

「預防性電信監察」判決

BVerfGE 113, 348

德國聯邦憲法法院第一庭2005年7月27日判決

- 1 BvR 668/04-

謝碩駿 譯

要目

裁判要旨

案由

裁判主文

理由

A. 事實及爭點

I. 事實及系爭規定

II. 憲法訴願人之主張

1. 憲法訴願合法

2. 憲法訴願有理由

III. 相關機關之意見

1. 聯邦政府之意見

2. 下薩克森邦總理府之意見

3. 資料保護官之意見

IV. 參與言詞審理程序者

B. 對憲法訴願合法性之審查

I. 直接之利害關係

II. 自身及現時之利害關係

C. 對憲法訴願有無理由之審查

I. 審查基準

II. 系爭規定之形式及實質違憲性

1. 基本法第10條之保護領域及

其干預

2. 系爭規定形式違憲

3. 系爭規定實質違憲

III. 結論

關鍵詞

明確性要求(Bestimmtheitsgebot)

通訊秘密(Fernmeldegeheimnis)

危害防止(Gefahrenabwehr)

私生活形態之核心領域(Kernbereich
privater Lebensgestaltung)

法官保留(Richtervorbehalt)

電信監察(Telekommunikationsü
berwachung)

比例原則

(Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)

防範犯罪(Verhütung von Straftaten)

為追訴犯罪預作準備(Vorsorge für die
Verfolgung von Straftaten)

指明要求(Zitiergebot)

裁判要旨

1. 當法律之修正造成新的基本權限制，若被修正之法律原本已含有基本法第19條第1項第2句意義下之指明條款（Zitiervorschrift），則依基本法第19條第1項第2句之規定，於修正法中仍應指出所涉及之基本權為何。

2. 聯邦立法者已行使其依基本法第74條第1項第1款之立法權，就「透過電信監察措施對犯罪進行追訴」予以規範。各邦因此即不得再賦予警察「基於為追訴犯罪預作準備之目的而實施電信監察」之職權。

3. 本案涉及法律授權以電信監察為手段，而對犯罪進行防範以及對犯罪之追訴預作準備，是否符合法律明確性及符合比例性之要求。

案 由

本案係S先生委託訴訟代理人Maximilian Suermann律師（地址：Weisese Breite 5號，49084 Osnabrück）針對下薩克森邦公共安全及秩序法（Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung, Nds. SOG）第33a條第1項第2款及第3款提起之憲法訴願。聯邦憲法法院第一庭在Papier院長、Haas法官、Hömig法官、Steiner法官、Hohmann-Dennhardt法官、Hoffmann-Riem法官

、Bryde法官、Gaier法官的參與下，基於2005年3月16日進行之言詞審理，作成本判決。

裁判主文

2003年12月11日下薩克森邦危害防止法之修正法（Gesetz zur Änderung des Niedersächsischen Gefahrenabwehrgesetzes）第1條（Niedersächsisches Gesetz-und Verordnungsblatt Seite 414），於2005年1月19日公布（Niedersächsisches Gesetz-und Verordnungsblatt Seite 9）之下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款及第3款，抵觸基本法第10條之規定而無效。

下薩克森邦應補償憲法訴願人必要之費用。

理 由

A.事實及爭點

本憲法訴願係直接針對下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款及第3款之規定而提出，該規定為「警察得基於『為追訴犯罪預作準備』或『防範犯罪』之目的，而透過對電子通訊進行監察及記錄以蒐集個人資料」之授權規定。

I.事實及系爭規定

下薩克森邦之警察就其向來肩負之危害防止（Gefahrenabwehr）任務，

於1994年補充性地獲得授權，為防止未來之危害，得採取準備措施，並且在危害防止的範圍內，亦得為追訴犯罪而預作準備並防範犯罪發生（1994年2月18日下薩克森邦公共安全及秩序法修正法中的下薩克森邦危害防止法第1條第1項第2句及第3句[Nds.GVBl S. 71]）。任務的增加使警察職權有所擴充，該項警察職權的擴充亦包括警察為了犯罪預防，得對人民之電信資料予以錄製，並得裝設秘密性的科技工具，包括裝置在住宅之內。

1997年末，透過1997年11月28日「資料保護、危害防止及行政程序法條文修正法」（Nds.GVBl S. 489），下薩克森邦危害防止法又再度進行修正。從此之後，警察亦得基於危害防止之目的，對有重大犯罪行為之虞（Straftat von erheblicher Bedeutung）者，秘密進行住宅監聽（危害防止法第35條第2項第2款）。在2001年9月11日美國發生恐怖攻擊事件後，下薩克森邦危害防止法又再度修正，並賦予警察更多的職權。

透過2003年12月11日之下薩克森邦危害防止法修正法第1條（Nds.GVBl S. 414），下薩克森邦危害防止法（於2005年1月19日重新公布，Nds.GVBl S. 9）又回復為「下薩克森邦公共安全及秩序法」之舊稱。經由上開修正法之制頒，新的下薩克

森邦公共安全及秩序法增列了第33a條之規定，憲法訴願人則主張本條第1項第2款及第3款違憲。

下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條（透過電信監察蒐集資料）規定如下：

（1）有下各款情形之一者，警察得透過電信之監察與記錄而蒐集個人資料：

1. 為防止個人身體、生命、自由之現時危害，在不能透過其他方法調查事實時，得對本法第6條及第7條所稱之人採取電信監察，或對於事實之調查有必要時，在合於本法第8條之要件下，得對該條所稱之人採取電信監察。

2. 有事實足認某人有重大犯罪行為之虞者，在不能透過其他方式對該犯罪之追訴預作準備或防範該犯罪時，得對此人採取電信監察。

3. 在第2款之情形，若對犯罪追訴預作準備或防範該犯罪有必要者，亦得對第2款所稱之人的「聯繫者及其伴同者」（Kontakt- und Begleitpersonen）採取電信監察。

（2）依第1項規定實施之資料蒐集，得針對下列各資料：

1. 電子通訊之內容，包括在電信網路內儲存於資料庫之內容。

2. 電子通訊連線資料（本法第33條第1項）。

3. 有效開通之行動通訊終端設備

的位置信號。資料蒐集僅得及於第1項規定之人所為之電信連接。但資料蒐集無法避免涉及第三人者，亦得及於第三人。

(3)依第1項之規定實施之資料蒐集，須由警察機關所在地之地方法院核發命令，始得為之。法院之命令期限最長為三個月。倘第1項指稱之要件尚存，則法院之命令得再延長，每次不得逾三個月。法院之命令，應載明作為資料蒐集對象之人、應蒐集之資料其類型與範圍，以及所涉之電信連接。法院命令之核發程序，準用本法第19條第4項之規定。

(4)在急迫之情形，警察得作成電信監察之命令。警察之電信監察命令須以書面附理由為之。警察於急迫情形得否作成電信監察之命令，由機關首長決定之。機關首長得將其決定權委由單位主管或較高職務之人員行使之。警察之電信監察命令作成後，應立即向法官聲請追認。

(5)基於電信監察命令，任何提供電信服務者或參與電信服務者，均應使警察得以對電子通訊進行監察及記錄。

對電信監察而言，同法下列之其他條文亦具有相關性：

第30條

資料蒐集之基本原則

(1)至(3)...略

(4)以特殊工具或方法蒐集個人

資料，應告知當事人。告知當事人時，應向其指明資料處理之法律依據及下薩克森邦資料保護法第16條規定之知情權。當資料蒐集措施不至於因告知當事人而受到妨害時，即應告知當事人。

(5)於下列各款情形之一者，得不為第4項規定之告知：

1.有妨害追訴犯罪行為或追究違反行政罰法行為之虞者，

2.為告知當事人該特定事項，卻須以不合比例之方式蒐集當事人之其他資料，或

3.告知當事人將危及他人之身體、生命、自由或其他類此值得保護利益，或危及線民之使用（本法第36條第1項），或危及臥底警探之遣用（本法第36a條）。

依據第3款第1句之規定，在5年後仍不能告知當事人，則應將此一情事通知邦資料保護官。

(6)本法第33a條至第36a條規定之資料蒐集，不得對在刑事訴訟程序中基於業務上之理由享有拒絕證言權之人（刑事訴訟法第53條及第53a條，聯邦資料保護法第12條第3項及第23條第4項）以及在所涉案件中享有拒絕證言權之人為之，除非資料蒐集乃為防止他人身體、生命或自由之現時之危害所必要。警察不得運用上開之人作為線民（本法第36條第1項第1句）。

第31條（資料蒐集）

(1)警察為防止危害或履行本法第1條第4項或第5項規定之任務所必要，得對任何人蒐集資訊。行政機關進行以危害防止為目的之活動，準用第1句之規定。

(2)及(3)...略

第38條（個人資料之儲存、變更及利用，目的拘束）

(1)為達成資料蒐集之目的而有必要，行政機關及警察得對其在本法任務履行範圍內合法蒐集之個人資料予以儲存、變更及利用。第1句規定之機關部門，若合法取得非由其蒐集之個人資料，得為防止危害而對該資料為儲存、變更及利用。目的應於儲存時確定之。對目的之達成並無必要之資料，若不能銷毀或須以不合比例之費用始能銷毀，則該資料得與第1句及第2句規定之資料共同儲存，惟其變更及利用僅能依本法第39條第5項之規定為之。

