

裁判字號：最高法院 97 年台非字第 549 號刑事判決

裁判日期：民國 97 年 11 月 06 日

裁判案由：賭博

最高法院刑事判決 九十七年度台非字第五四九號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 甲○○

上列上訴人因被告賭博案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國九十七年二月五日第二審確定判決（九十五年度上易字第六四九號；起訴案號：台灣台南地方法院檢察署九十四年度偵字第四五二三號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

非常上訴理由稱：「一、按判決不適用法則或是適用不當者，為違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原審判決於程序方面認定，本件監聽譯文、搜索、扣押、邱崑鈺、郭秀珠、黃秋榮等警詢、偵查筆錄，均有證據能力。惟查：（一）、關於通訊監察譯文之證據能力部分：依憲法第十二條所定保障人民秘密通訊之自由，及貫徹憲法第八條、第十六條所宣示應依正當法律程序保障人身自由、貫徹訴訟基本權之行使及受公平審判權利保障之旨意，再考量刑事訴訟法第一百五十八條之四規定之人權保障及公共利益之均衡，依比例原則予以判斷，基於以下所述理由，應認為本案偵查中所為之監聽程序，尚有瑕疵，監聽所得之結果，難認為適法，故不具證據之資格：1.按世界人權宣言第十二條規定『任何人之生活、家庭、住所或通訊不容無理侵犯，其榮譽及信用亦不容侵害。任何人為防止此種侵犯或侵害，有權受法律保護』。因此，世界各國為重視此項基本人權之保護，乃紛紛於各該國之憲法中，明列秘密通訊自由及隱私權為憲法所保障之基本人權之一，用以彰顯該等人格法益之不可侵害性，及其普世之價值。而我國亦為符合前開世界民主國家為保障人民基本隱私權及秘密通訊之自由之旨意，於憲法第十二條規定，人民有秘密通訊之自由，惟考量通訊科技設備，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，依憲法第二十三條比例原則之要求，自得以法律限制之。我國於民國八十八年七月十四日公布施行之通訊保障及監察法，即係本諸上旨而制定，尤其該法第一條、第二條、第五條第一項前段，分別規定『為保障人民秘密通訊自由不受非法侵害，並確保國家安全，維持社會秩序，特制定本法』、『通訊監察，除為確保國家安全、維持社會秩序所必要者外，不得為之；前項監察，不得逾越所欲達成目的之必要限度，且應以侵害最

少之適當方法為之』、『……不能或難以其他方法蒐集或調查證據，得發通訊監察書』，即均係在指出通訊監察對人民法益之侵害性甚鉅，是故為達成刑事追訴之目的，所實施用以侵害人民權利之手段，自應嚴守最小侵害原則，以兼顧人民權利保障及訴追公益。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。至於通訊監察之核准及實施，究竟應具備何種正當程序之基本要求，所取得之證據，方具證據之適格，除如前述，應以憲法比例原則作為審酌之基礎外，依通訊保障及監察法之規定，尚須遵守下列之正當程序要件：

- ①列舉重罪原則：即實施通訊監察，必須被告或犯罪嫌疑人符合該法第五條所列舉之重罪。
- ②相關性原則：即監聽之手段與犯罪偵查之目的間須具有關聯性，即該法第五條第一項前段之規定。
- ③書面許可原則：為了使監聽的實施有明確的依據及界線，該法第十一條規定，通訊監察書應記載下列事項：案由及涉嫌觸犯之法條、監察對象、監察通訊種類及號碼等足資識別之特徵、監察處所、監察理由、監察期間及方法、聲請機關、執行機關等項目。
- ④一定期間原則：通訊監察因對人民隱私權之侵害甚鉅，因此實施監察行為，應受一定期限之規範；我國通訊保障及監察法第十二條即明確揭示上揭原則，並規定，除涉及國家安全之監聽，每次不得逾一年外，依該法第五條所列舉之重罪而實施之監聽，每次不得逾三十日；又有繼續監察之必要者，雖得於期間屆滿之二日前，重新聲請，但期限屆滿前，已無監察之必要者，應即停止監察，以保障人權；是若已無證據可資顯示有繼續監察之必要時，自應停止監察，申言之，監聽之執行以能達成監聽目的之最短期間為原則，以避免違法之執行已能達成監聽目的之最短期間為原則，以避免違法『他案監聽』。
- ⑤監聽事後書面通知原則：按『告知及聽聞』係正當法律程序原則之核心內容。故實施監聽時，雖不能通知受監聽人，然監聽結束後，為能使受監聽人得知監聽之相關事項，以憑保有事後對監聽行為是否違法有請求救濟之機會及管道。依該法第十五條及通訊保障及監察法施行細則第二十二條之規定，執行機關應於監察通訊結束後，七日內以書面通知受通訊人，以維護其權益。
- ⑥監察對象特定原則：依通訊保障及監察法第四條之規定，雖監聽之對象，包含被告或犯罪嫌疑人以外，有發送、傳達、收受通訊、提供通訊器材、處所之人在內，惟上開之人既非具被告或犯罪嫌疑人之身分，是故對其實施監聽，於要件上自應受較為嚴格之限制，並應符合前開①至⑤所揭示之正當法律程序之要求自不待言。基上所述，並參酌刑事

