

# 憲法基本權與私法的關係

## ——德國聯邦憲法法院判決解析

李惠宗

- 一、前言
- 二、基本權作為防禦權或保護請求權
- 三、立法者與司法者之關係
- 四、基本權衝突的利益衡量之基準
  - (一)基本權價值位序的衡量
  - (二)手段的衡量
    - 1.手段的適正性
    - 2.手段比例性的衡量
  - (三)目的取向衡量
- 五、聯邦憲法法院對基本權之解釋
  - (一)聯邦憲法法院獨佔基本權之解釋
  - (二)聯邦憲法法院對基本權衝突的解釋原則
  - (三)個別基本權的解釋
  - (四)法律違憲宣告無效之方式
  - (五)主觀公權利與私權的區別相對化
  - (六)平等原則與平等權
  - (七)國家介入私法關係的界限
  - (八)聯邦憲法法院裁判作成之協助
- 六、結語

## 一、前言

憲法基本權對私法應有如何之影響之論爭，德國學界係由 Hans-Carl Nipperdey 所引爆<sup>1</sup>。在實務上則由德國聯邦憲法法院 1958. 1. 15.之呂特判決（Luth-Urteil<sup>2</sup>）首開序頁。此類案型，學說的論爭上，稱為「基本權第三人效力」（Drittwirkung der Grundrechte）。此一問題牽涉頗廣，包括基本權對國庫的效力、基本權對國家介入之民事行為之效力、單純基本權對民事關係的效力與對特別人民團體的效力等問題<sup>3</sup>。此一學說「實質論爭

---

<sup>1</sup> 參陳新民，憲法基本權利及「對第三者效力」之理論，載於氏著，憲法基本權利之基本理論，下冊，民國81年，頁57/67；Nipperdey, *Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung*, RdA 1950, S. 121。Nipperdey 係當時之聯邦勞動法院院長。Vgl. Stefan Oeter, "Drittwirkung" der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts, AÖR Bd. 119(1994), S. 529/533。

<sup>2</sup> 呂特判決在國內亦有譯為「路特案」者，參陳新民，（註1），頁57/100；茲依本院印行，西德聯邦憲法法院裁判選輯（一），頁100以下。

<sup>3</sup> 參蘇永欽，憲法權利的民法效力，原載於當代公法理論，翁岳生教授六秩誕辰祝壽論文集，1993，頁159-215，後收載於所著，合憲性控制的理論與實際，1994，17/22以下。Vgl. auch Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* Bd. III/1, 1988, S. 1511 f.。有關基本權對國庫的效力，請參許宗力，基本權利對國庫行為之限制，收於所

」上<sup>4</sup>，有所謂的間接適用說與直接適用說<sup>5</sup>。間適用說認為基本權只有對抗國家之效力，不能直接適用私人間之法律關係上，基本權的社會行為規範功能<sup>6</sup>只能透過私法上的一般條款實現，亦即公私法應發揮不同的規範功能。直接適用說則認為，如果基本權之條文不能直接在私人間被適用的話，則各該條文將淪為只有宣示的意義。德國基本法第一條第三項既規定，「基本權利之規定視為直接之法律，拘束行政、立法、司法」，法官於判決時即須直接引用基本權之規定，毋庸再透過民事法，始得裁判<sup>7</sup>。就中，間接適用說係居於通說的地位<sup>8</sup>。而

---

著，法與國家權力，民國81年，頁1-71。

- 4 基本權第三人效力的論爭文獻，在德國可謂汗牛充棟，此處無法列舉，請參 Stern, aaO.(Fn. 3),S. 1509；我國文獻，請參蘇永欽，（註3），頁23所列。
- 5 一般提到基本權第三人效力學說，皆會列舉三種學說，亦即效力否認說、間接適用說、直接適用說。但效力否認說否認基本權對一般人民有任何的拘束力，從法位階說而言，明顯的不妥當，故不在此論述。Stern於其國家法的巨著上，亦只列有間接適用說與直接適用說兩種，Vgl. Stern, aaO.(Fn. 3),S. 1531。
- 6 參李惠宗，從基本權功能論司法獨立與訴訟平等權，東海法學研究，第9期，1995/9，頁121/132。
- 7 有關間接適用說與直接適用說論證的法理，參陳新民，（註1），頁57以下。
- 8 我國學說上亦以間接適用說通說，參蘇永欽，（註3），頁83所示。

無論間接適用說或直接適用說，基本權在第三人間不是單純「有無效力」的問題，而是基本權「如何穿透私法行為」的問題<sup>9</sup>。

事實上，德國聯邦憲法法院在此一問題上，自 1958 年呂特判決以來，雖然一再宣稱採用通說間接適用說的見解<sup>10</sup>，但細繹各有關的判決，所謂間接適用也者，聯邦憲法法院並非先就私法的概括條款解釋，而後再以三段論法作出結論，而是就各該第三人間各可如何主張其基本權，進行所謂的「利益衡量」，而後才導出其結論者。換言之，所謂「基本權第三人效力」，基本上是片面的觀察，基本權在私法關係上，絕非一方有基本權，而他方全無的狀態。毋寧是通常雙方都有基本權，因行使的結果而造成衝突<sup>11</sup>。因此，與其概括的說，德國聯邦憲法法院就此一問題係採間接適用說，不如說是聯邦憲法法院判決只是就個案如何進行「利益衡量」。間接適用說只是形式的結論，得出此一結論之過程為個案的「利益衡量」，亦即，透過基本權衝突的利益衡量以決

