

## 關於「色情與藝術之分際」之判決（敏稱巴哈案）

（譯者註：截至譯稿止，本判決尚未正式登載於聯邦憲法法院判決輯中原文  
取自 EUGRZ 期刊第十八卷第一、二期合刊本（第三十三頁至第四十頁）

譯者：蔡明誠

裁定要旨：

1. 色情小說得為基本法第五條第三項第一段所稱之藝術。
2. 著作顯足以道德上嚴重危害兒童或少年（危害少年書籍散布法——GJS——第六條第三款）時，將視為藝術創作之著作列為禁書者，亦以考量藝術自由為前提。
3. 危害少年書籍散布法第九條第二項規定於憲法上有所不足，蓋聯邦審查處陪審人員選任規定不完備。

裁定主文：

I、一九八五年七月十二日公布之危害少年書籍散布法（聯邦法律公報第一部，第一五〇二頁）第九條第二項規定，與基本法第五條第三項第一段以及法治國原則相抵觸。但其至新法律制定（最遲至一九九四年十二月三十一日止）前仍繼續適用。

II、一九八二年十一月四日聯邦審查處就危害少年書籍之決定——Nr. 3262 (Pr. 44 / 79) 及一九八三年十月十八日科隆行政法院判決——10K 276 / 83、一九八五年六月四日Nordrhein-Westfalen 邦高等法院判決——20A 146 / 84 以及一九八七年三月三日聯邦行政法院判決——BVerwG 1 C 27.85 侵害抗告人依基本法第五條第三項第一段規定之基本權利。此等判決廢棄之。就權利爭訟費用而聯邦行政法院所為判決，該程序以駁回。

III、Nordrhein-Westfalen 邦與聯邦德意志共和國應各支付抗告人必要墊支費用之一半。

理由：

A、抗告人不服將其所出版的小說：Josefine Mutzenbacher——維也納妓女自傳，歸入危害少年書籍名單。

I、凡道德上足以危害兒童及少年之書籍，依一九八五年七月十二日公布之危害少年書籍散布法（GJS）第一條第一項第一段規定，應歸入名單之中，尤其包含不道德、殘忍、煽惑暴力、犯罪或種族仇恨以及歌頌戰爭之書籍（危害少年書籍散布法第一條第一項第一段）。但如書籍係為藝術而作，依危

害少年書籍散布法第一條第二項第二款規定，該書籍有時則不歸入名單中。隨著納入名單之公告（危害少年書籍散布法第一條第一項第三段），即涉及依危害少年書籍散布法第二十一條刑事處罰之同法第三條至第五條規定。據此，禁書祇能陳列於既非兒童及少年所能接觸，亦非其所能觀看，而專提供成人之商店。此外，禁止為廣告（危害少年書籍散布法第五條）。

如有危害少年書籍散布法第六條所定情事之一者，未歸入名單，而生前述法律效果。同條第一款及第二款規定，包含刑法第一百三十一條及第一百八十四條所稱之書籍，第三款係指該顯然足以道德上嚴重危害兒童或少年者。

為法律之施行，設聯邦審查處（危害少年書籍散布法第八條第一項）。其由一位經聯邦少年、家庭、婦女暨健康部所任命之主席、各一位經任何邦政府所任命之陪審人員以及由聯邦部長所任命之其他陪審人員組成之（危害少年書籍散布法第九條第一項）。此其他（所謂團體）陪審人員係由下述團體之提議而產生，該團體有：

1. 藝術界，
2. 文學界，
3. 書商，
4. 出版業界，
5. 少年協會，

6. 少年福利團體，

7. 教師界，

8. 教會、猶太文化團體及其他公法團體之宗教團體。（危害少年書籍散布法第九條第二項）

聯邦審查原則上僅因危害少年書籍散布法施行辦法（一九六二年八月廿三日新頒布，聯邦法律公報第一部，第五九七頁，最近一次經一九七八年五月五日命令修正，聯邦法律公報第一部，第六〇七頁——DVO）第二條所稱機關及部、局之告發而為決定（危害少年書籍散布法第十一條第二項第一段）。該法規定三種不同之組織。於危害少年書籍散布法第十八條第一項及第十八條之一第一項情形（依法院判決及內容相同書籍之歸入名單），單由主席為決定。於危害少年書籍散布法第十五條（暫列名單）及第十五條之一（於明顯案件之簡易程序）之情形，由主席及二位聯邦審查處其他人員組成三人委員會決定之。此外，即所謂十二人委員會所為之決定，該委員會係由主席、三位邦陪審人員及八位團體陪審人員組成之。至少有九位委員出席時，該委員會即具有決議能力。為歸入名單時，須有三分之二多數決，但至少要有七票（危害少年書籍散布法第九條第三項以及第十三條）。

II、1. 抗告人自一九七八年十一月以來，以袖珍本為前述小說之出版。其包含 K. H. Kramberg 之前言以及 Oswald Wiener 之「維也納人青春論集」。該著作未註明著作人，約在世紀更易時期發行於維也納；Felix Salten 被推定為著作人。一九六五年哥本哈根之 Dehli 出版社以德文發行該小說，共二卷，其經德國刑事法庭二件判決宣告為猥褻之後，一九六八年依危害少年書籍散布法第十八條第一

