

論通訊保障及監察法 第18條之1第3項的證據排除規定

李 榮 耕*

要 目

- | | |
|------------------------|-----------------------|
| 壹、前言——問題的提出 | (三)小 結 |
| 貳、美國聯邦通訊監察法制 | 肆、通保法第5條及第6條以外程序規定的違反 |
| 一、無聲請權人的聲請 | 一、通訊監察期間 |
| (一)案件事實 | 二、最小侵害原則 |
| (二)上訴理由及聯邦最高法院的判決 | 三、小 結 |
| 二、聲請書上誤載 | 伍、分析及制度上的建議 |
| (一)案件事實 | 一、違反特定條文為適用證據排除的要件之疑義 |
| (二)聯邦最高法院的立場 | 二、修正建議 |
| 三、分析及討論 | (一)以違法與否作為適用證據排除的要件 |
| 參、我國通訊監察法制中的證據排除 | (二)以雙階審查理論審查通訊監察違法與否 |
| 一、規範模式 | 陸、結 論 |
| 二、通保法第5條及第6條的程序要求及證據排除 | |
| (一)一般通訊監察 | |
| (二)緊急通訊監察 | |

DOI : 10.3966/102398202019030156004

*

臺北大學法律學院教授，美國印地安納大學布魯明頓校區摩爾法學院法學博士。

投稿日期：一〇七年四月十八日；接受刊登日期：一〇七年十月十八日

責任校對：林嘉瑛

摘 要

為了促使偵查機關遵循通訊保障及監察法的各樣法定程序，立法者於該法中制定有證據排除的規定。該條的規範模式與刑事訴訟法的類似規定相當不同，是以特定條文的違反為適用的要件。這樣的立法方式，同時有著涵蓋過廣及過窄的問題。亦即，並不是所有第5條或第6條所規定所有的事項或程序，都應有證據排除規定的適用，該二條以外的條文也不當然就沒有適用證據排除規定的需要。在參考美國的立法例後，我們的建議是，通訊保障及監察法的證據排除規定應以「通訊監察違法」為要件。再者，在判斷是否構成違法的通訊監察時，可以借鏡美國聯邦最高法院於Giordano案及Chavez案所建立的雙階審查理論，決定是否排除所取得的通訊內容。

元照出版提供 請勿公開散布

關鍵詞：通訊監察、監聽、違法通訊監察、違法監察、證據排除、核心地位規定

壹、前言——問題的提出

通訊保障及監察法（以下簡稱通保法）於一九九九年制定。在當時，該法並沒有任何與證據排除相關的條文¹。直到二〇〇七年，通保法才有了違法通訊監察時，應有何種法律效果的條文。依二〇〇七年至二〇一四年間的通保法第5條或第6條，執法機關違反第5條或第6條「情節重大」時，有通保法的證據排除規定的適用²。至於違反的情節是否重大，由法院在具體個案中判斷。

於二〇一四年，立法者修正了通保法中的證據排除規定。原本證據排除的規定散布在不同條文（二〇〇七年通保法第5條第5項及第6條第3項），修正後調整條文次序，集中第18條之1第3項（以下條號若未特別註明者，都是指通保法）。該條項明文：「違反第五條、第六條……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，均不得採為證據或其他用途……。」³依修正後的條文，適用證據排除，仍是以違反一般及

¹ 不過，在此之前，最高法院（87年度臺上字第4015號判決）便已經以憲法第8條及第16條為依據，判定違法監察所得的通訊內容，應予排除。相關評釋可以參照陳運財，違法證據排除法則之回顧與展望，月旦法學雜誌，113期，頁27-28，2004年10月；楊雲驊，通訊監察「違反令狀原則」以及「另案監聽」在刑事證據法上之效果——評最高法院九八年度台上字第一四九五號、九七年度台上字第二六三三號及九七年度台非字第五四九號三則判決，台灣法學雜誌，141期，頁70-71，2009年12月1日。

² 2007年至2014年間通保法第5條第5項的文字為：「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。」同一個時期內，同法第6條第3項的規定完全相同。

³ 這一個條項中的「監聽行為」指的應該是所有的「通訊監察」，因為這顯然不可能，也不該是立法者有意將證據排除規定的適用限定在取得聲音或語音型態的監察。2014年修正通保法時，未能一併修正這裡用語上的錯誤，純屬立法上的闕漏。不過，通保法制上的千瘡百孔，或許可見一斑。關於此點的

緊急通訊監察的要件及令狀程序為要件。就這部分而言，修法前後並沒有實質差異。

無論是在修正前後，通保法的證據排除規定，都是以特定條文的違反，作為適用的要件。這樣的立法方式與刑事訴訟法（以下簡稱刑訴法）的規範模式（「違背法定程序」，第158條之4）很不相同。純從文字上來看，似乎意味著：一、通保法第5條及第6條所規定所有的事項及程序都至為關鍵，所以必須有證據排除的適用，以促使偵查機關遵循，以及二、上述條文以外的規定沒有類似的重要性，所以即便有所違反，沒有通保法的證據排除的適用。不過，這樣的規範模式是否妥適，實有深究的餘地。舉例來說，通保法第5條第5項要求，通訊監察書的聲請，以單一監察對象為限，偵查機關所進行的通訊監察違反此一條項時，也應該有證據排除的適用嗎？又例如，通訊監察，每次不得逾三十日（第12條第1項），其違反是否就沒有第18條之1第3項的適用？一個更為整體原則性的問題是，第5條及第6條所規定的要件或程序，哪一些應有證據排除規定的適用？第5條或第6條以外的條文，有沒有也應適用通保法第18條之1第3項者？其中判斷標準何在？以及，通保法中關於證據排除的規定是否妥適，有沒有修正的必要？如果答案是肯定的，應如何修正？

為了要回答上述的問題，本文擬借鏡美國聯邦法制，參考其在立法及司法上的經驗、累積的案例，以及所建立的理論（貳），進一步以之為基礎，分析通保法第18條之1第3項的規範模式，以及其與第5條及第6條間的互動，探究通保法第5條及第6條所規定的要件及程序是否都應該適用通保法證據排除規定（參）。隨後，我們會

批評及解釋，可以參照楊雲驊，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，頁22-23，2014年7月。

試著以幾個第5條及第6條以外的條文為例，探究其是否也應該有第18條之1第3項的適用（肆），分析現行規範是否適宜及提出相關建議（伍），並在最後提出結論（陸）。

需要事先說明的是，通保法雖然同時規範了以犯罪偵查為目的及情報蒐集為目的的通訊監察，但是後者無論是在要件、程序、執行或手段上，都與前者有很大的不同。為了集中討論的方向及深度，這一篇論文僅以後者為題。此外，通保法第18條之1第3項同時有毒樹果實法則的規定，為了相同的原因，也只能暫且按下不論⁴。

貳、美國聯邦通訊監察法制

基於刑事偵查的目的，為發動通訊監察，美國聯邦通訊監察法設有許多形式及實質要件，為了確保偵查機關確實遵循這一些法定要求，美國聯邦國會同時制定有證據排除的規定⁵。基本上，證據排除是以通訊監察違法為發動要件，也因此，在實務操作上會有的問題便是，哪些條文或程序規範的違背，會有證據排除法則的適用？亦即，在諸多涉及通訊監察應遵循的程序規範中，哪一些違反

⁴ 雖多認通保法第18條之1第3項：「……或衍生之證據，於司法偵查、審判或其他程序中，均不得採為證據或其他用途。」為毒樹果實法則的明文，但其與美國法制上的毒樹果實法則有其不盡相同的地方。例如，美國聯邦最高法院雖然創設了毒樹果實法則，但是同時也承認諸多例外規定，如獨立來源（independent source）、必然發現（inevitable discovery）及稀釋原則（purged taint exception），但通保法並未就其毒樹果實法則設有任何例外。關於毒樹果實法則的詳細討論，可以參照王兆鵬，自白與毒樹果實原則，載：新刑訴·新思維，頁30-32，2004年10月。關於通保法中毒樹果實法則的適用，可以參照吳燦，新修正通訊保障及監察法第18條之1之適用，檢察新論，16期，頁31，2014年7月；以及楊雲驊，同註1，頁84。

⁵ 關於美國聯邦通訊法中證據排除的介紹及說明，可以參照Caroline Fehr et al., *Computer Crimes*, 53 AM. CRIM. L. REV. 977, 1006 (2016).

已經嚴重到應排除所取得的證據，以確保偵查機關會確實遵守相關條文？其判斷基準為何？在個案中應如何決定？

這一個重要的議題曾經一直困擾著美國法院，直到美國聯邦最高法院作成判決。美國聯邦最高法院受理過的兩個案件，兩個案件的背景事實類同，所涉及到的條文也相仿。聯邦最高法院在兩個案件中提出了判斷基準，用以審查及決定特定條文的違反有無證據排除規定的適用。

一、無聲請權人的聲請

第一個案件是United States v. Giordano案⁶。在說明本案事實之前，必須要先介紹所涉及到的聯邦通訊監察法的條文。第一，通訊監察可以由何人聲請。該法明文，通訊監察的聲請權人為檢察總長，或是由檢察總長所指定的助理檢察總長（Assistant Attorney General）等高階檢察官⁷。第二，揭露監察所得通訊內容會違反聯邦通訊監察法者，該通訊內容或衍生證據於任何司法、行政或立法程序，皆不得作為證據使用⁸。第三，通訊受違法監察（unlawful interception）時，權利受侵害者，在任何程序中，均得聲請排除該監察所得的通訊內容及其衍生證據⁹。

（一）案件事實

本案的背景事實約莫是，被告Dominic N. Giordano涉嫌販賣毒品，也告訴了線民一個電話號碼供買賣聯絡之用。基於此一線索及其他資訊，助理檢察官（Assistant United States Attorney）Francis

⁶ United States v. Giordano, 416 U.S. 505 (1974).

⁷ 18 U.S.C. § 2516(1).

⁸ 18 U.S.C. § 2515.

⁹ 18 U.S.C. § 2518(10)(a)(i).

Brocato向法院聲請令狀，監察被告經過該電話號碼所進行的通訊。聲請書上記載了檢察總長所指定的助理檢察總長Will Wilson授權了該令狀的聲請。聲請書上附有一封助理檢察總長Wilson給助理檢察官Brocato的信函，說明其同意Brocato向法院提出聲請¹⁰。法院同意了該通訊監察的聲請，警察機關也據以進行了通訊監察¹¹。

在審判期日前，被告主張聲請書上關於聲請人的記載錯誤。一份檢察總長的執行助理證詞證述道，因為檢察總長公出，該執行助理審查了該聲請，因為從他過往的經驗，檢察總長會同意該聲請。但是，助理檢察總長Wilson本人從未審查過該聲請，沒有在聲請書上簽名¹²。亦即，該聲請書是由檢察總長的執行助理所審查及同意。

聯邦地方法院認被告的聲請有理由，檢察官提起抗告。聯邦上訴法院認抗告無理由，認為該通訊監察已經違反了聯邦通訊監察法中的核心規範，所以有證據排除的適用。檢察官不服，向聯邦最高法院提起上訴，聯邦最高法院核發了移審令，接受上訴¹³。這一個判決是由White大法官所主筆。

(二)上訴理由及聯邦最高法院的判決

檢察官上訴的主張之一是，即使通訊監察的聲請違反了聯邦通訊監察法，也沒有牴觸任何憲法的條文，所以監察所得的通訊內容及衍生證據無須排除¹⁴。針對檢察官的此一主張，聯邦最高法院並沒有接受，其回應是，檢察總長雖然有權依法將其職責委由其他法

¹⁰ *Giordano*, 416 U.S. at 509-10.

¹¹ *Id.* at 510.

¹² *Id.* at 510-11.

¹³ *Id.* at 512-13.

