

通訊監察之港台經驗及啟示

包美霞*

一、通訊自由權的基本含義及其基本權利屬性

自由權是為了排除國家或任何人的侵犯而要求其不行為的消極基本權利。¹ 自由權受憲法保障的目的是要否定國家對自由的所有形式的干涉和介入，即使在因接受國家的物質保障而使自由權較為容易得以實現的場合，有時為了拒絕國家一次作為手段的干預，也可否定物質性保障的請求權。² 通訊自由是公民可以自由地與收信人利用書信、電話、電報、傳真、電子郵件、電子對話工具等，溝通訊息、交流思想和感情、洽談業務。³ 通訊自由保障的一個重要內容即通訊秘密受到法律保護。涉及公民通訊內容的載體如信函、電報、電子郵件、電子對話工具，不得非法私拆、毀棄、偷閱、盜用，任何人也不得阻止、妨礙他人的信息交流。

通訊自由權一定意義上可被認為是公民表達權實現形式。當一個國家採用不當手段隨意涉足通訊自由領域，干涉公民自由表達權，公民被迫養成“這樣想、那樣說”、“口是心非”、“言不由衷”的習慣時，這個國家的政權就面臨誠信危機。因此，世界上絕大多數國家或者地區通過憲法典或憲法性文件，確認了通訊自由這一基本人權或者說是公民的一項基本權利。例如，《中華人民共和國憲法》第 40 條和《中國郵政法》第 4 條規定：公民的通訊自由和通訊秘密受法律保護。除因國家安全或者追查刑事犯罪的需要，由公安機關或者檢察機關依照法律規定的程序對通訊進行檢查外，任何組織或者個人不得以任何理由侵犯公民的通訊自由或者通訊秘密。再如，《美國憲法》第一條修正案規定，國會不得制定確立國教或者禁止宗教活動自由的法律；限制言論自由或者出版自由的法律；剝奪和平集會、向政府請願伸冤的自由的

法律。⁴ 雖然與中國大陸法律體系不同，香港、台灣地區的憲法文件都對公民通訊自由權利進行了明確。

二、通訊偵查的必要性及基本原則

古典自由主義代表人物密爾闡釋了自由的兩大原則。第一，個人的行為只要不涉及他人的利害，個人就有完全的行動自由，不必向社會負責；他人對於這個人的行為不得干涉，至多可以進行忠告、勸誡或者避而不理；第二，當個人的行為危害到他人的利益時，個人才應當接受社會或者法律的懲罰。⁵ 從實踐中看，當一個人通過現代通訊技術實施詐騙犯罪、恐怖組織犯罪、黑社會犯罪、危害國家安全犯罪的時候，他人利益和人人有份的公共利益就受到損害，處於公權力的法定義務，公權力就有必要滲透到有關人的通訊秘密中。如何把握公權力涉足通訊自由的限度，確保在行使通訊監察權力時，不至於造成個人通訊自由權利的不當侵害？根據港台的通訊監察實踐，對這一權利的行使需要遵守法律保留原則和比例原則、正當程序原則、憲法救濟原則。

（一）規制中的法律保留原則

按照規範法學關於成文法效力位階的理論，憲法是現代國家的根本大法，效力位階最高。法律依據憲法而創立，位階次於憲法。在法律之下存在着位階和效力不等的行政法規和行政命令等規範性文件。在一個國家的規範體系中，法律的創制需要經過議會嚴格的立法程序，因此法律全面、集中地反映了國民的意志。涉及國家重大事項和公民基本權利的立法，一般都採用議會創制法律的方式予以規範。

對於“通訊監察”法律保留原則的必要性，台灣

* 中國人民大學法學院博士後研究人員

“司法院”第 631 號司法解釋清楚說明：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，搜集對其有關之紀錄，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，故侵害人民基本權利之時間較長，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利已遭侵害，致其無從行使法定防禦權(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。因此，有必要通過立法機關嚴格的、民主的立法程序創制法律的方式予以規制。《中國立法法》第 8 條規定，“對公民政治權利的剝奪、限制人身自由的強制措施和處罰”只能制定法律。“有關犯罪和刑罰、對公民政治權利的剝奪和限制人身自由的強制措施和處罰、司法制度等事項”，必須制定法律。

