

專題企劃

# 從刑訴法第404條及第416條之修正淺論 對通訊監察之救濟～以日本法制為比較重心

臺灣臺南地方法院 法官 林臻嫻

## ◆ 目次 ◆

壹、前言

貳、新修正刑訴法第404、416條適  
用於通訊監察特殊性之爭議  
問題

- 一、「通訊監察書」是屬於裁定或處  
分性質
- 二、通訊監察處分之生效日與提起救  
濟之5日起算時點
- 三、聲請人於收受通知後，在決定是  
否提出救濟前，得否先向法院請  
求先聽取、調閱、複製相關資料
- 四、得提請救濟之人
- 五、程序法院受理救濟訴訟之實益

參、日本法制之介紹

- 一、「許可複製裁判」
  - 二、「撤銷裁判」
  - 三、聲請「撤銷裁判」時亦得聲請  
「消去記錄裁判」及「撤銷許可  
複製裁判」
  - 四、當事人請求救濟、與檢警犯罪偵  
查必要之法益衝突時
  - 五、實體法院與程序法院的判斷優先  
順序問題
  - 六、日本法制之簡要圖示
- 肆、小結



## 壹、前言

102年9月「九月政爭」發生後<sup>1</sup>，立法院火速提案修正「通訊保障及監察法」（以下簡稱通保法），在多種版本<sup>2</sup>之相互折衝下，於今（103）年1月29日修正公布，雖正式施行日期一度有過爭議<sup>3</sup>，但至少確定將於6月29日正式施行。

回顧此次修正中，相當重要的條文，無寧是增訂第18條之1等條文，將實務過往許多重大之爭議問題，如另案監聽之證據能力有無<sup>4</sup>，均加以明文規範入法，以資明確。並於同日配合修正刑事訴訟法第404、416條之規定<sup>5</sup>，將抗告及準抗告之救濟，擴張適用範圍至通訊監察，亦即增訂對於法院所為之通訊監察書表示不服時之救濟方式，於第416條之立法意旨<sup>6</sup>，已說明此增訂乃係基於「有權利即有救濟之原則」而來，自屬正確，也將使我國針對通訊監察之法制救濟規範更為完備，且更符合大法官釋字第631號解釋中針對憲法第12條秘密通訊自由之保障之正當程序要求。

然此次修法，或有於各方版本眾多，協商時間匆促，或仍有未臻完備之處，對於檢警將來偵查犯罪、司法實務之運作、及受監察人之權益等所產生之互動影響，是否矯枉過正？有無窒礙難行？有無再次修法之必要？似均有待法律實際施行後繼續檢驗之。然新法上路在即，筆者在此僅從刑事司法實務之角度，針對本次修法時併於刑事訴訟法中增訂受監察人對於通訊監察本身不服時之權利救濟規範方式，將來在實際運用時，於法律適用上可能產生之衝突或爭議問題，不揣簡陋，先行試論，希能引發更多關注討論，並藉由介紹日本法之法制規範，作為此次新修正刑訴法第404條、第416

1 本次修法之緣由，可參照，李榮耕，現行通訊保障監察法制的困境及去路，司法改革雜誌，102年12月31日，第99期，第22頁。林裕順，監聽爭議—大法官說法，司法改革雜誌，102年12月31日，第99期，第26頁。

2 依照立法院司法及法制委員會於102年12月2日印發之條文對照表，共有9個提案。至於各版本詳細之比較，可參照，陳雨凡，《通訊保障及監察法》各修正版本比較，司法改革雜誌，102年12月31日，第99期，第34至37頁。

3 錢建榮，被偷走的那五個月，蘋果日報，103年2月14日。

4 有關刑事訴訟法第404、416條部分之修正，並已自公布後3日即已生效，不似通保法有公布後5個月施行之法律爭議問題。

5 修正前通保法對於另案監聽取得之證據能力並無規範，學說眾說紛紛，實務作法亦未完全相同，有認為應類推適用扣押法理處理者（如最高法院97年度台非字第549號判決），亦有主張必須符合重罪或相關連原則等，始有證據能力者（如最高法院97年度台上字第2633號判決），莫衷一是。此可參閱，李榮耕，簡評2014年新修正的通訊保障及監察法—一次不知所為何來的修法，月旦法學雜誌，103年4月，227期，第171頁，註58、59。

6 第404條之立法意旨基於有權利即有救濟之原則，修正原條文第一項第二款，增列得對身體檢查、通訊監察等裁定，提出抗告或準抗告之規定。第406條之立法意旨則為「配合第404條修正，原條文第一項第一款增列「身體檢查、通訊監察」、第一項序文增列「處分已執行終結，受處分人亦得聲請，法院不得以已執行終結而無實益為由駁回」之規定。第一項第一款「關於身體檢查、通訊監察」，其所謂「關於」係指原處分及執行過程。

條對通訊監察之救濟的比較重心。

## 貳、新修正刑訴法第404、416條適用於通訊監察特殊性之爭議問題：

過去有關通訊監察之性質為何？得否提請救濟？我國法原均無任何明文規範，致生爭議，本次修法將針對通訊監察之救濟規範，亦回歸至刑事訴訟法中，與其他一般之強制處分權併作規範，使之通用明確，修法體例要有所據，似非不可。

然通訊監察與其他傳統檢警用以偵查犯罪之一般強制處分權相較，其實具有許多的特殊性，譬如：列舉重罪原則<sup>7</sup>、執行的「秘密性」<sup>8</sup>、乃至自核發令狀生效、至執行完畢、至通知、至知悉侵害的時間延遲等，均與其他羈押、具保、責付、限制住居、搜索、扣押、鑑定等強制處分之性質有別，將之一併規範於刑事訴訟法第404條，雖可顧及強制處分法體例之完整，但將來在適用上，卻可能因為通訊監察之特殊性，而產生爭議。以下簡述之：

