德國聯邦憲法法院BVerfGE 124, 43 —扣押伺服器之電子郵件 下

文／王士帆

（文接上期）

【案情簡要】

檢察官以被告 S 和 G 涉嫌違犯詐欺罪與背信罪，開啟偵查程序。在偵查期間，檢察官懷疑申訴人處有被告 S 和 G 的不利證據，Braunschweig 區法院乃於 2006 年 2 月 9 日核准檢察官搜索申訴人住宅之聲請，以求發現文件和儲存金錢轉帳電磁紀錄的資料載具。此外，區法院在搜索裁定另外指示，「根據《刑事訴訟法》第 100g 條、第 100h 條允許分析也許有應予扣押之資料載具，尤其是文字檔和電子郵件往來」。

申訴人接收電子郵件，是使用所謂的「網際網路訊息進出協定」（Internet Message Access Protocol, IMAP）。此運作方式為，已接收的電子郵件，不會被移轉到使用人的電腦，而是取得完畢後，仍繼續儲存在使用人用密碼保護的網路服務業者之郵件伺服器。申訴人若要讀取儲存於網路服務業者伺服器之電子郵件，應連上網路。申訴人住宅被搜索時，其向偵查人員說明此一情況，並連上網路。然後，申訴人以搜索裁定並未允許為由，反對偵查人員蒐集其電子郵件。

於是，區法院在 2006 年 3 月 14 日依《刑事訴訟法》第 94 條、第 98 條核准扣押裁定，命令扣押網路服務業者提供給申訴人電子郵件帳戶內之資料。當日，網路服務業者伺服器內有申訴人大約 2500 封電子郵件，日期從 2004 年開始到 2006 年 3 月 14 日止，均被複製到資料載具並交付偵查人員。申訴人對扣押裁定提起抗告，區法院維持原裁定，將抗告送交 Braunschweig 地方法院（抗告法院）。2006 年 4 月 12 日，地方法院裁定駁回抗告。申訴人遂向德國聯邦憲法法院提起憲法訴訟，主張其《基本法》第 10 條通訊秘密之基本權遭受侵害。德國聯邦憲法法院 2009 年 6 月 16 日認申訴人之指摘為無理由，以判決駁回。

【裁判理由】

B

（…）被指摘之扣押裁定，未侵害申訴人之基本權。

個人電子郵件中繼性或終局性儲存於網路服務業者之郵件伺服器時，對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（I）。保全扣押儲存於網路服務業者郵件伺服器之電子郵件，乃干預秘密通訊（II）。原則上，得依《刑事訴訟法》第 94 條以下規定保全扣押儲存於網路服務業者郵件伺服器之電子郵件（III）。依《刑事訴訟法》第 94 條以下規定進行之干預，仍須遵守比例原則（IV）。《基本法》第 10 條第 1 項之有效保護，需有符合實質必要性之程序形塑（V）。系爭被指摘之扣押裁定，符合憲法要求（VI）。

I.

1. 個人電子郵件儲存於網路服務業者之郵件伺服器時，對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。

秘密通訊，在保護個別接收者以電信通訊所進行的無形體之資訊傳輸（vgl. BVerfGE 115, 166 <182>; 120, 274 <306 f.>）。秘密通訊基本權之射程距離，不區分傳輸方式（有線或無線、類比或數位傳輸）和表達形式（語言、圖畫、聲調、符號或其他資料），乃涵蓋所有藉由可支配之電信通訊技術所進行的資訊傳輸（vgl. BVerfGE 106, 28 <36>; 115, 166 <182 f.>），也包含網路的通訊服務（vgl. BVerfGE 120, 274 <307>）。秘密通訊之保護，首要是針對通訊內容（vgl. BVerfGE 100, 313 <358>; 107, 299 <312>; 115, 166 <183>），通訊內容究屬私人、營業、政治或其他性質，在所不問（vgl. BVerfGE 100, 313 <358>; 106, 28 <36>）。此外，也保護通訊狀態免被獲悉（vgl. BVerfGE 113, 348 <364 f.>; 115, 166 <183>; 120, 274 <307>）。秘密通訊之基本權保護，不及於通訊參與人在支配範圍進行通訊外所儲存的通訊內容和狀態。就此而言，秘密通訊之保護，於電子郵件送達收件人且傳輸活動結束時，即告終止（vgl. BVerfGE 115, 166 <183 ff.>; 120, 274 <307 f.>）。

