

德國聯邦憲法法院裁判選輯(八)

—人性尊嚴與人格發展自由—

許安生



中華民國八十八年六月

編 語

一、本院為供實務及學術上之參考，續將德國聯邦憲法法院裁判，擇其具有參考價值者，譯成中文，編輯成冊。

二、本次輯印之「德國聯邦憲法法院裁判選輯(八)——人性尊嚴與人格發展自由」專號，係由翁大法官岳生（現任本院院長）自德國聯邦憲法法院裁判中擇選十一篇：(一)「第二次墮胎案」判決；(二)「避孕措施失誤案」裁定；(三)「日記證據案」判決；(四)「監聽案」判決；(五)「森林騎馬案」裁定；(六)「女性深夜工作禁止案」判決；(七)「政治性街頭遊行案」判決；(八)「機場噪音案」判決；(九)「新住屋案」判決；(十)「法庭一週新報案」判決；(十一)「快滋生反應器核電廠案」判決；譯印而成。

三、本裁判選輯中各篇，係由本院委請院外留德回國任教或從事法學研究之法學博士：李建良、陳愛娥、張懿云、林三欽、高春燕、張永明、林更盛、蕭文生、吳綺雲、石世豪、蔡宗珍（按篇名順序排名）諸位先生、女士翻譯，並請法學博士李惠宗先生擔任譯文之分配及綜合審查編輯等工作。

四、本輯採橫式編輯，每篇皆冠以詳細之裁判要目，並於本書首、尾附註：德文用語簡稱、關鍵字及德中文對照索引，俾便利讀

者閱讀本書。

五、本裁判選輯，由大法官書記處蔣處長次寧、賴簡任秘書鈺蘭、谷雲祥諸位同仁分任編校，始克付梓，併此付誌。

德文用語簡稱

aao.	am angegebenen Ort 前掲文
AiB	Arbeitsrecht in Betrieb 法學期刊名
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts 公法期刊名
Art.	Artikel 第某條
Aufl.	Auflage 第某版
Bd.	Band 第某卷
BGBI.	Bundesgesetzblatt 聯邦法令公報
BTDrucks.	Drucksachen des Deutschen Bundestages (1949 ff.) 德國聯邦眾議院資料集
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 聯邦憲法法院裁判集
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichtes 聯邦行政法院裁判集
Diss.	Dissertation 博士論文
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt 法學期刊 名
f. (ff).	folgende某頁 (二頁) 以下
Fn.	Fussnote 註解
GG	Grundgesetz 德國基本法
Hg. (Hrsg.)	Herausgegeben 編著

JA	Juristische Arbeitsblätter 法學期刊名
JZ	Juristenzeitung 法學期刊名
Komm.	Kommentar 注釋書
NJW	Neue Juristische Wochenschrift 法學 期刊名
RGBl.	Reichsgesetzblatt (1871-1921) 帝國法令 公報
Rn.(Rdnr.)	Randnummer 邊碼
S.	Seite 第某頁
VG	Verwaltungsgericht 行政法院
Vgl.	Vergleiche 請參閱
ZPR	Zivilprozeßordnung 民事訴訟法

德國聯邦憲法法院裁判選輯(八)

—人性尊嚴與人格發展自由—

目 錄

1. 【第二次墮胎案】判決：BVerfGE 88, 203-366
- Schwangerschaftsabbruch II (附不同意見書) 李建良譯 1
2. 【避孕措施失誤案】裁定：BVerfGE, NJW 1998, 519-523
- Fehlgeschlagene Sterilisation 陳愛娥譯 182
3. 【日記證據案】判決：BVerfGE 80, 367-383
- Tagebuch 張懿云譯 205
4. 【監聽案】判決：BVerfGE 30, 1-30
- Abhörurteil (附不同意見書) 林三欽/高春燕 譯 226
5. 【森林騎馬案】裁定：BVerfGE 80, 137-164
- Reiten im Walde 張永明譯 284
6. 【女性深夜工作禁止案】判決：BVerfGE 85, 191-214
- Nachtarbeitsverbot 林更盛譯 320
7. 【政治性街頭遊行案】判決：BVerfGE 67, 213-231
- Anachronistischer Zug 蕭文生譯 351

8. 【機場噪音案】判決：BVerfGE 56, 54-86	
- Fluglärm	吳綺雲譯 372
9. 【新住屋案】判決：BVerfGE 77, 1- 64	
- Untersuchungsausschuß "Neue Heimat" ...	吳綺雲譯 412
10. 【法庭一周新報案】判決：BVerfGE 34, 269-293	
- Soraya	石世豪譯 493
11. 【快滋生反應器核電廠案】判決：BVerfGE 49, 89	
-147	
- Kalkar I	蔡宗珍譯 523
關鍵字索引	590
德中文對照索引	600

【第二次墮胎案】判決

BVerfGE 88, 203-366 -

Schwangerschaftsabbruch II

聯邦憲法法院第二庭1993. 5. 28. 判決- BvF 2/90 -

BvF 4/92 - BvF 5/92

李建良 譯

裁判要目

裁判要旨

案由

裁判主文

A. 事件經過

I. 墮胎問題的法律爭點

1. 保護人類生命與懷孕婦女自決權之衝突

2. 刑法規定

3. 刑法改革補充法之規定

4. 合法墮胎指標規則之成為本案審查標的

II. 本案的時空背景

1. 原東、西德對墮胎有不同規定

2. 統一條約授權東西德之立法者以合憲方式解決此種規範衝突

a) 草案之提出

b) 草案之審議

3. 孕婦及家庭扶助法內容

a) 孕婦及家庭扶助法基本內容

b) 新刑法之規定

c) 其他規定

III. 其他法律爭點

B. 各方意見

I. 巴伐利亞邦政府的主張

1. 舊刑法規定之墮胎規定係屬違憲

2. 對墮胎予以醫療保險給付係屬違憲

a) 社會醫療保險制度之意旨

- b) 帝國保險法對墮胎予以醫療給付之規定違反保護生命義務

II. 聯邦政府與部份邦政府的主張

- 1. 聯邦政府與部份邦政府認為本案聲請無理由
- 2. Baden-Württemberg 邦政府之見解
- 3. Rheinland-Pfalz 等邦政府之見解
- 4. 其他團體

C. 相關機關之意見

I. 巴伐利亞邦政府等之主張意旨

II. 巴伐利亞邦政府等的聲請理由

- 1. 基本法所保護之生命出生前即已存在
- 2. 諮詢之保護功能
- 3. 孕婦及家庭扶助法第十三條第一項規定無效
- 4. 墮胎聯邦統計係憲法之要求
- 5. 孕婦及家庭扶助法第十五條第二款規定，聯邦無立法權
- 6. 孕婦及家庭扶助法第二條規定違憲

III. 聯邦眾議員及部份邦政府之意見

- 1. 聲請無理由

- 2. 諮詢旨在協助
- 3. 聯邦有立法權
- 4. 社會給付仍屬聯邦立法權限
- 5. 廢除聯邦統計規定無可議之處

IV. 法律鑑定書

V. 言詞審理程序

D. 判決理由

I. 國家保護人類生命之意義

- 1. 國家對生命的保護義務
 - a) 人性尊嚴始於未出生之生命
 - b) 對未出生生命之保護係涉及個別生命
- 2. 國家應透過誡命與禁止規定確定行為規範
 - a) 刑事處罰規定之保護作用
 - b) 胎兒生命權與婦女身體權的考量
 - c) 禁止保護不足原則之適用
- 3. 基本法對保護生命義務之委託
 - a) 母親應享有社會照料
 - b) 憲法課予立法者對未出生生命保護、婚姻及家庭保護之義務
 - c) 國家對放棄工作而教養子女而在扶養法上

- 受到不利者予以平衡
- d) 國家各機關及媒體應宣揚胎兒生命權之保護觀念

4. 國家應採行之規範上及事實上之措施

- a) 立法者之形成空間
- b) 憲法法院審查之立法措置之適當性標準

II. 立法者另類的保護措施

1. 統一條約之要求
2. 立法者如何發展新的保護構想
3. 新的保護措施須與母親共同為之
4. 諮詢的呼籲功能
5. 諮詢之各種狀況
 - a) 指標之確認與諮詢之關係
 - b) 諮詢的特殊情形
 - c) 立法者之注意及改善義務

III. 諮詢構想的保護作用

1. a) 諮詢須屬義務
- b) 諮詢須能影響婦女
- c) 諮詢規則不得作為墮胎合法化事由
- d) 諮詢規則須以預防性保護為重點
2. 諮詢不能作為墮胎合法之理由

- a) 墮胎不得變成原則上係合法

- b) 例外確認墮胎為合法之決定，須受審查

3. 諮詢在特定的要件下，有可能作為合法墮胎之要件

4. 諮詢後之墮胎並非全屬合法

IV. 實施諮詢的憲法要求

1. 諮詢內容

- a) 婦女對胎兒之責任感
- b) 諮詢程序不會貶低婦女責任感
- c) 其他扶助措施
- d) 諮詢對象

2. 諮詢規則

- a) 諮詢結束始能開立書面說明
- b) 墮胎不得緊接在諮詢之後

3. 諮詢組織

- a) 諮詢組織須具有保護胎兒之基本態度
- b) 諮詢人員須具有專業背景
- c) 實施墮胎者不得為諮詢人員
- d) 國家對諮詢組織應給予一定之法律地位
- e) 國家之監督

V. 施行墮胎醫師之義務

1. 墮胎醫師之義務
 - a) 墮胎醫師的確認
 - b) 醫師的告知
 - c) 醫師對墮胎合法性的判斷
 - d) 醫師的記錄義務
 - e) 醫師的保護構想

2. a) 醫師之墮胎決定無拘束力
 - b) 醫師的職業規範
 - c) 醫師的闡明義務
3. 醫師的培訓
4. 醫師拒絕墮胎不應有任何不利
5. 墮胎須在一定處所
6. 醫療契約之責任

VI. 防範來自孕婦周遭人員之侵害

1. 懷孕婦女會受到周遭親友的壓力
2. 婦女應擁有不受外力支配之空間
 - a) 制定規範使其他人責任能合乎要求
 - b) 其他人不得急於提供協助

E. 系爭規定的違憲性

I. 新刑法第二一八 a 條違憲而無效

1. 合法化事由具有穿透力
2. 新刑法第二一八 a 條未詳細規定急迫情況之存

在

3. 新刑法第二一八 a 條無法為合憲解釋
4. 新刑法第二一八 a 條以同法第二一九條為前提

II. 新刑法第二一九條的違憲性

1. 諮詢機構組織與監督無法發揮保護作用
 - a. 組織方面
 - b. 國家對諮詢機構的監督
 - c. 新刑法第二一九條關於諮詢整體規定有瑕疵

2. 新刑法第二一九條是否符合國家保護義務的憲法要求

- a. 該規定未彰顯諮詢目標
- b. 該規定重點似僅在提供資訊
- c. 尚應告知其他可運用之協助
- d. 婦女諮詢後之決定墮胎尚非得逕稱為「良知決定」

III. 孕婦及家庭扶助法規定違憲

IV. 廢止墮胎統計之規定違憲無效

1. a) 立法者之改善義務

- b) 國家機關的持續性義務
- c) 國家機關的觀察義務
- 2. 廢除聯邦統計規定不合乎對生命保護之義務
- V. 社會法典是否違憲之判斷
 - 1. 社會保險部份
 - a) 社會保險之意義
 - b) 非違法墮胎可否列入社會保險之中
 - 2. a) 施行不違法墮胎固可請求醫療保險給付權力
 - b) 墮胎合法性未確定時，不得推定為不違法
 - c) 對不合法墮胎給予社會保險給付違憲
 - 3. a) 第三人亦不得成為給付義務人
 - b) 諮詢保護如何形成應屬立法形成自由
 - 4. 孕婦薪資繼續支付部份
 - a) 薪資繼續支付之規定內容
 - b) 薪資繼續支付之規定不違憲
 - 5. a) 不違法墮胎的社會保險醫療給付
 - b) 社會保險給付的過渡

規定

VI. 孕婦及家庭扶助法第十五條第二款規定部份違憲

- 1. 確保醫療院所的供給係國家任務
- 2. 聯邦就此有競合立法權的合憲解釋
- 3. 部份規定係侵害邦之規定權限
 - a) 聯邦國家原則的意含
 - b) 新第五次刑法改革法第四條規定違反聯邦國家原則
- 4. 上開規定應屬無效
- 5. 各邦對孕婦必要照顧有立法權

F. 巴伐利亞邦聲請部分不予受理

- 1. 巴伐利亞邦聲請抽象法規審查部分標的喪失
- 2. 其他聲請部分仍屬有效

G. 暫時命令程序

Mahrenholz 及 Sommer 法官之不同意見書

I. 國家對未出生生命保護義務的限縮與孕婦基本權地位

- 1. 初期懷孕衝突
- 2. 國家對懷孕進程的保護程度
- 3. 基本權利釋義學的理解

4. 期待不可能基準的判斷
5. 孕婦之基本權地位亦應根源於人性尊嚴

II. 經諮詢後之墮胎應認為合法

1. 墮胎合法化例外情況之肯認仍符合基本法
 - a) 懷孕衝突係高度屬人性的衝突
 - b) 決定墮胎應屬有急迫情事
 - c) 婦女有個人犧牲的界限
2. 拒絕承認諮詢後墮胎的合法性無法保護生命
 - a) 無法直接保護未出生生命
 - b) 墮胎的非價判斷不會來自於刑法外的非難

III. 其他規定之合憲性

1. 新刑法第二一八 a 條應屬合憲
2. 諮詢後墮胎給予社會醫療給付並不違憲

IV. 附論

1. 憲法之保護義務並未要求對墮胎醫師施予刑事制裁
2. 扶養小孩是否為財產上損害可以不論

Böckenförde 法官之不同意見書

1. 諮詢後之墮胎不得視為「不違法」
2. 憲法並未強制排除諮詢墮胎的社會保險醫療給付
 - a) 無法明確劃分違法或不違法之墮胎
 - b) 拒絕對諮詢墮胎提供社會保險醫療給付違反事理
 - c) 亦會對孕婦人格權造成侵害
 - d) 保護胎兒生命不必然導出此種給付的拒絕
3. 諮詢墮胎的合法與違法性應由立法決定
4. 法規範對解決社會問題的有限性

裁判要旨

1.基本法課予國家保護人類生命，包括保護未出生生命的義務。此項保護義務的基礎在於基本法第一條第一項；其客體及——由該客體所生的——範圍，則由基本法第二條第二項作進一步的規定。未出生生命亦享有人性尊嚴。在未出生者自我生命權的意義下，法秩序必須確保其發展的法律要件。此項生命權並非藉由對母親權利的承認始告成立。

2.對於未出生生命的保護義務是牽涉個別的生命，而非只是涉及一般性的人類生命。

3.法律上對未出生生命所提供的保護，亦包括對抗其母親在內。此種保護唯有當立法者原則上禁止母親墮胎，同時課予母親負有原則性分娩義務，始有可能。墮胎的原則上禁止與分娩的原則性義務，乃是憲法上保護要求之兩項不可分離的要素。

4.在整個懷孕期間的墮胎均應視為不法，而應在法律上予以禁止(經BVerfGE 39,1[44]所確認)。未出生者的生命權，縱令其存續期間有限，亦不能取決於第三人之法律上不具拘束力的自由決定，即使由其母親自身為之，亦同。

5.對於未出生人類生命的保護義務，其範圍一方面須著眼於應受保護法益的重要性與值得保護性，另方面

則應考量相互衝突的法益而加以確定。而受未出生者生命權所觸及的法益，——從懷孕婦女請求保護及尊重其人性尊嚴(基本法第一條第一項)的觀點出發——於此可資考量者，主要是懷孕婦女的生命權和身體不受侵害權(基本法第二條第二項)及其人格權(基本法第二條第一項)。反之，因墮胎而伴隨對未出生者的殺害行為，懷孕婦女不得主張基本法第四條第一項所保障的基本權法律地位。

6.國家為履行其保護義務，應在規範上及事實上採取充足的措施，始能——在顧及相對立的法益之下——達到一個適當且有效的保護(不足禁止)。就此需要一種保護構想，其能結合預防性與抑制性保護的要素。

7.概括地解除婦女分娩的法律義務——即使僅於特定期間——，亦非婦女基本權利的範圍所及。惟基於婦女的基本權地位，於例外情形得免除此項義務，於若干情形甚至應予免除。如何於個別情況依期待不可能標準確定此等例外情形，乃屬立法者的任務。於此必定有若干負擔，其要求婦女必須犧牲自己的生命價值，但卻對婦女無期待可能性者(經BVerfGE 39,1[48 ff.]予以確認)。

8.不足禁止(原則)不允許捨棄刑法手段以及刑法所產生對人類生命的保護效果。

9.國家保護義務尚包括免於如下危險的保護，亦即

來自懷孕婦女的家庭或其他社會環境，或來自該婦女及其家庭現在及未來可預見的真實生活，其將對未出生人類的生命有所影響，同時阻礙婦女分娩嬰兒的意願者。

10.保護委託尚且要求國家必須在一般意識中維持並喚起對未出生生命的法律上保護訴求。

11.在憲法上，立法者原則上非不得改以另類保護未出生生命的構想，此項構想對於懷孕初期發生懷孕衝突的情事，可將重點置於對懷孕婦女的諮詢上，以促使該婦女同意生下小孩，同時放棄以指標為準據的刑法制裁(indikationsbestimmte Strafdrohung)以及由第三人確定指標構成要件的作法(譯註1)。

12.上述諮詢構想需要周邊條件，以設定積極條件，使婦女作出有利於未出生生命的行為。關於諮詢程序的實施，國家擔負全部的責任。

13.基於國家的保護義務，醫師爲了婦女利益所爲必要的參與，必須同時具有保護未出生生命的作用。

14.在法律上將子女的存在視作損害的來源，乃爲憲法所不許(基本法第一條第一項)。因此，不得將扶養子女義務當作是損害。

15.未經確定指標要件、僅依諮詢規則所爲之墮

(譯註 1) 所謂指標(Indikationen)者，主要係指以醫學上、優生學上、犯罪學上及一般急迫情況等原因，作爲墮胎合法化的事由。

胎，不得被宣告為合法(非違法)。基於法治國家所不能捨棄的基本原則，例外的構成要件，須由國家負責確定其要件的存在，始能具有合法化的效果。

16.對於合法性未經確定的墮胎，賦予其請求法定醫療保險給付的權利，並非基本法所許。反之，對於非處以刑罰、僅依諮詢規則施行的墮胎，於經濟上有需要時，給予社會救助，在憲法上並無疑問，勞動薪資的繼續支付，亦同。

17.聯邦法律若僅規定各邦應履行的國家任務，但未就行政機關所得執行的事項作個別規定，則各邦組織權的基本原則視為未受限制。

案 由

第二庭於一九九三年五月二十八日基於一九九二年十一月八日及九日言詞審理所為判決

— BvF2190 und 4,5/92 —

裁判主文

I. 1.一九九二年七月二十七日所頒行之為保護出生前 / 將出生生命、促進友善兒童的社會、協助懷孕衝突暨規範墮胎法(孕婦及家庭扶助法)(Bundesgesetzbl. I Seite 1398)，其中有關刑法第二一八a條第一項規定於以下部分，與基本法第一條第一項暨第二條第二項第一句規定意旨不符，亦即，該規定將其所定條件下施行之

墮胎行為宣示為不違法，以及該項第一款有關諮詢規定，不符合基本法第一條第一項暨第二條第二項第一句的憲法要求。該規定全部無效。

2. 上述法律條文中有關刑法第二一九條規定，與基本法第一條第一項暨第二條第二項第一句規定不符，無效。

3. 社會法典第五篇第二十四b條規定，依判決理由意旨，與基本法第一條第一項暨第二條第二項第一句規定相符。

4. 一九七五年八月二十八日頒行之第五次刑法改革法補充措施法（刑法改革——補充法——StREG）（Bundesgesetzbl. I Seite 2289），其中帝國保險法第二〇〇f條、二〇〇g條規定對於一九七六年五月十八日第十五次刑法修正法（Bundesgesetzbl. I Seite 1213）有關刑法第二一八a條第二項第三款所定之墮胎，給與法定醫療保險給付部分，依判決理由意旨，與基本法第一條第一項暨第二條第二項第一句規定相符。

5. 孕婦及家庭扶助法第十五條第二款規定於以下部分，與基本法第一條第一項暨第二條第二項第一句規定不符，並無效，亦即，該規定廢止一九七四年七月十八日第五次刑法改革法（5.StrRG）第四條有關聯邦墮胎統計規定部分，此條規定經一九七六年五月十八日第十五次刑法修正法（Bundesgesetzbl. I Seite 1213）第三條及

第四條而有所修正。

6.孕婦及家庭扶助法第十五條第二款有關第五次刑法改革法第四條規定，其中對邦最高機關義務規定部分，與聯邦國原則(基本法第二十條第一項、第二十八條第一項)不符且無效；其餘規定依判決理由意旨，與基本法相符。

7.在2BvF 2190程序中所提出的聲請，其中對於一九七六年五月十八日第十五次刑法修正法(Bundesgesetzbl. I Seite 1213)有關刑法第二一八a條第一項第一句第二項及第二一九條第一項第一句規定，請求進行憲法審查部分，業已解決。

II.依聯邦憲法法院第三十五條規定作成如下命令：

1.以一九九二年八月四日判決為基準之有效法律規定，可適用至一九九三年六月十五日為止。於此日期之後至新規定生效之前，適用本命令第二點至第九點的內容，以補充孕婦及家庭扶助法中未經判決主文第一點宣告無效的規定。

2.孕婦及家庭扶助法有關刑法第二一八條規定，於以下情形適用之，亦即，自受胎起十二週內由醫師所施行之墮胎，而該墮胎係經懷孕婦女要求並以書面向醫師證明其至少在接受手術三日前於經認可諮詢機構(參見本命令第四點)接受諮詢者。墮胎之原則性禁止，於此不受影響。

3.(1)諮詢係為保護未出生胎兒的生命。諮詢應致力於鼓勵婦女繼續懷胎，並開啓其對小孩生命的觀點；諮詢旨在協助婦女作出一個負責且有責任感的決定。婦女在接受諮詢時必須意識到，胎兒在懷孕的任何時期，其本身亦擁有獨立於孕婦之外的生命權，因此，在法律秩序上，墮胎只有在例外情形始得為之，亦即婦女因小孩出生所生之負擔，——與孕婦及家庭扶助法有關刑法第二一八a條第二、三項的情形相較——是如此重大且特殊，以致逾越可期待其犧牲的界限。

(2)諮詢提供懷孕婦女建議與協助。諮詢旨在解決因懷孕所生衝突情況，並在急迫情況時提供協助。基於此項目的，諮詢包括

a)開始進行衝突諮詢；於此預期懷孕婦女會告訴諮詢人員其考慮墮胎的事實；

b)(提供)任何依事實情況所必要的醫學、社會及法律上資訊，解說母親與小孩在法律上的請求權以及實務上可能的協助，特別是有助於繼續懷孕及有利於母子情況的協助；

c)懷孕婦女在主張請求權、尋找住屋、尋求照顧孩子的可能性、繼續進修教育時，給與協助，並提供後續的照顧。諮詢時應同時教導如何避免非預期的懷孕。

(3)必要時，應延攬具有醫學、心理醫學及法學素養的專家或其他人士參與諮詢。於進行任何諮詢時，必

須審究在懷孕婦女同意下是否願意請第三人，特別是胎兒的父親或胎兒父母的近親參與諮詢。

(4)懷孕婦女可以依其意願與諮詢人員保持匿名狀態。

(5)諮詢的談話內容，如有助於達成諮詢目標(第一項第一句)時^(譯註2)，該諮詢談話應立即繼續進行。諮詢人員如認為諮詢已終結者，諮詢機構依婦女的請求，應就第一項至第四項所進行諮詢的事實^(譯註3)，出具一份載有該婦女姓名及諮詢談話日期的書面證明。

(6)諮詢人員應於記錄中以無法推測被諮詢者身分的方式，確認被諮詢者的年齡、家庭狀況與國籍、懷孕次數、小孩數目以及過去墮胎的次數。諮詢人員尚應註明墮胎的主要原因、諮詢談話的持續時間，以及在特定情況下邀請參與諮詢談話的其他人員。該記錄並應載明曾告訴孕婦何種資訊以及提供婦女何種協助。

4.(1)依第三點實施諮詢的機構——除依孕婦及家庭扶助法第一條第三子條規定予以認可外——須經國家特別的認可。私人及醫療機構，亦得被認可為諮詢機構。

(2)諮詢機構與施行墮胎機構如在組織上或經濟利

(譯註 2) 此所謂諮詢目標，係指以保護未出生胎兒生命為目標。

(譯註 3) 所謂第一項至第四項所進行的諮詢，係指依前述(1)-(4)所為的諮詢。

益上有所結合時，其結合不得使該諮詢機構可能享有施行墮胎的實質利益。施行墮胎手術的醫師不得充任諮詢人員；該醫師亦不得隸屬於實施諮詢的機構。

(3)得被認可為諮詢機構者，須能確保第三點所定諮詢目標，並具備此種諮詢所需之具有個人及專業資格且數量足夠的人事配置，同時能與提供母子協助的所有公私機構相互合作。諮詢機構應將實施諮詢的基本準則及其所累積的經驗，逐年以書面記載之。

(4)諮詢機構認可的核發，須依法律上所定期限，由主管機關定期確認之。

(5)各邦應負責使居家鄰近具有足夠的諮詢機構。

5.經婦女要求施行墮胎手術的醫師，負有判決理由(D.V.1. und 2.)所述之義務。

6.第四點所定之認可程序，於現有諮詢機構亦有適用。在諮詢程序終結之前，最遲至一九九四年十二月三十一日之前，該諮詢機構仍得依本命令第三點實施諮詢。

7.一九七四年六月十八日第五次刑法改革法(5.StrRG)(Bundesgesetzbl. I Seite 1297)第四條有關聯邦統計義務與登記義務規定，其經一九七六年五月十八日第十五次刑法修正法(Bundesgesetzbl. I Seite 1213)第三、四條規定所修正，於統一條約第三條所稱區域內，亦有適用。

8.聯邦社會救助法第三十七a條規定，於本命令第二點所定之墮胎，亦有適用。

9.在立法者決定引進犯罪學上指標規定並加以確認之前，如具備本命令第二點所定之要件，並由主治醫師或法定保險機構指定醫師以書面證明，依醫師對孕婦的認知，其係犯有刑法第一七六條至第一七九條之違法行為，且有急迫事由足以認為墮胎事實上存在者，法定保險之被保險人及依救助規定享有請求權之人，得於墮胎時申請領取給付。醫師得經婦女的同意向檢察官調取資料，並閱覽偵查中的文件；於此所知悉的事物，屬於該醫師保密義務的範圍。

理 由

A. (事實經過)

總合全部審理程序與裁判之法規審查程序，其標的主要是刑法、社會保險法及組織法有關墮胎的各種規定，亦即基於聯邦憲法法院一九七五年二月二十五日的判決(BVerfGE 39, 1 ff.)，於第十五次刑法修正法及刑法改革補充法新增規定部分，或於德國統一後為全德新定之孕婦及家庭扶助法規定部分，是否合乎國家在憲法上保護未出生人類生命義務的問題。

I. (墮胎問題的法律爭點)

1. 因保護未出生人類生命與懷孕婦女自決權之間緊張關係所衍生之墮胎問題，是否能以刑法手段獲致比較令人滿意的解決，其方式又是如何，長年以來即廣受爭辯與討論。一九七四年立法者曾經嘗試以懷孕最初十二個星期為準，採取期限解決方式(Fristenlösung)，據以限制墮胎行為原有的一般可罰性，結果遭到聯邦憲法法院的非難。本院第一庭於一九七五年二月二十五日的判決中(BVerfGE 39, 1 ff.)，宣告一九七四年六月十八日第五次刑法改革法(5.StrRG)(BGBl. I S. 1297)有關刑法第二一八a條規定，因在缺乏合乎基本法價值秩序——如裁判理由所述——的理由下，仍排除墮胎行為的可罰性，故與基本法第二條第二項第一句暨第一條第一項規

定意旨不符且無效。

2.基於前開判決意旨，德國聯邦眾議院於一九七六年五月十八日通過第十五次刑法修正法(15.StÄG)(BGBl. I S.1213)；其中有關刑法第二一八條以下規定(以下稱：舊刑法第二一八條以下規定)即為現行之條文，且為一九八七年三月十日所公布之刑法(BGBl. I S.945, 1160)的基礎。依該法律規定，凡於受胎後墮胎者，原則上應處以刑罰(舊刑法第二一八條第一項、第三項第一句，第二一九b條)。惟於一定期間內之墮胎，如係由醫師施行，且出於孕婦自願，同時考量孕婦之特定急迫狀況，依照醫師認知而有應予墮胎之徵兆者(合法墮胎的指標)，不罰。其主要規定如下：

「第二一八a條

合法墮胎之指標

(1)經醫師所施行之墮胎，不依第二一八條規定處罰，如

1.經孕婦同意並

2.斟酌孕婦現在及將來之生活關係，依醫師之認知，墮胎係為防止孕婦生命危險或對孕婦身體或精神健康狀態具有重大危害之危險，且該危險無法以其他可期待孕婦之方式予以排除者。

(2)第一項第二款之要件於下列情形視為存在，依醫師之認知

1.有明顯理由足以認定胎兒因遺傳基因或出生前之有害影響，致使健康狀態遭受無法除去之傷害，且其程度嚴重，以致無法要求孕婦繼續懷胎者，

2.對孕婦犯有第一七六條至第一七九條之違法行為，且有明顯理由足以認定懷孕出於該行為者，或

3.其他墮胎行為，係為防止孕婦遭受急迫狀態之危險，且該危險

a)程度嚴重，以致無法要求孕婦繼續懷胎者，以及

b)無法以其他可期待孕婦之方式予以排除者。

(3)於第二項第一款之情形，自受胎起不得超過二十二個星期，於第二項第二、三款之情形，不得超過十二個星期。」

此外，懷孕婦女如於受孕起二十二週內，依舊刑法第二一八b條規定接受諮詢，並經由醫師施行墮胎者，即使欠缺指標事由，仍不受刑罰制裁(舊刑法第二一八條第三項第二句)。而此等要件若未存在，但婦女在接受手術時如處於特殊困境狀態者，法院仍得免除其刑罰(舊刑法第二一八條第三項第三句)。於此情形，刑事制裁僅針對婦女請求墮胎的醫師。對於醫師而言，係適用其他較嚴格的標準：亦即，懷孕婦女在接受墮胎手術至少三日前，如未與一名諮詢人員就可供利用之公私協助事項進行諮詢(參見舊刑法第二一八b條第二項)，且未與一名醫師就醫學上重要觀點進行諮詢，則該醫師所施

行之墮胎即使具有指標事由，仍將因懷孕婦女未經諮詢而受刑事制裁(舊刑法第二一八b條第一項)。再者，凡施行墮胎者，如未經其他醫師以書面陳述墮胎指標事由，則縱令指標事由存在，其行為仍屬可罰(舊刑法第二一九條)。陳述墮胎指標事由之醫師，亦得就社會救助事項及醫學上之重要觀點，與孕婦進行諮詢；關於醫學上重要觀點的諮詢，亦得由施行墮胎的醫師為之。孕婦不受舊刑法第二一八b、二一九條規定之處罰。

3.一九七五年八月二十八日公布之第五次刑法改革法補充措施法(刑法改革補充法—StREG)(BGBl. I S.2289)，其目的在於透過相關社會政策措施，以呼應第五次刑法改革法所作的改革努力(vgl. BTDrucks.7/376 S.1)。

該法係以社會民主黨(SPD)及自由民主黨(FDP)黨團的草案為基礎(BTDrucks.7/376)，再次納入一九七二年聯邦政府法律草案的內容(BRDrucks.104/72)。該草案尚且規定，被保險人於接受醫師墮胎時，得請求法定醫療保險給付。

依立法理由所示，該草案旨在補充刑法第二一八條的改革方向，蓋該條規定僅約略顧及墮胎婦女所面臨的急迫情況，故無法因應非法墮胎的問題。藉由此等法定措施，可以阻止非法墮胎的形成；此外應加確保者，乃懷孕婦女「在法律上不受處罰之情形」，不能因其經濟

狀況而受到不利待遇。該立法理由進一步指出(BTDrucks. a.a.O., S. 5 f.)：

「施行墮胎時所進行的諮詢與處理，在制度設計上係屬一種法定醫療保險給付，藉由此種方式得以確保(諮詢的)妥適實施。此項任務的遂行，在本質上亦是基於公共利益。因此，被保險人不應單獨負擔費用。基於此項理由，乃就聯邦的財政分擔有所規定。」

基於勞工暨社會秩序委員會的建議，德國聯邦眾議院曾接受若干修正草案(Deutscher Bundestag, 7. WP., 88 Sitzung vom 21. März 1974, StenBer. S. 5763 ff.)。此等修正草案的主要重點是，將醫療保險給付及社會救助給付擴及由醫師所為不具可罰性之結紮手術，並明文確認因結紮或墮胎手術而喪失工作能力，所生醫療金及薪資繼續支領請求權，此項請求權於立法審議時曾引起爭議(vgl. BTDrucks. 7/1753, S. 5 bis 11)。而在聯邦參議院拒絕同意此項草案之後，協調委員會乃提出一項法律條文建議，該條文旨在確認，依照聯邦憲法法院一九七五年二月二十五日判決之後所新定的墮胎處罰規定，僅立法者所承認之由醫師施行之「非違法」墮胎，始得給予上開給付(BTDrucks. 7/3778, S. 2 f.)，該項條文後來成為法律，其——與本案有關部分——內容如下：

「IIIa. 其他協助

第二〇〇e條

被保險人得就受孕規則有關問題請求醫師諮詢；醫師諮詢包括必要之檢查與受孕方法之處方。

第二〇〇f條

被保險人得就非違法之結紮手術與由醫師施行之非違法墮胎行為，請求給付。其內容包括懷胎與墮胎之醫師諮詢，醫師之檢查與為確認非違法結紮與非違法墮胎前提要件所為之鑑定，醫師之治療、藥物、急救物品及藥劑之供應以及住院治療。被保險人如因非違法結紮手術或由醫師施行之非違法墮胎而喪失工作能力者，得請求醫療金。但得依第一八二條第一項第二款規定請求者，不在此限。

第二〇〇g條

除有其他規定外，有關醫療救助之規定，於第二〇〇e條與第二〇〇f條之給付給與，準用之。第一九二條第一項規定，於非違法之結紮手術與由醫師施行之非違法墮胎所生醫療金之給與，不適用之。」

4.關於指標規則(Indikationenregelung)，特別是一般急迫情況之指標構成要件，以及墮胎的醫療給付，在法律及政治上仍然備受爭議。巴伐利亞邦政府乃在一九九〇年三月間向聯邦憲法法院提出聲請，請求法院對諮詢暨指標確定程序以及因一般急迫情況之墮胎所生醫療保險給付等規定，進行憲法審查；此項聲請(2BvF 2/90)

係本裁判之標的。

II. (本案時空背景)

一九九〇年十月三日德國統一，伴隨而來的全德法律統合任務，促使推動改革有了新的契機。

1.關於墮胎的可罰性，最初在兩德各存有不同的規範。基於一九九〇年八月三十一日的統一條約(Einigungsvertrag = EV)暨一九九〇年九月二十三日的統一條約法(BGBI. II S. 885; vgl. dort Anlage II, Kapitel III, Sachgebiet C, Abschnitt I Nr.1)，併入區域(譯註4)依一九六八年一月十二日東德刑法第一五三條規定、一九八八年十二月十四日的新修正條文(GBI. DDR I 1989 S. 33)，暨一九九〇年六月二十九日第六次刑法修正條文規定(GBI. DDR I S. 526)，凡是「違反法律規定」而中斷婦女懷胎者，應予處罰。教唆或幫助婦女自行墮胎或實施非法墮胎者，亦同。依統一條約規定(a.a.O., Anlage II, Kapitel III, Sachgebiet C, Abschnitt I Nr.4 und 5)而繼續適用之一九七二年三月九日墮胎法規定(GBI. DDR I S. 89)以及同日頒布的施行規定(GBI. DDR II S.149)，其中即含有期限規則。依該法第一條第二項規定，懷孕婦女在懷胎開始十二週之內，得由醫

(譯註 4) 即德東地區。

師在助產－婦科機構中施行墮胎。依同法第二條規定，於上開時點之後的墮胎，僅能於下列情形予以施行，亦即，如可預期繼續懷孕將危及該婦女的生命，或有其他重大原因存在者；對此由專業醫師委員會決定之。依同法第三條規定，下列情形之墮胎原則上不受容許，如果墮胎可能導致嚴重危害健康或有生命危險的併發症(第一項)，或距最近一次墮胎不到六個月者(第二項)。第四條第一項將合法墮胎的準備、施行及事後處理等事項，視同在勞工法及保險法上之疾病。

2.一九九〇年八月三十一日之統一條約第三十一條第四項授權全德之立法者，最遲應在一九九二年十二月三十一日制定規範，保護未出生生命，並以合憲方式解決懷孕婦女的衝突情況，且應較之當前兩德情形為佳。

a) 一九九〇年，自由民主黨黨團(BTDrucks. 12/551)、議員Christina Schenk等人暨聯盟九十／綠黨團體(BTDrucks. 12/696)、社會民主黨(BTDrucks. 12/898)、議員Peter Bläss等暨民主社會黨／左派名單(BTDrucks. 12/898)、基督教民主聯盟／基督教社會聯盟黨團(BTDrucks. 12/1178(neu))以及Herbert Werner等人(BTDrucks. 12/1179)，分別提出適用於全德的墮胎新規定法律草案。於立法審議過程中，議員Inge Wettig-Danielmeier、Uta Würfel等人另外提出法律草案(BTDrucks. 12/2605, ersetzt durch die BTDrucks.

12/2605(neu))。此項草案嗣後經修正而被接受，其刑法部分的核心是根本性地修改刑法第二一八條規定，並重新規定諮詢規則(刑法第二一九條)。依該草案規定，於受胎起十二週之內，經懷孕婦女同意而由醫師所施行之墮胎，如該婦女至少在接受手術前三天接受合格諮詢機構之諮詢者，不再屬於刑法第二一八條之規範範圍，並取消現行的犯罪學指標與急迫情況指標之要件，僅保留以醫學上及優生學上的指標作為合法化事由。

修正草案理由指出，有鑑於未出生生命法益的重要性與憲法對此法益的保障，不能捨棄以刑法作為保護手段。然而，自從一九七六年採行指標規定以來，根據經驗顯示，要以急迫情況的存在，作為充分具體、且在醫學界及法院上可以檢驗的墮胎合法標準，誠不可能，畢竟只有懷孕婦女本身才能判斷其所遭遇的衝突情況，因此，有必要尋求足以兼顧未出生生命價值與婦女自我負責的法律規範。聯邦憲法法院於一九七五年二月二十五日的判決中，並未宣告所有的期限解決方式違憲。按基於保護未出生生命的需要，刑法手段究竟要運用到何種程度，端視其他相關規範是否足以提供未出生生命事實上的保護。準此而言，本草案對於刑法規定的修正，其是否合乎憲法的前提要件，一方面在於國家是否掌握足夠的社會政治手段，以保護未出生生命，而本提案所規定的社會政策措施，即為合乎此項需求。另方面應予確

認者，乃婦女對於是否墮胎作出負責的良知決定時，仍不能背離憲法為保護未出生生命所確立的基本決定。此點在程序上係透過義務性的諮詢予以確保，於此程序中，可以針對婦女的衝突提供建議(Rat)與協助(Hilfe)，並給與婦女有關國家提供協助的資訊，以作為徹底因應各種狀況的基礎。此種作法的主要考量是，如果婦女不須受到其他機構判斷的支配，而可以經由合格的諮詢，且在深思熟慮之下，自行作出繼續懷孕的決定，則婦女作成有利於未出生生命決定的意願將會最大，但婦女的決定自由不能使未出生生命失去保護。而在上開方式之下，將可以讓婦女——不是在諮詢程序中受到監護——在遇有衝突情況時獲得協助，從而作出有利於小孩的決定。由於此種諮詢談話建立在懷孕婦女與諮詢人員之間的責任接觸上，而此種接觸復無法強制，故婦女既不負有陳述義務，且不受合法化的強制，當然，婦女得依其意願獲得解決衝突狀況的建議。諮詢旨在營造諮詢人員與懷孕婦女之間相互信任的氣氛，俾使懷孕婦女得以評估，除了墮胎外，是否尚有其他解決衝突的方法。此外，修正草案還納入帝國保險法有關墮胎醫療給付的規定，以作為社會法典第五篇第二十四a條及第二十四b條。關此修正理由謂(vgl.BTDruks. 12/2605(neu), S. 20)：

「第二十四b條之規定主要相當於現行帝國保險法

第二〇〇f條。…並涵蓋受胎最初十二個星期內經諮詢後所施行之墮胎，蓋第十一條有關刑法第二一八條第五項規定阻卻墮胎的構成要件。故有關費用承擔的規定，並未改變現行的法律狀態，殆可確定。」

草案中同時包含第五次刑法改革法第四條的修正規定(廢除有關墮胎的聯邦統計，確立墮胎機構的周邊配備)，其修正理由如下(BTDrucks. 12/2605(neu), S. 23)：

「現有的第四條規定並無必要。新修正第四條規定則課予各邦負有使施行墮胎機構充分供給的義務。此點不僅適用於門診機構，尚包括住院機構在內。從而不再概括地禁止門診機構施行墮胎。」

b)「保護未出生生命」特別委員會在十七次會議中，審議最初的六個法律草案，而在三次會議中，就聯邦眾議院議案文書12/2605(neu)中之法律草案，進行審議。一九九一年十一月十三日、十四日、十五日，以及一九九一年十二月四日、五日，該委員會就有關諮詢、預防與性教育以及憲法、刑法及醫師法等問題，舉行公開聽證會(vgl. “Zur Sache, Themen parlamentarischer Beratung”, herausgegeben vom Deutschen Bundestag, Band 1/92, S. 9 bis 1027)。

在審議法律草案時，該委員會未採通常的審查方式：有鑑於各草案在決定性觀點上缺乏一致的規範，故

雖就各別問題予以共同審查，惟各別問題與各該法律草案的若干修正，以及最後條文的確定等事項，則交給該委員會的代表與連署者決定，至於各別提案則未作議決。委員會一致認為，關於非預期懷孕問題的未來規範，留待聯邦眾議院全院決定，委員會不必有所指示。此種作法可以理解為一種建議，亦即聯邦眾議院應就委員會所保留的修正條文，於二讀會時予以討論並議決之(vgl. Empfehlung und Bericht des Sonderausschusses “Schutz des ungeborenen Lebens”, BTDrucks. 12/2875, S. 111)。

c)德國聯邦眾議院於進行第二讀會議決時，議員Inge Wettig-Danielmeier及Uta Würfel等人所提草案中(BTDrucks. 12/2605(neu))由委員會所擬條文(vgl. dazu Empfehlung und Bericht des Sonderausschusses “Schutz des ungeborenen Lebens”, BTDrucks. 12/2875, S. 85 ff., insbesondere 99 ff.)獲得多數支持(Deutscher Bundestag, 12.WP., 99.Sitzung vom 25. Juni 1992, StenBer. S. 8374)。此項草案於進行第三讀會最後表決時，在六百五十七位議員中，贊成者有三百五十七票，反對者有二百八十四票，十六位議員棄權(Deutscher Bundestag, 12.WP., 99.Sitzung vom 25. Juni 1992, StenBer. S. 8377)。嗣後聯邦參議院依基本法第八十四條第一項規定同意德國聯邦眾議院的法律議決案，惟Bayern邦持反

對意見，Baden-Württemberg、Mecklenburg-Vorpommern及Thüringen等邦則棄權(Bundesrat, 645.Sitzung vom 10. Juli 1992, StenBer. S. 375)。聯邦參議院復採納Hessen邦的提案(vgl. BRDrucks 451/3192)，要求社會周邊措施的費用應合理地分配到所有社會階層，特別是提高各邦對營業稅的占有比例，增加聯邦的負擔。

3.此部於一九九二年七月二十七日所通過的法律(BGBI. I S. 1398)，其標題為「為保護出生前／將出生生命、促進友善兒童的社會、協助懷孕衝突暨規範墮胎法(孕婦及家庭扶助法)」——下稱：SFHG；其主要內容如下：

a)孕婦及家庭扶助法(「闡明、避孕、家庭計劃及諮詢法」)第一條課予聯邦中央機關負有闡明衛生健康的義務，以建立觀念並傳佈有關性知識之資料(第一子條)，並規定諮詢請求權(第二子條)經由合格諮詢機構(第三子條)。所應提供的資訊，包括性知識、避孕及家庭計劃、家庭扶助給付，對子女及家庭的協助，給與懷孕婦女社會及經濟上的協助、施行墮胎的方法，墮胎的風險，以及心理衝突的解決可能性等。此外，在懷孕婦女主張權利、尋找住屋、尋求子女照料可能性以及繼續接受教育等方面，均應予以協助。各邦應負責使每四萬個居民至少有一個諮詢人員可供利用，諮詢機構得向公

有財源請求人事及物品費用的適當資助(第四子條)。透過本法第二條新增的社會法典第五篇(SGB V)第二十四a、二十四b條規定取代了帝國保險法第二〇〇e、二〇〇f及二〇〇g條等規定。依社會法典第五篇第二十四a條規定，被保險人得就懷孕規則的問題請求諮詢，此外二十歲以下的被保險人經醫師處方者，並得請求提供避孕器具。依社會法典第五篇第二十四b條規定，被保險人接受醫師施行之非違法墮胎，如該墮胎係於法定機構施行者，得請求給付。此項規定的內容為：

「第二十四b條

墮胎與結紮

(1)被保險人接受非違法結紮手術或接受醫師施行之非違法墮胎者，得請求給付。墮胎須在醫院或依第五次刑法改革法第三條第一項第一句所定其他法定機構施行者，始享有違法墮胎之給付請求權。

(2)前項給付包括維持懷胎或墮胎之醫師諮詢、為確定非違法結紮與非違法墮胎要件所為之醫師檢查與鑑定。被保險人如因非違法結紮手術或因醫師施行之非違法墮胎而喪失工作能力者，得請求醫療金。但如有第四十四條第一項規定之請求權者，不在此限。」

兒童及青少年協助法亦隨之有所增修(孕婦及家庭扶助法第五條)：年滿三歲之兒童「依邦法之標準」享有就讀幼稚園的權利；自一九九六年一月一日起，此項

請求權不再受有限制。其次，自前開時點起，依照需要應保留給未滿三歲之兒童及學齡兒童日間機構與日間照護場所。聯邦社會救助法部分的修正(孕婦及家庭扶助法第八條)，則是改善對孕婦及單親教養人額外需要的承認，並規定救助受領人懷孕或在其扶養親生子女至年滿六歲之前，(救助機關)不得向救助受領人之第一親等親屬行使扶養請求權之求償權。在社會救助範圍的其他修正部分，尚包括工作促進法(孕婦及家庭扶助法第六條)、職業教育法(孕婦及家庭扶助法第七條)、第二住宅興建法(孕婦及家庭扶助法第九條)、住宅聯結法(孕婦及家庭扶助法第十條)以及住院醫師法(Belegungsrechtsgesetz)(孕婦及家庭扶助法第十一條)。

b)孕婦及家庭扶助法第十三條第一款規定，以新刑法第二一八至二一九b條(以下稱：新刑法第二一八條以下規定)，取代一九八七年三月十日公布之刑法第二一八條至第二一九b條，——與本件程序有關的——新法規定如下：

「第二一八條

墮胎

(1)墮胎者，處三年以下有期徒刑或罰金。在受精卵完成著床之前，對子宮有所影響之行爲，非本法所稱之墮胎。

(2)情節重大者，處六月以上五年以下有期徒刑。
情節重大之情形原則上存在，如行爲人

1. 違反懷胎婦女之意志施行墮胎者，或
2. 因輕率致生懷胎婦女之生命危險或重大健康危害者。

(3)懷胎婦女墮胎者，處一年以下有期徒刑或罰金。

(4)未遂犯罰之。懷胎婦女未遂者，不罰。

第二一八a條

墮胎之不罰性

(1)墮胎不違法，如

1. 懷孕婦女要求墮胎，並依第二一九條第三項第二句規定以書面向醫師證明至少在接受手術三日前曾接受諮詢(懷胎婦女在急迫及衝突情況之諮詢)，
2. 墮胎經由醫師施行，以及
3. 自懷胎起未逾十二週者。

(2)經懷孕婦女同意而由醫師施行之墮胎不違法，如依醫師之認知，墮胎係爲防止懷孕婦女生命危險或對其身體或精神健康狀態重大危害之危險所必要，且該危險無法以其他可期待懷孕婦女之方式防止者。

(3)第二項之要件視爲存在，如依醫師之認知，有急迫理由足認爲，胎兒因遺傳基因或出生前之有害影響

致其健康狀態受有無法排除之傷害，且因其程度重大致無法要求懷孕婦女繼續懷胎者。但以懷孕婦女依第二一九條第三項第二句規定向醫師以書面證明其至少在接受手術三日前曾接受諮詢，且自懷胎起未逾十二週者為限。

(4)懷孕婦女於接受諮詢後(第二一九條)由醫師施行墮胎，且自懷胎起未逾十二週者，不依第二一八條規定處罰。懷孕婦女於接受墮胎手術時，如處於特別急迫情形者，法院得免除第二一八條之刑罰。

第二一八b條

未經醫師確認之墮胎；

不實之醫師確認

(1)於第二一八a條第二項或第三項情形而施行墮胎之人，如未經非施行墮胎之醫師以書面確認第二一八a條第二項或第三項第一句情形之存在者，於該行為不受第二一八條處罰之範圍，處一年以下有期徒刑或罰金。醫師違背良知而對第二一八a條第二項或第三項第一句之要件作不實確認者，於該墮胎行為不受第二一八條處罰之範圍，處二年以下有期徒刑或罰金。懷孕婦女不受第一句或第二句處罰。

(2)醫師因犯本條第一項、第二一八條、第二一九a條或第二一九b條之違法行為或犯其他與墮胎有關之違法行為，經判決確定而為主管機關禁止其從事確認工作

者，不得為第二一八a條第二項或第三項第一句之確認。醫師因第一句規定之犯罪嫌疑而開始主要程序者，主管機關得暫時禁止其作成第二一八a條第二項或第三項第一句之確認。

第二一九條

懷孕婦女於急迫及衝突狀況之諮詢

(1)諮詢之目的在於提供懷孕婦女建議與協助，且在承認未出生生命與婦女自我負責之高度價值下保護生命。諮詢應有助於解決因懷胎所存在之急迫及衝突狀況。諮詢應使懷孕婦女能夠作成有責任意識之自我良知決定。諮詢之任務在於提供懷孕婦女醫學上、社會上及法學上之廣泛資訊。諮詢包括闡述母親與子女之請求權，以及實務上之可能協助，特別是有利於繼續懷胎與母子狀況之協助。諮詢之作用，尚包括避免未來非自願性之懷孕。

(2)諮詢應於法律所認可之諮詢機構實施。施行墮胎之醫師不得擔任諮詢人員。

(3)諮詢不作紀錄，且應於懷胎婦女請求下，以匿名方式實施。諮詢機構應就依第一項規定所實施之諮詢以及婦女已取得作成決定所需資訊之事實，立即作成書面證明，並附載日期。」

孕婦及家庭扶助法第十四條對於刑事訴訟法(StPO)有若干修正規定，特別是對刑事訴訟法第一〇八條規定

有所補充，其係於所謂附帶發現物(Zufallsfunden)扣押規定中增訂禁止採為證據(Verwertungsverbot)之規定：於醫師所在處所發現與病患墮胎有關之物，於刑事訴訟程序中不得採為該病患違反刑法第二一八條之證據。

c)孕婦及家庭扶助法第十五條之其他兩項修正，係涉及一九七四年六月十八日(BGBI. I. S. 1297)第五次刑法改革法(5.StrRG)：其中第三條第一項之新條文——至少在字義上——刪除第十五次刑法修正法第三條第一項所定於醫院以外機構施行墮胎須經機關同意之要求(第一句)，同時規定墮胎應儘早施行(第二句)。新法第四條則是涉及施行墮胎機構之規定，其同時廢除第四條所定聯邦統計之要求。該規定內容為：

「第四條

施行墮胎之機構

邦最高主管機關應確保施行墮胎之門診及住院機構充足且完備之供給。」

舊條文的內容如下：

「第四條

聯邦統計

依刑法第二一八a規定之條件所施行之墮胎，由聯邦統計局實施聯邦統計。醫師施行此種墮胎者，應於每季終結前就

1.墮胎之原因，

2.懷孕婦女之家庭狀況及年齡，以及其所扶養子女之數目，

3.先前施行墮胎之次數及其終止，

4.經中斷懷胎之期間，

5.手術之種類及所觀察之併發症，

6.施行手術之地點，如有住院者，住院期間，以及

7.懷孕婦女之住所或居所於外國者，該外國，

向聯邦統計局報備；不得記明懷孕婦女之姓名。」

最後，孕婦及家庭扶助法第十六條將統一條約中仍繼續適用之東德墮胎法律規定，予以廢止。

III.（其他法律爭點）

於一九九二年八月四日判決中(BVerfGE 86, 390)，聯邦憲法法院依巴伐利亞邦政府及德國聯邦眾議院二四八位議員之聲請，根據聯邦憲法法院法第三十二條等規定，判命一九九二年七月二十七日公布之孕婦及家庭扶助法(BGBI. I. S. 1398)第十三條第一款及第十六條規定暫時不生效力，一九七四年六月十八日第五次刑法改革法(BGBI. I. S. 1297)第四條（聯邦統計）之規定，經一九七六年五月十八日公布之法律(BGBI. I. S. 1213)第三條及第四條修正之規定，暫時仍具效力，並適用於統一條約第三條所稱之區域(vgl. BVerfGE 86, 390ff.; BGBI. I. S. 270)。

B. (各方意見)

1. (巴伐利亞邦政府的主張)

巴伐利亞邦政府於2 BvF 2/90之程序中，依基本法第九十三條第一項第二款、聯邦憲法法院法第十三條第六款之規定，就第十五次刑法修正法有關刑法第二一八b條第一項第一句及第二項、第二一九條第一項第一句以及帝國保險法第二〇〇f條、第二〇〇g條等規定，於其涉及一般急迫狀況指標之墮胎規定部分(第十五次刑法修正法有關刑法第二一八a條第二項第三款部分)，聲請憲法法院審查。

該邦政府主張，帝國保險法的規定於上開範圍內應屬無效；立法者於適當期間之內應就系爭刑法規定作成合乎憲法要求之新規範。(以下為Bayern邦政府的主張)

1. 舊刑法第二一八b條、第二一九條規定對於在特定指標下所施行的墮胎行為，未作完善的平衡措施。此等規定——如聲請人所詳述——無論在總體上或是在細節上均不符合憲法對未出生生命有效保護的要求，如聯邦憲法法院一九七五年二月二十五日判決所闡述者。此等規定結合不明確的情況指標規定，並在符合一定形式要件之下，形成如同期限解決方式的不罰性。按基於此種構想，凡是與婦女需求及生活觀點有關的事項，且有所危害者，在實務上均可被視為「一般急迫狀況」

(allgemeine Notlage)。此種構想的後果是，由婦女自己對是否援引指標原因作最後的評估。於此情況下，指標的確認將被誤以爲是婦女請求權的客體，並可延伸成爲減輕墮胎費用負擔的請求權，從而諮詢只是「形式」(pro forma)的實施，其重點毋寧是作爲指標確認者與預備施行墮胎醫師之間的中介。

據此而言，上開規定與基本法第二條第二項第一句暨第一條第一項對於未出生生命的保障意旨有所不符。不過，由於上開規定的無效或不予適用，將失卻該規定本身對未出生生命的有限保護，因此，儘管上開規定具有違憲性，但是在必要的新規範制定之前，仍應宣告其繼續適用。而立法者應在相當期限之內作成合乎憲法要求之改善規範，此乃是基於基本法對未出生生命的保護義務。

2.基於權限法上及實體上的理由，帝國保險法第二〇〇f條及第二〇〇g條規定中，賦予被保險人得就舊刑法第二一八a條第二項第三款(急迫情況指標)之不罰墮胎請求法定醫療給付部分，牴觸憲法而無效。

a)聯邦的立法權限不能從基本法第七十四條第十二款(「社會保險」)中予以導出。社會醫療保險制度，旨在藉由受疾病威脅者的共同結合與費用支出，以防治疾病及類似風險。而在遇有所謂急迫狀況的指標情形，母性(Mutterschaft)保護並不屬於需由被保險人團體共同

承擔的典型風險。母性本身並非疾病；而依舊刑法第二一八a條第二項第三款所定之墮胎，亦非可視為醫療行為。另立法權限亦無法從基本法第七十四條第七款（「公共照顧」）予以得出。立法者基於基本法第七十四條第七款規定，於社會救助法中所能關照者，僅限於懷孕婦女在接受不罰的墮胎時，不能因其經濟狀態而受到不利待遇一節（參見孕婦及家庭扶助法第三十七a條）。惟立法者不能基於此項考量，而將法定醫療保險建構成為一般給付請求權，蓋此等請求權並未顧及被保險人個別的給付能力，從而將使所有保險費的給付者共同分擔與保險無關之負擔。

b) 帝國保險法第二〇〇f條及第二〇〇g條規定在實體上亦屬違憲。基於對未出生生命的保護義務，國家機關應於所有法秩序領域中保護此種生命，並促進其發展。惟系爭規定牴觸此項義務：立法者對於因一般急迫情況指標所為之墮胎，不處以刑罰，固非基本法所禁，但立法者不得就此種情形規定法定醫療給付請求權，以助長應受保護法益的滅絕。國家於此所使用的社會政策手段，並非有利於未出生生命，反而是有害的。蓋醫療給付的給與，將會使急迫情況指標構成要件的適用，漫無限制，且由於墮胎被納入「社會網系」（soziales Netz）之中，更會使墮胎的防制門檻（Hemmschwelle）全面降低。

聯邦憲法法院在一九七五年二月二十五的裁判中指出，對於墮胎的非難必須在法秩序中明白地表現出來，藉以避免產生錯誤印象，以為墮胎與一般的社會過程相同，就如同為了治療疾病而就診一樣，甚或是另一種在法律上無關緊要的避孕方式。不過，系爭規定則恰好引發此種誤解。舊刑法第二一八a條所規定之指標構成要件，加上法律賦予醫療保險給付請求權，將會造成墮胎似屬社會請求權標的之印象，此所以一般人指責在保護未出生生命必要性的法倫理意識上有所淪喪的原因所在。

最後，系爭帝國保險法規定無法確保醫療保險給付僅能在法定事由下有所主張，故其亦屬違憲；蓋其並未含有防止濫用的規定。按醫療保險基金的管理機關並無義務以醫師證明作為保險給付之要件，據以確認指標要件存在，並附具理由。現行法亦未規定，醫師施行墮胎者，必須依第五次刑法改革法第四條暨第十五次刑法修正法第三條第二款規定履行報備義務，始得報銷其所提供的服務。唯有此種聯結規定才能促使醫師忠實地適用舊刑法第二一八a條第一項及第二項規定，並使各邦監督機關得藉由法律監督手段，促使上開規定的遵守。

II.(聯邦政府與部分邦政府的主張)

1. 聯邦政府與 Bremen、Hamburg、Hessen、

Niedersachsen、Nordrhein-Westfalen、Saarland 及 Schleswig-Holstein 等邦政府，認為聲請中有關諮詢與指標確認部分並無理由；又前開邦政府認為本件聲請因統一條約而業已過時。第十五次刑法修正法的基本構想，為聯邦憲法法院一九七五年二月二十五日之裁判所肯認。本件程序——如聯邦政府所述——的問題僅涉及立法者是否必須修改法律，使立法者在法律現實上更能實踐其對墮胎的憲法評價。不過，依立法者的評估，其他——包括現行——規定如尚足以保障未出生生命，則在憲法上立法者可以不必針對諮詢規範作若干細部規定，蓋特定構想的採擇，並未在憲法上有所設定。聲請人所指摘的諸多細部規定，係屬立法者形成自由的範圍。依照上述各邦政府的看法，聲請人對於現行法在一般預防上不具效果的指責，並不正確，相反地，現行法其實是有助於國民法律意識的建立。

另聲請人對於帝國保險法規定部分的指摘，於憲法上亦無可訾議。按聯邦對於帝國保險法第二〇〇f條及第二〇〇g條之規定擁有立法權限；上開規定係帝國保險法第二〇〇e條以下規定所指之「其他協助」，為基本法第七十四條第十二款所稱之「社會保險」的立法權限範圍。社會保險概念是一個範圍廣泛的憲法類型概念 (Gattungsbegriff)，其對於新的生活事實與新的社會給付具有開放性，如果新的生活事實或社會給付在本質結

構要素上，特別是在組織的運作上與應予防護的風險上，符合傳統社會保險所塑造的形象。帝國保險法第二〇〇f條及二〇〇g條所賦予的給付，並非只是搭附在傳統的社會保險主體之上，而是整合在其給付保障體系之中。此等給付並彰顯出社會保險的內容結構要素，特別是——如聯邦政府所述——對接受合法墮胎手術的被保險婦女而言，上開給付尚具有保護其健康的目的。從醫學的觀點而言，廣泛的醫療保險給付，旨在竭盡必要之能事，以防止健康受到不良影響或傷害。又帝國保險法第二〇〇f條及第二〇〇g條亦未牴觸生命及身體完整性的基本權利。此等規定與墮胎次數之間是否具有因果關係，尚乏事實上的佐證。反倒是事實顯示，沒有一個婦女會把是否墮胎的重大決定，繫於三百馬克至一千五百馬克的費用負擔上。醫療給付並未展現「刺激」墮胎或「優待」墮胎的效果，蓋此等保險給付並不是優待墮胎，而是對婦女接受諮詢及指標確認程序有所挹注，從而具有保護未出生生命的功能。此外，法定醫療保險給付僅限於非違法墮胎，故社會保險法規範本身並未對墮胎作法律評價，在憲法上亦無此必要；上開規定充其量只是刑法規定的附屬效果規範。至於聲請人所指帝國保險法第二〇〇f條及第二〇〇g條可能被濫用為對違法墮胎的資助，對於上述結果並無影響。在本件法規審查程序中所關涉的問題，只是立法者的可能怠惰，而非行政

或司法的怠惰。關於諮詢實務，各邦政府業已提出 Niedersachsen、Nordrhein-Westfalen、Saarland 及 Schleswig-Holstein 等邦諮詢機構共同進行的問卷調查結果，以及 Bremen 邦一九八七年及一九八八年實施舊刑法第二一八b條的經驗報告。

2. 依 Baden-Württemberg 邦政府的見解，諮詢及指標確認程序的法律狀態，並不符合聯邦憲法法院於一九七五年二月二十五日判決中所確立的要求。

國家對未出生生命保護義務的有效履行，端賴對諮詢程序及指標要件設定聯邦一致且具拘束力的標準，同時排除現存各邦法律的分歧現象。舊刑法第二一八b條及第二一九條有關諮詢、指標程序及諮詢內容的規定，含有漏洞且不夠精確，因此有一些諮詢機關得以「價值中立」(wertneutral)地實施諮詢。此外，現行規定缺乏預防措施，以便使諮詢及指標規定能夠維持其有效保護生命的必要特性。

3. Rheinland-Pfalz 與 Thüringen 邦政府的陳述，僅就該邦的諮詢實務表示意見。

4. 在聯邦各最高法院當中，聯邦普通法院、聯邦憲法法院、聯邦勞工法院及聯邦社會法院均向本庭提出意見。另就所屬諮詢機構及其主體、保險主體及其單位表示意見者有：天主教婦女社會服務——中央社團，德國 Caritas 社團，…（譯註：下略）。

C. (相關機關的意見)

I. (巴伐利亞邦政府等之主張意旨)

巴伐利亞邦政府(2 BvF 4/92)及二百四十九位德國聯邦眾議員(2 BvF 5/92)依基本法第九十三條第一項第二款、聯邦憲法法院第十三條第六款規定，聲請憲法法院就孕婦及家庭扶助法第十三條第一款及第十五條第二款進行憲法審查，其認為該法第十三條第一款有關刑法第二一八a條第一項及第二一九條之新規定(孕婦在急迫及衝突狀況的諮詢)與同法第十五條第二款廢除第五次刑法改革法第四條之規定(聯邦統計)，與基本法之意旨不符，蓋其牴觸基本法第二條第二項第一句暨第一條第一項之規定。

其次，巴伐利亞邦政府基於相同理由，認為孕婦及家庭扶助法第十五條第二款的保障義務(實施墮胎機構)與孕婦及家庭扶助法第二條所定社會法典第五篇第二十四b條等規定，牴觸憲法。該邦政府並且認為，聯邦對此部分欠缺立法權限。為了支持其所指陳的觀點，巴伐利亞邦提出由Kriele教授針對基本法中非治療性墮胎議題所作成之鑑定書。

II. (巴伐利亞邦政府的聲請理由)

(巴伐利亞邦政府)聲請理由主要如下：

1. 基本法第二條第二項第一句暨第一條第一項將在

母體中發展的生命置於國家的保護之下。此項保護義務的客體並非抽象的生命，而是以每個人類個別且獨特存在的生命為對象。如此受到保護的人類，其作為獨特的個體，並非始自出生，而是在出生之前即已存在。

關於墮胎的不同規範構想(一般的合法評價；有限的不法評價)，不能被理解為立法者為了「儘可能有效」保護未出生人類所採取的各種「途徑」。立法者如為了較有效保護未出生生命，而將墮胎予以一般合法化，並非憲法所許；蓋放棄基本法所要求的不法判斷，無異是捨棄憲法直接賦予各別未出生人類的保護及尊重請求權。對修憲者而言，為了維持基本法第一條第一項及第二條的憲法秩序，基本權利的保障甚至是不容捨棄的，從而在此範圍內，基本權利的保障是不能有所減縮的。(立法者)若將殺人行為的不法內涵盡數掏空，將是對人性尊嚴及生命權核心領域的侵犯，蓋於此情形下，受威脅的法益將失去法律的基礎保護。誠如過去，原則性的不法判斷——依照巴伐利亞邦政府的見解，尚包括原則上且在時間上以刑罰作無限制的威嚇——除開所有必要的諮詢與協助，仍是保護未出生生命必要且妥適的手段，其可以影響到國民的價值觀與行為方式。此種法律倫理上的徵象效果(Signalwirkung)，在其他領域亦被用以保護重要的法益(環境刑法、胚胎保護)，至於在實務上是否存有刑事追訴的實踐機會，則非所問。

新刑法第二一八條a條第一項——如巴伐利亞邦政府所述——若被認為無憲法上之疑義，則併入地區(前東德區域)自一九七二年起所施行的期限解決構想，將獲得肯認，立法者無異放棄以立法手段建立新邦居民對未出生生命的價值與憲法保護之法律意識。由於醫學及藥學上的發展，已使未出生生命一再面臨特殊危險的威脅，如果允許荷爾蒙藥劑 RU486在德國使用，再加上刑法容許期限內的墮胎，勢將形成法律上及生物醫學上的結合，而使墮胎更為容易。由於產前診療技術的改善，現在或至少在可預見的將來，父母可以在（受胎後）最初十二個星期確知其所懷小孩是否在各方面都健全。如果婦女因確知胎兒有所損傷而決定在懷胎最初十二週內接受墮胎手術，則此種情形並不構成「違法」，至於該健康狀態所受傷害是否可以排除，或其程度是否重大以致無法要求懷孕婦女繼續懷胎，均非所問。據此將可以基於純粹優生學上的理由而施行墮胎。參酌美國的經驗，要擔心的是，將來會有許多婦女因胎兒性別非其所願而要求墮胎。但是醫生不能迎合此種願望，因為此種手術是違法的；即使是公開主張此種墮胎的人，亦應合乎法秩序的要求。

在憲法上，墮胎的合法化僅能在個別情形基於法益衡量，始得考慮為之，而在新刑法第二一八a條第一項規定之情形，則缺乏此種衡量。依該規定，任何由懷孕

婦女所請求的墮胎——不問基於何種理由——均將被合法化，蓋該法並未將合法化事由侷限在例外的構成要件上。急迫及衝突狀況的存在，僅在新刑法第二一八a條第一項及第二一九條第一項第二句規定中作一般性的規定，而未作為最初十二週墮胎的合法要件。通常生活上的困難，尚不足以作為充分的合法化事由，而須在個別情形中存有特殊負擔，以致分娩對婦女而言顯然是一種真正無可期待的困難時，始足構成墮胎合法原因。惟法律並未規定，有意墮胎的婦女至少必須在主觀上將分娩看作是期待不可能的特殊負擔。至於婦女不會「輕率」墮胎的看法，只能掌握局部的真實現象。事實上，有不少婦女認為墮胎是她們個人及法律上無可限制之自由的一部分。在所謂期限解決方式的法律秩序中，多次墮胎的比例相當高，其所代表的意義是，就如同公開宣傳墮胎一樣，墮胎將被當作是家庭計劃的一種方法，而加以實施。

法律對於懷孕婦女未設定任何基準，據以判斷分娩在何種情況下無期待可能性，此種作法反而會使那些迫於環境影響(孕婦的父母、小孩的父親、雇主)而墮胎的婦女陷入困境，特別是在懷孕婦女受到強大壓力的期間。或有人主張應完全捨棄期待可能性的判斷基準，否則諮詢過程將被假冒成為良知掙扎，進而被扭曲成為一種「儀式性的溝通」。不過，此項論點不具說服力。蓋

吾人看不出何以在墮胎被宣告一般合法化後，就會營造出「比較開放」的諮詢氣氛；因為依現行法律規定，婦女在接受諮詢時是不受刑事處罰的。新刑法第二一八a條第一項將(墮胎)定性為「不違法」，係立法者對於整個法秩序所作的基本評價(Grundwertung)。而上開規定顯然試圖與社會法典第五篇第二十四b條作直接的聯結，並且得到相互的連結，其結果卻使醫療保險給付亦及於基本法所不容許的墮胎，同時對醫師職業法及組織法產生新的重大衝突。

(對於墮胎)不法判斷的去除，並未因孕婦及家庭扶助法中定有社會政策措施而獲得平衡，蓋此等社會政策規定並未表達出對墮胎的法律上非難。同樣的，在社會法中立法者雖然未讓任何墮胎享有社會上利益，但其規定亦未彰顯出對墮胎的法律上非難。

此外，在社會政策措施上，仍有若干重要之點有待落實，且——如同援引「財政平衡」規定所顯示——具有高度的不確定性。

2.諮詢應承擔保護的功能，其任務在於確認指標模式下阻卻違法的指標構成要件。對於無可控制的決定過程予以程序上的影響，可以代替客觀上的控制，因此，諮詢乃屬法律構想上的「主要之點」(zentraler Punkt)。

由上可知，諮詢必須是一種義務，其不應僅單純提

供有關給付機構及法律請求權的資訊，而應以鼓勵婦女繼續懷胎為目標。因此，婦女(在接受諮詢時)須告知其所遭遇的急迫及衝突狀況，並陳述決定墮胎的理由。懷孕婦女如果完全沉默，則無論如何都不能稱作是諮詢。即使有人認為唯有「無壓力」的諮詢或許才能達到保護生命的目標，但此項明顯易懂的想法，並非表示懷孕婦女不能去面對墮胎的不法評價。此外，諮詢機構及人員必須藉由規範性及制度性的預防措施，確實從事合乎憲法及法律意旨的諮詢，而其最基本的工作則是對諮詢過程的記錄。

新刑法第二一九條第一項所規定的諮詢制度，與上述憲法要求不符，蓋其主要是以婦女的自我決定(*Selbstbestimmung der Frau*)為原則，儘管第二一九條規定提及「諮詢」概念不下九次，惟其本質僅構成一種提供資訊的義務(*Informations-pflichten*)。至於諮詢的內容應是懷孕婦女所處的急迫及衝突狀況，則未見該法提及，而且該法亦未將諮詢定義為對話(*Gespräch*)，此外，該法未明文規定鼓勵孕婦繼續懷胎為諮詢的目標，而僅表達立法者對於諮詢應保護生命的期望。系爭規定的核心在於第一項第三句，其規定諮詢旨在使懷孕婦女能夠作出一項「具有責任意識的自主良知決定」。此項失當的表述，將產生一種錯誤的先存理解，導致思考與論證的禁絕，進而可以假藉憲法上保障良知決定權的表

象，以掩飾無可控制的墮胎決定。此外，系爭規定缺乏懷孕婦女應陳述其個人急迫狀況的法定義務，以及(諮詢人員)紀錄諮詢過程的最低義務。

3.至少新刑法第二一八a條第一項以及第二一九條第一項、第三項第一句等規定，其違憲性與無效性不能予以隔離確認。基於聯邦憲法法院一九九二年八月四日的判決理由，孕婦及家庭扶助法第十三條第一項規定應全部無效。

4.從立法者改善義務的觀點，墮胎聯邦統計(參見舊第五次刑法改革法第四條)的維持，乃屬憲法上的要求。

5.依巴伐利亞邦政府的見解，孕婦及家庭扶助法第十五條第二款有關確保義務的規定，聯邦並無立法權。孕婦及家庭扶助法第十五條第二款所定確保義務的內容，亦牴觸基本法而無效。該條文所規定的義務，遠超過邦最高機關在法律及事實可能的範圍內，維持墮胎機構充足且完備的供給，以應墮胎之需的義務。立法者對特定機關及各邦所課予的義務，乃是一種在法律上及事實上不可能或無期待可能性的給付義務，故牴觸法治國原則(基本法第二十條第三項、第二十八條第一項第一句)及聯邦忠誠原則(Prinzip der Bundestreue)。

6.最後，巴伐利亞邦政府基於在2BvF 2/90程序中所提出的權限法及實體法上理由，主張孕婦及家庭扶助

法第二條中有關社會法典第五篇第二十四b條規定違憲。

III. (聯邦眾議院及部分邦政府之意見)

依聯邦憲法院法第七十七條規定有權利陳述意見者，提出如下意見（提出意見的機關計有）：德意志聯邦眾議院，其主要參酌補充Eser教授所提出的法律鑑定書，以及——在一項共同意見書中——Brandenburg、Bremem, Hamburg、Hessen、Niedersachsen、Nirdrhein-Westfalen、Rheinland-Pfalz、Saarland及Schleswig-Holstein等邦政府。上開機關認為(違憲審查)聲請為無理由；德意志聯邦眾議院對於聯邦統計部分則未表示意見。

1.孕婦及家庭扶助法的立法者係以國家對生命，包括未出生生命，的廣泛保護義務為出發點，其認識到生命的有效保護，不能單憑刑事處罰予以達成，而是基於「以協助代替刑罰」的原則。比起單靠刑法威嚇將婦女矮化為不成熟的規範屈從者，係爭規定的策略在中長程上顯然是一個比較好的保護生命方法；此種作法還可以達到一種較高層次的法倫理整合。從生物學的角度以觀，人類生命的發展是一種接續的過程(Kontinum)，其始於卵子與精子的結合，終於個體的死亡。在此觀點下，著床(Nidation)與出生均不能被看作是一個新階段

的開始(Einschnitte)。但是立法者對於不同的發展階段仍可賦與不同的法律效果，甚至在一定情況下必須如此。就出生前人類生命發展的進程而言，吾人若著眼於母親與胎兒的關係，則可探知其間有各種不同的階段。通常懷孕婦女是逐漸察覺胎兒生命的存在。因此，唯有當懷孕婦女察覺到胎兒的存在時，才能被要求決定是否接受胎兒。而孕母與胎兒之間的關係，則必須自懷孕婦女接受胎兒起，始具有拘束性。現行法即是作如此的規定，而系爭規定則是以相同的期限為出發點，並在期限屆滿時賦予相同的效果。現行有關墮胎的規定在規範上乃是以接受(胎兒)的期待可能性為前提要件。新刑法第二一八a條規定就此部分所作的改變，只是刪除犯罪因素及社會因素的指標規定，取而代之的是，懷孕婦女經相關諮詢後所作成的「告知後決定」(informierte Entscheidung)。

聯邦憲法法院一再強調，立法者的任務在於決定以何種方式履行其保護生命的憲法義務。在抽象法規審查的程序中，其可以是「適當性審查」(Vertretbarkeitskontrolle)或「強烈的內容審查」(intensivierte Inhaltskontrolle)。在墮胎的問題上，聯邦憲法法院進一步指出，刑罰本身絕對不是目的；刑罰是立法手段中的「最後手段」(ultima ratio)，其運用受到比例原則的制約。在適用此項原則時，不僅是立法者，包括職司審

查的法院，均有賴一種預測性的行為(ein prognostisches Verhalten)。對於憲法所能接受的預測行為，聯邦憲法法院曾於勞工參與企業決定判決(Mitbestimmungsurteil)中發展出若干準則(vgl. BVerfGE 50, 290[332 ff.])，而德意志聯邦眾議院則符合此等要求。蓋系爭法律係以一種新穎且較完善的技術，來保護未出生生命，同時對於相關婦女所遭遇的特殊狀況，作出合於人性、正確且在規範上適當的法律回應。

孕婦及家庭扶助法的重點在於協助、諮詢及說服婦女，而非以刑罰恫嚇婦女；該法乃是在實現刑法「最後手段性」的原則。依照當前社會學的研究，刑法規範不具恫嚇效果。刑法對於墮胎的闡示與非難，在統計上並無意義。刑法在此領域中毫無實際效果，或僅具有選擇性的效果，獲利的只是那些資訊豐富、社會資源完備或善於鑽營的人，此種情節實在令人無法忍受。立法者不能再指望既有的指標規定可以對懷孕最初十二週的生命，作較完善的保護。

刑罰的威嚇適足以妨礙保護未出生生命的機會，其可能使尚未確知指標要件是否存在的婦女，不去接受諮詢。其他婦女則可能為了獲得指標要件的確認，而作出不實的陳述。她們會把諮詢看作是一種有待擺脫的考試而加以應付，而不會認為是一種協助的提供。

或謂：新刑法第二一八a條規定的目標設定及內

容，其違憲性比之於遭聯邦憲法法院一九七五年二月二十五日判決宣告無效的舊刑法第二一八a條規定，猶有過之。不過，此項指摘欠缺基礎。蓋當時與現在的爭點在本質上均是涉及阻卻違法的问题。誠如聯邦憲法法院當時正確的認知(vgl. BVerfGE 39, 1 [54])，與墮胎手術有關的措施，無論在法政策上或在法體系上，其違法性均可與醫師墮胎手術的違法性不相一致。因此，刑法第二一八a條的舊條文及現行條文均設有阻卻違法事由。「不違法」(nichtrechtswidrig)與「不罰」(nicht strafbar)的用語在功能上具有相同價值。在憲法上，從基本法第一〇三條第二項的觀點而言，甚至應優先使用「不違法」的用語。

關於孕婦及家庭扶助法未對墮胎予以非難的指摘，並不正確。按以刑法對某種行為不予處罰，即率然推斷該行為成為正常的社會行為，乃屬偏頗之論。蓋法律的非難，一方面是來自立法者就其可得保護未出生生命的領域，明確且無誤地全面運用刑罰的手段；另方面，孕婦及家庭扶助法第一條至第十二條、第十四條及第十五條等規定，則為了保護生命而提供廣泛的方法與措施。於此等規定中，立法者傾全力設定並運用適當的防制手段，以展現其(對墮胎的)非難。

立法者——如邦政府補充所述——的基本立場是，國家無法在任何情況下保護受威脅的生命，因此，立法

者的目標是儘可能地在多種情況中保護生命，從而國家保護個別生命的任務，並無可議之處。

2.凡是以諮詢及協助為重心，而非僅使用刑罰手段的人，有諸多明顯的理由可以期待，他會對未出生生命作較好的保護：諮詢是懷孕婦女作成負責決定的前提要件。立法者將此當作最有效的保護傘，提供給受墮胎威脅的胚胎。

不過，立法者將未出生生命託付給懷孕婦女的良知決定，其並非出於急迫、無助、壓抑或害怕，且未事先充分聽取其意見。對此立法者設有諸多措施，以改善孕婦及母親在社會上及經濟上的地位，並排除或緩和急迫、無助、壓抑或害怕的情況，同時設法讓婦女知道這些協助。諮詢仍是孕婦及家庭扶助法中有關刑法規範的核心部分，其不同於現行規定僅由立法者以刑罰保護之。

諮詢人員應提供懷孕婦女廣泛的資訊(新刑法第二一九條第一項第四、五句)，此項義務旨在確保婦女能夠作成一個免於錯誤的決定，特別是在社會及經濟條件方面。實務經驗顯示，懷孕衝突的諮詢，乃是促使婦女自然地、且得以基於道德而趨向繼續懷胎的唯一途徑。縱令懷孕婦女抱著墮胎的堅定意志而向諮詢機構求助，此種諮詢仍然可以排解衝突，消除墮胎的決意，從而發揮保護生命的作用。但衝突諮詢不能具有命令性或強迫

性，只能予以提供，故新刑法第二一九條第一項第二、三句規定乃課予提供(諮詢)的義務。

立法者認為婦女在此等條件下可以作成負責任的決定，乃是以諮詢及協助的保護理念取代刑事處罰的必然結果。爲了發揮保護的效果，諮詢的模式必須以非違法性(Nicht-Rechtswidrigkeit)爲基礎。同時爲了避免想要墮胎的婦女不去接受墮胎，必須捨棄任何形式的壓制、貼標籤或歧視等作法。單純的不予處罰(Strafffreiheit)無法達到此項目的。或謂如此將會使未出生生命的法益落入懷孕婦女自由且無法控制的決定之中，不過，此項疑慮並不正確。蓋墮胎決定對婦女而言，無論在生理上或心理上，甚至在社會的意義上，均是影響其存在的一種侵犯，此項決意並非如一般的刑事犯罪，只是對他人法益的侵害；其同時是一種自我傷害。因此婦女不會輕易作出此種決定。

部分邦政府對此補充指出：基於基本法第四條第一項所保障的基本權利，墮胎的決定應屬合法。聯邦憲法法院業曾指出，墮胎決定得具有應予尊重之信念決定的位階(vgl. BVerfGE 39,1[48])。自一九七五年起，社會對於婦女在懷孕及擔任母職時所面臨的挑戰與負擔，變得比較敏感。這些挑戰與負擔對於今日婦女在社會認同上及生活上的影響，比之於過去猶有過之，蓋今日婦女在自我表現及營生上更形困難。不過，此種情形並非意

味，所有懷胎或墮胎的決定均屬信念決定。只是立法者非不得將信念決定視作原則，而將信念層面受到扭曲或漠視的部分，當作是一種例外。

3.基於事項附屬(Annex-Materie)的觀點，聯邦制定孕婦及家庭扶助法第十五條第二款(確保義務)的權限基礎，在於基本法第七十四條第一款(刑法)。又對於孕婦在具體衝突及急迫時所提供的協助，立法者若將之當作是公共任務，則亦可導出——如邦政府所述——聯邦的立法權限係基於基本法第七十四條第七款(公共照顧)(öffentliche Fürsorge)。在內容上，前開規定亦屬合憲，其所課予邦機關的義務，在法律及事實上均非不可能。第五次刑法改革法第二條規定並未受到影響；信念及信仰自由亦未遭受侵害，蓋宗教「中立」之地方自治團體的所屬醫院及其他醫院，其為機構或法人者，並不能主張信念自由的基本權利(基本法第四條第一項)。而且由於非違法墮胎的給付，乃屬法定醫療保險的給付義務，給付主體無論如何均需自行提供給付，或委由第三人為之，故第十五條第二款只是將此項義務予以彰明，並加以具體化而已。

4.聲請人於前述1)針對社會法典第五篇第二十四b條所提權限法及實體法上的質疑，同樣亦無理由。聯邦的立法權限來自基本法第七十四條第十二款，依該款規定，新的生活事實得以被納入「社會保險」的整體體系

之中。同樣地，實體法上的質疑亦不成立。假若在合格的諮詢及無數的法定協助之下，懷孕婦女仍然執意墮胎，或存有指標規定情形之一者，於此情況下，立法者若儘可能地將婦女的自我負責決定與經濟因素的考量加以區隔，乃是前後一貫且合乎社會正義的作法。社會國家給付的類型化，允許將不盡合乎規範主導思想的個案情形，納入給付體系之中。

5.關於聯邦統計規定的廢除——如邦政府所述——亦無可議之處。新法規定所具有的保護生命效果，僅能透過學術上的伴隨研究(Begleitforschung)，運用實證社會調查方法，進行審究，始能獲知。統計的存在並非此種調查的必要條件。

IV. (法律鑑定書)

於2BvF 4,5192準備程序中，聯邦憲法法院第二庭曾委託Stürner及Schulin教授就以下問題提出法律鑑定書：

(1)如果法秩序對於墮胎予以法律上的非難，則對於現行法秩序的不同領域(例如勞工法、親屬法、社會法、醫師職業法及一般民法)，會產生何種影響？如果刑法在特定要件下(現在：指標規定；系爭法律：在最初十二週之內並經過諮詢)就墮胎的阻卻違法事由予以規定，其對法律狀態的影響如何？

(2)在刑法之外的各別法秩序領域中，如要表達對墮胎的法律非難性，還有那些可能性？

V. (言詞審理程序)

於一九九二年十二月八日及九日的言詞審理中，第十二屆德意志聯邦眾議院所有黨團的議員亦參與此一程序，其中聲請人：德意志聯邦眾議院暨Brandenburg、Bremen、Hamburg、Hessen、Niedersachsen、Nordrhein-Westfalen、Rheinland-Pfalz、Saarland及Schleswig-Holstein等邦政府均強調他們的書面意見。鑑定人Stürner及Schulin教授亦陳述並補充他們的書面鑑定意見。

法院並請聯邦醫師公會及醫師職業團體代表，以及Baden-Württemberg邦醫師法院成員，到場就職業法上的問題提出說明。關於諮詢及社會救助實務上的問題，法院聽取由法庭命聲請人及有陳述意見權利之人所推薦專家的意見。

D. (判決理由)

1. (國家保護人民生命之意義)

1.基本法課予國家保護人類生命的義務。人類的生命尚包括未出生的生命，其亦受到國家保護。憲法不僅禁止國家直接侵犯未出生的生命，尚且要求國家要保護

並協助此種生命的成長，特別是防止來自他人的違法侵犯(vgl. BVerfGE 39, 1 [42])。此項保護義務的基礎在於基本法第一條第一項，該規定明文課予國家有尊重並保護人性尊嚴的義務；其對象以及——由此開展——其範圍係由基本法第二條第二項詳予規定。

a)人性尊嚴於未出生的人類生命中即已存在，其非於出生後的人類生命或經教育的人格上始見存在(參見普魯士一般邦法第十條第一項第一句早有規定：「人類的一般權利亦屬於尚未出生的胎兒，在其受胎之期間即已擁有。」)。生命是否如醫學人類學的認知所示，在卵子與精子結合時即已存在，於本件程序中無庸決定；蓋系爭規定的標的是墮胎，特別是刑法的規定；因此，本件尚待決定的問題，僅涉及懷孕的期間。此一期間依照——聲請人無爭議、且在憲法上無疑義的——刑法規定，係自受精卵於子宮中完成著床(Nidation; 參見孕婦及家庭扶助法第十三條第一款中，刑法第二一八條第一項第二句規定)以至出生為止(參見刑法第二一七條及BGHSt 32, 194 ff.)。在一個如此確定的懷胎期間內，對於未出生的胎兒而言，無論如何均涉及其個別的生命，其基因的同一性、獨特性與不容混淆性，業已確定其乃是不容分割的生命，此項生命在成長與自我發展的過程中，並不是漸次演化成爲人類，而是身爲人類而在逐步發展之中(vgl. BVerfGE 39,1 [37])。長久以來，儘

管出生前生命的進程有不同階段，從而在生物學、哲學、乃至於神學的觀點下，可以有不同的詮釋，而在歷史上亦有不同的評價，但是無論如何其均涉及個別人類發展中所不能剝奪的各種階段(vgl. BVerfGE 39,1 [41])，人類尊嚴對於未出生生命而言，亦是為其自身的目的而存在。尊重並保護此種生命的前提在於，法秩序應基於胎兒自我生命權的意義，確保其發展的法律條件(vgl. auch BVerfGE 39, 1 [37])。此種生命權並不是在其母親接受時始成立，而是於存在時即為胎兒所擁有，其乃是一種基於人性尊嚴且不容捨棄的權利；其不受特別宗教或哲學上的確信所影響，在宗教世界觀上保持中立的國家，其法秩序對於未出生生命是不作評價的。

b)對未出生生命的保護義務，係涉及個別的生命，而非僅牽涉一般的人類生命。此項義務的履行是一國之中有秩序共同生活的基本條件，為所有國家權力的義務(基本法第一條第一項第二句)，亦即屬於國家所有功能，包括立法權在內的義務。保護義務特別是防止來自其他人類的危險，其內容包含所有避免或防止因懷孕而造成急迫情況的保護措施，以及法律上各種行為要求(Verhaltensanforderungen)；二者互為補充。

2.為保護未出生生命，國家透過法律為各種誡命

(Gebote)與禁止(Verbote)規定，確立作為與不作為義務，據以設定各種行為要求。此等要求包括保護胚胎免於受到其母親的侵犯，至於胚胎與母體之間的聯繫如何，或此種聯繫對於母親與小孩而言是否會形成「二合一」(Zweiheit in Einheit)的關係，則在所不問。此種相對於母親而對未出生生命所提供的保護，必須在立法者原則上禁止母親墮胎，同時課予母親分娩的基本法律義務下，方有可能。墮胎的原則禁止與分娩的基本義務，乃是兩項不可分割的憲法上必要保護要素。

保護不少是對抗來自第三人的——特別是來自家庭及懷孕婦女所處社會環境的——干預；此等干預可能直接針對胎兒，但亦可能是間接的，例如拒絕給予懷孕婦女應有的協助，而使婦女因懷孕而受到排擠，甚至受到壓力而被迫墮胎。

a)此種行為要求不能只是作自願性的要求，而應建構為法律上的誡命，其必須依照權利的特性，構成一種以事實效力為重心的規範性法秩序，具有拘束力且附有法律效果。於此刑事處罰雖非唯一可以想到的制裁方法，但卻可以督促法律服從者持續地尊重並嚴守法律上的要求。

法律上行為要求應具有兩種方向的保護作用，一方面，當被保護的法益受到侵犯的威脅或業已發生侵害

時，行為要求必須在個別情形發揮預防及抑制的保護作用。另方面，此種要求應強化並支持國民對於合法與非法的價值觀念與看法，以便在此種行為規範取向的基礎下，自始便不會考慮要去侵害法益。

b)生命的保護並非是絕對意義上的要求，生命相對於其他任何法益並非毫無例外地享有優先性；基本法第二條第二項第三句已彰顯此項意旨。另方面，保護義務亦不是只要作出任何一種保護預防措施，即為足夠。事實上，保護義務範疇(Reichweite)的確定，一方面要著眼於應受保護的法益——於此乃指未出生人類生命的重要性與值得保護性——，他方面則要衡酌相衝突的法益(vgl. G. Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 253 ff.)。關於受胎兒生命權所影響的法益——基於懷孕婦女請求保護並尊重其人性尊嚴的權利(基本法第一條第一項)——於此可資考量者，主要是婦女的生命權及身體完整權(基本法第二條第二項)以及婦女的人格權(基本法第二條第一項)。

保護的種類與範圍於個別情形應如何確定，乃屬立法者的任務。憲法僅將保護設定為目標，至於其在個別情形應如何形成，則未加規定。然而，立法者應顧及不足禁止原則(Untermaßverbot)(關於此一概念請參閱 Isensee, in: Handbuch des Staatsrechts, Band V, 1992, § 11 Rdnm. 165 f.)；於此範圍內，立法者受到憲法法

院的控制。所必要者，乃——在顧及相對立的法益之下——適當的保護(angemessener Schutz)；具決定性者，乃此項保護本身必須有效。立法者所為的預防措施須足以達到適當且有效的保護，尤其要以審慎的事實調查與適切的評估作為基礎(參見後述 I. 4.)。於此情形下，憲法上所要求的保護範圍與懷孕的年齡並無關連。基本法對於未出生生命的保護既未以特定期間的屆滿為條件，亦未依懷胎的發展進程而將生命權及其保護加以階段化。因此，縱令在懷孕的初期，法秩序亦應確保合於上述程度的保護。

c)設若不足禁止(原則)不應被違反，則法秩序所形成的保護必須符合以下最低的要求。

aa)屬於最低要求者，乃在懷孕整體期間內所施行的墮胎，原則上均應視為不法，從而在法律上應予禁止(vgl. BVerfGE 39,1[44])。如果未存有此種禁止，則胎兒的生命權——即使其存續期間有限——將置於第三人在法律上不受拘束的自由決定上，例如母親本身，如此一來，在上述行為要求的意義下對於生命的法律保護，將無由確保。即使援引婦女的人性尊嚴，並強調婦女具備作出負責決定的能力，均不足以要求未出生生命要作如此犧牲。法律提供保護的前提在於，法律本身應將一方對他方所容許干預的範圍與界限，予以規範上的確立，而不能留待當事人的一方任意決定。

婦女的基本權利對於墮胎的原則禁止並無影響。相對於胎兒的生命權，婦女的基本權利固然存在，且應作相應的保護，但其範圍尙不致因基本權利之故——即使只是在特定期間——而可以一般地免除分娩的法律義務。不過，基於婦女的基本權利地位，仍可在例外情形免除此項法律義務，甚至在若干情況有免除的必要。

bb)如何將上述例外情形規定成爲例外的構成要件，乃是立法者的任務。惟爲了避免違反不足禁止(原則)，立法者必須注意，於此相互衝突的法益恐無法達成一個合乎比例的平衡狀態，蓋對於未出生胎兒而言，終究不是權利受到或多或少的影響，或是應否接受不利或限制的問題，而是涉及全有全無，亦即生命本身的問題。因此，既要保障未出生胎兒的生命，又要賦予懷孕婦女墮胎的權利，藉以達成平衡狀態，殆屬不可能，蓋墮胎必然要殺害未出生胎兒(vgl. BVerfGE 39,1 [43])。此種平衡亦無法——如有人主張(vgl. Nelles in: "Zur Sache, Themen parlamentarischer Beratung", herausgegeben vom Deutschen Bundestag, Band 1/92, S. 250)——以如下方式予以達成，亦即，於懷孕的某特定期間，婦女的人格權具有優先性，而在此期間之後，未出生胎兒的權利始居於優先地位。因此，唯有當母親不在懷孕最初階段決定殺害胎兒時，該胎兒的生命權始具有意義。

然而，此種情境並非意謂：憲法所允許得以免除分娩義務的例外情形，僅限於對婦女生命有嚴重危險或對其健康有重大影響者。除此之外，尚有其他例外情形的可能性。而此種例外情形的認定標準，誠如聯邦憲法法院予以確認者，乃期待不可能(Unzumutbarkeit)原則(vgl. BVerfGE 39,1[48 ff.])。此項標準——姑且不論婦女參與墮胎的行為在刑法上無法視為不作爲犯——的正當性在於，基於母親與小孩之間特有的連繫性，禁止墮胎的意義並非僅止於婦女負有不得侵犯他人權利領域的義務，同時含有與婦女生存相關的懷胎及分娩義務，此外，尚連帶涉及產後持續多年的作爲、照顧及承擔義務(vgl. insoweit auch M. von Renesse, ZRP 1991, S. 321[322 f.])。由於預見產後的連帶負擔，將爲人母者在懷孕初期經常會處於一種特殊的精神狀態，從而在個別情形可能會產生重大、甚至危及其生存的衝突狀況，於此衝突狀況中，由於懷孕婦女值得保護的地位具有急迫性，故國家的法秩序——姑且不論在泛道德或宗教上所建構的義務觀如何——不能要求婦女在任何情況下都必須給予胎兒的生命權享有優先地位(vgl. BVerfGE 39,1[50])。然而，在懷孕的正常情況範圍內，不能認爲存有期待不可能，而必須有負擔的存在，其程度在於要求(婦女)犧牲自身的生命價值，以致於此種負擔對於婦女無期待可能性。

就分娩義務而言，在傳統醫學指標規定之外，尚有犯罪學上及——以充分明確的界定為前提——優生學上的指標，足以作為例外的構成要件，而不致在憲法上發生疑義；至於其他的急迫情事，則必須精確地描述其狀況，使作為其前提要件的社會或人事心理衝突程度，得以明確地辨識，而——依期待不可能的角度以觀——與其他指標情況維持一致性(vgl. auch BVerfGE 39, 1[50])。

cc)以期待不可能界定婦女分娩義務的範圍，並不表示國家可以解除對任何未出生人類生命的保護義務。基於此項義務，國家尤應透過建議與協助來扶助婦女，並儘可能藉此促使婦女生產小孩；新刑法第二一八a條第三項規定即基於此項觀點。

dd)按保護人類生命免於遭到殺害，若屬國家的基本保護任務，則基於不足禁止(原則)，國家不得放棄刑法手段以及源自刑法的保護效果。

自古以來，乃至於今日，刑法的任務均在維持一個合乎秩序的共同生活基礎。而對人類生命的尊重以及原則上的不可侵犯性，則屬此種共同生活的基礎，因此，殺人向來都是以刑罰來加以威嚇。

刑法固然不是法律保護的首要手段，但其干預的性格卻是最強的；因此刑法的運用受到比例原則的拘束(BVerfGE 6, 389 [433. f.]; 39, 1 [47]; 57, 250 [270];

73, 206 [253])。不過，當某特定行為除了予以禁止外，因其對社會具有特殊的危害性，為人類有秩序共同生活所不能忍受，而有阻止其發生的特別迫切性者，刑法仍可當作此種保護的「最後手段」(ultima ratio)。

準此以言，刑法通常是確立原則性禁止墮胎及其所蘊含婦女分娩義務的地方。不過，基於憲法的意旨，若有其他足夠的保護措施，而可以在有限範圍內不對違法墮胎施以刑罰者，則只要在憲法之下的法秩序中，以其他方式明確表示對此等情形禁止的意旨，即為已足(vgl. BVerfGE 39, 1[44, 46])。

