

「公務秘密案」判決

BVerfGE 115,166-204

德國聯邦憲法法院第二庭2006年3月2日判決

- 2 BvR 2099/04 -

傅玲靜 譯

要目

裁判要旨

案由

裁判主文

理由

A. 事實與爭點

I. 刑事訴訟法相關規定

II. 基礎事實及系爭裁定

1. 相關犯罪案件
2. 通信紀錄之調查
3. 搜索及系爭裁定
4. 聯邦憲法法院之見解
5. 系爭裁定

III. 憲法訴願人之主張

1. 聽審權受侵害
2. 住宅不可侵犯性、一般人格權及訴訟權受侵害
3. 秘密通訊自由受侵害

IV. 其他關係人之見解

1. 聯邦政府、各邦政府、聯邦檢察總長及聯邦調查局

之見解

2. 聯邦資訊保護政務委員、聯邦律師公會及德國律師協會之見解

B. 憲法訴願之合法性

I. 主張違反基本法第103條第1項及第19條第4項規定部分不合法

1. 聯邦憲法法院法第23條第1項及第92條規定之要件
2. 憲法訴願人之主張與要件不符

II. 權利保護必要性

C. 憲法訴願有理由

I. 本案不涉及秘密通訊自由

1. 憲法訴願人之主張
2. 秘密通訊自由之保障範圍

II. 系爭裁定為對於資訊自決權之限制

1. 基本法第2條第1項規定仍有其適用

2. 資訊自決權之保障範圍及功能
 3. 通信紀錄與資訊自決權之保障
 4. 搜索為對於資訊自決權之限制
 5. 刑事訴訟法第94條以下及第102條以下之規定符合法律明確性原則及比例原則
- III. 系爭裁定為對於住宅不可侵犯性之限制
- IV. 對於資訊自決權及住宅不可侵犯性之限制與比例原則之關係
- V. 系爭之地方法院裁定違憲
1. 系爭裁定未侵害秘密通訊自由

裁判要旨

1. 於通訊過程終結後儲存於參與通訊者管領範圍內之通信紀錄，並非受基本法第10條第1項規定之保障，而為受資訊自決權（基本法第2條第1項及第1條第1項），並視其情形受基本法第13條第1項規定之保障。

2. 刑事訴訟法第94條以下及第102條以下之規定，於資訊儲存設備及儲存於其中之資訊進行保全及扣押部分，符合憲法之要求，亦符合適用

2. 系爭裁定違反比例原則，侵害住宅不可侵犯性及資訊自決權

VI. 結論

D. 法官評議過程

關鍵詞

通信紀錄(Verbindungsdaten)
搜索(Durchsuchung)
扣押(Beschlagnahme)
秘密通訊自由(Fernmeldegeheimnis)
資訊自決權(Recht auf informationelle Selbstbestimmung)
住宅不可侵犯性
(Unverletzlichkeit der Wohnung)
比例原則
(Verhältnismäßigkeitsprinzip)

於資訊自決權之要求，即立法者就取得資訊之使用目的所為之規定，應限定其範圍、且規範明確、並為相對人可預見；將所有措施皆嚴格限於調查之目的，此要求即獲滿足。（參照聯邦憲法法院第二庭2005年4月12日裁定 - 2 BvR 1027/02 -）。

3. 取得儲存於當事人處之通信紀錄時，須考量該資訊具有較高之保護價值。為比例原則之審查時，須注意此時涉及之資訊，區分為於當事人私人領域外而受秘密通訊自由保障之資訊，及於當事人管領範圍內而補充受

到資訊自決權保障之資訊。

案 由

B女士不服Karlsruhe地方法院2004年10月12日裁定-2 Qs 114/02-及2003年1月28日裁定-2 Qs 114/02-提起憲法訴願，由Jens Klein律師(Vangerowstraße 33, 69115 Heidelberg)及Alexander Keller律師與其合夥人(Friedrich-Ebert-Anlage 35, 69117 Heidelberg)為訴訟代理人。

判決主文

1. Karlsruhe地方法院2003年1月28日裁定-2 Qs 114/02-及2004年10月12日裁定-2 Qs 114/02-侵害憲法訴願人受基本法第13條第1項、第2項及第2條第1項規定保障之基本權利。原裁定廢棄，本案及訴訟費用之裁判發回Karlsruhe地方法院。

2. 巴登符騰堡邦應返還憲法訴願人所支出之必要費用。

理 由

A. 事實與爭點

本件係由簡易法院一女法官針對因涉及洩漏公務秘密而對其住宅進行搜索之命令提出之憲法訴願。其搜索係為調查憲法訴願人儲存於個人電腦及手機中之通信紀錄，以證明其與一

名記者有所聯繫。

I. 刑事訴訟法相關規定

刑事訴訟法第102條為對於犯罪嫌疑人進行搜索之規定。本條規定如下：

刑事訴訟法第102條

為進行逮捕或有理由相信搜索有助於發現證據方法時，對於有正犯、共犯、或幫助犯之嫌疑之人、或對於有犯妨害司法罪或贓物罪嫌疑之人，得對其住宅或其他處所、身體及其所有之物件搜索之。

對於在搜索範圍內進一步具體獲得之證據，刑事訴訟法第94條則規定其保全及扣押之實質要件。

本條規定如下：

刑事訴訟法第94條

(1) 對於調查證據方法具有重要性之物體，得予以留置或以其他方式保全之。

(2) 如該物體處於私人之實力管領下而不願任意交付時，得扣押之。

(3) (以下略)

依刑事訴訟法第100g條及第100h條之規定，偵查機關得要求電信通訊服務業者提供特定通信紀錄之資訊。於個別案件中究涉及何種通信紀錄，應依刑事訴訟法第100g條第3項之規定判斷。刑事訴訟法第100g條第1項規定將得促使採取法定措施之犯罪行為之範圍，限定在重大犯罪行為，例

如第100a條所稱之犯罪行為，或藉由電信終端設備而進行之犯罪行為。原則上，取得資訊須有法院之命令；於急迫情形下亦得由檢察官為命令（刑事訴訟法第100h條第1項第3句及第100b條第1項）。檢察機關內之調查人員（法院組織法第152條）本身並無緊急權限，此與搜索（刑事訴訟法第105條第1項第1句）及扣押（刑事訴訟法第98條第1項第1句）之情形不同。刑事訴訟法第100g條之規定如下：

刑事訴訟法第100g條

（1）依特定事實足以認定犯罪行為人或共犯有著手或準備為重大犯罪行為之犯罪嫌疑，例如第100a條第1句所稱之犯罪行為，或藉由終端設備（電信法第3條第3款）所為之犯罪行為，且其未遂犯亦受處罰者，而第3項所稱之電信通信紀錄之資訊為進行調查所必要時，得命業務上提供電信服務之人或提供相關協助之人，應立即提供相關通信紀錄之資訊。上述情形，僅於通信紀錄涉及犯罪嫌疑人或第100a條第2句所稱之其他人時，始得為之。亦得命提供未來之電信通信紀錄資訊。

（2）命提供資訊，以說明向第1項第2句所稱之人所為之電信通訊是否由電信通訊連線所產生，僅於以其他方式無法偵查犯罪事實或調查犯罪嫌疑人停留處所，或有重大困難時，始得為之。

（3）電信通信紀錄，係指：

1. 通信之權限帳號、卡片號碼、所在地識別碼及通信號碼或發信及受信方線路或終端設備之識別碼。
2. 通信起迄之日期及時間。
3. 客戶個別要求之電信通信服務。
4. 市話通信之終端處所，通信起迄之日期及時間。

刑事訴訟法第100a條規定於更嚴格之要件下，如為調查重大且為法條中所列舉之犯罪行為時，始得監督及記錄通訊之內容及通訊時之情狀。

II. 基礎事實及系爭裁定

1. 自2002年7月中旬開始，H地區警察局即與邦刑事警察局、聯邦刑事警察局及美國警察機關合作，對於P.及E.進行調查，基於一證人證詞，此二人對於美國在H.地區或其市中心的美國建築有計畫進行攻擊之嫌疑。

