

「電信通信紀錄」判決

德國聯邦憲法法院第一庭 2003. 3. 12. 判決 -
1 BvR 330/96 以及 1 BvR 348/99

詹鎮榮 譯

要目

裁判要旨

案由

判決主文

理由

A. 憲法訴願標的

I. 事實經過

1. 關於訴願人 1
2. 關於訴願人 2

II. 憲法訴願人之主張

1. 訴願合法
2. 訴願有理由

III. 相關機關團體之意見

B. 憲法訴願之合法性審查

I. 對已終結之調查措施提出異議之合法性問題

II. 公法廣電機構之基本權能力

1. 基本法第五條第一項第二句之廣電自由
2. 基本法第十條之通訊秘密保障

III. 權利保護利益

C. 憲法訴願有無理由之審查

I. 所涉及之基本權利

II. 基本法第十條第一項

1. 保障範圍之觸及
2. 通訊秘密之侵害
3. 侵害具正當性

III. 基本法第五條第一項第二句

IV. 基本法第十九條第四項

關鍵詞

公法廣電機構（öffentlichrechtliche Rundfunkanstalten）

消息取得（Informationsbeschaffung）

秘密通訊（Fernmeldegeheimnis）

來電追蹤（Zielwahlsuche）

拒絕作證權

（Zeugnisverweigerungsrecht）

電話監聽（Telefonüberwachung）

合憲性之解釋

（verfassungskonforme Auslegung）

編輯秘密（Redaktionsgeheimnis）

資訊自我決定

（informationelle Selbstbestimmung）

公法人（juristischen Personen des öffentlichen Rechts）

資料之傳輸（Übermittlung der Daten）

補充性條款 (Subsidiaritätsklausel)
法官保留 (Richtervorbehalt)
聽證 (Anhörung)

媒體自由 (Freiheit der Medien)
出版自由 (Pressefreiheit)
放射效力 (Ausstrahlungswirkung)

裁判要旨

公法廣電機構為保障消息取得及其編輯工作之秘密性，得主張基本法第十條之秘密通訊自由，並且在此範圍內，得主張基本法第十九條第四項之權利保護保障。

在犯罪追訴之範圍內，法官命令電信事業提供為列帳目的業已存在，或是在實施來電追蹤時應查出之通信紀錄，乃侵害到資料關係人之通訊秘密。

當此等侵害對於追訴有具體嫌疑之重大意義犯罪是必要的，並且有充分確定之事實基礎，足資推定受命令涉及之相對人與嫌犯有透過電信設備聯繫時，始具有正當性。

案 由

在訴願人 1a 第二德國電視台、訴願人 1b T 小姐，以及訴願人 1c F 先生針對法蘭克福地方法院一九九六年一月二日裁定 5/29 Qs 16/95 以及法蘭克福區法院一九九五年五月十五日裁定 91 Js 16875.2/94-931 Gs 所提起之憲法訴願程序 1 BvR 330/96，以及訴願人 2 K 小姐針對法

蘭克福地方法院一九九九年一月二十八日裁定 5/22 Qs 1/99 以及法蘭克福區法院一九九八年五月十二日、五月十三日，以及六月三日裁定 51 Js 118/86、931 Gs，以及 51 Js 13/86-931 Gs 所提起之憲法訴願程序 1 BvR 348/99 中，聯邦憲法法院第一庭在二〇〇二年九月二十日所舉行之言詞辯論基礎上，於二〇〇三年三月十二日作出判決。

判決主文

憲法訴願駁回。

理 由

A. 憲法訴願標的

憲法訴願涉及到法官對於訴願人因新聞採訪工作上需要所為電話交談之電信通信紀錄之查詢命令。

I. 事實經過

1. 1 BvR 330/96 程序中之訴願人係第二德國電視台 (ZDF) 及其兩名在本案具重要性之期間內，為訴願人 1a 每週所播放之雜誌「正面迎擊」 (Frontal) 作報導之新聞工作人員。

a) 訴願人 1b 和 1c 採訪 Jürgen

Schneider 博士之案件。其因涉嫌冒貸數億款項、詐欺破產，以及逃稅，遭到全球通緝，而稍後在美國被逮捕。訴願人獲得一卷內載有嫌犯 Schneider 表達對其所採取偵查程序看法之錄音帶。訴願人 1c 遂將此卷錄音帶轉交聯邦刑事局之目標偵查組，其並且確認了錄音之真實性。承辦檢察官認為，記者可能與嫌犯有電話上之聯繫。

b) 基於檢察官之聲請，區法院根據通訊設備法（Fernmeldeanlagen-gesetz）第十二條規定，命提供訴願人 1a 於一九九五年五月九日至十二日期間行動電話通話往來情形之報告。一九八九年七月一日起通過之通訊設備法版本（通訊設備法新版本公布於一九八九年七月三日，BGBl I S. 1455）第十二條規定：

在刑事法院調查階段中，法官得查詢通訊往來之情形。但以訊息涉及嫌犯本人，或存有事實足以認為訊息係發自於嫌犯或以其為接收目標，並且訊息查詢對於調查具有意義者為限。在有急迫危險之情形下，檢察官亦得命令提供之。

透過一九九六年七月二十五日所公布之電信法（BGBl I S. 1120），「就通訊往來」（über den Fernmeldeverkehr）之文字被「就電信」（über die Telekommunikation）取代之。再者，亦加入了限制基本法第十條基本

權利之指示。

聲請查詢，旨在得知彼時尚屬逃亡階段之嫌犯的所在地。在一九九五年十一月，訴願人得知其在 Schneider 一案中所使用之行動電話號碼，成為調查之客體。檢察官確認此等事實。裁定並未通知訴願人。

由訴願人 1a 所提起之異議，遭到地方法院認為不合法而不予受理。系爭措施終獲執行，並未有外加之法律效果。確認違法之正當利益，亦不因存在有具體之重複危險或復權利益而獲得考慮。在合法性問題上，異議仍維持無結果。有鑑於既存犯罪嫌疑之特別嚴重與意義，根據通訊設備法第十二條之查詢命令係合比例的。拒絕作證權在刑事訴訟法第五十三條第一項第一句第五款中係窮盡規定，並且無法例如從基本法第五條第一項第二句之規定中而被擴張。記者並不享有超過該條規定以外之請求權，要求擁有一超脫任何偵查措施以外，得接觸潛在犯罪人之不受干擾領域。本案並無關乎拒絕作證權，蓋記者原則上僅擁有維持其消息提供者匿名之權利。倘若記者自行揭發此等匿名性，則其不得透過主張拒絕作證權之方式，阻止找尋犯罪追訴機關已知悉之消息提供者。縱使存在有拒絕作證權，向行動通訊業者扣押具證據重要性之文件的重大措施，更是被允許的。蓋根據刑事訴訟法第九

十七條第五項之規定，唯有當此文件係在記者或廣電機構之保管範圍內，始免於遭受扣押。刑事訴訟法第一〇〇條 a 有關電話監聽之規定，亦未針對依同法第五十三條受惠之記者訂有特別之保護規定。

2. 訴願人 2 為一女新聞記者，且於系爭法院裁判時，曾為星辰 (STERN) 雜誌工作。

a) 訴願人採訪，並且再度報導疑似恐怖份子 Hans-Joachim Klein。該人被認為涉嫌參與一九七五年 OPEC 會議之謀害行動。基此，其自此即因三次謀殺而被通緝，並耗費巨大偵查費用找尋其下落。此外，訴願人在星辰雜誌中，登載了一篇其採訪嫌犯之報導。一九九八年偵辦檢察官獲得消息，訴願人又再度採訪 Klein 一案，並有可能與其進行接觸。

b) 區法院命令提供由訴願人及其丈夫所使用之一個行動電話號碼，以及兩個固網電話號碼之通信紀錄。該命令首先涉及到在從一九九八年二月十二日至六月十三日間打往法國之通話，並且以刑事訴訟法第一〇〇條 a、第一〇〇條 b，以及通訊設備法第十二條為法律依據。透過兩項補充裁定，區法院緊接著將命令延伸至從法國發話之通信紀錄，最後，更延伸至所有通信紀錄，至於通話之來源地，則在所不問。命令之期限，至一九九八年九月十二日截止。因而獲

