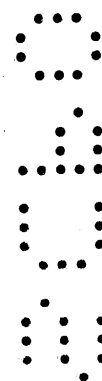


最高檢察署

刑事大法庭言詞辯論意旨書

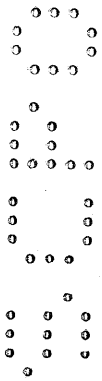
(110 年度台上大字第 2943 號)

檢察官 吳慎志
陳瑞仁
蔡秋明
林麗瑩
李進榮
林俊言



本案提案之法律問題

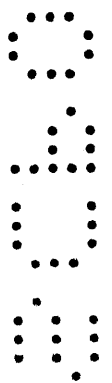
- 一、依通訊保障及監察法第 5 條第 4 項規定，執行機關應於執行監聽期間內，每 15 日至少作成 1 次以上之報告書，並依檢察官或核發通訊監察書之法官之命提出報告。若執行機關於 15 日內或法官指定之日期前作成報告書，惟送達至法院時已逾 15 日或法官指定之日期，是否違反該規定？
- 二、執行機關違反通訊保障及監察法第 5 條第 4 項之報告義務，其進行監聽所取得之內容，有無證據能力？



目錄

壹、本件提案之法律問題	1
貳、與法律爭點相關之本案事實及二審法院之見解	1
參、本案所涉及之我國法律條文與立法理由	2
一、關於期中報告	2
二、關於證據排除	2
三、小結	3
肆、本案法律問題之實務見解	3
一、問題一部分	3
二、問題二部分	4
伍、對本件法律問題的學者見解	5
陸、本案所涉之外國立法例與實務見解	5
一、美國法	5
(一)法律規定	5
1.期中報告	5
2.證據排除	7
(二)實務見解	7
(三)美國聯邦法之小結	10
二、日本法	10
三、德國法	11
柒、本署對本案法律問題之意見	12
一、執行機關於 15 日內或法官指定之日期前作成報告書，惟送達至法院時已逾 15 日或法官指定之日期者，並未違反通訊保障及監察法第 5 條第 4 項之規定	12
二、執行通訊監察前 15 日所取得之犯罪證據，與期中報告之規定無涉，故應無通訊保障及監察法第 18-1 條第 3 項之適用	13

三、違反通訊保障及監察法第 5 條第 4 項之規定者，其後 15 日 所取得證據之證據能力是否排除，應視前 15 日是否已取得犯 罪證據而定	14
(一)開始執行 15 日之後始作成期中報告者，若前 15 日已取得 犯罪證據者，則該次監察期間之後 15 日所取得之證據， 應有證據能力	15
(二)開始執行 15 日之後始作成期中報告者，若前 15 日並未取 得犯罪證據者，其後 15 日所取得之犯罪證據原則上仍 有證據能力，除非核發法官表示相反意見	15
(三)執行機關始終未製作期中報告者，該次監察期間之後 15 日所取得之證據，則應絕對排除。	16
四、從比較法言之，期中報告並非監聽法制之核心價值	16
五、結論	16



最高檢察署檢察官刑事大法庭言詞辯論意旨書

111 年度台庭蒞字第 2 號

提出人 最高檢察署檢察官吳慎志

上訴人

即被告 林慶勇 年籍詳卷

上列上訴人即被告經臺灣桃園地方檢察署檢察官於民國 108 年 9 月 6 日以 108 年度偵字第 20752 號等案件提起公訴，認其涉嫌違反毒品危害防制條例第 4 條第 1 項等罪嫌，嗣經臺灣桃園地方法院於 109 年 5 月 27 日以 108 年度訴字第 892 號為有罪判決。被告不服提起上訴，經臺灣高等法院於 109 年 12 月 29 日以 109 年度上訴字第 3968 號駁回被告上訴。被告不服再上訴至貴院，經貴院第三庭於 111 年 1 月 4 日以 110 年度台上大字第 2943 號刑事提案裁定將此案之法律問題提交貴院刑事大法庭。茲將本署刑事大法庭言詞辯論意旨分述於後：

壹、本件提案之法律問題

- 一、依通訊保障及監察法第 5 條第 4 項規定，執行機關應於執行監聽期間內，每 15 日至少作成 1 次以上之報告書，並依檢察官或核發通訊監察書之法官之命提出報告。若執行機關於 15 日內或法官指定之日期前作成報告書，惟送達至法院時已逾 15 日或法官指定之日期，是否違反該規定？
- 二、執行機關違反通訊保障及監察法第 5 條第 4 項之報告義務，其進行監聽所取得之內容，有無證據能力？