¹⁴ *Id.* at 513.

務部（the Department of Justice）的官員行使，但是聯邦通訊監察法非常明確地規定，通訊監察的聲請只能由檢察總長，或其所指定的助理檢察總長等高階檢察官提出。如此立法的目的就是要將聲請權人限縮在一定的範圍內。從立法過程當中，可以很清楚地看到此一脈絡¹⁵。

聯邦最高法院解釋道，聯邦國會在一九六八年制定聯邦通訊監察法時，其基本架構就是，除非為法律所准許（如取得法院所核發的令狀），否則禁止監察任何的通訊¹⁶。在合於法律所要求的各個要件時，法院才會核發准許偵查官員進行通訊監察的令狀，諸如聲請書上必須記載一定事項、存在有相當理由、只能針對重罪發動、只能在特定期間內進行、必須合於最後手段原則，以及通訊監察的進行必須合於特定明確原則等。此外，通訊監察進行中，有司法的外部監督，權利受有侵害之人也可以在程序中主張排除所取得的通訊內容¹⁷。

至於授權通訊監察的令狀的聲請權人，聯邦通訊監察法也有著不同於傳統強制處分的設計。一般的搜索或是逮捕，是由警察向司法官員〔通常是治安法官（magistrate）〕聲請令狀，但是在通訊監察的案件裡，必須經過檢察總長或其所指定的助理檢察總長的同意，才能夠向法院聲請核發令狀。從聯邦國會立法的過程中，也可以清楚地知道，立法者有意將聲請權限縮在一定範圍的高階檢察首長或檢察官裡，而不是任何經檢察總長同意的官員都可以提出通訊監察的聲請。¹⁸

¹⁵ *Id.* at 515.

¹⁶ *Id.* See Daniel B. Garrie et al., *Voice Over Internet Protocol and the Wiretap Act: Is Your Conversation Protected?*, 29 SEATTLE U. L. REV. 97, 131-32 (2005).

¹⁷ *Giordano*, 416 U.S. at 516.

¹⁸ *Id.* at 517-24.

多數意見書接著指出，關於聲請權人規定的違反有著證據排除相關條文的適用。**White**大法官說明道，本件的聲請書是由檢察總長的助理所審查，不是聯邦通訊監察法所容許的聲請權人，因而違反該法的要求，所以警察所執行的，是違法的通訊監察。接下來的問題是，聲請權人規定的違反，是否有聯邦通訊監察法中證據排除法則的適用？就此，聯邦最高法院判定，並不是只有違反聯邦憲法第四增修條文的通訊監察，才有聯邦通訊監察法中證據排除規定的適用。分析聯邦通訊監察法的條文後可以清楚地知道，聯邦國會的意向極為清楚且明確，只要執法機關違反了與控制通訊監察權限的發動或行使有關的條文，就有證據排除規定的適用¹⁹。聯邦國會除了將通訊監察限縮在特定犯罪的偵查中及具有相當理由時之外，只容許偵查機關在特定高階檢察官認為有必要時，才可以向法院聲請通訊監察。據此，聯邦最高法院判定，關於聲請權人的條文在通訊監察法的整體架構中，位居核心地位（play a central role in the statutory scheme），秉要執本，舉足輕重，也因此其違反應該要有證據排除規定的適用²⁰。

二、聲請書上誤載

緊接著**Giordano**案，聯邦最高法院在同一年度再一次受理了在聯邦通訊監察法中應如何適用證據排除規定的案件。在**United States v. Chavez**案²¹中，爭點之一是，當檢察總長確實親自審查並同意通訊監察書的聲請，但是聲請書及令狀卻誤載為某助理檢察總長，因而所取得的通訊內容是否應適用證據排除的規定，予以排除？²²

¹⁹ *Id.* at 525.

²⁰ *Id.* at 528-29.

²¹ *United States v. Chavez*, 416 U.S. 562 (1974).

²² *Id.* at 565.

(一)案件事實

本案的被告Umberto Chavez因買賣海洛因等案件而被起訴。在偵查中，警察依法院所核發的令狀，進行通訊監察，並取得了被告的通訊內容。被告主張，檢察官準備在審判中證明犯罪事實的該通訊內容，應予排除。被告主張的理由是，授權該通訊監察的聲請書上，誤載了實際審核及決定提出聲請的檢察官長。

詳細地來說，在偵查中，向法院聲請監察被告通訊的聲請書，是由助理檢察總長Will Wilson所簽名。但事實上，檢察總長對於是否提出聲請的審核，事必躬親，並未真正授權任何一位助理檢察總長為之。檢察總長在審核是否向法院提出聲請並同意後，會將案件發交給助理檢察總長，附上便箋及指示道：「根據你關於通訊監察聲請的建議，在此依法授權你向法院提出聲請」²³這顯示出，雖然在形式上，聲請書是以助理檢察總長Wilson的名義提出，但事實上是由檢察總長審核及決定。也就是說，Wilson本人並未審查任何通訊監察的聲請與否²⁴。聲請書上的記載因而有誤。

聯邦地方法院肯認了被告主張，裁定排除了警察透過通訊監察所取得的通訊內容，上訴法院維持下級法院的看法。聯邦最高法院則認為，當通訊監察的聲請與否實際上是由檢察總長決定，但是聲請書上誤載聲請人為助理檢察總長時，沒有聯邦通訊監察法中證據排除規定的適用²⁵。

(二)聯邦最高法院的立場

這一個判決的多數意見書，同樣是由White大法官所執筆。聯邦最高法院首先說明道，在本案中，向法院聲請令狀的聲請書上，

²³ *Id.* at 567-68.

²⁴ *Id.* at 568-69.

²⁵ *Id.* at 569-70.

確實誤載了同意聲請之人，但是這並不意味著所得到的通訊內容就應予排除。聯邦憲法也從未要求在有類似程序上的錯誤時，就必須要排除所取得的證據。本案中警察所取得的通訊內容是否應排除，必須取決於聯邦通訊監察法在制定時的整體架構及目的。

聯邦最高法院在Giordano案中曾判定，關於通訊監察書聲請權人的規定，是聯邦國會有意將有權聲請之人限縮在一定範圍的高階檢察官長（檢察總長或其所指定的助理檢察總長）內，以避免在偵查中濫用通訊監察的權限。這樣的限制，是整體法制中的核心保護措置（a central safeguard）。是故，如果通訊監察不是由有權之人所聲請，因而所進行的通訊監察便屬違法²⁶。但是，若事實上檢察總長已經審核了通訊監察的聲請，就沒有違反通訊監察法關於聲請權人的規定可言，也就不會有證據排除規定的適用²⁷。在本案中，由於檢察總長已經在程序中親自審查及決定是否向法院提出聲請，所以實質上並沒有違反聯邦通訊監察法中此一核心規定。此外，在本案中雖然聲請書上所記載的是助理檢察總長，不是實際上審核的檢察總長，但這樣的錯誤也不可能誤導法院，使其在是否核准的決定上作成相反的決定²⁸。這樣的錯誤，完全不同於Giordano案，並不是一個聯邦通訊監察法所未授權之人，決定了是否提出聲請²⁹。事實上，經檢察總長授權的助理檢察總長自己就是合法的聲請權人。是故，本案聲請書上的誤載，完全沒有影響到聯邦通訊監察法對於聲請人的要求³⁰。

整體來說，依據Giordano案的判決，就避免濫用通訊監察權

²⁶ *Id.* at 571-72.

²⁷ *Id.* at 572.

²⁸ *Id.*

²⁹ *Id.* at 573.

³⁰ *Id.* at 576.

限，保護人民權利的目的來說，聯邦通訊監察法中關於聲請人的記載規定，在整體法制中並非處於核心重要地位，甚至也沒有其實際上的功能³¹。所以，聯邦最高法院最後判定，本案在聲請書上雖然有誤載，但不會使得警察所執行的通訊監察成為違法的強制處分。也因此，警察所取得的通訊內容無須排除，仍可作為證據調查之用³²。

三、分析及討論

Giordano案及Chavez案的爭議，都是與令狀聲請權人的規定有關，但是聯邦最高法院卻作成了迥然不同的判決。不過，細究兩個案件的事實及判決理由可以知道，它們是從兩個不同的階層切入，而在最後根據其所提出的判斷基準，作成判決。聯邦最高法院並未變更其說理及判準，兩個案件之所以會有不同的結果，主要是因為其事實有細微的差異的緣故。

首先，聯邦通訊監察法中證據排除的規定是，揭露監察所得通訊內容會違反聯邦通訊監察者，該證據應予排除，不得作為證據之用，而通訊受違法通訊監察者，得主張排除受監察之通訊內容。條文是以「違反聯邦通訊監察法」或「違法通訊監察」（unlawful interception）作為證據排除適用的要件，也因而有了關於聲請權人的規定的違反有無證據排除適用的爭議。聯邦最高法院在此並未單純從字面上解讀該條文，沒有認為所有通訊監察的程序規範的違反，都會使得警察的行為成為違法的通訊監察，因而有證據排除的適用³³。相反地，聯邦最高法院回歸到法規範的整體架構及個別條

³¹ *Id.* at 579.

³² *Id.* at 580.

³³ See Derik T. Fetting, *When “Good Faith” Makes Good Sense: Applying Leon’s Exception to the Exclusionary Rule to the Government’s Reasonable Reliance on*

文的規範目的來解釋，個案中所涉及的條文在通訊監察法的整體架構中，是否位居核心地位（play a central role in the statutory scheme）。亦即，聯邦最高法院臚列及整理了執法官員所違反的法條，分析了其規範目的及實際作用上是不是用以避免通訊監察權限受到濫用，保障人民權利，屬於整體法制中的核心保護措置。也因此，聯邦最高法院這部分說理所建立起的理論基礎，可稱之為「核心地位理論」或「核心保護措置理論」。

如果執法官員所違反的條文，在通訊監察法制中，並非處於核心地位，不是用以保障人民權利的規定，那其違反就只是一般行政上的違誤，不會使得所發動的強制處分成為違法通訊監察，也不會有證據排除的適用³⁴。相反地，如果個案中所涉及的條文屬於整體通訊監察法制的保護規定，聯邦最高法院則會進入到第二個階層。在此，聯邦最高法院檢視了個案中的具體事實，檢視執法官員的違誤，是否在實質上違背了條文的規範目的。也就是說，聯邦最高法院並不會只是機械性地審查執法官員在形式上是否違反了聯邦通訊監察法，而是會從實質上來探究，確認執法官員的行為是否背離了立法者制定該條文的精神。如果偵查官員在形式上未能遵循法條的要求，但是其違反的態樣在具體個案中並沒有破壞所涉及的規定的意旨，沒有侵害到人民的權利，那麼該違反也不會使得偵查機關所發動的通訊監察成為違法的強制處分。

綜合上述的分析可以知道，聯邦最高法院是從兩個不同的階層審查個案中所涉及條文的性質，以及偵查官員違反的態樣，判定所為的通訊監察是否合法，此一模式或可暫稱之為「雙階審查基準」

Title III Wiretap Orders, 49 HARV. J. ON LEGIS. 373, 385-86 (2012).

34 Orin S. Kerr, *Lifting the "Fog" of Internet Surveillance: How a Suppression Remedy Would Change Computer Crime Law*, 54 HASTINGS L.J. 805, 838-39 (2003).

