

國立臺灣大學法律學院法律學系

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

私人不法取證之證據使用禁止

Exclusion of Evidence Unlawfully Obtained by Private Parties



指導教授：林鈺雄 博士

Advisor: Yu-Hsiung Lin, Ph.D.

中華民國 101 年 6 月

June 2012

謝 辭

猶記得初踏入校門的那一天。手拿著地圖，看著眼前騎腳踏車呼嘯而過的人們，我心中不住讚嘆校園的廣大，想像前方的新生活會是什麼模樣。而只是一轉眼，步出校園的時刻已然來到。

三年時光被我蹉跎了大半，當初的奮發宏願在逸樂的日子中消磨不少，更別說論文原地踏步了好一陣子。「上課一條蟲，下課一條龍」的我，最終之所以能如期完成論文，一切都要歸功於指導教授—林鈺雄老師。腦筋當機乃寫作過程的家常便飯，在這種時刻，老師總為我指點迷津，三言兩語就將困擾我已久的問題癥結點出，每每讓我折服於他過人的聰敏和清晰的思緒；當我偶在論文方向、理論建構上有莫名堅持，老師總是展現出最大的包容與耐心，更別說當我發現自己的固執其實大錯特錯後，老師還得擔任救火隊，幫忙解除危機。回想起來，得之於老師的實在難以細數。有限文字難以表達無盡感謝，祝福老師。

感謝楊雲驊老師和薛智仁老師撥冗擔任我的口試委員，兩位老師的建議和提問給予我莫大的啟迪，一丁點打迷糊仗的念頭都難逃老師們的法眼。雖然不及逐一回應，但二位老師的寶貴建議銘記在心，期待他日繼續研究。

如果說林老師是這本論文的頭號苦主，第二名鐵定是士帆大師兄當之無愧。每回課堂報告前，他總得在短時間火速讀完我的報告，掃除那些埋在字裡行間的地雷；這本論文從無到有的過程中，小至錯別字訂正，大至文獻查找、架構建議，更無一不是得到士帆的提點。驚鈍如我，往往在事後才發現那些叮嚀十分受用，因此對大師兄的博學與周慮又更生敬佩。謝謝士帆。

走過這段路的人都知道，到了一個臨界點之後，光打開名為論文的 WORD 檔就立刻被催眠，更遑論要去校對了。感謝淑芳和佩蓉為我扛下這繁瑣而艱鉅的任務。淑芳的細膩和嚴謹使我印象深刻，一流的文書處理能力更是讓我讚嘆不已；佩蓉有著敏銳的思緒，與她的討論時常讓我發現自己的盲點。沒有他們，這本論文不知何年何月才能見人。藉這一方園地，表達由衷的感謝。

最後，愛如果可能無條件，我想那一定是父母的愛。不論潮起潮落，他們對我的關懷未曾有一刻稍減。感謝爸媽，不變，永遠。

回想起入學的那天，一切恍如昨日。三年來，不敢說自己在學問上有多大精進，又或者，學然後知不足。這些日子遇到的人和事，往往在無意間為我開了一扇窗，讓我看見世界的廣大和豐富，學會觀察和思考。縱如浮萍般相聚，也必定在生命中留下了確實的印記。但願我帶著勇氣與謙卑，迎向下一段旅程。

盼盼

2012年8月



摘要

刑事案件主要由追訴機關負責從事證據蒐集，但有時基於案件特性或利害關係考量，私人也常有自發性的蒐證行為。既然私人在現實生活中會自行蒐證，那麼對衍生自此的問題也就無法視而不見。若私人取證構成刑事不法行為，因此所得之證據得否使用？其兩難之處在於，此時乃是私人以違反實體法之方式取證，而非刑事追訴機關違反程序法。對此難題，我國立法保持沉默，實務也連帶地舉棋不定。

職此，本文以最高法院的一系列判決為例證，彰顯可能左右私人不法取證之證據能力的因素。其次，就理論面而言，隨時間演進，各家學說早已是枝繁葉茂，其取徑可大別為二：第一種看法直接以證據係源自於私人違法的取證行為而禁止使用該證據；第二種論點則認為私人違法取證本身並不直接導致排除證據能力，評價焦點應轉移到私人不法之外的其他面向。本文分析並檢討學界曾提出的論點，主張以「國家違法取證假設說」決定私人違法取證之證據能力，為維護立法者透過取證規範所做的資訊分配，私人不法取得之證據是否具有證據能力，應以國家在抽象的法律情勢中能否合法取得該證據為斷。

另外，本文探討的範疇係純粹的私人取證，其與私人參與國家偵查的區別何在？尤其是應如何評價國家收購私人違法取得之證據？此源於【列支敦斯登案】的新興合作模式為近年的熱門議題，為對其提供較全面的觀照，多階段取證模式所引發的實體法、程序法乃至於證據法爭議，均在本文討論範圍內。

關鍵字：私人不法取證、證據使用禁止、嚇阻違法、資訊分配、國家合法取證假設說、列支敦斯登案

Abstract

Generally speaking, the government plays the main role of criminal investigation and the gathering of evidence. Nevertheless, depends on case characters or other considerations, it is quite normal that private parties gather evidences spontaneously. Subsequently, problems generated from it can no longer be neglected.

It would be difficult dealing with the admissibility of evidences which derived from private illegal conducts. The reasons lie in double sides, on the one hand, private parties conducted against criminal laws, rather than criminal procedure laws; on the other hand, the government itself did not violated procedure regulations in the process of gaining evidence.

Acknowledges with above situations, the thesis introduces various kinds of theories with respect to the admissibility of evidence illegally obtained by private parties. The approach of theories can be generally subdivided into two categories: First, some literatures do not think that illegally gathering of evidence obtained by private parties directly causes its exclusion; the focus should be relatively put on the conduct of public authority, namely, the use of evidence. In comparison with it, other studies regard private-parties wrongful act as the essential reason why evidences drawn from it should be excluded. Based on the analysis, the thesis proposes a workable criterion, that is, evidence generated from private illegal conducts should be excluded as long as investigation authorities itself are unable to acquire it lawfully.

The thesis focuses on the admissibility of evidence illegally obtained from private parties; however, how to handle evidences that gathered under the cooperation of governments and private parties? In 2006, the so-called "Liechtenstein-Affair" aroused general debates which worth a thorough study. Therefore, the thesis makes extensive discussions on the issues derivated from the case.

Key words: Evidence illegally obtained by private parties · Evidence exclusionary rule · Discipline of law enforcement officers · Distribution of information · Presumption of evidence lawfully obtained by investigation authority · Liechtenstein Affair

簡 目

第一章 緒論	1
第一節 問題意識	1
第二節 研究範圍	2
第三節 本文架構	2
第四節 用語說明	3
第二章 問題意識—從我國實務見解出發	5
第一節 實務見解歸納	5
第二節 實務見解評析	13
第三節 小結	19
第三章 私人不法取證之證據禁止理論基礎	20
第一節 證據禁止理論	20
第二節 私人違法取證：證據禁止的曖昧地帶	32
第三節 相關理論	34
第四節 結論	102
第四章 國家偵查的私人參與—以國家購買證據為中心	105
第一節 國家與私人合作偵查	105
第二節 國家購買私人獲得之證據：以【列支敦斯登案】為例	109
第三節 【列支敦斯登案】分析及評釋	116
第五章 結論	163
第一節 理論檢討	163
第二節 新構想：國家合法取證假設說	164
第三節 私人與國家合作的取證型態	166
第四節 我國法之展望	168
參考文獻	173

詳 目

第一章 緒論	1
第一節 問題意識	1
第二節 研究範圍	2
第三節 本文架構	2
第四節 用語說明	3
第一項 私人	3
第二項 不法	3
第三項 取證	4
第二章 問題意識—從我國實務見解出發	5
第一節 實務見解歸納	5
第一項 違法排除說	5
第一款 代表見解	5
第二款 中間類型？	7
第一目 判決理由	7
第二目 判決分析	8
第二項 違法原則不排除說	9
第一款 代表見解	9
第二款 判決分析	10
第一目 原則不排除證據之合理性	10
第二目 例外排除證據之合理性	11
第三項 權衡決定說	12
第一款 代表見解	12
第二款 判決分析	12
第二節 實務見解評析	13
第一項 違法排除說	13
第一款 理論背景	13
第二款 推論過程	14
第二項 違法原則不排除說	15
第一款 理論背景	15

第二款 私人不法取證之立論	17
第三項 權衡決定說	18
第一款 理論背景	18
第二款 權衡方式	19
第三節 小結	19
第三章 私人不法取證之證據禁止理論基礎	20
第一節 證據禁止理論	20
第一項 證據禁止之概念與類型	20
第一款 證據禁止之概念	20
第二款 證據禁止之類型	20
第一目 證據取得之禁止	20
第二目 證據使用之禁止	21
第二項 證據禁止之功能	22
第一款 發現真實說	22
第二款 個人權利保障說	23
第三款 公平審判說	24
第四款 導正紀律說／嚇阻違法說	24
第五款 小結	25
第三項 證據禁止的判斷標準	25
第一款 依附性之證據使用禁止	25
第一目 權利領域理論／上訴觀點理論	25
第二目 規範保護目的理論	26
第三目 國家發現真實自我設限說	27
第四目 權衡理論	28
第五目 資訊分配理論	29
第二款 自主性之證據使用禁止	31
第三款 小結	31
第二節 私人違法取證：證據禁止的曖昧地帶	32
第一項 難題所在	32
第二項 理論概況	32
第三項 除外案型	33

第一款	國家委託取證	33
第二款	自主性證據使用禁止	34
第三節	相關理論	34
第一項	刑事訴訟規範私人拘束性	34
第一款	刑訴取證規範之私人效力說	35
第二款	不正訊問規範之私人效力說	36
第一目	理論內容	36
第二目	評析	38
第三款	公平審判原則	39
第一目	公平審判與證據禁止	39
第二目	私人不法取證違反公平審判？	40
第二項	可歸責於國家之私人取證	41
第一款	理論內容	41
第一目	法律上歸責之概念	41
第二目	國家可歸責性之論證	42
第二款	評析	44
第一目	對於收受證據歸責之回應	44
第二目	對於司法怠惰歸責之回應	45
第三目	對於立法怠惰歸責之回應	46
第三項	實體法標準說	47
第一款	法秩序一致性理論	47
第一目	理論內容	47
第二目	評析	48
第二款	禁止國家收受贓物理論	50
第一目	理論內容	51
第二目	評析	52
第三款	規範保護目的理論	54
第一目	理論內容	54
第二目	評析	56
第四項	遏止私人違法取證	56
第一款	理論內容	57

第二款 評析	58
第一目 嚇阻實效性	58
第二目 嚇阻的貫徹結果	59
第五項 憲法作用之證據使用禁止	60
第一款 憲法作為證據能力之判準	60
第二款 國家保護義務下的證據禁止	60
第一目 國家保護義務內涵	61
第二目 理論內容	61
第三目 評析	62
第三款 基本權第三人效力下的證據禁止	64
第一目 基本權第三人效力內涵	64
第二目 理論內容	66
第三目 評析	67
第四款 自主性證據禁止	68
第一目 證據調查之基本權干預	68
第二目 比較法案例	70
第三目 小結	76
第六項 本文見解—國家合法取證假設說	76
第一款 概論	77
第二款 理論之構想	77
第一目 證據使用之規範層面	78
第二目 證據使用之合理界線	78
第三款 理論之內涵	82
第一目 證據禁止之類型	82
第二目 假設之對象	82
第三目 假設之架構	83
第四款 理論之運用	89
第一目 秘密錄音	89
第二目 暴力取供	94
第三目 證據竊盜	96
第四目 日記取得	98

第五款 小結	101
第四節 結論	102
第一項 理論回顧	102
第二項 國家合法取證假設說	103
第四章 國家偵查的私人參與—以國家購買證據為中心.....	105
第一節 國家與私人合作偵查	105
第一項 臥底偵查與私人調查	105
第二項 臥底線民與私人調查	106
第三項 私人與國家合作的監聽與私人調查	107
第一款 私人受國家委託之監聽	107
第二款 私人監聽過程中的國家協助	107
第三款 牢友所為的監聽	108
第四項 小結	109
第二節 國家購買私人獲得之證據：以【列支敦斯登案】為例	109
第一項 案件事實及程序	110
第一款 案件事實	110
第二款 地方法院裁定	110
第一目 雙方主張	110
第二目 地方法院裁定	111
第三款 聯邦憲法法院裁定	112
第一目 程序問題	112
第二目 實質問題	112
第二項 聯邦憲法法院裁定評析	115
第三項 小結	116
第三節 【列支敦斯登案】分析及評釋	116
第一項 實體法層面	116
第一款 階段一：線民取得光碟	117
第一目 刺探電磁紀錄罪	117
第二目 不正競爭防制法第 17 條第 2 項第 1 款	117
第三目 不正競爭防制法第 17 條第 2 項第 2 款	118
第四目 小結	124

第二款 階段二：德國購買光碟	124
第一目 正犯行為	125
第二目 共犯行為	129
第三目 小結	132
第二項 程序法層面	132
第一款 取證之行為階段	132
第一目 證據取得之概念	132
第二目 擴張的證據取得概念	133
第二款 各階行為之程序合法性	133
第一目 階段一：稅務機關購買光碟	133
第二目 階段二：情報局取得光碟	143
第三目 階段三：情報局轉交光碟	143
第三項 證據法層面	150
第一款 租稅光碟之證據能力	150
第一目 依附性證據使用禁止	151
第二目 自主性證據使用禁止	155
第三目 小結	157
第二款 租稅光碟衍生證據之證據能力	158
第一目 繼續效力	158
第二目 放射效力	159
第四項 法律政策的思考—代結論	161
第五章 結論	163
第一節 理論檢討	163
第二節 新構想：國家合法取證假設說	164
第三節 私人與國家合作的取證型態	166
第四節 我國法之展望	168
第一項 實務取徑	168
第二項 實務檢討	168
第三項 實務未來可行方向	171
參考文獻	173

第一章 緒論

第一節 問題意識

刑事案件主要係由追訴機關負責從事證據蒐集，但有時基於案件特性（例如蒐證不易的通姦罪）或利害關係之考量（例如企業蒐集員工競業之證據），私人也常有自發性的蒐證行為。此種平行於公權力的調查方式由來已久，且隨著科技的長足進步，私人的蒐證能力實已不下於追訴機關，對其他個人所造成的權利干預亦無法忽視。既然私人在現實生活中會自行蒐證¹，甚至得在刑事訴訟程序當中擔任角色類似於檢察官的自訴人，那麼對衍生自私人取證的問題也就不能視而不見。

私人取證若構成**刑事上的不法行為**，除了刑法上既有的處罰規定加以因應之外，因此所得之證據得否使用，是個兩難的抉擇，原因在於此時乃是私人以違反實體法之方式取證，而非刑事追訴機關違反程序法，評價重點究竟要置於何處？是因為未違反刑訴的取證規範而基本上肯認證據能力，或者是從另一個視角，認為既然取證過程涉有違法，即應排除證據？對此問題，除了立法呈現真空狀態之外，我國實務也連帶地搖擺不定。是以，為了一窺此議題的面貌，本論文介紹國內外相關學說及實務見解，試圖釐清其中的爭議²。而往下主要可以提出兩個問題：1、私人不法取證是否有證據禁止使用的可能？以及接下來，2、如果有排除可能，要以何種標準來劃定容許與禁止使用之間的界線？

¹ 以被害人進行犯罪調查之容許性為探討主軸的德文文獻，例示如下：Godenzi, *Private Beweisbeschaffung im Strafprozess*, 2008; Hassemer/Matussek, *Das Opfer als Verfolger - Ermittlungen des Verletzten im Strafverfahren*, 1996; Krey, *Zur Problematik privater Ermittlungen des durch eine Straftat Verletzten*, 1994.

² 國內尚無與就此主題撰寫的專書，然期刊文獻數量頗豐富，詳見文末參考文獻表；相關的碩士論文則至少有：蘇慶良，《私人取得之證據在刑事審判上之效力－以證據排除法則為中心》，臺灣大學法律研究所碩士論文，2004年；郭芳君，《論不法取證之證據排除－以私人不法取證為中心》，臺北大學法律研究所碩士論文，2005年；賴秉政，〈從審判實務看我國證據排除法則之適用－以警察機關、調查局、私人為例〉，中央警察大學行政警察研究所碩士論文，2005年；林憲德，《刑法第三百十五條之一窺視竊聽竊錄罪－並論私人窺視、竊聽或竊錄取證之證據能力》，中國文化大學法律研究所，2006年；吳宗憲，《違法通訊監察證據能力之研究－兼論私人之違法取證》，國防管理學院法律研究所碩士論文，2007年；林家瑤，《私人不法竊聽竊錄取得證據之證據能力研究－兼論國家違法監聽取證》，東吳大學法律研究所碩士論文，2010年。

第二節 研究範圍

自私人取證所衍生的刑事法問題面向廣泛，惟本文討論的範圍僅限於私人本自發性意願，獨立於追訴機關，先行或平行地進行調查並蒐集證據，後將該些證據轉交追訴機關時，該些證據在審判程序中的證據能力。

需要統計或調查等實證資料配合的問題，例如私人取證常見手法、不法取證常見於何種犯罪類型等，不在本文討論範圍之內；其次，實體法上應如何評價私人基於追訴目的而為的取證行為，雖與本論文主題相關，但為將討論焦點集中，實體法上的論述亦不在討論範圍之內；其他如私人與偵查機關合作的模式及其衍生的證據問題，亦同（類型請參下文第四章）。另外，私人自行蒐證的容許界限何在，雖同具有研究價值，但亦暫不討論。

第三節 本文架構

在架構上，本文先以我國最高法院的一系列判決出發，說明私人不法取證之證據容許性在我國實務上呈現的走向，並概述左右私人不法取證之證據能力的因素（第二章）。在討論的層次上，先對證據禁止理論有通盤認識，方能進一步理解私人不法取證在體系當中的特殊性：國家對於私人違反刑法的取證行為不具有可歸責性，而刑事訴訟法的取證規範僅拘束國家機關，那麼，對於私人轉交追訴機關的證據，刑事法院是否應予採納？或者是基於其他不同於國家違法取證的理論標準來決定證據能力？若結論是肯定後者，又接著走到另一個十字路口，亦即是否擁護「私人取證違法＝程序上排除」的模式？若肯定，則何種理論可以擔任其間的連結橋樑？又或者是持否定意見，認為私人違法取證本身並不直接導致排除證據能力，那此時是意味著無必要為私人不法取證量身打造一個理論，抑或是另闢蹊徑，將評價焦點轉移到私人不法之外的其他面向？對以上這些環環相扣的問題，本文除了引介我國學者的研究成果之外，並提出其他比較法上的觀點，以提供較全面的理論樣貌，後再總結出本文認為較周全的結論（第三章）。

另外，本文處理的範疇係純粹的私人取證，其與私人參與國家偵查的區別何在？尤其是對於國家買入私人（違法）取得之證據應如何評價？自 2006 年發生【列支敦斯登案】後，此「先私人取得，後國家買入」的雙階段取證方式即廣受部分國家的追訴機關所青睞，但學界質疑聲浪不斷。對此具有重要爭議的問題，我國尚未給予充分關注。究竟應如何評價證據之來源（私人、國家或混合？）

自然為本文處理的重心，另，為對此一新興取證方式提供較全面的觀照，本文擬在證據評價之外，一併討論其在實體法及程序上法的爭議（第四章）。最後則回顧前文的理論及分析，作一總結，並闡述實務在面對私人不法取證的證據能力難題時，未來可行的新方向（第五章）。

第四節 用語說明

第一項 私人

首先，本文目的在討論伴隨犯罪蒐證而來的證據取得，故所指私人僅係被害人，即因犯罪行為而受有法益侵害之人（包括自然人及法人）。相對於此，被追訴者及其辯護人之蒐證行為則不在本文討論範圍內；與刑事案件無關的其他人民所進行者，亦同。

其次，以下所指的私人，係指純粹本於主動意願進行犯罪調查之人，受該私人之委託或指揮而進行犯罪調查者，如徵信業者，亦屬之。在此範圍之外，首先是執行追訴任務的公務員應予區隔，其二，與國家機關合作進行追訴之私人（類型參見第四章），如臥底線民或國家得通話一方同意後所進行的監聽，皆非純粹的私人蒐證。

第二項 不法

私人違法取證的態樣繁多，上至施用不人道的強制力，下至輕微的權利侵害，其間可能顯示出程度不一的違法類型及嚴重性，除了違反刑法之外，尚有可能違反行政法或民法。關於本文所討論的「不法」概念，首應說明的是，刑事訴訟法之取證規範僅拘束國家公權力，而不及於私人，因此非指程序法之違反³。

至於實體法層次，當私人取證乃是為了在之後的刑事程序中使用該證據，則取證的刑事不法與該證據的證據能力有特別高的關連性。此類取證行為在刑法上的構成要件該當性及阻卻違法可能，學說上已累積相當豐碩的討論。嚴格說起來，這乃是在進行證據能力判斷之前的前置問題，因為，至少從合法的取證行為

³ 因此，私人與國家相似但未必犯罪的取證行為（例如以詐欺方式訊問）並非本文討論主軸，僅在涉及刑事訴訟規範私人拘束性的脈絡時處理，見下文第三章、第三節、第一項。關於「不法」的定性及意義，另可參閱王士帆，〈德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 14, 358—禁止不計代價發現真實與私人不法取證〉，《司法周刊》，第 1599 期，2012 年 6 月 21 日，第 2 版。

本身無法推論出應排除證據的結論，而僅能就與私人取證行為無關的證據禁止理論往下探討。因此，不具有刑法構成要件該當性或構成要件該當但阻卻違法之取證行為，不在本文討論範圍之內，而僅指涉**構成刑法上犯罪**之不法⁴；相對於此，民事不法行為與行政不法行為對於刑事程序中的證據能力判斷，是否可能產生一定的作用，不在本文討論範圍之內。

第三項 取證

與國家追訴機關相同，私人可能循各種合法或非法的途徑，以獲致與犯罪事實相關的陳述、文書或物件，並藉此釐清或證明犯罪。對於此類私人所蒐集之物，現今均慣稱為「證據」，然或應予澄清的是，當甲從乙身上取得陳述，即便陳述內容係乙坦承犯罪，該陳述本身仍非刑事訴訟中「自白」的證據方法，在此，真正作為證據的是例如甲以證人身分出庭，並作證表示乙曾為陳述的證詞，換言之，對證人甲的訊問才是取證；同樣地，私人取得的其他文書或物件，也不能夠與物證畫上等號，因為嚴格說來，由追訴機關取得並獲悉之物才是所謂的物證。惟另尋術語描述私人所取得之陳述或物件，不但無法釐清概念，反可能徒增混亂與誤解⁵。因此，在下述行文中仍以「證據」此一已成慣行的用語指稱私人所取得之陳述及物件。

⁴ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 171.

⁵ Vgl. Grünwald, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, 1993, S. 162.

第二章 問題意識—從我國實務見解出發

我國常見的私人取證態樣，諸如自行或委託徵信社蒐集配偶通姦之證據，並據以提出告訴；或將公務員談論收受賄賂細節的對談、通話予以側錄。該些用來證明犯罪但源於違法而取得的證據，實務上雖履見不鮮，但就其是否能夠作為不利被告之證據，刑事訴訟法卻是保持沉默。在立法缺席的前提下，到底應該採取無明文排除、故得使用證據的立場，抑或是立於光譜另一端，而認為既然無明文肯定、即應予排除？

觀察我國實務就此問題的表態，至少單就抽象理論層面而言，其中的肯否立場呈現明顯差異。以最高法院來說，目前形成三條無甚交集的論述主軸，分別是：「以犯罪手法取證時排除證據能力」、「原則不排除，私人暴力取證時例外排除」以及「權衡處理」三種類型¹。本章的目的在於提供我國實務見解之走向鳥瞰（第一節），並指出其中所涉及的問題及評析（第二節），至於個別取徑的細部分析，則因觸及的理論面向有別，故僅予以指引，詳細說明則分置於其他適當段落。

第一節 實務見解歸納

第一項 違法排除說

第一款 代表見解

最高法院早先即陸續有判決透露出私人不法取證應予排除的立場²，惟最早

¹ 王士帆，〈德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 14, 358—禁止不計代價發現真實與私人不法取證〉，《司法周刊》，第 1599 期，2012 年 6 月 21 日，第 2 版。

² 例如：91 年度台上字第 3523 號判決：「又刑事訴訟之目的，固在發現真實，藉以維護社會安全，其手段則應合法純潔、公平公正，以保障人權，倘證據之取得非依法定程序，而法院若容許該項證據作為認定犯罪事實之依據有害於公平正義時，自應排除其證據能力。上訴人既無法證明該錄音帶係依法定程序取得，有違反憲法第十二條保障人民秘密通訊自由之虞，尚難認該錄音帶內容有證據能力。」；91 年度台上字第 3713 號判決亦認為「告訴人就其與上訴人之父、兄、姐及被害人、鄒文榮之對話，暗中錄音，此與擅自盜錄他人間非公開之談話錄音涉有刑法第三百十五條之一之妨害秘密罪，尚屬有間，上開錄音既非違法取得，復與事實相符，自有證據能力。」

明確採取此看法者，應屬 92 年度台上字第 2677 號判決³。該判決指出「刑事訴訟法上『證據排除原則』，係指將具有證據價值，或真實之證據因取得程序之違法，而予以排除之法則。而**私人之錄音、錄影之行為所取得之證據，應受刑法第三百十五條之一與通訊保障及監察法之規範，私人違反此規範所取得之證據，固應予排除**⁴。惟依通訊保障及監察法第二十九條第三款之規定『監察者為通訊之一方或已得通訊之一方事先同意，而非出於不法目的者，不罰』，**通訊之一方非出於不法目的之錄音，所取得之證據，即無證據排除原則之適用**。本件上訴人等請求就告發人胡林珠鳳側錄其與上訴人等會談經過之錄音內容予以調查，原判決認並非通訊監察之譯文、私人側錄及上訴人乙又爭執內容之正確，而不予採用該證據。惟該錄音帶係由通訊之一方所錄製，依原判決所載其目的為保護自己，亦非不法，按之前揭說明，雖錄音時間在通訊保障及監察法公布施行之前，似無證據排除原則之適用。原判決將該證據予以排除，未就該證據之證明力予以調查，自屬違背證據法則，而無可維持。」

本判決的理由構成約可歸納為二：1、私人違法錄音、錄影所取得之證據應予排除；2、但通訊一方非出於不法目的之錄音所取得之證據，無證據排除原則之適用⁵。亦即，訴訟法的證據能力與取證行為的實體法評價具有連動關係，二者應作一致的正負判斷：實體違法者，證據應予排除；實體無違法者，證據得以使用。

此判決作成之後，近似或用字遣詞完全相同的判決相繼出現⁶，以 94 年度台上字第 716 號為例，判決理由同為：「私人之錄音、錄影之行為所取得之證據，應受刑法第三百十五條之一與通訊保障及監察法之規範，**私人違反此規範所取得之證據，固應予排除**。…本件告發人側錄其與上訴人電話交談經過之錄音，該錄音帶係由通訊之一方所錄製，依原判決所載其**目的為保護自己**（此似為保留上訴人犯罪行為之證據），亦非不法，依前揭說明，自無證據排除原則之適用。」另外，100 年度台上字第 6543 號判決亦重申相同的立場：「私人以錄音、錄影之

³ 薛智仁，〈禁止國家使用私人違法取得證據之理論基礎－兼評最高法院九十七年度台上字第七三四號判決〉，《政大法學評論》，第 121 期，2011 年 6 月，頁 53 以下，頁 57。

⁴ 關於行為不法性之認定以及將通保法適用於私人錄音行為之合理性，請參閱李佳玟，〈在場人錄音之證據能力（上）〉，《月旦法學雜誌》，第 116 期，2008 年 11 月，頁 102 以下；薛智仁，〈基於取證目的之私人竊聽〉，《台灣法學雜誌》，第 183 期，2011 年 9 月，頁 162 以下。

⁵ 吳巡龍，〈私人不法取得證據應否證據排除－兼評最高法院九十二年度臺上字第二六七七號判決〉，《月旦法學雜誌》，第 108 期，2004 年 5 月，頁 223 以下，頁 225。

⁶ 例示如：94 年度台上字第 1619 號判決、94 年度台上字第 716 號判決、98 年度台上字第 2063 號判決。至於刑法第 315 條之 1 及通保法第 29 條施行前之實務走向，請參閱楊雲驊，〈私人違法取得證據之評價與衝突解決－評最高法院九十二年台上字二六七七號判決〉，收錄於《民主、人權、正義－蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，2005 年，頁 295 以下，頁 301 以下。

行為所取得之證據，應受刑法第三百十五條之一與通訊保障及監察法之規範，**私人違反此規範所取得之證據，固應予排除**。…卷附告訴人之母林陳碧絹與上訴人於九十一年十二月八日之對話錄音內容及其譯文，係林陳碧絹居於參與談話者之地位所錄製，屬通訊之一方**出於保障自身權益之目的**而為通訊監察行為，揆諸前揭說明，該錄音內容及其譯文均應具有證據能力等旨」。此二判決的共通點在於前段以「犯罪取證應排除」說理，但後段的事實涵攝則以「合法取證故得使用證據」作結論，思考脈絡與 92 年度台上字第 2677 號判決並無二致，惟嚴格說起來，即便犯罪取證應排除證據，在邏輯上也不能逆推論認為無犯罪取證就得使用證據，詳參後述（本章第二節、第一項、第二款）。

第二款 中間類型？

在 92 年度台上字第 2677 號判決之後，另外值得一提的是 97 年度台上字第 560 號判決，從此判決中可看出最高法院從違法排除說轉向原則不排除說的跡象，而其間的論理銜接亦具有凸顯問題的作用。

第一目 判決理由

本判決指出「刑事訴訟程序所為通訊監察處分之取證行為，具有對人民隱私權等基本權干預之性質，通訊保障及監察法對此取證行為，設有程序規範與限制，俾使實施刑事追訴程序之公務員有法可循，並兼顧人民權益之保障。從事刑事追訴之公務員違反取證規範，從**抑制違法偵查**之觀點衡量，如不分情節，均容許該通訊監察所得資料作為證據使用並不適當，固有應否排除其證據能力之問題。惟此『證據排除原則』之適用，應僅限於有國家機關行為介入之對於人民之**監聽行為而言；私人監聽之行為，並無公權力介入，則不與焉**。依刑法第三百十五條之一及通訊保障及監察法第二十九條第三款規定『監察者為通訊之一方，而非出於不法目的者，不罰』之規範目的，通訊之一方私自錄音之取證行為，如非出於不法目的，不惟在刑罰規範上屬於阻卻違法之事由，且因屬通訊一方基於保全證據之必要所實施之作為，並無國家機關行為之介入，當非通訊保障及監察法所規範之行為，要無先聲請令狀許可之問題，自亦不發生有類似公務員違法偵查取得證據之情形，其所取得之證據應有證據能力。」

至此，約可將判決理由歸納為二：1、證據排除法則僅適用於國家的錄音（影）行為，不包括私人行為；2、私人非出於不法目的之錄音（影）行為所取得之證據應有證據能力。

第二目 判決分析

此判決之所以值得一提，乃是因其中洋洋灑灑的論理，其實涉及兩個不同層面的問題：第一是**證據使用禁止的目的**，第二是**禁止使用私人違法取得證據之理論依據**⁷。首先，判決與第一層面相關的部份認為「從抑制違法偵查之觀點衡量，…固有應否排除其證據能力之問題」，並進一步表達刑事程序之取證規範僅以實施刑事追訴之公務員為對象，私人取得之證據不會因違反取證規定而受到排除，亦即肯認「抑制違法偵查」為證據禁止的目的。那麼，既然抱持此觀點，一貫的推論應該是本案的私人取證並無國家參與，欠缺抑制違法偵查的必要性，因此無證據禁止的需求。

然而，最高法院的論述並未就此劃下句點，而是又另添上一筆「通訊之一方私自錄音之取證行為，如**非出於不法目的，不惟在刑罰規範上屬於阻卻違法之事由**，且因屬通訊一方基於保全證據之必要所實施之作為…**其所取得之證據應有證據能力**」，並且在結論上認為「本件證人丁於被劫財後遭歹徒電話恐嚇付款所私自錄下與歹徒通訊之錄音及譯文，…非出於不法之目的，為有證據能力等理由，核無不合」。換言之，私人非出於不法目的所為之取證，可主張通訊保障及監察法（下稱「通保法」）第 29 條第 3 款以阻卻違法，且該秘密錄音除了在實體法上為「合法行為」之外，判決理由尚正面地肯定錄音所得之資訊具有證據能力。從此觀之，似乎是認為私人雖不受刑訴的取證規範所拘束，但證據能力的評價仍會和實體法產生關連，畢竟若證據能力判斷不涉及私人取證的實體合法或違法，法院又何必多費唇舌地在程序問題中說明實體法的評價結果。相較於判決理由前段似乎有意將證據禁止限定在國家的違法取證，後段卻又回過頭來將證據能力的判斷取決於私人行為的實體法評價，其中的關聯何在，最是令人摸不著頭緒。此外，即使加上抑制違法偵查說的立場，本判決與前款所示的 92 年度台上字第 2677 號判決及後續類似判決相較，在實體法部分的論述實在無甚不同⁸，關於抑制違法說的鋪陳究所為何來？同樣令人不解。

⁷ 薛智仁，〈禁止國家使用私人違法取得證據之理論基礎—兼評最高法院九十七年度台上字第七三四號判決〉，《政大法學評論》，第 121 期，2011 年 6 月，頁 53 以下，頁 58 以下。

⁸ 有學者認為「此判決完全翻轉了前一判決（按：指 92 年度台上字第 2677 號判決）之結論」（薛智仁，同前註，頁 57），然而就私人違法取得證據受到排除的立場而言，細觀本判決應與前一判決無出入。而本判決所認可的證據禁止目的（抑制違法偵查），在前一判決中則未提及，因此無法得知前一判決之理論背景如何。當然，只要前一判決不像本判決自打嘴巴，應可推知不會是抑制違法偵查說。就此可認相較於前，本判決在證據禁止功能的理解上有大幅度的轉向。

這般牛頭不對馬嘴的論述並非僅見，近期的 101 年度台上字第 723 號判決意旨為「私人之監聽行為，無如國家機關之執行通訊監察，應依通訊保障及監察法規定聲請核發或補發通訊監察書等之法定程序及方式，故私人為保全證據所為之錄音、錄影，如非出於不法之目的及以違法手段取證，其取得之證據即難謂並無證據能力，而應予排除。」雖未表明抑制違法偵查的立場，但另結合了「取證規範不拘束私人」及「私人未犯罪則得使用證據」兩種立場，看起來，真正的判準似乎是以實體法評價為依歸⁹。至此階段為止，應可初步認識到：

一、證據禁止理論的功能界定，對於私人違法取證之證據能力具有指標作用，若以「抑制違法偵查說」為立足點，則禁止私人違法取得證據的正當性何在？或者是更根本地來問，以抑制違法偵查的說法來支持證據排除，其本身是否站得住腳？此論述方式不惟本判決有之，尚受到後來諸多判決所青睞，其中尤以下述的 97 年度台上字第 734 號判決為代表。

二、即便認可證據禁止以抑制違法偵查為功能，上述判決仍表示私人不法取證的證據禁止是可能的，只是與違反刑訴的取證規範無關。那麼到底是什麼因素牽動著證據能力的判斷？此即為下一章討論的核心所在。

第二項 違法原則不排除說

第一款 代表見解

最高法院認為私人違法取證原則上不排除的見解，首見於 97 年度台上字第 734 號判決，其理由為：「刑事訴訟法上『證據排除原則』，係指將具有證據價值，或真實之證據因取得程序之違法，而予以排除之法則。偵查機關『違法』偵查蒐證適用『證據排除原則』之主要目的，在於**抑制違法偵查、嚇阻警察機關之不法**，其理論基礎，來自於憲法上正當法律程序之實踐，鑒於一切民事、刑事、行政、懲戒之手段，尚無法有效遏止違法偵查、嚇阻警察機關之不法，唯有不得已透過證據之排除，使人民免於遭受國家機關非法偵查之侵害、干預，防止政府濫權，藉以保障人民之基本權，具有其憲法上之意義。此與私人不法取證係基於私人之地位，侵害私權利有別，蓋私人非法取證之動機，或來自對於國家發動偵查權之不可期待，或因犯罪行為本質上具有隱密性、不公開性，產生蒐證上之困窘，難以取得直接之證據，冀求證明刑事被告之犯行之故，而私人不法取證並無

⁹ 同見解另可參照 99 年度台上字第 2947 號判決、101 年度台上字第 2101 號判決。

普遍性，且對方私人得請求民事損害賠償或訴諸刑事追訴或其他法律救濟機制，無須藉助證據排除法則之極端救濟方式將證據加以排除，即能達到嚇阻私人不法行為之效果，如將私人不法取得之證據一律予以排除，不僅使犯行足以構成法律上非難之被告逍遙法外，而私人尚需面臨民、刑之訟累，在結果上反而顯得失衡，且縱證據排除法則，亦難抑制私人不法取證之效果。**是偵查機關『違法』偵查蒐證與私人『不法』取證，乃兩種完全不同之取證態樣，兩者所取得之證據排除與否，理論基礎及思維方向應非可等量齊觀，私人不法取證，難以證據排除法則作為其排除之依據及基準，應認私人所取得之證據，原則上無證據排除原則之適用。惟如私人故意對被告使用暴力、刑求等方式，而取得被告之自白（性質上屬被告審判外之自白）或證人之證述，因違背任意性，且有虛偽高度可能性，基於避免間接鼓勵私人以暴力方式取證，例外地，應排除該證據之證據能力。」**在本判決作成之後，最高法院亦陸續有裁判表達相同之意見¹⁰。

判決的理由構成約可歸納為三：1、證據排除原則的主要目的，在於抑制違法偵查、嚇阻警察機關之不法；2、私人不法取證不適用證據排除法則；3、但例外在私人使用暴力、刑求等方式取得被告或證人陳述時，排除所取得之證據。

第二款 判決分析

第一目 原則不排除證據之合理性

就理論面而言，本判決似乎反轉了違法排除說的基本立場，然而與 97 年度台上字第 560 號判決相同的是，二者同樣以抑制違法偵查來理解證據禁止的功能，而既然採取同樣的基準，為何對於私人違法取證之證據能力認定卻有南轅北轍的結論？這樣的現象，不禁使人揣測判決理由中的證據禁止功能闡述僅具裝飾作用。但撇開這問題不談，同樣從抑制違法偵查說出發，相對於前引違法排除說的諸多判決，此處援引嚇阻違法說將私人置於證據排除法則適用對象之外，結論構成至少稱得上是師出有名。換言之，本判決中所遺留的主要問題是：

一、在證據禁止可能扮演的諸多功能角色中，獨鍾「嚇阻違法偵查說」一說的正當性與必要性何在？這是首要的前提問題。又，倘若嚇阻違法說法已足說明私人違法取證不排除，則最高法院另以「私人不法取證並無普遍性，且對方私

¹⁰ 例如 97 年度台上字第 4889 號判決、98 年度台上字第 578 號判決、98 年度台上字第 5658 號判決、99 年度台上字第 3168 號判決。

人得請求民事損害賠償或訴諸刑事追訴或其他法律救濟機制，無須藉助證據排除法則之極端救濟方式將證據加以排除，即能達到嚇阻私人不法行為之效果，如將私人不法取得之證據一律予以排除，不僅使犯行足以構成法律上非難之被告逍遙法外，而私人尚需面臨民、刑之訟累，在結果上反而顯得失衡，且縱證據排除法則，亦難抑制私人不法取證之效果」等理由再次強化不排除的立場，究竟是讓肯否立場之爭就此塵埃落定，抑或是多說多錯？將在下一節分析。

二、判決中另羅列「私人非法取證之動機，或來自對於國家發動偵查權之不可期待，或因犯罪行為本質上具有隱密性、不公開性，產生蒐證上之困窘」等語，再次呼應其所抱持的私人違法取證原則不排除的看法。由這段論述可聯想到是，私人不法取證是否乃出於「不得已」，而國家為此具有某程度的可歸責性？就此請參下文第三章、第三節、第二項。

第二目 例外排除證據之合理性

另不可忽略的是，本判決在原則不排除證據的大前提之下，仍保留了一定的例外排除可能：「私人故意對被告使用**暴力、刑求**等方式，而取得被告之自白（性質上屬被告審判外之自白）或證人之證述，因**違背任意性，且有虛偽高度可能性，基於避免間接鼓勵私人以暴力方式取證，例外地，應排除該證據之證據能力**」。雖這項修正限制的說法基於不同的理由而獲得學說上的迴響¹¹，然而判決背後的支持理由為何，仍無明確的軌跡。因此有必要區分不同可能來檢討：第一，若秉持抑制違法偵查立場，認為私人違法嚇阻必要性較低，那麼如果理論一貫，在刑求取證時例外排除證據應該是因此時顯示出特別強的嚇阻需求。然而，實務上最為普遍的不法取證模式應為秘密錄音（影），而非脅迫取證，僅排除暴力取得之自白，顯然不能貫徹這项目的¹²；第二，既然不是嚇阻必要性的考量，是否係出於國家保護義務之要求，認為經由脅迫或其他不人道取得之自白，除了刑法制裁之外，也須一併在程序上否定不法取得證據之證據能力，方能滿足國家保護義務的要求？或者是第三，考慮到人性尊嚴之保護。以暴力、不人道等方式取證，往往侵害取證對象的人性尊嚴。為使此人之所以為人的基礎不受撼動，亦有支持排除證據之意見。透過人性尊嚴之私人間效力是否能夠支持此論點，同樣需要討

¹¹ 吳巡龍，〈私人不法取得證據應否證據排除－兼評最高法院九十二年度臺上字第二六七七號判決〉，《月旦法學雜誌》，第 108 期，2004 年 5 月，頁 223 以下，頁 234；楊雲驊，〈賠了夫人又折兵－私人違法取得證據在刑事訴訟的證據能力處理〉，《台灣本土法學》，第 41 期，2002 年 12 月，頁 1 以下，頁 19；〈私人不法取證之證據能力〉，《台灣法學雜誌》，第 135 期，2009 年 9 月，頁 277 以下，頁 279。

¹² 薛智仁，〈禁止國家使用私人違法取得證據之理論基礎－兼評最高法院九十七年度台上字第七三四號判決〉，《政大法學評論》，第 121 期，2011 年 6 月，頁 53 以下，頁 72。

論。此二者併參第三章、第三節、第五項。

第三項 權衡決定說

第一款 代表見解

相對於前述「違法排除」及「違法原則不排除」的立場，實務另有折衷見解認為應權衡考量私人不法取證之證據能力。100 年度台上字第 5920 號判決之意旨為：「實施刑事訴訟程序之公務員，因違背法定程序取得之證據，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，刑事訴訟法第一百五十八條之四定有明文。其排除違法取得證據之主要目的，在於**抑制違法蒐證，防止偵查機關濫用公權力**，以確保人民憲法上之基本權。縱其目的在查明案情，亦不能恣意為之，置法定程序於不顧，任意踐踏程序正義，破壞法治國原則，使法律威信蕩然無存。是法院認定有無證據能力，自應依具體個案情形，審酌利弊得失，為適切之取捨。**私人違法取證係基於私人地位，侵害他人私權利而取得證據，固非屬刑事訴訟法第一百五十八條之四規定範疇，然基於相同法理，私人亦不能任意違法取得證據，仍宜審酌其取得證據之目的、違法之程度及所造成之危害，依比例原則決定其證據能力。**又個人之陳述自由，係其個人人格不可侵犯之核心範疇，受憲法及刑事訴訟法之嚴格保障，任何人均不得違法侵犯其陳述自由，如私人故意對被告、證人使用暴力、刑求等方式，而取得被告之自白或證人之證述，因違背其任意性，且有高度虛偽之可能性，**基於避免間接鼓勵私人以暴力方式取供，依刑事訴訟法第一百五十六條被告自白法則之法理，自應排除其證據能力。**至非實施刑事訴訟程序之公務員，其於執行職務時，違法取得之相關證據，基於貫徹程序正義之原則，其證據能力之認定，亦應**審酌人權保障及公共利益之均衡維護**，自不待言。原判決理由謂告訴人拍攝與上訴人性交錄影光碟，並無不法目的，亦未違反上訴人之意願，不適用證據排除法則，而有證據能力，依上開說明，於法並無不合。」

第二款 判決分析

歸納本判決理由，其重點有三：1、排除違法取得證據之主要目的，在於抑制違法蒐證；2、基於刑事訴訟法第 158 條之 4 立法目的之相同法理，私人違法取得之證據，應依比例原則決定其證據能力；3、私人使用暴力、刑求等方式取得之陳述，應排除其證據能力。就此三點，以抑制違法蒐證作為證據排除之目的，

乃上述 97 年度台上字第 734 號判決言明的立場，此判決復再援用，對其具有的疑問將在下節一併說明；至於私人使用暴力等方式取得之陳述應排除，背後的思考脈絡及可能的理論基礎也已在前文第二款、第二目提及。換言之，現下留待處理的是，出於何種考量會認為應該將私人違法取證比照國家機關違法看待？以及，若承認類推的必要性，則類推方式為何？（參下文第三章、第三節、第一項及第五項）

此外，板橋地方法院檢察署座談會¹³見解類似，提案問題為：「檢察官對於當事人私人或委託徵信業者在未得通訊一方事先同意或被監聽者非通訊一方之情況，非法監聽所取得可能涉及他人犯罪之錄音、錄影資料，可否將其採為認定他人有罪之證據，或應一律排除不予採用？」臺灣高等法院檢察署及法務部研究意見採甲說，其內容為：「1、參酌美國法見解，刑事訴訟法證據排除法則係規範公務員，非規範私人，故公務員違法監聽侵犯當事人隱私權，違反美國憲法第 4 條修正案，應予排除；若當事人違法監聽，因非公務員，無憲法第 4 條修正案適用，故不應排除。2、**連嚴苛要求依法執行之公務員尚有權衡法則適用，則私人亦應有適用**。至於當事人非法取證涉及之相關犯罪，如侵入住宅、妨害秘密罪等，由偵查檢察官簽分偵辦，其違法取得之證據仍可權衡是否排除使用。」基於類似「舉重以明輕」的法理，研究意見認為私人無由受到嚴格於公務員之證據限制，應同適用一般性規範的權衡法則（刑事訴訟法第 158 條之 4 參照）。法務部研究意見並補充理由：「1、對於當事人自力救濟且並未涉及犯罪之部分，其所取得之證據有證據能力。2、至於**涉及犯罪部分，其所取得之證據有無證據能力，應類推適用刑事訴訟法第 158 條之 4 之規定**，由法院權衡。」

第二節 實務見解評析

對於前文歸納的實務見解，以下分別探討其共通及個別問題背後可能的支持理由，並予以評析。

第一項 違法排除說

第一款 理論背景

92 年度台上字第 2677 號判決認為證據排除法則係將取得程序違法之證據

¹³ 法檢字第 1000803626 號函釋，發文日期：2011 年 6 月 17 日。

予以排除之法則，而從其論述中可得知，所謂的違「法」包括違反實體法。何以私人違反刑法所取得之證據「固」應予排除，本判決則彷彿自明之理一般，並未多加說明，但推測其背後思考可能係認為國家不應一手處罰違法取證者、一手卻將該證據用以追訴其他犯罪，否則將造成法秩序的矛盾，且國家也無異成為收受贓物者。此思考亦獲得來自學界的支持，認為立法者既然已透過刑法規範表達對竊錄行為的厭惡，並設有沒收竊錄物品的規定，可見其不欲該物再被使用¹⁴。此些乍看言之成理的說法，是否能真正地成為禁止私人違法取證之使用的理由？此為下文第三章、第三節、第三項的討論焦點。

第二款 推論過程

涉及私人秘密錄音（影）的案例類型時，或許受制於實體法觀點，前引判決對於證據能力的判斷可說完全取決於實體合法與否的結論¹⁵。在這樣的連動關係之下，取證行為的合法性判斷，即同時指向系爭證據在訴訟上的效力：取證行為違法，所得證據在審判程序當中不得使用。但是否可據此而逆向推論，只要取證行為合法，所得證據即有證據能力？對此採正面肯定的論述方式者，不僅見於 97 年度台上字第 560 號判決（「如非出於不法目的，…亦不發生有類似公務員違法偵查取得證據之情形，其所取得之證據應有證據能力」），同時也是前述所引其他判決的「標準答案」，例如 91 年度台上字第 3717 號判決即認「上開錄音既非違法取得，復與事實相符，自有證據能力。」

實則，回歸基本的證據法概念，證據能力有消極要件及積極要件兩項基本限制，前者係指證據使用之禁止，例如以不正訊問所得之陳述不得作為證據（刑事訴訟法第 156 條第 1 項參照）；後者則係指經過嚴格證明法則，證據必須經過嚴格證明之調查程序後，始能終局取得證據能力。其次，在嚴格證明法則之下，又受到法定證據方法及法定調查程序的雙重限制，兩者同時具備才是經過合法調查之證據，並取得證據能力，本法第 155 條所稱之「合法調查」即屬之¹⁶。

以此架構為基準，上開判決把焦點置於合法取證上，充其量只說明了證據能力的消極條件已具備，至於下一階段的嚴格證明法則要求則未受到應有的重

¹⁴ 王兆鵬，〈私人違法錄音、錄影、監察之證據能力〉，《搜索扣押與刑事被告的憲法權利》，2000 年，頁 116 以下。

¹⁵ 觀察我國實務，類似的思考模式絕非鮮見，例如用以判斷訴訟標的「犯罪事實單一」概念，法院向是以實體法的罪數為斷，相關介紹及分析請參閱林鈺雄，《刑事訴訟法》，上冊，2010 年，頁 261 以下。

¹⁶ 詳細內容請參閱林鈺雄，《刑事訴訟法》，上冊，2010 年，頁 469 以下。

視，例如作為收賄犯罪證據的光碟，除了在消極面必須是非出於不法行為所取得，尚須積極地經過當庭勘驗的調查程序，才能夠獲得完整的證據能力。若審判庭以朗讀譯文的方式取代，即有違直接審理原則之要求，不具備作為認定事實證據的資格¹⁷。更別說證據調查程序本身即為一獨立的基本權干預來源，若因證據調查行為造成過度的基本權侵害（例如播放性愛光碟等），亦將導致自主性的證據禁止使用（參下文第三章、第五項、第四款）。不過持平而論，並不能以此指責前引判決的論理太過跳躍，因實務對於證據能力向來有其自成一格的思考模式：只要證據合法取得，即有證據能力，而嚴格證明是在有證據能力之後再經審判庭進行的調查程序。且這樣的模式亦得到部分學說的認同¹⁸。站在這樣的背景之下，對該論述中的來龍去脈也能夠理解。但其實這不僅是朝三暮四或朝四暮三的問題，因為在實務見解之下，「合法調查」的層次究屬於證據能力、證明力層次或介於其間的第三種層次¹⁹，實令人難以索解。

第二項 違法原則不排除說

第一款 理論背景

嚇阻違法說除了是美國法上的通說之外（下文第三章、第一節、第一項），從前文所示的諸多判決當中，也可得知此說相當受到我國實務的青睞，97 年度台上字第 734 號判決更為其中代表作。雖早有學者為文指出我國審判者實際上係根據案例類型之差異而採擇不同的證據禁止理論²⁰，惟既然判決在字面上仍堅守嚇阻違法說，那麼仍有必要探究此飄洋過海而來的理論，在我國法上是否能夠順利地落地生根。對此，學說自以下幾個方面為理論繼受提出了嚴謹的分析²¹：

一、訴訟制度之差異：美國法藉證據禁止來嚇阻警察違法取證，乃是因其傳統上由警察扮演主要的蒐證及偵查角色。且在當事人處分原則的支配下，藉證據使用得以宣示檢方因警察違法喪失提出證據的權利²²。至於我國，目前雖朝向

¹⁷ 林鈺雄，《刑事訴訟法》，上冊，2010 年，頁 470。

¹⁸ 柯耀程，〈權衡變奏曲〉，《月旦法學教室》，第 85 期，2009 年 11 月，頁 32 以下；陳樸生，《刑事證據法研究》，1990 年，頁 178；黃東熊，《刑事訴訟法論》，1999 年，頁 363。

¹⁹ 林鈺雄，《刑事訴訟法》，上冊，2010 年，頁 473，註 5。

²⁰ 詳細分析請參閱林鈺雄，〈刑事訴訟法第一五八條之四的平台定性－以最高法院裁判為例證〉，《台灣法學雜誌》，第 140 期，2009 年 11 月，頁 17 以下，頁 25 以下。

²¹ 下述五點整理自薛智仁，〈禁止國家使用私人違法取得證據之理論基礎－兼評最高法院九十七年度台上第七三四號判決〉，《政大法學評論》，第 121 期，2011 年 6 月，頁 53 以下，頁 62 以下。關於此說另參下文第三章、第一節、第二項、第四款。

²² 詳細的理論介紹請參閱王兆鵬，《刑事被告的憲法權利》，1999 年，頁 3 以下；吳巡龍，〈我國

改良式當事人進行主義改革，但迄今仍以檢察官為程序主體，警察僅係輔助角色（刑事訴訟法第 228 條以下），甚至法院就「於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係之事項」，尚負有調查證據之義務（刑事訴訟法第 163 條第 2 項），因此，此一理論無法與我國的刑事制度相配合。

二、證據禁止的嚇阻實效性：犯罪人因證據排除而未受到處罰，對於執法之警方而言，是否真有或者有如何程度的惡害感受，而能達到嚇阻效果，實有疑問。相較於此，以職務懲戒或刑罰制裁違法取證之公務員，應該更能達到直接嚇阻效果；反之，從另一方面來說，對於制裁犯罪慾望強烈的警方而言，為了獲取額外事證，其本就更有可能甘冒違法風險進行取證，因此嚇阻的實效或許亦有限。綜上，嚇阻違法的說法並無法證實，但也無法推翻。

三、證據禁止的嚇阻正當性：以證據禁止來「處罰」違法取證者，同時也造成國家在追訴犯罪時可使用的證據減少，可能因此無法制裁犯罪者。何以為了制裁個別公務員的違法取證，必須要整體社會犧牲追訴犯罪的公共利益作為代價，似乎無法圓滿說明。況且如上所述，欲發揮嚇阻效力，改善既有的懲戒及刑罰體系才是根本之道。

四、取證人員範圍差異：美國法的取證者以警察為主，我國則尚及於法官及檢察官，若貫徹抑制警察違法的觀點，將無法說明何以要排除後者所取得之證據，例如法官對被告疲勞訊問所得之陳述。且即便將嚇阻對象擴大至法官，也因為證據能力是在審判（含準備程序）當中決定，實難以認為立法者會設計出一個法官自己決定自己是否有嚇阻必要性的制度。

五、證據禁止的功能：在違法取證的情形下，若法未明文禁止使用，審判者本就不會絕對排除證據，從刑事訴訟法第 158 條之 4 立法理由納入的多重考量因素可知，抑制違法並非立法者決定證據能力時的唯一決定標準；且相反地，合法取得的證據也可能因自主性的證據禁止而被排除，此時亦談不上有何嚇阻違法的必要。實際的例子如刑事訴訟法第 156 條之規定，該條所定之排除自白，不以訊問主體故意或過失違法為必要。而在嚇阻實效性雖未被推翻、但也未獲確認的前提下，法官在個案中將難以判斷如何透過證據禁止來嚇阻個案中的違法取證。

與美國證據排除實務運作之比較－兼評最高法院相關判決》，《台灣法學雜誌》，第 141 期，2009 年 12 月，頁 94 以下。

嚇阻違法說除了著眼於導正違法偵查人員之作為外，尚兼具有預防將來再次發生違法取證之效果。然而就如同刑事被告的無罪判決不會是檢察官的敗訴判決一樣，因證據禁止而對被告作有利的認定也不是對違法取證者的處罰，更可能對偵查人員而言根本不痛不癢；而另一方面，對於本案審理時已終結的取證行為，法院再予排除證據已是於事無補，即便確能發生抑制違法偵查的效果，也是對於未來的案件。但證據禁止是一翻兩瞪眼的問題，答案只可能是「有」或「無」兩種可能，而嚇阻必要性在有無之外，尚有程度高低之別。試想，法官如何在本案的審判中，判斷將來何等案件的嚇阻必要性超過某個程度（勢必須將其作量化思考），而必須在本案中宣告證據容許或禁止？也因此，不論是理論面或實際面，嚇阻違法說在我國法上皆無立錐之地。

第二款 私人不法取證之立論

上述討論已說明嚇阻違法偵查說移植於我國的水土不服之處，則欲立足於此地基不穩的理論上說明私人違法取證不排除，說服力自然較薄弱，然既最高法院 97 年度台上字第 734 號判決中另以「私人不法取證並無普遍性，且對方私人得請求民事損害賠償或訴諸刑事追訴或其他法律救濟機制，無須藉助證據排除法則之極端救濟方式將證據加以排除，即能達到嚇阻私人不法行為之效果，如將私人不法取得之證據一律予以排除，不僅使犯行足以構成法律上非難之被告逍遙法外，而私人尚需面臨民、刑之訟累，在結果上反而顯得失衡，且縱證據排除法則，亦難抑制私人不法取證之效果」等理由，進一步為不排除私人違法取證的立場提出辯護，且學說上亦有認為相較於國家機關持續性、集體性執行偵查犯罪職務，私人較無反覆違法搜索之動機，且被侵害者較有抵抗可能及司法機關偏袒的可能性較低等理由，而表示私人違法取證沒有證據排除必要²³。因此以下仍對這些看法進行檢討。

一、私人不法取證並無普遍性？在國家追訴原則之下，私人取證固然不致於達到取代公權力調查的地步，然而隨著科技進步，私人自行蒐證的便利性已大大提昇，且相較於刑事追訴機關受到的取證限制，私人所為的蒐證措施在侵入程度上實不亞於國家機關²⁴，更遑論坊間林立的徵信社正是以取得犯罪證據為常

²³ 王兆鵬，《刑事訴訟講義》，2006 年，頁 35；《美國刑事訴訟法》，2007 年，頁 67 以下；吳巡龍，〈私人不法取得證據應否證據排除—兼評最高法院九十二年度臺上字第二六七七號判決〉，《月旦法學雜誌》，第 108 期，2004 年 5 月，頁 223 以下，頁 226；陳運財〈違法證據排除法則之回顧與展望〉，《月旦法學雜誌》，第 113 期，2004 年 10 月，頁 27 以下，頁 46。

²⁴ 薛智仁，〈禁止國家使用私人違法取得證據之理論基礎—兼評最高法院九十七年度台上字第七三四號判決〉，《政大法學評論》，第 121 期，2011 年 6 月，頁 53 以下，頁 71。

業。在此現實情況下，稱私人不法取證「不具普遍性」恐非毫無討論餘地，最高法院認為私人不法取證並無普遍性的說法，似無實際統計數據支持。又，雖然其可能係以自身受理案件的經驗予以推斷，但不能忽略的是，私人不法取證的常見案型一如通姦罪—乃是不能上訴第三審之案件，因此未必是現實社會中的私人不法取證不普遍。另外，更根本的疑問是，不具普遍性的取證行為難道就不具有嚇阻必要性？為何不是抱持著「防微杜漸」的想法而更予排除？

二、既有的民刑事救濟機制已足敷使用？認為現有的救濟制度已足夠，無須藉助證據排除法則來嚇阻私人違法的論點，其實在排除國家違法取證時也完全適用。在公務員違法取證時，已存有諸多職務懲戒甚至是刑罰規定加以因應，但仍然肯定證據禁止能再發揮嚇阻違法的效果，那麼等而視之，結論應是證據排除也能發揮嚇阻私人不法行為的效果。最高法院神來一筆「縱證據排除法則，亦難抑制私人不法取證之效果」實不知根據何在²⁵。此外，以秘密錄音（影）為例，在對行為人所提起的民事程序中，回復原狀已無可能，最後的法律效果應僅為損害填補，而對於賠償能力愈高之行為人而言，民事制裁所能發揮的嚇阻效果即相形愈低；至於刑事追訴，令人好奇的是，實務上出現的違法取證案件當中，有多大比例是最後受到追訴並定罪²⁶？當然，這樣的遲疑同時適用在國家與私人的違法取證上，也是不能否認的。

第三項 權衡決定說

第一款 理論背景

100 年度台上字第 5920 號判決對於證據禁止的功能理解，同樣著重在抑制違法偵查的面向，因此同樣必須面對理論正當性的檢驗。其次，判決理由中不僅認為刑事訴訟法第 158 條之 4 規定於私人取證有得類推之處，同時也指出私人以暴力方式取供時，依刑事訴訟法第 156 條自白法則之法理，亦應排除其證據能力。從此看來，至少是肯認此二規定對於私人取證行為具有一定程度的拘束性，更進一步來說，本判決是否有意表示私人取證行為應受到刑事訴訟法全部或一部規範的限制，並正當化取證過程違法所導致的證據禁止？倘若如此，則關係到訴訟法取證規範之私人拘束性的問題（請參閱第三章、第三節、第一項）。

²⁵ 同前註。

²⁶ 李佳玟，〈在場人錄音之證據能力（下）〉，《月旦法學雜誌》，第 118 期，2008 年 12 月，頁 102 以下，頁 114。

第二款 權衡方式

其次，依本判決意旨所稱，私人違法取得之證據宜審酌人權保障及公共利益之均衡維護，依比例原則決定其證據能力。參照刑事訴訟法第 158 條之 4 立法理由所示的衡量參數：違背該法定程序之主觀意圖、侵害犯罪嫌疑人或被告權益之輕重、對犯罪嫌疑人在訴訟上防禦不利益之程度，以及該犯罪所生之危險或實害，暨禁止使用該證據對於抑制違法蒐證之效果，及司法警察（官）如依法定程序有無發現該證據之必然性。依本判決之看法，此七點事由在私人違法取證時亦應用來評估證據能力，惟此些事項最初的用意乃是用來衡量國家取證之證據能力，將其延用至私人取證時是否適當？假使肯定，則其在適用上是否應做出相應的微調²⁷？同於下述再進一步介紹（請參下文第三章、第三節、第五項）。

第三節 小結

我國實務對於私人不法取證之立場，目前基本上呈現出「違法排除說」與「原則不排除說」二分天下的態勢，至於位居其間的權衡處理說，則在 100 年度台上字第 5920 號判決之後未再見過，是否表示僅是曇花一現？值得持續關注。惟自上述的提問及推敲中可知，不論是採以上何說，各該判決中均留有尚待釐清的問題面向。而在此之外，近年來流行以嚇阻理論作為證據禁止功能的說法，不論是從訴訟制度差異、嚇阻實效性及正當性等角度加以分析，應足說明抑制違法說無法充分套用於我國法。又，最高法院另以嚇阻違法之必要性較低為由，將私人不法取證排除於證據禁止討論之外，不僅在論理上有所矛盾，在實際上更有窒礙難行之處，因此亦欠缺作為論證橋樑的功能。

在實務見解無法提供解決出路的前提下，藉助學界討論來開拓問題並釐清爭議往往是較為適切的方法，因此下一章的主軸圍繞在學說上對於私人不法取證之證據禁止問題的看法。

²⁷ 李佳玟，〈在場人錄音之證據能力（下）〉，《月旦法學雜誌》，第 118 期，2008 年 12 月，頁 102 以下，頁 116。

第三章 私人不法取證之證據禁止理論基礎

第一節 證據禁止理論

在進入本章主題探討之前，先予介紹必要的上位概念，亦即證據禁止理論。百年來，相關文獻已是汗牛充棟，對於證據禁止的概念、功能、類型等的系統性架構亦愈趨完整，以下分別說明，並佐以與私人取證相關的說明。

第一項 證據禁止之概念與類型

第一款 證據禁止之概念

證據禁止，乃證據取得禁止（Beweiserhebungs- bzw. Beweisgewinnungsverbote）與證據使用禁止（Beweisverwertungsverbote）兩者之上位概念¹。前者乃國家追訴機關取得證據過程（泛指尋找、蒐集及保全證據等等）之行為規範；後者主要在禁止法院將已取得之特定證據，作為判決基礎。惟應注意者為，證據禁止的大多數情形，基本上是對被告形成「禁止不利負擔」之保護，刑事程序不能因為系爭取證存在重大程序違法，就忽略使被告無罪之證據，故在違法取得之證據有利於被告時，得作為證據使用²。

第二款 證據禁止之類型

第一目 證據取得之禁止

國家刑事機關之追訴活動，多半以取得證據為要務。為確保個人權利免於不必要之侵犯，維持公平而合乎法治國之刑事程序，刑事訴訟法遂誡命國家機關為一定之作為或不作為。與上列有關之規範，稱為取證規定。國家機關在取證活

¹ Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 2011, Rn. 335; 林鈺雄，〈德國證據禁止論之發展與特色〉，《干預處分與刑事證據》，2008年，頁253。

² Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 457; 最高法院101年度台上字第116號判決亦指出，無罪判決「所使用之證據亦不以具有證據能力者為限，即使不具證據能力之傳聞證據，亦非不得資為彈劾證據使用」（100年度台上字第2980號判決同旨）。

動中，未遵守該些規定時，即屬證據取得禁止之違反³。

第二目 證據使用之禁止

至於證據使用之禁止，規範對象乃法院之審判行為，一經禁止使用者，即欠缺作為裁判依據的證據資格⁴。以取證過程是否有違法，又可區分為以下二類：

壹、依附性使用禁止（非自主性使用禁止）

若證據禁止的效果係依附於並緊接於國家機關違法取證之事實而來，學說上稱為依附性的使用禁止，或者非自主性的使用禁止（*unselbständige Beweisverwertungsverbote*）。目前討論此類型的使用禁止的共識是，「違法取證≠使用禁止」，亦即，違法取證必須加上其他條件才有證據使用禁止的效果⁵。

通常而言，此類證據禁止固然多係源於國家機關的違法取證，但從依附性使用禁止係處理證據因取證違法而導致禁止使用的角度看來，倘若肯定私人不法取證乃導致證據禁止的原因（參本章第二節、第二項），亦可在此脈絡下討論⁶。

貳、自主性使用禁止

自主性之證據使用禁止（*selbständige Beweisverwertungsverbote*）並不以國家追訴機關取證違法為前提要件，1960年的【秘密錄音案】（下文第三節、第五項、第四款、第二目）開啟此類證據禁止使用之先河。在本案中，聯邦最高法院表示，在他人不知情下秘密錄音，乃嚴重侵害人格權及人性尊嚴，雖國家機關本身在取證過程並未違法，但單單使用證據本身，即構成另一次新的、自主性的侵害行為，因此拒絕使用該等證據⁷。時至今日，依據案件類型之分布，可再將自主性使用

³ 林鈺雄，〈從基礎案例談證據禁止之理論與發展〉，《干預處分與刑事證據》，2008年，頁253以下；取證規定之種類繁多，較重要者為：1、不正訊問方式之禁止；2、告知義務之違反；3、拒絕證言權之違反；4、強制處分之要件限制；至於證據取得禁止的下位類型，請參閱，Beulke, *Straprozessrecht*, 2010, Rn. 455; Eisenberg, *Beweisrecht der StPO*, 2011, Rn. 336 f.; 林鈺雄，〈從基礎案例談證據禁止之理論與發展〉，《干預處分與刑事證據》，2008年，頁254，註18。

⁴ 林鈺雄，同前註，頁262。

⁵ 林鈺雄，同前註。

⁶ 例如德國文獻上有將私人以違反人性尊嚴取得之證據，歸屬於依附性證據使用禁止（Beulke, *Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus*, JA 2008, 653, 661.）。當然，若將依附性證據使用禁止理解為依附於「國家機關」違法取證而來的禁止使用，則「私人」不法取證，不論其禁止使用的原因為何、與私人不法取證行為有關或無關，皆不應納入此類型之下，最多只可能在自主性證據禁止中討論。

⁷ 林鈺雄，〈德國證據禁止論之發展與特色〉，《干預處分與刑事證據》，2008年，頁313。

禁止歸納為下列二類型⁸：

一、刑事訴訟法的自主性證據禁止：此類的使用禁止，係指證據雖經由國家合法取得，但刑事訴訟法明文規定禁止使用。例如德國刑事訴訟法第 252 條規定：「證人在主審程序行使拒絕證言者，不得朗讀其先前所為的陳述」，將此條文與同法第 250 條⁹直接審理原則之規定一併理解，雖然有法官訊問的例外規定，但仍屬於一廣泛的自主性禁止使用之依據¹⁰。此時之所以明定「不得朗讀」，即無涉國家違法，而是因證據的性質而禁止使用。

二、憲法的自主性證據使用禁止：此類的證據禁止直接導源自憲法對基本權的保護，因此有其自主性。在這一類的案型中，證據來源為何及取證過程是否合法，並不重要，決定證據應否禁止使用的真正原因，在於法院在審理程序中調查、使用該等證據之行為本身，是否足以構成一次新的、自主性的基本權之侵害？如果答案是肯定的，則國家機關使用該證據之行為本身，將因侵犯基本權而違憲¹¹（參本章第三節、第五項、第四款）。

第二項 證據禁止之功能¹²

證據禁止的功能，或者說證據禁止所要達到的目的為何，從證據禁止的概念誕生至今，尚未出現獲得一致擁戴的理論。毋寧說，其具有多面向的功能。

第一款 發現真實說

證據使用禁止，以往最被提及的功能，莫過於保障實體真實發現的可靠性。簡言之，特定證據本身之虛偽或然性過高，因此將之概括地排除在判決基礎事實之外。代表性規定如不正訊問禁止（刑事訴訟法第 156 條第 1 項）。然而，現代

⁸ 此分類方式，請參 Jahn, Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, Gutachten C zum 67. Deutschen Juristentag Erfurt 2008, 2008, C 36 f.

