

【監聽案】判決

BVerfGE 30, 1-30 - Abhörurteil
聯邦憲法法院第二庭 1970.12.15 判決 -2 BvF 1/69;
2 BvR 629/68 u. 308/69

林三欽 譯

裁判要目

裁判要旨

案由

判決主文

理由

A. 憲法訴願案例事實之介紹

I. 通訊監察法制之增訂、修正

1. 佔領國之保留權

2. 基本法第十條之修正

3. 「書信、郵件及電信秘密限制法」之制訂

a) 關於書信、郵件及電信秘密法部分

b) 第二條：關於刑事訴訟法部分

4. 各邦之配合立法

II. 黑森邦政府所提起之

「抽象規範審查」程序

1. 請求之內容

2. 理由之陳述

a) 人性尊嚴

b) 法治國原則—無漏洞之權利保護原則

c) 權力分立原則

d) 可能的合法化事由皆不成立

3. DDrig 及 Evers 二位教授之鑑定書

III. 數位曼海姆市法官、律師等人之憲法訴願

IV. 各級議會及政府之立場、反應

V. 合併審理及判決

B. 受理要件之審查

1. 規範審查部分

II. 憲法訴願部分

1. 針對「書信、郵件及電信秘密限制法」
2. 針對基本法第十條之修正內容

C. 基本法第十條第二項第二句之合憲性審查

I. 基本法第十條第二項第二句有無抵觸基本法第七十九條第三項

1. 基本法第十條第二項第二句之解釋
 - a) 書信、郵件及電信秘密之限制保留
 - b) 乎基本法重要原則與價值秩序之解釋
2. 基本法第七十九條第三項的解釋
 - a) 阻止經由「憲法修正法」廢除現行憲法體制之本質及基礎
 - b) 其他禁止變動之憲法內涵
 - c) 不得變動「人性尊嚴不可侵犯原則」

II. 基本法第十條第二項第二句符合基本法第七十九條第三項之規定

1. 排除對當事人的告知並未違背尊重人性尊嚴的要求

2. 以其他的合法性審查手段取代法院救濟途徑並未侵犯人性尊嚴
3. 以其他的合法性審查措施來取代法院救濟途徑並未侵害權力分立原則
4. 未與法治國原則衝突
5. 一般憲法原則之體系範圍內修正未抵觸基本法第七十九條第三項

D. 其他條文之合憲性審查

1. 聯邦立法權限之依據
2. 「書信、郵件及電信秘密限制法」第一條、第二條與第三條之憲法依據
3. 「書信、郵件及電信秘密限制法」個別條文合憲性之裁決
 - a) 「書信、郵件及電信秘密限制法」第九條第五項之規定合憲
 - b) 「書信、郵件及電信秘密限制法」第五條第五項局部違憲無效

E. 作成判決之表決票數 不同意見書

1. 基本法第十條第二項第二句不得以合憲解釋方法解釋之
 - a) 不必通知當事人即可監聽

- b) 對該條文之解釋不符合修憲目的
 - c) 本判決之解釋已侵越立法權
2. 該修憲不符基本法第七十九條第三項
- a) 基本法第七十九條第三項宣明特定憲法基本原則不得修改
 - b) 人性尊嚴係基本的憲政原則
 - c) 該修憲規定已「影響」基本法第一及第二十條所載之原則
3. 聯邦內政部長的意见不盡合理
- a) 本案與三個西方佔領國將其保留權之放棄無涉
 - b) 防衛性民主在本案中的意義

裁判要旨

1.若當事人因不知權利受侵害，而不可能針對執行（法律）之處分進行救濟程序，則該當事人應有權直接針對法律提起憲法訴願；針對執行（法律）之處分的憲法訴願如因其他原因而不能提起時，亦同。

2.依據比例原則，基本法第十條第二段第二句應僅作下列解釋：在不危及監視措施之目的、自由民主基本體制之保護、聯邦及邦之存續或維護的情況下，該條文要求在事後將監視之事宜告知當事人。

3.基本法第十條第二項第二句在考量比例原則之下要求，「書信、郵件及電信秘密限制法」須僅限於以下情形始得容許侵犯書信、郵件及電信秘密：有具體情狀足以令人懷疑某一行爲是敵視憲法行爲，而且在具體案情中於用盡其他可能的調查方法後，此一敵視憲法行爲只有以侵犯書信、郵件及電信秘密之方法才足以應付。

憲法要求將監視措施限制在無法避免的必要範圍內，而此一要求並不排除將監視擴及至第三人的通訊聯繫，只要此通訊聯繫足以被認定是爲嫌疑人之犯罪目的而使用。

4.基本法第十條第二項第二句要求，「書信、郵件及電信秘密限制法」須規定一個在實體上及程序上相當於法院審查之事後查核程序，即使當事人並無參與此一

替代程序之機會。

5.基本法第七十九條第三項禁止原則性的放棄該條項所舉出之原則；但它並不阻止，經由修憲在體系範圍內修正重要的憲法原則。

6.執行法律的公權力機關於對待人民時如侵犯人性尊嚴，就是蔑視人格價值的表現。

7.權力分立原則允許，針對行政行為之權利保護措施例外地非由法院所給予，而是在行政功能範圍內由國會所任命或組成之獨立機構來給予。

8.國會中的多數也可能濫用其權利。一個黨團或聯合執政聯盟，如果單方面組成「書信、郵件及電信秘密限制法」第九條第一項所規定之推選委員會，並進而單方面地組成同法第九條第三項所規定（限制措施審查）小組，恐有濫用職權之虞。

案 由

本判決為聯邦憲法法院第二庭於 1970 年十二月十五日所作成，並曾於 1970 年七月七日舉行言詞審理。本判決係針對下列各案件：

1.黑森邦政府於一九六九年九月二十九日聲請對於下列條文進行憲法（規範）審查：

a)1968 年六月二十四日所頒布之「第十七次基本法增訂法」第一條第二款，因該條款經由增訂基本法第十

條第二項第二句後段，允許由民意代表所任命之機關作事後審查以替代司法救濟途徑，另外也對同法（「第十七次基本法增訂法」）第一條第六項進行審查，

b)1968 年八月十三日所頒布之「書信、郵件及電信秘密限制法」第九條第五項；

2.法官 K 博士，律師 L 博士，實習法官 N 博士，P 律師及律師 S 博士等人，針對基本法第十條第二項第二句，基本法第十九條第四項第三句，以上述二條文根據一九六八年六月二十四日頒布之「第十七次基本法增訂法」所得之內容，以及針對一九六八年八月十三日頒布之「書信、郵件及電信秘密限制法」第五條第五項及第九條第五項所提起之憲法訴願；

3.律師 H 博士，代理人律師 F 博士，Z 博士，S 及 R 博士，針對基本法第十條第二項第二句及基本法第十九條第四項第三句，以上述二條文根據一九六八年六月二十四日頒布之「第十七次基本法增訂法」所得之內容，針對一九六八年八月十三日頒布之「書信、郵件及電信秘密限制法」第二條第二項第二句及第九條第五項，以及針對刑事訴訟法第一百條 a 第二句，以其根據一九六八年八月十三日頒布之「書信、郵件及電信秘密限制法」第二條 Nr.2 所得之內容所提起之憲法訴願。

判決主文

I. 1.一九六八年六月二十四日頒布之「第十七次基本法增訂法」(BGBl. I, S. 709)第一條第二款關於增訂基本法第十條之部分，以及同法第一條第六款一新修訂之基本法第十條第二項第二句及第十九條第四項第三句——根據判決理由所得出之解釋，符合基本法第七十九條第三項之規定。

2.一九六八年八月十三日所頒布之「書信、郵件及電信秘密限制法」第九條第五項(BGBl. I, S. 949)符合基本法之規定。

II. 1.一九六八年八月十三日所頒布之「書信、郵件及電信秘密限制法」第五條第五項(BGBl. I, S. 949)，在「告知被監視人」並不會危及監視目的之情況下，仍排除對被監視人告知監視措施這一部份，違反基本法第十條第二項第二句之規定因而無效。

2.憲法訴願其餘部份駁回。

理 由

A. (憲法訴願案例事實之介紹)

I. (通訊監察法制之增訂、修正)

1.根據基本法第十條舊條文之規定，書信、郵件及電信秘密是不可侵犯的，相關的限制措施僅得基於法律

(auf Grund eines Gesetzes) 而為。

一九四五年後（德國之）佔領國首先根據佔領法監視書信、郵件及電信往來，而在德意志聯邦共和國成立後，三個西方佔領國基於佔領的地位也同樣進行監視。縱使在一九五五年五月五日德意志聯邦共和國之主權已產生之後，這三個西方佔領國仍保留這項權利之行使。但是他們聲明，「在德國主管機關經由立法取得相關之授權（以進行監聽）時」，所保留之權利即消滅。（一九五二年五月二十六日訂立之德意志條約第五條第二項）

2.爲了使這些「保留權利」消滅，基本法第十條做了如下之修改：在一定之條件下「書信、郵件及電信秘密之限制」可以在不告知當事人並排除法院救濟途徑之情況下進行。

一九六八年六月二十四日頒布之「第十七次基本法增訂法」（BGBl. I, S. 709）第一條局部條文如下：

一九四九年五月二十三日頒布之「德意志聯邦共和國基本法」（BGBl. , S. 1）作如下之補充：

...

2. 第十條修改後之條文如下：

「第十條

書信、郵件及電信秘密是不可侵犯的。

限制措施只得基於法律而為。如果該限制措施有助於自由民主基本體制、聯邦或邦存續或安

全的保護，則該法律可以作以下之規定：該限制措施將不告知當事人，而且以議會所任命之機關或輔助機關進行事後審查來取代訴訟救濟途徑。」...

