

## 第二章 監聽類型與憲法基本權

### 第一節 監聽之意義與類型

監聽意義描述有採最廣義描述，認為監聽係於被監聽人未為察覺防範之下予以監察者，其通訊內容通常較接近真實，而足供作為犯罪事實發現之用<sup>1</sup>。有學者認為我國通訊保障監察法第三條第二項「前項所稱之通訊，以有事實足認受監察人對其通訊內容有隱私或秘密合理期待者為限」，認為監聽意義僅限於能夠合理期待且與隱私或秘密有關者為限<sup>2</sup>。

有學者採區分說，相關證物之搜集，在刑事訴訟法中係以有體物為主要規範對象，有關無體物之證據蒐集部分，除搜索、扣押所提「電磁紀錄」外，對於通訊之介入或資訊蒐集所為之通訊監察，並非將其列為刑事訴訟法規範對象，而是逕自將其列為通訊保障監察法規範對象。通訊之介入行為，以電話為例，區分為兩種：一為欠缺合法依據之侵入行為，其目的在於竊取對方之通訊內容，屬於「竊聽」之行為；另一為以公共利益為考量，基於偵查之必要，在符合一定要件及法定程序下所為對於相關通訊內容截取行為，稱之「監聽」。

監聽與竊聽之關係為：竊聽包括口頭上之竊聽（以不正當之手段對口頭對話竊聽）、電話通訊竊聽、電子信件竊聽。竊聽係違法，但竊聽行為取得法律依據時，此時進入犯罪偵查，仍需考慮在監聽過程中與犯罪有關之部分當然允許監聽，與犯罪無關之部分應即加以排除，否則將侵犯憲法第十二條秘密通訊自由。此外，合法監聽行為尚應具備法定要件及程序<sup>3</sup>。按不論執法機關或私人，若未在司法控制下取得令狀授權而截取他人口頭發音之聲音內容時，吾人可稱之為竊聽；若獲有授權截取他人之口頭發音之聲音內容時，則為監聽。合法之監聽行為獲有令狀授權，可阻卻違法，一般認為有證據能力<sup>4</sup>。

另有學者認為監聽行為均是在未得當事人同意或在其不知情下獲取其對話內容之作為，故不論有無合法授權，對於監聽之本質並不生影響。

<sup>1</sup>林永謀，刑事訴訟法釋論(上冊)，自版，2006.10，頁440。

<sup>2</sup>林鈺雄，刑事訴訟法(上冊)，元照，2007.09，頁423。

<sup>3</sup>黃朝義，刑事訴訟法，一品，2006.09，頁250-251。

<sup>4</sup>江舜明，監聽在刑事程序方法上之理論與實務，法學叢刊一百六十八期，1997.10，頁100。

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，因此有學者以有無合法授權區分，不僅是偏向於國家機關觀點，且對於監聽本質推究，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重要程度以及實施監聽所伴隨之權利侵害性如何而定，因此，區分標準有二，其一為，依監聽之客體區分為有線及無線通訊之監聽、言論及談話等。其二為，依通訊方式而區分為，電訊截收之監聽、電子監聽以及當事人一方所為之錄音<sup>5</sup>。

我國通訊保障及監察法，對於「通訊」定義，該法第三條規定：本法對於通訊之意義明文如後，行為人利用電話等電信設備媒介而為發送、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。其次為郵件及書信。最後為言論及談話。針對前項所稱之通訊，特別範圍限制以有事實足認受監察人對其通訊內容有隱私或秘密之合理期待者為限。對於「監察」定義，該法第十三條第一項本文規定：監察通訊立法者例示以截收、監聽、錄音、錄影、攝影、開拆、檢查、影印等方法為之。可知我國通訊保障監察法對於「通訊」、「監察」規定範圍廣泛，幾乎包山包海，對於通訊監察意義近乎最廣義說有過度空泛之虞，本文認為前述以「有無法令依據」標準作為區分竊聽與監聽較能反映出監聽特質，我國通訊保障監察法有必要針對上述規定加以限縮。

## 第二節 監聽之種類

監聽對於實務偵查工作者而言是普遍常用手段，欲探究監聽合法與否恐怕非三言兩語可道盡。我國通訊保障監察法對於監聽之種類區分為第五條「一般監聽」、第七條「對外國或境外敵對勢力之監聽」、第六條「緊急監聽」、「另案監聽」以及第二十九條第三款「得一方同意之監聽」。

### 第一項 對外國或境外敵對勢力之監聽

#### 一、我國法

我國通訊保障監察法第七條，有鑑於國家安全維護是重大公共利益，不許外國勢力或境外敵對勢力騷擾，而有監察下列通訊之必要者，綜理國家情報工作機關首長得視其專業判斷核發通訊監察書。如有關外國勢力、境外敵對勢力或其工作人員在境內之通訊。又如有關外國勢力、境外敵對

<sup>5</sup>陳運財，監聽之性質及其法律規範—兼評「通訊監察法草案」之爭議，東海法學研究第十三期，1998.12，頁4。

勢力或其工作人員跨境之通訊。再者有關外國勢力、境外敵對勢力或其工作人員在境外之通訊。前項各款通訊之受監察人假定在中華民國境內設有戶籍者，其通訊監察書之核發，應先經綜理國家情報工作機關所在地之高等法院專責法官同意。但是若發生情況急迫情形者不在此限。就前項但書情況急迫情形，綜理國家情報工作機關應即將通訊監察書核發情形，通知綜理國家情報工作機關所在地之高等法院之專責法官補行同意；要是其未能及時在四十八小時內獲得同意者，應立即停止監察程序進行。違反前二項規定進行監聽行為所取得之內容或所衍生之證據，於司法偵查、審判或其他程序中，均不得採為證據。

第七條第二項將應先經最高法院檢察署之檢察官同意修改成應先經綜理國家情報工作機關所在地之高等法院專責法官同意，實踐法官保留意見旨。對於違反第七條第二、三項規定進行監聽行為所取得之內容或所衍生之證據，於司法偵查、審判或其他程序中，均不得採為證據，可知有關違法對外國勢力或境外敵對勢力之監聽採取證據絕對排除。

## 二、外國法

美國國會在一九七八年鑒於總統尼克森在無法律依據下，以國家安全以及蒐集外國情資之名義濫權監聽異議份子的惡劣行徑，制定了「外國情報監察法」。該法明定，為蒐集外國情資而針對美國人(包括美國公民及永久住民)所為之通訊監察，原則上應向依本法所設之特別法庭聲請許可。除非其他法律另有規定者外，否則「外國情報監察法」(Foreign Intelligence Surveillance Act, 簡稱 FISA)為唯一法源，違反者將被處以刑罰。該法亦明文規定，於戰爭時，總統得經由司法部長，授權在宣戰後十五日內進行法院令狀之通訊監察。

在媒體披露美國總統布希下令對境內本國與外國公民進行史無前例的廣泛監聽行動後，布希辯稱此舉僅止於截聽被認為與開打相關恐怖組織「明顯有關」者的「國外通訊」，並將此舉上網為憲政層次的總統權限，強調絕對合理合法。布希下令監聽已引發國會和人權團體反彈，前述辯詞更涉及總統權限究竟以何為界的爭議。法律專家則質疑，不瞭解布希為何不循一九七八年通過的「外國情報監察法」尋求司法部特別法庭授權，而答案可能是幕僚認為總統確有此權力，不需尋求法律或以往判例為奧援<sup>6</sup>。

然而布希總統以片面之授權，而未依該法明文所為之程序向法院聲請許可，涉及法律爭議。布希政府之理由認為總統基於憲法明定之三軍統帥

---

<sup>6</sup>自由時報，〈布希承認下令監聽〉，頭版焦點 A1 國際新聞，2005.12.19。

身分、處理外交事務之「唯一機關」地位，享有直接源自於憲法之相當「固有權」。其包括在戰爭期間，維護國家安全的任務與職權。而蒐集情資乃是執行此類職權與義務之附隨權力，總統無須法律授權即可行使。

AUMF(Authorization for Use of Military Force)明文授權總統採取一切「必要且適當」之手段對抗恐怖分子，而歷史與司法實務一向承認總統得不經法院之許可，監聽敵方通訊。「外國情報監察法」規定，其他法律令有規定者，從其規定。而 AUMF 就是「其他法律」。美國增修憲法第四條並未全面要求國際通訊必須有法院核發之令狀，而僅要求「合理」即可。而此次通訊監察行動目的如此重大、監察範圍僅限於「與合理可信為恐怖組織成員」之人的通訊，故符合「合理性」要件<sup>7</sup>。

### 三、我國對外國或境外敵對勢力之監聽之檢討

有認為我國通訊保障監察法第七條第二項「前項各款通訊之受監察人在境內設有戶籍者，其通訊監察書之核發，應先經綜理國家情報工作機關所在地之高等法院專責法官同意。」，立法意旨有意防止以國家安全遭受危害濫行監察之情事發生，遂規定由所屬高等法院法官同意以為節制。惟本法以戶籍登記有無作為區分是否須經高等法院法官同意，則難以想像，蓋戶籍登記僅為行政措施。況且對於未於境內設有戶籍者，既得由情報工作機關首長核發，而無須所屬高等法院法官同意，則如何節制國防安全監察之濫權<sup>8</sup>？

美國為遏止政府濫行監聽制定「外國情報監察法」，但布希政府規避法院審查程序，仍受許多非議。我國情形亦不遑多讓，據報導指出我國政府曾經對民間進行廣大監聽<sup>9</sup>，侵害廣大民眾隱私權甚鉅，我國通訊保障監察法第七條第二項，參酌美國制度經驗下建議採取全面法官保留，否則國家情報工作機關為迴避法官保留，刻意先對未於我國境內設有戶籍者實施

<sup>7</sup>廖元豪，多少罪惡假「國家安全」之名而行？—簡介美國反恐措施對人權之侵蝕，月旦法學雜誌第一三一期，元照，2006.04，頁 42~43。

<sup>8</sup>林富郎，通訊監察法制化之研究，中正大學法律研究所碩士論文，2000.01，頁 191。

<sup>9</sup>TVBS 新聞，國民黨：扁政府非法監聽泛藍陣營，網址：

[http://www.tvbs.com.tw/news/news\\_list.asp?no=keri20030629122751](http://www.tvbs.com.tw/news/news_list.asp?no=keri20030629122751)，造訪日期：2007.11.05，檢調單位進行監聽調查常常引起爭議，國民黨立法院黨團召開記者會，指控民進黨執政之後，遭到監聽的人數從五百萬暴增到七百萬人次，嚴重侵犯人權，國民黨立委還透露，根據電信業者的提供的證據，民進黨為了明年大選，已經鎖定泛藍政治人物，展開非法監聽。總統大選效應漸漸發酵，國民黨立法院黨團說，他們已經掌握執政黨將展開全面非法監聽，設局構陷泛藍政治人物的證據，不只針對泛藍陣營，國民黨說，民進黨政府監聽一般民眾，已經到氾濫的地步。

監聽，再迂迴對已於我國境內設有戶籍者實施另案監聽，以實務另案扣押法理見解全成為證據，有所不當。本文建議採取全面性法官保留。

有認為真正對於國家安全情報掌握者並非所屬高等法院法官，通訊保障監察法要求經其同意，恐難期待發揮審查功能，並建議可仿照美國 FISA 制度，設一獨立審查機構，由具有國家安全方面之知識者專責國家安全通信之監察，且可由其直接執掌通訊監察書之核發，無須畫蛇添足，先經該機關之同意，再經情報單位核發通訊監察書，如此可使該機關就通訊監察書之職權明確，並可收審查之效。關於此機關，依我國現制可設置於監察院，並由監察院國防委員會專司通訊監察書之審查，如此既可切合監察院糾彈、監督公務人員行為之職權，並可由對國家安全事務嫻熟者職司審查，以善盡審查之功能<sup>10</sup>。此見解亦值得參考。

## 第二項 緊急監聽

對於發生如擄人勒贖等重大明顯急迫情狀，偵查機關若循正常管道向法院聲請監聽令狀再執行監聽往往緩不濟急，有鑑於此有必要立法設置緊急監聽制度，以較簡便措施替代繁複的令狀原則。

### 一、我國法

緊急監聽係指若符合通訊保障監察法第六條要件者，司法警察機關得報請該管檢察官以口頭通知執行機關先予執行通訊監察。但檢察官應告知執行機關第十一條所定之事項，並於二十四小時內陳報該管法院補發通訊監察書。

