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

中

（文接上期）

被告之上訴指摘，具體如下：【15】

1. 被告稱，德國法院未提出依《德捷刑事司法互助條約》第 17 條第 2 項第 1 款所規定之必要聲明，亦即，德國法院就相關電話監聽若於德國境內為之者，亦符合德國法監聽要件一事，未提出聲明。【16】

2. 此外，被告稱，至少就 2007 年 11 月 13 日布拉格第 4 區法院的電話監聽令狀而言，並不具備依條約第 17 條第 2 項第 1 款後段規定所必要的「若於德國實施監聽，亦符合德國之監聽法律要件」。因為，「在捷克法院核發監聽之日，於捷克該具體刑事程序所追訴的常業走私罪，尚未成為德國《刑事訴訟法》第 100a 條第 1 項所列之重罪項目，此罪名於 2008 年 1 月 1 日才增列在德國刑事訴訟電話監聽規定的重罪清單中」。【17】

3. 被告主張，布拉格第 4 區法院與第 10 區法院的監聽令狀（也包括第 4 區法院 2007 年 11 月 13 日核准之監聽）「欠缺充分的核發理由」，「沒有一張監聽令狀符合捷克法與德國法均明文規定的說理要求（至少應簡述構成犯罪之事實與證據狀況）」。【18】

III. 3 位被告上訴顯無理由（德國刑事訴訟法第 349 條第 2 項）。【19】

原審法院得使用捷克偵查機關監聽電話內容作為證據。德國檢察機關針對本案，請求捷克檢察機關提供捷克電話監聽之文件，雖缺少依《德捷刑事司法互助條約》第 17 條第 5 項連結第 2 項第 1 款所必要的請求國（德國）法院聲明，但欠缺此一聲明，並不阻礙原審使用上述監聽證據，因為無論從國際法規定或德國法，均未推論出證據使用禁止。【20】

1. 透過司法互助從外國取得之證據，其有無證據能力，依司法互助請求國之法律認定之（Ambos, Beweisverwertungsverbote, 2010, S. 81; Böse, ZStW 114 [2002], S. 148, 149, 152 und 180; Gleß, JR 2008, S. 317, 321; Jahn, Gutachten für den 67. Deutschen Juristentag, 2008, C 117；亦參見 Schuster, Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Beweismittel im deutschen Strafprozess, 2006, S. 264 ff.；部分不同意見，Perron, ZStW 112 [2000], S. 202, 219 關於外國電話監聽所得資訊之證據使用）。此一原則，亦為德國聯邦最高法院裁判採納（有此見解之裁判，參見 BGH, Beschl. v. 04. 03. 1992 – 3 StR 460/91, NStZ 1992, 394; BGH, Urt. v. 10. 08. 1994 – 3 StR 53/94, NStZ 1994, 595, 596; BGH, Beschl. v. 14. 02. 2001 – 3 StR 438/00, NStZ-RR 2002, 67；亦見 BGH, Urt. v. 01. 04. 1992 – 5 StR 457/91, BGHSt 38, 263, 265 f.）。【21】

司法互助取得之外國證據，在什麼情況下，於本國刑事程序不具證據能力，本庭不一一詳列。惟無論如何，目前普遍共識是：與證據司法互助有關的證據使用禁止，其理由不是源自請求國之本國法秩序，就是出於國際法原則（Ambos, aaO, S. 81；亦參見 Gleß, Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung, 2006, S. 141 ff.; dies., JR 2008, 317, 323 ff.）。在證據司法互助脈絡下，德國聯邦最高法院曾就違法侵犯外國主權一事，從違反國際法推論出本國之證據使用禁止（參見 BGH, Urt. v. 08. 04. 1987 – 3 StR 11/87, BGHSt 34, 334, 343 f.）：德國刑事追訴機關規避司法互助途徑，直接向外國警察機關取得外國訊問證人筆錄時，倘外國權責機關反對該筆錄作為證據使用時，德國法院即應認外國訊問證人筆錄無證據能力（BGH, aaO, BGHSt 34, 334, 342-345）。【22】