3.國家在履行其對未出生人類生命的保護義務時，並非以防止他人對胎兒生命有所侵犯，即為足夠。國家尚須防制來自婦女及其家庭現在及未來真實生活對胎兒生命所存在的危險，以及對分娩意願有所影響的危險。於此，保護義務與基本法第六條第一項及第四項的保護委託有相通之處(關於基本法第六條第一項，vgl. BVerfGE 76, 1 [44 f., 49 f.]；而關於基本法第六條第四項，vgl. zuletzt BVerfGE 84, 33[1559])。此項保護義務要求國家應調查母親在懷孕期間及產後所可能遭遇的問題與困難。基本法第六條第一項及第四項含有一項對於私法與公法領域均具有拘束力的保護委託，其範圍亦及於懷孕婦女。因此，把身為人母與對嬰幼兒的照顧看作是一種給付，係基於社會利益之考量，符合上開保

護的委託，應予認可。

早在刑法改革特別委員會第一次報告中(BTDrucks. 7/1981(neu), S. 7)，即有如下的陳述：不利的住屋狀況、不可能在唸書或工作之餘同時照顧小孩、經濟上的急迫與其他物質上的原因，以及單親的懷孕婦女害怕受到社會歧視等，均屬經常被提到想要墮胎的原因及動機。

a)母親所應享有的社會照料，包括國家應致力於使懷胎不致因眼前或產後的物質困頓而中斷。同樣地，婦女因墮胎而在受教育及職業上所遭遇的不利情況，亦應儘可能地加以排除。國家在從事保護未出生人類生命的義務時，應探究足以使懷孕婦女及母性遭遇困難的情況，並在法律及事實的可能範圍與責任領域內，致力於協助的提供與困難的減輕。此項任務不僅應由立法者為之，尚且包括政府及行政機關在內。

固然，國家無法且毋需承擔父母在「照顧及教養」子女(基本法第六條第二項第一句)所帶來的負擔與限制。但是，(國家)仍有一——在孕婦及家庭扶助法第五至十二條規定以外——其他解除父母負擔的可能性。例如在國家的領域中，早有許多有效保護母親與子女的可能性；可資一提者，如住屋事務、公職及職業上，特別是職業教育法上的規定。

國家並得——於一定情形尚且必須——使第三人參

與有效的保護工作。父母在教養子女之際，同時擔負任務，其履行不僅是基於團體的整體利益，亦是基於個別的利益。因此，國家應促進社會成為一個善待小孩的社會，而此項任務即寓有保護未出生胎兒的作用。著眼於此，國家不僅可以考慮在勞動法領域有所規範，還可以在其他私法的領域有所作為，特別是多關照有子女的家庭；諸如禁止因有新生兒而終止房屋租賃契約，又如在信用貸款上，對契約內容或國家協助締約有所規定，藉此使父母在子女出生後能夠履行信用貸款的債務，或減輕其負擔。

b)未出生生命的保護，婚姻及家庭的保護委託(基本法第六條)與男女分享勞動生活的平等對待(參見基本法第三條第二項與一九六六年十二月十九日經濟、社會及文化權利國際公約[BGBI. 1973II, S. 1570]第三條、第七條)，均課予國家，特別是立法者，負有設定基礎的義務，俾使家庭與工作之間能夠彼此協調，不致因從事家庭教養任務而遭致職業上的不利。又如透過法律上及事實上的措施，使父母雙方皆能兼顧教養與職業工作，或能重返職業工作崗位，或在教養子女之後仍可重新開始工作。再如孕婦及家庭扶助法第六條及第七條有關勞動促進及職業訓練法所作的修正，亦屬此類作法，立法者藉此開啓了正確的道路。同樣情形，例如有關制度改善(參見孕婦及家庭扶助法第五條)與家庭幼兒照顧

的規定（參見在所謂家庭負擔平衡的範圍內所爲的給付，特別是教養金，以及有關教養假及預支薪俸的規定）。若基於有限資源的觀點而有審究國家給付之必要者，立法者應考量到上開給付作為生命預防保護措施的重要性。

c)再者，國家對於因教養子女而放棄工作收入之父母的一方，應設法使其在撫養法上所遭受的不利，獲得適當的平衡。就此本院贊同一九九二年七月七日(本院)第一庭判決所爲的闡述-1 BvL51/86, 50/87 und 1 BvR 873/90, 761/91 (Umdruck S. 55 f.-BVerfGE 87,1 ff.)。

d)最後，保護委託亦課予國家義務，應在一般通念下維持並活絡未出生胎兒在法律上的保護請求權。因此，聯邦及各邦的國家機關必須明白揭示追求保護生命的目標，此尤應表現在學校的教學計劃中。負責宣導醫療衛生問題、家庭諮詢或性宣導的公共機構，必須強化一般人對未出生生命保護的意念；特別應注意孕婦及家庭扶助法第一條項第一條所規定的宣導。公法上及私營的廣播電視在行使其廣播電視自由時(基本法第五條第一項)，對於人性尊嚴的保護負有義務(關於私營廣播電視，請參見一九九一年八月三十一日所定全德廣播電視國家條約第一條項第二十三條第一項第一句及第二句規定)；因此，廣播電視的節目亦應擔負保護未出生生命的任務。

4.依2.及3.所述，國家為履行其對未出生生命的保護義務，必須採取規範上及事實上的充足措施，以便——在顧及相對法益之下——達成適當且有效的保護，就此必需進一步發展出結合預防性及抑制性保護要素的保護構想。此種構想的擬定與規範上的實踐，乃屬立法者的任務。基於現行憲法的要求，除開憲法上無疑義的例外構成要件，立法者非得任意將墮胎視為不違法，亦即予以容許。不過，立法者仍可依據尚未詳定的標準，決定如何使墮胎的原則性禁止在不同的法秩序領域中發揮(規範)作用。總體而言，保護構想的形成須足以發揮其必要作用，而非在法律上改以——在時間上有所界定的——開放墮胎，或以此發揮其作用。立法者須以經得起憲法考驗的評估，作為形成保護構想內容的選擇基礎，以滿足不足禁止(原則)對保護未出生生命的要求。立法者在作成決定之時，若同時根據對事實發展的預測，特別是以法律規定的效果評估為基礎，則此等預測仍須值得信賴；聯邦憲法法院僅依以下標準審查此等決定是否適當(vertretbar)。

a)立法者——如本件情形——在憲法上即使有義務採取有效且充分的保護法益措施，但其仍享有評估、評價及形成自由空間。此一自由空間的範圍視各種不同要素而定，特別是系爭事務範圍的特性，構成——有關規範的未來發展與成效——可靠判斷的各種可能性，以及

所涉及法益的重要性(vgl. BVerfGE 50, 290[332 f.]; 76, 1[51 f.]; 77, 170[214 f.])。由此是否可以導出在憲法審查上兩種不同的控制標準(vgl. BVerfGE 50, 290[333])，於此並無討論的必要；按憲法審查無論如何均包含立法者是否充分考量上述要素，並「以適當的方式」(in vertretbarer Weise)處理其所擁有的評估自由空間。本庭在一九八七年十月二十九日的裁定中(vgl. BVerfGE 77, 170 [214 f.])，對於因國家不作爲而提出憲法訴願是否程序合法所作的闡述，不能被曲解爲：舉凡「非完全不妥當或非全然不可能達成的」措施，即已滿足國家對人類生命保護義務的履行。

b)憲法法院在審查立法者對新保護構想有效性所作評估是否適當時，不容忽略的是，立法者係在履行憲法所賦予保護未出生人類生命的義務。於此所涉及的胎兒與婦女的法益，具有高度的憲法位階。因而在判斷保護未出生生命的法律規範時，除應取決於構成規範客體事物領域的特性外，同時要考量到在發生衝突時，懷孕婦女若決意墮胎，則胎兒將遭到殺害的事實。其次具重要意義的是，在懷孕初期通常只有母親知悉此事，故從各方面看來，胎兒都是由母親予以保護，從而胎兒的存活亦繫於母體的保護。因此，國家是處在無法確知胎兒生命是否存在的情況下，擔負保護胎兒生命的任務。由此不難理解，爲什麼到目前爲止以刑法規範墮胎，甚少會

有令人振奮的經驗。最後，值得重視的是，對立法者而言，當其決定作成一項新的基本規定時，其精確判斷該規定成效的可能性，在本質上是相當有限的。是以，在援引外國經驗時，由於可資比較的事實情狀未必可靠，因此，也只能有條件地加以援用。於此情況下，立法者必須運用可資取得、且可以對構想保護作用作必要可靠預測的重要資料，審慎判斷其立法評估是否站得住腳。

II.（立法者另類的保護措施）

依前所述，在憲法上，立法者對於未出生生命的保護，原則上非不得改採另類保護構想，於懷胎初期發生懷孕衝突時，將保護重點置於對懷孕婦女的諮詢，藉以爭取婦女同意分娩，同時基於諮詢之必要開放性與有效性的考量，放棄指標規定的刑罰威嚇，並不再由第三人確認指標規定要件的存否。

孕婦及家庭扶助法的立法者，即基於適當的評估，採取另類保護構想。

1.與墮胎問題具有關連性的新規定，係源自統一條約第三十一條第四項。該項規定對全德立法者賦予任務，「至遲應於一九九二年十二月三十一日制定新的規範，使出生前的生命受到保護，並透過法律確保婦女的請求權，特別是請求諮詢與社會救助的權利，俾對懷孕婦女所面臨的衝突情狀作合乎憲法的解決，且比德國兩部分當前的情形更好。」就此主要有兩個途徑。一是鑑

於一九七五年二月二十五日聯邦憲法法院判決之後 (BVerfGE 39, 1 ff.) 實施指標規定的經驗——其憲法上的問題參見在 2BvF2/90 程序中所提出的聲請——，立法者可以透過較明確、且必然較為狹窄的指標構成要件，取代舊有解決方式，並對指標事實的確認設定較為嚴格的要求。另外一個途徑，則是考慮採取諮詢規定。就此全德的立法者可以表示，諮詢規定比較能夠把目前一方面以期限規定、他方面以指標規定為特徵的德國各個法秩序，與在此不同方式下所形成的國民法律意識相互整合。

2. 立法者在發展一項新的保護構想時，不僅可以且必須對目前法律實務經驗進行評價，並針對此項經驗形成其保護構想。儘管刑法上對於未出生生命的廣泛保護，在規範層面上有不同的形式——如一八七一年刑法第二一八條的嚴格禁止墮胎規定，或是自一九七六年起的各類指標規定——，但皆無法防堵墮胎曾經是且仍然是一種群體現象。問題的關鍵並非在於，早期或一九七六年以後墮胎數目評估的高低，是否會顯示出比較可靠與較為貼近事實的現象；蓋即使是較低的估算，仍然會使立法者感到不安。而高額墮胎數的原因，亦無法以適用或處理各種刑法規定所遭遇的偵查上或其他困難，或是藉口缺乏真正執行意願來加以解釋。如果墮胎可以確定是一種持續性的現象，則更有理由去探究其原由，並

設法解決其中所顯露出來的問題。

立法者根據此項分析作成評估，認為現行刑法規定的內容，在發生懷孕衝突時，適足以阻礙婦女作成分娩的決定，因為懷孕婦女往往會認為此種衝突是其個人的體驗，故拒絕第三人的判斷與評價，此項立法評估在憲法上並無可議之處。在達到期待不可能的程度之前，何者是屬於足以影響婦女生產的重要事項，不僅要依客觀要素予以判斷，還要視婦女的生理及心理狀況與特質而定。各種期待可能性的判斷標準，必須綜合考量始具意義，但其間又可能發生相互矛盾的現象，因此，要獲致一個值得信賴且可行的期待可能性判準，必須耗費大批具有經驗的專家，始有可能。但是，第三人介入婦女內在世界的程度越深，則婦女託詞、規避並轉入非法的危險就越大。在此情形下，反而會自始錯失機會，無法與婦女進行充滿理解、具專業性的諮詢，以探究其衝突的原因，並在克服此種衝突時，適時給予協助，使其不致作出不利於小孩的決定。

3.因此，當立法者為了履行其保護任務，認為在懷孕初期若要對未出生人類生命作有效保護，無論如何都必須與母親共同為之，而非與之抗衡，此種保護構想乃是一項憲法上無可質疑的立法評估。蓋唯有母親及母親所信賴的人才能在懷孕初期知曉新生命的存在，此時新生命仍然屬於母親，且完全依賴母親。此種以特殊方式

與母親相結合的胎兒，由於具有不可察覺性、無助性及依賴性，因此唯有在國家與母親合作時，才能給予胎兒較好的保護機會，此項評估自有其正當性。

另外，支持此項評估的理由尚有：當婦女得知非預期的懷孕時，其可能面臨相當特殊的存在問題。蓋在一定情況下，她必須徹底改變她的生活計畫，除了因懷孕過程所無法避免的痛苦外，她將面臨各種廣泛且長期的作為及照顧義務，甚至還會有額外的生命風險。特別是懷孕初期的婦女大多尚未作好當母親的心理準備，且未如懷孕後期感受到其與成長中生命的緊密關係。刑罰在此情況下的威嚇作用甚為微小，從而越有需要以法律的預防措施協助婦女解決其衝突問題，以便婦女能夠善盡其產出生命的責任。準此以言，基於懷孕初期婦女與胎兒的特殊關係，固然有理由在兼顧刑法制裁手段之下，採取特殊的保護措施；但是此種特殊情況——如前所述——尚不能導致婦女的基本權利地位凌駕未出生生命的基本權利地位。如果人性尊嚴對於未出生生命而言，亦是為其自身而存在，則不能因未出生生命年齡及成長階段的不同，或婦女是否願意讓其繼續生存，而在履行保護義務上有所差異。

4.如果國家不對婦女施以刑罰上一般威嚇，而是以個別的諮詢，訴諸其對未出生生命的責任，並提供經濟上及社會上的挹注與相關重要資訊，以設法促其不要逃

避作母親的職責，此種作法自合於婦女及將為人母者所應得到的尊重。於此立法者可以認定，由第三人審究並評價無法期待婦女生產的理由，不但沒有幫助，反而會是一種阻礙。

不過，此並非表示：在經過專業及個別的諮詢之後，唯有處在依上述憲法基準而無法期待其生產的婦女，方得墮胎，蓋如此將忽略了生活現實。在現實生活中，不論是男人或是女人，其通常會高估自己的生活觀，即使在客觀衡酌個人生活狀況後，顯示有期待可能性時，仍不會打算放棄這些生活觀。儘管如此，立法者基於上述理由(參見上述2.及3.)仍可認定，即便在懷孕初期實施指標審查，亦無法稍減婦女片面以其個人利益為決定取向；相對而言，將最後決定權交予婦女，其中所表彰對婦女責任感的尊重，若能輔以對憲法上合法與非法界限的提醒性指引，將具有呼籲功能(Appellfunktion)，且足以強化婦女對未出生生命的責任。可供立法者考量的是，比起由第三人就所告知的理由——或多或少的詳盡——進行審查並評價，再據以確定墮胎為指標規定所容許，而使婦女的部分責任受到剝奪，相較之下，受到上述期待的婦女，較能直接且強烈地感受到責任感，從而較有勇於任事的動因。

5.如果立法者將墮胎的最後決定權交給那些接受諮詢的婦女，並容許其在一定情形下得要求醫師施行墮

胎，則立法者可以適當地期待，懷孕婦女在遇有衝突情況時，會接受諮詢並告知其所遭遇的情狀。

a)指標的確認，即使未與諮詢相結合，而是在諮詢之後，且在人員及制度上均與諮詢相分離，則此種指標確認亦會對諮詢制度產生一種不利的預先效果，並對諮詢的效果造成重大影響，因為婦女在接受諮詢時，會針對將確認的指標事實，從而使懷孕衝突的開放討論受到妨礙，對於此情形立法者尤可舉出諮詢實務的經驗，

b)不過，前項考量僅適用於一般的急迫狀況指標規定。按此種急迫情形通常是多樣且具有多種面向，同時是懷孕婦女個人領域因素的產物。此種狀況在指標確認程序中，為第三人所要確認與評價的標的，同樣地，此種狀況在一個——為保護生命的——衝突諮詢中亦應予以發掘，並討論之。顯然地，在處理此種衝突問題時，若必須由第三人進行評價，則可能會阻礙婦女毫無顧慮的合作。反之，於醫學上、優生學上或犯罪學上的指標情形，則有不同。如果經醫師確認，繼續懷孕將會使婦女的健康遭遇重大危險，或對胎兒存有重大傷害的顯著危險，或者當婦女是犯罪行為的被害人時，則顯然構成急迫情況。前開客觀事實對於諮詢的主題與功能有所改變，致使婦女沒有必要去規避指標確認或接受非開放性的諮詢。

c)在懷孕初期採取墮胎諮詢規則，是否會比現有規

範較能發揮保護未出生生命的功能，在學術上及法政策上素有爭議，迄今尚無定論。一般對於現行指標規則在實務運作上未能提供足以防制墮胎的保護，固然存有一致的見解，但是指標確認的必要性是否會減低懷孕諮詢的保護作用，在學說及諮詢實務上則有不同的看法。雖有前述反對維持指標規則的理由，但此種不確定性原則上還不致影響立法者採行諮詢規則；但是，立法者必須隨時注意新保護構想的效用（注意及改善義務）（Beobachtungs und Nachbesserungspflicht）。

III.（諮詢構想的保護作用）

立法者在履行其保護義務時，如改採諮詢構想，則其所代表的意義是，對於未出生生命的保護，主要是一——預防性地——透過對想要墮胎的婦女施以諮詢性的影響，來達到保護的作用。此項諮詢構想旨在強化婦女的責任感，——在不影響家庭、其他社會領域及醫師的責任之下（參見下述 V. 及 VI.）——由婦女對於是否墮胎作成事實上的最終決定，並且必須對此負責（最終責任）（Letztverantwortung）。於此需要一些周邊條件，以作為婦女作有利於未出生生命決定的積極條件。唯有如此，才能在放棄指標確認作為墮胎要件的同时，以諮詢構想達到保護未出生生命的效果(1.)。不過，婦女在懷孕最初十二週經諮詢後請求醫師施行墮胎者，若不具指標要件，則不得宣告其為合法（不違法）(2.)。此外，如

果基於諮詢構想的有效性而必須有一定例外情形者，立法者毋需將原則性禁止墮胎所產生的要求擴及所有領域(3.)。

1.a)屬於諮詢構想的必要週邊條件，首先，諮詢必須是婦女的一項義務，其重點則在於鼓勵婦女分娩。基於此項目的，在諮詢的內容、實施及組織上，必須使婦女足以取得必要的意見與資訊，以便負責地決定是否繼續懷胎或墮胎(詳請參見下述IV.)。

b)其次，諮詢構想必須將懷孕衝突中足以——積極地或消極地——影響婦女意志的人員，予以納入，特別是受懷孕婦女要求施行墮胎的醫師。除開婦女與受其徵詢意見的人，通常只有預定施行墮胎的醫師知悉胎兒的存在，而該醫師依其醫師的職業信念，本即負有保護該胎兒的職責(參見下述V.)。此外，懷孕婦女的家庭及其他社會領域的人員，亦應納入諮詢制度的設計之中，誠如諮詢人員與醫師的報告，以及學術上的調查所顯示，此等人員通常——不少是以犯罪的方式——會對婦女作不利於小孩的影響(參見下述VI.)。

c)依D. II 5.a)及b)所述理由，諮詢規則不得將一般急迫情況指標規定為合法化事由，蓋此種規定與諮詢的構想有所牴觸。按諮詢規定旨在達到有效的保護，為了使婦女願意接受諮詢，故規定婦女不必陳述其合法化的急迫情況，並接受此項事由的確認，從而諮詢規則無法

對一般急迫情況指標的合法可能性，有所預斷，自屬當然。諮詢規則對於社會急迫情況是否存在的確認，必須全然且毫無例外地不加規定，才能使婦女願意接受諮詢，而不會因希望其決定被評斷為合法——且可能會得到有利的法律效果——而漠視諮詢。因此，諮詢規則是希望婦女即使不難證明其所遭遇的具體急迫情況，仍然放棄以合法墮胎來解除其個人的負擔。

基於婦女的基本權利地位，並非必須以一般急迫情況指標作為合法化事由；其他的方式亦可符合此等地位（參見D. III.3.）。但是，在採行諮詢規則時，若要放棄急迫情況指標規則，亦不能失去分娩義務及其界限的取向。即使在具體的懷孕衝突情況中，以保護未出生人類生命為中心的規範取向並不因此而喪失；未出生人類生命法益的憲法位階，仍須普遍存在於當前一般法律意識之中（所謂積極的一般預防）。因此，諮詢規則亦須在憲法之下的法秩序中清楚地表明，即使婦女因分娩而受有負擔，且其程度——相較於醫學上及優生學上的指標（新刑法第二一八a條第二項及第三項）——是如此地重大與特殊，以致逾越可期待的犧牲界限，墮胎仍只有在例外情形下方屬合法。此種取向旨在提供負責行事的婦女足以判斷其行為的基礎，此同時是諮詢規則委諸婦女負責任的核心所在；準此以言，從諮詢規則的採行不能導引出墮胎的合法化（參見D. III.2.b) aa)）。

d)最後，諮詢規則主要是以預防性保護為重點，因此，對於母親及小孩提供社會協助必須——包括事實上——齊備，以便除去或減輕遭受具體的排擠與社會急迫，支持父母作出有利於小孩的決定，並鼓勵婦女生產。

2.與諮詢構想相結合的目標是，在懷孕最初十二週內，於接受諮詢後、經懷孕婦女請求——無需作指標的確認——而由醫師所施行的墮胎，不以刑罰處罰之，此項目標的達成，立法者僅能將此種墮胎行為從刑法第二一八條的構成要件中除去；而不能宣告其為合法(不違法)。

a)依照憲法的意旨，墮胎若僅能在特定例外情形下方為容許，則墮胎自不能基於其他較廣泛的要件而在刑法中予以許可。法秩序必須肯認並彰明憲法禁止墮胎的意旨，此尤屬刑法的功能所在，蓋刑法旨在保護特殊位階及處於特別危險狀態的法益，從而最能彰顯一般對合法與不法的意識。如果刑法定有一項合法化事由，則其必然在一般的法律意識中被理解為：合法化事由中所指稱的行為是被容許的。而在其他法秩序的部分領域中，有關合法與不法的各種規定可能會假定：未出生生命的保護因刑法的合法化事由而遭解除，此種結果將與憲法上保護義務有所不符。在與基礎法益保護有關的問題上，刑法的合法化事由對於整體法秩序具有穿透力

(Durchschlagskraft)，其效力不容僅侷限在刑法的領域之中。因此，合法化事由的構成要件必須限定在憲法禁止墮胎所容許的例外，唯有如此，墮胎始能在刑法中被宣告為合法。反之，墮胎如在一定條件下被排除於構成要件之外，則僅意味墮胎不以刑罰處罰之。至於立法者是否要在其他法秩序中將墮胎視為合法或違法，則可暫置不論 (vgl. Lenckner, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 24. Aufl., 1991, Vorbem. Zu §§ 13 ff. Rdnr. 18; Eser/Burkhardt, Strafrecht I, 4. Aufl., 1992, Nr. 9 Rdnr. 41)，亦即在其他法秩序領域中，仍可將墮胎違法當作規範基礎，而為獨立的規定。不過，其他法律領域若未作如是規定，則阻卻刑法構成要件的效果，將無異於合法化事由，從而無法滿足保護義務的最低要求。

若謂阻卻構成要件(Tatbestandsausschluß)可以保留其他法律領域合乎保護最低要求的可能性，則在刑法中增訂合法化事由，無異犧牲了憲法上原則禁止墮胎的意旨。就此而言，立法的自由形成空間應受有限制。

b)例外的構成要件若要具有合法化效力，則其要件的存在必須得予確認，此項確認可由法院或第三人為之，該第三人須為國家基於義務人地位所得加以信賴者，而且其決定不能免除任何國家(機關)的審查，如此方符合法治國家不可或缺的原則。如果立法者在現行一

般急迫情況規定下選擇諮詢的保護構想，但因諮詢效果受到指標確認的影響，而無法容任此種指標規定的存在，則立法者必須放棄將墮胎宣告為合法。

aa)無論是在保護構想中有意放棄指標規定，或是基於母親與小孩在懷孕期間的特殊連結關係，均不能偏離上開原則。或有認為一般急迫情況的指標要件無法確認，故主張若要以一般急迫情況作為合法化事由，尚須配合其他標準，此項看法固非無見。不過，即使存有此種困難度(參見上述 II.2.)，指標確認在事實上及法律上並非完全不可能。尤其在涉及主觀的情境部分，指標確認與其他諸如人格的確認、意志力及心理狀態的確認，並無不同，其若涉及對侵害基礎法益的制裁或對基礎法益的維護，則此等確認均屬法治國家所要求與關涉的課題(參見如刑法第四十六條以下，第五十六條以下，第六十三條以下及第七十條)。

當然，在不少的情形中，容有必要闡明婦女的高度屬人性關係與情狀。不過，在涉及是否允許殺害胎兒生命的問題上，胎兒係相對於婦女而受到保護，於此情形下，婦女自不得主張自己的權利。指標的確認若只是在事實上需要大費周章，則此點尚不足以構成捨棄此種確認、而要代之以婦女「自我指標」(Selbstindikation)的理由。儘管諮詢規則將是否生小孩交給婦女決定，並藉由諮詢的程序，給與婦女必要的規範取向與鼓勵，不

過，此項構想仍與基本法的法治國家秩序不相符合，蓋陷於生存衝突的婦女，係就是否存有無法期待其生小孩的情狀，以及墮胎是否為憲法所容許等事項，自行作成在法律上具有重要效果的決定。於此情形下，無異是由婦女就自己的事務，自行判定其合法或違法。

在法治國家中即使有「二合一」(Zweiheit in Einheit)的特殊情況，亦不容許上開情形的存在。按憲法對於仍依附在母體的胎兒給予保護，是相對於母親所作的保護。因此，母親與胎兒的特殊連結，雖有利於胎兒的保護，但亦可能帶來危險，故不能因為存有此種特殊連結，即由母親單獨決定是否存有法律容許母親殺害胎兒的要件，否則將與法律保護的最低標準，有所不合。

bb)關於急迫情況的必要證明，不能基於經驗法則或其他指標，而認為其一般地存在，同樣地，於個別情形若未經確認，則亦不能將急迫情況的指標與諮詢相互結合。

在法秩序中——特別是刑法——將涵蓋內、外在事實的綜合事實，視為法律上重要事項，事所常有。此種事實的確認，通常須透過如下方式：亦即依生活經驗推知待確認事實的存在(徵引)(Indizien)，再據以確認若干情況，例如藉由經驗法則的幫助，由特定外在事件推知內在事實。以此方式，急迫情況指標合法要件的整體事

實，始得確認。

根據諮詢規則的制度設計，尚不足以在諮詢程序中，藉由經驗法則確切地推知：在諮詢規則條件下所表達的墮胎意願，事實上係以一種衝突情況為基礎，且已達到無法期待婦女分娩的重大程度，從而，該墮胎行為應為憲法所容許。按諮詢構想的重心在於，諮詢具有保護受威脅法益的作用，其可以強化並助長參與者對小孩的保護意向，同時合理地假定，婦女若非遭逢衝突情狀，原則上不會輕易決定接受墮胎手術。此種諮詢構想亦足以使婦女在諮詢中受到鼓勵，並以可理解的方式獲知禁止墮胎與例外許可墮胎之間的法律界限，從而促使婦女努力作出有責任的判斷與評估，並在充分理解正反意見之下，作出負責任的決定。此項評估在憲法上尚無可非議之處。不過，如果立法者尚且認為會有一種經驗法則：透過諮詢與醫師的對話，通常可以使因不預期懷孕而處在衝突情境的婦女，只有在無期待可能的急迫情況確實存在時，才會接受造成身心負擔的墮胎，則此種評估顯有失允當。蓋對於一個——其理由如往常——無論如何都不想要小孩的婦女而言，其唯一的途徑就是墮胎。此種情形——如果墮胎是由醫師在懷孕最初十二週內施行者——縱使對婦女會造成心理上不容忽視的後遺症，但其負擔顯然會比足月懷胎、生產及教養孩子要來得輕。因此，經驗顯示，非預期懷孕的婦女通常會尋求

墮胎；這點可以從墮胎的數目仍然高居不下獲得證實。反之，則無經驗法則可以證明，婦女只有在因重大原因而無法生產的例外情況下，才會決定接受墮胎。

如果立法者認為：依通常的觀察方式，凡是經過諮詢與醫師談話的墮胎要求，無論如何均屬負責且是由法律所操控的決定，因此可以取代第三人在個別情形所作的指標確認，則立法者尚未能滿足對所有胎兒應享有法律保護的最低要求。所謂最低要求者——如前所述——，乃唯有在具體情形中對於婦女例外存有不可期待的要件時，始容許殺害個別生命。因此，若依照立法者的評估，婦女只會在存有某種合法的例外情況下，才會施行墮胎，是不符合上開要求的。

cc)諮詢規則的保護作用，並非在於使婦女經過諮詢後所表達的墮胎意願獲得合法化。蓋婦女是否確信在經過諮詢後，其所作的墮胎決定為法秩序所明白容許，並非諮詢制度有效性的前提要件。如果法秩序允許任何經過諮詢的墮胎，反而會破壞以保護胎兒為目標的諮詢制度。換言之，如果婦女在諮詢後所作成的墮胎決定，均可獲得法律上的承認，則諮詢將無法強化婦女的責任感。

當期待不可能的例外情況無法確認時，若仍將墮胎評價為合法，將會削弱法律上對未出生人類生命的保護，蓋墮胎的原則性禁止，原可經由法律意識的維持達

到保護未出生人類生命的效果(積極的一般預防)，而此種法律意識將因相互矛盾的法律評價而趨於不穩定。此種矛盾之所以會存在，乃因懷孕婦女在接受諮詢時獲得一種法律取向：墮胎只有在指標存在時始被允許，但在諮詢後作成墮胎決定時，儘管未經確認指標的存在，卻仍被視為合法，亦即被允許。因此，立法者在諮詢規則的框架之下，若要使婦女——經過諮詢之後——在懷孕的初期接受醫師墮胎而不受刑事處罰，則只能透過排除構成要件的方式，方不生憲法上的疑義。由於此種墮胎被排除於構成要件之外，則刑法的規定已不再含有墮胎在整個懷孕過程中原則上均屬禁止的意旨，因此，立法者必須設法使此項原則性禁止的意旨，在其他法律秩序中，透過適當的方式予以表達出來(參見上述D. III.1.c))。

3.將墮胎從刑法構成要件中予以抽離，——如前所述——可以預留空間，使其他法秩序領域仍可針對不具合法化事由的墮胎行為，表彰原則禁止墮胎的意旨。惟基於諮詢構想的特殊性，於此必須對於經過諮詢的墮胎行為提供若干條件，以免影響婦女接受保護生命諮詢、陳述其衝突狀況並勇於參與衝突解決的意願。是以，法律狀態的整體設計，並不是要促使婦女拒絕接受諮詢，而轉向違法行為。除了將墮胎從刑法構成要件中予以抽離外，尚應確保由第三人所為有利於胎兒的緊急救助，

不會影響婦女或醫師的行爲。婦女必須在一個有效私法契約的範圍內，接受醫師所施行的墮胎手術(參見下述V.6)。同時婦女應受保護，避免必須向其他人告知墮胎的事實及其原因，因而影響到她的人格權(參見下述E.V.3.b)及4.b))。爲了促使此等條件成就，應使雖不具合法事由、但經過諮詢的墮胎，在各該相關法律領域中有被視作合法的可能性。

上開情形均爲未出生人類生命的保護義務所容許。爲了使充分保護生命的保護構想發揮其作用，而有允許特定例外情形的必要時，立法者毋需將原則禁止墮胎的意旨延伸到任何觀點上。如果禁止墮胎的效果——參酌其他有意義的保護措施——僅在某特定法律領域受到限制，但在其他領域仍有其效用，則基於原則禁止墮胎所塑造並建立的一般法律意識，其保護作用將不會因此而喪失。

儘管禁止墮胎的效果受到限制，但仍可符合原則禁止墮胎的要求。在諮詢規則範圍內所施行的墮胎行爲，其法律效果必須在實現保護措施所不可或缺的範圍內，方能與合法化的墮胎等同視之。此種對禁止墮胎效果的限縮，亦僅在個別法律關係中有其必要。其次，以行爲合法性爲前提要件的法律效果，不得與此種墮胎行爲相連結。再者，憲法上將此種墮胎評價爲非合法，應構成契約法的基準，此種評價亦屬醫師、醫護人員及社會工

作人員養成教育的準則。總體而言，基於保護義務而將墮胎原則上視為不法的憲法要求，應在解釋及適用法律時，特別是概括條款，受到關注，從而除基於保護構想所必要者外，不能將合法化與非合法化的墮胎等同對待。

4.綜上所述，在諮詢規則之下，經過諮詢而施行墮胎的婦女，乃從事一項法秩序所不允許的行為。諮詢構想既無法承認婦女具有一般急迫情況的合法化事由，並予確認，但同時又不會抵觸此項構想的基礎保護理念。諮詢規則可以期待婦女受到保護，但又不會讓婦女被貶低為保護理念的單純客體。諮詢構想將婦女當作一個行為人而嚴肅看待，此項構想嘗試將婦女看作保護胎兒的夥伴，從而期待其負責地參與。此外，為顧及婦女的法律地位，諮詢構想尚提供若干條件(參見上述3.)，去除法律上的不利情形，以避免婦女拒絕接受諮詢與醫師談話。除了此等條件情形外，仍須彰顯原則禁止墮胎的意旨。換言之，在諮詢規則之下的墮胎行為，並非可以享受所有法律領域給與合法墮胎的法律上利益。

IV. (實施諮詢的憲法要求)

如果立法者決定採行諮詢構想，則基於對未出生人類生命的保護義務，立法者對於諮詢程序的規範形成，仍受有拘束(參見上述III.1.a))。按諮詢構想係將保護的重點放在諮詢的預防性保護上，故諮詢程序對於生命保

護具有核心的重要性。因此，立法者在確立諮詢的內容(1.)，諮詢的實施規則(2.)及諮詢的組織，包括參與諮詢人員的選擇(3.)等方面，均受到不足禁止(原則)的拘束，而須作成有效且充足的規範，藉以促使有意墮胎的婦女將她們的小孩生出來。唯有如此，立法者對於諮詢足以有效保護生命的評估，始為允當。

1.在諮詢內容的確定方面，立法者所得憑藉的基礎是，唯有當諮詢的進行不預設結果(ergebnisoffen)，才會有真正保護未出生人類生命的機會。為了使諮詢發揮功能，諮詢程序的架構取向，必須能促使婦女參與尋求問題的解決。因此，如不強令婦女必須具備對話及參與的意願，或者免除婦女在諮詢談話中的人別辨識義務，均無不可。

懷孕衝突的諮詢，必須以保護胎兒生命為目標取向。單純資訊性的諮詢，若未涵納具體的懷孕衝突，而只是將懷孕衝突當作個別談話的話題，且未針對此種衝突提供具體的協助，則此種諮詢將使婦女陷於困境，從而喪失諮詢制度的功能。諮詢人員應致力於鼓勵婦女繼續懷胎，並開啓婦女對小孩生命的觀點。

諮詢只要是基於被諮詢者的個人自由，尊重她們的責任，且不預設結果，則此種鼓勵便不會與諮詢的效果條件有所衝突。作為一種個別溝通的過程，此種不預設立場的諮詢程序，自然無法避免諮詢人員會把若干規範

性的觀念與價值立場帶入其中；此種諮詢反而可以使一些規範性的取向與觀念，包括已經存在於被諮詢者身上的觀念，獲得討論。一般而言，發生懷孕衝突的原因多半是，雖然對值得保護的人類生命有所認識，但一方面既想要有小孩，另方面卻又擔心無法勝任教養小孩的任務，同時顧慮到個人領域中會遭遇重大衝突，或是憂慮必須放棄個人的生活觀，在此之間存有根本性的歧異。因此，發掘此種衝突並協助克服想要小孩的障礙，從而鼓勵婦女分娩的諮詢程序，並不是一種來自外部的他人決定。即使在墮胎之後，婦女亦經常會發生後續的心理問題，足證婦女的確需要此種協助。

據上所述，諮詢不僅會因為受到操縱或流於說教而歸於失敗，同時也會因為漠不關心，任諸婦女單獨面對衝突，並拒絕提供關懷的建議，而使諮詢失去作用。另外，在諮詢過程中，若僅著重懷孕婦女在諮詢談話中所陳述的利害狀況，而不去掌握所存在的衝突與矛盾，則同樣也是未能善盡諮詢的任務。換言之，一個以製造罪惡感為目的，並以此進行勸導的影響方式，無異只會妨礙婦女接受諮詢並了解其衝突的意願。

諮詢應該是鼓勵，而不是威嚇；促發理解，而不是訓導；強化婦女的責任感，而不是予以監護。凡此均屬對諮詢內容與實施人員的高度要求，對此需要相應的法律規定。

a)如果婦女對於胎兒的責任感，乃是作成良知決定的基礎，則婦女必須意識到此項責任，亦即依諮詢構想所應特別擔負的責任意識。於此，婦女必須知道，胎兒享有獨立的生命權，特別是相對於婦女本身，換言之，即使在懷孕的初期，胎兒依法仍享有特別的保護。因此，婦女必須意識到，只有在例外的情形下，墮胎才被法秩序所容許，亦即，唯有當婦女承受重大且異常的負擔，以致逾越可期待的犧牲界限時，始得墮胎。諮詢人員必須確知此點，並以受諮詢者可以理解的方式，糾正其既存的錯誤觀念。或謂單純告知對婦女未規定刑法效果的法律狀態，並無法有效達到保護作用，不過此點與上述觀點並不衝突。事實上，並無根據顯示，懷孕婦女在衝突的情況，無法一般地取得此種資訊，或者懷孕婦女遇此情況只會感覺受到國家訓導性的影響，因而避至一旁。諮詢構想的出發點是，懷孕婦女在面臨急迫及衝突情況時，能夠作出一個負責任、且尊重未出生生命利益的決定；因此，應加確認者，乃婦女在作決定時，必須考量到在此範圍內何者為法秩序所許，何者為不法，如此始能前後一貫。諮詢——在必要的範圍內——應以可以理解的方式使婦女獲知必要的評價基準。依此方式，婦女可以和任何行為人在看待自身的行為一樣，亦可以就她的行為作法律上的判斷。

b)關於如何在解決衝突時提供協助，學界已發展出

一些方法，且已經加以實踐。任何以諮詢方式對於懷孕最初十二週的胎兒提供保護之構想，皆不能放棄此等方法。因此，任何諮詢均須實施對談，並於談話中運用衝突諮詢的方法。此種諮詢的前提要件，一方面是諮詢人員必須具備相關的能力，並且能夠對每一個婦女付出足夠的時間。另方面，懷孕婦女在接受衝突諮詢之初，便要向諮詢人員陳述其考慮墮胎的主要原因，如此衝突諮詢方有可能進行。即使諮詢的特性在於不強迫懷孕婦女要有談話和參與的意願，不過，對於擔負保護生命任務的諮詢程序而言，將考慮墮胎的原因告知(諮詢人員)，仍是不可或缺的。

對於婦女作上述的要求，既不會破壞諮詢程序的結果開放性(Ergebnisoffenheit)，亦不會貶低婦女應有的責任感，蓋其關鍵之處僅在於，以諮詢來保護生命的構想，放棄由第三人根據指標要件就婦女墮胎的原因予以審查與評價，且在婦女經過諮詢後猶作成不利小孩的決定時，不加以制裁。在此種理念之下，如果諮詢的作用在於敦促婦女告知其墮胎的原因，則正好與懷孕婦女的責任感及其作成良知決定的能力，若合符節。

c)再者，在履行對未出生人類生命的保護義務時，尚須在諮詢中提供婦女社會及其他由國家所採取的扶助措施，並且在婦女運用此等扶助措施時，儘可能地給與有效的協助。同樣地，在教會或財團等第三人籌措保護

生命的方法時，亦應給予協助。唯有如此，才能使通常需要幫助的婦女們獲得這些協助，從而有助於婦女保有小孩的意志。

d)如果在諮詢程序中漏未請求接近懷孕婦女的人——特別是未出生小孩的父親與未成年孕婦的父母——來協助婦女，並且忽略了這些人在婦女作出有利或不利小孩決定時的影響力，則諮詢程序並未完全履行其應有的任務。因此，在任何諮詢中必須審酌，宜否請求胎兒的父親、近親或受(孕婦)信賴的人員參與諮詢，以及懷孕婦女對於這些人參與的意願。反之，如果懷孕婦女在接受諮詢時，自始便由其所親近的人陪同，則須審究此等人員是否對胎兒有不良影響，並且要求懷孕婦女在無人陪同時，再進行一次諮詢會談。

2. 諮詢的必要內容尚須規定其實施的規則。

a)應予規定者，乃懷孕婦女在第一次諮詢談話後，未必可以請求開立諮詢書面證明。即使諮詢程序所施加的壓力會對諮詢效果造成不良影響，（法律）仍應規定，當諮詢機構認定諮詢程序已經結束時，始能開立書面證明。於此種規定下，懷孕婦女特殊的心理狀態可以獲得充分的照應。因此，諮詢機構必須立即提供必要的諮詢時間，惟不能藉由遲延開立書面證明，而促使決定墮胎的婦女把墮胎延至十二週期限屆滿之前。

b)墮胎不得緊接在諮詢之後實施。諮詢通常不是由

懷孕婦女立即處理，而是需要一段時間。如果墮胎決定應該在有責任意識之下作成，則婦女必須還有機會和其信賴的人員商談決定(vgl. schon BVerfGE 39, 1[64])。

3.如果國家想要以諮詢程序實現其保護未出生人類生命的任務，則國家必須擔負諮詢程序進行的全部責任。國家必須確保適當的諮詢供給，而不得將諮詢工作交由私人組織，任其在無控制之下，依各該宗教觀、世界觀或政治觀點進行諮詢，並以此推卸責任。即使諮詢由非國家組織實施，則在以諮詢作為保護生命重要手段的構想範圍內，諮詢仍屬國家的任務，基於有效保護的考量，國家不得卸卻其監督的責任，由此可以導出以下原則：

a)國家僅能將諮詢工作交由如下的機構為之，亦即依其組織，及其在具拘束力行事準則與公開告示所展現對保護胎兒的基本態度，再加上其從業人員的制度，足以擔保諮詢能在憲法及法律的要求下進行，至於其屬於國家、地方自治團體或私人主體，則非所問。

b)滿足上述內涵要求的諮詢，必須由身分上及專業上有資格的人員實施，且其人力數量必須適當，以免諮詢談話在時間的壓力下進行。若遇有特別困難的諮詢情事時，則須能夠就教於具有相關必要專業知識的專家；例如在涉及優生學上指標的問題時，可以援用專科醫師及身心障礙者團體所累積的專業知識及其特殊經驗。

c)施行墮胎之人，必須排除在諮詢人員之外。又如果無法排除諮詢機構對於施行墮胎所可能具有的實質利益，則不得如以往一樣，在組織上、制度上或經濟上將諮詢機構與施行墮胎機構整合在一起，否則將會使諮詢機構無法勝任保護胎兒、鼓勵懷孕婦女生產以及與懷孕婦女貼心討論急難情況的任務。

d)國家於認可諮詢機構時，雖審核其是否合於上述的意旨，但其後若賦予該等機構享有一定的法律地位，而僅於經證實有重大且持續違反憲法上所要求及法律所定的諮詢義務時，始廢止此種法律地位，則國家並未作好諮詢組織與實施上所應盡的責任。

在諮詢理念的架構之下，諮詢機構負有一種特殊的責任。故國家必須——在法律的基礎上——定期對該等機構所取得的認可進行審核，且不得間隔過長，並應確認其是否遵守諮詢的要求；只有在此等要件之下，諮詢機構的認可才可以繼續有效存在或重新確認。

e)國家此項監督義務的前提在於，法律應創設有效監督的可能性，而其究應如何為之，乃屬立法者的事務。顯而易見的是，在諮詢結束之後，於記錄中載明其主要內涵及所提供的協助措施，乃是諮詢人員的一項義務，不過，此項記錄僅能供作對諮詢行為的事後審查，而不能用於各該墮胎的審查與評價上。在實施諮詢行為管理的諮詢機構中——此點原則上明顯可見——，類此

記錄本來就很常見。惟從此項記錄中不能推知被諮詢者或相關第三人的身分，以顧及諮詢參與人對其人格權維護的權利，同時亦可防範此等資料被用以破壞有效諮詢必要參與人之間信賴關係的危險。爲了有效監督諮詢機構，諮詢機構必須定期將其在諮詢工作上所累積的經驗，記載於報告書中，此項報告因可作爲檢驗保護構想與國家是否改善構想的基礎，故有其必要性。

V. (施行墮胎醫師的義務)

就諮詢規則的保護構想而言，醫師則是另一當事人，其對婦女——以下從醫師的觀點——負有提供建議與協助的職責。醫師不得兀自執行他人所要求的墮胎，而應對其醫師的行爲有所負責。醫師有維護健康及保護生命的義務，因此不能在毫無考慮的情形下參與墮胎行爲。

基於國家的保護義務，爲了婦女的利益，應由醫師作必要的參與，其同時須具有保護未出生生命的作用。依照職業倫理與職業法，醫師原則上即負有維護人類生命，包括未出生者的義務。國家必須確保醫師在進行醫師諮詢與決定是否施行墮胎時，能夠遵循此項保護任務。再者，當法秩序放棄將墮胎合法化事由的存否繫於個別情形的確認時，國家必須課予醫師從事保護任務的義務。

1. 首先，醫師於墮胎時所應負義務的法律規定，可

以依個別情形聯結到醫師在任何手術均應遵守的一般職業義務上。不過，醫師在診斷症狀、向病患解說並諮詢(病情)以及製作治療記錄等方面所應遵守的一般義務，必須依照諮詢構想作合於墮胎手術特性的調整。

a)醫師如要負責地決定參與墮胎手術，其前提在於醫師必須確知，依照諮詢規則的保護理念，何者為阻卻刑罰的必要條件。因此，醫師除了要審查婦女是否已接受諮詢，以及是否遵守諮詢與墮胎之間的考慮期間之外，還要確認懷孕的期間。對此醫師不能單憑婦女的陳述，而應使用必要的診斷方法——例如作超音波診斷。

再者，除了有關墮胎的純醫學觀點外，醫師尚應在其認知可能性的範圍內，探求婦女所遭遇的懷孕衝突情況。於此，醫師應聽取婦女要求墮胎的原因。此等原因——例如婦女的健康狀態——若屬醫師診斷的範圍所及，則原則上應由醫師自行判斷。至於其他原因，如果婦女的陳述——於一定情形應作相當的查明——明顯可信者，醫師通常得以之為基準。對於墮胎的若干深層原因，醫師應設法究明，特別是醫師應注意婦女在內心上是否確實願意墮胎，還是受到來自其家庭或其他社會領域——如丈夫、同居人、父母或雇主——的特別影響。果若如此，則其後續發生心理上困擾的危險可能會逐漸增大，對此醫師在諮詢與決定時應加注意，並以適當的方法向婦女闡明。此外，對於顯示墮胎無助於婦女解決

衝突的情況，醫師亦不容忽視。

b)在諮詢談話中，醫師應對婦女以適當的方式，在不加深其已有害怕與精神壓迫的情況下，告以充分的知識，並就墮胎構成殺害人類生命的話題進行對談。根據相關文獻顯示，從婦女的描述中可以得知，婦女在墮胎之前對於實際的過程常有錯誤的觀念，若有充分的知識，將不會接受墮胎。類此情形，顯示醫師未盡闡明義務。

另方面，基於對胎兒的保護義務，醫師的診斷與資訊提供必須有所限制，以防止發生出於——憲法秩序所不容許的——性別選擇而決定墮胎的危險。因此，在懷孕的初期，除了醫師或其人員之外，小孩的性別不得為他人所知悉，除非性別的告知係基於醫學上的指標確認。

c)由於負責的醫師行為在規範上係以保護未出生生命為取向，故醫師必須注意，法秩序在何種條件下將墮胎視為不違法。對此必須存有一項針對衝突狀況所作成的——法律上有義務的——醫師判斷，此項判斷可以作為醫師與婦女談話及作出決定的基礎。於此，醫師必須告訴婦女其作成決定的基本觀點。

d)依照醫師職業法上的一般原則，醫師應將其執行業務所獲得的確認與所作成的措施，作成詳細的診療記

錄(參見模範職業法第十一條第一項)。此項作成文件資料的義務(Dokumentationspflicht)，其範圍應如前所述，包括在施行墮胎時所應履行的廣泛闡明及諮詢義務，此點必須在職業法上有所規定。

e)醫師與婦女之間的談話，以及醫師本於醫事責任作成決定的必要性，並不抵觸諮詢規則的保護構想；蓋婦女並未受到壓力，從而必須將其決定墮胎的原因交由第三人審究與評價。若謂醫師應依其醫師的理解，判斷其能否勝任婦女所希望的墮胎工作，則醫師並未被要求去確認與判斷指標情況。

上開醫師的決定，與醫師的職業及其維護生命的原始任務緊密相繫。在本件言詞審理時，到場的醫師職業組織代表對此有如下相同的陳述：即使刑法並未要求醫師必須使懷孕婦女告知其墮胎的原因，不過，此項告知對於負責的醫師行為而言，是不可或缺的，同樣地，醫師與病患之間的談話是否足以讓病患確信，墮胎是基於自己的責任決定與值得尊重的理由，則亦有審究的必要。

2.a)婦女除經過諮詢外，在接受上述的醫師建議之後，如果仍然決定墮胎，則在諮詢的構想之下，將墮胎排除於刑事處罰之外(阻卻構成要件——參見上述Ⅲ.2.a))，且不以醫師是否認為墮胎合法為條件，在憲法上並無疑問。在此構想下，醫師對於得否施行墮胎在

個別情形所為的決定，並無拘束效力。

b)如果醫師認為墮胎屬於醫師所能負責者，則必須允許其參與墮胎，且不受刑法處罰。反之，如果醫師認為墮胎屬於醫師所不能負責者，則其雖然必須基於一般的職業義務而拒絕參與，不過，對於違反此種義務的處罰，在法律實務上很難執行。憲法上對於未出生生命的保護義務並不要求，此種義務的違反必須以刑法制裁之。上述(醫師)義務及其履行，若能在醫師職業法上有所規範，則應符合國家保護義務，且為履行保護義務所必要；此等規範應不受刑法規定的影響。

c)反之，得予刑法制裁且在諮詢構想範圍之內必須為之者，乃醫師要讓婦女陳述其墮胎的原因、在確認前所實施的諮詢與考慮(墮胎)的期間，同時，醫師須履行以保護生命為目的的特殊闡明與諮詢義務。此外，醫師須確認懷孕的期間以及在懷孕最初十二週內不得告知胎兒性別的義務，亦得以刑法制裁之。一個以保護功能為目標的諮詢構想，必須確保此等以醫師職業義務為基礎的醫師行為，此等醫師行為不僅可以保護婦女的利益，同時亦是保護未出生生命的重要支柱。

單憑職業法上的規範尚不足以盡到保護未出生生命的義務。現行醫師職業法上有關墮胎的規定，係準用刑法的規定。根據醫師職業組織代表在本件言詞審理程序的發言顯示，即使在過渡到諮詢的構想上，這些代表們

亦不認為職業法上的規定有補充的必要，蓋此等規定對於醫師行為的要求高過刑法。據此——至少現在——無法確認，職業法上的規範及制裁化，即使達到使未出生生命的有效保護成為絕對必要的程度，是否就會對上述醫師行為義務有所強化。

3.為了使處理婦女墮胎的醫師能夠合乎廣泛闡明及諮詢義務的要求，允宜透過醫師養成及培訓的規定，以適當的方式使醫師除了具備婦產科的專業知識外，尚能獲得判斷懷孕衝突的必要知識。

4.唯有當醫生原則上不會因拒絕施行墮胎而遭致法律上或事實上的不利，才能信賴地發揮其在諮詢規則保護理念下所應有的功能。拒絕施行墮胎——除具有醫學上指標的例外情形——的權利，亦屬醫師職業形像所形成之人格權的保障範圍(基本法第二條第一項暨第十二條第一項)。對此立法者在第五次刑法改革法第二條規定中已有所考量。基於憲法對於墮胎規則的要求，此項規定不得以契約變更之。民法第六二七條、第六二八條規定，基於醫師拒絕權之考量，得予適用。非獨立執業的醫師若概括地拒絕從事不具醫學指標的墮胎行為，原則上亦不得受有職業上的不利益；至於終止僱傭關係，亦只有在僱用人無法僱用該拒絕墮胎的醫師從事其他業務時，始得例外為之。專科醫師的養成教育不得因醫師拒絕參與上述範圍的墮胎而受影響。

5.孕婦及家庭扶助法第十五條第一款中有關第五次刑法改革法第三條第一項第一句規定，墮胎僅得在具有必要醫學後續療程(Nachbehandlung)的機構中實施。顯而易見的是，在此項規定之下，將會出現專門施行墮胎且以墮胎手術爲主的醫療機構。此種現象顯然會對醫師保護未出生人類生命任務的履行，特別是在諮詢規則的範圍之內，造成顯著的危險。因此，基於憲法保護義務的要求，立法者必須審酌以何種方式才能有效防止此種危險，並且作出適當的規範。立法者在作這項審酌時，可以參考法國的經驗，對於醫師整體業務中墮胎的數量加以限制，並實施墮胎統一費用(vgl. Eser/Koch, Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, Teil 1 Europa, 1988, S. 520 f.)。

6.基於國家對未出生生命的保護義務，依諮詢構想而不以刑罰制裁的墮胎，其醫療及住院契約在法律上並非必須視爲無效。諮詢構想所要求者，乃醫師與婦女之間的對待給付必須形成法律關係，從而此類醫療給付具有法律上原因，故民法第一三四條及第一三八條並無適用的餘地，至於契約法律效果在個別情形的判斷，則無影響。醫師及醫院僅能基於有效的契約施行墮胎，此項契約可以保障醫師及醫院的權利，特別是價金請求權，但同時也可以規範其義務，尤其是醫師對未出生生命及婦女健康所應提供的保護，需有契約法上的保障。因

此，諮詢及診治義務的不完全給付，必須發生契約法上及侵權行為法上的法律制裁效果。

然而，從憲法的觀點以言，則必須對此作區別性的觀察。關於契約的不完全給付以及對婦女身體完整性的侵害，其私法上的制裁原則上是有必要的；此點不僅牽涉返還已給付價金的義務，同時涉及損害賠償的問題，其範圍包括——在民法第八二三條及第八四七條的範圍內——婦女因墮胎失敗或生出殘疾嬰兒所生精神上負擔的衡平賠償。不過，在法律上將小孩的存在定性為損害的來源，從憲法的觀點(基本法第一條第一項)是不允許的。所有國家權力有義務尊重每一個人類為其自身而存在(參見上述 I .1.a))；此項義務禁止將對小孩的扶養義務當作是一種損害。民事法院就醫師諮詢錯誤或墮胎失敗的責任所作成的裁判(關於墮胎，參見 BGHZ 86, 240 ff., 89, 95 ff.; 95, 199 ff.; BGH, NJW 1985, S. 671 ff.; VersR 1985, S. 1068 ff.; VersR 1986, S. 1556 ff.; VersR 1988, S. 155 f.; NJW 1992, S. 1556 ff.; 關於結紮，參見 BGHZ 76, 249 ff.; 76, 259 ff.; BGH, NJW 1984, S. 2625 f.)，有待自此觀點予以審究。至於醫師對小孩因手術不善、墮胎失敗所受傷害的賠償義務，則不受影響(參見 BGHZ 58, 48 [49 ff.]; BGH, NJW 1989, S. 1538 [1539])。

VI. (防範來自孕婦周遭人員的侵害)

國家對未出生生命的保護義務，尚包括防止來自第三人的危險，特別是來自孕婦的家庭或其他社會領域人員的危險(參見上述I.2及III.1.b)。此項義務在過渡到諮詢保護構想時，愈顯其重要性，蓋此項構想旨在懷孕初期發生衝突時，著重於對婦女的諮詢，以促使其保有小孩。

1.此項保護構想的作用，尤其是要避免婦女因懷孕而受到排擠或遭受壓力，以致勉強決定墮胎。當婦女在接受諮詢後而感覺受到繼續懷孕的鼓勵時，其周遭的人員卻以更強烈的方式向婦女施加壓力，提示其墮胎的不罰性及其所擁有最後決定權，藉以促其墮胎從而喪失其自己的責任，則此種影響力適足以使諮詢失去作用。

根據諮詢實務、問卷及學術研究的報告顯示，最後會導致墮胎的懷孕衝突，其絕大部分的原因並非來自經濟—社會上的急迫情況，而是出自受干擾的夥伴關係(Partnerschaftbeziehungen)，因胎兒的父親或孕婦的父母拒絕該小孩，以及來自他們所施加的壓力(vgl. Renate Köcher, Schwangerschaftsabbruch - betroffene Frauenberichten, in: Aus Politik und Zeitgeschichte B14/90, S. 37 f.; Deutscher Caritasverband, 13. Erhebung: werdende Mütter in Not- und Konfliktsituationen, Zeitraum 1989, S. 45 ff.; Roeder/Sellschopp-Henrich, Die Rolle des Mannes bei

Schwangerschafts-konflikten, Abschlußbericht Oktober 1992)。由此顯示，婦女周遭的人員以及婦女在不預期懷孕時可以真正期待支持與幫助的人，如果拒絕提供幫助的話，——在毫無出路之前——對於婦女所可能產生的壓制作用，其程度之大，可想而知。

2.對於上開情形法秩序應加以防範：爲了使諮詢發揮作用，法秩序必須確保婦女擁有一個不受外力支配的自主的空間。因此，對於婦女懷孕同樣要擔負責任的人，例如(孩子的)父親，或者因婦女懷孕而發生特別責任的人，例如尚未成年孕婦的父母，這些(孕婦)家庭領域的人員皆應納入保護構想之中。此外，(孕婦)其他社會領域的人員，例如(房屋)出租人或僱用人，亦應考慮在內。

a)因此，若僅呼籲這些人員應有責任意識，不足以符合以保護未出生生命爲目標的諮詢構想，故尚須透過法律規範的制定或現有法律規定的適用，設定若干條件，以使(孕婦)家庭及其他社會領域的責任能夠合乎要求(參見上述I.3.a)。

b)此外，不可或缺的是，對於(孕婦)家庭領域的人員，於一定範圍內，以刑法作爲行爲要求或禁止，此種規範的重點一方面在於，婦女的相關人員不得以不法方法怠於提供婦女懷孕時所需要的合理協助；另一方面則是，這些人員不得催迫婦女墮胎。此等行爲的可罰性，

得以發生墮胎結果為條件，並與一九六二年刑法改革草案第二〇一條所考量的觀點相結合(vgl. BRDrucks. 200/62. S. 45)。

另外，可資考量的問題是，如果其他社會領域的人員催迫婦女墮胎，或以不法方式使知悉懷孕的婦女陷於可能導致墮胎的急迫情況，則其他類似制裁規定是否應及於此等人員身上。

E. (系爭規定的違憲性)

若依上開基準審查孕婦及家庭扶助法的系爭規定，則可以得出如下結論，該法對於墮孕最初十二週改採諮詢構想，此項構想本身雖屬合法，但並未合乎基本法第一條第一項暨第二條第二項第一句所要求有效保護未出生生命的義務。反之，對於各該規定所作(立法)權限上的質疑，則僅在(新)第五次刑法改革法第四條規定方面，部分有理由。

I. (新刑法第二一八 a 條第一項的違憲性)

根據新刑法第二一八a條第一項規定，在懷孕最初十二週之內，依新刑法第二一九條規定接受諮詢後，經懷孕婦女要求而由醫師施行的墮胎「不違法」(nicht-rechtswidrig)，此項規定與對未出生人類生命的保護義務(基本法第一條第一項暨第二條第二項第一句)不相符合，因而無效。

1.上開條文規定一項合法化事由，其與新刑法第二一八a條第二項及第三項所定合法化事由(醫學上及優生學上的指標)效力相同。誠如「保護未出生生命」特別委員會的審查所示，此為立法者的意圖(vgl .die Äußerungen der Abgeordneten Baum und Pflüger im Protokoll der 17.Sitzung des Sonderausschusses, S. 11, 12)。由於在保護基礎法益的領域中，刑法的合法化事由在整個法秩序具有穿透力(Durchschlagskraft)，因此該項合法化事由的效力並非僅限於可罰性的排除(參見上述D.III.2.a))。

2.新刑法第二一八a條第一項若屬墮胎的一般性合法化事由，則其要件的内容並不符合憲法的要求(參見上述D.I.2.c) bb))。唯有一個——可資確定的——詳細構成要件規定急迫情況的存在，且該急迫情況——與醫學上、優生學上或犯罪學上的指標相比——程度重大，以致無法期待懷孕婦女生產時，始得考慮將墮胎合法化。不過，新刑法第二一八a條第一項所規定的急迫情況要件，則非如此。

新刑法第二一八a條第一項的構成要件，並未以上述期待可能性為要件(其僅規定)：自懷孕起不得超過十二週；墮胎必須由醫師為之；須經懷孕婦女向醫師請求；懷孕婦女必須以書面證明其至少在手術三日前，依刑法第二一九條規定接受諮詢。新刑法第二一八a條第

一項第一款援引同法第二一九條的標題(「孕婦在急迫及衝突情況下的諮詢」)，其固然顯示該法係以急迫及衝突情況的存在為出發點；但對於衝突情況的內容則未有詳細的界定；特別是此項合法化事由並未繫於該事由的確認。

作為新刑法第二一八a條第一項規範基礎的諮詢構想，依前述憲法的基準，並不能導致墮胎的合法化(參見D.I.2.c) III.2.)。在諮詢構想的範圍內，如果為了使保護構想發揮其功能，而有作例外規定之必要者，亦僅能在特定的法秩序領域，基於一定條件，限制原則禁止墮胎的法律效果；特別是在刑法領域，依諮詢構想所施行的墮胎，得透過構成要件的阻卻，以免除刑法的制裁。

3.對於新刑法第二一八a條第一項規定，無法予以合憲解釋(verfassungskonforme Auslegung)，使其具有阻卻構成要件的意義，而如同——至少在文義上——議員Wettig-Danielmeier、Würfel及其他議員所提草案中(BTDrucks.12/2605(neu))，最初在新刑法第二一八a條第五項所規定的內容。該條文的文義、規範體系及由立法者所欲追求的目標，均無法作此種合憲解釋。誠如直接參與新刑法第二一八a條第一項條文制定的聯邦眾議員於本件言詞審理時的陳述，立法者無意將此項規定侷限於單純阻卻刑法禁止之上，而欲使其具有刑法以外的

效果——特別是著眼社會法典第五篇第二十四b條——。因此，新刑法第二一八a條第一項承接刑法以外法條的相應規定，如有「不違法墮胎」的情形，給予法律上的優惠(參見民法第六一六條第二項第三句、薪資繼續支付法(LFZG)第一條第二項、營業法(GewO)第一三三c條第四句、社會法典第五篇第二十四b條、聯邦社會救助法第三十七a條)。在議決的法律條文中所含有的文句「不違法」——與新刑法第二一八a條第二項及第三項的指標要件並無不同——僅能解釋為一般的合法化事由。

4.此外，由於新刑法第二一八a條第一項係以同法第二一九條的諮詢為前提要件，而第二一九條規定並不符合憲法的要求(參見下述II.)，則新刑法第二一八a條第一項規定亦與基本法第一條第一項暨第二條第二項第一句不符，因而無效。

II. (新刑法第二一九條的違憲性)

新刑法第二一九條規定不符合憲法對保護未出生人類生命的要求(基本法第一條第一項，第二條第二項第一句)；故該規定與基本法不符而無效。

在該法所據以為基礎的保護構想範圍內，諮詢具有核心的重要性。立法者必須將諮詢當作是國家任務而加以形成，使國家能夠對諮詢的實施負完全的責任(參見上述D.IV.3.)。於此，立法者應就諮詢任務的目標與內

容，以及應遵循的程序，予以規範，使符合從憲法所發展出來的原則(參見上述D.IV.1.及2.)。就諮詢中所要保護的法益位階，以及懷孕婦女在考慮墮胎而尋求諮詢時所遭遇的高度危險，立法者必須將諮詢的任務與實施予以明確規定，且以一般可理解的方式加以規範，使該法律無待特別的闡明即可予以適用。

1.關於孕婦在急迫及衝突情況下的諮詢規定(新刑法第二一九條)，並未針對諮詢機構的組織與監督，賦予國家充分的權限與義務，而使基於保護構想而以保護生命為目標的必要諮詢，獲得確保，故此項規定在憲法上有所不足；在此規定的基礎之下，國家無法擔負諮詢機構供給的責任，讓人期待其可以依照諮詢的目標與內容，發揮合乎保護構想的作用。

a)在組織方面，新刑法第二一九條第二項規定，諮詢必須透過依法律所認可的諮詢機構為之，而且將施行墮胎的醫師排除於諮詢人員之列。

aa)上開規定未能確保，國家僅將婦女在急迫及衝突情況的諮詢任務交給如下的諮詢機構，亦即該機構的組織、對保護未出生生命的基本態度及其從業人員，足以實施符合憲法及法律上要求的諮詢(上述D.IV.3.a))。上開規定亦未保證，只有具備充分人事設施的諮詢機關，始能被國家所認可，避免諮詢的談話在時間的壓力下進行(參見上述D.IV.3.b))。最後，上開規定缺乏充分

的預防措施，以避免在組織或經濟利益上結合墮胎手術的諮詢機構，受到國家的認可，亦即，諮詢機構在施行墮胎上的實質利益，並未被排除(參見上述D.IV.3.c))。此等法律漏洞無法援引有關闡明、避孕、家庭計劃及諮詢的法律規定(孕婦及家庭扶助法第一條)予以填補。按該法第三條第三項對於認可的實質要件僅規定，諮詢機構應擁有足夠的合格人員，必要時得延請特定專家，並與可以提供母親及小孩協助且有能力從事該法第二條所定——主要是資訊提供——諮詢的機關合作。由是可知，該法對認可一般諮詢機構所規定的實質要件，至少在確保以保護生命為目的的諮詢，使衝突的處理旨在鼓勵婦女繼續懷胎上，明顯落後憲法對於新刑法第二一九條所定諮詢機構的應有要求。在此觀點下，亦無法自孕婦及家庭扶助法第四條導出任何結論；該條雖就諮詢的容量確保設有委託規定，但未對個別諮詢機構的認可要件有所規定。

bb)另由於新刑法第二一九條第二項第一句並未表明，其中所規定「基於法律」的認可必須與上述所要求的諮詢方式有關，故上開規定關於衝突諮詢的組織部分有所疏漏：蓋國家應將諮詢當作一項任務，經由國家的認可，將其交給合乎上開諮詢要件的機構為之，並且在機構未能符合要件時，透過認可的撤銷，以剝奪其從事此項任務(參見上述D.IV.3.d))。惟在有關闡明、避孕、

家庭計劃及諮詢的法律中(孕婦及家庭扶助法第一條)並未有此規定。該法第三條第二項所規定的認可，係由行政機關、公法上社團、營造物或財團所核發，此項規定係與舊刑法第二一八b條第二項相結合。與目前的規定一樣，其旨在提供多元的認可諮詢機構(vgl. BTDrucks. 12/551 und 12/2605(neu), jeweils Begründung zu Art.1 § 3)；至於認可的詳細規定，則與現行規定相同，係交由邦法定之(vgl. zum bisherigen Recht Dreher/Tröndle, 46. Aufl. Rndr. 5 zu §218b StGB a.F.)。在舊刑法第二一八b條的適用期間，各邦的規定亦是：公法上社團、營造物或財團，依法律或章程規定孕婦的諮詢屬於其職掌者，得認可其自有機構或所屬主體為諮詢機構 (§ 2 Abs.3 des Hessischen Gesetzes zur Ausführung der §§ 218b und 219 des Strafgesetzbuches und des Art.3 des Fünften Gesetzes zur Reform des Strafrechts vom 2. Mai 1978 GVBl. S. 273; §1 Abs.2 des entsprechenden Berliner Gesetzes vom 22. Dezember 1978, GVBl. S. 2514)。在Nordrhein-Westfalen邦則規定，關於教會所轄諮詢機構的認可，如該教會具在公法社團之地位者，由教會為之 (§ 1 der Verordnung über Zuständigkeiten bei Schwangerschaftsberatung und abbruch vom 12. Dezember 1978, GVBl. S. 632)。

就孕婦及家庭扶助法第一條所規定的諮詢而言，上

開(邦法)規定固無可訾議。但是，在諮詢規則範圍內所要求的諮詢組織，則是聯邦立法者基於刑法的立法權(基本法第七十四條第一款)所應發展的主要部分，於一定情況下，聯邦立法者尚且須援引基本法第八十四條第一項的權限而有所規範；同時應整體衡酌不足禁止(原則)，以形成保護構想。如果聯邦立法者將保護構想的組織規定交由各邦決定者，則聯邦立法者應該使整體規定的生效繫於各邦必要法律規定的訂定上，但立法者顯然並未循此途徑為之。

b)其次，關於確保國家對諮詢機構充分監督的規定，(系爭法條)亦付之闕如。按國家必須依據法律對諮詢機構作定期審查，且不能間隔太長，同時應確認諮詢的要求是否受到遵守；唯有在此等條件之下，認可方可繼續存在或重新確認(見上述D.IV.3.d))。行使此種監督的前提要件在於，法律應規定取得資訊及審查的權限(參見上述D.IV.3.e))。由於立法者對此未作規定，而在諮詢構想的架構下，此等規定又不能不加以規定，因此，系爭諮詢規定具有瑕疵。

c)上述諮詢機構在組織法上及程序法上的瑕疵，連帶使國家在擔負憲法要求保護有效性的責任上，亦具有瑕疵，進而使新刑法第二一九條關於諮詢的整體規定具有瑕疵。系爭法條僅規定諮詢的目標與內容，而未就組織法及監督設有足以確保其實踐的防範規定，故破壞了

保護構想所要求的有效性；此等防範規定可說仍懸在空中。

2.在上述背景下，新刑法第二一九條有關諮詢的目標、內容及實施等規定是否能通過憲法的檢驗，於此無庸作終局的決定。不過，此一規定在必要的新條文中，無論如此均須明確且為一般所能理解，無待藉助闡釋即可予以適用，以便能在實務運作上符合前開D.IV.1及2所述國家保護義務的憲法要求。

a)依新刑法第二一九條第一項第一句至第三句規定，諮詢的作用在於承認未出生生命及婦女個人責任的高度價值之下，解決因懷孕所存在的急迫及衝突問題，促使懷孕婦女得以作出一個有責任意識的良知決定。惟系爭規定並未充分明確地彰顯憲法上對於諮詢目標及其主要內容的要求(參見上述D.IV.1.)。固然，諮詢的實施應不預設立場，蓋如此方能期待婦女儘早參與尋求解決衝突的方法。然而，諮詢非可毫無結論與目標，其應以保護未出生生命為取向。諮詢人員必須致力於鼓勵懷孕婦女繼續懷胎，並開啓婦女對小孩生命的觀念。同時諮詢人員必須糾正胎兒生命權原則上具有優先性的既存錯誤觀念，並且澄清例外允許墮胎的情形其必要份量的誤解。

法律草案的理由雖然指出保護未出生人類生命為諮詢的目標(vgl. BTDrucks.12/2605(neu), S. 22 (Einzel-

begründung zu § 219))。不過，在適用此一規定的客觀文義時，卻無法看出必要的明晰性與確定性。新刑法第二一九條第一項亦未有就鼓勵懷孕婦女繼續懷胎的委託規定。最後，法律中亦未明白顯示，婦女必須意識在，在前述憲法意義下的重大急迫情況不存在時，未出生生命的保護，原則上具有優先性。因此，此種諮詢目標必須在刑法第二一九條的新規定中有所明定。

b)新刑法第二一九條第一項第四句及第五句規定，提及諮詢的任務是提供懷孕婦女廣泛的醫學上、社會上及法律上的資訊；就此而言，諮詢包含闡明母親及子女的法律請求權及可能的實務上協助。依新刑法第二一九條第三項第二句規定，關於依第一項所實施的諮詢以及「於此」提供婦女作成決定的資訊，應「立即」作成書面說明。

由上開規定——姑不論該法提案的目的原非僅止於單純資訊的提供(vgl. Protokoll der 17. Sitzung des Sonderausschusses "Schutz des ungeborenen Lebens" vom 17. Juni. 1992, S. 12)——可以得到如此印象，新刑法第二一九條第一項規定的諮詢，其重點似在於資訊的提供。不過，立法者應無此意，否則將不符合憲法對新刑法第二一九條所定諮詢的要求。一個僅單純提供資訊，而未處理具體懷孕衝突情況，並設法使之成為對談議題的諮詢，實際上已偏離了諮詢在保護構想範圍內所

應具有的功能，亦即透過對婦女的鼓勵，以保護生命。在處理衝突諮詢時，諮詢人員尤有必要設法獲取婦女考慮墮胎的原因。只要諮詢人員認為解決衝突的可能性——於一定情形並延請第三人——尚未窮盡，自不得開立記載諮詢結果的書面證明。

因此，在法律的新條文中應明白地表達出，諮詢除了提供資訊外，無論如何都必須從事以保護生命為目的的衝突諮詢，並且用盡所有的可能性。

c)除了孕婦及家庭扶助法第一條第二子條第二項第二句的規定外，尚須闡明者，乃諮詢機構在新刑法第二一九條的諮詢架構之下，不僅要提供婦女有關公共協助的資訊，尚且要告知其可供運用的協助，或幫助婦女取得協助。

d)新刑法第二一九條第一項第三句將婦女在諮詢後所作成的決定稱為「良知決定」(Gewissensentscheidung)。顯然，立法者有意藉此連接聯邦憲法法院的用語(vgl. BVerfGE 39,1[48])，其謂，墮胎的決定可以具有值得尊重之良知決定的位階。然而，婦女在接受諮詢後仍決定墮胎者，對於其所伴隨的殺害胎兒，不能主張基本法第四條第一項所保障的基本權利地位。在憲法上所容許者，僅法律得指出在負責情況下所作成的決定，值得尊重。此點應以適當的方式予以表明。

III. (孕婦及家庭扶助法規定違憲)

除了確認新刑法第二一八a條第一項及第二一九條規定具有憲法上的瑕疵外，孕婦及家庭扶助法有關諮詢後墮胎的規定，亦不合乎保護未出生人類生命的義務，蓋立法者在上述範圍內，並未確認受婦女要求墮胎的醫師所應負的特殊義務(參見D.V.1及2.)及懷孕婦女家庭領域人員的特殊義務(參見D.V.1及2.)，同時亦未對特定義務的違反課以刑事制裁。

以上所欠缺的規定，立法者應與新刑法第二一八a條第一項及第二項被宣告無效後所應重新規定的部分，一併增補之。

IV. (廢止墮胎統計之規定違憲無效)

孕婦及家庭扶助法第十五條第二款，於其廢止現行第五次刑法改革法第四條有關墮胎統計規定部分，與基本法第一條第一項暨第二條第二項第一句規定不符且無效。

1.a)立法者在履行其保護未出生人類生命的義務時，並不因制定法律規範墮胎，該法以保護未出生人類生命為目的，並且依其——憲法上無可訾議的——評估，確保基本法所要求的保護，即已盡到保護義務。基於立法者的保護義務，立法者尚須制定法律，於事實上——在顧及相對立的法益之下——發揮適當且有效防制墮胎的效果。在經過一段充分的觀察之後，如果可以證實法律無法確保憲法所要求的保護程度時，立法者即

有義務修改或補充現有規定，以排除缺點並確保合於不足禁止原則的保護(修正或改善義務)(Korrektur- oder Nachbesserungspflicht)。

自此項改善義務亦可導出，基於憲法的意旨，立法者原則上應儘可能地排除法律的違憲性(vgl. BVerfGE 15, 337[351])，特別是在制定合憲的法律之後，該法律所規範的事實狀況發生根本性的改變，或在制定法律之初，立法者對該法未來作用的評估，於憲法上雖無疑義，但嗣後卻證實其全部或部分有誤，因而導致該法律變成違憲時，此項(改善)義務尤具意義(vgl. BVerfGE 50, 290[335, 352]; 56, 54[78 f.]; 73, 40[94])。立法者受合憲秩序的拘束(基本法第二十條第三項)，並非僅止於在制定法律時遵守憲法界限的義務；除此之外，立法者尚應負責使經制定的法律維持與基本法一致的狀態(vgl. BVerfGE 15, 337[350])。

b)改善義務並非一般性地涵蓋立法者對於法律的持續性控制，其僅在法律的違憲性被認知或明顯地可認知時，始具有現實性意義(vgl. BVerfGE 16, 130[142])。不過，就保護生命的義務而言，其乃所有國家機關的持續性義務，故可以自此得出特別的要求(vgl. BVerfGE 49, 89[130, 132])。基於受保護法益的高層位階，以及造成未出生生命遭受危害的方式，再加上此一領域中可資確定的社會關係與觀念的變遷，在在要求立法者應密

切觀察，其法律上的保護構想如何在社會現實中發揮作用(觀察義務)(Beobachtungspflicht)。立法者必須在適當的時間間隔，藉由妥當的方式——例如透過政府定期所作出的報告——確知法律是否在事實上發揮預期的保護作用，或者其保護構想或實際上的實施是否出現瑕疵，因而違反禁止原則(vgl. BVerfGE 56, 54[82 ff.])。

c)觀察義務包括，立法者在其權限範圍之內，設法建立、收集並評價判斷法律有效性所必要的資料。具有足夠陳述力的可靠統計，例如有關墮胎的絕對數目、墮胎數與全部人口數、墮胎數與具有懷孕能力的婦女數目、墮胎數與懷孕數或出生數與死產數之間關係的相對數值，以及有關不受刑事制裁的墮胎在不同法律基礎上的分佈等，均是不可或缺的資料。至於立法者是否要將統計的範圍擴及到何種相關事實上(例如多次墮胎、婦女的年齡、家庭狀況、小孩數目)，以及立法者在個別情形要如何規範資料的處理與評價，則留待立法者的決定。不過，立法者若放棄任何有關墮胎的國家統計，則無論如何皆與保護義務不相符合。於此情形下，立法者將失去觀察其保護構想實施效果所需要的經驗資料。即使目前的統計資料經證實不具可靠性，亦不足作為反對上開見解的理由。這方面的建議，已在本件言詞審理時，由聯邦特別委員會「保護未出生生命」所提出。

2.依照上開憲法的準據，廢除第五次刑法改革法第四條有關聯邦統計的現行規定，並不合乎對未出生人類生命的保護義務。

孕婦及家庭扶助法對法律保護構想所作的轉換——如上所述——，其新規定的未來效果具有不確定性。按保護構想的改變，乃立法者的一項嘗試，希望在過去不盡滿意的經驗下，透過諮詢規則另闢蹊徑，以給予未出生生命較好的保護。為此立法者應詳細觀察新法在事實上的效果，同時爲了對新法所施行的墮胎進行實證判斷，亦應儘可能忠實地收集實證研究的必要資料。

第五次刑法改革法第四條對於在刑法第二一八a條要件下所爲墮胎的聯邦統計，設有規定。此項規定原本是涉及舊刑法第二一八a條所包含的指標規定，惟仍可作爲在懷孕最初十二週內經諮詢後所爲墮胎的資料，以及有關新保護構想主要效果的資訊；此項認識是不能捨棄的。在憲法上，立法者雖不必毫無改變地維持現行有關聯邦統計的規定，惟其不得將之毫無保留地全部廢止。此種(廢止)規定是無效的。由於此項規定的適用範圍不及於新的各邦；在這些邦中，此項規定目前只是基於本庭的暫時命令(BVerfGE 86, 390 ff.)而加以準用，因此，爲履行保護義務，自有制定新規定的必要。

V. (社會法典規定是否違憲之判斷)

社會法典第五篇第二十四b條規定，與基本法相符

(1. und 2.)。但是，對於無法以上述憲法基準確定其合法性之墮胎，若給予請求法定醫療保險的權利，則將與基本法的意旨有所不合(2. b.)。對於經諮詢後而不以刑罰制裁的墮胎，在遇有經濟上的需要時，若給予社會救助，則在憲法上無可訾議，勞工薪資的繼續支給，亦同(3. und 4.)。依現行法規定，對於基於一般急迫情況的墮胎給予社會醫療保險給付，並不牴觸對未出生生命的憲法上保護義務。至於依舊刑法第二一八a條第二項第三款規定所為墮胎，仍給予社會保險給付，此種情形是否在其他觀點下與基本法相符，於此無庸決定(5.)。

1. 社會法典第五篇第二十四b條規定在形式上符合憲法規定而制定。聯邦立法權係源自基本法第七十四條第十二款(「社會保險，包括勞工失業保險」)；此點在基於一般急迫情況指標規定(舊刑法第二一八a條第二項第三款)所為墮胎的部分，亦適用之。

a) 誠如聯邦憲法法院多次(最近一次BVerfGE 75, 108[146 f.])所裁判者，對於基本法第七十四條第十二款的「社會保險」概念，應理解為廣義的「憲法類型概念」(verfassungsrechtlicher Gattungsbegriff)。此項概念包含所有依事物本質而屬於社會保險的事項。如果新的社會給付在其主要結構要素上，特別是在組織的實施與應予防患的風險上，合乎「古典」社會保險所型塑的圖像者，新的生活事實亦可納入「社會保險」的總體系

中。屬於社會保險者，無論如何係透過有組織多元單位的分擔，以共同滿足整體可評估的可能需求(vgl. BSGE 6, 213[218, 227 f.])。社會保險的本質並非僅侷限於勞工及急迫情況。除了衡平特殊負擔的社會需求外，其方式與方法的特徵是如何在組織上完成此項任務：社會保險的主體是獨立的公法營造物或公法社團，其透過「參與者」的繳費以籌措經費。

b)由刑法改革法增修法首次採行，嗣經孕婦及家庭扶助法將醫療保險給付擴及由醫師施行之「非違法墮胎」，可以納入社會保險的權限法圖像之中。就權限法上的歸類而言，其關鍵並非在於該權限是否被用於內容合法或違法的規定之上；重要的是，該規定是否屬於立法權限的標的範圍之內。

aa)長久以來，健康照料的措施即是屬於法定醫療保險的任務。但是，除了醫學上指標墮胎之例外情形外，墮胎縱使是由醫師施行，仍非屬於健康照料，亦非治療手術(vgl. BVerfGE 39, 1[44, 46]; vgl. auch BSGE 39, 167[169])。因此，墮胎不能與母性協助、照料診斷及預防遺傳疾病等措施，等同視之，此等措施係為改善健康狀況或防止疾病危險(vgl. Gitter/Wendling, in: Eser/Hirsch, Sterilisation und Schwangerschaftsabbruch, 1980, S. 215)。就舊刑法第二一八a條第二項第三款及新刑法第二一八a條第一項規定的墮胎而言，

其在類型上均欠缺上開要素。對於孕婦任何一種需要治療的狀態，原則上必須到手術時才會發生，而其費用則可藉助具有共同團結性的集體予以確保。儘管如此，此種由醫師所施行的墮胎亦非與——構成權限的——健康照料的主題全無關連性。即使是非醫學上的指標墮胎，其對婦女而言，必然亦是一種醫學上的手術，因而對婦女具有健康上的風險。爲了防止因墮胎手術所發生的健康上危險，舊刑法第二一八a條第一項及新刑法第二一八a條第一項乃規定，當墮胎——在上開規定所確立的要件下——施行者，僅能由醫師爲之，因此，墮胎必須依照醫學技術的規則施行。

bb)醫療保險給付在組織上合乎「古典」社會保險所型塑的形像，亦即經由法定醫療保險主體提供給付，其情形與因疾病而喪失工作能力或有治療需要等情形相同。於此所生必要經費，係透過分擔程序(Umlageverfahren)由被保險人及其雇主藉由醫療保險費予以籌措之。

2.a) 社會法典第五篇第二十四b條規定，賦予被保險人「在施行不違法的墮胎」享有請求法定醫療保險給付的權利，係扣合新刑法第二一八a條第一項至第三項，在該等條項中定有新刑法第二一八a條第一項所定的各種情況。惟如前述，新刑法第二一八a條第一項規定未能通過憲法的檢驗；其係違憲且無效。在憲法上，

如果立法者不得在上開規定的條件下將墮胎視為合法，則自社會法典第五篇第二十四b條的文義應可推知，在此範圍內並無醫療給付請求權。在此限縮的適用範圍內，該規定仍與基本法的意旨相符。

b)憲法上對生命的保護義務，禁止社會法典第五篇第二十四b條作如下的解釋：當墮胎的合法性未能確認時，得給予與不違法墮胎相同的給付。在法治國家中，唯有當殺人行為是合法並經國家確認其合法性、且具有法治國家的可信賴性時，始能成為國家資助的客體。

aa)其實若沒有婦女要求墮胎手術，以致殺害胎兒的生命，並危及婦女的健康，則(國家)便無賦予社會醫療保險給付請求權的必要。但如果國家將此種醫學上的過程當成法定醫療保險給付請求的標的，則其目的不僅——如同其他社會醫療保險給付——限於保護生命與健康。對於墮胎的施行、醫師費用的承擔，以及社會保險法上有關醫師給付的法定組織與提供等，雖然並不是直接造成殺害胎兒的原因，但卻是國家參與此項過程的表現。因此，唯有當原則禁止墮胎的合法例外要件成就時，且其法治國家的可信賴性經確定者，國家方能參與此種過程。只要國家無法確信此項過程的合法性，便不得參與未出生胎兒的殺害行為。然而，諮詢規則的保護構想，並未提供國家獲得此項確信的空間(參見上述D. III. 1. c))。在懷孕初期以諮詢規則為條件所施行的墮

胎，如果無法確認其是否因存有「一般急迫情況」而可視為容許者，法治國家原則上——即使是財務上或經由第三人的義務，如社會保險法上的互助團體——不得參與其中。經由此種參與，國家係承擔此項過程的共同責任，但是此項過程的合法性，國家基於憲法上的原因既不得視其為存在，他方面在國家保護構想的範圍內亦不得加以確認者。

bb)保護構想(參見D. III. 3.)的有效性條件不得有所例外。

(1)諮詢構想的內容，包括墮胎應在醫學上無疑義的條件以及在維護婦女人格的情況下施行。但唯有在婦女不會因經濟上的原因而無法就醫時，始能滿足上開要求。如果必要費用不虞匱乏時，依照確實的生活經驗，婦女都會向醫生求診，以避免因非專業的墮胎而危及自己的健康。因此，非由醫師所施行的非法墮胎，在舊刑法第二一八條以下規定施行前，即不常見(vgl. dazu den Ersten Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechts-reform, BTDrucks. 7/1981(neu), S. 5 f.)。反之，當婦女未擁有足夠的收入或財產時，國家則可以依社會法的一般原則滿足此項需求(參見下述3.)。而在判斷其需求性時，應取決於婦女在墮胎時所擁有可資運用的收入或財產；於此範圍內，不得要求婦女向其父母或夫行使扶養請求權，亦不得於婦女拒絕行使扶養請求

權時，剝奪其社會救助的權利。

(2)一般而言，私人的醫療保險只能負擔「因墮胎所生醫學上必要的診治費用」(醫療費用及住院日費保險一般保險條款(一九七六年私人醫療保險團體模範條款)第一條第二項第四句第a目，abgedruckt bei Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 24. Aufl. 1988, S. 1222)，其所指者，僅係施行醫學上的指標墮胎，以排除病理上的狀況或防止孕婦生理上及心理上所遭遇的危害(vgl. Wriede in Bruck/Möller, Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, 8. Aufl., Band VI 2, 1990, G43; vgl. auch LG Berlin, VersR 1983, S. 1180 f.; LG Detmold, VersR 1986, S. 336)。在此之外，以合法性無法確認的墮胎作為保險給付標的的保險契約，將與墮胎原則性禁止的意旨相抵觸，此種內容的契約應屬無效(參見D.III.3.)。準此以論，沒有保險或只有私人保險的婦女自然會以自己的費用，支付依諮詢規則不處以刑罰的墮胎所生之醫療費用。由此看不出來，基於諮詢規則保護構想有效性的考量，必須給予這些婦女不同於享有法定醫療保險婦女的待遇。

cc)依照諮詢規則的保護構想，受社會及醫師諮詢的婦女必須負責決定，其是否施行不處以刑罰的墮胎。但是，從諮詢的保護構想中並未得出，在社會法上必須承認此種責任。基於諮詢構想，在諮詢條件下施行不受

刑事處罰墮胎的婦女，並非必須與基於合法性事由，如醫學上、優生學上或犯罪學上的指標確認而施行墮胎的婦女，分享社會法上相同的給付。

(1)婦女在諮詢規則的條件下決定是否墮胎，其所負的責任不能被理解為「自我指標」(Selbstindikation)，亦即透過此種指標，可以由婦女自己對於合法急迫情況的存否作成具有拘束力的確認(參見上述D.Ⅲ.2.b)aa))。諮詢構想的基礎評估是，在懷孕初期，未出生生命可以由母親作較好的保護。因此，爲了在諮詢過程中窮盡鼓勵婦女生產的可能性，不應使妨害保護效果的法律上或事實上障礙，成爲仍決定墮胎的阻礙。爲了實現諮詢的保護作用，故無庸對婦女的決定作相應的承認。

(2)同樣地，基於社會國原則(Sozialstaatsprinzip)(基本法第二十條第一項)，國家亦不得將依據諮詢規則而不處以刑罰的墮胎，在未經個別評價其合法性之前，作如同其已獲許可的處理。在基本法的基礎之下，社會國(理念)只能以法治國的方法實現之。如果國家一般性地——亦即未作合於社會國思想的區分——直接或間接地(共同)擔負其未能確知是否合法的過程，則不僅觸及到法治國的邊緣，且已侵犯了法治國原則的核心部分。

dd)對於不科處刑罰、但其合法性未經確認的墮

胎，若給予社會保險法上的給付，則與國家對未出生人類生命的保護義務不相符合，蓋於此情形下，國民所具有胎兒相對於其母親亦享有生命權、從而墮胎原則上是不法的一般意識，將受到傷害。不給予社會給付固然只能有限地闡釋法律對某一事實的非價判斷，特別是涉及保險原本任務範圍以外的給付——例如墮胎——時。反之，誠如鑑定人Schulin教授(Gutachten S. 97)所述，對於非屬通常保險風險的事實給予社會給付，會使國民產生一種印象，以為此涉及一種與其餘風險相同、且在此意義下合乎正常情況的日常過程。

此外，不容忽略的是，社會保險的給付要件對於約百分之九十的國民具有重要性(vgl. Schulin, a.a.O., S. 2)。由於社會保險係由被保險人所組成的互助團體，並基於特殊的利益有所運作，故其對於個人領域具有影響力，從而，從社會保險給付所表現出的評價，適足以塑造國民的觀念。

諮詢規則的構想，必須特別考慮法律意識的維持與強化，始能符合國家保護義務的最低標準。唯有維持對胎兒生命權的意識，在諮詢規則的條件下由婦女所擔負的責任，才能以胎兒的生命權為重心，而且能夠原則性地保護胎兒的生命。如果國家以一般賦予社會保險給付請求權，而對墮胎予以資助，則難免會引發墮胎終究為法秩序所允許的印象，從而將與前述的保護意旨相左。

此外，與懷孕婦女接近、且對婦女及胎兒負有共同責任的人，亦可能因此而感到負擔減輕，因為他們會認為社會保險給付的給與是正常且合法的。

c)據上所述，對於不合法墮胎的醫師處置以及非指標(墮胎)手術的醫療善後照顧，若給與社會保險法上之給付，則為憲法所不許。基於上述基本原則，因墮胎而喪失工作能力的婦女亦不得享有社會法典第五篇第二十四b條第二項第二句的醫療金給付請求權；從而，不能逾越此項規定的法定要件(不違法)，而於不罰墮胎的情形，以之作爲給與給付的依據；至於在此種情形，是否能從社會法典第五篇第四十四條及第五十二條規定範圍得出請求權的問題，則無待決定。

另依社會法典第五篇第二十四b條第二項第一句規定的給付，則不在禁止之列；該等給付旨在維護懷孕婦女的健康。在被保險婦女墮胎之前所給予的醫療上服務，與對於因指標情況而墮胎的後續現象所爲的善後診療相同，其目的直接在維護婦女的健康，而且如果不是發生墮胎的結果時，此項醫療服務恰可對小孩的生命有所助益。唯有當涉及墮胎本身時，由於其主要是殺害未出生的生命，故基於前述理由，如果墮胎的合法性未能確認者，即不得享有社會保險給付。

3.a)綜據上述，在憲法上，國家原則上不得藉由給付的給與或以法規範使第三人成爲給付義務人，而對合

法性未經確認的墮胎有所挹注。如前所述，在憲法上，國家要突破此項原則，只有在爲了使保護未出生人類生命的構想發揮效用，而有突破上開原則的必要情形，亦即當婦女僅接受醫師施行、但未必墮胎的情形。如果法秩序一方面爲了保護懷孕婦女的健康，他方面又爲了保護胎兒，而要求必須提供醫師的服務，則不容因婦女無可供運用的必要費用而失去此項服務。於此情形，國家非不得自行提供此項費用。

b)基於諮詢規則的保護構想，當婦女有需要時，應由國家承擔費用，至於其應以何種方式爲之，或應具備何種要件，則屬立法者的事務。現行聯邦社會救助法第三十七a條規定顯然是配合憲法對諮詢規則結果的要求。國家提供此種社會給付，並不抵觸其保護義務的要求。國家藉由此項給付，可以自始防堵婦女尋求非法的途徑，蓋此等非法途徑不僅會對婦女自身造成健康上的傷害，同時還會剝奪其透過醫師諮詢解救胎兒的機會。

在社會救助請求權的內容形成方面，立法者必須保護給付請求權人的人格權。於不妨礙未出生生命保護義務的範圍內，立法者應基於上述的關聯性，訂定特別規定，儘可能使婦女避免一再敘述其所遭遇的情況。而聯邦社會救助法第九十一條以下得向(孕婦)家屬行使求償權的規定，則將與前開保護意旨有所違背。從而，應儘可能地將所有國家提供保護與協助的程序，集中由一個

機關爲之，例如集中在法定社會保險之中，同時應確保婦女只須對其情況作一次的陳述。

4.在薪資繼續支付法方面，若著眼於其勞工法上的特殊理念及保護構想的必要性，依照上述(D. III. 3.)原則，非必要將僅是阻卻新刑法第二一八條構成要件的墮胎排除於給付義務之外。

a)aa)依薪資繼續支付法第一條第一項第一句規定，勞工自受雇開始，因非可歸責其事由的疾病而喪失工作能力，因而無法提供勞動給付者，在喪失工作能力六週內，仍享有薪資請求權。此項規定於因接受醫師墮胎而喪失工作能力之情形，準用之；在接受醫師所施行之不違法墮胎，其工作能力的喪失視爲不可歸責(薪資繼續支付法第一條第二項)。其他勞工法亦有類似的規定(參見民法第六一六條、商法第六十三條、營業法第一三三c條、海員法第五十二a條、第七十八條、職業訓練法第十二條)。在統一條約第三條所稱的地域內，東德勞工法第一一五a條繼續適用(統一條約第九條第二項暨附件II第八章，事項A第三節第一a款)，該規定係經一九九〇年六月二十二日之法律(GBI. I Nr. 35, S. 371)於勞工法上所增列。該規定與薪資繼續支付法的規定極爲相近，但是並未包含薪資繼續支付法第一條第二項規定，原則上適用於所有的雇主。此外，一九七二年三月九日墮胎法(GBI. I Nr. 5, S. 89)第四條規定，依法允許

的墮胎，其預備、施行及後續照顧，在勞工法及保險法上視同疾病。此項規定於孕婦及家庭扶助法第十六條生效後失其效力。

bb)薪資繼續支付法規定，醫師應就有關因疾病而喪失工作能力的事實開具書面證明，以便勞工向其雇主出示，該書面證明中不含疾病的種類及原因(參見薪資繼續支付法第三條)。於此規定之下，雇主無法立即確知，薪資繼續支付的要件是否因可歸責於勞工之事由而不存在。雇主唯有對可歸責事由的存在有具體事證，或勞工依勞動契約負有闡明相關事實的義務時，始得拒絕繼續支付薪資。

b)因疾病而喪失工作能力的原因，唯有當疾病的發生係因重大違反對明智人類自己利益上可得期待的行為，或於例外情形，致生疾病行為的後果若由雇主承擔，顯失公平者，始得視其不存在(vgl. BAG, Urteil vom 28. Februar 1979, AP Nr. 44 zu § 1 LFZG, Urteil vom 7. August 1991, AP Nr.94 zu § 1 LFZG; Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. I, 1963, § 44 III 1 a cc; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 4. Aufl., 1992, § 18 II 2e; Schmitt, Lohnfortzahlungsgesetz, 1992, § 1 LFZG, Rdnrn. 60 ff. m.w.N.)。若將勞工法上的原則作如下的解釋與適用，亦即薪資支付義務於因基於諮詢規則所為墮胎而致喪失

工作能力的情形，仍繼續存在，則與憲法上對未出生人類生命的保護義務不相抵觸；於此種情形，依薪資繼續支付法第一條第二項規定，其工作能力的喪失視同不可歸責(於勞工)，於憲法上無可非議。

於此所述的情形，若要排除勞工請求繼續支付薪資的權利，不僅需要法律規定，將因不合法墮胎而致喪失工作能力，不視之為因疾病而喪失工作能力，同時還要禁止施行墮胎的醫師以書面證明勞工不具工作能力，或者必須課予婦女勞工有告知其雇主喪失工作能力原因的義務，以確保上開規定的有效性。苟若如此，則懷孕婦女只有利用休假時間進行墮胎，始能迴避此項告知義務，但此種情形通常又不太可能。至於其他避免告知原因的可能性，在現行規定中則並不存在。如果吾人認為經由諮詢而墮胎是屬於重大違反對明智人類在自己利益上可得期待的行為，亦即屬於相關勞工法規定意義下的可歸責事由，則無異使婦女負有告知(墮胎原因)的義務。然而，諮詢規則的保護構想，旨在以具誘發性的方式迎合保護胎兒生命的諮詢意旨，使婦女得免於在諮詢及醫師談話以外將其決定墮胎的原因向第三人吐露。如果勞工法以各種方法課予婦女勞工告知的義務，要求婦女必須向雇主表白其工作能力的喪失係出不合法的墮胎，則將使此種誘發性(Aufgeschlossenheit)受到破壞。因此，若將婦女勞工因墮胎而喪失工作能力，歸屬為雇

主的風險範圍，尚非顯失公平。

5.a)憲法上對生命的保護義務，並不禁止立法者就不違法的墮胎規定社會醫療保險給付，如社會法典第二十四b條規定以及帝國保險法第二〇〇f條規定之情形。此等規定亦適用於舊刑法第二一八a條以下規定，其至一九九三年六月十五日之前仍得適用(參見判決主文II.1.)。

aa)社會法典第五篇第二十四b條規定，其內容大體上與帝國保險法第二〇〇f條程序規定一致，其規定「由醫師所施行之不違法墮胎」，如於醫院或其他依第五次刑法改革法第三條第一項第一句所定機構中進行者，得請求法定醫療保險給付。此所指「不違法」墮胎尚包括在——經確定的——一般急迫情況指標下所為之墮胎。舊刑法第二一八a條雖僅將此種墮胎稱為「不依刑法第二一八條處罰」，不過，聯邦(普通)法院在民事及刑事的裁判中，將一般急迫情況指標構成要件與舊刑法第二一八a條的其他指標構成要件，均解釋為合法化事由(Rechtfertigungsgrund)(vgl. BGHZ 86, 240[245]; 95, 199[204 ff.]; BGHR StGB § 218a Abs.1 Indikation 1)。聯邦社會法院(vgl. NJW 1985, S. 2215[2216])及社會法的實務——未就指標構成要件在刑法釋義學上的體系地位詳加論述——亦多以此為出發點，亦即舊刑法第二一八a條規定不罰的墮胎均可視為帝國保險法第二〇

○f條所定「不違法」的墮胎；而內容相同的社會法典第五篇第二十四b條規定，其在舊刑法第二一八a條範圍內依一九九二年八月四日暫時命令而仍適用部分，亦應作相同的解釋。

bb)在憲法上，此種一般專業法院所作的解釋，包括涉及一般急迫情況指標構成要件部分，原則上並無可資非議之處。或謂舊刑法第二一八a條第二項第三款對於應審究的急迫情況，在構成要件上並未作詳細的具體規定，但此項質疑並不成立。按急迫的情況相當多樣，而在可否期待繼續懷胎的觀點下，急迫情況的份量往往視個案而定，因此，如要對指標構成要件作較明確的規定，則須作某種程度的割捨方能達成，但卻可能無法涵蓋若干非典型的案型。有鑑於此，立法者如運用需要評價的概念，對於構成要件作一般性的內容描述，應為已足，至於其具體化的問題，則留待司法者為之。衡酌系爭規定的立法經過，聯邦憲法法院於一九七五年二月二十五日的判決中亦曾基於此種考量，斟酌系爭規定的規範體系，並從其文義：急迫情況的危險程度必須相當重大，「以致無法要求懷孕婦女繼續懷胎」，透過解釋方法可以得出：在可否期待繼續懷孕的觀點下，系爭急迫情況的重大程度必須與其他指標要件的情形可資相比。

cc)然而，可以確定的是，一般急迫情況的指標構成要件，在過去屢屢被援引作為墮胎的合法化事由，並

以之構成醫療保險給付的請求權，但是作為其前提要件的社會衝突，則並未在期待可能性的觀點下，達到與其他指標情況相類似的重大程度。孕婦及家庭扶助法的立法理由中亦指出，實務上運用此種方式的泛濫程度，乃是新設規定的一項原因(vgl. BTDrucks. 12/2605 (neu), S. 3)。

在一般急迫情況要件受到如此廣泛解釋與適用的情況下，醫療保險主體若仍不假思索地認定醫師手術的合法性，並給與保險給付，自與對未出生生命的保護義務有所不符。醫療保險主體應加確認，依醫師的認知而對一般急迫情況的肯認是否適當——於此範圍內，醫療保險主體得以聯邦(普通)法院所發展出來的原則(vgl. BGHR StGB § 218a Abs.2 Erkenntnis 1; BGHZ 95,199[204 ff.])為取向——，同時不能忽略諮詢的相關規定(舊刑法第二一八b條)與指標確定的程序(舊刑法第二一九條)。不過，此種在執行上所呈現的憲法瑕疵，並未延申到社會保險法有關不違法墮胎得請求保險給付的規定上。同樣地，此等規定亦不因舊刑法第二一八b條及第二一九條規定含有結構瑕疵，且該瑕疵破壞該規定保護生命的效果，而受有影響；此等瑕疵原則上只是構成立法者改善(上開規定)的動因。

b)聲請人於1)部分尚基於其他憲法觀點，對於如下情形提出質疑：——基於帝國保險法第二〇〇f條第一

句，其後則基於社會法典第五篇第二十四b條第一項規定，在孕婦及家庭扶助法生效前——社會醫療保險給付請求權即使在一般急迫情況指標下所爲之墮胎(舊刑法第二一八a條第二項第三款)亦應賦與之。聲請人主張，社會保險作爲一種公法上強制社團，基於其成員基本權利的考量，上開任務不應由社會保險予以承擔；蓋此乃涉及一項與保險無關的負擔。至於立法者有意使一方面處在法律所承認的衝突狀態、他方面又面臨經濟上急難情況的懷孕婦女，免於遭受不利，則可透過其他具有相同效果、但不影響保險成員基本權利的方式達成之。此項質疑是否成立，於此可暫置不論，蓋無論如何皆不能使基於舊有法律狀態所給與的給付溯及地失去法律基礎；而且就巴伐利亞邦政府的聲請意旨而言，本院已依聯邦憲法法院第三十五條作成命令，其中第一款規定現行法規仍繼續有效一段期間，故在維持現行法規有效的期間，亦無必要就此問題予以決定。

VI. (孕婦及家庭扶助法第十五條第二款規定部分 違憲)

孕婦及家庭扶助法第十五條第二款規定，其中有關第五次刑法第四條所定確保充足且廣佈之施行墮胎門診及住院機構的義務，在限縮解釋之下，與基本法的權限規定相符。不過，此項規定有關以主管邦最高機關作爲義務主體部分，抵觸聯邦國家原則，因而無效。

1.如果聯邦立法規定，國家應確保施行墮胎的門診與住院機構充足且廣佈的供給，則立法者係將之形成一項國家任務。

如同自立法程序的資料中可以得知，門診部門(Ambulatorien)應該特別予以增設，在門診部門中，墮胎的施行可以運用對孕婦健康較有利的吸取法(Absaugmethode)，而婦女亦可省下多日住院的時間(vgl. Begründungen zu den im wesentlichen inhaltsgleichen Vorschriften in den Gesetzentwürfen BTDrucks. 12/696 (S. 11 f.) unter Bezugnahme auf Renate Sadrozinsky, Die ungleiche Praxis des § 218, Köln 1990, S. 43, BTDrucks. 12/889 (S. 12))。如同孕婦及家庭扶助法第十五條第一款規定中有關第五次刑法改革法第三條的新規定所證實，墮胎原則上不再需要交由醫院為之。聯邦法允許任何能確保必要後續照顧的機構(施行墮胎)。隨著此次法律的修改，第五次刑法改革法第四條新規定的文義，可以作如下的解釋：國家的任務是，在住院機構與門診機構之間具有選擇可能性的意義下，確保各邦領域中墮胎機構的充分供給。所謂確保者，若要作如此理解，則需有一個涵蓋各邦整體區域的廣泛構想。於此必須對可預期的需求及現有的(墮胎)機構進行地域面積上的調查，而且要有——如同醫院計畫——涵蓋邦域的基礎建設計畫，於此計畫中，應含納

私人機構、公益機構、地方自治團體機構或國家機構，並作相互的調整。如果要使私人或地方自治團體醫院負有設立墮胎機構的義務，則需有法律上的依據，並以合於法治國要求的明確性，規範行政機關得為必要命令的基準與職權。

2.a)於聯邦法律上規定此種國家任務及法律上所規定的多方面目標設定，並不符合基本法的權限項目。基本法第七十四條第七款規定聯邦對於「公共照顧」(die öffentliche Fürsorge)享有競合立法權，此款規定僅能在其限縮解釋下，才能提供作為系爭規定的權限基礎。

aa)基本法所稱公共照顧的概念，本身不應作嚴格的解釋。此項概念尚包含平衡急迫情況與特殊負擔的預防措施，以及對扶助需要所生危險的防制(Maunz, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Art. 74 Rdnr. 106; Rengeling in: Handbuch des Staatsrechts, Band IV, 1990, § 100 Rdnr. 155)。此一概念的限縮，主要是出於此項規定與其他權限之間的重大事項關連性；尤其是疾病治療、傳染病防治或其他主要涉及健康事項的法律，不屬於基本法第七十四條第七款所定的(立法)權限範圍。憲法(基本法第七十四條第十九款及第十九a條)規定，聯邦對於健康事務僅享有部分範圍的立法權，此項憲法決定自不容透過對公共照顧立法權的擴大解釋而予

以違反。苟若如上述的擴大解釋，則第五次刑法改革法第四條將使各邦的健康事務發生結構性的改變。故於此範圍內，聯邦並無立法權。

bb)不過，從協助因懷孕所生急迫情況的觀點下，基本法第七十四條第七款於一定範圍內可作為系爭規定的權限基礎。

首先，為了保護生命，醫師不會因為懷孕婦女長途就診，便認為必須在婦女第一次就診當日施行墮胎。在情況不明時，醫師先要與婦女作醫療上的談話，並以合於保護生命的醫師職業義務方式進行諮詢，同時將可能施行墮胎手術的日期延後。藉此可以讓婦女還有機會作有利於胎兒的決定。其次，即使懷孕婦女在第一次就診時能夠同日往返——包括以公共運輸工具——，上開方式仍可對懷孕婦女的急迫情況提供協助，亦即，上開作法可以讓婦女較容易安排不在家時小孩的照顧工作；而且，婦女也只須短時間的離開工作崗位。

在此種範圍內，聯邦立法者固然可以使——遍佈全國——廣設墮胎機構成為基本法第七十四條第七款意義下的公共照顧。不過，聯邦立法者若作如上廣泛的確保規定，則勢必會逾越基本法第七十四條第七款的權限界限。

對此，聯邦立法者亦不能為了實現其所謂必要的組織後續構想，而享有附帶權限(Annexkompetenz)(vgl.

