

律師及被告間通訊的監察

李 榮 耕*

要 目

壹、前 言	(一)執行方式
貳、律師與被告間充分自由溝通的保障	(二)事後規範
一、被告的受律師協助權	肆、幾種可能可以採行的立法方式
二、律師的拒絕證言權	一、證據排除
三、律師及被告間的祕匿特權	二、執行方式
參、我國通訊保障及監察法的不足之處	三、特別的發動要件及執行方式
一、律師及其當事人間的通訊可能受到監察	四、禁止監察
(一)以一般犯罪嫌疑人為監察對象	五、討 論
(二)以律師為監察對象	(一)證據排除
二、現行通保法未設有足夠的必要規範	(二)特別需要
(一)程序要件	(三)執行方法
	(四)禁止監察
	伍、討論及建議
	一、不應採絕對禁止
	二、要 件

DOI : 10.3966/10239820201609146001

* 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。在此要向審查人致上深深的感激之意，審查意見所給予的建議，給予了本文修正及分析上的極大助益。

投稿日期：一〇三年七月十五日；接受刊登日期：一〇四年五月二十一日

責任校對：蘇淑君

三、監察期間

四、執行

(一)在一般案件中的執行

(二)律師及特定人為監察對象

五、事中監督

六、事後通知

七、使用

八、證據能力

陸、我國法制上的特殊困境：全都錄

一、我國通訊監察的執行方式

二、程序規範的落空

三、小結

柒、結論

摘 要

以一般犯罪嫌疑人為監察對象時，除了影響到其隱私權外，還可能會波及到其受律師協助權。在以律師為監察對象時，可能會侵害到極大範圍人的此一權利。無論是從大法官解釋、現行刑事訴訟法或是學理，都應認人民享有與律師自由不受干預溝通的憲法權利。然而，我國現行法並未就律師及被告間通訊的監察設有妥適的規範，致使受有保護的通訊可能盡數為執法機關所掌握。在參考美國立法例後，我們建議，無論是在發動要件、期間、執行方式、事中監督、事後通知、使用，以及證據能力上，通訊保障及監察法都應針對律師及被告間通訊的監察設有特別規定，如此方能有效保障被告憲法上的受律師協助權。此外，現行實務上所採行的執行方式，有著違法及違憲的問題，必須改弦易轍，否則任何法制上的變動都將盡數成空。

關鍵詞：通訊、監察、隱私、受律師協助權、通訊保障及監察法

壹、前言

因著科技的飛快進步，各式各樣通訊技術在人們的日常生活中扮演著非常重要的角色，單以行動電話來說，其普及率早在二〇〇七年就已達105.9%之譜¹。不只是一般人會仰賴通訊設備來溝通大小事情，犯罪份子也大量地使用電話等器材聯繫不法情事。這也使得通訊監察成為了檢警機關重要的偵查利器。不過，通訊監察必然會影響監察對象，甚至是無辜第三人的權利，進而引起法律上的諸多問題，如隱私²。隱私或祕密通訊自由當然是在通訊監察中的至為關鍵核心的問題，不過，其所可能造成的權利侵害，可能遠遠不只如此。

以一般犯罪嫌疑人为監察對象，而其與律師討論自身案件時，除了隱私外，還會影響到該監察對象的受律師協助權³。不只如此，如果是以律師為監察對象，其與所有當事人間關於受委任案件事項的討論，都可能會被偵查機關所得知。無論是在那一種情形，對於人民權利的影響極為廣泛深遠。不過，不能否認的是，律師並不是不可能參與犯罪活為，因而成為應受偵查的對象。如何在人民

¹ 經濟日報，2008年10月29日，知識經濟力 我稱冠亞洲，林淑媛，A9版。

² 關於通訊監察及祕密通訊自由，國內已有非常多的論著，如林鈺雄，法官保留原則與干預處分專庭——以通訊監察之修法芻議為例，月旦法學教室，136期，頁55-65，2014年2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臺上字第一四九五號、九七年度臺上字第二六三三號及九七年度臺非字第五四九號判決，台灣法學雜誌，141期，頁67-93，2009年12月1日；李榮耕，你好，我不好——得一方同意的通訊監察及近年最高法院相關判決簡評，月旦法學雜誌，174期，頁181-192，2009年12月；李震山，挪動通訊保障及通訊監察天平上的法碼——釋字第六三一號解釋評析，台灣本土法學雜誌，98期，頁283-291，2007年9月。關於此一議題，大法官也曾作有釋字第631號解釋。

³ 關於受律師協助權的性質，請參照貳、部分的討論。

的受律師協助權及犯罪的有效訴追間取得必要的平衡，便為制度上的重點。現行通訊保障及監察法（下稱「通保法」）主要是以通訊隱私及祕密通訊自由為條文規範的重心，是不是能夠有效保護人民的受律師協助權，不無疑問，也因而有其深入研究的必要⁴。

這一篇論文中首先會先分析律師與當事人間充分自由溝通的權利，說明其於憲法上的地位，以及是否為現行法律、比較立法例及學理所支持（貳）。隨後，我們會試著分析現行通保法的規定，討論相關條文是否足以保護人民的此一權利（參），並在參考美國法制後，探究制度上可以採取，用以保護人民受律師協助權的方式及其優劣（肆）。最後，本篇論文會提出現行通保法修法的可能方向（伍），以及我國法制上特殊的困境及因應之道（陸），並提出結論（柒）。

需要說明的是，不只是以犯罪偵查為目的的通訊監察會涉及到人民的受律師協助權，在涉及國家安全的情報通訊監察同樣會有此一問題⁵。不過，囿於篇幅及討論的方向不盡相同，這篇論文只得暫且不討論情報通訊監察中如何保障人民的受律師協助權。此外，雖然刑事訴訟法（下稱「刑訴法」）第二十七條規定，被告或犯罪嫌疑人於偵查中得隨時選任辯護人為其辯護，但在實務運作上，能夠為其提供法律上正式協助的，還以律師為主，是故以下行文，主要還是會使用「律師」的字詞。

⁴ 通訊監察不只會影響到律師及當事人間受有保護的談話，還可能會涉及到公務上應守祕密事項（刑訴法第179條參照）、一定身分關係人間（同法第180條參照）及從事特別業務之人與其客戶間（同法第182條參照）的通話。為集中討論的方向及深度，本篇論文以律師及當事人間的通訊為主軸，其餘類型，只能留待日後繼續研究開展。

⁵ William Wetmore, *Hijacking the Privilege: Balancing Fairness and Security When Warrantless Wiretapping Threatens Attorney-Client Communications*, 2 HARV. L. & POL'Y REV. 187, 193-96 (2008).

貳、律師與被告間充分自由溝通的保障

美國司法實務及學理上承認律師及其當事人間享有完整不受不當干預的溝通權利⁶。在我國，無論是從大法官解釋、現行法律條文或是學理文獻，也都可以推導出相同的結論。以下便分別從我國被告的受律師協助權、律師拒絕證言權以及律師客戶間的祕匿特權三方面討論之。

一、被告的受律師協助權

從被告的受律師協助權，可以推導出律師及被告間享有自由充分溝通的權利。不同於美國聯邦憲法第六增修條文明確賦予刑事被告受律師協助的權利⁷，我國憲法並未就被告的受律師協助權設有任何規定。不過，從釋字第三九六號解釋可以推論出，我國刑事程序中的被告應享有受律師辯護的權利⁸。在作成前揭釋字後近十三

⁶ See, e.g., Robert A. Pikowsky, *Privilege and Confidentiality of Attorney-Client Communication Via E-Mail*, 51 BAYLOR L. REV. 483, 488 (1999); *Jaffee v. Redmond*, 518 U.S. 1, 9 (1996); *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206, 234 (1996) (Frankfurter J., dissenting).

⁷ U.S. Const. amend. VI: "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right ... to have the Assistance of Counsel for his defense."

⁸ 釋字第396號解釋涉及的是公務員懲戒程序應有何等保障的爭議。在這一解釋中，大法官指出，在公務員懲戒案件的審議，應採法院體制，並本於程序正當原則，採取直接審理、言詞辯論、對審、辯護制度，及被懲戒人最後陳述機會等制度。舉輕以明重，如果在公務員懲戒程序中，人民都享有憲法上的辯護權，涉及更為嚴重的生命、自由、財產及名譽等權利的刑事程序，被告更應有受律師協助權的保護（粗體為作者所加上）。請參照王兆鵬，受有效律師協助的權利——以美國法為參考，月旦法學雜誌，123期，頁148-149，2005年8月；以及李榮耕，Gideon's Trumpet——被告的受有效辯護權，全國律師，12卷12期，頁22，2008年12月。

年後，大法官在釋字第六五四號更是清楚地判定，憲法第十六條賦予人民訴訟權，目的在確保人民享有受公平審判的權利，又依正當法律程序的要求，刑事被告享有充分的防禦權。這一個權利，包括了選任其所信賴的辯護人。這一號釋字更進一步地指出，為使刑事被告訴訟上的防禦權發揮其作用，制度上應確保刑事被告能受有來自辯護人的確實有效協助。是故，刑事被告與辯護人間不受干預，充分自由的溝通，應屬被告訴訟上防禦權的重要內涵，受有憲法的保障。

由這一號解釋可以知道，我國人民依憲法第十六條享有於刑事程序中的受律師協助權，也因而得以主張與律師間自由溝通，不受外界（尤其是來自於國家機關）干預的程序權利。這是因為，如果被告與律師間無法自由充分交流，無所忌諱地溝通，其受律師協助的權利將會只是空中的一塊大餅，幾乎無法發揮任何的實質作用⁹。是故，被告與律師間的自由溝通權當屬人民憲法位階的權利，殆無疑義。

二、律師的拒絕證言權

刑訴法第一八二條規定：「證人為……律師、辯護人……，就其因業務所知悉有關他人秘密之事項受訊問者，除經本人允許者外，得拒絕證言。」據此，律師或辯護人得就本人（被告）案件的相關事項得拒絕證言。傳統學說¹⁰及實務¹¹多認為，此一拒絕證言權的主體是律師或辯護人，無關乎本人的意向。之所以賦予律師拒

⁹ See Pikowsky, *supra* note 6, at 489.