(2)透過特殊工具或方法蒐集之個人資料，應予標明。

(3)及(4)...略

第39條（其他目的之個人資料儲存、變更及利用）

(1)符合以下各款之情形者，始得對個人資料為本法第38條第1項規定目的外之儲存、變更或利用：

1.資料乃達成危害防止之其他目的所必要，且該資料基於該其他目的

，亦得使用原先之蒐集工具及方法蒐集之者。

2.至4...略

(2)至(4)...略

(5)對「無法避免而被涉及之第三人」及「與被記錄者一同遭警察掌握之人」（本法第37條第2項），僅在為追訴犯罪預作準備或為防範重大犯罪行為之虞所必要，始得儲存、變更、利用其個人資料。第1句之規定，於變更及利用依本法第38條第1項第4句儲存之資料時，亦適用之。

(6)...略

下薩克森邦公共安全及秩序法第2條對於該法第33a條第1項第2款及第3款之個別構成要件要素定義如下：

10.重大犯罪行為：

a)除刑法第154及第155條以外之重罪行為(Verbrechen)，

b)刑法第85、86、86a、87至89、98、99、129、130、174、174a、174b及176條之輕罪行為(Vergehen)，刑法第138條第1項規定之輕罪行為，以及依其保護之法益與刑罰威嚇可相提並論之輕罪行為，

c)集團性或職業性所為之輕罪行為，

d)上開犯罪行為之參與行為；

11.聯繫者或伴同者：

聯繫者或伴同者係指，與有事實足證將為重大犯罪行為之虞者有所聯繫之人，且其聯繫之方式被認為可對

犯罪行為提供指示之人。

II. 憲法訴願人之主張

憲法訴願人主張，其基本法第10條第1項、第5條第1項及第2條第1項之基本權受到干預。

1. 關於憲法訴願之合法性，憲法訴願人主張，其直接指摘者，雖然是一個尚待執行之法律條文。然而，本案特殊之處在於，系爭規範所允許者，乃是在憲法訴願人不知情的情況下，對憲法訴願人之通訊秘密及其他基本權進行干預。憲法訴願人在基本權被干預前、被干預中以及被干預後，均無機會請求法院加以審查。以系爭法規範為基礎之措施，亦有相當之蓋然性會觸及憲法訴願人之基本權。下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款之要件太過廣泛與不明確，以致於憲法訴願人隨時都必須估算，自己會落入該款規定之對象範圍內並受到監察。下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第3款允許對「接觸者」之電子通訊採取預防性、秘密性之監察，憲法訴願人當前亦受此規定波及。憲法訴願人擁有眾多會以電話進行秘密交談的友人。憲法訴願人不能排除，其友人成為下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款規範之對象且憲法訴願人自己被警察認定為是這些人的「接觸者」。

2. 憲法訴願人認為，系爭規定已干預基本法第10條第1項保障之通訊

秘密。下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款之規定，使憲法訴願人在未具有犯罪嫌疑或並未造成警察法之危害的情況下，其電話交談得被秘密監聽並記錄。下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款之監察措施，其限制要件並未使基本權受到足夠之保障。(用以證明某人未來將為重大犯罪行為之)「事實」這個概念，太過一般籠統與不明確，以致於此一概念不能有效地為法規範之適用劃定界線。而系爭規定中「無法用其他方式為追訴犯罪預作準備或防範犯罪」此一限制要件，也讓警察享有非常大的判斷空間。基於其他措施具有「可能被當事人知悉」的風險，看來警察通常會將秘密之電話監聽當作唯一可能之預防手段。最後，系爭規定將其所擔憂未來會出現之犯罪行為侷限於「具有重大犯罪行為之虞」，然而這並不能合理化對基本權之干預。哪些犯罪行為該當「具有重大犯罪行為之虞」此一概念，雖然在下薩克森邦公共安全及秩序法第2條第10款中有明文規定。但下薩克森邦公共安全及秩序法第2條第10款第b目中，卻含有不應受到允許的一般條款，使得「依其保護之法益與刑罰威嚇可相提並論之輕罪行為」也成為「具有重大犯罪行為之虞」。此外，「特別嚴重之行為」(besonders schwerwiegende Taten)亦欠缺立法定義。

下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第3款也同樣對憲法訴願人受基本法第10條第1項保障之基本權造成干預。依本款之規定，欲對聯繫者與伴同者採取監察措施，必須「基於對追訴犯罪預作準備或防範該犯罪有絕對之必要」，此一要件並未恰當地考量到基本權的意義。當警察認為，已經沒有其他方法可對未來的犯罪行為人之個人環境進行監察，則本款之要件即告該當。這可能就是常見的情況，因為系爭規定中的基本權干預，在還沒有任何具體嫌疑出現前，便得以為之。

除此之外，系爭規定亦對憲法訴願人的自由表意基本權（基本法第5條第1項）造成干預，並對其人格之自由發展（基本法第2條第1項）造成干擾。系爭規定使得憲法訴願人持續遭到「其電子通訊被行政權秘密監控」的危險。這種對電信內容的持續性知悉，讓憲法訴願人不能在電話交談中無拘無束地表達意見，並因此涉及憲法訴願人私領域之核心。

憲法訴願人補充性地論及，由於採取監察措施時未能對其進行告知，導致其在監察中或監察後均不可能訴請法院對該措施加以審查，因此系爭法律抵觸基本法第19條第4項之規定。此一違反法治國的狀態，縱使是採取法官保留(Richtervorbehalt)也無法得到彌補。最後，系爭規範分別抵觸

基本法第19條第1項第2句之指明要求(Zitiergebot)，以及規定於基本法第74條第1項第1款之刑事司法領域的立法權。

III. 相關機關之意見

對本憲法訴願提出意見之機關為：聯邦內政部（以聯邦政府之名義）、下薩克森邦總理府、聯邦資料保護官、下薩克森邦資料保護官、黑森邦資料保護官、萊茵蘭-伐爾茲邦資料保護官、什勒斯維希-霍爾斯坦邦資料保護獨立中心，以及圖林根邦資料保護官。

1. 根據聯邦政府之意見，「為追訴未來將發生之犯罪而預作準備」屬於聯邦與邦競合立法之範疇，而聯邦立法者已經在電信監察之領域，排他性地行使了此種立法權。因此，下薩克森邦對此並無立法權。

a) 系爭規定之目的，歸根究底而言，是為了將來刑事程序之證據保全，故其應屬刑事程序法（基本法第74條第1項第1款）之範疇。聯邦立法者在過去已經行使基本法第74條第1項第1款授予之立法權，而規範了一系列為追訴犯罪預作準備之措施。例如刑事訴訟法第81b條之規定，允許對被告進行鑑識，並為調查將來之犯罪而預先提供了中性輔助工具。刑事訴訟法第81g條之規定，使DNA（脫氧核糖核酸）鑑定樣本得基於為將來刑事程序之目的而被建立與儲存。此刻

，聯邦立法者正在審視「於犯罪發生前即得動用若干調查措施」的可能性。「犯罪尚未發生」，這種情況與「屬於刑事程序之範疇」並無衝突之處。某一措施，其目的主要是為了防範犯罪發生，而「為刑事追訴預作準備」僅是該措施在實施時附帶出現的副產品，則充其量就是這樣的措施才能被劃歸到（屬各邦立法事項之）危害防止領域內。

b) 刑事訴訟法中關於透過電信監察而追訴犯罪之規定，具有專屬排他之性質。聯邦立法者在刑事訴訟法第100a、100b、100h及100i條中，針對以刑事追訴為目的之電信監察，就其範圍、管轄權、目的，尤其是關於實施要件，全面性地加以規定。由於通訊秘密具有特殊意義，因此要對電子通訊採取監察與記錄措施，應繫諸於特別的、高度的要件。為了限制相關措施的射程範圍，無論是對電信之即時監察（刑事訴訟法第100a及100b條），抑或對連線資料之查問（刑事訴訟法第100g及100h條），均取決於是否存在高度的初始嫌疑（Anfangsverdacht）。此外，上開之措施，其實施之目的僅能為偵查法律中明文規定之特別嚴重犯罪行為或具有重大犯罪行為之虞，或是為了偵查「透過電子通訊所為，因此特別適合以該措施加以偵查」之犯罪行為。聯邦立法者透過刑事訴訟法之規定，其實已經考慮到

「可能要提早採取電信監察」這樣的犯罪偵查需求：在合於特定的要件下，於前揭犯罪尚在預備階段，即可採取電信監察措施（於刑事訴訟法第100a條第1句及第100g條第1項第1句之指示下）。

2. 下薩克森邦總理府認為，本件憲法訴願無理由。

a) 下薩克森邦係在其立法權的範圍內制訂系爭規定。預防性電信監察既不屬於基本法第73條第7款之聯邦專屬立法事項，亦不涉及基本法第74條第1項第1款關於法院程序之競合立法事項。「防範犯罪」及「為追訴犯罪預作準備」不應劃歸到刑事程序的範疇內。防範犯罪屬於危害防止的一環，或（在犯罪之發生尚未具備充分蓋然性的情況下，）屬於前危害防止階段（Vorfeld der Gefahrenabwehr）之一環。

下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條規定之電信監察，倘其運用於為追訴犯罪預作準備，也不屬於刑事程序之一部。權限若要歸屬聯邦所有，則其應具備的要件是，「受規範之追訴預備措施」與「將來的刑事程序」二者間要具有充分緊密且具體之關聯性。而在系爭規定中，上述二者之間的關聯性並不緊密。雖然系爭規定也是鑑於特定人可能為特定之犯罪行為而對其蒐集資料，但在系爭規定中的資料蒐集，卻並非在進行中或已終

結的刑事程序範圍內（或基於這樣的動機）為之。透過系爭規定中的電信監察措施而蒐集到之不同種類的資料，其可能也無法直接當作刑事程序的證據使用，而必須採取其他的證據方法才行。