### 一、「通訊監察書」是屬於裁定或處分性質？

參照大法官釋字第639號解釋之同一法理，此次將通訊監察亦增訂入刑事訴訟法第404條、第416條中，用意應在彰顯，「通訊監察」與「羈押」等之強制處分相同，倘是屬合議案件而以合議庭名義所核發者，或是屬獨任案件以獨任法官一人名義所作核發之通訊監察書，則屬判決前關於訴訟程序有關之「裁定」性質，得向上級審法院提出抗告之事項（第404條）。如屬合議案件但係由審判長、陪席法官、受命法官一人之名義所為之者，則屬「處分」性質，對之有所不服，僅得聲請所屬法院另組合議庭以決定是否「撤銷」或「變更」之（第416條）。

然實際上，「重罪原則」本為通保法之重要立法原則之一，故合於通訊監察要件者，幾均屬合議案件，且因案件尚在偵查蒐證階段中，有需及時為之並偵查不公開等原則之適用，本次修法雖有主張應於法院中設立專責或專庭之程序法官者，然囿於法院目前人力配置，並未被採納，故此種偵查中強制處分之案件，原則上是向輪值的「值班法官」來聲請之，並多由值班法官於審查後以其一人名義來直接核發通訊監察書，故將來實務上法院所核發之通訊監察書屬「裁定」之性質、可適用第404條以抗告

7 如通保法第5條第1項之規定。

8 有學者即認為，與一般執法手段如搜索扣押相較，通訊監察的進行，本質上是居於客體地位的人民，在犯罪偵查過程中「無所察覺」的執行行為，對於個人基本權利的侵犯性更強，監督應該更為切實負責。參見，劉靜怡，通保法究竟保護了誰？司法改革雜誌，102年12月31日，第99期，第30頁。



規定尋求救濟者，雖非全無存在之可能性<sup>9</sup>，然原則上應會以「處分」性質居多，即將來受通訊監察人（即受處分人）有所不服時，僅得依第416條「準抗告」之程序，由所屬法院另組合議庭來裁定是否「撤銷」或「變更」之，且對該合議庭之裁定，依同法第418條規定，為不得再抗告。

## 二、通訊監察處分之生效日與提起救濟之5日起算時點？

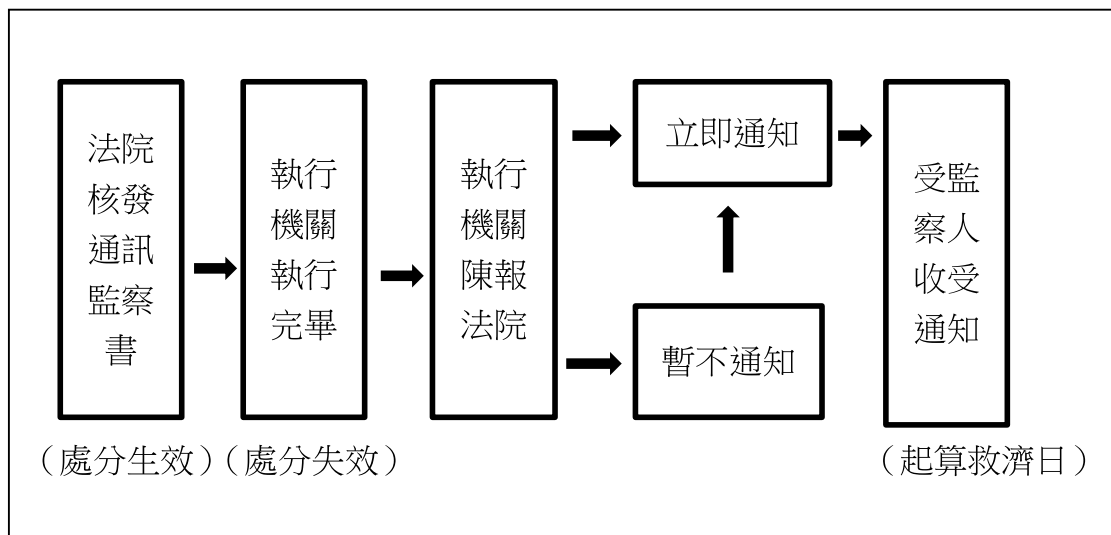
依刑事訴訟法第416條第3項規定，準抗告之聲請其間為5日，自為處分之日起算，其為送達者，自送達後起算。又依此次修正之通保法第15條第3項之規定，原則上，法院於收到執行機關於監察通訊結束之陳報（即期末報告）後，應通知受監察人。但例外時，依同條第1項之規定，如經執行機關陳報有具體理由足認：（1）「通知有妨害監察目的之虞」，或（2）「有不能通知」之情形，則得暫時不通知受監察人。但依第4條規定，於不通知原因消滅後，執行機關仍應陳報法院補行通知，原因未消滅者，應於前項陳報後每3個月向法院補行陳報未消滅之情形。逾期末陳報者，法院應於14日內主動通知受監察人。

故受監察人，原則上，雖會在「執行完畢」執行機關陳報法院後即收受通知，而得依據通訊監察書內所記載之內容，得知自己被通訊監察之事實，惟如案件符合前揭例外可暫不通知之要件時，亦有可能不會在執行完畢後立即收受通知。

但應注意的是，原則上一般偵查中之強制處分如搜索、扣押、甚或羈押等，均以「公開」方式執行之，故通常受處分人馬上即得知悉或受送達，並可立即提請法院救濟，以變更或撤銷原處分之執行，然而，通訊監察卻因執行時亦需「秘密」為之的特殊性，則可能從通訊監察書之核發、生效、執行、乃至執行完畢後許久，受通訊監察人始能因收受通知而知悉遭通訊監察之結果，並提起救濟，此乃與其他一般強制處分最大不同之處。

<sup>9</sup> 如特殊重大或敏感案件，由值班法官簽請組成合議庭來核發通訊監察書，實務上似亦非不可。

有關通訊監察處分生效至提起救濟之過程大致圖示如下：



### 三、聲請人於收受通知後，在決定是否提出救濟前，得否先向法院請求先聽取、調閱、複製相關資料？

依通保法第15條第1項之規定，於執行完畢後，法院須通知受監察人知悉者，包括「通訊監察書」之核發機關文號、實際監察期間、有無獲得監察目的之通訊資料、及救濟程序等，通知「受監察人」，故受監察人，於通訊監察執行完畢、收受通知後，原則上僅能知悉通訊監察書上所記載事項、如遭受監聽之期間、涉犯法條等等形式上資料，如何判斷是否應依刑事訴訟法之規定，提起抗告或準抗告之救濟？

