

關於「示威者拘留」之判決

（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 EUGENZ 第十八卷第一、二期合刊本第四十一頁至第四十四頁）

譯者：張懿云

“德國基本法對於法官在裁定警方遇到大規模的群眾示威活動時，是否可以採取拘留手段，所做的基本要求”

1. 根據基本法一百零四條第二項第一句的規定，當法院的程序在對於許可或是繼續限制個人自由權利做出判決時，必須在開始限制個人自由之前，給予當事人一切法治國家所能提供的保障，且其必須符合法律形式的程序（*Justizformigen-Verfahren*）。即使是在有必要加快審理速度的情形，亦只能簡化或縮短審判的程序，但絲毫不得危害到審判的獨立性與符合法律形式的程序的公平性。

2. 基本法一百零三條第一項保障人民依法有當庭陳述意見的權利（即人民有請求依法審判的權利，*rechtliches Gehör*）。任何一位第三者若欲轉述陳述的內容時，必須事先獲得被轉述人的信賴或是表示願意遵守法治國家所稱客觀陳述的義務。而被轉述人亦須被告知，他的陳述內容乃至聲明均將以自己的名義被轉述。

判決主文：

哈瑙 (Hanau) 地方法院於一九八八年三月十九日所爲之第 20 X 64 / 88 L 號判決，已經侵犯了基本法第二條第二項第二句與第一百零四條第二項第一句連用，以及第一百零三條第一項所賦予訴願人之權利，因此該判決無效。

黑森邦 (Hessen) 必須負擔人訴訟所支出之必要費用。

判決理由：

A、

本憲法訴訟乃是關於法官對警察動用拘留權 (polizeilichen Gewahrsam) 的裁定。

I、

警方對於在本案所指稱之時間允許動用拘留權，其主要乃是根據黑森邦於一九七二年一月二十六日所制定 (GVBl. I, S. 24)，一九七四年九月四日修訂 (GVBl. I, S. 36) 的「公共安全秩序法」(des Hessische Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung, — HSOG —) 第四十六條第一項之規定。該條文之規定：

(一) 執行警員遇到下列狀況時，得行使拘留權：

1. 執勤警員處於非自由意志之狀態而欲排除現時之危害，以拯救個人身體、生命安全時，或
 2. 爲防止直接即將發生之犯罪行爲（刑法第十一條第一項第五款之犯罪行爲），亦包括雖僅只處以罰鍰，但是也會對公共安全及社會秩序造成重大危害之行爲，而爲必要之措施。

(二).....

黑森邦公共安全秩序法第四十七條對於法院的管轄權，以及拘留之法律程序做了以下的規定：

“任何之拘留均需立即取得拘留地該管地方法院之許可方得爲之。該地方法院法官之判決爲最終之判決。一旦被拘留人獲得釋放，該拘留許可亦應立即失效。”

II、

1. 西元一九八八年三月十九日在哈瑙地方曾發生一場一萬五千人參加的大型示威活動。警方根據以往處理類似示威活動的經驗，事先在哈瑙城周圍的道路上設置了檢查哨，以檢查往示威的群眾。而本案的訴願人即在當天受到警方的盤查。警方在盤查時發現訴願人在一九八三至一九八五年間，曾有四次因爲涉嫌在示威活動中有犯罪行爲而受到偵查，但尚未結案的記錄。其中三次曾受到警方的暫時留置，另一次則被警方拘留。

警方在確定訴願人的身份以及上述的法院記錄之後，（但據訴願人的說法，警方並未告知他上述的法院記錄。）即在當天上午十一時四十分拘留了訴願人。警方在拘留錄上填寫的拘留理由是“身份查證”（*personalienüberprüfung*）。訴願人曾有法律所保障之陳述意見的機會，但訴願人表示不願多說

任何話。而警方在另外一份隨被拘留人所檢送單據的拘留理由欄中又加註了：「多次因破壞社會安寧在案」（Systembekannt wegen Landfriedensbruchs）的字樣。