BVerfGE 22, 180 [209 ff.]; 77, 288 [301])。基本法第七十四條第一款的立法權限已涵蓋一個在聯邦法律上，以保護胎兒及婦女為重點的刑法保護構想；此項立法權限可使聯邦立法者滿足其憲法上保護生命的義務。相對而言，確保上述範圍之外墮胎機構的供給，則難謂是必要的後續構想。

cc)新第五次刑法改革法第四條，於其規定公共照顧任務部分，並不因違憲而得以宣告無效，蓋其可以作合憲的——限縮——解釋。

依照聯邦憲法法院歷來的裁判，法律的解釋若能合於基本法意旨而又能維持其意義者，該法律並不違憲(vgl. BVerfGE 2, 266 [278]; 69, 1[55]; St. Rspr.)。新第五次刑法改革法第四條規定若解釋成，國家應負責在廣大範圍內提供墮胎的醫療協助，以實現保護構想，則尚合於其文義。於此種解釋之下，該法律仍具有意義，蓋其仍足以保護生命，且亦未逾越合憲解釋不能抵觸立法者明示意志的界限(vgl. BVerfGE 18, 97 [111]; 71, 81 [105]; St. Rspr.)，該法在限縮解釋之下仍合乎立法者的意志。

3.如果聯邦立法者委託邦最高主管機關負責前述國家任務的實施，則侵犯了各邦的組織權，因而介入各邦合憲秩序。於此情況下，聯邦立法者排除了各邦憲法所定的權限機關，從而使各邦無法行使合理形成執行組織

的裁量權，以規範國家任務——例如在地方自治的範圍——的實施。

a)依據聯邦國家原則，唯有在基本法明文規定或許可的範圍內，聯邦權力方得干預各邦憲法秩序。特別是在基本法劃定聯邦與各邦之間的權限部分，基本法基本上是放棄對行使各邦權限的憲法機關加以規定(vgl. BVerfGE 11, 77 [85 f.])。例如聯邦法律作為其自己事務予以實施(基本法第八十三條)：各邦——非邦政府或個別邦部會——除經聯邦參議院同意而於聯邦法律中有其他規定外，應規範機關組織及其程序(基本法第八十四條第一項)。當聯邦法律僅規定各邦應履行的國家任務，而未就行政機關得予執行的事項作個別規定者，各邦組織權原則上視為不受限制。

另依基本法第八十條第一項第一句的明文規定，聯邦立法者如要授權訂定法規命令，亦僅能將任務交給「邦政府」(Landesregierungen)，而不能交予邦部會或邦最高主管機關(vgl. BVerfGE 11, 77[86])。

b)新第五次刑法改革法第四條規定並未合乎上述標準。該規定所構成的確保任務，對於各邦僅定有行為目標，而未含有實現此目標的行政執行各別規定。此項聯邦法律所定的確保任務，並非交給各邦本身為之，而是交由邦最高主管機關，亦即邦部會為之。此種規範既非基本法所明定，亦非其所允許。

c)於此範圍內，此項規定應依聯邦憲法法院法第七十八條規定宣告其無效。新第五次刑法改革法第四條，於其委託邦最高主管機關實施國家任務部分，無法作合憲解釋。合憲解釋的要求不容許無視於法律的文義，或將之予以修改(vgl. BVerfGE 8, 28[34]; 72, 278[295])。系爭規定具有一個詳細的規範內涵，無法透過解釋將其意旨改為，委託各邦實施任務，而非委託其機關為之。

4.指定邦最高主管機關為任務實施主體的規定，其無效並不影響——經合憲解釋的——確保任務的委託。依照民法第一三九條所蘊含的法律思想，如果無懷疑存在，立法者在欠缺違憲部分之下仍將保持同法的其他規定者，聯邦憲法法院得僅就規範(違憲)的部分作無效確認(vgl. BVerfGE 4, 219[250])。而系爭規定之情形即是如此，蓋其對於——在擔負醫師責任下從事諮詢工作、並於一定情況下施行墮胎的——醫師具有重要性。同時此項規定亦可執行，蓋依基本法的權限分配規定，負責聯邦法律的落實與施行無論如何係由各邦負責(基本法第三〇、七〇及八十三條)，因此，於此部分無須特別的職權規定。

5.由上可知，因醫師的拒絕權(第五次刑法改革法第二條)所限縮的墮胎可能性，以及經由合憲解釋所限縮的確保任務範圍內，對於懷孕婦女必要醫療照顧，乃屬各邦的事務。另方面各邦在行使其對健康事務的立法

權時，在憲法上亦受到保護出生人類生命義務的拘束；如果此項額外措施會產生助長墮胎的作用時，各邦應捨棄此種措施的規定。

F.（巴伐利亞邦政府聲請部分不受理）

1.巴伐利亞邦政府於2BvF 20/90程序中，針對第十五次刑法修正法中有關第二一八b條第一項第一句及第二一九條第一項第一款規定，提出法規審查聲請部分，因(本庭)就孕婦及家庭扶助法規定的法規審查聲請所為之裁判而業已解決。按抽象法規審查的聲請，僅於有闡明法規效力的客觀上特別利益時，始予許可(vgl. BVerfGE 6, 104[110]; 52, 63[80])。此項利益於上開規定中業已喪失。聲請人對於墮胎諮詢及指標確認有關規定所為指摘，僅係針對基於一般急迫情況所為墮胎的程序法上要件部分(第十五次刑法修正法之第二一八a條第二項第三款)；此點可以從其於一九九〇年二月二十八日的聲請理由中得知。不過，一般急迫情況指標的構成要件，因憲法上無疑問的孕婦及家庭扶助法第十二條第一款規定，而遭廢止。固然，原本要取代一般急迫情況指標的新刑法第二一八a條第一項規定，係違憲且無效。然而，以諮詢構想為基礎的墮胎法律規定，原則上為憲法所容許，此點並無改變。在立法者作成合憲新法之前的這段期間，本庭已依聯邦憲法法院法第三十五條作成過渡規定，其基本的評估是，立法者基於修法需要

的衡量，應不會回歸急迫情況的指標規定。此等規定僅能在一九九三年六月十五日之前的短期過渡期間有其適用。因此，聲請人所為憲法上指摘的標的，將在未來喪失。

在一九九三年六月十五日之前，所聲請有關違憲性的確認，並無法律上的效果。聲請人曾正確地指陳，其所提出的質疑——假設其有理由——無法使系爭規定有關因急迫情況而墮胎部分，被溯及地宣告無效。蓋苟若如此，將會使急迫情況指標規定無法適用，從而將發生一種比系爭規定更偏離基本法保護作用的法律狀態。因此，僅能課予立法者負有改善的義務，在其改善之前，系爭規定仍應毫無改變地繼續適用(vgl. BVerfGE 61, 319[356])；但此種具向後效力的改善義務，又將因舊有急迫情況規定在短期內即將失效而不復存在。

2. 針對帝國保險法第二〇〇f及二〇〇g條規定，在其給予被保險人在一般急迫情況而墮胎享有法定醫療保險給付請求權部分，請求宣告其無效的聲請，則有所不同。固然，上述規定因孕婦及家庭扶助法第三條規定之故，其效力將於一九九二年八月五日喪失，其後則由孕婦及家庭扶助法第二條有關社會法典第五篇第二十四b條的規定所取代。然而，如聲請人所指，因急迫情況而墮胎所生醫療保險給付的舊有案件，仍以系爭的帝國保險法規定為計算依據，對此並有法律爭訟的繫屬事件，

而其裁判則繫於系爭規定的有效性。因此，實體決定的必要客觀利益仍然存在(vgl. BVerfGE 5, 25[28]; 79, 311[327])。社會法典第五篇第二十四b條有關墮胎的規定，其基於一般急迫情況指標而自一九九二年八月五日起施行部分，亦同(參見上述E. V.1. 及5.)。

G. (暫時命令程序)

在抽象法規審查程序中，聯邦憲法法院依聯邦憲法法院法第七十八條第一項第一句得宣告與基本法意旨不符的法律無效。藉由此項宣示，該法律不得具有其原有的效力。準此，新刑法第二一八a條第一項規定的無效宣告，其結果是該規定喪失作為合法化事由的效力。經宣告無效的新刑法第二一九條規定，則不得作為諮詢的內容及實施的依據。

立法者於實施統一條約第三十一條第四項規定時，對於懷孕最初十二週的期間，有意將生命的保護建立在諮詢構想的有效性上，並在新刑法第二一八a條第一項的要件下，排除墮胎的可罰性(基本法第一〇三條第二項)，於此範圍內，新刑法第二一八a條第一項及第二一九條規定與新刑法第二一八條的構成要件之間具有緊密的事物關連性。為了避免保護構想因新刑法第二一八a條第一項及第二一九條的無效宣告而喪失立法者所欲達到的作用，包括在統一條約第三條所定地域，而此作用為憲法保護義務所許，甚或——著眼於事實上有效的生

命保護——爲憲法所要求，因此必須依聯邦憲法法院法第三十五條暫時命令的程序，暫時作成在憲法上充足的諮詢規則，在其他——由立法者在新刑法第二一八a條第一項所定的——要件之下，排除新刑法第二一八條的刑罰構成要件。此種作法並不牴觸基本法第一〇三條第二項及第一〇四條第一項。在孕婦及家庭扶助法第十三條第一款有關刑法的規定中，對於應處以刑罰的墮胎情形，設有構成要件上的規定，而使墮胎可罰性的要件及界限在法律上有所確定。在構成要件上不爲新刑法第二一八a條第一項或其他排除可罰性規定所包括的墮胎，其基於立法者指示而具有的可罰性，不因新刑法第二一八a條第一項所定合法化事由的無效宣告而有所影響。本庭決定對可罰性的擴大，並未超過立法者所設定的界限。反之，於判決主文II 2.依聯邦憲法法院法第三十五條所爲的命令，旨在確保新刑法第二一八a條第一項構成要件所定墮胎在新法制定之前不受刑法處罰，儘管該規定被宣告無效；從刑法的觀點而言，此項法院命令的意義僅止於此，刑罰的排除並非基於合法化事由，而是藉由構成要件的排除。至於未依諮詢規定，而依孕婦及家庭扶助法第十三條第一款處以刑罰的墮胎行爲，其可罰性的基礎仍是該法律，而非本庭依聯邦憲法法院法第三十五條所爲的命令。因此，孕婦及家庭扶助法中有關將生效的刑法部分，其所含有的刑法規定，即使比目前

仍適用於新邦的東德法律還要廣泛，仍符合基本法第一〇三條第二項及第一〇四條第一項的特別法律保留規定。

Mahrenholz, Böckenförde, Klein, Graßhof, Kruis,
Kirchhof, Winter, Sommer

副院長 Mahrenholz 法官及 Sommer 法官對於第二庭一九九三年五月二十八日判決所提出的不同意見書

— 2 BvF 2/90 und 4, 5/92 —

墮胎的法律規定涉及人類生命最內部的領域，並觸及人類存在的基本問題。性與希望有小孩之間的不一致，屬於人類存在的特殊基本條件。婦女必須承擔此種歧異性的後果。長久以來，在所有經過不同道德觀與宗教觀所塑造的文化中，婦女們爲了非自願懷孕所遭遇的困境，努力尋求解決途徑，且已獲得出路，其間(國家)儘管藉由最重且殘酷的刑罰予以恫嚇，仍然無法阻止婦女甘冒自己生命危險而殺害胎兒，如果她們真的不想要小孩的話。隨著婦女社會地位的改變，今日婦女在解決此種根本性的生命衝突問題上，主要是憑藉對具體生活情況的評估，判斷其是否有能力負責任地履行母親的職責。任何墮胎的規定，一方面會引發人類自主性不可侵犯範圍的問題，他方面則是涉及國家規範權的問題；於此，立法者完全是站在對社會生活領域規範能力的邊緣。立法者得以較好或較差的規定貼近墮胎的問題；但是無法「解決」此一問題；於此國家喪失「正確」立法的自我確信。冗長的立法程序即可顯示出此點，蓋自上次基本改革之後，此項立法程序已開始進行了約十五年餘。另外，在本庭的審理過程中亦反映出此點，本庭自

立法者的保護義務所導出的推論，與一九七五年二月二十五日第一庭的判決(BVerfGE 39, 1 ff.)，有所不同。本庭判決所採取的準據，係容許立法者可以繼續採行孕婦及家庭扶助法的諮詢解決途徑。

如同本庭一樣，國家對於未出生人類生命的憲法上保護義務，自該生命開始起，對此本席並無疑問。吾等與本庭見解相同，認為保護義務並不禁止立法者改以另類保護構想，其重點在於對婦女的諮詢，並放棄指標規定的刑罰威嚇與指標構成要件の確認。但是吾等認為，本庭——作為立法上的可能性——所承認婦女對於初期墮胎的事實上最終責任，在其接受諮詢之後，係婦女基本權利地位所必要者，故於此範圍內，保護義務應有所限制(I.)。除此之外，依吾等之見，在諮詢規則中對於未出生生命的有效保護，正好可以對墮胎的容許與不容許作規範上的闡明；於此，基本法允許諮詢之後的墮胎具有合法性(II.)。由此可以推知，新刑法第二一八a條規定合憲，因而社會法典第五篇第二十四b條規定對諮詢之後墮胎給予法定醫療保險給付，自不能加以排除(III.)。

I. (國家對未出生生命保護義務的限縮與婦女基本權地位)

依本庭的見解，在整個懷孕的過程中，婦女負有將小孩生出的法律義務，即使在諮詢之後，此項義務亦只

有以不可期待性為標準的法定例外構成要件下，始告終止(參見判決D. I. 2. c))，對於此點吾等並不贊同。在憲法所定婦女、未出生生命及國家的三角關係之中，自基本法所導出對未出生生命的保護義務，僅是對國家有所要求，而非直接針對婦女。國家透過立法課予婦女保護未出生生命的義務，必須同時顧及婦女的基本權利地位。因此，任何有關墮胎的法律規定不僅須符合基本法第二條第二項暨第一條第一項對未出生生命的保護義務外，尚須與婦女請求保護並尊重其人性尊嚴(基本法第一條第一項)、婦女身體完整性的權利(基本法第二條第二項)及其人格權(基本法第二條第一項)相一致(參見判決D. I. 2. b))。立法者的任務在於，將其保護義務與胎兒及婦女基本權利地位相互之間作合於比例的安排。對於此種安排憲法未設規定。因此，立法者享有衡量及形成的空間，但此項形成空間一方面受到對未出生生命不足禁止原則的拘束，他方面則受到對婦女過度禁止原則，亦即受比例原則的限制。如果立法者允許婦女在懷孕初期，在接受以刑罰制裁而屬於婦女義務的諮詢之後，就是否繼續懷胎作出自我負責的決定，並在此範圍內解除墮胎的禁止與分娩的法律義務，則立法者尚未逾越其所享有的衡量與形成空間。在婦女(分娩)法律義務不復存在的範圍內，其(墮胎)行為乃屬基本權利之行使而受允許。

1.懷孕衝突與其他對人類生命的危害，有所不同。婦女與胎兒之間的關係，並不是可能的「行為人」與可能的「被害人」；而是在懷孕婦女的人身上構成一種特有的一體性，一種——如判決所言的——「二合一」(Zweiheit in Einheit)的狀態。在懷孕的第一週——如本庭所述——新生命完全尚屬於母親，並且全然依賴母體。此種以特有方式與母親結合的胎兒，其不可察覺性、無助性與依賴性，顯示如下的評估有其正當性：國家如果與母親合作，將會有較好的機會來保護胎兒(參見判決D. II. 3.)。此乃事實上對於婦女在懷孕初期的基本權利地位所作的基礎描述。本判決的論述亦提出其他相近的觀點，其謂諮詢規則係建立且可以建立在懷孕婦女決定是否墮胎的最終責任上。立法者若評估，唯有與母親共同合作，而非與之相抗衡，方能有效保護對未出生人類的生命，則此項立法評估在憲法上並無疑義(參見判決D. II. 2., 3. 及 4.)(so schon der Alternativ-Entwurf zum Besonderen Teil des Strafgesetzbuches von 1970, vgl. BVerfGE 39, 1[10 f.] und das Sondervotum Rupp-von Brünneck/Simon, a.a.O., S. 79)。

基於以上觀點，諮詢規則——從判決亦可明顯看出——並不是要認命地逃避指標解決方式所可能帶來令人沮喪的挫敗。新的規定乃是對婦女人格與尊嚴的理念

有所變遷的結果。判決指出，婦女有能力自我負責地作出是否墮胎的決定，此點在憲法解釋上必須有所延伸。依吾等的看法，在此段闡述之下，未出生生命的人性尊嚴與懷孕婦女的人性尊嚴之間的衝突，不同於判決所述，必須在合於比例的調整分配之下，予以解決：此種「二合一」的特殊調配問題，在基本權利上，不能趨近於胎兒與婦女的單純對立地位予以掌握。實則，婦女自身的基本權利地位，在本質上，因對其他生命負有責任而被共同決定，蓋婦女懷有胎兒的生命。因此，不能忽略的是，此一帶有人性尊嚴的他種生命亦與婦女「對立存在」。總之，上開兩種說法，顯示出懷孕婦女基本權利地位與保護義務之間的調和，有其特殊之處。

「二合一」的情形，隨著懷孕階段的進展，而有所改變。在第一週，婦女與胎兒——如上對判決的引述——仍完全是一體性，相對而言，隨著胎兒的成長，「二元性」則益發明顯，此種發展的過程具有法律上的意義。婦女的自我負責雖然繼續存在，但是其已喪失最終負責的性格。對懷孕婦女基本權利與未出生生命保護義務的調和，從法律上予以實證化，必須顧及在懷孕婦女基本權利地位中的進程要素(*prozeBhaftes Element*)，因為懷孕本身便是一種進程。隨著懷胎階段的進展與胎兒的成長，調和的重點會有所轉變，婦女基本權利地位的內涵與國家在履行其保護義務的角色，在懷孕初期與其

後續的發展階段，應作不同的判斷。

2.於此種進程之下，立法者必須對懷孕初期及後續階段的國家保護義務作不同的形成。國家在懷孕初期履行保護義務時，應以刑法第二一八條的刑罰制裁，使處於衝突狀態的婦女負有接受諮詢的義務，而諮詢的重點則在於未出生的生命；在諮詢結束之後，國家給予婦女自我責任的空間，並賦予其作成最終負責決定的能力。於此過程中，婦女乃是談話的夥伴，而非談話的對象。國家在履行此種保護義務時，應嚴肅看待此種「二合一」的狀態，亦即婦女並非只是胎兒的容器。在懷孕的後期，保護義務則透過刑罰的威嚇，保衛胎兒的生命權。原則上，此項保護義務——如同其他的衝突——係從一種彼此對立的法益出發，立法者在此的任務是，於個別情形中確定自何週開始適用此種保護方式。

在諮詢的模式下，國家保護義務的履行是否會較為有效，僅能從實證經驗上加以判斷。重要的是，國家並非以不適當的方式進行保護；此點是對指標規定的批評，而指標規定則是導致婦女及家庭扶助法構想形成的原因。保護必須依立法者的適當評估，在現實的意義上有其作用(參見判決D. I. 2. b))。吾等與本庭的看法一致，認為立法者評估，在懷孕初期以諮詢進行保護較妥，而在後續階段則以刑法保護為宜，此項評估是適當的。

然而，與接受諮詢之婦女的最終責任相結合者，乃婦女享有決定是否墮胎的優先性。如果吾人依循判決的意旨，則此點對於本庭不外只是事實上的意義，相反地，吾等認為此乃基於基本權利所致。「二合一」的形象對吾等而言，並非只是事實狀態的描述，而是真實反映出婦女的基本權利地位。於此既非僅單純涉及「婦女的人格權」(參見判決D. I. 2. c)bb))，亦未牽涉「自我決定權」(Selbstbestimmungsrecht)的一種態樣；蓋苟若如此，則婦女將只是與胎兒「相對立」，而胎兒則非婦女本身的部分。如果吾人在此一階段，基於婦女法律地位的優位性，則——如本庭(參見判決，上揭引處)所認——胎兒的生命權唯有當其母親不墮胎時方能存在。於此本庭應受質疑的是，其如何在判決中以比諮詢方式更有效的方式使胎兒生命權獲得保護。

自一九七四年六月十八日(BGB1. I S. 1297)第五次刑法改革法(5. StrRG)首次在墮胎刑法中引進十二週期限以來，法秩序業已考量到上述的(懷孕)進程；此項特定的初期階段在第一庭的判決下，經由刑法上各種不同的設計而得以繼續保留下來——其主要的結果是，對於國家保護義務有所限制。同時在孕婦及家庭扶助法議決之前，聯邦眾議院各黨團或部分黨團所提出的各種草案，亦多以此種初期階段為出發點。

孕婦及家庭扶助法的立法者，可以在懷孕開始的有

限期內，賦予婦女有決定其衝突的可能性，以便藉此方式顧及懷孕婦女的基本權利地位。於此立法者履行其保護義務的方式是，課予婦女在墮胎之前負有諮詢的義務。直到此段期間經過之後，立法者始給予婦女對未出生生命完全的承擔義務(Einstandspflicht)。立法者藉此對懷孕衝突中所涉及的基本權利地位，作原則性合乎比例的調和。

3. 準此以言，「二合一」概念的意義是，在概念上趨近地對獨特基本權利地位作正確的掌握。此一概念所併予考量的懷孕自然進程特質，可以從基本權利釋義學的角度作如下的理解：亦即，從根植於對婦女人格權的尊重(基本法第一條第一項暨第二條第一項)而由婦女對未出生生命擔負最終責任，逐漸發展到由國家承接對未出生生命的最終責任。荷蘭的刑法即以懷孕(約)二十四週阻絕墮胎的構成要件，而自此一時點起，墮胎則論以殺人罪予以處罰，如果「於合理的情況下足以期待，其(胎兒)有能力在母體之外存活者」(刑法第八十二a條，引自 Eser/Koch, Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, Teil 1 Europa, 1988, S. 1073)。由此可知，該部刑法使未出生生命在懷孕的後期階段成為完全刑法意義上的人。

4. 反之，期待不可能的基準(判決D. I. 2. c) bb))則未能顧及此種情況的特殊性。惟本庭在諮詢的架構內仍

堅持此項基準；(其謂)在欠缺一般急迫情況指標的合法化事由時，法秩序必須表明，只有在一種負擔的例外情況下，始能允許墮胎，亦即此種負擔必須超過婦女可期待的犧牲界限，唯有如此，才能在發生懷孕衝突時，同時爲了一般的法律意識，就有關分娩法律義務及其界限，提供必要的取向(參見判決D.III.1.c))。吾等認爲，期待不可能的基準不適合作爲此種法秩序的取向指引。蓋要將衝突情況自我涵攝在以二種法定指標爲取向的合理犧牲界限基準之下(參見判決D.I.2 c) bb))，實已超出婦女的能力範圍。由於非預期懷孕所發生的衝突情況，因婦女生理及心理狀態的不同而有差異。於此情況下，除了生小孩外，婦女還必須看到做一個有責任母親(參見基本法第六條第二項)的機會與遠景時，才會有能力看出「合理犧牲界限」的所在。

在法律上，期待不可能的基準會導致——而且會誤導——一種涵攝過程(Subsumierungen)，其在判斷期待不可能的標準上越形模糊，則婦女對各該急迫情況的主觀性則越強。此種涵攝過程只能在規範上作有限的界定；其很難不會受到社會學的強烈影響(職業落差，城鄉差距等)。從基本法第一〇三條第二項明確性原則的觀點，現行法的一般急迫情況指標亦有疑問(vgl. dazu auch das Sondervotum Rupp- von Brünneck/Simon, BVerfGE 39, 68[91])。至於在諮詢過程中以及之後由婦

女所作的「自我涵攝」，其困難度更大，則無待多言。

以期待可能為基準所作的衡量，係以相對立的法益為出發點，而其中則有一項法益受到侵害。在此觀點之下，國家的保護義務必然只能以刑法第三十四條的緊急避難事由予以限定。如果未有緊急避難情事，則在期待可能性基準的運用下，其結果將是構成婦女的「優位」(Vorrang)，但此點顯為本庭所不採(參見判決D.II.3.)。在聯邦眾議院提出法律草案的提案人當中，顯然只有提出所謂Werner草案者(BTDrucks. 12/1179)，意識到此一問題，蓋該草案中(對於墮胎合法化)僅限在醫學上的指標情況。期待可能性思想於法律上的實踐，在第一庭(BVerfGE 39, 1 ff.)判決中以及自該判決之後——特別是判決主文中對於一般急迫指標的描述——，由於始終無法將胎兒的法益與婦女基本權利地位作合乎比例的衡量，因此與胎兒生命法益的位階有所未合。

回顧往例，依吾等之見，在指標構成要件中，特別是一般急迫情況指標要件對國家保護義務所作的限制，乃是對以特殊方式相互連結的基本權利地位，作合乎比例調配的體現，同時承認婦女在懷孕初期享有原則上涵蓋保護胎兒的最終責任——即使到目前為止，仍僅侷限在依聯邦憲法法院及立法者的見解所客觀化的情形。

本庭所運用的期待可能性思想與第一庭有所不同，亦即第一庭係以對未出生生命在實務上及事實上有效的

保護，界分合法與非法墮胎(vgl. BVerfGE 39, 1[58])。爲了確保諮詢的開放性，不可期待性與其反對概念：可期待繼續懷胎及可罰墮胎，不再處於相對立的關係。因此，期待可能性基準的法律意義，乃有所改變。在一般的急迫情況指標中，期待可能性基準只是作爲懷孕婦女在作成決定時——無法律效果的——取向，但是，墮胎無論如何仍是違法，於此情形下，期待可能性基準終究只是根基在道德領域，而鮮在法律領域之中，其結果，規範上的保護義務與事實上的保護義務，無法再互相扣合。於此範圍內，諮詢規則與本庭的指標模式，乃呈相互交錯的現象。

5.從事實的觀點以言，上開考量固然無法精確掌握懷孕衝突的輪廓。但是其可以顯示，何以聯邦憲法法院一九七五年二月二十五日的判決(BVerfGE 39, 1 ff.)會首次作差別性的觀察，特別是在爲什麼可以採取諮詢解決途徑的問題上。本件判決本身即彰顯出此種變遷。本件判決已看出婦女與胎兒的地位係根植於人性尊嚴(參見判決D. I. 2. b))，相對而言，第一庭雖認爲此點對胎兒而言是正確的(vgl. BVerfGE 39, 1[41])，但是對於婦女的基本權利地位，則僅視其爲婦女的人格自由發展權(基本法第二條第一項)，以致其後在以基本法第一條第一項爲取向時，預示了胎兒生命的保護應優先於懷孕婦女自我決定權的決定(vgl. a.a.O., S. 43)。

II. (經諮詢後的墮胎應認為合法)

姑不論I.所作的論述，依吾等之見，基本法並未要求，對於懷孕初期在接受諮詢後、經醫師所施行且免除刑法制裁的墮胎，如未經第三人確認其懷孕屬於不可期待者，即不得將之視為(刑法上)合法。

對於諮詢之後所為墮胎予以合法化，乃是諮詢規則所不可或缺的竣工冠石(Schlußstein)。墮胎合法化例外情況的肯認，即使未經第三人作要件上的確認，仍與基本法的意旨相符(1.)。依吾等之見，刑法以外的違法判斷對於國家履行其對胎兒的保護義務，並無助益(2.)。

1.諮詢規則的重點是，在經過諮詢談話之後，由婦女作成最終負責的決定。婦女在諮詢與醫師談話之後，自行決定請求墮胎者，原則上即屬具有責任的決定。如果諮詢程序要發揮其預設的保護生命作用，則此項決定必須由法秩序予以承認。倘若婦女墮胎的決定雖然可以免於刑罰，但——在刑法之外——不被當作是合法，且伴隨有法律上的不利益，則諮詢是無法奏效的。立法者在基本且通常的觀察方式之下，可以將婦女的(墮胎)決定合法化，而不致構成違憲。於此，立法者可以放棄由第三人作事實上的確認，蓋此種確認可能會與諮詢規則的效果條件相違背。如此建構且前後一貫的諮詢規則，如果能夠對胎兒提供比現行法更有效的一般性保護，則其同時具有較能有效保護個別胎兒的意義。

a)在懷孕初期，國家為履行其保護任務，得將婦女吸納為同伴，以達到保護胎兒的功能。惟國家必須對婦女有作出負責決定的能力以及婦女在懷孕開始所處的特殊情況，加以重視，方能達到此項目的。於本件言詞審理中，對諮詢實務提出說明的諮詢人員一致指出，婦女們——從她們對未出生胎兒自然地加以保護開始——通常將懷孕的衝突看作是急迫情況，並願意在此情況下負責任地、且有良心地有所作為。婦女們認為她們的衝突是一種高度屬人性的衝突，因此拒絕由第三者以期待可能性的標準來加以判斷。從而，法秩序如果要保護未出生生命，則必須讓婦女有作出負責任決定的空間，亦即，法秩序不僅須讓諸婦女負責，更要加以信任。基於此項理由，吾等認為——與本庭見解不同(參見判決D. IV. 1. b))——當婦女在接受諮詢時亦得保持沉默的可能性下，諮詢談話的完全開放性，乃是一項重要的要素。而當婦女作成負責任的決定時，她們的決定——無法律上的保留——應予承認。唯有如此，婦女才會在諮詢時實際地開放。

b)法律規定的出發點必須是，懷孕婦女——當然——要具有一般作成負責任、且足堪合法化決定的能力。最遲在義務性諮詢之後，婦女必須對於因墮胎所併發的衝突有所了解。婦女要知道，在其體內成長的胎兒係涉及何種高度的法益。婦女不能輕率且毫無理由地作出接

受墮胎手術的決定(vgl. Sondervotum Rupp- von Brünneck/Simon, BVerfGE 39, 68[88])。懷孕婦女——同樣是當然之理——在決定是否墮胎時，不能對墮胎的合法與非法，毫不在乎。在婦女的懷孕衝突中，係涉及——婦女應可察覺——相互對立的根本性法益。於此婦女不願因決定墮胎而受到排擠，而是希望被接受。婦女在墮胎時並不是為自己要求得到一些好處；相反地，墮胎對婦女所代表的意義是，違反其獲得小孩的期待與原本想要有小孩的願望，無論如何是一種重大的自我傷害，而且是影響其生存的一種侵犯；在本件言詞審理程序中，接受詢問的諮詢人員已從他們的實務經驗中表達此點。

綜上所述，立法者得藉由具有份量的徵象，且毋需進一步的證實，而以衝突情況作為請求墮胎的基礎，此種衝突情況，係指婦女值得保護的利益遭受急迫情事，以致國家的法秩序無法要求懷孕婦女必須給予胎兒權利享有優位性(vgl. BVerfGE 39, 1[50])。此種作法既非承認不具拘束力的婦女「自我決定權」，亦非法律上對胎兒保護的任務，其情形有如新刑法第二一八條對未經諮詢之墮胎予以刑事制裁一樣。本庭的相反見解(參見判決D. III. 2. b))，認為經諮詢後的墮胎要求，立法者不得當作是一種急迫情形，此種見解將陷入一種兩難困境：人們不是不信任諮詢的真正影響力，就是不相信婦

女的負責決定。但是二種情形皆為本庭所承認，第三種理由則不存在。

濫用的危險與上開見解並不衝突。任何負責決定的自由，本身就含有濫用的可能性，但是如果沒有此種負責決定，則要透過諮詢保護生命誠難想像；毫無漏洞的防堵濫用，無異又會剝奪可能保護生命的自由。更何況指標構成要件本身也會被濫用。

c)就墮胎的規定而言，基本法並不反對以正當的徵兆作為特殊的合法化事由，蓋懷孕初期的墮胎，自始便無法區分為傳統上的作為或不作為(參見刑法第十三條)；墮胎尚難被評價為以積極作為侵害法益，其乃是在婦女的體內存有單一方式的法益衝突，且集於一身，於此情形下，婦女得援引其個人權利的犧牲界限，而拒絕承擔帶有特殊保證與注意義務的擔保地位。

2.憲法上保護義務要求對未出生生命為有效的保護(參見判決D. I. 4.)。如果將保護的重點放在諮詢的規定上，則對婦女的行為拒絕予以合法化，將無法達到此種保護作用。此點既適用於對個別胎兒的直接保護(a)，亦適用於透過一般法律意識的維持與強化而對出生人類生命的間接保護(b)。

a)憲法上保護義務的履行，類如以法律手段解決基本權利衝突的問題，若無法律上的規範，則憲法上保護義務所應發揮的作用將失所附麗。孕婦及家庭扶助法的

諮詢規定，對於懷孕初期的墮胎僅就未經諮詢部分處以刑罰。立法者以此對未出生生命提供法律上的保護——即使是以刑法手段——，其範圍包括指標規則以外的方式。但是本庭卻認為即使是在諮詢規則的範圍內，亦須依期待不可能的標準，就婦女負有分娩法律義務的界限，作規範上的表述，以作為諮詢及一般法律意識的指引原則(參見判決D. III. 1. c))。對此(參見判決D. I. 2. c)bb))本判決係以第一庭的判決(vgl. BVerfGE 39, 1 [48 ff.])為基礎，但是卻忽略了，在該判決中，合法墮胎與禁止墮胎之間，透過指標構成要件的規定，已尋獲前後一貫的區別。因而在諮詢規則之下，期待不可能的判斷——涉及一般急迫情形的部分——即失去其功能。就此而言，婦女在懷孕初期經諮詢後要求並施行的墮胎，其法律上判斷的標準，依本庭的看法，並無作用；從而，無論如何都無法使婦女的行為——基於保護構想的必要性——合法(參見上述I. 4.)。本庭並將其所要求的法律效果(參見判決D. III. 2. a))延伸到對社會法典第五篇第二十四b條的解釋上(參見判決E. V. 2. b))。姑且不論法定醫療保險給付的拒絕不足以作為法律上非難的象徵，至少此種方式——本庭亦如此認為——無法直接保護個別未出生生命。同時從懷孕婦女對保護此種生命的「規範取向」，亦無法發揮對未出生生命的直接保護作用。本庭則將此——如上所指——視為諮詢保護構想的

主要成分，拒絕讓個別婦女相信其於諮詢程序之後的墮胎決定為法秩序所允許(參見判決D. III. 2. b)cc))。吾等認為此乃對現有指標規則法律狀態的一種倒退作法。由於拒絕予以合法化，婦女可能會為了新的保護構想而付出代價。對於婦女而言，規範上的明確性已不復存在，取而代之的是，她們的行為無論如何——儘管在可能的重大急迫情況下——都不會被當作是合法。依照吾等的確信，此種情形與諮詢規則的基本思想之間，乃存有一種不相合致的衝突狀態，破壞了整個保護構想的有效性(參見上述1.)。此外，本庭指出國家在履行相對於未出生生命的保護義務時，應遵守憲法上的界限，而拒絕回答婦女墮胎行為是否合法的問題，則應屬於此種界限。吾等認為此種作法，並非允當，蓋其使婦女在國家保護生命的理念架構下，逐漸成為一種不成熟客體的角色。依吾等之見，婦女法律意識的減弱，莫過於她們在法律意識內不知道要做什麼；儘管在法律上定有規範上的遵循方向，但是當婦女們作出負責決定之後，卻仍然不被承認為合法，其結果就是造成婦女法律意識的減弱。於此涉及法治國上的諸多疑問，吾等不擬深論。

b)依照本庭的見解，拒絕合法化之所以有其必要，在使一般的法律意識不會發生諮詢後墮胎係合法的印象(參見判決D. III. 2. a))。不過吾等認為，在保護生命的領域中，刑法以外的法律上非難，不會特別地塑造出國

民的法律確信。

依吾等之見，在墮胎領域的法律意識，正好是來自個人的道德確信，其係透過教育、自己的遭遇以及社會的價值觀所共同形塑。所謂非價判斷(Unwerturteil)，如本庭所想像的，在此並無任何作用。曾因墮胎而依現行刑法第二一八條以下規定進行刑事訴追並予以判罪者，趨近於零。德國聯邦眾議院業已指出，依Allensbach機構在一九八三、一九八七及一九八八年所作的問卷調查，有三分之二的德國人認為墮胎是允許的。依照新的構想，刑法擁有一個重要的抑制領域與一個相應建構而成的預防領域(一方面參見新刑法第二一八條，另方面參考新刑法第二一八a、二一九條)。而在法律得發揮其塑造力的地方，其關鍵在於此種刑法功能的界分，而非取決於社會保險法上的解釋；社會保險法上的解釋並無塑造力。相反的：如果立法者以諮詢及婦女最終負責作為保護理念架構的重心，捨棄刑罰制裁的方式，乃是出於刑罰制裁對於未出生生命的保護是一把鈍劍，則在捨棄保護最高位階法益的刑罰之後，卻代之以在社會保險法上獲得法律上不利益，藉以承繼本庭所謂的憲法上非價判斷，其結果只會造成一般法律意識的不安定，蓋社會保險法只是一種後續法(Folgerecht)。在基本權利的釋義學上，吾等認為，如果有人要求憲法上的保護義務應該塑造一般的法律意識，則是過度擴大

憲法上對未出生生命的保護義務，尤其是，毫無實際制裁效果的憲法規範能否塑造法律意識，其方式又是如何，乃是一種法事實的問題，對此尚乏確切的認知；解釋者單純的確信尚不具有決定性。因此，吾等認為本庭的看法毫不足採，蓋以同樣的論點亦可主張，如果對於侵害未出生生命法益的行為，雖基於憲法而在一定範圍內予以禁止，但此項禁止範圍的界限，則基於保護理念的本質而不得使婦女行為合法化，從而由於此種不明確性——姑不論急迫情況的個別情形——而拒絕給予法定醫療保險給付，則同樣亦會造成一般法律確信的紊亂。

即使是第一庭也僅提及刑法規範的法律意識形成力，且係著眼於透過不同刑法規範以達到較完善生命保護的「嘗試」(vgl. BVerfGE 39, 1[65 f.])。第一庭亦相信刑罰制裁的單純存在，會對國民的價值觀與行為方式有所影響(vgl. BVerfGE a.a.O., S. 57; vgl. auch BVerfGE 45, 187[254 ff.])。但於此應予審查的法律，則無此情形；蓋立法者已放棄以刑法作「嘗試」；而本庭對此亦加以贊同。

在言詞審理程序中，Eser教授曾就此處所要判斷的聲請提出意見，相對於將一個行為作「不違法」的標記，對於一個向來以刑法處罰的行為，列入例外的構成要件中，則在此一領域中必須將此理解為對保護法益的一種開放(vgl. auch Lenckner in: Schöcke/Schröder,

StGB, 24. Aufl., 1991, Vorbem. zu §§ 13 ff. Rdnr. 17)。第一庭認為舊刑法第二一八a條是否限縮刑法第二一八條的構成要件，或者該條是否為合法化事由或只是一個阻卻責任或阻卻刑罰事由，對於法律意識而言是不重要的；蓋其無論如何皆會產生一種印象，亦即墮胎是「法律上所允許的」(vgl. BVerfGE 39, 1[53 f.])，但第二庭的看法則有不同。由此可以顯示，在法律意識形成的方法運用上，鮮具有確定性。有鑑於此，究竟要將行為從構成要件中抽出或是將其宣告為不違法——此屬刑法釋義學上的特殊問題——須從履行國家保護義務的觀點，對之有所取捨，此並非屬於聯邦憲法法院的任務，而是立法者，乃至於主管法院的任務。

III. (其他規定的合憲性)

i. 本庭認為，新刑法第二一八a條第一項規定作為合法化事由，違背憲法，蓋此項規定既未以不可期待懷孕婦女生產的急迫及衝突情況為前提要件，亦未對之詳加規定，且未使第三人對合法化事由作相應的確認(參見判決E. I. 2.)。依照吾等在 I. 及 II. 的陳述，吾等認為，新刑法第二一八a條第一項規定在此部分係屬合憲；關於該項規定墮胎的合法化事由部分，並未抵觸基本法第一條第一項暨第二條第二項的國家保護義務。本庭復就新刑法第二一八a條第一項與第二一九條的關連性上，認為該條第二項有關諮詢機構的組織及監督規定

具有瑕疵，故宣告其違憲(參見判決E. I. 4.及II. 2.)，就此部分吾等贊成判決的見解；又基本法對諮詢內容及目標所作的要求，新刑法第二一九條第一項並未明白確定地表現出來(參見判決E. II. 2.)。

2.對於在受胎後最初十二週經諮詢而由醫師施行的墮胎，若給與社會保險給付，依吾等之見並不牴觸基本法。惟吾等認為，在憲法上，除具有醫學上指標的墮胎外，立法者不必將所有由醫師施行的不違法墮胎均納入法定醫療保險給付的項目中。不過，立法者如果基於保護婦女健康的觀點而認為有理由如此做的話，則立法者在規定醫療保險組織團體的法定給付義務時，不得作事務上不正當的差別待遇。因此，在諮詢規則範圍內所為的墮胎不能被排除在外。從而，社會法典第五篇第二十四b條規定，不須作如本庭所要求的限縮解釋(參見判決E. V. 2..b))。對吾等而言，此乃因諮詢後的整個墮胎行為均被允許，並當作是合法的墮胎予以處理或得如此為之。

又吾等不贊同巴伐利亞邦政府所指，社會保險作為公法上的強制性團體，基於其成員基本權利的考量，不得承受與保險無關的負擔，從而提出憲法上的質疑，對此本庭認為無需作決定(參見判決E. V. 5. b))。按對於法秩序所允許的墮胎提供醫療保險給付，並未侵害繳納保費成員的基本權利——無損於成員不同的倫理或道德

上的確信(vgl. dazu schon BVerfGE 78, 320[331])。

本庭多數見解認為，社會法典第五篇第二十四b條不能適用於諮詢後的墮胎之上，此種見解礙難贊同，即使此種墮胎——依判決所述——不得被宣告為合法(不違法)。就此部分，我們的意見與Böckenförde法官的不同意見一致。

IV. (附論)

對於本庭有關將醫師納入諮詢規則的保護理念之中所為的基本陳述，我們有二點質疑。

1.依吾等之見，憲法上保護義務——與本庭見解不同(參見判決D. V. 2. c))——並未要求，醫師在墮胎或在對婦女諮詢及闡明的關聯性中，若有違反義務之情事，必須由立法者處以刑事制裁。

2.從本件標的以觀，判決有關小孩扶養義務絕非可能是一種負擔的陳述，並無理由(參見判決D. V. 6.)。此段陳述只是判決的旁論(*obiter dictum*)，此外，本庭亦無必要討論聯邦法院第六民事庭所證立的陳述，於何種——有限的——條件下，可能會發生財產上的損害(BGHZ 76, 249 [253 ff.]; BGH, NJW 1984, S. 2625 f.)。

Mahrenholz ; Sommer

Böckenförde 法官對於一九九三年五月二十八日 第二庭判決的不同意見書

— 2 BvF 2/90 und 4, 5/92 —

本席同意判決的主要基本陳述，特別是在懷孕最初十二週內經諮詢後由醫師所施行的非指標墮胎，不得視為「不違法」，亦即不得被允許(參見D. III. vor 1.)。然而，本席不贊同判決中的部分意見(在E. V. 2. b), 部分在D. III.1.c))，亦即對於此種墮胎(下稱諮詢墮胎)的社會保險給付基於憲法應予排除。蓋此一部分的決定是屬於立法者的任務。於此所牽涉的問題，並非此種給付是否為憲法上所要求——此種給付確實不是——，而是涉及此種給付是否自始為憲法所禁止。

1. 從判決中上述的理由，本席贊同本庭的見解，諮詢墮胎雖然免於刑事制裁，但不能一般地宣告其為合法(不違法)。如同本庭正確地指出，只有在特定例外情形，其造成負擔的程度相當大，以致於無法期待婦女擔負生產小孩的法律義務時(參見D. I. 2. c) bb)), 較具體論述在D. III. 1. c))，方能導出墮胎應視為合法的結果。而從一般的經驗法則，尚無法典型地假定，此等要件在諮詢墮胎的情形一般地存在。但是反面推之：諮詢墮胎一概不符合此等要件的推定，同樣是不成立的。是以，諮詢墮胎是一種——從實體法上觀之(姑且不論未經第三人確認)——合法墮胎與不合法墮胎的不可分綜

合體(ungeschiedene Gesamtheit)。

2.對於社會保險法而言，其性質上屬於後續法(Folgerecht)，而系爭問題則是在保險給付的給與上如何處理此種諮詢墮胎的不可分性。諮詢規則保護構想的基礎在於，如本庭所指(參見D. III. 1. c))，一般且毫無例外地放棄對社會急迫情況指標作存否的確認，亦即諮詢墮胎的綜合體不能依違法墮胎與不違法墮胎而予以分解；其必須且只能一體處理。本庭認為由於此類墮胎的合法性未經確認，且因保護理念而無法加以確認，惟基於憲法上對未出生生命保護義務的必要性，所有此類墮胎均須當作不合法，亦即以非法處理之，因而必須自社會保險中予以排除。(本席認為)儘管此種排除可能是立法規範的結果，但是從對未出生人類生命的保護義務或從其他憲法規定，則無法導出此種排除是憲法上的強制規定，從而任何其他解決方式均屬違憲。惟本庭認為此乃法律原則禁止墮胎的必然結果，且係基於國家原則上不能參與合法性未經確定之過程的抽象原則，此種見解無異否定了諮詢構想本身所包含的結果。

a)就諮詢墮胎的整體而言，其無法毫無間隙地劃歸為違法或不違法兩種選項；諮詢墮胎作為一種不可分的整體與上開選擇性是不相容的。儘管如此，本庭仍認為，基於憲法的要求，諮詢墮胎應一體地當作非法——且在社會保險法上有相應的效果——而予以處理。

此所謂必要性者，實非出自本庭所指——本席贊同的——原則，亦即諮詢規則因捨棄指標認定程序，故其合法的可能性無法透過一般的急迫情況指標予以承認。此項原則的意旨與理由在於，婦女的行為仍得依實體法的標準予以判斷，但不能具有形式上的合法性。然而，基於此項原則的結果，除了無法使墮胎合法化外，諮詢墮胎並非必須毫無差別且無可反證地被定位為實質不法，即使合乎本庭自己所提出的實質合法標準，此種合法性標準——與一九七五年第一庭判決(vgl. BVerfGE 39, 1 [49f.])一致——係指合乎期待不可能標準的若干例外情形，包括特定的社會急迫情況在內(參見D. I. 2. c) bb); D. III. 1. c))。本庭將諮詢墮胎一概論以不法，並非置重於衝突情況與實體法上的情況，而只是以欠缺形式合法化程序為理由。不過，為了處理諮詢模式的所有後續問題，而將合乎法秩序實質要求的墮胎行為，毫無保留地定性為實質不法，顯非保護未出生生命義務所必要，且違背法治國原則的要求。此種「結果」將使法治國家自相矛盾。

b)在社會保險法上，將諮詢墮胎一概當作違法予以處理，將導致社會保險給付概括的拒絕。本庭認為此乃是法律上對於墮胎原則性非難的必然結果，故有其必要。果若如此，則依本庭所指實質標準而合乎合法化要件的墮胎，勢必也會被歸入法律的非難之中。此種對墮

胎的法律上非難，將益顯其問題，如果本庭著眼於諮詢理念的細部設計，而仍固守指標要件的思想，此點本席贊同本庭的看法(亦即)：由於墮胎係對人類生命的殺害，故原則上仍是非法且應予禁止，從而只有在特別界定的例外情況下，方能使墮胎——實質以觀——合法化(參見D. III. 1.c))。諮詢旨在使有意墮胎的婦女，能夠明瞭法律規範上的方向——諮詢應指出分娩義務的範圍及界限——，且在可能的情形下糾正其既有的錯誤觀念。如果考慮墮胎的婦女在此種方式下受到感召而產生責任感，並且可以期待她會在法秩序的要求下，有所行事，於此情形下，若謂基於憲法的要求，必須在可罰性以外的所有法領域，將任何施行墮胎的婦女全部當作違法行為予以處理，且毫無反抗的可能性，則無異是自相矛盾。婦女固然應該以保護未出生生命的法秩序要求為行為取向，但是如果婦女依此取向有所作為，其行為——依憲法要求——仍然是不法，則不僅違反事理，而且侵犯婦女身為一個人的尊嚴與正直性。

c)本庭主張，依照諮詢理念的效果條件，對於婦女所擔負的墮胎最終責任不必在社會法上予以承認(參見E. V. 2. b) cc))，此項見解亦不能贊同。蓋問題的關鍵並非在於，基於諮詢理念的有效性，是否必須對墮胎提供保險給付，以作為有意義的保護措施——這點可以附據理由予以駁斥——，而是諮詢理念——如本庭所述——

必須阻止墮胎的合法性——在特定指標以外——獲得確認。然而，縱使這是諮詢理念的必要之點(參見D. III. 1. c))，仍然無法自此導出其他必要之點，亦即，必須要將依本庭實質標準所為的不違法墮胎，論以不法，如果本庭忠於其自己的前提者(參見D. III. 3.)。因為總會有一種墮胎的情況存在，儘管未確認其合法性，但未必要將之當作不法而予以處理，否則可能會對婦女的人格權造成重大的侵害。本庭承認，婦女應受保護，避免必須在諮詢與醫師談話之外，向其他人員，例如雇主，告知墮胎的事實及原因，以免侵害到婦女的人格權，從而基於此項理由，在諮詢墮胎的情形仍應繼續支付薪資，乃具有正當性(參見E. V. 4.)。苟若如此，則將諮詢墮胎毫無區別地當作不法予以處理，而且在墮胎實質合乎法秩序的要求時，仍無法排除此種處理，或對此種處理有所質疑，此種情形難道不會對婦女的人格權產造成即使不是更嚴重，至少也是相同程度的侵害嗎？

d)著眼於胎兒的生命權而有必要建立並強化法律意識，尙不足以得出憲法上必須絕對禁止給予諮詢墮胎社會保險給付的結論。本席同意本庭的看法，強化並活絡對胎兒保護的法律意識，具有重大意義，因此必須防止墮胎成為社會的正常現象，且被定位為法律上的「開放」。而其重點則在於建立並支持一種法律意識，其——依所述憲法上的準據——必須知悉合法墮胎與非法墮

胎之間的區別。然而如果於此所涉及的法律規範取向，其一方面如本庭所強調的程度，——此點本席認為有必要且正確——，但在具體上雖仍基於憲法、卻完全不取決於合法與非法，則此種法律意識不但不會被提昇，反而會受到傷害：婦女即使處在可使墮胎合法化的急迫情況，卻仍被毫無保留地受到法律上的非難，並且自社會保險給付中予以排除。姑且不論婦女所處的具體情況，是否將被毫無區別地課予負擔或不利益，至少其在法律被當作是有如違法行事一般；而其主要原因似乎是，反正都不予以給付（對於婦女）。

3.不過，本席對本庭所提出的質疑，並非表示：基於憲法必須給與諮詢墮胎經濟上的補助。本庭正確指出的原則，基於對胎兒的保護效果及維持法治國家秩序的必要性，違法墮胎不得由國家——或由國家所促成——予以經濟上補助。惟於此顯示出一種兩難困境，而此種困境則係出於諮詢墮胎乃是一種不可分的整體。此種兩難困境是諮詢理念的必然結果，故無法毫無間隙地向一方或他方予以解決。如果鑑於諮詢墮胎的整體性，而無法依憲法所定的準據區別合法與違法者，則憲法上的準據無法藉由通常的經濟資助規定予以彰顯。從憲法上保護義務固然可以得出標準，判斷墮胎何時可以允許，而何時是禁止的，但透過合法與違法不分的整體處理，保護義務即無從有所表述。因此，保護義務的必要性及憲

法上的要求，即無法朝某一方向解決上述的兩難困境，此毋寧要委託立法者作成規範與決定。

4. 據上所述，依本席之見，本庭所無法因應的困難，其問題的核心在於：

從憲法以觀，本庭主要的步驟是，過渡到諮詢規則的保護理念。此種過渡在憲法上保護胎兒的意義下，原則上是有可能的，因為國家保護義務旨在透過法律上規範及事實上措施達到對未出生生命的有效保護，因此在規範層面上，雖存有一個對未出生生命嚴密完整的保護規範，但——不管是基於何種理由——在實際上並未且無法落實對各別生命的有效保護，則仍未滿足保護義務的要求。此等理由在判決中分別有所闡明。

此項步驟如果被認為是履行國家對未出生生命保護義務的許可途徑——不論此種途徑具體形成的必要要求為何——，則此項步驟一方面必須在其必要性與有效性的條件下予以接受，同時亦須與其他法律上的地位及觀點有所關聯並「相互調和」。此種作法在許多地方需要妥協，而此種妥協——衡以一個完整封閉的規範構想——令人感到沈痛，但卻是無可避免。在此意義下，諮詢理念的「代價」不能在後續的階段予以承受，例如予以經濟上的資助，除非不會因忽略其他——值得注意的——法律地位而引起新的責難。

墮胎問題的法律規範一直是且必須是一種「急迫秩

序」，其不僅涉及在規範層面設定一項以保護未出生生命爲主的緊密規範架構，儘管其實際有效性尚未可知，而且尙涉及儘可能地達到對個別未出生人類生命的有效保護。一個法律上規範秩序，其僅停留在規範層面而未轉化爲對未出生生命的事實有效保護，對於此種生命的保護實際上並無幫助，從而亦未履行法律的任務。不過，法律上的規範，其依法規範社會的任務，係以事實上的有效性爲目標，且有意達成此種目標，同時須考量其本身有效性的條件。此等條件不僅來自人類的條件(*conditio humana*)，同時來自社會的具體情況。至於在一定情況下改變此等有效性條件，則非法律單獨且主要的任務，法律雖可爲之，但僅能在有限的範圍內有所作爲。

Böckenförde

【避孕措施失誤案】裁定

BVerfG, NJW 1998, 519-523 - Fehlgeschlagene
Sterilisation

聯邦憲法法院第一庭 1997. 11. 12. 裁定 - 1 BvR 479/92 u.
1 BvR 307/94

陳愛娥 譯

裁判要目

裁判要旨

案由

1. BvR 479/92 的程序
2. BvR 307/94 的程序

理由

A. (原稿略)

B. 民事法院裁判合憲之理由

I. 藉法官裁判繼續發展
法秩序的憲法界限

1. 契約法、侵權行為法諸
規定並無憲法上的疑義
2. 民事法院的解釋並未逾
越法官裁判權的界限
 - a) 法律解釋是普通法院
的職務
 - b) 其已尊重立法者原則

性的決定、法律解釋
的方法

II. 裁判之實體內容亦符
合基本法的規定

1. 不涉及財產權保障的問題
 2. 同樣不須援引職業自由
權的規定
 3. 審查的標準是一般行為
自由權
 - a) 憲法基本權目錄所表
現之客觀基本決定的
影響
 - b) 聯邦最高法院已經充
分考量人性尊嚴的要
求
- C. 本案不須請求召開聯邦

憲法法院的全院會議

I. 他庭陳述是否為裁判的主要理由應由承審法官決定

II. 聯邦憲法法院法第十六條的意義

1. 憲法法院法庭之不同法律見解必須是他庭裁判的主要理由

a) 其係聯邦憲法法院向來的見解

b) 何謂主要的裁判理由

c) 第二庭針對墮胎諮詢方案的陳述不具有一般的效力

2. 不應對聯邦憲法法院法第十六條作擴張解釋

D. 本件裁判評議的情形

裁判要旨

在避孕措施失敗以及懷孕前就基因方面所為諮詢有錯誤的情形，民事法院所為關於醫療責任的裁判，並未違反基本法第一條第一項的規定。

案 由

1. BvR 479/92 的程序

憲法訴願人是一位泌尿科執業醫生。對於前提訴訟程序中的原告之夫，他就家庭計畫的問題提供建議，並且為其施行避孕手術。避孕措施並不成功；就此，病人也未被告知。其妻在一九八四年五月生了第四個兒子。對於針對此點提出的損害賠償請求權，憲法訴願人和他的責任保險人都拒絕給付。在前提訴訟程序中，妻請求賠償因撫養這個小孩所支出的費用，以及因非出於自願之懷孕、生育小孩所生之精神上損害。邦法院判處被告應給付一般撫養非婚生子女的費用，另外應額外給付前述費用的 70% 作為照顧的支出。而因為只有母親提起訴訟，依民法典第一三六〇條第二句及第一六〇六條第三項第二句的法律思想，她只獲得撫養費用總額中半數的勝訴判決。此外，邦法院認為，為數六千馬克的慰撫金是相當的。邦法院詳細地指出：憲法訴願人與原告之夫就避孕措施訂定醫療契約。原告也被列入契約的保護範圍，因此，她可以因契約的加害給付取得損害賠償請

求權。承諾的避孕手術是基於家庭計畫的考量，而非基於醫學上的理由來施行的。於此，免於受到加害給付的契約保障，亦應及於另一方配偶，這正是此種醫療給付的本質，因為他也必須承擔撫養義務。憲法訴願人並未完善履行其醫療契約上的義務，因為就避孕手術，他並未對原告之夫作適當而廣泛的說明。承認損害賠償義務的存在，也無傷於小孩的人性尊嚴。由法律觀點來看，小孩本身並非損害，損害毋寧是其違反計畫的誕生所致之父母的撫養負擔。小孩的存在雖然是撫養負擔的前提要件；然而因小孩存在所致之經濟負擔在責任法制上的分擔，與小孩存在的本身應該嚴格區分。吾人很難認為，將撫養費用轉由第三人承擔就足以顯示，父母親始終不接受小孩的生存權利。父母親與子女之間的內在關係並不取決於，子女是否因「違反計畫」而「未被期待」。始終都有未被期待的小孩，他們得到父母的付出，一如所謂之被期待的子女。此外也不能理解，何以加害人可以用對小孩心理上的考量作藉口，得以免除其義務。事實上，由加害人免除原告財務上的負擔，這對原告與其子女之間的關係會有助長的作用，因為由生育而來的經濟上的負擔被排除在考量之外。高等邦法院駁回憲法訴願人的上訴。於此脈絡中，該法院明白引用聯邦最高法院的裁判，據此，當醫生有責的行為導致（基於經濟考量所安排的）家庭計畫失敗時，可以請求因撫養健康子

女而生費用的損害賠償。

2. BvR 307/94 的程序

第一與第二件前提訴訟程序中的原告乃是一九八二年出生，而且自出生時即有精神、生理上障礙的女兒之父母。因為擔心基因上的結構會導致生育殘障的小孩，一九八三年八月他們向當時由憲法訴願人主導的，大學附屬機構中之醫療基因學部門求助，請求協助釐清再次生產殘障小孩的危險性如何。憲法訴願人簽署了一份診療報告，這份書面也送達給原告。依此，遺傳性障害幾乎絕不可能；配偶不需因此而避免懷胎。一九八五年三月，第二位與其姊有相同精神、生理上障礙的女兒誕生。邦法院駁回（父母親）賠償撫養費用之訴以及，（母親及其殘障女兒的）慰撫金請求，其理由是：原告不能證明，被告曾經作了違反義務的建議。原告提起上訴，邦高等法院判決，應賠償父母親因撫養殘障子女所已經（或將）發生之整個財產上的損失。此外也判給母親慰撫金。女兒本身的請求被駁回。憲法訴願人的第三審上訴，僅就契約責任損害賠償的部分被認為合法，但在實體上也以無理由被駁回（BGHZ 124, 128 = NJW 1994, 788）。

憲法訴願最後被駁回。

判決理由

B. (民事法院裁判合憲之理由)

憲法訴願無理由。被指摘的諸裁判並未逾越憲法針對經由法官裁判繼續發展法秩序所劃定的界限(I)。就其實質內容而言，諸裁判亦並未違反基本權利的保障(II)。

I. (經由法官裁判繼續發展法秩序的憲法界限)

判處憲法訴願人應賠償損害、給付慰撫金的諸裁判，其已經遵守法官受法律及法約束的界限，因此並不發生基此觀點之基本權的侵害。

1.作為裁判基礎之民事契約及侵權行為法的諸規定(尤其是民法典第六一一，二七六，二四九條以及同法第八二三條第一項、第八四七條)，並無憲法上的疑義。長久以來，它們就被法官視為裁判責任問題時足夠明確的基礎。

2.民事法院對這些規定的解釋，也並未逾越基本法第二十條第二項、第三項對法官裁判權限所劃定的界限。

a)一般法律的解釋，包括選擇應適用的方法，其乃是普通法院的職務，就此，憲法法院並不審查其正確性。聯邦憲法法院只負責保障，基本法的要求確實被遵守。

基本法第二十條第二項具體地將權力分立原則表現

出來。雖然在基本法中，此項原則並不意指個別功能應該嚴格劃分而由特定機關獨佔（參照 BVerfGE 9, 268/279f. = NJW 1959, 1171; 持續的裁判見解），然而，無論如何，該規定禁止法院僭取憲法明白賦予立法者的權限（參照 BVerfGE 4, 219/234 = NJW 1955, 1268; 持續的裁判見解）。基本法第二十條第三項規定，司法裁判應受法律及法的拘束。因此，假使法院由規範適用者的角色，逆轉為規範制定者的機關，質言之，客觀上看來，若法院不受法及法律的拘束，則吾人不應予以接受（參照 BVerfGE 87, 273/280 = NJW 1993, 996 及其相關引註）。

雖然如此，這些憲法上的原則並不禁止法官續造法規範。有鑑於社會關係的迅速演變、立法者擁有的應變可能性有限，再加上無數規範之開放性的描述方式，因此，使現行法適應社會關係的改變反係第三權的權限。特別是當公布法律與法官對具體個案為裁判，其間相隔久遠時，尤其是如此。聯邦憲法法院就曾間針對民法典作此表示（參照 BVerfGE 34, 269/288f. = NJW 1973, 1221）。

然而，法官仍然不可解免法律明定之意義、目的的拘束。他的任務限於，在演變的條件下，將前述意義、目的，盡量如實地實現。假使所謂的條件演變涉及，因學術、技術進步而創造出來的，新的行為與影響可能性，

那麼法規範的發現工作通常表現為，將已經習用之解釋的適用範圍加以擴張。立法者優先規定目的之特權，一般不受影響。

因為法的續造也會涉及普通法，因此，答覆是否，以及在何等範圍內，社會關係的演變會要求應該有新的法律解決方式，其仍係普通法院的權限。因此，聯邦憲法法院原則上不應以自己的評價取代普通法院的判斷。在基本法第二十條第二項的觀點下，它只能控制，普通法院從事法的續造時是否已尊重了立法者原則性的決定，是否已遵守法律解釋上普受承認的方法。

b)無論是在關於賠償小孩撫養費用的契約責任，抑或是在因違反婦女意願之懷孕、生育而來的慰撫金，受指摘的諸裁判都已經遵守了前述標準。

就契約責任而言，受指摘的諸裁判植基於對財產損害之向來理解，依此，民法典第二四九條意義下的損害原則上也包含撫養義務，其損害計算則依據差額方法。聯邦最高法院是依據契約的目的（包括基於經濟理由而避免懷孕、生育婚生子女）來衡量契約責任，並且將契約的保護範圍限於婚姻配偶。這些裁判植基於，長久以來針對一般契約責任而發展出來的原則；依此，醫生職業活動的新型案件事實亦有其適用。至於損害賠償裁判原本是否可以有其他發展方向，於此不需深究，因為聯邦憲法法院原本就不需要審查民法釋義學上的普通法律

問題。無論如何，它與長年發展出來的，醫生責任法的結論相符：在本類型的案件，對生殖醫學中影響、控制可能性所衍生的問題，希望民法能提供適當的答案。聯邦最高法院認為，在確定損害賠償義務的範圍時，必須作法的續造性質的限縮，此尙值肯定。有鑑於各種價值決定，聯邦最高法院透過法官造法，將醫生的責任限制在損害賠償法、親屬法的問題上。其損害計算方法尙無問題。

就判給不願懷孕婦女因懷孕、分娩的不快而來之精神上的損害賠償而言，這些裁判沒有逾越法官發現法規範時應遵守的界限。批評其對民法典第二五三條作了不該作的擴張，這種說法沒有適度地考量到，民法典第八四七條已經明白認可，對非財產性損害作金錢補償。只要聯邦最高法院將不擬有的懷孕，視為對身體的完整性所作的無權且嚴重的侵害，藉此將之界定為傷害身體，那麼這類裁判就還在向來民法釋義學的容許範圍內。

II.（裁判之實體內容亦符合基本法的規定）

上開使用適當的法官之法解釋及法續造所作成的裁判，就其實體內容而言，也符合基本法的規定。

於此要審查的客體乃是，憲法上並無疑義之法規範的解釋以及民事法院裁判獲致法規範過程的結論與論證過程。憲法訴願人認為，不該只因為他在避孕措施上契約義務未完善履行，因此導致小孩到臨世界，或者只因

爲他所作關於基因方面的諮詢不當，致父母親未採取避孕措施，因此生產了一個殘障小孩，他就應該負擔小孩的撫養費用。依其見解，由憲法觀點看來，既不能容許將父母親的撫養義務視爲契約法上的損害，也不能容許將因懷孕、出生所致之不快理解爲侵權行爲法上的損害。

1.於此並不涉及，限制憲法訴願人基本法第十四條第一項所保障之財產權的問題。課予金錢給付義務，通常並不觸及這種基本權的保護範圍（參照 BVerfGE 95, 267/300 = NJW 1997, 1975 = VIZ 1997, 302; 持續的裁判見解）。基於違反契約，或基於侵權行爲的責任，而判處憲法訴願人應給付一定金額，這並未侵害（或有的）營運已建立營業的權利，此種權利是否爲基本法第十四條所保護，可以姑且不論（參照 BVerfGE 84, 212/232 = NJW 1991, 2549）。

2.在審查這些裁判時，同樣也不須援引基本法第十二條第一項所保護的職業自由權。無論其責任要件是否在職業執行中成就，契約上加害給付的民事法律效果，以及因侵權行爲所致損害所負的責任，都同樣會發生。無論是作爲裁判基礎的民法規範，抑或是其於前提訴訟程序中的適用，均未涉及對職業的特殊處置。課予損害賠償的義務，至多只是因爲在應遵守職業要求的水準下，它特別加強了必須審慎履行契約的期待，以及職業

義務保險的範圍會作必要的擴張這兩點上，會對於職業活動發生間接的影響。有些法規範只有在其邊緣地帶才不會指涉從事職業活動者，因此與職業活動有密切的關係，契約法與侵權行為法並不能歸屬於此；客觀上看來，它們沒有規整職業的傾向（參照 BVerfGE 13, 181/186 = NJW 1961, 2299; BVerfGE 52, 42/54 = NJW 1980, 33; BVerfGE 70, 191/214 = NVwZ 1986, 113; BVerfGE 95, 267/302 = NJW 1997, 1975 = VIZ 1997, 302）。

3. 因此，審查課予金錢給付義務的標準即是基本法第二條第一項所保障的一般行為自由。此種基本權只在合憲法秩序內被保障。合憲法秩序意指所有與基本法不相牴觸之形式、實體的法規範。若以牴觸客觀憲法的方式，來解釋、適用此等法規範，即屬違反基本法第二條第一項。基本法第二條第一項意涵著對一般行為自由的保障，假使該基本權規範在具體事件中的保護對象顯然並非憲法訴願人，後者是否尚得主張客觀上牴觸該憲法規範的情事，這點可以姑且不論（就此參照 BVerfGE 61, 82/112f. = NJW 1982, 2173; BVerfGE 85, 191/205f. = NJW 1982, 964），於此，該規範所擬保護之人，毋寧是在前提訴訟程序中勝訴的原告。然後，憲法訴願人就主張，諸裁判違反了基本法第一條第一項，因此同時牴觸了憲法根本的結構性原則以及違反自由民主的根本秩序中的最高基本價值（參照 BVerfGE 6, 32/36, 41 = NJW

1957, 297; BVerfGE 45, 187/227 = NJW 1977, 1525; BVerfGE 50, 166/175 = NJW 1979, 1100; BVerfGE 87, 209/228 = NJW 1993, 1547)。至於憲法訴願人是否同時也主張，有牴觸基本法第六條第一項或第二項的情事，並不重要，因為相對於基本法第一條第一項，這些規定並無單獨存在的重要性。

a)民法上價值判斷，也會受到憲法基本權目錄所表現之客觀基本決定的影響。據此，憲法課予普通法院下述義務：在解釋、適用民法規定時應以基本權為「準則」。而一如在解釋概括條款的情形，在從事法的續造時，特別該留意憲法上的基本決定。假使法院在裁判具體案件時忽視，或誤解了這些基本決定的擴散、影響作用的話，作為公權力機關，即屬侵害了因此受影響之訴訟當事人的基本權（參照 BVerfGE 89, 214/229f. = NJW 1994, 36; 其特別引述 BVerfGE 7, 198/206f. = NJW 1958, 257 的意見）。聯邦憲法法院因此而取得審查權限，然而，其仍應限於憲法問題上。質言之，只能針對就基本權的意義，尤其是它的保護範圍根本瞭解錯誤，而且因此對基本權實質的適用效力有一定的影響，這一類的解釋錯誤，才可以列入審查的目標（參照 BVerfGE 18, 85/93 = NJW 1964, 1715; BVerfGE 42, 143/149 = NJW 1976, 1677; BVerfGE 85, 248/257f. = NJW 1992, 2341）。

對於民事法院裁判作憲法控制時，尚須考量，因受

指摘的諸裁判而受益者之基本權的保護內涵。在此涉及的是醫師責任與家庭範圍的交錯點。假使醫學的持續進展，使醫生的醫療協助可以介入高度私人的，應該由配偶雙方自主負責的生育事務範圍，那麼特別是民法典中的侵權行為與契約責任法就應該擔當下述功能：保障因此而被危及的，父母與子女的人格權、婦女身體完整性的不受侵害以及，父母親的人格自主決定權。只要現行責任法制容許這樣的持續發展，那麼應如何協調相衝突利益的具體決定權限，就應該歸屬於司法裁判權。於此它必須考慮到，假使在這個範圍內，醫生對他的有責行為全然無須負擔任何後果的話，那就意味夫妻雙方必須片面承擔醫療瑕疵所生的危險。

b)在形成責任構成要件上，聯邦最高法院已經對基本法第一條第一項作了充分的考量。

(1)人性尊嚴作為基本法的最高價值及主要的結構性原則，它意指著人的社會價值以及應受尊重的請求權，依此，禁止將人變成單純的國家客體，使人承受一種根本危及其主體性的處遇（參照 BVerfGE 6, 32/36, 41 = NJW 1957, 297; BVerfGE 30, 1/26 = NJW 1971, 275）。每個人都有其固有的主體性，無論其特質、成就與社會地位為何。然而，由此種主體性而產生的，價值與應受尊重的請求權，可能會受到侵害（參照 BVerfGE 87, 209/228 = NJW 1993, 1457）。至於尊重人性尊嚴的具

體要求為何，其與該當社會關係不能截然分離（參照 BVerfGE 45, 187/229 = NJW 1977, 1525）。侵害應受尊重的請求權不僅表現在對人的貶抑、烙印、迫害或革離出社會之外（參照 BVerfGE 1, 97/104 = NJW 1952, 297），毋寧也表現在將人的存在商業化。

(2)受指摘的裁判並未包含前述的缺失。

首先，其之認定，懷孕之前的避孕措施或關於基因的諮詢是法秩序所認可、是合法的，並無可議之處。同樣地，認為依契約承擔此項任務的醫生應就其有責的錯誤行為負責，也應該沒有疑義。聯邦最高法院的裁判認為，在待判的案件事實下，對小孩的撫養義務構成一種損害，尚不至於構成足以剝奪小孩固有價值的商業化。即使在損害賠償請求權直接以人的生存為要件的情形，民法的責任體系原則上也不至於侵及人性尊嚴。藉此並不至於將人貶抑成客體；質言之，在契約法或侵權行為法範疇內的可代替物。民法規定以及司法裁判對此所為的解釋，都取向於正當的負擔分配。它們還不會造成商業化基本人性範圍的後果。將損害賠償法適用於人際關係上，並不至於將具有位格的人、其不可轉讓的權利轉變成商業財貨。同樣地，將撫養義務（部分）轉由第三人負擔，也不構成對撫養請求權人的非價判斷。

對子女人格上的承認，並非必然需要以父母親承擔撫養義務為基礎。即使依照民法，小孩的存在，也只是

民法典第一〇六一條以下之構成要件所定，發生撫養負擔的條件之一而已。並非所有的子女都需要撫養（民法典第一〇六二條第二項）。撫養義務與父母親的資格是可分的（參照 BGHZ 72, 299 = NJW 1979, 418; BGH, NJW-RR 1987, 898; BGHZ 129, 297 = NJW 1995, 2028 = LM§ 242 [Bb] BGB Nr. 156 [Hohloch]）。認養一單親的孤兒，並不導致須負擔整個撫養義務（民法典第一七五五條第一項第二句，配合社會法典第五部第四八條第五項）。帝國法院就已經區分小孩的存在本身（他不能被視為損害），以及生育者因此承擔的撫養義務（它可以被歸類為損害）（RGZ 108, 86）。民法典論證了負撫養義務之家庭成員與加害人在損害賠償法制上的關係，卻沒有任何貶抑，或將撫養請求權人物化的痕跡（民法典第八四四條第二項，配合民法典第八四三條第四項）。相同的平衡損害的思想，在無數現代法律中，例如製造人、環境、交通事故的責任法制中，隨處可見（參照 Paland/Heinrichs, BGB, 57. Aufl. [1988], Vorb. § 249 Rdnr. 137 中的引註）。事實上，可以將胎兒列入意外保險之內，也是以下述見解為前提：撫養義務人免除部分的負擔，並不至於傷害小孩的人性尊嚴（參照 BVerfGE 45, 376 = NJW 1978, 101）。

聯邦憲法法院並不須要決定，用何種平衡損害的形式，最能與民法釋義學配合。聯邦最高法院選擇了對財

產上損害負契約責任的途徑，而不是填補非財產上損害的方式，對後者，它同樣也考量過。於此，他基本上認定，無論是以差額方法來計算損害，或是以金錢公平地彌補因非意願的生育所致損害，不可避免都要與有，或無子女之父母親的生活狀況作比較。憲法上關心的只是，在考量法定雙親撫養義務的情況下，聯邦最高法院之致力於負擔的分擔，其是否會抵觸基本法第一條第一項。

徹底審查聯邦最高法院論證的所有細節，這也不是聯邦憲法法院的任務。其論證並未抵觸基本法第一條第一項。被判決應負擔損害賠償義務的醫生，乃是出於自願的承擔了，法秩序未加否定的契約義務。醫生藉由避孕措施，或是在懷孕前提供關於基因諮詢，對家庭計畫提供協助，其並不涉及基本法第一條第一項。假使這種協助措施與醫生個人的倫理確信相違，他也可以拒絕締約；這點不足以正當化，他對於自願承擔之契約義務的加害給付。

假使負擔責任的父母親或者是為了確保已出生子女的經濟生活，或者是憂慮過重的負擔（於此涉及的是，生育第二個重度殘障小孩所致的負擔），而考慮不生育小孩，而醫生要在這個領域內執業，他就應該提供醫學上的專業能力為前者服務。此外，聯邦最高法院也合理地說明，於此種情況，對加害給付課以民事責任，事實

上有助於父母親接納反正已經出生，並且納入家庭之中的小孩。

憲法訴願所提出的各種論據，包括認為聯邦最高法院的裁判牴觸親屬法規定的撫養體系以及，假使子女獲悉其生育原本寧可被避免的話，可能會遭致心理上的傷害，這些主張都與基本法第一條第一項的基本思想無涉。於此亦有主張，有鑑於複雜的家庭關係，減輕父母親財務上的負擔，未必能防止其他的傷害。這點涉及到民事法領域利害權衡的問題，就此，聯邦最高法院也作了詳細的討論。

在前提訴訟程序中所牽涉的是，在其出生以後，父母親已經向其表白的小孩。子女實際上有各種管道可以知悉（聯邦最高法院引為主要責任基礎的）失敗的家庭計畫。其是否將因此演變成損害，並非取決於減輕父母親的經濟負擔，毋寧取決於出生之後的親子關係。被認可的損害賠償請求權，其並不以漠視小孩為前提（參照 BGHZ 76, 249/258 = NJW 1980, 1450; BGHZ 76, 259/264 = NJW 1980, 1452 以及聯邦最高法院在本件訴訟中表達的意見）。也不需要憂慮，受指摘的判決有可能會導致或加強，訴訟當事人對非計畫中子女的負面想法。更不能假定，醫生會僅僅因為有負擔責任之虞，或因為前述責任對其職業責任保險的影響，就會違反其職業倫理，逕自建議墮胎。更不能想像，在父母親財務負擔減

輕的情況下，他們還會因為多一個小孩或殘障子女而增加的經濟負擔，在心理上反對其子女。聯邦最高法院也根本排除，為減輕負擔而課予墮胎義務的可能性。由父母親的眼光看來，於此受指摘的司法裁判，毋寧提供了必要的保障，以對抗下述危險：因醫生的參與避孕措施或基因事務的建議，有可能危及父母親的人格權利以及他們在擔當父母親角色計畫上的自主決定權。

C.（本案不須請求召開聯邦憲法法院的全院會議）

雖然有第二庭一九九三年五月二十八日的裁判（BVerfGE 88, 203/296 = NJW 1993, 1751 und Leitsatz 14），為作成本案的裁判，不需要請求召開聯邦憲法法院的全院會議。聯邦憲法法院第十六條以及聯邦憲法法院議事規則第四八條第一項所規定的要件，並不存在。

I.（他庭陳述是否為裁判的主要理由應由承審法官決定）

對於第二庭在一九九七年十月二十二日的裁定中（NJW 1998, 523）所表達的意見，第一庭並未正式加以處理。有權就繫屬中之訴訟程序為裁判者，乃是依法律及職務分配規則所定的法官（參照 BVerfGE 95, 322/327ff. = NJW 1997, 1497 = NVwZ 1997, 681 L）。

他庭裁判中的陳述，其是否為裁判的主要理由，亦應由該法官決定。

II. (聯邦憲法法院法第十六條的意義)

依據聯邦憲法法院法第十六條，當一庭擬於法律見解上，偏離他庭於其裁判中所表達之見解時，應由聯邦憲法法院全院會議裁判之。

1.a)從文義上看來，該條似乎與規定聯邦各最高法院聲請召開大法庭的要件（參考諸如法院組織法第一三二條第二項的規定），未盡相同。然而，其實質上的要件是一樣的。聯邦憲法法院自始就將聯邦憲法法院法第十六條解釋為：不同法律意見係他庭裁判的主要理由時，才有必要聲請全院會議裁判（參照 BVerfGE 4, 27/28 = NJW 1955, 17; BVerfGE 77, 84/104 = NJW 1988, 1195）。這種解釋方式也兼顧了各庭管轄權限的有限性，各庭本來就只能針對其所面對的案件作裁判，因此，只有當裁判是以此等陳述為基礎時，在此範圍內，各該陳述才能發揮其拘束作用。

b)而只有當依裁判所表達的思想路徑來推論，想像其假使不存在時，具體的裁判結論將有所不同時，始可認其為主要的裁判理由。反之，假使只是在裁判中偶然的機會裡作的法律陳述，其並不存在於一般法律規則與具體裁判的論證脈絡之間的話，它就不是主要的裁判理由。在判斷是否為主要的裁判理由時，應該由記載下來

的，論證的客觀內涵出發。有鑑於憲法裁判依憲法法院法第三十一條所擁有的特殊影響力，限於法院外部人士可得認識的內涵，才能具有法律上的拘束力。重點不在於，法官們是否認為特定法律見解是重要的，毋寧取決於：在論證的脈絡裡，其對於該案件的裁判顯見有重大影響。

c)第二庭在一九九三年五月二十八日的裁判（BVerfGE 88, 203/296 = NJW 1993, 1751, und Leitsatz 14）中指出，根據憲法（基本法第一條第一項），禁止在法律上將小孩的存在界定為一種損害；所有國家公權力都必須遵守的，每個人因其存在本身即加以尊重的義務，禁止將撫養小孩的義務視為損害。有鑑於對不同契約標的之不同法律評價，前述法律陳述對於墮胎的契約、（合法）避孕措施有關的契約，以及基因事務的諮詢，未必應作相同的理解。只有當第二庭想將它的陳述也適用在，與墮胎全然無涉之合法的醫療行為時，才會發生偏離其見解的問題。

就此範圍來說，作成本件裁判的憲法法庭認為，第二庭的前揭陳述並非主要理由。由第二庭裁判之規範審查的申請來看，其涉及的是諮詢模式的核心規定，假使此等規定違憲的話，將導致整個規整歸於無效。被審查的客體包括：刑法的規定方式、在如何的範圍內立法者可以放棄刑法的制裁以及，在如何的範圍內可以藉其他

規整方式彌補刑法刑罰的放棄。以對於已孕育、但尚未出生的生命負有保護義務為出發點，該庭要審查，立法者的保護措施是否充分。在根本的出發點上，其任由立法者自行決定要選擇刑罰或諮詢模式，然而，各該模式的具體規定方式必須能有效保護生命（BVerfGE 88, 203/258 = NJW 1993, 1751）。

僅就此而論，就應該傾向於認為，針對諮詢方案之法律影響所作的陳述，其不具有一般的效力，毋寧只在涉及立法者所欲實現的諮詢方案時，方有其效力。該庭是在 DI 1 a 項下表達前述見解，質言之，明白指涉其裁判的客體——墮胎以及藉由醫生的諮詢來保護胎兒，這點也支持前述的看法。在其判決 D. V. 的部分，醫生諮詢瑕疵的問題，也只在墮胎問題的脈絡裡討論。依第二庭的見解，諮詢方案一方面應宣示墮胎行為的違法性，另一方面使醫生也承擔保護的任務。所有其他在 V 1 到 V 5 項下針對職業、契約法制的說明，也都是針對因墮胎而來的契約而論。對於因為合法避孕措施，或基因諮詢而來的契約責任，該裁判（即使就保護方案的部分來說）並未能建立適當的連結關係。這一類的案子，只有在用以引證而被提及的司法裁判事例中出現。再者，該庭之自限於要求民事法院應審視其司法裁判之當否，此種情況也不足以證明該陳述為裁判的主要理由。

對於第二庭有關陳述的效力，學界普遍支持本庭前

述見解（Giesen, JZ 1994, 286/288; Schöbener, JR 1996, 89; Deutsch, NJW 1994, 776/777; Roth, FuR 1993, 305/307; Schiemann, in: LM § 249 [A] BGB Nr. 109, Bl. 5; Höfling, in: Sachs, GG, 1996, Art. 1 Rdnr. 27; Boin, JA 1995, 425/427f.; Weiß, JR 1994, 456/462; Ratzel, MedR 1994, 200; 明白持保留態度者：Backhaus, MedR 1996, 201/202; 類此：Lange in: LM § 823 [A] BGB Nr. 154; 未作決定：Picker, AcP 195 [1995], S. 483 /499, 522, 531 mit Fußn. 133; 也請參照 Paland/Heinrichs, 57. Aufl. [1998], Vorb. § 249 Rdnr. 47）。

2. 因為聯邦憲法法院法第十六條不像其他訴訟法（參照諸如法院組織法第一三二條第四項的規定），承認在有原則性意義的重大問題時，亦容許聲請全院會議裁判，因此，本庭不能為釐清下述問題，而聲請召開全院會議：是否因他庭一些預防性的說明，即足以賦予特定法律問題原則性的重大意義，因此應由全院會議裁判。迄至今日，聯邦憲法法院尚未採取此見解。第一庭認為，對聯邦憲法法院法第十六條作擴張解釋，並不恰當（就此參照 Lechner/Zuck, BVerfGG, 4. Aufl., § 16 Rdnr. 5）。憲法問題始終都有原則性意義，然而，兩庭還是應該依其管轄權限，自主地為裁判。

D. （本件裁判評議的情形）

本件裁判，B 的部分是是以 6:2 票，C 的部分是以 5:3 票通過。

【日記證據案】判決

BVerfGE 80, 367-383 - Tagebuch

聯邦憲法法院第二庭 1989. 9. 14. 判決；-2BvR1062/87

張懿云 譯

裁判要旨
案 由
判決主文
理 由

A. 爭點

I. 兩造對於本訴願案的 立場與看法

1. 事實經過與地院判決
2. 訴願人之立場
3. 聯邦最高法院之見解
4. 其他部份之上訴理由均駁回

II. 訴願當事人之主張

1. 聯邦法務部長意見
2. 北萊茵—西法倫邦法務部長之意見

B. 本憲法訴願無理由

I. 憲法法院對於基本法 所保障之人格權之主 張

1. 基本法所保障的人格權並非毫無限制

2. 人格最核心部份，仍絕不受公權力之干預

3. 人格權之核心部份應就個案依對社會公眾影響而定

4. 憲法法院審查的範圍

- a) 當事人之意願
- b) 事件內容對社會利益的影響
- c) 憲法並未禁止引用日記作為刑事訴訟程序之證據

5. 限於重大公益方可使用個人筆記

II. 結論

1. 認為本案並未違憲之法官其見解

- a) 個人筆記不屬私生活絕對受保護之範圍
- b) 一定條件下始可利用

2. 認為本案違憲之法官其見解

a) 個人意願為決定標準

b) 個人札記係思想自由
的表現

C. 費用之分攤

裁判要旨

在刑事訴訟案件中，可否使用被告以日記形式記載之事項內容做為證據之問題。

案 由

本訴訟案係由 B 先生委託訴訟代理人 Dr. Günter Widmaier 律師（地址：Herrenstr. 23, Karlsruhe 1），針對 a) 聯邦高等法院於一九八七年七月九日所作之 4 StR 223/87 號判決與 b) Dortmund 地方法院於一九八六年十月二十一日所作之 Ks 9 Js 502/85/14(Schw) B 3/86q04rm 號判決，所提出之憲法訴願案。

判決主文

本訴願案應予駁回。惟德國政府應分擔訴願人三分之一之必要訴訟費用。

理 由

A.（爭 點）

本憲法訴願案所涉及的問題是：在刑事訴訟案件的審理過程中，可否引用被告以類似日記形式記載之事項內容，作為證據。

I.（兩造對於本訴願案之立場與看法）

1. 地方法院以謀殺罪名判處本案訴願人無期徒刑。

該判決認定訴願人確實於一九八五年八月殺害一位婦人。但訴願人否認此項指控。法院是根據一項顯示訴願人人格傾向的間接證據做出此項判決。該項證據顯示，由於訴願人無法與異性維持較長期之正常相處關係，因此具有強烈的情緒不安與攻擊他人的人格傾向。此一人格傾向的認識，是由專家根據訴願人所寫的日記式的記載，並與訴願人進行談話所作出的評斷。關於這些在訴願人家中所被尋獲的筆記，依據訴願人的說法，是一位心理醫生建議他寫的。訴願人將他個人的心理狀態分別記錄在筆記本與各種被撕下的活頁紙上，並把這些紀錄夾在書本或放在書架上，並且除了在法院審理該謀殺案其間外，從來沒有和別人提過這些記錄的內容。在訴願人反對無效的情況下，地方法院允許心理專家出庭作證，並從訴願人的筆記中挑出三份文字記載進行分析。

在這三份日記中有以下的敘述：

(一九八四年三月二十七日的筆記)

「由於精神方面的問題，我不得不中斷我的職業訓練課程。他們要我住院治療三個月。爲了這一項職業訓練我已經奮鬥了將近四年。看來我必須運用暴力的方式，直到我獲得了一項理想的職業爲止。

我承認，我的確無法與異性維持長期的親密關係。這個問題真讓人崩潰。如果我是因爲長相醜陋或是因爲身體殘障而發生這種困擾，那我還可以理解，可是我是一個

完全健全的人啊！

每次聽到有女孩受到暴力強姦的事情時，我總會爲他們感到難過。但我不知道，還有多久……」

(一九八四年十二月的筆記)

「由於我正快要做出那決定性的舉動了，所以我來診所就診。我的意思是，如果我不接受治療，我便很可能進行性犯罪。只要在下一次較極端的狀況下，我便可能會犯下那殘酷的罪行。

