論新進通訊之正當法律程序
— 以 Hibox 為例

文／林恆吉

壹 前言

當今通訊科技發展迅速，固為溝通交流帶來便利性，然利用通訊科技之即時性、隱密性以達成犯罪溝通目的亦屬常見，同時對犯罪之調查帶來新的困難與挑戰。有鑑於此，本文乃欲藉由筆者所處理一則刑事案件，探討通訊保障及監察法（下稱通保法）之通訊監察與刑事訴訟法之搜索、扣押等強制處分，及相關法律爭議，期能拋磚引玉，喚起大家對此議題之重視及深入研究。

貳 案情及判決理由摘要

一、被告使用中華電信提供之 Hibox 服務接收賭客傳真簽單，經營六合彩賭博，經檢察官持法院核發之調取票，向中華電信調取被告已接收之簽單影像（下稱本案 Hibox 傳真）之列印資料，據以起訴證明被告犯罪。

二、第二審法院維持第一審無罪諭知及法律見解[1]，認 1. 參諸憲法第 12 條規定及釋字第 631 號解釋意旨，凡涉及通訊內容，應受聲請要件較嚴格之通訊監察審查。2. 通訊監察之方式非必然均係對未來發生之通訊內容進行，與是否為未來或過去發生無涉。3. 本案 Hibox 傳真內容，涉及通訊之實質內容，且透過電信公司取得留存於伺服器內之數位資訊，其通訊監察方法應屬「其他類似之必要方法」，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，依同法第 18 條之 1 規定，不得採為證據。

三、最高檢察署檢察總長因認本案判決違背法令，提起非常上訴。主張：1. 通訊監察係針對「現時或未來發生」之通訊，不及於「過去已結束」之通訊。2. 本案 Hibox 傳真內容已儲存在電信公司設備內，係依刑事訴訟法第 133 條第 3 項合法取得，具有證據能力。

四、最高法院 106 年度台非字第 259 號判決則認：1. 通訊監察之客體，應限於「現時或未來發生」之通訊內容，不及於「過去已結束」之通訊內容。2. 偵查機關原則上應向法院聲請核發搜索票或扣押裁定，不得逕以提出或交付命令之函調方式取得，以保障人民隱私權。因而將原判決及第一審判決關於違背法令部分均撤銷。

參 爭點

對於通訊監察客體是否及於「過去已結束」之通訊內容？若認為「過去已結束」之通訊內容，非通保法保障之範圍，則檢警調單位應如何取得及保全該等通訊內容以作為犯罪偵查之用？此涉及秘密通訊自由及隱私權之保障範圍，尤其是重在秘密通訊自由保障的「通訊隱私權」與強調個人資料自主控制之「資訊隱私權」的保障是否應有區別。「過去已結束」之通訊內容，如同時被儲存於電信業者或網路通訊業者伺服器，及通訊者使用之電腦、行動電話或其他終端設備，是否需因取得對象不同、載體不同而為不同之偵查作為？檢察官如持法官核可之調取票向業者調取「過去已結束」之通訊內容，該通訊內容資料之證據能力為何？

肆 解析

確保私人之通訊得以秘密進行，實屬對於個人內在與外在世界關係尊重之彰顯。當個人無欲通訊內容曝光時，有免受外界干擾之自由；當個人意欲建立聯絡網路時，亦有權以任何形式去營造其人際關係，如此方能維護人性尊嚴與發展個人之自主權。為了追訴犯罪或維護國家安全的公共利益，各比較法制雖亦容許國家實施通訊監察或搜索扣押處分，但應符合法律保留原則及比例原則[2]。

一、通訊監察客體是否及於「過去已結束」之通訊內容－涉及秘密通訊自由之保障範圍

（一）通訊監察客體適用之爭議

通保法有關通訊之定義規範於第 3 條，所稱通訊監察係指「截收、監聽、錄音、錄影、攝影、開拆、檢查、影印或其他類似之必要方法」（通保法第 13 條第 1 項前段），範圍相當廣泛，舉凡能夠知悉或是取得通訊內容之行為，均足當之。偵查機關如係取得屬於「過去已結束」之通訊內容，是否當然會構成通訊監察，而有通保法之適用？因通保法未設有明文規定，在解釋上存有爭議[3]。

