

# 論通訊保障及監察法「調取票」之創設\*

許家源\*\*

## 【目次】

- 壹、問題緣起
- 貳、通訊資料之本質及其利用
  - 一、通訊資料之本質
  - 二、通訊資料之提供與利用
- 參、調取票之修法沿革及其疑義
  - 一、修法沿革
  - 二、新法疑義
- 肆、重新思考通訊資料之調取
  - 一、調取行為之定性
  - 二、回歸刑事訴訟法
- 伍、結論
- 參考文獻

---

\* 感謝二位匿名審稿委員之指正，讓本文更形完備。本文初稿原係發表於「第二屆東亞刑事訴訟最新發展動向學術研討會」(2014.5.2, 東海大學法學院)，經修正後投稿，併此敘明。

\*\* 國立台北大學法學博士，靜宜大學法律學系助理教授。

## 摘 要

誠如週知，2014年1月14日立法院火速通過「通訊保障及監察法」修正案，新增了「調取票」此一令狀，希望藉此防止調取通訊紀錄之情形過於氾濫。然而，此舉不僅立即引起檢警機關反彈，從立法過程來看，更有流於報復性立法之嫌。

基於兼顧「保障」與「監察」之前提下，本文認為，本次修法之結果，對現行實務作法雖無重大影響，但通訊紀錄與通訊內容之監察，兩者性質不同、規範密度有別，尤其調取通訊紀錄之偵查作為，反而與一般對物之搜索扣押類似，建議回歸刑事訴訟法上搜索扣押之規範，並與個人資料保護法、電信法為整體性之思考，始為上策。

**關鍵字：**調取票；令狀原則；監聽；通聯紀錄。

## 壹、問題緣起

究竟是政治決定了法律，還是法律決定了政治？誠如週知，從去年（2013）9月開始，在特偵組所謂「100年特他61案」之下所附掛的多件聲監案陸續曝光後，台灣政壇隨之掀起了一場至今仍煙硝未散的監聽風暴，立法院也儼然成了這次監聽風暴的「被害人」。政治上的爭議固非本文所欲論述，但不難想見的是，在政治力的強烈影響下，「通訊保障及監察法」（以下稱通保法）瞬間成為眾矢之的，修法提案達九件之多。而立法院也在此氛圍中，不僅迅速完成協商，更以少見之高效率在會期的最後一天（2014年1月14日）三讀通過，施行在即<sup>1</sup>。然而，通保法一方面對人民通訊自由、隱私等基本權之干預甚深，另一方面也是偵查機關對抗犯罪之重要依據，影響甚廣，若僅因特定機關發生不當監聽、大量調取通聯紀錄，便以修法為第一優先之手段，而不先探究問題來源—包括聲請機關之內控機制、核發機關之審查機制、執行機關之監督機制等，在倉促修法之下，難免留下病急亂投醫之隱憂，甚至有顧此失彼之遺憾。尤其在所有增修條文之中最受矚目，也備受偵查人員質疑者<sup>2</sup>，莫過於在通訊監察書（監聽票）之外，創設了新型態之強制處分—「調取票」（第11條之1）<sup>3</sup>，針對檢警機關調

<sup>1</sup> 關於本次修法，共修正11條（第1、5、6、7、12、13、15、16、18、27、32條）、增訂5條（第3之1、11之1、16之1、18之1、32之1條），調整幅度歷來最大，並依同法第34條第2項規定，自公布後五個月施行，亦即自2014年6月29日起施行。須附帶一題的是，不乏有論者認為本次修法應按中央法規標準法第13條，自公布日起第三日施行，然此一爭議非本文重心，暫予擱置，容先敘明。

<sup>2</sup> 「通保法礙辦案，檢警調大反彈」，中時電子報，<http://www.chinatimes.com/newspapers/20140116000402-260102>。「調通聯須聲請，檢警調反彈」，蘋果電子報，<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20140116/35582750/>。

<sup>3</sup> 通保法第11條之1

「檢察官偵查最重本刑三年以上有期徒刑之罪，有事實足認通信紀錄及通信使用者資料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。

