

「逃漏稅CD案」裁定

德國聯邦憲法法院第一庭2010年11月9日裁定
BVerfG, 2 BvR 2101/09 vom 9.11.2010

范文清 譯

要目

裁判要旨

案由

裁判主文

理由

I. 事實

1. 搜索命令
2. 憲法訴願人等對搜索命令之抗告
3. 憲法訴願人等之抗告理由與檢察官之意見
4. 波鴻區法院與邦法院之裁判

II. 憲法訴願人之主張

1. 公平的、法治國的程序之請求權
2. 居所不可侵犯的基本權
3. 法定聽審權

III. 裁定理由

1. 已窮盡所有救濟管道
2. 未滿足憲法訴願補充性原則

3. 未侵害居所不可侵犯的基本權

4. 結論

關鍵詞

逃漏稅CD (Steuer-CD)

逃漏稅(Steuerhinterziehung)

法定聽審請求權(Anspruch auf rechtliches Gehör)

憲法訴願補充性原則(Grundsatz der Subsidiarität der

Verfassungsbeschwerde)

證據利用禁止

(Beweisverwertungsverbot)

居所不可侵犯的基本權(Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung)

私人生活形成的絕對核心領域(absoluter Kernbereich privater

Lebensgestaltung)

(情治) 分離要求(Trennungsgebot)

裁判要旨¹

1. 法定聽審權旨在確保當事人獲得資訊、陳述與被顧及之請求權，其結果為當事人能夠在訴訟中自我決定，而且依當時具體情況而有所反應。基本法第103條第1項係與基本法的權利保護乃立於一個功能性的脈絡。當在刑事訴訟的調查程序裡，法院在欠缺事前聽審即對當事人作成侵害措施（刑事訴訟法第33條第4項），此權利尤具特別意義。對裁判有重要性之證據資料的資訊，也屬於法院聽審請求權的範疇。法院裁判僅允許本於讓被告透過閱卷得以提出抗辯之事實與證據資料來作成。

2. 對刑事訴訟法而言，尚無任何抵觸證據取得規定的違法都會引發刑事訴訟法上的利用禁止的法則，而且這個問題總是根據個案的個別情況，特別是按照禁止的種類與違法的嚴重程度，衡量各種相互不同的利益來作成裁判。法治國原則允許並要求顧及具有功能的刑事訴訟的進行，倘若缺乏的話，便無法協助正義得到貫徹。法治國僅能在以下的情形下得到實現，亦即針對刑事訴訟當事人在現行法

的範圍裡被追究責任、判決而且得到適當的處罰，皆有足夠的預防措施。若以此為尺度來衡量，那麼證據利用禁止即意味著一個例外，僅有在法律有明文規定或基於高位階的重要原則在個案中方得被承認。因此，刑事法院的裁判的出發點即為，尤其是存在著特別重大的瑕疵方有利用禁止可言。

3. 根據憲法，至少在重大、有意識或恣意的程序違法，而使得基本權的確保有計畫的或有系統地被忽視之時，此一證據利用之禁止，才會被要求。聯邦憲法法院僅僅在涉及私人生活形成的絕對核心領域的案例中，方承認來自於基本權的絕對證據利用禁止。

4. 聯邦憲法法院之任務並不在於嗣後審查個人之法律地位。法律的解釋與適用乃為就此具有一般管轄權限的法院之責任，而且只要在相關裁判中沒有恣意存在或特別違反憲法規定，亦得解免於聯邦憲法法院之嗣後審查。如果一個裁判以法律來衡量可能有錯誤，並不屬於上述的情況；必待該錯誤已屬忽視基本權或與基本權相同之權利，或其法律判斷不論基於何種見解都不能支持，聯邦憲法法院才會介入審查。

