偵查機關木馬程式：秘密線上搜索

德國聯邦最高法院刑事裁判BGHSt 51, 211譯介*

文／王士帆

壹 導言

當網路成為資訊犯罪的科技利器，檢警可否以其人之道、還治其身，以網路搜查犯罪資訊？答案在現行刑事訴訟法有無提供相對應的干預授權（Eingriffsermächtigung）。亦即，科技日新月異，面對科技開放性（Technikoffenheit），偵查機關能否從刑事訴訟法現有的強制處分規定找到法律奧援？

網路偵查可能涉及的基本權[1]，以傳統熟悉的人格權、秘密通訊自由、居住自由及德國聯邦憲法法院為電腦系統新創的—「資訊科技基本權」（IT-Grundrecht；又稱電腦基本權）[2]最為相關。賦予偵查機關越有效、靈活的科技偵查權限，越應注意取證行為與所取得資料之使用和前述基本權的緊張關係。科技固然一日千里，但網路偵查不管技術多精密，終究脫離不了基本權干預正當性的審查體系。就此而言，不停推陳出新的科技是領先了著重法安定性的法律條文，慶幸的是—至少從法律角度而言—保護人民基本權的法律理念始終支配科技。網路偵查這種新型態取證手法，已不（再）是技術上能不能做得到，而是法律上應否或是否容許和其干預要件如何設計的問題。國家實行刑事程序所應遵守的憲法要求，尤在提醒刑事訴訟強制處分若具基本權干預性質者，即應謹守法律保留與比例原則的限制（參照我國憲法第23條）[3]。以上憲法誡命，同樣適用在網路科技偵查，網路追訴絕非基本權干預審查體系的化外之地。因此，在未制定相關網路追訴的明文規定之前，如何在現行法律架構內探求網路追訴的干預正當性，只能先審查現行法有無提供適當的干預授權基礎，這首指法律保留原則。換言之，從既有法律規定透過文義、目的性之法律解釋探求干預授權，成為網路刑事追訴的法學優先任務[4]。

據此，若干透過網路或針對電腦的偵查動作，現行法如可找到明確因應的干預授權依據，自屬合法取證，反之則否。以「取得」電腦主機中的電磁紀錄為例，從其物理性質而言，得依傳統的搜索扣押硬碟來保全。因為電磁紀錄非實體物，不能成為扣押之「物」，但因其存在於實體物件上，故應循搜索扣押規定，扣押電磁紀錄所在的儲存載體，例如直接扣押個人電腦硬碟或郵箱伺服器[5]，惟應同時注意比例原則[6]。另一種結合網路科技的非傳統之電磁紀錄保全方式，是德國所稱的「秘密線上搜索」（verdeckte Online-Durchsuchung）。秘密線上搜索乍聽以為與搜索有關，其實不然，它乃是偵查機關扮演駭客去破解電腦密碼或暗植木馬程式，秘密入侵被告的電腦、行動裝置等資訊系統，例如寄發夾帶木馬程式的電子郵件給被告或利用送廠維修、甚至是安置在行為人常態點閱的賭博或色情網頁。惡意程式會對資訊系統的儲存資料進行「搜索」（嚴格說來是「搜尋」），只要被告用該中毒電腦上網，惡意程式所搜尋的資料會秘密複製、傳送到偵查機關[7]。

「秘密線上搜索」這種偵查機關駭客的刑訴干預合法性爭議，正是BGHSt 51, 211探討焦點，也是其之所以成為德國網路追訴標竿裁判的緣由[8]。該案情略為：德國聯邦檢察總長為一起恐怖組織罪名，以搜索、扣押結合電信監聽、住宅監聽等干預要件，一次性聲請偵查法官核准發動這種複合性的強制處分（裁判稱此偵查作法為「線上秘密搜索」）。BGHSt 51, 211最終以於法無據，駁回檢察總長聲請。德國學說與實務普遍認同BGHSt 51, 211見解，均認為目前為止，秘密線上搜索在德國刑事訴訟法尚乏干預授權依據，故不得為之（但在預防犯罪的警察法規則有法律依據）[9]。

