德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 58, 32
—— 司法互助監聽證據 ——

文／王士帆

上

導言

德國與捷克關於電話監聽司法互助規定：「請求國法院聲明若於請求國實施監聽，亦符合請求國監聽法律要件者，受請求國始執行司法互助請求之監聽。對於受請求國刑事程序已實施電話監聽之資料，若司法互助請求提供該資料者，準用前述規定」。2007 年，捷克檢察官以偵辦 A 在捷克境內走私香菸，聲請捷克法院對 A 手機門號實施監聽，然查無不法，對 A 為不起訴處分。2009 年，德國檢察官偵查 A 在德國走私香菸罪嫌，請求捷克提供早先在 2007 年對 A 電話監聽的證據資料。然而，德國檢察官違反兩國司法互助規定，未向捷克提出德國法院聲明，逕向捷克請求提供監聽資料。基於此司法互助請求，捷克提供總共含有約 4 千 5 百通電話監聽錄音。德國法院於審判期日勘驗這些監聽內容，認定 A 在德國境內經營走私，A 則主張德國違反司法互助規定取得的系爭監聽錄音，應予證據使用禁止。請分析 A 主張有無理由。

上揭簡化案例，源自 2012 年德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 58, 32[1]。承審的刑事第 1 庭駁回 A 主張，理由不是司法互助與內國法院證據使用禁止無關，而是因為，本案中，德國檢察官雖未依雙方司法互助規定提出德國法院聲明，但這只是未符合形式要件。本件司法互助於實質要件上，當德國「向捷克請求司法互助時，兩國關於提供捷克電話監聽資料所規定的司法互助要件已經成立（假設替代干預理論）」（第 30 段），亦即，假如德國當時有向捷克提出德國法院聲明，原本即可取得捷克監聽錄音，因此無從以欠缺德國法院聲明，遽論證據使用禁止（第 20、45 段）。

BGHSt 58, 32 見解寓意深遠，撇開歐盟法司法互助特殊性不談[2]，共牽涉三層相互連動的基本命題：1、本國透過司法互助從外國取得之證據，其有無證據能力，依本國法或本國應遵守之國際法認定（裁判要旨 1 及第 22 段）；2、違反具有保護個人權利性質的司法互助規定時，始考慮證據使用禁止（第 25 段）；3、承上，權衡境外證據之證據使用禁止時，證據禁止理論如規範保護目的、假設替代干預等亦有適用[3]。本件以假設替代干預理論否定證據使用禁止：「以司法互助取得之證據，雖未遵守相關司法互助規定，假如受請求國與請求國原本有遵守司法互助規定時，亦可取得該證據者，仍不生證據使用禁止」（裁判要旨 2）。第 3 層次由於涉及德國目的拘束（Zweckbindung）條款（§ 479 II StPO）及假設替代干預（hypothetischer Ersatzeingriff）理論[4]，非司法互助專屬議題，故以下僅說明第 1 層次和第 2 層次。

BGHSt 58, 32 的第 1 層命題獲德國學界一致贊同[5]，成為德國當今實務定見[6]。德國聯邦最高法院處理司法互助證據，經驗豐富，特別是境外證人筆錄[7]。然 BGHSt 58, 32 之所以亮眼，因為這是該院首次在司法互助領域，深入分析外國電話監聽在德國法院的證據能力[8]，在此之前，只曾就外國電話監聽違反外國錄音之紀錄程式規定（Formvorschrift），簡短補充表示不生證據使用禁止[9]。更重要的是，BGHSt 58, 32 就司法互助證據之證據能力，清楚提出一般性認定標準[10]，即採納學界觀點，申明應以審判地 — 即司法互助請求國 — 法律為準據，亦包含本國應遵守的國際法在內。境外證據之證據能力標準，到底適用取證地法或審判地法，不乏文獻探討[11]；我國實務對境外證據亦有問題意識、概念明確，固然值得肯定，但似乎企圖左右逢源[12]。以目前趨勢來說，證據能力依審判地法認定，屬於有說服力的主流觀點[13]。道理不難理解，審判地法院採納境外證據與否，畢竟是審判地的本國司法主權行為，本國法院也有依本國法適用法律的憲法義務，以本國法判斷境外證據之證據能力，當無疑義[14]。

