

# 第陸章 結論

(表 5-6)

## 第一節 研究發現

### 一、通訊監察之基本概念：

- (一) 通訊監察之定性
- (二) 通訊監察之合憲性要件
- (三) 在「法律保留原則」上之合憲性檢驗
- (四) 在「法官保留原則」方面之合憲性檢驗
- (五) 在「正當法律程序原則」之合憲性檢驗
- (六) 在「比例原則」之合憲性檢驗

### 二、違法證據排除：

- (一) 我國學說對證據排除之見解
- (二) 我國實務對證據排除之見解

### 三、比較法之結論：

- (一) 「證據排除法則」部分
- (二) 「違法通訊監察之證據能力」部分

### 四、違法通訊監察之類型化審查：

- (一) 「違反法定發動程序（違反基本原則）之通訊監察」《類型一》～《類型九》之證據能力
- (二) 「違反法定執行程序之通訊監察」《類型十》～《類型十三》之證據能力
- (三) 「其它通訊監察之爭議類型」《類型十四》～《類型廿》之證據能力
- (四) 「通訊監察實務上之其他重要案例類型」《類型廿一》～《類型廿八》之證據能力
- (五) 「他案（另案）通訊監察」、「附帶（偶然）通訊監察」是否區分為兩種獨立類型
- (六) 「他案（另案）通訊監察」《類型廿九》之證據能力為何
- (七) 「附帶（偶然）通訊監察」《類型卅》之證據能力為何

### 五、關於 2014 年修訂《通訊保障及監察法》（違法證據排除部分）

- (一) 肯定其修法之部分
- (二) 部分肯定其修法之立意但仍有不盡完美之處
- (三) 為因應「他案（另案）通訊監察」及「附帶（偶然）通訊監察」所增訂之第 18 條之 1

1、【爭議一】：即使「一人一票一監聽」原則，但審核標準不一

2、【爭議二】：其它案件內容如何判斷是否為「重罪」或「有關聯之輕罪」（第 18 條之 1 第 1 項但書）

- 3、【爭議三】：未陳報或未經法院認可的法律效果為何（第18條之1第1項但書）
- 4、【爭議四】：本法之7日應從何時起算？細則第16條之1是否會形成規避法官審查之漏洞？陳報法院之認定時限恐執行困難（第18條之1第1項但書）
- 5、【爭議五】：何謂「與『監察目的』無關之內容與證據」（第18條之1第2項）
- 6、【爭議六】：違法通信監察證據排除之射程範圍（第18條之1第3項）
- 7、【爭議七】：新法限制公務員職權告發，恐將造成「不利治安維護」與「偵查人員義務衝突」（第18條之1第1、2項）
- 8、【爭議八】：違法通訊監察證據排除之規定將與第10條國安通訊監察之規定相扞格（第18條之1第1、2項）
- 9、【爭議九】：「即時銷燬」之規定可能危害重大公益與抵觸《刑事訴訟法》揭示之相關原則（第18條之1第2、3項）
- 10、【爭議十】：何謂「不得採為證據或其他用途」（第18條之1第2、3項）

## 第二節 建議

### 一、應然面—法制修正

- (一) 第5條規定（一人一票一監聽）
- (二) 第11條之1規定（通聯資訊）
  - 1、在「實體門檻」部分
  - 2、在「程序管控」部分
- (三) 第18條之1規定
  - 1、第18條之1第1項
  - 2、第18條之1第2項
- (四) 第27條第3項規定（刑事責任）
  - 1、刑事責任應有免責事由
  - 2、刑事責任不應一體適用

### 二、實然面—配套制度（未來展望）：

- (一) 監察方式—改為「同步性、間歇性（spot-monitoring）通訊監察」
- (二) 監察程序—建立「專責法官（或專庭）進行審核」
- (三) 監察官員—持續強化執法人員於執法過程之「人權意識」

# 第陸章 結論

## 第一節 研究發現

人民秘密通訊自由保障之落實，必須從「體制保障」(institutional protection) 或「程序保障」(procedural protection) 兩個方向同時努力<sup>1</sup>，才能稍微扭轉人民在通訊監察法制下「未受充分告知」的缺席狀態，避免因為此一先天的資訊不對稱之架構，而不斷製造出濫權的成果<sup>2</sup>。歸結本文第貳章至第伍章之論述，可得以下之研究發現：

### 一、通訊監察之基本概念：

- (一) **通訊監察之定性**：此種新型態之偵查手段，除對犯罪嫌疑人外，尚及於其他與受監察者進行通訊之人，甚至是擴及至「為其發送、傳達、收受通訊或提供通訊器材、處所之人」(《通訊保障及監察法》第 4 條後段參照)，對於人民隱私權所造成之侵害，可謂持續且深入，影響層面不可謂之不廣，因此對於人民基本權侵害遠高於傳統物理性之搜索、扣押等強制處分，為有效保護人民權利，本文以為應採「強制處分說」。
- (二) **通訊監察之合憲性要件**：通訊監察可能涉及之人民基本權：包括「人性尊嚴」之維護與極有可能侵害憲法所保障「資訊權」、「隱私權」、「秘密通訊自由權」、「居住自由權」等基本權利，因此如何容許對基本權進行干預，即為至關重要，本文認為，應在合乎「法律保留原則」、「法官保留原則」、「正當法律程序原則」、「比例原則」等四項阻卻違憲要件，始能為之。
- (三) **在「法律保留原則」上之合憲性檢驗**：通訊監察制度雖非屬憲法保留事項，但依重要性理論，通訊監察既涉憲法基本權，故應屬法律保留之範圍；但目前實務上通訊監察之執行，尚有法規命令(如《通訊保障及監察法施行細則》)、行政規則(如《警察機關執行通訊監察管制作業要點》)，尤其是在法律性質上係屬內部抽象性規定之組

