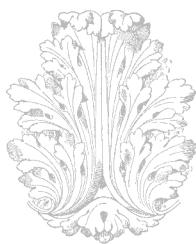


科技及刑事司法間的對話(一)

通訊監察及 隱私保護

Communications Surveillance
and Privacy Protection



李榮耕
著

學術論文集

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID□11372>

科技及刑事司法間的對話(一)

通訊監察及隱私保護

李榮耕 著

 元照出版公司
元照出版 搶先試閱版

序 言

大山可以挪開，小山可以遷移。但我的慈愛必不離開你，我平安的約也不遷移。這是憐恤你的耶和華說的。

以賽亞書五十四章第10節

大約是在進入碩士班，並在有機會時繼續攻讀博士班之際，我就決定了以通訊監察作為的題目。老實地說，我那時候並不知道它有多麼地困難，更不用說，隱私本身已經是一個相當複雜的議題。美國在這方面，有著極為綿密的規範，相關的研究汗牛充棟，實務上也累積有大量五花八門的案例。再者，這些國家所得使用的科技，不只會運用在犯罪偵查，在情報工作上也派得上用場。這使得資質駑鈍的我，在學習及論文的寫作上，著實吃了不少苦頭。開始教學及研究後，在逐漸摸索之下，才更多地了解到通訊監察實務之一二，以及我國獨有的問題。這些都是在作比較法制的引介、比較、借鏡及研究時，我不斷提醒自己的。

一路來，也累積了些許分析及研究後的成果，陸續發表了一些文章，集結為這本書「通訊監察及隱私保障——科技及刑事司法間的對話(一)」。

這個名字除了說明本書的主題外，也期許自己可以在這個議題上繼續研究，產出些許成果。在這些與通訊監察相關的論文中，我的想法是，隨著生活型態的改變，科技的進步，以及人們對於隱私的

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID□11372>

強烈需要，通訊監察的規範必須要兼顧隱私權益的保護及打擊犯罪的需求。亦即，在一些困難且複雜的議題上，我們不能一味地偏重隱私的保護，而是要保留給偵查（國家）機關必要的執法空間及彈性，以因應實際運作上的需要。另外，由於通訊技術日新月異，除了要更為深入地探究通訊監察的基礎法理外，也必須因著新的通訊型態，檢視現有的條文及理論，確認其是否足以因應及是否需要修正。這本論文集也同時收錄了幾篇與通訊監察不直接相關，但同樣都是因為科技轉變，法規範應該有所調整的文章。

刑事訴訟法，乃至於通訊監察法領域，有著諸多前輩辛勤耕耘的成果。若不是有他們的努力，就不會有這本書的問世。最重要的是，是深愛世人的神，祂是一切智慧的源頭。若這本論文集有助於通訊監察法制的進步，都必須要感謝祂。願神得著一切的榮耀。SDG.

李榮耕

主後2020年2月



元照出版

搶先試閱版

目 錄

序 言

◆I Am Listening to You

——釋字第631號解釋、令狀原則及修正後 通訊保障及監察法

壹、前 言.....	1
貳、司法院大法官釋字第631號解釋及其討論	2
一、通訊隱私屬於憲法所保障的基本權利	2
二、檢察官得核發通訊監察書的規定違憲	4
參、令狀審查機關的憲法要求.....	7
一、我國憲法的規定及相關解釋.....	8
二、美國的相關判決	9
三、比較及討論	12
肆、我國現行及修正後通保法的規範	15
一、通訊的定義	15
二、通保法涵蓋了為犯罪偵查及國家安全目的 之通訊監察	17
三、得實施通訊監察的案件	17
四、通訊監察的要件	18
五、通訊監察書的聲請人	20
六、核發通訊監察書的審查程序.....	21
七、令狀原則.....	22

八、監察期間及延長	23
九、最小侵害原則	23
十、不定點監聽（Roving Surveillance）	25
十一、緊急通訊監察（Communications Surveillance in Exigent Circumstances）	27
十二、證據排除法則	29
十三、建置機關？執行機關？	33
十四、監督機制	36
十五、小 結	40
伍、結 論	43