項規定，將該小說歸入禁書。一九六九年由德國 Rogner 與 Bernhard 出版社所發行之版本，因內容相同，於一九七〇年歸入名單之中。

2. (a) 一九七九年一月初，控告人請求該前述二種小說版本由名單中剔除，因為依目前觀點，該書籍爲藝術著作。隨著敗訴判決，聯邦審查處拒絕將之從名單中剔除，亦且將該袖珍本歸入名單。其指明該小說依危害少年書籍散布法第六條第二款及第三款規定顯然嚴重危害少年，因為其對任何其他人性關係並不加考慮，而著重於以嚴重惹人厭煩方式描繪女主角之性愛過程。兒童賈淫及雜交行爲予以正面評價，甚至說成無害且加以頌揚。依 M. 及 G. 教授鑑定書之結論，認爲該書籍非藝術著作。該小說不外是有關女主角性生活之「色情寫真集」及「賈淫錄」。色情及亂倫問題，不是藝術化之處理，而單爲激化誘惑力。

(b) 對此不服所提之訴訟，不成立。行政法院指明：聯邦審查處爲闡明可能改變之社會倫理概念，所爲重新歸入名單之程序，並於十二人委員會組織中將小說列爲禁書，乃無可指責；依危害少年書籍散布法第十八條之一第一項剔除名單之拒絕後，將決定委由主席單獨管轄，或有矛盾之處。於本案，亦宜同意爲決定。僅爲多元化社會意見多樣光譜中具有影響之表達，始使依危害少年書籍散布法第一條第二項第二款規定少年保護利益，退居次要地位。

高等行政法院指明：危害少年書籍散布法第一條第二項第二款規定，僅能重申或擴大基本法第五條第三項第一段所保障之藝術保護，而非對之爲限制。書籍應視爲藝術著作。但於依基本法第六條第二項

及第一條第一項規定亦作爲憲法位階之少年保護利益之情形，藝術自由有其界限。此少年保護利益無疑因該小說而嚴重遭受侵害。該所描寫之行爲方式，尤其是兒童與其姊妹及雙親之性接觸，乃違反今日仍普遍妥當之價值標準。因此，排除透過藝術自由而予以正當化。

聯邦行政法院基本上認爲：聯邦審查處十二人委員會組織規定，不因不確定性，而爲無效。於有關基本權利規定之領域內，法治國原則並不禁止使用不確定法律概念與賦予聯邦部長於團體陪審人員任命時爲合於職務之行使某種範圍之裁量。經斟酌之組織及由其任命之陪審人員人數，有時並不須由法規爲個別之確定，因爲其存立及重要性或可能變動。

依高等行政法院未被指責而確認見解，聯邦審查處之評價便強制要求，該小說歸屬於危害少年書籍散布法第六條所稱之嚴重危害少年之書籍。如不考慮其是否爲藝術著作，將其列爲禁書亦符合於危害少年書籍散布法第一條第二項第二款規定。該規定具有如同基本法第五條第三項第一段之效力範圍。但於此，藝術自由應對於保護兒童及少年防止道德上危害之利益，有所退讓。此係基於憲法之基本價值，尤其係根據基本法第一條第一項及第六條第二項之規定。國家不能因憲法而不遵守對於任何可能依危害少年書籍散布法第一條第一項所稱之道德上危害之預防。然而於歸屬於危害少年書籍散布法第六條規定書籍之情形，却有所不同。縱使其宜列爲藝術，基本法第五條第三項第一款規定，與危害少年書籍散布法第三條至第五條規定之適用，不生衝突。當其僅限制藝術著作之效力範圍，並給予藝術交流利益之空間時，於屬於危害少年書籍散布法第六條之書籍情形，就正好是重大案件，其不適用完全排除對少年保護

。此種情事之違反基本法之價值秩序，大於列爲禁書所侵害之藝術自由。此外，危害少年書籍散布法第六條規定（不同於危害少年書籍散布法第一條第一項）不得附有藝術保留，亦適用之（在個案時，參照 NJW 1987，第一四三五頁〔一四三六頁〕涉及〔一四三〇頁以下〕）。

Ⅲ、1. 抗告人於其憲法訴願中指責，該受不服之判決侵害基本法第五條第三項第一段規定。不因描述女主角性愛經過，而將前述保護拒絕適用於列爲禁書之書籍。世界文學著作亦有以此等描述作爲對象。藝術與色情非相互排斥。就危害少年書籍散布法第六條所稱顯然嚴重危害少年書籍情事，藝術保護始終應退居次要地位之主張，並不正確。對於競合之法益（兒童及少年保護），業已欠缺必要之憲法位階；其既非源自基本法第一條第一項以及第二條第一項，亦非導出於基本法第六條第二項第一段之規定。縱使此或宜爲另外之評斷，救濟法院不得忽視該著作之藝術性質，並於必要時，須衡量該對立利益。兒童及少年保護利益，因該小說不是無疑義而受嚴重侵害。就某特定文章內容可能具體危害少年之見解，學術上理由是不充分。

立法者以憲法上不充分方式，規定聯邦審查處組織，尤其是所謂團體陪審人員任命；因此，該受不服之判決侵害基本法第二條第一項以及第二十條第二項及第三項之規定。危害少年書籍散布法第九條第二項規定，業被認爲過於不確定，因而無效。尤其因立法者就基本權利行使之實質問題，未爲充分規定，故其違反法治國原則。藉規定於多數考慮中之競選者與團體間之選擇；以及對其專業知識，由審查程序所證明之特別條件要求，於此欠缺其判斷標準。此外，含有非公法團體之世界觀及宗教團體之規定，

於國家中立義務違反情形下，排除有特定組織存在。總之，危害少年書籍散布法，於團體陪審人員之任命時，違反事實事項應有法律規定之要求，而放任予行政機關，從而亦給予事實上恣意任命之實務，大開方便之門。

