

# 最高法院 110 年度台上大字第 2943 號刑事大法庭案件

## ——法律意見書——

(初稿，僅供 2022/04/27 言詞辯論使用)

王士帆

國立台北大學法律系副教授

德國慕尼黑大學法學博士

|                                               |    |
|-----------------------------------------------|----|
| 壹、本件提案法律問題.....                               | 2  |
| 一、《通保法》第 5 條第 4 項期中報告義務.....                  | 2  |
| (一) 強制處分之停止.....                              | 2  |
| (二) 期中報告義務之規範目的.....                          | 3  |
| (三) 指定期日與送達期日疑義.....                          | 4  |
| 二、違反《通保法》第 5 條第 4 項之證據能力爭議.....               | 6  |
| (一) 證據禁止內涵.....                               | 7  |
| (二) 執行階段之取證限制.....                            | 8  |
| (三) 期中報告義務屬取證規定.....                          | 10 |
| (四) 《通保法》第 18 條之 1 第 3 項「違反第 5 條規定」目的性限縮..... | 12 |
| 1. 文義解釋無突破性助益.....                            | 13 |
| 2. 體系解釋之內在和諧性.....                            | 15 |
| 3. 證據使用禁止層級化.....                             | 16 |
| (五) 結論.....                                   | 18 |
| 貳、《通保法》第 18 條之 1 第 3 項之其他法律問題.....            | 18 |
| 一、《通保法》第 18 條之 1 第 3 項限於未取得通訊監察書？.....        | 19 |
| 二、提出報告命令.....                                 | 19 |
| 三、停止監聽前取得資料之證據使用問題.....                       | 20 |
| 四、「衍生證據」意義與射程範圍.....                          | 23 |
| (一) 比較法經驗.....                                | 24 |
| (二) 法律解釋.....                                 | 26 |

緣以最高法院 110 年度台上大字第 2943 號刑事大法庭案件，涉及《通訊保障及監察法》(下稱通保法)第 5 條第 4 項及第 18 條之 1 第 3 項之爭議法律問題，筆者受鈞院選任提出本件法律鑑定書。本件提案法律問題與其他相關問題，筆者研究意見如下，呈供鈞院參酌。

## 壹、本件提案法律問題

### 一、《通保法》第 5 條第 4 項期中報告義務

Q1：依通訊保障及監察法（下稱通保法）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？

對於上開法律問題，筆者認為，依《通保法》第 5 條第 4 項規定，結論如下：

1. 執行機關於執行監聽期間每 15 日，始負作成報告書之法定義務。該條項規定未授予法官命令執行機關於未滿 15 日內提出報告之權限。
2. 執行機關於執行監聽期間 15 日內作成之期中報告，其送達法院已逾 15 日者，未違反《通保法》第 5 條第 4 項。

#### （一）強制處分之停止

監聽是對人民秘密通訊自由持續干預之強制處分，以定有通訊監察期間為常態<sup>1</sup>。執行監聽期間內，國家機關發現有不應繼續執行監聽之情狀者，即失去續行監聽的干預正當性，故應停止監聽，乃法理當然。國家機關實施任何具有基本權干預持續性之刑事訴訟強制處分<sup>2</sup>，鑒於維護法律保留原則與落實比例原則，當核准之原因要件不復存在，或保全目的已經達成時，國家機關應主動依職權停止該干預行為。以扣押為例，扣押歷時長短的正當性，建立在扣押原因（刑事訴訟法第 133 條第 1 項與第 2 項）存續與否，扣押原因存在多久，扣押時間才能多長<sup>3</sup>。扣押原因一旦消滅，扣押即欠缺執行正當性，即「扣押物若無留存之必要者，不待案件終結，應以法院之裁定或檢察官命令發還之；其係贓物而無第三人主張權利者，應發還被害人」（刑事訴訟法第 142 條第 1 項），發還扣押物理所

<sup>1</sup> 《通保法》第 12 條第 1 項規定：「第五條、第六條之通訊監察期間，每次不得逾三十日，第七條之通訊監察期間，每次不得逾一年；其有繼續監察之必要者，應釋明具體理由，至遲於期間屆滿之二日前，提出聲請。但第五條、第六條繼續之監察期間，不得逾一年，執行機關如有繼續監察之必要者，應依第五條、第六條重行聲請」。

<sup>2</sup> 參見最高法院 110 年度台上字第 3858 號刑事判決：「傳統稱為強制處分，惟概念上不合時宜，現代學說多已揚棄，而以『刑事訴訟之基本權干預』替代」。

<sup>3</sup> Bommer/Goldschmid, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler StPO Kommentar, 2. Aufl., 2014, Art. 267 Rn. 1.

當然<sup>4</sup>，這正是比例原則的具體化：刑事訴訟之強制處分，只能在刑事追訴有必要時，始得干預他人權利<sup>5</sup>。又如羈押，也是規定「羈押於其原因消滅時，應即撤銷羈押，將被告釋放」（刑事訴訟法第 107 條第 1 項）。

上述法理反映於監聽，即《通保法》第 12 條第 2 項：「第五條、第六條之通訊監察期間屆滿前，偵查中檢察官、審判中法官認已無監察之必要者，應即停止監察」<sup>6</sup>，以及同法第 5 條第 4 項：「執行機關應於執行監聽期間內，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。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」。

## （二）期中報告義務之規範目的

本件法律問題涉及之《通保法》第 5 條第 4 項，乃於 2014 年 1 月 29 日修正公布<sup>7</sup>，其課予執行機關期中報告義務。系爭規定源自於 2007 年 7 月 11 日修法公布<sup>8</sup>，原始條文文字為：「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」，當年立法理由謂：「為落實人權保障，故增訂本條第四項，使執行機關應負於通訊監察期間提出報告之義務，若發現無通訊監察之必要時，得由法院撤銷通訊監察書，儘早停止通訊監察，以維人權」。

期中報告義務規定的新舊法兩相參照，可看出現行條文加強執行監聽期間內的監控密度，一來要求執行機關「每十五日」——相較於舊法未限定執行日數——至少作成一次以上之報告書，二來允許「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」。不過，由於現行條文立法理由僅交代「依協商條文通過」，難以窺見新法加強監控密度的修法意旨<sup>9</sup>。儘管如此，為了闡述期中報告義

<sup>4</sup> 參見王士帆，〈扣押物發還〉，載於：《法學的想像（第三卷）：跨域教義——蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集》，2022 年 1 月，頁 270-290。

<sup>5</sup> Bommer/Goldschmid, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler StPO Kommentar, 2. Aufl., 2014, Art. 267 Rn. 3.

<sup>6</sup> 立法理由：「偵查或審判中之通訊監察有無停止之必要，偵查主體之檢察官或審理案件之法官知之甚詳，且停止監察並無侵害人權之虞，故第五條、第六條之通訊監察期間屆滿前，偵查中即得由檢察官、審判中由法官停止監察，爰修正第二項。至第七條之通訊監察期間屆滿前之停止監察，則由綜理國家情報工作機關首長為之，乃增訂第三項。」

<sup>7</sup> 中華民國 103 年 1 月 29 日總統華總一義字第 10300011891 號令修正公布第 1、5~7、12、13、15、16、18、27、32 條條文；增訂第 3-1、11-1、16-1、18-1、32-1 條條文；並自公布後 5 個月施行。

<sup>8</sup> 中華民國 96 年 7 月 11 日總統華總一義字第 09600088081 號令修正公布第 5~7、11、12、14~17、32、34 條條文；並自公布後 5 個月施行。

<sup>9</sup> 立委原始提案是「每 10 日」作成報告，參見陳歐珀發言：「每 10 日即向法院提交『通訊監察報告書』，讓法官能實質審查有無繼續監聽之必要，這也是給檢察官自我檢查之處，不要像先前特偵組一樣，監聽了一個月，聽錯了卻還不知道，就連是空白光碟也沒有發現，聽了一個多月都

務規定的規範目的，應不妨礙回溯參考舊法立法說明。申言之，期中報告義務規範目的，在使核發通訊監察書之法官，於執行監聽期間內，可藉由執行機關期中報告書審查有無不應繼續執行監聽之情狀，及早發現，以撤銷通訊監察書，預防違法監聽之不法狀態——即「不應繼續執行監聽卻繼續之情狀」——持續至監聽期間屆滿。

為了達成期中報告義務規定之規範目的，立法者在《通保法》第 5 條第 4 項前段形塑的義務內涵為「執行機關應於執行監聽期間內，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」，課予執行機關於執行監聽期間每 15 日，始負作成報告書之法定義務。緊接在同條項中段允許「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」，即執行機關作成報告在先、檢察官或法官命提出該報告在後。應強調的是，製作監聽進行情形的期中報告，不是只有製作冗長譯文而已，執行機關需有準備作業時間，用來翻譯錄音、勾稽線索、破解暗語和蒐集比對其他偵查手段獲得之資訊，才能判斷先前監聽成效與有無繼續監聽之必要。監聽期間不得逾 30 日（通保法第 12 條第 1 項），立法者定每 15 日作成期中報告，對執行機關作業負擔和保障受監察人秘密通訊自由之衡平考量，尚稱允恰。假如認為檢察官或法官得隨時命執行機關於監聽未滿 15 日內即提出報告，一來這未必是文義上的絕對解讀，二來壓縮執行機關監聽和報告作業時間，殺雞取卵結果，報告內容可能容易被導向評價為「欠缺監聽成效」；三來，通訊監察是持續性干預，立法者既然允許通常以 30 日為一次取證循環，亦即預設一定監聽期間始有偵查成果，一方面立法衡量出 15 日才需作成報告，若另一方面又可「隨時」（例如 5 日內）命執行機關提出報告，以判斷監聽必要性，價值取捨難掩衝突。

總言之，將《通保法》第 5 條第 4 項前段與中段文句合併觀察，可得知現行法實現期中報告義務規範目的之方式為，於執行監聽期間內，執行機關應每 15 日作成期中報告，至少一次，之後，檢察官或核發通訊監察書之法官得隨時命執行機關提出所作成之期中報告。法官再藉由期中報告，「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」（通保法第 5 條第 4 項後段）。最高法院 110 年度台上字第 3838 號刑事判決主張《通保法》第 5 條第 4 項「係規定執行機關每 15 日至少『作成』1 次期中報告，而非期中報告應於 15 日內陳報且到達核發通訊監察書之法官」，可資贊同。

### （三）指定期日與送達期日疑義

依筆者理解，《通保法》第 5 條第 4 項不宜解讀為法律授予法官命令執行機關於監聽未滿 15 日內提出報告之權限。期中報告送達法院已逾 15 日者，亦未違

---

還沒有發現，我認為這是很嚴重的錯誤」，《立法院第 8 屆第 4 會期第 18 次會議議案關係文書》，2014 年 1 月 8 日印發，頁 387。

反《通保法》第 5 條第 4 項。

首先，就文義解釋與體系結構而言，執行機關「作成」期中報告義務在先（通保法第 5 條第 4 項前段）、檢察官或法官「得隨時命」執行機關提出該期中報告在後（通保法第 5 條第 4 項中段）。由此觀之，法律既未授予法官指定未滿 15 日內提出期中報告權限，更未允許法官指定逾越 15 日作成報告之命令，亦未以法院送達日作為判定執行機關善盡期中報告製作義務之基準日。假如立法者有意壓縮 15 日之日數並以送達日為準，則應是在「執行機關應於執行監聽期間內，每十五日至少作成一次以上之報告書（……）」之後，緊接以但書條款之立法技術，規定成「『但』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」，或仿照同法第 16 條第 1 項按月報告義務規定進行修正<sup>10</sup>，始有突破現行條文的解讀空間。

次就目的性解釋而論，期中報告義務規範目的，如同前述，在使法官於執行監聽期間內，可藉由審閱執行機關期中報告書，及早預防違法監聽之不法狀態持續至監聽期間屆滿。依《通保法》第 5 條第 4 項文義規定，執行機關應於執行監聽期間每 15 日作成期中報告書，隨後，法官得隨時命其提出該報告，以供審查有無繼續執行監聽之必要性，即足以有效達成期中報告義務規範目的。換言之，在現行《通保法》第 5 條第 4 項形塑的規範語意內，並無礙難實現其規範目的，況且法官受法律拘束，現行法不存在非得突破法律文義，必須憑藉法官造法始能匡正立法機關的法律失誤。

最後的論證理由，源自於最高法院裁判見解，其攸關憲法罪刑法定原則。依目前最高法院終局裁判或本件提案裁定（期限後監聽所得資料部分）見解，執行機關違反期中報告義務規定，應納入《通保法》第 18 條之 1 第 3 項「違反第五條、第六條或第七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，並依第十七條第二項規定予以銷燬」所稱「違反第 5 條規定」之涵攝距離內<sup>11</sup>，亦即，違反期中報告義務，無論是自始未作成或逾期作成，所監聽之內容或所衍生之證據均予禁止使用。儘管筆者不贊成此見解<sup>12</sup>，但司法實務未來如果繼續將執行機關違反《通保法》第 5 條第 4 項規定之期中報告義務，連結到同法第 18 條之 1 第 3 項所稱「違反第 5 條規定」，則必須嚴肅面對同法第 27 條第 3 項「公務員或曾任公務員之人違反第十八條之一第二項、第三項規定，將本案通訊監察資料挪作他用者，處三年以下有期徒刑」的刑罰權適用問題。