BGHSt 51, 211的審查步驟，如同前述，即對秘密線上搜索「從既有法律規定透過文義、目的性之法律解釋探求干預授權」，其中較為關鍵的基本權干預審查項目及理由如下：

1. 一般偵查條款未允許秘密線上搜索。一般偵查條款（§ 161 StPO）「只允許發動非屬刑事訴訟法特別干預授權、且僅輕微侵犯相對人基本權的強制處分」[10]。

2. 秘密線上搜索並非刑事訴訟之搜索。因為「刑事訴訟法合法搜索的圖像」，乃是偵查人員出現在搜索地點，且讓搜索人知悉搜索[11]。受搜索人於搜索完畢後，得請求發給搜索證明；受搜索人欲做此請求的前提是，及時通知其有進行搜索，以藉此獲得審查搜索合法性的救濟機會[12]。再者，相較於刑事訴訟法讓受搜索人知悉的搜索，任何秘密搜索基於本身所升高之干預強度，乃成為一種具有獨立新性質的強制處分。執行搜索時，視個案之情形，受搜索人可能選擇主動交付應扣押之物，以避免被搜索，甚至當欠缺搜索要件時，受搜索人可阻止搜索。然而，木馬程式這種「秘密線上搜索」卻使被告失去這些防禦可能性[13]。

3. 線上秘密搜索不是通訊監察[14]。藉電腦病毒將應受搜索之電腦資料傳送給偵查機關，並不會使秘密線上搜索變成通訊監察（§ 100a StPO），因為此時並非監察被告與他人的通訊，而是為了找尋證據或其他可能之偵查線索，偵查機關刻意鎖定特定電腦，在電腦開始通訊之前，即啟動所儲存的電腦資料傳輸至偵查單位。

最後，值得一提的是，BGHSt 51, 211於末尾特別打臉一種我國偵查實務也許會附和德國檢察總長「混搭各種強制處分」的主張。亦即，德國聯邦最高法院認為，結合各干預授權要件的合併觀察（Zusammenschau）也不能為秘密線上搜索創造出新的干預授權基礎！[15]簡言之，即便具備搜索要件及其他強制處分的高規格干預要件（例如通訊監察的重罪嫌疑、補充性原則），而且有嚴格謹守比例原則，偵查機關仍不得實施秘密線上搜索。「為了創設一個科技上可能進行之新偵查措施的法律干預基礎，而合併某些干預授權規定的個別要素，乃於法不合。如此作法，將牴觸干預基本權之法律保留原則與刑事訴訟干預規範明白性與構成要件確定性之原則。比例原則在個案上雖可限制法定權限，然其終究不能取代一個並不存在的干預授權基礎」[16]。鑑於BGHSt 51, 211對我國網路偵查—尤指偵查機關木馬程式—的比較法意義，筆者不揣淺陋譯介，以饗同好。

貳 裁判要旨

「秘密線上搜索」（verdeckte Online-Durchsuchung）因欠缺授權基礎，不得為之。尤不得以《刑事訴訟法》第102條（搜索被告）為發動依據，此條文並未允許秘密進行之搜索。

參 裁判理由（摘要）

✤Rn. 1[17]

I. 聯邦檢察總長以被告與他人涉嫌成立恐怖組織及其他罪名，而進行偵查程序。聯邦檢察總長向本院偵查法官聲請：「依《刑事訴訟法》第102條、第105條第1項、第94條、第98條、第169條第1項第2句，准許對被告使用之個人電腦／筆電、特別是儲存在硬碟與記憶體的資料……進行搜索與扣押，且許可偵查機關為秘密執行此一措施，得對被告傳輸、安裝為此設計的電腦程式，以複製其放置在電腦儲存媒體之檔案並將之傳送給偵查機關檢視」（以下稱：秘密線上搜索）。