◆Matrix駭客任務刑法第358條入侵電腦罪

壹、前 言	45
貳、刑法第358條的基本結構、要件及相關判決	47
一、本條的基本結構	47
二、本條的構成要件及相關實務判決	48
參、美國聯邦電腦詐欺及濫用防制法（CFAA） 的入侵電腦罪	54
一、CFAA的基本架構	54
二、電 腦	56
三、使用（access）	57
四、無（越）權	63
肆、討論及建議	66
一、電腦的定義	66
二、刑法第358條無須限定入侵電腦的行為方式	68
伍、結 論	74

◆個人資料外洩及個資外洩通知條款的立法芻議

壹、前 言	77
貳、憲法上的資訊隱私權	78
一、傳統概念下的隱私權	78
二、資訊隱私權	80
參、數位時代裡的個人資料	84
一、個人資料的意涵	84
二、個人資料大量及詳盡地為第三人所取得、 持有及使用	85
三、個人資料的數位化	90
肆、個人資料外洩（Breach of Personal Data）	91
一、個人資料外洩的意涵	91
二、現 狀	92
三、個人資料外洩的種類	96
四、資訊外洩的原因	98
五、個人資料外洩所產生的衝擊	103
伍、個資外洩通知（Personal Data Breach Notification） 的必要性	104
一、他律機制的必要性	104
二、降低可能的損害	107
陸、美國聯邦及州的資訊外洩通知條款	108
一、美國聯邦的個資外洩通知規定	108
二、美國州級的個資外洩通知條款	114
柒、建議及討論	118
一、我國應有個人資料外洩通知的規範	118
二、適用範圍	119

三、個人資料的定義	122
四、通知的時間點	124
五、通知的對象	125
六、通知的期間要求	125
七、通知的方式	126
八、個人瞭解及查詢個資外洩的權利	127
九、違背通知義務的責任	127
捌、結 論	128

◆你好，我不好

——得一方同意的通訊監察及近年最高法院 相關判決簡評

壹、前 言	131
貳、近年最高法院判決之立場	132
一、私人發動型	133
二、國家介入型	134
三、小 結	136
參、隱私及得通訊一方同意之通訊監察	136
一、合理隱私期待理論（The Reasonable Expectation of Privacy Theory）	137
二、風險承擔理論（The Assumption of Risk Rule）	138
三、得一方同意之通訊監察的理論基礎	139
肆、美國聯邦通訊監察法的相關規定	139
一、類 型	140
二、「同意」的意涵	142
三、舉證責任	142



伍、最高法院近年相關判決評釋.....	143
一、同意監察的合法性	144
二、同意監察的規範基礎	145
三、同意的判斷基準及舉證責任.....	147
陸、結 論.....	148
 ◆論偵查機關對通信紀錄的調取	
壹、前 言.....	149
貳、隱私權的相關理論及判斷基準	150
一、隱私的合理期待（reasonable expectation of privacy）	150
二、風險承擔理論（第三人理論）	151
參、電話通訊與隱私.....	153
一、通訊內容.....	153
二、通信紀錄及其他非內容性通訊資料	154
肆、通信紀錄於我國法制上的地位	163
一、憲法及相關的大法官會議解釋.....	163
二、相關法律規範.....	165
伍、討論及建議	169
一、通信紀錄受有憲法隱私權的保障	169
二、偵查機關調取通信紀錄應遵循的要件及程序.....	172
陸、結 論.....	174



◆析論我國情報通訊監察法制

——以美國法制為比較

壹、前 言	177
貳、犯罪偵查與國家安全工作之異同	178
參、我國之情報通訊監察法制	180
一、國家情報工作法	181
二、通訊保障及監察法	182
肆、美國情報通訊監察的初期發展及實務立場	188
一、早年的美國實務立場	189
二、 <i>United States v. United States District Court</i> (<i>Keith</i>) 案	190
伍、美國聯邦外國情報監察法 (FISA) 及相關法案	198
一、情報通訊監察之對象及客體	199
二、有令狀的情報通訊監察	200
三、無令狀監察	208
四、最小侵害程序 (minimization procedure)	211
五、事後通知及救濟程序	212
六、情報通訊監察所得資料之銷燬	213
七、國會監督	214
八、NSA計畫的無令狀情報通訊監察	215
九、外國情報通訊監察法修正法案 (FAA)	218
陸、討論及立 (修) 法之建議	221
一、偵查通訊監察及情報通訊監察應有其區分 必要	221
二、情報通訊監察應採行令狀原則	223