貳、與法律爭點相關之本案事實及二審法院之見解

本案檢察官依法向第一審法院聲請對上訴人持用之行動電話門號實施通訊監察，經第一審法院審核認符合通訊保障及監察法（下稱通保法）第 5 條第 1 項之規定，乃核發通訊監察書（監察期間自民國 108 年 1 月 11 日 10 時至 2 月 9 日 10 時），並命負責執行之警方應於同年 1 月 24 日前提出監察報告書。警方乃於 108 年 1 月 24 日製作監察報告書，並於翌（25）日送達至第一審法院（上開通訊監察書並未

經法院撤銷)。原審以警方未遵期提出報告書，雖違反通保法第5條第4項之規定，惟其於同年1月11日至1月24日執行監聽所取得之內容，執行程序並無違法，自有證據能力，並以此段期間之通訊監察譯文作為購毒者指訴之補強證據，而論處上訴人販賣第一級毒品罪刑。至同年1月25日迄2月9日之通訊監察譯文，則認為依同法第18條之1第3項之規定無證據能力（以上摘錄自本案之提案裁定書）。

參、本案所涉及之我國法律條文與立法理由

一、關於期中報告

民國103年1月29日修正前原條文（即96年7月11日修正後之條文）通訊保障及監察法第5條第4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。

民國103年1月29日修正後之條文通訊保障及監察法第5條第4項（現行法）：

執行機關應於執行監聽期間內，**每15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。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。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。

民國103年1月29日第5條立法理由：依協商條文通過。

二、關於證據排除

民國103年1月29日修正前原條文（即96年7月11日修正後之條文）通訊保障及監察法第5條第5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。

民國 103 年 1 月 29 日修訂時，原第 5 條第 5 項刪除而移至新增訂之 18-1 條第 3 項（現行法）：

違反第 5 條、第 6 條或第 7 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，並依第 17 條第 2 項規定予以銷燬。

民國 103 年 1 月 29 日第 18-1 條第 3 項立法理由：

「四、第 3 項明定「違反第 5 條、第 6 條或第 7 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，並依第 17 條第 2 項規定予以銷燬。」。

三、小結

由上可知，本件所涉法條之立法院官方版本並未有詳細之修法理由可供參考。

肆、本案法律問題之實務見解

一、問題一部分

最高法院 110 年度台上字第 3838 號判決認為只要執行機關作成期中報告日期是在前 15 日之內，即不違反通訊保障及監察法第 5 條第 4 項之規定，從而其所取得之證據即有證據能力。其判決理由稱：

「原判決說明：第一審法院法官於 107 年 6 月 21 日核發 107 年聲監字第 741 號、107 年聲監續字第 898 號通訊監察書（均自 107 年 6 月 24 日 10：00 時起至同年 7 月 23 日 10：00 時止），並指示執行機關應於 107 年 7 月 8 日作成監察報告書陳送法院，該執行機關之警方於 107 年 7 月 8 日作成期中報告，並於當日陳送核發通訊監察書之法官，業經原審調取上開 107 年聲監續字第 898 號等案卷查明，符合通保法第 5 條第 4 項所定應於執行監聽期間內，每 15 日至少作成 1 次期中報告書之規定。至該期中報告書雖於 107 年 7 月 10 日始到達法院，然對警方已依規定作成期中報告，不生影響。則依該通訊監察書進行監聽所取得之附表編號 2、4、5 所示之通訊監察錄音譯文，依上開說

明，自有證據能力。至附表編號 3 所示通訊監察錄音譯文部分（107 年聲監續字第 1179 號），案號雖為「聲監續」字，然係司法警察機關持續搜集被監聽人相關之違法事證後，由檢察官檢具相關資料，於 107 年 7 月 23 日向法院聲請核發 107 年聲監續字第 1179 號通訊監察書（自 107 年 7 月 23 日 10:00 時起至同年 8 月 21 日 10:00 時止），警方據以執行通訊監察，並依核發通訊監察書之法官指示於 107 年 8 月 6 日提出期中報告，亦經原審調閱該案卷查明，所取得附表編號 3 之通訊監察錄音譯文，亦有證據能力等旨。上訴意旨泛指警方未依規定作成期中報告，監聽所取得之通訊監察錄音譯文，無證據能力云云，依上開說明，難認有據，自非適法之上訴第三審理由。」等語。