以防範犯罪為目的之措施，其和以預備追訴犯罪為目的之措施，二者經常無法截然區分。對這兩者作一致之規範有其絕對之必要，且由於主要目的在於防止犯罪，因此屬於各邦之立法權。透過下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條規定之電信監察而為追訴犯罪預作準備，其與防範犯罪（此屬各邦之立法權）之間，顯然非常接近。二者同樣的干預要件是，「有事實足證，某人將為犯罪行為」。這符合警察「在犯罪發生前即予以防止，並防堵損害發生」之主要任務。在這種情況下，是否真的有「僅以預備追訴犯罪為目的」之措施，不無疑問。

b) 系爭規定亦具有實質合法性。系爭規定雖然會對基本法第10條第1項保障之基本權造成廣泛且嚴重之干預，但此一干預得經由基本法第10條第2項第1句之法律保留予以正當化。系爭規定相當明確，且條文之設計合於比例原則，又其已慮及對基本法第10條第1項保障之基本權造成重大且秘密之干預，而設有程序上之防護措施。由於下薩克森邦公共安全及秩序

法第33a條第1項第2款及第3款之意義內容，可透過法學方法予以釐清並得為個案所適用，因此系爭規定中有待填充的構成要件要素，合乎明確性之要求。為預防性打擊犯罪而為之電信監察，其所追求者乃「打擊犯罪」此一正當且高位階之目的，由此一目的可得出該措施具有合比例性。系爭規定對於電信監察措施之設計，已對於保護及安全之需求以及對於自由之需求，予以適當之衡平。

此外，系爭條文中關於電信監察的規定，也符合基本法第10條連結第19條第4項之程序法上的要求。對於處理「經由電信監察而蒐集到之資料」，系爭規定預先作了合於憲法要求的限制。就此而言，下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第3項對於電信監察之一切措施設有法官保留之規定。此外，在不會對措施造成妨害的可能情況下，依下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第4項之規定，應將資料蒐集乙事告知當事人。再者，依下薩克森邦公共安全及秩序法第37a條之規定，電信監察須受議會之監督審查。

3. 聯邦資料保護官以及在程序中提供意見之邦資料保護官，認為本件憲法訴願有理由。其主要所持之理由如下：

下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款及第3款所規定者，

乃是無須犯罪嫌疑即可採取之主動調查措施(Initiativermittlung)，然而各邦對於此種主動調查措施並無立法權。依基本法第74條第1項第1款之規定由聯邦享有之立法權，已透過刑事訴訟法及其他相關法律而以專屬排他之方式被聯邦行使殆盡（之所以在此檢討基本法第74條第1項第1款之立法權分配問題，乃因系爭規定之核心本質與打擊犯罪有關）。此外，依基本法第73條第7款之規定，對電信之限制得透過法律加以規範，此乃聯邦立法者之專屬權限。

下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款構成要件的明確性(Bestimmtheit)及明白性(Klarheit)，亦有憲法上之疑慮。蓋系爭規定中的電信監察，其出發點雖然是基於事實而評估「未來將出現犯罪行為」。但此一評估僅屬單純之預測。此一預測的可信度，並未透過諸如「當事人已為犯罪行為或是已存在犯罪嫌疑」這樣的要求，來加以確保。該預測所涉及者，乃是將來不確定是否會發生之事件。上開預測究竟要求多高程度的蓋然性，完全懸而未決。同樣地，對於據以作為發動電信監察理由之「事實」，其應具備何等之質量，並無限制性之要求。法律中要求的「事實」，恐怕是基於犯罪偵查經驗下之考量而加以評價，並經常結合似乎可以證明「某人在未來將會為具有重大犯罪行

為之虞」的額外資訊。歸根究底而言，這僅僅涉及「犯罪嫌疑之取得或犯罪嫌疑之具體化」其必要性之依據而已。

系爭規定中的措施，對當事人而言並不具可預見性。當事人尤其無法知道，其行為究竟會被行政機關歸類成有犯罪嫌疑之行為抑或中性之行為。系爭規定中「無法用其他方式為追訴犯罪預作準備或防範犯罪」此一進一步的要件，對電信監察之實施並未能作有效的額外限制。「為追訴犯罪預作準備」這個概念太過廣泛與籠統，以致於針對「以任何方式被認為有嫌疑而被考慮之人」所為之一切資料蒐集，均被包含在內。下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第3款規定之「聯繫者與伴同者」，其範圍則存有更高度之明確性疑慮。

系爭規定不符比例原則。預防性電信監察之必要性—撇開下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第1款以危害防止為目的，然非本案爭執之授權規定不談—查無實據。立法者的目的（尤其是打擊組織犯罪及恐怖主義）無法達成，這也應該可預見。此外，系爭規定對於不可碰觸之人格權核心缺乏保護，尤其是關於最親密的家庭成員間及其他親密朋友間的對話，系爭規定並未禁止對其進行監察。再者，立法者對於「妨害上開核心領域而蒐集到之資料」，應立法規定

禁止處理及應予銷毀，但系爭規定卻違反此一立法者應負之義務。關於下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第3項第2句及第3句規定之監察措施有效期間的最長期限，也存有憲法上之疑慮。最後，下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第4項之規定，抵觸基本法第19條第4項對於有效權利保護之要求。

IV. 參與言詞審理程序者

於言詞審理程序中表示意見者為：憲法訴願人、聯邦政府、下薩克森邦政府、聯邦資料保護官、下薩克森邦資料保護官、聯邦律師公會，以及作為鑑定人之刑事警察督察長Bruckert。

B. 對憲法訴願合法性之審查

本件憲法訴願之提起合法。系爭規定與憲法訴願人之基本權，具有直接(I.)、自身及現時(II.)之利害關係(vgl. BVerfGE 100, 313 [354]; 109, 279 [305 ff.])。

I. 直接之利害關係

當憲法訴願人因為對執行法律之措施無所知悉，以致於不能提起權利救濟途徑，則此時應例外允許其可直接針對尚待執行之法律提起憲法訴願(vgl. BVerfGE 30, 1 [16 f.]; 67, 157 [169 f.]; 100, 313 [354]; 109, 279 [306 f.])。此種情形同樣可適用於，法律對於事後告知雖設有規定，但由於法條中存在廣泛的例外構成要件，使得

事後告知亦長期不能為之。於此種情況下，同樣無法確保能由專業法院提供有效之權利保護(vgl. BVerfGE 109, 279 [307]; Landesverfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern, LKV 2000, S. 345 [346])。

以下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條為依據，透過電信監察所為之資料蒐集，必須秘密實施。當事人在措施實施前及實施中對此均無從知悉，以致於在此一時間點上無法向專業法院請求權利保護。「下薩克森邦公共安全及秩序法第30條第4項規定，在不會對措施造成妨害的可能情況下，應告知當事人」，此一情況與本件憲法訴願具有合法性並無衝突之處。由於下薩克森邦公共安全及秩序法第30條第5項含有廣泛的例外構成要件，故系爭規定並未保障當事人可以立即知悉措施之實施並從而得請求法院對該措施進行審查。依下薩克森邦公共安全及秩序法第30條第5項之規定，在以下情形，得不為告知：有礙「追訴犯罪行為或違反秩序行為」之目的（第1句第1款）；為告知當事人，必須以不合比例之方式蒐集當事人之其他資料（第1句第2款）；告知當事人將危及他人之身體、生命、自由或其他近似之值得保護利益，或危及線民之使用，或危及臥底警探之遣用（第3款）。尤其透過第3款之規定，在不可預見的時間內，得不告知當事

人。

II. 自身及現時之利害關係

憲法訴願人與系爭規定之間，具有自身及現時之利害關係。

雖然具體之干預一如同本案—須待系爭規定被執行後才會出現，但當事人對於執行行為通常無從得知。當憲法訴願人說明，以系爭規定為據而實施之措施有若干之蓋然性會對其基本權造成影響，則憲法訴願人與系爭規定之間即可能具有自身及現時之利害關係(vgl. BVerfGE 67, 157 [169 f.]; 100, 313 [354]; 109, 279 [307 f.])。因此具有意義的是，措施行使之對象是否在要件上嚴格限定於某特定範圍之人，抑或該措施具有廣大的射程範圍而使得第三人會偶然遭受波及。憲法訴願人無須以指控自己犯罪之方式，來證明其與系爭規定間具有緊密之現時利害關係(vgl. BVerfGE 109, 279 [308])。

由此觀之，憲法訴願人所為之說明，已足以證明其和系爭規定之間具有身分上及現時之利害關係。監察措施之當事人乃是人格權被該措施所干預者，縱使其並非監察命令之目標對象，亦同(vgl. BVerfGE 109, 279 [308])。「由於系爭規定的緣故，而成為電信監察措施的客體」，此種可能性實際上對任何人都存在。這不僅包括可能的犯罪行為人本身或是其聯繫者與伴同者，還包括與措施對象透過

電信設備進行接觸之人。

C. 對憲法訴願有無理由之審查

下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款及第3款之系爭規定，與基本法牴觸，因此無效。

I. 審查基準(Maßstab)

考量到系爭規定造成之自由權限制，憲法上之審查基準為基本法第10條。由基本法第2條第1項連結第1條第1項而導出之資訊自我決定權，在與基本法第10條之保護領域重疊時，優先適用基本法第10條之特別保障(vgl. BVerfGE 100, 313 [358]; 110, 33 [53])。當國家對「透過電信工具表達之意見」予以聽取及處理而造成干預，則基本法第10條對基本法第5條之自由表意保障而言，亦同樣居於特別保障之優先適用地位。憲法訴願人所指摘者，僅限於此。

II. 系爭規定之形式及實質違憲性

下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款及第3款之規定，授權干預基本法第10條第1項之基本權(1)。透過系爭規定而限制通訊秘密，未能滿足憲法之要求，因為此一限制就形式而言違憲(2)，且亦與憲法之實體規定不符(3)。

