德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 44, 13
—住宅外長期監視錄影—*

文／王士帆

導言

被告 A 涉犯多起竊盜罪。警方為了調查 A 夜晚外出時間、返家攜回之物品，甚或揪出同夥，決定在 A 住家對面暗中架設監視設備，鏡頭對準 A 住家大門區域和前方人行道。此秘密錄影全天候不間斷，持續長達 7 週的錄影記憶卡，成為法院認定 A 犯竊盜罪之主要證據。A 對判決提起上訴，指摘警察長期監視錄影於刑事訴訟法欠缺干預授權基礎，主張系爭錄影資料不得作為證據使用。請分析 A 上訴有無理由。

上述案情，源自 1998 年德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 44, 13[1]。德國法律人依實務經驗和法學訓練會認為，本案連續 7 週「住宅外長期監視錄影」的偵查措施，確實干預了被告享有的德國《基本法》（Grundgesetz, GG）第 2 條第 1 項連結第 1 條第 1 項之一般人格權（含資訊自我決定權與肖像權在內）[2]，以及《歐洲人權公約》第 8 條[3]— 和相同規範宗旨的《公民與政治權利國際公約》第 17 條[4]— 所保護的隱私生活權利[5]。接著會說，依德國《刑事訴訟法》（Strafprozessordnung, StPO）現行規定，偵查機關實施「住宅外長期監視錄影」，應同時符合 2 個干預授權基礎：長期監視（§ 163f StPO）與住宅外記錄圖像（§ 100h I S. 1 Nr. 1 StPO）規定[6]。長期監視，德國立法定義指超過 2 日或持續逾 24 小時的計畫性監視，至於未達長期標準的短期監視，德國法則無特別的干預授權規定，立法者認為偵查概括條款（§§ 161, 163 StPO）即足作為短期監視的實施法源[7]。

歸納言之，鑒於不同偵查行為造成不同基本權利干預的可單獨分開性（Isolierbarkeit），監視與錄影在德國《刑事訴訟法》是一碼歸一碼的干預授權基礎[8]：短期監視的依據是第 161 條（檢察官）或第 163 條（偵查輔助機關），長期監視是第 163f 條，前後規範密度有別；無論短期或長期監視，執行期間未必會記錄影像，若有拍照或錄影這種對肖像權所生、於監視之外的「附加」基本權干預（"additiver" Grundrechtseingriff）[9]，則另應遵守第 100h 條的干預授權規定。

這裡應補充德國《刑事訴訟法》第 100h 條立法位置演變。該現行條文允許在住宅外為了記錄圖像和其他監視目的而使用科技方法之權限，以作為一般人格權中之自我肖像權和資訊自我決定權的干預授權規定，是德國 1992 年由《對抗組織犯罪違法毒品交易與其他犯罪型態法案》[10]所增訂，原始條文位置在《刑事訴訟法》第 100c 條第 1 項第 1 款，2005 年 7 月改訂在第 100f 條[11]，2008 年 1 月起移至第 100h 條[12]，歷次修法均有略微修正條文內容，但授權干預的基本內涵則無變動。最近一次修正是 2019 年 11 月，第 100h 條新增第 4 項的「第 100d 條第 1 項和第 2 項準用條款」[13]，其效果是，記錄圖像或使用科技方法定位監視，也有於私人生活核心領域禁止取證和證據使用禁止的法定界線。