6.第十九條第四項增加以下文句：「第十條第二項第二句之規定除外。」

3.在細節部份「書信、郵件及電信秘密限制法」(一九六八年頒布之「書信、郵件及電信秘密限制法」(BGBI. I, S. 949) 規範了侵犯的可能性及其程序。

a)「書信、郵件及電信秘密限制法」第一條規定：

(1) 為防衛對於自由民主基本體制、聯邦或邦之存續或其安全，包括在德意志共和國境內駐紮之德國以外其他北大西洋公約締約國之部隊，或在柏林邦境內三強國其中一國部隊之具脅迫性危險，聯邦或邦之憲法防衛機關、聯邦部隊安全局及聯邦情報署有權拆開並檢視屬於「書信、郵件及電信秘密」概念之傳送文件、讀取電報之內容並對無線通訊加以監聽及錄音。

(2) 德意志聯邦郵政局須基於命令對有權單位提供關於郵件及通訊往來之資訊，將各方交由其以郵政或電信傳遞之書信郵件交付與有權單位，並協助進行電話監聽及電報傳遞內容之讀取。根據「書信、郵件及電信秘密限制法」第二條之規

定，當有事實足以懷疑，有人預謀、著手實行或已實行危害和平罪或內亂罪、危害民主法治國家罪、外患及危害外部安全罪、危害國防罪或危害在德意志共和國境內駐紮之德國以外其他北大西洋公約締約國部隊安全罪的犯罪行為時，允許依據第一條下命進行限制措施。只有當事實之調查以其他方法進行將無所獲或顯有相當困難時，下命（進行限制措施）才是被允許的。「書信、郵件及電信秘密限制法」第二條第二項第二句規定：

下命進行限制措施僅能針對嫌疑犯或針對有特定事實而被推測為收受或轉交欲給嫌犯之通知或發自於嫌犯之通知，或有特定事實足以推測嫌犯使用其通訊線路之人。

根據「書信、郵件及電信秘密限制法」Art.1 第四條之規定，未經申請不得下命進行第一條之限制措施。針對第二條所規範之情形在其職務範圍內有權申請者為聯邦憲法防衛局局長，各邦之憲法防衛機關首長，聯邦軍隊安全局局長及聯邦情報局局長或是其代理人。

有權根據第一條之規定而下命（進行限制措施）者，在由各邦憲法防衛機關提出申請的情況下是各邦之最高有管轄權機關；在其餘的情形則是由聯邦總理所授權的聯邦部長。此一下命（進行限制措施）最長不得超過三個月。只要下命（進行限制措施）之要件繼續存在，即得以申請延長期間，但每次最多不超過三個月。（「書信、

郵件及電信秘密限制法」第五條第一項及第三項)

「書信、郵件及電信秘密限制法」Art.1 第五條第五項規定：

不得告知當事人關於限制措施之情節。

「書信、郵件及電信秘密限制法」Art.1 第六、七及第八條包含關於執行限制措施程序之細節規定。

「書信、郵件及電信秘密限制法」第九條規定：

(1) 根據第五條第一項有權下令進行限制措施之聯邦部長每隔最長不得超過六個月之期間應向一委員會報告關於本法之執行情形，此一委員會由聯邦議會選出五位聯邦議員組成。

(2) 有管轄權之部長應每月向一小組報告關於他所下令進行之限制措施。該小組依職權或依異議判定各限制措施之允許性及其必要性。被該委員會宣佈為不被允許的或不必要的下令（進行限制措施），有管轄權之部長須立即加以撤銷。

(3) 前項所稱之小組由一位具出任法官資格之主席及二位成員組成。此一小組所有成員於執行職務時具獨立地位，且不聽從任何指示。他們由第一項所規定之委員會於徵詢聯邦政府意見後任命，任期為一屆聯邦議會任期。此一小組自行訂定一職務規程，此一規程須得第一項所規定之委員會同意。此委員會在同意之前應先徵詢聯邦政府之意見。

(4) 關於根據第五條第一項對於下命進行限制措施有管轄權之各邦最高管轄機關之議會監督及由各該管轄機關所下命之限制措施的審查，由各邦議會訂定法規加以規範。

(5) 在此以外，針對限制措施之下命及其執行，不得採取法律救濟途徑。

b) (第二條：關於刑事訴訟法部分)

「書信、郵件及電信秘密限制法」第二條經由增訂刑事訴訟法以規範在犯罪追訴程序中對於電信傳遞加以監聽或錄音之允許性。在有特定事實足以懷疑，某人以正犯或共犯著手實行、已著手而未遂（在未遂犯可罰時）或經由可罰之行爲預備犯刑事訴訟法第一百條 a 第一款（依新修訂之內容）中所稱之具政治性罪行之一或謀殺罪、殺人罪、偽造貨幣罪、強盜罪、準強盜之恐嚇取財罪、擄人罪、以強暴脅迫使人出國罪、誘拐幼童恐嚇取財罪、販賣幼女罪、刑法第一三八條所規範之秘密危險重罪行爲之一種或恐嚇取財罪時，同時當事實及嫌犯居留處所之調查以其他方法進行將無所獲或顯有相當困難時，允許下命進行監聽。（刑事訴訟法第一百條 a 依據「書信、郵件及電信秘密限制法」第二條第二款之內容）

刑事訴訟法第一百條 a 最後一句（依據「書信、郵件及電信秘密限制法」第二條第二款之內容）規定：

下命進行限制措施僅能針對嫌疑犯或針對有

特定事實而被推測為收受或轉交欲給嫌犯之通知或發自於嫌犯之通知，或有特定事實足以推測嫌犯使用其通訊線路之人。

監聽及將電信傳遞加以錄音只能由法官下命進行；當有遲誤時機之虞時也可以由檢察署下命。如檢察署之命令未於三天之內獲得法官確認，則失其效力。（刑事訴訟法第一百條 b 第一項依據「書信、郵件及電信秘密限制法」第二條第二款之內容）

刑事訴訟法第一〇一條第一項基於「書信、郵件及電信秘密限制法」第二條第三款有以下之內容：

在不會危及偵查目的之情況下，應告知當事人所採取之處分（第九十九條、一百條、一百條 a、一百條 b）。

4.各邦依據「書信、郵件及電信秘密限制法」Art.1 第九條第四項之規定已分別修訂其法律。

三個西方佔領國已於一九六八年五月二十七號宣布同意使「保留權」消滅（BTDruck V/2942）

II.（黑森邦政府所提起之「抽象規範審查」程序）

1.黑森邦政府由邦總理代理於一九六九年九月二十九日以書面聲請，請求聯邦憲法法院以「抽象規範審查程序」確認：

（1）一九六八年六月二十四日頒布之「第十七次

基本法增訂法」(BGBI. I, S. 709)第一條第二款，在該條文於基本法第十條增訂第二項第二句後段時，允許以議會所任命之機關進行事後審查以取代訴訟救濟途徑之範圍內，以及同法第一條第六款違反基本法第七十九條第三項連同基本法第一條與第二十條因而無效。

(2) 一九六八年八月十三日所頒布之「書信、郵件及電信秘密限制法」(BGBI. I, S. 709)第九條第五項違反基本法第十九條第四項因而無效。

2. 聲請人陳述以下之理由：

a) 根據「人性尊嚴」原則，人之權利不可任由政府依職權加以處分。如果沒有在事前或事後由法官審查政府措施之合法性，將使個人成為該政府措施之客體，在特別嚴重的情況下且將侵害人性尊嚴。如果這個侵害觸及市民隱私領域的核心，它便顯得嚴重，而書信、郵件及電信秘密便是為了保護市民的此一隱私領域才被提昇至基本權的層級。允許這種侵害行為的法律規範違反基本法第一條第一項之規定，而且依據基本法第七十九條第三項之規定，這種法律規範亦無法經由形式上之修憲予以合法化。

b) 法治國原則被基本法第七十九條第三項以及第二十條宣告為德意志聯邦共和國不可侵犯的憲法基礎。對於基本法的「法治國」而言，依據基本法第十九條「儘可能無漏洞之權利保護的保證」具有決定性意義。「無

漏洞之權利保護原則」在基本權範圍內要求格外高度之尊重。經由以上所指摘之修憲案，首度透過對於一部份國家行為排除訴訟救濟途徑，如此一來由基本法所要求之「逐步往有效實現的法治國邁進」的行動已中斷，而且有意識地往後退回一步。

以國會監督來取代司法審查無法治癒違反權利保護原則之事實，因國會監督無法與司法審核同視。

c)此外，以國會監督取代司法審查也違反了由基本法第二十條所保障、且由基本法第七十九條第三項宣告為不可侵犯的「權力分立」原則。先前所指摘之條文原則上違背了權力分立之目標。

d)排除「針對書信、郵件及電信之監視措施的訴訟救濟途徑」，既無法由「事物本質」也無法由「同盟國保留權利消滅的關連性」加以合法化。（書信、郵件及電信秘密）侵害行為的構成要件無法由司法加以審查確定之理由，並不具說服力。經由適當的法院組織可以確保有管轄權的審判庭在這一領域內收集必要的經驗。法院在審查時所須做出之裁判，不會比行政機關在下命時或國會委員會在審查一個監視措施時所須做出之決定更艱難。法院的審查不能以「將危及程序上必要之保密」為理由而拒絕。國家保安事件之判決顯示，在維護「對於德意志聯邦共和國安全上之必要保密」的情況下，正當進行審判程序是可能的。最後，排除訴訟救濟途徑不