✤Rn. 2（略）

✤Rn. 3

II. 本院偵查法官未許可重大侵犯被干預者基本權的秘密線上搜索，實屬正確，因為此偵查措施欠缺必要的形式法律之授權規定。

✤Rn. 4

1. 不同於聯邦檢察總長意見，本院認為，秘密線上搜索並不在《刑事訴訟法》第102條（搜索被告）連結第110條（搜索文件，亦包含搜索電子儲存媒介物，參照BVerfG NJW 2006, 976, 980; 2005, 1917, 1921; BGH NStZ 2003, 670; Meyer-Goßner, StPO 49. Aufl. § 110 Rdn. 1） 及第94條以下規定（扣押）的規範範圍內（相同意見：Sieber in Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht Rdn. 704; Bär CR 1995, 489, 494; Zöller GA 2000, 563, 572 f.; Böckenförde, Die Ermittlung im

（文轉三版）

註釋

* BGHSt 51, 211 = BGH, Beschl. v. 31.01.2007 – StB 18/06。裁判評釋，如*Gerhard*, NStZ 2007, 535 f.；中文文獻可參見何賴傑，〈論德國刑事程序「線上搜索」與涉及電子郵件之強制處分〉，《月旦法學雜誌》，208期，2012年9月，頁230-244。

1. *Hilgendorf/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl., 2012, Rn. 760; *Kudlich*, Strafverfolgung im Internet – Bestandsaufnahme und aktuelle Probleme, GA 2011, 195-198.
2. BVerfGE 120, 274。詳細分析該則裁判與資訊科技基本權的存在必要性之質疑，參見謝碩駿，〈警察機關的駭客任務—論線上搜索在警察法領域內實施的法律問題〉，《台北大學法學論叢》，93期，2015年3月，頁15-26。
3. 運用到搜索，如同我國最高法院97年度台上字第1509號判決所述：「搜索之目的在於發現被告或犯罪嫌疑人或犯罪證據之物件。搜索以及其後所為之拘捕或扣押等處分，係對於被搜索人之身體、住宅或財產等基本權之強制干預，故而發動實施搜索處分時應謹守法律設定之要件限制。」
4. 這是德文文獻對網路追訴議題的一致切入點，例如*Gless*, Strafverfolgung im Internet, ZStrR 2012, 6; *Kudlich*, a.a.O. (Fn. 2), 195; *Roggan*, Die „Technikoffenheit“ von strafprozessualen Ermittlungsbefugnissen und ihre Grenzen – Die Problematik der Auslegung von Gesetzen über ihren Wortlaut oder Wortsinn hinaus, NJW 2015, 1995; *Valerius*, Ermittlungsmaßnahmen im Internet – Rückblick, Bestandsaufnahme, Ausblick, JR 2007, 276; *Vogel*, Informationstechnologische Herausforderungen an das Strafprozessrecht, ZIS 2012, 482.
5. *Gless*, a.a.O., 7 f.; *Kudlich*, a.a.O. (Fn. 2), 201; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl., 2014, § 34 Rn. 4, § 36 Rn. 8; *Valerius*, a.a.O., 278。黃朝義，《刑事訴訟法》，4版，2014年，頁240；王銘勇，〈網路犯罪之搜索與扣押〉，《法學叢刊》，191期，2003年7月，頁58。
6. *Hilgendorf/Valerius*, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 774 f.; *Kudlich*, a.a.O. (Fn. 2), 201; *Roxin/Schünemann*, a.a.O., § 34 Rn. 4
7. BGHSt 51, 211 f. Rn. 1。德國對秘密線上搜索的定義大同小異，如*Beulke*, Strafprozessrecht, 12. Aufl., 2012, Rn. 253c.
8. 以2015年德國出版的刑事訴訟書籍為例，引用BGHSt 51, 211者如*Kühne*, Strafprozessrecht: Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 9. Aufl., 2015, Rn. 527.4; *Malek/Popp*, Strafsachen im Internet, 2. Aufl., 2015, Rn. 485; *Murmann*, Prüfungswissen Strafprozessrecht, 3. Aufl., 2015, Rn. 126.
9. *Hilgendorf/Valerius*, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 796 f.; *Malek/Popp*, a.a.O., Rn. 418; *Roxin/Schünemann*, a.a.O. (Fn. 5), § 35 Rn. 2; *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, 8. Aufl., 2013, Rn. 56a.
10. BGHSt 51, 211, 218 Rn. 21.
11. BGHSt 51, 211, 212 Rn. 5.
12. BGHSt 51, 211, 213 Rn. 6.
13. BGHSt 51, 211, 215 Rn. 10.
14. BGHSt 51, 211, 217 f. Rn. 18.
15. BGHSt 51, 211, 218 f. Rn. 22.
16. BGHSt 51, 211, 219 Rn. 22.
17. 譯註：Rn.是Randnummer的縮寫，中譯是「編碼」。「編碼」在德國法律書籍是慣用的標示方法，一個段落標上一個編碼，方便讀者精準查閱相關段落出處，例如「Rn. 1」表示第1段。