由於我自身內在的精神過於緊繃，上一次極端的狀況是發生在一九八四年十二月十九日的晚上七時。當時我的確很清楚地感覺到，我是在用盡所有的力氣後才壓抑了我的行爲。我起先不知道，也不相信，接下來的那一段時間--約三十分鐘左右--，我的心情是變得那麼的平靜。我猜想，這可能是受到外在環境條件的阻止，汽車—高速公路。假使當時讓我遇到一位孤獨的女子，一定會使我的行爲變成事實。」

(十二月二十三日)

「我又想到……。我看到了一位很漂亮的女孩子，我沒有任何情結，也很想去與她談話。但是卻來了一個傢伙，一個衣冠楚楚，而且也像蠻講究衣著的傢伙。馬上一股怒火往上衝，幾乎想上前揍他一頓。由於我剛剛才服了藥，所以現在所寫的內容也不是很清楚，但是我想把當時的情況解釋清楚。我患的是很嚴重的神經機能

病症，我的意思是指在與女性相處關係方面的病症。我每見到一對情侶，就立刻會聯想到下一刻將會....」

在訴願人辯護律師反對無效的情形下，刑事陪審法院方面認為，法院得採用專家解讀這些筆記內容所獲致的分析報告。此項資料的使用並未侵犯訴願人受基本法第二條第一項以及第一條第一項所保障的基本權利。由於訴願人的這些筆記，其內容在討論若干對婦女進行刑事犯罪行為，因此在性質上不得被視為屬於基本法所欲保障的不容他人侵犯的私人生活核心內涵（*unantastbarer Kernbereich privater Lebensgestaltung*）。再者，這些筆記內容都是訴願人在自願的情況下對第三者所作的陳述，當然已經喪失其隱私的性格。訴願人對於這些與專家談話對答的內容也都坦承不諱。

2. 訴願人在上訴時主張，以該筆記內容的性質而言，它應該是屬於受基本法所保護的、不容任何人侵犯的個人最隱私的生活方式的範疇，自不受任何公權力效力之所及；因此其內容應該完全不能被使用。況且訴願人並不是在自願的情況下放棄那些記載內容的，而是在被發現後造成既成事實的情況下才提出的。雖然他承認該記載內容，但由於當時並未獲得任何法律上的諮詢，因此不得被視為是自願性的行為。至於與專家討論病情的談話也是屬於相同的情況，他是在這些記錄內容在檔案夾中被發現之後，才回答專家所提的問題的。因此這些情

況實不應被認為是屬於自願答辯的行為。

3.聯邦最高法院則推翻了該項判決（請參閱 BGH, NJW 1998, S. 1037）。依最高法院的見解是，從法律的角度來說，利用訴願人的日記內容並無可責之處，特別是在考慮過基本法第二條第一項與第一條第一項有關對個人人格的保護部分之後，此一作法並無違法。

首先，訴願人雖然將這些日記文件存放在一間並未上鎖的房間內，但這並不意味著，訴願人放棄此一憲法上的保障。至於這些日記材料基本上並非屬於基本法第一條與第二條所稱之不得作為證據使用的有關犯罪行為的紀錄。又本案之日記材料固然屬於非常私人的內容，因為其記載的是訴願人對其精神方面問題的討論。但值得推敲的是，由於訴願人對其記載內容的確認以及與專家對談時的回答與承認，是否即表示訴願人已經放棄他的法律權利了。關於這一點，地院在判決中並未討論到，在當時並無律師陪同的情況下，訴願人是否因為相信自己沒有其他的對抗途徑，所以才確認這些日記的記載內容的。但這也並非是關鍵的問題。基本法在衡量人格權保護問題的同時，也非常注重法律保護的功能。也正因為衡量了這兩者的輕重之後，才會認定使用這些日記材料並無違法。這些日記材料有助於重大犯罪行為的揭露。他們雖然不是唯一的證據，但卻對判決具有重大的意義，因為他可以讓人瞭解訴願人內在的心理狀態。它

一方面可以顯示犯罪動機，但另一方面也同時可以提示有利於訴願人的因素。最後終於宣判有罪。至於地方法院的判決在此方面亦有瑕疵，因為地方法院在有關訴願人是否適用刑事訴訟法第二十一條減輕責任能力 (vermindert Schuldfähig) 的問題上，並未做出足夠的討論，因此此一刑事的判決應予撤銷。地方法院在採用專家分析報告的同時，並未兼顧到訴願人有人格發展上的缺陷的問題，而且此項缺陷甚至已經達到“精神嚴重異常”的程度（刑事訴訟法二十條）。地方法院有關訴願人行爲能力正常的說法論證不足。在往後的審理過程中，也必須進一步檢查，訴願人是否應該送入精神病院治療。

4. 因為聯邦最高法院的此項判決，地方法院在發回審理之後，改判訴願人十四年的有期徒刑，並指示應將訴願人送入精神病院予以治療。至於其餘針對地方法院原始判決所提之上訴理由部分，均被聯邦最高法院以明顯缺乏根據爲由，予以駁回。

II. (訴願當事人之主張)

本案是針對地方法院第一次原始判決與聯邦最高法院的判決所提出之憲法訴願。訴願人主張，法院採用專家對其日記所作的分析報告已經侵犯了他應受基本法第二條第一項以及第一條第一項所保障的基本人權。訴願人認爲，他的日記內容是應受絕對保護的個人隱私部

分，無論在任何情況下均不得受到侵犯。他在日記中寫下他個人最內在、最秘密的精神問題與痛楚，而且也記錄了他個人最隱私的部分。因此，即便是國家公權力亦不得取用此等資料。

III.（聯邦法務部長與北萊茵-西法倫邦法務部長之意見）

1.聯邦法務部長認為本訴願案應予成立。有關日記內容的採用即意味著，這是一種對基本法第二條第一項以及第一條第一項所欲保護的個人生活隱私部分的非法侵犯。這一類的文字記錄了個人最隱私的生活內容，應絕不容許被直接取用來佐證任何的刑事案件。再者，該日記內容也清楚地描述了本案訴願人內心對犯罪行為的排斥以及他個人在這方面所作的努力，並試圖去找出他個人情緒爆發的根由。因此這些記錄可以作為他內在感情天人交戰，特別是害怕會因為一時的衝動而對女性採取犯罪行為的憂慮。

2.北萊茵-西法倫邦法務部長認為，本憲法訴願案應予駁回。他認為，在一般的情況下，此類有關個人思想內容之文字記載是應該被視為屬於個人最隱私、且應受憲法保障的基本內容，不容任何國家權利的干預。但假若這些私人記錄的內容是想針對其他個人採取重大刑事犯罪的行為的話，則就此一部份應予排除。在這種情形下，他就不再是屬於國家社會絕對不得碰觸的個人隱私

問題而已。本案即屬於這類型的案例，聯邦最高法院的處理方式應無憲法方面的疑慮。

B. (本憲法訴願無理由)

I. (憲法法院對於基本法所保障之人格權之主張)

1.基本法第二條第一項以及第一條第一項的重點主要是在保障一般的人格權，這是一種從個人自主的基本思維所衍生而來的個人自決權，也就是由每個人自行決定何時、在何種程度上去公開自己的生活行為。(請參閱 BerfGE 65, 1 [41f.] m.w.N.)。但此項權利並不是毫無限制的。常見的限制因素均是來自保護社會大眾利益的角度，也就是，作為一個生活在社會群體之中的個人，在與他人來往的過程中，若其行為侵犯他人的私領域或是危及社會利益時，則國家自得對此項權利加以限制。(請參閱 BerfGE 35, 35 [39] ; 202 [203])。

2.但是本聯邦憲法法院仍非常重視，有關個人私生活最核心的部分仍然須受保護，並且完全不受公權力的侵犯(請參閱 BVerfGE 6, 32 [41] ; 389 [435] ; 54, 143 [146] ; st. Rspr.)。即便是涉及重大公共利益時，此一核心部分仍不得受到侵犯；並且此一部份亦不適宜用比例原則的方式加以衡量(請參閱 BerfGE 34, 238[245])。此種思維，一方面是源自於對基本人權的本質內涵的保障(基本法第十九條第二項)，另一方面則是透過對個

人尊嚴不可侵犯的方式來保障人格權的核心內涵。

3. 凡涉及他人人格領域的行為或資訊均有其社會意義，其在法律的規範下應可利用。但是有些與他人溝通來往的事件，卻可完全排除國家高權的干預。由於每個人都是社會的一員，因此縱使是屬於個人人格領域的核心部分，其實亦與社會動脈有所關聯。所以，在判斷某一事件是屬於個人生活絕對不可侵犯之部分，或是屬於在特定條件之下仍可受國家制約的範圍，絕對不是取決於該事件是否具有社會性或社會關連，其應該判斷的是，此一事件性質及其強烈程度如何。由於此種標準不容只做抽象的描述，因此必須考慮個案的特殊情況後始能做出合理的判斷（請參閱 BerfGE 34, 238 [248]）。

4. 依據上述之原則，本憲法法庭只能就本案有關涉及個人生活部分的刑事程序，進行形式及實質之審查。

a) 首先必須要釐清的是，當事人是否有意要將有關個人生活的情況予以保密。假若當事人本身不把這些個人生活的狀態當作個人秘密，那麼在通常的情況下，這一部份即不被認為是當事人人格隱私的核心內容。但從另一方面來說，當事人打算保密的意願，卻不是決定其個人生活行為是否應被視為人格隱私的核心內涵的惟一條件。

b) 在判斷某一事件是否屬於人格隱私的核心內容時，應該進一步考慮，事件內容的性質及其對社會利益

影響的程度如何。

c)因此憲法並未明文規定，在刑事訴訟程序中不得引用對日記或類似個人札記內容的資料分析。單只是屬於日記內容的記載尚不足以逃避國家權力的干預。此類記載是否可以被利用，主要是取決於內容的性質及特性。假若這類日記中記載了犯罪行為的準備計畫或已犯下之犯罪行為之紀錄，則此類記載均不在憲法不受侵犯的人格權保護範圍之內。從此亦可引申出：在追訴犯罪的工作範圍內，不得在其發動之始即已預先設下憲法方面的障礙，也就是，就該文件所記載之資訊內容應可以先做程序上的檢查翻閱。但是在處理此類案件時，應保持非常慎重的態度並採取適當的措施。在這一點上，我們應該可以考慮於一九七四年被取消的「法官保留」(Richtervorbehalt)規定（請參閱舊刑事訴訟法第一百一十條第一項），亦即先由法官檢視有關個人筆記資料的文件。

5.縱使私人筆記之內容在性質上不屬於憲法絕對保障之核心範圍者，但其在刑事程序上的使用還必須是爲了重大公共利益 (ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit)，始可予以合理化。此一憲法上的原則即是基於公平的理念以體現法治國家強調法律保障的要求。聯邦憲法法院也一再地強調，爲了有效地打擊犯罪與刑事追訴，則必須盡可能完整的調查真相與收集證

據，這也是法治國家照顧公眾利益的重要任務之一。（請參閱 BVerfGE 77, 65 [76] m.w.N.）。但在另一方面，基本法中對個人人格發展的保護也同樣不容忽視。因此凡基於有效的法律保障之要求而將侵犯到基本法第二條第一項與第一條第一項所保障的範圍時，則必須在這緊張關係中取得一個較公平的平衡。換言之，由於此二者皆屬於憲法非常重要的原則，因此必需視各種不同的情況以決定何者較為重要。（請參閱 BverfGE 34, 238 [249]）。假如無法完全排除使用個人筆記資料的可能性，則在具體個案上還必須進一步檢視，在刑事訴訟程序中，該筆記資料的取用對犯罪行為的追訴是否恰當且必要，以及此項對個人隱私之侵犯相對於刑法追訴之目的，是否仍符合比例原則。關於前述所提的情形，立法單位也曾在一九八六年制訂有關對公眾保密之法律規定。（請參閱§171 b GVG）

II.（結論）

由於憲法法庭之法官對於本案正、反意見之票數相同，因此無法判定，在刑事訴訟過程中採用訴願人之日記內容以作為證據之做法，是否與基本法有所抵觸。（§15 Abs.3 Satz 3 BverfGG）

1.依 Träger、Klein、Kruis 與 Kirchhof 等四位憲法法官的意見，認為訴願人之個人筆記可以在刑事審查程序中被加以利用。聯邦最高法院對本案所作之判決，亦

即引用個人之筆記以作為刑事個案之責任判定與量刑之考慮，並無不妥：

a)個人筆記並不屬於私人生活中絕對受保護的範圍。針對訴願人將其個人思維化成文字的舉動，此即意味著，其不僅將此部分個人隱私放在非自己所能完全掌控的內部範圍，甚且有被人侵犯洩漏之風險，因此是否還屬於應受絕對保護之個人隱私範圍則頗有疑問。（請參閱 Forsthoff, Der Persönlichkeitsschutz im Verwaltungsrecht, in : Festschrift zum 45. Deutschen Juristentag [1964], S. 41 [43]）。而且該記載內容除了有關訴願人個人之權利問題之外，而且亦涉及大眾利益的問題。雖然在訴願人的個人筆記中，並沒有任何具體的犯案計畫或是成問題的犯罪行為之描述，但是訴願人在札記中所反映出來的情節，在某種形式上卻與其被指控的犯行有著一定的關連，因此在這種情況下並不應排除國家公權力之介入。

訴願人之個人札記之所以被用來認定其犯有重大罪行，根據地方法院與最高法院的看法是，要瞭解訴願人被指控的罪行，就不能將訴願人之人格背景加以隔離。事實審法院根據心理專家對訴願人於一九八四年三月與同年十二月所寫之札記所作之分析報告，認定訴願人確實有人格發展方面之缺陷，由於此項缺陷使得訴願人長期以來有一種對婦女使用暴力的衝動，也就是一種在某

種情況之下，可能會使訴願人失控的暴力衝動。在這種情況之下，這些札記便與訴願人所被指控的犯行間存有一種非常密切的關係。訴願人的札記中正透露了，其內心正醞釀著一股要以暴力對抗婦女的傾向與一種內心處理此項精神壓力的掙扎狀況，而這便是他犯罪的原因所在。此外，訴願人也在其札記中描述了一些他估計自己幾乎犯下罪行的部分情節，從這些描述中可以明顯的發現，其很可能會對不相干的第三者造成重大的危害。透過這些記載，足以解釋訴願人之犯罪背景、犯罪原因以及訴願人是如何理解自己的犯行的。正因為訴願人之札記內容與訴願人所被指控之嚴重犯行間具有密切的關係，因此已經足以提供充分的理由不將這些札記內容列入應受絕對保護之個人隱私範圍，以迴避公權力之介入。由於這些顯露訴願人人格狀態的札記內容顯然對第三者存在著具體的危險，因此光從此一角度來看，公權力在刑事訴訟過程中應可取用此一札記作為證據。訴願人之札記內容提供了事實審法院重要的重要的線索去瞭解訴願人的人格狀態，並且——就如同訴訟過程中所證實的一樣——，也提供了法院做出公正判決所需的認知。法治國家中，法院在刑事訴訟程序中應盡量廣泛地發現真實的任務(請參閱 BverfGE 77, 65 [76] m.w.N.)，其不僅只是指外在犯罪行為的偵查而已，還應該同時遵守憲法所保障的罪責原則(Schuldprinzip)，亦即，所有

有關刑事責任之認定與量刑有關之各種因素皆應一併加以考量。而這也是基於法治國家尊重人權所強調的行為與責任應成比例的憲法要求。(請參閱 BverfGE 45, 187 [228f. 259f.])。在通常的情況下，刑事案件的調查不可能完全只是以直接犯罪行為之說明為基礎而已，為了求得公正之判決，還必需進一步瞭解並檢討犯罪嫌疑人人格狀態、犯案之前的生活狀況以及他在犯案之後的行為反應等等。(請參閱§46 Abs.2 StGB)。所以，凡是只要與刑案有著足以令人懷疑的關連，其中特別是與犯罪行為有緊密關連的各種情狀，均應列入裁判時的考慮標準。此種做法主要是從法治國家基於公平的理念以實踐法律保障的憲法要求；所以這些事實的認定應不在受絕對保護之個人隱私的範圍內，且不得被排除在刑事追訴與取証範圍之外。在法治國家中，要求應盡可能廣泛地釐清所有重要情況以求得公正判決的做法，基本上是符合大眾利益且不受嫌疑犯所操控的。況且此類對真相的調查，對被告本身或第三者都是有利的。聯邦憲法法院甚至認為，如果事關重大刑事案件之追訴且被告之精神狀況對其涉案責任之判定極具關鍵意義時，有時並不能完全避免對被告施以不太嚴重之人身上的強制。(請參閱 BverfGE 16, 194 [200ff.] ;17, 108 [117])

因此，凡具有如本案中之札記內容，而且在偵察的必要範圍內，其內容有助於闡明重大刑案之發生原因、

事件背景者，為求公平審判之必要-特別是基於基本法第一條第一項所引申出之實質罪責原則，因此這種對於個人札記之分析解讀，即可不被認為是對個人人性尊嚴之侵犯。

b)雖然個人之札記並不屬於不可侵犯之個人隱私權範圍，但這並不意味著他人均可任意取用。由於在刑事追訴過程中，對於個人札記的利用到底是一種對一般人格權(allgemeines Persönlichkeit)的侵犯，因此他只能在符合本文 I 之 5 項(I5)的前提下使得加以利用。

(1)通常，在重大刑事案件的審理中，為了確定責任之歸屬或為了要替無辜的被告免責，以及針對危險性之當事人而必須追溯其個人札記內容之時，均會在基於有效法律保護的要求(Erfordernisse einer wirksamen Rechtspflege)與基本法第二條第一項與第一條第一項對個人人格權保護的方面，做一適當的平衡。(請參閱

BverfGE 34, 238 [249ff.])。換句話說，人格權的保護得因為為了保障刑事案件中的受害人或將來可能的犧牲者，甚至是犯罪行為人都可以受到公平之審判等公共利益之目地，而受到限制。

(2)雖然利用訴願人個人札記的行為是對人格資由發展之基本權利的具體侵犯，但依所呈現的證據顯示，刑事法院之判決尚符合比例原則。聯邦憲法法院無法一一檢查各項法院判決的細節，而只能原則性的檢查，法院

在審理本案時是否已經充分考慮到，個人隱私之保護與本案謀殺追訴中採証行為之必要性的問題，以及法院所採取之評價標準是否符合憲法之精神。

聯邦最高法院方面認為，利用訴願人個人札記之行為基本上是屬於侵犯訴願人應受基本法第二條第一項與第一條第一項所保障之個人人格權之範圍。而雖然該筆記具有重要之私密性格，但在衡量本具體之刑事追訴案件之重要性之後，依然認為此一做法並未違反比例原則。因為此舉對於刑法中罪嚴重之罪行爲之追訴有著最重要的幫助，並且對於訴願人減免刑責因素也有決定性之作用，所以該舉動並無違憲之虞。此外，前述的做法不僅有助於刑案之偵察追訴，其同時也是爲防止訴願人再犯下其他刑案之風險之必要手段。也正因爲基於此一預防保護之觀點，上訴審法院遂認為，此一重大公共利益應優先於對個人隱私的保護。（請參閱 BverfGE 32, 373 [380f.]）。

2.其他四位憲法法官的意見則認為，法院之判決的確侵犯訴願人應受基本法第二條第一項與第一條第一項所保障之基本權利。其主要認為，依本文 BI 4 之論點，訴願人之個人札記的確屬於應受絕對保護之個人生活的範圍。在尚未對人格權之內容做進一步分類之前，國家公權力不得任意侵犯取用。

a)訴願人得依據個人之意願來決定，其將以何種之方式來保密其個人之札記。而最高法院之判決則認為，

訴願人確認其筆記內容並與他人討論其筆記內容時，即已表達其處理方式之意願。

b) 本案所提到的個人札記內容完全是個人最隱私的內容。這些札記內容是一種最坦白、毫無保留的有關對自己人格結構與感覺世界的描述，同時也利用此一方式來解決他個人最為困擾的問題；通常這種與“自我”討論的方式，只能以最秘密的方式進行，因為他只能以這種自言自語的方式才能避免他人異樣的眼光。而此一具有個人最高隱私性的特徵，也不能因為把它化為文字的型態而有所改變。因此，我們可以肯定的一點是，所謂的思想自由是指，只要個人人格的表達形式不妨礙到他人，就不受任何公權力的強制與干預。此一原則亦適用於用文字方式所記載之自言自語的談話內容。

這些在刑案發生之前的第八個月與第十七個月所寫下的個人札記，並無涉及他人或社會團體的領域。其所記錄的完全只是其個人內心的印象與感受，這與訴願人的在日後被指控的具體犯罪行為間並無半點線索，因此根本看不出與公共利益的範疇有任何關聯。法院只是事後藉著訴願人之札記推論出其人格結構之後，才更瞭解其犯行而已。

訴願人個人之札記與公共利益之間的關係，都是在事後才被扯上關係的。它們之間本來是毫不相干的。倘若當事人是在一種令他感到驚惶的處境中得知其內心自

我的談話與犯罪行為有關的話，那麼期待他堅持個人札記是屬於絕對受保護之私人生活的做法，必定不回成功。換句話說，當事人既無法預見更無法駕馭他自己了。

如果單只是爲了對犯罪嫌疑人之人格狀態有更進一步的認識，便可以在刑事追訴的程序中否認人個人的札記資料應受絕對之保護，那麼在應受絕對保護與可斟酌取用的人格權保護之間，就再也沒有實質的分界了。因爲凡是任何對於嫌疑犯的心理狀態的瞭解，都可以被解讀爲是有助於其人責任能力之認定或是根本有無涉案之證據的。在這種情況下，只要有犯罪的嫌疑，則嫌疑犯個人受憲法保障之絕對隱私的範圍將隨時會被排除。

又縱使該私人札記的取用純粹有利於被告本身，上述的考慮標準依然不變。就如同在刑事訴訟過程中，使被告享有憲法所保障的緘默權一樣，被告可以依自己之意志來決定，是否要在刑案審理過程中，將自己最隱密的部分加以公開討論。此一規定的重點就是在保障每個個人均得維護其尊嚴並享有自決的基本權利。此一規定的精神，縱使在憲法基於罪責原則(此一罪責原理乃是基於人性尊嚴與自己當爲自己行為負責的理念，即所謂的「無責任則無刑罰」)而允許國家公權力介入的情況下，也並不因此而被剝奪。蓋所謂的罪責原理，只是在說，一位被告惟有在確定其有責之後，才得予以判刑。但此一罪責原理卻不能被解釋爲，由於爲了判斷被告之

責任問題而有介入個人私領域之需要時，國家公權力就可代替當事人決定其私人生活中最核心隱私部分是否得加以利用，並以此來合理化其合憲性。反而是，在刑事訴訟過程中應該由每個人自己去決定，在隱私權的核心領域中，有哪一些是他完全不願別人所接觸的；而且此一原則應同時列入成為罪責原則的充要條件，如此一來，才能達到罪責原則欲保障人性尊嚴之目的。

C.（費用之分攤）

在費用方面之判決，本憲法法庭係依聯邦憲法法院組織法第三十四條第三項之規定辦理。

（法官）Mahrenholz, Träger, Böckenförde, Klein, Graßhof,
Kruis, Franßen, Kirchhof

【監聽案】判決

BVerfGE 30, 1-30 - Abhörurteil
聯邦憲法法院第二庭 1970.12.15 判決 -2 BvF 1/69;
2 BvR 629/68 u. 308/69

林三欽 譯

裁判要目

裁判要旨

案由

判決主文

理由

A. 憲法訴願案例事實之介紹

I. 通訊監察法制之增訂、修正

1. 佔領國之保留權

2. 基本法第十條之修正

3. 「書信、郵件及電信秘密限制法」之制訂

a) 關於書信、郵件及電信秘密法部分

b) 第二條：關於刑事訴訟法部分

4. 各邦之配合立法

II. 黑森邦政府所提起之

「抽象規範審查」程序

1. 請求之內容

2. 理由之陳述

a) 人性尊嚴

b) 法治國原則—無漏洞之權利保護原則

c) 權力分立原則

d) 可能的合法化事由皆不成立

3. Dörrig 及 Evers 二位教授之鑑定書

III. 數位曼海姆市法官、律師等人之憲法訴願

IV. 各級議會及政府之立場、反應

V. 合併審理及判決

B. 受理要件之審查

1. 規範審查部分

II. 憲法訴願部分

1. 針對「書信、郵件及電信秘密限制法」
2. 針對基本法第十條之修正內容

C. 基本法第十條第二項第二句之合憲性審查

I. 基本法第十條第二項第二句有無抵觸基本法第七十九條第三項

1. 基本法第十條第二項第二句之解釋
 - a) 書信、郵件及電信秘密之限制保留
 - b) 乎基本法重要原則與價值秩序之解釋
2. 基本法第七十九條第三項的解釋
 - a) 阻止經由「憲法修正法」廢除現行憲法體制之本質及基礎
 - b) 其他禁止變動之憲法內涵
 - c) 不得變動「人性尊嚴不可侵犯原則」

II. 基本法第十條第二項第二句符合基本法第七十九條第三項之規定

1. 排除對當事人的告知並未違背尊重人性尊嚴的要求

2. 以其他的合法性審查手段取代法院救濟途徑並未侵犯人性尊嚴
3. 以其他的合法性審查措施來取代法院救濟途徑並未侵害權力分立原則
4. 未與法治國原則衝突
5. 一般憲法原則之體系範圍內修正未抵觸基本法第七十九條第三項

D. 其他條文之合憲性審查

1. 聯邦立法權限之依據
2. 「書信、郵件及電信秘密限制法」第一條、第二條與第三條之憲法依據
3. 「書信、郵件及電信秘密限制法」個別條文合憲性之裁決
 - a) 「書信、郵件及電信秘密限制法」第九條第五項之規定合憲
 - b) 「書信、郵件及電信秘密限制法」第五條第五項局部違憲無效

E. 作成判決之表決票數 不同意見書

1. 基本法第十條第二項第二句不得以合憲解釋方法解釋之
 - a) 不必通知當事人即可監聽

- b) 對該條文之解釋不符合修憲目的
 - c) 本判決之解釋已侵越立法權
2. 該修憲不符基本法第七十九條第三項
- a) 基本法第七十九條第三項宣明特定憲法基本原則不得修改
 - b) 人性尊嚴係基本的憲政原則
 - c) 該修憲規定已「影響」基本法第一及第二十條所載之原則
3. 聯邦內政部長的意见不盡合理
- a) 本案與三個西方佔領國將其保留權之放棄無涉
 - b) 防衛性民主在本案中的意義

裁判要旨

1.若當事人因不知權利受侵害，而不可能針對執行（法律）之處分進行救濟程序，則該當事人應有權直接針對法律提起憲法訴願；針對執行（法律）之處分的憲法訴願如因其他原因而不能提起時，亦同。

2.依據比例原則，基本法第十條第二段第二句應僅作下列解釋：在不危及監視措施之目的、自由民主基本體制之保護、聯邦及邦之存續或維護的情況下，該條文要求在事後將監視之事宜告知當事人。

3.基本法第十條第二項第二句在考量比例原則之下要求，「書信、郵件及電信秘密限制法」須僅限於以下情形始得容許侵犯書信、郵件及電信秘密：有具體情狀足以令人懷疑某一行爲是敵視憲法行爲，而且在具體案情中於用盡其他可能的調查方法後，此一敵視憲法行爲只有以侵犯書信、郵件及電信秘密之方法才足以應付。

憲法要求將監視措施限制在無法避免的必要範圍內，而此一要求並不排除將監視擴及至第三人的通訊聯繫，只要此通訊聯繫足以被認定是爲嫌疑人之犯罪目的而使用。

4.基本法第十條第二項第二句要求，「書信、郵件及電信秘密限制法」須規定一個在實體上及程序上相當於法院審查之事後查核程序，即使當事人並無參與此一

替代程序之機會。

5.基本法第七十九條第三項禁止原則性的放棄該條項所舉出之原則；但它並不阻止，經由修憲在體系範圍內修正重要的憲法原則。

6.執行法律的公權力機關於對待人民時如侵犯人性尊嚴，就是蔑視人格價值的表現。

7.權力分立原則允許，針對行政行為之權利保護措施例外地非由法院所給予，而是在行政功能範圍內由國會所任命或組成之獨立機構來給予。

8.國會中的多數也可能濫用其權利。一個黨團或聯合執政聯盟，如果單方面組成「書信、郵件及電信秘密限制法」第九條第一項所規定之推選委員會，並進而單方面地組成同法第九條第三項所規定（限制措施審查）小組，恐有濫用職權之虞。

案 由

本判決為聯邦憲法法院第二庭於 1970 年十二月十五日所作成，並曾於 1970 年七月七日舉行言詞審理。本判決係針對下列各案件：

1.黑森邦政府於一九六九年九月二十九日聲請對於下列條文進行憲法（規範）審查：

a)1968 年六月二十四日所頒布之「第十七次基本法增訂法」第一條第二款，因該條款經由增訂基本法第十

條第二項第二句後段，允許由民意代表所任命之機關作事後審查以替代司法救濟途徑，另外也對同法（「第十七次基本法增訂法」）第一條第六項進行審查，

b)1968 年八月十三日所頒布之「書信、郵件及電信秘密限制法」第九條第五項；

2.法官 K 博士，律師 L 博士，實習法官 N 博士，P 律師及律師 S 博士等人，針對基本法第十條第二項第二句，基本法第十九條第四項第三句，以上述二條文根據一九六八年六月二十四日頒布之「第十七次基本法增訂法」所得之內容，以及針對一九六八年八月十三日頒布之「書信、郵件及電信秘密限制法」第五條第五項及第九條第五項所提起之憲法訴願；

3.律師 H 博士，代理人律師 F 博士，Z 博士，S 及 R 博士，針對基本法第十條第二項第二句及基本法第十九條第四項第三句，以上述二條文根據一九六八年六月二十四日頒布之「第十七次基本法增訂法」所得之內容，針對一九六八年八月十三日頒布之「書信、郵件及電信秘密限制法」第二條第二項第二句及第九條第五項，以及針對刑事訴訟法第一百條 a 第二句，以其根據一九六八年八月十三日頒布之「書信、郵件及電信秘密限制法」第二條 Nr.2 所得之內容所提起之憲法訴願。

判決主文

I. 1.一九六八年六月二十四日頒布之「第十七次基本法增訂法」(BGBl. I, S. 709)第一條第二款關於增訂基本法第十條之部分，以及同法第一條第六款一新修訂之基本法第十條第二項第二句及第十九條第四項第三句——根據判決理由所得出之解釋，符合基本法第七十九條第三項之規定。

2.一九六八年八月十三日所頒布之「書信、郵件及電信秘密限制法」第九條第五項(BGBl. I, S. 949)符合基本法之規定。

II. 1.一九六八年八月十三日所頒布之「書信、郵件及電信秘密限制法」第五條第五項(BGBl. I, S. 949)，在「告知被監視人」並不會危及監視目的之情況下，仍排除對被監視人告知監視措施這一部份，違反基本法第十條第二項第二句之規定因而無效。

2.憲法訴願其餘部份駁回。

理 由

A. (憲法訴願案例事實之介紹)

I. (通訊監察法制之增訂、修正)

1.根據基本法第十條舊條文之規定，書信、郵件及電信秘密是不可侵犯的，相關的限制措施僅得基於法律

(auf Grund eines Gesetzes) 而為。

一九四五年後（德國之）佔領國首先根據佔領法監視書信、郵件及電信往來，而在德意志聯邦共和國成立後，三個西方佔領國基於佔領的地位也同樣進行監視。縱使在一九五五年五月五日德意志聯邦共和國之主權已產生之後，這三個西方佔領國仍保留這項權利之行使。但是他們聲明，「在德國主管機關經由立法取得相關之授權（以進行監聽）時」，所保留之權利即消滅。（一九五二年五月二十六日訂立之德意志條約第五條第二項）

2.爲了使這些「保留權利」消滅，基本法第十條做了如下之修改：在一定之條件下「書信、郵件及電信秘密之限制」可以在不告知當事人並排除法院救濟途徑之情況下進行。

一九六八年六月二十四日頒布之「第十七次基本法增訂法」（BGBl. I, S. 709）第一條局部條文如下：

一九四九年五月二十三日頒布之「德意志聯邦共和國基本法」（BGBl. , S. 1）作如下之補充：

...

2. 第十條修改後之條文如下：

「第十條

書信、郵件及電信秘密是不可侵犯的。

限制措施只得基於法律而為。如果該限制措施有助於自由民主基本體制、聯邦或邦存續或安

全的保護，則該法律可以作以下之規定：該限制措施將不告知當事人，而且以議會所任命之機關或輔助機關進行事後審查來取代訴訟救濟途徑。」...

6.第十九條第四項增加以下文句：「第十條第二項第二句之規定除外。」

3.在細節部份「書信、郵件及電信秘密限制法」(一九六八年頒布之「書信、郵件及電信秘密限制法」(BGBI. I, S. 949) 規範了侵犯的可能性及其程序。

a)「書信、郵件及電信秘密限制法」第一條規定：

(1) 為防衛對於自由民主基本體制、聯邦或邦之存續或其安全，包括在德意志共和國境內駐紮之德國以外其他北大西洋公約締約國之部隊，或在柏林邦境內三強國其中一國部隊之具脅迫性危險，聯邦或邦之憲法防衛機關、聯邦部隊安全局及聯邦情報署有權拆開並檢視屬於「書信、郵件及電信秘密」概念之傳送文件、讀取電報之內容並對無線通訊加以監聽及錄音。

(2) 德意志聯邦郵政局須基於命令對有權單位提供關於郵件及通訊往來之資訊，將各方交由其以郵政或電信傳遞之書信郵件交付與有權單位，並協助進行電話監聽及電報傳遞內容之讀取。根據「書信、郵件及電信秘密限制法」第二條之規

定，當有事實足以懷疑，有人預謀、著手實行或已實行危害和平罪或內亂罪、危害民主法治國家罪、外患及危害外部安全罪、危害國防罪或危害在德意志共和國境內駐紮之德國以外其他北大西洋公約締約國部隊安全罪的犯罪行為時，允許依據第一條下命進行限制措施。只有當事實之調查以其他方法進行將無所獲或顯有相當困難時，下命（進行限制措施）才是被允許的。「書信、郵件及電信秘密限制法」第二條第二項第二句規定：

下命進行限制措施僅能針對嫌疑犯或針對有特定事實而被推測為收受或轉交欲給嫌犯之通知或發自於嫌犯之通知，或有特定事實足以推測嫌犯使用其通訊線路之人。

根據「書信、郵件及電信秘密限制法」Art.1 第四條之規定，未經申請不得下命進行第一條之限制措施。針對第二條所規範之情形在其職務範圍內有權申請者為聯邦憲法防衛局局長，各邦之憲法防衛機關首長，聯邦軍隊安全局局長及聯邦情報局局長或是其代理人。

有權根據第一條之規定而下命（進行限制措施）者，在由各邦憲法防衛機關提出申請的情況下是各邦之最高有管轄權機關；在其餘的情形則是由聯邦總理所授權的聯邦部長。此一下命（進行限制措施）最長不得超過三個月。只要下命（進行限制措施）之要件繼續存在，即得以申請延長期間，但每次最多不超過三個月。（「書信、

郵件及電信秘密限制法」第五條第一項及第三項)

「書信、郵件及電信秘密限制法」Art.1 第五條第五項規定：

不得告知當事人關於限制措施之情節。

「書信、郵件及電信秘密限制法」Art.1 第六、七及第八條包含關於執行限制措施程序之細節規定。

「書信、郵件及電信秘密限制法」第九條規定：

(1) 根據第五條第一項有權下令進行限制措施之聯邦部長每隔最長不得超過六個月之期間應向一委員會報告關於本法之執行情形，此一委員會由聯邦議會選出五位聯邦議員組成。

(2) 有管轄權之部長應每月向一小組報告關於他所下令進行之限制措施。該小組依職權或依異議判定各限制措施之允許性及其必要性。被該委員會宣佈為不被允許的或不必要的下令（進行限制措施），有管轄權之部長須立即加以撤銷。

(3) 前項所稱之小組由一位具出任法官資格之主席及二位成員組成。此一小組所有成員於執行職務時具獨立地位，且不聽從任何指示。他們由第一項所規定之委員會於徵詢聯邦政府意見後任命，任期為一屆聯邦議會任期。此一小組自行訂定一職務規程，此一規程須得第一項所規定之委員會同意。此委員會在同意之前應先徵詢聯邦政府之意見。

(4) 關於根據第五條第一項對於下命進行限制措施有管轄權之各邦最高管轄機關之議會監督及由各該管轄機關所下命之限制措施的審查，由各邦議會訂定法規加以規範。

(5) 在此以外，針對限制措施之下命及其執行，不得採取法律救濟途徑。

b) (第二條：關於刑事訴訟法部分)

「書信、郵件及電信秘密限制法」第二條經由增訂刑事訴訟法以規範在犯罪追訴程序中對於電信傳遞加以監聽或錄音之允許性。在有特定事實足以懷疑，某人以正犯或共犯著手實行、已著手而未遂（在未遂犯可罰時）或經由可罰之行爲預備犯刑事訴訟法第一百條 a 第一款（依新修訂之內容）中所稱之具政治性罪行之一或謀殺罪、殺人罪、偽造貨幣罪、強盜罪、準強盜之恐嚇取財罪、擄人罪、以強暴脅迫使人出國罪、誘拐幼童恐嚇取財罪、販賣幼女罪、刑法第一三八條所規範之秘密危險重罪行爲之一種或恐嚇取財罪時，同時當事實及嫌犯居留處所之調查以其他方法進行將無所獲或顯有相當困難時，允許下命進行監聽。（刑事訴訟法第一百條 a 依據「書信、郵件及電信秘密限制法」第二條第二款之內容）

刑事訴訟法第一百條 a 最後一句（依據「書信、郵件及電信秘密限制法」第二條第二款之內容）規定：

下命進行限制措施僅能針對嫌疑犯或針對有

特定事實而被推測為收受或轉交欲給嫌犯之通知或發自於嫌犯之通知，或有特定事實足以推測嫌犯使用其通訊線路之人。

監聽及將電信傳遞加以錄音只能由法官下命進行；當有遲誤時機之虞時也可以由檢察署下命。如檢察署之命令未於三天之內獲得法官確認，則失其效力。（刑事訴訟法第一百條 b 第一項依據「書信、郵件及電信秘密限制法」第二條第二款之內容）

刑事訴訟法第一〇一條第一項基於「書信、郵件及電信秘密限制法」第二條第三款有以下之內容：

在不會危及偵查目的之情況下，應告知當事人所採取之處分（第九十九條、一百條、一百條 a、一百條 b）。

4.各邦依據「書信、郵件及電信秘密限制法」Art.1 第九條第四項之規定已分別修訂其法律。

三個西方佔領國已於一九六八年五月二十七號宣布同意使「保留權」消滅（BTDruck V/2942）

II.（黑森邦政府所提起之「抽象規範審查」程序）

1.黑森邦政府由邦總理代理於一九六九年九月二十九日以書面聲請，請求聯邦憲法法院以「抽象規範審查程序」確認：

（1）一九六八年六月二十四日頒布之「第十七次

基本法增訂法」(BGBI. I, S. 709) 第一條第二款，在該條文於基本法第十條增訂第二項第二句後段時，允許以議會所任命之機關進行事後審查以取代訴訟救濟途徑之範圍內，以及同法第一條第六款違反基本法第七十九條第三項連同基本法第一條與第二十條因而無效。

(2) 一九六八年八月十三日所頒布之「書信、郵件及電信秘密限制法」(BGBI. I, S. 709) 第九條第五項違反基本法第十九條第四項因而無效。

2. 聲請人陳述以下之理由：

a) 根據「人性尊嚴」原則，人之權利不可任由政府依職權加以處分。如果沒有在事前或事後由法官審查政府措施之合法性，將使個人成為該政府措施之客體，在特別嚴重的情況下且將侵害人性尊嚴。如果這個侵害觸及市民隱私領域的核心，它便顯得嚴重，而書信、郵件及電信秘密便是為了保護市民的此一隱私領域才被提昇至基本權的層級。允許這種侵害行為的法律規範違反基本法第一條第一項之規定，而且依據基本法第七十九條第三項之規定，這種法律規範亦無法經由形式上之修憲予以合法化。

b) 法治國原則被基本法第七十九條第三項以及第二十條宣告為德意志聯邦共和國不可侵犯的憲法基礎。對於基本法的「法治國」而言，依據基本法第十九條「儘可能無漏洞之權利保護的保證」具有決定性意義。「無

漏洞之權利保護原則」在基本權範圍內要求格外高度之尊重。經由以上所指摘之修憲案，首度透過對於一部份國家行為排除訴訟救濟途徑，如此一來由基本法所要求之「逐步往有效實現的法治國邁進」的行動已中斷，而且有意識地往後退回一步。

以國會監督來取代司法審查無法治癒違反權利保護原則之事實，因國會監督無法與司法審核同視。

c)此外，以國會監督取代司法審查也違反了由基本法第二十條所保障、且由基本法第七十九條第三項宣告為不可侵犯的「權力分立」原則。先前所指摘之條文原則上違背了權力分立之目標。

d)排除「針對書信、郵件及電信之監視措施的訴訟救濟途徑」，既無法由「事物本質」也無法由「同盟國保留權利消滅的關連性」加以合法化。（書信、郵件及電信秘密）侵害行為的構成要件無法由司法加以審查確定之理由，並不具說服力。經由適當的法院組織可以確保有管轄權的審判庭在這一領域內收集必要的經驗。法院在審查時所須做出之裁判，不會比行政機關在下命時或國會委員會在審查一個監視措施時所須做出之決定更艱難。法院的審查不能以「將危及程序上必要之保密」為理由而拒絕。國家保安事件之判決顯示，在維護「對於德意志聯邦共和國安全上之必要保密」的情況下，正當進行審判程序是可能的。最後，排除訴訟救濟途徑不

得經由下列考量而合理化：只有採取這一手段才能廢除列強保留權。

3. 憲法訴願聲請人提出 Dürig 及 Evers 二位教授之鑑定書以支持他的法律見解。

Dürig 的鑑定書特別針對「不予告知（監聽措施）」一點有以下論述：

完全排除告知（監聽措施）牴觸了法治國原則的核心。現行規定在運作上完全未給人民參與程序之機會，這正是侵犯人性尊嚴的典型案列，也就是說，人民被當作國家活動的客體。此外，這條規定不得被隔離觀察，只有將「不予告知」與「不賦予訴訟救濟途徑」二者合併觀察，才能得出：這二者合起來可使侵犯人民私密領域之措施在絕對保密的情況下完成。每個欲針對「排除訴訟救濟途徑」這點提出爭訟的人，必須在個別權利保護的前提上先針對「不予告知（監聽措施）」進行法律抗爭，而這值得大家深思。

III.（數位曼海姆市法官、律師等人之憲法訴願）

數位曼海姆市的法官及律師（前述第二個訴願事件的訴願人）及一位法蘭克福市的律師兼公證人（前述第三個訴願事件的訴願人）直接針對「第十七次基本法增訂法」及「書信、郵件及電信秘密限制法」之條文提起憲法訴願。

1.一九六八年十一月一日遞狀的第二個憲法訴願人之憲法訴願，係針對基本法第十條第二項第二句、第十九條第四項第三句（依據「第十七次基本法增訂法」所得之內容）以及針對「書信、郵件及電信秘密限制法」第五條第五款及第九條第五款而提出。訴願人指摘上訴條文違反基本法第一條第一項、第十條第一項、第十九條第四項、第一〇一條第一項第二句及第一〇三條第一項。

上述人員為支持其直接針對法律所提之憲法訴願有以下陳述：

a)被指摘之條文「現時」且「直接」侵害其上述基本權利。憲法訴願人不知道，是否針對他們已有某種措施依據「書信、郵件及電信秘密限制法」被下令實施。根據「書信、郵件及電信秘密限制法」第五條第五項他們無從得知此類措施的任何訊息，無論是措施實施前、實施中或實施後皆然。此一基本權侵害行為因而在於被指摘條文的實施行為本身。

b)若主管機關認為，某一限制措施有助於自由民主基本體制、聯邦或邦存續或安全的保護，並可以根據此一法官無法審查的理由而隨時下令進行書信、郵件及電信聯繫之監視，這一作法將侵犯基本法第十條第一項基本權之本質內涵。依法由議會所任命之機關或輔助機關無法禁止恣意侵害書信、郵件及電信秘密之行為。排除針對書信、郵件及電信監察措施之訴訟救濟途徑，進而

牴觸基本法第十九條第四項第一句之訴訟救濟保障原則，也因此牴觸根據基本法第七十九條第三項不得由修憲者任意變動的、且由基本法第二十條所導出的法治國原則。最後，排除訴訟救濟途徑侵害了憲法訴願人之「進行有效訴訟程序基本權」，且剝奪他「由合法之法官實施權利救濟之基本權」。

由於授權條款基本法第十條第二項第二句違憲，因而不將限制秘密通訊自由之措施通知當事人的作法不能以此一條文為依據。「書信、郵件及電信秘密限制法」第五條第五款所規定「不予通知」的作法，違反了基本法第十條第一項以及基本法第十九第二項：如果不將限制秘密通訊自由措施的方式、範圍或期間通知當事人，將無法於事後審查，此一相當於基本法第十條第二項第二句所稱之基本權侵害行為是否確為保護該條所列舉之法益，並審查此一侵害行為是否已使當事人完全無法行使秘密通訊自由的基本權利。最後，對當事人不予通知的作法還違反了基本法第十九條第四項第一句及基本法第一〇三條第一項。憲法所保障之無漏洞的權利保護以下述事項為前提：當事人知悉對他所採取之（基本權利）限制措施；因為若非如此他將無法實現基本法第十九條第四項第一句所賦予之基本權。

2.第三憲法訴願人於一九六九年六月六日提出憲法訴願控訴：

(1) 基本法第十條第二項第二句及第十九條第四項第三句此二條文依據「第十七次基本法增訂法」所得之內容，

(2) 「書信、郵件及電信秘密限制法」第二條第二項第二句、第五條第五項及第九條第五項，

(3) 刑事訴訟法第一百條 a 第二句，

憲法訴願人所控訴者為上述條文所規範之下列事項：

(1) 採取限制秘密通訊自由措施可以不通知當事人之授權，及排除當事人法院救濟途徑之授權，

(2) 未通知當事人即採取限制秘密通訊自由之措施，及排除當事人之法院救濟途徑，

(3) 對於下述人員允許發布限制秘密通訊自由的命令：該人員因為特定事實而足以被懷疑其收受或轉交欲給嫌犯之通知或發自於嫌犯之通知，或有特定事實足以懷疑嫌犯使用其通訊線路。

憲法訴願人指摘上述事項違反基本法第一條第一項、第十二條第一項、第十九條第四項、第一百零一條第一項及第一百零三條第一項，他提出以下陳述：

a) 因為他是知名辯護律師，所以被控觸犯舊刑法第一百條 e (洩漏情報助敵罪) 及現行刑法第八十一條以下犯罪行為之人可能與其聯繫以尋求辯護。主管機關將往往因此認為，有特定事實足以懷疑：他一憲法訴願人

一收受或轉交欲給嫌犯之通知或發自於嫌犯之通知，或讓嫌犯使用其通訊線路。

此外，身為律師團體的一員，他有可能因此在電話聯繫中或在通訊中被檢查，而這一危險也發生在律師團體本身，這將危害此一團體的存續。

b)在控訴第五條第五項及第九條第五項違憲方面，第三憲法訴願人所陳述之理由大多與第二憲法訴願人所陳述者相同。此外第三憲法訴願人還主張：

「書信、郵件及電信秘密限制法」第二條第二句及刑事訴訟法第一百條 a 第二句（依據「書信、郵件及電信秘密限制法」所得之內容）侵害基本法第十二條第一項所賦予他之基本權。即使他自己並非「書信、郵件及電信秘密限制法」第一條所稱之嫌疑人或刑事訴訟法第一百條 a 所稱之嫌犯，上述條款卻允許他的電話線路及通訊聯繫被監控，所以上述被指摘的條款縱使未侵犯他選擇職業的自由，卻以憲法上不允許之方式規制律師職業之執行自由。

IV.（各級議會及政府之立場、反應）

1. a)聯邦政府、聯邦參議院（Bundesrat）及聯邦眾議院（Bundestag）決定就黑森邦政府在抽象規範審查程序中之聲請不提出立場說明。

b)自由漢薩城市不萊梅之議會曾通知，該議會支

持並加入黑森邦政府之意見。

2.關於上述之憲法訴願聯邦內政部長且曾於第五屆國會會期內代表聯邦政府提出立場說明。他認為上述憲法訴願雖然程序上合法，但在實體案情上無理由，他主張：

如果將此一監視措施告知當事人，爲了自由民主基本體制、聯邦或邦存續或安全的保護所採取之「書信、郵件及電信傳遞之監視措施」將從一開始就無法達成目標。這是由於刑事訴訟程序以外此類監視措施的本質所致。此類限制（秘密通訊自由）之措施只在於收集對憲政體制有敵意企圖的相關訊息，並不會直接影響個人。基本法第十條第二項第二句所規定之「不告知限制（秘密通訊自由之）措施的作法」與基本法第七十九條第三項之基本原則相符；基本法第十條第二項第二句所規定之「排除法院救濟途徑」規定亦同。

法治國原則僅要求一個有效之法院救濟途徑，這一救濟途徑卻並不一定必須是法院救濟管道。第九條所規範之多元法律救濟途徑符合此要件而且較諸法院訴訟程序幾乎不遜色。

基於事務本質，基本法第十條第二項第二句所開啓的、在憲法學上毫無疑問的「排除法院救濟途徑」亦屬必須。

即使我們認為，這些條文是訴願聲請人所從事的律

師職業行為之潛在侵害，「書信、郵件及電信秘密限制法」第二條第二項第二句及刑事訴訟法第一百條 a（依據「書信、郵件及電信秘密限制法」所得出之內容）也可經由理性衡量公益後來加以正當化。基於事理，法律規定對於非嫌疑人以及未被指控之人所採取的（秘密通訊自由）限制措施，也是不得不然。

V.（合併審理及判決）

本庭已將黑森邦政府之聲請與第二及第三憲法訴願人之憲法訴願合併審理及合併判決。

B.（受理要件之審查）

I.（規範審查部分）

本文中，關於規範審查程序部分已具備受理要件一點，不存在任何質疑。

基本法第十條第二項第二句是以下列方式限制基本法第十九條第四項之救濟途徑保障：該條規定授權立法者，在一定條件下排除對於公權力措施之法院救濟途徑，也排除將該措施告知當事人之可能性。

就事理而言，上述二措施之間存在無法分離的關連性。如果公權力措施（譯者按：指通訊監察措施），一方面由於現代科技發達可以在當事人毫無察覺的情況下進行，而且事前事後皆未告知當事人，則實際上等於排

除了法院救濟途徑。對於排除法院救濟途徑一事所提起之聲請，也必然針對排除對當事人告知一事。即使未在字義上明確指出，但基於上述理由黑森邦政府的聲請可視為只針對基本法第十條第二項第二句之整體規範內涵而提起；於言詞審理程序中所作之聲明也應以同一方式來認定，在此一言詞審理程序中特別是 Dürig 之鑑定意見獲得（黑森邦政府）維持。因此無須探究基本法第十條第二項第二句是否應視為一整體而不可分之規範，此類規範只能就整體來評判，一旦認定其為一整體不可分規範，則只針對該規範之一部所提起之聲請在程序上是不合法的。

II.（憲法訴願部分）

1. 針對「書信、郵件及電信秘密限制法」所提起之憲法訴願在程序上是合法的。

針對一部法律提起憲法訴願之要件是如下之聲明內容：憲法訴願聲請人本人之基本權利「現時」而且「直接地」為該法律所侵害，而不是在另一執行該法律之行爲頒布後才導致基本權利被侵害(BVerfGE 1, 97 (101 ff.); 20, 283 (290)，附有更進一步之引註)。本案並不符合這些要件，因為根據憲法訴願人之陳述，其基本權利是由行政機關之行爲所侵害。但當事人並無針對此一執行行爲提起救濟請求之機會，因為他們無從知悉權利受侵害

的任何事實。在這種情況下，以及因其他事由無從針對一項執行行為提起憲法訴願時，應賦予當事人直接針對法律提起憲法訴願之權利（BVerfGE 6, 290 (295)）。

2.憲法訴願聲請人也直接指摘基本法第十條之修正內容。但在這部分缺少直接涉及性，因為基本法第十條第二項第二句需經由普通法律加以執行。「書信、郵件及電信秘密限制法」第五條第五項及第九條第五項之效力繫於憲法修正內容之允許性，但由於已合法針對「書信、郵件及電信秘密限制法」提起憲法訴願，因而憲法修正內容之允許性須加以審查。基於上述事由，針對基本法第十條第二項第二句所提出之指摘，無須視為獨立之憲法訴願來個別認定其憲法訴願程序要件，而是將之視為進行附帶審查修憲允許性之事由。

C.（基本法第十條第二項第二句之合憲性審查）

I.（基本法第十條第二項第二句有無牴觸基本法第七十九條第三項）

欲判定經由修憲所增訂之基本法第十條第二項第二句有無牴觸基本法第七十九條第三項，需先解釋上述二條文。

1.基本法第十條第二項第二句之解釋如下：

a)在基本法中，書信、郵件及電信秘密從一開始就不是無保留的保障；而是一直都可被限制，而這些限制

措施一定要有法律依據。這種一般的基本權利限制保留，在限制的要件與範圍方面也有其界限；在適用範圍方面，如果一部法律爲了保護自由憲政體制或國家的存續免於被危害而限制書信、郵件及電信秘密，則上述限制保留含括這一部法律。在此一限度內，基本法第十條第二項新增訂的第二句並未帶來新內容；該句僅是將第一句的一種適用情形具體化，該句改寫：當法律的目的是保護自由民主基本體制或是聯邦或邦之存續或安全時，法律所規定的何種限制書信、郵件及電信秘密之措施可被宣告爲允許的。

基本法在限制基本權利時，總是爲了有效保護另一個法益，不論它是一般的或在具體個案中較高位階的法益，也不論它是個人的或超越個人的法益。基於這一觀點，上述基本法第十條第二項新增訂的第二句規定符合限制保留之目的。德意志聯邦共和國之存續以及其自由憲政體制是一位階極高的法益，爲有效保護該法益可在必要的範圍內限制基本權利。

經由修憲所新增訂的條文並不在於「限制」書信、郵件及電信秘密，所謂限制應是指「監視」書信、郵件及電報來往，「監聽」談話及拆開與閱讀信件；新規定是在於另外授權，不告知當事人上述限制措施，而且以議會所任命之機關或輔助機關進行事後審查來取代訴訟救濟途徑。這些特別措施與前述的限制措施（監聽與書

信檢查)間之關係是清楚的。危害憲政體制及危害國家安全與存續之企圖、計畫與措施大多由集團所為，這些集團掩藏其工作而且暗中進行，此類集團有完善的組織且經由特別的方式仰賴未受干擾的情報聯繫。只有當監視措施原則上保持秘密，並因而得以不受法院審理程序之討論，憲法防衛局的人員才能於面對此類組織時，有效達成任務。即使是事後公開其監視措施及事後在法院審理程序中討論，都可能使對憲法懷有敵意勢力取得憲法防衛局運作方式及其具體的監視範圍，並使其得以辨認一直未被外界所知的憲法防衛局成員等，該局的運作成效將因此受到高度的影響。不告知當事人監聽措施而且將審查任務賦予法院以外之團體，是爲了維護憲法防衛局之效能，如此監聽與拆閱書信措施才有意義。在限制書信、郵件及電信秘密時，基本法第十條第二項第二句爲了防衛憲法及國家，准許秘密地監聽及管制電話通話、無線通話、電傳、電報及書信等，甚至事後亦對當事人保持秘密且不受法院事後審查。

b)憲法規範不得僅就文義加以隔離的解釋；相反的，所有的憲法條文須在與基本法之重要原則與價值秩序協調一致的情況下加以解釋(BVerfGE 19, 206 (220))。在解釋基本法第十條第二項第二句時須注意憲法條文間之關連性，特別是基本法制訂時之原則性決定以及一般憲法原則。在本案中特別重要的是，德意志聯

邦共和國憲法決定採取戰鬥性民主制度，基本法不接受爲對抗自由體制而濫用基本權利（BVerfGE 28, 36 (48)）。對憲法有敵意者不應准許其主張基本法所保障之自由，而且在這些自由的保護下危害、影響或破壞憲政體制（參照基本法第九條第二項，第十八條及第二十一條）。爲了保護憲法，基本法明文規範了一個本身的機制：憲法防衛局（參照基本法第七十三條第十款及第八十七條第一項）。如果一方面賦予國家的高層憲法機關一項任務，而且爲了此一目的創設一個特別局處，但卻不賦予這些機關與局處爲完成憲法之委託所必要的措施，這絕非憲法的真意之所在。

基本法不但注重公益且爲了保護極重要的法益，而在劃定基本權利之界限時所做的基本決定也是相當重要的（參照例如基本法第二條第一項）。「基本法中所包含的人性印象並不是那種隔離、獨立的個人所擁有的人性印象；相反的，基本法在考量人的團體關連性與團體羈束性之下，就個人與團體間的緊張關係做出了適當的決定，而未傷害到人的自我價值。這可特別由基本法第一、二、十二、十四、十五、十九與第二十條的整體觀察中得出。但這意味著，個人須忍受立法者爲了維護與促進社會共同生活，而於一般可以期待的範圍內所立下的行爲自由限制，但個人自主性需獲得維持。」（BVerfGE 4, 7 (15 f.））

最後，聯邦憲法法院根據基本法的第三個原則性決定——法治國原則——導出比例原則；此一原則要求，只有在為了保護被憲法所承認的法益——在本案中是國家的存續與其憲政體制——所必要的範圍內，可由法律規定、並在個案中下命限制基本權利（參照 BVerfGE 7, 377 (397 ff.)）。依據法治國原則尚可導出，每一個侵犯人民自由或財產權之高權行為，都須至少經由一個有效的法律審查機制來加以審查，這點以下還會探討。

由於基本法第十條第二項第二句有此一意義關連，可以證實在前述 a)項中由法條文義所得出之解釋。特別可以得出：在該條文中所規定的「對於當事人不予通知」以及「司法救濟途徑由其他的審查程序所取代」，這點不僅由「事務本質」來合法化，因為如果缺少這種措施，限制書信、郵件及電信秘密的目的將無法達成；而且還可在憲法上予以正當化，因為基本法做了支持戰鬥性民主的原則性決定。

此外，在考慮到憲法上比例原則時應注意：依據基本法第十條第二項第二句可以立法規定，（對於秘密通訊自由的）限制措施「不告知當事人，而且以議會所任命的機關或輔助機關進行事後審查來取代訴訟救濟途徑。」就比例原則而言，此一憲法規範只能作如下之解釋：只有當監視措施之目的以及自由民主基本體制、聯邦或邦存續或安全的保護之危險因此可被排除時，上述

憲法規範才允許事後告知（當事人）。此一規範也允許（在有爭議發生時）經由普通的法院救濟程序來審理，或不採取以議會所任命之機關進行事後審查，而以特別的法院救濟程序來取代，只要這方式在不危及自由民主基本體制、聯邦或邦存續或安全之保護的狀況下是可能的。

除此之外，由「如果該限制措施有助於自由民主基本體制、聯邦或邦存續或安全的保護」此一法律用語可以得出合乎比例原則的解釋：只有當具體情狀足以令人懷疑某一行爲是敵視憲法行爲，而且在具體案件中於用盡其他可能的調查方法後，卻唯有侵犯書信、郵件及電信秘密之方法才足以應付此一敵視憲法行爲時，法律才容許侵犯書信、郵件及電信秘密。如此一來，在不通知當事人的情況下進行通訊監察措施的案例數目將獲得節制。

基於「將監視措施限制於無法避免的必要範圍內」的憲法原則還可以得出，依據基本法第十條第二項第二句只限於有上述情節具體嫌疑之人才可以被監視；縱然由於郵件及電話通訊聯繫的特性，在監視嫌疑犯時也必然會監視到與嫌疑犯聯繫的人，但此一監視措施並不會因此不被允許。憲法要求將監視行爲限制在無法避免的必要範圍內，而此一要求並不排除將監視擴及至第三人的通訊聯繫，只要此通訊聯繫足以被認定是為嫌疑人之

犯罪目的而使用。在尊重前述憲法原則的前提下，基本法第十條第二項第二句只授權進行「僅在於探知敵視憲法行爲」的監視。最後，基本法第十條第二項第二句在前述的合憲解釋中，禁止經由監視所得之資訊由其他（行政）機關爲自身目的而取得，同時該憲法條文要求，當某一資料對自由民主基本體制之保護不具或已不具意義時，應立即加以銷毀。

最後，關於「排除訴訟救濟途徑」這點，在解釋基本法第十條第二項第二句時，以憲法上法治國原則的角度來看，以議會所任命之機關與輔助機關進行事後審查「來取代訴訟救濟途徑」這件事具有特別的意義。這意味著，在執行此一憲法規範時法律應創設一個在實體上及程序上與法院審查相當之事後查核程序，尤其二者應至少同樣有效，即使當事人並無參與此一替代程序之機會。在此一解釋下基本法第十條第二項第二句要求，爲執行這一憲法條文所頒布的法律應於「議會所任命之機關與輔助機關」之下創設一個機關，此一機關應具有法官的獨立性，而且由它決定是否允許採取監視措施，這一決定拘束所有參與準備、決定及執行監視措施的人員，它並決定是否將監視措施告知當事人，而當法定要件欠缺時它應禁止監視措施。此一機關可設於國會內或國會外，但它應具備必要的專業與法律知識，且不受任何機關指揮，它的成員應有固定的任期。它應有能力監

督所有參與準備、決定、執行及監督「書信、郵件與電信秘密侵犯行為」的機關，並監督這些機關的所有措施，此一審查應得以持續進行。爲了這一目的，審查機關須能取得所有與案件之決定有重大關連的文件。此一審查須是法律審查。但基本法第十條第二項第二句允許審查機關，當具備監視法定要件時基於「便宜原則」，要求不進行或撤銷監視，也就是說可繼續限縮監視案例的數目。

2.基本法第七十九條第三項的解釋得出以下結論：

a)基本法第七十九條第三項在性質上是用來限制具有修憲權之立法者，它的意義在於阻止經由形式、立法程序所制訂的「憲法修正法」廢除現行憲法體制之本質及基礎，而且被濫用來爲極權政權事後合法化。此一條文禁止原則性的犧牲該處所列舉之原則。如果原則已普遍地被尊重，而只是在特殊的情況下根據各該原則的特點、基於明顯且合乎事理的理由加以修正，那麼「原則」在其作爲一個「原則」的性質上自始未被侵犯。「上述原則不得被侵犯」的公式，其意義並未較與其相關的基本法第十九條第二項公式更爲嚴格，根據後者，基本權的本質內涵無論如何不得被侵犯。

b)對於（系爭條文之）解釋具有重要性的還有：除了「聯邦由各邦組成」以及「各邦在立法時有原則性參與權」二原則外，基本法第七十九條第三項亦宣示「在

第一條及第二十條所規定的原則」為不可變動的。這一說法與「基本法第七十九條第三項禁止於修憲時更動『尊重人性尊嚴』與『法治國』二原則」的說法有些不同，某一部份意義更廣泛，某一部份意義更狹隘。基本法第一條不只包含「尊重人性尊嚴」原則，而是尚有更多原則。基本法第二十條也包含許多原則，但「法治國原則」並未被「置放」於該條文中，在該條文出現的是為法治國原則所舍括的特定原則：在第二項是「權力分立」原則，而在第三項是「立法受憲法秩序拘束」原則及「行政權與司法權受法律與法拘束」原則。由法治國原則所導出的原則，較基本法第七十九條第三項所提到的基本法第二十條之原則更多，而聯邦憲法法院將這些原則導出（例如：禁止法律溯及既往地賦予人民負擔、比例原則、化解法安定性與個案正義間的緊張關係及儘可能無漏洞之訴訟救濟途徑原則）。當牽涉到一個例外條文，這條文絕對不得阻止立法者經由修憲法律將基本的憲法原則在合於體系的範圍內加以修正，此時與基本法第七十九條第三項之陳述相連帶的、對於有修憲權之立法者具拘束力的限制，須予以慎重的解釋。在此一觀點下，可由法治國原則所導出的「人民須擁有儘可能廣泛的訴訟救濟途徑」原則，並不屬於被「納入」基本法第二十條中的原則；它並未在基本法第二十條中被提及。所以基本法第七十九條第三項並未禁止經由修憲法律來限制

及修正基本法第十九條第四項之「訴訟救濟途徑保障」。

c)根據基本法第七十九條第三項之規定，基本法第一條所指出的「人性尊嚴不可侵犯原則」，不得經由修憲程序而變動，所以關鍵在於，確定在何種情況下人性尊嚴可能被侵害。顯然地這點無法一般地說明，而只能視個案而定。如「人民不得被貶抑為國家權利之客體」等一般原則只能指出，在那個方向可發現人性尊嚴被侵害的案例。當人民不考慮自己的利益而必須遷就時，他往往不只是社會情況及社會發展的客體，而且也是法的客體。但不能只因如此就認為人性尊嚴被侵害。除此之外，人民的主體性須得遭受原則性的質疑，或者在具體案例中人性尊嚴被恣意地蔑視。如果欲認定執法的公權力機關對待人民時侵犯人性尊嚴，它須表現出蔑視人之所以為人所應有的價值，也就是說這須是一項蔑視的對待。

II. (基本法第十條第二項第二句符合基本法第七十九條第三項之規定)

基本法第十條第二項第二句在前述 I 1 項下之解釋符合基本法第七十九條第三項在 I 2 項下之解釋。

1. 依據上述解釋，在基本法第十條第二項第二句所允許的範圍內排除對當事人的告知，並未違背尊重人性尊嚴的要求。依據基本法第七十九條第三項之規定即使是憲法修正案也不能侵犯「人性尊嚴」，該條文雖然援引基本法第一條第一項第一句，但它保障的內容無論如何不會比第一條第一項第一句本身更多。毫無爭議的，當一條法規或命令限制人民自由、賦予人民義務或在未經詢問的情況下對人民採取他不知情而且維持不知情的措施，該條文並未因此牴觸基本法第一條第一項第一句之規定。這樣的法規或命令例如「醫生或特定官員的法定申報義務」、「警察對特定人的調查，但事後證明無結果或沒必要」或「監聽私人電信通訊」等。在上述情節之下，排除對當事人的告知並非表達對人或對人性尊嚴的低估，而是爲了保護他所屬國家的存續及保護自由民主體制所必要，加諸於人民的負擔。「排除對當事人告知將在監聽實務上違背基本法第一條第一項第一句地被濫用」的說法，並不足以作爲基本法第十條第二項第二句違背基本法第七十九條第三項的法律理由。「可

能被違法或違憲濫用」並不足以使法規違憲；相反地在解釋與評斷一條法規時必須以該法規在一個自由法治國的民主體制中被正確且公正地適用為前提。

2. 在前述情況下以其他的合法性審查手段取代法院救濟途徑也並未侵犯人性尊嚴。雖然尊重人民主體性原則通常要求，人民不只是權利主體，而且為了防衛與貫徹其權利他應能進行訴訟程序而且在法院陳述事實與立場，在這裡也就是說享有法院救濟程序。但此一「不得侵害人性尊嚴之原則」向來都有例外。無論如何，當法院救濟程序之排除並非發自於對人之蔑視與低估，而是發自於「保護民主體制與國家存續措施」保密之必要性，則這並未侵害人性尊嚴。如果相反地，經由排除法院救濟途徑當事人將受行政機關恣意決定所擺佈，那就侵犯了人性尊嚴。如前所述，由於基本法第十條第二項第二句要求一個在法院救濟程序以外、但與之同值的合法性審查措施，且這一審查措施也應有助於保護當事人之權利，則該條文侵犯人性尊嚴的可能性已被排除。

3. 基本法第十條第二項第二句規定：以其他的合法性審查措施來取代法院救濟途徑，這點並未侵害由基本法第七十九條第三項宣示為不可侵犯的「權力分立原則」，該原則是在基本法第二十條第二項中以下列文字加以保障：國家權力是「由立法、行政及司法等個別分離的機關來行使」。因為此一原則並未要求嚴格的權力

區隔，反而允許在例外時立法行為可由政府機關或行政機關來行使，或統治及行政行為可由立法機關來行使。權力分立原則也允許，針對行政行為之法律救濟例外地不由法院提供，而是由國會在行政功能範圍內所任命或組成的獨立機構提供。重要的是，在這種情況下權力分立的理念——即彼此限制與控制國家權力，尚能達成。雖然不能任意、恣意地規定「以行政領域內之獨立機構來取代法院之審查」，但無論如何這種規定在下列情況是允許的：當有急迫的、事理上明白的理由要求這種規定，而且這種規定未侵犯司法權所保留的核心領域。

4. 最後，基本法第十條第二項第二句規定的「由獨立的、其他類型的合法性控制措施來取代訴訟救濟途徑」，以及在同條款中所允許的「有限度的排除告知」，並未與基本法第七十九條第三項所援引的「法治國原則」相衝突。在此一關連性中只有基本法第二十條第三項所規定的原則與之有關：行政權受法律及法之拘束。這原則當然也同樣嚴格地適用於被賦予憲政防衛任務的機關；即使當事人並未獲知監視措施相關事宜因而無法訴請法院審查其合法性，這一原則的適用依然不變。但若一條規定在特定條件下允許「監視措施將不告知當事人，而以議會所任命之機關與輔助機關進行事後審查來取代訴訟救濟途徑」，此一規定並未侵犯法治國原則——所有行政機關受法律及法之拘束。

5. 最後，在第 1 至第 4 點的考量以外，基於一般的觀點也可得出「基本法第十條第二項第二句符合基本法第七十九條第三項之規定」之結果，這一般觀點即是：基本法第十條第二項第二句所涉及者是一般憲法原則之體系範圍內修正，而如上所述，基本法第七十九條第三項並非未禁止這種修正。

D. (其他條文之合憲性審查)

1. 「書信、郵件及電信秘密限制法」所規範之事項歸屬於聯邦立法權限之範圍。「書信、郵件及電信秘密限制法」經由刑事訴訟法之修正規範「刑事訴訟程序中書信、郵件及電信秘密限制措施之允許性」，而聯邦頒布此一規定之立法權限是源自於基本法第七十四條第一款。

聯邦頒布「在書信、郵件及電信秘密限制法第一條中所含括的、關於刑事訴訟程序以外限制措施的規定」之權限，來自於基本法第七十三條第一、第七及第十款以及基本法第七十四條第一款。

「書信、郵件及電信秘密限制法」第二條有助於在刑事訴訟偵察程序開始之前防衛對憲政有敵意之企圖。只限於當有事實足以懷疑，有人預謀、著手實行或已實行特定犯罪行為時，才允許採取（秘密通訊）限制措施。依據「書信、郵件及電信秘密限制法」第二條所採取之

限制措施有助於（至少是間接地）阻止、釐清與追查犯罪行為。因而聯邦在這一範圍內的立法權限須直接由基本法第七十四條第一款的規定中取得。

2. 對於「書信、郵件及電信秘密限制法」整部法律的憲法上疑慮並不存在；至於該法在本案程序中未被明白指摘為違憲的個別條文若無效，也將連帶使被指摘條文無效的情形，也因為對於這類條文並未有憲法上疑慮而不存在。特別是「書信、郵件及電信秘密限制法」第一條與第二條，在其與「於德意志共和國境內駐紮之德國以外其他北大西洋公約締約國部隊之安全，或在柏林邦境內三強國其中一國部隊之安全」有關的範圍內，以及「書信、郵件及電信秘密限制法」第三條都適用基本法第十條第二項第二句之授權規定。在目前的政治與法律條件下，當涉及在德國駐紮的盟國部隊安全或涉及在柏林邦內的三強國部隊安全時，就是對聯邦或邦存續與安全的嚴重危害。因而為了防衛「上述部隊安全上所受到的危害」所採取之監視措施，也就是為了「防護……聯邦或邦之存續或安全」所採取的書信、郵件及電信秘密限制措施。

3. 針對在本案程序中被指摘的「書信、郵件及電信秘密限制法」之個別條文，裁決如下：

為執行這一憲法條文所頒布的法律應於「議會所任命之機關與輔助機關」之下創設一個機關，此一機關應

具有法官的獨立性，而且由它決定是否允許採取監視措施，這一決定拘束所有參與準備、決定及執行監視措施的人員，它並決定是否將監視措施告知當事人，而當法定要件欠缺時它應禁止監視措施。此一機關可設於國會內或國會外，但它應具備必要的專業與法律知識，且不受任何機關指揮，它的成員應有固定的任期。它應有能力監督所有參與準備、決定、執行及監督「書信、郵件與電信秘密侵犯行為」的機關，並監督這些機關的所有措施，此一審查應得以持續進行。爲了這一目的，審查機關須能取得所有與案件之決定有重大關連的文件。

a)「書信、郵件及電信秘密限制法」第九條第五項符合基本法之規定。

如同前面在第 C. I. 1.項下所陳述的，基本法第十條第二項第二句要求，爲執行該條文所頒布的法律應創設一個機關，此一機關應具有法官的獨立性，而且由它決定是否允許採取監視措施，這一決定拘束所有參與準備、決定及執行監視措施的人員，它並決定是否將監視措施告知當事人，而當法定要件欠缺時它應禁止監視措施。它應具備必要的專業與法律知識，且不受任何機關指揮，它的成員應有固定的任期。它應能夠持續進行審查；這一由國會所任命的機關須能取得所有與案件有重大關連的文件。

依據「書信、郵件及電信秘密限制法」第九條所任

命之小組符合此一要求。依據同法第九條第三項該小組之成員於執行職務時是獨立且不受任何命令指揮。這些成員是由國會議員依據「書信、郵件及電信秘密限制法」第九條第一項所組成的委員會所任命，其任期為一屆國會議員任期之長度。該小組之主席須具有擔任法官之資格。主管的聯邦部長須每月向該小組報告由他所下命進行的限制措施。該小組須依職權或基於訴願請求，就限制措施之允許性與必要性進行裁決。若該小組宣告「下命採取限制措施」是不允許的或不必要的，則主管的聯邦部長應立即將該下命處分撤銷。

針對「依據『書信、郵件及電信秘密限制法』第九條第一項由國會議員所組成的推選委員會與由其所組成的小組可能在某些情況下由聯邦參議院的多數黨單方面操控」的疑慮，只須說，即使是多數的一方也可能濫用其權利。一個單方面組成上述推選委員會、並進而單方面地組成（限制措施審查）小組的黨團或聯合執政聯盟，有濫用職權之嫌。

依據基本法第十條第二項第二句的規定，「書信、郵件及電信秘密限制法」第九條第五項以上述方式取代法院救濟途徑的作法是允許的，因此所有依據基本法第一〇一條與第一〇三條所引發之違憲疑慮皆已消除。

b) 如同前面第 C I 1 項所陳述的，「法治國原則」及「基本法第十條第二項第二句在適當的解釋下」要求，

只要「將限制措施保密的合法化事由」已不存在，應將該限制措施告知當事人。因為「書信、郵件及電信秘密限制法」第五條第五項在任何情況下均排除告知當事人限制措施之事宜，是以該條項局部地未被「在前面所述的、憲法上應然解釋下的基本法第十條第二項第二句」所支持，因而在這一範圍內它與基本法之規定不符合。如果可以在不危及限制目的之情形下告知當事人限制措施之事宜，而卻排除對當事人告知，這條規定（「書信、郵件及電信秘密限制法」第五條第五項）須在這一範圍內被宣告為無效。

c) 「書信、郵件及電信秘密限制法」第二條第二項第二句以及刑事訴訟法第一百條 a 最後一句（以其在「書信、郵件及電信秘密限制法」第二條之內容）允許對於以下所述人員採取限制措施，若該人員因為特定事實而可以被懷疑其收受或轉交欲給嫌犯之通知或發自於嫌犯之通知，或有特定事實足以懷疑嫌犯使用其通訊線路。上述條文符合基本法之規定。

應予審查的條文並未侵犯職業選擇自由，它們未包含任何「職業執行規則」。這兩條規定並非針對「在律師身份下的訴願人」而設。如果這兩條規定真的對訴願人有所適用，那也是如同它們適用於每一位人民身上一樣。擔任刑事辯護人的業務行為特別容易使一位律師與「書信、郵件及電信秘密限制法」第二條所規定的嫌犯

或與刑事訴訟法第一百條 a 中所規定的嫌犯有密切的聯繫接觸，這一說法倒是正確。如同第三訴願人所強調的，如果一位律師幾乎都在擔任國家安全刑事案件以及重大刑事案件訴訟程序之辯護人，則並不排除，被指摘的條文影響到職業執行自由，但這並不會使該條文因而違憲。

只要經由理性衡量公共利益認為合目的性的話，得經由基本法第十二條第一項第二句所意謂之法律來限制執行職業之自由。在此一情形下，基本權利之保護只限於防衛違憲的負擔，例如賦予過多的負擔，或是該負擔無期待可能性（BVerfGE 7, 377 [405 以及判決要旨第 6a 點]；此後諸多判決皆持續採此見解）。公共利益上的理性考量支持被指摘條文的合憲性：假使監視措施不能擴及於嫌犯接觸的特定對象所有的設施，則立法者認為必要的書信、郵件及電信監視之限制措施可能無效且有被逃避之虞。這原因就在於被監視的通訊方式之本質。基於限制措施目的之特性，禁止於各組可能接觸對象之間加以區別。在這一情況下將監視措施擴及至特定接觸對象之設施以及可能也擴及到為當事人辯護之律師事務所，這並非無期待可能性地施加負擔，反而因其迫切必要性而須被接受。

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（Personssein）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，此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（Beschlußausschüsse）——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。因爲，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)。聯邦憲法法院認爲，「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，尙能予以容忍。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，即爲界限之所在。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。為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

【森林騎馬案】裁定

BVerfGE 80, 137-164 - Reiten im Walde

聯邦憲法法院第一庭 1989. 6. 6. 裁定 — 1 BvR 921/85 —

張永明 譯

裁判要目

裁判要旨

案由

裁判主文

理由

A. 爭點

I. 系爭法律規定

1. 聯邦森林法第十四條
2. 北萊茵—西法倫邦景觀法第五十條與第五十一條

II. 訴願人之攻防重點

1. 行政法院與高等行政法院之判決
2. 聯邦行政法院之判決

III. 訴願人主張基本權受侵害

1. 基本法第二條第一項之基本權受侵害
2. 基本法第三、十一與十二條之基本權與第十四

條第二項之規定受侵害

IV. 邦政府之見解

B. 合法性

1. 不服行政法院第一審判決之釋憲申請不合程序法
2. 不服高等行政法院與聯邦行政法院判決之釋憲申請僅部份符合程序法
3. 間接非議景觀法條文之釋憲申請亦僅部份符合程序法
 - a) 景觀法第五十一條標記馬匹與繳費義務之規定
 - b) 景觀法第五十條騎馬道之標示規定
4. 有關憲法規定之爭議亦僅部份合法
 - a) 基本法第十一條之規

定

b) 基本法第十二條之規定

c) 基本法第十四條之規定

d) 基本法第二條第一項之規定

5. 釋憲案合法之部份

C. 理由根據

I. 基本法第二條第一項基本權未受侵害

1. a) 聯邦憲法法院之見解

b) 法學界之主張

2. 騎馬行為非私人生活領域之核心部份

a) 聯邦憲法法院審

查權限不受專業法院判決之限制

b) 聯邦森林法第十四條之銓釋

d) 聯邦自然保護法第二十七條規定

3. 邦景觀法第五十條規定符合一般行為自由權得限制之標準

a) 比例原則

b) 法律保留原則

c) 信賴利益之保護

II. 基本法第三條第一項規定之一般平等原則未受侵害

裁判要旨

1.由於釋憲程序亦間接涉及邦級法令是否牴觸聯邦法律之審查，因此聯邦憲法法院必須自行就聯邦法律為解釋，基此理由釋憲即不以於事後審查專業法院解釋法律是否合憲為限。

2.邦級法律有關原則上只得於已被登記標示為騎馬路線之私有森林道路騎馬之規定，符合一九七五年五月二日制定之聯邦森林法（見 BGBl. I S. 1037）第十四條之規定，且未牴觸基本法第二條第一項之規定。

案 由

本案釋憲申請人為 R 博士；訴訟代理人為 Re 博士教授、D 博士教授、S 博士、B 博士、K、B 以及 L 博士，地址為波昂市牛津街 24 號；釋憲申請人不服者為：1) 聯邦行政法院一九八五年三月三十一日編號 BVerwG 4 C 14 u. 15. 82 之判決，2) 北萊茵—西法倫邦高等行政法院一九八一年六月二十九日編號 9A 455/80 與 9A 675/80 之判決，3) 阿亨行政法院一九八〇年元月二十九日編號 5 K 436/79 與 5 K 1809/79 之判決，間接地，亦質疑北萊茵—西法倫邦一九八〇年六月二十六日公布(GVB1. S. 734、一九八五年三月十九日修訂(GVB1. S. 261)之景觀法第五十與五十一條之規

定，即 1) 森林騎馬只得於依道路交通法規被登記標示為道路與便道為之，2) 散步步道、散步小徑、運動與練習小徑不得被標示為騎馬道路，3) 馬匹身上必須烙印標記，而此標記必需在繳清規費後，才被允許等規定。

裁判主文

憲法訴願駁回。

理 由

A. (爭點)

本釋憲案涉及北萊茵—西法倫邦森林騎馬之規定。

I. (系爭法律規定)

1. 德國有關國民進入森林從事休閒活動，直至第二次世界大戰以後才有進一步之規定，歷來之帝國法規與早期之邦級森林法規就進入森林與田野山川，尤其是關於在森林騎馬行為，均只有禁令形式的規定。比如刑法第三六八條第九款，直到一九七四年三月二日被刑法施行法（見聯邦法規彙編 BGBl. I. S. 469）廢除效力為止，規定無權利者駕車、騎馬或趕牲畜經過已標明非請勿入或警告不得擅闖進入之農場時，科以刑法制裁。一九二六年元月二十一日公布之普魯士田野與森林警察法（見普魯士法規彙編 PrGS. S. 83）第八條第一項更明確補充規定，未經授權在私有土地騎馬者，科以刑事制裁。

至於聯邦級有關進入森林之積極性法規，首度見於一九七五年五月二日生效之聯邦森林法（見聯邦法規彙編 BGBl. I S. 1037）第十四條，該條文之內容如次：

第十四條 進入森林

- (1) 以休閒為目的得以進入森林，至於在森林內騎腳踏車、駕駛病患與殘障電動座椅以及騎馬等，則只得在道路與步道上為之；利用森林者自負危險。
- (2) 細節規定屬於各邦職責，基於重要理由，特別是如保護森林、維護森林或野生之經濟利益、保護進入森林休閒者或避免重大損害，或者維護森林擁有者其他值得保護之利益等，得限制進入森林之行為，並將其他利用森林之方式，全部或局部，視同進入森林，而為相同之處置。

此條規定列於該法以「森林之維護」為標題之第二章下，其特色為背離該法第五條所稱，聯邦森林法就各邦立法權限只為概括性規定之意旨。根據該條第二段規定，各邦必須在聯邦森林法生效後兩年內，公布與該章規定相符之法規，或以聯邦森林法為依據更新現有之規定。

一九七六年十二月二十日通過之聯邦自然保護法（簡稱為 BNatSchG，見聯邦法規彙編 BGBl. I S. 3574）第二十七條，就田地中之道路與步道亦有類似之概括規定（詳見該法第四條），但並未特別提及騎馬行為。

2. 早在聯邦級法規公布之前，部份邦就此問題已有相關之立法。本案涉及之北萊茵—西法倫邦相關法規之

發展歷史如下：

首先，普魯士田野與森林警察法仍在該邦之絕大部份領域有其效力，該法後來被一九六二年六月二十五日生效之北萊茵—西法倫邦田野與森林保護法（該邦法規彙編 GVBl. S. 357）所取代。該法第二十四條第四款規定，未經授權於步道以外之田野或森林土地上騎馬者，列為違反秩序之行爲。

一九六九年七月二十九日通過之邦森林法（見該邦法規彙編 GVBl. S. 588）就進入森林行爲有廣泛之規定，其中明確規定得以休閒為目的進入森林，但自負危險（該法第三條），同時對未獲「特別許可」之騎馬行爲，科處一般性之罰金（該法第四條字母 e、以及第六十八條第一項第一款）。

上述規定被嗣後於一九七五年二月十八日通過之景觀法（參法規彙編 GVBl. S. 190，簡稱 LG 1975）第三十六條所取代，依該法規定，以休閒為目的在空曠之地區與森林內騎馬，原則上亦得於所有之道路或步道上為之（該法第三十六條第一項第一與第二段），除非土地所有人或其他有權利者，依據該法第三十八條規定，事先取得基層景觀機關之允許將步道封閉。例外得以騎馬者為，基層景觀機關基於特別權限以法規命令，將部份步道或其他地面特別適合騎馬之地面，劃定為騎馬道。

上述有關於私人森林步道騎馬之規定，依據一九八

○年三月十一日邦森林法修正法（參法規彙編 GVBl. S. 214），第二條第二項英文字母 a 到 c 規定，自一九八一年元月一日起作如下之限制修改：景觀法第三十六條至第三十六條之二之規定原封不動地，成為一九八〇年六月二十六日公布之新版景觀法（參法規彙編 GVBl. S. 734，簡稱 1980 年景觀法）第五十條至第五十二條之內容；1980 年景觀法第五十條與第五十一條為有關本件釋憲程序之重要條文（其中第五十一條第二項第二段於一九八五年三月十九日修正，參法規彙編 GVBl. S. 261），其條文規定如次：

第五十條

於空曠地區與森林騎馬

- (1) 在空曠地區騎馬，除得於公共交通路面依一般使用規定外，亦得於私人之道路與步道上為之。
- (2) 森林騎馬得於依據道路交通法規定，標示為騎馬道之私人道路與步道（騎馬道）上為之。依本法規定，標示為散步道、散步小徑與運動和練習小徑者，不得標示為騎馬道。縣與縣同級之市於取得基層景觀機關同意，並聽取被涉及鄉鎮之公聽意見後，不受第一項規定之限制，得例外規定，在原則上僅有少數騎馬行為出現之地區，不需標示騎馬道。在未標示騎馬道之地區，除本項第二段所指之步道與小徑外，得於所有之私人道路

與步道上騎馬。此項許可需公布於縣市官方文告。

- (3) 道路法與道路交通法規定之效力不受影響。
- (4) 至 (5) 省略。
- (6) 第一項與第二項規定之權利，只有在以休閒為目的之情況，才得以行使。此項權利之行使必須自負危險。
- (7) 景觀機關應與森林機關、鄉鎮、森林所有者以及騎馬協會，通力合作規劃足夠與合適之騎馬道路網。土地所有權人和有使用權人必需容忍土地被標示為騎馬道。

第五十一條

馬匹之標示與騎馬規費

- (1) 依據第五十條第一項與第二項規定騎馬者，必需在馬匹上打上固定之標記。
- (2) 第一項所稱之標記，需於繳納規費後為之。此項規費必需用於設備與騎馬道之維護，以及依據第五十三條第三項所稱之替代賠償，並向高層景觀機關繳納。

依據 1980 年景觀法一九八四年十一月六日修定版（參法規彙編 GVBl. S. 663）第七十條第一項第七款與第八款之規定，違反 1980 年景觀法 第五十條第一項與第二項騎馬限制之規定，以及第五十一條第一項標記之

義務者，處以罰金。

II. (訴願人之攻防重點)

1. 訴願人爲多匹騎乘馬之所有人，同時是業餘騎士以及某騎士協會之主席。在前置訴訟程序中，訴願人首先針對兩項於一九七七年作成之行政裁定提出訴願，該兩項裁定准許當事之土地所有權人，依據 LG 1975 第三十八條第一項第二段之規定，將位於阿亨附近之某些步道封閉，不允許他人於上騎馬。

行政法院以程序不合法駁回該兩項訴訟，理由爲訴願人無法充分主張其個人權利因上述之許可受到損害。LG 1975 第三十六條規定之騎馬權利，並未賦與因此而受益之第三者，任何得以對抗剝奪該項權利之法律地位。

訴願人於兩項訴訟中均提起上訴，在 1980 年景觀法生效後，訴願人經其他訴訟參加人之同意，就原先提出之訴願請求，認爲已獲解決，轉而申請確認，訴願人得以騎馬者之身份，不受景觀法之規定利用繫爭之步道；附帶請求命令被告之首席行政長官，有義務於繫爭之森林區域規劃一套足夠與適當之騎馬道路網。

高等行政法院停止訴願人不再請求部份之審理，並駁回訴願人新提出之請求。高院認爲，繫爭之步道屬於 1980 年景觀法第五十條所稱之私人步道，且准許得騎

馬之交通標誌並不存在；該條文亦未牴觸聯邦森林法第十四條規定；而此項於上訴程序提出之輔助請求，屬於不合法之訴訟變更。

2.於再上訴程序中，訴願人繼續堅持於兩項上訴程序中最後提出之主要請求。聯邦行政法院以 BVerwGE 71, 324 公布之判決，駁回再上訴請求，其理由如次：

1980 年景觀法 第五十條第二項第一段之規定，依高等行政法院之解釋，若未設置有許可騎馬之交通標誌，則得據此禁止於私人森林道路與步道上之騎馬行為，此規定符合聯邦森林法第十四條之規定。聯邦立法者於聯邦森林法中就森林騎馬僅作概括之法律規定，因此，邦立法者僅有義務遵守聯邦森林法第十四條包含之基本思想；亦即，各邦不得全然禁止或完全不為森林騎馬之規定。北萊茵—西法倫邦之立法者並未牴觸此項規定，雖然該邦立法者於 1980 年景觀法 第五十條第二項第一段中決定採取「附允許保留之禁止」，此舉僅是一項立法技術之選擇，其目的在藉此有效控制對公眾或私人利益現有或可能有之危險。

允許在休閒目的之範圍內利用私人之道路或私人步道，屬於基本法第十四條第一項第二段財產之內含規定，於此立法者必需顧慮彼此相衝突之利益，至於利益之平衡與調合如何進行，為法政合目的性與否之問題，此得因個案而有不同之取捨，聯邦立法者於聯邦森林法

第十四條第二項第一段並未規定邦立法者應為之一定立法方式。由此可見，聯邦並無要求各邦必需一致履行之特別強烈與合法之利益，何況聯邦森林法第五條第一項、第十四條第二項第一段並明確否認聯邦有此利益。

1980 年景觀法第五十條第二項第一段之規定，亦未牴觸聯邦自然保護法第二十七條之規定，蓋該條文之內容與聯邦森林法第十四條第二段規定之用字遣詞幾乎一致，均包含有利於邦立法之規定保留。

標記為騎乘用馬之義務（1980 年景觀法 第五十一條第一項）與繳納標記規費（1980 年景觀法 第五十一條第二項）並非受爭議判決之審理內容，因此再上訴法院無權就此審查。同樣地，訴願人是否有要求主管機關確認騎馬道之請求權，亦非再上訴程序之審查內容，上訴法院已駁回針對此內容之訴訟變更。

III.（訴願人主張基本權受侵害）

根據釋憲申請人之申請文義，訴願人攻擊前置程序所有法院之判決，間接地，在標題所提之範圍內，亦攻擊一九八〇年通過、一九八五年三月十九日修正之景觀法第五十條與第五十一條。

1. 釋憲申請人主要之抱怨為，基本法第二條第一項受到侵害。

訴願人因 1980 年景觀法 第五十條與第五十一條

騎馬之規定，受到嚴重之限制，因其只得於被標示為騎馬道之路面騎馬，且必需為其馬匹繳納規費並標上標記。此舉抵觸人格自由發展基本權（基本法第二條第一項），蓋人民應亦得於森林自由發展其騎馬之利益與樂趣，而循規蹈矩與有教養的騎士並不會危害他人之任何權利，或抵觸合憲性之法秩序。而繫爭規定所欲保護之利益，可以影響較小之局部性騎馬限制即能足夠兼顧。

騎士對森林亦不會造成任何重大之損害，森林中之野生動物不會受到打擾，其他進入森林休閒者亦不會被搔擾，騎士足跡所及之地大多是遠離人跡稠密的市區邊緣，且人煙稀少的地區。在偏僻地區禁止騎馬，不僅無意義亦非合適之舉，蓋在所謂都會中心的休閒地區即可依道路交通法之規定，借助禁止標誌牌或騎馬道標誌牌之設置，避免權利衝突之現象。

此外，邦立法者已逾越聯邦森林法第十四條所確立之範圍，該規定包含一項基本的決定，即原則上得於森林騎馬，只有在明確之特定例外情況下，才得禁止森林騎馬行為。因此各邦並無權限制定，與此明確之價值決定相反之規定，若仍制定此類之規定，則已侵害基本法第二條第一項所保護之基本權，依基本法第三十一條之規定，無效。聯邦森林法第十四條賦與人民一項法律請求權，雖然各邦在特定之條件下得加以限制，但不得完全排除或依裁量決定其效力。得以依裁量決定效力者，

僅為 1980 年景觀法 第五十條第二項第一段，該條文並不包含任何附帶允許保留的預防性禁止，而是一項包含解除可能性的強制性禁止。特別是依據 1980 年景觀法 第五十九條第二項與第三項規定，配合已公布之騎士行使基本權相關施行法規，授與 1980 年景觀法 第五十條第二項第二段所稱散步步道之標記權限給私人組織，原則上乃視該組織是否善意而決定。無論如何，已規劃完成之騎馬道在繫爭縣市之部份地區仍顯不足夠，因此訴願人有權訴請法院促成一套騎馬道路網之形成，而且此項基本權之行使，不需具備任何權利保護為前提要件。

標記義務與規費之實施亦抵觸聯邦森林法第十四條之規定，而騎馬之限制違反道路交通法所規定之道路使用者標記之義務，以及動物保護法第一條之規定，蓋要求騎士在水泥與柏油路面騎馬，必然帶給馬匹傷害與痛苦，此外，自古以來依據習慣法，每個人均有權以自然之方式在森林活動，此項權利當然亦包括騎馬在內。

2.附帶地，訴願人亦指責如下之基本權受到傷害：

基本法第三條未被尊重，蓋騎士受森林騎馬之禁令限制，但其他尋求休閒者，包括滑雪與登山者在內，均未受到限制。

基本法第十一條規定之遷徙自由權受到侵害：在整

個聯邦境內騎馬之行動可能性已不存在，因為遠距離與登山騎馬事實上不可能，而基於交通安全理由騎士亦不可能利用邦或聯邦道路。

再者，訴願人源自基本法第十二條之基本權亦受到侵害：因其以德國業餘騎士組織縣級協會主席身份，主導馬場與騎士協會之形成與組織，因此有權主張此項基本權受到侵害。

最後，基本法第十四條第二項亦受到侵害，因為財產具社會性，騎士有權不受限制地，於（他人私有）森林騎馬。

IV.（邦政府之見解）

針對此項釋憲案北萊茵—西法倫邦邦政府提出如下之見解。

該邦認為，此項釋憲案當其針對行政法院之前置程序以及 1980 年景觀法 第五十條第二項第一段之規定表示不服時，合法性有疑問，訴願人就此方面欠缺法律保護之利益，因為依其所選擇的方式，根本無法達到其不受阻礙地在私人之森林道路騎馬之目的。蓋倘若該受爭議之法院判決被廢除，以及 1980 年景觀法 第五十條第二項第一段之規定被確認為無效，則森林所有者就其未被明確劃歸為公用之道路，即不能如一般情況依據民法第九〇三條、第一〇〇四條規定，禁止訴願人使用。

此件訴願釋憲案並全部欠缺理由根據：騎士在北萊茵—西法倫邦地區利用私人未經劃歸為公共交通森林步道之權利，乃首次於一九七五年原版景觀法第三十六條被賦與，但在隨後之五年即被新版的景觀法所廢除，原因乃於森林步道騎馬之概括性許可並不存在。新近法律修訂之主要理由，乃立法者認為，尋求休閒的登山散步者與騎士同時利用森林步道將產生不良後果，蓋登山散步者鮮有不對驟然接近而來的馬匹感到威脅者，且騎馬行為將導致土壤疏鬆，以至妨礙甚或使登山散步活動成為不可能。

誠如為訴願人非議之聯邦行政法院判決所確認，繫爭邦法之規定與聯邦森林法第十四條之上位規定不相牴觸，原則上聯邦憲法法院在不服判決之釋憲案，受該專業法院解釋一般法律之拘束，而且 1980 年景觀法之規定，如第五十條第二項第二段與第五十九條（由私人組織標記登山散步步道）、第五十一條第一項（騎乘馬匹之標記義務）以及第五十一條第二項（規費）等規定，亦未牴觸較高階之法律。

B.（合法性）

本件釋憲案僅部份符合程序法規定。

1.倘若如釋憲案之申請文義所示，行政法院之第一審判決亦在受非議之列，則因本訴願人就其被駁回之法

律爭訟，已在事實審程序宣稱已獲解決，因此釋憲案即不符合程序法規定。訴願人不得藉釋憲之申請，事後要求確認其基本權受此等判決之侵害，原因乃此舉不符合聯邦憲法法院法第九十條第二項所要求，亦即釋憲申請必需已歷經各審級之審理，具體而言，訴願人應首先在前置之訟訟程序，依據行政法院法第一百十三條第一項第四段之規定提起行政訴訟。

2.此項不服高等行政法院與聯邦最高行政法院判決之釋憲程序，只有在上訴審程序中原告所提之主要訴求（即確認訴願人得以騎士身份，不受北萊茵—西法倫邦景觀法之拘束，自由使用繫爭之步道）被駁回之範圍內，才屬合法。

訴願人之附帶訴訟請求（即命令被告之首席市府事務官員，負責於繫爭之森林地區規劃足夠之騎馬道路網）被高等行政法院以不合法為由駁回，蓋其中有藉訴訟擴充之外衣行不合法之訴訟變更之實。就此基於訴訟法上理由駁回附帶訴訟請求之情況，訴願人既不得在上訴三審程序，亦不得在釋憲程序有所主張。即使訴願人就附帶訴訟部份已經歷所有可能之審級，提起釋憲亦因聯邦憲法法院法第九十二條之規定而不合法，蓋針對以程序法理由駁回附帶訴訟請求之裁定提起釋憲，實際上並未涉及任何憲法上之爭點。

