發佈：2013-10-07, 週一 17:39
點擊數：14107

壹、前言

有關於馬英九指揮黃世銘與特偵組調查國會議長王金平與反對黨總召柯建銘的九月政爭，許多媒體都認為馬英九與黃世銘固然有非法監聽，但王金平和柯建銘則有「關說情事」，也應予以譴責。甚至馬英九與其支持者還對媒體強調關說乃是「大是大非」的問題，進而輿論即開展一連串混淆是非的政治抹黑或是錯誤法律論述。筆者認為此定有必要先澄清「柯建銘有無必要關說」的前提事實，而後再針對本次監聽所涉及的問題作一個淺顯的介紹。因為篇幅所限，對於在報章雜誌已有的許多政治性、專業性或非專業性法律論述，如政爭、憲政危機、檢察官危機、後馬情勢、洩密、偵查不公開的時間點接續錯誤抑或監聽國會議員違背權力分立等等議題，筆者將忍痛割愛。而僅就「沒有關說」和「非法監聽」兩大部份作重點式說明，以求事實之澄清，以闡明我國現行法制之問題，而其他相關問題，則有待社會賢達等加以釐清。

貳、柯建銘無罪根本不需要關說！

就柯建銘是否成立關說抑或有關說之情形的看法，可以用今年9月18日台中地方法院張升星法官在蘋果日報論壇所發表的「柯建銘背信關說了嗎？」一文為代表意見。這些評論看似真確，然實則有所誤會，根據本文考證，有必要對於柯建銘全民電通案件做出澄清，以免「非法監聽」的焦點遭到模糊！全民電通案本來就是冤案，事實上這個案件除了是媒體所評論的特偵組羅幟罪名而誣陷柯建銘的冤案外，根據法院所有判決顯示之資訊可知：

事實是：本案是1997年柯建銘向張某「個人」借款1200萬元，而張某當時擔任全民電通公司轉投資的子公司籌備處負責人，張因為現金不夠，其認為子公司籌備處還沒成立公司，所以就用子公司籌備處在銀行的戶頭裡的錢借錢給柯建銘，而且沒有告知柯建銘這筆錢是從哪裡出來的。而柯建銘則交付一張背書的支票給張某用作擔保。但是之後張某因為子公司沒有成立，於是嗣後將錢全數還給全民電通，當然也把這筆本來屬於全民開發公司籌備處的錢1200萬的被柯建銘背書的支票一併還給全民電通，所以變成了柯建銘欠全民電通1200萬元。

之後1998年隆O公司的王某和全民電通簽訂了一個3200萬元的投資契約，但全民電通購買股票只願意負2000萬元，然後當時全民電通的董事長張俊宏要求柯建銘代墊剩下的1200萬元，當作是清償之前欠全民電通支票的債務。而國民黨執政後特偵組意欲立功而見機不可失，於是柯建銘被起訴且一審被定罪，而進入二審後，因為承審本案的法官陳榮和索貪未遂而判柯有罪。而其後雖陳榮和雖因貪污而獲罪遭押，然其後的高等法院法官因擔心受陳牽連且失察，又再判柯建銘有罪。所以才衍生出這個「個人借款」的大「冤案」，而後到了最高法院發現所有卷證資料均不符，方才發回更審，並由高院的法官重新審理，更審法官明察秋毫才給了柯建銘真正的清白。

第一、　柯建銘向張某個別借款，其根本不知道所借款項來源。

柯建銘從未向全民電通借款或挪用款項，柯建銘是和張某「個人借款」新台幣1200萬，並提供1200萬元之支票供作擔保，而張某拿全民電通轉投資之子公司籌備處的款項借給柯建銘，嗣後子公司籌備後未成立，張某將柯建銘擔保其債務之1200萬元的支票，隨同子公司未成立的財務資料，一併移轉給全民電通公司，所以才有全民電通對柯建銘有1200萬元支票借款。柯建銘自始至終對於張某的借款來源從來不知情，此在更審前第一審業經張某在法庭證述明確。

Phoca PDF

第二、並非柯建銘決定投資案

全民電通公司在張某歸還財務資料後，投資隆O國際公司的決定根本不是柯建銘一人可以決定，而係由於全民電通公司工作會議通過的，這由法院卷證有的全民電通公司98年第5次工作會議的紀錄就可以知悉。