肯定論者，有從對於隱私的侵害來看，認為對於通訊內容之取得，無論事前或事後，對於隱私之侵害並無二致，皆應屬通保法之通訊監察範圍[4]。有從通保法之立法目的出發，認為通訊監察客體適用之爭議，應以「合理隱私期待」作為判斷標準，凡屬行為人「合理隱私期待」之範圍，無論係針對通訊軟體之「線上通訊內容」、「儲存在電腦硬碟之通訊紀錄」或「儲存於電信業者資料庫之通訊紀錄」之監察行為，均應適用通保法規定，以落實基本人權之價值、健全網路監察法制之發展[5]。

否定論者，有從事前或事後予以區別，認事前屬通訊監察行為，事後屬蒐集既存證據行為，兩者性質有別[6]。有從保障的時限性出發，認為憲法對秘密通訊自由之保障在訊息傳送到通訊相對人時便告結束[7]，例如監控通訊中或未來發生之電子郵件即是秘密通訊自由保障之通訊活動，應執行通訊監察；尚未傳送或通訊已結束之電子郵件，則不受秘密通訊自由之保護，以實施搜索扣押所儲存之載體為主[8]。而執行通訊監察，其侵害隱私之對象、範圍將隨著時間之經過而累積、擴大；查看過去已結束，儲存在一定載體中之通訊，所侵害隱私之影響範圍相對有限，不致因時間經過而有所增減[9]。從偵查實務上，通訊監察客體如及於「過去已結束」之通訊內容，未作限縮，恐不無失之過廣，徒增執法上之困難[10]。

然而，依否定論者之看法，將同一通訊內容，因通訊活動進行之階段，區分為「過去已結束」之通訊與「現在或未來發生」之通訊，而採取不同程序保障，是否合理？實應探討兩者對於隱私侵害是否有本質上之差異？尤其是通訊隱私權與屬於一般隱私權範疇之資訊隱私權所保障內涵之探究。

（二）強調秘密通訊自由之通訊隱私權保障有別於一般隱私權

司法院釋字第 631 號解釋理由書：「憲法第 12 條規定：『人民有秘密通訊之自由。』旨在確保人民就通訊之有無、對象、時間、方式及內容等事項，有不受國家及他人任意侵擾之權利。此項秘密通訊自由乃憲法保障隱私權之具體態樣之一」，釋字第 603 號解釋意旨：「隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第 22 條所保障（釋字第 585 號解釋參照）。其中就個人自主控制個人資料之資訊隱私權而言，乃保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權」，故隱私權之保障範圍除秘密通訊自由外，尚包括其他一般隱私權，比如重在個人資料自主控制之資訊隱私權即屬一般隱私權之態樣之一。而無論秘密通訊自由或資訊隱私權之保障，均包括通訊或資訊之有無、對象、時間、方式及內容，當以內容為其核心。二者同受憲法第 23 條法律保留原則及比例原則之拘束。立法例上有均規定於刑事訴訟法者[11]，我國則特就強調秘密通訊自由之通訊內容及通訊紀錄另定通保法，前者以通訊監察書，後者以調取票為令狀，俾符合法律保留及法官保留。至其他一般隱私權之保障，如資訊隱私權等，則委諸刑事訴訟法搜索扣押之規定。蓋以搜索扣押除身體自由、居住自由之保障外，當以隱私權之保障為最。

最高法院 106 年度台非字第 259 號判決基此認為：「通訊隱私權保護之主要緣由，乃通訊涉及兩個以上參與人，意欲以秘密之方式或狀態，透過介質或媒體，傳遞或交換不欲為他人所得知之訊息。因其已脫離參與人得控制之範圍，特別容易受國家或他人之干預與侵擾，有特別保護之必要，故其保障重在通訊之過程。另上揭通訊之本質係涉及兩個以上參與人間之意思交換之旨，故通訊隱私權實有別於一般隱私權，一般隱私權並不當然涉及個人以外之他人，即便僅個人一人，亦能主張此一憲法權利，如個人在住家之活動、身體之私密部位、書寫之日記，均為一般隱私權所保護之對象，然此皆與通訊隱私權無涉。秘密通訊自由所保護者，既係在於通

（文轉三版）

註釋

1 臺灣彰化地方法院 105 年度易字第 867 號、臺灣高等法院臺中分院 106 年度上易字第 180 號判決。同分院 105 年度上易字第 1402 號、106 年度上易字第 728、1099 號判決亦同此見解。