落實法律保留原則的法律授權規定，在法典上既然一清二楚，被告還到法律審指摘「住宅外長期監視錄影」於法無據，那顯然是在德國聯邦最高法院濫行上訴。其實，德國法律規範密度今非昔比，在當時窘迫的法規結構下，1998 年 BGHSt 44, 13 所面對的被告質問頗難回答，否則不會吸引 Amelung、Rogall 等德國刑事法大師提筆評釋。哪裡棘手？這涉及德國立法變遷：系爭措施在 1995 年執行時，偵查機關是以 1992 年通過的住宅外記錄圖像規定（如前述，原先條號是第 100c 條第 1 項）作為發動依據，那一年，德國《刑事訴訟法》尚未增訂第 163f 條長期監視條款，第 163f 條是直到 2000 年 8 月才公布、11 月起開始生效[14]。可以想見，1998 年 BGHSt 44, 13 思忖法律處境，其判決出路大概只有兩個選項：第 1 條路是—如同德國今日規範標準—認定系爭措施只有錄影合法，「長期監視」則欠缺授權基礎，以致取證確實違法；第 2 條路，就是逕認住宅外記錄圖像條款可涵蓋長期監視，而認上訴無理由。BGHSt 44, 13 選擇走第 2 條路。

詳言之，BGHSt 44, 13 表示，「錄影監視被告住家門口區域和由此取得的資訊，干預被告受《歐洲人權公約》第 8 條保護的隱私領域，以及對應到《基本法》第 2 條第 1 項連結第 1 條第 1 項的一般人格權。理由一是，偵查機關連續數週不間斷監視被告出入其住家，已構成重大干預的偵查措施；二是錄影機不同於人力監控，後者的觀察能力和記憶能力通常會受到影響，但錄影機則不同，其不受這些限制地製作被拍攝者的照片，又可在時間上幾乎永無期限保存所錄製的影片。準此，對於實施此偵查措施，刑事訴訟的特別法律基礎乃不可或缺」[15]。但出乎意料的是，BGHSt 44, 13 認為住宅外記錄圖像規定，就是其所謂的特別法律基礎。

對於 BGHSt 44, 13 的結論，有裁判評釋從學理角度批評「判決不能令人信服」[16]。不過，BGHSt 44, 13 應有批評聲浪接踵而至的心理準備了。首先，BGHSt 44, 13 並非對長期監視應否另有法律特別授權毫無問題意識，起碼其判決理由明白提到：「德國文獻關於監視的法律干預基礎，呈現不一致的圖像」[17]。再者，增訂長期監視的法案早早就出爐，這在 BGHSt 44, 13 判決理由也有被充分交代（「1988 年刑事程序法修正與增訂草案（StVÄG）已認為長期監視有立法規範必要，並擬增訂刑事訴訟法第 163f 條作為獨立的干預授權規定」[18]）。換言之，立法氣氛顯然走向監視歸監視、拍攝歸拍攝的干預可單獨分開性，但 BGHSt 44, 13 仍執意傳達逆風向的法律確信。

今日德國法明確表態「長期監視」（§ 163f StPO）和「住宅外記錄圖像」（§ 100h I S. 1 Nr. 1 StPO）兩者的可分開性。回首 BGHSt 44, 13 所謂住宅外記錄圖像之授權基礎包含長期監視的見解，已成明日黃花，甚至可能被視為刑事訴訟科技人權思維浪潮的負面教材。惟從德國裁判歷史地位來說，BGHSt 44, 13 卻扮演「過渡裁判」（Übergangsrechtsprechung）的角色，亦即，當年尚無法預期是否及何時增訂長期監視條款，但為了刑事司法追訴利益，在立法者建構新規範前，BGHSt 44, 13 充當過渡時期角色，化解干預授權基礎之不足[19]。這

（文轉三版）

註釋

* 本文為行政院科技部補助專題研究計畫（MOST 109-2410-H-305-043-MY3）成果之一。

1 BGHSt 44, 13 = BGH, Urt. v. 29. 01. 1998 – 1 StR 511/97。對此裁判評釋，參見 Amelung, Anm. zu BGHSt 44, 13, NStZ 1998, 631 f.; Asbrock, Anm. zu BGHSt 44, 13, NStZ 1998, 632 f.; Gehrlein/Schübel, Videoüberwachung und Einsatz neuer Ermittlungsmethoden, NJW 1999, 104 f.; Rogall, Anm. zu BGHSt 44, 13, JZ 1998, 796-799.