(the two-level test)。據此，在Giordano案中，聯邦最高法院認為警察所為的通訊監察違法，因為聯邦通訊監察法中關於令狀聲請權人的要求屬於該法中的核心規範，係用以保護人民權利的重要規定，而在該案中實際上審查同意提出聲請的是檢察總長的執行助理，不是任何一個聯邦通訊監察法中規定有權提出聲請之人，所以警察所進行的通訊監察違法，因而所得的通訊內容有證據排除的適用。在Chavez案中，聯邦最高法院則重申，通訊監察法中有關聲請權人的規定，是該整體法制中的保護措置，雖然在該案件中，聲請書上聲請人的記載有誤（記載為助理檢察總長），但是實際審核及同意聲請者仍是有權提出聲請之人（檢察總長），所以該違誤不會使通訊監察違法，也就不會有證據排除規定的適用。關於審查個案中所涉及的條文是否為保護人民權益的措置，位處通訊監察法制的核心地位，從立法及解釋適用層面而言，相當值得我國借鏡。

聯邦通訊監察法的立法方式，不以違反特定條文為適用證據排除的要件，法院因而在個案中必須要逐一審視執法官員所違反的條文是否在整體法制中位處核心位置，是保護人民權益的規定，不可諱言的是，其判決結果較不具可預測性，但是，其優點是在適用上不會有掛一漏萬的問題，法院也可以在通訊監察案件中，透過判決賦予個別條文在整體法制中的意涵，建立起保護人民權益的規範。更甚者，在通訊技術快速進步的今日，法院更能夠藉由條文的解釋適用，與時俱進地將特定規範的牴觸，連動於通訊監察是否違法的判斷及證據排除，促使執法官員遵循特定的程序，進而更為周延地保障人民隱私等權益。至於上述的缺點，還是可以透過案件的累積，逐漸形成具體標準來解決。也因此，整體來說，這樣的立法方式，瑕不掩瑜，仍有參考學習之處。

參、我國通訊監察法制中的證據排除

與美國聯邦通訊監察法相仿的是，通保法同樣設有證據排除的條文。但是，通保法的規範模式迥異於美國聯邦法制的設計。也因此，在個案的解釋及適用上，會有同時有著涵蓋範圍過小及過大的問題。

一、規範模式

關於通訊監察的進行，通保法設有諸多要件，如令狀原則、重罪原則、最後手段性，以及相當理由等³⁵。為了確保偵查機關確實遵循這一些程序規範，立法者在第18條之1第2項有著證據排除的規定，亦即：「依第五條、第六條……規定執行通訊監察所取得之內容或所衍生之證據與監察目的無關者，不得作為司法偵查、審判、其他程序之證據或其他用途，……。」也就是說，通訊監察所得的通訊內容（及其衍生證據）是否有證據排除規定的適用，不能只看偵查機關的行為是否違反通保法，還要看其所違反的是不是通保法第5條或第6條。這樣的規範模式，與美國聯邦通訊監察法或是刑訴法的規定，相當不同。

詳細地來說，前揭美國聯邦通訊監察法制及刑訴法規，或是我國刑訴法中的證據排除規定，是以通訊監察違法、違法通訊監察，或是檢警官員的取證行為違法作為適用的要件，而不是繫諸於特定條文的牴觸。相較之下，我國通保法或許有其較為明確的優點，但在運作上可能產生幾個的問題。第一，通保法第5條或第6條有著各

³⁵ 關於進行通訊監察所應具備的要件，可以參照李榮耕，I Am Listening to You——釋字第6三一號解釋、令狀原則及修正後通訊保障及監察法（上），台灣本土法學雜誌，104期，頁58-59，2008年3月。

樣的程序要求，其中許多位居整體規範中的關鍵重要地位，如令狀原則或相當理由等，其違反應有證據排除的適用，並無疑義，但是否通保法第5條或第6條中所有規定的違反，都會導致所得通訊內容的排除，可能就有探究商榷的餘地。例如，通保法第5條第5項規定，通訊監察書的聲請，以單一監察對象為限，但是若檢察官在同一通訊監察的聲請書上，記載兩個以上的監察對象，在法院核准後，進行通訊監察。依通保法第18條之1第2項，執法機關所為的通訊監察是否因而違法？因而有證據排除的適用？這樣的結論是否妥適？

此外，因為通保法第18條之1第2項的適用與否，取決於偵查官員所違反的是否為同法第5條或第6條。如果是，才會有通保法第18條之1第2項的證據排除規定的適用；若無，則否。此時，隨之而來的問題是，通保法第5條或第6條以外的要求，其重要性是否果真都不比通保法第5條或第6條，以致於都沒有同法第18條之1第2項的適用？舉例來說，偵查機關違反監察期間的規定（第12條）時，是否就沒有通保法所定證據絕對排除的適用？如果答案是否定的，通保法第5條或第6條以外程序規範的違反，就只能回到刑訴法第158條之4，由法官綜合個案中具體情事，裁量是否排除而已。一者是證據法定排除，一者是由法官裁量，其間效果強度高低，有著雲泥之別，不可同日而語。

二、通保法第5條及第6條的程序要求及證據排除

通保法第5條及第6條規範了實施通訊監察所應具備的要件，其中許多規定，諸如令狀原則或相當理由的要求，屬於憲法層次的要求，其違反有無證據排除規定的適用，可能比較沒有爭議（釋字第631號解釋理由書參照）。即便如此，其中原因為何，還是可以有更清楚完整的說理。此外，在該二條的部分規定，其違反是否會導

致所取得通訊內容的排除，不無探究商榷的餘地。在該二條以外的程序規範，是否當然都沒有證據排除法則的適用？在解釋或立法層面又應如何看待？以下擬從美國聯邦最高法院所提出的「核心地位」理論或關乎人民權利的「核心保護措置」理論，分析通保法中的相關條文。

(一)一般通訊監察

以第5條所規範的一般通訊監察來說，依第18條之1第3項的文義，只有在以下兩大類情形，有證據排除的適用：

1. 未事先取得法院所核發的通訊監察書

第一種適用證據排除的情形，就是完全未取得法院所核發的令狀，便逕自進行通訊監察，取得特定人的通訊內容。在這種情形裡，等於是完全沒有經過中立客觀的法官審查授權，執法官員便逕自取得了特定人的通訊內容，侵害其通訊隱私。這一個對於令狀的要求，是基於憲法中正當法律程序的誡命，也是保障人民秘密通訊自由的重要規定，屬於通訊監察法制裡的核心地位規範。也因此，未事先取得法院所核發的通訊監察書，就進行通訊監察者，已經牴觸了憲法對於正當法律程序的要求，也戕害了人民的通訊隱私，嚴重地背離了令狀原則及釋字第631號解釋的意旨，所以執法官員因而所取得的通訊內容，應予排除，沒有證據能力³⁶。

2. 形式上獲有通訊監察書

形式上雖然持有法院所核發的通訊監察書，但在有下列情形之一時，也屬於第5條的違反，而有證據排除規定的適用。這一個類型，包含了幾種不同的情形。

³⁶ 於2014年修法前，採類似立場者，如楊雲驊，同註1，頁79-81。

(1)不是由檢察官聲請

依第5條第2項，通訊監察書，在偵查中應由檢察官向法院提出聲請。亦即，通訊監察書的聲請機關只能是檢察官，不包括司法警察。這樣的設計，與搜索票的聲請不盡相同。依刑訴法第128條之1，搜索票得由檢察官，或由司法警察經檢察官同意後，向法院提出聲請。通訊監察僅得由檢察官聲請的原因，除了是為了維持現行檢察官作為偵查主體的體制外，還有另一個很重要的因素，也就是確保檢察官審查及確認了通訊監察的聲請，避免或減少不必要的通訊監察，保障人民的通訊隱私。是故，第5條第2項應位通保法的核心地位，屬於保護人民權利的核心措置。不過，此一條項的違反態樣有二，兩者是否都有證據排除規定的適用，應該再進一步討論。

第5條第2項關於聲請權人的違反，有兩種型態：a.未經過檢察官的審查及同意，司法警察就直接向法院提出聲請，以及b.司法警察在經檢察官同意後，以司法警察的名義向法院聲請通訊監察書。純就條文的字面上來說，無論是a.或是b.，都違反了第5條，也就因而似乎都有第18條之1第3項的證據排除及毒樹果實法則的適用。不過，值得注意的是，仔細思考第5條第2項關於聲請權人的規定可以知道，其重點在於檢察官對於是否向法院提出聲請擁有審查的權限及最終的決定，至於形式上聲請名義人為何，固然會造成程序上的瑕疵，但不應是通訊監察是否違反第5條規定的決定或關鍵因素。也因此，在前述a.，由於該聲請完全未經過檢察官審查及決定，違反了第5條第2項以檢察官作為唯一聲請權人的規定，所以即使法院不察，核發了令狀，還是違反了第5條，有第18條之1第3項的適用。但相對地，在b.的情形，雖然聲請名義人是司法警察，但由於是否向法院提出聲請，實質上還是經由了檢察官的審酌及決定，合於第5條第2項的規範目的，所以似乎無須將之涵蓋入第5條的違反。從比較立法例來說，這樣的結論也合於美國聯邦最高法院

Giordano案及Chavez案的結論及說理。需要附帶說明的是，前述的情形在實務上幾乎不可能發生，尤其是a.，但為了說明此一理論基礎及審查標準，還是在此提出，以為例說。

(2)以被告或犯罪嫌疑人以外之人為監察對象

得為監察對象者，只有被告或犯罪嫌疑人，至於第三人，即使其所為的通訊內容得以證明被告或犯罪嫌疑人的犯罪事實，也不能以之發動通訊監察。其中的原因，應該是立法者著眼於通訊監察對於監察對象隱私的影響極大，不是傳統的搜索可以比擬，所以將監察對象限縮於被告或犯罪嫌疑人的範圍內。這樣的規定，等於是完全地禁止了對第三人（即使是可為證人之人）進行通訊監察，保護了其通訊隱私，也因而位處通保法的核心地位。是故，若監察對象是被告或犯罪嫌疑人以外的第三人，即使獲有法院所核發的通訊監察書，還是違反了第5條，應依第18條之1第3項排除所取得的通訊內容及衍生證據。

在此必須要附帶說明的是，通訊監察只能以被告或犯罪嫌疑人為監察對象，但並不是只能監察登記於被告或犯罪嫌疑人名下的通訊設備。不法份子利用登記在第三人名下的行動電話聯繫犯罪情事者，在所多有，並不罕見。例如，不知情的張三以自己的名義申辦了行動電話給李四使用，李四用該門號聯繫欲買毒品之人。此時，還是可以監察李四的通訊，李四仍然是監察對象。此時，張三同樣是「受監察人」（通保法第4條參照），通訊監察書上「監察通訊種類及號碼等足資識別之特徵」（同法第11條第1項第3款），必須要記載所監察的是登記於張三名下的門號³⁷。

³⁷ 關於被告或犯罪嫌疑人使用登記於他人名義的通訊設備的情形，涉及到監察對象、受監察人及監察設備或號碼等概念，詳細的說明，可以參照李榮耕，通訊保障及監察法，頁47-52，2018年2月。

(3) 本案非屬列舉罪名

並非所有的犯罪的偵查都可以使用通訊監察，只有為取得涉及特定重大犯罪的通訊內容時，警察才能夠向法院聲請通訊監察，進而進行通訊監察。這是因為通訊監察對於隱私的影響很大，遠大於傳統的偵查方式，所以只能使用於重大犯罪的偵查。基於比例原則的考量，在非屬重大或輕微的案件裡，即使透過通訊監察可以取得證據，亦不得為之。這樣的要求節制了通訊監察的權限，進而保障了人們的秘密通訊自由，使偵查機關不能在過大範圍的案件類型中進行通訊監察。是故，此一要件應屬於通保法中的核心規定，對於人民權利來說，是核心保護措置。也因此，如果法院所授權的是針對非重大案件所進行的通訊監察，違反了第5條的要求，會有第18條之1第3項的適用³⁸。

