

第五章 令狀原則下之證據法則

第一節 外國與我國證據法則

第一項 美國證據排除法則

一、美國證據法則之理論

「證據排除法則」一詞源自於美國聯邦最高法院 Weeks v. U.S. 案判決創設而聞名。該案判決以扣案之證據係違反憲法第四增修條款規定之方法（亦即以無令狀搜索）而取得，基於確保人民受該條款之保障（人民有免受不合裡搜索、扣押之基本權利）之憲法理由，爰排除係爭證據之刑事審判證據能力，創設聯邦的「證據排除法則」，否定以違憲方法取證之證據能力，換句話說，係在創設「證據排除」作為保障憲法權利之一種「救濟方法」。因其源自於憲法第四增修條款之規定，爰以「第四增修條款之證據排除法則」稱之¹。

嗣後經由既判力擴充，形成「凡警察或其他政府官員以任何違憲方式所取得之證據，即不得供法院作證明被告有罪之證據」之法則，擴及適用於以一切違憲方式取證之證據排除。此違憲方法亦包括違反第五及第六增修條款有關實踐行履米蘭達警告程序而為訊問、被告不自証己罪以及被告辯護權等，不止以違反第四增修條款之方法為限。

另外聯邦最高法院在 Mapp v. Ohio 案²，藉由憲法第十四增修條款「正

¹林輝煌，證據排除法則之思辯(上)-美國法制之借鏡-，台灣本土法學雜誌第八十七期，元照，2006.10，頁 35~57；林輝煌，證據排除法則之思辯(下)-美國法制之借鏡-，台灣本土法學雜誌第八十八期，元照，2006.11，頁 15~37。

²367 U.S. 643, 81 S. Ct. 1684, 6 L.Ed. 2d 1081(1961) 被告 Mapp 持有本身認知之猥褻文書、畫冊、相片，構成違反俄亥俄州法規定，而被判有罪。該案先有三名警察抵達 Mapp 家，敲門要求其開門，Mapp 卻以曾和律師交談過，無搜索票不必開門為由，拒絕警察之要求。僵持三小時後，四名支援警察亦先後到達現場，再度向 Mapp 要求入內搜索，Mapp 因未立即開門，致使警察撬開門鎖，直接衝入屋內。未幾，Mapp 的律師雖抵達 Mapp 家，但警察非但不同意律師進入屋內，亦不容許律師與 Mapp 見面。此時，Mapp 表示要看警察人員所持之搜索票，當中一名警察表示此為搜索票之書類(虛晃一招)。結果，Mapp 緊抓此一所謂之搜索票，並直接將其塞入前

當法律程序」之規定，宣示將聯邦證據排除法則融入「正當法律程序」之概念，應一併適用於各州法院，學者稱此為「證據排除法則聯邦化」。

二、證據排除法則之限縮

(一) 限以公權力之行使為適用客體

其論據乃認為聯邦憲法有關人權條款及其他保障規定既旨在保護個人權利，免受國家公權力過度行使、濫用而受侵害。本此所創設之排除救濟法則，僅以「公權力之不法」為限始能適用。例如 *Skinner v. Railway Labor Executives' Association* 案³，私有鐵路公司在車禍事件發生後，依聯邦州際通商法之授權對肇事職員強制作酒精測試，該測試行為本質上即代表政府為之，應視為公權力之行為，如有違背該法規之檢測執程序，其所獲檢測結果，仍應適用證據排除法則。

(二) 限定權利受侵被害人為主張之客體

此等當事人適格理論，源於所謂「財產利益保護論」(Property Theory)，第四增修條款為保障私人財產利益而設，因此欲依該條款主張證據排除者，必須提出其對於被非法扣案之物具有某種程度之財產利益，始可為之。然而其後在 *Katz v. U. S.* 案⁴判決推翻上述見解，改採「合理隱私期待

胸衣服內，為此兩人爭吵不休。由於 Mapp 極度反抗，警察乃以手銬扣住 Mapp。一名警察壓住 Mapp，並將其手扭轉向上，Mapp 不堪其苦，直呼「痛、痛」。嗣後警察以強迫式的帶 Mapp 至二樓寢室，直接搜索檢視鏡台、衣櫥、櫃子及相簿，並且毫無遺漏的點檢 Mapp 個人書類。搜索行動遍及二樓 Mapp 房間外，甚至及於小孩寢室、客廳、廚房乃至於地下室之車子(後座行李箱)，亦無一倖免。而 Mapp 所持有的且在後來被判有罪之猥褻物品，亦在全面搜索過程中被發現。在公判庭中有問題之搜索狀，並未被提出，而未提出之理由亦未說明。第一審法院承認扣押物之容許性(證據能力)，被告雖被判有罪，惟被告上訴至聯邦最高法院，聯邦最高法院認為該證據應加以排除，且認為在聯邦法院法庭中禁止違法證據利用之證據排除法則，現在亦應適用於州的刑事訴訟程序。在 Mapp 案發生以前，有關州的刑事訴訟程序對於證據排除法則適用與否，持有選擇權，轉引自黃朝義，*刑事訴訟法*，一品，2006.09，頁 491。另外，*Mapp v. Ohio* 案表示：目前既已有過半數之州採用證據排除法則，而且加州地方法院也發現以其他方式防止執法人員違法取證，無論是行政懲處、民事或行政訴訟，因取證困難及該機關首長或司法機關了解辦案之需要，而可能同情迴護執法人員等原因，均不能有效達成目的，為維持司法之正直，依據聯邦憲法增修條文第十四條程序正當原則，聯邦增修憲法第四條之保護亦可用來對州政府主張，故非法搜索、扣押、逮捕取得之證據在州法院亦應被排除，林輝煌，前揭文(證據排除法則之思辯(上))，頁 35~57。

³林輝煌，註 1 文(證據排除法則之思辯(下))，頁 15~37。

⁴468 U.S. 897, 104 S. Ct.4305, 82 L.Ed.2d 677(1984)，聯邦調查局幹員無令狀在公共電話亭外裝設電子監聽器，竊聽被告與他人之談話。若依先前判決，因為「會話」非憲法增修條文第四條所保護之客體，且政府亦無物理侵入行為，應判決本案政府為合法，但法院在此案重新詮釋增修條文第四條法理，認為該條保護的是「人」而不是「場所」，期核心為(隱私期待)(Expectation of

保障論」(the reasonable expectation of privacy doctrine)意旨，認為電子儀器竊聽係侵害當事人隱私權之行為以及如司法機關依適當之程序開具竊聽命令後，授權司法警察機關執行竊聽者，仍為合憲。

(三)「善意信賴」之排外適用

聯邦最高法院於一九八四年 U.S. v. Leon 案判決⁵，Leon 案為毒品案件，警方依據線民密報聲請搜索票，搜索被告之處所。經被告向法院聲明異議，法院認為警方據以聲請之密報內容已經過時，且密報人之可信度亦不足，不符合法定「相當理由」之要件，爰裁定搜索票無效。

本案宣示「證據排除法則應作適度修正，以免警方因合理信賴由獨立超然之司法官所簽發之搜索票為有效而據以執行搜索，其搜獲之證據，嗣因審查該搜索票時，認其欠缺法定相當事由，裁定無效，而影響其證據能力。」稱為「善意例外法則」(the “good faith” exception)，因本案幾乎否定了證據排除法則適用之機會，大幅限縮證據排除法則適用之可能。

本案多數意見以負面表列方式，提示四種典型認為不符合客觀合理信賴之標準，無善意例外法則之適用：

1. 聲請核發令狀之資訊具有虛偽不實或引人錯誤情事：

例如，員警偽稱目睹犯罪證物被置於某場所。

2. 核發令狀之司法官只是橡皮圖章：

例如，核發令狀之司法官未善盡其司法角色，越俎代庖，代替聲請人調查有無法定相當理由情事存在。法院指出在 LoJi Sales, Inc. v. New York 案中⁶，警察聲請令狀搜索、扣押猥褻錄影帶，法官除核准搜索票之外，又於搜索票內授權自己得搜索扣押現場所發現之一切猥褻物品。法官與警察共同至嫌疑犯之商店，當場檢查店中物品是否為猥褻物，若係猥褻物，再當場將該物品記載於搜索票內，該案判決當法官執行令狀親自搜索時，此時其已非司法人員，而成為執法體系之官員，已無中立及超然性可言。

3. 發給令狀之依據不足：

例如，聲請書僅空泛記載有相當事由足認犯罪證據存在於某處，但並未提出任何佐證之資料證據。

4. 令狀不合格式：

例如，未載明應扣押之標的物。有爭議的是在 Massachusetts v. Sheppard 案中，警方詳載涉案證據於聲請搜索令狀，司法官員准予發給搜索票，但暫以本案殺人案以外毒品案例稿充之，致搜索票未能具體記載應扣押之

privacy)，而不是「財產權」，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 61。

⁵王兆鵬，刑事訴訟講義，元照，2005.09，頁 43~44。

⁶王兆鵬，註 5 文，頁 45。

物，本應認為該搜索令狀因格式欠缺而無效，惟聯邦最高法院認為司法官員已口頭保證將盡速補送本案殺人案使用搜索票例稿，員警信賴該搜索票為有效，客觀上應屬合理，得依善意例外法則認可搜扣證物之證據能力。有關人士認為此類判決之例外情形，其適用應被限制於非常狹義之解釋與適用範圍內，換言之，不僅在警察人員絲毫未具任何過失，且簽發令狀之法官有誤時，此例外法則方被適用。不過，Krull 案，聯邦最高法院卻呈現出擴大治安法官之錯誤以外情形，亦得適用善意、誠實之例外傾向⁷。

三、美國證據法則之立法

(一)防制犯罪與街道安全綜合法(Omnibus Crime Control and Safe Street Act of 1968)

美國一九六八年防制犯罪與街道安全綜合法第二五一五條規定，監聽有線通訊或口頭對話，如違反本章規定者，其內容及從中取得之之證據，在聯邦或州，或其下屬機關，均不得採為證據。

(二)「罪狀認否前先行程序之模範法典」草案

「罪狀認否前先行程序之模範法典」草案，對證據排除法則之範圍係以「相當性」為準，即侵害憲法增修條文第四條是否已達「相當」之程度，對被告所為之重大、故意、偏頗之違法行為即屬「相當」，並列舉六項考慮因素：

逾越合法行為之程度、故意之程度、隱私權被侵害之程度、適用證據排除法則可防止未來違法搜索之程度、縱無違法發生是否被扣押之證據仍會被發現以及違法行為影響被告之請求或抵抗能力之程度等事項。

(三)「一九九五年證據排除法則改革法」(Exclusionary Rule Reform Act of 1995)

一九九五年，美國參眾議院有鑑於證據排除法則不利於控制犯罪，進一步通過「一九九五年證據排除法則改革法」，用以控制犯罪。

1. 第(a)節「客觀合理之搜索予扣押所得之證據」

「倘合理確信搜索、扣押係符合憲法增修條文第四條，其所得之證

⁷林輝煌，註 1 文（證據排除法則之思辯(下)），頁 15~37。

據，不應在美國法院之程序中，以該搜索、扣押違反美國憲法增修條文第四條為理由，而加以排除。依令狀所為之搜索、扣押，推定有上開之合理確信」

2. 第(b)節「依法律或規則不可排除之證據」

一般而言：「搜索、扣押所得證據，不應在美國法院以該搜索、扣押違反法律、命令、行政規則或訴訟程序為理由，而加以排除，但依法律或最高法院確立之法則明示排除者，不在此限」。

其次，關於客觀合理搜索、扣押之特別規則，依前述未被排除之證據，倘客觀合理確信搜索、扣押，並未違反法律、命令、行政規則或訴訟程序，所得之證據不應在美國法院，以該搜索、扣押違反法律、命令、行政規則或訴訟程序為理由，而加以排除。本文認為該法強調具「客觀合理確信」之下，不得以搜索、扣押違憲、違法為證據排除之理由，實為民意機關將美國聯邦最高法院確立前揭一九八四年 U.S. v. Leon 案「善意例外原則」落實於法典中。

第二項 德國證據排除法則

二十世紀德國學者 Beling 提出「證據禁止」主張，認為證據禁止乃對於法院調查事實義務之限制，即在特別情況下禁止國家「取得」及「使用」證據之權力。此若就現在法制國家而言，即追訴犯罪同時，必須重視被告人權之保障，刑事訴訟法必須與憲法保障基本人權之價值體系相一致。因此，與其謂「證據禁止」係對法官調查證據權能之限制，毋寧應認為法官惟有在不涉及基本權侵害時，始有依法調查及使用證據之權限及義務，即不能逾越憲法秩序中對於保障人權所設之界線。迨一九六〇年代，當時西德聯邦法院以人性尊嚴之維護為觀點，認為「刑事訴訟證據排除并非不問是非、不計代價所為之真實發現」，亦即國家追訴犯罪之發現真實義務於刑事訴訟中並非唯一最高價值，德國聯邦最高法院於一九六〇年錄音案、一九六四年日記案，並未援引任何「證據蒐集禁止」之規定，而係引用人性尊嚴、人格發展自由、書信秘密及電郵自由為證據禁止依據。近則認為國家機關如違反證據取得禁止之法規範而取得之證據，若具合法正當化事由，在利益衡量下，仍准許該證據之使用，此即所謂「權衡理論」。

現今德國學說系將「證據禁止」分為「證據取得之禁止」及「證據使用禁止」，前者之於法官，乃在於限制其依職權調查之權限；關於後者，系限制法官不得使用特定證據作為裁判之依據，此相當於英美法之「證據排除」。於此德國學說，在將之區別為「自主性證據使用禁止」與「非自

主性證據使用禁止」，前者係由憲法中保障人權基本價值所導出之「證據使用禁止」，後者係由法律中有明定之證據取得禁止情況下所導出。判斷是否成立「證據使用禁止」，首應確定其是否有權利侵害情形，繼則是否有國家侵害人民權利之行為，再者使用不正證據是否影響及於公平審判，倘為否定，則不成立證據使用禁止，以限制證據使用禁止之適用範圍，以「權衡理論」為代表⁸。德國聯邦最高法院近年大概均以權衡理論為依歸，認為須權衡具體個案以及兼顧比例原則，權衡國家訴追利益與個人權利保護之必要性，其考量因素，包括程序瑕疵嚴重之程度、犯罪之輕重、導正刑事追訴機關紀律之必要程度、當事人保護之必要性、規範之保護目的、若以合法手段是否亦得取得違法取得之證據⁹。

第三項 日本證據排除法則

日本國許多法律繼受外國法思潮而變動，在證據排除法則上亦不例外，基於日本證據排除法則大部分繼受德國聯邦最高法院思維，

一、日本實務見解

日本最高法院認為證據排除法則並非憲法上之問題，而屬於刑事訴訟法上解釋之問題，並認為證據排除法則之要件判斷，必須同時具備下列二要件：

有無破壞令狀原則之精神重大違法情事、是否存在有抑制違法偵查發生之抑制效果（相對排除說傾向）。前者，審查有關證物之扣押程序中，若存有如同破壞日本國憲法第三十五條及繼受該條旨趣制定之刑事訴訟法第二百一十八條第一項令狀原則之精神重大違法情事（違法判斷要件）。後者，容許違法蒐集之證據為證據一事，此由抑制將來違法偵查發生之觀點而言，一旦被認為不適當時，即應否認該證據之證據能力（排除判斷要件）。

日本實務在證據之採用上並不專以其取得之方式是否為違法為斷：

（一）本案在橫濱地方裁判所判決

橫濱地方裁判所昭和四十六年四月三十日判決係關於警察於激進份

⁸林永謀，刑事訴訟法釋論(中冊)，自版，2007.02，頁 59~61。

⁹伍偉華，論違法監察通訊所得資料之證據功能，軍法專刊第四十八卷第三期，2002.03.，頁 7~16。

子學生抗議美軍基地而執行警節巡邏任務時，在該基地附近對於其認為行為不當者進行質問時，由該人所背袋子外表觸摸，發覺係瓶狀物品，經該人同意後打開該袋子發現是一定時炸彈。其中警察對於所持物品檢查係超出職權質問所容許附帶範圍，因此屬於違反令狀原則之違法搜索，搜出該證物外，其鑑定書與搜索、扣押紀錄書等皆不具證據能力。

