

# 關於「人身不受侵犯之基本權要求」之判決（體液抽驗案）

——聯邦憲法法院判決第十六輯第一百九十四頁至第二百零三頁

譯者：吳從周

憲法上人身不受侵犯之基本權要求在依刑事訴訟法第八十一條 a 發佈體液抽驗命令之情況下，尚須考量到擬執行的人身侵犯手冊與犯罪事實的重大性應處於適當之關係。

一九六三年六月十日第一庭判決

——1. BVR 790 / 58——

本案件是商人 Robert. N. ...（訴訟代理人：律師……）不服慕尼黑黑區法院一九五八年九月十一日判決一案號 8 Cs 67 / 58 ——及慕尼黑地方法院一九五八年十月十四日判決一案號 II Qs 304 / 58 ——所提起之憲法訴願。

判決主文：

慕尼黑黑區法院一九五八年九月十一日判決一案號 8 Cs 67 / 58 ——及慕尼黑地方法院一九五八年

十月十四日判決一案號 II Qs 304 / 58 — 侵害憲法訴願人源自基本法第二條第二項之基本權利，應予廢棄。案件發回慕尼黑區法院。

理由：

A、

1. 憲法訴願人乃慕尼黑針織樣品股份有限公司之經理及擁有 19000 馬克股份之大股東；與其同往，現年八十九歲之年邁母親則是擁有 1000 馬克股份之公司股東。因為擔任經理之憲法訴願人自信其並無義務重覆回答手工業工會所寄發之意見調查表，所以未按規定填寫，反而——如檢查官所陳述者——記載一些不合要求的、嘲諷的，甚至部分根本毫無意義的評語，致使該公司被課以兩次 500 馬克的罰鍰。由於憲法訴願人在此之前已公開宣誓就任公司之法定代理人，因此這些罰鍰便成爲公司的不利損失。又因爲這些罰鍰之判決乃肇因於憲法訴願人，致使公司蒙受 1000 馬克的損失，故訴願人被以違反股份有限公司法第八十一條 a（機關背信罪）爲由提起公訴。

在主審程序中，區法院法官向被告接受醫療檢查，以確定其有無責任能力。法醫根據診斷檢查結果斷定被告中樞神經系統可能罹患疾病；爲進一步澄清，法醫認爲有必要作血液檢驗及液體抽驗（腦髓液體及脊髓液體），這種檢驗必須以一根長針管刺入腰部脊髓（腰部穿刺術——Lumbalpunktion）或顱骨與最上端頸椎之間的頸脊髓（枕骨穿刺術——Okzipitalpunktion）的椎骨柱中。因爲憲法訴願人拒

絕實施這種檢驗，因此，區法院乃根據刑事訴訟法第八十一條 a 作成一九五八年九月十一日之判決，命令慕尼黑大學神經專科醫院進行該檢驗。

憲法訴願人不服該判決而提起憲法訴願，主張液體抽驗乃是一種最爲疼痛的手術 (Eingriff)。這項液體抽驗其實是不必要的，蓋其責任能力才剛在一年前一次由其主動告發的偽證罪審理程序中，一份詳盡的鑑定所肯認。法院的命令欠缺必要的確定性 (Bestimmtheit)，因爲還有好幾種液體抽驗的方式；因此，這項即將進行的身體手術應被精確地加以認定。這種強制而粗暴的手術最後可能足以嚴重地動搖訴願人因過量工作而原本在精神上使已負擔沈重的心理結構。

地方法院在一九五八年十月十四日以無理由判決駁回該訴願。針對憲法訴願人所指謫之欠缺必要的確定性，判決中指出：區法院之判決雖然並未確定應採行腰部穿刺術或是枕骨穿刺術。但此並非絕對必要，根據法醫在電話中所作之報告，此二種手術是被同等評價的，因此可讓諸實施手術的醫生自由選擇。

