三條之比例原則的要求下，自得制定法律對此種自由權益予以限制，容許使用監聽做為偵查犯罪之手段。而現行刑訴法上之搜索、扣押或勘驗並不足以作為實施監聽之法律根據，在無實施監聽之適法依據的情形下，若認為有利用監聽作為偵查犯罪之必要，亦僅能透過立法管道解決。因此，行政院於送請立法院審議之通信監察法草案的總說明中，即指出為確保國家安全，維持社會秩序，自有依憲法第二三條規定之意旨制定法律明文規定通訊之監察，且強調通訊監察應斟酌國家安全、社會秩序與人民秘密通訊自由之均衡維護，以公平適當之方法之，不得逾越所欲達成目的之必要限度，

（註二一） 以日本為例，在其刑訴法並無明文規範監聽行為之情形下，法院係以核發所謂勘驗令狀來規範偵查機關監聽處分之執行，參照甲府地判平成3年9月3日判時1401號127頁。

（註二二） 或許有人認為縱使監聽不同於傳統之搜索、扣押或勘驗，而屬於現行刑訴法所未規定之新型的強制處分，惟只要由檢察官或法院事先核發書狀據以執行，亦無不可，但此種論調顯然無視憲法第二三條規定之意旨，實不可採。

草案第二條直接規定比例原則之精神，其理在此（註二三）。

其實，透過立法制定監聽準則，限制國民憲法權益，除應符合比例原則外，不能忽略的是，做為犯罪偵查之監聽處分，基於下述理由，尚應受到憲法第八條正當法律程序的規範。第一，關於憲法上自由權益之保障，第二三條比例原則之適用，並不排除憲法第八條正當法律程序之規定，兩者之間並無排他性。第二，監聽雖與逮捕拘禁之限制人身自由之處分無關，但仍屬國家實現刑罰權之程序上保全證據之重要方法，其目的亦在於達成法院之「審問處罰」，法院進行審問處罰所憑之證據其取得程序應無瑕疵，故監聽處分之決定及執行程序自應符合公平正義之要求，而受正當法律程序之規範。第三，實施監聽之理由、範圍及必要性等要件固然屬於憲法第二三條比例原則之射程範圍，惟關於核發監聽票之主體、電信機關人員之在場以及事後之告知、權利侵害之救濟等問題，仍應從憲法第八條正當法律程序之概念予以解釋，始能設計出週延而妥適的監聽法制。蔡墩銘教授主張以法律規範監聽之實施應符合重罪原則，必要性原則，相關性原則，書面原則以及一定期間原則（註二四），其中所謂重罪原則，必要性及相關性原則，固然屬於憲法第二三條比例原則之射程，至於採書面及一定期間原則即可認為是憲法第八條正當法律程序之要求內容。

要言之，違反當事人同意而對其秘密之通訊或談話予以監聽之行爲，屬現行法制所未規定之新型的強制處分，若欲採行此項處分作為偵查之手段，則必須符合憲法第二三條及第八條之本旨，立法予以制度化。以下，即參酌立法院審查通訊監察法草案時之爭議，針對上述諸原則之內涵以及監聽之要件及程序等相關問題，略述淺見，以作為修法上之參考。

（註二三） 參照「通訊監察法草案」總說明，立法院公報第84卷第5期（上），84年1月18日，頁148以下。

（註二四） 參照蔡墩銘，〈監聽與強制處分〉，法令月刊第42卷第6期，80年6月，頁5。

參、「通訊監察法草案」之評議

行政院於八十一年一月三十日送請立法院審議之「通信監察法草案」總說明中，首先就制定此項法案之緣由謂：「目前司法實務上雖依據刑事訴訟法有關搜索、扣押之法理，對於重大犯罪，亦運用通訊監察方法，追尋嫌犯處所及蒐集犯罪證據。但我國刑事訴訟法並無明文規定通訊之監察，其監察要件與實施程序等仍難免爭議。故為順應世界各國立法維護人權之趨勢，並落實我憲法均衡保障通訊自由與國家社會法益之意旨」，實有迫切制定完整周詳之通訊監察單行法律之必要。因此，綜合國內外相關理論與實務資料，審慎斟酌國民秘密通訊自由與國家社會暨其他法益間之均衡維護，並針對我國實際需要和現行法律體系，就通訊監察之目的、範圍、要件權責機關、執行方法、監督責任以及監察通訊所得資料之保存、使用與銷燬等事項，擬具通訊監察法草案。本草案共計三一條，茲將其規定之要點臚列如下：