3.至於訴願人間接攻擊邦法條文部份，亦只是有條

件地符合程序法之規定。

a) 訴願人雖在上訴三審程序亦攻擊標記馬匹為騎乘馬之義務，以及與此相關之規費繳納（1980 年景觀法第五十一條第一項與第二項第一段），但因此條文規定並非二審判決之內容，因此聯邦最高行政法院在三審審查程序未一併處理。至於聯邦最高行政法院就 1980 年景觀法 第五十一條之規定發表見解，純屬該院法律見解之補充說明，並非其判決之理由根據，因此不能單獨作為釋憲案提起之理由。

間接針對 1980 年景觀法第五十一條之條文亦已不能再提起釋憲，原因乃憲法法院法第九十三條第二項規定之一年期限已屆滿。景觀法一九八五年修正版第五十一條第二項第二段所規定規費之用途，一如前所慣行，不僅供維護騎馬步道之需，亦供其他設備之用（一九八五年三月十九日景觀法修正法第一條第二十五項，詳法規彙編 GVBl. S. 261），至於該一年期限並不因此修法而重新起算。釋憲案所非議者乃針對規費繳納之義務，此項規定於 1980 年景觀法 第五十一條第二項第一段之條文，雖於一九八五年之修正版中，被立法者以新的文字改寫規費之使用目的，但此舉之用意只是為求與舊版之表達方式有所區隔，並未牽涉規定內涵之變更。立法者在修正法中再度提起並確認規費之繳納義務，可見聯邦憲法法院法第九十三條規定之期限並未被重新起算

（詳參 BVerfGE 11, 255〔260〕；43, 108〔116〕）。

b)訴願人針對 1980 年景觀法第五十條第二項第二段規定之內容，即標示為登山散步步道、散步小徑以及運動和練習小徑者不得被標記為騎馬步道乙節，提起釋憲，亦屬不合法。蓋第二審與第三審之判決均未以該規定為判決之理由依據，繫爭之判決僅以 1980 年景觀法第五十條第二項第一段之規定為基礎，因此當聯邦憲法法院法第九十三條第二項刪除期限之規定時，唯有針對 1980 年景觀法 第五十條第二項第一段之規定，提起間接的法案解釋釋憲，才屬合法。

4.釋憲案中所提出有關憲法爭議之各點，亦只有部份合法。

a)依據聯邦憲法法院法第九十二條之規定，釋憲申請人之申請文件必需具備足令訴願人所主張之基本權受侵害現象，至少可藉受非議之高權行為之出現而彰顯之明確性（一貫之判決，僅參 BVerfGE 28, 17〔19〕）。當訴願人主張基本法第十一條受侵害時，並未具備此項之要求，蓋基本法第十一條所保障之遷徙自由權，係指基本權人有權在聯邦境內之任何地點停留或設住所（詳參 BVerfGE 2, 266〔273〕；43, 203〔211〕），至於利用某項特定之運輸方式以及享受因此所需合適與完備之道路，並不隸屬此項基本權之保護範圍。

b)釋憲申請人亦無法證明其基本法第十二條所保障

之基本權受到侵害（基本法第九十三條第 4a 款，聯邦憲法法院法第九十條第一項與第九十二條）。訴願人明確地自稱是業餘騎士，並擔任某社團負責人，以及從事特定社團職務，但從其敘述中，並無法說明，其於社團所從事之工作，為其賴以維生之職業行為（有關基本法第十二條第一項之保護範圍，詳參聯邦憲法院判決彙編 BVerfGE 30, 292〔334〕）。

c)釋憲申請人亦無法以符合程序法規定之方式，主張基本法第十四條受侵害。

訴願人無法援引基本法第十四條第二項之規定，主張於私人森林步道騎馬為受基本法保障之一項權利，蓋此項憲法條文並未因財產權具社會性，而賦與受益之第三者任何憲法上直接之權利。有關財產法規之制定既授權由立法者負責（基本法第十四條第一項第二段），則立法者於此範圍內即享有寬廣之法規形成權限（詳參 BVerfGE 21, 73〔83〕），因此，第三者能據以主張之主觀法地位，乃依據立法者基於基本法第十四條第二項之「準則」授權（聯邦憲法法院前揭判決，第八十三頁），頒布之規範性法規而生。

d)釋憲案之最後一個爭點，乃以基本法第二條第一項受侵害為由，主張 1980 年景觀法 第五十條第二項第一段之規定違反動物保護法第一條，此項主張亦不符合程序法之規定，原因乃源自憲法訴訟附屬性原則（詳

參 BVerfGE 79, 174〔189 f.〕）之要求並未被遵守：訴願人在前置之訴訟程序，特別是在聯邦行政法院上，只主張 1980 年景觀法 第五十條牴觸聯邦森林法第十四條，以及聯邦自然保護法第二十七條之規定。此外，此項指責亦不符合聯邦憲法法院法第九十二條之規定，蓋繫爭之規定與動物保護法第一條，顯然不存在衝突現象。

5.除卻上述不合法之部份，釋憲案所指摘者乃第二審與第三審判決駁回訴願人之訴訟請求，以及依據基本法第二條第一項與第三條第一項規定，間接質疑 1980 年景觀法第五十條第二項第一段規定之合憲性。其中有關第一項之指責，訴願人已充份說明 1980 年景觀法第五十條第二項第一段騎馬限制之規定，實質違憲，以及該條文因違反聯邦森林法第十四條與聯邦自然保護法第二十七條之規定，形式違憲。

在上述所指之範圍內，本件釋憲案符合程序法之規定。

邦政府認為，因為森林所有者之保留權利，因此釋憲申請人不得擴充自己的自由範圍，此項見解並不正確，蓋只要訴願人依據法律規定，或直接基於基本法第二條第一項，或基於某項依基本法第三十一條規定能打破 1980 年景觀法 第五十條第二項第一段規定之聯邦法律，有權在私人森林步道騎馬，則森林所有者之私法權

利地位即因此受到限制。依據基本法第十四條第一項第二段之規定，（土地）財產權之詳細內容（包括針對第三者時之防禦權成份）由一般法律來界定，且財產權亦屬基本法第二條第一項所稱之「他人權利」，並非絕對不能加以限制。倘若基本權之內在性限制被理解為，藉此限制得自始凍結其他權利人向來受憲法保障之自由領域時，則財產權亦不能被視為是拘束基本法第二條第一項之基本權之內在性限制。

即使財產所有權人在 1980 年景觀法第五十條第二項第一段無效之情況下，仍具有排除訴願人利用其所屬森林步道之私人權力，該條文規定亦包含一項嚴重侵害訴願人基本權領域之行爲，蓋此涉及於公法上禁止騎馬之行爲，即使財產所有權人同意亦不能排除此禁令之效力，更何況違反該禁令者亦將受到罰金之制裁（1980 年景觀法 一九八四年十一月六日版第七十條第一項第六款規定〔法規彙編 GVBl. S. 663〕，之前之規定見於第七十條第一項第九款）。

C.（理由根據）

釋憲案程序合法部份，欠缺實體之理由根據。

I.（基本法第二條第一項基本權未受侵害）

訴願人源自基本法第二條第一項之基本權，並未受到繫爭判決以及該等判決根據之 1980 年景觀法 第五十

條第二項第一段之侵害。

1.a)根據聯邦憲法法院判決發展出之原理原則，基本法第二條第一項所保障者乃最廣義之一般行為自由權（一貫之判例，自 BVerfGE 6, 32〔36〕起；新近之判決請參 BVerfGE 74, 129〔151〕；75, 108〔154 f.〕），因此受此基本權保護者不僅是已被界定範圍之特定人格發展空間，亦包括人類行為之任何類型，且不論該行為對人格之發展有何影響（僅參聯邦憲法法院事前審查委員會之判決，載於 BVerfGE 54, 143〔146〕——餵食鴿子案）。但除卻受絕對保護、公權力不得碰觸（BVerfGE 6, 32〔41〕）之私人生活行為之核心部份外，一般行為自由權卻只有在基本法第二條第一項後半段規定之限制範圍內才受到保障，亦即該自由權尤其受合憲性法律秩序之保留限制（BVerfGE 6, 32〔37 f.〕；74, 129〔152〕）。因此倘若公權力根據某項法律規定限制行為自由權時，利害關係人即可援引基本法第二條第一項之保護規定提出釋憲申請，請求憲法法院審查該法律規定是否屬於合憲性之法律秩序，亦即該規定是否形式與實質均與憲法不相牴觸（一貫之判例，自聯邦憲法法院判決彙編 BVerfGE 6, 32 起）。

據此，就繫爭之規定乃不僅需依據基本法第二條第一項作實質審查，並且需調查其在其他觀點下是否亦符合憲法規定，其中尤需特別審核者，乃該規定是否與憲

法有關權限規定之條文相符合（BVerfGE 11, 105〔110〕；29, 402〔408〕；75, 108〔146, 149〕）。倘若事涉邦級法律條文，則除了權限問題之外，亦必需再依基本法第三十一條之規定，審查該項邦法律在內容上是否與（符合權限規定頒布之）聯邦法律，——甚或聯邦概括法律——，相符合（BVerfGE 51, 77〔89 f., 95, 96〕；另參 BVerfGE 7, 111〔118, 119〕）。

在實務運作上，比例原則為限制一般行為自由權之判斷標準（BVerfGE 17, 306〔314〕；55, 159〔165〕；75, 108〔154 f.〕），倘若一項已存在之權限事後被禁止，則必需依據法治國原則確保信賴利益保護（BVerfGE 74, 129〔152〕），此外，亦必需符合自法律保留原則（BVerfGE 49, 89〔126 f.〕）衍生出來之各項要求（亦參 BVerfGE 6, 32〔42〕；20, 150〔157 f.〕）。

b)針對聯邦憲法法院上述之判決，學界直至最近均提出質疑（參 Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 16. Aufl., Rdnrn. 426 ff.; umfassende Nachweise aus zurückliegender Zeit bei Scholz, AöR 100〔1975〕, S. 80 ff.），其主要內容乃針對毫無限制地將人類任何形式之行為均納入該基本權之保護範圍乙項，蓋與其他同受基本法保護之領域相較，此舉已形成「價值體系上過度」之保護現象（參 Scholz, a. a. O., S. 82 f., m.w.N.），且另一方面，隨著保護範圍

之擴張，該基本權得被限制之可能性亦擴大到足以架空該基本權之地步（Hesse, a. a. O., Rdnr. 426）。就本案而言，學界認為，基本法第二條第一項保護範圍應縮小之主張具有意義，蓋於私人森林步道騎馬是否亦屬狹義之人格發展，實不無疑問。

然而，背離迄今判決之趨勢，縮小基本法第二條第一項保護範圍之見解，並無合法性之依據，因其不僅與基本權成文化之歷史不相吻合（參 BVerfGE 6, 32（39 f.）），且對人類行為自由權為廣泛之保護，與明確列舉特定受保護之自由權利相同，均具有保障自由之高價值功能，蓋即使在限制可能性極為寬鬆下，基本權依其所界定之標準仍提供實質的保障。當其他之基本權具有較明確且品質較高超之保護領域規定時，即使沒有必然之理由存在，任何對保護領域作價值性限制之嘗試，均會導致國民之自由空間不必要縮小之損失。即使該限制侷限於較狹小，具個人特性，以及不以純粹精神和道德發展為限之生活領域之保障，或者依其他類似之標準為限制時，亦將產生高難度與在實務上幾乎無法圓滿解決之區隔問題。

2. 騎馬行為屬於基本法第二條第一項受保護之人類行為之一種方式，但並不屬於私人生活領域之核心部份，因此原則上並不排除以法律加以限制之可能性，訴願案中間接被非議之 1980 年景觀法 第五十條

第二項第一段規定，即屬以合憲之方式限制於森林騎馬。

該法條規定為邦級法律，並未牴觸聯邦森林法第十四條與聯邦自然保護法第二十七條等聯邦級法律。

a)聯邦憲法法院審理本案時並不被侷限於，依據就一般法庭適用法律進行合憲性之審查時所發展出來之原則，審查行政法院於繫爭之前置程序解釋聯邦法令是否正確（詳參 BVerfGE 18, 85〔92 f.〕）。依前述之原則，判決中間接需面臨之邦級法律之有效性審查，將僅能在一定之條件下進行：倘若在某個案件中不能禁止管轄法院於聯邦憲法法院本身尚未作解釋時，對聯邦級之法律為不同之解釋，則顯有必要重新對邦級法律為審查，在可能情況下，甚至為不同結論之審查，但此舉勢將牴觸間接審查法案之意義。由於一項邦級法律是否具有效力之判決必需是終局的，亦即其據以為判斷之標準，於本案乃聯邦法規之內容，必需確定，因此聯邦憲法法院在基本法第一百條第一項第二段（第二個可能性）之範圍內，依聯邦級法律之標準，審查邦級法律時，向來即不受專業法院判決之拘束，而自行就聯邦級法律為解釋（BVerfGE 25, 142〔149 ff.〕；66, 270〔282 ff.〕；66, 291〔307 ff.〕）；於此亦不存在任何客觀的事實根據，支持以他種之方式進行此項法案間接審查之程序。

在釋憲案程序之框架內，倘若必需間接審查邦法是否符合聯邦法之規定時，作為判斷基準之聯邦法律規定亦必需由聯邦憲法法院自行為解釋（另參 BVerfGE 51, 77 (90 ff. 尤其是第 90 頁)）。

b)聯邦森林法第十四條之字義有可能被理解為，進入森林之行爲原則上已為該條文第一項第一段之規定所允許，而各邦依據第二項之規定，只得基於重要之理由，立法限制該項原則。當騎馬行爲被認為是進入（森林）之一種時，有關該行爲之規範亦應與上述相同，即使騎馬行爲被認為是聯邦森林法第十四條第二項第二段所稱之「其他利用方式」，其結論亦是相同。依據聯邦森林法第十四條第二項第二段之規定，將其他利用方式作「相同處置」，不僅就各邦為原則性的規定而言，亦包括各邦為例外規定之權限。當涉及其他之利用方式時，雖然相同處置之意涵並非指所有有關利用方式之規定必需完全一致，但從規定系統化之觀點而言，有關進入行爲之規定與其他利用方式之規定，即有相互符合之必要。

聯邦森林法第十四條規定之文義，雖無限制採行某特定之解釋方法，但慮及該條文之概括法特性以及其形成歷史，前述之解釋顯然並非是適當可以被考慮的方式。

aa)聯邦森林法第十四條並未包含任何賦與國民直

接地且具拘束性之有利法律宣示，條文之適用對象僅僅是有義務頒布與此相符、具對外性之法律規定之各個邦；雖然從用字遣詞上該條文亦可被理解為具有對外性，但若是如此，則邦法律之規定將不再是該規定之轉換，而僅僅是其補充；如此之見解卻牴觸此條文之系統性地位，蓋依聯邦森林法第五條第一段規定，聯邦森林法第十四條所屬之第二章條文，乃提供各邦立法準據之概括性規定；依據聯邦森林法第五條第二段之規定各邦必須（在兩年之期限內）頒布「與本章規定相符」，而非補充本章之規定。聯邦立法者以如此之表達方式明白宣示，所謂之「概括性法律條文」僅是指引邦立法者之立法方針。此亦與如下之見解相吻合，即基本法第七十五條所稱之概括法律條文概念，不得以狹隘機械化之意義來理解，蓋聯邦立法者在執行其所被賦與的權限時，除制定指引邦立法者之立法方針外，亦得頒布部份具直接效力之法律規定（參 BVerfGE 4, 115〔130〕）。但聯邦森林法第十四條第一項之規定僅為單純之邦立法者立法指導方針，聯邦森林法第十四條第二項第一段之條文字義中已特別強調，基此，各邦負責規定其細節。倘若聯邦森林法第十四條第一項之規定為直接有效之法律，則該規定之方式將應為：各邦可以頒布補充之規定。

bb)聯邦森林法第十四條之形成歷史，亦證實該條文之全部僅僅具有概括法之性質。

聯邦政府草擬之聯邦森林法草案（依據基本法第七十四條第一、十七、十八與二十四款規定）當時被設計為完全之規定，並在草案之第十二條第二項規定，於森林騎馬、駕駛、露營與停靠旅行拖車僅得在特殊情況下為之，即有特別之權限或在道路與其他路面特別適合之情況（BT-Drucks. 7/889, S. 8）。在議會討論之階段負責審查之糧食、農業與森林委員會（聯邦議會第十委員會）即將此草案當作是完全之法規，但建議有關森林騎馬之規定採取有利騎士之方式。依據該委員會建議之草案第十二條第二項之一第一段，森林騎馬只得於道路與步道上為之，此項建議事後成為聯邦森林法第十四條第一項第二段之規定內容；但依建議案第十二條第二項之一第二段卻有與此不相同含義之規定，即在特別適合全民休閒，以及規率性或頻繁騎馬行為將造成損害與妨礙，或者在有受特別保護必要之動物出入之森林區域，騎馬行為僅得在特別劃定之步道與路面為之，或者需得特別之許可（參 BT-Drucks. 7/2727, S. 15）。聯邦議會在一九七四年十一月十四日之會議中將上述文義，——至此已成為條文之第十三條第三項——通過成為法律（參 BT-Drucks. 776/74, S. 4），此舉原本有意以聯邦法律依區域性劃分之原則例外關係，直接規定私人森林步道騎馬之行為。

然而此項規定卻不為聯邦參議院（Bundesrat）所

接受，其並要求組成調查委員會（參 BT-Drucks. 776/74〔決議部份 Beschluß〕）。在其後之程序中，聯邦參議會更成功地通過其所提建議案，即增定後來之聯邦森林法第五條（轉換成為概括性之法律規定）。

cc)遇有爭議時，概括性法律規定必須仰賴其他之法律補充其內容，以及不能以超越該概括條文之字義所指，強制限制邦議會之立法權限（參 BVerfGE 25, 142〔152〕；67, 1〔12〕），因此聯邦森林法第十四條第一項第二段結合第二項第一段之規定，即需依此項原則作如下之解釋，亦即邦立法者只得允許騎馬行為在道路或步道上為之，但在這個框架內可以自行訂定細節規定。在前述之範圍內限制騎馬行為之規定，雖然必需遵照聯邦森林法第十四條第二條第二段所列舉之觀點，因為此規定亦為邦立法者之立法方針，但概括法律規定之內涵卻不包括必須遵照特定立法體系之指示，尤其是在原則例外關係意義下之立法體系；因此，以保護進入森林者為目的，而將騎士與其他休閒者行經之路徑分開，以及規定騎士僅能在特別之騎馬道上騎馬之條文，如 1980 年景觀法 第五十條第二項第一段之規定，即與概括性法律規定之意旨不相違背。

c)1980 年景觀法第五十條第二項第一段亦未抵觸聯邦自然保護法第二十七條之規定，此從聯邦森林法第十四條在聯邦自然保護法之概括法範圍內，作成一項導

致聯邦自然保護法第二十七條規定不適用之例外規定，即已充份說明，並且不論森林（參聯邦森林法第二條所下之定義）一詞是否隸屬於聯邦自然保護法第二十七條所指田地一詞之概念。此外，即使依據聯邦自然保護法第二十七條爲審查，亦未必比依據聯邦森林法第十四條爲審查，更有利於釋憲申請人，蓋就客觀內容而言，兩項法律條文並無軒輊之分。

3.再者，1980 年景觀法 第五十條第二項第一段之條文，亦符合直接源自憲法限制基本法第二條第一項所保護一般行爲自由權之標準。

a) 繫爭之規定符合比例原則。

該規定採行一貫的劃分法，區隔在森林休閒之交通往來，即騎士與其他休閒者（主要是徒步與騎單車漫遊者）必須在不同道路上往來，誠如邦政府之說明，立法者之主要意圖，乃避免因登山休閒與馬匹交會，以及因騎馬導致森林土地疏鬆造成之危險與其他損害，立法者達到此項目的之方法，不僅符合憲法所容許之公共利益，亦可直接自基本法第二條第一項規定取得合法性之基礎。當立法者嘗試區隔騎士和其他登山休閒者，讓一般行爲自由權之不同行使方式分門別類相互並存時，即已履行一項基本法條文自己訂定並在基本法第二條第一項以他人權利爲例指明之任務。

立法者在此目的達成之過程中，亦未犯下明顯的估

計錯誤，其有權引據實施先前有效規定累積的經驗，此方面邦政府已作正確說明；許多休閒者面對馬匹時會有受威脅的感覺，尤其是在狹小的森林步道，很有可能出現對步行者真正危險的情況。關於最後一點，訴願人於提及在人口密集區附近，騎士與其他登山休閒者權利衝突時亦與予承認，至於其另外所稱，大多數的休閒者樂於見到馬匹於原野自由奔馳，此說絕對不適用於，步行者在狹小的空間與馬匹擦身會面而過之情況。

該項規定顯然是合適的規定，並能達到所欲追求之保護目的，藉此規定騎士只能在特別的步道騎馬，因此可以從根本上避免登山散步者與騎士共同使用森林步道時，對登山者因此產生之危險與不利情況。

區隔於森林中之騎馬交通往來與其他「休閒活動之交通往來」亦符合必要性之要求，就此聯邦憲法法院得以自行限制審查之範圍，就訴願人之陳述與專家提出之替代可能性上作判斷，視預設之目的是否可以藉較簡單但同樣有效，且對基本權為感覺較輕微之限制方式達成（BVerfGE 77, 84〔109〕）。本案訴願人之陳述以及其他可能之論述，均無法明確證實尚存在有同樣有效並能兼顧兩項目的（即保護登山者免受動物之危害以及維護適合登山者之步道品質）之較緩和方式。

最後，該規定亦符合狹義意義之比例原則，特別值得注意的是，該法所欲平衡之兩項相互競合與衝突之使

用利益，其權利人，即登山者與騎士，均有權援引基本法第二條第一項之規定。在區隔休閒之交通往來時，立法者必需以能兼顧所有利益攸關者之方式，解決可能引起衝突之利用請求權人使用現有步道網之問題，其所採取從現在所有能使用之私人森林步道中，獨立劃出騎馬步道，而非相反地獨立劃出登山特別步道之區隔方法，並無可議之處。鑒於騎士之數量遠比登山者為少，而其卻需對土地為密集之利用，可知立法者並未瀆褻其受託應作利益均衡之職責，此從 1980 年景觀法 第五十條第七項明確授權景觀機關，負責規劃一套足夠與合適之騎馬道路網上，更可得到證明。

b) 繫爭之條文規定符合法律保留原則所導生之要求。

依據依法行政之原理限制行為自由權之條文不得不確定，導致一項行為之禁止與否實際上成為無法事後審查之行政機關裁量行為（參 BVerfGE 6, 32 (42 f.)）。聯邦憲法法院於「蒐集法」之判決（BVerfGE 20, 150）就此原理作如下之說明：立法者雖然得以附許可保留之禁令來管制行為權限之行使（BVerfGE, a. a. O., S. 154 f.），但其必須事先確定許可簽發之條件，並當基本權人符合條件時賦與其法律請求權，蓋其有義務在基本權行使之範圍內自行界定有受國家侵害可能之法律領域，而不得任由行政機關自由裁量（BVerfGE, a. a. O.,

S. 155, 157 f.)；於此所涉及者乃法律保留觀點下之依法行政原則（參 BVerfGE 49, 89〔126 f.〕）。

繫爭條文之規定卻與聯邦憲法法院所發展、聯邦行政法院於先置程序中有關 1980 年景觀法 第五十條第二項第一段條文之審查，亦使用之附許可保留之禁止概念不相符合。以附許可保留禁止之方式並無法達到區分休閒交通之合憲性目的，個別步道歸屬之劃分以當時秩序政策之決定為前提，而秩序政策性之決定與具體具規範性之預先規定，以及授權劃分特定道路供騎士使用之法律請求權並不相容，基於整體森林休閒交通之秩序，何項森林步道得具體供作騎馬道使用之決定，依據 1980 年景觀法第五十條第二項第一段結合第五十條第七項第一段之規定，僅屬國家（道路）計劃行為，邦立法者就森林騎馬行為，已選擇了適用於其他利用森林之高層次行動自由權之規範，如駕駛動力車輛交通之規定基準，如此之計劃行動不能夠以條件式方案的方式事先作具規範性之決定。於此，計劃性之衡量要求卻提供一項符合事理的標準，依此在具體的情況下，得以將陷於衝突之公共利益與所有權人之私人利益為妥善之平衡與調和。此處所指之景觀機關依 1980 年景觀法 第五十條第七項第一段之明確規定，有義務計劃與實現騎馬道路網，與其他交通道路如公路之計劃義務，並無兩樣（詳參 BVerfGE 79, 174〔198 f.〕）。決定何項私人之森林步道

應當劃歸為騎馬道，以及在特定情況依法剝奪登山者之使用權時，主管機關必須面對許多合法權益之處理，通常至少必需在騎士儘可能有廣泛的騎馬道路網的權益、與之相對的登山者權益，以及土地所有權人維護自己道路與不受他人干擾自己使用之利益等作衡量，各項權益之輕重緩急乃隨個案情況而有不同。

此類衝突之合理解決非法律細節規定所能完成，亦非在法律保留觀點下為憲法所能要求，蓋該原理不得導致立法者必須放棄其所認為或得認為能達到合乎憲法規定目的之可能規定之選擇（另參 BVerfGE 58, 300〔346〕）。

c)在信賴利益保護之觀點下，受非議之規定亦不具有任何憲法之疑點。立法者在比例原則之範圍內原則上亦有權更緊縮現有對一般行為自由權之限制。先前 LG 1975 允許得在森林道路與步道騎馬之原則規定，其效力只存續五年，在此之前之規定，則為森林騎馬原則禁止（一九六九年邦森林法第四條字母 e）。在更早之時期，森林騎馬之權利既非經法律所授權，亦無法確認有得騎馬之習慣法，否則聯邦與各邦立法者在其權限內即可將之廢止（另參巴伐利亞憲法法院判決 BayVfGH 28, 107〔120〕m. w. N.）。鑒於將騎士包括在內之混合休閒交通所帶來之害處，因此必需作如下之理解，即立法者鑒於一九七五年制定該法律所得到之經驗，得再度作不

利騎士之修改規定。單從允許騎士自由使用所有森林步道之法律規定只有短暫之效力，即不能相信此項規定能繼續存在，此外，支持受非議之規定具有憲法合法化之理由，已足夠排除與此相關之信賴保護之主張。

II.（基本法第三條未受侵害）

基本法第三條第一項一般平等原則並未受到侵害，由於騎士比其他之休閒者造成更重大之危險與煩擾，而且其他之休閒者之數量遠超過騎士人數，因此釋憲申請人所作騎士與其他森林休閒者之比較顯然失當。在現有能使用道路之範圍內，對此兩個群體為不同之處置乃有其客觀之理由根據。

（法官） Herzog, Niemeyer, Henschel, Seidl, Grimm, Söllner, Dieterich

【女性深夜工作禁止案】判決

BVerfGE 85, 191-214 - Nachtarbeitsverbot
聯邦憲法法院第一庭 1992. 1. 28 判決 -1 BvR 1052/82; 1
BvL 16/63 u. 10/91

林更盛 譯

裁判要目

裁判要旨

案由

裁判主文

理由

A. 爭點

I. 相關法條

1. 勞動工時條例之規定

2. 立法沿革及理由

3. 深夜工作之實況

II. 案例事實與相關程序之一

1. 憲法訴訟之對象

2. 起訴人之主張

III. 案例事實與相關程序之二

IV. 案例事實與相關程序之三

V. 相關見解

1. 聯邦政府

2. 德國工會聯盟

3. 德國雇主同盟聯邦總會以及德國工業聯邦總會

4. 德國女性法學家聯會

5. 德國婦女同盟

6. 聯邦最高法院以及各邦最高法院

B. 程序問題

I. 憲法解釋之聲請不合法

II. 憲法訴訟之提起合法

C. 憲法訴訟起訴人之主張有理由

I. 勞動工時條例第十九條第一項前段牴觸基本法第三條第三項

1. 基本法第三條第二、三項之內涵

2. 正當事由

a) 深夜工作所引起之健康上負荷

b) 職業婦女之雙重負擔

c) 人身安全

3. 男女平權

II. 勞動工時條例第十九條第一項前段牴觸基本法第三條第三項

1. 基本法第三條第一項

之內涵

2. 深夜工作所引起之健康上負荷

3. 從事深夜工作的程度

III. 小結

1. 違憲之宣告

2. 違憲狀態之排除

3. 違憲宣告之直接的法律效果

D. 係爭判決應予廢棄

裁判要旨

1. 若因相反的歐體法規定，以致某一法律無法被適用時，則該法律並不具備基本法第一百條第一項第二句所稱之判決上的重要性。
2. 基於性別所為之差別待遇，只當其對於解決在本質上僅發生在男性或女性的問題，且為強制而必要的手段時，方合乎基本法第三條第三項之規定。
3. 與基本法第三條第三項相比，基本法第三條第二項的內涵更進一步包括男女平權原則，並且將該原則延伸至社會現實層面。
4. 工時條例第十九條之禁止女性作業員深夜工作，使其與男性作業員以及女性職員相比，遭受歧視；因此牴觸基本法第三條第一、三項之規定。

案 由

聯邦憲法法院第 1 庭，基於 1991 年 10 月 1 日之辯論庭審理結果，於 1992 年 1 月 28 日所為之判決

案號 -1 BvR 1052/82, -1 BvL 16/63 und 10/91 -

本訴訟程序所應審理的第一個為關於 E 女士的案件，訴訟代理人：司提夫·格諾麥爾教授以及賀博徒士·歐司特伯克博士，地址：帕登堡，邦後府街 1 號；其第 1 個請求為 a) 直接不服漢姆最高邦法院 1982 年 7 月 13 日之第 4 Ss Owi 1135/81 號裁定；b) 帕登堡地方法院

1982 年 3 月 29 日之第 23 Owi 861/81 (149381) 號之判決；第 2 個請求為間接針對 1938 年 4 月 30 日制定之工時條例第十九條第一項 (RGrBl I, 第 447 頁) - 1 BvR 1052/82 -。第二個案件係關於法律之合憲性審查：1938 年 4 月 30 日制定 (RGrBl I, 第 447 頁)、1975 年 3 月 10 日修正 (BGrBl. I S. 685) 之工時條例第二十五條第一項第五款是否牴觸基本法第三條之規定 - 帕登堡地方法院 1983 年 3 月 13 日之第 23 Owi 30 Js 361/83 [276/83] - 1 BvL 16/83 號關於停止訴訟及申請憲法解釋之判決。第三個案件係關於法律之合憲性審查：工時條例第二十五條第一項第五款與第十九條第二項第一句是否牴觸基本法第三條之規定 - 漢諾威地方法院 1991 年 4 月 17 日之 (265 - 54490; 265 Owi 780 Js 72583/90 -) 1 BvL 10/91 號關於停止訴訟及申請憲法解釋之判決。

裁判主文

1. 本件關於法律之合憲性審查之申請為不合法。

2. 1938 年 4 月 30 日所定之勞動工時條例第十九條第一項前段 (RGrBl. I S. 447)，依其於 1975 年 3 月 10 日最新修正之內容 (BGrBl. I S. 685)，與基本法第三條第一項之規定不符。

3. 漢姆最高邦法院於 1982 年 7 月 14 日所為之決定 (案號 4 Ss Owi 1135/82) 以及帕登博地方法院於 1982

年 3 月 29 日所爲之判決（案號 23 Owi 11 Js 861/81〔1439/81〕）侵害起訴人依基本法第二條第一項之所享有之基本權，應予廢棄，並發回該邦最高法院重新審理。

4.諾得漢-威斯發邦應補償本件起訴人所支出必需之訴訟費用。

理 由

A.爭點

本件關於法律合憲性審查之申請，係請求聯邦憲法法院審理：1938 年 4 月 30 日所制定之勞動工時條例第二十五條第一項第五款及第十九條第一、二項（RGBI. I S. 447），依其於 1975 年 3 月 10 日最新修正之內容（BGBI. I S. 685），是否抵觸基本法第三條。本件憲法訴訟之起訴人係以基於其雇用女性作業員於夜間工作而課以罰鍰之裁定爲對象。

I.（相關法條）

1.依勞動工時條例第十九條第一項前段之規定，雇主不得雇用女性作業員^{（譯註¹）}於夜間工作。其詳細內容

（譯註¹） 所謂的作業員（Arbeiter/Arbeiterin），指於勞工（Arbeitnehmer）的範圍內，依社會一般觀念對其職業形象的看法，認爲其係屬於藍領階級、從事勞力工作者；與之相對地是所謂職員（Angestellte），即白領階級、從事勞心工作者。

爲：

第十九條

夜間休息及星期日與放假日前之提前收工

(1) 女性作業員不得於夜間八點至次日凌晨六點，或於星期日與放假日之前一天下午五點之後，從事勞動。

(2) 輪班工作之事業場所，女性作業員得工作至夜間十一點。於事先向營業監督機關報備，且晚班亦相對地提前結束時，正常的早班工作時間得於早上五點開始。營業監督機關於早班相對地延後開始時，得允許正常的晚班工作時間於晚上十一點結束。

(3) …

依勞動工時條例第一條第一項第二句之規定，包括農林業等等行業，都被排除於該法適用範圍之外。對於醫療機構之醫護人員，則僅適用 1924 年 2 月 13 日制定 (RGBl. I S. 66)、1974 年 3 月 2 日最新修正 (BGBl. I, S. 469) 之醫療事業工作時間規則；而該規則並無禁止夜間工作。勞動工時條例第十九條第三項和第 17 條第三項則更進一步地就夜間工作之禁止〔例如對運輸業和餐飲業〕一般地爲例外規定。於緊急狀況而有提供勞務之必要時，女性作業員亦得於夜間工作（工作時間條例第二十一條）。於輪班工作之事業場所，女性作業員夜間工作亦非一概地禁止（勞動工時條例第十九條第二

項)。於有生產技術、整體經濟上之事由，或是急迫需求、日間氣溫極度炎熱時，亦得就個案例外地爲允許（勞動工時條例第二十條）。此外，依勞動工時條例第 28 條之規定，若有重大公共利益時，亦得例外地爲允許。又對烘焙業與糕餅業，其工作時間則另規定於 1936 年 6 月 29 日制定之烘焙業與糕餅業工作時間條例（RGBl. I，第 521 頁，1976 年 6 月 14 日最新修正，BGBl. I，第 1801 頁）。依該條例第 13 條第一項之規定，勞動工時條例第三章有關女工的保護規定（包括第十九條第一項之深夜工作禁止）對之亦有其適用。

違反上述深夜工作禁止之規定者，將依勞動工時條例第二十五條第一項第五款處以罰鍰。該規定詳細內容爲：

第二十五條

處罰與罰鍰規定

（第 1 項）違背本法之規定者，謂故意或過失抵觸下列規定：

第 1 至 4 款…

第五款、第十二條第一項第 1、2 句、第二項第 1、3 句；第十八條第一項至 3 項第一句、第 3 句；或第十九條第一項、第二項第 1、2 句、第三項關於不得工作及休息之時間，

第 6 至 8 款…。

依行政秩序罰第九條第一項之規定，下列人員亦視為違反行政規定之行爲人：擔任經營管理工作場所或企業者（第一款），明示地受任得獨立地自行從事企業主之權限（第二款）。商業代理人亦得爲第九條第一項第二款所稱之企業經營人。

依東西德於 1990 年 8 月 31 日所定德國統一條約，而於 1990 年 9 月 23 日所制定之法律（統一條約法）（BGBl. II，第 885 頁）第 1 條以及 1990 年 8 月 31 日所制定之統一條約法第八條及同法之附錄 1，第八章第三事項第三段第七之二款之規定，勞動工時條例第十九條之規定對原東德領域並不適用。

2. 德意志帝國有關婦女深夜工作之禁止，首先乃源自於 1891 年 6 月 1 日修正後之營業條例（RGBl. S. 261），即所謂的勞動保護法（第一百三十七條第一項）。依原草案所附之立法理由，禁止深夜工作乃是基於健康及家庭生活的考量（帝國議會第 1890/91 次會議，第 4 號檔案，第 26 頁；聯邦參議院會議，1890 第 50 號會議紀錄，S. 51）。1908 年 12 月 28 日修訂之營業條例第一百三十七條（RGBl. S. 667），其內容與現今之禁止婦女深夜工作規定大致相符。其最終的規定內涵則是透過帝國勞動部長於 1938 年 4 月 30 日所頒布之行政規定所確定（RGBl. I，S. 446）。

依該行政規定所附之理由說明，對於女性作業員深

夜工作之禁止以及星期日與休假日前提前收工之規定，在考慮到經濟上的需求下，於何種程度內亦應擴張適用到女性職員，則有待進一步的確認（帝國勞動部公報，第3冊，1938，第126「127」頁）。1974年3月2日制定之刑法施行法第240條第一款之規定（BGBl. I S. 469）則引進了現今對深夜工作禁止所為之罰鍰規定（勞動工時條例第二十五條）。

3.依1989年小型工商普查之調查結果，於調查期間在總數約2770萬的勞動人口中（其中包含1080萬的女性），約410萬勞工經常地或偶然地於夜間工作，其中男性為324萬人、女性為85萬2千人。在294萬9千個女性作業員^{（譯註2）}當中，共有19萬1千人（百分之6點5）；在620萬個女性職員當中，共有47萬8千人（百分之7點6）；在51萬1千個女性公務員中，有29萬人（百分之5點7）從事夜間工作。又59萬4千個女性是獨立營業人，其中10萬8千人從事夜間工作（百分之18點2）。

II.（案例事實與相關程序之一）

1.本件之憲法訴訟係針對起訴人因牴觸深夜工作禁止之規定所課5百元罰鍰之裁定。起訴人係一烘焙工廠之營業代理人^{（譯註2）}。依地方法院所確認之事實，1981

（譯註2） 營業代理人（Prokurist/ Prokuristin），指經由商業之事業

年 10 月 16 日凌晨 0 點 35 分左右，有 4 名女工受雇從事蛋糕包裝之工作。對此事實，起訴人亦不爭執；但其主張：勞動工時條例第十九條第一項之規定抵觸基本法第三條第一、三項。此項主張並不為地方法院以及邦最高法院所採，後者並認為該主張顯無理由。

地方法院所採的判決理由以及為邦最高法院所維持者，乃是：深夜禁止工作唯一的規範目的，在於防止婦女因長期深夜工作所可能發生的健康上損害。因此整體而言，與男性作業員相比，女性乃是受到較佳的、而非較不利的待遇。雖然吾人得認為：男女平權原則以及禁止歧視原則，禁止立法者、對女性扮演傳統的家庭主婦的角色之法規繼續予以維持；或對基於傳統或家庭環境所導致的不同性別間的差異，在法律上加以確定。但立法者仍可以生理上之差別為準，對男女為不同處遇。女性因生理構造上的特性，比男性更容易受到深夜工作的危害。而男女平權原則的目的，並非使女性去面臨一個向來無法由女性去面對的健康上危害。

雇用起訴人的企業，於 1983 年依勞動工時條例第二十條第一項之規定，提出允許深夜工作之申請，但未

主（Inhaber des Handelsgeschäfts）授與全權代理權之商業輔助人（kaufmännliche Hilfsperson）、但對土地之出賣或設定負擔，則另需明示之授權。營業代理人之代理權（Prokura）的授與，需登記於商業登記簿（Handelsregister）。

獲允許。因為僅當有生產技術上或整體經濟上之事由時，深夜工作才可能被例外地允許。而於該申請案中，並不存在此類事由。該企業對此不服而提出申訴，仍無結果。對於起訴人因而所提出之行政訴訟，迄今尚未判決；其後起訴人請求於憲法訴訟判決確定前、暫時停止該行政訴訟之進行獲准後，行政法院即未再定審理期日。

2. 起訴人所提的憲法訴訟，聲稱有違背基本法第三條以及第十九條第四項之情事。其主張：勞動工時條例第十九條第一項，對女性職員和女性作業員為不同待遇，欠缺正當事由，牴觸基本法第三條第一項之規定。禁止上訴人所雇用之女性作業員深夜工作、卻允許女性烘焙助手為之，亦無正當理由。此外，這也違背了基本法第三條第三項之規定。和女性相比，深夜工作對男性並不會具有較低的健康上危害。恰如德國民法第 611a) 條所反映的，女性在職業生活中的地位已經改變；而起訴人給予女性作業員深夜工作機會，正符合該規定之禁止歧視女性的要求。

III. (案例事實與相關程序之二)

本件上訴人同時也是前述法律合憲性審查一案 (案號 1BvL 16/83) 的當事人。1982 年在上訴人的工廠中再次查獲有多位女性作業員於深夜包裝糕點的情事。為此，營業監督機關以違反勞動工時條例第二十五條第一

項第五款以及第十九條第一項爲由，課處 1000 馬克的罰鍰。其後因當事人之不服而受理該案的地方法院，則停止該訴訟之進行而請求聯邦憲法法院裁判：勞動工時條例第二十五條第一項第五款以及第十九條第一項，有無違背基本法第三條之規定。

在其釋憲聲請理由中，該地方法院認爲：勞動工時條例第二十五條第一項第五款若不違憲，則上訴人應受前述制裁。然該規定卻牴觸一般的平等待遇原則、男女平等原則以及對任何人不應因其性別而爲有利或不利之處遇的義務。參閱聯邦憲法法院的判決，吾人應認爲：僅當在各該生活關係上，該差別待遇是根據性別之功能與生理上的差異，而爲其本質上所必要的或允許的，才不至於牴觸基本法第三條第二款之規定。社會上對婦女角色的認知已經改變。職業婦女傳統上的雙重負擔已不足以認定爲是功能上的差異，因此並不足以構成對女性在深夜工作上差別待遇的正當事由。而婦女生理構造上的特徵亦無法對此差別待遇予以正當化。與男性相比，深夜工作對女性並不會造成更嚴重的健康上危害；深夜工作對任何人都是有害的。依 1976 年修正的婚姻與家族法，婦女在法律上並無義務從事家務勞動，因此深夜工作並不致於帶來不可期待、過度的負荷。進年來，婦女在包括運動等領域已經證明，其與男性一樣能承受體力上的負擔。德國社會的大環境已經轉型，婦女於深夜

工作並不致於帶來過度的負荷。

此外，和女性職員、公務員相比，吾人對女性作業員也不應為差別待遇。勞動工時條例所規定的例外情形，並不合理。蓋女性作業員得於餐飲店夜間工作，卻不得於麵包烘焙工廠包裝蛋糕，實令人難以贊同。而深夜工作之禁止也使得女性作業員於求職時，遭受不利。

IV.（案例事實與相關程序之三）

前述法律合憲審查案（案號 1 Bv1 10/91）之當事人為一實施輪班制之化學原料廠之所有人。其於 1990 年 7 月提出：請求依勞動工時條例第二十條第二項准許其得例外地於深夜 11 時至凌晨 6 時仍雇用女性作業員工作。該請求遭駁回；其不服所提之異議，亦無結果；其後所提之行政訴訟則尚未判決。

該案當事人於 1990 年雇用 8 名女性作業員於晚上 8 點至隔天早上 6 點工作。對此，營業監督主管機關課處 500 馬克之罰鍰。經其不服提出異議後，全案由漢諾瓦地方法院審理。該地方法院停止該訴訟程序而向聯邦憲法法院請求下列審理問題：勞動工時條例第二十五條第一項第五款以及第十九條第二項第一句，僅禁止女性作業員從事深夜工作、卻不包括女性職員在內，並對違反者處以行政罰（罰鍰）之規定，是否牴觸憲法。

就其所提憲法解釋聲請案，該地方法院所附之理由為：勞動工時條例第二十五條第一項第五款以及第十九

條第二項第一句，對女性作業員與女性職員為不同待遇，因欠缺正當事由，違背基本法第三條第一項之規定。現代女性作業員從雖多從事單調之工作，但其體力負荷並不重。依勞動醫學上的觀點，與同時段之勞心工作相比，於夜間從事此類工作，其負荷甚至於是較低的。夜間工作之所以構成健康上的負擔，與勞務的類型並不相干；問題的重點乃在於生理規律之遭受干擾。而就此觀點言，女性作業員與女性職員並無不同。

V. (相關見解)

1. 聯邦勞動與社會部部長則代理聯邦政府，主張係爭法規為合憲。該等規定係以女性之勞動力較低為根據，從而係考量到不同性別客觀生理上之差別。雖吾人並無確切證明，足認女性因其生理結構於深夜工作受到較不利之影響。但與男性相比，女性除職業工作之外，在絕大多數的情形尚需照料幼兒以及料理家務，因而白天亦無法不受干擾地睡眠。因此，吾人有理由認為：在此情形下，深夜工作將導致健康上特別嚴重的危害。

當然，經由工作與生產技術的進步，對女性作業員與女性職員就深夜工作所為不同的規定，其合法性漸受質疑；現在的女性作業員普遍地已不再從事嚴苛的體力勞動。此外，認定在深夜從事勞心的工作、比勞力的工作並不構成更大的負擔，也缺乏依據。

據此，聯邦政府將提出深夜工作規定的修正草案，

而不再以性別作為區分的依據。深夜工作對所有的人都是同樣地有害。因此，該草案將對所有從事深夜工作男女勞工為統一的保護措施；包括定期的健康檢查、以及當從事深夜工作有健康上的疑慮時，勞工得請求改調日間工作。

2.德國工會聯盟主張係爭規定為合法。其認為係爭規定對於保護女性作業員仍有其必要，因後者為照料幼兒與料理家務而必需另外承擔更多的負荷。在家庭生活上，兩性公平地分擔職業與家庭的負擔的例子，於現實社會中究屬少數。與職員階層相比，在作業員階層內，傳統的性別角色是更加根深柢固。女性作業員本身亦不認為禁止深夜工作構成歧視。

3.德國雇主同盟聯邦總會以及德國工業聯邦總會主張勞働工時條例第十九條為違憲，因為並無法證明：深夜工作對女性作業員構成特別嚴重的健康負荷。而對此規定重新加以修正，並無必要。過度廣泛的保護措施將侵害企業經營者之職業自由。由於現在生產技術上，企業內資本密集的程度逐漸增加，輪班工作的情形將益形普遍。因此，禁止深夜工作對就業情形而言，更將意味著是一項阻礙。而且現在在輪班工作的產業，女性勞力所占比例已明顯地減少。

4.德國女性法學家聯會則主張：基本法第三條第二項的內涵，超過第三條第三項的一般平等待遇原則的要

求。前者賦與國家，有任務對一向仍受歧視的女性為平等待遇。禁止深夜工作乃是違反此項憲法規定，因為其阻撓婦女從事特定的工作、構成對婦女的歧視。而此歧視的結果並無法藉由該規定所要達成的保護目的予以彌補。深夜工作對兩性都是同樣地有害。雖然因為從事家務導致深夜工作對女性形成更大的負擔。但傳統家務勞動的角色分工並非一合法的功能上區別，因此其並不符合第三條第二項的要求。此外並無雙重負擔的女性，法律上亦同樣地禁止其深夜工作。最後係爭規定亦違反基本法第三條第一項，因為基於現在、既已變更後的勞動條件，女性作業員並不比女性職員更有保護之必要。

但另一方面，對深夜工作之禁止規定逕行取消，亦屬違憲。在過渡期間，係爭規定仍有繼續維持之必要，一直到立法者充分考量如何對所有勞工之健康、婚姻與家庭為充分保護、對男性與女性不為差別待遇；以及對兩性之職業自由不為過度的侵害，而為重新規定之時為止。深夜工作必須限制在絕對必要的程度之內。長期的深夜工作則應予禁止。合法的深夜工作之總時數以及定期的健康檢查皆須明確規定。有 6 歲以下孩童以及有特別健康上危險的勞工則不得從事深夜工作。又法律亦應規定在深夜時仍有看護小孩的可能。

5. 德國婦女同盟（社團法人）主張勞動工時條例第十九條第一項之規定與基本法第三條第二項、第三項有

所抵觸。對女性作業員的歧視並無法以保護勞工健康爲由加以正當化。因主理家務所致之職業婦女的雙重負擔，亦不足爲由；蓋料理家務並非基於女性性別所致之特徵。係爭規定之所以違憲，乃在於：在男性所得從事工作之範圍內，卻禁止女性作業員爲之。

現今女性職員與女性作業員所從事之工作已無重大差異。所需之體力勞動的部分是幾乎相同。因此吾人已無法援引當初禁止女性作業員爲深夜工作的保護思想作爲根據。

6.聯邦最高法院以及大多數各邦的最高法院皆認爲係爭規定並不違憲。於其所附理由中，並更進一步地主張：女性基於其生理上作爲母親的角色，法律上應更加以保護；而這並不僅侷限於直接以其作爲母性的保護法規。深夜工作的禁止規定亦有助於保護女性作業員，免於深夜街頭襲擊以及在上下班途中所可能發生的性騷擾事件。

但深夜工作禁止之規定，並無擴及女性職員的必要，因爲此類勞工僅於極少數的情況下才必須於深夜工作。禁止深夜工作的目的，首要在於防止於深夜爲體力勞動。縱然在現今的情況，女性作業員主要地仍是從事體力勞動、女性職員則爲勞心的工作。此種區別對於女性公務員亦然；而且後者並享有其雇用機關特殊照顧義務的保障。

又係爭規定亦不因將深夜工作的禁止規定，僅限於特定行業而違憲。蓋在此類不適用深夜工作禁止規定的行業，其生產經營本來就主要地多於正常工時之外，而且該行業婦女工作亦為普遍現象。

B.-I. (憲法解釋之申請不合法)

本件有關提請憲法解釋之申請為不合法，因為申請解釋之對象的法律是否具有作為判決上之重要性，在一重要的問題點上仍不明確。

依基本法第一百條第一項之規定，法院僅得於涉及到法律是否有效時，方得以之作為提請聯邦憲法法院解釋的對象。又對於該法律之具有判決上之重要性一點，應於提請憲法解釋之申請中，詳實而明確地加以說明、而且該判決上之重要性必須於聯邦憲法法院為判決時，仍然繼續存在（此為聯邦憲法法院為判決一貫之見解，vgl. BVerfGE 7, 171 [173 ff.]）。若一法律因其他事由已確定無法予以適用時，無論如何該法律即不（再）具有判決上之重要性。

本件係爭之法律能否適用，已因其間法律狀態之變動而有疑問。歐洲法院(Europäische Gerichtshof)於1995年7月25日(法律案，案號C-345/89-司特刻克案-，歐洲法院判決彙編1991年，第421頁以下)已經認定：歐洲共同體議會於1976年2月9日所頒布之歐洲經濟

體第 76/207 號指導綱領 (Richtlinie) 的第五條規定，要求其成員國，若禁止男性於深夜工作，則對女性深夜工作亦不得在法律上原則地予以禁止。該法院於判決理由中援引其於 1986 年 2 月 26 日所為之 (法律案，案號 152/84 [馬捨案]) 判決，認為：係爭之指導綱領之內已足夠明確，於成員國的法院上，個別國民得援引該綱領而排除與之相牴觸的成員國的法律。

在德國法院上，若歐洲共同體之法案 (Rechtsakt) 與德國國內制定法衝突時，仍應優先適用前者。這種歐洲共同體法對於既有或將來的內國法在適用上的優先性，乃是基於一個不成文的、基本的歐洲共同體法的規範，而該規範則是源出自對於加入歐洲共同體條約的所為之同意法案 (Zustimmungsgesetze) 以及依據基本法第二十四條第一項所衍生之於內國法上、適用歐洲共同體法之義務 (BVerfGE 75, 223 [244 f.]，附進一步相關資料)。

前述歐洲法院對於係爭指導綱領所擁有的法律上性質的認定，並未逾越對於加入歐洲共同體條約的所為之同意法案所涵蓋的整合綱要 (Integrationsprogramm) 的範圍。而這也符合基本法第二十四條第一項對於國家權力 (Hochheitsrechte) 轉讓時，應遵守法治國原則之憲法上要求 (BVerfGE 75 卷，第 223 [第 240 頁] 以下)。於前述情形，當德國法院或國家機關之行爲係以歐洲共

同體法所衍生之法案為依據時，對於該法案之有效與否，聯邦憲法法院並無權加以審理（BVerfGE 75, 339 [387 ff.]）。

前述歐洲法院之判決雖然是以法國勞動法第 L 213-1 條（Art. L 213-1 des français Code du travail）之禁止深夜工作為對象。就男女平等待遇的觀點言，該規定與德國法之禁止深夜工作之規定並無重大差異。法國勞動法第 L 213-1 條禁止雇用婦女於工廠、製造廠、手工廠以及其他勞動場所等場所。與德國法相似者，法國法亦允許一些深夜工作的例外情形。前述歐洲法院判決所主要針對的事實，無非是：禁止深夜工作僅限於以婦女為對象、而其所允許的例外情形，並未遵守歐洲經濟體第 76/207 號指導綱領之要求：對女性深夜工作不得在法律上原則地予以禁止。而歐洲法院所於所面臨的問題，其回答乃是針對以一個僅限制女性、而不限制男性為深夜工作。

準此，勞動工時條例第二十五條第一項第五款以及第十九條第一、二項與基於基本的歐洲共同體法所衍生之法案顯然也是相互衝突的。若歐洲共同體法與內國法相牴觸，對此問題，法院必須遵守歐洲共同體法優先的原則加以解決。而這不僅包括基本的歐洲共同體法、也包括由此衍生之歐洲共同體法案。若成員國不依期限履行歐洲共同體的指導綱領所課與之義務，則成員國之國

民得直接依據該指導綱領而有所請求。亦即若一指導綱領之內容以臻明確、而無待其成員國進一步的轉換行為即可逕予適用者，則成員國之國民於該國法庭上得直接主張其國家依該指導綱領所負之義務（vgl. BVerfGE 75, 223 [237 f.]）。而依前述歐洲法院之判決已明確認定，歐洲經濟體第 76/207 號指導綱領具備此前提要件。準此，勞動工時條例第二十五條第一項第五款以及第十九條第一、二項之規定顯然不能再予適用；提請憲法解釋的法院若仍維持其釋憲之申請，則應對係爭法律之得否適用、重新加以審查。

II.（憲法訴訟之提起為合法）

本件憲法訴訟之提起合法。

依起訴人之陳述，其基本權有可能受到侵害。雖然起訴人本身並未因禁止女性作業員深夜工作之規定而受到歧視，因而其依據基本法第三條所擁有之基本權並無未受侵害可言。惟勞動工時條例第十九條第一項之規定若欠缺足夠合理之事由而對女性作業員，相對於其他的勞工，為不利之待遇，以致於牴觸基本法第三條第一、三項，則起訴人之一般行為自由的基本權則可能受到侵害。無論如何，對於一個強制國民歧視第三人之規範，可認定為是直接影響到該國民之一般行為自由。聯邦憲法法院於先前判決中（BVerfGE 77, 84 [101 ff.]）所表示與此不同的意見，將不再援用。

C.（憲法訴訟起訴人之主張有理由）

本件憲法訴訟起訴人之主張為有理由。係爭之處分、裁定係依據勞働工時條例第十九條第一項之禁止雇用女性作業員從事深夜工作。惟該禁止規定與基本法第三條第一、三項有所違背。依照此一違憲規定而課處罰鍰者、構成對起訴人之一般行為自由（基本法第二條第一項）的侵害。

1.勞働工時條例第十九條第一項前段抵觸基本法第三條第三項

禁止女性作業員深夜工作之規定（勞働工時條例第十九條第一項前段），抵觸基本法第三條第三項。

1.依該基本法之規定，任何人不得因其性別而遭受不利或有利的處遇。依此，立法裁量空間受到較嚴格的界定，藉此，本規定強化同法第三條第一項的一般平等原則的要求。與第三項所定之其他特徵相同，性別原則上不得作為法律上差別待遇的依據。此於某一規定並非直接以基本法第三條第三項所禁止作為差別待遇的對象，而主要地是以實現其他目標為其目的時，亦同（對BVerfGE 75, 40〔70 f.〕之判決所為之澄清）。

關於某規定是否對婦女因其性別而不法地予以歧視的問題，基本法第三條第二項並無更進一步或特殊的要求。惟與基本法第三條第三項之內涵相比，基本法第三

條第二項則更進一步包括一個特定的平等待遇原則，以及將該原則延伸至社會現實的層面。亦即男女平權的要求並不侷限於排除以性別作為不利或有利處遇的法律規範，而是更追求在將來實現男女平權的理念（vgl. BVerfGE 15, 337 [345]；48, 327 [340]；57, 335 [345 ff.]）。亦即本原則之在於平衡兩性的生活條件。準此，女性應與男性擁有平等就業機會（vgl. BVerfGE 6, 55 [82]）。導致女性負擔較重或對其不利之傳統的性別角色分配，國家不得以其措施加以強化（vgl. BVerfGE 15, 337 [345]；52, 369 [376 ff.]；57, 335 [344]）。依基本法第三條第二項之規定，國家得透過對女性有利之措施，彌補普遍對女性實際上所存在之不利益（vgl. BVerfGE 74, 163 [180]）。

本件所涉及的問題，並非彌補兩性不平等，而是對於既有之法律上不平等的排除。勞動工時條例第十九條第一項係「以」性別作為對女性作業員差別待遇的標準。雖所規範的對象為雇主，但深夜工作禁止之結果則直接影響到女性作業員。與男性勞工相比，女性作業員於深夜工作的機會被橫加剝奪。就此，實構成法律上之不平等待遇，其原因則源自於性別之不同。

2.但並非所有基於性別的差別待遇皆抵觸基本法第三條第三項之規定。若某些問題在本質上只會發生在男性或女性時，則為解決該問題所為之不同的規定，若屬

不可或缺者，則仍為合法。惟本件並不符合此情形。

a)原先禁止深夜工作的規定，無非是考慮到：因生理構造之差別，與男性勞工相比，深夜工作對女性作業員將造成更嚴重的健康負荷；但這種觀點於勞動醫學上並無法確實地予以証明。深夜工作原則上對所有的人都是有害的；它將導致失眠、胃口不佳、胃腸功能障礙、神經緊張與過敏以及減低工作能力（vgl. Rutenfranz, Ist Nachtarbeit für Frauen gesundheitsgefährdender als für Männer ? . 1969, S. 16 und 19 ff.; Rutenfranz/Beermann/Löwenthal, Nachtarbeit für Frauen, 1987, S. 28 ff.; Ulrich, Schicht- und Nachtarbeit, 1964; S. 37 ff.; Menzel, Menschliche Tag-Nacht-Rhythmik und Schichtarbeit, 1962, S. 122 ff.; Streich, Nacht- und Schichtarbeit in: Schmidt/Müller/Volz/Funke/Weiser, Arbeit und Gesundheitsgefährdung, 1982, S. 95 [101]; Hahn, Nacht- und Schichtarbeit I, 3. Aufl., 1987, S. 26; Corlett/Queinnec/Paoli, Die Gestaltung der Schichtarbeit, 1989, S. 28 ff.）。至於因女性生理構造之所可能導致之特別的健康上危害，則欠缺確切的証明。

b)所有指向深夜工作對女性將造成更嚴重的不利影響的研究報告，都普遍地提到婦女同時因為管理家務與照料小孩而附帶地承擔更多負荷（vgl. Insbesondere Rutenfranz/Beermann/Löwenthal, a.a.O., S. 56 f.;

Bergmann/Bolm/Seitz/Bartholomeyczik, Schichtarbeit als Gesundheitsrisiko, 1982, S. 161; Elsner, Nachtschichtarbeit und gesundheitliche Beeinträchtigungen, AiB 1988, S. 303)。除從事深夜工作外、尚需擔任這些工作的婦女，於白天也無法獲得休息、特別是無法獲得一整段時間的睡眠。因此，因其日夜生理規律受到深夜工作之干擾，這類婦女顯然將特別地容易遭受健康上的危害。

惟此事實並不足以支持禁止所有女性作業員從事深夜工作之規定；因為尚需管理家務與照料小孩所生之附帶的負擔、並不足以認為是因性別差異本身所致之特徵。雖然依照傳統對於性別角色的分配，女性需管理家務與照料小孩；而且吾人亦不能否認，這種情形對於和其男性伴侶相同地外出工作的女性，亦同。但這種雙重的負擔的情形，原則上僅存在於須照料小孩的女性，例如其為單親或其雖然深夜工作、而其男性伴侶仍使其照料小孩與管理家務。但同樣地，這種情形也發生在單親的男性；而對於須分攤家務以及照料小孩的男性、女性，於某程度內、亦然。

但上述的社會現狀——不論所涉及之當事人正確的數字為何——，並無法對一性別歧視予以正當化。無可否認地，對於同時需照料小孩、管理家務而又從事深夜工作之男、女工人所應給予之保護，只能透過以此該事實作為其要件的規定、客觀地予以實現。

c)主張維持現行深夜工作之禁止規定的理由，尚有認為：婦女於深夜上下班途中特別容易遭受侵害。這可能於多數情形都是如此。但這並不足以作為禁止所有女性作業員深夜工作之理由。對於國家本身所應負的責任：保護婦女免於遭受公共街頭上不法暴力之侵害，國家並不能藉由限制婦女之職業自由、使其於夜間足不出戶，而予以逃避（歐洲法院也採類似見解，歐洲法院判決彙編 1991，第 421〔422〕頁）。此外，這個理由也並非適用於所有的女性作業員，以致於足為對後者為不利處遇之理由。蓋在廠方提供搭乘交通車的機會時，前述特殊的危險即不存在。

3.上述違反性別歧視之情形，亦無法藉由基本法第三條第二項之男女同權之要求予以正當化。勞動工時條例第十九條第一項之禁止深夜工作，對於基本法第三條第二項目的之達成，並無助益。雖然該規定保障許多另須照顧幼兒以及料理家務的婦女，免於影響其健康的深夜工作。但此項保護也同時帶來許多負面影響：婦女於求職時常因而受到不利處遇。對於至少必需偶而於深夜工作的職位，女性即無法擔任。而這導致在一些行業，婦女接受職業訓練及受雇工作情形的明顯地減少。此外，這也使得女性作業員無法自由支配其工作時間、無法賺取夜班津貼。上述種種因素都可能導致：與男性相比，更多的女性除職業上的工作外，仍須繼續負責照料

幼兒以及管理家務；傳統對男女角色的分工將因而益形僵化。於此情形，禁止深夜工作反而對於減低社會上對女性的不利處遇、形成一種阻礙。

II. (勞動工時條例第十九條第一項之規定牴觸基本法第三條第一項)

此外，勞動工時條例第十九條第一項之規定，因為並無足夠的理由而對女性作業員與女性職員為差別待遇，亦牴觸基本法第三條第 1 項之規定。

1.基本法第三條第一項之一般平等原則，要求立法者對於不同群體的人民之法律關係，除非存有客觀上一定種類與程度上的差異、足以作為不平等待遇之正當化事由外，不得為不同之處遇(Vgl. BverfGE 55, 72 [88] ; 68, 287 [301] ; 81, 156 [205] ; 81, 228 [236] ; 82, 126 [146])。而就深夜工作對女性作業員與女性職員為差別待遇，並不符合此項要求。

2.以上這種對不同女性群體的差別待遇，僅於女性職員從事深夜工作所承擔之負荷少於女性作業員時，才可能合法。惟此一事實，並無任何證據。相反地，相關的勞動醫學研究指出，深夜工作對此二種女性群體有相同的健康上影響（路得法蘭士，前揭書，第 31 頁；路得法蘭士/博曼/樂分格，前揭書，第 59 頁）。此項結果，究竟是因為技術進步所導致女性作業員與女性職員所從事之工作、在內容上漸趨一致？抑或是工作性質自始對

於深夜工作的健康上危害並無影響？在此可存而不論。無論如何，依基本法第三條第一項一般平等待遇原則，足以作為對不同的深夜工作規定的正當事由：女性作業員與女性職員間所存在的不同保護需求，並無法確認。

3.對女性作業員與女性職員間的不平等待遇，亦無法以此二者被要求從事深夜工作的程度有別、作為正當事由。蓋依 1989 所為之小型工商普查抽樣調查所顯示者，1989 年 2 月至 4 月共有 47 萬 8 千位女性職員從事深夜工作，占百分之 7 點 6 的比例。因此，吾人並無法認為女性職員普遍地較少被要求從事深夜工作。無論如何，女性職員並非是一極少被要求從事深夜工作的群體，以至於立法者在合法地類型化的程度內，得予以忽略、不加規範。

III. (小結)

綜上論述，吾人可認為：勞動工時條例第十九條第一項第 1 段之規定為違憲。其他相關規定（同條第一項後段；第二、三項），亦同。後者乃同條第一項前段禁止女性作業員為深夜工作之非獨立性的補充規定；因此在法律上應同其命運。此於同條例第二十五條之援引第十九條的部分，亦同。

1.法規範若與憲法不符時，原則上應宣告其為無效（聯邦憲法法院法第八十二條第一項與第七十八條第一項）。惟對於違憲狀態之排除，若可能存有多數的手段

時，為尊重立法裁量權限，則不應宣告其為無效（vgl. BVerfGE 28, 324 [326]；52, 369 [379]；55, 100 [113]；77, 308 [337]）。而於牴觸基本法第三條時，多可為如此之認定（vgl. BVerfGE 22, 349 [361]）。於此情形，僅當吾人可確實地認為：立法者於遵守基本法第三條時，將選擇採取該規定無效後所剩餘的法規範狀態；對本件而言，亦即全然廢棄深夜工作之禁止規定（vgl. BVerfGE 27, 391 [399]），吾人方可宣告其為無效。

2. 本件勞働工時條例第十九條第一項第一段之違憲狀態，得以不同的方式予以排除。該規定原所欲達成的目的：保護勞工免於深夜工作對健康之不利影響，可藉由不以性別作為限制之區分標準，或是以其他的規定：特別是課予特殊的保護與照顧義務，合法地予以實現。此外，有利於減輕因職業與家庭所導致雙重負擔的措施，亦不失為可行的方法。吾人並無理由認定：立法者將放棄其透過深夜工作禁止規定所企圖實現保護目的、而對之全不加以規範。

3. 認定係爭規定違憲的直接效果為：違背勞働工時條例第十九條之行為不得予以處罰。立法者有義務對於保護勞工、免於深夜工作所生之損害，重新予以規範。特別是基於保護身體的健康完整（基本法第二條第二項第一句）的基本權，制定這類的規定是有必要的，以便充分地實現該基本權的客觀內涵。特別是針對此一基本

權，國家有保護義務（vgl. BVerfGE 77, 170 [214]），附進一步證明資料，此為參閱聯邦憲法法院之一貫見解）。在履行該義務時，立法者固然擁有廣泛的預估、價值衡量判斷以及裁量空間，而且也得考量到相對立的公共、私人利益。然其所採取之措施卻不得完全地不適於保障基本權（vgl. BVerfGE 77, 170 [214 ff.]）。上述標準，於立法者對保護勞工、免於深夜工作所生損害，重新予以規範時，亦應加以遵循。

又對深夜工作之保護，並不會因該工作係出於勞資雙方之自願的合意，而成為多餘。蓋在欠缺一個出於自由的自我決定的前提下，作為契約法基礎的私法自治原則，並無法提供勞工充分的保障。在當事人並不具有相近的締約實力時，僅憑契約法並無法就對立的利益做一合理的平衡。而這卻是於勞動契約締約時的普遍現象。於此情形，吾人應實現憲法基本權利篇以及社會國原則所蘊含的基本價值決定、對社會實力以及經濟實力的不平等狀態加以糾正（vgl. BVerfGE 81, 242 [254 ff.]）。而立法者於規範勞動工時條例第十九條時，也是明確地以下列的觀點為基礎：對於深夜工作所導致之健康上危害，單憑勞動契約的私法自治並不足以提供勞工足夠的保護。

基於以上所確認之事實，有鑑於其確實將導致人類健康上危害，對於勞動契約內從事深夜工作的問題，仍

須以法律加以規範。對此問題，若全然不加規範、而無任何搭配、輔助之措施時，將牴觸基本法第二條第二項第一句所蘊含之客觀的內涵。至於何種規範是必要的，則應優先由立法者於其所擁有的價值判斷及形成的空間內決定之。若特定的勞工群體有特別加以保護之需要時，則基於基本權客觀內涵，可以衍生出立法者有為進一步的防範措施之義務。但擁有幼童的勞工家庭雖有特別保護之需要，但這並不構成對女性（例如對需照料幼童的母親）特別為禁止的原因。

D.（係爭判決應予廢棄）

係爭判決係以違憲的勞動工時條例第十九條為依據，因此應予廢棄。

【政治性街頭遊行案】判決

BVerfGE 67, 213-231 - Anachronistischer Zug

聯邦憲法法院第一庭 1984.7.17.判決 -1BvR816/82

蕭文生 譯

裁判要目

裁判要旨

案由

裁判主文

理由

A. 爭點

I. 案例事實

1. 詩人 Brecht 的詩作
2. Brecht 詩作之改作為
政治宣傳用語

3. 憲法訴願人之行為

II. 原審程序及判決理由

III. 訴願人之主張與相關機關意見

1. 訴願人之主張
2. 巴伐利亞邦法務部長之
意見

B. 憲法訴願合法

C. 憲法訴願有理由

I. 聯邦憲法法院對於法

院判決的審查權限

II. 藝術之定義與藝術自由
之保障

1. 藝術之意義

2. 藝術之範圍

- a) 藝術之範圍難以確定
- b) 無法具體界定藝術範
圍並不免除憲法對藝
術自由之保障

3. 藝術自由之創造性

- a) 藝術之本質在於自由
創造
- b) 遊行亦為藝術作品
- c) 時空交錯的遊行亦同
- d) 具有政治意圖之遊行
亦然

III. 藝術自由保障之界限

1. 人格權係藝術自由之界
限

2.區法院之見解有誤

a)是否為藝術創作須整體觀察

b)區法院未認清該遊行

另外解釋的可能性

3.重新審理時，須注意藝術自由與一般人格權的關係

裁判要旨

有關刑法上判斷政治性街頭遊行時，是否屬藝術自由保障之範圍。

案 由

L 先生對於 a) 巴伐利亞邦高等法院 1982 年 4 月 30 日裁定；b) Kempten 1981 年 10 月 30 日區法院判決提起憲法訴願（代理人 Heinecke 律師，地址 Kaiser-Wilhelm-Str. 53 Hamburg 36）。

裁判主文

1981 年 10 月 30 日 Kempten 區法院之判決以及 1982 年 4 月 30 日巴伐利亞邦高等法院之裁定侵害訴願人基本法第五條第三項第一句之基本權利，因此在涉及訴願人之範圍內應廢棄該項裁定與判決。該項程序重新退回至 Kempten 區法院重新審理及決定。

巴伐利亞邦必須賠償訴願人必要的費用。

理 由

A.（爭點）

憲法訴願之標的為，在政治性街頭劇場範圍內，基於誹謗理由所為之判決是否能通過基本法第五條第三項第一句保障藝術自由之審查。

1.（案例事實）

1.1947 年詩人 Bertolt Brecht 根據 Percy Bysshe Shelley 1819/20 年就殘忍鎮壓 Peterloo 勞工反抗運動事件所寫的一首詩「無政府的化妝舞會·曼徹斯特大屠殺記事」寫成了另一首詩「時空錯置的遊行或自由與民主」。其描述一列在兩片古老、寫著民主與自由的牌子中活動的遊行隊伍，穿越處於殘破瓦礫中的德國。遊行之參與者為：一位在十字架下緩步行走的教士，十字架的鉤子則是覆蓋著；軍火業的老板；主張有權利教養德國青年成為勇猛善戰戰士的教師；共黨實驗時所需的醫事人員；瓦斯室的設計者；身居高位外表非納粹化的納粹份子；要求新聞自由的激進編輯；將所有希特勒依附者宣判無罪的法官；所有良善者快速地移動似乎是不存在的。

在遊行活動的主要地點則另有六位同路人加入遊行：壓迫、癡瘋、欺騙、愚蠢無知、謀殺及強盜，他們亦要求自由與民主。Bertolt Brecht 以下列文字描述者：

骷髏手拿著鞭子，壓迫突然驚起，其坐在一輛坦克中，坦克是工業界的禮物。

癡瘋坐在生鏽的坦克中前進並向大眾問候，他看起來似乎是生病了，在風中他害羞地將棕色的領結幾乎拉扯至下巴。

其後是欺騙，在空中漂浮著一大杯免費的啤酒，只要把小孩賣給他，就可以狂飲啤酒。

愚蠢無知者老舊如一座山一般，但仍然活動地與遊行隊伍前進，對欺騙則是視而不見。

在謀殺者前開過一部懸掛手臂的車輛，畜牲愉快地伸懶四肢並唱著甜美的自由之夢。

帶著昨日驚嚇中所引起的抖動，強盜穿上貴族戰鬥元帥的上衣向前，膝間則是一顆地球模型。

所有這六位大人物皆是孤寂而無情的，他們皆要求民主與自由。

2. Brecht 的詩在 1980 年聯邦議會選舉時被當時 CDU/CSU 總統候選人，亦即巴伐利亞邦總理 Franz Josef Strauss，政治上的反對者作為政治街頭劇場的出發點，依以該詩詞為藍本的劇本名稱「解救祖國或自由與民主的列車」，由汽車與路人所組成的遊行隊伍將以 Brecht 的詩作為模仿對象，而該項遊行應無將該詩詞作為描述今日現實情況之意，在 1980 年 9 月 15 日至 10 月 4 日巡迴德國時——業已發生——該劇應在鄉村及城市中演出並朗誦該詩詞。

遊行的最前端係一部載有寫上「自由與民主」標語大鐘的車輛，跟隨在後的有搭載一位將軍的垃圾車，載有火箭及軍樂隊的軍事車，三部黑色大轎車（其標誌為 SIE-MENS, FLI-CK, THYS-SEN），載有人民法院法官的車子以及載有身著黑色制服私人安全警衛人員的車子。

仿用 CDU/CSU 競爭標語「自由代替社會主義」，該遊行在許多標語中出現「自由代替奶油」，「第三次世界大戰勝利」，「自由代替共產主義」，「德國回到 1937 年的邊界」，「自由代替政治」，「擁有畫報之權」，「自由代替徵收」，「人人自由」，「Freisler 代替 Spandau」的文字。在遊行的最後面是所謂的災禍車，在劇本中對其的描述為：

在遊行隊伍努力為 Franz-Josef-Strauss 敲打競選的鼓聲後，遊行本身之意含出現了：在一輛開放的大車中有一個人戴著面具坐或站在司機旁，一手在擋風玻璃上向他人示意或擺動「自由與民主」的標語。簡短的說，Strauss 假裝是其所希望成為的勝利者，人民可以想像到最好的人。但是如同詩詞中所述，該六項災難以來自棕色房子的六個黨員身份毫不引人注意地坐在車上：壓迫者以 Heydrich，癡瘋病以希特勒，欺騙者以 Goebbels，無知者以 Ley，謀殺者以 Himmler 以及強盜者以 Goering 的面具出現。車輛內的演員所顯示的並非是毫無牽連的關係，相反地，自 Brecht 以下的描述中，可以看見的是，Strauss 不斷製造出強烈衝突的場景（例如在電視中與 Golo Mann 就希特勒的爭論：你認為的他比我認為的他更聰明，以及，小市民—淺視的國家主義者—in 瘋狂與犯罪間徘徊的病態者）。

在論及提示語（壓迫、欺騙等）時，相關的布偶則

應站立起來且由扮演巴伐利亞邦總理的演員—首先是有
效地—再將其壓制回到原來的位置，一直到詩結束前，
所有六個布偶皆站起來，並將目光調整至他們身上，且
使其高高舉起寫有「自由與民主」的標語牌成為顯而易
見。在劇本中有下列註解：

戰爭的特質以及其可能的過程（欲享有希特勒主義
的利益而不指出其缺點的政策乃是不可行的，而是將導
致更大的災難）得透過下列方式表現更明確，亦即，使
戰鬥發生在一方為帶有 Strauss 面具以及另一方為機械
式移動的布偶之間。因為即使 Strauss 很努力地去證明
其乃是較優秀者，但可期待布偶仍會持續地反抗下去。

3. 訴願提起人在時空錯置遊行的任務係作為最後一
部車的司機副手且扮演當時（德國）總理候選人，因此
基於此項目的戴上具有 Strauss 臉部特徵的面具。1980
年 9 月 15 日遊行隊伍行至由縣政府所規定在 Sonthofen
的廣場，在該處開始排練依劇本所編寫的內容且受檢是
否符合維持秩序官署所規定的負擔。

最後一部車的車頂被取下，因此六個布偶可以清楚
看見，訴願人或坐或站在其副手的位置且戴上面具，基
於新聞媒體及警察官員之要求，訴願人多次與布偶站
在一起並且高舉「希特勒必須死亡」的標語，同時車內的
液壓系統亦被檢查操作，使得布偶能夠站立及坐下，但
在這其間並未朗誦 Brecht 的詩。

1980 年 9 月 25 日遊行隊伍到達 Kassel，在排列成朗誦詩詞隊伍之前，最後一部車的車頂再度被取下，因此四週環繞的人群皆可明顯看到布偶，訴願人站在司機旁並且再次戴上面具。

II. (原審程序及判決理由)

區法院將上述事實評價為對於巴伐利亞邦總理的（公然）侮辱並提出告訴且作為從屬起訴者加入對於訴願人所展開的刑訴程序，在兩個實質上同時發生的案例中判決訴願人及同時被訴的遊行主辦人罰金。

判決的考量理由如下：

訴願人雖然聲明，從屬起訴人對其個人而言一並非在政治階層上一乃是完全無所謂的且其盡最大的努力遵守劇本的指示，在演出時其與布偶戰鬥且從未顯示出其與布偶間有緊密不可分之關係。

此項說明並無法免除訴願人之刑責。法院首先係以客觀、成熟的在詩詞表演前看見載有布偶的車子以及帶著白色面具訴願人的路人標準來判斷。此類觀察者將得到從屬起訴人與第三帝國的領導者有緊密休戚相關的印象，蓋其所看到是兩者共同坐在一艘船中（處境相同）。其他的聯想，例如基於此項融洽地相聚坐在一起，從屬起訴人將被視為與國社大老具有相同的地位，且將其政治目標視為自己的目標，並不會因為訴願人手中持有寫著「希特勒必須死亡」的標語或站在副手座上及將布偶

舉高作姿勢而中斷。其亦可理解為，對於希特勒及第三帝國的討論終究必須要結束，或者從屬起訴人雖然感覺第三帝國的代表人物係優秀的，但卻為明顯地與其保持距離，而係在今日以使者身份為其思想內容而演出。訴願人在詩詞最後一章朗誦時與布偶戰鬥且不斷將其壓制之事實，對於證明從屬起訴人與國社大老並非相同並無幫助，蓋在兩案的案例中皆並未演出至此階段，訴願人亦不得主張，整體的時空錯置遊行係作為 Brecht 詩詞的舞台演出，所呈現的係藝術表現的方式，因而受到基本法第五條第三項藝術保留的保障。對於演出本身，另外可能的是對於遊行隊伍穿越各邦的行為可適用基本法第五條第三項，但卻不適用在所必要的遊行準備及設置上，車與訴願人和演出本身間並無直接的關連性；其並未在活動中出現且亦未直接在此之前存在，詩詞並未被朗誦出來且作為象徵其意義的情節及姿勢亦未被演出，因此論述藝術保留的問題係多餘的，同時基本法第五條第三項（亦）不保障侮辱行為。

訴願人以及同時被起訴，特別主張違反基本法第五條第三項第一句的遊行主辦人的上訴被巴伐利亞邦高等法院以顯然無理由加以駁回。

III.（訴願人之主張與相關機關之意見）

1. 訴願人提起憲法訴願並主張其基本法第五條第三項第一句，第五條第一項，第三條第一項，第三條第三

項，第二條第一項及第一條之基本權受到侵害。訴願人援引同時被判決的（遊行）活動主辦人所提起憲法訴願之副本，在副本中記載，此項時空錯置的遊行係在呈現 Brecht 的詩詞且以外在視覺方式加以演出。為符合其內容，此次演出係透過重新表現極右主義當前的現象來加以編排，此次演出所依據的詩詞毫無疑問的乃是一項藝術，同樣無疑地是，在舞台上以一般戲劇方式演出詩詞的內容亦須視為一項藝術。僅是將演出地點移至街道上並不會排除已承認的藝術特質，受責難的判決並未考量藝術自由係無限制加以保障的事實。若由於法院不遵守合乎藝術本質的解釋方式而自我解釋藝術作品，則將漸漸開啓任意處罰之門。調查表演內容之核心本身即是侵害基本法第五條第三項第一句的基本權，以一個成熟客觀的路人作為判斷基礎的看法乃是錯誤的。法院必須考量此處所涉及的乃是選舉活動，其以每日皆接受政治訊息的人民為前提，其係一項藝術上的作品，因此須由一般之人民與其他藝術作品作平等地評價。最後重要的是，只有觀看全部大約一公里長遊行隊伍之人才是具有決定性的觀看者，若自正確的觀點出發則可明顯地發現巴伐利亞邦總理與納粹—布偶間的關係是清楚地被區隔出來的。

另外一項侵害則是在於，雖然有許多可能的解釋方式，但卻將具有刑法責任的解釋視為適當的結果，遊行

主辦人所希望的詮釋並未呈現出任何侮辱之意，藝術自由係毫無限制地加以保障且僅在濫用藝術自由而侵害人性尊嚴或同等價值之人格權下才不受保護。法院判決割裂了整體關聯性，使得基本法第五條第三項第一句之基本權失去效用。現代劇場的表演亦將先前的準備行為納入演出行為的一環並且將之視為藝術表演的標的。

2.在上訴程序的從屬告訴人外，另有機會表示意見的巴伐利亞邦法務部長認為憲法訴願係不合法，蓋其並未及時地證實其理由，僅是援引其他憲法訴願之副本是不足夠的。

且無論如何憲法訴願亦是無理由的，蓋訴願人的行為並非在行使藝術自由。即使其行為仍屬於藝術自由之保護領域，由於公然侮辱而受處罰的情形亦非完全不可能，將一位民主政治家與國社主義的代表者或出現的形式牽連在一起的表演且該表演被解釋為並未將兩者明確區隔時，則乃是對於人格權特別重大的侵害，並無法由藝術自由加以涵蓋。

B.（憲法訴願合法）

憲法訴願係合法的。

雖然訴願書僅指出受指摘的判決以及幾項所違反的基本法條文，但卻已符合了聯邦憲法法院法第九十二條之要件。為說明自己憲法訴願之理由而援引其他訴願人

之理由，基本上是不許可的（BVerfGE8, 141/143）。但此項原則僅適用在訴願書中所指出的文件並未同時附上之情形，蓋無此文件則無法得出憲法訴願中究竟基本權之侵害在何處。在上述案例中，共同被起訴及審判的遊行主辦人的訴願書成為本案訴願書所援引的憲法訴願附件。

C.（憲法訴願有理由）

憲法訴願有理由，受責難的判決侵害訴願人基本法第五條第三項第一句之基本權。

I.（聯邦憲法法院對於法院判決的審查權限）

憲法訴願所針對的係刑事判決，無論是在確定事實以及刑法的解釋及適用上，聯邦憲法法院基本上是不得審查。但必須加以保障的是，普通法院應遵守基本法上的規範及標準。因此聯邦憲法法院干預可能性的界限則依所主張的基本權侵害強度而定；導致聯邦憲法法院必須加以改正的違反客觀憲法行為的強度已經充足，若在刑事法院判決中可看出確定事實或解釋中所發生的錯誤係基於對於基本權意義重大不正確的觀點，尤其是保護領域的範圍以及在其實質意義上對於具體的個案具有重大影響時（BVerfGE66, 116 [131]-Springer/Wallraff；與藝術自由保障有共同關聯者，BVerfGE30, 173 [188, 196 f.]）。除此之外，判決的結果對於受審判者的基本權影響愈大，則必須對於此項侵害的理由提出愈嚴格的

要求，也因此聯邦憲法法院的審查可能性則愈廣（BVerfGE 42, 143 [148 f.]-DGB-）。作為犯罪不法制裁的刑事判決本身相較於民法上的不作為、解除或損害賠償判決本就具有較強的侵害強度（BVerfGE 43, 130 [136]—政治傳單）。在以刑事責任制裁一項與藝術自由保障相關的行為時，必須考慮下列危險，亦即對於行使此項具有特別意義無法律保留保障的基本權產生了超越具體個案的負面影響，在此情況下，聯邦憲法法院之審查不應僅侷限於該受責難的判決是否植基於對於基本法第五條第三項第一句之意義，尤其是保護領域的範圍重大不正確的看法，亦不得不去注意個別解釋錯誤的問題（BVerfGE 42, 163 [169]; 43, 130 [136 f.]; 54, 129 [136]; 66, 116 [131]）。

II.（藝術之定義與藝術自由之保障）

舉辦時空錯置遊行的行為屬於藝術自由基本權的保護領域（基本法第五條第三項第一句），因此受責難的判決應依上述的範圍來加以審查。

1. 此項自由權之保障依其字義及意義首先是包含了規範「藝術」生活領域與國家間關係的基本規定，此項規定同時亦保障任何在此領域內活動之人一項個人的自由權。藝術創作本身之「作品範圍」以及藝術作品本身之呈現及傳達的「影響領域」，亦即大眾得接觸該藝術

作品的領域，皆同等受到藝術自由之保障（BVerfGE 30, 173 [188 f.]）。在基本法中係基於藝術家在國社主義暴力統治下所忍受的殘酷經驗的考量，才規定此項保障。在解釋基本法第五條第三項第一句時此項背景具有重大意義：藝術自由之保障不得透過對於藝術概念價值判斷上的限縮，亦不得透過解釋或類推適用其他憲法規定的限制條款來加以限制（BVerfGE a.a.O., [191]）。

2.生活領域「藝術」係由受藝術本質所影響，本身獨特的結構特徵來確定，因而憲法上所保障的藝術自由究竟包含多廣且其詳細的意含為何，無法透過一項適用於所有藝術創作外在形式以及所有藝術類型相同有效的概念來加以描述。

a)到目前為止，自藝術理論出發明確說明藝術標的努力中，吾人無法獲得充分肯定的答案，因此無法取決於在非法律領域中一項確定的藝術概念。在藝術理論中缺乏客觀標準共識之原因與藝術生活中特殊的特徵有密切的關係：前衛派之目標即是不斷擴展藝術的界限，藝術家及藝術理論者對於僵硬形式以及嚴格傳統方式的不信任正是生活領域「藝術」的特質。此項特質必須加以尊重，且自此項特質中亦可以得出，只有廣義的藝術概念才能導引出適當的解決方案。

b)無法一般性地定義藝術概念並不表示可免除保障生活領域藝術自由的憲法義務；但在具體法律適用時，

則必須決定基本法第五條第三項第一句的前提是否存在。無論學說或判決為含有「藝術」構成要件的法律實際上適用之必要，所發展出的公式及界定標準，對於憲法保障的解釋皆是不充足的，蓋一般法律的解釋皆係依法律規定不同的目的而定。

憲法上確定概念的嘗試亦僅能觸及到部份的觀點；其僅能適用在個別藝術創作的種類（許多豐富的文獻，例如 Ropertz, *Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz*, Diss. Heidelberg, 1963; Erbel, *Inhalt und Auswirkungen der verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie*, 1966; Knies, *Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem*, 1967; Von Noorden, *Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz und die Strafbarkeit der Verbreitung unzüchtiger Darstellungen*, Diss. Koeln, 1969; Vogt, *Die Freiheit der Kunst im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland and Schweiz*, Diss. Zuerich 1975.）但無論如何，這些努力提供了有效的觀點，在具體個案中得依此項觀點來判斷一項生活事實是否屬於基本法第五條第三項第一句的保護領域。

3.a)聯邦憲法法院強調，藝術創作之本質在於自由創造性的設計，在創造過程中將藝術家的印象、經驗及經歷透過特定形式、語言的媒介表現出直接的體驗。所

有藝術創作行為皆是可知與未知事件的融合並且無法理性地加以分離，在藝術創作過程中，直覺、想像及藝術的知識相互作用在一起；其首重的並非是一種報告或通知，而係一種表達，一種藝術家個人人格的最直接表現（BVerfGE30, 173[189]）。在文獻中類似的、實質的、具有價值判斷性質的描述亦強調創作、表達個人經歷、設計以及人與人之間思想傳達的特徵（Scholz, in Maunz/Duerig/Herzog/Scholz, GG, Art.5 Abs.3, Rdnr.24, 29; Scheuner, Die Bundesrepublik als Kulturstaat, in Bitburger Gespraechе, Jahrbuch 1977-1978, S.113[126]; Wuertenberger, Vom strafrechtlichen Kunstbegriff, in Festschrift fuer Eduard Dreher, 1977, S.79[89]; Geiger, Zer Diskussion ueber die Freiheit der Kunst, in Festschrift fuer Gehard Leibholz, 1966, S.187[191]）

時空錯置遊行的表現方式符合上述描述的要求，創造性的要素並非僅存在 Brecht 的詩中，而亦存在將之轉換成為圖像化形式的行為。詩詞及其演出可被視為已充分地設計。一般及個人歷史上的經驗一涉及到當今的政治情勢—應被呈現出來且可直接加以體驗。

b)若認為藝術作品之本質在於，依形式類型化的觀點決定一項特定的藝術種類所要求的類型特徵是否被滿足，則所採取的係形式上的藝術概念，其僅以例如畫家、雕刻家、詩人的創作行為及結果為出發點，即使如此亦

不能否認時空錯置的遊行具有藝術作品的特質。

該項演出所依據的詩詞係一項藝術表現的傳統形式，由演員（配置面具與道具）基於具體的劇本以戲劇形式演出的方式亦屬於傳統的形式，採用特別的街頭劇場方式來演出並不會有什麼改變；固定設置的舞台相較於具有悠久傳統的戲劇形式，亦即巡迴演出的劇團並未享有任何的優先地位。

c)即使認為藝術表現的典型特徵在於，基於藝術創作思想內容的豐富可能性，表演在不斷解釋中能夠得出更寬廣的意義，因而藝術創作在實際上係傳達無盡多樣的資訊，時空錯置的遊行亦滿足此項特徵。街頭劇場特別的演出方式可導致舞台與觀眾間產生一段距離，因此觀眾在觀看時很清楚自己乃在欣賞一項表演，詩詞本身已是可多義性的解釋，再透過其現實化以及影射當代人物與事件，雖然其目標十分明確，但其所表達的思想內容仍是多義性，至少此項思想內容並非直接，而係間接由許多不同的要素所組成（例如標語詞、布偶、偽裝者、團體）。

d)時空錯置遊行活動屬於基本法第五條第三項第一句的保護領域，遊行主辦者主要且明顯的政治意圖並不會改變此項情況。藝術家在闡釋現實事件時，對於此項藝術創作行為亦不得提出具有拘束力的規定及評價；所謂“表態藝術”的領域並未排除在受自由權保障範圍之

外（BVerfGE30, 173[190f.]）。

III.（藝術自由保障之界限）

1.在自主性與固有的規律性上，藝術是受到基本法第五條第三項第一句毫無保留地保障；基本法第二條第一項第二個半句的三項限制以及基本法第五條第二項的限制皆無法直接適用或類推適用（BVerfGE30, 173[191f.]）。相反地藝術自由的界限可直接自憲法中其他保護基本法憲法秩序內重大法益的條文中獲得，特別是基本法第二條第一項與第一條第一項所保護的人格權。但另一方面藝術自由亦給予人格權權利界限，為在具體個案中能確定此項界限，在法院訴訟程序中若不考量藝術自由而僅確認人格權受到侵害——在此以侮辱之方式——，乃是不足的。仍必須加以闡明的是，此項侵害是否如此地重大以致於藝術自由必須退卻；僅是微不足道的妨害或僅是重大侵害的可能性基於藝術自由高度的重要性，並不充足。若可無疑地確定人格權受到重大侵害，則不得以藝術自由來合法化此項侵害。

2.此處所提示的憲法上要求，區法院並未明確認知：

a)藝術表演係需要詮釋且可以詮釋的；詮釋不可缺少的因素則是對於藝術表演全盤的觀察。因此不得將藝術創造的部份自其整體中分離出來，而特別地加以審查

其是否得被評價為犯罪行為。因此，若區法院認為有罪的事件係在實際演出以外發生且因而獲得不適用基本法第五條第三項第一句的結論，則在憲法上已可加以責難。在此區法院已無法正確認知實際上採取開放性的準備工作（組織遊行隊伍）或重新編組（在 Kassel 的過程）的必要性，在此必須更進一步考慮的是，在現代劇場中開放性的準備工作亦屬於藝術創造整體演出的一部份。

雖然透過布偶以及標語所為的象徵性演出在正式演出以外亦有說明解釋之價值，但此項情形卻是主辦人所欲避免的，因此在橫貫不同地點時，皆將道具掩蔽起來。即使此項遊行在 Sonthofen 並未立即開始表演，並不會改變此項判斷，訴願人及主辦人並不用對此項情形負責，其乃是基於秩序維持官署之指示所為。基於證據保全之目的而由警察照相的行為亦不因此而帶來不利益，記者之照相行為係屬宣傳自我演出的領域且係如同在固定劇場內一般所見的排練照一樣。

自上述的事中可以得出，若在確定是否存在侮辱行為時，並非以一基本法第五條第三項第一句所要求的一整體觀察的方式而係僅自一輛載有惡魔的車子出發，在憲法上是錯誤的。

b)除此之外，區法院亦未認清，在上述所要求的整體觀察下有許多的解釋可能性產生。

對於藝術演出內容以刑法來評價時，究竟以何種標準為依據的問題，在此並不需要作終局的決定，尤其是此項標準幾乎不能一般且適用於所有的藝術形態。若涉及到對於藝術之認知時，則對藝術表現方式幾乎一無所知者當然無法提出任何的標準。當然，另一方面亦不能提昇至一個受過完整藝術訓練者之標準，至少一如此處一涉及在公共街道上針對任意聚集的公眾表演時，不能用此標準。此處僅須探求願意觀看全部遊行及詩詞演出的路人如何理解載有惡魔者車子的表演。

在此情況下，從屬起訴人與納粹大老坐在同一車輛上亦可能被視為兩者具有相同地位並且主張其政治目標。在特別考量詩詞內容下亦可得出下列印象，亦即雖然應該是表演與納粹大老的戰鬥，但卻是如此地虛偽以及充滿謊言，就如同在 Brecht 詩詞中所呈現出對於納粹往事的疏離。

但另一位觀察者可能得到從屬起訴人，即使是失敗的，乃在對抗國家社會主義象徵的結果，間接或直接以劇本意圖作為思考中心的觀眾亦可觀察出此項戰鬥，但其可能會有其他附加想法，及作為具有強大影響力、呈現為追求正義政治家的從屬起訴人特別需要此項區隔，且舊的國社主義似乎又即將再度盛行。

在此處並非涉及到將區法院判決所描述事實相近的解釋透過所謂深思熟慮的行人觀點來作為刑法上判斷的

重大依據且依據草率幼稚並未理解到與布偶間發生戰鬥的觀察者為出發點。此種方式亦違反了基本法第五條第三項第一句。

3.受指摘的判決正是犯了此種錯誤，不可排除的是，若法院遵守上述憲法之要求為審查時，將出現不同的決定。因此廢棄此項判決；本案發回區法院，在重新審理及判斷時，法院必須注意上述所呈現藝術自由與一般人格權間關係的基本原則。

【機場噪音案】判決

BVerfGE 56, 54-86 - Fluglärm
聯邦憲法法院第一庭1981. 1. 14.裁定 - 1 BvR 612/72

吳綺雲 譯

裁 判 要 目

裁判要旨

案由

裁判主文

理由

A. 爭點

I. 防治飛航噪音相關規定
之立法

1. 七〇年代以前

2. 七〇年代以後新訂和補
充

II. 案例事實

1. Düsseldorf-Lohausen
機場營運情形

2. Nordrhein-Westfalen
邦對訴願人所受飛航噪
音影響之意見

3. 訴願人之主張

III. 訴願對造人之立場

1. Nordrhein-Westfalen

邦和聯邦交通部

a) Nordrhein-
Westfalen 邦

b) 聯邦交通部

2. 回答問卷補充意見

B. 本憲法訴願案有條件合
法

I. 不合法情形

1. 無先用盡其他法律救濟
途徑

2. 逾越提起訴願期限

II. 針對立法者不作為提
起憲法訴願之要件

C. 本憲法訴願案無理由

I. 違憲審查之考慮

1. 人身不可侵犯權得要求
受保護之範圍

a) 廣義的健康概念

b) 對飛航噪音影響之研究報告和醫學鑑定

2. 立法者憲法上修訂法規之義務

II. 訴願無理由之原因

1. 聯邦憲法法院審查立法

者是否怠為之限制

2. 本案立法者無因怠為而違背保護之義務

a) 過去研究、關心飛航噪音問題之證明

b) 已採行之主動的防治噪音措施

裁判要旨

1.主張因航空器飛行噪音影響致其基本權利受侵害者，原則上應於訴諸聯邦憲法法院之前，先採行（其他）法律救濟途徑（Rechtsweg）尋求救濟。

2.關於立法者修訂改進防治航空器飛行噪音規定之義務。

案 由

憲法訴願人：1. H...先生—— 代理人：Dr. Heinz Heyden律師，Am Buchenhain 1, Ratingen 5, 2. Dr. H 律師，係對聯邦立法者以及聯邦、Nordrhein-Westfalen邦之主管機關未盡基於基本法所課有顧及防治飛行噪音之義務，而提起憲法訴願。

裁判主文

憲法訴願應予駁回。

理 由

A.（爭點）

Düsseldorf-Lohausen飛機場旁兩住戶提起憲法訴願主張，國家機關以違憲方式，怠於採行防治該機場所生噪音之有效措施。

I. (防治飛航噪音相關規定之立法)

1.在關於航空器之許可、航空站之核准以及飛航行爲之法規中，對防治噪音起初僅有極少的規定。

依據航空法(Luftverkehrsgesetz)，德國航空器之核准是取決於事前一範例許可(Musterzulassung)之程序；外籍航空器之飛進和飛航，除基於國際性協定可免除外，以事先取得許可爲要件。有關之細節於該法一九五九年一月十日頒布之版本(BGBl.I S. 9)中有如下之規定，一九六四年六月十九日頒布的航空許可條例(Luftverkehrs-Zulassung-Ordnung, Luft-VZO)(BGBl.I S. 370)第三條亦有與之字義一致的規定，該規定適用至今未變更：

第二條

(1)...航空器只於符合下列情形下，始得核准其飛航：

1.-3

4.航空器上應設有經其飛行所生噪音，不超過依當時科技水準所不可避免之程度的技術裝備。

(2)-(7)

對於航空站、飛行場之設備和經營，航空法中僅一般性地規定，於有理由假定會危害公共安全或次序之情事時，即應拒絕或廢止其許可(第六條)以及於計劃確定裁決(Planfeststellungsbeschluss)中應附加經營人有設置

和維護對公共福祉或為確保鄰接土地利用，以防危險或不利益所必要之設備的負擔（第九條第二項）。但於上述原始版本之航空許可條例中即已有規定，申請核發許可時，必須附具專業技術專家對於預期會生飛航噪音之程度以及醫學專家對於該噪音會對民眾造成之影響的鑑定書（第四十條第一項第十款）；該項許可之處分得附加負擔（Auflagen），特別是為限制飛航噪音對飛行場周圍地區造成之影響的負擔（第四十二條第一項）。

對於飛航之行爲，則在一九六三年八月十日頒布之飛航條例(Luftverkehrsordnung, LuftVO)(BGBl.I S. 652)中有以下適用至今的基本規定：

第一條

(1)凡參與飛航者，其行為應保證在飛航中的安全和次序，不危害、損害或超出依情況所不可避免地阻礙或干擾其他人。

(2)航空器運轉飛行所生之噪音，不得超過按規定駕駛或使用所不可避免之程度。

(3)...