¹⁰ 如陳樸生，刑事訴訟法實務，頁241，1999年6月，再訂版2版；陳樸生，刑事證據法，頁171，1992年4月，重訂再版；林俊益，刑事訴訟法概論（上），頁538，2013年2月，13版。

¹¹ 如最高法院25年上字第25號判例，以及最高法院32年上字第150號判例。

絕證言權的目的在於，律師與被告間存有高度的信賴關係¹²，為了維護此一關係，讓被告得以信賴律師不會向他人（尤其是國家機關）揭露其自身事項，應使律師得以拒絕於審判中作為證人，證述其因執行業務所知悉的被告本人祕密事項。

從另一個角度來說，律師的拒絕證言權確保了人民能夠確實獲得律師法律上的必要協助。詳細地來說，人民要能夠從律師獲得完整有效的協助，必須要能夠信任該律師，充分交代自身祕密及個人的事項。如果向律師尋求協助之人無法信任律師，溝通間有所保留，律師便僅得獲得片段的資訊，也就只能夠提供有限，甚至是錯誤的法律專業意見。律師的拒絕證言權便是使人民得以信任律師的重要關鍵。因著律師能夠拒絕於審判中作證，被告才能夠確信其向律師所陳述的事項不會成為不利於己的證據，不會遭到自己尋求協助時的陳述的反噬。被告也因而能夠無所畏懼地向律師陳述一切必要的相關事項，獲有充分的法律專業協助。

律師的拒絕證言權所要保障的是其與被告間的高度信任關係，進而使兩者間進行自由充分的溝通，使被告得以充分享有受律師協助的權利，在訴訟上得以行使有效的防禦權。亦即，賦予律師拒絕證言權是為了使律師及被告間得以自由充分的溝通，唯有兩者間得以無所懼的對話，才能夠落實被告的受律師協助權。從刑訴法的律師拒絕證言權也可以推知，被告在刑事訴訟程序中享有與律師充分自由溝通的權利，國家機關不得恣意侵害。

¹² 黃朝義，刑事訴訟法，頁427，2013年4月，3版；林鈺雄，刑事訴訟法（上冊）——總論篇，頁545，2013年9月，7版；林永謀，刑事訴訟法釋論（中），頁193-194，2010年12月，改訂版。

三、律師及被告間的祕匿特權

律師與被告祕匿特權指的是，確保律師與被告間溝通維持祕密狀態，不得要求律師揭露或證述其與被告間溝通（communications）的權利¹³。具體來說，除非經過被告本人同意，否則即使律師願意配合，律師也不可以在法庭上就其與被告間的談話作證。

這一個權利的理論基礎在於確保被告能夠坦然無懼地與律師進行談話，使兩者間可以有充分及自由的溝通，保障被告的受律師協助權¹⁴。如果制度上欠缺此一權利，被告會擔憂向律師所訴說的內容會成為將來法庭上不利於自己的證言，因而不敢為完全的陳述，但如此一來，被告將無法獲得實質有效的律師協助¹⁵。除此之外，這一個祕匿特權也保障了被告的不自證己罪權利。詳言之，如果沒有律師被告間的祕匿特權，國家機關可以在被告尋求律師協助後，再傳喚律師，迫使其陳述與被告間談話的內容。如此一來，就等同強迫被告陳述對自己不利的事實，間接地侵害了其不自證己罪的權利¹⁶。

律師被告間的祕匿特權是英美法中最为古老特權¹⁷。早在十八世紀¹⁸，或甚至是在一六五四年¹⁹，英美法系國家便已經承認了這

¹³ *Gengerally* KENNETH S. BROUN ED., 1 MCCORMICK ON EVIDENCE § 87 (2006). 關於得主張律師祕匿特權的要件，詳盡的說明，請參照王兆鵬，律師與當事人之祕匿特權，載：辯護權與詰問權，頁114-123，2008年6月。

¹⁴ *In re Colton*, 201 F. Supp. 13, 15 (S.D.N.Y. 1961); 8 JOHN WIGMORE, EVIDENCE AND TRIALS AT COMMON LAW § 2291 (1961).

¹⁵ *Pikowsky*, *supra* note 6, at 488-89.

¹⁶ CHRISTOPHER B. MUELLER & LAIRD C. KIRKPATRICK, EVIDENCE 361-62 (1995).

¹⁷ *Swidler & Berlin v. United States*, 524 U.S. 399, 403 (1998); *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 389 (1981).

¹⁸ *In re Colton*, 201 F. Supp. at 15.

¹⁹ *See Upjohn Co.*, 449 U.S. at 389; Geoffrey C. Hazard, Jr., *An Historical Perspec-*

一個權利，但是在我國憲法或法律中並未就其有任何明文。較為類同者，是刑訴法中的律師拒絕證言權（第一八二條），不過，兩者在權利主體及法律效果上，有著不盡相同的地方。從主體上來說，實務及傳統學說都認為，律師證言權的權利主體為律師，是否主張該權利，拒絕於法庭上陳述，取決於律師，被告不能置喙。相對地，因為律師被告間的祕匿特權所要確保的是被告得以充分自由地與律師溝通，所以得主張該權利者為被告，而不是律師。以法律效果而言，律師拒絕證言權所賦予律師的是得以拒絕就本人（被告）的祕密事項作出證言；相對地，律師祕匿特權所保障的範圍更為廣泛，其除了禁止國家強迫律師揭露其與被告間的祕密對話內容外，被告也得以主張國家不得使用受祕匿特權保護的通話內容作為證據²⁰。由此可知，這兩者間有其相似，但也有其不同的地方²¹。

由於律師被告間祕匿特權的目的在於確保律師與被告間的談話不會成為不利於被告的證據，使其得以充分自由地與律師進行溝通，實現受律師協助的權利²²，也因此，即使認為我國目前沒有任何條文承認此一權利，依憲法保障人民受律師協助權的意旨²³，也應該從律師祕匿特權的角度來解釋我國的律師拒絕證言權，認為被告才是此一權利的主體，以及在無正當理由時，被告與律師間的談話不得作為認定被告犯罪之用²⁴。如此，才能夠貫徹憲法保障人民

tive on the Attorney-Client Privilege, 66 CAL. L. REV. 1061, 1070 (1978).

²⁰ See 18 U.S.C. § 2517(4).

²¹ 這兩個權利間的不同及比較，請參照王兆鵬，同註13，頁123-125。

²² *Weatherford v. Bursey*, 429 U.S. 545, 558 (1977); *Upjohn Co.*, 449 U.S. at 389; Avidan Y. Cover, *A Rule Unfit for All Reasons: Monitoring Attorney-Client Communications Violates Privilege and the Sixth Amendment*, 87 CORNELL 1233, 1238 (2002).

²³ 釋字第654號解釋理由書參照。

²⁴ 王兆鵬，同註13，頁123-125。

受律師協助權的意旨。

在肯認律師祕匿特權的前提下，被告也應同時享有與律師間自由，不受恣意干涉的溝通的權利。這是因為，如果被告與律師間無法充分進行談話，保障兩者間談話不會成為不利於被告的證據，以及維護其受律師協助的權利云云，將會毫無意義。亦即，被告與律師間自由充分溝通的權利，當屬被告受律師協助權及律師祕匿特權的重要內涵及前提，也因此，在刑事訴訟程序中，應該要承認被告享有與律師充分自由溝通的權利。

參、我國通訊保障及監察法的不足之處

我國通保法是以保護人民通訊隱私及有效地犯罪偵查為制定目的（第一條參照），也因而忽略了通訊監察影響所及還包括了人民的受律師協助權。深入分析後可以知道，現有的程序規範並不足以有效保護人民的此一權利。

一、律師及其當事人間的通訊可能受到監察

依現行通保法，無論是以何人為監察對象，在執行時，都可能會侵害該監察對象，甚至是無辜第三人的受律師協助權。更精確地來說，目前通訊監察的執行，有著侵害監察對象及其他第三人與律師間充分自由溝通權利的疑慮。這裡的侵害可以分為兩種情形來說明。

（一）以一般犯罪嫌疑人为監察對象

執法機關以一般犯罪嫌疑人为監察對象時，當然會影響其祕密通訊自由及隱私權。不過，當監察對象與其律師通話時，警察官員幾乎無可避免地會因此接觸到這兩者間為受律師協助權保護的通

訊，進而侵害到犯罪嫌疑人與律師自由溝通的權利。詳細地來說，當犯罪嫌疑人與律師間的談話涉及到正在進行中或是未來將發生的犯罪，或甚至是其共同實施的犯罪時，自然不得就兩者間的通訊主張任何法律上的保護²⁵。如果監察對象與其律師間的通訊沒有這樣的情形，自然受有法律上的保護，檢警不得逕自監察。然而，為了確認通訊之內容是否與本案相關，是否受有為律師協助權的保護，偵查官員必須要接觸部分通訊內容。如果通訊內容與本案相關，可以繼續監察；無關時，監察當然要立即停止。但是，在確認參與通話者的身分及內容是否受有保護之前，警察可能已經得知了為受律師協助權所保護的對話內容，因而影響了監察對象的相關權利。

(二)以律師為監察對象

律師從事犯罪活動，或甚至是與不法份子蛇鼠一窩並不是不可能的事。在我國，律師涉嫌犯罪者，時有所聞²⁶。在美國一份總統組織犯罪委員會（the President's Commission on Organized Crime）所提出的報告中也指出，在組織型態的犯罪中，律師所提供的法律服務及諮詢，是確保犯罪組織能夠成功運作及獲利不可或缺的要角²⁷。有些時候，律師甚至自己也從事犯罪活動，並利用自身所得

²⁵ 學理上稱之為「犯罪例外」。Generally David J. Fried, *Too High a Price for Truth: The Exception to the Attorney-Client Privilege for Contemplated Crimes and Frauds*, 64 N.C. L. REV. 443, 469-70 (1986). 中文文獻可以參照王兆鵬，同註13，頁121。

²⁶ 如聯合報，2014年2月20日，扮律師勸行賄 前法官羈押禁見，白錫鏗，B1版／大台中；聯合報，2013年9月28日，特偵組疑柯為吳健保關說 一起監聽，張宏業及劉峻谷，A4版；聯合報，2013年9月10日，還記得高新武嗎？，林松青，A19版；聯合報，2013年4月23日，林鴻明涉嫌掏空 律師遭搜送辦，王聖藜，A10版。

²⁷ Report of the President's Comm'n on Organized Crime Report 221 (1986).

享有的權利，掩護不法行為，危害司法體制的運作²⁸。是故，針對這一類害群之馬的律師，偵查機關享有與在其他案件中相同的偵查利益（權限），可以透過法定程序（如向法院聲請令狀），採取必要的偵查手段，如通訊監察，以蒐集相關證據²⁹。不過，與一般案件相比較，以律師作為監察對象時，其影響層面更為廣泛，在執行上更為複雜困難。

因為律師涉嫌犯罪而以之為監察對象時，固然可能得以因而取得可以證明犯罪事實的證據，但是，由於通訊監察的本質使然，其幾乎無法避免地，會有伴隨著影響無辜第三人通訊隱私及受律師協助的憲法權利的問題。詳細地來說，在實際個案的執行上，執法官員必須先接觸部分通訊內容（如通話開始後的二十秒鐘），以確認其是否與犯罪情事相關，及能否繼續進行通訊監察。問題在於，即使律師涉嫌犯罪，仍極可能繼續提供其他人法律上的協助，一旦以律師作為監察對象，無論偵查機關如何謹慎小心，都難以避免得知該律師與其他無辜第三人間的對話內容，也因而影響到其與律師充分自由溝通的權利。再者，即使監察的是涉嫌犯罪的律師及其共犯間的通訊，還是會有侵害該共犯受律師協助權的疑慮。這是因為，兩者間所談論的內容涉及所共同實施的犯罪時，固然可以進行通訊監察，但若無關乎犯罪，而是辯護策略、訴訟攻防，或是法律意見的諮詢，就還是受有與律師自由溝通權的保護。也因此，如果因為執行通訊監察而接觸這一類通訊的內容，還是會影響到與受監察的律師為共犯者的權利³⁰。

²⁸ *Id.*

²⁹ Ronald Goldstock & Steven Chananie, *Criminal's Lawyers: The Use of Electronic Surveillance and Search Warrant in the Investigation and Prosecution of Attorneys Suspected of Criminal Wrongdoing*, 136 U. PA. L. REV. 1855, 1858 (1988).