2 林鈺雄，通訊監察之修法芻議 - 通訊保障及監察法之部分修正條文，萬國法律，192 期，2013 年 12 月，頁 25。

3 李榮耕，數位資料及附帶搜索 — 以行動電話內的資訊為例，臺北大學法學論叢，100 期，2016 年 12 月，頁 296。

4 蔡美智，通訊保障及監察法關於網路監聽的相關爭議，資訊法務透析，12 期，1999 年 12 月，頁 39。

5 李萬明，昨日法制與今日科技－通訊保障及監察法於網路監察客體適用之探討，法學新論，2 期，2008 年 9 月，頁 97-87、111。

6 鄧湘全，通訊監察之合憲性探討，月旦法學雜誌，第 40 期，1998 年，頁 107。

7 楊雲驊，證據使用禁止在個案上的判斷過程－以電話分機聆聽案為例，東吳法律學報，13 卷 2 期，2002 年 2 月，頁 77。

8 王士帆，網路之刑事追訴－科技與法律的較勁，政大法學評論，145 期，2016 年 6 月，頁 382。

9 李榮耕，同註 3，頁 301。

10 蔡美智，同註 4，頁 39。

11 如德國刑事訴訟法第 8 章第 94 條至第 110 條分別規定扣押、搜索及通訊監察，其中第 100a 條規定電信監察。連孟琦譯，德國刑事訴訟法，元照，初版，2016 年 9

植根法律關係（稅法總論 第三冊）
稅捐法律關係（稅法總論 第三冊）
數位法律書
買賣法（增訂七版）
劃撥帳號：07929998 戶名：植根雜誌社有限公司 TEL:(02)2707-2848 FAX:(02)2708-4428
黃茂榮 著作 定價 800 元
訂購未滿請自付郵
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

法律網
最專業的最佳平台
稅法解釋與司法審查（稅法總論 第二冊 增訂第三版）黃茂榮 著作 定價 800 元
法學方法與現代稅法（稅法總論 第一冊 增訂三版）黃茂榮 著作 定價 800 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

（文接二版）

訊參與人間之訊息得以不為他人知悉之方式往來或遞送之秘密通訊過程，其所保障之範圍，自應隨訊息送達接收方，傳遞過程結束而告終止，據此，通訊內容在傳遞過程中固為秘密通訊自由所保護之客體，如該通訊內容已處於接收方之支配範圍，接收方得對此已結束傳遞過程之通訊內容，自行決定留存或刪除等處理方式，則其秘密通訊自由之保障已經結束。換言之，所謂『過去已結束』之通訊內容，已非秘密通訊自由保護之客體，應僅受一般隱私權即個人資料自主控制之資訊隱私權所保護」，併依釋字第 631 號解釋理由書之意旨及通保法之規範體系[12]，通訊監察係以「監控與過濾」受監察人通訊之方式，蒐集對其有關之內容，及「具有在特定期間內持續實施」之特性，益徵通訊監察應係對於「現時或未來發生」之通訊方能為之，顯然並非對「過去已結束」之通訊。再借外國立法例觀察，可知德國、美國、日本實務上，將「過去已結束」之通訊內容，有別於「現時或未來發生」之通訊內容，分別適用不同之審查方式，予以保障[13]。因認通訊監察之客體，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，後者適用搜索扣押規定取得即可。

因此，同一通訊內容以通訊活動時間進行之階段，區分適用不同之審查方式，因兩者本質上對隱私侵害之內涵已有差異，一為通訊隱私權，一為一般隱私權，干預手段自屬有別，授權基礎亦當有異[14]，尚無悖於平等原則。況此類現象比比皆是，例如，警方發現地上之槍枝，可逕自取走，但懷疑行為人背包中藏有槍枝，原則上須有搜索票，方得為之；又例如，寄送一般明信片，無須法院授權即可讀取其中內容，若明信片裝在信封中寄送，則須有法院核發之通訊監察書，方可開拆閱覽[15]。故對於「過去已結束」之通訊內容，既認屬於「一般隱私權」之保護範疇，該等通訊內容不論被儲存於電信業者或網路服務業者伺服器、通訊者使用之電腦、行動電話或其他終端設備，依我國目前法制，偵查機關之偵查手段自不因取得對象或載體不同而有差異，均得依刑事訴訟法搜索扣押規定進行保全。