JUDICIAL 司法 復 稱 思 事
五、稿件一經刊登，酌送稿酬，並寄贈該期刊物。 四、文稿一律不退件，請自留底稿。 三、院網站。
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）

Netz 222 f.；不同意見，本院偵查法官其他裁定：wistra 2007, 28; Hofmann NStZ 2005, 121, 123 ff.; Graf DRiZ 1999, 281, 285）。

✤Rn. 5

a)《刑事訴訟法》第102條以下關於搜索之規定，並非核准秘密執行搜索的依據。此一認定，不管—如同本案情形—搜索標的物是否為電腦、搜索目的是否為發現特定資料（此時也會涉及資訊自決權，參見BVerfGE 65, 1 ff.; BVerfG NJW 2006, 976, 979 f.），均無不同，亦與是否應許可尋找實體物無關。刑事訴訟法合法搜索的圖像，乃偵查人員親身出現在搜索地點以及對受搜索人公開搜索（參見BVerfG NJW 2006, 976, 981; Sieber aaO Rdn. 704; Schäfer in Löwe/Rosenberg, 25. Aufl. § 102 Rdn. 1; Nack in KK 5. Aufl. § 102 Rdn. 1; Bär aaO 494; Zöller aaO 572 f.；不同意見：Graf aaO 285; Hofmann aaO 121, 123）。

✤Rn. 6

aa) 本院上述見解所憑依據，首先是刑事訴訟法關於執行搜索之條文。《刑事訴訟法》第106條第1項第1句明文規定，應受搜索空間或物體之占有人有在場權（「.....得於搜索時在場」，參見Rudolphi in SK-StPO § 106 Rdn. 2; Meyer-Goßner aaO § 106 Rdn. 2）。如無此等人在場時，根據《刑事訴訟法》第106條第1項第2句，如果可能，應請其代理人、成年人家屬或鄰居之人在場。《刑事訴訟法》第105條第2項要求搜索住宅、營業場所或對外隔離之房地產而無法官或檢察官在場時，應盡可能請1名地方自治團體職員或2名當地居民在場，但後者不得是警察或檢察官之偵查人員。《刑事訴訟法》第105條第2項第1句（「.....應請.....」）和第106條第1項第2句（「.....應請.....」）的條文文字，乃在課予偵查機關義務（參見Rudolphi aaO § 105 Rdn. 16 f., § 106 Rdn. 1, 6; Meyer-Goßner aaO § 105 Rdn. 10, § 106 Rdn. 4）。根據《刑事訴訟法》第107條第1項，受搜索人於搜索執行完畢後，得請求發給搜索證明；受搜索人如欲提出此請求，前提是及時通知其有進行搜索。此條文用意，在保障受搜索人得直接於搜索完畢後知悉搜索理由，藉此獲得審查搜索合法性的機會，必要時可請求事後之權利救濟（參見Rudolphi aaO § 107 Rdn. 1）。