2 憲法訴願人指謫上述判決侵害其源自基本法第二條第二項及第一〇三條第一項之基本權。法院審判違法之處主要在於，地方法院使用法醫以電話所作之報告而未予憲法訴願人表示意見之機會。對於人身不受侵犯權所受之侵害，訴願人主張：液體抽驗的兩種方式，雖皆有身體不適之後果，但枕骨穿刺術在程度上顯然較甚於腰部穿刺術。因此，法院不得將這兩種手術方式讓諸醫生自由選擇。液體抽驗將會以最嚴重，且或許根本是不必要的，尤其是還有其他足以證明其責任能力之方式危害憲法訴願人之健康。

3. 拜恩邦 (Bayerische) 司法部長認爲憲法訴願人無理由。基本法第二條並未被違反，蓋法院之命令係根據刑事訴訟法第八十一條 a，亦即根據法律而發佈的。

聯邦憲法法院因此而請求前漢堡大學神經病理學附設醫院院長，Dr. Petre 教授，對下列事項作成專家鑑定：腰部穿刺術及枕骨穿刺術對關係人具有何種重要性及具有何種身體及心理上之後果；是否二者對關係人而言應被同等評價抑或枕骨穿刺術基本上較爲疼痛和危險。同時，液體抽驗以證明被告責任能力之必要性程度如何。鑑定結果如下：

腰部及枕骨穿刺術如果由專家實施並不會產生任何不良後果，它們不致造成心理打擊及身體傷害，特別是不致對健康產生不良後果，即使是違反關係人之意願而進行時亦同。這兩種液體抽驗的方式對關係人而言應被同等評價。惟在腰部穿刺術約有十%的病例會出現較多天的頭痛、背痛及噁心等身體不適；但在枕骨穿刺術則不致如此，一般而言，後者亦較不疼痛。在本案中，以液體抽驗來判斷精神狀況似乎並非絕對必要。因爲截至目前爲止之診斷結果，客觀上並未得出任何神經系統的組織受傷的預兆。

4. 聯邦司法部長認爲本件以審判違法法提起之憲法訴願有理由，其違反基本法第二條第二項之處在於：根據最近之判決，在依刑事訴訟法發佈處置命令以前，應審慎考量手術侵害的嚴重性與擬制裁之犯罪行爲的重要性間居於何種關係。

B、

地方法院之判決是否違反基本法第一〇三條第二項，尙未確定。惟本件憲法訴願已可因人身不可侵

犯之基本權受侵害（基本法第二條第二項）而判決有理由。

1. 以一根長針管抽驗腦髓及脊髓液體是一項不算輕微的手術侵害，一項基本法第二條第二項意義下對人身不可侵犯權之侵害。儘管當這項手術由醫師依醫療規則進行時，正常情況下並無危險，但仍有可能出現像疼痛及噁心等這類身體不適干擾健康狀態，甚至依專家鑑定結果，在腰部穿刺術還必須預期有十%的病例會發生上述症狀，在特殊情況下，液體抽驗可能還會導致嚴重的併發症（參閱 *Psychrembel*），醫學詞典，對禁忌徵象（*kontraindikation*——譯按：指不宜使用某種程序法之狀態）的說明，123—153 *Anfl.*，詞目：腰部穿刺術）。因此，帝國社會保險局——在其他關連案件上——數十年前早已在一個後來一直被遵守的判決中正確地評價過此種手術，在當時，該局判示：拒絕作液體抽驗而剝奪其年金請求權係無理由的。（參閱，*Ämtliche Nachrichten für Reichsversicherung* 1929年，164頁；1930年，163頁；*Entscheidungen und Mitteilungen des Reichsversicherungssamtes*，第46冊，〔1940年〕，263頁）此判決係根據一份帝國衛生局之鑑定作成，該鑑定認為，只有在：除了於手術進行之際有特別之安全措施之外，事先尚應經詳盡的專科醫師之研究以避免腦部過度負荷之情形下，才能認定該手術保證具有較高機率之無危險性（*Gefahrlosigkeit*）。同樣地，也必須在衆多的條件限制之下，才能肯認該手術具有相對的無疼痛性（*Schmerzlosigkeit*）。該鑑定特別強調，對神經機能病患者而言，存在着因手術致使神經機能僵化停止（*neurotischer Fixation*）之危險，在一個違反病患之意願而進行之腰部穿刺術中，此種危險尤有升高之虞。此外，一九五五年七