5. (情報局與警察，情治) 分離要求不能導出，縱使為了更進一步的調查措施，亦不得使用系爭資訊。情

¹譯者註：由於本裁定尚未收入德國聯邦憲法法院裁判集，因此尚未有官方版本之裁判要旨。譯者乃自行摘要裁判要旨。

治分離要求意味著，情報機關不允許擁有警察強制權限，質言之，不允許行使審訊、搜索、扣押或其他強制權限。因此，情報機關不得為非情報目的而去有目的地得知任意的發現。

案 由

聯邦憲法法院

案號：- 2 BvR 2101/09 -

在下列當事人之間的憲法訴願程序裡

1. S博士先生，

2. S女士

全權代理人：

Franz Bielefeld博士律師，

Sozietät RP Richter & Partner事務所，

Nymphenburger Straße 3b, 80335 München

- S博士先生之全權代理人 - ，

Kai König律師，

c/o Nachmann Rechtsanwalts GmbH,

Theatinerstraße 15, 80333 München

- S女士的全權代理人 -

聯邦憲法法院第二庭第一審查小組 (Kammer) 由 Osterloh 女法官、Mellinghoff法官與Gerhardt法官就針對下列裁判

a)波鴻邦法院(Bochum Landgericht)2009年8月7日裁定，案號：- 2

Qs 2/09 -

b)波鴻區法院(Bochum Amtsgericht) 2009年4月8日裁定，案號：- 64 Gs-35 js 220/07-1491/08 -

c)波鴻區法院2008年4月10日裁定，案號：- 64 Gs 1491/08 -

所提起之憲法訴願依據聯邦憲法法院法（1993年8月11日修正公布，聯邦法律公報第1冊，第1473頁）第93條之2條連結同法第93條之1，於2010年11月9日全體一致作成裁判。

裁判主文

憲法訴願不受理。

理 由

憲法訴願係針對租稅刑罰調查程序中之住宅搜索的指令(Anordnung)而提起。憲法訴願人皆就初始嫌疑(Anfangsverdacht)乃以德國自列支敦斯登(Liechtenstein)之私人處獲得之資訊為據表示不服。

I.事實

憲法訴願人皆係因為2002年至2006年這5年推計課稅期間內之逃漏所得稅之犯罪嫌疑而被調查。

1.波鴻區法院2008年4月10日作成允許搜索憲法訴願人房屋之指令。在對一位列支敦斯登財產受託人(Liechtensteiner Treuhänder)的調查中發現，憲法訴願人在列支敦斯登的L

公司處於2000年1月17日成立K財團法人，並於2000年1月14日成立T.S.A.。在列支敦斯登的L公司處，有關上開法人的財產投資皆歸屬於憲法訴願人。此外，第1憲法訴願人在申報租稅時並未申報在B銀行的一個帳戶。在此帳戶中，有來自上開財團法人與S.A.的財產的資本利得(Kapitalerträge)約2,000,000德國馬克未申報，藉此在2002年至2006年之間，故意漏報租稅約16,390與24,270歐元。

在2008年9月23日被執行的調查裡，一個裝著L公司的相關書面證據資料的信封被查扣，而且有5個電腦檔案被印出。

2.憲法訴願人對上開搜索指令(Durchsuchungsanordnung)提出抗告，並且聲請完整地閱卷。他們希望仔細閱覽構成搜索指令理由之資料。

檢察官准許閱覽調查檔案，並且通知憲法訴願人等，在所有卷宗裡有關L公司的檔案獲得、途徑與內容之卷宗不能供其閱覽，蓋其中包含了有許多受到租稅秘密保護之被告的檔案資料。然而可以告知的是，此等資料係透過聯邦情報局(Bundesnachrichtendienst)以職務協助的管道取得，以供租稅調查之用。

第1憲法訴願人因此聲請閱覽有關資料載體之保管目錄之卷宗，以及有關提供該等資料之人之審理筆錄。

針對此等聲請，檢察官指出，該等證據資料並不存在。檢察官業已提供在檢察官處所擁有之調查卷宗供憲法訴願人等閱覽了。

3.a)憲法訴願人在抗告中主張，發動搜索所依據之事實係不合法因而不可利用的(unverwertbar)。依其主張，本案程序標的的資料蒐集(Erhebung)牴觸了國際法，蓋聯邦德國無視於(außerhalb)1959年4月20日歐洲刑事互助公約(Europäisches Übereinkommen vom 20. April 1959 über die Rechtshilfe in Strafsachen)與1990年11月8日洗錢與調查、扣押及沒入刑事行為所得公約(Übereinkommen über Geldwäsche sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten vom 8. November 1990)而獲得此等資料。使用此等資料亦違背了內國法。透過聯邦情報局來收受此等資料係屬違法，且具有刑事可罰性。德國聯邦情報局並未被授權收受此等資料；轉交予檢察署則另外更牴觸了(聯邦情報局與警察)分離要求之要求(Trennungsgebot)。買受此等資料亦為刑事可罰，蓋此舉已違背不正競爭禁止法(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG)第17條第2項之規定。

憲法訴願人主張，由於上述諸多違法，由L公司所獲取之資料係不可利用；調查程序的開始與繼續因此即

屬不法，蓋L公司之資料係刑事偵查機關 (Strafverfolgungsbehörden) 所認知之事實之唯一根據。當刑事訴訟僅以違法獲取之證據資料為據者，已抵觸歐洲人權公約(EMRK)第6條第1項所保障之公平程序請求權。

b)檢察署則請求，抗告不合法，應裁定駁回。

依檢察署之見解，由外國政府提供資料，與私人提供之證據資料之利用並不矛盾；就此，與國際條約無關。從內國法的角度，同樣不能導出證據利用禁止；尤其是，本案更未涉及獲得資料載體不得以違法的手段為基礎之問題。沒有規範禁止以支付對價的方式來取得對租稅或租稅刑罰有重要關係的資訊內容。對刑事訴訟而言，支付對價以獲得資訊亦非鮮少（例如，給證人與線民[V-Leute]-之懸賞與報酬）。購入資訊載體亦不抵觸不正競爭禁止法第17條之規定。