元照出版

請先試閱版

三、程序及實質要件應更為明確具體	224
四、監察對象	226
五、最小侵害原則（the minimization requirement）	229
六、證據排除法則	229
七、經情報通訊監察所取得的資訊是否得作為 證據之用？	231
八、事後通知（Post Notice）及救濟	233
九、保存及銷燬	233
十、應建立客觀中立之外部監督機制	235
柒、結 論	235

◆特定明確原則與機動性通訊監察

壹、前 言	237
貳、令狀原則之意涵	239
一、司法院大法官會議第631號解釋	240
二、學理上的分析討論	241
三、令狀原則與相當理由	242
參、特定明確原則（The Particularity Requirement）	242
一、規範目的及理論基礎	243
二、判斷標準及個案中之適用情形	245
三、小結及分析	252
肆、特定明確原則與機動性通訊監察	254
一、通訊監察中特定明確原則之意涵	254
二、機動性通訊監察（Roving Surveillance）之概念	256
三、美國聯邦通訊監察法（The Wiretap Act, Title III）的規定	258
四、美國司法實務的立場	263

伍、就機動性通訊監察之綜合評析	266
一、法制上應可採行機動性通訊監察	266
二、採行機動性通訊監察應有的程序規定及限制	274
陸、結 論	277

◆通訊監察中之最小侵害原則

壹、前 言	281
貳、最小侵害原則於通訊監察中之重要性	282
一、最小侵害原則的概念	283
二、通訊監察與傳統搜索扣押之差異	284
三、最小侵害原則為執行通訊監察時的重要 程序規範	287
參、最小侵害原則於我國法規範上之地位	287
一、司法院釋字第631號解釋	288
二、通訊保障及監察法	289
肆、美國聯邦通訊監察法之規定及實務立場	291
一、美國聯邦通訊監察法之規定	292
二、 <i>Scott v. United States</i> 案	294
三、判斷基準及審酌事項	298
四、執法機關所得採取的通訊監察方式	303
伍、通保法相關規定之討論及建議	306
一、審查基準	306
二、最小侵害原則與證據排除	311
三、排除的範圍	314



四、其他相關條文的配合及適用	315
五、可採取的通訊監察方式	316
陸、結 論	317

◆電磁紀錄的搜索及扣押

壹、前 言	321
貳、搜索扣押電磁紀錄之執行	323
一、傳統搜索扣押之程序	324
二、搜索扣押電磁紀錄的執行方式	325
三、電磁紀錄之搜索扣押多採二階段搜索模式 的因素	327
四、兩者間之異同	329
參、電磁紀錄的搜索扣押與其權利侵害	330
一、對於電腦設備及載體的長時間且大範圍的 扣押	330
二、對電磁紀錄載體所進行的電腦鑑識	331
三、實質意義的搜索	332
肆、電磁紀錄載體之搜索扣押	337
一、對於電磁紀錄載體及相關電腦設備的扣押	338
二、廣泛取得載體內資訊的問題	346
三、仍應容許偵查機關扣押載體	348
四、扣押物細目的付與	354
伍、電腦鑑識程序的相關問題	356
一、電腦鑑識於現行實務上的操作	356
二、以鑑定行電腦鑑識無法妥適保障人民權益	357
三、電腦鑑識屬於實質意義的搜索	359



元照出版

請先試閱版

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID□11372>

四、令狀程序及相當理由的審查.....	362
五、應取得資訊或檔案的記載.....	364
六、鑑識方式的記載（？）	368
七、執行時間的限制	375
陸、電腦鑑識與「一目瞭然法則」（the Plain View Doctrin）	377
一、一目瞭然法則的概念	377
二、一目瞭然法則於電腦鑑識中之適用	378
柒、結 論.....	386



元照出版

搶先試閱版

I Am Listening to You

—— 釋字第631號解釋、令狀原則 及修正後通訊保障及監察法*

壹、前言

2007年7月11日，立法院修正通過通訊保障及監察法（以下簡稱「通保法」），並訂於公布後五個月後施行（日後，又於2014年及2016年有兩次修正）。其中，極為重要的一個修正，就是將通訊監察權回歸法院。同年的7月20日，司法院大法官作成了釋字第631號解釋，宣告修正前通保法第5條授權檢察官得核發通訊監察書的規定違憲，並定修正前的第5條規定最遲於修正後條文施行之日失其效力。