1.a) 通訊秘密之保護領域涵蓋通訊之內容以及通訊之事況。原則上，公權力對於透過通訊設備傳遞之言詞或書面資訊內容，不能予以探知。此所涉及者，乃是對「所有透過通訊科

技交換之資訊」所為之基本權保障 (vgl. BVerfGE 100, 313 [358]; 106, 28 [37]; 107, 299 [313]; 110, 33 [52 f.])。對「是否曾進行通訊、何時曾進行通訊、曾進行多少次之通訊、誰與誰曾進行通訊，或曾經試圖進行通訊」予以知悉，此亦觸及通訊秘密之保護領域 (vgl. BVerfGE 67, 157 [172]; 85, 386 [396]; 100, 313 [358]; 107, 299 [312 f.])。當「國家對上開知悉之資訊予以利用」成為令人擔憂之事，則基本法第10條保障之自由通訊即受到損害 (vgl. BVerfGE 65, 1 [42 f.]; 93, 181 [188]; 100, 313 [359])。資訊及資料之處理程序，其在知悉受保障之通訊過程後緊接展開，並且在此種程序中對該知悉之資訊予以利用，因此，基本法第10條之保障效力亦及於資訊及資料之處理程序 (vgl. BVerfGE 100, 313 [359]; 110, 33 [68 f.])。

b) 本案中，通訊秘密受到干預。因為系爭規定之緣故，國家機關無須得到當事人之同意，即可對「透過通訊技術進行之通訊過程」，蒐集其內容與事況之資訊 (vgl. BVerfGE 100, 313 [366]; 107, 299 [313])。依據下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第2項之規定，通訊內容—即便其在通訊網路中置於資料庫內—得如同連線資料或行動通訊終端設備之位置信號一樣被蒐集。在現代通訊範圍內得被蒐集的資料其數量非常眾多，這使得以

各種不同監察措施對通訊秘密造成之干預特別強烈 (vgl. BVerfGE 107, 299 [318 f.] - 關於連線資料)。

被蒐集到的資料，在合於下薩克森邦公共安全及秩序法第38條以下的要件時，其處理及傳輸之目的得異於原先蒐集之目的，這對基本法第10條之保護領域會造成額外的干預 (vgl. BVerfGE 110, 33 [68 f.])。

2. 下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款及第3款之規定具有形式上之違憲性。下薩克森邦立法者違反基本法第19條第1項第2句之指明要求(a)。另外，下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款及第3款規定了「為追訴犯罪預作準備」而採取之電信監察措施，就此，下薩克森邦立法者逾越其立法權(b)。

a) 在2003年12月11日制頒之下薩克森邦危害防止法修正法 (Nds.GVBl S. 414) 中，欠缺基本法第19條第1項第2句所要求之「指出該法對基本法第10條第1項造成限制」。

aa) 依據基本法第19條第1項第2句之規定，法律對於透過該法或基於該法而受到限制之基本權，必須予以指明。維護通訊秘密之基本權受到基本法第10條第1項保障，而基本法第10條第2項第1句則明文設有法律保留之規定。指明要求適用的對象，乃基於立法者明文授權而可能受到限制之基本權 (vgl. BVerfGE 64, 72 [79 f.])，

自亦適用於通訊秘密。違反指明要求，將導致法律違憲(vgl. BVerfGE 5, 13 [15 f.])。

指明要求具有警示及思慮之功能(vgl. BVerfGE 64, 72 [79 f.])。透過法律文句中對基本權干預之指明，可確保立法者對其所採取之干預已有所認識，且立法者就該干預對相關基本權造成之影響效果已尋得自我辯解之理由(vgl. BVerfGE 5, 13 [16]; 85, 386 [404])。清楚地將受干預之基本權予以指明，使得立法者意欲的基本權干預，其干預之必要性與干預之規模範圍能易於在公共討論中加以釐清。此種警示及思慮之功能，不僅及於首次之基本權限制，其對於任何「造成基本權新干預」之干預要件變更，亦具有意義。

在法律上對基本權之限制予以指明，就本案而言有其必要。雖然下薩克森邦危害防止法修正法第10條對於限制基本法第10條第1項，已予以指明，且此一指明在下薩克森邦公共安全及秩序法中也仍舊繼續有效。但是，對於受限制之基本權予以指明，這在繼續有效的法律中卻嫌不足，因為下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條對於警察預防性質之電信監察，創設了顯然更為廣泛的干預依據(vgl. LTDrucks 15/240, S. 15)。

立法理由中的提示(LTDrucks 15/240, S. 15)，並不會讓指明之必要性

消失。在立法理由中，立法者認為透過下薩克森邦危害防止法修正法第10條既有之規定（即現今下薩克森邦公共安全及秩序法第10條）已符合指明之要求，故其已經認識到下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條會讓通訊秘密受到限制。然而，立法理由中的單純提示，對於基本法第19條第1項第2句的形式要求而言，尚嫌不足。此外，原先法律草案中的規定，在邦議會內政及體育委員會經手後，顯然變得尖銳嚴重，而指明的問題在立法資料中則未再重新成為被討論之議題。

bb)不過，未遵守指明之要求，這對於系爭法律之有效性是否會造成影響，在此不作結論。本院迄今並未澄清，在「修正法造成新的基本權限制或授權對基本權進行新的限制」之情況下，若被修正之舊法已經含有基本法第19條第1項第2句意義下之指明條款，是否即符合指明之要求。就此而言，立法上也就形成了各種不同的實踐經驗。基於法安定性之理由，在本判決公布後所制頒此種對基本權造成限制之修正法，若未遵守指明之要求，即屬無效。

b)下薩克森邦僅對系爭規定之一部享有立法權。

依基本法第70條第1項之規定，凡立法權未劃歸聯邦，即屬各邦所有。雖然預防性電信監察不屬於基本法

第73條第7款規定之聯邦專屬立法權(aa)，且防範犯罪乃邦法上之危害防止任務(bb)。但是，下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款及第3款讓電信監察亦得基於「為追訴犯罪預作準備」之目的而為之，此即抵觸基本法關於立法權之規定。該事務領域乃基本法第72條、第74條第1項第1款規定之競合立法。至少對於電信監察的領域而言，聯邦立法者已經排他性地行使其規制權(cc)。

aa)聯邦對於電信監察措施之管轄權，並非來自基本法第73條第7款。對於電信事務立法權之排他專屬分配，所涉及者，乃是電信基本設施建制及資訊傳遞之技術面，而與「針對傳遞之內容或電信利用之類型」所為之規制無關。下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條中關於電信監察之規定，其首要涉及者並非資料傳遞之技術問題，而是對於資訊之截存。監察措施雖然包含使用傳遞技術之活動；而且，監察措施又仰賴於，電信網絡之建制在技術上得進行監察。但是，授權「得為蒐集刑事法或警察法任務所需之資訊而採取電信監察」之規定，其規制內容乃決定性地透過監察措施之各該目的以及干預要件來形成。這樣的授權規定，就是否合乎權限而言，也應該將其劃歸到監察措施要追求的目的領域，此處即指應將其劃歸到防範犯罪或追訴犯罪的領域裡。

bb)防範犯罪在各邦危害防止之立法權範圍內，更精確地說，當立法者就具體犯罪尚未發生前之時期對防範犯罪加以預先規定，亦屬於各邦危害防止之立法權範圍內。這樣的措施，立法者要以何種程度將其置入未來之法益侵害尚未發生前的階段，乃實體法的問題，而與邦之立法權無關。

對邦立法者而言，新的規定涉及在未來之法益危害尚未發生前的領域實施預防性之警察活動。這表現在2003年6月17日原本的立法草案(LTDruucks 15/240, S. 4)中，在該立法草案裡，第33a條第1項第2款及第3款規定之電信監察得基於預防性打擊特別重大犯罪之目的而實施。相對於此，邦議會內政及體育委員會則提出後來成為法律的版本。在邦議會內政及體育委員會的書面報告中(LTDruucks 15/776, S. 6)指出，草案第33a條第1項第1款至第3款之干預要件，應符合下薩克森邦危害防止法第34條第1項第1句第1款至第3款之干預要件。依該書面報告所述，「第1項之其他修正」乃是編輯之性質，並且有助於「在語言上切合」已存在於下薩克森邦危害防止法第34條第1項第1句的平行規定。

對於預防性打擊犯罪，聯邦並不享有基本法第74條第1項第1款之競合立法權(包含刑事程序在內之法院程序)。防範犯罪之構成要件要素包含

「得立刻並在刑事不法還沒發生前，對於即將發生之法益侵害予以防止」的措施。這樣的措施，在其與聯邦立法權包含之事務領域具有必要之關聯性時，尤其是對有效執行聯邦法有必要時，至少應被劃歸到聯邦權限的範疇（vgl. BVerfG 109, 190 [215]）。在本案中接受審查的下薩克森邦法律規定，則並非此種情形。

cc)然而，電信監察並不侷限於預防性打擊犯罪，在下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款及第3款中，「為追訴犯罪預作準備」乃是電信監察的獨立構成要件要素。對追訴「尚未出現，但在不可知的未來即將發生之犯罪」預作準備，乃是法院程序之一環。聯邦立法者在電信監察的領域內，已經排他性地行使了基本法第74條第1項第1款規定之刑事追訴競合立法權，以致於各邦立法者依基本法第72條第1項之規定對此不得立法。

(1)下薩克森邦法將「為追訴犯罪預作準備」規定為一項獨立的任務，並附帶電信監察之職權。系爭法律清楚地區分「為追訴犯罪預作準備」以及「防範犯罪」。據此，當犯罪不能或不再能防範時，仍能發動下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第2項第1句第1款至第3款之措施。