---

<sup>9</sup> 參陳怡凱，基本權之衝突，台大法研所碩士論文，民國78年，頁111。Vgl. auch Stern, aaO.(Fn. 3),S. 1531；Görg Haverkate, Verfassungslehre, 1992, S. 218。

<sup>10</sup> 【呂特判決】，前揭書（註2），頁107；【燃煤停止供應案】B-I；蘇永欽，（註3），頁52。

<sup>11</sup> 參陳新民，（註1），頁76。

定基本權究可穿透私法行為至何種程度。這是聯邦憲法法院自【呂特判決】以來的運作模式。

然而，聯邦憲法法院如此利益衡量之法律基礎何在，此涉及到自由基本權對國家究只有防禦權的功能抑或也有請求保護的功能，此其一；又此種利益衡量是否妥當，此涉及利益衡量應由立法者加以一般化抑或容許司法就個案計超越立法的利益衡量，此其二？司法果可進行利益衡量，是否有一定的基準，此其三？此種衡量是否為聯邦憲法法院所獨佔，此涉及到聯邦憲法法院與該專業法院的緊張關係，此其四。

本冊德國聯邦憲法法院裁判選輯所選之十一篇裁判，加上前此已譯出之相關裁判，在此一問題上，基本上涉及基本權對純粹民事關係與對民事立法的問題。從此些裁判可以歸納出聯邦憲法法院就以上問題所持之見解。一般而言，我國各級法院法官對適用憲法的意識較為薄弱，期望本冊「憲法基本權與私法的關係」專輯，能或多或少增進實務上的憲法意識。

## 二、基本權作為防禦權或保護請求權

基本權，即使是自由基本權，對國家而言，究只是防禦權而已或尚可進一步肯認其具有保護請求權之性質？此為基本權第三人效力的基本問題。設若認為基本權

對國家而言只是防禦權，則國家即不必積極對私人間之此類爭議進行任何干預。從此乃可導出，基本權對第三人效力的否認說與間接適用說。但若認為，基本權對國家而言，不只是消極的防禦權，更可積極的請求國家保護以對抗來自私人的侵害，則此種主觀公權利乃使國家相對的負有保護的義務<sup>12</sup>。基本權在第三人效力亦具有保護請求權的地位，德國法學界自九〇年代開始熱烈討論<sup>13</sup>。就此，學說上漸傾向基本權在第三人間不只是具有防禦權的功能而已，而是尚應具有積極請求保護的地位<sup>14</sup>。因基本權功能具有此一轉變，使得基本權第三人效力的問題不再是單純直接適用說或間接適用說的爭執。

---

<sup>12</sup> 「主觀公權利」之概念與「客觀法規範」相對，乃指人民有權請求國家機關為一定作為或不作為之法律地位。因公權利只存於個別的主體，故曰主觀。因人民具有權利，相對的，國家機關必負擔一定之義務。法規範係一般普遍存在的秩序，故曰客觀。此種概念係德國公法學特有但已普遍使用的法學邏輯概念。Vgl. Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9. Aufl., § 8, Rn. 2。

<sup>13</sup> Vgl. Josef Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht*, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), *HdBStR V*, 1992, § 111。

<sup>14</sup> Vgl. Jost pietzcker, *Drittwirkung - Schutzpflicht - Eingriff*, in: *FS Düring*, 1990, S. 345 ff.。

### 三、立法者與司法者之關係

對基本權具有保護義務的機關包括立法者與司法者，但保護義務的實現係有選擇性的。國家如何實現保護義務，原有立法保護、司法保護與行政保護等多種途徑可供選擇。國家的保護義務係特定基本權核心領域保障的工具，應使立法者有廣泛的形成餘地，因立法者是民主合法性之化身，故立法者就此一任務之達成具有優先的任務，可以理性的平衡各個人在基本權有衝突時之法律地位<sup>15</sup>。因立法者可以從事此種衡量一般化的工作，故只有在極端的案例上，基本權的保護義務，才可以導出對立法者之不作為有主觀請求保護義務<sup>16</sup>。蓋原則上，有關國家保護人民之免於被私人侵害，並非直接從基本法有關基本權規定導出，毋寧是立法者本有的法政策決定權<sup>17</sup>。但立法者具有優先的衡量地位並不表示可以完全排除司法權可能的漏洞填補權能。換言之，法院在立法者抽象、一般的衡量決定後，仍在具體的個案上保有構成要件判斷上的衡量權限。亦即當立法者在抽象的

---

<sup>15</sup> 參陳怡凱，（註9），頁94。

<sup>16</sup> 參李惠宗，立法行為之國家賠償責任之研究，法學叢刊，第139期，民國79年7月，頁38/47。

<sup>17</sup> Vgl. Oeter, aaO. (Fn. 1), S. 537。

利益衡量上出現漏洞時，基於司法基本權亦受此保護功能之拘束，司法機關乃必須就此問題進行「利益衡量」，以善盡立法者在個案上無法達成的保護義務。故司法權在個案的利益衡量乃能取得合法性基礎。此點實務上1990年的【商業代理人案】應是一項里程碑，聯邦憲法法院首次肯認職業選擇自由在第三人間亦具有請求國家保護的性質<sup>18</sup>。