惟須注意者，本判決所指之附表編號 2、4、5 所示之通訊監察錄音譯文之通訊監察時間均在應提出期中報告之日期即 107 年 7 月 8 日之前，故依此判決，前 15 日所取得之證據有證據能力應無疑義，但後 15 日所取得之證據之證據能力應如何處理，本判決並未觸及。

二、問題二部分

最高法院 107 年度台上字第 3407 號及 109 年度台上字第 472 號判決均認為通訊保障及監察法第 18-1 條第 3 項之規定係刑事訴訟法第 158 條之 4 所稱「法律另有規定」的情形，自應優先適用。亦即，違反同法第 5 條第 4 項之規定所取得之證據，應絕對排除。

其中 107 年度台上字第 3407 號判決理由稱：「此項證據排除規定，既無但書或附加例外，又未授權法院作個案判斷其違法情節是否重大，顯然立法者係有意採取更為嚴格的態度，以釜底抽薪方式，抑制不法調查作為，將違反上開規定進行監聽所取得之證據，悉予排除；且經核此性質，即為刑事訴訟法第 158 條之 4 所稱「法律另有規定」的情形，自應優先適用。」

109 年度台上字第 472 號判決理由稱：「通保法第 5 條第 4 項就通訊監察執行機關之報告義務，所彰顯之重大意義，在於該項後段「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。」，要求法官依執行機關之報告書，即時判斷原所核准之通訊監察書，是否有不應繼續執行之職責。以免人民依憲法第 12 條所享有之秘密通訊自由，在不知也無從救濟之情形下，遭受侵害。從而，原判決認執行監聽機關未於執行監聽 15 日內提出監察報告書，而認通訊監察譯文，無證據能力，難認有何違誤。」

伍、對本件法律問題的學者見解

李榮耕教授以美國聯邦最高法院二則判決 *United States v. Giordano*, 416 U.S. 505 (1974) 與 *United States v. Chavez*, 416 U.S. 562 (1974) 所架構之「雙階審查基準」，認為違反我國通訊保障及監察法第 5 條規定所取得證據是否應予以排除，須逐一檢視該規定「是否位居核心地位」而定，並非絕對排除（即採相對排除說）。而依其見解，執行機關的報告義務應屬於「核心地位」，故違反者有通訊保障監察法第 18-1 條之適用¹。

陸、本案所涉之外國立法例與實務見解

一、美國法

(一) 法律規定

1. 期中報告

美國聯邦法對於通訊監察之準據法係「1986 年電子通訊隱私法」(the Electronic Communications Privacy Act of 1986 (ECPA)) 與「1978 年外國情報監察法」(Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978 (FISA)) 二部法案，前者規範一般犯罪調查，後者規範外國情報調查（即所謂之國安監聽）。而 ECPA 又分為三大部分：通訊監察（俗稱 Title III²，參現行法 18 U.S.C. 2510-2522）、電子通訊紀錄資料之取得

¹ 李榮耕，論通訊保障及監察法第 18 條之 1 第 3 項的證據排除規定，政大法學評論第 156 期，2018 年 10 月，275-295 頁。

² 美國聯邦法第一個直接規範電信監聽的法案是 TITLE III—WIRETAPPING AND

(the Stored Communications Act, 參現行法 18 U.S.C. 2701-2713)、記錄追蹤設施之裝設 (installation of pen registers and of trap and trace devices, 參現行法 18 U.S.C. 3121-3127)。至於 FISA 則分為七個章節，參現行法 50 U.S.C. 1801-1813, 1821-1829, 1841-1846, 1861-1864, 1871-1874, 1881-1881g, 1885-1885c)。

而犯罪調查通訊監察的「期中報告」³在美國聯邦法稱之為 progress reports (進度報告) 或 interim reports (期中報告)，所涉條文為 18 U.S.C. 2518(6)，其條文為：「依本章授權截聽之命令，得一併要求製作向核發法官所為之關於授權目的達成進度以及繼續截聽必要性之報告。該等報告，應依法官之指示定期製作之。」(Whenever an order authorizing interception is entered pursuant to this chapter, the order may require reports to be made to the judge who issued the order showing what progress has been made toward achievement of the authorized objective and the need for continued interception. Such reports shall be made at such intervals as the judge may require.)⁴

由條文可知，犯罪調查通訊監察的執行機關，只有在核發法官有特別要求時始應作成期中報告(每隔多少天須作成一次由法官指定)，並非所有之監聽都必須有期中報告，此點與我國法不同。

至於法官如有要求交付期中報告時，其作用何在？條文並未明確提及，惟美國聯邦最高法院曾經在 United States v. Kahn, 415 U.S. 143 (1974) 案判決中附帶提到期中報告之作用在於「以便及時發現濫權情事並加以阻止」(so that any possible abuses might be quickly discovered