(2)就權限而言，「為將來追訴犯罪預作準備」應該被劃歸到基本法第

74條第1項第1款意義下的「法院程序」。法律授權之目的，乃在保全未來刑事程序之證據。

然而，「為追訴犯罪預作準備」而採取之監察措施欠缺發動之時點，這和「傳統意義下之刑事追訴以犯罪發生作為發動時點」不同。就時間點來看，為追訴犯罪預作準備乃是事先預防性的，但就涉及的對象而言，卻又關乎事後抑制性而設之刑事程序。資料乃是基於「為了追訴將來可能發生之具體犯罪」以及「最後在未來之刑事程序中加以利用」之目的而被蒐集。就此而言，下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款及第3款對於蒐集個人資料之授權規定，其出發點在於「有事實足證將為具有重大犯罪行為之虞者」被預期之行為。基於此一目的而被蒐集之資料，在事實上發生了犯罪並從而啟動刑事訴訟程序，才會被考慮拿來利用。因此，屬於為追訴犯罪預作準備之資料或資訊，其用途乃在不可知的未來被使用於偵查程序及主要程序。這一在具體初始嫌疑之處（vgl. LTDrucks 15/240, S. 16）—所涉及者，乃是為了在將來的刑事程序中運用而取得證據，而與為了防範犯罪預防性地蒐集資料無關。如此這般為了刑事追訴預作準備，其屬於基本法第74條第1項第1款意義下之法院程序。

無論是在法院主要程序中，還是

在延伸之偵查程序中，所涉及者均是對具體之被告調查具體之犯罪嫌疑。然而這並不表示，在初始嫌疑出現之後才可以被劃歸到法院程序之範疇（但亦有如此認為者Gärditz, Strafprozess und Prävention, 2003, S. 328, 331, 359, 429）。基本法第 74 條第 1 項第 1 款並未限制，與未來刑事程序實施有關之準備措施不被競合立法權之分配所包含（vgl. BVerfG, 3. Kammer des Zweiten Senats, BVerfGE 103, 21 [30]）。為了刑事追訴而預先蒐集之資料是否會基於此一目的而在日後被使用，此種不確定性可能會在判斷措施合法性時產生影響力，但無礙於將規定劃歸到法院程序之立法權範疇內。

(3) 聯邦立法者已排他性地行使其基本法第 72 條第 1 項意義下之競合立法權。

(a) 聯邦法之規定要到何種程度才算是已達窮盡，無法一概而論，而僅能依據相關之規定及各該事務領域來加以確認（vgl. BVerfGE 109, 190 [229]）。在確認時，首先應該根據聯邦法本身，其次則根據法律背後之規範目的，再者則根據立法史及立法之資料（vgl. BVerfGE 98, 265 [300 f.]）。聯邦立法者並非只有在制定規範時，才算是在行使其立法權。有意的不作為，毋寧也會對各邦之立法者產生阻斷效力（vgl. BVerfGE 32, 319 [327

f.]; 98, 265 [300]）。邦立法者不得違抗聯邦立法者可得認識之「排除額外規定」意思，即便邦立法者認為聯邦法之規定有所不足，亦同（vgl. BVerfGE 32, 319 [327]; 36, 193 [211 f.]; 36, 314 [320]; 85, 134 [147]; 98, 265 [300]; 109, 190 [230]）。

對各邦造成負擔的阻斷效力，其出現之要件在於，對規範集合作整體評價時，「聯邦行使立法權」乃充分可得認識。當聯邦在此種意義下已就某一事務領域排他性地加以規範，則不論邦法之規定係與聯邦法相違或僅是補充聯邦法之規定，邦之立法均被阻斷。制定法規範之機關有義務核校其制定之規範，使之不違反法秩序。聯邦立法者之構想決定不容邦立法者扭曲（vgl. BVerfGE 98, 265 [300 f.]）。

(b) 聯邦立法者已透過刑事訴訟法中電信監察之規定，制定了排他性之規範。現有條文之構想決定，乃是反對「額外的，延伸至犯罪尚未發生前的措施」。系爭規定與此一決定不符。

與刑事訴訟法規定之電信監察措施有關的立法資料，對於在電信監察領域內的排他性規定問題，雖然並沒有清楚之確定。但考量現行刑事訴訟法的條文，卻可得出排他性之性質。

(aa) 聯邦立法者針對以刑事追訴為目的之電信監察，在刑事訴訟法第

100a條、100b條、100g條、100h條及100i條中，就其範圍、管轄權、目的及各該措施所需之要件，作了廣泛之規定。上開條文以具體著手或具體預備之行為當作出發點，質言之，與犯罪行為實施前進行之資料調查無關，由此不能導出，聯邦立法者想要為「進一步之各邦立法上的干預規範」留下空間。聯邦立法者一如同在其他領域中的現行條文所示（諸如刑事訴訟法第81b條、81g條）—絕對有意識到「在刑事追訴的領域也制定預防性規範」此一權限法上的可能性。

聯邦立法者放棄將電信監察延伸到犯罪尚未發生前之領域，此乃有意之決定。並無論據可證，聯邦立法者有意容忍各邦為平行之規範並因此出現重疊之情形。各邦必須尊重聯邦立法者關於「以刑事追訴為目的而設置之措施及其事實上之要件」的決定（BVerfGE 98, 265 [300 f.]）。

立法者試圖基於法治國明確性及合比例性之利益，並考量到憲法法院判決之指示，而對電信監察之構成要件盡可能地精確予以規定，並以犯罪嫌疑或犯罪之預備作為出發點。無論是刑事訴訟法第100a條及第100b條規定之電信即時監察，或是刑事訴訟法第100g條及第100h條規定之連線資料查問，—此外還有以限制廣泛射程範圍為目的之相當措施—，均取決於初始嫌疑之嚴格標準成立與否。只有為

了偵查法律明文規定之特別重大犯罪，始得對電信內容進行監察（刑事訴訟法第100a條第1句）。聯邦立法者於特定要件下允許在預備階段即得採取措施（刑事訴訟法第100a條第1句、第100g條第1項第1句：透過犯罪之預備），其藉此已考慮到提早動用電信監察之需求。假使各邦規範了在其他（例如較為嚴格的）要件下同樣以保全未來之刑事追訴為目的之可相提並論的電信監察措施，則上述此種有目的之限制恐將形同虛設。這可能將產生規定前後矛盾或規範疊床架屋的風險。

以刑事訴訟法第100a條及下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項之比較為例來加以說明。在一刑事訴訟法第100a條規定之一犯罪的未遂階段或是預備階段，通常同時也符合廣泛規範之下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款的構成要件。下薩克森邦公共安全及秩序法本身並未提供任何嚴格解釋之依據，而且也未包含防止疊床架屋之預防措施。刑事訴訟法第100a條規定之犯罪清單，其構成不僅與下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項規定者（下薩克森邦公共安全及秩序法第2條第10款）不同，在本質上也較為嚴格。依據下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款及第3款之規定，得採取刑事訴訟法恰巧排除而在犯罪尚未

發生前即實施之措施。此外，下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款及第3款和刑事訴訟法第100a條不同之處在於，其並不以犯罪嫌疑、犯罪之未遂階段或犯罪之預備階段為必要，而是只要有事實足證「有人在未來將為犯罪行為」即為已足。

當兩種規範體系平行適用時，在構成要件上的重疊恐將造成不清不楚之處。因為警察機關一方面作為危害防止機關，另一方面則作為刑事追訴機關，其可能會動用到兩種授權規定。依刑事訴訟法第100a條第1項第2句之規定，在急迫時由檢察官為決定，相對於此，下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第4項則規定「符合警察法之性質」由警察自為決定。

當警察法之規定鑑於為追訴犯罪預作準備而與刑事訴訟法之規定被平行適用，則於預備、未遂或是著手實施之前階段即可採取電信監察，而和「當行為人已經具體開始為法益之侵害，始得採取電信監察」相比，其法治國之要求較為低度。這樣的構想恐屬自我矛盾。看不出來聯邦立法者有意容忍這樣的矛盾。

(bb) 刑事訴訟法第484條第4項與「接受排他性之聯邦立法規定」並不相違。根據此一規定，利用「為將來刑事程序之目的而儲存在警察資料庫中的」個人資料—為刑事程序之目的而利用者除外—悉依警察法之規定為

之。「聯邦立法者以警察機關預防性地為將來刑事追訴之目的進行資料蒐集作為前提」而且「無意排他性地為規範此一領域而行使其立法權」，此種看法無論是從刑事訴訟法第484條第4項之立法理由（BTDrucks 14/1484, S. 33），或是從本規定之意義，均找不到任何論據。

3. 系爭規定亦在實質上與憲法不符。其不夠明確(a)，且未達到「在基本法第10條第1項第2句意義下對基本權造成限制之法律，應具備均衡性」之比例原則要求(b)。此外，在法律中欠缺為保障私生活形態之核心領域而設的防護措施(c)。

a) 下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款及第3款規定抵觸法治國要求之明確性及規範明白性。

aa) 明確性要求之基礎在於基本法第10條本身（vgl. BVerfGE 110, 33 [52 ff.]）。明確性之要求乃在確保，當事人對於可能造成侵擾的措施能事先作好準備，執行法律之行政機關對其行為能找到調控與限制的行為標準，且法院得以採取司法審查（vgl. BVerfGE 110, 33 [52 ff.]）。干預的緣由、目的以及界限，必須在授權規定中領域分殊地、精確地、規範清晰地加以確定（vgl. BVerfGE 100, 313 [359 f., 372]; 110, 33 [53]）。