(二)本案上訴制東京高等法院判決（本案考量抑制違法偵查發生）

惟該判決在其後東京高等裁判所判決認為，以該事件具有重大性與危險性等特徵，而權衡所侵害法益與要保護之法益後，認為警察對所持物品之檢查是在容許範圍內為理由，駁回該判決¹⁰。

二、日本學者評述

日本最高法院認為每一證據蒐集程序即使是違法，惟經由該違法蒐集程序所取得之證據，卻認為不定要將以排除。日本最高法院此類結論，在考量抑制違法偵查與意圖確保處罰方面意義上或許可謂妥當，惟證據違法判斷與排除判斷間之關係未必明確予以說明，且被考慮列入排除判斷之要件種類繁多，要件與要件間到底存有何種關係亦無法清楚說明。故關於被宣判為違法之行為，其效果在實質意義上亦未必明確是其缺點¹¹。

(一)絕對排除說

排除違法蒐集證據之概念乃默示內含於憲法上具體基本人權之保障規定在內，即證據排除法則由來於憲法之憲法原則。此說認為日本憲法第三十五條係在於保障個人之隱私權，其內容包含著在要件不充足之證據，應由事實認定之階段，排除該證據之適用。換言之，一旦被認為侵害到憲法上所保障之基本人權時，則在刑事訴訟法上該證據應立即加以排除，此可謂為齊一式證據排除論¹²。

(二)相對排除說

相對排除說認為基於正當法律程序之保障觀點、維持司法廉潔性與抑制違法偵查之觀點，區分如何對違法蒐集證據之證據排除，且在憲法之旨趣下，法院政策性創設證據法則。從維持司法之廉潔性與抑制違法偵查之

¹⁰井上正仁，刑事訴訟における証拠排除，弘文堂，1985.12，頁45。

¹¹黃朝義，註2書，頁493。

¹²渥美東洋，刑事訴訟法，有斐閣，2006.05，頁162。

觀點而論，相對排除說之理論根據係依個案而定。其要件係綜合：

第一，程序違反之程度（逸脫之程度、被害利益之重要性、損害之程度等）。第二，為程序違反時之情狀（在緊急狀況下法律之遵守是否相當困難）。第三，程序違反之意思（有無計劃性與違法性之認識）。第四，程序違反之頻率（由性質判斷有無反覆違法之可能）。第五，程序違法與該證據取得間，因果關係之程度（合法的程序可利用，而依該合法之程序可否獲取該證據）。第六，證據的重要性（證據對該案件之證明具有何種程度之重要性）。第七，案件之重大性（基本上係以法定刑之程度與罪質為基準，另外案件之特性與社會關心之強弱亦包含在內）等情況。

對照證據排除之結果，可能產生之不利益，以衡量排除之必要性。在結論上，證據排除之必要性若受肯定時，則應排除該證據¹³。

第四項 我國證據法則

一、我國刑事訴訟法規定

我國刑事訴訟法就證據能力要件，並未為一般抽象性之規定，而係就證據能力有無於特定訴訟事項逕予明文，或出於「不得作為證據」之語，或出於「得為證據」之詞，如同法第一百五十六條第一項、第一百五十九條第一項、第一百六十條、第一百條之一第二項、第一百五十八條之二、第一百五十八條之三、第一百五十九條之二至之五與第一百五十八條之四等均屬之。

二、學說

（一）林大法官永謀

立證資料之證據首先必須具備關聯性，指該證據與待證事實間具有關聯性，關聯性又區分為自然關聯性與法律關聯性，前者證據如何始係「適合於證明待證事實」則以其是否有助於立證之概然性為斷，依據一般論理經驗法則判斷，其欠缺關聯性之證據，既不足以供待證事實證明之用，自無證據能力可言。如流言、風評之語，想像之詞，即欠缺自然關聯性；後者，為免法院因該證據之影響，而有偏見、誤認之判斷或混淆審理爭點之危險者，該證據亦被同時要求應同時具備信用性始可（例如傳聞法則、自

¹³井上正仁，註 10 書，頁 369。

白任意性規定)，此稱之為「法律關聯性」，目的在避免證明力評價產生錯誤之情事，因此證據凡具有證明上之危險者，因不具法律關聯性，自應否定其證據能力。

繼之，該證據須非禁止使用者，證據之取得具備合法性，倘其證據之取得未具備法定方式或要件，即因違法而有重大瑕疵，非屬合法之證據，自不得認其有證據能力。本法第一百五十五條第二項規定：「…未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據」，此「調查」概念於證據取得亦即此意。

然而，本法復有第一百五十六條第一項、第一百五十九條第一項、第一百六十條、第一百條之一第二項、第一百五十八條之二、之三、之四、一百五十九條之一、之二、之三、之四、之五等諸多證據能力之形式上之規定，非必以實質之調查始能與已判定。然而，我國法並未排斥直接審理主義，則凡本法已為證據能力形式上之規定者，其僅須形式上之調查，即就證據取得之方法、過程予以調查，即可認定其證據能力之有無；至於若本法未為形式上證據能力之規定者，則於踐行法定方式之實質調查，始能判定其證據能力之有無，於此直接審理主義踐行本身，同時即為證據能力取得之要件¹⁴。

(二)陳教授運財

訴訟構造中證據排除法則係在當事人進行主義架構，而證據禁止法則則屬於職權進行主義架構。刑事訴訟法第一百五十六條第一項自白任意性為排除虛偽陳述內容，同法第一百五十八之四條權衡重在取證程序之違法，至於證據型態內容未變，無虛偽性問題。

大法官解釋第三八四號解釋理由書中認為憲法第八條第一項規定，係指凡限制人民身體自由之處置，在一定限度內為憲法保留之範圍，不問是否屬於刑事被告身分，均受上開規定之保障。除現行犯之逮捕，由法律另定外，其他事項所定之程序，亦須以法律定之，且立法機關於制定法律時，其內容更須合於實質正當，並應符合憲法第二十三條所定之條件，此乃屬人身自由之制度性保障。因此，刑事訴訟法第一百五十六條第一項自白法則有憲法依據。

基於憲法第八條透過正當法律程序以維護人權本旨，此正當法律程序條款要求，國家機關必須法之正當法律程序蒐集證據外，對違反正當程序取得之證據應賦予排除效果，正當法律程序規範始成為具擔保實效之制度

¹⁴林永謀，註8書，頁47-52。

性保障¹⁵。

(三)張教授麗卿

就我國刑事訴訟法強制排除主義部份，供述證據違反正當法律程序應絕對排除，理由為供述證據侵害個人自由意思應嚴格禁止，而蒐集非供述證據違背法律程序，證據型態未改不生不可信問題。因此我國於民國九十二年修正第一百五十八條之二以及第一百五十八條之三。

另我國刑事訴訟法裁量排除主義部份，刑事訴訟法第一百五十八條之四裁量排除適用上應謹慎，理由為強制排除主義提供較明確之操作標準，不似在裁量排除主義下，需經過極不明確之裁量。刑事訴訟法第一百五十八條之四衡量被告犯罪、輕重警察違法情節，不排除違法取得證據則無法達成嚇阻國家機關效果¹⁶。

三、實務監聽案件證據排除法則

最高法院九十六年台上字第六〇七九號判決：「本件檢察官已依案發時之通訊保障及監察法規定，對 0000000000 號行動電話核發九十四年宜檢東樂監續字第一三六號通訊監察書，監察期間自九十四年七月一日至同月二十九日，有該監察書及電話附表影本附卷可參，該通訊監察自無乙〇〇所指違法而不得為證據之情形。」

上開實務見解以通訊監察書為依據，推認所取得監聽內容具有證據能力，與我國證據排除操作模式大相逕庭，不僅不重視自然關聯性與法律關聯性，甚至對於直接審理原則隻字未提。然而對照前述美國 U.S. v. Leon 案以及「一九九五年證據排除法則改革法」(Exclusionary Rule Reform Act of 1995)所揭示「善意例外」法則若合符節。

第二節 權衡法則消失於監聽制度

第一項 令狀原則與權衡法則

¹⁵陳運財，「違法證據排除法則之回顧與展望」，月旦法學第一百一十三期，元照，2004.10，頁 34 以下。

¹⁶張麗卿，刑事訴訟法理論與運用，五南，2008.10，頁 360~361。

日本實務認為「令狀與權衡法則相容並行」證據排除法則應先判斷令狀原則，其次再以抑制違法偵查發生採權衡法則，德國法與我國法對於證據排除法則均採取權衡法則判斷，權衡法則優點在於能針對個案所得證據為判斷，不過其判斷易流於不確定性，無法提供一準確判斷標準。

結論上，本文認為監聽之證據排除法則標準為「令狀原則」與「善意例外法則」，善意例外法則與權衡法則本無法相容，而監聽本質上侵害人民憲法上隱私權一旦以權衡法則而權衡憲法上權利則證據必定受排除。因此權衡法則在監聽制度證據排除審查可謂無法適用、並非放諸四海皆準，容後敘述。

我國刑事訴訟法第一五八條之四權衡法則有明文，可為違法監聽證據能力判斷參考依據「之一」，進一步自我國刑事訴訟法第一五八條之四立法理由綜合考量下列事項，分析如后：

一、權益侵害種類、輕重及違背法定程序之情況

(一)區分隱私權之侵害

為保護人民憲法上之權益，本應列入證據排除法則之考量，作者認為監聽「秘密性」事先未經告知受監察人而對其實施監聽，不但已對於受監察人隱私權重大侵害，並對於人民不自證己罪有重大影響，然考其監聽目的若事先告知對於監聽本質為隱密性有重大衝突，故本文認為應不考慮權益(隱私權)侵害種類。

日本絕對排除說學者認為證據排除法則由來於憲法之憲法原則¹⁷，日本國憲法第三十五條係為保護人民之隱私權。然而監聽對於人民隱私權侵害之合理化解釋以日本國憲法第三十五條轉化解釋說認為，對物理性搜索、扣押與對非物理性監聽應相同對待，非依令狀不得為通訊監察，亦即只要是依據令狀所為之監聽均合乎日本國憲法第三十五條規定，為合法監聽並未侵害隱私權。迴避了監聽本質上對人民隱私權重大侵害爭議¹⁸。

依照大法官解釋第六三一號解釋理由書揭示「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，通訊秘密自由

¹⁷渥美東洋，註 12 書，頁 162

¹⁸渥美東洋，註 12 書，頁 124~128。

可再區分為「通訊內容」之秘密、「通訊情況」之秘密，前者，以該信息到達收信(訊)人實力支配範圍為止。後者，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。在證據排除判斷中應一併思考。

(二)不考慮住居自由之侵害

有學者認為，住居自由當然必包含隱私權保護，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¹⁹。本文採日本憲法第三十五條轉化說，只要依「令狀」為通訊監察即可；有學者認為人們住居自由係保護不受任意侵擾²⁰，事前告知住戶始不致於住宅主人驚慌失措，在通訊監察制度下亦具有類似性，若在不得已小型案件下容許對住居自由侵害符合比例原則，可容許，此外若因保護住居自由而事先告知，致使打草驚蛇，偵查機關不易取得證據並不妥適。

本文認為監聽制度本質上早已侵害憲法上隱私權與住居自由，只不過必須透過轉化解釋（轉化日本國憲法第三十五條意義為依據令狀）使合乎邏輯，此時已不適合區分違反憲法或法律上權利之意義，否則就像是搬石頭砸自己的腳，而且砸得原形畢露，違反監聽秘密性本意。

二、考慮預防將來違法取證之效果

如排除證據能達到預防(或嚇阻)將來非法取證目的，法院應傾向排除證據之決定，反之，則不予排除證據。例如：偵查機關非法監聽資料，除得證明犯罪，亦得證明被告將湮滅證據等行為，若是在羈押決定程序，如排除監聽資料，檢察官無法證明其羈押必要性，法院也必須駁回羈押聲請，造成社會成本付出非常可怕。例如：在羈押程序排除證據，嚇阻效果非常有限，但社會成本付出極高，證據排除法則為極端救濟程序，應只適用於認定有罪與否之審判程序中為之²¹。

三、考慮犯罪之實害與危險

(一)一般案件而言

¹⁹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。

²⁰井上正仁，註 10 書，1997.03，頁 90~92。

²¹王兆鵬，註 4 文，頁 15~16。

有學者認為法院如因為「犯罪之實害或危險」嚴重而不排除證據，會產生如下之危險：間接鼓勵政府在重罪案件違法侵害人民權利、違反無罪推定原則、違反程序公平，容許一方當事人「操控」結果。例如：檢察官為強化犯罪危險或實害，將重傷罪以殺人罪起訴，即可避免證據排除²²。

(二)本文見解

監聽對於人民隱私權有重大侵害，若不區分案件重大與否均得予以監聽，有違反比例性原則中必要性(此並非最小侵害手段)，另一方面若偵查機關捨以監聽方式偵查另以核發通知書方式通知相關人士到案說明或自線民探聽消息為手段，容易打草驚蛇導致人證逃逸或相關有力證據遭湮滅，錯失偵查先機，與監聽並非具有相同有效性。基於無罪推定原則最典型之表現為無罪推定原則，蓋因檢察官負有對告發事實完全舉證責任，被告並不負有任何對自己不利之舉證責任。本文認為監聽制度本質並未事先對於受監察人為通知，若將監聽所得之證據當成呈堂證供，已形同將不自證己罪斬首示眾，質言之，在監聽制度中對於不自證己罪與無罪推定原則有重大限制。

檢察官若恣意操縱結果，以事實上明顯為輕罪案件易為殺人罪為監聽令狀聲請，法院於嗣後監聽實施狀況報告書中當可察覺，為撤銷監聽令狀之決定，並依照我國通訊保障及監察法第五條第四、五項，證據排除之決定。是故，以結果論在監聽案件中檢察官不易操縱案件。

四、考慮違背法定程序時主觀意圖

有學者認為判斷警察行為有否相當理由或相當犯罪嫌疑²³，不在判斷其有無過失。如有相當理由或相當犯罪嫌疑，即令為錯誤，亦為合法行為，不應為證據排除；若無相當理由或相當犯罪嫌疑，不論其為重過失或輕過失，不論其動機為善意或惡意，因為已逾越法律所容許範圍(相當理由已容許偵查機關有相當犯錯空間)，也破壞憲法保護人民權利大原則，應排除證據。本文認為相當理由係為偵查機關犯錯之最底線，在監聽制度亦同，依照通訊保障及監察法第五條第一項規定：「有事實足認被告或犯罪嫌疑人有下列各款罪嫌之一，……而有相當理由可信其通訊內容與本案有關。」，可見相當理由不管在一般刑事偵查案件抑或在監聽偵查案件，相當理由形同偵查案件守門員角色，不可輕忽。

²²王兆鵬，註4文，頁11~12。

²³王兆鵬，註4文，頁13~14。

五、發現證據之必然性

此處係參考美國「獨立來源」與「必然發現」例外，以下分析：

獨立來源，例如：警察「事先」已有相當理由得逮捕被告，事實上警方也在戶外無令狀逮捕被告，警察「事先」已有相當理由得搜索被告住宅內之毒品，事實上警方無令狀而與被告一起進入家中(已破壞令狀原則)，進入房間發現毒品；另一方面，警方立即返回警局聲請令狀，待取得搜索票後執行搜索，取出不利被告之證據。美國聯邦最高法院認為²⁴，警察進入被告屋內之行為原則上係非法(應依證據排除法則排除證據)，但因警察在進入被告家中前，事實上已有得搜索住宅之相當理由，且此相當理由有獨立合法之基礎，而非源自於欠缺令狀(破壞令狀原則)非法進入住宅搜索之結果，因此本案證據不應排除；必然發現，乃指證據雖因檢警機關之不法行為而發現，但即令無該不法行為，依檢警機關既有之偵查行為，證據終將必然發現。

第二項 權衡法則不適合於監聽制度

本文認為監聽制度下證據排除法則「不考慮權益侵害種類、輕重及違背法定程序之情況(例外考慮通訊內容、通訊情況自由)」、「考慮預防將來違法取證之效果」、「考慮犯罪之實害與危險」、「考慮違背法定程序時主觀意圖」、「發現證據之必然性(為毒樹果實理論之例外)」。