在確認第 1 層命題後，BGHSt 58, 32 進一步探討德國檢方請求捷克提供監聽證據，卻未依兩國司法互助規定提出德國法院聲明，是否構成違法取證而可能導致證據使用禁止。於此，BGHSt 58, 32 的第 2 層命題是，系爭司法互助規定要求的「德國法院聲明」要件，因具有保護個人權利性質，才有討論違反系爭規定取證以致衍生證據使用禁止的關聯性。德國與捷克司法互助中有關提供電話監聽的法定要件，規定在《德國與捷克關於補充 1959 年 4 月 20 日歐洲刑事司法互助公約之 2000 年 2 月 2 日條約》（簡稱德捷刑事司法互助條約）[15]第 17 條第 2 項與第 5 項（第 12 至 14 段），與本件案情有關的規範內容，綜整如下：「請求國法院聲明若於請求國實施監聽，亦符合請求國監聽法律要件者，受請求國始執行司法互助請求之監聽。對於受請求國刑事程序已實施電話監聽之資料，若司法互助請求提供該資料者，準用前述規定」。依上述條約規定，德國檢方欲向捷克請求提供監聽證據，應提出德國法院聲明，然而本件司法互助卻付之闕如。這份消失的德國法院聲明，被 BGHSt 58, 32 認為具有保護個人（受監察人）權利性質，文獻亦贊同[16]，理由何在？

此一問題涉及司法互助界線，即請求國不得請求他國執行請求國法所不許可的偵查措施[17]。在司法互助法領域，刑事司法互助本質上是請求國具體刑事程序的一環[18]，取證國當地之法律，不可作為請求國解除人權責任的藉口[19]。以我國為例，我國對於任何刑事司法互助案件，不論是請求他國執行或受他國請求，都必須以我國法為節度[20]。申言之，我國刑事訴訟強制處分類型與合法性要件，不但是對外國提供司法互助的授權範圍（Umfang der Leistungsermächtigung），也是我國請求外國執行司法互助的自我界線。假如我國所請求的司法互助措施，於我國法領域內不被允許，則亦不得請求外國協助，本國與跨境之刑事追訴措施因此得以維

（文轉三版）

註釋

1 BGH, Beschl. v. 21. 11. 2012 – 1 StR 310/12 (LG Hamburg)。裁判評釋，如 Schuster, Anm. zu BGHSt 58, 32, StV 2014, 198-201; Swoboda, Die Pflicht zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung im deutschen Strafverfahren – Die Europäische Beweisanordnung als Interpretationsvorgabe für die Beweisverwertung. Anmerkung zu BGH 1 StR 310/12 – Beschl. v. 21. 11. 2012 (LG Hamburg), HRRS 2014, 10-21; Zehetgruber, Anm. zu BGHSt 58, 32, NZWiSt 2013, 464-468.

2 參見 BGHSt 58, 32 裁判要旨第 3 點，詳見 Schuster, Verwertbarkeit von Beweismitteln bei grenzüberschreitender Strafverfolgung, ZIS 2016, 571-573; Swoboda (Fn. 1), 10-21.

3 Schuster (Fn. 1), 201.

4 假設替代干預理論，即最高法院 110 年度台上大字第 5765 號刑事裁定所稱「假設再次干預亦受允許」，其說明：「依『假設再次干預亦受允許』之觀點，前述另案監聽所得，屬於法定允許監聽之重罪範圍，且與本案監聽之主、客觀範圍具客觀關連性，若有充分理由相信，向法官聲請監聽亦會准許，即應容許是類之無令狀監聽。此即學說上所稱『偵審人員如依法定程序亦有發現該證據之必然性』或『事實上按照個案之情況存有合法蒐證之可能』之情形」。另有稱作「假設偵查流程理論」，如最高法院 111 年度台上字第 5324 號刑事判決：「依『假設偵查流程理論』或『必然發現之例外』法理，視偵、審人員同時有無進行其他合法採證行為，如依法定程序有無發現該證據之必然性，以作為例外具有證據能力之判斷」。

5 如 Sabine Gless（王士帆譯），刑事程序之公平審判原則 — 以武器平等為中心，成大法學，27 期，頁 183-184，2014 年；Schuster (Fn. 1), 198.