第三、投資總金額是3200萬，不是2000萬！

全民電通上開資金投資案總金額為3200萬元，而全民電通認為柯建銘有一張1200萬元由張某轉移到公司的支票債務，故乃經工作小組決議，由柯建銘逕支付該1200萬元給隆O國際公司，而全民電通公司則支付2000萬元，故柯建銘被張某移到全民電通的1200萬元借款債務，對全民電通而言已消滅；全民電通可對隆O國際公司行使3200萬元投資案的權利。此部份亦早經全民電通公司的經理人及隆O國際公司的相關人員在法院作證明確。

第四、柯建銘基於道德責任盡力防止全民電通損失

至於全民電通投資此案，因隆O國際公司可以行使買回權，故隆O國際公司也有開立2048萬元及1240萬元之支票、及價值2000萬元以上的土地擔保，後來隆O公司跳票，柯建明為免公司投資受有損害，除提供支票擔保外，亦提供了160萬股新瑞都股票（當時價值約4000萬元），給全民電通公司。迨全民電通公司清算期間，柯建銘得知該投資案，全民電通尚持有隆O國際公司股票而未結案；乃主動與全民電通公司協議以600萬元解決此案，並由全民電通將對隆O公司之債權及股票移轉至柯建銘，此有切結書、協議書等及相關證人在法院證述甚詳。

第五、柯建銘從來沒有干涉作帳或是指示財會人員登載不實

另全民電通的會計人員從未接獲柯建銘指示或柯建銘有干涉作帳的情事，此不份業經全民電通相關財務會計人員在法庭作證明確，最高法院就本案發回更審時，亦認為更審前高等法院就此部份有利事項，未為調查釐清之違法，因而撤銷原判決，高等法院更一審依最高法院發回意旨而為柯建銘無違反商業會計法第71條第1款、第5款犯行。

綜上所述，柯建銘所涉及的乃係背信罪以及違反商業會計法第71條第1款、第5款之犯罪。

首先就背信罪構成要件而論，我國刑法第342條背信罪規定為「為他人處理事務，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害本人之利益，而為違背其任務之行為，致生損害於本人之財產或其他利益者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。前項之未遂犯罰之。」

成立刑法第342條背信罪的構成要件在我國實務上向來認為背信罪需基於「為他人處理外部財產關係事務」，單純的雙方民事契約根本不可能構成背信，否則無疑於將民事債權債務之關係放至刑法處理，顯然違背刑事
不法與民事不法本質上之差異。[1]
第二個則是「使本人受到財產上的損害」，第三個是「有不法意圖」。而柯案中：第一、本案柯建銘並沒有代表全民電通處理投資隆O的外部財產關係的投務，全民電通投資隆O是董事會決定的，柯建銘是因為償還自己的借款，才擔負這筆投資的1200萬，還債和代表公司投資本質完全不同

Phoca PDF

。第二、到全民電通清算時，柯建銘都一直在為自己的債務償債，公司根本就沒有損害。第三、柯建銘一開始不知「借款」來源，事後「努力還債」，何來不法意圖？而柯建銘和全民電通的會計人員根本沒有接觸過，且經法院調查會計相關報表均無不實，那這又怎麼構成商業會計法第71條第1款和第5款的違法事實呢？

而刑法第342條是不得上訴第三審的，本案在背信罪無罪的判決確定下，檢察官根本依法不得提起第三審上訴，而全民電通的會計財務人員作證的卷證裡又沒有商業會計法第71條第1款、第5款的「不實」情形。在事證明確的情形下，檢察官當然沒有上訴的空間，是以林秀濤檢察官做出不予上訴的決定難謂不當，而柯建銘當然不會為了這種「無罪」的事情去關說！誰說這不是因為非法監聽而羅幟的關說罪名？

在沒有直接確切證據下，黃世銘和特偵組搞不清楚王金平和柯建銘的對話內容與性質，僅憑藉「非法監聽」而得知的王金平安慰柯建銘的話語，片面認定柯建銘和王金平有關說司法，那麼論者的「大是大非」恐怕是「大錯特錯」。