- (一)揭示本法制定之目的，並明定實施通訊監察應適用比例原則，以維護國民通訊權利（第一條、第二條）。
- (二)闡釋通訊受監察人之定義，以界定本法實施通訊監察之範圍（第三條、第四條）。
- (三)明定犯罪偵查防止重大犯罪以及情報蒐集之通訊監察要件、範圍與權責機關（第五條至第七條）。
- (四)規定通訊監察書必要之記載事項、監察期間及延長程序（第八條、第九條）。
- (五)揭示執行通訊監察之方法，受監察人於執行時有容忍之義務（第十條、第十一條）。
- (六)規定通訊監察之執行機關、協助機關及其權利義務（第十二條）。
- (七)為使通訊監察透明化免除國民疑慮，明定執行機關於監察通訊結束時，應即通知受監察人（第十三條）。
- (八)規定執行機關應按月報告、核發人查察之責任及監督執行（第十四條）。
- (九)規定監察通訊所得資料之保存、使用及銷燬程序，以確保國民之隱私權（第十五條、第十六條）。

- (十) 明定非法監察通訊之民刑事責任及國家賠償責任（第十七條至第二十八條）。
- (十一) 規定軍事審判機關於偵查、審判或防止現役軍人犯罪時，準用本法之規定（第二十九條）。
- (十二) 明定本法施行細則之訂定機關及施行日期（第三十條、第三十一條）。

接著即基於上述之觀點，以目前立法院審議中之通信監察法草案的相關規定為素材，分析檢討相關之爭議論點如下：

一、以刑罰設定一般禁止規定之必要

私人間之通信及會話，屬於憲法第十一條秘密通信自由及第二二條隱私權之保障範圍，而侵害秘密通信及隱私權益之行為具不法內涵、罪責性及刑罰之適當性，即應立法以刑罰之手段予以規範，明示禁止監聽行為。尤其是對負有尊重此項基本人權之義務的國家機關，除有阻卻違法之事由外，更應明確以刑罰禁止其監聽行為。問題在於，處罰非法監聽之刑度輕重、以及在立法技術上此種一般禁止規定，究應規定於刑法或通信監察法之特別法的爭議。

通訊監察法草案第二二條規定違法監察他人秘密通訊者，處二年以下有期徒刑，執行通訊監察職權之公務員假借職務上之權力、機會或方法犯違法監察者，則處三年以下有期徒刑（第二三條）（註二五），在立法院一讀審查會中，有不少委員主張應提高非法監聽之處罰刑度（註二六），此項主張就強化保護國民通信秘密及隱私權益而言故有其一面之理，惟關於非法監聽行為之處罰刑度的設定問題，應具體審視保護法益之性質，並注意維持刑罰體系整體之均衡及整合性。參酌現行刑法中侵入住居、妨害業務秘密以及郵政法上之相關規定的刑責，同樣具有侵入私人隱私領域之監聽行為所具之不法內涵、惡害程度，與上述犯罪行為並無顯然之差異，因此通信監察法草案中之處罰非法監聽行為的刑度似已足夠。

另外，就體例而言，非法監聽行為之處罰，仍以統一規定於刑法妨害秘密罪章中較為妥適（註二七）。

（註二五） 另對於無故洩露職務或業務上所知悉之通信監察資料者（草案第二五條、第二六條），亦設有刑責之規定，以保障被監聽對象之隱私秘密。

（註二六） 參照立法院公報第84卷第5期（上），84年1月18日，頁159。

（註二七） 早於民國六五年草擬之刑法修正草案第三一五條之一規定，無故竊聽他人非公開之言論或談話，或利用工具監聽者，處一年以下有期徒刑，此項規定已經立法院

二、監聽之對象

1、口頭之會話是否亦得列入監聽對象

當事人之間未透過電話等通訊設備所為之口頭會話，例如在室內中之交談，是否亦得作為監聽之對象？亦是此次立法準備過程中有過爭議的問題。

持否定見解者認為，對於住居內之口頭對話的監聽，權利侵害性高，隔牆有耳，人人自危，故就立法政策言，不宜將口頭會話亦列入得實施監聽之範圍（註二八）。然而，通訊監察法草案第六條規定，不僅是依電訊之通話，口頭之言論及談話亦得作為監聽之對象。管見以為，不論是對於通訊線路或是室內對話之監聽，均涉及隱私權益的侵害，本質上並無差異，惟電話監聽所涉及之隱私權益的侵害，僅以通話之時段中以及通話中之內容為限，相對的，對於室內會話之監聽，甚至與案情無關之日常生活隱私的對話均可能成為監聽的對象，故監聽的範圍比電話監聽更難以特定，其潛在之隱私權益的侵害性較高，若又有侵入居室內裝設監聽設備的行為，則更涉及住居安全的侵害，為不爭之事實，因此縱使有對室內之口頭對話實施監聽之必要，其要件及程序之規定應比對於通訊線路之監聽要來得嚴謹且慎重，例如限定對象犯罪之範圍、要求更高之相關性原則及必要性原則、限定監聽期間以及事後無關案情之監聽內容的除去等等（註二九），以防止濫用。

2、對象犯罪之範圍

在思考尊重國民隱私權之保障與追訴犯罪之利益間如何取得均衡的問題上，首先必須面臨的困難，即是如何決定得實施監聽之案件的範圍。

考慮對於何種犯罪得施以監聽作為偵查手段之問題，基本上是屬於利益權衡的

一讀修正提高刑罰為三年以下，現於二讀審議中，從而，通訊監察法草案第二二條本身，似已無另行制定之必要。至於，公務員非法監聽之行為，依刑法第一三四條不純正瀆職罪之規定加重處罰即為已足。