進一步分析，就「權益侵害種類、輕重及違背法定程序之情況」標準，大部分已轉化為依令狀行之，符合美國「善意例外」法則。「犯罪之實害與危險」所揭示重罪原則已經於我國通訊保障監察法第五條第一項第一款：「最輕本刑為三年以上有期徒刑之罪。」明文立法，法官核發令狀時理應已判斷犯罪之實害與危險，若法院於證據排除程序中再次判斷，有重覆評價之嫌，符合令狀原則。事實上而言若監聽執行人員藉合法監聽令狀，恣意對明顯為輕罪案件實施監聽，可能有濫權之虞，本文認為從「善意例外」法則發展，原本其適用應被限制於非常狹義之解釋與適用範圍內，換言之，不僅在警察人員絲毫未具任何過失，且簽發令狀之法官有誤時，此例外法則方被適用。不過，Krull 案²⁵，聯邦最高法院卻呈現出擴大

²⁴王兆鵬，註4文，頁17。

²⁵林輝煌，註1文(證據排除法則之思辯(下))，頁15~37。

治安法官之錯誤以外情形，亦得適用善意、誠實之例外傾向。惟不論如何監聽執行人員若非法監聽即無法適用善意例外法則，而應排除證據適用。

「違背法定程序時主觀意圖」所謂相當理由，已於我國通訊保障及監察法第五條第一項明文規定，法官核發令狀時理應已判斷違背法定程序時主觀意圖，若法院於證據排除程序中再次判斷，有重覆評價之嫌，符合令狀原則。事實上而言若監聽執行人員藉合法監聽令狀，恣意對明顯不具相當理由案件實施監聽，可能有濫權之虞，本文認為不論如何監聽執行人員若非法監聽即無法適用善意例外法則，而應絕對排除證據適用。

「發現證據之必然性」為毒樹果實理論之例外，並非完全屬於證據排除法則一環。發現證據之必然性與善意例外法則間應毫無關聯，毒樹果實理論起因於違法取證，其肇因前手再為違法取證，為嚇阻偵查機關日後違法取證故對於後手排除證據，再者毒樹果實之例外為「獨立來源」、「必然發現」；而「善意例外」法則以警方善意信賴司法官合法簽發令狀而執行，換句話說「善意例外」法則中前手為合法取證，後手亦為合法取證。因此，「善意例外」法則與「發現證據之必然性」間風馬牛不相及。

「考慮預防將來違法取證之效果」此嚇阻理論目的為嚇阻偵查機關違法取證；而美國「善意例外」法則意味為防免警方因合理信賴由司法官所簽發有效之搜索票為而據以執行搜索，其搜獲之證據，嗣因審查該搜索票時，認其欠缺法定相當事由，裁定無效，而影響其證據能力。可推論出嚇阻理論與善意例外有牴觸之處，警方因信賴司法官簽發有效令狀，日後所依據執行自為合法強制處分，殊無嗣後認偵查機關屬違法取證，而嚇阻之。

表三：權衡法則內容多轉換為令狀原則與善意例外法則

權衡因素	認為本質上為善意例外法則之原因	其他
權益侵害種類、輕重及違背法定程序之情況	已轉化解釋為依令狀為通訊監察。故本文認為監聽證據排除法則為「令狀原則」與「善意例外原則」	1. 通訊秘密、通訊情況自由應考慮之。 2. 住居自由中事先告知程序無法於監聽制度中實踐。

預防將來違法取證之效果		嚇阻理論與善意例外法則相抵觸： 警方因信賴司法官簽發有效令狀，日後所依據執行自為合法強制處分，殊無嗣後認偵查機關屬違法取證，而嚇阻之。
犯罪之實害與危險	1. 符合監聽立法原則「重罪原則」 2. 我國通訊保障監察法第五條第一項第一款規定「最輕本刑為三年以上有期徒刑之罪。」表示法官於簽發令狀時已審查，理論上依令狀原則殊無再次審查同樣內容之理。	事實上監聽執行人員仍可能恣意監聽，然不論如何監聽執行人員若非法監聽即無法適用善意例外法則，而應排除證據適用。
違背法定程序時主觀意圖	1. 符合監聽立法原則「相關性」(相當理由) 2. 我國通訊保障監察法第五條第一項明文相當理由，表示法官於簽發令狀時已審查，理論上依令狀原則殊無再次權衡審查同樣內容之理。	事實上監聽執行人員仍可能惡意監聽，然不論如何監聽執行人員若非法監聽即無法適用善意例外法則，而應排除證據適用。
發現證據之必然性		發現證據之必然性為毒樹果實之例外，根本與善意例外原則無關。

第三項 令狀原則與監聽制度之困境

本文認為若法院核發合法監聽令狀，監聽執行機關依照令狀原則所執行之監聽並無問題。若法院誤核發監聽令狀，執行機關善意信賴令狀有效而執行監聽，依照善意例外法則所執行之監聽亦無問題。

一、陳腐性問題

有學者觀察日本有關令狀主義「正當理由」之憲法解釋，認為搜索、

扣押過程「扣押對象」之存在或「足認有應扣押物存在之充分事由」。換言之，依實際具體情況判斷，該目的物可作為犯罪證據(犯罪與目的物連結)，及目的物現於該搜索場合「存在可能」(目的物與場所連結)，方可稱之為「正當理由」。於法律要件之該當與否判斷上，應考量「特定犯罪之發生」、「扣押對象與特定犯罪有所關聯」，並且「於搜索場所該扣押對象物存在之可能」。也因為相關要件逐一考量，方能避免搜索扣押令狀之誤用，成為「通往犯罪嫌疑人住所之許可證」，或「背離過去犯罪證據蒐集之法律意旨，轉作追訴尚未發生犯罪之代用品²⁶」。

然而監聽令狀所設定之通訊是預期未來可能發生之對象，因此較一般搜索扣押令狀更不具有特定性，警察機關善意依照司法官所簽發合法令狀，所為強制處分執行自為合法，惟前述合法令狀必須面對「陳腐性」問題(以起初有效令狀嗣後發生陳腐化，會使該令狀產生質的變化，由有效變成無效)。警察依據一個合法令狀所為執行究於何時始仍有相當程度蓋然性，應認為警察依據一個合法令狀所為監聽於達到該當目的之不可再監聽，但若遇有反覆蓋然性，基於解明事件規模性、複雜性可繼續監聽，惟達成最初目的時應結束監聽，此即為「監聽令狀一回性²⁷」。是故，相關事實狀態如何「確認」、「特定」，避免通訊監察濫用、誤用或惡用，乃制度設計所必須面對之問題。

二、特定監聽令狀範圍

由於監聽令狀一回性何時達成監聽目的，抑或為基於解明事件規模性、複雜性而為監聽，本文基於權力制衡理念，認為最小化原則以司法權(法院)藉令狀抽象控制行政權(檢察官)，再由檢察官具體控制警察實際執行。最小化原則係基於法官授權而非基於法律之規定，法官既然可事先以令狀授權檢察官，自然得於證據排除法則檢驗(檢方督促警方)監聽執行。我國通訊保障及監察法第五條第四項：「執行機關應於執行監聽期間，至少作成一次以上之報告書，說明監聽行為之進行情形，以及有無繼續執行監聽之需要。法官依據經驗法則、論理法則自由心證判斷後，發現有不應繼續執行監聽之情狀時，應撤銷原核發之通訊監察書。」第五項：「違反本條規定進行監聽行為情節重大者，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。」即為明證。

²⁶林裕順，大法官釋字六三一號解釋與監聽法制評析，法令月刊第五十九卷第十一期，2008.11.，頁122~124。

²⁷井上正仁，註10書，頁113~114。

三、以彈劾式偵查觀思考

若依照前述「彈劾式偵查觀」機制，並將通訊監察書解讀為命令狀，則通訊監察書乃基於法官所擁有之強制處分權，藉由法官之審查與核發之監督行為，而將監聽犯罪嫌疑人之權限個別的賦予偵查人員執行，最後仍受法官司法審查之監督，亦可得出最小化原則由法官授權之結論。

四、評釋我國實務見解

最高法院九十六年台上字第六〇七九號判決以「有該通訊監察書可參，該通訊監察自無乙〇〇所指違法而不得為證據之情形。」；另外最高法院九十七年台上字第二六三三號判決認為「該等譯文內容及嗣後據此發動搜索所扣押之物，得否作為本件上訴人販賣毒品案之證據使用，應視執行監聽機關之北斗分局初始聲請核發通訊監察書之作為係惡意或善意分別斷之。」

由上可知我國實務對於監聽證據排除法則雖未明白表示，惟結論上相當於本文所述「令狀原則」與「善意例外法則」為理論基礎，值贊同。本文認為本號判決迴避權衡法則判斷，似乎已認知權衡法則之不確定性與監聽本質上為重大侵害憲法上隱私權、秘密通訊自由權、住居自由權之制度，若再於證據排除法則以權衡法則判斷侵害憲法權利重大性，則監聽所得之證據將全數被證據排除無一倖免，作者認為如此判斷有違反監聽秘密性本質。

其次，本文認為美國實務所揭示最小化原則，仍未受我國實務判決所關注，至少能認知最小化原則來限制監聽令狀一回性始為完整²⁸。最小化原則最低度標準為「重罪原則」、「相關性」、「必要性」、「最小侵害性」、「令狀」。我國通說或許鑑於權衡理論在我國刑事訴訟法第一百五十八條之四已明文，此為解決證據法則「放諸四海皆準」法則，毫無例外引用權衡法則，監聽之證據能力亦不例外²⁹。

²⁸我國通訊保障監察法則是本案審判法院得藉由通訊保障監察書之發給與否，判斷是否為合法程序下所為之通訊監察(一般合法監聽、緊急監聽或非法監聽之判斷)，例如：舊法時期所為之監聽，最高法院九十六年台上字第五五六八號：「然卷內並無檢察官就上開門號電話依法核發之通訊監察書可憑。則上開通訊監察是否符合通訊保障及監察法第五條第一項之法定程序？有無適用同法第六條例外之情形？若屬非依法定程序進行之監聽，該監聽錄音暨其譯文何以有證據能力？」

²⁹曾平杉，論違法監聽之法律效果，國立中正大學法律研究所碩士論文，2003.01，頁129~131。

本文認為：監聽本質已侵害人民憲法隱私權，於證據排除法則再次權衡憲法上隱私權，形同所有已監聽證據均應證據排除。權衡法則為解決刑事證據能力之一大利器，但監聽本質上已重大侵害人民之憲法上隱私權，不符合比例原則（可向線民探消息或沿街調查符合最小侵害性），引用權衡法則無可避免會因侵犯人民重大隱私權而遭證據排除後果，解釋上惟有將「權益侵害種類、輕重及違背法定程序之情況」以日本學說見解轉化解釋為「依法令」之「令狀原則」³⁰。

繼之應取令狀原則，捨一般權衡法則，本文認為令狀原則與善意例外法則對於監聽證據排除法則已提供一明確審查標準，殊無再依權衡法則而流於不明確；況且由於善意例外法則為法院「事前」判斷（警察善意依合法令狀即可，不須事後考慮法定因素），權衡法則為法院「事後」判斷，兩者有某種程度上隔閡，若硬將善意例外法則置入權衡法則，就像是人體器官移植後產生排斥效應，斷不可為。

第三節 監聽錄音與監聽譯文不符時處理

依照法官核發監聽令狀所為監聽內容，本應具有證據能力，然而監聽錄音帶遭變造、湮滅後或者監聽譯文漏未載記及產生問題。

第一項 我國實務

一、最高法院九十七台上字第一六一七號【甲案】

「……原判決依秘密證人 A2、A3 之陳述及監聽錄音帶、譯文等證據資料認定上訴人……本件秘密證人 A2、A3 於檢察官偵查及第一審審理中所為之陳述，經認定為有保密身分必要，均以秘密證人程序為之，且第一審法院更以交互詰問之程序，給予上訴人及其辯護人充分詰問之機會，其所踐行之訴訟程序尤無違誤。……監聽錄音帶、譯文復經法務部調查局鑑定屬實並經原審逐一提示予上訴人及其辯護人並告以要旨，均答稱：沒有意見，已無疑義。…」

二、最高法院九七年台上字第二五五零號（有監聽錄音卻沒

³⁰渥美東洋，註 12 書，頁 124~128。

監聽譯文)【乙案】

1. 監聽錄音帶未經人為操控，調查後，自有證據能力；監聽譯文屬傳聞證據

通訊監察之錄音、錄影，其所錄取之聲音或畫面，既係憑機械力拍錄，「未經人為操控」，該錄音、錄影經依刑事訴訟法第一百六十五條之一第二項規定之調查程序後，自有證據能力。至通訊監察之監聽譯文如係被告以外之人之司法警察(官)監聽人員，於審判外將監聽所得資料以現譯方式整理後予以紀錄而得，則本質上屬於被告以外之人於審判外之書面陳述，為傳聞證據，依刑事訴訟法第一百五十九條第一項規定，除法律有規定者外，不得作為證據。」

2. 監聽譯文應證明其傳聞證據例外具可信性、必要性或適當性之情況

趙禎雄以其所持用之行動電話與陳英雲使用之行動電話，於九十四年十二月二日十三時二十五分三十一秒通話內容之監聽錄音帶，並未存於本案卷宗內，且遍尋無著，致無法調取該監聽錄音帶依法勘驗，為原判決所確認。而卷附趙禎雄與陳英雲之監聽電話譯文，係監聽人員王秋信(雲林縣警察局少年警察隊)於審判外，將監聽所得資料以現譯方式整理後予以紀錄而得，屬傳聞證據。原判決……未敘明上開監聽電話譯文製作之依據、經過及內容，是否符合傳聞證據例外具可信性、必要性或適當性之情況及心證理由，非但有判決理由不備之違法，且與證據法則相違背。本院前次發回意旨業已指明，原判決仍未具體論敘，致違法情形依舊存在。

三、最高法院九十七年台上字第三八六〇號【丙案】

1. 原審認為監聽錄音帶提出僅係補強證據(補強監聽)

原判決理由說明：依法實施通訊監聽所取得證人之對話紀錄，固非不得採為證據，然此與證人在實施刑事訴訟之公務員訊問時所為之供述相較，就程序之公開言，究不若後者之憑信力，尤以被告之自白為親自歷境，尚須與事實相符，並有其他佐證以資補強，始足採為論罪依據，該證人之監聽所得對話紀錄，更須受此限制，自不待言。本件經通知承辦司法警察官蘇國忠囑其提出監聽錄音，然並未據該司法警察官提出以供勘驗，而該監聽譯文係被告以外之人之監聽人員，於審判外將監聽所得資料整理後予以紀錄而得，屬傳聞證據，原則上不得作為證據，復無錄音可資勘驗，部分之監聽譯文又無製作公務員之簽名，即不得據為被告不利之證據等情。

2. 最高法院認為原審在欠缺監聽錄音帶情況下，為有利被告認定原判決

係違法

卷查原審依職權傳喚證人蘇國忠，其證稱：「錄音帶是我聽過畫（審判筆錄誤寫為話）重點……，錄音帶我有交接，但是否還在，我不清楚。整個小組剩下施武志在，其他二位調到南部，我退休。」等語（見原審卷第七四頁）。如果無訛，蘇國忠於退休時已就該監聽錄音帶辦理交接；而卷附九十七年五月七日原審法院公務電話查詢紀錄表，記載該院書記官以電話向施武志查詢本件有無監聽錄音帶？據施武志答稱：與蘇國忠小隊長聯繫詢問錄音帶存放何處後會儘快找出檢送原審法院等語（見原審卷第六八頁）。惟其後結果如何，卷內並無相關資料可資查考，關於該監聽錄音帶存在與否之事實，尚欠明瞭，原審未就此詳查究明，即以無監聽錄音帶可資勘驗為由，為有利於被告之認定，難認為適法。

四、最高法院九十七年台上字第三八七二號【丁案】

1. 合法性

通訊監聽（錄）本質上係搜索、扣押之延伸，其取得證據之證據能力有無，厥以監聽（錄）之「合法性」作決定。本件通訊監聽（錄）之實施，有台灣板橋地方法院檢察署民國九十五年九月二十七日，九五板檢宙聲監（續）字第00一二六二號、九十五年十一月二十三日，九五板檢宙聲監（續）字第00三六四號通訊監察書（稿）為憑，其監聽（錄）實施之「合法性」無可疵議，其取得之證據，自不生欠缺證據能力問題。