對於P.及E.調查之所有資訊皆散布各處：行動組之公務員向邦刑事警察局呈報，邦刑事警察局向邦內政部呈報，邦內政部向其他各邦內政部組成之聯席報告會議及聯邦之各國家安全機關呈報。於行動組中執行任務之聯邦刑事調查局公務員，則向其所屬機關呈報，該機關則向聯邦內政部呈報。相關報告及所謂之引導資訊皆每日多次呈報。美國之安全單位亦參與調查。

2002年9月5日搜查二位犯罪嫌疑

人之住宅時，發現可供製造鋼管炸彈之化學物品及相關零件、一張歐薩瑪賓拉登照片、與伊斯蘭教及所謂聖戰有關之書籍。犯罪嫌疑人即被暫時拘禁，E.並由警察H.及N.進行訊問。

調查卷宗於2002年9月6日上午被提交予憲法訴願人，即H.簡易法院之調查法官，並聲請簽發押票。約11時左右，P.之辯護人F.律師致電N.律師，請其受委任為犯罪嫌疑人E.之辯護人。12時左右，於警察H.及N.將犯罪嫌疑人E.提審至憲法訴願人前，由法院開始對E.女士進行訊問時，N.律師未經事先登記即出庭。憲法訴願人對二位犯罪嫌疑人皆簽發押票，訊問約於12時30分結束。

於13時30分至14時30分間，Spiegel雜誌記者K.致電至N.律師之事務所，詢問偵查程序相關事項，N.當時尚未返抵事務所。而不同之證人證詞則指出，不久之後抑或數天之後，亦有Focus雜誌記者致電並有相同之請求。AP通訊社及Bild報社之記者則於16時至16時30分間，向巴登符騰堡邦刑事警察局新聞發布處提出相同請求，而當時刑事警察局並未提供任何消息。18時，德國廣播電台之報導則引用Bild報社關於調查程序之報導，18時15分AP通訊社亦引述Bild報社之報導，n-tv電台亦同。

2.檢察官認為有洩漏公務秘密（刑法第353b條第1項）之嫌疑而著手

調查。於獲知憲法訴願人與記者K.私下彼此認識後，檢察官即以憲法訴願人為犯罪嫌疑人而進行調查。檢查憲法訴願人在H.簡易法院中使用之電信通訊連線之通信紀錄及其他資料，並無與該記者通訊之紀錄。對進行調查之警察人員工作地點所在之H.地區警察局中之電信通訊連線之通信紀錄，以及憲法訴願人私人市話連線之通信紀錄進行分析，同樣亦無證據顯示有與該記者通話之紀錄。對於憲法訴願人手機中通信紀錄進行檢查，則因其間資訊已刪除而無所獲。訊問相關公務人員、H.簡易法院另一位法官、提審之警察及N.律師之秘書，皆無所獲。所有以證人身分受訊問之人皆否認知悉或傳遞相關消息，因此皆排除具有犯罪嫌疑。憲法訴願人則未受訊問。

3.a)2002年12月2日簡易法院就檢察官聲請對於憲法訴願人之住宅及辦公室進行搜索作成駁回之裁定。法院認為，基於憲法訴願人之犯罪嫌疑，故允許由其使用之電信設備中取得通信紀錄，因其對於權利限制之強度較輕微。然而可能向媒體提供資訊之線民實在為數眾多，實難以正當化為認定憲法訴願人有具體之犯罪嫌疑，而搜索其住宅或辦公室此一較重大之基本權限制。

b)檢察官提出抗告，於犯罪案件發生近五個月之後，地方法院作成

2003年1月28日系爭裁定，命搜索憲法訴願人之住宅及辦公室，扣押其電腦、調查卷宗內之文件影本及手機內個別通信紀錄。

法院認為，憲法訴願人明顯有洩漏公務上秘密之嫌疑，且因此危害重大公共利益。向媒體透露對於P.及E.偵查程序之細節已對偵查造成重大影響：預計對於犯罪嫌疑人P.之密友進行之跟監必須中斷，因其已主動向警察求助，以避開媒體。

可能為線民者，僅為知悉調查卷宗之細節、且於2002年9月6日12時30分及14時30分間已得知N.律師為犯罪嫌疑人E.之辯護人之人。因此可能列入考慮者為二位辯護人、承辦檢察官、理論上不應知悉卷宗內容而負責提審之警察H.及N.、簡易法院之書記官及憲法訴願人。其中，因憲法訴願人認識該名致電至N.事務所之記者，故憲法訴願人具有嫌疑。進行搜索，可能在電腦儲存設備或手機個別通信紀錄中，發現其以電子郵件或電話與該名記者聯絡之證據。因其他調查結果皆無所獲，衡諸涉及犯罪嫌疑之程度，搜索並未違反比例原則。

c)2003年2月5日即對於憲法訴願人之私人住宅及辦公室進行搜索。於手機個別通信紀錄、調查卷宗影本及其他文件中搜尋與該名記者通訊之聯絡紀錄。為對於手機之記憶體進行分析，並留置其手機，然記憶體分析結

果顯示，於涉及本案之重要時段內並無任何通話紀錄。

d)進行搜索後，憲法訴願人對於該裁定提起抗告，最後被以聲請補行法律上聽審處理之。憲法訴願人指摘對其有犯罪嫌疑之認定，並主張依媒體報導對於犯罪嫌疑人P.之友已中斷之跟監，實際上根本未曾有此計畫。聯邦刑事警察局之公務員本即欲不經任何掩飾而探訪其友，其友亦未曾為避開媒體而求助。此外，與Spiegel雜誌之記者K.認識，並無法證明憲法訴願人為線民。Focus雜誌之記者亦曾致電至N.之事務所。此外，AP通訊社與Bild報社之記者於內政部之記者會前，即已報導羈押之消息，早於Spiegel雜誌，可知並非由競爭對手Spiegel雜誌記者處得知此消息。媒體報導中包含若干資訊，如關於130公斤化學物品之報導，並非源自憲法訴願人之調查卷宗。2002年9月8日Handelsblatt之一篇報導，其中包括調查程序開始之細節，報導指出有一名證人曾寄電子郵件至美國聯邦調查局以及其他資訊流出之情形。相關情事皆於訊問犯罪嫌疑人後始列入調查卷宗內，地方法院如調閱前審程序之卷宗即可知悉。而本裁定亦不具有急迫性，因對於憲法訴願人已進行二個月之調查，且由同事及法院中雇員受訊問之情形，憲法訴願人亦已知悉調查行動。此裁定破壞與檢察官間之信

任關係，已嚴重影響憲法訴願人工作之執行。

e)地方法院於2003年8月8日作成裁定，駁回請求撤銷搜索命令之聲請。憲法訴願人陳述之事實是否足以祛除其犯罪嫌疑，仍有待釐清。其陳述之情事並無法得出搜索之違法性。合議庭無庸於作成搜索命令前或當下進行深入之調查，此與採取措施之急迫性要求不合。

4.聯邦憲法法院第二庭第三預審庭於2004年2月5日認為此裁定違反聽審權之保障（基本法第103條第1項）而廢棄之，並將本案發回地方法院（- 2 BvR 1621/03 -, BVerfGK 2, 290 ff.）。

5.地方法院於2004年10月12日作成系爭裁定，再一次駁回請求確認該搜索命令違法之聲請。法院僅依作成搜索命令時之事實狀態為認定，該命令應為合法。地方法院於作成搜索裁定前未調閱對P.及E.所行程序之調查卷宗，係因於相關資料看來並無任何矛盾之處，而可懷疑犯罪嫌疑之存在。由警方之中間報告中可明確得知，未經授權之資訊洩漏已嚴重影響必要之調查。由資料內容看來，並非如憲法訴願人所言，無任何對於犯罪嫌疑人P.之友進行跟監之計畫。不同報導內容細節至少亦無法消除憲法訴願人之犯罪嫌疑。至於另有透露消息之管道，就如同由憲法訴願人處獲得消息