依《通保法》第 27 條第 3 項，公務員或曾任公務員之人違反第 18 條之 1

<sup>10</sup> 《通保法》第 16 條第 1 項：「執行機關於監察通訊後，應按月向檢察官、核發通訊監察書之法官或綜理國家情報工作機關首長報告執行情形。檢察官、核發通訊監察書之法官或綜理國家情報工作機關首長並得隨時命執行機關提出報告」。

<sup>11</sup> 最高法院 107 年度台上字第 3407 號刑事判決、109 年度台上字第 472 號刑事判決。

<sup>12</sup> 詳見對於本件提案法律問題二之說明意見。

第3項證據禁止規定，將本案通訊監察資料挪作他用，乃成立犯罪行為<sup>13</sup>。對此，若套用目前最高法院裁判見解進行犯罪構成要件分析，則會是：「通保法第5條第4項之期中報告義務屬於執行機關的積極作為義務，一旦違反，文義上符合第18條之1第3項所稱之『違反第5條規定』，公務員倘又未遵守第18條之1第3項，而將本案監察資料挪作他用，即構成犯罪」。由此可知，《通保法》第27條第3項的刑罰權成立與否，取決於第18條之1第3項「違反第5條規定」的理解範圍。假如違反第5條第4項之期中報告義務，落入第18條之1第3項「違反第5條」的涵攝範圍內，則期中報告義務的內涵和違反程度大小，將決定性地左右第27條第3項的刑罰權存否。

《通保法》第5條第4項的文義規定，僅止於課予執行機關執行監聽期間內每15日作成報告之作為義務，若可擴張解釋成「法律賦予法官得指定未滿15日內提出期中報告權限，或以法院送達日作為判定執行機關善盡期中報告義務之基準日」，均非受規範者對於第5條第4項得以理解，並具預見可能性的犯罪構成要件解釋。「刑罰法規涉及人民生命、人身自由及財產權之限制或剝奪，國家刑罰權之行使，應嚴格遵守憲法罪刑法定原則，行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限，且法律所定之犯罪構成要件，須使一般受規範者得以理解，並具預見之可能性。法院解釋適用刑事法律時，就犯罪構成要件不得擴張或增加法律規定所無之內容，而擴增可罰行為範圍」<sup>14</sup>，因此，在第5條第4項期中報告義務與第18條之1第3項和第27條第3項的規範嵌合連動關係下，基於罪刑法定原則，應嚴格謹守第5條第4項的文義規定，亦即，執行機關於執行監聽期間每15日，始負作成報告書之法定義務，其將期中報告送達法院已逾15日者，並未違法。

不過，上述援用罪刑法定原則作為論證的前提，是接受——如最高法院目前裁判見解——違反第5條第4項屬於第18條之1第3項所稱「違反第5條規定」之涵攝範圍內。未來假如最高法院維持目前裁判見解，則更應謹守第5條第4項的文義規定。然而，筆者必須交代自身特殊立場，依筆者研究意見，違反第5條第4項期中報告義務，應不該當第18條之1第3項所稱之「違反第5條規定」（詳見下述），故自始排除第27條第3項之刑罰可能性。

## 二、違反《通保法》第5條第4項之證據能力爭議

Q2：執行機關違反通保法第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？

筆者認為，執行機關違反《通保法》第5條第4項之期中報告義務，其進行

<sup>13</sup> 立法理由：「公務員或曾任公務員之人均應恪守另案監聽資料應依本法第十七條第二項規定予以銷毀，及不得挪作他用之原則。爰增訂第三項違反者之罰則」。

<sup>14</sup> 司法院釋字第792號解釋理由書段碼10。

監聽所取得之內容，並非依同法第 18 條之 1 第 3 項規定排除證據能力，而是應依《刑事訴訟法》第 158 條之 4 進行個案審酌判斷。於此意義下，《通保法》第 18 條之 1 第 3 項所稱「違反第 5 條規定」應予目的性限縮解釋，排除違反第 5 條第 4 項之期中報告義務規定。

### （一）證據禁止內涵

《通保法》第 18 條之 1 第 3 項規定：「違反第五條、第六條或第七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，並依第十七條第二項規定予以銷燬」，乃於 2014 年 1 月 29 日修正公布，條文內容結合該次修法前之同法第 5 條第 5 項<sup>15</sup>、第 6 條第 3 項<sup>16</sup>及第 7 條第 4 項<sup>17</sup>等違法監聽證據禁止規定並酌修而成，立法者「將違反本法所得之監察資料其法律效果專條明訂，新增本法第十八條之一，毋庸於個別條文規定，以免失之瑣碎」<sup>18</sup>。觀察《通保法》第 18 條之 1 第 3 項條文內容，其屬於絕對證據禁止規定，同時構成《刑事訴訟法》第 158 條之 4 所稱「法律另有規定」之特別規範<sup>19</sup>，學界認為此乃「舉世罕見其例」<sup>20</sup>，劣評如潮<sup>21</sup>。

《刑事訴訟法》第 158 條之 4 規定：「除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因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」，揭示除有特別規定外，國家機關「違法」（違背法定程序）取得之證據不必然導致禁止法院使用之效果，以德國家來理解，即違反證據取得禁止規定，不必然導致證據使用禁止。依德國家<sup>22</sup>，證據禁止

<sup>15</sup> 內容為：「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。」立法理由：「為落實人權保障，故明定違反本條之相關規定執行監聽所取得之證據應予排除。至於違法之情節是否重大，則應由法官據個案予以審核。」由此可看出，依立法者本意，所謂「進行監聽」等同於「執行監聽」，字義選擇進行或執行監聽，對立法者並無區分意義。

<sup>16</sup> 內容為：「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。」立法理由：「通訊監察權屬於強制處分權之一種，為使人民基本權利受到適當的保護，爰將通訊監察書的核發權修正為聲請法院裁定後為之，以資明確」。

<sup>17</sup> 內容為：「違反前二項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。」立法理由：「違法取得之證據不得作為犯罪之證據，故有明文規定之必要，增訂第四項『違反前二項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』」。

<sup>18</sup> 2014 年 1 月 29 日修正公布刪除《通保法》第 7 條第 4 項之立法理由。

<sup>19</sup> 最高法院 107 年度台上字第 3407 號刑事判決、109 年度台上字第 472 號刑事判決。文獻如林鈺雄，《刑事訴訟法（下）》，10 版，2020 年，頁 8 註 6；朱石炎，《刑事訴訟法論》，9 版，2020 年，頁 194 以下。

<sup>20</sup> 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，2014 年 7 月，頁 21。

<sup>21</sup> 例如楊雲驊，〈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，2014 年 7 月，頁 22；林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊）》，10 版，2020 年，頁 473。

<sup>22</sup> Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 15. Aufl., 2020, Rn. 701 ff.; Hegmanns, Strafverfahren, 2014, Rn. 957 ff.; Kühne, Strafprozessrecht, 9. Aufl., 2015, Rn. 881; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl.,

(Beweisverbot)之內涵有「證據取得禁止」(Beweiserhebungsverbot)和「證據使用禁止」(Beweisverwertungsverbot)，此一證據禁止內涵，亦被我國最高法院採納<sup>23</sup>。證據取得禁止是法律制定的取證規定，成為禁止或誡命國家機關取得證據的法定要件，即國家機關進行取證時的行為規範。從證據取得禁止乃是直接限制追訴機關的偵查權限角度而言<sup>24</sup>，干預基本權利之國家取證行為應符合法律保留原則，即事先具有法律干預授權基礎（實務另稱「強制處分法定原則」<sup>25</sup>），執行過程亦應遵守對於受干預人權保障之禁止或誡命規定，否則便屬違背法定程序取得證據。證據使用禁止，則是禁止法院使用已取得的特定證據，即不得以之作為裁判的判斷依據，意義理解上相當於證據排除<sup>26</sup>。從而，證據使用禁止是法院的裁判規範，成為法院自由心證原則的外在界限，系爭證據因此不可作為法院心證評價的對象，若仍被採為有罪判決之基礎，判決會違反自由心證原則<sup>27</sup>。我國法的法定之證據絕對使用禁止，顯著之例是非任意性自白絕對禁止使用（刑事訴訟法第156條第1項），另一例是《通保法》第18條之1第3項，均屬《刑事訴訟法》第158條之4的特別規定。

## （二）執行階段之取證限制

為了回答本件提案法律問題，應特別說明證據取得禁止，其涉及如何判定屬於違背「法定程序」取得證據，因為在取證脈絡下，違反證據取得禁止即是違背法定程序取得證據。如同上述，證據取得禁止是直接限制追訴機關的偵查權限，偵查機關必須遵守「法定程序／證據取得禁止」，始謂「合法」取得證據，後續才不致有違法取證是否招致證據使用禁止之效應。於保全證據之強制處分，從聲請、核發到執行，每一階段都有規範偵查機關取得證據的「法定程序／取證規定」。至於強制處分執行取證完成後，除了緊急搜索或緊急扣押等事後陳報法院

2021, Ein. Rn. 50 ff.; Ranft, Strafprozeßrecht, 3. Aufl., 2005, Rn. 1582 ff.; Volk/Engländer, Grundkurs StPO, 10. Aufl., 2021, § 28 Rn. 1 ff.; 中文文獻，參見林鈺雄，《刑事訴訟法（下冊）》，10版，2020年，頁11-18。

<sup>23</sup> 最高法院106年度台上字第1161號刑事判決：「刑事訴訟法所謂『證據禁止』，主要有二層內涵，一是證據取得禁止，乃國家機關應依法要件或程序取得證據之行為規範，不符法定要件或程序即不得取證，例如告知義務之違反、不正訊問之禁止、拒絕證言權之違反、強制處分要件或程序之違反等；其二是證據使用禁止，乃禁止法院將已取得之特定證據，作為裁判之基礎，例如禁止使用刑求所得被告之自白。二者內涵不同，不存在必然連動關係，亦即國家機關違法取得證據未必當然導致禁止法院使用之結果，合法取得證據亦不必然容許法院使用，應分別以觀」。評釋參見王士帆，〈證據禁止內涵——評最高法院106年度台上字第1161號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，103期，2021年1月，頁36-43。

<sup>24</sup> Beulke, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), StPO, 4. Aufl., 2020, Einl. Rn. 261.

<sup>25</sup> 參見最高法院106年度台上字第3788號刑事判決：「依強制處分法定原則，強制偵查必須現行法律有明文規定者，始得為之，倘若法無明文，自不得假借偵查之名，而行侵權之實」。

<sup>26</sup> Kühne, Strafprozessrecht, 9. Aufl., 2015, Rn. 1193。另參見最高法院104年度台上字第3052號刑事判決：「刑事訴訟法第156條第1項規定：（略）前段為自白『證據取得禁止』之規定，後段為自白『證據使用禁止』之規定，兩者結合為完整之證據禁止規定，此乃本法關於證據使用禁止（證據排除）最為明確、絕對之明文規定，法院於適用上並無裁量之餘地」。

<sup>27</sup> Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 15. Aufl., 2020, Rn. 455 u. 494; Volk/Engländer, Grundkurs StPO, 10. Aufl., 2021, § 29 Rn. 8; 林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊）》，10版，2020年，頁541。

核准之情形外，由於不再涉及取證過程的證據取得禁止，後續尚有程序違誤，亦不得回溯否定取證行為之合法性，適例是執行機關違反通訊監察結束後之事後通知義務（通保法第 15 條第 1 項），並無違法取證之問題，自不生證據使用禁止<sup>28</sup>。

再以發現應扣押物的有票搜索作為說明，現行法除規定聲請權人（刑事訴訟法第 128 條之 1），亦規定搜索之實體（／實質）要件（materielle Voraussetzung）和形式要件（formelle Voraussetzung）：於實體要件，法律就被告（含犯罪嫌疑人）與第三人之搜索，區分不同發動門檻（刑事訴訟法第 122 條），於形式要件，則應由法官核發搜索票，即法官保留原則（刑事訴訟法第 128 條）。

在執行搜索階段，取得搜索票之偵查機關並非猛虎出閘，隨心所欲，而是仍受繁多證據取得禁止規定之限制，諸如搜索使用強制力不得逾必要程度（刑事訴訟法第 132 條）、搜索婦女身體，原則上應命婦女行之（刑事訴訟法第 123 條）、搜索應保守秘密，並應注意受搜索人名譽（刑事訴訟法第 124 條）、出示搜索票（刑事訴訟法第 145 條）<sup>29</sup>、夜間搜索原則禁止（刑事訴訟法第 146 條、第 147 條）、搜索住宅之在場見證，「避免產生爭端，減少違法搜索情事」<sup>30</sup>（刑事訴訟法第 148 條），以及當事人搜索在場權（刑事訴訟法第 150 條），「使其目睹搜索或扣押之情形，以減少不必要之爭論」<sup>31</sup>。單以搜索在場見證或當事人在場權為例，依照德國聯邦最高法院觀點<sup>32</sup>，搜索在場規定是執行搜索的重要形式性，雖非搜索之核准規定，其規範目的仍在保護受搜索人，故屬強制規定

<sup>28</sup> 我國最高法院採相同見解，如 103 年度台上字第 4516 號刑事判決：「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，其證據能力自不因受影響。是原判決併引為認定上訴人販賣第二級毒品犯罪證據之上開通訊監察譯文，其證據能力並不因法院是否依法踐行期後通知義務而有不同」；106 年度台上字第 2910 號刑事判決。德國聯邦最高法院見解亦同：BGHSt 41, 30, 34; 47, 362, 366.