⁹ § 252 StPO (StPO 為德國刑事訴訟法之縮寫，下同)：Die Aussage eines vor der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Recht, das Zeugnis zu verweigern, Gebrauch macht, darf nicht verlesen werden.; § 250 StPO: Beruht der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person, so ist diese in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Die Vernehmung darf nicht durch Verlesung des über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls oder einer schriftlichen Erklärung ersetzt werden.

¹⁰ Jahn, Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, Gutachten C zum 67. Deutschen Juristentag Erfurt 2008, 2008, C 36.

¹¹ 林鈺雄，〈從基礎案例談證據禁止之理論與發展〉，《干預處分與刑事證據》，2008 年，頁 263。

¹² 以下除特別引用及關於私人取證之說明外，皆整理自林鈺雄，同前註，頁 265 以下。

的證據禁止理論，早已跳脫單單追求真實發現的窠臼，例如同樣是不正訊問，以強暴或脅迫方式取得的自白或陳述固然有高度虛偽可能性，但以狡詐的辦案技巧所取得者，卻往往可能是真實的，惟一旦被認定構成刑事訴訟法的不正訊問時，仍無證據能力。且在證據為非供述證據時，這一說亦無適用餘地，因為物證不太會有虛偽的問題。

上述對於發現真實說的質疑，同樣也適用在私人所取得之證據上，私人以強暴或脅迫取得的自白，雖有較高的虛偽可能性；但秘密錄音所得之內容，卻往往是符合真實的。

第二款 個人權利保障說

藉由證據禁止來保障個人權利的觀點，自德國學者 Rogall 提出以來¹³，獲得廣泛的支持與贊同。其分析證據禁止的相關規定，認為其中的立法目的無非在保護被告，例如不正訊問禁止規定所要保護者，首要乃被告之意思決定。不正之偵訊方式，乃對於自由權的不法侵害，違反人性尊嚴之保護，因此法律不但禁止國家機關以不正之偵訊方式取得證據，也進而禁止法院使用這類證據。

然而，刑事訴訟法的所有規定本來即意在保障人權，違反取證規範的行為，多少都會直接或間接地侵害人權，若依此推論，則恐怕絕大多數證據都會禁止使用。因此，有學者明白指出，個人權利之侵犯，既非證據使用禁止的前提，也不是其要素；再者，證據使用禁止，往往無法改變權利已受侵犯的既成事實，在公權力侵害行為已完結後的證據禁止，與其說是權利保護，還不如說是權利補償。

在私人違法取證的情形中，先前違反刑法取得證據之行為已構成他人法益之侵害無疑，惟對於此既成的侵害事實，已無法藉由事後的證據禁止加以保障。況且事實上，立法者已將保障法益不受侵害的任務付託給刑法，是否有必要在此之外另以證據禁止強化保護，是需要討論的問題（參本章第三節、第五項、第二款）。其次，也有可能是認為國家接受私人不法取得之證據將造成侵害延續，為了保障被害人免於受到持續的侵害，應排除證據能力，這項近似於處罰贓物犯的理由是否經得起考驗？（參本章第三節、第三項）；最後，以權利保護出發，由於證據調查本身亦為基本權干預，當法院調查私人轉交的證據被評價為過度侵害權利，亦將導致證據禁止使用的結果。惟應辨明者為，此時真正左右證據能力的

¹³ Rogall, Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten, ZStW 91 (1979), 1 ff.

並非先前的私人違法行為，而是證據調查過程的基本權侵害（參本章第三節、第五項、第四款）。

第三款 公平審判說

公平審判說乃是以程序正義的觀點解釋證據禁止之目的，要求國家只能在公平而合乎法治國的程序中追訴被告。若國家取得證據過程有明顯的違法，使用該證據就不可能合乎公平而法治的要求。結論上與本說類似者，乃所謂的道德最低限度說，其認為當國家自己以違背道德最低限度之不法手段取得證據時，就喪失了行使刑罰請求權的正當性，因此該證據應禁止使用。

不過，如同討論民法問題不能太早訴諸誠實信用原則一般，討論刑事證據問題時，也同樣要避免太早抬出公平審判的大旗，且公平審判保障的是法治國最低限度要求，因此射程距離有限。就最低限度之要求言，德國的學說及實務上的共識乃是在國家恣意或蓄意以違法行為取證時，所得證據不得使用。

將此思考轉用於私人取證，國家在私人自發性的違法取證行為完結之後，收受其轉交的證據，並用作審判程序之證據。在此三方關係中，取證者因違法取證行為而受刑法制裁；第三人又因該證據受有不利之裁判，其中最大的贏家可說就是國家。那麼，國家作為違法取證之得利者所進行的審判程序是否有違公平審判原則？後述將再予說明（參本章第三節、第一項、第三款）。

第四款 導正紀律說／嚇阻違法說

證據使用禁止另一項可能的功能，在於導正追訴機關（尤其是警察）的紀律。其認為透過證據禁止，方能自始消除追訴機關違法取證之誘因，進而導正其紀律，故此說亦稱為嚇阻違法說。

以美國法為例，其傳統上認為證據禁止之目的主要在於嚇阻警察的不法取證，對於私人行為並不適用。美國聯邦最高法院早於 1921 年的 *Burdeau v. McDowell*¹⁴ 一案中即已明確指出，憲法第 4 增修條款目的在於對國家權力加以抑制，公務員以外之人並非規範適用的對象，因此本條所規範的搜索、扣押行為，僅是針對警察，而不及於私人。若對證據禁止功能採取此看法，則私人的非法取證，不應適用證據排除法則，因為排除私人違法取證，與是否能嚇阻警察違法取

¹⁴ *Burdeau v. McDowell*, 256 U.S. 465 (1921).

證，可說毫無關連性¹⁵。從前章所示的我國實務判決及分析可知，至少在表面理論上看起來，此說也頗獲我國審判者的青睞，但到了實際操作時卻又未論理一貫地將證據禁止與私人不法取證一刀兩斷，因此導正紀律說在我國的落實情況尚無法加以肯定。再者，對於此說根本的正當基礎何在所提出之質疑，先前章節亦已說明過，故不再贅述（參上文第二章、第二節、第二項）。

第五款 小結

不論是國家違法取證或私人違法取證，證據禁止理論的功能何在，實際上無法以單一面向看待，上述各說雖然都有各自受到質疑與批評之處，但其所關注的價值，例如發現真實及權利維護，往往也是刑事訴訟法所追求的重要目的，因此並無必要僅採一說，不妨將證據禁止賦予多重功能¹⁶。

第三項 證據禁止的判斷標準

證據使用禁止理論，係指為了解決「在何種情形下應禁止法院使用特定證據」而生之理論，此為證據禁止最為核心的問題，而依附性與自主性之證據使用禁止，如前所述，本質有別，故解決這兩種問題的理論也不盡相同¹⁷。

第一款 依附性之證據使用禁止

國家追訴機關在取證過程中，若有違反程序法規時，應否以及在何等範圍之內會有證據使用禁止的效果，固然是證據法上的核心問題。不過，同前所述，以私人不法取證作為基礎原因而來的證據禁止，因其禁止乃是依附於違法取證，故在此脈絡亦有討論空間。

第一目 權利領域理論／上訴觀點理論

此說最早由德國聯邦最高法院提出，該院試圖將證據使用禁止之問題與上

¹⁵ 王兆鵬，〈證據排除法則之性質與目的〉，收錄於《刑事證據法則之新發展》，黃東熊教授七秩祝壽論文集，2003年，頁215以下，頁227；《美國刑事訴訟法》，2007年，頁64以下。

¹⁶ 其他曾被提出但在此不擬深談的觀點，包括認為證據禁止得以保障刑法的一般預防及特別預防功能。就前者言，係認為當國家本身取證違法時，依據該證據所作成的判決本身，也不再具有正當性，因此使人民遵守刑法規範的意願降低（Dencker, Verwertungsverbote im Strafprozess, 1977, 59 ff.; 轉引自 Jäger, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003, S. 74 ff.）。不過此說不應與嚇阻違法說／導正紀律說混淆，後者係指藉由證據禁止來降低不法取證的誘因，但前者是著重在刑罰整體的預防犯罪效果。

¹⁷ 林鈺雄，〈從基礎案例談證據禁止之理論與發展〉，《干預處分與刑事證據》，2008年，頁274。

訴合而為一，認為被告得否以下級審判決違背法令為由提起上訴，取決於被告的權利領域是否受到重要影響。因此，探求此問題時，首應研究取證禁止之規定究竟是為了誰的利益而設。然而，此說提出之後，遭到學界大多數反對。理由在於，證據得否使用，首先是下級審的任務，至於取證過程違法得否作為上訴理由則是第二層次的問題；再者，在追訴機關以不正方法訊問證人時，受到侵犯的乃是證人權利，而非被告權利，但德國刑事訴訟法仍明文規定禁止使用；另外，被告有權要求一個合乎程序法規定的審判程序，即使該程序規定並非專為保護被告權利而設者亦同。實則，面對學界的砲聲隆隆，此說的創始者德國聯邦最高法院迄今也未在拒絕證言權有關的案型之外援用權利領域理論¹⁸。

至於我國實務，亦不乏思考背景相同之見解。例如最高法院 101 年度台上字第 1580 號判決之判決理由指出「拒絕證言權，專屬證人之權利，非當事人所得主張，前開證人拒絕證言權及法院告知義務之規定，皆為保護證人而設，非為保護被告，故法院或檢察官違反告知義務所生之法律效果，僅及於證人，其證詞對訴訟當事人仍具證據能力，至於證據之證明力如何，則由法院依具體個案判斷之。共同被告經警察及調查機關移送檢察官，以涉犯投票行賄等罪嫌之被告偵辦中，其以證人身分於本案偵查中或第一審審理時作證，有部分雖未經履行告知得拒絕證言之程序，然依前揭說明，原審認該證人之證言具證據能力，仍無違法可言。」分析判決論理，可知最高法院借助證人拒絕證言權之規範目的探求，以決定證人供述之證據能力¹⁹，而此求諸於規範目的之想法，也成為後來廣受認同的規範保護目的理論的先驅。

第二目 規範保護目的理論

主張規範保護目的理論者認為，違反法規而取得之證據得否使用，要回溯該項被違反法規的規範目的。至於如何探求法規目的有無證據禁止之意，方法上雖略有不同，但基本上都是圍繞著取證規範之目的分析。具體來說，本說的提倡者主張在符合下列兩項要件時，證據應禁止使用：1、取證過程中法規之規範目的尚未被終局損害；2、透過使用證據之行為，損害會加深或擴大。例如：課予國家機關告知嫌疑人緘默權之義務（刑事訴訟法第 95 條），其法規目的乃在維護

¹⁸ 林鈺雄，同前註，頁 275 以下。

¹⁹ 其他相似判決如 101 年度台上字第 641 號判決、100 年度台上字第 5680 號判決；相關評釋請參閱林鈺雄，〈刑事訴訟法第一五八條之四的平臺定性－以最高法院裁判為例證〉，《臺灣法學雜誌》，第 140 期，2009 年 11 月，頁 17 以下；楊雲驊，〈未告知證人拒絕證言權之法律效果－評最高法院九五年臺上字第 909 號、九五年臺上字第 2426 號、九六年臺上字第 1043 號判決〉，《臺灣本土法學》，第 99 期，頁 157 以下。

不自證己罪原則，避免被告在不明究理的情形下自證有罪。因此，當警察違反告知義務，嫌疑人因而對己為不利陳述。該取證程序雖違法，但課與告知義務之法規目的尚未終局受損，只要證據不得使用，嫌疑人的不自證己罪權也不會受到破壞，故系爭不利陳述不得成為法院使用之對象²⁰。

可想而知，以探求取證規範之保護目的為中心的此說，典型適用情況乃是針對國家機關的取證行為。在私人不法取證時，除非承認刑事訴訟法的取證規範對於私人亦有適用或類推適用之可能，或者從私人所違反的實體刑法（而非程序法）規範中可以探求出立法者已藉此表達應證據禁止的想法，否則無法肯定規範保護目的之想法在私人取證上能夠發揮作用（參見本章第三節、第一項及第三項）。

第三目 國家發現真實自我設限說

國家發現真實自我設限理論的出發點與規範保護目的論相同，亦將證據使用禁止之問題與證據取得之規定併合觀察，但取證規定有何功能，應在整體刑事訴訟程序中觀察。取證之規定雖同時賦予追訴機關偵查權力，但同時亦設定其界限。換言之，國家在追求真實發現的刑事追訴中，已經自我設限。因而，違反取證規定所得之證據可否使用，端視追訴機關之行為是否逾越國家自我設限的範圍而定。例如，禁止以不正方法取得被告陳述之規定，明白表示國家發現真實之自我設限，因此不正取得之陳述不得使用。反之，許多程序規定偏重技術性的意義，與自我設限無關，因此違反規定仍得使用，例如限制夜間搜索之規定立法目的在於規範所執行方式，而不在限制國家發現真實之內容，因此與發現真實自我設限無關，違反此項規範並無證據使用禁止的效果²¹。

此說同樣是以證據取得規範為中心來觀察證據使用禁止，據此，其基本上以國家機關的違法取證為適用對象。在私人取證的情況中，除非先打通刑訴取證規範於私人之適用或類推適用可能的關節，否則無法說明何以立法者在取證規範當中所設的真實發現界限必須對私人一視同仁（參見本章第三節、第一項）。再者，另一個疑義是，從取證規範中僅能得知立法者對於追訴機關取證手段的限制，但對於國家機關得否收受私人所得之證據，立法者則未表達立場²²，因此將

²⁰ 林鈺雄，〈從基礎案例談證據禁止之理論與發展〉，《干預處分與刑事證據》，2008年，頁278以下。

²¹ 林鈺雄，〈從基礎案例談證據禁止之理論與發展〉，《干預處分與刑事證據》，2008年，頁284。

²² 薛智仁，〈禁止國家使用私人違法取得證據之理論基礎—兼評最高法院九十七年度台上字第七三四號判決〉，《政大法學評論》，第121期，2011年6月，頁53以下，頁94。

本說的想法適用在私人取證似乎有困難。然而，若將評價重點置於證據使用，則私人自發性地將取得之證據轉交國家，與國家本身偶然發現取得證據的情況相較，二者同具有偶然性。以德國法上對監聽偶然取得之犯罪資訊為例，對該些資訊的使用亦非毫無立法設限，因此若將觀察角度放在國家因證據使用而逾越真實發現的界限，那麼私人取證與限制國家真實發現非全然無關（本章第三節、第六項）。

第四目 權衡理論

權衡理論是指任何違反取證規定的案件中，都需要在個案衡量國家追訴利益與個人權利保護之必要性，才能決定證據應否禁止使用。相對於汗牛充棟的各家學說，德國實務採取的立場偏向權衡理論。在個案中考量的因素為下列²³：

證據能力有無之標準	關係人方面	客觀上取證規範的違反程度 (結果非價)	干預之法律授權依據欠缺或是不正當
			對於應適用法規的客觀規避
			違反行為之行為非價，特別是明知或恣意濫用職權，或是出於善意與疏忽
		被違反規範之保護目的	
	違法取證對證據價值之損害		
	被告程序地位之保護需求性		
	刑事照料義務方面	刑事照料機能	國家調查利益（特別是引進證據資料）
			犯罪嫌疑的態樣與強度
			被告違法行為之嚴重性
			追訴機關信賴度降低而致法治國程序的名譽喪失
透過合法程序是否仍可能取得證據 ²⁴			

²³ Jahn, Strafverfolgung um jeden Preis ? - Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel, StraFo 2011, 117, 118.

²⁴ 此即假設偵查流程理論之想法（本章第三節、第六項、第一款），是後來興起的權衡標準之一，依此，若國家以合法手段也能得到證據，則違法取得之證據亦得使用。不過在證據禁止理論系統中應如何定位此說，至今尚無定論，請參閱林鈺雄，〈從基礎案例談證據禁止之理論與發展〉，《干預處分與刑事證據》，2008年，頁280、298。

對於實務所偏好的權衡理論，學者指出，洋洋灑灑的考量參數本身並不是問題，真正費解的是何以有時在個案中顯示出某參數具有決定性的作用，而不是全盤考慮所有參數；以及何以同樣的一項參數在兩個可相提並論的案件當中忽而被援用，忽而被略過不提²⁵。總之，權衡理論追求的是個案正義，犧牲的卻是一般性的法律保留原則，且權衡結果難以事先逆料，因此具有高度不確定性及法不安定性，此為其致命傷。

在私人不法取證時，由於不存有可資探求的規範保護目的，因此有學者認為職司審判者僅能借助權衡理論決定證據能力。不過對於應納入權衡考量的因素為何，則有分歧的看法（本章第三節、第五項、第四款、第一目）。

第五目 資訊分配理論

德國學者 Amelung 於 1990 年提出此說，認為資訊支配權作為一主觀公權利，與其他支配權具有相通處，亦即資訊之支配者有攔截資訊，避免他人存取、傳遞或使用之權限。以資訊支配權作為證據禁止問題的上位指導原則，其主張應以資訊取得禁止、資訊儲存禁止及資訊使用禁止來取代證據取得禁止與證據使用禁止的傳統概念。因為在傳統概念中，係以法院判決為軸心，並不處理在事實審之前，被告得否及如何主張證據使用禁止。例如刑事訴訟法中對嫌疑人及第三人發動搜索之實體門檻要件有別（德國刑事訴訟法第 102、103 條；我國法第 122 條第 1、2 項參照）；又如禁止扣押及偶然發現物之扣押。這些規定中具有分配國家與個人實體資訊權之意旨，國家若違反資訊取得之規定而取得證據，個人享有排除結果的請求權，包括對抗違法取得資料之儲存及使用²⁶。

植基於資訊分配的思考，從聯邦憲法法院著名的【人口普查案】中亦可見到端倪²⁷。該判決表示，與個人有關之資訊如果要被使用在與當初取得目的無關的其他地方，必須有法律依據或得有權者之同意。這顯示出，**個人對資訊之支配權會繼續存在於國家已取得之資訊上**。詳言之，資訊權之主體，基於資訊防禦權，不僅得阻止其資訊在未經同意的情況下被取得，尚且可進一步阻止未受允許的資訊使用。後者對於不依附於取證瑕疵而來的自主性證據使用，尤其具有意義，形

²⁵ Jahn, Strafverfolgung um jeden Preis ? - Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel, StraFo 2011, 117, 118.

²⁶ 詳細的說明請參閱林鈺雄，〈違法搜索與證據禁止〉，《國立台灣大學法學論叢》，第 28 卷第 2 期，1999 年 1 月，頁 251 以下。

²⁷ BverfGE 65,1, NJW 1984, 419 ff.; 中文介紹請參蕭文生譯，〈一九八三人口普查案判決〉，《德國聯邦憲法法院裁判選集》，1991 年，頁 288 以下。

諸明文者如德國租稅通則（*Abgabenordnung*）第 393 條第 2 項，依該條規定，基於稅務目的而取得之當事人資訊，不得在對其進行的刑事程序當中使用；法未明文者，則如【通姦日記案】（本章第三節、第五項、第四款、第二目）當中，法官和檢察官必須先讀過系爭日記的內容，才可決定其中所透露的資訊是否已私密到無法作為證據資料²⁸。

資訊防禦權係資訊支配權的原始功能面向，當此權能受到破壞，其功能也不復完整，此時必須求諸於資訊支配權衍生的另一功能面向，即**資訊結果除去請求權**。源自公法上的結果除去請求權，資訊結果除去請求權之目的在於除去違法的資訊儲存。當儲存具有法律依據時，非違法的資訊儲存，藉此，實定法的規範將轉變為證據使用禁止的判準，因為基本上僅當資訊取得為實定法所非難時，資訊結果除去請求權方會受到肯認。當然，若該實定法本身違憲或在個案中的適用有不合乎比例的情形，則不在此限。違法的資訊儲存大多起因於資訊取得規範的違反，但也可能是因為儲存行為本身或儲存結果所導致，後者係指國家儲存或使用某資訊，但該資訊之支配權歸屬於其他主體，致國家無法支配該資訊。在此，資訊取得的行為不法基本上不具獨立的意義，其功能僅在判斷資訊的分配是否為不法²⁹。擷取此概念的精神，一項證據的儲存或使用與否本身即可能為可非難的行為，而檢驗的方式之一，可透過考察立法者對於資訊的分配是否受到破壞。這也是下文提出的「國家合法取證假設說」的基本立場（本章第三節、第六項）。

再者，以資訊權維護為立足點，並非所有的取證程序違反都會導向資訊結果除去請求權，因為追訴機關應遵循的程序規範並非皆以維護資訊分配為目的，而是可能考量到各類不同的利益，因此需分別以觀：有些取證規範目的在於防止資訊侵害的**危險**，故違反該規範本身不見得構成資訊支配權之侵害，例如扣押的法官保留原則，此規定意在藉由中立者的預防性措施來維護資訊，因此當扣押未經法官核可，但實質要件已齊備時，可認此時的資訊分配結果並無不法，故扣得證據得使用；又如**告知義務**的規定，其目的在保護享有拒絕供述或證言權之人，不在不知自己享有資訊支配權的情形下作出陳述，因此當偵訊者未盡告知義務，但受訊問人已知悉自己得拒絕陳述時，立法者所做的資訊分配秩序未被破壞，故不導致證據禁止；至於保護其他利益的程序規定，如抽血應由醫師行之³⁰，其目的在使被告之身體健康不受非專業之侵害。另如夜間不得搜索之規定³¹，目的在

²⁸ Vgl. Amelung, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, 1990, S. 37 f.

²⁹ Vgl. Amelung, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, 1990, S. 38 f.

³⁰ § 81 a I StPO; 我國刑事訴訟法第 205 條之 1 第 1 項參照。

³¹ § 104 I StPO; 我國刑事訴訟法第 146 條。

保護夜間居住之安寧，二者與資訊分配情勢無關，故違反不導致證據禁止使用³²。

在基本概念上，此說亦與「國家發現真實自我設限說」有不謀而合之處：皆試圖尋求國家資訊分配及發現真實的界限。據此，既然立法者已藉由取證規範將國家所能支配的資訊畫出界線，且即便是合法落入其手中的資訊，也可能因為資訊支配權的持續作用，而限制該證據成為判決基礎。如果因為私人不受取證規範拘束，即認為其取得之證據基本上皆得使用，那立法者為了維護資訊支配權而設置的重重屏障也將受到規避。以此為出發點，實有必要另循途徑限制國家的證據使用權限，因此本文擬引介「國家合法取證假設說」，說明如何將立法者在取證規範中所為的資訊分配，落實於證據使用的層面³³。

第二款 自主性之證據使用禁止

自主性證據使用禁止的案型，由於不以違法取得證據為前提，故無法藉助依附性使用禁止的理論作為解決之道。在憲法上之證據使用禁止情形時，考慮的重心不在證據取得行為，而在法院調查並使用證據之行為，是否會構成一次自主性的基本權侵害，至於個案中應如何衡量證據調查程序中的基本權侵害，將於本章第三節、第五項、第四款說明。

第三款 小結

證據使用禁止分為依附性及自主性之證據使用禁止兩類，其中最大區別在於是否依附取證規範違反而來。就前者而言，截至目前為止，尚未見到一個放諸四海皆準的理論，可完整說明證據取得規範之違反如何導致依附性證據使用禁止³⁴。不過既然依附性及自主性之使用禁止係以取證規範違反作為區分，有學者認為可能的區別標準為在依附性的使用禁止，可自規範保護目的理論探求法規意旨以決定禁止使用與否；而在自主性的證據禁止，因不存有可探求的規範保護目的，故僅能求諸於權衡理論³⁵。

³² Vgl. Amelung, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, 1990, S. 42 f.

³³ 參見本章第三節、第六項。補充說明，雖基本出發點類似，但 Amelung 認為當國家取得私人所轉交的證據時，資訊主體無法主張資訊結果除去請求權，要求國家排除證據。因資訊結果除去請求權以國家高權行為致人民受有損害為前提；而循民法請求權來思考，物權概念的追及權亦無用武之地，因此基本上並無理由阻止國家以第三取得人的身分使用證據。請參閱 Amelung, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, 1990, S. 62 f.

³⁴ Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 457.

³⁵ Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 458.

第二節 私人違法取證：證據禁止的曖昧地帶

第一項 難題所在

確認私人違法取證並非證據禁止法則的化外之地後，接下來要回答的則是「如何」適用證據禁止法則？當國家使用證據本身造成過度之基本權干預時，不論取證行為之合法或違法，都將構成自主性的使用禁止。但若無此種情形，而事實審法院以私人違法取得之證據作為判決依據時，私人取證的不法性是一個造成證據使用禁止判斷難題的因素：一方面，國家機關雖然沒有參與違法取證，但所收受的證據卻含有私人違法取證的來源瑕疵，以致於無法直截了當地肯定該證據具有證據能力；但另一方面，與國家違法取證相較，私人取證的不法性不是來自於抵觸刑事訴訟法，而是抵觸實體法，以致於也無法斷然適用依附性證據使用禁止的法則³⁶。要說是允許使用或禁止使用，都像是拼圖少了一角。而在承認私人違法取證有使用禁止可能的前提之下，問題的焦點在於如何建構出獨立於其他法領域，甚至是獨立於國家機關違法取證的理論基礎，而能夠合理界定私人不法取證在訴訟中的使用界線。

補充說明的是，在私人取證這塊模糊地帶中其實仍有相對清晰的空間，亦即當違法取得之證據有利於被告之時。私人違法取證固然可能是出於證明他人犯罪之目的，但為數不少的案例亦是為了證明對己有利之事實而來，因此就證據的使用結果來說，可能是有利於被告或者不利於被告。依本章第一節的說明可知，證據禁止基本上是一種「不利負擔之禁止」，因此在取得證據有利於被告之情況下，應廣泛承認被告對於此證據的使用有處分權限，而非由法院一律宣告禁止³⁷。

第二項 理論概況

學說上，私人不法取證的問題多半是被當成國家取證之證據禁止的附屬來處理。因此，相較於國家機關違法取證，私人不法取證之證據禁止理論基礎發展極為不全。多數的看法認為私人不法取得之證據基本上得使用，但例外在私人以極

³⁶ 薛智仁，〈禁止國家使用私人違法取得證據之理論基礎—兼評最高法院九十七年度台上字第七三四號判決〉，《政大法學評論》，第 121 期，2011 年 6 月，頁 53 以下，頁 76。

³⁷ 楊雲驊，〈私人違法取得證據之評價與衝突解決—評最高法院九十二年台上字二六七七號判決〉，收錄於《民主、人權、正義》，蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，2005 年，頁 295 以下，頁 314。

度侵害人權或違反人性尊嚴之方式，特別是以酷刑或其他持續侵害身體完整性之手段所取得之證據，應予禁止使用³⁸；此外，另一種在釋義學上採不同出發點，但結論類似的論點則認為應堅守刑事訴訟法中禁止不正訊問的規範，假使私人以不正訊問之方式取得該證據，或加以使用，應仿照刑事訴訟規範之法律效果，宣告該證據無證據能力；相對於此，另有見解將原則的刑事程序重視性（Beachtlichkeit）加諸私人，並主張以此方式所獲得之證據，基於刑法、刑事訴訟或憲法之原則，應無例外的，或至少是原則性地予以禁止；最後，更有一個全然不同的觀點獲得眾多支持，亦即認為對私人不法取得之證據毋須特別顧忌，但若個案情況中，因國家之證據調查及使用行為導致基本權侵害效力，則應禁止使用該證據³⁹。

從上述數種立場中，可以看出學說對於私人不法取證的證據能力標準南轅北轍，從例外排除、個案衡量、原則排除乃至於全面排除，皆可見到理論的擁護者。而自前章所示的我國最高法院裁判中，亦可窺見實務立場的歧異。惟暫先不論各家理論的枝節，大體上而言，涉及私人取證時，討論證據能力的取徑可大別為二：首先，第一種情形是，不論私人是基於合法或非法的手段取得證據，關注的重點都置於國家的證據使用行為，當國家使用證據行為本身過度干預人民之基本權時，則禁止使用該等證據。在此範圍中，私人取證行為的不法性本身不具特殊意義；其次，第二種論點是直接以證據係源自於私人違法的取證行為而禁止使用該證據，因此，私人取證的不法性是一個真正導致證據禁止的因素⁴⁰。以下介紹的理論大多屬於此立場，嘗試以私人不法取證作為著力點，導引出證據禁止的結論。

第三項 除外案型

在進行體系性的分析之前，應先將看似與私人取證相關但實則無牽連的二類案型予以剔除。

第一款 國家委託取證

假設國家直接或間接地參與私人取得證據之行為，則之後所發生的事件，

³⁸ Vgl. Grünwald, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, 1993, S. 162; Krey, Zur Problematik privater Ermittlungen des durch eine Straftat Verletzten, 1994, S. 103; Senge, in: KK-StPO, 2008, Vor § 48 Rn. 52;

³⁹ Godenzi, Das strafprozessuale Verbot staatlicher Beweismittelhehlerei: Königsweg oder Luftschloss ?, GA 2008, 500, 501; Jäger, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003, S. 124 ff.

⁴⁰ 薛智仁，〈禁止國家使用私人違法取得證據之理論基礎－兼評最高法院九十七年度台上字第七三四號判決〉，《政大法學評論》，第 121 期，2011 年 6 月，頁 53 以下，頁 75。

不能評價為私人不法取證，而應視同國家對於人民之基本權干預，並在法律層面上超越私人而歸責於國家。雖然國家－私人間的界線並非全然涇渭分明，但至少當國家對私人行為有決定性貢獻，並因而有足夠的歸責理由時是如此。另外，與此相關的是，當國家本身未參與初始的取證，但違法取得私人所違法取得之證據時（例如國家違法搜索住宅而取得私人違法取得之錄音），當亦直接適用國家違法時之依附性使用禁止法則，下文第四章、第二節的【列支敦斯登案】即屬之⁴¹。

第二款 自主性證據使用禁止

德國法歷經十數年的討論，已確立了單單國家的證據使用行為所造成的效果本身，就足以影響證據容許性的結論，特別是與法治國原則或人性尊嚴相關之時，尤為明顯⁴²。這個結論當然也適用在私人取證的領域中，當案件涉及憲法的證據使用禁止時，私人的不法行為雖透過基本權釋義學的闡釋而發揮間接效果，例如對基本權保護領域或者是權利行使範圍的界定產生作用，然而不能否認的是，私人不法取證與證據禁止使用之間同樣欠缺關聯性。此類情況中較為人熟知者，乃是證據資料涉及核心隱私領域，因而不能依比例原則將證據調查過程的基本權干預予以正當化（參本章第三節、第五項、第四款）。應辨明的是，在此真正導致證據禁止的乃是基本權對國家的防禦效力，而非私人的不法取證行為⁴³。

第三節 相關理論

第一項 刑事訴訟規範的私人拘束性

在現行法的層面之下，首先應關注的是刑事訴訟法（特別是不正訊問禁止之規範）與私人取證行為之關連性。雖本文所稱之私人不法取證係指違反實體法而言，涉及刑事訴訟法規範的取證手段，例如詐欺不正訊問，未必即構成實體法上的不法行為，然為數不少的學說意見援引刑事程序法的取證規範來限制私人取證，並因此連結到證據使用禁止。故此為本文首先討論的課題。

⁴¹ Vgl. Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 480 a; Godenzi, Das strafprozessuale Verbot staatlicher Beweismittelhehlerei: Königsweg oder Luftschloss ?, GA 2008, 500, 503.

⁴² Vgl. Senge, in: KK-StPO, 2008, Vor § 48 Rn. 37.

⁴³ Godenzi, Das strafprozessuale Verbot staatlicher Beweismittelhehlerei: Königsweg oder Luftschloss ?, GA 2008, 500, 504.

第一款 刑訴取證規範之私人效力說

採此說者，首先有認為國家不得藉由證據使用分擔私人的不法行為，尤其是不正訊問的手段不能夠被容忍，因此取證規範對於私人行為應有拘束力⁴⁴。另外，從法政策及一般預防的角度考量，若人民不認同司法程序踐行的方式，則司法程序所需要的信賴感及司法信譽將會受到削弱，因此，不正訊問禁止之規範，實寓有強化一般預防之功能⁴⁵。當國家因受限於重重的程序法限制而無法成就其職責，但藉由私人之手即可達成同樣的目的，其結局是私人取證得以掩蓋過對國家權力的抑制，不正訊問規範良善的立法目的終將落空，職此，私人同有受限之必要⁴⁶。不過對於刑訴規範類推之範圍寬窄如何，則莫衷一是。以德國法上關於不正訊問規範的學說見解為例，即呈現出三種不同立場：全面適用說、高度違法適用說（酷刑、拷問、關押）以及折衷說（主張應衡量違法行為所侵害的基本權以及刑事追訴利益決定）⁴⁷。然暫先不論上述看法的枝節，此理論的正當性終究必須建立在類推適用的需求之上。

對於法規範的類推適用僅在嚴密的範圍內是受到容許的。刑事程序法未規定之事項，唯有依法秩序之精神或是依法律的內在目的可推論得知有擴張規範的需求時，始能為之。為此，必須要依序審查：1、法律漏洞存在；2、具可相提並論性的法律思維以及3、類推之必要性等要件後，方得確定類推之正當性⁴⁸。

首先，關於**法律漏洞**存在與否的審查。一項原則是，構成要件未涵蓋之事項必須是依具體情況可認定其中存有**法制計畫的違反**，才能被視作法律漏洞。若放棄此項要求，所有立法保持沉默的事項都可透過類推的方式受到規制，但沉默卻往往是有意地不針對某事做規範，而非出於疏忽。對於私人違法或極度不人道的方式所得之證據，立法者即便並未規範，職司法律適用的審判者也應該對此做出反應。但這不代表未規範之處，就是立法者未貫徹法制計畫的漏洞，而審判者

⁴⁴ Grünwald, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, 1993, S. 164; Joerden, Verbotene Vernehmungsmethoden - Grundfragen des § 136 a StPO, JuS 1993, 927, 928.

⁴⁵ 黃惠婷，〈由實務判決再探討不正訊問方法之禁止〉，《警察法學》，第5期，2006年10月，頁271以下，頁272。

⁴⁶ Hassemer/Matussek, Das Opfer als Verfolger- Ermittlungen des Verletzten im Strafverfahren, 1996, S. 78.

⁴⁷ Jahn, Ausforschung einer Beschuldigten durch Wahrsagerin in der Untersuchungshaft - BGHSt 44, 129, JuS 2000, 441, 443.

⁴⁸ Jäger, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003, S. 258 ff.; 關於類推適用較詳細的介紹請參閱吳從周，〈民法上之法律漏洞、類推適用與目的性限縮〉，《東吳法律學報》，第18卷第2期，2006年12月，頁103以下。

必須以宣告證據禁止的方式加以填補。其中的關鍵原因在於，從立法用語及體系觀之，刑事訴訟之立法者本意僅在規範國家機關，以維護一個經司法形塑的犯罪追訴程序，依此，證據禁止的範圍乃以可預測的方式對於國家違法行為做出規範。站在這樣的基礎上，立法者未就私人取證表達立場乃是合乎邏輯的考慮，並不存有法律漏洞⁴⁹。

其次，在此也不存有**可相提並論的事實情況**。刑事訴訟法作為公法的一環，國家在這部法律當中與人民處於**程序上的從屬關係**，考量到此關係當中特殊的權力機制，刑事訴訟法不太可能轉借於私人之上；再者，並不是國家與人民關係之間所存有的保護需求性，都可與人民之間對抗彼此違法行為的保護需求性等同看待。例如追訴機關不得承諾法所不許的利益以換取被告的陳述，但私人如此行為卻未為法規範所禁止；再以體系觀察，刑事訴訟法僅透露出立法者欲保護人民的特定權利領域不受到公權力侵犯，但對於私人關係的權利保護，卻明顯地未能自其中所認知⁵⁰。因此，將刑事取證規範類推於私人關係之間的說法並不能合理解釋類推的基礎⁵¹。

第二款 不正訊問規範之私人效力說

第一目 理論內容

經由上述討論，已可得知將刑事訴訟法的取證規範類推適用於私人行為的說法並不可採。惟在眾多取證規範當中，不正訊問禁止的條款仍受到特別關注，不論是學說或實務上，皆有認同將此規定放射至私人行為的見解。因此接下來僅就此範圍的類推可能性作說明。

壹、文義解釋及體系解釋

就我國法而言，不正訊問所得陳述之證據能力規範，列於刑事訴訟法第 156 條第 1 項「被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據。」條文文義並未限制本條的行為主體，體系上也是規定在第 12 章「證據」的通則，似可認為本條並未將規範

⁴⁹ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 188 f.

⁵⁰ Diemer, in: KK-StPO, 2008, § 136 a Rn. 3.

⁵¹ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 189 f.

對象僅限於國家⁵²。

此外，早期實務的 28 年上字第 2530 號判例表示「被告之自白雖與事實相符，仍須非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺或其他之不正方法，始得為證據，此項限制，原以被告之自白必須本於自由意思之發動為具備證據能力之一種要件，故有訊問權人對於被告縱未施用強暴、脅迫等之不正方法，而被告因第三人向其施用此項不正方法，致不能為自由陳述時，即其自白，仍不得採為證據。」行文中的「第三人」在解釋上除公務員之外，亦能涵蓋不具此等身分之私人，故私人以不正方法取得之證據，依刑事訴訟法第 156 條之規定應予排除。

貳、目的解釋

試圖將不正訊問之規範擴張適用於私人者，接著以目的解釋提出第二點理由。不正訊問之規範主要保障被告的「**任意性**」，且與被告之人性尊嚴有密切關係⁵³，就這點而言，私人以不正手段進行訊問時也有相同的擔憂，因此有學者認為，不正訊問規範之適用對象不僅限於國家的刑事追訴機關，同時也包括私人之取證行為，如此一來，不正訊問規範對國家機關所創設的限制方不致因私人行為而受到消抹。尤其，為使國家在偵查遇到瓶頸之時，不致興起藉由私人迂迴規避法律的念頭，更應將私人不正訊問所得之證據予以排除⁵⁴。換言之，若個案所呈現的情況與國家追訴時會被判定證據禁止的情況具有相似性，即便實體法上的受害人並非刑事追訴程序當中的被告（例如：甲脅迫乙做出不利於被告丙的陳述），應同適用證據禁止的結論⁵⁵。

觀點類似的我國實務見解，如前章的最高法院 100 年度台上字第 5920 號判決所示：「個人之陳述自由，係其個人人格不可侵犯之核心範疇，受憲法及刑事訴訟法之嚴格保障，任何人均不得違法侵犯其陳述自由，如私人故意對被告、證人使用暴力、刑求等方式，而取得被告之自白或證人之證述，因違背其任意性，

⁵² 薛智仁，〈禁止國家使用私人違法取得證據之理論基礎－兼評最高法院九十七年度台上字第七三四號判決〉，《政大法學評論》，第 121 期，2011 年 6 月，頁 53 以下，頁 80。

⁵³ 林鈺雄，《刑事訴訟法》，上冊，2010 年，頁 184。因不正取得供述與人性尊嚴關係密切，在德國法上，即便認為私人違法取證對於證據能力不生影響的實務與學者，也強調例外在私人以強暴、脅迫等極端違反人性尊嚴的方式取供時，禁止使用證據。不過應強調的是，此時乃是因侵害人性尊嚴而排除證據，與刑事訴訟法規定並無關係。相關理論適用可參閱 Rössner, 30 Probleme aus dem Strafprozessrecht, 2003, S. 92 f.

⁵⁴ Vgl. Jahn, Beweiserhebung und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, Gutachten C für den 67. Deutschen Juristentag 2008, 2008, C 103. 德國不正訊問條款規定於刑事訴訟法第 136 條 a，相當於我國法第 98 條、第 156 條第 1 項。

⁵⁵ Grünwald, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, 1993, S. 164.

且有高度虛偽之可能性，基於避免間接鼓勵私人以暴力方式取供，依刑事訴訟法**第一百五十六條被告自白法則之法理**，自應排除其證據能力。」觀其判決理由中所稱依自白法則之法理的文字，似認為該條之精神於私人之間亦有適用。

第二目 評析

壹、對於文義解釋及體系解釋之回應

如前所提及，刑事訴訟法之取證規範僅拘束國家機關，對於私人並無拘束力。充其量僅在私人受刑事追訴機關之委託而從事行為時，會有該條規定之適用，在此範圍之外，並無所謂的第三人效力⁵⁶。而不正訊問規範既屬於刑事訴訟法的條文之一，依其性質也只拘束國家機關。

至於 28 年上字第 2530 號判例中出現的「第三人」用語，看似與私人取證相關，然亦可能係指受國家機關委託或指示之私人而言，故單從字面難以直接認定不正訊問規範在私人取證的領域當中亦有適用⁵⁷。另外，若將不正訊問規範之適用範圍擴及於私人，第一個面臨的難題是，本條立法所禁止的取證手法除了強暴、脅迫等較嚴重程度的不正方法之外，尚及於利誘或詐欺等較輕微的手法，若將本條擴張到私人此類的探問行為，其禁止的程度、範圍亦勢必難以採行相同標準⁵⁸，因為國家除了強暴脅迫之外，也不得以詐術方式騙取被告或證人之陳述，但若是私人以承諾不法利益的方式誘使被告或證人陳述，是否有必要一概禁止？此外，從刑事訴訟法第 156 條將「違法羈押」納為例示之禁止手段之一亦可得證本條項於私人行為不具適用性，因為此一不正方法只可能由國家機關為之⁵⁹。

貳、對於目的解釋之回應

不正訊問規範之立法目的在於保護被告之陳述任意性，並維護人性尊嚴，這項危機固然同時存在於國家訊問及私人探話當中。但欲將不正訊問之規範類推適用或目的性擴張或於私人行為，前提是存有前述的法律漏洞。

⁵⁶ Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 131; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 2011, Rn. 395; 林鈺雄，〈刑事訴訟法〉，上冊，2010 年，頁 616。

⁵⁷ 楊雲驊，〈賠了夫人又折兵－私人違法取得證據在刑事訴訟的證據能力處理〉，《台灣本土法學》，第 41 期，2002 年 12 月，頁 1 以下，頁 4。

⁵⁸ 林鈺雄，〈刑事訴訟法〉，上冊，2010 年，頁 616。

⁵⁹ 薛智仁，〈禁止國家使用私人違法取得證據之理論基礎－兼評最高法院九十七年度台上字第七三四號判決〉，《政大法學評論》，第 121 期，2011 年 6 月，頁 53 以下，頁 81。

在此，立法者在文義及體系上將此條適用對象限於**國家機關**，差別待遇的考慮應是認為當被告面對國家機關時，往往居於劣勢，陳述自由較可能受到影響，甚至誤認自己有陳述之義務，但在私人取證的場合時，受到調查的一方通常並不處於相同的強制情境下。固然，受到探問的一方可能受到誤導或欺瞞而作出陳述，但法律的保障並不及於「動機錯誤」下所做的陳述⁶⁰。

第三款 公平審判原則

考察不正訊問規範的基礎，除了上述提及的人性尊嚴之外，尚包括身體不可侵犯性、一般人格權、不自證己罪權以及公平審判原則等，其宣示的是國家不得不計代價發現真實，且僅能在司法形塑的程序當中獲致證據⁶¹。從這個與公平審判相關的面向來考量，可以更廣義地問，若私人違法取得之證據被用作判決基礎，是否有導致審判不公平之疑慮，故審判者應將證據予以排除？

第一目 公平審判與證據禁止

壹、刑事訴訟中的公平審判

廣義來說，公平審判意味著一個由司法型塑的、源起於公平正直的中心思想的程序⁶²。現代法治國家咸認為公平審判原則屬於刑事程序不可或缺的基礎理念之一。我國在諸多法領域中，亦廣泛引用此一原則，例如司法院大法官釋字第436號即指明：「軍事審判機關所行使者，亦屬國家刑罰權之一種，其發動與運作，必須符合正當法律程序之最低要求」。於公平審判原則發展之初，曾有質疑認為，透過保障聽審權、辯護權、被告之陳述自由、救濟制度及國家的告知義務等，已足落實公平的程序保障，再引入公平程序原則實屬多餘。

⁶⁰ 薛智仁，同前註；楊雲驊，〈賠了夫人又折兵－私人違法取得證據在刑事訴訟的證據能力處理〉，《台灣本土法學》，第41期，2002年12月，頁5。德國學者另從歷史背景的角度提出說明，指德國於1950年增訂刑事訴訟法第136條a，乃是因納粹時期政府利用公權力廣泛實施不正訊問的慘痛歷史教訓，故當時立法者所欲規範的對象僅限於國家追訴機關，私人行為並非所預想之適用對象。詳參閱 Jahn, Beweiserhebung und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, Gutachten C für den 67. Deutschen Juristentag 2008, 2008, C 102 f.

⁶¹ Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 2011, Rn. 625.

⁶² Jahn, Beweiserhebung und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, Gutachten C für den 67. Deutschen Juristentag 2008, 2008, C 80.

惟隨時序演進，較有力的看法從刑事訴訟之目的與任務觀察，認為公平審判之必要性並非僅止於就條文及其精神加以運用，法治國原則所要求的實質公平正義更屬不可或缺。此外，刑事訴訟法亦須為適應將來的發展而保持適度的彈性，例如，若干事項可能被當時的立法者認為無規範必要而未予規定，但司法裁判仍需就此做出決定，此時承認公平原則即有其必要性，因此時至今日，公平程序作為一項不可放棄的訴訟基本原則，似乎已是毋庸置疑⁶³。

貳、作為公平審判一環之證據禁止法則

構成公平審判原則的各項利益、在個案中的運用及違反此原則的法律效果為何，在德國法上均有相當豐富的研究成果，而證據禁止常是其中受到廣泛討論的解決方案之一。在具體案件的判斷上，是否採取證據禁止是在充分衡量法治國原則的各項要求與目的後而做決定。聯邦最高法院曾在個案中表示，當違犯的法律規定意在保護被告在刑事訴訟上的基本地位時，違反該法規所得之證據應禁止使用，例如緘默權告知及選任律師作為辯護人的權利等⁶⁴。而根據德國學說及實務，違反公平審判程序尚可能導致自主性的證據禁止，依照至今的判例，違反武器平等原則、恣意禁止原則，或出於對被告必要的信賴保護、有效辯護之誠命要求等時，會有證據禁止的適用⁶⁵。

第二目 私人不法取證違反公平審判？

在承認公平審判原則的特徵之一為證據禁止的前提之下。應提出的問題是，當國家使用私人違反刑法所取得之證據時，是否導致公平程序原則之違反？例如當證人違反保密義務而於審判庭上作證時，將構成刑法上的洩密罪，國家對此得追究該證人的責任，但可否同時將該證人所得之證據加以利用⁶⁶？具體來說，國家一手追究私人不法，一手卻佔據私人取證之成果，是否使審判程序陷於不公平？

就此問題，在私人取證的三方關係當中，國家與取證者的關係是建立在因

⁶³ 楊雲驊，〈公平程序要求（Das Gebot des fair trial）在德國刑事訴訟程序的應用〉，收錄於《當代公法新論（中）》，2002年，頁497，頁503以下。

⁶⁴ 同前註，頁504。

⁶⁵ Senge, in: KK-StPO, 2008, Vor § 48 Rn. 49; Jahn, Beweiserhebung und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, Gutachten C für den 67. Deutschen Juristentag 2008, 2008, C 80.

⁶⁶ Wöfl, Die strafprozessuale Bedeutung von Rechtsverstößen bei der Beweismittelbeschaffung durch Privatpersonen, JA 2001, 505; 另請參閱許澤天，〈在法庭洩漏病人秘密的醫師—業務洩密罪與拒絕證言之交錯〉，《臺灣法學雜誌》，第154期，2010年6月，頁138以下。

取證行為而來的刑事責任上；而不法行為所得證據之容許性問題則存在於國家與本案被告之間，兩者程序不相關，彼此之間無違反公平審判的疑慮。雖然另外可以提出質疑的是，國家一手處罰違法取證之行為人，一手卻同時利用其取得之證據進行追訴，對於該受處罰之私人而言是否不公平？然而，不論此問題的答案為何，在國家與因證據使用而具體受有影響的被告間，整體訴訟程序的公平與否，無法僅憑使用私人不法取得之證據一事就加以論斷⁶⁷。

第二項 可歸責於國家之私人取證

如前一節所提及，私人不法取證多半被當成國家違法取證以外的附屬問題來處理，因此在嘗試論證私人不法取證之禁止使用時，首先聯想到的是國家對於私人違法取證是否有應共同負責的理由。若能論證國家對於私人不法取證具有可歸責性，（依附性）證據禁止的可能性也隨之而來。

所謂的「共同責任」可以刑法上的（廣義）共犯概念加以比擬，只是在此的共犯由國家擔任。若國家以作為或不作為的方式對於私人的違法取證行為有所幫助或促成，即可能構成國家對於該行為的歸責基礎。下述的歸責說即分別以國家收受證據的積極「作為」，以及國家司法或立法怠惰的消極「不作為」兩個面向出發，嘗試建構出國家就私人違法行為的可歸責性。

第一款 理論內容

第一目 法律上歸責之概念

既然以國家可歸責性作為理論的中心思想，則首先應釐清的是「歸責」之概念。簡單來說，歸責概念提供一條解決責任歸屬及其歸屬方式的途徑，欲釐清行為的始作俑者，並決定作為或不作為的責任時，經常會使用此概念。較為人知而屬刑事範疇的歸責理論當屬「客觀歸責理論」，其建構出一般性的客觀標準，將法律上對於構成要件結果發生具有以及不具有重要性的因素加以區分，並繼而辨別出構成要件結果的責任歸屬。以「客觀歸責理論」作為模型，我們可以得知，任何將私人取證解釋為可歸責於國家的理論皆必須提出法釋義學的架構，該架構須具有將私人取證行為及結果歸責於國家的規範性功能，方足以說明何以國家須

⁶⁷ Wölfl, Die strafprozessuale Bedeutung von Rechtsverstößen bei der Beweismittelbeschaffung durch Privatpersonen, JA 2001, 505.

為私人的不法行為分擔責任，因此須在訴訟程序扛起證據禁止的代價。在決定私人不法行為歸責於國家的門檻時，釋義學上首先面臨的難題是，國家對於私人違法的參與程度較輕微的情形，例如單純規範私人取證的前提要件。對此，學說的討論尚且不足，而其中特別困難的問題是，**國家對於私人違法行為至少應具備多大程度的影響力以及何種關連性，方足以合理說明國家的可歸責性**⁶⁸。

第二目 國家可歸責性之論證

壹、收受證據作為歸責基礎

對於違法取證之私人而言，出於訴訟目的而為取證行為後，尚須透過審判者在訴訟中「配合」使用該證據，才算是大功告成。因此有學者認為國家收受證據乃是私人取證可歸責於國家的原因。

一、國家與私人的證據接力

在私人違法取證的情形，不能忽視該行為是一個僅及於己的過程，其中未有國家的主動參與。因而，**國家的責任基礎只能建立在隨後發生的國家行為上**，對此，有論者以國家事後接受證據的論點加以解釋，認為國家因收受證據而在一定程度上須**回溯**地為私人不法負責⁶⁹。換言之，證據之取得和使用不僅不是涇渭分明的兩件事，反而是因證據的使用導致了**不法汙點之延續**⁷⁰。就這點而言，實與下述禁止國家收受贓物的說法有同樣的思考背景（參本節第三項、第二款）。

二、國家的危險責任

除了延續不法的立場之外，尚有學者借用刑法上的「**危險責任**⁷¹」（Gefährdungshaftung）概念作為刑事追訴機關的歸責基礎。依其理論，國家既採納私人違法取得之證據，則其對所生事件亦同負有責任。詳言之，此看法主張應將國家責任範圍擴及至私人違法取證之行為階段，因為出於刑事政策的考量，刑法的保護範圍於危險犯的情形下將有所**前置**，諸如預備犯及未遂犯等未實際造成法益侵害之行為，仍可因該行為所帶有的危險性而成立犯罪。由此可知，此說

⁶⁸ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, S. 173 f.

⁶⁹ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 177.

⁷⁰ Heinz, Über Beweisverbote im Strafprozess, 1994, S. 101 f.