訴訟法第一百五十八條之四之規定『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。』復參酌最高法院八十七年度台上字第四〇二五號、九十一年度台上字第二九〇五號判決要旨所揭示『刑事訴訟之目的，固在發現真實，藉以維護社會安全，其手段則應合法純潔、公平公正，以保障人權；倘證據之取得非依法定程序，而法院若容許該項證據作為認定犯罪事實之依據有害於公平正義時，因已違背憲法第八條、第十六條所示應依正當法律程序保障人身自由、貫徹訴訟基本權之行使及受公平審判權利之保障等旨意，自應排除其證據能力。準此，實施刑事訴訟之公務員對被告或訴訟關係人施以通訊監察，如非依法定程序而有妨害憲法第十二條所保障人民秘密通訊自由之重大違法情事，且從抑制違法偵查之觀點衡量，容許該通訊監察所得資料作為證據並不適當時，應當否定其證據能力。』及『證據之取捨若非依法定程序，則應就人權保障與公共利益之均衡維護，應否賦予證據能力。』之意旨，認為若實施通訊監察，有違前開所述之基本原則或要件，且有妨害憲法第十二條所保障人民秘密通訊自由之重大違法情事，抑有進者，如容許此項證據可以作為證據使用，不僅將使刑事訴追之利益，已然凌駕在人民憲法上之基本人權，且刑事訴訟程序所要求之手段廉潔性亦將無從確保，是於上開情形下，自應將通訊監察之譯文內容，予以排除在證據適格性之外。

2. 依通訊保障及監察法規定之程序要件而言：

(1) 查偵查中所核發通訊監察書中所載案由及涉嫌觸犯之法條為『貪污治罪條例第十一條第一項或第五條第一項第三款』，惟本件起訴之案由、事實均為『賭博』乙節：①本件監聽超出原來核定之罪名範圍，屬『他案監聽』，此種監聽行為，明顯已規避法定程序之事前審查之違法監聽行為。本案在偵查程序中，以犯罪嫌疑人涉嫌貪污罪嫌而聲請監聽，然事實上係要監聽尚不具被監聽要件之被告所涉之他案，即起訴之賭博案件。②監聽之重罪原則，係以法定刑度及列舉罪名，惟本件係『賭博』罪嫌，係違反重罪原則。經審酌人權保障及公共利益之維護，尚難認其違法取得之監聽具有證據能力。③綜上，此部分或監聽超出原來核定之罪名範圍，屬『他案監聽』，或因本案監聽係屬附帶監聽不同對象，且非屬通訊保障及監察法第五條所列之重大犯罪，並未重新聲請監聽，故應無證據能力。(2) 相關通訊監察書中監察對象僅載『密〇線』、『吳〇〇』、『李〇案』等部分：本件台灣台南地方法院檢察署檢察官依職權或依聲請核發之通訊監察書，均係表列示之格式，可供書寫之空間有限，聲請之『監聽對象』，僅作簡略之記載：『密十線』、『密三線』等。而所附相關通訊監察書電話附表中，僅表明相關應受通訊監察之電話號碼等十線，均未有任何相關『受監察對象之確實姓名、相關特徵』之記載，已無法由相關資料查得本件『受通訊監察對象』之真義。(3) 就事後書面通知之部分：查相關通訊監察實施完畢後，各『通訊』案號卷內，均僅有通訊監察通知書（稿），並無受通訊監察人確曾收受