(二) 審批中的正當程序原則

所謂正當程序原則，就是指通訊監察的審批和實程序，應當符合正當的程序。通訊監察涉及到國民通訊自由的基本權利，因此對其限制必須經過公民看得見、體會得到的正當程序進行，這樣才能保障執法的“公正”。例如，按照台灣地區原來的立法，通訊監察的實施不需要通過法官批准。後來，“司法院”大法官根據聲請人的要求，做出了第 631 號司法解釋，通訊自由權利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。國家採取限制手段時，除應有法律依據外，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，方符憲法保護人民秘密通訊自由之意旨。為制衡偵查機關之強制處分措施，以防免不必要之侵害，並兼顧強制處分目的之達成，則經由獨立、客觀行使職權之審判機關之事前審查，乃為保護人民秘密通訊自由之必要方法。檢察官或司法警察機關為犯罪偵查目的，而有監察人民秘密通訊之需要時，原則上應向該管法院聲請核發通訊監察書，方符憲法上正當程序之要求。

(三) 實施中的比例原則

通訊監察如果把握不好，就會導致公民通訊秘密、表達自由的不當侵犯，引起強烈的社會反對。因此，立法上明確比例原則就有為必要。台灣“司法院”第 631 號司法解釋指出：因通訊監察對人民之秘密通訊自由影響甚巨，核發權人於核發通訊監察書時，應嚴格審查法定要件；倘確有核發通訊監察書之必要時，亦應謹守最小侵害原則，明確指示得為通訊監察之期間、對象、方式等事項，且隨時監督通訊監察之執行情形。⁶ 依據《香港法例》第 589 章《截取通訊及監察條例》第 3 條，發出批准文件者必須確認：該截取或秘密監察對謀求藉進行該截取或秘密監察達到的目的是必要的，並且是與該目的相稱的：在有關因素與該截取或秘密監察對將會屬其目標人物或可能受該截取或秘密監察影響的人的侵擾程度之間，求取平衡；考慮謀求藉進行該截取或秘密監察達到的目的，是否能合理地藉侵擾程度較低的其他手段達到；及考慮在有關情況下屬有關的其他事宜，主要包括防止或偵測的有關特定嚴重罪行的逼切性及嚴重程度、對公共安全的有關特定威脅的逼切性及嚴重程度、相當可能藉進行有關截取或秘密監察而取得的資料，在謀求藉進行該截取或秘密監察達到的目的方面相當可能具有的價值及相關程度。

(四) 基本權利的司法救濟原則

為甚麼對通訊偵查中受到非法侵害的通訊自由權利，要求司法救濟？因為通訊自由權利是公民的一項憲法權利。憲法權利的保障主要涉足到立法層面的保障、執法層面的保障。因此，必須借助於司法訴訟，或者國家司法機關的憲法解釋，對侵害通訊自由權利的立法，對公權力行使過程中對自由權利的侵害提供公正的救濟。台灣 1999 年 7 月 14 日公佈的《通訊保障及監察法》第 5 條第 2 項規定的喪失法律效力，正是透過憲法訴訟實現的。該條文規定：“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核發”，並沒要求通訊監察書應由法官核發。一位涉案警員向“司法院”大法官提出憲法解釋聲請，聲請人主張通訊監察書應一律由法官核發，通訊保障及監察法有關通訊監察書於偵查中由檢察官核發的規定違憲；“司法院”大法官發佈的第 631 號司法解釋認為，使職司犯罪偵查之檢察官與司法警察機關，同時負責通訊監察書之聲請與核發，難謂為合理、正當之程序規範，而與憲法第 12 條保障人民秘密通訊自由之意旨不符，應自本解釋公佈之日起，至遲於 2007

年 7 月 11 日修正公佈之通訊保障及監察法第 5 條施行之日失其效力。正是大法官這一憲法解釋權力，避免了通訊監察的不當立法導致對基本權利的侵犯。同時，基本權利的憲法解釋賦予司法機關，對於監聽偵查的正確實施具有重要的預警作用。

三、香港、台灣通訊監察基本做法

香港、台灣通訊監察制度主要涉及到具體的案件、監察主體、監察實施和對監察的監督、對監察對象的救濟五個環節。香港《截取通訊及監察條例》、台灣《通訊保障及監察法》和《通訊保障及監察法施行細則》對這些環節均作出了詳細的規定。

(一) 通訊監察針對的個案法定

依據《香港法例》第 589 章《截取通訊及監察條例》第 3 條，採用監聽偵查技術必須針對特定個案：第一，防止或偵測嚴重罪行或保障公共安全；第二，有合理懷疑，懷疑有任何人曾涉及、正涉及或相當可能涉及須予防止或偵測的特定嚴重罪行；或構成或會構成對公共安全的有關特定威脅的任何活動。其中，“嚴重罪行”是指：第一，就發出對截取的訂明授權、將對截取的訂明授權續期或對截取的訂明授權持續有效而言，指可判處的最高刑罰是或包括監禁不少於 7 年的任何罪行；第二，就發出對秘密監察的訂明授權、將對秘密監察的訂明授權續期或對秘密監察的訂明授權持續有效而言，指可判處的最高刑罰是或包括“監禁不少於 3 年；或罰款不少於一百萬港幣”刑罰的任何罪行。

