

裁判字號：最高法院 106 年台非字第 259 號刑事判決

裁判日期：民國 107 年 05 月 30 日

裁判案由：賭博

最高法院刑事判決 106年度台非字第259號

上訴人 最高檢察署檢察總長

被告 陳昭全

洪文宗

上列上訴人因被告等賭博案件，對於臺灣高等法院臺中分院中華民國106年7月25日第二審確定判決（106年度上易字第180號，起訴案號：原臺灣彰化地方法院檢察署105年度偵字第5369、7828號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

## 主 文

原判決及第一審判決關於違背法令部分均撤銷。

## 理 由

壹、非常上訴理由稱：「一、按判決確定後，發見該案件之審判係違背法令者，最高法院檢察署檢察總長得向最高法院提起非常上訴；又判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第378條亦定有明文。二、復按通訊保障及監察法所規範之通訊監察係針對『現時或未來發生』之通訊，並不及於『過去已結束』之通訊，詳敘如下：(一)按犯罪偵查之通訊監察，係藉由截聽通訊而直接干預憲法所保障人民秘密通訊之自由，考量通訊科技設備，經常為犯罪之人持之供作犯罪聯絡之工具，基於維護社會秩序及保護公共利益，審酌公益及私益之均衡，依憲法第23條比例原則之要求，自得以法律限制之。我國於88年7月14日公布施行（於96年7月11日修正公布）之通訊保障及監察法，即係本諸上旨而制定。又通訊監察與刑事訴訟法上其他之強制處分權，諸如搜索或扣押權相較，因通訊監察，係對於尚未存在之對話，預測其可能發生而予以監聽，且監聽電話之線路除了係提供被告使用之外，無關之第三人使用之可能性更高，由於監聽之不確定性、實施過程之不透明性及長期反覆之特徵，致使監聽處分，較之傳統上之搜索或扣押，更具有不當侵害國民秘密通訊，及隱私權之潛在危險，因此，以通訊監察作為偵查之手段時，更應當較搜索或扣押權之行使，踐行更為嚴格之正當程序之要求，如此才能避免因監聽之不當使用，致侵害人民憲法上之基本權利。是通訊監察之核准及實施，依通訊保障及監察法規定，基本上應遵守下列正當程序原則（以下僅條列各原則，該判決對於各原則之闡述內容予以省略）：①列舉重罪原則；②相關性原則；③令狀原則；④一定期間原則；⑤事後通知原則；⑥監察對象特定原則；⑦最後手段（補充

性)原則,有最高法院98年度台上字第6356號判決足資參照。是最高法院已明確表示:『通訊監察與刑事訴訟法上其他之強制處分權,諸如搜索或扣押權相較,因通訊監察,係對於尚未存在之對話,預測其可能發生而予以監聽』等語,足認通訊保障及監察法所規範之『通訊監察』,係對於『尚未存在之對話』所為,並不及於『過去已結束』之通訊紀錄。蓋『過去已結束』之通訊紀錄,已變成被儲存之資料。已被儲存之資料,自無再藉由雙方之對向溝通而再重現之可能,是已無法再藉由監聽而取得。猶如存於倉庫之物,自只有調取,即命提出交付一途(刑事訴訟法第133條第2項參見)。況苟於偵查案件過程中,無法再經由調取方式,而取得業經儲存之犯罪證據資料。如此一來,則因監聽已不可能,調取之偵辦方式又無法進行,於此兩難之情況下,勢必會影響所有檢察官,對所有犯罪案件偵辦之成效。自非治安之福。是本件實具有原則上之重要性。(二)再者,司法院大法官解釋第631號解釋理由書亦敘明:『通訊監察是以監控與過濾受監察人通訊內容之方式,蒐集對其有關之紀錄』。亦即,用監控與過濾通訊之方式來蒐集通訊紀錄。此『紀錄』係來自於『監控與過濾』受監察人通訊內容。申言之,係『監控與過濾』之後才會取得『紀錄』,並非在『監控與過濾』之前,該『紀錄』就已經存在。該號解釋理由書所謂之『監控與過濾』均係對於『現時或未來發生』之通訊方能為之,對於『過去已結束』之通訊內容,根本無從『監控與過濾』,迭如上述。益徵大法官解釋所指稱之通訊監察係針對『現時或未來發生』之通訊,不及於『過去已結束』之通訊。又該號解釋理由書另記載『惟通訊監察係以未告知受監察人、未取得其同意且未給予防禦機會之方式,限制受監察人之秘密通訊自由,具有在特定期間內持續實施之特性,故侵害人民基本權之時間較長,亦不受有形空間之限制;受監察人在通訊監察執行時,通常無從得知其基本權已遭侵害,致其無從行使刑事訴訟法所賦予之各種防禦權(如保持緘默、委任律師、不為不利於己之陳述等);且通訊監察之執行,除通訊監察書上所載受監察人外,可能同時侵害無辜第三人之秘密通訊自由,與刑事訴訟上之搜索、扣押相較,對人民基本權利之侵害尤有過之』等語。足認理由書已記載通訊監察『具有在特定期間內持續實施之特性』,顯然並非指射過去已結束之通訊紀錄。理由書又稱『受監察人在通訊監察執行時,通常無從得知其基本權已遭侵害』,亦顯然係針對『現時』之通訊監察所為之論述。由上開解釋理由書之內容,足以推認該號大法官解釋係認為通訊監察係規範『現時或未來發生』之通訊,並不及於『過去已結束』之通訊。三、又按通訊保障及監察法第3條之1第1項明定『通信紀錄』係指:『電信使用人使用電信服務後,電信系統所產生之發送方、接收方之電信號碼、通信時間、使用長度、位址、服務型態、信箱或