參、非法監聽才是大錯特錯 ！

一、通訊保障監察法之監聽要件與原則

在2013年9月5日檢察官偵查終結前，8月31日檢察總長黃世銘向總統報告監聽情資以及9月1日總統要求黃世銘報告偵查不應洩密的情資，這兩個重要的犯罪行為時點。

不論是8月31日黃世銘去官邸報告抑或9月1日馬英九找他來報告，甚而之後在8月31日隨即於聽完報告後和羅智強、江宜樺討論，均涉及通訊監察保障法的違法監察通訊以及洩密罪。本次監聽過程行為不合法之判斷則主要涉及檢察總長與相關特偵組進行監聽官員在偵查尚未結束（當時特偵組還在偵訊檢察官林秀濤、陳正芬）向總統報告監聽情資並留下監聽情資書面譯文在官邸中的行為，首先應判斷，黃世銘和特偵組官員是否有違法監聽，而該當於通訊保障監察法第24條第1項及第2項之：「違法監察他人通訊者，處五年以下有期徒刑。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，處六月以上五年以下有期徒刑。」第 25 條第1項：「明知為違法監察通訊所得之資料，而無故洩漏或交付之者，處三年以下有期徒刑。」加以追訴的問題。

另一個則是涉及偵查不公開的通訊監察保障法第27條的洩密問題，此涉及偵查不公開中，總統馬英九、行政院長江宜樺、總統府前副秘書長羅智強彼此之前在總統官邸聽取檢察總長情資後，並主動討論以及總統向本來不應該知道的第三人羅智強、江宜樺散布，馬英九是否違犯通訊監察保障法的第27條的「公務員或曾任公務員之人因職務知悉或持有依本法或其他法律之規定監察通訊所得應秘密之資料，而無故洩漏或交付之者，處三年以下有期徒刑。」以及後來所開得記者會洩漏這些情資的問題。

1.
通訊監察保障法第24條的違法監察他人通訊的判斷需合致於監聽形式必要性及實質必要性

通訊監察保障法的第24條的違法監察他人通訊而言，其判斷基準乃在於是否有符合通訊保障監察法第5條至第12條的監聽形式必要性要件，就是通說所謂的法律保留下的重罪原則以及列舉原則，而後法院則需審查監聽實質必要性要件的犯罪嫌疑審查原則，監聽手段補充性原則，以

Phoca PDF

及比例原則之判斷，另外在法律保留下的對人監聽的干預例外，此需注意是否違反來自於親屬或是執業關係而有的證言拒絕權。[2]
所謂的監聽形式必要性要件，乃指在檢察官資訊不足而有待取得的情況下，為確保偵查有效訴追，是以採取監聽作為最後不得已之手段。

監聽的形式必要性要件在本案的審查中，首先當然必須涉及到法律保留下的重罪原則，通訊監察保障法第5條早有原則性的規定，就是必須要最輕本刑在3年以上有期徒刑之罪。若不合於重罪原則，則進入第二階段的通訊監察及保障法列舉的犯罪，如刑法的妨害國家安全罪章、刑法上的賄賂罪以及圖利罪，干擾選舉罪，妨害金融秩序如偽造有價證券供行使，製造與販賣鴉片，以干擾婦女意志自由而進行的誘拐罪行，財產詐欺，以及利用不實電腦訊息不法侵害他人財產與單純恐嚇罪。貪污治罪條例的行賄官員、懲治走私條例的私運物品進出口罪、藥事法的販賣輸入偽藥禁藥罪，證券交易法及期貨交易法的非法影響證券交易秩序以及證交所人員的違背職務罪，槍砲彈藥刀械管制條例的製造、運輸、販賣危險武器罪，公職人員選舉罷免法中違反罷免投票開票秩序之犯罪，農會法及漁會法中妨害農漁會主要幹部選舉之犯罪，兒童及少年性交易防治條例的非法引誘容留促成兒童及少年性交易之犯罪，洗錢防治法裡利用匯款通道進行洗錢交易不法行為與組織犯罪防制條例涉及犯罪首腦操縱犯罪、資助組織犯罪者、以及遏止公務員出賣證人的犯罪部份，陸海空軍刑法裡涉及軍官叛國、毀壞國防設施以及軍事利益之犯罪。