台灣《通訊保障及監察法》第 5 條規定：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搜集或調查證據者，得發通訊監察書。①最輕本刑為 3 年以上有期徒刑之罪；②(台灣)《刑法》第 100 條第 2 項之預備內亂罪、第 101 條第 2 項之預備暴動內亂罪或第 106 條第 3 項、第 109 條第 1 項、第 3 項、第 4 項、第 121 條第 1 項、第 122 條第 3 項、第 131 條第 1 項、第 142 條、第 143 條第 1 項、第 144 條、第 145 條、第 256 條第 1 項、第 3 項、第 257 條第 1 項、第 4 項、第 298 條第 2 項、第 300 條、第 339 條、第 339 條之三、第 340 條、第 345 條或第 346 條之罪；③《貪污治罪條例》第 11 條第 1 項、第 2 項之罪；④《懲治

走私條例》第 2 條第 1 項、第 3 項或第 3 條之罪；⑤《藥事法》第 82 條第 1 項、第 3 項或第 83 條第 1 項、第 4 項之罪；⑥《銀行法》第 125 條之罪；⑦《證券交易法》第 171 條或第 173 條第 1 項之罪；⑧《期貨交易法》第 112 條或第 113 條第 1 項、第 2 項之罪；⑨《槍炮彈藥刀械管制條例》第 8 條第 4 項、第 11 條第 4 項、第 12 條第 1 項、第 2 項、第 4 項、第 5 項或第 13 條第 2 項、第 4 項、第 5 項之罪；⑩《公職人員選舉罷免法》第 88 條第 1 項、第 89 條第 1 項、第 2 項、第 90 條之一第 1 項、第 91 條第 1 項第 1 款或第 91 條之一第 1 項之罪；⑪《農會法》第 47 條之一或第 47 條之二之罪；⑫《漁會法》第 50 條之一或第 50 條之二之罪；⑬《兒童及少年性交易防制條例》第 23 條第 1 項、第 4 項、第 5 項之罪。⑭《洗錢防制法》第 9 條第 1 項、第 2 項之罪；⑮《組織犯罪防制條例》第 3 條第 1 項後段、第 2 項後段、第 6 條或第 11 條第 3 項之罪。

(二) 通訊監察主體

香港《截取通訊及監察條例》規定，就截取等而指明的部門為香港海關、香港警務處、廉政公署；就秘密監察等而指明的部門為香港海關、香港警務處、入境事務處、廉政公署。

台灣《通訊保障及監察法施行細則》確定的通訊監察主體包括司法警察機關、檢察機關和“國家”安全機關。其中，“司法警察機關”是指內政部警政署與各直轄市、縣(市)警察局所屬分局或刑事警察大隊以上單位、法務部調查局與所屬各外勤調查處(站)、工作組以上單位、憲兵司令部與所屬各地區憲兵隊以上單位、行政院海岸巡防署與所屬偵防查緝隊、各海巡隊、各機動查緝隊以上單位及其他同級以上之司法警察機關。

(三) 審批程序

香港對於“截取或第 1 類監察”，需要通過法官小組發出授權才能進行，部門人員可向小組法官提出書面申請，尋求發出對該部門的任何人員或他人代該部門的任何人員進行任何截取或第 1 類監察的法官授權。部門人員可向該部門的授權人員提出書面申請，尋求發出對該部門的任何人員或他人代該部門的任何人員進行任何第 2 類監察的行政授權。部門首長可指定職級不低於等同高級警司的職級的任何人員為本條例的目的擔任授權人員。如符合以下條件，部門人員可向該部門的首長提出書面申請，尋求發出對該

部門的任何人員或他人代該部門的任何人員進行任何截取或第1類監察的緊急授權：該人員認為，由於存在任何人死亡或蒙受嚴重身體傷害、財產蒙受重大損害、對公共安全的嚴重威脅；或損失關鍵證據的逼切風險，因而有即時需要進行該截取或第1類監察；及在顧及有關個案的整體情況下，申請發出對截取或第1類監察的法官授權，並非合理地切實可行。⁷