位置資訊等紀錄』，換言之，係不涉及『意思交換或溝通』之軌跡紀錄，然本案Hibox 傳真內容，乃傳送者發送予接收者之『意思表示』，顯非『通信紀錄』（法檢字第00000000 580號參照）。四、本案Hibox傳真內容係依據刑事訴訟法第133條第2項合法取得，且具有本案之證據能力：(一)按『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』，刑事訴訟法第133條第2項定有明文。行為人使用Hibox 相關服務後，在電信服務公司留存相關之傳真內容電磁紀錄，乃本案調查犯罪攸關之刑事證據，依前揭法律規定，自得由偵查機關函請證物之持有人提出，與通訊保障及監察法規定無關。且目前電信公司實務操作之程序，亦係請各偵查機關以函文調取方式提供相關Hibox 傳真內容，而無庸檢附法院所核發之通訊監察書或調取票。綜上，本案向電信服務公司調取0000000000號電話之傳真資料，毋須檢附法院所核發之通訊監察書或調取票，而以函文調取方式，揆諸上揭刑事訴訟法第133條第2項之規定，即屬合法。(二)本案Hibox 傳真內容，係依刑事訴訟法第133條第2項規定函請電信服務公司提供之電磁紀錄資料，無庸依通訊保障及監察法辦理。又本案Hibox 傳真內容，係中華電信公司資訊人員，自該公司資料儲存器內，所調取並製作之紀錄，自屬執行業務過程，所記錄之文書。縱該Hibox 傳真內容係經過電腦程式設定而自動留存在資料儲存器內，亦係該公司資訊人員從事業務時，所作之電腦程式設定，該Hibox 傳真內容，真實反映當事人間之傳真內容，毫無虛偽可能，自合於最高法院99年台上字第1634號判決所述之『不間斷、有規律而準確之記載』。本案Hibox 傳真內容，係從事業務之人於業務上或通常業務過程所須製作之紀錄文書、證明文書，依刑事訴訟法第159條之4第2款之規定，自具有證據能力，而得為證據。(三)再者，本案Hibox 傳真內容，實質即等同於『電子郵件』，此雖應認較接近通保法第3條第1項所稱『通訊』，然是否即謂『所有關於電子郵件之調閱，均應依法聲請通訊監察獲准』後，始能調取，則須再區別下列二種情形而定：1. 預定一定期間進行攔截、過濾郵件者：通保法施行細則第2條第2項規定：『本法第3條第1項第2款所稱郵件及書信，指信函、明信片、特製郵簡、新聞紙、雜誌、印刷物、盲人文件、小包、包裹或以電子處理或其他具有通信性質之文件或物品』。故預定一定期間，擬在該期間內截收由此帳號所寄出、收受之電子郵件，應屬前述『以電子處理或其他具有通信性質之文件』，自屬通保法第3條第1項所稱『通訊』，應依通保法規定向法院聲請通訊監察書始得攔截之。2. 業已儲存在電腦或相關設備中之電子郵件：綜合觀察本法第11條規定：通訊監察書應記載『監察期間』，第12條規定：『通訊監察期間每次不得逾30日』、『有繼續監察必要者應釋明具體理由提出聲請』、第16條規定：『監察期間應按月提出監察報告』（即期