6 如 2022 年 BGHSt 67, 29 (Rn. 26)，參見王士帆，德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 67, 29 — EncroChat 資料之證據能力，刑事政策與犯罪防治研究，35 期，頁 161-204，2023 年。

7 例如 BGHSt 1, 219（奧地利筆錄）；BGHSt 7, 15（瑞士筆錄）；BGHSt 35, 82（荷蘭筆錄）；BGHSt 55, 70（土耳其筆錄）。

8 Schuster (Fn. 1), 198.

9 BGH, Beschl. v. 18. 10. 2005 – 1 StR 365/05.

10 Schuster (Fn. 1), 198.

11 基礎文獻，Sabine Gless（王士帆譯），涉外刑事案件之證據禁止，司法周刊，1647 期（司法文選別冊），頁 1-24，2013 年；林鈺雄，司法互助是公平審判的化外之地？以歐洲人權法院的兩則標竿裁判為借鑑，歐美研究，45 卷 4 期，頁 517-570，2015 年。

12 參見最高法院 111 年度台上字第 2056 號刑事判決：「關於涉外刑事案件之境外取證，就證據能力有無之判斷，基於尊重國家主權原則，關於證據之取得，原則上應由取證機關依據取證地之法律為之，例外於審判地之法律

（文接二版）

持法治標準一致性，不因純屬內國事件或涉外事件而導致法律區分對待，如此一來，同時彰顯憲法平等原則誠命[21]。

據此，所謂「請求國法院聲明若於請求國實施監聽，亦符合請求國監聽法律要件者，受請求國始執行司法互助請求之監聽」，乃從請求國的本國法思考，規範請求刑事司法互助的界線，避免因在被請求國並非違法監聽，便利用司法互助契機來規避請求國自身法律[22]。系爭規定要求提出請求執行電話監聽司法互助，亦應符合請求國監聽規定，而符合與否，以請求國法院聲明作為擔保。準此以觀，「德國法院聲明」作為司法互助要件，「固然具有國際法性質，也包含保護個人權利內涵」，「唯有司法互助法之規定（也）具有保護個人權利性質時（最起碼是反射保護），始可考慮從違反該相關規定推導出證據使用禁止」（第 25 段）。

BGHSt 58, 32 緊接話鋒一轉，表示即便認為此處規定具有保護個人權利內涵，也不因德國向捷克請求司法互助時，「由於缺少德國法院就條約第 17 條第 2 項第 1 款連結第 5 項之存在要件提出『法院聲明』，遂推導出證據使用禁止」（第 26 段），並對德國法院聲明的「準用」內涵，提出引發爭議的法律解釋（詳見第 42 至 45 段），最後以假設替代干預理論，否定證據使用禁止作為收尾[23]。

於德國刑事司法互助證據禁止脈絡，BGHSt 58, 32 成為德國普遍共識。以德國為借鏡，倘我國刑事司法互助證據乃我國違反具個人權利保護性質的司法互助規定取得者，應構成《刑事訴訟法》第 158 條之 4 所稱違背法定程序取得證據，其有無證據能力，除有特別規定外，我國法院依個案權衡判斷。鑑於 BGHSt 58, 32 在司法互助證據禁止議題的高度指標性，除德國裁判外，文獻亦頻繁引用[24]，筆者不揣淺陋譯介，以饗同好。

裁判要旨

1、本國透過司法互助從外國取得之證據，其有無證據能力，依本國法認定之。

2、以司法互助取得之證據，雖未遵守相關司法互助規定，假如受請求國與請求國原本有遵守司法互助規定時，亦可取得該證據者，仍不生證據使用禁止。

3、德國以司法互助請求歐盟國提供之證據，德國法院於判斷證據使用與否時，就該證據是否有依受請求之歐盟國法合法取得一事，只作有限度審查。此一有限度審查，於歐盟國非基於德國司法互助請求而自己已取得之證據，同有適用。