³⁰ Michael Goldsmith & Kathryn O. Balmforth, *The Electronic Surveillance of Privi-*

二、現行通保法未設有足夠的必要規範

針對為受律師協助權所保護的通訊，我國現行通保法並未設有任何特別的規定。這意味著，監察可能涉及為受律師協助權所保護的通訊，必須要適用通保法中的一般性條文。但是，細究之後可以知道，現行通保法的規範並不足以有效保護人民的受律師協助權，也無法確保人民與律師間的通訊不會受到不必要的侵害。

單純從通保法的文字上來看，其並不禁止國家機關以律師為監察對象，或是監察被告與律師間的通訊。誠然，律師與一般人相同，可能從事犯罪活動，其身分不該成為得以不受通訊監察的理由，但是，律師因為其職業的關係，經常會提供他人法律上的專業服務，進行為受律師協助權所保護的通訊，因而在程序上有予以更為完整保護的必要。但是，從以下數點可以知道，現行的規定恐怕過於簡陋，未能有效規範偵查機關對於這一類通訊的監察，避免造成不必要及過度的權利侵害。

(一)程序要件

依現行通保法，無論是以律師或是一般犯罪嫌疑人為監察對象，其程序要件都完全相同，並無二致，原則上，都是要涉犯法定列舉重罪、存有相當理由、具最後手段性，以及經法院核發令狀後，方得進行監察特定對象的通訊（第五條）³¹。在一般案件中，

leged Communications: A Conflict in Doctrine, 64 S. CAL. L. REV. 903, 912 (1991).

³¹ 關於通訊監察的要件，可以參照陳運財，通訊之監察，載：刑事訴訟法實例演習，頁67-71，2000年6月；黃朝義，監聽，月旦法學教室，10期，頁108，2003年8月；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58-59，2008年3月；李榮耕，簡評二〇一四年新修正的通訊保障及監察法——一次不知所謂何來的修法，月旦法學雜誌，227期，頁163-164，2014年4月。

這樣的要件或許已經足以保護監察對象的祕密通訊自由，但是，當以律師作為監察對象時，通保法的條文恐怕就捉襟見肘了。這是因為，國家機關固然應該可以監察涉嫌犯罪的律師的通訊，訴追可能的犯罪行為，但是，其同時也必須要顧及到向該律師尋求法律協助的第三人的程序權利。現行法的要件只確保了於特定案件屬於法定重罪，存有進行通訊監察的相當理由，以及無法或難以他法取得證據，但沒有個（特）別考量到通訊監察對於其他第三人所會造成的影響。尤其是，監察律師的通訊時，幾乎難以避免地會接觸到律師與其（無辜）當事人間的對話，如此一來，所影響的就不只是該當事人的通訊隱私，更會是其於憲法上所享有的受律師協助權。為了更為妥適地保護第三人的受律師協助權，避免不當侵害其與律師充分自由溝通的權利，當以律師作為通訊監察的對象時，其發動的要件上應有更為謹慎嚴格的設計，不該只是逕自一般案件的要件及標準。

（二）執行方式

無論是何種強制處分，在實施時幾乎都會影響到相對人的權益，也因此，在執行時必須要遵循必要的程序規範，以保護人民不會受到來自於檢警機關的恣意侵害，以及確保強制處分的實施合於憲法上正當程序的誡命³²。強制處分於執行時所應遵循的程序規範之一，是最小侵害原則。這一個原則的基本概念是，在執行強制處分時，必須要侵害最小的方式為之，否則就只是造成不必要且過度的權利侵害而已。刑訴法第一三二條便是典型的例子。

³² 關於強制處分所應遵循的一般性原則及程序規範，請參照林永謀，刑事訴訟法釋論（上），頁330-331，2010年12月，改訂版；王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（上），頁161-173、213-225，2015年9月，3版；林鈺雄，同註12，頁311-320；林俊益，同註10，頁214-218。

不只是傳統型態的強制處分中，在通訊監察裡也有著類似的規定。通保法第二條第二項便規定：「……（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」據此，在執行通訊監察時，僅得取得與本案相關的通訊內容，不得接觸沒有關聯的部分³³。被告受與律師充分自由溝通權保護的對話屬於與本案無關的部分，執法官員自然也必須要盡其所能地避免得知其中內容。不過，通保法對於應該如何以侵害最小的方式執行通訊監察，也只有原則性的條文，沒有可供執法官員操作的具體規範，也因此，在實際個案中，很難期待其能夠有效保護人民與律師間的通訊。

與我國類似，美國聯邦通訊監察法也有著最小侵害原則的要求³⁴，至於在具體個案中應如何執行，則未有明文。美國聯邦最高法院則曾在**Scott v. United States**案³⁵中，針對此一原則作有判決及說明。在這一個案件裡，被告**Scott**涉嫌進行毒品買賣，執法官員在聲請通訊監察書獲准後³⁶，在三十日監察期間內，監聽了所有**Scott**的電話³⁷，但是其中只有約40%的內容與販毒有關³⁸。審判中，被告主張通訊監察違法。在上訴到聯邦最高法院後，聯邦最高法院判

³³ 相較於傳統型態的強制處分，最小侵害原則在通訊監察更為重要關鍵，這是因為，在執行搜索時，搜索票上的記載足以控制警察官員查找的範圍，但是通訊監察是取得正在發生的對話，令狀上的記載並無法限縮監察的範圍。也因此，如何形成一套足以落實最小侵害原則的程序規範，便是其中的重點所在。關於通訊監察中最小侵害原則的討論，請參照李榮耕，通訊監察中之最小侵害原則，臺北大學法學論叢，82期，頁210-217，2012年6月。

³⁴ 18 U.S.C. § 2518(5).

³⁵ *Scott v. United States*, 436 U.S. 128 (1978).

³⁶ *Id.* at 131.

³⁷ *Id.* at 132.

³⁸ *Id.*

定通訊監察的執行並未違反聯邦通訊監察法中對於最小侵害原則的要求。其中的原因在於，多數受到監察的無關的電話，都極為短暫或內容含混，或只是一次性的通話，所以警察官員並無法據以判斷通話是否與毒品買賣有關，也因此，本案中通訊監察的執行與最小侵害原則無違³⁹。依此判決的說理，聯邦最高法院的立場是，聯邦通訊監察法並不禁止監察個案中所有的通訊，其只是要求檢警機關必須要以侵害最小的方式為之⁴⁰。此外，聯邦最高法院也肯定了監察電話通訊起初的一小段時間（如三十秒），以確認其是否本案相關的作法⁴¹。

Scott案並不是針對受律師及被告間的通訊監察所作成，不過，在諸多涉及監察律師及被告間受有保護的通訊的案件中，下級審法院都依據了這一個判決的意旨作成判決。例如，在United States v. Hyde案⁴²裡，被告主張執法官員監聽了其與律師及醫師間的電話，已經違反了最小侵害原則⁴³，但是，法院判定，針對被告與其律師或醫師間的通話，執法官員只監聽了足以判斷內容是否涉及犯罪事實的（時間）長度，並未造成更大的侵害。要求執行的警察完全不聽取被告打給其律師或醫師的電話，是完全不合理的要求。這是因為，現實上並不是沒有律師或醫師參與犯罪的情形。也因此，本案中警察官員的行為沒有違法可言⁴⁴。

在具體個案的執行上，美國的執法機關多是以「間續性監察」（spot monitoring）的方式來遵循最小侵害原則的要求。間續性監

³⁹ *Id.* at 142.

⁴⁰ *Id.* at 140.

⁴¹ *Id.* at 141.

⁴² United States v. Hyde, 574 F.2d 856 (5th Cir. 1978).

⁴³ *Id.* at 870.

⁴⁴ *Id.*

察指的是，警察先聽取（錄）電話的前一小段時間（如二十秒）的內容，如果與本案相關，就可以繼續監察；如果無關，就必須要暫停一段時間（如三十秒），才能夠繼續一小段該通訊的監察（如二十秒）。如果其內容與本案有關，則繼續；無關，則必須再暫停一段時間。後續，則依此方式執行⁴⁵。如果沒有其他特別規定，即使依間續性監察的方式，執法官員發現通話內容是律師及其當事人間案情的討論時，還是可以繼續監察，直到確認通訊是否與本案有關為止⁴⁶。不過，這樣一來，為受律師協助權所保護的通訊的內容，還是會曝露在檢警機關的偵查權限下，盡數為其所得知。

比較後可以知道，我國通保法並未針對最小侵害原則設有任何具體規範，實務上也未形成有任何可供執法機關遵循的程序規範，更遑論在執行時可以如何保護律師及其當事人間的通訊。即便是美國實務上常使用的間續性監察，還是無法有效地保護當事人的受律師協助權，律師及其當事人間受保護的對話內容（討論案情或訴訟策略）還是可能會因為通訊監察的緣故而為檢警機關所掌握。更嚴重的是，我國特殊的通訊監察的執行方式——「全都錄」——會使得這一個議題亦加複雜難解，讓被告或犯罪嫌疑人與其律師間的通訊幾乎無法受到任何保護（詳細的討論，請參照本文陸、的部分）。

（三）事後規範

當監察所得的是為受律師協助權所保護的通訊時，如同發動的

⁴⁵ 關於美國實務上為遵循最小侵害原則所常使用的監察方式可以參照李榮耕，同註33，頁227-229。

⁴⁶ Goldsmith & Balmforth, *supra* note 30, at 924-25; Derek D. Wood, *The Emerging of Cellular and Cordless Telephones and the Resulting Effect on the Tension Between Privacy and Wiretapping*, 33 GONZ. L. REV. 377, 390 (1998).

要件及執行方式，通保法也未設有特別的事後規範。如此一來，受到監察者可能完全無從得知其通訊曾經為國家機關所聽取，也無從聲明不服，獲有必要的救濟機會。

詳細地來說，依通保法，在通訊監察結束後，原則上，經檢察官陳報後，法院應通知受監察人通訊監察書核發機關、文號、案由、監察對象、監察通訊種類，及號碼等足資識別之特徵、受監察處所、監察期間及方法、聲請機關、執行機關及有無獲得監察目的之通訊資料等事項（第十五條及通保法施行細則第二十七條第三項）。此為通訊監察的事後通知規定。事後通知的重要性之一在於，相對人才能夠因而得知其通訊曾經受到監察，進而得以就通訊監察提起抗告或準抗告（刑訴法第四〇四條及第四一六條）。然而，依我國通保法，原則上，也只有記載於通訊監察書上的監察對象（第四條及第十五條）才會受有通知⁴⁷。也就是說，即便是監察的是為受律師協助權所保護的通訊，只要參與談話者不是監察對象，就無須於通訊監察後予以通知。舉例來說，以律師張三為監察對象時，聽取了張三與其客戶李四間的就委託案件的討論，法院只需要於通訊監察結束後通知張三，無須通知李四。如此一來，該通訊受到監察之人就可能完全無從得知通訊監察的存在，也因而無法針對其為受律師協助權所受的侵害聲明不服，獲有必要的救濟。綜上可知，現行通保法的事後規範對於律師及其當事人間的通訊，並未提供足夠必要的保障。

⁴⁷ 依通保法第4條，「受監察人」包含了：(1)因為犯罪嫌疑而成為監察對象之人，以及(2)為其發送、傳達、收受通訊或提供通訊器材及處所之人。因為同法第15條規定應受事後通知者包含了所有的受監察人，而不只是監察對象，所以前述的(1)及(2)都會在事後通知的範圍內。

肆、幾種可能可以採行的立法方式

當通訊監察的客體是受有與律師自由溝通權利保護時，檢警官員便會面臨著執行上的兩難困境。因為通訊的性質所致，實際執行監察的官員不可能事先預測得到通話的內容是否與本案相關，是否為受律師協助權所保護，所以，似乎必須要容許其接觸部分的通訊內容。但是，所接觸者受有保護時，卻又會有著權利侵害的疑慮。而且，與其他類型的通訊監察不同的是，一旦偵查官員知悉了受與律師自由溝通權保護的通訊（訴訟策略或是案情等），就不可能在短時間內，完全抹除其記憶⁴⁸。此時，如果沒有其他規範限制執法官員以之作為他案偵查之用，通訊監察對於人民的受律師協助權的影響，將會不斷地擴大及加深。然而，我國通保法關於這部分的程序，是全然地空白。

相較於我國，美國聯邦及各州幾乎都有著相關的立法。詳細地來說，由於美國是聯邦國家，所以除了有聯邦法規之外，各州也享有一定的立法權。又因著聯邦通訊監察法的授權，各州可以自行制定法律，執行通訊監察⁴⁹。不過，各州關於通訊監察的法律不得低於聯邦通訊監察法的明文。亦即，各州的立法機關有權形成自己的通訊監察法制，但是其要件及程序只能等同於，或是比聯邦通訊監察法更為嚴格。關於如何在執行通訊監察的同時，有效保護人民的

⁴⁸ O'Connor v. Johnson, 287 N.W.2d 400, 405 (Minn. 1979) ("Once [privileged] information is revealed to the police, the privileges are lost, and the information cannot be eased from the mind of the police."); People v. Nash, 341 N.W.2d 439, 447 (1983) ("The specter of law enforcement officers rummaging through the files and papers of a nonsuspect lawyers' office has grave implications involving not only the attorney-client privilege of the suspect and all other clients of the attorney, but also the constitutional rights against self-incrimination and counsel.").