2 Gerke, in: Gercke/Julius/Temming/Zöller (Hrsg.), StPO, 6. Aufl., 2019, § 100h Rn. 1.

3 《歐洲人權公約》第 8 條：「（第 1 項）任何人就其私人生活、家庭生活、居家及通訊皆享有受尊重的權利。（第 2 項）對於上開權利行使之干預，必須依法為之，且屬民主社會基於下述目的所必要者為限：國家安全、公共安全或國家經濟福祉的利益、防止失序或犯罪、維護健康或道德、或維護他人的權利與自由」。

4 《公民與政治權利國際公約》第 17 條：「（第 1 項）任何人之私生活、家庭、住宅或通信，不得無理或非法侵擾，其名譽及信用，亦不得非法破壞。（第 2 項）對於此種侵擾或破壞，人人有受法律保護之權利」。

5 BGHSt 44, 13, 16; Amelung, a. a. O. (Fn. 1), 631; Eschelbach, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), StPO, 4. Aufl., 2020, § 100h Rn. 2; Rogall a. a. O. (Fn. 1), 798.

6 Eschelbach, a. a. O., § 100h Rn. 1; Gerke, a. a. O. (Fn. 2), § 100h Rn. 3; BGH, Urt. v. 24. 01. 2001 – 3 StR 324/00 = BGHSt 46, 266, 278.。相關說明，可參見林鈺雄，〈科技偵查概論（上）— 干預屬性及授權基礎〉，《月旦法學教室》，220 期，2021 年 2 月，頁 50。

7 BT-Drs. 14/484, v. 16. 08. 1999, S. 23. Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl., 2020, § 161 Rn. 1。關於我國《刑事訴訟法》第 228 條至第 231 條是否具有偵查概括條款性質，近期討論可參見林鈺雄，同前註，頁 50；薛智仁，〈司法警察之偵查概括條款？— 評最高法院 102 年度台上字第 3522 號判決〉，《月旦法學雜誌》，235 期，2014 年 12 月，頁 235 以下。

8 Amelung, a. a. O. (Fn. 1), 631 f.

9 Moldenhauer, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur StPO, 8. Aufl., 2019, § 163f Rn. 10.

10 Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG) v. 15. 07. 1992, BGBl I, S. 1302 ff.

11 Gesetz zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts v. 03. 03. 2004 (akustische Wohnraumüberwachung), BGBl I, S. 1841 ff.

12 Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG v. 21. 12. 2007, BGBl I, 3198 ff.

13 Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 im Strafverfahren sowie zur Anpassung datenschutzrechtlicher Bestimmungen an die Verordnung (EU) 2016/679 v. 20. 11. 2019, BGBl I, S. 1724 ff.

14 Gesetz zur Änderung und Ergänzung des Strafverfahrensrechts – Strafverfahrensänderungsgesetz 1999 (StVÄG 1999) v. 02. 08. 2000, BGBl I, S. 1253.

15 BGHSt 44, 13, 16 f.

16 Asbrock, a. a. O. (Fn. 1), 632.

17 BGHSt 44, 13, 15.

18 BGHSt 44, 13, 18.

19 Rogall, a. a. O. (Fn. 1), 798.

財團
李模務實
110年度
法學
徵選
五、應徵手續、來稿格式及其他相關資訊，請參考本會網站(http://www.limo.com.tw)之首頁最新活動訊息處。
四、名額及獎金：第一名：一名；第二名：一名；第三名：一名；佳作：五名；前列名額得由本會視評審結果酌量增減。
如有任何疑義，請電洽(02)2711-9300 許小姐。
JUDICIAL
司法
訂閱辦法
本刊每
全年
費用新臺
如 蒙
請郵政
帳
5005
帳
司法院

（文接二版）

種為了顧全追訴利益，而犧牲個人權利保障的實務見解，免不了後人指指點點。無論如何，BGHSt 44, 13 的問題意識和法律見解，深值我國司法實務思索：我國偵查機關於「住宅外長期監視錄影」被告或第三人的干預授權基礎何在？德國 20 年前已確立需要雙授權基礎（§§ 100h, 163f StPO），我國迄今連一個都仍是奢望？筆者不揣淺陋譯介 BGHSt 44, 13，以饗同好。