訴願人在被警方拘留後，隨即被監禁在位於美茵河畔一處叫做彌漢（Mühlheim/Main）地方的黑森邦保安警察隊部。警方也立即向法院申請拘留許可。

2 同一天，哈瑙的地方法院立刻裁決此項拘留合法。許可的理由是根據執勤警察單位在申請書上的敘述，亦即訴願人之所以在去參加示威活動的路上被攔下，乃是因為警方根據訴願人已往的法院紀錄和當天對整體的印象所做的研判，認為訴願人很可能會參與非和平的行動。因此，警方在一張事先印好的表格上圈選了此次的拘留行動是「必要的」（erforderlich），以便阻止訴願人觸犯刑法第一百二十五條所規定之違法行爲。表格上同時載明了，執勤的警察單位曾對訴願人進行偵訊（Anhörung， rechtliches Gehör），但是訴願人當時引用了刑事訴訟法第五十五條的規定，拒絕回答任何問題。地方法院在裁定拘留許可時亦同時規定警方必須在當天下午十八時釋放訴願人；而警方亦已依照地方法院的指示辦理。

III、

訴願人向聯邦法院提出憲法訴訟，指稱哈瑙地方法院的裁判侵犯了聯邦基本法第二條第一項與第七十二條、第七十四條第一款、第三十一條之連用，以及第八條、第二十條第三項、第一百零三條第一項和第一百零四條第一項等諸條文所賦與的基本權利和其他與基本權相類似的權利。訴願人一共列舉了以

下的理由：

1. 由於黑森邦的立法者並沒有制定「公共秩序法」的程序訴訟法，因此哈瑙地方法院根據黑森邦公共安全秩序法第四十七條第二句的規定所做拘留合法的裁判，基本上違反了基本法中有關立法權限（*die Gesetzgebungskompetenzen*）的規定。邦的立法者根本不得制定任何對非訟事件（*die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*）和刑事訴訟法中所保障的訴願管道做出任何限制的法律，因為在這種情況下，只有聯邦的法律規定才是最終的圭臬。

2. 哈瑙地方法院的法官應該傳喚訴願人親自到庭說明。僅由警方製作筆錄再轉交給地方法院的做法，並不足以滿足聽證（*Gehör*）的要求。只有面對面的個人偵訊（*persönliche Anhörung*）才可以讓法官從當事人的答辯資料中，得到較為完整的認識，而且也較能夠對於一切條件是否均符合公共安全及秩序法第四十六條所規定之拘留要件，做出較正確的裁定。在本案例中，地方法院僅依警方單方面的陳述即裁定拘留合法。警方亦未告知訴願人移送的資料內容。假使訴願人能親自到庭說明，他至少可以答辯「無犯罪前科」。而且很可能爲了跑這一趟法院，訴願人便會擔誤了趕赴示威地點的時間，進而省掉了警方對訴願人採用拘留手段的必要性。

3. 此外，地方法院的裁定也侵犯了聯邦基本法第二條第一項及第八條條文所賦予訴願人的基本權利。光憑一項揣測、懷疑某人會觸犯刑法第十一條第一項第五條所定的犯罪行爲，即做出限制個人自由的拘留裁定，這是不公平的；僅憑一項揣測，懷疑某一位參加示威活動的人會採取非公平的手段，即剝奪他

