

特稿

# 德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 67, 29 ——EncroChat資料之證據能力

王士帆\*

## 要 目

壹、導 言

貳、裁判要旨

參、裁判理由

DOI : 10.6460/CPCP.202308\_(35).04

\* 國立臺北大學法律系副教授，德國慕尼黑大學法學博士。本文為行政院國科會補助專題研究計畫（NSTC112-2410-H-305-004-MY3）成果之一。

## 摘要

2017年開始，法國在多起販毒現場，發現EncroChat的特殊加密通訊手機。EncroChat用戶足跡遍及歐洲，因技術門檻高，法國警方難以辨識用戶身分和擷取加密通訊內容。在歐盟司法合作組織（Eurojust）主導下，法國、荷蘭以及歐盟刑警組織（Europol）以行動代號EMMA共同偵查。2020年，法國檢方取得法官核准之木馬偵查令狀，秘密使用國防機密等級的木馬程式。這波法國跨國木馬偵查成果非凡，被入侵的EncroChat手機高達32,477支，木馬波及121個國家。法國將EncroChat資料，透過歐盟刑警組織，提供給其他歐盟國。這顯然是歐洲追訴機關成功的木馬戰爭。然而，功成名就的背後，正觸動人權保障與科技偵查的敏感神經，EncroChat案件面臨不少法律挑戰。在證據使用方面，法國取得的EncroChat資料後來在歐洲國家之法院作為證據時，也有重重法律爭議。代表德國聯邦最高法院立場的是該院2022年裁判：BGHSt 67, 29。對於EncroChat資料之證據能力爭議，BGHSt 67, 29以司法互助之證據使用禁止為主軸，從5個面向——國際法原則、公共秩序、司法互助規定、德國憲法或刑事訴訟法規定——探討可能證據使用禁止的理由，並回應文獻不同意見，進而肯認EncroChat資料之證據能力。

關鍵詞：EncroChat、歐盟、證據能力、司法互助、科技偵查

# **Criminal Judgment of the German Federal Supreme Court BGHSt 67, 29 – Evidence Ability of EncroChat Data**

Shih-Fan Wang<sup>\*</sup>

## **Abstract**

Since 2017, special encrypted mobile phones of EncroChat have been found at drug trafficking scenes in France, where EncroChat users are located all over Europe and the high technical threshold makes it difficult for the French police to identify users and capture encrypted communications. The investigation was led by Eurojust and was conducted jointly by France, the Netherlands and Europol under the operational code EMMA. In 2020, the French prosecutors obtained a judge warrant for the investigation of the Trojan horse, which was secretly used. The results of the French multinational Trojan investigation were extraordinary, with 32,477 compromised EncroChat phones and a Trojan horse that reached 121 countries. The EncroChat data was provided by France to other EU countries through Europol. This was clearly a successful Trojan

---

\* Associate Professor of Law, National Taipei University; Dr. jur. Munich University, Germany.

war for European prosecutors. However, behind this success, the case of EncroChat is facing a number of legal challenges, as human rights protection and technological investigation are at stake. In terms of the use of evidence, the EncroChat data obtained in France was later used as evidence in the courts of European countries, and there were numerous legal disputes. BGHSt 67, 29, which represents the position of the German Federal Supreme Court, focuses on the prohibition of the use of evidence for mutual legal assistance in five areas – principles of international law, public order, the rules of mutual legal assistance BGHSt 67, 29 examines the reasons for the possible evidentiary prohibition – principles of international law, public order, mutual legal assistance provisions, german constitutional or german code of criminal procedure – and responds to the different opinions in the literature in order to affirm the evidentiary ability of EncroChat data.

**Keywords:** EncroChat, EU, Evidence Ability, Mutual Legal Assistance, Technology Investigation

## 壹、導 言

2017年開始，法國在多起販毒現場，發現一款名為EncroChat的加密通訊手機。EncroChat特色主要是：一、用戶匿名；二、先進技術，為了提升文字通訊安全，卸除鏡頭、麥克風、GPS定位和USB傳輸埠；三、自動刪除訊息，允許用戶使用倒計時功能，強制刪除自己在其他EncroChat用戶端的訊息；四、快速刪除的「緊急PIN碼」（panic PIN-Code），用戶在鎖定螢幕上輸入特殊的PIN碼，會立即刪除手機內所有資料，重複輸入錯誤密碼也會刪除所有資料；五、加密硬體模式，EncroChat手機無法被「暴力」破解來解析加密資料。這些技術特性，使犯罪集團趨之若鶩，但EncroChat無法從公開市場購買，而是由拍賣網站的賣家挑選買家，售價1,610歐元，每6個月另支付服務費用。

EncroChat用戶足跡遍及歐洲，又因技術門檻高，法國難以辨識用戶身分和擷取加密通訊內容。於是，在歐盟司法合作組織（Eurojust）主導下，法國與荷蘭及歐盟刑警組織（Europol）以行動代號EMMA共同偵查。2020年，法國檢方依法國《刑事訴訟法》第706-102-1條以下規定，取得法官核准之木馬偵查令狀，從EncroChat租借的法國電信公司伺服器，秘密植入國防機密等級的木馬程式。法國木馬佯裝成EncroChat軟體更新通知，使各國用戶誤信點擊。法國跨國木馬偵查成果非凡，被入侵的EncroChat手機高達32,477支，木馬波及121個國家，取得

手機IMEI碼、用戶化名、文字簡訊、傳輸或儲存手機的媒體檔案、註冊的實體基地台辨識碼、螢幕解鎖的密碼、手機使用Notes應用程式的記事本密碼、手機儲存聯絡人地址簿和聯絡方法。

法國將EncroChat資料，透過歐盟刑警組織，提供給其他歐盟國。德國偵查機關接收資料後，開啟偵查程序，並簽發歐盟偵查令狀（Europäische Ermittlungsanordnung, EEA）交予法國，希冀完整移交EncroChat資料，同時請求法國同意德國刑事程序可無條件使用系爭資料。隨之，法國向德國檢方提供曾註冊德國領域之電信基地台的EncroChat資料，法國法院也表達同意德國刑事程序使用所移交的EncroChat資料。請分析EncroChat資料在德國法院有無證據能力。

上述案情，簡要取材自2022年德國聯邦最高法院刑事裁判BGHSt 67, 29<sup>1</sup>。德國刑事法院約莫自2020年6月開始，因EncroChat資料聚訟盈庭。EncroChat是2015年成立於荷蘭的加密通訊平台提供者<sup>2</sup>，產品目標是方便用戶使用EncroChat獨有手機，以文字訊息在EncroChat用戶之間進行加密安全通訊。法國木馬跨國取得各國用戶的數位犯罪證據，之後移交給各國進一步追緝，影響所及，不只是德國而已，更席捲歐洲和其他區域。以德國為例，只要受木

<sup>1</sup> BGH, Beschl. v. 02. 03. 2022 – 5 StR 457/21 (LG Hamburg).

<sup>2</sup> Dennis-Kenji Kipker/Hauke Bruns, EncroChat und die „Chain of Custody“ – Digitale Ermittlungen als Bewährungsprobe für ein Recht auf faires Verfahren?, MMR 2022, 363.

馬入侵的手機是在德國境內使用，法國就會將秘密竊取的資料，移交到德國偵查機關手上。依德國2022年6月文獻統計，單單在德國就開啟大約2,700件偵查程序，超過50個裁判和EncroChat資料有關<sup>3</sup>。德國柏林檢察署接受採訪，稱光是柏林地區，就有近750名EncroChat用戶發送了約160萬條聊天加密訊息。EncroChat瓦解大約2年後，柏林檢察署至2022年5月為止，已對40個案件提起公訴，而至少有1名經確認身分的犯罪嫌疑人的偵查程序，尚有100多件仍在進行中<sup>4</sup>。

被歐洲執法機關直搗黃龍的EncroChat，發現法國機關入侵其服務平台後，2020年6月13日關閉整個網路，公告終止服務，法國也於同年6月28日停止木馬攻擊<sup>5</sup>。跨國木馬偵查EncroChat行動，戰功彪炳，歐盟稱讚「穿透組織犯罪團體」<sup>6</sup>。總言之，瓦解EncroChat是歐洲追訴機關

---

<sup>3</sup> Alba Hernandez Weiss, Gegenseitige Anerkennung als „Joker“ bei transnationalen Ermittlungen? Einige Überlegungen zu dem Rechtsstreit Berliner Gerichte im Fall „EncroChat“, ZfStW 2022, 427.

<sup>4</sup> Berliner Staatsanwaltschaft hat bisher 40 Anklagen erhoben, Legal Tribune Online, 16. 05. 2022, <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/berlin-encrochat-staatsanwaltschaft-40-anklagen-ermittlungen-verfahren-chatnachrichten-chat-messenger-auswertung-polizei/> (最後瀏覽日：2023年4月6日)。

<sup>5</sup> Weiss, aaO. (Fn. 3), 429.

