

國立政治大學法律學研究所碩士論文

指導教授：何賴傑 博士

電話監聽中偶然發現之證據使用禁止  
——以德國刑事訴訟法為中心



研究生：郭靜儒

學 號：97651044

中華民國一〇一年六月

國立政治大學法律學研究所碩士論文

指導教授：何賴傑 博士

電話監聽中偶然發現之證據使用禁止  
——以德國刑事訴訟法為中心



研究生：郭靜儒

學 號：97651044

中華民國一〇一年六月



國立政治大學法律學系  
碩士論文學位口試

論文題目：電話監聽中偶然發現之證據使用禁止—  
以德國刑事訴訟法為中心

指導教授：何賴傑教授

研究生：郭靜儒

口試地點：綜合院館南棟七樓 270726 研討教室

考試委員：

楊聖驊 林金雄  
何賴傑

中華民國一〇一年六月十九日

## 謝辭

直到寫謝辭的這一刻，才有機會好好回顧在政大的這些年，感謝豐富我生命片段的貴人們。

感謝我的恩師—何賴傑教授。大三首次接觸刑事訴訟法，在老師幽默風趣的授課下，不知讓我著迷的究竟是刑事訴訟法這個科目，還是老師的可愛！從此，默默的跟著老師，直到成為了老師的指導學生。感謝口試委員林鈺雄教授及楊雲驊教授，針對我的論文給予許多專業的建議，在台大旁聽林老師授課的日子裡，總能刺激我從不同的角度思考問題；楊老師也常以極度幽默的口吻帶領學生討論時事，讓我對於應用的刑事訴訟法保持著敏感度。接著，感謝陳志輝教授，小大一時在老師的用心與關心裡初識刑法；也感謝李聖傑教授，不論是刑法問題或是學生的個人生涯規劃，常常在老師研究室裡一坐就是一、兩個小時！

感謝盧映潔教授以及德國杜賓根大學 Kerner 教授的幫忙，我才能一償宿願體驗一個人的異鄉生活。在德國的這一年，看了好多、也體驗了好多，不全然是快樂的經驗，但卻留下深刻的記憶，在忙碌的生活裡，總會有那麼一些時刻，有意無意的，思緒又飄到了歐洲的藍天下。若不是在德國，應該無法認識大學長及大學姐們。感謝阿諾學長、重言學長、士帆學長及本律學姐對我學業上及生活上的照顧，離開德國前的那次聚餐，可是我盡全心的想要表達我對你們的感謝！尤其是阿諾學長和士帆學長，直到我回國寫論文期間，還不斷的受我騷擾、求救。另外還要感謝何老師和楊老師留在杜賓根的兩個電鍋，不知造福了多少克難的交換學生們。

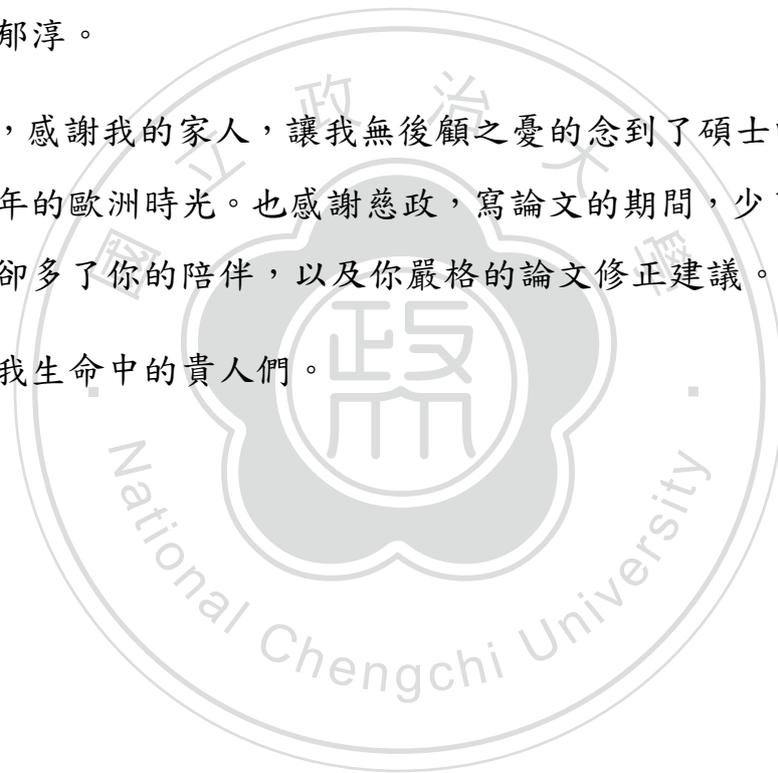
在大學、研究所這段期間，得好好感謝我的直屬學長聖晏，從小

大一起就不斷接受學長的照顧，一起吃美食、一起遊玩，也伴我度過歷次的期中、期末考，以及研究所考試、國家考試，連法德也是巴著學長不放！還有葦怡學姐、宏彬學長、麗雯學姐、西瓜學長、琬頤學姐，以及我的同學們。

當然還有我的夥伴們，當了四年室友的小目，陪我度過了許多瘋癲時刻以及難過的夜晚。還有雅琪、蕃茄、芝君、子騫、胖子、明慧、龍井、阿宅、老吳。不能忘記的還有一起環島及共患難的梁可依、李蓓玫和林郁淳。

最後，感謝我的家人，讓我無後顧之憂的念到了碩士四年級，以及享受一年的歐洲時光。也感謝慈政，寫論文的期間，少了一起奮鬥的伙伴，卻多了你的陪伴，以及你嚴格的論文修正建議。

謝謝我生命中的貴人們。



## 摘要

另案監聽的證據能力在最高法院有兩派見解，一是基於另案扣押之法理，認為只要是合法監聽取得之資訊均有證據能力。另外一派見解則與德國實務、學說相同，係採列舉重罪、關聯性原則之標準認定有無證據能力。另案監聽之證據能力於我國法之發展與德國法類似，德國自 1972 年開始討論所謂「偶然發現」可否作為證據使用，直到 1992 年才終於立法規範。本論文之主軸乃介紹德國法上「偶然發現」之發展及其法理基礎，期能作為我國討論另案監聽證據能力時之參考依據。

**關鍵詞：**另案監聽、偶然發現、假設重複干預合法性、關聯性原則



## 縮語表

縮寫	全稱	意義
§/ §§	Paragraph/ Paragraphen	條(章)/ 數條(數章)
a. a. O.	am angegebenen Ort	前揭(註、書、文)
Aufl.	Auflage	版次
BGHSt	Endscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen	德國聯邦最高法院裁判彙編
BVerfG	Bundesverfassungsgericht	德國聯邦憲法法院
ders./ dens./ dies.	derselbe/ denselben/ dieselbe	同作者
f.	folgende	本數與下一頁(條)
ff.	folgenden	本數與以下數頁(條)
Fn	Fußnote	註腳
FS	Festschrift	祝壽論文集
GG	Grundgesetz	德國基本法
JA	Juristische Arbeitsblätter	期刊：法學研習
JR	Juristische Rundschau	期刊：法學瞭望
JURA	Juristische Ausbildung	期刊：法學訓練
KK	Karlsruher Kommentar	卡斯魯爾註釋書
NJW	Neue Juristische Wochenschrift	期刊：新法學週刊
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht	期刊：新刑法雜誌
OLG	Oberlandgericht	高等法院
Rn.	Randnummer	編碼、段碼
S.	Seite/ Seiten	頁/ 數頁
StV	Strafverteidiger	期刊：刑事辯護人
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft	期刊：刑事法學雜誌

# 簡目

<b>第一章 緒論</b>	<b>1</b>
第一節 研究動機	1
第二節 研究方法及研究範圍	2
第三節 各章焦點	2
第四節 用語辨析及引註格式	4
第五節 前導案例說明	5
<b>第二章 德國法關於電話監聽之規定</b>	<b>8</b>
第一節 「事」之干預界限	9
第二節 「人」之干預界限	11
第三節 關於監聽發動與執行之其他要件	15
<b>第三章 德國法關於電話監聽中「偶然發現」之概念及其證據評價</b>	<b>18</b>
第一節 「偶然發現」於早期實務之發展	18
第二節 自主性的證據使用禁止	33
<b>第四章 德國法制上之「不真正偶然發現」</b>	<b>41</b>
第一節 「關聯性原則」之發展脈絡	41
第二節 關聯性原則之爭議問題	51
<b>第五章 德國法制上之「真正偶然發現」</b>	<b>59</b>
第一節 「事」的使用界限	61
第二節 「人」的使用界限	70
第三節 拒絕證言權人之資訊使用	76
第四節 「偶然發現」作為另案之偵查依據—偵查中之證據使用禁止	80
<b>第六章 我國關於「另案監聽」之證據使用問題</b>	<b>91</b>
第一節 學說見解之闡釋	91
第二節 實務見解之發展：從不受限制的使用到有條件的容許	95
<b>第七章 結論</b>	<b>115</b>
<b>附錄一</b>	<b>123</b>
<b>附錄二</b>	<b>126</b>
<b>參考文獻</b>	<b>129</b>

# 詳目

<b>第一章 緒論</b>	<b>1</b>
第一節 研究動機	1
第二節 研究方法及研究範圍	2
第三節 各章焦點	2
第四節 用語辨析及引註格式	4
第五節 前導案例說明	5
<b>第二章 德國法關於電話監聽之規定</b>	<b>8</b>
第一節 「事」之干預界限	9
第一項 列舉重罪	9
第二項 犯罪嫌疑	10
第三項 補充性條款	10
第四項 比例原則	10
第五項 私人生活核心領域	11
第二節 「人」之干預界限	11
第一項 被告（包括正犯及共犯）	12
第二項 訊息傳遞者或器材提供者	13
第三項 拒絕證言權人	13
第一款 依職業關係享有拒絕證言權之人	14
第二款 依身分關係享有拒絕證言權之人	15
第三節 關於監聽發動與執行之其他要件	15
第一項 相對法官保留原則	15
第二項 書面要式原則	15
第三項 一定期間原則	16
第四項 監聽之執行	16
第五項 監聽之終結	17
第六項 監聽資訊之銷毀	17
<b>第三章 德國法關於電話監聽中「偶然發現」之概念及其證據評價</b>	<b>18</b>
第一節 「偶然發現」於早期實務之發展	18

第一項	偶然發現的初次登場 (1972 年)	18
第二項	德國聯邦最高法院之態度	20
第一款	BGHSt 26, 298 (1976 年)	21
第二款	BGHSt 27, 355 (1978 年)	24
第三款	BGHSt 28, 122 (1978 年)	26
第四款	BGH, NJW 1979, 1370 (1979 年)	28
第五款	BGHSt 29, 23 (1979 年)	29
第三項	德國聯邦最高法院之裁判解析	30
第一款	開端：對於真實發現原則之限制	30
第二款	發展：以監聽之技術上困難作為論證基礎	31
第三款	結尾：從基本權保障觀點走向有效訴追之務實需求	32
第二節	自主性的證據使用禁止	33
第一項	證據使用禁止理論	33
第二項	偶然發現之使用界限屬自主性的證據使用禁止	34
第一款	基本權干預的繼續與擴大	34
第二款	強制處分目的之變更	35
第一目	憲法觀點：資訊自決權之保護	36
第二目	資訊使用目的之變更	37
第三項	學者 Schünemann 之批評	38
第一款	「證據取得禁止」是「證據使用禁止」之前提	38
第二款	證據使用與憲法之關係	39
第三款	對於人之使用限制？	39
<b>第四章</b>	<b>德國法制上之「不真正偶然發現」</b>	<b>41</b>
第一節	「關聯性原則」之發展脈絡	41
第一項	德國早期實務對於關聯性原則之提出與操作	42
第一款	實務上對於關聯性公式之描述	42
第二款	德國刑事訴訟法上之「關聯性」概念	42
第三款	以德國聯邦最高法院 BGHSt 28, 122 為例	43
第二項	德國學界之反對聲浪	44
第一款	以實體法之犯罪單數作為關聯性之依據	44

第二款	以訴訟法之同一案件作為關聯性之依據-----	45
第三項	德國近期實務對於關聯性原則之闡釋	
一	以德國最高法院 BGH NStZ 1998, 426 為例-----	47
第四項	學者 Grawe 對於訴訟法上同一案件之批評-----	48
第一款	訴訟法上犯罪事實概念之不明確-----	48
第二款	審判程序之犯罪事實概念不適用於偵查程序-----	49
第三款	訴訟法上犯罪事實概念無法正當化基本權干預-----	50
第五項	小結-----	51
第二節	關聯性原則之爭議問題-----	51
第一項	偶然發現僅涉及其他非列舉重罪之情形-----	52
第一款	有效訴追觀點-----	52
第二款	權利保障觀點-----	53
第三款	小結-----	56
第二項	偶然發現同時涉及其他列舉重罪與非列舉重罪之情形---	56
第一款	有效訴追觀點-----	56
第二款	權利保障觀點-----	57
第三款	小結-----	58
<b>第五章</b>	<b>德國法制上之「真正偶然發現」-----</b>	<b>59</b>
第一節	「事」的使用界限-----	61
第一項	「偶然發現」作為另案證據使用不受限制-----	62
第二項	「偶然發現」作為另案證據使用應受限制-----	63
第一款	強制處分目的之變更-----	63
第二款	假設重複干預概念之提出-----	64
第三款	1992 年刑事訴訟法第 100b 條第 5 項之規定-----	65
第四款	2008 年刑事訴訟法第 477 條第 2 項第 2 句之規定-----	66
第一目	2008 年生效之修正案-----	66
第二目	第 477 條第 2 項第 2 句之解釋適用-----	67
第三項	小結-----	69
第一款	關於本案被告「其他列舉重罪」的偶然發現-----	69
第二款	關於本案被告「其他非列舉重罪」的偶然發現-----	69

第二節 「人」的使用界限-----	70
第一項 德國學界通說與實務見解之擴張觀點-----	70
第二項 德國學界少數說之限制觀點-----	72
第一款 學者 Kretschmer 之見解—直接或間接參與通訊-----	72
第二款 學者 Welp 之見解—假設重複干預之合法性-----	73
第三款 小結-----	74
第三項 特殊案例-----	75
第三節 拒絕證言權人之資訊使用-----	76
第一項 依親屬關係享有之拒絕證言權-----	77
第二項 依職業關係享有之拒絕證言權-----	79
第四節 「偶然發現」作為另案之偵查依據—偵查中之證據使用禁止-----	80
第一項 偶然發現作為另案偵查之線索-----	82
第一款 完全肯定說-----	82
第二款 完全否定說-----	83
第三款 偵查行為區分說-----	85
第二項 1992 年增修規定之解釋適用-----	85
第一款 得作為另案偵查基礎之見解-----	86
第二款 不得作為另案偵查之基礎之見解-----	86
第三項 德國聯邦憲法法院之見解-----	88
第四項 小結-----	89
<b>第六章 我國關於「另案監聽」之證據使用問題-----</b>	<b>91</b>
第一節 學說見解之闡釋-----	91
第一項 另案監聽之合法性-----	91
第二項 另案監聽之證據能力-----	92
第三項 禁止使用之另案證據可否作為偵查之基礎-----	94
第二節 實務見解之發展：從不受限制的使用到有條件的容許-----	95
第一項 早期：另案監聽證據使用禁止之概念尚未形成-----	95
第一款 另案監聽屬違法監聽或合法監聽？-----	95
第一目 另（他）案監聽屬違法監聽	
【臺灣高等法院 94 年上易字第 1812 號判決】-----	95

第二目    他案監聽與另案監聽之區辨	
【臺灣高等法院臺南分院 98 年度上更(二)字第 110 號判決】-----	96
第二款    另案證據之使用不侵害秘密通訊自由？	
【臺灣高等法院 96 年度上訴字第 4395 號判決】-----	98
第三款    小結-----	99
第二項    實務關於另案監聽證據能力之三大見解-----	100
第一款    基於另案扣押法理，於另案中均得為證據使用	
【最高法院 97 年度台非字第 549 號判決】-----	101
第二款    綜合考量-----	104
1. 臺灣高等法院 97 年度上訴字第 4680 號判決-----	105
2. 臺灣高等法院高雄分院 97 年度上易字第 257 號判決-----	105
3. 臺灣高等法院 96 年度上更(一)字第 529 號判決-----	106
4. 認定無證據能力之案例：	
臺灣高等法院臺中分院 98 年度上易字第 1722 號判決-----	106
第三款    列舉重罪、關聯性原則之限制-----	107
1. 最高法院 97 年度台上字第 2633 號判決-----	108
2. 認定無證據能力之案例：-----	109
(1)臺灣基隆地方法院 100 年度基簡字第 705 號判決-----	109
(2)臺灣臺南地方法院 96 年度易字第 1132 號裁定-----	109
3. 關聯性原則之操作-----	110
(1)最高法院 99 年度台上字第 7740 號判決-----	110
(2)灣高等法院臺南分院 99 年度上訴字第 277 號判決-----	111
(3)臺灣高雄地方法院 100 年度訴字第 935-----	112
第三項    小結-----	113
<b>第七章 結論-----</b>	<b>115</b>
<b>附錄一-----</b>	<b>123</b>
<b>附錄二-----</b>	<b>126</b>
<b>參考文獻-----</b>	<b>129</b>

## 第一章 緒論

### 第一節 研究動機

曾經問過非法律系的朋友一個問題，如果偵查機關在實施監聽的過程中發現了另外一個第三人的犯罪事實，這時候監聽的內容可不可以作為該第三人犯罪之證據？朋友回答說：「為什麼不可以？他都已經犯罪啦！」

讓我們再想想德國電影「竊聽風暴」（德文片名：Das Leben der Anderen；英文片名：The Lives of Others）裡，前東德國土安全部（Ministerium für Staatssicherheit）對於男女主角於住宅內談話之「竊聽」，甚至是閨房密語，如果這發生在自己身上，實在讓人不寒而慄。可以想像監聽對於人民之秘密通訊、隱私權甚至是資訊自決權干預甚大，因此立法者對於通訊監察之實施，不論是發動要件或執行要件均設下重重限制，目的就是為了保護人民之基本權利免於國家不當的干預。

再回到開頭的問題，另案監聽呢？當國家機關符合監聽之重重要件限制而合法實施監聽時，意外的發現有別於通訊監察書上之罪名以外的其他犯罪事實，追訴機關基於發現真實、追訴犯罪之義務，趁著當事人於不知情下所透露的犯罪資訊無疑是最有利的證據。但追訴機關並不是為了追訴該意外發現之犯罪而故意以其他罪名聲請監聽。就該意外發現之犯罪而言，其係透過監聽此一強制處分而取得，但卻欠缺一個獨立的監聽措施，而是依附在原本的監聽上，因而有謂此時因欠缺監聽之法定要件而構成違法監聽<sup>1</sup>。

之所以討論另案監聽之證據使用禁止，在於監聽通訊內容的使用可能涉及一個獨立的基本權干預，但卻無法律基礎予以正當化。其實，監聽的實施並進而使用通訊內容作為繼續偵查之依據或作為審判之證據，涉及了兩階段的基本權干預。

---

<sup>1</sup> 例如臺灣高等法院 94 年上易字第 1812 號判決。

首先，監聽的實施便是干預了人民的秘密通訊自由及隱私權；其次透過監聽取得之通訊內容的「使用」，將使得通訊參與者具有隱私期待的通訊秘密讓越來越多人知道，每次的使用無疑是造成秘密通訊自由的再次侵害，以及損及通訊參與者之可以自主決定資訊使用的資訊自決權。一般來說，監聽的實施均可預見是為了取得通訊內容作為偵查之依據或於審判中作為證據使用，因此實施監聽之授權基礎同時也是資訊使用之基礎。但當通訊內容涉及其他實施監聽所欲訴追以外之犯罪資訊時，即欠缺資訊使用之基礎，無法正當化資訊的使用對於基本權造成之干預。基於基本權保障之觀點，在法無明文規定下，遂有另案監聽之證據使用禁止的議題。而本文即基於此一出發點，討論電話監聽中意外發現其他犯罪資訊時，其可能的使用界限。

## **第二節 研究方法及研究範圍**

由於我國通訊保障監察法關於通訊監察之規定與德國法類似，且實務上對於另案監聽之證據能力有認為應採列舉重罪及關聯性原則之限制，此正與德國學界通說及實務之結論相同，且德國刑事訴訟法中對於此種資訊之使用亦有明確規範，因此本文遂以德國法之另案監聽為研究對象，包括蒐集實務上早期至現今的裁判見解，以及相關文獻討論，首先建立德國法制上關於另案監聽之證據使用禁止之發展脈絡，並詳細探討不同的使用界限及其法理基礎，進而分析迄今仍懸而未決之爭議問題。最後，介紹我國學說關於另案監聽之討論，並分析我國之實務現況，再以德國法之標準檢驗之，希能成為我國法之借鏡。

## **第三節 各章焦點**

於進入另案監聽核心議題之探討前，先於第二章簡要介紹德國刑事訴訟法關於電話監聽之要件規定，主要集中在德國刑事訴訟法第 100a 條及第 100b 條之內容。

自第三章起則開始介紹德國法「偶然發現」之基本概念及其證據評價。偶然發現之概念最先由德國實務提出，其意係指「於合法監聽過程中，意外發現被告其他犯罪事實或第三人之犯罪事實」，目的是為了解決當通訊內容涉及另案犯罪資訊時之證據能力問題。縱然偶然發現係透過合法監聽取得，惟若進一步將其作為另案追訴之證據將造成秘密通訊自由侵害之擴大，在欠缺法律明定的資訊使用規範之前提下，為了減低因為實施監聽而造成基本權干預之傷害，應發生證據使用禁止之效果，對此，1992年德國刑事訴訟法已於第100b條第5項（舊法）明定偶然發現之證據能力，並於2007年再次修正。雖然法有明文規範，但其僅能解決部分真正偶然發現之問題，關於法律的解釋適用方面仍有爭議。至於不真正偶然發現則非法律規範之範疇。

第四章集中在「不真正偶然發現」之討論上。其中最重要者莫過於關聯性原則之判斷基準的提出，關聯性原則是為了解決當偶然發現涉及非重罪時之證據能力問題，若監聽之重罪與意外發現之非重罪間具有關聯性時，則通訊內容可為被告非重罪之證據，反之則無證據能力。德國實務及學界通說目前暫時達成共識，以刑事訴訟法之同一案件（或同一犯罪事實）概念作為監聽重罪與意外發現之非重罪間有無關聯性之判斷基準。關聯性的討論於我國亦有重要意義，因為實務上已開始使用所謂的關聯性原則，以判斷另案監聽之證據能力。若未形成統一之標準而過於擴張使用，將架空列舉重罪之限制，進一步對於人民之基本權造成不當之干預。

至於「真正偶然發現」的討論本文列於第五章中。就合法監聽取得之另案犯罪資訊依不同之區分標準分為「事」之使用界限及「人」之使用界限。關於事之使用界限因德國刑事訴訟法第477條第2項第2句已有明確之使用規範，較無爭議。仍值得探討的是，是否以符合列舉重罪為唯一判斷標準，而不需考慮於個案中其他例如補充性原則之要件是否具備？此外，「人」之使用界限才是最棘手的

問題，德國實務及學界通說並無人之使用界限的概念，而是只要偶然發現涉及任何一個列舉重罪，無論是針對本案被告或其他第三人均可作為證據使用，惟此見解是否妥適亦有探討空間。另外，當透過德國刑事訴訟法第 477 條第 2 項第 2 句之法律適用，判斷偶然發現不得於審判中作為證據時，可進一步探討的是，偶然發現可否作為偵查之基礎？例如以偶然發現作為聲請之依據，或是播放監聽的錄音內容訊問被告或證人？且若被告或證人於播放錄音內容之情形下接受訊問，該被告自白或證人可否作為證據？等等，將於本章末討論之。

介紹完德國法對於「偶然發現」之處理後，隨即進入我國法關於另案監聽之討論。學說上的討論不多，重點放在實務見解的整理與分析上，經筆者整理後發現實務上對於另案監聽證據能力之判斷上有三種不同見解，分別為基於另案扣押法理均得為證據、列舉重罪與關聯性原則之限制，以及不同法益間之權衡的綜合考量說。其中，關聯性原則之使用上模糊不清，此部分將成為實務與學說上仍須繼續努力的空間。

最後一章即第七章則以案例扼要的歸納本論文之結論。

#### 第四節 用語辨析及引註格式

本論文之題目為「電話監聽中偶然發現之證據使用禁止—以德國刑事訴訟法為中心<sup>2</sup>」，唸起來頗為繞口，其關鍵在於對「偶然發現」之理解上。「偶然發現」

---

<sup>2</sup> 其實德國刑事訴訟法關於通訊監察之規範並不限於電話監聽，主要規定於第 100a 條以下，依通訊方式之不同可分為「電信通訊監察」(Telekommunikationsüberwachung) 以及「非公開談話監聽」(Abhören des nicht öffentlich gesprochenen Wortes)；後者又可依談話場所不同區分為「住宅外非公開談話之監聽」及「住宅內非公開談話之監聽」，即所謂小監聽 (kleine Lauschangriff) 及大監聽 (große Lauschangriff) 或住宅監聽 (akustische Wohnraumüberwachung)。參照曹珮怡，論電信通訊監察與談話監聽—以德國刑事訴訟法為中心，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2008 年 7 月，頁 19。

以上不同的通訊監察類型也都有偶然發現的問題，2008 年修正生效的德國刑事訴訟法第 477 條第 2 項第 2 句規定即係針對此些不同之類型產生的偶然發現問題，統一做抽象的規定。惟本文僅鎖定在傳統的電話監聽過程中產生的偶然發現，因此凡於本論文中提及之監聽概念均指電

為德文的中文直譯，原文為 *Zufallsfunde* 或是 *Zufallserkenntnisse*，詞性為名詞，是由「偶然」或「意外」（*Zufall*）以及「發現」（*Fund*）兩個名詞所組成，其意義即為國家追訴機關於執行強制處分時，所意外發現與本案無關之犯罪資訊，而於監聽的脈絡下即為國家追訴機關於執行監聽時，意外發現關於有別於監聽罪名之其他犯罪資訊，理解上等同於我國法所謂的「另案監聽」。以中文文法來看，「偶然發現」應是副詞加上動詞的組合（偶然地發現），但為忠於德文原文之呈現，遂以「偶然發現」用來指稱合法監聽過程中意外發現之另案犯罪資訊，而將之名詞化。至於其他德文概念將於談論相關內容時再於各章節中予以介紹。

另外，本文之「列舉重罪」係指德國刑事訴訟法第 100a 條第 2 項或我國通訊保障監察法第 5 條 1 項所列得實施監聽之重罪，為了行文之方便，於本論文中有時以「列舉重罪」或僅以「重罪」稱之；反之，「非列舉重罪」或「非重罪」則指不得實施監聽之犯罪。

關於引註格式方面，採取隨頁註的方式，德文縮寫部分可參考縮語表。不論中文或德文之專論、期刊等，於第一次引註時均會詳細列出作者、書名或文章篇名、期刊、年份及頁數，第二次引註則以簡註之方式，僅列出作者及頁數，若同一作者有兩篇文章以上，中文期刊部分則會引出作者、文章篇名及頁數，德文期刊部分除了引出作者之外，尚會列出期刊、年份及頁數。

## 第五節 前導案例說明

以下列出幾則與另案監聽有關之案例，除有利於讀者掌握另案監聽之概念以及不同類型之區分外，也有助於本論文之鋪陳。而於各章節中也將會以相關案例為說明，最後於第七章結論時再將本節之案例以本論文主張之見解予以解答。以

---

話監聽，而與其他監聽類型無涉。

下案例均涉及監聽所得內容可否作為證據使用問題<sup>3</sup>：

- 【案例 1】 甲因涉犯殺人罪嫌遭合法監聽，於監聽過程中果然得知甲之殺人事實。
- 【案例 2】 甲因涉犯殺人罪嫌遭合法監聽，於監聽過程中無法證明甲之殺人事實，但卻發現甲參與一起強盜案。
- 【案例 3】 甲因涉嫌參與犯罪組織（以竊車為其活動內容）而遭合法監聽，於監聽過程中無法證明甲有參與犯罪組織，卻發現甲有竊車之事實。
- 【案例 4】 甲因涉嫌參與犯罪組織（以竊車為其活動內容）而遭合法監聽，於監聽過程中無法證明甲有參與犯罪組織，卻發現甲另涉犯通姦罪。
- 【案例 5】 被告因涉嫌建立犯罪組織（以竊車為其活動內容）而遭合法監聽，於監聽過程中，聽到被告有強盜嫌疑，並發現被告有使用暴力而傷害被害人之事實，最後僅能證明被告之傷害罪嫌。
- 【案例 6】 甲因涉犯強盜罪嫌遭合法監聽，甲與乙之通話過程中發現乙曾參與一起擄人勒贖案。
- 【案例 7】 甲因涉犯強盜罪嫌遭合法監聽，甲與乙之通話過程中發現丙曾參與一起殺人案。
- 【案例 8】 甲因涉犯強盜罪嫌遭合法監聽，甲之朋友乙使用甲遭監聽之電話打電話給丙，於乙、丙之通話過程中談及甲涉嫌的強盜犯罪事實。
- 【案例 9】 甲因涉犯強盜罪嫌遭合法監聽，但於監聽過程中發現乙亦屬該強盜罪之共同行為人。

---

<sup>3</sup> 關於案例之設計參考黃惠婷，另案監聽，月旦法學教室，第 26 期，2004 年 12 月，頁 113-122。

【案例 10】 甲因涉嫌對丁違犯強盜罪（列舉重罪）遭合法監聽，甲之配偶乙使用甲之電話打給朋友丙，聊到甲對丁的強盜與傷害事實（非列舉重罪）。

【案例 11】 甲因涉嫌強盜罪（列舉重罪）遭合法監聽，甲與乙之通話過程中，乙聊到其子丙販賣毒品（列舉重罪）之經過。

【案例 12】 甲因涉嫌強盜罪（列舉重罪）遭合法監聽，甲與乙之通話過程中，乙聊到其子丙販賣毒品（列舉重罪）之經過。

【案例 13】 甲因涉嫌開車撞死丁（列舉重罪）遭合法監聽，監聽期間內甲與其辯護人乙見面商討案情，甲表示：「我於日前故意開車撞死丁，撞死丁之後，我意外發現現場有路人目擊事發經過，於是我就把他打成重傷害，並威脅他不得洩漏今日之事。」「我父親也想知道律師的看法，所以我父親明日會打電話給你，屆時再請你跟他說明案情。」等語。翌日，甲之父親丙使用甲之電話打給乙，乙即依照前日甲之指示，向丙說明案情。偵查機關因而知悉甲另涉犯重傷害罪嫌（非列舉重罪）。

【案例 14】 甲因涉嫌強盜罪嫌遭合法監聽，於監聽過程中發現甲另犯有賭博罪。偵查機關得否以監聽所得內容為據，對於甲之賭博罪開啟偵查程序？

【案例 15】 甲因涉嫌強盜罪嫌遭合法監聽，於監聽過程中發現甲另犯有侵占罪嫌。偵查機關得否以監聽所得內容為據，對於甲之侵占罪聲請住宅搜索？或偵查機關可否於訊問被告時播放監聽內容？

## 第二章 德國法關於電話監聽之規定

於刑事程序中，國家為了追訴犯罪、實現具體刑罰權或開釋無罪之被告，所展開之一連串之調查措施，常常無可避免的將干預被告之基本權利，甚至是與案件無關之第三人亦難逃基本權受干預之命運。因此國家追訴機關之有效追訴、發現真實義務，與基本權保障之憲法誠命間之糾葛，需透過立法者考量比例原則明確以法律規定之，若發生違反取證規範或是雖依法定調查程序，但卻違反了憲法對於享有更高價值基本權之保障時，其效果則反映在證據的使用與否上，若法律未明定證據之使用禁止之情況，則法院勢必要再次權衡真實發現與基本權保障間之比例原則，以決定證據之證據能力<sup>4</sup>。

依德國刑事訴訟法第 100a 條實施之電話監聽干預了德國基本法第 10 條所保障之基本權利<sup>5</sup>，該規定賦予書信、郵件及通訊秘密極高的保護地位。其透過個人得於公眾面前私下的、秘密交換並進而傳遞訊息、想法及意見，保障人格之自由發展，進而藉此保護人類具思想及自由之尊嚴<sup>6</sup>。

另一方面，電話監聽作為強制處分之一種，目的無非是為了取得證據以打擊、追訴特別危險之犯罪，例如危及國家存亡、憲法價值秩序及對於公眾極度危險之犯罪。從中可再度呈現於刑事程序中，個人利益與公共利益間之典型衝突。一方面是被告之個人權利以及其有權要求國家注意其基本權利主體地位；另一方面是有效追訴、打擊犯罪之公共利益。有鑑於國家利益及個人利益間之衝突，立法者特別制訂只有在存有某些特定重大犯罪嫌疑時，為了追訴犯罪之公共利益考量，

---

<sup>4</sup> 例如我國刑事訴訟法第 158 條之 4 即被實務廣泛使用作為判斷證據能力之依據。但有些時候，立法者已透過法律規範呈現其價值決定，則法官於證據能力之判斷上僅能依循立法者之價值決定，不得再行個案權衡，否則將有司法僭越立法之嫌。

<sup>5</sup> 基本法第十條規定：「人民之書信、郵件及通訊秘密不容侵犯（第 1 項）。前項之權利僅得以法律限制之（第 2 項）。」

<sup>6</sup> *Joachim Kretschmer, Die Verwertung sogenannter Zufallsfunde bei der strafprozessualn Telefonüberwachung, StV 1999, 221.*

始允許國家干預人民之秘密通訊自由，也就是只有在這個時候，人民秘密通訊自由之不可侵犯性始須退讓。而前述具基本權色彩之價值判斷，也成為德國刑事訴訟法第 100a 條必須限制解釋之基礎<sup>7</sup>。

本論文主要鎖定在實施電話監聽過程中，意外發現其他犯罪資訊可否於另案合法使用之問題，於討論其使用界限前，必先探求實施電話監聽之要件限制，因為第 100a 條不只是干預之授權基礎，亦是資訊使用之授權基礎；又或者說，其不僅為干預之界限，亦為使用之界限。

## 第一節 「事」之干預界限

### 第一項 列舉重罪

實施監聽之要件可從德國刑事訴訟法第 100a 條及第 100b 條中導出。依第 100a 條第 1 項規定，監聽只有在涉犯該條所列舉之中等或重大犯罪嫌疑時始被允許<sup>8</sup>，且不得透過德國刑法第 34 條緊急避難之規定擴大之<sup>9</sup>。此外，所謂重罪非僅係依法定刑抽象的判斷，更應於具體個案中判斷是否重大<sup>10</sup>（schwer），例如犯罪結果、侵害法益之嚴重性或與其他犯罪之關聯<sup>11</sup>。

另外，第 100a 條第 1 項第 1 句規定為了實施列舉重罪所為之預備犯罪（Vorbereitungstat）亦得對其進行監聽。所謂預備犯罪係指為了實施某一系列重罪所為的準備，而此準備行為同時構成刑法上之犯罪，例如為了於實施某一重罪

<sup>7</sup> Joachim Kretschmer, StV 1999, 221 (221).

<sup>8</sup> Stefan Grawe, Die strafprozessuale Zufallsverwendung : Zufallsfunde und andere Zweckdivergenzen bei der Informationsverwendung im Strafverfahren, 2008, S. 86. 德國刑事訴訟法第 100a 條所列之犯罪有中等及重大之犯罪，但為行為之簡潔、便利，均以「列舉重罪」或「重罪」稱之。

<sup>9</sup> Julius/ Gercke/ Kurth/ Lemke/ Pollähne/ Rautenberg, Strafprozessordnung, 4. Aufl., 2009, § 100a, Rn. 17.

<sup>10</sup> Armin Nack, KK-StPO, 6. Aufl., 2008, § 100a, Rn. 32.

<sup>11</sup> Julius/ Gercke/ Kurth/ Lemke/ Pollähne/ Rautenberg, § 100a, Rn. 21.

時使用，而先偷了一輛轎車，但此竊盜罪並非同條第 2 項所列舉之重罪<sup>12</sup>，然仍可以對之實施監聽。

## 第二項 犯罪嫌疑

犯罪嫌疑必須透過特定事實基礎（bestimmte Tatsachen）以具體化，於實施監聽時僅要求簡單的犯罪嫌疑<sup>13</sup>（einfacher Verdacht）即可，但必須確實有特定事實之依據，不得僅係根據傳聞或流言為之，而應依生活經驗或犯罪經驗判斷，可明顯指出某人係涉嫌某一重罪實施之行為人或共犯。對此，事實審法院有其判斷餘地<sup>14</sup>。

## 第三項 補充性條款

另外，監聽的發動前提必須是不能或難以其他方法蒐集或調查證據（補充性條款，Subsidiaritätsklausel），而亦為監聽作為犯罪偵查之最後手段原則<sup>15</sup>。所謂不能以其他方法蒐集或調查證據，係指不存在其他追訴犯罪之手段；至於所稱難以其他方法蒐集或調查證據則係指，若不實施監聽而以其他非同等有效之手段代之，將導致犯罪追訴之拖延<sup>16</sup>。

## 第四項 比例原則

此外，雖然於條文中並未規定，但於個案中仍應作「衡平性」的審查，即所謂的狹義比例原則（Angemessenheit），權衡犯罪侵害法益的程度與人民基本權

---

<sup>12</sup> Armin Nack, KK-StPO, § 100a, Rn. 33.