⁷¹ 刑法上完全的危險責任，可理解為對實體損害無須故意過失仍負責的結果責任。參閱林宗翰，〈風險與功能—論風險刑法的理論基礎〉，臺灣大學法律研究所碩士論文，2006年，頁55。

雖以「危險責任」作為說理立足點，惟焦點仍然是要求國家因使用證據而回溯對於私人的違法取證行為負責⁷²。

貳、司法怠惰作為歸責基礎

除了收受證據作為歸責基礎之外，由於私人自發性的取證行為中欠缺國家任何形式的主動參與，因此另有論點將歸責基礎轉向國家的不作為，而其中首先是司法者**怠於追訴犯罪**的不作為。我國最高法院對私人不法取證所做成的判決中，常可見到以下這段文字：「蓋私人非法取證之動機，或來自對於國家發動偵查權之不可期待，或因犯罪行為本質上具有隱密性、不公開性，產生蒐證上之困難，難以取得直接之證據，冀求證明刑事被告之犯行之故⁷³」。從此論述當中可知，其認國家追訴機關對於已發生的犯罪行為無能或無意願進行調查，乃是促使私人進行違法取證的推力之一。

此外，學說上亦有指出偵查機關對於若干犯罪（例如通姦罪）向來採取較為消極的態度，考量到現實上由國家蒐證的「無期待可能性」以及認定犯罪事實的「證據無期待可能性」，只要取得之證據對於犯罪事實的闡明具有重要意義，並且別無其他方法加以取代時，更應肯定私人違法取得證據之證據能力⁷⁴。依照此些說法，似認為司法機關不願或不能追速乃是導致私人不得不違法蒐證的原因之一，據此，在證據能力上應做較有利於取證者的判斷。

參、立法怠惰作為歸責基礎

除了司法怠惰之外，另有學者以立法怠惰的角度來說明國家因消極不作為而具有的可歸責性。其理論基礎在於，私人在現實中執行與追訴機關相似的調查及蒐證行為，但相較於國家進行追訴時所受的取證限制，及違反該些限制後的證據禁止效果，立法者對私人取證卻未設置相應的明文規範，構成**立法怠惰**。在此，國家負有立法之作為義務卻不作為，應評價為對於私人違法取證行為之**危險前行為**（*Ingerenz*），為此，國家須與私人共同擔負違法取證而來之責任，排除私人違法所得之證據⁷⁵。

⁷² Godenzi, *Private Beweisbeschaffung im Strafprozess*, 2008, S. 178.

⁷³ 例示如：99 年台上字第 3168 號判決、98 年台上字第 5658 號判決、98 年台上字第 578 號判決。

⁷⁴ 楊雲驊，〈賠了夫人又折兵－私人違法取得證據在刑事訴訟的證據能力處理〉，《台灣本土法學》，第 41 期，2002 年 12 月，頁 1 以下，頁 19 以下。

⁷⁵ Godenzi, *Private Beweisbeschaffung im Strafprozess*, 2008, S. 182.

然而，此說之提倡者也認識到，欲以立法怠惰作為國家對私人違法取證共同負責之歸責基礎，首須克服的第一關是如何論證得出國家負有具體設置證據禁止規範之義務。對此，其認為應求諸於基本權的國家保護義務面向。藉由保護義務功能，國家有義務在私人取證行為的領域中採取行動，建立證據禁止的規範（參本節第五項、第二款）。

第二款 評析

第一目 對於收受證據歸責之回應

壹、肇因原則以外之歸責模式？

要決定私人與國家責任之界線，固然無法僅以「直接行為人」在「形式」上是否連結到國家機關如此狹隘的眼光加以檢視，否則將截短人民的基本權保障，並使國家過早擺脫其責任。當國家將公權力委託於私人，而私人以不法方式從事蒐證行為時，國家實為導致基本權侵害的根本原因，將私人違法之取證行為歸責於國家並不會有太大問題。惟在此基本的肇因原則（*Verursacherprinzip*）之外，有學者認為尚存有其他的歸責模式，而依照該模式，並非或並非僅有直接行為人或肇事者負有責任歸屬，而是尚有其他應負擔全部或部分之責任，但可想而知，這說法過度模糊，並不足採。責任歸屬的標準，終究必須求諸於明確的歸責理論，然在此不具備⁷⁶。

況且，即便接受國家收受證據會延續不法汙點的說法，證據能力的問題並未因此自動解決。因為只要對照國家本身有違法取證的情形即可明瞭，縱使某一違法行為可歸責於國家，也是以合適的證據禁止理論來衡量證據能力，而非直接宣告證據禁止⁷⁷。

貳、對於危險責任說的回應

依危險責任說，國家既採納私人違法取得之證據，則其對所生事件亦同負有責任，惟這項主張自始就隱含國家不得接受私人違法取得之證據的立場，已先

⁷⁶ Godenzi, *Private Beweisbeschaffung im Strafprozess*, 2008, S. 174.

⁷⁷ Wölfl, *Die strafprozessuale Bedeutung von Rechtsverstößen bei der Beweismittelbeschaffung durch Privatpersonen*, JA 2001, 504, 506.

設定了國家有責性的前提，故其說理已陷於循環論證⁷⁸。

其次，此說亦忽略了危險犯的構成要件結構。國家「危險責任」的主張，乃是要要求不論國家本身是否為有責者，其皆被課以一定責任。採納此一仿自民事擔保責任的概念，意味著刑事法責任的發展軌跡從行為責任進入結果責任，這種**位移的責任標準**，絕無可能在刑事法領域確立。因為刑法若欲對於造成法益侵害或威脅的危險行為課與刑事責任，必然要以明確的、構成要件特定的行為不法作為前提要件⁷⁹。

最後，撇開國家危險責任欠缺可資遵循的規範基礎不論，嘗試為危險責任尋求基礎，在根本上即是不恰當的。即便從純自然法的角度來看，國家行為亦未創設出私人違法所必要的危險，因為國家單純收受證據和私人的違法取證行為之間，存有明顯的評價落差，縱然國家之證據使用與私人之不法行為關係密切，私人的不法行為之中仍欠缺國家對於行為或結果的參與⁸⁰。

第二目 對於司法怠惰歸責之回應

對於司法怠惰的說法，首先不能忽略的是，固然國家負有追訴犯罪之職責，然而有不少私人取證是在偵查機關得知犯罪前就已經實施，既然國家尚無從知悉犯罪存在，當然無法進行追訴，此時即很難以怠於履行追訴義務指責國家⁸¹。

此外，縱使追訴機關知悉特定犯罪之存在卻未為積極的調查，也未必能直接認定其為司法怠惰，因為影響刑事追訴機關追訴犯罪之成因極為複雜，例如工業社會中犯罪數量的激增、追訴機關內部的追訴政策及人事安排等，此時，在沒有實證支持的情況之下，無法簡單認定為司法怠惰⁸²。

⁷⁸ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 178.

⁷⁹ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 179.

⁸⁰ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 179 f.

⁸¹ 薛智仁，〈禁止國家使用私人違法取得證據之理論基礎－兼評最高法院九十七年度台上字第七三四號判決〉，《政大法學評論》，第 121 期，2011 年 6 月，頁 53 以下，頁 79。

⁸² 薛智仁，同前註。

第三目 對於立法怠惰歸責之回應

壹、保護義務之命題檢討

針對國家應擔負未設置證據禁止規範的「危險前行為」責任的說法，反對者首先指出，實際上，立法者早已在刑事實體法當中對私人違法的調查行為設有處罰規範，因此所謂的國家容忍或怠惰實不存在⁸³。在此有必要予以關注的不是國家有無作為，而是國家作為的程度及格與否的問題。換言之，真正的問題應該是，國家未進一步在刑事法規外明定訴訟法的證據禁止以加強法益保護，是否已構成不作為的歸責基礎⁸⁴。

從認為國家有義務建立私人取證之使用禁止規範，若未盡此項義務即構成立法怠惰的說法當中，我們可以得知，保護義務理論已成為歸責理論的一部分：所謂的**違反保護義務成為真正的歸責理由**。惟此構想和學說上廣獲支持的保護義務下的使用禁止觀點須嚴格地加以區分。從後者的立場來說，證據禁止乃是直接源於國家保護義務違反而來的法律效果，與私人不法取證不相干，在體系上歸屬於憲法上的證據禁止；相對於此，歸責所致的證據禁止則是立基於私人的不法行為，強調國家因未善盡明文證據禁止的保護義務，而必須透過證據禁止對私人的不法行為負責。因此，立足於國家保護義務的歸責理論，其成敗端視能否對於立法者的作為義務提出實質的出實質下文另闢章節對此進行檢驗，說明立法者並無規範上的義務去制定刑事訴訟的證據禁止規定（參本節第五項、第二款）⁸⁵。

貳、私人侵權與國家干預之界線消失

單從立法怠惰所具有的可歸責性論證禁止使用證據，另存有一個明顯的基本權釋義學上的疑慮：造成**基本權防禦功能與國家保護義務間界線的消蝕**。私人行為因為可歸責於國家，而在法律觀點上被視為國家干預行為，反而不再是私人行為。在此，國家所有違反保護義務的行為都將以歸責的方式被擴張成國家的基本權干預行為，此說法未顧及國家與私人行為之間明顯的距離，抹滅國家與私人行為之間的界線，無論如何是不能接受的⁸⁶。

⁸³ Jäger, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003, S. 224.

⁸⁴ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 182.

⁸⁵ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 184.

⁸⁶ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 185.

第三項 實體法標準說

另一項用來解釋私人不法取證應予排除的理論乃是以實體法觀點出發，認為實體法上的標準對於證據能力具有指引作用。在私人違法取證的場合，國家先是對該行為以嚴厲的刑法規範加以譴責，但隨後又大方使用該些源於犯罪的證據，似有「說一套作一套」的衝突感。基於此，持「法秩序一致性理論」、「國家收受贓物說」及「規範保護目的」者不約而同主張，國家不應在訴訟法中做出歧異於實體法的違法性評價。

第一款 法秩序一致性理論

第一目 理論內容

傳統看法所認知的法秩序一致性，乃認為在同一個法秩序當中，對於同一個行為違法與否的判斷，並不會隨著法領域的不同而有差異性，只可能存在著單一的違法性概念，依此，法秩序必須無矛盾而一致地評價同一個行為，具體來說，同一行為在所有法領域當中必須同樣被評價為合法或違法⁸⁷。

將法秩序一致性理論放在本文所處理的範疇下，首先涉及的問題是，刑法領域所否定的行為，是否刑事訴訟法也必須予以否定？對此，有學者從肯定的立場出發，認為僅在刑法容許證據取得的前提之下，證據使用在訴訟法上方受肯定。倘若國家一手對犯罪行為加以制裁；另一手卻允許在訴訟上使用違法取得之證據，其結果為造成**法律體系間的矛盾**⁸⁸。在此，取證行為的違法性將導致該證據在訴訟程序中受到排除。且進一步可以推知，個案中是否存有刑法的阻卻違法事由，對刑事程序將具有影響，因為當私人取證不構成實體法違法時，自然地反映在訴訟法上即為證據的可利用性，例如取證行為被評價為具有正當防衛等事由，由於實體法上不成立犯罪，此時使用私人取得之證據並不造成法秩序之矛盾，因而可肯定其證據能力⁸⁹。

⁸⁷ 蔡聖偉，〈論公務員依違法命令所為之職務行為〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 37 卷第 1 期，2008 年 3 月，頁 165 以下，頁 194。

⁸⁸ Müssig, Beweisverbote im Legitimationszusammenhang von Strafrechtstheorie und Strafverfahren, GA 1999, S. 138 f. 轉引自楊雲驊，〈賠了夫人又折兵－私人違法取得證據在刑事訴訟的證據能力處理〉，《台灣本土法學》，第 41 期，2002 年 12 月，頁 6。

⁸⁹ Frank, Die Verwertbarkeit rechtswidriger Tonbandaufnahmen Privater, 1996, S. 95; Wöfl, Die strafprozessuale Bedeutung von Rechtsverstößen bei der Beweismittelbeschaffung durch Privatpersonen, JA 2001, 504, 507; 吳巡龍，〈私人不法取得證據應否證據排除－兼評最高法院九

第二目 評析

壹、獨立法體系的非價判斷

在傳統的法秩序一致性理論之下，當某行為在特定法領域被評價為違法時，在其他法領域也應做相同的判斷。惟實際上，整體法秩序中的法領域各有其角色，也因此對於違法性有不同的判斷。例如民法上基於無過失責任而負有損害賠償責任之人，在刑法上未必即為有罪⁹⁰；違反業務保密義務而出庭作證之人，雖構成刑法上之洩密罪，但通說認為其證言仍有證據能力，亦可為一例⁹¹。因此晚近漸有刑法學界及公法學界的學者肯認相對的違法性概念⁹²，當無必要強調刑事訴訟法上的證據能力判斷非與刑事法上一致不可。

另外，刑事法領域中的「法秩序一致性理論」其實涉及兩個面向的問題，第一個面向是「其他法律所非難的行為是否也被刑法禁止」，而從上文可知答案為否定；至於第二個問題則是「其他領域所容許的行為，是否在刑法上亦應容許」，對此，從刑法的謙抑性及最後手段性可推論出肯定的結論⁹³，畢竟其他法領域所未禁止的行為，作為最後防線的刑法當無禁止的理由。可是並不能將此命題倒推論，而認刑法所禁止的行為，在其他法領域就應該受到非難⁹⁴，因此以取證行為構成刑事不法來論證在訴訟上應排除該證據，並不具正當性。

具體來說，不同法體系各有不同的功能，刑事實體法係對於一個發生在訴訟程序外的不法行為作出評價，目的在於**保護法益**；相對於此，刑事程序的進行（包括證據能力的考量）則是法院在訴訟程序中所為的**程序法判斷**，目的在維護一個

十二年度臺上字第二六七七號判決），月旦法學雜誌，第 108 期，2004 年 5 月，頁 223 以下，頁 227；薛智仁，〈禁止國家使用私人違法取得證據之理論基礎—兼評最高法院九十七年度台上字第七三四號判決〉，《政大法學評論》，第 121 期，2011 年 6 月，頁 1 以下，頁 53 以下，頁 87；楊雲驊，〈賠了夫人又折兵—私人違法取得證據在刑事訴訟的證據能力處理〉，《台灣本土法學》，第 41 期，2002 年 12 月，頁 1 以下，頁 7。補充說明，在法秩序一致性理論之下，本案訴訟的證據能力決定乃是取決於他案對於取證行為的實體法評價，因此實務上法院會先審理未經起訴之私人取證行為，再就本案被告被起訴之罪名進行審理。參自劉邦繡，〈我國審判實務對私人違法取證適用證據排除法則之猶疑〉，《臺灣本土法學》，第 85 期，2006 年 8 月，頁 24 以下，頁 46。

⁹⁰ 蔡聖偉，〈論公務員依違法命令所為之職務行為〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 37 卷第 1 期，2008 年 3 月，頁 165 以下，頁 194。

⁹¹ Jäger, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003, S. 224.

⁹² 蔡聖偉，〈論公務員依違法命令所為之職務行為〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 37 卷第 1 期，2008 年 3 月，頁 165 以下，頁 194，註 111。文獻例示如 Felix, Einheit der Rechtsordnung, 1998.

⁹³ 蔡聖偉，同前註，頁 195。Ebenso auch Felix, Einheit der Rechtsordnung, 1998, S. 296 ff.

⁹⁴ Vgl. Felix, Einheit der Rechtsordnung, 1998, S. 311.

合乎秩序的訴訟程序，因此在審度證據能力時，程序法規定才是具有決定性的因素。根植於傳統的法秩序一致性理論，而認為實體刑法所作的法律評價，也應該在其他訴訟法領域當中受到認可，除了無視實體法與程序法各司其職的功能，也忽略立法者實已藉由繁複的各式規定，對於法秩序做出安排，在此之外實無必要連坐地另外宣告證據禁止⁹⁵。

再者，若貫徹一致性的想法，則其結果為正負兩方面：1、合法的取證行為，所得證據具有證據能力；2、實體違法的取證行為，所得證據應予排除。這樣的思考模式，已見於上文以 92 年度台上字第 2677 號判決為代表的「違法排除說」（參第二章、第一節）。共通的思考模式，難免具有共通的弱點，就前者言，顯然是忽略了不論取證合法或違法，證據調查程序的基本權干預本身是一個需要獨立審查的項目，若此階段的基本權干預未能通過比例原則的檢驗，證據仍應排除，無法僅因取證合法即自動肯定證據能力；至於後者，除了不符合晚近的法秩序一致性觀點外，亦未能充分掌握下文所述的刑法保護範圍及現行法規範。

貳、 刑法的法益保護範圍

反對以傳統的法秩序一致性理論判斷證據能力的另一個理由在於**刑法法益的保護界線**。刑法保護範圍與刑事程序中的被告權利範圍並不能劃一看待，例如違法侵入住宅取證，已侵害他人的住宅隱私權，惟訴訟的證據調查程序並不會再次對該權造成侵害⁹⁶。詳言之，刑法的主要功能之一在於保護法益及維護社會基本價值觀念，透過處罰法益以保護法益，刑法帶有強烈的基本權衝突性質，故立法者在立法時，所考慮的只是在衡量所有的利益衝突之後，選擇制裁機制、規範範圍及法律效果。在刑法構成要件及法律效果之外，立法者事實上並未將違法取得之證據能否在訴訟上使用納入考量重點，因此刑法規範的性質當中並無對於訴訟法上證據能力的指示。更甚者，證據可否使用與其說是立法者表達的意思，不如說是法律解釋者所解釋法律的意思，惟法律解釋方法甚多，作為判斷基準是否足夠明確，此點甚有疑義。況且更大的難題在於如果立法者本身構成立法懈怠，在訴訟上應如何處置的問題，難道訴訟程序就此踩煞車⁹⁷？

⁹⁵ Jäger, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003, S. 223 f.; Wölfl, Die strafprozessuale Bedeutung von Rechtsverstößen bei der Beweismittelbeschaffung durch Privatpersonen, JA 2001, 504, 507.

⁹⁶ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, S. 193.

⁹⁷ 楊雲驊，〈賠了夫人又折兵－私人違法取得證據在刑事訴訟的證據能力處理〉，《台灣本土法學》，第 41 期，2002 年 12 月，頁 1 以下，頁 6 以下。

附帶一提，另有意見認為基於民事法上的銷毀請求權，也應推導出刑事證據排除的要求，否則不能解決刑事法和民事法的評價落差。此與主張以刑法評價決定訴訟法上證據能力的說法大同小異，忽略獨立法體系對於不法各有獨立的評價，以及各個法系統的保護範圍⁹⁸。

參、與現行法規範意旨不符

從我國現行法當中看來，立法者本身也未必是以法規範一致性作為立法基準，以**公務員違法搜索**為例，該違法搜索之公務員可能構成違法搜索罪（刑法第307條），但違法搜索所得之物可否使用的問題，立法者僅在刑事訴訟法中規定事實審法院「得宣告所扣得之物，不得作為證據」，而非「應」宣告證據禁止（刑事訴訟法第416條第2項及第131條第4項參照），且在立法理由當中，立法者所強調的權衡因素也僅有「侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重」及「犯罪所生之危險或實害」與實體違法有關，其他諸如「違背法定程序之情節」、「禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果」等考量面向則與實體違法無關，因此以實體違法推導出程序證據禁止的結論顯得薄弱⁹⁹；再對照刑事訴訟法第158條之4證據排除的一般性規範基礎，立法理由所羅列的權衡因素包括如「違背法定程序之情節」、「違背法定程序時之主觀意圖」、「禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果」等，更說明立法者並不認為證據能力的決定因素僅實體法評價一項。

第二款 禁止國家收受贓物理論

首應說明的是，同樣針對「收受證據」的行為，本節第二項的國家可歸責性已曾提出討論，惟經前述分析，可知要求國家為私人違法行為負責此路不通，因此學說上乃另闢戰場，將非難重點移轉到**國家收受證據的正當性**上。雖再次聚焦於收受證據，但二者觀察角度已有不同：歸責說意圖建構出一個使國家為私人行為回溯負責的基礎，要求國家與私人共同負責；收受贓物禁止說則強調國家應就其本身收受證據的後行為獨立負責。詳言之，歸責係連結到國家對於實施行為的

⁹⁸ Vgl. Wöfl, Die strafprozessuale Bedeutung von Rechtsverstößen bei der Beweismittelbeschaffung durch Privatpersonen, JA 2001, 504, 507.

⁹⁹ 吳巡龍，〈私人不法取得證據應否證據排除－兼評最高法院九十二年度臺上字第二六七七號判決〉，《月旦法學雜誌》，第108期，2004年5月，頁223以下，頁226以下；楊雲驊，〈賠了夫人又折兵－私人違法取得證據在刑事訴訟的證據能力處理〉，《台灣本土法學》，第41期，2002年12月，頁1以下；〈私人違法取得證據之評價與衝突解決－評最高法院九十二年台上字二六七七號判決〉，收錄於《民主、人權、正義》，蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，2005年，頁295以下，頁310以下。

私人負有共同責任，而禁止收受贓物的論點則是建立在他人違法先行為已完結的前提下。以國家收受贓物的立場出發，證據收受就不可能是歸責的問題¹⁰⁰。

第一目 理論內容

壹、證據使用等同收受贓物

贓物罪在學理上屬於後行為犯（Anschlussdelikte），其成立係以一個他人過去的違法行為作為前提¹⁰¹。由於國家追訴機關是在私人違法行為完結之後，出於利用該證據之目的而加以收受，行為模式與實體法的贓物犯有幾分相似之處，因此有學者將其類比於刑法上的收受贓物行為，誕生了以「禁止國家收受贓物」為基礎的證據禁止論述，主張當國家使用私人違法取得的證據時，該證據所具有的不法性將因收受贓物行為而傳染給國家，這是不受允許的¹⁰²。

我國實務上基隆地方法院 92 年度訴字第 315 號判決旁徵博引外國法，對於私人違法取證有難得一見的詳細闡述¹⁰³，判決理由在引介對於證據能力之各家意見時，同時表示「法院若採用私人違法取得之證據，無異將使法院成為『收受贓物』者。」亦呼應了前述的收受贓物論點（另可參照雲林地方法院 91 年度聲判字第 7 號裁定）。

貳、證據使用等同擴大或加深權利侵害

之所以處罰贓物罪，實務及通說認為乃是因贓物犯使先前財產犯罪之被害人對其財物的返還請求權難以實現¹⁰⁴，沿用此一思考，禁止國家使用私人違法取得證據之理由，應該在於國家使用證據之行為會加深或延續取證行為對於個人權利

¹⁰⁰ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 181 f.

¹⁰¹ 王效文，〈贓物罪的處罰理由、構成要件與修正建議〉，《月旦法學雜誌》，第 145 期，2007 年 6 月，頁 246。

¹⁰² Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 195 f.

¹⁰³ 判決理由節錄：「關於私人違法取得證據，法院得否採用之問題，我國實務學界少有論述，參諸與我國刑事訴訟法例相仿之德國，德國學界（參照德國法儒駱克信教授刑事訴訟法，一九九五年版，第二十四章，編碼四十五；許若德教授刑事訴訟法，一九九七年版，編碼一三三）及實務界聯邦最高法院判決（德國最高法院判決一四—一七三；一四—三五八）認為私人違法取得之證據，原則上無禁止使用之法理，惟在違法情節嚴重，例如以強暴、脅迫之方法取得時，亦例外地禁止使用；此外，私人在被告不知情之下，違法祕密錄製之留聲證物，國家機關不得加以採用…」

¹⁰⁴ 王效文，〈贓物罪的處罰理由、構成要件與修正建議〉，《月旦法學雜誌》，第 145 期，2007 年 6 月，頁 246 以下，頁 247；林山田，〈刑法各罪論〉，上冊，2005 年，頁 524。

之干預¹⁰⁵。

相較於收受贓物造成違法性傳染這般想當然耳的說法，主張收受證據會擴大或加深損害之意見不再將焦點放在違法狀態的延續，而是轉移至權利侵害的延續，認為當**私人違法取證的受害人在**之後的刑事追訴程序當中成為被告，則法院不得於審判程序當中使用該私人取得之證據¹⁰⁶。依此可推知，其著眼點在於先前違法取證之受害者不應再次遭受證據使用所帶來的不利後果，一旦容許使用，則其不僅因違法取證而受有法益損害，在訴訟法上又必須忍受國家「落井下石」調查該證據可能帶來的法益損害。

第二目 評析

壹、證據使用不等於收受贓物

首先，對於收受贓物的類比所提出的質疑是，刑事訴訟的證據使用過程並不同於刑法上法益侵害結果之保全。在私人不法取證當中，證據容許性的問題，其典型乃是發生在針對第三人所進行的刑事追訴程序當中，而非針對前行為（指取證行為）之行為人¹⁰⁷。

再者，在禁止國家收受贓物的想法背後，隱藏的是國家不應在譴責違法的同時又將取自違法之物加以使用的思考，其中的**說理脈絡與法秩序一致性理論類似**，因此也和法秩序一致性理論有相同的缺點：忽略了實體法規範並不具有刑事訴訟的指示性，逕放棄訴訟法獨立的違法性判斷，完全屈服於實體法之下，否定兩者在功能上的獨立性¹⁰⁸。

¹⁰⁵ 薛智仁，〈禁止國家使用私人違法取得證據之理論基礎－兼評最高法院九十七年度台上字第七三四號判決〉，《政大法學評論》，第 121 期，2011 年 6 月，頁 53 以下，頁 83。

¹⁰⁶ Vgl. Grünwald, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, 1993, S. 162; 楊雲驊，〈賠了夫人又折兵－私人違法取得證據在刑事訴訟的證據能力處理〉，《台灣本土法學》，第 41 期，2002 年 12 月，頁 1 以下，頁 6。

¹⁰⁷ Wölfl, Die strafprozessuale Bedeutung von Rechtsverstößen bei der Beweismittelbeschaffung durch Privatpersonen, JA 2001, 504, 507.

¹⁰⁸ Frank, Die Verwertbarkeit rechtswidriger Tonbandaufnahmen Privater, 1996, S. 78; Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 197; Jäger, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003, S. 224; 薛智仁，〈禁止國家使用私人違法取得證據之理論基礎－兼評最高法院九十七年度台上字第七三四號判決〉，《政大法學評論》，第 121 期，2011 年 6 月，頁 53 以下，頁 87。

最後，概念上同樣令人質疑的是，若國家使用證據即等同收受贓物的邏輯成立，則出於純粹刑法角度的觀察，不僅應禁止國家收受證據，毋寧說國家對於該證據有支配權就已是一個禁忌。可想而知，這種觀點與國家所負有的發現真實及犯罪調查義務是難以相互調和的¹⁰⁹。

貳、證據使用不等同擴大或加深權利侵害

認為使用違法取得之證據將加深損害的想法，帶出了一個具有相當重要性的思考，亦即此時真正導致證據禁止的不是私人違法取證本身，而是著眼於使用證據對於權利造成的獨立干預。而這也再次說明了，不論是否以私人違法取證作為論證的跳板，在證據調查時仍有可能造成過度的基本權干預，須再次檢視其干預合憲性¹¹⁰。

然而在起了一個頭之後，接下來要討論的是使用證據究竟是否會帶給私人取證的受害者新一次的、不合比例的法益侵害？這個問題則無法一概回答。例如私人以侵入住宅之方式取得被害人收賄之帳簿，並將之轉交給刑事追訴機關，此時實難認為刑事追訴機關調查該帳簿會對住宅的不可侵犯性（以及財產法益）有任何再次侵害；更甚者，即便是在極端侵害人性尊嚴的案例當中，例如甲以嚴刑逼供的方式取得乙的自白，並進而到庭陳述作證該自白的內容，此時透過法官對證人的訊問並不會加深對乙的人性尊嚴侵害¹¹¹；反之，在德國著名的【秘密錄音案】中，聯邦最高法院認為如果被告之談話遭對話他方以逾越權利界限之方式錄音，而刑事程序是針對該名被告所進行者，則在審判程序當中不得播放該錄音；因為若允許播放，被告之人格權將再次受到侵害（參本節第五項、第四款、第二目、壹）。換言之，**是否延續侵害只能藉由個案判斷**，此說強調證據使用必然會延續「原先」已造成的法益侵害，而此些舉例已說明未必如此；況且即使證據調查程序對被告造成新一次的、自主性的隱私權或不自證己罪權的干預，亦非**原先**法益侵害的延續，證據收受將加深法益侵害的說法太過片面，繞了一圈仍要納入自主性證據使用禁止的脈絡討論¹¹²。

¹⁰⁹ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 196.

¹¹⁰ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 198; 林鈺雄，〈刑事訴訟法〉，上冊，2010年，頁537。

¹¹¹ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 197 f.; 薛智仁，〈禁止國家使用私人違法取得證據之理論基礎－兼評最高法院九十七年度台上字第七三四號判決〉，《政大法學評論》，第121期，2011年6月，頁53以下，頁84。

¹¹² Vgl. Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 198.

參、刑事追訴主導權之移轉

或有論者認為上述想法有些抽象，那此時不妨將眼光轉向私人不法取證與證據禁止相連結的實際後果。當證據以私人不法取證作為基礎，而直接或依其規範本意地以收受贓物加以理解，將導致證據能力的有無最終竟取決於偶然的時間點：當刑事追訴機關比私人早一步開啟偵查程序，基本上證據會經由無瑕疵的取證方式被獲取，但若刑事追訴機關在私人取證之後才隨即開啟偵查程序，則**國家的證據使用可能性將受到私人行為的實體法評價所牽制**。國家為了保有證據使用的選項，將陷於被迫與私人進行調查賽跑的窘境；此外，此論點亦衍生出一種理論上的極端情況，即私人若意圖使某項證據無法在訴訟上使用，那只要以刑法禁止的方式進行取證就可達到目的。禁止國家收受贓物的論點，最終將導致刑事追訴主權拱手讓與私人¹¹³。

第三款 規範保護目的理論

第一目 理論內容

壹、私人違法取證適用之規範

持規範保護目的理論者認為違法取得之證據得否使用，要回溯探求該項被違反法規的規範目的，已如前所述（參本章第一節、第三項、第一款、第二目）。在依附性證據使用禁止的情況，往往是以國家機關違反取證規範為前提，因此可直接以個案當中被違反的規範進行保護目的之檢驗，惟如前所述及，刑事訴訟法的取證規範並不適用於私人取證行為，故依照原始的規範保護目的理論，此時根本欠缺審查對象。而在民事訴訟法中，證據能力的決定也同樣面臨到欠缺可資適用的取證規範的問題，因此該領域的研究者遂有主張此時的證據能力應取決於被違反之實體法規之保護目的，當探求過實體法規之意義及目的，認為禁止使用證據合乎法規之保護目的時，即應肯定證據禁止的結論¹¹⁴。

¹¹³ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 196.

¹¹⁴ 在民事訴訟中應如何看待私人違法取得的證據，學者見解可分為全面容許說、基本容許說與折衷說；其中又以折衷說受到多數學說見解及實務的支持，認為應以個案中受到違反之規範保護目的權衡處於衝突的各方利益，以決定證據禁止的必要性。請參閱 Prütting, in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 1, 2008, § 284 Rn. 66; Werner, Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel, NJW 1988, 993 ff.; Wuttke, Straftäter im Betrieb, 2009, S. 224.

將此發源於民事訴訟的方案援用至刑事訴訟當中，違法取證之證據可否使用，首先須對於該取證行為所涉之**刑法規範保護目的**進行解釋，在確認所涉法規之保護目的會因證據使用而造成損害加深或擴大時，即應禁止使用。例如私人藉違法錄音取得一定資訊，而透過解釋可認刑法規範意在杜絕私人以法所不許之方式取得資訊，自此規範保護目的分析，似可推導出證據禁止的結論¹¹⁵。

貳、我國法實踐？

於 1999 年增訂刑法第 315 條之 1 第 2 款，規定竊錄他人非公開之活動、言論或談話係為犯罪行為後，我國學者有認為自條文及立法理由中¹¹⁶，可得知立法者已明確表示對竊錄行為之厭惡，且竊錄之物應予沒收。由此推論，**立法者有意將違反刑法規定所竊錄之證據予以排除**。此外，從通保法第 19、25 及 26 條之規定，亦可得知相同結論¹¹⁷。前章所示的 92 年度台上字第 2677 號判決及其後接踵而來的相似判決中，往往出現以下這段文字：「私人之錄音、錄影之行為所取得之證據，應受刑法第三百十五條之一與通訊保障及監察法之規範，私人違反此規範所取得之證據，**固**應予排除。惟依通訊保障及監察法第二十九條第三款之規定『監察者為通訊之一方或已得通訊之一方事先同意，而非出於不法目的者，不罰』，通訊之一方非出於不法目的之錄音，所取得之證據，即無證據排除原則之適用。」私人違法錄音受刑法所規制不待說明，惟何以因此所得之證據「固」應排除？背後似隱藏著刑法規範對刑訴程序有指示效力的想法。藉由探求立法者的非難及價值判斷，找到證據排除的可能依據，此說在類型上實趨近於規範保護目的說，但暫且稱為「立法者決定說¹¹⁸」以資區別。

¹¹⁵ Wöfl, Die strafprozessuale Bedeutung von Rechtsverstößen bei der Beweismittelbeschaffung durch Privatpersonen, JA 2001, 504, 507.

¹¹⁶ 刑法第 315 條之 1 第 2 款：「有下列行為之一者，處三年以下有期徒刑、拘役或三萬元以下罰金：…二、無故以錄音、照相、錄影或電磁紀錄竊錄他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位者。」本條之立法理由為「目前社會使用照相、錄音、錄影、望遠鏡及各種電子、光學設備者，已甚普遍。惟以之為工具，用以窺視、竊聽、竊錄他人隱私活動、言論或談話者，已危害社會善良風氣及個人隱私，實有處罰之必要，爰增列本條，明文處罰之。」；刑法第 315 條之 3：「前二條竊錄內容之附著物及物品，不問屬於犯人與否，沒收之。」本條之立法理由為「竊錄內容之附著物及物品，對於被害人之隱私既有妨害，不問屬於犯人與否，應予以沒收，以免此種侵害持續存在，爰於本條設義務沒收之規定。」

¹¹⁷ 王兆鵬，〈私人違法錄音、錄影、監察之證據能力〉，收錄於氏著《搜索扣押與刑事被告的憲法權利》，2003 年，頁 116 以下。

¹¹⁸ 此名稱參自李佳玟，〈在場人錄音之證據能力（下）〉，《台灣法學雜誌》，第 118 期，2008 年 12 月，頁 110 以下，頁 114。

第二目 評析

仔細思考規範保護目的理論，可以發現其背後的思考邏輯也是以實體上的規範違反導向訴訟上證據能力的排除，**立論基礎與法秩序一致性理論相近**。這代表它具有和法秩序一致性理論相同的弱點：規範保護目的理論及立法者決定說無法解釋何以實體法規範具備訴訟法效果，這不僅過度解讀了刑法的法益保護範圍，也與現行的法體系不符。例如取證行為因構成竊錄罪而有沒收規定之適用，此為刑法的非難，並非對於程序上證據能力的否認；又竊盜取得證據的情況亦如是，竊盜罪的規範保護目的僅及於所有人對於其財產的支配權，不及於禁止將來在訴訟上使用¹¹⁹。此外，法律多如牛毛，**藉由如何標準能夠探討出法律的規範保護目的**，也是眾說紛紜，無法提出一套標準¹²⁰

再者，縱使可認我國立法者於實體法明確表明竊錄之物品具有惡性而應宣告沒收，也僅表明其**刑罰效果**，與該物品能否在刑事程序內作為證據使用沒有直接關連。且在實際訴訟進行中，往往是該應被宣告沒收之物先在訴訟上作為證據調查，並確認被告的犯罪事實之後，才會依刑法第 38 條之規定宣告沒收，**「證據使用」和「沒收」在發生順序上有先後關係**，無從以發生在後的宣告沒收逆推出程序法上不得使用的結論¹²¹。另外，立法者決定說尚應處理兩個問題：1、刑法第 38 條關於犯罪之物沒收的規定，究竟是否可以概括適用在所有違法取證的類型？還是必須要有類似刑法第 315 條之 3 的規定，才算是立法者明確表態？2、更根本的質疑是，為何證據排除必須特別規定，而不是立法者未表明該證據得在訴訟中使用，法官即無權亦無法源依據使用該違法取得之證據？在法律未清楚規定違法取證之證據能力時，究應以使用或排除為原則¹²²？

第四項 遏止私人違法取證

自上述將不正訊問規範類推於私人取證行為的想法中，已可看出其倡者對於鼓勵私人違法的擔憂，依循此想法，更根本的出路應是藉排除證據以杜絕私

¹¹⁹ Wölfl, Die strafprozessuale Bedeutung von Rechtsverstößen bei der Beweismittelbeschaffung durch Privatpersonen, JA 2001, 504, 507.

¹²⁰ 吳巡龍，〈私人不法取得證據應否證據排除—兼評最高法院九十二年度臺上字第二六七七號判決〉，《月旦法學雜誌》，第 108 期，2004 年 5 月，頁 223 以下，頁 228。

¹²¹ 楊雲驊，〈私人違法取得證據之評價與衝突解決—評最高法院九十二年台上字二六七七號判決〉，收錄於《民主、人權、正義》，蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，2005 年，頁 295 以下，頁 309。

¹²² 李佳玟，〈在場人錄音之證據能力（下）〉，《台灣法學雜誌》，第 118 期，2008 年 12 月，頁 110 以下，頁 114。

人從事違法取證行為的誘因。

第一款 理論內容

美國法上所奉行之證據禁止觀點，乃是認為排除證據具有嚇阻警察違法的效果，而刑事訴訟法第 158 條之 4 立法理由所示之七點權衡理由之一為「禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果」，亦顯示出立法者至少肯定證據禁止具有某種程度的嚇阻違法效果。那麼，既然認為證據禁止具有嚇阻國家機關違法的效果，則立於私人違法亦有嚇阻必要性的基礎上，證據禁止對於私人違法的情況當亦能發揮同樣的作用。我國最高法院採違法不排除說的 97 年度台上字第 734 號判決稱「無須藉助證據排除法則之極端救濟方式將證據加以排除，即能達到嚇阻私人不法行為之效果」（參第二章、第一節、第二項），在欠缺實證支持的情況下，尚無法認同此看法¹²³。

以證據禁止遏阻私人不法取證的觀點，究其實質，與前述的禁止收受贓物論點有相通之處。因為贓物罪的實質處罰依據，除了前述較為普遍的妨礙返還請求權理論之外，危險性理論也漸受重視，此理論認為贓物犯之所以危險，乃在於其協助處理贓物的意願成為其他人犯罪的誘因¹²⁴。那麼，換一個說法，禁止國家使用私人違法取得之證據，目的也在於避免提供私人違法取證的誘因，且文獻上亦有認為，私人之所以違法取證，往往是因為沒有其他方法達到刑事追訴目的，而為了獲得在訴訟上的證據，才大幅減低遵守刑法規範的意願¹²⁵，因此國家在訴訟上收受私人違法取得之證據，無疑將會提高私人違法取證的動機。為了充分發揮刑法的一般預防功能，只能禁止證據的使用¹²⁶；另外，前述認為應禁止使用私人不正訊問所得陳述的看法，所持理由之一也是著眼於將來的犯罪預防，避免國家使用陳述一如收受贓物，促使其他私人仿效此等行為¹²⁷。

我國實務意見如前章所述，最高法院在諸多判決中提及「如私人故意對被告使用暴力、刑求等方式，而取得被告之自白（性質上屬被告審判外之自白）或證

¹²³ 薛智仁，〈禁止國家使用私人違法取得證據之理論基礎—兼評最高法院九十七年度台上字第七三四號判決〉，《政大法學評論》，第 121 期，2011 年 6 月，頁 53 以下，頁 85。

¹²⁴ 王效文，〈贓物罪的處罰理由、構成要件與修正建議〉，《月旦法學雜誌》，第 145 期，2007 年 6 月，頁 246 以下，頁 250。

¹²⁵ 楊雲驊，〈賠了夫人又折兵—私人違法取得證據在刑事訴訟的證據能力處理〉，《台灣本土法學》，第 41 期，2002 年 12 月，頁 1 以下，頁 19 以下。

¹²⁶ Jäger, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003, S. 126; 薛智仁，〈禁止國家使用私人違法取得證據之理論基礎—兼評最高法院九十七年度台上字第七三四號判決〉，《政大法學評論》，第 121 期，2011 年 6 月，頁 53 以下，頁 85。

¹²⁷ Joerden, Verbotene Vernehmungsmethoden - Grundfragen des § 136 a StPO, JuS 1993, 927, 928.

人之證述，因違背任意性，且有虛偽高度可能性，基於**避免間接鼓勵私人以暴力方式**取證，例外地，應排除該證據之證據能力。」亦肯認藉證據排除以抑制私人違法；更清楚指向嚇阻違法的實務見解則可以高雄地方法院 92 年度自字第 322 號判決為例，其判決理由中明文「**不法行為取得之證據不因取證者係政府或私人而有異，應同為嚇阻之對象**。政府偵查機關之取證固受刑事訴訟法之嚴密規範，一般私人之取證作為倘涉及他人之權利侵害，亦應以刑法或其他相關法令之規範為其行為準繩，否則其行為非但應受法律制裁，取得之證據更應排除，以收嚇阻之效，避免他人之權利再受侵害。」

第二款 評析

第一目 嚇阻實效性

首先，訴諸於違法抑制的看法，與通常理解之下的證據禁止功能似乎距離有些遙遠，因此乃是將程序外的任務歸咎於程序指向的證據禁止系統，之所以排除證據，用意不在抵消某個程序瑕疵，而是作為犯罪行為的防火牆¹²⁸。

再者，以證據使用禁止降低私人違法取證的誘因，是否能發揮期望的效果？與刑法上一般預防理論相同，之所以能充分抑制違法，前提在於可期待受規範者知悉違法的後果。在國家機關違法取證的情形下，期待受有訓練且作為執法者的警察知悉證據將禁止使用，至少還說得過去。但這樣的想法沿用到私人違法取證，欲期待一般大眾對於證據禁止結果有所知悉，顯然期待可能性較低。況且除非承認私人違法取得之證據皆絕對排除，否則證據禁止的標準本身就是刑事訴訟法長久以來的難題，難道能期待法律門外漢對於在何種標準下、何時會禁止使用有所瞭解？尤其考量到我國實務在面對私人不法取證問題時的搖擺不定，預測證據禁止的結果更是困難，在此現實之下，實難認同證據禁止能夠發揮抑制私人違法取證的效果；若以較悲觀的角度，反而只怕更助長有心取得證據之人去「試試手氣」。相較之下，倘若國家對於每個私人違法取證行為所構成的實體上犯罪皆善盡其追訴義務，獲致較高的破案率，反而可能比不全面的證據禁止更能發揮預防犯罪的效果¹²⁹。同樣令人費解的是，為什麼為了強化對將來犯罪行為（不法取證行為）之制裁，就必須限制國家釐清眼前實際存在的犯罪¹³⁰，若是因為證據禁

¹²⁸ Pawlik, Zur strafprozessualen Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter ausländischer Bankdaten, JZ 2010, 693, 697.

¹²⁹ 請參閱林鈺雄，《新刑法總則》，2011年，頁17。

¹³⁰ 薛智仁，〈禁止國家使用私人違法取得證據之理論基礎－兼評最高法院九十七年度台上字第七

止而減少訴訟過程中可資使用的證據，導致審判者僅能做出無罪宣告，實在難以實現預防未來犯罪的效果¹³¹。

最後，試圖以證據禁止來強化違法遏阻的說法與其他理論遭遇到相同的難題，亦即何以單單在私人違法取證的場合，會認為作為最後手段的刑法所具有的一般預防效力減低，而必須以證據禁止來加以補強？縱使不論原因而承認此項前提，也不必然表示證據禁止是唯一的補強方式，若目的在於強化刑法的規範效力，更加直接的方式或許是從刑事政策加以著手，或者是調整刑法構成要件、或者是強化其他法領域的制裁（例如提高民事責任¹³²），總而言之，證據禁止並非直接且唯一的選擇¹³³。

第二目 嚇阻的貫徹結果

貫徹嚇阻違法說的實際效果為何，也是必須檢驗的一環。若將預防犯罪的功能寄託於證據使用禁止，則合理的結論是**一旦取證構成實體上的違法行為，不論其行為的違法態樣及輕重如何，皆絕對排除該項證據**，因為國家犯罪預防的任務存在於所以輕與重的罪名之上。以殺人方式，或者以竊盜方式取得證據，結論都應絕對排除，否則無法杜絕私人違法取證的念頭；可是從另一方面來說，果真堅守此立場，可能使國家的澄清義務因為證據資料減少而面臨難以貫徹的危機，最糟糕的結果將是為了追求非關本案訴訟的犯罪預防目的，反使眼前實際存在的犯罪行為無法獲得充分澄清，而無法給予適當的刑罰或處置。總之，為了強化對他人犯罪行為的制裁而限制國家釐清另一項犯罪的作法，難以獲得圓滿的解釋¹³⁴。

更甚者，為了預防他人犯罪而全面排除違法取得證據的說法，具有和前述的收受贓物說同樣的缺陷，亦即私人為了使特定被告無法在刑事程序中被定罪，只要搶先在追訴機關發動偵查之前以違法手段取得不利於該被告之證據即可，其最終結果非但無法預防犯罪，尚可能助長犯罪。

三四號判決》，《政大法學評論》，第 121 期，2011 年 6 月，頁 53 以下，頁 86。

¹³¹ Vgl. Jäger, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003, S. 73.

¹³² Godenzi, Das strafprozessuale Verbot staatlicher Beweismittelhehlerei: Königsweg oder Luftschloss?, GA 2008, 500, 501.

¹³³ Jäger, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003, S. 126; 薛智仁，〈禁止國家使用私人違法取得證據之理論基礎—兼評最高法院九十七年度台上字第七三四號判決〉，《政大法學評論》，第 121 期，2011 年 6 月，頁 53 以下，頁 85。

¹³⁴ 薛智仁，同前註，頁 86。

第五項 憲法作用之證據使用禁止

在確認刑法規範不具有刑事訴訟的指引效力，而刑事訴訟的取證規範對於私人也不具有類推適用可能性之後，學說將眼光轉向憲法作用下的證據使用禁止。其中被嘗試用來作為證據禁止論證橋樑的是「國家保護義務」以及「基本權第三人效力」。

第一款 憲法作為證據能力之判準

在討論憲法作用下的證據使用禁止前，先決問題是司法者得否引用憲法規定作為判決依據。我國憲法第 80 條規定法官依據「法律」獨立審判，學說咸認所謂的法律不僅限於憲法第 107 條所稱經立法院通過，總統公佈之法律，憲法(特別是基本權利之規定)，也屬於法官裁判之依據¹³⁵。此自大法官釋字第 371 號解釋理由書所示之「各級法院法官依憲法第八十條之規定，應依據法律獨立審判，故依法公布施行之法律，法官應以其為審判之依據，不得認定法律為違憲而逕行拒絕適用。惟**憲法乃國家最高規範，法官均有優先遵守之義務**，各級法院法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，自應許其先行聲請解釋憲法以求解決」亦可得知。惟不可忽略的是，個案審判適用之法律有牴觸憲法疑義的情況畢竟是少數，故「法官適用憲法」，並非僅指個案審判應適用之法律是否有牴觸憲法之疑義；尚包括**解釋及適用法律時，應顧及當事人憲法基本權利之保障**¹³⁶。

據此，私人違法取證不僅涉及取證者與被取證者的權利衝突與調和，**該證據得否在刑事程序中被調查及使用，更是公權力行使的範圍**，此程序當受憲法制約並無爭議，尤其是在立法者未規定或規定不足時，憲法規定可作為法院判斷證據能力的基準，而非憲法領域外的問題。具體問題只是在於，在諸多的基本權利功能面向下，從哪一個面向切入判斷始為妥適¹³⁷。

第二款 國家保護義務下的證據禁止

由於證據禁止的主要任務之一在於保護個人權利，因此本說的立場是以基本

¹³⁵ 許宗力，《基本權利對國庫行為之管制》，1993 年，頁 64。

¹³⁶ 吳志光，〈法官適用憲法之義務〉，《月旦法學教室》，第 55 期，2007 年 5 月，頁 8。

¹³⁷ 楊雲驊，〈賠了夫人又折兵－私人違法取得證據在刑事訴訟的證據能力處理〉，《台灣本土法學》，第 41 期，2002 年 12 月，頁 1 以下，頁 12。

權的國家保護請求面向，要求司法者藉由排除私人違法取得之證據，在訴訟上實踐有效的個人權利保護措施。

第一目 國家保護義務內涵

當代憲法學界率皆承認基本權除主觀功能之外，尚具有「客觀價值秩序」之面向，將基本權的價值秩序，放射至所有的法律領域當中，成為立法、行政及司法均應遵循的價值。在德國釋憲實務上，基本權的保護義務係源於墮胎問題，源自此指標性裁判，所謂基本權的保護義務，係指國家負有保護其國民之法益及憲法上所承認之制度的義務，**應確保人民行使基本權利的客觀條件，並排除來自於他人的干擾**¹³⁸。

憲法上保護義務的意義在於，人民可以根據基本權利向國家請求保護，使其受基本權利所保障的法益免受其他人民之侵害。因此，在論及基本權的保護義務時，同時會出現國家、需要保護者及對於需要保護者之法益造成威脅的三個主體，隨著此一特徵，國家一方面受限於「禁止保護不足原則」，另一方面又受限於「禁止過度侵害原則」¹³⁹。在保護義務的要求之下，國家機關不僅受基本權之拘束，也應該對其提供保障。若國家忽視此項任務，結果將是人民自由權受到限制，但並無法益受到確保，因此違反禁止過度侵害原則；而在此同時，國家也因未履行保護義務而違反禁止保護不足原則¹⁴⁰。下述的理論提倡者基本出發點即在於國家若未採納證據禁止，將違反禁止保護不足原則之憲法誠命。

第二目 理論內容

私人不法取證的取證者與因取證行為而受有法益侵害之被害人間，存有基本權的衝突¹⁴¹，以保護義務為出發點的看法認為，在保護義務的實踐層面上，除了透過立法者訂定規範，負起對人民的保護責任之外，司法對此亦無法卸責。具體來說，由於證據禁止的主要任務之一在於保護個人權利，因此排除私人違法取得之證據為訴訟上有效的保護措施。學者認為我國法上已特別明定以**強暴、脅迫等**

¹³⁸ 李建良，〈基本權利與國家保護義務〉，《憲法解釋之理論與實務》，2000年，頁49、58。

¹³⁹ 程明修，〈論基本權保障之「禁止保護不足原則」〉，收錄於《憲法體制與法治行政》，1998，頁219以下，頁230。

¹⁴⁰ Feckler, Die Verwendbarkeit von Tonbandaufnahmen als Beweismittel im Strafprozess, 1962, S. 62; Rogall, Gegenwärtige Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten, ZStW 1991, S. 41. 轉引自楊雲驊，〈賠了夫人又折兵－私人違法取得證據在刑事訴訟的證據能力處理〉，《台灣本土法學》，第41期，2002年12月，頁16。

¹⁴¹ 較詳細的說明，請參閱蘇慶良，〈私人取得之證據在刑事審判上之效力－以證據排除法則為中心〉，臺灣大學法律研究所碩士論文，2004年，頁71以下。

不正方法取得被告之自白無證據能力，此一罕見的**絕對禁止使用規範**，體現了立法者所欲實現的憲法基本價值，因此當私人以此種方式或其他嚴重違反人性尊嚴的方法取得證據時，可認為刑法的處罰規定不足保護被告利益，若法院不否定證據能力，該裁判將違反保護義務的要求而違憲¹⁴²。

然而，在另一方面，此說支持者亦注意到立法者實際上已藉由刑法規範對於私人違法取證作出回應，故其同時也指出，當國家一面處罰私人不法行為，一面又使用因違法行為所得之證據時，將使人民認為國家欣然接受其違法行為，實際上導致刑法的威嚇效果打折扣，一般預防作用益形減弱¹⁴³，因此有必要以證據禁止予以補強。至於基於保護義務而來的證據禁止的範圍寬窄程度如何，此說的提倡者之間尚無共識¹⁴⁴。

第三目 評析

壹、保護措施的裁量

保護義務的實效，泰半需經由立法加以具體化，在此範圍之內，立法權是保護義務最優先的承擔者。作為具有民主正當性的國家機關，立法者於實現保護義務時，應享有極大的評價空間。依照學者的看法，德國聯邦憲法法院對於司法者是否已盡其保護義務，乃採「**明顯性審查**」，以賦予立法者寬廣的形成空間，僅在立法者完全無作為或所採措施明顯不足的情況下，才會被認定違反基本權保護義務¹⁴⁵。當在解釋論上可認為立法者已提供足夠的保護時，對於立法怠惰的指摘就站不住腳。因此，是否有必要透過證據禁止達到實效的基本權保障，乃取決於立法者是否已提供足夠的法律基礎來防免私刑以及法益侵害的危險¹⁴⁶。

¹⁴² 楊雲驊，〈賠了夫人又折兵－私人違法取得證據在刑事訴訟的證據能力處理〉，《台灣本土法學》，第41期，2002年12月，頁1以下，頁19；so auch Hassemer/Matussek, Das Opfer als Verfolger - Ermittlungen des Verletzten im Strafverfahren, 1996, S. 78 ff.; Jäger, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003, S. 127.

¹⁴³ Wölfl, Die strafprozessuale Bedeutung von Rechtsverstößen bei der Beweismittelbeschaffung durch Privatpersonen, JA 2001, 504, 506.

¹⁴⁴ Feckler, Die Verwendbarkeit von Tonbandaufnahmen als Beweismittel im Strafprozess, 1962, S. 62. 轉引自，Wölfl, Die strafprozessuale Bedeutung von Rechtsverstößen bei der Beweismittelbeschaffung durch Privatpersonen, JA 2001, 504, 505.

¹⁴⁵ Klaus Stern 著，蔡宗珍譯，〈基本權保護義務之功能－法學上的一大發現〉，《月旦法學雜誌》，第175期，2009年12月，頁46以下，頁57以下。

¹⁴⁶ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 227.

貳、保護措施的實踐

首要釐清的是，私人違法調查行為完成後，法益侵害已是既成事實，此時無法再藉證據禁止達到履行國家保護義務之目的。證據禁止的宣告只能向將來發生效力，預防其他私人違法。就此而言，求諸於保護義務的說法與遏止私人違法的觀點實有相通之處¹⁴⁷。

保護義務之實踐，通常可以有不同的措施，被判定違反保護義務的情形鮮少發生¹⁴⁸。在考察相關規範時，不能忽略的是立法者對於私人違法取證之行為已採取了龐大的保護措施，在此，相關當事人的法益保護乃交託於**刑法**作為最後保護手段。而在保護義務的釋義學當中，刑法規定既然已是最後手段，基本上會通過實效保護的檢驗。何以認為這個保護在私人取證時偏偏會出現漏洞？此外，退步言之，即便認為已存的刑法處罰規範對於法益保護仍屬不足，主張禁止使用證據的論點亦無用武之地，因為必要的是如何說明立法者於多樣的**法制計畫**中，僅能採取證據禁止為唯一的補強手段以及唯一的法律效果，而在此無法成功解釋；況且，裁量縮減至零的說理在此亦難以發生作用，因為其同樣無法證明，何以刑法規範的一般預防效力僅能藉由證據禁止此一方式加以鞏固，且證據禁止會比諸如透過量刑方案、提高刑事訴訟中被害人的利益評估或者增加民事損害賠償等方式來得有效¹⁴⁹？

上述說理是以既然有刑法規範制裁私人不法取證，則無由要求審判者「應」宣告證據禁止使用，而接下來從反面立論，是否可以說，既然刑法作為最後手段已能提供有效保護，那麼所有的違法取證行為都只要以刑法加以制裁即可，不需再另外賦予證據禁止的要求，也因此審判者「不應」宣告證據排除？在此答案應為否定，因為證據禁止寓有多方面的功能，保障個人權利僅為其中一個面向，其他例如公平審判之維護等，亦為其重要功能（本章第一節、第二項及第三節、第一項、第三款、第一目），故即便有刑法規範，亦不能以此否定審判者宣告證據禁止的可能。

¹⁴⁷ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 222; Jäger, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003, S. 223.

¹⁴⁸ Hans Jarass 著，李建良譯，〈基本權利：防禦權與客觀之基本原則規範客觀之基本權利內涵，尤其保護義務及形成私法之效力〉，收錄於《德國聯邦憲法法院五十周年紀念論文集》，下冊，2010年，頁43以下，頁51。

¹⁴⁹ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 228.

總而言之，在大多數的情形中，藉由刑法之實現已足防止憲法保障之領域受到侵害。特別是當違法行為可能存有阻卻違法事由，而行為人的出發點是其取證行為有正當化事由，並且即便已造成法益侵害仍得使用所取得之證據時，我們並不會期待以證據禁止來實現更強大的刑法效力¹⁵⁰。

第三款 基本權第三人效力下的證據禁止

在保護義務的觀點之外，由於私人取證往往涉及取證人及其相對人之間的基本權衝突，而基本權在私人之間的效力，則是基本權第三人效力探討的對象，因此亦有學者嘗試以這個角度解決私人不法取證之證據禁止問題。

第一目 基本權第三人效力內涵

基本權第三人效力討論的是私法關係當中的私人相互間可否主張基本權利，或者是**基本權利對私人間的往來關係是否發生效力**的問題。對此，舉世各國憲法皆保持沉默，因此學界展開爭辯，直接效力及間接效力為其中的兩個主要立場¹⁵¹。

壹、直接效力的觀點

持直接效力說者認為基本權不僅拘束國家，同時亦拘束私人，無庸透過法律作為媒介，即得直接適用於私人關係當中。也就是個人可直接依據基本權條款主張他人侵害其權利，而事實審法院（特別是民事法院）也可以直接援引基本權條款作為判決依據¹⁵²。

貳、對直接效力說的質疑：間接效力說

相對於直接效力說，間接效力說則堅持基本權條款只拘束國家，而不及於私人，基本權只能間接透過私法規範，特別是其中的開放性概念與概括條款在私人間發生效力。此說目前獲得大多數學者的贊同，其理由在於¹⁵³：1、從憲法第 23 條僅允許國家在有該條所定事由時方得限制人民自由權利之規定可知，基本權僅

¹⁵⁰ Wölfl, Die strafprozessuale Bedeutung von Rechtsverstößen bei der Beweismittelbeschaffung durch Privatpersonen, JA 2001, 504, 506.

¹⁵¹ 許宗力，〈基本權利的第三人效力與國庫效力〉，《月旦法學教室》，第 9 期，2003 年 7 月，頁 65。

¹⁵² Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 205; 許宗力，同前註。

¹⁵³ 詳細內容請參閱許宗力，同前註，頁 67 以下。

針對國家¹⁵⁴；2、從功能最適之觀點而言，最適宜解決權利間衝突者乃是具有多元民主正當性的立法者，司法不顧普通法律而直接適用基本權規定，乃牴觸權力分立；3、採用直接效力說所適用的比例原則，將使僅為不合常理的權利行使遭到限制，然在間接效力說之下，卻未必會被視為違反公序良俗。

經過長時間的論戰，目前公法學界當中固然是以基本權的間接效力說居於上風。惟即便採此說的學者，有部分在面對人性尊嚴保障的議題時，考量到人性尊嚴之不可侵犯性，以及其作為最高法價值的發展歷史，也不免立場動搖，認為**人性尊嚴在私人間例外具有直接效力**，得直接加以援用¹⁵⁵。延續此立場，刑事法之研究者亦有認為若是認可私人取證之行為已侵犯人性尊嚴，則該證據應予排除¹⁵⁶；另外，我國最高法院判決認為「私人故意對被告使用暴力、刑求等方式，而取得被告審判外之自白或證人之證述，因違背任意性原則，且有虛偽高度可能性，基於避免間接鼓勵私人以暴力方式取證，應例外排除該證據之證據能力」。除了判決當中明示應予禁止證據的理由之外，其所欲避免的鼓勵暴力，背後所隱含的理念應是認為相較於其他違法的取證方式，暴力行為對於人性尊嚴所造成的侵害更為直接而難以忍受。

人性尊嚴具有最高法價值的地位固然無法否認，但為了貫徹人性尊嚴之保障，是否就必須賦予其特殊的地位，使其在私人間發生直接效力？通說仍持保留態度，因為透過現有的基本權保護面向已足達成人性尊嚴的保護需求，質言之，透過**基本權的國家保護請求權功能**，要求國家保護私人免於受到人性尊嚴的侵害即可。雖然從表面上看來，這樣的作用方式保障程度不及於使人性尊嚴具有直接效力來得高，但實際上不論是採直接效力或間接效力說，終究是要藉由立法、行政及司法以憲法取向制定並解釋法律，並同時將人性尊嚴納入考量，藉此最終達到防止私人侵害的效果，因此結論上是殊途同歸，並不會因為否認人性尊嚴之直接效力而造成保護的落差¹⁵⁷。這種不以直接效力或間接效力為論證槓桿，而直接

¹⁵⁴ 相對於此，德國基本法有更堅強的理由支持間接效力說，因基本法第 1 條第 3 項明文僅國家權力（立法、行政及司法）為基本權拘束對象（§ 1 III GG: Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.）。

¹⁵⁵ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 208; 詳細介紹可參閱蔡維音，〈德國基本法第一條「人性尊嚴」規定之探討〉，《憲政時代》，第 18 卷第 1 期，1992 年 7 月，頁 34 以下。

¹⁵⁶ Jäger, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003, S. 126.