惟此不管在此次新修正之通保法或刑事訴訟法中，均並無規範，甚不明確。據悉修法當時，蔣乃辛委員及邱議瑩委員所提出之版本是有意在條文中納入此種請求權<sup>10</sup>，惟最後並未被採納通過，故此部分是否應解釋為立法者有意之排除，或法院仍有依「權利救濟之法理」裁量之空間，亦留爭議。

但實務操作上，如聲請救濟之人，先於法定期間內提出準抗告之聲請，再於訴訟過程中，請求受訴之法院先行調卷，再向該法院聲請閱卷，以聽取、調閱、複製相關資料後，再加以補充聲請理由之作法，應無不可。

<sup>10</sup> 陳清秀，「通訊保障及監察法部分條文修正草案」之探討，財團法人國家政策研究基金會國策研究報告，102年11月26日。及陳雨凡，同前註2文。第36頁。





#### 四、得提請救濟之人？

依刑事訴訟法第416條規定，對於審判長、受命法官、受託法官或檢察官所為下列處分有不服者，「受處分人」得聲請所屬法院撤銷或變更之。故受通訊監察之「受處分人」，即為得向法院提起救濟之人，然則，因為通訊監察之秘密性，以致與其他一般之刑事偵查屬「立即可知」之強制處分不同，在核發通訊監察書、執行完畢、乃至送達、收受通知等流程上，有一段不小的時間差距，且此時間之差距，極有可能造成原「預期」受監察處分之人，與「實際」受監察處分之人不同，此時，究竟誰屬「受處分人」而得提起救濟？即生疑義。舉例而言，

##### (一)「通訊監察書」上記載之「監察對象」(甲)？

依通保法第11條第1項第2款規定，通訊監察書應記載「監察對象」(實務上聲請書及通訊監察書上多以「實際持用人」作為監察對象，在此以「甲」作代號)，此為「受處分人」，而有提起救濟之請求權，自無疑義。問題是如聲請通訊監察時，尚不知實際門號持用人之真實姓名，僅知「綽號」時，嗣後經通訊監察一段期間後，如已得明確特定身分，則於執行完畢後向其通知，使其得提請救濟，亦無困擾，倘通訊監察後，因實際使用人機敏，立即停用，致仍無從知悉其特定身份時，致執行完畢後無從通知，則屬例外情形。

##### (二)依法亦應受執行完畢通知之「電信服務用戶」(乙)？

令依通保法第15條第3項、第5項等規定，法院對於執行機關於監察通訊結束後之陳報，除有具體理由足認「通知有妨害監察目的之虞」或「不能通知」之情形外，應通知「受監察人」。法院審查後，即交由司法事務官通知「受監察人與「該受監察之『電信服務用戶』<sup>11</sup>」(即該門號之名義上申請人，在此以「乙」作代號)。故受通知之人，除通訊監察書上所應記載之「監察對象」(即實際持用人「甲」)，尚包括「電信服務用戶」(即該門號之名義上申請人「乙」)，當然，「甲」與「乙」有可能為同一人，亦有可能為不同一人，如屬同一人，則較無問題。倘非屬同一人時，則因「乙」並非通訊監察書上之「監察對象」，然如因收受執行完畢之通知或其他原因，知悉亦曾受通訊監察時，得否依刑事訴訟法第404、416條等規定，向法院聲請救濟，似有疑問，惟本文認為「乙」既為依法應受通知送達之對象，自應得提起救濟，較符權利保障事理。

##### (三)非屬上開兩者之「實際受通訊監察之人」(丙)？

11 依通保法第18條第6項之規定，前項受監察之電信服務用戶，包括個人、機關(構)、或團體等。

此外，在通訊監察期間，如因暫時性的出借、轉讓、或交付父母子女或其他親友共同使用，致實際使用之人有所變動時，致造成實際曾使用者，尚另包括「甲」、「乙」以外之第三人（在此以「丙」作代號）時。亦即，檢警聲請通訊監察時，僅欲監聽「甲」，並不知悉「甲」亦會將該門號交付其他親友或第三人（即「丙」，在此「丙」可能有數人）共同使用，致最後通訊監察期間中，實際上遭受通訊監察之對象，亦包括該「丙」時，則因「丙」並非通訊監察書上之「監察對象」，然如因收受執行完畢之通知或其他原因，知悉亦曾受通訊監察時，得否依刑事訴訟法第404、416條等規定，向法院聲請救濟，似即有疑問。本文認為，如「丙」共同使用受通訊監察之門號，僅係基於偶發、暫時的情形，則因法院在核發通訊監察書當時，係屬難以預測之情形，不確定性過高，故應排除其得請求救濟。但如在通訊監察過程中，已發現該受通訊監察門號之實際持用人，已轉移多由「丙」來使用時，應構成即刻停止監察之事由，要立即陳報法院來下線，如檢警在明知該門號已因其他原因、由非原受通訊監察之「丙」來實際使用，卻仍持續監聽，則可能構成刑事責任。

(四)「另案」之犯罪嫌疑人：

如在通訊監察中，聽到另案之犯罪嫌疑人，此在販賣毒品或槍砲案件中，經由通訊監察進而知道毒品或槍砲上游或來源之情形，為最大宗。此次修正第5條第5項之規定為「一人一票」，亦即，單一通訊監察書之聲請，應以單一監察對象為限，同一偵、他字或相牽連案件，要同時聲請數章通訊監察書，故檢警倘因監聽過程而知悉另案犯罪之嫌疑人，仍必須另向法院聲請核發通訊監察書，而該「另案」之犯罪嫌疑人，自得於收受因另案核發之通訊監察書後5日內提請救濟，亦無疑義。