我國通訊保障監察法第六條規定：監聽執行機關在判斷有事實足認被告或犯罪嫌疑人有違犯刑法妨害投票罪章（例如對於選民行賄違反刑法第一四三條投票行賄罪）、公職人員選舉罷免法（例如學校肄業學生參與申請登記為候選人違反公職人員選舉罷免法第三十五條第一項第二款）、總統副總統選舉罷免法（例如總統副總統選舉投票日當天以簡訊替特定候選人拉票違反總統副總統選罷法第五十條第二款）、槍砲彈藥刀械管制條例第七條（例如未經許可製造散彈槍）、第八條（例如未經許可製造有殺傷力之空氣槍）、毒品危害防制條例第四條（例如製造第一級毒品古

---

<sup>10</sup>林富郎，註 8 書，頁 191~192。

柯鹼)、擄人勒贖罪或以投置炸彈、爆裂物或投放毒物方法犯恐嚇取財罪、組織犯罪條例第三條(例如發起某堂號犯罪組織)、洗錢防制法第十一條第一項(例如隱匿自己貪污等重大犯罪財產之洗錢行為)、第二項(例如掩飾他人重大犯罪所得之財物之洗錢行為)、第三項(例如資助蓋達等國際恐怖組織)、刑法第二百二十二條加重強制性交罪、第二百二十六條強制性交罪之加重結果犯、第二百七十一條殺人罪、第三百二十五條搶奪罪、第三百二十六條加重搶奪罪、第三百二十八條強盜罪、第三百三十條加重強盜罪、第三百三十二條強盜罪之結合犯及第三百三十九條詐欺罪,為防止他人生命、身體、財產受到急迫危險侵害之可能,司法警察機關得報請該管檢察官以口頭通知執行機關先予執行通訊監察。但是檢察官仍應告知監聽執行機關有關第十一條所定通訊監察書所應記載之事項,並於二十四小時內陳報該管法院補發通訊監察書;檢察機關為受理緊急監察案件,應指定專責主任檢察官或檢察官作為緊急聯繫窗口,以利掌握偵辦時效。

若分析比對刑事訴訟法之緊急拘提程序(刑事訴訟法第八十八條之一)、緊急搜索(刑事訴訟法第一百三十一條),可知通訊監察保障法並未賦予司法警察機關緊急監聽權,此乃因為緊急拘提與緊急搜索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逕行搜索之必要,故例外事先承認事前無須令狀,較無權力濫用之可能。

相對的,監聽之對象係將來可能發生之不特定對話,所謂情況急迫而有監聽之必要,殊難想像係因一旦容許司法警察機關於急迫情形之下,得不經檢察官許可逕行實施監聽,難保不會有多數案件均因有所謂緊急監聽必要,而逃避檢察官事前審查,會變相造成監聽濫用,此將與對監聽處分設定事前之書面許可原則大相逕庭<sup>11</sup>。亦即,對於原則由法官為通訊監察之決定例外由檢察官決定法則,因而發生「主客易位」偏離法制情況<sup>12</sup>。

## 二、外國緊急監聽之制度

### (一)德國

犯罪發生後,刑事偵查機關為第一線進行調查之單位,對於「為防止他人生命、身體、財產之急迫危險」是否有先予執行通訊監察之必要?重

<sup>11</sup>陳運財,通訊之監察,刑事訴訟法實例研習,學林,2000.06,頁16;陳運財,註5文,頁23。

<sup>12</sup>楊雲驊,新修正通訊保障及監察法之評析—以法官保留與證據禁止為中心,檢察新論第三期,2008.01,頁164。

要的是若因此迴避法官保留預定保護功能，將使相對人喪失其於公法上有要求法官預先介入決定之權利。因此對個案是否該當於這些情況急迫要件之審查必須從嚴認定，德國通說認為此一危險認定必須一有事實可證明之具體危險，不可僅憑過去特定經驗單純之臆測等即認已足。

過去德國司法實務及部分學說認為偵查機關對於判斷是否構成「遲延將發生危險」之情況時，享有一裁量的空間，法院對此決定只能審查其是否出於「合義務裁量」而已，質言之，法院之審查範圍被限縮至判斷偵查機關之決定是否出於「恣意」此一狹隘之範圍，並據此限制法院僅有一「有限」之審查權限。

後來近日德國聯邦憲法法院廢棄前述見解，而改採全面性審查之態度。因為如果承認偵查機關判斷空間的話，將使法官事前控制功能減損，並進而使當初法官保留之目的失去效用，偵查機關實質上變成終局之決定機關，也唯有透過如此之解釋，方能使刑事訴訟偵查階段之權利保護得加強。然而對於不確定法律概念在個案上之具體化本來即屬法院之基本任務，故偵查機關在個案上之法律適用應受到事後審法院之全面審查。但是法官在檢察官為緊急通訊監察後進行審查時也應顧及決定者之困難，尤其法官必須考慮到偵查可能於將來發展之不確定性，如同其他對「危險」之判斷一樣，個案具體標準在一小心謹慎從事的調查人員處於當時情況下，認為緊急通訊監察之決定係理智、合理時，該緊急決定為有理由。

為促成有效之事後司法審查順利進行，檢察官負有相當之協力促進義務，故法院不僅對於緊急通訊監察之結果，並且要對於偵查機關當初之決定理由及其發生等資訊要能確實知悉。在正當法律程序保障之憲法要求下，偵查機關對此負有彙整相關卷宗資料，特別是對於決定採取緊急通訊監察有重要性之資料(尤其對於特定之犯罪嫌疑確有防止他人生命、身體、財產之急迫危險等之存在)必須在卷中詳列，若只是一般性之陳述，例如只是單純表示有危險等，並無法滿足此一要求。此外，為緊急通訊監察決定之檢察官也必須將決定當時之具體狀況告知法院，特別是對獲得法官事前同意簽發通訊監察書有無可能一事作說明。除了以上的充分資料提供義務外，檢察官並且負有說明決定理由之義務，以使法院對此全面性之審查以進行有效之司法審查在實質上成為可能<sup>13</sup>。

## (二)日本

---

<sup>13</sup>楊雲驊，註12文，頁164。

日本「通信傍受法」第十四條：「檢察官或司法警察實施通信監聽時，監聽到監聽票記載之犯罪以外之犯罪時，以其通信顯可認係以曾實行、正實行或將實行該當附表所列之罪或死刑無期徒刑最輕本刑一年以上懲役或禁錮之罪之事項，為通信內容時，得對該等通信為監聽。」有學者認為，令狀主義下，偵查機關對於強制處分之行使，要求事先之司法審查。這目標下，強制處分之要件，有關該當處分理由必要有無、程度，一方當事人委由偵查機關本身第一次判斷，欠缺嚴格，有發生錯誤之虞，依據法官經過慎重審查發給，而且，處分的根據基於令狀主義明示被許可範圍，除去前述之虞，保障(受處分)對象之人權保障，依照令狀主義趣旨，防止那些弊害，諸如，一般探索的、涉獵的處分、薄弱根據，發生恣意的搜查活動，處分對象的權利、自由的約制都是被考慮的。

這一點，現行犯逮捕，憲法上明文，是令狀主義之例外，逮捕存在之要件明白的場合，不經由法官判斷，人身自由被錯誤侵害之虞較小，他方等待至取得令狀為止，犯罪嫌疑人逃亡之虞強大，有直接拘束身體之高度必要性。令狀主義嚴格保障規定下憲法解釋，自單單政策的判斷，那例外認定應該謹慎，避免強制處分要件的存在明顯錯誤之虞，而且，當該處分有緊急實施之必要性現行犯場合之時，自日本憲法本身令狀主義趣旨推導合理的理由例外依據，從無令狀處分的容許來看，假設有這樣相同利益狀況，其他無令狀處分原理上認定應被容許<sup>14</sup>。

日本「通信傍受法」第十三條：「檢察官及司法警察官，對於實施監聽期間所為之通信，是否該當監聽票記載應監聽之通信不明時，為判斷是否該當應監聽之通信，得在必要最小限度範圍內監聽該通信(I)；以外國語通信、暗語或其他使用內容不能及時知悉之方法所為之通信，至監聽當時難以知悉其內容，憑供判斷是否該當應監聽之通信時，得就其全部為監聽。惟其後應儘速判斷是否該當應監聽之通信(II)。」本文認為現行日本法對於緊急監聽該當性認定以「監聽當時難以知悉其內容」似乎過度空泛，有學者指摘「該當性」判斷目的已被實施監聽的範圍事實上擴張，將發生被迫表明有關緊急監聽運用係沒有發生涉獵性處分之虞，為取得相關犯罪情報的名目或藉口，很少考慮司法警察機關較不願意遵守極嚴格監聽票發給的要件的這樣結果<sup>15</sup>。

---

<sup>14</sup>佐藤隆之，通信傍受法 14 条の合憲性，法學教室第二六二期，2002.07，頁 161。

<sup>15</sup>佐藤隆之，註 14 文，頁 161。



### 三、我國法緊急監聽之檢討

#### (一)綜合德日見解採日本法制

日本學者之意見以「類似現行犯」標準作為緊急監聽與否判斷標準，似乎與德國早期見解以偵查機關判斷是否構成「遲延將發生危險」之情況有異曲同工之妙；德國近期聯邦憲法法院見解以法院為全面性審查輔以檢察官之協力證明義務，本文以為緊急監聽貴在其緊急性，由於資訊稍縱即逝若要求檢察官必須踐行協力證明義務，而由法官全面性審查監聽許可，似乎緊急監聽也不「緊急」了，不如刪除緊急監聽制度回到原本令狀主義，可能更名符其實。

對於德國法制檢察官協力證明緊急監聽事由義務，本文認為在監聽最小化原則下，由檢察官指示警方不得任意為探索性、涉獵性監聽，若課予檢察官協力證明義務，對於本案監聽所猜測非常有可能即將發生急迫性犯罪，然此時資訊常為割裂片段、稍縱即逝，檢察官為盡協力證明義務，必盡力取得完整資訊(如查問線民資訊或警方巡察)，常耗費時日，甚至犯罪者已逃匿無蹤、湮滅證據，似乎無法配合緊急之機動性。例如：警方偵辦毒品危害防制條例案件，就犯罪嫌疑人之暗語推測，可能即將著手擄人勒贖，但就其他資訊(例如可能被害人究竟是誰)，無法即刻給予法官明確答案，若要求警方儘速四處探訪蒐集證據由檢方協力證明，可能耗費時日，由於無法藉由監聽即刻掌握犯罪資訊，犯罪者可能早已將被害人撕票潛逃出境。因此有必要就近似現行犯情狀，賦予緊急監聽令狀主義之例外始符合偵查實情。

至於對於檢察官可能濫權核准緊急監聽迴避一般監聽令狀主義，造成主客易位危機，本文認為容許緊急監聽之理由乃其對人民秘密通訊自由、人民隱私權被錯誤侵害之虞較小，他方等待至取得令狀為止，對話之證據稍縱即逝，有直接侵害人民秘密通訊自由之高度必要性之類似現行犯逮捕情狀，若此時必須耗費繁複聲請令狀程序，對於偵查進度頗為不利，此時當可為令狀主義之例外—檢察官下令監聽執行機關先執行監聽再補請通訊監察書—，似乎符合類似現行犯逮捕，而得依法為緊急監聽。

由於各制度通常涉及人事時地物等，既然由檢察官事前允許緊急監聽，對於「事、時、地、物」構成要件應盡量明確至「近似現行犯」明確

情狀<sup>16</sup>，俾檢方有所遵循方向，嗣後法官於審判庭時，對於檢察官核准緊急監聽事由不具有「類似現行犯」明確情狀，考慮以證據排除方式排除其證據能力。

## (二)緊急監聽於我國通訊保障監察制度以令狀原則觀察

現行犯依我國刑事訴訟第八十八條第一項規定：「犯罪在實施中或實施後即時發覺者，為現行犯。」，所謂犯罪在實施中，乃指犯罪行為尚在實行之中；所謂實施後即時發覺者，乃指犯罪行為實行終了，未經多時，而其犯罪行跡尚屬顯著，即為共犯以外之他人知覺者為限。故現行犯與非現行犯區別，乃以犯罪發覺之情形為標準<sup>17</sup>。參酌前述學者見解推論，若有秘密通訊自由、人民隱私權被錯誤侵害之虞較小，他方等待至取得令狀為止，犯罪嫌疑人隱匿、銷毀證據之虞強大，有直接侵害人民秘密通訊自由之高度必要性之類似現行犯逮捕情狀，當可為令狀主義之例外—依口頭通知檢察官事前發給監聽票—，似乎符合類似現行犯逮捕(逮捕存在要件明白不需司法審查)。