他者，該法違反引註要求（基本法第十九條第一項第二段）及檢查禁止（基本法第五條第一項第三段）。

該受不服之判決違反基本法第二條第一項及第二十條第三項（法治國原則），第一百零三條第一項與第十九條第四項第一段之規定，因為其不但在危害少年問題上，而且於作為藝術之歸類方面，僅賦予聯邦審查處於訴訟上有限審查之評斷空間。

於違反法治國原則及第一百零三條第一項情形下，最後拒絕聯邦審查處所持有僅主張但未證明危害少年之少年心理學鑑定意見。鑑定人<sup>2</sup>教授業已持著先前具有見解。因此，其鑑定書不得作為裁判基礎。

2. 聯邦少年、家庭、婦女暨健康部於其以聯邦政府為名義所為之意見書中，限定聯邦審查處組織之問題。該法律規定，由憲法觀點，不宜受到指責。危害少年書籍散布法於斟酌素材之性質，規定所有實質之組織問題。就於各個團體中所為組織結構變更之適當反映，該法第九條第二項提供予以可能性。如該團體未預為合作之準備時，對具有參與能力機構之法律上確定，將不可避免導致無法預期之缺漏。基於法律基礎所為之任命，不宜受到恣意之指責。

聯邦審查處爲聯邦行政法院判決辯護，該對立之利益於此或有協調之可能。在立法者之創制自由中，其可選擇是否就聯邦審查處組織予以確定或另作具體化。對於參與所有僅可想像之組織，似不可能。聯邦部長之一定處分可能性，依憲法觀點，應可接受。

B、合法之憲法訴願有理由。該受不服之判決違反基本法第五條第三項第一段規定（I）。就團體陪審人員確定之規定，受到嚴厲之懷疑（危害少年書籍散布法第九條第二項）。但其予以過渡時期（II）。其餘之指責無理由（III）。

I、(a)列入禁書之書籍屬於基本法第五條第三項第一段之保護範圍。於此，有疑議者，因該著作稱之爲小說，並顯示受認可之藝術活動（一位作家）之成果，是否即肯定爲前述保護範圍。但該著作具有藝術上獨特結構特徵：其係自由創作形成之成果，於小說之文學形式上，表現出著作人之印象、經驗及幻想（參照 BVerfGE 30,173 頁〔一八八頁以下〕；六七、一一三頁〔一二六頁〕 EUGRZ 1984，四七四頁〔四七七頁〕）。基本之創作形式，於與環境相關之描述及維也納俗話之使用中，得被認爲是創作風俗之方式。此外，小說容許一系列爲藝術意圖推論之詮釋。因此，小說可能在發展中小說中，被認爲是種揶揄。再者，女主角使人意味著男人性幻想之化身，其作爲教育上之反映，其目的是兩性之厭抑。同時，亦經常意識到該諸模仿之因素。

(b)該小說可能同時被視爲色情，使之不具有藝術性質。就此情形，使人憶及聯邦憲法法院判決（

BVerfGE 30, 336 ( 350 ) ) 及受不服之聯邦行政法院判決 ( 判決書複印本第十四頁 ) 所引起疑議，無法消除。藝術與色情，正如聯邦最高法院於其 Henry Millers Opus Pistorum 之判決中所為正確見解 ( BGH, NJW 1990, 3026 頁 ( 3027 頁 ) )，兩者互不排除。毋寧是依聯邦憲法法院裁判集第六七卷，一一三頁 ( 一一六頁以下 ) EuGRZ 1984, 474 ( 477 ) 所建立之判斷標準，藉以判定藝術性質。其認定非繫於國家風格、水準及內容之控制或藝術著作效用之判斷 ( 參照 BVerfGE 75, 369 ( 377 ) EuGRZ 1988, 270 ( 271 ) ; 81, 278 ( 291 ) )。如此觀點至多於藝術自由是否應對競合法益，從憲法位階上有所讓步之問題檢驗時，始發生作用。

2. 藝術自由之無保留保障，原則上不排除因少年保護而列為禁書。藝術自由既不受基本法第二條第一項第二階段之三位一體規定，亦不受基本法第五條第二項所設限制，而劃下界限。但如其同位於憲法位階時，其適用於其他權利主體之基本權利，但亦適用於其他法益 ( BVerfGE 30, 173 ( 193 ) ; st. Rspr. )。防止道德上危害兒童及少年之保護，受憲法所保護利益之確保。

(a) 業已於直至目前之判決中，聯邦憲法法院認為，依基本法本身所持之價值，少年保護是具有重要地位之目標及重要之共同願望 ( 參照 BVerfGE 30, 336 ( 347 及 348 ) ; 77, 346 ( 356 ) EuGRZ 1988, 137 ( 139 ) )。

於基本法第五條第二項明示少年保護，尤其依據於基本法第六條第二項第一段規定之父母教養權，而享有憲法位階。此包括決定兒童教材之權限 ( BVerfGE 7, 320 ( 323 頁以下 ) )。危害少年書籍

散布法係與抗告人見解相反，旨在命予第三條至第五條之列為禁書之效果，而非在於國家檢查職務之行使，以削弱父母教養權之範圍。其目的毋寧是預防憲法所保障之父母教養權遭受破壞。危害少年書籍散布法第三條至第五條規定，應在於確保該對於兒童及少年發展有損害之兒童及少年書籍，僅經其父母之同意，始得接觸。一九七三年十一月廿三日第四次刑法修正法第五條第八款規定所包含之危害少年書籍散布法第二十一條第四項規定，係為保障父母得免於任何刑事處罰而為自由決定，從而原則上亦准將危害少年書籍散布法第六條所稱之書籍，交付予受其教養之人（參照前述：少年、家庭暨健康委員會對法草案之最後建議與報告· BT Drucks. 10 / 722, BT Drucks. 10 / 2546, S. 16 rechte Spalte）。