司法警察官因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據，認有調取通信紀錄之必要時，得

取「通信紀錄」及「通訊使用者資料」（以下併稱為「通訊資料」）<sup>4</sup>之偵查方法，採取了「相對法官保留」之限制。

然而，立法者究竟本於何種理由，將偵查機關對於通訊資料之調取行為定性為「強制處分」？其所造成之侵害為何？在比例原則之判斷上有何正當性基礎？又為何採取「相對法官保留」之立法模式？立法者雖一再援引大法官會議第六三一號解釋，但該號解釋所指之「通訊之有無、對象、時間、方式」，是否等同於新法調取票所包含之「通信紀錄」、「通訊使用者資料」？尤其按該號解釋理由書，雖指摘監聽票應採取「法官保留」，但似未擴及通訊資料之調取行為，是否現行刑事訴訟法有關提出命令、搜索、扣押等保障仍嫌不足？另外，實務上使用或調取涉及隱私之資訊不一而足，例如醫療紀錄、稅務資料、入出境紀錄、金融交易紀錄等，於偵查及審判實務亦屬常見，究竟通信資料與其他隱私資料有何「質差」或「量差」，否則為何能獨厚於通信資料之調取而置其他類型之個資於不顧？

---

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。

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，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、組織犯罪防制條例等罪，而有需要時，得由檢察官依職權或司法警察官向檢察官聲請同意後，調取通信紀錄，不受前二項之限制。

第一項之急迫原因消滅後，應向法院補行聲請調取票。

調取票，應記載下列事項：

一、案由。

二、應調取之通信紀錄或使用者資料。

三、有效期間，逾期不得執行調取及調取後應將調取票交回之旨意。

第一項、第二項及第四項之聲請經法院駁回者，不得聲明不服。

核發調取票之程序，不公開之。

有調取第七條之監察對象通信紀錄及通訊使用者資料必要者，由綜理國家情報工作機關向電信或郵政事業調取，不受前七項之限制。」

<sup>4</sup> 通保法第 3 條之 1

「本法所稱通信紀錄者，謂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。本法所稱之通訊使用者資料，謂電信使用者姓名或名稱、身分證明文件字號、地址、電信號碼及申請各項電信服務所填列之資料。」

本於前揭質疑，筆者擇定以通訊資料之調取為研究範圍<sup>5</sup>，針對本次修法創設「調取票」之妥當性、必要性，以及對偵查實務又將造成如何之影響，撰文探討。以下將首先說明現代通信科技之下，所謂「通信記錄」或「通訊使用者資料」之構成包括那些資訊，以及目前實務如何利用各該資料；其次，針對本次修法之沿革及疑義，從學理之角度加以檢討，最後，則提出筆者個人對應上開疑問之淺見。

## 貳、通訊資料之本質及其利用

### 一、通訊資料之本質

人類通訊技術日新月異，從有線進化到無線，從室內的固定式通訊延伸到戶外的行動通訊，尤其是行動通訊從八零年代所謂第一代（1G）單純語音傳輸進化到現今第三、四代（3G、4G）的多媒體傳輸，硬體載具也從家用電話演進到智慧型手機、平板電腦等，透過基地台的高密度架設，通訊幾乎無所不在、無所不能，當然，犯罪訊息的傳遞也因此易於隱匿、難以捉摸，偵查之難度也隨之提升。

當消費者欲利用此等通訊設備時，除了為申請通訊服務而提供予業者之姓名、出生日期、身分證明文件字號、戶籍地址、安裝地址、電話號碼等用戶資訊之外，電信業者在提供通訊服務的過程中，透過其設置之接收、傳輸、交換等相關設備，可以同步取得發話號碼、受話號碼、使用時間、利用之服務型態、所在位置<sup>6</sup>等資訊。由此可見，在當前電信服務的交易型態下，上揭具有隱私性質之個人（用戶）資訊，將化為業者一方所保有且涉及用戶隱私之「商業性紀錄」。特別是

<sup>5</sup> 通保法第3條第1項第2、3款所列出之通訊尚有「郵件及書信」、「言論及談話」，但新法第3條之1、第11條之1性質上限於「電信」，故該兩款不在本文探討範圍內，容先敘明。

<sup>6</sup> 通信紀錄所指「位置資訊」，係指基地台之編號及設置地點，例如通信紀錄上會顯示發話方或受話方位置為「0123456789/台中市中正路100號5樓樓頂平台」，尚無法精準呈現發話或受話人之具體所在位置。

「通信紀錄」部分，電信法第 7 條第 1 項也因此規定「電信事業或其服務人員對於電信之有無及其內容，應嚴守秘密，退職人員，亦同。」至於用戶本身則可依照「電信事業用戶查詢通信紀錄作業辦法」，以其電話號碼或用戶識別碼，付費查詢其一定期間內<sup>7</sup>之已完成之通信紀錄<sup>8</sup>。