甚至，如果從違法舉證的角度出發，依據通說重要的衡量理論 (Abwägungslehre)，本案並無證據利用禁止可言。就此，檢察署援引波鴻邦法院2008年4月22日的裁定（案號-2 Qs 10/08 -），該裁定甚至拒絕不使用買受的資料，當基於下列理由而有利於被告，亦即在德國刑法在該法第7條之外仍可適用，買受本身可以被認為德國刑法典第257條所稱之優惠與不正競爭禁止法第17條第2項第2

款所稱之幫助洩密，還有符合不正競爭禁止法第17條第2項第1款所規定之商業間諜之構成要件。在系爭的這個情況裡所涉及者，最重要的並非國家調查機關的違法行為，而是私人的刑法上可罰之行為。刑事訴訟法有關證據取得之規定，係規範刑事偵查審判機關，而不包括私人。準此以論，透過私人以違法的方式取得之證據資料，原則上仍可利用。

在必要衡量的範圍裡，應考慮者為，利用透過資料所得之事實，並不觸及私人生活形成不可碰觸的領域，而是有關其職務上的領域。可能成立的犯罪行為非首先指向被告。這個事實的利用特別有助於刑事可罰行為之澄清，此一犯罪行為之澄清特別是與公益有關。

4.a)區法院駁回抗告人等之聲請。法院補充檢察官的論點認為，本案中並未直接抵觸國際法，亦未迴避多邊或雙邊的國際規定。系爭資料並非向列支敦斯登這個國家，也不是向第三人提出請求而使用。這資料絕對不是根據聯邦情報局或刑事偵查機關之口頭命令而製作、獲得或以其他方式掌握，而是單純地被動收下。在此聯邦情報局只是被授權處理此事，蓋該DVD中包含了逾9,600筆有關國際資金流動的電磁記錄，只是剛好也包括了憲法訴願人之資料在其中。

b)波鴻邦法院於2009年8月7日認

為控告人們無理由而裁定駁回。其認為，發動搜索所必要之犯罪嫌疑，可以由有爭議的資料來支持。本案並無證據利用禁止的問題。在依內國法應係違法或根本為刑事可罰的情形，亦同。

憲法訴願人等所主張，歐洲互助公約與洗錢公約是否被規避適用，固有疑問。然而「偷竊資料」不能歸咎於聯邦德國。甚至，縱使是違反國際公約，亦無差別，蓋該國際條約並不賦予個人以權利，違背此等條約也不會導致利用禁止。除此之外，可能違背國際法的事件（「偷竊資料」以及買受「被偷竊」的資料）被排除；不會因為在調查程序中針對憲法訴願人等利用此等資料，就再次違反國際條約。

II. 憲法訴願人之主張

憲法訴願人等提起本憲法訴願指摘，其公平的、法治國的程序之請求權（基本法第2條第1項連結基本法第20條第3項、第25條）、基本法第13條第1項連結法治國原則與權利保護保障，以及基本法第103條第1項皆被侵害。

1. 憲法訴願人等主張，其基本法第2條第1項連結基本法第25條與法治國原則所保障之基本權被侵害，因為系爭資訊是作成搜索裁定之基礎。利用來自列支敦斯登之資料，在德國的刑事訴訟程序裡對抗對上開裁定之救

濟，抵觸了國際法，並且侵犯了列支敦斯登的主權，蓋該國領土的完整性並未被顧及。

憲法訴願人等主張，有關歐洲司法互助公約、聯合國大會關於國家在國際法上違法行為之責任之法議，以及國際法有關國家主權之規範之意義，並未受到充分地注意。如果考量到憲法訴願人等之基本權，系爭資料不得被利用。無論如何，法院在審查證據利用禁止時，必須把違背國際法列入考量。

2. 其等復主張，系爭干預性(angegriffen)之裁判，侵害了憲法訴願人受到基本法第13條第1項連結法治國原則與權利保障之基本權，因為由情報局未遵守不得將資料交給其他機關之要求，而且由於諸多的違法之處而導致系爭資料的證據利用應予禁止。

a) 聯邦情報局在違背刑法規範的情況下取得系爭資料，因為偷竊資料在列支敦斯登係刑事犯罪行為。因此，取得系爭資料自始就不符合該外國程序法規。益有進者，透過聯邦情報局去受領系爭資料的法律基礎，亦無所據。就此，聯邦情報局把系爭資料轉交予檢察署，亦同。不論是依據聯邦情報局法(Gesetz über den Bundesnachrichtendienst, BNDG)第9條或是租稅通則(AO)第116條皆沒有此等權限。聯邦情報局也不允許對其他機