中報告），第15條規定：『監察結束後應向法院報告監察之結果』等，可知立法宗旨在規範『預計一定期間內即將發生之通訊』始屬之（否則若僅調閱特定帳號內業已寄發收受之郵件，豈可能『聲請續行監察』或提出『期中報告』？）。且正因係攔截尚未發生之通訊，無從事先預知有多少人將利用該方式進行聯繫，可能涉及多數不特定人隱私，故才有以通保法規範嚴格要件之必要，違法監察者尚處以刑責，以昭鄭重。從而，已儲存在某寄件者或收件者電腦中之電子郵件，其範圍、對象均已特定，應屬對『既存證據』之蒐集，並無通保法之適用，而應適用刑事訴訟法搜索、扣押之相關規定（例如第122條、第133條、第135條等），綜上所述，非預定一定期間進行截收而係已儲存在電信服務公司設備內之『傳真內容』，非屬『通信紀錄』，亦非應依通保法聲請通訊監察之『通訊』，得依刑事訴訟法搜索、扣押之相關規定取得（法檢字第0000000000號參照）。五、通訊保障及監察法與刑事訴訟法並無『特別法』與『普通法』之關係，原審判決顯有誤會：（一）何謂特別法優先於普通法原則？按『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』，中央法規標準法第16條定有明文，此即學理上所稱之『特別法優於普通法適用』之原則。是依據前述中央法規標準法第16條前段規定，普通法與特別法關係的成立，必須2種以上法律就『同一事項』均有規定，且其規定內容不同，始有比較普通法與特別法的必要。（二）通訊保障及監察法與刑事訴訟法並無『特別法』與『普通法』之關係：查刑事訴訟法並無『通訊監察』之規範條文，而通訊保障及監察法亦無『扣押』之規範條文，則刑事訴訟法與通訊保障及監察法分別就『扣押』及『通訊監察』之規定，並不存在『2部法律就同一事項均有規定』之情形。申言之，『通訊監察』與『扣押』係不同事項，兩者間並無牴觸。就『通訊監察』事項，係直接適用通訊保障及監察法；就『扣押』事項，係直接適用刑事訴訟法。兩部法律之間，並不存在特別法與普通法之關係。（三）原審判決固稱『通訊監察』係強制處分之一環，因而認為通訊保障及監察法係刑事訴訟法之特別法云云，顯然忽略強制處分種類甚多，包含搜索、扣押、羈押等等，要件各不相同，法律效果迥異，影響之人民基本權利也有差別，自然不能擬制搜索、扣押、羈押、通訊監察等規範均為中央法規標準法第16條前段所稱之『同一事項』。既然通訊保障及監察法所規範之『通訊監察』，在刑事訴訟法中並無條文規定，則原審判決引用『特別法優先於普通法原則』，以通訊保障及監察法之『通訊監察』規定，排除刑事訴訟法關於『扣押』規定之適用，顯屬誤解。況通訊保障及監察法並未針對『扣押』有所規範，更不可能與刑事訴訟法第133、138條有何相牴觸之情形。六、綜上所述，原判決違反刑事訴訟法相關搜索、扣押

以及同法第159條之4第2款之相關證據法則之規定，將合法取得，且具有證據能力之證據，悉予排除摒棄不用，審判程序顯然違誤。並誤引通訊保障及監察法之規定，率予維持第一審無罪之判決，自有判決不適用法則，以及適用法則不當之違背法令。案經確定，並與統一適用法令有關，且具有原則上之重要性。爰依刑事訴訟法第441條、第443條提起非常上訴，以資糾正。」等語。