相較之下我國法緊急監聽之範圍殊有不當，例如：新通訊保障監察法將緊急監聽之範圍，納入刑法妨害投票罪章、公職人員選舉罷免法、總統副總統選舉罷免法等法律，此種立法未遵守「重罪原則」的限制，「一網打盡」式的不分輕重全包，甚有可議之處，更易生有違比例原則之情形，建議應予以刪除。另外，得實施「緊急監察」之範圍(第六條第一項本文)，竟然大於「一般監察」的範圍(第五條第一項)，此與「緊急監察」應只是少數、僅是例外的精神不符，非但違反比例原則，亦有侵害人權之虞，亦建議應予以刪除<sup>18</sup>。是故，由於我國緊急監聽範圍不當，殊難符合，為兼顧犯罪偵查緊急性目的，建議宜考慮修正監聽範圍。在未修正前，為防止諸如，一般探索的、涉獵的處分、薄弱根據，發生恣意的搜查活動弊害，應考慮對於處分對象的權利、自由的約制始符合令狀主義趣旨。亦即，緊急監聽其審查標準應更加嚴格，盡量符合令狀主義，於類似現行犯明白狀態始得無令狀為監聽。

「令狀原則」基於監聽令狀一回性，對本案依一個監聽令狀達到令狀該當目的後不可再為監聽，參酌最小化原則意旨，依照大法官解釋第六三

<sup>16</sup>佐藤隆之，註 14 文，頁 161。

<sup>17</sup>褚劍鴻，刑事訴訟法論，台灣商務，1999.08，頁 164~165。

<sup>18</sup>劉靜怡，從通保法修正談通訊隱私與資訊自主性，網址：  
[http://www.jrf.org.tw/newjrf/index\\_new.asp](http://www.jrf.org.tw/newjrf/index_new.asp)，造訪日期：2007.07.03。

一號法官保留意旨，應將檢察官控制轉換為由法官事先具體於令狀授權由檢察官實際監控。以最小化原則監控監聽令狀一回性意旨，並為日本犯罪搜查通信監察法第十八條明文實踐「監聽實施之終止，監聽之實施，於無監聽理由或必要時，縱使於監聽票記載得監聽期間之內，應終止監聽。」如前所述。

監聽令狀一回性涉及「令狀原則」。惟緊急監聽為若有秘密通訊自由、人民隱私權被錯誤侵害之虞較小，他方等待至取得令狀為止，犯罪嫌疑人隱匿銷毀證據之虞強大，有直接侵害人民秘密通訊自由之高度必要性之類似現行犯逮捕情狀，當可為令狀主義之例外—檢察官下令監聽執行機關先執行監聽再補請通訊監察書。因此對本案監聽尚未達成目的前，監聽到疑似合乎緊急監聽要件之暗語，雖逾越本案監聽初衷，得不以最小化原則實施中斷監聽，反而可為令狀主義之例外—依口頭通知檢察官事前發給監聽票，然檢察官必須立即對於秘密通訊自由、人民隱私權相較於證據湮滅可能性如前述判斷。

例如「沒有報案的綁架勒贖案<sup>19</sup>」：台中港務警察局原本是監聽暴力討債集團，主謀耗費半年精心設計一大陷阱—用半年的時間和被害人交往，還主動「透露」黑道要綁人的消息，請林姓被害人小心，看似和林姓被害人「博感情」，卻是一步步建立陷阱—，主嫌「熱心」於短時間內籌到四百萬元還債，被害人雖心生懷疑，卻找不到有力證據，再加上擔心被黑道報復，遲遲不敢向警方報案。警方早已監聽到諸如「車子出去了」、「房子的燈關了」等暗語，警方起初懷疑是紀嫌等人要進行暴力討債，想不到竟一舉偵破擄人勒贖案。

本文認為本案以監聽令狀一回性與最小化原則競合推論，則本案原本是監聽暴力討債集團監聽目的未達，警方所監聽「車子出去了」、「房子的燈關了」，若以此為繼續監聽似乎不符合最小化原則(此無關本案性談論)，結局是警方必定中斷監聽，似乎未考量此時秘密通訊自由、人民隱私權相較於證據湮滅可能性明顯較不重要；若以緊急監聽為令狀原則例外，警方所監聽「車子出去了」、「房子的燈關了」，檢察官雖未向法院聲請監聽令狀在綜合本案曾監聽資料與偵查經驗為利益衡量後應立即實施緊急監聽。

### (三)對於共謀共同正犯，是否得為無令狀之緊急監聽？

<sup>19</sup>自由時報，〈沒有報案的綁架勒贖案〉，B2 版社會新聞，2007.10.10。

承襲上述思考脈絡，本文先思考的是，未現場參與實施行為之共謀共同正犯，是否可視為現行犯。通說採取否定見解<sup>20</sup>，以現行犯定義觀之，既規定為實施犯罪行為中，或實施後即時發覺之人而言，自不得擴張解釋，及於非在犯罪實施中或實施後，及時發覺之其他共犯。其次，該共謀共同正犯，在無明顯之犯罪證據情況下，若容許為緊急搜索，可能易流於一般探索的、涉獵的處分、薄弱根據，發生态意的搜查活動弊害，為謹慎起見，此情形下檢察官不應口頭許為緊急監聽，而應完全回歸令狀主義由法官審查。例外本文主張，若能證明此共謀共同正犯屬於該組織犯罪不可分之一分子，偵查機關應可以另案監聽對共謀共同正犯為之，冀圖有效打擊組織犯罪，容後敘述。

### 第三項 得一方同意之監聽

得一方同意之監聽係指通話之一方，放棄秘密通訊自由權及隱私權之保障，由自己或同意第三人進行監聽行為。

其類型有二，第一種類型為「同意監聽」，係指通訊之一方當事人同意由第三人就其通訊內容進行監聽，如自首的被告同意警察監聽其與共犯的電話內容或恐嚇取財之被害人同意警察在其家監聽犯罪嫌疑人之來電，以偵測電話來源；第二種類型為「當事人錄音」，指與人對談之一方當事人，自行將與對方之談話秘密錄音，例如偽裝買毒品或槍械之警察，將其與毒販或媒介者間之對談秘密錄音。然而，得一方同意監聽與令狀之關連，將於下述分析：

#### 一、我國法

我國通訊保障監察法第二十九條第三款規定：「監察他人之通訊，而有下列情形之一者，不罰：三、監察者為通訊之一方或已得通訊之一方事先同意，而非出於不法目的者。」，因此監聽令狀在我國得一方同意監聽制度並未顯示特別重要。

#### 二、外國法

##### (一)法國

---

<sup>20</sup>褚劍鴻，註17書，頁165。

法國版 A v. France 經申訴至歐洲人權法院後，該院表示本案例雖然係私人主動向警方提供訊息，且秘密錄音亦係由私人所為，但該私人與警員具有共同合作關係，而警員亦係基於國家追訴機關的職務身分，對電談錄音作重要指示與貢獻，無法否認乃國家所為之監聽，係爭干預具有國家性。他方面該院指摘此干預不在法國通訊監察立法的授權範圍，故本案被判定為欠缺法律授權依據所為之干預<sup>21</sup>。

## (二) 德國

德國大多認為係爭案例具有國家性，並進一步區分有無錄音及警員(或其手足延伸)有無以分機聆聽<sup>22</sup>。

### 1. 電話通訊雙方中之一人，同意由國家追訴機關共同監聽情形

傳統見解實務曾以雙方溝通始構成秘密通訊基本權之保障，故主張未取得監聽令狀(法官保留)之得一方同意監聽的合法性，此為監聽令狀不必要說。

Roxin 認為在只有對話者之一對警察同意監聽時，此時法官之監聽令狀仍是需要的，此為監聽令狀必要說；Amelung 和 Pauli 在其合著文中，與 Roxin 持類似見解，認為傳統見解乃源自於德國當時尚未有全面性通訊保障規範，而僅有個別規範立法時代，且當時未有健全公法方法論，進而借用民事法域之思考方式，然而今日公法、私法已發展健全，實不宜以通訊雙方民事間法律關係來限制基本權保障範圍，此為監聽令狀必要說。

亦有從監聽涉及刑法妨礙秘密罪章(德國刑法第二〇一條第二項)，而在文義上認為亦不得一方同意之監聽，此為自妨礙秘密罪章思考說。因此縱使在擄人勒贖案件，也不得以被害人之同意而為監聽行為。不過例外情形下，此擄人勒贖案例，監聽行為可能可被允許，但其干預基礎並非得一方同意，而往往係以刑法上正當防衛(德國刑法第三十四條)為發動依據，進而正當化此監聽行為。

### 2. 電話通訊之一方，同意國家追訴機關錄下談話之通訊內容

---

<sup>21</sup>林鈺雄，註 2 書，元照，2007.09，頁 306。

<sup>22</sup>李瑞敏，論通訊一方同意之監察-以電話通訊一方同意之監察為主，刑事法雜誌第四十七卷第一期，2003.02，頁 41~66。

Amelung、Pauli 和 Roxin 認為得通訊一方同意下，國家機關並不能因此而無令狀為監察行為，此即監聽令狀必要說。德國實務見解(BGHSt 31,304)認為警察人員在警局中架設監聽設施和錄音行為，乃違反刑法妨害秘密罪章，亦即德國刑法第二〇一條第一項規定，而警察的錄音行為既未符合刑事訴訟法關於監聽之規範(德國刑事訴訟法第一百條 a、b 規定)，亦不符合刑法上正當防衛之事由(德國刑法第三十四條)，所以國家機關是違法取得證據的。進而法院論證違法取證要否證據使用禁止時，從德國刑事訴訟法第一百三十六條 a 第三項(相當於我國刑事訴訟法第一百五十六條第一項)規範意旨出發，禁止以不正方法來影響被告之陳述，認為亦適用於國家機關違法錄音情形，因為同樣係以科技方法影響被告之陳述，同樣亦不被允許。

有論者自刑法妨害秘密罪章出發，認為從刑法之規範來看，採應有監聽令狀必要說，德國刑法第二百零一條第一項規定明顯禁止通訊之一方未經他方同意，而對於通訊內容為錄音，所以既然連通訊者自己都無法自行錄音，國家機關在此亦不可僅由通訊單方同意而合法為錄音行為。因此，國家機關不可以憑通訊單方同意，免除監聽令狀而錄音。

### 3. 電話通訊一方，同意國家追訴機關監察非對話內容之通訊管道、線路，包含對於電話號碼之監察

Amelung 和 Pauli 其認為僅由通訊或線路持有者之一方同意，仍不足以正當化，仍需要一個法律干預授權基礎，此為監聽令狀必要說；而多數說認為聲請通聯紀錄者，可思考緊急避難問題，而使行為合法化。而 Amelung 和 Pauli 認為刑法一般法定阻卻違法事由是否可運用在國家刑事追訴、取證行為，尚有爭議。且緊急避難非用來提供罪證，亦非用來確認第三人之合法干預，當務之急仍應立法明文。從刑法妨害秘密罪章角度而論，有認為自妨害秘密罪章思考，監聽令狀不必要說，此時未涉及通訊內容之查明與探知，而未涉及刑法第二〇一條問題，單方同意即已足夠。

## 三、我國對於得一方同意監聽要否令狀之檢討

由於監聽令狀要否涉及利益權衡觀點，並非一律非揚即墨之判斷，由於關鍵在於當事人之錄音或得一方同意之監聽時，其會話之自由或隱私權已受侵害，因此得一方同意之監聽或當事人之錄音並非全然均屬任意偵查而具適法性，仍應就其目的、方式或利益衡量觀點，綜合考量其適法性問題。

上述之同意監聽或追蹤探測發信源之行為，例如偵辦恐嚇取財案件之警察人員經被害人之同意，在其家中監聽嫌犯之來電並偵測其發信來源之手法，因嫌犯對其恐嚇內容顯然欠缺隱私期待，且基於偵查之必要性及緊急性，應屬合法之任意偵查，不需事先取得監聽票。至於，當事人錄音之適法性，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，其會話是在不堪期待，甚至是放棄其隱私權情況下所為，例如，犯罪嫌疑人明知交談之對象是警察，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，例外的可承認其合法，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<sup>23</sup>。