關提供職務協助，蓋此等情形依據租稅通則第 112 條第 2 項已被排除在外。

由於買受系爭資料，德國主管機關依據不正競爭禁止法第17條第2項以及刑法典第257條的有利規定，係屬刑事可罰。刑法典第34條作為阻卻違法事由被排除。針對上開有利規定，僅以支持其出售即為已足。

b)憲法訴願人主張，就系爭資料成立利用禁止。前述之程序違法（違反國際法以及分離要求，參與公開未被授權之公司秘密）是如此重大，以致整體調查程序不能達到法治國原則之要求。就此亦涉及偵查機關的違法且係刑事可罰之行為，而不僅只涉及私人在刑法上重要的行為。因此，作為重大的程序違背，法院不得對於透過私人違法獲取證據資料作成過於寬鬆的裁判。

僅僅以上述理由即足得知，聯邦情報局的介入將導致他們去利用其特別的可能性，並且整件事情免於法院廣泛的審查。分離要求之要求乃保護個人免於國家不受控制的侵害。重大而且有意識的程序違反此一原則，亦不能用有功能刑事訴訟的公益取得平衡。

除此之外，憲法訴願人等等重複而且深化其等在專業法院中已提出之主張。

3.其等復又主張，基本法第103

條第1項被侵害，因為L公司的資料如何轉交到刑事偵查機關，以及聯邦情報局在買受個人資料中扮演何種角色等節，並未被公開予憲法訴願人等得知。檢察署對閱卷聲請業已依據租稅通則第30條認定係屬非法而拒絕。若缺乏足夠的資訊以及基於刑事偵查機關之通知與新聞報導之間的矛盾，要求憲法訴願人完整地評價系爭事實關係並且提出所有減輕負擔的論證，殆屬不可能。當事人提出更多的論證之後法院可能會作不同的裁判，這是不能被排除的。

III. 裁定理由

本件憲法訴願不受理。本件並不符合聯邦憲法法院法第93條第2項所規定的受理要件（=程序合法要件）。本憲法訴願並不涉及原則性的憲法意義（參照BVerfGE 90, 22〈24〉；96, 245〈248〉）。本件憲法訴願所提出之問題，已充分被解釋過了；該等問題若借助聯邦憲法法院裁判所發展出之尺度來審查，已無另外再裁判的必要。受理本件憲法訴願，亦與貫徹聯邦憲法法院法第90條第1項所規定之權利無涉，因為本案沒有足夠的勝訴可能。本憲法訴願部分程序不受理，其餘部分無理由。

1.憲法訴願人等已根據聯邦憲法法院法第90條第2項第1句之規定，窮盡所有救濟管道。針對邦法院的不利裁判，已無其他的訴訟管道可供救濟

(參照刑事訴訟法第310條第2項)。憲法訴願人等也不能再依據刑事訴訟法第33a條之規定事前提起對聽審之非難(Anhörungsrüge)。

a)假使提起憲法訴願主張侵害其法定聽審請求權(基本法第103條第1項)，則向專業法院提起對聽審之非難就算是權利救濟途徑，在通常情形下，此對窮盡聽審之非難管道乃為憲法訴願的程序合法性所繫(參照BVerfGE 42, 243〈245〉；74, 358〈380〉；122, 190〈198〉)。但是，如果對聽審之非難顯然無勝訴之望，則不在此限(參照BVerfGK 7, 403〈407〉)。不能要求憲法訴願人將顯無勝訴之望的權利救濟指為憲法訴願程序合法要件(參照BVerfGE 51, 386〈395 f.〉；52, 380〈387〉；78, 58〈68 f.〉)。

b)在系爭案件中，對聽審之非難可能係顯無勝訴之望，因為依據憲法訴願人之陳述，顯然並無聽審權被侵害之情事。

法定聽審權確保當事人獲得資訊、陳述與被顧及之請求權，其結果為當事人能夠在訴訟中自我決定，而且依當時具體情況而有所反應。基本法第103條第1項係與基本法的權利保護保障乃立於一個功能性的脈絡(參照BVerfGE 81, 123〈129〉)。當在刑事訴訟的調查程序裡，法院在欠缺事前聽審即對當事人作成侵害措施(刑事