五、程序法院受理救濟訴訟之實益：

此次修正之刑事訴訟法第404、416條尚特別明文規定：對於此兩種聲請，法院都不得以「已執行終結而無實益」為理由駁回聲請。但是執行既已終結，則此種允許受處分人以「撤銷」、「變更」處分之救濟訴訟實益，究竟何在？又與受通訊監察之處分人真正訴求法院救濟的目的（如意欲銷燬資料以避免隱私侵害擴大）不一致時，應如何處理？以下試分別討論之：

(一)「變更」處分？

依據法條，此救濟規範著眼在法院應重新審查後，決定是否就原通訊監察處分是應予「變更」或「撤銷」，然實際上，通訊監察實際上已經「執行完畢」，要如何才能「變更」原處分為其他處分？實務上殊難想像。

譬除：通訊監察書上之「通訊對象」有錯誤時（如原以甲涉犯重罪而監聽以其名



義申辦之門號但事後發現是甲辦給子女乙使用的)、或「通訊監察門號」是有錯誤時(如事後發現該門號是公司總機),或者,在「原聲請通訊監察之法條適用」是有錯誤時,受理法院倘認原處分於法確無依據時,應直接「撤銷」處分?或仍有權自行就執行完畢之處分為其他「變更」之處分?似不清楚。然理論上,該原核發之通訊監察書既已經執行完畢,似不宜再由事後救濟審查法院,來作此種變更處分之判斷。

#### (二)「撤銷」處分：

其實,通訊監察之處分,此時早已因期間屆至,執行完畢,而當然失其效力。故撤銷處分訴訟之目的應在於欲使該處分,溯及地、自始無效,始有救濟之實益,而此部分可能衍生的問題,包括：

##### 1.判斷基準為何(與新通保法第18條之1之競合關係?)：

依新修正之通保法第18條之1之規定：「依第5條、第6條或第7條規定執行通訊監察,取得其他案件之內容者,不得作為證據。但於發現後7日內補行陳報法院,並經法院審查認可該案件與實施通訊監察之案件具有關連性或為第5條第1項所列各款之罪者,不在此限。依第5條、第6條或第7條規定執行通訊監察所取得之內容或所衍生之證據與監察目的無關者,不得作為司法偵查、審判、其他程序之證據或其他用途,並依第17條第2項規定予以銷燬。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」。

亦即,有關證據能力之部分,應先視通訊監察是否合於同法第5至7條之規定而來。倘合於規定,則屬「合法」之通訊監察,倘不合規定,則屬「違法」之通訊監察,來區分因此所取得之內容、或所衍生之證據等,得否作為證據或其他用途使用,及是否應予以銷燬等,作不同之規範依此條規定,有關依通訊監察所取得之資料,有無證據能力的部分,新法規定大致明確。



所分之幾種類型，為便於說明，以圖表來表示之：

通訊監察 合法與否	再區分	證據能力有無	是否依第17條 第2項銷燬	法條依據第18條之1
合法	與監察目的無關	無	是	第2項
	與另案有關	無	是	第1項前段及反面推論
		有，但限於發現後7日內陳報法院，經法院審查認可①具關連性或②重罪。	否	第1項後段反面推論
	與本案有關	有	否	反面推論
違法		無	是	第3項

但是，依刑事訴訟法第404條、第416條審查「是否應撤銷」通訊監察原處分之「程序法院」之判斷標準，是否與日後可能受理具體刑事個案之「實體法院」在判斷證據能力有無之標準上，是否必須一致？即是否均應以新通保法第18條之1之規定，以「合法」或「違法」之通訊監察，作為審查是否應撤銷之依據？並未明確規範，致生疑義。

雖有關通訊監察處分之應撤銷與否、與本案或另案之證據能力有無之問題，在「文義上」，有關救濟之目的及途徑上，看似並不相同，但本質上卻均是屬於對通訊監察處分之救濟方式，則兩者在審查標準上，是否均需一致？或仍有不同之審查基準之空間存在？即屬有疑。以下試列舉兩說作為參考：

#### A. 肯定說（標準一致說）：

就對受監察人之救濟目的係屬相同而言，程序法院與實體法院之審查標準自應屬一致，即如為違反通保法第5至7條規定所進行之監聽行為，依新通保法第18條之1第3項之規定，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，且需依第17條第2項規定予以銷燬，則舉輕以明重，程序法院就違反通保法第5至7條規定之違法處分，自亦應予撤銷，亦即，受監察人提起準抗告之受理程序法院，僅是將過去必須等到實體法院實際受理本案或另案後、始得就證據能力部分作爭執之問題，「提前」一步來作判斷而已，審查標準上並無任何不同，法律效果亦全部適用。倘採取此說，對於受監察人之保障，自較為充分，但對於檢警偵查



重大案件，則恐嚴重受限。

#### B. 否定說（重大違法說）：

此說認為「撤銷」處分之效力，一般而言，是回溯、自始無效，故因此所取得之資料，自然應予以銷燬，不得作為證據使用，故只要程序法院先做出撤銷處分之判斷後，則偵查機關即立刻受到拘束，不得再以此作為證據使用或提起公訴，而若提起程序救濟之同時，偵查機關業已作為證據使用，並提起公訴，則受訴之實體法院審理時，就證據能力的判斷，如還要受到程序法院判斷之拘束，恐怕，會造成實體案件證據能力判斷上之不安定。

正因為「撤銷」處分之效力強大，故應更為慎重。亦即，法院應先就法益被侵害之程度，與原通訊監察處分欲維護之法益程度，先作符合比例原則之法益權衡後，如違法通訊監察之處分，確已達到「重大」違法時，始得加以撤銷，至於證據能力部分，則留待實體法院日後去作判斷與審查。如採此說，對於受通訊監察人之保障，似較為不周密，但可讓檢警依通訊監察所取得之證據，至少在偵查中能有機會繼續使用，對重大犯罪之搜查，仍保留一定相當之空間。

但應注意的是，在程序法院受理撤銷處分之準抗告後，於審理期間，檢察官業已將本案或另案起訴並繫屬於實體法院時，程序法院得否以「實體案件業經繫屬」為由，而將準抗告案件移轉管轄至實體法院？在同一法院可否移轉至同一合議庭？以此方式來避免兩法院可能之見解歧異與衝突？或者，程序法院於先行裁定後，後來之實體法院在證據能力之認定上，是否要受到程序法院前判斷之拘束？此因法均無具體明文，且無論採行上述何說，亦均無法解決此一棘手問題。