列舉原則其實是把這些我國讀有的特別刑法或是事物本質不同的附屬刑法構成要件所規定的在外觀上無從發現的明顯犯罪類型，予以特別規定，以利刑事上的有效追訴與避免國家利益的重大危害，這類的犯罪基本上如果透過後設的刑事手段加以追訴，往往緩不濟急，且因為具備有隱密及非公開的性質，所以僅能直接「適用」監聽的手段，這裡並非排除了法院形式裁量或判斷的監聽是否用作為唯一手段的空間，而是在時效上縮短法院的判斷空間，可以說是訴訟經濟的條文規定，但卻不能認為法院的必須絕對接受符合這些構成要件的案例類型，就需要發給監聽票。

因為合於監聽的形式必要性要件後，法院仍然必須透過監聽的實質必要性要件審核，才能核發監聽票。這由通訊保障監察法第5條第1項的「有事實足認..」，以及「..有相當理由」的犯罪嫌疑審查原則可以知道。而監聽的犯罪嫌疑審查原則因為與一般刑事訴訟法著重於犯罪後追訴行為人而已無從預防法益危險侵害的的干預基本權手段不同，其具備隱密性與無從察覺性，故監聽本質上也具備有警察國家的預防手段，有時亦有政治的性質含括在內。就監聽而言，因為其具備不易察覺性以及隱密性，容易侵害他人憲法基本權所保護的私人生活核心領域，是以在審查時所要求之犯罪情資與嫌疑明顯高於其它強制處分。如果觀察我國通訊監察及保障法第5條所列舉之犯罪即可得知，妨害罷免秩序以及妨害農、漁會選舉此等具備高度政治意涵而與執政者利益有關的事項也被列入通訊監察保障法中，是以監聽在強制處分中乃具備最後手段性。

就第2項規定的「需敘明理由」之要件及第3項的聲請駁回後不得聲明不服與第4項的法官判斷基準即可明白，通訊保障監察法第5條的形式必要性要件判斷，事實上並非絕對，法官仍需實質審查犯罪嫌疑、監聽是否為最後的必要手段以及是否符合比例原則。

本案黃世銘和特偵組官員利用100年特他字第61號一票吃到飽，顯然嚴重違反通訊監察保障法所要求的監聽形式與實質合法性要件，故黃世銘和特偵組官員監聽過程顯然違法。黃世銘和特偵組官員有違法監聽，而該當於通訊保障監察法第24條第1項及第2項之：「違法監察他人通訊者，處五年以下有期徒刑。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，處六月以上五年以下有期徒刑。」

2. 通訊監察法第25條的明知係違法通訊監察之資料之判斷

Phoca PDF

就黃世銘及特偵組檢察官監聽柯建銘、王金平及相關人士之通話，其實報章雜誌已經多所批評，其根本上亦無從通過監聽之形式或實質合法性要件審查，這樣的監聽當然屬於違法，至於最高檢察署所談的另案監聽、他案監聽的合法性根本在本案中無庸討論，蓋其本質上就已經被檢察總長認定為「行政調查」，根本上行政調查不會有他案監聽或是另案監聽的問題，因為已經沒有理由監聽了，又何來他案監聽、另案監聽，本案恐怕只有「非法監聽的問題」。至於黃檢察總長談到的「行政不法」更係謬誤，除了行政不法的概念基本上無從適用於刑法上的監聽，且通訊保障監察法第5條的法律明文規定根本不含行政不法。所謂的行政刑罰原則上也並不歸屬於行政不法的範疇，而係屬於附屬刑法的範疇。「行政不法」本質上不是職司刑事偵查的檢察總長判斷的範疇，而屬於公務員是否違反不法程度較低的行政法規的而應屬於公務員法規的問題。檢察總長若認為高檢署檢察長或是法務部長涉及行政不法，那麼就其權責，可依照法院組織法或其他相關公務員法規對法務部長或高檢署檢察長進行行政職務上的究責，不需要透過顯然不合比例原則的監聽手段加以處理。是以針對另案監聽或他案監聽的問題，因為係屬於刑事訴訟法中以刑事不法為前提之重要問題，於本案中似乎無討論之餘地。