ELECTRONIC SURVEILLANCE, OMNIBUS CRIME CONTROL AND SAFE STREETS ACT OF 1968，此部分之立法係因應美國聯邦最高法院判決 *Berger v. New York*, 388 U.S. 41 (1967) 而來，該法案現已被納進 ECPA。

³ 美國聯邦之外國情報調查(國安監聽)之通訊監察亦有所謂之期中報告 notice to the court，惟僅限於：開始監聽時對象之使用設施或地點不明而在執行時發現新設施或新地點時，應在執行後十日(可延至六十日)之內通知法院新設施與新地點、該等設施與監察對象之關連性、最少侵害原則之遵守、至今執行之總次數等事項。以上請參聯邦法 50 U.S.C. 1805(c)，可見在情報監聽之期中報告只有在特殊情況始有要求，亦非法定之一般義務。

⁴ 美國聯邦法的每次監察期間至多為三十日，每次屆滿時得聲請延期至多三十日，此聲請所須之要件與第一次聲請相同，參 18 U.S.C. 2518(5)。

and halted)⁵。

2. 證據排除

關於通訊監察所得證據之排除，美國聯邦法是規定在 18 U.S.C. 2518(10)(a)。當事人可以聲請法院予以排除之原因有三：(一)該通訊係被非法截聽 (the communication was unlawfully intercepted)；(二)該授權截聽之命令或許可，表面上即效力不足 (the order of authorization or approval under which it was intercepted is insufficient on its face)；(三)該截聽之執行不符合授權之命令或許可 (the interception was not made in conformity with the order of authorization or approval)⁶。

因條文係規定「得聲請排除所截聽之電信或口頭對話之內容或其衍生之證據」(may move to suppress the contents of any wire or oral communication intercepted pursuant to this chapter, or evidence derived therefrom)，可見係經當事人之聲請後始由法院裁量排除，而非絕對排除。而期中報告之遲交或未交，應屬前述 18 U.S.C. 2518(10)(a)(iii)之第三類原因即「該截聽之執行不符合授權之命令或許可」。

(二) 實務見解

在法官有依 18 U.S.C. 2518(6)要求提出期中報告 (progress reports) 而執行機關遲交 (或未交) 時，監聽所得資料是否絕對排除？聯邦法院有數則判決均採否定說。

首先阿拉巴馬北區聯邦地方法院在 *United States v. Canon*, 404 F. Supp. 841 (1975) 案中指出，被告以期中報告提出之違反為由聲請排除

⁵ *United States v. Kahn*, 415 U.S. 143, 154 (1974)。本案之爭點並不在於期中報告，而是監聽令狀中之「被告及其他不明之人 as yet unknown」之合法性問題。該判決指出既然該案中之核發法官有特別要求交付期中報告，則執行單位濫權之可能性會更低。

⁶ 18 U.S.C. 2518 (10)(a) Any aggrieved person in any trial, hearing, or proceeding in or before any court, department, officer, agency, regulatory body, or other authority of the United States, a State, or a political subdivision thereof, may move to suppress the contents of any wire or oral communication intercepted pursuant to this chapter, or evidence derived therefrom, on the grounds that—(i) the communication was unlawfully intercepted; (ii) the order of authorization or approval under which it was intercepted is insufficient on its face; or (iii) the interception was not made in conformity with the order of authorization or approval.

證據能力時，必須陳明其因而受到何種不利。該判決稱：「再者，縱使本案有未遵守該段規定之情形，本院亦認為若被告未能指出其有受何等明顯不利，其對 Pointer 法官所為之程序以及截取通訊之審判使用的合法性挑戰，都無法成功。本件聲請證據排除程序中，全然未提到被告因為報告內容或因為未能提出報告對其有何不利結果。」

(Moreover, were there to have been a failure to comply with such paragraph, the court is of the further opinion that the defendants could not successfully challenge the legality of the proceedings before Judge Pointer or the utilization at a trial of the communications intercepted as a result thereof in the absence of a showing of express prejudice. The suppression hearing is totally void of any hint or inference of prejudice to any defendant as a result of the supplying of, or failure to supply reports to Judge Pointer as directed in his orders.⁷)