確實，隨著數位化生活的來臨，各項食衣住行育樂等個人資訊無可避免、甚至無從選擇的被留下紀錄，也應驗了「凡走過必留下痕跡」之俚語，舉凡信用卡消費、股票交易、健保卡掛號、門禁進出感應、網站登入登出...等，不僅因申辦各項服務而提供之個資，且包括在利用過程中自動設備所產生之紀錄，皆被提供服務之一方所保存、持有，個資被侵害、被揭露之風險也因此大增。不過，此等既存之生活實況紀錄，得否揭露？揭露之程度為何？揭露或使用之目的為何？則屬進一步必須延伸探究之問題，尤其以之作為犯罪偵查或審判之資料時，更應審慎以對。

## 二、通訊資料之提供與利用

對提供電信服務之各類業者而言，所有通訊資料之本質屬於商業性資訊，業者原則上負有保密義務，而對於用戶本人仍有提供之義務，已如上述。但面對第三人—司法機關要求業者提出時，其保密義務是否因此免除？按電信法第 7 條規定「前項依法律規定查詢者不適用之」，換言之，電信業者是否得以因此免除保密義務，關鍵在於檢警或其他公務機關之查詢有無「法律」規定—法律保留？從實務運作觀之，在「通信紀錄」之部分，通保法或其他法律並未設有規定，另就「通訊使用者資料」之部分，依照個人資料保護法（以下簡稱個資法）第

<sup>7</sup> 按該辦法第 4 條規定，電信事業通信紀錄之保存期限為：「一、市內通信紀錄：最近三個月以內。二、國際及國內長途通信紀錄：最近六個月以內。三、行動通信紀錄：最近六個月以內。四、第二類電信事業通信紀錄：依第二類電信事業管理規則之規定。」

<sup>8</sup> 按同一辦法第 5 條後段規定，指用戶本身查詢之通信紀錄，「須以完成通信者為限」。例如行動電話用戶已撥出（發送方）但未接通（接受方）者，不在查詢之列。

20 條規定，非公務機關利用個人資料時，原則上其利用限於「蒐集之特定目的必要範圍內」，例外如有「一、法律明文規定。二、為增進公共利益。三、為免除當事人之生命、身體、自由或財產上之危險。四、為防止他人權益之重大危害。五、公務機關或學術研究機構基於公共利益為統計或學術研究而有必要，且資料經過提供者處理後或蒐集者依其揭露方式無從識別特定之當事人。六、經當事人書面同意。」等情形，則得為「目的外之利用」。然而，就本條之立法目的而言，個資法對司法機關之提供似乎不在預設之列，即便是第 2 款所謂「增進公共利益」，解釋上也不含犯罪之追訴或審判<sup>9</sup>；至於第 6 款之同意，業者是否得以用戶事先在申請資料之表示為由而提供，恐怕也有所不妥，蓋定型化契約下之同意，本身即有解釋空間，何況是司法機關之利用。申言之，在新法施行前，司法機關調取通訊資料之行為，並無明確之法律保留<sup>10</sup>。

即便無明確之法律依據，但司法實務上以調取通訊資料以遂行偵查、或進行證據調查，也已行之多年，司空見慣，尤其在偵查階段，調取通訊資料已成為重要之辦案手法，而本次修法也引發檢警調反彈，認為未來辦案偵辦將更多障礙。是否確實構成障礙，容後再述，但究竟實務何以需要通訊資料？這應該是優先探究的問題。由於偵查本質上具有發展性、未知性，在偵查前階段，即便只是所謂「他」字案，通訊資料之蒐集往往是鎖定嫌犯的重要方法。以聲監案件核准數量最多之毒品案件為例<sup>11</sup>，當有線民通報某人疑似販毒時，在聲請監

<sup>9</sup> 通常是指行政機關之請求，例如患有特殊傳染病之人搭乘某一飛機航班，衛生機關基於避擴散傳染，可要求航空公司提供該班機旅客名單，以利後續追蹤。參劉佐國、李世德合著，「個人資料保護法釋義與實務：如何面臨個資保護的新時代」，基峰資訊出版，2012 年 8 月，頁 103。

<sup>10</sup> 相同見解請見陳運財，「偵查與人權」，元照出版，2014 年 4 月，頁 362。

<sup>11</sup> 依據法務部 2013 年 10 月 9 日新聞稿指出，同年 4 月 1 日至 9 月 30 日間，法院核准的監聽案件，61.8%是毒品案，12.38%是貪污案，7.71%是詐欺案，4.98%是槍砲案，4.42%是組織犯罪案，2.86%是恐嚇案，以上六類共佔 94.15%，超過所有監聽案件的九成四。