（註二八） 參照邱聰智、王澤鑑等之見解，法務部，《通訊監察法草案研究制度資料彙編》，民國81年10月，頁72以下。

（註二九） 以德國為例，實務及多數之學說見解認為刑事訴訟法上所容許之口頭會話之監聽並不及於室內之會話，惟近來亦有提案試圖修法容許監聽居室內之會話的動向。引自井上正仁，〈搜查手段としての通信。會話の傍受(4)〉，ジュリスト1109號，1997年4月，頁91。另外，我國刑法草案第三一五條之一亦已設有非法監聽口頭談話之處罰規定，亦預設有依法監聽口頭會話之餘地。

問題。既然監聽係嚴重侵害憲法隱私權之處分，則實施監聽所獲得之利益即應大於被侵害之國民的隱私權益，方符合比例原則之要求，因此僅在具有保全重大犯罪證據之必要時，於利益權衡上，始有容許實施監聽之餘地，採所謂之「重罪原則」限定實施監聽之案件範圍係符合憲法第二三條比例原則之要求，並無疑義，問題在於立法技術上如何明確界定重罪之範圍。

依司法院所擬之刑訴法草案第一三五條之一得實施監聽之案件以最輕本刑三年以上有期徒刑之罪為限，而目前審議中之通訊監察法草案第五條則規定最輕本刑五年以上之罪以及同時列舉未達五年以上之其他犯罪類型，作為得實施監聽之對象案件，可見何謂得實施監聽之重大犯罪，認知上仍有差距存在（註三〇）。

再者，光以重罪原則思考監聽案件之範圍似仍有思維上之缺陷，蓋即便是屬於重大之犯罪案件但根本沒有使用監聽之必要者有之，或縱使利用監聽亦不具偵查之效果者亦有之；相反的，屬於組織犯罪中常發生之恐嚇案件雖屬輕微，但實施監聽極具效果，卻有被排除於得監聽的案件範圍外之虞。因此，思考哪些犯罪應列入得實施監聽之範圍，依比例原則之要求，固然應具有比保護憲法隱私權益更重要之偵查或追訴犯罪之重要利益存在，重視犯罪之重大性，惟就符合刑事政策之目的觀點言之，對於此類犯罪有無實施監聽之必要、是否具有效果等問題，亦應一併注意，亦即，於重罪原則外，應兼採合目的性原則。

具體言之，雖屬於最輕本刑五年以上有期徒刑之罪，但基本上並無實施監聽必要之案件，例如構成強姦罪、傷害致死或遺棄致死之案件，一般而言其犯罪行為或過程會涉及使用通訊之情形，殊難想像，應自始排除於得實施監聽之範圍，故得實施監聽之案件範圍，除了應屬於重大之犯罪外，於實際上此類重罪之犯案過程中，以通訊常被利用為犯罪連絡之手段者為限，始得對之進行監聽。要言之，關於得實施監聽之案件範圍，除了利益權衡之思考外，亦應同時兼顧監聽補充性原則之思考，採用列舉重罪之方式，具體限定得實施監聽之重大犯罪，而非專以法定刑期為斷。

（註三〇） 在刑訴法上關於輕微或重大犯罪之界定，有採法定刑度，亦有採法定刑度及罪名併列者，例如關於拘提、羈押之要件中之重罪採法定刑，第三一條之強制辯護案件採法定刑，並兼採內亂罪等之高等法院管轄之第一審案件；至於刑訴法第三七六輕微案件之範圍則採法定刑與列舉罪名之二元制，要言之，所謂之輕罪或重罪，除依犯罪之性質外，端視其法定之刑期如何而定。

以美國為例，聯邦議會於立法容許監聽作為犯罪偵查之手段時，採取以特定之犯罪為限，諸如內亂罪、通敵罪、綁架或暗殺總統、殺人、強盜、擄人勒贖、賄賂罪、偽造貨幣、有價證券罪及製造販賣運輸違禁藥物等特定之重大犯罪，之後雖歷經數次之修正，逐漸擴大得適用監聽之犯罪案件的範圍，惟仍採取以法律事先所特別列舉之犯罪為限始得進行監聽之原則，值得參考（註三一）。反觀我國通訊監察法草案中以法定刑之重大犯罪，同時列舉多數個別之犯罪，其涵括之範圍顯然已失之過寬。

三、得否容許「預防性之監聽」

通訊監察法草案第六條規定，為預防重大犯罪之發生，以維護國家安全與社會秩序，對於已有跡象顯示有發生重大犯罪之虞，其危害國家安全或社會秩序情節重大，並有通信監察之必要者，亦得依法實施通訊監察。