<sup>13</sup> 另有認為這裡的犯罪嫌疑程度應高於德國刑事訴訟法第 152 條之起訴門檻，但不需要像第 203 條開啟程序及第 112 條第 1 項第 1 句之重大嫌疑之高。Julius/ Gercke/ Kurth/ Lemke/ Pollähne/ Rautenberg, § 100a, Rn. 17.

<sup>14</sup> Armin Nack, KK-StPO, § 100a, Rn. 34.

<sup>15</sup> Stefan Grawe, a.a.O., S. 87.

<sup>16</sup> Armin Nack, KK-StPO, § 100a, Rn. 35.

受干預的強度是否合乎比例<sup>17</sup>。若發生違反比例原則之情事時，則必須立刻中斷監聽<sup>18</sup>。

## 第五項 私人生活核心領域

第 100a 條第 4 項呼應德國聯邦憲法法院之意旨，對於源自私人生活核心領域之資訊，發生證據取得禁止及證據使用禁止之效果。即當有事實根據足認所欲取得之資訊僅（*allein*）能從私人生活核心領域中獲得時，則不得實施監聽（第 100a 條第 4 項第 1 句）。若直至證據評價時才發現核心領域遭受監聽，則生證據使用禁止之效果（第 100a 條第 4 項第 2 句）。所謂證據使用禁止，不僅不能作為證據目的使用，甚至必須不可延遲的進行銷毀（第 100a 條第 4 項第 3 句），並有義務就資訊之取得及銷毀作成記錄<sup>19</sup>（第 100a 條第 4 項第 4 句）。

至於通訊內容是否屬於高度私密性質而應禁止實施監聽，須視個案而定，尤其是通訊參與者間之信賴關係及談話主題須特別注意<sup>20</sup>。

## 第二節 「人」之干預界限

電話監聽之實施原則上只針對被告<sup>21</sup>為之，但當有足夠嫌疑認為第三人將為被告傳遞或接收訊息，或被告將使用第三人之電話時，也可對第三人實施監聽。但以第三人為受監聽人時，並非只為了監聽他的談話，更重要的是其對外的聯繫，進而從中探求關於被告的蛛絲馬跡，而第三人被監聽的線路是否又讓其他人使用

<sup>17</sup> *Stefan Grawe*, a.a.O., S. 87.

<sup>18</sup> *Armin Nack*, KK-StPO, § 100a, Rn. 36.

<sup>19</sup> *Armin Nack*, KK-StPO, § 100a, Rn. 39.

<sup>20</sup> *Julius/ Gercke/ Kurth/ Lemke/ Pollähne/ Rautenberg*, § 100a, Rn. 31.

<sup>21</sup> 德國刑事訴訟法第 100a 條第 1 項規定當有特定事實足認被告或參與同條第 2 項所列之犯罪者，於欠缺其同意下得實施監聽（或監看）及錄存。其中所謂參與犯罪之人係指共同正犯、教唆犯或幫助犯。我國通保法第 5 條第 1 項雖僅規範「被告」及「犯罪嫌疑人」為實施監聽對象，但於理解上應將共同正犯及教唆、幫助犯包含在內。

並不重要<sup>22</sup>。甚至當有事實根據懷疑被告將使用公共電話時，亦得對公共電話進行監聽，惟此舉無可避免的將涉及與本案無關之第三人<sup>23</sup>。

## 第一項 被告(包括正犯及共犯)

首先，德國刑事訴訟法第 100a 條第 1 項規定若依特定事實足認有涉犯同條第 2 項所列犯罪之行為人 (Täter) 或參與者 (Teilnehmer)，於欠缺其同意下得實施監聽 (或監看) 及錄存。所稱「行為人」即為「正犯」之意；至於「參與者」係指一起參與犯罪之人，例如屬於狹義共犯之教唆犯、幫助犯。不論是正犯或共犯於刑事訴訟法上均係被告之身分。

復依第 100a 條第 3 項規定被告 (Beschuldigte) 是得實施監聽之對象，所謂被告是依實質上或形式上之被告概念判斷之，例如是否已經對其開啟偵查程序或是於監聽時才發現其犯罪嫌疑並開啟偵查程序<sup>24</sup>。被告可能是發話者也可能是受話者，法律利用監聽之秘密性質以排除被告之警覺性，被告因此可能說出偵查機關期待的相關資訊，而這些資訊如果在被告有意識被監聽之情況下是不可能透露的。其合法基礎在於刑事訴訟法干預人民之自由及權利時必須遵守犧牲界限

(Opfergrenze)，被告因涉嫌犯罪，比起與本案完全無關之第三人，更有干預其基本權之正當性且被告亦須承受之，例如第 112 條羈押之規定僅可對被告為之而不及於第三人<sup>25</sup>。然而與本案無關之第三人還是會以被告之通話對象的身分涉入監聽<sup>26</sup>。

---

<sup>22</sup> Stefan Grawe, a.a.O., S. 88.

<sup>23</sup> Armin Nack, KK-StPO, § 100a, Rn. 37.

<sup>24</sup> Wolfgang Bär, TK-Überwachung Kommentar, 2010, § 100a, Rn. 38.

<sup>25</sup> 除了羈押以外，德國刑事訴訟法第 100c 條第 2 項及第 163c 條第 1 項第 2 句、第 3 句，原則上均僅能對被告為之，只有在有限之例外情況下允許對第三人實施。Fezer, Strafprozeßrecht, Fall 8 Rn. 35. 轉引自 Fickert, Die Behandlung von Zufallserkenntnissen im Ermittlungsverfahren, 2002, S. 110.

<sup>26</sup> Welp, a.a.O., S. 480f.

另外，對於被告實施監聽或許會涉及其不自證己罪之權利，然而實施電話監聽本來就須趁被告不知情下透露其犯罪資訊或其身藏處所，因此縱使對被告隱瞞電話監聽之實施，法律（例如德國刑事訴訟法第 136 條、第 136a 條）亦不禁止之<sup>27</sup>。

## 第二項 訊息傳遞者或器材提供者<sup>28</sup>

根據第 100a 條第 3 項，電話監聽可以針對被告及其訊息傳遞者（Nachrichtenmittler）、器材提供者<sup>29</sup>（Anschlußüberlasser）為之。因此包括（1）以被告為發話人或受話人之通訊，（2）以被告為發話人、其訊息傳遞者為受話人之通訊，（3）以訊息傳遞者為發話人、以被告為受話人之通訊，以及（4）被告透過器材提供者所提供之電話所為之通訊均在監聽範圍內。有疑問的是，以訊息傳遞者為發話人、第三人為受話人（反之亦然）之通訊是否包括在內？為了電話監聽的完整與有效性，應是肯定的。因為執行監聽機關無法事先得知該第三人的身分究竟是誰，這是技術上所無法克服的<sup>30</sup>。至於訊息傳遞者及器材提供者是否輕率相信或受騙，或是究竟是否知悉其電話將被被告使用均不重要，即使是公共電話也允許監聽<sup>31</sup>。

## 第三項 拒絕證言權人

<sup>27</sup> Armin Nack, KK-StPO, § 100a, Rn. 38.

<sup>28</sup> 所謂訊息傳遞者係指為被告發送、傳達或收受通訊之人；而器材提供者則係為被告提供通訊器材、處所之人。

<sup>29</sup> 如果僅將監聽對象限制在被告一人，則被告可能有意或無意的透過第三人（例如被告之親戚、秘書、鄰居等）替其完成傳達訊息之任務而規避監聽之規定致徒勞無功。因此即規定當存有特定事實可認第三人可能替被告或自被告接收或傳達訊息者，也允許對其實施監聽。對於訊息傳遞者之監聽必須是為了獲得被告透過第三人間接參與通話之資訊。Welp, a.a.O., S. 481.

<sup>30</sup> Alfons Knauth, Zufallserkenntnisse bei der Telefonüberwachung im Strafprozess, NJW 1977, 1510 (1512).

<sup>31</sup> Alfons Knauth, NJW 1977, 1510 (1512) Fn. 14.

## 第一款 依職業關係享有拒絕證言權之人<sup>32</sup>

根據德國刑事訴訟法第 160a 條第 1 項第 1 句規定，不得以神職人員、辯護人及國會議員為實施監聽之對象（當涉及其等之拒絕證言權時），此即證據取得禁止之規定。若以前述之人為監聽對象，事後發現其等享有拒絕證言權時，則應依同條項第 2 句生證據使用禁止之效果，且就偵查機關而言不只禁止證據目的之使用。經禁止使用之資訊則需不可延遲的進行銷毀（第 160a 條第 1 項第 3 句）並作成記錄（第 160a 條第 1 項第 4 句）。反之，除了第 1 句所列之人以外，縱使其依第 53 條享有拒絕證言權，偵查機關仍可自由決定是否以之為對象而實施監聽；若實施監聽過程中，意外涉及第 1 句所列之人，依同條項第 5 句亦生證據使用禁止<sup>33</sup>。

就辯護人部分，其實可從第 148 條辯護人與被告之交通權導出，不僅被告基於辯護目的而製作之文書有其適用，就連辯護人與因訊息傳遞者身分而被監聽之當事人間之談話亦不得使用<sup>34</sup>。原則上若發現辯護人參與談話時，應立即中斷監聽，惟此僅有在現場即時監聽時才可能做到；若是先透過錄音事後再聽的方式則無法中斷監聽。若因為技術上之理由無法做到中斷監聽的話，無論如何均應禁止證據之使用<sup>35</sup>。

至於辯護人與可合法監聽之第三人進行通話，因兩者間並不具有辯護關係，則因未違反第 148 條規定而得使用<sup>36</sup>。

而依第 53 條第 1 項第 1 句第 3 款至第 3b 款或第 5 款享有拒絕證言權之人，

---

<sup>32</sup> 所謂依職業關係享有拒絕證言權之人，例如我國刑事訴訟法第 182 條依業務關係之拒絕證言權。

<sup>33</sup> *Armin Nack*, KK-StPO, § 100a, Rn. 43f.

<sup>34</sup> *Armin Nack*, KK-StPO, § 100a, Rn. 45.

<sup>35</sup> *Julius/ Gercke/ Kurth/ Lemke/ Pollähne/ Rautenberg*, § 100a, Rn. 29.

<sup>36</sup> *Armin Nack*, KK-StPO, § 100a, Rn. 45.

依第 160a 條第 2 項，則須依個別措施之標準進行權衡是否允許發動偵查措施<sup>37</sup>。

## 第二款 依身分關係享有拒絕證言權之人<sup>38</sup>

至於與因親屬關係而享有拒絕證言權之人（德國刑事訴訟法第 52 條）進行通話，法律並無特別限制，然而於個案中可依第 100c 條第 6 項第 2 句及第 100a 條第 2 項所提之標準進行權衡，判斷是否生證據使用禁止之效果<sup>39</sup>。

## 第三節 關於監聽發動與執行之其他要件

### 第一項 相對法官保留原則

法官正式許可之命令也是法定要件之一，例外在遲延即生危險（*bei Gefahr im Verzug*）之情況下，允許由檢察官命令發動，但須在 3 日內由法官追認，否則該命令即失其效力。法官令狀的重要任務除了合法化通訊監察之實施外，藉由法官事前的審查確保具備所有發動監察之實質要件，通訊監察之執行機關亦可將抽象之犯罪具體化，以便隨時了解應基於何種原因以及執行程度以進行偵查<sup>40</sup>。

### 第二項 書面要式原則

德國刑事訴訟法第 100b 條第 2 項<sup>41</sup>規定，法官之許可命令應以書面為之，其上並應載明監聽對象之姓名及住址。該命令書面必須足資識別係由何人所簽發；至少必須附有簽名。在命令下達前，不得對被告及其他當事人實施監察。若許可

<sup>37</sup> *Armin Nack*, KK-StPO, § 100a, Rn. 46. 不具辯護人身分之其他律師則適用第 160a 條第 2 項規定。  
*Julius/ Gercke/ Kurth/ Lemke/ Pollähne/ Rautenberg*, Strafprozessordnung, § 100a, Rn. 30.

<sup>38</sup> 類似我國刑事訴訟法第 180 條之規定。

<sup>39</sup> *Armin Nack*, KK-StPO, § 100a, Rn. 49.

<sup>40</sup> *Stefan Grawe*, a.a.O., S. 87.

<sup>41</sup> 德國刑事訴訟法第 100b 條第 2 項規定：「法官之許可命令應以書面為之。其上必須載明 1. 盡可能地載明監察對象之姓名及住址；2. 電話號碼或其他足以辨識受監聽之線路或終端機，只要不至於發生可同時列入其他終端機即可；3. 於監察終止時點下，監察之方式、範圍及期間。」

命令係由檢察官所為者，應記載構成遲延將生危險之事實上理由<sup>42</sup>。

另外，命令之書面應說明電信通訊監察之原因，亦即應說明究竟是為了偵查犯罪事實，還是為了查明嫌疑人所在地之理由而發動<sup>43</sup>，以及犯罪嫌疑、證據情況及其必要性（補充性原則）之說明。在遠距對話監察（Fernsprechüberwachung）之情形，除記載電話號碼或其他電話線路之標記外，尚應說明在何範圍內可監察該對話、有哪些線路必須加以監察，以及是否為全面的或僅就特定時段實施監察<sup>44</sup>。

### 第三項 一定期間原則

依第 100b 條第 1 項第 4 句監聽命令至多以 3 個月為限，必要時得依同條項第 5 句延長之，最多亦以 3 個月為限。惟延長監聽須以所有監聽要件繼續存在為前提。聲請延長監聽可於監聽期限到期前提出，而延長監聽之決定得於稍後作出，惟延長之始點須緊接著監聽期限到期之後一天。監聽之 3 個月期限始於監聽命令發出之時，但若法官於命令中載明於稍後之時點始開始執行監聽，只要在簽發許可命令起 3 個月期限內均容許之<sup>45</sup>。

### 第四項 監聽之執行

監聽之執行通常是從關係人（Betroffene）的室內終端設備著手，而因為電話線路的聯繫是由私人電信事業（Netzbetreiber）管理，因此該事業有協助執行之義務。另外，所有的電信服務商（Kommunikationsdienstleister）同樣負有設置、提供電話線路及電信網絡義務，或是提供其他相關的電信服務，以利監聽之執行。他們必須自費架設、提供設備，並於追訴機關使用通訊網絡時予以指導。電信事

<sup>42</sup> Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl., 2008, § 100b Rn. 3.

<sup>43</sup> Armin Nack, KK-StPO, § 100b, Rn. 5.

<sup>44</sup> Meyer-Großner, StPO, § 100b Rn. 3.

<sup>45</sup> Armin Nack, KK-StPO, § 100b, Rn. 2.

業或服務商甚至還負有提供所有可能通訊方式之義務，例如於個案中如有必要，必須通知與其有國際漫遊合作之公司，盡可能的促成監聽之執行<sup>46</sup>。

在法院發出監聽命令後，通常便由檢察機關開始執行，尋找相關的通訊業者架設器材進行監聽及錄音。通訊業者沒有義務亦無權利參與監聽之進行，只有刑事追訴機關可以獲悉並取得相關之通話資訊<sup>47</sup>。

法院許可監聽後，檢察機關便握有執行監聽之主導權，若於監聽執行過程中發現欠缺監聽之實質要件時，檢察機關即須提前停止監聽。例如，欠缺重罪嫌疑、有新的且侵害較小之偵查措施、或是監察目的已經實現等<sup>48</sup>。

### **第五項 監聽之終結**

當監聽要件有所欠缺時，或事後發現不合乎比例原則時，依第 100b 條第 4 項第 1 句應不容延遲（*unverzüglich*）地結束監聽，此需由偵查機關向監聽執行單位為告知。結束監聽後，發出監聽命令之法院須依第 2 句向受監聽人告知監聽之結果（不需告知詳細的監聽過程<sup>49</sup>）。

### **第六項 監聽資訊之銷毀**

當透過監聽取得之個人資料不再有追訴犯罪或法院審查的可能需求時，應依第 101 條第 8 項銷毀之<sup>50</sup>。

---

<sup>46</sup> *Stefan Grawe*, a.a.O., S. 88.

<sup>47</sup> *Stefan Grawe*, a.a.O., S. 88. 本段應係指通訊業者（即電信業者或服務商）有協助提供、架設器材之義務，但其本身不得參與監聽之進行，例如不得參與通訊內容之監聽。

<sup>48</sup> *Stefan Grawe*, a.a.O., S. 88.

<sup>49</sup> *Armin Nack*, KK-StPO, § 100b, Rn. 3.

<sup>50</sup> *Armin Nack*, KK-StPO, § 100b, Rn. 4.

### 第三章 德國法關於電話監聽中「偶然發現」之概念及其證據評價

本章分為兩大部分，於第一節介紹偶然發現之概念，自 1972 年德國漢堡高等法院之裁判談起，再進一步分析、整理德國聯邦最高法院之五則裁判，探討於偶然發現之發展初期，德國實務如何處理其證據能力之問題。第二節則轉而討論偶然發現之證據評價，若偵查機關透過合法取證手段獲得之資訊，於何種情況下不得作為證據使用？若欲作為證據使用，是否需另覓使用之授權基礎？

#### 第一節 「偶然發現」於早期實務之發展

在探討關於偶然發現之證據使用禁止前，必須特別注意的是，偶然發現指的是刑事追訴機關合法發動及執行監聽過程時，於通話過程中意外發現與本案（即發動監聽所欲追訴之犯罪）無關、但涉及其他的犯罪資訊（於本論文中稱為「另案<sup>51</sup>」），此另案之犯罪嫌疑人可能與本案是同一被告，也可能是與本案無關之第三人，此時偶然發現（即監聽所得另案之犯罪資訊）可否作為另案之證據使用即為本論文之核心問題。偶然發現於德國法制上之發展，從早期的毫無限制開始，漸漸地透過實務與學說之努力，已大致劃出其使用之界限，依不同標準又可分為「事」之界限與「人」之界限，以下將循著其發展脈絡介紹之。

##### 第一項 偶然發現的初次登場（1972 年）

1972 年，漢堡高等法院（Hamburg OLG）首次處理偶然發現的證據使用問題<sup>52</sup>，在此之前不論是搜索或其他偵查措施幾乎沒有任何偶然發現之取得或使用的相關討論，而漢堡高等法院之本則裁判開啟了偶然發現的新頁<sup>53</sup>。於此裁判中

---

<sup>51</sup> 「本案」與「另案」係相對概念，非法令之明文用語。以「另案監聽」為關鍵字搜尋我國實務之相關判決，因該判決本身即係所謂另案監聽之「另案」，因此於判決裡會以「本案」稱此判決所涉之犯罪事實或法律爭點，而以「他案」或「另案」稱原先發動監聽之犯罪。

<sup>52</sup> OLG Hamburg, NJW 1973, 157.

<sup>53</sup> Stefan Grawe, a.a.O., S. 83.

P 因涉犯偽造貨幣罪嫌而遭受合法監聽，但於監聽過程中意外發現第三人 S 有偽造文書之事實，因此本則裁判討論的偶然發現係屬於涉及另案第三人犯罪之類型。

以下簡述犯罪事實及理由：

## 1. 事實

法院因 P 涉犯偽造貨幣及行使偽造貨幣罪嫌（屬列舉重罪）允許監聽，嗣後於 P 之通話中發現 S 涉嫌偽造文書罪（非列舉重罪）。S 抗辯該電話監聽是針對 P 所發動，監聽過程中獲得之資訊只能對 P 使用，不得對 S 使用。

## 2. 理由

法院認為基於合法發動監聽，縱然事後無法證明被告之犯罪也不影響原先監聽之合法性。實施監聽是為了找出證明被告犯罪之證據，但無可避免的也將會聽到與本案（指實施監聽之犯罪）犯罪無關之資訊，此乃干預秘密通訊自由之附隨效果（Nebenfolge），而此也正為立法者所預見，因此不論是德國基本法第 10 條第 1 項或德國刑事訴訟法均無證據使用禁止之規定。

再者，透過德國刑事訴訟法第 108 條亦可導出相同結果。第 108 條<sup>54</sup>規定在執行搜索時發現關於其他犯罪事實之證物時可以附帶扣押之，毋須再申請許可。另外，也因為於監聽過程中同時會進行錄音，後續程序只需播放即可，所以不需要一個「扣押」程序，因此於德國刑事訴訟法第 100a 條中並無相應於第 108 條之規定。

## 3. 小結

漢堡高等法院認為偶然發現可於另案使用之理由有二，其一為執行監聽時無

---

<sup>54</sup> 德國刑事訴訟法第 108 條第 1 項第 1 句規定：「於執行搜索時，發現與本案調查無關但可能涉及其他犯罪之物（Gegenstände）時，應暫時（einstweilen）扣押之。」

法事先知悉通話者為誰、所談論之內容為何，因而若於監聽過程中意外獲悉與本案無關之犯罪資訊係屬不可避免，此乃因監聽之性質所造成之附隨效果；其二為德國刑事訴訟法對於追訴機關執行搜索時發現另案得為扣押之物，亦允許暫時扣押之，則於監聽時亦可同樣適用。總結而言，於偶然發現之首次裁判中，法院並沒有偶然發現應予限制使用之觀念。

## 第二項 德國聯邦最高法院之態度

1976 年德國聯邦最高法院<sup>55</sup>（Bundesgerichtshof）也針對偶然發現之使用問題表態，不同於前述漢堡高等法院認為「合法監聽過程中之偶然發現可以不受限制使用」之見解，最高法院對於德國刑事訴訟法第 100a 條之解釋採取限制觀點，認為偶然發現可作為另案證據之前提為「偶然發現必須與第 100a 條之列舉重罪具有關聯性<sup>56</sup>」（im Zusammenhang mit einer Katalogtat stehen）。惟最高法院並未於本則裁判中進一步交代所謂「偶然發現必須與第 100a 條之列舉重罪具有關聯性」中之列舉重罪，是否限於原先據以發動監聽之重罪，或只要跟任何一個列舉重罪具有關聯性即可<sup>57</sup>？例如被告因涉犯販賣毒品遭合法監聽，過程中意外發現被告另涉嫌強盜罪，並得知被告有使用暴力傷害被害人，最後因無法證明被告之販賣毒品及強盜罪，而僅以監聽內容為證據判決被告傷害罪。則被告之傷害罪係與另外發現之強盜重罪有想像競合之關聯，而非與原先監聽之販賣毒品罪產生關聯，最高法院意旨是否亦包含此類型？

以下介紹最高法院自 1976 年至 1979 年的幾則裁判，將會發現最高法院雖然一開始採取限制的觀點，但在接下來的裁判中卻又另謀出路尋求解套，當個案中

<sup>55</sup> 為行文簡潔之方便，以下本論文於討論德國法制範圍內，若述及「德國聯邦最高法院」時，均簡稱「最高法院」，而於第六章討論我國法制時，則當指我國最高法院。

<sup>56</sup> BGHSt 26, 298.

<sup>57</sup> *Wolf Meier*, Die strafprozessuale Verwerbarkeit von Zufallsfunde über Unbeteiligte und die von unbeteiligten Dritten herrühren bei Abhörmaßnahmen nach § 100a StPO, 1998, S. 56ff.

涉及德國刑法第 129 條、第 129a 條之犯罪時卻又大幅放寬偶然發現之使用界限，擴大至對於非屬列舉重罪之追訴亦可使用<sup>58</sup>。然提出偶然發現概念的實務家，對於偶然發現的使用界限、何謂「與列舉重罪具有關聯性」？其標準何在？依舊模糊不清。

## 第一款 BGHSt 26, 298 (1976 年)

### 【本案恐嚇，發現另案第三人犯罪】

#### 1. 事實：

在 Düsseldorf 的一個黑社會組織中，因多人涉嫌恐嚇及其他犯罪，區法院 (Amtsgericht) 遂根據德國刑事訴訟法第 100 a 條允許就飯店主人 B 之電話進行監聽。在 1971 年 9 月刑事警察錄下律師與 B 的太太及飯店酒保 K 之談話，檢察機關基於這些談話內容，認為該律師涉嫌贓物罪及包庇圖利罪而對其展開偵查程序，但在 1973 年 2 月因為罪嫌不足而停止。偵查中的相關資料移送至懲戒法院 (Ehrengericht)，轉而進行律師懲戒程序。於懲戒程序之主審程序中，懲戒法院當庭勘驗之前所錄之錄音帶，並傳喚當時進行監聽的警察為證人訊問。最後，懲戒法院根據錄音內容認定該律師違反刑事包庇圖利罪 (strafrechtliche Begünstigung)、律師代理之利害衝突 (Vertretung widerstreitender Interessen) 以及緘默義務 (Verschwiegenheitspflicht)。然而上級法院 (Ehrengerichtshof) 鑑於德國基本法第 10 條所宣示之人民之書信、郵件及通訊秘密的權利不容侵犯，而認定該通訊內容的使用不合法。由於該律師未就對其之指控表示意見且無其他證據，而推翻原法院見解。檢察官則提起上訴主張該錄音帶應作為證據使用。

#### 2. 理由：

---

<sup>58</sup> Meier, a.a.O., S. 57.

最高法院駁回檢察官之上訴，理由如下：基本法第 2 條允許透過法律對於同法第 10 條所宣示之書信、郵件及通訊秘密權利予以限制。德國刑事訴訟法第 100a 條規定只有在涉及特定犯罪嫌疑時，國家基於刑事追訴之公共利益考量，因而允許對人民之通訊予以監聽及錄存，唯有於此前提下人民秘密通訊之保護始能退讓，故對於其他非屬第 100a 條所列舉之犯罪即不允許透過監聽干預人民之基本權利。

本案偵查機關因該律師涉犯贓物罪和刑事包庇圖利罪而展開偵查，嗣因罪嫌不足而停止。但因贓物罪及包庇圖利罪不僅與一開始發動監聽的犯罪（恐嚇）並無關連，且與任何其他的列舉重罪亦無關連。這裡亦涉及一個問題，當對被告進行合法監聽之過程中意外發現其他犯罪事實，而此事實與監聽之重罪或其他列舉重罪皆無關聯，是否或於何種程度下可以在對第三人的懲戒程序中使用。

最高法院並進一步闡釋：首先，偶然發現亦可在懲戒程序中使用。其次，對於第三人使用時，只要其受指控之事實與列舉重罪具有關聯性時即可，理由在於當第三人所犯屬於列舉重罪時，國家機關也可對其合法監聽，進而取得相關資訊並對其使用。

將偶然發現之使用限制在與列舉重罪具關聯性即合乎基本法第 10 條對於秘密通訊之保護。而立法者於第 100a 條明確規定只有在為了追訴某些特定重罪之國家利益下，人民秘密通訊之保護始須退讓；反之，在涉及其他犯罪時，人民之秘密通訊即應優先於國家追訴利益而受保護，禁止國家干預。如果偶然發現均可不受限制的使用將與基本法第 10 條所宣示之通訊秘密不可侵犯之原則相衝突。漢堡高等法院認為第 108 條規定搜索扣押的偶然發現可以作為證據使用，因此電話監聽的偶然發現亦應做相同認定，故可無限制的使用<sup>59</sup>。但最高法院認為第 108 條並無如第 100 a 條事先規定之列舉重罪限制，因而此理由不具說服力。根

---

<sup>59</sup> OLG Hamburg, NJW 1973, 157.

據第 100 a 條監聽所得之偶然發現只有在與列舉重罪具有關聯性時始可使用。

有問題的是，上述關於偶然發現之使用以「與列舉重罪有關聯性」為前提，但是否限於原先發動監聽之重罪，或者只要與任何其他列舉重罪有關聯即為已足？此於本案不須決定，因為本案律師所涉之犯罪與第 100 a 條所列之重罪皆無關聯。

因此，系爭偶然發現涉及該律師之贓物罪及包庇圖利罪，因與列舉重罪無關聯性，該監聽所得之偶然發現不得作為證據使用，故檢察官之上訴無理由。

### 3. 小結

本案所涉及者乃監聽對象（B）與證據使用對象（律師）之不一致。本裁判著重在電話監聽之偶然發現是否應無任何限制的可作為證據使用，從德國基本法第 10 條、第 2 條出發，唯有透過法律規定始能對人民不容侵犯之秘密通訊權利予以限制。而立法者於德國刑事訴訟法第 100 a 條做出價值判斷，限於某些重大犯罪基於刑事訴追之公共利益始允許國家以監聽之方式干預人民的秘密通訊自由，故電話監聽之偶然發現不能無所限制的使用，否則即與基本法之權利保護相違背。故最高法院認為當偶然發現之基礎事實與所監聽之列舉重罪有關聯性時即可作為證據，反之與列舉重罪無關連性時，則應禁止使用。從本裁判可看出，只要偶然發現與列舉重罪有關聯性，即可於懲戒程序且可對第三人使用。但何謂「與列舉重罪具有關聯性」並未提出說明，其內涵究為偶然發現本身涉及一個列舉重罪（例如偶然發現涉及一個殺人事實），還是偶然發現未涉及重罪、但與列舉重罪有關聯（例如本案是強盜罪（列舉重罪）、偶然發現涉及傷害罪（非列舉重罪），兩者間具有想像競合關係）？若是與列舉重罪有關聯，則是否限於與原先監聽重罪之關聯（例如本案是強盜罪、偶然發現涉及傷害罪，兩者間具有想像競合關係），抑或任何其他列舉重罪皆可（例如本案是販賣毒品罪、偶然發現涉及強盜罪，但

最後只能證明傷害罪)，法院在本案亦未處理。

## 第二款 BGHSt 27, 355 (1978 年)

### 【本案參與犯罪組織，發現同一被告另犯他案】

#### 1. 事實

被告 A 因涉嫌參與犯罪組織而遭區法院於 1975 年發動監聽，唯該罪最後無法證明。但於監聽過程中發現，A 另有涉嫌其他非屬德國刑事訴訟法第 100a 條所列舉之犯罪。於被告涉嫌另案之程序中，警察播放錄音內容為質問 (Vorhalt) 手段，被告經警察告知其可就其所涉之犯罪自由選擇陳述與否，A 選擇詳細的陳述其犯罪事實。稍晚，A 於偵查法官前再為相同陳述。最後，筆錄中記載著：「我要再次強調，訊問方式並無任何不當，我並沒有在壓力下而為陳述。」監聽之錄音內容與第 100a 條之列舉重罪無涉因此並未於審判中提出，而是以 A 之警詢自白及刑事警察 W 之證言為裁判基礎。

#### 2. 理由

最高法院認為，雖然該錄音是透過合法監聽取得，但其內容所涉之犯罪並非屬刑事訴訟法第 100a 條之列舉重罪，因此不得作為證據使用 (BGHSt, 26, 298)。至於證據使用禁止之範圍如何，特別是以錄音內容為質問手段是否合法及在此狀況下作成之陳述得否作為證據，最高法院目前尚無定見。證據使用禁止之界限並非固定不變，而須視個案事實及禁止之類型而定，例如最高法院曾認為縱第三人不法取得證據，也未必即生證據禁止之效果，也曾視個案狀況認定私人違法錄音得作為證據使用，尤其是個案涉及重大犯罪的時候。既然是否發生證據使用禁止即常需依個案而定，更遑論其禁止之範圍及放射效力了。

在討論證據使用禁止之界限時需特別注意的是，其限制了法院發現實體真實

之義務，以及基於真實發現義務而展開之蒐證措施，因此證據使用禁止反而成了實體真實發現必須忍受之例外，此於討論證據使用禁止之射程時有其根本意義。根據第 100a 條實施之電話監聽，其不只是干預人民之秘密通訊，也干預每位通訊參與者之私人領域，因此最高法院認為不得以錄音內容為質問手段，而透過質問手段獲得之陳述亦不得作為證據，即使在訊問前已告知被告得保持緘默亦無不同，因為當以錄音內容為質問時，被告已再也不能自由決定是否回答或應該如何回答了。

但若被告於訊問時自己提起於錄音內容中不曾出現過之犯罪事實或情況，因為既然不曾出現過，也無從以之為質問手段，其並非基於電話監聽而取得，而是透過一個獨立的證據取得過程，其於陳述時亦未受影響，因此被告就該部分所為之陳述當然得於後續程序中使用。正如最高法院於 BGHSt 22, 135 中所主張，不容許每一個因證據使用禁止引起之程序瑕疵而癱瘓整個刑事程序。另外，**也不禁止偵查機關自錄音內容獲悉線索並再進而展開調查。**

反之，若被告是在以錄音內容為質問之影響下作出陳述，則該陳述不得作為證據。一般來說，當錄音內容不再影響被告時，其後之陳述即可作為證據，例如經過一段較長之時間，以及不再以錄音內容或先前被禁止之訊問內容質問被告。此也符合最高法院對於德國刑事訴訟法第 136 條及第 136a 條之裁判見解。當被告未依第 136 條被告知得保持緘默之權利而為陳述，若於後續之程序中重新告知而仍為陳述者，則後續之陳述得為證據使用。又例如，在一開始以可能導致證據使用禁止之不當手段訊問被告，若在之後的程序中，被告未處於違法之壓力下仍為陳述，其後之陳述亦得使用。總結而言，被告於 1975 年 12 月 10 日、同月 11 日之警察訊問及 10 日晚間之法官訊問，部分內容是於依錄音內容為質問之壓力下所為之陳述，就此部分不得作為證據。

### 3. 小結

本則裁判係屬同一被告之監聽重罪與起訴之重罪的不一致。在 1976 年最高法院首次表態限制偶然發現的使用後，也就是限於與列舉重罪具有關聯性始得使用，但關聯性之內涵仍模糊不清，有賴實務的努力。本則裁判接續闡明所謂的關聯性，認為偶然發現所涉之犯罪不屬於法定之列舉重罪，即不得作為證據使用。易言之，所謂的與列舉重罪有關聯性，係指偶然發現所涉之犯罪必須是列舉重罪之一，始得合法使用，此亦符合德國學說向來之主張。

另外，最高法院亦提及證據使用禁止之放射效力，在錄音內容被排除之情況下，以不得使用之錄音內容質問被告，被告於受壓力下所為之陳述亦應禁止。再者，錄音內容雖被排除，但最高法院仍未忘記其發現實體真實之義務，偵查機關仍可以之為偵查基礎重新展開調查，不至因一次的程序瑕疵癱瘓整個刑事程序。

### **第三款 BGHSt 28,122 (1978 年)**

#### **【本案參與犯罪組織，發現同一被告涉犯竊盜】**

##### **1. 事實：**

1974 年於法蘭克福有一犯罪組織，其以偷竊、收藏名貴轎車並非法轉賣至國外為其活動內容。被告 K 因涉嫌參與該犯罪組織，區法院依據德國刑事訴訟法第 100 a 條及第 100 b 條對被告 K 的通訊內容予以監聽及錄存。不久，區法院對關係人 B 亦做出監聽命令，並以此為基礎監聽到 E 和 K 的通話且有犯罪嫌疑。在主審程序中 (Hauptverhandlung)，法院勘驗 K 和 B 之通話錄音，最後並據此判以被告 K 為竊盜罪與背信罪之幫助犯。地方法院對於被告的有罪確信係基於電話監聽之通話內容，上訴人 K 主張電話監聽所得資訊之使用為不合法。

##### **2. 理由：**

**根據刑事訴訟法第 100 a 條合法發動監聽並不當然意謂著，據此所獲得之資**

訊即允許被用來證明任何一個犯罪行為，取證合法並不能直接導出證據之合法使用，證據使用禁止亦不以違法取證為前提。因此，如果合法監聽所獲得之資訊不允許使用，即涉及此一類型的證據使用禁止。最高法院一再重申第 100 a 條是對人民秘密通訊的限制，並不違反德國基本法第 10 條所宣示之不容侵犯性，且對於界定監聽所獲資訊的使用範圍上有其重要性。另外，在之前的判決中（BGHSt 26, 298）已表明合法監聽之偶然發現在與列舉重罪無關聯性時，不得作為證據使用。當然，必須進一步澄清何謂「與列舉重罪有關連性」。關於此問題學界經常理解為限於對於列舉重罪之追訴始能將偶然發現作為證據使用，但不代表這個具爭議性的法律問題即必須以此種方式解決。

至今最高法院見解認為，當追訴機關因被告涉嫌參與犯罪組織而發動監聽時，過程中意外發現之其他犯罪，其若屬於該犯罪組織指向之犯罪範圍時，監聽所得資訊即可作為證據使用，並且不管原先發動監聽所依據之德國刑法第 129 條之犯罪是否被證明。這意謂著在本案中，監聽所得資訊可用以證明被告 K 之犯罪。反之，如果涉及的是犯罪組織指向範圍外之犯罪時，如贓物集團成員另犯強制性交罪，則不得作為其犯強制性交罪之證據。因為立法者於刑事訴訟法第 100a 條允許為了追訴刑法第 129 條之犯罪時進行監聽，而刑法第 129 條之犯罪嫌疑必然包含犯罪組織範圍內與其目的、活動相關之所有犯罪，不論是已計畫之犯罪或已經實施之犯罪。易言之，法官在允許對德國刑法第 129 條之罪實施監聽時，同時也允許了對於該犯罪組織目的範圍內所有犯罪之監聽。如果將偶然發現之使用限制在列舉重罪本身，那麼將會造成雖然可就刑法第 129 條之犯罪處以刑罰，但就同一行為人所為之組織目的範圍內之其他重大犯罪卻不能追訴的結果。