<sup>29</sup> 最高法院 110 年度台上字第 462 號刑事判決：「執行搜索時，依同法第 145 條規定，原則上固應於執行前將搜索票出示受搜索人，使其知悉應受搜索之對象、處所及應扣押物等搜索票之記載事項，以確保執行程序之公正性，並兼顧受搜索人之權利保障。然受搜索人於執行前受提示之權利，並非絕對不可侵犯，如客觀上情況急迫而有正當理由，仍容許有其例外。因此，受搜索人倘對於執行人員施暴、令狀有遭致撕毀之虞或有其他妨害、抗拒搜索（例如逃逸）等情，致執行搜索之人員無法或難以於執行前提示者，解釋上即形同權利之自我放棄主張，執行搜索人員自得在侵害最小程度之必要範圍內，逕行實施搜索，或先行採取適當手段排除其妨害或抗拒，以確保搜索之執行」。

<sup>30</sup> 最高法院 103 年度台上字第 159 號刑事判決：「搜索處分，以有無搜索票為準，可分為有令狀搜索（有搜索票）與無令狀搜索（無搜索票），而基於『法官保留原則』，固以有令狀搜索為原則，無令狀搜索為例外，惟無論何類搜索，為避免產生爭端，減少違法搜索情事，除在政府機關、軍營、軍艦或軍事上秘密處所內行搜索或扣押者，應通知該管長官或可為其代表之人在場外，在有人住居或看守之住宅或其他處所內行搜索或扣押者，應命住居人、看守人或可為其代表之人在場；如無此等人在場時，並得命鄰居之人或就近自治團體之職員在場，此觀刑事訴訟法第一百四十八條、第一百四十九條之規定即明」。

<sup>31</sup> 程元藩、曹偉修，《修正刑事訴訟法釋義（上冊）》，修正再版，1969 年，頁 273。

<sup>32</sup> BGHSt 51, 211, 213-215 (Rn. 6-8).

( zwingendes Recht )，而非可由偵查機關隨意處置的訓示規定 ( Ordnungsvorschrift )，偵查機關有無遵守這些執行規定，將左右搜索合法性的判斷。因此，執行搜索違反在場規定取得之證據，會因為違法搜索而可能被宣告證據使用禁止<sup>33</sup>。

### (三) 期中報告義務屬取證規定

由上述說明可知，於強制處分脈絡，連結證據使用禁止的違背「法定程序」取得證據（違反取證規定；違反證據取得禁止），所稱法定程序，不限於強制處分之核准要件規定，亦涵蓋執行階段的取證限制。惟不諱言，強制處分之執行細節多如牛毛，是否樣樣執行規定均在限制偵查機關取證，亦即，立法者制定執行規定的態度，是否有意以偵查機關遵守系爭規定，始允許其取得證據的分界判準（若不遵守，就別取走），這個問題無法一概而論。以下僅列出若干實務見解為例：

1. 犯罪嫌疑人詢問筆錄之製作，原則上應由司法警察（官）簽名（刑事訴訟法第 43 條之 1），筆錄漏未簽名屬違背法定程序取得證據<sup>34</sup>。
2. 扣押應付與扣押收據（刑事訴訟法第 139 條）。警察漏未付與，構成違背法定程序取得證據<sup>35</sup>。
3. 於夜間搜索或扣押者，應記明其事由於筆錄（刑事訴訟法第 146 條第 2 項），「倘該搜索、扣押之實施係合於法定條件，縱漏未於搜索、扣押筆錄記載上開事由，仍難據此否定搜索、扣押行為之合法性，並認搜索、扣押取得證據資料為無證據能力」<sup>36</sup>。

<sup>33</sup> Tsambikakis, in: Becker/Erb/Esser/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe/Rosenberg StPO Großkommentar, Band 5/2, 27. Aufl., 2018, § 106 Rn. 15。關於在場規定是否屬訓示規定之爭，另參見 Hadamitzky, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 4. Aufl., 2020, § 106 Rn. 17。

<sup>34</sup> 最高法院 96 年度台上字第 1144 號刑事判決：「製作警詢筆錄之偵查員黃國興、林文華及葉俊宏雖漏未於筆錄上簽名，固有違背製作公文書之程式。然據警員黃國興、林文華、葉俊宏、廖武郎證稱：上訴人之警詢筆錄確係彼等所製作無訛，本案係伊等於調查攜人勒贖案件時所另外查獲，警方為調查該案件已忙碌三天，精神很差，而當天同時逮獲之犯嫌人數不少，以致漏未於部分筆錄簽名等語。故警方係因查案忙碌且同時逮捕人犯過多，以致疏未於警詢筆錄上簽名或蓋章，並無違法之惡意，而警詢過程既無不法取供之情事，且筆錄所載內容亦與錄音內容大致相符，縱警員漏未於筆錄上簽名，但可於事後補正，對上訴人之權益並無重大影響。且上訴人所涉係販賣第二級毒品重罪，其意圖販售之安非他命多達一百餘公克，果若販賣或散布於眾，對於社會危害至鉅，其行為之處罰具有維護重大公共利益之目的，故依刑事訴訟法第一百五十八條之四之規定審酌人權保障及公共利益均衡維護之結果，尚不得僅因警員漏未於筆錄簽名或蓋章，遽認該等警詢筆錄無證據能力」。

<sup>35</sup> 最高法院 102 年度台上字第 2417 號刑事判決：「上訴意旨略稱：（一）、承辦警員王國祥雖得上訴人之同意，搜索得扣案之衛生紙三張，卻未依刑事訴訟法第一百三十九條第一項規定，『付與』上訴人扣押物品收據，則依同法第一百五十八條之四規定，當認該衛生紙不具有證據能力……縱然警員疏未依法掣給扣押物品收據，但主觀上尚乏重大惡意，情節輕微，上訴人基本人權受害尚小，該衛生紙既攸關犯罪存否重要地位，依刑事訴訟法第一百五十八條之四關於權衡法則規定，當肯認具有證據能力，俾能維護社會治安、公共利益」。

<sup>36</sup> 最高法院 110 年度台上字第 2111 號刑事判決：「旅店、飲食店或其他於夜間公眾可以出入之處所，仍在公開時間內者，於夜間亦得入內搜索或扣押，刑事訴訟法第 147 條第 2 款定有明文。而同法第 146 條第 2 項復規定『於夜間搜索或扣押者，應記明其事由於筆錄。』其旨在顯示該搜

於比較法例，瑞士立法者在瑞士《刑事訴訟法》(Schweizerische StPO)證據禁止總則性條文<sup>37</sup>，果敢地宣布「刑事機關以犯罪方法或違背效力規定取得之證據，不得作為證據，但該證據之使用為證明重大犯罪所不可或缺者，不在此限」(Art. 141 II Schweizerische StPO)、「違反訓示規定取得之證據，得作為證據使用」(Art. 141 III Schweizerische StPO)。簡言之，瑞士偵查機關違反法定程序取得證據，依所違反者是「效力規定」(Gültigkeitsvorschrift)或「訓示規定」(Ordnungsvorschrift)區分證據禁止效果，若屬後者，違法取得之證據仍有證據能力。這是承襲瑞士聯邦最高法院(Schweizer Bundesgericht)裁判慣例<sup>38</sup>的立法。區分結論聽起來合理，但難題就難在，瑞士法未明示區分效力規定與訓示規定的篩選標準<sup>39</sup>。依瑞士實務見解，乃以被違反之程序規定的保護目的(Schutzzweck)作為判準<sup>40</sup>，凡專為保護被告或以保護被告為優先目的的條文，定性為效力規定<sup>41</sup>，至於訓示規定則是指「主要在完成刑事程序之外在秩序」的規定，即有助於刑事程序的一般行政處理者<sup>42</sup>，例如筆錄的製作公務員簽名要求<sup>43</sup>。然而，這樣的劃分究竟有無可行性、最終又有無實益，備受詬病<sup>44</sup>。舉例來說，瑞士聯邦最高法院在一則搜索住宅、但住宅所有人未在場的裁判，表示：「搜索在場規定是訓示規定，並非以保護被告為優先目的，故住宅搜索取得之證據不予證據使用禁止」<sup>45</sup>，就暴露瑞士實務區分基準不明之缺失。瑞士實務這樣的見解，正好也與德國聯邦最高法院裁判<sup>46</sup>背道而馳。

儘管如此，瑞士經驗對我國法仍有啟發意義，亦即，應探求系爭法定程序之規範保護目的，以區分究屬證據取得禁止層次之取證限制，或單純作為規範刑事

---

索扣押係於夜間行之，及便於依其記載事由進一步稽核是否符合夜間為搜索、扣押之要件，此記載於該搜索、扣押行為本身是否合法之判斷，與搜索、扣押所取得證據資料之證據能力並無關聯；倘該搜索、扣押之實施係合於法定條件，縱漏未於搜索、扣押筆錄記載上開事由，仍難據此否定搜索、扣押行為之合法性，並認搜索、扣押取得證據資料為無證據能力」。

<sup>37</sup> 關此，參見王士帆，〈全新刑事訴訟法典——瑞士刑訴改革與整合〉，《政大法學評論》，118期，2010年12月，頁135-141；Sabine Gless 著，王士帆譯，〈法定證據使用禁止——瑞士是先驅？〉，《月旦法學雜誌》，265期，2017年6月，頁245-256；Sabine Gless 著，王士帆譯，〈瑞士刑事訴訟之證據使用禁止（上／下）〉，《司法周刊》，1612/1613期，2012年9月20/27日，2-3/2版。

<sup>38</sup> Entscheidungen des Schweizer Bundesgerichts (BGE) 96 I 437, 441.

<sup>39</sup> 瑞士《刑事訴訟法》立法說帖表示(Botschaft, BBl 2005 1184)，為了區分兩者，實務應另外以規範保護目的為基本標準：「如條文目的在維護個人之保護利益，當違反該條文即應認定訴訟行為無效始能達到保護目的時，該條文則屬效力規定」。

<sup>40</sup> Wohlers, in: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl., 2020, Art. 141 Rn. 30.

<sup>41</sup> Gless, Beweisverbote und Fernwirkung, ZStrR 2010, 149.

<sup>42</sup> Gless, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafprozessordnung, 2. Aufl., 2014, Art. 141 Rn. 87; Wohlers, in: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl., 2020, Art. 141 Rn. 33.

<sup>43</sup> Wohlers, in: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl., 2020, Art. 141 Rn. 32 f.

<sup>44</sup> 詳見Pieth, Schweizerisches Strafprozessrecht, 2. Aufl., 2012, S. 166 f.

<sup>45</sup> BGE 96 I 437。然有瑞士文獻反對，Gless, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafprozessordnung, 2. Aufl., 2014, Art. Rn. 74.

<sup>46</sup> BGHSt 51, 211, 213-215 (Rn. 6-8).