## 第四項 另案監聽

另案監聽係指偵查機關實施合法通訊監察時，意外發現本案以外之案件，此「另案」可以係已在偵查中或繫屬於法院，甚至於係偵查機關尚未發現之案件，至於「另案」涉及得受監聽人或無關之第三者，則非所問。

### 一、另案監聽範圍

#### （一）我國之運作

我國通訊保障及監察法對於另案監聽並無明文規定，監聽制度偵查機關事先無法確定所鎖定監聽內容可能涉及之犯罪與對象為何，因此在合法監聽中可得知的「另案」有多種可能性，如同最高法院九十七年台上字第二六三三號判決認為「監聽係政府機關依據通訊保障及監察法之授權所為截取他人通訊內容之強制處分，必須符合所列舉之得受監察之犯罪與受監察者之要件，始為合法，此觀修正前、後之該法第五條第一項規定即明。然偵查作為屬於浮動之狀態，偵查機關於執行監聽時未必能保證獲得所受監察罪名之資料，自亦無從事先預測或控制監聽所可能擴及之範圍。因此，在監聽過程中時而會發生得知「另案」之通訊內容。」

#### （二）外國學說

---

<sup>23</sup>陳運財，註5文，頁24。

通訊監察干預人民之秘密通訊自由，對於人民進行監聽必須依通訊保障監察法之規定才能進行監聽，該法雖對於何人、何事與何情形下得受監察皆有明文規定，但監聽技術上有難以克服之問題，偵查機關事先無法確定所鎖定監聽之通訊內容可能涉及之犯罪與對象為何，因此在合法監聽中可得知之「另案」有多種可能性。有關通訊監察之要件已有法律明文規定，通訊監察得知的「另案」若不屬於列舉之犯罪類型，監聽內容不具證據能力，反之，即具有證據能力，固根本沒有「另案監聽」之問題<sup>24</sup>。

### (三) 檢討我國另案監聽範圍

有學者反對上述學者見解認為依該法規定得受監察犯罪僅限於第五條與第七條所列舉之犯罪，但在監聽過程中偵查機關有可能得知受監聽人另外違犯其他案件，此「另案」可能是本法所列舉之犯罪，也可能並非列舉之犯罪，卻與受監聽犯罪具有關聯性。又在監聽過程中，實務上也曾發生偵查機關鎖定某人為監聽對象時，卻意外得知他人犯罪之情形，而其犯罪行為可能係列舉之犯罪，也可能係非列舉之案件，例如第三者自己打電話給被告，或被告家屬、朋友使用被告或犯罪嫌疑人之通訊器材，因而通話內容受監聽而取得本案或另案之犯罪證據，也可能係第三人參與被告或犯罪嫌疑人合法監聽之列舉犯罪或與此有關之犯罪，例如藏匿人犯罪、湮滅刑事證據罪或贓物罪等<sup>25</sup>。

本文贊成該反對見解，對於「另案」可能涉及情形區分：

#### 1. 均不合乎一般監聽、緊急監聽之範圍

以監聽與郵件扣押相相較可知，在郵件扣押中對無關第三者之郵件扣押必須有相當理由可信其與本案有關係者才得為扣押，而監聽之性質特殊，異於靜態之郵件扣押，反而具有機動性及突發性，且在審核監聽時無法得知將監聽之內容為何與所涉及之人有那些，因此對第三人之監聽應該比郵件扣押之要件更加嚴格。

由於其「另案」並非通訊保障及監察法第四、五、七條所述一般監聽範圍，亦非同法第六條緊急監聽範圍，此時監聽執行人員應遵守最小化原則，監聽執行人員對於此「另案」部分應為中斷監聽。例如：監聽執行人

<sup>24</sup>Rudolphi, Grenzen der Überwachung des Fernmeldeverkehrs nach den §§ 100a, StPO, in: FS für Friedrich Schaffstein, 1975, S. 451, 轉引自黃惠婷, 另案監聽, 月旦法學教室第二十六期, 元照, 2004.12, 頁 116。

<sup>25</sup>黃惠婷, 註 24 文, 頁 116。



員本對於強盜罪犯罪嫌疑人甲執行監聽，由甲與乙對話內容得知，無關之第三人發生偷竊財物情事。

## 2. 不合乎一般監聽，惟合乎緊急監聽範圍

參前述緊急監聽部分處理，屬於「令狀原則」之例外。

## 3. 合乎一般監聽，惟不合乎緊急監聽之範圍

在「令狀原則」基於監聽令狀一回性，對本案依一個監聽令狀達到令狀該當目的後不可再為監聽，因此本文如下分析：

(1)對於依本案一個監聽令狀實施達成監聽目的後本文認為原則上此時後續監聽對於本案應依照最小化原則中斷監聽執行，例外若後續監聽事先再次符合法官保留，始得繼續為監聽。

(2)對於依本案一個監聽令狀實施尚未達成監聽目的若此「另案」與本案間具有同樣監聽目的「另案」與本案間具有同樣監聽目的或具有反覆蓋然性，基於解明事件規模性、複雜性可繼續監聽，此時監聽目的物並未存在蓋然性薄弱之虞，故非另案監聽，而係原本一般監聽範疇。

(3)若此「另案」與本案間並未具有同樣監聽目的(本部分為下文所討論)，原則上此時後續監聽對於本案應依照最小化原則中斷監聽執行，例外若後續監聽事先再次符合法官保留，始得繼續為監聽。不過，本情形屬於真正另案監聽情形，後文討論之。

## 二、對於另案監聽應再次審查、提供救濟

### (一)我國法

我國通訊保障監察法第五條第四項規定：監聽執行機關應在執行監聽期間之中，至少作成一次以上之監聽實施狀況報告書，內容說明監聽行為之進行情形，以及有無繼續執行監聽之需要。法官依據其經驗法則、論理法則綜合於自由心證判斷之後，若法官發現有不應繼續執行監聽之情狀時，應立即撤銷原先所核發之通訊監察書。可知對於另案監聽並未明定於監聽實施狀況報告書中列為必須記載事由。且未如日本法準用事後受監察人不服請求撤銷監聽之規定。

### (二)日本法

## 1. 日本「犯罪偵查之通信監聽（傍受）相關法律」第二十一條第一、二項規定

日本「犯罪偵查之通信監聽（傍受）相關法律」第二十一條第一項檢察官於監聽實施終了後應即提供記載左列事項之監聽實施狀況報告書，第六款規定：「就第十四條規定之通信（另案監聽），該通信所涉及罪名、法條，及認定該通信該當該條規定通信之理由。」。

同條第二項規定：「受理前項規定書面提出之法官，就同項第六款之通信，應審查是否該當第十四條（另案監聽）所規定之得附帶監聽之通信，認不該當時，應即取消該通信監聽處分。此時，準用第二十六條第三項、第五項及第六項之規定」

## 2. 日本學者意見

檢、警監聽實施狀況報告書具有與相當我國通訊監察書類似作用，只不過對於他（另）案監聽事實上難事先取得法官監聽令狀判斷與監聽目的相關性，故以檢、警監聽實施狀況報告書補正，且檢、警監聽實施狀況報告書作為難於通知受監察人時，所為之替代措施，是故法院對於檢、警監聽實施狀況報告書之審查，形同於事後受監察人不服請求撤銷監聽處分，因此該法準用事後受監察人不服請求撤銷監聽之規定<sup>26</sup>（二十一條第二項準用第二十六條第三、五、六項）。

### （三）檢討我國對另案監聽審查與救濟

本文認為另案監聽與本案之監聽目的已不同，無法認為另案仍符合本案監聽令狀當初核發目的，換言之根本與監聽令狀一回性無關，基於最小化原則之意旨監聽執行機關本應中斷監聽執行，然而偶然監聽而得之證據若可證明該犯罪類型屬於針對組織犯罪，如前所述應得為監聽。

然而，實務對於另案監聽標準始終不明確，為避免監聽執行機關迴避令狀原則，而將例外之另案監聽當成原則，恣意侵害人民隱私權，我國立法例假使以法官審查通訊監察實施狀況報告書，作為立即撤銷另案監聽處分之依據，相較於抗告不停止監聽處分執行對人民隱私權侵害較小，不失為一良好處理方式。此外對於事後人民權利之救濟，日本之立法例準用受監察人得請求撤銷監察處分相較於抗告不停止執行而言，可作為迅速救濟

---

<sup>26</sup>佐藤隆之，註 14 文，頁 161。

人民受侵害之隱私權參考依據之一，我國立法上應考量以抗告或準抗告明文以為救濟。

## 第二節 監聽涉及憲法基本權

監聽涉及人民之基本權，例如：秘密通訊自由、居住自由以及隱私權，其均是以人性尊嚴作為上位指導原則，尤其是人的自由意志應受尊重，假使忽視基本權根本無法實現。

### 第一項 監聽與秘密通訊自由

世界人權宣言第十二條規定：「任何個人之私生活、住所或通訊，不容無理侵犯，其榮譽與信用亦不容侵害，人人為防止此等侵犯或侵害，有權受法律保護。」，我國憲法第十二條規定：「人民有秘密通訊之自由。」，大法官解釋第六三一號理由書亦認為：「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。」，因此無論任何個人之私生活、住所或通訊，人民均有秘密通訊之自由，憲法上應予保障。

#### 一、秘密通訊自由之內涵

通說認為秘密通訊自由除包括保障人民擁有可與他人為「通訊」之自由外，亦保障保有「通訊內容秘密」之權利，蓋秘密通訊自由之保障核心在於「人民思想自由」之發展，國家公權力不得任意介入干擾與知悉<sup>27</sup>。簡述秘密通訊自由內含<sup>28</sup>：

##### （一）通訊行為本身

亦即基本權主體基於自由意識，決定「是否」與他人進行媒介溝通之通訊自由。例如：某甲單純為連絡而撥打電話給某乙之行為。

##### （二）通訊隱密性保障

<sup>27</sup>陳新民，論憲法人民基本權利的限制(下)，政大法學評論第三十六期，1987.06，頁 57~182。

<sup>28</sup>詹鎮榮，基本權各論基礎講座(五)秘密通訊自由，法學講座第二十一期，2003.09，頁 2~5。

通訊內容秘密之保障為維護個人隱私之體現，如同上述該號解釋理由書所謂「秘密通訊自由乃憲法保障隱私權之具體態樣之一」應為秘密通訊自由之保障核心，主觀上通訊之當事人必須具備有不欲其內容為第三人所知之意圖，否則如通訊當事人雙方主觀上無欲維持其通訊內容隱私秘密，應界定為「公開通訊」，例如向社會大眾發表公開信等。其保障時點，始於傳輸信息脫離發信(訊)人實力支配之時，而以該信息到達收信(訊)人實力支配範圍為止。旨在保障欲交換之信息，在傳遞者之實力支配下，仍可保持其內容之隱密性，不受國家侵害。

通訊情況之秘密係指有關通訊當事人、時間、地點、次數、特性、地址、號碼等通訊往來資料與事實而言。例如：電信通聯記錄、郵件掛號記錄、電子郵件傳輸紀錄。不同於「通訊內容」之秘密，「通訊情況」之秘密保障時點，並不隨著通訊過程完畢而結束，毋寧延伸至通訊完成後之期間。

## 二、監聽可能造成秘密通訊自由之侵害

早期日本在大日本帝國憲法第二十六條「日本臣民除非在法律已制定場合外，書信秘密不得侵害。」規定，這裡保障封緘書信(信件)或電信、電話等的通信秘密。

日本國憲法第二十一條第二項前段，「檢閱，不得為之」有關檢閱之禁止，後段「通信秘密不得侵犯」，同條第一項「集會、結社及言論、出版以及一切其他表現自由均保障之」的表現自由和秘密通訊自由並列之規定。這稱作通信、信件或電信、電話等全部方法實行為了意思傳達的表現行為，被解釋為公權力在通信內容禁止探索之保障。