月五日發佈之執行性病防治法之第二行政命令 ( die Zweite Verordnung ) ( BGBI. I. 402 頁 ) 亦將液體抽驗列為須經病患同意始得施行之手術。

2. 人身不受侵犯權只能依據法律加以限制 ( 基本法第二條第二項第三句 )。刑事訴訟法第八十一條 a 作為形式上之法律已足以滿足此項要求。

(a) 在一九五〇年九月十二日公布，欲在法院組織、民、刑事訴訟及訴訟費用法等各領域重建法律統一性之統一法 ( BGBI. 1. 455 頁 )，雖使刑事訴訟法第八十一條 a 獲得現行有效的理解，但並不認為基本法第二條第二項之基本權利受到限制。此處實並未涉及該項規定合憲性之問題。刑事訴訟法機關現有之權限早已規定在針對有危險性的常習犯及保安處分之法律 ( RGBI. I. 1000 頁 ) 的施行法第二條第四款中；上述的統一法只是重申該權限，但並未擴張之。基本法第十九條第一項第二句之規定與本案無關 ( BVerfGE 5, 13 ( 15ff. ) )。

(b) 且就內容而言，刑事訴訟法第八十一條 a 在此唯一重要之範圍內——即發佈命令強制對被告進行液體抽驗的容許——並未牴觸基本法。

⑧ 依刑事訴訟法第八十一條 a 規定，為確定對訴訟程序具有重要性之事實，得命被告接受驗血及其他由醫師依醫療規則基於檢查目的所為之身體手術 ( Eingriffe )，此項手術如對被告健康並無不利之虞者，毋庸獲得被告同意。

在文獻上針對本項規定之合憲性所提出之質疑係缺乏根據的。論者或指責，該規定未要求犯罪嫌疑確

定之程度，因此，顯然違反無罪推定原則（主此說者如 Sax, Grundskizze der Strafrechtspflege in Betermann / Nipperdey / Scheuner, Grundrechte III / 2, 第 973 頁以下，特別是 983 頁以下）；或指責刑事訴訟法第八十一條 a 所使用之概念缺乏明確之界限（主此說者如 Sarstedt bei Lübbe / Rosenberg, Strafprozessordnung, 第 21 版，1962 年，§ 八十一條 a 註釋 1）。按得基於犯罪嫌疑人（被告）之特殊地位而允許對其作特別之手術，為刑法基本需要所要求者。唯依照符合刑事訴訟法第八十一條 a 之精神所作之解釋，必然會自明地得出如下結論：法官發出命令之前應先審慎考量，是否當時存在之犯罪嫌疑足以正當化其所擬採取之措施。因此，得承認者係：法律並不要求須形式上確定足夠之犯罪嫌疑，才可發佈刑事訴訟法第八十一條 a 之命令；就如同不要求形式上須確定足夠的犯罪嫌疑才可開始主審程序或須有重大犯罪嫌疑才可羈押一樣。

刑事訴訟法第八十一條 a 所使用之概念廣泛而不確定，這種指責是正確的。但此種不確定性並不會導致該規定無效。一項未被完全掌握的規定內涵，可經由考量其定法目的所作之解釋——本家中還必須考慮到基本法的價值標準——而得出，這點實不足為奇。Sarstedt 教授自己也指出，只有當對被告所作之手術與被控告罪責之嚴重性、嫌疑之重大性、結果之可能性以及判決之價值（*Erkenntniswert*）處於適當之關係時，此種符合該規定精神所作之人身侵犯，才是允許的。此外，對隱藏在法律文義背後之人身不可侵犯性所作之侵犯，其實是存有一條絕對的界限的，一旦逾越將危及基本權之本質內涵。