本條規定屬「預防性之監聽」，與草案第五條作為偵查犯罪手段之監聽不同的是，實施預防性監聽之範圍，以最輕本刑五年以上有期徒刑之罪以及列舉之特定犯罪為限，範圍較第五條狹小，且將言論及談話排除於預防性監聽之範圍，同時明定核發此種通訊監察書之權限僅以檢察總長及檢察長為限，審判中亦無預防性監聽之餘地。

就目的層面以觀，對於過去已經發生之犯罪實施監聽，所得之內容多半僅能用於間接事實之證明或是用來發現有無他人涉及湮滅罪證或贓物罪嫌，相對地，對於即將發生之未來的犯罪進行監聽，監聽所得之內容則往往可直接用於犯罪事實之證明，或進行現行犯逮捕，因此，就防衛社會之立場言，對於將來有犯罪之虞的案件若能實施監聽，其效果顯然要比對已發生之犯罪實施監聽的效益大得多。然而，在學理上，關於所謂預防性監聽之實施，仍有諸多之疑義。

是否容許所謂預防性監聽，應從第一，對於將來之犯罪可否進行偵查？以及第二，若可，則能否依強制處分之方式進行監聽？等兩方面予以檢討。

（註三一） 引自井上正仁，〈搜查手段としての通信・會話の傍受（5）〉，ジュリスト 1111 號，1997 年 5 月，頁 207 以下。另外，德國之亦採列舉之特定重大犯罪的立法方式，得實施監聽之對象，以涉及國家安全之犯罪、殺人、強盜、恐嚇取財、人身自由之犯罪、公共危險罪、偽造貨幣有價證券、組織性地藥物犯罪等重大犯罪為限。

首先，關於將來犯罪之情報蒐集係屬於以防止犯罪為目的之行政、保安警察之作用；而偵查則屬以追訴處罰犯罪為目的之司法、刑事警察之作用，係以已發生之犯罪（包括犯罪進行中或過去之犯罪）為前提，對於將來犯罪之情報蒐集及預防，難謂偵查，預防性之行政警察與司法警察之作用，不僅目的不同，規範兩者行使之權限、法律效果等亦有差異。同時，現行刑訴法之偵查係公訴之準備活動，既然公訴係為實現國家刑罰權之訴訟行為，則犯罪若未成立，刑罰權根本無由發生，即不生公訴權之問題，公訴權不存在，則偵查權亦無從憑附。將預防性之行政警察活動，任意導進司法警察作用之領域，將造成權力濫用之危險。再者，對於將來可能發生之犯罪予以預防性監聽，其範圍不易特定，況且是否具有實施預防性監聽之相當理由，認定困難，事前之審查及判斷不易，故對於將來之犯罪要施以監聽之強制處分，其法定程序之設定亦頗有問題（註三二）。

尤其，我國目前審議中之通訊監察法草案第六條中，何謂有事實足認有犯罪之虞，危害國家安全或社會秩序情節重大？其要件不僅不明確，且以將來可能犯罪為由進行監聽，與現行刑訴法中所謂之偵查係以過去已發生之犯罪為對象，由偵查機關依法定程序實施之體例，已有逾越；更何況在無任何侵害法益之犯罪發生前，即以監聽限制國民之隱私權益，是否符合憲法第二三條比例原則之要求，不無疑義。再者，限定由具有強烈行政官色彩之檢察總長或檢察長核發此種預防性監聽之令狀，亦不免令人擔心政治勢力等外力介入以預防性監聽達到整肅異己之目的，不可不慎。要言之，管見以為草案第六條預防性監聽之規定應予刪除。

附帶說明的是，排除預防性之監聽，並非表示對於設有處罰規定之重大犯罪的預備犯，對之亦不得實施監聽。既然已有事實足認犯罪嫌疑人有觸犯刑罰法律上預備犯之犯罪行為者，自得依草案第五條之規定實施監聽。惟預備犯之犯罪事實認定不易，適用上宜以具客觀事實證明有共犯存在，且利用通訊相互連絡預備實施犯罪之情形者為限，始能依草案第五條之規定實施監聽，以期慎重（註三三）。

另外，針對過去已發生之犯罪，於依法執行監聽之過程中獲得當事人計劃另犯他罪或即將犯罪之情報，監聽已發生之犯罪所得之資料應可做為證明新犯罪事實之

（註三二） 川崎英明，〈盜聽立法の憲法の問題點〉，法律時報 65 卷 4 號，1997 年，頁 47。

（註三三） 參考日本組織犯罪對抗法草案之規定，參照黃朝義，月旦法學雜誌第 30 期，民國 86 年 11 月，頁 94 以下。

證據使用。但自始即以監聽並不具有合法監聽要件之他案或即將發生之犯罪為目的，而以具有監聽要件之本案進行監聽之行爲，亦即所謂之「他案監聽」，屬於規避司法審查之違法監聽，自應禁止。