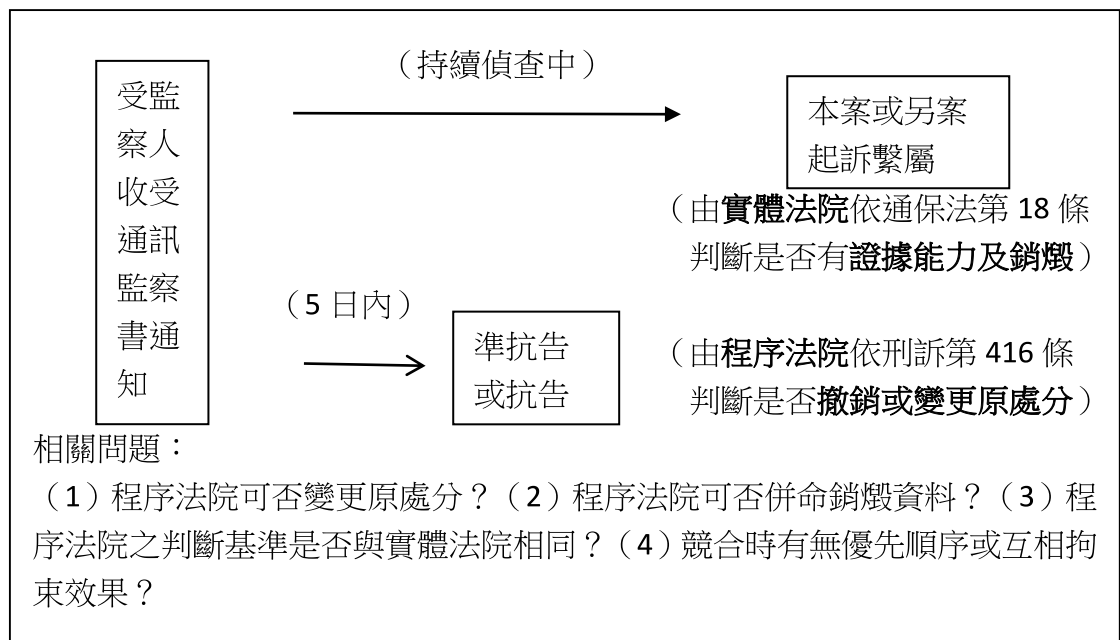
#### 2. 撤銷後得否併命銷燬資料？

就一個已經執行完畢之通訊監察處分，可想而知，受處分人聲請法院救濟之主要目的，並非是為要撤銷或變更一個已經被執行完畢的強制處分，多會是希望能立即銷燬此處分所取得之資料內容，因為違法通訊監察處分雖已執行完畢，侵害完成，但侵害之結果，卻仍繼續存在，為避免讓更多人有機會瀏覽、知悉，或為避免將來作為刑事案件之證據使用，故以銷燬資料作為訴請救濟之中心時，則法院於受理刑事訴訟法第416條之撤銷訴訟時，得否另依新修正之通保法第18條之1之相關規定，併命銷燬資料？因此次新修正之刑事訴訟法第404條、第416條中，並未清楚規範，如何准駁，亦不明確。但可想而之，如在（1）問題上，採（A）說即肯定說，則應得依新修正之通保法第18條之1之相關規定，併命銷燬，反之，則未必如此，此亦有待將來法院於受理實際個案時，表示看法。

### 3.得否針對「部分」撤銷？

- A.針對單一偵查案號內之數張通訊監察書之部分撤銷？而聲請「撤銷」原處分時，理論上，因通訊監察原則上以1個月為限，倘續行通訊監察，亦會有「續監」案號之通訊監察書，故審查時，雖同屬單一偵查案號，聲請人仍應特定所請求救濟之對象是何張通訊監察書，亦即，應以「個別之通訊監察書」作為請求撤銷之處分標的，故理論上，欲將同一偵、他或相牽連之案號中，有關同一人或不同人之數張通訊監察書之一部份通訊監察書，予以撤銷，應屬可行。
- B.針對單一通訊監察書之部分撤銷？但對於單一通訊監察書內所執行之通訊監察書，得否為一部分之撤銷？即屬有疑。如符合應即時終止之要件，卻未立即聲請下線，而繼續監聽至期滿，或者，通訊監察書並無違法問題，但其中有部分涉及與有保密義務（如律師）之對話內容，得否僅聲請撤銷該張通訊監察書之部分？又通訊監察之聲請人即檢察官，得否主張善意原則來答辯，以避免通訊監察書遭撤銷？而法院審理此類案件時，是否應通知聲請人表示意見或答辯？亦均屬不明確，均有待將來承審法院就個別案件時表示意見。

此些因通訊監察之特殊性，對將來受處分人依刑事訴訟法第416條等規定提起救濟時，所可能發生之諸多問題，在本次修法時，均付諸闕如，留下問號，為便於說明，以下列圖示整理或較清楚：





## 參、日本法制之介紹：

為作為將來此些問題或爭議發生時之解決參考，筆者認為日本在平成23年所修正之「以犯罪搜查為目的之通訊監察有關法律」（犯罪捜査のための通信傍受に関する法律<sup>12</sup>，以下簡稱日本「通信傍受法」），有很高的參考價值，因該法與我國本次修法之體例相較，針對前揭問題點，日本係選擇在同一部針對通訊監察之特別法中，作較為完整詳細之規範，與我國將證據能力規範在通保法中，至於強制處分本身之不服救濟則又回歸至刑事訴訟法之一般規範，即與我國此種割裂立法之方式相較，似較為周延。

