

逾期陳報另案監聽證據 能力之研究

—以通訊保障及監察法第18條之1第1項立法後我國實務見解為中心¹

作者／紀健康²

提要

在通訊保障及監察法（下稱通保法）第18條之1第1項立法前，我國實務對於另案監聽證據能力之見解分歧，雖然在通保法第18條之1第1項修法通過後提供了「原則排除，例外允許」的判斷標準，但修法後我國實務見解對於逾期陳報另案監聽證據能力之判斷卻出現應依通保法第18條之1第1項排除及依照刑事訴訟法第158條之4予以採用兩種不同見解，實務上對於修法後另案監聽證據能力判斷適用法條的衝突即為本文所討論之重點。本文先從我國證據禁止之理論及模式開始，進而針對通保法第18條之1第1項進行研究及分析我國實務運作上衝突之原因，最後提出本文淺見，以供未來實務運作及修法參考。

關鍵詞：另案監聽、證據能力、證據禁止法則

1. 本文所指之逾期陳報，指未依通保法第18條之1第1項在合法監聽的過程中發覺非通訊監察書所記載之罪名後，於7日內向核發通訊監察書之法院陳報之情形；本文所稱之另案監聽，指偵查機關向法院合法聲請通訊監察書而進行監聽之情形，偵查機關基於惡意向法院聲請通訊監察書執行監聽之情形不在本文討論之範圍，為我國學說有眾多對於在合法監聽下取得非通訊監察書所載之罪名及或違法監聽取得證據之類似名詞，有興趣的讀者可見徐祥，違法通訊監察證據排除之類型化研究，私立東海大學法律學研究所碩士論文，民國104年7月，頁258；另民國103年1月29日通保法第18條之1第1項立法後我國相關之實務見解眾多，本文研究之重點為最高法院107年臺上字第2345號判決、107年臺上字第3052號判決、臺灣高等法院107年上訴字第2522號判決及107年上訴字第3020號判決，併此敘明。另感謝兩位匿名審稿人細心校稿，使本文內容更為充實完整，作者在此表達最誠摯之謝意，惟文責自負，特此敘明。
2. 國防大學管理學院96年班，現為憲兵訓練中心教學組通識小組少校教官。

壹、前言

監聽是司法人員針對被監聽者若有從事犯罪監聽行為時，以科技器材監聽其通訊內容，而進行偵查犯罪¹。又依通訊保障及監察法（下稱通保法）第3條第1項及第13條第1項之規定可知監聽屬於通訊監察所規範之一種強制處分，若合法監聽下取得通訊監察書所載之案件資料本得作為證據，但若聽到通訊監察書所載以外之案件是否得作為證據則有不同的看法。

在通保法第18條之1第1項增訂前，我國對於另案監聽及另案監聽所得之證據其證據能力之判斷多依據刑事訴訟法（下稱刑訴法）第158條之4判斷。由於偵辦案件使用強制處分之類型甚多，違法情況不勝枚舉，在通保法沒有特別規定的前提下交由法官視違法情節個案衡量，是達到終局決定證據應否禁止使用的其中一種方法。然在民國103年針對另案監聽證據能力之判斷，立法院已三讀通過通保法第18條之1第1項，為我國針對另案監聽證據能力判斷標準的明文化。

惟立法後實務上對於逾期陳報另案監聽證據能力之判斷上卻存有不同之見解，縱使通保法第18條之1第1項規定：「依第五條、第六條或第七條規定執行通訊監

察，取得其他案件之內容者，不得作為證據。但於發現後七日內補行陳報法院，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五條第一項所列各款之罪者，不在此限。」明文規定另案監聽證據除非在執行機關發現後7日內陳報法院並經過法院審查後始有證據能力，但修法後我國實務對於逾期陳報另案監聽證據能力之判斷卻出現歧異，有認為應照通保法第18條之1第1項予以排除者，亦有認為得依照刑訴法第158條之4權衡者，為何實務見解對於逾期陳報之另案監聽證據能力看法有所分歧？是否是通保法第18條之1第1項存在什麼問題？即為本文所討論之重點。

貳、從我國證據禁止理論檢視通保法第18條之1第1項

強制處分，乃國家機關追訴犯罪時，為保全被告或蒐集、保全證據之需要，而對受處分人施加之強制措施，其目的不外乎保全被告或證據²。而取得之證據是否具備得在法庭上使用之證據能力，端視該證據依據證據禁止理論是否排除使用。監聽屬於強制處分之一種，判斷另案監聽證據是否具備證據能力，是否應一律排除，亦須從證據禁止理論出發。