一般，皆屬臆測。

III.憲法訴願人之主張

憲法訴願人提起憲法訴願，主張其受基本法第13條第1項及第2項、第2條第1項、第3條第1項、第10條第1項、第103條第1項及第19條第4項規定保障之基本權利受侵害。

1.地方法院2004年10月12日作成之最新裁定亦違反基本法第103條第1項及第19條第4項之規定，對於憲法訴願人絕大部分之陳述，並未給予其表示意見之機會，以致其權利保障落空。地方法院對於重大公益之構成要件要素及對於有另一位線民存在之可能性皆未為進一步說明。對於未調閱前審程序卷宗，亦未提出有力之理由。

2.此外憲法訴願人亦主張地方法院2003年1月28日裁定所為之搜索命令，侵害其基本法第13條第1項、第2項、第2條第1項及第19條第4項保障之基本權利。搜索命令不符合搜索要件中法官審查及說明決定理由等基本要求。依基本權利之精神，應調閱憲法訴願人為受命調查法官之前審程序之卷宗，則可查出對於犯罪嫌疑人P.之友未曾有進行跟監之計畫，此外媒體報導亦未阻礙任何調查行動。如地方法院已仔細查閱卷宗，亦必然可發現媒體公開之資訊與調查卷宗中之內容亦有部分不同之處。相同者則多為警方筆錄內容而由憲法訴願人研讀後

成為卷宗之部分。而地方法院對於憲法訴願人有利之情事亦未討論，即Bild報社與AP通訊社於簽發押票當天即有關於偵查之報導。

此外，搜索命令亦不合比例原則，因於所指稱之行為及其間於憲法訴願人同事間公開進行調查之後已歷時五個月，實無法預期仍會進行證據之調查。地方法院違法且未說明任何理由即認定刑法第353b條之構成要件成立，違反基本法第3條第1項之規定。

3.系爭裁定亦侵害基本法第10條第1項保障之秘密通訊自由。

秘密通訊自由所提供之保障並非終結於參與通訊者之終端設備。許多現今常見之終端設備所提供之服務並非完全處於使用者之實力管領範圍內，儲存於終端設備之通信紀錄，往往並未因民眾無法確切知悉個別通訊紀錄是否被儲存、以何種形式儲存、儲存於何處，而因此喪失應受保護之價值。如認為儲存於網路提供者郵件匣內之訊息受基本法第10條第1項規定之保障，儲存於當事人終端設備而往往為其所不知之資訊卻不受保障，此見解即相互矛盾。秘密通訊自由之保障範圍應純粹取決於科技運用之事實及情事，此由民眾之角度而言僅為隨機情況，非可由其意志決定。因對於科技運作過程不同的可控制性，對於取得位在郵件信箱內之郵件及對於取得儲存於個人電腦或手機內之數位資

訊，可能有不同評價，後者在科技上多已不可能完全刪除。藉由啟動使用限制機制（個人身分確認碼及密碼）即可明確得知，當事人欲確保於其領域內通訊行為之隱密性。由此即可看出儲存於終端設備之資訊與在住宅中隨處放置之書信或列印之電子郵件之不同。

雖然即使擴張解釋亦無法類推適用刑事訴訟法第100a條、第100b條、第100g條及第100h條之規定，仍無法排除刑事訴訟法第94條及第98條之適用，而認為僅於刑事訴訟法第100a條、第100b條、第100g條及第100h條規定許可之嚴格要件下，始得取得通信紀錄。

此時並無過度妨礙刑事訴追之情事。基本權利保障範圍之解釋應與限制手段是否為必要之認定無涉。

IV.其他關係人之見解

聯邦政府、巴登符騰堡邦、巴伐利亞邦、下薩克森邦及北萊茵－威斯伐倫邦之邦政府、聯邦最高法院院長及聯邦最高法院之聯邦檢察總長就此憲法訴願皆表示意見。此外，聯邦調查局、聯邦律師公會、德國律師協會及聯邦資訊保護政務委員就此憲法訴願出庭提出言詞意見。

1.聯邦政府、各邦政府、聯邦檢察總長及聯邦調查局認為，儲存於終端設備之通信紀錄及個別通訊資訊並不受基本法第10條第1項規定之保障

。受基本法第10條第1項規定保障之形式秘密範圍，應具體視於傳播過程中可能使用其管線通路之網路架設者的管領範圍而定。國家取得處於接收者領域內之資訊及內容，屬於其他基本權利之保障範圍，如基本法第13條或第2條第1項之規定。對相關當事人管領範圍之搜索，並非通訊過程中出現之典型風險。使用者有自行處理或刪除資訊之可能性，以避免或排除第三人未經許可而取得資訊。此外，與網路架設者之使用不同的是，公開的扣押缺乏權利限制之秘密性。於基本法第10條第1項保障之範圍內，將電信通訊過程及郵遞過程分別判斷，亦欠缺具說服力之理由。於電信通訊過程中，資訊到達收受者時基本權保障之效力亦即終結。

維持以管領範圍為區分標準之見解符合實際情形，否則，欲就儲存於形形色色終端設備之資訊與其他關於通訊內容及情狀之紀錄為區分，將產生區分上之困難。

將基本法第10條第1項規定之保障範圍擴張至儲存於終端設備之通信資訊將嚴重妨礙刑事訴追。調閱儲存於該處之通訊內容並非屬於該基本權利之保障範圍。考量目前訊息之交換由書面通訊形式，如信件及傳真，逐漸轉換為電子資訊傳輸，則就電子資訊交換，如收受及寄出之電子郵件，進行內容上分析運用之可能性，即逐

漸具有重要性。

2.反之，聯邦資訊保護政務委員、聯邦律師公會及德國律師協會則認為，即便儲存於使用者處之通信紀錄亦受基本法第10條規定之保障。當通信紀錄儲存於當事人之終端設備時，因於通訊過程中有第三者之介入，通信紀錄始因之出現，且其與第三人具有直接之事物及空間關聯性。移置於檔案記憶體中之收受電子郵件，包含無數關於資訊通路的電信通訊專門資訊，特別是關於發送資訊之電腦及中間使用之電腦，故與置於信箱中之書信無法相比擬。

當事人對於出現之資訊數量，實際上僅具有有限之影響可能性。對於個人而言，視選擇之電信媒介及於該處儲存資訊之形式，並無法完全、永久且徹底刪除資訊，抑或須以不合比例之花費始得達成，而對於門外漢而言則往往不具備相關之知識。況且並非所有現代通訊媒介之使用者皆具備通信紀錄儲存於其終端設備之知識。基本權之保障範圍亦不得視個人保護可能性而定，因其將導致間接壓力之產生而採取自我保護措施，例如刪除通信紀錄。

將儲存於當事人處之通信紀錄與於業者處客戶郵件匣中所存之資訊為不同之處理，並不合理。尚未開啟之電子郵件中之資訊是否可於收件人電腦硬碟中發現或仍存在於業者處，以

及可發現何種資訊，往往皆隨機而定。

此外，通信紀錄通常亦包括關於通訊相對人之資訊。如同通訊之一方當事人並不得對於國家主張拋棄秘密通訊之保障而對他方當事人產生有利及不利之效力（參照BVerfGE 85, 386 <399>），將通訊當事人管領範圍內之通信紀錄予以儲存，亦不得導致他方當事人喪失基本法第10條第1項規定之保障。

此等類型之權利限制無法依據刑事訴訟法第94條、第98條規定為之，惟有於刑事訴訟法第100g條、第100h條規定之加重要件存在時始得為之。刑事訴訟法第100g條、第100h條中具有限制作用之法定加重要件及適用之儲存期限，不得以較易取得於當事人處資訊之方式而被規避。

聯邦律師公會及德國律師協會於其意見中表示基本法第13條及第103條第1項規定保障之權利亦受侵害。地方法院不得本於多多少少為隨機組成之調查卷宗，僅為犯罪嫌疑可信度之調查，尚應包括為調查犯罪嫌疑而調查所有已存在之資訊來源；尤其於裁判當時實際上已不再是簡易裁判的問題時，更應如此。