除了將通訊監察權回歸法院外，釋字第631號解釋及通保法的修正也提供了我們一個再一次思索強制處分決定權的歸屬的機會。涉及人民隱私權的強制處分，應該由誰決定？如果檢察官不得核發通訊監察書，那其適不適合核發搜索票？立法者可不可以讓檢察官再度擁有搜索權？除此以外，應該如何適用修正後的通保法？如果有不備之處，應該如何以解釋的方式加以填補？修正後的規定，有沒有可以改進的地方？都是值得討論的問題。上述數點，便是之所以有這一篇文章的原因。

我們先從釋字第631號解釋的討論及分析開始，進而針對

* 本文撰寫於2007年大法官作成釋字第631號解釋及通保法於當年的修正後，原載於台灣本土法學雜誌，104期，2008年3月，頁47-60；及105期，2008年4月，頁43-56。

2 通訊監察及隱私保護

令狀審查機關的憲法要求為討論，再針對修正後的通保法為分析。最後，本文會提出通保法解釋適用及修正上的建議。要先說明的是，這一篇文章的討論範圍主要是一般犯罪偵查為目的的通訊監察。至於為國家安全及軍事案件偵查所需的通訊監察，在相關部分會有簡要的討論，但暫時不是我們關注的重點。

貳、司法院大法官釋字第631號解釋及其討論

據以聲請本件大法官解釋的確定判決所涉事實是，釋憲聲請人因為違反刑法第132條第1項的洩漏國防以外秘密罪而被判決有罪¹。法院判決的依據之一是執行檢察官所核發的通訊監察書所得的監聽紀錄。聲請人主要的主張是，無論是偵查中或審判中，通訊監察書應該一律由法官核發，否則即有違憲之虞。是故，本號解釋主要的爭點在於：「通保法第五條授權檢察官得逕行核發監聽票的規定是否違憲？」大法官明確定表示，通保法授權檢察官核發通訊監察書的規定違憲²。

一、通訊隱私屬於憲法所保障的基本權利

從釋字第631號解釋所援用的憲法條文及法理依據來看，大法官是從人民的秘密通訊自由（憲法第12條）及正當法律程序出發。大法官首先指出，人民所享有的秘密通訊自由包括了「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。」這一個權利，同時也是憲法所保障的隱私權的具體型態之一。

¹ 臺灣高等法院92年上訴字第882號判決。

² 關於本號解釋的深入評論，還請參照李震山，〈擲動通訊保障與通訊監察天平上的法碼——釋字第六三一號解釋評析〉，台灣本土法學雜誌，98期，2007年9月，頁281-291。

在憲法本文或是增修條文中，並沒有隱私權的明文規定。然而，早在釋字第293號解釋，大法官就已經開始使用隱私權這樣的字句³。之後，大法官分別在釋字第509號解釋⁴、第535號解釋⁵、第554號解釋⁶、第585號解釋⁷及第587號解釋⁸的主文