四、監聽之相關性原則與補充性原則

當然，為避免與犯罪無關之人或物，成為偵查之對象，造成權益之侵害，刑訴法上設有相關性原則之規定，例如，刑訴法第一二二條第二項即規定關於被告以外第三人之身體、物件或處所，以有相當理由可信為有被告或應扣押之物存在為限，始得搜索，即在明確搜索之範圍，避免無關第三人之住居或隱私遭受偵查機關不當之侵害。相對的，與搜索現存特定之有體物相較，監聽處分係對於尚未存在之對話，預測其將可能發生而予以監聽，尤其監聽電話之線路除了是供被告使用之外，無關第三人使用之可能性更高，由於實施監聽比傳統之搜索扣押更具有不當擴大侵害國民秘密通訊及隱私權之嚴重性，因此，為避免造成監聽範圍之浮濫，於實施監聽處分時，更應強調相關性原則之重要性。

換言之，關於實施監聽之相關性原則之判斷，應比刑訴法上搜索扣押之要件更為嚴格，且應由偵查機關指出具有高度之蓋然性。而監聽之對象原則上應以過去之犯罪，且具有充足之犯罪嫌疑者為限，自不待言，特別是因為聲請監聽時，監聽之客體（通訊或對話）尚未存在，通話之線路是否會被使用來傳輸與犯罪有關之訊息，事前實難以掌握，因此偵查機關聲請監聽自然應對監聽之對象地點線路予以特定，並指出涉及與犯罪有關之談話內容出現在預定監聽之線路或地點的蓋然性很高，亦即「有相當理由可信其與本案有關者」，始可予以監聽，以排除一般通話之監聽避免對不相關人之秘密通訊自由造成侵害。司法院所擬之刑訴法修正草案第一三五條之一規定「有相當理由可信其與本案有關者為限」，始可予以監聽，但「通訊監察法草案」卻漏未規定此一相關性之要件，顯屬不足之處，應將此一相關性原則之規定明訂於草案第五條內，以資規範。

同時，為落實此項監聽之要件，偵查機關於聲請監聽時，應提出相當確實之資料說明即將監聽之線路或對象可截收到與犯罪具有關聯性之對話，例如，必須釋明特定之犯罪已經發生或正繼續進行中，而欲實施監聽之場所或設備正是供犯人進行犯罪之用者；相對地核發通訊監察書之主體則應審慎確認偵查機關之聲請是否具有合理之根據，始符合監聽之要件。

另一方面，關於監聽之要件，依刑訴法修正草案第一三五條之以及通訊監察法草案第五條第一項之規定，除了有事實足認被告有一定之犯罪嫌疑外，並以「危害國家安全或社會秩序情節重大，而有監察通訊之必要者」為限，始得核發通訊監察書。此之所謂「監察通訊之必要」應指狹義之必要性原則，亦即補充性原則而言。

蓋監聽雖屬有效之偵查犯罪手段，但因監聽影響國民通訊自由及隱私權益甚鉅，其濫用之危險性高，故非不得已應避免使用監聽作為偵查犯罪之手段。換言之，依其他通常之偵查手段已無法達成偵查目的，或具有合理之理由相信縱使採用通常之偵查手段將無法達成目的，或使用通常之偵查手段顯將造成偵查之障礙者為限，始得容許以通訊監察作為偵查之手段，因此，為了彰顯監聽之最後手段性，應進一步於法案中明確規定「非予以通訊監察，顯難以特定犯人及其犯罪行為之內容者」，始得核發通訊監察書。

五、程序上之保護措施

1、聲請監聽之機關、核發主體及執行機關

立法院一讀審議過程中另一個重要的爭議課題是，偵查中監聽票之核發權限者的歸屬問題。草案第五條第二項規定通訊監察書於「偵查中由檢察總長、檢察長或其授權之檢察官依司法警察機關聲請或依職權核發，審判中由審判長依職權核發」，亦即將偵查中監聽處分之決定權賦予檢察機關。然而，委員會之審查意見認為，為期人民秘密通訊自由之充分保障宜慎重行之起見，故將「其授權之檢察官」修正為「其授權之主任檢察官」，惟仍有不少委員主張，其一，將核發權限集中於檢察總長、檢察長身上，極易受外來政治力之介入，非常危險，而若由各個檢察官核發則有能力不足而導致濫權之虞，故為求嚴謹，偵查中監聽處分應由法官決定（註三四）。

其實，長久以來學理上有力的見解即認為，於憲法保障人民秘密通訊自由以及檢察官訴訟當事人地位之前提下，為恐檢察官偏重偵查之效率，恣意監聽而有礙人民之權益起見監聽處分之決定應由法官為之，較為妥適客觀（註三五）。觀察草案