日本國憲法第二十一條第二項前段規定，其具體規定則在日本刑事訴訟法第三十九條、第八十條、第八十一條，依日本憲法之解釋，竊聽係侵犯私生活之卑鄙偵查方法，在憲法上應加以否定，依日本憲法第三十五條之規定，僅得就住居所、書籍及持有物品進行搜索、扣押，人之會話並非有體物，自不得為搜索、扣押之對象<sup>29</sup>。

特定人與人之間溝通的秘密是為了考慮私生活保護之主要目的，依照這規定部分有力見解認為憲法第十三條隱私的權利或第三十五條規定住居不可侵犯原則同樣旨趣。其他見解有抓住通信自由與表現自由的關聯之

<sup>29</sup>田正恒，竊聽之合法性及證據能力，法令月刊，第三十八卷第一期，1987.01，頁18。

見解。通信的秘密保障的內容，解釋為通信的內容寄出者(發出信號者)、受寄者(接受信號者)的姓名、居所、通信之日時或個數等全部事項達到。進一步，在今日，在行動電話通信或電子信件交換的方面，在個人電腦電子郵件或電子網路上相互聯絡(所謂「CHAT」)等等，新的通信手段出現意味著雖然持有手段原樣不動，而求助有關新的通信秘密之保護理論之建構。特定人間的電子郵件的交換等等，當然通信秘密的保護對象變成，有關不特定多數為了網際網路的網頁或「聊天」那樣「有公然性的通信」，為了通信秘密的討論變成困難了，這一點，變成有關傳播自由的一環討論與網路規制問題之統一討論之必要。

但是組織犯罪對策三法(《關於有組織犯罪的處罰及犯罪收益規則的法律》、《關於用於犯罪搜查的通訊監聽的法律》，以及《關於修改刑事訴訟法部分條文的法律》)記載「監聽全部通信」該當於何種判斷目的，是預備監聽(通信傍受法第十三條第一項)、或基於令狀監聽中關於其他犯罪監聽實行他案監聽(同法第十四條)、事前監聽(同法第三條第一項)等等被承認時，被指摘脫離憲法第三十五條的令狀主義或引起通信對象無限擴大，則通信秘密的侵害或是表現自由有萎縮之虞<sup>30</sup>。

## 第二項 監聽與人民隱私權

我國憲法並未明文隱私權保護，通說將其置於憲法第二十二條保護範圍。隱私權係指攸關個人一己，得拒絕他人知悉所有訊息之總稱，假使沒有法理依據，他人不得加以刺探或宣揚。依照司法院大法官第六〇一號解釋隱私權亦為個人人性尊嚴之所繫。隱私權不以私密空間為限，故縱使是治安機關在公開之場所裝設監視器，並將之存檔錄影，亦可能會發生侵害隱私權之問題<sup>31</sup>。

### 一、隱私權之內涵

隱私權係指攸關個人一己，得拒絕他人知悉所有訊息之總稱，沒有法理上之依據他人不得刺探。隱私權之內涵包括個人出身、健康資料、基因資訊、財務狀況、學經歷、黨籍、宗教信仰自由、思想傾向、一般私生活以及日記之記載等，甚至包括電話號碼及地址<sup>32</sup>。

<sup>30</sup>辻村みよ子，憲法，日本評論社，2004.05，頁 261~263。

<sup>31</sup>李惠宗，憲法要義，元照，2006.09，頁 349。。

<sup>32</sup>李惠宗，註 31 書，頁 349。。

司法院大法官解釋第五八五號解釋理由書：「隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活秘密空間免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第二十二條所保障（本院釋字第五〇九號、第五三五號解釋參照）。立法院行使調查權如涉及限制憲法所保障之人民基本權利者，不僅應有法律之依據，該法律之內容必須明確，且應符合比例原則與正當法律程序。」，因此即使是立法院等國家機關行使調查權時，亦應注意不得恣意侵害人民隱私權。

一九二八年聯邦最高法院在 *Olmstead v. United States* 案中認為電話線非住宅之一部分，所以竊聽電話內容並未侵入他人住宅，不構成隱私權之侵害。之後，在 *Nardone v. United States* 一案禁止違法監聽談話內容，但仍以侵權行為判斷是否侵犯他人隱私之標準。*Goldman v. United States* 一案認為貼著牆壁用聽診器或麥克風聽牆內人談話，不會構成侵犯他人隱私，但如麥克風已經穿牆才算侵害。直到一九六七年聯邦最高法院在 *Katz v. United States* 一案中打破過去以物理侵入行為認定侵害個人隱私權之標準，改以是否足以侵害他人合理期待隱私權作為判斷基準<sup>33</sup>。

經過上述判決之更迭，其意義在於從隱私權之保障去檢驗監聽之合法性。目前在美國判例法上確立了憲法增修條款第四條所保障的是「人」而非「空間」<sup>34</sup>，當人民有個人正當期待的隱私時，即使偵查人員沒有物理性侵入受監聽人住居，其以其他電話線或其他設備監聽電話，皆構成隱私權之侵害<sup>35</sup>。

由於 *Katz* 案對於授權竊聽之規定甚嚴，並要求貫徹令狀主義，因此美國國會於一九六八年通過「防制犯罪及安全街道綜合法」(*Omnibus Crime Control and Safe Street Act*)其中第三篇(以下簡稱 Title III)即規定為犯罪偵查之目的而進行監聽之法律依據，指出須嘗試所有正常程序都無效，繼續嘗試也無效或有危險，而仍有可能懷疑個人正在或已經犯下特定的重罪，才能核發令狀進行監聽，藉以監督執法機關侵害人民隱私權<sup>36</sup>。

但上述之 Title III 並不包括電子通訊，直到一九八六年才制訂通過電

<sup>33</sup>蔡達智，由美國判例法論電子偵查與隱私權之關係—以衛星偵查方法為例，政大法學評論，第七十八期，2004.04，頁 43~46。

<sup>34</sup>美國憲法增修條文第四條之內涵，雖然美國最高聯邦法院曾認為該條不能與一般憲法保障隱私權畫上等號，只是防止政府對於個人隱私之侵害，在 *Katz* 案中亦有部分論述與此相仿，不過該條仍是美國探討隱私權的重要參考依據。參閱蔡達智，註 33 文，頁 41。

<sup>35</sup>張麗卿，刑事訴訟法理論與運用，五南，2008.10，頁 313~315。

<sup>36</sup>蔡達智，註 33 文，頁 45。

子通訊隱私法(Electronic Communication Privacy Act, 簡稱 ECPA), 對 Title III 修正, 自此方可統稱為通訊監察之法制<sup>37</sup>。

另外, 由於七〇年代, 尼克遜利用國安局和 FBI 進行監視反越戰者之工具, 促使美國在一九七八年, 通過「外國情報監聽法」(Foreign Intelligence Surveillance Act, 簡稱 FISA) 對國家安全監察行為加以規範<sup>38</sup>。與我國通訊保障及監察法將國家安全與犯罪偵查所為監聽綜合立法體例不同。

## 二、監聽對人民隱私權所可能造成之侵害

有別於美國法解釋, 日本學者嘗試以該國憲法解釋監聽制度對於隱私權之侵害。

有伴隨物理性的侵入之活動, 和未伴隨物理性的侵入活動之比較, 前者(有伴隨物理性的侵入之活動)之被侵入者容易被轉交。所謂對於資訊的隱私威脅於未伴隨物理的侵入場合 有關自己情報之出入、處理自己進行之保障較弱(人一旦意識到資訊進入被轉交的情況下, 人不願被看見或被聽見, 因而兩人一同節制對話或行動), 相反的在未伴隨物理性的侵入之「侵入」「搜索」, 那比有伴隨場合, 未轉交裡面所生對於隱私權之侵害, 那侵害的程度高且強。規定在隱私權領域的憲法第三十五條, 似乎有棄比較侵害程度高度活動之方法於不顧, 嚴格規律低度活動之不合理解釋。

日本憲法第三十五條「文書及所持有物」規制搜索、扣押。規制對象是可看見那樣兩者之有體物<sup>39</sup>。對於聲音、舉動等無體物之監視與對於有體物記錄行為所為之搜索扣押, 有關「文書及所持有物」不得為搜索、扣押, 有考慮刪去憲法第三十五條之規制該見解之意見(東京高決昭和二十八年七月十四日參照)。

在此場合, William Pitt(威廉彼得)(英國政治家)所謂「城之法理」, (英國王)詹姆士之法庭反對一般令狀之見解與考慮體現美國憲法第四修正案依令狀監聽, 兩者都是日本國憲法之先驅繼受之對象, 揭示一個原則即隱私權之保障目的。

---

<sup>37</sup>鍾若喬, 從美國之立法例省思我國通訊監察之法制—以犯罪偵查為中心, 中國文化大學法律學研究所碩士論文, 2003, 頁 156~157。

<sup>38</sup>參閱立法院圖書館外國法案介紹, 網址

<http://npl.ly.gov.tw/do/www/billIntroductionContent?id=27#top>, 造訪日期: 2007.11.02。

<sup>39</sup>蘆部信喜著、李鴻禧譯, 憲法, 月旦, 1997.05, 頁 221。

在十七、十八世紀，電子技術不好，沒有無體物之保全採取之技術。這時，保障財產權方面，有關隱私或財產之資訊之隱私保障無法防禦，沿革上，從立法趣旨來看，隱私權保護之觀點，憲法第三十五條有關無體物聲音舉動不得不解釋為「扣押」、「調查」之規制。變成有體物證據場合，那正被特定、固定所持有資訊，人在此進行舉止或對話，只好提供稀少被特定限定的資訊，那意味著有體物之搜索扣押之方法比較對於無體物搜索扣押，被「限定」，有正當理由關連，必要資訊包含被「特定」。換句話說，就無體物聲音舉動之「搜索」、「扣押」，「限定」、「特定」、「明示」性弱。

與那樣一般的令狀或探索性活動之規制，憲法第三十五條棄明示與特定性較弱之搜索、扣押活動於不顧，那樣嚴格規制下限定的性格可見棄置搜索、扣押於不顧之解釋不合理。從這一點，憲法第三十五條變成接受規制聲音舉動等之無體物搜索、扣押的樣子。

前述那樣，比較伴隨對於有體物物理之侵入之搜索、扣押，侵害隱私權程度強又高，這活動之利用，不得不較被限定、限制。那樣，當使用其他方法不能取得證據之場合，或者假設使用這方法，具有取得證據高度蓋然性。再或許其他方法雖難取得證據，全部仍被允許限定取得一定類型之重大犯罪之搜查。

其中，在假設使用這方法，具有取得證據高度蓋然性，在照顧警察無法取得那樣無關係犯罪資訊目的下，此取得證據高度蓋然性要件可進而向法官事前確認令狀短期有效期間。進一步，假設情況在臨時報告場合，有調查證據必要場合，應該禁止將往後如此「搜索」、「扣押」活動稱做必要程序之規制，這樣隱私權侵害威脅較強之活動，真實情況下令狀取得之時間並不充裕，除了其他方法證據無法取得之場合，每當在所謂令狀規制下應該事前全部經過法官審查。這樣的考慮，根據日本現行刑事訴訟法第二百一十八條以下規定，這活動之規制並非這麼妥當。

日本刑事訴訟法第一百九十七條第一項但書，所謂「強制處分法定主義」之規定。在這場合，刑事訴訟法規定之強制處分，逮捕、拘留，搜索、扣押調查，鑑定處分，證人詢問。除了證人詢問外，在「隱私權被保護領域」物理之侵入伴隨「有體物」扣押要素。由於在證人詢問場合第二二八條第一項，被準用起訴後證人詢問之規定，證人有出庭，宣誓、供述之義務（第一百五十、一百五十四、一百六十條）出庭為確保對於物理的身體強制處分被認為是「逮捕」（第一百六十二條），在那裏，這規定被解釋為「刑事訴訟法規定之強制處分刑事訴訟法規定之要件和方式不得遵守實行」規定。這樣解釋，使用電子技術未伴隨「物理的侵入」對於無體物之搜索、



扣押(監視活動)，未依據刑事訴訟法反而變成接受憲法第三十五條之規制。是故，以前述那樣伴隨物理之侵入的搜索扣押，從對於隱私權侵害程度之比較，前述那樣嚴格要件之具備來解釋憲法第三十五條之要件。