(4) 欠缺相當理由

在強制處分的領域裡，需要尋求有效偵查犯罪及妥適保護人民權利間的平衡。過度強調犯罪偵查的效率，會使得警察動輒可以限制特定人的權益，要求警察必須要證據確鑿時方得發動強制處分，可能會危及偵查效率，到頭來受害的還是社會大眾。當中的均衡點，就是要求警察必須要在具備有一定的心證程度，才能進行相對應，影響人民權利的偵查活動。以通訊監察來說，必須在有相當理由可信透過通訊監察可以取得與本案相關的證據，以及該處所、通訊設備或方式為監察對象所使用，方得為之。是故，關於相當理由的要求，是通訊監察法制中的核心地位規定，是保護人民隱私權利的核心措置。法院所核發的通訊監察書若是欠缺此一要件，等於是進行了毫無根據的權利侵害，因而所取得的通訊內容及衍生證據，

³⁸ 於2014年修法前，便有類似看法者，如楊雲驊，同註1，頁81。

自是有第18條之1第3項的適用³⁹。

(5)欠缺最後手段性

必須是在「不能或難以他法蒐集或調查證據」時，才能進行通訊監察，此為最後手段性的要求。在通訊監察中之所以有此一要件，主要是著眼於通訊監察對於相對人，乃至於無辜第三人都會造成隱私的相當深且廣的影響，所以必須要在別無他途的情形下，才能夠以通訊監察，蒐集犯罪相關證據。例如，警察官員應優先考量使用提出命令、搜索或扣押等方式，而不是動輒向法院聲請通訊監察。也因此，這樣的要求應屬於通保法中的核心地位規定，如果捨其他侵害較小的手段，逕自發動通訊監察，即使獲有法院所核發的令狀，依第18條之1第3項，仍應排除所取得的通訊內容及衍生證據⁴⁰。

(6)不合審理程序

在有令狀的通訊監察裡，執法機關所依據的通訊監察書會影響到所執行的通訊監察是否合法。也因此，通訊監察書的審理及核發是否合法及有無理由，便至為關鍵重要。

執法機關通訊監察的聲請，是否合於法定要件，法院應依法定程序審理決定之。亦即，法院應先審酌聲請是否合法，次判斷聲請是否有理由。就此，依傳統學說及實務的看法，由於執行通訊監察與犯罪事實是否存在或應課處何種處罰無關，所以應依自由證明法則審查。這部分審查程序的規定，確保法院實質審查了所聲請的通訊監察案件是否合於各法定要件，對於人民權利的保障，約束檢警機關的偵查權限來說，至關重要，是通訊監察法制中的核心地位規範。因此，當聲請是否合法及有無理由的審查，不合於自由證明法

³⁹ See *Giordano*, 416 U.S. at 526-27.

⁴⁰ 於2014年修法前，採類似看法者，如楊雲驊，同註1，頁81-82。

則的要求時，法院所核發的通訊監察書自屬違法，即使因而取得了關於本案犯罪事實的通訊內容及衍生證據，還是有第18條之1第3項的適用⁴¹。

(7)執行機關的報告義務

第18條之1第3項明文，「違反第五條……規定」者，有證據排除的適用。第5條所規定者，不只有通訊監察的上述各個要件，還涵蓋了數個與通訊監察實質要件無關的規定。第5條第4項便課與了執行機關兩個報告義務，一是「於執行監聽期間內，每十五日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」；二是「檢察官或核發通訊監察書之法官並得隨時命執行機關提出報告」（條文中的「監聽」應屬「監察」的立法錯誤）。

純就字面來說，執法官員取得通訊監察書後，若未每十五日至少作成一次報告書，或是未依檢察官或法官的要求提出報告，都屬於第5條的違反，而有第18條之1第3項的適用。但是，實務上向來多認為，只要強制處分合於實質要件，其後續程序規範的違反並不影響強制處分及其執行本身的合法性。舉例來說，最高法院便認，只要獲有通訊監察書，即便在監察結束後未依法通知受監察人，仍不影響通訊監察的合法性，所取得的通訊內容及衍生證據仍有證據能力，無須排除⁴²。最高法院這樣的立場似與第18條之1第3項相互

⁴¹ 從最高法院判決可以推知，其認為，自由證明法則指的是就待證事實無須證明至「無合理懷疑之確信程度」，只需要使法院有「很可能如此」的相信即可，如最高法院104年度臺抗字第820號判決，以及104年度臺抗字第706號判決。學者對於自由證明的說明，可以參照林鈺雄，刑事訴訟法（上），頁498-499，2017年9月，8版；黃朝義，刑事訴訟法，頁488，2013年4月，3版；林永謀，刑事訴訟法釋論（中），頁12-21，2010年12月；林俊益，刑事訴訟法概論，頁400-401，2017年9月，17版。

⁴² 最高法院97年度臺非字第549號判決：「其立法理由說明係：『為使通訊監察

透明化，免除人民疑慮，執行機關應於通訊監察結束時，通知被監察人。如其通知有妨害通訊監察目的之虞或事實上不能通知者，因其不宜通知或無從通知，爰設第一項但書規定。』則此一通訊監察結束事後通知受監察人之程序，目的既在使受監察人得悉受通訊監察之情形，通訊監察得以透明化，則事後有無依法通知受監察人，顯與執行機關合法執行通訊監察所得證據之證據能力無涉。」最高法院103年度臺上字第4516號判決：「監察通訊結束時，執行機關應即敘明受監察人之姓名、住所或居所報由檢察官陳報法院通知受監察人，（行為時）通訊保障及監察法第15條第1項固有明文，然此一通訊監察結束事後通知受監察人之程序，目的係在使通訊監察透明化，俾受監察人得悉受通訊監察之情形，國家機關縱違反此事後通知義務，該次實施通訊監察所取得之通訊內容既非因此義務之違反而取得，其證據能力自不因而受影響。」最高法院102年度臺上字第3592號判決、最高法院102年度臺上字第3553號判決，以及最高法院101年度臺上字第6306號判決同此意旨。（強調部分為作者所加）

不過，值得注意的是，在刑訴法第131條的緊急搜索裡，最高法院則認為在緊急搜索後未即時陳報，屬於法定程序的違反，因而取得的證據的證據能力，應就個案裡的所有情狀綜合判斷。如最高法院100年度臺上字第2539號判決：「刑事訴訟法第一百三十一條第四項關於無票搜索後未依法陳報法院者，審判時法院得宣告所扣得之物，不得作為證據之規定，其立法理由已說明對於逕行搜索後所取得之證據，如未陳報法院或經法院撤銷者，不應不分情節，一概強制排除其證據能力，應依比例原則及法益均衡原則加以權衡，以避免僅因程序上微小瑕疵，致使許多與事實相符之證據，無例外被排除。爰增訂該第四項之規定，賦與法院自由裁量之權限，使法院得斟酌人權保障及公共利益之均衡原則，以作為認定證據能力有無之標準，此與同法第一百五十八條之四關於違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護，適同其趣旨，咸認法院就上開違法取得之證據有無證據能力，得審酌上開標準加以裁量。」最高法院99年度臺上字第6038號判決：「審酌一切情狀，以本件逕行搜索雖因事後未依規定陳報而違反法定程序，但因其違反之情節並非嚴重，不予排除其扣得物品之證據能力，尚與人民對司法公平公正之信賴無重大影響，本於人權保障與公共利益均衡維護之精神，依比例原則，認本件逕行搜索所扣得如原判決附表一、二所示之物，均有證據能力，而詳敘其權衡各種情形之理由」最高法院93年度臺上字第1631號判決：「本件承辦之司法警察嗣依同條第三項之規定於執行當日即陳報台灣士林地方法院檢察署檢察官，

衝突。

如此一來，第18條之1第3項在警察官員違反第5條第4項時，應如何適用，便有兩種可能。一是延續前述最高法院的立場，限縮解釋第18條之1第3項的適用範圍，將第5條第4項的違反排除在證據排除規定的適用範圍之外。可以解釋這一個可能作法的原因在於，第18條之1第3項所要排除的，是以違反令狀原則所取得的通訊內容，所以當通訊監察的執行合於第5條第1項、第2項及第3項所定的要件時，便屬合法的通訊監察，沒有第18條之1第3項的問題。至於監察期間的報告義務，與令狀原則或執法官員得否發動通訊監察無關，只涉及執行程序而已。是故，第5條第4項的違反沒有第18條之1第3項的適用。即使認為違反報告義務屬於法定程序的違反，至多也只是適用刑事訴訟法第158條之4，由法院綜合考量人權保障及公共利益的均衡維護，決定所取得的通訊內容有無證據能力。

另一種可能的作法是，依循第18條之1第3項的字面涵義，只要執法機關違反第5條第4項所要求的報告義務，就排除其所取得的通訊內容及衍生證據。其中原因並不難想像，既然立法者在第18條之1第3項明文「違反第五條……」，而未排除任何一項，第18條之1第3項的證據排除規定在違反第5條第4項時，就應有其適用。是故，當通訊監察的執行機關違反每十五日至少一次的報告義務，或是檢察官或法院所要求的報告時，其所取得的通訊內容及衍生證據，就應依第18條之1第3項排除，沒有任何裁量的空間。

從結論來說，應以後者有第18條之1第3項適用的說法為可採。

雖疏未於執行後三日即九十年二月二十八日前陳報法院。但違反法定程序取得之證據，應否予以排除，必須考量其作為之依據，是否有害於公平正義，倘依刑事訴訟法所揭示之基本精神，就個案違反法定程序情節、犯罪所生危害等事項綜合考量結果，認以容許其作為認定事實之依據，始符合審判之公平正義，而不予排除該證據，自不能指為違法。」（強調部分為作者所加）

除了條文的文義解釋的理由外，另一個可能更為重要的原因是，通訊監察不同於傳統的強制處分，是以相對人完全不知情的方式為之，無論是在發動前或執行中，都不會通知監察對象，也因此，其也無從針對通訊監察聲明不服，尋求救濟。也因此，執行中的外部監督機制，確保通訊監察合法實施，就格外重要。第5條第4項的報告義務，讓法官及檢察官得以適時監督通訊監察的執行，避免偵查權限的恣意濫用，造成人民隱私權益不必要的侵害，對於人民來說，應屬權利保障的核心措置，其違反也因而應有第18條之1第3項的適用，即使因而取得與本案相關的通訊內容及衍生證據，也應排除之，不得提出於審判期日，作為證據調查之用。另外一個原因是，通保法雖然設有諸多外部監督的規定，但是只有第5條第4項與第18條之1第3項直接連動，得用以促使執法官員遵循種種程序規範。所以，從政策性的角度來說，也應認第5條第4項報告義務的違反，有通保法的證據排除規定適用。

必須要承認的是，前述的主張效果極為嚴厲，很可能不會為實務所接受。即使不接受應該適用第18條之1第3項的結論，至少也應認有刑法第158條之4的適用。認為定期報告義務只是單純事後的程序性規定，不影響通訊監察的合法性者，會是最不合理且令人難以接受的作法。

(8) 聲請以單一監察對象之疑義

除了上述的報告義務外，第5條第5項也規定了，「通訊監察書之聲請，應以單一監察對象為限，同一偵、他字或相牽連案件，得同時聲請數張通訊監察書。」接下來的問題是，當檢察官在一張聲請書上，以兩個以上的監察對象，且法院審查後也准許，核發通訊監察書時，因而所取得的通訊內容，是否屬於第5條第5項的違反？⁴³

⁴³ 在這裡必須要說明的是，實務上要發生此種類型的錯誤，機會應該是微乎其

是否應適用第18條之1第3項予以排除？

這一個問題的答案，約莫也可以有肯否兩個立場。不過，就此應該認為，即使偵查機關違反了第5條第5項，也不會有第18條之1第3項的適用。亦即，第18條之1第3項在此時應作限縮解釋，排除第5條第5項的適用，檢察官以兩個以上的監察對象提出聲請，而法院准許核發通訊監察書時，因而取得的通訊內容，沒有第18條之1第3項的適用。除了沒有第18條之1第3項的適用外，此一規範的違反也不屬於刑訴法第158條之4的「違反法定程序」，不會有該條證據排除的適用。