聯邦憲法法院在此判決上，詳細縷述了基本權之客觀法規範的功能，雖亦肯認私人間相互的私法自治的自由，但卻也同時強調：契約並非無限制的受制於自由力量之遊戲。過度禁止之民法概括條款應以補充的方式介入。此些概括條款的具體適用時，基本權亦須被尊重。憲法對此所為之「保護委託（Schutzauftrag）」旨在使法官在契約衡平上受到干擾時，藉助於民法，以使基本權之客觀基本決定得以適用，並以多種方式實現此一任務<sup>19</sup>。

此種論證基礎對基本權在第三人間效力問題的解決，較富有彈性，而可以在困難的利益衡量的過程上找到正確的解決。因此種解決須恃相衝突的法益加以具體的權衡<sup>20</sup>。事實上，許多個案上基本權衝突的衡量問題，

---

<sup>18</sup> Vgl. Oeter, aaO. (Fn. 1), S. 550。

<sup>19</sup> 【商業代理人案】C-I-3。

<sup>20</sup> Vgl. Stern, aaO. (Fn. 3), S. 1572。

因涉及到具體法律構成要件的判斷，已由立法者轉移至法院了。有關言論自由與名譽保障保護「構成要件」的具體衡量即是明顯的例子。聯邦憲法法院在【呂特判決】作如下之衡量：「對於一項杯葛的要求是否違反風俗的問題，應審查其言論的動機、目的」<sup>21</sup>。在【閃亮信號雜誌案】上，聯邦憲法法院亦先揭明：基本權利之規定所建構起來的客觀價值秩序應一併考量。基本法之規定，對於確定是否具有民法第八百三十二條第一項所規定之不法性具有重要意義。於此一方面必須審查，在如何程度內，杯葛之呼籲乃符合基本法上之言論自由之規定，另一方面也須審查，在如何範圍之內，他方亦得主張新聞（出版）自由。聯邦憲法法院個案衡量的結果是：被告有組織的呼籲，係以利用對其有經濟依賴性的零售商為手段，與呂特案不同的是，此種呼籲並非單純的精神層面的論戰，並無利於公共利益與國家政策。故此種呼籲乃具有不法性<sup>22</sup>，已侵害了他方的出版自由。在【德國基金會案】，聯邦憲法法院亦就言論自由與人格權的衝突就構成要件進行衡量，其認為，為了避免窄化自由表達政治思想的管道，而傷害到意見表達自由的功能起見，對公開政治辯論的用語尺度過高的要求，均屬

---

<sup>21</sup> 【呂特判決】，前揭書（註2），頁115以下。

<sup>22</sup> 【閃亮信號雜誌案】B-II-1。

違憲而限制了言論自由權。如果政治意見的爭辯。僅以意見發表人的用字遣詞是否有礙他人名譽作為評價的標準，完全不考慮意見發表人同時是為告知讀者某些事實及他個人對此所作的「批判性評價」，則此類標準即屬過高的要求。意見發表人縱使對批判性評價的言論無法確實證明，甚而會引起損害名譽的副作用時，亦同<sup>23</sup>。

聯邦憲法法院進行「利益衡量」，亦努力建立起前後一貫的衡量標準，以免被認為有代位立法者（Ersatzgesetzgeber）的批評。雖然並非前後一致，但仍有可觀之處。以下試就憲法法院在個案衡量上所需考慮的要素加以歸納。

## 四、基本權衝突的利益衡量之基準

聯邦憲法法院進行個案利益衡量所採取之基準不能列舉，只可歸納。因判決定一直在陸續發展中。迄今聯邦憲法法院判決曾以下列基準進行衡量。

### （一）基本權價值位序的衡量

聯邦憲法法院在【呂特判決】上明白使用基本權價

---

<sup>23</sup> 【德國基金會案】C-II-1。

值位序的衡量方法。其認為，「如果表意自由的活動所侵害他人應受保護的利益位階較高時，則言論表達權利應退居第二。至於這些他人的利益是否較高，應本於個案的所有情況加以判斷」；「如果是爲了公共福祉的重大問題已形成了一項輿論，這時私人利益，特別是個人經濟利益便須退居其後」<sup>24</sup>。這種將基本權定出有價值位序高低的作法<sup>25</sup>，似未得到學界的普遍贊同。蓋何種基本權應大於他種權利，其標準爲何，均不無商榷的餘地<sup>26</sup>。聯邦憲法法院此後似未再使用此種方法，而改以手段的衡量。

## (二)手段的衡量

手段的衡量主要在審查基本權衝突案件上，基本權主體行使基本權時，究竟採用何種手段、及其動機與目

---

<sup>24</sup> 【呂特判決】，前揭書（註2），頁111、117。

<sup>25</sup> 此種基本權有價值位序關係之見解，係由美國判例於1930年代所確立，參法治斌，憲法保障人民財產權與其他權利之標準，收於氏著，憲法專論(一)，民國74年，頁227/253。本件判決是否受到此種見解之影響，缺乏佐證，尙難判斷。但日本之違憲審查基準明顯受此一學說之影響，則屬定論，參李惠宗，從平等權拘束立法之原理論合理差別之基準，台大法研所碩士論文，民國77年6月，頁114以下。