2. 同一性

此種監聽（錄）取得之證據，雖具有「審判外陳述」之外觀，但並不適用供述證據之傳聞排除法則。監聽（錄）取得之證據，合法取得之證據所須檢驗者，為證據之「同一性」及「真實性」。詳言之，監聽（錄）取得之錄音須與監聽內容一致、錄音之譯文須與取得之錄音一致，始符合證據「同一性」之要求，又錄音譯文之解讀，須符合原來對話人之意思，始符合證據「真實性」之要求，而具備足夠證明力。此種證據因係機械操作形成，「同一性」係檢驗機械性能與操作技術，「真實性」則係檢驗譯作者之聽寫與理解能力，與傳聞證據之檢驗原理，迥不相同。

第二項 推翻依令狀監聽效力

一、外國法

（一）美國法

依據美國電子通訊隱私法第二五一八章對於為監聽或電子通訊擷取之程序第二五一八條(八)(a)規定，這屬於任何監聽、電子通訊被截聽之內容，如果可能藉由這章節之授權將被記錄於錄音帶、監聽或其他相類似媒體。這監聽、電子通訊在這小部分記錄之內容將如同此被執行將保護此記錄免於改寫或其他改變。立刻地，在這指示期間的終結，或延伸那，將被做成法官可取得的正發布的命令，而且封存在法官指示下。無論任何情況下，這紀錄之保護將是法官之各種指示。它們將不會被摧毀除非依照這指示或駁回判決而且在任何情況將被保存十年。為了調查目的複製紀錄將被製作為了使用或揭露本章第二五一七條款(一)和(二)分款。藉由此分款規定這封存物的存在提供，或一個令人滿意的解釋給關於那些欠缺之證據，在二五一七(三)分款對於從此衍伸使用或揭露任何監聽或電子通訊內容或證據將是必要條件。

第二五一七章對於揭露授權和被截取之監聽或電子通訊，依據本章第(一)分款規定，任何調查的或法律的執行官把已得到之監聽或電子通訊知識內容，或從此證據取得，將揭露這樣的內容給另外一個調查的或法律的執行官，到這樣揭露是適當的，對於正確實行這職務義務官員正製作或接收這揭露之範圍；再依據本章第(二)分款規定，任何調查或法律執行官，藉由任何本章已經授權之手段，已經得到之監聽或電子通訊知識內容或證據或從此證據取得可能使用這樣的內容對於這樣延伸，對於其官方義務正確實行這樣的使用是正確的；續依本章第(三)分款規定，任何已經接收之人，使用本章任何經授權之手段，任何關於監聽或電子通訊之資訊，或從那被擷取衍生證據符合此章條款將揭露此通訊內容，或如此衍生證據在宣誓下陳述證言，或在美國授權下這批准被認為在任何繼續進行或任何一州或關於那政治上分支³¹。

由上可知，美國法重視封存後監聽執行機關所為之任何處分監聽資訊，是否符合依法所為之授權，只要是依法授權所為取得任何監聽證據大抵有效，甚至可流入法庭中援用。封存手段只是以原封存媒體所儲存內容給予已逸失無法再取得之監聽證據，相互比較得出較合理之答案。

(二) 日本法

日本通信傍受法第二十條規定，第十九條第一項有關監聽通訊記錄，其記錄媒體於監聽中斷或終止時，應該盡速要求在場人著手封印實施。在監聽實施中更換媒體時，其他記錄媒體於紀錄終了時亦應踐行封印動作

³¹康乃爾大學，網址：http://www.law.cornell.edu/uscode/18/uscode_sec_18_00002517----000-.html；網址：http://www.law.cornell.edu/uscode/18/uscode_sec_18_00002518----000-.html

(I)。前項記錄媒體，除依前條第一項後段規定有已記錄之記錄媒體者外，於對在場人要求封印前，為供第二十二條第二項製作監聽筆錄程序之用，得做成複製備份(II)。經在場人封印後之記錄媒體，應即提交予核發監聽票之法官所屬法院不得些許遲誤³² (III)。

同法第二十二條規定，檢察官或司法警察官，當監聽實施中斷或終了時，應盡速將監聽到之監聽內容，製成一份在刑事程序使用之記錄(以下稱監聽記錄)。另外於實施監聽期間更換監聽記錄媒體時，其他記錄媒體於紀錄終了時亦應製成監聽記錄(I)。監聽記錄，從依第十九條第一項後段規定作成記錄之記錄媒體，或依第二十條第二項規定作成之複製，於消去下列各款所定之通信以外通信記錄後，製成之。第一，該當應通信監聽之通信，第二，依第十三條第二項規定經監聽之通信，尚有恢復其內容之需要時，第三，依第十四條規定，經監聽之通信，或依第十三條第二項經監聽之通信，認已該當第十四條規定之通信，第四，與前三款通信，在同一時機所為之通信(II)。前項第二款所載之通信記錄，經判定不該當應監聽之通信及不該當第十四條規定之通信時，應從該監聽記錄中消除該通信記錄及與該通信相關之同項第四款所示通信記錄。例外若與該通信在同一時機所為之同項第一款至第三款所載之通信則不在消除之列(III)。檢察官及司法警察員，製成監聽記錄後，有其他依第二十條第三項規定已向法官提出之記錄媒體(以上稱監聽之原記錄)以外之實施監聽所為通信記錄、監聽媒體、或其複製等時(複製，指將其他監聽記錄內容之一部或全部，照者監聽記錄之物品或書面)，應將該等記錄全部消除。依前項規定，從監聽記錄消去紀錄時，其他有該當監聽之複製等時，亦應隨同原監聽記錄並與消除(IV)。

由上可知，日本法繼受監聽證據封存手段，然而並不承認美國法概括容許任何依法授權手段取得之監聽證據可流入法庭中援用，必須仍有檢警之消除無關通信記錄。

二、我國法對錄音帶(原始證據)未封存

我國通訊保障及監察法只重視依令狀而為監聽，對於原始監聽、錄音、錄影帶未有如美國、日本法封存制度，該判決僅事後將原始證據(錄音帶)送交機關鑑定，若鑑定結果遭人竄改則喪失原始證據，無法保全證據真實性。更糟的是，我國準備程序並未發揮前置判斷證據能力功能，致使無證據能力證據大批湧入法院，若遭人竄改之錄音帶全部經由我國刑事訴訟法第一五八條之四判斷法院必須合併判斷證據能力、證明力，而容易

³²徐智明，通訊監察之保障與規範，附錄四，頁190-193。

出現奇怪「證據力」字眼，混淆證據能力與證據證明力之界線。

觀察前述【丁案】可知，在同一性要求下對於監聽證據能力處理不適用供述證據之傳聞排除法則，換言之，只要有監聽令狀即可，不適用我國刑事訴訟法第一百五十九條之一至第一百五十九條之四。另一方面，日本犯罪監聽法明文以「若已調查證據且未排除證據為限，始得為證據。」亦實踐嚴格證明法則，不過對於監聽譯文不排斥傳聞法則例外可能。

我國實務【甲案】處理方式係踐行嚴格證明法則，以我國刑事訴訟法第一百五十五條第二項規定以具有證據能力，經合法調查證據為前提，在合法調查證據方面將錄音帶依照刑事訴訟法第一百六十四條以物證方式調查當庭提示並告以要旨、將監聽譯文依照刑事訴訟法第一百六十五條以書證方式調查宣讀並告以要旨。並且已經由第一審法院踐行交互詰問程序，補正合法調查程序。並非完全認為只要依據令狀所為之監聽，且符合同一性要求即有證據能力。

三、監聽錄音與監聽譯文不符時，監聽錄音帶可能遭剪接變造(推翻依令狀監聽效力)

(一)我國實務

由【甲案】可知，對於監聽錄音與監聽譯文證據認定，法官完全視當事人同意是否適用我國刑事訴訟法第一百五十九條之五「被告之同意」，若經過被告之同意，則全部均順理成章具備證據能力；若未經過被告之同意，則將是法官噩夢開端，依據嚴格證明法則依勘驗方法為之，或傳喚該通訊者為證據調查。

(二)未封存而逸失錄音帶，應推翻依令狀監聽效力

1. 容許傳聞法則例外

本文認為傳聞法則例外原理，在英美法上容許傳聞證據得例外提出於法庭使用之實質根據，係以該傳聞證據有無足以取代反對詰問權之特別可信之情況保證為判斷要件(美國聯邦證據法第八〇三條)。在監聽錄音與監聽譯文不符時處理，若依照嚴格證明法則以勘驗為證據方法似乎過度耗費重大人力資源，光是撥放長度十足錄音帶夠耗時，錄音品質不良、受監察人口齒不清、漫天說地閒話家常，若再比對監聽譯文關鍵處更可能發生公說公有理、婆說婆有理窘狀。參酌我國實務見解【甲案】以告以要旨方式踐行證據調查，符合我國刑事訴訟法第一百六十四、一百六十五條物證書

證據調查方式，本文認為以告以要旨方式可節省冗長證據調查程序，仍應確保原始證據呈現。

2. 警訊錄音規定

觀察我國刑事訴訟法第一〇〇條之一規定，本條之全程錄音規範目的在於防範警員使用不正方法訊問以擔保自白之任意性，若欲使本條發生作用必須自證明規則切入，說明如下：

(1)係爭警訊自白(警詢筆錄)一旦欠缺全程錄音，以資佐證，應即先推定為「欠缺任意性」。

(2)上開推定容許個案中以「反證」推翻欠缺任意性認定(如提出選任辯護人於警訊時全程參與、在場之證據)

(3)未經或未能以反證推翻者，原推定之事實即應評價為「確定」，亦即，法院應將警訊自白評價為欠缺任意性。此點係屬證據自由評價(自由心證)原則之法定特別限制。

(4)最後，經上開評價為欠缺任意性之警訊自白，結合並依照第一五六條第一項規定，不得作為證據裁判之依據³³。

3. 類推適用警訊錄音規定

警訊時全程錄音目的為擔保自白任意性，而監聽時美國、日本立法例均有封存原始錄音帶制度，也可謂為確保監聽內容未遭變造方法之一，間接可確保自白任意性，本文認為得類推適用我國刑事訴訟法第一〇〇條之一規定，應注意的是本文認為真正支配監聽制度運作原則為最小化原則，以下以此原則推論之，說明如下：

(1)係爭檢警製作監聽譯文一旦欠缺由法定在場人士封存原始錄音帶(尚有賴法條明文)，原始證據可能遭變造之虞，應即先推定該監聽譯文為「欠缺正確性」。

(2)上開推定容許個案中以「反證」推翻該監聽譯文欠缺正確性之認定，亦即，如檢察官已依照法官令狀指示監督監聽執行人員，或監聽執行機關所製作之監聽執行報告書未經法官撤銷監聽令狀。

(3)未經或未能以反證推翻者，原推定之事實即應評價為「確定」，亦即，法院應將該監聽譯文評價為欠缺正確性。此點係屬證據自由評價(自由心證)原則之法定特別限制。

(三)理論印證

³³林鈺雄，刑事訴訟法(上冊)，2007.09，元照，頁 168~171。

觀察前述【丙案】，最高法院指摘最高法院認為原審在欠缺監聽錄音帶情況下，為有利被告認定係違法，應為的論。蓋倘依照本文見解，當司法警察逸失監聽錄音帶無法查證時，應先推定該監聽譯文為「欠缺正確性」，原始證據有可能遭受變造或湮滅可能。【丙案】判決中原審逕認監聽錄音帶僅係監聽譯文之補強證據，完全忽視監聽錄音帶在確保監聽原始證據呈現於法院之功能，確有不當。

四、錄音與監聽譯文不符，監聽譯文未確實記載

(一)不必強調依令狀監聽且具有同一性、真實性

對於監聽錄音帶成為證據而言，基於非人力操作因素介入，不適用傳聞法則例外，在此點而言【乙案】與【丁案】均同；惟對於監聽譯文成為證據而言，【乙案】認為可以傳聞法則例外可信性、必要性或適當性等法理證明之，而【丁案】則堅守同一性、真實性法則，認為「同一性」係檢驗機械性能與操作技術，「真實性」則係檢驗譯作者之聽寫與理解能力，與傳聞證據之檢驗原理，迥不相同。

(二)應引入傳聞法則例外

錄音係利用機器而為機械性進行，未有知覺、記憶、表現、敘述等過程之人類心理性之介入，尤其不生陳述過程之誤差，故與一般「供述證據」之原供述者與傳聞證人間難免存有謬誤而不盡相同，自較具可信性；雖然如此，畢竟其仍係由人操作機械而得者，其內容之選定、錄取之過程，殊難免「人為的」介入，對此「人為的」因素，應如何評價乃另一問題。有學者認為就錄音帶或碟片本身言，應屬「非供述證據」，而近乎先前所述記載陳述內容之書面，是其若藉機器以「再生」之供述(言詞)此一意義為內容者(即經播放而得之聲音)，則可認其為「供述證據」，於此則有傳聞法則之適用³⁴。

換言之，單純錄音帶或磁碟片本身，為非供述證據，其與監聽譯文(書面)對照本身並無意義；惟若將錄音帶或磁碟片播放，成為供述證據，具有較可信性，則可補充、對照監聽譯文(書面)內容。

另一方面，假若監聽錄音內容時間長而複雜，審理中未為播放原始錄音帶呈現內容，則此非供述證據並無法補充、對照監聽譯文(書面)內容，此時本文認為應以監聽譯文(書面)較有可信性為要件，始可具備證據能力，例如：傳喚製作監聽譯文之警員到場具結、接受詰問，或依照刑事訴

³⁴林永謀，註8書，頁131。

訟法第一百無五十九條之五以受監察人同意，而具備證據能力。

(三)檢察官應督促司法警察移送監聽證據

檢察官若未督促司法警察確實依法調查犯罪、蒐集證據，使之有相當品質，則司法警察簡略蒐集證據移送之案件，將成為日後訴訟程序法院呈重負擔。立法論上，若訴訟程序被告爭執，必須以當庭播放監聽錄音為證據，卻並未如檢警製作監聽錄音與譯文之規定，檢察官未能確實要求司法警察機關檢送錄音、譯文，且先堪驗錄音比對譯文，確認證據價值始予起訴，造成審理程序因調查監聽證據，使案件一再發回更審無法確定耗費司法資源。

實務上，司法警察移送使用監聽證據之案件，有許多存在有瑕疵，以致案件無法判決確定，成為司法資源浪費與沉重負擔，檢察官成為司法警察移送案件之審查者，宜確實依據刑事訴訟法第二百三十一條之一規定，詳細審閱，命司法警察補足不完備之監聽證據，並斟酌通知檢察官命限期補正³⁵。

第四節 各監聽類型之證據能力

第一項 對外勢力所為之監聽

一、對美國政府所為外國情資蒐集監聽理由

(一)美國總統必須依法(「外國情報監察法」)為之，不可單憑抽象曖昧之固有權為論述法源依據

必也在「法律無規定」情形下始得承認總統擁有某種「固有權」進行通訊監察。而美國最高法院一向承認國會當然有權立法規範聯邦機關對美國境內之通訊監察。

(二)個案上適用時具體規定優先於抽象規定

AUMF 第二條(a)項明文授權總統「使用所有必要且適當之武力」，授權文字相當廣泛；「外國情報監察法」則授權主管機關聲請通訊監察令狀，僅須有相當理由足信受通訊監察者乃是「外國勢力之機關單位」而無須證

³⁵施俊堯，監聽證據實務見解整理(下)，司法週刊第一四一期第三版，司法周刊，2008.10.16。

明其有犯罪嫌疑。

AUMF 之授權極為概括抽象，但「外國情報監察法」之規定卻是非常具體而明確。在個案適用上必以具體明確之規定排斥抽象規定，是故，AUMF 不能當做是總統實施無令狀通訊監察法源，個案具體應適用「外國情報監察法」。