此外，依基本法第一條第一項以及第二條第一項規定，兒童及少年保護亦得位於憲法位階。兒童及少年享有基本權利規範所稱之其人格發展權利。其需要保護，並需要協助，以發展於社會團體中自我負責之人格（參照 BVerfGE 79, 51 [ 63 ] EuGRZ 1988, 529 [ 533 ]）。此正亦適用於防止性危險之保護及可能尊重人格權之性教育（參照 BVerfGE 47, 46 [ 72 頁以下 ] EuGRZ 1978, 57 [ 63 頁以下 ]）。此種論點，使國家有權避免兒童及少年，對於兩性看法及其人格發展，可能遭受不良之影響。

(b) 因未違憲，立法者准為如是論點，書籍（危害少年書籍散布法第一條第一項）可能有危害少年之影響。相反於抗告人之見解，其不考慮學術、經驗上之證據，而採取立法措施，即文學著作可能對於

兒童及少年造成損害。此種看法，毋寧是在於賦予其評價特權之範圍內。其理由及範圍，繫於各種不同因素。特別是尙未最後解決之實質領域性質，形成一個相當安定、有經驗支持之判決以及相關法益之意義，作為決定之標準。為準備一九七三年十一月廿三日刑法第四次修正法（4. StrRG）（BGBl. I. S. 1725）學術、經驗上詳論之現況報告指出，透過書籍而危害少年之可能性，縱使有強而有力之相反意見，但仍無法有充分證據補強之。該法之標準預備工作，業已於第六次選舉期完成（參照 BT Drucks. 7/80, S. 14）。當時就危害少年書籍散布法舊法第六條維持問題，實質上與刑法第一百八十四條（色情文學之散布）一併討論。雖然延請社會學、性學、精神病學、心理學、教育學、法醫學、犯罪學、神學、哲學、法學領域專家以及刑事警察、社會福利、少年輔助及教育界之實務工作者為廣泛之聽證，刑法修正特別委員會不能說毫無疑慮地澄清危害少年問題。再者，於所有不一致意見中，有相同評價者，就教材與心理發展之效用可能關聯，所為學術性意見之評斷，因欠缺有體系調查及長期研究，更加困難（參照前述：刑法修正特別委員會書面報告，BT Drucks. VI/3521, 1, 3, 58頁以下及65頁以下；就立法程序繼續發展，尤其參閱刑法修正特別委員會之報告與提議，BT Drucks. 7/514, 10頁以下及12頁以下）。

於此學術上尙未澄清之情況下，立法者有權評估危害狀況及危險，並決定其是否採取措施（參照 BVerfGE 49, 89 [131頁以下] EuGRZ 1978, 553 [564]）。附加對其決定予以正當化理由是，該與藝術自由競爭之法益，主要規定於基本法第六條第二項第一段，但於第二條第一項以及第

一條第一項之中，並占有相當高之位階。如係在學術現狀，以理性方式少年不可能受有危害時，立法者始捨棄其所屬之決定空間。依刑法第四次修正法諮詢結果，此事不能予以考慮。

3. 立法者如決定使兒童及少年保護與無保留保障藝術自由相比較時，危害少年書籍散布法於合憲性解釋所欲滿足之要求，係源自憲法。

(a) 法治國原則及民主要求，使立法者負有義務，就基本權利實現之標準規定，實質上由其本身為之，並不得將之委交於行政機關之行為及決定權（參照 BVerfGE 33, 125 [ 158 ]；34, 52 [ 60 ]；34, 165 [ 192 頁以下 ]；45, 400 [ 417 ] EuGRZ 1977, 349 [ 353 ]；47, 46 [ 78 頁以下 ] EuGRZ 1978, 57 [ 64 頁以下 ]；49, 89 [ 127 ] EuGRZ 1978, 553 [ 563 ]）。立法者在何等程度下，須自行決定就有問題之生活領域所必要之指導準則，則依該基本權利關聯作為決定標準。如相互競合之基本法上自由權互涉一起，且各該界限互為流動，並難以認定者，則存在著如是義務。尤其是當相關基本權利依憲法文義，無保留予以保障，且該欲規範生活領域之規定，須決定及具體化其憲法內在限制之際，更有前述情形之適用。於此，立法者有義務，於任何情事，就對立之自由保障限制，於其對於該自由權行使有實質重要意義之程度內，而為自行決定（亦參照 BVerf GE 6, 32 [ 42 ]；20, 150 [ 157 頁以下 ]；80, 137 [ 161 ] EuGRZ 1989, 341 [ 347 頁以下 ]）。

(b) 依前述原則，立法者於危害少年書籍之範圍內，自行規定藝術自由與少年保護之均衡，其以危

害少年書籍散布法第一條第二項第二款形式而規範之。從其文義及體系地位觀之，固然可推論得出，藝術保留僅適用於根據危害少年書籍散布法第一條第一項第一段及第二條而列為禁書，且非包含依同法第六條，因未納入名單而生同法第三條至第五條效果之案件。但基本法第五條第三項第一段規定，要求為合憲性解釋，於危害少年書籍散布法第六條情事，亦涉及藝術保留（參照 BVerfGE 30, 336 [ 350 ]）。