接著聯邦第二巡迴上訴法院在 *United States v. Scafidi*, 564 F.2d 633 (1977) 案中明確指出期中報告之遲交或未交並不會自動排除證據。該案對同一對象執行多線監聽，其中有些期中報告遲延二天至二星期，有些根本沒有提出，被告因而聲請排除監聽所取得之證據，但紐約聯邦東區地方法院予以駁回，而聯邦第二巡迴上訴法院予以維持有罪判決，其判決理由稱：「雖然這些報告本應及時提出，但對於違反之制裁當然不是自動排除證據能力。此等報告之設計是要讓地方法院法官能評估繼續監聽的必要性，其提出之要求本就是要由核准監聽的法官來裁量，參判決 *United States v. Iannelli*, 477 F.2d 999, 1002 (3rd Cir. 1973), *aff'd* 420 U.S. 770, 43 L. Ed. 2d 616, 95 S. Ct. 1284 (1975)，所以如何制裁未及時提出者亦應由法官來裁量，參 18 U.S.C. § 2518 (6)，而本案法官們明顯並未濫用其裁量權。」(While these reports should have been timely filed, the sanction for failure to do so is surely not

⁷ *United States v. Canon*, 404 F. Supp. 841, 847.

automatic suppression of the tapes. The requirement of reports, designed to enable the district judge to evaluate the continuing need for surveillance, is in the first instance discretionary with the judge authorizing the bugs⁸. See *United States v. Iannelli*, 477 F.2d 999, 1002 (3rd Cir. 1973), *aff'd* 420 U.S. 770, 43 L. Ed. 2d 616, 95 S. Ct. 1284 (1975). So, surely, are any sanctions for failure to file timely. See 18 U.S.C. § 2518 (6). The judges here clearly did not abuse their discretion.⁹)

Scafidi 案之見解至晚近並未被推翻，此點可參聯邦第四巡迴上訴法院在 *United States v. White*, 519 Fed. Appx. 797 (2013) 案之判決理由：「因此，縱使執行機關 HCNTF 未提出期中報告給授權之法官，其無節制地監聽所有通話¹⁰亦非本質上即屬違法」(Accordingly, even assuming that the HCNTF provided no progress reports to the authorizing judge, its unrestricted interceptions were not per se unlawful.)

值得注意者，聯邦第三巡迴上訴法院在 *United States v. Vento*, 533 F.2d 838 (1976) 案判決中曾指出 18 U.S.C. § 2518 (6) 並未要求執行機關要「交付」期中報告，其判決理由有段文字是「雖然 2518 (6) 並未要求報告之交付，但 Hannum 法官有指示檢方要交付二份，而其中五天一次的報告就有提到被告 Vento 有說到毒品交易之事」(Although section 2518(6) does not require the submission of reports, Judge Hannum directed the government to submit two such statements, and the five-day report related conversations implicating Vento in narcotic dealings.) 足認在美國聯邦法之規定下，執行機關僅負有「作成」期中報告之法定義務，而無「交付」報告給法官之法定義務（但法官可

⁸ 此處所謂的 bugs，係「口頭通訊截聽設備」(oral interception devices) 的俗稱。

⁹ *United States v. Scafidi*, 564 F.2d 633, 641.

¹⁰ 按本件被告主張執行機關在十天之內監聽同一支電話的二千多通通話是違反 18 U.S.C. § 2518(5) 所要求的最小侵害原則 (shall be conducted in such a way as to minimize the interception of communications not otherwise subject to interception under this chapter)，但法院判決認為依本件被告的犯罪型態（毒品罪）此種監聽方式並未濫權。

以特別指示應「交付」)。此點足供我國法院參考¹¹。

(三)美國聯邦法之小結

美國聯邦法並未對所有通訊監察都要求作成期中報告，僅規定核發法官得要求製作。而法院判決認為在核發法官有要求期中報告但執行機關遲未作成時，其通訊監察所得證據並非絕對排除。