<sup>6</sup> Europol/Eurojust joint press release, Dismantling of an encrypted network sends shockwaves through organised crime groups across Europe, Europol, 02. 07. 2022, <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/dismantling-of-encrypted-network-sends-shockwaves-through-organised-crime-groups-across-europe> (最後瀏覽日：2023年4月6日)。

成功的木馬戰爭。然而，功成名就的背後，正觸動人權保障與科技偵查的敏感神經，EncroChat案件面臨不少法律挑戰：在證據取得方面，木馬秘密擷取群眾資料構成個人基本權干預，且不分有無犯罪嫌疑、觸犯何種罪名的大規模隨機入侵，將律師、記者、醫師等行使職業有特別保護需求之秘密通訊內容一網打盡。法國將木馬偵查列為國防機密，手法細節不透明，被7個歐盟國（比利時、法國、德國、荷蘭、挪威、瑞典、英國）的律師界和人權組織抨擊侵害被告防禦權和公平審判權利<sup>7</sup>，引發法國憲法爭訟<sup>8</sup>。

在證據使用方面，法國取得的EncroChat資料後來在歐洲國家之法院作為證據時，也有重重法律爭議。單以德國為例，如果德國法根本沒有法國這類木馬偵查措施，或依德國《刑事訴訟法》線上搜索條款（§ 100b StPO）<sup>9</sup>，不可能在同一條件下核准實施法國木馬偵查，也就是德國在相同情況下，不可能合法取得EncroChat證據時，德國法院仍可以使用EncroChat資料作為定罪證據嗎？在德國聯邦最高法院表態之前，除了柏林地方法院早先在2021年

<sup>7</sup> Fair Trials, [https://www.fairtrials.org/app/uploads/2022/02/EnroChat\\_LetterofConcern.pdf](https://www.fairtrials.org/app/uploads/2022/02/EnroChat_LetterofConcern.pdf)（最後瀏覽日：2023年4月6日）。

<sup>8</sup> Weiss, aaO. (Fn. 3), 428 Fn. 10. 中文文獻介紹，參見朱富美，黑暗將至？論網路偵查因應加密科技之立法新架構，法學叢刊，67卷2期，2022年4月，頁60-63。

<sup>9</sup> 關於德國線上搜索偵查，詳見王士帆，當科技偵查駭入語音助理——刑事訴訟準備好了嗎？，臺北大學法學論叢，112期，2019年12月，頁191-242。

7月主張使用EncroChat資料違反歐盟法和德國法<sup>10</sup>，故不得作為證據外（同時是德國首先採否定說的法院）<sup>11</sup>，德國其他基層法院均認EncroChat資料有證據能力。

那德國終審普通法院的態度呢？2022年2月8日，德國聯邦最高法院刑事第6庭<sup>12</sup>以旁論（*obiter dictum*）肯定，「本庭結論上與邦高等法院裁判相同，認為法國機關從EncroChat加密訊息服務之通訊監察所取得資訊，於刑事程序有證據能力」，但沒有交代理由。2022年3月2日德國聯邦最高法院刑事第5庭作成的BGHSt 67, 29<sup>13</sup>，是同院第2則EncroChat資料證據能力的裁判，卻是第1則從主題和內容上深入分析EncroChat資料，結論肯定其證據能力的裁判<sup>14</sup>。自此風行草偃，德國聯邦最高法院其他刑事庭相繼延續BGHSt 67, 29見解。德國刑事法院走向一致立場，肯定EncroChat資料證據能力，惟遭德國主流文獻的抨擊，除德國檢方撰文支持EncroChat證據能力外，德國律師界和學界文獻一面倒地反對<sup>15</sup>。反對者轉向德國聯邦憲

---

<sup>10</sup> Tido Park, *Durchsuchung und Beschlagnahme*, 5. Aufl., 2022, Rn. 938.

<sup>11</sup> LG Berlin, *Beschl. v. 01. 07. 2021 – 525 KLS 10/21*. 此則柏林地方院裁判被柏林高等法院撤銷，KG, *Berlin Beschl. v. 30. 08. 2021 – 2 Ws 79/21, 2 Ws 93/21*.

<sup>12</sup> BGH, *Beschl. v. 08. 02. 2022 – 6 StR 639/21*.

<sup>13</sup> BGH, *Beschl. v. 02. 03. 2022 – 5 StR 457/21*.

<sup>14</sup> Christian Rückert, *Anm. zu BGH, Beschl. v. 02. 03. 2022 – 5 StR 457/21*, *NStZ* 2022, 446.

<sup>15</sup> 例如Stephan Beukelmann, *Verwertbarkeit von EncroChat-Daten*, *NJW-Spezial* 2022, 248; Martin Böse, *Der Auslandsbeweis im deutschen Strafprozess – die Encrochat-Entscheidung des BGH im Spiegel der Lehre*

法法院尋求救濟，第一起裁判憲法訴訟已繫屬德國聯邦憲法法院（2 BvR 558/22），這是針對德國聯邦最高法院第1則肯定見解的裁判（針對刑事第6庭）<sup>16</sup>。除此之外，堅持EncroChat資料無證據能力的柏林地方法院，另謀出路，亦向歐盟法院聲請解釋使用EncroChat資料證據是否牴觸歐盟法規<sup>17</sup>。而在作為歐洲人權殿堂的歐洲人權法院，已受理針對法國EncroChat偵查行動提起的個人申訴案，正等待歐洲人權法院一槌定音（Nr. 44715/20, 47930/21）。

在德國聯邦憲法法院、歐盟法院及歐洲人權法院表態之前，BGHSt 67, 29此刻正代表著德國聯邦最高法院立場。對於EncroChat資料之證據能力爭議，BGHSt 67, 29以

---

von den strafprozessualen Verwertungsverböten – Besprechung von BGH, Beschluss vom 2. 3. 2022 – 5 StR 457/11, JZ 2022, 1048-1056; Dominik Brodowski, Anm. zu BGH, Beschl. v. 02. 03. 2022 – 5 StR 457/21, StV 2022, 353-367; Kai Cornelius, Anm. zu BGH, Beschl. v. 02. 03. 2022 – 5 StR 457/21, NJW 2022, 1539-1547; Benjamin Derin/Tobias Singelstein, Verwendung und Verwertung von Daten aus massenhaften Eingriffen in informationstechnische Systeme aus dem Ausland (Encrochat), NSTZ 2021, 449-454; Rückert, aaO., 435-447; Felix Ruppert, Erheben ist Silber, Verwerten ist Gold? Verwendbarkeit und Verwertbarkeit von Daten ausländischer Ermittlungsbehörden im Lichte des Grundrechtsschutzes – EncroChat, NZWiSt 2022, 221-227; Lucia Sommerer/Samuel Rehberger, Anm. zu BGH, Beschl. v. 02. 03. 2022 – 5 StR 457/21, Rdi 2022, 304-308; Weiss, aaO. (Fn. 3), 427-438; Lukas Zeyher, Anm. zu BGH, Beschl. v. 02. 03. 2022 – 5 StR 457/21, NZWiSt 2022, 236-252.

<sup>16</sup> Ausgewählte Neueingänge des Jahres 2022（德國聯邦憲法法院2022年3月新聞稿），Bundesverfassungsgericht, <https://reurl.cc/rLkeel>（最後瀏覽日：2023年4月6日）。

<sup>17</sup> LG Berlin, Beschl. v. 19. 10. 2022 – 525 KLs 8/22, StV Spezial 2022, 132-143.

司法互助之證據使用禁止為主軸，從5個面向——國際法原則、公共秩序、司法互助規定、德國憲法或刑事訴訟法規定——探討可能證據禁止的理由，並回應文獻不同意見，進而肯認EncroChat資料之證據能力。儘管筆者對BGHSt 67, 29見解持保留態度，鑑於BGHSt 67, 29在木馬跨國證據、科技偵查與人權保障的多重面向意義，被德國眾多文獻引用<sup>18</sup>，筆者仍不揣淺陋介紹，以饗同好。

## 貳、裁判要旨

EncroChat資料之證據能力。

## 參、裁判理由

### 【1-23略】

II.本庭認為，本案取得EncroChat用戶的資料，有證據能力（參見法蘭克福高檢署聲請書；BGH, Beschl. v. 08. 02. 2022 – 6 StR 639/21; HansOLG Bremen, Beschl. v. 18. 12. 2020 – 1 Ws 166/20, NStZ-RR 2021, 158 m. Anm.

---

<sup>18</sup> 例如Werner Beulke/Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl., 2022, Rn. 391; Ralf Eschelbach, in: Helmut Satzger/Wilhelm Schluckebier/Gunter Widmaier (Hrsg.), StPO, 5. Aufl., 2023, § 100e Rn. 30; Simon Henrichs/Karin Weingast, in: Christoph Barthe/Jan Gericke (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur StPO, 9. Aufl., 2023, § 100e Rn. 25a-25b; Marcus Köhler, in: Lutz Meyer-Goßner/Bertram Schmitt (Hrsg.), StPO, 65. Aufl., 2022, § 100e Rn. 23a-23h; Christian Rückert, in: Christoph Knauer/Hans Kudlich/Hartmut Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur StPO, 2. Aufl., 2023, § 100e Rn. 93a-93c.