相對於此，帳戶使用者只透過上網才能使用的電子郵件信箱，其以密碼保護之通訊內容，則受到《基本法》第 10 條第 1 項秘密通訊的保護（vgl. auch BVerfGE 120, 274 <341>）。秘密通訊自由和通訊媒體有關，其正在對抗使用通訊媒體對秘密所形成的危險，而通訊媒體比在場直接溝通更容易受到國家干預（vgl. BVerfGE 100, 313 <363>）。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。易言之，使用者只能上網連結到網路服務業者伺服器，然後在螢幕上閱讀電子郵件。使用者雖然可以嘗試使用登入保全—例如要求輸入密碼—，來保護儲存在郵件伺服器內電子郵件，不受無關第三人存取。然而，網路服務業者依然能隨時存取儲存在郵件伺服器的電子郵件，偵查機關亦是如此。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。(…)

儲存在網路服務業者郵件伺服器之電子郵件，不因收件人可能已知悉信件送達或信件內容，以致失去秘密通訊之保護。《基本法》第 10 條第 1 項保護之射程距離，未必因收件人知悉通訊內容而終止。是否由《基本法》第 10 條第 1 項保護免於干預，應從權利保障之目的，考量特殊危險狀況而定（vgl. BVerfGE 106, 28 <37 f.>; 115, 166 <186 f.>）。當電子郵件在收件人知悉後，儲存在網路服務業者處時，此特殊危險狀況與《基本法》第 10 條第 1 項權利保障之目的，仍繼續存在。使用特定通訊媒體後，透過終局性儲存，《基本法》第 10 條第 1 項首要保護的通訊內容，被存檔在通訊媒介者所設置的儲存空間，該空間不是任何通訊參與者可支配的領域。在網路服務業者郵件伺服器的電子郵件，無論是中繼性或終局性儲存，業者並未停止其活動，仍繼續管理郵件伺服器的電子郵件。

2. 儲存在網路服務業者伺服器的電子郵件，由於受到《基本法》第 10 條第 1 項保護，對該電子郵件之存取，不應依《基本法》第 2 條第 1 項連結第 1 條第 1 項之資訊自我決定權為之。《基本法》第 10 條第 1 項適用範圍，其在通訊方面乃包含一種優先於一般性資訊自我決定權的特別擔保（vgl. BVerfGE 100, 313 <358>; 107, 299 <312>; 110, 33 <53>; 113, 348 <364>; 115, 166 <188 f.>）。不過，對秘密通訊之干預倘若涉及個人資料之取得，則干預資訊自我決定權所應適用的標準，原則上應轉移到《基本法》第 10 條第 1 項的特別擔保（vgl. B. III. 1. b) aa）。(…)

II.

保全扣押儲存於網路服務業者郵件伺服器之電子郵件，乃干預秘密通訊之保護範圍。

《基本法》第 10 條第 1 項目的在保護通訊秘密，是以，未經受干預人同意，則任何對通訊資料之知悉、記錄和使用，均構成基本權干預（vgl. BVerfGE 85, 386 <398>）。使用人將電子郵件存放在不屬其支配範圍的網路服務業者郵件伺服器，並不意味著使用人已同意第三人存取其資料。任何對參與者關係或使用者關係表示同意之人，通常雖知悉技術上有可能存取其通訊內容，但他並不因此就同意通訊內容被存取（vgl. BVerfGE 85, 386 <398>）。干預秘密通訊自由，不是直到國家機關知悉由通訊技術傳遞之溝通內容和對之記錄始存在，而是在命令存取時，即已構成干預（vgl. BVerfGE 100, 313 <366>; 107, 299 <313>）。

III.