這樣的搜索、扣押(監視活動)碰上刑訴法上的「調查」，對於有體物狹義的「搜索、扣押」之比較，「準用」搜索扣押之規定，在解釋要件下前述之嚴格要件具備。剛開始發給具備這樣嚴格要件之搜索、扣押令狀、調查令狀時必須符合憲法上要求之適當條件之提出，稱做授權<sup>40</sup> (在身體之安非他命之搜索、扣押和採取尿液標本條件之提出，抓緊「令狀」意義)。

### 第三項 監聽與居住自由權

#### 一、居住自由意義

依據憲法第十條：「人民有居住與遷徙之自由」，刑法第三〇六條規定：「無故侵入他人住宅、建築物或附連圍繞之土地或船艦者，處…(第一項)，無故隱匿其內，或受退去之要求而仍留滯者，處…(第二項)」，同法第三〇七條：「不依法令搜索他人身體、住宅、建築物、舟、車或航空機者，處…」，因此不論於憲法或刑法中，對於人民之居住自由保障均十分周全，使人民居住得無憂無慮。

住居所乃個人人身之延伸，凡屬居住或個人停留之用所隔離之個人空間，還有與公眾開放區域有所區分之工作場所、企業工廠所在或供應商業及商業活動所使用之空間均不允許國家權力之任意侵入。每一個人有使用該空間之權利者(例如：該場所之所有人、使用人、承租人)，對該空間之居住、停留或從事商業營業活動均屬法律或事實上之基本權利主體。

在此保障之空間應是屬個人私人生活所延伸之處，至於住居所之概念則是如上述所描述廣義概念，甚至包含旅館之房間及船舶等。因為個人職業之場所與個人私密場所並非可以截然區分，重點是該場所是否客觀上與外界可區隔，並可阻絕外界之進入。

至於進入住居之行為並非在此之侵入特徵，重要的是，住居所之權利主體有否同意訪客進入，所以此時無須再區分該訪客為私人或國家機關之行為。依此，若進入該住居所而無該住居所權利主體之同意，此為侵入行

<sup>40</sup>渥美東洋，刑事訴訟法，有斐閣，2006.05，頁 124~128。

為，反之，如已得同意，此種進入則非在此所稱之侵入行為。然而，認定該住居所有重大犯罪行為，而須予以監視或侵入，如得法官依法在法定期間內所為之搜索或監控，則非在此所謂之侵入行為<sup>41</sup>。

## 二、 監聽之事前告知問題

### (一) 自應為告知之方向思考

在美國此這區別方式，影響連續普通法以來之思考方法。司法警察為了搜索、扣押個人之住居等侵犯之時，原則上自己之身分或進入目的必須經過告知該住居者，那告知沒有司法警察對住居之侵犯，但搜索、扣押進行時，那搜索、扣押帶有「不合理性」，修正案反對這樣之解釋。但是那趣旨：

突然的對於住居之侵犯，在那裏面之人誤解受到不法闖入，為了防衛使用武力等等，很有可能產生暴力行為之虞；住居其中，居住者安心感之持有，為了平時在無防備狀態下，突然侵犯，那人受到驚嚇，那隱私權受到必要以上之侵害，住居者之準備或打扮等等給予空間；再者，窗戶、門等，給予住居者等自行開啟之選擇機會，家宅等不必要之破壞應該救濟，選擇穩定較小侵害手段實施可能限度，那也才稱為合理<sup>42</sup>。

### (二) 自不必要告知方向思考

前述那樣，搜索、扣押伴隨對於對象之權利利益侵害限制，本來，當為了達成合理必要目的搜索、扣押於相當範圍限制被正當化所得，而容許不必要侵害是限於不得已情況下，假如為侵害性較小型態實施，那不得已之小型侵害性實施為理所當然。但是，這情形在沒有很長時間限度而有緊急實施必要，當搜索扣押目的在那樣未具不得已場合變成無法達成搜索、扣押目的，檢警機關搜不到任何物品。因此之故，被認為只要正居住於住宅中之人生命身體之危害、自己迫切危險之時、或事前告知之程序經過，逮捕之全部犯罪嫌疑人逃亡，也許，證據被隱匿很強之虞時，解釋不必要事前告知。通信或會話之監聽進行場合，那種事前告知通信會話之當事人，監聽之目的則不可能達成，這例外我認為相當。

<sup>41</sup>陳慈陽，憲法學，元照，2005.11，頁 503~504。

<sup>42</sup>井上正仁，捜査手段としての通信・会話の傍受，ジュリスト(JOURIST) 第一一〇七号，1997.03，頁 90~92。

這一點，漢堡(BERGER)判決，有關會話之監聽，首先，前提是事前告知之要求妥當，這例外被認為是為了「緊急情事」之存在，那趣旨有許多疑義。在那裏，聯邦最高法院，那之後的 katz 案判決，事前告知自從變成無法獲得證據時，那樣事前告知即使良好，那漢堡判決之趣旨很明顯宣示有關監聽事前告知不必要。

一般關於會話之監聽，性質上，事前告知之要求即使不妥當——那要求在不得已情況基本上有一侵害較小方法——現今從考慮方法、會話監聽方法能達成目的之限度，基於此考量，可以說是認為在目的達成上那不可欠缺需要場合，漢堡判決「緊急情事」提示之要求，應該就是這意思<sup>43</sup>。

### 第三節 監聽侵害基本權利

住宅外監聽，常用以指向性麥克風經聲音波動回傳接收訊號之方式，監聽人員均須接近交談地點，以達成偵知談話內容之監聽目的。如其交談地點在室內，監聽人員可直接自室外偵知談話內容，而無須由監聽人員侵入室內裝置竊聽器之附隨行為<sup>44</sup>。如此監聽手段，受監察人常不知不覺因而洩露許多重要隱私，因此有必要加以檢討，對於此類無形侵入住宅監聽方式，與上揭基本權討論息息相關。

#### 第一項 憲法觀點

##### 一、美國

###### (一) 美國法早期

早期在 Boyd v. U.S. 案中美國聯邦法院以增修憲法第四條規定「禁止不合理搜索扣押」為依據，為避免英國殖民時期慣用空白搜索票，嚴重侵害人民之財產，是故以「財產權」為中心搜索、扣押法理；在 Olmstead v. U.S. 案中，警察無令狀在被告住宅外電話線上裝置竊聽器，竊聽被告與他人之談話。聯邦最高法院認為「會話」非「人、住宅、文件、物品」，不受憲法保障；而且竊聽器裝置在屋外，警察無物理侵入之情況，不構成非法侵入，所以不構成憲法上之搜索<sup>45</sup>。

<sup>43</sup>井上正仁，註 42 文，頁 90~92。

<sup>44</sup>江舜明，論監聽處所限制與手段之正當性，月旦法學雜誌第一二七期，元照，頁 149。

<sup>45</sup>江舜明，註 44 文，頁 151。

有學者反對上述見解，認為科技突飛猛進，傳統法律標準已無法防範政府對人民之窺視與窺聽。在科技發達時代，政府得在住宅外，利用儀器聽到密室內之低語(如竊聽)，或看到屋內之景象(如熱顯像儀窺視住宅內之移動)。人民即令放低音量或拉下窗簾，甚至用盡一切方法，也未能防堵政府以高科技刺探人民之生活隱私，若依照傳統早期美國實務見解，因為政府無物理侵入行為，不構成搜索，似表示偵查機關實施此種高科技偵查行為，無須經過法院事前或事後之審查，甚至不受法律之監督與規範，以物理侵入為判斷搜索之標準，是否能適切保護人民之權益，令人憂慮<sup>46</sup>。

## (二) 美國法近期

在 *Katz v. U.S.* 案中<sup>47</sup>，改以隱私權做為解釋憲法增修條文第四條。認為該憲法增修條文第四條，認為該保護的是「人」而非「場所」，其核心為「隱私期待」(Expectation of Privacy)，而非財產權。即使人民身處於公共場所、抑或有政府無物理上之侵入行為，假定侵害隱私期待即為搜索。是故，在 *Katz v. U.S.* 案中對於公共電話亭中之會話，人民亦有其隱私期待，因此聯邦調查局竊聽公共電話亭之行為，是為憲法上之搜索行為，本案警方未事先取得搜索票為違憲。

有學者闡述此「合理隱私期待」意義，認為必須主觀、客觀要件兼具備始符合美國憲法修正案第四條之意旨，例如：某人在公共場所高談闊論，或將自己之皮箱敞開置於路旁，均於主觀上無隱私期待。再例如，甲講公用電話，警察正巧站立在旁，非常清晰聽見會話內容，甲主觀上對於對話內容有合理隱私期待，惟於客觀上甲係於公共場所講話，客觀上依一般人判斷客觀上隱私期待並非合理<sup>48</sup>。

## 二、日本

日本早期實務見解認為，監聽行為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之基準，至於對當事人會話之自由或隱私有無造成干涉之問題，並未予以重視。

---

<sup>46</sup>王兆鵬，重新定義高科技時代下的搜索，月旦法學雜誌第九十三期，元照，2003.02，頁 179。

<sup>47</sup>王兆鵬，新刑訴.新思維，元照，2004.10，頁 61。

<sup>48</sup>王兆鵬，註 47 文，頁 62。王教授援引本案協同意見大法官 Harlan 看法，主觀上人民必須展現真實的主觀隱私期待(“exhibited an actual subjective expectation of privacy”)；在客觀上，其所期待之隱私必須社會一般人認為合理的(“society is prepared to recognize as reasonable”)，主觀客觀要件必須兼備始符合憲法增修條文第四條保護之客體。

現今在日本，關於監聽行為之權利侵害性，亦由過去舊有之對住居之支配或利用所造成之物理上之侵入，轉而著重於有無侵害個人隱私或人格權之危險上，故若違反當事人之意思侵入室內裝置監聽器監錄當事人之談話本身作為監聽偵查手段者，應認為構成強制偵查<sup>49</sup>。

### 三、我國

有鑑於我國對於監聽侵害人民基本權判斷標準，無如美、日二國明確立法判斷標準，因此必須求之於解釋論。

#### (一)以住居自由為判斷依據

有學者援引德國基本法第十三條第一項規定「居住不可侵犯」，若採有形侵入始侵害住居自由之立場，則無實際上進入裝置竊聽器之行為，即使自室外使用指示性麥克風監聽，仍未干預居住自由權。不過近日科技發達，若採此一觀點，從室外使用指向性麥克風監聽，亦能達成搜尋住宅內生活過程之目的，則通訊保障及監察法禁止住宅監聽之規定似乎形同具文。

依照大法官解釋第四四三號解釋，我國憲法第十條規定：「人民有居住遷徙之自由」，旨在保障「人民有營私人生活不受干預之自由」，有學者認為居住自由保障範圍並非僅限於空間完整性，以及居住人之支配權（許可權），而係確保住宅作為空間上私領域之功能，亦即人民可期待在其內得到安寧，私人生活不受干預。

居住自由當然必包含有個人隱私之保護，毋須另行探討有無侵害隱私權之必要。惟有明顯不能納入居住自由權保障範圍之情形，始有承認隱私權存在之可能性，因此，就國家與人民間關係而言，以無形方式侵入住宅之類型，應認亦構成干預居住自由權為宜，不論有形或無形侵入住宅，均係侵害居住自由權，國家非有正當理由不得任意干預，是故，如對於住宅使用指向性麥克風監聽，即使無真正之侵入行為，已明顯違反通訊保障及監察法規定禁止住宅監聽之立法意旨<sup>50</sup>。

#### (二)基本權實踐調和判斷

<sup>49</sup>陳運財，註5文，頁7~8。

<sup>50</sup>江舜明，註44文，頁162~163。

我國私人間秘密言論或談話之自由，自應屬於隱私權乃至於人格權一環而受到保護，蓋國民私生活上之自由，應避免遭受警察權等國家權力非法或不當之侵害。雖然我國憲法並無直接明文規定隱私權之保障條款，但以監聽行為之型態觀之，採取對於電話等通訊進行截收監聽者，自應直接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為，則涉及隱私權之侵害，屬於憲法第二十二條所謂其他自由權利保護範疇，至於若有涉及侵入住居而為之者，更與憲法第十條有違。因此，監聽行為除非符合憲法第二十三條及第八條之規定，否則憲法第十條、第十二條以及第二十二條所保障之國民權益，不得予以侵犯<sup>51</sup>。