1. 陳仟萬，《論監聽與錄音》，法令月刊第49卷第3期，民國87年3月，頁7。

2. 林鈺雄，《刑事訴訟法上冊》，新學林出版股份有限公司，2017年9月8版，第309頁。



一、證據禁止理論之簡介

證據禁止係指禁止特定證據之蒐集、取得、提出或採用之法則，不但排除違法取得之證據，使之不得做為認定犯罪事實之憑據，限制國家機關本於職權發現事實真相之義務，並且同時設定法官自由心證原則的外在界線³。證據禁止又可下分為證據取得禁止及證據使用禁止之兩個概念，前者係規範國家追訴機關取得證據之過程，後者係禁止法院將已經取得之特定證據作為裁判之基礎。證據使用禁止，詳言之，規範對象為法院之審判行為，即禁止法院在審判程序中，使用已取得之特定證據，法院不得將該特定證據採為裁判之基礎，而應排除之。證據使用禁止有可再分為「依附性證據使用禁止」及「自主性證據使用禁止」，分述如下：

（一）依附性證據使用禁止

依附性證據使用禁止又稱為非自主性證據使用禁止，此類型證據禁止之效果係緊接著國家機關違法取證之事實而來，亦即依附於違法取證而來的禁止使用之效果。若法律已明文規定某種違法取得之證據，絕對禁止使用而予以排除時，亦屬於依附性證據使用禁止之種類⁴。

（二）自主性證據使用禁止

儘管國家取證之過程中並未違法，但基於其他更高的價值、目的之維護，也有可能禁止法院使用特定之證據，由於此類型之使用禁止具有自主性（不以國家機關違法取證為要件），因此稱為自主性之證據使用禁止，證據是否使用之判斷標準在於使用證據侵害之基本權與保障之公共利益何者為優先⁵。

二、證據禁止之模式

由於自主性證據使用禁止在取證過程中並未違法，對於其是否可以使用需考慮是用該證據是否可能單獨構成一次隱私權之侵害，若是被告所犯為輕罪，則若使用該證據對被告造成之權益侵害超過其所能保全之法益，該證據則無法使用；反之若為重罪，其所得之證據自得以使用。而依附性證據使用禁止所處理者為辦案人員違法取證後，該證據是否可以使用，其運作模式如下：

（一）絕對排除模式

禁止使用違法取得證據之原因在於人權保障，若認為違法取得證據之手段或使用該證據將造成對於憲法所保障基本權嚴重

3. 林鈺雄，《刑事訴訟法下冊》，新學林出版股份有限公司，2017年9月8版，頁11。

4. 通保法第18條第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（第三項）」若違反通保法第5條、第6條及第7條之規定進行監聽所取得之內容或衍生之證據，於後續司法偵查、審判或其他程序中，均不得作為證據使用。前揭不得作為證據或其他用途之效果，係依附於機關違法監聽而來，故亦屬於依附性證據使用禁止之態樣之一。

5. 同註3，第16頁。

侵害，將絕對禁止其證據之使用。例如刑訴法第98條規定：「訊問被告應出以懇切之態度，不得用強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問或其他不正之方法。」及第156條第1項：「被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據。」其禁止使用非任意性自白之目的，所要保護者乃被告基於自由意志所為陳述之權利，若以不正之方法詢問被告乃對於其自由權利有所侵害，因此不但禁止不正之詢問，也禁止法院使用出於不正詢問之自白⁶。

若偵查機關違法取證惡性重大，縱使法無明文，實務上亦認為基於保障之考量應排除違法取得證據之使用。例如2014年之前儘管對於另案監聽所得之證據其證據能力之判斷法無明文，但最高法院仍指出，若執行監聽機關假借A案向法院聲請通訊監察書，而實際上卻對B案進行監聽時，此監聽過程自始不符正當法律程序，且執行監聽機關惡性重大，應絕對排除其證據之使用，以達人權保護之目的⁷。

絕對排除模式之優點在於能有效嚇阻非

法舉證及控制法官裁量權，惟缺點在於效果過於嚴厲，未針對違法情節之輕重及行為人所犯罪名進行區別，且若一律將違法取得之證據進行排除，可能將導致有罪者倖逃，而降低其排除證據之可能⁸。

（二）相對排除模式

以錄音內容與筆錄不相符為例，刑訴法第100條之1第1、2項規定：「訊問被告，應全程錄音；必要時，並應全程連續錄影。但有急迫情況且經記明筆錄者，不在此限。筆錄內所載之被告陳述與錄音或錄影之內容不相符者，除有前項但書情形外，其不符之部分，不得作為證據。」