Vizcaino Diaz, jurisPR-StrafR 10/2021 Anm. 1; Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschl. v. 29. 04. 2021 – 2 Ws 47/21, NStZ 2021, 693 m. Anm. Beukelmann/Heim, NJW-Spezial 2021, 378; HansOLG Hamburg, Beschl. v. 29. 01. 2021 – 1 Ws 2/21 m. Anm. Nadeborn/Kempgens, jurisPR-StrafR 12/2021 Anm. 4; OLG Köln, Beschl. v. 31. 03. 2021 – 2 Ws 118/21; OLG Rostock, Beschl. v. 11. 05. 2021 – 20 Ws 121/21, NJ 2021, 372; v. 23. 03. 2021 – 20 Ws 70/21, MMR 2021, 572; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21. 07. 2021 – III 2 Ws 96/21; OLG Celle, Beschl. v. 12. 08. 2021 – 2 Ws 250/21, StraFo 2021, 466 m. Anm. Albrecht, jurisPR-StrafR 20/2021 Anm. 3; KG, Beschl. v. 30. 08. 2021 – 2 Ws 79/21 und 93/21, NStZ-RR 2021, 353 m. Anm. Immel sowie Anm. Dießner, FD-StrafR 2021, 442178; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 10. 11. 2021 – 2 Ws 261/21 m. Anm. Lorenz, FD-StrafR 2021, 443948; OLG Nürnberg, Beschl. v. 16. 11. 2021 – Ws 1069/21; Brandenburgisches OLG, Beschl. v. 26. 07. 2021 – 2 Ws 94/21 (S); v. 09. 08. 2021 – 2 Ws 113/21 (S); v. 16. 12. 2021 – 2 Ws 197/21 m. Anm. Knierim, FD-StrafR 2022, 445089; Pauli, NStZ 2021, 146; Roth, GSZ 2021, 238; Labusga, NStZ 2021, 702, 704 ; 亦參見United Kingdom, Court of Appeal [Criminal Division] v. 05. 02. 2021 – [2021] EWCA Crim 128, CRi 2021, 62許可EncroChat資料作為證據 ; High Court v. 26. 10. 2020 – [2020] EWHC

2967 [Admin]關於歐盟偵查令狀之撤銷被駁回；另參見現在繫屬於歐洲人權法院的案件：Nr. 44715/20 [Lewis-Turner gegen Frankreich] 與 Nr. 47930/21 [Jarvis gegen Frankreich]；由美國FBI設計的加密手機服務Anom資料之證據能力類似問題，參見OLG Frankfurt, NJW 2022, 710)。【24】

對於在審判程序中使用取得之證據，無論該證據先前是在德國或以其他方式——例如司法互助——取得，其符合德國憲法之法律基礎是《刑事訴訟法》第261條（參見BVerfG, Beschl. v. 07. 12. 2011 – 2 BvR 2500/09 und 857/10, BVerfGE 130, 1 ff. Rn. 120, 137 ff. mwN）。針對司法互助從外國取得的資料，德國法無明確的用途限制規定，尤其無法直接適用《刑事訴訟法》第100e條第6項，惟基於憲法要求的比例原則，仍應就該條文的體現價值為相關考量（下文2. d) cc)）。被告上訴理由和大多數文獻及零星裁判一致主張證據使用禁止（參見Derin/Singelstein, NStZ 2021, 449; dies., StV 2022, 130; Erhard/Lödden, StraFo 2021, 366; Gebhard/Michalke, NJW 2022, 655; Nadeborn/Albrecht, NZWiSt 2021, 420; Sommer, StV Spezial 2021, 67; Stehr/Rakow, StRR 2021, Heft 4, 6; Strate, HRRS 2022, 15; Theune, NJ 2021, 444; Wahl, ZIS 2021, 452; LG Berlin, Beschl. v. 01. 07. 2021 – [525 KLS] 254 Js 592/20 [10/21], NStZ 2021, 696 m. abl. Anm. Labusga und zust. Anm. Burhoff, StRR 2021, Heft 8,

31; kritisch auch Albrecht, jurisPR-StrafR 20/2021 Anm. 3; Deusch/Eggendorfer, K & R 2021, 689, 695 m. Fn. 50; Dießner, FD-StrafR 2021, 442178; Grözinger, in Müller/Schlothauer/Knauer, Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 3. Aufl., § 50 Rn. 336 ff.; Knierim, FD-StrafR 2022, 445089; Nadeborn/Kempgens, jurisPR-StrafR 12/2021 Anm. 4; Vizcaino Diaz, jurisPR-StrafR 10/2021 Anm. 1; Zimmermann, ZfISW 2022, 173), 此主張並無任何法律根據。證據是否禁止使用，應依本國法決定（下文1.）。無論從司法互助特別理由、本國憲法或刑事訴訟法，均無法得出證據使用禁止（下文2. d)與e)）。《歐洲人權公約》之要求亦不阻止證據使用（下文3.）。【25】

1.倘若——如同本案——司法互助被請求國已同意請求國無條件使用由其取得並移交的證據成果，則司法互助取得之證據有無證據能力的問題，應專以司法互助請求國之內國法為決定（BGH, *Beschl. v. 21. 11. 2012 – 1 StR 310/12*, BGHSt 58, 32 Rn. 21 mwN; *v. 09. 04. 2014 – 1 StR 39/14*, NStZ 2014, 608）。相較於此，偵查行為的合法性——除請求國有某種要求外（於歐盟偵查令狀指令，詳見指令第9條第2項與 Wortmann, *Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen*, 2020, S. 125 ff.）——應依被請求國法律評價之（所謂*locus regit actum*，參見 Schuster, ZIS 2016, 564, 565; ders., *Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Beweise im deutschen Strafprozess*,

2006, S. 29; Pauli, NStZ 2021, 146, 148; Zimmermann, ZfISTW 2022, 173, 176 jeweils mwN)。對此，被請求國的主權決定，原則上不是由請求國法院依被請求國法律標準加以審查（參見BGH, Beschl. v. 21. 11. 2012 – 1 StR 310/12, BGHSt 58, 32 Rn. 34 mwN; v. 09. 04. 2014 – 1 StR 39/14, NStZ 2014, 608）。確切而言，在司法互助過程的要求是，原則上應尊重外國法秩序和法律觀點的結構與內容，即使其細節上與本國——此指德國——見解並不一致（BVerfG, Beschl. v. 04. 12. 2019 – 2 BvR 1258/19 und 1497/19 Rn. 55; HansOLG Hamburg, Beschl. v. 29. 01. 2021 – 1 Ws 2/21 Rn. 79 jeweils mwN）。【26】

a)這符合與本案情形有關的《歐盟偵查令狀指令》體系。《歐盟偵查令狀指令》除了包括基於歐盟請求國（指令用語：核發國，參見指令第2條第a款）之聲請而在外國實施偵查措施外，也包括取得歐盟被請求國（指令用語：執行國，參見指令第2條第b款）先前因適用其內國法取證，而已在被請求國保管之證據（參見指令立法理由第7點第3句及指令第1條第1項第2句、第10條第2項第a款、第13條第1項）。【27】

歐盟境內之司法互助特色，是法院裁判之相互承認原則（參見指令立法理由第2點和第6點、指令第1條第2項、歐盟運作條約第82條第1項；關此詳見Mavany, Die Europäische Beweisanordnung und das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, 2012, S. 3 ff.; Wortmann, Die

Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, 2020, S. 66 f.; Ronsfeld, Rechtshilfe, Anerkennung, Vertrauen – Die Europäische Ermittlungsanordnung, 2015, S. 70 ff., 194 ff.; BT-Drucks. 18/9757, S. 17; BT-Drucks. 18/4894, S. 12 f. jeweils mwN)。將歐盟建立成自由、安全和法治的區域，其基礎乃是相互信賴與推定其他歐盟國會遵守歐盟法，尤其是基本權利（歐盟偵查令狀指令立法理由第19點第1句）。這種推定可受推翻，因為執行國若有正當理由認為執行歐盟偵查令狀，將造成無法彌補的基本權侵害者，得拒絕執行（指令第11條及立法理由第19點第2句、第3句）。【28】

本庭不認同上訴人見解，本庭認為，法國機關使用之科技偵查手段受到部分保密這件事，不會影響《歐盟偵查令狀指令》假設的（可推翻的）推定行為合法。正如德國聯邦檢察總長正確指出，這些木馬程式的精確功能對於法律評價無顯著關係，因為基於其已被詳細描述的作用，即充分看出權利干預的範圍和程度（亦參見 Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschl. v. 29. 04. 2021 – 2 Ws 47/21）。【29】

b)此一評價，受到德國《國際刑事司法互助法》（Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, IRG）為了轉化《歐盟偵查令狀指令》（§§ 91a ff. IRG）或其他一般司法互助規定（歐盟偵查令狀指令之補充適用，§§ 91, 91a Abs. 4 IRG）所修正的條文之確認。即便

在此之後，德國也沒有規定請求國應審查被請求國是否依照該國規定合法取得現有證據。換言之，德國就這類案件沒有明確規定證據使用問題（參見KG, Beschl. v. 30. 08. 2021 – 2 Ws 79/21 und 93/21），是以，此所造成的權利保護缺陷，可在證據使用層次加以考慮（參見Schuster, ZIS 2016, 564, 572）。【30】

c)德國與法國之間的司法互助規定，並無特別規定明確要求所提供之證據，其在受請求國之取證過程，應符合受請求國自己的內國法（關於系爭措施與法國法相符性方面，參見Wahl, ZIS 2021, 452, 455）。【31】

2.從這些司法互助規定觀之，並無證據使用禁止的明文規定。在司法互助取得之證據方面，證據使用禁止可能是來自司法互助之特殊理由（參見BGH, Beschl. v. 21. 11. 2012 – 1 StR 310/12, BGHSt 58, 32 Rn. 22; v. 09. 04. 2014 – 1 StR 39/14, NStZ 2014, 608 jeweils mwN），例如違反國際法原則（下文a））、公共秩序（下文b））或司法互助規定（下文c）），或者——如同在本國取得之證據——直接從憲法（下文d））或其他訴訟法（下文e））得出證據使用禁止。【32】

a)於本案，並不存在因違反國際法原則而造成無證據能力（關此詳見Radtke, NStZ 2017, 109; Schuster, Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Beweise im deutschen Strafprozess, 2006, S. 135 ff. jeweils mwN），例如不法侵犯他國主權（對此，BGH, Urt. v. 08. 04.