<sup>1</sup> 誠如陳運財教授曾撰文所言：「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…，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以期使國民能從生活遭受監控的恐懼困境中早日解脫。」

<sup>2</sup> 劉靜怡，〈只是勉強及格而已—二〇一四年通保法修正評析〉，月旦法學雜誌，232 期，2014 年 9 月，頁 17。

織性行政規則（《行政程序法》第 159 條第 1 款參照），並無對外拘束力，本文以為，這些法規命令、行政規則之合憲性實令人質疑。

- (四) 在「法官保留原則」方面之合憲性檢驗：非謂本法已採取相對法官保留原則，即無人權侵害之虞，實際上仍需於「審核時」建立專責法官制度，以使審核更具專業性、中立性、獨立性；而於「執行中」、「執行後」，尚應踐履各項法定要件與程序，才不會僅常迫於審核階段因「時間急迫性」、「資訊片段性」所核發之通訊監察書（形式上合法），卻於後續執行程序中，不知不覺或有意無意的，侵害了被通訊監察者之人權（實質上違法）。
- (五) 在「正當法律程序原則」之合憲性檢驗：依據第 5 條第 1 項規定檢察官於實施「他字案」調查，亦得向法院聲請核發通訊監察書，此項修正是否能通過合憲性檢驗，令人懷疑；而雖然目前國家實施通訊監察，已有法律授權基礎，已符合了形式合憲性之審查，惟於實質合憲性上，是否能通過檢驗，仍端賴所有司法人員的共同戮力以赴，諸如檢察官於聲請時、法官於核發時、執行人員於執行時，均需念茲在茲存有落實正當法律程序之信念，方足能具體個案中真正落實。
- (六) 在「比例原則」之合憲性檢驗：第 6 條第 1 項容許機動式之緊急通訊監察，將使令狀原則的功能相當程度的減低，難謂合於特定明確性原則，本文亦認為無法通過合憲性檢驗。另依第 12 條第 1 項規定法條之文義解釋，續行通訊監察之上限為 1 年、可延長 12 次、逾 1 年時尚得重行聲請；此項立法亦無法通過比例原則之合憲性檢驗。若經過 30 日之通訊監察期間仍無法查獲受監察人之犯罪訊息時，即無繼續通訊監察之必要，基於通訊監察權利侵害重大性及比例原則之要求，若例外具有繼續通訊監察之必要時，亦應明確限定次數僅以 1 次或 2 次為限；而 30 日係不可逾越的最長期間，法官審核時應視個案具體情況，依職權縮短通訊監察期間為 10 日或 20 日，以避免不必要的長期通訊監察。

## 二、違法證據排除：

### (一) 我國學說對證據排除之見解：

學者對於判斷基準，應審酌何等事項、先後次序之見解不一，至今仍無定見，本文研究發現我國學說對證據排除之見解，分別有：1、「三種區分類型說」；2、「三段審查基準說」；3、「『絕對（強制）』與『相

對(裁量)』排除主義說」；4、「『二種基本處理模式』暨『三點落實法律建議』說」；5、「違反取證個案判斷說」等五種主要看法。

## (二) 我國實務對證據排除之見解：

- 1、在增訂刑訴第 158 之 4 條以前：因彼時欠缺法律明文規定，故實務上均以較為消極之態度，本文研究發現主要有兩種操作模式：其一、採「二階審查基準」：以「違法重大性」及「排除之相當性」二階段進行審查，諸如最高法院 87 年台上第 4025 號等判決。其二、採「權衡法則」：諸如最高法院 88 年台上字第 233 號等判決。
- 2、在增訂刑訴第 158 之 4 條以後：最高法院就有關排除基準之操作，原則上係審酌立法理由所揭示之權衡事項，以相對排除為原則，本文研究發現，主要有以下之模式：

### (1) 採「權衡排除模式」：

- 一提出證據能力排除與否之八項權衡基準；諸如最高法院 93 年度台上字第 664 號判例揭示：「依比例原則及法益權衡原則，予以客觀之判斷，亦即應就 a. 違背法定程序之程度 b. 違背法定程序時之主觀意圖（即實施搜索扣押之公務員是否明知違法並故意為之） c. 違背法定程序時之狀況（即程序之違反是否有緊急或不得已之情形） d. 侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重 e. 犯罪所生之危險或實害 f. 禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果 g. 偵審人員如依法定程序，有無發現該證據之必然性 h. 證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度等情狀予以審酌，以決定應否賦予證據能力」。
- 一供述證據之取得違背告知拒絕證言權之規定所取得之證據，適用《刑事訴訟法》第 158 條之 4 所定均衡原則為審酌、判斷其有無證據能力；諸如最高法院 96 年度台上字第 1043 號判決。

### (2) 採違背法定程序是否重大為主要權衡要素者：

- 一證據之取得違背法定程序，而法院若容許該項證據作為認定犯罪事實之依據，而有害公平正義時，應否定其證據能力；諸如最高法院 95 年度台上字第 1369 號判決。

### (3) 採「強制排除模式」：

- 一蓄意違背對被告踐行告知義務，無須權衡，應強制排除；諸如最高法院 96 年度台上字第 1723 號判決。。

—非法誘捕偵查（陷害教唆），無須權衡，應強制排除；諸如最高法院 93 年度台上字第 1868 號判決。

（4）採「不適用證據排除模式」：

- 取證行為並無違法（偵查中詢問證人，未全程連續錄音或錄影）；諸如最高法院 97 年度台上字第 3430 號判決。
- 取證行為與證據取得無關（警詢筆錄末頁雖未有詢問人及製作人之簽名，而不符程式）；諸如最高法院 97 年度台上字第 4320 號判決。