此種模式無絕對排除之缺點，但若法官考量違法者主觀意識、違法的嚴重性及被告所犯罪行等因素，適當運用裁量權，檢警人員可能會擔心其行為可能導致證據被排除之情況，同樣能嚇阻檢警違法行為。但其缺點在於若法院排除證據之規則被檢警機關發現，可能會導致規定之架空。例如在殺人罪等重大案件，法院若習慣性地以罪刑重大為由而不排除證據，檢警得知法院習慣後，可能會認為對於殺人等重大案件，縱使違法舉證，所得之證據亦不會被排除，將架空規

6. 同註2，第607頁。

7. 最高法院97年度臺上字第2633號判決：「…如若係執行監聽機關自始即偽以有本案監聽之罪名而聲請核發通訊監察書，於其監聽過程中發現另案之證據者，因該監聽自始即不符正當法律程序，且執行機關之惡性重大，則其所取得之監聽資料及所衍生之證據，不論係在通訊保障及監察法第五條第五項增訂之前、後，悉應予絕對排除，不得作為另案之證據使用…」

8. 王兆鵬、張明偉、李榮耕，《刑事訴訟法（上）》，承法數位文化有限公司，西元2013年9月2版，第109頁。



定⁹。

(三) 權衡模式

對於違法取證所得之證據是否可以
使用，均需個案衡量，衡諸具體案情並權
衡國家公共利益及個人利益之保障，才能
判斷證據是否應禁止使用，此模式之缺點
在於衡量結果具有高度不確定性，但因為
其具有彈性的優點，故備受實務青睞¹⁰。刑
訴法第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。」為我國權衡模式的代表立法，明定
違法蒐集取得之證據，除法律已明文禁止
其使用外，應審酌人權保障及公共利益之
維護。

不論是絕對排除、相對排除模式或權
衡模式，證據是否排除均係以檢警機關違
法取證為前提，反之若欲判斷檢警機關合
法取得之證據是否得以使用，由於係屬自
主性證據使用禁止之類型，並不適用上述
三種模式。

三、證據禁止理論之功能

若將取得之證據排除，可能會使有罪
的被告逍遙法外，造成實體真實難以被
發現，

但基於以下原因世界各國仍普遍承認
證據禁止理論：

(一) 發現真實說

證據禁止以往最常被提及的功能莫過
於保障實體真實發現之可能性，換言之，
特定證據本身之虛偽或然性過高，因此
概括的排除在得為判決基礎之事實之外，
其中又以非任意性自白之排除為代表¹¹（
刑訴法第156條第1項）。

(二) 保護個人權利說

若以禁止使用非任意性自白的規定為
例，其所要保護者乃被告之意思決定及
意思活動之自由權利，而不正之訊問方式
乃對於自由權利之不法侵害，並且違反人
性尊嚴之保護，因此法律既禁止不正之訊
問，也禁止法院使用出於不正訊問之自白¹²。

(三) 導正紀律說

此說認為禁止使用違法取得之證據，
才能自始消除追訴機關違法取證之誘因，
進而導正其紀律。亦即透過證據使用禁
止之機制，檢警即使迫於外界破案壓力
或純為一己之績效，也沒有誘因要違法
取證，因為縱使取得亦無法使用¹³。

透過上述的介紹可知，我國之證據禁
止理論可細分「依附性使用禁止」及「自
主

9. 同註8，頁110至111。

10. 同註2，第7頁。

11. 同註3，頁19。

12. 同註11。

13. 同註3，頁20。

性證據使用禁止」，若國家機關違法取證，係屬「依附性使用禁止」所討論之範疇，在我國刑訴法判斷是否排除之模式計有絕對排除模式、相對排除模式及權衡模式等三種；若國家機關合法取證則屬「自主性使用禁止」，需權衡「訴追利益」及「人權保障」後進一步判斷證據是否可以使用，而兩者之目標均係達成實體真實之發現、人權保障及導正辦案人員之紀律。

參、修法後我國實務見解對於另案監聽證據能力適用法條之衝突

通保法第18條之1第1項立法之目的，原本即係針對另案監聽證據能力之判斷予以明文化，惟實務上對逾期陳報另案監聽證據能力之判斷仍有歧異，在適用法條上出現兩種不同的看法¹⁴：

一、仍依刑訴法第158條之4權衡後採用

(一) 最高法院106年臺上字第4011號判決
判決中認為縱使執行監聽之機關發現另案監聽之證據並未陳報法院認可，但執行監聽機關原本就難以掌握監聽之內容，加上販賣毒品屬於通保法第5條第1項所列之重罪，故仍得用刑訴法第158條之4判斷另案監聽之證據能力¹⁵。