2.航空器飛航所生之噪音，特別是自五〇年代末以來，逐漸為人們感覺是一種環境負擔(Umweltgutachten 1978, BTDDrucks. 8/1938, S. 257)；依較新的研究調查，該種噪音居干擾來源的第三位，次於道路交通和工作場所之噪音(Jokiel, Kampf dem Lärm 1977, S. 29[39])。其原

因曾經是由於大量增加的飛航活動次數，此自一九七二年以來，經投入使用明顯較大之航空器和對單個的飛航作較佳的利用，才又稍有減低。此同時，噴射飛機的引入使用，使得單個橫向飛行的噪音強度大大地增加；特別是對第一代的噴氣式發動機感覺尤其大聲。此外由於隨城市的擴展，住宅區移推至更接近飛機場，因此也就有越來越多部分的民眾，直接受到飛機場營運的影響。

對於上述的發展，立法者作出反應，頒布了新的法規。新法規中包括特別是一九七一年三月三十日公布的防治飛航噪音法(das Gesetz zum Schutz gegen Fluglärm)(BGBl. I S. 282)。該法第一章“為保護一般民眾，防止不受因飛機場周圍地區飛航噪音造成之危險、嚴重之不利益以及嚴重之干擾”中，對噪音防治區域的確定，規定了以下的範圍：

第二條

- (1)噪音防治包括飛行場場地以外，因飛航噪音引起等值之持續音量超過67分貝dB(A)之區域。
- (2)噪音防治區域依噪音造成負擔之程度分為兩防治區。防治區1包括等值之持續音量超過75分貝dB(A)之區域，防治區2為噪音防治區域內之其餘地區。

該等值之持續音量係考慮可預見之飛航營運的形式和範圍，根據可預料到的飛行場擴建，測量算出。在噪

音防治區域內，土地的建築利用是受到限制的。防治區I內的土地所有人可由飛行場持有人支出費用，以築隔音保護設施方式，防止飛航噪音。第一個確定的噪音防治區域即是針對 Düsseldorf-Lohausen 民用航空站 (Verordnung vom 4.März 1974 [BGBl.I S. 657])。

因該防治飛航噪音法之頒布，此外也為改進噪音的防治，並修訂和補充了 航空法，最近一次的新修正版本於一九八一年一月十四日(BGBl. I S. 61)公布。在其第六條有關航空站、飛行場之核准和可能之廢止的條文中，現起即明文規定，亦應適當地考慮到飛航噪音的防治。此外該法現亦包括以下之規定：

第二十九條

- (1)防禦飛航安全以及因航空飛行之公共安全或次序之危險（航空監督），是屬航空機關之職責。航空機關於執行航空監督時得發布處分。為防禦因航空噪音或航空站、飛行場周圍地區因航空器所生空氣污染而造成之危險、嚴重不利益或嚴重干擾所採取之措施，只得於與各邦主管防治公害環保機關取得協議後，始可為之。

(2)-(3)...

第二十九條 b

- (1)飛行場持有人、航空器持有人以及航空器駕駛人有義務，於空中或地面運轉飛行航空器時，防止

產生可避免之噪音，如有必要產生噪音，應將不可避免之噪音的擴散限制至最低程度，以保護民眾不受因噪音造成危險、嚴重之不利益或嚴重之干擾。

(2)航空機關應致力於保護民眾防止不可期待之飛航噪音。

第三十二條

(1)交通部經聯邦參議院之同意頒布執行本法關於以下事項所必要之法規命令：

1.-14. ...

15.保護民眾防止飛航噪音，特別是藉由採取減低航空器本身、航空器於地面、起飛和降落時運轉以及飛越有人居住地區時之噪音，和設置為測量航空噪音及評估測量結果設備的措施。

16....

(2)-(5)

依據上述授權規定，經一九七五年十一月二十八日頒布之修正條例(BGBI. I. S. 2951)，於航空條例中增加第十一條a和第十一條b，規定民用超音速之航空器，除嚴格限制之一些例外情形外，禁止其飛航。

除上述之規定外，航空法亦有規定，民用航空站、飛行場經營人應設置持續性有記錄的測量因航空器之起飛和降落所生噪音之設備（第十九條a）。所測量和評估

之結果應通知核發許可之機關，亦應通知依第三十二條b新成立的“爲許可機關防治飛航噪音措施諮詢”委員會，該委員會亦包括有航空站周圍地區受飛航噪音影響鄉鎮之代表一人和聯邦反抗飛航噪音聯盟之代表一人。第三十一條a並規定於聯邦內政、交通部成立一諮詢委員會，在頒布防治飛航噪音之法規命令之前，應聽取該委員會之意見。該委員會成員亦應包括學術界、技術界以及聯邦反抗飛航噪音聯盟之代表。

一九七四年三月十五日頒布的聯邦公害防治法(Bundes-Immissions-schutzgesetz)(BGBl. I S. 721)也對航空器作了一般性的防治噪音的規定：

第三十八條

汽車和其拖車、有軌車、航空器以及水上車，必須設有裝備，使其於依規定運轉時所發出之流散物(Emissionen)，不超過爲保護防止有害環境影響應遵守之界限值。其運轉必須防止可避免之流散物，不可避免之流散物必須限制至最低程度。聯邦交通部和聯邦內政部在聽取參與範圍內人士（第五十一條）之意見後，於聯邦制定交通法規權限範圍內，以法規命令規定第一句所稱車輛在性質、裝備、運轉駕駛和檢查上，爲保護防止有害之環境影響必要的要求。

以上所述之國內法規規定另外並有一些國際性的約定和措施加以補充。其中包括國際民航協定(das

Abkommen über die Internationale Zivilluftfahrt)，德國以一九五六年四月七日之法律加入該協定（BGBl. II S. 411 nebst Bekanntmachung über das Inkrafttreten vom 12. Oktober 1956 [BGBl. II S. 934]）。在該協定附件十六中，首次確定了核准噴射推進式民用航空器流散物之界限值，自一九七二年初起生效，該界線值先於一九七七年十月六日生效更新，後於一九七八年六月該附件第三版本中再度更新修訂，以更嚴格之界限值代替。早在一九七〇年七月三十一日公布航空器噪音界限值時，聯邦航空局即已先取該當時界限值，宣稱作為範例許可的標準。一九七九年十二月二十日歐洲共同體部長理事會（Rat der Europäischen Gemeinschaft）依循上述第三版之航空協定附件十六，頒布了減低低音速航空器準則（ABl. Nr. L 18 vom 24. Januar 1980, S. 26）。

II.（案例事實）

本案訴願人係座落於Düsseldorf-Lohausen航空站東北方房屋之所有人。

1.該座位於近市區且四周圍大部分係稠密住宅區的飛機場，是屬於德國利用最多的民用航空站。它，——撇開中斷期間不算——，是自一九一四年以來即作為民航用之機場。按計劃地飛航噴射飛機是自一九五九年開始。

該機場航空法上的許可最終是於一九五八年核發，一九六三年和一九七六年並有擴建。於第一次擴建時並同時於一九六四年一月二日對該機場的擴建作成一計劃確定裁決。機場周圍鄉鎮曾對該裁決和其立即執行之下命不服，提起行政訴訟，最後以和解結束訴訟；本案訴願人當時並沒有參與該訴訟。隨第二次航空法上擴建許可之後的計劃確定程序則尚未終結。

與營業性航空的一般發展相符，在Düsseldorf機場的飛航次數和載運旅客的數目至一九七二年也是大大地增加，而根據Nordrhein-Westfalen邦的報告，自該時間起，雖然旅客的數目增加約百分之二十五，但飛航的次數確稍有減少，自一九七二年的八〇〇四六次減少到一九七七年的七六八四一次。在同期間內，符合前述國際航空協定附件十六之噪音界限的航空器部分，則由百分之六、七增加到百分之二十、五。在包機航空(Charterverkehr)，一九七七年的飛航次數幾乎只是定線航空(Linienvverkehr)的一半多，符合前述國際航空協定附件十六之噪音界限的航空器，在包機航空飛航占的部分要明顯地多得多。

2. 本案訴願人1)於一九三六年興建房子的土地，是位於噪音防治保護區防治區1的東北角，訴願人2)於一九五六／五七年興建房子的土地，是位於噪音防治保護區防治區 2的最外圍邊界上。其距離機場東北方向起、降

跑道的軸心有八十至五百公尺。Nordrhein-Westfalen邦政府認為，關於飛航噪音對訴願人所有土地造成之影響，具重要性的一點是，一年中所有的飛機起飛，只有十分之一是飛向東北方的方向，且該些飛機飛越過訴願人之土地時，已經達到六百至一千五百公尺的高度。飛機降落時飛越過訴願人土地之次數較多，但是是在大約三百五十至六百公尺的高空，傳動推進器已關閉時，因此造成的噪音明顯地較少。較早邦政府發表的意見曾承認，在訴願人1)之土地上，通常可預期的音量強度是90 Phon，相當於90分貝dB(A)以下之噪音音量值；在訴願人1)之土地，可假定大約平均值是86 Phon。在之後提出的書面中，則告知了較低的測量值。

3.依訴願人之見解，國家機關以不作為，違背了其憲法上應有效防治由航空站營運所生噪音干擾的義務。訴願人並不期待聯邦憲法法院規定具體的措施，而是請求該法院作成裁判，確認侵害其基本權利和規定國家機關一有限制的過渡期限補救。訴願人在防治飛航噪音法公布前即已提出憲法訴願，該法頒布後，其在新送交的書狀中，更提出其他理由。訴願人認為，該法中所規定的保護措施亦還是不足，其理由為，該些措施主要是限於防治噪音影響的一些被動性的措施，而不就發生噪音之原因，主動地在其源頭去制止它。訴願人之陳述詳細如下：

爲迫使國家機關履行所負的該些義務，訴願人認爲可不須先採行法律途徑，尋求救濟，而直接訴求於聯邦憲法法院。無論如何，基於本訴願程序之具普遍重要性，一定符合（聯邦憲法法院）先決定（Vorabentscheidung）之要件。由於立法者沒有制定充足的保護法規，而行政機關在缺乏該些法規且鑒於尖銳的利益衝突下不能勝任，因此只有具權限和權威的聯邦憲法法院能有效貫徹實行基本權利的保障。

訴願人主張，根據特別是由基本法第二條第二項規定結合保護人性尊嚴導出的基本權，和根據基本法第十二條第一項，第十三條和第十四條規定以及行政機關之協力核發許可，得出國家機關有保護上述基本權中所稱法益，不受因第三人經營航空站飛航，造成有害之噪音干擾的義務。對訴願人土地造成之該項干擾是來自Düsseldorf飛機場，此由在該土地靠近飛機起降跑道處所測得以及由Nordrhein-Westfalen邦政府所承認之測量值即已可得知。因飛航次數的大增和轉而使用噪音強度極強的噴氣式飛機，使得該項干擾已持續地增加，在所計劃的飛機場擴建之後，毫無疑問地將會繼續增加。

訴願人又陳述，飛航噪音會妨害人身不可侵犯權，這是今日已被承認的。飛航噪音由於其極高的音量強度、高頻率和突擊式重覆的高音，而且更由於其是由各方面向住屋土地侵入，因此讓人特別感覺受到干擾。如

果飛航噪音所生之影響要依軀體的、精神心理的和社會的健康感受要求，亦即依世界健康組織之健康的概念予以測量，則飛航噪音干擾應被視為是嚴重妨害身體健康的。訴願人特別強調，具決定性之點是在於對生理和心理上的傷害、減低工作效率能力、妨礙交談理解以及減低居家休息價值，此總體將導致喪失生活品質。如果應達到原則上沒有人因噪音受到危害、嚴重不利益或嚴重干擾，如聯邦政府一九七一年環境計劃綱領所追求的，則飛航噪音所引發的心理上和社會的後果，應與其對軀體的影響同樣被正視。此外，在一九七七年為計劃中的飛機場擴建所作的醫學專家鑑定書中，曾正確地指出，隨著日增的日常飛航噪音，會增強生理上對聲音的刺激反應；基於此理由即已必須將噪音解釋為是一種對健康的風險。雖還沒有確切獲證實的發現，也必須考慮到對飛航噪音不能忍受性的主觀感受和環境，現代的人是比以前對噪音感覺較為敏感。

訴願人認為，國家機關，特別是立法者，但也包括行政機關，以不作為違背其有效防治飛航噪音之義務。無論如何，到現在為止所採的措施是絕對不足的。

依訴願人之見解，航空法選擇各該當時的科技水準作為核發航空器許可之基準出發點，即已應受批評。此一種的規定有可能在原初是有理的；但在飛機是使用會發噪音的噴氣式機器的時代，該規定則變為是違憲的，

更是不適合用以防治超音速飛機之用。唯有立法者對德國之航空器範例許可和外國航空器之飛航許可，訂定有拘束力的噪音界限值規定，且在制定時是優先依循能忍受噪音負擔的期待可能性和享有健康權利的方向，如此才能促使航空工業發展噪音較低的推進器。訴願人認為，由於立法者為行政機關之行爲，僅制定不適當或不足夠之法規為以足，因此行政機關這方面即易於將經濟上或交通政策上之利益置於防治噪音之上。如果在同一國家內，為加以制止在不合適時間敲拍地毯（以除去塵土）或一條放肆的狗，制定了一大堆的肅靜法規，但卻允許飛機在星期日和工作日傾洩噪音干擾整個地區，則人們即要懷疑法的合理性了。對應獲許可始能興建之工廠要求之流散物標準值，應比對營運飛機場所要求的要明顯低得多。

訴願人又認為，完全不夠的是該些到現在為止，主要是屬被動性的保護措施。應該採取的是一些主動性去防治噪音的措施，譬如確定流散物的界限值、對航空器本身的防音措施、禁止特別引發噪音之航空器飛航、實施減低噪音的飛航程序，將包機航空的飛航轉換到離市區遠的飛機場、修改國與國間的協定以及暫時地限制飛航的次數，亦即實施飛航噪音配額。

訴願人承認，自一段時間以來，聯邦政府以及國際性的一些委員會也顯示了對飛航噪音問題的關心。但他

們對迅速改變不能期待忍受的現況，並不抱有具體的希望。即使該國際民用航空組織盡力將飛航噪音界限值調整適應各該當時的科技水準，亦不能保證飛航噪音不會危害人的舒適感覺和健康。再者訴願人認為，該些更嚴格的許可條件，要在一段不能預見的長時間後，才會發生作用。

III. (訴願對造人之立場)

1.對於訴願人提起之憲法訴願，Nordrhein-Westfalen 邦政府以及聯邦交通部代表聯邦政府，首先發表了以下意見：

a)依Nordrhein-Westfalen邦政府之見解，訴願人提起之憲法訴願不合法。該憲法訴願沒有符合提起訴願前必須先用盡（其他）法律（救濟）途徑（Rechtswegerschöpfung）的要件，亦不具備先決決定的要件。聯邦憲法法院僅在不須調查證據，因而亦是不須經其他法院的先行澄清即能裁判之情形，才能考慮作先決定。而訴願人提起之訴願並沒有符合該項要件。尤其正是在有關噪音干擾方面，不僅基於技術上，且是基於醫學上以及法律上觀點，都是相當新的領域，需要廣泛的調查證據和一般法院的先行澄清。至於訴願人直接以航空法中關於以各該當時科技水準為標準的規定為訴願對象的部分，則提起憲法訴願的一年期限已過。

該邦政府又認為，無論如何，訴願人提起之憲法訴願是絕對無理由的。自民用航空轉以噴射飛機飛航之始起，主管機關並非沒有嘗試在飛機場鄰近居民之利益與擁有一有效率、有競爭力之飛機場之公共利益兩者之間，作一合理的平衡。對身體健康有害的噪音與身體健康尚可忍受的噪音，兩者間的界線在何處，是有爭議的。無可否認的，Düsseldorf 機場的飛航噪音是干擾、妨礙到機場附近的居民。但該邦政府認為，這還談不上是有違義務地怠於採行應為的措施。在訴願人之土地上可聽見的飛航噪音，依其強度和頻繁性，不致於會造成損害健康；因而不是牽涉到基本法第二條第二項意義下之對人身不可侵犯性的侵害。依該邦政府之意見，在訴願人土地上聽得見的噪音，不會比一個大城市地區通常有的道路和鐵路交通的噪音來得強烈和頻繁。因此既無法證明亦不能說明對人身不可侵犯性有所妨礙。

b)依聯邦交通部之意見認為，對避免發展過量噪音的要求，遭到幾乎不可能克服的困難。經由進一步的立法措施，可能避免民眾因不能期待之飛航噪音造成的干擾至何種程度的問題，最主要是一個醫學上和科技上的問題。立法者採取措施的要件，最主要的是要能經由科學上的認知，具體地確定尚可期待忍受噪音的界限。除此之外，也有必要找到能裝置減低音量，但同時不會太降低飛機推進器效率功能設備的科技方法。有關飛航噪

音醫學上和科技上問題的研究，自長久一段時間以來已完成或已開始進行。

聯邦交通部又陳述，依據醫學領域方面至今為止所得的認知情況，不能具體地確定出尚可期待忍受或不再能期待忍受之飛航噪音的界限。此外，在科技領域方面，到目前為止也欠缺頒布在航空器上裝置減低噪音設備之法規或準則 的科學上依據。基於這個理由，現今適用之內國、外國製造航空器的法規中，還沒有包括這方面的特別規定。防治飛航噪音的問題也必須要在國際航空協定的範圍內觀之，德國因該協定，負有要讓簽約國的航空器在內國飛航之義務。

2.爲了補充其所提出的意見，Nordrhein-Westfalen邦政府以及聯邦交通部取得聯邦內政部、聯邦司法部意見一致後，回答了聯邦憲法法院的一份有關一般，以及針對Düsseldorf-Lohausen飛機場，其致力於限制飛航噪音已達何種狀況的詳列問卷。

B.（本憲法訴願案有條件合法）

本件憲法訴願案只在假定訴願人是指摘立法者不願持續增加的飛航噪音干擾，怠於改進該些防護措施的法規之情形，才爲合法。

1.（不合法情形）

1.就訴願人指摘聯邦和Nordrhein-Westfalen邦主管機關方面怠於採取有效的防治噪音措施的部分，其提起之憲法訴願為不合法。

主張因航空器飛行噪音影響致其基本權利受侵害者，原則上應於訴諸聯邦憲法法院之前，先採行（其他）法律救濟途徑（Rechtsweg）尋求救濟。通常都是與一飛行場或航空站的擴建有關聯地針對計劃確定裁決提起訴訟。可能的其他法律救濟途徑還有訴請有限制地廢止已核發的許可、採行怠為的防護措施或是針對航空站的營運和與其結合的噪音強烈航空器的起飛、降落許可而提起鄰人訴訟（Nachbarklage）。

對於訴願人，上述該些可想像的可能，何者可列入考慮，對此聯邦憲法法院不應作裁判。訴願人並沒有嘗試採取該些可能的法律救濟途徑的任何一種，而是直接訴諸於聯邦憲法法院。本院自訴願程序一開始，且在進一步程序進行中，曾屢次對訴願人暗示，質疑其所提出憲法訴願的合法性。但訴願人並沒有接受預備性先採行（其他）法律救濟途徑尋求救濟的建議，而是依聯邦憲法法院法第九十條第二項第二句規定聲請先決定（譯註1）。

（譯註1） 依聯邦憲法法院法第九十條第二項及基本法第九十四條第二項第二句之規定，提起憲法訴願，原則上需訴願人已「用盡其他法律救濟途徑」，惟若訴願人所提起之訴願具一般性意義，或如令訴願人先遵循一般法律途徑，將使其遭受重大且無法避免之損害時，依聯邦憲法法院法第九十

然而先決定，依一貫的裁判見解，須具備至少已採行了（其他）法律救濟途徑或是於裁判之時，尚能採行（其他）法律救濟途徑的要件（BVerfGE 11, 244; 22, 349[354]）。即使若已具備後者之要件，由於本案案情形式，須先用盡（其他）法律救濟途徑乃是不可欠缺的，因此也是絕對不可能作先決定的。在聯邦憲法法院作裁判之前，一定必須其他法院已就具體情況，特別是飛航噪音干擾，包括該土地過去受干擾的程度，為防治飛航噪音已採取或可能採取之措施以及其對人體健康產生的影響，已進一步查明且已作了法律上評斷。訴願人指摘行政機關怠於採取保護人體健康之必要措施之點，也正是必須先進一步確定，行政機關到目前為止執行現行規定，究竟已採取了那些防治噪音的措施以及該些措施在何種程度是可被斥責為不適當和須改進的。否則，聯邦憲法法院即會有陷入必須根據不確實的依據，在正在發展中的防治噪音法律領域，作出廣泛深遠影響裁判的危險。

2. 訴願人直接以現有法律規定為對象提起憲法訴願之部分，已因遲誤聯邦憲法法院法第九十三條第二項所規定之一年期限，即為不合法。訴願人對於自一九五九年初起適用之關於航空器飛航許可規定（航空法第二條

條第二項第二句規定，此時聯邦憲法法院可例外的立即加以裁判。

第一項第四款）和對於被批評為不完備之一九七一年三月三十日頒布的防治飛航噪音法的指摘，都是在該期限經過後很久才提出和說明理由。撇開此不談，其亦欠缺直接以法律規定為對象提起憲法訴願之其他合法要件。因訴願人並非直接被該些法律侵害，而是透過其執行行為。因而就此點而言，訴願人本也必須先採行（其他）的法律救濟途徑。而在該法律救濟程序範圍內，即亦可提出要求間接對該些具裁判重要性的法律規定加以審查。

II.（針對立法者不作為提起憲法訴願之要件）

本案訴願人提起憲法訴願之重點係在針對立法者之不作為。因訴願人提出的指摘，最終乃集中在攻擊斥責立法者沒有交予行政機關足夠或適當的，許可航空器和核准飛機場營運的一些標準；在欠缺有效法規的情形下，國家機關鑒於尖銳的利益衝突即無法勝任，不能迫使航空工業透過適當的飛機結構，從源頭上去防治航空器噪音。

就訴願人此一種對立法者不作為之指摘部分，不能從一開始即謂其提起之憲法訴願不合法。吾人可基於此觀點出發，認為訴願人作為噪音保護區內之居民，因該所指摘的不作為行為本身，受到現實、直接的干擾。對一持續性立法者之不作為提起的憲法訴願，也不以原則

上須先採行（其他）法律救濟途徑和遵守聯邦憲法法院法第九十三條第二項所規定之一年期限為要件。然而到目前為止，該類的憲法訴願只有在例外情形，而且只在訴願人可引證基本法（憲法）對立法者有明文的委任，且對該立法義務之內容和範圍有扼要確定時，始得視該訴願為合法(BVerfGE 6, 257 [264]; 8, 1 [9]; 11, 255 [261 f]; 12, 139 [142]; 23, 242 [249])。本案訴願很明顯並沒有具備上述要件。訴願人提出的異議結果毋寧是指摘立法者沒有履行該些須自基本權所體現的基本決定，透過憲法解釋，才可導出的作為和保護的義務。要說人民在此種情形下，亦可直接向聯邦憲法法院提起以立法者不作為為對象之憲法訴願，則絕不是毫無顧忌可接受的。因為正是在此種情形，對於是否應制定一法律、其內容應為如何之裁判，是取決於經濟上、政治上和預算法上之情況，而這一般不是法官審查的範圍(參照 BVerfGE 1, 97 [100f.]; 11, 255 [261])。

提起此種時間上無期限限制的憲法訴願，一般須至少具備的要件是，立法者不顧所負有之行為和保護的義務，而完全不作為。如果相反地，立法者已有（立法）作為，儘管其所立的法是一種否定性的規定，立法者即非「怠為」作決定(參照 BVerfGE 13, 284 [287]; 23, 229 [238]; 29, 268 [273])。認為立法者制定的該項規定不完備的人，即應依前面第I部分所述之方式，提請憲法法院審

查，亦即首先直接在撤銷一執行處分之程序中提出，或者——於具備應有之條件下——直接提起憲法訴願，但須在聯邦憲法法院法第九十三條第二項為維護法的安定性所規定的一年期限內提出。在該期限過後和在撤銷具體執行處分訴訟程序之外，能針對不作為提起憲法訴願的，最多還有的可能是基於以下尚要說明、由新近法院裁判發展而成的特別觀點，亦即立法者因其不作為，違背了憲法上有改進原初被視為是合憲法規的義務。

所有上述這些憲法訴願合法性的問題，聯邦憲法法院基於防治噪音所具的高度重要性，都已先將之擱置一旁，而盡力透過三番多次的徵詢取得意見，以澄清實體法上的問題。關於合法性的問題，現在也不須作終局性的裁判了。在本案憲法訴願依聯邦憲法法院法第二十四條規定^(譯註2)是絕對應予駁回之後，訴願人提出之指摘，在基於立法者有改善（法規）之義務的觀點下，即足以將訴願人針對立法者不作為所提起之憲法訴願當成是合法來處理。如憲法法院集中就這個觀點加以審查，應該也是符合訴願人本來之請求的。因為依訴願人之陳述，已有的防治噪音的法規，原本是足夠的，但是由於情勢

(譯註2) 聯邦憲法法院法第二十四條規定，對於不合法或顯無理由之聲請，法庭得以一致裁定駁回之。聲請人如事前已被告知其聲請的合法性及理由有疑問時，該項裁定無須附理由。

環境改變——飛航次數的大量增加，轉而使用噪音增強的噴射機且同時在飛機場四周的居住密度增加——的結果，該些規定已「變成是違憲的」，然而立法者直至七〇年代初仍舊是完全不採取作為。如果從此觀點出發，則該些於頒布防治飛航噪音法之前已提起的憲法訴願，即不能事後變為不合法。因為由於該法是優先採取一些被動式的防治噪音措施，因而僅是有限地符合了訴願人的要求，因此並不因該法即剝奪了之前已提起之憲法訴願的權利受保護的必要。

C. (本憲法訴願案無理由)

以立法者的不作為為對象的憲法訴願，就能假定其提起是合法的部分，可是在聯邦憲法法院法第二十四條意義下是無理由的。即使當立法者根據由基本法第二條第二項所導出的保護義務，應該去改進其原初所制定的防治噪音措施的法規，但本案實體法上審查的結論是，不能苛責立法者憲法上有違背該項義務。

I. (違憲審查之考慮)

在作該項審查而不下終局判斷時，可基於以下的考慮：

1. 可列入考慮作為憲法上審查標準的，最主要是基本法第二條第二項規定所保障之人身不可侵犯權。依被承認的法院裁判見解，該項基本權不只是作為主觀的防

禦權，保障人民不受國家的侵犯。毋寧是除此之外，基於其客觀的法的內容，得出國家機關有保護和促進基本法第二條第二項所稱法益的義務，特別是保護其不受其他人方面違法的侵犯。該項首先由聯邦憲法法院 *Fristenlösung* 判決(BVerfGE 39, 1[41])發展出，後在 *Schleyer*判決(BVerfGE 46, 160[164])經確認的裁判見解，聯邦憲法法院現也已經在所作的兩個核能法判決(BVerfGE 49, 89[141]—— Kalkar；BVerfGE 53, 30 [57]—— Mülheim-Kärlich)中，將之適用於環境法上。

直至目前為止還未完全澄清的一項進一步的問題是，該項由基本法第二條第二項規定得出的保護義務是否唯獨只限於生物——生理觀點下的人身不可侵犯的保護，或者也擴及至精神，亦即心理的健康的領域（持此主張者如Klopfer, *Zum Grundrecht auf Umweltschutz*, 1978, S. 28），或者甚至亦包括社會的舒適健康。

a)如果將基本法第二條第二項規定中的人身不可侵犯的概念與世界健康組織在其一九四六年七月二十二日章程中所定義的健康的概念同等齊觀，則飛航噪音的結果不僅是因其軀體的，而是由於其超過社會適當界限有害生理和社會健康之影響，即已需要防治。因在該章程中的所謂健康是指「身體上、精神上和社會上完全舒適的狀態，而不只是沒有罹患疾病或殘疾」。飛航噪音如在此意義下即已足夠被視為是有害健康的，因為它妨礙

最廣義的人與人間的溝通、降低居家休養生息的品質、減低集中和注意力、造成緊張和煩躁感覺以及受驚嚇、激怒和恐懼（參照如 Rohrmann und Oeser, in: Umweltrecht im Wandel, Materialdienst Nr. 18/79 der Evangelischen Akademie Bad Boll, S. 92ff.）。

但是反對根據上述世界健康組織章程中的廣義健康概念作解釋的理由是，——如果該項概念是符合當初制憲者的意願——，則很難解釋，為何當初制憲會議(der Parlamentarische Rat)沒有援用該項自一九四六年以來即已週知的概念，而卻是規定只「人身不可侵犯」是基本法上所保護的。但另一方面，如將之限制在是僅僅對傷害身體造成的影響的保護，則似又絕對不符合該項基本權的意義，如果吾人將其置於基本法第一條和該條規定所保障的人性尊嚴不可侵犯性予以解釋的話。於此可先不去問，作此種限制究竟是否與人是肉體、精神靈魂的一體以及心理、生理健康受損間是交換影響的理解相符合。但在憲法上不能不注意的是，如採狹義的解釋，將不符合該項基本權之作爲一種防禦權的功能，是用以防衛國家侵犯，如心理上的拷問、精神上的折磨以及其他與之相當的審問方式。而且由於該項基本權利的加列入憲法，正是因爲第三帝國的經驗而來，因此絕對不得完全忽視此觀點。Nordrhein-Westfalen邦政府在本訴訟程序中已正確地承認，至少該些非身體上的的影響，但其影

響應與對身體的侵犯同等齊觀的，應該包括在基本法第二條第二項規定保護之內。絕對應該包含在內的例如這些對一個人的身心感覺造成如使其遭受傷痛的影響。基本法第二條第二項之規定直至目前為止也不是依上述狹義的意義被適用。因此譬如對於腦電波的審問是否可能侵犯人身不可侵犯權的問題，不是自始即被否定，而是因該種審問的無害性，聯邦憲法法院暫不予作裁判（BVerfGE 17, 108[114f.]）。在關於對搬出租屋的保護（Räumungsschutz）的判決中，憲法訴願人罹患心理疾病和有自殺的危險，被視為是包括在基本法第二條第二項意義之內（BVerfGE 52, 214 [220 f.]）。此外，新的防治噪音規定完全一律都是採較廣義的理解作依據。早在一九六八年七月十六日公布的防治噪音技術指南（die technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm）（Beilage zum Bundesanzeiger Nr. 137 vom 26. Juli 1968）和尤其是一九七四年三月十五日頒布的聯邦公害防治法中稱，依其形式、規模或持續時間，足以造成「對一般民眾或鄰人發生危險、嚴重不利益或嚴重干擾」的噪音是有害環境的影響。同樣的標準也被用於因防治飛航噪音法而須增修的飛航條例（Luft-VG）第二十九條和第二十九條a規定中。計劃制定中的道路交通噪音防治法（Verkehrslärmschutzgesetz）也是追求防治“造成嚴重干擾

和合理情形下，不能期待忍受的噪音影響” (BTDrucks. 8/3730, S. 4)。

b)但是即使將基本法第二條第二項規定所使用的「人身不可侵犯性」的概念作狹義的解釋，也不能就以因民用航空站的營運所產生的飛航噪音不可能造成任何軀體上不好後果，而是僅限於對精神心理上和社會的健康舒適有所妨害為理由，即否定國家保護義務。至少其所造成的睡眠受到妨礙，很難爭辯是不對人身不可侵犯性不生影響。誠然，這方面的研究直到目前為止還沒有得到最終的結論：

一九七四年由德國研究團體 (Die Deutsche Forschungsgemeinschaft) 所發表關於飛航噪音影響的研究報告中 (Bd.I [Hauptbericht], S. 422)，綜合結論性地確定，依其所作的醫學上研究，一個大致完全健康的人，受到今日通常有的飛航噪音干擾妨害所生的影響，一般不會到須送醫院治療的地步。但是由病歷所列睡眠受干擾及血壓的變化情況，仍然可猜測其是產生基本的高血壓和過度緊張症危險的風險因素，即使到今天為止這還不能證明。至於其他因飛航噪音造成的有害健康的徵狀暗示，依據研究的結果，並沒有找到 (亦參照 die 1978 veröffentlichte Studie von Rohrmann und anderen über Fluglärm und seine Wirkung auf den Menschen, S. 218f., sowie die Zusammenstellung des Arbeitskreises 14 -

Fluglärm - der Projektgruppe Lärmbekämpfung beim Bundesminister des Innern, 1978, Anhang G, S. 5.)。

Jansen教授一九七七年在其為計劃擴建Düsseldorf飛機場之許可程序所作關於飛航噪音所生影響的醫學鑑定中，對上述德國研究團體提出的研究報告再作了研究。依其見解，並不能排除飛航噪音不會造成對軀體產生影響；但是應加以審定的是，由那一個界限值起是醫學上所不能期待忍受的負擔。鑑定人依據德國研究團體提出的研究報告指稱，飛航噪音造成的影響是妨礙溝通以及干擾休息和放鬆。受飛航噪音影響的結果，顯示出有明顯的社會-心理上的激怒反應，這是除其他結果之外所能查出的最重要最大的妨害。除了該項屬於是在社會學和心理學領域的妨害外，受飛航噪音影響，還會一再地出現心理-生理上的防禦反應。鑑定人又認為，對軀體上會造成如在血液循環方面等的影響，是不能排除的，由此可得結論是，噪音必須算入是風險因素之一。心理-生理學上所作實驗的結果不再能支持飛機場周圍居民可適應性地克服飛航噪音的假定。

如果以上述的研究為依據，則飛航噪音雖然依目前的科學認知水準，可能還不會引起違背嚴格意義下之人身不可侵犯性的結果，但是應擔憂該項經基本法第二條第二項所保障的法益會受到不算不嚴重的危害。這在聯邦眾議院交通、郵政和電信委員會於一九七八年十一月

八日爲制定道路交通噪音防治法草案所舉辦的聽證會中也獲得證實(參照StenProt. der 39. Sitzung, S. 45 ff.)。在該聽證會中，大多數的專家以及作鑑定之機關和團體都持見解認爲，引起嚴重干擾的道路交通噪音是一項危害健康的風險，反之，關於道路交通噪音是否以及從何界限值起會可能產生生理上性質的健康危害，目前則沒有周知的科學上經證實的認知 (dazu ausführlich die Ausschlußdrucksache 0162 vom 18. September 1978, S. 63 ff.)。

涉及危害基本權的風險的預防亦可以是包括在國家機關應負的保護義務之內，就此點，在聯邦憲法法院所作裁判中已經多次敘明(參照BVerfGE 49, 89[140ff.] - Kalkar; BVerfGE 53, 30[57] - Mülheim-Kärlich; BVerfGE 52, 214[220] - Vollstreckungsschutz)。憲法上保護義務——如在前引Kalkar判決中所述的——是可以要求制定一種形式的法規，使得繼續阻擋會侵害基本權利的危險；至於因憲法之故，是否、何時有必要制定此一種形式的法規以及其應有何種的內容，則是取決於可能產生危險的種類、臨近性和範圍程度，各該憲法上所保護法益之種類和其位階以及已制定現有的法規而定。

2. 以上所提出的一些考慮點，可以作爲至少有利於訴願人假定的理由，認爲由基本法第二條第二項可導出的保護義務亦包括有防治飛航噪音所引起危害健康影響

的義務。此外亦得與訴願人從同一觀點出發，認為立法者應該修訂改進其原初所制定的一些防治噪音措施的規定。

聯邦憲法法院在其較新的裁判中曾重複地指出，立法者可課以其憲法上有義務，須將一原初被視為是合憲的規定，以修訂改進的方式給予新的內容（參照 BVerfGE 25, 1 [12f.] - Mühlengesetz; insbesondere BVerfGE 50, 290[335,377f.]—— Mitbestimmung; Urteil vom 10. Dezember 1980—— 2 BvF 3/77—— Ausbildungsplatz-förderungsgesetz, Umdruck S. 51(譯註³⁾）。此一種義務在履行由基本法第二條第二項可導出的保護義務的關聯上，正是被視為有可能發生(BVerfGE 49, 89 [143f. i.v.m. 130 f.] - Kalkar)：「如立法者作成一決定，而作成該決定的基礎因新的、在當初立法時刻尙不能預見的發展決定性地受到懷疑，則立法者在憲法上得課以其應該去審查原初所作的決定，在已經有所改變的環境下，是否亦能再繼續維持。」在與基本權利有關的領域，會考慮可以課立法者有此一種修訂改進法規義務者，特別是在當國家透過制定核准的要件和透過核發許可，為可能發生的基本權的妨害，承擔起本身的共同

(譯註³) BVerfGE 55, 274, 317.

責任的情形（參照BVerfGE 52, 30 [58] - Mülheim-Kärlich）。

在防治飛航噪音的領域，自七十年代初以來飛航次數急速大增以及轉而使用噪音強烈的噴射機器，使得噪音情況變得更加嚴重，這些都說明立法者負有該一種修訂改進原初噪音規定的義務。而且也必須同意訴願人的是，立法者在面臨此項發展時，本不得再不加考慮地滿足於將其防治噪音規定，以噪音所生影響不得超過「依各該當時的科技水準不度」作為根據。如果噪音的防治，依科學上的認知，是為人民身體健康完美之利益所必需，因而是一種基本權上的義務時，則該項義務的履行即不能僅僅取決於那些措施在目前是技術上可（實）行的。在一種以人為依循方向的法律次序，最終能作為依據標準的只有是，在權衡各種衝突矛盾利益下，那些損害和危害是得期待人忍受的。作以下另一種判斷也是不符合比例原則的：將交通的需要依當時的科技為準總是放在優先的地位，即使因而引起的噪音負擔對第三人造成重大妨害且該項妨害以其他合理方式可能可以減輕時亦然。

II.（訴願無理由之原因）

與訴願人見解相反的是，立法者並無因不為修訂改進（法規）而違背一項可能的，由基本法第二條第二項規定導出的保護義務。

1.此項審查的結論並不意謂著，在防治飛航噪音方面，已達到令人滿意的情況，所有可想像到的保護措施都已經實行了（參照例如Rohrmann u.a., *Fluglärm und seine Wirkung auf den Menschen*, 1978, S. 235 ff., und insbesondere den 1978 veröffentlichten Bericht des Arbeitskreises 14 – Fluglärm – der beim Bundesminister des Innern gebildeten Projektgruppe Lärmbekämpfung, S. 15 ff.）。該項結論所根據的毋寧是，聯邦憲法法院在本案此種形式的憲法訴願範圍內，要當立法者顯然有違背上述所稱義務之情形下，始能干涉介入。

聯邦憲法法院在關於Fristenlösung判決(BVerfGE 39, 1 [44])，其後在Schleyer判決(BVerfGE 46, 160 [164]) 中又再次地強調，關於應以何種作法去履行由基本法第二條第二項所導出的保護義務，首先應是國家機關以本身的責任作決定；它們判斷那些措施是合乎目的有效的，是為確保有效防治保護所必需的。在這之前，聯邦憲法法院在其他的判決中，已根據是否應歸咎國家機關顯然違背在基本權所體現的基本決定作為決定標準(BVerfGE 33, 303 [333]—— Numerus clausus; BVerfGE 4, 7 [18]; 27, 253 [283]; 36, 321 [330f.])。這項憲法上審查的限制顯是

必需的，因為一項須由基本權所體現的基本決定，經由憲法解釋方式始得導出的國家的保護和行為義務，如何透過主動的立法措施予以實現，通常是一個極度複雜的問題。視對於事實上情況、具體目標的確定和其優先性以及可想像到的手段和途徑合適性的判斷而定，即可能有各種不同的解決方法。而時常是必須經過妥協才能作成的決定，依權力分立的基本原則和民主的原則，是應該屬於由人民直接給予合法權力的立法者的責任；對其決定，除非是涉及具最重要意義的法益，聯邦憲法法院通常只能有限制地加以審查。尤其是在當所牽涉的，不僅是立法者是否違背了一項由基本權可導出的保護義務的問題，而是對更進一步，關於立法者之違背是否因不為修訂改進（法規）所致的問題有爭議時，上述該些考慮更具決定性。聯邦憲法法院只能在顯然的，原初合法的法規因為之後這段期間環境情況的改變，已變為憲法上不堪忍受，且雖然如此，立法者仍繼續不作為或採取了明顯錯誤的改進的措施時，才能確認立法者的以不為修訂改進（法規）方式的違背憲法。在防治飛航噪音領域，於此不能無視的是，關於可期待忍受的飛航噪音負擔的界限，還沒有可靠的科學上的認知，而且該問題僅因國際上緊密相聯的飛航交通，所牽涉的就已經是一複雜的題材，要對之制定法規，即應給予立法者一些適當

的收集經驗和適應的迴旋餘地（亦參照BVerfGE 54, 11 [37] m.w.N. - Rentenbesteuerung）。

2.以上述的審查標準為根據，則看不出立法者有明顯因怠為修訂改進（法規）而違背其保護人民，不受有害身體健康飛航噪音影響之義務。自七十年代初以來為執行已有的和新制定的法規所採取的一些措施，足以反對持相反之評斷看法。

a)即使訴願人本身也不是主張國家機關，特別是立法者完全沒有盡力去作改進保護人民，以防飛航噪音的工作。在訴願人最終的陳述意見中毋寧亦承認，聯邦政府和國際性委員會自有一段時間以來對飛航噪音的問題也是非常地關心。在這方面，利用官方公佈的資料和所拿取的意見，首先表明出，國家機關在七十年代經由委託研究計劃、召集專家委員會以及對問題情況的報告，對關於噪音的防治在各個不同的領域加強了研究、關心。

一項廣泛關於已有的和計劃制定的防治噪音法規一覽表，見於一九七八年七月二十四日公佈的聯邦政府第一個公害防治報告(BT-Drucks. 8/2006)。有關的詳細資訊更可由一九七八年的環境鑑定書(BT-Drucks. 8/1938)和以上已提及的一九七八年六月聯邦內政部由二百五十位專家所組成的防治噪音計劃小組所提出的廣泛報告中獲知。對該項計劃小組報告的第一個官方的反應是一九七

八年十月二日由聯邦內政部所公告的防治噪音行動計劃；對該報告作進一步的利用，則委託聯邦環境局爲之。在預定制定的道路交通噪音防治法的立法程序中，聯邦眾議院交通、郵政和電信委員會於一九七八年十一月八日舉辦了一項以上已提及的廣泛的公聽會，在該會中也討論了噪音所生影響的一般性問題和對其醫學上的評斷等，成爲對噪音影響的跨面性原則問題的一項重要資料文集 (StenProt. der 39. Ausschußsitzung vom 8. November 1978 sowie die Ausschuß-drucksache 0162 vom 18. September 1978)。專門針對飛航噪音的防治和在這期間已經採行的措施，則見於聯邦政府於一九七八年十一月七日公佈的飛航噪音報告 (BT-Drucks. 8/2254)。所有以上的該些行動——如同聯邦政府在一九八〇年二月七日就飛航噪音防治小質詢所提出的回答所敘述的——都是以防治交通噪音，包括飛航噪音，爲中心的。

b) 國家機關並不是只作了上述該些研究和報告爲已足。早在一九七一年即頒布了防治飛航噪音法，一九七四年又根據該法確定了Düsseldorf-Lohausen飛機場的噪音防治區，這些絕對都可駁斥指責立法者完全不作爲的說法。然而該法的第一章所規定的是限於一些被動的防治噪音的措施（禁止建築、建築物的裝設隔音設備）。依照訴願人的看法，立法者只是透過該些措施，尙不能說已足夠盡了其修訂改進（法規）的義務。應該同意訴

願人見解的是，從有效地保障基本權的觀點看來，如果只是單單去保護受牽連人，使不受噪音的影響，而不是要製造噪音者減低噪音所生影響，這是不夠的。過去這幾年來逐漸普遍被接受的一項相同的認知也是，要有效的防治噪音，應從噪音的根源著手。這在聯邦政府一九八〇年二月七日就環境政策大質詢所提出的回答中(BT-Drucks. 8/3713, S. 22 f.)也有所強調，並指出可能實施的方法有對航空器本身作技術的措施、減低噪音式地操作駕駛航空器和採行一些控制操縱飛航交通的措施。聯邦眾議院一九八〇年七月四日在一項關於飛航噪音報告的決議中，曾明白地要求聯邦政府，將來也須就從根源（逐漸）消除飛航噪音的發展，詳細地提出意見(BT-Drucks. 8/4300; Deutscher Bundestag, 230. Sitzung, StenBer. S. 18693 [D]f.)。

防治飛航噪音法內之規定不僅限於該些被訴願人視為是不充足的被動的防治噪音措施。在該法的第二章即是對航空法所作的修正規定，而該些規定全是針對主動的噪音防治，且不再以透過測量的義務（航空法第十九條a）和設立飛航噪音委員會和一個參議委員會方式（航空法第三十二條a f.），為提供較好的保護創造條件為已足。聯邦政府的防治噪音報告中關於此點提到，正是在該法的這一依循環境保護為指導原則的修正航空法規定的部分，並沒有造成太大的困難，且基本上都很順利地

實施了（BT-Drucks. 8/2254, S. 13, 15）。該報告因此也與以上提及的防治噪音計劃小組第十四工作組——飛航噪音——在其終結報告中所作在德國民用航空站附近，等值的持續音量自一九七一年以來一般上已稍有減低的報告一致。又依Nordrhein-Westfalen邦政府在其最後提出意見的陳述，在Düsseldorf市，自一九七二年以來也能在不使飛航噪音繼續增加的情況下，勝任百分之二十五的飛機乘客增加量。這是由於採取了在上稱意見和聯邦交通部回答聯邦憲法法院問卷中所——詳細報告的措施之故。

在利用由立法者所開啓的可能性的情形下，早於一九七五年即已頒布了對飛航條例的修正條例，該修正條例是根據航空法第三十二條第一項第十五款新制定的法律依據，其規定訴願人所擔憂的民用超音速飛機的飛航行為，原則上是被禁止的。該項法律依據和一九七四年三月十五日頒布的聯邦公害防治法第三十八條規定同樣更使得一九七九年十二月二十日歐洲共同體部長理事會所通過的減低低因速航空器準則（ABl. Nr. L 18 vom 24. Januar 1980, S. 26），一旦需要時，有可能作為內國法規予以頒布。該準則符合訴願人的要求，是優先透過主動的保護措施，以壓低傳動推進器噪音的產生。因該準則規定，自即日起，對新核准的航空器，應受國際民航協定附件十六（一九七八年七月第三版）中明顯較嚴格

之界限值的拘束，一九八六年十二月三十一日以後則所有加入飛行之航空器皆必須符合該界限值。

在航空站的興建和擴建案，得於航空法上之核准和計劃確定的程序過程中（vgl. §§6 und 8ff. LuftVG, §42 Abs. 1 LuftVZO），作出應限制對航空站周圍地區造成噪音影響的附加負擔處分。至於該種附加之負擔的範圍可有多廣，可自例如聯邦行政法院對法蘭克福民用飛機場的判決（BVerwGE 56, 110）中得知，而該判決本身則又是涉及該法院的一項對道路交通噪音的基礎判決（BVerwGE 51, 15）。依據該基礎判決，鄰近周圍居民的值得受保護性，是遠超過狹義意義下之對人身不可侵犯性的保護，而亦包括不受干擾的睡眠和不受妨礙地交談溝通。為作到該種保護，重要的是更應對航空站的營運和飛航行為，採取根據新修訂或新增訂的航空法第二十九條、第二十九條b和已提及的航空法第三十二條第一項第十五款以及聯邦公害防治法第三十八條之規定可能的措施。其中包括訴願人原本稱為是特別重要的夜間起飛和降落的禁止，該項措施在Düsseldorf飛機場已經實行了有一段長時間（參照MinBl. NW 1972 S. 1788），又經一九七七年十二月二十三日的政府公告（參照MinBl. NW 1978 S. 42），有部分措施且更加嚴格了。自一九七八年十一月一日起，在Düsseldorf市更實施一項新的規費規定，依該規定，降落費的高低是取決於航空器是否符

合國際民航協定附件十六之界限值而定（*Nachrichten für Luftfahrer I*, S. 251）。此外亦對航空站的營運，作成附加負擔的處分，要求其於地面作業時（傳動推進器的情況和測試運轉、防治噪音設備）應減低噪音，且對減低噪音式的起飛和降落方式作了建議（參照 *Die Bekanntmachung des Bundesministers für Verkehr vom 8. September 1975 [Nachrichten für Luftfahrer I, S. 186]*）。

在顧及上述該些已經採取或以法律規定使其可能採行的措施的情形下，斥責立法者明顯違背可能發生的修訂改進（法規）的義務，顯然無理由。

(法官.) Dr. Benda; Dr. Böhmer; Dr. Simon; Dr. Faller; Dr. Hesse; Dr. Katzenstein, Dr. Niemeyer; Dr. Heußner

【新住屋案】判決

BVerfGE 77, 1- 64 - Untersuchungsausschuß

"Neue Heimat"

聯邦憲法法院第二庭1987.10.1.裁定 - 2 BvR 1178, 1179,
1191/86

吳綺雲 譯

裁判要目

裁判要旨

案由

裁判主文

理由

A. 爭點

I. 調查委員會調查委託
事項內容

II. 各訴願人間之關係

III. 訴願事件背景和原審
程序

1. 調查委員會決議調閱訴
願人(1)之監察會會議
記錄

2. 調查委員會決議聲請法

院扣押該文件

3. 調查委員會聲請扣押之
理由

4. 區法院命扣押裁定之理
由

5. 地方法院針對訴願人(1)
提起之抗告作成部分變
更區法院裁定理由

a) 調查委員會所受調查
委託合法

b) 國會調查委員會有權
經由法官扣押物件

c) 本案扣押範圍之限制

6. 訴願人(2)和訴願人3)

亦不服受指摘之裁判

a) 針對區法院裁定提起
抗告之理由

b) 地方法院駁回其抗告
之理由

IV. 憲法訴願之提起

1. 案由和聯邦憲法法院作
成之暫時權利保護決定

2. 各訴願人聲明內容和理
由

a) 訴願人(1)之主張

b) 訴願人2a)、2b)和2c)
之主張

c) 訴願人3之主張

V. 對造人和相關單位之 立場

1. 聯邦眾議院

a) 調查委託無逾越聯邦
眾議院之管轄和職權
範圍

b) 調查委託有對私人人
事資料為資訊侵犯之
權限

c) 訴願人(2)和訴願人3)
僅是私法上權利間接
受波及

2. 對造人「新住屋」調查
委員會

a) 調查委員會之組成具
民主正當性

b) 調查委員會有調查之
權限

c) 調查委員會基於基本
法第四十四條有扣押
權利

3. 聯邦參議院

4. 聯邦政府

5. Niedersachsen邦

6. Rheinland-Pfalz邦

a) 憲法訴願無理由

b) 調查委員會之組成具
民主正當性

B. 本憲法訴願案合法

1. 訴願人(2)和訴願人3)
因扣押受到侵害

2. 訴願人不因調查委員會
工作已結束而不再有受
權利保護之利益

C. 本憲法訴願案部分有理 由

I. 無理由部分

1. 調查委託應受法官審查

2. 調查委員會成員由各黨
團選定憲法上無可質疑

a) 行使公權力憲法上必
要民主正當性之來源

b) 調查委員會只是聯邦
眾議院之輔助機關具
民主正當性

c) 調查委員會非法院，
其成員非法官

d) 現行規定以威瑪憲法
為藍本

3. 調查委員會調查權限和

限制

a) 亦得對特定私人經濟領域進行調查

b) 調查證據權應與人事資料保護基本權權衡

c) 調查證據權亦包括允許扣押

d) 扣押程序與保密措施

I. 有理由部分

1. 調查委員會有調查權限

a) 特定私人經濟重大弊端

b) 非邦專屬權限

c) 不侵犯其他聯邦機關專屬權限

2. 扣押符合比例原則

a) 部分扣押文件性質

b) 扣押依據與調查委託事項

c) 扣押文件之重要性

3. 扣押程序侵害訴願人基本權利

4. 無進一步保密措施必要

5. 訴願人(2)和訴願人3)受基本權保護之限制

6. 審判結論和效力

III. 其他

1. 暫時權利保護處置隨之解決

2. 非屬本案程序對象之問題

IV. 有關費用之裁判

D. 法官評議結果

裁判要旨

1. 聯邦眾議院在其職權範圍內，為調查了解弊端，得授予調查委託，此無論如何亦包括該些工作、活動基於是以「公共經濟」（gemeinwirtschaftlich）為目標，很大範圍內獲有國家資金支助或受租稅優待且負有特別法律義務的私人公司企業——包括與其緊密、特別是有聯合企業式結合者——之領域；這在調查委託是具充分公共調查利益之範圍內，無論如何有其適用。
2. 成員係由各政黨黨團（Fraktion）依其強弱比例關係提名組成之聯邦眾議院（Bundestag）的調查委員會，擁有對外為高權行為所必要之民主正當性。
3. a) 調查委員會為實現聯邦眾議院所授與之委託，在注意及（遵循）基本權（之保障）和比例原則下，有向管轄法院聲請對私人行扣押之權限。
b) 法院應確保扣押文件中明顯包含有基本權上重要人事資料者，應於其個別（譯註¹）所具之證據重要性和基於是否有充分保密措施觀點，對調查該些證據的合法性的問題，都已經審查後，始得於調查委員會上討論。

（譯註¹） 斜字為原文強調部分。

命令將所扣押物件直接交出予調查委員會，只在基於基本權觀點無質疑之處時，始得爲之，這特別是在當該些物件的可能具有的證據重要性的整體，於一開始即確定，且依其可能含有的內容，推測大概不必要有保密之保護措施或是已經充分廣泛地採行了該類措施的情形。

案 由

本案係訴願人(1) 公共經濟之股權公司股份公司 (der Beteiligungsgesellschaft für Gemeinwirtschaft Aktiengesellschaft) (譯註：以下簡稱 BGAG)，Theaterplatz 2, Frankfurt a.M. 1, ——代理人：a)Dr. Hans Meyer教授 Georg-Speyer-Straße 26, Frankfurt a.M 90, b) 律師群：Dr. Rüdiger Zuck教授，Dr. Michäl Quaas, Robert-Koch-Straße 2, Stuttgart 80, c)律師群：Christian Rabbe, Helmut Mittelacher, Dr. Peter Müssig, Melemstraße 16, Frankfurt a.M. 1 - 2 BvR 1178/86.

訴願人 2a) 德國工會聯合會 (Deutscher Gewerkschaftsbund)，由聯邦董事會代表，Hans-Böckler-Straße 39, Düsseldorf,

b) 德意志聯邦共和國金屬業工會 (Industriegewerkschaft Metall für die Bundesrepublik

Deutschland) , 由董事會代表 , Wilhelm-Leuschner-Straße 79-85, Frankfurt a.M.,

c) 金屬業工會信託管理有限公司 (Treuhandverwaltung IGMET GmbH) , 由業務執行人代表 , Wilhelm-Leuschner-Straße 79-85, Frankfurt a.M.,

-- 代理人 : Dr. Hans-Peter Scheineider, Delpweg 16, Hannover 91 - 2 BvR 1179/86.

訴願人3)公共經濟股份公司銀行 (der Bank für Gemeinwirtschaft Aktiengesellschaft) (BfG) , Theaterplatz 2, Frankfurt a.M. 1,——代理人 : Dr. Hans-Joachim Mertens教授 , Kronberger Straße 16, Königstein 2 -2 BvR 1191/86.

針對a)Frankfurt a.M. 地方法院一九八六年十月二十二日裁定 -5/28 Qs 16/86 -- , b)Frankfurt a.M. 區法院一九八六年九月二十九日裁定 -931 Gs 3417/86-;

c)Frankfurt a.M. 地方法院一九八六年十月三十一日裁定 --5/28 Qs 19/86-- (只有訴願人(2)和訴願人3)) 提起之憲法訴願程序。

裁判主文

1. Frankfurt a.M. 地方法院一九八六年十月二十二日裁定(5/28 Qs 16/86)、一九八六年十月三十一日裁定(5/28 Qs 19/86)以及Frankfurt a.M. 區法院一九八六年

九月二十九日裁定(931 Gs 3417/86)中，命無限制交出扣押之監察會會議記錄予調查委員會，因而首先僅僅只聽由該委員會決定，那些個別的扣押文件是可能對地方法院用作為扣押依據之國會調查委託部分具重要性之部分，侵害訴願人(1)基於基本法第二條第一項(譯註2)、第十四條(譯註3)結合同法第十九條第三項(譯註4)所生之基本權利，侵害訴願人(2)和訴願人3)其基於基本法第二條第一項結合同法第十九條第三項所生之基本權利。該些裁判就此部分應予廢棄。本案應發回Frankfurt a.M. 地方法院。

訴願之其他部分則應予駁回。

2. Hessen邦應賠償訴願人所支出必要費用之二分之一。

理由

A. (爭點)

(譯註2) 基本法第二條第一項規定，任何人在不侵害他人權利和違背合憲次序或風俗法律範圍內，均有自由發展其人格之權利。

(譯註3) 基本法第十四條係關於保障財產權的規定。

(譯註4) 基本法第十九條第三項規定，基本權利在依其本質可適用之範圍內亦對內國法人有其適用。

本件合併審理並為裁判之各該憲法訴願程序的爭點問題為：Frankfurt a.M.區法院和地方法院為德國第十屆聯邦眾議院成立之第三個「新住屋」(NEUE HEIMAT)調查委員會，命令且證實扣押訴願人(1)之監察會會議記錄，是否與基本法，特別是該法第四十四條第一項第二句(譯註5)，以及是否與訴願人基於基本法第二條第一項、第九條第三項(譯註6)、第十二條第一項(譯註7)和第十四條第一項所生之基本權利相符？

I. (調查委員會調查委託事項內容)

德國第十屆聯邦眾議院根據基民黨(CDU)/基社黨(CSU)和自由民主黨(FDP)黨團之提議聲請(BTDrucks. 10/5575)，於一九八六年六月五日以絕大多數票贊成，一票棄權，通過依據基本法第四十四條成立第三個「新

(譯註5) 基本法第四十四條第一項第二句規定，國會調查委員會之調查證據得不公開。

(譯註6) 基本法第九條第三項規定：「任何人和所有各行職業成立以保障和促進（改善）勞動、經濟條件為目的之團體的權利，應予保障。對此權利所為限制或妨礙之約定，皆屬無效，所採之措施亦屬違法。...」

(譯註7) 基本法第十二條第一項規定，所有德國人有自由選擇職業、工作位置和受教育地點之權利。

住屋」(NEUE HEIMAT)調查委員會(Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 10. Wp., 219. Sitzung. S. 16964 D)。該調查委員會依調查委託，應進行調查澄清之事項爲：漢堡市新住屋，公益住屋有限公司（新住屋）(die Neue Heimat, Gemeinnützige Wohnungs- und Siedlungsgesellschaft mbH, Hamburg (Neue Heimat))和訴願人(1)是否違背了聯邦法，違背的程度如何？其所引起的損害爲何？「新住屋」的“所有人”、訴願人(1)以及其董事會和監察會的成員是否有爲了要求以有利「新住屋」或訴願人(1)方式，新訂定或修改聯邦法律爲目的，向聯邦政府或聯邦眾議院施加影響？調查委託的重要內容更包括：「新住屋」的“所有人”爲補償已生的損害，已採取了那些措施，以及對爲了使因「新住屋」之行爲，對所有受牽連人，特別是「新住屋」的承租人、其受雇員工以及公共預算所造成的損害結果，儘可能維持至最低，是否以及於必要時應採取那些的措施，向聯邦政府作成建議。此外，調查委員會也應檢查，對聯邦立法是否以及得出何些結論。該調查委員會所受調查委託的詳細內容如次：

-I.-

根據基本法第四十四條規定，成立一個由十一個委員組成的「新住屋」"NEUE HEIMAT" 調查委員會。

-II-

該調查委員會應調查澄清以下問題：

1. 下列公司企業或私人是否違背規定住屋建築、城市建築、公益住屋、獎勵住屋建築、保護承租人、監督公益住屋建築公司、其機關以及審查協會（Prüfverbände）義務之聯邦法律，包括該些法律之施行規定，其違背之範圍和原因為何？是否有利用該些法律模糊不清之處或法律漏洞？何以可能致此？聯邦立法者從此事件應得出何些結論？

a) - 漢堡市新住屋，公益住屋有限公司（「新住屋」）。

- 「新住屋」直接或間接參與或曾參與之企業。

- 「新住屋」以其他方式，例如在人事上，結合或曾結合之企業，特別是「新住屋城市建築」（die Neue Heimat Städtebau）（及其繼任人（Nachfolger）），包括其現在和過去在內國和外國之參與企業。

- BGAG，和其股權公司，特別是股權公司不動產有限公司（BG-Immobilien-gesellschaft mbH）

b)以上a)所稱公司之機關、機關之屬員或共同工作人，即使該公司已不再存在亦然。

c) 以上b)所稱之人直接或間接參與或曾參與之企業。

2.因上列1.項之違背法規，是否對

a)德意志聯邦共和國，

b)因公益住屋法（Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz WGG）獲優待者，特別是「新住屋」的承租人，包括其直接或間接之參與者，

c)第三人

造成損害，損害之程度如何？相當之金錢款項去向如何以及聯邦立法者由此應得出何些結論？

3.上列1.項所稱之公司企業和其直接或間接的所有人是否已採取解釋澄清及補償所生損害的措施？該些措施在法律規定可能性之範圍內是否適當和足夠？聯邦立法者由此應得出何些結論？

- III. -

調查委員會在上列II.所提出之問題的範圍內，亦應調查澄清以下問題：

1.是否「新住屋」和其直接以及間接之參與者，與非公益性之「新住屋城市建築」和其直接以及間接之參與者間的結合關係，曾使得公益性與非

公益性公司間有機會進行財產（非法）轉移（Vermögensverschiebung），例如經由虧損轉歸公益性公司，盈餘轉移非公益性公司，或者經由下列之方式：

- 以不符合市場之價格買進、賣出土地。
- 以不符合市場之價格買進、賣出參與之投資。
- 為虛構的或不合事務性的業務供應達成佣金的合意。
- 不轉嫁減價折扣（之優待）。
- 支付過高之利息。
- 任意專斷地分配行政費用。

上述情事是否導致一方面費用租金的提高和另一方面國家資金過高的獎勵？

2.是否「新住屋」或其間接或直接參與公司之一，因下列情事違背法律規定，將其費用提高致使要求其承租人需負擔過高的費用租金：

- 給予機關成員不適當過高的補償。
- 不適當過高的人事費用。
- 不適當過高的交際應酬費用。
- 不適當過高的差旅費用。
- 不適當過高為辦公處所支出的費用。

3. 是否「新住屋」或其間接或直接參與之公司在提供建築或建築供應給付時，對其承租人造成負擔不利益地曾給予特殊圈子之人特別的條件？

4. 是否「新住屋」或其間接或直接參與公司之一，違背法律規定曾捐款予私人或政治領域，例如Friedrich-Ebert基金會，以不合法地提高承租人應支付的費用租金？

5. 是否經由例如不轉嫁減價折扣（優待）或與非公益公司訂定顧問、媒介和供應契約的方式，不合法地過度提高「新住屋」和其間接或直接參與公司之承租人應支付的費用租金和租金附加費用，雖然「新住屋」和其間接或直接參與公司本身本來能更經濟地設法辦理該些業務？

6. 「新住屋」和其間接或直接參與公司所建住屋之建築費用是否因訂定第4項所稱形式之契約而不合法地過高以及是否基於該項過高的建築費用，不合法地使用了公共資金？

7. 是否將「新住屋」和其間接或直接參與公司之承租人所一次支付之維修總價費用，不利用於修繕房屋而利用於其他目的，該些目的又為何？

8. 「新住屋」和其間接或直接參與公司所遭受的損失有多少以及該些損失是否因下列情事所造成：

- (非法) 轉移財產予非公益之領域。
- 機關成員或主管、高級職員之個人得利。
- 太微少的資金配置。
- 參與投資於非公益之領域。
- 過高的行政費用。
- 經濟上估計錯誤。

9. 「新住屋」和其間接或直接參與公司所遭受的損失是否對費用租金的高低和其住屋的存續狀況發生了影響和是否尚會產生影響？

10. 「新住屋」和其間接或直接參與公司於出售房屋時，是否有在契約擬訂上，關心承租人法律地位的繼續維持？

11. 是否亦（曾）有因例如下列情事之事實存在，而有理由懷疑其業務上可靠性之人任職於「新住屋」和其間接或直接參與公司之董事會、監察會和作為主管、高級職員者：

- (曾) 在一非公益、與「新住屋」或其間接或直接參與公司之一有業務聯繫關係之公司任機關成員或主管、高級職員。
- 個人(曾) 直接或間接參與一非公益、與「新住屋」或其間接或直接參與公司之一有業務聯繫關係之公司。

- 由於同時擔任多項職位，讓人懷疑其是否有足夠時間勝任在公益性公司待處理之職務。

- IV. -

調查委員會亦應調查澄清，上列 II. 所稱公司企業之直接或間接所有人 -包括與其組織上有關係之自然人- 和屬於該些企業之自然人、董事會成員或監察會成員，在至一九八二年德國工會聯合會 (DGB)大會上公開說明「新住屋」醜聞案前之期間，是否有爲了要求以有利於上述所稱公司或給予方便之方式，新訂定、修改或不修訂聯邦法律爲目的，向聯邦政府或聯邦眾議院之成員施加影響？

- V. -

調查委員會在以上 II. 至 IV. 所列課題下，也應以向聯邦政府作成建議爲目的說明，爲了使「新住屋」醜聞案對所有受牽連人，特別是「新住屋」公司的承租人、其受雇員工以及公共預算所造成的損害結果儘可能維持至最低，是否以及於必要時應採取那些的措施？

與此有關聯的亦應說明，「新住屋」的間接和直接所有人以及其直接或間接參與者是否有能力且願意，由其——所有人——負擔費用，不須公共資金之支助，解決「新住屋」包括其直接或間接參與

者所發生的問題，或者為何不能如此或為何欠缺此意願？

-VI.-

調查委員會之調查程序應根據所謂的IPR規則（一項關於德國聯邦眾議院調查委員會之成立和調查程序法律的草案-Drucksache V/4209），但以其與現行法律不相矛盾之範圍，且依調查委員會成員一致意見，對之不存其他疑慮者為限。

該調查委員會成員和其代理人是依德國聯邦眾議院議事規則(Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages GeschOBT)第五十四條第二項結合第五十七條第二項規定，由各黨團依其勢力強弱之比例（同法第十二條第一句、第五十七條第一項）任命。該調查委員會的組織成員並沒有經聯邦眾議院——明白的認許（參照同法第五十七條第三項）。

II.（各訴願人間之關係）

訴願人(1)於一九七四年設立，是一股份公司，其股份係分別由訴願人2a)德國工會聯合會（占20.47%）、作為訴願人2b)財產管理公司之訴願人2c)金屬業工會信託管理有限公司（占24.97%）、礦業和能源工會（占19.4%）以及十五個其他聯合於德國工會聯合會下之個別工會所持有。

訴願人(1)於被指摘裁判作成之時，擁有訴願人3)BfG銀行之89.55% 的股份；它是可左右該銀行的公司。

III. (案例事實與原審程序)

1.一九八六年六月二十六日該調查委員會決議，經由調閱「新住屋」和與其緊密結合公司，包括訴願人(1)之所有業務、年度和社會報告以及所有監察會 (Aufsichtsrat) 會議記錄，以搜集證據 (調查證據決議10-6, 錄印於BTDrucks. 10/6779, S. 342ff., Nr. 6) 。訴願人(1)並沒有交出該調查證據決議中要求的文件，卻是於一九八六年八月一日向科隆行政法院提起訴訟 (案號：4K 3850/86) ，並在一九八六年八月二十一日向同一法院聲請對德國聯邦眾議院為假處分 (Einstweilige Anordnung) ，以阻止委員會打算進行之搜集證據程序。

2.該調查委員會因此於一九八六年八月二十一日通過以下之決議 (調查證據決議10-48, 錄印於BTDrucks. 10/6779, Tz. 20 und S. 356, Nr. 48) ：

1.德國聯邦眾議院第三個「新住屋」調查委員會為執行其調查證據決議10-6，向管轄之區法院聲請下列事項：

1. 扣押

- BGAG，地址：Theaterplatz 2, 6000 Frankfurt a.M，自一九七四年設立以來之所有業務、年度和社會報告。
- BGAG自一九七四年設立以來其監察會之會議記錄。

2. 爲扣押以上所稱證據資料目的，搜索BGAG業務處所，地址：Theaterplatz 2, 6000 Frankfurt a.M，之命令。

II. 委員會授權其主席向管轄之區法院提出扣押之聲請。

- 爲行扣押，依刑事訴訟法第九十五條第二項和第七十條規定必須之聲請。
- 搜索業務處所之聲請。

上述聲請，視訴訟程序情況亦得逐步提出。

III. 委員會知悉並同意，執行扣押和實施搜索由主席負責，爲此其將需要管轄之執行行政機關職務上的協助。

該委員會並於同一天作成以下決議（錄印於BTDrucks. 10/6779, Tz. 20）：

1. 第三個「新住屋」調查委員會將在注意及BGAG受基本法第十四條、第九條第三項保障之基本權利和注意比例原則之情形下，只以BGAG受基本權保障範圍的方式，利用由BGAG所獲取之文件。

2.第三個「新住屋」調查委員會因此對由BGAG所獲取之文件，特別是該些關於監察會會議之記錄，將只在其涉及下列事項之範圍內，為作證據目的予以利用：

- 直接或間接有關漢堡市新住屋，公益住屋有限公司（新住屋）。
- 可能表示違背調查委員會成立決議第II 1項所稱之聯邦法律者。
- 有關依調查委員會成立決議第II 2項和3項所指之損害和措施者。
- 對調查委員會成立決議第IV項和V項所稱調查委託具重要性者。

3.如自所獲取文件中得出有上列2款意義下之事實者，則保留由該第三個調查委員會作成決定，是否要將其在公開或非公開之會議上討論。第三個調查委員會作成該決定時應依據法院組織法第一百七十二條之規定。

4.如於利用BGAG文件時獲知有非關上列2項中所稱之事項者，第三個「新住屋」調查委員會將不提之於公開會議中討論且不利用於其結論報告。內容有該些事實之（監察會）會議記錄，由第三個「新住屋」調查委員會主席根據德國聯邦眾議院議事規則第十七條所頒布的保護祕密規則

(Geheimschutzordnung) ， 將之列為 “ - 密件 (VS) - 僅供職務用” 。

3.該調查委員會根據上述作成之決議，向Frankfurt a.M.區法院最終聲請扣押訴願人(1)自一九七四年以來所有年度和社會報告以及其監察會會議記錄各一份。

調查委員會主張的主要理由如下：

要求訴願人(1)提出扣押聲請中所指稱之文書，是聲請扣押人為實行其調查委託所必要的。訴願人(1)一方面參與了漢堡市（非公益性）「新住屋城市建築」有限公司，另一方面是（公益性）「新住屋」公司百分之九十八的「所有人」。根據漢堡市「為審查行政機關對「新住屋」企業集團業務行為之監督工作」成立之議會調查委員會調查所發現的結果(Drucks. 11/5900)，「新住屋」自一九六〇年代中期以來，在無數事件中違背了公益住屋法。德國聯邦眾議院將訴願人(1)列入其調查委託事項中，為的是查明「新住屋」的「所有人」是否參與並助長或是同意該些違法行為。由漢堡市調查委員會所得的確認，顯示出其具有重大嫌疑。要確定「新住屋」和「新住屋城市建築」公司行為的「真正決定者」，在訴願人(1)方面也應去調查其尚非正式地參與「新住屋」，但已參與「新住屋城市建築」之該段期間的行為。

該些要求提出的證據資料，特別是監察會的會議記錄，適合助於弄清「新住屋」企業集團經濟上和人事上與訴願人(1)聯合企業集團的結合關係，進一步證明後者之操縱和主導角色功能以及揭發是否其促使、助長或同意「新住屋」的違法行為。對該些事項的了解，亦對依調查委託第V項第二句應查清之關於「所有人」可能應負責任之問題具重要性。有鑒於此，聲請扣押也是符合比例原則的。就訴願人(1)所主張之監察會會議記錄中亦有涉及非屬調查委託對象內容之事實的部分，聲請扣押人已在其一九八六年八月二十一日作成之決議中（參見上述2）考慮到。

調查委員會依基本法第四十四條第二項第一句（譯註8）規定，有權為調查證據作準備，向管轄法院聲請扣押。訴願人(1)之權利保護並沒有被削減。訴願人(1)可在扣押或抗告之程序（刑事訴訟法第三百〇四條，第三百〇五條）範圍中主張其權利。此外，管轄之區法院法官應依職權審查扣押之要件和顧及利害關係人之權利。

4.Frankfurt a.M.區法院於一九八六年九月二十九日作成裁定，命令扣押訴願人(1)自一九七四年以來之監

（譯註8）基本法第四十四條第二項第一句規定，國會調查委員會調查證據應按意義（精神）地適用刑事訴訟法之規定。

察會會議記錄，聲請之其他部分則予以駁回。法院命行扣押之理由主要如下：

調查委員會在對證據具重要性文書不交出之情形，爲要能履行其依憲法之調查澄清委託，必須有權經扣押（必要情形且經搜索）途徑獲取之。但其不能自行命令扣押（和搜索），必須向管轄法院聲請爲之。

聲請扣押人是在履行一合法的、爲公益住屋法方面制定法規之準備而受的調查委託範圍內行事。訴願人(1)之監察會會議記錄有可能被考慮作爲履行該項調查委託和爲此作成之證據決議的證據資料。基於訴願人(1)之作爲財政和聯合企業持有者以及其與「新住屋」和「新住屋城市建築」在人事上和組織上的緊密結合關係，可假定訴願人(1)並非始自一九八三年參與「新住屋」後，而是在尚未參與「新住屋」，但可能參與「新住屋城市建築」後之期間，即已決定性地對「新住屋」施予影響。除此之外，依事實情況可從一觀點出發即是，訴願人(1)自一九七四年成立以來，即已協助和共同參與涉及「新住屋」企業集團的決定。此種形式的共同責任，應在訴願人(1)自一九七四年以來之監察會會議記錄中有所記載。按此該些會議記錄可能作爲證據的重要性，足以作爲扣押之合法理由。該行扣押之命令亦是合比例原則的。訴願人(1)回避公開公司和業務祕密之利

益，相對於公共查清瞭解真相之利益，不應賦予其優先地位。

5.Frankfurt a.M.地方法院針對訴願人(1)所提起，主要與本案憲法訴願持相同理由之抗告，於一九八六年十月二十二日作成裁定，變更區法院之裁定為，命令只還扣押訴願人(1)由一九七七年六月三十日起至一九八六年十月一日之監察會會議記錄。對調查委員會提出之更進一步的聲請以及針對撤銷全部扣押所提起之抗告，則予以駁回。該地方法院裁判之主要理由如下：

a)本案調查委託之合法性並無可質疑之處。該項調查委託鑒於基本法第一條第三項，第二條第一項之規定，與聲請人之見解不同，應受法官審查。該委託結合了極為不同的各種問題，在其第IV項中預定的政府範圍內的弊端調查的合法性無論如何是無爭議的。結論是，是否如訴願人(1)所指的，該項調查委託並無嚴肅鄭重地打算作立法調查，因而其進一步所稱的建議調查即為不合法，對此問題即不須作裁判。該項調查委託真正的目的在於查明起因於公益性住屋建築公司「新住屋」違背聯邦法規所造成之弊端。國會作為人民主權之代表和國家意志形成之最高機關，即使對該些不是關於政府或行政機關真正國家範圍之弊端或醜聞，但——如本案——，因其“國家關聯性（“Staatsbezug”）”而涉及公共利益者，亦得進行調查。該項調查委託主要調

查之「新住屋」的業務，不能無限制地將之歸類為私人自治經濟主體的範圍。因為一個公益性的住屋建築公司之必經國家承認、其法律上負有為公益性行為之義務以及與之相結合之稅捐優待，這些都使該一種公司由私人經濟活動範圍中突顯出，其行為因而具有國家關聯性。訴願人(1)私人經濟公司之業務行為，變為只是該項調查委託中主要調查對象「新住屋」的附屬而已。

有關權限問題之疑慮，在本案亦不存在。因「新住屋」其廣布全國性的業務所造成之具“全國性利益”，使得聯邦眾議院基於「事物本質」("Natur der Sache")，有權命令對其進行調查。

b)聯邦眾議院成立之調查委員會原則上有權經由管轄法官扣押物件。給予調查委員會於不得已必要時，有違背保管人之意願，以扣押方式獲取文書之可能，是委員會查明事實絕對必要的手段。為此並不須有扣押之法律規定，因其直接基於基本法第四十四條第二項規定即屬合法。

c)但是本案調查委員會之行扣押只能是依據其調查委託的第II 1、2項和第IV項。就該部分而言，要求查明一公益性住屋建築公司所造成弊端的公共利益，在作必要的權衡時，是優先於毫無疑問受到侵害的訴願人(1)基本權利（所有權、人事資料保護）的範圍。由扣押文件應查明之訴願人(1)須負的責任，不只是在其持有

「新住屋」股份所有權的期間，而是自其參與「新住屋城市建築」時起即已存在。因該兩個公司是在一統的領導指揮之下，建立一同等的聯合企業。訴願人(1)是在一九七七/一九七八年第一次購進「新住屋城市建築」股份資本的百分之四十九、九，而「新住屋城市建築」本身則是在一九八一年十二月四日購進「新住屋」股份資本的百分之四十。後者之股份於一九八二年十二月四日出售予訴願人(1)，使訴願人(1)參與「新住屋」之股份資本在一九七五年（正確應是一九八五年）初增加至百分之九十八。其監察會之會議記錄一定會反應出「新住屋」和「新住屋城市建築」的業務策略，而這些又可對關於訴願人(1)可能應負的共同責任情況提供說明。與此相對地，扣押（（訴願人(1)）在第一次參與「新住屋城市建築」時前之監察會會議記錄則是不合理的。

調查委員會沒有權利基於調查委託之第Ⅲ3項和第Ⅴ項行扣押。因在該些項委託調查所提出的問題，目的是在對國庫或私的第三人可能負的責任以及可能具有的請求權的可實現性作評斷。但此種為民法上之損害賠償請求權，以強制性之方式獲取證據資料，卻不屬於國會成立之調查委員會的職權範圍之內。如此對訴願人(1)所存的顧慮：行扣押將會因透過無限制地探聽工會本身所擁有財產而侵害基本法第九條第三項所保障的基本權利，也考慮到了。但上述對扣押所作的限制並不妨礙基

於其他原因合法地扣押所有監察會的會議記錄，”只是限制調查委員會在檢查所扣押之文件後才有獲取權”。

就訴願人(1)所指出，該些監察會會議記錄亦包含有一些與調查事項無關之消息資料的部分，並不會因此而導致扣押本身成為不合法。聲請扣押人並不能夠確切地描述那些會議記錄是涉及「新住屋」的。而透過法官在執行程序中去挑選出有關重要的會議記錄部分，則會干涉到調查委員會獨立評斷證據資料的權限，且亦是不切實可行的。就這點而言，應是經由以下方式考慮到訴願人(1)和參與之公司企業的基本權利：調查委員會對所扣押的會議紀錄，在對其利用以前為止，必須保密，於這之後始得公諸討論；關於委員會成員的守密（義務）應使其得以適用保護祕密條例。該些無關調查事項或依其內容不應受到扣押之會議記錄，應立即再交還予訴願人(1)。除此之外，調查委員會向法院聲請中止扣押特定會議記錄的權利並不受影響。就調查委員會成員實際上無保證遵守保護祕密之點，訴願人(1)並無具體提出證明。

6.a)訴願人(2)和訴願人(3)同樣亦對區法院一九八六年九月二十九日之裁定不服提起抗告，並援引訴願人(1)之陳述和在其受到扣押之監察會會議記錄中所包括之人事資料的特別值得和需要受保護性作為抗告理由。

b)Frankfurt a.M地方法院於一九八六年十月三十一日作成裁定，以無理由駁回上述該些抗告， - 假定該些抗告是合法提起的 - ；一九八六年十月二十二日並以裁定主要補充如下：

基本法第九條第三項對以聯合方式之活動（koalitionsmäßige Betätigung）權利的保護，僅僅是保護該權利之核心範圍，並不開啓給予聯合活動者有法律上不受限制之行爲迴旋餘地。就本案可能涉及之該基本權利保護範圍而言，基於事實上原因即已不能理解，訂定團體協約之對方當事人（Tarifgegner）如何能透過（監察會）會議記錄，得悉關於工會的財務狀況。而且在調查澄清一過去所存在之構成事實與對現在（財務上）罷工能力的侵害之間，也僅具有間接的關聯。此外，扣押的強制方式亦不得用以爲取得關於「新住屋」「所有人」（私法自治上）之意志決定補償損害或是關於其財產狀況之資訊之用。在調查澄清國庫或私人之請求權以及該些請求權之實現可能性上，並不存在有合法化使用強制方法應主要具有之公共利益。但是由於聲請扣押人並不能知悉那些部分之會議記錄是對合法有理行扣押之調查事項具重要性者，因此所有上述期間內之會議記錄，基於其可能潛在之合證據性，先都在該扣押措施內。但聲請扣押人有義務，對該些會議記錄立即地加以分析利用，在對其利用以前爲止，必須保密；於這之

後始得公諸討論。調查委員會成員對該些包含有訴願人(2)和訴願人3)之人事資料、無關調查委託事項或依其內容不應受到扣押之會議記錄部分，負有守密之義務；對此聲請扣押人都已負責任地作了允諾保證。調查委員會成員所負之守密義務，經由將之列為「密件——僅供職務用」，根據德國聯邦眾議院議事規則第十七條所頒布的保護祕密規則，更且受到違背將受刑罰之確保。

IV. (憲法訴願之提起)

1. 本案訴願人係針對Frankfurt a.M. 地方法院一九八六年十月二十二日和十月三十一日裁定中其抗告未獲救濟部分和該兩件裁定所以之為根據之Frankfurt a.M. 區法院一九八六年九月二十九日裁定提起憲法訴願。訴願人指摘該些裁判違背基本法第二條、第九條第三項、第十二條第一項和第十四條第一項，並訴請撤銷該些裁判。訴願人同時並要求法院以假處分中止已命扣押之執行。

聯邦憲法法院根據言詞審理於一九八六年十一月五日作成假處分(譯註9) (BVerfGE 74, 7)，命已受扣押之

(譯註9) 依聯邦憲法法院法第三十二條第一項之規定：「為防止重大之不利益、阻止可能之暴力或基於其他公益上之重要理由，而有為暫時處置之急迫必要者，聯邦憲法法院得就訴

監察會會議記錄中，暫時只有該些根據Frankfurt a.M. 地方法院一九八六年十月二十二日裁定結合調查委託和調查證據決議10-6，可能具證據重要性者，才應交出予調查委員會。挑選的工作則交給原審程序中Frankfurt a.M. 區法院管轄之偵查法官。此外又命令了保密的措施。偵查法官根據該裁判之意旨，審查由訴願人(1)所交給之監察會會議記錄的具證據重要性，其認具證據重要性之部分，作成影印本兩份，各交一份予調查委員會和訴願人(1)。在審閱完畢之後，所有的原本將交還予訴願人(1)。該份託付於調查委員會之影本仍置於聯邦眾議院之處分權之下。

2. 本案訴願人認為，其所提起的憲法訴願，即使在第十屆聯邦眾議院選期過後和第三個「新住屋」調查委員會廢除後，仍為合法。訴願人(1)繼續維持其原聲明之訴求，訴願人(2)和訴願人(3)則鑒於因執行法院假處分結果已變更的訴訟情況，而將其訴之聲明限於僅對所指摘裁判違憲性的確認。

a) 訴願人(1)提出憲法訴願所主張之理由如下：

aa) 本案成立之調查委員會欠缺必要的民主正當性，因其成員非由德國聯邦眾議院選定，而是由各黨團

訟案件為假處分，以定暫時之狀態。」

提名選任。此種程序與過去在Schleswig-Holstein邦所實施的聘任專職市議員(Stadträte)程序(參照BVerfGE 38, 258)同，皆不符合基本法的要求。調查委員會的工作基於其對第三人所擁有之權限，與其他的各國會委員會是不能相比較的。

bb)訴願人(1)是該集中德國工會以作為單一工會之形式和作為德國工會聯合會經濟利益的法人。其任務在於管理工會之參與財產和促進公共經濟性公司企業間的共同合作。

根據基本法第二條第一項所生之基本權利，保障訴願人(1)在其內部組織過程中有不受阻撓和保持祕密的權利。聯邦憲法法院應徹底審查本案之扣押命令是否與憲法次序相符合。其所涉及者是一調查委員會僅由基本法第四十四條規定發展而成的憲法上權限，因訴願人所指摘之侵犯，欠缺一般法律之依據和條件規定。

本案調查委員會之調查委託作為針對私人作調查是不合法的；它至少無合法理由對私的第三人行使強制法。國會調查權的任務在於監督負責執行的行政機關，而不是直接服從於法律的私人企業。在這方面，一項「醜聞」與被列入調查之一公司的公益性同，都不發生使其得擁有（調查）權限的效力。非公益性之訴願人(1)則更是欠缺國家關聯性。而且德國在引進實施議會民主制後，為立法擬就基礎工作即不再擁有基本法第四十四

條意義下之調查權。無論如何，一項目的是限於為立法作準備工作的調查，絕不允許對私人使用強制方法。這特別是在僅僅只是國會希望對政府作成不受拘束建議之情形，有其適用。此外，該調查委託主要部分亦違背聯邦國制的權限分配。

撇開聯邦眾議院調查委員會已因欠缺一進一步規定扣押條件和界限的調查委員會法，即無擁有扣押權之點，訴願人所指摘之裁判亦已過度侵犯了訴願人(1)的競爭地位及其人事資料受保護的權利。對所有自一九七七年以來的監察會會議記錄行扣押，是不合比例原則的，因訴願人(1)曾只是一段時間，主要也只是少數參與了「新住屋」，且對其業務經營無施予影響，而該些監察會的會議記錄卻是必要地反映了全部包括一大商業銀行（應指點出其銀行祕密）、一大保險聯合企業以及其他很多公司企業的業務範圍以及包括該些公司最重要的內幕消息。如此也必然地會暴露德國工會的主要財產和其超過十二年來的支配處置情形。本案情形涉及到基本法第二條第一項和第九條第三項規定所保護範圍。工會財產之具法律上獨立自主性，並不改變其作為受基本法第九條第三項保障且符合憲法意願之工會活動經濟基礎的功能。訴願人(1)可以間接透過基本法第二條第一項指責其違背基本法第九條第三項之規定。又本案所行之扣押最後亦是不符合比例原則的，因地方法院已將調

查委託中調查委員會成立決議之第II 3項和第V項排除不得作為扣押依據，但另外者，調查之利益相對於訴願人受保護之利益並不具有更高的重要性。

最後，調查委員會一九八六年八月二十一日作成的決議並無充分保護到訴願人(1)要求保密的權利。提供有違背保密危險之具體證據，並不是訴願人(1)的職責。在這點法院所作裁判太過草率簡單。

cc)訴願人(1)為加強其陳述，更提出四件法律鑑定書：

- Dr. Winfried Hassemer教授針對刑事訴訟法上強制措施，特別是根據基本法第四十四條第二項行搜索和扣押之要件和限制問題的法律鑑定書。
- 訴訟代理人1a)
- 針對BGAG和其機關，在根據基民黨/基社黨和自由民主黨黨團一九八六年六月四日共同提議聲請(BT-Drucks. 10/5575)所成立之德國聯邦眾議院第三個「新住屋」調查委員會要求調查證據範圍內之法律地位問題的法律鑑定書；
- 針對德國聯邦眾議院之打算向聯邦政府作成建議，是否能作為成立基本法第四十四條意義下調查委員會和對私人行使刑事訴訟法上強制（措施）之合法動機問題的法律鑑定書；

- 針對第三個「新住屋」調查委員會於一九八六年八月二十五日向Frankfurt a.M.區法院聲請命扣押BGAG自一九七四年設立以來所有業務、年度和社會報告各一份以及其監察會會議記錄的合法性和有理由性問題的法律鑑定書。

b)訴願人2a)和b)指責其基於基本法第九條第三項之基本權利受到侵害，訴願人2c)斥責其基於基本法第二條第一項、第十二條第一項和第十四條第一項之基本權利受到侵害。該等訴願人陳述理由之重要點與訴願人(1)所提出者一致，並加補充主張如下：

aa)訴願人(1)之監察會會議記錄內不僅含有關於現存工會財產之管理、經營和投資方面的資料，而且也提供關於該財產金額額度、各個工會分配處置迴旋空間，特別是更提供有關為勞資爭議，準備好提供資金的時刻和其金額多少的資訊。訴願人(1)管理工會之財產，亦即主要為工會會員會費之收入，並非為了自己本身（緣故），而是為可能發生的罷工行動得以有財政上的保障；訴願人(1)實際上是支配工會的「罷工錢箱」(Streikkasse)。經由訴願人(1)的經濟行為，工會才根本有實體的罷工條件，因而必須將其作為特別的以聯合方式之活動的一部分，算入屬於基本法第九條第三項規定之核心範圍內。該項基本權利因而即保護訴願人(1)之

作為訴願人2a)和與之結屬各個工會以聯合方式之活動的「實體上的根基」的存續和經濟行為。

本案由於該總括扣押訴願人(1)之監察會會議記錄的命令，侵害了訴願人2a)和b)特別的以聯合方式之活動的權利，即侵害了其罷工權（基本法第九條第三項），因為在文件交予調查委員會時，文件的保密並無充分受到保障；但無論如何，議員在調查委員會看到政治上爭辯且作為政府多數之成員，對訴願人2a)和b)是持批判、保留態度，應能從中得悉關於與工會罷工權具直接功能上關聯的財產處分方面的訊息。最終也不能排除的是，訂定團體協約之對方當事人應能直接或以迂迴方式，由訴願人(1)之監察會會議記錄中獲得關於工會的財產、投資政策，關於財務上罷工的準備或關於為特定罷工措施準備好資金的範圍的消息。如此將會嚴重削弱工會的罷工能力，抗爭同等性成問題且會違背相對人獨立之原則，因為對方能經由採取相當的預防措施，嚴重地打擊工會。透過被扣押之監察會會議記錄報告造成的「透明的罷工錢箱」（"gläserne Streikkasse"），實際上即等於是罷工自由的結束，因而亦是自由工會制度的結束。眾所週知的，罷工的準備總是由一詳細的財務計劃開始，計劃的目標在建立一「罷工錢箱」，亦即在一特定時點，短時間內準備好一筆平常時作長期性投資的可觀的財務資金。

對調查委員會應無限制保密的是該些無關調查委託事項的監察會會議記錄部分。必要的挑選工作因而不得交給調查委員會；毋寧是必須——如聯邦憲法法院在其一九八六年十一月五日判決(BVerfGE 74, 7)中所宣示的——交予一中立的第三人（法院）進行。對調查事項直接具重要性之會議記錄部分，調查委員會有權要求其提出，儘管對如德國聯邦眾議院和調查委員會所提出論述扼要提及的立法調查，究竟是否允許其以強制性方式獲取私人的文件，存有很大懷疑；但即使該部分之文件亦應於調查委員會中受到保密。

bb)訴願人2c)是訴願人2b)的財產管理公司且是參與訴願人(1)，擁有百分之二四、九之股份所有人。訴願人2c)因而同樣因該扣押監察會會議記錄命令，基本權直接受到侵害。鑒於基本權上之人事資料保護，防止總括地扣押訴願人(1)之所有監察會會議記錄，調查委員會為要能詳細確定，那些部分之會議紀錄是為實現其調查委託尚需要的，本應必須先用盡其所有已存在或可取得的認知來源；沒有經此一種的證實過程，則所命扣押之侵犯是無合理辯解理由的。

c)訴願人3)認為其基於基本法第二條第一項、第十二條第一項和第十四條第一項結合第十九條第三項規定之基本權受到侵害。其提起之憲法訴願援引訴願人(1)和訴願人(2)陳述之理由並補充如下：

訴願人3)認為因扣押訴願人(1)監察會會議記錄之命令，其基本權直接受到侵害。如調查委員會得以行該項扣押，則將會妨礙到對其業務政策具決定性之資訊的保密和對一銀行極為重要的客戶對銀行祕密的信賴。由於訴願人3)當時之從屬依賴於訴願人(1)之聯合企業的地位，受扣押之監察會會議記錄內必也包括許多有關屬於其業務祕密核心、對其未來經濟活動之成功相當重要，特別是關於業務過程、放款情形和人事政策方面的資訊。

訴願人3)認為其有權要求上述該些對其經濟上之行為和競爭能力以及財產狀況具決定性之資訊，對調查委員會保密，對公眾更是如此。它並不在涉及「新住屋」事件之內。調查委員會成立決議中調查委託第IV和第V項允許或要求調查委員會亦對其調查之部分係屬違憲，因而是不得加以理會的。

聯邦憲法法院在其一九八六年十一月五日作成判決（BVerfGE 74, 7）中已指出一實際可行、可使與一調查委員會調查委託無關之私人人事資訊充分避免受到危害的途徑。

V.（對造人和相關單位之立場）

包括德國聯邦眾議院、（「新住屋」）調查委員會、聯邦政府、Hessen邦司法部、所有各邦邦議會、柏

林市議會，都給予其有發表意見的機會。提出立場、意見的有德國聯邦眾議院、（「新住屋」）調查委員會、聯邦參議院(Bundesrat)、聯邦內政部代表聯邦政府、Niedersachsen邦邦議會以及Rheinland-Pfalz邦邦議會。

1.德國聯邦眾議院的說明主要援引其為成立（「新住屋」）調查委員會所作之決議和在該決議內有意給予該委員會之授權以及除此之外，該調查委員會對私人人事資料作資訊干涉之任務、權限和權能。

a)德國聯邦眾議院認為，本案之調查委託是合法的。它並無逾越德國聯邦眾議院之管轄和職權範圍。

該項調查委託只局限於一眾所周知、應被視為是合法的立法和監督的調查。國家的行為範圍與社會的行為範圍兩者間的區別，並不即定義國家立法的界限。即國會的監督任務亦將私人的事件和事實包括入國會的觀察之內，只要——如在本案——是為國會的商議和決議準備之用。

德國聯邦眾議院認為，依照該項調查委託，應調查的只有該些對聯邦眾議院之行為具重要性且可作為（可客觀化）有了解澄清需要之理由的事實。立法者鑒於「新住屋」企業集團內明顯且無可爭辯的錯誤發展，但其原因和後果卻混亂不清之情形，面臨的任務是，去分析探討其法的制定和其預算核可發生的影響以及企業行為對法律和預算實務的反作用，將之準備好作為國會作

決議的決定依據。該項調查亦是用以對政府的監督和國會的自我監督。針對聯邦法律立法而為調查的鄭重、認真性和份量則由調查委員會所作的報告獲得證實，該報告中在公益住屋法方面有許多的立法建議（BTDrucks. 10/6779, Tz. 341bis 365）。關於一獨立的醜聞調查的合法性問題，因而可不作裁判。

德國聯邦眾議院又認為，在權限法方面同樣亦無可質疑之處。一方面，它具有團體權限（Verbandskompetenz）；該項調查委託並不是以監督邦行政和邦政府為目標；邦議會對調查了解同一項事實所擁有的同時進行，但是是有自己獨立目的（調查了解邦機關的錯誤行為）的平行管轄權，並無受到影響。另一方面亦沒有可質疑其機關權限（Organkompetenz）之處。該項調查委託並無侵害到原則上不可能探聽出的聯邦政府的主動權、建議和行為領域，即便調查委員會應為阻擋「新住屋」醜聞後果，向聯邦政府擬訂提出建議亦然。

b)聯邦眾議院之立場認為，本案之調查委託有理由辯解對「新住屋」和其他在調查委託中所指稱之私人公司所為的資訊侵犯。

私人公司的監察會會議紀錄得要求受基本權上的人事資料保護（Datenschutz）。會議紀錄中有關於公司的存續、年度營業結果、計劃和市場策略的報告；它因而

是屬於受保護，不得由第三人獲取的私人經濟企業公司的內幕消息。每一個要獲取該項會議紀錄行為，皆須有特別的辯解理由。國會的調查權和其對議會民主和國家威望所具的重要性，使之適合對一般人格權和所有權的保護作限制。但是該兩項互相衝突的法律原則必須在注意及符合比例原則下，達成小心委婉的平衡。特別是強烈具個人性質資訊的再傳達，對於利害關係人而言原則上是不能期待的。僅是單純為探聽而行的扣押是不合法的。

