

E. (作成判決之表決票數)

此一判決是以五票對三票作成。

(法官)

Seuffert, Dr. Leibholz, Geller, Dr. v. Schlabrendorff,
Dr. Rupp, Dr. Geiger, Dr. Rinck, Dr. Kutscher 在判決評議
完成後卸任

Geller, Dr. v. Schlabrendorff 及 Dr. Rupp 三位
法官

對聯邦憲法法院第二庭 1970 年 12 月 15 日
判決之不同意見書

2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 und 308/69

高春燕 譯

吾等不同意 1970 年 12 月 15 日之判決。依第
十七次修憲法之基本法第十條第二項第二句與基本法第
七十九條第三項之規定不符，無效。

1. 該修憲法合憲性之審查不能——如 1970 年 12 月
15 日之判決——透過合憲解釋原則而認為有效(BVerfGE
19, 206 [220])；蓋問題在於，基本法基本法第十條第二
項第二句是否係有效的規範。就此之審查，應以基本法

第七十九條第三項為標準，以決定該修憲規定之文義、意義關聯及目的應如何被理解。就此，本判決所採用之合基本法解釋並非通常之情形。

a) 依據基本法第十條第二項第二句之規定，普通法的立法者應可以在一定的前提要件下規定，不必通知關係人即可對之採取監聽的措施。其字義頗為明確。亦即，如果認為事後的通知無論如何都不可被完全排除的話，乃屬對該文義的誤解。

基本法第十九條第四項所規定的救濟制度之保障，旨在保護個人之權利，此一規定保障每個人於其權利受到公權力侵害時，皆有向法院請求救濟的機會。該憲法規定的核心旨在使人民的權利保障透過一個獨立於行政及立法機構以外之獨立機關進行。該獨立機構在一特別條件下（例如合法的審理），能獨立聆聽關係人的陳述並予以裁決。如果依該修憲規定，透過由人民代表所任命的機構來審查法律救濟，則固有的權利保護體制將被取代。如果該規定本具此種取代性意義，那麼這種救濟制度應該跟通常的救濟制度有所分別。此只是意味著，此種保障不必然有獨立性及公正性的擔保，也不必進行強制性的程序。此種區別透過基本法第十條第二項第二句的容許秘密監聽，而可以更清楚呈現出來。

此外，從該修憲規定，吾人無法得出何些範圍內之個人得被進行監聽。該限制命令可以完全一般性予以公

布，只要該命令旨在保護自由民主基本體制或旨在保護聯邦或邦之存續時即可爲之。將本來的危險性範圍預想頗爲廣大而思予控制，仍屬合乎目的。

因此基本法第十條第二項第二句不能作限縮性的解釋，亦即不應認爲，該規定乃強制地規定了一項規則在有犯罪嫌疑時才能對書信、郵件及通信祕密予以限制。且此一規亦不排除擴張的解釋，而可由數個單位作嘗試性的監聽。

b) 該判決基礎之解釋，不符合從該修憲歷程明示的修憲目的。

當然，一致的是，對當事人的監聽不能事先予以公告；因爲這將使此種措施自始無意義。但這裡涉及到一個問題，該當事人是否完全不應該，或至少在被監聽之後應被通知。就此，司法委員會的主席 Dr. Wilhelmi 在聯邦眾議院該修憲草案第二讀會時，就基本法第十條第二項第二句的目的，將國會的多數意見陳述如下：

有兩種類型。第一種是刑事案件，另一種是尚未涉及刑事案件但有刑事嫌疑或者會危及國家安全者。前一階段，擺在門檻前的，當然是對政治上令人有興趣的事及政治上重要的事，我們必須獲得基本法第十條的授權。這是此種例外規定的……政治核心。因此，如果這些人雖然現在被監聽之下，但事後會被告知，並且可以提起正式的訴訟救濟程序，就沒什麼問題…。

(StenBer. über die 174. Sitzung des Deutschen Bundestages vom 15. Mai 1968, S. 9320 C)

司法委員會的報告人 Dr. Lenz 很詳細的提出其見解，在刑事訴訟的解決方面，有規定了事後的通知，但此並未為基本法第十條第二項第二句所稱之「沒有人可以被...」以及類此規定所接受（StenBer. über die 178. Sitzung des Deutschen Bundestages vom 30 Mai 1968, S. 9609 B）。引用刑事訴訟程序規則的相反提案並未被接受。