二、日本法

日本有關通訊監察之規定，係以「通信傍受法」¹²規範之，簡述如下：

- (一) 依 1999 年所訂立之法，通訊監察之對象，僅限於組織型犯罪(包括組織型殺人、人口販運、槍枝相關犯罪、藥物相關相關犯罪)，2016 年修法擴大適用範圍，及於組織型①爆裂物使用、②現住建造物放火、③殺人、④傷害・傷害致死、⑤逮捕監禁、⑥略取・誘拐、⑦竊盜・強盜・強盜致死傷、⑧詐欺・恐嚇、⑨兒童色情有關之罪等。就上開各該犯罪之實行、準備、證據隱匿、湮滅之事後處置有關之謀議、指示、其他相互聯絡，而與該犯罪有關聯事項之內容，於犯人之特定、明瞭犯行有顯著困難，得依法官所核發之令狀為通訊監察(第 3 條)。
- (二) 檢察官及司法警察官有向法院聲請通訊監察令狀之權(第 4 條)，法官依渠等之聲請，於令狀中定 10 日以內之通訊監察實施的期間(第 5 條 1 項)，並得應聲請再延長之，延長期間包括最初的 10 日，最長不得超過 30 日(第 7 條 1 項)。於有特別情事，同一犯罪嫌疑事實亦得再監聽之(第 8 條)。監聽終了後，應無所遲延，向核發令狀法院提出通訊監察報告(第 27 條第 1 項)。
- (三) 通訊監察實施終了後 30 日內，亦須以書面通知受通訊監察人(第

¹¹ 我國通訊保障及監察法第 5 條第 3 項條文係規定「執行機關應於執行監聽期間內，每 15 日至少作成一次以上之報告書」，條文係使用「作成」二字，而非「交出」，故應可與 Vento 案判決做相同解釋，請參後述之本署意見。

¹² 犯罪捜査のための通信傍受に関する法律，全文參照：<https://reurl.cc/pWYgYl>(最後瀏覽：2022 年 2 月 24 日)。

30 條)，受通訊監察人得請求聽取、閱覽及複製有關係部分之受監聽內容(第 31 條)，受請求法院認為確認受通訊內容之正確性而有必要，或有其他正當理由，得許可之(第 32 條)。對於法官所為有關通訊監察之裁判，得聲明不服，請求撤銷或變更之(第 33 條第 1 項)。法院依第 33 條第 3 項命消去受通訊監察紀錄紀錄之裁判、或撤銷許可之裁判，該通訊監察紀錄及其複製，如已在被告之案件中為證據調查，且其作為證據未被排除，即無礙監聽內容於在該案作為證據使用(第 33 條第 5 項¹³)。

綜上，關於通訊監察之規定，日本法僅要求期末報告，並未要求期中報告。且期末報告之提出亦無期間限制，為使聲請人得以製作報告，僅要求不遲延送抵法院，其報告目的非使法官審核通訊監察應否撤銷核准。又通訊監察令狀經法院核發，合法作成之通訊監察內容作為該案之證據使用，於該案件中未經證據排除，即有證據能力。

三、德國法

德國有關通訊監察(Telekommunikationsüberwachung)規定於刑事訴訟法第 100a、100e、101 條及第 101b 條，分述如下：

- (一) 第 100a 條通訊監察基本規範，有事實足認行為人係屬本條所列舉各罪(如內亂、外患、謀殺、洗錢、公務員違背職務收賄等)之正犯與共犯(包括未遂)，犯罪情節重大，且不能或難以其他方法調查犯罪事實或被告所在地時，得實施通訊監察並記錄內容。如該通訊內容以加密方式進行，並得侵入受監察者所使用之通訊設備，及擷取存放其內之資料(即來源端通訊監察，第 1 項第 2 句及第 3 句)。另法院命令所及之通訊業者有協力義務(第 4 項)。

¹³ 第三項に規定する記録の消去を命ずる裁判又は前項に規定する複製を作成することの許可の取消しの裁判は、当該傍受記録又はその複製等について既に被告事件において証拠調べがされているときは、証拠から排除する決定がない限り、これを当該被告事件に関する手続において証拠として用いることを妨げるものではない。

- (二) 第 100e 規定通訊監察由檢察官聲請法院核准，情況急迫時，得以檢察官行之，惟須於三個工作日內經法院確認，否則失效(第 1 項前段)。通訊監察命令最長不超過 3 個月，在考慮已取得之偵查結果後，得為每次最長 3 個月之延長(第 1 項後段)。命令應以書面為之，主文及理由並有應記載事項(第 3 項及第 4 項)。如通訊監察要件(第 100a 條)已不存在，應即停止通訊監察，並通知核發命令之法院，檢察官如未停止，法院亦得命令中止(第 5 項)。
- (三) 第 101 條規定實施通訊監察結束後，應通知受監察之通訊參與人(第 4 項第 3 款)。
- (四) 第 101b 條規定各邦及聯邦檢察總長應在次年 6 月 30 日前，向聯邦司法局報告管轄範圍內所實施之通訊監察情況。聯邦司法局應作成概要，如核准通訊監察之件數(區分為首次及延長命令)，並公布於網路上。