聽票之前，為求具體掌握嫌疑人、犯罪網絡及其犯罪所用的特定門號，往往需要調取大量之通信紀錄，進行交叉比對，從移動軌跡、通話對象等，比對已經掌握之其他資訊，以確認後續聲請監聽之門號為何，所以調取票之增設，至少已增加實務上聲請業務之重大負擔。除了鎖定、識別之作用外，經調取之通信紀錄，其內容也比一般通信明細之資料更為詳盡，包括「已完成」及「未完成」（未接通）之通信紀錄，更能完整呈現該通訊使用者之聯絡對象、時間、位置及移動軌跡等訊息<sup>12</sup>。

## 參、調取票之修法沿革及其疑義

### 一、修法沿革

在通保法九個版本的修法提案中，提出有關通訊資料之調取應採令狀原則者，計有林佳龍等 24 人<sup>13</sup>、民進黨黨團<sup>14</sup>、尤美女等 23 人<sup>15</sup>共三件提案。按各該版本之修法說明，皆主張通訊內容以外之門號、時間、位置等通訊相關資料，屬於憲法第 12 條通訊自由之保障範圍，業經大法官會議第 631 號解釋在案，但現行法未依照該號解釋意旨，將其納入法律保留範圍，乃立法漏洞，故應增設調取票（書）之規定<sup>16</sup>。

---

<sup>12</sup> 目前作法係以公文調取，去函說明查詢條件，而電信業者回函所附之通信紀錄通常包括：1.通聯類別（雙向或單向）、2.目標電話（發話方）、3.對象電話（受話方）、4.通話類別（受話、發話或收發簡訊）、5.始話日期時間、6.通話時間、7.手機序號、8.基地台設置位置等資訊。

<sup>13</sup> 立法院第 8 屆第 4 會期第 7 次會議議案關係文書，院總字第 1407 號，委員提案第 15526 號，2013 年 10 月 23 日。

<sup>14</sup> 立法院第 8 屆第 4 會期第 9 次會議議案關係文書，院總字第 1407 號，委員提案第 15583 號，2013 年 11 月 6 日。

<sup>15</sup> 立法院第 8 屆第 4 會期第 11 次會議議案關係文書，院總字第 1407 號，委員提案第 15638 號，2013 年 11 月 20 日。

<sup>16</sup> 詳見立法院第 8 屆第 4 會期第 7 次會議議案關係文書，院總字第 1407 號，委員提案第 15526 號，頁 101-102。同會期第 9 次會議議案關係文書，院總字第 1407 號，委員提案第 15583 號，頁 220。同會期第 11 次會議議案關係文書，院總字第 1407 號，委員提案第 15638 號，頁 75。



至於採取相對法官保留或絕對法官保留，則有不同意見。林佳龍等人版本之提案主張相對法官保留，其理由為「調取通訊紀錄因無涉通訊內容，對秘密通訊自由之干預程度與一般之通訊監察有別，故發動門檻亦應區別：發動實質要件以『最重本刑三年以上之罪』為要件（排除通姦、妨害名譽等輕罪）；程序採『相對法官保留原則』，...」<sup>17</sup>。惟尤美女等人之提案則主調取票應與監聽票一樣，採取絕對法官保留，但對此未進一步說明理由<sup>18</sup>。至於「通信紀錄」、「通訊使用者資料」之定義，委員會審查時係以尤美女等 23 人之提案為基礎，並以吳宜臻委員之修正動議做文字調整而已<sup>19</sup>，到最後三讀為止，文字皆未再修改。

## 二、新法疑義

### （一）釋字第 631 號之過當延伸？

不論是立法院之修法提案抑或學術論著主張採取令狀者，多數援引大法官會議第 631 號解釋做為「鐵證」，企圖證明通訊資料調取票係師出有名，無從妥協。但真相如何，讓我們從釋字第 631 號理由書談起。

本號解釋理由書第二段明示：「憲法第十二條規定：『人民有秘密通訊之自由。』旨在確保人民就通訊之有無、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。此項秘密通訊自由乃憲法保障隱私權之具體態樣之一，為維護人性尊嚴、個人主體性及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於國家、他人侵擾及維護個人資料之自主控制，所不可或缺之基本權利（本院釋字第 60 三號解釋參照），憲法第十二條特予明定。國家若採取限制手段，除應有

<sup>17</sup> 同註 13，頁 102。

<sup>18</sup> 同註 15，頁 75-76。

<sup>19</sup> 將原提案之「通訊紀錄」一詞改為「通信紀錄」以及原提案之「身分證統一編號」修正為「身分證證明文件字號」。見立法院公報第 103 卷，第 5 期，頁 240。