如果書信、郵件及通訊秘密可能被干預，實際上法律救濟途徑是被排除的。當事人不可能對監聽採取行動，因為他不知道發生什麼事情，因此等同於一開始就排除其法律上的救濟途徑。第四任眾議院的政府草案，本來要將該規定排除在須由法官始得頒發或採取命令的限制。此一計畫在最近的政府草案被落實下來，因為，一方面，法律上聽審（*rechtliches Gehör*）無論如何不能被保障，另一方面，法官卻必須經常受制於目的廣泛的內涵（*weite Formulierung*），就對當事人而言已屬不可撤銷的監聽措施，予以合理化而作成決定，而該決定卻是超出法官將事實涵攝於法律構成要件職業類型的功能範圍（基本法之補充法草案正式立法理由，BTDRucks. V/1879 S. 18）。於該草案及基本法第十條修正法草案之讀會時，經常被強調的是，應採取政治性手段的「國會

審查」，以取代法律的救濟途徑。在基本法第十條修正法第一讀會時，當時的聯邦內政部長 Lücke 即指出，主管該命令頒發的聯邦內政部長應處於特殊的國會審查之下，除了每月須定期向政策小組報告外，亦須向由該小組所任命的三人國會委員會報告。時之議員 Hirsch 認為這是正確的：

「此一現在所選擇的政治解決，特別是透過負責任的部長及透過兩個政策小組所進行的監督，優先於法官的審查；此涉及到政治的，而非法官的決定。」(StenBer. über die 117. Sitzung des Deutschen Bundestages vom 29. Juni 1967, S. 5862 und 5882 D)

此後，此一見解經由司法委員會的報告人 Dr. Reischl 的說明而呈現出來，其說明是，此一補充法律救濟途徑必須「向政治機關提起」，因為「此涉及到的是政治性問題」(a.a.O.S. 9322 B)。司法委員會主席 Dr. Wilhelmi 亦說明，如果由法院就監聽措施進行審查，將會是過度要求的，因此涉及到須由政治家決定的問題。其後，其不時言及應「透過民意機關或其輔助機關進行審查」(a.a.O. S. 9320 C f; Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses – BTDrucks. V/2873 S. 4)。

c) 依文義、意義關聯及目的，基本法第十條第二項第二句本來就容許對書信、郵件及通訊秘密基於保護憲法與保護國家的目的，對當事人秘密地，甚至在事後仍

不予通知，亦不須受法院審查地進行監聽以及進行對電話、傳真、電報及書信的截取。當事人的範圍並未限定，亦不限於刑事上的犯最嫌疑人。作為「國會審查」之機關與輔助機關的性質，完全不特定；它可能是由立法者所組成的政治小組，或者是獨立的行政機關（Verwaltungskörper）。因此，在基本法第十條第二項第二句的本案判決中所為之解釋，係賦予基本法第十條第二項第二句另一項意義。此一解釋限縮其意義，並改變其規範內涵（normativer Inhalt）。而此係專屬於立法者之職權（BverfGE 8, 71 [78 f.]; 9, 93 [97]）。

該法律對基本法第十條可能尚未完全將其具有憲法規範授權性質完全發揮，但此無關重要。基本法第十條第二項第二句並不強制要制定出一項相當的規定。立法者得等待符合憲法情況的狀態來臨。立法者亦得以不同的選擇而偏離該狀態。該修憲規定是否符合基本法第七十九條第三項，審查對象是基本法第十條第二項第二句所授與立法者的權限總體。

2. 依基本法第七十九條第三項規定，上開 1) 的解釋，該憲法的修正係不應許可。

a) 基本法第七十九條第三項宣明憲法有些特定的基本原則不得改變。基本法——與威瑪帝國憲法及（前）帝國憲法不同——明示憲法修改的界限。故類此重要及其結果影響廣泛例外規定不應予以擴大解釋。但是如果