(三)美國國會早已在法律中具體設戰時及緊急情況之「無令狀監察」

「外國情報監察法」明文規定總統在「戰時」擁有十五日「無令狀通訊監察」之權力；而在緊急狀況下，司法部長可先授權進行通訊監察，但應於七十二小時內向法院補提聲請³⁶。

二、我國通訊保障監察法第七條外國或境外情資之通訊監察

(一)以美國增修憲法第四條反思

憲法部分，美國增修憲法第四條未要求國際通訊必須有法院核發之令狀，而僅要求「合理」即可。因此美國增修憲法第四條就通訊監察對於隱私權侵犯所採之違憲審查標準係採寬鬆合理審查標準。法律部分，AUMF 授權總統「使用所有必要且適當之武力」，授權文字相當廣泛，而「外國情報監察法」以相當理由為標準，惟無論如何均符合合理審查標準。但適用上以較具體規定之「外國情報監察法」優於較抽象立法之 AUMF。

本文認為，通訊監察對於人民之隱私權侵犯非比尋常，參考美國經驗若以空泛文字規定勢必無法遏止行政權濫行侵犯人民隱私權，因此有必要採嚴格違憲審查標準。法律部分，以中度違憲審查標準，我國通訊保障監察法第七條，以「前項各款通訊之受監察人在境內設有戶籍者」始有必要法官保留，換言之，係以受監察人境內有否戶籍為標準區分有否法官保留之必要。

有趣的是比較大法官解釋第五五八號為國家安全法第三條對於人民居住遷徙自由之限制，考慮均為人民基本權與國家安全公共利益平衡。大法官解釋第五五八號為若於台灣地區設有戶籍則人民遷徙自由不受限制，反之則受管制；而我國通訊保障監察法第七條若於台灣地區設有戶籍則人民隱私權較受保護(必須事先得法院許可)，反之則較不受保護。兩處

³⁶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 43~44。

有極相似之處。大法官解釋第五五八號為保護國家安全維護急迫重大政府利益，手段進一步細分以「戶籍」惟差別待遇，應為嚴格違憲審查標準。我國通訊保障監察法第七條以戶籍為限制人民隱私權標準，同為嚴格審查標準，嚴密保障人民基本權。

此處可深思的是，通訊保障及監察法第七條同以「戶籍」惟區分標準，無異將釋字五五八號之居住遷徙自由與通訊保障監察法之隱私權相同待遇。依照大法官解釋第六三一號解釋理由書：「秘密通訊自由乃憲法保障隱私權之具體態樣之一，為維護人性尊嚴、個人主體性及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於國家、他人侵擾及維護個人資料之自主控制，所不可或缺之基本權利」，本文認為對於隱私權之保障應優於居住遷徙自由保障。

(二)與美國「外國情報監察法」比較反思

美國對於一般通訊監察制度採取中央集權制，事前由中央檢察官扮演內部監控角色，執行上檢察官並對執行人員有簽發「最小化原則指示書」，並監督、指導執行通訊監察，可謂行政權內部監控之極致。然而，對於外國情報之監聽本來較一般通訊監察具有國家公共安全、重大急迫性，對於外國之監聽美國法制上並無「最小化原則指示書」簽發，亦即法制上美國總統並無須對於執行人員有具體之最小化指示。惟以 AUMF 授權總統「使用所有必要且適當之武力」得為監聽，無庸置疑的是總統得為監聽最大化指示，任何人民小細節都可能該當之，自當不足採。

美國總統布希忽視司法審查以其行政權逕為執行外國通訊監察，似乎認為行政權基於總統之地位可免於司法審查機制，本文認為權力制衡機制乃在於防止權利濫用，以司法權來審查行政權合法否，乃是最適機關。除非法有明文外，以司法權審查行政權才能充分制衡總統之監聽發動權。

我國通訊保障及監察法第七條第三款所謂「外國勢力、境外敵對勢力或其工作人員在境外之通訊」，修法前免除最高法院檢察署之檢察官同意（無論戶籍有否在我國）可逕為監聽，其不當之處如同美國總統布希下令監聽案對於人民權利重大侵害。修法後同法第七條第一、二、三款針對外國通訊監察，無論「境內、跨境或境外」，受監察人在境內設有戶籍者必經司法審查，只是此種打折後之司法審查是否足以充足保障隱私權？基於前述作者認為對於隱私權之保障應優於居住遷徙自由保障意見，本文主張對於外國通訊監察應全部經由司法審查才是。

(三)與「機動監聽」之反思（對抗受監察人不斷變換電話號碼手段）

美國通訊監察法制下「機動監聽」制度，目的係為打擊恐怖活動涉嫌人，經由法官許可能將原來「特定線路」改為「特定人」之通訊監察。相較於美國法制，我國對於受通訊監察人不斷變更電話號碼情形，必須另行對新號碼聲請核發通訊監察書，換言之，我國通訊監察法制並不許可對「特定線路」之監聽。

依照通訊保障及監察法第七條並未採全面性的法官保留原則，反而以「戶籍」為區分標準，於我國設有戶籍者，則必須事先踐行法官保留，反之，於我國未設有戶籍者，可無庸踐行法官保留。換言之，我國法就於我國未設有戶籍者之境外勢力監聽，為偵查機關自行發動監聽，可排除司法權對特定人事前監督；而相較於美國「機動監聽」制度，事前法官全面性審查，才由「特定線路」改為「特定人」之通訊監察，無論對「特定線路」或「特定人」之通訊監察，均須踐行事前法官保留。

我國法就於我國未設有戶籍者之境外勢力監聽，可未經法官審查下自行監聽，包括對特定人之監聽；而美國法必經法官事前審查認可後，才由「特定線路」改為「特定人」之通訊監察。基於隱私權之保障建議應採取全面審查。因此對於我國未設有戶籍者之境外勢力監聽，若未經法官審查下自行對特定人之監聽，可納入通訊保障監察法第五條第五項規定：「違反本條規定進行監聽行情節重大者，……，均不得採為證據。」，屬於情節重大不得採為證據。

第二項 緊急監聽之證據能力

依照前述本文對於監聽證據能力判斷標準，在理論上以善意例外法則為標準，為防止事實上監聽執行人員濫行監聽，輔以最小化原則判斷，核先敘明。如前所述，緊急監聽為「令狀原則」之例外，檢察官於偵查時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。就結果而言產生代替性作用，由檢察官之判斷代替由令狀衍生之最小化原則，為權衡判斷。我國通訊保障及監察法第六條第二項「法院應設置專責窗口受理前項聲請，並應於四十八小時內補發通訊監察書；未於四十八小時內補發者，應即停止監察。」、第三項「違反本條規定進行監聽行為情節重大者，所取得之內容或所衍生之證據」，本文認為就緊急監聽證據排除程序，除非有重大明顯不屬緊急監聽情況，法院應盡量尊重檢方「緊急」之判斷。否則法院以全面性審查形同過度干預偵查機關偵查形成自

由，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。

我國通訊保障及監察法第六條第三項規定：「違反本條規定進行監聽行為情節重大者，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。」，本文認為緊急監聽屬於令狀主義之例外，因此法院有必要尊重檢察官對於緊急監聽發動，對於「情節重大」解釋應從嚴解釋，盡量尊重檢察官對於緊急監聽發動權。

第三項 另案監聽證據能力

一、另案監聽原則上為違法監聽

（一）監聽非依令狀不得為之

本文認為對於通訊保障監察採取之強制處分判斷標準，採取「日本國憲法第三十五條之轉化解釋說」，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」，換言之，只要偵查機關依照法定方式合法取得通訊監察書符合「令狀原則」，即得對人民以監聽手段為之。

（二）另案監聽早已逸脫監聽本案之目的

對於監聽類型於我國通訊保障及監察法中明文之類型，有第五條之一般監聽、第六條之緊急監聽以及第七條之對外國勢力監聽。對於另案監聽類型未見於我國通訊保障監察法之中。本文認為監聽係「非依令狀不得為之」，對於本案依令狀所為之監聽後，再針對另案所為之監聽，則另案所為之監聽由於並非依令狀實施監聽，是故原則上另案監聽所得之證據屬於違法監聽應不具證據能力。

「依令狀」若參酌監聽令狀一回性法理，只要係基於本案所實施監聽同一目的之內，具有反覆繼續之蓋然性可為另案監聽實施。然而另案監聽為偶然情況下對於其他案件附帶為監聽，早已逸脫監聽本案之目的。

（三）另案監聽之證據能力仍無法脫離最小化原則

本文認為一般刑事訴訟下不自證己罪原則，礙於監聽隱密性特質緣故未事先對受監察人為告知，已形同將不自證己罪打入冷宮。另外如自前述美國監聽制度發展可知最小化原則佔有舉足輕重地位，若認為最小化原則之違反並未對證據排除造成任何影響，則違法監聽所得之證據有非常大機

會被引入法庭中，對於受監察人隱私權、秘密通訊自由均具有重大不利。因此本文認為針對「另案」此時應基於最小化原則為證據排除考量。

二、「偶然」發現另案事實可增進偵查效率

偵查機關監聽而偶然發現他案事證，在強調打擊犯罪目的下進行確實有助於案件偵辦進度。然而犯罪程度等級有所差別，所謂的偶然亦應有所差別。

三、美國聯邦最高法院見解

(一)美國聯邦法十八 U.S.C.第二五一七(5)條規定

執行人員依令狀執行時，截取與另狀記載罪名無關之其他犯罪通訊，執行人員得將該通訊內容揭露予其他執法人員，該執法人員在適當執行職務之範圍內得使用該通訊內容。聲請續行監聽時經有管轄權之法官認可者，有關其他犯罪之通訊內容及衍生證據，亦可提出於司法程序使用。

(二)附帶扣押法理下，討論美國實務所承認三類型另案監聽類型

聯邦通訊監察法於一九六八年制定之後，聯邦最高法院卻力確立搜索附帶扣押明顯可見法則(Plain View)，執法人員執行搜索，發現搜索票上未記載本案或他案應扣押之物品，不須另聲請法院許可，得附帶扣押。基於相同法理，美國多數聯邦法院對於聯邦法第二五一七(5)條規定採極寬鬆解釋，而承認下列三類型另案監聽取得證據之容許性：

1. 類似犯罪之例外(the similar offense exception)

認為聯邦法第二五一七(五)條規定係為防止以合法通訊監察掩護非法通訊監察而設，因此執行通訊監察而截獲通訊監察書上未記載關於另案罪名之通訊，而該「另案」附屬於通訊監察書所記載之犯罪，或「另案」部分犯罪構成要件與通訊監察書所記載犯罪之構成要件相同，而可認為原來之聲請非虛偽者，允許提出關於另案通訊資料作為證據，並不違反聯邦法第二五一七(五)條規定立法目的，故應許可。

2. 不可分例外(the integral part exception)

認為聯邦法第二五一七(五)條規定係為防止合法監聽掩護非法監聽而設，而組織犯罪一定包含其他犯罪之構成要件，因此警察依法對於毒品犯罪實施通訊監察，未對組織犯罪實施通訊監察，未依聯邦法第二五一七(五)條規定取得有管轄權法官認可做為組織犯罪之證據，原來之聲請並非

虛偽，仍可以揭露違反組織犯罪會話於大陪審團，允許作為證據，並不違反聯邦法第二五一七(五)條立法目的。

3. 默許授權法則(the implicit authorization rule)

聲請延長通訊監察書或通訊監察進度報告內若提到偶然截獲之另案通訊內容，而法官核准延長通訊監察者，表示法院默許另案監聽，故不需適用聯邦法第二五一七(5)條規定取得回溯認可，可作為另案之證據³⁷。

四、德國學說實務之見解

(一)無限制說

認為搜索與監聽均係干預隱私權之強制處分，故可類推適用德國刑事訴訟法第一百零八條(相當於我國刑事訴訟法第一百五十二條「另案附帶扣押」規定)，應該允許作為證據。

(二)部分限制說(德國學界通說)

認為德國刑事訴訟法第一〇八條係基於假設上可再聲請搜索票重覆干預受搜索人，並防止證據滅失所作之便宜規定，德國刑事訴訟法第一百條(a)嚴格限制得監聽之罪名，故非該條所列之罪者，不能符合通訊監察之要件，應不得類推適用。

對於合法監聽時偶然發現另案證據，如係德國刑事訴訟法第一百條(a)所規定之罪名，使得對被告為使用。但對於被告以外之第三人，若發現可得監聽罪名之另案證據應否禁止，學界意見分歧。有基於人民權利之保障而採否定見解，有認為非全部私生活範圍均受絕對保護而採肯定見解，亦有區分該第三人是否為訊息傳遞人、提供人，或為完全無關之第三人，如訊息傳遞人、提供人，對之有證據能力，若係完全無關之第三人，則應禁止該證據之使用。

(三)相對禁止說

德國最高法院對於合法監聽時偶然發現關於另案之證據，以與通訊監察書所記載之罪名是否具有關聯性，作為是否排除標準。例如，以被告甲、乙、丙三人涉嫌參與竊車集團，對之實施監聽，並以監聽所得之資料做為證據起訴竊盜罪與參與犯罪組織罪，法院認為參與犯罪組織罪部分證據不

³⁷吳巡龍，監聽偶然獲得另案證據之證據能力，月旦法學教室第四十七期，元照，2006.09，頁84~85。

足，而以竊盜罪判刑。雖竊盜罪並非得監聽之罪名，德國最高法院仍以竊盜罪與所監聽之犯罪組織罪嫌有關聯性而持肯定見解。

(四)絕對禁止說

此說為少數說，認為監聽具有隱密性質對隱私權之侵害及濫用可能性較搜索為甚，故監聽偶然發現關於另案之證據，因非原來調查之罪嫌，不符監聽之要件，不論是否屬於德國刑事訴訟法第一百條(a)所列得監聽之罪名，無論是對被告或第三人，均不得作為證據。

五、我國學者見解

(一)緊急逮捕、緊急搜索法理說

1. 監聽本案程序並非違法

基本上很難聯想到原本之監聽行為存有違法情事。

2. 另案監聽援引緊急逮捕、緊急搜索法理

不論附帶監聽或另案監聽情形，當時所發現之相關犯罪事實，就其性質而論，皆屬於突然間緊急發現之犯罪事實，若不即時截取將產生稍縱即逝之遺憾。因而在此情況下，附帶監聽或另案監聽之處理，從現行犯或準現行犯之概念雖符合法得到準用法理依據，但就急迫或緊急之觀點而論，緊急逮捕或緊急搜索概念或許可利用。亦即在緊急情況下，偵查機關於實施合法監聽之際，偶然間或無意間發現與本案無關之通訊內容，而涉及其他受監聽對象所犯(通訊監察書所未記載之犯罪行為)或第三人所犯(非原通訊監察書所載第三者所為之他案)之犯罪事實，得先行截取並加以保存，以待他日作為證據之用。

3. 實施另案監聽仍應受審查

實施附帶監聽或另案監聽後應立即呈報，並應接受如同聲請通訊監察書程序之審查，基審查後，一旦被認為存有違法情事時，偵查機關應立即截取通訊內容全數加以銷毀，不得有任何洩漏或不當交付之行為，違者應負相關法律責任³⁸。(通訊保障監察法第十九條以下參照)

(二)折衷善意例外與另案扣押法理

³⁸黃朝義，註2書，頁263。

執行機關自始偽以本案監聽罪名聲請通訊監察書而發現另案，此為不符合正當法律程序，且惡性重大，所得之證據以及衍生性證據資料應絕對排除。

假使依照法定程序監聽，而偶然獲得另案監聽資料，此時不可依照刑事訴訟法第一百五十八條之四規定，而應依照另案扣押法理，對於屬於通訊保障監察法第五條第一項所列監察犯罪或者雖非屬於通訊保障監察法所列犯罪，但與此有關聯者應容許該「另案監聽」證據成為證據資料³⁹。

六、我國實務見解

(一)最高法院九十七年台上第二六三三號判決

1. 比照另案扣押相同處置

依照最高法院九十七年台上第二六三三號判決「基於與『另案扣押』相同之法理及善意例外原則，倘若另案監聽亦屬於通訊保障及監察法第五條第一項規定得受監察之犯罪，或雖非該條項所列舉之犯罪，但與本案即通訊監察書所記載之罪名有關聯性者，自應容許將該「另案監聽」所偶然獲得之資料作為另案之證據使用。」，本判決似乎認為監聽方式亦為強制處分之一種，在另案監聽證據能力判斷比照另案扣押相同處置，只要本案與通訊監察書所記載之罪名有關聯者，允許其符合另案監聽取得證據能力。