法律依據外，限制之要件應具體、明確，不得逾越必要之範圍，所踐行之程序並應合理、正當，方符憲法保障人民基本權利之意旨。」言簡意賅的說明通訊自由之範圍包含「有無、對象、時間、方式及內容」，其所謂之對象、時間、方式等，確實屬於新法「通信紀錄」所包含之一部，但並非全部，實務操作上，本於「通訊監察書」所進行之監聽，其譯文也可以顯示其受監察人已完成通訊、通話對象為何人、通話時間之起迄、通話內容等資訊，否則如何證明待證事實？尤其從本號解釋聲請人之聲請書觀之，其爭執之焦點係鎖定在通訊之「內容」（監聽譯文）<sup>20</sup>，尤其強調所謂「不確定性」、「不透明性」、「長期反覆」等異於通信紀錄之特徵，故本號解釋隨後在理由書第三段回應如下：「國家基於犯罪偵查之目的，對被告或犯罪嫌疑人進行通訊監察，乃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，並將該紀錄予以查扣，作為犯罪與否認定之證據，屬於刑事訴訟上強制處分之一種。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。」換言之，此本號解釋始終鎖定在「通訊內容」，而不及於「通信紀錄」。

---

<sup>20</sup> 「一、按通訊監察係屬於對人強制處分之一環，其對人民之侵害，遠比搜索對人民之侵害來得更為嚴重，因通訊監察乃係針對尚未存在之對話，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監聽人使用之外，無關之第三人使用性可能更高，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，致使監聽處分較傳統上之搜索更具有不當侵害國民秘密通訊及隱私權之潛在危險，...」參考網址：[http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/抄本\\_631.pdf](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/抄本_631.pdf)，最後瀏覽日：2014/4/1。

很顯然地，釋字第 631 號一方面固然說明通訊自由之意義，但另一方面則針對通訊「內容」亦即監聽之部分而言，認為其侵害通訊自由之程度更甚於搜索、扣押，舊通保法之通訊監察書未採取法官保留，故構成違憲事由。至於單純僅調取通訊紀錄，確實對於基本權有所干預，但完全不涉及通訊內容，其固然有採取法律保留之必要，但並未表示應比照通訊監察書須採「法官保留」不可，尤其調取通信紀錄與監聽通訊內容，二者侵害基本權之程度顯然有別，通信紀錄之調取，也尚未觸及通訊自由之核心，其保護方式更無庸與監聽等量齊觀。至於「通訊使用者資料」，更是屬於單純之個人資料，得歸於隱私之一部，而與通訊自由呈現基本權競合之狀態，其固然應受保護，但性質上不屬於通保法所能規範之領域，否則同樣是調取個資之其他國家行為，例如司法機關或行政機關調取稅務資料、病歷資料等，反而無須令狀，難免突兀<sup>21</sup>。

## (二) 法官保留之必要性？

承前段所述，進一步延伸，立法者對於通訊資料之調取是否必然採取法官保留，事實上仍有討論空間。蓋所謂「法官保留」，是基於權力分立相互制衡的原理，將某些公權力的行使保留給法官獨占之意。而法官掌理事後審判之定紛止爭工作，原則上係立於不告不理的被動地位，何以尚需賦予預防行政不法之法院監控？通常憲政秩序上會要求法官從「事後」走到「事前」，大都涉及重要基本權利之保障，若憲法設有規定者，則屬憲法位階之法官保留（例如憲法第 8 條），立法者受到完全之拘束；至於憲法未規定者，則屬法律位階之法官保留，由立法者依其權限所形成之法律層次的法官保留，但仍應以保障重要基本權利為目的<sup>22</sup>。通信紀錄或通訊使用者資料之調取，對基本權確實

<sup>21</sup> 類似見解，請見陳運財，前揭書（註 10），頁 362。

<sup>22</sup> 李震山，挪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，台灣本土法雜誌，98 期，2007 年 9 月，頁 285。

具有一定程度之侵害性，惟通訊資料係對既存、特定的某項商業性紀錄，請求電信業者提供，其固然涉及隱私，但終非通訊自由之核心領域，實質上無須使法官為此進行事前審查，何況採取法官保留與否，立法者既有形成之空間，理應兼顧通訊之「保障」與「監察」，尤其犯罪在偵查階段需要高度之機動性、專業性，立法者若不當擴張法官保留之適用，則相對不當壓縮偵查作為之空間，未必有助於公益之追求，基本權利並非一遇有干預則立即啟動法官保留，也絕非不採取法官保留就免於法律保留。因此，新法第 11 條之 1 所要求之令狀原則，不僅出於對大法官釋字第 631 號之不當延伸，且誤將通訊資料之性質比擬為通訊內容，恐怕對於法官保留之思考過於跳躍。