茲以日本「通信傍受法」第24至26條作為中心，分別介紹說明日本法制上有關連性的三種裁判類型，即「許可複製裁判」、「撤銷裁判」、「消去記錄裁判」：

### 一、「許可複製裁判」：

依日本「通信傍受法」第25條第7項<sup>13</sup>但書及本文之規定，除法院或法官，依照刑事訴訟法規定，或受理檢察官就譯文之複製調查之請求有關之被告刑事案件、或審理與通訊監察有關之刑事事件、或為裁判之目的，而有就通訊監察之原記錄調查之必要時，得聽取、閱覽、複製通訊監察所得之資料及內容外，限於符合同條第1至5項之情形，始得聽取、閱覽、複製通訊監察所得之資料及內容，除此之外，任何人均不得聽取、閱覽、複製通訊監察所得之資料及內容。

#### (一) 管轄法院（第25條第1項<sup>14</sup>）：

為原通訊監察記錄保管之法官。

---

12 平成11年8月18日法律第三百三十七号，最終改正年月日：平成23年6月24日法律第七四号。但日本「通信傍受法」僅針對「為刑事偵查犯罪為目的」之通訊監察，並不包括其他如國安或情報監察等，此與我國將二種併在同一部通保法中規範之法例，亦不相同。

13 第25條第7項原文：

傍受の原記録については、第一項から第五項までの規定による場合のほか、これを聴取させ、若しくは閱覽させ、又はその複製を作成させてはならない。ただし、裁判所又は裁判官が、刑事訴訟法の定めるところにより、檢察官により傍受記録若しくはその複製等の取調べの請求があった被告事件又は傍受に関する刑事の事件の審理又は裁判のために必要があると認めて、傍受の原記録のうち必要と認める部分を取り調べる場合においては、この限りでない。（不服申立て）

14 第25條第1項原文：

傍受の原記録を保管する裁判官（以下「原記録保管裁判官」という。）は、傍受記録に記録されている通信の当事者が、前条の規定により、傍受記録のうち当該通信に係る部分を聴取し、若しくは閱覽し、又はその複製を作成した場合において、傍受記録の正確性の確認のために必要があると認めるときその他正当な理由があると認めるときは、当該通信の当事者の請求により、傍受の原記録のうち当該通信に相当する部分を聴取し、若しくは閱覽し、又はその複製を作成することを許可しなければならない。

(二) 聲請人（第25條第1項至第5項）

依第25條規定，得請求聽取、閱覽、或複製部分有關之譯文之請求權人，包括以下幾種，准許之要件亦各不相同：

1. 「在譯文中出現之遭通訊監察之當事人」（第24條<sup>15</sup>、25條第1項）。

受通訊監察執行完畢後之「通知」者（依同法第23條第1項之規定，即為在譯文中有被紀錄出現之通訊當事人），得向「原通訊監察記錄保管之法官」，聲請聽取、閱覽、甚至複製就「通訊監察譯文（傍受紀錄）中與該通信有關之部分」，法官於受理後，若認「譯文有確認正確性之必要性存在」或「有其他正當理由」，得依當事人之聲請，准許聽取、閱覽、或複製譯文。

2. 「未在譯文中出現之遭通訊監察之當事人」（依25條第2項<sup>16</sup>）：

此限於有「確認之必要」或有「其他正當理由」，法院得准許。

3. 檢察官或司法警察（依25條第3項<sup>17</sup>）：

限於為要「證明犯罪事實之存否」、或「譯文正確性之確認而有必要」、或「有其他正當理由時」，法院得准許。但請求「複製」時，限制較多，尚須符合以下三種事由，一、與得監聽要件該當之通訊、二、是對證明犯罪事實之存否有必要之證據、三、基於前二種通訊之同一通話機會所進行之通訊。

且此種依檢察官聲請作成之「複製」，依同條第6項<sup>18</sup>之規定，亦視為譯文（傍受

15 第24條原文：

前条第一項の通知を受けた通信の当事者は、傍受記録のうち当該通信に係る部分を聴取し、若しくは閱覽し、又はその複製を作成することができる。（傍受の原記録の聴取及び閱覽等）

16 第25條第2項原文：

原記録保管裁判官は、傍受をされた通信の内容の確認のために必要があると認めるときその他正当な理由があると認めるときは、傍受記録に記録されている通信以外の通信の当事者の請求により、傍受の原記録のうち当該通信に係る部分を聴取し、若しくは閱覽し、又はその複製を作成することを許可しなければならない。

17 第25條第3項原文：

原記録保管裁判官は、傍受が行われた事件に関し、犯罪事実の存否の証明又は傍受記録の正確性の確認のために必要があると認めるときその他正当な理由があると認めるときは、檢察官又は司法警察員の請求により、傍受の原記録のうち必要と認める部分を聴取し、若しくは閱覽し、又はその複製を作成することを許可することができる。ただし、複製の作成については、次に掲げる通信（傍受記録に記録されているものを除く。）に係る部分に限る。

一 傍受すべき通信に該当する通信

二 犯罪事実の存否の証明に必要な証拠となる通信（前号に掲げる通信を除く。）

三 前二号に掲げる通信と同一の通話の機会に行われた通信

18 第25條第6項原文：

檢察官又は司法警察員が第三項の規定により作成した複製は、傍受記録とみなす。この場合において、第二十三条の規定の適用については、同条第一項中「次に掲げる事項」とあるのは「次に掲げる事項並びに第二十五条第三項の複製を作成することの許可があった旨及びその年月日」とし、同条第二項中「傍受の実施が終了した後」とあるのは「複製を作成した後」とする。





紀錄)，而適用同法第23條等應揭露之事項限制。

#### 4. 「被告（未必限於遭通訊監察之人）或辯護人」（依25條第5項<sup>19</sup>）：

此外，法院在受理檢察官有關前項之請求時，法官如認為：（1）檢察官就有關譯文調查之請求與「被告所犯案件有關時」，（2）為「被告之防禦」、或「為通訊監察譯文正確性有確認之必要」、或「有其他正當理由」時，得依被告或辯護人之聲請，准予被告或辯護人來聽取、閱覽、或複製。