### 三、比較法之結論

（一）「證據排除法則」部分：

#### 1、理論基礎

- （1）美國：以該國憲法增修條文第 4 條為中心而發展出來的，之後漸漸擴及美國憲法增修條文第 5、6、14 條；當美國的執法人員違反上述憲法增修條文所取得的證據，是否得在審判程序中加以使用，成為美國聯邦最高法院創設證據排除法則之目的，只有在政府行為（governmental action）發生時，始有憲法及證據排除法則的適用。
- （2）中國：目前在中國，有關證據的法律散見於訴訟法（民事訴訟法、刑事訴訟法、行政訴訟法）、組織法（人民法院組織法、檢察院組織法等）、司法解釋中，雖然中國的司法界曾嘗試制定統一的證據法法典，但迄今仍未成功，因此在刑事證據排除法則之適用上，應於個案適用時，由司法機關認事用法時參見相關規定予以審認。
- （3）日本：關於違法所取得證據的證據能力部分，由於憲法及刑事訴訟法上並無任何規定，日本最高法院認為，在考量憲法第 31 條是為了保障正當法律程序，採取「裁量排除原則」，認為違法證據必經過一定的要件衡量下，以決定是否必須排除其證據能力；其中裁量的基準要件為「重大違法情事」（違法判斷要件）及「排除相當性」（排除判斷要件），而採個案衡量之相對排除法則。

- (4) 德國：德國於 1950 年制定統一法 (Vereinheitlichungsgesetz)，使得法律有統一性 (Rechtseinheit)；在該法增訂刑事訴訟法 136a 條之規定，對於被告之供述證據取得設立了規範，禁止違反規範取得被告之陳述；實務操作上則採取權衡模式予以操作為主；規範保護目的理論為輔。

## 2、可供吾人參考之處

- (1) 證據排除法則之例外：美國的證據排除法則之獨立來源，主要係以公益考量為主，其所採行之「善意例外」、「合理之隱私期待」、「獨立來源」、「必然發現原則/不可避免之法則」、「稀釋原則」等例外，更可兼顧有效打擊犯罪，以實現正義，似可供吾國實務判決時之參考。
- (2) 明文例示法益權衡之參考因素：中國在其《中國證據法草案（第五稿）》第 24 條規定，關於證據能力的法益權衡原則而審酌證據能力的有無時，應充分考慮七項例示之因素，相較於我國現行法並無明文例示法益權衡之參考因素，僅於《刑事訴訟法》第 158 條之 4 的立法理由中，有明示宜斟酌之因素，似可供吾國於修法時，採行此種立法模式，明列於法文中，以茲明確。

### (二)「違法通訊監察之證據能力」部分：

- 1、美國：美國監聽法相關條文，係編入於美國國家法典第十八篇 (Title 18) 第 119 章第 2510 條至 2522 條，本法共有 11 條，其中第 2514 條之規定已刪除 (Wire And Electronic Communications Interception And Interception of Oral Communications)。違法通訊監察所取得之證據，其內容或所衍生之證據，在聯邦、州或其下屬機關之任何法院、大陪審團、政府部門、官員、局處等，關於審判、聽證或其他程序中，依據美利堅合眾國憲法第 4 條修正案 (Fourth Amendment to the United States Constitution)，所揭示之證據排除法則，原則上均不得採為證據；惟並非所有違反聯邦通訊監察法所規定程序取得之證據都要排除，而係只有核心程序被違反時才會被證據排除。
- 2、中國：尚無專門的法律來規範通訊監察，而係由國家安全機關和公安機關，依據《國家安全法》、《刑事訴訟法》、《人民警察法》之規定，經過嚴格的審批手續，而可採用技術偵查措施；至於其違法通訊監察之證據能力則係依《刑事訴訟法》第 48

條至第 63 條之「證據章」之規定，針對違法通訊監察所取得證據之證據能力予以認定。

- 3、日本：法院認為有非得通訊監察之罪名等重大違法時，得依法撤銷該通訊監察處分的同時，命偵查機關將取得之通訊紀錄銷毀。同時，如該項通訊紀錄已提出被告審判程序聲請調查者，法院如認為具有排除之相當者，並得為證據排除之裁定（犯罪捜査のための通信傍受に関する法律，略稱《通信傍受法》第 26 條參照）。
- 4、德國：該國亦無專門的法律來規範通訊監察，對於非法取得之證據排除，該國刑事訴訟法僅於第 136a 條第 3 項規定：「違反刑事訴訟法第 136a 條第 1、2 項（例如使用暴力或威脅）之禁止性規定而取得之陳述，即使經被告同意亦不得使用。」對於其他非法來源之證據，是否排除則未規定。因此即使已經確定有明顯違法通訊監察之侵害行為，並不必然排除違法通訊監察之結果，而是以個人利益與執法利益相權衡，而採用權衡法則來加以判斷。