【裁判要旨】

長期監視被告時，亦得依德國《刑事訴訟法》第 100c 條（現行法第 100h 條）第 1 項第 1 款第 a 目規定，於住宅外使用科技方法拍照和記錄圖像。

【理由】

斯圖加特（Stuttgart）邦地方法院以被告犯下未遂結夥竊盜、一般竊盜和 5 件加重結夥竊盜，判決有罪，定執行刑 11 年，並命令施以保安監禁。被告之法律審上訴乃無理由。被告對原判決之實體法指摘，經本庭審查後，認原判決尚無法律違誤，故以下僅需就其程序指摘，即其主張警察監視並使用監視取得的資訊均不合法一事，予以探討。

I. 被告指摘程序違法的基礎事實如下：被告涉嫌在德國南部犯侵入住宅竊盜罪。於是，自 1995 年 5 月 29 日至同年 7 月 17 日期間，斯圖加特警察局第 1 分局機動組在被告鄰居的土地上裝置攝影機，持續監視被告獨棟住宅門口和「前方緊鄰」的人行道。警方監視目的，是為了清查被告接觸的人士、被告夜晚外出時間與辨識同夥身分。刑警在 1995 年 5 月 30 日向檢察官通報有對被告實施監視。檢察官於次日有一段關於「依刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 1 款第 a 目實施措施」的註記，記載「案件已在繫屬中，而監視錄影『沒有違反《基本法》第 13 條住宅權和比例原則之疑慮』」。後來，邦地方法院以警察監視作為主要證據，對被告論知有罪判決。

II. 1. 被告不服原判決，其上訴法律審主張：「監視欠缺刑事訴訟的法律基礎，故監視證據應不得作為證據使用」、「系爭措施是一種長期監視，長期監視只有當《1996 年 12 月 20 日刑事程序法修正與增訂草案》（Entwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Strafverfahrensrechts vom 20. Dezember 1996, StVÄG 1996, BR-Drucks. 961/96）新增《刑事訴訟法》第 163f 條之後，始屬合法」。

被告前揭指摘未使其上訴有理由。本庭認為，不論是過去或現在，《1992 年 7 月 15 日對抗組織犯罪違法毒品交易與其他犯罪型態法案》（Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG) vom 15. Juli 1992, BGBl I 1302）新增的《刑事訴訟法》第 100c 條（現行法第 100h 條）第 1 項第 1 款第 a 目，即足作為系爭措施的法律授權基礎。

2. 所謂「監視」（Observation；或譯跟監），指為了取得相關資訊，通常不引人注意、計畫性的 — 必要時使用科技方法 — 觀察個人或標的物（Deutsches Rechts-Lexikon, Bd. 2, 2. Aufl., S. 1207; BVerwG, NJW 1986, 2329, 2330; Rogall, NStZ 1992, 45）。這種傳統偵查手段（「跟監」：Beschatten），一般認為是有效刑事追訴原則上不可或缺的（參見 Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 43. Aufl., § 163 Rdn. 34a）。

a) 然而，德國文獻關於監視的法律干預基礎，呈現不一致的圖像。有文獻認為可從《刑事訴訟法》第 161 條、第 163 條第 1 項推導出監視的合法性，「這些條文向來也允許進行無強制力之措施」（Steinke, DVBl 1980, 433, 438; Kubica/Leineweber, NJW 1984, 2068, 2072; Rebmann, NJW 1985, 1, 3; Kramer, NJW 1992, 2732, 2734 ff.；結論相同者，Hippel/Weiß, JR 1992, 316, 320 ff.；區分觀點，Rieß, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 24. Aufl., § 163 Rdn. 51; Kleinknecht/Meyer-Goßner, a. a. O.; Rogall, ZStW 1991, 907, 937, 947; Fischer/Maul, NStZ 1992, 7 f.; Perschke, Die Zulässigkeitnicht spezialgesetzlich geregelter Ermittlungsmethoden im Strafverfahren, S. 21, 118 f.）。