儘管於學術上意見分歧衝突，仍容許立法者決定支持如下見解，即危害少年書籍散布法第一條第一項第二段所稱之書籍，原則上於道德足以危害兒童及少年。但考慮藝術自由時，立法者則不許規定，在特定種類時之特別危害之書籍始終享有少年保護，且毫無例外地，有優先地位。藝術自由與其他具有憲法位階之權利如陷入爭議時，毋寧是此兩者須以最適狀態之目標，而為相當均衡。於此情形，比例原則特別具有其意義（BVerfGE 30, 173 [ 199 ]）。此外，應注意者，藝術自由正如其本身由基本法第一條第一項價值觀所受影響一般，塑造出基本法之人性形象（參照 BVerfGE 30, 177 [ 193 及 195 ]）。因此，於營造所企求之協調時，應注意藝術自由於他方面，與協調之憲法法益之行使及效力範圍，有其界限（參照 BVerfGE 77, 240 [ 253 ]）。凡此必須衡量該對立之利益，且禁止其賦予一般性（與祇對特定種類書籍）之優先地位。

(c) 此種必要條件，未曾考量危害少年書籍散布法第三條至第五條規定，不是完全阻止該被列為嚴重危害少年之藝術著作之散布，而祇是於廣告及散布受有限制。參酌交易對此仍屬合法之形式，就書籍

之散布，對於成人亦予以相當大限制，並於列爲禁書時，不得不考慮藝術自由。因此，從憲法而言，尤其依基本法第五條第三項第一段之無保留之擔保，法律不準予以內容，使第一條第二項第二款之藝術特權，專保留予根據危害少年書籍散布法第一條第一項規定列爲禁書。此亦准許由基本法所要求之其他方向而爲解釋。文義及體系之爭議，不是如此朝向依基本法所拒絕之方向，以致於立法者之意旨，因合憲性解釋，轉變成反面觀點，因而有可能逾越解釋之界限（參照 BVerfGE 2, 266 [ 282 ] ; 8, 28 [ 34 ] ; 8, 210 [ 221 ] ）。

從資料（尤其參閱危害少年書籍散布法政府草案，BTDucks. I / 1101, 11頁）得知，立法者有意將基本法第五條第三項第一段規定所謂藝術條款（政府草案第一條第一項第二段第二款）一併考慮。於此意圖之結果，危害少年書籍散布法第六條規定如違反憲法者，則危害少年書籍散布法第一條第二項第二款規定，亦應適用於同法第六條之情形。藝術條款之包括危害少年書籍散布法第六條之效力，亦使之與前述後者規定之文義相一致。據此，危害少年書籍散布法第三條至第五條之限制，適用於第一款全第三款所稱之書籍，「而不需納入名單及公告」。因此，該解釋應相一致，危害少年書籍散布法第六條之適用要件，係根據危害少年書籍散布法第一條第一項規定，得將書籍納入名單中，如此無危害少年書籍散布法第一條第二項第二款所稱之障礙原因存在。藝術條款因其準用而處之體系地位，不強制反對危害少年書籍散布法第六條以及第一條第二項第二款規定之憲法所要求之解釋。法律規定爲如此之理解，以致於危害少年書籍散布法第六條所稱書籍時，亦涉及藝術保留。但於此等案件，不致於藝術之一般

性優先地位，而祇負有個案衡量之義務。

(d) 此外，危害少年書籍散布法第六條（尤其是第三款），不受到嚴厲之憲法上質疑。尤其此情形非源自確定性要求。

法律之規定，須如此被掌握，以致於關係人得具體認識其規範遵從性及法律狀態，使之得以從事其行爲（參照 BVerfGE 45, 400 [ 420 ] EuGRZ 1977, 349 [ 354 ] ; 58, 257 [ 278 ] EuGRZ 1982, 195 [ 200 ] ; 62, 169 [ 183 ] EuGRZ 1983, 42 [ 43 ] ）。藉著於基本權利所根據相關規定爲基礎之範圍，而被涉及之強度，提高確定性之要求。但不應推論出，規範根本不許提出解釋問題。如確定性要件得以傳統法律方法所解決者，毋寧是其要件已足夠（參照 BVerfGE 17, 67 [ 82 ] ）。

危害少年書籍散布法第六條經得起此等要求（參照 BVerfGE 11, 234 [ 238 ] ）。其構成要件（尤其是其第三款），如聯邦最高法院判決所示（特別參閱 BGHst 8, 80 [ 83 頁以下 ] ），經解釋而更如此具體化，以致於其本身足以符合基本法第一百零三條第二項規定之確定性要求。

4. 但於危害少年書籍散布法第六條之適用時，聯邦審查處及專業法院業已違反憲法。

(a) 該受不服之判決，不僅應審查其是否依據藝術自由之意義及效力範圍之原則上不正確觀點（參照 BVerfGE 18, 85 [ 92 頁以下 ] ）。於此，憲法上審查委託，毋寧是延伸至行政機關及專業法院之法律適用個案爲止。因爲其範圍特別依該受不服判決侵害相關基本權利之強度而決定之（參照 BVerf

GE 42, 143 [ 147 頁以下 ] EuGRZ 1976, 315 [ 315 頁以下 ] ; 66, 116 [ 131 ] EuGRZ 1984, 300 [ 301 頁以下 ] ) 。

導致更深入之憲法審查之持續侵害，不僅存在於受基本法第五條第三項第一段所保護行為之刑事法院處罰，亦毋寧是國家機關決定在超越具體案件之外，足以發展預防效果，即於未來案件，得減少準備，而主張相關基本權利時，如此侵害於國家機關之其他決定時，應被認定（參照：如 BVerfGE 43, 130 [ 135 頁以下 ] EuGRZ 1977, 109 [ 109 頁以下 ] ; 67, 213 [ 222 頁以下 ] EuGRZ 1984, 474 [ 476 ] ; 75, 369 [ 376 ] EuGRZ 1988, 270 [ 271 ] ; 77, 240 [ 250 頁以下 ] ) 。