通知之回證或足以證明收受通知之事證，無從確認實施通訊監察之機關於監察完畢後有無確實通知受監察人；卷內亦無檢察官曾依通訊保障及監察為由，許可不予通知。因此，通訊監察結束後，究竟有無確實通知受監察人，無從查證。是本件通訊監察實施，有違反監聽事後書面通知原則，甚為明確。3.就刑事訴訟法第一百五十八條之四規定以觀：(1)刑事訴訟重在發現實體真實，使刑法得以正確適用，形成公正之裁判，是以認定事實、蒐集證據即成為刑事裁判最基本課題之一。當前證據法則之發展，係朝基本人權保障與社會安全保障兩個理念相調和之方向進行，期能保障個人基本人權，又能兼顧真實之發現，而達社會安全之維護。因此，探討違背法定程序取得之證據，是否具有證據能力，自亦不能悖離此一方向。另供述證據與非供述證據之性質不同，一般認為供述證據之採取過程如果違法，即係侵害個人自由意思，故而應嚴格禁止，而蒐集非供述證據之過程如果違背法定程序，則因證物之型態並未改變，尚不生不可信之問題。本次刑事訴訟法之修正，已就違背法定障礙事由及禁止夜間訊問與告知義務等規定暨違法未經具結所取得供述證據之證據能力，增訂第一百五十八條之二、第一百五十八條之三，以資規範。而現行刑事訴訟法第一百條之一第二項、組織犯罪防制條例第十二條等，亦有關於證據強制排除之規定，為求周延，並兼顧人權保障及公共利益之維護，爰增訂本條，使其他違背法令程序所取得之證據，其有無證據能力之認定，有一衡平之規定，避免因為排除法則之普遍適用，致使許多與事實相符之證據，無可例外地被排除。至於人權保障及公共利益之均衡維護，如何求其平衡，因各國國情不同，學說亦是理論紛歧，依實務所見，一般而言，違背法定程序取得證據之情形，常因個案之型態、情節、方法而有差異，法官於個案權衡時，允宜斟酌(一)違背法定程序之情節；(二)違背法定程序時之主觀意圖；(三)侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重；(四)犯罪所生之危險或實害；(五)禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果；(六)偵審人員如依法定程序，有無發現該證據之必然性；及(七)證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度等各種情形，以為認定證據能力有無之標準，俾能兼顧理論與實際，而應需要。(2)本件通訊監察違背通訊保障及監察法者，係本件通訊保障之核心，即『列舉重罪原則』，此係立法者於立法時就通訊保障及社會法益即所為之法益衡量結果。而本件被告涉嫌刑法第二百六十八條之意圖營利，聚眾賭博罪嫌，如依法定程序聲請，自亦無法獲得本件監聽證據，原即經法益衡量排除在外，斷無再以刑事訴訟法第一百五十八條之四之規定，取得證據能力。4.綜上所述，本案檢察官引以認定被告涉犯刑法第二百六十八條犯行之通訊監察內容譯文，因該通訊監察書之核發，有違列舉重罪、相關性、監聽事後書面通知等正當程序原則，所引用據以為證據之監聽譯文，竟係使用在與監聽重罪內容無關之賭博犯行上，此與受監察人所受之通訊隱私保障，欠缺一定之比例，有違反憲法比例原則中所揭示之最小侵害原則甚明。是審酌人權保障及公益維