根據台灣《通訊保障及監察法施行細則》，司法警察機關依法向檢察官提出聲請者，應備文載明法定事項，並敘明理由、檢附相關文件及有關釋明資料，向有管轄權之檢察機關為之。台灣的“司法警察機關”是指內政部警政署與各直轄市、縣(市)警察局所屬分局或刑事警察大隊以上單位、法務部調查局與所屬各外勤調查處(站)、工作組以上單位、憲兵司令部與所屬各地區憲兵隊以上單位、行政院海岸巡防署與所屬偵防查緝隊、各海巡隊、各機動查緝隊以上單位及其他同級以上之司法警察機關。檢察官依法聲請核發通訊監察書者，應備聲請書，載明法定事項，並敘明理由、檢附相關文件及有關釋明資料，向該管法院為之。法院就核發通訊監察書之聲請，其准予核發者，應即製作通訊監察書交付聲請人；不予核發者，應以書面覆知聲請人。

(四) 監督機制與司法救濟

依據《香港法例》第589章《截取通訊及監察條例》，任何人如懷疑有以下情況，可向專員書面申請根據本分部進行審查：傳送予該人或由該人傳送的任何通訊被某部門的人員截取；或該人是某部門的人員已進行的任何秘密監察的目標人物。專員在進行審查後，若斷定所指稱的截取或秘密監察已在沒有訂明授權的授權下由某部門的人員進行，他須於合理地切實可行範圍內，盡快向申請人發出通知：第一，述明他已就有關個案判定申請人得直，及表示該個案是屬截取或是屬秘密監察，以及述明該截取或秘密監察的進行期間；及邀請申請人確認申請人是否有意願根據該申請，尋求繳付賠償金的命令，及(如申請人有此意願)邀請申請人為該目的作出書面陳詞；第二，在接獲申請人尋求繳付賠償金的命令的確認後，專員在考慮為該目的而向他作出的任何書面陳詞後，可命令政府向申請人繳付賠償金。賠償金，可包括對精神傷害的補償；第三，如專員在進行審查後，作出其他斷定，則他須於合理地切實可行範圍內，盡快向申請人發出通知，述明他已就有關個案判定申請人並不得直。第486章《個人資料(私隱)條例》，香港設立有1名“個人資

料私隱專員”。任何個人或代表個人的任何有關人士可就違反本條例的作為或行為向專員作出投訴。任何人披露未經數據用戶同意而取自該數據用戶的某數據當事人的任何個人資料，而該項披露是出於以下意圖的，該人即屬犯罪：第一，獲取金錢得益或其他財產得益，不論是為了令該人或另一人受惠而獲取；第二，導致該當事人蒙受金錢損失或其他財產損失；第三，如任何人披露未經數據用戶同意而取自該數據用戶的某數據當事人的任何個人資料；而該項披露導致該當事人蒙受心理傷害，該人即屬犯罪；第四，任何人犯這些罪行，一經定罪，可處罰款1,000,000港元及監禁5年。第383章《香港人權法案條例》第二部香港人權法案第14條規定，任何人之私生活、家庭、住宅或通訊，不得無理或非法侵擾，其名譽及信用，亦不得非法破壞。對於此種侵擾或破壞，人人有受法律保護之權利。第一部導言第6條“人權法案遭違反時的補救”規定，法院或審裁處在就觸犯本條例的事件而採取的法律行動所引起的訴訟中，而該訴訟是屬其司法管轄權範圍內者；及在涉及觸犯、違反或威脅違反人權法案的事件而屬其司法管轄權範圍內的其他訴訟中，可就該項觸犯、違反或威脅違反事件，頒發它有權在該等訴訟中頒發而認為在該情況下屬適當及公正的補救、濟助或命令。任何訴訟，不得以它是與人權法案有關為理由而被裁定是超出任何法院或審裁處的司法管轄權範圍。

《香港基本法》第30條確認了香港居民的“通訊自由權”：香港居民的通訊自由和通訊秘密受法律的保護。除因公共安全和追查刑事犯罪的需要，由有關機關依照法律程序對通訊進行檢查外，任何部門或個人不得以任何理由侵犯居民的通訊自由和通訊秘密。作為香港特別行政區憲制性法律，根據《香港基本法》第158條，基本法的解釋權屬於全國人民代表大會常務委員會。全國人民代表大會常務委員會授權香港特別行政區法院在審理案件時對本法關於香港特別行政區自治範圍內的條款自行解釋。香港特別行政區法院在審理案件時對本法的其他條款也可解釋。

台灣高等法院得建置通訊監察管理系統，供監督通訊監察之用。建置機關應設置能立即自動傳輸全部上綫及下綫資訊之設備，即時將全部上綫及下綫之資訊，以專綫或其他保密方式，傳輸至台灣高等法院通訊監察管理系統。但軍事審判官核發之通訊監察書及依法無須經法院同意之通訊監察案件不在此限。執行機關執行通訊監察時，如發現有危害國家安全情事者，應將相關資料移送綜理國家安全機關。台灣《通