於此，存在如此案件。因藝術著作亦可能甚至完全顯示性愛關係，故該受不服之判決足以減少藝術表達之準備，或至少顯然限縮所創造藝術著作之效力範圍。因此，其具有超越具體案件之重大效力範圍。

(b) 如前所示，該無保留而保障之藝術自由與兒童及少年保護之與前者行使相對立利益，須於個案中，使之協調一致。無任何法益始終對於他法益，屬於優先地位。此亦適用於危害少年書籍散布法第六條所定之書籍。同時，此僅於藝術自由之相對立利益為廣泛衡量後，始准予納入危害少年書籍名單之中，或受到危害少年書籍散布法第三條至第五條規定之限制。此不同於行政高等法院之見解，亦非導論出於聯邦憲法法院就時代倒錯列車之判決（BVerfGE 67, 213 [ 228 ] EuGRZ 1984, 474 [

478 〕)。雖於該處指出，競合法益（於該處：人格權）之無疑可確認為嚴重侵害，或許無法經由藝術自由加以正當化。但此並非意指，該認定如此嚴重侵害是否存在之審查是孤立，即不考慮著作之性質而進行審查（對此亦參照 *BVerfGE* 75, 369 [ 378 頁以下 ] *EUGRZ* 1988, 270 [ 272 〕）。如單獨參酌對立利益，且衝突之解決，專視經由藝術著作而可能受到侵害之嚴重程度而定時，該於其完成請求權所涉及與被威脅之法益，或可能因藝術自由之負擔，而不得被最適當考量。

於藝術自由與兒童及少年保護利益之衝突時，該憲法所要求之協調，却不能單依據先前合乎著作性質之解釋作為基礎（參照 *BGH*, *NJW* 1983, 1194 頁 [ 1195 〕），而達成之。藝術著作不僅得於美學而且於實在之層次，發展其效用。甚至於非通常情形，如不能推斷藝術著作之全部內涵時，正好兒童及少年成為常有之事。此不僅適用於個性不穩定、有危險傾向之少年，亦且適用於該藉著天賦或教養防止不良影響而被保護之兒童及少年。但此認識之結果，非始終給予少年保護利益屬於優先地位，毋寧是仍留有衡量之要求。

在兒童及少年保護方面，聯邦審查處及專業法院於憲法之可能範圍內，應設法弄清楚，該具體之書籍可能造成何種傷害。此不祇包括觀察於何種程度內，色情描寫物之接受，與此同時「完全一般流傳之黃色作色」之升高情形（採如此正確看法：*BGH*, *NJW* 1990, 3026 頁 [ 3028 〕）。此有時亦須有其效果之專家鑑定調查。於此時，聯邦審查處及專業法院應接受立法者之決定，即危害少年書籍散布法第一條第一項所稱書籍於兒童及少年之個性、道德發展（即於其人格之鑿成），足以侵害之。

對於藝術自由之權衡而言，危害描述於何種程度納入藝術概念，實有其意義。藝術自由亦包括危害少年、特別是以暴力及性為主題與依藝術家本人所選用描述方式而為之改作及加工。其得愈早請求優先地位，該危害少年之描述物愈多構成藝術性質，並歸入藝術著作之整體概念中（參照 *Beverly* 30, 173 (195 )）。就著作之危害少年段落是否納入藝術概念之審查，必須有合乎著作性質之解釋。

再者，就個案衡量藝術自由與少年保護利益之份量決定，亦得使於公眾享有聲譽之著作被列為禁書。於評論及學術上所獲得之回響及價值評估，得產生評斷之論點，以決定藝術自由是否應賦予優先地位。

該由基本法第五條第三項第一段所推論出之審查要求，不僅拘束聯邦審查處，亦且拘束法院。據此為標準之評價之事後審查，係屬可能且必要。法院因其透過賦予聯邦審查處祇有限事後審查之評斷空間之情形，不得削減其審查列為禁書是否與藝術自由相符合之範圍。此或許與直接由基本法第五條第三項第一段規定導出之要求，以使憲法位階之對立利益之協調情形，不儘相符。

因此，並非意指聯邦審查處根本未保留有評斷空間。不同於憲法訴訟之見解，此問題於此未予決定，因為聯邦行政法院及行政高等法院於受不服之判決中，既未就少年之危害，亦非於書籍係為藝術之間題，而針對聯邦審查處之評斷空間。

(c) 該受不服之判決未對憲法之要求作出正當之評價。聯邦行政法院審查危害少年書籍散布法第六條之構成要件，並肯認之，但未就基本法第五條第三項第一段所要求為整體衡量。此限制於就可能對於

藝術自由或兒童及少年保護，具有根據危害少年書籍散布法第一條第一項及第六條爲列入或不列入禁書效果之相對立情形。但由於憲法之緣故，應藉前述由專業法院於個案所爲填補之觀點，以衡量該對立之利益，並回答該決定性問題，即該著作之效力範圍，是否應受危害少年書籍散布法第三條至第五條所定之限制。

行政高等法院亦審查危害少年書籍散布法第六條之構成要件，但未斟酌所要求之藝術自由之對立利益。

因行政法院及聯邦審查處判決就其保護範圍之確認，繫於非藝術之特徵，故該判決業已違反基本法第五條第三項第一段規定。

5. 據此，整個判決應予廢棄。依前述憲法原則之衡量，將有何結果，仍未確定，且保留予聯邦審查處決定之。

II、聯邦審查處組織之法律規定，不符合憲法要求之指責，亦有理由。

1. 聯邦審查處之組織，但非因「私人」參與決定之觀點，而受到指責。

(a) 基於危害少年書籍散布法第九條第二項所稱範圍之陪審人員，在其行使職務時，非爲私人，而是由聯邦部長隨著任命而賦予之職位承受者。由部長任命而作爲對國會負責之政府成員，同時使之達成民主正當化。