✤Rn. 7

上述各條文是執行搜索的重要形式，依其文義（見上述）與保護受搜索人的法條宗旨與目的，這些規定乃屬強制規定，而非可由偵查機關隨意處置的條文。偵查機關有無遵守這些規定，將左右搜索合法性的判斷（參見Schäfer aaO § 105 Rdn. 56, § 106 Rdn. 15; Rudolphi aaO § 105 Rdn. 17, 18, § 106 Rdn. 1; Nack aaO § 105 Rdn. 14; Meyer-Goßner aaO § 105 Rdn. 10）。雖然《刑事訴訟法》第105條第2項第1句、第106條第1項第2句文義中有「如果可能」（wenn möglich）的限制，但不會由此得出不同結論。這些條文意義下的「不可能」請證人在場，僅指有事實認定存在「若找尋有意願在場之證人，將破壞搜索成效」之合理可能性（參見Schäfer aaO § 105 Rdn. 55; Rudolphi aaO § 105 Rdn. 18）。但是，不可為隱瞞犯罪嫌疑人有對其搜索及調查的偵查策略考量，而不去找尋可在場之證人。

✤Rn. 8

反對見解認為上述規定並非強制規定，而是單純的訓示規定（採此說法，Hofmann aaO 121, 124）。惟反對見解並不可採。《刑事訴訟法》第105條第2項第1句、第106條第1項第2句雖只在規定執行搜索之方式，而非規定搜索之核准，但這並不改變偵查機關基於上述說明應有義務遵守該規定（參見Nack aaO § 105 Rdn. 21, § 106 Rdn. 1; Schäfer aaO § 107 Rdn. 6; Rudolphi aaO § 105 Rdn. 30, § 106 Rdn. 1）。固然不可否認的是，在討論違反這些規定是否導致證據使用禁止的問題時，有時會將這些條文稱為純粹訓示規定（參見Meyer-Goßner aaO § 106 Rdn. 1, § 107 Rdn. 1；但對此，德國聯邦憲法法院裁判（NJW 2005, 1917, 1923）表示，當對檔案載體及所儲存檔案之搜索、扣押存在程序瑕疵時，至少在重大、故意或恣意的程序違法，應以證據使用禁止作為瑕疵搜索、扣押的效果）。此概念形成是否具有意義或其實只是令人困惑，可擱置不論。但無論如何，「訓示規定」概念絕非一種自成一格、無須探究其內涵的獨立概念。大多數見解認為違反上述規定不生證據使用禁止效果，部分理由是因為其被稱為訓示規定，然而，無法推論成遵守這些規定與否乃聽任偵查機關態度。此種推論，將合法搜索之要件問題與違法執行搜索之法律效果問題混為一談。

✤Rn. 9

綜合上述，不管所尋找之物為何，均禁止偵查機關故意以秘密方式執行法官核准之搜索，避免其藉由秘密搜索讓犯罪嫌疑人無從獲知對之偵查並保有進一步的偵查成效。據此可知，對於自始就意圖使《刑事訴訟法》第105條第2項、第106條第1項搜索在場的法定保護條款失效的搜索聲請（例如本案的秘密線上搜索），法官當然不得核准。

✤Rn. 10

另有認為《刑事訴訟法》第102條可作為秘密執行搜索的權限規定，因為對被干預者而言，秘密執行搜索的不利益，比進入住宅公開執行搜索來得少（Hofmann aaO 121, 124）。但這種考量也不會變更本院結論，反駁理由如下：相較於《刑事訴訟法》第102條以下規定之公開搜索，任何秘密搜索基於本身所升高之干預強度，乃是一種具有獨立新性質的強制處分。公開執行搜索時，視個案之情形，受干預者可能主動交付搜索標的，以避免被搜索，或藉此控制搜索之時間、強度，甚至當欠缺搜索要件時—也許經由律師協助—受搜索人可在執行過程阻止搜索，或至少可控制搜索之執行方式，尤其是監督有無遵守搜索裁定所設定之界限（參見BVerfG NJW 2006, 976, 981; Bär aaO 489, 494）。 然而，秘密搜索卻使被干預人失去這些防禦可能性。