貳、本院按：

一、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，隱私權為憲法第22條所保障之基本權（司法院釋字第603號解釋參照）。就個人秘密不受侵擾部分，憲法第12條特別規定秘密通訊自由之保障，乃隱私權保障之具體態樣及重要內容（司法院釋字第631號解釋理由書參照）。故隱私權之保障範圍除秘密通訊自由外，尚包括個人資料自主控制之資訊隱私權（同前603號解釋參照）。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（631號解釋文參照；603號解釋文稱是否揭露其個人資料、範圍、何時、何方式、向何人揭露，其義相同），當以內容為其核心。二者之限制同受憲法第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（如德國刑事法第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100條a、第100條b規定通訊監察），我國則特就通訊監察及通訊紀錄另定通訊保障及監察法（下稱通保法）。此觀民國96年7月11日修正公布之通保法規定通訊監察，103年1月29日修正公布之通保法增訂通訊紀錄，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自明。至其他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。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。

二、秘密通訊自由即通訊隱私權之保障不同於一般隱私權，乃因：

（一）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。

(二)96年7月11日修正公布之通保法，對於秘密通訊自由之通訊隱私權保障，規定以通訊監察書為令狀，該法第1條因謂：為保障人民秘密通訊自由不受非法侵害，並確保國家安全，維護社會秩序，特制定本法（103年1月29日修正公布之同法因增訂調取通訊紀錄之調取票，屬一般之隱私權，故第1條增列「隱私權」三字），針對此次修正前之未採令狀，所為之司法院釋字第631號解釋理由書敘明：「通訊監察是以監控與過濾受監察人通訊內容之方式，蒐集對其有關之紀錄」。亦即，以監控與過濾通訊之方式蒐集通訊紀錄，此「紀錄」（實為內容）係來自於「監控與過濾」受監察人通訊內容。申言之，係「監控與過濾」之後始能取得「紀錄」，並非在「監控與過濾」之前，該「紀錄」即已存在。該號解釋理由書所謂之「監控與過濾」應係對於「現時或未來發生」之通訊方能為之，對於「過去已結束」之通訊內容，則無從「監控與過濾」。益徵大法官解釋所指稱之通訊監察係針對「現時或未來發生」之通訊，不及於「過去已結束」之通訊。又該號解釋理由書另載有「惟通訊監察係以未告知受監察人、未取得其同意且未給予防禦機會之方式，限制受監察人之秘密通訊自由，具有在特定期間內持續實施之特性，故侵害人民基本權之時間較長，亦不受有形空間之限制；受監察人在通訊監察執行時，通常無從得知其基本權已遭侵害，致其無從行使刑事訴訟法所賦予之各種防禦權（如保持緘默、委任律師、不為不利於己之陳述等）；且通訊監察之執行，除通訊監察書上所載受監察人外，可能同時侵害無辜第三人之秘密通訊自由，與刑事訴訟上之搜索、扣押相較，對人民基本權利之侵害尤有過之」等語。足認理由書已記載通訊監察「具有在特定期間內持續實施之特性」，顯然並非指對過去已結束之通訊。理由書又稱「受監察人在通訊監察執行時，通常無從得知其基本權已遭侵害」，亦係針對「現時」之通訊監察所為之論述。由上開解釋理由書之內容，足以推認該號解釋認為通訊監察係規範「現時或未來發生」之通訊內容，並不及於「過去已結束」之通訊內容。

(三)從通訊監察之規範體系，通保法第1條立法目的係為保障人民通訊秘密及隱私權不受非法侵害，並確保國家安全，維護社會秩序而制定。依同法第5條第2項規定「前項通訊監察書，偵查中由檢察官依司法警察機關聲請或依職權以書面聲請該管法院核發。……檢察官受理聲請案件，應於4小時內

核復；如案情複雜，得經檢察長同意延長4小時。法院於接獲檢察官核轉受理聲請案件，應於48小時內核復。審判中由法官依職權核發」、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，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」、第11條第1項第6款規定通訊監察書應記載「監察期間」、第12條第1項前段規定「第5條、第6條之通訊監察期間，每次不得逾30日，第7條之通訊監察期間，每次不得逾1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2日前，提出聲請」、第13條第2項規定「執行通訊監察，除經依法處置者外，應維持通訊暢通」、第16條第1項前段規定「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」等條文，可知通訊監察書於偵查中由檢察官依司法警察機關或依職權向法院聲請核發，核發通訊監察書具有立即時效性，是分別就檢察官及法官受理核復時限，並定有通訊監察之期間，自法院核發日起算，且執行監聽期間內，需定期作成報告，說明有無續行監聽之需要，並注意維持暢通等情，依此綜合觀察，通訊監察之立法宗旨意在規範預計一定期間內即將發生之通訊內容，如僅調閱「過去已結束」之通訊內容，並無聲請續行監察、維持通訊暢通等之需，因而，通訊監察書應係僅對「現時或未來發生」之通訊內容為對象而實施。