(二) 最高法院107年臺上字第2345號判決
判決中認為通保法第18條之1第1項並未排除刑訴法第158條之4之適用（惟理由並未說明），在本案中另案監聽證據之取得係在合法監聽之過程中（偵查機關並非出於惡意），又另案監聽之內容係通保法第5條所列舉之重罪，基於另案扣押及善意例外之法理應予以使用¹⁶。

二、依通保法第18條之1第1項排除

(一) 臺灣高等法院107年上訴字第2522號判決

本判決認為在卷內既查無執行監聽機

14. 國外學說對於另案監聽證據能力亦有不同看法，以美國為例，可區分為無限制說、嚴格限制說、折衷說等3說，礙於篇幅無法多作論述，有興趣的讀者歡迎參閱吳巡龍，《監聽偶然獲得另案證據之證據能力－評新通保法第18條之1》，檢察新論第16期，2014年7月，第33頁。

15. 「…雖係『另案監聽』所附帶取得，且未經執行機關報由檢察官陳報法院審查認可，惟基於偵查作為具浮動性，偵查機關實無從事先預測或控制監聽內容及可能擴及之範圍，加以販賣毒品係嚴重危害社會治安之重罪，相關之通訊內容如未即時擷取，蒐證機會恐稍縱即逝，應容許法院於審判時適用刑事訴訟法第158條之4權衡理論判斷有否證據能力…」

16. 「…但通訊保障及監察法第18條之1第1項本文之規定，並未排除刑事訴訟法第158條之4權衡原則之適用，斟酌執行機關著重在被告違反槍砲彈藥刀械管制條例案件之偵查，並非利用他案合法監聽時而有意附帶達到監聽被告之目的，其未陳報法院審查係出於過失，並無故意不報請審查之意；而違反森林法第52條本屬通訊保障及監察法第5條第1項第17款所得實施通訊監察之罪名，且竊取森林主產物對國家森林資源及水土保持與生態平衡均產生嚴重影響，是執行機關如依法定程序陳報法院審查認可，依形式觀之，法院應無不予認可之理由，基於另案扣押相同之法理及善意例外原則，認附表二通訊監察譯文，均有證據能力…」



關陳報另案監聽證據之紀錄，已明顯違反通保法第18條之1第1項之規定，若容許此等未及時審查之證據仍得依權衡理論而又具有證據能力，不但架空條文之要求，更使法官錯失審查之第一時間，故於本案應一律排除其證據能力，但在其他之案件仍得作為證據使用¹⁷。

(二) 臺灣高等法院107年上訴字第3020號判決

本判決則認為通保法第18條之1第1項為對於另案監聽證據能力之法定排除規定，對於另案監聽之證據若未於7日內補行陳報法院，即不得作為證據，無權衡法則之適用¹⁸。

肯定說承襲通保法第18條之1第1項立法前我國實務對於另案監聽證據能力之見解¹⁹，認為另案監聽是否有證據能力應先判斷

本案監聽是否具備合法性，若執行監聽機關自始假藉本案監聽之罪名而核發通訊監察書，由於此種監聽自始即不符合正當法律程序，且執行監聽機關惡性重大，基於憲法對於秘密通訊自由及隱私權之保障，應不得再以刑訴法第158之4條權衡其證據能力，而應予以絕對排除²⁰。若是以合法前提下進行之監聽，由於監聽本身具有不確定性，偵查機關於執行監聽時無從控制或預測監聽可能擴及之範圍，基於「另案扣押」、「善意例外」等法理，應容許將該另案監聽所偶然獲得之資料作為證據使用²¹。更有論者認為另案監聽既然是以合法監聽為前提，並不存在證據禁止之疑慮，其證據是否可以使用的判斷係屬自主性的使用禁止審查，自不會淪為僵化的絕對排除，進一步肯定最高法院判決肯認權衡法則與通保法第18條第1項之相容