理由

3 名捷克國籍的被告，各因以間接正犯地位違犯兩起集團性、常業性之走私犯罪，被原審（德國漢堡地方法院）合併判處數年有期徒刑。【1】

原審調查認定，被告謀議將來自中國的香菸，以未申報關稅的方式，先走私入德國，再運往捷克。對此，被告在 2007 年 11 月與 2008 年 3 月規劃「走私路線」：由被告委託的貨櫃車司機，從德國漢堡市自由貿易港區，每次運出一貨櫃的私菸入境德國。被告讓司機在離開免稅區時不完整報關，因此未被課予進口稅。【2】

貨櫃車直接離開漢堡自由貿易港區後，在抵達柏林一間倉庫完全卸貨之前，均因德國海關監控，而被海關扣押私菸並逮捕司機。貨櫃車司機在 2008 年因逃稅及常業走私罪，曾獲判有期徒刑。【3】

德國主要從捷克偵查機關提供的電話監聽證據，得知 3 位被告參與上述犯行。這些由捷克提供的電話監聽證據，並非捷克基於德國司法互助請求才進行監聽。【4】

本庭認為，3 名被告提起法律審上訴，指摘原審程序違法及實體違法，為無理由（德國刑事訴訟法第 349 條第 2 項）。本庭僅須就 3 名被告 ── 內容基本上相同 ── 指摘原審使用前述電話監聽作為證據一事，予以更詳細說明。【5】

A.

I. 原審使用作為犯罪證據的電話監聽內容，其情節如下：【6】

在 2007 年與 2008 年，布拉格第 4 區法院與第 10 區法院因捷克檢察官聲請監聽，依捷克《刑事訴訟法》第 88 條第 1 項、第 2 項規定，在一件涉嫌走私香菸的偵查程序，對於有詳載電話號碼的電話核發監聽裁定。這些被監聽的電話中，電話登記名義人有些是本案被告或其經營之企業。基於此一背景，捷克偵查機關也監聽到本案被告（相互之間或與第三人）的通話，並製成譯文。後來，捷克檢察官因未查出有未完稅的香菸運輸到捷克境內，故對當地被告為不起訴處分。【7】

在 2009 年 5 月，德國漢堡市檢察署在偵查本件犯罪（和其他犯罪）期間，向布拉格檢察署提出一份司法互助請求，請求提供該署現有的證據資料，尤其是電話監聽內容、監視報告、證人證言與可信之重要文件。【8】

基於此司法互助請求，布拉格檢察署在 2009 年 9 月先提供電話監聽譯文，後續又提供總共含有約 4 千 5 百通電話監聽的 CD 錄音。【9】

漢堡市檢察署對本案被告提起公訴。被告在審判程序雖表示反對，原審仍播放上述電話監聽錄音並翻譯成德文。【10】

II. 被告上訴本院指出，原審使用捷克電話監聽內容作為證據，尤其會違反公平審判原則（歐洲人權公約第 6 條第 1 項）。其主張，本案不具備德國與捷克司法互助中有關提供電話監聽的法定要件。這些要件規定在《德國與捷克關於補充 1959 年 4 月 20 日歐洲刑事司法互助公約之 2000 年 2 月 2 日條約》（簡稱德捷刑事司法互助條約）第 17 條第 2 項與第 5 項。此條約於德國以 2001 年 7 月 13 日法案轉化成德國法（BGBl II. S. 733）。【11】

依條約規定，「請求國之管轄法院核發監聽令狀，或請求國之管轄法院聲明若於請求國實施監聽，亦符合請求國之監聽法律要件者」，受請求國始執行司法互助請求之監聽（德捷刑事司法互助條約第 17 條第 2 項第 1 款）。【12】

再者，並應符合「系爭司法互助所涉之犯罪，如在受請求國進行追訴，受請求國亦得依法核發監聽令狀」（德捷刑事司法互助條約第 17 條第 2 項第 2 款）。【13】

另外，「於受請求國內進行之某一刑事程序已實施電話監聽，若司法互助請求提供該電話監聽之文件者，準用第 17 條第 1 項、第 2 項（第 1 款、第 2 款）與第 4 項」（德捷刑事司法互助條約第 17 條第 5 項）。【14】