護之均衡，即若允許使用上開監聽譯文，將使刑事訴訟程序所要求之手段廉潔性無從確保，且無法彰顯憲法所欲保障人民隱私權之基本核心價值，是於上開情形下，應認為上開監聽譯文均無證據能力。（二）、關於搜索、扣押、邱崑鈺、郭秀珠、黃秋榮等警詢、偵查筆錄等證據能力部分：1.按學理上所謂毒樹果實理論，乃指先前違法取得之證據，有如毒樹，本於此而再行取得之證據，即同毒果，為嚴格抑止違法偵查作為，原則上絕對排除其證據能力，係英美法制理念，我國並未引用。我刑事訴訟法第一百五十八條之四所定『除法律另有規定外，實施刑事訴訟法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。』是為法益權衡原則採相對排除理論，以兼顧被告合法權益保障與發現真實之刑事訴訟目的。是除法律另有特別規定不得為證據，例如同法第一百條之一第二項、第一百五十八條之二、第一百五十八條之三等類者外，先前違法取得之證據，應逕依該條規定認定其證據能力，固勿論矣。其嗣後衍生再行取得之證據，倘仍屬違背程序規定者，亦應依上揭規定處理；若為合乎法定程序者，因實質保護之法理，當同有該相對排除規定之適用（最高法院九十六年度台上字第四一七七號判決要旨參照）。2.次按搜索、扣押、通訊監察等強制處分，涉及人民之隱私、財產；拘提或逮捕，涉及人民之行動自由。隱私、財產及自由三者皆為憲法所保障之基本人權，具有同等重要性，並無輕重之不同，故以侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類來權衡，應將其種類區分為『憲法上』之權益或『法律上』之權益始有實益。因此，就單一憲法基本權利，只要政府機關行為構成非法侵害，即應傾向於證據排除，而無適用刑事訴訟法第一百五十八條之四權衡原則之餘地。經查，檢察官偵辦本案期間，核發如卷內所附相關之各通訊監察書，依各通訊監察書所記載之內容統計，監察期間自九十三年六月九日起至九十四年六月二十三日止，共計監聽電話達一百五十三線次（以每張通訊監察書所實施監察之電話號碼、行動電話序號計算，九十三年度共六十二線、九十四年度一月份共十線、九十四年度二月份共十線、九十四年度三月份共四十二線、九十四年度四月份共十七線、九十五年度五月份共十二線），期間甚長，牽連亦廣，且有上述多項違法之虞，『監察對象』不明而違反監察對象特定原則、違反重罪列舉原則、違反關聯性原則、違反通訊監察為偵查最後手段之必要性原則、卷內亦無實施通訊監察完畢後有合法通知受監察人之明確事證而違反書面通知原則，可謂違法情節相當重大，已嚴重違反通訊保障及監察法為保障人民憲法上秘密通訊自由之基本權利所設計上述幾項基本原則，而侵害人民憲法上秘密通訊自由之基本權利，自應排除其證據能力，已收嚇阻之效。否則，上開法律原則必將崩毀，人民無法受『制度』上之保障，並參酌上開最高法院判決要旨，暨九十六年七月十一日修正公布之通訊保障及監察法第五條第四項之精神，應認排除各通訊監察所取得之通訊監察錄音及其譯文之證據能力及即因此衍生所得之搜索、扣押、證人

邱崑鈺、郭秀珠、黃秋榮等警詢、偵查筆錄等之證據能力，始為適法。乃原判決竟謂，係依法定程序傳訊應有證據能力，即有判決不適用法則之違背法令。二、案經確定，為統一法律之適用，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。」等語。

本院按實施刑事訴訟程序之公務員，依通訊保障及監察法規定對被告或犯罪嫌疑人實施之通訊監察，係為確保國家安全、維持社會秩序之目的所為截取他人通訊內容之強制處分。依該法修正前、後第五、六、十一條規定以觀，通訊監察之內容原則上固應針對通訊監察書記載之特定犯罪嫌疑之罪名，惟實施通訊監察時，因無法預期及控制實際監察所得之通訊內容及範圍，在通訊監察過程中，不免會發生得知在本案通訊監察目的範圍以外之通訊內容（有稱之為「另案監聽」、「他案監聽」者），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，得否容許作為另案之證據使用，法無明文規定。此種情形因屬於本案依法定程序實施通訊監察時，偶然附隨取得之證據，並非實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，自無刑事訴訟法第一百五十八條之四規定之適用。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」，得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」）。則基於同一之法理，及刑事訴訟上發現真實之要求，自應容許將在本案通訊監察目的範圍以外，偶然獲得之資料，作為另案之證據使用。又九十六年七月十一日修正公布之通訊保障及監察法第五條第五項、第六條第三項均規定「違反本條規定進行監聽行為情節重大者，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。」依上開二項規定意旨，並參酌刑事訴訟法第一百五十八條之四之規定，違法監聽如情節並非重大者，所取得之監聽內容及所衍生之證據，有無證據能力，仍應就人權保障及公共利益之均衡維護予以權衡決定，而非當然無證據能力，則依「舉重以明輕」之法理，在合法監聽時，偶然附隨取得之另案證據資料，並非違背法定程序取得之證據，亦未侵害憲法所保障之人民秘密通訊權，基於維護公平正義及刑事訴訟發現真實之目的，該偶然取得之監聽內容及所衍生之證據，亦應認為有證據能力。卷查本件係因台灣台南地方法院檢察署檢察官另案偵辦瀆職等案件（九十三年他字第七二八、一四四八號）時，經檢察官依法核發通訊監察書實施通訊監察，對相關犯罪嫌疑人多人使用之電話予以監聽，嗣於監聽邱崑鈺（已死亡，經原審法院判決公訴不受理確定）使用之0000000000號行動電話時，得知邱崑鈺與被告甲○