國會成立之調查委員會無論如何在以下情形有對基本權所保護之事實為資訊侵犯的權限：當——如在本案情形——國會的監督是涉及國家的機關或單位和其行為之結果，當有需要了解澄清之責難是以事實為依據，且該些事實使人猜測有極大可能造成錯誤發展，當有利害關係之私人自願負有特別的公共福祉義務和受與之相當的監督，在此基礎下接受國家之給付，當有需要了解澄清者正是涉及此項該私人以之由國家獲有利益的自我約束，且當資訊的侵犯依其形式，已經合憲之法律次序允許者。「新住屋」公司基於其所獲得的優惠，承擔有特別的義務和拘束。主管的單位亦得查看其監察會之會議紀錄。曾經有迫切的懷疑其造成立法上重大的錯誤發展，該項懷疑依調查的結果並已獲得證實。由於有必要須經法官的扣押命令，因此更多了一層以防過度的限

制。國會的監督審查權限必須也擴及到該些本身不是公益性或享有國家優惠之企業公司，如果公益性公司已將領導指揮權限轉移至該些公司時。否則一企業集團可以透過私法上的編塑形成，使得有效的監督變為不可能。

因按其意義地適用刑事訴訟法上的規定，因此於扣押時即中間要插設一祕密的先行審查證據重要性的程序，就如同在刑事訴訟程序於公開主審前之情形一樣；該項先行審查程序的設計要求確保應進行一挑選的手續和該些對調查委託不具證據重要性之文件，應於公開審理加以利用之前歸還之。亦可按其意義地適用的還有法院組織法第一七二條關於不公開的規定。可能情形應利用保密規則中的可能方法。吾人如將聯邦憲法法院在BVerfGE 67, 100[137]判決中宣示的憲法評價轉用於是對追求自己的保密利益、但不像聯邦政府是受法治國地拘束的私人行扣押的情形，則似乎值得考慮，在扣押程序的負責任性和其程序的進行上，相對於原則上是公開的國會調查程序去維護保密的利益。憲法上要求的特別的祕密性，可能可以經由使特定資訊只供調查委員會之主席和其代理人使用的方式達到。應予以禁止的是，由依可能性和有嫌疑的行扣押突然地過渡至將所扣押文件攤開於公開審理中。

基本法第九條第三項之規定亦不阻礙本案之扣押。該些由工會為經濟活動目的而成立之資合公司，須受國

家的監督，依具體情況特別是受營業、租稅、公益住屋性和貸款的監督以及定期有規律的年終結算。該些公司因而亦不能對調查委員會主張進一步的防禦權。只要一一如在本案情形——無侵害到調查程序中憲法上必要的祕密性，即不生提供給可能的勞資爭議對方消息的問題。如訴願人(1)願為罷工目的提供資金，則是其所有人之決定，但卻尚非是一受基本法第九條第三項保護之行爲。

c)聯邦眾議院又認為，訴願人(2)和訴願人3)只是間接受到波及。該等訴願人僅僅基於其公司法上之地位，並無權自「其」公司可能受到基本權侵害而導出自己本身的權利。該項僅是私法上的權利地位並不使之擁有憲法訴願權。

2.第三個「新住屋」調查委員會針對其組成、權限法上問題、扣押在國會調查程序中之合法性以及針對調查權和保護祕密間之關係，提出以下立場、意見。

a)德國聯邦眾議院議事規則中所規定黨團對調查委員會組成成員有指定權，此在憲法上並無質疑餘地。該項規定是根據自一百多年以來所實際實行一般的德國國會法，且考慮及聯邦眾議院中黨團所具之法律上和政治上意義。委員會成員由人民直接的選舉得到為其工作所必要之民主正當性，該選舉使其對所有向德國聯邦眾議院提出的工作獲得委任。一項為使眾議院議員獲有為調

查委員會工作之特別民主正當性，而特別經（聯邦眾議院）大會舉行之選舉行為，則不需要。

如調查委員會成員須經國會大多數的同意指定，則將與憲法上對國會之調查程序正是要求採保護少數者不相符合。可能採行的只有比例選舉（Verhältnislistenwahl）。依該選舉則按各黨團的強弱，由黨團所提的名單分配議員的席位。其結果是不會侵害到黨團的人事決定權。該項選舉行為將是一項純粹的虛偽選舉（Scheinwahl）。而如基本法上之民主要求，強迫聯邦眾議院要將此一種的虛偽選舉作為是憲法要求，在其議事規則內確定下來，則是令人不可理解的。

b)第三個「新住屋」調查委員會認為，在本案情形，聯邦擁有調查權。國會調查的對象可以是所有德國聯邦眾議院作為討論對象和對之可（至少）作成單純國會決議之事件和發生的事情。聯邦眾議院得以關懷一方面不歸屬於其他國家機關管轄，但另一方面在政治制度下會有政治上、公共上或道德上採取行動需要的所有事件情況。

關於涉及聯邦國制之權限次序方面，首先毫無爭議的是，對立法調查涉及的領域，曾存在有德國聯邦眾議院的國會調查權。就如該調查委員會之終結報告可為之證明者，聯邦眾議院確曾嚴肅鄭重地有作立法調查的打算。此外，該項聯邦之權限亦可基於是對醜聞作調查的

觀點成立。基本法第三十條僅僅是分配該些於基本法本身所列舉之管轄事項的規定。所有各個邦議會要對一在社會領域所發生之全國性弊端同時進行調查，基於實際上理由即被排除在外。

本案亦不因調查事項重點是涉及社會領域所發生的事件，而排除國會的調查權。區分界定公共的、國會有合法理由調查之事項與純粹私人之事項是可能的。在一民主議會制之憲法次序下，國會作為國家人民的代表，即猜想其對所有具公共利益和涉及國家之問題，皆有採取行動之管轄權。國會不能將其調查權限只是用於作為廣義對政府和行政監督的工具；國會原則上可對任何一證據課題進行偵查，特別是亦對該些公共生活上之事件和在社會領域所發生的事件，只要該些事件——如在本案——具有公共利益。

c)第三個「新住屋」調查委員會又主張，德國聯邦眾議院成立之調查委員會擁有扣押的權利。此是由基本法第四十四條規定之字義、系統和制定歷史所得論據得出。進行調查而無使用強制方法，如扣押，的可能，則缺乏憲法上所要求的有效性。由於依一般的見解，扣押只能經由法官命令，因此程序法上即注意到調查委員會不要在過度熱心下疏忽了利害關係人的權利。

國會的調查權相對於基本權利，無絕對優先的地位，基本權利相對於國會的調查權，亦無絕對優先的地

位。一方面是原則上具有的國會調查了解一件事實的利益，另一方面是人民私人領域的保護，兩者必須在作符合比例原則審查範圍內加以權衡。

本案所涉及的是基於公共利益，需要對廣泛違背公益性法律之違法行為作調查了解，以便立法工作由調查所得結果得到必要的教訓。流向「新住屋」公司的稅收不下於一百億馬克；該項資金是否符合規定地利用，需要審查。受牽連的有「新住屋」大約三十萬的承租戶。整個公益住屋制度已因「新住屋」的行為喪失了信譽。此是如何才可能造成，是否是因法律上的疏漏促成，需要迫切調查了解澄清。而這如無將「新住屋」的操縱者：訴願人(1)列入調查對象是不可能的。有關保密的問題是由各訴願人共同造成，因而亦是應負責的。該些問題之產生主要是由於「新住屋」之作爲公益性公司被牽綁入一聯合企業組織結構，此既掩飾了對正當利用公共資金應負之責任，亦因捲入關於其他公司之決定，阻礙了監督審查的順利進行。扣押依聯邦憲法法院一九八六年十一月五日判決應予以保密之文件，對於調查委員會之工作是必要的。調查委員會認爲爲公共之利益，完全地公開依該判決應保密之總結報告的部分是絕對需要的。在此是完全排除會對工會的罷工錢箱造成危害。

3.聯邦參議院鑒於聯邦憲法法院一九八六年十一月五日所作之判決（BVerfGE 74, 7）提出之立場是關於

其成員和成員之受任人（Beauftragte(r)）進入調查委員會會議之權利（基本法第四十三條第二項第一句）。該項權利並非聯邦參議院作為憲法機關整體，而是由個別之聯邦參議院議員個人所擁有且是無條件的。即使例如有必要顧及憲法訴願人在憲法上受保障之地位，亦不能作為限制該項進入權之辯解理由。就此點而言，最多是應要求關於聯邦參議院之成員和成員之受任人亦採相當之保密措施。但是為確保憲法訴願人之基本權利，乾脆就不許參加調查委員會會議之議員，以符合其參加權目的的方式利用其參加會議所得之資訊，則是不需要的。絕對且概括的禁止利用，將會實質地妨害到該項進入權（Zutrittsrecht）。

4.聯邦政府就關於政府成員和其受任人之參與和資訊利用權之點，亦與聯邦參議院之見解一致。

5.Niedersachsen邦邦議會認為，本案調查委員會之組成方式是符合憲法的(Verfassungskonform)。該種方式符合絕大多數德國國會的法律。調查委員會只是國會的下屬機關，在幫忙和減輕國會的工作，特別是與其他的委員會同，在為國會作成決定或決議作準備工作。調查委員會基於其整體強烈隸屬於聯邦眾議院大會之地位和其極為有限之高權權限，不須經由選舉以取得民主正當性。民主原則所要求的保護少數亦支持現有的規定，經由比例關係選舉並不能有效地達到該項保護。選民對

議員的自由委任並不會較為確保國會工作之進行所要求者受到更大的妨害；個別議員的必要的決定自由和自我負責仍舊維持。至於適用法定法官基本原則的論點，鑒於調查委員會的任務和權限，一開始即未切中。

本案之扣押命令基於基本法第四十四條第二項第一句之規定，即使無訂定一調查委員會法，亦是合法的。雖然依調查委員會之聲請，由法院命扣押是可能的，但委員會亦有自己作成該一種命令的權利。

6.Rheinland-Pfalz邦邦議會同樣認為本案之憲法訴願是無理由的。

a)對私人領域作調查，在其客觀上是適合為國會行為（訂定法律，包括修改憲法，和國會監督）作準備，且具公共利益之範圍內是合法的。此時只得對涉及是否遵守——相當廣的——國會裁量界限作司法審查。只是基於政黨政策考量，以對特定個人或特定公司企業公開予以誹謗為目的的調查是不合法的。

基本法第四十四條規定授權調查委員會原上作強制性的調查證據。但須注意及比例原則：只要調查委員會可以不使用強制方式，而完全地獲得私人領域必要的資訊，即應先循該途徑。

Rheinland-Pfalz邦邦議會又認為，法院組織法第一百七十二條a和第一百七十二條關於排除法院審理公開之規定，不適用於調查委員會，因基本法第四十四條第

一項第二句就此點而言是一特別規定。在聯邦憲法法院所謂「弗立克」案判決（Flick-Urteil BVerfGE 67, 100）中所要求的保密，只是涉及行政機關提供文件予一調查委員會，不能將此即轉適用於調查委員會之調查證據。

在具體個案情形，私人祕密在調查程序是否以及應如何保護，是由在該祕密所具意義和值得受保護性與調查證據應顧及之公開原則的利益兩者間作權衡而得。該項權衡考量是調查委員會單獨的職責，但其作成之決定應受司法的審查。如法院組織法第一百七十二條第二款所表明的，原則上應由公開原則優先於私人保密利益出發。這特別是在所謂「對醜聞的調查」有其適用。與此相對的，如一調查委員會之任務是在為國會獲取由所有黨團一致追求之立法動議的準備資訊，則看不出有任何調查證據須於公開會議進行的必要性。

依Rheinland-Pfalz邦邦議會見解，就對一調查委員會如應適用如在對行政機關情形同等方式確保保密規定之點，則與聯邦憲法法院BVerfGE 67, 100 [138 f.]判決（譯者註：即上提及之「弗立克」案判決）所敘明見解不同，認為並無令人信服理由，不對全體委員會，而只是對委員會主席和其代理人為通知。對國會之成員可以如對行政和司法機關成員，寄予相同的信任。在當調查委員會內是由三個或更多黨團代表，且該些提議聲請成

立調查委員會之黨團既無提出主席亦無提出其代理人時，要求所有國會成員形式上皆同等即具特別意義。

b)在Rheinland-Pfalz邦是由邦議會選出調查委員會之主席和其代理人。其餘之委員會成員和其常任代理人則由各黨團選定。雖然如此，該些委員仍擁有因執行國家權力所必要之民主正當性。如在議事規則中有相當規定作證明，此外亦經習慣法規定者，各黨團由邦議會以合法、符合事務性的方式，獲有選定調查委員會成員之授權。

B.（本憲法訴願案合法）

本案憲法訴願是合法的。

1.訴願人(2)和訴願人3)針對一九八六年九月二十九日和十月二十二日裁定提起之憲法訴願，不因僅是訴願人(1)之監察會會議記錄受到扣押命令而為不合法。訴願人(2)和訴願人3)基於其與訴願人(1)在公司法上的結合，與本案構成事實處於如此緊密關係，以致本身亦因該項扣押受到侵害(參照BVerfGE 4, 96 [101]; 15, 256 [262 f.]; 15, 283 [286]; 16, 25 [27]; 44, 353 [366])。受指摘之一九八六年十月三十一日裁定係針對訴願人(2)和訴願人3)作成；該裁定是對彼等訴願人提起之抗告主題作了裁判。

2. 憲法訴願人不因調查委員會工作已結束(參照基本法第三十九條第一項第二句)而不再有受權利保護之利益。該扣押命令已依聯邦憲法法院一九八六年十一月五日判決執行。交予調查委員會之文件尚置於德國聯邦眾議院處分權之下。由扣押文件中所獲取之資訊，被收入於調查委員會之一份 -- 儘管是保密的 -- 報告中。該扣押命令因而對訴願人仍繼續有效力(參照BVerfGE 15, 226 [230]; 21, 378 [383]; 33, 247 [257f.]; 44, 353 [367]; 50, 244 [247 f.]; 69, 161 [168])。

C. (本憲法訴願案部分有理由)

訴願人提起之憲法訴願中，指摘法院裁判命無限制交出扣押之監察委員會會議記錄予調查委員會，因而首先僅僅只聽由該委員會決定，那些個別的扣押文件是可能對地方法院用作為扣押依據之國會調查委託部分具重要性者，該部分的憲法訴願有理由。就這部分而言，訴願人((1)基於基本法第二條第一項、第十四條第一項結合第十九條第三項之基本權利受到侵害，訴願人((2)和訴願人(3)則其基於基本法第二條第一項結合第十九條第三項之基本權利受到侵害。

其餘部分之憲法訴願無理由。基於基本法第二條第一項之基本權利並不因專業法庭在對關於調查委員會之扣押聲請作裁判時，是由一有效的提出聲請出發，且認

為基本法第四十四條為扣押之命令提供充分的法律上依據，而受到侵害。

1.（無理由部分）

成員係由各政黨黨團依其強弱比例關係提名組成之德國聯邦眾議院的調查委員會，擁有對外為高權行為所必要之民主正當性。聯邦眾議院在其職權範圍內，為調查了解弊端，得授予調查委託，此無論如何亦包括該些工作、活動基於是以「公共經濟」為目標，很大範圍內獲有國家資金支助或受租稅優待且負有特別法律義務的私人公司企業——包括與其緊密、特別是有聯合企業式結合者——之領域；這在調查委託是具充分公共調查利益之範圍內，無論如何有其適用。調查委員會為實現聯邦眾議院所授與之委託，在注意及（遵循）基本權（之保障）和比例原則下，有向管轄法院聲請對私人行扣押之權限。

1. 訴願人所提出，指摘本案之調查委員會並無依符合基本法之方式組成，其調查委託不能作為聲請扣押之法律上依據之點，不能以刑事庭法官在扣押程序範圍內，沒有將其審查延伸至該些問題之權限（為理由）予以反駁。如法院依基本法第四十四條規定，在國會調查程序中，要求使用法官的調查措施，則原則上不能禁止其就該項（扣押）聲請之有效性和已打算進行之證據調

查合法性具重要性之法律上要件加以審查。這特別是在當所聲請實施之措施，是構成對第三人之基本權上受保護範圍之侵犯時，有其適用。

2.調查委員會之成員不是由（聯邦眾議院）大會選出，而是由各黨團選定，由此點對扣押聲請之有效性和已打算進行之證據調查的合法性，並不存有憲法上質疑。

a)國會之調查委員會是行使公權力（BVerfGE 67, 100[142]）。在自由民主制度下，所有國家權力來自人民；該權力由人民在選舉和投票表決以及經由一些立法、行政權和司法的特別機關行使——基本法第二十條第一項和第二項——（BVerfGE 44, 125 [138]; 47, 253 [271 f.]）。所有行使公權力之機關和代表為此須有一可追溯至全體人民之作爲國民的正當性（參照BVerfGE 38, 258 [271]; 47, 253 [272]）。該項民主原則不只是涉及一些特定的，而是包括所有行使國家權力的形式（BVerfGE 47, 253[273.]）。該憲法上必要之民主正當性（）要求由人民至被委託執行國家任務的機關和人員，要有一無間斷、如鏈條緊密相連的正當性。但該項正當性不必要於每一種情形皆經由直接的人民選舉而來。通常一般情形下，該正當性可間接追溯至人民之作爲國家權力主體即爲已足（BVerfGE, a.a.O., S. 275）。

b)德國聯邦眾議院之成員是直接經由聯邦眾議院選舉，獲得其作為人民代表之工作所必要的民主正當性（基本法第三十八條第一項第一句；參照BVerfGE 44, 125 [139f.]）。該項有規律性、每隔一段時間反覆舉行之選舉，確保眾議院議員對人民保持負責（參照BVerfGE 44, 125[139f.]）。經由該項選舉，德國聯邦眾議院獲得其作為人民代表機關之正當性（基本法第三十九條第一項第一句結合基本法第三十八條第一項）。此項——直接來源於由人民的——民主正當性，涉及所有基本法分派予聯邦眾議院的任務、工作和權限。這其中亦包括聯邦眾議院根據基本法第四十四條，經由其個別成立之調查委員會行使的調查權。儘管該些調查委員會以所賦予之調查證據權（基本法第四十四條第一項第一句和第二項），對第三人擁有聯邦眾議院大會所沒有之高權權限，但此所涉及者畢竟仍是聯邦眾議院的權限；該些權限是經由調查委員會為聯邦眾議院行使。該調查委員會就此範圍，——如全部之委員會——，亦仍只是聯邦眾議院的輔助機關；它只是去執行完成由聯邦眾議院成立該委員會之決議或是根據基本法第四十五條a第二項，直接按照提議聲請所付託之任務而已，而並沒有取得是一個自主的、與聯邦眾議院已存有之民主正當性無關，其成員本身才應去獲得民主正當性機關的地位。因而對民主原則（基本法第二十條第二項）的確保具決

定性者，除了要是經由人民代表（譯註：即聯邦眾議院）的大會成立調查委員會外，即是作為委員會成員之（聯邦眾議院）委員，其由個人的選舉任命行為獲得的民主正當性。該項經由聯邦眾議院的成立，相當於在基本法第四十五條a第二項情形之由國會事先設立的國防委員會（Verteidigungsausschuß）。至於那些各個聯邦眾議院議員應屬於那些個別的委員會，則不再是一個委員會的民主正當性，而是一個聯邦眾議院組織範圍內部人事上管轄權的問題。

根本上應作不同判斷的是，選任一不是隸屬於人民代表，而是一獨立自主、賦予其有自己權限的公法人機關，其在經由法律或自治規章所分派之本身職權範圍內行使公權力的成員。此一種機關須有可追溯至其個別有選舉權人民之全體的民主正當性。人民代表只能經由一應歸之於其全體之行爲使其獲得該民主正當性。在此種情形，由各黨團選任該機關之成員並不足夠（參照BVerfGE 38, 258 [270 ff.]）。

c)在上述之後所剩的人事上管轄權的問題，如以上已論述者，只涉及德國聯邦眾議院內部的組織，在該方面是應考慮到國會職權範圍的要求和各黨團及眾議院議員的地位。該項問題則與訴願人的法律地位無關。法定法官請求權（基本法第一〇一條第一項第二句）不能將之轉適用於國會成立的調查委員會。國會的調查委員會

不是法院；它們不行使司法權（基本法第九十二條）；其成員並非基本法意義下之法官（參照基本法第九十七條和BVerfGE 4, 331 [344 f.]）。經由調查程序，國會只是獲得有不依賴政府、行政機關以及法院，以通常只是供法院和特別行政機關使用之高權措施，獨立自主地去審查其認為作為人民代表，在實現憲法委託上有調查了解必要之事實的機會（BVerfGE 49, 70 [85]）。調查結果作成的報告，不能與法官的裁判和其效力相比。

d)由國會之委員會組成程序的歷史發展以及與之相結合的憲法上委員會概念的鑄造形成，證實以上所得之結論。在一八七一年德意志帝國的帝國國會（Reichstag），委員會是由帝國國會的各部門（Abteilung）以其出席委員的絕對多數選出（議事規則第二十六條，錄印於E.R. Huber, Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. 2, 1964, Nr. 234）。帝國國會包括七個儘可能擁有同樣成員數的部門；分配是經由抽籤程序（議事規則第二條第一項）。但在選舉之前，各黨團主席即已對委員會成員的挑選取得意見一致（E.R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 3, 2.Aufl., 1970, S. 886; Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1, 5.Aufl., 1911, S. 353）。在後來的時間，委員會的成員則是由各黨團自己任命(Hatschek, Das Parlamentsrecht

des Deutschen Reiches, Erster Teil, 1915, S. 185ff., 229f.)。威瑪帝國憲法時期，帝國國會只是確定委員會成員的數目，而——特別是基於保護少數理由——由各黨團選定委員會之成員和其代理人。帝國總統將第一次選上的成員公告於帝國國會（一九二二年十二月十二日帝國國會議事規則第二十八條，一九二三年二月十七日公告，RGBI. 1923 II S. 101）。基本法於制定調查程序之規定時，——如以下將再詳述者——，是緊依著威瑪憲法作為藍本。這說明了該些知悉當時委員會組成模式的制憲者並不願變更該種形式（參照 BVerfGE 44, 308[314f.]; 70, 324[360f.]）。第一屆德國聯邦眾議院明顯地亦是由此種組成形式出發，早已於一九四九年九月二十日作成決議，在其臨時議事規則中採用威瑪時期預定的組成程序(Verhandlung des Deutschen Bundestages, 1.Wp., 5. Sitzung, S. 19f.)。

3. 調查程序在議會民主制下，應完成一項重要任務。國會調查委員會應於執行其調查委託時，支助國會工作的進行，並為國會之作成決議作準備。調查的重心當然在於國會對政府和行政的監督，特別是在調查了解屬於政府負責範圍內顯出有弊端之事件。正是此種的監督，在權力分立範圍內特別具重要性(BVerfGE 49, 70[85] m.w.N.)。但德國聯邦眾議院的國會調查權並不只限於這個核心範圍。該項權限在聯邦眾議院之職權範

圍內亦擴及包括調查了解在該些基於是以「公共經濟」為目標，其工作、活動很大範圍內獲有國家資金支助或受租稅優待且負有特別法律義務的私人公司企業領域的弊端；這在調查了解是具充分公共調查利益之範圍內，無論如何有其適用(亦參照BVerfGE 67, 100 [140])。但（於調查時）對基本權利的侵犯，除了基本法上明文規定之限制外（參照特別是基本法第四十四條第二項第二句），只於（遵守）憲法上比例原則和可期待性原則範圍內，始為合法，且此時必須就侵犯基本權利的強度與調查目的和證據事項的份量，兩者加以權衡(參照BVerfGE 67, 100[143f.])。在該合法調查範圍內，德國聯邦眾議院成立之調查委員會亦得經由管轄之法院，扣押私人之文件。

a)基本法第四十四條之規定在字義上並無對聯邦眾議院之成立調查委員會的權限作限制。但如每一項之憲法規定，該項規定亦應自基本法的整體關聯性予以解釋（參照BVerfGE 1, 14 [32f.]; 30,1[19]; 55, 274[300]）。依此，調查委員會只有在聯邦眾議院之職權範圍內，始得成立。必須除外的有，該些由國會處理不具充分公共利益（參照BVerfGE 67, 100[140]）以及該些或者不屬於聯邦職權（參照基本法第三十條規定之原則），或者是專屬於其他憲法機關權限之事件（參照BVerfGE 67, 100[139]）。

因此，國會調查委員會之成立，不只是在立法以及監督政府和行政領域，爲具法拘束力之國會行爲作準備，以及爲維護聯邦眾議院本身之聲譽是合法的。毋寧是，在國會之職權和管轄權範圍內，原則上亦得將公共生活事件和在社會領域發生之事件列入調查之內，如（該些事件）具有有理由由國會商討，可能情形並作成決議之公共利益時；爲此，如僅是在求作成政治形式的建議者，亦得爲已足。在此種情形，到何種程度亦得將私人經濟和私人之生活關係和生活情況作爲國會調查的對象，對這問題在本案情形不須作成裁判。無論如何，對該些基於是公共經濟爲目標，其工作、活動很大範圍內獲有國家資金支助或受租稅優待且負有特別法律義務的私人公司企業——包括與其緊密、特別是有聯合企業式結合之公司——，去調查了解所聲稱，因而與其有關聯的弊端，是具有有理由由國會商討，可能情形並作成決議之重大公共利益。

以上所述由國會調查委員會法的發展可獲得證實。威瑪帝國憲法第一次草案第五十二條曾規定，限制國會調查委員會只於政府或行政措施之合法性或誠實性遭受懷疑時，始得成立。關於是否應寧可規定此種限制，而不無限制地全權授權予帝國國會進行國會調查的問題，曾在威瑪國家會議（die Weimarer Nationalversammlung）的憲法委員會中詳細被討論

(Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung, Aktenstück Nr. 391, Bd. 336, zu Art. 55, S. 264 bis 266)。但該項作限制規定之建議最後並沒有獲得多數贊成，而是在威瑪帝國憲法第三十四條第一項第一句訂定以下與基本法第四十四條第一項第一句可相比較之條文：

帝國國會有權，於有其五分之一之成員提議聲請時且有義務成立調查委員會。

上述兩部憲法規定之條文一致，說明了其是符合該項規定之意義和內容（參照BVerfGE 3, 407 [415]；29, 183 [190]；67, 299 [320]）。特別又因在Herrenchiemsee召開的憲法大會中，由少數人所提出之國會調查委員會的成立，應只於「為立法行為搜集和審查資料以及為監督聯邦行政機關行政措施之合法性和誠實性」始為合法的建議，明白地遭受了否決（參照 Bericht des Verfassungsausschusses der Ministerpräsidenten Konferenz der Westlichen Besatzungszonen, Darstellender Teil, S. 36f.）。

憲法改革調查委員會（Die Enquete-Kommission Verfassungsreform）（Schlußbericht, BTDrucks. 7/5924, S. 50）基於類似考慮得出以下結論：根據基本法第四十四條設置之調查委員會的機制，在德意志聯邦共和國政府制度下，是作為調查了解所有屬於聯邦政府或一聯

邦部以及聯邦眾議院本身應負責領域發生之弊端的機關的一種傳統。在此種情形，調查委員會經常是在聯邦行政機關或個人於履行所付託之任務和權限，遭受懷疑有疏忽、不誠實或其他不合法情事時成立。此種「弊端之調查」因而即在公眾亦被塑造成是調查委員會的形象，儘管依據基本法第四十四條規定，亦是允許該項機制有使用於更廣泛領域之可能的。

b)國會成立之調查委員會是行使公權力。委員會除基本法第四十四條第二項第二句所規定之限制外，依基本法第一條第三項應注意及基本權利（的保障）。這可能特別會限制到證據調查權（BVerfGE 67, 100[142]）。基於基本法第二條第一項結合同法第一條第一項和第十四條，可能情形更結合同法第十九條第三項所生之基本權，確保其權利主體對涉及其本身、已個人化或可個人化之人事資訊，有不受無限制調查、儲藏、利用或轉遞之保護（參照BVerfGE 65, 1[43]; 67, 100[142f.]）。該項（基本）權限於公眾利益和符合比例原則下，經由法律或根據一法律，加以限制；限制不得逾越為保護公共利益所絕對必要之程度（參照BVerfGE 65, 1 [44]; 67, 100 [143]）。

國會調查委員會之調查證據權（基本法第四十四條第一項第一句、第二項第一句）與基本權上之人事資料保護，兩者在憲法層面是相對峙的，在具體事件必須互

相歸列，使得兩者可儘可能地發揮其效力（BVerfGE 67, 100[143f.]）。於此要求應作的權衡即是，必須適當地顧及到在付託予調查委員會之（調查）委託範圍內，預計進行調查證據所追求目標的形式和意義以及所涉及人事資料之值得受保護性和必要受保護性。該項調查證據權不能擴及至該些由於具強烈個人性質，轉遞對涉及之人是不可期待的資訊（參照 BVerfGE 67, 100 [144]）。最後應隨時審查，是否依情事狀況有合理理由進行公開調查證據，或者是否（基於）基本權（的關係），要求有一些特定的國會保密的預防措施（參照 BVerfGE 67, 100 [144]）。

有採取保密措施的可能係規定於基本法第四十四條第一項第二句和同法第四十四條第二項第一句。前者允許調查程序以簡單多數（參照 BVerfGE 67, 100 [137]），無須具備特定要件不公開。後者之援引按意義地適用刑事訴訟法規定，亦包括法院組織法第一七一條b和第一七二條（舊法第一七二條）在內（參照 BVerfGE 67, 100 [134]）。該些法院組織法法條應各依其有效版本予以適用（參照 Beschuß des Senats vom 1. Oktober 1987 - 2 BvR 1165/86 - unter C. II. 1. d.）(譯註10)，

(譯註10) BVerfGE 76, 363, 385f

其規定為基於個人生活領域和重要之業務、經營、發明或稅捐祕密情事而保守祕密不公開。此些規定應解釋為確保維護由基本權所生人事資料保護法上之要求（參照 BVerfGE 65, 1 [41 ff.]; 67, 100 [142 ff.]）而適用。但於此亦應顧及到的是在民主議會制下之公開原則（參照 BVerfGE 40, 237[249]; 70, 324[355]），其重要性並不低於刑事訴訟程序上主審（Hauptverhandlung）公開之原則，且如基本法第四十四條第一項可為證者，正是對國會的調查程序，特別是在弊端的調查，其具特別的重要性。聯邦眾議院對於在其執行任務時，保守職務上祕密之要件和程序，在保密規則（以及個別之法律）中有詳細的規定（參照 BVerfGE 67, 100[135f.]; 70, 324 [359]）。

c)依據基本法第四十四條第一項第一句、第二項第一句規定給予聯邦眾議院調查委員會之調查證據權，在基本權利所劃定的範圍內（參見上述b），亦包括有使用刑事訴訟法上所規定強制式獲取證據可能的權限。對不自願交出之物件行扣押，即屬其中之一（刑事訴訟法第九十四條第一項和第二項，第九十七條以下）。

aa)國會調查程序之意義和目的要求基本法第四十四條應解釋為，以該規定應為一有效的國會監督創設程序法上之要件（參照 BVerfGE 67, 100 [130]）。如其在拒絕自願協助情形下，亦不能搜集必要之證據，則該

有效的監督即不能獲得確保。經由國會調查委員會的調查了解事實，其重要性並不下於刑事訴訟程序中的偵查事實（參照BVerfGE 67, 100 [146]）。對書面文件有行扣押的可能，對一有效的調查行動是不可或缺的。證書文件和其他的書面證據相對於證人的陳述，常常是具有更高的證據價值。尤其又因——特別是在調查弊端之情形——證人的記憶能力基於一些各式各樣理由，有可能是收效不大的（參照BVerfGE 67, 100[132]）。

將基本法第四十四條第一項第一句、第二項第一句之規定解釋為，在國會之調查程序中，扣押原則上是允許的，此是符合該項規定之字義。該項條文毫無限制地援引了刑事訴訟中的搜集證據（Beweiserhebung）；以此明顯地是要顧及到所有規定刑事訴訟程序調查事實的法規（參照BVerfGE 67, 100 [133]）。這其中不只包括該些關於合法證據之形式和對其利用（Verwertung）的法規，而是亦包括關於該些證據的獲取和保全的規定。此種對「搜集」概念的理解，也是以刑事訴訟法為基礎的（參照刑事訴訟法第二〇一條、第二〇二條、第二四四條第三項）。對於證據的運用（Auswertung），該法則是使用較狹義的「調查證據」（Beweisaufnahme）的名稱（刑事訴訟法第二四四條第一項）。

對於在國會的調查程序中是允許扣押的見解，不能以扣押是屬一種特殊的刑事訴訟程序上的措施，因此不

得轉用於其他程序爲理由予以反駁。此種排除扣押規定按其意義地適用，看不出有任何理由。得行扣押，不只在刑事訴訟法中有規定，在一些行政法的法律中，也有以各種不同目的得行扣押之規定（參照例如§76 Abs. 3 AO; §7 Abs. 2 und 3 des Gesetzes über die Anwendung unmittelbaren Zwanges und die Ausübung besonderer Befugnisse durch Soldaten der Bundeswehr und zivile Wachpersonen）。在涉及調查了解行政領域方面事實的調查委託，扣押的措施常常是不必要的，因通常有足夠的其他獲取（證據）的可能途徑，但此不能作爲辯解主張在國會調查程序中不允許扣押權的理由。

由基本法第四十四條的前身威瑪帝國憲法第三十四條的立法歷史得出的結論，亦無不同。威瑪國家會議的憲法委員會於評議時，援引了刑事訴訟法的規定於該項條文文句中（威瑪帝國憲法第三十四條第三項），以在其認爲於威瑪帝國憲法第三十四條第一項已規定的傳訊證人權外，附加上強制證言和證人宣誓的權利（das Recht des Zeugniszwanges und der Zeugenvereidigung）（參照BVerfGE 67, 100[131]）。該項規定明顯根據的理念，亦即以同意給予強制權之方式，避免國會調查委員會成爲無權（參照die Ausführung des Geheimen Regierungsrats Zweigert im Verfassungsausschuß, 見上述a），亦應轉適用於文書證據。強制證言與扣押，就其

法的本質和鑒於其個別所涉及的基本權利，都顯現不出有任何不同，可作為辯解調查委員會有前者權利，而無後者權利的理由，雖然正是書面的文件可能是特別可靠的證據（參照BVerfGE 67, 100[132]）。

bb)基本法第四十四條第一項、第二項第一句結合刑事訴訟法第九十四條第一項和第二項之規定，為在國會調查程序中行扣押，提供足夠明確的法律根據。

此種形式之規定，特別是當其預定或允許侵害基本權利時，必須符合法治國規範明確性(Normklarheit und -bestimmtheit)之基本原則。該種規定必須在其構成要件和法律結果的擬訂措詞表達上，可以使利害關係人認識、斷定法律狀況並依之為其行為。法院必須要能夠具體化該立法的決定（參照BVerfGE 31, 255 [264]）。

基本法第四十四條第一項、第二項第一句之規定，進行扣押在意義上（sinngemäß）應適用刑事訴訟法之規定，此是符合上述（明確性）要求的。依此首先應由國會調查程序之意義和目的出發。由此應去個別審查，那些刑事訴訟法上之規定應考慮引用和其適用之範圍應如何（參照BVerfGE 67, 100 [128]）。基本法第四十四條第一項、第二項第一句在以上描述範圍內有必要加以解釋，但此並不使該規定即不具有直接適用不須另有特別施行法之明確性（參照例如 BVerfGE 21, 245 [261]；31, 255 [264]；45, 400 [420]；63, 312 [324]），

特別又因該些應按其意義予以適用之法律規定，有顯明必要之內容上的明確性。適用法律之機關的任務是，就該些由一複雜事實牽引之法規所生的疑問問題，予以澄清（參照BVerfGE 31, 255[264]）。

cc)上述之指示援用刑事訴訟法規定，使得經由國會調查委員會的證據調查，自己設了限制；在國會調查程序中必要的扣押命令，原則上不能由調查委員會本身自己作成，而是應向管轄的法院提出聲請。

在刑事訴訟程序，扣押原則上只得由法官下命。僅於有陷於遲延之危險時，檢察官和其輔助公務員才亦有命扣押之權限（刑事訴訟法第九十八條第一項，例外：刑事訴訟法第九十八條第一項第二句）。在該種情形，原則上必須有法官的扣押確認。唯有在扣押時，利害關係人或一屬員在場且無提出異議的要件下，始無強制規定須法官的介入（刑事訴訟法第九十八條第二項第一句）。上述規定之目的在保護利害關係人。基本法（基本法第十三條第二項、第十九條第四項和第一〇四條第二項）和立法者的出發觀點是，法官基於其人身和事務上的獨立性以及其只服從於法律之地位（基本法第九十七條），在具體事件最能確保和維護利害關係人的權利。

由國會調查委員會進行的證據調查，也許在某些方面與刑事訴訟程序中法官的行為相類似；但與法官的工

作並不能相提並論。調查委員會的成員不具法官的地位；該種調查程序著眼點並不在如法院應作成裁判（參照上述2c）。它毋寧是涉及一種可能情形下對之可請求法院為法律救濟的行為（基本法第十九條第四項；亦參照BVerwG, BayVBl. 1981, S. 214 f.; BayVG, BayVBl. 1981, S. 209 [210 f.]；OVG Lüneburg, NVwZ 1986, S. 845 f.; OVG Nordrhein-Westfalen, DöV 1987, S. 115 f.; Kopp, Verwaltungs-gerichtsordnung, 7. Aufl., 1986, § 40 Rdnr. 34）。國會的調查程序亦無顯示有其他特別不同之處，可能可以作為辯解調查委員會應與一法院列為同等地位，且一般性地授與其扣押權的理由。就此點而言，仍必須還是保留刑事訴訟法第九十八條第一項的管轄權規定，即扣押基本上是由法官管轄。國會調查委員會的工作並不會因而受到不可期待的妨礙。此亦不涉及到依憲法上國家權力權限的劃分，對國會調查委員會職權範圍造成違法的侵犯。如法院駁回扣押之聲請，則調查委員會必須一如由委員會本身作成的扣押命令，在對之不服向法院提起的法律救濟程序中（參照基本法第十九條第四項），被以違法而將之撤銷般地（忍）接受。

德國聯邦眾議院本身的立場出發點是，國會調查委員會調查程序的特殊性並不要求有概括一般的調查委員會的扣押權限。聯邦眾議院之調查程序原則上是以所謂的IPR規則為依據（調查委託第VI項），在其第十三條

第四項第一句規定，扣押應依調查委員會之聲請，由管轄法院爲之。由德國聯邦眾議院審查選舉、議員免責權和議事規則委員會所草擬，於一九八五年十一月二十九日送交各黨團提出意見立場的關於德國聯邦眾議院調查委員會成立和調查程序法草案中的第十六條第四項第一句，亦含有與之相當的規定。

至於調查委員會於有陷於遲延之危險時，是否以及在何種範圍內得自行命扣押，在本案情形不須作成裁判。

d)在國會調查程序中，依上述之原則，對私人行扣押，只於該扣押因調查目的之份量和證據事項所具重要性有充分合理理由時，始爲合法。該項措施僅在基於公共利益所需要之範圍內，始得侵犯基於基本法第二條第一項結合同法第一條第一項和第十四條，可能情形還結合第十九條第三項所生之基本權利；比例原則亦應予注意（參照BVerfGE 65, 1[44]; 67, 100[143]）。

刑事訴訟法中有關刑事偵查程序的規定有考慮到此點。刑事訴訟法第九十四條第一項和第二項規定允許扣押可能對偵查具重要性作爲證據之物件，此雖然並不排除一些最終在刑事程序沒被利用到之物件，亦遭受到扣押。但這是不可避免的，因刑事偵查程序是根據有犯罪嫌疑而開始進行的。該種偵查程序法治國上要求應作廣泛的偵查工作（參照BVerfGE 29, 183 [194]；32, 373

[381]；33, 367 [383])，此使得即使後來結果是不起訴或無受到有罪判決，亦應作調查。具決定性的只是應予扣押物件可能具有的重要性。而另一方面，刑事程序一開始即規定有為保護利害關係人祕密領域之預防措施。檢察官的偵查程序是不公開的；參與該偵查程序之人員負有違法將受刑事和懲戒制裁的守密義務（參照刑法第三五三條b第一項，第三五五條第一項；聯邦公務員法（BBG）第六十一條以下和各邦公務員法中與之相當的規定）。公訴之提起（刑事訴訟法第一七〇條第一項），唯有在檢察官足認有犯罪嫌疑時，始得為之。於主審公開討論前公布起訴書或其他公文文書原文，應處以刑罰（刑法第三五三條d第三款）。關於起訴書是否應在公開審判中說明討論，由獨立之法院決定（刑事訴訟法第二〇三條）。主審中之證據調查，由一法官主持（刑事訴訟法第二〇三條）。該法官亦應維護第三人的基本權利（參照法院組織法第一七一條b，第一七二條）並負有義務，不調查不合法之證據（刑事訴訟法第二四四條第三項第一句）。此外，利害關係人還可在非公開的偵查程序期間，可能情形下訴請法官作成裁判，交還已受扣押之物件（參照 Kleinknecht/Meyer, Strafprozeßordnung, 38. Aufl., 1987, § 98 Rdnr. 30）。由此在刑事訴訟程序上，有廣泛的預防措施規定，使扣押文件的內容，要在法官的評估是對事實的偵查具重要

性，且其利用不侵犯到利害關係人之基本權利時，始公布於公眾。由這些預防措施觀之，則刑事訴訟法第九十四條以下規定扣押文件可不須再經法官的審查，直接交予刑事追訴機關，在憲法上是無可質疑的。

與上述相對的，國會的調查程序則無規定可相比較的為保護利害關係人的確保措施。國會調查委員會雖得採取各種不同為保密的措施。但這卻不改變，在通常情形，該些可能列入考慮的證據，隨即在公開審理中討論，而事先並沒有對關於該些證據個別的證據重要性和立於利害關係人法律地位觀點，對調查該些證據憲法上的合法性，作成一形式裁判，使利害關係人對之不服於公開審理前，可及時並獲有效法律保護（基本法第十九條第四項）。國會調查委員會之調查程序之與刑法上偵查程序不同，是在政治領域及因此已預定的緊張領域進行，此顯示相對於刑法上偵查程序一些對利害關係人基本權利重要之特殊處。此要求於扣押時，要採取在此階段即應考慮到該些特殊處的一些保護利害關係人的預防措施。就此點而言，應確保的是，扣押文件中，明顯包含有基本法上重要人事資料者，應於其個別所具之證據重要性和基於是否有充分保密措施觀點，對調查該些證據的合法性的問題，都已經審查後，始得於調查委員會上討論。

依此，命令將所扣押物件直接交出予調查委員會，只在基於基本權觀點無質疑之處時，始得爲之，通常這是在當該些物件的可能具有的證據重要性的整體，於一開始即確定，且依其可能含有的內容，推測大概不必要有保密之保護措施或是已經充分廣泛地採行了該類措施。

反之，如（不得已）須動用包含有基本法上受保護之人事資料的文件，但該些文件明顯僅部分可能具證據重要性，必須在經審閱該些文件後始能作進一步決定時，則要求命令扣押先作爲是暫時的措施。該項扣押命令只得是爲了使法院能獲得保管所有列入考慮的文件，以便個別審查其可能具有的證據重要性。必須在此項根據刑事訴訟法第九十四條第一項規定標準，作過審閱之後，才應對關於扣押的範圍作成終局決定。依該決定不需要的文件，應歸還之。

按意義地適用刑事訴訟法第九十八條第一項規定的結果，有管轄權限作上述處置行爲和與之相當決定的是法院。如國會調查委員會在以上所描述、具特別情況之情形，自己本身（無權限）不能對可能具有的證據重要性作決定，此並不會重大地妨礙到調查委員會的有效履行其所負的任務。調查委員會在針對聯邦政府作監督調查，要求其提出文件時，亦是不具有該項權限的。在該種情形，是由聯邦政府自身負責任地決定那些文書或文

書之部分，是與聯邦眾議院所擬訂之調查委託事項具有事務關聯性（參照BVerfGE 67, 100 [134]），雖然它（聯邦政府）不像法院是中立，而是本身是受牽連者。上述法院所作之審查，其干涉調查委員會調查證據權限的強度，並不會比聯邦政府的檢查權限干涉的程度大。一般也不須擔心法院會沒有能力作出合事務性、適當的決定。如在無數的其他困難的程序，法院可以也必須去獲取必要的專業知識。於有疑問情形，法官亦可要調查委員會就其扣押聲請補充理由，同時對其覺得是決定性的問題，提出立場並加以說明。為此目的，法院在依事件情況需要範圍內，亦得要調查委員會說明關於所扣押文件之內容，但此時應時時注意及利害關係人的基本權利地位。如該項法律地位不允許對全體之委員會成員公開，則必須將之限制於少數的委員會成員，可能情形下只限於對委員會之主席和其代理人公開（參照BVerfGE 67, 100 [138f.]）。其在法院訴訟程序中所獲悉之事，按照德國聯邦眾議院之保密規則，對其他委員會成員亦負有保密之義務。如調查委員會拒絕該必要的保密（措施），則應不允許其閱覽該些文件（參照BVerfGE 67, 100 [137]）。

在當雖然關於證據重要性之點無可質疑，但有具體論據顯示，所扣押文件中包含有基本權上受保護之人事資料，使得可能有必要採取至今為止尚未採取之保密措

施（參見上述 b）時，亦是應命令要將所扣押之文件先出示於法院。法院再審查那些個別措施是必要的（參照BVerfGE 67, 100 [142 ff.]），以及使扣押物件之交予調查委員會取決於相當之委員會的決議（參照BVerfGE 67, 100 [137]）。在當經法院挑選出，應轉交予調查委員會文件中，包含有需受保護的人事資料，因而有理由採保密預防措施之情形，亦應遵循上述同樣的程序。

II.（有理由部分）

本件憲法訴願之對象是所指摘的法院的裁判。對憲法上之作重新審查，依此應以為出發點的是，本案國會調查委託真正的目的是在調查了解應是由於公益性住屋建築公司「新住屋」違背聯邦法規定所發生的弊端；該調查委託的第II 3項，依專業法庭之見解，不能作為辯解扣押的理由；對是否有嚴肅打算進行一立法調查的問題，並未作成裁判。

在依上述劃定之範圍內，所指摘之法院裁定中，命無限制交出扣押之監察委員會會議記錄予調查委員會，因而首先僅僅只聽由該委員會決定，那些個別的扣押文件是可能對地方法院用作為扣押依據之國會調查委託部分具重要性者，該部分在憲法上是應受指摘的。就這部分而言，各訴願人基於基本法第二條第一項、第十四條並結合第十九條第三項之基本權利受到侵害。

茲詳述如下：

1.對德國聯邦眾議院成立本案調查委員會的權限，並無可質疑之處。

a)該成立之調查委員會是為調查了解一件在私人經濟領域，依所推測違法之範圍和所具之重要性以及依所假定發生弊端造成結果之份量，是非常嚴重的醜聞。

「新住屋」公司和其聯合企業之公司是聯邦德國最大的住屋建築商。該些公司在其他的企業性活動之外，於過去十年間共建了約有五十四萬間住屋，其中約四十四萬間是出租用住屋，並接管很多住屋和住宅社區的經營管理事宜（參照BTDrucks. 10/6779, Tz. 69）。該些公司企業上的行為因而重大影響了德國全國的住屋和工作市場。與其廣泛的建築業工作相應的，該些參與的公司作為公益性住屋建築公司，即直接或間接受到公共資金的獎勵。審查是否有按規定地利用該些資金的公共利益，並不因其已（部分）償還了貸款而被排除。清償（貸款）不改變該些公司在該項貸款期間，所負應將貸款符合目的規定地利用的義務。在適用稅法中和稅法外對國民住屋建築（sozialer Wohnungsbau）經濟輔助規定（Subventionsbestimmung）領域猜想所造成的重大弊端，暗示造成國民經濟上和關於預算上重大的影響（參照BVerfGE 67, 100 [145]）。對「新住屋」企業集團所存嫌疑的關係重大和嚴重性，特別是由漢堡市議會「新

住屋」調查委員會提出的廣泛報告亦可見（Drucks. 11/5900）。

將訴願人(1)列入為國會調查之對象，雖然其並非公益性的且不是受有經濟輔助者，但此在憲法上並無可質疑之處。依照地方法院所作的確認，在所扣押文件期間，訴願人(1)至少在起初有參與該待調查了解之弊端的嫌疑。地方法院根據的是訴願人(1)、「新住屋」和「新住屋城市建築」三者間聯合企業式的緊密關聯、1980/1981壟斷委員會（Monopolkommission）之鑑定書（BTDrucks. 9/1892., S. 243）以及漢堡「新住屋」調查委員會的報告論述（a.a.O., S.179）。地方法院的該項確認看不出有違背特別的憲法。其所作之確認是正當合理，無論如何不是隨意專斷的，而且根據的亦無違背程序上之基本權（參照BVerfGE 18, 85 [92 f.]; 70, 93 [97]; 74, 102 [127]）。

b)對「新住屋」企業集團和BGAG的違法行為的調查了解，非屬邦的專屬權限。本案調查委託的目的不是在監督邦的執行聯邦法律，而是直接針對該企業集團的行為。無論如何，基於多項論據的總合，德國聯邦眾議院相對於各邦擁有調查的權限。一方面，它是涉及違背聯邦法。另一方面，聯邦的預算資金（參照§§1, 18ff. II. WoBauG, §5 Abs. 1 Nr. 10 KstG）受到相當廣泛範圍

的牽連。此外，「新住屋」公司的業務行為也影響到全德國境內無數的承租人和受雇人。

c)本案國會所作之調查不侵犯到其他聯邦機關的專屬權限範圍，尤其不侵犯到聯邦政府的「行政自我負責的核心範圍」（Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung）（參照BVerfGE 67, 100[139]）。調查委託事項關於此在地方法院引用作為扣押依據之部分中，只於第四項提及之。該項所涉及的是調查在過去一段期間，第三人對聯邦政府成員可能施加的影響，亦即調查的是一件已經發生的事件，該事件不涉及調查委員會原則上亦不可能探聽出的聯邦政府之主動權、建議和行為領域（參照BVerfGE 67, 100 [139]）。

2.本案對監察會會議記錄的扣押符合比例原則。地方法院就支持採該項（扣押）措施的理由，與憲法訴願人的權利作了權衡，並以符合憲法的評斷標準作為依據。繼續更進一步，包括所有細節的審查，責任並不在聯邦憲法法院（參照BVerfGE 27, 211 [219]）。該項調查委託之份量和調查證據事項所具之重要性，足以作為扣押侵犯的充足理由。

a)地方法院亦命令扣押訴願人(1)之監察會在調查委員會一九八六年六月五日成立後，限制至一九八六年十月一日為止之開會會議記錄。其與調查委員會之見解同（參照BVerfGE 67, 100 [128]），所持的出發點立場

是，該些文件亦可能有助於了解由其援引作為扣押依據之調查委託事項部分之意義。該法院此項作為專業法院應負責之對事實的評斷（參照BVerfGE 18, 85 [92 f.]；70, 93 [97]；74, 102 [127]），在憲法上並無可指摘。其與調查委託之字義、意義以及目的相符，依事件之情況且是不違事務性的。聯邦眾議院顯然很重視經由對調查委員會的調查委託，能得到一儘可能完整和現時的報告。

b)本案扣押聲請所依據之證據事項雖然是涉及調查委託之整體，而該調查委託僅部分被地方法院認為是合法的。但並不能由此即對其存有強烈憲法上之質疑。地方法院所持的出發立場是，依其見解允許強制式獲取證據資料之調查委託事項中的第II. 1. 2. III.和 IV.項，可作為辯解在所命範圍內行扣押之理由。此項判斷，根據憲法是無可指摘的，特別是因該些部分包括了調查委員會成立決議中的重要內容。

c)地方法院可以由以下觀點出發，認為訴願人(1)之作為無論如何是事實上主導聯合企業之公司，其監察會之會議記錄將一定會為所作之調查提供一些以較簡單、較少受負擔方式不能獲得之重要消息情況。該法院並無義務指點調查委員會參閱漢堡市「新住屋」調查委員會所提出之報告。訴願人(1)之監察會的會議記錄並無向

該漢堡市調查委員會提出，且該委員會顯然沒有調查出聯邦眾議院調查委託所力求要了解之事件真相。

3.但在本案情形，專業法院不得命將所扣押之監察會會議記錄無限制地交出給予調查委員會，讓該委員會自行決定，那些個別的扣押文件是可能對地方法院用作為扣押依據之國會調查委託部分具重要性者（刑事訴訟法第九十四條第一項）。依照訴願人關於聯合企業之組成和其組織建構可信的的陳述，扣押之監察會會議記錄中包括有只是涉及訴願人(2)、訴願人3)和其他股份所有人以及訴願人(1)之聯合企業公司之部分，該部分因而對地方法院引用作為扣押依據之國會調查委託部分是不具證據重要性，明顯是應受基本權上人事資料之保護的。基於此原因，該法院本來應命將所扣押文件交予法院本身且依以上 I 3 d 所敘述之程序進行挑選。唯有該些經個別審查後，被認為是具證據重要性（刑事訴訟法第九十四條第一項）之監察會會議記錄或會議記錄之部分，才得轉交予調查委員會。與此相對的，法院在命令將全部的會議記錄，毫無先經法院審閱其證據重要性即交予調查委員會之時，即不只是侵害了訴願人(1)之作為直接遭扣押者，而是亦侵害了其他訴願人其基於基本法第二條第一項、第十四條結合同法第十九條第三項之基本權利（參照BVerfGE 65, 1 [41 ff.]; 67, 100 [142 ff.]）。

4.然而在本案情形，不能對專業法院要求再採取更進一步的預防措施。該地方法院在進行應當的挑選後，鑒於德國聯邦眾議院保密規則中的詳細規定和調查委員會一九八六年八月二十一日之決議（上述A III 2），應可認為調查委員會將會自己負責地採取因法院已審查之資料而有必要之保密措施。在上提之決議中，該調查委員會承諾負有義務保護訴願人(1)基於基本法第十四條和第九條第三項所生之基本權利和適用法院組織法第一七二條之規定。此外在訴願中既無提出（聯邦憲法法院法第九十二條），亦看不出有論據理由要求即在進行本案情形必要之挑選（上述3）後，因訴願人基本權利之故尚可能需有更進一步的保密措施。聯邦眾議院不能以即使是保護職務祕密之規定，亦不能提供絕對的安全作為反駁（參照BVerfGE 67, 100 [136]）。如在具體個案有因公開人事資料而洩漏職務祕密之情事，利害關係人可對之請求法院為法律救濟（參照基本法第十九條第四項）。要將此種違法情事從一開始即加以排除，在法院之扣押程序是不可能的。

5.訴願人(2)和訴願人(3)不得對該項扣押要求較訴願人(1)更進一步之基本權上的保護。訴願人(2)和訴願人(3)基於其與訴願人(1)的緊密聯合企業關係，鑒於重要的公共調查利益和證據課題、證據資料所具的重要性，必須忍受該些對調查可能具重要性之監察會會議記錄部分

（刑事訴訟法第九十四條第一項）被扣押且將之交予調查委員會。訴願人2a)和訴願人b)亦不能基於基本法第九條第三項導出更進一步的防禦權。聯合者的一項針對改善增進其成員工作和經濟條件的活動，只在其是一項特殊的以聯合方式的活動時，始受結社自由（Koalitionsfreiheit）基本權之保護（BVerfGE 42, 133 [138]; 50, 290 [367]; 57, 29 [37]）。在工會將亦是指定為工作抗爭措施之財產投資於依私法經營、追求目的與其他私人公司相同之公司，如訴願人(1)的情形，是否即已具備該項要件，至少是有問題的。無論如何，基本法第九條第三項保護之結社自由，只是保護其核心範圍（BVerfGE 58, 233[247];一貫的法院裁判見解）。該項基本權並無給予受保護之人和團體在內容上毫無限制和不能限制之行爲迴旋餘地（BVerfGE 38, 386 [393]; 58, 233 [247]）。但是對聯合者之活動權只許採取該些對為保護其他法益，就該件事有必要之限制（BVerfGE 58, 233[247]）。基本法第四十四條之國會調查權對以上所稱形式之公司，在基於具體情況，有合理辯解理由對其基本權侵犯的範圍內，即作了此種限制。

6. 訴願人所指摘之法院裁判中，命無限制交出扣押之監察委員會會議記錄予調查委員會，因而首先僅僅只聽由該委員會決定，那些個別的扣押文件是可能對地方法院用作為扣押依據之國會調查委託部分具重要性者，

該部分裁判應予廢棄。全案應發回地方法院。「新住屋」調查委員會之解散對之並無妨礙（參照BVerfGE 69, 257）。地方法院應受本裁定之拘束，依訴訟程序之情況，作成終局裁判。

III.（其他）

1.因對訴願人提起之憲法訴願作成裁判，明文以該時點為截止日期之一九八六年十一月五日之假處分亦隨之解決（erledigt）（BVerfGE 74, 7）。

2.以下問題非本案程序之對象：尙置於德國聯邦眾議院處分權下之訴願人(1)之監察會會議記錄影印本，於第十屆德國聯邦眾議院選期屆滿和其所成立之第三個「新住屋」調查委員會解散後，是否應交予訴願人(1)以及由調查委員會依一九八六年十一月五日判決所完成之終結報告中祕密的部分，是否得全部或部分地公開，可能情形下對此之決定權應屬何人。在有爭議情形，首先由有管轄權之專業法院負責澄清該些問題（聯邦憲法法院法第九十條第二項第一句）。

IV.（有關費用之裁判）

鑒於本件憲法訴願部分勝訴，宣布應賠償憲法訴願人所支出必要費用之二分之一。（聯邦憲法法院法第三十四條a第二項）。負賠償義務者為Hessen邦（參照BVerfGE 25, 156; 25, 156[157]; 25, 157[158]）。

D. (法官評議結果)

本裁判經全體法官一致通過。

(法官) Zeidler; Dr.Dr.h.c. Niebler Steinberger; Träger;
Mahrenholz; Böckenförde; Klein; Graßhof

【法庭一周新報案】判決

BVerfGE 34, 269-293 - Soraya

聯邦憲法法院第一庭1973.2.14.判決 - 1 BvR 112/65

石世豪 譯

裁判要目

裁判要旨

案由

裁判主文

理由

A. 法制背景

1. 現行法概況

2. 民法典立法背景

3. 歷來實務見解

4. 法制發展

5. 晚近終審裁判見解

6. 當前正反意見

B. 本案事實

1. 實體關係及前審見解

2. 訴願聲明

C. 訴願決定之理由

I. 訴願爭點

1. 對民事判決之憲法訴願

2. 對民事法院之尊重

3. 報業自由之限制

4. 基本權之權衡

II. 限制基本權之依據

III. 限制基本權之適當性

IV. 法官造法之合憲性

1. 「法律及法」之拘束

2. 民法典之制定及修正

3. 民法漏洞之填補

V. 旁論

裁判要旨

民事法院就一般人格權之嚴重侵害，判決得請求以金錢賠償其非物質上之損害者，合於基本法之規範。

案 由

於1.「世界」日報出版有限公司由其負責人代表，以及2. V先生授權W律師（地址：Hamburg 36, Jungfernstieg 30 I），對a)聯邦最高法院1964年12月8日判決（VI ZR 201/63），b) Karlsruhe邦高等法院1963年7月3日判決（1 U 7/63）及c) Mannheim邦地方法院1962年8月24日判決（7 O 73/61）所提起之憲法訴願程序中：

裁判主文

本件憲法訴願駁回。

理由

A.（法制背景）

1.依民法第二百四十九條規定，損害賠償義務人應回復致生賠償義務事態發生前之事實狀態。此項「回復原狀（Naturalrestitution）」原則，亦適用於財產權以

外「非物質上（unmaterial）」損害之賠償。例如，侵害名譽案件中，受誹謗人之名望減損，依其情節，得以更正或刊登課予更正義務之判決書，予以排除。

然而，回復原狀係以先前事實狀態可能回復，為其前提要件。損害如基於事實上之理由，無法或不能完全以此方式填補者，則受有損害者得依民法第二百五十一條第一項規定，請求金錢賠償。就非物質上之損害，此項原則卻受民法第二百五十三條規定所限制：依該條規定，僅於該法所規定之情形，始得請求以金錢賠償損害。此處所涉及者，主要係依民法第八百四十七條規定，身體傷害、自由侵奪及違背善良風俗行為之受害人所享有之所謂慰撫金。民法典之外，非物質上之損害係以一系列之特別構成要件取代，例如，航空交通法（Luftverkehrsgesetz）第五十三條第三項第一句、營業競爭限制防止法（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen）第三十五條第一項第二句及第二十七條，以及著作權法（Urheberrechtsgesetz）第九十七條第二項等規定。

2.十九世紀中期盛行於德意志地區之法律體系，雖然曾提供一套相對廣泛之人格權保護，且出以慰撫金請求權之形式；民法典草案之起草人，對於非物質上利益之侵害，自始即拒絕認許以金錢彌補之一般請求權。縱然法學界中出現不可忽視之反對意見（尤其來自Otto v.

Gierke及Franz v. Liszt），立法者仍堅持此項見解。此項見解之主要理由在於：將非物質上之生活法益置於與財產法益相同之地位，並以金錢衡量觀念上之損害，有違主流之國民觀念；此外，法官亦欠缺衡量此種損害之明確標準。

3. 帝國法院關於人格權保護之審判實務（*Rechtsprechung*），始終遵循民法典成文法所設之界限。法院與當時主流學說相同，拒絕承認一般人格權；依其見解，此項權利不合於現行民法，且於民法第八百二十三條第一項範圍內承認此項權利，將導致該項規定界限不明確（RGZ 113, 413）。然而，帝國法院為因應人格領域內之重大侵害行為，遂擴張既有特別人格權——如姓名權及肖像權——之保護範圍。藉由類推適用民法第八百六十二條及一千零四條規定，後續名譽侵害行為之不作為請求權，以及更正及澄清聲明之請求權亦因而獲得承認。以金錢賠償非財產上之損害，僅於名譽侵害致生健康損害之結果，且得評價為身體侵害時，始予認可（RGZ 142, 116 [122 f.]）。

民法上人格權保護之不足，第二次世界大戰之後尤其受到重視；一方面係因國家社會主義對人格自由範圍之限縮，已超出以往人們所認為可能之程度。另一方面，由於現代社會典型之大眾傳播及廣告宣傳，（個人及社會之）資訊權不斷被強調，報導工具及其他技術設

備完善，已造成民法典立法者所無法想像之各種侵入個人領域之可能性。

聯邦最高法院於一九五四年首次承認一般人格權，因此獲得各方贊同（BGHZ 13, 334 [337 f.]）。聯邦最高法院宣示：基本法第一條及第二條所保護之人性尊嚴受尊重及人格自由開展之權利，亦係民法上，任何人於私法活動中所應尊重之權利。依其見解，一般人格權享有民法第八百二十三條規定之保護；然而，判決此項權利是否受侵害，尚需謹慎依其細節為法益及利益權衡。聯邦最高法院並於較晚近之判決中，努力具體化一般人格權如同概括條款般寬鬆之範疇（參照BGHZ 15, 249; 20, 345; 26, 52; 27, 284; 31, 308等）。

4.正值一般人格權於審判實務及法學界中快速得以貫徹之際，關於人格權侵害之非物質上損害，是否得依現行法請求金錢損害賠償之問題，則仍有爭議。

第四十二屆德國法律人大會（一九五七年）建議一項廣泛之法律規範，並表明支持以金錢補償損害。聯邦政府依隨此項提議，於一九五九年間向德意志聯邦眾議院提出「民事法上人格及名譽保護規範調整法草案（Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschatzes: BTDrucks. III/1237）」。法案中預定納入：民法第十二條規定應以一項「民法上之人格保護基本規範

（Grundnorm des bürgerlich-rechtlichen Persönlichkeitsschutzes）」取代。依該項法案，在隨後之規定中，應處理典型重大或歷來審判實務上已密集成型之人格侵害型態。於侵權行為法中，民法第八百二十三條第一項、第八百二十四條及第八百四十七條規定，應調整配合人格保護之擴張。民法第八百四十七條規定應包含下列文字：

(1) 人格受侵害者，就財產損害以外之損害，得請求以金錢為相當之補償，及所受侵擾之彌補；第二百四十九條規定所稱回復尚屬可能且充分，或另以金錢以外其他方式彌補被害人者，不適用本項規定；非顯見之侵害，不在本項規定範圍之內。補償之數額，依具體情形，尤其，依侵害及責任之重大程度定之。

(2) …

本項草案並未通過。其於公共領域中，遭遇強烈之批評。報業尤其譴責此項草案過度擴張人格保護、犧牲言論及報業自由已逾容許程度，致報業有不能履行其公共任務之危險。

一九六四年間所舉行之第四十五屆德國法律人大會，再次向立法者建言之後，聯邦司法部遂於一九六七年間公布一項「修正及補充損害賠償法上規定之法律

（Gesetz zur Änderung und Ergänzung schadenersatzrechtlicher Vorschriften）」參考草案。該項法案就有關損害賠償法之廣泛改革部分，亦預計納入：民法第八百二十三條規定中，名譽及一般人格權應如同絕對權利予以保護。依理，民法第八百四十七條規定，即相當於較早草案之版本。本項草案，並未進入國會討論程序。

5.各級法院並未靜待人格權保護之法律規範調整。聯邦最高法院於一九五八年間所謂「仕紳騎士（Herrenreiter）案」判決中，首次判令人格權受侵害者，就非財產上之損害，以金錢為相當之補償（BGHZ 26, 349）。判決理由援引一九五四年間一項判決（BGHZ 13, 334），揭示：自基本法第一條及第二條規定中，不僅得推衍出人格應予尊重之法要求（rechtliche Gebot）。依其見解，根據上述規定推論，就個人領域之侵犯，有必要提供保護以對抗造成人格特質上各種損害之侵害行為。課予損害賠償給付之義務，係以類推適用民法第八百四十七條規定為其依據。

在眾多晚近之判決中，聯邦最高法院確認此項判決之基本原則，並進一步予以闡揚。但是，慰撫金請求權自此不再藉由類推適用民法第八百四十七條規定加以推導。此等判決毋寧傾向下述立場：倘若就人格權之侵害，不發動與精神上侵害（ideelle Beeinträchtigung）相當之制裁者，則基本法價值決定影響下所建構之民事法

上人格保護，將有所疏漏而不足。依其見解，就如同將犯罪行為法上之保護（*deliktsrechtlicher Schutz*）限定於人類特定個別法益顯然過於狹隘，不足以保證基本法所要求之人格保護；將精神損害賠償（*ideeller Schadenersatz*）限定於個別列舉法益之侵害，將不再符合基本法之價值體系。排除人格保護中各種非物質上損害之賠償，意謂：就人性尊嚴及名譽之侵害行為，仍無民事法律秩序上之制裁。如此，法律秩序無異放棄最有效且往往僅存之工具，藉以確保個人之人格價值受尊重。然而，並非對一般人格權之任何輕微侵害，均伴隨非物質上損害之金錢賠償義務；否則，將產生下述危險：不重要之侵害以不相當之方式遭利用，藉此牟取利益。精神領域內之人格權侵害，較身體上之侵害結果更難以金錢之一般價值尺度估算。依其見解，就一般人格權之侵害行為，慰撫金之彌補作用應予優先考慮。因此，應反覆檢視：關係人所受損失不能以其他方式填補者，是否必須就其所受侵擾，依人格權侵害之種類，命為彌補。上述問題，通常僅發生於侵害人被控負有較重之責任，或涉及判斷上客觀而明顯之人格權侵害之情形。輕率侵犯他人之人格權，藉以製作自己更具吸引力之商業廣告者，尤其具備此等前提條件。此種不正當營利行為，唯有使其承擔可觀實質損失之風險，始能有效加以遏阻（BGHZ 35, 363）。

於所謂「電視女播報員（Fernsehansagerin）案」（BGHZ 39, 124）中，聯邦最高法院亦指出：自一九〇〇年以來所經歷技術上及社會上之深層發展，已造成民法典創造者完全無法預見之人格法益深受侵害之各種可能性。依其見解，民法典內有關各種非物質上損害補償之規定，將不符合因此所產生、對於一項強化且與侵害性質相當之人格保護之需求。倘若正視人類尊嚴之保護，係國家機關之迫切任務，及法官受基本權目錄（Grundrechtskatalog）之價值決定所拘束，則法官得不再受一九〇〇年間立法者之決定所拘束，就重大人格權侵害行為之各種非物質上損害，拒絕判令賠償。

6.各級民事法院之審判實務及法學界，絕大多數追隨聯邦最高法院之上述見解（參閱Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., 1967, S. 349 ff.; Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 27; Werner in Staudinger, Kommentar z. BGB, 10./11. Aufl., 1967 Anm. 7. zu § 253; Wiese, Der Ersatz des immateriellen Schadens, 1964, S. 37 ff.; von Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, Festschrift Dt. Juristentag, Bd. II, 1960, S. 49 [107 ff.]等，均附有進一步例證）。聯邦勞動法院及聯邦財政法院亦贊同上述見解。

法學界（參閱，尤其Larenz, Verhandlungen des 42. DJT, Bd. II [1959], Teil D, S. 34, 36, 及Methodenlehre

der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., 1969, S. 402) 及個別邦高等法院之批評，主要係反對其尋求法源（Rechtsfindung）之方法，較少針對其結論之實質妥當性。反對意見認為：無論透過解釋或類推適用，民法第八百四十七條規定均不得援引為請求權基礎。依其見解，立法者已於民法第二百五十三條，採取一項排他性之規定。法官造法（richterliche Rechtsfortbildung）因而欠缺其前提要件。所謂「倘若就人格權之侵害，不發動與精神上侵害相當之制裁者，則民事法上人格保護將有所疏漏而不足」之論證，已非法律上，而係法律政策上之性質。確定權利侵害之效果，係立法者之任務，非屬法院者。強調慰撫金之彌補作用，將導致其與刑罰之界限模糊。

B.（本案事實）

1. 提出訴願之出版社「世界」屬於Axel-Springer集團（第一訴願人），前此亦發行銷及聯邦全境之周刊「法庭一周新報（Das neue Blatt mit Gerichtswoche）」。第二訴願人係該刊物迄至一九六一年間之執行編輯，該刊物則尤其致力於以聳動性之社會報導娛樂讀者。於一九六一及一九六二年間，該刊物反覆以附插圖之方式，處理波斯國王離婚妻子Soraya Esfandiary-Bakhtiary公主之有關題材。於一九六一年四

月二十九日當期首頁，以標題「Soraya：國王不再寫信給我」公開附有一則「獨家訪問（Exklusiv-Interview）」之所謂特別報導；該則訪問稿，據稱係Soraya公主同意一名女記者所進行者。訪問稿之中，記述公主關於其私人生活之表白。該則訪問稿，係由一名女性自由工作者賣予「新報」；實際上則純屬虛構。一九六一年七月一日當期「新報」，以插入一篇新報導「Soraya - O'Brian：心靈的考驗」併列之方式，公開一則來自Soraya公主之簡短更正聲明，確認並未進行該項訪問。

地方法院認定Soraya公主就其人格權受侵害、請求損害賠償給付之訴有理由，並判決訴願人依共同之債，給付一萬五千馬克。訴願人之上訴及再上訴均敗訴。聯邦最高法院認定散布關於Soraya公主私人事務之虛構談話，係違法侵害其人格權。依其見解，訴願人於利用公眾與聞Soraya公主之命運以牟取利益之際，以非其所為之私人事務（Privatsphäre）表白強加其上，已捉弄其個人。此種對個人自我決定之侵犯，及與此相伴隨之社會名望減損，既不得以某種公共利益存在其中為由，亦不得以訴願人嗣後已於另一份畫報公開其生活回憶，加以合理化。兩名訴願人之行為亦均屬有責。就刊印前任波斯王后之訪問於好奇公眾之間所可能引起之關注而言，應已具備對此特別注意之動機：一項簡單之查證即

可發現詐騙情事。訴願出版社亦應就此項欠缺注意情事負責。

聯邦最高法院援引其早期判決BGHZ 35, 363及39, 124，隨之闡述：就重大人格侵害行為，倘若唯有以金錢彌補始能達成精神損害之適當撫慰者，得要求以金錢彌補。依其見解，本案已符合上述前提要件。關於侵犯情節輕重之判斷，除虛構訪問之廣泛散布外，其藉以追求營利上之目的，亦有其重要性。其所生之損害，並不因更正聲明之公開而獲填補。

2. 訴願人以憲法訴願指責違反基本法第二條第一項與第二十條第二項及第三項、第五條第一項第二句及第二項，第一百零三條第二項等規定，其受基本法第三條、第十二條及第十四條規定所保障之權利並有受侵害「之虞」。其所述理由如下：

適用對於一般人格權之侵害行為，於特定前提要件下，亦應就精神上之損害給付金錢賠償之法規範（Rechtssatz），並未謹守合憲秩序之範疇；因為，此項法規範，係違反基本法第二十條第二項及第三項規定所確立之權力分立原則所導出。因此，繫爭判決係以不法（unzulässig）方式侵犯其行為自由（Handlungsfreiheit）。聯邦最高法院賦予慰撫金係違背法律之明文；因為，此項法律效果，既非直接亦無法藉由類推適用，自民法有關規定中加以推導而出。含糊

引自法律政策上對完整人格保護之可欲性（Wünschbarkeit），並不能發展出實現人格保護之政策工具。否則，法院即授予自己立法者之權限。基本法第一條及第二條規定中所表明之基本法價值決定，雖得導出一般人格權係民法第八百二十三條第一項規定所稱之其他權利，但不足以導出賦予慰撫金之依據。自憲法規範直接推導出民事法上之給付請求權，與本質上係防衛權（Abwehrrecht）之基本權性質相互矛盾。此外，聯邦最高法院此項審判實務，亦違背法律安定性（Rechtssicherheit）之憲法上基本原則；因為，就人格侵害行為許可一項慰撫金之前提要件，較身體侵害行為之慰撫金更廣泛仰賴法官之裁量；關於補償之原因及數額，連漸次釐清之可預見性均付之闕如。

繫爭判決侵害言論及報業自由，因為，聯邦最高法院所發展並據以為上述判決基礎之法規範，相當於基本法第五條第二項規定所稱基本權之不法限制。此外，此項備受爭議之審判實務，賦予人格保護優先於自由表達意見權利之地位，並創造一項不應容許之針對報業之特別法（Sonderrecht gegen die Presse）。歷來已判決之案件亦證實，此項審判實務幾乎完全針對報業。此項審判實務對出版社而言，意謂一項數額不能預見之潛在代位風險（Regreßgefahr）。縱以技術及制度上之最大注意，尤其不能於每週以數百頁出刊之畫報中避免人格侵

害行為。就非物質上之各種損害許可一項慰撫金，亦違反「無法律則無刑罰（*nulla poena sine lege*）」之基本原則（參照基本法第一百零三條第二項規定）。不同於民法上之損害賠償法基本原則，此項損害賠償之數額，將受侵害人之責任程度所影響。因此，判決給付一項慰撫金，即相當於刑事法上之制裁。此種判決宣告，事前並未經法律明定其可罰性（*Strafbarkeit*）。

C. （訴願決定之理由）

本件憲法訴願無理由。

I. （訴願爭點）

1. 繫爭判決所進行之原審判程序，係依私法秩序決定之民事法律爭端（*bürgerliche Rechtsstreitigkeit*）。聯邦憲法法院就此類民事法之解釋與適用，不應事後加以審查。然而，憲法基本權規範中所蘊涵之客觀價值秩序，亦深入影響私法；此項客觀價值秩序作為憲法上之基本決定，適用於所有法領域。聯邦憲法法院負有義務，確保此項憲法之「幅射效力」（*Ausstrahlungswirkung*）」獲得尊重。因此，該院遂審查民事法院之裁判是否基於一項對基本權範圍及影響力（*Wirkkraft*）之重大錯誤見解，或判決結果本身即侵害參與者之基本權（一般情形，參照BVerfGE 7, 198

[205 ff.]; 18, 85 [92 f.]; 30, 173 [187 f., 196 f.]; 32, 311 [316])。

本案訴願人不僅對民事法上之判決表示不服；訴願人主要係指責法院獲致此項結論之方法。訴願人就法官於此類案件中，基於其所受之法律拘束（*Bindung an das Gesetz*），是否得判決以金錢為損害賠償，加以爭執。就此，尚須考量基本法上所明定法官職務之性質及界限。此處應審查者，係關於此項內容之決定，是否得經由司法上尋求法源之方法獲致。法官尚不得於其判決中，任意詮釋適用基本法之價值觀念。法官不遵守其尋求法源之憲法上界限，並藉由此種方法獲致一項合於憲法價值觀念之結論者，亦屬違憲。由此所做成之判決，亦應於聯邦憲法法院加以指正。

2. 本件民事法爭端，其請求權基礎係民法第八百二十三條第一項之規定。聯邦最高法院於該條所稱之權利範疇內，將「一般人格權」亦置入其中，就此，該院以其已於一九五四年五月二十五日判決（BGHZ 113, 334）中詳細論證之既定審判實務，支持其所採見解；訴願人之行為舉措（*Verhalten*），該院認定侵害此項權利。倘若此項審判實務之理由及其進一步發展，仍停留於民事法釋義學（*Dogmatik*）之領域內，則就此項審判實務之正確性加以判斷，並非聯邦憲法法院之任務。果然如此，則僅確認下述問題即可：此項民法典立法者尚

拒絕承認之一般人格權，經法學界數十年討論後得以貫徹，並於聯邦最高法院上述判決中具體獲得承認之後，至此已成為我國私法秩序之穩定構成部分（就此，參閱諸如前此已提及之法律草案，BTDrucks. III/1237, Begründung S. 6 f.; Nipperdey im Handbuch “Die Grundrechte”, Bd. IV, Hlbd. 2, 1962, S. 830; Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., 1967, S. 5 ff.; Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 38）。

聯邦憲法法院就聯邦最高法院此項審判實務，並無基於憲法上之理由加以反對之立場。基本權之價值體系核心，即為社會共同體中自由開展之人類人格及其尊嚴（BVerfGE 6, 32 [41]; 7, 198 [205]）。此項人格，應享有所有國家權力之尊重與保護（基本法第一條及第二條第一項規定）。人類之私人生活領域（private Sphäre）——亦即人類獨處、自己負起責任做成決定並希望不受任何形式侵犯行為所騷擾之領域——尤其得請求此項保護（BVerfGE 27, 1 [6]）。私法領域中一般人格權之權利型態（Rechtsfigur），亦服膺於此項保護目的；就承認個別人格權之後仍留有之人格保護上之漏洞，並已隨時間經過、基於不同原因而益形凸顯，此項權利型態則適足以填補。因此，聯邦憲法法院對民事法院審判實務上承認一般人格權一節，從未加以指責（特別參照 BVerfGE 30, 173 [194 ff.]; 34, 118 [135 f.]

及一九七三年一月三十一日裁判 - BvR 454/71 - Abschn. B II 2) (譯註)。

3. 民法第八百二十三條第一項規定，係基本法第五條第二項規定所稱之「一般法律」(BVerfGE 7, 198 [211]; 25, 256 [263 ff.])。倘若依無違憲之虞之該項規定解釋，一般人格權屬於其所列舉之各項權利者，則一般人格權依憲法之意旨，即有限縮訴願人據以支持其聲明之報業自由基本權之權能(Fähigkeit)。一般法律之潛在影響力(potentielle Wirkkraft)於此，如上所述，自基本法第一條及第二條第一項規定之保護委託(Schutzauftrag)獲得憲法上之強力支持。另一方面，報業自由對自由民主秩序所具有之深厚意義，亦不容忽視。為解決民事法律關係當事人憲法上所保護之利益範圍間之衝突，於此際所應進行之權衡(Abwägung)中，報業自由仍有其重要性(BVerfGE 25, 256 [263]; 30, 173 [196 f.])。於此項權衡中，一般人格權不得全面主張其優先地位；依具體案件之事態，報業自由就自人格權所推衍出之各項請求權，得產生限制作用。

4. 繫爭判決就原審原告人格領域之保護，認許其優先於報業自由之地位。依據已確認之事實，此點並無憲法上之疑慮。依該項事實，訴願人於娛樂性報業之組

(譯註) 刊印序號：Nr. 21 S. 238, 246 f.

織中，公開一則虛構之原告訪問稿，其中，其私生活歷程係以原告自述之方式加以呈現。法院認定上述事實侵犯原告之私人生活領域，依其見解，亦唯有原告得決定是否及以何種形式使公眾得以探究其私生活。

事實上，依上述事態，訴願人不得以報業自由支持其處置過程。誠然，如同邦地方法院援引法學界個別學說，完全拒絕賦予娛樂性或「羶色腥（Sensation）」報業此項基本權之保護，已屬過度之推論。「報業（Presse）」概念應以廣義及形式性加以解釋；此項概念，不得以任何標準就個別出版物所為之評價為其條件。報業自由不限於「嚴謹（seriös）」之報業（Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, Art. 5 Rdnr. 128.；並參見BVerfGE 25, 296 [397] 及——廣播電視方面——BVerfGE 12, 205 [260]）。自此，並不得推衍出：對所有報業組織於任何法律有關情況下，並就其披露之任何內容，均以相同之方式賦予此項基本權之保護。就報業自由及其他憲法上所保護之法益進行權衡之際，尚得考慮報業是否於具體案件中，就具有公共利益性質之事務（Angelegenheit von öffentlichem Interesse），謹慎（ernsthaft）且針對事理（sachbezogen）加以討論，藉以符合讀者大眾之資訊需求，並貢獻於公共意見之形成，或者，報業僅滿足大小不等之讀者階層追求膚淺娛樂之需要。

本案中，相對於原告私領域之保護需要，並無就訪問所涉事務進行公共討論之普遍利益。讀者並無權利，藉由虛構之記述，「獲悉」關於一名曾經步入公眾注目焦點人物之私生活。縱使承認就此領域亦有意見形成上之正當利益，虛構之訪問亦不能有任何貢獻。私領域之保護相對於此類報業披露行為，理應享有優先之地位。

II.（限制基本權之依據）

倘若一項「一般法律」隱然限制報業自由，則此項限制生效之種類及方式，僅依該項法律內容定之。此點尤其意謂：僅得以法律所授權之制裁措施，課予報業組織，並有效限制其自由。此即訴願人所指責之處：訴願人主張，就一般人格權之侵害，並無「一般法律」規定以金錢賠償非物質上之損害者，民法第二百五十三條規定甚至明文排除此種請求權。因此，前審法院認許此種損害賠償請求權，已逾越憲法容許其限制報業自由之界限；此外，法院已課處一項實質上侵害報業自由之制裁措施，因為，此項制裁係單方面針對報業並使其承擔不能預估之風險，此項風險，長期勢必危及報業之生存。依其見解，上述判決根本誤解報業自由於自由民主國家體制內之本質及意義。

關於以上陳述，首先亦必須強調：判斷聯邦最高法院就已認定之一般人格權侵害所推衍之法律效果，是否

得以民事法上之釋義學基底構成其理由——易言之，繼續採行以承認一般人格權所發展之方法，並藉由認許一項損害賠償請求權、賦予此項權利以民法第八百四十七條規定中就有關構成要件所訂有之保護，是否係民事法上可能且必要者——並不屬於聯邦憲法法院之審判權限。

就此，聯邦憲法法院亦應自限於審查此項審判實務之憲法上觀點。由此，則產生以下之問題：一則，是否此等判決之實體結論本身，即已侵害報業自由之基本權；再則，縱然欠缺成文法上之明確基礎，仍以法官之判決導出此項結論，是否合於基本法。

經審查以上兩則問題，則成為本案繫爭判決基礎之聯邦最高法院審判實務，並無明顯之憲法上疑慮。

III. (限制基本權之適當性)

依事物本質，報業組織尤其可能犯下侵害一般人格權之行爲，因為，報業掌握資訊取得及散布之技術工具，因此亦相對易於侵入人民之私領域。審判實務上之事例卻顯示，民事法院亦將其所發展之一般人格權保護規則，適用於報業以外之領域（參見BGHZ 26, 349; 30, 7; 35, 363等）。僅依此項理由，即無「針對報業之特別法」存在。

誠然，課處過度嚴格之制裁措施——於特定情形

下，不可預見之高額損害賠償請求權亦可能屬之——尤其，倘若此等請求權之法律前提要件並未清晰定義者，亦將違憲縮限報業自由。本件所涉及者，卻並非此類案件。自民法第二百五十三條第一項規定即可得知，以金錢賠償非物質上之損害，並非一項我國法制全然陌生之制裁措施。民法第八百四十七條規定中，亦就民法第八百二十三條規定所稱其他法益之侵害，如同個別特殊法律規定（*Spezialgesetze*）般訂有此項制裁措施。審判實務發展過程中，就非物質上損害應給付賠償之案件類型，已獲得清晰之輪廓。損害賠償請求權具有補充性質；法院僅於回復原狀，例如認許不作爲或更正之請求權，係不能或依案件情況並不充分時，始判決金錢補償；嚴格而言，並無所謂「名譽之商業化」（*Kommerzialisierung der Ehre*）。由於必須具備人格領域之明顯損害及重大責任，已預防負責任事之報業所承擔之各項注意要求（*Sorgfaltsanforderungen*）不致過度擴張，使其不必就所有不確實或客觀上不正確之資訊負責。通觀此項審判實務，終究——如同本案——經認許之損害賠償數額，其額度尚維持於相當之界限內，倘若顧及構成損害賠償請求權理由之報業組織之行爲舉措，依其通例，均由經濟上之利益所決定時，尤其如此。報業因此項審判實務所承擔之風險，因而並未逾越期待可能之程度（*das zumutbare Maß*）。就本案所應判

斷之情形而言，尤其明顯：應用以防止虛構訪問稿散布之注意程度，絕非無期待可能（niemals unzumutbar）。

IV.（法官造法之合憲性）

1.傳統上法官受法律之拘束，固然係權力分立基本原則及法治之支持要件，依基本法之表達方式，終究已轉變為司法審判受「法律及法（Gesetz und Recht）」所拘束（第二十條第三項）。因此，依通說見解，狹義之法律實證主義（Gesetzespositivismus）已遭拒斥。此項特殊表達方式，確立法律及法雖然事實上通常一致，卻未必始終互通之認知。法並不同於成文法律之整體。於特定情形下，對應於國家權力機構之實證規章（positive Satzungen），仍有更高之法（ein Mehr an Recht）存在，其法源來自作為一項意義整體（Sinnganze）之合憲法秩序（verfassungsmäßige Rechtsordnung），對應於成文法並得發揮矯正之作用；發現法並落實於判決中，係司法審判之任務。基本法並未指示法官，就各項立法者之指示（gesetzgeberische Weisungen），依可能之文義界限適用於個案中。此種見解，係以國家實證法秩序基本上無漏洞（Lückenlosigkeit）為其前提要件，此種狀況，可據以為法律安定性之原則性前提假設（Postulat），實

際上卻無法達成。法官之職務，並非僅由認識（Erkennen）及宣示（Aussprechen）立法者之決定所構成。司法審判之任務尤其可能要求將合憲之法秩序內所蘊涵、卻未完整表達於成文法文字中之價值觀念，於一項評價性之認識活動中——其中亦包含意志性要素——加以揭示並實現於判決中。就此，法官必須避免恣意；其判決必須根據理性之論證（rationale Argumentation）。關於成文法並未符合其解決法律問題之功能，亦必須加以闡明。然後，依實踐理性（praktische Vernunft）之標準及「共同體之基礎共通正義觀念（fundierte allgemeine Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft）」，以法官之判決填補此項漏洞（BVerfGE 9, 338 [349]）。

關於法官此項「創造性尋求法源（schöpferische Rechtsfindung）」之任務及權能（Befugnis），基本上從未發生爭議（參見：R. Fischer, Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 100 [1971] 及就此議題：Redeker, NJW 1972, S. 409 ff.等，均附有進一步例證）。各最高審級法院自始即加以援用（參見：BGHZ 3, 308 [315]; 4, 153 [158]; BAG 1, 279, [280 f.]等）。聯邦憲法法院歷來均予承認（參見BVerfGE 3, 225 [243 f.]; 13, 153 [164]; 18, 224 [237 ff.]; 25, 167 [183]

等）。立法者本身亦明文賦予聯邦最高審級法院聯席會議（die Großen Senate der obersten Gerichtshöfe des Bundes）「造法（Fortbildung des Rechts）」之任務（參照法院基準法第一百三十七條等規定）。於部分法律領域中，例如勞動法，由於立法落後於社會發展趨勢之結果，創造性尋求法源具有特別重大之意義。

可能尚有疑義者，係為顧及基於法治理由所不可或缺之司法審判受法律拘束之基本原則，就創造性尋求法源所必須劃定之界限為何。此項界限，不能理解為一項公式，以相同方式適用於所有法律領域及所有由此形成或支配之法律關係。

2.為本案判決之目的，上述問題之提出，得僅限定於私法之領域。就此，法官係面對生效已七十餘年之民法偉大成文法典。此點就雙重意義上而言，均有其重要性：一則，隨「法典年齡（Kübler語，JZ 1969, S. 645）」之增長，法律要求（Gesetzesbefehl）及法官個案判決間之時間距離增加，必然提高法官創造性造法之自由。一項法律規範之解釋，不得始終長久停留於其制定時所被賦予之意義。應顧及者，係其於適用時所得具有之理性功能。規範始終植基於社會關係及對其發生影響之社會——政治觀念所形成之特定情境中；其內容可能且必須視具體情形隨之轉變。法律之制定及適用之間，生活關係及法律觀念已發生深層變化，如同本世紀

中所經歷者，尤其如此。法官不能藉辭停滯不變之法律文義，擺脫因上述變遷所可能產生之規範與實質正義觀念間之衝突；倘若法官不願意忽其依「法」審判（"Recht" zu sprechen）之任務，將被迫彈性運用法規範（*freiere Handhabung der Rechtsnormen*）。再則，以往之經驗顯示：倘若立法改革將導致一項偉大立法作品之變動——此類作品塑造整體法秩序之形象，正如民法典中私法之成文法典化——則立法改革將遭遇特殊之困難及障礙。

3.關於本案繫爭司法審判之標的問題，如上所述，於民法典起草過程中已發生爭議（早期歷史之記述，參見H. Stoll爲一九六四年第四十五屆德國法律人大會所撰之鑑定報告：Verhandlungen des 45. DJT, Band I [1964], Teil 1, S. 51 ff., 58 ff.）。隨後關於立法解決方案所提出之批判——初則尚未考量憲法上之觀點——亦從未沉寂。此項批判，得以西方世界其他國家中，就非物質上之各種損害亦廣泛承認金錢賠償可能性之法律發展爲其依據（參閱Stoll, a.a.O., S. 61 ff. 及Max-Planck外國私法及國際私法研究所一九五九年五月十五日鑑定報告，刊印於：前引法律草案附件五：BTDrucks. III/1237, S. 63 ff.，以及Zweigert-Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts, Bd. II, 1969, S. 407 ff.）。依此項見解，結論上得斷定：西

方並無如德國，因不法行爲「僅」造成一項非物質上之損害，即經常任由不法行爲免受民事上之制裁者。將非物質上損害之金錢賠償，限制於少數明文——且就此相當程度上欠缺概念——規定之特殊情形，已被描寫成一項「立法上之敗筆（legislative Fehlleistung）」（Stoll, a.a.O., S. 124 f.）。各級民事法院於「基本法之私法形成效力（privatrechtsgestaltende Kraft des Grundgesetzes）」（L. Raiser）之影響下採取承認一般人格權之步驟後，上述批判勢必隨之增強。由此，觀察就一項人格權侵害行爲所課處之各項制裁措施，遂可見一項漏洞存在；此項於民法典制定時尚不能預見其重要性之問題，於已改變之法律認知及新憲法之價值觀念影響下，迫切需要一項自第二百五十三條列舉條款中所不能導出之規定加以解決。

司法審判遂面對一項難題：是否應以其所掌握之工具填補此一漏洞，或應靜待立法者介入。倘若法院選擇第一項取徑，則其立場將因法學界主流意見獲得強化（參閱Nipperdey im Handbuch “Die Grundrechte”, Bd. II, 1954, S. 46等）。因此，聯邦最高法院及其他各級法院之有關判決，自始即自法學界獲得普遍之贊同（參見Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, Art. 2 Abs. I Rdnr. 27; Nipperdey, a.a.O., S. 855 f.; Werner in Staudinger, Komm. BGB, Anm. 7 zu § 253等）。其中所表達之意見，稱此

項審判實務符合一般之正義觀念，並無視其為意見及報業自由不可期待之限制者。第四十二屆及第四十五屆德國法律人大會（一九五七年及一九六四年）之專題報告，以及聯邦政府法律草案BTDrucks. III/1237號之理由，均顯示各界強烈感受人格之有效民事法律保護之需要，且正係就非物質上損害認許金錢補償之方式為之。因此，反對上述批判者，亦較少針對判決之結論，主要仍針對此項審判實務用以正當化其取徑之方法——釋義上之衡量（*methodisch-dogmatische Erwägungen*）。涉及民事法之方法問題部分，聯邦憲法法院基本上不應審查就此所提出之各項質疑。不應忽略者，係民事法多數作者顯然認為法院之考量於釋義學上亦無疑慮（參見 von Caemmerer in: Festschrift für Fritz von Hippel, 1967, S. 31 ff., 37 f.; Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., 1967, S. 349 ff. 附有進一步例證，等）。比較法協會比較民事法專業群一九七一年於Mannheim之專題報告（*Arbeiten zur Rechtsvergleichung Bd. 61 [1972]*）中，就此得確認：聯邦最高法院就此項問題之審判實務，促成一項普遍與國際法律發展一致之法律狀態（參見 Kübler及Stoll之結語：S. 144 ff., 149 ff., 154）。然而，以民事法上起碼尚可接受、至少未明顯違背民事法上詮釋規則之取徑，其結論正係用以貫徹並有效保護一項憲法本身視為其價值系統核心之法益者，自憲法而

言，自不得加以指責。此項結論係基本法第二十條第三項規定所稱之「法」——並非成文法律之反面，而係其補充及擴展。

另一項替代方案——靜待立法者之規範——依事物之狀況，不得視為憲法上所要求者。雖然，聯邦政府兩度嘗試，將民事法上人格保護之問題導向立法解決方案。一九五九年間及一九六七年間通盤擬訂之法律草案，卻於立法程序初期即告失敗，因而無法得知立法者有無維持歷來法律狀態之意思。因此，對於承受判決壓力之法官，不得因其確信：已無法信賴一項全然不確定之立法者未來干預可能性，甚至以個案正義之明顯損失為其代價，奉行其形式上之法律忠誠，即加以譴責。

對聯邦最高法院尋求法源之方法，因此亦不得基於憲法之理由加以反對，因為，此項方法，僅於個案法律實踐所不可避免之程度內，與成文法律有所差異。聯邦最高法院既未將民法第二百五十三條規定全然視為不再具有拘束力之法，亦未試圖宣稱其違憲（由於所涉及者係憲法前之法，對該院而言，亦非全無此種可能）。該院並未破壞該條規定所明文之列舉原則，僅將立法者已命為非物質損害補償之情形再增列一項，即該院認為生活關係之發展趨勢及更高階之最高法規範（*jus superveniens*）——亦即基本法第一條及第二條第一項規定——迫使其必須為此判決之情形。聯邦最高法院及

隨後之各級法院，因而並未脫離法秩序之體系，且未直接適用其自身法律政策上之意志，而僅將憲法所塑造法秩序之基礎思想，以體系內所隱含之工具進一步加以發展（參見 von Caemmerer in seinem Diskussionsbeitrag bei Pehle-Stimpel, Richterliche Rechtsfortbildung, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 87/88, 1969, S. 38）。因此，依上述方式尋得之法規範，係法秩序之正當構成部分，並合於基本法第五條第二項規定所稱之「一般法律」、形成報業自由之界限（Schranke）。上述法規範之目的，係保障立於基本法價值秩序核心之人類人格及其尊嚴，亦於民事法上受有效之保護，並藉此強化基本權於此一部分法領域（Teilgebiet des Rechts）內之法效力（Geltungskraft）。基於以上各點理由，必須判定訴願人之憲法上反對立場敗訴。

V.（旁論）

訴願人基於基本法第一百零三條第二項規定所提出之指責，亦屬誤解。民事庭法官於個案中，就非物質上之損害判決應給付賠償——雖然並非全無「刑罰要素（pönale Elemente）」——並非該項憲法規定所稱之刑罰。

關於基本法第三條、第十二條及第十四條規定基

本權之侵害，則並不明顯。

（簽名）Benda; Ritterspach; Dr. Haager; Rupp-v.
Brhnneck; Dr. Böhmer, Dr. Faller; Dr. Brox法
官病假，Benda（代）; Dr. Simon