¹⁵⁷ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 212. 補充說明，德國通說認為私人違法取證對於證據能力之判斷並無影響，但在私人違法態樣已侵害人性尊嚴之時，例外地應予證據使用禁止，不過此時也非肯認人性尊嚴具有直接效力的緣故。

要求國家採取保護措施來保障人性尊嚴的看法，即為接著要介紹的「以基本權保護請求權功能取代間接效力說」。

參、以基本權保護請求權功能取代間接效力

跳出直接效力與間接效力的論戰，從較上位的觀點來看，所謂基本權的客觀價值秩序放射至所有法領域的說法，並不能完全解釋何以私法關係要受到基本權拘束，且以何種方法可以從基本權當中發掘出何種價值，亦難有明確解答，因此晚近出現藉基本權的保護義務功能以補強間接效力說之不足的新詮釋，認為透過所有國家機關秉持基本權精神制定、解釋並適用法律，即能避免私人權利遭另一個私人侵害。因此，最能夠解釋基本權於私人之間效力的應是基本權的保護義務功能，而非蘊含於基本權中的客觀價值秩序¹⁵⁸。依循此想法，將間接第三人效力理解為私人間接成為基本權利之拘束對象即不適宜，因此時不涉及基本權拘束對象的問題，而是基本權的作用方式¹⁵⁹。

第二目 理論內容

泰半情形中，私人間基本權衝突的主戰場乃是在民事法院對於實體法的解釋與適用上，從表面看來與刑事法院的證據調查行為無關。惟實際上，在私人違法取證的情形中，一旦確認個案中存有私人對於基本權的侵害時，法院有可能必須基於對基本權的保護義務而排除證據，易言之，法院對於證據使用與否的抉擇透露出基本權衝突之下的取捨。

姑且先不論前述以基本權國家保護義務功能取代間接效力的新詮釋，而立於承認基本權間接效力的前提上。此時要將私人不法取證行為連結到國家的證據使用禁止，須跨越兩道門檻：1、確認他人的基本權已因先前的私人取證行為而導致損害；以及 2、此基本權損害在訴訟上導致證據使用之禁止。倘這兩項審查結果皆為肯定，則事實審法院將因基本權的針對國家性而受到直接拘束¹⁶⁰。以下提出三點與基本權性質相關的理由，說明跨越這兩道門檻的窒礙之處。

¹⁵⁸ 許宗力，〈基本權利的第三人效力與國庫效力〉，《月旦法學教室》，第 9 期，2003 年 7 月，頁 68。

¹⁵⁹ Hans Jarass 著，李建良譯，〈基本權利：防禦權與客觀之基本原則規範客觀之基本權利內涵，尤其保護義務及形成私法之效力〉，收錄於《德國聯邦憲法法院五十周年紀念論文集》，下冊，2010 年，頁 43 以下，頁 52。

¹⁶⁰ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 214.

第三目 評析

壹、侵害基本權的法律效果？

首先，在決定證據禁止的效果之前，須先提出具有說服力的說法，足以說明相較於國家的基本權干預行為，私人的基本權侵害在證據禁止的決定上發揮了多大的影響，而**國家對私人的基本權侵害行為又必須以何種法律效果加以因應**？此反對意見同樣適用在侵害人性尊嚴的私人取證行為上，雖德國通說對此情況普遍採取證據禁止的論點，但其間的論證過程為何？私人或者國家侵害人性尊嚴的取證行為，其規範差異何在仍尚待釐清；此外，即便退一步肯認取證違反人性尊嚴時，基本權例外地在私人間具有直接效力，仍無法一體解決所有的私人違法取證問題¹⁶¹。

貳、侵害基本權的私人行為？

承認了間接效力之後，憲法在私人間發生作用所得出的法律效果為何，仍處於規範真空的狀態，也因此在此現狀下無從得知何以必須採納證據禁止方案。此外，對於「私人侵害基本權」尚有一根本性的質疑，亦即基於私人基本權侵害而來的證據禁止論點，和基本權體系架構無法契合。仍是老話一句，基本權條款在私人之間並不直接發生作用，亦不拘束私人。因此所謂「侵害基本權的私人行為」在邏輯上無法得到共鳴，自然也無法導出違反基本權而來的證據禁止¹⁶²。

參、基本權的作用媒介？

證據禁止具有解決基本權衝突的功能¹⁶³，然依照間接效力之學說，基本權的效力要放射到私人之間，必須要有一般性的規範、空白法規或不確定法律概念作為基本權發生間接作用的媒介。但私人違法取證所涉的刑事法規本身不具有刑事訴訟的指示作用（參本節第三項），而刑事訴訟的取證規範也無法間接適用或

¹⁶¹ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 215.

¹⁶² Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 215; Jäger, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003, S. 127.

¹⁶³ 楊雲驊，〈私人違法取得證據之評價與衝突解決－評最高法院九十二年台上字二六七七號判決〉，收錄於《民主、人權、正義》，蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，2005年，頁295以下，頁298。

類推適用於私人行為之上（參本節第一項），故此處欠缺使基本權發生間接效力的法規媒介¹⁶⁴。

第四款 自主性證據禁止

刑事訴訟的取證規範不具有私人拘束性，而嘗試以基本權的保護義務或第三人效力來詮釋證據禁止也未能盡其功，然而這不影響自主性使用禁止的概念。無論如何，證據調查程序皆是一項獨立的基本權干預。在此範疇的干預合憲性審查中，私人不法取證扮演什麼角色？是接下來探討的主題。

第一目 證據調查之基本權干預

在私人違法取證的場合，國家使用證據本身並不必然會延續或加深侵害，已如前述（本節第三項、第二款、第二目）；相對於此，即便私人合法取證，國家的使用行為本身亦可能因過度侵害基本權而構成證據禁止的理由。簡言之，不論私人取證合法或違法，當使用證據本身構成一次法秩序的侵害，尤其是憲法或國際法層次的法秩序，自主性的證據使用禁止即為可能的選項¹⁶⁵。

在進行干預合憲性審查時，首需找尋基本權干預的**形式合憲性依據**。刑事訴訟程序為達到真實發現之目的，連串的調查程序乃是常態，程序中播放錄音（影）資料、朗讀信函等調查行為附帶造成的基本權干預乃無法避免。為了調查證據所適用的程序規範，同時即為調查對於當事人基本權侵害的形式合憲性依據¹⁶⁶；其次，進入**實質合憲性審查**時，則有二類不同的審查模式。

壹、模式一：類推刑事訴訟法第 158 條之 4

第一種進行實質合憲性審查的模式，其考量參數面向廣泛，除了當事人基本權干預的程度與對該犯罪的追訴利益之外，尚納入類似於刑事訴訟法第 158 條之 4 的權衡因素，在其中私人不法取證會發生高低程度不等的影響力。

持此立場者認為，只要立法者對於證據能力未表示確定看法，審判者就無法採取權衡理論以外之途徑。不過後者也非可全憑己意，即使私人不法性本身充

¹⁶⁴ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 216; Jäger, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003, S. 224.

¹⁶⁵ Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 2011, Rn. 397; Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 230.

¹⁶⁶ Werner, Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel, NJW 1988, 993, 1000 f.

其量只可能是決定證據能力的一個面向，但上述介紹的理論也或多或少有些正確，各該理論所關切的角度，通常即為權衡理論中找尋優位利益時的決定性因素，例如在下述的【通姦日記案】中，雖聯邦最高法院採用權衡理論，在其中考量被告的人格權以及刑事追訴利益，但取得日記行為之違法性在雙方面皆可提出：一來，取得日記之行為侵害被告之人格權；二來，刑事追訴機關也應審酌，不得藉由新的不法行為去追訴其他不法行為。總之，私人不法行為的重要性應占有多大份量取決於個案，但有這個面向則是肯定的¹⁶⁷。

我國學者亦有持相同見解者，認為私人違法取證的證據能力問題，應類推**刑事訴訟法第 158 條之 4**以「人權保障及公共利益之均衡維護」進行審酌，於此，應將立法者臚列的重要參考因素稍作調整以評估證據能力，如：1、違背法定程序之情節。透過此一要件，法院可考慮行為人是否以強暴脅迫等方法蒐證；2、違背法定程序時之主觀意圖。透過此要件，法院得考慮行為人是否為了保障自己的權利而在難以期待國家主動偵查的情況下進行蒐證；3、侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重。透過此要件，法院可考慮行為人是否侵害對方的核心隱私領域；4、犯罪所生之危險或實害。透過此一要件，法院可考慮行為人所欲保護的法益是否重要；5、禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果。透過此一要件，法院得考慮行為人是否為容易反覆實施違法取證之私家偵探；6、偵審人員如依法定程序有無發現該證據之必然性。透過此一要件，法院可考慮該蒐證手段的必要性，以及 7、證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度。透過此要件，法院可考慮該證據在訴訟上的必要性¹⁶⁸。

貳、模式二：基本權干預之合憲性審查

相對於前，此說認為既然審查重點是證據調查程序中的基本權干預，則不論證據來源是合法或違法、私人或國家，所要審查的都是**當事人基本權干預之程度與追訴犯罪利益**之間孰高孰低，而不是類推適用**刑事訴訟法第 158 條之 4**的概括條款，否則有納入不相關衡量因素的危險¹⁶⁹。例如，在私人錄音的問題上，比

¹⁶⁷ Vgl. Hassemer/Matussek, Das Opfer als Verfolger - Ermittlungen des Verletzten im Strafverfahren, 1996, S. 82; Wölfl, Die strafprozessuale Bedeutung von Rechtsverstößen bei der Beweismittelbeschaffung durch Privatpersonen, JA 2001, 504, 506.

¹⁶⁸ 李佳玟，〈在場人錄音之證據能力（下）〉，《台灣法學雜誌》，第 118 期，2008 年 12 月，頁 110 以下，頁 116；類似見解，陳運財，〈違法證據排除法則之回顧與展望〉，《月旦法學雜誌》，第 113 期，2004 年 10 月，頁 27 以下，頁 46。

¹⁶⁹ Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 480; 薛智仁，〈禁止國家使用私人違法取得證據之理論基礎—兼評最高法院九十七年度台上字第七三四號判決〉，《政大法學評論》，第 121 期，2011 年 6 月，頁 53 以下，頁 96。

較法的德國聯邦憲法法院採用的是與比例原則緊密相關的權衡理論，衡量對於隱私領域的侵害高低以及行為不法之程度，當個案中涉及嚴重的罪行、現存的自由民主秩序或者有利於被告時，證據禁止所欲維護的利益會退讓。至於不法取證行為之被害人的刑事追訴利益以及實施取證之人得請求的損害賠償利益，都不能納入考量的參數¹⁷⁰。

另有見解指出，私人取證的不法性，在自主性證據禁止的脈絡下，對於證據能力會有**間接影響**，因為一個具有基本權關聯性的證據使用行為，通常必須衡量處在對立狀態的權利及利益，而在確認基本權保護領域、基本權的行使界限或是比例原則等各個層次時，私人不法行為將產生間接的作用。不過在此不能否認的是，就算結論是證據得以使用，原因並不是因為私人取證合法，而是因國家的調查行為並不至於招致不受期望的後果；相反的，若審查結果是證據使用禁止，那也是因為使用程序本身侵害憲法保護的利益¹⁷¹。以下文的【秘密錄音案】為例，法院之所以認為應禁止使用，乃是因為**播放**錄音帶，將再次侵害被告權利。

總結而言，在此模式的操作之下，**私人違法對於合憲性的判斷不具有意義**，即便是以違反人性尊嚴方式所取得之證據，也不能立刻排除其證據能力。真正要衡量的因素是：調查該錄音、錄影或供述證據對於**隱私領域、不自證己罪特權**等的干預程度，是否已經重大到無法以所追求的追訴利益予以正當化的地步¹⁷²。在此基準下，私人以強暴、脅迫取得被告自白時，國家若使用此近似刑求取得之自白，形同再度干預被告不自證己罪之特權；又例如，在通姦罪案件當中，國家調查盜錄之他人性交錄影已干涉核心隱私領域，此一干預原則上無法以追訴通姦罪的公共利益被正當化¹⁷³。

第二目 比較法案例

介紹完抽象的審查標準之後，以下藉三則比較法上著名的案例說明如何審查證據調查程序的基本權干預。再次說明者為，由於此階段的審查不受到私人不法取證的影響，因此下述情形亦未必皆涉及私人不法取證，例如【謀殺日記案】即為單純的國家合法取證。

¹⁷⁰ Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 2011, Rn. 399, 402.

¹⁷¹ Vgl. Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 231.

¹⁷² 德國學說有認為當使用證據侵犯不自證己罪權時，已涉及人格權的人性尊嚴之侵害，基本上將禁用證據，請參閱 Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 2011, Rn. 400.

¹⁷³ 薛智仁，〈禁止國家使用私人違法取得證據之理論基礎－兼評最高法院九十七年度台上字第七三四號判決〉，《政大法學評論》，第 121 期，2011 年 6 月，頁 53 以下，頁 95 以下。

壹、1960 年【秘密錄音案】¹⁷⁴

一、案件事實

本案被告在 K 被起訴強制性交罪的刑事程序中擔任被害人 A 的代理人，在區法院判決 K 有罪後，K 上訴二審，但同時與被告展開斡旋，討論可否給付 A 索償的 5 千馬克，換取 A 做出有利於 K 之陳述。K 當時的女友曾親自拜會被告或和被告通電話，無一不在誘使被告允諾前述交換條件。之後，當二審審判程序論及此一磋商時，K 指稱，其並未提議給付賠償數額來鼓動 A 更改證詞，而是被告自己主動提出的。為了證明這項指述，K 向法庭提出秘密錄音帶，裡頭錄下被告與 K 之女友 R 的三次談話，均是在被告不知情下所竊錄。二審法院取得所有程序參與人同意，當庭播放系爭錄音帶，隨後決定延後 K 之審判程序。

在被告本案中，一審地方法院認定被告被控之罪名（未遂教唆偽證等）並未成立。由於被告提出異議，以致於一審法院拒絕使用系爭錄音帶作為證據，故該錄音帶能否證明被告之罪行，一審法院並未討論。檢察官不服，以原審違反澄清義務為由提出法律審上訴。

二、判決理由

1960 年德國聯邦最高法院刑事庭的 BGHSt 14, 358 判決，乃是德國聯邦最高法院第一次就私人不法秘密錄音之證據禁止問題表態。其判決理由略為：

一、個人言語權屬於一般人格權之內涵。如果與說話者對談之他方進行秘密錄音，說話者的人格領域與言語權將因此遭受侵害；**未經說話者同意而逕自播放系爭秘密錄音帶，以複述說話者之談話，其所生侵害並未較為輕微。**

二、A 早就拒絕以賠償數額換取其更改證詞，此外，A 也未同意安排一名律師與 K 之辯護人「處理這件事」。所以，證人 R 與被告進行第一次交談時，並無根據認為 R 已設想到 A 有意願以不當或不法方式求取賠償，R 的目的毋寧是「引誘」被告作出這樣的聲明。據此，R 並非為防止其男友 K 之利益受有損害，

¹⁷⁴ BGHSt 14, 358, NJW 1960, 1580 ff.; 以下參自王士帆，〈德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 14, 358—禁止不計代價發現真實與私人不法取證〉，《司法周刊》，第 1599 期，2012 年 6 月 21 日，第 2 版以下。

而是狡詐地想引誘被告作出表示。因此，R 第一次錄下與被告的談話時，其已無故侵犯被告的人格權；其後所錄下的兩次通話，亦同。

三、如果 R 三段錄音均侵害被告一般人格權，則不得以播放方式使用該錄音帶；因為**若允許播放，將再次侵害被告權利**。應說明的是，在此無須決定當對話一方秘密錄音時，法院是否一般性地及在任何程序皆不得聽取該秘密錄音。但不論如何，如果被告之談話遭對話之他方違法錄音，而刑事程序是針對該被告所進行者，法院不得以聽取錄音帶之方式來調查證據。

三、判決理由分析

此判決明確承認語言權為人格權的一環，基於當事人並未同意播放及**播放**再次造成被錄音人之**人格權**侵害等理由，應予否定系爭秘密錄音之調查¹⁷⁵。應注意的是，此則裁判裡的私人秘密錄音，在 1960 年當時的德國尚未入罪化，而裁判所理解的私人取證之不法性，乃是連結到私人侵害被告受憲法保障之人格權。是以，取證行為是否具備刑罰性，並非不可或缺之關鍵所在¹⁷⁶。

貳、1964 年【通姦日記案】¹⁷⁷

一、案件事實

本案被告為一名女教師，其與同校任職的男教師 M 發生性關係，且因其有幾乎每日寫日記的習慣，故與 M 親密往來的內容亦記載於日記中。而 M 是被告所參加的教師小組的組長，且為被告所通過的教師考試委員會的成員之一。後來本案被告又與另一名已婚男性 V 往來，V 發現該日記後，將其拿回自己家中。未料，V 的妻子卻發現該本日記，並將之轉交警方。之後檢警依據日記內容起訴 M 權勢性交罪。在該案當中，本案被告受傳喚擔任證人，經宣誓（具結）後，作證否認與 M 有性關係。而後檢方依據日記內容將本案被告起訴偽證罪，並經有罪判決。本案被告因而上訴，主張該日記屬於隱私領域，不得作為證據。

¹⁷⁵ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 150.

¹⁷⁶ 王士帆，〈德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 14, 358 – 禁止不計代價發現真實與私人不法取證〉，《司法周刊》，第 1599 期，2012 年 6 月 21 日，第 2 版；另，文中提到國內相同觀點者，林鈺雄，《刑事訴訟法》，上冊，2010 年，頁 598，註 16。

¹⁷⁷ BGH 19, 325, NJW 1964, 1139 ff.; 德國習稱此判決為「第一次日記案」，下文的【謀殺日記案】則為「第二次日記案」，語見 Amelung, Der grundrechtsschutz der Gewissenerforschung und die strafprozessuale Behandlung von Tagebüchern, NJW 1988, 1002.

二、判決理由

在結論上，聯邦最高法院以比例原則為根據，否定了日記證據的容許性。其提及，關於親密活動的記載，不論是由國家取得或由私人遞交，皆只有在排除使用的前提之下方能受到周全的保護。據此，**證據取得的方式為何基本上不具有重要性**。至於證據能力的判定，則應該要與權衡原則相呼應，追訴利益應著眼於所涉基本權的重要性，並且在可能的範圍之內，與受非難行為之不法相權衡。

通常而言，日記內容可作為證據，僅在不涉及重罪時才會宣告禁止使用。本案中，權衡所涉及**人格權及刑事照料義務**之重要性，應認為對比於相對輕微的刑事不法行為(偽證罪)，被告隱私領域(性關係的記載)的權利保護不應撤守¹⁷⁸。

三、判決理由分析

對於具有日記性質之記載，學者認為若該記載並非單純流水帳，即屬於私人生活中較狹義的範圍(相當於下述第二層的私人生活領域)，接下來必須在國家的刑事追訴利益與基本權保障的個人領域間進行權衡，方能決定證據能力。鑑於本案中無嚴重的違法行為，結論上應否定證據能力¹⁷⁹。

惟在此的難題是，**如何認定日記記載為流水帳或內心人格的表露**？以臺灣高雄地方法院 100 年度簡上字第 688 號刑事判決為例¹⁸⁰，作為通姦罪判決基礎的日記本「載有編號『93』、『96』是指做那個事情的次數等語，且按該日記內容確係標明日期逐日記載事件，足見應係製作人擇其自己當日所經歷之事實，在印象清晰時所為之記載，且其記述之內容非僅單純記錄與被告通姦行為之次數、場所與費用，亦包括與其配偶為性行為之次數及其他日常生活事件」，關於**性交次數**等的記載，究應認定為流水帳或是私密記載？似無法截然予以二分。德國實務上曾有意見認為，假使作成的日記內容，混合了客觀的日期、事實以及主觀的感覺、想法，既無法斷然二分事實與評價，只能全部統一查閱。惟學者則認為，較正確的做法應是盡可能區分兩者，實務上述作法不尋常且開啟了濫用之門¹⁸¹。

¹⁷⁸ BGH NJW 1964, 1139, 1143; vgl. Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 473; Jäger, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003, S. 4.

¹⁷⁹ Vgl. Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 473.

¹⁸⁰ 另應說明者為，高雄地方法院係以該日記屬刑事訴訟法 159 條之 4 第 3 款所稱其他於可信之特別情況下所製作之文書，而將其採為證據。

¹⁸¹ OLG Schleswig StV 2000, 11; Ellbogen, Die Fluchttagbücher Frank Schmökel und ihre Verwertbarkeit im Strafprozess, NStZ 2001, 460, 461.

參、1990 年【謀殺日記案】¹⁸²

一、案件事實

本案被告因於 1985 年 8 月殺害一名婦人而被地方法院以謀殺罪名判處無期徒刑，判決基礎之一乃是一項顯示被告**人格傾向的日記式記載**。據被告說明，其經心理醫生的建議，將心理狀態分別紀錄在筆記本與活頁紙上，並把這些紀錄夾在書本或放在書架上，除了在法院審理該謀殺案期間外，從來沒有和別人提過這些紀錄的內容。地方法院從被告的筆記當中挑出三份加以分析，並以此顯示被告人格傾向的間接證據作成判決¹⁸³。

本案是針對地方法院第一次判決與聯邦最高法院的判決（最高法院認為本案涉及嚴重的犯罪行為，因此對人格權的保護應退守）所提出的憲法訴願，其主張，法院採用專家對日記所作的分析已侵犯其應受保護的個人隱私。

二、判決理由

儘管追訴機關取得日記的過程並無違法疏失之處，但法院在審理程序中調查、使用該日記之行為本身，仍可能構成隱私權的侵害。在此，聯邦憲法法院引用該院首先在民事領域當中發展出的**三階領域理論**，依該理論，憲法的隱私保障應區分三種不同之領域：1、**隱私領域**（Intimsphäre）：此乃個人得以絕對對抗國家一切基本權侵犯的核心隱私領域，一旦某證據被評定屬於此領域，則絕對禁止使用，法院並無權衡國家追訴利益與個人基本權保護之餘地，即使重大犯罪亦然。例如：家中臥室間之性生活；2、**純私人領域**（schlichte Privatsphäre）：歸屬於此領域之證據，國家雖然必須保護，但不具絕對性，例如在散步時的私人談話。此時證據得否使用，應權衡國家追訴利益與個人基本權保護之間的衝突及解決之道；3、**社交範圍**（Sozialbereich）：此領域內之社會互動並不受特別保護，只要取證過程合法，並無禁止使用之理。例如業務上商談¹⁸⁴。

¹⁸² BVerfGE 80, 367, NJW 1990, 563 ff.

¹⁸³ 參自張懿云譯，〈日記證據案判決〉，《德國聯邦憲法法院裁判選輯（八）》，1999 年，頁 205 以下。

¹⁸⁴ Vgl. Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 470 f.; 林鈺雄，〈從基礎案例談證據禁止之理論與發展〉，《干預處分與刑事證據》，2008 年，頁 290。

在本案當中，憲法法院的法官正反意見票數相同（4：4），因此無法判定在刑事訴訟過程中採用訴願人日記內容之作法牴觸基本法（Grundgesetz）¹⁸⁵。支持使用的意見認為，個人將思維化為文字的舉動，即意味著其不僅將個人隱私置於非自己所能完全掌控的內部範圍，甚且有被人侵犯洩漏的風險，因此不屬於受絕對保護之隱私範圍。此外，憲法訴願人在札記中記載了以暴力對待婦女的傾向及其所為的掙扎，足以解釋訴願人之犯罪背景、原因，與其犯行間具有密切關係，因而具有充分理由不將之列為應受絕對保護之領域。但是接下來，雖該札記不屬於憲法絕對保障之核心領域，仍必須是為了重大公共利益始可正當化。在本案中，所使用之札記雖具有重要之私密性，但考量到謀殺案為嚴重罪行，且使用日記對於訴願人之刑責減免亦有決定性幫助，日記之使用應無違反比例原則¹⁸⁶。

三、判決理由分析

本判決中，聯邦憲法法院嘗試將隱私領域劃分不同的保護層級，似乎將隱私保護提升到了前所未見的境界。然就理論本身而言，則有褒貶不一的評價，首先有認為三階段理論所勾勒的人類生活圖像過於簡單，只能在判例當中立足，且縱使承認三階段區分，但某種證據資料歸屬於何階段，僅能藉由個案累積來尋找解答，而各階段之間的中間類型更是難以掌握¹⁸⁷；但亦有認為，無論如何，三階段領域理論作為限制體系，並作為比例原則之架構，乃一項具有說服力的屏障，有助於防止判決瓦解為純粹的個案法¹⁸⁸。其次，檢視該理論於本案當中的落實情形，則令人質疑聯邦憲法法院本身並未堅守三階段領域理論，因為連自我剖析的記載都不算入隱私領域，恐怕實際上唯一的審查標準是比例原則，並沒有不

¹⁸⁵ 票數相同即認定無牴觸基本法，乃是因德國聯邦憲法法院第 15 條第 4 項規定：「第 13 條第 1 款、第 2 款、第 4 款及第 9 款之案件，無論如何須有該庭法官三分之二之多數，始得為聲請相對人不利之裁判（按：本案不屬之）。其餘情形，如法律別無特別規定時，以參與審理法官之過半數決定之。票數相同時，不得確認有牴觸基本法或其他聯邦法之情事。」中譯內容參自：司法院網站（<http://www.judicial.gov.tw/db/db04.asp>）。最後瀏覽日：2012/6/17。

¹⁸⁶ 參自張懿云譯，〈日記證據案判決〉，《德國聯邦憲法法院裁判選輯（八）》，1999 年，頁 205 以下，頁 218 以下。

¹⁸⁷ Amelung, Die zweite Tagebuchenteidung des BVerfG, NJW 1990, 1753, 1755.

¹⁸⁸ Friedhelm Hufen 著，翁曉玲譯，〈人格保護與資訊自決權〉，收錄於《德國聯邦憲法法院五十周年紀念論文集》，下冊，2010 年，頁 113 以下，頁 117；關於核心隱私領域近期的發展，中文文獻請參閱吳志光譯，〈大監聽與個人隱私案〉，《德國聯邦憲法法院裁判選輯（十二）》，2006 年，頁 201 以下；楊雲驊，〈保障私人生活不可侵犯之核心領域〉，《司法改革雜誌》，第 62 期，2005 年 6 月，頁 32 以下；德國法近年在與監聽相關的案例中，肯認歸屬於核心隱私領域而不得使用之例，如被告在病房自言自語（BGHSt 50, 206, NJW 2005, 3295 ff.; Zust. Anm. Beulke, Beweiserhwbungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, 653, 659.）以及被告在汽車裡自言自語（BGH, Urt. v. 22. 12. 2011 – 2 StR 509/10, NJW 2012, 945 ff.; Zust. Anm. Mitsch, Strafprozessual unantastbare „Kommunikation mit sich selbst“, NJW 2012, 1486 ff.）。

得權衡之絕對隱私領域可言¹⁸⁹。然而，先不論隱私領域的理論適當性及實踐可能性，將本案與前案對照，可知同樣是涉及被告的私人領域，若著眼於殺人罪的重大追訴利益，應能夠衡平對基本權之干預。

第三目 小结

總結而言，透過這些案例，對於證據調查程序的基本權干預合憲性審查雖能略窺梗概，但亦如同所有的權衡理論，伴隨著彈性而來的是模糊與不確定性。例如【通姦日記案】當中，對偽證罪的追訴利益無法正當化對隱私及人格權的干預；而相對於此，為了追訴殺人罪，【謀殺日記案】中的隱私保護則應退讓。此兩案所涉罪名輕重懸殊，欲申論前者應排除證據，但後者應容許使用，在結論上較無疑義。然當涉及的是嚴重性介乎二者之間的罪名，如強制性交罪（姑且如此認定罪名嚴重性），權衡之結果如何，則猶在未定之天。

第六項 本文見解—國家合法取證假設說

迄今為止，不論是刑事訴訟規範私人拘束性說、國家可歸責性說、實體法標準說及遏止私人違法取證的觀點，乃至於從憲法保護義務及第三人效力出發，皆未能圓滿解釋何以私人不法取證應該禁止使用；至於自主性使用禁止，其著眼點在於證據調查程序所造成的基本權干預，而在審查干預合憲性之時，適當的考量因素僅二，即當事人基本權干預的程度與對犯罪的追訴利益。在此模式下，私人違法對於合憲性的判斷不具有意義，即便是以違反人性尊嚴方式所取得之證據，也不能立刻排除其證據能力，且從另一方面來說，即便是國家或私人合法取得之證據，也不必然就得使用，同樣也要再次進行調查程序基本權干預的審查，因此，這也不算是決定私人不法取證的證據使用問題的標準。

雖然時至今日，並無一個充分的理論基礎足以反對國家使用私人違法取得之證據。可是我們不免質疑，私人必須費盡九牛二虎之力，甚至以違反刑法為代價才能取得之物，其必然不是垂手可得的證據，如果情況改為國家自行取證，在重重的法定限制之下，難道追訴機關就有可能達到同樣的蒐證結果嗎？因此另有試圖提出一新標準，以決定國家「坐享其成」的合理界線，此即為發端於瑞士聯邦最高法院判決的「國家合法取證假設說」。

¹⁸⁹ 林鈺雄，〈從基礎案例談證據禁止之理論與發展〉，《干預處分與刑事證據》，2008年，頁291。

第一款 概論

德國法實務與學說所通稱的假設合法取證理論¹⁹⁰（Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung）與美國法上不可避免發現之例外（inevitable discovery exception），二者系出有別，然處理的課題相近。其皆探討是否能將國家的違法取證行為，藉由假設的合法取證流程在想像中予以取代，並因此正當化證據使用的結果；以及，如果能夠，那要如何建立假設架構。其理念出發點在於，假設偵查機關未曾違法取證，該證據最後也一樣會落入偵查機關手中時，則已發生的違法行為對於最終之證據結果並無影響，故法院仍得使用系爭違法取得之證據¹⁹¹。

固然，**偵查機關**違法取證乃是假設合法取證理論所處理的基本狀況，也是絕大多數學說討論的對象¹⁹²，然而這並不代表只在國家違法取證的範疇中才會面臨到證據能力的問題，從自主性證據禁止的概念以及前述試圖處理私人不法取證的各家學說，可見一斑。因此，一個完全欠缺國家違法取證因素，但同樣用來決定證據能力的假設合法取證理論也不是無法想像。為了與國家本身違法的假設偵查流程理論有所區別，本文將用以決定私人取證之證據能力的理論稱為「國家合法取證假設說」。

第二款 理論之構想

本文所介紹的國家合法取證假設說，其思考出發點乃是認為從整體刑事訴訟法的取證規定來看，立法者已經確定了國家機關在發現真實時所享有的證據方法配額，一旦某一證據方法屬於追訴機關無法合法取得之證據，則國家僅能堅守立法者對於案件澄清可能性已劃定的界線，排除私人違法取得證據的使用¹⁹³。

¹⁹⁰ 或稱為「假設偵查流程理論」（Hypothetischer Ermittlungsverlauf）。以下行文若提及「國家合法取證假設說」，即僅指處理私人不法取證之證據使用問題的理論，而不包括解決國家本身違法取證時的理論。

¹⁹¹ 林鈺雄，〈從基礎案例談證據禁止之理論與發展〉，《干預處分與刑事證據》，2008年，頁298。

¹⁹² Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 244.

¹⁹³ Vgl. Godenzi, Das strafprozessuale Verbot staatlicher Beweismittelhehlerei: Königsweg oder Luftschloss?, GA 2008, 500, 514; 薛智仁，〈禁止國家使用私人違法取得證據之理論基礎—兼評最高法院九十七年度台上字第七三四號判決〉，《政大法學評論》，第121期，2011年6月，頁53以下，頁94。類似意見請參閱 Frank, Die Verwertbarkeit rechtswidriger Tonbandaufnahmen Privater, 1996, S. 109 ff.

第一目 證據使用之規範層面

雖然私人的不法行為不會成為一面倒排除證據的理由，然而這不表示私人違法的事實在證據能力的討論中就毫無意義。從實務及理論上百家爭鳴的狀況可知，尋求私人不法取證之證據合理界線，以及正當化禁止使用的結論，一向是個值得研究的課題。在國家使用私人轉交的證據時，我們期待該行為是無可指摘的，因此，質疑國家接受證據的正當性乃是相當自然。然而，在國家僅接受私人轉交的證據、欠缺高權的取得行為的前提下，單純的證據接受行為並非刑事訴訟法當中需要干預正當化事由的國家取證行為。因此，以國家收受證據作為禁止使用的理由並不可採，因其已將國家的純粹容任，升高為需要正當化事由的國家取證行為¹⁹⁴。

於國家本身並未違反取證規定的前提之下，無論如何不能迴避的是，為何國家分明是合法獲得證據，卻必須承擔禁止使用的結果。對此，無法透過自由的國家追訴是否已成常態、證據禁止是否為例外等受到學界熱烈迴響的討論來釐清，因此處所圍繞的主旨是人民自發性地轉交證據，而非國家的違法取證。然而，證據禁止究竟應定位為常態或者例外，則是個富有意義的提問。因為國家對基本權的干預行為必須有正當化基礎，而如同本文一再述及，國家的證據調查行為為本身也同樣具有公權力干預的性格。雖不論是在德國或瑞士，其刑事訴訟法對於國家的證據使用權利或者義務皆未有白紙黑字的明文，理應會有干預是否合法或合憲的疑義，不過這在實際上不成問題，因為只要國家本身合法取得證據，尋求使用證據的授權規範是很容易的。除了調查各項證據所適用的具體程序規範之外，如我國刑事訴訟法第 163 第 2 項尚賦予審判者本於職權而調查證據之一般性權限，且該條但書亦宣示，在特定範圍之內，法院還負有澄清之義務¹⁹⁵，依此，法院採納私人不法取得之證據乃是言之成理，需要說明的部份僅為**禁止使用的正當化理由**¹⁹⁶。

第二目 證據使用之合理界線

本章開頭已述及，立法者藉由取證規範之設定，已分配國家得使用的資訊

¹⁹⁴ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 252.

¹⁹⁵ 林鈺雄，〈刑事訴訟法〉，上冊，2010 年，頁 59。

¹⁹⁶ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 254 f.; 德國法的證據使用授權規範則為 § 244 II StPO，請參閱 Jahn, Beweiserhebung und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, Gutachten C für den 67. Deutschen Juristentag 2008, 2008, C 68.

範圍，也同時界定了國家發現真實的可能性。若因規範層面上未有明文阻止國家收受及使用證據，即一概地、或至少原則性地容許國家收受私人不法取得之證據，等同是築了一道漏洞百出的牆。為了防止立法者所做的資訊分配受到侵蝕，國家合法取證假設說乃透過取證規範探求證據使用的合理界線，以想像的國家取證流程為私人轉交證據之容許性提供解答。

壹、相關見解

一、實務見解

在德國實務界，已將假設偵查流程理論納入國家違法取證時的權衡考量因素之一（參本章第一節、第三項、第一款、第四目），惟至今尚未見到運用於私人不法取證的假設流程的案例，這顯示出一項正確的思慮，亦即國家違法取證與私人不法取證應該以不同結構看待。且另一方面說來，假設流程體系創造之初，也僅以國家違法取證為適用對象，因此並無理由將其轉用至私人不法取證的範疇中。這樣的想法乍看之下並無問題，然而依照普遍認同的看法，在權衡證據能力，將違法取證之結果及其對當事人利益之影響做整體觀察時，可以用來確認相關利益之保護必要性及需求性的因素實不應被忽略¹⁹⁷，依此，先驗地否定假設取證流程與私人不法取證的相容性也說不過去。在承認假設取證流程基本上可作為考量參數（之一）的前提下，於權衡理論適用時，應可承認其發揮作用¹⁹⁸。

至於瑞士實務，則悄然地與德國走向不同的道路。其出發點，一言以蔽之，乃**私人不法取證與國家不法取證同有考量假設流程的可能**。觀察瑞士聯邦法院的判決，早透露出將誕生自國家違法取證的假設流程轉借在私人不法取證上的趨勢。在 1981 年的一項判決中，被告的犯罪嫌疑係建立在私人不法取得並轉交給追訴機關的證據之上，然法院係以追訴機關是否得採取犯罪調查及蒐證行動為論據，最後允許程序開啟。判決理由將私人轉交的系爭證據的禁止範圍限縮，理由在於反正追訴機關本就能夠合法取得該物；同時，聯邦法院也注意到私人不法取證的禁止使用可能性，並指出與前相對、用以禁止證據的假設流程，亦即當追訴機關本身不能合法取得之時，私人轉交之證據同應被排除¹⁹⁹。

¹⁹⁷ Rogall, Hypothetische Ermittlungsverläufe im Strafprozess - Ein Beitrag zur Lehre der Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote, NStZ 1988, 385, 389.

¹⁹⁸ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 264.

¹⁹⁹ BGer, SJZ 77(1981), Nr. 28. S. 130, 132. 轉引自：Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 264.

經過兩年，瑞士聯邦法院在 1983 年又再度有機會表達對於私人取證的證據使用禁止的意見。本案中，下級法院根據私人秘密錄音的內容判決被告有罪，其後案經上訴，聯邦法院在權衡的架構之下，表示若追訴機關對本案監聽，原則上乃是違法的，但在合乎瑞士刑法第 179 條重罪原則的前提要件之下，則例外地得以監聽，那麼既然國家本就可進行監聽，私人所得之證據亦得使用²⁰⁰。依照迄今的瑞士實務見解，如同國家違法取證的案型一般，假設合法取證流程一直被沿用在私人違法取證的案型當中，作為權衡的一環²⁰¹。

二、學說鳥瞰

不論是在德國或瑞士，對於私人不法取證的假設流程應如何架構，並無太多來自學界的回應。實際上，多數見解認為此時無適用假設流程的可能；部份學說雖附帶地提到國家使用私人不法取得之證據有道德疑慮，特別是當國家本身無法合法取得證據之時。乍看之下，此說近似於因假設取證審查不通過，而發揮證據禁止功能的合法取證假設說，但其出發點顯然是考慮到道德層面。不過，在另一方面，對於私人不法取得之證據持容許立場者，則可援引假設流程理論作為程序上正當化證據使用的媒介²⁰²。

貳、理論功能

截至目前為止，絕大部分的假設取證流程皆是以國家違法取證為探討對象。學說上有認為，假設架構的功能乃取決於個案中的證據取得欠缺何種要件，透過假設，可以界定個案中事實上所欠缺的要件²⁰³。然而藉由想像的合法取證來代換實際上的違法取證是否果真為假設取證流程的功能？看起來這段論述所指涉的乃是理論的內容、情況及運作方式，更甚於其目的。究其根本，假設取證流程在證據禁止體系中的使命在於，將國家違法取得之證據賦予容許使用的理由，而以假設的取證流程替代實際的取證過程僅為其手段。總而言之，假設取證流程

²⁰⁰ BHE 109 Ia 244, 247 f. = BGer Praxis 72 (1983); 轉引自 Godenzi, *Private Beweisbeschaffung im Strafprozess*, 2008, S. 265; 此案後來申訴至歐洲人權法院，申訴結果為瑞士勝訴。不過應說明的是，歐洲人權法院的判決結果對於理論本身的正當化基礎沒有太大幫助，因為其所採取的是整體觀察法，並指出證據禁止首要是各成員國法院的任務，其僅審查整體程序對被告而言是否公平。而在本案當中，整體程序尚稱公平，故瑞士並無違反公約第 6 條。See ECHR, *Schenk v. Switzerland*, 1987, Series A no. 140, § 46.

²⁰¹ Godenzi, *Private Beweisbeschaffung im Strafprozess*, 2008, S. 266.

²⁰² Godenzi, *Private Beweisbeschaffung im Strafprozess*, 2008, S. 267.

²⁰³ Jahn/Dallmeyer, *Zum heutigen Stand der beweisrechtlichen Berücksichtigung hypothetischer Ermittlungsverläufe im deutschen Strafverfahrensrecht*, NStZ 2005, 297, 302.

作為證據能力的考量參數（之一），得以正面地肯定證據的可利用性，或者負面地排除證據能力²⁰⁴。

一般性地認識假設取證流程的功能後，在國家取得私人轉交之證據時，因其本身為合法，無必要藉助特殊的假設流程來正當化證據的可利用性，換言之，接下來介紹的國家合法取證假設說主要著眼於其負面功能，亦即**限制證據的可利用性**。據此，決定證據能力的標準為，如果證據是追訴機關無法依法取得者，則私人違法所取得之證據亦不得使用。藉由合法取證的假設，可確定證據的可使用性，並積極地為證據使用作辯護，或者相反地將之消極排除。在此，所謂的假設檢驗是以反面審查，**當國家無法合法取得系爭證據時，私人取得證據應予排除**。且這種想像的建立，嚴格上來說不能稱為「合法取證的假設」，因為「合法取證的假設」係指對於事實上違法的取證所作的反面想像，可是刑事訴訟法的取證規範並不拘束私人，亦無可類推適用的空間，故私人並無違反何具體的取證規範，而國家本身獲得證據也是合法的，因此無法滿足該前提。在此特殊情況下，可想像的假設其實是「國家違法取證的假設」²⁰⁵。

最後，或有意見質疑，以無法經由實踐驗證、僅是假設的流程作為證據能力的判準是否可靠？對此，首先有回應指出，以「證明困難度」來反駁一項理論在**概念上的正確性**並不恰當，此實為切中要旨的回應。而撇開這點，退一步來看，以實踐上的難度來質疑假設流程的正當性，仍然是不能成立的。雖有意見認為預測性判斷必然伴隨著漫無邊際及純粹推測的危險，不過這種帶有預測性的作法，在法規範中早已不是頭一遭，例如刑法上的假設性合法替代行為；又如刑事訴訟法上對於偶然發現的前提要件作限制，也同樣需要預測性判斷；甚至在上訴事由中，也有預測性判斷的蹤跡，以德國刑事訴訟法第 337 條所定之相對上訴理由為例，依該條規定，法律審上訴，僅能以原判決植基於違背法律作為上訴理由，換言之，當原審適用正確法條仍會作成相同判決時，不得以原審適用法律錯誤提起上訴²⁰⁶，因此，為了決定上訴理由內所指摘之違法是否造成被告不利益，假設性的審查乃是必要的。最後，更根本來說，凡是欲在事後確認事實，其本身必然帶有困難與不確定。對於合法取證假設實踐可能性的質疑，其實可藉由舉證負擔的分配解決²⁰⁷。

²⁰⁴ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 256 f.

²⁰⁵ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S.257 f.

²⁰⁶ § 337 I StPO: Die Revision kann nur darauf gestützt werden, dass das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe.

²⁰⁷ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 268 f.; Rogall, Hypothetische Ermittlungsverläufe im Strafprozess - Ein Beitrag zur Lehre der Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote, NStZ 1988, 385, 390; 黃吉祥，〈論假設偵查流程理論〉，臺灣大學法

第三款 理論之內涵

當假設流程用來彌補國家取證的瑕疵並正當化證據使用的可能時，是受到允許的，但相對於此，當它是負面地用來否定而非肯定證據使用之時，實務及學說則無著墨太多。再者，原始版本的假設取證流程理論係用以處理國家違法取證的情況，對於私人的違法取證，本就有難以契合之處。處理私人違法取證的假設流程，必須有自成一套的依據及適用範圍。話雖如此，迄今關於假設偵查流程理論所奠定的研究成果，仍能提供「國家合法取證假設說」方向上的指引²⁰⁸。

第一目 證據禁止之類型

在國家並未違反刑訴取證規範的前提之下，自然會接著想到自主性證據禁止的問題。在此乃著重在對**證據使用程序**獨立觀察，評價證據能力時，其他不依附於證據取得而用以限制證據使用的因素也會成為考量參數，因此私人不法行為即成為眾多參數當中的其一。惟在此必須提出的是，在私人不法取證時，是否有可能產生釋義學上另一類型的自主性證據禁止？詳言之，國家合法取證假設說乃是透過假設性地對於一般法律的取證規範進行評價，確認是否應予使用禁止。當國家實際上未從事違法的取證行為，但透過解釋**法規範**來影響國家的證據使用（而不是來自憲法的作用），某程度上可將此視為「**不真正自主性證據禁止**²⁰⁹」。

第二目 假設之對象

不同於國家違法取證，在私人違法取證時，無法單純以假設的國家取證作為條件而替換實際的私人取證，因在此自始欠缺國家行為。在國家違法取證時，向有學說質疑，是否可以藉由事後假設國家未違法取證，而不利被告地消弭實際上已發生的違法²¹⁰，然在此並不會發生此疑慮。按照私人違法取證所發展出的假設取證流程，必須合乎其先天性質，亦即，從私人取證的違法性本身無法導出使用禁止的結果。因此在形塑合適的假設架構之時，不能將私人違法收編為假設取證流程的理由；同樣地，也不能夠平行於國家違法取證時的思考，而將架構設定為假設的私人合法行為，並在想像的取證流程中除去現實的私人違法行為，因為

律研究所碩士論文，2004年，頁54以下。

²⁰⁸ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 262.

²⁰⁹ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 253.

²¹⁰ Rogall, Hypothetische Ermittlungsverläufe im Strafprozess, NStZ 1988, 385, 390; Jahn/ Dallmeyer, Zum heutigen Stand der beweisrechtlichen Berücksichtigung hypothetischer Ermittlungsverläufe im deutschen Strafverfahrensrecht, NStZ 2005, 297, 303.

私人的違法行為不具有程序上的影響力，當亦無所謂消除或補償的必要性²¹¹。

從上述可以得知，當取證過程中欠缺假設流程可依附的國家行為，而對私人行為又欠缺假設的必要性，那此時呈現的結果是，**欠缺假設所要替代的客體**。這也說明了，相對於國家違法取證時採用的假設，一個適用在私人違法取證時的假設不僅在功能上有所出入，在內容上亦應重新思考²¹²。

在國家違反取證規範時，引發疑慮的國家違法行為同時即構成援引假設取證流程的理由，然而，並不能以此一概認定國家取證違法必然是所有假設流程的初衷。一個假設架構發展的合適性及考量因素，無法與該假設被提出的具體原因分開觀察²¹³。適用在私人違法取證的假設架構，其所在乎的是國家證據**接受**的情況。私人自發地轉交證據予國家，使得追訴機關突然有機會可以藉該證據進行犯罪調查，而該證據的取得過程未有取證規範加以規制，且亦已無限制的實益，這與國家自身進行偵查時的「**偶然發現**」近似。詳言之，追訴機關未實際進行取證行為，但仍獲得了追訴犯罪所需的資訊，與偶然發現之物並非基於國家具目的性的取證行為而落入追訴機關手中，具有相通的特殊性。有鑒於私人的取證無法視為訴訟法上的取證行為，而亦欠缺適格的國家取證行為，從國家的角度來說，該些證據乃是偶然地在國家取證界線之外所獲，得來全不費工夫。既然假設取證流程的觀察角度是將事實上欠缺的取證要素在事後納進考量，則在私人違法取證時，乃是類比於國家不具目的性的偶然發現，採用相應的假設模式²¹⁴。

第三目 假設之架構

在決定國家合法取證假設說的理論架構時，它首要任務在於將實際上不存在的國家取證引入假設當中，且同時不能混淆的是，此假設過程之目的不在於取代實際上發生的私人違法行為，因私人違法行為不具有程序上的影響力，當亦無所謂消除或補償的必要性，此已如前所述。據此，**假設的主軸應隨之由私人取證的具體情況，位移到抽象的、法律上可實現的調查手段**。下述將嘗試對此說的架構提出說明，並參照現有的假設偵查流程理論，以充實其內涵。

²¹¹ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 259.

²¹² Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 260.

²¹³ Jahn/Dallmeyer, Zum heutigen Stand der beweisrechtlichen Berücksichtigung hypothetischer Ermittlungsverläufe im deutschen Strafverfahrensrecht, NStZ 2005, 297, 302.

²¹⁴ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 261.

壹、假設之客體

假設取證流程必定係以取得某證據為假設的軸心，惟所謂的「特定證據」究竟所指為何？以私人竊取企業內部機密文件(文件記載有可證明被告盜用公款之內容)並轉交給追訴機關調查業務侵占罪為例，此時的假設究竟是「國家是否可能取得該商業文書」，或者是「國家是否可能取得證明行為人盜用公款之資訊」？簡言之，首先必須要對假設所指涉的**客體**予以釐清。

如何特定假設客體，不僅有理論上的意義，在實踐上亦有探討的實益：當假設所指涉的客體愈抽象，成功取證的假設可能就愈高，其結果是實際上違法取得的證據得以作為判決依據。此處的國家合法取證假設說亦是如此。隨著假設架構愈抽象，國家合法取證可能性就愈高，最終得使用的證據資料範圍亦更廣泛。

關此，可大致區分為兩類看法，第一種意見認為假設的客體必須嚴格限定為與該已被取得之證據具有**同一性的具體證據資料**，另一派的意見則認為只要以能否取得**相同的證據成果**(Beweisergebnis)為假設客體即可²¹⁵。後說的基本想法是，只要追訴機關以其他的合法方式也能夠證明被告有罪，那麼被告地位並未受到惡化，不需特別保護²¹⁶。

一、「同一性證據」的內涵調整

將假設的客體限定在具體的證據資料上並不難以理解，因為證據禁止的問題向來都是圍繞著特定的具體證據。從這個想法進一步延伸，用來限制國家使用證據的假設取證流程理論，也必然要聚焦在具體的證據資料上²¹⁷。

惟當假設取證流程是圍繞著私人不法取證時，這樣的推論似乎有再說明的必要。因為一旦私人達成取證目標，僅在極少數的情況下國家才有可能取得同樣的特定證據，以**私人錄音**為例，國家實無可能取得與錄音之私人所轉交的錄音完全相同的錄音，至多僅能取得在型態上具有同一性者，而純從邏輯上觀察，後者此一僅在型態上與真正被取得之證據具有同一性者，必須被剔除在假設之外；然而，與此不同的是，例如私人所轉交給追訴機關的是以強制力所取得的**文書**，這

²¹⁵ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 294; 以下將前者稱為「證據同一性說」，後者稱為「相同證據成果說」。

²¹⁶ BGHSt 33, 68 = NJW 1985, 690 ff.; Wolter, Anm. zu BGH, NStZ 1984, 276, 277.

²¹⁷ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 295.

時國家取證的假設則有可能是針對相同的文書。兩相比較可知，嚴格說來，證據同一性的可能，似乎僅存在於那些獨立於被告之蒐證行動而以實體存在之物。從此二案例的落差中可以看出，因應取證主體（國家或私人）之差異，假設的客體必須有所調整：此處所稱的同一性證據不僅限於具體上同樣的那一個證據，而是更廣義地包括國家機關依照**相符合的取證方式**所能獲得，並且相稱於該具體存在之證據之物證或陳述²¹⁸。

二、證據成果作為假設的客體？

上文雖然說明了在私人取證時應將同一性證據廣義認定的必要，但並未終局地在兩派立場之間選邊站，亦即究竟應以同一性證據為假設客體，抑或以相同的證據成果進行假設即為已足？

有認為，所有證據皆是以提供與案情相關的認知內容為目的，因此重點不在建構事實的證據是哪個特定物，而是著重在其所具備的認定事實基礎的功能。以私人秘密錄音為例，假設被告打電話尋求贓物的買主，而談話內容被通話他方錄下。採相同證據成果說的立場時，一個合適的假設應該是「國家是否在沒有私人介入的情況下，也能透過**其他方式**（例如傳訊有興趣購買贓物之人），得到『**被告在找尋贓物買家**』的資訊」；但在證據同一性說的觀點之下，此時的假設應為「國家是否能夠**監聽並錄下『該通電話』**」。因此，可以想見，採相同證據成果說形同承認私人不法取得的證據具有**可替換性**。然而，如同其他的證據禁止理論一般，合法取證假設的功能在於決定某一特定證據是否得以使用，若採相同證據成果說，將使特定證據的命運取決於該證據所承載的資訊能否以其他合法方式為國家所取得，這樣的證據替換並不能容許²¹⁹。

貳、假設之程度

確定了假設的客體之後，接下來的問題是假設取證流程所依據的判斷背景，其具體性要達到何種程度？對此，向有**抽象可能說**及**具體可能說**的區別。前者係指在進行取證假設時，只要有抽象的證據顯示偵查機關合法取證的可能性存在即可，亦即只需要注意追訴機關在為各個基本權干預行為時，**法律規定的要件**是否能被滿足，至於技術上或外部上可能會遇到的障礙則不納入假設背景中；後者則認為在進行假設時，除了必須注意追訴機關是否依法有可能取得證據之外，

²¹⁸ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 296.

²¹⁹ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 297 f.

尚應將具體情況中，該證據究竟是否會被取得作為標準²²⁰。

一、實務立場

在國家違法取證的情況中，德國實務對於假設程度所抱持的立場為何，明顯不欲表態，而從實踐的經驗上看來，多數判決採的是有利於偵查機關的抽象標準說²²¹。相對於此，在私人違法取證的情況，瑞士實務採**抽象可能說**的立場。例如在 1981 年的判決中，聯邦法院在假設檢察官有無可能取得文書證據時，僅表示基本上並無任何規範足以阻止其取得該文書²²²，顯示出法院係以抽象的法律情況是否允許取得證據為斷。雖然有學者認為瑞士實務努力地想要以具體的起點來開展抽象的假設觀察²²³，然而，嚴格說來，假設架構的具體化可能也僅限於以假設的犯罪告發為始，而至假設的國家證據保存為終。此不能與具體可能說混淆，因採具體可能說的依據在於追訴機關於私人違法行為的當時，實際上有採取調查行動，但法院並未如此推論²²⁴。

二、學說鳥瞰

相對於前，依照學界的趨勢觀察，具體可能說較為受到青睞，抽象可能說大約僅在國家的偶然發現案型當中會被援用²²⁵。至於普遍肯定具體可能說的理由在於，其所討論的假設取證流程是在國家違法取證時用以正當化證據使用。依此，抽象假設說將導致違法的偵查行為輕易地受到補救，使追訴機關過早地從其所鑄成的程序瑕疵當中解脫，並得到證據可利用的獎賞，此勢將大幅降低其合法取證的意願²²⁶。但在私人違法取證的情形下，這樣的擔憂並不存在，因為此時並

²²⁰ Vgl. Schröder, Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmässiger Beweiserlangung im Strafprozess, 1992, S. 149 ff.; 黃吉祥，《論假設偵查流程理論》，臺灣大學法律研究所碩士論文，2004 年，頁 78。

²²¹ Beulke, Hypothetische Kausalverläufe im Strafverfahren bei rechtswidrigem Vorgehen von Ermittlungsorganen, ZStW 1991, 657, 668; Jahn, Beweiserhebung und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, Gutachten C für den 67. Deutschen Juristentag 2008, 2008, C 76.

²²² BGer, SJZ 77(1981), Nr. 28, S. 130, 132. 轉引自：Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 264.

²²³ Fornito, Beweisverbote im schweizerischen Strafprozess, 2000, S. 265. 轉引自：Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 302.

²²⁴ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 303.

²²⁵ Vgl. Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 2011, Rn. 410; Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 300; Jahn, Beweiserhebung und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, Gutachten C für den 67. Deutschen Juristentag 2008, 2008, C 76. 詳細的理由說明另可參黃吉祥，《論假設偵查流程理論》，臺灣大學法律研究所碩士論文，2004 年，頁 79 以下。

²²⁶ Jäger, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003, S. 122.

無需要補正的國家行為。這也再度印證了，適用在私人違法取證的假設架構必須有不同於前的調整²²⁷。

三、國家合法取證假設說

(一) 抽象可能說

將在國家違法取證時獲得主流支持的具體可能說，運用在私人違法取證的情況中，假設的國家取證結果往往會是落空的。因為私人取證的常情是國家根本不處在一個得以發動偵查行為的現場，甚至對犯罪發生毫無所悉。因此追訴機關根本不具備證據取得的可能性，這與國家本身違法取證的情況有很大的出入。那麼，除非我們想要的結果是直截了當地禁止使用證據，否則就應該隨著私人取證的特殊性而調整假設架構²²⁸。

國家合法取證假設說的出發點乃是認為從整體刑事訴訟法的取證規定來看，立法者已經確定了國家機關在發現真實時的證明可能性總額。因此，證據禁止的結果，其正當性基礎在於自刑事訴訟法的整體**取證規定**觀察，該證據的取得是完全沒有可能的；且另一方面，又不能因為私人的取證行為而縮減立法者分配予國家的證明可能性，因此必須棄守具體可能說。但應注意的是，為了進行如此理解下的國家取證假設，不能單純地把取證主體在假設中相對調，因為這樣的代換等同將追訴機關侷限於私人所採取的調查手法上，並使國家取證行為受到私人取證的拘束，釋義學上並不容許這樣的混淆。將國家取證與私人取證分開評價的初步舉例應為，私人侵入住宅竊盜取得他人保管之文書，並不影響假設中國家以搜索及扣押取得該文書的可能性²²⁹。

(二) 抽象假設的具體參考點

在採抽象可能說的前提之下，國家合法取證假設說所稱的假設，可以理解為「從私人具體取證情況中抽象化而成的假設」。在此首應說明的是，私人取證行為雖不是假設的始點，但整體架構必須要有具體的基準點，並從明確的生活歷程中出發。為此，在兩個方面必須予以特定：1、假設的客體必須是私人所取得

²²⁷ Vgl. Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 303 f.; Kelnhofer, Hypothetische Ermittlungsverläufe im System der Beweisverbote, 1994, S. 203.

²²⁸ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 304.

²²⁹ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 305.

的具體同一性證據（此已見上文）；2、假設必須建立在具體的時點之上，或至少是一段可得確定的時期，在該時期中追訴機關得進行假設的取證。向此二基準點調校，方能確定國家發現真實的界線²³⁰。

1、時間彈性原則

在國家合法取證假設說之下，假設的國家取證流程原則上並不依附於實際上的私人行為過程，這也包括了假設取證在時間上的彈性。既然私人取證的具體情況並不是國家假設取證流程的起點，則在時間的特定上，亦不妨有不同的設想。例如私人在夜間侵入他人住宅竊取文書，並不影響在進行國家假設時，將偵查行動設定為日間，並適用追訴機關進行搜索及扣押的相關規範²³¹。此外，從本說同時有維護資訊分配之目的觀之，亦可推知相同的結論，因為夜間搜索之規定立法目的在於規範所執行方式，而不在限制國家發現真實之內容；另如夜間訊問禁止之規範，其目的亦在維護夜間休息時間及避免疲勞訊問²³²，而不在限制國家發現真實（參本章第一節、第三項、第一款、第五目），故在進行假設時，時間方面不應受限。

2、時間彈性原則的限制

時間彈性原則的適用並非毫無限制，在國家假設取得之證據與私人取得者具有關連時，這項原則必須相應作出限縮，假設取證時點必須與私人實際取得證據的時點相一致。但這並不是出於何等規範上的考量，而純粹是因為假設得過早或過晚，都會導致**假設客體不存在**。過早的情形，例如私人違法取得的文書在假設的時點根本尚未做成、或尚未有私人強暴脅迫所取得之陳述，抑或是私人取得電話錄音，但在假設的時點，通話尚未發生；過晚的情形則例如，電話談話已經結束而無法再假想地將其錄音、密謀犯罪的聚會已經解散而無法假想地將其側錄、或者犯罪現場的跡證已無法重建的情形²³³。

國家有目的性地取得證據與因私人轉交而偶然收受證據，二者的證據情勢應有所區隔，另一個時間上的限制自此導出。一個用來修補偶然性的假設取證流程，它必須是純然國家性而與私人取證嚴格區分，可是這項條件在國家取證假設中有時無法滿足，因為設定在私人取證**之後**始發生的國家假設取證，其假設背景

²³⁰ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 306 f.

²³¹ § 104 I StPO; Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 307.

²³² 參照我國刑事訴訟法第 101 條第 1 項之立法理由。

²³³ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 308.

很可能已受先前的私人取證行為所影響，而無法再滿足嚴格區分的要求，這尤其是在**私人取證行為已將國家的取證選項作改變**的情況。例如，私人行為導致證據支配權的移轉，而國家取證可能性的有無會因支配權移轉之事實而有不同的結論，例如某證物已被私人移轉至具拒絕扣押特權之人的支配下，此時國家所進行的假設取證勢必是失敗的。在這類情形中，若將假設的時點設定在私人行為之後，該假設的抽象性即會受到破壞。換言之，假設的取證時點會必須早於或至遲於私人取證發生之時²³⁴。

（三）證明程度

決定了假設程度（即具體可能說或抽象可能說）的標準之後，接下來必須回答的是，對於該假設要證明到什麼程度？實際上，這個問題只在採具體可能說的時候有意義，若採抽象可能說則否。因為在抽象可能的審查模式之下，只要對法律情勢進行審查即已足夠，對取得證據的可能性判斷，僅須留意是否可能有一個依法的合法取證行為²³⁵，而既然法律對於假設的國家行為的態度只可能是肯定或否定的二選一，也就不會有證明程度的問題²³⁶。因此結論是，此處所採擇的假設取證流程，無庸證明國家合法取證可能性的高低，況且思及追訴機關始終未參與私人的取證過程，亦可知這幾乎是無法證明的²³⁷。

第四款 理論之運用

國家合法取證假設說的中心概念，一方面是反對無限制的證據容許性，但另一方面，國家對於其自身合法取得的證據使用權限也應受到尊重。為此，不能僅憑想像而例外地否定證據能力。下文以私人的秘密錄音、竊取證據、以違反人性尊嚴方式取證以及日記取得等情形說明「國家合法取證假設說」的適用結果。

第一目 秘密錄音

從前二章的案例當中，可知不論是在我國法或比較法上，秘密錄音乃是私人取證態樣之大宗，亦是各方爭論之所在。在國家合法取證假設說的理念之下，當假設的結果乃國家本身不能合法取得系爭錄音時，私人所違法取得者亦應排除。國家取證方式中，與秘密錄音相稱的乃是監聽，因此，系爭錄音的容許性乃

²³⁴ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 309.