#### 四、違法通訊監察之類型化審查：

##### （一）「違反法定發動程序（違反基本原則）之通訊監察」（類型一～類型九）之證據能力部分：

- 1、若係「無令狀所為之通訊監察」《類型一》；「違反重罪原則」《類型二》；「違反比例原則（最小侵害原則）」《類型三》；「違反關聯性（相關性）原則」《類型四》；「違反補充性原則」《類型七》；「未達嫌疑門檻」《類型八》：本文皆認為上開違法通訊監察之類型，均無證據能力（依增訂之 18 條之 1 第 3 項）。
- 2、若是「違反合理隱私期待原則」《類型六》，則視受通訊監察人有無合理之隱私期待，而定性其是否為違法通訊監察。
- 3、而在「有令狀惟記載程式有瑕疵之通訊監察」《類型五》之情形，原則上只要是合法有效之通訊監察，記載雖有誤寫、缺漏或其它相類之瑕疵，只要「主觀上」非故意違法、「客觀上」瑕疵並非重大，記載上縱稍有簡略或誤漏，仍無違法可言！但若是主觀上係基於規避第五條所列舉之「重罪原則」，而客觀上誤載「案由及涉嫌觸犯之法條」，則例外認定為係違法通訊監察，而應予以證據排除。
- 4、至於「有令狀所為之通訊監察，記載程式亦無瑕疵，惟未經法官所核發《類型九》，此種違反「實體事項」之違法通訊監察類型，所取

得之證據無證據能力；但若於 2007 年修法前係已踐行當時之法律程序所核發之通訊監察書（實體事由），自不應因事後法律修正（程序從新事由），即溯及既往而否定其證據能力。

**(二)「違反法定執行程序之通訊監察」(類型十～類型十三)之證據能力部分：**

- 1、在「逾越核准期間」《類型十》、「違反場所限制(對於私人住宅實施)」《類型十三》兩種類型，本文均認為無證據能力。
- 2、若「違反事後通知義務」《類型十一》、「違反執行之報告義務」《類型十二》此兩種類型，均僅係因程序上之規範，與通訊監察取證合法與否無涉，故縱有違反，亦不適用證據排除法則。

**(三)「其它通訊監察之爭議類型」(類型十四～類型廿)之證據能力部分：**

- 1、在「得一方當事人同意之通訊監察」《類型十四》類型：可分為國家機關係「主動」或「被動」得一方當事人同意進行通訊監察，若係國家主動要求私人同意，則該私人已形同國家之代理人（類似行政助手），其所為之通訊監察行為，即應恪遵相關法令，畢竟國家行使強制處分權之方式不該因係「自為執行」抑或「委託他人執行」而異；而僅有通訊一方之同意，其同意無疑是行使超過自身以外之權限，並構成對他人權利之侵害，應有所限制。
- 2、若係「私人實施之通訊監察」(當事人錄音)《類型十五》時：應視其監聽之目的是否不法，若係出於保護自己之動機，所為之監聽，即應認為具有證據適格；另外取證違法與否，是否適用證據排除法則，基於立法目的，私人實不宜比照國家機關做相同之處理，而一體適用，尤其「刑法(實體法)是否處罰」與「證據(程序法)應否排除」，應屬兩事，迥不相謀。
- 3、「通訊監察之監聽譯文」《類型十六》是否具有證據能力？本文認為實務見解較為可採，因通訊監察譯文本屬文書證據之一種，倘法院於審判期日已踐行相關訴訟程序(如告以要旨、表達意見之機會)，即具有證據能力，而不受傳聞法則之拘束。
- 4、至於「通訊監察所涉及或伴隨產生非內容性通訊資料—以通聯紀錄為例(2014年修法前)」《類型十七》部分：本文認為在 2014 年修法前，通聯紀錄和通訊內容雖不能等量以觀，但不代表非內容性之通訊資料不受任何保護，因其仍涉及人民基本權，故國家自不能恣意侵害，只是不需受到原本修法前《通訊保障及監察法》中所揭示的「法官保留原則」、「重罪原則」等要件之拘束。
- 5、「對律師之通訊監察」《類型十八》、「對有拒絕證言權人之通訊監察」《類型二十》，只要符合法定要件與程序，即可對渠進行合法通訊監

察。

- 6、至於「律師接見受羈押被告時，予以監聽、錄音」《類型十九》之情形，司法院大法官已做成釋字第 654 號解釋，並有許宗力、許玉秀、李震山、葉百修、陳新民 5 位大法官發表了協同意見書，並肇致《羈押法》修改了第 23 條第 3 項、增訂了第 23 條之 1，對於屬於「特別權利關係」(釋字第 653 號解釋理由書參照)之受羈押被告，其訴訟權與人權之保障與維護，可謂已具劃時代的進步。

#### (四)「通訊監察實務上之其他重要案例類型」(類型廿一～類型廿八)：

##### 1、實務見解認為「有證據能力」者為：

「通訊監察之錄音帶因銷燬致無法勘驗」《類型廿一》、「因違法通訊監察取得情報，但扣案物品自願性交付」《類型廿四》、「因大法官釋字第 631 號解釋公布」《類型廿七》、「因通訊保障及監察法公布」《類型廿八》等四種類型。

##### 2、實務見解認為「無證據能力」者為：

「未依法取得監聽票之現場蒐證錄影帶」《類型廿二》、「通訊監察書所載時間與通訊監察記錄不相符」《類型廿三》、「通訊監察譯文加註」《類型廿五》、「錄音帶滅失」《類型廿六》等四種類型。

#### (五)「他案(另案)通訊監察」、「附帶(偶然)通訊監察」是否區分為兩種獨立類型？

學說上即紛擾不休，本文之所以採取【區分說】(區分類型)之原因主要有二：其一(修法前)因學界及實務多未將兩者明確區分，易以辭害義。其二、2014 年增訂第 18 條之 1 的條文係採區分類型之立法例。因不區分類型之多數學者均稱為「另案監聽」，為避免有所混淆，並兼顧部份學說之用語，本文均統一稱之為「他案(另案)通訊監察」；另因不區分類型之多數學者均稱之為「另案監聽」，但為便於一目瞭然，並基於類似「附帶扣押」之類似概念，因此本文於論述時，而係統稱之為「附帶(偶然)通訊監察」。