B. 憲法訴願之合法性

本憲法訴願大部分為合法。

I. 主張違反基本法第103條第1項及第19條第4項規定部分不合法

1. 關於基本權利受基本法第103條第1項及第19條第4項規定之保障而受侵害部分，並不符合提起憲法訴願之要件（聯邦憲法法院法第23條第1項、第92條）。

依聯邦憲法法院法第92條及第23條第1項之規定，除須敘明系爭之高權行為外，尚須說明主張受侵害之權利。雖然憲法訴願人無須明白指出所有可能受侵害之權利（參照BVerfGE 47, 182 <187>；59, 98 <101>），然由其陳述中須可得出主張系爭高權行為侵害其權利之範圍（參照BVerfGE 23, 242 <250>；79, 203 <209>；99, 84 <87>；108, 370 <386>），不得留待由聯邦憲法法院於某種程度下依職權「毫無方向地」調查事實（參照Magen, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, 2. Aufl. <2005>, §92 Rn.42 ff.）。於指摘受基本法第103條第1項規定保障之聽審權受侵害時，須由憲法訴願人之陳述中可明確得知法院違反本項規定之處（參閱BVerfGE 24, 203 <213>；聯邦憲法法院第二庭第二預審庭1999年2月6日裁定 - 2 BvR 1502/98 - <juris>；聯邦憲法法院第二庭第二預審庭1999年4月13日裁定 - 2 BvR 501/99 - <juris>）。如僅表明法院之裁判與當事人之主張不合，於其裁判理由中未就所有提出之主張為說明，尚嫌不足。基本法第103條第1項規定保障之基

本權並未包括可請求法院應依照當事人之主張為決定，亦未課予法院應就所有主張明確說明之義務（參閱 BVerfGE 54, 86 <91 f.> ; 69, 141 <143 f.>）。

2. 憲法訴願人主張系爭裁定侵害其受基本法第103條第1項及第19條第4項規定保障之權利，其主張欠缺必要之實質要件。地方法院2004年10月12日裁定係依聯邦憲法法院第二庭第三預審庭2004年2月5日廢棄原審裁判之判決意旨 - 2 BvR 1621/03 - （BVerfGK 2, 290 ff.）而作成。

憲法訴願人主張違反基本法第103條第1項之規定，僅援引裁定中特定段落而與其自身之主張相連結，如此尚嫌不足。此外，憲法訴願人亦未指明地方法院2004年10月12日裁定未考量其陳述之處。憲法訴願人僅著重其主張於實體上之判斷，而未指出違反基本法第103條第1項及第19條第4項規定之處。

II. 權利保護必要性

雖然系爭之搜索命令因執行完畢已消滅，憲法訴願人仍有權利保護之必要。於嚴重限制基本權利之情形，尤其是基本法已將其列為法官保留之事項，如於一般程序進行後，高權行為所生之直接不利益存於當事人幾乎無法取得法院裁判之期間內，則仍具有權利保護之必要性。住宅之搜索即為此情形（參閱 BVerfGE 96, 27 <38

ff.> ; 104, 220 <233>）。

C. 憲法訴願有理由

地方法院於2003年1月28日及2004年10月12日作成之系爭裁定侵害憲法訴願人受基本法第13條第1項及第2條第1項規定保障之基本權利。

憲法訴願人受基本法第10條第1項規定保障之基本權利雖未受侵害（I.）；然而本案相關之措施則須依基本法第13條第1項（III.）及第2條第1項（II.）之規定加以審查。而地方法院於搜索及扣押之部分，對於應遵守之比例原則（IV.）並未遵守（V.）。

I. 本案不涉及秘密通訊自由

系爭裁定並未侵害基本法第10條第1項保障之秘密通訊自由。

1. 憲法訴願人並非僅指摘於其居住空間進行搜索，更另主張搜索目的在於取得儲存於其電信通訊終端設備之通信紀錄，認為空間上具有距離之通訊的私密性應受保障之權利受到侵害。

2. 經由私人間不為公眾知悉之資訊交換，書信、郵件及電信通訊秘密保障人格之自由發展，並同時保障了人性尊嚴（參閱 BVerfGE 67, 157 <171> ; 106, 28 <35> ; 110, 33 <53> ; Dürig, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Loseblatt <Stand: Dezember 1973>, Art.10 Rn.1）。

基本法第10條之規定保障私人之通訊。當通訊因當事人空間上距離而

有賴第三人之傳輸，而第三人，包括國家機關，因此可以特別之方式取得其通訊資料時，書信、郵件及電信通訊秘密自由即保障個人通訊之私密性。書信、郵件及電信通訊秘密自由為保護隱私範圍之重要型態；其保障資訊不致不受期待地而被取得，並保障距離上之個人私密（參照Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 5. Aufl. <2005>, Art.10 Rn.19）。

秘密通訊自由保障資訊以非形體之形式，藉由電信通訊之協助，傳輸至個別收受者（參照BVerfGE 67, 157 <172>; 106, 28 <35 f.>），此時應盡量想像通訊當事人如同一般在場之情形進行通訊行為。

基本權利的發展是開放的，不僅包括於立法時已知之資訊傳輸的形式，亦包括新形態之傳播科技（參照BVerfGE 46, 120 <144>）。因此基本權利之範圍不限於以往德國聯邦郵政局提供之通訊服務，亦擴張至藉由可使用之電信傳播科技所為之各種資訊傳遞。至於其具體之傳遞方式（有線電視或廣播、類比或數位訊號傳播）及表達形式（語言、圖畫、聲音、符號或其他資訊），在所不論（參照BVerfGE 106, 28 <36>）。

秘密通訊自由之保障範圍包含電信通訊之內容以及通訊過程中詳細之情狀（a）。於通訊過程進行外，已儲存於參與通訊者管領範圍內之通訊內

容及情狀則不受基本法第10條第1項規定之保障（b）。

a)秘密通訊自由首要保障資訊交換之私密性，進而使通訊內容不受第三人未經授權而獲知。

數位化之後果往往致使每次使用電信皆留下與個人相關而可被儲存及分析運用之資訊線索。取得這些資訊屬於基本法第10條規定之保障範圍，基本權利亦保障電信通訊過程中詳細情狀之私密性（參照BVerfGE 67, 157 <172>; 85, 386 <396>; 110, 33 <53>; 聯邦憲法法院第一庭2005年7月27日判決 - 1BvR 668/04 -, NJW 2005, S.2603 <2604>）。

例如是否、何時、多久與何人或何終端設備進行或嘗試進行電信通訊，即屬之。若非如此，基本權利之保障即不完備，因為通信紀錄本身包含一定之說明內容，於個別案件中可提供關於通訊及行動模式之重要線索。通訊之頻率、持續期間及時點提供可判斷彼此關係的類型及親密度之提示，而可得出與內容有關之結論（參照BVerfGE 107, 299 <320>）。

b)然於傳播過程結束後，儲存於參與通訊者管領範圍內之通信紀錄則非受基本法第10條第1項規定之保障，而係受資訊自決權（基本法第2條第1項及第1條第1項），並視情形受基本法第13條第1項規定之保障。

於資訊達到收受人後而傳播過程

結束時，秘密通訊自由之保障即隨之終結（參照 Hermes, in: Dreier, Grundgesetz, 2. Aufl. <2004>, Art.10 Rn.42; Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 5. Aufl. <2005>, Art.10 Rn.24; Bizer, in: Alternativkommentar zum Grundgesetz, Loseblatt <Stand: 2001>, Art.10 Rn.67; Lührs, wistra 1995, S.19<20>; Welp, NStZ 1994, S.295; Götz, Kriminalistik 2005, S.300<301>; Hauschild, NStZ 2005, S.339 f.; Bär, MMR 2005, S.523<524>; Thiede, Kriminalistik 2005, S.346<347>; Günther, NStZ 2005, S.485<489>）。收受人於其管領範圍內，可自行採取保護措施以防範未經授權而獲取資訊，因空間上具有距離之通訊而所有之特殊風險，此時即不存在。