相反的，不同見解則認為無法從《刑事訴訟法》第 161 條、第 163 條第 1 項推論出刑事訴訟干預權限，「因此，直到刑事訴訟法增訂相關的容許規範後，實施監視 — 尤其是長期監視 — 始屬合法」（Vahle, Polizeiliche Aufklärungs- und Observationsmaßnahmen, S. 51; Rudolphi, in: SK-StPO, 16. Lfg., vor § 94 Rn. 20; Merten, NJW 1992, 354 f.; Malek, StV 1992, 342, 344; Wolter, NStZ 1993, 1, 9）。

b) 德國聯邦最高法院迄今為止，只曾在《刑事訴訟法》第 100c 條生效之前，審理過監視之法律授權基礎的問題，即本庭在 1991 年 5 月 14 日之判決（1 StR 699/90, NStZ 1992, 44 f.）。於該案，警察架設攝影機對向被告住家大門，進行總共大約長達 5 個月、每日數小時的監視；本庭當時參酌德國聯邦憲法法院「人口普查判決」（BVerfGE 65, 1），對於《刑事訴訟法》第 160 條、第 161 條和第 163 條 — 或一般警察法的任務條款 — 得否涵蓋這類措施，曾表示懷疑。本庭最終在該個案，以尚在德國聯邦憲法法院裁判允許的過渡期間內（BVerfG, NJW 1990, 2765, 2767）為由，採取肯定見解，但同時強調，有些意見贊成「這樣的監視…… 以有特別干預規定為要件」（BGH, NStZ 1992, 45）。

III. 1. 本院偵查法官在 1997 年 3 月 14 日之裁定（1 BGs 67/97, NJW 1997, 2189）必須判斷在住家前庭院實施監聽，是否屬於住宅外監聽。與該案不同的是，本件監視與《基本法》第 13 條第 1 項住宅權保護領域顯然無關，因為無論原審判決或被告上訴理由，皆未表示監視門口和門前的人行道涉及「寧靜房產」並因而涉及被告住家之一部分（參見 M. Herdegen, in: BK, 71. Lfg., Art. 13 Rdn. 27; Maunz, in: Maunz/Dürig, GG, 19. Lfg., Art. 13 Rdn. 3c）。再者，系爭監視措施取得的訊息是被告何時出門或返家和查明訪客身分，故非以取得來自《基本法》第 13 條住宅權保護領域的資訊為目的。

不過，本庭仍認為檢察官命令錄影監視被告住家門口區域和由此取得的資訊，干預被告受《歐洲人權公約》第 8 條保護的隱私領域（參見 BGH, a. a. O.; Amelung/Kerakhoff, JuS 1993, 195, 197），以及對應到《基本法》第 2 條第 1 項連結第 1 條第 1 項的一般人格權（參見 BVerwG, NJW 1986, 2329 f.; Rudolphi, a. a. O., vor § 94 Rdn. 13 und § 100 c Rdn. 1）。理由一是，偵查機關連續數週不間斷監視被告出入其住家，已構成干預重大的偵查措施；二是錄影機不同於人力監控，後者的觀察能力和記憶能力通常會受到影響，但錄影機則不同，其不受這些限制地製作被拍攝者的照片，又可在時間上幾乎永無期限地保存所錄製的影片。準此，對於實施此偵查措施，刑事訴訟的特別法律基礎乃不可或缺。

