違法證據排除法則之善意例外實證分析

——以最高法院106年度台非字第259號及其歷審刑事判決為例

上

文／陳文貴

壹 案例緣起

檢察官起訴被告陳○全、洪○宗共同經營六合彩，提供電話予賭客傳真簽單，再將簽單傳真予上游組頭簽賭之主要證據，係經檢察官向法院聲請核發「調取票」後，以法官核發之「調取票」，向中華電信調取陳○全過去所使用中華電信提供「Hibox」網路傳真服務所接收賭客傳真簽單影像（下稱本案 Hibox 傳真）之列印資料，據以證明被告陳○全二人共同涉犯刑法第 266 條第 1 項前段賭博罪、第 268 條圖利供給賭博場所、聚眾賭博罪。案經臺灣彰化地方法院以 105 年度易字第 867 號刑事判決無罪，理由之一係認為：調取票所得調取之資訊，係不具通信內容之「通信紀錄」或「通訊使用者資料」，法官核發調取票僅能針對不具通信內容之資訊。倘若聲請調取之資訊係具有通信內容之通訊，因取得具有通信內容之通訊，必須符合通訊保障及監察法（下稱通保法）第 5 條或第 6 條之要件，且經法官核發通訊監察書，始得為之，此際法官自不得核發調取票，縱然核發，司法偵查機關亦不得執此無效令狀獲取具有通信內容之通訊。如果取得，此「應經法官核發通訊監察書」，卻「未經法官核發」而逕取得之證據，自屬違反通保法第 5 條或第 6 條之規定進行通訊監察所取得之證據，應有同法第 18 條之 1 第 3 項證據排除規定之適用等語，認定上開本案 Hibox 傳真之列印資料無證據能力，因而判決被告陳○全二人無罪。

案經檢察官提起上訴後，臺灣高等法院臺中分院以 106 年度上易字第 180 號刑事判決駁回檢察官之上訴，理由補充謂：本案之「傳真機六合彩簽注單」Hibox 通話傳真資料，因違反通保法第 5 條或第 6 條之規定所取得，依同法第 18 條之 1 規定，不得採為證據，應予排除等語，並引用第一審判決書記載之證據及理由，因本案屬不得上訴第三審法院之判決，而告確定，乃係持與第一審判決相同之見解。案經最高檢察署檢察總長提起非常上訴後，最高法院以 106 年度台非字第 259 號刑事判決（下稱本案最高法院判決），將原判決及第一審判決關於違背法令部分均撤銷。

本案最高法院判決理由係認為，本案 Hibox 傳真內容係結合傳真與電子郵件為線上發送，乃利用電信設備所處理之訊息，固然屬於「通訊」之一種，然既由賭客傳真至被告處，已在其得處置之狀態下，自係「過去已結束」之通訊內容，並非「現時或未來發生」之通訊內容。因認通保法所規範之通訊監察重在過程，應限於「現時或未來發生」之通訊內容，不包含「過去已結束」之通訊內容，偵查機關如欲取得「過去已結束」之通訊內容，應回歸適用刑事訴訟法，依刑事訴訟法搜索扣押相關規定為之。因認第二審確定判決維持第一審判決之見解，以本案 Hibox 傳真列印資料係經由電腦伺服器儲存傳真影像而傳送訊息，涉及通訊之實質內容，當以「通訊監察書」方可取得，檢察官以「調取票」調取，違反通保法第 5 條或第 6 條規定取得，依同法第 18 條之 1 規定，不得採為證據，因而維持第一審之無罪諭知，駁回檢察官在第二審之上訴。其採證之判斷，顯係誤用通保法，自有適用法則不當之違法等語。

貳 本案例未決之問題

首先關於「過去已結束」之通訊內容，其性質為何，又應依何種取證程序取得該種證據始屬合法，本案最高法院判決經參酌徵詢學者所提出之德、美、日等外國立法例之論述，已有定見，且此並非本文所關注之重點，仍請讀者自行從司法院法學資料檢索系統查閱參考，爰予以省略，合先敘明。