郵件及電信提供非處於同一處所之個人間秘密通訊之可能，並因此開創了一個私密範圍之全新領域（參照 Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 5. Aufl. <2005>, Art.10 Rn.18 f.）。然而因此即導致個人隱私之喪失，因為通訊者必須採用通訊媒介提供之特殊科技，並信任參與之通訊媒介，傳播訊息之內容及情狀即因此較易由第三人取得。當事人藉由科技輔助方式之協助，利用外界之通訊傳播管道，進行遠距離之通訊，即無確保通訊私密之可能性。

因科技之限制而喪失私密性，基

本法第10條第1項之規定提供一定平衡，並欲應付由通訊過程中因第三人介入而產生之風險（參照 BVerfGE 85, 386<396>; 106, 28<36>; 107, 299<313>），秘密通訊自由即與通訊媒介相連結（參照 BVerfGE 100, 313<363>; Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 5. Aufl. <2005>, Art.10 Rn.32 und 40; Hermes, in: Dreier, Grundgesetz, 2. Aufl. <2004>, Art.10 Rn.25）。

資訊於達到收受人時即不再可能易由第三人—包括國家—取得，易於取得係源於參與通訊者欠缺對於傳播過程之管領力及監控可能性。已儲存之內容及通信紀錄即與使用者自行儲存之資料並無不同。

參與通訊者在技術上已不可能阻止由通訊媒介產生及儲存通信紀錄，或僅能產生一定影響，然而一旦資訊處於參與者自身管領範圍內時，影響之可能性即改變。首先，通常第三人即不可能於參與通訊者無認識之情形下，不受任何注意取得已儲存之資訊，此時即欠缺建構秘密通訊自由範圍內特別保護必要性之重要特徵。此外，當事人於重要範圍內可自行決定是否要持續保存其所有之資訊。

雖然須考慮的是，通常並非於個別機器中執行刪除功能，即可完全刪除以電子形式儲存之資訊；依於言詞辯論中表示意見之專家鑑定人之陳述

，往往須透過特殊軟體之應用始可能完全刪除於電腦硬碟中之資訊。於此姑且不論刪除已儲存之數位資訊的可回復性細節，只要資訊處於傳播管道或通信紀錄儲存於通訊媒介處，使用者於其管領範圍內，即使以物理方式毀損資訊儲存設備，皆無處理及刪除資訊之可能。然而使用者得以各種方式保障處於其管領力下之設備，不使第三人未經授權而取得資訊，例如設定密語，或其他進入帳號之密碼，以及於使用個人電腦時安裝鎖碼安全程式與刪除資料之特別軟體。一方面值得注意者，機械功能逐漸複雜為媒介與終端設備趨於一致的後果，而另一方面此實係隨著終端設備基本構造及使用性能之改善而出現。依電信法第102條第1項第1句之規定，服務業者應使顧客得持續地或於個別情形中，不顯示詳細通話之發話號碼。

就基本法第10條第1項規定之保護範圍而言，特別須與基本法第2條第1項之規定區分，最重要地並非使用人是否無論如何皆可確實刪除儲存於其管領範圍內之通信紀錄，更重要地在於此時與於其私密範圍內儲存之其他資料相較具有類似性，如自行儲存於電話機內之電話簿目錄或儲存於電腦硬碟之資料。在傳播過程中參與者缺乏監督及影響可能性而生之特殊風險，則不再存在。

對於在科技條件上，因使用第三

人之設備而無法避免地對於私人領域喪失控制性，基本法第10條關於秘密通訊自由之特別保障即提供一平衡，並設置特別屏障，以防止因使用通訊科技而較容易取得通信紀錄。反之，人民可自行管領之私密領域則係受其他基本權利之保障，如基本法第13條第1項及資訊自決權（基本法第2條第1項及第1條第1項）。

c)基本權利保障之範圍絕非止於電信通訊設備之終端設備（參照BVerfGE 106, 28<37>）。對於基本法第10條規定保障電信通訊私密性之限制亦可以取得終端設備內資訊之方式出現。至於基本法第10條第1項之規定是否保障不得以此種方式取得資訊，應視自由權之保障目的並考量特殊之風險狀況而定（參照BVerfGE 106, 28<37>）。如對於正在進行之通訊過程進行監聽，而取得於終端設備處之資訊內容，則亦為對於秘密通訊自由之限制。此時，傳播過程之一貫性即與純就技術定義上之區分不同（參照BVerfGE 106, 28<38>）。當資訊傳播過程結束後，就儲存於參與者處之通訊內容及通訊情狀而言，即不再處於如同使用電信設備作為通訊媒介一般相同之特殊風險中。

II. 系爭裁定為對於資訊自決權之限制

系爭裁定侵害憲法訴願人受基本法第2條第1項規定保障之資訊自決權

。

1.此時資訊自決權（基本法第2條第1項及第1條第1項）並未因同時有基本法第13條規定之適用而無適用餘地（參照以下III.）。雖然通常基本法第13條為特別之自由權規定，優先於基本法第2條第1項之規定（參照BVerfGE 51, 97<105>; Hermes, in: Dreier, Grundgesetz, 2. Aufl.<2004>, Art.13 Rn.119; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 5. Aufl.<2005>, Art.2 Rn.73），但如一般人格權及其衍生出之資訊自決權，其基本權利之保障範圍與特別自由權之保障範圍僅部分重疊，或一獨立而具有明確輪廓之自由權領域已成形時，即未受排斥而不適用（參照Scholz, AöR 100<1975>, S.80<116 ff.>; Murawiek, in: Sachs<Hrsg.>, Grundgesetz, 3. Aufl.<2003>, Art.2 Rn.138）。

此時即為上述情形。命令搜索住宅，目的在於保全儲存電信通信紀錄之資訊儲存設備或手機，故此措施並非僅限於突破私人領域上空間的界限。基本權之限制對於基本權而言，更因此具有附加之重要特質，此應就通訊過程加以說明。基本法第2條第1項及第1條第1項規定具有之特殊內涵，例外地使其未受基本法第13條規定排斥而不適用，根源於通信紀錄之特性及保障空間上具有距離之通訊之完整

性，而對於基本法第10條規定而言具有補充功能。

2.於現代資訊處理之情形下，人格自由發展之前提為保護個人資料不被無限制取得、儲存、使用及傳送，此係受基本法第2條第1項及第1條第1項規定導出之基本權保障。此時基本權利保障個人原則上可自行決定個人資料之放棄及使用之權限（參照BVerfGE 65, 1<43>）。

當個人無法知道何人、何時、於何種場合知悉自己何種資料時，此基本權利亦具有保障不致心生恐懼之效果，而致行使其他基本權利時受影響，否則個人基於自我決定為計畫及抉擇之自由即可能因此嚴重受阻礙。

不僅基於相關個人之利益，應避免因他人知悉秘密所生對於行使基本權利之嚇阻效果。公共利益亦因此而受影響，蓋於以人民行為及合作能力為基礎而建立之自由民主社會中，自我決定為一重要之功能要件（參照BVerfGE 65, 1<43>）。

3.a)當涉及電信通信紀錄時，秘密通訊自由及資訊自決權處於互補之關係。就電信通訊過程而言，基本法第10條之規定於其適用範圍內包含特別保障，優先於資訊自決權之一般保障（參照BVerfGE 67, 157<171>; 100, 313<358>; 107, 299<312>; 110, 33<53>;聯邦憲法法院第一庭2005年7月25日判決 - 1 BvR 668/04 - ,

NJW 2005, S.2603 <2604>)。如對於秘密通訊自由之限制涉及取得與個人相關之資料時，則聯邦憲法法院於人口普查判決中本於基本法第2條第1項及第1條第1項規定所發展出之標準（參照BVerfGE 65, 1<44 ff.>），原則上即應套用於基本法第10條第1項規定之特別保障（參照BVerfGE 100, 313<359>; 110, 33<53>）。