### 3. 小結

本裁判所涉者是同一被告之監聽重罪（參與犯罪組織）與起訴之犯罪（竊盜）的不一致。在 BGHSt 26, 298 提出之關聯性基礎上，本裁判認為應進一步澄清關

聯性之內涵，但亦未提出標準，只說不限於對於列舉重罪之追訴上，而對於本案所涉及之非重罪的追訴，認為參與犯罪組織之嫌疑必然可以包含其組織目的範圍內之犯罪嫌疑，而肯定其關聯性之存在，亦即，該犯罪組織原本就是以竊取轎車為其犯罪內容，既然允許就被告涉嫌參與該犯罪組織進行監聽，其監聽之範圍當然包括被告之竊盜罪嫌。另外，原先據以發動監聽之重罪嫌疑縱使最終認定不成立，亦不影響偶然發現對具關聯性之非列舉重罪的證明。

#### 第四款 BGH, NJW 1979, 1370 (1979 年)

##### 【本案販賣海洛因，發現第三人常業販賣麻醉藥品】

#### 1. 事實

偵查中 S 因為涉嫌販賣海洛因而遭法院許可監聽，過程中發現 S 之毒品是向 A 所購買，A 因而涉犯常業販賣麻醉藥品罪嫌，最後並未就 S 之販賣海洛因部分起訴，而 A 卻被判以常業販賣麻醉藥品罪。

#### 2. 理由

最高法院認為，縱然原先據以監聽之重罪未經起訴或法院認定無罪，並不影響監聽過程中偶然發現之資訊於另案作為證據使用，只要兩者間存有關聯性即可，且不受第 100a 條第 2 句<sup>60</sup>關於受監察人之限制，而可對於第三人使用。

最高法院進而認為，透過對於 S 之監聽內容偶然得知 S 是向 A 購買毒品，一為毒品之出賣人、一為毒品之買受人，因此兩者間具有「客觀之關聯性」(der objective Bezug)，故監聽 S 偶然獲得關於 A 之犯罪資訊可於另案中對 A 使用。

#### 3. 小結

---

<sup>60</sup> 此為舊法，就監聽對象之範圍現規定於第 100a 條第 3 項。

本裁判所涉者是監聽對象（S）與證據使用對象（A）之不一致。透過本裁判尤其可看出實務上對於何謂「關聯性」實在難以訴諸文字，只能依其發現實體真實之義務，只要兩個犯罪事實間存有「某種關聯性」即可交代，最高法院原先採取的限制觀點至此已透過各法院的自由心證再度擴張至看不見的界限。

## 第五款 BGHSt 29, 23 (1979 年)

### 【與本案無關之第三人談及本案被告犯罪】

#### 1. 事實

被告 B 因涉犯謀殺罪嫌遭合法監聽，監聽過程中聽到 B 之太太告訴其母親 B 之殺人事實。被告 B 抗辯其太太與岳母之通話不得作為證據使用，因為只有被告自己本身或參與之通話始能作為對其訴追之證據。原審法院駁斥被告主張，認為只要與列舉重罪具有關聯性，法律即允許使用第三人之談話作為證據。

#### 2. 理由

基於使用電話通訊之特性，當國家機關鎖定被告之電話線路（Anschluß）進行監聽時，所有與之通話或使用其電話之人，均不可避免地同樣處於被監聽的狀態，而立法者既然於第 100a 條、第 100b 條做出容許監聽之規定，同時也基於上述理由亦容許對第三人基本權利之干預。此外從第 100b 條第 5 項<sup>61</sup>規定推出，只要通過監聽取得之資料不再有追訴犯罪之需求時，即應立即銷毀，反之則可作為證據使用。

<sup>61</sup> 此為舊法規定，關於監聽資訊的銷毀義務現規定於第 101 條第 8 項，前後略有不同。舊法（參考 1988 年之德國刑事訴訟法）第 100 條第 5 項第 1 句規定：「當透過監察措施取得之個人資訊不再有刑事訴追之需求時，應於檢察官之監督下銷毀。」現行法第 101 條第 8 項第 1 句：「當透過監察措施取得之個人資訊不再有刑事訴追之目的或供法院審查監察措施之需求時，應立即銷毀。」

最高法院一再強調有效追訴犯罪之公共利益，期能發現實體真實、毋枉毋縱，而第 100a 條關於列舉重罪之規定，即說明為了有效追訴特定重大犯罪，人民受憲法保障之秘密通訊自由必須退讓。而於本案情況亦同，只要是針對被告合法發動監聽，使用該受監聽電話之人，縱非屬得監察對象（被告、為被告接發訊息之人、為被告提供通訊器材之人），只要基於有效追訴犯罪、澄清犯罪事實之必要，而與列舉重罪有關聯性，第三人受憲法保障之基本權利亦須退讓。

### 3. 小結

本裁判所涉之情況其實並不是偶然發現的案例，但德國學說上也常於偶然發現之脈絡下討論。被告因涉嫌謀殺罪而遭監聽，透過監聽獲得之資訊且用以作為證據者，仍是被告的謀殺罪！只是參與通話之雙方並非被告本身，而是被告之太太與其母親，且不論是被告的太太或其母親，均未以被告之訊息傳遞者或器材提供者之身分而為監聽之對象，而是與本案完全無關之第三人。最高法院不疑有他，只要合法監聽所得內容與重罪有關即可！如此作法是否真的沒有憲法上之疑慮？第三人之秘密通訊自由是否真的能獲確保？這類疑問本文將於第五章探討偶然發現之人的使用界限時一併討論。

## 第三項 德國聯邦最高法院之裁判解析

### 第一款 開端：真實發現原則亦有其界限

德國聯邦最高法院於敘述證據使用禁止理論時，是從法官的澄清義務（die Verpflichtung des Gerichts zur Wahrheitsermittlung）出發，實體真實之發現乃刑事訴訟法之目的。所謂「發現」原則上並非僅限於特定之證據方法，而是包括所有與事實有關且適當、合法，並對於裁判具重要意義之證據，經由合法程序取得並

於該刑事程序內能有助於犯罪事實之澄清<sup>62</sup>。

但真實發現義務亦有其界限，如同最高法院所宣示，禁止以不計代價之手段發現真實，基於法治國原則，國家之刑罰權並非可無所顧忌或於任何情況下均得實現，當基於法治國原則之考量，若於個案中存有如上刑罰權不能實現之情時，某些證據即不得於審判引進中或不得評價<sup>63</sup>。

漢堡高等法院基於真實發現義務及合法取證之理由，認為偶然發現可不受限制的使用。然德國聯邦最高法院於證據使用禁止之決定上，區分合法取得與合法使用之不同，認為不同於搜索之規定，在電話監聽有重罪之限制，為了保障人民依基本法第 10 條所享有之秘密通訊自由，於偶然發現之使用上亦需考量重罪之限制，當偶然發現與列舉重罪具有關聯性時始允許使用；反之，若偶然發現與另舉重罪無涉，縱使其係出於合法監聽取得，仍不得作為證據使用，此乃真實發現義務之界限<sup>64</sup>。

## 第二款 發展：以監聽之技術上困難作為論證基礎

關於偶然發現之證據能力處理上，縱使最高法院一開始採取限縮真實發現義務之觀點，選擇保障人民之基本權利，然於涉及第三人之情形，最高法院對於基本權保障卻又採取保留態度。最高法院首先認為因為通訊之本質及監聽技術上之困難，對被告進行監聽時，與其通話之對象也不可避免的同時受到監聽，其秘密通訊自由亦同時受到干預，然而這是立法者於制訂德國刑事訴訟法第 100a 條為實施監聽之授權基礎時即已預見。緊接著，針對第三人使用被告受監聽之電話，最高法院同樣以技術上之難以克服為由，再度以第 100a 條正當化其對於第三人

---

<sup>62</sup> *Wolf Meier*, a.a.O, S. 85.

<sup>63</sup> *Wolf Meier*, a.a.O, S. 85f.

<sup>64</sup> *Wolf Meier*, a.a.O, S. 86f.

基本權利之干預<sup>65</sup>。

最高法院不僅忽略了如 BGHSt 29, 23 一案中，太太基於親屬關係之拒絕證言權，也忽略了此通訊的參與者並非法定得受監聽之人，率而以該通訊內容與列舉重罪具有關聯性，而允許其作為追訴被告之證據<sup>66</sup>。

最高法院以技術困難論證通訊對象（Gesprächspartner）之秘密通訊自由干預乃本質上之無法避免，但進而將完全不相干之第三人（使用被告電話線路）與通訊參與者相提並論則不具說服力<sup>67</sup>。當監聽過程中發現有該通訊完全是由第三人所進行時，至少在理論上可以要求立即停止監聽<sup>68</sup>。

另外，最高法院亦從第 100b 條第 5 項<sup>69</sup>導出監聽所獲得之資訊只要未被銷毀即可作為證據使用。但其實該條僅規定透過監聽取得之錄音帶及書面記錄，當不再有作為刑事追訴之需求時，應立即銷毀，並未於該條積極規定關於偶然發現之使用問題<sup>70</sup>。而且第 100b 條之適用必須以第 100a 條為前提，即當監聽所得資訊不再有追訴原先監聽重罪之需求時，應立即銷毀。

### 第三款 結尾：從基本權保障觀點走向有效訴追之務實需求

關於偶然發現之使用限制問題，有別於漢堡高等法院採不受限制使用之觀點，德國最高法院認為若可毫無限制的使用意外發現之另案資訊，將與德國基本法第 10 條所宣示之秘密通訊自由之不可侵犯性相違背，因而考量德國刑事訴訟法第 100a 條之列舉重罪限制，認為於合法監聽過程中意外發現之另案資訊，只有在其與第 100a 條之列舉重罪相關聯時方允許使用，是採限制觀點。但鑑於有效

---

<sup>65</sup> Wolf Meier, a.a.O, S. 74.

<sup>66</sup> Wolf Meier, a.a.O, S. 74.

<sup>67</sup> W. Bottke, Anmerkung, JA 1980, 748.

<sup>68</sup> Jürgen Welp, Zufallsfunde bei der Telefonüberwachung, Jura 1981, 472 (482).

<sup>69</sup> 此為舊法規定，關於監聽資訊的銷毀義務現規定於第 101 條第 8 項。

<sup>70</sup> W. Bottke, JA 1980, 748

刑事訴追與基本權利保護間之緊張關係，基於務實與刑事政策之理由，最高法院對於其所提出「與列舉重罪有關聯性」之判斷標準採開放之態度，並未進一步說明所謂關聯性是指與原先據以監聽之重罪有關聯，抑或與任何一個列舉重罪有關聯即可？之後的判決中，有認為偶然發現的使用應限於與原先之列舉重罪有關聯，但漸漸地大部分實務認為只要與任何一個列舉重罪具有關聯性即可，至此形成實務之定見<sup>71</sup>。另外，關聯性原則之判斷基準過於抽象、模糊且空洞，於欠缺明確、具體內容之適用下，關聯性原則之運用反而架空列舉重罪之限制，形成基本權保障之漏洞。

## 第二節 自主性的證據使用禁止

### 第一項 證據使用禁止理論

「德國法上之證據禁止 (Beweisverbote)，係指禁止特定證據之蒐集、取得、提出或採用的法則，不但限制國家機關本於職權發現事實真相之義務，並且同時設定法官自由心證原則之外在限制。通稱之證據禁止，乃證據取得禁止

(Beweiserhebungsverbote) 與證據使用禁止 (Beweisverwertungsverbote) 之上位概念，內涵各有不同。前只乃國家追訴機關取得證據過程 (泛指尋找、蒐集即保全證據等等) 之行為規範；而後者主要在禁止法院將已經取得之特定證據，作為裁判之基礎<sup>72</sup>。」

「證據使用禁止依照禁止使用之證據是否肇因於國家機關違法取證，又可分為依附性之使用禁止 (或稱為非自主性之使用禁止，*unselbständige Beweisverwertungsverbote*) 及自主性之使用禁止 (*selbständige Beweisverwertungsverbote*)。依附性之使用禁止乃依附於國家機關違法取證之事實而來，而自主性之使用禁止並不以國家機關違法取證為前提，通常是直接導源

<sup>71</sup> *Wolf Meier*, a.a.O., S. 77ff.

<sup>72</sup> 林鈺雄，*刑事訴訟法* (上冊)，六版，2010年9月，頁593。

自憲法所保障之基本權而來，因此亦稱為憲法上之證據使用禁止，其標準在於法院調查並使用證據之行為，是否會構成一次自主性之基本權侵害<sup>73</sup>。」

而本論文所討論之偶然發現，正是國家機關經由合法監聽過程中，意外發現之另案犯罪資訊，故非出於國家機關之違法取證，不屬於依附性使用禁止之範疇，至於是否屬於自主性之使用禁止，則需進一步判斷，偶然發現基於其他目的於另案中使用時，是否構成獨立的基本權侵害。

## 第二項 偶然發現之使用界限屬自主性的證據使用禁止

學說上均認為當因為欠缺實體要件<sup>74</sup>或形式要件<sup>75</sup>進行監聽時，因為取證手段之違法，監聽所得之資訊亦不得作為證據使用<sup>76</sup>。但若國家機關透過合法之偵查措施取得證據，依德國聯邦最高法院於 BGHSt 28, 122 一案中所明揭：當國家機關依德國刑事訴訟法第 100a 條進行合法監聽時，並不當然意味著透過監聽所獲得之資訊即可作為證據使用。必須進一步判斷的是，透過證據的使用本身是否干預了人民憲法上之基本權利，若肯定之，則於欠缺授權基礎下之干預，刑事追訴機關之真實發現原則應予退讓而優先保護人民之基本權利。

### 第一款 基本權干預的繼續與擴大

對於秘密通訊之干預並不只是透過監聽及錄存對話之手段，即使是追訴機關

<sup>73</sup> 林鈺雄，刑事訴訟法（上冊），頁 597-598、614。

<sup>74</sup> 依學者 Meier 之整理分析，持相同見解者有 Dencker, S. 134; Gründwald, JZ 1996, 489 (496); Hanack, JZ 1971, 170；採開放態度者為 Schäfer, Einleitg. Kap. 14, Rn. 29；不同見解者則有 Kleinknecht/Meyer, § 100a, Rn. 21; so auch KK-Laufhütte, § 100a, Rn. 17. 轉引自 Wolf Meier, a.a.O, S. 110, Fn. 402.

<sup>75</sup> 依學者 Meier 之整理分析，持相同見解者有 ANM, S. 523 „bewußter überschreitung“; Fezer, JuS 1979, S. 186 (189); Welp, Habil., S. 210；採限制觀點的為 Kleinknecht/Meyer, § 100a, Rn. 21 bei „Völliger Umgehung“; 不同意見者為 Lehmann, Diss., S. 214. 轉引自 Wolf Meier, a.a.O, S. 110, Fn. 403.

<sup>76</sup> Wolf Meier, a.a.O, S. 110.

使用監聽所得資訊本身也同樣構成一個獨立的基本權干預，這種干預在以之為有罪裁判基礎時將達到顛峰<sup>77</sup>。監聽對於基本權之干預隨著每次的使用持續進行，因為通訊對象受保護的私密陳述利益仍繼續存在著，德國聯邦憲法法院也認為，在法院使用以通訊秘密為內容之證據，是對於德國基本法第 10 條第 1 項所保障基本權利之繼續干預。而這種因偵查及因使用對於基本權造成之干預，基於第 100a 條明確的價值決定，只有在涉及列舉重罪的追訴或裁判始能正當化。第 100a 條不僅是對於取證規範之限制，同時也是對於資訊使用之限制，不論是於檢察官之起訴或法官之裁判上均有適用<sup>78</sup>。

## 第二款 強制處分目的之變更

刑事訴訟法干預措施之合法性是根據該措施之決定及執行時是否合乎規定為斷，而非以事後之結果回頭檢視，因此縱然無法證明原先據以發動監聽之犯罪，亦不影響該監聽處分之合法性<sup>79</sup>。

當合法取得之證據涉及另外一個犯罪時，得否使用該意外發現之證據必須從強制處分<sup>80</sup>之目的談起。刑事訴訟法所規範之對於自由及權利的干預手段必須與調查目的（Untersuchungszweck）有關，並於此目的下決定強制處分之發動。當干預的結果被用來作為另一程序之證據使用時，強制處分之目的則必須事後變更，當被干預之權利尚未被終局破壞而且仍繼續存在時，對於此目的之變更則需有一個法定基礎，因為後續的使用將造成干預的繼續與擴大。因此於使用監聽所得資

<sup>77</sup> Joachim Kretschmer, StV 1999, 221, (225).

<sup>78</sup> Joachim Kretschmer, StV 1999, 221, (225).

<sup>79</sup> Jürgen Welp, Jura 1981, 472, (473).

<sup>80</sup> 德國學者 Amelung 認為刑事訴訟法應該放棄「強制處分」（Zwangsbmaßnahme）的傳統用語，改以「刑事訴訟上之基本權干預」（strafprozessuale Grundrechtseingriffe），因為傳統強制處分之用語，並不能掌握許多現代型態的干預行為，例如，通訊監察一般雖然列入強制處分的概念討論，但這種干預行為的特性在於秘密進行，受處分人根本不知不覺，與傳統型態之拘提、逮捕、羈押等明顯使用直接強制力量的干預處分不同，由於欠缺強制的特性，不宜稱為強制處分；但是，通訊監察屬於干預人民基本權利之行為則無疑義。林鈺雄，刑事訴訟法（上冊），頁 296。

訊時，不論是透過播放錄音帶、朗讀監聽譯文或是傳喚執行監聽之人以證人身分訊問，均必須受到限制，因為在後續的使用過程中，使任何第三人知悉該通訊內容或作為證據使用，都是對於秘密通訊的繼續干預，因為通訊對象對於隱私的保護仍繼續存在<sup>81</sup>。以下進一步介紹目的關聯原則及目的之變更：

## 第一目 憲法觀點：資訊自決權之保護

資訊使用規範（Verwendungsregelungen）之法理基礎為目的關聯原則（Grundsatz der Zweckbindung），而目的關聯原則是由基本權中之資訊自決權（informationelle Selbstbestimmung）所導出<sup>82</sup>。

資訊自決權是源自於德國基本法第 2 條第 1 項<sup>83</sup>連結第 1 條第 2 項<sup>84</sup>之一般人格權，賦予個人自由決定是否或如何公開自己私人生活之權利，免於國家於欠缺當事人同意下私自取得及使用個人資訊之侵害。而於刑事程序中所規範之各種干預規定及其使用目的（Verwendungszweck）正好與資訊自決權相違<sup>85</sup>。

國家之干預措施必須出自法定且足夠之特定目的，唯有透過使用目的之意義與範圍才能決定干預的深度，也就是透過資訊使用之目的形成基本權干預之界限。透過干預手段取得之資訊原則上僅允許於該干預目的範圍內使用，若將資訊用於其他目的，則將對資訊自決權及個案中相關基本權產生影響，進而導致干預的加

---

<sup>81</sup> Jürgen Welp, Jura 1981, 472 (474). 同此見解者如連孟琦，論監聽之證據使用禁止，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2005 年，頁 93。

<sup>82</sup> Tobias Singelnstein, Strafprozessuale Verwendungsregelungen zwischen Zweckbindungsgrundsatz und Verwertungsverboten Voraussetzungen der Verwertung von Zufallsfunden und sonstiger zweckentfremdender Nutzung personenbezogener Daten im Strafverfahren seit dem 1. Januar 2008, ZStW 2008, S. 855.

<sup>83</sup> 德國基本法第 2 條第 1 項規定：「只要其不侵害他人權利，且不違法憲法之價值秩序或習慣法，每個人均有自由形塑人格之權利。」

<sup>84</sup> 德國基本法第 1 條第 2 項規定：「德國人民享有不容侵犯且轉讓之人格權，作為世界上人類共同生活、和平及正義之基礎。」

<sup>85</sup> Tobias Singelnstein, ZStW 2008, 855.

劇甚至構成資訊使用之違法<sup>86</sup>。

## 第二目 資訊使用目的之變更

資訊取得之目的來自於干預之授權規定，當國家於其他領域（比較基礎為刑事程序領域）取得之資訊或將取得之資訊於其他領域使用<sup>87</sup>，無論如何都將發生使用目的之變更<sup>88</sup>，因為相較於其他領域之特殊規定，刑事訴訟法之干預授權原則僅允許基於各自之目的所為之干預，因此若將基於刑事訴追目的取得之資訊用於危害預防（Gefahrenabwehr）之目的或預防性訴追（Strafverfolgungsvorsorge）之目的，則涉及目的之脫離<sup>89</sup>（Zweckentfremdung）。

至於於刑事程序中基於訴追目的取得之資訊可否於另一刑事程序中使用，乍看之下並不清楚。原則上，透過某干預措施取得之資訊原則上也可於該目的內使用，那麼此干預授權是否也允許其取得之資訊於其他刑事程序中使用<sup>90</sup>？其實從干預規定之條文裡或多或少都可看出其於具體刑事程序中之干預目的。此外，也可從各法律規定間之關聯解釋出規範之目的，例如自德國刑事訴訟法第 152 條第 2 項、第 155 條第 1 項、第 160 條、第 170 條、第 244 條第 2 項及第 264 條<sup>91</sup>可

<sup>86</sup> Tobias Singelstein, ZStW 2008, 855, (856).

<sup>87</sup> 例如於行政程序取得之資訊可否於刑事程序中使用；反之，於刑事程序中取得之資訊可否於行政程序或其他程序中使用。

<sup>88</sup> 只要刑事訴訟法裡透過干預措施取得之資訊不是用於原本所欲追訴之犯罪上，則發生目的之脫離。其前提要件首先是，必須是普遍之生活利益之保障大於基本權之保護始能正當化；第二，各種不同之使用目的間不能相衝突而且新的使用目的必須是基於使用機關之任務及授權；第三，目的變更需有法律基礎始能合法，而此法律基礎必須足以保護關係人之基本權；最後，程序上必須具有足以保護基本權利之防護措施。Tobias Singelstein, ZStW 2008, 855, (860).

<sup>89</sup> Tobias Singelstein, ZStW 2008, 855, (858).

<sup>90</sup> 例如被告因為涉嫌殺人受合法監聽，但卻意外發現被告有強制性交罪之嫌疑，則基於追訴殺人罪目的進行監聽取得之資訊，可否於被告之強制性交罪之案件中使用。在此例子中即明顯涉及使用目的之變更。

<sup>91</sup> 第 152 條第 2 項規定：「除法律另有規定外，只要有足夠事實根據可認有犯罪嫌疑，檢察機關即應採取偵查措施。」

第 155 條第 1 項規定：「調查措施及命令僅能對起訴之犯罪及起訴之被告為之。」

清楚看出，此些規範是關於具體刑事程序之進行<sup>92</sup>。

總結而言，刑事訴訟法之干預措施均係為了取得某一特定資訊而實施，此目的即為干預措施之目的，同時也是該特定資訊之使用目的。例如為了取得被告違犯 A 罪之證據而實施搜索、扣押或監聽，而「取得被告違犯 A 罪之證據」即係偵查機關發動搜索、扣押或監聽等強制處分之目的，所取得之證據同時也是為了追訴 A 罪之目的而使用。但若偵查機關於實施強制處分之過程中取得被告違犯 B 罪之證據，在沒有其他授權基礎下，並不能直接將先前於 A 罪程序中取得之 B 罪證據於追訴 B 罪之程序中使用，因為此時發生了使用目的之變更（由 A 罪變為 B 罪），若擅自援用否將構成基本權之再次干預而生證據使用禁止之效果。

另外，關於合法監聽偶然發現之使用問題，德國已於 1992 年增修第 100b 第 5 項規定，明確賦予偶然發現之使用基礎，並於 2007 年再做修正（於 2008 年生效），本論文將於第五章再做詳細介紹。

### 第三項 學者 Schünemann 之批評

#### 第一款 「證據取得禁止」是「證據使用禁止」之前提

德國學者 Welp 認為德國刑事訴訟法第 108 條關於另案扣押之規定不只是取

---

第 160 條規定：「當檢察機關因告訴或其他方式知有犯罪嫌疑，必須決定是否起訴以澄清犯罪事實（第 1 項）。檢察機關對於被告有利或不利之事項均應調查，且須負起舉證之責（第 2 項）。檢察機關之偵查活動應包括對於犯罪法律效果之決定有意義之事項，以供於法官審判時判斷（第 3 項）。偵查措施若違反聯邦法之使用規範或相應的邦法使用規範，為不合法（第 4 項）。」

第 170 條規定：「有足夠根據提起公訴時，檢察機關應向該管法院提出起訴書（第 1 項）。除前項情形外，檢察機關即應停止偵查，並應告知受訊問之被告或發出逮捕令之被告。當被告請求告知或具有明顯告知利益時，亦應告知（第 2 項）。」

第 244 條第 2 項規定：「法院為了發現真實，應調查自國家機關提出具有決定性意義之所有犯罪事實及證據方法。」

第 264 條：「判決之對象為依審判結果所呈現之起訴之犯罪事實（第 1 項）。法院不受開啟主審程序所認定之犯罪拘束（第 2 項）。」

<sup>92</sup> Tobias Singelnstein, ZStW 2008, 855, (858).

證規範，也是資訊的使用規範。並透過假設重複干預之法理，主張在另案監聽之情況亦有適用，亦即透過第 100a 條之取證規範作為資訊使用之依據。（詳參第五章第一節第二項第二款。）

然學者 Schünemann 認為 Welp 混淆了證據取得（Beweiserhebung）之合法性及證據使用（Beweisverwertung）之合法性，德國刑事訴訟法第 108 條之規定僅與證據取得之合法性有關<sup>93</sup>，至於所謂偶然發現之使用問題並不能透過第 108 條來決定，也沒有在個案中擴大使用之範圍，依第 108 條扣押取得之偶然發現的之所以得以使用在於其是透過合法手段取得。反之，若是透過違法手段取得證據，則該證據的使用亦將違法，因為在所有的證據禁止中，只有當（wenn）且因為（weil）取得證據之手段違法才有證據使用合法性之問題<sup>94</sup>。

## 第二款 證據使用與憲法之關係

Schünemann 認為所謂「不允許將偶然發現作為追訴非列舉重罪之證據，否則將違反憲法對秘密通訊自由之保障」的見解，是混淆證據取得及證據使用之授權基礎。因為秘密通訊自由只會（allein）透過監聽被干預，而在德國基本法對基本權保障之考量下，為了避免違法監聽，已於第 100a 條、第 100b 條制訂合法要件。然而關於監聽資訊之使用，或以執行監聽之人為證人訊問即與上述規定無涉，重點在於該資訊是否出於合法監聽所取得<sup>95</sup>。

## 第三款 對於人之使用限制？

---

<sup>93</sup> 學者 Schünemann 認為德國刑事訴訟法第 108 條另案扣押係屬取證規範，國內學者同此見解者為楊雲驊，通訊監察「違反令狀原則」以及「另案監聽」在刑事證據法上之效果--評最高法院九八年度臺上字第一四九五號、九七年度臺上字第二六三三號及九七年度臺非字第五四九號三則判決，臺灣法學雜誌，第 141 期，2009 年 12 月，頁 88-89。

<sup>94</sup> Wolfgang B. Schünemann, Die strafprozessuale Verwertbarkeit von Zufallserkenntnissen bei der Telefonüberwachung, NJW 1978, 406 (407).

<sup>95</sup> Wolfgang B. Schünemann, NJW 1978, 406 (407).

至於偶然發現之人之使用限制部分，Schünemann 復認為，依德國刑事訴訟法第 100a 條規定，只能對被告、訊息傳遞者及器材提供者實施監聽，但第三人仍會不可避免的參與其中。就親自參與通話之第三人而言，第 100a 條及第 100b 條本來就允許對其秘密通訊自由之干預；而就未參與通話之第三人、但通話內容提及該第三人而言<sup>96</sup>，討論其立於基本權保障下之干預授權基礎是毫無意義的，因為該第三人根本未參與通話，本來就不在秘密通訊自由保護之範圍內<sup>97</sup>。

在律師與受監聽被告之通話也是無所限制的。唯一需要考慮是否將律師排除於第 100a 條及第 100b 條之外，只有在涉及律師是否應該被監聽之情況<sup>98</sup>。



---

<sup>96</sup> 例如被告 A 和朋友 B 之通話過程中談及第三人 C 之犯罪。

<sup>97</sup> *Wolfgang B. Schünemann*, NJW 1978, 406 (407).

<sup>98</sup> *Wolfgang B. Schünemann*, NJW 1978, 406 (407).

## 第四章 德國法制上之「不真正偶然發現」

偶然發現所涉及之犯罪可能是法定列舉重罪之一，也可能不是，不論實務或學說，均同意偶然發現得於追訴列舉重罪時作為證據使用，但不得以之為追訴非重罪之證據。但實務上有時對於非重罪的追訴，因其與原先監聽之重罪間具有某種關聯性存在，認為必須將偶然發現之使用擴張至該非重罪的追訴上，因此創造了關聯性原則之概念，然何謂關聯性卻未能提出明確標準，模糊的法律適用可能架空立法者為保護秘密通訊自由所為之價值決定。以下將自關聯性原則之發展脈絡談起，介紹關聯性原則於實務上之運用、學界的批評，以及迄今仍懸而未決的爭議問題。由於我國實務上關於另案監聽之裁判中，亦漸有「關聯性」的字眼出現，然也只是結論式的認定兩罪間之關聯<sup>99</sup>，未見有何說理提出，因此關於德國關聯性原則之發展，實有參考之必要，以作為我國法之借鏡。

本章將先介紹關聯性原則於德國實務上之發展脈絡（第一節），緊接著再介紹於德國實務上尚未解決之關聯性原則之爭議問題（第二節）。另外，關於不真正偶然發現所涉及之拒絕證言權問題，為行為之方便、避免重複，本論文將於第五章第三節之「拒絕證言權人之資訊使用」與真正偶然發現之情況一併討論之。

### 第一節 「關聯性原則」之發展脈絡

偶然發現之關聯性原則，或可說是關聯性公式，係從德國實務發展出來，為了解決當偶然發現涉及非屬列舉重罪時，可否作為證據之問題。原則上是否定的，但實務上認為此非重罪與監聽之重罪間存有某種特殊關聯，與一般單純的非重罪不一樣，因此漸漸發展出所謂的關聯性公式，惟其內涵為何依舊模糊不清。學界除一方面批評實務關聯性概念的抽象、模糊、內容空洞外，另一方面也幫實務找

---

<sup>99</sup> 例如最高法院 99 年度台上字第 7740 號判決、臺灣高等法院 99 年度上訴字第 1342 號判決、臺灣高等法院台南分院 99 年度上訴字第 277 號判決以及臺灣高雄地方法院 100 年度訴字第 935 好判決。

出一套判斷之標準，即訴訟法之同一案件概念，而同一案件又需以訴訟法之犯罪事實概念為判斷基準，而部分實務也終於接受此一說法，於個案操作上也將其作為參考基準之一。

## 第一項 德國早期實務對於關聯性原則之提出與操作

### 第一款 實務上對於關聯性公式之描述

對於自 1976 年德國聯邦最高法院<sup>100</sup>提出「與列舉重罪具有關聯性」之標準以來，實務上有定義為「不可分割之關聯<sup>101</sup>」(untrennbare Verknüpfung)、「緊密關聯<sup>102</sup>」(enge Verknüpfung)，甚至是「與列舉重罪之客觀關聯<sup>103</sup>」(objektive Bezug auf eine Katalogtat)，但其內涵仍不明確，因為「關聯性」可以指向多種不同之意涵，因此有探求合理界線之必要<sup>104</sup>。

### 第二款 德國刑事訴訟法上之「關聯性」概念

德國刑事訴訟法第 3 條<sup>105</sup>之條文裡亦有“Zusammenhang”這個字，但其意義是指「一人犯數罪」、「數人共犯一罪」之相牽連案件，或是像刑事包庇罪 (Begünstigung)、妨害刑事司法罪 (strafverteilung) 及贓物罪<sup>106</sup> (Hehlerei) 等犯罪，可想像其有「人」與「犯罪事實」之關聯<sup>107</sup>。而在「一人犯數罪」之類型中，必須特別注意的是，其係指被告一人違犯訴訟法意義的數個犯罪(即數個「案

<sup>100</sup> BGHSt 26, 298.

<sup>101</sup> BGH, Urt. v. 05.03.1974 – 1 StR 365/83 - ; OLG Hamm, JMBL. 1978, 32. 轉引自 *Wolf Meier*, a.a.O., S.92.

<sup>102</sup> OLG Düsseldorf, JMBL. NW 1977, 118. 轉引自 *Wolf Meier*, a.a.O., S.92.

<sup>103</sup> BGH, NJW 1979, 1370, 1371. 轉引自 *Wolf Meier*, a.a.O., S.92.

<sup>104</sup> *Wolf Meier*, a.a.O., S.92.

<sup>105</sup> 第 3 條規定：「當一人犯數罪或數人共犯（共同正犯或教唆犯、幫助犯）一罪，或是參與刑事包庇罪、妨害司法罪或贓物罪，即存有所謂的相牽連關係。」

<sup>106</sup> *Gerd Pfeiffer*, Strafprozessordnung, 5.Aufl., 2005, Rn. 10; *Wolfgang Joecks*, Studienkommentar, 2006, Rn. 25.

<sup>107</sup> *Kleinknecht/Meier*, § 3, Rn. 4 轉引自 *Meier*, a.a.O., S. 93 .

件」)，而非以實體法上之法條競合或想像競合為基準<sup>108</sup>。除了第 3 條外，尚有第 2 條、第 13 條及第 237 條有提到關聯性之概念，但都無法藉此推論出所謂關聯性公式（Zusammenhangsformel）之內涵，依最高法院對於「與列舉重罪有關聯性」之理解，無疑是將第 100a 條之運用擴張至非列舉重罪之範圍<sup>109</sup>。

### 第三款 以德國聯邦最高法院 BGHSt 28, 122 為例

於本案中<sup>110</sup>，被告因涉嫌參與犯罪組織而遭合法監聽，但最後僅發現被告竊車之犯罪事實。德國刑法第 129 條及第 129a 條之構成要件為多人成立組織性結構，並以犯罪活動為其目的，實務上認為於偵查該條犯罪（屬於列舉重罪）時，除了包括對於建立組織者之偵查外，尚應包括該組織聯合起來所實施之犯罪（非屬列舉重罪），因此對於該組織所實施犯罪之偵查與證明是成立第 129 條及第 129a 條犯罪構成要件之一。德國聯邦最高法院並非從單一歷史進程之訴訟法觀點推出關聯性之意涵，僅以舉例之方式說明：「若以竊盜為犯罪目的之組織成員另違犯了強制性交罪，而強制性交罪並非該犯罪組織之目的，此時即不得以偶然發現作為證據追訴該犯罪。」而對於監聽重罪與非重罪間之關聯性應該是，該非重罪是由組織成員於組織目的範圍內所違犯。另外，關聯性問題並不取決於實施監聽時，偵查機關是否已發覺非重罪之犯罪嫌疑存在，因此合法監聽過程中意外發現該組織目的範圍內之非重罪資訊，亦可作為證據使用，即使原先據以監聽之重罪無法證明亦同<sup>111</sup>。

但學者 Meier 指出，對於相關聯非重罪（Zusammenhangs-Nichtkatalogtat）之追訴，應以監聽之重罪經證明為前提，一旦因重罪無法證明而獨立對於非重罪進行追訴，德國刑事訴訟法第 100a 即無法作為授權之依據。最高法院於本則裁

<sup>108</sup> Sebastian Fickert, Die Behandlung von Zufallserkenntnissen im Ermittlungsverfahren, 2002, S. 97.

<sup>109</sup> Jürgen Welp, Jura 1981, 472 (476).

<sup>110</sup> 詳參第三章、第一節、第一項、第二款、第三目。

<sup>111</sup> Wolf Meier, a.a.O., S. 100ff.

判對於德國刑法第 129 條、第 129a 條及其組織目的範圍內犯罪之關聯性闡述，乃因其構成要件之特殊性，於其他案件不能直接援用<sup>112</sup>。

在學界的反對聲浪出現前，漸漸地「關聯性公式」成為實務固定見解，然而卻幾乎沒有提及關聯性之內容<sup>113</sup>。甚至在之後的裁判中，最高法院對於非重罪之販賣麻醉藥品（Handeltreibens mit Betäubungsmitteln）與屬於重罪之常業性販賣（gewerbsmäßiger Handeltreiben）僅結論式地認定兩者間存有「客觀的關連」（objektiver Bezug）<sup>114</sup>。可見實務對於關聯性之操作僅憑法感認為兩者間存在某一關聯即可，根本無法從中剖析實務之操作標準，無疑是大肆擴張偶然發現之使用範圍。

## 第二項 德國學界之反對聲浪

### 第一款 以實體法之犯罪單數作為關聯性之依據

另一種對於與列舉重罪有關聯性之闡釋是以實體法之犯罪概念來理解，於此脈絡下所謂關聯性是指形成想像競合之各罪間的關聯性。之所以會以實體法之犯罪概念來判斷，是因為在第 100a 條之條文中是以實體法之犯罪（Straftaten）作為監聽之發動門檻之一。因此對於列舉重罪之追訴，必然包括其構成要件該當性、違法性、罪責及犯罪方式等之釐清，而於此意義下之關聯性，亦需同時追訴與其發生想像競合之犯罪<sup>115</sup>。

透過電話監聽必須追訴所有與本案重罪評價相關之情況，儘管這些犯罪情狀並非實施監聽之真正目的（真正目的在於構成要件該當性之偵查）。但於此理解

<sup>112</sup> Wolf Meier, a.a.O., S. 102f. 對於「既然允許監聽建立犯罪組織之罪，當然也包括對於目的範圍內之犯罪（即構成要件要素）及使用」這樣的見解，學者 Welp 亦認為應只限於第 129 條之案例，對於其他想像競合之案例則有所保留。Jürgen Welp, Jura 1981, 472 (474).