-
- ³ 釋字第293號解釋主文中，是這樣說明的：「銀行法第四十八條第二項規定『銀行對於顧客之存款、放款或匯款等有關資料，除其他法律或中央主管機關另有規定者外，應保守秘密』，旨在保障銀行之一般客戶財產上之秘密及防止客戶與銀行往來資料之任意公開，以維護人民之隱私權。」
- ⁴ 釋字第509號解釋沒有明白表示隱私權是憲法所保護的基本權利，不過，大法官在主文中仍表示：「言論自由為人民之基本權利，憲法第十一條有明文保障，國家應給予最大限度之維護，俾其實現自我、溝通意見、追求真理及監督各種政治或社會活動之功能得以發揮。惟為兼顧對個人名譽、隱私及公共利益之保護，法律尚非不得對言論自由依其傳播方式為合理之限制。」
- ⁵ 釋字第535號解釋說明道：「臨檢實施之手段：檢查、路檢、取締或盤查等不問其名稱為何，均屬對人或物之查驗、干預，影響人民行動自由、財產權及隱私權等甚鉅，應恪遵法治國家警察執勤之原則。」
- ⁶ 釋字第554號解釋的理由書表示道：「矧刑法就通姦罪處一年以下有期徒刑，屬刑法第六十一條規定之輕罪；同法第二百四十五條第一項規定，通姦罪為告訴乃論，使受害配偶得兼顧夫妻情誼及隱私，避免通姦罪之告訴反而造成婚姻、家庭之破裂；同條第二項並規定，經配偶縱容或宥恕者，不得告訴，對通姦罪追訴所增加訴訟要件之限制，已將通姦行為之處罰限於必要範圍，與憲法上開規定尚無抵觸。」
- ⁷ 釋字第585號解釋主文的部分文字如下：「同條例第八條第四項前段規定『本會行使職權，不受國家機密保護法、營業秘密法、刑事訴訟法及其他法律規定之限制』、同條第六項規定『本會或本會委員行使職權，得指定事項，要求有關機關、團體或個人提出說明或提供協助。受請求者不得以涉及國家機密、營業秘密、偵查保密、個人隱私或其他任何理由規避、拖延或拒絕』，其中規定涉及人民基本權利者，有違正當法律程序、法律明確性原則。」
- ⁸ 釋字第587號解釋理由書：「此種訴訟雖係為兼顧身分安定及子女利益而設，惟得提起否認之訴者僅限於夫妻之一方，未規定子女亦得提

4 通訊監察及隱私保護

或是理由書中，也都援引了隱私權的概念及相關原則為說理及論證的依據。從2005年開始，大法官會議更正式在釋字第603號解釋的主文中承認，隱私權雖然不是憲法明文列舉的基本權，但是「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，而受憲法第二十二條所保障……。」這一號解釋也被釋字第631號解釋所援用。所以，隱私權作為憲法所保障的基本權利應該已經無庸置疑。

再者，從憲法已有的條文也可以知道，制憲者有意將隱私權納入憲法的規範中。例如憲法第10條隱含著人民享有在居住空間中，不受國家或他人不當侵入的權利。也就是說，人民對於其住宅或處所享有不受侵擾的隱私權。從這一些憲法規定，我們也可以歸結出隱私權屬於憲法所保障的基本權利的結論。但是，隱私權並不是一個絕對的權利，在符合憲法第22條及第23條時，國家仍然可以予以限制。在刑事訴訟程序中，為了取得證據可以搜索處所或是監聽人民的秘密通訊便是適例。依照釋字第631號解釋的意旨，通訊監察的唯一適格的決定機關是法院，但是，接下來的問題是，在審理其他也會涉及隱私權侵害的強制處分（如搜索）時，誰才是合適的審查機關？更精確一點問：「在正當法律程序的要求下，誰才適合作為涉及隱私權侵害的強制處分的令狀核發機關？」關於這一個問題，我們將在本文參、作討論。

二、檢察官得核發通訊監察書的規定違憲

釋字第631號解釋表示，通訊自由屬於憲法所保障的隱私

起否認之訴，或係為避免涉入父母婚姻關係之隱私領域，暴露其生母受胎之事實，影響家庭生活之和諧。」

權，不過，大法官也承認，在符合正當程序的前提下，國家還是可以限制人民的秘密通訊自由。在這一號解釋中最重要的一點，當屬檢察官不得核發通訊監察書。

(一)國家進行通訊監察所須遵守的正當程序

憲法上明文地保障了人民的秘密通訊自由，但是，大法官同時也肯認立法者可以為了「確保國家安全、維護社會秩序」，制定必要的法律，授權偵查機關於符合法定的實體及程序要件時，限制該通訊自由。以現行的法規範來說，通保法便是授權偵查機關就人民通訊為監聽的具體規定。本號解釋指出，國家機關所為的通訊監察，是以過濾及監聽人民通訊的方式，蒐集相關紀錄，並以之作為認定犯罪事實的依據；在性質上，屬於強制處分的一種。但是，通訊監察對於人民基本權利的侵害比一般強制處分所造成的更為嚴重。這是因為，在執行通訊監察時，不需要（也不可能）事先通知受監察人或是事前取得同意，也沒有給予其有防禦的機會（如保持緘默或委任律師）。再者，通訊監察屬於持續性的強制處分，也不會受到有形空間的限制。最後，通訊監察不只會侵害到受監察人的通訊自由，也無可避免地會影響到無辜第三人的通訊自由。所以，大法官指出，立法者在制定相關法律時，所規範的要件必須要具體及明確、不得逾越必要的範圍，所踐行的程序也必須要正當且合理。