⁴⁹ 18 U.S.C. § 2516(2).

律師祕匿特權，聯邦及多數州都有著不盡相同的規範模式⁵⁰。

一、證據排除

證據排除模式指的是，排除侵害為受律師協助權所保護的通訊的證據能力。也就是說，即使偵查機關取得了得以證明犯罪事實的通訊，只要該通訊的內容受有受律師協助權的保護，便應該予以排除，沒有證據能力，不得於審判中提出作為證據調查之用。典型的例子便是美國聯邦。美國聯邦通訊監察法規定，通訊所能夠受到（主張）的祕匿特權保護，不會因為通訊監察而受有任何影響⁵¹。堪薩斯州⁵²及德拉瓦州⁵³也有著類似的條文。除此之外，部分州作有類似的規範，僅有些許不影響整體效果的調整，如維吉尼亞州法規定，受祕匿特權所保護的通訊，不會因為通訊監察而受有任何影響。因執行監察所得的受祕匿特權保護的通訊內容，不得以任何的方式揭露或使用之⁵⁴。懷俄明州的條文則為，除非通訊內容是用以協（幫）助違反州或聯邦法的犯罪行為，否則受祕匿特權所保護的通訊，不會因為通訊監察而受有任何影響⁵⁵。明尼蘇達州同樣規定道，通訊監察法不影響受監察人依法所得享有的各樣祕匿特權，所異者，只是提醒法院在審查是否核發通訊監察書時，不得考量監察

⁵⁰ 截至目前為止，亞利桑那州關於通訊監察的法律並未針對受律師協助權設有特別的規定。Ariz. Rev. Stat. Ann. §§ 13-3010 to -3014 (2013)。不過，這並不代表亞利桑那州法完全不保護得主張受祕匿特權的通訊，在該州具體個案裡，還是必須要遵守聯邦通訊監察法所設下的最低門檻。

⁵¹ 18 U.S.C. § 2517(4)。

⁵² Kan. Stat. § 22-2515(e)。

⁵³ Del. Code Tit. 11, § 2406(d)。

⁵⁴ Vir. Code § 19.2-67D。

⁵⁵ Wyo. Stat. § 7-3-707(q)。

所得的受祕匿特權保護的通訊可以作為認定犯罪的證據⁵⁶。上述各州相關條文的文字雖略有不同，但大抵上皆不出聯邦通訊監察法規範的範疇。

要注意的是，這一個規範方式只是排除了受祕匿特權保護的通訊的證據能力，並沒有禁止偵查機關監察律師及被告間的通訊，其只是在檢察官提出通訊內容作為證據時，賦予被告基於祕匿特權，主張排除的權利而已。過去便曾有美國法院判決及學者誤以為，美國聯邦通訊監察法禁止警察官員監察受律師及被告間權利的通訊⁵⁷。這樣的理解，不僅違反了條文的文義，也與立法者的意向相衝突。

二、執行方式

對於受律師祕匿特權所保護的通訊，美國部分州是以特別的執行方式來要求來保護。加州州法便規定，在執行通訊監察時，若發現監察對象正在進行受祕匿特權保障的通訊（**privileged communications**，如被告與律師間對話），執法官員至少必須要暫停兩分鐘，才能夠再進行三十秒鐘以內的通訊監察，以確認其通訊是否為祕匿特權所保障。若是，便必須要再暫停兩分鐘以上；若非，則可繼續通訊的監察。此外，執法機關必須要以機械設備記錄通訊監察的執行情形，以確保其確實是以法律的要求的方式執行通訊監察⁵⁸。從這樣條文文字可以知道，加州等地是以明文規範的間續性

⁵⁶ Minn. Stat. § 626A.06, Subd. 3.

⁵⁷ See, e.g., *United States v. Harrelson*, 754 F.2d 1153, 1168 (5th Cir. 1985); *United States v. Fisher*, 692 F. Supp. 488, 495 (E.D. Pa. 1988); Ronni L. Mann, *Minimization of Interception: Presearch Guideline and Postsearch Remedies*, 26 STAN. L. REV. 1411, 1429 (1974).

⁵⁸ Cal. Pen. Code § 629.80.

監察來保護受律師祕匿特權所保護的通訊。

三、特別的發動要件及執行方式

部分州是以要求特別的要件及執行方式的方法來規範律師祕匿特權及通訊監察間的問題。例如，哥倫比亞特區的法律規定，所欲取得的語音通訊（wire communications）所經過的設備主要是由醫師、律師，或神職人員所使用，或所欲取得的口頭通訊（oral communications）所發生的處所主要是由夫妻所使用，或是由醫師、律師或神職人員為執行其職務所使用時，除非在聲請書及相關證據外，還有其他事證足以證明該設備或處所係用於組織犯罪之用，以及以最小侵害或不侵害受祕匿特權保護的通訊的方式進行通訊監察，否則法院不得核發令狀，授權通訊監察⁵⁹。

羅德島州等地採取了類似的立法方式。這些州是將進行通訊監察所必須要具備的特別要件概稱為「特殊需要」（special need）。羅德島州州法規定，原則上，對於可能發生受祕匿特權所保護的通訊的設備或處所，不得進行通訊監察。例外的是，經二審法院院長（presiding justice）判定，除聲請書及相關證據外，還有其他事證足以證明有監察該設備或處所的「特殊需要」（special need），且是以侵害最小的方式執行以避免接觸受祕匿特權保障的通訊，方得進行通訊監察⁶⁰。紐澤西州及俄亥俄州的規範與羅德島州相仿，差別在於，紐澤西州州法進一步地將「特殊需要」定義為，有事證足以認定醫師、心理師、律師、神職人員，或記者涉犯得進行通訊監察的重罪，或夫妻所使用的住所主要係供得進行通訊監察的重罪

⁵⁹ D.C. Code § 23-547(d).

⁶⁰ R.I. Gen. Laws § 12-5.1-4(c).

之用⁶¹，俄亥俄州則是將之定義為有證據足認律師等從事專門職業之人參與了犯罪活動⁶²。

四、禁止監察

相較於證據排除、特別要件，或執行方式，美國有部分州採取了一律禁止監察律師及其當事人間通訊的方式。伊利諾州州法便規定，不得監察、揭露，或是使用受祕匿特權所保護的通訊⁶³。如威斯康辛州的法律禁止監察所有律師及其客戶間的通訊，沒有任何例外⁶⁴，康乃狄克州也是作有類似規定，並強調道，受祕匿特權所保障的通訊，不因通訊監察法制而受有任何影響，因侵害受祕匿特權所取得之證據或衍生證據不得作為證據⁶⁵。相較於聯邦及其他州的規定，上述各州的作法非常嚴格，部分州則採取了較為緩和折衷的作法。例如，夏威夷州規定，除非受祕匿特權所保障之雙方均為應受通訊監察之人（都名列於通訊監察書上），否則不得監察受通訊監察人與配偶、律師、醫師，或神職人員間的通訊⁶⁶。

五、討 論

關於通訊監察及律師祕匿特權，美國聯邦及州有採證據排除者，有採執行方式的特別規定者，有同時要求特別要件及執行方式者，有採取極為嚴格的禁止監察模式者。每一種規範模式所能夠賦予人民權利保護的強度不一，也有其制度設計上的優缺點。

⁶¹ N.J. Stat. § 2A:156A-11.

⁶² Ohio Rev. Ann. §§ 2933.51(L), 2933.54(B), (C).

⁶³ 725 Ill. Comp. Stat. § 5/108B-6.

⁶⁴ Wis. Stat. § 968.30(10) (2010).

⁶⁵ Conn. Gen. Stat. § 54-41h (1971).

⁶⁶ Haw. Rev. Stat. § 803-46(e)(1)(B) (2006).

(一)證據排除

美國聯邦及堪薩斯州等都採取了證據排除的方式，以保護律師祕匿特權。亦即，受監察人所得想有的祕匿特權並不會因為通訊監察法而受有任何影響，不過，這樣的方式並無法有效保護受該權利所保護的通訊，也使得為受律師協助權所保護的通訊會受到來自於國家，不必要，甚至是恣意的侵害。

在證據排除模式下，被告雖然可以主張排除證據，但是偵查機關並不是不能監察受律師祕匿特權保護的通訊，其至多只是不能將所取得的通訊內容提出於法院，作為認定犯罪的證據而已。也就是說，執法官員還是可以「依法」監察律師及其當事人間的通訊。然而，無論是依受律師協助權或律師的拒絕證言權，都可以推導出被告享有與律師享有充分自由溝通的權利。這一個權利的核心在於確保律師及被告間對話的隱密，兩者間可以不受干預地通訊，談話不會被他人（尤其是國家機關）所得知，而不只是通話的內容不得作為認定犯罪事實的證據而已。是故，制度上，除了消極地規定律師及其當事人間的通訊不得作為證據而已，更應該要積極地保障其兩者間的談話不被他人（尤其是偵查機關）所得知。但是，證據排除模式並無法達成這樣的目的。

詳言之，律師及其當事人間受保護的通話被偵查機關所取得後，除非有即時禁止揭露的機制，否則被告完全無法控制該通話的內容會被傳遞給何人，會被誰所得知，會被如何利用。但是，依通保法規定，律師的當事人（受監察人），要在監察結束後，才可能會受到通知（第十五條參照）。也就是說，當事人（被告）幾乎不可能即時就受保護的通訊的監察聲明不服，獲有即時的救濟。如此一來，即便賦予證據排除的效果，通訊監察還是會對律師及其當事人間的通訊造成極大的破壞，幾乎不可能回復原狀。相較於前者，

更為嚴重的情形是，當監察對象（受監察人）是律師時，其與無辜當事人間通訊還是會受到監察，該當事人的受律師協助權也就會因而受到侵害⁶⁷。但是，依現行通保法的規定，該通訊受到監察的當事人並不會受有事後通知（第四條及第十五條參照），也因而幾乎不會有機會針對該通訊監察聲明不服，限制或禁止偵查機關對於該受保護的通訊的使用或揭露。

一個更為根本的問題是，當偵查機關非出於惡意地接觸到為受律師協助權保護的通訊內容時，可能根本沒有證據排除的適用。詳細地來說，原則上，證據排除的規定只適用在偵查機關違反證據蒐集的程序規範時，如果其已經遵循了法規上所要求的授權及執行規定，所取得的證據就不會有證據排除的問題。當偵查機關是故意或惡意地監察受祕匿特權保護的通訊時，已經是違反法定程序（令狀原則、相當理由、特定明確原則及最小侵害原則等）的證據取得，也就會有證據排除法則的適用，並無疑義。但是，當執法官員遵循一切法定程序執行通訊監察，但仍偶然或善意地取得受祕匿特權保護的通訊內容時，並沒有違反法定程序可言，也就可能根本沒有證據排除規定的適用。

綜合上述的分析可以知道，賦予被告得主張證據排除的權利固然是一重要的權利保護機制，但是，此一規範模式忽略了通訊監察的侵害的態樣及範圍，並不足以提供被告必要的保障。也因此，制度上不能夠單以證據排除的方式規範律師及其當事人間的通訊監察。

（二）特別需要

這一個規範方式所指的約莫是，除了符合一般要件外，還必須

⁶⁷ See *People v. Morhouse*, 233 N.E.2d 705, 711 (1967).