綜上，關於通訊監察之規定，我國與德國雖諸多規定相似，然德國僅有年終報告，並無與我國通訊保障監察法第 5 條第 4 項之期中報告，且報告係由各邦司法行政部及聯邦檢察總長提出，並非由執行通訊監察之機關提出，目的亦非使法官審核通訊監察應否撤銷核准。

柒、本署對本案法律問題之意見

一、執行機關於 15 日內或法官指定之日期前作成報告書，惟送達至法院時已逾 15 日或法官指定之日期者，並未違反通訊保障及監察法第 5 條第 4 項之規定

- (一) 從文義解釋言之，通訊保障及監察法第 5 條第 4 項條文係規定「執行機關應於執行監聽期間內，每 15 日至少作成 1 次以上之報告書」，條文係使用「作成」二字，而非「交出」，亦非「向法官報告」或「送達給法官」，故其真義明顯僅要求應定期製作報告書，以備法官之「隨時命執行機關提出報告」(參本項之

中段文字)。且條文所定「1次以上之報告書」係民國96年7月11日修正時所增列者，多年來法院實務並未要求每次報告書作成後都要立即送達，否則製作越多次（例如每3天即作成1次報告）豈不須送達更多次？此種有礙執行機關製作意願的解釋方式，絕非立法者之本意。

- (二) 從立法目的言之，由第5條第4項第一段文字「說明監聽行為之進行情形，以及有無繼續執行監聽之需要」及最後一段文字「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。」即可得知製作期中報告的作用有二：(1)逼迫執行機關儘快聽取通訊內容，以確定受監察人有無人別錯誤，以及通訊內容與犯罪之相關性，必要時執行機關即應立即自行停止監聽。(2)提供給法官核閱，藉由前15日之通話內容、通話對象、行動軌跡等事項，讓法官在監察期間屆滿前重新檢視該通訊設備是否確為受監察人本人使用，以及該案之蒐集證據方法得否以通訊監察之方式為之，以確保符合同條第1項所定之「有相當理由可信其通訊內容與本案有關」要件。故只要執行機關確實有在開始執行後15天內製作期中報告，且已在合理期間（無沒必要的遲延）內讓核發法官知悉前階段執行情形時，即應符合規定。例如本案之期中報告在開始執行的第15天的翌日即已送達給核發法官，即應未違反通訊保障及監察法第5條第4項之規定。

二、執行通訊監察前15日所取得之犯罪證據，與期中報告之規定無涉，故應無通訊保障及監察法第18-1條第3項之適用

通訊保障及監察法第18-1條第3項「違反第5條、第6條或第7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，並依第17條第2項規定予以銷燬。」條文係「違反...規定所得」，即指明是「違反規定

在先，取得證據在後」，而前 15 日執行通訊監察時，依通訊保障及監察法第 5 條第 4 項之規定，執行機關尚無「作成」（或「提出」）期中報告之法定義務（除非法官有特別命令提早提出），即無違反該規定可言。故前 15 日所取得之犯罪證據之依據，本來就在原來核發的通訊監察書之合法授權範圍之內，其證據能力應與期中報告義務無涉，乃當然之理。（此部分即本案提案裁定書所稱之「期限前監聽所得資料」，提案庭亦主張此部分仍有證據能力，請參提案裁定書第 3 頁。另最高法院 110 年度台上字第 3838 號判決認為只要執行機關作成期中報告日期是在前 15 日之內，即不違反通訊保障及監察法第 5 條第 4 項之規定，從而其所取得之證據即有證據能力，已如前述）

三、違反通訊保障及監察法第 5 條第 4 項之規定者，其後 15 日所取得證據之證據能力是否排除，應視前 15 日是否已取得犯罪證據而定

我國關於違法監聽之證據排除，原來規定在通訊保障及監察法第 5 條第 5 項，其條文為「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。」至民國 103 年 1 月 29 日修訂時，第 5 條第 5 項經刪除而移至新增訂之 18-1 條第 3 項，條文成為「違反第 5 條、第 6 條或第 7 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...」，而將「情節重大」四字刪除。此刪除之立法者真意是否改採「絕對排除」，並未在立法說明中提及，故仍有討論空間。蓋第五條之規定非常廣泛，有實質規定，亦有形式規定。例如第一項之「有相當理由可信其通訊內容與本案有關，且不能或難以其他方法蒐集或調查證據者」，應屬實質規定。但如第二項之「檢察官受理聲請案件，應於 4 小時內核復」、「法院於接獲檢察官核轉受理聲請案件，應於 48 小時內核復」，性質上均屬對於檢察官與法官之訓示規定，縱有違反，應不影響通訊監察之合法性