○涉有本件賭博罪嫌，再循線對邱崑鈺實施搜索、扣押，並詢問邱崑鈺、證人郭秀珠、黃秋榮，因而查獲等情，有卷附之通訊監察書、通訊監察聲請書及所附之查證報告、監聽譯文、搜索、扣押筆錄、警詢筆錄、訊問筆錄等可稽。本件被告行為時即八十八

年七月十四日公布之通訊保障及監察法第五條第二項規定，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核發，審判中由法官依職權核發。嗣該法第五條第二項前段於九十六年七月十一日經修正公布為：「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記載第十一條之事項，並敘明理由、檢附相關文件，聲請該管法院核發」，其第三十四條第二項並規定上開修正條文自公布後五個月施行。本件檢察官核發通訊監察書，實施通訊監察之時間，係在上開通訊保障及監察法修正公布施行之前所為，通訊監察書記載涉嫌觸犯之法條分別為貪污治罪條例第五條第三款、同條例第十一條第一項，分別為同法第五條第一項第一款、第三款所列之罪嫌，通訊監察書對監察對象雖記載為「密十線」、「密三線」，但附表已列明各線電話號碼，且依通訊監察聲請書及所附查證報告對該等電話號碼及持用人、與貪污行賄案之關聯性，均有明確記載，已具備對象固定之效果，是檢察官核發通訊監察書實施之通訊監察，客觀上均符合修正前通訊保障及監察法所規定之法律要件，不能指為違法。另本件卷內雖無通訊監察結束時，執行機關通知被監察人之資料，然被告行為時通訊保障及監察法第十五條第一項規定，執行機關於監察結束時，應即請通訊監察書核發人許可後，通知受監察人。但有妨害監察目的之虞或不能通知者，經通訊監察書核發人許可後，不在此限。依其立法理由說明係：「為使通訊監察透明化，免除人民疑慮，執行機關應於通訊監察結束時，通知被監察人。如其通知有妨害通訊監察目的之虞或事實上不能通知者，因其不宜通知或無從通知，爰設第一項但書規定。」則此一通訊監察結束事後通知受監察人之程序，目的既在使受監察人得悉受通訊監察之情形，通訊監察得以透明化，則事後有無依法通知受監察人，顯與執行機關合法執行通訊監察所得證據之證據能力無涉。本件因執行通訊監察所取得被告與邱崑鈺之關於賭博罪嫌之監聽譯文，固係於執行瀆職案件之通訊監察時，偶然附隨取得本案監察目的範圍以外之通訊內容，惟揆諸上揭說明，該監聽譯文本身及所衍生之邱崑鈺實施搜索、扣押，並詢問邱崑鈺、證人郭秀珠、黃秋榮所取得之證據資料，均應容許為本件賭博案件之證據資料，原審法院因而認為有證據能力，經合法調查後採為判斷之依據，自無非常上訴意旨所指判決不適用法則之違背法令可言。本件非常上訴為無理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十六條，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 七 年 十 一 月 六 日

最高法院刑事第五庭

審判長法官 陳 正 庸

法官 賴 忠 星

法官 林 秀 夫

法官 宋 祺

法官 陳 祐 治

本件正本證明與原本無異

官 記 書
日 三 十 一 年 七 十 九 國 民 華 中
E

資料來源：司法院法學資料檢索系統