要有監察的「特殊需要」，才能夠針對律師及其當事人間通訊進行監察。相較於證據排除，這一個立法的方式在通訊監察的發動上要求了額外的要件，理論上可以賦予律師及被告間通訊更為有效的保護，但是，在實際運作上可能不是如此。

在G. Robert Blakey教授起草美國聯邦通訊監察法時⁶⁸，其便建議，在審核後認為存有特殊需要（special need）時，法院才能夠核發以律師、醫師，或宗教師等人為監察對象的通訊監察書⁶⁹。不過，草案中並沒有清楚說明何謂「特殊需要」⁷⁰。再者，依據該草案內容，一旦取得了法院所核發的通訊監察書，偵查機關就可以監察律師及其客戶間的通訊，只是該通訊內容沒有證據能力，於日後的審判中不得提出作為證據而已。這樣的結果也使得草案中「特殊需要」的要件倍受質疑⁷¹。

美國聯邦通訊監察法最終未採取特殊需要的立法方式，不過，這一個草案卻影響了不少州的立法機關，使得它們在形成該州的通訊監察法時，制定了類似的條文，並進一步定義何謂特殊需要，諸如通訊設備或處所係供組織犯罪所用⁷²，或是律師涉犯得進行通訊監察的重罪⁷³等。但稍稍分析後就可以知道，無論是上述的何種定義，其也只是發動通訊監察原本就需要具備的相當理由而已，其本身並沒有增加任何執法機關所應遵循的程序要件，人民的受律師協助權也不會因而受到更為嚴謹的保護。這也難怪美國有學者譏稱這

⁶⁸ 114 CONG. REC. 14,473 (1968).

⁶⁹ President's Comm'n on Law Enforcement & Admin. of Justice, Task Force Report: Organized Crime 139 (1967).

⁷⁰ 114 CONG. REC. 14,475 (1968).

⁷¹ *Id.*

⁷² *E.g.*, D.C. Code § 23-547(d); R.I. Gen. Laws § 12-5.1-4(c).

⁷³ *E.g.*, N.J. Stat. § 2A:156A-11; Ohio Rev. Ann. §§ 2933.51(L), 2933.54(B), (C).

一類「特殊需要」的定義及要求為「口頭上的安慰劑」（*verbal placebo*）而已，並無法在具體個案中真正地保護律師及其當事人間的通訊，避免其不受到偵查機關的恣意監察⁷⁴。

也有學者將特別需要解釋為「合理懷疑」（*reasonable suspicion*），也就是說，法院認有合理懷疑可信律師涉犯有受偵查中的犯罪時，方可認其通訊之內容與本案有關，並以之為監察對象⁷⁵。合理懷疑在既有的法制中是一個熟悉的標準，實務上較為容易操作運用。此為這一個主張的優點。但是，合理懷疑多半是使用於攔停（*stop*）或拍觸（*frisk, or pat-down*）等盤查處分⁷⁶，至於通訊監察或搜索等帶有高度隱私侵犯性的強制處分，應該要有更高（嚴謹）的實質理由，方得為之〔即「相當理由」（*probable cause*）〕，更遑論在這種情形中所涉及的是人民憲法上的受律師協助權⁷⁷。是故，以合理懷疑理解特殊需求的作法，並不可採。

（三）執行方法

Blakey教授在起草美國聯邦通訊監察法⁷⁸時便建議，必須要以最小侵害的方式執行法院才能夠核發以律師、醫師或宗教師等人為監察對象的通訊監察書⁷⁹。針對受律師祕匿特權所保護的通訊的監察，聯邦通訊監察法最終沒有採行Blakey教授的草案，不過，其關於最小侵害原則的建議影響了許多州立法。如羅德島及哥倫比亞特

⁷⁴ Herman Schwartz, *The Legitimation of Electronic Eavesdropping: The Politics of "Law and Order"*, 67 MICH. L. REV. 455, 457 (1969).

⁷⁵ CLIFFORD S. FISHMAN & ANNE T. MCKENNA, WIRETAPPING AND EAVESDROPPING § 15:24 (2009).

⁷⁶ Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968).

⁷⁷ Goldsmith & Balmforth, *supra* note 30, at 943.

⁷⁸ 114 CONG. REC. 14,473 (1968).

⁷⁹ *Supra* note 69.

區的法律都明文，必須要以侵害最小的方式監察受律師祕匿特權所保護的通訊⁸⁰。加州則詳細地規定了執法機關應該如何以間續性監察來監察律師及其當事人間的通訊⁸¹。

無論是前述的最小侵害原則或是間續性監察，可能都無法達到保護被告受律師協助權的目的。以最小侵害原則來說，其原本就是執行通訊監察所應該遵循的執行原則，在監察律師及其當事人間通訊時，再以之為執行程序上的要求，恐怕並不能賦予被告必要的權利保護。至於間續性監察，依照一般的執行方式，是先聽取部分通訊內容，以確認該通訊是否為受律師協助權所保護，以決定是否能夠繼續監察（該內容不受保護），或必須先暫停一段時間，再繼續監察部分通訊內容，以查其是否為受保護的通訊（該內容受有保護）。也因此，即使採取了間續性監察，當監察客體是律師及其當事人間的通訊時，還是幾乎無可避免地會接觸到為受律師協助權所保護的通訊。更甚者，即使確認了通訊內容為受律師協助權所保護，執法官員也只是需要稍加暫停，就可以再繼續通訊監察，聽取一段時間內的通訊。是故，間續性監察對於被告的受律師協助權並未能提供足夠完整有效的保障。

（四）禁止監察

從比較立法例來說，有採取極端立場，完全禁止監察律師，及其當事人間的通訊者，如伊利諾州⁸²及威斯康辛州⁸³。夏威夷州則採取了較為緩和的立場，規定除非律師及其當事人皆為令狀上的監

⁸⁰ D.C. Code § 23-547(d); R.I. Gen. Laws § 12-5.1-4(c).

⁸¹ Cal. Pen. Code § 629.80.

⁸² 725 Ill. Comp. Stat. § 5/108B-6.

⁸³ Wis. Stat. § 968.30(10) (2010).

察對象，否則不得監察兩者間所為的通訊⁸⁴。

絕對禁止監察律師及其當事人間的通話，確實可以達到避免偵查機關動輒聽取律師及其當事人（被告）間的對話，有效保護被告的受律師協助權，促進兩者間可有擁有自由且不受干預的溝通對話的目的，在學理上不乏大力支持者。例如，Hon. James Carr教授便主張，絕對禁止監察是唯一可以有效維護受祕匿特權的方式，特別是律師及被告間的通訊⁸⁵。不過，此一立法方式的缺點也相當明顯——極不利於犯罪的有效偵查。絕對禁止監察的立法方式可能無異於變相地鼓勵犯罪者利用祕匿特權，從事各樣的不法活動。畢竟，律師與犯罪者同流合污、蛇鼠一窩的情形，並不是完全沒有發生過⁸⁶。再者，並不是所有律師及當事人間的通訊都為受律師協助權的保護。舉例來說，針對現在或計畫要進行犯罪而向律師諮詢法律上的意見，便不得主張律師祕匿特權〔學理上稱之為「犯罪例外」（crime-fraud exception）〕⁸⁷。絕對禁止國家監察律師的通訊會導致偵查機關無法就犯罪進行有效且必要的通訊監察，反而鼓勵了更多的不法活動。

⁸⁴ Haw. Rev. Stat. § 803-46(e)(1)(B) (2006).

⁸⁵ HON. JAMES CARR & PATRICIA L. BELLIA, LAW OF ELECTRONIC SURVEILLANCE § 5:8 (2008).

⁸⁶ 如最高法院102年度臺上字第4200號判決。在這一個案件中，律師為其被告的貪污案件作偽證，經偽證罪判決確定。

⁸⁷ See, e.g., United States v. Zolin, 491 U.S. 554 (1989) (crime-fraud exception to the attorney-client privilege). 王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（下），頁325-326，2015年9月，3版。

伍、討論及建議

無論是從憲法第十六條保障人民訴訟權及受律師協助權⁸⁸的規定、刑訴法第一八二條律師的拒絕證言權，或是律師祕匿特權，都可以推導出人民享有與其律師充分自由，不受干預的溝通的權利。然而，犯罪的有效訴追也是國家社會重要的利益。兩者間應如何調和，在通訊監察法制設計上至為關鍵重要。針對這一個重要議題，美國聯邦及各州有著寬嚴不一的規定，學理上也有著不同的主張。分析後可知，各有其著重之處，也因而各有優缺點。綜觀上述的法律條文及學理論點，本文建議，今後我國修正通保法時，不需要選擇單一模式，以免同時繼受了其缺點。具體來說，可以擷取各模式中的優點，以為我國法制形成時的參考。以下便逐一說明通保法修正時應留心的地方。

一、不應採絕對禁止

為實現人民的受律師協助權，其應享有與其律師自由充分的溝通的權利。接下來的問題是，這一個權利應受到何種強度及範圍的保護。如果認為此一充分自由溝通權應受有絕對的保護，或是其價值更比犯罪的有效偵查更為重要，制度上就應該採絕對禁止國家機關監察任何律師或當事人及其律師間的通訊。也就是說，法院不得核發以律師為監察對象的令狀，檢警官員不得監察任何人與其律師間的任何通訊，即使經合法程序取得了律師及當事人間的通訊內容，也不得揭露或是使用之。

⁸⁸ 在美國，此為憲法上明文的人民權利。U.S. Const. amend. VI: “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right ... to have the assistance of counsel for his defense.”