本案最高法院非常上訴判決就「過去已結束」之通訊內容其性質，雖採徵詢學者意見後認為，第二審確定判決係誤用通保法，而有適用法則不當之違誤，因而將原確定判決及第一審判決關於違背法令部分均撤銷；又認為最高檢察署檢察總長提起非常上訴意旨指摘，原判決有適用法則不當之違法，洵有理由，而將第一審判決及原判決關於此違背法令部分撤銷，以資糾正，並認非常上訴意旨所稱，本案情形可適用刑事訴訟法第 133 條第 2 項（現行法第 3 項）命令提出或交付而取得證據能力等詞，為本案非常上訴判決所不採，併予指明等語，固非無見。然本案非常上訴判決對於原第一審判決（經原確定判決引用並引為附件，下同），涉及本文所要討論的違法證據排除法則之善意例外問題，即本案第一審判決理由所指：倘若聲請調取之資訊係具有通信內容之通訊，因取得具有通信內容之通訊，必須符合通保法第 5 條或第 6 條之要件，且經法官核發通訊監察書，始得為之，此際法官自不得核發調取票，縱然核發，司法偵查機關亦不得執此無效令狀獲取具有通信內容之通訊。如果取得，此「應經法官核發通訊監察書」，卻「未經法官核發」而逕取得之證據，自屬違反通保法第 5 條或第 6 條之規定進行通訊監察所取得之證據，應有同法第 18 條之 1 第 3 項證據排除規定之適用等語。上述第一審判決理由所指，就如本案倘係檢察官依據法官核發「調取票」之程序，准許調取 Hibox 通話傳真資料，則因此取得之證據，究竟有無證據能力部分，是否如第一審判決理由所述，亦無證據能力，並未進一步論證，實乃

（文轉三版）



里 斯 本 即 景

攝影／王品翔（司法院同仁）

註釋

1 232 U.S. 383 (1914). Weeks involved a prosecution for sending illegal lottery tickets through the mails. The police seized evidence from the defendant's house in violation of the fourth amendment; the trial court later denied defendant's petition for return of the pertinent evidence. The Supreme Court reversed the conviction and remanded for a new trial.

2 Adam R. Barr, *Constitutional Law - Fourth Amendment - Search and Seizure - Exclusionary Rule*, 23 Duq. L. Rev. 1195, 1202 (1985).

3 Silverthorne Lumber Co. v. United States, 251 U.S. 385, 392 (1920).

4 Nardone v. United States, 308 U.S. 338, 60 S. Ct. 266 (1939).

5 陳文貴，刑事訴訟法理論與實務註釋（上冊），2025 年 9 月，頁 390。

6 Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643, 657 (1961). (Moreover, our

植根法律 民法總則（增訂四版）
稅法總論（第一冊增訂四版）
黃茂榮 著作 定價 800 700 元
劃撥帳號：07929998 戶名：植根雜誌社有限公司 TEL:(02)2707-2848 FAX:(02)2708-4428
訂購請自付郵
植根法律書
JUDICIAL 司法 訂閱辦法
本刊每
全年
費用新臺
如 蒙
請郵政
帳
5005
帳
司法院
電
02-236

法律網 的最佳平台
法學方法與現代民法（增訂七版）二刷 黃茂榮 著 定價 900 元
侵權行為法（債法總論 第五冊）初版 黃茂榮 著 定價 900 元
加值型營業稅法 初版 黃茂榮 著 定價 900 元
1000元者 贈 65 元
書城熱賣中
WEEKLY 周刊
周出刊 訂閱
幣400元 訂 閱
劃撥 號 4377 戶 司法周刊 話 618798