司法互助取得之證據，原則上亦可因違反司法互助本身規定而無證據能力。所以，德國聯邦最高法院曾就受請求國違反多邊司法互助之規定，作為欠缺證據能力的理由（BGH, Beschl. v. 15. 03. 2007 – 5 StR 53/07, NStZ 2007, 417 bzgl. Art. 4 Abs. 1 EU-RhÜbk），其案情為：依《歐盟刑事司法互助公約》（EU-RhÜbk）第 4 條第 1 項規定，具體之司法互助請求，其執行原則上應依請求國明確要求的程序為之，德國據此向法國請求由法官訊問證人，然法國卻未依德國《刑事訴訟法》第 168c 條規定將訊問期日通知辯護人。此訊問證人筆錄，即因違反司法互助法所要求的「遵守請求國法」，而不得作為證據（BGH, aaO）。當然，導致證據使用禁止的理由，終究是出於違反德國《刑事訴訟法》第 168c 條之通知義務，只不過法國機關應遵守上述通知辯護人義務，是基於《歐盟刑事司法互助公約》第 4 條第 1 項的司法互助規定而來。於司法互助法，外國如果有義務依照請求國法囑託的取證方法，則外國違反系爭本國證據取得規定時，原則上會導致證據使用禁止（參見本庭，Urt. v. 19. 03. 1996 – 1 StR 497/95, NJW 1996, 2239, 2240 bzgl. § 168c Abs. 5 StPO, BGHSt 42, 86）。【23】

2. 不過，本案之電話監聽證據，無法依本院前述法律觀點得出使用禁止。【24】

a）對此，《德捷刑事司法互助條約》第 17 條第 5 項連結第 2 項第 1 款關於司法互助請求提供電話監聽之文件，設有一定要件。就本案違反此司法互助要件究竟是否導致證據使用禁止，本庭無須決定。對此問題，本庭見解傾向為：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（有採此見解者，BGH, Urt. v. 08. 04. 1987 – 3 StR 11/87, BGHSt 34, 334, 343 f.）。於本案，《德捷刑事司法互助條約》第 17 條關於電話監聽的司法互助要件，雖不同於《歐盟刑事司法互助公約》第 17 條至第 20 條，惟《德捷刑事司法互助條約》應優先適用（參照歐盟刑事司法互助公約第 22 條）。《德捷刑事司法互助條約》第 17 條之規定，固然具有國際法性質，但也包含保護個人權利內涵。本院先前之裁判，也曾針對請求國違法侵害外國主權一事，至少從有利於被告之國際法反射角度，承認《歐盟刑事司法互助公約》之外的司法互助協議，亦具有保護個人權利內涵（BGH, aaO, 344）。總言之，承認個人為國際法主體並考慮個人在司法互助法中之利益，符合當今主流的國際法理解（Ambos, aaO, S. 92 mwN; vgl. auch BGH, Beschl. v. 09. 02. 2012 – 1 StR 148/11, BGHSt 57, 138, 147 Rn. 36）。《德捷刑事司法互助條約》第 17 條第 2 項、第 5 項各要求執行電話監聽司法互助請求應符合內國法，由此觀之，已顯現其有保護受監察人個人權利的內涵。德國刑事程序法就電話監聽要求原則上應有法官保留，以保護受監察人基本權利，因為法官保留目的，在於透過中立機關對於具體干預基本權利的刑事訴訟措施，進行預防性之法律監督（BVerfGE 96, 44, 51 ff.; BVerfGE 103, 142, 151）。【25】

b）但是，即便認為《德捷刑事司法互助條約》此處規定具有保護個人權利內涵，也不因德國漢堡市檢察署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

（文轉三版）



鴴　影　啄　波

攝影／張夜明（臺東地院退休同仁）

法源法
www.lawba
檢索全部法規、司法判解、行政函釋、裁判書、起訴書、論著
法
服務
TEL:02-2
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
電
02-236

法律網
ank.com.tw
一欄式檢索、各類資料進階檢索
原資訊
專線
509-3536
L WEEKLY
周刊
周出刊
訂閱
幣400元
訂 閱
劃撥
號
4377
戶
司法周刊
話
618798

（文接二版）

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。【26】

aa）《德捷刑事司法互助條約》就違反其司法互助規定，本身未明文要求證據使用禁止。條約第 17 條第 2 項敘述的「只有當…… 始執行司法互助請求之電話監聽」，依其文義與規範目的，這一要件只涉及締約國相互之關係。當條約議定的要件不存在時，受請求國有權拒絕司法互助請求，但此並非謂其有義務拒絕執行請求。條約議定的司法互助之形式要件與實質要件，目的在於保障締約國主權，即締約國僅在雙方事先議定的條件下，始須對請求提供協助；如同德國聯邦最高法院檢察總長於聲請書正確指出，受請求國於國際法上有提供司法互助之權力，而非承擔國際條約等方面之司法互助義務（Schuster, aaO, S. 118）。這也是受請求國的主權表現。因而，德國法院自不得自行主張捷克檢察署違反捷克法律（關於特別保留之拘束力，亦參見 BGH, Beschl. v. 11. 11. 2004 – 5 StR 299/03, wistra 2005, 58, 60）。據此，依德國與捷克協議的司法互助條約觀之，布拉格檢察署提供司法互助並無過錯，故未在請求國形成證據使用禁止效果。【27】