17. 「…復觀諸卷內均無檢察官或司法警察向法院補行陳報的證據，足認本件通訊監察譯文如用以作為被告李德意施用第一級毒品犯嫌之證據，因違反上述7日內陳報法院之規定，而此期限顯然是立法者所設定必須由法官得以事前審查之規定，否則如未即審查，豈非任由執行通訊監察者對於另案監聽所得漫無止境的繼續偵查？如容許雖未陳報仍得權衡後取得證據能力，豈非架空該7日的要求，更使得法官錯失在當時即得審查是否與本案監聽具有關聯性或獨立得為合法監聽的要件，從而不應再以權衡後取得證據能力，而應一概認定無證據能力。但須說明者，除有其他違法事由，否則不影響作為訴外人謝德樹販賣第一級毒品犯嫌之證據能力，自屬當然…」
18. 「…故於通保法新法施行後，就另案監聽之內容，若未符合但書之規定於7日內補行陳報並經法院審查認可，即不得作為證據，係採法定排除，而不得權衡作為證據…」
19. 例如最高法院97年台上字第2633號判決：「…則基於與『另案扣押』相同之法理及善意例外原則，倘若另案監聽亦屬於通訊保障及監察法第五條第一項規定得受監察之犯罪，或雖非該條項所列舉之犯罪，但與本案即通訊監察書所記載之罪名有關聯性者，自應容許將該『另案監聽』所偶然獲得之資料作為另案之證據使用…」及最高法院97年度台非字第549號判決：「…而同屬刑事強制處分之搜索、扣押，則於刑事訴訟法第一百五十二條明定，允許執行人員於實施搜索或扣押時，對於所發現『另案應扣押之物』以立即採取干預措施而扣押之，分別送交該管法院或檢察官（學理上稱為『另案扣押』）…」。
20. 楊雲驊，《另案監聽—評最高法院九七年台上字第二六三三號判決》，台灣法學雜誌第114期，2008年10月，頁171。
21. 吳燦，《新修正通訊保障及監察法第十八條之一之適用》，檢察新論第16期，2014年7月，第26頁。

性²²。亦有論者認為，偵查機關在偵辦重大犯罪（尤其是毒品）使用監聽能夠有效提升破案率，縱使監聽的過程難免會侵害人權，為考量監聽係偵辦犯罪必要之惡，一律排除另案監聽之證據可能對於偵辦案件造成窒礙²³，對於合法監聽下所得另案監聽證據能力均抱持肯定之見解。

惟筆者認為前揭以「另案扣押」為由承認另案監聽有證據能力可能在論理上有所不周。「搜索扣押」與「通訊監察」原本即屬於不同類型之強制處分，除了少數無令狀搜索的情況²⁴，搜索發動前亦須由執行機關向法院聲請搜索票，然執行搜索的過程中若是發現「另案應扣押之物」時，執行搜索人員亦得依刑訴法第152條為另案扣押²⁵。儘管於搜索票上並未授權，但若有充分理由相信另案扣押之物若向法官聲請搜索扣押，法官也會准許，基於避免訴訟資源浪費及訴訟經濟之前提下，得允許另案扣押之證物作為證據使用²⁶。通訊監察與搜索雖同為干預人民基本權之強制處分，但前者干預之程度遠甚於後者，故於通保法第5條第1項規定除了針對侵害法益重

大之重罪始得發動搜索外，尚須符合必要性、急迫性等原則。當執行監聽之機關於執行監聽結束後查看監聽結果始發現另案監聽之證據時，整個犯罪過程早已結束，殊難想像該證據會具有立即扣押之必要性或急迫性。況且若聽聞之犯罪類型並不屬於通保法第5條第1項所列之重罪，由於立法者已清楚表示對於非重罪不得以監聽為取得證據之方式，法院又如何將另案監聽到非重罪之證據類推適用另案扣押而使其具有證據能力？故應認為另案監聽與另案扣押屬不同概念，不得類推適用而取得證據能力，以符合強制處分法定主義及令狀原則之要求²⁷。

肯定說在通保法第18條之1第1項立法後，其見解仍與立法前大同小異²⁸，對於立法前之見解未能有更完整的補充，況且於另案監聽證據能力判斷的條文明文化之後，為何不依現行條文進行判斷亦未見更具體的理由，是一個較為可惜的地方。但探討逾期陳報另案監聽所得之證據使否可以使用，首先即須判斷逾期陳報另案監聽所得之證據係屬合法或非法，才能進一步判斷應依據何種模

22. 莊佳瑋，《另案監聽未經陳報認可之證據能力－以實務見解發展為中心》，法務通訊第2933期，第4版。

23. 立法院公報第103卷第8期，頁354。

24. 如刑訴法第130條、第131條第1、2項、第131-1條。

25. 刑訴法第152條：「實施搜索或扣押時，發見另案應扣押之物亦得扣押之，分別送交該管法院或檢察官」

26. 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》，檢察新論第16期，2014年7月，頁5。

27. 黃朝義，《刑事訴訟法》，新學林出版股份有限公司，2017年9月5版，頁335。

28. 對於另案監聽證據能力之看法，最高法院之見解與修法前並無太大差異。呂育陞，另案監聽證據能力之研究，中央警察大學法律學研究所碩士論文，民國103年12月，頁90。