人們認為該規定的意義是要防止透過形式修憲的法律而事後為專制政權權力濫用予以合法化，那是對此規定意義的誤解。毋庸強調的是，類如 1933 年的「授權法」（Ermächtigungsgesetz）是不受許可的。基本法第七十九條第三項的意義更是：基本法制定者的特定基本決定，在基本法效力的持續期間——不問將來全德統一的憲法如何——宣示為不得予以破棄。依基本法第七十九條第三項，此些不得予以修改的基本決定，一則是聯邦原則的決定，其他則為基本法第一及第二十條所宣示的決定。吾人可以從第一條及第二十條所揭櫫的基本原則，抽繹得多寬或多窄，端賴此些基本原則帶給基本法何些特色而定。此兩種規範（譯註：指基本法第一條及第二十條），是基本法秩的基石（Eckpfeiler）。

b) 聯邦憲法法院的判決認為，基本法第一條係貫穿基本法所有規定的「基本憲政原則」（tragenden Konstitutionsprinzipien）。基本法將自由人格及人性尊嚴視為最高的權利價值（Rechtswert）（BverfGE 6, 32 [36]; 12, 45 [53]）。此一莊嚴的文字「人性尊嚴」所獨具的最高意義，乃是當「人的行為透過執行法律的公權力，採取一種『蔑視性』的行為（verächtliche Behandlung），表現出一種對人之存在（Personensein）所賦予人之價值的蔑視」時，人性尊嚴已被侵害。如果人們仍如此做，就是將基本法第七十九條第三項降低到只是禁止將刑

具、火柱（譯註：中世紀之刑柱，曝於烈日下，或為梟首之用）以及第三帝國所使用的方法再度引進而已。如此的限縮，並不符合基本法的觀念與精神。基本法第七十九條第三項與第一條結合，具有本質上具體的內容。基本法承認，自由人格(freie menschliche Persönlichkeit)是價值秩序的最高階，應有獨立價值(Eigenwert)及獨特性(Eigenständigkeit)。所有國家權力必須尊重人之獨立價值及獨特性。人不可以「不被當作人」，而當作一個標的物來對待，縱使此種措施未必是以輕視人之價值，而是以「良好的意圖」(gute Absicht)為之者。本院第一庭即認為，將人單純當作國家行為的客體並率由當權者(von Obrigkeit wegen)予以處分者，即屬違反人性尊嚴(BVerfGE 27, 1 [26]; vgl. auch BVerfGE 5, 85 [204]; 7, 198 [205]; 9.89 [95])。因此，無論如何應不能認為，在侵害人性尊嚴的案型上，只意味著一種方向而已。基於基本法第一條所產生的基本原則，應作為直接的標準。

基本法第七十九條第三項所援引的第二十條中的「法治國原則」是否即屬此原則或只是其中一特定原則，在此毋庸予以討論；此在重要問題點上具有理論的性質。但無論如何，基本法第二十條明顯地包括合法性原則(Gesetzmäßigkeitsgrundsatz)及三權分力；二者皆屬法治國的原則。從中可以導出，憲法在其價值秩序

(Wertordnung)中，賦予人的不只是一項較優越的地位，而是亦予之保護。事實上，個人的自由及受保障的權利如果沒有憲法所擔保的有效法律保護，將失其本質。基本法第二十條第三項規定了國家權力機關應受合法性之拘束，使其受合憲秩序，法律及法的拘束，並且要求客觀的保護。如果此種保護有效，國民即有可能自行防禦國家權力的干預，並將該干預付之於合法性(Rechtmäßigkeit)的審查。此係透過基本法第二十條第二項與立法與行政分立的司法機關予以擔保；公權力間互相制衡的權力分立原則旨在保護個人。因此基本法第二十條第二項已經包括通說在基本法第十九條第四項上已予具體化的個人權利保護的法治國家原則。

聯邦憲法法院一再地提到法治國家的要求，應儘可能有無漏洞的法院救濟，以對抗來自於國家公權力對個人領域的侵害(z. B. BVerfGE 8, 274 [326])。但所謂儘可能無漏洞的法律救濟，並不是——基於一些理由常使該保護變得不可能時——就不需予以保護。儘可能無漏洞的法律救濟並非意味著相對化，毋寧是一項前提。

基於此種衡量，吾人得到下列的確信：其一，基本法第一條所衍生之人不可單純被當作國家的客體，其權利不可率由當權者予以處分之原則，其二，從基本法第二十條所導出之儘可能無漏洞的個人權利保護，俱屬基本法第一條及第二十條所載之基本原則。基本法制定者