#### (六)「他案(另案)通訊監察」《類型廿九》之證據能力為何？

- 1、實務見解：本文研究發現 2014 年 1 月修法前，主要亦有兩種看法：第一說係基於執行機關之惡性重大，而採【無證據能力說】(諸如最高法院 100 年度台上字第 6706 號判決)；第二說則基於應審酌人權保障及公共利益之維護而為認定，而採【權衡理論說】(諸如最高法院 92 年度台上字第 6786 號判決)。
- 2、學說看法：本文研究發現在修法前，主要有兩種見解包括有：【無證

據能力說】及【區分理論說】。

- 3、**本文淺見**：無論在修法前或修法後，若容認此種違法行為，無異架空「令狀原則」、「重罪原則」，徒使《通訊保障及監察法》之條文規定、立法目的、原理原則形同毀棄，且將不啻鼓勵司法人員「有意」或「無意」的藉此巧門與漏洞，將造成侵害人權、戕害法治之嚴重後果，故應否定其證據能力；而依增訂之第18條之1第1項本文已明文，若無例外則應適用證據排除法則。

### (七)「附帶(偶然)通訊監察」《類型卅》之證據能力為何？

#### 1、實務見解：

本文研究發現2014年1月修法前，主要有【有證據能力說】、【無證據能力說】、【限制的肯定說】等三說：

- (1)【**有證據能力說**】：主要係基於：「舉重以明輕」之法理(諸如最高法院101年度台上字第1279號判決)；「另案扣押」之法理(諸如最高法院97年度台上字第549號判決)等兩種理由。
- (2)【**無證據能力說**】：主要係基於：「侵害第三人隱私權，需符合法定程序保障」以及「比例原則+法益權衡」等兩種觀點。
- (3)【**限制的肯定說**】：主要係基於：(1)基於「另案扣押」之法理，若具有關聯性者，則有證據能力(諸如最高法院101年度台上字第1383號判決)；(2)基於「另案扣押」之法理(諸如最高法院102年度台上字第2218號判決)，假設另行聲請亦可取得通訊監察之許可者，則有證據能力。

#### 2、學說看法：

本文研究發現主要有【有證據能力說/無條件容許說】、【無證據能力說】、【限制的肯定說/有條件容許說】等三說：

- (1)【**有證據能力說/無條件容許說**】：採此說主要係基於：「並未擴大對當事人權利侵害」；「係『發動門檻』而非『使用資料門檻』」；「與刑事訴訟法相較，舉重以明輕」；與「緊急逮捕、緊急搜索」相同法理；或與「另案扣押」相同法理等五種不同理由。
- (2)【**無證據能力說**】：此說見解主要係基於：「基本權限制係例外而非原則，否則淪為偵查客體」(僅得作為另案偵查之動機)；搜索、扣押與通訊監察欠缺可資比附援引的類似性(沒有案件限制 VS. 列舉重罪原則)；或因構成修法前之第五條第五項之「情節重大」，應予絕對排除等三種不同理由。
- (3)【**限制的肯定說/有條件容許說**】：採此說看法主要係基於：「另案扣押」之法理，若具有關聯性者，則有證據能力；亦基於「另案扣押」之法理，假設另行聲請亦可取得通訊監察之許可者，則有證據能力。

### 3、本文淺見：

本文認為，因通訊監察執行之要件較搜索、扣押為嚴格，係因其侵害人民權益較為嚴重，故不宜完全類推搜索、扣押之規定；另隱私權受侵害之範圍已擴及受通訊監察對象以外之第三人；故應重新聲請通訊監察書，否則無證據能力。但若是依附於「合法通訊監察書」，則可做為「另行聲請通訊監察書之嫌疑門檻」或「發動偵查之嫌疑門檻」，因為證據排除之限制係於審判中基於實體真實發現，而不及於「偵查禁止或開啟」。

## 五、關於 2014 年修訂《通訊保障及監察法》，有關違法證據排除部分

### (一) 肯定其修法之部分：

- 1、新修正第 5 條嚴格規定了通訊監察之聲請程序：諸如「明文一人一票一監聽原則」、「要求檢察官應負釋明義務」。
- 2、新修訂第 12 條第 1 項則對於「續行通訊監察」做了限制。
- 3、新修正第 15 條則「強化通訊監察之事後通知義務」。
- 4、第 13 條第 4 項則明文增列了對於「通訊監察譯文製作」有所限制；上開規定均可避免因事前、事中、事後之違法通訊監察，而導致違法證據排除之後果，值得完全肯定。

### (二) 部分肯定其修法之立意但仍有不盡完美之處：主要在於增訂第 11 條之 1，將通聯資訊納入通訊監察保障範疇：

- 1、其緣由係因以往必須依據《電信法》第 7 條第 2 項之規定，才得向電信業者調取通聯紀錄，國家通訊委員會因此而制訂了《電信事業處理有關機關查詢電信通訊紀錄實施辦法》，做為執法機關調取通聯紀錄之處理準則；但根據該辦法第 3 條第 1 項，僅規定公部門機關於調取通聯時，僅需空泛的考量必要性、合理性及比例原則即可，對於得基於何種目的、調取門檻與要件為何，皆無明文，因此司法、監察、情報或治安機關只要提出申請，即可輕易取得個人的通聯隱私，等同於法律的空白授權，而為人所詬病。故在此次修法特別增訂了第 11 條之 1，針對此種無通話內容的電信紀錄，除非是屬 10 年以上之罪、強盜、搶奪、詐欺、恐嚇、擄人勒贖，人口販運、毒品、組織等犯罪，得由檢察官職權或依警察聲請為調取外，否則，就僅限於 3 年以上的犯罪，才可向法官聲請令狀來調閱。此雖係正確保障人權（尤其是隱私權）之立法方向，但一言以蔽之，即有「立法過於嚴苛而缺乏彈性」之缺失。
- 2、另根據本條第 8 項之規定，情報機關為國家安全所為之資料蒐集，