(1) 依據法律之規定，當事人對法律狀態必須認識到「其可能要依法

調整其行為」的程度。當在評價法律狀態時，其不明確性使基本權之實現變得困難，則規範明確性及規範明白性之要求即應提高(vgl. BVerfGE 83, 130 [145]; 86, 288 [311]; 108, 52 [75]; 110, 33 [53])。對監察措施之授權規定而言，明確性要求雖然並未要求到「具體之措施可得預見」的程度，但當事人基本上要能夠知悉「基於何種緣由以及在何種要件下，其行為將遭到被監察之風險」。足夠明確的國家干預要件—以及對國家干預足夠明確的限制標準—，對於那些「並未觸發監察之緣由而毋寧只是意外被波及，因此對具體之行為要件可能一無所悉」的人而言，有其益處。

(2)此外，規範明確性及規範明白性之要求對行政權具有拘束力，並按規範之內容、目的、範圍對行政之行為有所限制(vgl. BVerfGE 56, 1 [12]; 110, 33 [54])。而這樣的前提要件在於，法規設立的標準足夠明確。對人民自由造成限制之決定，不得單方面任由行政裁量為之(vgl. BVerfGE 78, 214 [226])。考慮到行政權之行為餘地，法律具有「確保國家行為合法並藉此使人民之自由得以受到保障」之限制功能。此種對行政權進行拘束的觀點，在實施監察措施時尤其重要，因為當事人對監察措施完全不知情，也因此不可能在先行程序中對行政之干預行為施加影響力。「

透過限制性之標準以保障人民權利」具有額外之特殊意義，因為受波及之第三人—在此係指其他參與通訊之人，以及聯繫者與伴同者（如果有的話）—並未想到自己會被國家監察，也因此無法在其私領域遭到窺探時自我保護(vgl. BVerfGE 110, 33 [54])。

(3)此外，規範明確性與規範明白性讓法院可以依法定標準對行政進行審查。這亦適用於，法院在措施尚未採取前或是在措施執行時為了控制行政而予以介入(vgl. BVerfGE 110, 33 [54 f.])。

bb)在為追訴將來的犯罪而預作準備或是防範將來的犯罪時，不能以「為防止危害或為追訴已發生之犯罪而發展出的」同一標準作為出發點。干預人民自由的危害防止措施，其前提要件在於具體的危害情狀。刑事追訴的出發點在於犯罪（已實現之犯罪）嫌疑。當任務是在前危害防止的階段或是前刑事追訴的階段，鑑於未來被認為可能會發生的犯罪而預作準備，則上述的關聯性即不存在。因此，明確性的要求在此必須按照此種前階段的情況而為特別之調整。

將干預提早到犯罪構成要件尚未實現的階段，其存在的風險是，作為干預出發點的事件僅透過「可能犯罪」此種較不明確的論據來加以標記，且要觀察的細節其意義尚難掌握而淪於人言言殊。事實之確認及預測乃與

對其他事件的早先一步評估有所關聯，而該早先一步之評估所涉者，亦包括確定之事實尚未發生的刑法上重大意義（vgl. BVerfGE 110, 33 [59]）。由於干預關乎可能在未來發生的活動，因此干預的依據，常常僅是「尚不知是否會繼續惡化成法益受損」這樣的事實（vgl. BVerfGE 110, 33 [59]）。在法益尚未遭到侵害的前階段進行調查，乃是經由對個別行為事狀之可能意義的高度矛盾心理所形成。旁證或個別受到監察之活動，可能停留在無害的、於刑法上無關緊要的關聯性上；但其亦有可能是觸發犯罪發生的歷程開端。

當立法者要在這樣的情況中對基本權干預預作規定，其必須將「形成干預緣由的犯罪行為」以及「要成為預示未來將為犯罪行為的事實應合乎何種要求」明確規定，使存在於「前階段調查」領域中特別高度的預測錯誤風險在憲法上仍然可以被接受。規範所包含對行為造成限制之構成要件要素，其建立之可預見性及可審查性標準，必須和傳統危害防止及刑事追訴任務在法治國上的要求可相提並論才行（vgl. BVerfGE 110, 33 [56]）。

cc) 下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款及第3款並不符合上開要求。

系爭規定並未要求具體之發展中的事件過程或其計畫（vgl. dazu

BVerfGE 110, 33 [56, 57, 58]），也未如同2004年12月21日制頒之「新修正海關刑事局預防性電信及郵政監察暨修改2005年與1999年投資補貼法」法案（BGBl I S. 3603）中的海關查緝處法（ZfDG）第23條第2項及第3項，要求具體之預備行為。在系爭條文中，只要具備「某人在未來的任何時間點將為具有重大犯罪行為之虞」此一可能性（該可能性以事實作為根據，而沒有再進一步具體化），即為已足。

這樣廣泛的授權並不合於明確性之要求。與明確性要求不符之處，包括「證明將為具有重大犯罪行為之虞」的「事實」（下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款結合第2條第10款），以及「聯繫者與伴同者」這個概念（下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第3款）。系爭條文雖然規定監察措施須由法官下令始得為之，但這並不能排除規定的不明確性。

(1) (a) 在下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款中使用的「事實」這個概念，單獨來看固然是足夠明確（vgl. BVerfGE 110, 33 [61]）。這個概念有別於本身不夠明確之純粹推測及一般經驗法則。然而，這個構成要件要素在與「未來著手實施犯罪行為」的關係上，並未達到明確性之要求。

可以想像，有各式各樣的出發點

，依照假設的因果流程，會推導出潛在的行為人（此概念之擇用可見J. Ipsen, NdsVBl 2003, S. 281 [285]）將著手實施犯罪行為。系爭法律規定之限制，與「上開因果流程在何種情況下會發生」以及「上開因果流程發生之蓋然性程度」無關，亦未提及時間方面之因素。在未來犯罪還沒發生的前階段，「無害之行為」以及「會導向犯罪之行為」存有界分上的困難，而這樣的困難在授權規定中並未透過限制性之構成要件要素加以克服。對構成要件加以規範以及對干預加以設限毋寧變成警察的責任。警察在欠缺法律進一步詳細的規定下，對限制人民之自由作成決定，且必須自己設想標準。因此，在相當程度上，警察乃是「對構成要件予以補充」地為其行為。然而，創設「對干預構成限制」之標準，乃是立法者的任務才對。

(b)系爭規定的不確定性以及因此隨之出現的錯誤預測風險，無法透過將矛頭指向「具有重大犯罪行為之虞」而有所降低。「具有重大犯罪行為之虞」這個構成要件要素，對於「某一行為在何時預示未來該犯罪之發生」，並未提供任何根據。系爭法律所涉之犯罪構成要件，在未來事件是否會發生尚在未定之天的階段，並不能適當地界分出重要事實而使其成為未來將會發生犯罪之旁證。此外，關於著手進行「具有重大犯罪行為之虞

」，本身也不夠明確。

「具有重大犯罪行為之虞」這個概念於下薩克森邦公共安全及秩序法第2條第10款有立法定義，並且在提及具體之犯罪構成要件的情況下，具有足夠之明確性。然而，額外把所有「『依其保護之法益與刑罰威嚇』可與明文列舉之輕罪行為相提並論者」一併包括進去（第b目），則與明確性之要求不符。尤其不清楚的是，如何一方面從法益而另一方面從刑罰的範圍，得以推斷出其他犯罪行為在重大性上可與之相提並論。

(2)此外，不夠明確的尚有下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第3款「授權在必要時得對聯繫者與伴同者採取電信監察」之規定。

下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第3款之規定，與在第2款中提及之人有關，這使得存在於第2款中的不明確性，讓針對聯繫者與伴同者採取之監察措施，其實施之要件也難以劃出界線。再者，「聯繫者與伴同者」這個概念本身也不明確。在下薩克森邦公共安全及秩序法第2條第11款中的立法定義，其指涉的並非可能之犯罪行為參與，而是任何「與『有事實足證將為具有重大犯罪行為之虞者』有所聯繫，且其聯繫之方式被認為可對犯罪行為提供指示」之人。由於不確定究竟誰會被當作可能的犯罪行為人，使得「究竟誰在未來的

犯罪發生前已與可能的犯罪行為人所聯繫，且其聯繫之方式被認為可對犯罪行為提供指示」並不清楚。

對「聯繫者與伴同者」這個概念作限縮解釋，恐怕不足以排除上開在前犯罪階段行動領域內的不明確性。雖然有試圖將此一概念經由「將犯罪行為人與其他人所為之聯繫進一步等級化」而具體化者。例如要求，與措施真正的對象間須具有人事上或業務上的關係，抑或彼此間的聯繫須持續較長之時間，或其聯繫係在密謀之事狀下為之，至於表面上匆促的或偶然的日常聯繫則尚不足以該當此一概念（參照薩克森邦憲法法院針對該邦警察法第39條第1項第3款之見解，LKV 1996, S. 273 [284]）。然而，當所涉及的出發點，只不過是可能之犯罪行為人在未來的行為，則要斷定上開之聯繫與特定之犯罪行為有關，實有困難。此外，「在根本上相信，不明確的干預授權規定讓本應受到限制的機關來解釋，會以適當的方式被限縮」，這種想法從法治國的角度來看也值得懷疑。立法者在此必須自我負起責任，然而立法理由卻證明了（vgl. LTDrucks 15/240, S. 18），立法者根本無意作具體化之限縮。毋寧立法者認為，「當資料蒐集對於聯繫以及對於防範相關之犯罪行為有重要意義」，即可考慮採取此一措施。