得經由下列考量而合理化：只有採取這一手段才能廢除列強保留權。

3. 憲法訴願聲請人提出 Dürig 及 Evers 二位教授之鑑定書以支持他的法律見解。

Dürig 的鑑定書特別針對「不予告知（監聽措施）」一點有以下論述：

完全排除告知（監聽措施）牴觸了法治國原則的核心。現行規定在運作上完全未給人民參與程序之機會，這正是侵犯人性尊嚴的典型案列，也就是說，人民被當作國家活動的客體。此外，這條規定不得被隔離觀察，只有將「不予告知」與「不賦予訴訟救濟途徑」二者合併觀察，才能得出：這二者合起來可使侵犯人民私密領域之措施在絕對保密的情況下完成。每個欲針對「排除訴訟救濟途徑」這點提出爭訟的人，必須在個別權利保護的前提上先針對「不予告知（監聽措施）」進行法律抗爭，而這值得大家深思。

III.（數位曼海姆市法官、律師等人之憲法訴願）

數位曼海姆市的法官及律師（前述第二個訴願事件的訴願人）及一位法蘭克福市的律師兼公證人（前述第三個訴願事件的訴願人）直接針對「第十七次基本法增訂法」及「書信、郵件及電信秘密限制法」之條文提起憲法訴願。

1.一九六八年十一月一日遞狀的第二個憲法訴願人之憲法訴願，係針對基本法第十條第二項第二句、第十九條第四項第三句（依據「第十七次基本法增訂法」所得之內容）以及針對「書信、郵件及電信秘密限制法」第五條第五款及第九條第五款而提出。訴願人指摘上訴條文違反基本法第一條第一項、第十條第一項、第十九條第四項、第一〇一條第一項第二句及第一〇三條第一項。

上述人員為支持其直接針對法律所提之憲法訴願有以下陳述：

a)被指摘之條文「現時」且「直接」侵害其上述基本權利。憲法訴願人不知道，是否針對他們已有某種措施依據「書信、郵件及電信秘密限制法」被下令實施。根據「書信、郵件及電信秘密限制法」第五條第五項他們無從得知此類措施的任何訊息，無論是措施實施前、實施中或實施後皆然。此一基本權侵害行為因而在於被指摘條文的實施行為本身。

b)若主管機關認為，某一限制措施有助於自由民主基本體制、聯邦或邦存續或安全的保護，並可以根據此一法官無法審查的理由而隨時下令進行書信、郵件及電信聯繫之監視，這一作法將侵犯基本法第十條第一項基本權之本質內涵。依法由議會所任命之機關或輔助機關無法禁止恣意侵害書信、郵件及電信秘密之行為。排除針對書信、郵件及電信監察措施之訴訟救濟途徑，進而

牴觸基本法第十九條第四項第一句之訴訟救濟保障原則，也因此牴觸根據基本法第七十九條第三項不得由修憲者任意變動的、且由基本法第二十條所導出的法治國原則。最後，排除訴訟救濟途徑侵害了憲法訴願人之「進行有效訴訟程序基本權」，且剝奪他「由合法之法官實施權利救濟之基本權」。

由於授權條款基本法第十條第二項第二句違憲，因而不將限制秘密通訊自由之措施通知當事人的作法不能以此一條文為依據。「書信、郵件及電信秘密限制法」第五條第五款所規定「不予通知」的作法，違反了基本法第十條第一項以及基本法第十九第二項：如果不將限制秘密通訊自由措施的方式、範圍或期間通知當事人，將無法於事後審查，此一相當於基本法第十條第二項第二句所稱之基本權侵害行為是否確為保護該條所列舉之法益，並審查此一侵害行為是否已使當事人完全無法行使秘密通訊自由的基本權利。最後，對當事人不予通知的作法還違反了基本法第十九條第四項第一句及基本法第一〇三條第一項。憲法所保障之無漏洞的權利保護以下述事項為前提：當事人知悉對他所採取之（基本權利）限制措施；因為若非如此他將無法實現基本法第十九條第四項第一句所賦予之基本權。

2.第三憲法訴願人於一九六九年六月六日提出憲法訴願控訴：

(1) 基本法第十條第二項第二句及第十九條第四項第三句此二條文依據「第十七次基本法增訂法」所得之內容，

(2) 「書信、郵件及電信秘密限制法」第二條第二項第二句、第五條第五項及第九條第五項，

(3) 刑事訴訟法第一百條 a 第二句，

憲法訴願人所控訴者為上述條文所規範之下列事項：

(1) 採取限制秘密通訊自由措施可以不通知當事人之授權，及排除當事人法院救濟途徑之授權，

(2) 未通知當事人即採取限制秘密通訊自由之措施，及排除當事人之法院救濟途徑，

(3) 對於下述人員允許發布限制秘密通訊自由的命令：該人員因為特定事實而足以被懷疑其收受或轉交欲給嫌犯之通知或發自於嫌犯之通知，或有特定事實足以懷疑嫌犯使用其通訊線路。

憲法訴願人指摘上述事項違反基本法第一條第一項、第十二條第一項、第十九條第四項、第一百零一條第一項及第一百零三條第一項，他提出以下陳述：

a) 因為他是知名辯護律師，所以被控觸犯舊刑法第一百條 e (洩漏情報助敵罪) 及現行刑法第八十一條以下犯罪行為之人可能與其聯繫以尋求辯護。主管機關將往往因此認為，有特定事實足以懷疑：他一憲法訴願人

一收受或轉交欲給嫌犯之通知或發自於嫌犯之通知，或讓嫌犯使用其通訊線路。

此外，身為律師團體的一員，他有可能因此在電話聯繫中或在通訊中被檢查，而這一危險也發生在律師團體本身，這將危害此一團體的存續。

b)在控訴第五條第五項及第九條第五項違憲方面，第三憲法訴願人所陳述之理由大多與第二憲法訴願人所陳述者相同。此外第三憲法訴願人還主張：

「書信、郵件及電信秘密限制法」第二條第二句及刑事訴訟法第一百條 a 第二句（依據「書信、郵件及電信秘密限制法」所得之內容）侵害基本法第十二條第一項所賦予他之基本權。即使他自己並非「書信、郵件及電信秘密限制法」第一條所稱之嫌疑人或刑事訴訟法第一百條 a 所稱之嫌犯，上述條款卻允許他的電話線路及通訊聯繫被監控，所以上述被指摘的條款縱使未侵犯他選擇職業的自由，卻以憲法上不允許之方式規制律師職業之執行自由。

IV.（各級議會及政府之立場、反應）

1. a)聯邦政府、聯邦參議院（Bundesrat）及聯邦眾議院（Bundestag）決定就黑森邦政府在抽象規範審查程序中之聲請不提出立場說明。

b)自由漢薩城市不萊梅之議會曾通知，該議會支

持並加入黑森邦政府之意見。

2.關於上述之憲法訴願聯邦內政部長且曾於第五屆國會會期內代表聯邦政府提出立場說明。他認為上述憲法訴願雖然程序上合法，但在實體案情上無理由，他主張：

如果將此一監視措施告知當事人，爲了自由民主基本體制、聯邦或邦存續或安全的保護所採取之「書信、郵件及電信傳遞之監視措施」將從一開始就無法達成目標。這是由於刑事訴訟程序以外此類監視措施的本質所致。此類限制（秘密通訊自由）之措施只在於收集對憲政體制有敵意企圖的相關訊息，並不會直接影響個人。基本法第十條第二項第二句所規定之「不告知限制（秘密通訊自由之）措施的作法」與基本法第七十九條第三項之基本原則相符；基本法第十條第二項第二句所規定之「排除法院救濟途徑」規定亦同。

法治國原則僅要求一個有效之法院救濟途徑，這一救濟途徑卻並不一定必須是法院救濟管道。第九條所規範之多元法律救濟途徑符合此要件而且較諸法院訴訟程序幾乎不遜色。

基於事務本質，基本法第十條第二項第二句所開啓的、在憲法學上毫無疑問的「排除法院救濟途徑」亦屬必須。

即使我們認為，這些條文是訴願聲請人所從事的律

師職業行為之潛在侵害，「書信、郵件及電信秘密限制法」第二條第二項第二句及刑事訴訟法第一百條 a（依據「書信、郵件及電信秘密限制法」所得出之內容）也可經由理性衡量公益後來加以正當化。基於事理，法律規定對於非嫌疑人以及未被指控之人所採取的（秘密通訊自由）限制措施，也是不得不然。

V.（合併審理及判決）

本庭已將黑森邦政府之聲請與第二及第三憲法訴願人之憲法訴願合併審理及合併判決。

B.（受理要件之審查）

I.（規範審查部分）

本文中，關於規範審查程序部分已具備受理要件一點，不存在任何質疑。

基本法第十條第二項第二句是以下列方式限制基本法第十九條第四項之救濟途徑保障：該條規定授權立法者，在一定條件下排除對於公權力措施之法院救濟途徑，也排除將該措施告知當事人之可能性。

就事理而言，上述二措施之間存在無法分離的關連性。如果公權力措施（譯者按：指通訊監察措施），一方面由於現代科技發達可以在當事人毫無察覺的情況下進行，而且事前事後皆未告知當事人，則實際上等於排

除了法院救濟途徑。對於排除法院救濟途徑一事所提起之聲請，也必然針對排除對當事人告知一事。即使未在字義上明確指出，但基於上述理由黑森邦政府的聲請可視為只針對基本法第十條第二項第二句之整體規範內涵而提起；於言詞審理程序中所作之聲明也應以同一方式來認定，在此一言詞審理程序中特別是 Dürig 之鑑定意見獲得（黑森邦政府）維持。因此無須探究基本法第十條第二項第二句是否應視為一整體而不可分之規範，此類規範只能就整體來評判，一旦認定其為一整體不可分規範，則只針對該規範之一部所提起之聲請在程序上是不合法的。