然黃總長十分堅持在沒有發現「刑事不法前可能會有行政不法」的概念，甚至馬總統也一再強調此點，筆者則認為此純屬誤會，行政不法基本上不能透過「監聽」來處罰已如前述。而筆者衡量再三，則認為黃總長的真意恐怕是雖本案沒有通訊保障監察法的第5條監聽要件的該當，但是可能也會因此發現其他刑法上的犯罪，是以從偵查發動的始點而論，也不能說黃總長是違法，而只能視為是「偵查失敗」。那本文試著從國內文獻曾經介紹過的德國學說，來加以檢視黃總長所謂的因監聽而「偶然發現」[3]
「與監聽本案犯罪有關連性的其他犯罪」說法是否合理？也就是黃總長這個「偵查失敗」可不可以透過後來特偵組說的林秀濤檢察官另外涉及貪污治罪條例第5條第1項第3款或是刑法第125條的濫權不起訴而得到補正？

文獻上指出的「偶然發現」乃係只因監聽某罪而意外發現其他犯罪的情形，其重點在於如何判斷該監聽到其他犯罪與本案犯罪的「相關連性」，以及因此所得的資訊是否可以用作證據使用的問題。不過在新一輪的移送林秀濤檢察官的書面理由中卻認定林秀濤可能涉犯貪污治罪條例，並且也可能有刑法第125條濫權不起訴的問題[4]
，那這樣的話，黃世銘與特偵組是否不構成通訊保障監察法第25條的犯罪呢？首先要說明的是「相關連性的基準」在本案不能夠用100年特他字第61號的監聽陳榮和的貪污案而擴充至監聽林秀濤身上，第一點是對於林秀濤的監聽是從林秀濤個人執行職務而來，並非因為林秀濤辦柯建銘的案件而和陳榮和貪污案件有實體上犯罪的同一性或是訴訟法上犯罪的同一性，甚至林秀濤案與陳榮和案兩者間也沒有附隨關係。如果是這樣，那麼不管是用什麼理論理解相關連性，結論上兩案都和特偵組監聽的理由扯不在一起，也無法和陳榮和貪污案有關係，林秀濤案應該要獨立申請監聽票，否則監聽林秀濤應該可以認定特偵組的監聽是完全違法的。第二點是這些犯罪事前都沒有證據證明，事後也沒有查出
證據，所以特偵組的監聽當然嚴重違法。[5]
而柯建銘的案件和陳榮和貪污的案件更顯然無關，第一點是陳榮和還沒判柯建銘就已經被羈押了，且柯建銘的案件即令第二審前手法官是陳榮和，他還是被判有罪，既然如此，連可能犯罪的對象都不存在了，又如何能說柯建銘與該100 年特他字第61號有關連性！所以根本柯建銘就不符監聽實質性要件的有實質犯罪嫌疑，另外柯建銘的全民電通案根本不能上訴，柯建銘根本無需關說。而王金平本身根本不是當事人也非犯罪嫌疑人，這樣的監聽根本沒有合法性要件。

既然如此，通訊監察保障法第25條的「明知係違法通訊監察所得之資料」的構成要件，應已合致。而以之交付馬總統，又使其繼續向無關之第三人散布，則黃總長和特偵組該當通訊保障監察法第25條之罪應無疑義。

Phoca PDF

3. 馬英九獲取非法資料後的傳閱以及散布並使他人知悉之行為，實已該當於通訊保障監察法第27條「公務員或曾任公務員之人因職務知悉或持有依本法或其他法律之規定監察通訊所得應秘密之資料，而無故洩漏或交付之者，處三年以下有期徒刑。」

偵查不公開中，總統馬英九、行政院長江宜樺、總統府前副秘書長羅智強彼此之前在總統官邸聽取檢察總長情資後，並主動討論以及總統向本來不應該知道的第三人羅智強、江宜樺散布，當然構成通訊保障監察法第27條的犯罪。是以，本次前述人等所認定的「行政不法」調查的監聽事實上是「完全不法的犯罪行為」之非法監聽，馬英九、江宜樺、羅智強、黃世銘亦可能在監聽過程涉及到基於偵查不公開而來的刑法第132條洩密罪、個人資訊保護法、通訊保障監察法第27條公務員洩密罪相關的共同正犯與參與犯的問題。而特偵組亦可能涉有意圖以強暴脅迫取證、故意濫權追訴之第125條第2款及第3款之犯罪，而就監聽譯文的增刪更可能觸犯刑法第169條第2款之偽證犯罪。另馬英九及其他政府官員更可能觸犯妨害名譽罪及公然侮辱之告訴乃論罪嫌。而本次監聽對於林秀濤檢察官作為證人，且要求具結以取得證言，則可能構成刑法第134條公務員假借職務上之權力、機會或方法，而以故意犯刑法第304條之以強暴、脅迫使人行無義務之事或妨害人行使權利之犯罪。