第5條第4項及第5條第5項都是第5條的規定，何以在是否適用第18條之1第3項上有截然不同的結論？其中的原因在於，透過解釋，可以知道第5條第4項有其重要的規範目的，也就是強化通訊監察執行上的外部監督，確保偵查權限不至於濫用，進而保障人民的隱私權益，再加上通訊監察秘密進行的本質，可以推導出第5條第4項是通保法裡的核心地位規定，而應有第18條之1第3項的適用，以促使偵查機關遵循各樣執行時應遵守的程序規範。但是，相對地，第5條第5項完全沒有任何實質的意義或規範目的可言，無論從任何一個角度來看，該條項都沒有任何相對應所要保護的利益⁴⁴。也因此，該條項並非位處通訊監察法制裡的核心地位，不是保護人民權利的核心措置，所以其違反，自不應有任何法律效果，更遑論適用第18條之1第3項的絕對排除規定。

微，極其罕見，難以想像。

⁴⁴ 關於此點的討論，還可以參照劉靜怡，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，頁11-12，2014年9月；張麗卿，通訊保障及監察法之修正及評析，月旦法學雜誌，229期，頁39-40，2014年6月；林豐裕等，簡評2014年通訊保障及監察法增修條文，檢察新論，16期，頁67-68，2014年7月。

(二)緊急通訊監察

依第6條規定，執法機關在有緊急情狀時，得先進行通訊監察，於事後再向法院補聲請通訊監察書。但是依本條所為的緊急通訊監察，必須要合於一定要件，否則就屬於違法的通訊監察，而會有第18條之1第3項的適用。第6條包含了兩種類型的緊急通訊監察，兩者除了有個別的要件外，還有共同應遵循的程序，其違反及證據排除的適用與否應該分別討論之。

1. 為防止他人危險

第6條第1項前段所規定的，是為防止他人生命、身體或財產危險所為的緊急通訊監察。姑且不論這種型態的緊急通訊監察列舉了與第5條不同的罪名，在理論及實務上都有著嚴重的問題⁴⁵，違反第6條第1項所訂此種緊急通訊監察之相關要件，有無第18條之1第3項的適用，同前所述，應視其是否屬於通保法的核心地位規範而定。

(1)以犯罪嫌疑人或被告以外之第三人為監察對象

一般的通訊監察只能以犯罪嫌疑人或被告為監察對象，緊急通訊監察自不在例外之列。這樣的限制，主要是著眼於通訊監察對於隱私的影響既深且廣，所以不得針對一般人為之。如同先前所述，此一要求應關係人民權利保護的核心措置，如果執法機關就犯罪嫌疑人或被告以外之人進行緊急通訊監察，即使因而取得了得以證明犯罪事實的通訊內容及衍生證據，仍屬第6條第1項的違反，應依第18條之1第3項予以排除。

(2)非屬第6條第1項前段所列舉的重罪

為進行防止他人危險類型的緊急通訊監察，必須是涉及第6條

⁴⁵ 關於得為緊急通訊監察的罪名與一般通訊監察者不同，其分析及評論可以參照王兆鵬等，刑事訴訟法（下），頁298-299，2015年9月，3版。

第1項前段所列舉的重罪。姑且不論第6條第1項前段列舉與第5條第1項不同罪名的立法錯誤，緊急通訊監察之所以有此限制，主要是因為通訊監察對於相對人的隱私影響極大，所以針對輕微的犯罪，基於比例原則的考量，不得發動緊急通訊監察。這樣的規定，應位處通保法的核心地位，是保護人民權利的核心措置，若是有所牴觸，便徹底違反了立法者就通訊監察所設下的重要限制，故應有第18條之1第3項的適用。

(3) 不存有對於他人生命、身體或財產的急迫危險

這一個類型的緊急通訊監察必須是「為他人生命、身體、財產之急迫危險」，雖然從語意上來說，「為……」指的是目標或目的，但從緊急通訊監察的本質上來看，其可以解釋為進行緊急通訊監察所必須要具備的要件，也就是必須在事實上，存有他人的生命、身體或財產的急迫危險時，才可以進行此種通訊監察。也因此，這一個要求應屬通保法的核心地位規定，所以違反此一要件所取得的通訊內容及衍生證據，應依第18條之1第3項排除。值得附帶一提的是，這一個要件違反的態樣有二，一是根本沒有他人生命、身體或財產的急迫危險，二是雖有此等危險，但並不急迫。

(4) 欠缺相當理由可認透過通訊監察所取得的通訊內容，足以避免他人生命、身體或財產的急迫危險

第6條的條文文字裡並沒有此一要件，但其應屬解釋上之必然。詳細地來說，即使被告或犯罪嫌疑人涉犯一定的重大犯罪，且他人的生命、身體或財產因而受有急迫危險時，也不當然就可以進行緊急通訊監察。這是因為，如果執行緊急通訊監察，仍無法防止他人所會面臨的緊急危險，就沒有進行通訊監察的必要性。這一個要件也因而具有控制偵查機關發動緊急通訊監察的功能，因此位居通保法制的核心地位規定，是保護人民權利的核心措置。是故，欠缺此一要件所為的緊急通訊監察，其所取得的通訊內容及衍生證

據，依第18條之1第3項，皆無證據能力，應予排除。

2. 情形急迫不及聲請令狀

第二種緊急通訊監察的類型，是因為情形急迫，來不及向法院聲請通訊監察書。第6條第1項針對此種緊急通訊監察設有其程序要件，其違反而應有第18條之1第3項之適用者，應包括有下列情形：

(1) 以犯罪嫌疑人或被告以外之第三人為監察對象

同前所述，既然只能對犯罪嫌疑人或被告為通訊監察，緊急通訊監察也就受到同樣的限制。這一個限制是通訊監察法制中的核心地位規定，所以，如果偵查機關監察了犯罪嫌疑人或被告以外之第三人的通訊，即屬第6條第1項的違反，而有第18條之1第3項的適用⁴⁶。

(2) 所涉非第5條第1項所列舉之犯罪

第6條第1項明定，只有被告或犯罪嫌疑人所犯是第5條第1項所列舉的犯罪，才能夠為緊急通訊監察。這是因為，只有被告或犯罪嫌疑人所犯為第5條第1項所列犯罪，偵查機關才能向法院聲請令狀，進行通訊監察，緊急情狀下的無令狀通訊自應遵循同樣的規範。此一要件也限制了執法官員能進行緊急通訊監察的範圍，保護了人民權利，是通保法中的核心地位規定。也因此，違反者，自有第18條之1第3項的適用，排除所取得的通訊內容及其衍生證據。

(3) 未有相當理由可信犯罪嫌疑人或被告以特定通訊方式或設備聯繫第5條第1項所列舉之犯罪相關情事

即使有事實足認，犯罪嫌疑人或被告犯有法定重罪，也不意味著就可以對其進行通訊監察。如果被告或犯罪嫌疑人並不會以特定的通訊方式或設備聯繫犯罪的相關情事，偵查官員也就沒有任何監

⁴⁶ 當被告或犯罪嫌疑人使用登記於第三人名下的通訊門號或設備時，還是可以就該被告或犯罪嫌疑人為緊急通訊監察。這部分，請參照參、二、(一)、2、(2)部分的討論及說明。

察其通訊，或是接觸其通訊內容的理由或是正當性。這一個相當理由的要求保護了人民隱私權利不會受到不必要的侵害，應該屬於通保法中的核心地位規定。也因此，在欠缺此一要件的情形下進行緊急通訊監察，應屬第6條的違反，而有第18條之1第3項的適用。

(4)情形非屬急迫

之所以容許檢警官員在取得令狀前，就發動通訊監察，主要的原因在，不是單純因為犯罪嫌疑人涉犯重罪，而是依個案中的情狀，若必須要經過法院審查獲准後才能為通訊監察，可能就已經錯失犯罪偵查的先機。也因此，如果時間上仍有餘裕，就應該循令狀程序，向法院聲請通訊監察書，方得為通訊監察。這一個對於情形急迫的要求，節制了偵查機關可以進行緊急通訊監察的時機，是關於保護人民權利的核心措置。因此，偵查機關若未遵循，就違背了第6條的誡命，所取得的通訊內容及衍生證據，應依第18條之1第3項，予以排除。

3. 未告知執行機關第11條所定事項（通訊監察書的應記載事項）

在合於緊急通訊監察的要件時，依第11條，司法警察機關得報請檢察官，由檢察官以口頭（言詞）通知執行機關，先予執行通訊監察。但是，檢察官在通知時，必須一併告知其第11條所定，通訊監察書的應記載事項。如果檢察官在通知執行機關先行通訊監察時，未一併告知其第11條所定事項，是否有第18條之1第3項的適用？

從結論來說，答案應該是肯定的。其中原因在於，在緊急通訊監察中，強制處分發動前並未有法院的審查及授權，也就自然沒有法院所核發的通訊監察書。沒有通訊監察書，並不意味著警察官員就可以恣意濫用監察權限，毫無限制地接觸或取得任一通訊的內容。即使是緊急通訊監察，其執行仍然只能夠針對特定被告或犯罪嫌疑人，關於特定重大犯罪，透過特定通訊設備或方式所進行通訊

為之。也就是說，雖然事實上存在有急迫情狀，容許執法官員可以逕行發動通訊監察，其仍必須在具有相當理由的一定範圍為之。此一範圍的界定，在欠缺法院審查授權的情形下，就有賴於檢察官向執行機關為之。由於通訊監察的對象、事由、監察的客體及方法等，均需由檢察官確認後向執行機關指示，以確保通訊監察的執行不會造成不必要且不合理的權利侵害，所以這一個告知程序的要求，應屬保護人民權利的核心措置。也因此，第6條中這一個要件的違反，應有第18條之1第3項的適用。

理論的推導上，應以上述結論及說理為當，但必須要承認的是，第11條所定事項的告知在實際上能夠發揮的功用，可謂杯水車薪。以最為常見的電信通訊的監察為例，其主要是以「全都錄」的方式進行，也就是由建置機關錄下一定時間內，透過一定通訊設備（如門號、號碼或位址）內所進行的所有通訊，再由執行機關聽（讀）取其內容⁴⁷。無論是一般或緊急通訊監察，多是如此。是故，即使在緊急通訊監察時，檢察官必須告知執行機關第11條所定事項（第6條第1項），在一般通訊監察時，法院必須在令狀上詳細明確記載一定事項（第11條），但是其在實際上幾乎不可能產生任何節制通訊監察的效果。無論檢察官是否告知，令狀上是否詳實記載，對於通訊監察的範圍也幾乎不會有任何影響。也因此，即使認為檢察官的漏未告知，應有證據排除及毒樹果實法則的適用，其與通訊監察的實際運作也有著相當大的齟齬及矛盾。

4. 未於二十四小時內陳報法院補發通訊監察書

第6條第1項要求，檢察官在許可司法警察機關執行緊急通訊監察後，必須「於二十四小時內陳報該管法院補發通訊監察書」。之

⁴⁷ 關於全都錄及其評論，可以參考李榮耕，簡評二〇一四年新修正的通訊保障及監察法——一次不知所為何來的修法，月旦法學雜誌，227期，頁154-160，2014年4月。