的基本決定包含此兩項原則，此一基本決定本質上屬法治國家的圖像，一如基本法所理解，確定，並使憲法秩序因而具有特色。同樣的，依基本法第七十九條第三項規定，這些根本的要素亦屬不可修改。

c) 透過該修憲，基本法第一及第二十條所載之原則將被「影響」(berührt)。

基本法第七十九條第三項規定之文意及意涵並非要求，全部原則或其中一原則完全被廢止(aufgehoben)或「原則上被放棄」。該「影響」之字眼，意涵更輕。只要在個人自由領域的部分範圍，基本法第一條及第二十條所導引出之原則完全或部分地被忽視，即足以當之。唯其如此，基本法第七十九條第三項在基本法的體系所具有的意義，對吾人而言，才有必要去談論。這些根本的要素，「不可被影響」。當這些原則僅在一般性的情況下予以考慮時，訴訟程序即可能逐漸崩解，這些根本的要素亦應受到保護以免受到逐漸崩解的訴訟程序的侵害。不可忽略的是，基本法的制定者在第七十九條第三項選擇了另一種實質上較第十九條更嚴格的表述方式(engere Formulierung)。

依基本法第十條第二項第二句可能有的對私人領域秘密侵害而被排除在法律救濟途徑外者，不僅涉及到敵視憲法者及間諜，亦可能涉及到無犯罪嫌疑人及未涉案之個人。人們的電話可能被竊聽，書信可能被開啓，不

問其是否知悉以及是否有合理化的事由或者——對事人而言可能具有相當的重要性——根本亦不問當事人是否可以從一個不快的牽涉中獲得解套。此種行爲，已屬將個人要求尊重的私人領域「率由公權力」予以處分，人民即屬變成國家權力之客體矣。雖然人可能常常不只變成某種關係及社會發展之客體，亦可能變成法律之客體，而使其無法照顧其利益，但此並無法改變上述的辯證。國民臣服於法律秩序之下之情況，不必強調；無論如何，其並非變成國家權力的客體，而是仍保有在法律社會（*Rechtsgemeinschaft*）中活躍的個體之地位。本判決中的實際案例意義不大，因為類此之措施在當事人的指摘之下，不是沒有採取（例如病人被告知患有傳染病的醫療通知），就是所保護的私人領域並未涉及（例如對私人公開的無線通訊的予以截聽）。特別是，國民在所有這些案型中，只要其私人領域一受到干預，即可進行自衛；其即屬保有法律救濟途徑。此外，依基本法第十條第二項第二句可能有的規定其特別性質本身比透過基本法的修改被認為是有必要的，顯現得更清楚。

基本法第十條第二項第二句亦影響到由基本法第二十條所產生的法治國家對個人權利保護的要求。行政合法性要求的基本原則尚有不足，已經上述。基本法第十條第二項第二句所規定的機關並不合乎保障個人權利的要件，因為該規定並非強制地規定，該機關必須獨立而

可不受指令之拘束。當該機關係指「由國會所任命或所組成獨立的機關（Institutionen）而在行政的功能範疇者」，上開之要件即屬不具備。此些機關——一如傳統上在地方自治行政上由被選舉出的成員所組成的議決委員會（Beschlüssausschüsse）——旨在作行政的自我監督，而非保障個人之權利，因此其通常被視為行政機關。個人權利保護，在權力分立的體制下，係司法之功能，因其旨在保護來自其他兩權的侵害。因此，在功能領域上，權利保護機關應屬司法權。然其是否須合於傳統的法院形態，容有探討的餘地。但無論如何，重要的是，其中立性須獲得保障，此繫乎其與立法與行政的分立，並能以一項法定的程序作成決定。此特別意味著，當事人得參與程序的進行。不必再特別強調的是，基本法第十條第二項第二句所容許的，當事人無從與聞，也不能進行防禦的秘密程序，並不能提供法律保護。

3. 在國會的審議程序及在本憲法訴願程序聯邦內政部長的陳述中，該基本法第十條的修憲規定，被以下的衡量合理化：此修憲必須為該規定就下列事項創造出必要的規則，為了 a) 將三個西方佔領國所保留之權利予以取代， b) 為了有效保護自由民主基本體制、聯邦或邦存續或安全。

a) 有關基本法第十條第二項第二句在國會進行讀會時，並無何方主張，三個西方佔領國將其保留權之放棄

明白地繫乎該特定的憲法修正。就此，不必詳予論述。因為，三個西方佔領國縱有一個明顯及詳實的要求，亦不能將此一違憲的基本原則的修改予以合理化。

聯邦憲法法院曾多次就與德國從被佔領的狀態過渡到完全國家的狀態有關的問題有所宣明(z. B. BVerfGE 4, 157; 9, 63; 14, 1; 15, 337)。聯邦憲法法院認為，「貼近基本法」或僅在一定時期內且在完全貼近合憲的狀況下暫時性地偏離基本法的規定，尚能予以容忍。不需要進一步說明的是，透過外國勢力所設置的單位所進行的憲法所不認可的郵電管制措施，應屬一項違憲之規定而非「貼近基本法之措施」，且基本法第十條第二項第二句並非暫時性的措施。此外，聯邦憲法法院在第一次的判決（Band 4, 157 [169]）中強調，如果基本法的基本原則明顯地被侵害，例如，基本法第七十九條第三項或第十九條第二項所揭示的原則，被侵害的話，即為界限之所在。就此無庸補述。