二、監聽律師、檢察官的特殊問題

不過其中較需要注意者為監聽律師與當事人對話、監聽檢察官對話所涉及的問題。

首先是監聽柯建銘的律師的問題，就這次總長黃世銘指揮的特偵組監聽王金平院長與柯建銘的對話而進行的九月政爭，監聽立委的合法性以及正當性頗受質疑，不過媒體報導的方向，大多朝「政治鬥爭」或是「檢方內鬥」的方向去剖析。反而忽略了本案另一重要的重點應在於特偵組監聽律師蔡世祺和其當事人柯建銘的通話且將其公布，因為這個監聽不僅侵犯了律師尊嚴，嚴重破壞律師照護當事人義務，也使法院公平審判內容的律師辯護權確保受到毀壞。

律師尊嚴是指律師具備司法獨立性，國家或當事人不得妨害其執行職務，落實在刑事訴訟法、律師法及律師倫理規範上就是辯護權和對於當事人照護義務（我國實務所謂被告辯護倚賴權）的確保，如刑事訴訟法第33條、34條、150條、219條、245條第2項、具體的出庭辯護、聲請法院發給必要辯護資訊、異議、上訴等相關權利的諸多條文；而當事人的照護義務，則指律師法第23條資訊真實義務和第27條第2項的司法機關尊重辯護權以及衍生出的律師倫理規範第7條及第26條的照護當事人與資訊給予義務。而為確保法院的公平審判，讓法院的訴訟不因檢察官忽略其本身的客觀義務而無限上綱自身的真實發現機能或受其他外力介入而使被告受有程序上的不利益，有關辯護律師與當事人間之辯護權之行使，自不容許檢察官濫權侵犯。

特偵組公佈了柯建銘和他的律師蔡世祺的對話內容，事實上涉及蔡律師行使辯護權以及當事人行使辯護倚賴權的範圍。特偵組若以此作為柯建銘有無「關說」的證據，甚至用作「未來訴訟的資訊」，乃屬違法取證，且其行為涉及妨害秘密而有違反通訊監察保障法第27條與個人資料保護法的罪責。在1997年德國發生的越獄大王銀行強盜案，慕尼黑第二地方法院檢察署為了追緝越獄逃脫的銀行強盜，不惜竊聽律師安慰可能成為證人或被告的銀行強盜前妻的資訊，因而獲悉該強盜嫌犯所在地資訊破案[6]
以及2004年監聽「可能的」恐怖分子犯嫌艾.馬西里與其律師的通話，而獲取反恐資訊的兩個案例中，德國聯邦憲法法院認為竊聽律師與當事人說話是不受憲法允許的非法行為，理由在於被監聽的對象和律師已經建立了信賴關係，[7]
這個信賴關係建構了辯護權和刑事訴訟前提的公平審判，律師藉由與被告間的信賴關係獲取為被告辯護的重要資訊與決定在法庭上的訴訟策略，如果因為信賴關係破壞，而使律師無從獲得資訊，抑或律師所進行的辯護策略單方面為檢方知悉，則對於被告顯屬不利，律師辯護權無從確保的

Phoca PDF

情形下，則刑事訴訟法的武器平等原則難以確保，公平審判制度的基礎因而瓦解，所以不允許檢察官無限上綱與不計代價的真實發現。

在柯建銘和其律師的對話中，律師解釋案情與安慰柯建銘，基本上不涉及刑事不法，亦無「黃世銘想像中的行政不法」，那麼特偵組揭露上開監聽內容之對話，明顯違法濫權侵犯律師的辯護權和公平法院。不能以個案等閒視之的理由在於，今天可以非法監聽律師和柯建銘的對話，明天那個律師或當事人會不被監聽呢？這種嚴重侵害辯護權和破壞公平審判的刑事訴訟機制的違法行為若不遏止，以後律師怎麼和當事人建立信賴關係？又如何期待公平法院呢？擔任最高檢的檢察總長居然「違法」放任特偵組公佈律師與其當事人的對話，實在令人匪夷所思。