#### (四)借外國立法例觀察：

- (1)德國基本法第10條規定保障「書信、郵件與電信秘密」(Brief-, Post-, und Fernmeldegeheimnis)，即秘密通訊自由，其維護秘密通訊自由之宗旨，乃在保護人民免於遭受通訊過程秘密易受侵擾之特殊危險狀態。詳言之，秘密通訊自由係為保護有空間距離之通訊雙方，當其仰賴通訊設備交流彼此訊息內容時，因通訊設備之傳輸過程脫離通訊者之支配範圍，以致訊息內容之秘密性易受第三人或國家侵擾，亦即，通訊雙方使用其所無法支配之通訊媒體，相對於通訊雙方面對面直接溝通，更易受國家干預。據此，為對抗使用通訊設備所形成侵擾秘密之特殊危險狀態，故秘密通訊自由有特別保護之必要性。而秘密通訊自由之保障範圍，因隨訊息送達接收人及傳遞過程結束而終止，當有其保障範圍之時間界限(zeitliche Grenze des Schutzbereichs)，蓋訊息抵達接收人時，訊息已處於接收人之支配範圍，通訊因空間距離所出現之特殊危險狀態，即不復存在。是以，「過去已結束」之通訊內容，若該通訊內容已處於接收人之支配範圍，其得對已結束通訊過程之訊息內容，自行決定保護或刪除等處

理，而非毫無支配可能時，通訊者即不再處於通訊過程秘密易受侵擾之特殊危險狀態，已失去秘密通訊自由所顧慮之特別保護必要。惟收件人對「過去已結束」之通訊內容仍得主張資訊自我決定權（或資訊隱私權），偵查機關得依德國刑事訴訟法第94條、第98條及第102條、第105條以令狀搜索、扣押之規定為之。

(2)美國憲法增修條文第4 條規範隱私權和政府搜索與扣押之保障，美國聯邦法律就通訊監察，針對傳送中（in transit）及儲存中之通訊（stored communications）設有不同之規範，前者適用「聯邦通訊監察法」（The Wiretap Act），採令狀原則，聲請要件較一般搜索票為嚴格，須遵循重罪原則，僅檢察官有聲請權等；後因屬「過去已結束」之通訊內容，因其已非傳送中，故不適用聯邦通訊監察法，而應適用「儲存中通訊監察法」（The Stored Communications Act, SCA），且其已非位處於電子儲存空間中，而係存於提供公眾服務之電信公司，故偵查人員得以令狀、經事先通知相對人的傳票或法院命令為之。

(3)日本設有監聽法規範犯罪偵查目的之通訊監察行為，另有刑事訴訟法規範已儲存之電磁紀錄，如同法第99條之2 附紀錄命令之扣押、第110條之2電磁紀錄之複寫、第111條之2要求接受處分人之協助、第197 條偵查上必要調查、知會及通信紀錄保管命令、第218 條令狀搜索扣押及其網路連線紀錄複製等規定，偵查機關向通訊業者取得其所保管之電磁紀錄（如電子郵件），須依法官核發之附紀錄命令扣押許可令狀，方可扣押取得該電磁紀錄，偵查機關如為保全扣押通信紀錄，得要求保管者不得刪除之。因此，對於「過去已結束」之通訊內容，應適用刑事訴訟法規定，以令狀為之。

由此可知，德國、美國及日本實務上，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（以上外國立法例係參諸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、王士帆教授提供法律意見書，並到庭陳述法律見解）。

(五)綜上，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。

三、本件檢察官起訴被告陳昭全、洪文宗共同經營六合彩，提供電話予賭客傳真簽單，其等再將簽單傳真予上游組頭簽賭，經檢察官以其向法院聲請核發之「調取票」，向中華電信調取陳昭全過去所使用中華電信提供「Hi box」網路傳真服務所接收賭客傳真簽單影像（下稱本案Hi box 傳真）之列印資料，據以證明陳昭全二人涉犯刑法第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。本案Hi box傳