程序上之行政處理事項的訓示規定。依此而論，《通保法》第5條第4項之期中報告義務，其規範目的，如同前述（參見提案裁定法律問題一之筆者意見），在使核發通訊監察書之法官，於執行監聽期間內，可藉由執行機關期中報告書審查有無不應繼續執行監聽之情狀，及早發現，以撤銷通訊監察書，預防違法監聽之不法狀態——即「不應繼續執行監聽而繼續之情狀」——持續至監聽期間屆滿。依筆者看法，立法者透過期中報告義務規定，使偵查機關於合法執行監聽期間每15日起，隨著干預秘密通訊自由之持續進行，所加重之自我監督義務，屬於一種對於合法持續執行監聽所額外特別設計的證據取得禁止規定。

誠然，在通過列舉重罪原則、補充性原則（最後手段性原則）及法官保留原則等層層核准要件（參見通保法第5條第1項）後的合法監聽，有無必要為了提升秘密通訊自由之保障，於立法論上額外要求一定執行監聽期間經過後，課予期中報告義務這樣的取證限制，可謂言人人殊，至少不是舉世普遍公認之取證規格，例如瑞士和德國尚乏先例。但無論如何，現行法的期中報告義務規定，是我國國會機關於立法自由形成下的立法政策抉擇，無法否認其具有及早保護受監察人秘密通訊自由的宗旨與效益，理應重視。因此，《通保法》第5條第4項之期中報告義務應歸類為證據取得禁止規定，誠命執行機關應每15日「說明監聽行為之進行情形，以及有無繼續執行監聽之需要」，以供法官審查。從而，執行機關違反期中報告義務，起碼已構成《刑事訴訟法》第158條之4所稱違背「法定程序」取得證據。但是，若繼續追問違反報告義務，是否應適用《通保法》第18條之1第3項而絕對排除監聽證據，筆者持否定看法，理由容見後述。

#### （四）《通保法》第18條之1第3項「違反第5條規定」目的性限縮

《通保法》第18條之1第3項規定：「違反第五條、第六條或第七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，並依第十七條第二項規定予以銷燬」。為了聚焦提案法律問題，該規定不妨精簡成「違反通保法第5條規定」，監聽內容不得採為證據來討論。

偵查機關「違反通保法第5條規定」進行監聽，一方面已符合《刑事訴訟法》第158條之4所稱「違背法定程序」取得證據，另一方面，純就文字表面觀察，則又構成《通保法》第18條之1第3項預設之違法情節。基於特別法優先原則，凡是違反《通保法》第5條規定取得之監聽證據，似應一概依《通保法》第18條之1第3項之特別規定施予絕對證據禁止，未允許法院依一般規定，即依《刑事訴訟法》第158條之4進行證據能力之個案權衡。循此以解，違反《通保法》第5條第4項期中報告義務，由於也是「違反通保法第5條」，直觀解讀起來，自然會被涵攝在第18條之1第3項所稱「違反第5條規定」文義內<sup>47</sup>。那麼，

<sup>47</sup> 《刑事訴訟法》第158條之4規定：「除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因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」；《中

執行機關於執行監聽期間內，未遵守每 15 日作成期中報告者，進行監聽行為所取得之內容，似乎即應依第 18 條之 1 第 3 項予以絕對證據禁止<sup>48</sup>。可是，思考步驟真能如此行雲流水嗎？<sup>49</sup>答案應該是否定的。

### 1. 文義解釋無突破性助益

開展論證之前，筆者想先釐清，也應該是最不成爭議的議題：報告作成義務「之前」的合法執行監聽，應有證據能力。依《通保法》第 5 條第 4 項規定，執行機關期中報告義務的作成時點，是在執行監聽期間內之每 15 日。換言之，法官核發通訊監察書後，執行機關執行監聽開始至未滿 15 日前，執行機關並無期中報告作成義務。期中報告義務是對於合法持續執行監聽所額外特別設計的證據取得禁止規定，則所謂違反期中報告義務取得之監聽內容，自然只能指向違反作成義務時點之後的監聽內容，不能因事中違反作成義務，便可回溯推翻作成義務時點之前監聽的合法性，進而否定先前監聽的證據能力。就此而言，違反《通保法》第 5 條第 4 項進行監聽行為所取得之內容，專指違反報告義務作成時點「之後」的監聽內容，才是偵查機關違背法定程序取得之證據。至於執行機關違反報告義務作成時點之前取得的監聽內容，既非《刑事訴訟法》第 158 條之 4 所稱「違背法定程序」取得證據，更無《通保法》第 18 條之 1 第 3 項所謂「違背第 5 條規定」進行監聽行為，當然就沒有違法取證以致證據使用禁止與否的問題<sup>50</sup>。

對提案問題二，依筆者研究結論，建議對《通保法》第 18 條之 1 第 3 項所稱「違反第 5 條規定」作目的性限縮解釋，排除違反第 5 條第 4 項期中報告義務情形。首先澄清的是，系爭法律問題無法仰仗文義解釋來獲得證據禁止理論背書的答案。《通保法》第 18 條之 1 第 3 項所稱「違反第 5 條規定」，純依文義解釋，應內含「違反第 5 條第 4 項規定」，如果立法者在構思證據禁止法則有理性邏輯之下，本來是不爭之論。所以，本件提案裁定見解亦認為：「執行機關取得通訊監察書執行監聽期間，若未依該法第 5 條第 4 項之規定作成或提出報告書，使法院無從依該條項規定審核有無不應繼續執行監聽之情狀，則期限後監聽所得之資料，自屬執行機關違反通保法第 5 條規定進行監聽行為所取得之監聽內容。按諸

---

央法規標準法》第 16 條：「法規對其他法規所規定之同一事項而為特別之規定者，應優先適用之。其他法規修正後，仍應優先適用」。另參見最高法院 107 年度台上字第 3407 號刑事判決、109 年度台上字第 472 號刑事判決；林鈺雄，《刑事訴訟法（下）》，10 版，2020 年，頁 8 註 6。

<sup>48</sup> 採此見解者，最高法院 107 年度台上字第 3407 號刑事判決、109 年度台上字第 472 號刑事判決。

<sup>49</sup> 相同質疑，參見最高法院 109 年度台上字第 5590 號刑事判決：「通保法第 18 條之 1 第 3 項關於執行機關違反通保法第 5 條第 4 項報告義務所取得內容及其衍生證據等證據能力之規定，究竟僅係法定程序之違反，抑或屬於法定強制排除證據能力之規定？若為前者，法院始有依刑事訴訟法第 158 條之 4 規定，綜合考量人權保障及公共利益之權衡適用；如為後者，則不問情節是否重大，應絕對排除其證據能力，而無刑事訴訟法第 158 條之 4 關於權衡法則規定之適用」。

<sup>50</sup> 對此，本件提案裁定亦認為「執行機關如有違反報告義務之情形，當亦不影響之前監聽所得資料之合法性。從而，雖違反報告義務，惟其於期限前監聽所得資料，自仍有證據能力」，可資贊同。

文義解釋，應有通保法第 18 條之 1 第 3 項證據排除規定之適用」。

然而，《通保法》第 5 條乃針對「一般通訊監察」<sup>51</sup>而來，其條文內容有一般通訊監察核准之實體要件（第 1 項）和形式要件及內部審核流程（第 2 項）、駁回條件（第 3 項）、期中報告義務（第 4 項）與「一票監聽一人」限制（第 5 項）。總言之，第 5 條所規範之整體內容以取證規定（證據取得禁止）為主，但又不限於此。明顯例子是第 5 條第 2 項第 4 句：「法院於接獲檢察官核轉受理聲請案件，應於四十八小時內核復」，這不是針對干預人民秘密通訊自由而來的取證限制，因為若定性為取證規定，便應充分說明立法者何以要求「法官 48 小時內核復」的一連串疑問：48 小時內核復之規範目的，為何與保障秘密通訊自由有關？如何透過 48 小時內核復來保障秘密通訊自由？逾時核復，是否危害秘密通訊自由，直白地說，此時若仍證據排除，到底是針對誰有違誤、為了什麼目的，抑制了什麼違法偵查？假如無法釐清前述疑問，也就是未能證立「48 小時內核復」是證據取得禁止規定，即不可率然基於違反「法官應於 48 小時內核復」，便嚴厲施予偵查機關監聽證據之絕對禁止使用後果。

就筆者觀察，第 5 條第 2 項的「法官應於 48 小時內核復」，應是通訊監察審核流程的內部作業時效，純粹屬於訓示規定，縱使核復逾時，理論上不會擴大干預本已符合法定核准要件的通訊監察。另外，國內文獻尚有認為第 5 條第 5 項「一票監聽一人」的限制，「完全沒有任何實質的意義和規範目的」<sup>52</sup>，這和德國法認為單純違反通訊監察書的書狀程式要求，基本上不生證據使用禁止之見解，若符合節<sup>53</sup>。因此，以文義解釋來支持第 18 條之 1 第 3 項所謂「違反第 5 條規定」包含違反第 5 條各項規定，進而主張違反第 5 條第 4 項亦享有第 18 條之 1 第 3 項之證據使用禁止效力，可能是不經意陷入立法者的文字迷障。對於粗糙的法條設計，正該警醒注意立法者忽略證據禁止內涵中取得禁止與使用禁止的連動關係<sup>54</sup>。總言之，第 5 條第 4 項期中報告義務是取證規定（參見本意見書上述），違反時，應有連結是否予以證據使用禁止之問題，但循求文義解釋來佐證第 18 條之 1 第 3 項所謂「違反第 5 條規定」包含第 5 條第 4 項，容易淪為文字表面觀察，

<sup>51</sup> 相較於《通保法》第 6 條「緊急監察」、第 7 條「情報監察」。

<sup>52</sup> 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》，156 期，2019 年 3 月，頁 286：「第 5 條第 5 項完全沒有任何實質的意義和規範目的可言，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。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」。

<sup>53</sup> BGHSt 41, 30, 34; 47, 362, 366; Eschelbach, in: Satzger/Schuluckebier/Widmaier, StPO, 4. Aufl., 2020, § 100e Rn. 30.

<sup>54</sup> 相同問題也出現在《通保法》第 18 條之 1 第 3 項所稱「違反第 6 條規定」，是否包括違反「緊急聯繫窗口」、「專責窗口」條款，答案應該是否定的，亦參見李榮耕，〈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》，156 期，2019 年 3 月，頁 294：「由法院內的哪一個法官（庭）、與監察合法性與否並沒有關聯，更與人民權利的保障無涉，不是通保法中的核心地位規範。……，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」。

見樹不見林。所以，《通保法》第 18 條之 1 第 3 項「違反第 5 條規定」的文義意涵，無法合理解讀為是立法者計畫性地擬對第 5 條各項規定一網打盡<sup>55</sup>。準此，文義解釋對於系爭提案問題之答案推論，應無突破性助益。

## 2. 體系解釋之內在和諧性

其次，從體系解釋之運用而言，《通保法》第 18 條之 1 第 3 項所稱「違反第 5 條規定」，亦應排除違反第 5 條第 4 項期中報告義務。除針對違反第 5 條規定外，《通保法》第 18 條之 1 第 3 項亦將「違反第 6 條或第 7 條規定」作為監聽證據排除原因。第 6 條是緊急監察、第 7 條是情報監察（含情報緊急監察）規定，細繹兩者規範內容，均侷限在緊急監察和情報監察的核准之實體暨形式要件，完全不像第 5 條於核准要件外另增訂駁回條件（第 3 項）、期中報告義務（第 4 項）與「一票監聽一人」限制（第 5 項）。由此看來，第 18 條之 1 第 3 項所稱「違反第 6 條或第 7 條規定」進行監聽，也就是專指違反緊急監察和國安監察之核准要件而實施監聽。

鑒於通訊監察的秘密性、持續性和流刺網性<sup>56</sup>，不只是我國，德國（§ 100a StPO）與瑞士（Art. 269, 269<sup>bis</sup> Schweizerische StPO）等對通訊監察除使用法官保留原則外，均採取——相較於搜索扣押——更高標準的核准要件，包括實施通訊監察限定在犯罪目錄（Straftatenkatalog）內之列舉重罪<sup>57</sup>，還必須遵守補充性原則（Subsidiaritätsgrundsatz），即不能或難以其他方法蒐集或調查證據時，始得實施通訊監察<sup>58</sup>。在德國法，除非通訊監察干預到私人生活核心領域或以特定職業及親屬拒絕證言權人為對象，而明文證據使用禁止（§§ 100d, 160a StPO）外<sup>59</sup>，其餘的違法通訊監察之證據能力問題，概由德國法院權衡認定。德國通說認為，

<sup>55</sup> 結論相同，參見李榮耕，〈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》，156 期，2019 年 3 月，頁 301：「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」。

<sup>56</sup> 本件提案裁定：「通訊監察所具之隱密性（監察對象通常無從得知，而無行使防禦權及尋求救濟之機會）、持續性（於特定期間內持續實施，且不受有形空間之限制）、流刺網性（不僅蒐集監察對象之訊息，且及於其他使用被監聽之電話或第三者與監聽對象之對話）等特性」。

<sup>57</sup> Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 15. Aufl., 2020, Rn. 393; Schmid/Jositsch, Schweizerische Strafprozessordnung Praxiskommentar, 3. Aufl., 2018, Art. 269 Rn. 8; 林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊）》，10 版，2020 年，頁 467；李榮耕，《通訊保障及監察法》，2018 年，頁 35；黃朝義，《刑事訴訟法》，6 版，2021 年，頁 331。另參見最高法院 99 年度台上字第 7839 號刑事判決：「監聽之實施，動輒侵害受處分人之權益，為求慎重，須有令狀依據（即通訊監察書），而令狀之核發，依通訊保障及監察法之規定，必須符合列舉重罪類型、必要性（最後手段性）、相關性（合理性）、最小侵害性等原則，並受司法審查之制約」；107 年度台上字第 3052 號刑事判決：「『重罪列舉原則』（通保法第 5 條第 1 項所列各款之罪）」。

<sup>58</sup> Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 15. Aufl., 2020, Rn. 393; Schmid/Jositsch, Schweizerische Strafprozessordnung Praxiskommentar, 3. Aufl., 2018, Art. 269 Rn. 10；李榮耕，《通訊保障及監察法》，2018 年，頁 38-39；黃朝義，《刑事訴訟法》，6 版，2021 年，頁 329。