1987 – 3 StR 11/87, BGHSt 34, 334, 343 f.; Beschl. v. 21. 11. 2012 – 1 StR 310/12, BGHSt 58, 32 Rn. 22; Radtke, NStZ 2017, 109 mwN)。法國已經全面且無條件同意德國刑事程序使用所移交的EncroChat資訊。另外，也沒有明顯違反保護個人利益的國際強制規範（參見Zimmermann, ZfISW 2022, 173, 188）。【33】

b)法國機關的取證行為，亦未違反德國或歐洲公共秩序上的重要法治國原則（參見歐盟偵查令狀指令第1條第4項；德國國際刑事司法互助法第91b條、第73條；關於判斷基準，詳見Gleiß/Wahl/Zimmermann, in Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 6. Aufl., § 73 IRG Rn. 1 ff.; Ambos/Gronke, in Ambos/König/Rackow, Rechtshilferecht in Strafsachen, 2. Aufl., § 73 Rn. 1 ff.; Ronsfeld, Rechtshilfe, Anerkennung, Vertrauen – Die Europäische Ermittlungsanordnung, 2015, S. 169 ff. jeweils mwN；結論與本庭相同，認為未違反公共秩序者，HansOLG Hamburg, Beschl. v. 29. 01. 2021 – 1 Ws 2/21; Brandenburgisches OLG, Beschl. v. 16. 12. 2021 – 2 Ws 197/21; OLG Köln, Beschl. v. 31. 03. 2021 – 2 Ws 118/21; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 10. 11. 2021 – 2 Ws 261/21；主張違反公共秩序，Wahl, ZIS 2021, 452, 457; LG Berlin, Beschl. v. 01. 07. 2021 – [525 KLS] 254 Js 592/20 [10/21], NStZ 2021, 696）。【34】

在相互信賴原則及（可推翻的）推定其他歐盟國會遵

守歐盟法（尤其是基本權利）的背景下（歐盟偵查令狀指令立法理由第19點第1句），以下觀點與本案尤其相關：德國核發歐盟偵查令狀所欲取得之資料，乃由法國偵查措施所取得，而法國偵查措施的出發點，是得知在多起販毒案件的大盤商和中盤商層級中，EncroChat手機扮演重要角色，又根據被告的陳述，這類手機確實用在販毒，而且不可能被偵查機關破解加密（亦參見BGH, Beschl. v. 14. 10. 2020 – 5 StR 165/20, NStZ 2021, 286關於販毒經常使用加密手機，犯罪時間是2018年底）。公開市場上無法買到這些手機，黑市購買和程式服務訂閱費非常昂貴。無法查出EncroChat公司的負責人，也沒有正式的公司所在地。鑑於涉嫌組成從事犯罪（特別是毒品犯罪）之犯罪組織與對加密通訊設備之不法提供、運輸和進口，在此脈絡下，開啟偵查程序——最初明顯是針對EncroChat公司的不明負責人（參見HansOLG Hamburg, Beschl. v. 29. 01. 2021 – 1 Ws 2/21 Rn. 92）——並無不當之處。【35】

在2019年首波存取EncroChat資料的偵查行動後，法國機關發現，相關的加密手機被積極宣傳成能逃避警方侵襲，同時也發現被解密的數位記事本一直與犯罪活動有關，尤其是大規模販毒。因此，法國偵查機關一開始就認為，這是一種秘密經營加密手機之供應商的犯罪網絡，他們故意為犯罪活動（以販毒尤為常見），提供不受監控的通訊設備，積極支援犯罪份子，從中獲得豐厚經濟利益（HansOLG Hamburg, Beschl. v. 29. 01. 2021 – 1 Ws 2/21

Rn. 91)。不同於被告及部分文獻和下級審裁判意見（尤其Sommer, StV Spezial 2021, 67; Theune, NJ 2021, 444; LG Berlin, Beschl. v. 01. 07. 2021 – [525 KLs] 254 Js 592/20 [10/21], NStZ 2021, 696），本庭認為，從法國偵查機關角度來看，偵查的對象不是一種完全正常的商業模式（為「任何人」提供加密手機），而是只供一些犯罪份子使用，這是一種自始目的就在支持犯罪活動的秘密網絡。從法國機關角度來看，在第一次入侵資料後的進一步偵查過程中，但也是直到2020年4月1日分析更多使用者資料後，EncroChat手機單獨或幾乎專門用於犯罪活動的假設，才獲得最終確認。鑑於系爭犯罪之嚴重程度，在國家保護人民尤其免於販毒和組織犯罪所生之危害與憲法誡命刑事司法有效運作的背景下（BVerfG, Urt. v. 19. 03. 2013 – 2 BvR 2628/10 u.a., BVerfGE 133, 168 Rn. 57; Landau, NStZ 2007, 121），法國法官面對這樣的犯罪嫌疑和證據狀況，基於犯罪追訴和與此緊密結合的預防理由，核准於一定期間內取得EncroChat服務商的所有使用者資料，並加以檢視（亦參見Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschl. v. 29. 04. 2021 – 2 Ws 47/21），並無根本性的法治國缺失或違反人權或歐洲基本價值。【36】

基於目前的資訊可知，本案不是「漫無目標的大規模監控和資料分析，本質上屬秘密情報手段」（但採此看法者，Derin/Singelstein, StV 2022, 130, 134）。確切而言，法國機關顯然認為，單獨由EncroChat用戶以高價買

人和使用非透過一般銷售管道始可取得的加密通訊設備，便可懷疑用戶涉嫌參與有組織犯罪領域的犯罪活動，例如販毒、武器販賣或洗錢（參見OLG Celle, Beschl. v. 12. 08. 2021 – 2 Ws 250/21, StraFo 2021, 466；不同意見，Derin/Singelstein, NStZ 2021, 449, 452; Erhard/Lödden, StraFo 2021, 366, 369）。法國偵查機關一開始以EncroChat的不明負責人涉嫌參與犯罪組織，而在犯罪地（伺服器所在地）展開偵查，最後發展成——如同德國聯邦檢察總長更詳細之說明——將偵查擴大到很多國家的EncroChat手機用戶。因為唯有如此，法國機關始能查明EncroChat服務的犯罪使用規模與結構。鑑於本案有顯著且最終任何加密手機使用者都有具體的犯罪嫌疑成分，因此，本案並非「無犯罪嫌疑」的通訊監察（此乃法律上所不許可，BVerfG, Urt. v. 27. 02. 2008 – 1 BvR 370/07 und 595/07, BVerfGE 120, 274; Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschl. v. 29. 04. 2021 – 2 Ws 47/21; OLG Rostock, Beschl. v. 11. 05. 2021 – 20 Ws 121/21, NJ 2021, 372; KG, Beschl. v. 30. 08. 2021 – 2 Ws 79/21 und 93/21, NStZ-RR 2021, 353；系爭措施範圍的比例性，詳見OLG Celle, Beschl. v. 12. 08. 2021 – 2 Ws 250/21, StraFo 2021, 466；不同意見，LG Berlin, Beschl. v. 01. 07. 2021 – [525 KLs] 254 Js 592/20 [10/21], NStZ 2021, 696; Theune, NJ 2021, 444）。【37】

c) 本案沒有違反導致證據使用禁止的司法互助規定。

本庭贊同本院刑事第1庭見解，認為只有在司法互助規定具有個人保護性質，至少有反射保護的意義時，始能考慮從違反該規定推導出證據使用禁止（BGH, Beschl. v. 21. 11. 2012 – 1 StR 310/12, BGHSt 58, 32 Rn. 25; Radtke, NStZ 2017, 109；關於權利領域原則作為證據使用禁止之理由，亦參見BVerfG, Beschl. v. 01. 07. 2014 – 2 BvR 989/14, NStZ 2014, 528, 529; v. 08. 07. 2010 – 2 BvR 2485/07, NJW 2011, 207; BGH, Beschl. v. 09. 08. 2016 – 4 StR 195/16, NStZ-RR 2016, 377; v. 24. 09. 2020 – 4 StR 144/20, NStZ 2021, 59 jeweils mwN）。【38】

aa)根據《歐盟偵查令狀指令》第31條，歐盟國進行跨境電信監察時，應通知所涉及之目標歐盟國（關於補充直接適用性之問題，Zimmermann, ZfISTW 2022, 173, 179 mwN）。對於德國，法國機關可能違反此通知義務，或違反轉化該規定的法國法條文（歐盟偵查令狀指令應是直接併入法國法，關此詳見Knytel, Die Europäische Ermittlungsanordnung und ihre Umsetzung in die deutsche und französische Rechtsordnung, 2020, S. 66 mwN），但仍不會導致證據使用禁止（對此一般性論述，參見Sieber/von zur Mühlen/Wahl, Rechtshilfe zur Telekommunikationsüberwachung, 2021, S. 1 ff. mwN）。【39】