bb）補充捷克與德國雙方司法互助法的《歐盟刑事司法互助公約》，其雖有證據使用禁止或使用限制規定，例如公約第 13 條第 10 項，但一樣不適用於本案。關於證據司法互助涉及電話監聽取得之證據，《歐盟刑事司法互助公約》並未規定其有無證據能力（Gleß/Schomburg, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, Internationale Rechtshilfe, 5. Aufl., Art. 18 EU-RhÜbk Rn. 24）。同樣的，《申根施行公約》（SDÜ）第 39 條第 2 項的證據使用禁止也不適用於本案。【28】

cc）於本案，也不能從《歐洲人權公約》第 6 條第 1 項公平審判程序之誡命等一般國際法原則，推論出未遵守司法互助規定會導致證據使用禁止。違反本案這類型之司法互助規定，充其量只在對被告所進行之刑事程序整體而言顯示不公平時，才考慮證據使用禁止。歐洲人權法院已認定，公約國雖違反內國法關於證據取得之規定，倘相關程序雖存在違法取證，但整體而言仍可視為公平時，則不必然導致證據使用禁止（如 EGMR, Urt. v. 25. 03. 1999, 25444/94 [Pélissier u. Sassi ./. Frankreich], Rn. 45 f., NJW 1999, 3545 f.；另見 Jahn, aaO, C 121 mwN in Fn. 560）。於此，針對違反在外國取證之司法互助規定，應無不同適用。是以，依照程序公平性標準來看待司法互助取得之證據時，其有無證據能力的關鍵，在於適用本國法秩序下，能否在公平程序上進行可信賴之證據調查（vgl. Gleß, aaO, S. 141 ff.; dies., JR 2008, S. 317, 321）。【29】

依此標準觀之，捷克檢察官在兩國均未遵守《德捷刑事司法互助條約》第 17 條第 5 項連結第 2 項規定下提供的電話監聽證據，並不生證據使用禁止。況且，如有遵守系爭司法互助規定，德國漢堡市檢察署亦可取得該電話監聽錄音，因為在其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）。【30】

《德捷刑事司法互助條約》第 17 條第 5 項表示請求提供電話監聽文件時，準用同條文第 1 項、第 2 項（第 1 款與第 2 款）及第 4 項。而條約第 17 條第 2 項第 1 款要求請求國法院應提出核發監聽之裁定，或由請求國法院聲明：如於請求國內實施監聽，亦（假設）符合請求國之監聽法律要件。條約第 17 條第 2 項第 2 款在請求受請求國執行電話監聽方面，則要求（假設）當請求司法互助所涉之犯罪於受請求國受追訴，受請求國亦得依其法律核發監聽（第 17 條第 2 項第 2 款）。【31】

（1）本案正屬《德捷刑事司法互助條約》第 17 條第 5 項之適用範圍，且前述的準用第 17 條第 2 項第 2 款要件亦成立，因為德國漢堡市檢察署以條約第 17 條第 5 項提出的司法互助請求，乃涉及提供捷克本來已進行（非因德國請求才開啟）的刑事程序所取得之監聽資料。布拉格檢察署提供的電話監聽錄音與譯文，是來自於布拉格第 4 區法院與第 10 區法院各以裁定核准的通訊監察，這些監聽票的核准依據是捷克《刑事訴訟法》第 88 條第 1 項、第 2 項。從前述的捷克法院監聽裁定可得知，其具體個案進行的刑事程序，乃各以涉犯捷克刑法之犯罪嫌疑人為受監察人，而對於該等罪名，捷克法院可依捷克刑事程序法核准監聽。【32】

（a）捷克法院在本案的電話監聽裁定，已足成為系爭司法互助取得的電話監聽內容於德國刑事程序作為證據使用之基礎。無論如何，本案作為證據使用的資訊，是來自被請求司法互助之外國原已進行的電話監聽，而非外國受德國司法互助請求才發動的監聽。就此而言，基於國際法與歐盟法之理由，德國刑事法院對於外國監聽裁定，不應採納被告聲稱的德國法院「應以外國法作為外國監聽裁定之合法性審查標準」。【33】