再者，則涉及監聽檢察官林秀濤，破壞檢察官檢察一體機制以及迫使檢察官必須違反刑事訴訟法第2條客觀義務。

就非法監聽林秀濤檢察官而言，破壞了檢察一體與侵害檢察官的犯嫌資訊保護與節制義務。檢察一體原則是指刑事偵查或訴訟時的檢察體系內部的相互協同與資源集中，而在法定原則下發揮檢察官的最大真實發現功能。就此而言，檢察總長黃世銘如果認為林秀濤檢察官承辦柯案有「黃想像的行政不法」，應該是行使法院組織法第64條的檢察行政上的職務移轉權或承繼權，並參照檢察官倫理規範第14條和第16條明文並依照法官法第92條、93條以書面命令為之，以示負責。而非透過「外部」顯無相當理由的「刑事非法監聽」檢察官林秀濤，來確保檢察官執行職務的行政合法性。監聽林秀濤檢察官，除了對林個人違反通訊保障監察法以及個資法外，更嚴重的是林秀濤是擔當柯案刑事訴訟的檢察官，依照刑事訴訟法第2條，法官法第89條第6項而來的檢察官倫理規範第2條及第18條，林對於被告柯建銘有資訊保護與節制使用義務，林檢察官因為該案件所得自於涉及柯建銘的資訊僅能在該個案上訴時使用，其餘因被特偵組監聽而有意無意吐露的「加料」之直接或間接不利於柯建銘的資訊，均應視為違法而不得使用。在德國曼海姆檢察署違法蒐集逃漏稅證據案中，曼海姆地方法院就認為「檢察官的資訊使用必須同時衡量對於犯嫌的私密保護義務，不是無限上綱的揭露資訊和打擊被告」。黃總長和特偵組監聽林秀濤，是侵害林檢察官的資訊保護與節制使用義務，迫使林檢察官「實質」違反客觀義務，更讓柯建銘依憲法應受保障的訴訟權受侵害。這樣的總長和特偵組難道不該譴責嗎？[8]

肆、結論：

1. 柯建銘的全民電通關說案自始至終就是冤案，其中定讞的背信罪根本不可能上訴到第三審，而且涉及到商業會計法第71條第1款及第5款之罪經財務會計人員作證後，根本與柯建銘無關，是以檢察官已經沒有上訴權，柯建銘根本沒有關說的動機與理由。

2. 本案黃世銘和特偵組官員利用100年特他字第61號一票吃到飽，顯然嚴重違反通訊監察保障法所要求的監聽形式與實質合法性要件，故黃世銘和特偵組官員監聽過程顯然違法。黃世銘和特偵組官員有違法監聽，而該當於通訊保障監察法第24條第1項及第2項之：「違法監察他人通訊者，處五年以下有期徒刑。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，處六月以上五年以下有期徒刑。」

3. 本案100年特他字第61號的監聽陳榮和的貪污案與監聽林秀濤並無相關連性，首先是對於林秀濤的監聽是從林秀濤個人執行職務而來，並非因為林秀濤辦柯建銘的案件而和陳榮和貪污案件有實體上犯罪的同一性或是訴訟法上犯罪的同一性，甚至也沒有附隨關係，如果是這樣，那麼不管是用什麼理論理解相關連性，本案都應該可以認定特偵組的監聽是完全違法的。再者這些犯罪事前都沒有證據證明，事後也沒有查出證據。而柯建銘的案件和陳榮和貪污的案件更顯然無

Phoca PDF

關，第一點是陳榮和還沒判柯建銘就已經被羈押了，且柯建銘的案件即令第二審前手法官是陳榮和，他還是被判有罪，既然如此，連可能犯罪的對象都不存在了，又如何能說柯建銘與該100年特他字第61號有關連性！所以根本柯建銘就不符監聽實質性要件的有實質犯罪嫌疑，另外柯建銘的全民電通案根本不能上訴，柯建銘根本無需關說。而王金平本身根本不是當事人也非犯罪嫌疑人，這樣的監聽根本沒有合法性要件。