並不受此規範限制，若在某些機關兼具有犯罪調查與情報蒐集之雙重機能，如調查局，是否會為了方便性、便宜性考量，更有甚者係基於「政治偵防」、「執政鷹犬」、「規避法令」之動機與目的，而「轉換成」以情報機關角色向電信業者為通聯調取，屆時將使此等嚴苛規範，等同於完全虛設。

(三) 為因應「他案（另案）通訊監察」及「附帶（偶然）通訊監察」所增訂之第 18 條之 1：「形式上」似乎有了「違法通訊監察證據排除法則」之法律效果明文，但在「實質上」之適用爭議則不勝枚舉，顯見並非當初各界所引頸企盼之結果，本文認為仍有十二項為人詬病及爭議之處：

- 1、【爭議一】：即使「一人一票一監聽」原則，但審核標準不一。
- 2、【爭議二】：第 18 條之 1 第 1 項本文他案通訊監察內容證據能力之判斷有違「偵查本質」與「法定原則」。
- 3、【爭議三】：第 18 條之 1 第 1 項附帶通訊監察證據排除之規定將與第 10 條國安通訊監察之規定相扞格。
- 4、【爭議四】：第 18 條之 1 第 2 項、第 3 項「即時銷燬」之規定可能危害重大公益與抵觸刑事訴訟法揭示之相關原則。
- 5、【爭議五】：第 18 條之 1 第 1 項但書其他案件內容如何判斷是否「重罪」或「有關聯之輕罪」？
- 6、【爭議六】：第 18 條之 1 第 1 項但書之 7 日應從何時起算？細則第 16 條之 1 是否會形成規避法官審查之漏洞？
- 7、【爭議七】：第 18 條之 1 第 1 項但書執行通訊監察取得其他案件之內容，陳報法院之認定時限恐執行困難。
- 8、【爭議八】：第 18 條之 1 第 2 項加上第 27 條第 3 項將限制公務員職權告發，恐將造成「不利治安維護」與「公務員義務衝突」。
- 9、【爭議九】：第 18 條之 1 第 3 項違法通信監察證據排除之射程範圍究為何指？
- 10、【爭議十】：第 18 條之 1 第 2 項何謂「與『監察目的』無關之內容與證據」？
- 11、【爭議十一】：第 18 條之 1 第 2 項、第 3 項何謂「不得採為證據或其他用途」？
- 12、【爭議十二】：第 18 條之 1 第 1 項但書未陳報或未經法院認可的法律效果為何？

## 第二節 建議

對於人民予以通信監察，可能係基於「刑事犯罪偵查」、「行政危險預防」、「國安情報蒐集」等不同目的，本有不同之法理基礎與運作規範，當初即應依不同領域而分別規定（先天不良），但歷次修法（尤其是本次），卻未能畢其功於一役，將本部法典趁修法之際，更為井然有序的予以分門別類，徒增各界之強烈批判（後天失調）<sup>3</sup>。因此本文對於《通訊保障及監察法》就違法證據排除部分之建議，認為有以下幾點，冀能略達「亡羊補牢」之效：

### 一、應然面—法制修正

#### （一）第 18 條之 1 規定：

- 1、**第 18 條之 1 第 1 項**：依新法第 18 條之 1 但書規定應於「發現後七日內補行陳報法院」，始得作為證據，但實務上常因先取得通訊監察並經譯文發現犯罪行為，再匯整相關資料時，恐已超過 7 日時限，為避免證據能力遭受質疑而要求一概陳報之「程序規定」卻產生證據排除之法律效果，不但有礙難執行之虞，且不利於社會秩序之維護，故宜「延長」7 日之時限規定，本文建議宜改為 14 日為宜。此外，7 日應從何時開始起算？係從錄得內容開始起算？抑或發現為另案證據時開始起算？解釋上即有爭議產生，「發現後」之基準點究應如何認定？雖然《通訊保障及監察法施行細則》第 16 條之 1 第 2 項對此已有特別規定<sup>4</sup>，但此種完全繫諸於「自執行機關將該內文作成譯文，並綜合相關事證經分析研判，屬其他案件之內容」之主觀判斷，容易發生恣意或濫用之弊端，將會產生規避法院審查之漏洞！因此本文建議，應改為「執行通訊監察結束後並即陳報檢察官時起算 14 日內補行陳報法院……。」

<sup>3</sup> 無怪乎有論者以：「讓人不禁感慨，先天不足、後天失調，似乎是永遠纏繞本法，也無法擺脫之宿命」為文作結。【請參見】：楊雲驊，〈失衡的天平—評新修正通訊保障及監察法第 18 條之 1〉，檢察新論，16 期，2014 年 7 月，頁 24。

<sup>4</sup> 《通訊保障及監察法施行細則》第 16 條之 1 第 2 項規定：「本法第 18 條之 1 第 1 項但書所定之發現後 7 日內，自執行機關將該內容作成譯文並綜合相關事證研判屬其他案件之內容，報告檢察官時起算。」立法理由為「須『發現後』7 日內補行陳報法院審查認可始得作為證據，然執行通訊監察時，該對話內容是否屬其他犯罪，或僅為無關之日常生活對話，往往非立即可以判別，尤其涉及犯罪密語、代號時，更需勾稽前、後文脈或比對其他事證方能知悉；故此『發現後』應指執行機關將該內文作成譯文，並經分析研判屬其他案件之內容，且此 7 日應有客觀明確之起算時點，故以將之報告檢察官時為起算點……。」