訴訟法第33條第4項)，此權利尤其特別意義。然後，在抗告程序中至少提供額外的法定聽審。(參照BVerfGK 3, 197〈204〉；7, 205〈211〉；12, 111〈115〉)。在抗告程序中，無論如何僅能基於當事人事前已合事理的得知該等事實與證據資料，並且就該等事實與證據資料可以表示意見的基礎而作成對當事人不利的法院裁判。刑事訴訟法第33與33a條並不把被要求的聽審自限於事實與證據結果；毋寧是超越了法條文字的狹義字義範圍而及於所有法定聽審權可能的方向(參照BVerfGE 42, 243〈250〉)。準此，對裁判有重要性之證據資料的資訊，也屬於法院聽審請求權的範疇。法院裁判僅允許本於讓被告透過閱卷得以提出抗辯之事實與證據資料來作成(參照BVerfGK 7, 205〈211〉)。

憲法訴願人等雖然在其憲法訴願中指摘了根據基本法第103條第1項法定聽審權的侵害。然而，他並非指摘法院利用了那些他先前沒有聽審過的事實。此等違法顯然也被排除，因為憲法訴願人等業已完整閱覽了所有提供予抗告法院之卷宗裡面之資料，並且有對之表示意見之可能性。憲法訴願人等亦未主張，邦法院已利用那些他們先前難以接觸的認識。

然而憲法訴願人主張，法院獲得了有關取得資料載體的情況的其他資訊，而且必須將此等資訊提供使用，

藉此憲法訴願人等方有可能去適當地評價有關事實。然而，憲法訴願人藉此所指摘者並非法定聽審權之侵害，而是依據基本法第19條第4項之有效權利保障。

2.如果憲法訴願人等以專業法院必須說明，刑事偵查機關如何取得此等資料，以及聯邦情報局就此究竟扮演何種角色等為據，事實上是在指摘依據基本法第19條第4項之有效權利保障之侵害，那麼憲法訴願人等就沒有滿足聯邦憲法法院法第90條第2項第1句所規定之憲法訴願補充性原則的要求。

憲法訴願補充性原則要求，憲法訴願人在狹義的窮盡救濟管道的要求之外，要掌握所有依案件情況所提供之救濟可能性，以便在各專業法院的程序裡得糾正其所主張之基本權侵害，或是避免基本權侵害（本院歷來一致見解，參照BVerfGE 77, 381〈401〉；81, 22〈27〉）。

在專業法院的訴訟程序裡，憲法訴願人等並未遵守此一要求。在彼處，憲法訴願人等既未明示，復未默示要求刑事偵查機關去說明獲取資訊載體有關之事實。他們雖然在其閱卷聲請中說明，對他們而言有關者係系爭資訊從何處獲得。至遲在檢察署的知道了憲法訴願人等，他們所指明欲閱覽之卷宗和資訊（資料載體之保管目錄之卷宗，以及有關提供該等資料的

人之審理筆錄）並不在刑事偵查機關之後，憲法訴願人等仍然可以主張其獲得澄清之要求(Aufklärungsbegehren)。但是憲法訴願人等卻沒有這樣做，反而僅僅希望閱覽刑事偵查機關所擁有之案卷。

在憲法訴願的程序裡，憲法訴願人方始首度清楚地指摘，刑事偵查機關必須就買受資訊的情況與轉交予聯邦情報局等等情節作出解釋。藉此他們對於專業法院才能享有表示意見或要求相對應的調查之可能性。因此，根據憲法訴願的實質補充性原則(Grundsatz der materiellen Subsidiarität)，憲法訴願人等的上開指摘不能在憲法訴訟的程序中予以審理。

3.除此之外，系爭憲法訴願顯然無理由。系爭不利裁判並未侵害憲法訴願人等依據基本法第13條第1項所享有之居所不可侵犯的基本權。

搜索將嚴重地侵害居所不可侵犯的基本權（基本法第13條第1項）。就此等刑事訴訟裡的強制措施而言，刑事犯罪行為的犯罪嫌疑是必要且原則上也足夠的干預動機。這個犯罪嫌疑必須有具體事實為本；不明確的論據或是單純的推測則尚有未足（參照BVerfGE 44, 353〈381 f.〉；59, 95〈97 f.〉）。

就搜索所必要之租稅刑事行為之初始嫌疑，業已於系爭不利裁判中完整地說明了。專業法院就憲法訴願人

等並未就來自於列支敦斯登的財團法人財產的資本所得向德國稅捐稽徵機關提出申報的犯罪嫌疑，係植基於來自列支敦斯登的資料所得的認識，基於憲法是無可指摘的。

a) aa)由憲法訴願人等在其憲法訴願中所描述之由列支敦斯登的告密者獲得資訊的過程，與在系爭不利裁判裡所確認之事實並不相符。因為憲法訴願人等既沒有在專業法院的訴訟程序裡提出被證實的反駁，也沒有以憲法訴願提出有力的指摘，在系爭不利裁判裡所作成之確認，應可是認。