且被告不限於即受通訊監察之當事人，惟如被告本人並非遭通訊監察之當事人，則限於經遭通訊監察之所有當事人全部同意時，始得為之。

### 二、「撤銷裁判」：

#### (一) 要件（第26條第1項<sup>20</sup>）：

依該條項規定：對「法官」<sup>21</sup>所為之通訊監察有關之裁判「不服者」，得對該法官所屬之法院，提出撤銷或變更之請求。

#### (二) 管轄之法院：

為核發通訊監察之法官所屬之法院。

#### (三) 抗告之程序（依第26條第7項<sup>22</sup>）：

依第26條第7項規定，程序上準用刑事訴訟法第429條第1項即「抗告」程序尋求救濟。

---

#### 19 第25條第5項原文：

原記錄保管裁判官は、檢察官により傍受記録又はその複製等の取調べの請求があった被告事件に関し、被告人の防禦又は傍受記録の正確性の確認のために必要があると認めるときその他正当な理由があると認めるときは、被告人又はその弁護人の請求により、傍受の原記録のうち必要と認める部分を聴取し、若しくは閲覽し、又はその複製を作成することを許可することができる。ただし、被告人が当事者でない通信に係る部分の複製の作成については、当該通信の当事者のいずれかの同意がある場合に限る。

#### 20 第26條第1項原文：

裁判官がした通信の傍受に関する裁判に不服がある者は、その裁判官が所属する裁判所に、その裁判の取消し又は変更を請求することができる。

#### 21 又第26條第2項另規定：如係對「檢察官或檢查事務官、司法警察」所為，有關通訊監察之「處分」不服，則可對所屬地檢署管轄之法院、或司法警察執行地管轄法院，提出取消或變更之請求（含執行已終了）。

原文為：檢察官又は檢察事務官がした通信の傍受に関する処分に不服がある者はその檢察官又は檢察事務官が所属する檢察庁の所在地を管轄する地方裁判所に、司法警察職員がした通信の傍受に関する処分に不服がある者はその職務執行地を管轄する地方裁判所に、その処分の取消し又は変更（傍受の実施の終了を含む。）を請求することができる。

#### 22 第26條第7項為：有關第1、2項不服救濟之手續，除此法有特別規定者外，依刑事訴訟法第429條第1項（抗告）及第430條第1項（準抗告）之程序。

#### 第26條第7項原文：

第一項及び第二項の規定による不服申立てに関する手続については、この法律に定めるもののほか、刑事訴訟法第四百二十九条第一項及び第四百三十条第一項の請求に係る手続の例による。

### 三、聲請「撤銷裁判」時亦得聲請「消去記錄裁判」及「撤銷許可複製裁判」：

#### (一)「消去記錄裁判」要件（第26條第3項<sup>23</sup>）：

原則上，如經法院撤銷通訊監察處分，且符合各款情形之一者，則必須同時命檢察官或司法警察消去所有之通訊紀錄。

1. 該通信並非屬第22條第2項各款所指之通信。
2. 在監察過程中，對通信之當事人利益保護之程序，有重大違法。
3. 前2款以外，有其他程序違法之情形。

但如為第三款之情形，倘與消去通訊紀錄之程度不相當時，則不在此限（第3項）。

#### (二)「撤銷許可複製裁判」要件（第26條第4項<sup>24</sup>）：

限於撤銷「依第25條第3項」即由檢察官或司法警察之請求、所做成之複製許可，倘嗣經法院撤銷通訊監察處分後，則檢察官及司法警察就要將監察記錄（包含複製之譯文）等，其中有關被命令撤銷的部分消去。

### 四、當事人請求救濟、與檢警犯罪偵查必要之法益衝突時：

在法院已依當事人之請求，依同法第26條第3項（含第21條第2項準用之情形）之規定以「撤銷處分」「併命消去記錄」後，檢察官是否仍得依第25條第3項之規定，以對犯罪事實存否之證明為由，請求法院許可複製？

#### 23 第26條第3項原文：

裁判所は、前項の請求により傍受の処分を取り消す場合において、次の各号のいずれかに該当すると認めるときは、檢察官又は司法警察員に対し、その保管する傍受記録（前条第六項の規定により傍受記録とみなされたものを除く。以下この項において同じ。）及びその複製等のうち当該傍受の処分に係る通信及びこれと同一の通話の機会に行われた通信の記録の消去を命じなければならない。ただし、第三号に該当すると認める場合において、当該記録の消去を命ずることが相当でないと認めるときは、この限りでない。

- 一 当該傍受到に係る通信が、第二十二條第二項各号に掲げる通信のいずれにも当たらないとき。
- 二 当該傍受において、通信の当事者の利益を保護するための手続に重大な違法があるとき。
- 三 前二号に該当する場合を除き、当該傍受の手続に違法があるとき。

#### 24 第26條第4項原文：

前条第3項の複製を作成することの許可が取り消されたときは、檢察官又は司法警察員は、その保管する同条第六項の規定によりみなされた傍受記録（その複製等を含む。）のうち当該取り消された許可に係る部分を消去しなければならない。



依同法第25條第4項<sup>25</sup>之規定，檢察官倘能證明符合（A）第25條第3項第1款（屬與監聽要件相符該當之通訊）「及」第2款（是屬對證明犯罪事實之存否有必要之證據）之情形外，（B）尚需使法院判明該依裁判命令消去之紀錄有關之通訊、「已無其他適當之證明方法」後，例外仍得准許複製該通訊監察之原記錄當中有關該通次通話及利用同一通話機會所進行之通訊有關者。

但如果消去記錄裁判，是基於第26條第3項第2款（該通訊監察對通信之當事人之利益保護程序有重大違法之處）之事由者，則不在此限（亦即不應准許）。

### 五、實體法院與程序法院的判斷優先順序問題：

撤銷併「消去記錄裁判」或「撤銷許可複製裁判」後，檢察官如已另提起「本案或另案」並作為證據時，應如何處理？

#### 1. 證據能力（第26條第5項<sup>26</sup>）：

法院如依第26條第3項撤銷併命「消去紀錄」、或已撤銷原先准許檢察官之「複製許可」時，則前些通訊記錄及複製，如已在被告相關事件中作為證據調查時，以證據未經（實體受訴法院）排除為限，仍無礙於在該案程序作證據使用。