### (三) 與實務脫節之要件？

按新法第 11 條規定，除第 3 項之案件外，按第 1 項規定，檢察官偵查中須事先聲請調取票者，法院核發之要件主要有四：1.須為最重本刑為三年以上有期徒刑之罪；2.必要性及關連性；3.須提出聲請書；4.非屬急迫。如司法警察官為聲請者，除上開要件之外，尚須報請檢察官許可（同條第 2 項）。如因急迫而不及事先聲請者，應於事後向法院補行聲請（同條第 4 項）。各該要件看似合理，事實上卻存在以下之問題。

首先，要件 1 顯然是比照監聽票之「重罪原則」，但以「最重」本刑為三年以上有期徒刑之罪，與立法技術上慣用之「最輕本刑為三年以上有期徒刑之罪」，用語不一致<sup>23</sup>，其弔詭之處在於排除非屬急迫、但最重本刑三年以下之罪者，因此包括洩漏國防以外機密罪、過失致死罪等在實務上可能有需要調取票之犯罪，反而被排除。如此排除是有意或無意，在委員會審查時雖有委員提出質疑，但提案之民進黨團對此未進一步說明。然而調取票是否應如同監聽票一般以「重罪原則」

<sup>23</sup> 例如通保法第 5 條第 1 項第 1 款，或刑事訴訟法第 31 條第 1 項、第 455 條之 2 第 1 項等。

為準？蓋調取票與監聽票性質上炯然不同，實務上利用之時機、原因、背景也有別，何況偵查上之需求，往往與罪名、法定刑無必然之關連性，新法以此作為標準之一，恐怕過於草率，且忽略實務需求。其次，通訊資料往往隨著偵查進度或具體成果而有所調整，要件 2 之限制未必符合偵查實況。蓋有無必要性、關連性，在發動偵查初期未必能具體顯現，可能在取得通訊資料之後，其關連性才日益明朗。例如在肇事逃逸案件中，被害人受傷昏迷，僅有一目擊者隱約記得是黑色轎車，車牌後三碼為 123，警方過濾全國後三碼相同之黑色轎車，共計三十部，後續如欲調取此三十位車主之通訊資料比對其中有何人在案發當時之手機通訊係由附近之基地台所發出，法官如何篩選三十人當中何者無必要性？其關連性高低又如何斷定？換言之，未來此一要件之判斷，法院恐怕須採取極為低度之標準。

#### (四) 原則變成例外—多此一舉之立法？

就我國實務調取通訊紀錄之情況而言，一向以毒品、槍砲、詐欺等案件為最大宗，以 2012 年為例，按警政署之統計資料，全年計調取 71 萬 4 千多筆通訊紀錄<sup>24</sup>，若再加上檢察官調取之件數，其數量確實頗為龐大。若一律改由法官核准，從帳面上計算，似乎是一件難以忽視的業務負擔。但是否為法院「無法承受之重」？答案顯然是否定的。

依照通保法第 11 條之 1 第 3 項之例外（無須法官保留）規定，包括「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，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」等罪，且須為「有需要」時，始得由檢察官依職權或司法警察官向檢察官聲請同意後調取通信紀錄，不受法官保留之限制，詐欺、毒品危害防制條例與槍砲彈藥刀械管制條例皆名列其中，顯然已經將調取通訊紀錄之大宗案件類

---

<sup>24</sup> 見立法院公報第 103 卷，第 5 期，頁 175。

型排除在外。換言之，新法施行後，對法院實際上增加之負擔相當有限；對檢警而言，聲請調取票之機率似乎也不高，對於於修法當時立法院之大費周章，恐怕最後是流於白費心機，問題又將再回到原點。

## 肆、重新思考通訊資料之調取

### 一、調取行為之定性

強制處分與任意處分之區分，一向是建構偵查法制之關鍵前提，卻也是難題，尤其在充斥科技設備之現代化偵查技術，「強制力」之有無，傳統之學說已無法精準掌握。我國刑事訴訟法並無明文何謂強制處分，實務上亦未發展出通則性之判準，過去學說上多以物理上強制力、有形力之有無為斷，但如今已不宜沿用<sup>25</sup>。對此，為兼顧無形、有形之偵查技巧，本文認為不妨參考日本最高法院之理念<sup>26</sup>。其認為在偵查手法上採取強制處分者，固然以法律有規定者為限，但強制處分未必伴隨著有形力的行使，而是「壓制個人意思，限制其身體、住居或財產而強制實現偵查目的所為之不相當的手段。」<sup>27</sup>然而，有形力的行使縱未達強制處分，其有侵害任何法益或有侵害之虞者，若不問狀況一律容許，則有欠妥當。故應考量該有形力行使之必要性、緊急性，在具體情況下又認為適當者，始能容許之。」