<sup>113</sup> Stefan Grawe, a.a.O., 2008, S. 238.

<sup>114</sup> BGH NJW 1979, 1370 (1371).

<sup>115</sup> Wolf Meier, a.a.O., S. 99.

下並非意味著分離使用之可能性，當透過與列舉重罪有關聯性而可將非列舉重罪一併追訴時，邏輯上則該列舉重罪必須存在<sup>116</sup>，即若監聽之重罪無法證明時，則不得藉由所謂關聯性原則允許偶然發現對於非重罪之使用。

## 第二款 以訴訟法之同一案件作為關聯性之依據

實務提出之關聯性公式在學界引起反對聲浪，於監聽組織犯罪案例中，最高法院以特殊且在釋義學上並非無疑的方式限制了證據使用禁止<sup>117</sup>。然而學界僅針對關聯性概念的模糊不清提出批判，結論上仍肯定關聯性原則之提出，只是其內涵仍須進一步的闡明<sup>118</sup>。學者認為所謂關聯性係指相同的「歷史事件」

(*historisches Geschehen*)，即一開始發動監聽所依據之歷史事件，可以包含之後所涉及之犯罪。

上開學者所提出之相同歷史事件其實涉及刑事訴訟法的犯罪事實概念(*prozessualer Tatbegriff*)。訴訟法的犯罪事實概念決定了訴訟客體(*Prozessgegenstand*)，其限定了被告之歸責以及在如何範圍內允許偵查機關對其採取偵查措施<sup>119</sup>。德國刑事訴訟法第 264 條<sup>120</sup>對於犯罪事實概念的理解為，「依照自然觀察而來的一個具體的生活事件 (*ein konkretes Vorkommnis*)，即某個單一的歷史過程 (*ein einheitlicher geschichtlicher Vorgang*)，這個歷史過程得以和其他相類或相同的歷史過程相區別，並且被告在這個歷史過程中已經或應該實現了某個構成要件；反過來說，如果某個整體歷史進程評價為兩個事件，將會產生不自然的割裂時，即應認為屬於同一個自然的歷史進程<sup>121</sup>。」因此，「不管實體

<sup>116</sup> *Jürgen Welp*, Jura 1981, 472, (478f).

<sup>117</sup> *Peter Rieß*, Anmerkung, JR 1979, 167 (168f.).

<sup>118</sup> *Stefan Grawe*, a.a.O., S. 239.

<sup>119</sup> *Werner Beulke*, Strfprozessrecht, 11. Aufl., 2010., Rn. 512, S. 331

<sup>120</sup> 第 264 條規定：「判決之對象為依審判結果所呈現之起訴之犯罪事實。(第 1 項)。法院不受開啟主審程序所認定之犯罪拘束。(第 2 項)」

<sup>121</sup> 林鈺雄，新刑法總則與新同一案件--從刑法廢除牽連犯、連續犯論訴訟上同一案件概念之重

法上的評價是一罪或數罪（犯罪單數或犯罪複數），歷史過程的單數才是構成訴訟法上的犯罪事實概念的基礎。只要行為人的整體舉止，根據自然的觀點（nach natürlicher Auffassung）足以合成為一個相同的生活過程（ein einheitlicher Lebensvorgang），或者更白話地說，成為一個自然的生活事件時，便是一個訴訟法上的犯罪事實<sup>122</sup>。」

因此在解釋關聯性原則時，有學者認為應以刑事訴訟法意義之同一案件（即訴訟法上的同一犯罪事實）來判斷。因為既屬單一的生活進程，則基於同一案件係不可分割（untrennbar）之原則，因此必須一致的判斷<sup>123</sup>。因此若監聽之重罪與意外發現之非重罪根據自然觀點判斷，可認為同屬一個自然的歷史進程時，則監聽資訊可用於對於該非重罪之追訴，其兩者之關聯即在於訴訟法上之同一案件。

並有學者認為，前述情形其實與偶然發現無涉，因為其係包含於同一個歷史進程中，屬於訴訟法上之同一案件，當於監聽過程中意外發現屬於另外一個歷史進程之犯罪事實時，才是偶然發現之問題<sup>124</sup>。因此學說上稱此為「不真正的偶然發現」，唯有當監聽資訊涉及一個完全不同的歷史進程時，因其涉及一個完全不同之訴訟客體，此時才是「真正的偶然發現<sup>125</sup>」。從 BGHSt 28, 122 此判決中可以觀察出組織犯罪及於組織範圍內之犯罪兩者間之關係是屬「相同的歷史進程<sup>126</sup>」

---

構，月旦法學雜誌，第 122 期，2005 年 7 月，頁 48。

關於我國實務對同一犯罪事實之認定，係採基本事實關係同一說，惟因應刑事思潮之趨向，最高法院逐漸改採訴之目的及侵害性行為之內容是否同一作為判斷之基準，即以檢察官或自訴人請求確定其具有侵害性之社會事實關係為準，亦即經檢察官或自訴人擇為訴訟客體之社會事實關係為準。林俊益，刑事訴訟法概論（上），12 版，2011 年 9 月，頁 147-151。

<sup>122</sup> 林鈺雄，新刑法總則與新同一案件--從刑法廢除牽連犯、連續犯論訴訟上同一案件概念之重構，頁 48。

<sup>123</sup> Jürgen Welp, Jura 1981, 472 (477).

<sup>124</sup> Peter Rieß, JR 1979, 167 (168f.).

<sup>125</sup> Joachim Kretschmer, StV 1999, 221, ( 222).

<sup>126</sup> Jürgen Welp, Jura 1981, 472 (476).

(*einheitlicher historischer Vorgang*)。因此，學界原則上肯定實務的關聯性原則，但此關聯性係指相同的歷史進程，在訴訟法上即係同一案件。

### 第三項 德國近期實務界對於關聯性原則之闡釋

#### —BGH NStZ 1998, 426

關聯性概念自 1976 年首次提出，在經過近 20 年後其於實務上之標準依舊難以捉摸。透過 OLG Karlsruhe, StV 1994, 529.一案可再度呈現關聯性原則定義上的困難。本則裁判涉及追訴機關以監聽譯文質問 (*Vorhalt*) 證人，惟證人並未據實陳述，因而被以偽證罪追訴。德國刑法第 153 條之偽證罪非屬刑事訴訟法第 100a 條得監聽之重罪，因此即有與原先監聽之重罪是否具關聯性之問題。Karlsruhe 高等法院肯定其關聯性存在，因為在剛開始程序中質問證人之錄音內容也有助於該重罪之追訴，因此該偽證罪是與監聽重罪之追訴有直接之關聯<sup>127</sup>。不同於其他偶然發現之案件是涉及其他已實施之犯罪，本則裁判則是因為以監聽譯文質問證人而引起之犯罪，惟反對意見認為如此擴張解釋關聯性概念早已逾越第 100a 條所預設的使用界限<sup>128</sup>。偽證罪應以緊接著的犯罪<sup>129</sup> (*Anschlussstat*) 看待，而與關聯性無涉<sup>130</sup>。

然而實務仍嘗試著排除關聯性原則之不確定性，終於接受學說上同一案件之標準，於 BGH NStZ 1998, 427 一案中闡釋所謂的關聯性原則。本案背景事實為被告因涉嫌集團性販賣麻醉藥品而被合法監聽，其後法院再補充以被告涉嫌參與犯罪組織作為監聽之依據。但偵查終結後，檢察官並不是以前開罪名起訴被告，

<sup>127</sup> OLG Karlsruhe StV 1994, 529.

<sup>128</sup> *Sebastian Fickert*, a.a.O., S. 98f.

<sup>129</sup> 例如與本案有關之藏匿人犯、湮滅證據、偽證或贓物各罪，此類犯罪因與本罪有某種程度的相關性，證據多少可以互用，所以在訴訟上適合一併處理（例如透過追加起訴），但是如果是在監聽時聽到這證據，因為並不屬於可監聽之重罪，因此不能當作各罪之證據使用。連孟琦，前揭註，頁 99-100，註 309。

<sup>130</sup> *Sebastian Fickert*, a.a.O., S. 99.

反而是起訴被告販賣人口及媒介賣淫（均非屬得監聽之重罪）。最後最高法院以無關聯性排除偶然發現之使用。

最高法院於裁判理由中首先闡述當偶然發現涉及另一個列舉重罪時（有別於監聽之重罪），即允許其作為證據使用；反之，若涉及非列舉重罪時原則上即不得作為證據使用，但仍可作為偵查線索以取得新的證據。其次，但若該非列舉重罪與監聽之重罪具有緊密的關聯時（ein enger Bezug），偶然發現即得作為證據。例如當存在列舉重罪之另一種犯罪類型，惟其非屬得監聽之重罪；又例如存在犯罪單數之關係或是與監聽之重罪形成德國刑事訴訟法第 264 條之同一案件。另外，關於涉及德國刑法第 129 條之案例中，即使第 129 條之犯嫌無法證明，但監聽所得資訊仍得用以追訴該犯罪組織目的範圍內之犯罪。

#### 第四項 學者 Grawe 對於訴訟法同一案件之批評

關聯性原則及訴訟法之犯罪事實概念受到實務及學界一致的贊同，其適用之結果為，偶然發現可用於與重罪構成同一案件之非重罪之追訴上，其理由在於，單一的生活歷史進程形成單一的訴訟客體，必須一致性的接受判斷，禁止證據的分離使用。電話監聽所得資訊涉及者乃整體事件，而非個別犯罪之構成要件，因此實施監聽一開始之目的即包含整體犯罪事實之追訴，因此與使用目的之變更無關，也與偶然發現無涉<sup>131</sup>。然而，即使以訴訟法之犯罪事實概念為判斷標準，不代表即無疑義，以下將介紹學者 Grawe 對於以訴訟法犯罪事實概念為關聯性判斷基準之批評。

##### 第一款 訴訟法犯罪事實概念之不明確

訴訟法上犯罪事實概念之運用並不容易，因為其欠缺固定的結構，就連最高法院也承認無法找出一個確定的概念可以毫無疑問的適用到每個案例上。在有些

<sup>131</sup> Stefan Grawe, a.a.O., S. 309.

困難之案例中，例如擇一的因果歷程（*alternatives Tatgeschehen*）、不法內涵的移動（*Verschiebung im Unrechtsgahalt*）或是連續犯（*fortgesetzter Taten*）等案例，訴訟法之犯罪事實概念也無法解決。但有時候為了解決證據使用之問題，最高法院也會不附理由地直接得出是實體法或訴訟法犯罪事實單一之結論，尤其於與組織犯罪有關之領域內特別明顯<sup>132</sup>。

訴訟法犯罪事實概念可能因為實務上碰到不同案例而改變，因此實務上迄今仍不敢以之作為使用標準之依據，在關聯性公式方面，實務也只是援引此概念不斷的修正其公式，然而實則並非以之作為解決之道。鑑於訴訟法犯罪概念之不確定性，其並不適宜作為資訊取得及資訊使用是否發生目的變更之依據<sup>133</sup>。

## 第二款 審判程序之犯罪事實概念不適用於偵查程序

訴訟法犯罪事實概念與檢察官起訴之犯罪事實有關，起訴書上之犯罪事實呈現一個假設的生活歷程片段，並透過持續的偵查活動以形成結論。但只要是屬於同一個生活歷程，縱使未於起訴書上載明，亦包括於起訴之犯罪事實範圍內，其所呈現者僅係犯罪事實的基礎輪廓，並於此基礎上形成整體歷史進程。起訴之犯罪事實不因此即受拘束，後續發現屬同一生活歷史進程之犯罪或排除某一犯罪亦有可能。因此訴訟法犯罪事實之功能例如判斷是否發生訴訟繫屬

（*Rechtshängigkeit*）、一事不再理（*Strafklagverbrauch*）、或是界定案件之範圍（*Begrenzung des prozessualen Geschehens*），必須一直到起訴後才可能決定<sup>134</sup>。

與此相對的，刑事追訴機關之干預措施（依通說見解，干預措施之目的係透過訴訟法犯罪事實概念來決定）是自偵查初始或於偵查全盛時期進行，於此階段根本談不上刑事訴訟法第 155 條第 1 項之「起訴犯罪事實」，反而只是一種粗略

<sup>132</sup> *Stefan Grawe, a.a.O., S. 318.*

<sup>133</sup> *Stefan Grawe, a.a.O., S. 319.*

<sup>134</sup> *Stefan Grawe, a.a.O., S. 319.*

的事實概況，必須透過後續的偵查過程中漸漸地釐清，此時偵查機關僅能確定單一生活進程之部分環節，無法直接推導出訴訟法的犯罪事實概念。偵查機關因有犯罪嫌疑而開始偵查，惟偵查中之犯罪嫌疑常奠基於薄弱的線索並透過偵查人員加以揣測，於過程中可能涉及不同的生活歷程，且總是不斷地改變。與起訴後不同的是，偵查機關必須不斷的在各個不同版本之犯罪事實間及不同之被告間進行調查，且最終之偵查結果可能為被告無犯罪嫌疑或證據不足<sup>135</sup>。

審判中之犯罪事實概念及起訴間之依附性關聯（Band der Akzessorietät）於偵查中並不適用，偵查中的事實基礎是不固定、不斷變化的，不能以之與審判中之犯罪事實相提並論。因此於偵查中不能適用所謂的訴訟法之犯罪事實概念，偵查機關係依實體法之犯罪概念實施干預措施，而非如學界通說所說係為了追訴整體之生活歷史進程，那純粹係出於假設之詞<sup>136</sup>。

### 第三款 訴訟法犯罪事實概念無法正當化基本權干預

訴訟法犯罪事實概念的運用並不能滿足基本權干預授權之要求，通說主張刑事訴訟法之資訊取得及資訊使用係以追訴整體生活歷程為目的，惟若以比例原則觀點考量，勢必構成基本權之不當干預。刑事程序並不是為了有效取得資訊或追訴不確定、模糊、處於灰色地帶之犯罪，而是為了追訴具體、特定之犯罪，唯有在追訴特定的可罰行為之情況下，始允許採取干預基本權之措施，且行為之不法內涵程度必須與基本權干預強度相呼應。真正可以正當化基本權干預者乃對於違法行為之追訴，而判斷行為是否構成不法則需判斷該行為是否滿足實體法之構成要件，對於訴訟法整體犯罪事實之追訴並不能作為基本權干預合法化之目的，其標準往往太過廣泛，不同於實體法犯罪概念係以個別構成要件是否符合為斷，而係基於可能滿足構成要件要素而發動偵查，訴訟法犯罪事實概念所指的一個生活

<sup>135</sup> Stefan Grawe, a.a.O., S. 320.

<sup>136</sup> Stefan Grawe, a.a.O., S. 321f.

歷程通常過於廣泛，且以自然觀點理解大多包含多個行為。因此多個行為自刑法觀點判斷下可能於一整個生活歷程中只有一部分符合刑法之犯罪，其餘則與刑法無涉。若如通說所言，實施偵查措施之目的係為了追訴整體生活歷程範圍內之所有犯罪行為，則必須具有關聯性的每個實體法部分於結果上均能透過事實基礎證明，始能正當化對於基本權之干預，然而對於完整的生活歷程而言極少如此，且偵查機關於準備實施干預措施前也都還無法預見一個完整的生活歷程，僅係針對合乎實體法之犯罪要素而發動偵查。透過所謂訴訟法犯罪事實概念或關聯性原則對於非屬法定列舉之重罪進行追訴均構成基本權之不當干預，即使是有學者主張當重罪亦可證明時，結論並無不同<sup>137</sup>。

### 第五項 小結

關聯性原則之提出是為了解決電話監聽中之偶然發現，在涉及非重罪時可否作為追訴該非重罪之證據問題。原則上，根據假設重複干預理論只有在偶然發現涉及列舉重罪時始可使用，但例外在意外發現之非重罪與發動監聽之重罪間有一關聯性時，則允許使用。但關聯性公式之內涵為何實務並未提出說理，藉由學界的闡釋而發展出「犯罪事實同一」的標準，即兩者必須屬於同一個生活歷史進程，在訴訟法上即為同一案件，縱然仍有學者持不同看法，但目前實務及學界大都以此為關聯性之判斷基準。

就關聯性原則之判斷基準取得共識後，對於細部問題實務與學界仍有許多不同意見，以下就這些爭議問題予以介紹。

## 第二節 關聯性原則之爭議問題

【案例 4】 甲因涉嫌參與犯罪組織（以竊車為其活動內容）而遭合法監聽，於監聽過程中無法證明甲有參與犯罪組織，卻發現甲另涉犯通姦罪。

<sup>137</sup> Stefan Grawe, a.a.O., S. 322ff.

【案例 5】 被告因涉嫌建立犯罪組織（以竊車為其活動內容）而遭合法監聽，於監聽過程中，聽到被告有強盜嫌疑，並發現被告有使用暴力而傷害被害人之事實，最後僅能證明被告之傷害罪嫌。

### 第一項 偶然發現僅涉及其他非列舉重罪之情形

在判斷監聽重罪與非重罪間之關聯性時，若監聽之重罪最後無法證明，偶然發現是否仍可作為非重罪之證據使用？例如於上開【案例 4】中，被告雖因涉嫌建立犯罪組織而被合法監聽，但最後該罪無法證明，偶然發現是否能作為被告竊盜罪之證據？

#### 第一款 有效訴追觀點

依實務見解，即使當法院認為監聽之重罪因為欠缺犯罪嫌疑無法證明、或檢察機關並未起訴，偶然發現仍可用於非重罪之追訴上。對於此種監聽所得資訊的分離（*isolierte*）使用，於學界亦有贊同之聲音<sup>138</sup>。

德國聯邦最高法院首先在 BGHSt 28, 122 中強調此一觀點。其認為，根據德國刑法第 129 條之犯罪嫌疑必然包含該犯罪組織目的範圍內已計畫或已實施之犯罪嫌疑。並進一步指出，德國刑法第 129 條屬德國刑事訴訟法第 100a 條得監聽之犯罪，即意味著允許用監聽之手段偵查所有符合該犯罪組織目的及活動之犯罪，倘若監聽所得資訊不得用於非重罪之追訴，那將是荒謬至極<sup>139</sup>。

此觀點背後的想法在於，犯罪事實的澄清往往與整個訴訟法意義之犯罪事實有關，而此訴訟法意義之犯罪事實須透過規定於第 100a 條之列舉重罪來標示，

<sup>138</sup> Siehe *Mahnkopf/Döring* NSTZ 1995, 112, 113; *Schliicher* Rn. 352, 2; *Störmer* JURA 1994, 621, 624; *KK-Nachk* Rn. 22 zu § 100a; *Kleinknecht/Meyer-Gößner* Rn. 16f. zu § 100a; *Knauth* NJW 1978, 741, 744f; *Rieß* JR 1979, 167, 168; wohl auch *Schroth* JuS 1998, 969, 978. 轉引自 *Joachim Kretschmer*, StV 1999, 221, (224), Fn. 30.

<sup>139</sup> *Joachim Kretschmer*, StV 1999, 221, (224).

因而犯罪事實之追訴也涉及監聽所得資訊之使用<sup>140</sup>。監聽所得之全部資訊，即使原先監聽之重罪未能證明，也可對被告使用。此說法是根據擴張的事實澄清基礎得出擴張使用的結論。

德國聯邦最高法院另外從結果之觀察加強其論點：若將監聽資訊之使用僅限制在證明監聽之重罪本身，可能發生同一被告因違反第 129 條受處罰，但在該犯組織目的範圍內之其他犯罪不會受罰之結果<sup>141</sup>。

最後，最高法院再以刑事政策的考量作為論證理由之一，即監聽之強制處分是為了達成有效打擊犯罪之目的考量<sup>142</sup>。

## 第二款 權利保障觀點

德國學者 Kretschmer 認為德國刑事訴訟法第 100a 條是允許對於秘密通訊自由之限制，在該條規定之解釋與適用上即應以基本權保障為其核心內涵，並據此界定監聽所得資訊之使用範圍。一個未經證明之列舉重罪嫌疑，永遠不可能作為非重罪之使用基礎，當與列舉重罪之關聯性不復存在時，即不得再以之作為個別犯罪之使用基礎<sup>143</sup>。以下就監聽之重罪可否證明分別論述之：

### 1. 監聽之重罪經證明有罪

關於上述關聯性原則之運用，至少當本案之列舉重罪經證實而被起訴、被告

<sup>140</sup> Peter Rieß JR 1979, 167, (168).

<sup>141</sup> Joachim Kretschmer, StV 1999, 221, (224). 學者 Kretschmer 認為上開說法並不具說服力，因為當監聽之重罪與非重罪構成訴訟法之單一案件時，監聽資訊之使用可以擴張至該非重罪，此點並無疑問，但現在涉及的是監聽之重罪無法證明時之問題。當監聽之重罪無法證明時，並無法透過全面性的偵查授權得出全面性使用的結論。

<sup>142</sup> 但學者 Kretschmer 認為這樣的理由忽略了個人權利與公共利益兩者間之衝突，第 100a 條是立法者考量秘密通訊自由之保障，僅在特定重大犯罪之追訴時始能發動，而不是用於廣泛的犯罪偵查。於監聽所得資訊之使用方面，亦應考慮上開立法的自我限制。Joachim Kretschmer, StV 1999, 221, (225).

<sup>143</sup> Joachim Kretschmer, StV 1999, 221, (225).

並因此被判決有罪時，偶然發現才允許用於追訴另案之非列舉重罪。其理由在於，監聽作為刑事訴訟法之強制處分之一，並不受限於個別列舉重罪之實體法構成要件，而是為了追訴具訴訟法意義之犯罪事實，這自然包括監聽之重罪及其他非屬重罪但與監聽重罪有關聯性之犯罪，因其具有相同之歷史進程，必須一致性的接受判決。例如因強盜發動監聽的案例中，必須去探討個案中暴力使用的程度是否可以滿足強盜罪之構成要件。又例如在涉嫌建立犯罪組織一案中，在該組織目的範圍內之犯罪是該罪之構成要件要素之一，因此也必須透過監聽去偵查。嚴格來說，當偶然發現涉及具關聯性之非重罪，因其與本案之重罪構成訴訟法意義之同一案件，因此不是真正的偶然發現<sup>144</sup>（keine echten Zufallsfunde）。

當強制處分之目的是以追訴同一犯罪事實為基礎，那麼該目的的確定（Zwecksetzung）也將影響取得證據之使用範圍<sup>145</sup>。在以該列舉重罪為訴訟客體時，只有當其於所有法律觀點下進行全面性的偵查，以及當因此取得之監聽結果能全面性使用時，始有可能完整且充分的進行評價。因此就關聯性犯罪之使用授權基礎至少（zumindest）須以該被告也因本案列舉重罪遭起訴並判決有罪為前提<sup>146</sup>。

## 2. 經監聽之重罪無法證明

有疑問的是，當本案之重罪未經證明有罪，可否再以關聯性原則將偶然發現作為另案非重罪之使用基礎？至於本案列舉重罪最終未被證明，究竟是因為檢察官不起訴或是法官認為無犯罪嫌疑並不重要。

### (1)

對於秘密通訊之干預並不只是透過監聽及錄存對話之手段，即使是追訴機關

<sup>144</sup> Joachim Kretschmer, StV 1999, 221, (223).

<sup>145</sup> Jürgen Welp, Jura 1981, 472 (477). Welp JURA, 1981, 472, 477.

<sup>146</sup> Joachim Kretschmer, StV 1999, 221, (223).

使用監聽所得資訊本身也同樣構成一個獨立的基本權干預，這種干預在以該資訊為有罪裁判基礎時將達到顛峰<sup>147</sup>。監聽對於基本權之干預隨著每次的使用持續進行，因為通訊對象受保護的私密陳述利益仍繼續存在著，德國聯邦憲法法院也認為，在法院使用以通訊秘密為內容之證據，是對於德國基本法第 10 條第 1 項所保障基本權利之繼續干預。而這種因偵查及因資訊使用對於基本權造成之干預，基於德國刑事訴訟法第 100a 條明確的價值決定，只有在涉及列舉重罪的追訴或裁判始能正當化。第 100a 條不僅是對於取證規範之限制，同時也是對於資訊使用之限制，於檢察官之起訴或法官之裁判上均有適用<sup>148</sup>。

(2)

透過假設重複干預合法性<sup>149</sup>之思考也有助於加強上開基本權觀點之論述，即假設是否可以再次透過合法之監聽手段取得該證據。因此在監聽之重罪無法證明之情況下，僅僅關於非重罪之資訊，是不可能透夠過合法監聽取得的<sup>150</sup>。也就是說在欠缺與重罪之關聯性下，不可能透過監聽取得關於非重罪之資訊。

(3)

綜上，只有當被告因為監聽之重罪被起訴並獲有罪判決時，始允許將監聽所得資訊用以追訴非重罪，一旦因為重罪之嫌疑無法證明致關聯性不復存在時，即禁止使用監聽所得資訊，此乃嚴格從屬性原則（*der Grundsatz der strengen Akzessorietät*）之要求<sup>151</sup>。這在個案中或許有不切實際或不公平之疑慮，但是基

<sup>147</sup> *Joachim Kretschmer*, StV 1999, 221, (225).

<sup>148</sup> *Joachim Kretschmer*, StV 1999, 221, (225). 學者 *Grawe* 亦認為實務忽略了資訊之使用同時也構成秘密通訊之干預，而此干預必須有更應保護之利益時始能正當化，即對於第 100a 條所列重罪之追訴。因此，對於非重罪之追訴將因不符比例原則而違法。*Stefan Grawe*, a.a.O., S. 245.

<sup>149</sup> 關於「假設重複干預合法性」概念之介紹請詳參第五章第一節第二項第二款。

<sup>150</sup> *Joachim Kretschmer*, StV 1999, 221, (225).

<sup>151</sup> 其意係指關聯性原則正是透過訴訟法之同一案件來判斷，因為於刑事程序中具有單一性，為了避免證據之分離使用而須一同判決，然當監聽之重罪無法證明時，則只剩下非重罪之追訴

於基本權保障之要求，嚴格的取證目的關聯亦延伸至資訊的使用，並可藉此減緩關聯性概念的擴大<sup>152</sup>。

### 第三款 小結

法律明定禁止對於非屬法定列舉之犯罪進行監聽，於偶然發現之使用亦同。因此若欲援引關聯性原則將非重罪囊括進來的話，則應以監聽之重罪亦成立為前提。若監聽之重罪根本無法證明，那如何得知兩罪間係屬同一案件，因為監聽之重罪可能根本就不存在，非重罪將如何依附？因此本論文贊同學者嚴格從屬性之原則，必以監聽之重罪能證明為前提，始能將關聯性原則運用至非重罪上。

### 第二項 偶然發現同時涉及其他列舉重罪與非列舉重罪之情形

若於合法監聽過程中同時意外發現了另一個列舉重罪與另一個非列舉重罪，於此所涉及之問題是，當另一個非重罪與另一個重罪具有關聯性時，可否將偶然發現用以追訴非重罪。例如，【案例 5】中，被告因涉嫌建立犯罪組織而被合法監聽，但於監聽過程中，除了聽到被告有強盜嫌疑外，偵查過程中尚發現被告有使用暴力之傷害被害人之事實，最後強盜罪無法證明，僅能證明傷害罪，則可否將監聽資訊作為被告傷害罪之證據？傷害罪非屬得監聽之罪，但其與可監聽之強盜罪間有想像競合關係，訴訟法上也是同一案件，可否因傷害罪與強盜罪間具有關聯性而允許偶然發現的使用？

### 第一款 有效訴追觀點

---

而已。

<sup>152</sup> Joachim Kretschmer, StV 1999, 221, (225). 另外，學者 Welp 亦指出，實務的觀點是出於刑事政策之考量，但這將引發濫用監聽之危險。因為偵查機關可以虛構一個列舉重罪之嫌疑而聲請監聽，但其實是為了透過監聽以調查其他不允許監聽之案件，雖然法官於接獲監聽聲請時負有審查是否具有該列舉重罪之犯罪嫌疑，但毫不意外地在實務上幾乎沒有因欠缺犯罪嫌疑而在駁回聲請之案例。此尤其在第德國刑法第 129 條之罪特別容易發生濫用監聽的問題。Jürgen Welp, Jura 1981, 472, (478f).

實務<sup>153</sup>與多數學說<sup>154</sup>認為，所謂關聯性原則及訴訟法上同一案件標準之判斷，並不限於與原先監聽重罪之關聯，只要於監聽過程中意外發現任何一個符合第 100a 條所列重罪之一，並與其產生關聯（即構成同一案件）即可。例如：被告 A 因為放火罪被合法監聽，而在監聽過程中發現被告另涉嫌強盜及因使用暴力造成之傷害罪。德國刑法第 249 條之強盜罪屬於得監聽之重罪，監聽所得資訊之使用得用於強盜罪之追訴；然而德國刑法第 223 條之傷害罪係非屬得監聽之重罪，監聽所得資訊原不得用於傷害罪之追訴，惟依通說見解，因為傷害罪與強盜罪不論是從實體法觀點或訴訟法之同一案件觀之，兩者間均存有關聯性，因而得以作為傷害罪之證據<sup>155</sup>。

## 第二款 權利保障觀點

上述觀點乍看之下沒有問題，因為若自一開始即以強盜罪發動監聽，就傷害部分因為沒有涉及新的訴訟法犯罪事實，因而依通說見解關於監聽所得資訊即透過第 100a 條用於傷害罪之追訴上。然而此結果卻與現行法相矛盾，在上開例子中，是假設以完全不同於放火罪之另一個犯罪事實（即強盜罪）亦可允許監聽為出發點，然而關於監聽所得資訊之使用問題應依第 100 b 條第 5 項<sup>156</sup>，而不是第 100 a 條判斷之。由於第 100 a 條並未規範監聽所得資訊的使用範圍，因此僅能透過第 100 b 條第 5 項合法化對於實體法上列舉重罪追訴的使用，至於其他犯罪如本案之傷害罪（非重罪）即生證據使用禁止之效果，就此點而言，實務與通說見解是違法的。鑑於相對清楚的立法指示，於關聯性原則之適用上應排除這種與

<sup>153</sup> BGHSt, 29, 23 (24); BGH NJW 1979, 1370 (1371)

<sup>154</sup> KK/Armin Nack § 100a, Rn. 46; Kretschmer StV 1999, 221 (223); SK/Rudolphi § 100a, Rn. 29.  
轉引自 *Stefan Grawe*, a.a.O., S. 241.

<sup>155</sup> *Stefan Grawe*, a.a.O., 241f.

<sup>156</sup> 此為舊法規定，新法規定於第 477 條第 2 項第 2 句，其內容為若偶然發現涉及法定之列舉重罪，則可於另案中作為證據使用。

意外發現之另一重罪產生關聯性的證據使用<sup>157</sup>。

### 第三款 小結

本論文以為，於上開之例中，必須以強盜罪亦可證明為前提，始能將偶然發現之使用擴張至傷害罪上，因為若該二罪均可證明有罪時，其兩者為想像競合關係，實則只有強盜罪一罪，而強盜罪符合重罪之規定，則依現行德國刑事訴訟法第 477 條第 2 項第 2 句應允許偶然發現的使用。反之，若強盜罪無法證明，則傷害罪無法形成與強盜罪之關聯，僅為一單純之傷害罪，則應禁止偶然發現之使用。



---

<sup>157</sup> *Stefan Grawe, a.a.O., S. 242.*

## 第五章 德國法制上之「真正偶然發現」

合法監聽意外取得之另案資訊之使用可能造成人民基本權侵害之繼續或擴大，因而發生證據使用禁止之效果。然而基於有效刑事訴追之考量，亦不宜全面的禁止偶然發現之使用，因此關於偶然發現之證據問題上，並不是討論其是否可以全面的作為證據或是應該採取全面禁止之態度，而是應該尋求偶然發現作為證據使用之合理界限，亦即在何種情況下有證據能力，在何種情況下又將發生證據使用禁止之效果。

德國法上在探討偶然發現之使用界限時，分成「事」之界限及「人」之界限兩種。至於「事」或「人」之內涵必須透過德文原文之介紹較能清楚理解其內涵。

「事」之界限在德文裡有兩種用法，可能是 *sachliche Grenze*，也可能是 *gegenständliche Grenze*，*Grenze* 就是「界限」之意，*sachlich* 是 *Sache* 的形容詞，有「物品」、「事情」之意；而 *gegenständlich* 是 *Gegenstand* 的形容詞，是指「物品」、「對象」、「目標」等意，因此在刑事法裡有「犯罪事實」或是「訴訟客體」之意。而所謂「人」之界限以原文呈現即 *personelle Grenze*，*personell* 是 *Person* 的形容詞，也就是人的意思，可用以指稱「對象」。以下將分別以幾則案例具體介紹之：

【案例 1】 甲因涉犯殺人罪嫌遭合法監聽，於監聽過程中果然得知甲之殺人事實。

【案例 2】 甲因涉犯殺人罪嫌遭合法監聽，於監聽過程中無法證明甲之殺人事實，但卻發現甲參與一起強盜案。

【案例 3】 甲因涉嫌參與犯罪組織（以竊車為其活動內容）而遭合法監聽，於監聽過程中無法證明甲有參與犯罪組織，卻發現甲有竊車之事實。

【案例 4】 甲因涉嫌參與犯罪組織（以竊車為其活動內容）而遭合法監聽，於

監聽過程中無法證明甲有參與犯罪組織，卻發現甲另涉犯通姦罪。

【案例 5】 被告因涉嫌建立犯罪組織（以竊車為其活動內容）而遭合法監聽，於監聽過程中，聽到被告有強盜嫌疑，並發現被告有使用暴力而傷害被害人之事實，最後僅能證明被告之傷害罪嫌。

【案例 6】 甲因涉嫌犯強盜罪嫌遭合法監聽，甲與乙之通話過程中發現乙曾參與一起擄人勒贖案。

【案例 7】 甲因涉嫌犯強盜罪嫌遭合法監聽，甲與乙之通話過程中發現丙曾參與一起殺人案。

在【案例 1】中，殺人罪屬於法定列舉重罪之一，在合法監聽過程中也確實聽到被告殺人之犯罪事實，在沒有發現被告其他犯罪資訊及其他第三人之犯罪資訊下，監聽所得證據允許作為證據使用，此為立法者設定之正常情況

但在監聽過程中，也有可能發現同一被告之其他犯罪事實，而這種相對於本案重罪意外發現了被告其他犯罪資訊，則此意外發現的資訊可否作為證據使用即有爭議。【案例 2】中，被告是因涉犯殺人罪嫌而被監聽，但監聽過程中發現其另犯了強盜罪，原先監聽之犯罪事實（殺人）與後來追訴之犯罪事實（強盜）發生了不一致。那在【案例 3】中，沒有聽到關於被告參與犯罪組織之事實，但卻獲悉其有偷車嫌疑，看起來監聽之犯罪事實（參與犯罪組織）與追訴之犯罪事實（竊盜）也有不一致的情況，但此犯罪組織本來即係以竊車為其目的，可否認為兩者實則構築於同一基礎事實上？

【案例 4】也是屬於監聽過程中發生犯罪事實不一致的狀況，但是通姦罪不屬於法定得監聽之重罪，依學界通說及實務見解，此時偶然發現不得作為證據使用。至於【案例 5】是結合上述兩種情況，監聽過程中除了發現被告另一個強盜嫌疑外，並發現被告有傷害的事實，不僅犯罪事實發生了不一致，最後追訴之傷

害罪與強盜罪又有想像競合關係。

【案例 6】及【案例 7】所涉及者乃合法監聽過程中意外發現與本案無關之第三人的犯罪事實（並非本案之共同正犯或幫助、教唆犯）。【案例 6】中之第三人係屬於通訊之一方，而【案例 7】中第三人則完全與該通訊無涉，只是「倒楣」地無意中被「爆料」。兩則案例均屬監聽對象與追訴對象之不一致，該監聽是為了追訴甲之犯罪而發動，但最終卻是以該監聽結果追訴完全無關之第三人犯罪，發現實體真實以及國家機關追訴、打擊犯罪之公共利益固然重要，但基本權之保障亦不得輕易退讓，兩者間之權衡<sup>158</sup>於人之使用界限上特別重要。

本章將先就偶然發現之「事」的使用界限（第一節）與「人」的使用界限（第二節）予以介紹，接著討論偶然發現與證人之拒絕證言權相衝突時如何決定其證據能力（第三節）。最後，若偶然發現依德國刑事訴訟法規定不得作為證據目的使用，可否進一步作為偵查之基礎？此涉及德國刑事訴訟法第 477 條第 2 項第 2 句的解釋適用，甚為重要（第四節）。

### 第一節 「事」的使用界限

關於「事」的使用界限討論上，主要涉及於合法監聽過程中，意外發現同一被告之其他犯罪事實，可能是法定得監聽之重罪，也可能不是。至於若屬非重罪，其與原先監聽之重罪間有無關聯性問題，已於第四章處理過，本章節主要是鎖定在重罪與單純之非重罪上。

縱然偶然發現之發展始於無可限制的使用，但德國聯邦最高法院早已認定偶然發現之使用應有其界限，而界定其界限之標準乃「假設重覆干預之合法性」。另外，自 1992 年起，立法者亦以假設重覆干預之合法性為基礎賦予使用偶然發

---

<sup>158</sup> 所謂的權衡是指立法者於制訂規範時之價值決定，抑或於個案中容許法官視情況再予權衡？本論文在討論人之界限時將再予說明。

現明確的授權基礎。

### 第一項 「偶然發現」作為另案證據使用不受限制

認為偶然發現之使用應無限制者，實務上以 1972 年之漢堡高等法院裁判<sup>159</sup>為代表，其首先認為實施監聽是為了找出證明被告犯罪嫌疑之證據，但無可避免的也將會聽到與本案犯罪無關之資訊，此乃干預秘密通訊自由之附隨效果

(Nebenfolge)，而此也正為立法者所預見，因此不論是德國基本法第 10 條第 1 項或德國刑事訴訟法均無證據使用禁止之規定。其次則以第 108 條之另案扣押加強說服力，第 108 條規定在執行搜索時發現關於其他犯罪事實之證物時可以附帶扣押之，毋須再聲請許可。另外，也因為於監聽過程中同時會進行錄音，後續程序只需播放即可，所以不需要一個「扣押」程序，因此於德國刑事訴訟法第 100a 條中並無相應於第 108 條之規定。

學界則有 Schünemann 主張，若是透過違法手段取得證據，則該證據的使用亦將違法，因為在所有的證據禁止中，只有當 (wenn) 且因為 (weil) 取得證據之手段違法才有證據使用合法性之問題<sup>160</sup>，因此其認為只要是合法取得之證據均可使用。而在監聽部分，因為秘密通訊自由只會 (allein) 透過監聽被干預，而在基本法對基本權保障之考量下，避免違法監聽，遂於第 100a 條、第 100b 條制訂合法要件。然而關於監聽資訊之使用，或以執行監聽之人為證人訊問即與上述規定無涉，重點在於是否出於合法監聽所取得<sup>161</sup>

然而此說已被德國聯邦最高法院廢棄，其認為若偶然發現可完全不受限制的作為證據使用將違反德國基本法對於秘密通訊自由之保障，對於其使用界限應以偶然發現所涉及者是否為列舉重罪，或所涉及者屬非列舉重罪時與監聽重罪之關

<sup>159</sup> OLG Hamburg, NJW 1973, 157.