得之通信紀錄，促使嫌犯於一九九八年九月間在法國被捕。

不服區法院之裁定所提起之異議，被地方法院認為無理由而駁回。通訊設備法第十二條以及刑事訴訟法第一〇〇條 a 所規定之要件存在，蓋謀殺之嫌犯係有嫌疑的。異議人身為一名新聞記者，並無法導致其他之評價。記者並非一般性地，毋寧僅在法律規定之情形下，始得以免除刑事訴訟上之義務。對於依通訊設備法第十二條以及刑事訴訟法第一〇〇條 a 所作成之命令，訴願人既無法主張刑事訴訟法第五十三條第一項第一句第五款之拒絕作證權，亦無法主張同法第九十七條第二項之扣押禁止。偵查措施亦無法從比例原則中，導出不合法之結論。通訊秘密及資訊取得自由之侵害，與三次謀殺之行為非難，以及超過二十年的時間以調查嫌犯所在之間，立於一適當之比例關係。

II. 憲法訴願人之主張

訴願人 1 透過憲法訴願，主張其基本法第五條第一項第二句、第十條第一項，以及第十九條第四項之基本權利受到侵害。訴願人 1b 及 1c 則另外認為，其基本法第二條第一項連結第一條第一項之權利，亦受到侵害。訴願人 2 透過本質上相同理由之憲法訴願，主張基本法第五條第一項第二句、第十條第一項，以及第二條第一項連結第一條第一項之基本權受到

侵害。

1. 訴願人 1a 主張，其不服地方法院裁判所提起之訴願，並非顯然不合法，而且此訴願涉及到中止時效之法律救濟。聯邦憲法法院在其較新之裁判中揭示，在程度重大，但事實上不再具有持續效力之基本權侵害情形，專業法庭之澄清乃屬必要。

訴願人 1b 及 1c 則主張，其以區法院之裁判為標的之憲法訴願，無論如何係屬合法。至於針對地方法院所提之憲法訴願部分，根據專業法院有關刑事法律救濟不合法之往昔裁判，於訴訟過時時，不得被視為是聯邦憲法法院法第九十條第二項所稱之法律途徑的必要構成部分。

2. 關於憲法訴願之實質有理由部分，訴願人之主要主張如下：

系爭裁判乃奠基於對基本法第五條第一項第二句以及通訊秘密與一在涉及到訴願人 1b、1c 以及 2 之範圍內一資訊自決權之保障範圍的嚴重誤解。此等誤解，導致了未為基本權之衡量。此外，法院在適用通訊設備法第十二條時，對於彼此衝突之憲法法益作了有瑕疵之衡量。

首先，當監察措施涉及到廣電機構及記者時，則在考量到基本法第五條第一項第二句之意旨下，通訊設備法第十二條至少應為合憲性之解釋。而此並未受到參酌。對於犯罪追訴措施而言，當法院認為資訊來源與

編輯秘密唯有透過刑事訴訟法第五十三條第一項第一句第五款之拒絕作證權，以及同法第九十七條第二項之扣押禁止始受到保障時，則違反了聯邦憲法法院之裁判。聯邦憲法法院業已明確揭示，此等規定非屬窮盡規範。毋寧，法官在個案從事裁量時，應考慮到基本法第五條第一項第二句之價值設定意旨，而進行衡量。法院之裁判並不符合此等要求。

無設限地將通訊設備法第十二條適用於新聞採訪工作之上，並不符合出版及廣電自由之必要功能保障。當記者及消息提供者必須持續地考慮到電信資料會轉交予犯罪追訴機關時，則消息來源將可能因而枯竭。編輯秘密即淪為空轉。在行動通訊之範圍內，基於資料儲存之各種監察可能性，記者使用行動電話之通訊及移動行為，將成為透明。系爭裁決導致了電話使用之阻絕，尤其是作為現今重要通訊工具之行動電話。在刑事偵查程序中，根據通訊設備法第十二條規定所採取之擴張裁判實務，已在整體上對記者工作構成資料受到侵犯之危險。而此危險，妨害了訴願人在行使基本法第五條第一項第二句之委託時，所仰賴的信賴關係。

此外，系爭裁定亦侵犯了基本法第十條第一項之基本權利。有鑑於通訊秘密對於廣電自由之重要附屬功能，給予訴願人 1a 之相關基本權保

障，亦應予以肯定。受基本法第十條第一項保障者，不僅是通訊之內容，更包含通訊過程之本身。電信網路數位化後，其間可被儲存之資料呈現多樣性。經由通信紀錄之查詢，可以創造出關係人通信及移動行為之整體形象。故依據通訊設備法第十二條規定查詢紀錄，已具有更大之侵害密度。是以，通訊設備法第十二條需要作合憲性之解釋。倘若除通訊秘密之外，出版及廣電自由之侵害亦在考慮之列，則——在無較高位階法益或安全利益受到危害之範圍內——經由比例原則之審查，其結果勢必是不得採取通訊設備法第十二條之措施。基於相同之理由，法院之裁決亦侵犯到訴願人 1b、1c，以及 2 之資訊自我決定權。

訴願人 1a 另行主張，地方法院所作之裁定與基本法第十九條第四項所揭示之廣泛權利保護原則不一致。基於地方法院之法律見解，依通訊設備法第十二條所為之程序，不受法院之審查。對於電信往來資料之儲存與利用而言，並無程序法上之保障，甚至不具有法院之審查可能性。區法院對訴願人 1b 及 1c 所採取之裁定，與基本法第十九條第四項亦不符合。

III. 相關機關團體之意見

聯邦政府、黑森邦國家辦公室、黑森邦資料保護受託人、德國公法廣

電機構工作團隊、德國記者協會，以及聯合服務工會皆針對憲法訴願提出意見。

聯邦政府及黑森邦國家辦公室認為憲法訴願無理由。從廣電及出版自由之基本權中，尚無法導出單是為了使記者能較容易與逃亡之嫌犯接觸，故應不顧犯罪追訴利益之憲法上國家義務。具憲法上基礎之秘密保障，幾乎難以與客觀上不應具有正當性之「一般觀察禁止」（Das allgemeine Beobachtungsverbot）相區分。在此背景下，系爭法院裁決在憲法上亦不具有可爭議性。有鑑於所涉及犯罪之嚴重性，法院正確地賦予有效犯罪追訴之要求優先地位。

德國公法廣電機構工作團隊、德國記者協會，以及聯合服務工會認為憲法訴願有理由。因電信之數位化，通訊設備法第十二條已擁有一嶄新，而且憲法上具有疑義之內涵。在基本法第十條之觀點下，至少需要為一限縮之合憲性解釋。系爭裁決亦侵犯了訴願人之廣電及出版自由。法院認為刑事訴訟法第五十三條第一項第一句中關於記者之拒絕作證權係屬窮盡規定之見解，牴觸了聯邦憲法法院之裁判。當記者之電信得以被犯罪追訴機關利用時，則拒絕作證權將名存實亡。

黑森邦資料保護受託人指出，德國較其他歐洲國家從事更多之電話

監聽。而且，每年所從事電話監聽之數目，有持續攀升之趨勢。關於探詢通信紀錄之頻率，雖然不存在有數據，但推測具有相似之發展情況。再者，吾人必須考慮到，基於科技之發展，電話號碼將會洩漏出較之於往昔更多之個人資料。例如，在行動電話號碼技術上，具有描繪出一活動範圍之可能性。藉由 UMTS 標準之引進，其精確度更可加以提升，以致於幾乎可以在公尺之誤差範圍內，精確地確認出所停留之處所。與日俱增之電信監聽與控制唯有經由立法者，例如透過法律，將其限制在目錄行為（Katalogtaten）範圍內，始得以有效之抑制。透過調查法官進行一尊重比例原則之衡量，在實務上並不存在。基於法治國理由所規定之法官監督，並無法運作。

B. 憲法訴願之合法性審查

憲法訴願合法。

I. 對於已終結之調查措施提出異議之合法性問題

憲法訴願 1 BvR 330/96 之合法性，既非從必須用盡法律途徑之觀點，亦非從維繫訴願期限之角度，受有強烈之質疑。

1. 訴願人 1a 遵守期限，亦即在地方法院裁判送達後一個月內，已提起憲法訴願。期限之維繫，與地方法院認為異議不合法而予不受理之間，並不彼此對立。法院對於一法律

救濟不合法而為不予受理之裁判，在該法律救濟並非顯然不合法時，將使得提起憲法訴願之一個月期限重新起算（vgl. BVerfGE 5, 17 [19 f.]; 16, 1 [2 f.]; 63, 80 [85]）。依裁判與學說之見解，法律救濟僅有當提起人於提起法律救濟時，對該不合法並非處於不知之情形，始屬顯然不合法（vgl. BVerfGE 48, 341 [344]; 49, 252 [255]）。