參加示威活動的權利，這也是非常不公平的。

IV

黑森邦政府、聯邦行政法院和聯邦最高法院對本憲法訴願案的意見。

1. 黑森邦政府認為該邦公共安全秩序法第四十七條的規定並未違憲，因為聯邦行政法院組織法第四十條第一項第二句的規定，即授權各邦的立法者去決定地方法院法官的管轄權。

但是從憲法的角度來看，在本案中，訴願人被拘留的實際過程的確還有值得進一步推敲的地方。

根據基本法中特別強調個人自由權利的第二條第二項第二句的文字，並沒有“口頭聽證”(mündliche Anhörung)的強制規定。但在執行黑森邦公共安全秩序法第四十七條有關限制個人自由權利的條文時，則必須注意不得違反該法第四十八條第一項，有關拘留最長時間不得超過從拘留日起算至第二天結束的規定。至於“個人聽證”(personliche Anhörung)的強制規定，一般則只出現在聯邦或是各邦有關限制個人自由的法律中，而且是在對較長時間的拘留才會做出此類的強制規定。

然而，基本法第一百零四條第二項第一句的條文也要求法官在審理有關限制個人自由的案件時，應重視個人的自由權，以做出恰如其分的判決。此一條文不僅要求限制個人自由的形式程序要合法，它同時也要求法官獨立而廣泛地審核限制個人自由的要件。對個人自由限制越大的判決需要越仔細的查證。至於查證義務的廣度與深度則必須視事件緊迫的程度以及已知事實材料的多寡和可信度而定。在本案中，地方法院法官的裁定過程並未符合上述的要求。

2. 聯邦行政法院與聯邦最高法院均認為，在本案例中引起爭議的黑森邦「公共安全及秩序法」的相關條文並未違憲。

B、

本憲法訴訟願予受理。儘管本案的訴願人早在提出本憲法訴訟案之前的一九八八年三月十九日傍晚即已獲得釋放，但是針對此項因法院判決所引發之憲法訴訟案，憲法法院仍有提供法律保護的必要。

只要個人找不出另外的途徑以對抗限制個人自由的高權行為（*Hohheitsakt*）時（此乃憲法所保障的權利），憲法法院就認為有繼續提供法律保護的必要。（*BVerfGE* 10, 302 [308]；74, 102 [115]；76, 363 [381] *EUGRE* 1987, 549 [554]）。個人的自由權經由基本法第二條第二項第二句「不可侵犯性的保證」（*die Garantie ihrer Unverletzlichkeit*）和第一百零四條第二項第一句的「法官保留」（*Richervorbehalt*）已有特別的保障。

在一個所謂：由於執行的方式（*Art*）與持續的時間（*Dauer*）而致侵害個人自由的憲法審查案，如果個人無法真正享有憲法上的權利的話，那麼有關實體及程序上的保障都將形同具文。

C、

本憲法訴訟願案的理由是充分的。儘管本案例中，地方法院所做之裁判，乃是根據合於憲法規定有關規範警察行使拘留權之法定程序而為之；但在實際執行時，却未符合基本法第二條第二項第二句與第一百零四條第二項條文連用，以及第一百零三條第一項的要求。

I、

1. 在本案中，哈瑙地方法院依據黑森邦公共安全秩序法第四十七條第一句及第四十七條第二句所做之拘留裁決以及所為最終判決之裁判，並未違反基本法第七十四條第一款與第七十二條第一項的規定。

按照基本法第七十四條第一款的規定，聯邦得依此條文所賦予它的「競合權限」（*konkurrierende kompetenz*），對行政法院的組織與運作做詳盡、最終的規定。（*BVerfGE* 20, 238 [248]；29, 125 [137]；37, 91 [198]）。然而，只要聯邦法律做出有利於邦立法者的法律保留時，在這種情況下，即使聯邦在針對某一特定對象享有競合的立法權限，邦的法律仍是合法的。（*BVerfGE* 20, 238 [251]；29, 125 [137]）。行政法院組織法第四十條第一項第二句的條文，即是為邦的立法者提供一種將本質上不屬於憲法層次，而是屬於邦法律層次的公法訴訟案件交由其他法院審理的可能性。黑森邦公共安全秩序法第四十七條第一句的條文即是屬於這種情況。