<sup>26</sup> 參陳新民，（註1），頁57/106與陳怡凱，（註9），頁118、174所引文獻。

的如何。手段的衡量有可歸納為手段適正性的衡量與比例性的衡量。

## 1.手段的適正性

手段適正性的判斷，指行使基本權之動機與目的是否純正。在【呂特判決】中，聯邦憲法法院即已指出，判斷一項杯葛的呼籲是否違反善良風俗，應先審查其言論的動機、目的<sup>27</sup>。在【閃亮信號雜誌案】上，憲法法院認為，一種為某特定言論所為之杯葛呼籲，只有在手段係涉及一種基於公眾政治的、經濟的、社會的或文化的利益所為的憂慮，而非兼為自己私人之利益時，才受基本權言論自由的保障。本案，由於呼籲者與被杯葛者之間，係處於一營業上之競爭關係，且呼籲者係基於各該接受者對其經濟上的依賴關係，迫使各該接受呼籲者無自由決定可能而不得不接受時，此種呼籲杯葛之言論即不「再」受言論自由之保障<sup>28</sup>。故其所進行之杯葛呼籲，與呂特案完全不同，無法被認為係基於一種純為公共利益所行之言論自由之行使。故無法被認為合法。

此一手段適正性的衡量基準在「保證契約內容之審查案」<sup>29</sup>上也有一貫的見解。在該案上，聯邦憲法法院

---

<sup>27</sup> 【呂特判決】，前揭書（註2），頁115。

<sup>28</sup> 【閃亮信號雜誌案】B-II-1。

<sup>29</sup> 參本院印行，德國聯邦憲法法院裁判選輯(五)，頁396以下。

認為，契約自由固屬個人行為自由。但契約之一方如果具有強大地位，以致事實上其得在契約內容上，作單方面的決定，以致對他方面而言，顯失公平者，則民事法規應對之有所反映並使之有修正之可能。此乃源自私法自治之基本權保障與社會國原則相協調的結果。若法律尚未就此種類型有所規定，契約內容對於締約一方加以非比尋常之負擔，而在利益的平衡上顯不適當者，則法院不得以『契約就是契約』即為已足。法院毋寧需要敘明該約定是否是結構上談判強度不平等的結果，或必要時，法院應依民事法一般條款範圍內予以匡正。此一裁判可視為聯邦憲法法院將私法上的「誠信原則」社會化（*Sozialisierung*）或國家化（*Staatlichung*），並要求各專業法院亦應同樣尊重受此一社會國原則所導出來的法規範。

## 2.手段比例性的衡量

聯邦憲法法院【梅菲斯特案（*Mephisto*）】判決上表示，比例原則只在公權力對私人侵害始有適用。若屬民法請求權範圍之確定，不能引用比例原則來作判斷<sup>30</sup>。此種見解事實上聯邦憲法法院並未完全一貫堅持。比例原則作為一憲法原則，主要在拘束立法者，但若在立

---

<sup>30</sup> 參李建良編著，陳新民評釋，基本人權與憲法裁判，民國81年，頁189。

法者所未預見的類型<sup>31</sup>上，司法者有義務對此種立法漏洞加以補充<sup>32</sup>。此時毋寧說，基於基本權之保護權的功能，亦應拘束司法者。亦即若私人過度行使基本權，致他方基本權無法伸展時，即不得主張再受基本權之保護，或私法契約上，一方限制他方基本權過巨時，司法權有義務慮及此種狀態，而進行利益衡量。

在【閃亮信號雜誌案】上，聯邦憲法法院明白表示，在進行利益衡量時，不得過度擴張一方的言論自由的保護範圍<sup>33</sup>。在【德國基金會案】上，憲法法院卻含蓄的說，不可窄化自由表達政治思想管道，而過度要求公開政治辯論用語的精確性及可驗證性<sup>34</sup>。在【商業代理

---

<sup>31</sup> 例如我國民法第二百五十二條規定，約定之違約金過高者，法院得減至相當之數額。此屬立法者已預見之狀態。但立法者未預見之情形，並非鮮見。

<sup>32</sup> 司法者之補充漏洞的義務較無爭議，準司法者是否亦應同樣考慮私權過度行使的問題，我國公平交易委員會係持肯定見解，參公平交易委員會(84)公處字第012號處分書。該處分書稱：縱觀被處分人競爭之手段，不論對於商業交易常規之維護、公共經濟秩序之維護、以及所採保護自身權益之行動，在手段與目的之正當合理性等各點上，均有負面之影響，其採取之行動，雖然在表面上都是合法的，但已逾越其為保護自己主張之專利權所必要之程度，其濫用權利之行為，……有必要依公平交易法第二十四條加以禁止。

<sup>33</sup> 【閃亮信號雜誌案】B-II-1。

<sup>34</sup> 【德國基金會案】C-II-1-a。

人案】，其指出，民事法的概括條款可以作為過度禁止之條款加以適用<sup>35</sup>。在【剝奪親權案】上，聯邦憲法法院認為子女之利益與父母之親權乃是國家提供必要協助之主要考量要素。只有在以較溫和的手段仍不足以達目的時，方得剝奪父母對子女之親權，因為剝奪親權係對父母親最嚴重的手段，不可輕用<sup>36</sup>。事實上，此種比例原則適用於利益衡量上，早在【呂特判決】上即已出現過<sup>37</sup>，其後之判決只不過是更加強調而已。

### (三)目的取向衡量

德國民法第一六七一條第四項原規定，親權應委諸父母一方單獨行使。但為子女之財產利益，得將財產監護之全部或一部委諸他方行使。但該規定未就父母雙方同意之情況設有例外允許其共同行使監護的規定。在【離婚子女監護案】判決上，聯邦憲法法院從子女的利益出發認為，已離婚父母對於應由其二者之何方行使其共同子女之親職，不能達成合意者，則國家基於其確保法秩序和法安定之一般職責，並有權平衡該父母間衝突之利益（BVerfGE 31, 194/205）。但若雙方父母都願意於離婚後，繼續對其子女共同負擔責任，則不須由國家加