²³⁵ Jäger, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003, S. 123.

²³⁶ Kelnhofer, Hypothetische Ermittlungsverläufe im System der Beweisverbote 1994, S. 285.

²³⁷ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 310.

取決於監聽實質要件之審查²³⁸。

壹、德國法

一、重罪性原則

關於監聽的重罪性原則，在德國刑事訴訟法中設有規定²³⁹，因此當監聽發動不符合列舉重罪時，該監聽處分不合法。德國學說認為，若監聽罪名不涉列舉重罪，考慮到基本法第 10 條所保障的通訊自由權，立法者既已藉列舉重罪表明其價值決定，故對非屬此範圍罪名之監聽內容，不得作為證據使用²⁴⁰；且德國聯邦最高法院亦曾明白表示非列舉重罪的錄音不能當作證據方法，也不能對被告播放，透過播放所得之供述也不能使用²⁴¹。

在國家合法取證假設說之下，此要件納入考量並無問題。在私人秘密錄音所涉之罪名非屬列舉重罪的情況下，因國家普遍性地無法進行合法的假設監聽，故對於私人轉交之非列舉重罪的錄音證據，國家亦不得調查或使用。此結論與國家本身違反重罪原則進行監聽時，乃是相一致的²⁴²。

二、其他要件

除了重罪性的限制之外，立法者對於監聽處分尚設定有其他實質要件，包括須有事實足認被告或犯罪嫌疑人有犯罪嫌疑的**嫌疑門檻**，以及監聽的**補充性原則**，僅在其他方法不能或難以蒐證時，方得進行監聽²⁴³。

在認識前述要件後，懸而未決的問題是，該些要件是否皆適用在國家監聽的假設上？其實就如同國家取證時的偶然發現一般，就此只能區分不同情況回

²³⁸ Vgl. Godenzi, *Private Beweisbeschaffung im Strafprozess*, 2008, S. 311; 至於形式要件（如法官保留、令狀原則）除了與發現真實無關，且在通過實質要件的審查之後，當可推知會得到符合形式要件的許可，因此無需進行此部份的假設。惟形式要件當中的一定期間原則，應有進一步討論的必要，請參下述。

²³⁹ § 100 a StPO.

²⁴⁰ Eisenberg, *Beweisrecht der StPO*, 2011, Rn. 2501; 在國家偶然發現的情況，雖然禁止作為證據使用，但作為他案之偵查開端則是容許的，請參閱 Nack, in: *KK-StPO*, 2008, § 100 a Rn. 61.

²⁴¹ BGHSt 27, 355, NJW 1978, 1390; 參自連孟琦，《論監聽之證據使用禁止》，臺灣大學法律研究所碩士論文，2005 年，頁 101。

²⁴² Frank, *Die Verwertbarkeit rechtswidriger Tonbandaufnahmen Privater*, 1996, S. 114; Godenzi, *Private Beweisbeschaffung im Strafprozess*, 2008, S. 312.

²⁴³ Vgl. § 100 a I StPO.

答，無法一概而論，尤其重要的是，確立對於國家取證具有重要意義的要件為何。可想而知，有意見會認為即便是事後假設，亦應該考量立法者對於國家追訴所設置的限制，因此嫌疑門檻等要求皆應一併審查²⁴⁴。然而，對於補充性原則及犯罪嫌疑要件的遵循與否，與個案情況有密不可分的關係，無法一般性地予以肯定或否定，惟一旦將僅對個案有意義的要件納入假設中，又與抽象可能說的審查標準不協調；此外，如之前一再強調的，在此僅有已完成的私人行為，而不關乎國家取證，因此在概念上本無具體的實際情況可供確認是否適用其他的法定前提要件；最後，或有想法會認為可將私人取證時的事實情況作為具體的判斷背景，但這並非適當的假設，因為如此一來會造成私人行為和國家行為接軌，而不再是抽象審查²⁴⁵。

另外，基於憲法的誠命，除此些具體規定之外，由於監聽為公權力對基本權的干預行為，故亦應合乎一般性的**比例原則要求**²⁴⁶。而在抽象假設的範疇中，其能否發揮作用乃繫於是否能夠抽象且一般地判定假設的國家取證違反比例原則。如是情形特別會出現在系爭犯罪形式上雖屬重罪，但**行為的實質嚴重性**上僅屬於輕罪之時。當假設的國家監聽行為已忽略實際情況，而與被告的罪責之間無合理連結，比例原則的憲法要求將轉化為抽象且一般的干預限制，並限制國家進行監聽²⁴⁷。且從另一角度言，透過比例原則要求監聽罪名具有實質的嚴重性，無非是為了徹底維護立法者所明定的重罪門檻限制。

最後，**一定期間限制**²⁴⁸雖非監聽之實質要件，而僅為形式要件，然而考量到此說目的在限制國家發現真實並維護資訊分配，而此要件同具有限制國家取得資訊的功能，故應將此要件納進假設中考量。在限定的時期之外，國家監聽所得之資訊應禁止使用²⁴⁹。不過，從結論上來說，這個要件無法發揮限制作用，理由在於：1、監聽期間的長短與個案具體情況相關，無法於抽象假設的審查模式中套用；2、依時間彈性原則，只要將許可監聽之過程假定在通話當時，根本不致有逾期監聽的問題；3、退萬步言，縱使假設出許可監聽的期間，而在該期間內無法監聽到與私人錄音同一內容之資訊，也會因為法已明文得聲請延長監聽，且

²⁴⁴ Kelnhofer, Hypothetische Ermittlungsverläufe im System der Beweisverbote 1994, S. 233; Frank, Die Verwertbarkeit rechtswidriger Tonbandaufnahmen Privater, 1996, S. 115.

²⁴⁵ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 313 f.

²⁴⁶ Vgl. Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 313.

²⁴⁷ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 315.

²⁴⁸ 係指監聽處分的期間有一定限制，德國法上規定每次監聽最長三個月，但如果監聽之要件繼續存在，得予以延長，每次延長期間不得逾三月（§ 100b I StPO）。

²⁴⁹ 此為德國學界通說，實務見解則傾向權衡理論，詳請參閱連孟琦，《論監聽之證據使用禁止》，臺灣大學法律研究所碩士論文，2005年，頁136以下。

無延長次數的限制，最終仍不致在假設中逾期監聽。

三、小結

在決定抽象的取證流程時，應僅將可抽象適用而不需考量具體情況的法定要件納入，故法定前提要件將被限縮適用。在私人不法錄音時，其結果如下，重罪性要件是一個使國家合法取證成為可能的前提要件，須納進考量；補充性原則及犯罪嫌疑門檻無法在抽象的國家取證流程中審查；然而從比例原則所推導出的干預限制則是可能的。另外，監聽之一定期間限制，雖與發現真實限制有關，但在抽象假設說之下，無必要納進假設中。

綜上所述，在私人錄音的案型當中，列舉重罪的限制要件在假設流程中扮演了主角，而這也同時說明，私人所為的祕密錄音若僅涉及非列舉重罪，因國家絕無可能在假設的取證流程中合法取得該錄音，故最終結果為該錄音應禁止使用。不過既本說提出之始即是將國家取得之私人轉交證據類比於國家本身的偶然發現，並限制國家自天外飛來的證據當中得利，強調的是將國家**使用證據**本身的正當性，故這樣的結論尚可接受。

貳、我國法

一、重罪性原則

關於重罪性原則，通保法第 5 條第 1 項定有明文。不過與德國法不同的是，我國兼採「刑度標準」和「罪名標準」²⁵⁰，刑度標準係指最輕本刑為 3 年以上有期徒刑之罪，亦在得監聽的重罪範圍之內。然而所謂重罪原則的規範原意，學者認為應斟酌各類犯罪是否有以監聽偵查之必要，或者是否具有實效，尤其我國在普通刑法外尚有許多特別刑法，如果僅以刑度為準，恐怕無法詳細審視是否其中各罪均有監聽之必要，而有違反比例原則之虞²⁵¹。

在寬鬆認定重罪的立法現況下，國家合法取證的容許性亦相形提高，因此在我國法中國家假設取證的合法可能性，可想而知會比德國法上來得高。除此之外，違反重罪原則的法律效果為何，我國實務亦有不同於德國的取向。最高法院

²⁵⁰ 連孟琦，《論監聽之證據使用禁止》，臺灣大學法律研究所碩士論文，2005 年，頁 65。

²⁵¹ 陳運財，〈通訊之監察〉，收錄於《刑事訴訟法實例研習》，2000 年，頁 69。

雖曾有判決對違反重罪原則提出質疑²⁵²，惟參照較多數判決，即便對於情結嚴重的未核發通訊監察書或逾期監聽，實務亦僅是以權衡理論解決²⁵³，因此可推知，縱然違背重罪原則，追訴機關所取得之證據亦未必被禁止使用²⁵⁴。然相對於此，如果是私人取得並轉交的錄音，卻會因為國家無法在假設的取證流程中合法取得，故必須排除該證據。兩相比較之下，可發現國家的證據可利用性較私人為寬，惟考慮到國家違法取證的可非難程度遠大於私人，這個結論顯然價值失衡²⁵⁵。

此輕重失衡的主因，本文認為首先係源自於審判者輕忽通保法所設置的明確取證限制。且學者亦指出，監聽對於人民通訊自由造成重大的基本權干預，基於比例原則，違反重罪原則所得之錄音實應予以排除²⁵⁶，若審判者留意此重要的立法判斷，排除違反重罪原則所得之證據，私人與國家在證據容許性之間的落差當能弭平。通保法第 5 條第 5 項生效後²⁵⁷，文獻指出最高法院漸有判決以該條項的「違反本條規定進行監聽行為情節重大」為論證槓桿，說明令狀原則等前提要件的重要性，並在此範圍內擺脫權衡理論，採證據排除的見解。是否日後會開展出違反重罪原則的證據禁止，值得關注²⁵⁸。不過不能否認的是，只要「國家證據取得禁止 ≠ 國家證據使用禁止」的理念未被顛覆，即不能杜絕上述疑慮。

二、其他要件

我國通保法第 5 條第 1 項規定「有事實足認被告或犯罪嫌疑人有下列各款

²⁵² 87 年度台上字第 4117 號判決：「查麻醉藥品管理條例第十三條之一第二項第一款非法販賣化學合成麻醉藥品罪，不屬該注意事項第二項所列舉之範圍，卷內亦無檢察官核發之通訊監察書附卷，則卷附之『通訊監察譯文』，有無證據能力？殊有研求之餘地。」

²⁵³ 違反令狀原則如 92 年度台上字第 6786 號判決：「卷內查無檢察官依法核發之通訊監察書，上開通訊監察報告，是否依法定通訊監察之程序所得？尚非無疑，苟係非依法定通訊監察程序而取得之電話通話錄音，是否有證據能力，即應審酌人權保障及公共利益之維護而為認定。」；逾期監聽例示如 99 年度台上字第 3898 號判決：「審酌警方所監聽之內容係涉及毒品買賣，攸關公共利益之維護，自應優於上訴人隱私權之保障，該逾期監聽之內容如何之仍具有證據能力，可採為證據。」關此問題進一步說明請參閱楊雲驊，〈違法監聽之證據能力〉，《月旦法學教室》，第 63 期，2008 年 1 月，頁 20 以下；〈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〉，《台灣法學雜誌》，第 141 期，2009 年 12 月，頁 67 以下。

²⁵⁴ 連孟琦，〈論監聽之證據使用禁止〉，臺灣大學法律研究所碩士論文，2005 年，頁 112。

²⁵⁵ 薛智仁，〈禁止國家使用私人違法取得證據之理論基礎—兼評最高法院九十七年度台上字第 734 號判決〉，《政大法學評論》，第 121 期，2011 年 6 月，頁 94。

²⁵⁶ 相關問題請參閱楊雲驊，〈案外監聽與證據禁止〉，《台灣法學雜誌》，108 期，2008 年 7 月，頁 227 以下。

²⁵⁷ 通保法第 5 條第 5 項：「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。」

²⁵⁸ 請參閱楊雲驊，〈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〉，《台灣法學雜誌》，第 141 期，2009 年 12 月，頁 67 以下；〈新修正通訊保障及監察法評析—以「法官保留」及「證據禁止」為中心〉，《檢察新論》，第 3 期，2008 年 1 月，頁 161 以下，頁 166；實務近例如 100 年度台上字第 10 號判決。

罪嫌之一，並危害國家安全或社會秩序情節重大，而有相當理由可信其通訊內容與本案有關，且不能或難以其他方法蒐集或調查證據者，得發通訊監察書」。亦有**重大犯罪嫌疑**及**補充性原則**的要求；至於**一般性的比例原則**，除了是所有國家行為本應遵循的原理之外，從本條項「並危害國家安全或社會秩序情節重大」的規定亦再次得到確認，透過此一要件，可以排除某些客觀上符合監聽罪名，但在實質嚴重性上無監聽必要的犯罪。尤其在我國併採刑度標準的情形下，手段目的間的失衡應是預料之中，故一般性比例原則的要求應予堅守；最後，通保法第12條第1項亦規定有監聽的一定期間限制²⁵⁹，基於同前所述的理由，在概念上固應將此要件納入假設架構，惟實際上無必要。

三、小結

與德國法相同，針對私人不法錄音的案件，我國法的審查為：重罪性原則及一般性的比例原則應納入假設審查中；補充性原則及足夠犯罪嫌疑原則無法在抽象的國家假設取證流程中審查；至於一定期間之限制，無必要納進假設中。此外，在本說操作下，雖同違反重罪原則，我國法卻特有因取證主體為國家或私人而在證據容許性呈現歧異的現象，其間的評價落差能否消弭，大抵繫於審判者是否能正視重罪原則所彰顯的重要立法評價，將國家就非重罪範圍所錄得之監聽證據予以排除。

第二目 暴力取供

在私人以極度侵害人格權、特別是以違反人性尊嚴之方式，例如透過酷刑等侵犯身體完整性的手段取得證據時，學說上廣泛認為所取得之證據應例外地予以排除（參上文第三章、第二節、第二項）。依照合法取證假設說，也會得到相同的結論，但連結點不在私人不法的取證手段，而是證據性質之作用。

壹、假設之適當性

以不正訊問方式取得陳述時，是否有假設偵查流程之適用？這是首要回答的前提。有認為此時並無假設偵查流程理論之適用餘地，因從不正訊問禁止之規範觀察，其保護目的在確保被告的自我負責原則，若藉由事後建構的假設來判斷是否能取得自白，則除非假設出來的結果是被告會做出一模一樣的陳述，否則即

²⁵⁹ 通保法第12條第1項：「第五條、第六條之通訊監察期間，每次不得逾三十日，第七條之通訊監察期間，每次不得逾一年；其有繼續監察之必要者，應附具體理由，至遲於期間屆滿之二日前，提出聲請。」

是侵害被告的自我負責原則²⁶⁰，可是這樣的假設結果，可想而知是幾乎不可能的。惟即便認同此見解，若著眼於不正訊問規範乃是針對因國家訊問而來的「依附性」禁止使用，並認為此禁止使用不可藉由事後的假設流程加以補正，那在私人不法取證時即無必要預先否定適用假設流程的可能²⁶¹。

在私人訊問時，受訊問人之任意性受壓迫的程度不能與面對國家機關時等量齊觀（參本章第三節、第一項、第二款），且因未有原始的國家違法，因此排除證據的正當理由一開始即不存在。在此之所以援用國家合法取證假設說，目的在於確保立法者所思慮的法價值不致受到破壞，並且正當化禁止使用的結果²⁶²。

貳、假設之結果

在國家合法取證假設說之下，私人經由強暴脅迫等方式所取得之陳述是否能夠在審判當中使用，取決於國家是否可能合法取得該陳述。因此假設架構所必須納入的乃是國家進行的訊問程序，這也意味著要**連同考慮被告在追訴程序中所具有的程序權**。蘇黎士上訴法院在早年的一則判決中即認為，在涉及國家假設性訊問的案件當中，被告並無陳述義務或真實義務，至少不應該對其如此行為有法律的制裁²⁶³。換言之，此一選擇陳述與否的自由，在假設的國家取證流程當中也應受到遵循。惟暫先不論假設中的要素為何，如同先前所提及，欲假設國家可否合法得到與私人不法訊問所得之陳述具同一性之內容時，其結果乃是無定論的。當被告不具有陳述自由時，並無任何證據法的線索能夠推測出被告在面對國家的訊問時，是否也會為具有同一性的陳述²⁶⁴。從這個保持開放的結論當中，也說明了何以有學者認為在違法訊問的案型不能適用假設偵查流程理論，因為此時的假設客體與受訊問人的陳述自由密不可分，但某個人是不是在不同的條件之下就一定做出不同的決定或舉動，這是難以捉摸的²⁶⁵。

然而，回到私人不法取供的問題上，此時是否有必要因假設客體之特殊性而建立一個不同於前的審查模式？答案應是否定的。從根本來說，此時的陳述之

²⁶⁰ Beulke, Hypothetische Kausalverläufe im Strafverfahren bei rechtswidrigem Vorgehen von Ermittlungsorganen, ZStW 1991, 657, 668.

²⁶¹ Vgl. Beulke, Hypothetische Kausalverläufe im Strafverfahren bei rechtswidrigem Vorgehen von Ermittlungsorganen, ZStW 1991, 657, 668 f.; Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 318.

²⁶² Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 318.

²⁶³ Kassationsgericht ZH, SJZ 71(1975), Nr. 28, S. 60, 62 f. 轉引自 Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 318.

²⁶⁴ Vgl. Kelnhofer, Hypothetische Ermittlungsverläufe im System der Beweisverbote 1994, S. 198; Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 319.

²⁶⁵ Kelnhofer, Hypothetische Ermittlungsverläufe im System der Beweisverbote 1994, S. 198.

所以存在，與其出現的前提要件（亦即強制力的施用）乃是一體的，陳述不能與單純的實體物證相提並論。故在假設客體採證據同一性說的立場下，此時要問的不單單是國家可否假設地取得陳述，而是**國家得否取得強制取得之陳述**。對此，證據法所選擇的價值已很明確。依照抽象的法律情況，國家只有可能違法取得陳述，而此已明顯為取證規範所非難，故私人以違反人性尊嚴方法所取得之陳述不得使用²⁶⁶。

第三目 證據竊盜

除了上述兩類案型之外，私人以偷竊方式取得證據亦時有所聞，下文第四章、第二節的【列支敦斯登案】亦涉及此問題。在私人違反他人意願而取走證據並轉交給追訴機關時，追訴機關得免於扣押之法規範拘束而取得證據，故此時的假設命題為：**當追訴機關本身無法合法扣押證據時，私人所轉交的證據亦不得使用**。依循此方向，基本上可知**扣押禁止**的證據資料會予禁止使用²⁶⁷。

壹、比較法規範

以德國法為例，其刑事訴訟法第 97 條就**拒絕證言權人**之扣押禁止即定有明文，依該條第 1 項規定，得拒絕證言權之人與被告間之書信往來、就被告所託付之消息或其他得拒絕證言之事項所作成之紀錄，並不屬於追訴機關之扣押標的²⁶⁸。依此，當個案中私人所轉交的證據呈現上述情況之一時，既然追訴機關本身無法合法取得該證據，故結論上應禁止使用。但另一方面不能忽略的是，此時之所以禁止使用乃是源於法律明文的禁止扣押規定，故當系爭規定被修改或廢除時，證據使用就不再受到非難；此外，在進行假設時，該禁止規定的作用範圍及效力必須一併地被考察，因此不論法規範如何變動，能夠合理說明國家不應使用證據的假設架構，其前提必須是在證據使用的時點，禁止扣押的規範尚為有效²⁶⁹。

²⁶⁶ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 319; 實則不僅是違反人性尊嚴取得之供述，包括私人以詐欺或利誘等方式取得之陳述，也會因為國家本身無法合法取得而必須禁止使用。

²⁶⁷ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 320.

²⁶⁸ 此處僅介紹扣押禁止的基本概念，關於其細部規範，諸如持有的要件應否具備、權利主體範圍等則不予深論，請參閱 Nack, in: KK-StPO, 2008, § 97；另德國雖進一步於 2007 年增訂禁止干預拒絕證言權人的原則性規範（§ 160 a StPO），然該條第 5 項對扣押有除外規定，故仍適用原先的第 97 條，請參閱 Griesbaum, in: KK-StPO, 2008, § 160 a。

²⁶⁹ Vgl. Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 321.

貳、我國法實踐

以國家是否有合法扣押的可能來決定私人取得之證據使用與否，固然是明確可行的操作模式，且其中最顯而易見的判準乃是檢驗有無扣押禁止之規範。惟將此標準套用至我國法，首面臨的是我國法上的規範密度問題。

我國刑事訴訟法第 126 條及第 134 條對於公務物件之扣押雖設有規定²⁷⁰，但對於拒絕證言權人所做之記錄或持有之他人文件是否得扣押，立法則未置一詞²⁷¹，在我國並無相當於德國法明文的現況下，即便私人竊取拒絕證言權人所持有或保管之資料，亦難逕認追訴機關不能合法取證而排除該證據。不過對於拒絕證言權人的拒絕扣押特權，仍有兩種情形值得一提。

一、辯護人因辯護目的持有或保管之物

就辯護人因業務關係而制作或持有他人之文件是否得予扣押，學說間意見並不一致，有認為既然法無明文，為發現實體真實，持有人或保管人不得拒絕扣押²⁷²；相對於此，亦有意見認為如果不承認辯護人之拒絕扣押特權，將使國家以扣押的強制處分規避拒絕證言權，其保護目的將無以貫徹²⁷³。

至於實務看法，雲林地方法院檢察署座談會提案問題曾有討論²⁷⁴，提案問題為：「律師因業務上知悉之秘密（例如：某甲向律師坦承犯罪事實所作成之文書紀錄），及業務上持有或保管他人之文書或物件（例如：某乙將逃漏稅捐之公司帳冊置於其律師事務所），是否得為搜索扣押之客體？」法務部的研究意見採折衷說（惟雲林地方法院檢察署決議採得扣押之肯定說，高等法院檢察署研究意見亦同），理由為：「按刑事訴訟法第一百三十五條第一項第二款規定，被告與辯護人往來之郵件、電報以可認為犯罪證據或有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞，或被告已逃亡者為限，方得扣押之，而對被告與辯護人之往來郵

²⁷⁰ 第 126 條：「政府機關或公務員所持有或保管之文書及其他物件應扣押者，應請求交付。但於必要時得搜索之。」；第 134 條：「政府機關、公務員或曾為公務員之人所持有或保管之文書及其他物件，如為其職務上應守秘密者，非經該管監督機關或公務員允許，不得扣押。」

²⁷¹ 拒絕證言權對干預處分之封鎖效力，請參閱林鈺雄，〈對第三人之身體檢查處分—立法原則之形成〉，《干預處分與刑事證據》，2008 年，頁 125 以下。

²⁷² 陳樸生，《刑事訴訟法實務》，1999 年，頁 215。

²⁷³ 黃東熊，《刑事訴訟法論》，1989 年，頁 242；林鈺雄，《刑事訴訟法》，上冊，2010 年，頁 428 以下。

²⁷⁴ 法檢字第 0920801416 號，發文日期：2004 年 4 月 27 日，刊於《法務部公報》，第 327 期，2004 年 5 月 16 日，頁 148 以下。

電扣押設有限制，立法意旨在保障被告辯護依賴權。同理，律師因業務上知悉之秘密，如涉及辯護人與被告間基於信賴關係所獲知者，例如**被告向辯護人坦承犯罪事實所作成之文書紀錄，應不得為搜索扣押之客體**，否則亦將侵害被告之辯護依賴權。惟辯護人之權限並不包括為被告隱匿或湮滅罪證，若涉及湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人者，縱係在辯護人持有或保管中之物，亦得為搜索扣押之客體，否則無異鼓勵犯罪人，只要將犯罪證據寄放於辯護人處，即可不被扣押而脫免於罪。」

法務部所採的折衷看法，係將辯護人所持有之物區分為二，賦予不同的保護程度：辯護人基於信賴關係所獲知者，非屬刑事追訴機關得扣押之物；惟其所持有或保管的被告之物則得予扣押。依此，若私人不法竊得辯護人與被告諮商的談話紀錄，由於該證據係辯護人基於與被告間之信賴關係而作成，性質上屬禁止扣押之物，國家在假設的取證流程當中無法對其合法扣押，因此結論是對於私人轉交的此項證據，國家無法加以使用。

二、總統就國家機密事項所持有之物

在釋字 627 號解釋中，大法官指出「**總統**依其國家機密特權，就國家機密事項於刑事訴訟程序應享有拒絕證言權，並於**拒絕證言權範圍內，有拒絕提交相關證物之權**」，承認總統得基於國家機密特權而拒絕提出證物，乃我國首見自拒絕證言權衍生而來的拒絕扣押特權²⁷⁵。依此，就總統所持有涉及國家機密事項之物，國家機關無法在假設的取證流程當中合法取得，這也說明了，私人竊得並轉交之此類證據，在我國法中亦不容許國家使用。至於將來是否可能以此為出發點，開展出其他領域拒絕證言權人的拒絕扣押特權，則有待觀察。

第四目 日記取得

壹、源於證據特性的使用禁止

證據資料有可能因其本身的特殊性而被宣告禁止使用，當證據帶有高度的人格表現時，尤其如此。對於此類證據，不論取證之方法及態樣為何，光是使用本身就可以導致出禁止的結論²⁷⁶。德國聯邦最高法院在【通姦日記案】（本章第

²⁷⁵ 林鈺雄，《刑事訴訟法》，上冊，2010年，頁429；此號解釋的刑事訴訟問題請參閱楊雲驊，〈釋字第六二七號解釋與刑事訴訟程序〉，《台灣本土法學》，第97期，2007年8月，頁66以下。

²⁷⁶ Vgl. Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 2011, Rn. 402.

三節、第五項、第四款、第二目)亦有闡述，表示在此案型中，任何對隱私領域的侵入皆應退卻，**該記載以何種方式被取得，不具有法律上的意義**²⁷⁷。且從資訊分配的觀點看來，即便國家對於日記取得不具可歸責性，日記所有人基於其資訊支配權，仍得拒絕國家讀取其中所載的資訊。此支配權不因日記乃由私人自發性地取得而變相受到損害，因為並無任何規範為國家開啟使用（脫離所有人支配）日記的大門²⁷⁸。詳言之，在涉及私密性資訊的情況中，強調的是拒絕任何踏入隱私領域的外來干預，此價值取捨不會因為私人或國家、實際或假設地去取得這樣的證據而有不同²⁷⁹；其次，如果因證據特性而判定國家的證據使用造成基本權侵害的危險，那即便該證據尚未落入核心隱私領域的範疇中，也應權衡當事人利益以及追訴犯罪利益之間的保護必要性，方能決定證據能否使用，因為所取得之證據之所以必須排除，本來即是由於證據使用本身的基本權干預所致，既然非難重點在此，當無法訴諸假設取證流程而找尋合法取證可能²⁸⁰。至於錄有私密對話的錄音（影）內容，與日記的情況是類似的，因此不再贅述。

以證據性質的隱私領域決定證據能力的看法，在德國法上雖早已獲得承認，但我國實務似尚未建立此概念。以桃園地方法院 90 年度易字第 621 號刑事判決為例，本案被告與同事發生多次性關係，某日被告丈夫於家中衣櫃無意間發現被告所書寫之日記、書信等物而知悉此事，遂向檢察官提出通姦罪之告訴，並經地方法院判處被告有罪。部分判決理由為：「從被告所書寫之**日記**、書信內容，及被告丙寫給乙之書信內容觀之，多為親密、激情字句…而從該日記內容：『…二次半仍意猶未盡，真是應驗需所（索）無度，縱慾過度…』等語觀之，亦可確信係指『紅蟻MOTEL』汽車旅館無訛，被告等所辯顯係卸責之詞，委不足採。」分析本案事實，可知法院係將**被告丈夫所取得並轉交**給偵查機關之日記作為有罪判決依據（之一）。將國家合法取證說套用至此，首應注意的是系爭證據具有高度私密性，已非單純流水帳可比擬。對照德國法上的三階段領域，即便認為日記內容不屬核心隱私領域，至少也可落入第二階層的純私人領域，若為前者，國家不論如何皆無合法取證可能，因此對於私人轉交之日記亦應禁止使用；其次，若認日記僅屬後者的純私人領域，那接著應權衡當事人利益及犯罪追訴利益以決定是否能調查並使用證據，惟本案被告僅違犯通姦罪，相較於【通姦日記案】（本章第三節、第五項、第四款、第二目）所涉的偽證罪，此處的刑事追訴利益更形

²⁷⁷ BGH NJW 1964, 1139, 1143; vgl. Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 480.

²⁷⁸ Vgl. Amelung, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, 1990, S. 65.

²⁷⁹ Vgl. Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 2011, Rn. 402.

²⁸⁰ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 322.

輕微，次再考量到當事人高度私密資訊的人格保護，應否定證據之使用可能，國家合法取證之假設在此無用武之地。

其次，當證據資料涉及核心隱私領域時，不惟私人取得之日記證據，即便是**國家合法取得**者亦應排除，這個在德國法上已是共識的原則在我國卻有截然不同的面貌。例如高等法院 95 年度重上更（三）字第 139 號刑事判決即以被告在日記中吐露的憤怒心聲為據，認定其具有殺人動機，而系爭日記乃是經由警方扣押而來²⁸¹。因此我國實務對於日記證據可說是照單全收，並無如前述違反重罪原則而監聽時的獨厚國家的情形，至於隨證據調查而來的高度隱私權侵害，並未受到重視。

附帶說明，近期作成的臺北地方法院 101 年度簡上字第 130 號民事判決就日記證據所表達的意見有值得一提之處。本案背景略為配偶一方擅自取走他方之日記，作為主張通姦損害賠償的證據，因此日記的證據能力自然是焦點之一。對此，法院認為「**於承認人性尊嚴、隱私權及正當法律程序係憲法之基本核心價值及保護權利之前提下，訴訟程序上之真實發現應受憲法價值拘束而有一定限度**，應符合比例原則，即合適性原則、必要性原則及過量禁止原則，以做為法益衝突調和之方法，並兼顧待證事實舉證之難度，而為一定程度之調整，故以侵害隱私權之方式而取得之證據是否應予排除，即應視證據之取得，是否符合上述判斷原則而定。…上訴人於本件民事訴訟利用被上訴人之日記為證據²⁸²，僅為單純獲取提出證據之利益，滿足其作為主張權利者之舉證責任，然其未經被上訴人之同意而取得並閱覽日記，於隱私權之侵害，損及憲法之基本核心價值及保護權利，且違反正當程序原則，實不應使以侵害隱私權為方法而取得系爭日記之行為正當化，故本院審酌上開各種考量因素，認為於本件系爭日記不具備證據能力而應予以排除。」本案雖為地方法院的**民事**損害賠償請求案件，與本文探討範疇有別，

²⁸¹ 判決理由節錄：「被告已心生不滿及報復心理，此可由其在扣案之日記寫到：『是否該去尋死，心情惡劣，心中有一股殺氣，說真的逼瘋了自己或許什麼事都作得出來』、『洪龍盛你最好小心一點，拈花惹草』、『天啊！沒想道，我現在的想法是如此的恐怖』、『我只不過是來替他生個小孩煮飯洗衣的女人，只不過如此，這一句話我會明記在心，也警惕我自己，隨時面臨遺棄』…等語可證。足認被告因懷疑被害人²⁸²有外遇之情事，唯恐面臨遺棄，心生不滿情緒，而蘊生報復心理，已可認定。」如果以德國觀點，本案也可能是因為犯罪追訴利益重大而可以衡平證據調查對基本權之干預（如上文第三節、第五項、第四款、第二目【謀殺日記案】），但從本判決全文對此利益衡量未置一詞的事實觀之，應可合理推測法院不是基於此思維而容許證據，而更像是根本不認為這是一個問題。

²⁸² 本判決並未言明日記內容為何，惟據報載，日記所載之內容為「8 時前 3 分小紅冒雨至，助伊入浴室以溫水為伊淨身，爾後齊入廚房，10 時入主臥室燕好，使伊三度高潮」。若確有此記載，應可認其歸屬於三階領域當中的核心隱私領域。相關報導請見：蘋果日報，〈通姦日記非證據 妻告輸〉，2012 年 7 月 13 日。

然就以憲法隱私權保障為出發點而排除證據的立場言，實不因案件類型區別而有相異的思考脈絡；且德國法上的三階領域理論，亦是萌芽於民事案件當中的概念（第三章、第三節、第五項、第四款），因此二者應有可相互參照之處。

貳、假設的適當性

依上所述，國家合法取證假設說並不排斥憲法的自主性證據使用禁止，然在此類型的證據禁止中，應否定國家合法取證的適用性，這除了是因此時無任何使用證據的可能性之外，尚有邏輯上的顧慮。因為在確認了禁止使用之後，可能又因為證據禁止的前置效力²⁸³，或者假設的國家取證對基本權造成的侵害之故，而導出拒絕國家取得證據的結論。但是對於這類因憲法理由而禁止使用的證據，如果用前效力的說法，或是將使用禁止作為假設的國家基本權干預的法律效果，都是不妥的。畢竟在憲法的證據使用禁止範疇中，將證據取得禁止與證據使用禁止之間建立關連性，在概念上反徒增誤導與混淆²⁸⁴。

第五款 小結

本節以瑞士實務及學界對於私人不法取證之證據能力看法作為槓桿，嘗試提出國家合法取證假設說，以追訴機關本身是否可能合法取得證據，來決定私人不法取得所轉交之證據能力。處理私人不法取證的假設，與國家違法取證時的假設偵查流程，在功能和架構上並不完全重疊，即便兩者的出發點相同，私人取證的假設流程仍需因應自身的特殊性，開展不同的假設路線。

第一，在私人不法取證的情形之下，因為國家本身並無違法，故證據的使用無需多做說明，反而是證據的排除需要正當化基礎。因為除了自主性證據禁止的情形之外，國家基本上對於其未參與其中的證據取得是得以使用的，故此時的取證假設流程只具負面排除證據的功能，藉此為禁止使用尋求正當化基礎。

第二，在假設的要件上，假設的客體應嚴格限制於該私人所取得之同一證據，或者國家機關依照相符合的取證方式所能獲得，並且相稱於該具體存在之證據之物證或陳述，不包括具有同樣資訊內容的證據成果；假設的標準應採抽象可

²⁸³ 證據禁止前置效力處理的是，證據使用禁止效力是否可以延伸及於審判期日之前的裁判或處分的問題，請參閱 Jahn, *Beweiserhebung und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus*, Gutachten C für den 67. Deutschen Juristentag 2008, 2008, C 84. 下文第四章、第二節的【列支敦斯登案】即涉及前置效力問題。

²⁸⁴ Godenzi, *Private Beweisbeschaffung im Strafprozess*, 2008, S. 323 f.

能說，以追訴機關在抽象的法律情勢當中能否合法取得該證據為斷；至於假設取證的時點，原則上有充分彈性，但若假設客體存在與否與時間先後有關，則假設時點必須是該客體存在之時；另外，假設的國家取證應該嚴格與私人的實際取證區別，為了確保這項原則，國家取證假設的時點必須早於或至遲同時於實際的取證時點。

第三，從文中所舉四種私人不法取證類型可知，在抽象假設中有意義的不是與具體個案情勢有關的實質要件，而是法律上的可能性。而在我國有不同法規範的前提下，對於應適用的抽象法律標準，須相應地予以調整；最後，當證據應其本身帶有之特性而不得使用時，真正的原因在於憲法上的禁止使用，國家合法取證假設說不再有適用餘地。

第四節 結論

第一項 理論回顧

私人不法取證問題之所以棘手難解，原因首在刑事訴訟法上的證據禁止規定僅拘束國家，而不針對私人，故無法以私人是否違反取證規定決定證據能力；惟另一方面，追訴機關所取得之私人轉交證據又帶有來源的瑕疵，以致於無法斷然肯定其證據能力。對此難題，學說嘗試為私人不法取證之證據禁止找出一條合理的出路。為了正確定位問題所在，私人受國家委託所為之取證以及自主性證據使用禁止之類型，應排除在本文的討論範疇之外。

首先，刑訴的取證規範具有私人拘束性的說法，並不能合理解釋將該些規範類推於私人關係之間的理由，而即便只討論不正取證規範的類推可能，也無法在文義、體系或目的解釋等層面上提出圓滿的說理；此外，考量到不正訊問所欲維護的公平審判原則，也無法僅以使用私人不法取得之證據，即斷定整體訴訟陷於不公平。

將證據禁止建立於國家可歸責性之上的看法，不論是從作為或不作為面向觀察，皆無法建構出國家應為私人不法行為負責的基礎。就作為而言，單以收受證據為立足點有循環論證的缺陷。無視於國家對於私人行為並未創造任何風險，僅以不法結果要求國家負責的危險責任說，也欠缺明確基準，無法在刑事法領域當中立足；就不作為而言，在未充分考慮影響司法機關進行追訴的諸多因素之

前，尚無法肯定有司法怠惰存在，而就立法怠惰言，除了現有的刑法規範已足以說明立法並未怠惰之外，亦難以未明文證據禁止而指責立法怠惰。

其次，不論是法秩序一致性理論、禁止國家收受贓物理論或者規範保護目的理論，其共同特徵在於將程序法的證據能力問題取決於實體法結果，忽略二者獨立的規範功能以及現行法上的諸多反證，且一旦將此想法付諸實行，其結果可能是導致追訴主導權移轉；另外，國家使用證據本身是否造成權利侵害的延續或加深，僅能藉由個案判斷，無法一概肯定。

第三，意圖藉由排除證據杜絕私人從事違法取證行為的遏止違法取證說，首先面臨到無法發揮預期效果的危機，其次，此意見亦無法解釋何以在刑法已有規範的前提之下，卻認為其一般預防效力減低，而必須藉證據禁止加以補強；且如欲貫徹此說，應是一旦私人違法取證，不論不法程度高低皆應予絕對禁止證據，相較於國家本身違法，這結果顯然輕重失衡，且最糟糕的結果將是為了追求非關本案訴訟的犯罪預防目的，反使眼前實際存在的犯罪無法獲得充分澄清。

第四，除了一般法律外，證據禁止亦可能係出於憲法誡命下的結果。從國家保護義務而言，在承認立法裁量空間的前提下，實無法單純以未設置證據禁止規定而譴責國家，且通常而言，刑法規範已足防止憲法保障領域受到侵害，透過證據禁止來強化一般預防效力並非適當的說理基礎；至於基本權第三人效力說，除了間接效力說已逐漸被基本權保護請求權的概念取代之外，也無法說明私人何以有侵害基本權之可能性，以及更重要的，欠缺法律作為基本權發揮作用的媒介；最後，在自主性證據禁止的審查，正確的衡量因素是證據調查程序對當事人基本權干預的程度與對犯罪追訴利益的高低，私人違法對合憲性判斷不具意義。

第二項 國家合法取證假設說

至此為止，可知各家說法皆有未竟其功之處，這也透露出一項訊息：嶄新的理論基礎乃勢在必行。考慮到國家收受私人轉交之證據與國家本身的偶然發現有相似之處，而立法者對於後者的證據使用可能性卻設有限制，聯想到的是證據使用是否有一定界線？其次再考量整體的刑事訴訟取證規範，其中顯示立法者已限定了國家發現真實的配額，在此範圍外所取得之證據，應予禁止使用。此即為「國家合法取證假設說」的提出緣起。

在刑事程序中考量假設的取證流程並不是先驗地不能容許，且假設的證明

困難不能作為在釋義學層次反對假設命題的理由，透過合理的舉證責任分配即可解決此問題；其次，從法律體系當中可得知，假設取證並不是國家刑事程序當中格格不入的環節，因為關於偶然發現的規定已說明了立法者的假設取證想法，且另一方面，證據禁止規範也說明了假設有不可逾越的界線。因此可初步認識到，用以禁止證據使用的假設取證流程乃是受到立法者所允許的。

藉私人所取得並轉交的證據，國家得到額外但非立法所預設的證據資料，其中的偶然性是一個必要的檢討條件。立法者對於證據取得所設定的誡命及禁止明文，係用以控制國家證據取得的可能性，這樣的想法也適用在國家偶然所取得之證據。當實然面所呈現的情況，與立法者在應然面中所設想的禁止取證情況有落差，反映在證據能力上即為證據排除。

透過對法規範的解釋來影響國家的證據使用（而不是來自於憲法的作用），某程度上可將國家合法取證假設說的證據使用類型視為「不真正自主性證據禁止」。至於假設的初步架構可分三方面：1、假設的客體應嚴格限制於該私人所取得之同一證據，以及國家機關依照相符合的取證方式所能獲得，並且相稱於該具體存在之證據之物證或陳述；2、假設的標準應採抽象可能性說，以追訴機關在抽象的法律情勢當中能否取得該證據為斷；3、假設取證的時點，原則上有充分彈性，但必須是系爭證據存在之時；另外，為了確保假設的國家取證與實際的私人取證嚴格區分，國家取證假設的時點必須早於或至遲同時於實際的取證時點。

第四章 國家偵查的私人參與—以國家購買證據為中心

本論文所探討的「私人取證」，除了必須是私人自發、無國家促使之外，尚且無國家機關參與實際的取證過程，此二要件若缺其一即不在本文處理的議題之內。為使討論範疇更加清晰，本章擬以常見的私人與國家合作取證型態為例，說明其與私人取證的區別何在。

首先介紹包括臥底警探、臥底線民以及通（談）話一方與國家合作所為的監聽等傳統型態的合作模式（第一節）；其次以一近來在歐洲炙手可熱的案例為中心，討論若國家雖無事前指示或操控私人取證，但在事後以對價買進私人（違法）所得之證據，並以之進行犯罪追訴，該如何評價此行為？相較於傳統合作型態所累積的豐富判例及學說討論，後者的新興議題在我國尚未得到充分關注，惟其涉及的諸多爭議及說理皆有相當參考價值，且問題面向橫跨實體法、程序法及證據法，因此本章先介紹事實背景及歷審程序（第二節），再予介紹其所引發的各層面爭議（第三節）。

第一節 國家與私人合作偵查

第一項 臥底偵查與私人調查

臥底偵查（Verdeckte Ermittlung）一詞所指涉的概念相當廣泛，在不同的案中會遇到不同的區別難度。然臥底警探係指具有國家機關身分的**公務員**，形式上隱藏其身分而實質上從事犯罪偵查活動¹，因此不論如何，私人所為的臥底調查與臥底警探所為者不會重疊。

另參德國規範，其刑事訴訟法第110條a第2項將臥底偵查員定義為警察機關之公務員²，因此職務身分為臥底偵查所必須，單純私人犯罪調查與臥底警探所為的偵查並無交集之處³。至於我國研議中的臥底偵查法草案第2條第2項亦明文，臥底偵查員係指「具有刑事訴訟法第230條、第231條司法警察官或司法警察

¹ 林鈺雄，〈線民之干預性與授權問題—以線民之偵查活動為中心〉，《刑事程序與國際人權》，2007年，頁157。

² § 110 a II StPO: Verdeckte Ermittler sind Beamte des Polizeidienstes, die unter einer ihnen verliehenen, auf Dauer angelegten, veränderten Identität (Legende) ermitteln. Sie dürfen unter der Legende am Rechtsverkehr teilnehmen.

³ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 126.

身分之人員，及其他受刑事訴訟法第229條司法警察官委託執行臥底偵查之公務員。但憲兵官長、士官及憲兵，不包括之。」因此與德國法類似，僅具有警察或公務員職務身分者得為臥底偵查之主體。

再進一步言，當私人接受國家委託而進行調查，由於基本權干預必須符合法律保留原則，授權基礎禁止類推適用，因此若受委託的私人行動涉及人民基本權干預時，不可類推適用臥底偵查法作為依據⁴。

第二項 臥底線民與私人調查

相對於臥底偵查，臥底線民（V-Mann = Vertrauensperson）係指不具國家追訴機關身分之「私人」，隱藏其與國家機關之合作約定，從旁協助國家機關達成追訴目的，模式特徵在於該私人受到追訴機關的指示或委託。此外，學說上另有進一步將一般線民（Informant）與臥底線民再區分，認雖二者同樣都是私人身分，但前者與國家機關的合作僅止於個案關係，乃居中將個案犯罪資訊傳遞給警方的媒介者；後者則與國家追訴機關有較為長期性、固定性的合作關係。且在一般線民的關係中，警方有可能處於主動指使的角色，但也可能處於被動收受線索的地位，或某種混合型態⁵。依此，在【列支敦斯登案】中主動取得光碟資料並聯繫德國政府之私人亦可歸類為線民，然須區辨的是，這類線民所為的取證若是自發且獨立的蒐證行動，則應歸屬於私人取證；並非具有線民地位者，其一舉一動皆必然自動具有國家性，這必須個案判斷⁶。

除了國家事後被動接收證據資料的線民型態之外，其餘類型之線民所具有的共同特徵在於以追訴機關的意向或指示作為行為依據。至於私人取證，除了前提是無追訴機關的委託或指示之外，甚至有可能是反於公權力的方向而進行調查活動。即便該人決定與國家追訴機關合作，其中亦不涉及帶有義務性的約定抑或來自國家的取證委託，私人得自主決定調查方向及措施⁷。

⁴ 王士帆、李瑞敏，〈監聽陷阱案之相關法律問題（上）－從我國最高法院九三年度臺上字二九四九號判決談起〉，《台灣本土法學》，第70期，2005年5月，頁25以下，頁35。

⁵ 林鈺雄，〈線民之干預性與授權問題－以線民之偵查活動為中心〉，《刑事程序與國際人權》，2007年，頁157以下。

⁶ 請參閱林鈺雄，〈線民之干預性與授權問題－以線民之偵查活動為中心〉，《刑事程序與國際人權》，2007年，頁159。

⁷ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 127.

第三項 私人與國家合作的監聽與私人調查

此處的監聽主要係指私人主導或與國家合作所設置，以獲得對話另一方之陳述為目的之監聽陷阱（Hörfalle）。截至目前為止，並無法擷取出私人取證與此案型取證之間的一般性區別⁸。因此分為不同類型介紹。

第一款 私人受國家委託之監聽

私人與國家合作監聽的典型情況是私人受到國家委託，為了取得第三人之犯罪證據所為的監聽。在其中，警方要求私人不揭露調查意圖而對被告或證人已完成的犯罪為目的性之探問，例如以面對面談話或者電話交談（並在警方或口譯員協助下共同聆聽⁹）；至於私人取證，其前提要件在於該調查行動中並無國家的誘發、支持或參與，因此當個案中的追訴機關對於調查行為具有目的性的影響力，即不在本文討論的範疇之內。另外，所謂得通訊一方同意所為的通訊監察，若將其理解為追訴機關得一方同意而後發動監聽，則其實質仍是出於國家委託¹⁰。

第二款 私人監聽過程中的國家協助

在私人接受追訴機關委託偵查的情況，其中具有的國家性較為明確，因此較容易肯認刑事訴訟取證規範的適用性。然在此類型之外，另一類的合作型態則是私人自發性地作成最初的調查決定，只是在調查過程中由國家提供協助。較具

⁸ Godenzi, *Private Beweisbeschaffung im Strafprozess*, 2008, S. 128.

⁹ 德國著名的【監聽陷阱案】(BGHSt 42, 139, Beschl. v. 13.05.1996 – GSSSt 1/96) 即為著例，該案中乃由偵查機關布局安排一名私人與被告通電話，並由翻譯人員監聽。地方法院後以翻譯人員聽取後的證詞作為被告有罪判決之基礎。相關問題可參閱：王士帆，〈隱密探話的發展－從德國法院到歐洲人權法院〉，《台灣本土法學》，第 69 期，2005 年 4 月，頁 131 以下；〈德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 42, 139－監聽陷阱〉，《軍法專刊》，第 58 卷第 3 期，2012 年 6 月，頁 167 以下；王士帆、李瑞敏，〈監聽陷阱案之相關法律問題（上）（下）－從我國最高法院九三年度臺上字二九四九號判決談起〉，《台灣本土法學》，第 70/71 期，2005 年 5/6 月，頁 25/1 以下；歐洲法趨勢的分析請參閱林鈺雄，〈歐式米蘭達－歐洲人權法院 ALLAN 裁判及其劃時代意義之評析〉，《刑事程序與國際人權（二）》，2012 年，頁 1 以下。

¹⁰ 關於國家委託與得一方同意所為之監聽相關問題，請參閱王士帆、李瑞敏，〈監聽陷阱案之相關法律問題（下）－從我國最高法院九三年度臺上字二九四九號判決談起〉，《台灣本土法學》，第 71 期，2005 年 6 月，頁 1 以下；李榮耕，〈你好，我不好－得一方同意的通訊監察及近年最高法院相關判決簡評〉，《月旦法學雜誌》，第 174 期，2009 年 11 月，頁 181 以下；吳巡龍，〈得通訊一方同意竊聽錄音之證據能力－兼評最高法院九十三年度臺上字第二九四九號判決〉，《月旦法學雜誌》，第 136 期，2006 年 9 月，頁 233 以下。

代表性的情況，如私人要求警方在其與共犯通話之時錄下對話內容，此案例當中，雖是私人自發決定進行蒐證，但**國家所提供的協助達到何種程度後會被視為具有國家性**？則是尚未釐清的問題¹¹。以近期的聯邦最高法院判決為例¹²，販毒案被告的妻子E主動聯絡警方，表示願意擔任線民錄下該案共犯之陳述，以使丈夫獲得減刑。在區法院核准監聽處分同日，E即主動聯繫未受羈押的共犯，表示她想知道丈夫是否已向自己坦白，或者是又說謊了，因此請該名共犯告訴她案發經過，並且保證可以信任她。該共犯在請求之下，道出事件經過，其中亦包括不利於己的陳述。而這些陳述都被E以警方提供的錄音器材錄下，且在日後成為該共犯有罪之基礎。

本案的爭點圍繞著不正訊問、告知義務及共犯陳述的證明力等。聯邦最高法院的判決理由認為，被告的陳述自由未受到妨礙；且 E 乃是在未受控制或引導的情形下，自發性地擔任線民，警方所為僅止於錄音器材的出借；再者，該段錄音雖然重要，但非唯一證據，整體看來未違反公平審判¹³。學者則另指出本案的探問乃是由 E 與追訴機關共同計畫，即便最初是 E 主動要求擔任警方線民，在此亦無關緊要。畢竟該次錄音得到法院裁定許可，又獲得警方提供錄音器材，對話過程實質上居於國家支配下。即便國家的參與程度並未達到創設誤判情況而使人自證己罪的程度，也至少構成支持、主動參與及操縱¹⁴，因此有詐欺訊問的問題。

然而同樣地，在本文所設定的前提之下，即便國家對於私人行為的參與僅止於出借器材的範圍內，取證過程也已不具純粹私人性，故結論上亦不在討論範圍之內。

第三款 牢友所為的監聽

監聽陷阱也可能發生在看守所或監牢等拘禁處所之內，同室牢友所為的探問尤為普遍。若受拘禁人主動向牢友套話或詢問案情，並將所得內容轉交給追訴機關，雖乍看之下無涉國家協助，然而不論個案中的國家參與程度多寡，都不會落入本文所討論的私人取證情形當中。因為即便是全然自發的私人探問，仍不能改變對話進行地受國家支配的事實，藉由國家所為的監禁，探問者與被探問者處於生活及溝通皆受限的狀態，而這些狀態為證據取得創造出實質條件。因此，牢

¹¹ Godenzi, *Private Beweisbeschaffung im Strafprozess*, 2008, S. 130.

¹² BGH, *Beschl. v. 31. 3. 2011 - 3 StR 400/10*, JR 2011, 407 ff.

¹³ BGH, *Beschl. v. 31. 3. 2011 - 3 StR 400/10*, JR 2011, 407, 408.

¹⁴ Eisenberg, *Anm. zu BGH*, JR 2011, 409, 410.

友監聽所帶有的國家性不能忽略，其無法滿足私人取證的要件¹⁵。

第四項 小結

本節所介紹的三種私人與國家合作取證類型，除線民主動取得證據後轉交給追訴機關的模式尚有討論餘地之外，其餘已非純粹私人取證，故皆不在本文討論範圍之內。而在此種類型當中，區別實益在於，一旦確認合作型態中已具備國家性，則後續的偵查行為應受到國家取證規範之拘束，並且在違反取證規範之時，適用依附性證據使用禁止之法律效果。

第二節 國家購買私人獲得之證據：以【列支敦斯登案】為例

當證據係經由私人違法手段取得時，追訴機關是否能照單全收是個極具爭議的問題，此已如前所述。那假使追訴機關不僅是單純收受，而且還是花了大把金錢、費了九牛二虎之力才買下違法取得之證據，又該如何看待？此為國家與私人共同參與取證的新興態樣之一。於 2006 年，德國與素有「避稅天堂」之稱的列支敦斯登之間爆發的租稅光碟案件，即為此一新興合作模式的典型。德國定調購買光碟的路線之後，犯罪調查如虎添翼不談，隨之而來的財政收入更是相當可觀，但學界對此「物超所值」的交易卻是質疑聲浪不斷。取證過程定性、私人兜售證據以及國家追訴機關買進證據之行為等所帶來的各層面爭議，一躍成為學界及實務界的熱門議題。

本節由此案出發，討論由一張光碟所延燒出的實定法爭議，乃至於其對於法治國的衝擊。以下首先介紹案件事實背景、歷審法院見解（第一項）及學者對此的評析（第二項），至於判決未答覆的實體法、程序法及證據法等問題，因內容較為龐雜而另闢一節討論。

¹⁵ Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008, S. 132.

第一項 案件事實及程序

第一款 案件事實

2006 年初，一名曾任職於列支敦斯登 LGT 銀行的 42 歲男子 Heinrich Kieber 通知德國聯邦情報局（Bundesnachrichtendienst；下稱「情報局」），宣稱其握有大量證據，可以證明為數眾多的德國人在列支敦斯登 LGT 銀行開戶以躲避課稅。Kieber 表示他可以把手中的證據交給德國政府，可是德國必須以 500 萬歐元作為回報，並且要幫他安排一個新身分及移居國外。為了取信情報局，Kieber 並先將部分客戶資料作為樣本，提供情報局檢驗。

在確認過該些資料的真實性後，稅務機關以 420 萬歐元與 Kieber 成交，並由情報局取得一片在 LGT 銀行開戶的德國人民資料的 DVD（下稱「光碟」），其中牽涉人數高達 160 人。隨後，情報局將光碟轉交給刑事追訴機關展開調查，尚發現不乏如德國郵政公司（DHL 之母公司）前任執行長 Zumwinkel 等知名人士涉案。中箭落馬的 Zumwinkel 後來被判決有罪確定，處兩年緩刑，並補繳近百萬歐元稅金。最後，不出所料，租稅光碟果然為德國政府帶來了相當豐碩的成果—追回約一億八千萬歐元的稅款。

本件憲法訴願人係光碟中的 LGT 客戶之一。Bochum 區法院於 2008 年 4 月 10 日許可對訴願人住所進行搜索之聲請。該次搜索中，檢察官取得其涉嫌逃漏稅之書面資料以及五份電腦資料，其後，訴願人針對本次搜索向 Bochum 地方法院提出抗告。

第二款 地方法院裁定

第一目 雙方主張

訴願人主張載有其帳戶資料之光碟應禁止使用，Bochum 區法院以該光碟為依據所作成之搜索及扣押許可係違法，其理由如下：1、情報局買進光碟違反不正競爭防制法（UWG）第 17 條第 2 項第 2 款之規範；2、情報局收受光碟已然違法，該收受行為欠缺法律的授權依據，再將光碟遞交給檢察官亦抵觸分離原

則；3、情報局向他國私人買進光碟之行為，規避 1959 年歐洲刑事案件司法互助公約以及 1990 年洗錢及收入之偵查、扣押及沒收刑事案件條約，違反國際法。

檢察官主張，訴願人之抗告應予駁回，其理由為：1、對於私人所交付的證據，外國政府無法反對，既然如此，被告無法聲稱違反國際法；2、從內國法的角度來說，也沒有證據禁止的問題，特別是該光碟的獲得並無違法，因為並無法規範禁止國家對於轉交稅法資料者給予報酬；況且對於偵查機關來說，付款給情報來源也並不陌生，對證人或線民的懸賞廣告或者酬勞可為例；3、本案並未涉及國家追訴機關的違法行為，僅是私人的違反刑法行為。刑事訴訟法的規範只針對刑事追訴機關，而不及於私人。因此私人違法取得之證據基本上可以使用；4、即便證據是以違法方式取得，依照通說所採的權衡理論，結論也不會是證據禁止。

第二目 地方法院裁定¹⁶

Bochum 地方法院首先認為，不利被告的光碟證據，不因其是竊取而來之物即不得使用。且即使證據之取得違反國際法亦無不同，被告的主張仍然不成立。此外，有疑問的是，本案是否真違反國際條約？根據聯合國的國家對國際法違反行為之責任草案，該資料竊取行為不能歸責給德國。被告主張所依據的草案第 2 條不能成立，因為該條並未規範歸責之定義，毋寧說國家可歸責為該條的適用前提¹⁷；至於草案第 4 條以下所定的歸責要件，本案亦不符合，尤其是考慮到竊取光碟之行為並非出於國家的委託、指導或控制（參見下述第三節、第三項、第二款、第一目、貳）。

況且即便追訴機關違反國際條約，也無礙證據使用的結論，因為該條約並不具有保護個人權利之目的，故不因違反而排除證據。雖然在使用未經司法互助管道所得證據本身即構成新一次的國際法違反時，應例外地予以證據使用禁止，但本案並未有這種情況。更確切來說，因資料竊取以及隨後的買入行為而可能導致的國際法違反，已隨該過程之結束而告終了，在偵查程序中使用光碟資料作為不利於被告之證據，並不造成新的國際法違反。

基於上述理由，被告對 Bochum 區法院之搜索及扣押許可裁定所提之抗告，無理由駁回。

¹⁶ LG Bochum, Beschl. v. 7. 8. 2009 - 2 Qs 2/09, NStZ 2010, 351 ff.