行政法院組織法第四十條第一項第二句的規定，不僅受權邦的立法者，由他來指定審理該條文所規範訴訟案件的該管法院，同時也規定由該指定之法院做最終之判決。因此在此項權限範圍內，邦的立法者可以指定地方法院做單獨，而且也是最終的判決。據此而論，黑森邦公共安全秩序法第四十七條第二句的規定並未抵觸基本法有關立法權限劃分的規定。

2. 黑森邦公共安全秩序法第四十七條第二句有關排除上訴可能性的規定並未抵觸基本法第四十九條第四項的精神，因為此所謂得請求法院救濟的保障（*die Garantie eines Gerichtsschutzes*）並不

包括保證審級制度（Instanzenzug）在內。（參考 BVerfGE 11, 232〔233〕；實務上的通說，最近一次判決 BVerfGE 78, 88〔99〕）。

根據一般法治國家的原則與聯邦憲法法院長久以來的實務經驗，沒有任何的判決會得出法律訴訟程序一定非得經過兩級法院審理不可的結論。（BVerfGE 4, 79〔94 f.〕）。同樣地，爲了發揮保障個人自由的功能，基本法第二條第二項不僅沒有強制立法者爲審理限制個人自由的訴訟程序制定一套多級的審判程序，反而爲立法者保留了自行設計審判程序的空間。如果遇到了立法者只提出一級一審制的情況，憲法對於該審判程序的設計，自然會有更嚴格的要求，以期能發掘事實的真相。

3. 從基本法第一百零四條的規定來看，黑森邦的公共安全秩序法並無違法之虞，因爲該條文並未就法官在裁定拘留是否合法的程序做出更詳盡的規定，因此該法之規定仍未超出非訟事件法的規範之外。——而此亦符合了歷年來法院及學說上的見解——。（Vgl. BVerfGE 1, 229〔233〕；BGHZ 5, 46〔51〕；VG Freiburg, Beschluß vom 22. Dezember 1950, DVBl. 1951, S. 313〔315 f.〕；Dürig；Grundgesetz, Kommentar, Stand：1958, Ant. 104 Rdnr. 31；H. J. Wolff, Das Verfahren bei Freiheitsentziehungen, DÖV 1951, S. 313〔315〕）。另外，有關類推適用程序法上的規定與基本法第一百零四條並不衝突，因爲這和類推適用實體法中有關限制個人自由的授權基礎有所不同。基本法第一百零四條第一項有關類推適用之禁止（Analogieverbot），其主要的目的是爲了保護當事人免於受不可預見之對個人自由的侵犯，而基本法第一百零四條第二

項之目的則側重在法官審查的保證（*die Gewährleistung richterlicher Kontrolle*）。只要能夠達到憲法上相同的目的，這一種保障事實上也可經由類推適用其他有關法官審判程序的規定。（*Vgl. BVerfGE 10, 302 [329] ; 29, 183 [197]*）。

基本法第一百零四條第二項第一句規定，當法院訴訟程序在對於「許可」或是「繼續」限制個人自由權利做出判決時，必須在開始限制個人自由之前，給予當事人一切法治國家所能提供的保障，且其必須符合法律形式的程序。即使是在有必要加快審判速度的情況，亦只能簡化或縮短審判的程序，但絲毫不得危害到審判的獨立性與符合法律形式的程序的公平性。因此，為了符合上述的立法精神，立法者乃依據基本法第一百零四條第二項第四句的委任立法（*Gesetzgebungsauftrag*）制定了一套審判程序，以規定在當時的情況下是否可以限制個人的自由。

類推適用非訟事件法所造成的結果是，非訟事件法第十二條有關職權調查的基本原則（*Grundsatz der Amtsvermittlung*）亦同樣適用於黑森邦公共安全秩序法第四十七條有關法官裁判（*richterliche Entscheidung*）的規定。如此一來，憲法中對於法院審判程序所要求的形式要件才算齊全了。針對法官在極短的時間內，必須做出拘留與否的裁判；再加上最長只能拘留四十八小時的規定（*Vgl. § 48 Abs. 1 HSOG*），憲法並未要求另外設計一套詳細、固定格式的審判程序。為了讓警方有排除危害的能力，以便應付，例如：整救失去自由意志的人（*Willenslosen Persons*）或是維持大規模示威活動秩序的情況，因此法官在處理有關警察採取拘留手段的審判過程中也必須具有彈性。從憲法本身對有