縱使存有相互不一致之裁判，本案並無法從此等無爭議之法律情況出發。對於訴訟上過時所提異議不具合法性之往昔裁判，在文獻中屢有批評（vgl. die Nachweise in BVerfGE 96, 27 [41]）。無論如何在顯然違憲之情形，也有若干地方法院在聯邦憲法法院作出原則性裁判之前，對於訴訟上過時之調查手段所提出之異議，業已接受其合法性。此外，地方法院逐漸傾向於認為，雖然訴訟過時，但至少應補充性地針對異議之實質理由提出看法（vgl. zum Vorstehenden BVerfGE 96, 27 [42]）。倘若訴願人以文獻中所表達之各種批評為出發點，嘗試藉由法律救濟之提起，以改變截至目前為止之固定裁判，則在憲法訴願合法之範圍內無理由加以反對。

2. 不同於訴願人 1a，訴願人 1b 及 1c 對於區法院之命令裁定，並未根據刑事訴訟法第三〇四條之規定提

起異議。然而，此並不導致憲法訴願之不合法。

根據聯邦憲法法院法第九十條第二項第一句之規定，憲法訴願須用盡法律途徑後，始為合法。基此，訴願人在提起憲法訴願前，原則上必須先前採取法律所提供，非顯然不合法之法律救濟途徑（vgl. BVerfGE 68, 376 [380]）。然而，聯邦憲法法院在其裁判中始終強調，有正當理由而不知法律救濟之合法性時，不能使權利主張者造成不利，從而不得導致憲法訴願之不合法（vgl. BVerfGE 5, 17 [20]; 91, 93 [106]）。一項法律救濟之合法性可能是如此地受到懷疑，以致於不能期待訴願人對其加以提起（vgl. BVerfGE 17, 252 [257]）。

本案即屬於此等情況。在 1 BvR 330/96 程序中受到非難之區法院命令作成之時，聯邦憲法法院有關專業法院審查訴訟過時之犯罪調查措施所為之原則性裁判（BVerfGE 96, 27）及其所延伸之異議合法性，尚不存在。聯邦憲法法院本身在其一九七八年十月十一日之裁定中（BVerfGE 49, 329），尚認為刑事訴訟規定之解釋係屬合憲。據此，在調查措施終結後，基於所謂的訴訟上之過時，—無論如何依規定—不應再對異議為內容上之決定。聯邦普通法院在其於此處具關鍵性時點之裁判中，除了存在有特殊情況外，亦認為在刑法之調查程

序中，針對已終結法院命令所提出之異議，係屬不合法（vgl. BGHSt 36, 30 [32]）。在此前提要件下，訴願人 1b 及 1c 即不得被要求行使異議之法律救濟途徑。

II. 公法廣電機構之基本權能力

訴願人 1a 作為公法廣電機構，得以透過憲法訴願，主張其所非難之基本權侵害。

1. 雖然實質之基本權利以及為防衛此權利所創設之憲法訴願法律救濟，原則上對公法人不適用之（vgl. BVerfGE 21, 362 [369]; 61, 82 [101]）。然而，聯邦憲法法院有鑑於基本法第五條第一項第二句所保障之廣電自由，承認公法廣電機構乃屬例外（vgl. BVerfGE 31, 314 [322]; 59, 231 [254]; 101 [102 f.]）。

2. 此外，在本案之關聯性上，訴願人 1a 尚可主張基本法第十條之通訊秘密保障。

公法廣電機構之基本權能力源自於廣電自由基本權之實行。然而，倘若一項從事廣電自由所支持之行為，若同時受其他基本權規範之保障者，則在此範圍內，基本權主體亦延伸至此項基本權利之上。對此，聯邦憲法法院在其有關聯邦情報局對通訊往來監聽權限之裁判中（BVerfGE 100, 313 [265]），業已指出介於通訊秘密以及出版自由之間，存在有功能上之關聯性。通訊秘密與廣電自由之

間，亦存在有相當之關連性。消息取得之保障，係屬於憲法上廣電自由之保障範圍。基於廣播電視能合功能運作之利益考量，介於廣電經營者與其消息提供者間所存在之秘密關係，以及編輯工作之秘密，原則上應予尊重。雖然，限制並未被排除。然而，國家機構原則上不得在節目準備階段中，設法探知其過程（vgl. BVerfGE 66, 116 [133 f.]; 77, 65 [75]）。為保障消息取得及編輯工作之秘密性，公法人在從事廣播電視工作之範圍內，亦得主張通訊秘密。

3. 在此範圍內，訴願人 1a 亦得主張基本法第十九條第四項受到侵害。截至目前為止，聯邦憲法法院尚未對公法人是否得享有基本法第十九條第四項之權利救濟保障，表示意見（vgl. BVerfGE 61, 82 [109]）。而此處亦無須對該問題作一原則性之陳述。無論如何，在公法人得主張實質基本權利之範圍內，其亦可受到基本法第十九條第四項之保障。在基本法之法治國家中，法院對於維繫基本權之審查可能性，亦屬於基本權之保障。

III. 權利保護利益

雖然所下命之調查措施業已結束，但對於憲法訴願而言，仍存在有權利保護利益。

在程度重大之基本權侵害情形，當侵害之高權行為所造成之直接

負擔，僅發生在關係人幾乎難以依照正常事務程序要求聯邦憲法法院作出裁判之期間時，則其權利保護必要性依舊存續（vgl. BVerfGE 81, 138 [140 f.]）。本案即屬此等情形。

根據訴願人之陳述，對於通訊秘密以及廣電與出版自由之重大程度侵害係屬有可能的。有鑑於此，訴願人對於確認措施之違法性仍存續有值得保護之利益；縱使該措施已終結者，亦然。在考慮到憲法訴願之補充特性下，管轄之專業法院應優先滿足此等利益。而此等管轄專業法院在此已經認為，查詢電信通信紀錄之命令係屬合法，且並不侵害到基本權利。從而，關係人存有一合理之利益，要求在憲法訴願程序中，表明系爭之法院裁判是否業已侵害到其基本權利。否則，電信往來之監聽或監督措施將總是被排除在憲法法院審查之外。

C. 憲法訴願有無理由之審查

然而，憲法訴願在實質上並無理由。

I. 所涉及之基本權利

憲法法院之審查基準，為基本法第十條、第五條第一項與第二項，以及第十九條第四項。

所爭執者，係為電信監聽措施；其合法性應依基本法第十條而判斷之（II）。除基本法第十條第一項外，從基本法第二條第一項連結第一條

第一項所導出之資訊自決權，在本案之關連性上，並不適用之。就涉及通訊往來之情形而言，基本法第十條包含有特別之保障，其排擠一般性之保障（vgl. BVerfGE 67, 157 [171]; 100, 313 [358]）。

由於廣電機構與記者在其從事新聞報導活動時受到波及，故應進一步判斷，是否基本法第五條第一項含有基本法第十條以外之保障（III）。此外，在 1 BvR 330/96 程序中尚涉及到不服依通訊設備法第十二條所為措施之法院權利保護可能性，故地方法院之裁判亦應依照基本法第十九條第四項之基準為斷（IV）。

II. 基本法第十條第一項

系爭裁判並不侵害到訴願人本於基本法第十條第一項所享有之基本權利。

1. 然而，法院命令提供電信通信紀錄，涉及到通訊秘密之保障範圍。

通訊秘密之保障內涵，不只是通訊之內容，而且更及於電信之詳細情況，而此正為本案根據通訊設備法第十二條以及刑事訴訟法第一〇〇條 a 所查詢之客體。秘密通訊雖然主要在於保障通訊之內容，然而同樣地亦包括保障通訊之情況（Kommunikationsumstände）。屬此等項目者，尤其是是否、何時，以及多常介於何人或機構間，發生或嘗試建立通訊往來（vgl. BVerfGE

67, 157 [172]; 85, 386 [396]）。對此，國家原則上亦不得試圖加以探求。基本權利旨在維繫自由電信之條件。就總體上而言，通訊媒體之使用應該具有隱密之可能性（vgl. BVerfGE 100, 313 [358]）。藉由通訊秘密不可侵害之基本權保障，應避免參與人因為必須估計到國家機構會截收通訊，並進而得知通訊關係或通訊內容，致使其停止以電信設備方式交換意見及訊息，或依其形式與內容另以修正方式進行溝通之情形發生。（vgl. BVerfGE 100, 313 [359]）。