所以要求檢察機關陳報，原因在於，通訊監察既然已經回歸令狀原則，在有急迫情形時，雖然可以容許警察逕為通訊監察，但在發動後，還是應該讓法院得以審查緊急通訊監察的合法性，是否能夠繼續進行通訊監察，以確保人民的隱私權益不會受到違法侵害。正因為最終還是要經過法院審核其是否合法與否，在發動緊急通訊監察後，檢察機關就應該要即刻向法院陳報。亦即，陳報不應有不必要的遲延，也不應過長，否則監察對象的通訊隱私就可能因而受有過度且不必要的侵害。也因此，立法者在條文中明定，在緊急通訊監察開始後二十四小時內，檢察官必須向法院陳報，確認監察的合法性，以儘量減短人民私密事項曝露於國家偵查權限下的時間。從這一個角度來說，第6條第1項所定二十四小時陳報期間的規定應屬保護人民秘密通訊自由的重要規範，是通保法裡的核心地位規範，其違反應有第18條之1第3項的適用。

值得進一步說明的是，法院在檢察機關陳報後，若認為緊急通訊監察的發動違法，因而所取得的通訊內容及衍生證據無證據能力，且應銷燬之。此時，重點應該是在偵查機關的行為是否合於緊急通訊監察的要件，至於其是否違反陳報期間的規定，似乎並無關聯。因為，如果法院補發通訊監察書，就等於是肯認已經進行的監察合法，偵查機關可以繼續監察特定人的通訊，若法院未補發，無論已經通訊監察持續了多久，過了多久才向法院陳報，已經取得的通訊內容及衍生證據都沒有證據能力，也都應予銷燬。此時，陳報期間違反與否，似乎並不重要。

這樣的說法，從證據最終被排除的角度來說，或許是可以接受的。但若更進一步地理解隱私權的性質，就可以知道上述的立場並不足採。隱私的本質之一，就是其一旦受有侵害，如果不是不可能，就是幾乎無法回復。亦即，一旦屬於隱私的事項為他人所知，就沒有「回復原狀」的可能。證據本身的排除或毒樹果實法則的規

定，都只是刑事程序中的證據規範，對受有侵害的人來說，都無法改變其個人事項被第三人所知悉的事實。所以，陳報期間的規定實與監察對象的權利保護息息相關，密不可分。亦即，即使法院判定緊急通訊監察違法後，有證據排除的規定，但是檢察官還是要遵循陳報期間的規定，因為唯有即早向法院陳報，才能夠即早停止違法的通訊監察，確保人民的通訊隱私不會受到不必要，且難以（無法）回復的侵害。

5. 未指定專責檢察官作為聯繫窗口之疑義

依第6條第1項，為處理緊急通訊監察案件，檢察機關「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。」由於這一個設置緊急聯繫窗口的要求規定於第6條，也就有了違反此一要求，是否應適用第18條之1第3項的疑問。不同於前述檢察官告知規定的是，這一個對於檢察機關的要求，純粹是為了讓偵查機關能夠迅速地聯繫到檢察官，取得其許可，更為即時有效地發動緊急通訊監察，並不是為了要保護人民的隱私或其他權益。也因此，此一規定與人民的權利保障無關，不是通訊監察法制中的核心地位條文，所以其違反，不應有證據排除或是毒樹果實法則的適用。從另一個角度來說，採行證據排除法則的目的在於，透過證據的排除，讓檢警官員徹底地失去違法取得證據的動機，藉此促使其遵循法定程序，保障人民權益⁴⁸。設置聯繫窗口的規定既然不是為了保護人民的何等權利，也就沒有促使警察官員遵循或去除其動機的需要，其違反也就自然沒有證據排除的適用。

6. 法院未設置專責窗口之疑義

為了受理檢察機關的陳報，第6條第2項規定，法院必須要設置

⁴⁸ 關於證據排除法則的理論基礎，可以參照王兆鵬，證據排除法則的相關問題，載：搜索扣押與刑事被告的憲法權利，頁80-84，2000年9月。

專責窗口。這一個規定，性質上應該只是單純的法院內部事務的分配，並不涉及人民權益保障。亦即，無論法院是否設置了專責窗口，處理緊急通訊監察的陳報，都不會影響到該監察的合法性。此時的重點在於法院是否即時審查緊急通訊監察的合法性，以及決定偵查機關可以繼續監察（詳見下一個要件的討論），至於是由法院內的哪一個法官（庭），與監察合法與否並沒有關聯，更與人民權利的保障無涉，不是通保法中的核心地位規範。是故，雖然第18條之1第3項明定「違反……第六條……規定執行通訊監察……」，但在這一個要件的適用上，應作限縮解釋。亦即，即使法院未設置專責窗口，或不是由專責窗口審理檢察官的陳報，都不應影響到緊急通訊監察的合法性，沒有第18條之1第3項的適用。

7. 違反審理期間規定

法院在受理檢察官的陳報後，必須在四十八小時內審查緊急通訊監察的合法性，以及是否得繼續為監察（第6條第2項）。之所以對於陳報後的審理期間作有要求，是因為在審查期間內，偵查機關仍持續進行通訊監察，監察對象（甚至包括無辜第三人）的通訊隱私可能仍受有衝擊。為儘量縮短這段時間內，無令狀通訊監察對於人民可能造成的影響，所以立法者要求法院在陳報後四十八小時內必須作成決定，否則緊急通訊監察就必須立即停止。從這一個角度來看，此一法院審理期間的規定係屬保護人民權利的核心措置，位於通訊監察法制中的核心地位。

可以一併在此指出的是，這一個要件違反的型態包括了：(1)法院駁回陳報後，或是(2)在陳報後四十八小時內未補發，但仍然繼續通訊監察。也因此，法院駁回陳報，或是在四十八小時內未補發令狀，檢察官所發動的緊急通訊監察便屬違法，也就應立即停止。在這段時間內所取得的通訊內容及衍生證據，應屬違法監察所得之證據，有第18條之1第3項的適用。

(三)小 結

通保法第18條之1第3項雖然明確地以執法官員違反同法第5條或第6條作為適用證據排除的要件，但是，並不是所有第5條或第6條裡的要求，都是用於保護人民權利，節制偵查機關的執法權限。從上述的分析及討論後可以知道：1. 一般通訊監察（第5條）中關於令狀原則、聲請（權）人、監察對象、本案罪名、相當理由、最後手段性、審理程序，以及執行機關的報告義務，與2. 緊急通訊監察（第6條）中關於監察對象、列舉重罪、急迫情狀、相當理由、告知執行機關法定事項、二十四小時內陳報法院，以及審理期間等要件，都與人民權利保障密切相關，依據美國聯邦最高法院於Girdano案及Chavez案所建立的核心地位理論及雙階審查基準，其違反者，應屬第5條或第6條的牴觸，有第18條之1第3項證據排除規定的適用。此外，一般通訊監察中關於僅得就單一監察對象聲請通訊監察，在緊急通訊監察的程序中必須指定專責檢察官作為處理緊急通訊監察的聯繫窗口，或是在法院設置專責窗口審理緊急通訊監察案件等規範，於人民權利保障沒有任何實質關聯，與節制執法機關通訊監察權限無涉，依據前述理論及判準，即使執法官員違反了這類的規定，應該沒有證據排除的問題。

肆、通保法第5條及第6條以外程序規定的違反

在參、中，我們分析了通保法的證據排除規定的模式，並討論了第5條、第6條及第18條之1第3項間應如何妥適地解釋及適用。從條文的文字來說，第18條之1第3項是以第5條或第6條的違反為適用的要件，這似乎意味著，第5條或第6條以外的程序規範的違反，沒有通保法的證據排除規定的適用。然而，通保法中有不少條文，都與人民秘密通訊自由的保障息息相關，也與第5條或第6條的要件密

不可分。僅僅因為這一類規範不是制定於第5條或第6條，是否就當然排除了第18條之1第3項適用？這不無探究商榷的餘地。以下試著以幾個條文為例，討論此一問題及其可能的答案。

一、通訊監察期間

第12條明文，依第5條或第6條所為的通訊監察，每次不得逾三十日。這一個監察期間的規定，違反型態有幾個，一是在通訊監察書所載監察期間前，就開始監察相對人通訊，一是在監察期間結束後，仍繼續通訊監察。例如，通訊監察書所載監察期間為中華民國一〇五年六月一日早上十時開始至同年六月三十日早上十時，但執法官員從五月三十一日就開始監察，或是到七月一日才停止監察。在這種情形下，執法官員所為的通訊監察，應屬違反，但問題是，其法律效果如何？

由於通保法第18條之1第3項的文字是：「違反第五條、第六條……」，而監察期間是規定於第12條，所以純從條文字面的意義來說，監察期間的違反，並不會有通保法證據排除規定的適用。此時所取得的通訊內容有無證據能力，應回到刑訴法第158條之4，由法官權衡判斷是否排除。這樣的結論，或許合於法條文義，但是其結論恐怕令人難以接受，其中原因如下。首先，因為刑訴法的證據排除法則採相對排除，是由法官在具體個案中，綜合違法情狀、犯罪情節、違反法定程序時的主觀、違反時是否緊急或不得已的情形、所侵害的權益種類及輕重、犯罪所生危險或實害、排除證據所生嚇阻效果、發現證據的必然性及對於被告防禦上的不利益等因素後決定，而不是只要違反的情節重大就一律排除，證據排除的效力強弱，不可同日而語⁴⁹。正因為刑訴法第158條之4採相對排除的標

⁴⁹ 最高法院93年度臺上字第664號判例：「對於違法搜索、扣押所取得之證據，

準，對於執法機關的嚇阻效果也就極為有限⁵⁰。再加上也只有重罪案件進行通訊監察，法院會在多少案件中排除所取得的通訊內容，也就不言而喻⁵¹。如此一來，幾乎無益於是告訴偵查官員，只要取得通訊監察書，大可漠視監察期間的記載，因為即使違反，所取得的通訊內容還是極有可能仍有證據能力，不會為法院所排除。

違反第12條僅適用刑訴法第158條之4的另一個不合理之處在於，既然通訊監察已經採令狀原則，除了意味著應由中立客觀的法官審酌個案中有無進行通訊監察的相當理由外，強制處分的執行也應該受有令狀的控制。也就是說，執法機關取得令狀後，必須要依照令狀上的指示來執行，以確保不會產生沒有相當理由或沒有必要的權益侵害。這也就是通訊監察書上必須記載案由、所犯法條、監察對象、監察通訊種類及號碼等足資識別的特徵、監察期間及方法等事項的原因。是故，通訊監察的執行違反通訊監察書上所記載事項時，應認為偵查官員已經違反了令狀原則的誡命，屬於第5條或第6條的違反，而不僅是第11條或第12條的問題而已。如果不作如此解釋，其結果將會是只要取得了通訊監察書，就只受到刑訴法第

除法律另有規定外，為兼顧程序正義及發現實體真實，應由法院於個案審理中，就個人基本人權之保障及公共利益之均衡維護，依比例原則及法益權衡原則，予以客觀之判斷，亦即宜就(一)違背法定程序之程度。(二)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）。(三)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）。(四)侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重。(五)犯罪所生之危險或實害。(六)禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果。(七)偵審人員如依法定程序，有無發現該證據之必然性。(八)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。」

⁵⁰ 關於裁量排除的分析及批評，可以參照王兆鵬，同註48，頁90-94；林鈺雄，九十一年度刑訴類實務見解回顧，台灣本土法學雜誌，53期，頁101-106，2003年12月。

⁵¹ 楊雲驊，同註1，頁77。

158條之4效力較弱的證據排除的控制，對於執法官員的嚇阻，促使其遵循令狀指示的效果，自是難以期待了。

是故，我們認為，雖然監察期間規定於第12條，但由於其為令狀的應記載事項（第11條第1項第6款），在通保法採取令狀原則後，通訊監察的執行也必須要合於法院於令狀上的指示，方符合第5條的立法意旨。除此之外，由於監察期間的規定是將執法機關的通訊監察權限節制在一定的範圍之內，保障了人民的通訊隱私不會受到無邊無際的恣意侵害，依核心地位理論，應屬保護人民權利的核心措置。綜合上述幾個理由，在解釋上應認為，偵查機關若未遵循通訊監察書上監察期間記載，也屬於第5條的違反，而有第18條之1第3項證據排除的適用。實務上過往的判決，也傾向於此一結論。最高法院在二〇〇七年修法前，雖然沒有仔細說明何以第12條的違反等於違背的第5條的規定，而有通保法的證據排除的適用，但就結論來說，其判決咸認，監察期間的違反，在情節重大時，應適用通保法的證據排除規定，而不是刑訴法第158條之4⁵²。