因聯邦審查處成員依危害少年書籍散布法第一百十條規定，不受指示之拘束，故不侵害民主原則。

賦予聯邦審查處之任務，依種類及範圍，非屬如此政治作用範圍，以「非內閣」觀點（參照 B Verige 9, 268 [ 281 頁以下 ] ），而有所疑義。

(b) 非於公法勤務及忠誠關係之人之委託決定權限，亦不違反基本法第三十三條第四項規定。一方面，於此非涉及主權之持續行使，而是公共任務之有限期之實行。他方面，社會團體代表人之參與，於此儘可能以某種程度遠離國家及基於多元意見形成，而為有關新聞及藝術自由之決定之觀點，加以正當化。此思想於危害少年書籍散布法第九條第二項規定中，發現憲法上相當安排。

準此，國家行政不得以個自獨裁所建構之官僚機構，要求確定該列為禁書決定之價值標準，毋寧是其提供一個法庭，調查對立之價值觀及針對完全特定之著作，基於討論，而為決定。團體代表人之參與，於此正得以藝術自由之利益，確保蒐集所有作為列為禁書決定標準之觀點、調查就此所蘊涵之價值及使之均衡。

(c) 有關危害少年書籍散布法第九條第二項規定，任命團體代表人參與聯邦審查處決定之範圍選擇，不生疑義。

尤其相對於宗教團體（危害少年書籍散布法第九條第二項第八款），有關世界觀之團體不予考慮，乃不應遭受指責。此不違反平等原理。教會於少年照顧之工作，負有其各宗教背景之義務，固然正確。但因教會從來特別致力於兒童及少年照料，故特令教會參與聯邦審查處之事務。針對少年保護，此不以同樣方式，適用於有關世界觀之團體。

此外，政黨及工會不得選派團體陪審人員，不得加以指責。於聯邦審查處，有別於廣播電視委員會，其不涉及重要社會力之控制，而是特別有資格評斷書籍之危害少年性質或藝術意義之團體之參與。

立法者亦未有專業範圍，而基於該範圍，得在為決定時預先提供基本重要論點，且不考慮以憲法異議方式為之。於危害少年書籍散布法第九條第二項之創設時，仍留予其創制空間。於此，其亦應注意者，隨著日漸擴大，審查團體之功能愈變質。其超越該創制空間及不考慮有意義之組合之標誌，未被認識。

(d) 應參與之團體，亦於危害少年書籍散布法第九條第二項充分確定之界限。

如前(1. 3. d.)所述，解釋問題得以傳統法律方法加以解決時，即符合確定性要求。此經由危害少年書籍散布法第九條第二項規定之列舉，得以保障。於藝術與文學領域間有某種程序之重疊存在，固然有此可能；但如同直至目前實務見解所示，由此衍生之界限問題，有解決之可能。

2. 但國會立法者本身，不對聯邦審查處組織之實質問題，加以規定，亦不為符合基本法第八十條第一項第一段規定要求之法規性命令授權。

(a) 實質論(參照前揭1. 3. a.)不僅回答特定標的是否必須法律加以規定，毋寧是該規定於個案時須適用程度如何，予以決定性標準(參照BVerfGE 34, 165 [192]; 49, 89 [127及129] EuGRZ 1978, 553 [563]; 57, 295 [327] EuGRZ 1981, 295 [303])。此衍生義務，在於規定與競合自由權相界限，於個案在內容上之適用法律之行政，並且至何種程度，准予限制基本法第五條第三項第一段規定所涉及及列為禁書決定自由之範圍(另參照BVerfGE 6, 32

[ 42 ] ; 20, 150 [ 157 ] ; 80, 137 [ 161 ] EuGRZ 1989, 341 [ 347 頁以下 ] )。於行政程序宜標示競合自由權界限之設置，亦歸屬於立法者在其實質指導準則中所規定之內容。於此，必須預為提供程序規範，該規範應取向於其任務，且同時足以實現之（參照 BVerfGE 53, 30 [ 65 ] EuGRZ 1980, 57 [ 66 ] ; 65, 76 [ 94 ] EuGRZ 1984, 35 [ 37 ]，各其所示參考書）。藉相當程序規定而實現基本權利之要求，在此首先針對立法者（BVerfGE 73, 280 [ 296 ] EuGRZ 1987, 28 [ 32 ]）。行政程序直接對於基本法所保護地位產生影響時，該程序規定於其利益內，須以法規形式確定之。於此情形，該事並不充分具備。

(b) 但立法者未對團體陪審人員為資格審查，不應受到指責，其參與之目的，旨在提出專業界之觀點。因此，欠缺深切影響之理由，要求各個團體陪審人員，超越團體歸屬之資格證明。

為建立所有利益之最具可能廣泛概觀之目的，相互輝映見解交換之強制，藉足以確保有受列為祭書威脅著作之自由請求權（基本法第五條第三項第一段）方式，由立法者保障之。加重多數之要求（危害少年書籍散布法第十三條）確保不因少數見解，即被通過，且意見分歧時，必須有明顯多數者，始可能列入祭書。