bb)針對來自於列支敦斯登的這些資料，是否允許作為准予刑事訴訟程序的搜索所必要之犯罪嫌疑的這個問題，並不觸及證據利用禁止的直接適用，因為該原則基本上僅僅涉及在刑事訴訟程序裡直接利用違法取得之證據資料去確定罪責的問題（參照 Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl. 2010, Einl. Rn. 55）。一個適用證據利用禁止之事實，是否以及在何種範圍裡可以用供證立搜索之初始嫌疑，毋寧涉及利用禁止的預先效力(Vorauswirkung)，而且在很大的範圍裡屬於證據利用禁止的遠程效力(Fernwirkung)（參照 Beulke, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 152 Rn. 26 f.）。藉此可以確認，會導致證據資料利用禁止的程序瑕疵，不會輕易地對整體刑事訴訟程序發生遠程效力（併參照BVerfGK 7,

61〈63〉）。

cc)與上開論證無關，根據憲法並不存在內容的原則，亦即並沒有在違法取得證據的情形下利用所取得之證據係屬違法的原則（參照BVerfGK 9, 174〈196〉；BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 27. April 2000 - 2 BvR 1990/96 -, NStZ 2000, S. 488; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 27. April 2000 - 2 BvR 75/94 -, NStZ 2000, S. 489; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 1. März 2000 - 2 BvR 2017/94, 2 BvR 2039/94 -, NStZ 2000, S. 489〈490〉；Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 30. Juni 2005 - 2 BvR 1502/04 -, NStZ 2006, S. 46; Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 2. Juli 2009 - 2 BvR 2225/08 -, NJW 2009, S. 3225）。判斷一個可能牴觸刑事訴訟程序規定究竟有何法律效果，以及就此特別是否屬於證據利用禁止的問題，首先屬各該管的專業法院的管轄權（參照BVerfGK 4, 283〈285〉；9, 174〈196〉；BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 28. Juli 2008 - 2 BvR 784/08 -, NJW 2008, S. 3053〈3054〉）。

刑事法院在固定的，在憲法上無可指摘的裁判裡的出發點乃為，對刑事訴訟法而言，沒有一個得一般適用

的法則，亦即尚無任何牴觸證據取得規定的違法都會引發刑事訴訟法上的利用禁止的法則，而且這個問題總是根據個案的個別情況，特別是按照禁止的種類與違法的嚴重程度，衡量各種相互不同的利益來作成裁判（參照 BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 28. Juli 2008 - 2 BvR 784/08 -, NJW 2008, S. 3053; BGHSt 38, 214 〈219 f.〉; 44, 243 〈249〉; 51, 285 〈289 f.〉; 併參照 Nack, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 6. Aufl. 2008, vor § 94 Rn. 10）。而且，如果刑事訴訟法並不接受「不計任何代價(um jeden Preis)」求取真相的話，採納利用禁止便不是刑事訴訟法上諸多本質原則之一，質言之，法院應發現真實，而且就應依職權去對所有重要的事實與證據資料為調查證據的原則。法治國原則允許並要求顧及具有功能的刑事訴訟的進行，倘若缺乏的話，便無法協助正義得到貫徹（參照 BVerfGE 33, 367 〈383〉; 46, 214 〈222〉; 122, 248 〈272〉）。法治國僅能在以下的情形下得到實現，亦即針對刑事訴訟當事人在現行法的範圍裡被追究責任、判決而且得到適當的處罰，皆有足夠的預防措施（參照 BVerfGE 33, 367 〈383〉; 46, 214 〈222〉; 122, 248 〈272 f.〉; 裁判持續見解）。若以此為尺度來衡量，那麼證據利用禁止即意味著一個例外，僅

有在法律有明文規定或基於高位階的重要原則在個案中方得被承認（參照 BGHSt 40, 211 〈217〉; 44, 243 〈249〉; 51, 285 〈290〉）。因此，刑事法院的裁判的出發點即為，尤其是存在著特別重大的瑕疵方有利用禁止可言（參照 BGHSt 51, 285 〈292〉; BGH, Beschluss vom 18. November 2003 - 1 StR 455/03 -, NStZ 2004, S. 449 〈450〉）。

證據取得的不容許性或違法性，根據聯邦憲法法院之見解，也不會輕易地導致證據利用禁止（參照 BVerfGK 9, 174 〈196〉; BVerfG, Beschlüsse der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 27. April 2000 - 2 BvR 1990/96 -, NStZ 2000, S. 488, und - 2 BvR 75/94 -, NStZ 2000, S. 489; vom 1. März 2000 - 2 BvR 2017/94, 2 BvR 2039/94 -, NStZ 2000, S. 489 〈490〉; vom 30. Juni 2005 - 2 BvR 1502/04 -, NStZ 2006, S. 46; Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 2. Juli 2009 - 2 BvR 2225/08 -, NJW 2009, S. 3225）。上開論證亦適用於有瑕疵的搜索（參照 BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 8. November 2001 - 2 BvR 2257/00 -, StV 2002, S. 113; Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 2. Juli 2009 - 2 BvR 2225/08 -, NJW 2009, S. 3225 〈3226〉）。但是，根據