二、保全「過去已結束」之通訊內容之方式

（一）原則上應向法院聲請核發「搜索票」或「扣押裁定」

偵查機關取得應扣押之物之方法有：1、令狀搜索：搜索採相對法官保留原則，原則上須法官簽發搜索票方能進行，故偵查機關除有法定無令狀搜索（附帶搜索、緊急搜索、同意搜索）之情形外，應敘明理由向法官聲請簽發搜索票（刑事訴訟法第 128 條、第 128 條之 1），其後往往伴隨扣押程序，即稱附隨搜索之扣押。2、獨立之令狀扣押：此謂非附隨於搜索之扣押裁定（第 133 條之 1、第 133 條之 2），其立法理由乃認非附隨於搜索之扣押與附隨於搜索之扣押本質相同，除僅得為證據之物（非同時為得沒收之物）及受扣押標的權利人同意者外，自應一體適用法官保留原則。3、命提出或交付（第 133 條第 3 項）：指對於應扣押物之所有人、持有人或保管人，得命其提出或交付，如無正當理由拒絕提出或交付或抗拒扣押者，得用強制力扣押之（第 138 條）。

準此，偵查機關倘已知悉應扣押物（非同時為得沒收之物）存放何處，無庸透過搜索方式取得，即可依手段比例原則，命扣押物之所有人、持有人或保管人提出或交付，甚而進一步依非附隨搜索之扣押程序，逕以實行扣押之方式取得，而無須事先由法院審查，亦無其他要件限制，即可浮濫取得涵蓋一切「過去已結束」之通訊內容，此對人民隱私權之保障是否妥適？尚非無疑。

最高法院 106 年度台非字第 259 號判決對此認為：「蓋以現今資訊世界，大量仰賴通訊軟體，通訊服務，有大量之隱私儲存於此，如容許偵查機關未經法院之介入，逕行調閱，其侵害隱私至深且鉅，顯違比例原則。且若允許檢察官以提出或交付之方式，即可取得『過去已結束』之通訊內容，則該『過去已結束』之通訊內容之所有人、持有人或保管人如涉及外國網路通訊業者或行動電信業者，其等對於本國不採令狀之提出或交付法制，必先思考該提出或交付之程序是否符合該公司之本國法律（如 FaceBook、Google 業者適用美國法，Line 業者適用日本法），倘該國法律採令狀原則（如前所述之外國立法例均採令狀原則），而我國不採，則業者可能因此拒絕提供該等內容，將有礙檢方對使用通訊科技設備犯罪之偵辦。何況，現今資訊及通訊科技全球化，我國當無閉門造車，自外於先進國家法制之理。準此，刑事訴訟法第 133 條第 3 項規定『應扣押物』及第 133 條之 1 第 1 項規定『得為證據之物』之扣押客體[16]，基於維護人民一般隱私權、保障其訴訟權益及實現公平法院之憲法精神，應依目的性限縮，而認不及於『過去已結束』之通訊內容。是以，檢察官對於『過去已結束』之通訊內容之非附隨搜索之扣押，原則上應向法院聲請核發扣押裁定，不得逕以提出或交付命令之函調方式取得，方符上開保障人民一般隱私權之旨」。

據此，保全「過去已結束」之通訊內容，既屬於一般隱私權範疇，原則上應向法院聲請核發搜索票或扣押裁定；然考量現今科技發達，如儲存在電腦或行動電話等設備內，其資訊量之龐大，已遠非個人隨身攜帶之皮夾、背包可相比擬，偵查人員進行查看、解讀時，同時將會使得與本案或犯罪活動無關之大量個人或第三人私密資訊（相片、影片、文字及其他信息）全然暴露在國家之偵查權限下，因此在搜索票或扣押裁定之聲請、核發及執行階段如何特定、明確應扣押之物及其範圍，避免搜索扣押之客體過於廣泛，實務上值須特別注意[17]。尤以執行扣押資料載體或設備應注意比例原則，例如扣押之硬碟有繁多資料或加密檔案，有必要長時間扣押時，應注意硬碟檔案對持有人之重要性。偵查機關一方面應儘量避免檢視與追訴犯罪不相關之私密檔案，另一方面，除非扣押設備為「應或得沒收之物」，否則若僅係可為證據之物，應採用較輕微之保全措施，例如複製儲存或列印所欲保全之資料；至於此原物替代品之後續審判證據調查，只須確保同一性無虞，即對替代品之真實性不生爭議時，依物證性質循書證或合併勘驗方式調查即可[18]。