✤Rn. 11

bb) 從法律體系來考量，也支持《刑事訴訟法》第102條之搜索僅能是一種應公開執行的措施。

✤Rn. 12

以科技設備進行受干預人不知情的重大侵害基本權之偵查措施（諸如通訊監察、住宅監聽與使用科技設備），乃規定在《刑事訴訟法》第100a條至第100i條。鑑於此等措施之隱密性，對其核准與執行設定高度之形式要件（參見刑事訴訟法第100b條第2項及第6項第2句；第100c條第5項第4句；第100d條第1項至第4項）與實體要求。尤其是，這些秘密偵查措施僅限於無其他有效之調查手段，且存在特定嚴重犯罪之嫌疑時始得為之，此外，也不可侵犯私人生活形成的核心領域（參見刑事訴訟法第100a條第1句、第100c條第1句、第2句與第4句、第100f條第1項與第2項）。個別的授權規定另有針對第三人之特殊規範，即規定系爭措施於何種條件下可干預第三人（參見第100a條第3項、第100c條第3項、第6項及第100f條第3項、第4項）。這些條文也包含停止執行、所得資訊之使用與銷毀個人相關資料的詳細規定（參見刑事訴訟法第100a條第4項至第6項、第100c條第5項至第7項、第100d條第5項與第6項和第100f條第5項）。

✤Rn. 13

相較於此，《刑事訴訟法》第102條搜索被告之核准要件，就無類似的高門檻干預限制。任何一種犯罪只要存在初始嫌疑，即可發動搜索。執行搜索和搜索取得資料之處理，亦無近似的嚴格規定。

✤Rn. 14

b) 據此，《刑事訴訟法》第102條並非秘密線上搜索的法律基礎。

✤Rn. 15

此處關鍵是，《刑事訴訟法》第102條只授權公開執行之搜索。反之，存放在電腦儲存媒介的資料於個案是否與住宅內之非公開言語具有類似之敏感度和保障需求、檢視大量不同資料是否構成對個人資訊自決權之特殊重大侵犯，則非關鍵所在。原因是，在此觀點下，秘密線上搜索不同於公開搜索時對電子資料載體之檢析，後者並無法律疑慮（參見BVerfG NJW 2006, 976, 980 ff.; 2005, 1917, 1919 f.; NStZ 2002, 377 f.; Nack aaO § 110 Rdn. 2）。同樣的，關於「秘密線上搜索使偵查機關大量擷取可能具敏感性的資料，是否因此等同於住宅監聽，而非搜索（如被指摘之裁定所述）？」的問題，本庭也無須作出決定，此一等同觀點在隱密性角度下可為適例，但從措施之持續性而言，則有疑義。縱使核准秘密線上搜索時，已指示只可一次性地（一次或多次步驟）將儲存於所涉電腦的現有檔案量進行複製、傳送（如本院偵查法官其他裁定，見wistra 2007, 28）和不得長期監控電腦之使用情形（電子郵件之往來與網路搜尋），但光是基於這種措施的秘密性質，《刑事訴訟法》第102條即已無法作為核准依據。

✤Rn. 16

有認為「秘密線上搜索於法有據，《刑事訴訟法》第106條第1項第1句在場權尤其已獲確保，理由在於：電腦使用者於應受搜索之電腦資料傳送到偵查機關時，必須在『線上』」（參見Hofmann aaO 121, 124）。這種說法並未清楚認識在場權保護條款的宗旨與目的，亦即，讓受干預人或其他人在場，用意應在促成其對搜索之察看與監督。單純身體在場而對搜索毫不知情者，並不能保障前述在場條文之目的。