真內容，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，依上揭說明，當不適用通保法「通訊監察書」之規定。而「調取票」，規範於通保法，由法官依檢察官或司法警察官之聲請，審查合法後核發之，調取之客體乃通信紀錄或通信使用者資料（非涉及通訊內容），且以「最重本刑3年以上有期徒刑之罪」、「有事實足認與本案之偵查有必要性及關連性」等為要件（通保法第3條之1、第11條之1）。本案Hibox傳真內容，涉及通訊內容，非屬通信紀錄或通信使用者資料，故不適用通保法「調取票」之規定。誠如前述，偵查機關為犯罪偵查目的而需取得「過去已結束」之通訊內容時，屬資訊隱私權，應回歸適用刑事訴訟法，依刑事訴訟法搜索、扣押相關規定。已如上二、所述。如比較「通信紀錄或通信使用者資料」對個人隱私權之侵害程度相對於「過去已結束」之通訊內容較為低，立法者既將前者以法官事前審查核發之令狀（調取票）為原則，後者至少亦應以法官事前審查核發之令狀為原則，才屬妥適（至於調取票與搜索票、扣押裁定之發動門檻要件固然有別，惟此乃立法政策考量，在此不問）。審諸搜索因對於被搜索人隱私權或財產權造成一定程序之干預與限制，基於憲法第23條法律保留原則之要求，我國採令狀主義，應用搜索票，由法官審查合法後簽名核發之，目的在保護人民免受非法之搜索、扣押。人民對於「過去已結束」之通訊內容，既享有一般隱私權，且通訊內容往往含有與本案無關之大量個人私密資訊，比其他身體、物件、處所、交通工具等之搜索，其隱私權之保障尤甚，應有法官保留原則之適用，是偵查機關原則上應向法院聲請核發搜索票，始得搜索、扣押（刑事訴訟法第122條、第128條、第128條之1），方符憲法上正當程序之要求。又105年6月22日修正公布之刑事訴訟法，增訂第133條之1及第133條之2規定非附隨於搜索之扣押裁定及聲請程序，偵查機關認有聲請非附隨於搜索之扣押必要時，原則上應向法院聲請核發扣押裁定，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。至修正第133條第3項（原條文未修正，由第2項移列第3項）規定提出命令，乃指對於應扣押物之所有人、持有人或保管人，偵查或司法機關得命其提出或交付，如檢察官或法院函請調閱戶政機關有關被告之戶籍口卡，或金融銀行機關有關被告戶頭資金往來明細等。而提出命令，隱含後續之強制處分，受處分人如無正當理由拒絕提出或交付時，通常伴隨著後續之不利處分，即得用強制力扣押之（刑事訴訟法第138條），此無須事先由法院審查，且無其他要件限制。基此，有主張（如本件非常上訴理由書）檢

察官如認「過去已結束」之通訊內容，屬於本案證據，且為應扣押之物，即可依手段比例原則，分別命扣押物之所有人、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即可，均無庸向法院聲請扣押裁定（至於該「過去已結束」之通訊內容，如同時得為證據及得沒收之物，依第133條之1第1項之立法理由，仍應經法官裁定，對該通訊內容之一般隱私權之保障已足，故無就此贅述之必要），惟此對人民一般隱私權之保障實有未足。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，修正後刑事訴訟法第133條第3項（或修正前第133條第2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，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。

四、原確定判決維持第一審判決之見解，認本案「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。案經確定，非常上訴意旨指摘原判決關於該部分有適用法則不當之違法，洵有理由，雖原判決尚非不利於被告，惟涉及法律見解原則上之重要性，而與統一適用該法有關，應由本院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。至非常上訴意旨所稱，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，如上三、所述，為本院所不採，併予指明。

據上論結，應依刑事訴訟法第447條第1項第1款前段，判決如主

文。

中 華 民 國 107 年 5 月 30 日

最高法院刑事第一庭

審判長法官 花 滿 堂

法官 徐 昌 錦

法官 蔡 國 在

法官 陳 宏 卿

法官 林 恆 吉

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 6 月 5 日

---

資料來源：司法院法學資料檢索系統