2. 《刑事訴訟法》第 100c 條（現行法第 100h 條）第 1 項第 1 款第 a 目是系爭干預的法律依據。該規定主要是允許在受干預人不知情下，於 — 非公眾得進入的 — 住宅之外拍照和記錄圖像（BT-Drucks. 12/989, S. 39），這也包括錄影（Nack, in: KK, 3. Aufl., § 100 c Rdn. 8）。另外，由該條文的文字敘述，以及其和同法第 100c 條第 1 項第 1 款第 b 目允許「使用其他特別為監視目的所設計之科技方法」的關聯性可得知，第 1 款第 a 目的記錄圖像正是或至少也是為了監視目的而為之（Kleinknecht/Meyer-Goßner, a. a. O., § 100c Rdn. 1; Rudolphi, a. a. O., § 100c Rdn. 4）。

a) 在《刑事訴訟法》第 100c 條（現行法第 100h 條）第 1 項第 1 款第 a 目的條文文義，未看出使用科技方法只可限於為了短期觀察，而不應被用於長期監視。依該規定，使用科技方法照相和記錄圖像的唯一限制是，若以其他方法調查犯罪事實或探查犯罪行為所在地成效不大或有困難（補充性條款），則不得為之。

b) 觀察《刑事訴訟法》第 100c 條（現行法第 100h 條）的立法形成史，亦無不同解釋（相同結論，Hilger, NStZ 1992, 457, 462 Fn. 91；此外，Lenke, in: HK-StPO, § 100c Rdn. 11）。從《刑事訴訟法》增訂第 100c 條的立法理由可看出，形成立法需求的原因，單純是基於偵查手段（使用科技方法）之性質使然，並非另外存在科技監視的時間長度因素（參見 BT-Drucks., a. a. O.）。

長期監視是否需要（個別單獨的）法律條文澄清的這一問題，在 1992 年《對抗組織犯罪違法毒品交易與其他犯罪型態法案》的立法程序被擱置一旁，並將《刑事訴訟法》第 100c 條（現行法第 100h 條）第 1 項第 1 款第 a 目稱作「相對較少干預強度」的措施（參見 BT-Drucks., a. a. O.），由此可知，鑒於《刑事訴訟法》第 100c 條第 1 項第 1 款第 a 目的文義，同樣不會有所不同。畢竟在條文上，無論如何並未反映出立法者就此也許持有疑慮。對於解釋法律條文的關鍵，仍然是法條文字傳達出來的立法者客觀意思（參見BGHSt 8, 294, 298；此外，BGHSt 29, 196, 198; Tröndle, StGB, 48. Aufl., § 1 Rdn. 10a）。

c) 從而，德國聯邦司法部的 1988 年《刑事程序法修正與增訂草案》（StVÄG）已認為長期監視有立法規範必要，並擬增訂《刑事訴訟法》第 163f 條作為獨立的干預授權規定，這對現行《刑事訴訟法》第 100c 條（現行法第 100h 條）第 1 項第 1 款第 a 目的解釋乃無關緊要。同樣無影響力的是目前修訂中、但未更改基本內容的 1996 年《刑事程序法修正與增訂草案》（參見 BT-Drucks., 961/96, S. 22 f.），其在立法過程的命運仍是未知數。在藉由長期監視編織出綿密的資訊網，並描繪出受干預人全面人格圖像的 — 非本判決應判斷的 — 案件，上述草案建議的增訂條文雖可能具有重要性，但解釋本案關鍵性的《刑事訴訟法》第 100c 條第 1 項第 1 款第 a 目條文時，並不能將草案擬通過的規定納入考量。

3. 鑒於被告涉犯重大犯罪，本案中並未明顯見到有違反《刑事訴訟法》第 100c 條（現行法第 100h 條）第 1 項第 1 款第 a 目補充性條款，亦未明顯見到所採用之系爭措施違反比例原則。

（作者為臺北大學法律系副教授）

法人
法學基金會
第26屆
論文
辦法
一、本屆徵選主題：1.大法官解釋與法院憲法裁判之研究（謹接受未曾公開發表之中文論文，請勿一稿多投並以一人投稿一篇為限）2.最高法院或最高行政法院裁判之研究
二、篇幅：每篇以不逾一萬五千字為原則（含標點符號、註解）。
三、徵選期限：即日起至110年9月10日止。預定12月下旬公佈結果。
WEEKLY
周刊
訂閱
幣400元
訂閱
劃撥
號
4377
戶
司法周刊