德國聯邦憲法法院 BVerfGE 124, 43
——扣押伺服器之電子郵件*（上）

文／王士帆

導言

假設一個案情：檢察官偵查被告 A 涉犯詐欺等罪。偵辦期間，檢察官有相當理由相信已被 A 讀取而儲存在網路服務業者 B 郵箱伺服器的電子郵件內容，可作為不利 A 之證據，遂要求 B 交付 A 帳戶中過去一定期間的電子郵件。當日，B 將 A 帳戶兩年多來已讀取的 2500 封電子郵件複製到隨身碟，交予檢察官。A 主張檢察官扣押上開電子郵件乃違法取證，理由是檢察官所為，侵犯其秘密通訊自由，卻未遵行《通訊保障及監察法》（下稱通保法）相關規定。試問：本件案情是否適用《通保法》？

電子郵件是電信設備傳輸的訊息，符合《通保法》第 3 條第 1 項第 1 款定義的「通訊」概念，殆無疑義[1]。電子郵件傳輸，一般分為 4 個階段—傳送、暫存、接收、管理[2]。案例問題涉及管理階段，其關鍵在於：偵查機關存取儲存在網路服務業者郵箱伺服器的已讀取之電子郵件，是否干預通訊方之秘密通訊自由。答案若肯定，於我國法下，偵查機關的存取行為應依《通保法》為之；倘否定，則因干預資訊自我決定權（或稱資訊隱私權），應依扣押規定為之，尤其是依《刑事訴訟法》第 133 條第 3 項及第 133 條之 1 第 1 項。因此，應先瞭解何謂秘密通訊自由。

《憲法》第 12 條保障人民有秘密通訊之自由。秘密通訊自由之宗旨[3]，在保護人民免於遭受通訊過程脆弱性的特殊危險狀態。詳言之，在保護有空間距離的通訊雙方，當其仰賴通訊設備交流彼此訊息內容時，因通訊設備之傳輸過程脫離通訊者的支配範圍，以致訊息內容之秘密性易受國家侵擾，亦即，雙方使用他們所無法支配的通訊媒體，這會比他們在場面對面直接溝通，更容易受到國家有心干預。所以，秘密通訊自由乃在對抗使用通訊設備所形成的侵擾秘密之特殊危險，鑒於使用通訊設備傳達訊息內容有此特殊危險性，故有特別的保護必要性。在此宗旨下，秘密通訊自由應盡可能維護通訊雙方如同未使用通訊設備，而彷如親身在場般交流意見。否則，有空間距離的雙方，如忌憚脫離其支配的通訊設備，易受第三人或國家侵擾而不敢信賴使用，「寒蟬效應」將有害資訊傳遞和意見交流[4]。

依此認知，秘密通訊自由的保障範圍，會隨訊息送達接收人及傳遞過程結束而終止[5]。從而，秘密通訊自由有保障範圍之時間界限（zeitliche Grenze des Schutzbereichs）[6]。當訊息抵達接收人，由於訊息已處於接收人的支配範圍，通訊因空間距離所出現的特殊危險狀態，即不復存在[7]。一日通訊不表示終身通訊，所以，對於「過去已結束」之通訊內容，若該通訊內容已處於接收人支配範圍，其得對已結束通訊過程之訊息內容，自行決定保護或刪除等處理，而非毫無支配可能時，通訊者即不再處於通訊過程脆弱性的特殊危險狀態，也就失去秘密通訊自由所顧慮的特別保護必要[8]。不過，收件人對該電子郵件仍得主張資訊自我決定權／資訊隱私權。在審查干預基本權的順序上，秘密通訊自由應優先於資訊隱私權而審查，個案中排除秘密通訊自由之保護，不等於排除資訊隱私權[9]。

照上述基準，偵查機關存取儲存業者郵箱伺服器的已讀取電子郵件，由於信件已處於接收人支配領域，應由收件人自己採取保護措施對抗其不願發生的資料截取，此時再無因空間隔離，以致通訊有被侵害的特殊危險[10]。從而，秘密通訊過程已結束的電子郵件，由於不再受到秘密通訊自由保護，所考量的保全手段應不是通訊監察，而是搜索扣押[11]。是以，開場之案情並不適用《通保法》。

值得注意者，德國聯邦憲法法院 2009 年裁判 BVerfGE 124, 43，跳脫主流基準，認為系爭電子郵件仍受秘密通訊自由保護，偵查機關得依一般之證據扣押規定（§ 94 StPO）取得電子郵件。BVerfGE 124, 43 表示[12]，「存放在網路服務業者伺服器的電子郵件，並不在通訊參與人之支配範圍，而是儲存在網路服務業者支配範圍。此時，電子郵件不處於使用者領域內所保管的或在其終端設備所安裝的資料載具內。（……）通訊參與人並無阻止網路服務業者轉交電子郵件的技術可能性。這種技術所造成的可支配性之欠缺，成為秘密通訊具有特殊保護需求的理由。儲存於網路服務業者郵件伺服器的電子郵件，不論是中繼性或終局性儲存，使用者均有保護需求，因為這兩種情形在實際支配關係方面並無不同」。