以新法之調取票而言，所調取的資料雖然是電信業者特定用戶之特定紀錄，但調取票之直接受領對象仍為電信業者，電信用戶充其量僅為間接對象。惟新法之立意似乎將電信用戶與電信業者兩者混淆，認為調取通訊資料將直接侵害隱私或通訊自由，忽略居中之電信業者在此關係之角色，也導致強制處分或任意處分之界線模糊，誤以為保護通訊資料非從通保法下手不為功。不可否認，通訊資料之各項資訊

<sup>25</sup> 關於日本及我國對於強制處分意義之分析，建議參考陳運財，前揭書（註 10），頁 22-31。

<sup>26</sup> 最決昭和 51 年 3 月 16 日，刑集第 30 卷 2 號，頁 187。

「本身」，確實屬於通訊自由及隱私等基本權所附著之客體，如容許任意調取，必將造成基本權之侵害。但通訊資料「本身」之保護與「調取行為」之抑制，應分別以觀，畢竟通保法為單行法。有其侷限性、專門性。就後者而言，本文認為應先確立其性質為強制處分或任意處分，若屬強制處分，則當然需合於法定原則，並可進一步探討是否有以令狀原則賦予更高度之程序保障。

強制處分與任意處分之界限，誠如前述，本文贊同日本最高法院之理念，應兼顧有形力與無形力之行使，而通訊資料之調取行為，對於直接收受調取票之電信業者而言，顯然非屬有形力之行使，惟接受查詢之電信業者在法律上負有協助及保密義務<sup>27</sup>，此一義務又將導致用戶資料之揭露，即便相較於監聽其侵害程度相對低弱，對用戶仍構成間接性之強制效果。因此，本文認為，調取行為仍屬強制處分，須符合法律保留，仍應以法律明文。如此一來，電信法第 7 條之「法律規定」一語，也將因此解除電信業者保密義務之負擔；此外，另須同步關注的是，電信業者提供通訊資料給檢警機關或法院，顯然已逾越當初蒐集之目的，已違反「個人資料保護法」第 20 條之限制，故也建議同步修法解除之。

## 二、回歸刑事訴訟法

我國監聽法制在醞釀之初，究竟應制訂單行之特別法或規定於刑事訴訟法，當時便存在不同意見<sup>28</sup>，當時立法者最終決定採取單行法。然而，即便目前通保法相對於刑事訴訟法具有特別法之性質，但本文認為，通訊資料之調取與通訊內容之監聽，兩者截然不同，一方面不宜也不必在通保法內創設「調取票」之特別規定；另一方面，通訊資

<sup>27</sup> 見通保法第 14 條及電信法第 7 條。

<sup>28</sup> 例如蔡墩銘教授認為監聽「對於人民之權益大有妨礙，則不宜以專法之立法方式，...應於刑事訴訟法上予以明文規定。」，詳見「監聽與強制處分」一文，法令月刊，第 42 卷第 6 期，1991 年 6 月，頁 5。又司法院在 1993 年 3 月所提出之刑事訴訟法修正草案中，也曾將監聽規定增訂於刑事訴訟法第 135 條之 1~之 4。

料係屬電信業者所保存，且已存在之特定具體資料，與一般檢警去函請求某機關或個人提出特定資料之作法，實無二致，至於其得否拒絕，則端視電信業者在個資保密等相關法令上有無正當事由，若無正當理由拒絕，則仍得依照刑事訴訟法上之搜索、扣押等規定取得。

因此，並非所有涉及通訊科技之偵查行為皆應納入通保法之規範，必須從事物本質上分析，始能避免法制上疊床架屋。本次修法，緣於對通訊資料本質之不察，導致對調取行為之誤解，進而在通保法上誤創「調取票」此一令狀，殊不知調取行為之規範，只須於刑事訴訟法上調整已足，甚至不妨將監聽此一強制處分全數回歸刑事訴訟法，我國強制處分之體例將能更形完整<sup>29</sup>。