¹⁷ 國家對國際法違反行為之責任草案第 2 條規定，當依據國際法，國家具有可歸責性，或國家違背國際法之義務情形時，構成國家的國際法違反行為。

第三款 聯邦憲法法院裁定¹⁸

第一目 程序問題

首先，在程序問題上，由於申訴人對 Bochum 地方法院之裁定已無法再提起救濟（德國刑事訴訟法第 311 條第 2 項參照），故滿足聯邦憲法法院法第 90 條第 2 項所定之窮盡救濟途徑的前提要件。就被告主張基本法第 19 條第 4 項的有效權利保護¹⁹，因為事實審法院必須調查刑事追訴機關如何取得證據以及情報局的角色等，故未合乎憲法訴願的補充性原則²⁰。

本憲法訴願不具備基本的憲法重要性，不符合聯邦憲法法院法第 93 條 a 受理憲法訴願的前提要件。訴願理由所指摘的問題，藉由本院先前判例所發展出的標準已獲得充分澄清；此外，下級審法院的裁定並未違反基本法第 13 條保障的居住不受侵犯權，本憲法訴願無勝算，不符合聯邦憲法法院法第 90 條第 1 項之要求。

第二目 實質問題

壹、證據禁止層次及標準

系爭光碟的證據能力問題，其實並非典型的證據使用禁止範疇，因為證據使用禁止基本上只針對作為罪責認定基礎的證據而發，惟此處是在討論證據得否作為搜索處分的嫌疑門檻基礎（之一），確切說來是證據禁止的**前置效力**²¹（Vorauswirkung），屬於證據禁止放射效力的一環。受到肯認的是，當程序瑕疵已導致禁止使用時，並非逕向整個刑事程序得出放射效力。

由於憲法並無明文表示違法取得之證據皆不可使用，因此違反取證規範之效

¹⁸ BVerfG, Kammerbeschl. v. 9.11.2010 - 2 BvR 2101/09, JZ 2011, 249 ff.; 個別層次及標題為本文所加。

¹⁹ 參照基本法第 19 條第 4 項規定，任何人因公權力行使而受有權利侵害時，必須提供其救濟途徑。

²⁰ 憲法訴願的補充性原則，係指人民對於法院的具體裁判如有不服，原則上應用盡通常的訴訟救濟途徑，始得提起憲法訴願。請參閱翁岳生，〈我國憲法訴訟制度之展望〉，《中研院法學期刊》，創刊號，2007 年 3 月，頁 1 以下，頁 22。

²¹ 請參閱第三章，註 283 之說明。

果為何，尤其是否應禁止使用，首先是事實審的任務。雖然刑事訴訟禁止不計代價的真實發現，但法院同時也負有發現真實的義務，並因此依職權必須獲悉所有具有重要性的事實及證據。這個根本原則會對證據禁止形成限制。基此，**證據使用禁止乃是例外情形，僅在法有明文，或者個案中違反上位的重要基礎時，才會受到肯認**。詳言之，僅當個案所涉之嚴重、明知或恣意的程序違反情形中，顯示出基本權保障被計畫性或系統性地忽視時，憲法方產生證據使用禁止的誡命。依聯邦憲法法院的見解，只在證據資料涉及核心隱私領域時，絕對的使用禁止方受到肯認，不過一項證據歸屬於核心隱私領域或其他層級領域²²，並無法抽象地加以描述，只能就個案來回答。

貳、本案分析

在確認強制處分是否保持法官法律發現²³（*Rechtsfindung*）的界線時，聯邦憲法法院不需要全面審查事實審的正確性，而毋寧應該審查立法意旨是否受到尊重，以及是否正當地被適用。同時，憲法法院的任務不在詳盡檢視事實審就被告權利以及追訴利益間所做的權衡，而在於確認其是否以具有憲法重要性的方式誤判系爭程序規範的保護領域，或將進一步採納證據禁止的條件設定得太嚴格。

在判斷證據是否得作為發動搜索所必要的嫌疑門檻時，事實審不需終局決定偵查機關取證過程之適法性，其已假定光碟取得與現行法要求並不相符，且也同樣假設司法互助公約可能受到規避；其次，申訴人在憲法訴願中另指摘事實審法院對於公務員取得光碟行為之評價。但如上所述，**法律的解釋及適用首先是事實審法院的任務，若案件中並無恣意情形，亦無特定憲法權利受到侵害，憲法法院並不介入審查**。且即使事實審法院所做的裁判可能存有瑕疵，亦不當然就合乎上述情形，必須該裁判中存有基本權或者基本權同級權利的違反，或從任何法律觀點來看都無法認為該裁判為正當，始足當之。

一、國際法違反之評價：無恣意

訴願人認為線民將光碟交給德國政府已違反國際法，德國對此具有可歸責性。單從這項主張中，看不出地方法院否認國家可歸責性的見解有侵害基本權或基本權同級的權利，或者從任何法律觀點來看都無法認為該裁判為正當；更甚

²² 關於隱私保障的三階領域理論，請參閱第三章、第三節、第五項、第四款、第二目。

²³ 「法律發現」指涉一個找尋解決具體法律問題的正確方式和答案的過程。請參閱陳妙芬，〈*Rechtsfindung*：「法律發現」的正確性與真實性（一）〉，《月旦法學雜誌》，第 64 期，2000 年 9 月，頁 172 以下。

者，地方法院已指出即便本案中確實有規避國際法，使用該光碟作為搜索許可的嫌疑門檻基礎也不造成再次的公約違反，這項見解並無恣意的情形。

二、私人違法及基本權干預領域之評價：無恣意

訴願人認為本案的程序瑕疵過於重大，以致於從法治國角度來說，整體追訴程序完全無法正當化，光碟不得作為搜索裁定之依據，此項主張亦不成立。回顧地方法院的裁定，其援引先前其他案件的見解，表示**系爭光碟並不涉及核心隱私領域，僅屬於信貸機構的營業接觸範疇，實屬正確**。在審查使用光碟是否對訴願人造成重大的權利侵害時，地方法院朝有利於申訴人的方向假定證據取得為違法，惟刑事訴訟法的取證規範僅拘束國家，不及於私人行為；此外，訴願人也主張證據取得構成犯罪，惟依其所述，無法認為地方法院對於刑法所做的闡釋有不當之處，或者訴願人的基本權未被充分考慮。證據取得究竟是否違法，地方法院並未作成終局決定，但在考量光碟應否禁止使用時，其已假定公務員違反內國法規，甚至是構成刑事犯罪。據上所述，地方法院在作成搜索許可裁定時已充分考量訴願人之主張。

三、分離原則違反之評價：無恣意

訴願人另主張本案違反分離原則，而 Bochum 區法院及地方法院依其確認的事實及法律見解，認為情報局乃基於職務協助（下文第三節、第三項、第二款、第三目）而收下並轉交光碟。情報局及追訴機關皆未促使任何人取得該光碟，該線民乃是主動向德國政府提出要約，因此並未違反分離原則。在分離原則²⁴的要求下，情報機關不能享有追訴機關之強制權限，例如不能實施訊問、搜索或扣押，亦不能出於非情報之原因而具目的性地取得偶然發現之物。訴願人雖主張情報局是因為其特殊性而被召來參與其事，但並未提出任何說理。

四、結論

總結而言，事實審法院已認識本案所涉之各個法律面向，並已衡量追訴利益與被告權利之保障，最後才得到證據可以作為搜索發動之門檻的結論。此項裁定具有事後審查的可能性，並且無憲法方面的瑕疵，特別是在事實審假設違法之處，並未顯示出案件中存有嚴重、明知或恣意的程序違反，而在其中基本權的保

²⁴ 分離原則之提出，乃是為避免重蹈秘密警察的覆轍，而要求情報機關與刑事追訴機關在功能、組織、職權、資訊及人員上均有所分離，詳細介紹請參第三節、第三項、第二款、第三目。

障被計畫性地或系統性地忽視。最後，應予注意的是，系爭光碟只是作為間接使用。因此憲法訴願無理由。

第二項 聯邦憲法法院裁定評析²⁵

從上文所述的內容中，其實無法窺知聯邦憲法法院對本案諸多重大爭議問題的意見²⁶，例如私人違法取證對於證據能力的影響、國家買入光碟是否有違現行法規或更上位的法律原則等。其僅就事實審法院對證據禁止的闡釋為事後的審查，而地方法院認僅在例外情形方肯認證據使用禁止（亦即法有明文或涉及上位的重要基礎原則時），此論述亦得到憲法法院的認同。詳言之，是否應禁止使用證據，乃是透過「**雙重恣意公式**」加以審查：1、偵查機關的取證方式顯示出客觀的恣意；2、法院對於證據能力的評價亦顯示出客觀的恣意。當這兩方面皆顯示出恣意的前提之下，禁止使用的選項才會受到採納。

這種「證據禁止僅是例外」的論點，乃至於實務向來青睞的權衡理論，都不免使人感到遲疑，因為儘管聯邦憲法法院振振有詞地說，惟當被告依照法定的程序被追訴、定罪時，法治國原則才獲得確保，但在證據禁止充其量只是例外之時，這段宣示其實也沒被那麼認真看待。況且，聯邦憲法法院對於諸多重大爭議並未進一步討論，只是單純採納地方法院的認定，亦即縱使私人觸犯不正競爭防制法、德國規避國際司法互助之原則，但仍無違反分離原則；站在如是程序違反的基礎之上，卻又聲稱本案未存有嚴重、明知或恣意的程序違反，而在其中基本權的保障被計畫性地或系統性地忽視，這不僅是循環論證，更是將自身排拒於稅務案件的法治國議題之外²⁷。

再者，本案所涉及的是私人不法取證，依照通說，當國家未委託私人取證亦未對其取證有顯著貢獻時，私人不法不影響對於國家行為的評價。但不管怎麼說，私人取證的前提和時機，並未得到根本的釐清。當私人出於敲詐或者把出賣資料給國家之目的，而自發地、未有國家支持地取得證據，此行為基本上不可歸責於國家，但與此應有區別的是，私人在尚未從事具體的犯罪行為之前得到消息，得知偵查機關對於購買犯罪戰利品有興趣。

²⁵ 除特別引註外，整理自 Wohlers, Anm. zu BVerfG, JZ 2011, 252 f.

²⁶ 但對於申訴人違反分離原則的主張，聯邦憲法法院表明其認為不違反的立場，參見下述。

²⁷ Kühne, Die Verwertbarkeit von illegal erlangten Steuerdaten im Strafverfahren, in: FS-Roxin, 2011, S. 1286.

第三項 小結

針對本案所觸及的實體法、程序法及證據法問題，從地方法院到聯邦憲法法院都僅是點到為止。正如學者所言，只要聯邦憲法法院堅守例外時方肯認證據禁止的立場，那麼實難以期待該些問題獲得充分的澄清。至於聯邦憲法法院未深究的問題面向，包括涉案之私人及公務員行為的實體法上評價、取得及轉交光碟的程序法依據，及至證據使用禁止的肯否立場及其效力範圍等重要問題，只能留待學說的進一步釐清。

第三節 【列支敦斯登案】分析及評釋

依照國際法上的**主權原則**（Souveränitätsprinzip），各國在其領土內具有不受限制的租稅權。且國際法上也肯認國家可對其主權所及的人民發生於國外之事件課稅，但該國外事件必須與國內有真實或充足的連結關係，且該連結關係至少必須要具備**最小程度的合理性**。依此，德國購入的光碟內載有納稅義務人之帳戶資料，而該些人有居住於德國境內之事實，已具有前述的最小程度合理性，因此德國政府得調查其納稅資料；再者，既然賦予國家租稅權，其權限範圍當不僅限於課稅，還必然地包括其他附屬權能，諸如為了實現租稅目的而調查相關事實，並對逃漏稅事件發動刑事程序，因此，德國政府就其人民的國外資產進行調查具合理性²⁸。

認識案件背景之後，以下區分實體法（第一項）、程序法（第二項）及證據法（第三項）三個層面說明衍生自此的意見及辯論。

第一項 實體法層面

本項介紹光碟取得所涉及之實體法規範。系爭光碟是由前銀行雇員所拷貝攜出，再由事後收到消息的德國政府買下，因此二者的可罰性皆應予以討論，下文依時序先後說明線民取得光碟（第一款）及德國收買光碟（第二款）所涉之刑法規範；此外，取得及至交付租稅光碟的過程，其間已跨越不同國境，因此也須一併處理德國刑法效力範圍的問題。

²⁸ Kaiser, Zulässigkeit des Ankaufs deliktisch erlangter Steuerdaten, NStZ 2011, 383, 384.

第一款 階段一：線民取得光碟

第一目 刺探電磁紀錄罪

線民於任職銀行時將客戶資料拷貝攜出，涉及德國刑法第 202 條 a²⁹，依該條所定，破解電腦之保護措施，無權取得或入侵非供己用且設有特定防護的電磁紀錄者，構成刺探電磁紀錄罪（可比較我國刑法第 358 條規定）。縱然情報提供者拷貝銀行之客戶資料符合本罪之構成要件，也是在列支敦斯登境內所為，而非在德國，德國刑法欲對其行為發生規制效力的可能依據是德國刑法第 7 條第 1 項³⁰，依該條項規定，當犯罪被害人為德國人民，且犯罪地亦處罰該罪時，刑法對該行為人具有效力（可比較我國刑法第 7、8 條之規定）。因此接下來的問題是，帳戶所有人是否為本罪之被害人？

依照通說，本罪的保護法益為資訊支配權，亦即保護有權利接近資訊之人對資訊之支配，至於該些資訊中所承載的秘密則不在規範保護目的之內。換言之，此處的被害人為客戶資料被竊取的銀行，並非資料背後涉及的德國人民，結論是無德國刑法之適用餘地³¹。

第二目 不正競爭防制法第 17 條第 2 項第 1 款

不正競爭防制法第 17 條第 2 項第 1 款的企業間諜行為（可比較公平交易法第 19 條第 5 款）在結構上與前述的刺探電磁紀錄罪有相似之處（條文內容見下述第三目、貳），保護法益同樣也是資訊支配人的秘密法益，基於與前述同樣的理由，即使情報提供者之行為符合本款所定之態樣，也僅是損害外國銀行之資訊秘密權，而非德國人民，故無德國刑法適用餘地³²。

²⁹ § 202 a StGB :

(1) Wer unbefugt sich oder einem anderen Zugang zu Daten, die nicht für ihn bestimmt und die gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind, unter Überwindung der Zugangssicherung verschafft, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Daten im Sinne des Absatzes 1 sind nur solche, die elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert sind oder übermittelt werden.

³⁰ § 7 I StGB :

Das deutsche Strafrecht gilt für Taten, die im Ausland gegen einen Deutschen begangen werden, wenn die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist oder der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt.

³¹ Vgl. Kühne, Die Verwertbarkeit von illegal erlangten Steuerdaten im Strafverfahren, in: FS-Roxin, 2011, S. 1274; Pawlik, Zur strafprozessualen Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter ausländischer Bankdaten, JZ 2010, 693, 697; Satzger, Der Staat als „Hehler“ ? - Zur Strafbarkeit des Ankaufs rechtswidrig erlangter Bankdaten durch deutsche Behörden, in: FS-Achenbach, 2011, S. 454.

³² Kühne, Die Verwertbarkeit von illegal erlangten Steuerdaten im Strafverfahren, in: FS-Roxin, 2011,

第三目 不正競爭防制法第 17 條第 2 項第 2 款

壹、德國刑法效力範圍

在列支敦斯登境內將光碟到手後，線民探詢德國政府的購買意願，並轉交光碟給情報局，因此接下來探究的問題是**轉交行為**是否為德國刑法效力所及？依照德國刑法第 3 條之規定，德國刑法適用於在境內發生之犯罪³³（相當於我國刑法第 3 條前段），至於犯罪地之認定，依同法第 9 條第 1 項所定，**犯罪結果發生地**亦為犯罪地³⁴。

不正競爭防制法的部份條文乃附屬刑法，本案所涉的第 17 條即為其一，因此亦為德國刑法之一環。租稅光碟雖在列支敦斯登被竊，但卻可能是在德國交付，因此至少有一個犯罪地在德國境內，就交付光碟之行為有德國刑法之適用³⁵。

貳、條文內容及規範保護目的

不正競爭防制法第 17 條所規制的行為是「交易及營業秘密之洩漏」，條文內容羅列五項，惟轉賣光碟主要涉及本條第 2 項第 2 款³⁶，因此僅列相關部分如下：

S. 1274.

³³ § 3 StGB: Das deutsche Strafrecht gilt für Taten, die im Inland begangen werden.

³⁴ § 9 I StGB: Eine Tat ist an jedem Ort begangen, an dem der Täter gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen oder *an dem der zum Tatbestand gehörende Erfolg eingetreten ist* oder nach der Vorstellung des Täters eintreten sollte.（強調處為本文所加）

³⁵ Pawlik, Zur strafprozessualen Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter ausländischer Bankdaten, JZ 2010, 693, 697; Satzger, Der Staat als „Hehler“? - Zur Strafbarkeit des Ankaufs rechtswidrig erlangter Bankdaten durch deutsche Behörden, in: FS-Achenbach, 2011, S. 449.

³⁶ 全稱為 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)，條文部分中譯參自行政院公平交易委員會網站：<http://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docDetail.aspx?uid=1069&docid=11202>（最後瀏覽日：2012/6/8）。

§ 17 UWG:

(1) Wer als eine bei einem Unternehmen beschäftigte Person ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis, das ihr im Rahmen des Dienstverhältnisses anvertraut worden oder zugänglich geworden ist, während der Geltungsdauer des Dienstverhältnisses unbefugt an jemand zu Zwecken des Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in der Absicht, dem Inhaber des Unternehmens Schaden zuzufügen, mitteilt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer zu Zwecken des Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in der Absicht, dem Inhaber des Unternehmens Schaden zuzufügen,

1. sich ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis durch a) Anwendung technischer Mittel, b) Herstellung einer verkörperten Wiedergabe des Geheimnisses oder c) Wegnahme einer Sache, in der das Geheimnis verkörpert ist, unbefugt verschafft oder sichert oder

2. ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis, das er durch eine der in Absatz 1 bezeichneten Mitteilungen oder durch eine eigene oder fremde Handlung nach Nummer 1 erlangt oder sich sonst unbefugt verschafft oder gesichert hat, unbefugt verwertet oder jemandem mitteilt.

第一項

任職於事業之人，出於競爭之目的、圖利自己、為第三人之利益、或意圖對事業主造成損害，而將於其僱傭關係之範圍內，所被委予或取得之交易或營業秘密，於僱傭關係存續期間，未經允許而告知他人者，處三年以下之有期徒刑或得併科罰金。

第二項

出於競爭之目的、圖利自己、為第三人之利益、或意圖對事業主造成損害者，而有下列之情形者，其刑罰亦同：

一、透過下列之方式，未經允許而取得或備份交易或營業秘密者：

- (一) 技術工具之使用，
- (二) 將秘密以有體化方式重現後加以製作，或，
- (三) 取走內含將機密有體化之物，

二、將透過第一項所稱之告知之一，或透過依第一款之自己或他人之行為，所得到之交易或營業秘密，或以其他無權而取得或備份之交易或營業秘密，無權而利用或告知他人者。

不正競爭防制法之立法目的在於保護市場的參與者（特別是消費者及競爭者）。其中第 17 條的規範保護目的除了在防止企業的營業或交易秘密洩露外，也同時維護純潔而有效的市場競爭中所具有的公共利益³⁷。

參、本案分析

一、行為主體

本罪的行為主體並無特別限制，與同條第 1 項的行為人必須是任職於企業之人的身分犯有所不同，原則上任何人皆得為本款之行為人³⁸。

(3) Der Versuch ist strafbar.

(4) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter 1. gewerbmässig handelt, 2. bei der Mitteilung weiss, dass das Geheimnis im Ausland verwertet werden soll, oder 3. eine Verwertung nach Absatz 2 Nr. 2 im Ausland selbst vornimmt.

(5) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält. (6) § 5 Nr. 7 des Strafgesetzbuches gilt entsprechend.

³⁷ Janssen/Maluga, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2010, UWG § 17 Rn. 9 f.

³⁸ Diemer, in: Erbs/Kohlhaas(Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, 2012, UWG § 17 Rn. 42; Satzger,

二、行為

本條款所規制的行為態樣之一乃是行為人將依同條第 1 項或前款方式所得之交易或營業秘密，無權地加以使用或告知他人。依此，可再進一步說明與本文較相關的構成要件要素：

(一) 交易或營業秘密

本法對於何謂交易或營業秘密並無明確的定義，惟大抵凡是與營業相關而未公開、僅特定範圍之人知悉之事實，且企業所有人對該事實之保持秘密具有一定的經濟利益，而按照其明知或可得推知之意亦可知其有保密之意思時，即屬此處的營業秘密。由此定義可知，秘密的概念相當廣泛，**外國企業的秘密**實亦涵蓋在內。另外，銀行因客戶身分外洩而可能帶來的損失，也足以說明銀行對這些資訊的保持秘密具有經濟利益及保密意思³⁹。

然而往往被忽略的是，這些營業資訊攸關逃漏稅犯罪，與犯罪過程具有直接關連性。此時是否仍在營業秘密的保護範圍之內？絕大多數學說採肯定見解，因為即便是涉及犯罪之事項，仍可能具有經濟價值，資訊外洩同樣會造成企業的經濟損害⁴⁰；然而亦有部分見解採不同看法，認為秘密若涉有犯罪或者非輕微之道德違反事件，持有人不得主張對其有正當的秘密利益，且其他類似法規亦應與此相一致，例如德國刑法第 203 條洩密罪所稱之「秘密」，其保護範圍亦應排除不法與其他道德上可責的嚴重事項⁴¹。

秘密之概念是否涵蓋涉及犯罪之事項，在本案乃不可忽視的問題。若是認為涉及犯罪之事不在營業秘密的保護範圍內，則購買逃漏稅光碟將因構成要件不該當而根本不構成犯罪，亦無必要再往下討論其他要件。但不論如何，縱使是為了

Der Staat als „Hehler“ ? - Zur Strafbarkeit des Ankaufs rechtswidrig erlangter Bankdaten durch deutsche Behörden, in: FS-Achenbach, 2011, S. 450.

³⁹ Vgl. Satzger, Der Staat als „Hehler“ ? - Zur Strafbarkeit des Ankaufs rechtswidrig erlangter Bankdaten durch deutsche Behörden, in: FS Achenbach, 2011, S. 450; a. A. Kühne, Die Verwertbarkeit von illegal erlangten Steuerdaten im Strafverfahren, in: FS-Roxin, 2011, S. 1274. 此不同意見認為不正競爭防制法之保護範圍僅及於國內企業，因此私人竊取國外銀行資料不違反本條，而受到間接影響的本國客戶並非企業，也不是本法適用對象。

⁴⁰ Koch, Korruptionsbekämpfung durch Geheimnisverrat? - Strafrechtliche Aspekte des Whistleblowing, ZIS 2008, 500, 503.

⁴¹ Vgl. Koch, Korruptionsbekämpfung durch Geheimnisverrat? - Strafrechtliche Aspekte des Whistleblowing, ZIS 2008, 500, 503; Kargl, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 203 Rn. 8.

使刑事追訴所必要的資訊傳遞免於受到刑法制裁，仍無必要提前在構成要件階層即將營業秘密的範圍加以限縮，不如把焦點放在阻卻違法事由上。因此結論上，本案的逃漏稅資訊同屬營業秘密⁴²。

（二）使用

本款所稱的「使用」係指意圖將某物的價值加以取用，此亦包括以經濟上的方式為之，至於實際上該秘密以如何方式被使用，則只是次要的問題⁴³。在本案中，線民將光碟轉賣給德國政府，使後者能夠知悉光碟所承載的內容；且透過資料的轉交，行為人獲有大筆報酬，故已構成使用行為⁴⁴。

（三）無權

本款所稱的「無權」係指**不具有正當化事由**，當行為人具有正當化事由或基於法定義務而將特定秘密予以公開時，即非無權，例如依照德國刑法第 138 條的要求而予公開。此外，當行為人是為了保護較高價值的法益或者維護自身的適當利益而公開資訊；抑或負有保密義務者於審判當中作證，而其並無可資主張的拒絕證言權時，也屬於有正當事由。向主管機關告發犯罪事實，通常也是依法有權之行為；惟相對於此，若僅是針對秩序違反行為所為的告發，則必須借助個案利益衡量決定是否具備正當化事由⁴⁵。

將上述原則置於本案，可知當行為人有權洩漏銀行秘密時，在結論上即不具有可罰性。以下檢驗可能存在的正當事由。

1、陳述義務

首先要討論的是，既然原則上任何人皆有為證人義務，則本案的行為人本來就必須以證人身分在審判中就其所洩漏之事實內容作出真實之陳述，那麼是否可以因此認為行為人洩漏企業機密乃依法所為⁴⁶？

⁴² Vgl. Satzger, Der Staat als „Hehler“ ? - Zur Strafbarkeit des Ankaufs rechtswidrig erlangter Bankdaten durch deutsche Behörden, in: FS Achenbach, 2011, S. 450; 順道一提，秘密的範圍以及阻卻違法事由之界定，對於現今益發常見而爭議不斷的「吹哨者」（企業受僱者舉發內部犯罪並透露企業秘密）的法律評價具有重要意義。

⁴³ Diemer, in: Erbs/Kohlhaas(Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, 2012, UWG § 17 Rn. 50.

⁴⁴ Satzger, Der Staat als „Hehler“ ? - Zur Strafbarkeit des Ankaufs rechtswidrig erlangter Bankdaten durch deutsche Behörden, in: FS-Achenbach, 2011, S. 451.

⁴⁵ Diemer, in: Erbs/Kohlhaas(Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, 2012, UWG § 17 Rn. 24.

⁴⁶ Diemer, in: Erbs/Kohlhaas(Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, 2012, UWG § 17 Rn. 24.

基於下列理由，答案應是否定的：首先，本案的資訊洩漏是在偵查階段（之前）發生，在此程序中，證人並無真實陳述義務；再者，情報提供者的身分並不是德國公民，而不具德國國籍者，僅當其位於德國境內時有可能被課與陳述義務，在此並無這樣的情形；最後，即便情報提供者出庭作證，其是否對於逃漏稅行為人有個別的認知，可作證其逃漏稅的事實，也令人存疑⁴⁷。

2、依法所為之犯罪告發

依照德國刑事訴訟法第 158 條⁴⁸之規定，人民有權告發犯罪，而追訴機關隨後亦得根據告發對犯罪進行追訴。依照該條，受理告發的機關為檢察官、警察或警察機關以及區法院。而在涉及稅務事件時，也可向稅務機關告發（德國租稅通則第 369 條、第 386 條及第 391 條參照）。上述機關不論其事務管轄或土地管轄為何，皆應受理告發，並加以處理或移轉至有權機關。至於非該條所列舉的機關雖無義務受理告發，然而若予受理，應將案件移轉至有權機關⁴⁹。據此，雖然線民選擇將第一手消息透露給情報局，而非稅務機關，但情報局後來已將相關資訊轉知稅務機關，故符合犯罪告發。

同上所述，因犯罪告發所為的祕密洩漏行為並非「無權」為之。故接著應討論光碟出賣人得否主張其行為符合刑事訴訟法的犯罪告發。首先，雖無明文承認刑事訴訟法第 158 條為阻卻違法事由之一，惟阻卻違法事由的找尋，保持著一定的開放性，絕非僅法律明文一途，得被害人之承諾或推測承諾即為一例。當然，以上的說法也會招來質疑，認為犯罪告發權有其界線，不能夠破壞保護祕密之法規的保護目的，因此行為人不得以違反不正競爭法治法第 17 條的方式為犯罪告發，在此類情況中，至少要廣泛考量處於衝突中的不同利益，例如受僱者是否因告發而損及雇主的利益⁵⁰。然而，實際上，本案行為人的身分為銀行員工，並不屬於刑事訴訟法所定得主張拒絕證言權之人，換言之，當其依證人身分出庭時，仍有陳述義務。這顯示出立法者並未將祕密保護的層級全面性地提高，且相對於

⁴⁷ Ignor/Jahn, Der Staat kann auch anders - Die Schweizer Daten-CDs und das deutsche Strafrecht, JuS 2010, 390, 392.

⁴⁸ § 158 I StPO: Die Anzeige einer Straftat und der Strafantrag können bei der Staatsanwaltschaft, den Behörden und Beamten des Polizeidienstes und den Amtsgerichten mündlich oder schriftlich angebracht werden. Die mündliche Anzeige ist zu beurkunden.

⁴⁹ Pfeiffer, Strafprozessordnung, 2005, § 158 Rn. 4.

⁵⁰ Vgl. Ignor/Jahn, Der Staat kann auch anders - Die Schweizer Daten-CDs und das deutsche Strafrecht, JuS 2010, 390, 392; Pawlik, Zur strafprozessualen Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter ausländischer Bankdaten, JZ 2010, 693, 698 (Fn. 68); Sieber, Ermittlungen in Sachen Liechtenstein - Fragen und erste Antworten, NJW 2008, 881, 884.

此，刑事追訴具有更高的優先利益。因此，刑事訴訟法第 158 條之規定乃是合理的行為依據⁵¹。另外，雖有認為無法將行為人以取得報酬為目的之消息傳達視作犯罪告發⁵²，但究竟是受到正義感的驅使，或是金錢的誘惑，都不過是動機，重點是本案的行為人已認知到犯罪存在並進而為告發。

3、緊急避難

此外，另有學者從不同角度出發，認為此時可援引緊急避難作為阻卻違法事由（德國刑法第 34 條；相當於我國刑法第 24 條）。簡言之，行為人可能得主張販賣光碟之目的在於防止稅務犯罪，符合緊急避難之要求，故非無權為之。另，此處所欲保護的稅收利益屬超個人法益，這也說明正當防衛的主張無法成立，因為法秩序或超個人法益並非適格的正當防衛保護法益⁵³。然而，緊急避難行為可主張的保護法益範圍則寬廣許多，基本上及於所有其他法益⁵⁴，稅收利益亦可涵蓋在內⁵⁵。

在客觀構成要件上，首要提出的問題是，行為人幫助國家取締犯罪之行為是否一概可主張緊急避難？在公權力本身對不法負有追訴義務的前提下，是否能夠廣泛容許人民代行其事，這當然是有疑問的。然而，緊急避難原則背後的思考基礎，在於國家任務的履行及其與人民基本權保護之間的衝突解決，乃保留給具有民主正當性的立法者決定，不得任意出讓。如果國家自己已發布程序法規在先，為了維護民主決定程序，處罰緊急避難者，乃國家不得不然；反之，就民主理論觀點來看，國家沒有理由為了程序標準之外的相關保護—如本案情況—來處罰緊急避難者。因此並不概括否定主張緊急避難的可能⁵⁶。

其次，另一關鍵的問題是避難行為的利益權衡審查，也就是行為所欲保護的公共利益必須大於所犧牲的企業秘密利益。在本案中，並無法先驗地認定刑事追訴利益一定優於秘密利益，因為具體來看，比起信貸機構的營業秘密，國家的財

⁵¹ Vgl. Ostendorf, Gekaufte Strafverfolgung Die Strafbarkeit des Erwerbs von „geklauten“ Steuerdaten und ihre Beweisverwertung, ZIS 2010, 301, 304; Satzger, Der Staat als „Hehler“? - Zur Strafbarkeit des Ankaufs rechtswidrig erlangter Bankdaten durch deutsche Behörden, in: FS-Achenbach, 2011, S. 452; Sieber, Ermittlungen in Sachen Liechtenstein - Fragen und erste Antworten, NJW 2008, 881, 882.

⁵² Ignor/Jahn, Der Staat kann auch anders - Die Schweizer Daten-CDs und das deutsche Strafrecht, JuS 2010, 390, 392.

⁵³ Erb, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2010, § 32 Rn 100.

⁵⁴ Erb, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2010, § 34 Rn. 55.

⁵⁵ Ignor/Jahn, Der Staat kann auch anders - Die Schweizer Daten-CDs und das deutsche Strafrecht, JuS 2010, 390, 392.

⁵⁶ Pawlik, Zur strafprozessualen Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter ausländischer Bankdaten, JZ 2010, 693, 698.

政收入未必具有顯著的優位性⁵⁷。然而，在衝突利益的權衡時，不能忽略本案行為人乃無拒絕證言權之人，立法者並不認為對其秘密利益之保護應凌駕於追訴利益之上，此已如前所述，由此觀點看來，利益權衡之審查應能通過。

審查至此，可知在客觀層面上，情報提供者得否主張緊急避難是有疑義的。其次，就主觀要件方面，緊急避難要求行為人在主觀上有避難之意。但不可否認的是，本案行為人的唯一念頭不過是出賣資訊以獲得高額報酬，因此可能有引來不具備主觀構成要件的質疑⁵⁸。但行為人是否以賺錢為目的其實也不是要緊的事，因為其對於避難情狀已有認知，且亦基於此認知而為光碟轉交的行為。與前述犯罪告發所提及的疑慮相同，若在主客觀構成要件之外，另外要求行為人必須具備高尚的動機，這毋寧是出於道德的指責，且有走向思想刑法的傾向⁵⁹，故仍應承認主觀要件具備。

總結來說，列支敦斯登的情報提供者可援引刑事訴訟法上犯罪告發之規範作為行為依據，轉賣光碟不具有不正競爭防制法第 17 條第 2 項之可罰性。

第四目 小結

情報提供者所為之取得資訊行為，不在德國刑法適用範圍之內；之後的轉賣行為，依德國刑法不具可罰性⁶⁰。

第二款 階段二：德國購買光碟

在線民主動聯繫之後，德國政府買入光碟，並因此追回遠超過當初所付價金的稅款，可謂「物超所值」的一樁交易。接下來介紹的即是此階段行為所涉之刑法規範，且可分為正犯行為（第一目）及共犯行為（第二目）探討。

⁵⁷ Vgl. Ignor/Jahn, Der Staat kann auch anders - Die Schweizer Daten-CDs und das deutsche Strafrecht, JuS 2010, 390, 392; Sieber, Ermittlungen in Sachen Liechtenstein - Fragen und erste Antworten, NJW 2008, 881,884; Trüg, Steuerdaten-CDs und die Verwertung im Strafprozess, StV 2011, 111, 112.

⁵⁸ Ignor/Jahn, Der Staat kann auch anders - Die Schweizer Daten-CDs und das deutsche Strafrecht, JuS 2010, 390, 392.

⁵⁹ Satzger, Der Staat als „Hehler“ ? - Zur Strafbarkeit des Ankaufs rechtswidrig erlangter Bankdaten durch deutsche Behörden, in: FS-Achenbach, 2011, S. 453.

⁶⁰ 為數眾多的見解肯定可罰性，例示如：Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 481; Ignor/Jahn, Der Staat kann auch anders - Die Schweizer Daten-CDs und das deutsche Strafrecht, JuS 2010, 390, 391; Kelnhofer/Krug, Der Fall LGT Liechtenstein - Beweisführung mit Material aus Straftaten im Auftrag des deutschen Fiskus?, StV 2008, 660, 661; Pawlik, Zur strafprozessualen Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter ausländischer Bankdaten, JZ 2010,693, 697.

雖然買進光碟的整體過程尚未向世人揭露，但至少可肯定有一部分是在德國境內發生，因此依照德國刑法第 3 條（參本節、第二項、第一款、第三目、壹），受德國刑法效力範圍所及。另一個有趣的問題是，行為人為何？應係受公權力所付託的聯邦財政部長（Bundesfinanzminister）⁶¹。

第一目 正犯行為

壹、收受贓物罪

從收受贓物罪（德國刑法第 259 條；相當於我國刑法第 349 條）的客觀構成要件開始檢驗，可以很快地否定買進光碟成立本罪的可能性。依照該條之規定，贓物係指他人違犯財產犯罪所得之物，且學說及實務咸認此處所稱之「物」限於實體之物件⁶²，拷貝而來的數據資料不屬之。

此外，即便光碟本身是行為人從任職銀行所竊取（按照常情不會如此），德國政府也不因收下光碟而成立犯罪，因其意圖在於追回逃漏稅款以實現合法的公共利益，不構成本罪所要求的為自己或他人不法利益之意圖⁶³。

貳、包庇得利罪

包庇得利罪（德國刑法第 257 條）在我國法上並無相應的罪名，其構成要件之一為「意圖使他人確保因違法行為所獲之利益而提供幫助⁶⁴」。此罪與贓物罪關係密切，惟其所定之先行犯罪不限於財產犯罪，故行為客體涵蓋所有違法行為所獲得的利益⁶⁵。

⁶¹ Kühne, Strafrechtliche und moralische Fragen beim staatlichen Ankauf von illegal erlangten Bankdaten, GA 2010, 275, 276.

⁶² Kühne, Die Verwertbarkeit von illegal erlangten Steuerdaten im Strafverfahren, in: FS-Roxin, 2011, S. 1275; Satzger, Der Staat als „Hehler“? - Zur Strafbarkeit des Ankaufs rechtswidrig erlangter Bankdaten durch deutsche Behörden, in: FS-Achenbach, 2011, S. 455; Sieber, Ermittlungen in Sachen Liechtenstein - Fragen und erste Antworten, NJW 2008, 881, 883; Trüg, Steuerdaten-CDs und die Verwertung im Strafprozess, StV 2011, 111, 112; 王效文, 〈贓物罪的處罰理由、構成要件與修法建議〉,《月旦法學雜誌》,第 145 期,2007 年 6 月,頁 246 以下,頁 251。

⁶³ Vgl. Kaiser, Zulässigkeit des Ankaufs deliktisch erlangter Steuerdaten, NStZ 2011, 383, 389; Kühne, Strafrechtliche und moralische Fragen beim staatlichen Ankauf von illegal erlangten Bankdaten, GA 2010, 275, 285.

⁶⁴ § 257 I StGB: Wer einem anderen, der eine rechtswidrige Tat begangen hat, in der Absicht Hilfe leistet, ihm die Vorteile der Tat zu sichern, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

⁶⁵ 王效文,〈贓物罪的處罰理由、構成要件與修法建議〉,《月旦法學雜誌》,第 145 期,2007 年 6 月,頁 246 以下,頁 247。

一、客觀構成要件

在審查德國政府收買光碟是否構成本罪時，所要提出的第一個質疑是，本罪所指的先行犯罪行為範圍為何？是否必須是德國刑法效力範圍所及的行為？縱使採否定結論，認德國刑法效力範圍之外的違法行為（即拷貝資料之行為）亦屬本條所稱之前行為⁶⁶，仍舊要繼續探討買入光碟是否為構成要件要素中的「提供幫助」。假若收購光碟導致被害人的返還請求權受到妨礙並進而穩固前行為之不法利益，則表示買入已構成幫助行為。關此，有認為德國買進光碟使外國銀行難以請求返還或銷燬光碟資料，其回復請求權受到妨礙，並因而此穩固前行為的不法利益⁶⁷，然而，實際情況中並未顯示出如此情形，因為如果線民未再另外留存拷貝，則在交付光碟後，其對該些資訊的支配權亦隨之喪失，而非更加穩固⁶⁸。

另外，包庇得利罪所確保的「利益」，必須是幫助行為當下仍存在的利益⁶⁹。本案私人違法行為所獲得的利益，亦即出賣光碟所獲得的價金，是在德國政府完成其購買行為之後才發生的，在購買行為的當下，尚無可確保的利益存在；而單純的拷貝資料亦未給行為人帶來什麼利益。因此客觀構成要件有所欠缺⁷⁰。再者，此處之利益限於直接源自於前行為者，單純的間接利益並不屬之，否則有違法明確性原則⁷¹。光碟交易所得之報酬，是經濟利用所得之物，無法涵蓋在此概念之內；藉由光碟交易所追回的稅款，更非違法行為所獲得之直接利益⁷²。因此本罪客觀構成要件不該當。

二、主觀構成要件

在主觀構成要件的要求上，包庇得利罪須具備使他人確保因違法行為所獲之利益的意圖，但德國政府的意圖是接收該些資料以進行刑事追訴，而非確保行為

⁶⁶ Trüg/Habetha, Die "Liechtensteiner Steueraffäre" - Strafverfolgung durch die Begehung von Straftaten?, NJW 2008, 887, 888; a. A. Kühne, Die Verwertbarkeit von illegal erlangten Steuerdaten im Strafverfahren, in: FS-Roxin, 2011, S. 1275.

⁶⁷ Trüg/Habetha, Die "Liechtensteiner Steueraffäre" - Strafverfolgung durch die Begehung von Straftaten?, NJW 2008, 887, 889.

⁶⁸ Ostendorf, Gekaufte Strafverfolgung Die Strafbarkeit des Erwerbs von „geklauten“ Steuerdaten und ihre Beweisverwertung, ZIS 2010, 301, 303 f.; Satzger, Der Staat als „Hehler“ ? - Zur Strafbarkeit des Ankaufs rechtswidrig erlangter Bankdaten durch deutsche Behörden, in: FS-Achenbach, 2011, S. 455.

⁶⁹ Cramer, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2003, § 257 Rn. 13.

⁷⁰ Kaiser, Zulässigkeit des Ankaufs deliktisch erlangter Steuerdaten, NSTZ 2011, 383, 389.

⁷¹ Cramer, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2003, § 257 Rn. 11.

⁷² Ostendorf, Gekaufte Strafverfolgung Die Strafbarkeit des Erwerbs von „geklauten“ Steuerdaten und ihre Beweisverwertung, ZIS 2010, 301, 304; Satzger, Der Staat als „Hehler“ ? - Zur Strafbarkeit des Ankaufs rechtswidrig erlangter Bankdaten durch deutsche Behörden, in: FS-Achenbach, 2011, S. 455.

人對資料的支配權⁷³。

參、背信罪

德國法的背信罪與我國法相似，不過內容上更為詳盡，據其刑法第 216 條規定⁷⁴，行為人濫用基於法律、官方委託或法律行為所取得之處分他人財產或使他人負擔義務的權限，或違背其基於法律、官方委託、法律行為或信託關係所負有之管理他人財產利益之義務，致生損害其委託人者，構成本罪。

公務員將立法編列的預算用作購買光碟是否構成背信罪，首先與此項行為是否具有預算法的授權有關（見下述第三項、第二款、第一目、壹），若是認為預算法對於購買行為已有授權，那麼將不會有濫用權限的問題。然而，即便預算法對此無授權，購買光碟行為也不該當本條罪名，因為本條的保護法益為企業支配者（Geschäftsherr）的財產，而非其處置權限。是以，當行政機關未遵守預算法的規定，例如違反支用事項及時間限制之原則⁷⁵，即使可能構成支配權的侵害或者違反預算目的，但皆未導致財產損害。真正具有決定性的因素是，由於行為人違反義務的行為，公共資產從經濟角度觀察可認受有減損。挪用雖造成一時的財產損害，但同時也得有利益，得以兩相平衡，基本上是受到容許的⁷⁶。因此，若公部門追回稅款的總額超過買入光碟的價格時，就不能認定有預算背信，此時不僅並未造成財政機關財產上的不利，反而是帶來利益⁷⁷。

雖然有意見認為，事後追回的稅款對於財政支出僅帶來不顯著的補償⁷⁸，但至少在行政機關預先檢驗資訊價值的情況中，這樣的疑慮是不會成真的。行政機關向情報提供者付款，隨之取得的是以稅捐請求權形式出現的經濟利益，即使其須經過進一步的請求以及占有方能轉化為具體的現實利益，仍然是可以期待的補

⁷³ Vgl. Kaiser, Zulässigkeit des Ankaufs deliktisch erlangter Steuerdaten, NStZ 2011, 383, 388; Ostendorf, Gekaufte Strafverfolgung Die Strafbarkeit des Erwerbs von „geklauten“ Steuerdaten und ihre Beweisverwertung, ZIS 2010, 301, 304; a. A. Trüg/Habetha, Die "Liechtensteiner Steueraffäre" - Strafverfolgung durch die Begehung von Straftaten?, NJW 2008, 887, 889. (認為追訴犯罪雖是買進人的最終目的，但確保前行為人的不法利益至少是中間目的)。

⁷⁴ § 266 I StGB: Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, missbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

⁷⁵ § 27 HGrG (Haushaltsgrundsatzgesetz), 此係指預算計畫當中可特定預算使用之目的及時期。

⁷⁶ Dierlamm, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 266 Rn. 181.

⁷⁷ Kaiser, Zulässigkeit des Ankaufs deliktisch erlangter Steuerdaten, NStZ 2011, 383, 389.

⁷⁸ Ignor/Jahn, Der Staat kann auch anders - Die Schweizer Daten-CDs und das deutsche Strafrecht, JuS 2010, 390.

償⁷⁹。

肆、酬謝或贊許犯罪

本罪的成立以酬謝或贊許特定經明文列舉的犯罪為要件（德國刑法第 140 條參照），而本案所可能涉及的企業機密間諜行為，無論如何不落在該條所定之罪名範圍內⁸⁰。

伍、公然煽惑犯罪

本罪成立以行為人透過集會或書面傳播方式公然煽惑他人犯罪為要件（相當於我國刑法第 153 條），此處所指的煽惑具有呼籲的特性，惟在本案當中，縱使德國政府的高價收購行為可能一舉帶動日後相類犯罪的風氣，亦不具有此項特性。因此不該當本罪⁸¹。

陸、聯邦資料保護法第 44 條

依聯邦資料保護法（Bundesdatenschutzgesetz）第 44 條第 1 項之規定⁸²，為得到酬勞，或意圖為自己或他人的利益、或損害他人而為前條第 2 項之行為者，構成本罪。先不論構成要件行為為何，在此也無法合乎本罪的主觀構成要件，因為公務員一來不具有得到報酬之目的，二來也不具為自己或他人之利益的意圖。就前者言，雖公務員因執行職務而得到薪資，但該薪資係由於其一般性的職務行為，而非特因稅務光碟案而給付，故並非刑法定義下的「回報⁸³」；就後者言，德國稅務機關也不是「意圖為他人之利益」的指涉對象，因此處的利益僅限於不正利益，而稅務機關追回逃漏稅並不屬之⁸⁴。此外，稅務機關買入光碟的行為亦可援引刑事訴訟法第 161 條作為依據（參見下述第二目、貳）。

⁷⁹ Kaiser, Zulässigkeit des Ankaufs deliktisch erlangter Steuerdaten, NSTZ 2011, 383, 390.

⁸⁰ Ostendorf, Gekaufte Strafverfolgung Die Strafbarkeit des Erwerbs von „geklauten“ Steuerdaten und ihre Beweisverwertung, ZIS 2010, 301, 304; Satzger, Der Staat als „Hehler“ ? - Zur Strafbarkeit des Ankaufs rechtswidrig erlangter Bankdaten durch deutsche Behörden, in: FS-Achenbach, 2011, S. 456.

⁸¹ Ostendorf, Gekaufte Strafverfolgung Die Strafbarkeit des Erwerbs von „geklauten“ Steuerdaten und ihre Beweisverwertung, ZIS 2010, 301, 305; Satzger, Der Staat als „Hehler“ ? - Zur Strafbarkeit des Ankaufs rechtswidrig erlangter Bankdaten durch deutsche Behörden, in: FS-Achenbach, 2011, S. 456.

⁸² § 44 I BDSG: Wer eine in § 43 Abs. 2 bezeichnete vorsätzliche Handlung gegen Entgelt oder in der Absicht, sich oder einen anderen zu bereichern oder einen anderen zu schädigen, begeht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

⁸³ § 11 I Nr. 9 StGB: Entgelt: jede in einem Vermögensvorteil bestehende Gegenleistung.

⁸⁴ Vgl. Kaiser, Zulässigkeit des Ankaufs deliktisch erlangter Steuerdaten, NSTZ 2011, 383, 388; Ostendorf, Gekaufte Strafverfolgung Die Strafbarkeit des Erwerbs von „geklauten“ Steuerdaten und ihre Beweisverwertung, ZIS 2010, 301, 305; Satzger, Der Staat als „Hehler“ ? - Zur Strafbarkeit des Ankaufs rechtswidrig erlangter Bankdaten durch deutsche Behörden, in: FS-Achenbach, 2011, S. 456.

第二目 共犯行為

在確認德國公務員買入光碟不構成正犯行為之後，仍然要檢驗是否有構成共犯的可能。雖本文認為情報轉賣之行為不構成犯罪（上文第三節、第二項、第一款），而基於共犯從屬性原則，德國政府之行為當亦不構成共犯（狹義，指教唆犯或幫助犯）。然亦有相當一部分的意見認光碟交易構成可罰的刑事犯罪，故以下繼續討論稅務機關買入光碟所可能構成的共犯類型及罪名。

壹、刺探電磁紀錄罪及企業間諜罪

前文已論及的刺探電磁紀錄罪以及不正競爭防制法第 17 條第 1 項之企業間諜罪，此二罪名在構成要件上具有相當程度的共通性，皆處罰無權而取得他人秘密之行為，故一併討論。

依照共犯從屬性理論，共犯必須要從屬於不法的正犯行為，因此其成立前提是正犯行為受德國刑法所規制，然此處所涉之正犯行為已確定不在德國刑法的適用範圍之內（上文第三節、第二項、第一款），乍看之下無成立共犯的空間。不過，德國刑法對此情形設有規範，明文行為人在國內對於國外正犯所為的共犯行為，仍有德國刑法適用⁸⁵。基此，無可處罰的正犯行為與處罰共犯行為之間並不必然互斥。惟不論如何，當線民提出購買要約時，其取得他人秘密之行為已經終了，依照共犯從屬性理論，購買光碟之公務員無法成立共犯⁸⁶。

貳、不正競爭防制法第 17 條第 2 項第 2 款

一、教唆犯

雖有部分見解認為買進光碟成立本罪之教唆犯⁸⁷，然而教唆犯的成立前提在

⁸⁵ § 9 II 2 StGB: Hat der Teilnehmer an einer Auslandstat im Inland gehandelt, so gilt für die Teilnahme das deutsche Strafrecht, auch wenn die Tat nach dem Recht des Tatorts nicht mit Strafe bedroht ist.

⁸⁶ Vgl. Kaiser, Zulässigkeit des Ankaufs deliktisch erlangter Steuerdaten, NStZ 2011, 383, 388; Satzger, Der Staat als „Hehler“? - Zur Strafbarkeit des Ankaufs rechtswidrig erlangter Bankdaten durch deutsche Behörden, in: FS-Achenbach, 2011, S. 457; Sieber, Ermittlungen in Sachen Liechtenstein - Fragen und erste Antworten, NJW 2008, 881, 884.

⁸⁷ Vgl. Kauffmann, Die Affäre Liechtenstein und Schweiz in der Praxis. Zur Verwertbarkeit der angekauften Steuerdaten-CD im Strafverfahren, JA 2010, 597; Schünemann, Die Liechtensteiner Steueraffäre als Menetekel des Rechtsstaats, NStZ 2008, 305, 308.; Trüg /Habetha, Beweisverwertung trotz rechtswidriger Beweisgewinnung - insbesondere mit Blick auf die "Liechtensteiner Steueraffäre",

於使他人產生犯罪決意，對於本來就有確定犯意之人，已無從成立教唆犯，至多僅能視情成立精神幫助犯⁸⁸。本案的情況顯示，行為人早已確定其轉賣光碟的行為決意，只是以是否獲得報酬作為行為條件，這個條件並不涉及主觀上行為與否的決定，而是純粹客觀外在的情勢，因此無法構成教唆行為⁸⁹。

此外，認為購買光碟對於未來的相似行為具有教唆效果的說法也難以成立，因為教唆行為必須在客觀上具有針對性及溝通性的影響力，惟此未見此二要素。更甚者，要說對未來有教唆效果，也欠缺對於構成要件行為、時、地的具體挑唆內容，甚至連挑唆對象亦不明，尚不構成刑法上的教唆⁹⁰。

二、幫助犯

與教唆犯相同，為數不少的意見認為稅務機關藉由比對樣本，以及承諾給予私人金錢以取得光碟，構成本罪的幫助犯⁹¹。然而在構成要件的討論之後，進一步要解決的是公務員收買光碟有無可主張的阻卻違法事由。結論上，本案的公務員可以德國刑事訴訟法第 161 條以及租稅通則第 399 條及第 404 條為據，主張購買光碟乃依法令之行為而阻卻違法。

(一) 偵查程序自由形成原則作為阻卻違法事由

首先，聯邦憲法法院於 2009 年的判決當中即曾指出，刑事追訴機關的措施若未造成嚴重的基本權干預，可以德國刑事訴訟法第 161 條作為依據⁹²，依照該

NStZ 2008, 481, 489.

⁸⁸ 林鈺雄，〈新刑法總則〉，2011 年，頁 462。

⁸⁹ Vgl. Ostendorf, Gekaufte Strafverfolgung Die Strafbarkeit des Erwerbs von „geklauten“ Steuerdaten und ihre Beweisverwertung, ZIS 2010, 301, 305; Satzger, Der Staat als „Hehler“ ? - Zur Strafbarkeit des Ankaufs rechtswidrig erlangter Bankdaten durch deutsche Behörden, in: FS-Achenbach, 2011, S. 458.

⁹⁰ Vgl. Satzger, Der Staat als „Hehler“ ? - Zur Strafbarkeit des Ankaufs rechtswidrig erlangter Bankdaten durch deutsche Behörden, in: FS-Achenbach, 2011, S. 458; Trüg, Steuerdaten-CDs und die Verwertung im Strafprozess, StV 2011, 111, 113.

⁹¹ Vgl. Heine, Beweisverbote und Völkerrecht: Die Affäre Liechtenstein in der Praxis, HRRS 2009, 540; Kauffmann, Die Affäre Liechtenstein und Schweiz in der Praxis. Zur Verwertbarkeit der angekauften Steuerdaten-CD im Strafverfahren, JA 2010, 597; Kelnhofer/Krug, Der Fall LGT Liechtenstein - Beweisführung mit Material aus Straftaten im Auftrag des deutschen Fiskus?, StV 2008, 664; Pawlik, Zur strafprozessualen Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter ausländischer Bankdaten, JZ 2010, 693, 699; Schönemann, Die Liechtensteiner Steueraffäre als Menetekel des Rechtsstaats, NStZ 2008, 305, 308; Sieber, Ermittlungen in Sachen Liechtenstein - Fragen und erste Antworten, NJW 2008, 881, 883; Trüg/Habetha, Beweisverwertung trotz rechtswidriger Beweisgewinnung - insbesondere mit Blick auf die "Liechtensteiner Steueraffäre", NStZ 2008, 481, 489; dies, NJW 2008, 887, 888.

⁹² Vgl. Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 2011, Rn. 2512; BVerfG, NJW 2009, 2876, 2877; § 161 I StPO: Zu dem in § 160 Abs. 1 bis 3 bezeichneten Zweck ist die Staatsanwaltschaft befugt, von allen Behörden Auskunft zu verlangen und **Ermittlungen jeder Art** entweder selbst vorzunehmen oder durch die Behörden und Beamten des Polizeidienstes vornehmen zu lassen, soweit nicht andere gesetzliche

條規定，檢察官為達到追訴目的，得任意採擇偵查方式，此亦為偵查程序自由形成原則的規範基礎⁹³。我國法雖無類似的明文，惟學者認為刑事訴訟法第 228 條第 1 項、第 230 條第 2 項之規定，應可作為一般性的授權規範基礎⁹⁴。

以此為出發點，即便銀行客戶的帳戶資料落入資訊自決權以及基本法所保障的一般人格權範圍之內（參下文第三項、第二款、第一目、壹），但資訊內容僅是帳戶所有人及存款額度，以聯邦憲法法院所發展出的三階領域理論⁹⁵觀察，不過是外圍領域的社交範圍，並不涉及特別重大的基本權干預。其次，在權衡社交領域的秘密利益保護、國家租稅請求權以及刑事追訴利益的維護孰先孰後時，租稅通則第 90 條第 2 項規定關係人應陳述稅務資訊之明文扮演了重要角色，因為藉由本規定可得知立法者已做出後者較值得保護的價值決定。既然本案當中欠缺重大基本權干預的情形，德國刑事訴訟法第 161 條作為授權依據已足夠⁹⁶。另依照租稅通則第 399 條第 1 項的規定⁹⁷，當稅務機關獨立調查稅務犯罪時，具有檢察官在偵查程序中的權利及義務。這些程序法上的權限規定通常可作為實體法的內容填充規範以及具體規定，在兩者競合時具有阻卻違法的效果⁹⁸。故稅務機關買進光碟可以上述程序法規範作為正當化事由，阻卻行為之違法性。

（二）緊急避難作為阻卻違法事由？

另外，同於線民的阻卻違法事由的討論，在此或有意見認為德國政府也可主張行為合乎刑法上之緊急避難而阻卻違法。但是國家的基本權干預行為是否可以援引此條規定，實在是令人存疑的，因為國家種種的權利干預措施應以個別的授權規範作為依據，若承認緊急避難的可適用性，等同提供了公權力從具體規範通

Vorschriften ihre Befugnisse besonders regeln. Die Behörden und Beamten des Polizeidienstes sind verpflichtet, dem Ersuchen oder Auftrag der Staatsanwaltschaft zu genügen, und in diesem Falle befugt, von allen Behörden Auskunft zu verlangen.（強調處為本文所加）

⁹³ Pfeiffer, Strafprozessordnung, 2005, § 161 Rn. 7.

⁹⁴ 詳見林鈺雄，〈干預保留與門檻理論—司法警察（官）一般調查權限之理論檢討〉，《政大法學評論》，第 96 期，2007 年 4 月，頁 189 以下，頁 214 以下。

⁹⁵ 三階領域理論之內容，請參上文第三章、第三節、第五項、第四款、第二目。

⁹⁶ Vgl. Pawlik, Zur strafprozessualen Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter ausländischer Bankdaten, JZ 2010, 693, 697; Satzger, Der Staat als „Hehler“? - Zur Strafbarkeit des Ankaufs rechtswidrig erlangter Bankdaten durch deutsche Behörden, in: FS-Achenbach, 2011, S. 459; ablehnend Beulke, Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, JURA 2008, 653, 665; Kühne, Die Verwertbarkeit von illegal erlangten Steuerdaten im Strafverfahren, in: FS-Roxin, 2011, S. 1280.（認為買入光碟並非立法所預設）

⁹⁷ § 399 I AO: Führt die Finanzbehörde das Ermittlungsverfahren auf Grund des § 386 Abs. 2 selbständig durch, so nimmt sie die Rechte und Pflichten wahr, die der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren zustehen.

⁹⁸ Sieber, Ermittlungen in Sachen Liechtenstein - Fragen und erste Antworten, NJW 2008, 881, 884.

逃的捷徑，此絕非立法之初的設想，故無法適用緊急避難作為行為依據⁹⁹。

第三目 小結

縱上所述，稅務機關買進光碟不構成可罰之正犯行為。在共犯行為方面，因共犯從屬性之緣故，亦無成立共犯之可能，而縱認為有可資從屬之正犯行為，也不具有不法的教唆或幫助行為，因此收購光碟不具刑法可罰性。

第二項 程序法層面

第一款 取證之行為階段

本案爭議的租稅光碟，在線民最初的拷貝行為之後，經過一連串的旅游，先停留在情報局手中，最後再由情報局轉交給稅務稽徵機關。若採較限縮的觀點，則僅有私人取得光碟的此一行為階段構成「證據取得」，之後的購買、轉交則不屬之；但若採較擴張的看法，則私人拷貝資料及至稅務機關取得光碟的多階段過程皆可涵蓋在證據取得的概念之下。因此首先要對證據取得作概念說明。

第一目 證據取得之概念

若把「證據取得」理解為私人將潛在的證據資料從封閉空間取走，交給調查機關的過程，那本案涉及的是單純的私人取證，依照多數見解，除非例外在個案當中存有人性尊嚴之侵害，或者證據調查程序造成過度的基本權干預，否則基本上肯認其證據能力，此已如前章所述。本案中，例外禁止證據的情形並不存在，因為以數位方式竊取資料，和人性尊嚴侵害之間是八竿子打不著的兩件事；而在證據調查的過程中，重大稅務犯罪的追訴利益也可衡平對於基本權之干預。另外，當私人受到國家委託或支配時，私人之違法行為將因可歸責於國家而適用依附性使用禁止之法則，但此乃是自發性的私人取證。由此可知，此理解下的通常結論為肯定光碟之證據能力。

其次，回到較上位的證據禁止理論，尤其是實務向來青睞的權衡理論。證據能力往往是在國家機關違法取證、且違法態樣及程度具有比追訴利益更為重大的

⁹⁹ Vgl. Satzger, Der Staat als „Hehler“ ? - Zur Strafbarkeit des Ankaufs rechtswidrig erlangter Bankdaten durch deutsche Behörden, in: FS-Achenbach, 2011, S. 460; Sieber, Ermittlungen in Sachen Liechtenstein - Fragen und erste Antworten, NJW 2008, 881, 885; Trüg/Habetha, Die "Liechtensteiner Steueraffäre" - Strafverfolgung durch die Begehung von Straftaten?, NJW 2008, 887, 890.

意義之時才會被排除。相形之下，私人違法取證所得到的關注遠不及於國家機關的違法取證。將限縮的證據取得概念與實務偏好的權衡理論、原則不排除私人違法取得的立場相互結合，結論將是在私人違法取證的情形中，少有導致證據禁止的機會¹⁰⁰。由此可看出，對於證據取得的概念認定寬窄，將直接對於本案的證據來源乃至於證據能力的評斷造成影響。

第二目 擴張的證據取得概念

理應極度保密的帳戶資料，最終之所以成為攤在陽光下的證據，實構築在**兩階段的過程**之上：線民取得相關素材之後，再透過國家機關的接收，才讓情報、線索轉化成為真正的證據資料；若只把私人取證納入考量，那對證據取得問題的掌握將有所不足，故而必須在私人取證行為之外，將證據取得之概念更加延伸。當個案中顯示國家的分擔取證涉有違法（例如違法搜索取得私人違法取得之物），此擴張的取證過程中即顯示出國家的原始違法成分，必須進一步確認是否因國家違法取證而有依附性證據禁止的可能¹⁰¹。應予釐清的是，這時的證據使用禁止，乃是直接起因於國家本身的違法取證，與因私人違法之歸責間接所致的證據禁止有所不同。

第二款 各階行為之程序合法性

既然證據取得不限於單一階段，也可能是由多階行為所組成的連續過程，那麼各部分的合法性應區分討論。以下按照時序先後討論程序合法性：首先是稅務機關為取得光碟而付款予私人之行為（第一目）；其次是情報局取得私人交付之光碟（第二目）；最後則是情報局將光碟轉交稅務機關之程序階段（第三目）。

第一目 階段一：稅務機關購買光碟

壹、內國法層次

一、具體授權規範之必要性？

¹⁰⁰ Vgl. Kölbel, Zur Verwertbarkeit privat-deliktisch beschaffter Bankdaten - Ein Kommentar zur causa „Kieber“, NStZ 2008, 241, 242.

¹⁰¹ Vgl. Kölbel, Zur Verwertbarkeit privat-deliktisch beschaffter Bankdaten - Ein Kommentar zur causa „Kieber“, NStZ 2008, 241, 242; Ostendorf, Gekaufte Strafverfolgung Die Strafbarkeit des Erwerbs von „geklauten“ Steuerdaten und ihre Beweisverwertung, ZIS 2010, 301, 307; Trüg, Steuerdaten-CDs und die Verwertung im Strafprozess, StV 2011, 111, 116.

國家行為固然多半以具體的授權規範作為前提，但並不能斷言欠缺具體規範即構成違法。因為有時法定的任務分配規範（gesetzliche Aufgabenzuweisung）即已足夠¹⁰²。當然，假若公權力行為已涉及人民基本權之重大影響時，當有法律保留原則之適用。從本節第二項、第二款、第二目、貳介紹的「偵查程序自由形成原則」作為未嚴重干預基本權措施之依據可得知，法律保留之密度必須與基本權之干預程度相互契合。

本案中，不論是租稅通則、刑事訴訟法或其他法領域皆未有足資作為光碟購買依據的具體規範存在。因此接下來的問題是，稅務機關買入光碟的行為是否造成人民的（重大）基本權干預？就此涉及的是資訊自決權的干預合憲性審查。當結論是購買光碟構成基本權之重大干預，那稅務機關之行為將因違反法律保留原則而具有形式合法性之瑕疵。

（一）資訊自決權之基本權干預

資訊自決權係指每個人基本上有權自我決定，是否將個人資料交付他人。易言之，個人資料非經本人許諾，不得任意蒐集、儲存、運用及傳遞，若基於公益理由而須限制該權利，必須符合憲法上要求之原則。資訊自決權肯認每一個人對於涉及自己資料提供、利用的決定過程，有積極參與及形成自我決定之可能，且得以之作為抗拒他人恣意干涉之消極自由權¹⁰³。

然而，資訊自決權作為基本法所確保的基本權利之一，與基本法的適用範圍有不可分的關係。就此而言，基本法的適用範圍原則上僅及於國境之內，假設本案的被害銀行位於德國本土，其所持有的客戶資訊亦受資訊自決權的保護並無疑問。但在此的問題是，該銀行為境外的外國法人，而**外國法人**的客戶資料原則上不受德國基本法的保護¹⁰⁴，因此亦無所謂的資訊自決權。但接下來的問題是，該光碟中所包含的德國納稅義務人資料，是否受資訊自決權之保護？答案應為否定，蓋本案的納稅義務人為規避課稅而將部分資產轉移至德國境外，既然其決定將財產安放於德國法效力所不及之處，則前後一致的結論是，該財產也不受基本法保障範圍涵蓋，故非資訊自決權之保護對象¹⁰⁵。

¹⁰² Kaiser, Zulässigkeit des Ankaufs deliktisch erlangter Steuerdaten, NStZ 2011, 383, 385.