透過下薩克森邦公共安全及秩序

法第33a條第1項第3款「對聯繫者與伴同者蒐集資料，須為追訴犯罪預作準備或為防範犯罪有『必要』」此一要求，也無法排除系爭規定之不明確性。當所涉者，是在將來犯罪尚未發生前的階段所為之行為，且因此通常還無法預見，是否在未來採取防範或追訴措施會具有充足之偵查可能性，則要審查監察措施是否對於為追訴犯罪預作準備或為防範他人之犯罪有絕對之必要，欠缺可操作之標準。

(3)下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第3項要求監察措施須由法官下令始得為之，這並不能衡平系爭規定的不明確性。雖然當透過形式化的、法院的審查程序，讓重要的決定因素能夠被審查且有解釋必要的法律概念能夠被適當地適用，則基本上有填補必要的實體規範尚可符合法治國之要求（vgl. BVerfGE 110, 33 [67 f.]）。但前提要件是，法官在法律中找到依據。系爭規範提供給法官針對預測決定之標準，就如同提供給警察本身一樣的稀少。法官對於機關聲請之審查，於構成要件並不具體化的情況下，必須承受在犯罪尚未發生前採取之調查措施的不可衡量性，一如機關決定本身一樣。

b)此外，以「為刑事追訴預作準備」及「防範犯罪」為目的之電信監察，其授權規定亦未達到狹義比例性之要求。

aa)對基本權保障之自由造成損害，其與基本權限制之目的間，不得處在不適度的關係。雖然人的共同關聯性與共同連結性可以導出，在公共利益可以作為合理化之事由時，個人必須忍受其基本權遭到限制。但是，立法者必須在公共利益與個人利益之間，取得適度之平衡。就基本權方面而言，具有意義的是，在何種要件下哪些以及有多少基本權主體會受到何種程度的侵害。重要的尤其是制定干預之門檻、當事人之數量以及侵害之強度。在電信監察的領域具有重要性的是：當事人是否保持匿名？基本權主體因為監察措施而受到何種不利益之威脅或並非沒來由地感到擔憂？就干預所追求之目的方面而言，具有決定性的是，電信監察欲達成之目的及利益其重要性如何。此外這還取決於，透過監察措施要保障的法益具有何種重要性，以及法益遭到侵害的蓋然性如何(vgl. BVerfGE 100, 313 [375 f.])。

bb)以下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第2項第1款至第3款為依據之電信監察，嚴重干預通訊秘密。

(1)依據下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第2項第1款至第3款，資料蒐集之對象得為通訊內容、連線資料以及位置信號。全部措施之目的，乃在蒐集具體個人資料。這樣的措施，允許對通訊之內容、社會環境、

個人事務以及個人習慣進行觀察。此外，人民之自由間接受到侵害，因為對「無拘無束的通訊遭到監察」感到恐懼，這是可以避免的。

存取電子通訊之內容（下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第2項第1句第1款）使電話交談可能因此被蒐集。被蒐集到的乃是以電話傳遞之資訊、表示之想法、以及相互影響之方式。圖片、符號以及基於新興通訊方式(vgl. LTDrucks 15/240, S. 18)，例如電子郵件而經由網路交換之內容，亦可能被存取。蒐集電子通訊之連線資料（下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第2項第1句第2款）以及位置信號（下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第2項第1句第3款），所涉及的雖然僅是通訊過程在技術上的發展。但是，干預的程度同樣嚴重。連線資料可以對通訊行為進行明顯的推斷(vgl. BVerfGE 107, 299 [318 ff.])。有效開通之行動通訊終端設備的位置信號會導致行動圖像被拼湊出來，經由該行動圖像則可推斷出（如果有的話）當事人的習慣或是偏離其習慣。

(2)在基本權上具有意義者，此外尚有干預之廣大射程範圍。監聽並記錄談話內容以及蒐集連線資料，可能牽涉為數眾多之人。這並不僅止於潛在的犯罪行為人，而是包括所有和潛在的犯罪行為人於實施監察時段內進行電子通訊之人。與可能必須防

範之犯罪或與未來必須追訴之犯罪無關之人，例如聯繫者與伴同者（下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第3款）或完全未參與之第三人（下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第2項第3句），均在受波及的範圍內。

(3)此外，當事人身處在自以為機密的狀態裡，這也導致干預之嚴重程度加劇(vgl. BVerfGE 34, 238 [247]; 107, 299 [321])。聯繫者與伴同者或其他第三人（這些人本身並沒有被視為未來之犯罪行為人），尤其對干預毫不知情。

再者，此種類型之干預對當事人之權利及當事人而言，包藏著高度之風險，因為當事人最快要到監察措施已執行且被告知或以其他方式得知之後，才可能對該措施提起救濟(vgl. BVerfGE 107, 299 [321])。在犯罪尚未發生前之階段採取調查措施，由於對犯罪是否以及何時會發生尚不確定，因此直至當事人被告知，與其他監察措施相比通常會經歷較長之時間。這由下薩克森邦公共安全及秩序法第30條第4項第3句及第5項針對暫緩告知設有寬泛之規定，即可見一斑。透過此種遲來的告知，也觸及到基本法第19條第4項所包含對有效權利保護之保障。當不能在適當的時間針對干預提起權利救濟，且干預之結果（如果有的話）因為這樣而不能順利地予

以排除，則基本權干預的嚴重程度也就附帶地升高。

(4)機關將蒐集到的資料一如同在下薩克森邦公共安全及秩序法第38條第1項第2句中所規定的一般性地基於危害防止之目的或依下薩克森邦公共安全及秩序法第39條之規定基於其他之目的而儲存、變更或利用，此種可能性也讓干預之嚴重程度加劇。在其他的關聯性下對蒐集到的資料進行使用，乃是一項獨立之干預(vgl. BVerfGE 110, 33 [68 f.]）。

在犯罪尚未發生前之階段所採取的資料蒐集，因為並未侷限於具體正在實現或已經實現的犯罪，所以會得到各式各樣可供利用的資訊。資料之運用應受授權法律確立目的之拘束（關於目的拘束原則，vgl. BVerfGE 100, 313 [360 f.]），這在對蒐集到的資料為其他之使用時，實際上幾乎未被遵守。為了不確定或還不能確定之目的而使用蒐集到的資料，此一可能性在資料蒐集的階段就已經升高了干預的嚴重程度。

cc)在系爭法律中所規定對於基本法第10條第1項之基本權造成的干預，並不具備狹義比例性。應透過警察保護之公共利益，其重要性並未侷限在足以合理化嚴重干預者。

(1)資料蒐集所欲追求的，乃是正當之公共目的，亦即對具有重大犯罪行為之虞予以防範及追訴。此一利

益之重要性，尤其取決於透過規範保護之法益以及該法益受到危害的程度。就此而言，以確保法之和平為目的之追訴犯罪，與防範犯罪之間，擁有各自獨立之重要性(vgl. BVerfGE 107, 104 [118])。

倘若電信監察之授權規定係為追訴已發生之犯罪而設，其必須以足夠之事實基礎，尤其是具體之犯罪嫌疑作為根據，並在牽涉第三人時，植基於和犯罪嫌疑人有關之足夠確定的事實根據上（就此，關於訊息居間人 BVerfGE 107, 299 [321]）。若考慮到所牽涉的僅是將來可能發生之犯罪，則要對上開之事實根據進行調查，其實際之可能性基本上較為薄弱。當授權之規定此外一如同下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款及第3款—在要求之事實基礎上欠缺足夠之規範明確性與規範明白性（參見上述C II 3 a），這對於狹義比例性而言亦將造成影響(vgl. BVerfGE 110, 33 [55])。在此種情況下，從法律中無從以「得和干預之嚴重程度進行可以理解之權衡」的方式，推斷對干預加以合理化之法益以及對該法益造成危害的種類。

授權之目的以及措施在事實要件之要求，其於法律中之規定愈不精確，則在個案中採取不適當措施的風險也就愈高。由於衡量保護法益之位階以及估算對法益造成危害之嚴重程度

有其重要意義，因此需要足夠的根據以精確確定受危害的法益為何，並且也需要足夠的事實基礎，以設想對保護法益造成危害之行為為何(vgl. BVerfGE 110, 33 [55]; 此外參見 BVerfGE 100, 313 [392])。具體受到危害之法益以及可能對該法益造成危害之行為，其不明確性本身包藏著「使權衡要求在法治國上的劃限功能無法發揮作用」的風險。

法院裁判針對刑事追訴及危害防止發展出權衡原則，這些權衡原則在法益被侵害前的領域亦具有重要意義。受危害的法益愈重要且法益遭（或可能遭）各該行為侵害的愈廣泛，則法益被侵害之蓋然性程度的要求也就愈低，且得據以推斷法益遭到危害或侵害的事實也同樣地可以愈不充足(vgl. BVerfGE 100, 313 [392]; 亦參見 BVerfGE 110, 33 [55, 60])。然而，認定及論斷在事實上的出發點，一定要有具體之輪廓。當受危害的法益其重要性較低，則關於危害程度以及危害強度的預測準確性要求也就升高。

在法益被侵害前採取調查的領域內，由於已知之事實離具體犯罪尚有一段距離，因此法益被侵害的蓋然性程度通常會較危害防止措施或追訴具體犯罪措施來得低。當法律連計畫行為或其他預備行為都未當作干預之出發點—如同過去的對外經濟法第39條第2項或現今的海關查緝處法第23a條

第2項及第3項一，而視未進一步加以設限之事實（該事實用來合理化將來犯罪會發生）即為已足，則欲保護之法益的重要性以及可能發生之法益侵害行為的危害性即繼續升高。在「為追訴犯罪預作準備」以及「防範犯罪」之要件規定如此廣泛與不確定的情況下，對電信秘密之嚴重干預只有當應保護之公共利益一般性地以及在具體個案中具有高度重要性時，始能被評價為適當。