如無基本法第10條規定之適用，則儲存於當事人管領範圍內與個人有關之通信紀錄係受基本法第2條第1項及第1條第1項規定導出之資訊自決權之保障。電信通訊情狀之特別保護價值應予考量，空間上具有距離之通訊私密性於傳播過程結束後亦應受保障。

b)所謂通信紀錄係指與個人有關而可能具有重要說明內容之資訊，故應受資訊自決權（基本法第2條第1項及第1條第1項）之保障。

隨著數位傳送設備之運用，電信通訊已無所遁形，而持續留下蹤跡。經由數位化，不僅於服務業者處，更於使用者之終端設備處，無須其協助即留下各種通信紀錄，提供其參與之通訊連線、資訊傳送之時點及持續期間、有時並及於參與者所在之地點等一定資訊，且除個別通訊過程外，往往此資訊亦會被儲存。由所留下通信紀錄之數量及其說明之內容，經常可得出參與通訊者的鮮明形象。而因為

傳播管道、服務業者及終端設備間的一致性，於電信通訊中逐漸出現強迫性的資訊流通。終端設備，尤其是手機及個人電腦，不再僅使用於個人資訊交換，亦逐漸使用於日常生活行為，如購物、支付帳單、資訊之取得及傳播與其他各種服務之運用。愈來愈多的生活領域係由現代通訊媒介予以架構形塑，因此不僅出現之通信紀錄數量增多，其說明之內容亦復如此。這些資訊愈來愈可提供關於彼此關係之類型及親密度、興趣、習慣、喜好及個別通訊內容之線索，並依留下之資訊種類及範圍，提供可描繪出性格特徵之知識。

4.資訊自決權保障不得以任何方式取得與個人有關之資訊（參照BVerfGE 65, 1<43>; 67, 100<143>）。如同本案中搜索裁定具有目的性，且明白以保全可能儲存電信通信紀錄之資料儲存設備為目的者，係對基本法第2條第1項及第1條第1項規定保障之基本權所為之限制（參照BVerfGE 107, 299<314>中關於基本法第10條規定之部分）。

5.對於基本法第2條第1項規定之限制應有法律依據，且須明確規定限制之要件及範圍，且其規定須為相對人可認識，以符合法治國之法律明確性原則（參照聯邦憲法法院第二庭2005年4月12日裁定 - 2 BvR 1027/02-，NJW 2005, S.1917<1919>）。刑事

訴訟法第94條以下及第102條以下之規定符合憲法之要求（a）；就其他限制之限制要件而言，亦符合比例原則之要求（b）。

a)依本庭之一貫見解，刑事訴訟法第94條以下之規定，如就保全及扣押資訊儲存設備及儲存於其中之資料而言，已符合憲法之要求（參照聯邦憲法法院第二庭2005年4月12日裁定 - 2 BvR 1027/02 -, NJW 2005, S.1917 <1919 f.>）。相關規定符合特別針對資訊自決權所為之要求，即立法者就取得資訊之使用目的所為之規定，應限定其範圍、且規範明確、並為相對人可預見；將所有措施皆嚴格限於調查之目的，尤其為查明犯罪行為，此要求即獲滿足（參照聯邦憲法法院第二庭2005年4月12日裁定 - 2 BvR 1027/02-, NJW 2005, S.1917 <1920>）。

此亦適用於刑事訴訟法第102條以下授權採取搜索措施及就其要件所為之詳細規定。刑事訴訟法第94條原則上係就保全或扣押資訊儲存設備或相關資訊之備份所為之規定，為此亦可命為必要之搜索並實施之。

b)考量儲存於當事人終端設備之通信紀錄的特別值得保護之價值，及因此產生基本法第10條及第2條第1項規定間之互補關係，除刑事訴訟法第94條以下及第102條以下之規定外，比例原則亦不要求其他特別的限制之

限制。如刑事訴訟法第100g條所規定之通常情形，以調查極重要之犯罪行為（參照聯邦憲法法院第二庭第三預審庭2000年12月14日裁定 - 2 BvR 1741/99, 276, 2061/00 -, BVerfGE 103, 21 <33 f.>; Meyer-Goßner, StPO, 48. Aufl. <2005>, §98a Rn.5）或刑事訴訟法第100a條第1句規定之犯罪行為類型為目的，即非取得儲存於當事人處通信紀錄之前提。

aa)比例原則要求任何手段須遵守合憲之目的，且為達此目的其手段係適當、必要及合乎狹義比例性。基本權利之限制對於當事人而言不得過度不利，且須為當事人得預期者（參照BVerfGE 63, 131 <144>）。

bb)有效之刑事訴追為限制資訊自決權之合法目的。藉由刑事法規以保障法律秩序向來為國家公權力之重要任務，而查明犯罪行為、調查犯罪行為人、確立其罪責並予以處罰、及釋放無罪之人，為刑事制度之重要任務，且為保護人民，此任務應於以司法形式且以調查真實為目的之程序中，以相同形式之方式為之，以貫徹國家刑事任務之需求。刑事法規及其於法治國程序中之適用為憲法之任務（參照BVerfGE 107, 104 <118 f.>之詳細說明），犯罪行為之防制及調查在基本法上具有重要意義（參照BVerfGE 100, 313 <388>）。

cc)為達成上述任務，依刑事訴

訟法第94條以下及第102條以下之規定而取得儲存於當事人管領範圍內之通信紀錄，不僅為適當、必要，亦為合比例。尤其依通信紀錄之特別值得保護之價值及因此與基本法第10條規定所生之互補關係，即與對於重要之犯罪行為進行訴追時允許對資訊自決權所為之限制，所要求之保障標準不同。

(1)於利益衡量之範圍內，一方面須考量電信通信紀錄具有特別值得保護之說明內容，於個別案件中可提供關於通訊及行動方式之重要線索。電信通訊之頻率、持續期間及時點提供關於彼此關係之類型及親密度之線索，並依取得資訊語句之精確度、數量及種類，提供可描繪出性格特徵及可得出通訊內容之推論（參照BVerfGE 107, 299 < 320 > 以及前述C.I.2.a)及C.II.3.b)。如涉及未參與待證犯罪行為而與受調查之當事人進行通訊者的資訊自決權時，基本權利之限制益發具有重要性。

另一方面須考量使用電子或數位通訊媒介之情形日增，且幾乎運用於所有生活領域中，加深了刑事訴追之困難度。現代電信科技逐漸運用於不同的犯罪行為中，並助長犯罪行為之效率（參照Hofmann, NStZ 2005, S.121）。

因此，刑事訴追機關須跟上科技進步之腳步，並非僅可視為刑事調查

技巧重點之重要修正，以有效補強傳統調查手段，更應認為係由傳統犯罪形態之背景轉變至電子資訊交換及其數位化之處理及儲存。

在此情形下，基於比例原則之要求，並不限於一般僅限於調查極重要之犯罪行為所需者，始可扣押儲存於當事人處之通信紀錄，否則對於刑事訴追將造成不當之影響。於調查工作實務中獲知之線民已於言詞辯論及書面意見中有力地說明，對於依現行刑罰範圍無法明確歸屬於上述類型之犯罪行為之訴追而言，取得儲存於當事人處之通信紀錄即具有高度之必要性，例如散布色情刊物，包括暴力色情刊物或人獸色情刊物（刑法第184條及第184a條），外國人居留之刑事法規（外國人居留法第95條）及經濟犯罪等領域之行為，皆屬之。

(2)聯邦憲法法院就涉及為取得儲存於電信媒介中之通信紀錄而採取之個別措施為比例原則之檢視時，曾認為限於以調查極重要之犯罪行為為始為必要（參照BVerfGE 107, 299 < 321 >），然如考量資訊取得之特殊性，此見解並不必然亦可適用於儲存於當事人處之通信紀錄。

因取得資訊係公開而非秘密進行，並未建立行動方針，並無取得未參與通訊之第三人一如電信通訊業者一之資訊之必要，且當事人就其所有之資訊狀態有影響之可能性，故可明確

得知就資訊取得本身而言，此時考量之手段具有較低之基本權利限制密度。

與另一方參與通訊者相較，取得儲存於當事人處之通信紀錄欠缺手段之秘密性，此對於是否屬於基本法第10條規定之保障範圍雖非必要之重要要件，但卻為限制秘密通訊自由之典型情形，基本權利限制之程度亦明顯提高。公開採取之措施使當事人除於進行監控時可調整其通訊行為外，當欠缺法定要件時，原則上可阻止相關措施之進行，必要時可請律師到場，或至少監督是否遵守搜索裁定中所定之限制，例如對於進行扣押時所定之原則本身，或可阻止浮濫執行法官之命令。