¹⁰³ 李震山，〈論資訊自決權〉，《人性尊嚴與人權保障》，2000年，頁284以下。

¹⁰⁴ 此為德國通說，相關爭議可參 Wolfgang Rübner 著，蔡震榮譯，〈基本權利的個人關聯性與法人的基本權利保護〉，收錄於《德國聯邦憲法法院五十周年紀念論文集》，下冊，2010年，頁65以下，頁79以下。

¹⁰⁵ Kaiser, Zulässigkeit des Ankaufs deliktisch erlangter Steuerdaten, NStZ 2011, 383, 386; ablehnend. Satzger, Der Staat als „Hehler“? - Zur Strafbarkeit des Ankaufs rechtswidrig erlangter Bankdaten

即便退一步認為納稅義務人可主張資訊自決權，那接下來要檢驗的是行政機關購買光碟之行為是否造成基本權干預。就此，購買光碟的可能行為態樣有二：第一種情形是，行政機關主動向線民聯繫收購事宜。此時的法律關係只發生在國家與資料的賣家之間，與資訊內容所涉之人無關，因為買入光碟過程當中的種種行為，包括對提供情報者給予報酬，皆不造成納稅義務人之基本權干預，因此在這一類的行為態樣中不具備基本權干預的要件；此外，第二種類型則是線民主動向行政機關提出要約。在此情形下，線民會先提供部分資料作為樣本，以供稅務機關比對。對於被作為比對樣本之納稅義務人言，行政機關之行為固然造成其資訊自決權的干預，不過那也是因為基於資料的「使用」，就使用後發生的「購買」一事而言，仍不造成其基本權侵害¹⁰⁶。

（二）小結

經由前述的檢驗可知，國家向線民收購光碟的行為本身尚不致於造成資訊自決權的干預，因此即便欠缺具體的行為依據，國家仍得買入光碟¹⁰⁷。另外，以下接續介紹的兩階段行為（情報局取得光碟及之後的轉交）也基於同樣的理由而無具體授權規範之必要性，因此不再重複討論。

二、購買光碟的一般授權規範

基於前述討論可知，稅務機關購買光碟的行為本身並不造成逃漏稅行為人的基本權侵害，未必要以具體授權規範作為前提。故需要確認的僅是購買光碟的一般授權依據為何。

（一）稅務法規的授權規範

依照基本法第 118 條之規定，非專屬於聯邦財政機關管理之事項，由各邦財政機關管理之，而依照基本法第 106 條之規定，所得稅更是聯邦以及各邦皆得納入之稅收。依此，在基本法的層級上，各邦掌管稅務行政事項。至於稅務事項之內涵，除了課徵稅收之外，尚包括追訴稅務犯罪；依照租稅通則第 208 條第 1

durch deutsche Behörden, in: FS-Achenbach, 2011, S. 458.

¹⁰⁶ Kaiser, Zulässigkeit des Ankaufs deliktisch erlangter Steuerdaten, NStZ 2011, 383, 386 f; Kölbel, Zur Verwertbarkeit privat-deliktisch beschaffter Bankdaten - Ein Kommentar zur causa „Kieber“, NStZ 2008, 241, 243.

¹⁰⁷ Kölbel, Zur Verwertbarkeit privat-deliktisch beschaffter Bankdaten - Ein Kommentar zur causa „Kieber“, NStZ 2008, 241, 243.

項之規定，稅務稽徵機關對於調查不明稅務事實及稅務犯罪亦為有權機關；再依同條項第 2 款之規定，此時稅務機關享有依據刑事訴訟法的廣泛調查權限（比較我國稅捐稽徵法第 30 條以下）。因此確切來說，購買光碟是財政部職權範圍內的固有權限¹⁰⁸。

（二）刑事訴訟法之授權規範

在前文關於光碟購買的實體法效果討論中，已介紹過購買光碟可主張的阻卻違法事由，包括德國租稅通則第 399 條及刑事訴訟法第 161 條之偵查程序自由形成原則所賦予之廣泛偵查權限等（參見本節第二項、第二款、第二目、貳），該些阻卻違法事由同時即為稅務機關於行為法上的一般授權依據，因此不再贅述。

三、購買光碟的預算法規範

（一）預算法授權規範

基本上，行政機關的預算係透過年度預算計畫預先編列，在此，預算的支用必須遵守事務及時期之限制（德國聯邦預算法第 45 條參照），聯邦及各邦的支出依照支用目之不同加以區分，並編製在各自的預算項目之下。但德國當年的年度預算計畫當中，並無編列支付購買稅務資訊的費用，是否構成預算法（Haushaltsgrundsatzgesetz）的違反？或有認為收買光碟和稅務刑事案件的調查相關，故可歸入「一般訴訟費用」的項目下。但可想而知的是，在編列預算之初，無人預料到行政機關會為了取得光碟而花費高達數百萬歐元的費用，此實為**逾越計畫**的支出，無法列入該項目之下¹⁰⁹。

然而，立法者對逾越計畫的支出也早已未雨綢繆。例如 Baden- Württemberg 邦預算法第 37 條第 1 項¹¹⁰即規定，逾越計畫或計畫外之支出，須經邦經濟及財政部長核准。經濟及財政部長僅於該支出**無法事先預見且必要時**，方得核准。而

¹⁰⁸ Kaiser, Zulässigkeit des Ankaufs deliktisch erlangter Steuerdaten, NStZ 2011, 383, 385.

¹⁰⁹ Vgl. Kaiser, Zulässigkeit des Ankaufs deliktisch erlangter Steuerdaten, NStZ 2011, 383, 387.

¹¹⁰ § 37 I LHO BW: Über- und ausserplanmässige Ausgaben bedürfen der Einwilligung des Finanz- und Wirtschaftsministerium. Sie darf nur im Falle eines **unvorhergesehenen und unabweisbaren Bedürfnisses** erteilt werden. Als unabweisbar ist ein Bedürfnis insbesondere nicht anzusehen, wenn nach Lage des Einzelfalles ein Nachtragshaushaltsgesetz rechtzeitig herbeigeführt oder die Ausgabe bis zum nächsten Haushaltsgesetz zurückgestellt werden kann. Eines Nachtragshaushaltsgesetzes bedarf es nicht, wenn die Mehrausgabe im Einzelfall einen im Haushaltsgesetz festzulegenden Betrag nicht überschreitet, wenn Rechtsverpflichtungen zu erfüllen sind oder soweit Ausgabemittel von anderer Seite zweckgebunden zur Verfügung gestellt werden.（強調處為本文所加）

究竟是否存有上述的需求，絕大部分乃是取決於政治判斷，司法僅能為有限的審查。將此套用至本案，在線民提出購買要約之時，若是稅務機關未予承諾，其絕無可能得到光碟，且在同一時期，線民也可能撤回其要約（例如銀行表示願以高價買回光碟），故可肯認光碟購買的必要性，部門首長的核准並無違法之處¹¹¹。

（二）節約原則

依照預算法上的節約原則，各機關應避免不必要的花費。將此原則落實在本案，如果能透過司法互助或扣押的方式取得光碟，則稅務機關無必要花費鉅款買入。然而本案並未存有這種可能性，因為一來列支敦斯登對此類案件不提供司法互助，二來刑事追訴部門無法扣押境外的資料¹¹²，稅務機關僅能藉由事先比對評估光碟的價值來控制支出。因此收購光碟不違反節約原則¹¹³。

貳、國際法層次

在國際法層面上，德國政府並非透過正式的司法互助途徑取得資料，而是向私人買進光碟，此方式是否構成司法互助公約的規避？或者是從另一個方面來說，國家對私人違法行為是否具有可歸責性？對此，聯邦憲法法院僅以恣意禁止標準進行審查，並未給予正面回答（參本章第二節、第一項、第三款），因此目前僅能藉由學說的討論摸索出路。

一、規避歐洲司法互助公約？

（一）國家主權原則

依照**國家主權原則**，國家的主權及於領土之內，立法、司法或行政原則上不受他國的干涉；傳喚國內的證人就國外案件作證，甚至對之採取強制處分，皆不侵害他國主權，惟一旦公權力行為涉及他國領土，該行為就必須透過他國加以支

¹¹¹ Vgl. Kaiser, Zulässigkeit des Ankaufs deliktisch erlangter Steuerdaten, NStZ 2011, 383, 387.

¹¹² 若該資料在德國境內，其處理方式可參考 Kühne, Strafrechtliche und moralische Fragen beim staatlichen Ankauf von illegal erlangten Bankdaten, GA 2010, 275, 277 f.，此文並進一步認為當光碟賣家的身分不明，而是透過第三人擔任媒介，此時檢察官得對該人進行扣押而取得證據，並無必要以對價買入；縱該第三人為律師時，亦是如此。雖然德國刑事訴訟法第 160 條 a 禁止對律師實施預期會取得其得行使拒絕證言權資訊之偵查措施，然該條的第 5 項就扣押有除外規定，故適用原先的刑事訴訟法第 97 條，而依照該條，受保護的是「律師－被告」關係，但本案的線民並非被告，因此檢察官得（且必須）對律師進行搜索及扣押。

¹¹³ Vgl. Kaiser, Zulässigkeit des Ankaufs deliktisch erlangter Steuerdaten, NStZ 2011, 383, 387.

援，否則即侵犯他國主權。為兼顧主權及犯罪追訴，乃有司法互助系統的誕生¹¹⁴。據此，若被告從境外被綁架至追訴國境內，會被認定是違反他國主權權限¹¹⁵；其次，當特別保留原則¹¹⁶（Spezialitätsvorbehalt）未受到遵循，例如引渡程序當中所傳遞的證據資料被用作指定目的以外之用途，也同樣構成國際法的違反，且通常會有證據禁止的效果¹¹⁷。

（二）跨境的證據取得：唯司法互助獨尊？

雖然司法互助提供了國際刑事分工的橋樑，但歐洲刑事案件司法互助公約（下稱「司法互助公約」）第 2 條 a 賦予公約國拒絕提供稅務刑事案件司法互助的權利¹¹⁸，而列支敦斯登確實亦可能拒絕此項請求¹¹⁹，這正是本案的特殊之處。雖然在買進光碟的時點，並無具體刑事案件的存在，僅為單純的情資交換，但歐洲各國相互就與個人相關的情報傳遞，仍為基本權的干預行為¹²⁰。在此背景事實之下，德國買進光碟是否規避了司法互助公約？

1、肯定公約規避之見解

首先，有認為在受請求國拒絕提供司法互助的前提之下，若仍允許請求國以購買資訊的方式取得證據資料，等同規避公約¹²¹，有證據禁止的可能¹²²。且光

¹¹⁴ Vgl. Coen, Ankauf und Verwertung deliktisch beschaffter Beweismittel in Steuerstrafverfahren aus volkerrechtlicher Sicht, NStZ 2011, 433; Pawlik, Zur strafprozessualen Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter ausländischer Bankdaten, JZ 2010, 693, 694.

¹¹⁵ Heine, Beweisverbote und Völkerrecht: Die Affäre Liechtenstein in der Praxis, HRRS 2009, 540, 542.

¹¹⁶ Gless, Beweisverbote in Fällen mit Auslandsbezug, JR 2008, 317, 323; Pawlik, Zur strafprozessualen Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter ausländischer Bankdaten, JZ 2010, 693, 694; 特別保留原則（或稱特定主義）係指被請求國將其境內之人引渡到他國時，可設定條件，要求請求國就引渡所得之證據僅用作特定用途，例如追訴特定罪名或特定被告。請參閱吳景芳，〈國際刑事司法互助基本原則之探討〉，《國立台灣大學法學論叢》，第 23 卷第 2 期，1994 年 6 月，頁 331 以下，頁 342。

¹¹⁷ Heine, Beweisverbote und Völkerrecht: Die Affäre Liechtenstein in der Praxis, HRRS 2009, 540, 542; Pawlik, Zur strafprozessualen Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter ausländischer Bankdaten, JZ 2010, 693, 694.

¹¹⁸ Art. 2 a des Europäischen Übereinkommen vom 20. April 1959 über die Rechtshilfe in Strafsachen (zit. Europäisches Rechtshilfeübereinkommen): Die Rechtshilfe kann verweigert werden: wenn sich das Ersuchen auf strafbare Handlungen bezieht, die vom ersuchten Staat als politische, als mit solchen zusammenhängende oder als fiskalische strafbare Handlungen angesehen werden.

¹¹⁹ Vgl. Pawlik, Zur strafprozessualen Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter ausländischer Bankdaten, JZ 2010, 693, 694, Fn. 13. 1978 年對司法互助公約作成的附加議定書中，已取消例外得拒絕提供互助之規定，但列支敦斯登及瑞士並未簽署該附加議定書。然而在 2008 年簽署申根公約並加入歐盟反詐欺條約後，列支敦斯登基本上已擴張其司法互助範圍至稅務案件。

¹²⁰ Zöller, Der Austausch von Strafverfolgungsdaten zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ZIS 2011, 64, 65.

¹²¹ Kelnhofer/Krug, Der Fall LGT Liechtenstein - Beweisführung mit Material aus Straftaten im Auftrag des deutschen Fiskus?, StV 2008, 660, 666.

碟雖不是用強制力取得，但仍然是透過構成犯罪之手段，乃是前述的綁架被告至國外（即追訴國之境內）的對照，透過向私人買進光碟以進行刑事追訴，是不受容許的國際法違反行為¹²³。

2、否定公約規避之見解

惟反對意見則認為，從司法互助公約的條文及立法目的來看，無法肯定本案中存在規避。首先，公約第 1 條僅揭示公約國在符合該條所定之前提要件時，有**提供司法協助之義務**¹²⁴，並未通盤要求成員國僅能藉由司法互助之途徑取得位於他國之證據；再者，回到制度背後的思考，當國家進行跨境追訴時，雖受他國的主權影響而必須縮減調查範圍，但另一方面也無法將犯罪追訴的廣泛調查義務棄之不顧，考量到此時所面臨的兩難局面，才設計出由外國協助調查的制度。換言之，**司法互助本身並不是自我目的**，其負有幫助國家追訴犯罪之使命，若是倒果為因地將司法互助以外的取證途徑關閉，與此立法目的豈非背道而馳，因此實無禁止國家採用未侵犯他國主權的方式取得證據之理¹²⁵。在本案當中，如果是德國的刑事追訴機關在列支敦斯登境內取得證據，固然應循司法互助的途徑，但按常情不會如此，較合理的情況或許是在第三國交付，雖無法得知該第三國是否同意此事，但同意亦非必要，非正式地透過關係國的協商達成亦無不可¹²⁶，因此向線民購買光碟並不存有對列支敦斯登的主權侵害。

最後，若認為司法互助是國家刑事追訴不得逾越的界線，其實際上的後果是，當追訴國未藉由司法互助體系傳遞資料時，該資訊即不可侵犯，且縱使是資料持有者自動自發將資訊傳遞出去時，也是如此，否則豈不是一個國民就可支配全國的主權？此外，這條界線也不能僅限於銀行資料，必須一體適用，例如兒童色情圖片的買家，在一個就此類案例不提供司法協助的國家中持有這些圖片，在

¹²² Gless, Beweisverbote in Fällen mit Auslandsbezug, JR 2008, 317, 323.

¹²³ Vgl. Heine, Beweisverbote und Völkerrecht: Die Affäre Liechtenstein in der Praxis, HRRS 2009, 540, 543.; Schünemann, Die Liechtensteiner Steueraffäre als Menetekel des Rechtsstaates, NSTZ 2008, 305, 307.; Spatscheck, in: FS-Volk, 2009, S. 781.

¹²⁴ Art. 1 des Europäischen Rechtshilfeübereinkommen: Die Vertragsparteien verpflichten sich, gemäss den Bestimmungen dieses Übereinkommens einander soweit wie möglich Rechtshilfe zu leisten in allen Verfahren hinsichtlich strafbarer Handlungen, zu deren Verfolgung in dem Zeitpunkt, in dem um Rechtshilfe ersucht wird, die Justizbehörden des ersuchenden Staates zuständig sind.

¹²⁵ Vgl. Coen, Ankauf und Verwertung deliktisch beschaffter Beweismittel in Strafverfahren aus volkerrechtlicher Sicht, NSTZ 2011, 433; Kühne, Die Verwertbarkeit von illegal erlangten Steuerdaten im Strafverfahren, in: FS-Roxin, 2011, S. 1278; Pawlik, Zur strafprozessualen Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter ausländischer Bankdaten, JZ 2010, 693, 694.

¹²⁶ Vgl. Beulke, Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, JURA 2008, 653, 664; Coen, Ankauf und Verwertung deliktisch beschaffter Beweismittel in Strafverfahren aus volkerrechtlicher Sicht, NSTZ 2011, 434.

這個想像的例子中，追訴機關似乎只能乾瞪眼，而無能為力去追訴犯罪。如果人們不打算走這麼極端的路線，那最終要認知到，有鑒於世界各國對銀行資料保護必然有不同的程度，將買入銀行資料評價為明顯的國際法違反乃過猶不及¹²⁷。

3、小結

確認是否構成公約規避時，探求立法目的以及文義乃較可靠的論證方式。既然承認國家基於其主權得對居住於國境內之人進行課稅，為了滿足此目的，政府當可盡力取得相關的國內外資訊¹²⁸，而非僅司法互助一途，尤其是在該資訊無法透過司法互助等途徑所取得之時更是如此，因此本案並不存有公約規避。

二、國家可歸責性

接著要討論的是國家對於私人行為之可歸責性。一個大原則是，私人所為之違法行為，基本上不可歸責於國家，僅在例外認為國家對此具有可歸責性時，方肯認之。

（一）國際法上的歸責標準

在國際法上，當一行為可明確歸責給某國時，可確認該國構成公約違反，此並無疑義。然而有疑問的是，若國家的可歸責性並不明確時，該如何看待？這類情形例如國家本身並未違反公約，但支持或容任他國的違反公約行為。如歐洲人權法院在 *Soering* 案當中表示英國將被告引渡至美國，使其面臨死刑前的待死現象，有違歐洲人權公約第 3 條免於酷刑及其他不人道待遇的保障¹²⁹。由此可知，國家的可歸責性未必是肇因於國家本身行為直接違反公約。

在涉及私人違法的情形中，若國家具共犯身分或者欠缺注意義務，其可歸責性會例外受到肯認。所謂的**國家共犯**行為，通常係指國家對於私人行為有所指示或控制¹³⁰，若國家雖未事前給予指示，但事後對於該違法行為予以認可，亦屬之；

¹²⁷ Vgl. Wohlers, Anm. zu BVerfG, B. v. 09.11.2010 - 2 BvR 2101/09 - (Wohnungsdurchsuchung auf der Grundlage der Daten einer "Steuer-CD"), JZ 2011, 252, 254.

¹²⁸ Vgl. Kaiser, Zulässigkeit des Ankaufs deliktisch erlangter Steuerdaten, NSTZ 2011, 383, 384.

¹²⁹ Vgl. Gless, Internationales Strafrecht, Grundriss für Studium und Praxis, 2011, S. 18; 另請參閱賴志豪，〈人權法之新開展－論 *Soering* 案對引渡法之影響〉，《月旦法學雜誌》，第 108 期，2004 年 4 月，頁 94 以下。See, ECHR, *Soering v. The United Kingdom*, 1989, Series A no. 161.

¹³⁰ Vgl. Coen, Ankauf und Verwertung deliktisch beschaffter Beweismittel in Steuerstrafverfahren aus volkerrechtlicher Sicht, NSTZ 2011, 434; Pawlik, Zur strafprozessualen Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter ausländischer Bankdaten, JZ 2010, 693, 695.

至於**欠缺注意義務**，除了要求國家善盡注意外，當其消極未對私人行為採取適當的反應（如追訴並處罰犯罪行為），亦會被認為是欠缺注意¹³¹。

在各種歸責可能性當中，聯合國國際法委員會（International Law Commission; ILC）於2001年公布之國家對國際法違反行為之責任草案（以下簡稱「國家責任草案」）第12條特別值得一提¹³²，依該條規定，**當國家行為違反其義務時，不問該義務之來源及本質，構成國際法之義務違反**。雖說草案尚不具法律上拘束力，然其對於國際法的解釋具有重要意義，甚至被認為具有國際習慣法之效力，因此乃是本案受到廣泛討論的國際法上歸責依據。據此，若檢驗得出的結果是國家行為違反義務，則表示國家行為構成國際法之違反，並可能導致光碟證據禁止使用¹³³。

（二）本案分析

首先必須說明的是，德國政府有無可歸責性，在結論上會受到司法互助獨佔取證方式的肯否立場所牽動。雖然本文認為國家取證非僅有司法互助一途，然顧及討論的完整性，以下仍區分此二立場，併陳相關意見。

1、肯定公約規避之見解

若認為國與國之間僅能藉由司法互助途徑的方式獲取證據資料，那德國政府先是買進犯罪取得之光碟，後又利用該光碟進行追訴，透過這些**公權力行為**，原本僅是潛伏在私人方面的危險方得以彰顯，並現實地轉變為規避司法互助。從國際法的角度觀察，真正的引爆點不在私人初始的取證行為，反而是後來的國家參與。國家對於私人違法不予追訴本身就足以招致違反國際法的指摘，更何況是主動利用該違法結果？因此，國家規避司法互助途徑已具有可歸責性，此項義務違反，構成國際法之違反¹³⁴。

¹³¹ Heine, Beweisverbote und Völkerrecht: Die Affäre Liechtenstein in der Praxis, HRRS 2009, 540, 543.

¹³² Entwurf von „Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidrige Handlungen“ (Resolution 56/83 vom 12. 12. 2001) (zit. ILC-Entwurfs); Art. 12 ILC-Entwurfs: Eine Verletzung einer völkerrechtlichen Verpflichtung seitens eines Staates liegt vor, wenn eine Handlung dieses Staates nicht im Einklang mit dem steht, was die Verpflichtung, unabhängig von ihrem Ursprung oder ihrem Wesen, von ihm erlangt. 草案內容可至 <http://www.un.org/depts/german/gv-56/band1/56bd-6.pdf> 查詢(最後瀏覽日: 2012/7/26)。

¹³³ Vgl. Coen, Ankauf und Verwertung deliktisch beschaffter Beweismittel in Steuerstrafverfahren aus volkerrechtlicher Sicht, NStZ 2011, 434; Heine, Beweisverbote und Völkerrecht: Die Affäre Liechtenstein in der Praxis, HRRS 2009, 540, 542.

¹³⁴ Heine, Beweisverbote und Völkerrecht: Die Affäre Liechtenstein in der Praxis, HRRS 2009, 540, 543.

2、否定公約規避之見解

自取證並非司法互助一途專屬的立場出發，問題似乎變得單純許多。本案從起意到實行資料竊取，都是**私人自發性的行為**，並無國家參與其中，而之後的收購行為也不構成國際法規避，因此德國不具共犯行為可歸責性；其次，在解讀國家行為時，必須連帶考慮到國家是否有認可或採納私人行為，當有此種情形存在時，依照國家責任草案第 11 條¹³⁵之規定，該違法行為將被視作國家行為。然而即便德國收購光碟乃為私人犯罪的誘因，且對之後的類似交易亦表示歡迎，但認可或採納的評價標準必須要嚴謹認定，它必須是明確而無條件，非僅是單純的支持或同意，口頭上的贊同也不足當之。確切來說，**國家的認可或採納必須達到「如同其親自所為」的程度**。而在本案中，德國政府並未在規範上輕描淡寫地帶過系爭私人的違法行為，亦不認為該行為值得模仿，只是表達之後對類似物件的興趣。雖此舉對其鄰國不甚友善，但尚未構成對私人犯罪的認可或採納¹³⁶，因此無法將私人行為歸責於國家。

此次的收購行為所帶動的私人違法蒐證風氣可否歸責於國家，可予進一步的討論。若私人在具體的犯罪行為之前被通知說，偵查機關對於購買犯罪贓物有興趣，或可將私人的違法行為歸責於國家；然而若假設源於買賣行為，日後會隨之興起一個市場，也應同此看待，則是令人質疑的。姑且不談此說法可能涉及買賣市場形成後而取得的證據能力之認定，現在面臨的問題是，是否因為過去發生的單純買入行為，即足以將未來相似的私人行為算做是準國家的行為，而歸責於國家，答案應是否定的¹³⁷。

3、本文意見

由於本文認為此處不存有公約規避，且德國並未積極地事前參與或事後認可該私人違法行為，又因私人行為不具德國刑法之可罰性，而也稱不上有何消極不處置的情況，故無可歸責之事由。

¹³⁵ Art.11 ILC-Entwurfs: Ein Verhalten, das einem Staat nach den vorstehenden Artikeln nicht zugerechnet werden kann, ist gleichwohl als Handlung des Staates im Sinne des Völkerrechts zu werten, wenn und soweit der Staat dieses Verhalten als sein eigenes *anerkennt und annimmt*. (強調處為本文所加)

¹³⁶ Vgl. Kaiser, Zulässigkeit des Ankaufs deliktisch erlangter Steuerdaten, NStZ 2011, 383, 384; Pawlik, Zur strafprozessualen Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter ausländischer Bankdaten, JZ 2010, 693, 695.

¹³⁷ Wohlers, Anm. zu BVerfG, Beschl. v. 09.11.2010 - 2 BvR 2101/09 - (Wohnungsdurchsuchung auf der Grundlage der Daten einer "Steuer-CD"), JZ 2011, 252, 253.

三、小結

縱上所述，德國政府買進光碟之行為並未構成司法互助公約之規避，而私人不法行為亦不可歸責於國家，因此本案中並不存有國際法之違反。

第二目 階段二：情報局取得光碟

依照情報局法第 1 條第 2 項之規定，情報局的行為必須是為了調查對於外交或安全政治具有重要意義之事項。例如情報局為了調查恐怖組織的金錢流向，依法得進行帳戶調查¹³⁸（可比較我國國家情報工作法第 7 條），因為此時與國家安全相關。本案雖不具有此典型情況，但學者有認為從整體來看，本案仍涉及德國的外交及安全政治，因為光碟當中的資訊會牽扯出大量國外帳戶，且其他國家對此也展開調查，但又尚未到達初始犯罪嫌疑的程度，故情報局可以接受私人交付的光碟¹³⁹。實際上，此階段行為並未得到太多注目，反倒是接續而來的轉交行為引起了學界的廣泛討論。

第三目 階段三：情報局轉交光碟

壹、一般授權規範

情報局取得光碟之後，轉交給真正的買家稅務機關，至此，整體的取證方算完成。同上所述，此處並無具體授權規範作為稅務機關取得光碟的基礎，因此必須討論其他一般性的授權規範之適用可能。

一、租稅通則第 116 條

依德國租稅通則第 116 條第 1 項規定，各行政機關如於行使職權時知悉稅務犯罪，應將其情事回報稅捐稽徵機關¹⁴⁰。這項關於稅務犯罪資料通報之規定是否

¹³⁸ § 2 a BNDGz, § 8a II BVerfSchG, § 5 I 3 G 10. (G 10 Gesetz; 基本法第十條法)

¹³⁹ Vgl. Sieber, Ermittlungen in Sachen Liechtenstein - Fragen und erste Antworten, NJW 2008, 882; ablehnend Trüg/Habetha, Die "Liechtensteiner Steueraffäre" - Strafverfolgung durch die Begehung von Straftaten?, NJW 2008, 887, 890.

¹⁴⁰ 該條第 1 項內容為：「各聯邦、州或市非稅務主管的法院或行政機關，於行使職權時知悉稅務犯罪，應回報德國聯邦稅務局或其他已知的稽徵機關。若稽徵機關尚未已知地直接受到通知，聯邦稅務局應將上述情事通知。若聯邦稅務局尚未已知地直接受到通知，除聯邦關務局之外的稅務主管機關應將該情事通知」。

可作為買入光碟之依據？

（一）租稅通則與情報局法的競合

光碟資料乃是由情報局轉交給稅務稽徵機關，因此欲探究本案有無租稅通則第 116 條的適用可能，必須連帶檢驗情報局應適用的相關規範。首先是依聯邦情報局法（BND-Gesetz；下稱「情報局法」）第 9 條之規定，情報局轉交資料給其他機關必須符合「為達成其職責或者保障公共安全」的前提要件，否則不得為之；此外，依同條第 3 項結合聯邦憲法保護法（Bundesverfassungsschutzgesetz）第 20 條之規定，傳遞與個人相關之資訊僅限於存有經闡明的重大危險時，始得為之。故在決定租稅通則的適用性之前，第一個面臨的是情報局法設有歧異規定的問題。

租稅通則與情報局法規範間如果存有衝突，解決的出路為何？首先，有認為從情報局法之規定出發，情報局既無追訴稅務犯罪的法定職責，且稅務犯罪亦不致危及公共安全，故不符合轉交情報的前提要件；再依照聯邦憲法法院的見解，情報局的資料轉交僅能出於維護高價值的集體法益之目的，且須是法益損害將危及外部及內部和平，乃至於造成個人的法益侵害，始足當之。光碟只與所得稅及遺產稅等相關，當不落入這樣的評價階層中，故資料轉交為違法¹⁴¹。

不過也有學者提出反對意見，認情報局法與租稅通則並無互斥，因為從方法論來看，雖情報局法第 9 條規定就所涉機關層面規定較為具體，但若從受規範的資訊對象觀察，則租稅通則第 116 條的規定更為具體。因此，二者之間處於補充關係，透過這樣的補充關係，情報機構的資訊可能性也隨之擴大¹⁴²；此外，也有學者基於相類似的立場，認為租稅通則第 116 條可作為情報局法第 9 條的內容填補規範，然而情報局可使用的情報手段所致的干預程度，透過與租稅通則第 116 條一致的限制被考量進去¹⁴³，出於補充關係的說法，情報局法第 9 條的適用可能應予否認，換言之，情報局將光碟轉交給稅務機關的行為，可以租稅通則第 116 條作為依據，甚至可以說轉交是情報局的義務。

然而，此二規範之間是否真的存在補充關係？似乎也無法斬釘截鐵地予以肯

¹⁴¹ Vgl. Heine, Beweisverbote und Völkerrecht: Die Affäre Liechtenstein in der Praxis, HRRS 2009, 540, 541; Kühne, Die Verwertbarkeit von illegal erlangten Steuerdaten im Strafverfahren, in: FS-Roxin, 2011, S. 1281.

¹⁴² Kölbel, Zur Verwertbarkeit privat-deliktisch beschaffter Bankdaten - Ein Kommentar zur causa „Kieber“, NSTZ 2008, 241, 243.

¹⁴³ Sieber, Ermittlungen in Sachen Liechtenstein - Fragen und erste Antworten, NJW 2008, 881, 883.

定，因為採此說的學者自己也承認，實際上此二規範彼此之間的邏輯關係並不明確，必須透過目的論加以延伸方能得到此結論¹⁴⁴。然而此項延伸解釋已忽略了法治國原則的重要性，畢竟光碟轉交與分離原則（下文貳）是否有所牴觸也必須一併討論¹⁴⁵。

（二）租稅通則的審查

退步言之，即便認為情報局法第 9 條無法發揮限制作用，仍然要檢驗本案於租稅通則第 116 條的可適用性。就此問題，最有爭議的是情報局取得光碟是否符合該條所稱之「於行使職權時知悉」稅務犯罪而予轉交的前提。

採否定見解的學者認為，依照情報局法及聯邦憲法保護法之規定，情報局固然可使用秘密方式取得證據（我國類似規定參照國家情報工作法第 7 條），但是情報工作所採用的手段，其干預程度或許會遠遠踰越刑事追訴機關以及稅務調查所被賦予的範圍。在此，慮及可能的過分干預，立法者乃制定了特殊的前提要件：首先為情報局法第 1 條，依照該條規定，從國外取得證據，須對聯邦德國具有外部的以及安全的政策重要性始得為之，而本案僅涉及逃漏稅犯罪，絕不合乎發動權限的要件¹⁴⁶；此外，所有的公部門都不被容許以犯罪方式取得資訊，因此若認為私人取得光碟之行為構成不法行為，則公部門藉由參與該行為而取得之證據資料也不會是「因行使職權而知悉」，畢竟法規範不會默許情報活動跨越刑法已設下的界線¹⁴⁷。

不過，也有學者從不同的角度對於「行使職權時知悉」提出詮釋，其認為光碟之所以落入情報局的手中，毋寧是因為其在行使固有權限時有機會而得到（亦即可透過科技方式聯繫），因此是機關通常權限之下的副產物。對此類方式所得之資料，情報局本身雖然不能使用或者為更進一步的調查，但可轉交給相關的有權機關，故情報局之行為可以租稅通則第 116 條第 1 項為據¹⁴⁸。

¹⁴⁴ Schünemann, Die Liechtensteiner Steueraffäre als Menetekel des Rechtsstaats, NStZ 2008, 305, 307.

¹⁴⁵ Schünemann, Die Liechtensteiner Steueraffäre als Menetekel des Rechtsstaats, NStZ 2008, 305, 307.

¹⁴⁶ Heine, Beweisverbote und Völkerrecht: Die Affäre Liechtenstein in der Praxis, HRRS 2009, 540, 541.

¹⁴⁷ Schünemann, Die Liechtensteiner Steueraffäre als Menetekel des Rechtsstaats, NStZ 2008, 305, 307.

¹⁴⁸ Kölbel, Zur Verwertbarkeit privat-deliktsch beschaffter Bankdaten - Ein Kommentar zur causa „Kieber“, NStZ 2008, 241, 243.

二、行政法之職務協助

承上述，有認為既然租稅通則規定行政機關的資訊傳遞義務，則情報局轉交光碟之行為屬於行政法上的**職務協助**¹⁴⁹（Amtshilfe）。惟職務協助僅屬各行政機關「於自己之權限範圍內」互相協助之一種個案性、臨時性合作機制，並不導致管轄權之移轉¹⁵⁰，機關的法定職權不能以職務協助之名而實質移轉給另一機關。因此租稅通則第 112 條第 2 項明定，當行政機關出於法定原因而無法提供協助時，不得提供職務協助¹⁵¹；同法第 114 條亦規定職務協助所得為之行為，以請求協助機關之權限為據¹⁵²。

由此些規定可知，若行政機關之間藉行政協助之名行權限轉移之實，將掏空立法者設置不同機關並配置不同權限的分權考量。因此在本案當中，**僅當稅務機關本身有權承諾收購並買進光碟時，情報局的職務協助方為合法**。既然真正的行為界線取決於稅務機關，接著即應考量其收購光碟是否有違法，而其中又以刑事訴訟法關於不正訊問之規範為討論焦點，其原因在於，不正訊問之規範要求訊問人不得提供法所未定的利益以交換被告或證人之陳述，且此項規範於證人訊問亦有準用¹⁵³。稅務機關就線民之收購要約為承諾，是否違反此規定？

一如本案的其他爭議，學者間就此亦呈現出分歧的立場。有認為雖本案的逃漏稅資訊非經由訊問方式所取得，但該規範不僅保護受訊問人，同時亦有維護公平審判之目的。當犯罪資訊不是經由司法形塑的方式所取得，有可能違反公平審

¹⁴⁹ Kaiser, Zulässigkeit des Ankaufs deliktisch erlangter Steuerdaten, NStZ 2011, 383, 384; 我國法關於職務協助之一般規定在行政程序法第 19 條。

¹⁵⁰ 詹鎮榮，〈論行政機關管轄權之移轉—以其對行政作用法及行政爭訟法之影響為中心〉，收錄於《2006 行政管制與行政爭訟》，2007 年，頁 189 以下，頁 199。

¹⁵¹ Heine, Beweisverbote und Völkerrecht: Die Affäre Liechtenstein in der Praxis, HRRS 2009, 540, 541; Kölbel, Zur Verwertbarkeit privat-deliktisch beschaffter Bankdaten - Ein Kommentar zur causa „Kieber“, NStZ 2008, 241, 244; Trüg, Steuerdaten-CDs und die Verwertung im Strafprozess, StV 2011, 111, 113; Trüg/Habetha, Die "Liechtensteiner Steueraffäre" - Strafverfolgung durch die Begehung von Straftaten?, NJW 2008, 887, 890.

¹⁵² § 114 I AO: Die Zulässigkeit der Massnahme, die durch die Amtshilfe verwirklicht werden soll, richtet sich nach dem für die ersuchende Finanzbehörde, die Durchführung der Amtshilfe nach dem für die ersuchte Behörde geltenden Recht.

¹⁵³ § 136 a I StPO: Die Freiheit der Willensentschliessung und der Willensbetätigung des Beschuldigten darf nicht beeinträchtigt werden durch Misshandlung, durch Ermüdung, durch körperlichen Eingriff, durch Verabreichung von Mitteln, durch Quälerei, durch Täuschung oder durch Hypnose. Zwang darf nur angewandt werden, soweit das Strafverfahrensrecht dies zulässt. **Die Drohung mit einer nach seinen Vorschriften unzulässigen Massnahme und das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils sind verboten.**; § 69 III StPO: Die Vorschrift des § 136 a gilt für die Vernehmung des Zeugen entsprechend. (強調處為本文所加)。

判。而不正訊問規範是公平審判原則的具體條款，因此有類推適用的可能¹⁵⁴。對於稅務案件的被告而言，其可能會認為，既然**追訴機關已投入大量金錢取得其涉嫌犯罪之資訊，在接下來的程序中將不會保持客觀**，反而會試圖在刑法方面也得到些什麼結果。且追訴機關其他處分，例如起訴、強制處分以及特別是羈押，也都會引來偏見、預斷的質疑。基於公平審判原則之違反疑慮，追訴機關承諾購買光碟乃為違法，因此所得之陳述證據將無例外地受到排除。對於光碟的證據能力判斷，該規範亦有可類推適用之處，故應予排除其證據能力¹⁵⁵。

對於肯定見解可以簡單地提出一個質疑，亦即**若買進光碟即導致審判不公平，那麼所有造成花費的追訴措施都會有同樣的問題**。例如傳喚證人並給予某些利益，既然追訴機關支付金錢在先，將難以期待其在後續程序公正執法，並有導致審判不公平之危機。但從實際層面看來，這樣的作法乃普遍受到承認，且甚至是偵查機關先與證人談妥條件，再由證人出面作證的情形，亦不會引來太多質疑。上述的說法似乎有點過度解讀買入光碟的連鎖反應¹⁵⁶。

綜上所述，即便肯定說的疑慮有幾分道理，但**刑事程序當中的金錢交易已非新鮮事**，例如德國刑法早已規定對於皇冠證人得予減刑，且罰金刑亦包括在內¹⁵⁷，在未有充分說理或實證支持的前提下，尚無法認為單單在購買犯罪資訊一事上有較高的公平性疑慮，因此本案並無類推適用不正訊問規範之可能。既然稅務機關對於收購光碟之要約為承諾，無違反刑事訴訟法相關規定，情報局可提供轉交光碟之職務協助。

貳、分離原則

一、分離原則之內涵及功能

從前東德秘密警察的經驗中，歷史已充分說明賦予情報機關強制處分權以及政治警察制度，對人民的自由權危害甚深，且亦助長專制。為避免此一現象，

¹⁵⁴ Ostendorf, Gekaufte Strafverfolgung Die Strafbarkeit des Erwerbs von „geklauten“ Steuerdaten und ihre Beweisverwertung, ZIS 2010, 301, 307.

¹⁵⁵ Ostendorf, Gekaufte Strafverfolgung Die Strafbarkeit des Erwerbs von „geklauten“ Steuerdaten und ihre Beweisverwertung, ZIS 2010, 301, 307.

¹⁵⁶ Vgl. Pawlik, Zur strafprozessualen Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter ausländischer Bankdaten, JZ 2010, 693, 697.

¹⁵⁷ § 46 b I StGB: Wenn der Täter einer Straftat, die mit einer im Mindestmass erhöhten Freiheitsstrafe oder mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht ist, ...kann das Gericht die Strafe nach § 49 Abs. 1 mildern, wobei an die Stelle ausschliesslich angedrohter lebenslanger Freiheitsstrafe eine Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren tritt. ...

分離原則（Trennungsgebot）要求情報機關與警察機關在組織上及權限上必須有所區分。參照現行法的設計，刑事追訴機關為了追訴犯罪，有廣泛的調查及強制處分手段可資使用；相對於此，情報局所執掌的工作範圍則廣泛得多，其可蒐集一切與國家安全相關的資訊，且不一定要符合嫌疑門檻的要求，但另一方面，情報局不可享有典型的警察權限，其背後的思考基礎就在於「全能者不得全知；全知者不得全能¹⁵⁸」。

依照學說見解，完整的情治分立，必須在功能、組織、職權、資訊及人員上均有所分離，與本文較相關的是職權及資訊面向之分立，前者要求警察機關與情報機關行使不同職權，其間需有明確的區分界線，且不可經由權限變更或職務協助規避既有的權限劃分¹⁵⁹；後者則構成權限區分的根本要素，因為當此二機關形式上分離，但實質上卻取得資訊的同步時，所謂分離亦為空談。依**資訊面向分立**之原則，假使情報機關得不受限制地（尤其是不論犯罪嫌疑程度高低）將手中握有的資料轉交給刑事追訴機關，那麼刑事訴訟法中針對各種偵查行為所設下的嫌疑門檻將形同具文。為避免此情況，資料傳遞至少要以特定的**傳遞門檻**（Übermittlungsschwellen）作為前提，且從法治國對隱密偵查措施的平衡要求看來，這也是值得重視的課題¹⁶⁰。

上述想法也可從德國聯邦憲法法院的見解中見到端倪：在情報局監聽的一項案件中，聯邦憲法法院表示基於預防性的情報目的所為的監聽措施，若其**調查發動的嫌疑程度**低於刑事訴訟法的規定時，乃是不正當的¹⁶¹；另外，薩克森邦憲法法院也在涉及憲法保護之住宅監聽案件中，強調傳遞給刑事追訴機關的資料，必須以該資料本身是基於憲法能夠取得者為限¹⁶²。雖然此些見解是針對通訊監察而作成，惟既然立法者慮及基本權的保護而僅賦予刑事追訴機關有限之權限，並使其受到特定的嫌疑門檻所拘束，那在透過資料傳遞所為的刑事追訴上，同樣的原則也應該受到遵循。無限制的資料傳遞將迴避此些拘束，如同迴避法律明確性一般，故傳遞門檻之要求已構成分離原則的實質要件，具有普遍的適用性¹⁶³。

¹⁵⁸ Pawlik, Zur strafprozessualen Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter ausländischer Bankdaten, JZ 2010, 693, 696.

¹⁵⁹ 周治平，〈德國情治分立原則之研究－兼論我國情治分立原則之難題〉，《軍法專刊》，第 54 卷第 3 期，2008 年 6 月，頁 37 以下，頁 45、48。

¹⁶⁰ Schünemann, Die Liechtensteiner Steueraffäre als Menetekel des Rechtsstaats, NStZ 2008, 305, 306.

¹⁶¹ BVerfGE 100, 313, 394; 我國國家情報工作法第 7 條第 3 項就此規定「情報機關執行通訊監察蒐集資訊時，蒐集之對象於境內設有戶籍者，其範圍、程序、監督及應遵行事項，應以專法定之；專法未公布施行前，應遵守通訊保障及監察法等相關法令之規定。」

¹⁶² SächsVerfGH NJW 2005, 3559.

¹⁶³ Vgl. Heine, Beweisverbote und Völkerrecht: Die Affäre Liechtenstein in der Praxis, HRSS 2009,

二、本案審查

(一) 肯定分離原則違反之見解

延續傳遞門檻的想法，則本案無法通過「合乎交付機關權限的傳遞門檻」的審查。首先，交付機關應遵循的傳遞門檻規定在情報局法第 9 條，該條第 1 項雖未對情報局將公共安全所必要之資料交付給國內其他機關設限，但同條第 3 項規定情報局只能在根據憲法保護法第 20 條的情況下將資料交付其他機關，亦即有**事實根據認為交付資料對於追訴國安犯罪具有必要性**¹⁶⁴。依照與憲法一致的解釋，不應將此規定解讀為要求情報局在涉及國安犯罪時有「應」交付的義務，而對於不涉國安犯罪的其他情況享有裁量權，「得」交付證據資料，因為如此一來，分離原則的射程範圍乃是取決於情報局的裁量，導致所謂的原則變得無足輕重，且同樣違反明確性原則。由情報局裁量是否將調查結果交付給刑事追訴機關的論調，不見容於法治國原則之下¹⁶⁵。

另外遺留下來的問題是，本案當中情報局是否有可能是刑事追訴機關的使者，或者其是否在一定範圍之內被賦予決定權限，在此尚不明確。不過若確定情報局是單純的使者地位，則慣常的刑事追訴機關權限將被完全規避¹⁶⁶。

(二) 否定分離原則違反之見解

相對於此，Bochum 地方法院在裁定理由當中，認為分離原則固然要求情報機關不得行使追訴權限，亦不得為了取得偶然發現之證據資料而設置，但此原則基本上不禁止其對於其他機關提供職務協助，且聯邦憲法法院亦指出，**分離原則禁止的是情報機關享有通常的警察權限**，例如訊問、搜索扣押等，但情報局僅是

540, 541; Schünemann, Die Liechtensteiner Steueraffäre als Menetekel des Rechtsstaats, NStZ 2008, 305, 306.

¹⁶⁴ § 9 III BNDG: Der Bundesnachrichtendienst übermittelt Informationen einschliesslich personenbezogener Daten an die Staatsanwaltschaften, die Polizeien und den Militärischen Abschirmdienst entsprechend § 20 des Bundesverfassungsschutzgesetzes.

¹⁶⁵ Schünemann, Die Liechtensteiner Steueraffäre als Menetekel des Rechtsstaats, NStZ 2008, 305, 306 f.; 在此其實另外涉及「合乎收受機關權限的傳遞門檻」的問題。若是認為刑事追訴機關自籌資金買入犯罪取得光碟之行為欠缺授權規範，則此時的資訊傳遞不合乎收受機關權限，故情報局不得將涉及稅務犯罪的證據資料傳遞給刑事追訴機關。惟因本文認為德國刑事訴訟法第 161 條得作為買入光碟之基礎，故不再討論。

¹⁶⁶ Heine, Beweisverbote und Völkerrecht: Die Affäre Liechtenstein in der Praxis, HRRS 2009, 540, 541.

收受私人自發交付的證據資料，並未行使其未享有的干預權限。因此並不違反分離原則¹⁶⁷（參本章第二節、第一項、第三款、第二目）。

實際上，當情報局運用其廣泛的調查權限蒐集證據並轉交給刑事追訴機關，所謂的「分離」當然會成為空談。但本案的背景是，情報局並未主動開啟調查，亦非因行使職權而獲得資訊，其僅是**被動得到來自私人主動之要約**後再通知稅務機關，且對稅務機關而言，與私人建立聯繫管道本非難事，因為電子聯繫早已成為今日的常態偵查方式¹⁶⁸。

（三）小結

在私人主動聯繫情報局之前，稅務機關對於逃漏稅案件尚不存在足夠的犯罪嫌疑，自無可能開啟偵查程序，並藉訊問、搜索等方式取得相關證據，因此亦不允許情報局「代勞」取證並轉交線索。然而本案的特殊性在於情報局並未主動出擊，對於不請自來的證據，其中並無行使職權的成份，因此分離原則所擔憂的規避情況並未發生；況且，若僅因傳遞門檻之限制而禁止轉交私人自發交付的證據，其實際後果是，若私人不欲刑事追訴機關取得特定證據，只要在犯罪尚未被發覺時搶先交付給其他機關即可。依此，情報局單純傳遞私人所交付之證據並無違反分離原則的原意。

第三項 證據法層面

由於通說認為私人不法行為所取得之證據基本上可使用，而本案亦無例外排除的情形，故以下不再討論此因素對於證據能力的影響。更進一步來說，由於光碟取得乃是多階段的過程，國家行為如何左右證據能力反而更是注目的焦點。

第一款 租稅光碟之證據能力

關於光碟可否作為審判當中不利於被告的證據，聯邦憲法法院對此保持沉默，其在判決中僅討論違法取得之證據可否作為**發動搜索**之嫌疑門檻，並不涉及可否作為**有罪判決基礎**的問題。以下將本案所可能具有的形形色色證據使用禁止類型，以為人熟知的方式區分，亦即依附性之禁止使用及自主性之禁止使用¹⁶⁹。

¹⁶⁷ BVerfG, JZ 2011, 249, 252.

¹⁶⁸ Vgl. Pawlik, Zur strafprozessualen Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter ausländischer Bankdaten, JZ 2010, 693, 696.

¹⁶⁹ 此分類參自 Satzger, Schweiz – Liechtenstein – Luxemburg: Kein Verwertungsverbot für im ausland rechtswidrig erlangte Steuerdaten, die von staatlichen Stellen in Deutschland angekauft

第一目 依附性證據使用禁止

壹、來源一：欠缺授權規範

雖然依照上文的結論，可知國家買入光碟不見得要以授權規範作為前提，一般授權規範即為已足（參本節、第三項、第二款、第一目）。但為一窺討論的全貌，以下仍站在買入光碟須以具體授權規範為前提的基礎之下，討論該欠缺是否或如何導致光碟證據的使用禁止。

採肯定見解者首先援引聯邦最高法院之見解為其立場佐證，在一項判決中，法院表示當偵查機關明知而恣意地無視住宅搜索的法官保留原則之時，證據應予禁止使用¹⁷⁰；另外，在發動監聽所必要之法官保留欠缺時，監聽所得之證據亦被宣告排除證據能力¹⁷¹。然而上述情況比起本案是小巫見大巫，因為在此是根本欠缺可資遵循的具體授權規範，將上述的見解援用至此，排除光碟之證據能力應是前後一貫的論理¹⁷²。

然仔細思之，依照實務所偏好的權衡理論，**欠缺授權規範本身其實並不必然等同於證據禁止**，以設置線民的實務見解為例，聯邦最高法院即認為欠缺授權規範並不必然導致證據禁止¹⁷³，僅在追訴機關親自所為的基本權干預行為方有設置具體授權規範之必要¹⁷⁴。

貳、來源二：違反國際法

一如上文，雖本文基本立場認為德國買進光碟並未構成國際法的違反（參本節第三項、第二款、第一目、貳），但仍併陳不同說法，討論若本案存有國際法違反時是否會導致證據禁止的效果。

wurden!, in: FS-Roxin(Imme), 2012, S. 425.

¹⁷⁰ BGHSt 51, 285, NJW 2007, 2269 ff.

¹⁷¹ BGHSt 31, 304, NJW 1983, 1570 ff.

¹⁷² Vgl. Kelnhofer/Krug, Der Fall LGT Liechtenstein - Beweisführung mit Material aus Straftaten im Auftrag des deutschen Fiskus?, StV 2008, 660, 666; Trüg/Habetha, Beweisverwertung trotz rechtswidriger Beweisgewinnung - insbesondere mit Blick auf die "Liechtensteiner Steueraffäre", NStZ 2008, 481, 490.

¹⁷³ BGHSt, 32, 115, 121; 45, 321, 324.

¹⁷⁴ Ostendorf, Gekaufte Strafverfolgung Die Strafbarkeit des Erwerbs von „geklauten“ Steuerdaten und ihre Beweisverwertung, ZIS 2010, 301, 306.

證據禁止具有保護個人權利的功能，因此是否容許使用光碟，首應探求被規避之國際法規保護目的是否及於被告。今日對於國際司法互助的理解，乃認為其是國際刑事分工的概念。案件當事人即便是在小型司法互助¹⁷⁵的範疇當中，也不是公約當事國之間的單純客體，而是同等的權利主體。在本案中，列支敦斯登銀行的機密，其目的在於保護客戶具信賴性的資訊，此國內的資訊支配權因司法互助加以延伸，提升為個人的主觀權利。雖然早期的實務或學說並未認知到個人的侵害防止請求權，但聯邦最高法院曾在判決中表示，無論如何被告應間接受到保障。當被請求國明確表示對於證據能力之異議並拒絕司法互助，而依照公約或協定此異議有理由之時，國際法上的效力會反射提升為直接的證據禁止¹⁷⁶。

然而不能忽略的是，肯定國際法違反的見解，其論證多是以前述聯合國決議之國家責任草案作為依歸，因此在討論法律效果時，同樣應該求諸於該決議。該草案規定，當個案中存有國際法的違反時，國家除了將來不得為該行為，尚應踐行一定的**補償措施**¹⁷⁷。因此，至此可將問題具體化為國家是否有義務以宣告**證據禁止**的方式踐行補償措施¹⁷⁸？對此，聯合國的【科孚海峽案】可提供一點啟示¹⁷⁹：英國戰艦在經過阿爾巴尼亞領海時受到水雷攻擊，因此英國海軍在該片海域進行掃雷行動，並同時找尋阿爾巴尼亞違反國際法的證據。國際法庭認為英國的掃雷行動並不具正當化事由，已侵犯了阿爾巴尼亞的主權，然而其在該次行動當中所蒐集的證據可被用來作為阿爾巴尼亞違反國際法的（決定性）證據。雖然國際法院在該案並未一般性探究證據能力的問題，但已表明違反國際法的證據取得行為不必然即導致使用禁止。因此本案亦未必一定要肯認證據禁止的結論¹⁸⁰。

¹⁷⁵ 司法互助包含廣狹兩義，狹義係指證人及鑑定人之訊問、物之移交、搜索及扣押、勘驗、文書送達與資訊之提供等刑事司法互助類型，稱為「小型司法互助」或「其他司法互助」；廣義則除狹義所指之內容外，尚包括「犯罪人引渡」；而最廣義則除廣義所指之內容外，尚包含「外國刑事判決之執行」及「刑事追訴之移轉管轄」等二種型態。請參閱吳景芳，〈國際刑事司法互助基本原則之探討〉，《國立台灣大學法學論叢》，第 23 卷第 2 期，1994 年 6 月，頁 331 以下，頁 343 以下。

¹⁷⁶ Vgl. Heine, Beweisverbote und Völkerrecht: Die Affäre Liechtenstein in der Praxis, HRRS 2009, 540, 545; Trüg, Steuerdaten-CDs und die Verwertung im Strafprozess, StV 2011, 111, 117.

¹⁷⁷ Vgl. Art. 34 ff. ILC-Entwurfs

¹⁷⁸ 之所以採用證據禁止方案，乃是因證明力方案和減刑方案在國際法或刑事訴訟法的領域中皆不是適合的補償措施，前者忽略評估證明力之前提在於證據係經由一司法型塑的程序取得；而後者在德國實務上僅被運用在維也納領事關係公約規範的告知義務案型中。請參閱 Gless, Beweisverbote in Fällen mit Auslandsbezug, JR 2008, 317, 324 f.

¹⁷⁹ Corfu Channel Case, Judgment of April 9th, 1949, ICJ Reports 1949, p.4。本案歷史背景為冷戰時期，彼時英國常在科孚海峽巡航，因此經常與阿爾巴尼亞發生衝突。英國雖主張其對該海峽有國際法上的「無害通行權」，但為阿國拒絕。於 1946 年，英國再度派遣軍艦通過海峽北部，結果在阿國領海又觸雷。本案例在國際法上的重要性可參閱黃居正，〈科孚海峽案：領海、國際海峽、無害通過、自衛權〉，《台灣法學雜誌》，第 183 期，2011 年 9 月，頁 33 以下。

¹⁸⁰ Vgl. Coen, Ankauf und Verwertung deliktisch beschaffter Beweismittel in Steuerstrafverfahren aus volkerrechtlicher Sicht, NStZ 2011, 433, 436.

參、來源三：權衡理論

退一步言，若認為本案對於規範的明知無視並非如此絕對，亦無違反國際法所致之證據禁止，但是站在仍然有其他實體或程序上的違法（如分離原則）前提之下（雖與本文看法不同），仍應進一步探討權衡理論的考量方式。

對此，支持與否定證據能力的說法分立天秤兩端。支持的理由認為，追訴逃漏稅犯罪的追訴利益，以及隨之所帶來的稅收利益，為證據能力提供了有力的支持，再者，外國銀行的營業秘密當中雖包含德國人民的隱私，不過僅止於社交領域範疇，不導致禁止使用；反對理由則是著眼於買進行為對於未來犯罪的鼓勵效果、以及社會大眾對於法律忠誠度的減低，認為應否定證據能力¹⁸¹。

回到證據禁止的基本立場，證據能力有無乃是個案的判斷，因此追訴利益之重要性以及犯罪嚴重性僅能在每一被告各自的訴訟程序中衡量，在此範圍之外，不能無關地將整張光碟所記錄的犯罪以及隨之所生的追訴利益總和納入個案¹⁸²。有此認知之後，斟酌逃漏稅犯罪之嚴重性、個案的稅收利益，其中並不具有特別高的追訴利益，而另一方面，考量到收購證據所侵害的資訊自決權、信貸機構之營業秘密，以及該證據係源自於違法行為等因素，被告因取證而受侵害的利益顯得較值得保護，且自聯邦憲法法院在【線上搜索案】¹⁸³所傳達的訊息之中，資訊自決權中若含有隱私成份，對權利的侵害程度乃是更為嚴重的，因此結論是光碟證據應予排除¹⁸⁴。然而，也有學者對權衡之下的結果採較悲觀的看法，認為公眾對於追訴稅務犯罪的肯定及追討所獲的高額稅收乃是支持證據使用的有力理由，反觀實務在從事權衡時，會將追訴機關是否有恣意程序違反的情形一併考量，而本案即便涉有實體法之違反，仍無此情形，因此權衡結果很可能是證據仍得使用¹⁸⁵。

¹⁸¹ Trüg, Steuerdaten-CDs und die Verwertung im Strafprozess, StV 2011, 111, 116 f.

¹⁸² Z.B. Beulke, Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, JURA 2008, 653, 664; Ostendorf, Gekaufte Strafverfolgung Die Strafbarkeit des Erwerbs von „geklauten“ Steuerdaten und ihre Beweisverwertung, ZIS 2010, 301, 306.

¹⁸³ BVerfG, Urteil v. 27. 2. 2008 - 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, NJW 2008, 822 ff.

¹⁸⁴ Vgl. Trüg, Steuerdaten-CDs und die Verwertung im Strafprozess, StV 2011, 111, 117.

¹⁸⁵ Beulke, Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, JURA 2008, 653, 664 f. 作者並以規範保護目的理論為基礎，認為刑事訴訟法有其獨立的取證體系，買進證據並非立法者的預設；且相對於不利被告的證據，殊難想像追訴機關會花費同等金錢買進有利於被告之證據，如此一來，客觀性義務也將淪為空談。為保護被告利益，應予證據禁止。

肆、假設偵查流程之適用可能

依然，雖本文認為稅務機關買進光碟具有程序法上的授權依據，但亦有為數不少的意見採取相反立場，認為買進或轉交光碟至少有一處或以上的程序法違反。若依照假設偵查流程理論，假設偵查機關未曾違法取證，該證據最後也一樣會落入偵查機關之手中時，則法院仍得使用該違法取得之證據¹⁸⁶。因此最後要討論的是，本案有無適用假設偵查流程理論之可能？

首先，有部分學者對於假設偵查流程理論持反對立場，認為此理論對於被告做成不利推定，有違基本法第 103 條第 2 項¹⁸⁷，但基本法第 103 條第 2 項的明確性要求應只針對實體法，並不及於程序法，因此不可採¹⁸⁸。然而先不論根本上是否贊同假設偵查流程理論，而直接進行理論的適用。

採肯定見解者認為，稅務機關即便不購買光碟，也可以傳喚銀行的前員工為證人到庭作證，其並無業務上的拒絕證言權可資主張，且追訴機關可以其不行使不自證己罪之拒絕證言權為條件而允諾給予一定金額，藉此，最終仍可取得相同的證據¹⁸⁹。應予指明的是，以這種方式所取得的陳述證據，與光碟證據已不具有同一性，應不能作為假設客體（請參第三章、第三節、第六項、第三款、第三目、壹），然即便不論此問題，操作假設偵查流程所可能取得的證據，必須是依具體情況，事實上有可能以合法行為取得者始足當之，不能僅有單純推測的可能性¹⁹⁰。在本案假設的偵查流程中，刑事追訴機關雖可傳喚銀行員工作證，惟偵查程序發動係以具體犯罪嫌疑作為前提，但此處卻是得到光碟後才證立了相關涉案人的犯罪嫌疑，若以此為由反過頭來援用假設偵查流程，顯然是循環論證¹⁹¹；另外，在偵查機關對消息提供者無所知悉的情況下，聯繫根本無從發生¹⁹²，又，即便消

¹⁸⁶ 林鈺雄，《刑事訴訟法》，上冊，2010 年，頁 621。

¹⁸⁷ Jahn, Beweiserhebung und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, Gutachten C für den 67. Deutschen Juristentag 2008, 2008, C 77.