#### 四、本文見解

由上述脈絡推展可知，在美日由「住居不可侵害」發展至「隱私權之保護」趨勢，對於違反當事人同意侵入室內裝置監聽器監錄當事人談話，不管其外觀上有無伴隨侵入住宅之行為，對於私人間會話自由之侵害程度絕對不亞於對於一般電話線路之監聽。監聽所涉及之當事人真正權益並非僅是住居之物理上不可侵，而是私人間會話及通化之自由，係屬於隱私權保護範圍。由於基本權實踐調和判斷標準較能兼顧各基本權功能而為判斷較為圓融，本文爰採取基本權實踐調和判斷標準。

### 第二項 刑事訴訟法觀點

#### 一、美國

美國憲法增修條文第四條，關於隱私權和政府搜索與扣押。並不是要禁止政府人員全部搜索（Searches）和扣押（Seizure）。最主要是要禁止聯邦政府公務人員（government）從事不論直接（directly）或間接（indirectly）的不合理（unreasonable）搜索及扣押。

搜索票之要求美國憲法增修條文第四條（以下簡稱「增修第四條」）規定：「人民有保護其身體、住所、文件與財產之權，不受無理(unreasonable)拘捕、搜索與扣押，並不得非法侵犯，除有正當理由(probable cause)，經宣誓或代誓宣言，並詳載搜索之地點、拘捕或搜押之人或物外，不得頒發搜索票、拘票或扣押狀」。本章討論的重點限於「搜索」(searches) 的部分。本條文之立憲目的乃是在保護人民之隱私權，不過人民的隱私利益也必須

---

<sup>51</sup>陳運財，註5文，頁7-8。

與國家有效施行法律的公益做一平衡，法院應針對兩者之平衡做一檢驗(test)，這個檢驗機制的核心就是警察必須基於相當理由獲得搜索票(search warrant)此一要求。

竊聽(Eavesdropping)也為明文禁止除非有法院之許可。警方若沒有法院命令(a court order)或談話當事人之一之同意，則不可對電話、電子郵件、傳真或行動電話作竊聽。當警察無意中聽到任何有關犯罪之對話，則須趕快申請搜索狀。美國憲法第四修正案保護之範圍已被擴大，目前第四修正案適用範圍及於人、房屋、文件或個人所有物(effects)，但最高法院認為不包括屋外目視可及之處(open fields)，因為公開區域沒有合理期待的隱私權。例如：警察爬入一個圍在籬笆屬被告所有的玉米田，但沒有標示禁止侵入之警語，發現了一個稻草人，警察發現稻草人身上所穿之衣服為被告殺人時染有血跡的衣服，而且發現了四百棵的大麻，最高法院認為，此一證據是可以被合法使用。據此，沒有搜索票之空中鳥瞰例如，用一直升機低空探望溫室和工廠，被認為是屬於如同觀看開放區域，因此沒有違憲。由此可知，美國所謂之搜索係包含相當廣泛之概念，故將監聽亦納入搜索之範疇，而依美國聯邦增修條款第四條予以規範之<sup>52</sup>。

## 二、日本

此牽涉強制處分法定主義，所依「法」究指何者，有下列二說：

### (一)實為日本國憲法第三十五條之轉化解釋說

對於資訊的隱私威脅於未伴隨物理的侵入場合有關自己情報之出入、處理自己進行之保障較弱(人一但意識到資訊進入被轉交的話，人不願被看見或被聽見，因而兩人一同節制對話或行動)，除此之外，未伴隨物理性的侵入之「侵入」「搜索」，那比有伴隨場合，未轉交裡面所生對於隱私權之侵害，那侵害的程度高且強。規定隱私權領域的憲法第三十五條，棄比較侵害程度高度活動之方法於不顧，嚴格規律低度活動之不合理解釋。

使用電子技術未伴隨「物理的侵入」對於無體物之搜索、扣押(監視活動)，未依據刑事訴訟法變成接受憲法第三十五條之規制。是故，以前述那樣伴隨物理之侵入的搜索、扣押，從對於隱私權侵害程度之比較，前

---

<sup>52</sup>美國憲法增修條文第四條搜索與扣押之問題，國家政策研究基金會，網址：<http://www.npf.org.tw/particle-402-2.html>，造訪日期:2008.12.08。

述那樣嚴格要件之具備來解釋憲法第三十五條之要件<sup>53</sup>。

基於監聽會話內容之擷取認識和調查令狀說之考量。這「限定重大犯罪、令狀之短期有效期間、課予中間之報告義務、搜索場所和扣押會話之特定那樣之貢獻，於活動之最後手段，法院令狀之發放限於顯示成功蓋然性高之證據場合」之思考方法<sup>54</sup>。實務上依據調查令狀對於監聽安非他命交易之通話有這樣之實例<sup>55</sup>。

## (二)實指「日本國刑事訴訟法第一百九十七條第一項但書」說

以上那樣，為了犯罪搜查所採用通信會話之監聽手段憲法上不得不全部予以許可，現行法令下不意味當然能夠實施。特別是，日本國刑事訴訟法第一九七條第一項但書，偵查上「強制處分非有法律規定場合，不能為之」（稱為「強制處分法定主義」），通信會話之監聽在那稱強制處分為限制，刑事訴訟法必定容許之基礎規定，不得實施。

有關怎樣的強制處分，刑事訴訟法本身，為了不顯示特別之基準，通信會話之監聽是否該當於強制處分之時，並非全然沒有解釋餘地。現在，曾經，逮捕或搜索、扣押等等傳統的強制處分，共通被認為如此伴隨物理力之行使，也許負有義務人之物理性強制處分立場，電話或會話之監聽學說上當然不存在此強制處分。

今日即使不依據物理力，這反而侵害個人權利能抓緊強制處分等之思考方法—這含有伴隨全部權利或法益之侵害理論、權利或利益實質侵害等危險化理論、重要權利利益限制說等等，基礎的詳細或射程之廣、狹義差別在那—達成占有多數<sup>56</sup>。

日本國最高法院之判例也有認為<sup>57</sup>，強制處分為「壓制個人意思、身體、住居、財產等加以強制的制約，實現偵查目的行為等等，特別的根據規定必定容許不相當手段」，基本上採取與以上學說相同之解釋。日本國最高法院<sup>58</sup>，再一次檢討任意、強制處分之區別基準廣泛強制處分範圍和

<sup>53</sup>渥美東洋，註40文，頁124~128。

<sup>54</sup>渥美東洋，偵查原理，有斐閣，1979，頁103；田口守一，基本論點刑事訴訟法，法學書院，1992.03，頁68~69。

<sup>55</sup>札幌地命昭和五三・三・一四，轉引自渥美東洋，註40文，頁124~128。

<sup>56</sup>三井誠，刑事訴訟法(一)，有斐閣，1997.06(平成9年6月)，頁80~81；井上正仁，強制搜查と任意搜查，有斐閣，2006，頁42以下。

<sup>57</sup>最(三)小決昭和五一・三・一六刑集三〇卷二號，頁187，轉引自渥美東洋，註13文，頁124~128。

<sup>58</sup>最大判昭和四四・十二・二四刑集二三卷一號一六二五頁；最三小判昭和五三・六・二〇刑集三二卷四號六七〇頁；最二小決昭和五九・二・二九刑集三八卷三號四七九頁；最三小決平成元・七・四刑集四三卷七號五八一頁等參照，轉引自渥美東洋，註13文，頁124~128。



避開面對強制處分法定主義之解釋以及令狀主義之適用困難問題之適用，強制處分之範圍採取狹義限定之解釋。

在他方，可以這樣解釋任意處分包括權利侵害之偵查活動，各處分之性質一致課予適切之要件，妥當之規制以及持有目標。有關於任意處分權利侵害之要素，一定之嫌疑、證據保全之必要性、緊急性、手段相當性所謂必要要件，在判例上思考被要求確立程度上共通之要件。

### (三)上述學說檢討

#### 1. 第二說批評第一說

(1)上述第一說認為以立法者未預先設想，故監聽非強制處分

學說中也有，通信或會話之監聽不認為是強制處分，在刑事訴訟法根據規定下沒有實施許可，有這樣之見解。前提之強制處分刑訴法第一百九十七條第一項但書稱「強制處分」，逮捕、拘留、搜索、扣押調查所稱傳統的強制處分，通信會話監聽的那樣新型態，右述規定制定當時，因為立法者一般未預先設想，所以刑事訴訟法第一百九十七條第一項但書規定不適用<sup>59</sup>。

(2)第二說認為應回歸強制處分法定主義(刑事訴訟法第一百九十七條第一項但書)立場，立法後監聽為強制處分

在過去假如出現這規定實際意義，那保障「任何人必依據法律規定之程序，不得剝奪像生命那樣事由」評價憲法第三十一條思考方法(程序法定主義)，個人的自由等國民重要之權利之侵害乃至於關於強制處分內容限制，那樣處分本身可否使用，從國民自身在那代表構成明示排除於國會規範，如此選擇體現法律沒有規範，則使用未被允許。所以，不論是否為制定當時預想的處分，以上有關強制處分性格之持有，變成接受那規定之適用。(亦即承認“監聽”為強制處分)

實際的來看，依據上述那樣的見解時，為了當強制處分要件或程序因為法律上未明確規定，偵查機關或法院之實務上，剛好帶來混亂，處分相對人權利未適切同時確實保護等等，有帶來強勁不受歡迎的結果之虞，是故，為認為有關於強制處分通信會話之監聽，果然，不得不思考刑事訴訟法中那存在容許根據規定<sup>60</sup>。

#### 2. 第一說反駁第二說

<sup>59</sup>田宮裕，犯罪捜査と写真撮影，ジュリスト(Jourist)第三二三号，有斐閣，1965.03，頁46~48；渥美東洋，註40文，頁103。

<sup>60</sup>井上正仁，註42文，頁97。

(1)日本國憲法第三十五條之轉化解釋說缺失—未符合法明確性要求

以上述美、日、德推論脈絡而言，似乎必以人民基本重要權利方向推論方為正道，只是仔細觀察日本多數學者意見(日本國憲法第三十五條之轉化解釋說)不難發現，此說由於監聽手段日本刑事訴訟法並未有明文，逕而轉化憲法規定，有違反強制處分法定主義之虞，且為了當強制處分要件或程序因為法律上未明確規定，偵查機關或法院之實務上，剛好帶來混亂，處分相對人權利未適切同時確實保護等等，有帶來強勁不受歡迎的結果之虞。因此有呼籲催生監聽法之立法腳步。

(2)日本國憲法第三十五條之轉化解釋說判斷標準明確，且日本立法後改正上述缺失

以「日本國憲法第三十五條之轉化解釋說」基於監聽會話內容之捕捉認識和調查令狀說之考量。這「限定重大犯罪、令狀之短期有效期間、課予中間之報告義務、搜索場所和扣押會話之特定那樣之貢獻，於活動之最後手段性，法院令狀之發放限於顯示成功蓋然性高之證據場合」之思考方法與日本早期制定的「組織犯罪對抗法草案」監聽部分、日本現行「犯罪搜查之通信監聽法」立法內容若合符節。

另一方面，由於日本上述「組織犯罪對抗法草案」、「犯罪搜查之通信監聽法」均附諸立法，前述批評「日本國憲法第三十五條之轉化解釋說」因未為立法對於實務程序運作之遵循帶來混亂缺失已不復存在。本文採之。

再者，從強制處分為壓制個人意思、身體、住居、財產等加以強制的制約，實現偵查目的行為等等人民重要基本權利推論，監聽實質上侵害人民之基本權利，監聽應為強制處分。此「以個人實質權利侵害角度做為強制處分之判斷依據」論點似乎對於法律條文解釋易流於不確定性是其缺失。

### 三、我國法

#### (一)我國憲法第八條

我國與日本之遭遇頗為類似，早期於刑事訴訟法並未出現有關於監聽之實施程序明文，一但國家機關對於人民實施監聽手段，侵害人民隱私權、住居自由權實為重大。

我國憲法第八條規定逮捕、拘禁與審問處罰之法定程序：「人民身體

之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法院另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。」，此之法定程序所稱之法係指刑事訴訟法等法律而言<sup>61</sup>。且逮捕、拘禁程序包括要式性(傳喚被告須有傳票；拘提被告要有拘票；通緝應用通緝書)，則：

日本國憲法第三十五條有關「文書及所持有物」不得為搜索、扣押規定，基於依物理力所為搜索、扣押與非依物理力所為之監聽，兩者對於隱私權侵害並非有顯著差異，自不得厚彼薄此，故轉化解釋為非依令狀不得為搜索、扣押。而我國憲法第八條「非由法院依法定程序不得審問處罰」亦可推出正當法律程序意旨，而監聽令狀必須法官保留應符合正當法律程序意旨。