II.（憲法訴願部分）

1. 針對「書信、郵件及電信秘密限制法」所提起之憲法訴願在程序上是合法的。

針對一部法律提起憲法訴願之要件是如下之聲明內容：憲法訴願聲請人本人之基本權利「現時」而且「直接地」為該法律所侵害，而不是在另一執行該法律之行爲頒布後才導致基本權利被侵害(BVerfGE 1, 97 (101 ff.); 20, 283 (290)，附有更進一步之引註)。本案並不符合這些要件，因為根據憲法訴願人之陳述，其基本權利是由行政機關之行爲所侵害。但當事人並無針對此一執行行爲提起救濟請求之機會，因為他們無從知悉權利受侵害

的任何事實。在這種情況下，以及因其他事由無從針對一項執行行為提起憲法訴願時，應賦予當事人直接針對法律提起憲法訴願之權利（BVerfGE 6, 290 (295)）。

2.憲法訴願聲請人也直接指摘基本法第十條之修正內容。但在這部分缺少直接涉及性，因為基本法第十條第二項第二句需經由普通法律加以執行。「書信、郵件及電信秘密限制法」第五條第五項及第九條第五項之效力繫於憲法修正內容之允許性，但由於已合法針對「書信、郵件及電信秘密限制法」提起憲法訴願，因而憲法修正內容之允許性須加以審查。基於上述事由，針對基本法第十條第二項第二句所提出之指摘，無須視為獨立之憲法訴願來個別認定其憲法訴願程序要件，而是將之視為進行附帶審查修憲允許性之事由。

C.（基本法第十條第二項第二句之合憲性審查）

I.（基本法第十條第二項第二句有無牴觸基本法第七十九條第三項）

欲判定經由修憲所增訂之基本法第十條第二項第二句有無牴觸基本法第七十九條第三項，需先解釋上述二條文。

1.基本法第十條第二項第二句之解釋如下：

a)在基本法中，書信、郵件及電信秘密從一開始就不是無保留的保障；而是一直都可被限制，而這些限制

措施一定要有法律依據。這種一般的基本權利限制保留，在限制的要件與範圍方面也有其界限；在適用範圍方面，如果一部法律爲了保護自由憲政體制或國家的存續免於被危害而限制書信、郵件及電信秘密，則上述限制保留含括這一部法律。在此一限度內，基本法第十條第二項新增訂的第二句並未帶來新內容；該句僅是將第一句的一種適用情形具體化，該句改寫：當法律的目的是保護自由民主基本體制或是聯邦或邦之存續或安全時，法律所規定的何種限制書信、郵件及電信秘密之措施可被宣告爲允許的。

基本法在限制基本權利時，總是爲了有效保護另一個法益，不論它是一般的或在具體個案中較高位階的法益，也不論它是個人的或超越個人的法益。基於這一觀點，上述基本法第十條第二項新增訂的第二句規定符合限制保留之目的。德意志聯邦共和國之存續以及其自由憲政體制是一位階極高的法益，爲有效保護該法益可在必要的範圍內限制基本權利。

經由修憲所新增訂的條文並不在於「限制」書信、郵件及電信秘密，所謂限制應是指「監視」書信、郵件及電報來往，「監聽」談話及拆開與閱讀信件；新規定是在於另外授權，不告知當事人上述限制措施，而且以議會所任命之機關或輔助機關進行事後審查來取代訴訟救濟途徑。這些特別措施與前述的限制措施（監聽與書

信檢查)間之關係是清楚的。危害憲政體制及危害國家安全與存續之企圖、計畫與措施大多由集團所為，這些集團掩藏其工作而且暗中進行，此類集團有完善的組織且經由特別的方式仰賴未受干擾的情報聯繫。只有當監視措施原則上保持秘密，並因而得以不受法院審理程序之討論，憲法防衛局的人員才能於面對此類組織時，有效達成任務。即使是事後公開其監視措施及事後在法院審理程序中討論，都可能使對憲法懷有敵意勢力取得憲法防衛局運作方式及其具體的監視範圍，並使其得以辨認一直未被外界所知的憲法防衛局成員等，該局的運作成效將因此受到高度的影響。不告知當事人監聽措施而且將審查任務賦予法院以外之團體，是爲了維護憲法防衛局之效能，如此監聽與拆閱書信措施才有意義。在限制書信、郵件及電信秘密時，基本法第十條第二項第二句爲了防衛憲法及國家，准許秘密地監聽及管制電話通話、無線通話、電傳、電報及書信等，甚至事後亦對當事人保持秘密且不受法院事後審查。

b)憲法規範不得僅就文義加以隔離的解釋；相反的，所有的憲法條文須在與基本法之重要原則與價值秩序協調一致的情況下加以解釋（BVerfGE 19, 206 (220)）。在解釋基本法第十條第二項第二句時須注意憲法條文間之關連性，特別是基本法制訂時之原則性決定以及一般憲法原則。在本案中特別重要的是，德意志聯

邦共和國憲法決定採取戰鬥性民主制度，基本法不接受爲對抗自由體制而濫用基本權利（BVerfGE 28, 36 (48)）。對憲法有敵意者不應准許其主張基本法所保障之自由，而且在這些自由的保護下危害、影響或破壞憲政體制（參照基本法第九條第二項，第十八條及第二十一條）。爲了保護憲法，基本法明文規範了一個本身的機制：憲法防衛局（參照基本法第七十三條第十款及第八十七條第一項）。如果一方面賦予國家的高層憲法機關一項任務，而且爲了此一目的創設一個特別局處，但卻不賦予這些機關與局處爲完成憲法之委託所必要的措施，這絕非憲法的真意之所在。

基本法不但注重公益且爲了保護極重要的法益，而在劃定基本權利之界限時所做的基本決定也是相當重要的（參照例如基本法第二條第一項）。「基本法中所包含的人性印象並不是那種隔離、獨立的個人所擁有的人性印象；相反的，基本法在考量人的團體關連性與團體羈束性之下，就個人與團體間的緊張關係做出了適當的決定，而未傷害到人的自我價值。這可特別由基本法第一、二、十二、十四、十五、十九與第二十條的整體觀察中得出。但這意味著，個人須忍受立法者爲了維護與促進社會共同生活，而於一般可以期待的範圍內所立下的行爲自由限制，但個人自主性需獲得維持。」（BVerfGE 4, 7 (15 f.））

最後，聯邦憲法法院根據基本法的第三個原則性決定—法治國原則—導出比例原則；此一原則要求，只有在爲了保護被憲法所承認的法益—在本案中是國家的存續與其憲政體制—所必要的範圍內，可由法律規定、並在個案中下命限制基本權利（參照 BVerfGE 7, 377 (397 ff.)）。依據法治國原則尚可導出，每一個侵犯人民自由或財產權之高權行爲，都須至少經由一個有效的法律審查機制來加以審查，這點以下還會探討。

由於基本法第十條第二項第二句有此一意義關連，可以證實在前述 a)項中由法條文義所得出之解釋。特別可以得出：在該條文中所規定的「對於當事人不予通知」以及「司法救濟途徑由其他的審查程序所取代」，這點不僅由「事務本質」來合法化，因爲如果缺少這種措施，限制書信、郵件及電信秘密的目的將無法達成；而且還可在憲法上予以正當化，因爲基本法做了支持戰鬥性民主的原則性決定。

此外，在考慮到憲法上比例原則時應注意：依據基本法第十條第二項第二句可以立法規定，（對於秘密通訊自由的）限制措施「不告知當事人，而且以議會所任命的機關或輔助機關進行事後審查來取代訴訟救濟途徑。」就比例原則而言，此一憲法規範只能作如下之解釋：只有當監視措施之目的以及自由民主基本體制、聯邦或邦存續或安全的保護之危險因此可被排除時，上述

憲法規範才允許事後告知（當事人）。此一規範也允許（在有爭議發生時）經由普通的法院救濟程序來審理，或不採取以議會所任命之機關進行事後審查，而以特別的法院救濟程序來取代，只要這方式在不危及自由民主基本體制、聯邦或邦存續或安全之保護的狀況下是可能的。

除此之外，由「如果該限制措施有助於自由民主基本體制、聯邦或邦存續或安全的保護」此一法律用語可以得出合乎比例原則的解釋：只有當具體情狀足以令人懷疑某一行爲是敵視憲法行爲，而且在具體案件中於用盡其他可能的調查方法後，卻唯有侵犯書信、郵件及電信秘密之方法才足以應付此一敵視憲法行爲時，法律才容許侵犯書信、郵件及電信秘密。如此一來，在不通知當事人的情況下進行通訊監察措施的案例數目將獲得節制。

基於「將監視措施限制於無法避免的必要範圍內」的憲法原則還可以得出，依據基本法第十條第二項第二句只限於有上述情節具體嫌疑之人才可以被監視；縱然由於郵件及電話通訊聯繫的特性，在監視嫌疑犯時也必然會監視到與嫌疑犯聯繫的人，但此一監視措施並不會因此不被允許。憲法要求將監視行爲限制在無法避免的必要範圍內，而此一要求並不排除將監視擴及至第三人的通訊聯繫，只要此通訊聯繫足以被認定是為嫌疑人之

犯罪目的而使用。在尊重前述憲法原則的前提下，基本法第十條第二項第二句只授權進行「僅在於探知敵視憲法行爲」的監視。最後，基本法第十條第二項第二句在前述的合憲解釋中，禁止經由監視所得之資訊由其他（行政）機關爲自身目的而取得，同時該憲法條文要求，當某一資料對自由民主基本體制之保護不具或已不具意義時，應立即加以銷毀。