對儲存於網路服務業者郵件伺服器之電子郵件，原則上得依《刑事訴訟法》第 94 條以下規定之刑事訴訟條文，予以保全扣押。

1. 依《基本法》第 10 條第 2 項第 1 句規定，限制秘密通訊只能依法律為之。《刑事訴訟法》第 94 條以下規定，符合上述對秘密通訊之干預應有法律授權之憲法要求。

a) 《刑事訴訟法》第 94 條乃證據扣押規定，其得在不違反憲法下，而被理解為干預《基本法》第 10 條第 1 項之授權依據（vgl. Amelung, in: AK-StPO, 1992, vor § § 99, 100 Rn. 4; Engels, Die Grenzen des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses, 1972, S. 88 f.; Welp, Die strafprozessuale Uberwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 1974, S. 47; Wohlers, in: SK-StPO, § 94 Rn. 2 <Feb. 2008>）。從《刑事訴訟法》第 94 條證據扣押、第 99 條郵件扣押、第 100a 條電信監察與第 100g 條調取通信紀錄等條文之體系地位，無法推論出立法者規範概念上認為只能以《刑事訴訟法》第 99 條、第 100a 條與第 100g 條來干預《基本法》第 10 條第 1 項。所有上述條文，都規定在《刑事訴訟法》第 1 編第 8 章。在第 8 章另有其他條文：機械自動化比對與傳輸個人資料（§ 98a StPO）、拍照和使用科技設備秘密監視當事人（§ 100h StPO）、監聽和記錄住宅內非公開談話（§ 100c StPO）與住宅外之非公開談話（§ 100f StPO）、使用「國際移動用

（文轉三版）

（文接二版）

戶識別碼擷取器」（IMSI Catcher）（§ 100i StPO）、搜索（§§102 ff. StPO）、使用臥底偵查員（§ 110a StPO）、公共出入地點設置檢查哨（§ 111 StPO）、暫時吊銷駕駛許可（§ 111a StPO），以及包含償還協助與發還之保全沒收扣押（§§ 111b ff. StPO）。觀察這些不同強制處分之連續規定，無法認定成立法者有意只依《刑事訴訟法》第 99 條、第 100a 條與第 100g 條來干預《基本法》第 10 條。而查考立法資料，也未看出有充分根據認為立法者制定這些條文時，即有針對書信、郵件和秘密通訊採取列舉式干預規定之想法。依文義、體系和目的解釋，《刑事訴訟法》第 94 條以下規定乃涉及不同之刑事訴訟強制處分，其適用範圍並非完全依各自對特別基本權射程距離之特殊方式而決定。(…)

b) 在保全扣押儲存網路服務業者郵件伺服器之電子郵件方面，《刑事訴訟法》第 94 條以下規定，符合規範清晰性和規範明確性之誡命。

aa) 干預秘密通訊如果涉及個人資料之取得，則干預資訊自我決定權所應適用的要求（vgl. BVerfGE 65, 1 <44 ff.>），原則上應轉移到《基本法》第 10 條第 1 項的特別基本權（vgl. BVerfGE 110, 33 <53>; 115, 166 <189>）。從法律條文清楚得出限制之要件與範圍，而且國民可加以辨識，均屬於此處之要求。干預秘密通訊之理由、目的和界限，必須在干預授權條款區分清楚且明確規定（vgl. BVerfGE 100, 313 <359 f., 372>; 110, 33 <53>）。

bb) 本庭已裁判表示，在保全扣押資料載具和儲存其內之資料時，《刑事訴訟法》第 94 條以下規定符合這些要求（vgl. BVerfGE 113, 29 <51 f.>; 115, 166 <191 ff.>）。此裁判意見，也適用於保全扣押儲存於網路服務業者郵件伺服器之電子郵件。