與日本經驗相同，我國刑事訴訟法早期並未規定監聽手段為強制處分之一種，監聽亦非物理力侵害手段，故監聽似非為強制處分；另一方面，從強制處分為壓制個人意思、身體、住居、財產等加以強制的制約，實現偵查目的行為等等人民重要基本權利推論，監聽實質上侵害人民之基本權利，監聽應為強制處分。

基於法明確性強制處分要件或程序於法律上必明確規定，偵查機關或法院之實務上，始不造成混亂，處分相對人權利同時也才適切確實保護等等。然而，何謂「實質上侵害人民之基本權利」？雖有法理可循，但此終究為不確定法律概念，難於遵循。

我國近年來制定之通訊保障及監察法雖未明示其為強制處分之一種，然基於人民權利適切保護意旨應認其為強制處分，由於何謂「實質上侵害人民之基本權利」？雖有法理可循，但此終究為不確定法律概念，難於遵循。而以憲法上隱私權為出發的「日本國憲法第三十五條之轉化解釋說」推導而出判斷標準：「限定重大犯罪、令狀之短期有效期間、課予中間之報告義務、搜索場所和扣押會話之特定那樣之貢獻，於活動之最後手段性，法院令狀之發放限於顯示成功蓋然性高之證據場合」，卻已為日本國立法付諸實行，在我國通訊保障及監察法運作前述標準值得我國解釋上加以借鏡，甚至於成為立法修正方向。

## (二)我國通訊保障及監察法立法原則

透過立法制定監聽準則，限制國民憲法上權益，除應符合比例原則外，不能忽略的，做為犯罪偵查之監聽處分，基於下列理由，尚應受到憲

<sup>61</sup>李惠宗，註31文，頁149。

法第八條正當法律程序之規範。第一，關於憲法上自由權益之保障，第二十三條比例原則之適用，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，但仍屬於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，故監聽處分之決定與執行程序自應符合公平正義之需求，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二十三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，仍應依照憲法第八條正當法律程序之概念予以解釋，始能設計出周延而妥適之監聽法制。蔡墩銘教授主張以法律規範監聽之實施應符合重罪原則、必要原則、相關性原則、書面原則以及一定期間原則，其中所謂重罪原則、必要性原則與相關性原則，固然屬於憲法第二十三條比例原則之射程，至於書面以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<sup>62</sup>。

表一：監聽侵害基本權之憲法分析

分類		法理
美國	早期	Olmstead v. U.S.案認為「會話」非「人、住宅、文件、物品」，不受憲法保障；而且竊聽器裝置在屋外，警察無物理侵入之情況，不構成非法侵入，以不構成憲法上之搜索
	晚期	Katz v. U.S.案中，改以隱私權做為解釋憲法增修條文第四條。認為該憲法增修條文第四條，認為該保護的是「人」而非「場所」，其核心為「隱私期待」。
日本	繼受美國法早期以住居自由物理力判斷，乃至後期以隱私權受侵害為判斷	
我國	住居自由分析	居住自由當然必包含有個人隱私之保護，毋須另行探討有無侵害隱私權之必要。惟有明顯不能納入居住自由權保障範圍之情形，始有承認隱私權存在之可能性，因此，就國家與人民間關係而言，以無形方式侵入住宅之類型，應認亦構成干預居住自由權為宜

<sup>62</sup>蔡墩銘，監聽與強制處分，法令月刊第四十二卷第六期，1991.06，頁5。

	基本權實踐 調合分析	監聽行為除非符合憲法第二十三條及第八條之規定，否則憲法第十條、第十二條以及第二十二條所保障之國民權益，不得予以侵犯
本文見解		基本權實踐調和判斷標準較能兼顧各基本權功能而為判斷較為圓融，本文援採取基本權實踐調和判斷標準。

表二：監聽侵害基本權之法律上分析

分類		法理
美國		美國所謂之搜索係包含相當廣泛之概念，故將監聽亦納入搜索之範疇，而依美國聯邦增修條款第四條予以規範之
日本	強制處分	<p>1. 未伴隨物理性的侵入之「侵入」「搜索」那侵害的程度，比有伴隨物理性侵入場合高且強。規定隱私權領域的憲法第三十五條，棄比較侵害程度高度活動之方法於不顧，嚴格規律低活動之不理解釋。</p> <p>2. 基於監聽會話內容之擷取認識和調查令狀說之考量，發展出要件： 「限定重大犯罪、令狀之短期有效期間、課予中間之報告義務、搜索場所和扣押會話之特定那樣之貢獻，於活動之最後手段，法院令狀之發放限於顯示成功蓋然性高之證據場合」</p>
	判斷標準	<p>1. 日本刑事訴訟法第一九七條第一項但書，偵查上「強制處分非有法律規定場合，不能為之」（稱為「強制處分法定主義」）</p> <p>2. 強制處分為「壓制個人意思、身體、住居、財產等加以強制的制約，實現偵查目的行為等等，特別的根據規定必定容許不相當手段」</p> <p>3. 為符合法明確性，應回歸強制處分法定主義(刑事訴訟法第一百九十七條第一項但書)立場，立法後監聽為強制處分</p>
		1. 任意、強制處分之區別基準廣泛和避開面對強制處分

	準	狹義強制處分概念 (日本實務)	<p>法定主義之解釋以及令狀主義之適用困難問題之適用，強制處分之範圍採取狹義限定之解釋。</p> <p>2. 有關於任意處分權利侵害之要素，一定之嫌疑、證據保全之必要性、緊急性、手段相當性所謂必要要件，在判例上思考被要求確立程度上共通之要件。</p>
德派學者意見		<p>居住自由當然必包含有個人隱私之保護，毋須另行探討有無侵害隱私權之必要。惟有明顯不能納入居住自由權保障範圍之情形，始有承認隱私權存在之可能性。</p>	
本文意見		<p>1. 我國憲法第八條規定逮捕拘禁與審問處罰之法定程序，其所稱之法係指刑事訴訟法等法律而言。且逮捕拘禁程序包括要式性，則：</p> <p>(1) 日本憲法轉化說(本文採之)在此我國憲法下已為必然解釋無庸轉化</p> <p>日本國憲法第三十五條有關「文書及所持有物」不得為搜索、扣押規定，轉化解釋為非依令狀不得為搜索、扣押。而我國憲法第八條「非由法院依法程序不得審問處罰」亦可推出正當法律程序意旨，而監聽令狀必須法官保留應符合正當法律程序意旨。</p> <p>(2) 「刑事訴訟法第一九七條第一項但書」說(本文不採)，然亦應符合法明確性</p> <p>從強制處分為壓制個人意思、身體、住居、財產等加以強制的制約，實現偵查目的行為等等人民重要基本權利推論，監聽實質上侵害人民之基本權利，監聽應為強制處分。</p> <p>然而，何謂「實質上侵害人民之基本權利」？終究為不確定法律概念，難於遵循。</p> <p>我國近年來制定之通訊保障監察法雖未明示其為強制處分之一種，然基於人民權利適切保護意旨應認其為強制處分，由於何謂「實質上侵害人民之基本權利」？雖有法理可循，但此終究為不確定法律概念，難於遵循。</p> <p>2. 日本國憲法第三十五條之轉化解釋說推導出標準較為明確</p> <p>以憲法上隱私權為出發的「日本國憲法第三十五條之轉化解釋說」推導而出判斷標準：「限定重大犯罪、令狀之短期有效期間、課予中間之報告義務、搜索場所和</p>	

扣押會話之特定那樣之貢獻，於活動之最後手段性，法院令狀之發放限於顯示成功蓋然性高之證據場合」反而較為明確。

### 3. 監聽不可忽視正當法律程序規範

有學者認為應受到憲法第八條正當法律程序之規範。第一，關於憲法上自由權益之保障，第二十三條比例原則之適用，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，但仍屬於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，故監聽處分之決定與執行程序自應符合公平正義之需求，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二十三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，仍應依照憲法第八條正當法律程序之概念予以解釋，始能設計出周延而妥適之監聽法制。

## 第四節 小結

我國通訊保障及監察法對於「通訊」、「監察」規定範圍廣泛，幾乎包山包海，是其已不限於一般所稱之「監聽」，再者，此之通訊監察，不得逾越所欲達成目的之必要限度，且應以侵害較少之適當方法為之(通訊保障監察法第二條第二項)，此屬於「比例原則」適用範疇，基於比例原則精神，本文認為前述以「有無法令依據」標準作為區分竊聽與監聽較能反映出監聽特質，我國通訊保障及監察法有必要針對上述規定加以限縮。

對外國或境外敵對勢力監聽，參酌美國制度經驗下美國總統布希下令對境內本國與外國公民進行史無前例的廣泛監聽行動，迴避法官保留之控制，造成美國憲法上疑議之解釋，由此可見法官保留在監聽制度中佔有舉足輕重地位，不得假藉任何理由逕行對社會大眾為監聽。我國通訊保障監察法上建議採取全面法官保留，否則偵查機關為迴避法官保留規範，刻意先對未於我國境內設有戶籍者實施監聽，再迂迴對已於我國境內設有戶籍者實施另案監聽，以實務另案扣押法理見解全成為證據，有所不當。建議採取全面性法官保留，使法官保留能全面控制對外國或敵對勢力之監聽。

緊急監聽，德國法制檢察官協力證明緊急監聽事由義務，本文認為在監聽最小化原則下，由檢察官指示警方不得任意為探索性、涉獵性監聽，若課予檢察官協力證明義務，對於本案監聽所猜測非常有可能即將發生急迫性犯罪，然此時資訊常為割裂片段、稍縱即逝，檢察官為盡協力證明義務，必盡力取得完整資訊(如查問線民資訊或警方巡察)，常耗費時日，甚至犯罪者已逃匿無蹤、湮滅證據，似乎無法配合緊急之機動性。因此建議採取日本法制，若有秘密通訊自由、人民隱私權被錯誤侵害之虞較小，他方等待至取得令狀為止，犯罪嫌疑人隱匿、銷毀證據之虞強大，有直接侵害人民秘密通訊自由之高度必要性之類似現行犯逮捕情狀，當可為令狀主義之例外—檢察官下令監聽執行機關先執行監聽再補請通訊監察書—，似乎符合類似現行犯逮捕(逮捕存在要件明白不需司法審查)，當予以核可緊急監聽。

另案監聽，由於我國通訊保障監察法對之並未明文，對於另案監聽之真正定義有必要加以確認必要。此「另案」與本案間並未具有同樣監聽目的時，原則上此時後續監聽對於本案應依照最小化原則中斷監聽執行，俾保護人民之秘密通訊自由，例外若後續監聽程序中再次事先符合法官保留，始得繼續為監聽。此外對於另案監聽事後人民權利之救濟，日本之立法例準用受監察人得請求撤銷監察處分相較於抗告不停止執行而言，可作為迅速救濟人民受侵害之隱私權參考依據之一，我國立法上基於有權利即有救濟法理，應考量以抗告或準抗告明文以為救濟，俾實現人民基本權。

得一方同意之監聽本文認為應從監聽涉及刑法妨礙秘密罪章思考，在電話通訊雙方中之一人，同意由國家追訴機關共同監聽情形，不得同意監聽；在電話通訊之一方，同意國家追訴機關錄下談話之通訊內容情形，國家機關不可僅由通訊單方同意而合法為錄音行為；在電話通訊一方，同意國家追訴機關監察非對話內容之通訊管道、線路情形，此時未涉及通訊內容之查明與探知，而未涉及刑法第二〇一條問題，單方同意即已足夠。

不過，監聽終究對人民侵害頗鉅，實在是無法忽略，因此有必要探究監聽侵害憲法上人民之基本權。美國以隱私權合理隱私期待作為監聽侵害人民基本權判斷依據，將監聽納入搜索範圍中，日本法繼受美國法隱私權判斷標準，然而對於監聽作為強制處分發展出有別於美國法之獨立爭議，本文認為基於基本權實踐調和原則人民居住自由、秘密通訊自由以及隱私權均不可忽視，對於監聽作為強制處分應注意正當法律程序，期與美、日等先進國家監聽制度並駕齊驅。因此對於美、日等國監聽立法例有詳加介



紹之必要。