刑事訴訟法就此有特別規定，刑事訴訟法第106條第1項第1句明文規定搜索時當事人須在場。當事人如不在場，依刑事訴訟法第106條第1項第2句規定可由家族或鄰居中選定之代理人在場，以保障措施之公開性。刑事訴訟法第105條第2項規定要求於法官或檢察官不在場而進行搜索時，應視情形命進行搜索地區內地方自治團體公務員一名或地方自治團體之居民二名在場。

此外，因搜索措施公開進行，對於當事人而言，即可避免因本身不明瞭國家公權力之限制，進而事實上無法在事前採行權利保護手段之風險。

另外，此時並未取得處於未參與通訊之第三人之資訊，亦即電信通訊媒介之資訊。該第三人在技術及組織上無法採行預防措施，亦未因具體措施之執行而涉及其人或其物之資源，或因此面臨與客戶間之利益衝突。同樣情形可見刑事訴訟法第102條之規定，與對第三人進行搜索相較（刑事訴訟法第103條），對於搜索犯罪嫌疑人僅有較低之要求。

最後須注意，欲取得之資訊已處於當事人之管領範圍內，其擁有處理資料、保全資料及刪除資料之事實可能性（參閱前述C.I.2.b）。

對於當事人而言，如搜索或扣押之措施具有公開之特性，或大規模之住宅搜索對於私人領域具有廣泛層面之影響，並非限制資訊自決權之特殊情形，刑事訴訟法第94條以下及第102條以下之規定即為對此種基本權利限制所為之規範。於進行比例原則之檢視時，須視情形考量基本權利限制之特別程度。

(3)基於上述所列之區分，就儲存於當事人處之通信紀錄為評價時，依憲法之角度即無須引用於刑事訴訟法第100a條及第100b條中所規定對於基本權利限制之特定要件。如同其他情形，例如檔案中包含之資訊而可作為證據方法者，刑事訴訟法第94條以下及第102條以下之規定即已為必要之搜索及保全措施提供足夠之授權基

礎。

III. 系爭裁定為對於住宅不可侵犯性之限制

系爭之裁定應依基本法第13條第1項及第2項之規定為審查。

基本法第13條第1項規定住宅之不可侵犯性，本於人性尊嚴及人格之自由發展，以保障個人基本之生活空間（參照BVerfGE 42, 212<219>; 103, 142<150>）。於其住宅內，個人皆有不受人干擾之權利（參照BVerfGE 51, 97<107>; 103, 142<150>）。基本法第13條第1項之規定為保障空間上私人領域之防禦權，使私人生活不受干擾（參照BVerfGE 89, 1<12>）。

依基本法第13條第2項之意旨，搜索僅得依法官之命令為之，於急迫情形亦得由法律規定之其他機關為之，且僅得依法律所規定之方式為之，藉此強化基本權利之保障。法官保留之目的，在於以獨立且中立之機關就採取之措施為事前之監督（參照BVerfGE 57, 346<355 f.>; 76, 83<91>; 103, 142<151>）。依基本法之意旨，法官本於其人與事之獨立性及受法律之嚴格拘束（基本法第97條），於個別案件中得以最佳及最安全之方式保障當事人之權利（參照BVerfGE 77, 1<51>; 103, 142<151>）。法官應審查欲採取之措施並自行負責，並應注意確實遵守憲法及法

律所定之搜索要件（參照BVerfGE 9, 89<97>; 57, 346<355 f.>; 103, 142<151>）。法官負有一定義務，應適當地作成搜索裁定，於可能手段及可預期之範圍內，確保對於基本權利限制之可預測性及可控制性（參照BVerfGE 103, 142<151>）。

IV. 對於資訊自決權及住宅不可侵犯性之限制與比例原則之關係

1. 於個別案件中，對於資訊自決權及住宅不可侵犯之重大限制，須以比例原則為合憲性事由（參照BVerfGE 20, 162<186 f.>; 96, 44<51>; 聯邦憲法法院第二庭2005年4月12日裁定 - 2 BvR 1027/02 -, NJW 2005, S.1917<1920>）。

a) 搜索尤其須與犯罪行為之嚴重性及犯罪行為嫌疑之強度具有合比例關係（參照BVerfGE 20, 162<186 f.>; 59, 95<97>; 96, 44<51>; 聯邦憲法法院第二庭2005年4月12日裁定 - 2 BvR 1027/02 -, NJW 2005, S.1917<1922>）。此時須考量者並不限於刑事訴訟中潛在之證據方法的重要性，亦包括與程序上重要事物或資訊有關而可發現犯罪嫌疑之程度（參照聯邦憲法法院第二庭2005年4月12日裁定 - 2 BvR 1027/02 -, NJW 2005, S.1917<1922>）。為進行刑事調查，僅於對犯罪嫌疑人有具體描繪之行為指控，亦即非僅有模糊之論點或單純之臆測時，始得進入其住宅（參照

BVerfGE 44, 353<371 f.>;聯邦憲法法院第二庭第三預審庭2004年2月5日裁定-2 BvR 1621/03-, BVerfGK 2, 290<295>。此外，配合命令所欲達到之目的，搜索必須有所獲之可能（參照BVerfGE 42, 212<220>; 96, 44<51>）。

b)取得儲存於當事人處之通信紀錄時，須考量該資訊具有較高之特別值得保護之價值（參照前述C.I.2.a及C.II.5.b) cc)(1)）。為比例原則之審查時，須注意此時涉及之資訊，區分為於當事人領域外受秘密通訊自由保障之資訊，及於當事人管領範圍內而受資訊自決權補充保障之資訊。此時亦須考量於刑事訴訟中須掌握之通信紀錄的重要性，以及與通信紀錄有關而可發現犯罪嫌疑之程度（參照聯邦憲法法院第二庭2005年4月12日裁定-2 BvR 1027/02-, NJW 2005, S.1917<1921>）。

於個別案件中，可能待調查之犯罪行為係微不足道，須扣押之通信紀錄僅具有些微的證據重要性，且發現犯罪嫌疑係不確定，此即與採取之措施相違背。

只要依具體情狀，未危及調查目的而可允許時，於搜索命令中應明定限於事實上必要範圍內之證據資料，以保障通信紀錄。尤其於當事人其他終端設備內發現程序上具有重要性之資訊而非自始即列入考量者，即須考

量欲搜尋之通信紀錄在時間上之限制，或應限於特定之通訊媒介。

c)於執行搜索及扣押時，尤其是取得大量以電子化儲存之資訊時，須遵守聯邦憲法法院於2005年4月12日裁定-2 BvR 1027/02-中所發展出之憲法原則（參照NJW 2005, S.1917<1921 f.>）。此時尤其須注意，應盡可能避免過度取得對於程序不重要之資訊。僅為取得通信紀錄之目的，例如電子郵件之收發，通常並不須要扣押所有儲存於電腦硬碟中之資訊或全部資訊處理設備；因自始即為受有限制之搜索目的，於通常情形往往僅須當場檢閱終端設備即已足夠。

V.系爭之地方法院裁定違憲

系爭之地方法院裁定與憲法意旨有違。

聯邦憲法法院不得全面審查系爭裁定之合法性，僅得針對基本權利之意義，尤其是其保障範圍，審查是否有因基本上不正確之認識而致生明顯之瑕疵，或審查適用法律而對於基本法之基礎觀念為合理評價時，是否有未充分理解之情形（參照BVerfGE 18, 85<92 f.>; 95, 96<127 f.>）。