該原則透過危害少年書籍散布法第九條第三項規定之法定人數，為有效之補充。其確保少數保護，同時保障無任何競合利益之單方面被忽視。有人（如浮現眼前之抗告人）因一位或二位團體陪審人員之持續缺席，欲對聯邦審查處活動提出質疑時，如將之交付若干少數團體陪審人員之手，或許阻礙憲法中

所確立兒童及少年之法律保護。他方面，於受威脅之基本法第五條第三項第一段所定自由權之利益中，藉著危害少年書籍散布法第九條第三項第二段以及第十三條規定確保，因逐漸減少之會員人數，將減弱該被保留票數之份量。如僅九位委員出席者，不須有三分之二，而是有七票贊成列為禁書；否則，此不允許發生。

(c)但選舉團體陪審人員之程序，法律上規定不甚充分。法規形式所定之程序，須斟酌所有於列為禁書決定中所應注意觀點之最可能廣泛調查趣向。因此，立法者須詳細規定，基於危害少年書籍散布法第九條第二項就陪審人員選派之團體所考量之人合團體與聯合會。再者，其應規定如何選舉各陪審人員。於此所須企求者，為至少傾向於完全涵蓋該參與團體之意見。

危害少年書籍散布法不包括如是規定，亦未具備充分規定法規性命令授權之形式。對於法規性命令制定者之授權，未涉及選舉程序。此尤其亦適用於祇涉及聯邦審查處程序但未於陪審人員選舉上讓步之危害少年書籍散布法第二十三條規定。

3.但直至新規定為止，最遲至一九九四年底，此瑕疵應予容忍。

此符合聯邦憲法法院判決，經由其判決，不致於合憲情形比現今遑少之情況。此不排除將現行規定，不祇視為與基本法不一致，而且甚至視為無效。因此可能產生如是結果，即聯邦審查處根本上不再能從事兒童及少年保護活動。為防止人格發展危害之基本法所定兒童及少年保護，儘管現行法有瑕疵，仍必須使現行法律狀態暫時存續其效力。他方面，此狀態如難以預測長期存續效力者，則與列為禁書所涉

及之自由權，尤其是基於基本法第五條第三項第一段所保障者，相互牴觸。

四年應認為是相當期間。因兩德統一所牽聯問題，特別強烈要求立法者之情形，固然應予考慮。但此涉及在可綜覽概觀領域之組織決定，而該決定似乎不需太長準備工作。

Ⅲ、其餘指責無理由。

1. 引註要求（基本法第十九條第一項第二段）未被侵害。其祇適用於依立法者明示授權而准予限制之基本權利（參照 BVerfGE 21, 92 [ 93 ] ; 24, 367 [ 396 頁以上 ] ; 64, 72 [ 79 頁以下 ] EuGRZ 1983, 648 [ Rsprber. Nr. 27 ]）。但依基本法第五條第三項第一段所生之基本權利，不屬之。

2. 就聯邦審查處在於侵害基本法第二條第一項以及第二十條第三項、第十九條第四項第一段與第一百零三條第一項之情形，被賦予評斷空間，為之落空。於此受不服之判決，聯邦行政法院及行政高等法院即未涉及少年危害之評斷，亦未涉及基本法第五條第三項第一段所生自由範圍之標示，而係根據聯邦審查處之評價特權。

3. 袖珍本書籍之列為禁書，亦不違反基本法第五條第一項第三段所定之檢查禁止。憲法僅禁止事前檢查。其中行政機關程序之預先介入，應理解為於其決議前，該著作不准予發行（參照 BVerfGE 33, 52 [ 71 頁以下 ]）。法律未規定此程序，法律祇包含壓制措施之授權基礎。事實上該袖珍本書籍於公表後四年，始被列入禁書。由於危害少年書籍散布法第十八條之一規定，此措施之可能性業已於一九七

八年該小說發行時不加以考慮者，祇導致逐漸升高之威脅性壓制國家行為之可預見性，但似乎賦予其先發生效力之預防特性（參 BVerfG，前揭判決，七三頁）。

參與決定之法官：Herzog 院長，Henschel, Seidl, Grimm, Söllner, Dieterich, Kühling, Seibert.

抗告人之代理人：Hans-Jürgen P. Groh 律師、Wentzelstr. 9, 2000/Hamburg 60 與 Sieghart Ott 律師、Kurfürstenstr. 22, 8000 München 40.

編著註：參見歐洲人權法院 Müller 對 Schweiz 案之判決，EuGRZ 1988, 543。歐洲人權法院判決（EuGRZ）於猥褻油畫扣押與於藝術家或展覽者之判決中，不認為歐洲人權及基本自由保護公約（EMRK）第十條規定侵犯藝術表達自由。

譯者註：

1. BVerfGE "Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (聯邦憲法法院判決)"
2. EuGRZ "Europäische Grundrechte-Zeitschrift (歐洲基本權利雜誌)"
3. BTDrucks. "Drucksachen des Deutschen Bundestages (聯邦眾議會刊物)"

- 4 NJW.. Neue Juristische Wochenschrift (新法律週刊)
- 5 BGBI. I S. 1725.. Bundesgesetzblatt. Teil I Seite 1725 (聯邦法律公報，第一部，第一二五頁)
- 6 4 StrRG.. Das Vierte Gesetz zur Reform des Strafrechts (刑法第四次修正法) 7. str...streitig (有爭議)
- 8 Rspr...Rechtsprechung (法說判決)
- 9 BGHSt.. Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (聯邦最高法院刑事判決)
- 10 BGH.. Bundesgerichtshof (聯邦最高法院)
- 11 EGMR.. Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (歐洲人權法院判決)
- 12 MRK.. Konvention v. 4. 11. 1950 zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (一九五〇年十一月四日人權及基本自由保護公約)