#### 2. 保密義務（第26條第6項<sup>27</sup>）：

但有第5項規定之裁判時，依第26條第6項規定，因該譯文已於被告事件中作證據調查時，除於該當被告事件相關之程序中、為他人所知悉或被使用之場合外，該譯文經依第3項或第4項之規定要求消去時，檢、警則仍受同法第22條第5項保密義務規定之適用，即不得讓其他案件以外之人知悉通信之內容。

25 第25條第4項原文：

次条第3項（第21条第2項において準用する場合を含む。以下この項において同じ。）の規定により記録の消去を命じた裁判がある場合においては、前項の規定による複製を作成することの許可の請求は、同項の規定にかかわらず、当該裁判により消去を命じられた記録に係る通信が新たに同項第一号又は第二号に掲げる通信であって他にこれに代わるべき適当な証明方法がないものであることが判明するに至った場合に限り、傍受の原記録のうち当該通信及びこれと同一の通話の機会に行われた通信に係る部分について、することができる。ただし、当該裁判が次条第三項第二号に該当するとしてこれらの通信の記録の消去を命じたものであるときは、この請求をすることができない。

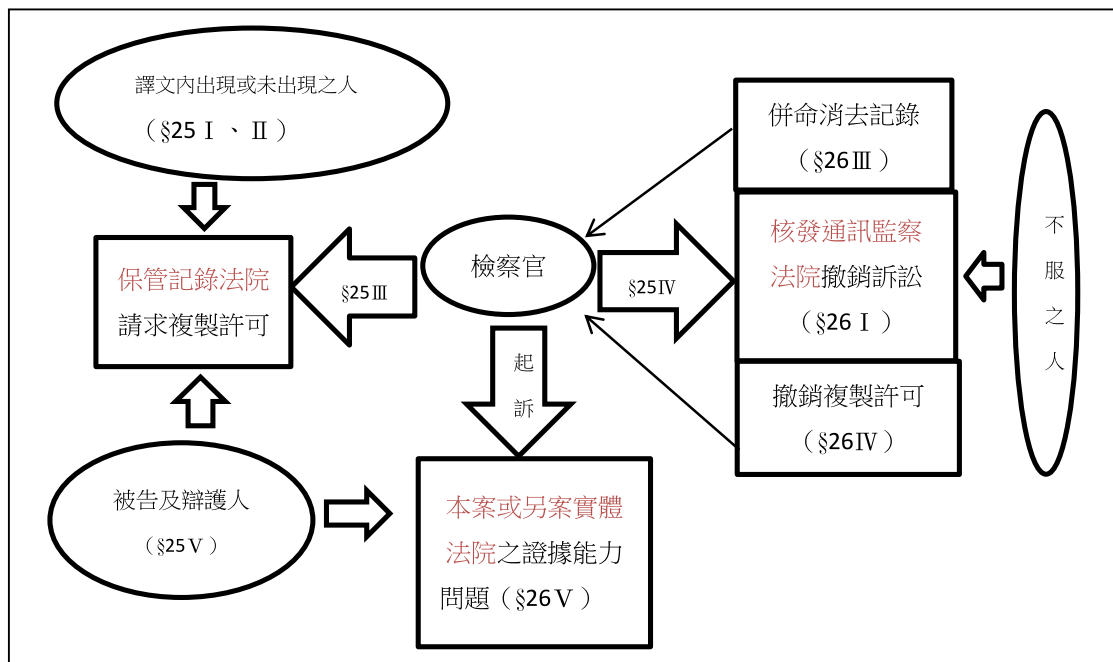
26 第26條第5項原文：

第3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。

27 第26條第6項原文：

前項に規定する裁判があった場合において、当該傍受記録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、当該被告事件に関する手続においてその内容を他人に知らせ又は使用する場合以外の場合においては、当該傍受記録について第三項の裁判又は第四項の規定による消去がされたものとみなして、第二十二條第五項の規定を適用する。

六、日本法制之簡要圖示：



肆、小結：

筆者認為，我國本次（103年）修正通保法，明確規範合法與非法通訊監察、及本案及另案取得之證據能力有無問題，並同步在刑事訴訟法中增訂受通訊監察人之救濟管道，進一步強化受通訊監察人之權利保障，均屬正確且進步之修法方向。惟或因時間倉促，兩法修正時，對於通訊監察相較於其他傳統一般之強制處分權，有許多特殊性，在當事人之權利救濟上，會遭遇受通知時間的推遲、因已經執行完畢而隱私的侵害仍隨著記錄流存而繼續存在等不利益，並產生程序法院與實體法院可能面臨歧異等問題，此外，在當事人權利救濟與檢警犯罪偵查之需求時，亦可能會遭遇法益衝突，此些歧異與衝突應如何解決？法院判斷的基準何在，於此次修法中，均未明確規範，致留下許多疑義，有待解決。

而參考日本就通訊監察之特殊立法例，筆者認為，日本法例之優點包括：（1）使受通訊監察人之權利救濟及保障更為綿密及徹底：亦即，當事人於收受通知後，得先請求保管紀錄法院來「許可複製」（包括「聽取」、「閱覽」、或「複製」譯文）



後，再請求原核發法院「撤銷處分」併得請求「消去（銷燬）紀錄」及「撤銷（檢警）聲請之許可複製」，以求將現已完成且仍繼續存在中的隱私侵害徹底排除。（2）法益衝突時，程序法院判斷基準較為明確：在非法之通訊監察時，受監察人請求「撤銷併消去紀錄」、而檢警為偵查犯罪仍請求「許可複製」時，法院應依「比例原則」進行「法益衡量」後作裁判，亦即，要視非法之通訊監察對於個人法益之侵害程度是否已達重大，來決定是否一律要消去（銷燬）紀錄。（3）明訂實體法院與程序法院之判斷優先順序：倘受監察人聲請救濟時，同時檢警為偵查犯罪、已將譯文等資料作為被告犯罪之證據使用時，明文規定「實體受訴法院」判斷優先，避免衝突。

綜上所述，他山之石，可以攻錯。日本立法體例上的優點，或可作為將來新法運作時發生歧異或衝突時比較法上之解決方案，亦可作為未來再次修法時之參考。