(二)通訊監察書只得由法院核發

修正前通保法第5條第1項規定：「有事實足認被告或犯罪嫌疑有下列各款罪嫌之一，並危害國家安全或社會秩序情節重大，而有相當理由可信其通訊內容與本案有關，且不能或難以其他方法蒐集或調查證據者，得發通訊監察書。」大法官肯認其對於實施通訊監察的要件規定具體且明確；但是對於核發

6 通訊監察及隱私保護

通訊監察書的程序規定，卻有著相當嚴厲的批評。就結論來說，大法官認為現行容許檢察官核發通訊監察書的規定不符合正當程序的要求，且與憲法保障秘密通訊自由的意旨有違。

釋字第631號解釋說明道，國家固然有追訴犯罪及蒐集證據的利益，但是，因為通訊監察對於人民基本權利的侵害非常強烈及廣泛，所以，在設計通訊監察的審查程序時，應減少不必要的侵害及制衡偵查機關的權限⁹。依照憲法上正當程序的要求，檢警機關在有監察人民通訊的必要時，原則上，應該要向「客觀、獨立」¹⁰的法院聲請核發通訊監察書，使機關間的權力能夠有所相互節制；也就是說，負責犯罪偵查的檢警機關不得自行審查通訊監察的必要性。現行的通保法第5條第2項欠缺這樣的設計，容許檢察官核發通訊監察書，違背了前述的憲法誡命，因而違憲。除此之外，大法官也提醒道，於核發通訊監察書時，法院應該要嚴格審查通訊監察的聲請是否符合通保法第5條第1項的要件；即便認為有監察人民的通訊自由的必要時，法院也必須遵守最小侵害原則；法院也應該要隨時監督通

⁹ 從實證數據上可以知道，大法官的考量並不是無的放矢。修正通保法實行後，自2007年12月11日至2008年1月10日間，各法院受理聲請通訊監察案件共1,232件，全部核准者共651件，部分核准（部分駁回）者共192件，全部駁回者共370件，核准率為61.58%。請參照，司法院刑事廳新聞稿，available at <http://jirs.judicial.gov.tw/GNNWS/download.asp?sMsgId=9595> (last visited Mar. 5, 2008). 這樣的數據顯示，對於發動通訊監察的門檻，檢察官及法官確實有不一樣的心證。某種程度來說，在通訊監察的決定權回歸到法院後，的確可以有效地避免對於人民通訊自由及隱私的不當侵害。

¹⁰ 關於這一個地方，李震山老師說明道，法官執行職務時會「客觀、獨立」，為釋字第631號解釋的預設，但李老師也提醒道，此一預設有賴於司法品質的提升，以及法官對於憲法精神的認同與堅持。請參照，李震山，同註2，頁288-289。

訊監察的執行情形¹¹。

在本號解釋主文中，大法官指示道，依照正當程序的要求，通訊監察書應由「客觀、獨立」的法官核發，所以，修正前的通保法容許檢察官決定通訊監察的規定違憲。這樣的文字，或明示或暗示檢察官並不是客觀獨立的司法官員，是故，在決定涉及人民隱私的侵害的強制處分時，檢察官不是適合的審查機關。這個立場，與美國的相關判決相仿。美國聯邦最高法院一貫地認為，檢察官不是中立且超然的司法官員，所以不適用於核發搜索票¹²。本號解釋表示道，依照正當法律程序，通訊監察應由客觀及獨立的法官決定，那同為侵害人民隱私的搜索，是否應該遵守一樣的要求？礙於大法官會議解釋的體例，本號解釋並未說明。關於這一個問題，我們將從法理及外國立法例為比較及討論。

參、令狀審查機關的憲法要求

我國憲法第8條第2項規定：「人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁時，其逮捕拘禁機關應將逮捕拘禁原因，以書面告知本人及其本人指定之親友，並至遲於二十四小時內移送該管法院審問。本人或他人亦得聲請該管法院，於二十四小時內向逮捕之機關提審。」亦即明定了長期拘束人身自由的強制處分應該由法院決定。大法官釋字第392號解釋中，也闡述了這樣的立場。不過，關於其他的強制處分令狀，憲法便沒有明文的規定。無獨有偶地，美國聯邦憲法中，也沒有規定諸如搜索或扣押等強制處分應該由誰決定。在這一方面的憲法要求，兩國都是經由司