基本法第十條第一項旨在對付訊息秘密在傳輸過程中所遭受到之危險，此等危險亦包含來自於第三傳輸者介入在內。其保障包括藉由電信技術之助，所進行資訊傳輸之整體；至於傳輸與中繼設備之經營者為何人，則在所不問（vgl. BVerfG, NJW 2002, S. 3619 [3620]）。

2. 當國家機構未經參與人之同意，企圖探究以通訊技術傳輸之通訊過程的內容或情況者，則對通訊秘密即構成侵害（vgl. BVerfGE 100, 313 [366]）。本案即屬此等情形。

a) 國家之措施雖以電信事業為直接對象，而非訴願人。但在此範圍內，其僅係以私法組織之電信事業為基本權侵害之媒介。電信事業基於命令，負有提供訴願人通訊行為相關資

料之義務。然而，此等侵害係源自於高權命令，並由電信設備經營者加以執行，而無容任其有行為之判斷空間。從而，資料之提供在法律上亦應被納入公權力行為。

b) 因法院之裁判，致使犯罪追訴機關得以在現存之廣泛資料文件中，詳細探求關係人之電信情況者，則該裁判係侵犯到通訊秘密之保障範圍。在數位化通訊時代，此等通信紀錄係自動地且一般性地被加以紀錄，因之，無須特別為犯罪追訴之目的，即已存在。透過此等紀錄之查詢，犯罪追訴機關即得以知悉電信之情況。—在如同本案情形，資料係因 ISDN 或行動電話通話而產生時—此使得所實施之通訊過程得以形成一精細之圖象。發話人及收話端或終端機之號碼、連線起始與結束之日期及時間，以及其他因連線之建立、維持暨收費所必要之資訊，皆屬之。由於根據通訊設備法第十二條所為之紀錄查詢並不限於一被視為是有嫌疑之特定通話，是以，通常所查詢之範圍，為在一定期間內，涉及到特定人之全部通信紀錄。當行動電話通話資料被交付時，則構成連線之無線電台亦在該資料之內。據此，通話人在通話時身處何處，則可被重新模擬。

3. 因查詢為列帳目的業已存在之通信紀錄所生之通訊秘密侵害，根據基本法第十條第二項第一句之規

定，係具有正當性。

a) 根據基本法第十條第二項第一句規定，通訊秘密之限制僅得基於法律而為之。系爭之法院裁判，係以通訊設備法第十二條，以及在 1 BvR 348/99 之憲法訴願程序中，則補充地以刑事訴訟法第一 0 0 條 a 及第一 0 0 條 b 為依據。自從二 0 0 二年一月一日起，通訊設備法第十二條則被刑事訴訟法第一 0 0 條 g 與第一 0 0 條 h 所替代。在通訊設備法第十二條仍適用之期間，當訊息為嫌犯所為，或有事實足以認定訊息係由嫌犯所發送，或以其為接收對象，而且資料之提供對於調查具有意義時，則法官，以及在有急迫危險時，檢察官亦得於刑事法院之調查中，基於該規定查詢電信通信紀錄。刑事訴訟法第一 0 0 條 a 及第一 0 0 條 b 則授權得對電信為監督與紀錄。

限制基本權之法律係源自於通訊秘密根本意義之認知，而就其限制基本權之效果而言，又應從基本權利之觀點加以解釋（vgl. BVerfGE 67, 157 [172 f.]）。因此，聯邦憲法法院應審查專業法院在限制基本權法規範之解釋與適用上，是否已充分注意到基本權利所應具有之影響力，以致於基本權所設定之價值內涵，能在法律適用之層面上繼續獲得維繫（vgl. BVerfGE 18, 85 [92]; 99, 185 [195 f.]）。

本憲法訴願並不能導致，應就法院裁判所依據法規範之合憲性提出廣泛之意見。縱然如此，在文獻中已有從通訊設備法第十二條構成要件廣度之觀點，質疑其合憲性(vgl. etwa Welp, Überwachung und Kontrolle, 2000, S. 85 ff.; Bizer, in: AK-GG, 3. Aufl., Art. 10 Rn. 20, 90 [Stand: 2001])。然而，憲法訴願主要係針對在具體個案中法規之適用表示不服。訴願人既非在專業法院之程序中，亦非在其憲法訴願之理由中，針對通訊設備法第十二條之合憲性提出附具事證之異議。其法律上之聲明，集中在法院於解釋與適用通訊設備法第十二條時，並未充分地顧及到基本法第十條第一項及第五條第一項第二句之基本權利。析言之，爭執之客體並非通訊設備法第十二條本身，而係在法院裁判時對其所為之解釋與適用。

b) 裁判符合比例原則之要求。其對於本案之行為，在結果上亦考量到文獻中對於通訊設備法第十二條構成要件廣泛所提出之質疑(siehe hierzu Kluszczewski, StV 1993, S. 382 [386 f.]; ferner Eisenberg/Nischan, JZ 1997, S. 74 [82]; Reimann, DuD 2001, S. 601 [602]; Pöppelmann, AfP 1997, S. 485 [493]; Nack, in: Karlsruher Kommentar zur stop, 4. Aufl., 1999, § 100 a Rn. 18)。

aa) 根據通訊設備法第十二條及

刑事訴訟法第一〇〇條 a、第一〇〇條 b 命令提供電信往來之通信紀錄，係具有澄清與追訴重大犯罪行為之正當公共目的。聯邦憲法法院業已一再強調對有效之犯罪追訴具有不容推卸之需求性、在刑事程序中具有儘可能為完整事實調查之公共利益，並且將重大犯罪行為之有效澄清，視為是法治國家社會之重要委託(vgl. BVerfGE 29, 183 [194]; 77, 65 [76]; 80, 367 [375]; 100, 313 [388 f.])。

bb) 查詢訴願人之電信通信紀錄，對於法律目的之達成係屬適宜的。

尤其在取得構成要件該當行為之證據資料時，為了確定嫌犯之所在地，以及為了澄清電信監察是否以及涉及何人時視為是有效的，查詢命令實為一富具效果之調查手段。從而，當查詢係以經驗上得以知悉嫌犯居留地之目標設定而為之者，則其適宜性將不受到懷疑。

在本案，適宜性之要求在法律適用層面上，亦已充分受到考量。從訴願人擬似與調查程序嫌犯所接觸之通信紀錄中，得以透過其中所顯示之行動電話使用地點識別碼或所撥出之電話號碼，得出各該通緝者所在地之足夠支持點。

cc) 能夠查出嫌犯所在地之其他同樣具適宜性，但較輕微之手段，並不顯然存在。

然而，當所欲追求之目的，得透過對訴願人負擔較少，且尤其是對於其他基本權主體也不會造成較強烈負擔之手段達成者，該命令則構成侵害基本法第十條之基本權利係屬違法。關於必要性問題，無法為抽象之說明。是否存有負擔較少，但卻可同樣地達成所聲稱目標之調查手段可供使用，乃繫於個案之具體情況。此亦適用於通信紀錄應能就嫌犯之所在地提出說明之情形。固然，調查嫌犯之所在地亦得藉由其他之適宜措施為之，例如對與嫌犯接觸之人進行跟監等。是否以此等方法能如同提供通訊資料般，以可接受之費用，但達到具有充分信賴或同樣適宜程度之認知，則僅能依個案判斷之。在此，亦應釐清是否其他可能之偵查手段與其他之重大基本權侵害間具有關連性，以致於可能被要求排除，或在個案中留有衡量之空間。

不同於通訊設備法第十二條，立法者在刑事訴訟法第一〇〇條 a 中明訂了補充性條款。據此，立法者表達出其認為電信之監察與記錄係屬重大侵害之看法。是以，唯有當嫌犯之所在地非以此等方式無法或本質上難以調查時，始得列入考慮。對於立法者原則上將透過通訊設備法第十二條所可能，且不涉及通訊內容知悉之資料記錄監督，視為是較電話監察為輕微之手段，在此並無異議。必要