（文接二版）

懸而未決。

依本案第一審判決之認定，檢察官固有向臺灣彰化地方法院聲請調取雙向通聯紀錄，並經臺灣彰化地方法院核發通信調取票，然該調取票並未准許調取「接收傳真內容之影像（即本案 Hibox 傳真資料）」。第一審判決亦認：「本案警方取得之上揭傳真機簽注單影像列印資料，不無有逸脫本院上述調取票所准許調取之範圍而取得之嫌。」然就倘若係法官依檢察官之聲請核發調取票之範圍包含本案 Hibox 傳真資料，則其取證程序倘若採本案最高法院非常上訴判決意旨，最後應判斷為違反法定程序而取得，則其證據能力有無之判斷為何，於本案判決之爭議，是否如同第一審判決理由所指，縱然核發，司法偵查機關亦不得執此無效令狀獲取具有通信內容之通訊。如果取得，此「應經法官核發通訊監察書」，卻「未經法官核發」而逕取得之證據，是否屬違反通保法第 5 條或第 6 條之規定進行通訊監察所取得之證據，而應有同法第 18 條之 1 第 3 項證據排除規定之適用云云，並未予以進一步釐清，而有待探討。

本文乃就上開問題，從通保法第 18 條之 1 第 3 項規定及刑事訴訟法第 158 條之 4 規定所參考之美國判例法有關違法證據排除法則及善意例外理論，分析如下，俾供實務將來遇類此案例時之判斷參考。

參 證據排除法則及其例外

一、違法證據排除法則之建立

從美國聯邦憲法第四修正案之規定來看，第四修正案規定了個人的權利，亦即，個人的人身、住宅、文件與財產，不受不合理的搜查與扣押，此項權利不得侵犯。而且更進一步表明，除非存在合理根據，以宣誓或代宣誓保證，並具體記載擬欲搜查之地點與準備扣押的人或物，否則不得簽發令狀。隨著美國判例法的發展迄今，聯邦最高法院已經確認，在刑事審判中，以違反第四修正案方式取得之證據，不具有證據能力，這是遭受不合理搜查扣押被害人的救濟手段。這最早係源自於 1914 年的 Weeks v. United States 判決案[1]，聯邦最高法院建立起違法證據排除法則，於該案判決理由指出，在聯邦司法系統進行的審判中，第四修正案禁止控方使用聯邦執法官員以違反憲法方式扣押之證據[2]。在此之後的 Silverthorne Lumber Co. v. United States 判決中，法院引用 Weeks v. United States 判決案判決理由，並且更進一步地指出，如果沒有排除規則，那麼第四修正案勢必將淪為只是一種文字形式（a form of words）[3]。

而關於毒樹果實理論所建立違法證據排除思想的發想，雖係源自於 Silverthorne Lumber Co. v. United States 案，但此一法則的確立，則是在 Nardone v. United States 案[4]時，因為法院判決理由首次使用「毒樹之果」（a fruit of the poisonous tree）之用語，作為此一形象之比喻，因此所確定的證據排除法則。該案爭點，係根據當時聯邦通訊法第 605 條之規定，除禁止使用非法監聽所得到的電話內容外，透過非法監聽所得到的電話內容而進一步獲得之衍生證據，是否也應當予以排除的爭議。該案判決理由指出，此一規則不僅適用於違法監聽所獲得之電話內容，而且適用於根據這些通話內容而進一步取得的其他證據。因為，禁止以違法監聽方法所取得電話內容的直接應用，但同時卻對各種間接使用方法不加以限制，將會導致鼓勵使用有悖於道德標準的證據，也可能摧毀個人自由[5]。

至於違法證據排除法則是否適用於各州，原本還是有所爭議的。但經過多年的發展之後，違法證據排除法則最後在 Mapp v. Ohio 案中被確定了下來，該案判決理由認為，就如同 Weeks v. United States 案判決理由所述，違法證據排除法則應當適用於聯邦司法系統一樣，該法則同樣的也應當適用於各州的刑事審判程序。大法官 Justice Clark 撰寫了本案的判決意見，並明確指出，堅定不移地把排除法則作為 Wolf v. Colorado 案所承認的那一個權利的基本要素之一，既是先前案例邏輯上的必然結論，也是很有道理的[6]。因為這是第四修正案及第十四修正案的重要部分。簡言之，根據第四修正案、第十四修正案所實施的違法證據排除法則，是有憲法根據的。如果不這樣判決，將會導致儘管法律賦予了不受不合理搜索、扣押的權利，但是在實踐中卻抑制該權利的兌現行使[7]，這並非是規範與原則在邏輯上的區別[8]。