（註三四） 參照謝啓大、許添財、嚴啓昌、張俊雄等之發言，立法院公報第84卷第5期，頁152--156。

（註三五） 參照陳志龍，〈秘密通訊自由之保障及郵件扣押合法性之商榷〉，刑事法雜誌第22卷第3期，頁36。

第五條第二項規定偵查中監察書由檢察機關核發之理由說明略以，「偵查犯罪提起公訴、實行公訴為檢察官之職權，且犯罪嫌疑之通訊監察與搜索、扣押同為蒐集犯罪證據之重要方法，自應依刑事訴訟法規定由協助檢察官偵查犯罪或受其指揮命令之司法警察機關提出聲請」。然而，如同前述，監聽處分與現行刑訴法上之搜索扣押雖均為蒐集證據之重要方法，但彼此之性質及所具有之權利侵害的程度顯有差異，不能認為檢察官有搜索扣押之決定權即與檢察機關亦得逕行決定監聽處分劃上等號。再者，八十四年釋字第三九二號解釋理由書中曾論及羈押處分對於國民人身自由侵害的嚴重性及其最後手段性，且強調法院與檢察官性質之差異，認為法院之行使職權係被動的、不告不理及獨立性；相對的，檢察官則係主動積極的、檢察一體之上命下從的特徵，故涉及國民人身自由之重大權益的羈押處分應由法官為之。監聽處分雖不直接涉及人身自由之剝奪，但其權利侵害性及作為偵查之最後手段性的要求，實不亞於羈押處分，從而，監聽處分決定權應由強調獨立公正、消極背動之法官依正當之法律程序為司法審查後決定是否核發，較能符合憲法保障秘密通訊及隱私權之本旨。

而在由法院決定有無監聽要件之架構下，應由何種偵查機關向法院提出聲請的問題，亦值得檢討。監聽處分之決定及執行既然應慎重行之，則關於通訊監察書之請求自應以嚴謹且負有責任之形式為之，乃屬當然。以美國為例，聯邦法上，監聽票之聲請應先獲得聯邦檢察總長等人之承認；而在各州，則應經由州檢察長或下屬機關之檢察長之承認，始得向法院提出聲請核發監聽票（註三六），其用意即是將聲請權限定於對案件之偵查追訴負有責任之官職者。相對的，在我國依現行刑訴法之規定，檢察官係偵查之主導機關，司法警察人員僅定位為其輔助機關而已，故為求慎重，落實檢察官指揮下執行監聽之實施，警察機關或調查局於向法院聲請通訊監察書時，應先獲得檢察官之承認始得為之。

至於，監聽之執行機關的問題，法務部調查局與內政部警政署之間曾有所謂採行「單軌制」或「雙軌制」之爭議，似乎已流於本位的「權力」之爭，而非從慎重監聽之立場出發。其實，由何種司法警察機關執行監聽並不是吾人關心之焦點，問題的核心主要在於審核監聽之要件應嚴格把關，以及對於執行過程之監督、事後報告和違法監聽之制裁上。今後，在透過檢察官向法院聲請，以及檢察官的指揮執行

（註三六） 18 USC § 2516(1)。

下，如何使司法警察機關監聽之執行能透明、慎重而合法的運作，才是關鍵所在。

2、告知及聽聞之程序

再者，「告知與聽聞」係憲法第八條第二項保障正當法律程序的重要內容之一，旨在賦予被告有行使防禦之機會，係防禦權之最基本的內容，刑訴法第八九條及第一〇二條等之規定即符合是項旨趣，而此一精神亦呈現於刑訴法上搜索、扣押之程序上，例如，偵查機關執行搜索或扣押時，原則上應以搜索票為之，且將其出示予被搜索或扣押之住居人等（第一四五條），執行搜索扣押時，應有住居人等之在場，以確認有無逾越搜索票所記載應搜索之範圍或其他不當之情事發生（第一四八條），並據以對違法或不當之搜索扣押，事後聲明不服請求救濟（第四一六條），均屬符合「告知與聽聞」之具體規定。

然而，監聽之實施係在秘密的情形下進行保全證據的處分，故殊難想像於實施監聽前先出示通訊監察書予被監聽人或要求利害關係人之在場。於此種監聽之特有性質下，就隱私權益受侵害之被監聽者而言，因何種犯罪嫌疑而受監聽？那些隱私之對話已受監聽？根本無從知悉，更遑論於事後聲請不服請求救濟。因此，基於監聽之此一特性，雖無法於事前告知賦予其防禦之機會，最起碼應於實施監聽後，立即告知其已受監聽之事實、期間以及被監聽之理由等相關事項，賦予其事後聲明不服請求救濟之管道，並藉以制衡偵查機關之違法監聽。草案第十三條基於使通訊監察透明化，免除國民之疑慮，明文規定「執行機關於監察通訊結束時，應即報請通訊監察書核發人許可後，通知受監察人。但有妨害監察目的之虞或不能通知者，不在此限。」其意旨雖在於符合告知及聽聞之正當法律程序，保障受監聽人之權益，惟但書之規定，何謂有妨害監察之目的，過於抽象，將來運作上難免有被擴張解釋之虞，既然實際上已實施監聽，則所謂「不能通知者」之情形所指為何？殊難想像，為避免今後實務之運作由例外變成原則，致使事後告知之規定流於形式，妨害被監聽人請求救濟之權益，此一但書規定應予刪除。

