

四、強制處分之監督

(一)事前審查

事前審查機制，係指在發動強制處分之前，必須事先經過客觀中立之司法機關審查核准後方得執行，對此我們通常稱之為法官保留原則或令狀原則。

(二)事後審查

事後審查機制，係指強制處分決定後，在執行中或執行後，由中立的司法機關來審查強制處分之決定與執行是否合法。現行法下之事後審查制度，包含：陳報併審查制、抗告與準抗告等規定。

(三)證據法之效果

違法之強制處分，可能會導致其因此取得之證據無證據能力（禁止使用），此亦為嚇阻國家機關違法取證之監督方式之一。

主題1 強制處分

題型 4.1.1—強制處分之法律保留原則

檢察官以選舉賄賂罪名起訴甲。

(一)設若起訴書表示，里長乙乃甲的賄選樁腳，並援引警方於調查本案時向電信業者調取的通聯紀錄作為證物，證明乙在被當場查獲現金賄款之前，與甲有頻繁的電話聯繫。審判中甲主張，警方調取通聯紀錄欠缺法律授權依據，不得採為裁判基礎。試問甲之主張有無理由？

〔100台大②（節錄）〕

◀ 題型解析 ▶

通聯紀錄之調取是否屬於強制處分？早期迭有爭議。惟通訊保障及監察

4-4 第四章 強制處分

法在修法後，將通聯紀錄之調取納入了通保法之規範，讀者應特別留意通聯紀錄在修法前、後的適用問題。

◀ 擬答 ▶

(二)本題涉及通聯紀錄之調取是否應受法律保留規定之相關爭議，以下分就通訊保障及監察法（下稱通保法）修正前後加以比較
1.通保法修正前
(1)實務見解：
針對通聯紀錄之調取，我國實務上向來欠缺法律保留之問題意識，大多數判決即逕自援引通聯紀錄作為裁判之依據，並未處理通聯紀錄之調取是否有違反法律保留而不得作為證據之問題。
(2)學說見解：
學者認為，通聯紀錄是通訊者撥出的號碼、地點、時刻、持續時間等通話「狀態」的資料記錄，這些包含了通訊內容以外的通訊相關資訊，應屬於秘密通訊自由的保護領域，國家調取個人通聯紀錄亦屬於對秘密通訊自由之干預，依法律保留原則，應先取得法律之授權基礎。
(3)管見以為，通訊內容以外之門號、時間、位置等通訊狀態的資訊，依司法院大法官釋字第631號解釋意旨，亦屬憲法第12條人民秘密通訊自由的保障範圍，自應有事先的法律授權基礎，始能調取通訊紀錄。修正前通保法並未依照上開解釋意旨，將調取

通訊紀錄納入法律保留之範圍，應屬立法漏洞。
從而在修法前，警方調取通聯紀錄欠缺法律授權
依據，不得採為裁判基礎，甲主張有理由。
2.通保法修正後
(1)針對上開修法前之爭議，本次通保法修正後終於將通聯紀錄之調取納入規範，依通保法第11條之1第3項 ^A 之規定，警察若有調取通聯紀錄之需求，應符合同條第2項 ^B 之規定，並經報請檢察官許可後，向法院聲請核發調取票。
(2)惟113年通保法修正後，按第11條之1第4項規定 ¹ ，有關公職人員選舉罷免法之罪，得由檢察官依職權或司法警察官經檢察官許可後，調取通信紀錄或網路流量紀錄，不受前2項之限制。據此，警方本案例中倘係經檢察官許可後進行調取，其取證方式應屬合法，甲之主張無理由。

Note

A通訊保障及監察法

第11條之1第3項：

「司法警察官為調查犯罪及蒐集證據，有事實足認通信紀錄或網路流量紀錄於本案之調查有必要性及關連性時，得依前項規定，報請檢察官許可後，向該管法院聲請核發調取票。」

B通訊保障及監察法第11條之1第2項：

「檢察官為偵查犯罪及蒐集證據，有事實足認通信紀錄或網路流量紀錄於本案之偵查有必要性及關連性時，除有急迫情形不及事先聲請者外，應以書面聲請該管法院核發調取票。聲請書之應記載事項，準用前條第一項之規定。」

¹ 通保法第11條之1第4項規定：「檢察官、司法警察官為偵辦最輕本刑十年以上有期徒刑之罪、強盜、搶奪、詐欺、恐嚇、擄人勒贖、妨害電腦使用、脫逃，及違反人口販運防制法、槍砲彈藥刀械管制條例、懲治走私條例、毒品危害防制條例、組織犯罪防制條例、廢棄物清理法、兒童及少年性剝削防制條例、洗錢防制法、國家安全法、反滲透法、總統副總統選舉罷免法、公職人員選舉罷免法、農會法第四十七條之一至第四十七條之三、漁會法第五十條之一至第五十條之三等罪，有事實足認通信紀錄或網路流量紀錄於本案之偵查有必要性及關連性時，得由檢察官依職權或司法警察官經檢察官許可後，調取通信紀錄或網路流量紀錄，不受前二項之限制。」