德國刑事法學界有認為，關於使用外國電話監聽證據方面，本國刑事法院不可未經審查即認外國監聽令狀合法，而是必須「附加監督」有無遵守外國之合法性要件（Perron, ZStW 112 [2000], S. 202, 219；亦參見 Schuster, aaO, S. 111 ff., 245 f.; ders., NStZ 2006, 657, 661; Pitsch, Strafprozessuale Beweisverbote, 2009, S. 148 ff.）。對此見解，本庭不表贊同。即使以本國法律來判斷在外國取得證據之證據能力，在本案實際事件下所取得的外國證據，若是以外國取證違法作為證據使用禁止的理由，也會連帶侵犯外國主權。被告上訴指稱監聽證據應無證據能力，其理由為布拉格第 4 區法院、第 10 區法院的監聽裁定，均違反捷克憲法與屬於該國普通法律位階的刑事訴訟法。對於繼續合法存在的捷克法院監聽裁定，德國刑事法院 — 必要時徵詢法律鑑定意見 — 如果以捷克法律作為審查捷克法院監聽裁定的合法性標準，將使德國刑事法院自以為享有如此之審查權限。然而，在與其他歐盟國關係方面，根據國際法與歐盟法，德國刑事法院並未被賦予此種審查權限（亦參見 BGH, Beschl. v. 11. 11. 2004 – 5 StR 299/03, wistra 2005, 58, 60）。【34】

除了捷克與德國既有的雙邊司法互助協議外，於歐盟法上，根據《歐盟運作條約》第 82 條第 1 項規定，歐盟國間的司法互助合作乃是依循會員國法院裁判之相互承認原則。此外，《歐盟運作條約》第 82 條第 2 項雖然為歐盟創設立法權限，即歐盟得透過「指令」制定有關簡化會員國法院刑事裁判相互承認的最低限度條文。歐盟國之間的證據相互容許性，亦得以此最低限度條文來規範（歐盟運作條約第 82 條第 2 項第 3 句第 a 款）。而即便是在相關指令的適用範圍外，在一歐盟國所作成、未經該國撤銷的法院裁判，倘可由另一歐盟國以裁判國法院未遵守裁判國法律為由，將之評價為違法，也牴觸相互承認原則背後所蘊含的歐盟國間相互信賴之思維。【35】

（b）基於證據司法互助之特殊性及與之有關的歐盟法律框架，當涉及使用於司法互助外已存在的外國電話監聽成果時，外國監聽所取得資訊的證據能力認定標準，與本國監聽之證據能力標準並非完全一致。對於使用在德國監聽電話取得的資訊，德國聯邦最高法院要求 — 假如與本案同樣有在審判程序有對證據使用提出異議者 — 德國法院應全面性審查核發要件（參見 BGH, Beschl. v. 07. 03. 2006 – 1 StR 316/05, BGHSt 51, 1; BGH, Beschl. v. 07. 03. 2006 – 1 StR 534/05, StV 2008, 63, 65；亦見 BGH, Beschl. v. 01. 08. 2002 – 3 StR 122/02, BGHSt 47, 362, 365-368）。為此，德國事實審法院原則上得審查德國偵查法官核發的監聽裁定。但依前述說明，這些原則不能逕自套用到其他歐盟國基於該國法律從電話監聽取得之資訊，至少在系爭資訊是於外國所進行刑事程序之範圍內取得，而非基於司法互助請求才取得者，應作如此理解。【36】

（c）如果提出司法互助請求目的，是為了規避較為嚴格的本國監聽核發要件，是否即應採取不同評價的問題，本庭無須作出決定，因為本案並非此種情況。【37】

（d）不過，在德國刑事程序判斷捷克電話監聽所取得資訊之證據使用時，雖然限制德國法院審查布拉格第 4 區法院及第 10 區法院監聽裁定之合法性，但這不阻礙德國法院於證據使用範圍內應考量外國裁判。詳言之，外國取得之證據，如其取證違反國際法上具有拘束力，且以保護個人法益為目的之權利保障，例如《歐洲人權公約》第 3 條禁止非人道對待規定，或違反公共秩序意義下之一般法治國原則者（參照德國國際刑事司法互助法第 73 條），即應無證據能力（參見 Ambos, aaO, S. 83; Gleß, JR 2008, S. 317, 321 ff.; Schuster, aaO, S. 122 ff. und 133 f.; ders., NStZ 2006, S. 657, 662）。【38】

（下期待續）

（作者為臺北大學法學院教授兼副院長）