固然，絕對禁止模式賦予了人民最為完整的受律師協助權的保護，但是，其也勢必會付出極為可觀的代價，也就是犯罪的有效訴追。絕對禁止的立法模式，無異於宣告，律師證是不受犯罪偵查及通訊監察的免死金牌，律師的身分是想要從事犯罪之人最佳的掩護。這樣的結果，很難為一般人所接受。再者，在釋字第六五四號解釋中，大法官雖然肯認了刑事被告於憲法上享有受辯護人協助權及與其充分自由溝通的權利，但是其同時也指出，在有合於比例原則，具體明確的法律規定時，並不是不能限制該權利的行使。也就是說，該解釋並不認為與律師的自由溝通權應受有絕對不得限制的強度的保護，在有正當合理的要件、執行規範及相關程序規定時，國家機關還是能夠監察刑事被告及其律師間的通訊。綜上可以知道，針對律師及其當事人間通訊的監察，不應該採取絕對禁止模式。

二、要件

如果絕對禁止模式不是一個妥適的立法方向，接下來的問題便是，在什麼樣的要件下才能夠監察律師，或是律師及其當事人間的通訊？是否能夠核發以律師為監察對象的令狀？亦即，是否應容許法院依一般的程序及要件，核發以律師為監察對象的令狀，授權偵查機關聽取所有其所進行的通話（無論對方為何人）？由於職業的特殊性質，並為了周延保護當事人的受律師協助權，對於這一個問題應採否定的答案。

首先，相較於以一般人為監察對象，監察律師的通訊有極高的可能性，會聽取到為受律師協助權所保護的對話內容，因此，如果只需要依循一般程序，就能夠以律師為監察對象，雖然有可能可以取得足以認定該律師犯罪的證據，但是，其卻可能會造成極大範圍的受律師協助權的侵害。詳言之，即便是涉嫌犯罪的律師，仍然會

是其他案件中的辯護人，為許多犯罪嫌疑人或是被告提供法律諮詢或是專業上的建議，其間所為的通訊，還是會受到受律師協助權的保護，如果沒有其他有效的要件要求，以律師為監察對象時，便幾乎無可避免地會接觸到這一類為受律師協助權所保護的通訊內容，侵害（影響）到無辜第三人依憲法第十六條所得享有的訴訟權保障。這樣的規範方式所必須要付出的成本及代價，著實過於高昂。基於上述理由，為了周延保護犯罪嫌疑人及被告的受律師協助權，應認法院不能夠依一般規定，核發僅以律師為監察對象的通訊監察書⁸⁹。換言之，要監察律師的通訊時，制度上應該要有其他更為嚴謹及必要的規範。

在形成律師及其當事人間通訊的監察的要件時，必須要賦予被告及犯罪嫌疑人的受律師協助權具實質意義的保護，此一同時，也應該在該權利及犯罪偵查間取得必要的平衡。因此，一方面，在制度上應該要確保律師能夠完全瞭解案件的情形及細節，被告能夠隨時諮詢律師、獲有法律專業上的建議，以及完整向其陳述案件事實。對於被告或犯罪嫌疑人來說，其必須要能夠確信，與律師間的談話內容不會毫無限制地為第三人所知悉，如此一來，當事人才能夠自由地與律師溝通對話。無論事後檢察官是否能夠提出該內容於法庭作為認定犯罪事實之用，當被告或犯罪嫌疑人知悉其與律師間的對話內容可能會被偵查機關所取得，其便可能怯於與律師進行溝通，也因此無法獲得實質有效的辯護協助。如此一來，被告在憲法上所受有保障的受律師協助權也就會因而盡數落空。另一方面，為

⁸⁹ 美國聯邦及多數的州在實務上多認為，在有相當理由可信律師犯有法定重罪時，還是能夠以之作爲監察對象，監察其所進行的通訊。See, e.g., *In re Application of U.S. for an Order Authorizing the Interception of Oral Communications*, 723 F.2d 1022 (1st Cir. 1983); *United States v. Lofton*, 507 F. Supp. 108 (S.D.N.Y. 1981).

了兼顧國家訴追犯罪的重要利益，在有相當理由足證律師及特定人共同涉及犯罪情事時，可以監察其間所進行的通訊內容⁹⁰。亦即，在有事實足認為受律師協助權所保護的通訊方（律師及其當事人）共同涉及犯罪，並同時以該兩者為監察對象時，才能夠監察其通訊⁹¹。

舉例來說，張三及其律師李四涉嫌共同犯罪，法院不得核發單以李四為監察對象的通訊監察書，授權偵查機關進行通訊監察。為要監察張三及李四間的通訊，檢警官員必須取得法院核發，以張三及李四為監察對象的令狀。持有此一令狀，自是不得監察張三及王五間的通話。這一個立法方式等於是先禁止監察律師所為的通訊，在有相當理由足認律師及特定人涉及犯罪時，方可監察其通訊⁹²。如此一來，當可保障人民受律師協助權，有效降低通訊監察對其所可能造成的衝擊⁹³，並使偵查機關仍可監察參與犯罪的律師的通訊，兼顧重要的犯罪訴追利益⁹⁴。

要注意的是，向法院聲請時，偵查機關應不得以受律師協助權所保護的通訊作為前述的相當理由的依據。要有這一個要求的原因在於，如果不禁止以受律師協助權的通訊證明存有相當理由，那麼

⁹⁰ Goldsmith & Balmforth, *supra* note 30, at 943, 945-46. See Harrelson, 754 F.2d at 1166-67. 在這一個案件中，律師與其客戶為共犯，所以其之間的對話便不再享有祕匿特權的保障。

⁹¹ CARR & BELLIA, *supra* note 85, at § 5:8.

⁹² See FISHMAN & MCKENNA, *supra* note 75, at § 15:24; Goldsmith & Balmforth, *supra* note 30, at 946; United States v. Cleveland, 964 F. Supp. 1073, 1094 (E.D. La. 1997).

⁹³ Patricia M. Worthy, *The Impact of New and Emerging Telecommunications Technology: A Call to the Rescue of the Attorney-Client Privilege*, 39 HOW. L.J. 437, 472-73 (1996).

⁹⁴ CARR & BELLIA, *supra* note 85, at § 5:9.

執法機關可能會在執行通訊監察時，大可以先「無可避免」，或是「善意」地接觸到受保護的通訊，再以之為證據，向法院聲請通訊監察書，監察律師與特定人間的通訊⁹⁵。如此一來，將會使得對於受律師協助權或與律師充分自由溝通權的保護盡數落空。

除了要有相當理由足認律師及特定人共同涉及犯罪外，要監察其通訊時，還應該要有相當理由可信無法或難以藉由通訊監察以外的方式（如搜索或提出命令）取得相當證據（*comparable evidence*），國家機關才可以監察律師及特定人間的通訊⁹⁶。這樣的要求，類似於最後手段原則，不過其係要求偵查機關必須更為明確具體地證明，不能或難以他法取得具有與律師及特定人間通訊類似證明力（價值）的證據。這樣的要求，可以確保偵查機關不會動輒發動通訊監察，不使用侵害較為輕微的強制處分，使得人民的通訊隱私及受律師協助權受到不必要的過度侵害。

三、監察期間

以律師及特定人為監察對象時，影響所及不只是通訊隱私及秘密通訊自由，還包括了該特定人及不特定人的受律師協助權。也因此，除了程序及要件應更為嚴謹（格）之外，監察期間也應該有所限縮⁹⁷。亦即，以律師及特定人為監察對象時，其監察期間應較一般案件為短（如十五日）。不過，在有必要、具相當理由及其他程序要件時，可以延長，自是不在話下。

⁹⁵ Goldsmith & Balmforth, *supra* note 30, at 945.

⁹⁶ *Id.* at 946-47.

⁹⁷ CARR & BELLIA, *supra* note 85, at § 5:9.

四、執行

當律師參與通訊時，監察該通訊可能便還會涉及到其當事人的受律師協助權，所以應認只有律師及特定人同為監察對象時，才能夠監察其所為的通話。為更為周延有效地保護此一權利，除了要件上的特別規定外，於執行上也應有必要的程序規範。關於此點，可以分為一般案件，以及以律師及特定人為監察對象兩種情形來討論。

(一)在一般案件中的執行

在執行一般犯罪嫌疑人或被告為對象的通訊監察時，在執行時必須要遵照最小侵害原則（通保法第二條第二項）等要求。除此之外，為了更為周延地保護其受律師協助權及與律師充分自由溝通的權利，在執行上應有其必要的程序規範。

具體地來說，在取得法院所核發的令狀後，偵查機關雖然因而可以監察被告或犯罪嫌疑人的通訊，以取得可為證據的對話內容，但在此一同時，也應該要盡可能地避免聽取到該監察對象的受律師協助權所保護的通訊。但是，由於通訊監察是以正在或尚未發生的通訊為對象，執法官員無法完全預測（掌握）對話的對象及內容為何，所以，會因而可能會在監察中發現監察對象與其律師正在進行通話的情形。依先前所建議，只有在律師及特定人同為監察對象時，才能夠監察兩者間所為的通訊，所以，除非律師也是通訊監察書所授權得監察的對象，否則執法機關便應該立刻停止監察，以避免接觸到為受律師協助權所保護的通訊⁹⁸。

比較棘手的問題是，如果是在還不清楚通訊方的身分之前，就已經得知了該通話內容與本案（犯罪）有關，之後才知道參與通話

⁹⁸ Goldsmith & Balmforth, *supra* note 30, at 945-47.

者是律師及當事人，是否還是應該馬上停止該通訊監察？抑或是可以容許偵查機關繼續監察？

如果認為執法官員必須要立即停止通訊監察，固然可以避免其接觸到律師及當事人間可能為受律師協助權所保護的通訊，較為充分周延地保障被告的受律師協助權，但是，在實際個案的操作中，立即中止通訊監察的規定等於是要求警察官員放棄可以繼續取得的犯罪證據，對於涉及犯罪的通訊必須要「置若罔聞」，著實過於不切實際，也有害於犯罪的追訴效率。再者，即刻停止通訊監察的要求，可能也會有事後判斷上的困難。亦即，即使認為被告的受律師協助權遠較偵查機關的犯罪訴追利益更為重要，所以執法官員一旦發現通訊方為律師及其當事人，即便先前已經聽到了與犯罪有關的對話，還是必須要馬上停止，熱衷執著於打擊犯罪的警察還是可能繼續監察，取得與犯罪有關的通訊內容，再於事後託言並未發現，或是未能確定參與通訊者是律師及當事人。然而，一旦此點成為審判中的爭執，法院在事後很難判斷執法官員是否惡意違反立即停止的規定。綜上可知，即刻停止通訊監察的雖然用意良好，但是卻會有事後審查上的困難，不一定能夠保護被告的受律師協助權，但卻會犧牲掉國家的犯罪訴追利益。權衡利弊得失，應認警察機關在得知通訊內容與本案（犯罪）有關後才知悉通訊之另一方為律師時，還是可以繼續監察⁹⁹。不過，即使律師及該監察對象間曾有通訊涉及犯罪行為，並不代表兩者間所有的通話都與犯罪相關，為保護被告的受律師協助權，偵查機關還是必須在事後立即向法院聲請令狀，法官認有相當理由時，才能夠繼續該兩者間的通訊。

⁹⁹ 至於執行所得的通訊內容，自應有通保法第18條之1的適用。

(二) 律師及特定人為監察對象

為保護被告或犯罪嫌疑人的受律師協助權，應認只有在取得法院所核發，以律師及特定人為監察對象的令狀時，才能監察其所為的通訊。不過，即使有證據足以認定律師及特定人涉及共同犯罪（如一起向法官或檢察官行賄），國家機關因而得以之為對象，進行通訊監察，但是，這並不意味著執行時就可以監察兩者間所有的通訊內容。這是因為，在令狀所授權監察的律師及特定人間，除了談論犯罪情事外，還是有可能商討其他案件（如內線交易）中的訴訟及攻防策略。前者可以是通訊監察的客體，但是後者還是為受律師協助權所保護。也因此，在執行通訊監察時，偵查官員還是必須要嚴守最小侵害原則（如以間續性監察的方式執行），盡其所能地不要接觸到與本案無關，尤其是為受律師協助權所保護的對話內容。

但是，不同於傳統的搜索扣押，通訊監察不是取得已經存在的有形體之物，而是以正在或將要發生的通訊為對象，所以，警察官員並無法完全掌握或預測參與通訊者是否為律師，抑或是其他共犯。再者，一旦在程序上特別保護為受律師協助權保護的通訊，犯罪之人可能會「明修棧道，暗渡陳倉」，以自稱為律師，或是將律師等詞句作為祕語或暗語，以阻撓或躲避通訊監察。基於這一些原因，在具體個案的執行時，應容許執法官員先聽取一定時間內的通訊內容（如二十秒），或是以間續性監察的方式來判斷確認參與通訊之人及內容¹⁰⁰。一旦確認通話方的身分及通話內容與本案無關，通訊監察就必須要立即停止¹⁰¹。

¹⁰⁰ See FISHMAN & MCKENNA, *supra* note 75, at § 15:24.