2. 善意例外法則

「本件原判決所援引資為上訴人有其事實欄所載販賣海洛因、安非他命等犯行之前開偵他卷第四十六至九十七頁通訊監察譯文，原係彰化縣警察局北斗分局（下稱北斗分局）於九十三年十一月十九日接獲檢舉指稱：有犯罪集團擬利用快艇（俗稱黑金剛）在台中縣與彰化縣交界處之大肚溪出海口，以丟包方式走私手槍、衝鋒槍及手榴彈等情，據此向該管檢察官聲請對上訴人所使用之 0000000000 號，以及案內其他門號之行動電話核發通訊監察書；惟監聽結果與當初檢舉內容顯有出入，而發現有上開販賣毒品等情事。有該分局九十四年一月二十五日函送之偵查報告書可稽（見偵他卷第二七至三二頁）。如若屬實，則上開通訊監察譯文記載之內容，即係「另案監聽」所取得之證據。該等譯文內容及嗣後據此發動搜索所扣押之物，得否作為本件上訴人販賣毒品案之證據使用，應視執行監聽機關之北斗分局初始聲請核發通訊監察書之作為係惡意或善意分別斷之。」

³⁹林俊益，刑事訴訟法概論，新學林，2008.09，頁 351。

(二)最高法院九十七年台上第三六一六號判決

「……上訴意旨略稱：

1. 本件通訊監察書均係因吳桐潭等人涉犯槍砲彈藥刀械管制條例第七條第四項罪嫌而核發，關於本案違反著作權法部分之監聽，係屬「他案監聽」。基隆市警察局針對數支電話監聽數個月，僅區區「二則」對話紀錄，即認上訴人與天道盟太陽會有關，而擅為監聽，該局提出之二次監聽對話內容，均片面擷取部分通話，未提出前後完整內容，致與真意不符，屬違法之「他案監聽」。「他案監聽」不能類推適用「另案扣押」規定，而違反著作權法之罪，非屬行為時通訊保障及監察法（按該法於民國九十六年七月十一日修正公布，並自同年十二月十一日施行，下稱通保法）第五條所定得監聽之重罪，檢警亦未聲請重新監聽；又前開通訊監察書之電話附表僅表明應受通訊監察之電話號碼，並未有任何有關「受監察對象之確實姓名、相關特徵」之記載，無法釋明執行本件監聽之原因，亦有違通訊監察正當程序中之相關性原則。

2. 依現行通保法第五條第五項、第六條第三項、第七條第四項規定，本件監聽譯文違背重罪原則及比例原則，縱依刑事訴訟法第一百五十八條之四規定權衡，關於違反著作權法部分監聽所得之證據（即監聽譯文），亦應無證據能力。……」

七、本文見解

(一)若朝允許另案監聽方向分析

我國刑訴訟法第一百五十二條規定另案扣押，有學者認為重點應該是搜索合法性控制，若是合法搜索，殆無可能要求警察對於意外發現的其他證據視而不見，否則意外發現之槍枝、屍體或者即時可湮滅之海洛因（沖到馬桶），如何處置⁴⁰？搜索扣押與監聽均為偵查機關發動強制處分之一種，若一邊允許另案扣押，一邊否認另案監聽，有不公平之處。況且偶然情況下監聽發現之證據，假使一概否定其證據能力，對於犯罪偵查進度將產生重大阻撓。

(二)若朝否定另案監聽方向分析

基於強制處分法定主義，另案監聽既然並非屬於我國通訊保障及監察法所規制監聽類型，應不得為之。監聽手段係偵查機關有重大侵害人民隱

⁴⁰林鈺雄，註33書，頁411。

私權之虞，應事先保留由法官以令狀決定之。另案監聽並非依令狀所為之監聽，是故另案監聽有違反令狀主義之虞。

監聽係對於未來可能發生之犯罪行為所為之預防性偵查，在某些情況下(例如監聽毒品販賣)，係以未來可能發生之犯罪行為進行「預防性偵查」，與一般犯罪偵查手段係以已發生之犯罪為偵查對象屬性，有截然不同⁴¹，一般犯罪偵查手段如另案扣押，係對於現實物理上存在之物(如現實存在之槍枝、毒品)為扣押，另案扣押當時可大致辨認與本案搜索關聯；另一方面，對於偶然情況下另案監聽所得之證據為預防性偵查，由於事實真相存在仍混沌不清，難辨識與本案相關。最高法院九十七年台上第三六一六號判決否認另案監聽得援引另案扣押法理處理，卻未明理由，本文認為或許係基於另案扣押與另案監聽間是否為預防性偵查有關所為之思考。

(三)前述學者見解似乎有混淆另案監聽與緊急監聽界線

前述學者認為另案監聽就急迫或緊急之觀點而論，應援引緊急逮捕或緊急搜索概念處理⁴²。就通訊保障監察法第六條緊急監聽明文要件「為防止他人生命、身體、財產之急迫危險」與急迫情況下所援用之緊急逮捕法理，似乎難加區別。若認為另案監聽本質上即屬於緊急監聽，又何須再次創造另案監聽名詞。

(四)另案扣押法理並非可完全適用於另案監聽

以另案扣押法理處理另案監聽，則偶然發現與本案相關之監聽證據，全部得湧入法庭，成為法官判決認定依據。

偶然，可為命運促成下的偶然，也可辯解為偵查機關人為安排下的「偶然」，若是如此擴大解釋，相信對於人民隱私權之保障將形成重大侵害，任何八竿子打不著案件可能透過「偶然」而夾帶闖關，如此解釋並非全民之福。雖然本文極力構建最小化原則，但是依本文見解對於偶然截聽案件，法官事先欲以監聽票具體指示恐有困難，畢竟法官並非先知者無法期待法官能百分之百預知案件發展，重點應在於偶然與最小化原則間衝突，而非另案扣押法理。儘管如此，仍設法以侵害人民隱私權最小方式為思考。

有學者認為通訊監察與搜索、扣押均為蒐集證據之強制處分，通訊監察得否類推適用搜索、扣押之規定，應視通訊監察與搜索、扣押在法律評

⁴¹黃朝義，註2書，頁254。

⁴²黃朝義，註2書，頁254。

價上是否相似。因為通訊監察之犯罪有重罪原則之限制(於通訊保障監察法中列舉重罪原則係限於法條所列重罪才能通訊監察，此規定係屬於通訊監察之「發動門檻」，而非「使用通訊監察資料門檻」)，反之，刑事訴訟法中並未有重罪之限制，因此於第一百三十七條與第一百五十二條允許廣泛「附帶扣押」與「另案扣押」有所不同，規定較嚴格不應類推適用「另案附帶扣押」之規定⁴³。

(五)另案監聽物的限制

1. 組織犯罪之定義

組織犯罪為追求利潤或追求權勢的有計劃的犯罪活動；組織犯罪由兩個以上參加者，長期間或不定期間在下列情況下分工共同合作：運用營業或類似商賈的結構、使用武力或其他足以使人屈服之手段、影響政治、公共行政、司法或經濟⁴⁴。

2. 組織犯罪之特徵

組織犯罪採取理智而有計畫的行動，冀求在短時間內，以最小之風險，獲取最大可能之利潤。而追求勢力與影響力則為附隨現象。犯罪組織由一群人組成，有明確之分工，每個人專門負責從事某部分策劃或執行計畫，朝向專業化發展。快速經濟與科技發展使組織犯罪成員必須開拓新市場，尋求洗錢新管道與投資之處理。必要時採取賄賂手段或使用暴力，使被刑事追訴機關追訴風險降至最低。

一切有組織之犯罪者均為職業犯，長期依靠職業活動維持生計，熟練犯罪技巧，具有明確無誤的犯罪生涯、犯罪自我形象和犯罪價值觀念。這些職業犯可以在政治、經濟或科技領域中有良好之適應，他們在犯罪群體中有良好之掩飾，既不易被刑事追訴機關，也不易被競爭者打擾。組織犯罪許多犯罪活動經過巧妙之掩飾，外觀上看來是合法合法之行為或合法之商業活動作護身符。此現象帶給刑事追訴機關很大難題，警方之偵查行動往往必須對組織犯罪的合法商業行為有某種程度之破壞才可能有所斬獲。

每個犯罪組織都受同一個決策中心領導指揮。這個決策中心負責探測犯罪活動之時機，權衡風險，評估代價與利潤，並監控犯罪計劃之實施。這領導階層與其他犯罪組織、合法企業以及官方有廣泛之關係。為了避免被刑事追訴機關攻破犯罪組織，組織之決策與領導階層不與直接實施犯罪活動之成員有所接觸。他們為了能夠嚴密監視犯罪計劃之精確實施，通常

⁴³吳巡龍，註 37 文，頁 88-89。

⁴⁴林山田、林東茂、林燦璋，犯罪學，三民，2004.01，頁 371。

是透過決策階層與執行階層間「隔離聯絡人員」。這些聯絡人員是由從事合法職業的成員組成，他們只負責決策中心秘密轉達給執行小組，並把執行小組活動結果回報給決策階層。在刑事追訴機關偵訊時，難深入一舉擊破揪出幕後人物⁴⁵。

3. 組織犯罪形成理論(援採私人保護理論)

義大利學者甘貝他(Gambetta)指出，在某些不穩定之交易市場中，由於買賣雙方往往互不信任，使交易不能順利達成。而西西里黑手黨之出現，正是為那些不穩定市場謀生之人提供保護，使其交易過程得以順利進行，故黑手黨實質上係一種提供保護服務之企業。以下摘要：

保護組織之出現，係為滿足龐大私人保護市場需求，傾向於一小塊地盤內，向所有經濟交易提供保護，但很難向外輸出。保護企業之內部組織，是層級節制、紀律分明；而保護企業之間，則以鬆散之企業聯合形式聯繫。入會儀式之採用，主要是為防止其他人盜用保護企業之商標；至於暴力之使用，則是為建立並維護保護者之信用與聲譽。

容易受犯罪組織控制之合法企業，包括：產品製造不須精細分工者、進入市場的障礙度較低者、技術較低者、較少技術勞工者、對產品需求彈性較低者，以及小規模生產的公司和工會組織。保護服務的前途愈不穩定，將愈有可能轉變為勒索行為。如果保護者直接參與非法事業之經營，那就不是保護者而是事業主；且假使有保護者投資非法企業，那純粹是個人投資，與犯罪組織無關，因此保護者不直接參與非法事業之經營⁴⁶。

4. 組織犯罪對各部門之影響

(1) 對政治部門之影響

間接對於政策決定人員之行政行為影響，包括對於工程計畫之計畫與發包、營業許可證之核發與吊銷、影響許可審核程序、駕駛執照與武器管制法上之許可。直接對於政策決定人員及其單位之影響，包括取得立法與行政部門策劃案之消息、影響各種法律案。間接對於刑事追訴機關決策者之影響，包括阻擾犯罪之追訴措施，由其對於組織犯罪，運用消滅證據與影響偵查工作之方法，始追訴機關在證據取得上更加困難，影響人事制度(例如封鎖獻策對抗組織犯罪之官員，影響官員任用之決定)，獲取警方相關消息。

(2) 對公共行政部門之影響

⁴⁵林山田、林東茂、林燦璋，註 44 書，頁 372。

⁴⁶林山田、林東茂、林燦璋，註 44 書，頁 381~385。

對於國家各公共部門(如建築行政監督官員、行政警察機關、環境保護機關、司法機關、財政機關……等)，積極手段如特種營業之准許、秩序罰之科處；消極手段如對於民眾之舉發不予受理或予以存查。

(3)對經濟部門之影響

對於經濟部門之影響可謂比對於政治、行政部門影響更為深遠，其所涉及行業，主要是休閒娛樂業、金融業、貨運、客運業、仲介業以及買賣與進出口業，不少組織犯罪在這些公司安置人頭充當負責人。組織犯罪在非法就業市場促成地下經濟對於勞動市場傷害極深，合法企業必須為員工支付社會保險費與繳交稅金，而組織犯罪所操控之非法就業市場，卻全部漏掉這些支出，因此形成不公平之營業競爭現象。許多合法企業因而崩潰，併生出許多社會問題。

在地下經濟受僱工作主要多為外國人，他們很有可能在毫無保障之情況下被解僱或被送回本國，只好忍痛接受僱主提供各種苛刻條件，例如低廉之工資、沒有人性尊嚴之工作條件、與薪資不成比例之長時間工作、缺乏安全與健康保護之工作環境、缺乏失業與疾病之照顧。

(4)對於社會大眾法意識之影響

社會大眾缺乏專業敏感，組織犯罪許多活動並非自外觀可清楚看清，且許多組織犯罪多無被害人或僅有間接被害人，如煙毒、賭博與色情，因此大大影響民眾之告發意願。多數民眾認為幫派份子殺幫派份子對社會不正好嗎，不易使民眾覺得自身遭受威脅⁴⁷。

5. 另案監聽為彌補「漏斗效應」隱藏性漏洞

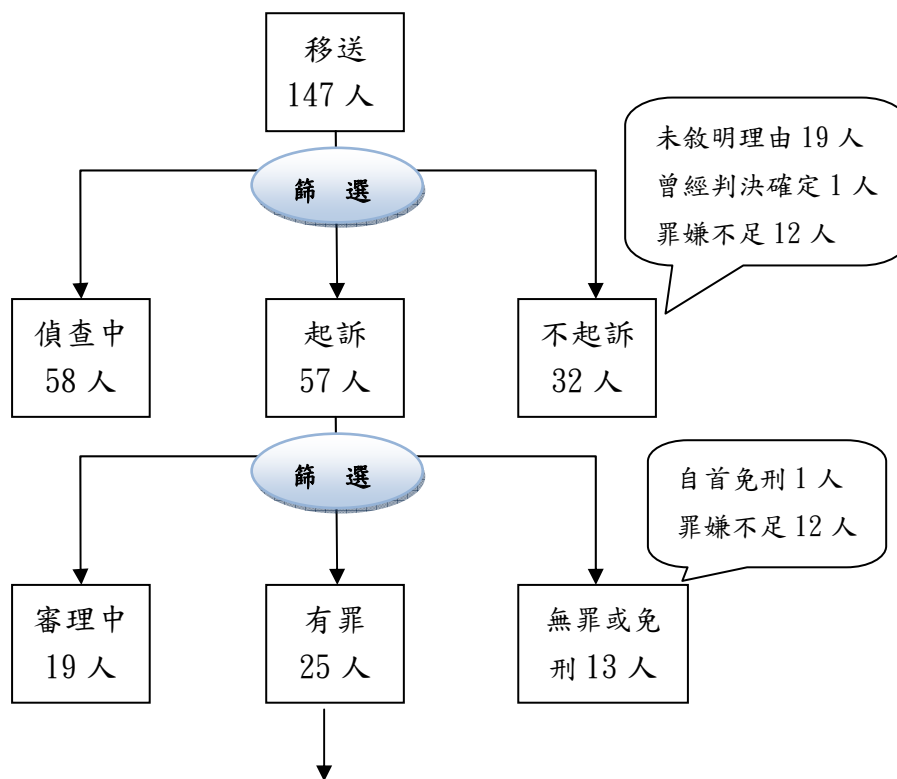
一般犯罪若未結合成立組織犯罪，並未具有分工與專業化、未具有深度掩飾性，犯罪成員常鬆散無組織性，偵查機關憑藉辦案經驗容易突破案情，因此對於偶然所截取之監聽資料偵查機關應遵守最小化原則，或中斷監聽程序之進行。對於另案發展有重大犯罪嫌疑時，除符合緊急監聽要件外，應重新向法院聲請監聽令狀，否則本文認為所得另案證據應無證據能力。

針對非組織性犯罪若得對於偵查機關偶然監聽所得資料，依照另案扣押法理對於相關性證據成為證據資料，有迴避令狀主義而重大侵害人民隱私權之虞。並且非組織性犯罪相對於組織犯罪偵查機關通常較易掌握相關犯罪事證，不致發生組織犯罪透過決策階層與執行階層間「隔離聯絡人員」情形，對偶然監聽所得另案證據若欲重新向法院聲請通訊監察書，不至於