<sup>59</sup> 對此參見王士帆，〈德國科技偵查規定釋義〉，《法學叢刊》，262 期，2021 年 4 月，頁 108-109。

違反通訊監察核准要件取得之證據，即未取得通訊監察書、不符合列舉重罪原則或違反補充性原則，應予證據使用禁止<sup>60</sup>，至於其他違法型態，例如逾期監聽，則權衡判斷是否證據禁止，倘若逾期情節不嚴重，得權衡判斷後認無須證據禁止<sup>61</sup>。至於瑞士，則明文規定未獲強制處分法院（Zwangsmassnahmegericht）核准之電信監察所取得之資訊，不得作為證據使用（Art. 277 II Schweizerische StPO）。

我國《通保法》第 18 條之 1 第 3 項所稱「違反第 6 條或第 7 條規定」之監聽證據予以禁止使用，頗有德國法和瑞士法之精髓，以嚴格排除效果，彰顯緊急監察和情報監察遵守「核准要件」的人權保護價值。既然如此，連核准要件都高於一般通訊監察的緊急監察和情報監察，除了沒有期中報告義務明文要求外，也只有在違反核准要件時始有證據禁止結果，何以違反第 5 條一般通訊監察規定的任何項次，需一視同仁施予等同違反核准要件的法律效果呢？這顯然是同一法秩序內部的輕重失衡。準此，基於維持法規範體系解釋的內在和諧性，《通保法》第 18 條之 1 第 3 項所稱「違反第 5 條、第 6 條或第 7 條規定進行監聽行為」，應將「違反第 5 條規定」向第 6 條及第 7 條規定內容校準，齊一標準在違反第 5 條核准要件規定才對。依此理解，第 5 條第 4 項的期中報告義務由於不是監聽核准要件，也就不在第 18 條之 1 第 3 項的適用範圍內。

### 3. 證據使用禁止層級化

證據使用禁止的效果類型有絕對禁止、相對禁止和權衡禁止，其層級化設計考慮會對應到證據取得禁止的型態。理論上來說，也是依循比例原則而言，立法者在設計證據禁止法則應有層級化概念。簡單言之，偵查機關最嚴重的違法取證，應課予最嚴重的使用禁止效果，中等程序違法者給予相對禁止，相對輕微的取證違法，則允許由法院個案權衡判斷，前者如非任意性自白禁止使用（刑事訴訟法第 156 條第 1 項），中者如《刑事訴訟法》第 158 條之 2，後者如一般性的違背法定程序取證，由法院審酌的人權保障及公共利益均衡維護判斷證據能力（刑事訴訟法第 158 條之 4）。那麼，理性立法者在形塑違法通訊監察之證據能力，應該有層級化思維，即依法定取證程序要件輕重，合理區分違法情節，分層決定絕對禁止、相對禁止和權衡禁止。舉例來說，違反重罪原則或法官保留原則，與違法逾期監聽，效果不宜等同處理，好比在前述德國法主流見解，違反通訊監察核准要件取得之證據，應予證據使用禁止，逾期監聽，則依權衡判斷是否證據禁

<sup>60</sup> Vgl. Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 15. Aufl., 2020, Rn. 726; Bruns, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur StPO, 8. Aufl., 2019, § 100a Rn. 51; Eschelbach, in: Satzger/Schuluckebier/Widmaier, StPO, 4. Aufl., 2020, § 100a Rn. 29, § 100e Rn. 31; Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl., 2021, § 100a Rn. 35; Volk/Engländer, Grundkurs StPO, 10. Aufl., 2021, § 10 Rn. 46; Wolter/Greco, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar-StPO, Band II, 5. Aufl., 2016, § 100a Rn. 64.

<sup>61</sup> Eschelbach, in: Satzger/Schuluckebier/Widmaier, StPO, 4. Aufl., 2020, § 100e Rn. 30 f.; Wolter/Greco, in: Wolter (Hrsg.), SK-StPO, Band II, 5. Aufl., 2016, § 100a Rn. 64。但有認為逾期監聽應證據使用禁止者，Gercke, in: Gercke/Julius/Temming/Zöller (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur StPO, 6. Aufl., 2019, § 100a Rn. 47

止。

如果證據使用禁止層級化立法的思維可受認同，則《通保法》第 18 條之 1 第 3 項所稱「違反第 5 條規定」予以絕對證據使用禁止，是否可不假思索，認為也包括違反第 5 條第 4 項期中報告義務，就值得商榷了。如筆者看法，期中報告義務依其規範目的，可定性為取證規定：立法者透過期中報告義務規定，使偵查機關於合法執行監聽期間每 15 日起，隨著干預秘密通訊自由持續進行，所加重之自我監督義務，以供法官審查有無繼續執行監聽之必要，故屬於一種對於合法持續執行監聽所額外特別設計的證據取得禁止規定。如果這樣的定性理解正確，那麼，執行機關違反期中報告義務予以絕對證據禁止，效果評價將等同違反通訊監察核准要件（法官保留原則、重罪原則或補充性原則等）。換言之，執行機關依通訊監察書執行合法監聽的期中報告，與檢察官聲請法官審核重罪原則及補充性原則後核發的通訊監察書，法律地位旗鼓相當。問題是，期中報告（說明監聽進行情形、有無繼續監聽必要）與通訊監察書（表徵法官審認符合重罪原則、補充性原則等）具有可比較性嗎？此為疑點之一。

再者，在第 18 條之 1 第 3 項規定下，如果單純操作文義，從通訊監察流程整體觀察的話，甚至可發現期中報告法律地位凌駕通訊監察書：一來，通訊監察本質上不是一次性取證，實務難以出現監聽一通電話就一發命中，故合法通訊監察允許執行一定期間<sup>62</sup>，執行通訊監察這段期間內由偵查機關廣泛蒐集監聽。一旦期中報告義務之違反，可逕自使後續監聽證據失去證據能力，法律評價上，等同否定後續監聽時期的通訊監察書法律效力，使原本通訊監察期間內本來合法執行的通訊監察書，變成「附解除條件的通訊監察書」：執行 15 日時，通訊監察書的法律命運，取決於執行機關有無準時作成報告，若無，此後的監聽證據無證據能力。既然如此，通訊監察書在執行機關違反期中報告作成義務的後續這段期間，還能作為繼續監聽的依據嗎？到頭來一樣會被強制證據禁止，有通訊監察書的繼續監成為違法監聽嗎？那張通訊監察書還有意義嗎？更何況，立法者也不是以違法期中報告義務作為法院得撤銷原通訊監察書之事由（參見通保法第 5 條第 4 項後段）。二來，對照於逾期監聽，違反期中報告義務的證據禁止效果竟然比逾期監聽強烈。逾期監聽是逾越通訊監察書核准的監聽期間（通保法第 12 條第 1 項），也就是說無取證正當性的違法監聽，現行法依《刑事訴訟法》第 158 條之 4 處理，實務從之<sup>63</sup>。違反期中報告義務，是在合法監聽期間內未作成報告書

<sup>62</sup> 《通保法》第 12 條第 1 項：「第五條、第六條之通訊監察期間，每次不得逾三十日，第七條之通訊監察期間，每次不得逾一年；其有繼續監察之必要者，應釋明具體理由，至遲於期間屆滿之二日前，提出聲請。但第五條、第六條繼續之監察期間，不得逾一年，執行機關如有繼續監察之必要者，應依第五條、第六條重行聲請」。

<sup>63</sup> 例如最高法院 99 年度台上字第 3898 號刑事判決：「原審既認本件台灣嘉義地方法院檢察署檢察官，對上訴人持用之門號 0000000000 號行動電話所核發之通訊監察書，其監聽期間係自民國九十二年五月十五日起至同年六月十三日止，警方對該門號行動電話猶於九十二年七月十六日為監聽……刑事訴訟法第一百五十八條之四規定，除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因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

面，逾期監聽則是逾越通訊監察書准許的監聽期限，逾期部分毫無法律授權基礎。論違法情節，前（違反期中報告義務）輕、後（逾期監聽）重，論法律效果，前者絕對證據禁止，後者依個案權衡，這完全看不出證據使用禁止層級化思考。是以，堅持操作《通保法》第 18 條之 1 第 3 項包含「違反第 5 條第 4 項」者，必須回應期中報告法律地位凌駕通訊監察書的諸多疑點。

### （五）結論

《通保法》第 5 條第 4 項之期中報告義務，依規範保護目的，應定性為取證規定，而非訓示規定，這是國會機關於立法自由形成下的立法政策抉擇，無法否認其具有及早保護受監察人秘密通訊自由的宗旨與效益。從而，執行機關違反期中報告義務，起碼已構成《刑事訴訟法》第 158 條之 4 所稱違背「法定程序」取得證據。但是，若繼續追問是否應適用《通保法》第 18 條之 1 第 3 項所稱「違反第 5 條規定」，而絕對排除監聽證據，基於「文義解釋無突破性助益」、「體系解釋之內在和諧性」和「證據使用禁止層級化」等研究觀點，筆者持否定見解。筆者認為，結論上應對《通保法》第 18 條之 1 第 3 項「違反第 5 條規定」作目的性限縮解釋，限於專指違反第 5 條第 1 項及第 2 項之核准要件，亦即排除違反第 5 條第 4 項期中報告義務。因此，對於違反《通保法》第 5 條第 4 項報告義務後，繼續監聽期間取得的監聽內容，應回歸一般證據禁止規定，即依《刑事訴訟法》第 158 條之 4 進行個案權衡<sup>64</sup>。

據此，系爭法律問題：「執行機關違反通保法第 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？」，筆者看法是，監聽取得之內容並非依《通保法》第 18 條之 1 第 3 項規定排除證據能力，而是依《刑事訴訟法》第 158 條之 4 進行個案審酌判斷。於此意義下，《通保法》第 18 條之 1 第 3 項所稱「違反第 5 條規定」應予目的性限縮解釋，排除違反第 5 條第 4 項之期中報告義務規定。

## 貳、《通保法》第 18 條之 1 第 3 項之其他法律問題

護。亦即就前開公務員因違背法定程序取得之證據，究否具有證據能力，法院仍有審酌權。原判決理由已敘明本件警方對上訴人持用之門號 0000000000 號行動電話所為監聽，有部分已逾越檢察官核發通訊監察書所載之監聽期間，在程序上雖有瑕疵，但經依前開規定，審酌警方所監聽之內容係涉及毒品買賣，攸關公共利益之維護，自應優於上訴人隱私權之保障，該逾期監聽之內容如何之仍具有證據能力，可採為證據」。

<sup>64</sup> 比較李榮耕，〈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》，156 期，2019 年 3 月，頁 285：「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，至少也應認有刑訴法第 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」。

鈞院另就《通保法》第 18 條之 1 第 3 項規定提出 4 則法律問題，筆者依序表示研究意見如下。

## 一、《通保法》第 18 條之 1 第 3 項限於未取得通訊監察書？

Q1：通保法第 18 條之 1 第 3 項規定：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。

（一）條文所謂違反上開規定《進行監聽行為》，在解釋上是否應限於未取得通訊監察書之監聽行為（即違法監聽）所取得之證據及衍生證據，始應適用上開規定予以絕對排除？

（二）至於在合法監聽之情形，違反上開 3 條文之其他規定，如不分情節輕重，就所取得之證據亦一律絕對排除，是否違反比例原則？此一部分程序規範之違反，得否適用刑事訴訟法第 158 條之 4 規定之相對排除予以權衡判斷？

上述問題群環環相扣，牽一髮動全身，故容筆者統一表示意見。由於筆者看法為：「基於『文義解釋無突破性助益』、『體系解釋之內在和諧性』和『證據使用禁止層級化』，故應對《通保法》第 18 條之 1 第 3 項『違反第 5 條規定』作目的性限縮解釋，限於專指違反第 5 條第 1 項及第 2 項之核准要件」（參見上文壹、二、(四)），所以，違反通訊監察核准之實體要件或形式要件，在筆者認知下，均屬上述研究意見之適用範圍。一般通訊監察之核准要件，在實體要件為列舉重罪原則、補充性原則等，在形式要件為法官核發通訊監察書（參見通保法第 5 條第 1 項及第 2 項），是以，執行機關未取得通訊監察書而逕自進行監聽，或依違反核准實體要件之通訊監察書進行監聽，始有《通保法》第 18 條之 1 第 3 項之證據禁止法律效果。

至於違反《通保法》第 5 條核准要件規定以外其他部分，應依該規定之規範目的，判斷規範性質上是否屬於取證限制規定（證據取得禁止規定），若答案為是，則依《刑事訴訟法》第 158 條之 4 審酌證據能力。例如本件爭點之《通保法》第 5 條第 4 項期中報告義務規定，依規範保護目的之觀察，應定性為取證規定。對於違反報告義務後，繼續監聽取得的監聽內容，應回歸一般證據禁止規定，即依《刑事訴訟法》第 158 條之 4 進行個案證據權衡。

## 二、提出報告命令

Q2：法官指定執行機關應於執行監聽期間第 17 日提出報告，執行機關僅於法官指定之期限內提出報告，並未另於監聽期間 15 日內作成報告書。於此情形，執行機關是否違反通保法第 5 條第 4 項報告義務之規定？倘未違反，於法官指示在監聽期間第 25 日提出時，是否為同一解釋？又指示者如為檢察官，有無不同？