¹⁰¹ United States v. DePalma, 461 F. Supp. 800, 821 (S.D.N.Y. 1978); Hyde, 574 F.2d at 870.

五、事中監督

不同於傳統型態的搜索扣押，通訊監察通常都會持續一段時間，長期地影響監察對象的祕密通訊自由。當通訊監察涉及到律師及其當事人間的通訊時，影響的不只是隱私，還擴及到人民的受律師協助權，所以如何規制這一種類型的通訊監察的執行，便更形重要。

當以律師及特定人為監察對象時，除了上述的各樣執行上的程序規範外，檢警機關還應該要以更高頻率的向法院提出執行報告¹⁰²，以督促執法官員是以最小侵害的方式進行通訊監察¹⁰³，並確認該通訊監察的必要性。再者，在不是以律師作為監察對象的案件中，如果取得了為受律師協助權所保障的通訊內容，也應該要立即向法院陳報，使法院得以審查通訊監察執行的合法性，並促使執法官員更加遵循相關程序規範¹⁰⁴。更為嚴謹的法院的事中監督（期中報告）機制，才能夠強化人民受律師協助權及與律師充分自由溝通權的保護¹⁰⁵。

六、事後通知

我國及美國的通訊監察法制均設有事後通知的條文。事後通知，除了讓監察對象知悉自己曾經受有監察，相關權利曾受到國家機關限制的事實外。更為實質關鍵的是，在受有通知後，能夠據以針對通訊監察表示異議，獲得救濟，甚至是舉發執法官員的不法情事。不過，美國聯邦通訊監察法規定，只有令狀上的受監察對象才

¹⁰² Worthy, *supra* note 93, at 473.

¹⁰³ Goldsmith & Balmforth, *supra* note 30, at 947.

¹⁰⁴ *Id.* at 947.

¹⁰⁵ Worthy, *supra* note 93, at 473.

會在通訊監察結束後受有通知，至於其他通訊受到監察的人，在經法院裁量認有必要時，亦得受有通知¹⁰⁶。依我國通保法，原則上，也只有記載於通訊監察書上的監察對象（第四條及第十五條）才會受有通知¹⁰⁷。也就是說，在我國，即使監察的是律師及其當事人間的通訊，只要不是監察對象，就不會受有通知，也就遑論對通訊監察聲明不服。

是故，當通訊監察取得的是為受律師協助權所保護的通訊時，無論受到監察者是否為令狀上記載的監察對象，都應該要在通訊監察結束後即時受有通知，使其得以聲明不服，受有必要之救濟（刑訴法第四〇四條及第四一六條參照），確保為受律師協助權所保護的通訊內容不會被不當地利用或揭露¹⁰⁸。即使法院審查後認為通訊監察的執行並無違法之處，事後的通知也可以讓相關人有機會採取因應措施，避免更多受保護的通訊受到監察。

七、使 用

監察所得的通訊資料涉及本案者，應依第十七條第一項予以保存，除符合第五條或第六條或其他法律另有規定者外，不得提供予其他機關使用（第十八條第一項）。不過，無論偵查官員如何仔細謹慎，如何嚴守最小侵害原則，由於通訊及通訊監察本質所致，無論是以一般人或是以律師及特定人為監察對象，幾乎都無法避免取得為受律師協助權所保護的通訊內容。這一類通訊內容應如何處理，有予以規範的必要。

如同先前所指出，受律師協助權所要確保的，不只是律師及其

¹⁰⁶ 18 U.S.C. § 2518(8)(d) (1998).

¹⁰⁷ 通保法第4條參照。

¹⁰⁸ Goldsmith & Balmforth, *supra* note 30, at 947.

當事人間的對話不在法庭上成為對該當世人（被告）不利的證據，其也更包括了兩者間受保護的對話不被國家機關（尤其是偵查官員）所得知¹⁰⁹。這是因為，一旦檢警接觸到了為受律師協助權所保護的通訊，便可能會知悉律師及被告間就相關事實、辯護策略、攻防方向，以及訴訟計畫等事項的討論，並以之作為偵查的線索及訴訟上的依據。這樣的結果，顯然違背了憲法賦予刑事被告受律師協助權的意旨，所進行的刑事程序既不公平，也不正當。是故，在執行本案的通訊監察中，因而接觸到關於其他案件，為受律師協助權所保護的通訊內容時，該偵查官員便不應該參與該他案件的偵查，也不能與負責該他案件偵查的警察討論或向其揭露監察所得的通訊內容¹¹⁰。舉例來說，警察甲獲法院核發通訊監察書，監察律師乙及丙行賄公務員的案件，如果因而取得乙丙間關於丙內線交易案件，或是乙丁間關於丁詐欺案件的討論內容，甲便不得參與內線交易或詐欺案件的偵查，也不能夠向承辦官員揭露所取得的通訊的內容。至於監察後所取得的通訊複本，可以考慮在法官審查後，以裁定命後製，刪除受保護的內容，僅保留與本案相關的部分，並封緘原始內容，以避免與本案無關通訊為他人所知悉。

八、證據能力

就律師及當事人間的通訊內容，關於本案的部分，若是依經法院審查後所核發的通訊監察書，經正當合法的程序執行所取得，自然沒有證據排除（通保法第十八條之一第二項）的問題。接下來的問題是，當以一般人為監察對象，因而取得其與律師間受保護的通訊內容，或是以律師及特定人為監察對象，但是取得兩者間為受律

¹⁰⁹ 請參照本文肆、五、(一)部分的說明及討論。

¹¹⁰ Goldsmith & Balmforth, *supra* note 30, at 947-48.

師協助權所保護的通訊，有無證據能力？可否以之作為不利於被告的證據？基於以下理由，應認為這一類的通訊內容均應排除，沒有證據能力，不得作為證據調查之用。

首先，釋字第六五四號解釋已經明確指出，受律師協助權及與律師充分自由溝通權屬於人民依憲法第十六條（訴訟權）所得享有的權利，此權利涉及了受公平審判權，也是正當法律程序的要求，能夠與律師間充分自由溝通，律師才能夠協助刑事被告有效地行使其防禦權。是故，刑事被告與律師充分自由溝通權，應受有妥適周延的保護，除非有正當合理的事由，否則兩者間的談話不得作為認定被告犯罪事實的證據¹¹¹。如果不如此規範，刑事被告將會怯於向律師尋求法律上的協助，即使其有律師為其辯護，也會因而不敢向其充分坦露所有相關事實。無論是哪一種情形，都會完全掏空被告在憲法上的受律師協助權。再者，在大法官作成釋字第六五四號解釋前，便已有學者主張，刑事被告與律師間通訊的內容，受有憲法保護，除非有正當理由，否則，無論是監聽或竊聽所取得的內容，皆無證據能力，不得成為不利於被告的證據¹¹²。從比較法上看，也應該獲致相同的結論。美國聯邦及許多州的通訊監察法皆明文，通訊監察的規定不影響受監察人所得享有的受律師協助權（律師祕匿特權）¹¹³。美國聯邦最高法院也曾判定，蓄意

¹¹¹ Goldsmith & Balmforth, *supra* note 30, at 945-50; Terrence T. Kossegi & Barbara Stegun Phari, *The Clergy-Communicant Privilege in the Age of Electronic Surveillance*, 12 ST. JOHN'S J. LEGAL COMMENT 241, 269 (1996); Worthy, *supra* note 93, at 461; Leonard Atkinson, *The Origins of Wiretapping in Connecticut*, 12 U. BRIDGEPORT L. REV. 247, 270 (1991).

¹¹² 王兆鵬，貫徹平等與實質之辯護制度，載：辯護權與詰問權，頁98-99，2008年6月；王兆鵬，同註13，頁124-125。

¹¹³ E.g., 18 U.S.C. § 2517(4); Kan. Stat. § 22-2515(e); Del. Code Tit. 11, § 2406(d); Vir. Code § 19.2-67D; Wyo. Stat. § 7-3-707(q); Minn. Stat. § 626A.06, Subd. 3.

（deliberately）側聽被告與其律師討論訴訟策略，已經侵害了被告的受律師協助權，法院可以因而排除之，甚至是駁回檢察官的起訴¹¹⁴。至於因執行通訊監察所取得其他案件的通訊內容，無論是以律師及特定人，或是以一般犯罪嫌疑人为監察對象，則應依通保法第十八條之一第一項處理。亦即，除非偵查機關於法定期間內向法院陳報，並經法院審查認可，否則便應予以排除¹¹⁵。

陸、我國法制上的特殊困境：全都錄

關於律師及其當事人間通訊的監察及保護，應該在要件、期間、執行、事中監督、事後通知、取得資訊的使用，及證據能力上有其特別規定。就此，已經分別討論分析，並提出建議如上。如果立法者能夠雅納建言，修正現行通保法的相關規定，當可賦予人民更為完整的受律師協助權的保障。不過，由於我國特殊的執行方式——全都錄，會使得前述所有的程序規範幾乎完全落空。

一、我國通訊監察的執行方式

不同於美國實務上通常所採取的間續性監察¹¹⁶，我國通訊監

¹¹⁴ Wetherford v. Bursey, 429 U.S. 545 (1977).

¹¹⁵ 不過，通保法第18條之1第1項關於7日內陳報的要求過於嚴苛，在適用上並未提供人民更為完整的保護，但卻嚴重戕害犯罪的偵查效益，應有修正的必要。詳細的分析及評論可以參照李榮耕，簡評二〇一四年新修正的通訊保障及監察法——一次不知所謂何來的修法，同註31，頁172-173。

¹¹⁶ See, e.g., United States v. Clerkley, 556 F.2d 709, 717 (4th Cir. 1977); United States v. Hinton, 543 F.2d 1002, 1011-12 (2d Cir. 1976). 中文文獻可以參照黃謀信，簡析美國核發通訊監察書遠低於我國之原因，法務通訊，2284期，2006年4月13日，5版。

察是以「全都錄」的方式執行¹¹⁷。詳細地來說，目前我國實務上執行通訊監察的方式，是在執行機關獲有法院所核發的通訊監察書後，由建置機關（內政部警政署通訊監察中心或法務部調查局通訊監察中心），藉由電腦設備，自動錄製下監察期間內「所有」透過令狀上記載的通訊設備（如門號）所進行的所有通訊。換言之，只要是透過該通訊設備所進行的通訊，無論是通話者是誰、無論通訊內容是否與本案有關、無論通訊種類為何¹¹⁸，都會被建置機關的設備全數記錄於DVD等媒體之上¹¹⁹。之後，執行機關再至建置機關領取之¹²⁰，聽取其中內容。只有非常少數的案件（如擄人勒贖，或是於近期內即將進行的毒品交易），因為時效的緣故，執行機關才會派員到建置機關「守株待兔」，等待受監察人進行通訊，在第一時間聽（讀）取通訊內容（實務上稱之為「線譯」）。

二、程序規範的落空

全都錄的方式有著執行成本低廉的優點，但是卻有著違反令狀原則、特定明確原則、最小侵害原則、不當侵害監察對象，及第三人通訊隱私、造成浮濫聲請，甚至是違憲等諸多嚴重缺點¹²¹。當