<sup>160</sup> Wolfgang B. Schünemann, a.a.O., NJW 1978, 406 (407).

<sup>161</sup> Wolfgang B. Schünemann, a.a.O., NJW 1978, 406 (407).

聯性為判斷基準。

## 第二項 「偶然發現」作為另案證據使用應受限制

然而德國聯邦最高法院以及學界上大都認為偶然發現的使用應有其界限，只是如何劃分其界限，有寬鬆、有嚴格，各有不同之看法。主要的想法是，監聽之實施係為了取得被告之某一犯罪資訊，對於因此取得之資訊可以不受限制的作為該被告犯罪之證據，或作為偵查之基礎，但若欲用在其他犯罪之追訴上，將造成秘密通訊自由侵害的繼續及擴大，且涉及強制處分目的之變更，必須另覓使用之授權基礎，始能正當化偶然發現於另案的使用。

### 第一款 強制處分目的之變更

透過合法手段取得之資訊，若該資訊內容與原先調查之犯罪無涉，反而指出了其他已經實施或是即將實施之犯罪，那麼該資訊是否以及如果容許的話得於何種範圍內使用即成問題<sup>162</sup>。

而關於資訊使用之授權（*Verwertungsbefugnis*）透過目的關聯性原則（*Zweckbindungsgrundsatz*）決定了其內在界限（*immanente Begrenzung*）：合法取得之資訊僅（*nur*）能於透過具體取證規範（*Eerhebungsnorm*）之目的預先設定的範圍內使用。此原則是自資訊保護尤其是資訊自決權（*Informationelle Selbstbestimmung*）發展而來。當資訊之使用逾越該取證規範設定之目的範圍時，則呈現出獨立的（*gesondert*）基本權干預，其無法透過一般性的使用授權予以正當化，若無其他特別之授權基礎，則不得使用該資訊<sup>163</sup>。

而任何刑事訴訟法強制處分之目的都是為了在特定的刑事程序中取得對於

<sup>162</sup> Rainer Störmer, Strafprozessuale Verwertungsverbote in verschiedenen Konstellationen, JURA 1994, 621, 623.

<sup>163</sup> Rainer Störmer, Jura 1994, 621, (623).

被告之證據，基此取得之證據也僅能在這個具體之程序中使用。若於監聽過程中意外發現另一個重罪，若使用此監聽所得資訊於該重罪之追訴上，不僅係涉及另一個訴訟客體，且也違反了該強制處分之目的關聯（Zweckbindung der Zwangsmaßnahme）。為了解決這樣一個目的變更問題，1992年立法者增修德國刑事訴訟法第100b條第5項（舊法）規定，賦予此種涉及目的變更的資訊使用明確的法律基礎<sup>164</sup>。

## 第二款 假設重複干預概念之提出

學者 Welp 將漢堡高等法院<sup>165</sup>之思維繼續發展，並透過類推適用第108條之規定嘗試找出解決方法。其認為第108條隱含偶然發現合法使用之法定基礎，因為所有允許被保存之資訊都是為了在將來的刑事程序中使用。而類推適用之基礎在於監聽本身亦帶有搜索特性以及兩者均屬對於私密領域之干預，但其與漢堡高等法院裁判之最大不同在於第100a條所揭示之立法意旨（ratio legis）。當為了確保潛在的證據並避免無益且煩冗之重複干預時，判斷偶然發現可使用與否之決定性標準即假設重複干預之可能性<sup>166</sup>。

德國刑事訴訟法第108條第1句之所以規定偶然發現之使用，理由在於當執行搜索時發現另案可為證據之物，本來應該基於新的強制處分目的重複實施搜索、扣押，但再次的搜索將對關係人造成不必要的負擔而且可能造成證據之滅失，為了避免此種無意義之重複干預，法律即要求追訴機關採取立即措施並允許偶然發現之使用。偶然發現的保管及使用必須以該證據於另案中依第108條規定，允許扣押及使用為前提<sup>167</sup>。

前述關於偶然發現使用之限制在搜索方面並不明顯，因為刑事訴訟法對於搜

<sup>164</sup> Joachim Kretschmer, StV 1999, 221, 222.

<sup>165</sup> OLG Hamburg, NJW 1973, 157.

<sup>166</sup> Jürgen Welp, Jura 1981, 472, 475.

<sup>167</sup> Jürgen Welp, Jura 1981, 472, 475.

索並無重罪之限制，而是原則上可用於對任何犯罪之追訴。而在電話監聽部分，在透過假設重複干預之合法性（die Zulässigkeit eines hypothetischen Wiederholungseingriff<sup>168</sup>）來判斷偶然發現的使用時，將產生顯著的限制。即在偶然發現所涉及之另案程序中，必須考量第 100a 條之重罪限制下，是否也可取得該證據。因此偶然發現的合法使用取決於，在以取得偶然發現（即另案犯罪資訊）為目的之程序中，聲請監聽是否仍會允許<sup>169</sup>。

總結而言，判斷偶然發現可否合法使用之關鍵即在於「假設重複干預」的合法性。那麼於電話監聽的案例中即須考慮，假設於偶然發現的取得程序中，是否會允許電話監聽的發動與執行。電話監聽與德國刑事訴訟法第 108 條搜索扣押之區別在於，搜索的發動並無任何重罪之限制，反觀電話監聽於第 100a 條中基於基本權考量，已制訂了列舉重罪之限制。因此在判斷第 100a 條關於「事」的干預界限即應特別注意，假設於為了取得偶然發現的刑事程序中，是否亦會允許發動電話監聽以取得證據<sup>170</sup>。而舊法第 100b 條第 5 項（即現行法第 477 條第 2 項第 2 句）規範之法理基礎亦為假設重覆干預之合法性。

### 第三款 1992 年刑事訴訟法第 100b 條第 5 項之規定

---

<sup>168</sup> 德國文獻中於討論偶然發現之脈絡下，有學者使用 hypothetischer Wiederholungseingriff，亦有學者以 hypothetischer Ersatzeingriff 來呈現，但兩者之內涵似有所不同。學者 *Grawe* 認為整個假設偵查流程（die Gesamtheit hypothetischer Ermittlungsverläufe）之概念是由前述兩組概念所組成，而 hypothetischer Ersatzeingriff 主要是處理國家機關違法取得證據之證據使用禁止之放射效力問題，概念上是源自於美國法毒樹果實理論之例外，又稱為必然發現之例外（inevitable discovery exception），而於德國文獻中之“hypothetischer Ermittlungsverlauf“，„hypothetischer rechtmäßiger Kausalverlauf“ 或“Grundsatz der gesetzmäßigen Alternative“ 也是相同概念。至於國家機關透過合法手段取得之偶然發現則是使用 hypothetischer Wiederholungseingriff 的概念來呈現。*Stefan Grawe*, a.a.O., S. 212f. Fn. 655. 而這也是首次提出此概念的學者 *Welp* 的用法。另外學者 *Beulke* 似乎是以 hypothetischer Ersatzeingriff 涵蓋此二種概念。*Werner Beulke*, a.a.O., Rn. 233aff. 但亦有學者以 hypothetischer Ersatzeingriff 指稱假設重覆干預之概念。參見 *Tobias Singelstein*, ZStW 2008, S. 880ff.

<sup>169</sup> *Jürgen Welp*, Jura 1981, 472, 475.

<sup>170</sup> *Joachim Kretschmer*, StV 1999, 221, (222f).

有鑑於德國社會明顯轉變，近年來逐漸增加的毒品使用、武器交易、竊車與贓物，以及勒索保護費等透過組織犯罪型態呈現之犯罪，已對德國造成威脅危害之程度，立法者便於 1992 年制訂通過對抗毒品交易與其他表現形式之組織犯罪法案<sup>171</sup>（OrgKG）。其立法目的係為有效對抗組織犯罪，從二方面改善偵查之效能：一為修改證人保護之規定；二為透過引進及立法規範新的偵查措施，以改善偵查能力<sup>172</sup>。同時立法者於第 100b 條第 5 項增訂關於電話監聽偶然發現之使用授權基礎，並於同年 9 月 22 日生效，因此實務上向來可將偶然發現用以追訴其他重罪之見解獲得了立法者之保障<sup>173</sup>。該規定為：「透過監察措施取得之個人資訊，唯有在追訴第 100a 條所列舉犯罪之必要時，始能於其他刑事程序中作為證據目的使用<sup>174</sup>。」賦予偶然發現明確的使用基礎及界限，即只有當偶然發現涉及第 100a 條所列之重罪時，始能於另案中作為證據使用。

#### 第四款 2008 年刑事訴訟法第 477 條第 2 項第 2 句之規定

##### 第一目 2008 年生效之修正案

德國聯邦議會於 2007 年提出「電信通訊監察與其他隱匿偵查措施以及轉換歐盟 2006 年第 24 號指令之新規定」之修正案<sup>175</sup>，並於 2008 年 1 月 1 日生效。

<sup>171</sup> Hans Hilger, Neues Strafverfahrensrecht durch das OrgK- 1. Teil-, NSTz 1992, 457. 翻譯參考江舜明，刑事偵查監聽容許界限之研究，國立臺北大學法律研究所博士論文，2005 年，頁 102。

<sup>172</sup> Volker Krey/ Edgar Haubrich, Zeugenschutz, Rasterfahndung, Lauschangriff, Verdeckte Ermittlung – Kritische Stellungnahme zu den strafprozessualen Reformvorschlägen im Gesetzesentwurf des Bundesrates zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG) -, JR 1992, 309.

<sup>173</sup> Rainer Störmer, Jura 1994, 621, (624).其立法理由為：「此規定係為了呼應實務對於第 100a 條之適用及基於闡明之目的而制訂。」然事實上此規定已不只是闡明，而是有根本上（konstitutiv）之效果。Rainer Störmer, Jura 1994, 621, (624), Fn. 50.

<sup>174</sup> 原文為：„ Die durch die Maßnahmen erlangten personbezogenen Informationen dürfen in anderen Strafverfahren zu Beweis Zwecken nur verwendet werden, soweit sich bei Gelegenheit der Auswertung Erkenntnisse ergeben, die zur Aufklärung einer der in § 100a bezeichneten Straftaten benötigt werden.“

<sup>175</sup> 翻譯參考朱志平，論違法通訊監察與證據禁止—以違反法定要件類型之審查為中心，國防大

本法案一方面是對於刑事訴訟法中隱匿偵查措施進行改革，重點在於電信通訊監察以及程序規定與資訊使用規定之一致性。另一方面也引進了電信通訊監察及其他交流資訊（Telekommunikations-Verkehrsdaten）之保存<sup>176</sup>。其修正案理由主要有二，其一是為了呼應歐盟於其 2006 年第 24 號指令中對於資訊保存之指示及歐洲議會對於電腦犯罪之協定；其二是立法者早已於幾年前預告將對那些欠缺系統之法律領域進行全面性的改革<sup>177</sup>。其中與本論文有關的即為德國刑事訴訟法第 477 條第 2 項第 2 句對於資訊作為其他目的使用之規範，其內容為：「依法必須存有特定犯罪嫌疑始能實施之干預措施，於欠缺關係人之同意下，若欲將透過此干預措施所得之個人資訊於其他刑事程序中作為證據目的使用以追訴犯罪，則必須以該犯罪之追訴屬於可依法發動此類干預措施為前提<sup>178</sup>。」新法對於藉由干預措施合法取得之個人資訊，於何種情況下允許作為其他目的使用僅作一般性（generell）的規範。這個新規定不以各種隱匿措施特徵為基準，而是適用於所有偵查措施，唯此偵查措施之實施必須是具有特定犯罪嫌疑（bestimmte Straftat）始為合法<sup>179</sup>。

## 第二目 第 477 條第 2 項第 2 句之解釋適用

---

學管理學院法律學系，2010 年，頁 250，註 54。原文：„ Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahme sowie zur Richtlinie 2006/24/EG.“

<sup>176</sup> Puschke/Singelstein, Telekommunikationsüberwachung, Vorratsdatenspeicherung und (sonstige) heimliche Ermittlungsmaßnahmen der StPO nach der Neuregelung zum 1. 1. 2008, 113, NJW 2008, 113.

<sup>177</sup> Puschke/Singelstein, NJW 2008, 113. 並參考朱志平，論違法通訊監察與證據禁止—以違反法定要件類型之審查為中心，國防大學管理學院法律學系，2010 年，頁 47，註釋 2。

<sup>178</sup> 原文為：„Ist eine Maßnahme nach diesem Gesetz nur bei Verdacht bestimmter Straftaten zulässig, so dürfen die auf Grund einer solchen Maßnahme erlangten personenbezogenen Daten ohne Einwilligung der von der Maßnahme betroffenen Personen zu Beweiswecken in anderen Strafverfahren nur zur Aufklärung solcher Straftaten verwendet werden, zu deren Aufklärung eine solche Maßnahme nach diesem Gesetz hätte angeordnet werden dürfen.“

<sup>179</sup> Puschke/Singelstein, NJW 2008, 113, (116f).

立法者修正德國刑事訴訟法第 477 條第 2 項第 2 句，依刑事訴訟法規定，將以存有特定犯罪嫌疑為發動門檻之所有干預措施（例如監聽的重罪限制）整合做一般性之規定，提供這些透過干預措施取得之資訊於另一刑事程序中使用時能有其法律基礎。本規定所涉之干預措施均屬對於基本權侵害程度較大之處分，因此更應合乎憲法對於基本權之保障<sup>180</sup>。

第 477 條第 2 項第 2 句僅規定為了於另一程序追訴某犯罪，必須該犯罪依本法（即刑事訴訟法）得合法實施干預措施為前提，無法從條文中判斷本條限制之範圍。第 477 條第 2 項第 2 句之規定方式係沿用舊法第 100b 條第 5 項，其於條文中規定「為了追訴第 100a 條所列舉重罪之一」（Aufklärung einer der in § 100a bezeichneten Starftaten），然新法之適用範圍並不限於第 100a 條之電話監聽。至於本條之限制範圍可以抽象觀點或具體觀點來理解<sup>181</sup>。

若以抽象觀點來看，只要所欲追訴之犯罪屬於本條所規定之犯罪類型，那無論如何都可假設可合法發動干預措施，如果套用在第 100a 條電話監聽上，只要所欲追訴之犯罪屬於第 100a 條第 2 項所列犯罪之一即可，而這也是向來實務適用舊法第 100b 條第 5 項之結果。但若以具體之觀點來看，於個案中不僅是符合重罪類型即可，而是應於具體之刑事程序中判斷是否具備干預措施之所有條件限制，而此也應成為判斷資訊可否用於其他目的之標準。若德國刑事訴訟法第 477 條第 2 項第 2 句是以具體之觀點為適用前提，則需判斷在目前涉及之程序中（即新的使用目的），是否可透過此合法干預措施取得該資訊。此時在運用假設重複干預時，必須全面性的檢討所有干預措施的法定要件，除了個案中犯罪重大程度、嫌疑門檻，特別是相關的事實基礎及補充性原則等所有授權基礎之要件限制。若以此標準審視過去實務對於舊法第 100b 條第 5 項之適用，則不能再以只要屬於

<sup>180</sup> Tobias Singelnstein, ZStW 2008, 855, (878f).

<sup>181</sup> Tobias Singelnstein, ZStW 2008, 855, (880).

列舉重罪之一，即輕易認定監聽所得資訊得於另案作為證據使用<sup>182</sup>。

### 第三項 小結

#### 第一款 關於本案被告「其他列舉重罪」的偶然發現

所謂關於本案被告「其他列舉重罪」的偶然發現係指，合法監聽過程中意外發現被告其他屬於法定列舉之重罪事實。例如被告因涉犯建立犯罪組織遭合法監聽，但過程中發現被告另涉犯殺人罪，此時監聽所得資訊可否作為證明被告殺人罪之證據？

就上述問題若以目的關聯原則來看，在合法監聽所得資訊涉及另一列舉重罪時，則需考慮強制處分目的之界限。因為每個強制處分僅能於具體程序中為了取得證據而發動並追訴特定之犯罪（訴訟法意義），而據此獲得之資訊原則上只能於此具體程序範圍內使用。「偶然發現」已經透過定義而被認為是關於另一個犯罪（有別於監聽之重罪）之資訊，因此所謂「真正」偶然發現之使用其實已涉及目的之變更，無法藉由一般的證據使用基礎予以正當化，而需要一個特別的合法性基礎<sup>183</sup>。

然而在舊法第 100b 條第 5 項增訂前，實務上早已認為當偶然發現涉及另一個法定之列舉重罪時，可以作為追訴該重罪之證據使用。立法者增修此規定後，則賦予涉及目的變更之資訊使用明確的法律基礎，只是，於適用假設重複干預前，是否只要滿足列舉重罪此一要件即可，還是應以具體觀點於個案中考量所有可能的要件，仍有待商榷。

#### 第二款 關於本案被告「其他非列舉重罪」的偶然發現

<sup>182</sup> Tobias Singelnstein, ZStW 2008, 855, (880ff).

<sup>183</sup> Rainer Störmer, Jura 1994, 621, (624).

所謂關於本案被告「其他非列舉重罪」的偶然發現係指，於合法監聽過程中意外發現被告其他非屬法定列舉重罪之事實。例如在案例，被告因涉嫌建立犯罪組織遭合法監聽，但於監聽過程中被告透露其另違犯了侵占罪（非列舉重罪），此時監聽所得資訊可否作為被告侵占罪之證據？

關於偶然發現涉及非重罪的部分，只要該非重罪與監聽之重罪間不具有關聯性，於增訂法律明確規範前實務上即已認為不得作為證據使用，此乃立法者保護秘密通訊自由之價值決定，而現依第 477 條第 2 項第 2 句之適用結果亦同。

## **第二節 「人」的使用界限**

本節所討論之「人」的使用界限，主要是關於監聽過程中意外發現第三人之犯罪事實，則監聽資訊(即偶然發現)可否於審判中作為追訴第三人犯罪之證據？必須注意的是，此脈絡討論下之第三人犯罪事實均屬得監聽之重罪，因為如果是非重罪且與本案監聽之重罪無關聯性，依德國刑事訴訟法第 477 條第 2 項第 2 句不得於審判中作為證據使用。

另外，本節亦有一特殊案例值得討論，即當通訊雙方皆屬與本案無關之第三人，然於其通話過程中談及被告之本案犯罪事實，於此案例中根本與偶然發現無涉，因為此時並非涉及被告之另案犯罪或第三人之犯罪，而仍是被告之本案犯罪事實，然於本例中是否需特別保護第三人之秘密通訊自由，而禁止監聽內容之使用？本節亦將就此案例進行討論。

### **第一項 德國學界通說與實務之擴張觀點**

在對被告合法監聽之過程中，可能意外發現第三人涉犯德國刑事訴訟法第 100a 條列舉之重罪，此乃新的訴訟客體，且是由被告以外之人為之，屬於真正的偶然發現，此處主要涉及偶然發現得否作為追訴該第三人犯罪之證據問題。所

謂「第三人」是指相對於原先監聽對象以外之人。不論在實務<sup>184</sup>或學說<sup>185</sup>上，多數見解認為當監聽所得資訊所涉及之人不論是訊息傳遞者、器材提供者或是完全無關之第三人之犯罪，均不影響偶然發現作為證據使用。另外，該涉嫌重罪之第三人，不論是直接參與對話（例如第三人為通訊之一方）或只是通話的主題（例如通訊雙方談及第三人犯罪）均非所問，使用偶然發現作為證據之唯一標準為第三人所涉犯嫌與列舉重罪具有關聯，偶然發現於「人之範圍」內並無特別之限制。其理由在於若第三人涉犯列舉重罪，就算再次對其聲請監聽亦將允許<sup>186</sup>。

根據上開多數見解，只要合法監聽所得資訊涉及任何一個列舉重罪，不論該犯罪資訊是誰（被告或第三人）所透露或是關於誰（被告或第三人），均得作為證據使用。

另外，不真正偶然發現之關聯性原則於此同樣適用。當偶然發現涉及第三人之列舉重罪，同時亦有一非列舉重罪，但該非重罪與重罪屬於同一歷史進程時，構成訴訟法上之同一案件<sup>187</sup>，因此該非重罪可同時與重罪一併起訴並判決有罪。甚至在第三人之重罪嫌疑未經證明時，依實務見解，偶然發現仍可作為追訴第三人非重罪之證據。至於偶然發現僅單純涉及第三人之非列舉重罪時，則禁止使用<sup>188</sup>。

<sup>184</sup> BGHSt 26, 299; BGHSt 28, 122, 129., 302; BGH NJW 1979, 1370.

<sup>185</sup> SK-StPO-Rudolphi Rn. 30 zu § 100a; Kleinknecht/ Meyer-Goßner Rn. 20 zu § 100a; Schroth JuS 1998, 969, 978; Schünemann NJW 1978, 406, 407; Schlüchter Rn. 352.3; Rieß, JR 1983, 125; ders. JR 1979, 167, 168; Rudolphi FS für Schaffstein, 1975, 433, 451; Mahnkopf/ Döring NStZ 1995, 112, 114. 轉引自 Joachim Kretschmer, StV 1999, 221, (226).

<sup>186</sup> Joachim Kretschmer, StV 1999, 221, (226).

<sup>187</sup> 例如監聽過程中知悉第三人犯強盜罪（列舉重罪），同時也發現第三人有傷害的行為（非列舉重罪），此時強盜罪與傷害罪即屬同一案件，當兩者均有罪時較無疑問。但若依實務見解，縱使強盜罪無法證明，對於傷害罪之追訴亦不受影響。需注意的是，此時關聯性原則之運用是指第三人的重罪與非重罪間之關係，而非「被告之監聽重罪」與「第三人之非重罪」間的關聯，因為此時犯罪嫌疑人個別，於刑事訴訟法上應構成不同之案件。

<sup>188</sup> BGHSt 26, 299, 303; SK-StPO-Rudolphi Rn. 30 zu § 100a; Kleinknecht/ Meyer-Goßner Rn. 20 zu

## 第二項 德國學界少數說之限制觀點

### 第一款 學者 Kretschmer 之見解—直接或間接參與通訊

電話監聽之通訊內容往往會涉及被監聽人及被監聽人以外之第三人，根據德國刑事訴訟法第 100a 條第 3 項得受監聽之人主要分為兩類，第一類是針對被告所實施之監聽，第二類是針對被告以外之第三人為之，也就是有事實足認係被告之訊息傳遞者或器材提供者之情形。在對訊息傳遞者實施監聽之情況，被告可說是以間接使用傳遞者電話之方式參與通話，而在對器材提供者實施監聽之情況，則是被告親自直接使用提供者之電話。電話監聽主要是針對被告為之，但有時候也不可避免地會與第三人有關，例如第三人為通訊之一方，其於通話過程中透露自己的犯罪；又例如通訊雙方提及第三人之犯罪事實<sup>189</sup>。

上開實務與多數學說見解對於偶然發現其實並沒有人的使用界限概念，只有事的使用界限，但事實上我們必須詳細探討人的使用界限，否則恐將架空德國刑事訴訟法第 100a 條第 3 項關於得受監聽人之限制<sup>190</sup>。

自德國刑事訴訟法第 100a 條第 3 項得受監聽人之限制出發，並不是任何人的電話都允許監聽，而是只能針對被告為之，可能是針對被告**直接參與通訊**（使用被告自己之電話或是使用器材提供者之電話）之行為，也可能是針對被告透過訊息傳遞者**間接參與通訊之行為**，不得對完全無關之第三人實施監聽<sup>191</sup>。

被告之通話對象或被告之訊息傳遞者都是以第三人身分涉入監聽的進行，其秘密通訊自由亦遭受干預，惟正當化該干預之理由在於依德國刑事訴訟法第 100a

---

§ 100a; Rieß, JR 1983, 125; Welp JURA, 1981, 472, 482. 轉引自 Joachim Kretschmer, StV 1999, 221, (226).

<sup>189</sup> Joachim Kretschmer, StV 1999, 221, (226).

<sup>190</sup> Joachim Kretschmer, StV 1999, 221, (226).

<sup>191</sup> Joachim Kretschmer, StV 1999, 221, (227).

條實施監聽此不可避免之結果。此外，尚有其他可能之第三人涉入了監聽之過程：例如被告之家屬使用被告受監聽之電話，或因為懷疑被告將使用飯店電話或公共電話而監聽之，此舉將涉及大量與犯罪事實無關第三人之通訊<sup>192</sup>。

德國刑事訴訟法第 100a 條第 3 項所允許監聽之對象，係指只有在被告直接或間接參與電話通訊之情形<sup>193</sup>。如果允許監聽被告未曾參與之通訊，將會不當干預第三人受基本法第 10 條保障之秘密通訊自由。在電話監聽中亦須考慮人的干預界限，因為後續的使用監聽所得資訊本身也將造成對於秘密通訊自由干預的繼續與擴大，在使用的層面上應須考量人的使用界限，而此界限即在於被告或其訊息傳遞者是否參與通訊<sup>194</sup>，易言之，只有在被告直接或間接參與通訊時始允許監聽並使用據此獲得之資訊，透過明確的使用界限，將可減緩因技術上困難對第三人所造成之基本權不當干預。

## 第二款 學者 Welp 之見解—假設重複干預之合法性

在討論真正偶然發現關於人之使用界限時，必須以偶然發現所涉及者乃法定列舉重罪之一，若非屬法定列舉重罪，則依德國刑事訴訟法第 477 條第 2 項第 2 句當然禁止使用。德國學界通說<sup>195</sup>在人之使用界限方面係採取不受限制之立場。

學者 Welp 認為在人的使用界限方面，其判斷標準與事之界限同樣也是假設重複干預之合法性，亦即以第三人本身是否參與通話為斷，至於該通話是透過被

<sup>192</sup> Joachim Kretschmer, StV 1999, 221, (227).

<sup>193</sup> Joachim Kretschmer, StV 1999, 221, (227).

<sup>194</sup> Welp JURA, 1981, 472, 483. 轉引自 Kretschmer, a.a.O., S. 227. 其意應係指以該第三人為被告，判斷其是否直接或間接參與通話。

<sup>195</sup> BGHSt 26, 298, 302; 28, 122, 129; 29, 23, 24f; Kaiser, NJW 1974, 349, 350; W. B. Schünemann, NJW 1978, 406, 407; Rudolphi, Schaffstein-Festschrift, 1975, S. 433, 451; Maiwald, JuS 1978, 379, 383; Lehmann, ArchivPF 1979, 1, 113, 120f; Rieß, JR 1979, 167, 168; Knauth, NJW 1977, 1510, 1512; ders., NJW 1978, 741, 742; Meyer, Löwe/Rosenberg, StPO, § 100a, Rn. 14; vgl. auch kleinknecht, StPO, § 100a, Rn. 11 und BGHSt 26, 298, 302. 轉引自 Jürgen Welp, Jura 1981, 472 (482).

告之電話、訊息傳遞者之電話或是第三人提供被告使用之電話均非所問。美國法之「降低干預結果」(Minimalisierung der Eingriffsfolgen)之要求也是以此概念為核心，其內涵為：當實施監聽時，因為通話是雙向的，技術上不可能只限於聽取被監聽人(被告或其訊息傳遞者)之談話而不及於其他第三人，基於保護第三人為目的之限制觀點，必須於事後減輕干預之效力。基於保障第三人之秘密通訊之理由，可導出以下兩個結論：

第一，當於監聽過程中發現談話者不是被告也不是其訊息傳遞者時，監聽之執行人員即必須立即停止監聽，因為偵查機關無法於事先得知將進行通話者為何人，但若可確定非屬得監聽之人時，即應馬上停止對於第三人之干預。上述作法在現今基於成本考量，以機器自動錄音之情況將難以達成，而應採取下述第二個結論：即於監聽過程中因無法確保進行通話者為法定得監聽之人，但若事後發現監聽所得之資訊涉及第三人之犯罪時，為了減輕因技術困難所產生之附隨效果(即不可避免的會干預第三人之秘密通訊)以保護第三人之秘密通訊自由不再繼續受到侵害，應發生證據使用禁止之效果<sup>196</sup>。

### 第三款 小結

綜上所述，我們以前述的兩則案例來探討多數說與少數說適用結果之差別：

【案例 6】 甲因涉犯強盜罪嫌遭合法監聽，甲與乙之通話過程中發現乙曾參與一起擄人勒贖案。

【案例 7】 甲因涉犯強盜罪嫌遭合法監聽，甲與乙之通話過程中發現丙曾參與一起殺人案。

以上兩則案例若依實務及學界多數說見解，只要偶然發現所涉及者均屬得監

---

<sup>196</sup> Jürgen Welp, Jura 1981, 472 (483).

聽之重罪，則皆可對第三人使用。因此關於乙涉嫌擄人勒贖部分（【案例 6】）或丙涉嫌殺人罪部分（【案例 7】）之監聽資訊得可作為證據使用<sup>197</sup>。

若依學界少數說之限制觀點，判斷標準為涉案之第三人是否參與系爭之通話。

【案例 6】中，甲與乙之通話過程中發現乙涉嫌擄人勒贖，因為乙本身有參與該次通話，如果在假設以乙為被告之程序中，因為乙涉嫌擄人勒贖之重罪，可得以之為受監聽人合法取得該次通話，因此該通訊內容得作為追訴乙擄人勒贖罪之證據。而在【案例 7】中，甲與乙之通話過程中，發現另一第三人丙涉嫌殺人罪，因為丙並未參與該次通話，若在假設以丙為被告之程序中，以丙為受監聽人，但卻無法取得甲和乙通話內容，若欲取得該次通話內容，則必須以甲或乙為受監聽人，但以丙為被告之程序中，依法不得監聽甲或乙之電話，因此無法透過假設重複干預合法性之該念取得通話內容，因此監聽內容不得對丙使用。

另外在【案例 7】中，對於丙而言，甲和乙間之通話內容係被告以外之人之審判外陳述，屬傳聞證據，應適用傳聞法則之規範<sup>198</sup>。

### 第三項 特殊案例

【案例 8】 甲因涉犯強盜罪嫌遭合法監聽，甲之朋友乙使用甲遭監聽之電話打電話給丙，於乙、丙之通話過程中談及甲涉嫌的強盜犯罪事實。

本案例之所以特別在於其根本不是偶然發現，因為監聽內容所涉及者仍是被告甲之強盜犯罪事實，而不是甲之其他犯罪或第三人之犯罪。既然監聽內容是涉及本案之犯罪事實，但何以又有適用上之疑慮？蓋此時因透過監聽內容之使用將

<sup>197</sup> 就此學者 Kretschmer 認為德國聯邦最高法院忽略電話監聽中關於人之限制，應該只有在被告親自參與或是為其進行之通訊始允許監聽及使用，但當第三人無法避免的使用該受監聽之電話時，則必須透過事後證據評價以減輕對於基本權之干預。Joachim Kretschmer, StV 1999, 221, (227).

<sup>198</sup> 參照黃惠婷，前揭註，頁 119；徐蘭萍，另案監聽所得證據之研究，國立臺灣大學國家發展研究所碩士論文，2010 年，頁 68-69。

對第三人之秘密通訊自由造成侵害之繼續或擴大。

實務上並不區分上述之不同情況，而是認為基於為了國家及其國民追訴列舉重罪之重大利益，即使第三人並非法定得監聽之對象，該第三人亦須接受對其秘密通訊自由之干預。

學說上對此作出區分，學者 **Welp** 認為於進行監聽時，若明顯可認進行通話者非被告或其訊息傳遞者，則應立即中斷監聽；若是自動錄音的情況，因無中斷之可能，即應以證據禁止作為彌補<sup>199</sup>。學者 **Knauth** 則主張應從德國刑事訴訟法第 100a 條之構成要件導出偶然發現關於人之使用限制<sup>200</sup>。另外，**Bottke** 認為當通話雙方均是第三人時，於技術上不可能立即中斷監聽之執行，但不能因此得出可以使用之結論，反而應產生證據使用禁止之效果<sup>201</sup>。

依上述少數說見解，因為被告本身未參與通話，因此監聽資訊無法透過假設重複干預取得證據能力。縱使因監聽技術之困難對於第三人基本權之干預乃不可避免，但仍須透過事後的證據評價減輕對其等之侵害。因此在【案例 8】中雖然透過監聽得知被告甲之強盜犯罪事實，但為了保護第三人乙、丙之秘密通訊權，仍須禁止監聽內容之使用。

### 第三節 拒絕證言權人之資訊使用

監聽過程中，被告與第三人進行通訊，若該第三人依刑事訴訟法規定享有拒絕證言權，於符合不真正偶然發現及真正偶然發現之要件前提下，監聽內容是否仍得以作為證據使用？若將第三人所為之通話內容於審判中提出作為證據，第三人所享有之拒絕證言權將無法受到完全保障，致與刑事訴訟法拒絕證言權之規範

---

<sup>199</sup> *Jürgen Welp*, Jura 1981, 472.

<sup>200</sup> *Alfons Knauth*, Beweisrechtliche Probleme bei der Verwertung von Abhörmaterial im Strafverfahren, in NJW1978, 741, (742).

<sup>201</sup> *W. Bottke*, JA 1980, 748.

相衝突，可惜立法者未能就兩者間之緊張關係做出規定。

本節將依形成拒絕證言權之不同原因區分為依親屬關係享有之拒絕證言權（第一項）以及依職業關係享有之拒絕證言權（第二項），並於各自之脈絡下討論不真正偶然發現及真正偶然發現之相關案例，分析當國家機關之真實發現義務與證人之拒絕證言權相衝突時，如何決定監聽通訊內容之證據能力。

### 第一項 依親屬關係享有之拒絕證言權

【案例 10】 甲因涉嫌對丁違犯強盜罪（列舉重罪）遭合法監聽，甲之配偶乙使用甲之電話打給朋友丙，聊到甲對丁的強盜與傷害事實（非列舉重罪）。

【案例 11】 甲因涉嫌強盜罪（列舉重罪）遭合法監聽，甲與乙之通話過程中，乙聊到其子丙販賣毒品（列舉重罪）之經過。

關於監聽過程中涉及證人依親屬關係享有之拒絕證言權，當證人主張拒絕證言時，監聽內容是否仍可以使用，德國聯邦最高法院認為對於被告親屬之私人領域的干預是可能的，其並未考量親屬關係之拒絕證言權（即德國刑事訴訟法第 52 條）所欲保護之利益，於結果上導致原本可拒絕作證之被告親屬必須承受對被告之有罪證明做出貢獻。學者 Rudolphi 亦認為因為親屬關係之拒絕證言權只有私人利益之考量而與公共利益無涉，因此於監聽內容之使用上並無特殊限制<sup>202</sup>。

但學者 Meier 認為證人拒絕證言權之保護應優先於國家追訴犯罪之利益，其目的是為了避免強人所難的良心衝突以及避免危及被告家庭之完整性，憲法對於家庭之保護得於刑事訴訟法中透過親屬關係之拒絕證言權受到保障。當就完整家

<sup>202</sup> Rudolphi, FS f. Schaffstein, S. 433, 455; Rudolphi SK, § 100a Rn. 17 ff. 轉引自 Wolf Meier, a.a.O., S. 139.