式認定證據是否可以採用。

肆、另案監聽證據能力判斷之淺見

若證據之取得係基於國家機關違法取證，其證據能力之判斷係屬「依附性證據使用禁止」，若無法律規定始得依刑訴法第158條之4權衡之；反之若國家機關取證合法，但在證據使用上可能會構成基本權獨立之侵害時，此時依「自主性證據使用禁止」，若訴追利益大於基本權之保障時其證據即得以使用。另案監聽證據既係在合法監聽下所取得之證據，筆者在此提出以下幾點淺見供參：

一、通保法第18條之1應優先於刑訴法第158條之4

(一) 特別法應優先於普通法

中央法規標準法第16條規定：「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」，又稱為「特別法優先普通法原則」之依據。特別法與普通法關係之成

立，係以兩種以上法律就「同一事項」均有規定，且規定之內容不同時，此時特別法之規定應優先於普通法使用²⁹。

由於判斷證據是否可以採用考量因素眾多，在法條有限的情況下，為避免法官對於證據之取捨無依據可循，刑訴法第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。」在法律（不以刑訴法為限）對於證據能力之判斷沒有特別規定，自得交由法官判斷該證據是否可以採用。在通保法第18條之1第1項立法前，我國法律尚無針對另案監聽證據能力有明文規定之法條，法官對於另案監聽證據能力之判斷自得依照刑訴法第158條之4做判斷。然通保法第18條之1第1項立法後，針對另案監聽證據能力已有明文規定，依照「特別法優先普通法原則」，對於另案監聽證據能力之判斷自應優先適用通保法第18條之1第1項³⁰，而排除刑訴法第158條之4關於權衡法則規定之適用³¹。

29. 最高法院106年台非字第259號判決。

30. 參照臺灣高等法院暨所屬法院105年法律座談會刑事類提案第36號研討結果：「倘若屬於本案依法定程序監聽中偶然獲得之另案證據，即在通訊監察過程中，得知在本案通訊監察目的範圍以外之通訊內容，此種監察所得與本案無關之通訊內容，如涉及受監察人是否另有其他犯罪嫌疑時，應依103年1月29日修正、同年6月29日生效之通訊保障及監察法第18條之1第1項之規定，該些內容不得作為證據，但於發現後7日內補行陳報法院，並經法院審查認可，得作為證據」

31. 林俊益，《刑事訴訟法概論（上）》，新學林出版股份有限公司，2015年9月15版，頁369。換言之，通保法第18條之1有關證據能力之規定，屬於刑訴法第158條之4「法律另有規定」之情形，故逾期呈報另案監聽所得之證據、與監聽目的不符所取得之監聽資料、違法監聽所得之證據及衍生之證據，一概不具證據能力。參閱李惠宗，《憲法要義》，元照出版有限公司，2015年9月7版，頁224。

(二) 通保法第18條之1第1項與刑訴法第158條之4適用前提不同

通保法第18條之1第1項前段規定：「依第五條、第六條或第七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。但於發現後七日內補行陳報法院，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五條第一項所列各款之罪者，不在此限。」所適用之前提係在合法執行監聽的情況下若取得非通訊監察書所載之內容，屬於上述自主性證據使用禁止所討論之範疇，若執行監聽機關以非法的方法取得上開內容時，屬於依附性證據使用禁止之範圍，則並非通保法第18條之1第1項所要討論的範圍。而適用刑訴法第158條之4之前提除了法律無規定外，執行監聽機關違背法定程序取得之證據，其證據能力之判斷應依依附性證據使用禁止。另案監聽之發生既然係以合法監聽作為前提，其證據是否可以使用應衡量「訴追利益」與「人權保障」何者為優先，自無適用刑訴法第158條之4之餘地³²。

退步言之，縱使有論者認為另案監聽證據能力之判斷仍可適用刑訴法第158條之4者，亦無法得出「逾期陳報另案監聽證據能力」可適用刑訴法第158條之4之結論。若違反通保法第18條之1第1項但書之情形，係在取得另案監聽後未於七日內陳報法院，屬於使用合法手段取得證據在先，之後才發生違

反陳報之規定；換言之逾期陳報（違法）係發生在取得另案監聽證據（合法）之後，此與刑訴法第158條之4「實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據」之「違背法定程序在先」、「取得證據在後」為截然不同之模式，故縱使是逾期陳報之情形，另案監聽證據能力之判斷仍應適用通保法第18條之1第1項。