訊保障及監察法》第24條規定，違法監察他人通訊者，處5年以下有期徒刑。執行或協助執行通訊監察之公務員或從業人員，假借職務或業務上之權力、機會或方法，犯前項之罪者，處6月以上5年以下有期徒刑。意圖營利而犯前二項之罪者，處1年以上7年以下有期徒刑。第25條規定，明知為違法監察通訊所得之資料，而無故洩漏或交付之者，處3年以下有期徒刑。意圖營利而犯前項之罪者，處6月以上5年以下有期徒刑。根據台灣《電腦處理個人資料保護法》，公務機關違反本法規定，致當事人權益受損害者，應負損害賠償責任。根據台灣《司法院大法官審理案件法》，大法官解釋憲法之事項包括：適用憲法發生疑義的事項；關於法律或命令，有無抵觸憲法之事項；關於省自治法、縣自治法、省法規及縣規章有無抵觸憲法之事項。得聲請解釋憲法的情形包括：中央或地方機關，於其行使職權，適用憲法發生疑義，或因行使職權與其他機關之職權，發生適用憲法之爭議，或適用法律與命令發生有抵觸憲法之疑義者；人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有抵觸憲法之疑義者。依立法委員現有總額1/3以上之聲請，就其行使職權，適用憲法發生疑義，或適用法律發生有抵觸憲法之疑義者。

四、對大陸的啟示

隨着通訊業的發展，中國內地現在使用手機、互

聯網的用戶早已突破一億。伴隨着經濟的發展和社會分工的日益發達，通過信息化手段智能犯罪、跨區域犯罪日益透出，形勢的發展使通訊偵查成為必要。《中國刑事訴訟法》對“技術偵查措施”進行了專門的規範。《公安機關辦理刑事案件程序規定》規定：需要採取技術偵查措施的，應當製作呈請採取技術偵查措施報告書，報設區的市一級以上公安機關負責人批准，製作採取技術偵查措施決定書。人民檢察院等部門決定採取技術偵查措施，交公安機關執行的，由設區的市一級以上公安機關按照規定辦理相關手續後，交負責技術偵查的部門執行，並將執行情況通知人民檢察院等部門。《人民檢察院刑事訴訟規則(試行)》規定，人民檢察院在立案後，對於涉案數額在十萬元以上、採取其他方法難以收集證據的重大貪污、賄賂犯罪案件以及利用職權實施的嚴重侵犯公民人身權利的重大犯罪案件，經過嚴格的批准手續，可以採取技術偵查措施。

結合前面的基本原則和港台的法律規制，尚存在着一定差距，首先，在立法規制方面，雖然刑事訴訟法作出了明確的規範，但諸如個人信息保護等法律尚處於空白。也就是說，在通訊監察非法侵害個人自由權利的時候，尚沒有完善而系統的法律予以保障。其次，在既有的通訊監察的立法中，不僅缺乏對比例原則的確認，而且亦缺乏足夠的補救措施和具體程序；第三，大陸的司法機關目前還沒有形成解釋公民憲法權利的傳統。這一切，隨着人權入憲和依法治國的提出，亟待借鑒港台經驗，作出法制跟進。

註釋：

- ¹ 陳水逢：《中華民國憲法論》，台北：商務印書館，1970年，第162頁。
- ² [日]大須賀明：《生存權論》，林浩譯，北京：法律出版社，2001年，第29頁。
- ³ 同註4，第332頁
- ⁴ 李元起主編：《中國憲法學專題研究》，北京：中國人民大學出版社，2009年，第330頁。
- ⁵ [英]密爾：《論自由》，程崇華譯，序言，北京：商務印書館，1996年，第3頁。
- ⁶ 釋字第631號，載於台灣“司法院大法官”網站：http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=631。
- ⁷ 香港通訊監察分為兩大類，第1類監察指不屬第2類監察的任何秘密監察；第2類監察指：①由某人使用監聽器材或視光監察器材，為監聽、監測或記錄任何其他他人所說的說話或進行的活動的目的而進行的任何秘密監察，而使用該器材的人屬“在該其他人的意向或應有的合理預期中是會聽見該說話或看見該活動的人”，或是“在該人明示或默示同意下監聽、監測或記錄該說話或活動的人”；②使用視光監察器材或追蹤器材進行的任何秘密監察，而其使用不涉及“未經准許而進入任何處所”或“未經准許而干擾任何運輸工具或物體的內部，或未經准許而對該器材進行電子干擾”。