庭生活之保護及國家追訴利益間進行權衡時，基於法治國原則及憲法保護家庭共同生活之考量，家庭應優先受到保障，因此不允許違反被告家屬之意志使其對於被告之有罪證明做出努力<sup>203</sup>。

證人之證言可否使用取決於其於陳述前是否已知悉其有拒絕證言權<sup>204</sup>，若證人於不知有拒絕證言權之情況下作出陳述，則該陳述不得作為證據。若證人於一開始陳述時尚未具有得拒絕證言之身分，但後來產生拒絕證言權並主張之時，其先前陳述亦不得使用。在監聽之狀況也一樣，如果欲使用享有拒絕證言權之人的通訊內容，則需取得其同意以治癒未於事前告知得拒絕證言之程序瑕疵<sup>205</sup>。

因為監聽技術之困難無法於監聽過程中排除無關第三人之涉入，也無法於發現其涉入時馬上中斷監聽，不代表法律即容許擴張被監聽人之範圍。因此當監聽之資訊內容是來自享有拒絕證言權之第三人，即須先取得其同意方能使用，如果通訊雙方均屬有拒絕證言權之第三人時，則須取得雙方之同意，若只取得一方之同意，則僅能使用出自該同意之人之通訊內容。在被告與有拒絕證言權人通訊之情況，若該拒絕證言權之人不同意使用，則只能使用被告部分<sup>206</sup>。

前述【案例 10】是屬於不真正偶然發現之問題。甲因涉嫌對丁違犯強盜罪遭合法監聽，甲之配偶乙使用甲之電話打給朋友丙，聊到甲對丁的強盜與傷害事實，使得偵查機關意外獲知甲另涉有傷害罪嫌。就甲之傷害罪而言，甲之配偶乙得主張拒絕證言，若依德國實務見解，乙之拒絕證言權乃至甲、乙家庭生活之完整性無特別保護之必要，因此監聽內容得作為甲傷害罪之證據。惟若依學者 Meier 見解，家庭生活之完整性應優先於國家之追訴利益受保護，若乙主張拒絕證言，

---

<sup>203</sup> *Wolf Meier*, a.a.O., 140f.

<sup>204</sup> BGHSt 12, 235, 242; BGH, NJW 1985, 1470; LR-Dahs, § 52 Rn. 52; Kleinknecht/ Meyer, § 52, Rn. 32. 轉引自 *Meier*, a.a.O., S. 141f.

<sup>205</sup> *Wolf Meier*, a.a.O., 143f.

<sup>206</sup> *Wolf Meier*, a.a.O., 144f.

在未取得乙之同意下，不得使用乙受監聽之談話內容。

【案例 11】亦同，甲因涉嫌強盜罪遭合法監聽，甲與乙之通話過程中，乙聊到其子丙販賣毒品之經過。就意外發現丙之販賣毒品罪而言，若先撇開丙並未參與通話之問題<sup>207</sup>，乙得主張拒絕證言權，依實務見解監聽內容仍得使用，不受乙是否主張拒絕證言影響。反之，若依學者 Meier 見解，在未得乙同意之前提下，監聽內容不得為證據使用。

## 第二項 依職業關係享有之拒絕證言權

【案例 12】甲因涉嫌開車撞死丁（列舉重罪）遭合法監聽，監聽期間內甲與其辯護人乙見面商討案情，甲表示：「我於日前故意開車撞死丁，且為了壯膽，我於撞死丁之前曾大量飲酒至酩酊狀態。」「我父親也想知道律師的看法，所以我父親明日會打電話給你，屆時再請你跟他說明案情。」等語。翌日，甲之父親丙使用甲之電話打給乙，乙即依照前日甲之指示，向丙說明案情。偵查機關因而知悉甲另涉犯不能安全駕駛罪嫌（非列舉重罪）。

【案例 13】甲因涉嫌開車撞死丁（列舉重罪）遭合法監聽，監聽期間內甲與其辯護人乙見面商討案情，甲表示：「我於日前故意開車撞死丁，撞死丁之後，我意外發現現場有路人目擊事發經過，於是我就把他打成重傷害，並威脅他不得洩漏今日之事。」「我父親也想知道律師的看法，所以我父親明日會打電話給你，屆時再請你跟他說明案情。」等語。翌日，甲之父親丙使用甲之電話打給乙，乙即依照前日甲之指示，向丙說明案情。偵查機關因而知悉甲另涉

---

<sup>207</sup> 此乃人之使用界限問題，實務上對於偶然發現涉及第三人犯罪，只要該第三人所犯係屬列舉重罪，則一概可以使用。惟學說上有認為應區分該第三人是否參與該次通話，決定偶然發現之證據能力。

犯重傷害罪嫌（非列舉重罪）。

至於依職業關係享有拒絕證言權人（德國刑事訴訟法第 53 條）之通話可否作為證據問題，德國聯邦最高法院表態認為應禁止該通訊之使用。學者 Rudolphi 亦持否定見解，因為如果當病人、客戶不能再相信其吐露之秘密將受到保護時，則將有害於健康、權利保護有效運作之公共利益<sup>208</sup>，即使該享有拒絕證言權之人屬於訊息傳遞者範疇亦同，唯有當他亦參與本案犯罪時始可以合法使用<sup>209</sup>。

因此，前開【案例 12】（不真正偶然發現）及【案例 13】（真正偶然發現）辯護人乙之通話內容均涉及甲之其他犯罪（不能安全駕駛罪及重傷罪），就該二罪而言，乙均得主張拒絕證言，在未取得其同意之前提下，該監聽取得之通話內容不得作為證據使用。

#### 第四節 「偶然發現」作為另案之偵查依據

##### 一 偵查中之證據使用禁止？

德國聯邦最高法院向來對於證據使用禁止之內容及射程未能清楚闡釋，認為證據使用禁止之界限並非固定不變，而是須根據個案之事實基礎及證據使用禁止之類型判斷之。至於證據使用禁止除了禁止證據於審判中作為裁判基礎外，是否也同時禁止以所取得之資訊為基礎而進行後續之偵查措施，亦不清楚。關於此問題一般認為將於「證據禁止之放射效力」脈絡下討論<sup>210</sup>，其實真正核心問題應在於偶然發現「使用禁止之範圍」，僅禁止於審判中作為證據使用，抑或包括偵查

<sup>208</sup> Rudolphi, FS f. Schaffstein, 433; 451. 轉引自 Wolf Meier, a.a.O., S. 148.

<sup>209</sup> Rudolphi, FS f. Schaffstein, S. 433, 442 f. 轉引自 Wolf Meier, a.a.O., S. 148

<sup>210</sup> Stefan Grawe, a.a.O., S. 269.

證據使用禁止是否如同美國法之毒樹果實理論，對間接取得之證據亦有放射效力之問題，迄今德國最高法院僅於限制郵件、書信及電信秘密法（G 10）第 7 條第 3 項明定使用禁止之情形，承認有放射效力。江舜明，監聽界限與證據排除，法學叢刊，第 172 期，1998 年 10 月，頁 105。另外，證據使用禁止之放射效力除了傳統之依附性證據使用禁止外，於自主性之證據使用禁止類型亦有可能發生。參照林鈺雄，刑事訴訟法（上冊），頁 617-618。

中的使用？必須特別強調的是，偶然發現係指於監聽過程中發現與**本案**無關之其他犯罪事實，其可能與法定之列舉重罪有關，也可能不是，但均涉及**使用目的之變更**，若欲將本案合法取得之資訊於**另案**中使用，則需另覓授權基礎，至於除了審判中作為證據使用外，是否包括偵查中的使用，則因不同之見解而有不同之結論。

德國實務上認為證據使用禁止之射程及類型須視個案而定，但證據的使用禁止並不能阻止偵查機關發現犯罪嫌疑並進一步展開偵查，縱然於審判中證據遭受禁止使用，但仍得為後續偵查提供線索並取得新的證據，不能僅因為存有導致證據使用禁止之程序瑕疵即癱瘓整個刑事程序之進行<sup>211</sup>。

然而德國實務亦非全面否定放射效力的存在，例如 BGHSt 27, 355 一案中，警察播放禁止作為證據使用之錄音內容以質問被告，被告因而做出自白。就該被告自白之證據能力，最高法院認為因為被告係於播放錄音內容之情況下接受訊問，其已不能基於自由意志而陳述，因而認定該被告自白不得使用。該被告自白係透過禁止使用之錄音內容間接取得之證據，因此被認為係屬證據使用禁止之放射效力問題<sup>212</sup>。

---

<sup>211</sup> *Stefan Grawe*, a.a.O., S. 270f. 但需特別注意的是，偶然發現是透過合法監聽手段所獲得之證據，其若發生證據使用禁止，並非基於取證規定之違反，而是因為侵害憲法上之基本權而遭禁止使用，所以應無「程序瑕疵」之問題。

<sup>212</sup> *Stefan Grawe*, a.a.O., S. 270.

這個案例可再稍微改編：（1）被告於警察訊問時承認其所為之犯罪事實，因被告認為就算其想要為自己脫罪，但警察還是透過電話監聽知道了所有事情。試問前述被告之自白於起訴（Anklageerhebung）時可否使用？（2）假設被告於接受訊問時詢問員警該監聽內容可否作為證據，員警告知其可以，被告因此心想無翻身餘地便據實陳述。試問被告之自白可否使用？於問題（1）中，被告之警詢自白可作為起訴及決定開啟主審程序之依據（genügender Anlaß, hinreichend verdächtig），因為該自白係基於合法訊問被告而取得，沒有證據使用禁止之問題，至於 A 做出自白的動機如何並不重要，因此即使他誤以為警察已透過監聽知道所有事情才因此做出自白也不影響該自白的使用。至於問題（2），當被告於受訊問時提出監聽資訊可否作為證據之問題，卻得到可以使用之錯誤資訊時，被告有權要求正確的法律資訊，當其獲得錯誤的資訊導致其自證己罪，甚至成為其有罪的唯一基礎，此時已影響其基於自由意志陳述之

以下將先討論於審判中禁止作為證據使用之偶然發現，可否進一步作為偵查之依據（第一項），接著再從 1992 年後之增修規定出發，討論立法者之意志究竟是全面的禁止使用抑或僅限於審判中的證據使用（第二項）。最後，再以 2005 年之德國聯邦憲法法院之見解作為實務向來之態度，即偵查中之使用不受限制（第三項）。

### 第一項 偶然發現作為另案偵查之基礎

在開始討論偶然發現可否於另案偵查中使用時（即可否作為另案之偵查基礎）時，先以以下的例子具體化討論之範疇：

X 因涉嫌建立犯罪組織（該犯罪組織之活動內容為汽車之竊盜及轉賣）而於 1974 年 4 月 1 日遭監聽。監聽期間發現 A 於 1974 年 4 月 27 日以 1000 德國馬克之代價，請精通偽造文書之 X 為其製作一本旅遊護照，X 答應其要求並製作完成、交付之。檢察官根據該監聽報告以 A 涉嫌偽造文書罪（非屬得監聽之重罪）進行偵查程序。後又懷疑該本偽造的旅行護照藏在 A 之住宅，聲請針對 A 之住宅進行搜索，果然於搜索時發現該本偽造護照。A 拒絕陳述，而 X 逃逸無蹤。

問題：（1）檢察官可否根據監聽報告開啟對 A 之偵查程序？（2）可否以監聽報告聲請搜索票<sup>213</sup>？

#### 第一目 完全肯定說

對於證據使用禁止採限制適用範圍之學者認為，因為刑事訴訟法裡並沒有關於犯罪嫌疑如何產生之規定、對於開啟偵查程序亦無理由強制之規定，因此證據

---

權利，至於提供該錯誤訊息者不論係出於無心或是故意均不重要，依刑事訴訟法第 136a 條第 3 項第 2 句產生另一個新的證據使用禁止，但此屬於違反取證規範之訴訟法之證據使用禁止，而非憲法之證據使用禁止。參考 *Alfons Knauth*, NJW 1978, 741 (744).

<sup>213</sup> *Alfons Knauth*, NJW1978, 741.

使用禁止之範圍並不包括偵查程序之開啟<sup>214</sup>。即縱使偶然發現被禁止於審判中作為證據，但仍可作為開啟偵查、進而實施偵查措施之依據。

依此說見解，則上述二個問題之答案均為肯定。

## 第二目 完全否定說

另有論者認為，電話監聽所得資訊之使用問題不只存在於主審程序（Hauptverhandlung），甚至於中間程序（Zwischenverfahren）、偵查程序亦有資訊使用之必要<sup>215</sup>，其中特別重要的即審判中證據使用禁止之問題<sup>216</sup>（Beweisverwertungsverbote）。

所謂證據使用禁止（Beweisverwertungsverbote 或 Verwertungsverbote）是指審判中提出之證據不得做為法院心證之基礎。證據使用禁止的發生通常是違反證據禁止規範之結果。但除了前述訴訟法的證據使用禁止外，尚有自憲法導出之證據使用禁止類型。不論是訴訟法層次或憲法層次之證據使用禁止均可能於刑事程序之任何階段中發生，不只是主審程序，就連中間程序、偵查程序均有使用禁止之問題。例如德國聯邦憲法法院於 BverfG, NJW 1973, 891 一案中認為檢察官於偵查程序中之證據使用不合法<sup>217</sup>；又德國高等法院於 OLG, NJW 1973, 208 一案

<sup>214</sup> Dencker, S. 76, 85. 轉引自 Knauth, NJW 1978, 741

<sup>215</sup> 甚至包括緩刑撤銷之決定（OLG Hamburg, NJW 1973, 157），或涉及有無再犯之虞而應予逮捕或維持逮捕之審查。Alfons Knauth, NJW 1977, 1510 (1510) Fn. 4.

<sup>216</sup> Alfons Knauth, NJW 1978, 741.

<sup>217</sup> 本案之犯罪事實略以：被告與被害人間定有房地之買賣契約，被告未完全依約履行，被害人遂秘密錄下其與被告間之談話，並將其交給偵查機關，偵查機關便以錄音內容為據聲請對被告之住宅進行搜索，取得本案之相關證物，最後被告被判以逃漏稅、詐欺及偽造文書罪。本案上訴至聯邦憲法法院。聯邦憲法法院認為依德國基本法第 2 條第 1 項之人格權保障，每個人原則上均有親自且唯有自己能決定，誰可以對其說話內容進行錄音，以及是否且在誰面前可以播放錄音內容。然此基本權利並非完全不得限制，於考量有效追訴之公共利益時，可經由權衡限制之，惟若談話內容屬於完全不可侵犯之私人生活核心領域，則亦不得侵害之。本案系爭私人秘密錄音內容僅發生於被告與被害人夫婦三人間，被告完全未料及其談話內容會被錄音。偵查機關以該錄音內容為據進而發動搜索，該錄音內容之使用本身於欠缺被告同意

中，認定在一個與偵查相關之程序中發生證據使用禁止之效果<sup>218</sup>。是以，於偵查程序亦有證據使用禁止之概念，但是以「負擔禁止」(Belastungsverbot)來呈現其內涵<sup>219</sup>。

承上所述，證據使用禁止之概念於偵查程序亦有適用，因此當監聽所得資訊發生憲法上之證據使用禁止時，即產生檢察官可否以之為據開啟另一偵查程序之問題。對於問題(1)，檢察官可否開啟對A之偵查程序，必須從德國刑事訴訟法第152條第2項<sup>220</sup>談起，該條規定當檢察機關發現有足夠(zureichend)之犯罪嫌疑時，即應開始偵查，此即為偵查法定原則(Legalitätsgrundsatz)。毫無疑問的，該監聽資訊足以提供A之偽造文書犯嫌，但此時檢察機關是否有義務對於A進行偵查？其關鍵在於檢察機關可否以監聽所得資訊作為第152條第2項之偵查法定義務發生之依據？如果持否定見解者，則偵查機關將難以進行有效偵查活動；若肯定之，則德國基本法第10條對於秘密通訊自由之保障將落空。憲法之效力必須是高於訴訟法之希望與目的，憲法之證據使用禁止也限制了法定原則之適用，因此檢察機關不得以監聽所得資訊作為對A開啟偵查之依據<sup>221</sup>。

於本案例中檢察機關於適用偵查法定原則時，必須特別考量有利於被告之「負擔禁止」，不能以該監聽所得資訊開啟偵查程序，而且不能傳喚執行監聽之人作

---

情況下，即已違反基本法對於人格權之保障。BVerfGE, NJW 1973, 891.

<sup>218</sup> 本案之犯罪事實略以：被告向一瑞典籍商人訂購200本色情雜誌，該商人裝成五小箱後寄給被告。當包裹寄至海關郵局時，郵局將包裹送至海關檢驗，海關發現其內為色情雜誌後，便將包裹送交檢察機關，檢察機關便以被告涉犯德國刑法第184條散布猥褻文件罪嫌，聲請法院扣押該五箱包裹，並將扣押命令寄至海關郵局及被告。高等法院認為檢察機關於**扣押前**並未存有一認真的偵查程序，且亦不存在所謂之「被告」，故不符刑事訴訟法第99條郵件扣押之規定，違反了郵件秘密及稅收秘密，事後之扣押命令不能治癒此程序瑕疵。而違法郵件秘密及稅收秘密之效果，即於追訴機關持有中之扣押物於刑事程序中發生使用禁止之結果。亦即，該五箱色情雜誌不得作為聲請扣押之依據。OLG, NJW 1973, 208

<sup>219</sup> Alfons Knauth, NJW 1978, 741, Fn. 1.

<sup>220</sup> 德國刑事訴訟法第152條第2項：「除法律另有規定外，只要有足夠事實根據可認有犯罪嫌疑，檢察機關即應採取偵查措施。」

<sup>221</sup> Alfons Knauth, NJW 1978, 741 (743).

為證人規避之。對於問題（2），既然不得以之作為開啟偵查之依據，則於聲請住宅搜索時自不得以之證明 A 有偽造文書之嫌疑<sup>222</sup>。

### 第三目 偵查行為區分說

部分學者認為雖然不是每個間接獲得之證據均可使用（即衍生證據可否使用問題），但都可作為開啟偵查程序之依據。至於以偶然發現作為偵查措施基礎之依據則需進一步區分：若是以之作為強制處分（例如搜索或監聽）之依據者，則不得使用；但若僅係單純之偵查行為（Schlichte Ermittlungen）即容許之<sup>223</sup>。另有學者認為應以偵查之最終結果來區分，若證據是最終且直接自偶然發現的使用中得出，則應排除使用<sup>224</sup>。另有以犯罪事實之輕重來判斷，若屬較輕微之犯罪則得以使用<sup>225</sup>。

### 第二項 1992 年增修規定之解釋適用

關於偶然發現之使用規範遲至 1992 年始於德國刑事訴訟法增修第 100b 條第 5 項規定<sup>226</sup>明定之，自 1972 年之漢堡高等法院之裁判以來至法律的明確規範，20 年間全賴實務與學說相互間之批評與發展之<sup>227</sup>。該規定為：「透過監察措施取得之個人資訊，唯有在追訴第 100a 條所列舉犯罪之必要時，始能於其他刑事程

<sup>222</sup> Alfons Knauth, NJW 1978, 741 (743).

<sup>223</sup> Peter Rieß, JR 1979, 167, (169).

<sup>224</sup> KK/Senge vor § 48, Rn. 46; Schlüchter, Rn. 352.3. 轉引自 Stefan Grawe, a.a.O., S. 275.

<sup>225</sup> Eisenberg, Rn. 408; Maiwald, JuS 1978, 379 (384f.); Mergner, Fernwirkung, S. 64ff., 132f. 轉引自 Stefan Grawe, a.a.O., S. 275. 值得注意的是，於偶然發現討論證據使用禁止之放射效力必定是涉及非列舉重罪之情況（因為若屬列舉重罪依法可以使用），因此依據此說將很難有用於重大犯罪追訴之機會。

<sup>226</sup> 此乃舊法之規定，2008 年已重新修法將個別強制處分之規定，一併抽象的規定於第 477 條第 2 項第 2 句。

<sup>227</sup> 「綜觀德國法系證據禁止的發展概況，幾乎所有證據使用禁止之類型及標準，並非立法，而係學說與判例的產物，亦即，立法者在證據禁止之發展上，僅僅扮演消極的角色。」林鈺雄，德國證據禁止論之發展與特色，律師雜誌 1 月號，第 232 期，頁 64。

序中作為證據目的使用。」依本規定當偶然發現涉及（任何）一個屬於第 100a 條所列舉重罪之偵查或證明時，可不受限制的使用。例如於偵查程序中作為後續干預措施之基礎，或於審判中透過證人之訊問、監聽譯文之朗讀或錄音內容之勘驗而於審判中使用<sup>228</sup>。

但若偶然發現所涉及者並非法定之列舉重罪時，依法條文義可以肯定的是偶然發現不得於審判中作為另案非重罪之證據使用，但可否於偵查中使用？亦即可否作為另案非重罪偵查之基礎？

### 第一款 得作為另案偵查基礎之見解

德國聯邦最高法院認為偶然發現雖然不得作為證據使用（als Beweismittel verwertet），但仍可作為後續偵查之動機（Anlaß）以取得新的證據<sup>229</sup>，或是作為後續偵查之根據<sup>230</sup>，此觀點亦為多數學說<sup>231</sup>所採。其從第 100b 條第 5 項（舊法）之反面解釋出發，條文僅規定不得作為證據目的使用，因此，若沒有作為證據目的使用，而只是作為偵查之開端即不應被排除。如此解釋實符合立法者之意旨，因其已於立法程序中清楚認識此問題<sup>232</sup>。

### 第二款 不得作為另案偵查基礎之見解

少部分學者例如 Dencker 認為應先區分證據使用禁止（Verwertungsverbote）與資訊利用禁止（Verwendungsverbote）之區別，前者處理的是傳統刑事訴訟法審判中證據能力之問題；而後者是來自於憲法對於資訊自決權之保護。

---

<sup>228</sup> Peter Allgayer, Die Verwendung von Zufallserkenntnissen aus der Überwachung der Telekommunikation gem. § 100a f. StPO (und anderen Ermittlungsmaßnahmen), NStZ 2006, 603.

<sup>229</sup> BGH NStZ 1998, 426, 427.

<sup>230</sup> BGH NStZ 1996, 200, 201.

<sup>231</sup> KK-Armin Nack § 100a Rn. 69; Gerd Pfeiffer § 100a Rn. 10.

<sup>232</sup> Peter Allgayer, NStZ 2006, 603, (604)

德文 *verwerten* 與 *verwenden* 均有「使用」、「利用」之意，*verwerten* 通常用在透過偵查措施取得之資訊以證據方法之態樣於審判中呈現；而 *verwenden* 則廣義的包含所有資訊的利用，概念上當然也包括資訊作為證據的使用(*verwerten*)，主要是自資訊保護目的而來，例如在資訊保護法有關於資訊利用之規定，稱之為資訊使用規範 (*Verwendungsregelungen*)，當於一定條件下為保護關係人之資訊自決權，將發生資訊利用禁止之效果，即全面性的禁止利用，不僅不得作為證據 (*Beweis*) 使用，也不得作為偵查之基礎<sup>233</sup> (*Spurenansatz*)。。

若從資訊保護觀點出發，國家機關透過合法手段取得之資訊欲用於與原本無關之目的時，因為資訊的使用本身亦構成基本權干預之繼續或擴大，因此當資訊之使用涉及目的之變更時<sup>234</sup>，則需另覓授權基礎，此種嚴格的資訊使用規範係為了避免國家於資訊之取得上占有絕對之優勢。因此，當涉及資訊使用目的之變更時，縱使國家經由合法手段取得之資訊，在欠缺授權基礎下，不僅不得於另案中作為證據使用，亦不得作為另案偵查之基礎<sup>235</sup>。

而就現行法而言，關於電話監聽中偶然發現之使用已於 1992 年規定於舊法第 100b 條第 5 項，其規定透過電話監聽所得之資訊於追訴第 100a 條所列舉重罪之一時，可作為證據目的使用 (*zu Beweis Zwecken nur verwendet werden*)。但除了作為證據目的使用外，是否仍可用於刑事訴訟之其他目的呢？有認為依其文義解釋，則僅限於作為審判中之證據使用；依部分參考文獻亦有認為，其係關於德國聯邦最高法院為了解決第 100a 條之使用問題的描述：如同於追訴本案之監聽

---

<sup>233</sup> *Friedrich Decker, Verwertungsverbote und Verwendungsverbote im Strafprozeß, in: Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis – Festschrift für Lutz Meyer-Großer zum 65. Geburtstag, 2001, 237ff.*

<sup>234</sup> 例如被告涉嫌德國刑法第 129a 條之犯罪，偵查機關依刑事訴訟法第 103 條第 1 項第 2 句於整個住宅區或大廈發動對於被告之搜索（即人之搜索），而於搜索過程中發現之資訊，只要不是用於對於被告之搜索上均不得使用。（第 108 條第 1 項第 3 句排除另案扣押之規定）。*Dencker, a.a.O., S. 248.*

<sup>235</sup> *Friedrich Dencker, a.a.O., S. 247f.*

重罪時，監聽所得資訊得不受限制的使用，偶然發現僅得於追訴列舉重罪時，不受限制的作為偵查之基礎、作為證據使用或是作為質問之手段（Vorhalt）<sup>236</sup>。反之，若偶然發現僅涉及非重罪時，則除了不得於審判中作為證據外，於偵查中亦禁止使用。

學者 Dencker 認為，如同合法監聽所得資訊得依第 100a 條於本案中不受限制的作為偵查之基礎或是於審判中作為證據使用。當法律規定偶然發現可於列舉重罪之追訴中使用時，應非僅限於得於審判中作為證據，更應包括於其他程序中作為偵查之基礎使用<sup>237</sup>（依法條文義係僅規定「得作為證據目的使用」），審判、偵查均包括在內；反之，若偶然發現僅涉及非列舉重罪，則依反面解釋應認為審判中及偵查中均不得使用。

學者 Singelstein 亦認為不能當條文是以「作為證據目的」（zu Beweiszwecken）做規範時，應解釋成包含「作為偵查開端」（Spurenansatz）在內，而這也符合現今的證據法理論<sup>238</sup>。

贊同此說學者之見解先是解釋條文中規定當偶然發現涉及列舉重罪時，得「作為證據使用」，並不只限於審判中作為證據，更應包括作為偵查之依據，如同於本案監聽中取得之資訊，不僅可作為證明被告有罪之證據，當然也可以做進一步偵查措施之依據。

反之，若偶然發現僅涉及非列舉重罪時，既然條文之作為證據使用解釋上包括所有可能方式之利用，則當發生禁止使用之效果時，亦應包括全面的禁止使用，即連作為偵查之基礎亦不可得。

### 第三項 德國聯邦憲法法院之見解

<sup>236</sup> Friedrich Dencker, a.a.O., S. 249f.

<sup>237</sup> Friedrich Dencker, a.a.O., S. 251.

<sup>238</sup> Tobias Singelstein, ZStW 2008, 855.

在審查依第 100c 條以下實施大監聽是否合乎憲法規定之審查脈絡下，德國聯邦憲法法院亦致力於第 100d 條第 5 項第 2 款第 2 句<sup>239</sup>之闡釋，此規定就如同第 100b 條第 5 項（舊法），於學說上也是做相同之解釋。德國聯邦憲法法院於 2004 年之裁判中<sup>240</sup>中認為：本條規定不只限於作為嚴格意義之證據目的使用，於作為偵查線索使用以追訴犯罪時亦有其適用，否則從結果上來看，於欠缺重罪嫌疑之情況下，透過住宅監聽獲得之資訊仍可使用。對於取證規範之限制於其他程序使用資訊時應同樣注意。

該聯邦憲法法院之解釋可否套用在第 100b 條第 5 項或其類似規定之解釋上，遂成為爭議問題<sup>241</sup>。接著聯邦憲法法院於 2005 年之裁判<sup>242</sup>無法滿足少數學說之期待，反而自電話監聽之脈絡下應證了通說之見解，其認為系爭裁判中所持之見解，即透過合法監聽取得之偶然發現，當其涉及非列舉重罪時，仍可於另案中作為追訴關係人犯罪之偵查基礎，並非出於恣意且亦未違反憲法規定。反而，系爭裁判之觀點呼應了實務與學說多數見解。因此，涉及非列舉重罪之偶然發現，雖不得作為證據目的使用，但仍可作為偵查之線索，以便於後續偵查程序中取得新的證據。本則裁判一方面考量基本法第 10 條對於基本權之保護，**後續之偵查必須以該措施根據第 100a 條得予合法實施為前提**；另一方面則基於有效刑事訴追之公共利益考量。避免偵查機關於未來違法取證之預防效果於本案並不適用，因為本案之監聽命令係完全合乎規定<sup>243</sup>。

#### 第四項 小結

---

<sup>239</sup> 100d 條第 5 項第 2 款第 2 句規定：「透過第 100c 條取得且允許使用之個人資料，於個案中允許為了預防形成中之重大危害作為其他可能阻止措施使用。」此規定並未像第 100b 條 5 項（舊法）有「證據目的」之文字。

<sup>240</sup> BVerfG NJW 2004, 999.

<sup>241</sup> *Peter Allgayer*, NStZ 2006, 603, (605)

<sup>242</sup> BVerfG NJW 2005, 2766.

<sup>243</sup> BVerfG NJW 2005, 2766.

對於偶然發現之使用禁止的範圍，是否僅限於禁止於審判中作為證據，而未及於偵查中作為進一步偵查措施之基礎？實務與學說上各有不同見解。實務與多數學說基於真實發現、有效訴追之務實考量，主張雖不得作為證據使用，惟並不妨礙其作為另案偵查之基礎。然少部分學者則出於基本權保障之想法，認為既然刑事訴訟法第 100a 條已明文禁止對於非列舉重罪實施監聽，則對於涉及目的變更之資訊使用，同樣應以第 100a 條之意旨為基礎，另定涉及目的變更之資訊使用規範。

德國刑事訴訟法亦自 1992 年起明文賦予另案資訊使用之授權基礎，條文雖係規範於涉及列舉重罪時得作為證據目的使用，然而若因僅涉及非列舉重罪而不得作為證據時，為了充分保障人民之基本權，應解釋成偶然發現應全面的禁止使用。

本論文以為，偵查機關於知有犯罪嫌疑時，即應開始偵查，此乃其偵查法定義務。追訴機關透過合法監聽得知另案之犯罪資訊，雖因非屬列舉重罪而不得作為證據使用，然而其既然已知悉有一具體之犯罪嫌疑，不可能又裝作毫不知情，基於有效追訴犯罪、打擊犯罪之公共利益考量，應允許其開啟偵查程序。惟若欲以其為進一步發動偵查之根據時，例如向法院聲請住宅搜索，必須提供監聽內容作為判斷之依據時，則應禁止之，因為此時又涉及偶然發現之使用，將繼續侵害通訊參予者之秘密通訊自由及資訊自決權，尤其涉及與本案無關之第三人時侵害更鉅。因此，雖允許偵查機關開啟偵查程序，但不能再將監聽所得內容作為偵查措施之根據，以充分保障人民之基本權利。

## 第六章 我國關於「另案監聽」之證據使用問題

本章主要探討另案監聽於我國所呈現之概況，先就國內學者討論之議題予以介紹（第一節），並將重點放在我國實務判決之檢討（第二節），先分析、整理實務上所採之各個不同之見解，並以前述德國法所形成之通說結論檢驗之，期能為另案監聽於我國法之發展點一盞明燈。

### 第一節 學說見解之闡釋

國內學者對於另案監聽之討論主要可分為三大部分：首先是另案監聽之合法性，其次為另案監聽之證據能力，最後為禁止使用之另案證據可否作為偵查之基礎。本論文以下即就此三大類別分別介紹之：

#### 第一項 另案監聽之合法性

討論另案監聽之合法性之前提，係將其視為一獨立的強制處分<sup>244</sup>，因我國刑事訴訟法或通訊保障監察法（下稱「通保法」）並未如同刑事訴訟法第 152 條之另案扣押規定，特別就另案監聽為許可之規範，因此遂有另案監聽合法性之相關討論<sup>245</sup>。

有學者質疑，刑事訴訟法第 152 條另案扣押規定，可否讓偵查機關亦可合法的逾越原通訊監察書記載之監聽範圍進行「另案監聽」？允許另案扣押之目的在於避免再次聲請搜索扣押之無謂的勞費，也避免於重新聲請搜索時，另案扣押物可能發生毀損或滅失之危險。同樣的，監察機關於監聽過程中，聽到涉及另案之通訊內容，若要立刻停止監聽，待聲請新的通訊監察書時方能進行監聽的話，不

<sup>244</sup> 本論文認為另案監聽並非相對於本案監聽為另一獨立的強制處分，蓋國家機關之監聽措施僅有原先聲請之本案監聽而已，於監聽過程中意外發現其他犯罪資訊，並不改變其原有之監聽措施，也不因此產生另一個新的監聽措施，除非國家機關於發現其他犯罪資訊後，再據以聲請新的監聽措施，該新的監聽措施始為另一獨立的強制處分。

<sup>245</sup> 參照徐蘭萍，前揭註，頁 44 以下。

僅過度勞費，而且重要通訊內容稍縱即逝，即使取得新的通訊監察書，恐怕為時已晚。此外，若嚴格要求執行機關僅能針對監察對象所涉及之記載案由內容監聽，其他部分都要立即停止監聽，根本事實上難以切割，硬要強行為之，也與實施通訊監察作為有效偵查措施的本意大相逕庭，實際上難以操作。因此肯定於監聽過程中涉及另案之通訊內容仍可繼續實施監察，並不因之違法之看法，自值贊同<sup>246</sup>。

另有認為於監聽時偶然取得之他案訊息，這部分純屬於法規範外的偶然事實，其本身並不是一個有意識的偵查行為，當然也沒有所謂合法取得或違法取得，也無從用這個簡單的邏輯來判斷監聽偶然取得之他案訊息是不是具有證據適格<sup>247</sup>。

## 第二項 另案監聽之證據能力

關於另案監聽之證據能力問題，學界上認為「因為監聽許可與否並非以事後結果判斷，而係以許可監聽及執行監聽時之犯罪嫌疑為基礎，即使原先聲請監聽的強盜案無法由監聽中得到證明，亦不會改變偵查機關對其所進行的監聽之合法性<sup>248</sup>」，因此只要另案監聽所取得之證據是在合法監聽過程中所意外獲得，則並非違背法定程序所取得，因此並無刑事訴訟法第 158 條之 4 的適用<sup>249</sup>。至於另案證據之證據能力部分則有不同看法：

<sup>246</sup> 楊雲驊，通訊監察「違反令狀原則」以及「另案監聽」在刑事證據法上之效果--評最高法院九八年度臺上字第一四九五號、九七年度臺上字第二六三三號及九七年度臺非字第五四九號三則判決，頁 87-88。

<sup>247</sup> 最高法院郭毓洲法官之發言，刊於〈第四屆學術與實務之對話—證據禁止之理論與實際，最高法院 97/98 年度相關裁判評釋暨林永謀大法官榮退紀念研討會〉，台灣法學雜誌，第 141 期，2009 年 12 月，頁 134。

<sup>248</sup> 黃惠婷，前揭註，頁 117。學者李榮耕亦認為，於監聽過程中獲悉另案之犯罪資訊是通訊監察之本質及必然，不能以所監察到的另案犯罪通訊內容不屬於本案犯罪事實，就反推偵查機關所進行之通訊監察違法，並適用證據排除法則。李榮耕，錦上添花—另案監察所得通訊內容之證據能力，月旦法學教室，第 81 期，2009 年 7 月，頁 23。

<sup>249</sup> 吳巡龍，監聽偶然獲得另案證據之證據能力，月旦法學教室，第 47 期，2006 年 9 月，頁 88。

## 1. 無限制說

採此說之學者認為應類推適用刑事訴訟法第 152 條另案扣押之規定，主要原因在於，「就電話通訊監察而言，偵查機關幾乎無可避免地會接觸到與本案無關的通訊，要求其對於另案犯罪事實的對話必須要『聽若不聞』，恐怕是過於不切實際，也不合於一般民眾的感受。至於通保法第 5 條第 1 項所列舉之罪名，應屬於對於本案監察之限制，而不是（也不可能是）對偵查機關偶然獲得另案證據資訊之規範<sup>250</sup>。」

另有學者認為於「急迫情況下，對於偵查機關於實施合法監聽之際，偶然間或無意間發現與本案無關之通訊內容，而涉及其他受監聽對象所犯（監聽票所未記載之犯罪行為）或第三人所犯（非原監聽所載第三者所為之他案）之犯罪事實，得先截取並加以保存，以待他日作為證據使用。惟應立即呈報，並應接受如同聲請監聽票程序之審查，經審查後，一旦被認定為存有違法情事時，偵查機關應立即將該截取之通訊內容全數加以銷毀，不得有任何洩漏或不當交付之行為，違者應負相關法律責任<sup>251</sup>。」

## 2. 限制說

採限制觀點之學者認為，「『另案監聽』所得證據是否具有證據能力之問題，不能因此證據係在合法監聽下所得，而一概視為具有證據能力，因為偵查機關基於技術上問題而無法事先在量的方面控管監聽的內容與涉及之範圍，但為了充分保障人民之秘密通訊自由，司法機關能夠與應該在事後對「另案監聽」所得之證據於證據能力之評價上予以嚴格之要求與控管，至於證據能力與否問題應探求是否符合通訊監察之各種要件<sup>252</sup>。」

<sup>250</sup> 李榮耕，前揭註，頁 23。

<sup>251</sup> 黃朝義，監聽，月旦法學教室，第 10 期，2003 年 8 月，頁 107。

<sup>252</sup> 黃惠婷，前揭註，頁 116-117。

至於可否類推適用刑事訴訟法第 152 條另案扣押之規定，學者以為通訊監察與搜索、扣押於性質上或有相似之處，惟「因通訊監察之犯罪有重罪之限制，其規定較嚴格，似不應完全類推適用『另案附帶扣押』之規定，而應限縮類推適用之範圍<sup>253</sup>。」

既然不得類推適用刑事訴訟法第 152 條另案扣押，學者參考美國法<sup>254</sup>及德國法關於另案扣押之規定及實務見解，主張監聽程序若無其他不法情形，其所偶然取得關於另案之證據是在合法監聽中意外獲得，當此「另案」係得監聽之犯罪（即通保法第 5 條所列舉之重罪）或與通訊監察書上所載罪名有密切關聯者，應有證據能力，反之，若非通保法所列舉得監聽之罪名，且與本案無關者，因不具監聽要件，應禁止作為證據使用<sup>255</sup>。