2、第 18 條之 1 第 2 項：此條規定公務員於發現與監察目的無關內容或證據，日後不得作為調查、追訴犯罪之證據，若再加上第 27 條復規定，偵查人員若挪作他用將受 3 年以下有期徒刑之追訴；如此義務衝突之立法將使執法人員無所適從（知有重大犯罪卻聽任其逍遙法外）！因此本文建議應修法為「雖與監察目的無關」，但若「客觀上」與其他犯罪相關連、「主觀上」並非惡意使用，若經由「程序上」事後陳報法院審查認可後（同於同條第 1 項但書之程序規定）即可免責之規定，方可避免產生「視犯罪卻只能視而不見」、「執法人員左支右絀」等不合理現象。

## （二）第 11 條之 1 規定（通聯資訊）：

因倉促立法之故，依照新法，「通信紀錄」與「通信使用者資料」，兩者在要件、程序上，已幾乎等同於「通訊內容」之地位，但如此立法將不利於實務運作，2014 年 7 月中旬台北即發生一位久病厭世之民眾，因失聯多時，家屬緊急報案之案例，因受限於通保法規定，警方已無法調閱通聯紀錄，只能徒以地毯搜索之方式，歷經逾 12 小時方才尋獲早已奄奄一息之老先生之憾<sup>5</sup>，因此建議應修法：

1、在「實體門檻」部分：(1) 首先，對於目前只硬性規定刑度門檻（最重本刑 3 年以上有期徒刑之罪……），是否過於僵化？例如公務員侵占公用便條紙一張亦可能構成《貪污治罪條例》第 4 條第 1 項第 1 款之罪，需處 10 年以上有期徒刑，可具備申請門檻，但卻是欠缺實質違法性之輕微犯行，本文認為應增列且「具備實質違法性時…」方可聲請之構成要件。(2) 其次，目前第 3 項所訂之例外事由，可不受法官保留原則之拘束，本文認為應再增列擴大適用範圍，諸如將急難救助、協尋自殺等涉及生命重大法益，情況急迫等特殊情形亦予以明文例示。

2、在「程序管控」部分：(1) 目前原則上係採法官保留原則，但其侵害人權之危險程度甚微，且大增院、檢之工作負荷，影響司法效能，但難見實際效益；故建議可賦予司法警察（官）之部分權限，例如：分局長核可權、事後再補行聲請調取票。(2)「通信紀錄」與「通信使用者資料」本屬不同概念<sup>6</sup>，其重要性本即不應等同視之，故在程

<sup>5</sup> 請參見〈通保法上路 警救人不能調通聯〉【聯合報記者林政忠／台北報導】（2014/07/14）：新版「通訊保障及監察法」上路才半個月，已出現緊急救難的障礙，朝野立委已提案修法。<http://udn.com/NEWS/NATIONAL/NAT5/8802446.shtm>，最後造訪日：2014 年 12 月 26 日。

<sup>6</sup> 詳參本文第五章、第四節、第二項：〈增訂《通訊保障及監察法》第 11 之 1 條的適用說明〉之內容。

序概念上，應再做嚴格之區分與界定，較為合理，諸如：兩者是否均需補行聲請調取票之程序、兩者是否均需經由法官核定之程序，可於下次修法時，一併列入考量。

### (三) 第 27 條第 3 項規定 (刑事責任):

- 1、應設正當化事由：為避免與執法人員之「告發義務」、「偵查義務」相衝突，應於本條文中增列除外規定，避免動輒得咎、輕陷法網，例如基於偵查重大犯罪，而由偶然通訊監察中得知，恐怖組織將展開國際恐怖行動，則可排除本條之適用，否則對於執法公務人員過分嚴苛，且對於公共利益損害過大，而此種立法例復為國外立法例所未見，過度保護涉案犯罪者或違法行為人之利益，而犧牲公務員權益，實不符合公平正義，因此本文建議，不僅公務員若無主觀上之「故意」不罰，亦應明訂如非出於不法目的者不罰之正當化事由之規定。
- 2、應符合罪責相當性原則：法文規定「違反第 18 條之 1 第 2 項、第 3 項規定，將本案通訊監察資料挪作他用者，處 3 年以下有期徒刑。」但第 18 條之 1 第 2 項係指依第 5 條所為之「合法通訊監察」，而 18 條之 1 第 3 項係指違反第 5 條之「違法通訊監察」，作為前提程序之兩者不法內涵不同，處罰之法律效果之規範亦應有別，否則有違「罪責相當性原則」，故本文建議，應修法予以區別，刑事責任不應如現行法係一體適用之立法例。

## 二、實然面—執行配套 (未來展望)

### (一) 監察聲請—得以檢附相同卷證、填製於同張通訊監察之方式：

修法後通訊監察書改變過去以「案件」為主之聲請方式，而改採以「人」為單位的一人一監察書規定，但第 5 條第 5 項之程序規定若遇有「組織性」、「集團性」之犯罪類型時，多人參與、多隻門號均屬常態，故本文建議，對於「同時聲請數張通訊監察書」時，得以檢附相同卷證、同時填製於一張通訊監察申請書之方式辦理，俾減輕司法警察機關、檢察官與法官之審核負擔。