✤Rn. 17

2. 刑事訴訟法的其他干預規定，也未允許秘密線上搜索。

✤Rn. 18

a)《刑事訴訟法》第100a條（通訊監察）不得作為秘密線上搜索之依據（不同於一次性地秘密侵入受密碼保護的電子信箱，參見本院偵查法官NJW 1997, 1934 ff.）。藉由電腦病毒將應受搜索之電腦資料傳送給偵查機關時，雖然電腦使用者必須在「線上」，以致於這些被傳送的資料本來就是原有資料串流的一部分。不過，此情形並不使秘密線上搜索變成電信通訊（關於電信通訊之概念，參見2004年6月22日版本之電信通訊法（TKG: Telekommunikationsgesetz）第3條第22款、第23條和本院判決：NJW 2003, 2034 f.），因為此時並非監察犯罪嫌疑人與他人之間的通訊，而是：為了找尋證據或其他可能之偵查線索，偵查機關刻意鎖定特定電腦，在電腦使用者開始通訊之前，將所儲存的電腦資料全面傳輸至偵查單位（參見Hofmann aaO 121, 123; Zöller aaO 573 f.）。因此，電腦「上線」狀態中的資料流（Datenfluss）僅是基於科技原因而被利用來傳送放置於儲存媒介的資料。

✤Rn. 19

b)《刑事訴訟法》第100c條（住宅監聽）的干預授權，無法成為秘密線上搜索的合法依據，因為秘密線上搜索是指電腦被以電子方式搜查，而不是住宅內之非公開言語被科技設備竊聽及記錄（參見Sieber aaO Rdn. 705）。

✤Rn. 20

c)《刑事訴訟法》第100f條第1項第2款（使用科技設備）也非秘密線上搜索之權限規定。原因是，此一規定只允許秘密使用特別為戶外監控目的之科技設備，諸如追蹤器、衛星定位系統和夜視器材（參見BGHSt 46, 266, 271 ff.; Sieber aaO Rdn. 705; Hofmann aaO 121, 122）。

✤Rn. 21

d)《刑事訴訟法》第161條一般偵查條款亦未允許秘密線上搜索，該條文只允許發動非屬刑事訴訟法特別干預授權、且僅輕微侵犯相對人基本權的強制處分（參見Meyer-Goßner aaO § 161 Rdn. 1; Hilger NStZ 2000, 563, 564）。

✤Rn. 22

3. 與聯邦檢察總長見解不同的是，即便另外具備針對監聽電話（刑事訴訟法第100a條）與住宅（刑事訴訟法第100c條）所規定的高度干預要件—例如存在重罪的嫌疑、符合相較於其他較少不利益強制處分而設的補充性原則—（參見本院偵查法官其他裁定：wistra 2007, 28; Hofmann aaO 121, 124），而且「特別」遵守比例原則，《刑事訴訟法》第102條仍不得允許秘密線上搜索。為了創設一個科技上可能進行之新偵查措施的法律干預基礎，而合併某些干預授權規定的個別要素，乃於法不合。如此作法，將牴觸干預基本權之法律保留原則（基本法第20條第3項）與刑事訴訟干預規範明白性與構成要件確定性之原則（參見BVerfG NJW 2006, 976, 979; 2005, 1338, 1339 f.; Sieber aaO Rdn. 703 f.）。比例原則在個案上雖可限制法定權限，然其終究不能取代一個並不存在的干預授權基礎。

（作者為成功大學法律學系助理教授）

L WEEKLY 周刊 徵稿啓事 一、本刊歡迎兼顧理論與實務、法學新知的作品。二、本刊內，以利歡迎一次刊出。三、本刊並歡迎司法人、文後請加註說明，以利參考。稿有，及法院的，以故事者，請加註說明；利出文章並將置司法 L WEEKLY 周刊 週出刊 訂閱 定價400元 訂閱 劃撥 號 4377 戶 司法周刊