¹¹⁷ 關於我國通訊監察的執行方式及批評，可以參照李榮耕，簡評二〇一四年新修正的通訊保障及監察法——一次不知所謂何來的修法，同註31，頁154-156。

¹¹⁸ 聯合報，2013年10月29日，平均每年聲請1.5萬件監聽案 美1萬人有4.4人被監聽 台灣監聽臉書、Line、電郵全都錄，劉峻谷，A5版。

¹¹⁹ 聯合報，2013年10月10日，立委參訪監聽機房 0972技術解密，鄧桂芬等，A12版。

¹²⁰ 聯合報，2013年10月1日，節費電話可監聽？執行0972監錄 調查局早午晚三說法，王光慈及劉峻谷，A3版。

¹²¹ 關於全都錄的缺點及批評，可以參照李榮耕，簡評二〇一四年新修正的通訊保障及監察法——一次不知所謂何來的修法，同註31，頁156-160。

所監察的客體是律師及其當事人間的對話或是為受律師協助權所保護的通訊時，無論在執行上設有什麼樣的權利保護規範，全都錄都足以使其幾乎完全無法發揮任何作用。首先，依本文所建議，以一般犯罪嫌疑人為監察對象時，除非律師也同為監察對象，否則在執行中若發現參與通訊者是律師時，為保護其受律師協助權，便應該要立即停止通訊監察。然而，在全都錄的執行方式中，是以建置機關的電腦設備自動監錄下監察期間內，透過特定監察設備所進行的所有的通訊，再於事後聽（讀）取其內容，根本不可能即時得知與監察對象通話的人是律師，更不用說立即停止通訊監察，以避免接觸為受律師協助權所保護的通訊。

再者，依本文建議，只有在獲有法院所核發，以律師及特定人為監察對象的令狀時，偵查官員才能夠監察其所進行與本案有關的通訊。又因為律師還是可能就其他案件為該特定人提供法律上的協助，所以在執行時仍應遵守最小侵害原則（如以間續性監察的方式執行），以維護其受律師協助權及與律師的充分自由溝通權。但是，當執法官員是以全都錄的方式執行通訊監察時，完全無法即時判斷參與通訊者是否為律師及特定人，也沒有確認通訊內容是否與本案相關的可能性。如此一來，為受律師協助權所保護的通訊還是會全數落入偵查權限之下，為執法官員所接觸。

三、小 結

全都錄的執行方式有著諸多嚴重的缺失，不只不利於犯罪的有效偵查，對於人民的通訊隱私及受律師協助權等重要權利更是會造成極大的傷害。當務之急，應當是全面廢止目前的執行方式，改以線上即時監聽（錄）的方式，如此方合於憲法及通保法的要求。否則，任何關於通訊監察要件或執行的規範，都將只是鏡花水月，空談一場而已。

柒、結 論

從釋字第五四號解釋可以知道，刑事被告依憲法第十六條享有受律師協助權，從這一個權利也因而可以推導出其同時享有與律師充分自由溝通的權利。從刑訴法第一八二條的律師拒絕證言權及學理上所推導出的律師祕匿特權，也都可以得到相同的結論。因著刑事被告享有此一權利，除非有具體明確，合乎比例的法律限制，執行上遵守正當合理的程序規範，否則偵查機關不得接觸其與律師間的對話。

刑事被告與其律師間的對話應受有與律師充分自由溝通權的保護，但是，我國現行通保法的條文並無法達到此一要求。即使律師經常與其當事人間有著受保護的通訊，但是，以律師作為監察對象時，並無任何更為嚴謹的要件。不只如此，監察到一般犯罪嫌疑人與其律師間的通話時，也沒有特別的程序規範。至於現行事後通知等規定，也未能賦予受監察人受律師協助權較為完整的保護。

美國聯邦及各州針對通訊監察中律師祕匿特權的保護，設有密（強）度不同保護，其相關條文，對我國的通訊監察法制而言，極具參考價值。分析討論後，應認關於律師為參與人的通訊，不應採絕對禁止監察的立法方式。為更為完整的保護人民的受律師協助權，並兼顧國家的犯罪偵查利益，應認只有在同時以律師及特定人為監察對象時，才能夠監察兩者間的通訊。再者，由於這一類型的通訊監察同時涉及隱私及受律師協助權，所監察期間應該較短。執行一般通訊監察時，若發現與監察對象通訊的是律師時，應立即停止；以律師及特定人為監察對象時，也應以侵害最小的方式為之，以避免接觸到與本案無關的通訊內容。除此之外，應有更為嚴謹的法院事中監督，通訊監察結束後，除了監察對象外，所有通訊受到監察者，也都應受有通知，使其得以聲明不服。執行本案通訊

監察的檢警官員接觸到他案，為受律師協助權所保護的通訊內容時，不得參與該他案的偵查及訴訟，也不得向承辦該案件的官員揭露其內容。執行通訊監察中取得為受律師協助權所保護的通訊內容者，依釋字第六五四號解釋、學理，及比較立法例，都應認該通訊內容無證據能力，不得作為證據調查之用。

我國實務上慣常使用全都錄方式，不只違反通保法，也有著違憲的問題，應全面廢止。否則，無論通保法上相關程序規範再嚴謹，都將只是空中大餅，完全發揮不了任何權利保護的作用。

參考文獻

一、中 文

1. 王兆鵬，受有效律師協助的權利——以美國法為參考，月旦法學雜誌，123期，頁148-171，2005年8月。
2. 王兆鵬，律師與當事人之秘匿特權，載：辯護權與詰問權，頁109-126，2008年6月。
3. 王兆鵬，貫徹平等與實質之辯護制度，載：辯護權與詰問權，頁79-108，2008年6月。
4. 王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（上），3版，2015年9月。
5. 王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（下），3版，2015年9月。
6. 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。
7. 李榮耕，Gideon's Trumpet——被告的受有效辯護權，全國律師，12卷12期，頁21-45，2008年12月。
8. 李榮耕，你好，我不好——得一方同意的通訊監察及近年最高法院相關判決簡評，月旦法學雜誌，174期，頁181-192，2009年12月。
9. 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。
10. 李榮耕，簡評二〇一四年新修正的通訊保障及監察法——一次不知所謂何來的修法，月旦法學雜誌，227期，頁148-175，2014年4月。
11. 李震山，挪動通訊保障及通訊監察天平上的法碼——釋字第六三一號解釋評析，台灣本土法學雜誌，98期，頁283-291，2007年9月。
12. 林永謀，刑事訴訟法釋論（上），改訂版，2010年12月。
13. 林永謀，刑事訴訟法釋論（中），改訂版，2010年12月。
14. 林俊益，刑事訴訟法概論（上），13版，2013年2月。
15. 林鈺雄，刑事訴訟法（上冊）——總論篇，7版，2013年9月。
16. 林鈺雄，法官保留原則與干預處分專庭——以通訊監察之修法芻議為例，月

旦法學教室，136期，頁55-65，2014年2月。

- 17.陳運財，通訊之監察，載：刑事訴訟法實例演習，頁59-82，2000年6月。
- 18.陳樸生，刑事證據法，重訂再版，1992年4月。
- 19.陳樸生，刑事訴訟法實務，再訂版2版，1999年6月。
- 20.黃朝義，監聽，月旦法學教室，10期，頁101-110，2003年8月。
- 21.黃朝義，刑事訴訟法，3版，2013年4月。
- 22.黃謀信，簡析美國核發通訊監察書遠低於我國之原因，法務通訊，2284期，5版，2006年4月。
- 23.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臺上字第一四九五號、九七年度臺上字第二六三三號及九七年度臺非字第五四九號判決，台灣法學雜誌，141期，頁67-93，2009年12月。

二、外 文

1. Atkinson, Leonard, *The Origins of Wiretapping in Connecticut*, 12 U. BRIDGEPORT L. REV. 247 (1991).
2. Broun, Kenneth S. ed. (2006), 1 MCCORMICK ON EVIDENCE, NY: West.
3. Carr, Hon. James & Bellia, Patricia L. (2008), LAW OF ELECTRONIC SURVEILLANCE, NY: West.
4. Cover, Avidan Y., *A Rule Unfit for All Reasons: Monitoring Attorney-Client Communications Violates Privilege and the Sixth Amendment*, 87 CORNELL 1233 (2002).
5. Fishman, Clifford S. & McKenna, Anne T. (2009), WIRETAPPING AND EAVES-DROPPING, NY: West.
6. Fried, David J., *Too High a Price for Truth: The Exception to the Attorney-Client Privilege for Contemplated Crimes and Frauds*, 64 N.C. L. REV. 443 (1986).
7. Goldsmith, Michael & Balmforth, Kathryn O., *The Electronic Surveillance of Privileged Communications: A Conflict in Doctrine*, 64 S. CAL. L. REV. 903 (1991).

8. Goldstock, Ronald & Chananie, Steven, *Criminal's Lawyers: The Use of Electronic Surveillance and Search Warrant in the Investigation and Prosecution of Attorneys Suspected of Criminal Wrongdoing*, 136 U. PA. L. REV. 1855 (1988).
9. Hazard, Geoffrey C., Jr., *An Historical Perspective on the Attorney-Client Privilege*, 66 CAL. L. REV. 1061 (1978).
10. Kossegi, Terrence T. & Stegun Phari, Barbara, *The Clergy-Communicant Privilege in the Age of Electronic Surveillance*, 12 ST. JOHN'S J. LEGAL COMMENT 241 (1996).
11. Mann, Ronni L. *Minimization of Interception: Presearch Guideline and Post-search Remedies*, 26 STAN. L. REV. 1411 (1974).
12. Mueller Christopher B. & Kirkpatrick, Laird C. (1995), EVIDENCE, NY: Aspen.
13. Pikowsky, Robert A., *Privilege and Confidentiality of Attorney-Client Communication Via E-Mail*, 51 BAYLOR L. REV. 483 (1999).
14. Schwartz, Herman, *The Legitimation of Electronic Eavesdropping: The Politics of "Law and Order"*, 67 MICH. L. REV. 455 (1969).
15. Wetmore, William, *Hijacking the Privilege: Balancing Fairness and Security When Warrantless Wiretapping Threatens Attorney-Client Communications*, 2 HARV. L. & POL'Y REV. 187 (2008).
16. Wigmore, John (1961), EVIDENCE AND TRIALS AT COMMON LAW, Boston: Little, Brvown.
17. Wood, Derek D., *The Emerging of Cellular and Cordless Telephones and the Resulting Effect on the Tension Between Privacy and Wiretapping*, 33 GONZ. L. REV. 377 (1998).
18. Worthy, Patricia M., *The Impact of New and Emerging Telecommunications Technology: A Call to the Rescue of the Attorney-Client Privilege*, 39 HOW. L.J. 437 (1996).

Surveillance on Communications Between Attorneys and Clients

Rong-Geng Li^{*}

Abstract

Communication surveillance on suspects may intrude their privacy and the right to counsel. Communication surveillance on attorneys may intrude large number of people's rights to counsel. According to the Judicial Interpretations, the Code of Criminal Procedure, and scholars' comments, people have the rights to freely and fully communicate with their counsels. However, the current legal framework does not properly protect such rights, allowing the law enforcement to access privileged communications. After analyzing related statutes of the United States, this article argues that the Communication Security and Surveillance Law should add provisions regarding the elements, period, execution, monitor, post notice, use, and admissibility in order to govern the surveillance on communications between attorneys and their clients. In addition, the current executive method employed by the law enforcement is not only illegal but also unconstitutional and should be abolished. Otherwise, any revision of related statute would be meaningless.

Keywords: Communications, Surveillance, Privacy, Right to Counsel, The Communication Security and Surveillance Law

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

Received: July 15, 2014; accepted: May 21, 2015