(1)《歐盟偵查令狀指令》第31條是否具有個人保護性質，有待商榷。依《歐盟偵查令狀指令》第31條第1項，

於跨境電信監聽，無須受監察人所在之歐盟國技術協助時，實施監察之歐盟國應將電信監察一事，通知受監察人所在之歐盟國；關於通知時點，在核發電信監察令狀時已知悉此情形者，應事先通知，否則應在知情後，於監察期間或監察結束後立即通知。受通知國之管轄機關（在德國依國際刑事司法互助法第92d條第1項第1款是Stuttgart區法院）收到通知後，認為有不得在國內類似案件核准電信監察的情形者，得通知監察實施國之管轄機關，不應實施監察或應終止監察（歐盟偵查令狀指令第31條第3項）。德國在落實這一通知要求時，《國際刑事司法互助法》第91g條第6項第1句規定，德國機關在這類案件，有義務立即（最遲應在96小時內）通知監察實施國的管轄機構，不得實施監察或應終止監察，以及受監察人在德國主權境內期間所被監察的資訊，不得加以使用或只能在一定條件下使用（亦參見Gebhard/Michalke, NJW 2022, 655, 658）。德國立法者採取比《歐盟偵查令狀指令》第31條第3項更嚴格的義務，其理由是依《歐盟偵查令狀指令》體系，受通知國若對跨境監察之通知沉默以對，會被視為同意監察，「因而存在一種風險，亦即，縱使電信監察本來依德國法不受允許，但在德國主權境內從電信監察取得的敏感資料，卻可以在其他歐洲國家使用。為保護受干預人的基本權並維護德國國家主權，《國際刑事司法互助法》第91g條第6項被設計成具有拘束力的規定」（BT-Drucks. 18/9757, S. 75）。【40】

本案之取證，無論是否屬《歐盟偵查令狀指令》第31條第1項及德國《國際刑事司法互助法》第91g條第6項所稱的電信監察（參見United Kingdom, Court of Appeal [Criminal Division] v. 05. 02. 2021 – [2021] EWCA Crim 128, CRi 2021, 62；亦參見歐盟偵查令狀指令立法理由第30點），這些規定應該不保護受干預人免於在受通知國（本案指德國）之證據使用，而僅僅在保護其免於在通知國（本案指法國）或其他歐洲國家之證據使用（參見Wahl, ZIS 2021, 452, 457; Zimmermann, ZfIS 2022, 173, 178）。德國立法理由亦只以此種個人保護為準（參見BT-Drucks. 18/9757, S. 75）。這也符合司法互助制度。一方面，通知義務使受通知之德國機關決定，可以實施哪些有直接影響德國主權的刑事訴訟偵查措施，所以通知義務主要在保護德國國家主權。另一方面，通知義務之目的在提供受干預人基本權保護，但只限於在國外之證據使用方面。德國憲法和刑事訴訟法透過採納證據用途禁止、證據使用禁止或特定之用途保留，可以為受干預人提供充分之保護，使其免於在德國刑事程序上遭受證據之使用；對此，並不需要透過僅在規範兩國法律交流的司法互助條文。因此，《歐盟偵查令狀指令》第31條第1項和德國《國際刑事司法互助法》第91g條第6項的個人保護目的，僅針對在外國之證據使用，這與本國之證據使用無關。

#### 【41】

(2)不過，即便認為上述通知義務的保護個人性質，

也適用在此時的德國刑事程序，但經過必要的權衡後，也不生證據使用禁止（參見德國聯邦檢察總長聲請書；HansOLG Bremen, Beschl. v. 18. 12. 2020 – 1 Ws 166/20, NStZ-RR 2021, 158; HansOLG Hamburg, Beschl. v. 29. 01. 2021 – 1 Ws 2/21 Rn. 103 ff.; Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschl. v. 29. 04. 2021 – 2 Ws 47/21; OLG Celle, Beschl. v. 12. 08. 2021 – 2 Ws 250/21, StraFo 2021, 466; KG, Beschl. v. 30. 08. 2021 – 2 Ws 79/21 und 93/21, NStZ-RR 2021, 353; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 10. 11. 2021 – 2 Ws 261/21；不同意見，Erhard/Lödden, StraFo 2021, 366, 368; LG Berlin, Beschl. v. 01. 07. 2021 – [525 KLs] 254 Js 592/20 [10/21], NStZ 2021, 696）。【42】

於此方面適用以下說明（僅參見BVerfG, Beschl. v. 07. 12. 2011 – 2 BvR 2500/09 und 857/10, BVerfGE 130, 1 Rn. 117; BGH, Urt. v. 03. 05. 2018 – 3 StR 390/17, NStZ 2019, 227; v. 20. 10. 2021 – 6 StR 319/21, NStZ 2022, 125 jeweils mwN）：任何違反證據取得規定必然導致刑事訴訟之證據使用禁止，不是刑事程序法所規定的普遍適用原則。相反的，每次違法取證應依個案情況，尤其是在權衡彼此衝突之利益下，依禁止類型和違法情節決定是否證據使用禁止。對此應注意，採納證據使用禁止會限制刑事程序法的一項基礎原則，亦即法院發現真實義務，法院應依職權調查所有重要的事實和證據。因此，證據使用禁止是一種例外，只有法律明文規定或出於更上位的重要理由，

才在個案中予以承認。依此進行權衡的結果，一方面的關鍵影響是國家釐清真相的利益，這在具體案件中的輕重分量，尤其應在考慮其他證據之可取得性、犯罪嫌疑強度和犯罪嚴重性下來決定。另一方面，程序違法情節亦具有重要性，主要乃根據違法行為是善意、過失或故意來衡量。依憲法角度觀之，如果違法的後果，會導致被告欠缺充分機會來影響訴訟進展和其結果、無法落實對可受信賴之真實發現的最低要求，或資訊使用將造成不合比例地侵犯一般人格權時，即應要求證據使用禁止。此外，違法取得的資訊，假如承認其證據能力將造成偏袒違法取證時，亦不可為之。據此，特別是在重大、蓄意或客觀上可認為恣意地違反法律，使基本權保障受到計畫性或制度性忽視者，得要求證據使用禁止。【43】

根據這些標準，在利益衝突之權衡時，違反《歐盟偵查令狀指令》第31條第1項之通知義務，不會推導出證據使用禁止：本案涉及調查特別嚴重之犯罪，亦即依德國《麻醉藥品管制條例》（Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln, BtMG）第29a條第1項第2款可能面臨最高15年有期徒刑。於此，對於被告自白以外的其他案件，沒有其他證據可用來作為定罪證據，若不使用這些證據，便不可能證明被告相關案件之犯行。由於EncroChat用戶在加密通訊內暢所欲言，大談毒品交易，EncroChat紀錄在證據方面尤其豐富。【44】

相較之下，違反與個人保護有關的法律——儘管法國

機關早已清楚偵查措施會涉及在其他國家之多數人——不具決定性分量。此外，法國機關和所有參與其中的德國機構在司法互助過程中，都明確贊成為了刑事追訴目的而移交和使用法國取得之資訊，因此在結果上，並未侵害《歐盟偵查令狀指令》第31條首要追求的保護國家主權目的。

**【45】**

bb)本案亦無被告上訴所主張的違反《歐盟偵查令狀指令》第6條。**【46】**

(1)不同於被告上訴意見，本庭認為，作為《歐盟偵查令狀指令》所稱合法之司法機構的法蘭克福高檢署（參見EuGH, Urt. v. 08. 12. 2020 – C 584/19, NJW 2021, 1373），在核發歐盟偵查令狀之前，沒有義務審查法國司法機構已採取或經法官核准之取證措施，假設適用德國刑事訴訟法時，是否依德國法亦可合法核准之。《歐盟偵查令狀指令》第6條第1項第b款的審查義務，是以假設在核發國亦可合法取證為目的。依該規定清楚的文義和體系，其審查義務明確限於歐盟偵查令狀所記載尚應由執行國實施之偵查措施，而與執行國已依其內國法實行之偵查措施或僅用於移交現有證據之偵查措施無關。**【47】**

(a)依《歐盟偵查令狀指令》體系，只有在尚應由執行國執行偵查措施時（但本案並非如此），才進行這一審查（參見歐盟偵查令狀指令第1條第1項第1句）。於此種情況，核發國第一步（如同在國內之偵查）先審查系爭偵查措施是否符合其內國刑事訴訟規定，亦即，在內國類似案