最後，關於「排除訴訟救濟途徑」這點，在解釋基本法第十條第二項第二句時，以憲法上法治國原則的角度來看，以議會所任命之機關與輔助機關進行事後審查「來取代訴訟救濟途徑」這件事具有特別的意義。這意味著，在執行此一憲法規範時法律應創設一個在實體上及程序上與法院審查相當之事後查核程序，尤其二者應至少同樣有效，即使當事人並無參與此一替代程序之機會。在此一解釋下基本法第十條第二項第二句要求，爲執行這一憲法條文所頒布的法律應於「議會所任命之機關與輔助機關」之下創設一個機關，此一機關應具有法官的獨立性，而且由它決定是否允許採取監視措施，這一決定拘束所有參與準備、決定及執行監視措施的人員，它並決定是否將監視措施告知當事人，而當法定要件欠缺時它應禁止監視措施。此一機關可設於國會內或國會外，但它應具備必要的專業與法律知識，且不受任何機關指揮，它的成員應有固定的任期。它應有能力監

督所有參與準備、決定、執行及監督「書信、郵件與電信秘密侵犯行為」的機關，並監督這些機關的所有措施，此一審查應得以持續進行。爲了這一目的，審查機關須能取得所有與案件之決定有重大關連的文件。此一審查須是法律審查。但基本法第十條第二項第二句允許審查機關，當具備監視法定要件時基於「便宜原則」，要求不進行或撤銷監視，也就是說可繼續限縮監視案例的數目。

2.基本法第七十九條第三項的解釋得出以下結論：

a)基本法第七十九條第三項在性質上是用來限制具有修憲權之立法者，它的意義在於阻止經由形式、立法程序所制訂的「憲法修正法」廢除現行憲法體制之本質及基礎，而且被濫用來爲極權政權事後合法化。此一條文禁止原則性的犧牲該處所列舉之原則。如果原則已普遍地被尊重，而只是在特殊的情況下根據各該原則的特點、基於明顯且合乎事理的理由加以修正，那麼「原則」在其作爲一個「原則」的性質上自始未被侵犯。「上述原則不得被侵犯」的公式，其意義並未較與其相關的基本法第十九條第二項公式更爲嚴格，根據後者，基本權的本質內涵無論如何不得被侵犯。

b)對於（系爭條文之）解釋具有重要性的還有：除了「聯邦由各邦組成」以及「各邦在立法時有原則性參與權」二原則外，基本法第七十九條第三項亦宣示「在

第一條及第二十條所規定的原則」為不可變動的。這一說法與「基本法第七十九條第三項禁止於修憲時更動『尊重人性尊嚴』與『法治國』二原則」的說法有些不同，某一部份意義更廣泛，某一部份意義更狹隘。基本法第一條不只包含「尊重人性尊嚴」原則，而是尚有更多原則。基本法第二十條也包含許多原則，但「法治國原則」並未被「置放」於該條文中，在該條文出現的是為法治國原則所舍括的特定原則：在第二項是「權力分立」原則，而在第三項是「立法受憲法秩序拘束」原則及「行政權與司法權受法律與法拘束」原則。由法治國原則所導出的原則，較基本法第七十九條第三項所提到的基本法第二十條之原則更多，而聯邦憲法法院將這些原則導出（例如：禁止法律溯及既往地賦予人民負擔、比例原則、化解法安定性與個案正義間的緊張關係及儘可能無漏洞之訴訟救濟途徑原則）。當牽涉到一個例外條文，這條文絕對不得阻止立法者經由修憲法律將基本的憲法原則在合於體系的範圍內加以修正，此時與基本法第七十九條第三項之陳述相連帶的、對於有修憲權之立法者具拘束力的限制，須予以慎重的解釋。在此一觀點下，可由法治國原則所導出的「人民須擁有儘可能廣泛的訴訟救濟途徑」原則，並不屬於被「納入」基本法第二十條中的原則；它並未在基本法第二十條中被提及。所以基本法第七十九條第三項並未禁止經由修憲法律來限制

及修正基本法第十九條第四項之「訴訟救濟途徑保障」。

c)根據基本法第七十九條第三項之規定，基本法第一條所指出的「人性尊嚴不可侵犯原則」，不得經由修憲程序而變動，所以關鍵在於，確定在何種情況下人性尊嚴可能被侵害。顯然地這點無法一般地說明，而只能視個案而定。如「人民不得被貶抑為國家權利之客體」等一般原則只能指出，在那個方向可發現人性尊嚴被侵害的案例。當人民不考慮自己的利益而必須遷就時，他往往不只是社會情況及社會發展的客體，而且也是法的客體。但不能只因如此就認為人性尊嚴被侵害。除此之外，人民的主體性須得遭受原則性的質疑，或者在具體案例中人性尊嚴被恣意地蔑視。如果欲認定執法的公權力機關對待人民時侵犯人性尊嚴，它須表現出蔑視人之所以為人所應有的價值，也就是說這須是一項蔑視的對待。

II. (基本法第十條第二項第二句符合基本法第七十九條第三項之規定)

基本法第十條第二項第二句在前述 I 1 項下之解釋符合基本法第七十九條第三項在 I 2 項下之解釋。

1. 依據上述解釋，在基本法第十條第二項第二句所允許的範圍內排除對當事人的告知，並未違背尊重人性尊嚴的要求。依據基本法第七十九條第三項之規定即使是憲法修正案也不能侵犯「人性尊嚴」，該條文雖然援引基本法第一條第一項第一句，但它保障的內容無論如何不會比第一條第一項第一句本身更多。毫無爭議的，當一條法規或命令限制人民自由、賦予人民義務或在未經詢問的情況下對人民採取他不知情而且維持不知情的措施，該條文並未因此牴觸基本法第一條第一項第一句之規定。這樣的法規或命令例如「醫生或特定官員的法定申報義務」、「警察對特定人的調查，但事後證明無結果或沒必要」或「監聽私人電信通訊」等。在上述情節之下，排除對當事人的告知並非表達對人或對人性尊嚴的低估，而是爲了保護他所屬國家的存續及保護自由民主體制所必要，加諸於人民的負擔。「排除對當事人告知將在監聽實務上違背基本法第一條第一項第一句地被濫用」的說法，並不足以作爲基本法第十條第二項第二句違背基本法第七十九條第三項的法律理由。「可

能被違法或違憲濫用」並不足以使法規違憲；相反地在解釋與評斷一條法規時必須以該法規在一個自由法治國的民主體制中被正確且公正地適用為前提。

2. 在前述情況下以其他的合法性審查手段取代法院救濟途徑也並未侵犯人性尊嚴。雖然尊重人民主體性原則通常要求，人民不只是權利主體，而且為了防衛與貫徹其權利他應能進行訴訟程序而且在法院陳述事實與立場，在這裡也就是說享有法院救濟程序。但此一「不得侵害人性尊嚴之原則」向來都有例外。無論如何，當法院救濟程序之排除並非發自於對人之蔑視與低估，而是發自於「保護民主體制與國家存續措施」保密之必要性，則這並未侵害人性尊嚴。如果相反地，經由排除法院救濟途徑當事人將受行政機關恣意決定所擺佈，那就侵犯了人性尊嚴。如前所述，由於基本法第十條第二項第二句要求一個在法院救濟程序以外、但與之同值的合法性審查措施，且這一審查措施也應有助於保護當事人之權利，則該條文侵犯人性尊嚴的可能性已被排除。

3. 基本法第十條第二項第二句規定：以其他的合法性審查措施來取代法院救濟途徑，這點並未侵害由基本法第七十九條第三項宣示為不可侵犯的「權力分立原則」，該原則是在基本法第二十條第二項中以下列文字加以保障：國家權力是「由立法、行政及司法等個別分離的機關來行使」。因為此一原則並未要求嚴格的權力

區隔，反而允許在例外時立法行為可由政府機關或行政機關來行使，或統治及行政行為可由立法機關來行使。權力分立原則也允許，針對行政行為之法律救濟例外地不由法院提供，而是由國會在行政功能範圍內所任命或組成的獨立機構提供。重要的是，在這種情況下權力分立的理念——即彼此限制與控制國家權力，尚能達成。雖然不能任意、恣意地規定「以行政領域內之獨立機構來取代法院之審查」，但無論如何這種規定在下列情況是允許的：當有急迫的、事理上明白的理由要求這種規定，而且這種規定未侵犯司法權所保留的核心領域。

4. 最後，基本法第十條第二項第二句規定的「由獨立的、其他類型的合法性控制措施來取代訴訟救濟途徑」，以及在同條款中所允許的「有限度的排除告知」，並未與基本法第七十九條第三項所援引的「法治國原則」相衝突。在此一關連性中只有基本法第二十條第三項所規定的原則與之有關：行政權受法律及法之拘束。這原則當然也同樣嚴格地適用於被賦予憲政防衛任務的機關；即使當事人並未獲知監視措施相關事宜因而無法訴請法院審查其合法性，這一原則的適用依然不變。但若一條規定在特定條件下允許「監視措施將不告知當事人，而以議會所任命之機關與輔助機關進行事後審查來取代訴訟救濟途徑」，此一規定並未侵犯法治國原則——所有行政機關受法律及法之拘束。

5. 最後，在第 1 至第 4 點的考量以外，基於一般的觀點也可得出「基本法第十條第二項第二句符合基本法第七十九條第三項之規定」之結果，這一般觀點即是：基本法第十條第二項第二句所涉及者是一般憲法原則之體系範圍內修正，而如上所述，基本法第七十九條第三項並非未禁止這種修正。

D. (其他條文之合憲性審查)

1. 「書信、郵件及電信秘密限制法」所規範之事項歸屬於聯邦立法權限之範圍。「書信、郵件及電信秘密限制法」經由刑事訴訟法之修正規範「刑事訴訟程序中書信、郵件及電信秘密限制措施之允許性」，而聯邦頒布此一規定之立法權限是源自於基本法第七十四條第一款。

聯邦頒布「在書信、郵件及電信秘密限制法第一條中所含括的、關於刑事訴訟程序以外限制措施的規定」之權限，來自於基本法第七十三條第一、第七及第十款以及基本法第七十四條第一款。