⁴⁷林山田、林東茂、林燦璋，註44書，381~385。

毫無線索可循；反觀組織性犯罪，涉及國家政治、公共行政、經濟層面廣大，組織內部嚴密，在合法外衣下掩飾非法活動，存在透過決策階層與執行階層間「隔離聯絡人員」情形。若對於組織犯罪偶然另案所截取資料宣告無證據能力，而要求偵查機關必須再次針對另案向法院聲請通訊監察書，可能流於毫無線索可循，無法順利取得核發監聽票。

就另一方面而論，組織犯罪有所謂「漏斗效應」，刑事司法體系運作程序中，警察、檢察官、法院、矯治等機構，都具有如同濾網般之功能，使人數不斷縮減的現象，可將無辜者濾出而釋放，並讓有罪者繼續接受下一層機構之進一步處理。

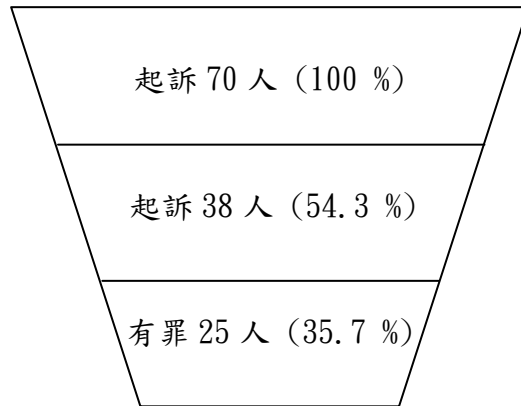


刑 154-1 前 3 人
刑 154-1 後 1 人
組 3-1 前 13 人
組 3-1 後 7 人

圖一：組織犯罪嫌疑人之審理結果及變化⁴⁸ (N=147)

⁴⁸林山田、林東茂、林燦璋，註 44 書，頁 395。

參酌前述分析結果，可知影響組織犯罪漏斗效應之法定因素，在偵查階段主要為構成要件不符、查無實據、罪嫌不足及曾經判決確定等；在審理階段則為自首免刑、罪嫌不足等。至於法定因素，在偵查階段，警方與檢察官認知上之差亦是其中一項；在審理階段，法官自由心證亦是其中一項，但多數的超法律因素，則無法自此資料分析中得知⁴⁹。



圖二：組織犯罪主嫌的漏斗效應⁵⁰ (N=70)

本文認為監聽手段係有效對抗組織犯罪最有效手段之一，組織犯罪的「漏斗效應」理由中，涉及證據蒐尋方面的查無實據、罪嫌不足，應可藉由另案監聽發揮一定功效，揭開組織犯罪之掩飾性、隔離聯絡人員之情形。因此對於實務最高法院九十七年台上第二六三三號判決以善意例外法則與另案扣押法理，認為另案監聽雖非該條項所列舉之犯罪，但與本案即通訊監察書所記載之罪名有關聯性者，即具有證據能力，其次應對犯罪類型限縮於「組織犯罪」類型始有適用該判決意旨，寬認另案監聽證據能力。否則，另案監聽之證據能力應以違反令狀主義不具證據能力。

實務最高法院九十七年度台上字第二六三三號判決，事實概述為本案為監聽走私槍械，另案則偶然監聽毒品罪。本文贊同之認為本案事實上為組織犯罪類型，若能證明本案與另案監聽均涉及同一犯罪組織(例如證明本案走私槍械案與另案毒品案均涉及甲幫派組織，實質上藉由甲幫派組織掩護非法犯罪)，應寬認其另案取得證據能力。

⁴⁹林山田、林東茂、林燦璋，註 44 書，頁 381~385。

⁵⁰林山田、林東茂、林燦璋，註 44 書，頁 396。

6. 理論依據美國實務操作法則--不可分例外(the integral part exception)、類似犯罪之例外(the similar offense exception)

組織犯罪一定包含其他犯罪之構成要件，因此警察依法對於毒品犯罪實施通訊監察，未對組織犯罪實施通訊監察，未依美國聯邦法第二五一七(五)條規定取得有管轄權法官認可做為組織犯罪之證據，原來之聲請並非虛偽，仍可以揭露違反組織犯罪會話於大陪審團，允許作為證據，並不違反美國聯邦法第二五一七(五)條立法目的。

執行通訊監察而截獲通訊監察書上未記載關於另案罪名之通訊，而該「另案」附屬於通訊監察書所記載之犯罪，或「另案」部分犯罪構成要件與通訊監察書所記載犯罪之構成要件相同，而可認為原來之聲請非虛偽者，允許提出關於另案通訊資料作為證據，並不違反聯邦法第二五一七(五)條規定立法目的，故應許可⁵¹。本文認為另案監聽在偶然與最小化原則間對抗，由於必須面對何謂偶然、不確定性，其次最小化原則下法官無法事先預見個案指示，不如以另案監聽做為對抗大規模組織犯罪手段，至於非組織犯罪應回歸令狀主義，重新向法院聲請監聽令狀方為正道。

(六) 另案監聽時的限制

刑事訴訟法中另案扣押有學者自解釋論而主張，應將附帶扣押、令案扣押限縮於「發現搜索票所記載之物以前，所發現之本案應扣押之物，或另案應扣押之物」，以避免司法警察官以一張搜索票而大肆搜刮⁵²；而監聽「令狀主義」依照監聽令狀一回性法理，只要係基於本案所實施監聽同一目的之內，具有反覆繼續之蓋然性，得繼續實施監聽；相反的，本案監聽目的已達成，若繼續監聽將發生「陳腐性」問題。

本文認為監聽組織犯罪情形下本案監聽令狀尚未達成目的，對於另案自得為監聽，以打擊組織犯罪，證據應容許具證據能力；相反的，監聽組織犯罪情形下本案監聽令狀已達成目的，繼續監聽將發生陳腐性問題，此時另案監聽之證據資料取得並不具正當性，與另案扣押相同解釋避免司法警察官以一張監聽票而大肆搜刮、恣意侵害人民隱私權，此時不應容許另案監聽證據資料具有證據能力。

(七) 另案監聽正當程序之限制—善意例外法則

1. 善意例外法則地位重要

⁵¹吳巡龍，註37文，頁84~85。

⁵²黃東熊，刑事訴訟法，三民，1999，頁245。

詳前述本文認為對於監聽證據排除法則中，善意例外占有舉足輕重之地位，最高法院九十七年台上第二六三三號判決以及最高法院九十七年度台上字第二六三三號亦同，均援引善意例外法則處理。

2. 為了另案聲請本案監聽票

例如，警調人員為偵辦甲所涉及之貪污案件，但卻苦無具體事證得以聲請監聽票以進行監聽。因而為方便計，警調人員乃利用甲賄選之監聽票以監聽甲所涉及貪污案件。應區分惡意與非惡意二種情形討論：

(1) 惡意情形

一般認為依據關聯性原則，亦即我國通訊保障及監察法第五條須有相當理由可信其通訊內容與本案有關者始足當之，假使警調人員利用另案聲請監聽蒐集本案證據之用，規避檢察官、法官事前審查本案是否具備第五條要件之惡意行為，警調人員事實上已構成監聽權之濫用，屬於惡意，此不具備監聽要件卻用以侵犯人民隱私權之行為，應不被允許，法律評價上會被認為違反通訊保障及監察法第五條規定進行監聽行為而「情節重大」，故所取得之內容或衍生性證據，於司法偵查、審判或其他程序中，均會被排除而不具證據能力⁵³。本文認為惡意情形，即使另案監聽內容牽涉組織犯罪條例者，亦應以違反善意例外法則或違反正當法律程序為由構成監聽權之濫用而不具證據能力，贊同前述見解。

(2) 非惡意情形

非惡意情形，尚非情節重大，自有可能當成將來起訴審判之證據，蓋通訊監察係對於將來不可預見知通訊內容實施監察，實施監察知檢、調人員於事前時無法確知何者係原核發通訊監察書範圍之犯罪嫌疑事實，因而無法分離而必須為全面性之監察，為當檢、警、調人員於全面性監察過程中得知存在有另案犯罪事實時，依刑事訴訟法第二百二十八條等規定依法即負有偵查犯罪之義務是倘實施通訊監察機關非蓄意以非法方式取得犯罪嫌疑人與他人之通訊內容，而係於「合法」監聽程序中「偶然取得」該通訊內容，尚與惡意之情形有別。

其次，所受通訊監察之該通話號碼亦已經合法監聽程序當中，合法監聽程序中無法避免必然會對受監聽對象之通訊內容為全面性監察下，另案監聽所得之通訊內容，對於犯罪嫌疑人之隱私權及秘密通訊自由之侵害尚屬輕微，然其等所涉犯之罪(例如貪污罪)，係對於國家社會有重要意義(例

⁵³邱忠義，通訊監察書核發機關回歸法院之淺介，軍法專刊第五十四卷第二期，2008.07，頁40。

如攸關公務員之廉潔、忠實及人民對國家的信賴等)，且若排除此項證據之適用，經驗上並不能避免將來偶然之另案監聽再次出現。

綜合前述以及台灣高等法院九十五年上訴字第三五〇八號判決意旨，可認為上開實施通訊監察所取得之本案監聽內容及其衍生性證據均有證據能力。

第四項 得一方同意監聽之證據能力

一、我國實務見解

(一)最高法院九十三年台上字第二九四九號判決

本號判決認為：

「於通訊保障及監察法第二十九條第三款雖規定，監察他人之通訊，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，不罰。乃基於衡平原則，對於當事人之一方，所賦予之保護措施。並非謂司法警察機關於蒐集證據時，得趁此機會，於徵得通訊之一方事先同意，即可實施通訊監察，而無須聲請核發通訊監察書，以規避通訊保障及監察法第五條、第六條所規定之限制。從而司法警察機關縱徵得通訊之一方事先同意而監察他人通訊，其所取得之證據有無證據能力，仍應依刑事訴訟法第一百五十八條之四規定，審酌人權保障及公共利益之均衡維護，以為判斷。否則，豈不發生得以迂迴方式徵得通訊之一方之同意，即可規避應由檢察官、法官核發通訊監察書之不當結果。」

乃原判決以：司法警察機關北機組，已徵得通訊之一方即檢舉人李藍湘之同意，先在李藍湘之處所安裝錄音設備，再於李藍湘以電話與上訴人聯絡，佯稱先給付二萬元時，予以錄音，因該錄音非出於不法目的，即有證據能力，而無證據排除法則之問題云云，自有未合。」

(二)台灣高等法院九十二年上訴字第二五八六號判決

事實大概為，該案員警喬裝顧客進入色情營業場所竊錄色情營業行為，本案判決認為：「員警係至被告公開經營之歌唱城蒐證，而坐檯小姐在包廂內之言行，相對於員警而言，應無合理隱私期待，該蒐證之錄影器材無非只是員警耳目之輔助，其攝錄之內容在於補強員警供證之真實性，

並非屬於搜索範疇，被告之選任辯護人以員警並非基於職務所為之竊錄內容，或屬無搜索票之搜索，該錄影帶勘驗所得之內容應無證據能力云云，亦無可採……。」

二、我國學者見解

(一)通訊保障及監察法第二十九條第三款不適用得一方同意監聽

在對話進行當時，當事人一方僅對於對話之他方放棄其對話內容之秘密性，建立在特殊信賴關係上，對於非對話之當事人，因欠缺此種信賴，無法認為當事人亦對第三人放棄對話內容之秘密性。理由在於，透過通訊設備之對話，一方當事人可選擇僅對於特定之他方當事人進行對話，當事人不論在主觀上或在客觀上，對於非其所選定之對話者，仍有其隱私權不受干擾之期待。因此，對話內容秘密性之放棄，也僅存在已經對話之一方與由其所選定之他方當事人間。在對話之當事人間，於對話進行之時，彼此存有特殊信賴關係；亦即，在信賴對方於對話中，保持雙方間對話之秘密性，於對話結束後，不會將對話之內容洩漏於他人，或將對話內容作為不利於己之證據加以利用。

縱使對話內容事後透過他方當事人加以洩漏而失去秘密性，此時失去秘密性的並非當事人間「即時性」對話本身，而係洩漏對話之他方當事人「依其記憶所建構的對話內容」，在範圍上兩者仍有不同。對於前者秘密性之破壞，除了對話內容之秘密性外，尚涉及當事人對話的自由及隱私權本身；對於後者，則僅是對於已結束之對話內容秘密性之破壞，兩者無法等量視之。換言之，對話人僅能在記憶範圍中揭露對話內容，惟不能以竊聽、錄音方法揭露對話內容⁵⁴，由此可知，無法將對話當事人一方之同意，作為第三人對於對話內容進行監聽之正當性基礎。基此，在得通話一方同意之情形之下，對於未同意他方當事人之監聽仍然對於該當事人之隱私權造成侵害，原則上仍應回歸到通訊保障及監察法的監聽程序規範下，以法定程序開啟監聽程序之進行。現行通訊保障監察法第二十九條第三款不得作為合法化同意監聽之基礎。

通訊保障及監察法第二十九條第三款前提，必須著眼於「違法監聽」下，偵查人員之民事、刑事減免之問題。第二十九條第三款規範目的，其主要在於處理，在有正當理由所發動「非法監聽」（解釋上對於為同意之他方當事人而言，該監聽並不合乎通訊保障監察法之規範要求）情形中，

⁵⁴相同見解見梁世興，監聽與違法證據排除，警大法學論集，2002.12，頁141。

相關之監聽者，得以本條作為阻卻違法事由，而免除其相關民事或刑事責任。換言之，有該條適用之情形，係以「非法監聽」之發生作為前提，若是合法之監聽，本條依法令之行為，本身即可作為刑事或民事阻卻違法事由(以此觀點而論，第二十九條第一款與第二款在解釋上僅為例示性規定)，而無須輾轉透過第二十九條第三款加以阻卻其責任。該款之前提係建立於「非法監聽」上，因此，也就無由以第二十九條第三款作為承認得一方同意之監聽類型屬於合法監聽之基礎⁵⁵。

(二)通訊保障及監察法第二十九條第三款能適用得一方同意監聽(區分說)

通訊保障及監察法第二十九條第三款係基於衡平法則，對於當事人之一方賦予具體個案保護措施，故只能容許個別性的利用同意者一方知電話端而監察，並非允許司法警察於蒐集證據時得趁此機會，於徵得通訊一方事先同意，即可「概括而無時間限制地」在機房對於受監察人每一通往來電話實施通訊監察，而無須經由檢察官聲請法院核發通訊監察書，以此方式規避通訊保障及監察法第五、六條規定之限制。例如：警察某甲經由某乙同意，概括而無時間限制地在機房監聽某乙所有往來之通電，某日聽得某乙之犯罪內容，屬於違法監聽，監聽所取得該證據應依刑事訴訟法第一五八之四條判斷。例如：某丙之小孩被歹徒某丁綁架，某丁以電話要求贖款，某丙乃向警察機關報案警察某甲得某丙之同意，立即在某丙之電話實施監聽並錄音，未久某丁來電要求贖款金額與取贖地點。

本案例中依通訊保障及監察法第二十九條第三款可知得一方同意之個別監聽不違反其隱私期待，且發話者某丁已對某丙揭露其談話內容，必須承受其可能風險，故此不因監察通訊者係司法警察某甲或私人某丙所發動而有不同，故某甲經某丙同意而於某丁發話於某丙時予以監聽並錄音，若非不法目的，則其所取得監聽證據具有證據能力⁵⁶。有學者類似見解認為例如自首到案涉嫌貪污罪嫌被告同意調查人員監聽與其共犯之電話內容，或恐嚇取財之被害人同意警察在其家中監聽犯罪嫌疑人之來電，以偵測電話來源，解釋上嫌犯對其通訊內容應不具合理之隱私期待，警方無須聲請通訊監察書，即可實施錄音，因為嫌犯來電恐嚇時，往往以預知被害人或警方對其通話會進行錄音⁵⁷。

(三)通訊保障監察法第二十九條第三款能適用得一方同意監聽(該條屬阻卻違法事由說)