二、逾期陳報另案監聽證據一律排除過於嚴厲

欲使另案監聽證據具有證據能力，依照通保法第18條之1第1項規定，係指另案監聽之證據原則上無證據能力，只有在發現後七日內陳報法院並經審查核可後使用證據能力之「原則排除，例外允許」之立法模式，否則就必須排除其證據能力，臺灣高等法院107年上訴字第2522號判決及臺灣高等法院107年上訴字第3020號判決均主張應依法將逾期陳報另案監聽之證據依法予以排除，然如此嚴厲之效果是否為妥適之立法容有討論空間。

承前所述若辦案機關違法取證，其證據是否排除其模式可分為「絕對排除模式」、「原則排除例外允許模式」及「權衡模式」，前兩種模式之目標均是避免偵查機關違法取證情節重大，侵害人民基本權甚鉅，故立法排除（或在某種條件下允許使用）證據之使用。在通保法第18條之1第1項立法前

32. 參見最高法院97年台上字第2633號判決及97年台非字549號判決。



我國實務見解及通保法第18條之1第3項對於違法監聽所得之證據予以排除，均認為違法監聽侵害憲法保障人民秘密通訊自由及隱私權甚鉅，故所得之證據應予以排除使用，以貫徹對於基本權之保障。

但逾期未陳報另案監聽所得之證據，其立法模式若比照刑訴法第98條及第156條第1項違反被告自白任意性絕對排除證據能力之立法模式，似乎過於嚴厲³³。蓋此種情形並非執行監聽之公務員於偵查階段有違法行為，只是在取得另案監聽之證據後違反陳報時效之規定，行為本身並未侵害到憲法所保障之秘密通訊自由及隱私權，若在立法上將這種違反陳報時效之情形所產生之效果比照違法監聽，所得證據一律不得使用，有違比例原則。解決之道或可參照刑訴法第131條第4項，執行刑訴法第131條第1項及第2項之證據未陳報該管法院，審判時法院得宣告所扣得之物，不得作為證據，將逾期陳報另案監聽證據能力之判斷於審判階段交由法院即可。

三、另案監聽證據能力之判斷回歸法院判斷即可

最後，通保法第18條之1第1項前段規

定，執行監聽過程中取得其他案件之內容者，能否作為證據使用並非依照權衡理論，應依「自主性證據使用禁止理論」針對「使用另案監聽證據是否可能侵害憲法保障之基本權」及「使用另案監聽證據所欲達成之訴追利益」進行判斷。然而另案監聽證據之取得係在合法監聽過程中，執行監聽機關意外得知非通訊監察書所載之案件，本身並不存有執法人員違法之情形，判斷偵查機關未違法取得之另案監聽證據有無證據能力，應依「自主性證據使用禁止理論」，交由法官權衡「使用另案監聽證據是否可能侵害憲法保障之秘密通訊自由及隱私權」及「使用另案監聽證據所欲達成之訴追利益」，以決定另案監聽所得之證據是否得以使用。故筆者贊同廢除通保法第18條之1之見解³⁴，認為只要在審理程序中交由法院判斷另案監聽證據所涉及之證據是否具有較高之訴追利益（例如是否為通保法第5條第1項所列之罪）以及使用該另案監聽證據是否會造成憲法所保障之秘密通訊自由及隱私權再次侵害進行判斷，若訴追利益較大者，則另案監聽之證據自有證據能力。

33. 縱使是贊同逾期陳報另案監聽應依據通保法第18條之1第1項排除證據能力之見解，亦承認其在其他案件仍得作為證據使用。參照臺灣高等法院107年上訴字第2522號判決：「…除有其他違法事由，否則不影響作為訴外人謝德樹販賣第一級毒品犯嫌之證據能力，自屬當然…」

34. 法務部103年10月16日修正草案建議刪除通保法第18條之1內容摘要：「合法取得涉及另案之不法證據，如不得作為他用，無異掩飾該等犯罪與不法行為，嚴重影響社會秩序與安定，侵害安分守法人民之權益甚鉅，亦可能傷及民眾之法律感情。況且現行條文第十九條至第二十八條規定，對於違反本法或其他法律之規定，已明定刑事與民事責任，且違法監聽取得之資料，亦得依刑事訴訟法第一百五十八條之四規

伍、結論

通保法第18條之1第1項原本係針對另案監聽證據能力之立法，基於人權保障之目的，原則上否定另案監聽之證據能力，唯有在7日內陳報法院並通過審查後始例外得作為證據使用。惟立法後我國實務對於另案監聽證據能力適用法條上仍產生分歧，透過本文的研究，筆者提出以下幾點意見：