（二）應排除附帶搜索之例外

搜索雖以令狀為原則，惟因搜索本質上帶有急迫性、突襲性，難免發生時間上不及聲請搜索票之急迫情形，現行刑事訴訟法承認得無票搜索之例外情形，其中附帶搜索之目的固在於保護執法人員之安全及保全證據，惟對於儲存於載體內之資訊應不得附帶搜索，以避免國家機關恣意以偵查犯罪為由掌握個人隱私事項，例如警員在被拘捕之犯嫌身上發現行動電話，為確認是否可能成為武器，或藏有武器（如刀片、尖鑽等），可檢查話機本身，至於內部資訊，原則上應敘明理由向法院取得令狀，除有緊急情狀或是獲有同意外，不得逕自查看，以妥適保護人民之隱私權益[19]。

三、以調取票調取「過去已結束」之通訊內容之證據能力

檢察官誤以調取票向業者調取「過去已結束」之通訊內容，固屬違法取證，其證據能力有無之判斷，由法院依刑事訴訟法第 158 條之 4 規定，審酌檢察官可信應無恣意違法之主觀意圖，違背法定程序之程度尚非重大等，考量人權保障及公共利益之均衡維護，應認此違法取得之資料，具有證據能力。如以調取票之程序尤甚於搜索票扣押裁定，則舉重以明輕，亦應認具證據能力。

伍 結語

在通訊科技日益蓬勃、普及之今日，世界各國對於秘密通訊自由及隱私權之倡議與保護更甚以往，可謂擋不住之時代潮流。數月前美國聯邦最高法院針對 Carpenter v.United States 一案宣判，認為調取個人手機定位資訊，屬於憲法第四修正案之搜索行為，原則上需取得法院核發之令狀，被譽為數位時代美國人隱私權開創性之勝利[20]。

日新月異之科技固然凌駕於法律條文之緩步，惟保護人民基本權之法律理念始終支配科技，我國對此當不餘遺力。頃聞法務部針對監聽追查犯罪，已針對通保法提出修正草案，擬放寬檢警調取通聯紀錄之限制，由法官保留改為檢察官核發，及制定 GPS 追蹤器由檢察官核發，惟此修正方向，恐與上述時代潮流反道而行。且我國通保法所保障之客體，固包含通訊內容與通訊紀錄，然對過去已結束之通訊是否屬於通保法之範疇，則因未有明文致在適用上衍生諸多紛擾，建議於修法時應就此明文化，以杜爭議。另我國刑事訴訟法對於搜索扣押程序等規範，已對個人隱私權有保障，而過去已結束之通訊內容，既非屬秘密通訊自由保護之客體，已如前述，是對於數位通訊或資訊蒐證保全，建議應視侵害秘密通訊自由及隱私權之程度高低，分別適用通保法或刑事訴訟法相關規定，以資解決。比如：對於過去已結束之通訊內容及通話紀錄均依刑事訴訟法規定進行搜索扣押，而對於現在或未來之通訊則適用通保法踐行事前程序保障，此併可解決目前輕罪無法聲請調取票之偵查困境，並仍有法官保留原則之適用。惟尚有賴立法者制定更為全盤細緻之規範，方能使人民秘密通訊自由及隱私權、社會安定與國家安全獲得適切的保障。

（作者為最高法院法官）

註釋

月，頁 64-138。

12 參通保法第 5 條第 2、4 項、第 11 條第 1 項第 6 款、第 12 條第 1 項、第 13 條第 2 項、第 16 條第 1 項等規定。

13 本件專家學者即中央警察大學行政警察系黃朝義教授、臺北大學法律系李榮耕教授、王士帆教授提供外國立法例之法律意見書，並到庭陳述法律見解。

14 王士帆，同註 8，頁 382。

15 李榮耕，通訊保障及監察法，新學林，初版，2018 年 3 月，頁 27。

16 如屬單純之電磁紀錄，固然無法被單獨扣押，因為它本身是訊號，所以必須透過扣押電磁紀錄物，例如列印出來之文件，或儲存有電磁紀錄之電腦、行動電話、隨身碟、光碟、伺服器等。

17 黃朝義，刑事訴訟法，新學林，五版，2017 年，頁 350-351；李榮耕，同註 3，頁 309-310。

18 王士帆，同註 8，頁 376-377。

19 李榮耕，同註 3，頁 305、313。

20 CNNPolitics, Supreme Court: Warrant generally needed to track cell phone location data, https://edition-m.cnn.com/2018/06/22/politics/supreme-court-ruling-cell-phone/index.html?r=https%3A%2F%2Fwww.google.com.tw%2F&rm=1 (last visited 10/07/2018)