必要加快審理程序的規定（Art 104, Abs. 2. Satz 2 und 3），使得法官對於查證案情所能支配的時間受到限制，而且按照法條的規定，法官最遲必須在拘留的第二天結束之前做出裁判，也正因為如此，當法官在研判是否有可預見的危害，以便做出是否拘留的裁判時，他也只能根據在短時間所收集到的事實資料來做判斷。因此，只要非訟事件法第十二條有關職權調查的基本原則符合了憲法第一百零四條的精神，則該基本原則已滿足了前述所提之要求。在這種考慮之下，黑森邦的公共安全秩序法第四十七條就沒有必要一一去規定，在什麼樣的條件之下必須舉行個人的偵訊（*persönliche Anhörung*）。

II.

1. 假使法官在根據非訟事件法第十二條的規定進行調查時，只是查證警方單方面所提供的資料而據以認定有限制個人自由之必要；這樣的做法，縱使在較緊急的情況下，依然是不符合基本法第一百零四條的規定的。根據基本法第一百零四條第二項的規定，法官在審理有關限制個人自由的案件時，必須秉持獨立審判的精神，並且必須對拘留之必要性加以裁判，以便阻止當事人做出犯罪的行爲。由於該法官的判決是決定性的（*konstitutiv*），而非只是關於許可或確認等暫時性的行政裁決（HStR VI, §130 Rdnr. 25；Dürig, a. a. o. Art. 104 GG. Rdnr. 25；E. Gralitz, *Freiheit der Person*），因此法官在審理此類案件時，必須親自對該剝奪個人自由行爲是合法的，這一事實加以確認。而判斷是否會對基本權造成侵害的困難之處，尤其是在於必須深入的考查該剝奪個人自由的措施是否必要。至於一般查證的方法有翻閱檔案，收集證物，執勤人員的報告以及對當事人的個人偵訊等

等。

2. 本案中，地方法院所做的裁判不符合憲法上的要求。

a) 判決中是以，爲了阻止訴願人可能直接且即將違反刑法第一百二十五條所列之「破壞社會安寧罪」爲理由，來說明拘留的必要性。儘管此一理由符合黑森邦公共安全秩序法第四十六條第一項第二款的犯罪構成要件，而且從憲法第一百零四條第一項第一句來看，這個有關限制個人自由的法律授權，亦無不妥。此外，如果訴願人真是有計劃的參與非和平的集會，以破壞社會安寧秩序，則其亦不再受基本法第八條第一項之保護。（Vgl. BVerfGE 69, 315 [359 f] EuGRZ 1985, 450 [461 f] ; 73, 206 [248] EuGRZ 1986, 619 [630] ）。但是從法院實際所掌握的證據來看，其並不足以支持訴願人有「破壞社會安寧之虞」的推測。

b) 地方法院對本案做出判決時，完全只根據警方所附送的資料；然而警方亦只是根據訴願人已往的記錄和當天對其整體的印象，即認爲訴願人很可能會參與非和平的活動，進而在其至示威的途中予以拘捕。法院並未以自身對此情況的瞭解來做爲裁定時的判斷基礎。此外，地方法院在審理過程中不但沒有提及其他可能有助於發掘事實的途徑，而且也沒有對警方所提供的資料做進一步的分析與評估。不僅如此，由於地方法院並未傳喚訴願人到庭陳述，因此它並沒有真正瞭解訴願人的個人狀況及其意圖。依此看來，地方法院根本未做到發掘事實真相（*Patsachenermittlung*）的工作。根據基本法第二條第二項第二句和第一百零四條所規定的查證義務（*Aufklärungspflicht*），地方法院至少必須盡到親自