3、其他

首先，關於監聽之實施，為避免不當之長期監聽，應以法律明文限定最長期限，亦即，採所謂之一定期間原則（註三七），並無爭議，問題在於如何設定所謂

（註三七） 參照蔡墩銘，前揭文，頁5。

之最長期間。草案第九條參酌美國聯邦法典第一一九章第二五一八條，酌定一般犯罪之實施監聽期間每次不得逾三十日，應屬妥當之立法。惟三十日乃最長期間之規定，在此一期限內，負責審核之法官視個案之具體情況及監聽之必要性等，仍可依職權縮短監聽期間為十日或二十日，以避免不必要之長期監聽。

同時，草案同條文中亦設有延長監聽之規定謂「其有繼續監聽之必要者，得於期間屆滿前，依原定程序延長之。」惟並未限定延長監聽之次數，管見認為，若經過長達三十日之監聽期間仍無法察得被告使用該通話傳輸犯罪之相關資訊者，其實應已無繼續監聽之必要，考慮監聽所具有之權利侵害性，若例外的具有繼續監聽之必要，亦應明確限定延長監聽之次數以一次為限。至於，所謂「有繼續監聽之必要者」，應指於原監聽期間內以察得相關之跡證或線索，足以認定被告將繼續使用原監聽之線路作為相關犯罪之用，而有監聽之必要者而言。相反的，若於長達三十日之原監聽期間內並未察得被告使用通話傳輸犯罪之相關資訊者，實難想像偵查機關如何提出事證來釋明有繼續監聽之相關性及必要性等要件存在。而所謂「依原定程序延長之」，係指重新聲請而依草案第五條等之規定審核者而言。

再者，長達一定期間之監聽結果，各式各樣的對話內容均可能被截收，為避免與犯罪不具關聯性之對話內容被輾轉利用於其他目的，以及防止個人秘密不當被洩漏之危險，對於通訊監察所得資料之保存、使用及銷燬程序，自應詳細規定，我國通訊監察法草案第一五條及一六條對此一問題設有防制之規定，值得肯定。

六、是否應允許「緊急監聽」

就刑訴法部分修正條文草案第一三五條之一與通訊監聽法草案中關於監聽之要件相較，另存在有一項重要之差異，即是刑訴法草案上設有緊急監聽之規定，而通訊監察法草案則無。偵查機關遇有緊急情況，得否事先未經法院之核准逕行實施監聽，事後再立即陳報法院？關於此一問題，就結論言，應採行通訊監察法草案之立場，亦即，不承認偵查機關有所謂之緊急監聽權。

雖然現行刑訴法第八八條之一設有緊急拘提、第一三一條第一項第三款設有緊急搜索之規定，但並不必然的關於監聽亦可比照援引解釋為得緊急為之。因為，緊急拘提係犯罪嫌疑人之犯罪嫌疑重大而有具體事證認有逃亡之虞，情況急迫來不及事先請發拘票，故允許先行緊急拘提；而緊急搜索，則為有事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者，始得進入住宅或其他處所逕行搜索。可見緊急拘提之要件是特定

之犯罪嫌疑人有逃亡之虞，而緊急搜索則是，有事實確信在特定處所內犯罪正實施中，兩者均是具有具體現存之對象或事物，且情況急迫來不及先經司法審查而有逕行拘提或搜索之必要，故例外地承認事前無須令狀，較無權力濫用的可能。相對地，監聽之對象係將來可能發生之不特定的對話，所謂情況急迫而有監聽之必要，殊難想像，而一旦例外地容許緊急監聽，則擴張解釋之餘，難保不會有多數之案件均有所謂緊急監聽之必要，而逃避事前之司法審查，變相造成監聽之濫用，此將與對監聽處分設定事前之書面許可原則大相逕庭，故不足取。

七、同意監聽及當事人之錄音

與監聽有關，可是一般卻較受忽視的問題是，(1) 經由會話當事人一方的同意由第三人進行監聽的行為（稱為「同意監聽」），例如，偵辦恐嚇取財案件之警察人員經由被害人之同意，在其家中監聽嫌犯之來電並偵測其發信來源之手法；以及(2) 會話之一方當事人擅自秘密的將會話予以錄音（稱為「當事人錄音」），例如，偽裝購買毒品之警察將其與毒販之間的對話秘密錄音之行為、或執行搜索扣押時，秘密將被告有關案情之談話予以錄音之情形等。關於上述兩種情形，目前審議中的通信監察法草案第二七條第三款規定：「監察者為通訊之一方或已得通訊之一方事先同意，而非出於不法之目的者」，得阻卻違法，其理由略以「監察者如為通訊之一方或已得通訊一方之同意，且無不法目的者，其監察行為亦應阻卻違法，以尊重當事人意願」。

誠然，在學理上，不乏論者認為會話內容既已傳達於對方，則藉由對方之記憶或筆記，該對話之內容自有洩露出去的可能，故已失去其秘密性，甚至可謂同意監聽或當事人錄音之情形下，其談話內容之秘密性已經其中一方放棄，故此種錄音或監聽之適法性並無問題（註三八）。但是，當事人雙方會話時對話內容秘密之放棄，通常以對話當場之對方為限，一般而言並不希望該對會話內容洩露於其他人，甚至被當成不利於自己之證據使用；縱使會話內容可能透過對方當事人之記憶等洩露出去而失去其秘密性，但此亦僅以記憶範圍內之事項為限，並未達容忍其談話之內容被錄音或監聽之程度，更何況是透過錄音而有秘密外洩之虞。換言之，因對方