---

<sup>35</sup> 【商業代理人案】C-I-3。

<sup>36</sup> 【剝奪親權案】B-II。

<sup>37</sup> 【呂特判決】，前揭書（註2），頁112。

以衡量，因此時已無利益衝突之情況矣。因此如果父母雙方皆具有教養能力，且無理由顯示，應將親權委諸一方行使，國家亦無行使看守機關之職責。故如國家立法上毫無例外地排除父母共同責任的繼續存在，即是侵害了基本法第六條第二項第一句所保障之「自然權利」<sup>38</sup>。

本案本質上雖非基本權對第三人效力的問題，而屬基本權對民事立法者如何拘束的問題。但憲法法院事實上在此仍揭櫫了立法者的利益衡量時的界限<sup>39</sup>。此一對立法者所揭櫫的利益衡量亦應適用於法院之衡量。換言之，國家進行違反法目的利益衡量，以致當事人之基本權受到侵害者，亦屬違憲。

## 五、聯邦憲法法院對基本權之解釋

### (一)聯邦憲法法院獨佔基本權的解釋

德國一般民事判決的終審法院係聯邦最高法院。聯邦憲法法院一直強調，聯邦憲法法院對一般民事法院（或其他專業法院）判決的審查權是有一定界限的。憲法

---

<sup>38</sup> 德國基本法第六條第二項規定：撫養與教育子女為父母之自然權利，亦為其至高義務。國家應監督其行為。

<sup>39</sup> 【離婚子女監護案】B-III-2-a。

法院的職權主要不是審查法院之判決，而是對法條的釋適用與解釋是否恰當，而是僅在審查涉及憲法所保障之基本權的民事案件中，一般法院關於基本權在民事領域的效力及其範圍所作的判斷是否正確<sup>40</sup>。此或可稱為「基本權解釋的適正性」的審查。然所謂的「一般法院關於基本權在民事領域的效力及其範圍所作的判斷是否正確」，事實上常涉及各專業法院利益衡量是否正確的問題。例如在【閃亮信號雜誌案】上，聯邦憲法法院即以聯邦最高法院未「正確斟酌」雙方之基本權，而將原審判決廢棄。在【德國基金會案】，亦同。聯邦憲法法院強調，凡是一個對人民基本權的保障要件限制越大的民事判決，愈需要更詳細深入的憲法法院審查，來檢視此項限制是否合憲<sup>41</sup>。在【離婚子女探視權案】，聯邦憲法法院亦強調，此種審查密度繫之於「基本權受到該裁判的如何侵害而定」<sup>42</sup>。而一項判決對基本權有多大之限制，無非仍由聯邦憲法法院本身決定。其結果即是聯邦憲法法院獨佔基本權的解釋任務。

---

40 【商業代理人案】C-I-1；【德國基金會案】C-I-1；【離婚子女探視權案】理由I-a。另參BVerfGE 7,198/207；李建良編著，（註30），頁45、187。

41 【德國基金會案】C-II-1。

42 【離婚子女探視權案】，理由I-a。

## (二)聯邦憲法法院對基本權衝突的解釋原則

聯邦憲法法院在基本權之私法效力案件上，係採「基本權協和」的理論<sup>43</sup>，亦即在基本權衝突的案例上，應解釋各方的基本權，使其相互間皆能發展到最極致為目標。在【離婚子女探視權案】上，聯邦憲法法院表示，離婚夫妻對子女之探視權衝突解決的最高目標是基本權的協和（Konkordanz）。未獲有監護權之父母一方其探視權亦如他方同受基本法第六條第二項第一款之保護。該二種法律地位源自天生的親權以及由此而來的父母責任，生父母須互相尊重。因此，有監護權的父母一方原則上必須使該子女可與另一方有私人之探視。因此，有監護權的父母一方原則上必須使該子女可與另一方有私人之探視<sup>44</sup>。若生父母對探視權之行使意見不一致時，法院必須裁判，此種裁判既須顧及生父母雙方之基本權地位，亦須顧及該子女之幸福及其作為基本權主體的個別性。原則上須尊重生父母人格與觀點以及子女之利益。若二者衝突無一般經驗法則可資運用時，則須用盡程序的可能性<sup>45</sup>。換言之，國家要用盡程序的可能，使

<sup>43</sup> Vgl. Pieroth/Schlink, Grundrechte, 1994, 10. Aufl., Rn. 348, 349.

<sup>44</sup> BVerfGE 31, 194/206 ff. = NJW 1971, 1447; BVerfGE 64, 180 / 187 f. = NJW 1983, 2491.

<sup>45</sup> 【離婚子女探視權案】，理由1-a。

基本權衝突的各方，皆能實現其最大的基本權。

基本權協和原則係聯邦憲法法院在解決基本權衝突時所堅持的最高原則<sup>46</sup>。

### (三)個別基本權的解釋

在聯邦憲法法院解釋基本權的諸多判決上，對個別基本權概念的形成非常有貢獻。本輯所選譯之有關基本權與私法之裁判，係集中在一般人格權的憲法保障上。聯邦憲法法院認為，一般人格權係「無名的自由權」（在我國則可稱為剩餘的基本權，憲法第二十二條），換句話說，在其他有名基本權無法涵括的基本權，皆可在一般人格權上找到其規範上的依據。一般人格權的任務是依人性尊嚴，保障個人生活領域之基本條件。但德國聯邦憲法法院並未終局地界定出一般人格權的具體內涵，而是藉由個案的審理，逐漸刻劃出其形貌（*Ausprägung*）。