「書信、郵件及電信秘密限制法」第二條有助於在刑事訴訟偵察程序開始之前防衛對憲政有敵意之企圖。只限於當有事實足以懷疑，有人預謀、著手實行或已實行特定犯罪行為時，才允許採取（秘密通訊）限制措施。依據「書信、郵件及電信秘密限制法」第二條所採取之

限制措施有助於（至少是間接地）阻止、釐清與追查犯罪行為。因而聯邦在這一範圍內的立法權限須直接由基本法第七十四條第一款的規定中取得。

2. 對於「書信、郵件及電信秘密限制法」整部法律的憲法上疑慮並不存在；至於該法在本案程序中未被明白指摘為違憲的個別條文若無效，也將連帶使被指摘條文無效的情形，也因為對於這類條文並未有憲法上疑慮而不存在。特別是「書信、郵件及電信秘密限制法」第一條與第二條，在其與「於德意志共和國境內駐紮之德國以外其他北大西洋公約締約國部隊之安全，或在柏林邦境內三強國其中一國部隊之安全」有關的範圍內，以及「書信、郵件及電信秘密限制法」第三條都適用基本法第十條第二項第二句之授權規定。在目前的政治與法律條件下，當涉及在德國駐紮的盟國部隊安全或涉及在柏林邦內的三強國部隊安全時，就是對聯邦或邦存續與安全的嚴重危害。因而為了防衛「上述部隊安全上所受到的危害」所採取之監視措施，也就是為了「防護……聯邦或邦之存續或安全」所採取的書信、郵件及電信秘密限制措施。

3. 針對在本案程序中被指摘的「書信、郵件及電信秘密限制法」之個別條文，裁決如下：

為執行這一憲法條文所頒布的法律應於「議會所任命之機關與輔助機關」之下創設一個機關，此一機關應

具有法官的獨立性，而且由它決定是否允許採取監視措施，這一決定拘束所有參與準備、決定及執行監視措施的人員，它並決定是否將監視措施告知當事人，而當法定要件欠缺時它應禁止監視措施。此一機關可設於國會內或國會外，但它應具備必要的專業與法律知識，且不受任何機關指揮，它的成員應有固定的任期。它應有能力監督所有參與準備、決定、執行及監督「書信、郵件與電信秘密侵犯行為」的機關，並監督這些機關的所有措施，此一審查應得以持續進行。爲了這一目的，審查機關須能取得所有與案件之決定有重大關連的文件。

a)「書信、郵件及電信秘密限制法」第九條第五項符合基本法之規定。

如同前面在第 C. I. 1.項下所陳述的，基本法第十條第二項第二句要求，爲執行該條文所頒布的法律應創設一個機關，此一機關應具有法官的獨立性，而且由它決定是否允許採取監視措施，這一決定拘束所有參與準備、決定及執行監視措施的人員，它並決定是否將監視措施告知當事人，而當法定要件欠缺時它應禁止監視措施。它應具備必要的專業與法律知識，且不受任何機關指揮，它的成員應有固定的任期。它應能夠持續進行審查；這一由國會所任命的機關須能取得所有與案件有重大關連的文件。

依據「書信、郵件及電信秘密限制法」第九條所任

命之小組符合此一要求。依據同法第九條第三項該小組之成員於執行職務時是獨立且不受任何命令指揮。這些成員是由國會議員依據「書信、郵件及電信秘密限制法」第九條第一項所組成的委員會所任命，其任期為一屆國會議員任期之長度。該小組之主席須具有擔任法官之資格。主管的聯邦部長須每月向該小組報告由他所下命進行的限制措施。該小組須依職權或基於訴願請求，就限制措施之允許性與必要性進行裁決。若該小組宣告「下命採取限制措施」是不允許的或不必要的，則主管的聯邦部長應立即將該下命處分撤銷。

針對「依據『書信、郵件及電信秘密限制法』第九條第一項由國會議員所組成的推選委員會與由其所組成的小組可能在某些情況下由聯邦參議院的多數黨單方面操控」的疑慮，只須說，即使是多數的一方也可能濫用其權利。一個單方面組成上述推選委員會、並進而單方面地組成（限制措施審查）小組的黨團或聯合執政聯盟，有濫用職權之嫌。

依據基本法第十條第二項第二句的規定，「書信、郵件及電信秘密限制法」第九條第五項以上述方式取代法院救濟途徑的作法是允許的，因此所有依據基本法第一〇一條與第一〇三條所引發之違憲疑慮皆已消除。

b) 如同前面第 C I 1 項所陳述的，「法治國原則」及「基本法第十條第二項第二句在適當的解釋下」要求，

只要「將限制措施保密的合法化事由」已不存在，應將該限制措施告知當事人。因為「書信、郵件及電信秘密限制法」第五條第五項在任何情況下均排除告知當事人限制措施之事宜，是以該條項局部地未被「在前面所述的、憲法上應然解釋下的基本法第十條第二項第二句」所支持，因而在這一範圍內它與基本法之規定不符合。如果可以在不危及限制目的之情形下告知當事人限制措施之事宜，而卻排除對當事人告知，這條規定（「書信、郵件及電信秘密限制法」第五條第五項）須在這一範圍內被宣告為無效。

c) 「書信、郵件及電信秘密限制法」第二條第二項第二句以及刑事訴訟法第一百條 a 最後一句（以其在「書信、郵件及電信秘密限制法」第二條之內容）允許對於以下所述人員採取限制措施，若該人員因為特定事實而可以被懷疑其收受或轉交欲給嫌犯之通知或發自於嫌犯之通知，或有特定事實足以懷疑嫌犯使用其通訊線路。上述條文符合基本法之規定。

應予審查的條文並未侵犯職業選擇自由，它們未包含任何「職業執行規則」。這兩條規定並非針對「在律師身份下的訴願人」而設。如果這兩條規定真的對訴願人有所適用，那也是如同它們適用於每一位人民身上一樣。擔任刑事辯護人的業務行為特別容易使一位律師與「書信、郵件及電信秘密限制法」第二條所規定的嫌犯

或與刑事訴訟法第一百條 a 中所規定的嫌犯有密切的聯繫接觸，這一說法倒是正確。如同第三訴願人所強調的，如果一位律師幾乎都在擔任國家安全刑事案件以及重大刑事案件訴訟程序之辯護人，則並不排除，被指摘的條文影響到職業執行自由，但這並不會使該條文因而違憲。

只要經由理性衡量公共利益認為合目的性的話，得經由基本法第十二條第一項第二句所意謂之法律來限制執行職業之自由。在此一情形下，基本權利之保護只限於防衛違憲的負擔，例如賦予過多的負擔，或是該負擔無期待可能性（BVerfGE 7, 377 [405 以及判決要旨第 6a 點]；此後諸多判決皆持續採此見解）。公共利益上的理性考量支持被指摘條文的合憲性：假使監視措施不能擴及於嫌犯接觸的特定對象所有的設施，則立法者認為必要的書信、郵件及電信監視之限制措施可能無效且有被逃避之虞。這原因就在於被監視的通訊方式之本質。基於限制措施目的之特性，禁止於各組可能接觸對象之間加以區別。在這一情況下將監視措施擴及至特定接觸對象之設施以及可能也擴及到為當事人辯護之律師事務所，這並非無期待可能性地施加負擔，反而因其迫切必要性而須被接受。

E. (作成判決之表決票數)

此一判決是以五票對三票作成。

(法官)

Seuffert, Dr. Leibholz, Geller, Dr. v. Schlabrendorff,
Dr. Rupp, Dr. Geiger, Dr. Rinck, Dr. Kutscher 在判決評議
完成後卸任

Geller, Dr. v. Schlabrendorff 及 Dr. Rupp 三位
法官

對聯邦憲法法院第二庭 1970 年 12 月 15 日
判決之不同意見書

2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 und 308/69

高春燕 譯

吾等不同意 1970 年 12 月 15 日之判決。依第
十七次修憲法之基本法第十條第二項第二句與基本法第
七十九條第三項之規定不符，無效。

1. 該修憲法合憲性之審查不能——如 1970 年 12 月
15 日之判決——透過合憲解釋原則而認為有效(BVerfGE
19, 206 [220])；蓋問題在於，基本法基本法第十條第二
項第二句是否係有效的規範。就此之審查，應以基本法

第七十九條第三項為標準，以決定該修憲規定之文義、意義關聯及目的應如何被理解。就此，本判決所採用之合基本法解釋並非通常之情形。

a) 依據基本法第十條第二項第二句之規定，普通法的立法者應可以在一定的前提要件下規定，不必通知關係人即可對之採取監聽的措施。其字義頗為明確。亦即，如果認為事後的通知無論如何都不可被完全排除的話，乃屬對該文義的誤解。

基本法第十九條第四項所規定的救濟制度之保障，旨在保護個人之權利，此一規定保障每個人於其權利受到公權力侵害時，皆有向法院請求救濟的機會。該憲法規定的核心旨在使人民的權利保障透過一個獨立於行政及立法機構以外之獨立機關進行。該獨立機構在一特別條件下（例如合法的審理），能獨立聆聽關係人的陳述並予以裁決。如果依該修憲規定，透過由人民代表所任命的機構來審查法律救濟，則固有的權利保護體制將被取代。如果該規定本具此種取代性意義，那麼這種救濟制度應該跟通常的救濟制度有所分別。此只是意味著，此種保障不必然有獨立性及公正性的擔保，也不必進行強制性的程序。此種區別透過基本法第十條第二項第二句的容許秘密監聽，而可以更清楚呈現出來。