依筆者研究意見，《通保法》第 5 條第 4 項期中報告義務，其實現方式為：於執行監聽期間內，執行機關應每 15 日作成期中報告，至少一次，之後，檢察官或核發通訊監察書之法官得隨時命執行機關提出所作成之期中報告。從而，執行機關於執行監聽期間每 15 日，始負作成報告書之法定義務，《通保法》未授予檢察官或法官命令執行機關於監聽未滿 15 日內提出報告之權限。

據此，對於上開提問，筆者意見綜合整理如下：

依《通保法》第 5 條第 4 項中段，法官應得指定執行機關於執行監聽期間「第 17 日」提出報告，惟執行機關仍應依同條項之前段規定，於監聽期間「15 日內」至少作成一次報告書。倘執行機關僅於法官指定之「第 17 日」期限內提出報告，卻未另於監聽期間 15 日內作成報告書，便是違反《通保法》第 5 條第 4 項前段要求。同理，法官指示在監聽期限「第 25 日」提出報告，結論亦同上述說明。最後，命令指示者無論為法官或檢察官，結論均無不同。

### 三、停止監聽前取得資料之證據使用問題

Q3：依通保法第 6 條第 2 項、第 7 條第 3 項規定，法院未於 48 小時內補發通訊監察書或同意核發，應即停止監聽。則在停止監聽前監聽所取得之資料，得否作為證據使用？

對此問題，筆者結論認為，應區分法官未補發通訊監察書或未補行同意之原因類型，判斷緊急監聽（含情報緊急監聽）是否構成違法取證，答案若為肯定，始進一步依《通保法》第 18 條之 1 第 3 項規定，認定停止監聽前監聽所得之資料不得作為證據使用。

《通保法》第 6 條是緊急監聽規定，允許（1）特定罪名之急迫危險，或（2）有事實足信有其他通訊作為第 5 條第 1 項犯罪連絡而情形急迫者，司法警察機關得報請檢察官以口頭通知執行機關先予執行通訊監察，不事先取得通訊監察書，再由檢察官 24 小時內陳報法院補發通訊監察書。《通保法》第 7 條是情報監察及其緊急監聽之規定，內容為：於情報監察，通訊監察書之核發機關是綜理國家情報工作機關首長，但受監察人在我國境內設有戶籍者，通訊監察書核發應先經高等法院專責法官同意，惟情況急迫時，國家情報工作機關得先核發通訊監察書，再將核發情形，通知法官補行同意。

由此可看出，《通保法》第 6 條兩種緊急監聽和第 7 條第 2 項但書之情報緊急監聽，均有設計情況急迫逕行通訊監察後的法院事後監督：前者應陳報法院補發通訊監察書，後者應通知法院補行同意。假如法院自受理聲請或接受通知之時起，未於 48 小時內補發通訊監察書或補行同意者，後續效果同一，「應即停止監聽」（通保法第 6 條第 2 項後段、第 7 條第 3 項後段）。假如執行機關未停止監聽，後續監聽資料之取得當然構成違法取證，直接依第 18 條之 1 第 3 項文義而不得

作為證據使用。有疑問的是：「停止監察前監聽所取得之資料，得否作為證據使用？」筆者為求行文簡便，在德國法類似規範的參考背景下，僅以《通保法》第6條第2種緊急監察統一說明，如有不足，再請指正。

德國《刑事訴訟法》第100a條以下規範電信監察（Telekommunikationsüberwachung），其中，電信監察之核准實體要件規定在第100a條，形式要件在第100e條<sup>65</sup>。與本問題直接相關的是第100e條第1項第1句至第3句，規定內容為：「（第1句）電信監察措施，僅得由檢察官聲請法院核准。（第2句）遲延即生危險時，亦得由檢察官核准之。（第3句）檢察官之核准命令，未於3個工作日內經法院認可者，失其效力」<sup>66</sup>。是以，關於電信監察的核准權限（Anordnungs-kompetenz），德國採取相對法官保留原則：基本上由法官核准，僅於發生急迫情況——即「遲延即生危險」（Gefahr im Verzug）——時，始得由檢察官緊急命令實施之，事後再陳報法院補發令狀。這種權限分配模式，在德國法屬於常態，重大之強制處分率皆採行法官保留原則，縱使承認情況急迫之例外，也都規定事後的法官監督，以控制該強制處分的合法性<sup>67</sup>。

依德國法，檢察官實施緊急監察開始，「未於3個工作日」內經法院補發令狀者，失其效力。關於「3個工作日」（3日期限）之計算，由於德國法有規定不包含命令緊急監聽之始日<sup>68</sup>，故應從命令之次日起算，但絕非從投單執行日開始計算<sup>69</sup>。於緊急監察，只是因為發生急迫情況而允許檢察官逕行命令實施監聽，該監聽仍應符合一般電信監察的核准實體要件（§ 100a StPO），即列舉重罪原則和補充性原則等。換言之，緊急監察的急迫情況並未取代或優先於任何核准實體要件。在此脈絡下，命令實施緊急監察的檢察官，於陳報法院後，法院對於是否補發令狀之判斷，應依職權審查先前緊急監察的合法性，包括一般電信監察的核准實體要件以及緊急監察中的急迫情況要件，並決定是否繼續監察<sup>70</sup>；而依德國聯邦憲法法院（BVerfG）見解，縱使是「遲延即生危險」的要件，仍在法院補發令狀的審查範圍，其並不屬於偵查機關的判斷餘地<sup>71</sup>。

再者，德國法院未補發監察令狀時，緊急監察會「失其效力」，這是指檢察官之緊急監察命令自3日期限屆滿時向將來失效，並非自始無效，亦即不會溯及

<sup>65</sup> 規範說明可參見王士帆，〈德國科技偵查規定釋義〉，《法學叢刊》，262期，2021年4月，頁88以下。

<sup>66</sup> § 100e I S. 1-3 StPO: „Maßnahmen nach § 100a dürfen nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft durch das Gericht angeordnet werden. Bei Gefahr im Verzug kann die Anordnung auch durch die Staatsanwaltschaft getroffen werden. Soweit die Anordnung der Staatsanwaltschaft nicht binnen drei Werktagen von dem Gericht bestätigt wird, tritt sie außer Kraft.“

<sup>67</sup> 林鈺雄，《刑事訴訟法（上）》，10版，2020年，頁339。

<sup>68</sup> 德國《刑事訴訟法》第42條：「以日定期間者，計算期間開始之時點或事件發生之日，不算入期間內」。

<sup>69</sup> Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl., 2021, § 100e Rn. 4.

<sup>70</sup> Hauck, in: Becker/Erb/Esser/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe/Rosenberg StPO Großkommentar, Band 3/1, 27. Aufl., 2019, § 100e Rn. 24.

<sup>71</sup> BVerfGE 103, 142, 157.

失效<sup>72</sup>。「失其效力」之所以意謂向將來失效，這是從立法者區分法官一般核准權限與檢察官緊急核准權限所構成的雙軌體系得出之推論；據此，條文所稱「失其效力」，乃指執行機關自緊急監察命令之3個工作日屆滿起，才無繼續實施監察的法律權限，非謂立法者宣稱該緊急監察命令自始無效<sup>73</sup>。至於逾越3日期限後，法院才補發之令狀，其應視為是一份新的強制處分令狀，並非對先前的緊急措施進行令狀補發<sup>74</sup>。

緊急監察因未取得法院補發令狀，於3日期限屆滿後，向將來失其效力，即停止監察，則接下來的問題是，3日期限內執行緊急監察取得之監聽資料，得否予以證據使用禁止呢？<sup>75</sup>對此問題，鑒於德國《刑事訴訟法》沒有一般性的證據使用禁止條款，故應回歸證據禁止內涵<sup>76</sup>來分析，用德國審查架構來說：欲宣告違法取證（違反證據取得禁止）之證據使用禁止，前提也是關鍵當然就在於國家是否違背法定程序取得證據。準此，「緊急監察未取得法院補發令狀，是否可被評價為違法取證？」正是評估3日期限內監聽資料證據能力的重要判準。如同前述，法院對於緊急監察是否補發令狀時，應審查一般電信監察的核准實體要件以及緊急監察中的急迫情況要件，並決定是否繼續監察。從而，判斷系爭取證是否違法之問題，應區分法院未補發令狀的原因類型：

（A）緊急監察未符合一般監察之核准實體要件，例如違反列舉重罪原則、比例原則等；

（B）緊急監察不具備「遲延即生危險」的急迫情況要件；

（C）緊急監察起先符合一般監察的核准實體要件，同時具備急迫情況，但執行緊急監察後，由於已達成取證目的，應停止監察，無繼續監察之必要。

在（A）的情況，因為自始欠缺一般電信監察的核准實體要件，故屬違背法定程序取得證據，可比照違反一般電信監察要件，例如欠缺列舉重罪之犯罪嫌疑、未遵守補充性原則而得出證據禁止效果<sup>77</sup>，進而宣告3日期限內之監聽資料，因屬違法緊急監察，未遵守法律保留原則，故不得作為證據。在（B），客觀上欠缺急迫情形，檢察官卻恣意認定存在「遲延即生危險」要件而違法實施緊急監

<sup>72</sup> Hauck, in: Becker/Erb/Esser/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe/Rosenberg StPO Großkommentar, Band 3/1, 27. Aufl., 2019, § 100e Rn. 26; BGHSt 41, 64（針對臥底偵查之核准緊急權限，未於3日內陳報法院補發令狀）。

<sup>73</sup> BGHSt 41, 64, 67.

<sup>74</sup> Vgl. Hauck, in: Becker/Erb/Esser/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe/Rosenberg StPO Großkommentar, Band 3/1, 27. Aufl., 2019, § 100e Rn. 24; Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl., 2021, § 100 Rn. 7.

<sup>75</sup> 德國文獻說理細緻程度不一，筆者參考以下資料：Bruns, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur StPO, 8. Aufl., 2019, § 100e Rn. 2; Eschelbach, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 4. Aufl., 2020, § 100e Rn. 31; Gercke, in: Gercke/Julius/Temming/Zöller (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur StPO, 6. Aufl., 2019, § 100a Rn. 47 u. § 100e Rn. 4; Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl., 2021, § 100e Rn. 4; Rogall, JZ 1996, 263, 264; Volk/Engländer, Grundkurs StPO, 10. Aufl., 2021, § 10 Rn. 46; Wolter/Greco, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar-StPO, Band II, 5. Aufl., 2016, § 100b Rn. 5.

<sup>76</sup> 參見本件意見書壹、二、（一）。

<sup>77</sup> Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 15. Aufl., 2020, Rn. 726.

察者，乃規避法官保留原則，同屬違背法定程序取證，故一樣應予證據使用禁止<sup>78</sup>。然而，在（C）的情形則有別於（A）和（B）：於（C），檢察官緊急監察自始合法，並未違法取證，法院之所以未補發令狀，純因監聽取證目的已達成，本於比例原則，不再有繼續執行之必要，故3日期限內合法緊急監察取得之資料有證據能力才對<sup>79</sup>。

視線拉回我國法。《通保法》第6條第2種緊急監察規定，允許情形急迫時，偵查機關得先予執行監察，再由檢察官24小時內陳報法院補發通訊監察書，法院自受理聲請時起，未於48小時內補發通訊監察書者，執行機關「應即停止監察」，整體規範內涵與德國緊急監聽規定相當。是以，參酌上述德國法之說明，我國法所稱未取得法院補發令狀之「停止監察」，更是明確指緊急監察命令向將來失效，並非溯及失效。而本件問題「停止監察前監聽所取得之資料，得否作為證據使用？」的回答關鍵，應在於「緊急監察未取得法院補發令狀，是否可被評價為違法取證？」由於法院對於緊急監察是否補發令狀，應審查一般電信監察的核准實體要件以及緊急監察中的急迫情況要件，並決定是否繼續監察，從而，應以法院審查後之所以未補發令狀的原因類型，來判斷是否違法取證<sup>80</sup>，答案若是違法取證，始進一步依《通保法》第18條之1第3項規定，認定停止監察前監聽所得之資料不得作為證據使用：

（A）緊急監察未符合一般監察之核准實體要件，依《通保法》第18條之1第3項，絕對排除證據能力。

（B）緊急監察不具備「急迫情況」要件，依《通保法》第18條之1第3項，亦絕對排除證據能力。

（C）緊急監察起先符合一般監察的核准實體要件並具備急迫情況，但執行緊急監察後，法院審查認為已達成取證目的，無繼續監察之必要，應停止監察，因而未補發通訊監察書者，鑒於停止監察前取得之資料並非違法取得，故不適用《通保法》第18條之1第3項規定。

#### 四、「衍生證據」意義與射程範圍

Q4：通保法第18條之1第3項所規定不得作為證據之「衍生證據」，究何所指？其射程範圍為何？是否所有違法進行監聽取得內容所衍生之證據，皆屬之？

<sup>78</sup> BT-Drucksache 16/6979, S. 43; Eschelbach, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 4. Aufl., 2020, § 100e Rn. 31.