性原則亦無法導出介於資料提供以及可能之替代性偵查措施之間，存有一定之順位關係。其尤其保留了個案審查之可能性，以判斷替代性偵查措施是否導致相同或加重程度之侵害。

在此，對於罪犯追訴機關而言，並不明顯存在有同樣適宜，但負擔較小之調查措施可供使用。對訴願人持續跟監之可想像替代性措施，同樣涉及到人格權之侵害，且其侵害密度並無法作較小之推測。

dd) 系爭措施亦符合狹義之比例性。介於受基本權保障之自由權侵害程度，以及限制基本權所欲達成之公益目的之間，並非立於一不妥適之關係。法官保留之要求，亦業已受到注意。

(1) 查詢電信通信紀錄對通訊秘密所造成之侵害，係屬重大。

a) 自從一九二八年通訊設備法第十二條生效以降，科技革新業已增加了提供通信紀錄之侵害強度。蓋越來越多之資料在犯罪追訴上，係屬可利用的。在通訊設備法公布時，電話往來尚須透過人工轉接。所提供資料之客體，僅能是轉接人員之行為以及為列帳目的所製作之記錄而已。晚近，在引進自動化轉接站後，此等可能性甚至不復存在。在類比電信技術中，則使用電子機械固定設備以接通通話線路，並在通話完畢後回歸到原始位置。準此，通信紀錄唯有在通話結

束後始得以提供。是以，通訊設備法第十二條對於犯罪追訴而言，幾近不具有任何意義。

自從類比傳輸技術被數位科技取代後，此等情況則已改觀。對於任何通訊往來，皆在數位網路中產生資料串，以使計算機建立及維持連線。當連線係透過傳統之類比電話為之時，則此等資料將被覆蓋，並因而被刪除。反之，倘若連線係透過語言訊號先在通訊參與人之終端機中數位化後再傳輸者，則通信紀錄將可被儲存至帳單製作完成之時。更長期間之儲存，則繫於各別客戶之決定。

在現今，通信紀錄由於數位化之結果，將可被廣泛利用在一定期間內犯罪追訴目的之上。在數位化之電信網路中，所有電信服務得以受到彙整，亦即除語言外，尚有其他資料、文字與圖像。藉此，通信紀錄對於犯罪追訴所具之意義，已大幅獲得提升。而且，有鑑於越來越多之溝通行為係透過電信設備為之，其意義將更可進一步提升。尤其，網際網路已造成困擾。在越來越多之生活領域中，電信參與人從事電信往來通訊行為之個人資料，有可能被他人取得。

b) 電信通信紀錄將自動地被紀錄下來，在此範圍內，其係屬一項獨立於通訊內容種類之技術副產品。縱然如此，從通信紀錄中卻能推論出通訊與移動行為，而其精確度將取決於

所產生資料串之數量與態樣。

從某人電話號碼所儲存之全部通訊資料中，尤其可獲得其社會交往之資料。藉此，偵查機關獲得掌握在涉及之期間內，所有與該號碼有電信通連之人的可能性。而罪犯追訴機關從依據電信法第九十條第三項第一款規定所取得之客戶資料或從公開電話簿中，又可進一步知悉通話對象之職業或工作。藉此，甚至有可能限縮性地猜測出通話內容之類型。從在通訊資料串中所儲存之通訊時間資料以及通連頻率中，將得以推論出接觸之次數，並且必要時得與已知之檔案相結合。其結果是，通訊交換之無偏袒性以及對於通訊設備受到隔離保障之信賴，可能逐漸遭受危害(vgl. BVerfGE 65, 1 [43]; 100, 313 [381])。

c) 在評價侵害嚴重性時，亦應考量到通信紀錄之提供將涉及到為數眾多之人，亦即所有在涉及期間內從事電信通聯之人。其侵害之程度，繫於通話參與人是否維持匿名、何等通訊情境被列入考慮，以及監察措施威脅到通話參與人之何等不利益，或是其非自然畏懼者(vgl. BVerfGE 100, 313 [376])。

聲請提供資料顯示出重大之擴散面，而且即使是僅涉及到交付之電話往來，亦然。只有電話號碼被使用作為個人化之基準。任何一個資料提供之聲請，在措施之作用範圍內，都

會牽扯到為數眾多與犯罪嫌疑無關，且其行為並不致引發干預動機之人（vgl. BVerfGE 100, 313 [380]）。資料之提供，致使偵查機關得以知悉關係人。在此範圍內，亦屬一種基本權之侵害。本身不具嫌疑之人亦遭受到牽連。倘若通訊涉及到未涉嫌之人，則通信紀錄之提供將對其造成一種可能成為國家偵查對象之危機。而此等危機又有可能發展成使其遭受不合理嫌疑之一般性危機。

d) 如同在侵害通訊秘密時之典型情形，命令提供資料並未讓關係人為聽證，因而係在其不知之情況下為之。故就結果而言，其係在秘密之情形下侵害到關係人（vgl. BVerfGE 34, 238 [247]）。此等類型之侵害，對於關係人得以儘早透過法律手段，以對抗已從事並獲告知或以其他方法得知之侵害的權利，造成特殊之危機。

(2) 對通訊秘密之重大侵害，唯有當對立利益亦具相當程度之重要性時，始符合狹義之比例性。犯罪追訴利益之強度，尤其繫於應被澄清犯罪行為之嚴重性與意義（vgl. BVerfGE 100, 313 [375 f., 392]）。就此，掌握通信紀錄作為一般性罪犯追訴之用（前述 aa 參照），並無法滿足憲法之要求。毋寧，其前提應是犯罪行為須具有重大意義、有具體之行為嫌疑，以及存在有確定之事實基礎，足資推定命令所涉及之人從事訊息

中介人之活動。

a) 對於犯罪行為之嚴重性，立法者現已在刑事訴訟法第一 0 0 條 g 中加以具體化，以助於界定通信紀錄取得之法治國家利益。雖然，存在有刑事訴訟法第一 0 0 條 a 第一句所列舉之行為，並非為下命之必要前提要件。然而，其可用以強調適用於具重大意義犯罪行為之情形，並因而為法律評價提供支持點。從而，通信紀錄之公開有可能對通訊過程與停留地形成一詳盡印象之情況，應受到考慮。其侵害之強度雖不及於涉及通訊內容之電話監察，但仍屬重大。重大意義犯罪行為之概念取向以及標準案例之揭示，亦被視為是法秩序對偵查手段所採取之一種界限特徵（vgl. BVerfGE 103, 21 [33 f.]; BGHSt 42, 139 [157]）。這將顯示出，此等侵害僅有在被立法者一般性地評價為特別重大犯罪行為發生時，始具有正當性。再者，犯罪行為必須在具體個案下，具有重大意義（vgl. BVerfG, 3. Kammer des Zweiten Senats, NJW 2001, S. 2320 [2321]; VerfG des Landes Brandenburg, StV 2002, S. 57 [58]），例如依所受損害以及對公眾危害程度而定（vgl. Welp, GA 2002, S. 535 [539]）。此等基準——亦即是否一犯罪行為是如此重大，以致於查詢通信紀錄得以被正當化——在通訊設備法第十二條中亦被引之為判準，而指出比較可能性。

b) 嫌犯涉嫌之強度，亦是判斷所追求利益重要性之主要因素（vgl. BVerfGE 100, 313 [392]）。調查通信紀錄之前提要件，在於須具備有具體之行為嫌疑。在特定事實之基礎上，應推定嫌犯應有足夠之可能性，將違犯具重大意義之犯罪行為（vgl. auch BVerfGE 100, 313 [394]）。

c) 在判斷命令對象得否被視為是訊息中介者時，確定之事實基礎亦同樣是不可或缺的。基此，刑事訴訟法第一〇〇條a及第一〇〇條b要求，唯當有特定事實足以推定，嫌犯以外之其他人接收或轉發以嫌犯為收訊人或由嫌犯所發送之信息，或嫌犯使用該號碼時，始得對彼等人採取措施。通訊設備法第十二條應為相符之限縮解釋。單純之推測，對於訊息中介之認定尚不足夠。

d) 此等嚴格之要求，同時亦應考量到電信基礎建設設置時之科技發展及其利用，將可能較之於通訊設備法第十二條生效時為更嚴重侵害之情況（前述(1)(a)參照）。從而，通訊設備法第十二條原則上並不因規範形成時可能之措施顯具較輕微之影響程度，而不具可適用性。