(1) 對被干預之使用人而言，其可充分辨識出，偵查機關得依《刑事訴訟法》第 94 條以下規定保全扣押儲存於網路服務業者郵件伺服器之電子郵件。《刑事訴訟法》第 94 條以下之干預權限，起初固然只針對有體物而設，惟依《刑事訴訟法》第 94 條條文文義，其仍允許將無體物理解為所存取之「物件」（Gegenstand）（vgl. BVerfGE 113, 29 <50>）。《刑事訴訟法》第 94 條證據扣押，原則上包含所有可作為證據或對發現真實有重要性之物件。鑒於案情多樣性，並不要求更細緻之法律界定。偵查法官根據憲法要求，必須在每次之搜索裁定或扣押裁定達到相關程序之具體化（vgl. BVerfGE 113, 29 <51>）。

(2) 此外，一般之刑事訴訟保全扣押規定，符合立法者必須對取得資料之使用目的區分化與明確化的憲法要求。在資料之取得和範圍方面，《刑事訴訟法》之偵查手段雖然涵蓋廣泛，但界定資料存取之使用目的，在遵守涵蓋《刑事訴訟法》第 94 條以下規定之規範關連性下（vgl. § 152 Abs. 2, § 155 Abs. 1, § 160, § 170, § 244 Abs. 2, § 264 StPO），已有充分明確之規定。各自之干預基礎，受到嚴格限定的偵查目的拘束。只有在為了裁判系爭犯罪有所必要時，始得發動刑事訴訟之偵查措施。干預授權規定並不觸及其他生活事實或關係之偵查（BVerfGE 113, 29 <52>; vgl. auch BVerfGE 115, 166 <191>）。

c)《刑事訴訟法》第 94 條以下規定，在扣押保全儲存於網路服務業者郵件伺服器之電子郵件方面，亦符合比例原則。有效刑事追訴、對抗犯罪和刑事程序盡可能完整真實發現之公共利益，乃使限制秘密通訊合法化之正當目的（vgl. BVerfGE 100, 313 <389>; 107, 299 <316>）。基於《刑事訴訟法》第 94 條以下規定，去存取儲存於網路服務業者郵件伺服器之電子郵件，就為達成這些目的而言，不僅具適合性和必要性，也符合狹義比例性。

aa) 狹義比例性要求損害基本權保護之自由，不得與限制基本權所追求之公共福祉目的存在不適當關係。立法者必須在公共利益和個人利益之間求取適當平衡（vgl. BVerfGE 100, 313 <375 f.>）。(…) 當干預是秘密進行時，會提升干預之嚴重程度（vgl. BVerfGE 107, 299 <321>; 110, 33 <53>; 113, 348 <383 f.>; 115, 166 <194>; 120, 274 <325, 342>）。長時間干預進行中之通訊過程，比一次性且選擇性的資料取得來得嚴重，因為資料的範圍和多樣性明顯更多（vgl. BVerfGE 120, 274 <323 f.>）。已取得之資料，若為了不確定或尚未確定之目的而存在使用可能性時，同樣會升高在取得階段的干預嚴重程度（vgl. BVerfGE 113, 348 <384 f.>）。最後，當受干預人對其資料毫無影響可能性時，應認為升高了干預強度（vgl. BVerfGE 115, 166 <194>）。

bb) 因此，在刑事追訴領域，暗中干預秘密通訊以及諸如廣泛存取不具嫌疑（vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 11. März 2008 – 1 BvR 256/08 -, NVwZ 2008, S. 543 <544 ff.>）、受干預人不能影響之資料，尤其應高度要求所追訴犯罪之重要性與對於存取所必要之犯罪嫌疑程度（vgl. BVerfGE 100, 313 <394>; 107, 299 <318 ff.>）。反之，如果是附隨於搜索之後，對受干預人發動公開、限定偵查目的且非屬通訊進行中之措施— 例如保全扣押儲存於網路服務業者郵件伺服器之電子郵件—，雖鑒於國家刑事追訴利益之重要性，過度禁止並不要求只在追訴特殊重罪（例如刑事訴訟法第 100c 條）、重罪（例如刑事訴訟法第 100a 條）或犯罪具重大意義時（例如刑事訴訟法第 100g 條），始能保全扣押儲存於網路服務業者郵件伺服器之電子郵件。刑事追訴機關若— 例如保全扣押時— 在受干預人知情下、非就通訊內容之進行過程採取干預措施，則具有一般在刑事訴訟偵查程序所必要的犯罪初始嫌疑，即為已足。