（註三八）參照平野龍一，〈刑事訴訟法〉，1958年，頁116；田正恆，〈監聽之合法性及證據能力〉，法令月刊第38卷第1期，1987年1月，頁18。

之記憶導致該會話之內容事後洩露，亦僅是會話內容之秘密性的問題而已，關鍵則是在於被錄音或監聽時，其會話之自由或隱私權本身已遭受侵害。職是之故，同意監聽或當事人之錄音並非全然屬於任意偵查而具有適法性，仍應就其目的、方式及利益權衡之觀點，綜合考量其適法性之問題（註三九）。

在此一解釋下，上述之同意監聽或追蹤探測發信源之行爲，例如偵辦恐嚇取財案件之警察人員經被害人同意，在其家中監聽嫌犯之來電並偵測其發信來源之手法，因嫌犯對其恐嚇內容顯然缺乏隱私期待，且基於偵查之必要性及緊急性，應屬於合法之任意偵查。至於，當事人錄音之適法性問題，除非具有監聽或秘密錄音之正當理由（例如具有相當之犯罪嫌疑），且就被錄音之對方而言，其會話是在不甚期待，甚至是放棄其隱私權之情況下所爲，例如，犯罪嫌疑人明知交談之對象是警察人員，且警察人員未使用不當手段強迫犯罪嫌疑人談話，而有秘密錄音之必要者，例外的可承認爲合法，否則仍應事先依法取得監聽票後，始得進行此種一方當事人之秘密錄音（註四〇）。

肆、結語

監聽雖爲一有效之偵查手段，但與傳統之搜索等偵查處分相較，其侵害國民之隱私權益更鉅，且並非現行刑訴法所明文允許之強制處分的範圍，故現行檢察實務認有調查犯罪情形，蒐集證據之必要而簽發通信監察書，交予司法警察機關執行監聽之運作，可謂是無法律之明文依據而自行創設的強制處分，顯然違背憲法第二三條之法律保留以及第八條保障正當法律程序之本旨。

本文即基於此一立場，從監聽之本質出發，分析其與傳統之搜索等對物強制處分不同的地方，藉以確立監聽法制化應有之原則，例如，關於對象犯罪之範圍應採列舉之重罪原則、監聽要件應符合必要性及相關性原則、以及決定監聽之主體及其

（註三九） 參照椎橋隆幸，〈搜查の科學化〉，ジュリスト 852 號，1986 年，頁 87。

（註四〇） 參照白取祐司，〈科學搜查と人權〉，《刑事訴訟法の争点（新版）》，1991 年，頁 80；三井誠，〈搜索・差押え・檢證に関する諸問題（3）〉，法學教室第 138 號，1992 年 3 月，頁 37 以下。

執行應符合正當法律程序等，期能提供立法上之參考。惟透過一次的立法，可能並不能立即全盤解決所有監聽之問題，例如，得實施監聽案件之範圍，應依當時社會秩序之情況以及有無實施監聽之必要性，隨時進行檢討，同時為因應日新月異之通訊技術的發展與更新，新型的通訊有無列入監察之範圍等問題，亦值得我們繼續觀察。當然，最重要的是，執行監聽之偵查人員的心態，才是使監聽妥適運作的關鍵所在，應建立監聽之最後手段性之認識，儘量避免使用監聽作為偵查手段。

最後，撰寫至此，吾人不禁感嘆且難以想像為何在這一個國度內我們竟能容認此一違憲之監聽狀態的長期存在！這實在是搖喊建立法治國之口號下的一大諷刺；而短期內難以就監聽之法制化達成共識，並不能做為立法怠慢的合理化理由，亦不得成為實務繼續濫行監聽之藉口。在未正式立法通過之前，吾人嚴正要求偵查實務停止目前非法監聽運作（註四一），畢竟監聽僅是眾多偵查手段之一，且應是最後不得已之偵查手段，失去監聽並不致使現行之偵查活動停擺，也期盼實務上法院能積極排除偵查機關因實施非法監聽所得之證據，如其排除之理由涉及監聽之違憲爭議，自可依大法官會議第三七一號解釋，先行裁定停止訴訟程序而提出釋憲之聲請，由大法官會議作成符合憲法精神之解釋，促使加速立法之腳步，以期使國民能從生活遭受監控的恐懼卻無從救濟之困境中早日解脫。

（註四一） 至於，所謂以「同意監聽」之方式追蹤探測發信源之行爲，例如擄人勒贖案件偵測嫌犯來電勒贖之監聽，因嫌犯對其恐嚇內容顯然缺乏隱私期待，且基於偵查之必要性及緊急性，應可認為屬於具適法性之任意偵查，自可為之。