與妥適性。故關於已取得通訊監察書之合法監聽，僅因後續之執行階段有違規定者，即應參酌刑事訴訟法第 158-4 之立法意旨，採相對排除，始為允當。

此點李榮耕教授亦主張修法之後，並非違反第五條所有規定者均一律排除，仍須檢視該規定是否居於核心地位而定，已如前述。

至於本件所謂違反第 5 條第 4 項之規定，應指在開始執行 15 日以後始作成期中報告，或者自始至終均未製作期中報告而言。而期中報告之立法目的既係在催促執行機關與法院重新檢討通訊監察之合法性與必要性，自應探討其遲作或未作之實質影響為何，再來決定其取得證據之證據能力。謹分述如下：

(一)開始執行 15 日之後始作成期中報告者，若前 15 日已取得犯罪證據者，則該次監察期間之後 15 日所取得之證據，應有證據能力

執行每次通訊監察前 15 日已獲取被告之犯罪證據者，即表示該受監察之通訊設備確實為受監察人使用且犯罪證據確可經由通訊監察蒐得，其通訊監察之合法性與妥適性即可維持。而任何一位有理性的核發法官在知悉此情況時，均會認有繼續執行監察之必要，亦即，第五條所欲防止發生之「不應繼續執行」情況實際上並不存在，所以後 15 日所取得之證據，即不應因而被排除。

(二)開始執行 15 日之後始作成期中報告者，若前 15 日並未取得犯罪證據者，其後 15 日所取得之犯罪證據原則上仍有證據能力，除非核發法官表示相反意見

前 15 日並未取得犯罪證據者，核發法官在知悉之後，即可能認無繼續執行之必要而撤銷通訊監察書，故原則上此情況下，後 15 日所取得犯罪證據，其證據能力即有可能被排除。但慮及實務上法官在知悉前 15 日並未取得任何犯罪證據後卻未撤銷原核發之通訊監察書不在少數，其原因最常見者有：1.執行後雖無所獲，然確定使用人並無錯誤。且因聲請時所檢附之證據非常充分，法官確信雖前 15 日無

所獲，然繼續執行後 15 日應無合法性與妥適性問題。2.在現今人頭手機充斥一人多機之普遍情況下，犯罪人一支手機僅使用一次即行拋棄，故核發法官確信該受監察手機之使用時機可能尚未到來，因而容許繼續執行。因此，本署主張若核發法官認期中報告之遲交已嚴重影響其准予繼續執行之判斷時，審判法院即可裁量排除監察所得證據之證據能力。至於具體個案是否有此情形，審判庭自得函詢核發法官表示意見。

(三)執行機關始終未製作期中報告者，該次監察期間之後 15 日所取得之證據，則應絕對排除。

期中報告之立法目的既在於促使執行機關自我檢討與促使核發法官司法監督，則執行機關若根本未製作期中報告，通訊保障及監察法第 5 條第 4 項之規定「實質上」已被違反，該次通訊監察期間之後 15 日所得之證據即應依通訊保障及監察法第 18-1 條第 3 項之規定被排除，以維立法目的。

四、從比較法言之，期中報告並非監聽法制之核心價值

德國與日本之監聽法都無我國通訊保障及監察法第 5 條第 4 項之期中報告之規定。而在美國聯邦法 18 U.S.C. 2518(6)雖有規定，但並非所有監聽均有此要求，而係委由核發監聽票之法官視個案而要求期中報告之製作，且實務判決亦認為違反期中報告之製作所取得之證據之證據能力，係相對排除而非絕對排除，已如前述。可見期中報告在美國聯邦法下亦非居於核心價值之地位。

五、結論

綜上所述，本署認為：期中報告只要是在前 15 日作成者，即未違反通訊保障及監察法第 5 條第 4 項之規定。而在違反第 5 條第 4 項規定之情況下，(一)開始執行 15 日之後始作成期中報告者，若前 15 日已取得犯罪證據者，則該次監察期間後 15 日所取得之證據，應有證據能力。(二)開始執行 15 日之後始作成期中報告者，若前 15

日並未取得犯罪證據者，其後 15 日所取得之犯罪證據原則上仍有證據能力，除非核發法官表示相反意見。(三) 執行機關始終未製作期中報告者，該次監察期間之後 15 日所取得之證據，則應絕對排除。

爰依刑事訴訟法第 386 條提出言詞辯論意旨書。

此致

最高法院

中 華 民 國 111 年 3 月 1 日



檢察官

吳慎志

陳瑞仁

蔡秋明

林麗瑩

李進榮

林俊言