件是否亦可在同一條件下命令實施該偵查措施（詳見 Wortmann, *Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen*, 2020, S. 113 ff.）；第二步，是審查為了程序目的，而核發之歐盟偵查令狀，在考慮犯罪嫌疑人或被告權利下，是否具有必要性和比例性（歐盟偵查令狀指令第6條第1項；德國國際刑事司法互助法第91j條第3項）。依《歐盟偵查令狀指令》第9條第2項，核發國得堅持執行國應遵守核發國特定的法律要求。哪些偵查措施之成果才可以使用歐盟偵查令狀移交，《歐盟偵查令狀指令》並未規定（歐盟偵查令狀指令立法理由第8點；詳見 Ronsfeld, *Rechtshilfe, Anerkennung, Vertrauen – Die Europäische Ermittlungsanordnung*, 2015, S. 134；不同意見，Strate, *HRRS* 2022, 15, 17）。《歐盟偵查令狀指令》第4編只針對特定的偵查措施設有特殊規定（參見歐盟偵查令狀指令第22條以下）。【48】

然後，執行國從其觀點審查，對於歐盟偵查令狀，是否存在拒絕承認、拒絕執行或暫緩執行的國內理由（歐盟偵查令狀指令第9條第1項連結第11條第1項）。不過，此種內國審查會受到限制，當歐盟偵查令狀欲取得的資訊或證據，正受執行國保管，而且依執行國法律，在刑事程序內或為了歐盟偵查令狀原本即可取得者（亦參見歐盟偵查令狀指令第10條第2項第a款）。之後，核發國在第三審查步驟是，應確保其內國刑事程序對於執行國之承認或執行歐盟偵查令狀，有提供必要的基本權保護。核發國應確保

其內國刑事程序上，於評價透過歐盟偵查令狀取得之證據時，有維護被告防禦權及保障公平審判權利（歐盟偵查令狀指令第14條第7項第2句）。【49】

(b)如果——如同本案（參見歐盟偵查令狀指令第1條第1項第2句）——只是移交歐盟國依自己內國法實施偵查所取得的證據（對此詳見 Wortmann, *Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen*, 2020, S. 141 ff.），則第一審查步驟被部分省略（不同意見，Roth, *GSZ* 2021, 238, 244 ff.）。那麼，根據《歐盟偵查令狀指令》體系，核發國不會審查假設根據其本國法，是否亦可核發偵查措施，因為在這種情形下，該歐盟偵查令狀的核發目的，僅在請求移交證據，並不會記載請求執行國應予執行的偵查措施。此時僅應根據《歐盟偵查令狀指令》第6條第1項第a款，審查為了程序目的而核發歐盟偵查令狀，在考慮犯罪嫌疑人或被告權利下，是否具有必要性和比例性。

【50】

雖然《歐盟偵查令狀指令》在移交已取得之證據方面，直接保障執行國之法律（參見 Wortmann, *Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen*, 2020, S. 145及歐盟偵查令狀指令第10條第2項第a款）。然而，這種情況在核發國方面，受偵查措施干預之人的權利保護，在核發歐盟偵查令狀前，乃透過《歐盟偵查令狀指令》第6條第1項第a款來保障，在取得資訊後，則緊接在內國刑事程序依《歐盟偵查令狀指令》第14條第7項第2句（包括

證據使用問題)來保障。【51】

德國立法者在轉化《歐盟偵查令狀指令》時表示(BT-Drucks. 18/9757, S. 32):「根據指令第14條第7項第2句,核發國必須保障其內國刑事程序上,於評價透過歐盟偵查令狀取得之證據時,有維護被告防禦權及保障公平審判權利,但仍不得影響內國刑事程序法。該規定的背景是,執行國之權利保護可能來得太晚,這尤其會發生在秘密偵查措施之執行,受干預人直到執行完成後才對此知情。在這種情形,根據《歐盟偵查令狀指令》第13條第2項第1句,通常也不會停止移交證據。轉化需求並不存在。透過司法互助從外國取得之證據,其證據能力之有無,應以請求國法律為準。司法實務從公平審判程序之法治國誠命作為出發點(參見如BVerfGE 130, 1, 25 ff.),已提出可能導致無證據能力的案例理由。這符合《歐盟偵查令狀指令》第14條第7項的要求。在刑事司法互助領域,對於跨境取證之程序公平標準,取決於在適用本國法秩序下,有無可能是在公平程序上進行可信賴的證據調查(BGHSt 58, 32, 41 m. w. N.)。另外,如果德國《刑事訴訟法》第261條自由心證原則和德國刑事程序所適用的『罪疑有利被告』原則有考量到《歐盟偵查令狀指令》第14條第7項的要求時,證據會因此有證據能力。」【52】

由於本案不是核發一個尚待其他歐盟國執行偵查措施的令狀,而只是移交已存在的證據,因此,歐盟偵查令狀的合法性,於本案並不取決系爭措施是否本可依德國法

（例如德國刑事訴訟法第100a條、第100b條）合法實施之〔亦參見BGH, Beschl. v. 21. 11. 2012 – 1 StR 310/12, BGHSt 58, 32 Rn. 36；不同意見，Roth, GSZ 2021, 238, 248，但其認為符合德國刑事訴訟法第100b條要件；與德國檢察總長意見一致，認為根據第100b條（並結合第100a條）：HansOLG Hamburg, Beschl. v. 29. 01. 2021 – 1 Ws 2/21 Rn. 93 ff.; Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschl. v. 29. 04. 2021 – 2 Ws 47/21; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 10. 11. 2021 – 2 Ws 261/21；不同意見，Sommer, StV Spezial 2021, 67, 69; Strate, HRRS 2022, 15, 16; Derin/Singelstein, NStZ 2021, 449, 451 f.; dies., StV 2022, 130, 131; LG Berlin, Beschl. v. 01. 07. 2021 – [525 KLs] 254 Js 592/20 [10/21], NStZ 2021, 696〕。【53】

(2)法蘭克福高檢署在根據《歐盟偵查令狀指令》第6條第1項第a款進行審查或核發歐盟偵查令狀方面，沒有出現明顯的法律疏忽。【54】

在此基礎上，法蘭克福高檢署根據德國《刑事訴訟法》第161條第1項，可以簽發歐盟偵查令狀，其目的是請求移交在德國境內以組織犯罪為典型的所有犯罪資料（不同意見，Wahl, ZIS 2021, 452, 460; Sommer, StV Spezial 2021, 67, 69; Zimmermann, ZfStW 2022, 173, 180）。【55】

就此而言，《歐盟偵查令狀指令》第4條和德國《國際刑事司法互助法》第91a條以下規定一樣，都未更進一

步具體限制於必須是針對特定（已知或未知）之被告，始得進行偵查程序。這種限制也沒有出現在《歐盟偵查令狀指令》立法理由第10點，其不涉及移交已存在或透過執行國正進行之措施取得之證據。鑑於廣泛但尚未精確的犯罪嫌疑狀況，和法國司法機關所掌握的資訊（不同於請求歐洲國家進行具體的執行措施），依《歐盟偵查令狀指令》第5條第1項第2句第d款關於對EncroChat用戶可能違犯罪名的描述記載，如本案所見，得以概括條列來包含大量的可能犯罪（Brandenburgisches OLG, Beschl. v. 09. 08. 2021 – 2 Ws 113/21 (S)；不同意見，Wahl, ZfStW 2021, 452, 460; Zimmermann, ZfStW 2022, 173）。法國機關基於其掌握的已知資訊，顯然無須為了審查《歐盟偵查令狀指令》第11條第1項第a、b、d、e、f款而額外說明，因為法國機關並未依第11條第4項請求提供額外說明。《歐盟偵查令狀指令》第11條第1項預設的通常情形，是基於核發國已進行之偵查程序，而請求執行特定偵查措施，本案則與此情形不同，根本差異在於，執行國之機關由於其已取得證據，故掌握所有關於承認歐盟偵查令狀問題的相關資訊（亦參見德國聯邦檢察總長聲請書）。【56】

基於2. b)所描述對單獨作為犯罪目的使用EncroChat服務的懷疑狀況和歐盟刑警組織所移交的資料，法蘭克福高檢署認為「核發關於涉及德國境內的所有EncroChat資料的歐盟偵查令狀，依《歐盟偵查令狀指令》第6條第1項第a款即使考慮犯罪嫌疑人權利後，仍有必要和符合比例

原則」(對此審查,詳見Wortmann, Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, 2020, S. 82 ff.) ,此一見解並無法律疏失(不同意見, Zimmermann, ZfISStW 2022, 173, 181)。於此,特別應考慮,鑑於購買和使用EncroChat手機的成本高昂,打從一開始就不可能僅涉及輕微犯罪,而是涉及組織犯罪領域中最嚴重的犯罪,若沒有獲取法國取得的資訊,德國幾乎無法追訴這類犯罪。

**【57】**

cc)法國法官同意歐盟偵查令狀請求之移交證據,不是援用《歐盟偵查令狀指令》,而是依據《歐盟會員國刑事司法互助公約》(Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU-RhÜbk) aus dem Jahr 2000, ABl. C 197, S. 3)及其議定書,但這是無害行為,因為結果並無不同(不同意見, Strate, HRRS 2022, 15, 17)。 **【58】**

dd)被告在上訴理由補充期限內,並未主張於核發歐盟偵查令狀之前,法國和德國警方在資訊交換或其他合作可能違反司法互助規定。對於使用來自資訊交換的資料所設定的要求,絕不應高於使用歐盟偵查令狀取得之資料的要求。無論如何,由於事後已取得法國法官同意(參見德國國際刑事司法互助法第92b條第2句),故法律疏失並不明顯,也不再重要(亦參見Wahl, ZIS 2021, 452, 459; HansOLG Bremen, Beschl. v. 18. 12. 2020 – 1 Ws 166/20, NStZ-RR 2021, 158; 不同意見, Zimmermann, ZfISStW