既然如此，通訊監察保障法第25條的「明知係違法通訊監察所得之資料」的構成要件，應已合致。而以之交付馬總統，又使其繼續向無關之第三人散布，則黃總長和特偵組該當通訊保障監察法第25條之罪應無疑義。

4. 偵查不公開中，總統馬英九、行政院長江宜樺、總統府前副秘書長羅智強彼此之前在總統官邸聽取檢察總長情資後，並主動討論以及總統向本來不應該知道的第三人羅智強、江宜樺散布，當然構成通訊保障監察法第27條的犯罪。是以，本次前述人等所認定的「行政不法」調查的監聽事實上是「完全不法的犯罪行為」之非法監聽，馬英九、江宜樺、羅智強、黃世銘亦可能在監聽過程涉及到基於偵查不公開而來的刑法第132條洩密罪、個人資訊保護法、通訊保障監察法第27條公務員洩密罪相關的共同正犯與參與犯的問題。而特偵組亦可能涉有意圖以強暴脅迫取證、故意濫權追訴之第125條第2款及第3款之犯罪，而就監聽譯文的增刪更可能觸犯刑法第169條第2款之偽證犯罪。另馬英九及其他政府官員更可能觸犯妨害名譽罪及公然侮辱之告訴乃論罪嫌。而本次監聽對於林秀濤檢察官作為證人，且要求具結以取得證言，則可能構成刑法第134條公務員假借職務上之權力、機會或方法，而以故意犯刑法第304條之以強暴、脅迫使人行無義務之事或妨害人行使權利之犯罪。

5. 監聽柯建銘與其律師對話，嚴重破壞律師照護當事人義務，也使法院公平審判內容的律師辯護權確保受到毀壞。而監聽檢察官林秀濤破壞了檢察一體與侵害檢察官的犯嫌資訊保護與節制義務。

作者段正明為律師

註解：

1.詳參
拙著，確保
法信賴性的非常上訴，2
013年4月19日發表於台灣新社會智庫無紙本文
獻http://www.taiwansig.tw/index.php?option=com_content&task=view&id=4975&Itemid=119

2.中文文獻可參閱郭靜儒，電話監聽中偶然發現之證據禁止-以德國刑事訴訟法為中心-，101年6月，第8頁至第17頁對於德國學說與實務發展出之原則說明。就人的干預界線的問題，就監聽處分可能干預姻親屬關係而來的證人拒絕證言權部份，另請參閱J □ger,Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 15.10.2009 - 2 BvR 2438/08 - (Kleiner Lauschangriff gegen Angeh □rige), in: StV, 2011, S. 261 ff.，而就職業關係，例如本案監聽辯護人與被告的問題，可參閱拙著，特偵組大錯特錯，蘋果日報9月27日焦點評論
http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20130927/35323018/applesearch/%E7%84%A6%E9%BB%9E%E8%A9%95%E8%AB%96%EF%BC%9A%E7%89%B9%E5%81%B5%E

Phoca PDF

7%B5%84%E5%A4%A7%E9%8C%AF%E7%89%B9%E9%8C%AF%EF%BC%88%E6%AE%B5%E6%AD%A3%E6%98%8E%EF%BC%89

3.前揭郭靜儒文，第18頁至第89頁

4.最高檢察署民國102年9月27日有關媒體報導「立委要求最高檢提供林秀濤監聽票竟給了柯建銘同一張其中一通電話竟是前南縣議長吳健保」新聞稿第二點

5.前揭郭靜儒文，第18頁至第89頁

6.Illegaler Lauschangriff,Der Spiegel 21/1998
http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-7892294.html

7.BVerfG, 30.04.2007 - 2 BvR 2151/06

8.另監聽法制漏
洞問題可參照林鈺雄，監聽法
制漏洞百出，10月1日蘋果日報論壇
http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20131001/35331023/%E7%84%A6%E9%BB%9E%E8%A9%95%E8%AB%96%EF%BC%9A%E7%9B%A3%E8%81%BD%E6%B3%95%E5%88%B6%E6%BC%8F%E6%B4%9E%E7%99%BE%E5%87%BA%EF%BC%88%E6%9E%97%E9%88%BA%E9%9B%84%EF%BC%89
林鈺雄，誰來調查違法監聽，10月2日自由論壇http://www.libertytimes.com.tw/2013/new/oct/2/today-o3.htm

Phoca PDF