憲法，限於證據利用禁止至少在重大、有意識或恣意的程序違法，而使得基本權的確保有計畫的或有系統地被忽視之時，此一證據利用之禁止，才會被要求（參照BVerfGE 113, 29〈61〉；BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 15. Juli 1998 - 2 BvR 446/98 -, NJW 1999, S. 273〈274〉；Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 16. März 2006 - 2 BvR 954/02 -, NJW 2006, S. 2684〈2686〉）。聯邦憲法法院僅僅在涉及私人生活形成的絕對核心領域的案例中，方承認來自於基本權的絕對證據利用禁止（參照BVerfGE 34, 238〈245 f.〉；80, 367〈374 f.〉；109, 279〈320〉）。個案事實是否觸及私人生活形成不可碰觸的領域，或者私人生活在特定條件下方對國家干涉開放的領域，沒有辦法去抽象的描述，只有在考量到個案的特殊性才能得到滿意的回答（參照BVerfGE 34, 238〈248〉；80, 367〈374〉）。

dd)在審查系爭不利裁判是否仍在法官的法之發現的界限時，聯邦憲法法院就解釋一般法律(einfaches Gesetzrecht)，包括選擇所適用的方法時，並不全面地審查其正確性。毋寧在刑事訴訟法的領域裡也限制把自己的審查限制在，專業法院在法律發現之時，是否尊重立法者的基本決定，以及是否使用公認的法律解釋方法

以可支持的方式去解釋適用法律（參照BVerfGE 82, 6〈13〉；96, 375〈394〉；122, 248〈258〉）。

判斷違背刑事訴訟的程序規範的可能違反會有什麼法律效果，以及就此是否算是證據利用之禁止，首先應由各該有管轄權的專業法院決定（參照BVerfGK 4, 283〈285〉；9, 174〈196〉；BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 28. Juli 2008 - 2 BvR 784/08 -, NJW 2008, S. 3053〈3054〉）。因此，聯邦憲法法院審查專業法院所做的，一方面是透過程序違反所導致的憲法訴願人等的法律地位之侵害，另一方面則是國家的刑事偵查利益的衡量，而非個案決定。毋寧，聯邦憲法法院把自己的權限制在審查，專業法院是否誤解了在憲法上重要的、受侵害的程序規範的保護領域，或者因為違法取得之證據而逾越了利用禁止的其他要求。

b)以上開諸多標準為據，系爭裁判憲法的角度觀之，乃屬無可指摘。

aa)公務員在獲取資訊時，依據內國法是否以及在何種範圍裡做了違法甚至刑事可罰之行為，本來就是可能的。法院在判斷一個資訊是否已符合發動搜索所必要之初始嫌疑時，乃是假設獲取資訊與現行法並不相符。這在憲法訴願人等所指稱之獲取資訊亦違反國際條約之主張，亦有適用。就此，系爭不利裁判亦假設，國際條

約在獲取資訊時可能被規避適用。

此外，憲法訴願人藉由憲法訴願針對公務員從列支敦斯登取得資料的行為在法律上之評價表示不服。就此，聯邦憲法法院之任務並不在於嗣後審查個人之法律地位。法律的解釋與適用乃為就此具有一般管轄權限的法院之責任，而且只要在相關裁判中沒有恣意存在或特別違反憲法規定，亦得解免於聯邦憲法法院之嗣後審查。如果一個裁判以法律來衡量可能有錯誤，並不屬於上述的情況；必待該錯誤已屬忽視基本權或與基本權相同之權利，或其法律判斷不論基於何種見解都不能支持，聯邦憲法法院才會介入審查（參照BVerfGE 18, 85〈92 f.〉；34, 369〈379〉）。

(1)假使系爭不利裁判是根據憲法訴願人等並未主張其所表示不服之國際法侵害而作成，則憲法訴願人等在憲法訴願中之指摘不能成立。憲法訴願人等反對邦法院將國際條約解釋，而主張告密人將系爭資料交給聯邦德國的行為應由聯邦德國負責。單單從憲法訴願人等這個曲解國際條約的解釋仍然沒辦法導出，邦法院認為在此有爭議之國際條約的歸責規定尚未被滿足的見解，從法律的角度而言無從被支持，或是憲法訴願人等之基本權未被顧及。