(1) 於權衡框架內，一方面應注意通訊內容比通訊資料有更高度的保護價值。再者，存取電子郵件可以回推受干預人的通訊行為、社交範圍和個人興趣。如果未參與犯罪之通訊當事人，其基本權被波及者，此干預另具重要性。最後，存取相關信賴關係之資料，亦有特殊保護需求。

(2) 另一方面，則要考慮國家刑事追訴利益的重要性。使用電子或數位通訊工具與日俱增，幾乎出現在所有生活領域，使得難以實施刑事追訴。使用現代化的通訊技術在不同犯罪中不斷增加，助長犯罪行為的效率（vgl. Hofmann, NStZ 2005, S. 121）。因此，刑事追訴機關跟隨技術發展的腳步，不應只是改善犯罪偵查手段，以繼續補充傳統上有效果的偵查措施，而是應從傳統通訊形式發展到電子消息流通（包含數位處理和儲存）的背景來看待（vgl. BVerfGE 115, 166 <193>）。

(3) 在這些情況下，為了維護比例原則，存取儲存於業者處之電子郵件，並不要求限定至少必須追訴重大意義之犯罪，也不要求具備比初始犯罪嫌疑還高的嫌疑程度。

(a) 有感干擾法和平、足以顯著侵害國民法安定感的中度以上犯罪，即屬重大意義之犯罪（vgl. BVerfGE 103, 21 <34>; 109, 279 <344>; BTDrucks 16/5846, S. 40）。犯罪之最重刑度為 5 年以下之自由刑，不得逕自認定屬於重大意義之犯罪，諸如肇事逃逸罪（§ 142 StGB）、妨害名譽罪（§§ 185- 187 StGB）、窺探資料罪（§ 202a StGB）、過失傷害罪（§ 229 StGB）、強制罪（§240 StGB）以及散布包含暴力或動物情色在內之情色文書（§§ 184, 184a StGB）。對於這些犯罪領域之所有電子郵件，概括、不顧個案地排除保全扣押，有違憲法承認之刑事追訴利益。否則，任何使用者將容易把不利於己之電子郵件，儲存在網路服務業者郵件伺服器，以避免刑事追訴機關之存取。就此而言，亦應注意到，依立法者意思，關於發動《刑事訴訟法》第 94 條、第 99 條之保全扣押傳統通訊時，以一個普通犯罪之初始嫌疑即為已足。此外，假如對保全扣押網路服務業者郵件伺服器之電子郵件設定較高的要求，將發生提高犯罪刑責的風險，亦即，特定犯罪類型之刑責，將單純基於存取資料和通訊內容之目的而可能予以提高。

(b) 對於取得儲存於通訊媒介者之通信紀錄的調取措施，德國聯邦憲法法院在進行比例原則審查時，認為有必要限制在追訴重大意義之犯罪（vgl. BVerfGE 107, 299 <321>），然而，這一見解不得援用至保全扣押儲存於網路服務業者郵件伺服器之電子郵件。於此應注意：第一，保全扣押儲存於網路服務業者郵件伺服器之電子郵件，通常不是秘密為之，而是公開進行；第二，所存取的是通訊進行中以外的資料，乃具有選擇性及偵查目的之限制；第三，受干預人對於其儲存於業者郵件伺服器之電子郵件存檔與否，有影響可能性。(…)

（作者為國立臺北大學法律學系助理教授）

WEEKLY 周刊 徵 高 各 事
一、本刊歡迎兼顧理論與實務、探討司法制度、法學新知的作品。文長宜在八千字以內，以利一次刊出，文後請加註，以利參考。
二、本刊並歡迎，司法人、事及法院的故事。
訂閱 劃撥 號 4377 戶 司法周刊 幣400元