## 伍、結論

我國通保法自 2007 年修法之後，體例上雖已大致完備，但不容否認的，歷經實務運作及學理檢視，仍有許多有待調整之處。然而，若依其迫切之程度排序，有關專責法庭（官）之建立<sup>30</sup>、現行監聽建置機關之廢除<sup>31</sup>等，皆已討論多時，其修法之迫切性更優先於「調取票」，但礙於政治氛圍，卻在本次修法意外成為焦點之一；從本文上開說明，不難發現調取票之創設，過程倉促、討論不足、疑義滋生，顯然不是

---

<sup>29</sup> 本次通保法之修正，也一併修正刑事訴訟法第 404 條、第 416 條，增訂通訊監察之裁定得為抗告或準抗告。此舉事實上也證明通訊監察應回歸刑事訴訟法為宜，筆者基本上也傾向於將通訊監察法制訂於刑事訴訟法之內，體例上較為妥適。

<sup>30</sup> 建立專責審查令狀之法庭，其目的不僅僅在於建立審查之專業性，也希望藉此讓審查標準一致化。依照目前令狀審查之實務作法，通常由值日法官擔任，按輪值之班表，往往間隔許久才輪值一次，無法有效形成法官之專業度，甚至有少數法院由民庭法官值班審查令狀之情形。又因輪值的結果，個人標準寬嚴不一，相同之聲請案，不同的法官受理，往往有不同結果，難以建立一致性之審查標準，檢警無所適從，監聽票之聲請如此，施行在即的調取票恐怕也是如此。

<sup>31</sup> 係指我國目前監聽掛線之機房並非電信業者機房，而是設於調查局及刑事警察局，不僅其身分之中立性有所欠缺，其監聽結果之正確性也令人質疑，實應回歸電信業者機房，並建立監督機制為妥。



一次成功的修法。反而對於諸多迫切的修正建議置之不理，反而埋下了再次修法的伏筆。

新法施行在即，但調取票確實是弊多於利之立法，但或許也該慶幸因為立法技術之失誤，導致適用例外（無需聲請調取票或事後補聲請）之情形將多於原則（須事先聲請調取票），短期內對實務影響應屬有限。但最後本文仍要強調的是，否定調取票之創設，並非棄涉及隱私、通訊自由之通訊資料於不顧，而是國家整體法律秩序對於通訊資料之保護，不能僅僅依賴通保法，其他諸如個人資料保護法、電信法以及刑事訴訟法本身之強制處分規定，甚至是相關之行政命令，必須有一體系性之綜合檢討，局部性、報復性的立法，絕非全民之福。

## 參考文獻

### 一、中文部分

#### (一) 專書、期刊

李震山，「挪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，第 98 期，2007 年 9 月。

陳運財，「偵查與人權」，元照出版，2014 年 4 月。

蔡墩銘，「監聽與強制處分」，法令月刊，第 42 卷第 6 期，1991 年 6 月。

劉佐國、李世德合著，「個人資料保護法釋義與實務：如何面臨個資保護的新時代」，碁峰資訊，2012 年 8 月。

#### (二) 政府文書

立法院第 8 屆第 4 會期第 7 次會議議案關係文書，院總字第 1407 號，委員提案第 15526 號，2013 年 10 月 23 日。

立法院第 8 屆第 4 會期第 9 次會議議案關係文書，院總字第 1407 號，委員提案第 15583 號，2013 年 11 月 6 日。

立法院第 8 屆第 4 會期第 11 次會議議案關係文書，院總字第 1407 號，  
委員提案第 15638 號，2013 年 11 月 20 日  
立法院公報第 103 卷，第 5 期。

## 二、日文部分

最高裁判所昭和 51 年 3 月 16 日判決，刑集第 30 卷 2 號。

# A Study of the “Access Warrant” in The Communication Security and Surveillance Act

Chia-Yuan HSU

## Abstract

The amendments of the Communication Security and Surveillance Act is made on January 14<sup>th</sup>, 2014. The addition of “access warrant” intends to prevent the excessive acquisition of communication records in criminal procedure. However, the change is against by prosecutors and the police and also viewed as “a legislation for revenge.”

Under the principle of considering the security and surveillance, this study proposes that two different natures of the surveillance of communication records and information results in different regulated intensity. Also, the amendment is not influential to justice practice. Therefore, the acquisition of communication records alike general seize and search should be primarily regulated by the Criminal Procedure Law. Meanwhile, related articles of information protection in the Personal Information Protection Act and the Telecommunication Act should be amended as soon as possible.

**Keyword:** warrant, eavesdrop, freedom of communication, freedom of correspondence.