⁵² 如最高法院100年度臺上字第3113號：「……檢察官或司法警察機關對犯罪嫌疑人實施監聽之期間，必須在通訊監察書所記載之一定期間內為之，若有延長監聽期間之必要，亦須在原定期間屆滿前向法官聲請許可並核發通訊監察書後，始得為之（即學理上所稱『一定期間原則』）。未依上述規定程序之監聽所取得之證據，即屬違背法定程序取得之證據，除違法情節重大，依同法第五條第五項及第六條第三項規定，於司法偵查、審判或其他程序中均不得採為證據外，其餘情形，其有無證據能力之認定，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。」最高法院100年度臺上字第10號判決：「公務員，若不依該法第五條第二項規定取得檢察官或法院核發之通訊監察書……，或未依同法第六條規定，由檢察官口頭通知先執行通訊監察，即擅自對犯罪嫌疑人、被告或其他訴訟關係人實施通訊監察，事後亦未依規定補發通訊監察書者，不啻脫逸法律規範而恣意竊聽他人通訊內容，不僅違反該法所揭示實施通訊監察所應遵守之『令狀原則』與『一定期間原

二、最小侵害原則

通保法第2條第2項要求通訊監察，「不得逾越所欲達成目的之必要限度，且應以侵害最少之適當方法為之。」這是對於通訊監察，採取最小侵害原則的要求⁵³。釋字第631號解釋也明文，執行通訊監察時，「亦應謹守最小侵害原則」，因此其這一個原則應屬國家在進行通訊監察時，依憲法意旨所應遵循之程序規範。此外，在通訊監察中之所以有此一要求，也與令狀原則有密切的關係。

詳細地來說，從通保法制已經回歸令狀原則（第5條），令狀上必須要特定明確地記載案由及涉嫌觸犯之法條、監察對象、監察通訊種類及號碼等足資識別之特徵或受監察處所等事項的規定（第11條第1項）可以知道，執法機關只能接觸或取得令狀上記載監察對象所參與，而與本案有關的通訊。非監察對象所為，或是與本案無關者，則不得監察，否則就是沒有必要且欠缺相當理由的權利侵害。此一從令狀原則所推衍出的要求，與最小侵害原則類同。依據令狀原則（及特定明確原則），執法官員只能監察與本案有關之通訊，在個案中執行時，應以對監察對象侵害最小的方式為之，以最

則』，且嚴重侵犯人民秘密通訊自由及隱私權，其情節難謂非重大。實施刑事訴訟程序之公務員對犯罪嫌疑人、被告或其他訴訟關係人施以通訊監察，如非依法定程序而有妨害憲法第十二條所保障人民秘密通訊自由之重大違法情事，從抑制違法偵查，保障人權之觀點衡量，自應排除其證據適格。……刑事訴訟法第一百五十八條之四條文既謂『除法律另有規定外』，始適用該條所揭示之權衡法則，故關於違法進行通訊監察行為『情節重大者』，所取得之證據資料是否具有證據能力之判斷，自應優先適用通訊保障及監察法上述特別規定，而排除刑事訴訟法第一百五十八條之四關於權衡法則規定之適用。」（強調部分為作者所加）

53 不只於通訊監察，在傳統類型的強制處分，如搜索中，也有最小侵害原則的要求，如刑訴法第132條：「抗拒搜索者，得用強制力搜索之。但不得逾必要之程度。」

小化對於無關通訊的監察，兩者互為表裡。接下來的問題是，當檢察官未以侵害最小的方式進行通訊監察時，其法律效果為何？有無第18條之1第3項的適用？

如同監察期間的違反，如果純從條文文字上來看，只有在「違反第五條、第六條……」時，才有第18條之1第3項的適用，所以最小侵害原則的違反，至多只適用刑訴法第158條之4，由法院審酌人權保障及公共利益的均衡維護而決定。然而，基於以下幾個理由，這樣的結論恐怕並不妥適。其中主要的原因在於，從政策上的效果來說，刑訴法第158條之4只是相對排除違法所取得的證據，嚇阻及促使警察官員以侵害最小的方式執行通訊監察的效果可能相當有限。為了貫徹通訊監察採取令狀原則的規範精神，遵循釋字第631號的意旨，解釋上可認當通訊監察的執行違反第2條第2項關於最小侵害原則的要求時，等同於監察了通訊監察書上所未記載，與本案無關的通訊內容，不僅違反了特定明確原則，也牴觸了衍生出該原則的令狀原則。因此，當通訊監察違反第2條第2項時，會同時違反了第5條，而有第18條之1第3項的適用，法院應排除所取得的通訊內容及衍生證據⁵⁴。

此外，從比較法例，美國聯邦最高法院在Giordano案及Chavez案所建立的核心地位理論，也可以獲得相同的結論。詳細地來說，通保法中最小侵害原則所要求的是，通訊監察的執行必須控制在監察對象有參與，且與本案相關的通話內容內，避免監聽（錄）當沒有關聯性的對話。這樣的要求，節制了偵查機關的通訊監察權限，是保護人民通訊隱私的核心措置⁵⁵。是故，此一規範的違反，應有

⁵⁴ 李榮耕，通訊監察中之最小侵害原則，臺北大學法學論叢，82期，頁235-236，2012年6月。

⁵⁵ 同前註，頁213-214。

通保法中證據排除規定的適用。

三、小 結

從前面的分析可以知道，雖然在解釋上，可以找到偵查機關違反監察期間（第12條）或是最小侵害原則（第2條第2項）時，仍有通保法第18條之1第3項適用的支持理由，但是，不可否認的是，從條文的文字上來說，會得到完全相反，否定的結論。也因此，現行第18條之1第3項這種以特定條文的違反作為要件的设计，是否妥適，是否合於制度運作上的需要，也就不無探究的空間。

伍、分析及制度上的建議

透過前面的討論可以知道，現行第18條之1第3項應如何解釋及適用。該條項的立法模式所可造成的問題也一一浮現。現行通保法證據排除规定的設計是否有妥適，有無修正的必要，也就因而值得分析探究。

一、違反特定條文為適用證據排除的要件之疑義

依現行第18條之1第3項，必須要有第5條及第6條的違反，才會有通保法的證據排除规定的適用。這樣的設計，會有兩方面的問題。一方面是，第5條及第6條中哪些規範或要件的違反會有第18條之1第3項的適用，應該要有進一步的解釋，無法一概而論。換言之，並不是所有第5條或第6條的違反，都必須要因而排除所取得的通訊內容及衍生證據。必須要是哪一些具有保護人民權益的重要實質規範或核心地位規定，才會有證據排除及毒樹果實法則的適用。至於其他的程序規範，如聲請以單一對象為限、指定專責檢察官或在法院內設置專責窗口等，因為其主要目的並不是在維護監察對象

或無辜第三人的何等權利，僅純屬檢察署或法院內部的事務分配，所以即使違反，也不會有第18條之1第3項的適用。

二方面，純從第18條之1第3項的字面上來說，第5條及第6條以外規定的違反，不會有通保法證據排除規定的問題。此時，至多也只是適用刑訴法第158條之4，由法院在個案中權衡判斷監察所得的通訊內容有無證據能力，與通保法無涉。但是，分析後可以知道，第5條及第6條僅僅規定了在進行通訊監察前，必須事先取得法院所核發的令狀，以及法院核發令狀時所應審查的要件。至於其他通訊監察的執行方式、程序、監察期間及監督等規範，雖然都是執法機關所應遵循的法定程序，但都不為第5條及第6條所涵蓋。也因此，即便違反，都不會有第18條之1第3項的適用。然而，第5條或第6條以外的其他條文，許多皆與第5條或第6條密不可分，其遵循與否，都關係到通訊監察的發動及執行是否合於第5條及第6條所揭櫫的令狀原則，因而與人民通訊隱私的保障密不可分。這些條文（諸如監察期間或是最小侵害原則等）所定法定程序的違反，對於人民權利的侵害，與未事先取得令狀便進行通訊監察所造成的戕傷，不分軒輊。依核心地位理論，此些規範屬於保護人民權利的核心措置。偵查官員若未遵循，透過解釋，應認為同樣有第18條之1第3項的適用。

綜合上述的分析可知，通訊監察違反第5條或第6條，不當然適用到第18條之1第3項，違反第5條或第6條以外的條文，也不當然沒有第18條之1第3項的適用。在個案中，還必須要更細緻地審查偵查官員所未遵循的規範是否屬於保護人民權利的核心地位規定，不能一概而論，否則對於人民權益保障或犯罪的有效偵查來說，都是一大傷害⁵⁶。也因此，現行第18條之1第3項的規範模式，勢必有改弦

⁵⁶ 要說明的是，這樣的主張與2007年通保法第5條第5項及第6條第3項的規定並

易轍，大幅修正，採行其他規範模式的必要。

二、修正建議

通保法第18條之1第3項的規範模式並不妥適，應有修正的必要。較為可採者，應是現行刑訴法或美國聯邦通訊監察法的立法例，再佐以美國聯邦最高法院所建立的雙階審查理論，判斷在個案中有無通保法證據排除法則規定的適用。

(一)以違法與否作為適用證據排除的要件

針對通保法中的證據排除規定的修正，一個或許可行的方向，可以分為兩個層次說明。首先，就是不要繼續將證據排除等法律效果直接連動於特定條文的違反。這樣的規範模式固然有其適用上「明確」的優點，但其同時也必然衍生有許多弊病，諸如上述。掛一漏萬，治絲益棼，徒增個案中解釋適用上的困擾。

其次，證據排除的規範模式，應該是改採刑訴法第158條之4，或是美國聯邦通訊監察法的立法模式。也就是說，以「違法通訊監察」或「通訊監察違法」，而不是違反特定條文，作為適用通保法證據排除條文的要件。如此一來，就解決了證據排除與特定條文連動，同時有著涵蓋過廣（第5條或第6條裡所有的規範）及不足（第5條或第6條以外的重要規定）的問題。在個案中，當通訊監察違反通保法時，法院可以透過解釋，審查其違反是否屬於「違法」或是已經達到「違法」的程度，而有通保法的證據排除規定的適用。在適用上，證據排除的適用範圍可以更為擴大及有彈性，也更可以促使偵查機關遵循法定程序，進而賦予人民更為周延的保護。

不能否認的是，在這種立法方式裡，由於不是任何一個通保法

不相同，因為這兩個條項雖然有「情節重大」的文字，但還是以違反特定條文（違反第5條或第6條）為適用證據排除規定的要件。

的條文的違反，都是這裡所稱的「違法」，通訊監察「違法」與否，還是必須要在個案中探究及解釋，所以在適用上會比較沒有可預測性。但是，透過法院在個案中的逐漸累積，哪一些條文的違反或違反型態屬於違法的通訊監察，將可以觀察到司法實務上較為一致的立場，也就可以降低裁判結果預測的難度⁵⁷。

(二)以雙階審查理論審查通訊監察違法與否

如果立法者雅納上述的建議，改以「違法通訊監察」作為適用通保法證據排除的要件，而並不是所有通保法規定的違反，都會使得通訊監察違法的話，那麼接下來必須要回答的問題會是，如何審查及判斷哪些條文的牴觸或是違反的情形會構成違法通訊監察，因而有證據排除法則的適用？

就此，美國聯邦最高法院在Giordano案及Chavez案所建立的雙階審理理論，可以借鏡參考。亦即，當所執行的通訊監察違反通保法的規定時，先從條文的規範目的及效果，判斷其是否為通保法的核心地位規定，是否為保護人民權利的核心重要措置。據此，在一般通訊監察（第5條）中諸如有無通訊監察書、聲請人、監察對象、本案是否為法定列舉罪名、相當理由、最後手段性、審理程序，以及執行機關的報告義務，與緊急通訊監察（第6條）中的監察對象、本案是否為法定重罪、緊急情狀、相當理由、告知執行機關法定事項、是否於二十四小時內陳報法院，以及法院審理期間，監察期間（第12條）及最小侵害手段（第2條第2項），均應屬之。至於在聲請通訊監察時，是否為單一監察對象，在緊急通訊監察中，檢察機關是否設有專責檢察官，法院是否設有專責窗口等，因為與人民權利保護沒有實質關聯，即使在執行通訊監察時有所違

⁵⁷ See George E. Dix, *Nonconstitutional Exclusionary Rules in Criminal Procedure*, 27 AM. CRIM. L. REV. 53, 68-75 (1989).