筆者的話

通保法第11條之1歷經兩次關鍵修正。民國103年增訂時，正式將「通聯紀錄」納入強制處分，確立由法院核發調取票的法官保留原則，僅針對特定罪名設有豁免例外。嗣後於民國113年再次修正，除將「網路流量紀錄」一併納入調取範圍外，更大幅擴充了無庸經法官保留之例外罪名（如本題涉及的公職人員選舉罷免法之罪），值得讀者特別關注。



第六節



特殊類型的 偵查方式

主題15 通訊監察（監聽）

一、通聯紀錄

（一）修法前的問題點

國家機關調取通聯紀錄是否算是基本權之干預？是否需要法律保留？我國實務先前向來欠缺問題意識，絕大多數判決即逕自援引通聯紀錄作為證據，採為裁判基礎，並未處理通聯紀錄得否作為證據之問題。

（二）學者見解

學者認為，通聯紀錄是通訊者撥出的號碼、地點、時刻、持續時間等通話「狀態」的資料記錄，這些包含了通訊內容以外的通訊相關資訊，應屬於秘密通訊自由的保護領域，國家調取個人通聯紀錄亦屬於對秘密通訊自由之干預，依法律保留原則，應先取得法律之授權基礎¹。

（三）修法後之規定

1. 法條規定

修正之通訊保障及監察法第11條之1第2項即規定：「檢察官為偵查犯罪及蒐集證據，有事實足認通信紀錄或網路流量紀錄於本案之偵查有必要性及關連性時，除有急迫情形不及事先聲請者外，應以書面聲請該管法

¹ 林鈺雄，刑事訴訟法（上），2013年9月，頁311-312。

院核發調取票。聲請書之應記載事項，準用前條第一項之規定。」是通聯紀錄終於納入了通訊保障及監察法之規範。

2. 103年增訂理由

修法理由提及：「通訊內容以外之門號、時間、位置等通訊狀態的資訊，依司法院釋字第631號解釋意旨，亦屬憲法第12條人民秘密通訊自由的保障範圍，自應有事先的法律授權基礎，始能調取通訊紀錄。但現行本法並未依照上開解釋意旨，將調取通訊紀錄納入法律保留之範圍，屬立法漏洞。」從而增訂了第11條之1以彌補現行法之缺漏。



筆者的話

通聯紀錄近期會是非常熱門的考點，讀者務必留意。筆者前面所援引的是通訊保障及監察法第11條之1第2項，該條後面還有另外多項規定，讀者一定要再翻一下剩餘的條文內容。此外，有時間的話，最好能夠連同新增訂的通訊保障及監察法第3條之1通信（聯）紀錄一起閱讀。最後，這個問題會跟前面第一節強制處分總論〔題型4.1.1〕有所關連，記得再翻回去前面複習一下囉！

二、另案監聽

新增訂之通訊保障及監察法第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。」

三、得一方同意之監聽

得一方同意所為之監聽，因而取得之證據是否有證據能力？就此我國實務與學說仍未有統一見解，其相關爭議，筆者將於〔題型4.15.1〕說明之。

之干預，具有強制處分之性質。
(2)通訊保障及監察法（下稱通保法）於民國103年1月29日修正後，亦增訂第3條之1及第11條之1，將通聯紀錄以及通訊使用者資料納入通保法之規範。從而，國家機關倘欲調取通聯紀錄及通訊使用者資料，即須符合通保法第11條之1之規定，始得為之。
2. 強制處分非不得以「同意」作為其合法性事由
承上述，通聯紀錄之調取，雖屬基本權之干預而具強制處分性質。然人民基本權，並非不得捨棄。倘基本權之權利人係出於自由意思，自願之同意，則刑事訴訟法上似無必要禁止得同意之強制處分。本案中，甲先是答應檢察官A取得甲之手機號碼，接著又以甲自己之名義向電信公司調閱之通聯紀錄及登記資料。故此部分之證據資料，應認為係甲同意下所取得。
3. 退步言之，縱認甲表示「隨便」，無法解釋為其同意檢察官A調取通聯紀錄。惟依我國通保法第11條之1第4項規定，檢察官為偵辦毒品危害防制條例之犯罪，如有需要，亦得由檢察官依職權調取通聯紀錄，並不受同條第2項令狀原則之限制。故檢察官為偵查甲是否涉嫌毒品危害防制條例中之販賣第二級毒品罪，自得依職權調取其通聯紀錄。
4. 綜上，本案法院將甲之通聯紀錄與登記資料作為判決甲有罪之證據，應屬合法且有理由。
(二)法官將甲之電子郵件作為判決之依據，不合法
針對電子郵件之強制處分，參考德國學說及實務之見解，倘若該電子郵件已經「到達」（進入伺服器或硬碟），無論是暫時儲存或最後儲存，皆得搜索及扣押。循此觀之，本案取得甲之電子郵件之合法性，應繫諸於是否具備無令狀搜索之事由。管見以為，針對一個已經被扣押之手機而言，其手機內之相關資料，已無被湮滅之危險，是個案中並不符合無令狀搜