系爭之地方法院裁定侵害憲法訴願人受基本法第13條第1項及第2條第1項規定保障之權利。

1.系爭裁定並未侵害基本法第10條第1項規定保障之範圍。雖然搜索命令係以確認電信通訊之情狀為目的

，亦即確認通訊時點、參與通訊者之電話號碼及連線帳號，但僅涉及於憲法訴願人私人領域內，就已終結之通訊過程所儲存之資訊，此資訊非秘密通訊自由之保障範圍所及。

2.然而系爭裁定因未充分考量比例原則，侵害憲法訴願人受基本法第13條規定保障之住宅不可侵犯性以及資訊自決權（基本法第2條第1項及第1條第1項）。

雖然地方法院作成之搜索命令已充分明確，並正確地僅檢閱可能之行為時點中之通信紀錄。而可能仍未確定者，僅為已知之事實是否真的構成具有犯罪行為之嫌疑。然而此犯罪嫌疑可認為幾乎不成立，且考慮中間已經過一定時間及因此極度有限之發現可能性，此犯罪嫌疑亦絕對無法合理化對於憲法訴願人基本權利已為之嚴重侵害。

a)考量在資訊傳播過程中有多數人介入，即可得出極不可能成立之犯罪嫌疑。其中有些人單純基於自己陳述即被排除為犯罪嫌疑人；但憲法訴願人卻無此機會，因其從未曾受訊問。其他人，如F.律師，則完全未被質疑。而對於憲法訴願人則逕以犯罪嫌疑人之身分進行調查，僅因其於其他場合表示認識該名Spiegel雜誌記者。

基於聯邦憲法法院第二庭第三預審庭2004年2月5日裁定-2 BvR 1621/03-（參照BVerfGK 2, 290<297

>）之意旨，是否極不可能非由長期關切機密保護之週刊代表人為資訊之散布，應先予以說明，而本案中地方法院在實質內容上則完全未說明。反之，地方法院卻毫無疑慮地確信，並無經驗法則可證明媒體工作人員僅為媒體本身服務，並不會將所知資訊告知同事。

地方法院反而採信律師事務所職員S.於2002年10月28日受訊問時之證詞，於開庭當日並非「百分之分百」確定Focus雜誌編輯之來電。而對於N. 律師之前相反之陳述（2002年10月23日之警方筆錄），表示其於2002年9月6日下午發現曾有二新聞雜誌來電之通知留言，地方法院本應不可避免地為詳盡探究，取而代之者卻推測此可能為律師之記憶有誤。然而矛盾的是，職員S.於之前多次訊問中，甚至可以一再說出Focus雜誌編輯於2002年9月6日來電之大約時點，並可與後續數週內其他記者之來電區分（2002年10月23日之警方筆錄）。

地方法院卻認為前述事實仍無法排除憲法訴願人之犯罪嫌疑，明顯無法說服何以可確信具有犯罪嫌疑之可能性。

b)此外，地方法院未充分考量刑法第353b條第1項規定（洩露公務秘密罪）中所稱對於重大公益之危害，此於本案中仍有疑義。

2004年10月12日之系爭裁定對於

明顯之問題仍未見任何說明，如於2002年9月6日警方紀錄中對於其他部分皆詳細說明，何以對於據稱原計畫進行之重要跟監措施卻隻字未提。因此即更有理由相信，地方法院之見解毫無意識到，犯罪嫌疑人P之友之「澄清」及二次於其住宅內與其會面之嘗試，即為「中斷」之跟監行為之部分。凡此種種皆同憲法訴願人提出之異議，未掩飾之措施即係為與該人取得聯繫。審酌上述情形，不禁可懷疑，警方對憲法訴願人進行調查得出之概括說明，即使於其提出異議後，亦未進一步具體化其說明，地方法院依自身心證而未調閱前審程序之卷宗，未經審查即認定有「中斷」「原計畫」之跟監行為。

雖然依通說，對於影響重要公共利益之具體危害亦可為間接的，例如可能動搖社會大眾對於公行政政黨中立、清廉及功能性之信任（參照BGHSt 11, 401<404>; 46, 339<340 f.>; BGH, NStZ 2000, S.596<598>; OLG Düsseldorf, NStZ 1985, S.169<170>; OLG Köln, NJW 1988, S.2489<2490>; BayObLG, NStZ 1999, S.568<569>; Tröndle/Fischer, StGB, 53. Aufl. <2006>, §353b Rn.13a m.w.N.; Lackner/Kühl, StGB. 25. Aufl. <2004>, §353b Rn.11; 不同意見參照Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. <2001>,

§353b Rn.6a und 9; Hoyer, in: Sysematischer Kommentar zum StGB, Loseblatt <Stand: November 1997>, §353b Rn.8)。然而地方法院對基於個別案件之整體評價所生必要且與之相關之特別的確信（參照BGH, NStZ 2000, S.596<598>; Tröndle/Fischer, 前揭書），皆毫無說明。

c)對於未調閱前審程序卷宗，地方法院之理由為依現有文件無法得出任何矛盾之處，然考量犯罪嫌疑之薄弱程度而促使地方法院仍命為後續調查，其理由即不具有說服力。面對充其量僅存在薄弱的犯罪嫌疑以及因此須進一步為事實之調查，並考量相關基本權利之重要性及憲法訴願人之職務，對於何以不調閱卷宗之問題，地方法院仍欠缺具有說服力之答案。且因程序已持續數月之內，並不存在特別之急迫性。將憲法訴願人知悉之檔案內容與媒體報導相比較，特別是2002年9月8日Handelsblatt之報導，即可得知，報導之內容包括無法由卷宗獲知，亦為憲法訴願人所無法知悉之內容，然而此報導內容卻為其間呈送於地方法院之警方內部機密報告內容部分（參照2002年9月6日由法蘭克福FBI在場對N.及其他人所為之筆錄）。

d)為發現證據方法而進行搜索之適當性，自始即有疑義。於作成搜索命令時距此重大犯罪行為發生已五個

月，其間刑事訴追機關已對直接與憲法訴願人職務上有關之範圍進行大規模調查。即使僅有憲法訴願人未就此事件受訊問，亦可預期憲法訴願人應可知已對其產生之犯罪嫌疑。因此，地方法院應說明，如已將憲法訴願人視為犯罪嫌疑人，是否無法預期憲法訴願人已消滅或刪除與記者聯絡之證據。

e)反之，考量憲法訴願人之職務身分，即已嚴重侵入空間上之私人領域。雖然憲法訴願人於依刑事訴訟法第33a條進行之程序中已強調，搜索其住宅嚴重影響其身為受命調查法官之職務身分，然而於地方法院後續之裁定理由中，未經詳盡說明即認為，並無明顯理由可認為搜索不符合憲法之要求。因此，地方法院忽略於基本權利嚴重受限制時，對於該限制應進行比例原則之審查。具有受命調查法官之特殊身分卻被指控洩漏公務秘密，一般即已提醒指控其具有犯罪嫌疑時應謹慎為之。如偵查機關及法院於搜索後維持犯罪嫌疑之認定，並可獲確認，更加强犯罪嫌疑指控之影響。然而，如系爭之調查手段並不具有急迫之需要時，則就犯罪嫌疑更須有特別詳盡之調查。

f)此外，地方法院於其決定中，對於資訊自決權（基本法第2條第1項及第1條第1項）之意義認識有誤，於命令進行搜索以查明電信通訊之情狀

時，在利益衡量上未考量取得具有特殊基本權保障性質之通信紀錄資訊之重要性。

g)仍未確定之犯罪嫌疑及對於搜索之適當性之重大疑義，與對於住宅不可侵犯性及憲法訴願人資訊自決權之限制相較，未合乎比例原則。基於憲法之意旨，地方法院應不得作成搜索之命令。

VI. 結論

1. 地方法院之裁定牴觸基本法第13條第1項、第2項及第2條第1項之規定，應予廢棄（聯邦憲法法院法第95條第2項）。本案及憲法訴願程序費用之裁判發回Karlsruhe地方法院（聯邦憲法法院法第95條第2項）。

2. 關於返還必要費用之裁判依聯邦憲法法院法第34a條第2項之規定為之。

D. 法官評議過程

本判決一致通過。

法官：Hassmer	Broß
Osterloh	Di Fabio
Mellinghoff	Lübbe-Wolff
Gerhardt	Landau