(2)立法者並未符合「受保護之法益位階」以及「該法益受危害之事實上根據」的要求。

(a)「具有重大犯罪行為之虞」此一由立法者擇用的構成要件要素，並未考慮到「欲追求之法益須具有特別重要性」此一要求。從下薩克森邦公共安全及秩序法第2條第10款所列之犯罪中，無法推斷出，立法者對於在法益尚未受到危害之階段即應採取之電信監察，基於該措施之特殊性而設有「必須關乎且限縮在保障特別高位階之法益始得採取該措施」這樣的構想。如果考慮到下薩克森邦公共安全及秩序法第2條第10款第b目並未進一步舉出「依其保護之法益與刑罰威嚇可與列舉之輕罪行為相提並論之輕罪行為」究竟為何，則上開立法缺失將繼續擴大延伸。

從預防性電信監察條文的立法沿革加以觀察，可以想見立法者何以對

於犯罪行為之擇取並未依電信監察之特殊要求為取向，以及何以欠缺與此相關之立法構想。關於「具有重大犯罪行為之虞」的一般性定義，在原來的立法草案中付之闕如(LTDrucks 15/240, S. 14)，而是在邦議會內政及體育委員會的建議下始予以增列(LTDrucks 15/599, S. 9 f.)。此後來成文化為1998年2月20日制頒之下薩克森邦危害防止法(Nds.GVBl S. 101)第2條第10款的清單目錄，而此一清單目錄具有決定性意義的是，其使用了警察法中「具有重大犯罪行為之虞」此一概念。「所列之犯罪行為亦合於電信監察之特殊要求」，從立法資料裡尚難得出有這樣的根據存在。上開清單目錄並未針對電信監察而設，這或許可以透過以下的例子加以說明：「散布或公然使用違憲組織之標誌」（刑法第86a條）此一犯罪行為被上開清單目錄所納入，儘管根本看不出來「電信監察在什麼樣的範圍內會成為防範或追訴此一公然實行之犯罪的必要及適當手段」。

「將上開清單目錄作嚴格之解釋，使得僅有保護高度重要法益之刑法規範，才可成為電信監察之緣由」，這種想法並不可行。蓋若如此，則規範的不明確性將更為嚴重。「具有重大犯罪行為之虞」也不能解釋為附加的、對清單目錄中犯罪構成要件作補充性限制的要素，例如將之解釋成犯

罪不僅必須是一般性地，且也必須在具體個案中基於其對公眾的威脅程度而具有特別之重要性(dazu vgl. BVerfGE 107, 299 [322])。根據下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款連結第2條第10款的文義，「具有重大犯罪行為之虞」乃是所列犯罪的上位概念，而非額外的構成要件要素。「顧及系爭規定係為打擊組織犯罪與恐怖主義而設(vgl. LTDrucks 15/240, S. 16；關於對此之問題vgl. BVerfGE 109, 279 [338 ff.])，並據此作嚴格之解釋」，這樣的想法同樣亦不可採。此一立法目的在授權條款的文字中或是在列舉的犯罪類型中未見相應之用語。

(b)下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款及第3款同樣也不符合「將對於預測及權衡有用之事實予以更為詳細規定」的要求。前述(C II 3 a)對於明確性要求之審查已得出的結論是，從授權規定無法知悉關於實施未來之犯罪、危害之強度、犯罪發展歷程之蓋然性程度其依據有何限制。而事實上之根據，對於受危害的法益重要性而言是否可被認為充足，對此系爭規定亦缺乏在個案中的權衡標準。

(c)前揭(C II 3 a cc [2])「潛在的犯罪行為人」本身或是「聯繫者與伴同者」此一概念的不明確性，對於下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條

第1項第3款的狹義比例性審查也產生影響。系爭規定尤其並未規定「透過聯繫者與伴同者而對犯罪行為提供指示有哪些方式」或「對大概不會參與未來犯罪行為之人進行電信監察，應符合哪些要求」。被預期會發生的犯罪，其重大程度是否足以合理化對聯繫者與伴同者採取電信監察，系爭規定對此並未提供權衡審查之根據。

(d)故系爭規定不符狹義比例性原則之要求，此一缺失不能透過法律中的其他規定加以排除。法律中的其他規定，其在電信監察之新授權條款制頒前即已生效施行且並未針對監察措施（在法益尚未受到危害前即採取之監察措施）的特殊性有所調整者，此種規定若對電信監察之程序亦適用之，則毋寧將加深上述之缺失。

例如前面提及警察可能會依據下薩克森邦公共安全及秩序法第30條第4項及第5項之規定而對當事人暫緩告知（參見上述C II 3 b bb [3]）。由於監察措施係針對未來之犯罪行為而設，因此暫緩告知可能會持續一段長時間。從「在該當下薩克森邦公共安全及秩序法第30條第5項第1句第3款規定的情況下，若5年後仍不能告知當事人，則應通知資料保護官（下薩克森邦公共安全及秩序法第30條第5項第2句）」可以瞭解，立法者有考慮到可能要歷經較長的時間始能告知當事人。對系爭措施的事後權利救濟可能

性，經由暫緩告知甚至不為告知，與進行危害防止及刑事追訴時所保障之權利救濟相較起來，明顯有所降低，儘管預測錯誤以及在犯罪尚未發生前，沒有足夠的事實基礎即實施的電信監察，其風險較危害防止及刑事追訴來得大（關於告知之原則vgl. BVerfGE 100, 313 [361 f.]; 109, 279 [363 f.]）。

此外，依據下薩克森邦公共安全及秩序法第30條第5項第1句第1款之規定，在有礙「追訴任何犯罪行為一而非電信監察要防範之犯罪行為一或任何違反秩序行為」之目的時得暫緩通知當事人，這也使得有效權利保護遭受之危害，因此而生的干預程度更為強烈。根據規定之文義，此處所稱之犯罪行為或違反行政罰法無須由當事人自己為之。下薩克森邦公共安全及秩序法第30條第5項第1句第3款規定之不為告知事由，對有效權利保護亦造成危害。根據此一規定，若告知當事人將危及他人之身體、生命、自由或其他類此之值得保護利益，或危及線民之使用，或危及臥底警探之遣用，則對當事人得不為告知。如此規定之目標，並非從任何方面來看均得以合理化暫緩告知以及因此而生之權利救濟的延遲（就此關於刑事訴訟法第101條第1項之規定vgl. BVerfGE 109, 279 [366 f.]）。

(c)再者，以「為防範及追訴犯罪預作準備」為目的而採取之電信監

察，其授權規定對於「干預受絕對保障之私生活形態核心領域」欠缺足夠之防護措施。

在進行通訊內容之蒐集時（下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第2項第1句第1款），會涉及與高度個人生活形態之核心領域（對此vgl. BVerfGE 109, 279 [311 ff.]）有關的個人資料，這種情形並非絕不可能。與個人相關的通訊能否被劃歸到此一核心領域內，取決於該通訊以何種方式以及以何種程度自願觸及他人之領域或公共利益(vgl. BVerfGE 80, 367 [374]; 109, 279 [314])。通訊內容與具體之犯罪行為有直接相關者，即不屬於此一核心領域，例如對即將發生之犯罪陳述計畫或對已發生之犯罪進行報告(vgl. BVerfGE 80, 367 [375]; 109, 279 [319])。

基本法第10條第1項保障「經由私人的、不對大眾公開的互通訊息，而自由發展人格」，並因此亦同時保障人性尊嚴(vgl. BVerfGE 67, 157 [171]; 110, 33 [53])。不過，此一保障有別於基本法第13條之住宅不受侵犯的基本權保障。由於住宅不受侵犯的基本權與人性尊嚴有特別緊密之關係，因此在住宅空間內的行為只要是私人生活形態核心領域中的個人發展，即受到基本法第13條的絕對保障(vgl. BVerfGE 109, 279 [313 f.])。為了個人發展，任何人均需要「於其中可以

隨心所欲並依自己設定之標準而自我自由發展」的空間基礎，質言之，任何人在需要時得利用住宅作為保障其人性尊嚴的「最後庇護所」(vgl. BVerfGE 109, 279 <314>)。

關於高度個人之訊息溝通，人民對電信的依賴與對住宅之依賴並不相同。與此相應的是，基本法第10條第1項並不像基本法第13條設有特別之干預要件，而僅對於法治國的一般要求加以規定。基本法第1條第1項保障之人性尊嚴不可侵犯，其要求在基本法第10條第1項的保障範圍內，對於私生活形態核心領域中個人發展之保障，必須設有防護措施。當在具體個案中，有事實上之根據足以證明電信監察已蒐集到屬於上開核心領域的內容，則電信監察即無法被合理化並應停止。

由於在下命或實施電信監察時，並不能確實預見要監聽的談話將會包含何種內容，因此「監聽措施掌握到私生活形態核心領域之通訊」此一風險並不能被排除。在憲法上，充其量

僅在「受危害之法益具有特別高度之位階」以及「透過具體之依據可知與未來將實現之犯罪有直接關連」，始能忍受上開之風險。因此在電信監察之授權法律中應該設有「高度個人領域之通訊內容被例外地蒐集到時，確保該通訊內容不得儲存與運用，而應立即銷毀」的防護措施。然而，在系爭法律中並無這樣的規定。

III. 結論

依上所述，下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款及第3款抵觸基本法第10條而無效。對系爭規定無法透過嚴格解釋而避免其違憲。看不出有任何「讓系爭規定得以部分繼續適用」的合理化事由。

本裁判之費用問題，悉依聯邦憲法法院法第34a條第2項之規定。

法官：Papier Haas
Hömig Steiner
Hohmann-Dennhardt
Hoffmann-Riem
Bryde Gaier