此外，從該修憲規定，吾人無法得出何些範圍內之個人得被進行監聽。該限制命令可以完全一般性予以公

布，只要該命令旨在保護自由民主基本體制或旨在保護聯邦或邦之存續時即可爲之。將本來的危險性範圍預想頗爲廣大而思予控制，仍屬合乎目的。

因此基本法第十條第二項第二句不能作限縮性的解釋，亦即不應認爲，該規定乃強制地規定了一項規則在有犯罪嫌疑時才能對書信、郵件及通信祕密予以限制。且此一規亦不排除擴張的解釋，而可由數個單位作嘗試性的監聽。

b) 該判決基礎之解釋，不符合從該修憲歷程明示的修憲目的。

當然，一致的是，對當事人的監聽不能事先予以公告；因爲這將使此種措施自始無意義。但這裡涉及到一個問題，該當事人是否完全不應該，或至少在被監聽之後應被通知。就此，司法委員會的主席 Dr. Wilhelmi 在聯邦眾議院該修憲草案第二讀會時，就基本法第十條第二項第二句的目的，將國會的多數意見陳述如下：

有兩種類型。第一種是刑事案件，另一種是尚未涉及刑事案件但有刑事嫌疑或者會危及國家安全者。前一階段，擺在門檻前的，當然是對政治上令人有興趣的事及政治上重要的事，我們必須獲得基本法第十條的授權。這是此種例外規定的……政治核心。因此，如果這些人雖然現在被監聽之下，但事後會被告知，並且可以提起正式的訴訟救濟程序，就沒什麼問題…。

(StenBer. über die 174. Sitzung des Deutschen Bundestages vom 15. Mai 1968, S. 9320 C)

司法委員會的報告人 Dr. Lenz 很詳細的提出其見解，在刑事訴訟的解決方面，有規定了事後的通知，但此並未為基本法第十條第二項第二句所稱之「沒有人可以被...」以及類此規定所接受（StenBer. über die 178. Sitzung des Deutschen Bundestages vom 30 Mai 1968, S. 9609 B）。引用刑事訴訟程序規則的相反提案並未被接受。

如果書信、郵件及通訊秘密可能被干預，實際上法律救濟途徑是被排除的。當事人不可能對監聽採取行動，因為他不知道發生什麼事情，因此等同於一開始就排除其法律上的救濟途徑。第四任眾議院的政府草案，本來要將該規定排除在須由法官始得頒發或採取命令的限制。此一計畫在最近的政府草案被落實下來，因為，一方面，法律上聽審（*rechtliches Gehör*）無論如何不能被保障，另一方面，法官卻必須經常受制於目的廣泛的內涵（*weite Formulierung*），就對當事人而言已屬不可撤銷的監聽措施，予以合理化而作成決定，而該決定卻是超出法官將事實涵攝於法律構成要件職業類型的功能範圍（基本法之補充法草案正式立法理由，BTDRucks. V/1879 S. 18）。於該草案及基本法第十條修正法草案之讀會時，經常被強調的是，應採取政治性手段的「國會

審查」，以取代法律的救濟途徑。在基本法第十條修正法第一讀會時，當時的聯邦內政部長 Lücke 即指出，主管該命令頒發的聯邦內政部長應處於特殊的國會審查之下，除了每月須定期向政策小組報告外，亦須向由該小組所任命的三人國會委員會報告。時之議員 Hirsch 認為這是正確的：

「此一現在所選擇的政治解決，特別是透過負責任的部長及透過兩個政策小組所進行的監督，優先於法官的審查；此涉及到政治的，而非法官的決定。」(StenBer. über die 117. Sitzung des Deutschen Bundestages vom 29. Juni 1967, S. 5862 und 5882 D)

此後，此一見解經由司法委員會的報告人 Dr. Reischl 的說明而呈現出來，其說明是，此一補充法律救濟途徑必須「向政治機關提起」，因為「此涉及到的是政治性問題」(a.a.O.S. 9322 B)。司法委員會主席 Dr. Wilhelmi 亦說明，如果由法院就監聽措施進行審查，將會是過度要求的，因此涉及到須由政治家決定的問題。其後，其不時言及應「透過民意機關或其輔助機關進行審查」(a.a.O. S. 9320 C f; Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses – BTDrucks. V/2873 S. 4)。

c) 依文義、意義關聯及目的，基本法第十條第二項第二句本來就容許對書信、郵件及通訊秘密基於保護憲法與保護國家的目的，對當事人秘密地，甚至在事後仍

不予通知，亦不須受法院審查地進行監聽以及進行對電話、傳真、電報及書信的截取。當事人的範圍並未限定，亦不限於刑事上的犯最嫌疑人。作為「國會審查」之機關與輔助機關的性質，完全不特定；它可能是由立法者所組成的政治小組，或者是獨立的行政機關（Verwaltungskörper）。因此，在基本法第十條第二項第二句的本案判決中所為之解釋，係賦予基本法第十條第二項第二句另一項意義。此一解釋限縮其意義，並改變其規範內涵（normativer Inhalt）。而此係專屬於立法者之職權（BverfGE 8, 71 [78 f.]; 9, 93 [97]）。

該法律對基本法第十條可能尚未完全將其具有憲法規範授權性質完全發揮，但此無關重要。基本法第十條第二項第二句並不強制要制定出一項相當的規定。立法者得等待符合憲法情況的狀態來臨。立法者亦得以不同的選擇而偏離該狀態。該修憲規定是否符合基本法第七十九條第三項，審查對象是基本法第十條第二項第二句所授與立法者的權限總體。

2. 依基本法第七十九條第三項規定，上開 1) 的解釋，該憲法的修正係不應許可。

a) 基本法第七十九條第三項宣明憲法有些特定的基本原則不得改變。基本法——與威瑪帝國憲法及（前）帝國憲法不同——明示憲法修改的界限。故類此重要及其結果影響廣泛例外規定不應予以擴大解釋。但是如果

人們認為該規定的意義是要防止透過形式修憲的法律而事後為專制政權權力濫用予以合法化，那是對此規定意義的誤解。毋庸強調的是，類如 1933 年的「授權法」（Ermächtigungsgesetz）是不受許可的。基本法第七十九條第三項的意義更是：基本法制定者的特定基本決定，在基本法效力的持續期間——不問將來全德統一的憲法如何——宣示為不得予以破棄。依基本法第七十九條第三項，此些不得予以修改的基本決定，一則是聯邦原則的決定，其他則為基本法第一及第二十條所宣示的決定。吾人可以從第一條及第二十條所揭櫫的基本原則，抽繹得多寬或多窄，端賴此些基本原則帶給基本法何些特色而定。此兩種規範（譯註：指基本法第一條及第二十條），是基本法秩的基石（Eckpfeiler）。

b) 聯邦憲法法院的判決認為，基本法第一條係貫穿基本法所有規定的「基本憲政原則」（tragenden Konstitutionsprinzipien）。基本法將自由人格及人性尊嚴視為最高的權利價值（Rechtswert）（BverfGE 6, 32 [36]; 12, 45 [53]）。此一莊嚴的文字「人性尊嚴」所獨具的最高意義，乃是當「人的行為透過執行法律的公權力，採取一種『蔑視性』的行為（verächtliche Behandlung），表現出一種對人之存在（Personssein）所賦予人之價值的蔑視」時，人性尊嚴已被侵害。如果人們仍如此做，就是將基本法第七十九條第三項降低到只是禁止將刑

具、火柱（譯註：中世紀之刑柱，曝於烈日下，或為梟首之用）以及第三帝國所使用的方法再度引進而已。如此的限縮，並不符合基本法的觀念與精神。基本法第七十九條第三項與第一條結合，具有本質上具體的內容。基本法承認，自由人格(freie menschliche Persönlichkeit)是價值秩序的最高階，應有獨立價值(Eigenwert)及獨特性(Eigenständigkeit)。所有國家權力必須尊重人之獨立價值及獨特性。人不可以「不被當作人」，而當作一個標的物來對待，縱使此種措施未必是以輕視人之價值，而是以「良好的意圖」(gute Absicht)為之者。本院第一庭即認為，將人單純當作國家行為的客體並率由當權者(von Obrigkeits wegen)予以處分者，即屬違反人性尊嚴(BVerfGE 27, 1 [26]; vgl. auch BVerfGE 5, 85 [204]; 7, 198 [205]; 9.89 [95])。因此，無論如何應不能認為，在侵害人性尊嚴的案型上，只意味著一種方向而已。基於基本法第一條所產生的基本原則，應作為直接的標準。

基本法第七十九條第三項所援引的第二十條中的「法治國原則」是否即屬此原則或只是其中一特定原則，在此毋庸予以討論；此在重要問題點上具有理論的性質。但無論如何，基本法第二十條明顯地包括合法性原則(Gesetzmäßigkeitsgrundsatz)及三權分力；二者皆屬法治國的原則。從中可以導出，憲法在其價值秩序

(Wertordnung)中，賦予人的不只是一項較優越的地位，而是亦予之保護。事實上，個人的自由及受保障的權利如果沒有憲法所擔保的有效法律保護，將失其本質。基本法第二十條第三項規定了國家權力機關應受合法性之拘束，使其受合憲秩序，法律及法的拘束，並且要求客觀的保護。如果此種保護有效，國民即有可能自行防禦國家權力的干預，並將該干預付之於合法性(Rechtmäßigkeit)的審查。此係透過基本法第二十條第二項與立法與行政分立的司法機關予以擔保；公權力間互相制衡的權力分立原則旨在保護個人。因此基本法第二十條第二項已經包括通說在基本法第十九條第四項上已予具體化的個人權利保護的法治國家原則。

聯邦憲法法院一再地提到法治國家的要求，應儘可能有無漏洞的法院救濟，以對抗來自於國家公權力對個人領域的侵害(z. B. BVerfGE 8, 274 [326])。但所謂儘可能無漏洞的法律救濟，並不是——基於一些理由常使該保護變得不可能時——就不需予以保護。儘可能無漏洞的法律救濟並非意味著相對化，毋寧是一項前提。