而且，邦法院認為，輕微的規避國際條約得被排除在可能的違法之外

，而且利用系爭資料以供判斷初始嫌疑並不意味著國際條約另一次違反的見解，無論如何非屬恣意。

(2)如果憲法訴願人指摘，取得系爭資料係違法或甚至係刑事可罰者，自其論證中同樣不能導出，在系爭不利裁判中所提出的刑法解釋不可被支持，或是憲法訴願人之基本權未被足夠地注意之結論。

針對取得系爭資料是否違法或甚至刑事可罰的這個問題，邦法院並未完全地判斷，反而就是否成立證據利用禁止的這個問題，假設公務員依據內國法可能有違法行為或甚至已實現刑事犯罪構成要件。藉此，邦法院在審查發動搜索所必要之初始嫌疑時，已充分地顧及了憲法訴願人等在其請求中所採取之立場。

如果憲法訴願人等上述情形以外，主張主管機關在取得系爭資料之時的行為之違法性具有刑事可罰性，他只是以個人之法律見解來反對專業法院之見解。然而，這不足以證成系爭判決有違法之處。

bb)憲法訴願同樣也未指出基本權如何被侵害，本件憲法訴願主張，系爭不利裁判在憲法訴願人等之利益與有效刑事追訴利益之間的衡量有所不當，蓋其中有效刑事追訴的利益將會導致生違法取得之資訊作為後續調查措施的結果。憲法訴願人等所提出，他們所主張之程序違法性如此嚴重

，以致整個調查程序皆無法滿足法治國原則之要求，從而系爭資訊不得作為初始嫌疑之基礎之主張，並無理由。

邦法院在系爭2008年4月22日的裁定中正確地指出，使用這些有問題的資訊以供證立初始嫌疑，並不涉及私人生活形成的絕對核心領域。所涉及者毋寧是有關憲法訴願人等與金融機構間之業務接觸。

在審查為了初始嫌疑而使用系爭資訊是否屬於嚴重侵害權利時，法院採取了有利於憲法訴願人等主張依據內國法係屬違法甚至為刑事可罰行為的立場。就此應注意者為，刑事訴訟法上有關證據取得與證據利用之規定，依據體系解釋、文義解釋與目的解釋，皆僅適用於國家的刑事追訴機關。由私人所取得之證據資料 - 即使是以違反刑法之方法取得時 - 原則上仍然可以使用（通說見解；參照BGHSt 27, 355〈357〉；34, 39〈52〉；Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 6. Aufl. 2008, Rn. 397有更多參考資料）。這意味著，僅僅由告密者所做的刑事犯罪行為，在判斷一個可能的證據利用禁止時，自始就不必被考慮。

從邦法院就事實與法律所作成的裁判出發，從由憲法訴願人主張被侵害的（情報局與警察）分離要求不能導出，縱使為了更進一步的調查措施，亦不得使用系爭資訊。區法院和邦

法院的出發點為，聯邦情報局透過職務協助的管道收受系爭資訊並且轉交出去。聯邦情報局與刑事追訴機關皆未安排使系爭資料被製造、被獲取或以其他方式被掌握。毋寧，告密者自願(von sich aus)求助於聯邦情報局。系爭不利裁判把上述事實進一步評價為，分離要求之違背自始即被排除在外。分離要求意味著，情治機關不允許擁有警察強制權限，質言之，不允許行使審訊、搜索、扣押或其他強制權限。因此，情治機關不得為非情報目的而去有目的地得知任意的發現(Zufallfunden)（參照Roggan/Bergemann, NJW 2007, S. 876）。憲法訴願人所主張聯邦情報局係被召喚來使用他的特別的可能性的這個主張，是不成立的。

如果系爭不利裁判在衡量多方不同利益之後，得到結論認為來自列支敦斯登之資訊可以被使用，以便證明搜索之初始嫌疑的話，這個結果是可理解的，並且不會有憲法上重要的缺失。由法院所假定的程序違背，以及在獲取資訊時違法甚至刑事可罰行為的可能性，不會導致絕對的利用禁止。法院業已認識到法律上具有重要性的各種不同角度，而且在衡量憲法訴願人之權利，特別是請求遵守刑事訴訟調查措施之請求權，以及具體的刑事追訴利益時將之納入考量。如果法院本於其衡量，得到對所得到之資訊

不成立，而禁止利用的話，並未逾越專業法院的判斷範圍。尤其無法認定的是，在假設的權利侵害裡，事涉嚴重的、有意的或恣意的程序違背，而在此等程序違背裡，基本權的確保被有計畫的或有體系的忽略。最後應注意者為，在此僅僅事涉一個被假定為程序有欠缺之資訊獲取的間接效果。

4. 本案其餘論證已無必要（聯邦憲法法院法第93d條第1項第3句）。

本裁判不得被撤銷。

法官：Osterloh

Mellinghoff

Gerhardt