<sup>79</sup> Bruns, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur StPO, 8. Aufl., 2019, § 100e Rn. 2; Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl., 2021, § 100e Rn. 4; Volk/Engländer, Grundkurs StPO, 10. Aufl., 2021, § 10 Rn. 46。不同意見，認為仍違反法官保留原則：Wolter/Greco, in: Wolter (Hrsg.), SK-StPO, Band II, 5. Aufl., 2016, § 100b Rn. 5.

<sup>80</sup> 比較李榮耕，〈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》，156期，2019年3月，頁294：「法院駁回陳報，或是在48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」。

筆者研究意見認為：

1. 《通保法》第 18 條之 1 第 3 項所稱「衍生證據」，應指以違法監聽內容為取得系爭證據之必要條件者，或可稱為具有「密切結合之關聯性」；反之，實際取得系爭證據時，並不以違法監聽內容為必要條件者，則不屬於違法監聽之衍生證據。
2. 《通保法》第 18 條之 1 第 3 項禁止效力之射程範圍，在文義理解範圍內，應可侷限在「衍生證據」與「再衍生證據」，而不及於「第 3 次衍生證據」。

### （一）比較法經驗

《通保法》第 18 條之 1 第 3 項規定「違反第五條、第六條或第七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，並依第十七條第二項規定予以銷燬。」一般認為這是毒樹果實原則明文規定<sup>81</sup>。毒樹果實原則（fruits of the poisonous tree doctrine），依發源地美國法之理解<sup>82</sup>，指偵查機關違法取得之證據被證據排除時，該證據猶如毒樹，由該毒樹證據進一步合法取得之衍生證據，「仍為具毒性之毒果，不得使用」<sup>83</sup>。美國之毒樹果實理論，在德國刑事訴訟領域，則以證據使用禁止之放射效力（Fernwirkung）稱之，爭點同樣在衍生證據是否禁止使用<sup>84</sup>。毒果由於是合法取得，無法逕自從「違法取證」推論證據排除，因而有毒樹果實原則的適用實益，否則無法實現證據排除法則的目的，「無異等於邀誘執法人員以違反法律或侵害人權的方式取得證據，且其結果對被告之防禦權產生重大之不利益」<sup>85</sup>。

在單純的證據使用禁止，並不排除偵查機關利用被排除證據能力之證據所發現的線索繼續追查，以開啟另一道偵查程序或進一步取得其他證據<sup>86</sup>。德國實務

<sup>81</sup> 例如王兆鵬、張明偉、李榮耕，《刑事訴訟法（上）》，5 版，2020 年，頁 162；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，2014 年 7 月，頁 31；最高法院 110 年度台上字第 4646 號刑事判決。

<sup>82</sup> 參見林輝煌，《論證據排除——美國法之理論與實踐》，2003 年，頁 117-118；李榮耕，〈毒樹果實法則的肯認及其適用——最高法院 105 年度台上字第 3011 號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，88 期，2019 年 10 月，頁 41-42；林鈺雄，《刑事訴訟法（下）》，10 版，2020 年，頁 37-38；Gless, Gesetzliche Regelungen von Beweisverwertungsverböten – die Schweiz als Vorreiter?, in: Strafrecht als ultima ratio Gießener – Gedächtnisschrift für Günter Heine, 2016, S. 135.

<sup>83</sup> 王兆鵬、張明偉、李榮耕，《刑事訴訟法（上）》，5 版，2020 年，頁 157。

<sup>84</sup> Vgl. Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 15. Aufl., 2020, Rn. 744；林鈺雄，《刑事訴訟法（下）》，10 版，2020 年，頁 37。

<sup>85</sup> 最高法院 110 年度台上字第 4646 號刑事判決：「英美法制中之毒樹果實原則，乃指對於偵查犯罪人員非法取得之證據，若僅禁止直接使用，不禁止其間接使用而取得之證據，無異等於邀誘執法人員以違反法律或侵害人權的方式取得證據，且其結果對被告之防禦權產生重大之不利益」；王兆鵬、張明偉、李榮耕，《刑事訴訟法（上）》，5 版，2020 年，頁 157：「如同美國聯邦最高法院所言：對於非法取得之證據，若僅禁止直接使用，不禁止間接使用，等於邀誘執法人員以違反法律及侵害人權的方式取得證據」。

<sup>86</sup> Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 15. Aufl., 2020, Rn. 727；Gless, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler StPO Kommentar, 2. Aufl., 2014, Art. 141 Rn. 15；Wohlers, Verwertungs-, Verwendungs- und/oder Belastungsverböte – die Rechtsfolgende der Lehre von den Beweisverwertungsverböten, in: Rechtsstaatlicher Strafprozess und Bürgerrechte – Gedächtnisschrift

亦認為，證據使用禁止並不排除系爭證據作為偵查線索<sup>87</sup>。相較之下，毒樹果實原則或證據使用禁止之放射效力，均否定因違法取證被宣告無證據能力之證據所取得的進一步偵查成果<sup>88</sup>，換個角度來說，毒樹不得作為發動其他偵查行為之線索，這一點有別於一般之證據使用禁止。然而，如同傳聞法則有原則、例外之分，美國毒樹果實理論也有原則、例外之別，以下是常見的毒樹果實例外<sup>89</sup>：1、獨立來源；2、必然發現；3、稀釋例外。在第1種情形，第2次證據自始就不被視為第1次受污染證據的衍生物<sup>90</sup>。至於後2種情形，前者因為衍生證據透過其他途徑本來就可以被發現<sup>91</sup>，後者則是第1次被污染證據和第2次證據之間的關聯性已經到達不能再主張證據排除正當性的「稀釋」程度<sup>92</sup>。至於在德國，除法律另有規定外，是否承認證據使用禁止之放射效力，也就是毒樹果實效力，學說迄今爭議不斷，始終在避免癱瘓刑事追訴和遏阻偵查機關規避違法直接取證之間擺盪，德國實務則是反對概括性的放射效力，認為應在個案就第1次取證之程序違法和受追訴罪名之嚴重程度進行權衡判斷<sup>93</sup>。

值得一提的是瑞士法。瑞士《刑事訴訟法》第141條是證據禁止的核心條款，其條文標題是「違法取證之證據使用能力」（*Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise*）。瑞士《刑事訴訟法》第141條，規定如下：「（第1項）違反第140條取得之證據，絕對不可作為證據。本法另有規定取證不得作為證據者，亦同。（第2項）刑事機關以犯罪方法或違反效力規定取得之證據，不得作為證據，但該證據之使用為證明重大犯罪所不可或缺者，不在此限。（第3項）違反訓示規定取得之證據，得作為證據使用。（第4項）若無先前取得之證據即不可能取得之衍生證據，當先前證據依第2項規定無證據能力者，衍生證據亦不得作為證據。（第5項）不得作為證據之證據紀錄，應自刑事卷證取出，各別封緘保管，至刑事程序確定終結後予以銷燬」。

瑞士《刑事訴訟法》第141條第4項將毒樹果實效力予以立法明文：若無先

---

für Edda Weßlau, 2016, S. 436。德國聯邦最高法院實際案例，例如 BGHSt 34, 362。另參見最高法院 109 年度台上字第 5379 號刑事判決：「刑事訴訟法上之偵查，係指偵查機關知有犯罪嫌疑而開始調查，以發現及確定犯罪嫌疑人，並蒐集及保全犯罪證據之刑事程序。而所謂『知有犯罪嫌疑』之依據，自不以『具有證據能力』之證據為限，諸如地方風聞、新聞輿情及秘密證人之舉發，皆可資為開始調查或偵查之證據資料」；110 年度台上字第 4646 號刑事判決。

<sup>87</sup> Wohlers, Verwertungs-, Verwendungs- und/oder Belastungsverbote – die Rechtsfolgenrechtsseite der Lehre von den Beweisverwertungsverböten, in: Rechtsstaatlicher Strafprozess und Bürgerrechte – Gedächtnisschrift für Edda Weßlau, 2016, S. 436.

<sup>88</sup> Vgl. Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 15. Aufl., 2020, Rn. 744.

<sup>89</sup> 參見王兆鵬、張明偉、李榮耕，《刑事訴訟法（上）》，5 版，2020 年，頁 159；林輝煌，《論證據排除——美國法之理論與實踐》，2003 年，頁 118-129；最高法院 110 年度台上字第 4646 號刑事判決。

<sup>90</sup> Gless, Gesetzliche Regelungen von Beweisverwertungsverböten – die Schweiz als Vorreiter?, in: Strafrecht als ultima ratio Gießener – Gedächtnisschrift für Günter Heine, 2016, S. 135.

<sup>91</sup> Nix v. Williams, 467 U.S. 431 (1984).

<sup>92</sup> Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471 (1963).

<sup>93</sup> Vgl. BVerfGE 130, 1; BGHSt 51, 1; Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 15. Aufl., 2020, Rn. 727; Kindhäuser/Schumann, Strafprozessrecht, 5. Aufl., 2019, § 23 Rn. 38 ff.; Volk/Engländer, Grundkurs StPO, 10. Aufl., 2021, § 28 Rn. 43.

前取得之原始證據即不可能取得其他證據者，當原始證據（毒樹）被宣告證據禁止者，原始證據取得之其他證據（毒果）亦不得作為證據。此條文不易理解的文字結構，乍看會以為毒果絕對證據禁止。然而，由於條文限定毒果必須是「若無先前取得之原始證據即不可能取得」，以致於存在假設空間，即反面言之，倘無先前之原始證據仍有取得毒果證據之可能，則不生毒樹果實效力。從而，瑞士學者解讀，偵查機關若沒有違法取得第 1 次證據，其仍有幾近確定的高度可能性取得第 2 次證據者，不生證據禁止之放射效力<sup>94</sup>。

瑞士法院也嘗試限縮毒樹果實規定的放射效力<sup>95</sup>。根據瑞士聯邦最高法院 2012 年的一則裁判見解<sup>96</sup>，其案情是：違法電話監聽得知運輸毒品的消息，瑞士警方於是在邊界對駕駛人進行海關檢查，意在找出藏匿的毒品。瑞士聯邦最高法院於此表示：「在瑞士海關團團圍住的過境路口，汽車駕駛人被詢問報關商品和其佐證文件的機會，絕對是有高度可能的。假如汽車駕駛人表現異常的緊張，海關人員自然會起疑並對駕駛人進一步檢查，此時就會意外發現藏匿於汽車內的毒品」<sup>97</sup>。於該案，瑞士聯邦最高法院具體指出證據使用禁止將不具放射效力，「若依假設之偵查流程，如果不存在違法取得之第 1 次證據，衍生證據至少也有高度可能被取得者。關鍵是個案的具體狀況。純粹理論上有合法取得證據之可能性，尚有不足」<sup>98</sup>。

## （二）法律解釋

與上述比較法經驗相較，可看出我國《通保法》第 18 條之 1 第 3 項雖是毒樹果實條款，但我國法只規定原則、沒有例外，導致封鎖法官造法以自創「除外或但書例外」的限縮文義機會，學界據此批評「立法嚴厲到幾乎矯枉過正的地步了」<sup>99</sup>。這會引發法律政策的妥適性疑義，可以想像成如果傳聞法則只制定禁止傳聞，卻沒有允許傳聞例外一樣。

假如讓違法監聽之證據禁止效力無遠弗屆，毫無例外地遍及任何衍生之證據，果真是我國立法者一意孤行，且不可撼動的明確意志，即對於違法監聽之後續用途徹底斬草除根，在修法之前，法律適用者只能概括承受這種片面犧牲追訴犯罪公共利益的立法抉擇。然而，仔細端詳《通保法》第 18 條之 1 第 3 項，一

<sup>94</sup> Pieth, Schweizerisches Strafprozessrecht, 2. Aufl., 2012, S. 172.

<sup>95</sup> Gless, Gesetzliche Regelungen von Beweisverwertungsverbieten – die Schweiz als Vorreiter?, in: Strafrecht als ultima ratio Gießener – Gedächtnisschrift für Günter Heine, 2016, S. 136. Vgl. BGE 133 IV 329, Entscheidung vom 09. 10. 2007 – 6B\_170/2007 E. 4.6; BGE 138 IV 169, Entscheidung vom 12. 07. 2012 – 6B\_805/211.

<sup>96</sup> BGE 138 IV 169.

<sup>97</sup> BGE 138 IV 169 E. 3.4.