¹¹ 有學者將此稱為通訊監察的「事中監督」。請參照李震山，同註2，頁289-290。

¹² 本文參、二、的部分會討論美國的相關判決。

8 通訊監察及隱私保護

法及立法者所形成的。在這裡，我們要探討的是，在決定是否發動涉及人民隱私權的強制處分時，誰是適當的審查機關？可不可以是檢察官？雖然釋字第631號解釋已經表示，只有法院才適於核發通訊監察書，但是，這是不是就意味著其他涉及隱私的強制處分，如搜索，可以作成相異的規範及設計？下面，我們將從美國法的角度切入，並進行討論。

一、我國憲法的規定及相關解釋

釋字第631號解釋明確指出，通訊監察書只能由法官核發，檢察官並無權限制或侵害人民的通訊隱私。至於其他的強制處分型態，如搜索，因為不是這一個解釋的爭點，所以大法官並沒有加以討論。我國憲法，也沒有針對搜索或扣押的明文規定¹³。但是，我們也不能因而就認為，立法者可以任意形成搜索的相關規定。雖然釋字第631號認為通訊監察的效果比一般強制處分為更嚴厲，所以只有法官可以決定是否核發通訊監察書，但是，也不能因而就反面解釋並主張，搜索的發動可以不由法官審查¹⁴。

¹³ 關於憲法的本文裡，只有第8條針對人身自由有詳盡的規定。詳言之，憲法第8條對於拘提、逮捕及羈押有著對於國家權力的限制規定。至於搜索或是扣押，文字上則是付之闕如，而有賴司法解釋。

¹⁴ 在目前的大法官解釋中，釋字第535號明確地說明了搜索應該遵循的憲法要求。大法官表示道，對於人民隱私權的干預，應該要有法律的明確規範，方得為之。另外，本號解釋似乎也暗示，強度如刑事訴訟法中搜索的隱私權侵害，應該要以法院審核為原則。釋字第535號解釋的相關文字是：「惟臨檢實施之手段：檢查、路檢、取締或盤查等不問其名稱為何，均屬對人或物之查驗、干預，影響人民行動自由、財產權及隱私權等甚鉅。人民之有犯罪嫌疑而須以搜索為蒐集犯罪證據之手段者，依法尚須經該管法院審核為原則（參照刑事訴訟法第一百二十八條、第一百二十八條之一），其僅維持公共秩序、防止危害發生為目的之臨檢，立法者當無授權警察人員得任意實施之本意。是

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID□11372>

國家圖書館出版品預行編目資料

通訊監察及隱私保護／李榮耕著．--

初版．-- 臺北市：元照，2020. 03

面；公分

ISBN 978-957-511-236-3（平裝）

1.科技管理 2.刑事法 3.論述分析

555.433

108018848

科技及刑事司法間的對話(一)

通訊監察及隱私保護

5D522RA

2020 年 3 月 初版第 1 刷

作 者 李榮耕

出 版 者 元照出版有限公司

100 臺北市館前路 28 號 7 樓

網 址 www.angle.com.tw

定 價 新臺幣 480 元

專 線 (02)2375-6688

傳 真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-511-236-3



元照出版

搶先試閱版

本書簡介

通訊監察法制近年來有著不小的變動，除了大法官釋字外，也接連有著數次的修正及改革的倡議，部分值得喝采，但部分或有可以商榷的地方。這本論文集收錄了作者這幾年來學習及思索後的些許心得，其中包含釋字對於通訊隱私的判定、幾次修法的評釋以及對於現行法制的分析及建議。此外，書中亦收錄作者所關切的電腦犯罪及隱私法等當前議題。期盼本書所提出的研究成果，可以作為後續研究的基礎，以及實務運作上的參考。

ISBN 978-957-511-236-3



9 789575 112363



5D522RA

定價：480元



元照網路書店



元照讀書館



元照出版公司

地址：臺北市館前路28號7樓

電話：(02)2375-6688

網址：www.angle.com.tw