一、逾期陳報另案監聽證據能力之判斷應依通保法第18條之1第1項

通保法第18條之1第1項立法前，由於對於另案監聽證據能力之判斷法無明文，致使學說及實務有諸多不同意見，但在通保法第18條之1第1項明文立法後，由於本法既係針對合法監聽下所得非通訊監察書所載之資料其證據能力之判斷，自應優先適用。又由於刑訴法第158條之4係針對法無明文之情況下，公務員違背法定程序所取得之證據得交由法院審酌有無證據能力，故適用本條之前提為「法無明文」及「公務員違法取證」。民國103年1月29日通保法第18條之1第1項立法後，對於另案監聽證據能力已有明文規定，自應排除刑訴法158條之4，又另案監聽證據之取得係基於合法監聽，並未存在有違法取證之情形，逾期陳報亦發生於證據取得

之後，與條文規定均不相符，故本文認為，對於逾期陳報另案監聽證據能力之判斷應排除刑訴法第158條之4，回歸通保法第18條之1第1項進行判斷，始能貫徹立法意旨，亦較能保護憲法對於秘密通訊自由及隱私權之保障。惟「逾期陳報」係發生於取得另案監聽證據之後之情形，儘管依法規定必須予以排除使用，但對於秘密通訊自由及隱私權之侵害較為輕微，建議能將此種情形下證據能力之判斷交由法院較為妥適。

二、另案監聽證據應由法官判斷其證據能力

另案監聽證據之取得係發生於合法監聽之過程，判斷該證據是否可以並非依照刑訴法第158條之4或依附性證據使用禁止之理論進行判斷，係屬於自主性證據使用禁止之範疇，由於未發生辦案人員違法取證之情事，取得另案監聽證據之過程亦未發生侵害基本權之情形，若依現行通保法第18條之1第1項「原則排除例外允許」之立法模式，不論是實體真實的發現、人權保障或導正紀律等目標均難以達成。筆者淺見，對於另案監聽證據能力之判斷應回歸學理「自主性證據使用禁止」，考量使用該證據是否會對於憲法保障之基本權（如秘密通訊自由及隱私權）構成獨立之侵害？若可能造成侵害，其侵害是否高於使用該證據要保障之法益（例如是否為通

定決定其有無證據能力，對於隱私權之保障與公權力行使之界線已有完整而平衡之規範，現行條文時無規定之必要」



保法第5條第1項所列之重罪³⁵)？若法官認為係肯定之結果，則該另案監聽之證據具有證據能力。

參考資料

書籍

王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（上），承法數位文化有限公司，2013年9月2版。

李惠宗，憲法要義，元照出版有限公司，2015年9月7版。

林俊益，刑事訴訟法概論（上），新學林出版股份有限公司，2015年9月15版。

林鈺雄，刑事訴訟法上冊，新學林出版股份有限公司，2017年9月8版。

林鈺雄，刑事訴訟法下冊，新學林出版股份有限公司，2017年9月8版。

黃朝義，刑事訴訟法，新學林出版股份有限公司，2017年9月5版。

文獻

陳仟萬，論監聽與錄音，法令月刊第49卷第3期，民國87年3月。

吳燦，新修正通訊保障及監察法第十八條之一之適用，檢察新論第16期，2014年7月。

吳巡龍，監聽偶然獲得另案證據之證據能

力—評新通保法第18條之1，檢察新論第16期，2014年7月。

楊雲驊，另案監聽—評最高法院九七年台上字第二六三三號判決，台灣法學雜誌第114期，2008年10月。

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，檢察新論第16期，2014年7月。

莊佳瑋，另案監聽未經陳報認可之證據能力—以實務見解發展為中心，法務通訊第2933期，第4版。

論文

呂育陞，另案監聽證據能力之研究，中央警察大學法律學研究所碩士論文，民國103年12月。

徐祥，違法通訊監察證據排除之類型化研究，私立東海大學法律學研究所碩士論文，民國104年7月。

其他

立法院公報第103卷第8期。

作者簡介

紀建康

國防大學管理學院法律系96年班

現任憲兵訓練中心少校教官

35. 在通保法第18條之1第1項立法前，若另案監聽之內容為通保法第5條第1項所列之重罪有關，我國實務上多以「重罪原則」肯認其具有證據能力，由於通保法第5條第1項所列之罪為重大犯罪或犯罪手法較為隱密之犯罪，具有較高的法益需要保護，應肯認其具有證據能力。