（下期待續）

（作者為臺北大學法學院教授兼副院長）

註釋

對於被告權利保障優於取證地之法律，且兩地域關於司法互助協議並無其他明文或約定排除者，則適用審判地法律決定。至法院就證據於司法程序得否容許使用之判斷，基於法治國、正當法律程序原則，被告享有公平審判之訴訟權保障，審判地法院應依據國際普遍認同之最低限度人權保障基準，例如無罪推定、禁止不正訊問，以及對於被拘捕被告之罪名與緘默權告知等（公民與政治權利國際公約第 14 條第 3 項參見），並參酌審判地之相關法規範以為決定。亦即倘取證地法因法治水平過於落後，導致對於被告訴訟權之程序保障，低於國際人權公約所揭示之最低限度保障時，仍不得因而允許依取證地法所取得之事證而為判斷基礎」。

13 Vgl. Radtke, in: Radkte/Hohmann (Hrsg.), StPO, 2. Aufl., 2025, Einl. 83; Rückert, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur StPO, Bd. 1, 2. Aufl., 2023, § 100a Rn. 371; Schuster (Fn. 2), 565.

14 Schuster (Fn. 1), 198 f.

15 原文：Vertrag vom 2. Februar 2000 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Tschechischen Republik über die Ergänzung des Europäischen Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959 (CZ-ErgV EuRhÜbk).

16 Zehetgruber (Fn. 1), 465.

17 Heimgartner, in: Niggli/ Heimgartner (Hrsg.), Internationales Strafrecht, 2015, Art. 30 IRSG Rn. 1.

18 Gless, Internationales Strafrecht, 3. Aufl., 2021, Rn. 225。另參見我國《國際刑事司法互助法》第 2 條立法理由第 3 點：「如本法無特別規定，因司法互助性質仍屬刑事程序，故刑事訴訟法、少年事件處理法、洗錢防制法等相關法律，即得補充適用」。

19 Sabine Gless（王士帆譯），共同之人權標準 ── 談《歐洲人權公約》、《公民與政治權利國際公約》與跨境刑事追訴，月旦法學雜誌，224 期，頁 270，2014 年。另可參見歐洲人權法院裁判 Stojkovic v. France and Belgium, Urt. v. 27. 10. 2011, Nr. 25303/08.

20 參見《國際刑事司法互助法》第 6 條第 8 款：「得依本法請求或提供之協助事項如下：八、其他不違反我國法律之刑事司法協助」。

21 Amobs/Gronke, in: Ambos/König/Rackow (Hrsg.) Rechtshilfe in Strafsachen, 2. Aufl., 2020, § 77 IRG Rn. 49; Trautmann/Zimmermann, in: Schomburg/Lagodny (Hrsg.), Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 6. Aufl., 2020, Vor § 59 IRG Rn. 40.

22 Schuster (Fn. 1), 199.

23 贊同者，Schuster (Fn. 1), 200; Swoboda (Fn. 1), 21；反對者，Zehetgruber (Fn. 1), 466（支持第 1 種解釋）。

24 如 Bartel, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur StPO, Bd. 2, 2. Aufl., 2024, § 261 Rn. 163; Radtke (Fn. 13), Einl. 83; Rückert (Fn. 13), § 100a Rn. 371; Schmitt, in: Schimtt/Köhler, StPO, 68. Aufl., 2025, Einl. 56e.

適、專業
件審理程序
事件
理法
重點
專業法院
二審制，迅速
、專業處理重
事件
強制代理
或具有律師資
代為程序行為
審判效能
之運用
系統傳送書狀
以遠距訊問方
前置程序
備相關專門學
為調解委員先
人查詢制度
必要事項向他
或請求說明，
訴訟策略
專家證人
專家證人提供
強化事實審之
保持命令
勘驗物等如涉
秘密，得聲請
秘密保持命令
司法
民禮民・效能
法　院
dicial.gov.tw/
廣告
aw室
法院
CAST
將我們日常的話題
st / KKBOX
SoundOn
法院
icial Yuan
廣告