一般的人格權包括私法自治下的契約締結自由<sup>47</sup>，藉由契約締結所實現之職業自由亦是人格發展自由的表現，大多數國民可藉此為自己創造出生存之經濟基礎。民法上的契約規定為契約雙方交互限制彼此行動自由提供基礎。私法自治是自由社會秩序之結構要素。契約當

<sup>46</sup> Vgl. Stern, aaO. (Fn. 3), III/2, 1994, S. 656。

<sup>47</sup> 【法定代理權界限案】B-II-1-a。

事人在在私法自治的基礎上，自我負責的形成其法律關係。其彼此間，如果在力量均衡的情況下，自我衡量其利益衝突，而處分其在基本權上受保護的法律地位，除非締結契約雙方非在立足點平等的情況下，原則上國家必須尊重此種個人決定<sup>48</sup>。

人格權亦包括知悉身世之權。因一般人格權之任務乃是依人性尊嚴之理念，以擔保個人生活領域之基本條件。但此等基本條件尚無法受到傳統自由保障所涵蓋。鑑於現代科技之發展所帶來對人格權的新危害，法院有必要從個案上，逐漸刻劃出人格權保護的特徵。身世不僅確定個人遺傳學上的配置，也在人格圖象的塑造上，扮演著理解個性重要的角色，故知悉身世誠為人格發展之要素<sup>49</sup>。

此外，結婚姓氏之採用亦屬人格權的內涵，因人之出生姓氏係個人特性的表現；因此，個人得要求法秩序尊重並保護其姓氏。國家沒有重要理由存在時不得要求變更姓氏<sup>50</sup>。

#### (四)法律違憲宣告無效之方式

聯邦憲法法院在【妻冠夫姓案】一案上，就法律規

---

<sup>48</sup> 【商業代理人案】C-I-2。

<sup>49</sup> 【身世知悉權案】C-II-1-b。

<sup>50</sup> 【妻冠夫姓案】D-II-2-b。

定與基本法不符時，不逕行宣告為無效之理論基礎有深切之論述。聯邦憲法法院稱，法律若與憲法牴觸，原則上應受無效之宣告（德國聯邦憲法法院於 § 82 I, § 78 S. 1），唯在違反一般平等或特別平等原則而其合憲性得透過不同方式予以回復，且作出無效宣告係對立法者的侵害或將導致一項更無法符合憲法之狀態時，則上開規定即無適用之餘地<sup>51</sup>。在該具體的案例上，將此一姓氏的規定宣告無效，將會導致法律的極不安定。在此一判決上，聯邦憲法法院更在此案指出立法者應為如何之修法，以使男女平等能被落實下來。此種司法命令，是現代司法積極性的表現<sup>52</sup>。

## (五)主觀公權利與私權的區別相對化

基本權係從爭取人身自由與財產自由加上平等原則

---

<sup>51</sup> 【妻冠夫姓案】D-I。

<sup>52</sup> 此種宣示方式，從三權分立的觀點來看，雖不無商榷之處，參陳新民，中華民國憲法釋論，民國84年，頁650以下。但基於司法權因時代需求之變更，司法權在保障人民基本權之積極性上，扮演著今昔不同的角色，此種宣示，未嘗不是更合乎三權分立司法審查之建制的本旨相符，因三權分立本在防止國家權力過度集中，以保障人民基本權；而司法審查亦基於相同之目的，若司法權在被動的本質上，加上完全的消極，吾人何以期待其能發揮保障人權的功能，參許志雄，司法消極主義與司法積極主義，月旦法學雜誌，第2期，1995/6，頁40以下。

產生出來，而漸次演化成今日複雜多樣的基本權系譜<sup>53</sup>。因此，基本權之原始功能只是對抗國家之防禦權而已。但今日絕大部份之基本權之可能侵害，不只是可能來自國家，亦可能來自一般第三人，且來自一般第三人之頻率並不下於國家。故基本權現代之功能不只是防禦國家侵害而已，也有請求國家保護之功能，已如上述。

唯在基本權第三人效力問題上，另涉及到本屬主觀公權利的基本權亦可能是私法的權利。換言之，主觀公權利與私法權利若非一體，至少其區別亦屬相對的。【呂特判決】上，原告主張者乃基本法上的「營業權」受到侵害；在【閃亮信號雜誌案】上，原審訴訟程序的原告即主張，其「出版自由」受到被告不正競爭手段的侵害<sup>54</sup>。在【德國基金會案】上，原審原告意主張其「一般人格權」受到侵害，而請求侵害除去請求權<sup>55</sup>。在【商業代理人案】，當事人所主張者為「職業選擇自由」受到企業主競業禁止條款的侵害<sup>56</sup>，而基本法第十二條之職業選擇自由本係用以限制國家者。此外，聯邦憲法法院在【次承租人保護案】上，將憲法的平等原則與承租人在社會租賃法所保障的租賃地位結合起來，認為此

---

<sup>53</sup> 參孫哲，新人權論，民國84年，頁21以下。

<sup>54</sup> 【閃亮信號雜誌案】A-I。

<sup>55</sup> 【德國基金會案】A-II-2。

<sup>56</sup> 【商業代理人案】A-II-1；C-I-1。

種民事法上的租賃地位憲法亦加以保障，因財產權具有社會義務性<sup>57</sup>，換言之，憲法第三條平等權之規定亦可在一般私法契約中主張。在【法定代理權界限案】，憲法法院表示，個人生活事實之公開領域的自由決定權，屬一般人格權。此種以人性尊嚴為核心的權利，父母亦有保護之義務。故父母若藉其法定代理權得使其未成年子女負擔經濟上過大的義務，即使該未成年人個人自由決定權於受到影響<sup>58</sup>。換言之，此種未成年人的人格權亦可能成為侵權行為的客體。