### 第三項 禁止使用之另案證據可否作為偵查之基礎

若於合法監聽過程中意外獲得之另案資訊非屬法定列舉重罪之一，且與監聽之重罪不具關聯性，應禁止作為另案證據使用。惟可否作為另案偵查之基礎，進而展開新的偵查程序、發動新的偵查措施以取得新的證據？有學者認為，原則上由合法監聽中得知之犯罪證據，不管係列舉犯罪、非列舉犯罪或與列舉犯罪有無關聯之證據，均得為繼續偵查其他犯罪之基礎<sup>256</sup>。

惟關於另案非屬列舉重罪且無關聯性時，亦有學者認為，因為立法者本來

---

<sup>253</sup> 吳巡龍，監聽偶然獲得另案證據之證據能力，頁 88。

<sup>254</sup> 美國大部分聯邦法院對通保法第 2517 條第 5 項規定採取寬鬆解釋，而承認（1）類似犯罪例外；（2）不可分例外及（3）默許授權法則等三類型另案監聽取得證據之證據能力。參照吳巡龍，另案監聽取得之證據應否排除，月旦法學教室，第 46 期，2006 年 8 月，頁 20-21。

<sup>255</sup> 吳巡龍，監聽偶然獲得另案證據之證據能力，頁 88-89；黃惠婷，前揭註，頁 117-118；楊雲驊，通訊監察「違反令狀原則」以及「另案監聽」在刑事證據法上之效果--評最高法院九八年度臺上字第一四九五號、九七年度臺上字第二六三三號及九七年度臺非字第五四九號三則判決，頁 90-92。

<sup>256</sup> 黃惠婷，前揭註，頁 121；吳巡龍，監聽偶然獲得另案證據之證據能力，頁 89。

就不允許使用通訊監察的蒐證手段，只要國家機關監聽到此一內容，便屬違法，不因此時之監聽因「附著」在一合法監聽上，就變的合法。因此對於違反此一要求所得通訊偵查內容之證據能力，應認為基於監聽對國民隱私權侵害之重大性以及立法者的明確規範意旨，將構成情節重大之違法，所取得之監聽記錄應依通保法第 5 條第 5 項之規定，予以絕對排除，其所衍生之證據亦同<sup>257</sup>，因此不得以遭禁止使用之證據作為取得衍生證據之手段。

## **第二節 實務見解之發展：從不受限制的使用到有條件的容許**

### **第一項 早期：另案監聽證據使用禁止之概念尚未形成**

實務上早期對於另案監聽之概念及性質尚未形成一致的見解，有將本質上屬於合法監聽之另案監聽誤認為是違法監聽<sup>258</sup>。對於監聽過程中意外取得另案通訊內容之證據能力，往往認為法律僅禁止違法取得證據之使用，而既然是出於合法監聽所得之通訊內容則應肯定其證據能力，並不侵害人民之秘密通訊自由或隱私權保障<sup>259</sup>。

#### **第一款 另案監聽屬違法監聽或合法監聽？**

另案監聽並非法律上之專有名詞，其內涵是透過實務與學說之定義而約定成俗，因此在早期有「另案監聽」或「他案監聽」之兩種名詞，有認為兩者同義，亦有認為另案監聽是合法監聽、他案監聽是違法監聽。

### **第一目 另（他）案監聽屬違法監聽**

#### **【臺灣高等法院 94 年上易字第 1812 號判決】**

<sup>257</sup> 楊雲驊，案外監聽與證據禁止，台灣本土法學雜誌，第 108 期，2008 年 7 月，頁 228-231。

<sup>258</sup> 例如臺灣高等法院 94 年上易字第 1812 號判決。

<sup>259</sup> 例如臺灣高等法院 96 年度上訴字第 4395 號判決、臺灣高等法院臺中分院 96 年度上更(一)字第 174 號判決、臺灣高等法院台南分院 97 年度上易字第 603 號判決。

## 1. 犯罪事實摘要

本案被告庚、丙、戊、甲、己均係台北市警員，台北地檢署接獲檢舉信函認被告甲等人有包庇轄區內搖頭店之嫌，所涉係貪污治罪條例第 6 條第 1 項所列之罪，遂依職權核發監察書，監聽期間發現庚、丙二人投資舞廳，又利用職權之便探聽臨檢、搜索時間，避免警方在天使舞場店內，查得任何可能之違法情事，而遭致停業處分。甲、己、戊三人各自向庚、丙二人洩漏當日臨檢時間，以利其早點因應準備，因認庚、丙、戊、甲、己之行為均係涉犯刑法第 132 條第 1 項洩露國防以外之秘密罪嫌。

## 2. 判決理由

「本件監聽超出原來核定之罪名範圍，屬他案監聽，此種監聽行為明顯已規避法定程序之事前審查之違法監聽行為。本案在偵查程序中，以犯罪嫌疑人涉嫌貪瀆罪嫌而聲請監聽，然事實上係要監聽尚不具備監聽要件之被告所涉之他案即本件起訴之本案。監聽之重罪原則係以法定刑度及列舉罪名，惟本件係『妨害秘密』罪嫌，係違反重罪原則，經審酌人權保證及公共利益之維護，尚難認其違法取得之監聽具有證據能力。本件係針對被告庚、丙涉及貪污部分所為之監聽，另針對其餘被告戊、己、甲係於上開監聽下附帶監聽不同之對象，其貪污罪嫌部分監聽雖係合法監聽，然其中因涉及第三人隱私權，倘欲使用關於第三人之犯罪證據，則在程序上應另以第三人為受監聽對象聲請監聽，以符合法定程序之保障。本件尚無就被告戊、己、甲涉犯妨害秘密罪嫌聲請之監聽（即予聲請，亦因違反列舉重罪原則而無從准許），顯與法定程序未合。綜上，此部分或監聽超出原來核定之罪名範圍，屬他案監聽，或因本案監聽係屬附帶監聽不同對象，且非屬通訊保障監察法第 5 條之重大犯罪，並未重新聲請監聽，故無證據能力。」

## 第二目 他案監聽與另案監聽之區辨

上開判決將應屬於另案監聽（合法監聽）之範疇誤認為係他案監聽（違法監聽），但就兩者之內涵分別為何，可參考以下判決之定義：

**【臺灣高等法院臺南分院 98 年度上更(二)字第 110 號判決】**

「按偵查機關於合法通訊監察過程中偶然、無意地監聽到與本案無關之通訊內容，而涉及『受監聽對象所犯監聽票所未記載之犯罪行為』或『非監聽票所載之第三人所為之其他犯罪行為』之犯罪事實時，檢察官能否以此等通訊監察所獲取之資料作為追訴該『犯罪事實』之證據，刑事訴訟法並無明文規定。若將此種監聽一概以其違反通訊保障及監察法揭發之列舉重罪原則、相關性原則、書面許可原則之正當程序要件，固然較符合強制處分之法定原則、事先須經嚴格司法審查之令狀原則之要求。惟依刑事訴訟法第 158 條之 4 規定，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護，且依同條立法理由所云，違背法定程序取得證據之情形，常因個案之型態、情節、方法而有差異，法官須為個案斟酌，復參酌刑事訴訟法第 152 條『另案扣押』之相同法理，亦即偵查便利性之要求。從而，法院在判斷此種監聽有無證據能力時，應分別『另案監聽』及『他案監聽』個案情節之不同，而有不同之認定。

- 1、所謂『**他案監聽**』則係指偵查機關為規避通訊保障及監察法揭發之列舉重罪原則、相關性原則、書面許可原則等正當程序要件，而**惡意**地利用取得之監聽票，監聽未能取得監聽票之其他案件之行為。故『他案監聽』不僅超出原核定之罪名、對象範圍而有違反通訊保障及監察法揭發之列舉重罪原則、相關性原則、書面許可原則等正當程序要件，而屬違法監聽，為實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，惟法院仍應依刑事訴訟法第 158 條之 4 權衡取捨有無證據能力。（於 96 年 7 月 11 日公布之通訊保障及監察

法，係規定違反規定進行監聽行為重大者，所取得之內容或所衍生之證據，無證據能力）。

2、所謂『另案監聽』係指偵查機關於合法通訊監察過程中偶然、無意地監聽到與本案無關之通訊內容，而涉及『受監聽對象所犯監聽票所未記載之犯罪行為』或『非監聽票所載之第三人所為之其他犯罪行為』之犯罪事實。惟另案監聽雖然亦超出原核定之罪名、對象範圍而有違反通訊保障及監察法揭發之列舉重罪原則、相關性原則、書面許可原則等正當程序要件之情事，但就另案監聽之性質而論，皆屬突然間緊急發現之犯罪事實，若不及時截取，將會產生稍縱即逝之遺憾，故就急迫或緊急之觀點而論，偵查機關仍得先行截取並加以保存，以待他日作為證據使用。應認其有證據能力。」

## 第二款 另案證據之使用不侵害秘密通訊自由？

### 【臺灣高等法院 96 年度上訴字第 4395 號判決】

#### 1. 事實摘要

被告甲原係臺北縣政府警察局新莊分局中平派出所所長，於執行臨檢勤務時，見一小客車闖紅燈且形跡可疑，即予攔截盤查，並於車內查獲疑似 K 他命藥粉 1 包，經當場詢問車上之駕駛蔡○○及乘客吳○○、林○○，吳○○當場承認該包疑似 K 他命藥粉 1 包為其所持有，被告即命該所另派巡邏警網將蔡○○等 3 人逮捕帶回派出所等待處理。惟被告原應對蔡○○、吳○○及林○○等 3 人製作詢問筆錄，並追查該包疑似 K 他命藥粉之來源，並將渠等 3 人之尿液及該包疑似 K 他命之藥粉送驗。詎因吳○○請人向被告關說，被告竟未對蔡○○、吳○○及林○○等 3 人製作詢問筆錄，亦未對蔡○○、吳○○及林○○等 3 人採尿暨將該包疑似 K 他命之藥粉送驗，且未將本案之查緝紀錄於工作紀錄簿上，即讓蔡○○、吳○○及林○○等 3 人離去，而予縱放。另對該包疑似 K 他命之藥粉則予以丟

棄，以此方式湮滅該案件之證據，因認被告涉犯刑法第 163 條第 1 項之公務員縱放職務上依法逮捕拘禁之人罪及同法第 165 條之湮滅關係他人刑事被告案件之證據罪嫌。本案係因對蔡某等涉嫌違反貪污治罪條例案件為實施監聽時偶然得知。

## 2. 判決理由

「『另案監聽』下取得非本案（指貪污治罪條例）之通訊內容，惟原本之監聽行為既無違法之情事，且當時所發現之相關犯罪事實，就其性質而論，係屬突然間發現之犯罪事實，若不即時截取將會產生稍縱即逝之遺憾，對於偵查機關於實施合法監聽之際，偶然或無意間發現與本案無關之通訊內容，而涉及其他受監聽對象所犯（監聽票所未記載之犯罪行為）之犯罪事實，自得先行截取並加以保存，以待他日作為證據使用。且法院容許該項證據作為認定犯罪事實之依據，並無妨害憲法第 12 條所保障人民秘密通訊自由之重大違法情事，亦無害於公平正義，復未違背憲法第 8 條、第 16 條所示應依正當法律程序保障人身自由及受公平審判權利之保障等意旨，是上述監聽譯文既係偵查機關因繼續偵查取得之證據，又符合法定之程序，自應認有證據能力。」

### 第三款 小結

若將另案監聽定義為偵查機關於合法通訊監察過程中偶然、無意地監聽到與本案無關之通訊內容，而涉及「受監聽對象所犯監聽票所未記載之犯罪行為」或「非監聽票所載之第三人所為之其他犯罪行為」之犯罪事實，則絕對不會是違法監聽。其實，若根據前述另案監聽之定義，則僅存在一個合法之監聽措施，只不過在此監聽實施過程中發現關於另案之犯罪資訊或證據，可否作為另案認定犯罪事實之依據而已，並未涉及一個獨立的監聽措施，因此討論其係合法監聽或違法

監聽並無意義。至於另案監聽與他案監聽之區別需透過定義而形塑其內涵，另外在最高法院 97 年台非 549 號判決中，認為另案監聽亦有稱之為他案監聽。

另外，前揭判決認為容許另案監聽取得之證據作為認定犯罪事實之依據，並無妨害憲法第 12 條所保障人民秘密通訊自由，亦無害於公平正義，復未違背憲法第 8 條、第 16 條所示應依正當法律程序保障人身自由及受公平審判權利之保障，而肯定其證據能力。惟依本論文所主張，監聽所得資訊之使用亦會造成秘密通訊自由的繼續侵害或擴大，於本案監聽時，因為不涉及強制處分目的之變更，監聽之授權規定亦為資訊之使用規定，故得合法使用。然另案監聽之證據使用涉及強制處分目的之變更，於欠缺授權基礎之情況下，因繼續侵害人民之秘密通訊自由且亦違反憲法對於資訊自決權之保障，應生證據使用禁止之效果。

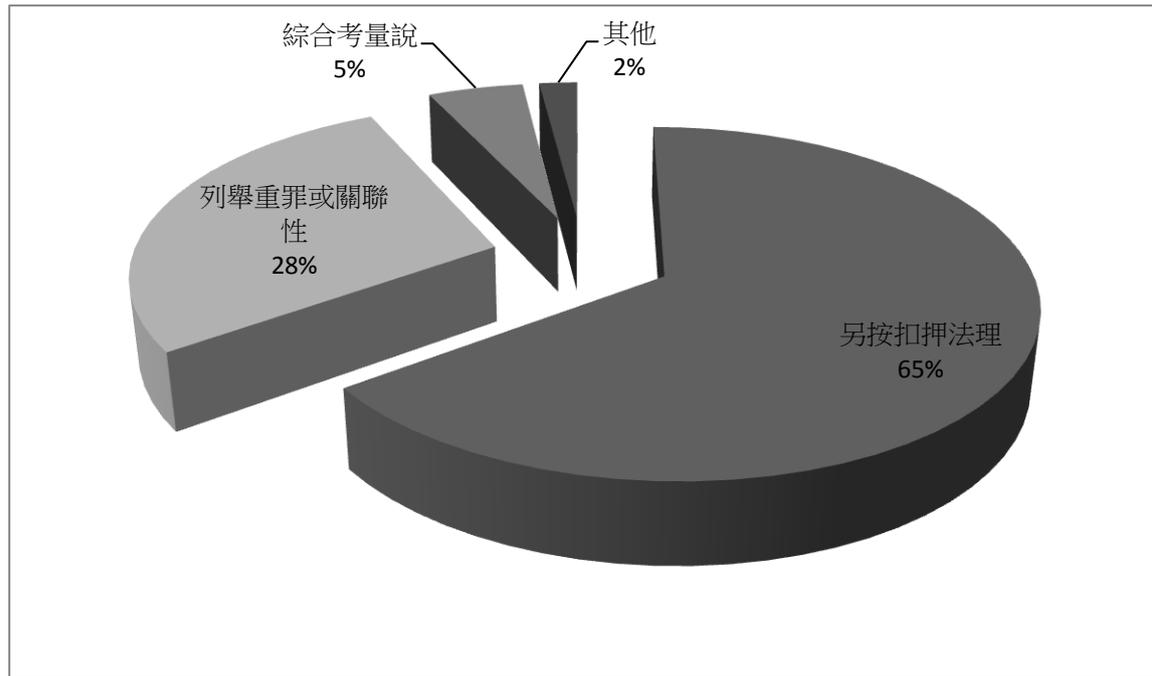
## 第二項 實務關於另案監聽證據能力之三大見解

實務上對於另案監聽之證據能力意見主要有三類，第一是採取另案扣押之法理，認為另案監聽取得之證據均得使用；第二是採法益權衡之綜合考量說，衡量另案證據之使用對於被告秘密通訊自由及隱私權之侵害，與被告之犯罪行為對於社會、國家法益侵害之輕重以定其證據能力；最後一說與德國學界通說、實務同，採取列舉重罪或關聯性原則之限制，然此說於我國之發展仍有待觀察。

圖 1<sup>260</sup>

---

<sup>260</sup> 本圖係透過法源法律網（網址：<http://www.lawbank.com.tw/>）以「另案監聽」為關鍵字搜尋最高法院、高等法院乃至各地方法院之判決，大多是民國 95 年之後的判決至 101 年 2 月止，在此之前應不是沒有另案監聽之問題，而是可能還未形成另案監聽之概念，而對於本案監聽獲得之另案資訊均可作為證據使用。若以 95 年之後的判決為整理分析，就另案監聽之證據能力有表示見解者主要有三類，即另案扣押法理說（101 件）、列舉重罪與關聯性原則之限制說（43 件）以及綜合考量說（8 件），所謂「其他」例如是根本認為另案監聽之證據使用不侵害秘密通訊自由（4 件），詳請參考附錄二。



### 第一款 基於另案扣押法理，於另案中均得為證據使用

於另案監聽之證據能力處理上，不管是德國早期實務見解或我國實務均有類推適用另案扣押規定之想法，我國實務中可以最高法院 97 年度台非字第 549 號判決為代表。在介紹此判決前，我們先看看臺灣高等法院臺南分院 95 年度上易字第 649 號判決，前者即係對後者之確定判決提起非常上訴所作成之裁判。最高法院雖以原審同樣認為另案監聽具有證據能力而駁回非常上訴，惟推論過程卻不盡相同。其事實背景為因違反貪汙治罪條例聲請監聽，卻意外發現被告之賭博罪嫌。

#### 臺灣高等法院臺南分院 95 年度上易字第 649 號判決

「(一)刑事訴訟上所使用之證據，其證據能力有無欠缺，和證據是否在該案訴訟程序中取得，並沒有必然的關連。正當法律程序原則係禁止違法取得證據，而非限制必須藉由本案偵審程序取得證據，故除非有證據證明偵查機關惡意利用他案蒐證而規避法定正當程序，否則雖係他案通訊監察或搜索、扣押所得證據，並沒

有不能提出使用的道理。通訊保障及監察法列舉重罪原則係限於法條所列重罪才能通訊監察，此規定是屬於通訊監察的『發動門檻』，而非『使用通訊監察資料門檻』。刑事訴訟法第 152 條規定：「實施搜索或扣押時，發見另案應扣押之物亦得扣押之，分別送交該管法院或檢察官。」此『另案附帶扣押』之法理在通訊監察應無不同。參考美國及德國法，監聽程序若為合法，其所偶然取得關於另案之證據是在合法監聽之犯罪或與通訊監察書上所載罪名有密切關聯者，若係通訊保障應有證據能力，否則，若非通訊保障及監察法所列舉得監聽罪名，且與本案無關者，因不具監聽要件，屬違背法律程序取得之證據，其證據能力之有無，應依刑事訴訟法第 158-4 條定之... (三)本件賭博之監聽譯文係合法監聽所取得不合監聽罪名，且與貪污案無關聯性，但程序上並無侵犯被告之通訊自由，而公訴人尚有其他證據證明被告犯本案之賭博罪(其他人證、物證有證據能力，詳後述)，故不影響被告之防禦，賭博雖為輕罪，惟依被告之人權保障及公共利益均衡維護，仍應認該監察所得有證據能力。」

本則判決雖一開始以「另案附帶扣押之法理在通訊監察應無不同」，看似援引另案扣押法理為據，欲肯定另案監聽之證據能力，惟卻接著參考美國法及德國法，認為若另案監聽之罪名屬得合法監聽之罪名，或與通訊監察書上之罪名有關聯性者，則應有證據能力。反之，若非得監聽之罪名且與本案無關聯性者，則屬違法監聽，其證據能力之有無應依第 158 條之 4 定之。最後，本件賭博非屬得監聽之罪，且與本案之貪污亦無關聯，依上開推論，應認為構成違法監聽，而依第 158 條之 4 權衡其證據能力。而權衡之結果為「賭博雖為輕罪，惟依被告之人權保障及公共利益均衡維護，仍應認該監察所得有證據能力」。緊接著我們看最高法院對於另案監聽之表示：

#### **最高法院 97 年度台非字第 549 號判決**

「惟實施通訊監察時，因無法預期及控制實際監察所得之通訊內容及範圍，在通

訊監察過程中，不免會發生得知在本案通訊監察目的範圍以外之通訊內容（有稱之為『另案監聽』、『他案監聽』者），此種監察所得與本案無關之通訊內容，如涉及受監察人是否另有其他犯罪嫌疑時，得否容許作為另案之證據使用，法無明文規定。此種情形因屬於本案依法定程序實施通訊監察時，偶然附隨取得之證據，並非實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，自無刑事訴訟法第一百五十八條之四規定之適用。而同屬刑事強制處分之搜索、扣押，則於刑事訴訟法第一百五十二條明定，允許執行人員於實施搜索或扣押時，對於所發現『另案應扣押之物』，得以立即採取干預措施而扣押之，分別送交該管法院或檢察官（學理上稱為『另案扣押』）。則**基於同一之法理，及刑事訴訟上發現真實之要求**，自應容許將在本案通訊監察目的範圍以外，偶然獲得之資料，作為另案之證據使用。又九十六年七月十一日修正公布之通訊保障及監察法第五條第五項、第六條第三項均規定「違反本條規定進行監聽行為情節重大者，所取得之內容或所衍生之證據，於司法偵查、審判或其他程序中，均不得採為證據。」依上開二項規定意旨，並參酌刑事訴訟法第一百五十八條之四之規定，違法監聽如情節並非重大者，所取得之監聽內容及所衍生之證據，有無證據能力，仍應就人權保障及公共利益之均衡維護予以權衡決定，而非當然無證據能力，則依「舉重以明輕」之法理，在合法監聽時，偶然附隨取得之另案證據資料，並非違背法定程序取得之證據，亦未侵害憲法所保障之人民秘密通訊權，**基於維護公平正義及刑事訴訟發現真實之目的**，該偶然取得之監聽內容及所衍生之證據，亦應認為有證據能力。…本件因執行通訊監察所取得被告與邱○○之關於賭博罪嫌之監聽譯文，固係於執行瀆職案件之通訊監察時，偶然附隨取得本案監察目的範圍以外之通訊內容，惟揆諸上揭說明，該監聽譯文本身及所衍生之邱○○實施搜索、扣押，並詢問邱○○、證人郭○○、黃○○所取得之證據資料，均應容許為本件賭博案件之證據資料，原審法院因而認為有證據能力，經合法調查後採為判斷之依據，自無非常上訴意旨所指判決不適用法則之違背法令可言。本件非常上訴為無理由，應予駁回。」

最高法院首先認為另案監聽所得之證據並非刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，自無刑事訴訟法第 158 條之 4 規定之適用。接者以兩點理由肯定另案監聽之證據能力。第一，基於另案扣押之法理及刑事訴訟發現真實之要求；第二，違法監聽若非情節重大者，尚應依第 158 條之 4 權衡證據能力，何況另案監聽是合法監聽取得另案之證據，則依舉重以明輕之法理，應認有證據能力<sup>261</sup>。

自從上開最高法院判決做出後，不論最高法院或下級法院均有大批的追隨者<sup>262</sup>，逕自認為基於另案扣押法理，另案監聽即有證據能力。本論文贊同德國學者提出所謂另案扣押與另案監聽乃基於相同法理，亦即假設重複干預之合法性。然而，在判斷重複實施干預是否合法時，應以各自干預措施的發動門檻判斷之。另案扣押之實施並無重罪之限制，因此幾乎對於所有犯罪都可實施合法另案扣押；然另案監聽列舉重罪限制，於判斷假設重複干預合法性時，當然必須判斷另案所涉犯罪是否亦屬得實施監聽之犯罪，而非一概認為均有證據能力。

## 第二款 綜合考量

<sup>261</sup> 郭毓洲法官認為：「最高法院 97 年度台非字第 549 號的這個判決，對於證據能力從表面上看不出有限制，但有實務家認為其從最高法院所維持之二審確定判決（即上開臺灣高等法院臺南分院 95 年度上易字第 649 號判決）的內容再進一步去看，該判決已經寫得很清楚，其認為另案監聽的證據應該是屬於通保法所規定的重罪，或者具有關聯性者為限，那最高法院既然已經維持二審的判決，而駁回檢察總長的非常上訴，那是不是可以解釋說已經肯定了二審的見解，所以基本上來看這二個判決，好像也沒有什麼不一致的地方。」參照郭毓洲法官之發言，頁 135。

惟本論文認為雖然最高法院維持二審之判決，且於理由中均論及另案扣押之法理，然二審判決主張若不合於重罪與關聯性之限制，則屬於違法監聽，應依第 158 之 4 條權衡證據能力，然而，最高法院直接否定另案監聽有第 158 之 4 條之適用，此二判決理由顯然互相矛盾。又從圖表一可看出，現今實務上採取最高法院 97 年度台非字第 549 號之見解者占大多數，此實務見解的運用結果顯然是採取不受限制的觀點。

<sup>262</sup> 例如最高法院 100 年度台上字第 6706 號判決、最高法院 100 年度台上字第 6173 號判決、最高法院 99 年度台上字第 2505 號判決、最高法院 99 年度台上字第 982 號判決，以及採取相同見解之高等法院與地方法院等 101 則判決。

第二種見解是採取法益權衡之方式，綜合考量個人權利之保障以及國家之公共利益，方予決定另案監聽取得之通訊內容有無證據能力。例如：

### **1. 臺灣高等法院 97 年度上訴字第 4680 號判決（持有槍砲）**

「本案另案監聽所得之通訊內容，對於被告 2 人之隱私權及秘密通訊自由之侵害尚屬輕微，且被告乙○○涉犯持有槍枝罪嫌，係在通訊保障監察法第 5 條明定得實施通訊監察之犯罪嫌疑範圍，又排除此項證據之適用並不能避免將來偶然之他案監聽情形之出現，綜合考量上述所有情狀，應認上揭實施通訊監察所取得之監聽內容中，關於被告 2 人陳述之部分，具有證據能力，而依該通訊監察內容所製作之上揭監聽譯文亦具有證據能力。」

### **2. 臺灣高等法院高雄分院 97 年度上易字第 257 號判決（贓物）**

「其於原所核發之通訊監察期間，因偶然或無意間所為『另案監聽』下取得非本案（指贓物）之通訊內容，惟原本之監聽行為既無違法之情事，且當時所發現之相關犯罪事實，就其性質而論，係屬突然間發現之犯罪事實，若不即時截取將會產生稍縱即逝之遺憾，對於偵查機關於實施合法監聽之際，偶然或無意間發現與本案無關之通訊內容，而涉及其他受監聽對象所犯（監聽票所未記載之犯罪行為）之犯罪事實，自得先行截取並加以保存，以待他日作為證據使用，是本案實施通訊監察機關並非蓄意以非法之方式取得被告丑○○、子○○與被告癸○○上揭通訊內容，而係於「合法」監聽程序中取得該通訊之內容，另參以前揭通訊監察之通話號碼均屬合法監聽，本案另案監聽所得對於被告等之隱私權及秘密通訊自由之侵害尚屬輕微，然衡以被告丑○○、子○○等所涉犯之故買贓物之罪，係屬攸關電纜線贓物市場之活絡性，且與社會大眾日常供電穩定性維護密切相關，對於國家、社會之福祉影響甚鉅，且排除此項證據之適用並不能避免將來偶然之他案監聽情形之出現，綜合考量上述諸節，因而認辯護人前開所辯要無可採，上揭期間所實

施通訊監察而取得之監聽內容應具有證據能力，而依該通訊監察內容所製作之上揭監聽譯文亦具有證據能力。」

### 3. 臺灣高等法院刑事 96 年度上更（一）字第 529 號判決（妨害投票）

「於本案情形實施通訊監察機關並非蓄意以非法方式取得被告丁○○與被告乙○○之上揭通訊內容，而係於『合法』監聽程序中偶然取得該通訊之內容，再參以所受通訊監察之行動電話門號 0000000000 號亦已在合法監聽程序中，必然會對受監聽對象即被告丁○○之通訊內容為全面性之監察，且本件因對另案監聽所得之通訊內容，對被告丁○○、乙○○之隱私權及秘密通訊自由之侵害尚屬輕微，然其等所涉犯之刑法第 146 條第 1 項妨害投票正確之罪，攸關現代民主法治社會基礎之選舉公平性維護，對於國家社會有重要意義，且排除此項證據之適用並不能避免將來偶然之另案監聽情形之出現，雖然刑法第 146 條並非係通訊保障及監察法第 5 條所明定得實施通訊監察之犯罪嫌疑範圍，惟綜合考量上述所有情狀，本院認前揭 94 年 6 月 8 日上午 8 時 5 分許實施通訊監察所取得之監聽內容具有證據能力。」

以上三則判決均認為另案監聽所得通訊內容對於被告之隱私權及秘密通訊自由之侵害尚屬輕微，或基於電纜線贓物市場之活絡性，抑或民主法治社會基礎之選舉公平性維護等公共利益考量，且排除此項證據之適用並不能避免將來偶然之另案監聽情形之出現，因此肯定其證據能力。然以下涉及被告賭博罪嫌之判決則有所不同：

### 4. 認定無證據能力之案例：臺灣高等法院臺中分院 98 年度上易字第 1722 號判決（賭博）

「此外，依前開聲請通訊監察之相關卷證，被告丁○○等人僅係涉犯刑法第 268 條前段之意圖營利供給賭博場所罪、同條後段之意圖營利聚眾賭博罪、同法第 266

條第 1 項前段之在公眾得出入之場所賭博財物罪嫌，非屬通訊保障及監察法第 5 條各款項所列舉之罪嫌；而被告丁○○等人所為，亦僅係侵害善良風俗之社會法益，犯罪所生危害非重，並未涉及個人生命、身體、財產等重大法益。又依當時狀況及蒐證結果，偵審人員如依其他法定程序，亦難謂將因此難以發現及蒐集被告丁○○等人涉犯賭博罪嫌之罪證。而本件係侵犯被告丁○○等人秘密通訊之自由及隱私權，若以被告等人違反之社會善良風俗與遭侵害之個人秘密通訊之自由及隱私權等法益相互比較，自應以被告丁○○等人所受侵害之法益較為嚴重。故原審揆諸上揭條文及判決、判例要旨，就被告丁○○等人個人基本人權之保障及本案所侵犯法益與公共利益之均衡維護，依比例原則及法益權衡原則，予以客觀判斷，認該監聽錄音所取得之證據與監聽逐字譯文本身，違反通訊保障及監察法規定情節重大，而無證據能力。」

此判決考量被告受侵犯之隱私權、秘密通訊自由與社會善良風俗間之均衡維護，認為侵害被告之法益較為嚴重，且偵審人員如依其他法定程序，亦難謂將因此難以發現及蒐集被告等人涉犯賭博罪嫌之罪證，因此認為應該排除另案監聽所得內容之證據能力。

自以上四則判決可知，透過權衡之方式對於法官來說較有彈性運用之空間，但對於被告來說則欠缺明確性。而且，立法者於制訂通保法時即已做過法益權衡，限於一定之重大犯罪始允許實施通訊監察，而於另案監聽之證據使用上亦應為相同處理，以立法者之價值決定為依歸，禁止司法者於個案再次權衡，以免有司法僭越立法之嫌。

### 第三款 列舉重罪、關聯性原則之限制

實務關於另案監聽證據能力之第三類見解與德國學界通說與實務同，係採列舉重罪或關聯性原則之限制，此以最高法院 97 年度台上字第 2633 號判決為代表

### **1. 最高法院 97 年度台上字第 2633 號判決**

「倘若屬於本案依法定程序監聽中偶然獲得之另案證據，則因其並非實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序所取得之證據，當亦無刑事訴訟法第一百五十八條之四之適用。此種情形，應否容許其作為另案之證據使用，現行法制並未明文規定。而同屬刑事強制處分之搜索、扣押，則於刑事訴訟法第一百五十二條規定有學理上所稱之『另案扣押』，允許執行人員於實施搜索或扣押時，對於所發現『另案應扣押之物』得以立即採取干預措施而扣押之，分別送交該管法院或檢察官。鑒於此種另案監聽之執行機關並不存在脫法行為，且監聽具有如前述不確定性之特質，其有關另案之通訊內容如未即時截取，蒐證機會恐稍縱即逝。則基於與『另案扣押』相同之法理及善意例外原則，**倘若另案監聽亦屬於通訊保障及監察法第五條第一項規定得受監察之犯罪，或雖非該條項所列舉之犯罪，但與本案即通訊監察書所記載之罪名有關聯性者，自應容許將該『另案監聽』所偶然獲得之資料作為另案之證據使用。**」

本則判決與最高法院 97 年台非字第 549 號判決均論及基於「另案扣押」之相同法理<sup>264</sup>，惟結論上卻大相逕庭，後者認為另案監聽所得通訊內容當然可以使用，前者卻認為需受得監聽之列舉重罪或關聯性原則之限制，後者符合現今德國學界通說與實務之見解。然在法無明文規定下，最高法院並未論及該限制之法理基礎，係參照外國立法例抑或考量立法者之價值決定？本判決所稱「基於與另案扣押相同之法理」意義並不明確，係指刑事訴訟法內另案扣押規定直接作為「另案監聽」

<sup>263</sup> 其他相同見解者例如：最高法院 100 年度台上字第 7007 號判決、最高法院 100 年度台上字第 7007 號判決、最高法院 99 年度台上字第 7740 號判決，以及其他高等法院與地方法院等 43 則判決。

<sup>264</sup> 本則裁判雖亦有提及另案扣押法理，惟其最終標準係採列舉重罪或關聯性原則之限制，故不列入「另案扣押法理」之案件計算。

之授權基礎？還是可以類推適用？有無違反法律保留原則之疑慮？等，均值進一步討論<sup>265</sup>。至於何謂「關聯性」最高法院亦未提出說理及標準，在後續的討論中將可發現實務上對於關聯性原則之運用係採「自由心證」。

## 2. 認定無證據能力之案例：

### (1) 臺灣基隆地方法院 100 年度基簡字第 705 號判決

(本案違反選罷法、另案賭博)

「參閱本案聲請簡易判決處刑書證據並所犯法條欄中列舉之卷附『通訊監察譯文、臺灣基隆地方法院通訊監察書、本署通訊監察結束通知受監察人一覽表』等資料可知：臺灣基隆地方法院檢察署原以公職人員選舉罷免法第九十九條第一項之犯罪嫌疑，聲請本院核發九十九年聲監字第四○五號通訊監察書，對包括本案證人陳○○等人所使用行動電話門號實施通訊監察，此固核符通訊保障及監察法第五條第一項第一款所定得受監察之犯罪；嗣執行機關依本院核發之上開通訊監察書執行通訊監察過程中，卻意外獲得涉及本案賭博罪嫌之通訊內容；此通訊內容及其譯文，就原監察目的及本院通訊監察書所記載罪名而言，自屬前揭所謂『另案監聽』所偶然獲得之資料；惟因本案賭博罪嫌（無論係刑法第二百六十六條或第二百六十八條），既非屬於通訊保障及監察法第五條第一項規定得受監察之犯罪，亦未見其與上開本院核發之通訊監察書所記載罪名有何關聯性，揆諸前述說明，即無從作為本案被告賭博罪嫌之證據使用。」

### (2) 臺灣臺南地方法院 96 年度易字第 1132 號裁定

(本案違法選罷法、另案賭博)

<sup>265</sup> 楊雲驊，另案監聽--評最高法院九七年臺上字第二六三三號判決，臺灣法學雜誌，第 116 期，2008 年 11 月，頁 172。

「惟偵查機關就『本案』即被告戊○○所涉違反選罷法案件進行通訊監察時，雖偶然發現被告丙○○、戊○○2人就涉犯本件賭博罪之相關證據，而似屬於合法通訊監察下另案監聽所得之結果。然本案通訊監察縱屬合法，有條件承認另案監聽所得證據之合法性，乃係基於通訊監察有先天上難以克服之技術問題，無法限制受監察通訊之內容所致，若泛無限制地承認另案監聽取得之證據均具有證據能力，則可能加深通訊監察對人民通訊自由及隱私保障之侵害，是以如非另案監聽所發現犯罪事證有關之『另案』係屬依通訊保障及監察法規定得進行通訊監察之犯罪，即須該等犯罪與本案受監察之犯罪具有**事實上之關連性**，始屬相當，業如前述；本件被告丙○○、戊○○因『本案』即違反選罷法案件經通訊監察結果，所遭發現之『另案』事證乃有關本件賭博罪之證據，而被告丙○○、戊○○等涉犯之刑法第268條意圖營利供給賭博場所罪，非屬通訊保障及監察法第5條所列得進行通訊監察之犯罪，其涉嫌之犯罪事實復與被告等涉嫌違反選罷法之犯罪事實無**事理上之關連性**，揆諸前述說明，應認偵查機關為偵查被告戊○○涉嫌違反選罷法案件，所進行通訊監察之結果，雖偶然獲得被告等可能涉犯本件賭博罪之資訊，然基於保障通訊自由及隱私權利，適當限制另案監聽所得證據之證據能力之立場，應不得作為證據。」

### 3. 關聯性原則之操作

如前所述，實務上有對於另案監聽之證據能力採取列舉重罪與關聯性原則之限制，若另案之犯罪屬於依通保法第5條得監聽之罪，則肯定其證據能力，因其標準明確，尚無爭議。然有問題的是「關聯性原則」之判斷，究竟關聯性指的是何種關聯？同一被告之相牽連案件是否包括在內？是否如同德國法以「同一案件」為判斷基準？