¹⁸⁸ Ostendorf, Gekaufte Strafverfolgung Die Strafbarkeit des Erwerbs von „geklauten“ Steuerdaten und ihre Beweisverwertung, ZIS 2010, 301, 306.

¹⁸⁹ Vgl. Sieber, Ermittlungen in Sachen Liechtenstein - Fragen und erste Antworten, NJW 2008, 881, 884.

¹⁹⁰ Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 2011, Rn. 410; 關於具體可能說與抽象可能說，請參第三章、第三節、第六項、第三款、第三目、貳。

¹⁹¹ Vgl. Kelnhofer/Krug, Der Fall LGT Liechtenstein - Beweisführung mit Material aus Straftaten im Auftrag des deutschen Fiskus?, StV 2008, 660, 666; Ostendorf, Gekaufte Strafverfolgung Die Strafbarkeit des Erwerbs von „geklauten“ Steuerdaten und ihre Beweisverwertung, ZIS 2010, 301, 306; Trüg, Steuerdaten-CDs und die Verwertung im Strafprozess, StV 2011, 111, 113.

¹⁹² Heine, Beweisverbote und Völkerrecht: Die Affäre Liechtenstein in der Praxis, HRRS 2009, 540, 545.

息提供者出庭作證，其對於逃漏稅行為人是否有個別的認知，可作證犯罪事實，也是很有疑問¹⁹³。基於上述理由，無法透過假設偵查流程證明得到證據能力¹⁹⁴。

第二目 自主性證據使用禁止

行文至此，已可確認不論是私人違法取證、情報局介入、或者稅務機關購買光碟之行為，皆不足以充分說明何以光碟證據應禁止。惟一旦思及國家花費鉅資買進合法性大有爭議之資料，實際上國家本身與犯罪也僅是一丘之貉，縱使國庫因此財源廣進，在一般人的法感下或仍無法坦然接受。因此最後的疑問是，從法治國或法秩序的觀點出發，是否應禁止使用因此所取得之證據¹⁹⁵。

壹、走向歧路的法治國？

一、淪陷的法治國原則？

有學者認為，儘管目前公部門尚未肯定無限制的、目的導向的購買措施，但若許國家購買光碟，等同踏出了法治國走下坡的第一步。買入私人違法取得之光碟將模糊公務員對於合法與違法之間的界線認知，並促使其為了自以為的良善目的而犯下違法之事。然而，單純走下坡的「危險」僅是一種恐懼，並不足以成為一項主張，其中的論證存有滑坡謬誤¹⁹⁶。此說尚應進一步提出實質而可供檢驗的論據，而非僅泛言「違法可能性無法排除」；此外，實體法上合法或違法的審查，只有在確定購買行為是否合乎程序法規範而具有正當化基礎後，才有辦法判斷。在從事刑事訴訟正當性的判斷時，就將實體上合法或違法作為其中的論證加以使用，已陷入循環論證。從這個邏輯問題亦可看出，此說欠缺可驗證性，亦未

¹⁹³ Ignor/Jahn, Der Staat kann auch anders - Die Schweizer Daten-CDs und das deutsche Strafrecht, JuS 2010, 390, 392.

¹⁹⁴ 補充說明，若認欠缺授權規範，則同時無合法取證可能。請參閱 Trüg, Steuerdaten-CDs und die Verwertung im Strafprozess, StV 2011, 111, 117.

¹⁹⁵ 關於侵害銀行客戶資訊自決權所導致的自主性證據使用禁止，依本節第三項、第二款、第一目、壹討論已知不成立，故不再重複說明。請參閱 Satzger, Schweiz – Liechtenstein – Luxemburg: Kein Verwertungsverbot für im ausland rechtswidrig erlangte Steuerdaten, die von staatlichen Stellen in Deutschland angekauft wurden!, in: FS-Roxin(Imme), 2012, S. 431.

¹⁹⁶ 滑坡謬誤是一種邏輯謬論，即不合理地使用連串的因果關係，將「可能性」轉化為「必然性」。例如：「如果你偷懶，就會令公司蒙受損失；公司賺不到錢，就要解僱員工；遭解僱的人因為失去收入，就會打劫；打劫時遇到對方反抗，就會殺人。所以如果你偷懶，你就是殺人犯。」武斷地將可能性引申成為必然性，串聯不合理的因果關係，推斷出一件無關聯的結果，即為滑坡謬誤。資料來源：<http://zh.wikipedia.org/zh-hk/%E6%BB%91%E5%9D%A1%E8%AC%AC%E8%AA%A4>（最後瀏覽日：2012/6/8）

舉出任何刑法或行政法上的規範或是實務判例加以佐證¹⁹⁷。當然，若前提是認為德國買進光碟並未造成重大基本權干預，且刑事訴訟法與租稅通則的既有規定已提供足夠的授權基礎，那這裡所提的擔憂可以略而不談，因為這樣的擔憂與其說是出於法治國目的，其實更接近政治道德上的考量¹⁹⁸。

二、嚇阻私人違法

在此案曝光之後，相似的資訊兜售要約從四面八方湧向德國，有學者認為此跡象足以說明國家收購資訊的行為已構成私人不法的誘因¹⁹⁹，然而是否因此就必然要以證據禁止作為解決方式？對此的質疑以及結論已在前文說明，此不贅述（參第三章、第三節、第四項）。

再者，即便理論上有可能因為保護義務的強烈需求而將證據禁止予以正當化，但系爭規範之保護目的在於銀行的營業秘密，而對於外國銀行的營業秘密，德國不負有保護義務，這與外國法人非基本法適用對象的原則乃是一致的；至於營業秘密中的客戶資料，亦已透過刑法規範受到保障，不存在援引保護義務作為證據禁止理由的空間（參第三章、第三節、第五項、第二款）²⁰⁰。

貳、法價值之維護

接下來所介紹的數種看法，其立足於相似的思考基礎，皆是以收購租稅光碟導致法秩序混亂為出發點。

一、禁止國家收贓

除了嚇阻私人違法之外，另一個常見的證據禁止論點乃是國家收受贓物，認為國家一手以刑法處罰私人，一手卻收下私人違法所得之贓物，將造成整體法秩序的混亂，且收受贓物亦延續或擴大了原先的不法（參見第三章、第三節、第三項、第二款）。列支敦斯登王儲曾抨擊德國是贓物大批發商，或許在某程度上亦

¹⁹⁷ Vgl. Pawlik, Zur strafprozessualen Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter ausländischer Bankdaten, JZ 2010, 693, 700.

¹⁹⁸ Satzger, Der Staat als „Hehler“? - Zur Strafbarkeit des Ankaufs rechtswidrig erlangter Bankdaten durch deutsche Behörden, in: FS-Achenbach, 2011, S. 458.

¹⁹⁹ Vgl. Beulke, Strafprozessrecht, 2010, Rn. 481; Ostendorf, Gekaufte Strafverfolgung Die Strafbarkeit des Erwerbs von „geklauten“ Steuerdaten und ihre Beweisverwertung, ZIS 2010, 301, 308.

²⁰⁰ Pawlik, Zur strafprozessualen Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter ausländischer Bankdaten, JZ 2010, 693, 699.

顯示出普羅大眾對此的評價²⁰¹。

然而，就像前文所強調的，作為證據目的而使用私人取得之物，並不包含對證據取得之實體法正當性的宣告。況且僅當私人不法取證除了侵害受害人法益，亦侵害後來被告之權利時，追訴機關收受證據方有可能被評價為法益侵害之擴大，然而本案中因私人取證而受有損害的僅為企業之秘密利益，不及於客戶，兩者互不相關。因此贓物理論在此無法發揮作用²⁰²。

二、法秩序尊嚴

法律共同體尊嚴的疑慮是接下來要討論的禁止使用依據。例如私人毆打犯罪嫌疑人以迫其做出自白，縱其中未有追訴機關的促成或支持，實務及通說仍均認該自白應予排除，此乃因在描繪法秩序的輪廓時，人性尊嚴之不可侵犯性居於中心地位。相關理論介紹請參第三章、第二節、第二項。

雖然在德國境外發生的收購資料並未構成納稅義務人之人性尊嚴侵害。然而，法律共同體尊嚴論是否僅適用在侵害人性尊嚴之情況？持較絕對看法者認為，凡是違法取得之證據皆應排除，否則不足以維護法秩序尊嚴；然而較中肯的見解則傾向以個別化的歸責要求作為基礎，至於歸責要求的標準如何，即與贓物理論殊途同歸，亦即以是否有加深或擴大損害為斷。在否定加深的前提之下，欲導出證據禁止的效果，僅在人們將歸責要求擱置一旁，並將國家對於私人取證提供助力之情況本身看得非常重，以致於從集體尊嚴的觀點來看根本不該如此才有可能。然而，此類案例和典型的人性尊嚴侵害之區別是明顯可見的，在此所涉的犯罪行為並非特別重大，故集體的尊嚴需求性亦較低。將竊取資料和嚴刑逼供在規範面上做同樣評價，是過於貶低人們對於後者的恐懼。因此，以法秩序尊嚴作為證據禁止的理由並不充分²⁰³。

第三目 小結

雖然有許多論證禁止使用證據之意見，然經上述討論已宣告這樣的嘗試失

²⁰¹ Süddeutsche Zeitung v. 19.02.2008 (瀏覽日：2012/06/08)
(<http://www.sueddeutsche.de/geld/finanzgeschaefte-in-liechtenstein-mehr-bankkunden-als-buerger-1.573872-2>)

²⁰² Vgl. Pawlik, Zur strafprozessualen Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter ausländischer Bankdaten, JZ 2010, 693, 701.

²⁰³ Vgl. Pawlik, Zur strafprozessualen Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter ausländischer Bankdaten, JZ 2010, 693, 701.

敗。此結果或許無法使人信服，然而法治國的屏障並非滴水不漏，問題是我們打算讓法治國蒙上多少的污點？這則是下文（本節第五項）法律政策的領域。

第二款 租稅光碟衍生證據之證據能力

雖然本案的證據取得過程並非毫無瑕疵，但並無十足的理由採取證據禁止的結論，而在證據禁止不具直接效力之前提下，實亦無間接效力（包括繼續效力及放射效力）之可能。惟顧及討論完整，仍基於有直接證據禁止的前提下，說明證據禁止間接效力之可能與範圍。

第一目 繼續效力

追訴機關在不正訊問並取得被告自白之後，繼而再為第二次訊問，而此次並未使用不正方法進行訊問，被告所為之第二次自白是否得以使用？此為繼續效力（Fortwirkung）欲處理的問題。類此情形並不能一概而論，判斷關鍵還是在先前不正方法對於後來自白之任意性有無影響，當前階不正方法繼續影響被告之任意性時，後來之自白同應禁止使用²⁰⁴。此外，由於被告未必知悉不正訊問之法律效果，若欲主張先前不正訊問並無繼續效力，程序上應先以積極作為排除先前不正訊問對任意性的可能影響，為此，後來之訊問主體應踐行加重告知（qualifizierte Belehrung），在一般的告知義務之外，尚應明確使授訊問人知悉前階證據已受到排除²⁰⁵。

本文中，逃漏稅案件的被告因追訴機關已取得光碟證據而認為大勢已去，遂作出不利於己之陳述，此雖非不正訊問後繼而為合法第二次訊問的典型繼續效力問題，然而依照聯邦最高法院在一項監聽案件中曾援引先前見解，認為違法監聽之後被告作出自白，若該自白並未一以繼續效力之意義一受到先前違法監聽之影響，可作為證據²⁰⁶。將此論證脈絡援用到本案，若被告因光碟已落入追訴機關手中而為陳述，則在未受到加重告知的情況下，其所為自白基於繼續效力應予排除²⁰⁷。

²⁰⁴ Vgl. Diemer, in: KK-StPO, § 136 a Rn. 40; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 2011, Rn. 711; 林鈺雄，〈刑事訴訟法〉，上冊，2010年，頁191。

²⁰⁵ Vgl. Diemer, in: KK-StPO, § 136 a Rn. 41; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 2011, Rn. 711 a; 林鈺雄，同前註，頁191、頁619以下；此問題的進一步討論，請參閱林鈺雄，〈非任意性自白之繼續效力〉，《台灣本土法學》，第3期，1999年8月，頁192以下；楊雲驊，〈「加強告知」義務的課予—評最高法院九三年臺上字六六五六號判決〉，《台灣本土法學》，第76期，2005年11月，頁252以下。

²⁰⁶ BGHSt 51, 1, NJW 2006, 1361, 1363.

²⁰⁷ Trüg, Steuerdaten-CDs und die Verwertung im Strafprozess, StV 2011, 111, 118; Trüg/Habetha,

第二目 放射效力

證據禁止的放射效力（Fernwirkung），與廣為人知的「毒樹果實理論」相同，皆是處理利用違法取得證據進而合法取得之衍生證據的證據能力問題，不過這個移植於美國法的原則（實際上有頗多例外）似乎並未在德國開花結果。蓋毒樹果實理論之緣起，與美國法認為證據禁止功能在於嚇阻警察違法脫不了關係，但德國法對證據禁止功能有不同的理解²⁰⁸，且實務亦多次表示不應因單一程序瑕疵而癱瘓整體追訴程序²⁰⁹，因此，對於放射效力的肯否立場，迄今尚無一致見解，惟在此不擬深論²¹⁰。

刑事追訴機關以違法取得之光碟作為搜索聲請依據，獲得許可之後在被告住所查獲的資料（例如銀行對帳單）可否作為不利被告之證據，乃是此處所要探討的問題，以下分別介紹不同立場的看法。

壹、肯定放射效力之見解

雖然實務見解對於放射效力向來採取保守立場，然而聯邦最高法院亦曾表示，證據禁止的界線乃取決於事實情況及證據禁止的類型²¹¹，而在個案當中的考量因素主要為主觀之違法情形、合法取得證據之假設及稀釋之程度等²¹²。

學者認為，雖受到禁止的證據在某些條件下仍能在偵查程序中用來建立初始嫌疑，但是考量到搜索對於基本權的干預密度，此時必須要有充足的事實上依據方得允許，否則該搜索行為即不合法。Bochum區法院的搜索許可，事實上僅是以情報局轉交給追訴機關的光碟作為依據。雖說法官知法，「你給我事實，我給你法律」的原則在偵查機關與偵查法官間也有適用，但是本案的搜索許可僅有相當薄弱的基礎，不免讓人質疑，法院在作成裁定之前是否知悉應具備的事實及法律要件。且在涉及超國界法律關係時，與法官做成決定相關的國際法資料若未被

Beweisverwertung trotz rechtswidriger Beweisgewinnung - insbesondere mit Blick auf die "Liechtensteiner Steueraffäre", NStZ 2008, 481, 491.

²⁰⁸ Vgl. Kelnhofer/Krug, Der Fall LGT Liechtenstein - Beweisführung mit Material aus Straftaten im Auftrag des deutschen Fiskus?, StV 2008, 667; 證據禁止之功能請參照第三章、第一節、第二項。

²⁰⁹ Vgl. etwa BGHSt 27, 355, NJW 1978, 1390; BGHSt 32, 68, NJW 1984, 2772, 2773.

²¹⁰ Ausführlich: Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 2011, Rn. 403 ff.; Jäger, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote, 2003, 112 ff.; 中文介紹詳參林鈺雄，〈非任意性自白之放射效力：毒樹果實問題〉，收錄於《刑事訴訟法實例研習》，2000年，頁115以下。

²¹¹ Vgl. BGHSt 51, 1; 29, 244, NJW 2006, 1361, 1363; 1980, 1700, 1701.

²¹² 林鈺雄，《刑事訴訟法》，上冊，2010年，頁619以下。

提出，會構成法官保留之下對於法官決定之前提要件的重大誤認，導致裁判的違法，應排除接續所得之衍生證據²¹³。

再者，從比例原則來說，買入光碟固然為德國追回數百萬歐元的逃漏稅款，但這卻是被打上了個問號的收入，因為人們可能因此對於刑事追訴的功能及司法的信任感產生疑慮，況且國家追訴犯罪及調查事實有其界線，它必須是在法律（包括超國界法律）所許可的範圍內始能為之；此外，當國家對於違法取得之證據提供報酬，但又以該證據將其人民定罪，刑罰的正當性也會備受質疑。雖有意見以情報工作的特殊性提出辯護，可是這種私相授受的取證方式在刑事追訴中是不被認可的，一來因為情報機關的本質就是秘密，其通常不會授與情報人員陳述或作證許可，因此事實調查會受到結構性的妨礙；二來，情報機關的活動有相當一部分是遊走在法律的灰色地帶。為使人民自由權利不受到來自此潛在危險的威脅，刑事追訴機關應拒絕此種證據²¹⁴。

最後，與前述支持證據禁止直接效力之見解相同，學說間亦有出於法治國考量而認應予排除衍生證據。其認為法律並不期待政府以強硬的政治手腕來實現其所以為的公共利益，當國家與竊取機密的私人串通一氣，將使得刑事追訴搖身一變，成為國家內政及外交策略的手足。況且以帶有汙點的證據行事，不僅導致刑事追訴的道德高度受到摧毀，也錯失了劃定基本權干預界線的機會²¹⁵；另外，若持行政機關自始至終欠缺授權規範的角度，也可能推導出證據禁止的放射效力，因為唯有如此才能夠使法治國原則完好如初²¹⁶。

貳、否定放射效力的見解

持肯定放射效力見解者固然從各個面向為其說理提出支持的理由，然而事實上，德國實務僅在1980年一項涉及基本法第10條法的監聽案肯定放射效力。在該案中，國家發動監聽而獲知犯罪資訊，再依該資訊而取得系爭之衍生證據，但由於監聽已逾越原先的核可範圍，因此聯邦最高法院權衡各種因素判定秘密通訊權具有保護優越性，所得之犯罪資訊及據此查獲的證據不得使用²¹⁷。在當年曇花

²¹³ Heine, Beweisverbote und Völkerrecht: Die Affäre Liechtenstein in der Praxis, HRRS 2009, 540, 546.

²¹⁴ Heine, Beweisverbote und Völkerrecht: Die Affäre Liechtenstein in der Praxis, HRRS 2009, 540, 547.

²¹⁵ Heine, Beweisverbote und Völkerrecht: Die Affäre Liechtenstein in der Praxis, HRRS 2009, 540, 547.

²¹⁶ Schünemann, Die Liechtensteiner Steueraffäre als Menetekel des Rechtsstaats, NStZ 2008, 305, 309.

²¹⁷ 林鈺雄，〈德國證據禁止論之發展與特色〉，《干預處分與刑事證據》，2008年，頁316。

一現地肯定放射效力之後，時至今日並未再看到實務表達相同的意見²¹⁸。對照至本案，亦無跡象顯示放射效力能再有登場機會²¹⁹。至於聯邦憲法法院在本則裁定中，亦未碰觸放射效力的問題，而是以一貫的權衡途徑決定：本案既不涉及核心隱私領域之侵害，且在所假設的程序違反情形中，亦未有基本權的保障被計畫性地或系統性地忽視，因此不會肯認證據禁止²²⁰。

第四項 法律政策的思考—代結論

經由上述，可知德國政府買進光碟不構成實體法上的不法行為，而光碟的收購、轉交等亦未違反國內或國際層面的程序法，且可以刑事訴訟法及租稅通則中的一般授權規範作為基礎，因此在證據禁止的論證上困難重重。更甚者，即便求諸於上位的法治國原則，亦無足夠堅強、細緻的理論足以說明證據使用乃是法治國當中不受容許的行為。

從政策面觀察，德國買進光碟的決定有正反雙面的效果。就好的一面言，政府追回了鉅額的稅款，對財政不無裨益。而此案爆發後，許多尚未被發覺的逃漏稅人亦趕緊出面自首，形同發揮了一般預防的功能。另外，在一般人民的眼中，逃漏稅的富人本應受到制裁，此乃是公平正義的具體實現，這在法治國討論當中也是不能忽略的一點；但從另一面看來，人們不免質疑，刑事追訴機關以購買（私人違法取得）資料這種新的、不甚自然的手段進行偵查，卻僅以一般性的刑事訴訟授權規範為基礎，與法治國原則的要求間存有落差²²¹。這樣的疑慮並非空穴來風，因為法律在某程度上是道德的反映，而道德是善惡分明的，當國家買入犯罪所得之物，透露的是道德心已被置之度外²²²；此外，國家對於犯罪行為提供報酬使得違法活動看起來很划算，導致人民的法律忠誠度下滑，因此即便是認為國家買入光碟並無違反程序規範者，也不免表達其對於法治國原則的憂心²²³。長遠來看，此至少在道德上可責的取證手法，恐怕也對於國與國之間的友好及司法互助關係有不良影響²²⁴。本案所引發的連鎖效應²²⁵，最後將會如何收場？相當值得持

²¹⁸ BGHSt 29, 244 ff; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 2011, Rn. 404.

²¹⁹ Vgl. Kelnhofer/Krug, Der Fall LGT Liechtenstein - Beweisführung mit Material aus Straftaten im Auftrag des deutschen Fiskus?, StV 2008, 660, 667.

²²⁰ Kühne, Die Verwertbarkeit von illegal erlangten Steuerdaten im Strafverfahren, in: FS-Roxin, 2011, S. 1285.

²²¹ Vgl. Satzger, Der Staat als „Hehler“? - Zur Strafbarkeit des Ankaufs rechtswidrig erlangter Bankdaten durch deutsche Behörden, in: FS-Achenbach, 2011, S. 461.

²²² Vgl. Kühne, Strafrechtliche und moralische Fragen beim staatlichen Ankauf von illegal erlangten Bankdaten, GA 2010, 275, 285.

²²³ Vgl. Kölbel, Zur Verwertbarkeit privat-deliktsch beschaffter Bankdaten - Ein Kommentar zur causa „Kieber“, NSTz 2008, 241, 244.

²²⁴ Gless, Gewinn aus der Steuerdaten-Affäre?, StV 2012, 1.

續關注。

展望未來，當企業受僱者藉由出賣企業內部資訊而獲取來自公權力的報酬，且又不曾受到制裁時，可以窺見類似案件將會層出不窮。因此，若是立法者打算採納如此的追訴措施，實不可再袖手旁觀，應積極立法明文解決此懸宕已久的爭議問題，並可連帶地對於「吹哨者」以及其他經濟刑法犯罪的法律難題指引未來的方向²²⁶；更進一步，為避免前述價值衝突的局面，在立法政策上更有效的預防方式是，超過歐洲經濟合作組織（OECD）的規範，要求銀行僅能接受在本國已納稅的金錢²²⁷。這樣理想的想法在實踐上或許會面臨到不少難處，但近來英國和列支敦斯登已簽訂了具有上述內容的雙面協定²²⁸。



²²⁵ 繼列支敦斯登之後，又有瑞士及盧森堡線民向德國提出相似的要約。瑞士線民之新聞可參南德日報於 2010 年 2 月 1 日之報導，Angela Merkel will die Steuersünder kennen (<http://www.sueddeutsche.de/politik/schweiz-kauf-der-steuer-cd-angela-merkel-will-die-steuersuender-kennen-1.59944>)，最後瀏覽日：2012/7/26；盧森堡線民的新聞可參鏡報於 2011 年 10 月 14 日之報導，Fahnder bereiten Grobeinsatz gegen Steuersünder vor (<http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/daten-cd-aus-luxemburg-fahnder-bereiten-grosseinsatz-gegen-steuersuender-vor-a-791682.html>)，最後瀏覽日：2012/7/26。

²²⁶ Vgl. Sieber, Ermittlungen in Sachen Liechtenstein - Fragen und erste Antworten, NJW 2008, 881, 885.

²²⁷ Ostendorf, Gekaufte Strafverfolgung Die Strafbarkeit des Erwerbs von „geklauten“ Steuerdaten und ihre Beweisverwertung, ZIS 2010, 301, 308.

²²⁸ Satzger, Der Staat als „Hehler“? - Zur Strafbarkeit des Ankaufs rechtswidrig erlangter Bankdaten durch deutsche Behörden, in: FS-Achenbach, 2011, S. 462.

第五章 結論

私人透過諸如秘密錄音（影）的方式，在追訴機關尚未知悉犯罪時，或者平行於追訴機關的調查活動，主動且獨立地取得證據，在實務上並非鮮見。過而有之者，從報章媒體常見徵信社陪同配偶「捉姦」的新聞可推測，在某些特定犯罪類型當中，私人取證甚至已成家常便飯。既然社會中存有私人取證的現實，其所取得的證據可利用性即成為無可迴避的問題。在私人不法行為已構成犯罪行為之時，此議題尤其具有重要性，因為一方面，追訴機關收受的證據含有私人違法取證的來源瑕疵，以致於無法直截了當地肯定該證據具有證據能力；但另一方面，不同於國家違法取證，私人取證的不法性是來自於牴觸實體法，以致於刑事訴訟法的取證規定，及隨之而來的依附性使用禁止無用武之地。因此，探究私人以刑事不法方式所得證據之證據能力為本文探討之重心。

第一節 理論檢討

學說上嘗試為私人違法行為之證據禁止找出一條合理的說理途徑，各家理論雖探討面向有別，但從較上位的概念觀察，涉及私人取證時，證據能力的取徑可大別為二：第一種情形是，不論私人是基於合法或非法的手段取得證據，關注重點都置於國家的證據使用行為，當國家使用證據本身過度干預人民之基本權時，則禁止使用該等證據。在此範圍中，私人不法的取證行為本身不具特殊意義；其次，第二種論點是直接以證據係源自於私人違法的取證行為而禁止使用該證據，因此私人不法取證是一個真正導致證據禁止的因素（第三章、第二節、第二項）。而為了正確定位問題所在，私人受國家委託所為之取證以及因證據調查程序的基本權侵害而來的憲法證據禁止兩種類型，應剔除於本文的討論範疇之外（第三章、第二節、第三項）。

雖然私人以刑事訴訟法所禁止的取證手法獲取證據未必即構成刑事不法行為（例如詐欺得到被告或證人之陳述），但因刑訴取證規範的私人拘束性常被援用來作為私人取證應予禁止的理由，故須先予釐清。然而，此說法未能清楚闡明現存規範有何法律漏洞，而有必要將取證規範類推於私人關係之間；而即便只討論不正訊問規範的類推可能，也無法在文義解釋、體系解釋或目的解釋的層面上提出具有說服力的結論（第三章、第三節、第一項）。

另外，對於私人不法的取證行為，不論是以作為或不作為面向觀察，皆無法建構出國家應為私人違法行為負責的基礎，就前者言，國家並未為私人不法行為創造法律意義上的危險，而單純收受證據亦非足夠的歸責基礎；就後者言，不論是司法者或立法者，皆未有怠惰之事實，因此，國家可歸責性的看法亦有待補強（第三章、第三節、第二項）。其次，將程序法的證據能力問題取決於實體法標準的看法，不論其名為法秩序一致性理論、禁止國家收受贓物理論或者規範保護目的理論，其共同缺陷在於，忽略了二者各自獨立的規範功能以及現行法上諸多的反證，且實踐此說的實際後果亦可能導致刑事追訴主導權之移轉（第三章、第三節、第三項）。不同於前的考量：是否可能以排除證據來杜絕私人的不法取證？答案也是否定的，除了已有刑法制裁提供足夠保護之外，實際貫徹本說的結果，將是一旦私人違法取證，不論違法程度及態樣如何皆應排除證據（第三章、第三節、第四項）。

最後，基於憲法的客觀面向效力，國家固然有提供保護之義務，但立法者有其裁量空間，無法僅因未設置證據禁止規定即以國家未盡義務相指責，且通常而言，刑法制裁私人不法取證行為已足防止憲法的保障領域受到侵害，因此源自於保護義務的證據禁止說法難以成立；至於以基本權第三人效力說立論的最大問題，在於無法說明私人何以有侵害基本權之可能性，以及欠缺法律作為基本權發揮作用的媒介。而在自主性證據禁止的範疇中，立於審查中心的是證據調查程序對基本權的干預是否過度，正確的衡量因素是調查程序對於當事人基本權干預的程度與對犯罪的追訴利益的高低，私人違法此一要素對於合憲性的判斷不具有意義（第三章、第三節、第五項）。

第二節 新構想：國家合法取證假設說

國家收受私人自發性轉交的證據，與國家本身蒐證時的偶然發現有相似之處，而立法者對於後者的證據使用可能性，即便國家本身無實際違法，卻可能設有一定的限制；再從整體的取證規範看來，立法者已透過取證規範將國家所能獲得的資訊設下界限，劃定了國家發現真實的配額。為尊重具有民主正當性的立法者的價值判斷，在此範圍外所取得之證據，應予禁止使用。以此想法出發，在私人不法取證的情形下，國家的坐享其成應有合理界限。基此，本文引介發端於瑞士聯邦最高法院的「國家合法取證假設說」。

在私人不法取證的情形之下，需要正當化基礎不是容許國家使用證據，而是禁止國家使用證據。因為除了自主性證據禁止的情形之外，國家對於其未參與

其事的證據，基本上得以使用，因此國家合法取證假設說僅具單方面的功能，亦即負面地將國家本身亦不能合法取得的證據排除，為禁止使用尋求正當化基礎（第三章、第三節、第六項、第二款）。

在決定國家合法取證假設說之架構時，它首要的任務在於將實際上不存在的國家取證過程添加到假設當中，且同時不能混淆的是，這個假設過程的目的不在於取代實際上的發生的私人違法行為，因私人的違法行為不具有程序上的影響力，當亦無所謂消除或補償的必要性。既然假設取證流程的觀察角度是將事實上欠缺的取證要素在事後納進考量，則在私人違法取證時，乃是類比於國家不具目的性地獲得偶然發現資訊，而採用相應的假設模式。至於假設的初步架構則可分三方面：1、假設的客體應嚴格限制於該私人所取得之同一證據，以及國家機關依照相符合的取證方式所能獲得，並且相稱於該具體存在之證據之物證或陳述；2、假設的標準應採抽象可能性說，以追訴機關在抽象的法律情勢當中能否取得該證據為斷；3、假設取證的時點，原則上有充分彈性，但必須是該客體存在之時；另外，為了確保假設的國家取證與實際的私人取證不相混淆，國家取證假設的時點必須早於或至遲同時於實際的取證時點（第三章、第三節、第六項、第三款）。將國家合法取證說運用在較尋常的四種私人不法取證，其結果為：

一、私人不法錄音：在決定假設的抽象流程時，應僅將可抽象適用而不需考量具體情況的法定要件納入，亦即僅是有限制地適用法定前提要件。針對私人不法錄音的案件，其結果如下，重罪性要件是一個使國家合法取證成為可能的前提要件，須納入考量；補充性原則及足夠的犯罪嫌疑原則無法在抽象的國家假設取證流程中審查；然而從比例原則所推導出的干預限制要件則是可能的（第三章、第三節、第六項、第四款、第一目）。

二、私人以酷刑等違反人性尊嚴的方式取得供述：在被告不具有陳述自由時，並無任何與證據法相關的線索可以得知，被告若是由國家合法訊問是否會為同一陳述。但因假設的客體是具同一性之證據，此時要問的是國家得否取得強制取得之陳述，因為一段陳述與其之所以出現的前提要件（亦即強制力的施用）乃是不可分的，無法與單純的實體物證相提並論。對於此類證據，國家只可能違法取得陳述，故私人以違反人性尊嚴方法所取得之陳述不得使用（第三章、第三節、第六項、第四款、第二目）。

三、證據竊盜：私人轉交證據給追訴機關，使追訴機關得免於適用扣押相關的程序，故適當的假設是：當追訴機關本身無法合法扣押證據時，私人所轉交的證據亦不得使用。依循這樣的方向，基本上可以得知已明定有扣押禁止的證據資料是被排除使用的。不過我國就此的實踐與德國法略有出入，因現行法除就公務機關設有類似規定外，並無其他扣押禁止的規定，但自學說及相關實務見解觀之，至少辯護人基於信賴關係所獲知事項，或其所持有而與辯護目的相關之物不得扣押，因此對於私人轉交的此項證據，國家無法使用；另外，總統持有之物，而其對該物所涉內容享有國家機密特權而來之拒絕證言權時，該特定物亦為不得扣押之物（第三章、第三節、第六項、第四款、第三目）。

四、日記取得：在因證據特性而禁止使用的情況中，不會因為私人或國家、實際或假設地去取得該證據而有不同的結論，因此亦無藉假設取證合法取得之可能；再者，即便證據的隱私性質尚未達到核心隱私領域程度，而僅為純私人領域，仍是無法訴諸假設取證流程而合理化證據之使用，此類資料之證據能力僅能在廣泛權衡所涉及之當事人利益以及追訴犯罪利益後決定。此外，在憲法證據使用禁止中採納假設取證流程無必要，且會因此建立起證據取得禁止與證據使用禁止之間的關連性，在概念上徒增誤導（第三章、第三節、第六項、第四款、第四目）。

第三節 私人與國家合作的取證型態

在國家主導的刑事程序當中，有時不乏有私人的合作與參與，而傳統型態的參與模式如臥底偵查、臥底線民及私人與國家合作監聽，不論由何方主動聯繫，均非本文所討論的私人取證，在此類案例中，一旦確認合作型態中具備國家性，則系爭偵查行為應受到國家取證規範之拘束，並且在違反取證規範之時，適用依附性證據使用禁止之法律效果（第四章、第一節）。

至於新興型態的合作模式，則以 2006 年發生在德國與列支敦斯登之間的稅務光碟爭議為例，說明三個問題層次：

一、實體法層面：線民竊取得資訊之行為，雖可能成立犯罪，但不在德國刑法適用範圍之內；之後的轉賣行為有德國刑法適用，惟結論上不具可罰性；而稅務機關隨後買進光碟之行為，不構成可罰之正犯行為，在共犯行為方面，因共犯從屬性之緣故，無成立教唆犯或幫助犯之可能，而縱認為有可資從屬之正犯行為，也不具有不法的共犯行為，因此並不構成實體法之不法行為（第四章、第三節、第一項）。

二、程序法層面：光碟之取得乃是多階段的過程，因此證據取得之概念也須相應擴張。就涉及國家取證的部份，應遵守法定之取證程序限制，並適用隨之而來的依附性證據使用禁止法則。首先，德國政府購買光碟尚不需要具體的授權規範，租稅通則第 399 條及刑事訴訟法第 161 條所賦予之廣泛偵查權限可作為購買的一般授權依據，亦無違反預算法上的節約原則；在國際法層次，稅務機關未透過司法互助途徑取得光碟，並不構成司法互助公約之規避，而德國未積極地事前參與或事後認可線民之違法行為，亦未消極地對放任私人行為不予處置，無國際法之歸責理由；其次，情報局轉交光碟予稅務機關之行為，可資主張的一般授權規範為租稅通則第 116 條之轉告犯罪義務，且稅務機關對於收購光碟之要約為承諾，無違反不正訊問之規範，因此情報局可提供轉交光碟之職務協助，且因其僅是單純傳遞私人所交付之證據，無違反分離原則（第四章、第三節、第二項）。

三、證據法層面：在私人取證方面，本案並無特別新穎之處，惟後續發生的一連串國家行為，則伴隨著依附性使用禁止的可能。在依附性使用禁止方面，即便欠缺授權規範或違反國際法皆不必然導致證據使用禁止，而依照德國實務仍有權衡餘地，其結果很可能是證據仍得使用，因此對於證據排除的說法，無法完全肯定；至於以法治國為出發的自主性證據禁止看法，除了更接近政治道德上的考量外，訴諸法秩序尊嚴的說法也是過猶不及。倘若承認直接證據禁止的前提，那麼證據禁止間接效力的問題也須一併回答：首先是繼續效力，考慮到被告可能是因為認為追訴機關早已手握光碟證據，才進而為陳述，繼續效力是可能的；至於放射效力，即使認為本案有法官保留之下對於法官決定之前提要件重大誤認，或行政機關自始至終欠缺授權規範，故應肯定放射效力，但從實際情況看來，聯邦最高法院對於放射效力的看法相當保守，已久未肯認其存在，對照至並本案，亦無跡象顯示放射效力會再登場（第四章、第三節、第三項）。

至此，雖然本案能夠免於違反實體法或程序法的指摘，但無可否認的是，此取證方式至少在道德上是可責的，長此以往，恐怕對於國與國之間的友好及司法互助關係有不良影響，透過立法或條約要求銀行僅能接受在本國已納稅的金錢，應是適當的立法對策（第四章、第三節、第四項）。

第四節 我國法之展望

第一項 實務取徑

或許正因為地位不明，私人不法取證的證據禁止問題反映在我國實務上，主要呈現難有交集的兩條走向：「犯罪取證時排除證據能力」、「原則不排除，私人暴力取證時例外排除」，在此二者之外，尚有曇花一現的「權衡決定說」。

「犯罪取證時排除證據能力」的想法，主要是針對私人違法錄音（影）的案型而發，認為私人違法錄音、錄影所取得之證據應予排除；其特徵在於將訴訟法上的證據能力判斷取決於實體法上的有罪與否，做出一致的決定，與部分學說提倡的「實體法標準說」不謀而合；或許出於美國法影響，「原則不排除，私人暴力取證時例外排除」的立場近年來漸獲支持，其判決意旨可說明為：1、證據排除原則的主要目的，在於嚇阻警察機關之不法，2、私人不法取證不適用證據排除法則；3、但例外在私人使用暴力、刑求等方式取得被告或證人陳述時，排除所取得之證據；至於少見的「權衡決定說」，其判決理由基於刑事訴訟法第158條之4條之相同法理，認為私人違法取得證據，應依比例原則決定其證據能力，但私人使用暴力、刑求等方式取得之陳述，應排除其證據能力。上述三種不同立場的實務看法，前文已進行闡述。

第二項 實務檢討

分析我國最高法院裁判走向，可發現在兩方面呈現出明顯的不一致，第一是為裁判相互之間基礎立場的不一致，有認「犯罪取證時排除證據能力」，也有採相反方向的「原則不排除，私人暴力取證時例外排除」。此問題較可能是源自於最高法院各庭之間的見解歧異，此問題由來已久，並非私人取證所獨有¹，因此本文不擬深論；至於第二個不一致，則是（同一個）判決內容本身的理論基礎不明，甚至論理自打嘴巴，此部分反映出審判者自身對私人取證的證據使用問題的舉棋不定，因此有必要尋求一個說理一致的解決方式。以下不再就判決逐一分

¹ 請參閱林鈺雄，〈The Case Flexibility Compromises Stability of Law: A Decade Review of Taiwanese Supreme Court Criminal Judgment〉，《東亞法學評論》，第1卷第1期，2010年3月，頁25以下。文中指出最高法院對於證據法上的重要問題，時有見解歧異的現象，建構統一見解的機制（如大法庭）乃當務之急；另可參閱王士帆，〈最高法院決議維護裁判一致性？〉，《台灣法學雜誌》，第204期，2012年7月，頁7以下；林慶郎，〈法國最高法院統一法律見解之制度簡介〉，《司法周刊》，第1598期，2012年6月14日，2版；釋字687號許宗力、林子儀意見書。

析，僅以集眾家理論於一身的 97 年度台上字第 734 號判決為例（第二章、第二節、第二項），作一全盤的回顧，判決理由節錄如下：

刑事訴訟法上「證據排除原則」，係指將具有證據價值，或真實之證據因取得程序之違法，而予以排除之法則。偵查機關「違法」偵查蒐證適用「證據排除原則」之主要目的，在於抑制違法偵查、嚇阻警察機關之不法，其理論基礎，來自於憲法上正當法律程序之實踐，鑒於一切民事、刑事、行政、懲戒之手段，尚無法有效遏止違法偵查、嚇阻警察機關之不法，唯有不得已透過證據之排除，使人民免於遭受國家機關非法偵查之侵害、干預，防止政府濫權，藉以保障人民之基本權，具有其憲法上之意義。此與私人不法取證係基於私人之地位，侵害私權利有別，蓋私人非法取證之動機，或來自對於國家發動偵查權之不可期待，或因犯罪行為本質上具有隱密性、不公開性，產生蒐證上之困窘，難以取得直接之證據，冀求證明刑事被告之犯行之故，而私人不法取證並無普遍性，且對方私人得請求民事損害賠償或訴諸刑事追訴或其他法律救濟機制，無須藉助證據排除法則之極端救濟方式將證據加以排除，即能達到嚇阻私人不法行為之效果，如將私人不法取得之證據一律予以排除，不僅使犯行足以構成法律上非難之被告逍遙法外，而私人尚需面臨民、刑之訟累，在結果上反而顯得失衡，且縱證據排除法則，亦難抑制私人不法取證之效果。是偵查機關「違法」偵查蒐證與私人「不法」取證，乃兩種完全不同之取證態樣，兩者所取得之證據排除與否，理論基礎及思維方向應非可等量齊觀，私人不法取證，難以證據排除法則作為其排除之依據及基準，應認私人所取得之證據，原則上無證據排除原則之適用。惟如私人故意對被告使用暴力、刑求等方式，而取得被告之自白（性質上屬被告審判外之自白）或證人之證述，因違背任意性，且有虛偽高度可能性，基於避免間接鼓勵私人以暴力方式取證，例外地，應排除該證據之證據能力。原判決理由說明「公訴人雖依錄音帶及其譯文為不利於被告甲、乙、丙之認定，然上開錄音帶及其譯文均係告訴人佟光怡、游小娜二人於甲、乙、丙不知情之情況下所錄，此為渠等所是認，則佟光怡、游小娜二人因此取得之錄音帶及譯文能否資為證據，已有疑義，且本案辯護人對此部分之證據能力亦有所爭執，從而，本院酌以該錄音帶及譯文無涉於國家安全及社會秩序，及取得手段可議等情，認為該錄音帶及譯文不具證據能力」等語，未審酌告訴人自行所取得之證據有無正當理由及該證據是否以暴力方式取得，即將佟光怡、游小娜二人所錄甲、

乙、丙錄音及其譯文等所取得之證據，依「證據排除原則」一律予以排除，揆諸上開說明，即有調查職責未盡及適用證據法則不當之可議。

首先，本判決開宗明義指出證據排除原則之主要目的，在於抑制違法偵查、嚇阻警察機關之不法，武斷地將其他可能的證據禁止功能置之度外。然而最高法院所獨鍾的嚇阻違法說，不論自嚇阻實效性、正當性、取證人員範圍差異及證據禁止的功能等方面檢討，皆有與我國法格格不入之處，更別提最高法院本身在論理中往往也未貫徹嚇阻警察違法的理念，而是另外認定私人取證行為不構成犯罪，方得出證據得以使用的結論；再者，除了理論面與我國訴訟背景及現行制度有相扞格之處，此說在實際面恐亦無法達成預期效果。地基不夠堅強，蓋於其上的房屋也必然搖搖晃晃，同樣地，以嚇阻違法說再延伸，提出「私人不法取證並無普遍性」及「既有民刑事救濟機制，無須藉助證據排除法則嚇阻私人不法」等似是而非的說法，一來面臨私人取證不具普遍性的根據何在的質疑，二來「既有訴訟制度已有足夠保護」的說法實同時適用在國家不法取證，不免自相矛盾（第二章、第二節、第二項）。

其次，「私人非法取證之動機，或來自對於國家發動偵查權之不可期待，或因犯罪行為本質上具有隱密性、不公開性，產生蒐證上之困窘，難以取得直接之證據，冀求證明刑事被告之犯行之故」的說法，隱約有將私人不法取證歸因於國家怠於履行追訴義務上之意，惟不論是從立法怠惰、司法怠惰乃至於國家收受證據的主動性等觀點進行說理，皆有不夠圓滿之處（第三章、第三節、第二項）。

第三，判決理由所示「私人故意對被告使用暴力、刑求等方式，而取得被告之自白（性質上屬被告審判外之自白）或證人之證述，因違背任意性，且有虛偽高度可能性，基於避免間接鼓勵私人以暴力方式取證，例外地，應排除該證據之證據能力」暴力取證時例外排除的理由何在，本判決並未詳加分析。惟不論其背後的思考是認基於不正訊問規範對私人的類推適用（第三章、第三節、第一項）、國家保護義務之踐行（第三章、第三節、第五項）或者嚇阻私人違法（第三章、第三節、第四項），該些理論也尚留有需要補強之處。

第四，判決理由認為原審「未審酌告訴人自行所取得之證據有無正當理由²及該證據是否以暴力方式取得，即…依「證據排除原則」一律予以排除，揆諸上開

² 將「無故」解為「無正當理由」乃為我國主流意見，相關文獻指引及問題分析，請參閱薛智仁，〈基於取證目的之私人竊聽〉，《台灣法學雜誌》，第 183 期，2011 年 9 月，頁 162 以下，頁 167 以下。

說明，即有調查職責未盡及適用證據法則不當之可議。」在嚇阻違法說的大旗下，又夾帶告訴人取證有無正當理由的評價，未能乾脆地與實體法標準說一刀兩斷，除了顯示出論理本身的前後矛盾之外，也忽視了訴訟法上的證據能力不取決於實體法上的違法評價（第三章、第三節、第三項）。

第三項 實務未來可行方向

為呼應立法者在國家取證規範中已劃定的發現真實界線，「國家合法取證假設說」提出了新的嘗試（第三章、第三節、第六項），以國家在抽象法律情勢中有無取證可能性來決定證據能力。以私人為蒐集配偶通姦罪之證據所為的祕密錄音為例，因通姦罪非通保法列舉得監聽之重罪，在假設的取證流程中，國家不能合法取得該錄音，因此審判中應予排除錄音的證據能力；但若是為了取得公務員收受賄賂之證據（通保法第 5 條第 1 項第 3 款參照），且無顯不符比例原則之情形，則因國家本身有合法取證的可能，故私人所不法取得之錄音得在審判中使用；又如辯護人就被告之案情諮商為記錄，並將其存放於事務所，若私人竊取該記錄，依實務所採禁止扣押的限縮作法，即便私人竊得後轉交，系爭文書在審判中亦無法作為證據；相對於此，若被告僅係將犯罪所用或所得之物（例如兇刀或贓物）存放於辯護人處，而可認為非為辯護目的者，因在抽象的假設流程中，國家有合法扣押該物的可能，故私人取得之證據在審判中具有證據能力。此審查模式操作，不僅增加裁判的可預測性，在裁判結果上也比私人不法取證全面排除或不排除（雖有暴力、刑求例外）來得可接受，亦合乎立法者對於發現真實界線的預想，若更進一步將此理論細緻化，應是未來實務上可嘗試的方向。

以前述 97 年度台上字第 734 號判決背景為例，該案告訴人錄下與被告等人的電話錄音，並轉交給偵查機關，以作為被告違犯詐欺罪等之證據³。以國家合法取證假設說進行審查，此罪名不涉通保法第 5 條第 1 項的列舉重罪，亦非最輕本刑 3 年以上有期徒刑之罪，故國家無合法取證的假設可能，結論為私人所錄下並轉交之證據應予排除。在錄音（影）內容僅涉及如本案的金錢往來事項時，證據能力應排除的結論固然明確，亦與最高法院的結論相一致。然若私人係以祕密錄音（影）的方式對他人高度私密活動為紀錄時，以判決「原則可使用，但暴力、刑求取得者禁止使用」的公式看待，那麼結論是該證據可使用，然對於這類涉及私密資訊的證據，憲法的證據禁止才是真正的重點所在，在判決中卻未見隻字片

³ 本案尚涉及使公務員登載不實罪（刑法第 214 條參照）及逃漏稅捐罪（稅捐稽徵法第 41 條參照），但此二罪名的保護法益為國家法益，私人非犯罪受害人，故以追訴此二罪名為目的之蒐證，不在本文討論範圍之內。且不論如何，此二罪名非通保法第 5 條第 1 項之列舉重罪，亦非最輕本刑 3 年以上有期徒刑之罪，故國家不能合法監聽的結論不受影響。

語，因此，至少對於私人非以暴力、刑求手段所取得但涉及隱私領域的證據，應說明其所持態度，不論是繼續援用或適度修正⁴，皆應提出背後的支持理由。



⁴ 楊雲驊，〈私人不法取證之證據能力〉，《台灣法學雜誌》，135期，2009年9月，頁277以下，頁280。

參考文獻

一、中文文獻

(一) 教科書與專書

- 王兆鵬，《刑事訴訟講義》，2版，2006年。
- 王兆鵬，《美國刑事訴訟法》，2版，2007年。
- 林鈺雄，《刑事訴訟法》，上冊，6版，2010年。
- 陳樸生，《刑事訴訟法實務》，再訂初版，1998年。
- 陳樸生，《刑事證據法研究》，重訂初版，1990年。
- 黃東熊，《刑事訴訟法論》，增訂初版，1989年。

(二) 學位論文

- 連孟琦，《論監聽之證據使用禁止》，臺灣大學法律研究所碩士論文，2005年。
- 黃吉祥，《論假設偵查流程理論》，臺灣大學法律研究所碩士論文，2004年。
- 蘇慶良，《私人取得之證據在刑事審判上之效力—以證據排除法則為中心》，臺灣大學法律研究所碩士論文，2004年。

(三) 期刊論文

- Friedhelm Hufen 著，翁曉玲譯，〈人格保護與資訊自決權〉，收錄於《德國聯邦憲法法院五十周年紀念論文集》，下冊，2010年，頁113以下。
- Hans Jarass 著，李建良譯，〈基本權利：防禦權與客觀之基本原則規範客觀之基本權利內涵，尤其保護義務及形成私法之效力〉，收錄於《德國聯邦憲法法院五十周年紀念論文集》，下冊，2010年，頁43以下。
- Wolfgang Rüdiger 著，蔡震榮譯，〈基本權利的個人關聯性與法人的基本權利保護〉，收錄於《德國聯邦憲法法院五十周年紀念論文集》，下冊，2010年，頁65以下。
- 王士帆，〈德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 14, 358—禁止不計代價發現真實與私人不法取證〉，《司法周刊》，第1599期，2012年6月21日，第2版以下。
- 王兆鵬，〈私人違法錄音、錄影、監察之證據能力〉，收錄於氏著《搜索

- 扣押與刑事被告的憲法權利》，2000年，頁113以下。
- 王兆鵬，〈證據排除法則之性質與目的〉，《刑事證據法則之新發展》，黃東熊教授七秩祝壽論文集，2003年，頁215以下
 - 王效文，〈贓物罪的處罰理由、構成要件與修正建議〉，《月旦法學雜誌》，第145期，2007年6月，頁246以下
 - 吳志光，〈法官適用憲法之義務〉，《月旦法學教室》，第55期，2007年5月，頁8以下。
 - 吳巡龍，〈私人不法取得證據應否證據排除—兼評最高法院九十二年度臺上字第六七七號判決〉，《月旦法學雜誌》，第108期，2004年5月，頁223以下。
 - 吳景芳，〈國際刑事司法互助基本原則之探討〉，《國立台灣大學法學論叢》，第23卷第2期，1994年6月，頁331以下。
 - 李佳玟，〈在場人錄音之證據能力（下）〉，《月旦法學雜誌》，第118期，2008年12月，頁102以下。
 - 李佳玟，〈在場人錄音之證據能力（上）〉，《月旦法學雜誌》，第116期，2008年11月，頁102以下。
 - 李建良，〈基本權利與國家保護義務〉，收錄於《憲法解釋之理論與實務》，2000年，頁325以下。
 - 林鈺雄，〈刑事訴訟法第一五八條之四的平台定性—以最高法院裁判為例證〉，《台灣法學雜誌》，第140期，2009年11月，頁17以下。
 - 林鈺雄，〈從基礎案例談證據禁止之理論與發展〉，收錄於氏著《干預處分與刑事證據》，2008年，頁253以下。
 - 林鈺雄，〈德國證據禁止論之發展與特色〉，收錄於氏著《干預處分與刑事證據》，2008年，頁303以下。
 - 柯耀程，〈權衡變奏曲〉，《月旦法學教室》，第85期，2009年11月，頁32以下
 - 翁岳生，〈我國憲法訴訟制度之展望〉，《中研院法學期刊》，創刊號，2007年3月，頁1以下。
 - 陳運財，〈通訊之監察〉，收錄於《刑事訴訟法實例演習》，2000年，頁59以下。
 - 陳運財，〈違法證據排除法則之回顧與展望〉，《月旦法學雜誌》，第113期，2004年10月，頁27以下。
 - 程明修，〈論基本權保障之「禁止保護不足原則」〉，收錄於《憲法體制與法治行政》，1998年，頁219以下。
 - 楊雲驊，〈公平程序要求（Das Gebot des fair trial）在德國刑事訴訟程序的應用〉，收錄於《當代公法新論（中）》，2002年，頁497。

- 楊雲驊，〈私人不法取證之證據能力〉，《台灣法學雜誌》，第 135 期，2009 年 9 月，頁 277 以下。
- 楊雲驊，〈私人違法取得證據之評價與衝突解決—評最高法院九十二年台上字二六七七號判決〉，收錄於《民主、人權、正義》，蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，2005 年，頁 295 以下。
- 楊雲驊，〈賠了夫人又折兵—私人違法取得證據在刑事訴訟的證據能力處理〉，《台灣本土法學》，第 41 期，2002 年 12 月，頁 1 以下。
- 詹鎮榮，〈論行政機關管轄權之移轉—以其對行政作用法及行政爭訟法之影響為中心〉，收錄於《2006 行政管制與行政爭訟》，2007 年，頁 189 以下。
- 劉邦繡，〈我國審判實務對私人違法取證適用證據排除法則之猶疑〉，《臺灣本土法學》，第 85 期，2006 年 8 月，頁 24 以下。
- 蔡聖偉，〈論公務員依違法命令所為之職務行為〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 37 卷第 1 期，2008 年 3 月，頁 165 以下。
- 薛智仁，〈基於取證目的之私人竊聽〉，《台灣法學雜誌》，第 183 期，2011 年 9 月，頁 162 以下。
- 薛智仁，〈禁止國家使用私人違法取得證據之理論基礎—兼評最高法院九十七年度台上字第七三四號判決〉，《政大法學評論》，第 121 期，2011 年 6 月，頁 53 以下。

二、德文文獻

(一) 專書

- Amelung, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, 1990.
- Beulke, Strafprozessrecht, 11. Aufl., 2010.
- Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 7. Aufl., 2011.
- Erbs/Kohlhaas(Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, 188. Erg.- Lfg., 2012.
- Felix, Einheit der Rechtsordnung, 1998.
- Frank, Die Verwertbarkeit rechtswidriger Tonbandaufnahmen Privater, 1996.
- Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008.
- Grünwald, Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung, 1993.
- Hannrich(Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl, 2008.
- Hassemer/Matussek, Das Opfer als Verfolger- Ermittlungen des Verletzten im Strafverfahren, 1996.

- Heinz, Über Beweisverbote im Strafprozess, 1994.
- Jäger, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003.
- Jahn, Beweiserhebung und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, Gutachten C für den 67. Deutschen Juristentag 2008, 2008.
- Kelnhofer, Hypothetische Ermittlungsverläufe im System der Beweisverbote, 1994.
- Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, Band 2, 3. Aufl. 2010.
- Krey, Zur Problematik privater Ermittlungen des durch eine Straftat Verletzten, 1994.
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 2. Aufl. 2011
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 3, 1. Aufl. 2003
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 4, 1. Aufl. 2006.
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1, 3. Aufl. 2008.
- Pfeiffer, Strafprozessordnung, Kommentar, 5. Aufl., 2005.
- Rössner, 30 Probleme aus dem Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2003.
- Schröder, Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung im Strafprozess, 1992.

(二) 期刊論文

- Amelung, Die zweite Tagebuchenteidung des BVerfG, NJW 1990, 1753 ff.
- Beulke, Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, JURA 2008, 653 ff.
- Beulke, Hypothetische Kausalverläufe im Strafverfahren bei rechtswidrigem Vorgehen von Ermittlungsorganen, ZStW 1991, 657 ff.
- Coen, Ankauf und Verwertung deliktisch beschaffter Beweismittel in Steuerstrafverfahren aus volkerrechtlicher Sicht, NStZ 2011, 433 ff.
- Eisenberg, Anm. zu BGH, Beschl. v. 31. 3. 2011 - 3 StR 400/10, JR 2011, 409 ff.
- Ellbogen, Die Fluchttagebücher Frank Schmökel und ihre Verwertbarkeit im Strafprozess, NStZ 2001, 460 ff.
- Gless, Beweisverbote in Fällen mit Auslandsbezug, JR 2008, 317 ff.
- Gless, Gewinn aus der Steuerdaten-Affäre?, StV 2012, 1 ff.

- Godenzi, Das strafprozessuale Verbot staatlicher Beweismittelhehlerei: Königsweg oder Luftschloss ?, GA 2008, 500 ff.
- Heine, Beweisverbote und Völkerrecht: Die Affäre Liechtenstein in der Praxis, HRRS 2009, 540 ff.
- Ignor/Jahn, Der Staat kann auch anders - Die Schweizer Daten-CDs und das deutsche Strafrecht, JuS 2010, 390 ff.
- Jahn, Ausforschung einer Beschuldigten durch Wahrsagerin in der Untersuchungshaft - BGHSt 44, 129, JuS 2000, 441 ff.
- Jahn, Strafverfolgung um jeden Preis ? - Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel, StraFo 2011, 117 ff.
- Jahn/Dallmeyer, Zum heutigen Stand der beweisrechtlichen Berücksichtigung hypothetischer Ermittlungsverläufe im deutschen Strafverfahrensrecht, NStZ 2005, 297 ff.
- Joerden, Verbotene Vernehmungsmethoden - Grundfragen des § 136 a StPO, JuS 1993, 927 ff.
- Kaiser, Zulässigkeit des Ankaufs deliktisch erlangter Steuerdaten, NStZ 2011, 383 ff.
- Kauffmann, Die Affäre Liechtenstein und Schweiz in der Praxis - Zur Verwertbarkeit der angekauften Steuerdaten-CD im Strafverfahren, JA 2010, 597 ff.
- Kelnhofer/Krug, Der Fall LGT Liechtenstein - Beweisführung mit Material aus Straftaten im Auftrag des deutschen Fiskus?, StV 2008, 660 ff.
- Koch, Korruptionsbekämpfung durch Geheimnisverrat?-Strafrechtliche Aspekte des Whistleblowing, ZIS 2008, 500 ff.
- Kölbel, Zur Verwertbarkeit privat-deliktisch beschaffter Bankdaten - Ein Kommentar zur causa „Kieber“, NStZ 2008, 241 ff.
- Kühne, Die Verwertbarkeit von illegal erlangten Steuerdaten im Strafverfahren – Zugleich eine Stellungnahme zum Beschluss des BVerfG vom 9.11.2010, Strafrecht als Scientia Universalis, in: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, Band II, 2011, S. 1269 ff.
- Kühne, Strafrechtliche und moralische Fragen beim staatlichen Ankauf von illegal erlangten Bankdaten, GA 2010, 275.
- Ostendorf, Gekaufte Strafverfolgung Die Strafbarkeit des Erwerbs von „geklauten“ Steuerdaten und ihre Beweisverwertung, ZIS 2010, 301.
- Pawlik, Zur strafprozessualen Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter ausländischer Bankdaten, JZ 2010, 693.

- Satzger, Der Staat als „Hehler“ ? - Zur Strafbarkeit des Ankaufs rechtswidrig erlangter Bankdaten durch deutsche Behörden, in: Festschrift für Hans Achenbach, 2011, S. 447 ff.
- Satzger, Schweiz – Liechtenstein – Luxemburg: Kein Verwertungsverbot für im Ausland rechtswidrig erlangte Steuerdaten, die von staatlichen Stellen in Deutschland angekauft wurden!, in: Festschrift für Imme Roxin, 2012, S. 421 ff.
- Schönemann, Die Liechtensteiner Steueraffäre als Menetekel des Rechtsstaats, NStZ 2008, 305 ff.
- Sieber, Ermittlungen in Sachen Liechtenstein - Fragen und erste Antworten, NJW 2008, 881 ff.
- Spatscheck, Wird Gauner, wer mit Gaunern dealt? : Erkenntnisgewinnung und -verwertung in den Liechtenstein-Fällen 2008, In dubio pro libertate, in: Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, 2009, S. 771 ff.
- Trüg, Steuerdaten-CDs und die Verwertung im Strafprozess, StV 2011, 111.
- Trüg/Habetha, Beweisverwertung trotz rechtswidriger Beweisgewinnung - insbesondere mit Blick auf die "Liechtensteiner Steueraffäre", NStZ 2008, 481 ff.
- Trüg/Habetha, Die "Liechtensteiner Steueraffäre" - Strafverfolgung durch die Begehung von Straftaten?, NJW 2008, 887 ff.
- Werner, Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel, NJW 1988, 993.
- Wohlers, Anm. zu BVerfG, Beschl. v. 09.11.2010 - 2 BvR 2101/09 - (Wohnungsdurchsuchung auf der Grundlage der Daten einer "Steuer-CD"), JZ 2011, 252 ff.
- Wölfl, Die strafprozessuale Bedeutung von Rechtsverstößen bei der Beweismittelbeschaffung durch Privatpersonen, JA 2001, 505 ff.
- Zöller, Der Austausch von Strafverfolgungsdaten zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ZIS 2011, 64 ff.