從方法論而言，縱然基本權與私法權利漸有相對化之趨勢，但是否可因此認為聯邦憲法法院採基本權可直接成為侵權行為的客觀的見解<sup>59</sup>，似尚難定論<sup>60</sup>。

<sup>57</sup> 【次承租人保護案】理由-II-2。

<sup>58</sup> 【法定代理權界限案】B-II；III。

<sup>59</sup> 蘇永欽氏認為，某些純屬公法權利的基本權不至於成為民事侵權行為之客體，例如參政權、司法權、受教育權等，參蘇永欽，（註3），頁38。此種見解在基本權第三人效力採間接適用說情況下，固屬正確。但某些雖純屬公權的權利，其重要性或亦可能連帶引起私法之損害賠償，若謂完全不能請求私法上之損害賠償，似難得事理之平。例如，選舉投票日，本攜身分證印章擬赴投票，適被車撞傷，不能投票；小學生無過失因車禍受傷，臥病床兩個月，其後因趕不上學校功課，家長乃為之聘請家教，額外之支出。此些似無不能請求損害賠償之理。毋寧說，我國國民權利意識太過薄弱，往往不知請求而已。

<sup>60</sup> 參蘇永欽，（註3），頁56。若依直接效力說，即可認為憲

## (六)平等原則與平等權

聯邦憲法法院認為基本權上有一般平等原則與特別平等原則之區別<sup>61</sup>，其區別之實益在於，特別平等原則的違憲審查上應接受較嚴格的審查。此外，平等原則不只是直接拘束立法者；個案審判的法院，在解釋法律「違反相同事情相同處理」原則時，亦屬違反平等原則<sup>62</sup>，而侵害人民之平等權。

【妻冠夫姓案】即涉及到特別平等原則。聯邦憲法法院持嚴格的審查基準認為，基本法第三條第二項禁止性別上的法律不平等。此雖不排除鑑於客觀之生物學上或功能上（分工上）之差異，而依各該介於男女間之生活關係為區分之規定。唯僅以傳統對生活關係之影響一點，尚不足以說明不平等待遇存在之理由。男女平等屬於憲法上的特別平等，若因男女雙方於結婚時，未約定共同婚性，法律即規定以夫姓為共同婚姓及婚生子女之姓，即屬對婦女人格權的侵害<sup>63</sup>。

---

法上所保障的基本權直接屬侵權行為之客體。

<sup>61</sup> 德國基本法上所謂的特別平等係指，基本法第三條第二、三項所特別強調的男女平等、出身平等、種族平等、語言平等、信仰平等、宗教觀與世界觀的平等。以此等要素為差別待遇的措施須受到較嚴格的審查，參李惠宗，(註6)，頁138。

<sup>62</sup> 參蘇永欽，(註3)，頁37。

<sup>63</sup> 【妻冠夫姓案】C-II。

就一般平等原則，聯邦憲法法院在【次承租人保護案】上認為，若受規範之人群中，相對於其他規範之人群受到不同之差別對待，而在兩群人所出現之差異，並無理由足以合理化此種差異時，則該差別對待即已違反平等原則。直接向所有權人承租房屋之承租人，在租賃關係解除時，享有法定的承租人保護；但透過第三人承租人即不得享有此種保護，即屬不平等之待遇。此種違反平等原則之情況不只出現在立法上，也出現在法院在解釋法律規定或填補法律漏洞時，所導致之立法所禁止之差別待遇，此亦屬侵害基本權。本件裁定係從社會國原則導出其結論。在此，財產權行使之社會義務性不只是國家對私人財產侵害的基礎<sup>64</sup>，亦已延伸到私人契約的保護。換言之，營業之中間承租人之存在，不能使次承租人受到更不利的地位。

在【商業代理人案】，聯邦憲法法院判亦稱，對抗社會經濟上不平等之法律規定係實現基本權的客觀基本決定。

### (七)國家介入私法關係的界限

從基本權的保護義務功能而論，國家，包括立法與司法行爲，既然有保護一般人民之基本權免於受到第三

---

<sup>64</sup> 參葉百修，從財產權保障觀點論公用徵收制度，台大法研所博士論文，民國78年，頁89以下。

人的侵害之義務，則國家在一定情況下，自有介入私法關係之義務。然國家之介入是否有界限的問題，不無探討之餘地。

在聯邦憲法法院在【商業代理人案】強調，在私法自治下，訂立契約亦是人格發展自由的表現。此種自由應受基本法人格自由的保障。唯私法契約如非在雙方當事人力量均衡下所為之締結，即不再受私法自治之保障，而須由國家介入。換言之，從國家與社會分離原則<sup>65</sup>，國家對社會事務本應保持一定距離，以讓社會個體充份實現其自由基本權。但若此種自由之行使已達濫用，而有害個人尊嚴或基本權的圓滿實現時，國家即不可放任此種事態的繼續惡化。

【法定代理權界限案】中，聯邦憲法法院表示，子女亦具有人性尊嚴<sup>66</sup>與人格發展自由權，若法律規定，父母於財產監護的法定代理權實行，使得該子女變成「他主決定（*Fremdbestimmung*）」時，即會使得該子女