瞭解警方的資料和訴願人的說辭，以便根據黑森邦公共安全秩序法第四十六條的規定，就危害發生之可能性做出符合比例原則的裁判和防範。

其次，地方法院所使用的裁決表格（*Beschlussformular*）也不符合法治國家對法院在裁定有關限制個人自由時的要求。此一表格將黑森邦公共安全秩序法第四十六條第一項第二句所規定的不可或缺的構成要件降格成爲只是一種必要的標準而已（*Maßstabe des Erforderlichen*），明顯地減低了判定是否符合比例原則的要求。此外，該表格上還印著“此拘留是根據黑森邦公共安全秩序法第四十七條規定，並經法院許可所進行的”的字樣。基本上，有關對個人自由做出限制的裁判應該不僅只是一項決定性，而且必須是一項不事先受警察機關影響的獨立審判。根據基本法第一百零四條第二項第一句條文的規定，在限制個人自由的案件中，承辦法官必須對其所做，允許限制個人自由的裁判負責。

III.

地方法院的判決同時侵犯了訴願人依法有陳述意見的權利。（或請求依法審判的權利）

1. 基本法第一百零三條第一項的條文賦予當事人對事實、證據和法律狀況（*Rechtslage*）進行陳述之權（vgl. *BVerfGE* 60, 175 [210] *EUGRZ* 1982, 160 [170] ; 64, 135 [143] *EUGRZ* 1983, 538 [540]）。並且法庭有義務聽取當事人的陳述，並做爲判決時的參考（vgl. *BVerfGE* 60, 247 [249] *EUGRZ* 1982, 483 [R. sprber. Nr. 21] ; 70, 288 [293] *EUGRZ* 1986, 333 [R. sprber. Nr. 33]）。法官聆聽當事人的陳述可提供當事人機

會去影響法官，以做出有利於自己的判決。因此就一般而言，在判決前讓當事人當庭陳述是有意義的（BVerfGE 9, 89 [96]）。除非它破壞了聽證的目的（vgl. BVerfGE 9, 89 [98]； 57, 346 [358 f] EUGRZ 1981, 469 [471]），或是該判決將會因聽證的舉行而變得太遲了（vgl. BVerfGE 65, 227 [233 f]）。

基本法第一百零三條第一項的規定，保障人民有當庭陳述意見的權利。任何一位第三者若欲轉述陳述的內容時，必須事先獲得被轉述人的信賴或是表示願意遵守法治國家所稱客觀陳述的義務。而被轉述人亦須被告知，他的陳述內容乃至聲明均將以他自己的名義被轉述。在正常的情況下，凡是遇到沒有時間急迫性的案件，當事人應做的當庭陳述是不可以由警察機關轉述的，而且這些機關的手段、措施在法院審判的過程中亦應當再加以審查。即使是在時間緊急的狀況下，當事人亦須被告知，他的陳述內容是要轉述於法庭的，如此才符合基本法第一百零三條的規定。

2. 在本案中，假使訴願人知曉他的陳述內容將會被轉述給法庭，並且知道他的陳述將會對該案的判決產生影響，那麼在程序上才完全符合基本法第一百零三條第一項的規定。但是，在地方法院的判決書上，却只證實了訴願人曾接受警方的偵訊，至於訴願人在當時是否曾有對法院審判程序乃至判決結果產生影響力的機會，則未有明確的交待。

IV、

訴訟費用請依照憲法法院組織法第三十四條之a)第二項辦理。

三十四

承辦法官：Böckenforde (審判長) 、 Klein, Grafhof, Kruis, Franßen, Kirch, Winter.
訴訟代理人： R. A. Michael Hofferber und Ulrich Koch,
住址： Schumannstr, 6000 Frankfurter Am Main \ 1 .