本項規定在憲法上之評價主要必須考慮到：該命令之發佈掌握在法官手中；至於依刑事訴訟法第八

十一條 a 第二項，檢察官及其輔佐人員在急迫情形下亦有此項如液體抽驗等重大侵害人身之權限，則並無實際之重要性。法律期待於法官者乃是在他須採取一項類似行政處分之處置時，他能運用同樣特有的法官的思維方式，一如其對行政機關在其裁量範圍所為行為之司法審查。這正是法律將此重要的命令交付於法官之原因。

bb) 因此，對此項規定之效力所產生的憲法上質疑，並無強大之說服力。故仍不能排除依個別考量所為之手術侵害經由憲法而加以絕對地禁止之必要。當法院接受專家鑑定而為判決時，液體抽驗並不屬於此處所禁止者。

(c) 就如同所有國家侵犯人民自由範圍時之情形相同，因而，在本案關於液體抽驗的判決中，法官亦必須去注意到手段與目的間之比例原則。即使是根源於法治國家非常重要之合法性原則（刑法第一五二條第二項），故基於調查犯罪之公共利益的需要，在一般情況下可正當化其對犯罪嫌疑人自由之侵犯；但對人民自由範圍侵害得愈嚴重，其實公共利益的滿足愈少。因而，為判斷目的與措施間的比例關係，必須考量到該項擬制裁之犯罪行為具有何等重要性。這點特別在刑事訴訟法第八十一條 a 所允許用以確定犯罪嫌疑人責任能力之重大措施時有其適用；在此，考量基本權精神之法律適用，要求的是：擬進行之手術侵犯與犯罪行為之重大性間處於適當之關係，因而，為調查犯罪行為而造成之後果不得較行為人所可能接受的刑罰負擔為重。職是之故，法官必須遵守憲法，在個案中衡量法律所允許採取之措施與禁止過份原則（參閱 Maunz / Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Randnr. 40, 第二條第

二項註釋)。此項原則之適用已在依刑事訴訟法第八十一條爲鑑定犯罪嫌疑人精神狀態之準備，將其送入公立精神病院之案型，獲得普遍地承認。（可參閱 Nr. 47 der Richtlinien für das Strafver-fahren）。聯邦憲法法院亦已一再地將此原則適用於羈押之規定（BVerfGE 10, 271〔274 und Leitsatz〕）。因此，刑法第八十一條 a 之合憲解釋便要求在此應以如同法院迄今爲止所一再運用的方式，適用比例原則（參閱 LG Göttingen, MDR 1952, 629〔630 a. E.〕；Bay OBLGst 1956, 180〔186〕；OLG Celle, Nds. Rechtspflege 1957, 15〔16〕）。

3. 在本案中，法院忽略了此項原則。由憲法訴願人擔任經理之公司，除了訴願人以外還有其年邁的母親以其一小部份資本投資於公司。很顯然地，其母親已同意其對手工業公會之行爲或者至少訴願人可以預期到其母親之同意。雖然全體股東之同意並不能排除依股份有限公司法第八十一條 a 作成之判決所構成之背信罪，蓋公司之財產爲債權人之擔保，且須爲債權人而保存以作爲信用基礎（BGHSt. 3, 23 und die dort angeführte Rechtsprechung）。惟在本案中，雖被課處罰鍰，但並未有任何人受損失，既非公司本身，亦非可能之債權人。整體而言，其所牽涉者乃一微不足道的瑣事，爲此所課處的，亦只是一個微不足道的刑罰，甚至在可能情形下，可考慮因微罪而不起訴處分。相對於此者，上述兩種方式所爲之液體抽驗是一項並非無關緊的人身侵害，因爲此件微不足道的小事而違反被告意願，強令其接受此種手術，實不足以構成正當化之理由。

因爲法院在基本法第二條第二項之基本權效力範圍內忽視了比例原則，因此，上述判決應予廢棄。

案件發回區法院（BVerfGG, 第 95 條第二項）。