(3) 在本案中，法院對於侵害通訊秘密以及犯罪追溯利益間之關係已為妥適之裁判，憲法上並無疑義之處。

a) 兩案中之原因行為皆是如此

重大，致使查詢通信紀錄係屬正當的。在憲法訴願1 BvR 348/99中系爭措施之採行理由，具三重謀殺之嫌疑。謀殺係為刑事訴訟法第一〇〇條a第一句所列舉之犯罪行為，其存在亦使得根據通訊設備法第十二條所作之要求為合理。在1 BvR 330/96程序之情形，法院同樣認為查詢紀錄係存在有正當之原因行為。嫌犯Schneider被逮捕所根據之犯罪行為雖然不在刑事訴訟法第一〇〇條a第一句所列舉之犯罪行為中，然而卻頗具嚴重性。命令作成之動機為刑法第二百八十三條以下與信用詐欺及逃漏稅相結合之破產犯罪（Insolvenzstraftaten）。已估計之損失共計達二十至三十億馬克，且已有為數眾多之受害人。此涉及到德意志聯邦共和國最大經濟犯罪之一。經濟犯罪行為亦得具有重大意義。對於犯罪行為之嚴重性，並不完全取決於所涉及之法益；行為違法與損害範圍亦同樣為其基準。歸責於嫌犯Schneider之罪犯行為，有鑑於其犯行之種類、受害人之數量，以及損害之範圍，尤其具有足夠之刑法上重大性。

當訴願人質疑命令之妥適性，而認為偵查程序僅涉及到犯罪追訴，而非涉及重大法益之危險防禦或德國之安全利益時，吾人對此並無法予以認同。澄清與追訴犯罪行為之利益，除了具有避免進一步犯罪之利益

外，更具有獨立之憲法上意義。

b) 對於查詢紀錄所必要之嫌犯涉嫌程度，在本案無庸置疑。在兩個程序中，基於急迫之行為嫌疑，皆對嫌犯已發佈有拘票，並為逮捕之懸賞。

c) 對於法院在系爭裁判中，本於充分之事實基礎，以推定訴願人作為嫌犯之訊息中介人一事，在憲法上亦無疑問。在訴願人 1 之情形，訴願人 1c 持有嫌犯就對其本身非難表示意見之原始錄音帶，此對於命令提供資料而言，被視為是決定性之因素。在此情形下，存有充分之事實基礎證明訴願人 1c 與嫌犯有所接觸。憲法上尤其不生疑問的是，犯罪追訴機關認為錄音係本於嫌犯之意願，與訴願人 1 所共同完成。

針對訴願人 2 而言，有鑑於具備有訊息中介人特性之事實基礎，是以，查詢通訊紀錄之法院命令亦通過憲法上之審查。邦法院在其裁判理由中指出，訴願人 2 一再地與嫌犯 Klein 進行直接接觸。訴願人 2 在系爭裁判中，對此事實之確認並不爭執。

ee) 在通訊設備法第十二條及刑事訴訟法第一 0 0 條 b 中所規定之法官保留，業已獲得尊重。

命令之法官保留，旨在藉由一獨立且中立之法院，對措施作一預防性之審查。法官基於其人事上與事務上之獨立性以及僅受法律之拘束，在個

案中得以對相對人之權利為最佳且最安全之維護(vgl. BVerfGE 103, 142 [151] m.w.N.)。此亦適用於侵害通訊秘密時，本於比例原則之要求對相互對立法律地位所作之衡量。

衡量主要取決於個案之具體情況。調查法官之任務與義務在於自負責任地形成裁判，而非僅是對於檢察官要求查詢通信紀錄之聲請，單純作一概括地審查。屬於法官之個別決定，計有侵害要件之謹慎審查，以及在具體情形下為確定侵害妥適性所進行之廣泛衡量。機械式地作出命令，並不與此等任務相契合。侵害通訊秘密之法官命令必須充分描述行為非難，以致於得以形成一外在之框架，並且必須將侵害限制在該框架之中(vgl. – zu Art. 13 Abs. 1 GG – BVerfGE 103, 142 [151 f.])。系爭措施尚須在充分之範圍內，符合與該框架。

然而，區法院僅藉由已發布之拘票以及確定所在地目標之指示，為其所為命令賦予理由，而其他部分則局部地重複通訊設備法第十二條之文義。有關於訴願人作為訊息中介人以及侵害訴願人權利之必要性與妥適性之論述，則付之闕如。

地方法院雖然形式上並不對該理由加以指責，但卻自行賦予進一步之理由。對此，其表明出訴願人作為訊息中介人之行為，並就比例原則為

進一步論述。雖然適當之問題思考，尤其應該是媒體事業及新聞記者是否享有不受此等措施效力所及之特別保障；但在此範圍內，亦包含有對於措施在具體情形下必要性與妥適性之說明。因此，對其並不存在有憲法上非難。

4. 在憲法訴願 1 BvR 348/99 所涉及之原始程序中，即使法院命令延伸至透過所謂的來電追蹤（Zielwahlsuche）而特別取得之來電通信紀錄時，亦具有憲法之正當性。

在現行刑事訴訟法第一 00 條 g 第二項所規定之來電紀錄查詢命令，亦在通訊設備法第十二條以及另外在刑事訴訟法第一 00 條 a 及第一 00 條 b 中，業已有所依據。審查限於是否聲明在法律適用時，基本法第十條之基準已受到尊重。對此，應給予肯定。

a) 一般而言，在電信往來結算時，來電之通信紀錄並無法獲得。對於受話人之資費計算而言，原則上該資料並不需要，蓋通話費原則上應由發話人獨自負擔。從而，上述(3)所稱一般連線資料之提供，並無法滿足來電通信紀錄所帶來之犯罪追訴利益。

來電追蹤可解決此等不足，其可查出撥至特定電話號碼之未知的來電號碼。倘若服務提供者應犯罪追訴機關之要求，提供通話號碼之資料，則在電子資料處理系統中為列帳業務所

設定之搜尋例程序，將無法適用，蓋每一位其他之網路參與人皆可撥打電話至所指定之號碼。實施來電追蹤之前提，乃在於所有由服務提供者所架設電話之通訊資料串以及所儲存之其他通信紀錄，與被詢問之電話號碼相比對（vgl. Welp, Überwachung und Kontrolle, 2000, S. 20 ff., 33 ff.）。根據德國電信公司之表示，在二 0 0 二年中，於兩億一千六百萬通之每日電話通話中，在為期三天之通信紀錄串儲存期間內，即有一通平均有兩次被列入來電搜尋之中。

b) 從來電通信紀錄之特性與必要性以觀，其與其他通信紀錄間，並不存有特殊性。然而，在狹義比例性之審查時，應對所涉及人員之龐大數量加以補充考量。蓋在法律及其解釋之層面上，判斷限制通訊秘密措施之妥適性時，對於多少人遭受到如何強度之侵害，應併同決定之（vgl. BVerfGE 100, 313 [376]）。

aa) 在實施來電追蹤後，基於資料顯示與有疑問電話號碼連線之電話號碼持有人將受到調查，並且被犯罪追訴機關通知為「中獎人」（Treffer）。此等人本於基本法第十條第一項所保障之基本權利，將受到波及。而此即成為採取進一步措施之基礎，例如調查嫌犯所在地等。從基本權之觀點，關係人如同從既存通信紀錄中被調查之人一般，受到類似方式

之負擔。

bb) 因來電追蹤所取得資料之價值，並非在於其促使進一步犯罪追訴之積極內容。由於來電追蹤之資料比對涉及到服務提供者所儲存之全部通信紀錄，故資料之提供同時含有在所涉及期間內，除所告知之電話號碼外，無其他號碼與被查詢號碼曾有連線之消極意涵。此等內涵涉及到數百萬人之範圍。然而，措施係由機器所為，並且在比對無結果之情形下，仍保持匿名、無紀錄，以及犯罪追訴機關並不知悉之利益。在此範圍內，對主觀權利並無侵害。

cc) 從而，即使大部分被來電追蹤所涉及之電信參與人並不具有基本權被侵害之屬性(vgl. BVerfGE 100, 313 [366])，在判斷法律授權及其解釋之妥適性時，關係人之龐大範圍仍是具有意義的。基本法第十條保護個人免於受到國家侵害其通訊秘密，並且在客觀法內涵上，亦保障整體社會意義下之電信秘密。當調查措施之擴張導致濫用之危機以及受監察人之查覺時，則電信利用之無偏袒性以及社會溝通之品質將受到危害。為保護基本權主體而創設出之法律預防措施，亦係以公眾之信賴為表徵。此外，保護可能性得經由程序法上之預防措施為之(vgl. BVerfGE 65, 1 [44]; 67, 157 [183]; 100, 313 [359 ff.])。

dd) 在本案中，無須對於來電追

蹤之妥適性是否單獨透過措施補充性之注意，如同在現行刑事訴訟法第一〇〇條g第二項中所揭示般，而獲得維繫之問題，加以決定。有鑑於三重謀殺行為非難之嚴重性、對行為涉嫌以及訴願人2作為訊息中介人特徵之具體事實依據，以及二十年來調查嫌犯 Klein 之所在地卻無結果等因素（前述 3 ee 參照），在本案中對於來電追蹤而言，其侵害妥適性之實體上要求無論如何亦獲得滿足。基於犯罪行為之特別嚴重性，在本案中亦無庸對於是否來電追蹤原則上僅在有事後監督之確保時，例如透過資料保護受託人或國會委員會等，始被考慮之問題，加以說明。