## (二) 監察方式—改為「同步性、間歇性 (spot-monitoring) 通訊監察」:

我國實務除少數案件(如擄人勒贖)採同步通訊監察外,均採「盲監盲錄法」,即經輸入之通訊監察門號,其所有任何收、發話均會被監察設備「自動監錄」並自動燒製成光碟,由建置機關交由檢、警,因此通訊監察之成本極其低廉;加上我國於法制上未對於非同步通訊監察予以明文限制,故將導致兩項弊端:其一、易導致執法人員本諸「姑且一聽」的心態而浮濫提出聲請;其二、考量現有人力、物力不足以負荷通訊監察實務,出現所謂「先錄再聽」的浮濫現象,自然就不足為奇,此亦呼應了本文第壹章中於研究動機中所陳述「新聞事件」、「統計數據」之舉隅中,呈現出的驚人現象。另外,應採行間歇性通訊監察 (spot-monitoring<sup>1</sup>),執行時應先監聽通訊的前 1~3 分鐘,以確認其是否與本案有關:(1)若是,則繼續通訊監察並再著手進行監錄;(2)若否,則應立即停止通訊監察;(3)若無法判斷時,則應先終止 1~3 分鐘,再進行 1~3 分鐘的通訊監察作業,反覆進行直到能夠確認其內容是否與本案相關為止;此種監察方式尤其在無法確定通訊與本案是否相關時,不會持續性的一直監聽(錄)監察對象的通訊,造成過大的隱私侵害,兼顧最小侵害原則的要求。因此本文主張應改採為「同步性、間歇性通訊監察」之監察方式,以杜相關爭議。

## (三) 監察程序—建立「專責法官(或專庭)進行審核」:

雖然《通訊保障及監察法》新法第 5 條已改成通訊監察書係以「一人一票一監聽」為原則,但審核標準不一<sup>7</sup>,依當前實務運作,通訊監察係以全院(含刑事庭、民事庭、家事法庭)法官輪值之方式來進行審核,標準自然因人而異,有的以檢察官自居,所以「來者不拒」;有的則以有罪判決的心證門檻來審核,自然甚難獲核發許可,導致浮濫的「核准」或「不核准」異象<sup>8</sup>。因此本文主張應將監察程序,建立「專責法官(或專庭)進行審核」制度,並加以明文化,如此方可建立審核的專業性,確實建立起通信監察書之准否,能有統一性與一致性之標準,而避免出現「全部核發」或「全部不核發」的極端現象。

<sup>7</sup> 請詳參本文第五章、第四節、第一項:〈增訂《通訊保障及監察法》第 18 之 1 條之適用說明【爭議一】〉之內容。

<sup>8</sup> 林鈺雄,〈「新修通訊保障及監察法的檢討」會議綜述〉,月旦法學雜誌,230 期,2014 年 7 月,頁 318;錢建榮,〈名存實亡的監察對象特定原則—最高法院 10 二年度台上字第一五九七號刑事判決〉,月旦裁判時報,27 期,2014 年 6 月,頁 73。

#### (四) 監察官員—持續強化執法人員於執法過程之「人權意識」：

所謂「徒善不足以為政，徒法不能以自行」，縱使有再完美的法律、再完善的制度、再崇高的理想、再精闢的法理與再充實的學說，真正的決定性關鍵因素仍是在於執法人員之信念與恪遵，諸如：(1)「正當法律程序原則」：端賴檢察官於聲請時、法官於核發時、執行人員於執行時，均需念茲在茲存有應具體落實正當法律程序之情操；(2)「比例原則」：需於個案中，仰賴所有司法人員於執行時，仔細審查通訊監察的執行是否合於最小侵害原則；質言之，通訊監察無論係在「聲請前(審核)」、「執行中(通訊監察)」、「完成後(監督)」各個漫長階段，均有賴於參與程序之所有公務人員確切落實與執行，方能克盡其功。否則才不會僅常迫於審核階段因「時間急迫性」、「資訊片段性」，取得由法官「形式上」所核發之通訊監察書，但卻於後續「實質上」在執行程序中不知不覺，甚至有意無意的情況下，侵害了被通訊監察者之人權。故本文主張，對於通訊監察官員，應持續強化於執法過程之「人權意識」，以期真正達到《通訊保障及監察法》第1條所言：「保障人民秘密通訊自由及隱私權不受非法侵害，並確保國家安全，維護社會秩序」之立法目的，並方能真正捍衛大法官們所不斷苦口婆心、屢屢揭櫫的人權大纛（諸如釋字第631號等多號憲法解釋），與實踐法學大儒們所一再聲嘶力竭、大聲疾呼的憲法價值（諸如正當法律程序等多項原則），也才能真正體現與涵攝於通訊監察的「每項環節」中、「每件個案」上與「每個細節」裏。

美國於2013年NSA長期監控通訊的細節遭Edward Snowden透過英美媒體圈內素負盛名的資深司法新聞記者Glenn Greenwald率先揭露後，政府和業者聯手促成的各項通訊和網路監控措施便陸續曝光，因此美國總統歐巴馬(Barack Obama)<sup>9</sup>在同年8月底即公開允諾改進監控計畫的透明度，並且任命了Richard A. Clarke、Michael J. Morell、Geoffrey R. Stone、Cass R. Sunstein和Peter Swire等五位學者專家組成the President's Review Group on Intelligence and Communications Technologies，負責檢視美國長期通訊監控計畫中所產生的問題，並提出改進建議；此五人小組於當年12月中旬向歐巴馬總統提出了Liberty and Security in a Changing World，這份超過300頁的報告，多達46項建議，該報告不斷強調應以「分權制衡」、「內外稽核」和「外部監督」來提高通訊監察之透明度，彼等建議於未來思考通訊監察走向時，實值吾人省思與參考。

<sup>9</sup> <http://www.whitehouse.gov/about/presidents/barackobama>，最後造訪日：2014年12月12日。