我國通保法第 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。」立法理由雖未載明何以不適用刑事訴訟法第 158 條之 4 規定，而逕行規定所衍生之證據不得採為證據，顯然係參考上述 Nardone v. United States 案判決，對於該案依當時聯邦通訊法第 605 條之規定，進一步排除衍生證據之證據能力的判例法而來，至為顯明。因此，有關上述毒樹果實理論及其例外法則之美國判例法原理，於本文所要探討關於最高法院 106 年度台非字第 259 號及其歷審刑事判決案例，基於事物本質之同一性，自足以援引作為本案判決事實所牽涉有關證據能力判斷之比較法論證基礎，且可供司法審判實務之參考。

二、違法證據排除法則例外理論

雖然政府官員違法取得之證據，侵害了個人受憲法所保障不受不合理搜索、扣押的自由與權利，如果不將違法取得之證據予以排除，將導致個人受憲法保障的基本權利落空。然而不可諱言的是，美國聯邦憲法第四修正案，從未被解釋為在所有程序中都應禁止使用非法搜索扣押所取得之證據，也沒有完全禁止使用非法搜索扣押取得之證據來看[9]，此與我國不論憲法或刑事訴訟法，都沒有針對此種情形，設定在刑事訴訟程序中都應該禁止使用非法取得證據，而且應絕對排除其證據能力之規定來看也是相呼應的。此從刑事訴訟法第 158 條之 4 明定：「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。」之規定來看，也可印證當前證據法則之發展，確實係朝著人權保障與社會安全保障這兩個理念兼顧，彼此相互調和之方向發展[10]，已無待申論，因為此兩者在法理上的本質是相同的。那麼這裡就出現了一個問題，如果違法取得之證據及其衍生證據，並非都應該絕對排除於刑事訴訟程序中之證據能力，那麼又應如何取捨呢？

從美國判例法創設違法證據排除法則之救濟程序，主要是希望通過違法證據排除法則的威嚇作用，來一般性的保障聯邦憲法第四修正案的權利，而非保護憲法權利已經遭到侵犯的個人來看。美國判例法上從來就認為，為了奉行政府廉政性理念而毫無限制的適用排除證據的制裁，將會妨礙法官與陪審團對於事實的認定功能，這是令人難以接受的[11]；又如果一概無差別的限制違法取得證據的使用，這對刑事司法體系事實認定功能的干擾，及因此所產生令人不安的間接後果，就是結果將致使應該有罪之人得以因此逍遙法外。特別是，當執法人員在客觀上是善意的，或者他們的違法行為較為輕微時，相對於這些有罪的被告將因此所獲取的巨大利益，必將違反刑事司法體系的基本理念。因此，對於違法證據排除法則不加以區別的一律適用，反而是對法律及刑事制度的不尊重[12]。對此，成本效益分析比較（balancing approach）更強而有力的表明，違法證據排除法則有必要加以修正，允許基於合理善意相信搜查或扣押所取得之證據，得為法院所採用而具有證據能力，得以作為認定犯罪事實之證據，而不應一概予以排除其證據能力，因為在此種情形之下，違法證據排除法則並不能產生可觀的威嚇作用。

（下期待續）

（作者為臺灣高等法院法官）

註釋

holding that the exclusionary rule is an essential part of both the Fourth and Fourteenth Amendments is not only the logical dictate of prior cases, but it also makes very good sense.)

7 Id, 367 U.S. 643, 656. (To hold otherwise is to grant the right but, in reality, to withhold its privilege and enjoyment.)

8 Joseph Raz, *Legal Principles and the Limits of Law,* 81 YALE L. J. 823, 842 (1972).

9 Stone v. Powell, 428 U.S. 465, 486, 96 S. Ct. 3037, 3048, 49 L. Ed. 2d 1067 (1976).

10 林俊益，刑事訴訟法概論（上），2021 年 9 月，第 21 版，454 頁。

11 United States v. Payner, 447 U.S.727, 734, 100 S. Ct. 2439, 2445, 65 L. Ed. 2d 468 (1980).

12 Stone v. Powell , supra note 9, 428 U.S., at 491, 96 S. Ct., at 3050-3051.