BVerfGE 124, 43 見解招致不少批評[13]，諸如抨擊其造成秘密通訊自由「超載」（Überladung）[14]、「鬆垮『進行中之通訊』概念」[15]。在刑事訴訟面向，BVerfGE 124, 43 固然把已讀取而儲存業者伺服器之電子郵件，從資訊自我決定權層升到秘密通訊自由保護範圍，卻仍肯認一般扣押規定具備干預秘密通訊自由之立法正當性。如此說來，系爭案情究屬干預秘密通訊自由或資訊自我決定權，對偵查機關而言不存在辨識功能，因為到頭來，都允許偵查機關以扣押來保全電子郵件。此發展結果，除比例原則的模糊把關外，和把保全系爭電子郵件只歸入資訊自我決定權有何兩樣？難怪德國檢察官讚許 BVerfGE 124, 43 提出了「務實的解決方案」[16]。「反對立場之批評，非無正當性」[17]，德國有力學說仍主張，系爭案情不涉及秘密通訊自由。其理由簡言之，電子郵件已處於收件人支配範圍，雖儲存於業者郵箱伺服器，但收件人對已讀取之電子郵件本得自行決定保護或刪除，而非任由他人處置，便失去秘密通訊自由的特別保護必要，故可依扣押規定保全系爭電子郵件[18]；我國最高法院 106 年度台非字第 259 號刑事判決見解亦同此見解。筆者亦不贊同 BVerfGE 124, 43，但鑒於其比較法意義與學術客觀立場，仍不揣淺陋譯介，以饗同好。

【裁判要旨】

電子郵件儲存於網路服務業者郵件伺服器時，對該電子郵件之保全扣押，應遵守《基本法》第 10 條第 1 項保障秘密通訊之基本權。《刑事訴訟法》第 94 條以下規定，符合干預秘密通訊應有法律授權之憲法要求。

（下期待續）

（作者為國立臺北大學法律學系助理教授）

註釋

* BVerfG, Urt. v. 16. 06. 2009 – 2 BvR 902/06. Anm. dazu Brodowski, Strafprozessualer Zugriff auf E-Mail-Kommunikation – zugleich Besprechung zu BVerfG, Beschl. v. 16. 6. 2009 – 2 BvR 902/06 sowie zu BGH, Beschl. vom 31. 3. 2009 – 1 StR 76/09, JR 2009, 402 ff.; Durner, Anm. zu BVerfGE 124, 43, JA 2010, 238 ff.; Klein, Offen und (deshalb) einfach – Zur Sicherstellung und Beschlagmahme von E-mails beim Provider, NJW 2996 ff.; Sachs, Anm. zu BVerfGE 124, 43, JuS 2009, 1131 ff.

1 參見李榮耕，《通訊保障及監察法》，2018 年，頁 22、24；許恒達，〈通訊隱私與刑法規制—論「通訊保障及監察法」的刑事責任〉，《東吳法律學報》，21 卷 3 期，2010 年 1 月，頁 129-130。

2 Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl., 2012, Rn. 779；王士帆，〈網路之刑事追訴—科技與法律的較勁〉，《政大法學評論》，145 期，2016 年 6 月，頁 358-359。

3 S. Durner, in: Maunz/Dürig, 81 EL Sep. 2017, Art. 10 Rn. 49 f.; Kingreen/Poscher, Grundrechte. Staatsrecht II, 33. Aufl., 2017, Rn. 884 ff.; Ogorek, in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 36. Edition, 2018, Art. 10 Rn. 15. Vgl. auch BVerfGE 124, 43, 54.

4 蔡宗珍，〈電信相關資料之存取與利用的基本權關連性（上）—德國聯邦憲法法院 BVerfGE 125, 260 與 BVerfGE 130, 151 判決評析〉，《月旦法學雜誌》，274 期，2018 年 3 月，頁 124。

5 BVerfGE 115, 166, 183 ff.; 124, 43, 54.

6 Vgl. Durner, a. a. O. (Fn. 3), Art. 10 Rn. 62 f.

7 Vgl. BVerfGE 115, 166, 184.

8 Vgl. Durner, a. a. O. (Fn. 3), Art. 10 Rn. 62 f.; Ogorek, a. a. O. (Fn. 3), Art. 10 Rn. 45。關於向電信業者調取過去的通信紀錄，由於通信紀錄是在通訊過程中所形成，而且通訊方對電信業者產生通信紀錄和儲存並無阻止可能性，故亦應審查秘密通訊自由之干預（vgl. § 100g StPO），詳見 Durner, a. a. O. (Fn. 3), Art. 10 Rn. 62; BVerfGE 115, 166 (besonders 185).

9 Vgl. BVerfGE 124, 43, 57。中文文獻，參見蔡宗珍，註 4 文，頁 118。

10 BVerfGE 115, 166, 184.

11 BVerfGE 115, 166; Durner, a. a. O. (Fn. 3), Art. 10 Rn. 62.

12 BVerfGE 124, 43, 55.

13 Vgl. Durner, a. a. O. (Fn. 1), 240; Schoch, Der Verfassungsrechtliche Schutz des Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 GG), Jura 2011, 198 Fn. 62.

14 Krüger, MMR, 682.

15 Härting Beschlagnahme und Archivierung von Mails, CR 2009, 582

16 Klein, a. a. O. (Fn. 1), 2999.

17 Durner, a. a. O. (Fn. 3), Art. 10 Rn. 99; ders., a. a. O. (Fn. 1), 240.

18 Beulke, Strafprozessrecht. 13. Aufl., 2016, Rn. 253b; Gless, Strafverfolgung im Internet, ZStrR 2012, 7; Volk/Engländer, Grundkurs StPO, 8. Aufl., 2013, § 10 Rn. 38。相同見解者，如何賴傑，〈論德國刑事程序「線上搜索」與涉及電子郵件之強制處分〉，《月旦法學雜誌》，208 期，2012 年 9 月，頁 242-243；黃朝義，《刑事訴訟法》，5 版，2017 年，頁 353。

JUDICIAL 司法 徵稿 稿件 啓事
四、文稿一律不退件，請自留底稿。
五、稿件一經刊登，酌送稿酬，並寄贈該期刊物。
JUDICIAL 司法 訂閱 辦法
本刊每 全年
費用新臺
如 蒙
請郵政
帳
5005
帳
司法院