2022, 173, 183) 。【59】

再者，被告後來提出的陳述並無合理說明，也未具體明顯看出法國或德國機關有目的性或系統性地規避保障被告個人權利保護的法規（亦參見HansOLG Hamburg, Beschl. v. 29. 01. 2021 – 1 Ws 2/21 Rn. 106 ff.; Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschl. v. 29. 04. 2021 – 2 Ws 47/21; Brandenburgisches OLG, Beschl. v. 16. 12. 2021 – 2 Ws 197/21; Zimmermann, ZfStW 2022, 173, 185) 。

d)證據使用禁止也不是直接來自德國憲法。取得之資訊，根據德國《刑事訴訟法》第261條（於偵查程序則依刑事訴訟法第161條第1項），亦得用於追訴個案中屬於《刑事訴訟法》第100b條第2項所稱之重大犯罪，如果以其他方法調查犯罪事實有顯著困難或預期無結果且不涉及私人生活核心領域。【61】

aa)直接源自基本權的絕對證據使用禁止，只有在私人生活的絕對核心領域受到影響時才予承認（參見BVerfG, Beschl. v. 09. 11. 2010 – 2 BvR 2101/09, NStZ 2011, 103 Rn. 45 mwN）。這在交談犯罪計畫和實施方式時，如同本案，通常不屬於私人生活核心領域（亦參見HansOLG Hamburg, Beschl. v. 29. 01. 2021 – 1 Ws 2/21 Rn. 71) 。

【62】

bb)在德國刑事程序中對於使用透過歐盟偵查令狀取得之資訊作為證據，有一個法律基礎（參見BVerfG, Beschl. v. 07. 12. 2011 – 2 BvR 2500/09 und 1857/10,

BVerfGE 130, 1 ff. Rn. 120, 137 ff. mwN) : 【63】

法院裁判中使用個人資訊，雖然干預一般人格權（德國基本法第2條第1項連結第1條第1項），但對於刑事法院判決之證據使用，《刑事訴訟法》第261條是符合憲法的法律基礎；與資訊非違法取得或非違法用途無關的用途禁止或使用禁止，都只在個案才會成立。判斷證據使用中存在的干預分量，關鍵在於所涉資訊的人格權重要程度和其取得方式。如果原先取得並作為證據使用之資訊，涉及干預《基本法》第10條秘密通訊自由或第13條住宅權，則干預強度會特別提升。在刑事程序，假如是使用合法取得之資料，判決中使用系爭資訊的比例性，通常已因先前的資訊取得限制而獲得擔保，因為眾多的偵查措施和證據取得行為只在限制條件下始得為之。【64】

cc)於透過歐盟國司法互助取得證據之案件，憲法關於證據使用的比例原則要求需予調整。對於司法互助取得的資訊，當這些資訊不是由德國機關核發之偵查令狀所取得，而只是接收其他歐盟國以自己法律基礎取得之證據成果時，除了在司法互助領域所適用的公共秩序保留條款外，別無明確的用途限制。德國《刑事訴訟法》第100e條第6項規定，依其法條文義，並不適用於本案情形，因為取得本案資料不是根據德國《刑事訴訟法》第100b條、第100c條，而是法國刑事訴訟法的自身措施（參見Roth, GSZ 2021, 238, 244；不同意見，HansOLG Hamburg, Beschl. v. 29. 01. 2021 – 1 Ws 2/21 Rn. 59; KG, Beschl. v.

30. 08. 2021 – 2 Ws 79/21 und 93/21, NStZ-RR 2021, 353：直接適用）。【65】

當使用在司法互助外所存在的外國電信監察資訊，亦即相關資訊是在外國已進行的刑事程序中取得，而不是基於司法互助請求而取得時，由於證據司法互助和相關歐盟法律框架的特殊性，來自國內和來自外國的電信監察措施資訊，雙方的證據能力標準絕對不完全相同（BGH, Beschl. v. 21. 11. 2012 – 1 StR 310/12, BGHSt 58, 32 Rn. 36 f.）。【66】

正是當——如同本案——秘密木馬程式偵查造成特別嚴重的基本權干預時（關於線上搜索，詳見BVerfG, Urt. v. 27. 02. 2008 – 1 BvR 370/07 und 595/07, BVerfGE 120, 274；對此亦見Wahl, ZIS 2021, 452, 456），在刑事程序使用此木馬偵查取得的證據，又構成一次對該受保護之基本權的獨立干預，則更加劇干預基本權（參見BGH, aaO., Rn. 45），故不可缺少對於證據使用的憲法保護機制（亦參見BVerfG, Urt. v. 19. 05. 2020 – 1 BvR 2835/17, BVerfGE 154, 152 ff. Rn. 216 ff.），個人私密領域保護與比例原則尤其重要。【67】

在內國偵查或透過歐洲司法互助所請求的外國偵查措施，因證據使用而持續或加劇的基本權干預，通常已於核發偵查措施命令本身時受到法律限制，例如限於特別嚴重犯罪或重大犯罪嫌疑之情形。如果在如同本案之個案中，因為其他歐盟國於原本適用其內國法造成相對人之基本權

干預，而未能提供這樣的限制時，因此形成的干預要件差異，便應於證據使用層面予以彌補。為此，得採用刑事訴訟用途限制規定之體現價值（verkörperte Wertung），亦即，立法者面對類似的干預強度手段，乃藉由用途限制規定將憲法比例原則納入考量（亦參見BVerfG, Urt. v. 19. 05. 2020 – 1 BvR 2835/17, BVerfGE 154, 152 ff. Rn. 216 ff.）。於本案，鑑於系爭木馬偵查措施的重大性，為了維護比例原則，也為了排除任何可想像的不利因素，得藉由法律最高保護等級（德國刑事訴訟法第100e條第6項）來豐富用途限制的基本思想。【68】

結論是：來自私人生活核心領域之資訊，如上所述，始終不可作為證據使用（亦參見德國刑事訴訟法第100d條第2項第1句）。再者，透過歐洲司法互助從法國EncroChat案件取得的證據成果，於刑事程序中，為了調查可核准依《刑事訴訟法》第100b條線上搜索所針對之犯罪，或調查此類犯罪之被告所在地時，得無須受監察人同意而加以使用（參見德國刑事訴訟法第100e條第6項第1款之價值）。於此，應考慮到使比例原則具體化的德國《刑事訴訟法》第100b條第1項第2款和第3款之限制要件。依據該規定，所追訴之犯罪必須是個案中犯罪情節特別重大，並且以其他方法調查犯罪事實或探查被告所在地有顯著困難或預期無結果。【69】

對於這一審查，應以證據成果之使用時點為判斷基準（參見BGH, Urt. v. 14. 08. 2009 – 3 StR 552/08, BGHSt

54, 69 Rn. 29; Beschl. v. 21. 11. 2012 – 1 StR 310/12, BGHSt 58, 32 Rn. 45 f.)。就此而言，關鍵不在於回頭檢視在核准時點的犯罪嫌疑狀況，而應是使用時點的資訊狀況（BGH, Urt. v. 16. 06. 1983 – 2 StR 837/82, BGHSt 32, 10, 15; HansOLG Hamburg, Beschl. v. 29. 01. 2021 – 1 Ws 2/21; KG, Beschl. v. 30. 08. 2021 – 2 Ws 79/21 und 93/21, NStZ-RR 2021, 353; Köhler in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl., § 479 Rn. 3; KK-StPO/Bruns, 8. Aufl., § 100a Rn. 54；不同意見，LG Berlin, Beschl. v. 01. 07. 2021 – [525 KLS] 254 Js 592/20 [10/21], NStZ 2021, 696）。假設替代干預的想法（對此參見BVerfG, Beschl. v. 07. 12. 2011 – 2 BvR 2500/09 und 1857/10, BVerfGE 130, 1 ff. Rn. 147 mwN; Urt. v. 19. 05. 2020 – 1 BvR 2835/17, BVerfGE 154, 152 ff. Rn. 216；詳見Schneider, GSZ 2022, 1 ff. mwN）有被遵守，因為資料於現在起應使用於刑事程序釐清德國刑事訴訟法第100b條犯罪目錄之嫌疑（參見BGH, Urt. v. 14. 08. 2009 – 3 StR 552/08, BGHSt 54, 69 Rn. 25），而且從現有資料可得知有重大之犯罪嫌疑狀況（HansOLG Hamburg, Beschl. v. 29. 01. 2021 – 1 Ws 2/21 Rn. 63; OLG Celle, Beschl. v. 12. 08. 2021 – 2 Ws 250/21, StraFo 2021, 466；不同意見，Sommer, StV Spezial 2021, 67, 69; Erhard/Lödden, StraFo 2021, 366, 369）。【70】