⁵⁵黃朝義，註2書，頁265~266。

⁵⁶邱忠義，註53書，頁44。

⁵⁷陳運財，通訊之監察，刑事訴訟法實例研習，學林，2000.06，頁78。

自刑事程序分析，同意本質是權利行使之一部分，仍以公共利益與他人之權利作為同意行使之界限，通訊秘密屬於通訊雙方的，非單由通訊一方即可任意處分，因此得通訊一方同意之監聽，不足以單方同意作為正當化其行為之正當基礎，乃為一不合法之強制處分。自刑罰分析，得通訊一方同意之監聽，亦涉及未同意者之隱私權限，通訊之一方在權力上亦無權處分他方之權利，故可能成刑法第三一五條之一妨害秘密罪。罰則部分，刑法規範對象為一般人民；由於通訊保障監察法適用主體應為國家機關與相關從業人員，而非一般人民。因此，在得一方同意的監察處分，如果監察者為國家機關、相關從業人員，則可能構成通訊保障監察法第二十四條之違法監察。

分析通訊保障及監察法第二十九條，第一、二款為法定阻卻違法事由，法理為刑法上依法令之行為，自可阻卻違法，而第三款涉及一方同意之監聽應屬於創制出來的法定阻卻違法事由，或許是立法者考量刑事追訴利益，而對於此種得通訊一方同意情形免除刑責。是故，得一方同意之監聽雖然可能屬於違法監察或妨害秘密罪，但可因第二十九條第三款規定而阻卻違法不罰。應注意的是，刑事程序上仍改變不了本質上乃一不合法強制處分，而違法強制處分所產生證據使用禁止，此情形下仍可能發生⁵⁸。

(四)以美國實務「合理隱私期待」法理分析

我國通訊保障及監察法第二十九條第三款性質為特別法定阻卻違法事由，並未對於通訊一方秘密錄音或得通訊一方同意竊聽、錄音之證據能力作明確規範，故此問題仍應自有無證據禁止事由判斷。我國通訊保障監察法第三條第二項規定：「前項所稱通訊，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。」本條係模仿自美國法，而何謂「合理隱私期待」我國法律並未明文，解釋上應參考美國法規定。

從上述對於美國實務見解分析可知，被監聽人自願將訊息通知相對人，就算被監聽人對該訊息有該相對人不得對其他人揭露之主觀期待，但客觀上這種期待並非社會所認為合理，欠缺「隱私合理期待」客觀要件。此外若通訊之一方為私人，不論是否事先經過警察授意或有無警察協助，通訊一方將談話竊錄或請他人以分機竊聽，除法律別有規定者外，並無違法，更非對憲法秘密通訊自由及隱私權之干預，故不須事先聲請令狀。

上述台灣高等法院九十二年上訴字第二五八六號判決，對於談話一方

⁵⁸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。

為司法警察人員的秘密錄音、錄影亦認為有證據能力，符合該學者見解。另外，最高法院九十三年台上字第二九四九號判決，認為未討論合理隱私期待，有判決明顯理由不備錯誤。

(五)本文意見：採第三說

受監察人將自己部分隱私權之處分，形同人民對於憲法上基本權（隱私權）之放棄，若不違反公序良俗，當可自由為之。通訊秘密屬於通訊雙方的，非單由通訊一方可任意處分，因此得通訊一方同意之監聽，不足以單方同意作為正當化其行為之正當基礎，乃為一不合法之強制處分。

Lopez 案不同意見書中認為如果秘密錄音，轉成法律強制公務員，藉由言談一方陳述者製作帶有自我控訴陳述的有能力證據。在自由的社會中，人們並無需如此謹慎地注意他們每一個字，這有重大使全部隱私不受保護的危險。

本文認為監聽制度中基於秘密本質並不事前通知受監察人，限制不自證己罪原則在監聽制度中發展，但此為不得已之限制，不得認為不自證己罪原則無法存在於監聽制度中，因此對於不自證己罪原則考量亦不得偏廢。第一說著重對話者之特殊保密信賴、第二說著重一方個別同意以及第四說解釋合理隱私期待，本文認為均受美國實務「虛偽朋友理論」影響，要求對話者慎選朋友，並對於對話密錄風險自負其責。比照前述美國實務見解 White 案，則第一、二、四說論述法理可謂萬法同宗，然而似乎忽略憲法基本權如隱私權之放棄方向，無法於憲法中合理解釋，本文爰採第三說。

第五節 我國通訊保障及監察法第五條第五項規定之解釋

第一項 偵查階段是否有證據使用禁止適用

我國通訊保障及監察法第五條第五項規定：「違反本條規定進行監聽行為情節重大者，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。」

一、否定說

觀察前述美國證據排除法則之發展，由原始限於違反憲法第四增修條款，擴張「凡警察或其他政府官員以任何違憲方式所取得之證據，即不得供法院作證明被告有罪之證據」之法則，擴及適用於以一切違憲方式取證之證據排除。繼之，在 *Mapp v. Ohio* 案，藉由憲法第一四增修條款「正當法律程序」之規定，宣示將聯邦證據排除法則融入「正當法律程序」之概念⁵⁹。

我國通訊保障及監察法第五條第五項相較於美國證據排除法則有更加擴大趨勢，美國僅擴及於「不得供法院」，我國該條「不得採為證據」之階段則不限於法院審判而已，而係擴及於「司法偵查」及「其他程序」中。

二、肯定說

德國刑事訴訟制度內論及「證據禁止之作用」時，係認為證據禁止乃在於節制實體真實之發現，亦即刑事訴訟程序並非不計代價的探究真實，而係必須與基本法所確立價值秩序合致，基本權利所創設對國家權力之限制，於刑事追訴機關亦有適用。因此，雖然德國刑事訴訟法第二百六十一條要求法院必須對於所有在「主要程序」中提出證據列入證據評價之範圍，但在特定個案，此一要求會因為保護更高價值之法益或利益而造售破壞。由此可見，證據禁止主要是對於法院在審判程序中發現實體事實之限制，但這並不表示偵查階段全然不受證據使用禁止之拘束⁶⁰。

第二項 「於司法偵查…均不得採為證據」之解釋

一、美國實務

美國對於證據使用禁止僅適用於法院中，而我國通訊保障及監察法第五條第五項將之進一步擴張至擴及於「司法偵查」及「其他程序」中，可

⁵⁹林輝煌，註1文（證據排除法則之思辯(上)），頁35~57。

⁶⁰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161~176。

能會發生影響刑罰權有效實施，則偵查中違法情節重大通訊監察所取得之直接與衍生性證據，均從所有偵查中「出局」而禁止使用，此一解釋恐怕會造成若干案件整體偵查之癱瘓，在違法監聽時，除了本案相關案情外，亦有可能發生意外之驚喜，例如就通訊相對人或以外之第三人之其他犯罪聽到線索，若解釋上這些資訊均禁止使用，也就是「當作沒聽到」，恐怕過當。

二、以德國制度精神分析

就偵查開始之「犯罪嫌疑認定」，德國通說見解認為，即使證據使用禁止範圍下之資訊，亦可用來作為認定開啟偵查所需之「犯罪嫌疑」以及發動其他案件偵查之基礎。主要理由在於，刑事訴訟法內對於如何才構成此一「犯罪嫌疑」要件，並未有相應之法律規定，亦即，該遵循如何之程序以及允許使用如何之資訊等並無規定，因此偵查機關就此範圍內是不受法律限制。其次理由，德國聯邦最高法院曾於判決內表示「國家安全部(MfS)之卷宗及資訊，而該些資訊係因違反國際法原則而取得知電話錄音內容所製成者，可以在個案中作為認定刑事訴訟法第一百五十二條第二項所稱之犯罪嫌疑並開啟刑事偵查程序。」

在我國法中，就刑事訴訟法第二百二十八條第一項「檢察官因……知有犯罪嫌疑者，應即開始偵查。」中之「犯罪嫌疑」，應該不受證據禁止之約束，否則證據禁止可能過度擴張而成為偵查禁止，使偵查發動僅在一開始即發生極大阻力⁶¹。

就強制處分內如「犯罪嫌疑重大」等實體要件，國家發動強制處分面對重重門檻，例如犯罪嫌疑重大此一要件，必須根據證據資料始得認定。並考慮強制處分對人民基本權利造成重大侵害，德國學說普遍認為，認定例如羈押等強制處分要件中「犯罪嫌疑重大」所根據之事實，必須是以刑事訴訟法所允許之方式獲得，並且可以在日後法院有罪判決中使用⁶²。於我國在通訊保障監察法中新增「於司法偵查中不得作為證據」之規定後，對於認定犯罪嫌疑重大之證據亦可能因為違法通訊監察之原因而遭禁止使用，更是顯得理所當然。應為以下區分分析：

法官對於檢察官之聲押案件進行審查時，於被告之「犯罪嫌疑重大」或是「所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪者」等

⁶¹楊雲驊，註 60 文，頁 172。

⁶²楊雲驊，註 60 文，頁 172。

需要證據證明之實體事項，必須職權審查檢察官所提出之監聽紀錄等有無因違法情節重大以致禁止作為證據情形，亦即對於羈押審查中犯罪嫌疑重大、重罪要件適用證據禁止約束。

至於其它之羈押條件，例如「逃亡或足認有逃亡之虞者」及「有事實足認為有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞者」中事實認定。由於此等事實並非被告犯罪實體事實，並切羈押事由著眼於未來「逃亡之虞」或是「湮滅證據或串證之虞」等預測，應該不需要嚴格的認為須受到證據禁止之限制⁶³，換句話說，對於羈押審查中其他羈押條件不適用證據禁止約束。

簡言之，對於通訊保障及監察法第五條第五項及第六條第三項「情節重大」解釋即為，例如檢察官本有時間可向法院聲請監聽票卻不為而自行濫行監聽，甚至法官可對於「情節重大」有完全審查權限。其次，對於具備通訊保障及監察法第五條第五項及第六條第三項「情節重大」事由，應解釋為作為偵查方向而非證據排除效果。

三、本文見解

我國通訊保障及監察法第五條第五項進一步擴張至擴及於「司法偵查」及「其他程序」中，則偵查中違法情節重大通訊監察所取得之直接與衍生性證據，均從所有偵查中「出局」而禁止使用，此一解釋恐怕會造成若干案件整體偵查之癱瘓。對於衍生性證據不得使用之階段，是否如同原先違法通訊監察所取得之內容一樣，於司法偵查審判或其他程序中均不得採為證據？若如此，區別標準何在？恐怕係另一難解問題！

有學者認為通訊保障及監察法第五條第五項解釋如此毫無例外嚴格、絕對排除證據，再搭配上不僅於審判中排除，而且是擴張及於偵查中及其他程序均包括在內，這樣大規模，沒有限制，沒有例外之證據禁止規定，是否過度保障人權，犧牲發現真實，值得深思⁶⁴。有鑑於此，本文寧願採取證據禁止僅擴張至法院階段，而不擴張至「司法偵查」及「其他程序」解釋，雖有別於法條文義，但為無可奈何之解釋。

第三項 衍生性證據—毒樹果實理論

⁶³楊雲驊，註 60 文，頁 161~176。

⁶⁴楊雲驊，案外監聽與證據禁止，台灣本土法學雜誌第一〇八期，2008.07，頁 227~231。

一、毒樹果實理論

依照美國法毒樹果實理論，毒樹長出來的也是毒果，因此證據使用禁止應有放射效力，及於因不法行為而間接取得之衍生性證據⁶⁵。另一說法係基於導正紀律說，認為如果法院只排除直接因違法取得之第一次證據，但卻不排除因而所得之衍生性證據，則無異大開規避之門，變相鼓勵檢警違法偵查，檢警大可藉由衍生性證據而證明嫌疑人之罪行，以收異曲同工之效。換言之，承認證據使用禁止具有放射效力，重要目的在於預防檢警規避法規之取證行為，並進而導正紀律。

二、毒樹果實理論之限制與例外

以下基準為個案權衡時考量之因素，並應為通訊保障及監察法第五條第五項衍生性證據參考依據：

首先，主觀違法情形追訴機關出於蓄意或過失違反取證規定。繼之，合法取得證據之假設即「假設偵查流程理論」，假設偵查機關未曾違法取證，該證據最後一樣會落入偵查機關手中，則法院仍得使用該違法取得之證據，因為合乎上開條件時，已經發生之違法行為，對於最終證據結果，並無影響。最後，稀釋程度違法取證行為與所欲判定之衍生性證據之間，介入多少取證行為？是否已經經過稀釋？此即多次性衍生證據之問題，例如，不正取得被告之自白，並據此合法搜索起出賄賂名冊(衍生性證據)，再依該名冊找出共犯(再衍生證據)，依該共犯之任意自白又找出賄賂贓款(再再衍生證據)。類此樹生果、果生樹、樹又生果情形，放射效力應予限制，不及再(再)衍生證據。

第六節 小結

美國證據排除法則經過漫長時間發展，終於出現「善意例外法則」，另外日本實務界證據排除法則採用先後判斷令狀原則與權衡法則，關於被宣判為違法之行為，其效果在實質意義上亦未必明確是其缺點。

本文認為監聽之證據排除法則標準為「令狀原則」與「善意例外法

⁶⁵林鈺雄，註33書，頁594~596。

則」，善意例外法則與權衡法則本無法相容，而監聽本質上侵害人民憲法上隱私權一旦以權衡法則而權衡憲法上權利則證據必定受排除。因此權衡法則在監聽制度證據排除審查可謂無法適用、並非放諸四海皆準。

在監聽錄音與監聽譯文不符時，若發生錄音帶滅失情況，應推定該監聽譯文為「欠缺正確性」，原始證據有可能遭受變造或湮滅可能。反之，若發生屬於監聽譯文未確實記載監聽內容時，若將錄音帶或磁碟片播放，成為供述證據，具有較可信性，則可補充、對照監聽譯文(書面)內容。另一方面，假若監聽錄音內容時間長而複雜，審理中未為播放原始錄音帶呈現內容，則此非供述證據並無法補充、對照監聽譯文(書面)內容，此時本文認為應以監聽譯文(書面)較有可信性為要件，始可具備證據能力，例如：傳喚製作監聽譯文之警員到場具結、接受詰問，或依照刑事訴訟法第一百無五十九條之五以受監察人同意，而具備證據能力。

若訴訟程序被告爭執，必須以當庭播放監聽錄音為證據，卻並未如檢察官製作監聽錄音與譯文之規定，檢察官未能確實要求司法警察機關檢送錄音、譯文，且先堪驗錄音比對譯文，確認證據價值始予起訴，造成審理程序因調查監聽證據，使案件一再發回更審無法確定耗費司法資源。宜確實依據刑事訴訟法第二百三十一條之一規定，詳細審閱，命司法警察補足不完備之監聽證據，並斟酌通知檢察官命限期補正。

我國法就於我國未設有戶籍者之境外勢力監聽，可未經法官審查下自行監聽，包括對特定人之監聽；而美國法必經法官事前審查認可後，才由「特定線路」改為「特定人」之通訊監察。基於隱私權之保障建議應採取全面審查。因此對於我國未設有戶籍者之境外勢力監聽，若未經法官審查下自行對特定人之監聽，可納入通訊保障監察法第五條第五項規定：「違反本條規定進行監聽行情節重大者，……，均不得採為證據。」，屬於情節重大不得採為證據。

就緊急監聽證據排除程序，除非有重大明顯不屬緊急監聽情況，法院應盡量尊重檢方「緊急」之判斷。否則法院以全面性審查形同過度干預偵查機關偵查形成自由，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。

監聽手段係有效對抗組織犯罪最有效手段之一，組織犯罪的「漏斗效應」理由中，涉及證據蒐尋方面的查無實據、罪嫌不足，應可藉由另案監聽發揮一定功效，揭開組織犯罪之掩飾性、隔離聯絡人員之情形。應對犯罪類型限縮於「組織犯罪」類型始有適用該判決意旨，寬認另案監聽證據

能力。否則，另案監聽之證據能力應以違反令狀主義不具證據能力。對於得一方同意之監聽之證據能力採通訊保障監察法第二十九條第三款屬阻卻違法事由說。

對於通訊保障及監察法第五條第五項解釋本文寧願採取證據禁止僅擴張至法院階段，而不擴張至「司法偵查」及「其他程序」解釋，雖有別於法條文義，但為無可奈何之解釋。