#### (1) 最高法院 99 年度台上字第 7740 號判決（本案詐欺、另案妨害自由）

「基於與『另案扣押』相同之法理及善意例外原則，倘若另案監聽亦屬於通訊保障及監察法第五條第一項規定得受監察之犯罪，或雖非該條項所列舉之犯罪，但與本案即通訊監察書所記載之罪名有關聯性者，自應容許將該『另案監聽』所偶然獲得之資料作為另案之證據使用。本件對上訴人持有之 0000000000 號行動電話為通信監察之罪名雖為詐欺罪嫌，然依原判決所認定：上訴人所屬詐欺集團持用之某人頭帳戶，原有被害人匯入之新台幣一百萬元，後疑遭收購出賣帳戶而知悉密碼之真實姓名年籍不詳成年男子以網路匯款方式轉出，上訴人為誘出該男子，而將不詳姓名之被害人強押上車剝奪其行動自由等情，**顯然上訴人係因詐欺犯行而衍生本件妨害自由犯罪，兩者之間即有關聯性。**」

本件被告本案因涉犯詐欺罪嫌遭合法監聽，於監聽過程中發現被告另犯有妨害自由罪嫌，兩者間之關聯應是我國刑事訴訟法第 7 條「一人犯數罪」之相牽連案件，而非屬同一案件。本判決僅以被告「因詐欺犯行而衍生本件妨害自由犯罪」即認為兩者間具有關聯性，實已違背列舉重罪原則。

## **(2) 臺灣高等法院臺南分院 99 年度上訴字第 277 號判決(本案違反貪污治罪條例、另案違反政府採購法)**

「而在另案監聽之情形，其監聽結果因已超出原通訊監察書核定之罪名、受監察對象範圍等，即不無違反通訊保障及監察法揭櫫之列舉重罪原則、相關性原則、書面許可原則等正當程序要件之虞；雖就另案監聽之性質而論，其違背上開原則之程度較低，且具有一定之必然性，無須全然否定因另案監聽所取得證據之證據能力，然因通訊之範圍及內容廣泛，若對另案監聽全然未加以限制，恐亦不無可能使以通訊監察書之核發限制、控管偵查機關之監聽作為，保障人民通訊自由及隱私權益之立法意旨橫遭架空，是以另案監聽之合法性仍應較另案扣押為嚴格，而須符合若干要件為是：(1)本案之通訊監察行為須為合法且無惡意之行為，即非為規避通訊保障及監察法之規定，而刻意取得本案有關之通訊監察書，藉以監

聽有無他案犯罪事證之情形；(2)偵查機關於合法監聽時偶然發現之另案證據，須與通訊監察書之案由及涉嫌觸犯之法條欄所記載之罪名具有關聯性，或該另案監聽所涉之罪名係屬通訊保障及監察法第 5 條所列舉之罪名，始認為該另案監聽所得之證據有證據能力（最高法院九十七年度臺上字第二六三三號、九十七年度臺非字第五四九號判決意旨參照）。本件被告丁○○之選任辯護人另以：卷附通訊監察譯文均係另案監聽所得之證據資料，且被告丁○○所犯之政府採購法第八十七條第四項之罪嫌，並非得據以進行通訊監察之罪名，故上開通訊監察結果之譯文應不具證據能力云云。然本件之查獲係檢察官因被告壬○○等人涉犯貪污治罪條例第四條第一項第五款之規定，而以難以其他方法蒐集證據等為由，依修正施行前之通訊保障及監察法第五條規定，本於職權核發通訊監察書進行通訊監察，其偵查對象、受監察之通訊即受監聽電話均已明確記載，監察範圍明確，監察時間未逾法定期間等情……又檢察官據以依職權核發上開通訊監察書之案由，係被告壬○○等人違反貪污治罪條例，其具體事由則係針對被告壬○○等人長期勾結廠商圍標行賄等嫌疑，與『另案』即本件公訴意旨所指之犯罪事實確亦具有關聯性。」

本案是因被告涉嫌長期勾結廠商圍標行賄而違反貪污治罪條例遭合法監聽，然本則判決亦僅謂其與另案即本件違反政府採購法之犯罪事實具有關聯性，至於是基於何種關聯並未提出說理。就本案及另案之犯罪事實觀之，或許有同一案件之可能，但判決理由裡卻未能詳細論述其關聯性所者為何。

### (3) 臺灣高雄地方法院 100 年度訴字第 935 號判決（本案違反貪污治罪條例、另案妨害電腦使用）

「本案司法警察對被告許○○所使用之行動電話實施監聽錄音，亦未逾越授權實施監察之範圍，因監聽錄音期間獲知被告許○○有妨害電腦使用及電腦處理個人資料保護法之情，然檢、警早已掌握被告許○○非法蒐集高雄市立國小資料，係

為追查有無公務人員出售該等資料與被告許○○牟利，而予以通訊監察，故並無任何證據證明有為迴避通訊監察之管制，故意透過對被告許○○之行動電話監聽，以獲取被告許○○不法事證之證據，是本案警員並無違背法定程序取得監聽錄音證據之情事，且被告亦未對監聽錄音及其監聽錄音譯文內容之真正有所爭執，是本件監聽錄音譯文，即係本案員警依法定程序取得，復由前揭內政部警政署電信警察隊第三中隊隊員鄺○○之職務報告可知，係為追查被告許○○獲取學生資料之來源是否來自公務員，而在監聽期間獲知被告許○○有前揭事實，難謂與通訊監察書所記載之罪名**無關聯性**，揆諸上述最高法院判決意旨，自有證據能力。」

此判決實施監聽之本案罪名為違反貪污治罪條例，而於監聽過程中發現被告另犯有妨害電腦使用及電腦處理個人資料保護法之犯罪事實，透過此判決可知實務上對於關聯性之認定僅在於不同之犯罪事實間是否「有關係」，而非透過一明確、具體之判斷基準而操作，益顯現法官們根本不知何謂關聯性之內涵，自然無法正確的認事用法，僅結論式的認定兩犯罪事實間之關聯。為了避免關聯性概念之模糊適用架空列舉重罪之限制，關聯性原則具體內涵之提出實乃當務之急。

由以上四則判決可知，我國關於另案監聽證據能力之發展可能追隨著德國法的腳步，一方面較符合基本權之保障，但另一方面德國法於關聯性原則所發生之爭議問題，將同樣發生在我國。德國實務早期往往也輕易的認定兩罪間之關聯，一直到後期才接受學說以訴訟法同一案件或訴訟法犯罪事實概念為基準，判斷監聽之重罪與意外發現之非重罪是否屬於訴訟法上同一案件，若是的話則可以作為證據，反之則否。我國實務不妨採取德國法關於關聯性原則之判斷基準，並且避開現於德國仍有之爭議問題（詳參第四章第二節），縮短摸索之過程，減少可能的錯誤。

### 第三項 小結

由以上之實務裁判分析可知，目前實務上對於另案監聽證據能力之處理上，仍以另案扣押法理之適用為大宗，認為基於同一法理另案監聽所得通訊內容應有證據能力。若以前述德國法之發展來看，學者提出另案扣押之法理基礎為「假設重覆干預之合法性」，此亦為電話監聽偶然發現之使用基礎，惟不同點在於，搜索扣押並無列舉重罪之限制，因此於執行搜索時發現另案應扣押之物，無須考慮犯罪類型之限制。然電話監聽卻有所不同，執行監聽過程中發現另案之犯罪資訊，首先必須考慮該犯罪是否屬於得監聽之重罪，否則無法通過假設重覆干預之檢驗。兩者法理雖然相同，但因為各自的發動門檻不同，自然必須個別判斷，非謂另案所得資訊均可作為證據使用。

如上所述，現今我國實務多數見解仍如同德國 1972 年的漢堡高等法院判決，以另案扣押法理作為論證之依據，該判決之見解早已在 1976 遭德國聯邦最高法院廢棄，然於我國卻為實務多數意見所採。雖然實務上亦有採列舉重罪與關聯性原則之見解，惟該見解不但法無明文規定，於判決理由中亦未論證其法理基礎，更無人之使用界限之概念。至於關聯性之判斷基準，我國實務未曾對此表示意見，或有謂「事實上之關聯」、「事理上之關聯<sup>266</sup>」，但仍未澄清其內涵，若廣泛使用關聯性原則，無疑是架空監聽列舉重罪之限制，反而加劇基本權之侵害，或許可參考德國法以訴訟法之同一案件為判斷之基準，並採取嚴格把關之態度。然最重要者，還是有賴立法者對於另案監聽所得通訊內容之使用制訂明確的法律規範，賦予其使用上之授權基礎，以杜爭議。

#### 修法建議：

「執行通訊監察所得資料，僅於所欲追訴之犯罪於具體個案中得合法實施通訊監察時，始得於其他刑事程序中使用。」

---

<sup>266</sup> 臺南地方法院 96 年度易字第 1132 號裁定。

## 第七章 結論

探討偶然發現或另案監聽之證據使用禁止，乃因另案證據的使用將涉及強制處分目的之變更，凡涉及資訊使用目的之變更者，若無另一合法之授權基礎，即構成基本權利之不當侵害，應生證據使用禁止之效果。

對於另案監聽之證據能力我國法無明文規定，而實務上已開始漸有另案監聽之證據使用禁止的概念，此對於人權保障是值得喝采之事。惟佔大多數的實務見解仍認為基於另案扣押之相同法理而採取不受限制的觀點。然如本論文所述，另案扣押與另案監聽之法理基礎同屬「假設重覆干預合法性」之概念，亦即假設在取得另案證據的程序中，聲請搜索扣押或是監聽都將允許的話，則可以作為另案追訴之證據使用。至於是否允許應以各自不同的發動門檻、法定要件來判斷，監聽有重罪之限制，於判斷假設重覆干預時當然必須同時符合重罪之要件，始可能允許監聽，此乃與搜索扣押最大不同的地方。

關於真正偶然發現之使用上，德國刑事訴訟法已明文規範於第 477 條第 2 項第 2 句，亦是採取假設重覆干預之概念。對此學說上仍有爭議的是，應以抽象觀點或具體觀點判斷之？只需符合列舉重罪此一要件即可？抑或應於個案中具體判斷是否監聽之各個要件均已具備？本論文認為，應以具體觀點判斷有無第 477 條第 2 項第 2 句之適用，亦即另案監聽所得之犯罪資訊除了符合列舉重罪之規定外，仍應於個案中判斷是否滿足監聽之要件，至少需進行補充性原則之判斷，於個案中是否不能或難以其他方法蒐集或調查證據，若有其他同等有效之替代手段，即應禁止另案監聽取得通訊之使用。

另外，關於人的使用限制部分，德國實務與學界通說其實只有事的使用限制概念，而無人的使用限制概念，只要另案之犯罪資訊屬於列舉重罪之一，不論所涉及者乃同一被告或其他第三人均可作為證據使用。但監聽技術之困難不足以作

為干預第三人秘密通訊自由之正當化基礎，反而必須透過證據的禁止使用減輕對其等之侵害。不論是德國之電信通訊監察規定，抑或我國之通保法規定，均僅允許對被告或其訊息傳遞者、器材提供者實施監聽（通保法第4條規定），亦即監聽對象方面亦有所限制。於此亦可使用假設重覆干預作為判斷之基準，即在以第三人為被告之程序中，可否透過合法監聽取得系爭之通訊內容，而此合法之前提即在於該第三人是否直接或間接參與通話。

至於不真正偶然發現之關聯性原則的判斷，德國通說與實務均認為訴訟法之同一案件（犯罪事實）概念可作為判斷之基準，即當監聽之重罪與另案之非重罪間可構成訴訟法上之同一案件時，因為既屬同一案件，監聽取得之證據內容即為本案之通訊內容，與另案所涉及之其他案件無涉，惟適用之前提必須以監聽之重罪亦可證明為前提。若監聽之重罪無法證明，則系爭之非重罪因欠缺依附之對象，不可能因此仍構成同一案件，此時僅為一單純之非重罪而已，即不符合重罪之限制又欠缺關聯性，則應禁止使用。

當另案監聽取得之通訊內容不得作為證據使用時，可否作為後續偵查之依據？例如開啟偵查程序或是作為後續聲請搜索之依據。偵查機關因知有犯罪嫌疑者即應開始偵查，此乃其法定偵查義務。其既然透過監聽得知有犯罪嫌疑，即不可能再假裝不知情，應立即開啟偵查程序。惟既然基於人權保障禁止偶然發現之另案資訊作為證據使用，其禁止之範圍應該包括偵查中的使用，不得再以之作為質問手段或作為強制處分發動之依據，否則基本權保障之目的將再度落空。

以上均屬法無明文規定下，實務與學界努力嘗試尋找最能均衡真實發現與基本權保障之證據使用規範及其法理基礎，若立法者能夠認識此問題癥結所在並依此精神進行修法，相信可解決不少爭議問題，減少模糊空間，賦予基本權利更大之保護。因此，希望本論文對於德國法之介紹，於我國實務運作及立法能夠有些許之幫助，更佳落實法治國家對於基本權利之保障。

最後，即以本論文所得之結論回答下列問題：

**【案例 1】** 甲因涉犯殺人罪嫌（列舉重罪）遭合法監聽，於監聽期間果然得知甲之殺人事實。

**【案例 1】** 乃電話監聽最原始之情況，與另案監聽無涉，監聽所得資訊當然可以作為甲殺人罪之證據。

**【案例 2】** 甲因涉犯殺人罪嫌（列舉重罪）遭合法監聽，於監聽過程中無法證明甲之殺人事實，但卻發現甲參與一起強盜案（列舉重罪）。

甲因涉嫌殺人罪遭監聽，過程中發現甲另犯強盜罪，很明顯地係屬另案監聽，且強盜罪屬得監聽之罪，若於個案中判斷不能或難以其他方法蒐集或調查證據時，則監聽內容可作為甲犯強盜罪之證據。

**【案例 3】** 甲因涉嫌參與竊車為其活動內容之犯罪組織（列舉重罪）而遭合法監聽，於監聽過程中無法證明甲有參與犯罪組織，卻發現甲有竊車之事實（非列舉重罪）。

另案所涉嫌之犯罪為竊盜罪，非屬得監聽之重罪，原則上應無證據能力。惟該犯罪組織即以竊車為其活動目的，兩者似具有同一案件之關聯性。但因甲之犯罪組織罪嫌無法證明，該竊盜罪失去依附之對象，僅為一單純之非重罪，因此應無證據能力。

**【案例 4】** 甲因涉嫌參與以竊車為其活動內容之犯罪組織（列舉重罪）而遭合法監聽，於監聽過程中無法證明甲有參與犯罪組織，卻發現甲另涉犯通姦罪（非列舉重罪）。

另案所涉及之通姦罪非屬得監聽之重罪，且與組織犯罪無訴訟法上同一案件之關聯性，因此不得作為證據使用。

**【案例 5】** 被告因涉嫌建立犯罪組織（以竊車為其活動內容）而遭合法監聽，於監聽過程中，聽到被告有強盜嫌疑，並發現被告有使用暴力而傷害被害人之事實，最後僅能證明被告之傷害罪嫌。

本案在合法監聽過程中發現被告另犯有強盜罪與傷害罪之犯罪事實，但監聽之重罪及強盜罪均無法證明，不得僅因被告之傷害罪與強盜罪間具有想像競合關係而認具有關聯性，所謂關聯性必須存在於監聽之本案重罪與非重罪間，而非與任何一個重罪存有關聯即可。因此，傷害罪非屬列舉重罪，與監聽之重罪間亦無關聯性，監聽內容不得作為被告傷害罪之證據使用。

**【案例 6】** 甲因涉犯強盜罪嫌遭（列舉重罪）合法監聽，甲與乙之通話過程中發現乙曾參與一起擄人勒贖案（列舉重罪）。

另案所涉及之犯罪為乙之擄人勒贖案，擄人勒贖屬於可監聽之罪，但可否對第三人乙使用？若使用假設重覆干預合法性之概念，則在以乙為被告之程序中，若對乙實施監聽，因乙有參與該通訊，可取得甲和乙之通話內容，因此監聽內容可作為追訴乙擄人勒贖罪之證據。

**【案例 7】** 甲因涉犯強盜罪嫌（列舉重罪）遭合法監聽，甲與乙之通話過程中發現丙曾參與一起殺人案（列舉重罪）。

本案與上例不同者乃丙並未參與該次通話，因此若在以丙為被告之程序中，對丙實施監聽並無法取得該次通訊；若對有參與通話之甲或乙實施監聽，則因違反監聽對象之限制而違法，因此監聽內容不得作為追訴丙殺人案之證據。

**【案例 8】** 甲因涉犯強盜罪嫌（列舉重罪）遭合法監聽，甲之朋友乙使用甲遭

監聽之電話打電話給丙，於乙、丙之通話過程中談及甲涉嫌的強盜犯罪事實。

本案例其實不是另案監聽，因為監聽內容仍是甲之強盜罪嫌，並無涉及其他犯罪事實，只不過甲並未參與通訊。原則上當監聽執行機關發現通訊雙方均非被告或其訊息傳遞者時，應立即停止監聽，惟此方式實際上難以達成，因此必須透過證據評價之方式減輕對第三人基本權利之侵害，即監聽內容於甲之強盜案中無證據能力。

**【案例 9】** 甲因涉犯強盜罪嫌（列舉重罪）遭合法監聽，但於監聽過程中發現乙亦屬該強盜罪之共同行為人。

乙和甲屬強盜罪之共同正犯，德國刑事訴訟法第 100a 條第 1 項第 1 句明文將參與犯（共同正犯、幫助犯及教唆犯）與被告並列納入得監聽之對象，我國通保法第 5 條第 1 項雖僅規範「被告」及「犯罪嫌疑人」，但解釋上應將共同正犯及教唆、幫助犯同樣納入監聽對象<sup>267</sup>。因此監聽內容可作為乙犯強盜罪之證據。

**【案例 10】** 甲因涉嫌對丁違犯強盜罪（列舉重罪）遭合法監聽，甲之配偶乙使用甲之電話打給朋友丙，聊到甲對丁的強盜與傷害事實（非列舉重罪）。

本例是屬於不真正偶然發現之問題。甲因涉嫌對丁違犯強盜罪遭合法監聽，甲之配偶乙使用甲之電話打給朋友丙，聊到甲對丁的強盜與傷害事實，使得偵查機關意外獲知甲另涉有傷害罪嫌。就甲之傷害罪而言，甲之配偶乙得主張拒絕證言。因為家庭生活之完整性應優先於國家之追訴利益受保護，若乙主張拒絕證言，在未取得乙之同

<sup>267</sup> 參照黃惠婷，前揭註，頁 119-120。

意下，不得使用乙受監聽之談話內容。

【案例 11】 甲因涉嫌強盜罪（列舉重罪）遭合法監聽，甲與乙之通話過程中，乙聊到其子丙販賣毒品（列舉重罪）之經過。

因涉嫌強盜罪遭合法監聽，甲與乙之通話過程中，乙聊到其子丙販賣毒品之經過。就意外發現丙之販賣毒品罪而言，若先撇開丙並未參與通話之問題，乙得主張拒絕證言權，依實務見解監聽內容仍得使用，不受乙是否主張拒絕證言影響。反之，若依學者 Meier 見解，在未得乙同意之前提下，監聽內容不得為證據使用。

【案例 12】 甲因涉嫌強盜罪（列舉重罪）遭合法監聽，甲與乙之通話過程中，乙聊到其子丙販賣毒品（列舉重罪）之經過。

對甲之合法監聽過程中，意外發現另案丙販賣毒品之犯罪事實，若以德國少數說之見解，因丙未參與該次通話，偶然發現不得作為對丙之犯罪證據使用。

惟本例較特殊之情況為：通訊參與者乙是丙之父親，就乙之犯罪而言，丙得主張拒絕證言（依親屬關係享有之拒絕證言權）。為了保護家庭生活之完整性，證人之拒絕證言權應優先於國家追訴利益受保護，因此若未取得拒絕證言權人乙之同意，則監聽內容亦無證據能力。

【案例 13】 甲因涉嫌開車撞死丁（列舉重罪）遭合法監聽，監聽期間內甲與其辯護人乙見面商討案情，甲表示：「我於日前故意開車撞死丁，撞死丁之後，我意外發現現場有路人目擊事發經過，於是我就把他打成重傷害，並威脅他不得洩漏今日之事。」「我父親也想知道律師的看法，所以我父親明日會打電話給你，屆時再請你跟他說明案情。」

等語。翌日，甲之父親丙使用甲之電話打給乙，乙即依照前日甲之指示，向丙說明案情。偵查機關因而知悉甲另涉犯重傷害罪嫌（非列舉重罪）。

與前例同，就甲之重傷害罪而言，因甲未參與該次通話，其通訊內容不得作為甲重傷害罪之證據。

另外，乙乃甲之辯護人，其取得被告甲之同意後向丙解釋甲之殺人與重傷害案情，就甲之犯罪而言，乙得主張拒絕證言權（依職業關係享有之拒絕證言權），為了保護被告與辯護人不受干預之交通權，以充分保障被告受律師協助之權利，監聽所得內容不得作為被告犯罪之強盜罪和重傷罪之證據（強盜罪不是偶然發現，重傷害才是，但無論如何均無證據能力）。

**【案例 14】** 甲因涉犯強盜罪嫌（列舉重罪）遭合法監聽，於監聽過程中發現甲另犯有賭博罪（非列舉重罪）。偵查機關得否以監聽所得內容為據，對於甲之賭博罪開啟偵查程序？

偵查機關知有犯罪嫌疑者應即開始偵查，此乃其偵查法定義務。偵查機關既然透過監聽得知甲另犯有賭博罪嫌，不可能再裝作不知情，因此其有義務開啟對甲賭博罪之偵查程序。

**【案例 15】** 甲因涉犯強盜罪嫌遭（列舉重罪）合法監聽，於監聽過程中發現甲另犯有侵占罪嫌（非列舉重罪）。偵查機關得否以監聽所得內容為據，對於甲之侵占聲請住宅搜索？或偵查機關可否於訊問被告時播放監聽內容？

另案所涉及者乃甲之侵占罪嫌，既非屬得監聽之重罪，與強盜罪亦無關聯性，該通訊內容應無證據能力。且證據使用禁止之範圍

亦應包括偵查中之使用禁止，因此偵查機關不得以另案監聽取得之內容作為對甲聲請住宅搜索之依據，亦不得於訊問被告時播放錄音內容。



附錄一：偶然發現之證據能力一覽表<sup>268</sup>

		↓				↓					
偶然發現是否為列舉重罪		列舉重罪				非列舉重罪					
是否為同一被告		同一被告		第三人		同一被告			第三人		
與監聽重罪有無關聯性						有關聯性			無關聯性		
監聽重罪可否證明						監聽重罪可以證明		監聽重罪不可證明			
被告／第三人是否參與通話		參與通話	未參與通話	參與通話	未參與通話	參與通話	未參與通話	參與通話	未參與通話		
各種不同見解	德國實務	○	○	○	○	○	○	○	○	X	X
	德國學者多數說	○	○	○	○	○	○	○	○	X	X
	德國學者少數說	○	X	○	X	○	X	X	X	X	X
	我國實務(A) <sup>269</sup>	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○
	我國實務(B) <sup>269</sup>	○	○	○	○	○	○	○	○	X	X
	我國學界多數說(C) <sup>269</sup>	○	○	○	○	○	○	○	○	X	X
	我國學界少數說(D) <sup>269</sup>	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○
	本論文見解	○	X	○	X	○	X	X	X	X	X

<sup>268</sup> 本一覽表是列出偶然發現可能之案例類型，以及不同見解對於證據能力之評價，○代表有證據能力，X代表無證據能力。惟有些類型不論德國或我國之實務或學說均未曾討論過，但本論文仍以自己對於上開實務及各學說之理解，自行判斷其可能之結論。

<sup>269</sup> 我國實務(A)類是指採「另案扣押均得作為證據使用」之見解，而我國實務(B)類是指採「重罪、關聯性原則」意見；我國學說(C)類係採「重罪、關聯性原則」之見解，我國學說(D)類則係支持「類推適用另案扣押之法理」。

## 上開附錄之說明：

本論文認為，於合法監聽過程中意外發現另一個犯罪事實，應先判斷其是否為法定得實施監聽之列舉重罪，若肯定之，則應接著判斷該另案之犯罪行為人是本案之同一被告或第三人。德國實務及學界多數說認為只要偶然發現是屬於列舉重罪，則無論是對被告或第三人均得為證據使用。惟學界少數說認為仍應進一步判斷該同一被告或第三人是否有參與通話，此乃偶然發現之「人之使用界限」。

若意外發現之犯罪事實屬於非列舉重罪，則須判斷其與本案間是否具有關聯性。但因為第三人無法跟本案之犯罪形成訴訟法之同一案件（即使另案發現的是本案之共同正犯，在刑事訴訟法上屬數人共犯一罪之相牽連案件，仍係數案件），故無關聯性比較之問題。至於同一被告有關聯性之部分，尚可依監聽重罪可否證明之標準予以區分；德國實務及學界通說不管監聽之重罪可否證明，一律認為有證據能力，但少數說認為必須以監聽之重罪可以證明為前提，另案非重罪始有可依附之對象，否則即無證據能力。

另外，有關「有無參與通話」之標準，德國學者（少數說）是在「偶然發現是列舉重罪」之脈絡下提出此標準，換言之，該學者並未討論在「偶然發現不是列舉重罪」之脈絡下是否亦應適用同一標準。然而，本論文認為，為充分保障第三人之秘密通訊自由，該標準於「偶然發現不是列舉重罪」之脈絡下亦應有所適用，因此，當「偶然發現不是列舉重罪」時，縱然「偶然發現與監聽重罪具有關聯性」且「監聽之重罪可以證明」，只要被告或第三人未參與通話，亦應認為無證據能力。

至於我國方面，實務主要有兩種見解，即「另案扣押法理說」與「列舉重罪或關聯性說」（綜合考量說因判斷標準不明確，暫不列入），學說上也分為上開二說。因此本論文在判斷上開一覽表之可能情況時，採「另案扣押法理說」者（我

國實務(A)類及我國學說(D)類)認為基於另案扣押法理，合法監聽所得之證據一律得為證據使用；至於採「列舉重罪或關聯性說」者，其討論的脈絡仍僅限於是否為列舉重罪、若非列舉重罪則判斷是否有關聯性，既未觸及「監聽之重罪是否可證明」，也未討論「被告或第三人是否參與通話」對證據能力判斷之差異，因此，採「列舉重罪或關聯性說」者似係認為，「監聽之重罪是否可證明」以及「被告或第三人是否參與通話」均不影響證據能力之判斷，故本論文均先將之列為「○（有證據能力）」。



附錄二：

	最高法院	高等法院	地方法院
另	100,台上,6706	臺灣高等法院：	台北地院：
案	100,台上,6173	100,上訴,3060	99,訴,1861
扣	99,台上,2505	100,上訴,2865	95,易,2010
押	99,台上,982	100,上訴,2175	板橋地院：
法	97,台非,549	100,上訴,1428	101,訴,70
理		100,重上更(三),83	100,訴,773
		100,上訴,631	100,訴,27
		99,上訴,1771	桃園地院：
		99,上訴,845	98,訴,1146
		99,上更(一),88	98,訴,932
		98,上訴,4872	新竹地院：
		98,上訴,4209	100,訴,46
		98,上訴,3869	97,訴,272
		98,上訴,3369	苗栗地院：
		98,上易,2214	99,訴,505
		98,上訴,1265	台中地院：
		97,上訴,5289	100,訴,3136
		97,上重訴,53	100,訴,713
		96,矚上訴,16	100,訴緝,120
		台中分院：	99,訴,3503
		101,上易,142	98,訴,1672
		100,上訴,2273	98,訴,674
		100,上訴,2200	彰化地院：
		100,上訴,1650	100,易,1061
		100,上訴,891	100,易,246
		100,上訴,551	南投地院：
		100,上訴,108	100,易,376
		99,上訴,2258	雲林地院：
		99,上訴,2015	100,訴,584
		99,上訴,1903	98,訴,913
		99,上更(一),259	98,訴,830
		99,上重更(二),7	嘉義地院：
		98,上訴,1815	97,易,600
		98,上更(一),52	台南地院：
		98,上更(一),51	99,易,1354

		<p>98,上重更(二),20  97,上訴,2580  台南分院：  99,上訴,325  99,上易,211  99,上更(一),252  99,重上更(二),185  99,上訴,33  98,上訴,595  97,上訴,1369  96,上更(一),134  高雄分院：  101,上訴,167  101,上訴,48  100,上訴,1169  100,上訴,1167  100,上更(一),27  99,上訴,1994  99,上訴,1607  99,上訴,1461  99,上訴,727  99,上訴,214  99,上更(一),108  99,重上更(三),81  98,上更(一),166  98,重上更(二),139  98,上訴,1767  98,上訴,501  97,上訴,1966</p>	<p>98,訴,1617  98,金重訴,1  高雄地院：  99,訴,1087  98,訴更一,3  97,訴,886  95,訴,4312  台東地院：  100,訴,148  99,訴,100  97,訴,178  97,訴,132  屏東地院：  98,訴,326  97,易,975</p>
列舉重罪、關聯性原	<p>100,台上,7007  99,台上,7740  97,台上,2633</p>	<p>臺灣高等法院  100,上訴,1410  99,上重更(一),10  98,上訴,1749  98,上更(一),247  98,上重訴,2  台中分院：  100,上訴,2576  100,上訴,2283</p>	<p>板橋地院：  100,訴,1878  100,訴,1870  100,訴,773  99,訴,2796  99,訴,2269  96,重訴,18  基隆地院：  100,基簡,705</p>

則		<p>100,上訴,2104  100,上訴,1921  100,上訴,1562  98,上重更(三),44  台南分院：  100,上訴,559  高雄分院：  100,上訴,357</p>	<p>台中地院：  100,訴,2266  100,重訴,1606  99,易,3170  99,重訴,3116  99,訴,2626  97,訴,5101  彰化地院：  100,訴,812  97,訴緝,30  雲林地院：  98,訴,979  台南地院：  98,訴,467  96,易,1132  高雄地院：  100,訴,1272  100,訴,1020  100,訴,250  99,訴,1517  99,訴,969  99,訴,34  台東地院：  98,訴,141  97,訴,166  屏東地院：  100,訴,58</p>
綜合 考 量 說		<p>臺灣高等法院：  97,上訴,4680  97,上訴,699  96,上更(一),529  台中分院：  98,上易,1722  高雄分院：  97,上易,257</p>	<p>台北地院：  97,訴,476  96,訴,750  高雄地院：  96,易,1293</p>

## 參考文獻

### 【中文部分】依作者姓氏筆畫數排序

#### 一、教科書或專論

1. 林鈺雄，刑事訴訟法（上冊），6版，2010年9月。
2. 林俊益，刑事訴訟法概論（上），12版，2011年9月。

#### 二、文章

1. 李榮耕，〈錦上添花—另案監察所得通訊內容之證據能力〉，《月旦法學教室》，第81期，2009年7月，頁22-23。
2. 江舜明，〈監聽界限與證據排除〉，《法學叢刊》第172期，1998年10月，頁94-110。
3. 吳巡龍，〈另案監聽取得之證據應否排除〉，《月旦法學教室》，第46期，2006年8月，頁20-21。
4. 吳巡龍，〈監聽偶然獲得另案證據之證據能力〉，《月旦法學教室》，第47期，2006年9月，頁80-89。
5. 林鈺雄，〈德國證據禁止論之發展與特色〉，《律師雜誌》，第232期，1999年1月，頁56-72。
6. 林鈺雄，〈新刑法總則與新同一案件--從刑法廢除牽連犯、連續犯論訴訟上同一案件概念之重構〉，《月旦法學雜誌》，第122期，2005年7月，頁48-49。
7. 郭毓洲法官之發言，刊於〈第四屆學術與實務之對話--證據禁止之理論與實際，最高法院97/98年度相關裁判評釋暨林永謀大法官榮退紀念研討會〉，《台灣法學雜誌》，第141期，2009年12月，頁134。
8. 黃惠婷，〈另案監聽〉，《月旦法學教室》，第26期，2004年12月，頁113-122。
9. 楊雲驊，〈案外監聽與證據禁止〉，《台灣本土法學雜誌》，第108期，2008年7月，頁227-231。
10. 楊雲驊，〈另案監聽--評最高法院九七年臺上字第二六三三號判決〉，《臺灣法學雜誌》，第116期，2008年11月，頁170-173。

11. 楊雲驊，〈通訊監察「違反令狀原則」以及「另案監聽」在刑事證據法上之效果--評最高法院九八年度臺上字第一四九五號、九七年度臺上字第二六三三號及九七年度臺非字第五四九號三則判決〉，《臺灣法學雜誌》，第 141 期，2009 年 12 月，頁 67-93。

### 三、學位論文

1. 朱志平，論違法通訊監察與證據禁止--以違反法定要件類型之審查為中心，國防大學管理學院法律學系碩士論文，2010 年。
2. 江舜明，刑事偵查監聽容許界限之研究，國立臺北大學法律研究所博士論文，2005 年。
3. 徐蘭萍，另案監聽所得證據之研究，國立臺灣大學國家發展研究所碩士論文，2010 年。
4. 連孟琦，論監聽之證據使用禁止，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2005 年。
5. 曹珮怡，論電信通訊監察與談話監聽—以德國刑事訴訟法為中心，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2008 年。

### 【德文部分】依作者姓氏字母排序

#### 一、專書

1. *Werner Beulke*, *Strfprozessrecht*, 11. Aufl., 2010.
2. *Sebastian Fickert*, *Die Behandlung von Zufallserkenntnissen im Ermittlungsverfahren*, 2002.
3. *Stefan Grawe*, *Die strafprozessuale Zufallsverwendung : Zufallsfunde und andere Zweckdivergenzen bei der Informationsverwendung im Strafverfahren*, 2008.
4. *Wolf Meier*, *Die strafprozessuale Verwerbarkeit von Zufallsfunde über Unbeteiligte und die von unbeteiligten Dritten herrühren bei Abhörmaßnahmen nach § 100a StPO*, 1998.

## 二、註釋書

1. *Julius/ Gercke/ Kurth/ Lemke/ Pollähne/ Rautenberg*, Strafprozessordnung, 4. Aufl. , 2009.
2. *Armin Nack*, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung: StPO, 6. Aufl., 2008.
3. *Meyer-Großner*, StPO, 51. Aufl.,2008.
4. *Gerd Pfeiffer*, Strafprozessordnung, 5.Aufl., 2005.

## 三、文章

1. *Peter Allgayer*, Die Verwendung von Zufallserkenntnissen aus der Überwachung der Telekommunikation gem. § 100a f. StPO (und anderen Ermittlungsmaßnahmen), NStZ 2006, 603.
2. *Wolfgang Bär*, TK-Überwachung Kommentar, 2010.
3. *W. Bottke*, Anmerkung zu BGH , JA 1980, 748.
4. *Friedrich Dencker*, Verwertungsverbote und Verwendungsverbote im Strafprozess, in: Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis – Festschrift für Lutz Meyer-Großer zum 65. Geburtstag, 2001, S. 237.
5. *Hans Hilger*, Neues Strafverfahrensrecht durch das OrgK- 1. Teil-, NStZ 1992, 457.
6. *Alfons Knauth*, Beweisrechtliche Probleme bei der Verwertung von Abhörmaterial im Strafverfahren, in NJW1978, 741.
7. *Alfons Knauth*, Zufallserkenntnisse bei der Telefonüberwachung im Strafprozess, in: NJW 1977, 1510.
8. *Joachim Kretschmer*, Die Verwertung sogenannter Zufallsfunde bei der strafprozessualn Telefonüberwachung, StV 1999, 221, 222.
9. *Volker Krey/ Edgar Haubrich*, Zeugenschutz, Rasterfahndung, Lauschangriff, Verdeckte Ermittlung – Kritische Stellungnahme zu den strafprozessualen

- Reformvorschlägen im Gesetzesentwurf des Bundesrates zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG) - , JR 1992, 309.
10. *Puschke/ Singelstein*, Telekommunikationsüberwachung, Vorratsdatenspeicherung und (sonstige) heimliche Ermittlungsmaßnahmen der StPO nach der Neuregelung zum 1. 1. 2008, 113, NJW 2008, 113.
  11. *Peter Rieß*, Anmerkung zu BGH, JR 1979, 167.
  12. *Peter Rieß*, Anmerkung zu BGH, JR 1983, 125.
  13. *Wolfgang B.Schünemann*, Die strafprozessuale Verwerbarkeit von Zufallserkenntnissen bei der Telefonüberwachung, in: NJW 1978, 406.
  14. *Tobias Singelstein*, Strafprozessuale Verwendungsregelungen zwischen Zweckbindungsgrundsatz und Verwertungsverboten Voraussetzungen der Verwertung von Zufallsfunden und sonstiger zweckentfremdender Nutzung personenbezogener Daten im Strafverfahren seit dem 1. Januar 2008, ZStW 2008, S. 854 ff.
  15. *Rainer Störmer*, Strafprozessuale Verwertungsverbote in verschiedenen Konstellationen, JURA 1994, 621.
  16. *Jürgen Welp*, Zufallsfunde bei der Telefonüberwachung, JURA 1981, 472.

#### 四、裁判

1. BverfG NJW 1973, 891
2. BverfG NJW 2005, 2766.
3. BGHSt 26, 298, 303.
4. BGHSt 27, 355
5. BGHSt 28, 122
6. BGHSt 29, 23
7. BGH NJW 1979, 1370
8. BGH, NStZ 1998, Heft 8

9. OLG Hamburg, NJW 1973, 157.
10. OLG NJW 1973, 208.

