

第六章 結論與建議

第一節 結論

維克多 雨果於悲慘世界 (Les Miserables) 中序文：「只要是法律與習俗所造成的社會壓迫還存在一天，在文明昌盛時期因人為因素使人間變成地獄，並使人類與生俱來的幸福遭受不可避免的災禍」。雨果在【悲慘世界】中描述，一人是曾偷麵包出獄後當市長、一人因為母親是妓女，都被警察無情追捕著，力圖表現嚴刑峻法只能使人更加邪惡，應根據人道主義精神用道德感化的方法處理，他藉由主人公之口說道「最高的法律是良心」。他寫道：「將來人們會把犯罪看作一種疾病，由一批特殊的醫生來醫治這種病。醫院將取代監獄。」十足諷刺偵查機關不顧一切的偵查，值得我們省思。

通訊監察對於人民隱私權侵害實屬重大，日本憲法第三十五條「文書及所持有物」，經由日本學界轉化解釋為非依令狀不得為搜索、扣押，同樣於監聽亦非依令狀不得實施通訊監察，本文認為我國憲法第八條「非由法院依法院程序不得審問處罰」亦可推出正當法律程序意旨，因此可為相同解釋推導出「令狀原則」。

美國通訊監察內控機制有 1. 美國檢察官聲請通訊監察書之數量極低、2. 聲請核發通訊監察書之「許可前置」的審核機制、3. 緊縮得經由聯邦檢察官許可之範圍、4. 由司法警察官準備事實確認書，由檢察官負責聲請通訊監察相互制衡、5. 司法部內「電子監控小組」幕僚審核機制之建立、6. 檢察官簽發「最小化原則指示書」，並監督、指導執行通訊監察(最小限度原則)、7. 檢察官定期向法官提交「通訊監察進度報告」、8. 提供法律意見與協助，進行合法性與妥當性之監督，以及 9. 聲請封存(SEAL)通訊監察所得錄音、錄影等紀錄(Recording)，並聲請通知受通訊監察人(inventory notice)。在美國實務作法係以檢察官為最小化原則監控主體，在注入最小化原則同時，考量我國大法官解釋第六三一號法官保留意旨，最小化原則監控主體，應由美國檢察官轉化為我國法官為監控主體。我國通訊保障及監察法第五條第四項規定：「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。」即為適例。

在令狀原則中，令狀適用會面臨陳腐性問題，且監聽之實施與搜索、扣押性質不盡然相同，有必要援引「監聽令狀一回性」法理說明。證據排除法則方面，美國實務傾向以「善意例外法則」為依據，德國、日本以及我國傾向以權衡法則為證據能力判斷依據。本文認為若監聽具有合法監聽令狀依據「令狀原則」自應有證據能力，若法官核發令狀有誤而警察機關善意信賴令狀有效而執行可依「善意例外法則」具有證據能力。亦即，監聽制度之證據排除法則應以「令狀原則」與「善意例外法則」為判斷。

監聽立法原則除期間限制不採、修正事後通知原則外，其他重罪原則、相關性、必要性、最小侵害性以及令狀原則，均成為監聽重要上位概念，值得遵循。對於監聽錄音與監聽譯文不符時處理，建議應考慮美國、日本所存「封存制度」確保監聽錄音帶之完整，並藉此思考證據能力。對外國勢力監聽建議均一律以法官保留為據，不區分是否在我國具有戶籍為斷；對於緊急監聽建議以近似現行犯之狀態始為許可，我國通訊保障監察法對於緊急監聽之範圍立法上有限縮必要；另案監聽原則上為違法監聽，監聽執行人員應中斷監聽之執行，然而我國實務以另案扣押法理概括允許另案監聽之證據能力似乎過廣，本文參酌美國不可分例外(the integral part exception)、類似犯罪之例外(the similar offense exception)法理，認為另案監聽若例外得允許必以對抗組織犯罪類型為要，否則將使例外使得允許之另案監聽排斥原則一般另狀監聽；得一方同意之監聽，本文認為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，且對話他方之不自證己罪法理亦應考慮，贊成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。

第二節 建議

1. 我國通訊保障及監察法第三條以及第十三條本文對於「通訊」、「監察」規定範圍十分廣泛，幾乎包山包海，本文建議應以「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。

2. 依美國電子通訊隱私法第二五一八(八)(a)條之規定，檢察官應於通訊監察結束後即刻(immediately)向法官聲請封存所有之通訊監察所得之錄音、錄影等紀錄，檢察官若無法合理解釋其未聲請封存或遲延封存之原因時，將導致該通訊監察所得證據被排除當作證據使用。我國通訊保障及監

察法重視依令狀而為監聽對於原始錄音、錄影保存未有封存機制，然而實務上對於監聽錄音帶逸失情形迭有發生，建議增訂封存錄音、錄影等紀錄。

3. 美國司法部設立「電子監控小組」，負責許可程序之審查幕僚作業。代表美國對於通訊監察之令狀由專職機關負責審核。因為基於一來具有必須即時、迅速審查特性、二來審查基準亦與本案審判有別，而外國有「偵查法官制度」由專責審查令狀法官負責令狀審核，建立專職法官專門審查監聽令狀核發，確實為我國當務之急。

4. 美國通訊監察制度中，檢察官必指示執行通訊監察之人員，應注意避免截取到享有不受通訊監察之權利(Privilege Communication)之特定關係人間之對話，例如：律師與客戶間、夫與妻間、醫生與病人間、神職人員與懺悔人間之對話。建議將之納入監聽必要性中明文規定，俾尊重職從事業務人職業上秘密以及私人間親情。

5. 本文採納「彈劾式偵查觀」機制，然而若將通訊監察書解讀為命令狀，形同法官成為檢察官之頂頭上司，對於法官中立性造成強大侵害，法官不再是基於輔助地位審查令狀，反而是直接、完整介入偵查程序進行，可能會有「球員兼裁判」的對受監察人不利情勢，因此本文對於通訊監察書核發採取許可狀，法官雖有通訊監察書之核發權，惟係基於輔助審查地位。

6. 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。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，此時已不適合權衡違反憲法或法律上權利之意義，因此監聽制度中證據能力不應以權衡法則為依據，而應以令狀原則與善意例外法則為判斷標準。

7. 我國監聽制度中，對於監聽錄音與監聽譯文不符時，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。假若監聽錄音內容時間長而複雜，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一百零五條之五以受監察人同意，而具備證據能力。此外，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，且先勘驗錄音比對譯文，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，因此，檢察官應督促司法警察移送監聽證據，亦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