III. 基本法第五條第一項第二句

系爭措施並不違反訴願人本於基本法第五條第一項第二句所保障之基本權利。

1. 縱然如此，通信紀錄之取得涉及到出版自由以及以廣播電視為媒介之報導自由的保障範圍(Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG)。

媒體自由係為自由民主基本秩序而建構(vgl. BVerfGE 7, 198 [208]; 77, 65 [74]; stRspr)。從而，自由的出版以及自由的廣播電視對於自由國家而言，具有特別之意義(vgl. BVerfGE 20, 162 [174]; 50, 234 [239 f.]; 65 [74])。據此，基本法第五條第一項第二句保障在出版及廣播電視

領域內工作之人與組織之主觀自由權，並且除此之外，在其客觀法上意義，亦保護出版及廣播電視——從資料取得直到新聞與意見播送——之制度上獨立性（vgl. BVerfGE 10, 118 [121]; 66, 116 [133]; 77, 65 [74 ff.]）。

出版及廣電自由之保障範圍，包含媒體得以妥適方式實現其功能之所有必要前提要件與輔助活動。受到保障者，尤其為消息來源之保密，以及出版業或廣播電視業與消息提供者之間的信賴關係（vgl. BVerfGE 100, 313 [365] m.w.N.）。

此外，國家機關原則上不得試圖探知在報章中所印刷或在廣播電視中所播送之新聞或報導的形成過程（vgl. BVerfGE 66, 116 [133 ff.]）。因此，媒體對其自為觀察與採訪結果之文件的保密，亦屬值得保護之利益（vgl. BVerfGE 77, 65 [75]）。與報導對象進行接觸，亦在保障之列。

2. 基於聲請而提供之電信往來紀錄，侵害到訴願人之出版與廣電自由。

a) 雖然紀錄係由電信事業所提供，然而其僅為執行國家本於公權力所為命令之行為而已（前述 II 2 a 參照）。

b) 通信紀錄之取得係屬對於基本法第五條第一項第二句基本權之侵害，蓋國家因而知悉到原為訴願人所不願交付之資料。縱使紀錄查詢命

令並非在於公開媒體所保密資訊，而係旨在調查同時具備消息提供者身分之嫌犯的所在地，其侵害特性亦不因之而消失。蓋介於媒體與消息提供者間之自由消息管道，將因消息提供者恐懼提供資料予新聞記者會遭致困難而受到危害。此等不利益不僅可能透過消息提供者之身分曝光而產生，更可能透過犯罪追訴機關經由干預對媒體採取行動，以調查消息提供者所欲保密之重要資料，例如所在地或類似事實等而形成。消息提供者可能因害怕曝光，而放棄提供消息予出版者。

由於要求查詢通信紀錄並不限於是否發生所懷疑之特定電話接觸，故在一定期間內，歸屬於目標對象之所有通信紀錄，將被查詢。此將可能導致截至目前為止身分尚未被得知，且受媒體保密之消息來源的曝光。此等情況之得知，亦招致媒體自由之侵害。

此外，國家知悉因新聞採訪工作所進行之接觸，亦侵害到編輯秘密。除了媒體與其消息提供者所存在之信賴關係外，編輯秘密亦具有獨立之意義（vgl. BVerfGE 66, 116 [133 ff.]）。

3. 侵害基本法第五條第一項第二句之基本權利，具有憲法上之正當性。專業法院認為通訊設備法第十二條及刑事訴訟法第一〇〇條 a 並不具

有規範上之漏洞，其可透過準用刑事訴訟法第五十三條第一項第一句第五款所規定之拒絕作證權加以填補。專業法院之此等解釋，在憲法上無可異議。

a) 基本法第五條第一項第二句並非一般性地將記者排除在通訊設備法第十二條及刑事訴訟法第一〇〇條 a 所規定刑事訴訟措施之外。

aa) 出版及廣電自由並非毫無限制地受到保障。根據基本法第五條第二項規定，其可透過一般法律之規定加以限制之。例如刑事訴訟法及其賦予每一國民在刑事程序中協助事實調查，以及容忍法定調查措施之原則性義務的補充規定，皆屬之。然而，在一般法律中對出版及廣電自由所作之限制，必須在基本權保障之觀點下解讀之。在所要求之衡量範圍內，限制法律所欲保障法益之重要性應受到考慮（vgl. BVerfGE 77, 65 [75]）。

bb) 在審酌媒體自由相對於國家犯罪追訴利益之重要性時，應考慮到涉及到雙方面之行為旨在獲取資料；而所欲追求之利益，抽象上卻無任何一方明顯地優先於另一方之情形。立法者既不被制止，亦不被無限制地賦予出版及廣電自由優於其他重要公益之絕對優勢地位。司法之重要性，尤其應受到考慮（vgl. BVerfGE 77, 65 [75 f.]）。

憲法上之所以賦予媒體訊息取得之保障，其理由在於媒體對於提供人民資訊，以及以此為基礎所建構之個人與公共意見形成，作出了原則上遍及所有生活領域之貢獻（vgl. BVerfGE 35, 202 [221 ff.]; 101, 361 [389]; stRspr）。透過媒體所傳播之資訊，為溝通之社會過程中一項重要之構成要件。在私人與公共事務上，其給予人民指引。因此，媒體所提供之資料為人民溝通上發展以及自由民主運作方式之一項本質性的前提要件。

犯罪追訴機關之行為也是為了公益，並且在法治國家中頗具高度意義（前述 II 3 b aa 參照）。透過犯罪追訴措施對犯罪行為之可能澄清，以及其對確保刑法受到遵守之貢獻，可能因拒絕作證權或類似之犯罪追訴程序法上限制，而受到重大影響（vgl. BVerfGE 77, 65 [76]）。

從憲法中並無法導出犯罪追訴利益原則上退居於媒體採訪利益之後的結論。然而，記者之保護受到一般且廣泛肯定的結果是，其在澄清犯罪行為時，維持不受要求交付電信往來資料措施之干擾。反之，犯罪追訴利益一般性地優先於媒體利益之結論，亦無法以抽象之方式加以確認之。

cc) 有鑑於受傳統與「新興」媒體影響之公共溝通以及與此有關之

活動與從業者的多樣性，立法者應決定記者或媒體業者免受刑事訴訟措施之事由與效力範圍。出版及廣電自由不應僅從媒體之觀點出發，而且不應被理解為對於任何有助於新聞蒐集與傳播行為之廣泛特權。立法者應衡量，是否以及在如何範圍內新聞工作之執行，使得媒體自由相對於法治國家之司法利益具有優位性，並且相對於此等利益，出版及廣電自由在何等範圍內將遭受到界限（vgl. BVerfGE 77, 65 [77]）。

在刑事訴訟中，立法者已創設了保護新聞採訪工作之特別規定。就此，其在記者之拒絕作證權以及其他特別規定中，因不同之偵查措施而作區分。例如當涉及到消息提供者所提供消息之人或內容時，記者依刑事訴訟法第五十三條第一項第一句第五款規定，得完全免除作證義務。當涉及到文件或其他類似書面時，只要文件尚在拒絕作證權人保管中，根據刑事訴訟法第九十七條第五項之規定，扣押禁止與拒絕作證權則取得一致性。若欠缺者，則得為扣押。相同情形於刑事訴訟法第九十九條所規定之郵件扣押，準用之。