反，也不會使該通訊監察違法。

如果檢警機關違反的是通保法中的核心地位規定，也不應立即認為所實施的通訊監察當然違法。此時，應進入到下一個階層，於個案中審查違犯的具體情形，是不是已經實質地牴觸了該條文的規範目的。舉例來說，通訊監察的聲請權人為檢察官（第5條第2項），此為控制偵查機關發動通訊監察，確保其聲請的必要性經過檢察官審核，進而保護人民權利的重要機制。如果聲請的名義人是警察官員，就違反了該條項，但是不是構成了違法通訊監察，還要看具體個案中的情形。如果該聲請確實上經過檢察官審查及許可，即使聲請名義人是警察，也並未實質違反聲請人的限制，所以所執行的通訊監察不會因而違法，不會有證據排除規定的適用，監察所得的通訊內容，仍可作為證據調查之用。

陸、結 論

為促使偵查機關遵循通保法所設的法定程序，立法者在該法中制定有證據排除的規定，也就是其第18條之1第3項。這一個條項的適用是以通保法第5條或第6條的違反為要件，但是在討論後可以知道，並非通保法第5條或第6條中所有規定的違反，都應該有證據排除規定的適用，而未能遵循第5條或第6條以外的部分條文，對於人民通訊隱私的侵害，也絕對並不亞於第5條或第6條的牴觸。是故，從立法模式上來說，第18條之1第3項可能就不盡妥適，而有修正的必要。

在參考了比較法例後，我們認為應該參考現行刑訴法第158條之4及美國聯邦通訊監察法立法方式，以「違法通訊監察」或「通訊監察違法」作為適用證據排除規定的要件。至於通訊監察是否違法，可以借鏡美國聯邦最高法院於Giordano案及Chavez案所建立的

雙階審查理論，先審查偵查機關所違反的條文，是否為通保法中的核心地位規定，是不是保護人民權利的核心措置。若是，則進一步判斷在個案中，該違犯是不是已經實質地牴觸了條文的規範目的或核心意涵。若是，通訊監察則便屬違法，而有證據排除規定的適用，監察所得的通訊內容不得作為證據調查之用。

不可諱言，通訊監察是抗制犯罪上極為有效的偵查手段，不過，這也意味著其對於人民的權益帶有相當大的潛在風險。由於證據排除規定具有促使偵查機關遵循各樣法定程序的功能，其也就因而同時扮演著使通訊監察法制在犯罪偵查及人權保障間取得平衡的樞紐角色。如何設計、形成、解釋及適用證據排除規定，也就至為關鍵重要。這篇論文嘗試著在這一個議題的思考上提供一點思索後的心得，野人獻曝，還望對於我國刑事程序及偵查法制有些微貢獻。

元照出版提供 請勿公開散布

參考文獻

一、中 文

1. 王兆鵬，證據排除法則的相關問題，載：搜索扣押與刑事被告的憲法權利，頁77-112，2000年9月。(Jaw-Perng Wang (2000), *Issues Related to the Exclusionary Rule of Evidence*, in: SEIZURE, AND THE DEFENDANTS' CONSTITUTIONAL RIGHTS, 77-112.)
2. 王兆鵬，自白與毒樹果實原則，載：新刑訴·新思維，頁25-55，2004年10月。(Jaw-Perng Wang (2004), *Confession and the Fruit of Poisonous Tree*, in: NEW THOUGHTS AND NEW CRIMINAL PROCEDURE, 25-55.)
3. 王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（下），3版，2015年9月。(Jaw-Perng Wang, Ming-Woei Chang & Rong-Geng Li, *Criminal Procedure II*, 3rd ed. (2015).)
4. 吳燦，新修正通訊保障及監察法第18條之1之適用，檢察新論，16期，頁25-32，2014年7月。(Can Wu, *Issues Related to the Exclusionary Rule of Evidence the Application of Article 18-1 of the Communications Security and Surveillance Act*, 16 TAIWAN PROSECUTOR REVIEW, 25-32 (2014).)
5. 李榮耕，I Am Listening to You——釋字第六三一號解釋、令狀原則及修正後通訊保障及監察法（上），台灣本土法學雜誌，104期，頁47-60，2008年3月。(Rong-Geng Li, *I Am Listening to You — Judicial Interpretation No. 631, the Warrant Requirement, and the New Communications Security and Surveillance Act I*, 104 TAIWAN LAW JOURNAL, 47-60 (2008).)
6. 李榮耕，通訊監察中之最小侵害原則，臺北大學法學論叢，82期，頁205-244，2012年6月。(Rong-Geng Li, *The Minimization Requirement in the Communications Security and Surveillance Act*, 82 TAIPEI UNIVERSITY LAW REVIEW, 205-244 (2012).)
7. 李榮耕，簡評二〇一四年新修正的通訊保障及監察法——一次不知所為何來的修法，月旦法學雜誌，227期，頁148-175，2014年4月。(Rong-Geng Li, *Analysis on the Communications Security and Surveillance Act of 2014 — A*

- Ridiculous Amendments*, 227 THE TAIWAN LAW REVIEW, 148-175 (2014).)
8. 李榮耕，通訊保障及監察法，2018年2月。(Rong-Geng Li, *The Communications Security and Surveillance Act* (2018).)
9. 林永謀，刑事訴訟法釋論（中），2010年12月。(Yong-Mou Lin, *Criminal Procedure II* (2010).)
10. 林俊益，刑事訴訟法概論，17版，2017年9月。(Jyun-Yi Lin, *Criminal Procedure*, 17th ed. (2017).)
11. 林鈺雄，九十一年度刑訴類實務見解回顧，台灣本土法學雜誌，53期，頁92-110，2003年12月。(Yu-Xiong Lin, *Review on the Practice of Criminal Procedure of 2012*, 53 TAIWAN LAW JOURNAL, 92-110 (2003).)
12. 林鈺雄，刑事訴訟法（上），8版，2017年9月。(Yu-Xiong Lin, *Criminal Procedure I*, 8th ed. (2017).)
13. 林豐裕、李欣倫、李鎮宇，簡評2014年通訊保障及監察法增修條文，檢察新論，16期，頁60-71，2014年7月。(Feng-Yu Lin, Xin-Lun Li & Zhen-Yu Li, *Comment on the Amendment of the Communications Security and Surveillance Act*, 16 TAIWAN PROSECUTOR REVIEW, 60-71 (2014).)
14. 張麗卿，通訊保障及監察法之修正及評析，月旦法學雜誌，229期，頁25-45，2014年6月。(Li-Qing Zhang, *Analysis on the Amendment of the Communications Security and Surveillance Act*, 229 THE TAIWAN LAW REVIEW, 25-45 (2014).)
15. 陳運財，違法證據排除法則之回顧與展望，月旦法學雜誌，113期，頁27-50，2004年10月。(Yun-Cai Chen, *The Past and Future of the Exclusionary Rule of Evidence*, 113 THE TAIWAN LAW REVIEW, 27-50 (2004).)
16. 黃朝義，刑事訴訟法，3版，2013年4月。(Chao-Yi Huang, *Criminal Procedure*, 3rd ed. (2013).)
17. 楊雲驊，通訊監察「違反令狀原則」以及「另案監聽」在刑事證據法上之效果——評最高法院九八年度台上字第一四九五號、九七年度台上字第二六三三號及九七年度台非字第五四九號三則判決，台灣法學雜誌，141期，頁67-93，2009年12月。(Yun-Hua Yang, *The Violation of the Warrant Requirement and Plain Hearing in the Criminal Evidence Law—Analysis on Supreme Court*

Judgement 98 Tai-Shang-Tzu 1495, 97 Tai-Shang-Tzu 2633, 97 Tai-Fei-Zi 549, 141 TAIWAN LAW JOURNAL, 67-93 (2009).)

18. 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，頁3-24，2014年7月。(Yun-Hua Yang, *The Imbalance Scale — Comment on Article 18-1 of the New Communications Security and Surveillance Act*, 16 TAIWAN PROSECUTOR REVIEW, 3-24 (2014).)
19. 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，頁5-17，2014年9月。(Ching-Yi Liu, *Pass the Examination by a Narrow Margin — Analysis on the 2014 Amendment of the Communications Security and Surveillance Act*, 232 THE TAIWAN LAW REVIEW, 5-17 (2014).)

二、外 文

1. Dix, George E., *Nonconstitutional Exclusionary Rules in Criminal Procedure*, 27 AM. CRIM. L. REV. 53 (1989).
2. Fehr, Caroline et al., *Computer Crimes*, 53 AM. CRIM. L. REV. 977 (2016).
3. Fetting, Derik T., *When “Good Faith” Makes Good Sense: Applying Leon’s Exception to the Exclusionary Rule to the Government’s Reasonable Reliance on Title III Wiretap Orders*, 49 HARV. J. ON LEGIS. 373 (2012).
4. Garrie, Daniel B. et al., *Voice Over Internet Protocol and the Wiretap Act: Is Your Conversation Protected?*, 29 SEATTLE U. L. REV. 97 (2005).
5. Kerr, Orin S., *Lifting the “Fog” of Internet Surveillance: How a Suppression Remedy Would Change Computer Crime Law*, 54 HASTINGS L.J. 805 (2003).

The Exclusionary Rule in the Communication Security and Surveillance Act

Rong-Geng Li^{*}

Abstract

In order to make the law enforcement complies with the procedure set by the Communication Security and Surveillance Act (CSSA), the legislators enacted a provision with respect to the exclusionary rule of evidence in that act. Only if the police force is in violation of art. 5 or 6, the exclusionary rule in the CSSA applies, which is different from the similar provision in the Criminal Procedure Code. Therefore, the exclusionary rule in the CSSA has two issues: over-coverage and under-coverage. Not all violation of those requirements in art. 5 and 6 should be applied by the exclusionary rule. In addition, the aforementioned rule should apply to violation of certain provisions other than art. 5 and 6. After referring to the legal framework of the United States, it is recommended that the exclusionary rule of the CSSA should be revised. The said rule should apply when the interception is unlawful. Moreover, according to the two-level test established by Giordano and Chavez, courts should look into whether the violated provision plays a central

^{*} Professor, National Taipei University Law School; S.J.D., Indiana University—Bloomington Maurer School of Law.

Received: April 18, 2018; accepted: October 18, 2018

role in the communication surveillance law, and then determine whether the police substantially disobey the provision at issue. If so, the violation constitutes unlawful interception and the exclusionary rule applies.

Keywords: Communication Surveillance, Interception, Unlawful Communication Surveillance, Unlawful Interception, The Exclusionary Rule of Evidence, Central-Role Provision



元照出版提供 請勿公開散布