據此，也經過必要的嚴格比例原則審查後，

EncroChat紀錄在本件刑事程序上作為證據使用的要件實已具備：這涉及數量並非輕微的販毒重罪（參見德國刑事訴訟法第100b條第2項第5款第b目），有些個案的交易重量龐大（案件編號6：提供5公斤古柯鹼，有效成分含量至少70%；案件編號9：約定購買3公斤大麻，其有效成分含量至少為10%，用於轉售盈利）。若無EncroChat紀錄作為證據，將不可能調查這些犯罪事實，而這些資料亦非私人生活核心領域的資訊（參見德國刑事訴訟法第100d條第2項第1句）。【71】

dd)從憲法的觀點而言，德國刑事訴訟法有相關之偵查措施規定，不是證據使用的條件。【72】

在司法互助脈絡下，將其他歐盟國明確為了刑事追訴目的所移交的資料，作為證據使用時，無法排除他國取得資料的偵查措施，於德國《刑事訴訟法》並無相對應規定（亦參見BVerfG, Urt. v. 19. 05. 2020 – 1 BvR 2835/17, BVerfGE 154, 152 ff. Rn. 216 ff.；不同意見，Derin/Singelstein, NStZ 2021, 449, 450）。各國刑事訴訟法典由於有不同歷史淵源，而且與其國家之憲法制度有密切關聯，不同的刑事訴訟法典本身也規定了不同的刑事訴訟偵查措施（僅參見歐盟偵查令狀指令第10條第1項第a款；德國與法國偵查程序之基礎差異，亦參見Knytel, Die Europäische Ermittlungsanordnung und ihre Umsetzung in die deutsche und französische Rechtsordnung, 2020, S. 91 ff. mwN）。取得其他國家依他自己內國法於該國境內蒐

集之證據時，原則上不能期待其他國家會適用德國刑事程序規定（Schuster, ZIS 2016, 564, 565 mwN）。因此，外國偵查措施單純不遵守德國法，這本身不能構成依附性證據使用禁止（Schuster, aaO., S. 568）。在這種情形，應透過審查系爭措施與本國及歐洲公共秩序之相容性，並在採納特殊的使用保留時，對證據使用進行嚴格的比例原則審查，以確保遵守法治國最低標準。【73】

從憲法理由來看，外國偵查措施未必應有德國法律基礎。這樣的要求，既非直接來自於憲法本身，德國聯邦憲法法院也沒有相關裁判支持（詳見Gleß/Wahl/Zimmermann, in Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 6. Aufl., § 73 IRG Rn. 7 ff. mwN）。藉由司法互助，外國受德國請求，明確基於刑事追訴目的所移交予德國之資料，當在德國刑事程序作為證據使用時，對於此「轉換」（關於司法互助之轉換問題，詳見Fahrner, Handbuch Internationale Ermittlungen, 2020, § 20 Rn. 57 ff. mwN），無須德國《刑事訴訟法》第261條以外的單獨法律基礎（不同意見，Derin/Singelstein, NStZ 2021, 449, 450; dies., StV 2022, 130）。【74】

ee)本案是否為了蓄意規避更嚴格的德國核准令狀規定，才提出司法互助請求（權限挑選，參見Roth, GSZ 2021, 238, 247; Labusga, NStZ 2021, 702, 704），所以應採取不同評價的問題，本庭無須裁判（已見於BGH, Beschl. v. 21. 11. 2012 – 1 StR 310/12, BGHSt 58, 32 Rn.

37)。因為本案無此一情形，果真如此，也不明顯（KG, Beschl. v. 30. 08. 2021 – 2 Ws 79/21 und 93/21, NStZ-RR 2021, 353）。【75】

e)最後，德國刑事訴訟法不會阻礙證據使用，並不存在個案中阻止 EncroChat 紀錄作為證據使用的規定。

【76】

3.本庭解釋下之證據使用，也符合《歐洲人權公約》規定。在法官本於對重大犯罪（該犯罪目前仍危害特別重要之法益）的充分懷疑，於本案範圍內所核發之通訊監察令狀，無法認為違反《歐洲人權公約》第8條或第10條而導致證據使用禁止（關於在——與本案情形無關的——國家情報機關無原因之網路通訊監察，在歐洲人權公約第8條與第10條如何解釋適用的問題，參見EGMR [Große Kammer], Urt. v. 25. 05. 2021 – 58170/13, 62322/14, 24960/15 [Big Brother Watch u.a. gegen Vereinigtes Königreich] und 35252/08 [Centrum för Rättvisa gegen Schweden]; vgl. zur Thematik auch BVerfG, Urt. v. 19. 05. 2020 – 1 BvR 2835/17, BVerfGE 154, 152; Strate, HRRS 2022, 15, 17 f.）。將法國取得之資料作為證據使用，也沒有違反《歐洲人權公約》其他程序保障。被告權利之保護，尤其是公平審判權利（詳見Zimmermann, ZfIStW 2022, 173, 185 ff. mwN），已透過德國刑事訴訟法，和於此特別是透過個案中審查有無遵守公共秩序及證據使用禁止，而獲得確保（亦參見auch BVerfG, Beschl. v. 07. 12.

2011 – 2 BvR 2500/09 und 1857/10, BVerfGE 130, 1 Rn. 122) 。【77】

4. 本案沒有《歐盟運作條約》第267條所稱歐盟法適用的解釋需求問題，因為本件刑事程序之證據使用乃以本國法為依據，而非歐洲法。內國刑事程序法不受歐盟偵查令狀指令之影響（參見BT-Drucks. 18/9757, S. 32）。

【78】

## 參考文獻

### 一、中文文獻

- 王士帆（2019）。當科技偵查駭入語音助理——刑事訴訟準備好了嗎？。《臺北大學法學論叢》，112，191-242。
- 朱富美（2022）。黑暗將至？論網路偵查因應加密科技之立法新架構。《法學叢刊》，67（2），41-74。

### 二、德文文獻

- Barthe, Christoph/Gericke, Jan (Hrsg.) (2023). *Karlsruher Kommentar zur StPO*, 9. Aufl. C.H. Beck.
- Beukelmann, Stephan (2022). Verwertbarkeit von EncroChat-Daten. *NJW-Spezial*, 248.
- Beulke, Werner/Swoboda, Sabine (2022). *Strafprozessrecht*, 16. Aufl. C.F. Müller.
- Böse, Martin (2022). Der Auslandsbeweis im deutschen Strafprozess – die Encrochat-Entscheidung des BGH im Spiegel der Lehre von den strafprozessualen Verwertungsverboten – Besprechung von BGH, Beschluss vom 2. 3. 2022 – 5 StR 457/11. *JZ*, 1048-1056.
- Brodowski, Dominik (2022). Anm. zu BGH, Beschl. v. 02. 03. 2022 – 5 StR 457/21. *StV*, 353-367.
- Cornelius, Kai (2022). Anm. zu BGH, Beschl. v. 02. 03. 2022 – 5 StR 457/21. *NJW*, 1539-1547.
- Derin, Benjamin/Singelstein, Tobias (2021). Verwendung und Verwertung von Daten aus massenhaften Eingriffen in informationstechnische Systeme aus dem Ausland (Encrochat). *NStZ*, 449-454.
- Kipker, Dennis-Kenji/Bruns, Hauke (2022). EncroChat und die

- „Chain of Custody“ – Digitale Ermittlungen als Bewährungsprobe für ein Recht auf faires Verfahren?. *MMR*, 363-368.
- Knauer, Christoph/Kudlich, Hans/Schneider, Hartmut (Hrsg.) (2023). *Münchener Kommentar zur StPO*, 2. Aufl. C.H. Beck.
  - LG Berlin (2022). Beschl. v. 19. 10. 2022 – 525 KLS 8/22. *StV Spezial*, 132-143.
  - Meyer-Goßner, Lutz/Schmitt, Bertram (Hrsg.) (2022). *StPO*, 65. Aufl. C.H. Beck.
  - Park, Tido (2022). *Durchsuchung und Beschlagnahme*, 5. Aufl. C.H. Beck.
  - Rückert, Christian (2022). Anm. zu BGH, Beschl. v. 02. 03. 2022 – 5 StR 457/21. *NStZ*, 435-447.
  - Ruppert, Felix (2022). Erheben ist Silber, Verwerten ist Gold? Verwendbarkeit und Verwertbarkeit von Daten ausländischer Ermittlungsbehörden im Lichte des Grundrechtsschutzes – EncroChat. *NZWiSt*, 221-227.
  - Satzger, Helmut/Schluckebier, Wilhelm/Widmaier, Gunter (Hrsg.) (2023). *StPO*, 5. Aufl. Carl Heymanns.
  - Sommerer, Lucia/Rehberger, Samuel (2022). Anm. zu BGH, Beschl. v. 02. 03. 2022 – 5 StR 457/21. *Rdi*, 304-308.
  - Weiss, Alba Hernandez (2022). Gegenseitige Anerkennung als „Joker“ bei transnationalen Ermittlungen? Einige Überlegungen zu dem Rechtsstreit Berliner Gerichte im Fall „EncroChat“. *ZfISW*, 427-438.
  - Zeyher, Lukas (2022). Anm. zu BGH, Beschl. v. 02. 03. 2022 – 5 StR 457/21. *NZWiSt*, 236-252.