據上所述，立法者賦予保管因素重要意義，而視為是保護需要性之要素。關於在本案中應加以裁判之資料提供，則欠缺此等要素。蓋通信紀錄係在電信服務經營者手中，因而存在

於第三人處。在採訪與重大犯罪行為具有關連性時，當記者主動參與發現消息提供者之身分係非受犯罪追訴機關強迫者，則消息提供者無論如何皆應受到保障。當消息提供者檔案處於記者支配領域之內時，則該檔案亦受到保護。消息提供者可繼續獲得信賴。

dd) 在其形成權限之範圍內，立法者即使並非全部，但卻已掌握到典型之衝突狀況，且以一般性之方式，在媒體自由權以及法治國家刑事審判必要性之間作一衡量。然而，根據聯邦憲法法院之一貫性見解，此等規範並非必然是窮盡規定（vgl. BVerfGE 64, 108 [116]; 77, 65 [81 f.]）。當基本法第五條第一項所要求之最低保障業已在一般性規定中獲得充分之考量時，則將欠缺另為額外預防措施之理由。記者採訪利益之充分考慮，並非單獨從是否存在有針對媒體之特別規定為斷。

(1) 當聯邦憲法法院強調，基本法第五條第一項第二句對於未涉及法定拒絕作證權之情形亦具有意義時（vgl. BVerfGE 64, 108 [119]; 77, 65 [81 f.]），由此尚無法從憲法直接導出一般拒絕作證權。其所涉及者，毋寧僅為在各相關法規範之解釋與適用時，應可能考慮到基本法第五條第一項第二句之放射效力。在此意義下，根據通訊設備法第十二條及刑事訴

訟法第一〇〇條 a 所為措施亦適用於記者之立法決定，在本案中應受到肯定。然而，在比例性審查時，應考量到個案之特殊性。

調查通信紀錄係以存在有具重大意義之犯罪行為、具體之行為嫌疑，以及足夠確定之事實基礎證明命令對象具訊息中介人特性為前提（前述 II 3 b dd (2) 參照）。由於此等構成要件要素，調查通信紀錄之法律門檻極高。基本法第五條第一項第二句不要求進一步之法律預防措施，以保障記者之採訪。縱然如此，在審查各該命令之前提要件時，應考慮到基本法第五條第一項第二句之放射效力。

(2) 在本文中，對於法院肯定上述要件之存在，並不生憲法上疑義。

不同於訴願人之見解，法院並未誤解縱使欠缺一般之拒絕作證權，刑事訴訟上之監督措施在具體個案中，亦可能視為是對廣電及出版自由所為之不合比例的限制。訴願人 1a 對於地方法院之見解，即刑事訴訟法第五十三條第一項第五款之職業上拒絕作證權「係窮盡規定，並且是無法從基本法第五條第一項第二句中加以擴張的」，有所誤解。透過所引用之陳述，地方法院並不希望在個案中排除比例性之審查。雖然法院為上述見解，然而事實上卻已從事此等比例性之審查。

法院已認知到具體措施對於基

本法第五條第一項第二句之保障所產生之結果效力。然而，其卻將犯罪追訴以及調查拘票所找尋對象所在地之具體利益，與媒體自由對立而置。在指出有事實基礎之行為嫌疑、犯罪行為嚴重性及意義——三重謀殺、重大之經濟犯罪——，以及澄清困難之下，措施之妥適性具有理由（前述 II 3 b dd (3) 參照）。法院鑑於所確認之情況，將記者資料之調查視為正當，並無憲法上之異議。

將訴願人定位為訊息中介人（前述 II 3 b dd (3) 參照）並不與基本法第五條第一項第二句相違背。然而，單單是具有記者身分之關係人採訪嫌犯之情況，尚不充分。新聞採訪工作並無法導致記者具有高於其他基本權主體之危機，以成為追訴第三人犯罪時調查通信紀錄之對象。尤其不得僅以記者因採訪之故，對被通緝犯罪人之認知較其他人民為多之經驗法則，即作為課予記者義務之依據。毋寧，由一行為而推定為訊息中介人，必須以涉及個別情形之具體事實為據。除一般性的經驗法則外，必須有特定之事實以支持所涉及及記者與被通緝犯罪人有進行接觸之推論。而此事實即使在下命向其他人採取相關措施之情形，亦屬充分。對此，地方法院業已以憲法上無可異議之方式推定之。

被推定為重大之犯罪追訴利

益，並非以一種對訴願人廣電及出版自由造成嚴重侵害之方式而與其相對立，以致於措施應被視為是不合比例的。此處應考慮到本案中應加以裁判之措施並非涉及到典型消息提供者身分之揭發，而係關係到一個——已被知悉——嫌犯所在地之調查。記者得不受干擾地與被通緝嫌犯電話接觸之利益，在何等範圍內享有憲法之保障，在此無庸決定。在憲法上，比起與消息提供者溝通之利益而言，其原則上具有較小之重要性。蓋消息提供者賦予媒體擁有對公眾重要之訊息，例如弊案之揭發與說明。

IV.基本法第十九條第四項

1. 從結果而論，在 1 BvR 330/96 程序中所系爭之地方法院的決定，並不侵害到訴願人 1a 本於基本法第十九條第四項所享有之基本權利。然而，對其異議不予受理所採行之理由，即對於確認業已執行完畢措施之違法並不存在有合理之利益，係與有效之權利保護原則不相一致。

a) 基本法第十九條第四項所保障之權利保護有效性，禁止法律救濟法院使依各該訴訟法所開啟之法律救濟途徑成為不具成效。法律救濟法院在回答問題時，應考量到在具體個案中，訴訟法所許可之法律救濟途徑是否存在有權利保護利益。在程度重大之基本權侵害情形，因系爭高權行為所導致之直接負擔，依典型之程序

進行，相對人幾乎難以在有限急迫時間內，要求訴訟法所定之法院為裁判，則亦存在有權利保護利益。有效之基本權保護要求相對人應擁有機會，訴請法院聲明程度重大——即使事實上已不再有持續效力——基本權侵害之正當性（vgl. BVerfGE 96, 27 [39 f.]; BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, NJW 1998, S. 2131 f.）。

基於前述考量，截至目前為止，聯邦憲法法院已承認在住宅及營業場所之搜索、已終結之警察法上強制安置、法院暫時性命令安置精神異常之人，以及遣返拘留等情形，具有訴訟上過時之權利保護利益（vgl. BVerfG, NJW 2002, S. 2456 f. m.w.N.）。

b) 在考量此等憲法原則下，因不服依通訊設備法第十二條所為電信通信紀錄查詢命令所提起之異議，不得僅從訴訟過時之觀點，以法院命令業已執行，且措施因而終結為由，認為不合法而予以不受理。在下命查詢通訊往來之情形，基於對基本法第十條第一項以及在此另外地對基本法第五條第一項第二句基本權侵害之重大性，毋寧亦應肯定權利保護利益。

程度重大之基本權侵害，不僅只可能發生在基本法本身已將命令權限保留予法官——例如第十三條第二項至第五項以及第一〇四條第二項與

第三項— 之情形 (vgl. BVerfGE 96, 27 [40]), 毋寧亦有可能發生在法律將侵害保留予法官之情形。此顯示出, 立法者認為侵害重大, 因此如同通訊設備法第十二條以及刑事訴訟法第一〇〇條b第一項之情形一般, 原則上將其繫於法官之決定, 俾在下命時, 預防性之法院保護業已受到保障。

此外, 聯邦憲法法院並非僅從基本權侵害之強度, 而認為刑事訴訟上措施雖已訴訟上過時, 但仍具有受專業法院審查之必要性; 毋寧亦以程序進行之特殊性為立論。若無法院事後審查之可能性, 則在電話監察以及查詢電信資料之情形, 相對人之權利保護將淪為空轉。蓋調查法官必須在無聽取相對人意見之情形下作出決定, 並且通知唯有在措施執行後始得為之。倘若基於憲法上之正當理由,

基本權之侵害以秘密為前提要件者, 則相對人之後要求法院確認措施違法之值得保護利益, 不應只是例外地受到肯定而已。

c) 綜上論結, 地方法院在系爭裁定之主文中認為訴願人 1a 之異議不合法而不予受理, 雖然與基本法第十九條第四項不符, 但此等基本權之侵害並無法正當化裁判之廢棄。地方法院業已對系爭命令之實質合法性問題 — 即使是在補充理由中 — 加以討論, 因而從基本法第十九條第四項所導出之有效權利保護請求權在程度重大之基本權侵害中, 總體上而言已充分受到考慮。因此, 單獨從主文中並無法確認出一項可分離之憲法上疑義。

2. 區法院之決定, 看不出對基本法第十九條第四項有所侵害。

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