基於此種衡量，吾人得到下列的確信：其一，基本法第一條所衍生之人不可單純被當作國家的客體，其權利不可率由當權者予以處分之原則，其二，從基本法第二十條所導出之儘可能無漏洞的個人權利保護，俱屬基本法第一條及第二十條所載之基本原則。基本法制定者

的基本決定包含此兩項原則，此一基本決定本質上屬法治國家的圖像，一如基本法所理解，確定，並使憲法秩序因而具有特色。同樣的，依基本法第七十九條第三項規定，此些根本的要素亦屬不可修改。

c) 透過該修憲，基本法第一及第二十條所載之原則將被「影響」(berührt)。

基本法第七十九條第三項規定之文意及意涵並非要求，全部原則或其中一原則完全被廢止(aufgehoben)或「原則上被放棄」。該「影響」之字眼，意涵更輕。只要在個人自由領域的部分範圍，基本法第一條及第二十條所導引出之原則完全或部分地被忽視，即足以當之。唯其如此，基本法第七十九條第三項在基本法的體系所具有的意義，對吾人而言，才有必要去談論。這些根本的要素，「不可被影響」。當這些原則僅在一般性的情況下予以考慮時，訴訟程序即可能逐漸崩解，這些根本的要素亦應受到保護以免受到逐漸崩解的訴訟程序的侵害。不可忽略的是，基本法的制定者在第七十九條第三項選擇了另一種實質上較第十九條更嚴格的表述方式(engere Formulierung)。

依基本法第十條第二項第二句可能有的對私人領域秘密侵害而被排除在法律救濟途徑外者，不僅涉及到敵視憲法者及間諜，亦可能涉及到無犯罪嫌疑人及未涉案之個人。人們的電話可能被竊聽，書信可能被開啓，不

問其是否知悉以及是否有合理化的事由或者——對事人而言可能具有相當的重要性——根本亦不問當事人是否可以從一個不快的牽涉中獲得解套。此種行爲，已屬將個人要求尊重的私人領域「率由公權力」予以處分，人民即屬變成國家權力之客體矣。雖然人可能常常不只變成某種關係及社會發展之客體，亦可能變成法律之客體，而使其無法照顧其利益，但此並無法改變上述的辯證。國民臣服於法律秩序之下之情況，不必強調；無論如何，其並非變成國家權力的客體，而是仍保有在法律社會（*Rechtsgemeinschaft*）中活躍的個體之地位。本判決中的實際案例意義不大，因為類此之措施在當事人的指摘之下，不是沒有採取（例如病人被告知患有傳染病的醫療通知），就是所保護的私人領域並未涉及（例如對私人公開的無線通訊的予以截聽）。特別是，國民在所有這些案型中，只要其私人領域一受到干預，即可進行自衛；其即屬保有法律救濟途徑。此外，依基本法第十條第二項第二句可能有的規定其特別性質本身比透過基本法的修改被認為是有必要的，顯現得更清楚。

基本法第十條第二項第二句亦影響到由基本法第二十條所產生的法治國家對個人權利保護的要求。行政合法性要求的基本原則尚有不足，已經上述。基本法第十條第二項第二句所規定的機關並不合乎保障個人權利的要件，因為該規定並非強制地規定，該機關必須獨立而

可不受指令之拘束。當該機關係指「由國會所任命或所組成獨立的機關（Institutionen）而在行政的功能範疇者」，上開之要件即屬不具備。此些機關——一如傳統上在地方自治行政上由被選舉出的成員所組成的議決委員會（Beschlußausschüsse）——旨在作行政的自我監督，而非保障個人之權利，因此其通常被視為行政機關。個人權利保護，在權力分立的體制下，係司法之功能，因其旨在保護來自其他兩權的侵害。因此，在功能領域上，權利保護機關應屬司法權。然其是否須合於傳統的法院形態，容有探討的餘地。但無論如何，重要的是，其中立性須獲得保障，此繫乎其與立法與行政的分立，並能以一項法定的程序作成決定。此特別意味著，當事人得參與程序的進行。不必再特別強調的是，基本法第十條第二項第二句所容許的，當事人無從與聞，也不能進行防禦的秘密程序，並不能提供法律保護。

3. 在國會的審議程序及在本憲法訴願程序聯邦內政部長的陳述中，該基本法第十條的修憲規定，被以下的衡量合理化：此修憲必須為該規定就下列事項創造出必要的規則，為了 a) 將三個西方佔領國所保留之權利予以取代， b) 為了有效保護自由民主基本體制、聯邦或邦存續或安全。

a) 有關基本法第十條第二項第二句在國會進行讀會時，並無何方主張，三個西方佔領國將其保留權之放棄

明白地繫乎該特定的憲法修正。就此，不必詳予論述。因爲，三個西方佔領國縱有一個明顯及詳實的要求，亦不能將此一違憲的基本原則的修改予以合理化。

聯邦憲法法院曾多次就與德國從被佔領的狀態過渡到完全國家的狀態有關的問題有所宣明(z. B. BVerfGE 4, 157; 9, 63; 14, 1; 15, 337)。聯邦憲法法院認爲，「貼近基本法」或僅在一定時期內且在完全貼近合憲的狀況下暫時性地偏離基本法的規定，尙能予以容忍。不需要進一步說明的是，透過外國勢力所設置的單位所進行的憲法所不認可的郵電管制措施，應屬一項違憲之規定而非「貼近基本法之措施」，且基本法第十條第二項第二句並非暫時性的措施。此外，聯邦憲法法院在第一次的判決（Band 4, 157 [169]）中強調，如果基本法的基本原則明顯地被侵害，例如，基本法第七十九條第三項或第十九條第二項所揭示的原則，被侵害的話，即爲界限之所在。就此無庸補述。

b) 本案判決指出基本法「防衛性民主」(streitbare Demokratie) 決定的特別意義在於不容濫用基本權以從事對對抗自由秩序及危害國家之存續。無可置疑的是，聯邦共和國（譯註：即德國）的存在及其自由民主基本體制係屬優越之法益（übertragende Rechtsgüter），從而吾人應予保護並防衛，且在緊急時，個人自由權應屈居其下。

在國家受到戰爭性的攻擊以及由此產生的——縱使可能延續頗久，或一度中止——例外狀況，國民之自由權有頗大的幅度暫時應該，且可以受到限制。但如果是涉及到在「法律日常」(juristischer Alltag) (Dürig) 所要保護的國家秩序，如犯罪防治或對抗間諜的顛覆活動的措施，則將有所不同。此處所涉及的是，對個人權利限制的界限何在的問題。因為「防衛性民主」旨在防護法治國家憲法秩序，而此一憲法秩序係以基本權為整合要素。因此，立法者，同時也是修憲者，在該危害防止規則制定時——例如，在犯罪防治上或本質與犯罪活動無異的間諜活動上——，應顧及基本法所賦予個人權利價值，以衡量其相互間之法益。「國家理智」(Staatsräson) 未必具有優越的價值。如果立法者不識此之界限，則「防衛性民主」應回過頭來對抗之。

不可被突破的界限即是基本法第七十九條第三項的規定。此一不可更動的憲法秩序——姑不論例外狀況——不得被影響。一如在基本法第九條第二項、第十八條及第二十一條，第七十九條第三項亦宣示了「防衛性民主」。此一規定——一如 Dürig 在鑑定報告書所正確指出的——是憲法保護 (Verfassungsschutz) 的規範。為了保護憲法而放棄憲法最重要的原則，將是自相矛盾的。

立法者不得排除個人權利保護，即屬對 (立法者)

實體規定形成餘地的限制。在特別的情況下，也就是所謂的間諜秘密活動，能夠透過特別的預防措施而予防止，例如可以透過特別的——與行政分離的——法律保護機關，亦即特別法院，此特別法院之程序，雖應有當事人不可或缺的參與，但仍有不公開之必要性。但此種規定是否為修憲之要求，此可暫不置論。

此一修憲規定，就其必然的常有擴張性的規定來看，對一項無從撤銷的監聽措施將具有合理化的目的（請參閱本不同意見書 1. b 政府草案案所引理由），且以修憲方式所要實現的想法也被其他領域所繼受的話，那將會更有問題。在基本法第二條第二項第一句能授權予通常立法者的是，當此一措施係為保護憲法或國家存續時，刑事訴訟法第一百三十六 a 條所謂的「加強」審問（*verschärfte Vernehmung*）得予以變更。故基本法第十三條得予以擴張到，在特定的要件下，未經諮詢住宅所有人以及第三人，亦得採取住宅之搜索，且隱藏式麥克風亦得排除法律救濟途徑下而使用。最後，可能會發生得是，可以限制基本法第一百零四條以至在特定的要件下，國會委員會的審查可以取代法院的命令與審查。鑑於 1949 年以來的經驗，此種發展的危險可能不大。人們可以假定，在自由法治的民主國家中，所有規範將能「具體並公平」被適用，且間諜活動（*Geheimdienste*）將能相對地受到控制。但是，此是否對將來有所確保，

以及將使該修憲所完成的第一步順利，無人可以預見。因此，吾人認為，基本法第七十九條第三項的門檻規定——不是粗泛的——而應嚴格地且不能遷牽強予以解釋並適用。此一門檻規定並不是最後才作如此的決定，而是一開始即決定如此防護自己。

4. 鑑於此一問題的重要意義，吾人對基本法第十條的法律不表同意。但對本判決的 D. 3. c. 部分的理由，吾等贊同。

1971 年 1 月 4 日於 Karlsruhe

（法官）Geller; Dr. Schlabrendorff; Dr. Rupp