b) 本案判決指出基本法「防衛性民主」(*streitbare Demokratie*) 決定的特別意義在於不容濫用基本權以從事對對抗自由秩序及危害國家之存續。無可置疑的是，聯邦共合國（譯註：即德國）的存在及其自由民主基本體制係屬優越之法益 (*übertragende Rechtsgüter*)，從而吾人應予保護並防衛，且在緊急時，個人自由權應屈居其下。

在國家受到戰爭性的攻擊以及由此產生的——縱使可能延續頗久，或一度中止——例外狀況，國民之自由權有頗大的幅度暫時應該，且可以受到限制。但如果是涉及到在「法律日常」(juristischer Alltag) (Dürig) 所要保護的國家秩序，如犯罪防治或對抗間諜的顛覆活動的措施，則將有所不同。此處所涉及的是，對個人權利限制的界限何在的問題。因為「防衛性民主」旨在防護法治國家憲法秩序，而此一憲法秩序係以基本權為整合要素。因此，立法者，同時也是修憲者，在該危害防止規則制定時——例如，在犯罪防治上或本質與犯罪活動無異的間諜活動上——，應顧及基本法所賦予個人權利價值，以衡量其相互間之法益。「國家理智」(Staatsräson) 未必具有優越的價值。如果立法者不識此之界限，則「防衛性民主」應回過頭來對抗之。

不可被突破的界限即是基本法第七十九條第三項的規定。此一不可更動的憲法秩序——姑不論例外狀況——不得被影響。一如在基本法第九條第二項、第十八條及第二十一條，第七十九條第三項亦宣示了「防衛性民主」。此一規定——一如 Dürig 在鑑定報告書所正確指出的——是憲法保護 (Verfassungsschutz) 的規範。爲了保護憲法而放棄憲法最重要的原則，將是自相矛盾的。

立法者不得排除個人權利保護，即屬對 (立法者)

實體規定形成餘地的限制。在特別的情況下，也就是所謂的間諜秘密活動，能夠透過特別的預防措施而予防止，例如可以透過特別的——與行政分離的——法律保護機關，亦即特別法院，此特別法院之程序，雖應有當事人不可或缺的參與，但仍有不公開之必要性。但此種規定是否為修憲之要求，此可暫不置論。

此一修憲規定，就其必然的常有擴張性的規定來看，對一項無從撤銷的監聽措施將具有合理化的目的（請參閱本不同意見書 1. b 政府草案案所引理由），且以修憲方式所要實現的想法也被其他領域所繼受的話，那將會更有問題。在基本法第二條第二項第一句能授權予通常立法者的是，當此一措施係為保護憲法或國家存續時，刑事訴訟法第一百三十六 a 條所謂的「加強」審問（*verschärfte Vernehmung*）得予以變更。故基本法第十三條得予以擴張到，在特定的要件下，未經諮詢住宅所有人以及第三人，亦得採取住宅之搜索，且隱藏式麥克風亦得排除法律救濟途徑下而使用。最後，可能會發生得是，可以限制基本法第一百零四條以至在特定的要件下，國會委員會的審查可以取代法院的命令與審查。鑑於 1949 年以來的經驗，此種發展的危險可能不大。人們可以假定，在自由法治的民主國家中，所有規範將能「具體並公平」被適用，且間諜活動（*Geheimdienste*）將能相對地受到控制。但是，此是否對將來有所確保，

以及將使該修憲所完成的第一步順利，無人可以預見。因此，吾人認為，基本法第七十九條第三項的門檻規定——不是粗泛的——而應嚴格地且不能遷牽強予以解釋並適用。此一門檻規定並不是最後才作如此的決定，而是一開始即決定如此防護自己。

4. 鑑於此一問題的重要意義，吾人對基本法第十條的法律不表同意。但對本判決的 D. 3. c. 部分的理由，吾等贊同。

1971 年 1 月 4 日於 Karlsruhe

(法官) Geller; Dr. Schlabrendorff; Dr. Rupp