<sup>98</sup> BGE 138 IV 169 (裁判要旨)。

<sup>99</sup> 林鈺雄，《刑事訴訟法（上）》，10 版，2020 年，頁 473。其他批評，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，2014 年 7 月，頁 21：「堪稱我國刑事法律內範圍廣大，且沒有限制，沒有例外的嚴格證據禁止以及禁作他途使用之規定，舉世罕見其例」。

來立法理由未清楚見到立法者有揚棄比較法經驗的強烈意志，二來，透過對該條項之法律解釋，仍蘊含將比較法經驗之毒樹果實例外予以內化的可能性。準此，筆者認為，在以比較法經驗，嘗試校正《通保法》第 18 條之 1 第 3 項立法失衡時，不妨雙管齊下，針對其所稱「衍生證據」與禁止效力之射程範圍予以嚴格解釋<sup>100</sup>。

首先是「衍生證據」概念。這裡的衍生證據，是指監聽譯文等之派生證據<sup>101</sup>或毒果，語焉不詳<sup>102</sup>。如果是專指譯文，法條文字上其實沒有增訂「衍生證據」之必要，因為違法監聽「所取得之內容」當然包含譯文，就如同被禁止使用的非任意性自白，亦包含承載自白內容的錄音或筆錄，解釋上未將自白錄音或自白筆錄看成是非任意性自白之衍生證據。所以，「衍生證據」應從毒樹果實理論切入探討，這也符合我國普遍學說和實務的觀察角度。

筆者研究出發點是，《通保法》第 18 條之 1 第 3 項所稱「衍生」證據屬於不確定概念，因此允許法官進行內涵解釋，並不會違反法官受法律拘束之憲法誠命。鑒於該條項指違法進行監聽行為「所衍生」之證據，故應是指以違法監聽內容為取得系爭證據之必要條件（*conditio sine qua non*）者<sup>103</sup>，或可稱為具有「密切結合之關聯性」<sup>104</sup>；反之，實際取得系爭證據時，並不以違法監聽內容為必要條件者，則不屬於違法監聽之衍生證據。舉例來說，違法監聽得知毒品藏匿地點；而偵查機關同時也因長期跟蹤而獲知相同資訊時，當偵查機關以監聽內容與跟蹤報告發動合法搜索取出毒品，即便扣除該監聽內容，亦可本於跟蹤報告發動合法搜索時，毒品便不屬於違法監聽所衍生之證據。在這樣的定義和理解下，「衍生證據」之認定標準，其實蘊含毒樹果實原則的獨立來源例外，即「允許使用得以兩個以上管道取得而僅其一管道為非法之資料」<sup>105</sup>，但應由國家承擔證明義務<sup>106</sup>。

另外應補充的是，「必然發現例外」無法作為衍生證據之排除標準。理由在

<sup>100</sup> 相同推論方向，如吳燦，〈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，2014 年 7 月，頁 31（「本條項雖亦採『毒樹果實原則』，惟如嗣後取得之證據，係由於個別獨立之合法偵查作為，既與先前之違法程序不生前因後果關係，即與上揭毒樹果實原則無關，故本文認為，其證據排除射程應限制在第一次之衍生證據」）、頁 32（「違法監聽證據排除之射程，則可委之於司法判決之解釋，作合目的性地限制在第一次的衍生證據，以為緩和」）。

<sup>101</sup> 我國實務對於監聽譯文，有稱派生證據或衍生證據，例如 99 年度台上字第 649 號刑事判決：「依該通訊監察錄音所作成之譯文，乃監察錄音內容之顯示，為學說上所稱之『派生證據』」；98 年度台上字第 1646 號刑事判決：「警察機關對犯罪嫌疑人依法監聽電話所製作之通訊監察紀錄譯文，為該監聽電話錄音之『衍生證據』」。

<sup>102</sup> 林鈺雄，《刑事訴訟法（上）》，10 版，2020 年，頁 472。

<sup>103</sup> Vgl. Schmid/Jositsch, Schweizerische Strafprozessordnung Praxiskommentar, 3. Aufl., 2018, Art. 141 Rn. 15.

<sup>104</sup> 我國實務認為，衍生證據指依據違法監聽行為所取得之內容，「繼而獲致證據之行為，前後二行為有密切結合之關聯性，嗣後之行為所取得之證據」，參見最高法院 98 年度台上字第 7667 號刑事判決。

<sup>105</sup> 林輝煌，《論證據排除——美國法之理論與實踐》，2003 年，頁 119。

<sup>106</sup> BGE 133 IV 329; Wohlers, in: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl., 2020, Art. 141 Rn. 46.

於，必然發現例外是假設縱使沒有實際發生取得系爭毒果的偵查行為，最終亦必將被其他偵查行為發現系爭毒果<sup>107</sup>，這種假設理論，正由於是以「沒有實際發生」取證手段作為假設前提，自始不符合《通保法》第 18 條之 1 第 3 項對「衍生證據」設定的規範情境；也就是說，該條項所稱衍生證據是指違法進行監聽行為「所衍生」之證據，乃以實際已取得證據為命題<sup>108</sup>，故無從以否定取得證據的既存事實，再改以假設未取得衍生證據來推翻其已構成衍生證據之認定。簡言之，在《通保法》第 18 條之 1 第 3 項之法律限定框架內，無法套用必然發現例外之假設事實來推翻實際事實。

其次，是關於《通保法》第 18 條之 1 第 3 項的禁止效力之射程範圍，在文義理解範圍內，應可侷限在「衍生證據」與「再衍生證據」，而不及於「第 3 次衍生證據」。《通保法》第 18 條之 1 第 3 項規定，違法監聽「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」，規範對象區分為「違法監聽內容」和「違法監聽之衍生證據」，效力均是禁止採為任何用途。所謂禁止將違法監聽內容採為任何用途，細繹法條文義，可以發現偵查機關違法監聽時，根本就不應該利用監聽內容進一步取得「衍生證據」。道理何在？違法監聽之內容不得採為任何用途，這是一種證據用途禁止（Verwendungsverbot）的立法模式。

以德國為例，相較於證據之使用禁止（Verwertungsverbot），德國法另有證據之用途禁止或稱運用禁止的立法模式。例如德國《刑事訴訟法》第 100i 條 IMSI-Catcher 條款（M 化車條款）<sup>109</sup>，其第 2 項第 2 句規定 IMSI-Catcher 執行期間所取得第三人之個人資料，「除為調查所尋找之設備序號及卡號而比對資料外，不得運用第三人之個人資料，且應在措施結束後立即刪除」<sup>110</sup>。IMSI-Catcher 運作時，基於技術上不可避免的撒網作用，必然會使處於 IMSI-Catcher 虛擬蜂巢區內的所有手機受到誘騙來短暫註冊，波及與案情無關之第三人。為保護第三人，偵測過程取得的第三人資料，德國法明定應予用途禁止<sup>111</sup>。此處所謂的用途禁止，乃指除了不得將第三人資料作為證據使用外，亦禁止事後將第三人資料作為偵查線索<sup>112</sup>。舉例來說，對本案被告實施 IMSI-Catcher 期間，截收到的他案犯

<sup>107</sup> 王兆鵬、張明偉、李榮耕，〈《刑事訴訟法（上）》〉，5 版，2020 年，頁 161；林輝煌，〈論證據排除——美國法之理論與實踐〉，2003 年，頁 119。

<sup>108</sup> 比較法上，瑞士法對於「毒樹」採取假設定義，則瑞士偵查機關若未違法取得第 1 次證據，仍有幾近確定的高度可能性取得毒果者，便可認定其並非毒樹之衍生證據，參見 Pieth, Schweizerisches Strafprozessrecht, 2. Aufl., 2012, S. 172。

<sup>109</sup> 可參見王士帆，〈M 化車法制出路——德國 IMSI-Catcher 科技偵查借鏡〉，《臺北大學法學論叢》，121 期，2022 年 3 月，頁 96 以下。

<sup>110</sup> § 100i II S. 2 StPO: „Über den Datenabgleich zur Ermittlung der gesuchten Geräte- und Kartennummer hinaus dürfen sie nicht verwendet werden und sind nach Beendigung der Maßnahme unverzüglich zu löschen.“

<sup>111</sup> Gercke, in: Gercke/Julius/Temming/Zöller (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur StPO, 6. Aufl., 2019, § 100i Rn. 15; Köhler, Meyer-Goßner/Schmitt (Hrsg.), StPO, 64. Aufl., 2021, § 100i Rn. 14.

<sup>112</sup> Bruns, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur StPO, 8. Aufl., 2019, § 100i Rn. 11; Eschelbach, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), StPO, 4. Aufl., 2020, § 100i Rn. 11.

罪行為人——即無關第三人——手機資料，只要該第三人不是 IMSI-Catcher 的目標人物，警方便不得將他案犯罪行為人的手機 IMSI、IMEI 或停留地資訊作為證據或偵查線索<sup>113</sup>。

由於《通保法》第 18 條之 1 第 3 項用途禁止——「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」——的規範對象，區分為「違法監聽內容」和「違法監聽之衍生證據」，以下分別說明。違法監聽內容之用途禁止，除了明文宣告監聽內容本身證據排除外，也禁止將監聽內容採為取得衍生證據之偵查線索，否則，所取得之衍生證據亦應予以證據排除，這是本於毒樹果實理論，以貫徹違法監聽內容證據排除的規範目的。因此，違法監聽內容之用途禁止，其禁止效力範圍涵蓋違法監聽內容本身和其衍生證據。再者，違法監聽之衍生證據，現行法也規定「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」，其中，於「審判中」不得採為證據的宣示其實是贅文，因為如同前述，基於違法監聽內容不得採為司法偵查用途，已可推論出違法監聽之衍生證據亦不得於審判中作為證據使用，實無庸重複規範。

不過，違法監聽之衍生證據於「司法偵查中」亦不得採為證據或其他用途，則有規範上意義，亦即，衍生證據也被禁止採為偵查線索用途，也就是禁止藉由衍生證據取得「再衍生證據」，這時與毒樹果實理論同樣道理，若違反用途禁止而取得再衍生證據，再衍生證據亦應受到證據排除。至於再衍生證據可否作為取得「第 3 次衍生證據」之偵查線索，鑒於《通保法》第 18 條之 1 第 3 項並未明文禁止再衍生證據之用途，故應回歸一般證據禁止之效力，即不排除偵查機關利用再衍生證據所發現的線索繼續追查，以開啟另一道偵查程序或進一步取得其他證據。筆者應附帶說明的是，毒樹果實稀釋例外於《通保法》第 18 條之 1 第 3 項應無適用餘地。所謂稀釋例外，是指第 1 次違法取證行為之後，第 2 次合法取得證據之前，有其他因素的介入，而稀釋或消除原來的違法性<sup>114</sup>。如果對《通保法》第 18 條之 1 第 3 項依稀釋例外作目的性限縮解釋<sup>115</sup>，認為用途禁止效力只侷限在第 1 次衍生證據，而允許其作為取得再衍生證據之偵查線索用途，顯然會牴觸該條項的明文規定，同時引發違反同法第 27 條第 3 項刑罰規定的高度疑慮，宜謹慎斟酌後續法律效應。

<sup>113</sup> Vgl. Hauck, in: Becker/Erb/Esser/Graalmann-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe/Rosenberg StPO Großkommentar, Bd. 3/1, 27. Aufl., 2019, § 100i Rn. 30.

<sup>114</sup> 王兆鵬、張明偉、李榮耕，《刑事訴訟法（上）》，5 版，2020 年，頁 161。

<sup>115</sup> 最高法院裁判有採此解釋路徑者，110 年度台上字第 4646 號刑事判決：「所謂『稀釋原則』，乃偵查機關人員為違法取證後，依該證據之發現，陸續進行合法偵查作為所取得之證據，倘已稀釋或消除先前違法取證之違法性（即毒樹之毒性），後續取得之證據（果實），即不在禁止使用（禁食）之列。是以，於審酌偵查機關人員違法取證之情節（包含前後取證所適用之法律之規範目的及保護法益）、前後取證經過之時間長短、有無其他事實介入等事證，依個案情節為綜合判斷後，倘認先前違法取證之瑕疵已為稀釋或洗淨，則其後之取證應認具有證據能力，自其法律效果而言，即難再認係先前違法取證之衍生證據。從而，通保法第 18 條之 1 第 3 項之規定，亦應秉持其立法源由，而為其合目的性之解釋，始屬允當」。

簡言之，《通保法》第 18 條之 1 第 3 項的用途禁止效力射程範圍，區分如下：

1. 「違法監聽內容」用途禁止，偵查機關不得藉此取得衍生證據，否則「衍生證據」無證據能力。
2. 「衍生證據」亦用途禁止，偵查機關不得藉此取得「再衍生證據」，否則「再衍生證據」亦無證據能力。
3. 「再衍生證據」雖被證據排除，但對其因無用途禁止規定，故得採為司法偵查之線索，從而，透過再衍生證據取得之「第 3 次衍生證據」，得作為證據使用。

綜合上述，對於本件法律問題，筆者研究結論認為：

1. 《通保法》第 18 條之 1 第 3 項所稱「衍生證據」，應指以違法監聽內容為取得系爭證據之必要條件者，或可稱為具有「密切結合之關聯性」；反之，實際取得系爭證據時，並不以違法監聽內容為必要條件者，則不屬於違法監聽之衍生證據。
2. 《通保法》第 18 條之 1 第 3 項禁止效力之射程範圍，在文義理解範圍內，應可侷限在「衍生證據」與「再衍生證據」，而不及於「第 3 次衍生證據」。