---

<sup>65</sup> 參葛克昌，國家與社會分離二元論及其憲法意義，台大法學論叢，24卷1期，民國83年12月，頁121-142。

<sup>66</sup> 人性尊嚴係德國基本法第一條的用語。在法學上的理解，人性尊嚴的存在必須具有兩個要素，第一，人的主體性，亦即人不可以被單純當作是國家統治權或人民權利客體；第二，人的自由意志須受到充分尊重。此一概念，請參李震山，人性尊嚴的憲法意義，中國比較法學會學報，第十三輯，民國81年，頁15-44。

之尊嚴受到傷害。基於此種規定所訂立的契約即不得再受契約自由的保護<sup>67</sup>。又在【商業代理人案】上，聯邦憲法法院再次申明，基本權並非是價值中立的秩序，而是一種客觀的基本決定。私法上之交易亦不得牴觸此原則。私法自治係植基於自我決定之原則，但契約當事人一方如具有優勢，以致其事實上得單方面訂定契約規定，則對於另一方當事人而言，此事情已構成他主決定。當事人間並無相近的力量，無法單藉助於契約法之規定以擔保其利益能有一合乎事理之平衡時，換言之，如果基本權所保障之地位受到處分時，國家法規應作補償性的介入。此亦在實現社會國的原則<sup>68</sup>。

上述兩案裁判之意旨並未明示國家介入私人關係時，應有如何之界限。然從其意旨反面可以尋繹出，若私法契約之約款不至於使另一方完全處於他方之下，而在「他主決定」時，國家即應尊重私法自治原則。然則，是否有此情況，因立法者只有抽象類型化的權能，無法完全慮及個案情形，故終局仍須交由法院個案判斷之。唯此時司法者亦應受到基本權本質的限制，如同立法者之限制基本權仍須受基本權拘束的原理，是謂「限制基本權的限制」<sup>69</sup>。

---

<sup>67</sup> 【法定代理權界限案】B-II。

<sup>68</sup> 【商業代理人案】C-I-3。

<sup>69</sup> Vgl. Stern, aaO. (Fn. 3), 1994, Bd. III/2, S. 693 ff.。

## (八)聯邦憲法法院裁判作成之協助

德國聯邦憲法法院做成判決，除讓當事人有所主張，並請有關機關提說明意見或立場外，其另一項特色是，請專家做成鑑定報告（Gutachten）。此種鑑定報告有時是除有法律學教授的意見外，有時亦有法律以外之專業知識的提供，此種鑑定報告往往形成判決之重要理由<sup>70</sup>。此種制度合乎理性的要求，值得借鏡<sup>71</sup>。

## 六、結語

就一經激烈論戰達四十年之久的題目：基本權第三人效力，本文並未肩負提出綜合的整理的任務。但從本冊裁判的歸納上，吾人亦可從中掌握聯邦憲法法院對此一問題基本立場。

聯邦憲法法院就此一問題並不單純以片面的第三人效力試圖解決各種基本權實質衝突的案型，毋寧是透過「利益衡量」的方法，以使基本權衝突雙方皆能發揮最大功能，使各方基本權協和為目標。此一問題的轉變，

---

<sup>70</sup> 【離婚子女監護案】A-IV；【離婚子女探視權案】理由1-b；【燃煤停止供應案】A-III。

<sup>71</sup> 參翁岳生，德國大學法學院對審判實務之影響，收於氏著，法治國家之行政與司法，1994，頁455/466。

乃在基本權功能的轉變。古典的理論原認為，基本權在第三人之間，只有防禦權的功能，但新進的基本權學說與實務，則從社會國原則導出，基本權非無請求國家保護的功能。

基本權在第三人間的請求保護義務功能內含有一種防止使其產生錯誤發展之抵抗潛能（Widerstandspotential），亦即其含有一「內部的自我控制（immanente Bremse）」。基本權的保護義務本賴一般法律以為實現，而一般法律亦透過保護義務才合理化。換言之，保護義務繫之於國家的給付，特別是透過法律事先的抽象「利益衡量」，其內容並非一開始就非常固定，故在是否違反保護義務的案型上，會有各種不同的合憲補充方式。如果立法者未在個案上符合憲法的保護義務，法官就有任務創造規範以提出解決<sup>72</sup>。此乃使得聯邦憲法法院在基本權第三人效力的問題上居於主導之地位之原因。

然聯邦憲法法院判雖從事個案利益衡量（Interessenabwägung），但仍不懈於建立抽象的利益衡量（Güterabwägung）基準，以使特定的問題案型有一般化的規定，此在解決基本權第三人效力問題上一重要的一步。特別是涉及「具有社會權性質」的基本權時，司法本來在適用法律上應受有一些限制，在勞動法上，相反

---

<sup>72</sup> Vgl. Oeter, aaO. (Fn. 1), S. 550.

的，基本權的保障卻大幅度的入侵私法自治，此種「私法社會化」的結果使得國家亦大幅介入私法自治。長遠的觀察，此未嘗無遠憂。從權力分立的角度看，此有賴在法律秩序上講最後一句話的司法者<sup>73</sup>之自制，以免法院輕易地掉入代位立法者（Ersatzgesetzgeber）的角色<sup>74</sup>。

---

<sup>73</sup> 參李惠宗，（註6），頁174。

<sup>74</sup> Vgl. Oeter,(Fn. 1),S. 547 f.。