【快滋生反應器核電廠案】判決

BVerfGE 49, 89 – 147 – Kalkar I

聯邦憲法法院第二庭 1978. 8. 8. 判決 - 2BvL 8/77

蔡宗珍 譯

裁判要旨

裁判要旨

案由

裁判主文

理由

A. 事實背景與相關當事人之主張

I. 事實與爭訟經過

1. 事實經過與行政法院第一審判決

2. 裁定停止上訴程序並提請違憲審查之法院的見解

a) 國會必須於形式意義的法律中自行為重要的決定

b) 立法者並未於原子能法第七條中明確作出

重要的原則性決定

II. 相關當事人的主張

1. 聯邦政府的主張

a) 高等行政法院過度擴張重要性理論

b) 錯誤評估滋生科技的可能後果與其強制性

c) 原子能法的規定足以展現國會在和平用途之核能領域上的主導性

d) 對原子能法第七條規定進行合憲性解釋的必要性

2. Nordrhein-Westfalen 邦政府與原審訴訟程序之被告的立場

- a) 提請違憲解釋之裁定的論點值得商榷
 - b) 可能構成違憲之其他事由的探討
 - c) 過渡性地維持原子能法第七條規定的必要性
3. 原審訴訟程序原告立場
 - a) 鈾經濟的影響
 - b) 原子能法第七條第二項第三款抵觸了基本法第二條第二項等相關規定
 4. 訴訟參加人認為原子能法第七條現行條文符合基本法規定
 - a) Kalkar 的快滋生反應器僅屬試驗性質，且鈾經濟的危險被不當地誇大
 - b) 高等行政法院對原子能法第七條規定內容之掌握有所謬誤
 - c) 不須檢查系爭規定是否符合基本法第十二條與第十四條規定
 - d) 立法者預測錯誤而構成違憲的法律仍屬有效，僅須進行修正
 - e) 維持系爭規定之過渡性效力的必要性
 5. 聯邦行政法院不贊同提請違憲審查之法院的觀點
- B. 裁判理由
- I. 審查範圍之特定
 - II. 原子能法第七條第一項與第二項規定合憲
 1. 基本法之權力分立原則下的權限分配問題
 - a) 國會不具有絕對的優越地位與權限
 - b) 系爭案例有一般性法律保留原則之適用
 2. 系爭規定不抵觸法律保留原則
 - a) 重要性理論
 - b) 系爭規定滿足所有法律保留之相關要求
 - c) 立法者並未違背其憲法上的立法義務
 3. 系爭規定並未抵觸憲法上的明確性要求
 - a) 原子能法第七條第一項規定無抵觸明確性要求可言
 - b) 原子能法第七條第二項中之規定符合明確性之要求
 4. 系爭規定未抵觸客觀性的保護義務
 - a) 系爭規定本身並未構成對基本權之侵害

b)系爭規定尚未抵觸保護義務

c)系爭規定中所定之行政裁量權未抵觸基本

法第十二條第一項與第十四條之規定

III.判決形式

裁判要旨

1. 自議會民主的基本原則中，不許導出國會及其決定擁有相對於其他各權力的優越地位，而形成一種凌駕於所有具體的權限分配規定之上的解釋原則。
2. 在聯邦德國境內對於核能和平用途之依法容許與否的規範性原則決定，不但基於其對人民，尤其是人民之自由領域與平等領域、一般性生活關係，具有極其深遠的影響，且由於與該決定所必然連結之規定的種類與強度之故，屬於在法律保留之意義下的基本的、重要的決定。僅僅立法者有權作成此一決定。
3. 若立法者作成一個決定後，新出現的、於立法當時未可預見的發展卻關鍵性地使得原有的決定基礎變得有問題時，該立法者即可能基於憲法之要求而負有審查其原先之決定是否仍可繼續適用於已經改變之狀態的義務。
4. 在一個必然受制於不確定性的情況下，首先是屬於立法者與政府的政治性責任，於各自的權限範圍內，作出各自認為合於目的性考量的決定。於此種事態下，以自己的評價來取代被授予此責的政治性機關的地位，並非屬於法院的任務。蓋此等作法欠缺規範性的標準。

5. 原子能法第七條第二項第三款中所定之對未來持開放態度的規定內容，是爲了追求動態性基本權保護（*dynamischer Grundrechtsschutz*）。該規定內容有助於原子能法第一條第二款所定的保護目的於各種情況下都能獲致最佳可能的實現。
6. 要求立法者就其所負之保護義務的範圍內，制定得以絕對排除由於許可科技性設施及其營運所可能形成的基本權危害的規定，可說是對人類知識能力的界限有錯誤的認知，而且也將可能因此排除每一種國家對於利用科技的許可可能性。在此等情況下，欲形成社會秩序，只須滿足依據實踐理性作成的評估即可。超過實踐理性的界限所存在的不確定性是無可消除的，並且應將之視爲須由全民承擔的社會合理負擔。

案 由

本裁判（案號：2BvL 8/77）係第二庭於 1978 年 8 月 8 日基於 Nordrhein-Westfalen 邦高等行政法院 1977 年 8 月 18 日所爲之停止訴訟裁定與提請違憲審查裁定（*Aussetzungs- und Vorlagebeschluß*）（案號：VII A 338/74），針對 1959 年 12 月 23 日制定（BGBl. I, S. 814）、1976 年 10 月 31 日修正公布（BGBl. I，

S. 3053) 之「關於和平使用核能與其危險防護法」(Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren) 第七條規定中，涉及屬於所謂快滋生反應器 (Schnell-Brüter) 類型之核能發電廠許可規定的合憲性審查程序。

裁判主文

1959 年 12 月 23 日制定 (BGBl. I S.814) 、1976 年 10 月 31 日修正公布 (BGBl. I S. 3053) 之「關於和平使用核能與其危險防護法」(原子能法) (AtomG) 第七條第一項與第二項規定中，涉及容許發給屬於所謂快滋生反應器類型的核能發電廠許可之規定，符合基本法的規定。

理 由

A. (事實背景與相關當事人之主張)

I. (事實與爭訟經過)

1.1972 年 12 月 18 日 Nordrhein-Westfalen 邦之勞工、健康與社會部長，以及經濟、中小企業與交通部

長共同核發「快滋生反應器核能發電廠股份有限公司 Essen」(Schnell-Brüter-Kernkraftwerkgesellschaft mbH Essen) 第一個部分許可 (Teilgenehmigung) 之通知，許其設置一個屬於「快滋生反應器」(Schnell-Brüter) 建造準則的核能發電廠於 Kleve 縣之 Kalkar-Hönnepel。許可通知中告知了核能發電廠之廠址已審查合格；同時亦同意了基本的核能發電廠鋪設要點，但加入了一些更詳細的限制。該核能發電廠的設置計畫如下：設置一個快速的鈉冷卻反應器 (Natriumsgeköhlten Reaktor)。反應器核心是由外圍的滋生區 (Brutzone) 包圍著中間的分裂區 (Spaltzone) 所構成。分裂區的核心燃料是氧化鈾與氧化鈾的混和物 (Uran-Plutonium-Mischoxid)。滋生區的滋生材料是利用已濃縮過的同位素鈾 238 (Isotop U 238) 的氧化鈾 (Uranoxid)，此氧化物不能分裂，但可轉化為鈾 (Plutonium)。經由核分裂程序在反應器中所製造出來的熱能是透過液態鈉在一個封閉的主冷卻系統經由中間熱交換器而釋放於一個次冷卻系統中的液態鈉。由次冷卻系統的鈉所接收的熱能，則由蒸汽產生器傳遞到食用水中。食用水在蒸汽產生器中化為蒸汽，所形成之過熱的水蒸汽進而驅動一個生產出三億瓦電力的渦輪發電機。

1973 年 2 月住在離核能發電廠預定地一公里遠

處、以務農爲業的原告提起原審訴訟程序，訴請 Düsseldorf 行政法院撤銷第一個部分許可。快滋生反應器核能發電廠公司依據行政訴訟法第六十五條規定受邀參加程序。1973 年 10 月 30 日行政法院以無理由而駁回原告之訴。

2.Nordrhein-Westfalen 邦高等行政法院（Oberverwaltungsgericht）第七法庭於 1977 年 8 月 18 日裁定停止上訴程序，依據基本法第一百條第一項規定，將 1959 年 12 月 23 日制定（BGBl. I S. 814）、1976 年 10 月 31 日修正公布（BGBl. I, S. 3053）之關於和平使用核能與其危險防護法——原子能法（AtomG）——第七條規定中，關於容許發給屬於所謂「快滋生反應器」類型之核能發電廠許可的部分，提請聯邦憲法法院審查認定是否合於基本法的規定。

原子能法第七條規定如下：

設施的許可

- (1) 凡設置、經營或類此而持有一個基於製造、處理、加工處理或分裂核燃料之目的，或是基於提煉放射性之核燃料之目的固定性設施，須先取得許可。對於設施或其經營為重大的改變者亦同。
- (2) 發給許可僅限於：
 1. 無據以對申請人與為設置、領導與監督設施之營運負責之人的可信賴性產生疑問的事實存

在，以及該為設置、領導與監督設施之營運負責之人擁有所需的一切專業證書，

2. 得保證其他涉及設施之營運的人員，具有就安全的設施營運、可能產生的危險以及可適用的保護措施方面所不可或缺的知識，
3. 對經由設置與營運該設施所形成的損害，做到依據學術與科技現況（Stand von Wissenschaft und Technik）所需的防範，
4. 已做好就法律所課負的損害賠償義務之履行所必要之防護，
5. 確實提供對抗干擾措施或其他來自第三人的影響所必要的保護
6. 設施所在地的選擇不能阻礙主要的公共利益，尤其是關於保持水、空氣、土地等的潔淨。

（3）依第一項規定歇業的設施、安全地封閉永遠停工的設施、縮減設施或部分設施均須取得許可。在此第二項規定各依相關之情形而有其適用。但第一款規定情形、所計畫的措施已是第一項所定之許可的標的者，以及根據第十九條第三項所為的命令，不在此限。

（4）決定許可的程序中，所有的聯邦、各邦、各縣與其他地方團體行政主體的機關，只要涉及其管轄領域，則均須參與。若有權許可的機關與參與程

序的聯邦機關間有意見不一致的情形時，則有權許可的機關應徵求擁有核能科技安全與輻射保護之管轄權限的聯邦部長的指令。此外決定許可的程序應依 1974 年 3 月 15 日制訂的聯邦空氣污染防制法（BGBI. I S. 721）第八條、第十條第一項至第四項、第六項至第八項、以及第十八條規定的基本原則，以行政命令定之。

- （5）對於可移動的設施分別適用第一項、第二項與第四項之規定。但於第三項與第四項第三段所稱之行政命令可規定略過計畫的公告與文件的解釋，也可規定在此限度內不允許對於異議的討論。
- （6）聯邦空氣污染防制法第十四條的規定文義，對於因受許可的設施對於其他土地所帶來的影響亦有適用。

根據提請違憲審查之法院的觀點，由於系爭規定於其現在的文本中，亦容許核發快滋生反應器的許可，因此在此範圍內，抵觸了權力分立原則（基本法第二十條第二項第二句）、議會民主原則（基本法第二十條第一項與第二項），與法治國原則（基本法第二十條第三項）。

a) 依據權力分立的原則，政治的原則性決定（*Leitentscheidung*）應由國會自行爲之，且將該決定具體形諸於形式意義的法律中。然而，國會必須自我侷限於「重要的」（*wesentlich*）決定。哪些決定可認爲

屬於「重要的」，則須進一步地認定。此須取向於各種不同的生活領域與人民權利位置，以及法規標的特性等，綜合加以認定。某一個決定是否具有重要性，其判斷根據為對於人民可能直接受波及的基本權是否有待加以保護、法規對於一般大眾的意義、國家行為於基本權相關領域中的政治性爭議的特徵，最後，國家行為的張力程度。依據支持法律保留的諸原則，隨著受影響人民的基本權保護愈有問題、對於一般大眾的意義愈大、政治性衝突顯得愈廣泛、以及某一個國家行為所帶來的張力愈強，國會的指導性決定就須愈具體。

b)原子能法第七條並未滿足上述標準。雖然立法者於原子能法中作出了關於核能之和平用途的原則性決定，然而國會於原子能法第七條進一步的原則性決定中，卻未充分明確地規定授權給行政機關的規範領域，使得行政機關甚至取得了核准屬於快滋生反應器類型之核能發電廠可能性。但此等留給行政行為發展的領域，對於大眾，特別是可基於其生命與身體完整性的基本權而要求國家針對核能危險而廣泛地加以保護的個別人民，具有非常深遠的意義。在此有待訂定規則的是一個高度被威脅的與基本權密切相關的領域，因此應該需要立法者有比現在更具體的計畫才是。否則的話，原子能法第一條第二、三款所規定的目標——核能危險之防護——是否能在未來加以實現，也僅能取決於行政機關

的決定。

aa)所有可能隨著快滋生反應器的建造所帶來的種種可能之後果，危險與無法復原的強制性（irreversible Zwänge）等，由於太過重大，因此應僅能由立法者來承擔責任。首先須納入考慮的是，快滋生反應器第一次裝載須由在一個熱中子反應器（thermische Reaktor）中所生產出來的鈾來完成。因此，對其佔有，也就是基於滋生器燃料之首次裝備所為之鈾的堆積與貯存，即須視之為能源供應政策下所必要。此外，由熱中子反應器所取出的鈾，必須在放入快滋生反應器前，由燃盡的燃料元件（Brennelement）中再次加工處理。然而，再加工處理（Wiederaufarbeitung）的決定，以及隨之而來的「核燃料循環」（Brennstoffkreislauf）的決定，卻同時表示廢棄了將那些於熱中子反應器中所燃盡之燃料元件予以終極貯存（Endlagerung）而不再加工處理的作法。之後若由快滋生反應器形成已燃盡的燃棒（Brennstäbe），則又再度得面對其去處的問題。假使這些燃棒基於某些理由，例如在政治及經濟的緊急狀態下，而無法用來再加工處理，則就可能被迫將這些大量帶有劇毒（hochgradig radiotoxischen），且半衰期（Halbwertszeit）長達 24390 年的鈾 239 作終極貯存，而就終極貯存之所知也必須傳給以後的世世代代。相反地，若這些燃料元件可以用來作再加工處理，也必須考

慮其所帶來的大量有危險性的轉運問題。

bb) 法庭並未忽略，若欲就前所述之可能的事件流程之部分觀點進行檢討時，原子能法仍提供了個別相關的條文可供討論之用。特別是由原子能法第三、四、六、九 a 等條之規定，似乎已呈現出一幅滴水不漏之國家的危險防禦（Gefahrenabwehr）的圖像。然而並非依賴於此。重要的毋寧是，引進快滋生反應器的情形下，啟動於各個於法律中所定之控制機制後，往往也僅能帶來行政機關對於立法者已無法掌握的發展會有所反應的威脅而已。

II（相關當事人的主張）

1. 代表聯邦政府的聯邦內政部長認為，Nordrhein-Westfalen 邦的高等行政法院的提案無法證立。

a) 高等行政法院的論點植基於將「重要性理論」（Wesentlichkeitstheorie）過度擴張為一般性的法律保留。原子能法第七條未直接提到快滋生反應器並無關緊要。就像原子能法正式的立法理由中已指出的，依照立法者的想法，已有意將此種反應器納入系爭規定的適用範圍中，並且此點已透過原則性決定中清楚明瞭的一般性描述而充分地表現出來。就此而言，應已滿足國會立法的責任。

b) 此外，提請違憲審查之法院所評估的關於將滋生

科技的可能後果與其強制性基本上是錯誤的。

快滋生反應器的設置，並非設置基本上新的或其他的燃料循環，而只是封閉性循環之等級的改變而已。而正因為快滋生反應器大致上使用了與輕水反應器相同的物質——即鈾與鈾——以及再生處理技術〈Wiederaufarbeitungstechnik〉，因此快滋生反應器可對輕水反應器的燃料循環〈Leichtwasserreaktor-Brennstoffkreislauf〉適應得很好。在整個燃料循環過程中，純粹形式的反應器中之鈾僅是在鈾的終極清除與生產出新的燃料丸〈Brennstoff-Pellets〉之間很短的階段中所附帶形成。依照聯邦政府對於綜合的與在空間上集中的終極廢料處置中心〈Entsorgungszentrum〉的想法，再生處理與燃料元件的製造是直接終極廢料處置中心附近來進行，使得純粹的鈾不會出現在廢料處置中心之外。現時在聯邦德國營運中或建造中的核能發電廠屬於輕水反應器類型者，整體容量約有 200 億瓦的電力。此等核能發電廠每年可以製造共約 3600 公斤可分裂的鈾。相對於此，這些鈾總量在位於 Kalkar 的 SNR300 的全部燃料循環中，總計可達 3000 至 4000 公斤。

再者，滋生燃料元件或由滋生燃料元件所形成的放射性廢料的終極貯存問題，基本上也不是新產生的問題。只要個別的問題仍不確定，則這些問題就會伴隨到

廢料貯存場設置時才能解決。

至於會因此不得不增多轉運次數的問題，則透過計畫設置的，包括用來貯存燃盡之燃料元件、再生處理設施、廢料處理設施〈 Abfallbehandlungsanlage 〉、鈾的燃料元件之製成，以及終極貯存場等部分的廢料處置中心的設置，已可確保在這些設施之間轉運的所需過程，可維持在最低限度內。而外部的轉運主要是產生於將燃盡的燃料元件由核能發電廠轉運到燃料元件的中心貯存場，以及由此運出新製成的燃料元件。此外還包括運進提煉燃料〈 Brennstoffversorgung 〉所需的天然鈾與濃縮鈾。在 Kalkar 建造快滋生反應器的結果，轉運時所產生的放射性物質僅會微量地提高。對於那些現在就已營運中的核能發電廠提煉與終極貯存之物質的轉運量，在將來仍是佔最主要的部分。

基於鈾的毒性〈 Toxizität 〉與可利用個別同位素來建造核能武器所產生的風險，是有限的且也可以控制的。依照聯邦政府有關廢料處理的概念，輕水反應器的燃料循環過程就已經發展成可實際上排除未經控制地取用鈾的可能性。在燃料循環中心之外，只使用到氧化鈾與氧化鈾的混和物，而此混和物由於僅含有少量能分裂的物質，並不適於原子彈的製造。為達製造原子彈的目的，首先須先將鈾由鈾中分離出來。但是這道化學程序以及該等物質的危險性須要有實際性的專門知識，是無

法從文獻中看得到的。因此，恐怖團體製造出核子武器的危險是很小的。再者，商用反應器（Leistungsreaktor）只會製造出鈾的混和物，而因為鈾的混和物參與較高的鈾同位素之故，因此只能有限地被用來製造原子彈。即使不能完全排除藉由該等物質而製造出原子彈的炸藥，還需裝置的引爆技術也是很複雜的，且只有以高度發展的核能科技才能加以掌控，所以說恐怖份子製造原子彈實際上是不可能的。雖然鈾即使不用來作為爆炸性武器，但也因為其毒性之故，若落入恐怖份子之手，也是一種危險的物質，但這可透過組織性與技術性的措施，而有效地防護任何無權的染指。對此並不需一個令人難以承受地限制人民自由權的「極權的警察國家」（totaler Polizeistaat）。這樣的觀點錯認了與快滋生反應器之營運相隨之具體可掌握之危險的真實關連。這從現存之綜合性的安全與防護體系，在未對人民自由領域有類似干預的情況下，也一樣可以發揮其功能，便可加以駁斥了。

c)最後，上述法院在現行有效的規範下也錯誤地想像一種機制，以為國會與政府藉之即可有效地推動和平用途之核能領域的發展。

國會的立法者做了無數個對於建造與營運快滋生反應器具有原則性意義的決定，這些決定相互補充並且清楚地表明了德國聯邦議會對於利用快滋生反應器來提煉

能源負起了完全的國會立法之責。由於原子能法關於反應器的部分，有意地採取對科技開放的規定方式，並且快滋生反應器的結構特徵、功能與作用方式以及其對於進一步的反應器發展，於制訂原子能法時就已是眾所皆知，因此應可認為，立法者於做成核能之和平用途的決定時，即已將之包括在內。此一決定可以由以下事實而得到證實與明示：立法者至今不但沒有在原子能法日後的多次修正中，將原子能法第七條所使用之對科技開放的概念加以限制，而且甚至還促成將快滋生反應器納入聯邦政府的研究計畫案。立法者提列了一套保留許可權之預防性禁止規定（präventive Verbote mit Erlaubnisvorbehalt）的體系，作為貫徹原子能法之保護目的具有關鍵性意義的工具，其中立法者尤其是藉著原子能法第七條的規定，使得在法律所為決定的底線之下，經由一套由行政命令、行政規則、方針等等所具體化的完美無缺之保護要求體系，而可回溯到一套對科技安全規範而言可信賴的體系之上。更有甚者，立法者透過簽署歐洲原子能協定、禁止原子能武器協議以及證明協定（Verifikationsabkommen）而使得聯邦德國進入一個以及時察覺無權轉用（unbefugte Abzweigungen）的體系以阻止核能物質之濫用的國際性控制體系中。

此外亦不可忽略，國會對於和平用途之核能以及與之相關的設置快滋生反應器，並不只是在專業立法的領

域處理，而且也在預算的領域處理，其間至今對於快滋科技的發展已用掉了將近三十億馬克的公帑。再者，德國聯邦議會已在無數次的委員會會議以及國會辯論中，多方論辯過和平用途的核能問題。若是聯邦議會認為有修改或補充的必要，則議會便會採取必要的措施，由1959年以來原子能法已經過四次的修正亦可顯示出這一點。

上述法院對於法律的控制手段是否仍確保了一個由國會與行政機關負責地主導發展之問題的闡述，依聯邦內政部長的觀點並無法看出其究竟以何等事實為據。由原子能法第三至十九條規定的整個體系很可以得出以下的可能性以及行政機關被課負的義務：依據一個清楚的榜樣，透過預防性的控制措施而負責地防止與和平用途的核能如影相隨的危險。此外，特別是基於無數涉及和平用途之核能的聯邦政府的報告以及基於能源計畫，國會有能力藉由相應的立法倡議，在其意念下影響未來的發展，且可以隨時實現其政治的領導性任務。

就提請違憲審查之法院認為原子能法第七條所定不夠明確的部分，必須注意的是，立法者並未被完全禁止使用不確定法律概念，而且正是對於那些原子能法中欲加以規範的問題，立法者根本無法放棄使用不確定法律概念。對核能發電廠科技安全的解釋以及被允許加諸於周遭環境之影響的種種要求，根本就不可能鉅細靡遺地

於法律中明確規定，因為如此一來國會便是被課以一項既非在專業方面可承擔，亦非在內容上可負責的任務。此外，由於立法程序的難決，這樣的解決之道使得於核能的安全科技領域中，對於局部變遷快速的知識與科技狀態的必要配合更形困難。於此等前提下，立法者若在法律的層次確立了目標之規定，藉由使用一般性條款、不確定法律概念以及授權制訂行政命令等方式，委由行政機關基於專業學術性知識，並顧及國家以外的所有科技規範，透過行政命令、行政規則與準則，以及透過個別決定來實現法律設定的目標的話，既符合法治國的要求，也符合權力分立的原則。

對提請違憲審查之法院所指出的，鈾基於其危險性，是一種須要特別防護的產物，雖然可加以贊同。但為了確保能提供必要的防護，聯邦德國於利用相應的國際建議下，發展出一套綜合的安全與防護體系。依此，所有營運方鈾的持有人均負有預防性之基本防護的義務。對此等基本防護並以負責確保公共安全之機關的保護措施加以補充。在綜合的安全與防護體系下的預防措施，並不會要求或造成為參與者之人民自由權的威脅。只要在具體的威脅的情形以及發生了攻擊事件之後，警方的追捕以及其他壓制性措施是必要的，那就必須採取一些質與量上足以對應於可相提並論的事件，例如恐怖份子挾持人質或竊取其他危險產品等，所必要的行動。

按照到現在為止在國內外所獲致的經驗，應可認定現有的法律即使對較大存量之鈾，也足以提供保護。當關於內部安全的一般處境，在受到威脅的範圍內必須加以改變時，則所預期的補充措施，不僅須能保護核能科技的設備與物質，而且還須一併保護到所有會因干擾舉措或其他第三者的無權干預而受到危及的客體。如此一來卻又是一個涉及聯邦德國之內部安全與外部安全之確保的普遍性問題，而不僅是一個特殊的原子能問題氛圍而已。

d)即令吾人贊同 Nordrhein-Westfalen 邦高等行政法院的觀點，亦即認為若將原子能法第七條亦適用於商業用途的快滋生反應器之上，便不能滿足由憲法權力分立、議會民主制、法治國等原則而來之要求的話，透過合憲性解釋，還是可得出且必須得出第七條至少是容許設置並營運一種模型的核能發電廠的意涵。這並不表示到現在為止的能源政策有所轉變，也並非想引導進入一個不可逆之「鈾經濟」〈Plutoniumwirtschaft〉的發展。無寧說只是為了更進一步蒐集有關此種反應器規範最大限度的安全性技術的經驗，而以後才會決定是否要將之一般性地引進。若採取一種限縮的合憲性解釋，則原子能法第七條也不致於就失去其意義，因為對取得核能以爲和平用途的產業之擴建或建立的重要的依據仍未有變動，而只是對於未來商業性的快滋生反應器的裝置

須要有補充性的法律決定而已。

2.Nordrhein-Westfalen 邦政府以及原審訴訟程序的被告提出一份共同的立場說明。

a)提請違憲解釋之裁定〈Vorlagebeschluß〉的論點很明顯地並不明確，而且部分內容自相矛盾。

高等行政法院很正確地以快滋生反應器也在原子能法第七條第一項所規定的範圍內為前提而論述。立法者有意選用了「製造……核燃料的設施」的廣泛性概念，也就是說該規定並不限於特定的反應器類型。就像官方的原子能法立法理由中可資證實的，立法時一開始即已將製造鈾 239 的反應器，也就是快滋生反應器的類型，設想在內。依此，原子能法第二條第一項第一 a 款將鈾 239 與鈾 241 均列為該法所稱之核燃料。即使是立法者日後的行為也明白顯示了有意依照原子能法第七條的一般性規定來處理快滋生反應器的意願。若高等行政法院竟主張說，國會透過制定原子能法第七條規定而想留給行政權的規範領域，由於容許其亦得許可設置快滋生反應器類型的核能發電廠，結果使得授權規定不夠明確的話，不啻是說其論理歸結到一個命題，同一種發給許可之要件的規定，對於其中一種反應器的類型而言已夠明確，但對另一種反應器的類型則不夠明確。這樣的一個假定在思考法則上似應被排除在外的。不確定法律概念————得力於此，方得以詳細地規定原子能法第七

條第二項之發給許可的前提要件————所涉及的是相同的法定構成要件特徵，這點並不會因不確定法律概念須依各個特定類型而加以適用，而有所不同。其規範上的明確性，不能僅僅因為其須適用於具體案例中各不相同的事實之故，因而即為分歧的判斷。值得討論的僅是下述命題：原子能法第七條第二項的發給許可的個別前提要件，關於快滋生反應器之特殊性的部分，在憲法上站不住腳，或是相反地基本法強制要求，針對這些特殊性必須再指定額外的許可前提要件。提請違憲審查之裁定中卻未含有此等論斷。其中既未指出，原子能法第七條第二項中某一個構成要件要素是違憲的，也無法導出立法者被憲法課以何等進一步規定的義務。而即使就提請違憲審查之法院所說的，關於是否必須容忍由於許可快滋生反應器而令人擔憂之特定強迫性的問題，僅能在一個相對於至今之規範狀態而言較為具體的形式法律中加以決定，卻也避免指出至今之法規範狀態下，所認定的不確定性究竟何在。同樣的道理也適用於緊接著所表示的意見：立法者只有透過對原子能法本身所包含之發給許可的規定較精確的規劃，方能符合法治國之充分明確性的要求。依照提請違憲審查之裁定所有的措辭來看，國會應該受到督促而對所謂鈾經濟所帶來令人擔憂的結果，直接承擔政治性責任。在此看不出為何只要對原子能法加以補充就足夠了。透過對快滋生反應器提供

合於預算的資助方法等，也可以承擔政治性責任。

提請違憲審查之裁定所植基之根本的理由，可以從高等行政法院所宣稱之「國家的面向」問題的段落中清楚地呈現出來，按照該法院的確信，此問題連結到第一次引入一個特別為製造鈾所取得的科技。關於所宣稱之危險的真實性，目前僅有很模糊的猜測。高等行政法院由此等無法完全消除的不確定性中所得出的結果，卻是謬誤的。在此所涉及的並非規範性之明確性的問題，毋寧說只是立法者對於那些無法完全計算清楚之社會風險所承擔的政治性責任。即便是更加精確地規定原子能法第七條的構成要件，發生高等行政法院所擔憂之危險的可能性——只要這些危險是真實的——也無法完全消除。鈾科技問題的國家面向仍然存在。事實上，高等行政法院所指責的是，立法者太倉促處理原子能法第七條容許快滋生反應器的問題，以及其對於預防鈾科技所帶來之可以想見，但無法更進一步證實的危險並未充分地盡到其責任。認為國會並未呈現相關危險的完整圖像，因而其動機在此範圍內便不夠明確的論斷，意味著對立法者的一種政治性審查，是必須非常嚴肅以對。但這卻不具有憲法上的重要性。即使與高等行政法院站在同一立場，認為立法者在原子能法第七條中宣示了得發給快滋生反應器許可時，並未面面俱到地充分設想到此等科技所帶來的種種可能結果，那麼也不是規範構成要件的

明確性有問題，而憲法層面的判斷卻僅取決於此等規範的明確性問題。

b)關於提請違憲審查之裁定所主張的，原子能法第七條規定未具備規範上足夠的明確性因而違憲，該論述本身雖不合理，但深入探討一些其他的觀點應屬適當。

aa)提請違憲審查之裁定，過度擴張憲法在法治國與民主觀點下對於許可建造核能發電廠的法律授權所可能提出的明確性要求。使用在原子能法第七條中所出現的不確定法律概念是因為考慮到許可設置核能發電廠所出現之問題的多樣性與複雜性之下，完全不可能避免的作法，而如果立法者還必須顧及在此一領域中特別快速不斷發展的學術性知識的話，那就更加無可避免了。特別是國會本來就無法持續地經由修法程序來追趕學術領域中不斷推陳出新的發展之故，因此原子能法第七條第二項第三款規定取決於每一個時期的學術與科技現況來認定必要之災害預防措施，應屬合理。據此，並配合相關規定中所明確指明的目標，則比起早在原子能法立法時所可能定出的特定規範標準來說，許可機關與行政法院——不可避免地須藉助於專家——可獲致更精確的與更合時宜的標準。此外，不能忽視的是，原子能法第七條第二項中所定明的防護核能危險之規定，還必須經由一些規定而加以補強，諸如由國家所承擔之核能廢料中途貯存場與終極貯存場之責任的規定，以及特別是針對

防護核燃料之濫用而發的歐洲核能協定與禁止核能武器協定的控制規定等。立法者必須形成一整群用以規制並限定行政機關關於核燃料措施之形式法律規定，其中部分屬於國內層次，部分屬於國際層次。就像原子能法反覆地修正所顯示的，立法者深知其於此一領域中的責任，並且絕未聽任行政機關自主地發展此領域。

關於明確性要求中與民主制度相關的要素部分，不應忽略的是，德國聯邦議會始終持續地遵循核能利用範疇——正也是與快滋生反應器的問題有關——的發展，以便必要時能隨時進行更正。

bb)對於提請違憲審查之裁定所不能贊同的是，該法院基於聯邦憲法法院所謂「關於預測的判決見解」（*Prognose-Rechtsprechung*），完全拒絕承認立法者有檢驗快滋生科技的權限。雖然對於認可立法者有預測自由一事，必須有所節制，但卻不可能完全棄絕，否則的話立法者在對於普遍福祉而言重要的事物範圍內，將被判定為僵化無彈性，與其基於民主而來的形成委託有所不符。在系爭案例中，立法者應可例外地主張享有預測空間（*Prognosespielraum*）。詳言之，在快滋生反應器之科技發展與利用上，存有一相當高位階的公共利益，因為快滋生反應器——與向來的反應器類型不同地——實際上不受天然鈾的稀少性所影響，也因而提供了不但無限期，且幾乎無存量限制地供應國民經濟之發

展所須能源的可能性。有鑑於在學術方面與技術方面極其複雜的關聯性，在這樣的情況下，若立法者能允許先設置一個持續受到控制之限量卸載的示範機型（Prototyp）的話，應屬合理的作法。若立法者自己在制訂通過法律後，還持續地得到相關問題的報告，並且詳加探究的話，就更加沒問題。在此等情形下，立法者掌控著相關的發展，必要時得隨時進行修正。相對於此，提請違憲審查之法院指出「無法復原的可能損害」（mögliche irreversible Schäden）有極其龐大的規模，至少並不算是有力的說法，因為其所稱之危險——只要吾人假設其為真——，根據高等行政法院的自己的評估，是在一個密集地加以使用並傳布的「鈾經濟」下才會有的後果。設置並營運一種或兩種核燃料之生產量相對稀少的示範機型決不致招來該等後果。在此所形成之稀少的鈾存量是可以掌控的，既不會對全體居民產生所擔憂的嚴重後果，也不會出現所擔憂之對人民自由加以限制的必要性。於此等情形下——假定原子能法第七條第二項規定有疑問——，至少必須給予立法者最低限度的預測空間，使之允許該等依據原子能法第七條第二項規定而獲得許可的示範機型得以完成並營運，藉此於所獲得的經驗基礎之上，且時機合適時，由德國聯邦議會負責地決定是要繼續維持或者是廢棄該等許可構成要件。

c) 但即使吾人最後得到的結果是原子能法第七條涉及快滋生反應器部分的規定，因欠缺明確性而無效，過渡性地繼續維持此一條款——不同於高等行政法院的見解——不僅是容許的，甚至是迫切需要的。因為若更嚴格表示之明確性要求也對過去的法律應用案例有效的話，則公共性投資中超過十億元已支出之開銷，便一無用處地浪費掉了。同時，對能源經濟而言所急需之先進的反應器科技的發展也將倒退好幾年。

3. 原審訴訟程序的原告認為原子能法第七條第一項與第二項規定與基本法規定不符。

a) 原告除了認為，鈾經濟的影響比提請違憲審查之裁定中所認定的要來得更深遠外，其餘部分基本上贊同提請違憲審查之裁定中之觀點。

在經濟層面上若要有意義地經營滋生反應器，必定須以由滋生反應器、再生處理設施、燃料元件工廠（Brennelementfabriken），以及附屬的中途貯存設備與轉運設備所共同組成的一個核能設施系統為前提。此一滋生反應器系統要求對大量的鈾加工處理與轉運。若說在 Kalkar 建造中的 SNR300 還只須要應付於可分裂之鈾上約 850 公斤的第一次鈾滿載（Plutoniumerstbeladung）的話，那麼到公元 2025 年，於 120 個運轉中的滋生反應器之中，以三年的實際循環週期（Umlaufzeit）為基礎，即必須估計到約 2000 噸

之反應器鈾（Reaktorplutonium）的鈾存貨（Plutonium-Inventar）。從一個由聯邦內政部長所委託的研究為準來看也可得到這些數字，此研究預測了公元 2025 年時，一個已設置之電廠的生產能力將達到 400000 兆伏，而其中百分之九十得自核能發電廠。

然而鈾是一種極其危險的重金屬，其高度的化學毒性還遠遠不及其輻射性可怕。鈾一旦製成，則實際上便無法再將之根除，因此便須留在生物圈中數十萬年之久。另外，作為核能之分解物質的鈾具有很高的能量（Energiegehalt）。以今日的武器技術，只消有五公斤鈾就可製成一個有如長崎之爆炸威力的原子彈（20 kt TNT），並且與至今的官方說法相反地，形成於民用反應器的鈾也可作為爆炸原料。根據官方公開的文獻以及與許多來自核能物理、核能科技、與工程學方面的專家隨時可能的對話，對一個中等智力的人來說，要建造一個簡易的爆炸器（Sprenganordnung）是完全有可能的。特別是含有百分之二十到三十之鈾成分的滋生反應器的爆炸元素已可供非法地提煉炸彈用鈾（Bomben-Plutonium）之用。將鈾由所混和的鈾分離出來所必須的化學程序步驟並不複雜且眾所皆知。在一個擁有 120 個反應器的滋生系統中，每年必須將約 300000 公斤新的燃料元件由工廠轉運到反應器。這其間有著無法勝數之私自藏匿鈾的機會。

滋生燃料元件的再生處理也帶來相當嚴重的問題。至今為止全世界均未有關於滋生之再生處理的實例演示性或示範性設施。僅有一些在實驗室標準下所推動的嘗試性設施。經由到現在為止於輕水反應器燃料元件之再生處理的失敗，就已全然能說明爲了滋生之再生處理而於計畫於未來興建的大型設施的技術上危險。至今世界上尚未出現任何一個來自傳統反應器之高度燃盡之燃料元件的再生處理設施，能有幾年無故障地運轉。在再生處理設施中所發生的大型事故，可帶來對整個中歐皆有長期影響的災難性後果。另外，透過在中歐廣泛地散播其所發射的輻射能（Radionuklide）的結果，大型再生處理設施的每一個營運年度都可估計有幾百個額外的癌症病例發生。

鈾燃料元件之高度技術性生產既非受過考驗，安全地清除原子能廢料問題也非已獲澄清。基於種種理由，聯邦德國所計畫之位於 Salzstöcken 的原子能廢料貯存場，實頗令人憂心。在引進滋生反應器，以及與之相隨的核能的擴建之時，都令人擔心對於原子能廢料之貯存過於草率，且未經充分地長期研究就付諸實施。

由於滋生反應器由於有很高的安全性支出，在經濟角度上僅會出現在高達 2000 兆伏的大型電阻單位，因此投入生產後局部將會釋放相當多的廢熱於周遭環境中，帶給河川相當大的負擔。若真的建立起計畫中的電

廠容量，則也可預料得到長期的氣候改變。鈾經濟除了帶來前述之科技後果與生態後果外，對於政治體系與社會體系也有持續的影響，尤其是對於自由民主的社會秩序。為保護可能受危害之原子能設施與鈾設施的防治手段，除了空間的、儀器的與建造技術的層面之外，預防性的人事監督，尤其是針對工作人員與其親屬、熟人所為者，越來越具重要性。此等監督可小自個人資料的掌握與日常生活的監督，大到直接對於生活習慣加以限制。可預料到的是，原本用於核能領域的安全要求也將借用在工業領域。受監督與控制的人員數目將因此大幅增加，而所需的警察機構也將相應地成長。假如鈾被用於勒索行為——這不是不可能的——，則警方基於保護生命，而對政治性自由加以甚至影響到國家之民主結構的限制性措施，都變成是必要的。此等情況下，未來無政府觀念的專家角色，可能會特別危險：這種人長年默默無聞地在一個設施中工作，然後未被料到地攻擊。

建造一套國內的滋生系統後，基於企業經濟性的理由，定也會輸出原子能設施以及附隨的鈾循環系統（Plutoniumskreislauf）。經此一管道，無原子武器的國家便得以製造出原子彈。這點即使是幾乎完全成功的國際性安全措施也無法阻止。但核子武器的擴散卻提高了爆發有限的大陸性原子戰爭的可能性。此外，建立一套鈾經濟也將導致無法再防禦聯邦德國，因為就算是傳

統的武器也能摧毀最堅固之混凝土護牆內的原子科技設施。再者，鈾經濟也會使得受過訓練的陰謀破壞隊（Sabotagetrupp）得以在鈾循環系統中容易進入之處引爆，以便顛覆內政。

最後，鈾經濟對於聯邦德國內之生活方式所帶來的一般性效應也值得顧慮。若——如所計畫的——大約百分之六十的主要能源需求是由原子能來供應的話，則對於公共生活與私人生活、工業貨物製造、服務業、交通系統、教育需求與技能需求等，均會產生效應。適應大型科技設施的行爲榜樣得以貫徹的情況，是無法排除的。一個民主國家之公民的政治上美德將被視為有所妨礙而被剔除。藝術的創造力、自我負責、感同身受的能力（Erlebnisfähigkeit）、想像力等均受到抑制，而且很可能招來大量的精神錯亂。但精神失常的專家對核心的科技而言，代表了安全上之高度風險，因此在安全要求得更加緊密之處，就又再造成更大的精神負擔。如此，便呈現出了一個永無止境的惡性循環。人類從自然的脈絡中完全解脫出來，將持續地改變自身的生活。

對於鈾經濟所帶來之後果的觀察，早在僅針對快滋生反應器型式的示範機型做決定時，就已相當顯著。關於示範機型的決定，不能單獨觀察而將其意義縮減成僅是對一個實驗的決定。此決定代表著確立了走向鈾經濟的原子能擴建方向，蓋藉由建造並營運此等示範機型，

「理所當然地」將建造更多的滋生反應器，而且就建造並營運該示範機型的決定已是一個軟化的立場，在此銻經濟長期的後果已須詳加考慮。

b)原子能法第七條第二項第三款的規定，抵觸了基本法第二條第二項結合法治國原則、民主原則以及權力分立的要求。

即令足夠的能源供應也算是一項公共利益，但依據基本法的價值秩序（Wertordnung），若其挑戰到以人類生命為最高法益的憲法基本決定，則此等科技系統並便不是可獲得許可的。不同於輕水反應器，於快滋生反應器中，是由爆炸的高度潛在可能性所構成的特殊危險居於突出的地位。假如——絕不可能排除此等可能性——，經由一次意外事件而使得反應器中的放射性（Radioaktivität）被釋放出來的話，則將可達到全國性大災難的規模。若此等意外事件出現在 SNR 300，那麼光只是因為吸入銻氣就得估計多達四萬個以上肺癌案例、一萬個以上的骨癌案例、以及超過一千個基因病變。另外廣大的面積會受到污染，很長的一段時間都無法住人。基於此等可能的危險，立法者負有確定必要之防備（Vorsorge）範圍與可容許風險之限度的義務。而立法者並未履行此義務。由到現在為止行政法院有關此規定所作的彼此自相矛盾的判決，就可顯示出對原子能法第七條第二項第三款規定的解釋差異有多大。在防

備之必要性的評定上，究竟是僅須依據產生危險的或然率（Wahrscheinlichkeit）——如果是此一標準，則如何為之——，還是必須依據危險結果——如果是此一標準，則又是哪一種結果——，原子能法並未規定。因此，對於經營者利益以及公共利益間的衡量，一邊是製造電力能源，而另一邊則是維護全民生命與健康的利益，是委諸行政機關為之。也就是由行政機關而不是立法者作出在多大的範圍內，應對全民之生命與健康加以保護的決定。

再者，基於能源政策與能源經濟的理由根本毋須立即擴建並不斷發展快滋生反應器。因為依照所有的預測來看，在未來幾年的用電需求，基本上會比現在所假定的來的少，因此，即使沒有快滋生反應器的加入，也可以滿足所預估的用電需求。可由不同的不同方式生產同一種貨物時，若其中一種生產方式對於全民的風險基本上較小，立法者即必須設法以較安穩的方式來生產該貨物。這點最起碼適用於牽涉到像生命與健康之類的基本權的情形。立法者必須確保，只有在其他方法都不可行，而又無法放棄系爭貨物時，方才動用到該較危險的生產方法。若有好幾種生產方法都帶有對全民之生命與健康的風險時，此時即須進行衡量，而僅有立法者有權為此等衡量。

4.系爭程序的訴訟參加人引用法學教授 Dr. Fritz

Ossenbühl 所提出的鑑定書而認為原子能法第七條的現行條文符合基本法。

a)提請違憲審查之法院源於一個錯誤的前提，以為許可於 Kalkar 設置僅屬試驗性設施之 SNR 300，便代表了引進滋生器技術。聯邦議會與聯邦政府已經多次明確地重申，於 Kalkar 建造並營運快滋生反應器並不代表已決定將此種新型反應器準則引進市場，而只是爲了這個直至本世紀末才要作的政策決定，而蒐集一些必要的經驗以做好準備罷了。僅僅是對一種新型態反應器類型的試驗，絕非如提請違憲審查之法院所主張的，屬於「重要性理論判決」意義下的「重大政治決定」，因而即使在國會對於核能之和平用途已定出原則性決定後，行政機關仍不能本於其自主的權限來作出決定。

此外，提請違憲審查之法院並未正確了解，就鈾的製造與去處問題而言，即便基於商業用途而引進多數快滋生反應器，與繼續利用向來的反應器的結果，基本上並不會有質的差異。其所表達的憂慮，亦即經由快滋生反應器將走入一個「鈾經濟」與「鈾市場」之中，由此產生種種後果、危險與強制等，也因此不具有憲法上的重要性。一個具有 1300 兆伏發電量的傳統核能發電廠每年約可製造 220 公斤的鈾，而具有同樣發電量的快滋生反應器，視不同的滋生比（Breutrate）而定，每年僅製造最多 200 公斤的鈾。甚至還可理解成滋生反應

器可消耗掉鈾。因為如果一旦僅剩極小的規模，甚至完全不再須要由核能發電廠來生產能源，則可透過快滋生反應器使鈾的存貨降低，甚至使之完全耗盡。從德國的角度來看，即便不引進快滋生反應器也無法放棄加工處理，因此提請違憲審查之法院所擔憂的「鈾經濟」是無法避免的，這點與快滋生反應器無關。在對源於輕水反應器之燃盡的燃料元件進行加工處理時，也會得到可分解的鈾，此時基於安全與經濟的理由，也得將之再度投入核能發電廠——快滋生反應器或輕水反應器中的一種——之能源生產過程。就此，快滋生反應器的燃料元件中鈾有較高的濃度這一點，其實是無關緊要的，因為在輕水反應器燃料中的鈾含量就已經是高到必須審慎地防止任何無權使用的。

b)高等行政法院在憲法上的疑慮，重點主要是在於認為原子能法第七條現行規定太不明確。然而，若沒理解錯的話，此一疑慮僅針對原子能法第七條第二項規定而發，而且特別是針對其中第三款至第六款的規定方式。然而，高等行政法院並未道出立法者應預先定明的「具體」內容為何，對此甚至連一個模糊的方向陳述都沒有。簡短地說，提請違憲審查之法院的憂慮是在於，鈾在滋生技術下成為一種交易客體，並且其本身也為聯邦德國的內部安全帶來了各種各樣的危險。法院在此卻忽視了，原子能法第七條的主題僅在規定固定性原子能

設施的建造與營運，也就是說根本未觸及此等保護領域外的其他程序。尤其是未觸及高等行政法院所認為的特具危險性之銻的運送以及放射性廢料的清除部分。這兩個問題是在原子能法第四條與第九條 a 特別加以規定，並不是原子能法第七條的規範主題。因此，若將此等危險算到原子能法第七條的份上，而接著得出由於此一法規未含有對須要規定之問題的具體陳述，所以太不明確了，雖然就該等問題而言，法律根本已經明示地安排在別處處理，是很不允恰的。基於原子能法的規範體系，就算有那些情況發生，充其量能指摘有關之特別法規的不明確，而不是指摘那些從其目的與主題來看，根本就不應對那些被認為是難題加以規範的法規。因此提請違憲審查之法院在法體系上錯置了其疑慮。該法院對於後果與實質的強制性的憂慮，尖銳地說，就關於許可設置快滋生反應器的程序而言是不重要的，因為該等憂慮的內容並不屬於原子能法第七條規定的範圍。另一方面，從提案裁定陳述的內容來看，無法認為提請違憲審查之法院有意指摘全部的原子能法都缺乏明確性。而由於高等行政法院出於對原子能法第七條規定的錯誤解釋，因此其提請違憲審查是理由不備的。

若不考慮上述情形，而探討原子能法第七條第二項第三款與第五款規定是否足夠明確的問題，那麼可以想像該條文可以有更具體的規定方式這一點，當然是無須

爭辯的。但問題卻與此無關。重要的無寧是，從事理而言，如此做是否合於目的，以及，立法者是否被課以更具體地表達前提條件的憲法上義務。尤其是，生活關係的多種多樣性與快速的變遷表明對盡可能地具有彈性之法律措辭的需求。在此情形下，想讓安全要求附隨於科技發展而定的立法者，除指示參考各個時期之學術與科技現況外，別無他法。如果立法者以立法當時之科技發展現況為準，做出規範性的決定，而於法文中定明種種安全要求，則不僅是不適宜的，甚至還是違背規範目的的。藉由援引各個時期之學術與科技現況，原子能設施的安全水準才能參與科技的進步。以此種方式謀求保持與科技發展的聯繫，而且是著眼於安全強化的利益的立法者，是很難加以責備的。因此，以聯邦憲法法院的判決中所發展成的對於法律概念明確性的判斷標準來衡量，原子能法第七條第二項規定經得住憲法的要求。

c)關於原子能法第七條第二項規定符合基本法第十二條與第十四條規定的問題，由於其將許可之核發置於行政機關之裁量下之故，因此並不須要進一步地加以檢查。因為即使姑且不論上述基本權條款是否受到侵害問題，僅能由設施創辦人的角度來探討，而不是從一個欲撤銷所發給之許可的第三者的角度，則對原子能法第七條規定，如果認為有必要的話，也可以為合憲性解釋，因為僅從文義出發，就已允許該條文有一個合憲解釋的

空間。

d)就算原子能法第七條規定在提請違憲審查之法院所主張的範圍內構成違憲，也並非就確認了此規定目前被視為違憲而可得以被宣告為無效。理由是得自聯邦憲法法院的關於立法者預測錯誤的判決，依此，由於事後才認識到的預測錯誤而構成違憲的法律仍保有其有效性，但須要立法者的修正。

e)最後，系爭程序的訴訟參加人還指出，若支持提請違憲審查之法院所認為之原子能法第七條規定違憲，除此之外還贊同其所主張之不可能過渡性地維持該等條款的見解的話，會有何等後果。SNR 300 計畫整個瓦解時，聯邦德國將遠遠落後其他擁有快滋生反應器計畫的工業大國。這對整個德國的反應器工業之國際競爭能力會有非常深遠的影響。杯葛 SNR300 的結構發展同時也意味著在聯邦德國、荷蘭、比利時間在快滋生反應器發展的領域上超過十年的共同合作關係無法避免的結束，且同樣使得 1974 年以來與法國間繼續進行的密切合作也不可能了，因為在德國落後太多的情況下，根本無從再進行技術經驗的交換。另外，聯邦政府以及所有的政黨均認為使德國之能源提供毋須長期仰賴進口，是一個必要的選擇，但於杯葛 SNR 300 後將無法再保有選擇權。最後到現在為止對 SNR 300 已投資了約十二億馬克左右。若按計畫於 1983 年底完工的話，還需再

投資十七億馬克，其中十一億一千萬馬克是落到德國手裡。相反地若終止此計畫，德國須負擔高達二十億馬克的額外費用。在此種情況下財政的負擔幾乎是兩倍之多。但即使僅是計畫的延遲就已會形成每個月從一千萬到一千五百不等之可觀的額外費用，而這些費用絕大多數都必須由德國承擔。

5.聯邦行政法院第七法庭告知，雖然其目前尚未具備瞭解快滋生反應器複雜的科技所需的知識，以便對於提請違憲審查之法院所提出的憲法上問題可靠地加以評斷，但對於提請違憲審查之法院的觀點認為亦有值得商榷之處。

若 SNR 300 事實上僅是一個最低限度的試驗模型計畫，不能先入為主地斷定將供未來商業性利用，也不會用來滋生比所需更多的鈾的話，則系爭提案問題對於判決究竟是否有重大意義，已屬可疑。再加上於營運所申請之設施時，也許正應該也正可以蒐集那些得以克服高等行政法院所憂慮之危險的相關經驗。此外，聯邦行政法院第七法庭對於立法者是否被課以須依據個別知識水準，理解並回應持續變遷中之科技發展的義務，亦深表可疑。該管法院——必要時可透過合憲性解釋的方法——禁止核發許可給該等帶來完全無法預見且也無法承受之危險的相關設施，至少也應是可以想見的。若在更深入的專業解明之後，實際上證實了上述法院所憂慮

的危險，對之同時也無法加以防止的話，法庭可以設想將原子能法第七條第二項第三款規定之「對經由設置與營運該設施所形成的損害，做到依學術與科技現況所需的防範」，解釋為目前並未能達到，因此必須拒絕發給許可。也因為原子能法第七條第二項第三款規定提供了防禦的可能性，因此並不須要去探究，到底立法者在多大範圍內犯了高等行政法院所主張的預測錯誤。至少法庭也並不完全排除，在進一步的解明後，導出在此所申請的設施本身不會產生高等行政法院所憂慮的危險，因而可以核發許可之結論的可能性。極可能在後續計畫中，由於受制於一種不再可預見的並加以掌控的發展，因而不再生能滿足原子能法第七條的要求。而即使是如此也不會導致法律違憲的結果，而只是導致不能再核發許可給此等設施而已。

B.（裁判理由）

I.（審查範圍之特定）

Nordrhein-Westfalen 邦高等行政法院將系爭案件提請本院為合憲審查是准許的（vgl. BVerfGE 47, 147 ff.）。然而關於提請審查問題的範圍須要加以澄清：雖然高等行政法院所提請審查的問題並未明白地限定於原子能法第七條各項規定，但由主旨中所含之「在……限度內」的文句以及提請審查之裁定的理由構成中，應

可得出僅須審查原子能法第七條第一項與第二項規定的合憲性。此外，即使高等行政法院並無該等意思，所提請審查之問題亦應限定於此兩項規定，蓋原先的法律爭議僅取決於此兩項規定的有效性。

II.（原子能法第七條第一項與第二項規定合憲）

原子能法第七條第一項與第二項符合基本法之規定。

1.a)基本法並未表明國會在根本性的決定上擁有包羅萬象的優越地位。基本法透過權力分立的權限分配（Kompetenzzuordnung）界定了國會的權力。影響深遠的決定，當然也包括政治性決定，亦有將處理權限交由其他國家最高機關行使者，例如由聯邦總理為政策方針的決定（基本法第 65 條第一句）、解散聯邦議會（基本法第 68 條）、緊急立法的宣告（基本法第 81 條），或者是如建交或斷交等外交政策的重要決定。反對上述決定的聯邦議會則擁有控制的權力；必要時可重新選出聯邦總理，藉此推翻原有的聯邦政府；還可以行使其預算審查權，但基本法卻未認許其於上述問題上有決定權限。基本法所欲維護之分配與平衡國家權力的制度，不許由民主原則錯誤地導出以無所不包之國會保留形式所呈現出來的權力一元論（Gewaltenmonismus）所架空。僅由國會議員是唯一直接由人民選舉產生這一點，並不

能得出其他國家權力機制與功能就缺乏民主正當性 (demokratische Legitimation)。行使立法權、執行權、與審判權的機關，其機制上與功能上的民主正當性得自基本法第二十條第二項中制憲者所為的決定。即使是國會議員所擁有之屬人的直接民主正當性，也無法直率地導出國會獨佔決定權的結論。制憲權於基本法第二十條第二項與第三項中，也塑造了具有憲法直接之機制與功能地位的行政權；組成政府的程序同時也賦予其基本法第二十條第二項意義下之屬人的間接民主正當性（參考 Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, S. 187 ff., 199；Böckenförde und Grawert, AöR 95 (1970), S. 1 ff., 25 f. ），然而卻不許由議會民主的基本原則中，導出國會及其決定擁有相對於其他各權力的優越地位，而形成一種凌駕於所有具體的權限分配規定之上的解釋原則。即使是基於問題的政治爭議性事實，也不能私自改變憲法所作的決定權限之分配。

b) 系爭案例涉及規範制訂的領域，也就是基本法對之定有權限分配的領域。在此由一般性法律保留原則中可得出，根本地涉及人民自由與平等權領域之行政權行使，須具備法律依據。

2. 原子能法第七條第一項與第二項規定並不抵觸法律保留的原則。

a) (重要性理論)

法律保留的原則雖然未明定於憲法中，但其有效性可由基本法第二十條第三項導出（BVerfGE 40, 237, 248）。關於此一原則的理解，尤其是對其民主要素的認知，在最近幾年已有所轉變（對此可參考 Jesch, Gesetz und Verwaltung, 1961, S. 205 ff.; Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungs-rechtslehre, 1965, S. 104 ff.; Rupp, JZ 1977, S. 226 ff.; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, S. 208 ff.; Ossenbühl, Gutachten B zum 50. Deutschen Juristentag, 1974, S. 155 ff.; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1977, S. 637 ff.; Kisker, NJW 1977, S. 1313 ff.; Listl, DVBl. 1978, S. 12 ff., Niehues, Schul- und Prüfungsrecht, 1976, S. 37 ff.）。立法者——從「干預」（Eingriff）的指標解放出來——被課以於基本的規範領域，尤其是於基本權行使的領域，但凡國家得加以規定者，自行作出所有重要之決定的義務，這點至今可說已屬實務通說（BverfGE 34, 165, 192 f.; 40, 237, 249; 41, 251, 260; 45, 400, 417 f.; 47, 46, 78 ff.; 48, 210, 221）。基本法第八十條第一項，第五十九條第二項第一句後半段，以及特別的法律保留均為一般性法律保留的顯示。

依此，哪些領域的國家行為須具備形式法律的規範依據，僅能就各該事務領域，以及就計畫中或已決定之

規定的密度而定。對此，憲法的價值標準首先可由基本法的主要原則，特別是受基本法所肯認與保障的基本權中所導出。

關於立法者是否如同憲法之法律保留所進一步要求的，在系爭規範中自行定明所有於有待規定之法領域中重要的規範性基礎，而未將此行為委諸行政機關為之的問題，也是根據同樣的標準來加以評斷。

b)在聯邦德國境內對於核能和平用途之依法容許與否的規範性決定，不但基於其對人民，尤其是人民之自由領域與平等領域、一般性生活關係，具有極其深遠的影響，且由於與該決定所必然連結之規定的種類與強度之故，屬於在法律保留之意義下的基本的、重要的決定。僅僅立法者有權作成此一決定。

同理也適用於該等用以決定原子能法第七條第一項所稱，行政機關對於設施之許可的法規。行政機關發給這些設施許可或不發給許可，屬於對人民之基本權領域有重大影響的行政行為。這點對於意圖營運此等設施之人來說是很明顯的，但該等行政行為也會牽涉到別人。

立法者於原子能法，亦即於形式意義的法律中，所作的關於核能利用之決定，也已將快滋生反應器包括在內。雖然原子能法第七條第一項並未列出各個反應器類型，但從法律中可清楚地看出，快滋生反應器亦屬於該規定的適用範圍內。此乃得自原子能法第二條第一項第

一款 a 規定中，將銻 239 也列入該法所稱之核燃料中，此外也由原子能法第七條的官方立法理由中得到證實，其中提到了：

屬於第七條所稱之設施有：

1....

2....

3.用以分裂核燃料，或生產銻 239...的反應器

對此首先提到了快滋生反應器，其對於未來反應器的發展所具有的重要意義早在 1959 年就已爲人所知了。只是快滋生反應器是爲了分裂與生產銻 239。相反地於輕水反應器中，銻 239 僅爲必然的連結性產物（Koppelprodukt）。因此提請違憲審查之法院與文獻（如 Kimminich, Atomrecht, 1974, S. 79 ff.; Mandelartz, JA 1977, S. 577; Wagner / Ziegler, atw 1977, S. 625^(譯註 1); Büdenbender, ET^(譯註 2) 1977, S. 711），以及所有在此程序中所提出的立場說明，均從原子能法第七條也容許滋生反應器的觀點出發。

在憲法上，立法者並不負有如提請違憲審查之法院似乎認爲的，於原子能法的內容中加入一條其有意容忍那些於提請審查之裁定中所提到的「伴隨著快滋生反應

(譯註 1) Atomwirtschaft - Atomtechnik

(譯註 2) Energiewirtschaftliche Tagesfragen

器之建造所可能產生，但在目前尙未能進一步證實之後果、危險與無法復原的強制性」之規定的義務。立法者承擔其決定之所有後果的政治責任。因此立法者在憲法上並不負有於法律條文中宣示其承擔其決定之後果的政治責任，並以此種方式證明其已考慮過哪些後果的義務。就如同道路交通法的違憲性並不須以立法者未於法律規定中表明其有意容忍道路交通之風險與後果進行論證一般。

若因此而如上述要求般，系爭規定是在一個形式意義的法律中作成，在此範圍內也因此符合了一般性法律保留之要求，則尚須審查立法者是否也完成了憲法之法律保留的其他要求，且該系爭規範中屬於重要的部分，是否均已自行決定而未將之委諸行政機關（參考BVerfGE 34, 165, 192 ff.）。與此脈絡直接相關的問題是，就原子能法第七條內容的規定而言，是否已充分地考慮到憲法到容許快滋生反應器類型之授權基礎所要求的明確性。此點應予肯定。

立法者於原子能法第一條中就核能之和平利用作了原則性的決定，並且由於著眼於最大可能地防護核能危險的絕對必要性，同時也以法律確定了核能利用的界限。在此範圍內，立法者於原子能法第七條第一項與第二項中，已規定了所有針對許可快滋生反應器的重要且基本的問題。其已將原子能法第七條所稱，包括快滋生

反應器在內之設施得以設置、營運、受佔有或為重要改變的前提條件作了規範性的確定；而且此等確定也如同前面所說的，具有足夠的明確性。

因此，目前源於法律保留的種種憲法上要求已獲得滿足。

c)到此為止，還未談到立法者是否，以及如果有此情況的話，應如何重新規定快滋生反應器的設置與營運之法定前提條件。若立法者作成一個決定後，新出現的、於立法當時未可預見的發展卻關鍵性地使得原有的決定基礎變得有問題時，該立法者即可能基於憲法之要求而負有審查其原先之決定是否仍可繼續適用於已經改變之狀態的義務。

若立法者至今仍認為就滋生技術的利用及其可能後果，例如廢料處理問題，尚無重新修正之必要性的話，這在憲法上並無可指責的。計畫於 Kalkar 興建的快滋生反應器僅關係到此等反應器準則的一種示範機型。就像聯邦政府始終強調的，此種示範機型的建造與營運並不表示就已決定了快滋生反應器的大型科技利用（參考 BT-Drucks, 7 / 3871, S. 17 ff.）。SNR 300 只是為了最早也要等到九〇年代才會形成的政策決定，作些準備罷了。高等行政法院所提及的後果尚未形成，這一點並無爭議。即使 SNR 300「滋生」了比實際需要多的鈾，此等鈾存量若與已在營運中之輕水反應器所產生的鈾相

較，則就所憂慮的後果而言，並未有本質性的提高。另外，SNR 300 核心中包含了約九百公斤的鈾，其中每年約卸載三分之一的燃料元件用來加工處理，而再生產後又重新裝載。每年從兩個 Biblis 類型的輕水反應器（1200MWE）卸載下來的燃料元件中含有約等量的鈾。

提請違憲審查之法院是否將未來可能的發展評估為接近事實的，換言之，如果真的以快滋生反應器來作為大型科技之用，該法院是否已預期到其認為無法加以排除的種種後果與強制性，這些在今天都還無法預見。對此加以質疑完全是可能的，比如說出現了對所憂慮之自由的生活秩序的危害，能加以克制之適當且在法治國家下毫無問題的手段；高等行政法院自己也承認目前還無法斷言其所為評估的正確性。蒐集此等問題的證據也無甚決定性的助益。也許只是取得一些事實性的論點，用以評定屬於提請違憲審查之法院所關注之無法完全排除的可能後果。高等行政法院的憂慮基本上卻關涉到未來政治性發展所可能出現之所有種類的狀況；對此缺乏藉由證據採擇結果，而支持法官在某一個方向上之確信的一般肯認的認知程序。

容許使用滋生技術的決定究竟是帶來實益或損害，只有在未來才能證明。在一個必然受制於不確定性的情況下，首先是屬於立法者與政府的政治性責任，於各自

的權限範圍內，作出各自認為合於目的性考量的決定。於此種事態下，以自己的評價來取代被授予此責的政治性機關的地位，並非屬於法院的任務。蓋此等作法欠缺規範性的標準。

高等行政法院所憂慮的危險究竟是否會出現，於存在著合理懷疑的情況下，國家機關，其中也包括立法者，本於其為普遍福祉服務的憲法義務，特別是基於由基本法第一條第一項第二句所導出的，對所有國家權力所課負之保障人性尊嚴的客觀規範性義務，負有盡一切努力以及早認出危險並以合憲的必要手段來加以克制的義務。若未來快滋生反應器類型的核能發電廠出現法院所憂慮的危險的一些或然性徵兆——對此之評斷，如前所述，首先是屬於政治性的國家機關之責任範疇——，立法者即可能被課以重新立法的義務。

由原子能法與輻射防護法（Atom- und Strahlenschutzrecht），包括了例如從 1959 年起在交通、水力、山岳、建築、生活用品與藥品等法領域中的相關規定，以及可適用於聯邦德國之高權領域內的國際性規範與國際組織的規定中（對此可參考 Winters, Atomrecht und Strahlenschutzrecht, 1978, S.11 ff.; 106 ff.），在在都顯示出立法者對其任務是相當有自覺的。這些法規是以建立一個廣泛且相互串連的規範網絡為目標，而此規範網絡應提供對於那些根據目前的知識水準

判斷，有可能形成危險的和平用途之核能所有的行為方式與設施，包括放射性物質與游離輻射的利用等，滴水不漏之高權控制與監督的保障。德國聯邦議會，特別是藉由聯邦政府的報告，也定期地對上述問題進行瞭解並討論。所有相關的國家的與受國家資助的研究與發展計畫，像是反應器安全性與廢料處理的領域，都可證明在此等領域內的用心良苦。

立法者也很充分地表明了現階段對於容許快滋生反應器之決定的堅持。首先，聯邦議會到現在為止都很清楚也贊同聯邦政府的原子能計畫，其中亦包括快滋生反應器的發展。聯邦議會在最近幾年也同意提撥約三十億馬克的資金供快滋生反應器發展之用。此外，政府與反對黨在過去也不斷重申，繼續進行快滋生反應器的研究發展工作，也是屬於開放對核能之選擇權的一部份（參考 BT-Drucks.8 / 1357, S. 9；8 / 1394, S. 6）。

3. 原子能法第七條第一項與第二項規定亦未抵觸法律所須具備充分之明確性的憲法要求。

原子能法第七條第一項與第二項規定廣泛地使用不確定法律概念。

依據實務通說，原則上使用不確定法律概念從憲法的角度而言是沒問題的（參考 BVerfGE 21, 73, 79; 31, 255, 264; 37, 132, 142）。至於細部上應滿足哪些明確性要求的問題，則須考慮各個規定對象與規定強度的

特殊性（參考 BVerfGE 48, 210, 221 f.）。尤其對於具有多種多樣性的事態（參考 BVerfGE 11, 234, 237; 21, 1, 4; 28, 175, 183），或者可預料到事實關係會快速變化的話（參考 BVerfGE 8, 274, 326; 14, 245, 251），則僅能提出較低的要求。根據此等標準應可得出以下各點：

a)就明確性要求而言，對原子能法第七條第一項規定實無可反對之處。特別是此一要求並未使得立法者負有將該等有申請許可義務的反應器類型逐一加以列舉的義務。就此部分而言，即使是提請違憲審查之法院對原子能法第七條第一項亦無異議。其所提出之應有更詳細之法律規定的要求，僅針對原子能法第七條第二項的規定而發。

b)原子能法第七條第二項中之規定符合明確性之要求。

如「可信賴性」與「不可或缺的知識」（第一款與第二款）等概念，向來便使用於經濟行政法律中（例如營業法第三十五條第一項、旅館法第四條第一項第一款、商業法第八條第一項）。此等概念傳統上一直都是由立法、行政作用與判決，於不致於妨害法治國下所要求之充分明確性的限度內加以使用，儘管此等概念對每一個新的事務領域都有重新具體化的要求。以上所述亦適用於原子能法第七條第二項第四款至第六款的規定。

原子能法第七條第二項第三款之規定亦已具備充分的明確性。該規定屬於科技安全規範的範圍。若立法者於此等領域內爲了避免個人或公眾的危害而有意制訂法規，則他將會面臨規範客體之本質所使然的特殊困難（對此可參考 Breuer, AöR 101 (1976), S. 46 ff. ; Plischka, Techniksicherheitsrecht, 1969 ; Schäfer, Technisches Sicherheitsrecht, Diss., Köln 1965）。即使在一些極少有的情況下，科技知識與科技發展狀態在目前已告一段落，由於科技性問題與程序的多層次性與分化性難題之故，通常也無法將各個設施或客體所應滿足的所有科技安全性要求，詳細地確定下來。

而除此之外，像在和平利用核能的領域中，可預見會透過快速的科技發展而持續帶來更新的情況下，立法者即使事實上作成了細部的規定，仍須持續地反應最新的發展狀況。爲了將學術與科技的知識及發展，經由制定步伐一致之規範的方式而使之受到法的拘束，立法者基本上有多種方式可選擇。這些方式彼此間雖具有差異性，但有一點是共通的：藉由使用不確定法律概念而使得有拘束力的具體化工作，以及持續地配合學術與科技之最新發展的困難，或多或少地轉移到行政層級以及——若發生法爭議的話——司法層級。行政機關與法院即須彌補規範層面的規定缺漏。

法律得指示參考「普遍受肯認的科技規則」，如 1968

年6月24日制定的技術生產工具法(機器防護法)(Gesetz über technische Arbeitsmittel, Maschinenschutzgesetz) (BGBl. I, S. 717)第三條第一項般。在此等將法與科技連結在一起的方法下，行政機關與法院的工作則限定在查明科技實務界的通說為何，以便確定各個生產工具是否得流通使用。然而此種解決之道的缺點在，以普遍受肯認的規則來作為法秩序的標準，便始終得在不斷衝刺的科技發展之後苦苦追趕。

但如果法律是提示「科技現狀」(Stand der Technik)的話，便可避免此一缺點(就像聯邦廢氣防護法第五條第二款規定)。藉此，對於許可或要求的規範標準即可轉移到科技發展的前線上，蓋僅僅是普遍肯認以及實際可用，對於科技現況而言並不是決定性的。然而，對於行政機關與法院而言，透過「科技現狀」的公式來形成重要事實的確認與判斷是比較困難的。行政機關與法院必須進入科技人的意見爭議之中，來查明究竟什麼是必要、適當、合適、與無可避免的(參考 Breuer, AöR 101 (1976), S. 68)。

最後，原子能法第七條第二項第三款透過其提示了「學術與科技現況」的標準，比前述作法還更進一步。透過引導到學術現況的方式，立法者作了一個法律規定須與學術發展及科技發展步伐一致之更加強化的強制性

要求。亦即所採取者，必須是該等根據最新的學術性知識認為必要之對抗損害的防備措施。若科技上尙未能做到此點，即不應發給許可；因此必要的防備措施便不致受限於目前科技上可以實現的範圍（BVerwG, DVBl. 1972, S. 680; Lecheler, ZRP 1977, S. 243; 此部分亦可參考 VG Freiburg, NJW 1977, S. 1647）。

比起「科技現況」公式，此一公式自然帶給行政機關更多認知的問題。於專家鑑定意見互相矛盾時，也不得不對學術性爭議問題採取立場。就基本法第十九條第四項規定而言，於評價該等用以判定未來之損害可能性的科技性規範與標準時，法官的審查義務界限何在的問題，以及，於自然科學與科技之確認與判斷的領域中出現認知漏洞與不確定時，是否法院毋寧應僅限於審查由此得出的「頻寬」（Bandbreite）界限是否被遵守的問題，在此可以暫置不論（參考 BVerwG, DVBl. 1978, S. 591, 594）。

立法者於面對是否要在一項法律條文中使用不確定法律概念，還是要詳細地加以規定的問題時，享有一個形成餘地（Gestaltungsspielraum）（BVerfGE 21, 73, 79），其中其決定尤其受到實際可行與否之衡量的影響。於原子能法第七條第二項第三款的情形，有很好的理由透過不確定法律概念來加以規定。原子能法第七條第二項第三款中所定之對未來持開放態度的規定內容，

是爲了追求動態性基本權保護（dynamischer Grundrechtsschutz）。該規定內容有助於追求原子能法第一條第二款所定保護目的於各種情況下都能獲致最佳可能的實現。反之，就算能設法作到於法律中列出呆板的規則，而將特定的安全標準固定下來，對科技的持續發展以及相應合適的基本權確保而言，毋寧是造成束縛而不是助益。這種作法將是一種以安全性來償付代價的退步。若認爲立法者有義務如此作的話，是完全誤解了明確性的要求。雖然明確性要求亦在保障法安定性，但不是所有的規範客體都是以相同的程度來實現此要求。一定程度的不確定性，至少在若非如此立法者就會被迫制定不實際的規定或根本完全不予規定——此兩種情形最後均會有害於基本權之保護——的範圍內，是必須加以容忍的，何況此種不確定性還會隨著時間的推移，透過行政命令、行政實務運作以及司法判決而逐漸降低。

上述種種考慮也適用於可由原子能法第七條第二項第三款規定中得出之所謂「剩餘風險」（Restrisiko）的問題。此一規定並未容忍基於設施之設置與營運而形成之「剩餘損害」（Restschaden），反之，該規定卻容許於無法完全排除未來發生損害之或然率（Wahrscheinlichkeit）的情況下發給許可。就是否發給許可之問題而言，法律並未自行指定哪些風險是尚可

忍受的；在此範圍內，法律授權行政機關對特定的風險領域制定行政命令(參考原子能法第十條至第十二條)。藉此，法律在很大的程度上留給行政機關，不管是依據相關授權而制定行政命令，還是針對某一設施作出個別決定，於個案中認定風險種類以及特別是風險範圍，究係屬於可忍受或不可忍受；即便在對於探求此等風險的程序，立法者亦未自行作出詳細的規定。至於就基本的憲法上功能在於界定立法者與行政機關間之活動領域的明確性要求而言，原子能法第七條第二項規定基於其規範客體之特殊性，因而並未形成足以產生影響的憲法上疑慮。

無意對各個原則與概念之解釋表明立場的前提下，從原子能法第一條第二款、第三款的保護目的，以及從與之相結合的第七條第二項所定之危險防禦與損害防護原則，也可相當清楚地得出一個憲法上的判斷：首先，立法者基本上有意對於每一種特殊設施與特殊營運所形成的損害、危險、與風險等加以考慮；其次，於發給許可時屬於可容忍之發生損害結果的或然性，必須盡可能地微小，而且若處於危險中的損害種類與損害結果愈嚴重，則發生損害結果的或然性就又必須更小。此一憲法上的判斷還可另外透過原子能法第十條至第十二條規定中的所有相關授權的意義與目的而得到證實。(參考 BVerwG, DÖV 1974, S. 207 ff.; BVerwG, DVBl. 1978,

S. 591 ff.mit Anm.von Breuer; VG Karlsruhe, DVBl. 1978, S. 856 ff.)。特別是藉由與學術及科技之現況的連繫，法律在規範上確定了行政機關取向於盡最大可能的危險防禦與風險防護之原則。反之，立法者在憲法上並不負有確定所有可能之風險種類與要素、其探求的程序、固定的容忍值的義務。這對法律之保護目的與預防原則，也因而對憲法之法益保護來說，毋寧是有害的。對於一個設施之風險的探求，除了通常是很重要的地域性關係外，往往取決於眾多要素及其效應關聯，例如從估算方法、設施之穩定性與抗壓強度、工業原料與設備之抗拒損害的能力、技術程序抗拒故障的能力，一直到探求通路的負擔性（Belastungspfad）與人類行為的評估等等，均包括在內。立法者自己確立了顯示出足夠穩定性的特定之風險種類或要素，像是特定種類的輻射負擔、可容忍度之上限等，無疑是可能的。但這些為數眾多的要素，在學術性、科技性、技術性發展的過程中，是服從於持續不斷之變革的。只有考慮到所有風險要素的效應關聯，以及對之加以扼制的可能措施之下，才能對具體的風險作出判斷；藉由科技的發展，例如藉由對相對穩定之風險要素為多重的、彼此互相獨立之安全防護措施，以及持續性加以監督的可能性，各個要素的比重便得以一次又一次地變化。在此，只有讓那些對於風險之判斷具有重要意義的狀態持續地適應於各個最新的

認知現況，才能滿足最大可能之危險防禦與風險預防的基本原則。在此，之所以由對所需之適應工作而言，在法規範上配備有遠比立法者適當之行爲形式的行政機關來作判斷，也是爲了動態性的法益保護之故。毋須特加強調的是，行政機關必須援引所有學術上與科技上可資贊同的知識，非專斷地進行判斷。於此等風險判斷時所無法避免之一定程度的不確定性，是人類經驗性學識的本質所使然。若法律於此等事況下留給行政機關一個自己的判斷範圍，並不抵觸憲法的明確性要求。

4. 原子能法第七條第一項與第二項規定並未抵觸基本權或由基本權秩序中所導出之客觀規範性的保護義務。

a) 原子能法第七條第二項對於發給同條第一項規定所稱之設施許可所要求的前提條件，與該法第一條第二款及第三款所定之保護團的結合以觀後可知，與該法第十七條對於內容的限制、附帶規定（*Nebenbestimmungen*）、撤回（*Rücknahme*）或撤銷（*Widerruf*）所發給之許可證或各種允准（*Zulassung*）等相應的規定相同地，並非發給許可之條文規定本身，而是充其量是行政機關在個案中的決定，才可能會侵害到第三者的基本權。第七條第二項所定之前提條件，在內容上是以許可之發給及其結果不會帶來基本權之侵害爲指標而爲規定。特別是該法第七條

第二項第三款規定要求對於經由設置與營運設施所形成的損害，須做到依學術與科技現況所必要的防範，可以很清楚看出，於解釋該條文時，不管如何確定預防措施、損害以及與之相關連的危險或剩餘風險等概念，從憲法的角度來看，若設施之設置與營運將會導致代表了基本權侵害之損害發生時，法律均排除了發給許可的可能性。在此限度內，至少法律並未容忍任何可視為是對基本法第二條第二項第一段之基本權或其他基本權構成侵害之由特定設施帶來的剩餘損害或最低限度的損害。否則的話，由於就該等損害的種類而言已涉及了全新型態的基本權限制之故，根據基本法第十九條第一項第二段之規定，原子能法即必須明白指出其所欲限制的基本權為何，如在原子能法第十二條第二項規定中，便是根據該條第一項第一段第四款的標準而限制了身體完整性基本權。

同樣的道理也適用於提請違憲審查法院所認定的，將會無法避免地朝著與目前所理解之基本法作為自由法治國家之憲法秩序不相符的極權性監督措施與安全防護措施發展的觀點。原子能法的規定並未授權實施此等措施。因此，基於該等觀點而認為原子能法第七條第一項或第二項規定構成基本法的侵害，是站不住腳的。

b) 原子能法第七條第一項與第二項規定容許於即使無法完全排除由於設施之設置與營運而於未來出現損害

的可能性時，亦發給許可。如前所述，在此限度內，該法條容忍了剩餘風險。對此一類型的規定，並不能以該等未來可能出現損害的風險在目前尚未成真，也就不構成基本權侵害的理由，便認為並未抵觸憲法。即使是屬於在執行的過程中才形成對基本權之重大危害的規定，該規定本身即可能違反基本法。根據聯邦憲法法院向來的見解，基本權的保障規定中並不僅是包含個人用以對抗公權力的主觀性防禦權而已，同時還代表了憲法的客觀價值決定，此等憲法的價值決定除了對法秩序下的所有領域皆有適用外，也提供立法、行政與司法審判時之準則。（參考 BVerfGE 7, 198, 205; 35, 79, 114 m.w.Nachw.; 39, 1, 41 f.）；此點明白表現於基本法第一條第一項第二段規定，依此，所有的國家權力均負有尊重並保障人性尊嚴之義務。由此可導出憲法上的保護義務，此等保護義務要求法規所形塑的內涵，必須也能阻止基本權受侵害之危險的形成。是否、何時、以及何等內容是屬於受憲法所要求應為的法規形塑，則取決於可能形成之危險的種類、接近程度、範圍大小，憲法所保護法益之種類、位階，以及現存的法規而定。

特別是從原子能法第一條第二款、第三款所定之保護目的中，可看出立法者深知核能之和平使用所可能帶來的重大危險。涉及該等後果之種類與嚴重度時，則即使出現的可能性還很小，便足以具體地發動立法者的保

護義務。但即使吾人承認，就滋生科技而言，目前尚無法完全排除此等微小的危險形成之可能性的話，也無法即刻斷言原子能法第七條第一項與第二項規定抵觸保護義務。

立法者若想對經由設施之設置與營運，或經由科技程序所產生之未來的可能損害加以評估的話，其相當大程度地得透過對過去之實際發展中所出現的相對頻率之觀察，而來推論未來在同類的過程中可能的發展情況；在此，若缺乏足夠的經驗基礎，立法者即會被迫透過模擬的過程來進行推論。此類的經驗性知識，即便以提升為自然科學法則的形式，只要人類經驗尚未蓋棺論定，便一直都會僅屬於逐步接近的知識（*Annäherungswissen*），無法有全然的確定性，而是可透過所有新的經驗來加以修正，在此限度內也是始終處於會被最新的狀態所反駁的可能錯誤之中。要求立法者就其所負之保護義務的範圍內，制定得以絕對排除由於許可科技性設施及其營運所可能形成的基本權危害的規定，可說是對人類知識能力的界限有錯誤的認知，而且也將可能因此排除每一種國家對於利用科技的許可可能性。在此等情況下，欲形成社會秩序，只須滿足依據實踐理性作成的評估即可。

關於對生命、健康與財產之損害的部分，立法者經由規定於原子能法第一條第二款、第七條第二款的最大

可能之危險防禦與風險預防的基本原則而建立了一項標準：只有在依照學術與科技之現況，出現該等損害結果的可能性實際上算是可排除在外時，才允准發給許可（對此可參考 Breuer, DVBl. 1978, S. 829 ff., 835 f.）。超過實踐理性（*praktische Vernunft*）的界限所存在的不確定性是源於人類認知能力的限制；是無可消除的，且在此限度內應將之視為須由全民承擔的社會合理負擔。就此而言，由目前原子能法之規定的形塑中，並無法論斷立法者違反其保護義務。

而依高等行政法院及其他亦深感憂慮之部分大眾之見所考慮到的，關於聯邦德國之自由法治國家下的生活秩序，其內部安全、外部安全，以及特別是對處於危險中之基本權的捍衛所涉及之政治性後果與強制性的部分，前面與此相關的論述亦可適用。

c) 原子能法第七條第二項規定中納入拒絕發給許可之裁量權，並不抵觸基本法第十二條第一項與第十四條之規定。

政府的原子能法草案第七條第二項原本規定為「於.....時，得發給許可」（BT-Drucks.III / 759, S. 5）。現行條文的規定方式是來自聯邦參議會的倡議。聯邦參議會認為在給予發給許可之機關於合義務裁量的範圍內，一個較大的活動空間是必要的，因為對核能法編纂為法典之同時，也將步入一個新領域（聯邦參議會

BR-Drucks.244 / 58〔決議〕, S. 6 f.)。聯邦政府與聯邦議會於考慮到原子能法第七條第一項所稱設施之特性與新型式之下，亦同意聯邦參議會的修正案。在此一特例中，特別是在根據今日之認知狀態尚未可預見，因此也未被納入發給許可之前提條件中的狀況下，給予行政機關拒絕的可能性，是值得贊同的（BT-Drucks. III / 759, S. 59）。

考慮到文義與形成背景下，通說均認為，由原子能法第七條第二項規定無法得出要求發給許可的請求權，而只存在一個要求無瑕疵裁量請求權（Anspruch auf fehlerfreie Ermessenausübung）（參考 Fischerhof, Deutsches Atomgesetz und Strahlenschutzrecht, Kommentar, 1962, § 7, Rdnr. 25; Mattern-Raisch, Atomgesetz, Kommentar, 1961, § 7, Rdnr. 14; Scharnhoop, DVBl. 1975, S. 157; Breuer, NJW 1977, S. 1125; Kimminich, a.a.O., S. 79, 107 ff.; Winters, DÖV 1978, S. 229; Wahner / Nobbe, NJW 1978, S. 1031; Schmieder, Atomanlagengenehmigung und Bestandsschutz von Atomanlagen bei nachrückender Industrieansiedlung, 1977, S. 6; Hansmann, Die Umweltverträglichkeitsprüfung im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren, in: Fünftes Deutsches Atomrechts-Symposium, 1977, S. 95; a. A. Mahlmann,

Ermessen, Beurteilungsspielraum und Beweislastverteilung im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren, in: Erstes Deutsches Atomrechts-Symposium, 1973, S. 269 ff.; 接著 Schmitt Glaeser, der Landkreis 1976, S. 443)。

原子能法第七條第二項是一種附許可保留之預防性的禁止規定 (BT-Drucks.III / 759, S. 19; Mahlmann, a.a.O., S. 78; Beeretz, Die Umweltverträglichkeitsprüfung im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren, in: Fünftes Deutsches Atomrechts-Symposium, 1977, S. 112)。根據到現在為止的實務見解，於適用此等法律機制時，必須由法律條文中自行得出於發給許可時所應符合的前提條件，以及於拒絕發給許可時所應植基的理由。立法者負有自行界定容許國家干預可能的法領域的義務。立法者不得將此一任務委諸行政機關之裁量。由於發給許可之保留 (Genehmigungsvorbehalt) 而使得自身之基本權受波及的人民，在法定拒絕事由並未存在之情況下，必須享有一個得要求發給許可的法請求權 (BVerfGE 8, 71, 76; 20, 150, 158; 34, 165, 200; 41, 378, 399; 46, 120, 157)。此等實務見解在相關文獻中，亦得到絕大多數的支持，只要沒被誤解為是對行政裁量權的攻擊的話 (參考 Friauf, JuS 1962, S. 424 / 425; Ossenbühl, DÖV

1968, 624; Müller, DÖV 1969, 125; Bettermann, DVBl. 1973, S. 186; Dellian, DVBl. 1969, S. 304 / 305. 不贊成者: Wolff / Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. I, 1974, § 48 II a) 4)。

於原子能法第七條第二項規定中納入裁量空間，在憲法上也無可指責。原子能法在很多面向上都具有特殊的地位。例如，依據歐洲原子能協約第八十六條之規定，可分裂之特殊物質屬於歐洲共同體所有，成員國、個人或企業僅受到使用權或耗用權（Nutzungs- und Verbrauchsrecht）之保障（歐洲原子能協約第 87 條）。透過歐洲原子能協約第八十六條所建立，對德國法律秩序亦有效的公共財產的形式，相對於在私有財產的範疇內可容許的程度來說，此種原料開拓出一個基本上相當廣闊地容許高權進行干預與限制的範圍。之所以以此種方式處理可分裂的原料是基於在協約簽署之時，利用及行使此等可分裂的原料所可能產生的危險與風險尚未能釐清之故；此等危險比起向來使用私有財產所可能有的危險來，不管是在種類上或程度上都是全新的。因此本於憲法的要求，立法者應可將針對此種可能危險及其控制的學術性、科技性與工業性的認知與經驗狀態（暫時地）評斷為認為遠遠不足，而讓此等原料接受特別規定的支配。原子能法領域的特別地位及其理由，在在都使得於特定前提條件下偏離一些受其他法領域所肯認的基

本原則也得到了正當性。此處便存在了此種例外情形之一。雖然立法者若在原子能法領域採取了附許可保留之預防性禁止規定的手段，也必須遵守法律保留的基本原則，因而須自行確一般性之發給許可的前提條件。但若立法者已達到此一要求，就像在原子能法第七條第二項的規定中所作的，則鑑於依原子能法第七條第一項規定負有申請許可義務之設施所具有的高度潛在危險，立法者爲了特別謹慎地處理而額外將行政機關之拒絕裁量權納入規定，使之於有特殊且未曾預料到的情況發生，因而有必要時，有拒絕發給原本應爲之許可的可能性，這樣的作法從憲法角度來看，是無可指責的。尤其是，若立法者——暫且不論根本也不存在完全自由的裁量（參考 BVerfGE 18, 353, 36）——透過原子能法第一條，特別是透過其中所稱之保護目的，而相當精確地限定了其所賦予行政機關之裁量權範圍的話，就更加無可指責。對原子能法領域中之許可程序的申請人而言，藉此也可同時確保將由於納入行政裁量權所造成的法不安定性（Rechtsunsicherheit）控制在法治國可忍受的限度內。

最後，由於引入原子能法第七條所稱之設施後，可能帶來跨國界的風險，未來可能很適於進行特別形式的國際性合作，而這種情況也支持憲法容許上述之有限的裁量權。若無此等裁量權，則國際性合作的形成、發展

或實行等都會鑑於所欲防止之危險的種類與程度，以及基於對之加以抑制的相關經驗狀態的不具代表性，因而提高困難度或者受到阻礙。

III. (判決形式)

本判決乃一致通過。

(法官) Zeidler; Rinck ;Wand ; Hirsch; Rottmann 法官
因故無法簽名;

Dr. Dr. h. c. Niebler; Steinberger; Zeidler;
Träger

關鍵字索引

一畫

- 一般人格權, 371, 507
- 一般平等原則, 341, 346
- 一般行為自由, 192, 340, 341
- 一般行為自由權, 306, 318
- 一般職業義務, 100

二畫

- 人身不可侵犯, 397
- 人事資料保護, 470
- 人性印象, 252
- 人性尊嚴, 7, 8, 45, 60, 63, 64, 71, 77, 154, 156, 162, 185, 194, 195, 196, 221, 224, 230, 239, 241, 257, 258, 259, 260, 274, 384, 397, 497
- 人格自主決定權, 194
- 人格自由發展基本權, 296
- 人格發展, 217
- 人格隱私, 215
- 人格權, 8, 63, 65, 90, 99, 104, 133, 154, 158, 159, 178, 194, 205, 211, 214, 215, 216, 221, 222, 224, 368, 495

四畫

- 不足禁止, 8, 63, 64, 65, 67, 72, 92, 116, 121, 122, 154
- 不足禁止原則, 63, 121, 122, 154

不確定法律概念, 574
公共利益, 223, 547
公共照顧, 39, 57, 142, 143, 144
公共經濟, 415, 461, 467
公法人, 464
公益, 247, 252
公眾表演, 370
公開原則, 472
分娩義務, 7, 66, 67, 68, 82, 177
日記, 212

五畫

比例原則, 52, 67, 154, 229, 253, 254, 257, 285, 307,
314, 315, 318, 403, 415, 429, 432, 433, 442, 450, 455,
457, 461, 467, 470, 478, 486
比例選舉, 453
主觀的防禦權, 396
可期待性原則, 467
平等就業機會, 342
母性, 336
民主正當性, 415, 459, 461, 462, 463, 464, 564
民主原則, 456, 462
民主議會制, 472
生命權, 7, 8, 13, 45, 61, 63, 64, 65, 66, 94, 117, 131,

157, 158, 178

立法自由形成空間, 84

立法形成自由, 72

立法注意及改善義務, 80

立法者之不作為, 392

立法者改善義務, 394

立法保護義務, 80

立法裁量, 341, 348

六畫

先決定, 391

先採行（其他）法律救濟途徑, 390

合乎比例的平衡, 65

合法性原則, 275

合義務裁量, 584

合憲性解釋, 542, 561

合憲法秩序, 514

合憲解釋, 111, 144, 146

合憲解釋原則, 268

回復原狀, 494

扣押, 475

有效法律保護的要求, 221

自主決定權, 199

自由人格, 275

自由民主基本體制, 229, 233, 234, 242, 246, 250, 253, 254, 255

自由裁量, 316

行使公權力, 462, 470

行政合法性, 278

行政自我負責的核心範圍, 486

行政裁量權, 586

七畫

形成自由, 5, 41

男女平權, 322, 329, 342

私人生活核心, 210

私法自治原則, 349

肖像權, 496

言論及報業自由, 498

身體不受侵害權, 8

身體完整性基本權, 581

防衛性民主, 280, 281

防衛權, 505

防禦權, 397

八畫

事物本質, 240, 246, 253, 435, 512

依法行政原則, 317

制憲權, 564

姓名權, 496
抽象規範審查, 238, 245
明確性原則, 160
法定法官請求權, 464
法官造法, 190, 216, 502
法官續造, 188
法治國, 257
法治國原則, 239, 241, 243, 246, 253, 261, 265, 307, 338, 532, 554
法治國家, 216, 219
法律上聽審, 271
法律安定性, 505, 514
法律保留, 524, 526, 533, 535, 564, 566, 568, 569, 588
法律保留原則, 285, 307, 316
法律政策, 502
法律概念明確性, 559
法律實證主義, 514
法釋義學, 507
社會保險, 125
社會國原則, 349
阻卻構成要件, 84, 102, 111
附加負擔處分, 410
非物質上損害賠償, 495

非財產性損害, 190

非價判斷, 195

九畫

信賴利益保護, 307, 318

便宜原則, 256

保護有效性, 116

保護委託, 509

保護義務, 2, 4, 7, 8, 9, 38, 39, 43, 45, 51, 60, 61, 63, 67, 68, 72, 77, 83, 90, 91, 95, 99, 101, 103, 105, 107, 109, 117, 120, 122, 123, 124, 127, 131, 133, 136, 137, 149, 153, 154, 156, 157, 158, 159, 161, 162, 163, 166, 169, 171, 175, 179, 180, 349, 395, 404, 582

客觀基本決定, 193

客觀價值秩序, 506

後續法, 169

指標規則, 22

指導綱領, 338

計劃確定裁決, 375, 382, 390

重大公共利益, 214, 216, 222

重大法益, 368

重要性理論, 523, 524, 535, 556, 564

十畫

個人自決權, 214

家庭計畫, 184

財產權, 191

十一畫

假處分, 439, 491

動態性基本權保護, 527, 577

國家保護義務, 399

國家理智, 281

國會審查, 272

國會調查權, 466

基本價值決定, 349

基本憲政原則, 274

基本權利衝突, 166

基本權客觀內涵, 350

基因諮詢, 197

婦女自決權, 17

婦女身體完整性, 194

涵攝, 160

深夜工作禁止, 342

第三權, 188

統一條約, 3, 15, 23, 24, 36, 41, 74, 134, 149

規範明確性, 475

十二畫

報業自由, 509

幅射效力, 506

期待不可能, 8, 47, 66, 67, 76, 88, 159, 160, 167, 176

期限解決方式, 17, 25, 37, 47

無法律則無刑罰, 506

無瑕疵裁量請求權, 585

無漏洞之權利保護原則, 240

無漏洞的法院救濟, 276

無漏洞的權利保護, 243

結社自由, 490

十三畫

損害賠償請求權, 184

罪責原則, 219, 221, 224

遊行, 355, 356, 358, 359, 361, 362

十四畫

實踐理性, 515, 584

精神上損害, 184

十五畫

價值判斷, 364, 366

價值秩序, 17, 251, 276, 554

價值秩序核心, 521

價值體系上過度, 307

慰撫金, 495, 499

撫養義務, 189

敵視憲法行爲, 229, 254, 255

鄰人訴訟, 390

憲法上保護義務, 166, 401

憲法改革調查委員會, 469

憲法防衛局, 235, 251, 252

憲法保護, 281

憲法修正法, 256

憲法秩序, 45, 101, 145

憲法訴訟附屬性原則, 303

憲法訴願, 229, 241, 247

戰鬥性民主, 252, 253

整合綱要, 338

整體關聯性, 467

十六畫

諮詢規則, 9, 10, 25, 79, 81, 82, 83, 85, 87, 88, 89, 90,
91, 99, 100, 102, 104, 105, 116, 123, 127, 129, 130, 131,
133, 135, 136, 150, 153, 155, 162, 163, 167, 172, 173,
175, 176, 180

十七畫

聯邦國家原則, 145

十八畫

職業自由, 335

職業自由權, 191

職業責任保險, 198

十九畫

藝術自由, 353, 360, 361, 362, 363, 364, 368, 371

藝術作品, 360

藝術創作, 363, 364, 365, 367

證據調查權, 470

類推適用, 364, 368, 496, 499, 502, 504

二十畫

議會民主, 526, 542

議會民主原則, 532

二十一畫

犧牲界限, 94

二十二畫

權力一元論, 563

權力分立, 230, 240, 257, 260, 405, 542

權力分立原則, 187, 532

權利價值, 274

權利衝突, 296, 315

德中文對照索引

- Abfallbehandlungsanlage 廢料處理設施, 537
- Abwägung 權衡, 509
- Abwehrrecht 防衛權, 505
- allgemeine Notlage 一般急迫狀況, 37
- allgemeines Persönlichkeit 一般人格權, 221
- Ambulatorien 門診部門, 141
- Angelegenheit von öffentlichem Interesse 公共利益性質之事務, 510
- angemessener Schutz 適當的保護, 64
- Annäherungswissen 逐步接近的知識, 583
- Annexkompetenz 附帶權限, 143
- Annex-Materie 事項附屬, 57
- Appellfunktion 呼籲功能, 78
- Atom- und Strahlenschutzrecht 輻射防護法, 571
- auf Grund eines Gesetzes 基於法律, 232
- Aufgehoben 廢止, 277
- Aufgeschlossenheit 誘發性, 136
- Auflagen 附加負擔, 376
- Aufsichtsrat 監察會, 428
- Aussetzungs- und Vorlagebeschluß 違憲審查裁定, 527
- Aussprechen 宣示, 515
- Ausstrahlungswirkung 輻射效力, 506

Auswertung 證據的運用, 473
Beauftragte(r) 受任人, 456
Befugnis 權能, 515
Begleitforschung 伴隨研究, 58
Belastungspfad 負擔性, 579
Beobachtungspflicht 觀察義務, 122
Beobachtungs und Nachbesserungspflicht 注意及改善義務, 80
Berührt 影響, 277
Beschuß 決議部份, 313
Beschlußausschüsse 議決委員會, 279
Beweisaufnahme 調查證據, 473
Beweiserhebung 搜集證據, 473
BG-Immobilien-gesellschaft mbH 股權公司不動產有限公司, 421
Bindung an das Gesetz 法律拘束, 507
Bomben-Plutonium 炸彈用鈾, 550
Brennelement 燃料元件, 534
Brennelementfabriken 燃料元件工廠, 549
Brennstäbe 燃棒, 534
Brennstoffkreislauf 核燃料循環, 534
Brennstoff-Pellets 燃料丸, 536
Brennstoffversorgung 運進提煉燃料, 537

Brutrate 滋生比, 556
Brutzone 滋生區, 529
Bundesrat 聯邦參議院, 245, 312, 448
Bundestag 聯邦眾議院, 245, 415
bürgerliche Rechtsstreitigkeit 民事法律爭端, 506
Charterverkehr 包機航空, 382
conditio humana 人類的條件, 181
Das neue Blatt mit Gerichtswoche 法庭一周新報, 502
das Recht des Zeugniszwanges und der Zeugenvereidigung
強制證言和證人宣誓的權利, 474
das zumutbare Maß 可能之程度, 513
Datenschutz 人事資料保護, 449
deliktsrechtlicher Schutz 犯罪行為法上之保護, 500
demokratische Legitimation 民主正當性, 564
der Parlamentarische Rat 初制憲會議, 397
die öffentliche Fürsorge 公共照顧, 142
Die Enquete-Kommission Verfassungsreform 憲法改革調
查委員會, 469
die Neue Heimat Städtebau 新住屋城市建築, 421
die Weimarer Nationalversammlung 威瑪國家會議, 468
Dogmatik 釋義學, 507
Dokumentationspflicht 文件資料的義務, 102
Durchschlagskraft 穿透力, 83, 110

dynamischer Grundrechtsschutz 動態性基本權保護, 527, 577

Eigenständigkeit 獨特性, 275

Eigenwert 獨立價值, 275

ein Mehr an Recht 更高之法, 514

ein prognostisches Verhalten 預測性的行為, 53

ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit 重大公共利益, 216

Einschnitte 新階段的開始, 51

Einstandspflicht 承擔義務, 159

Einstweilige Anordnung 假處分, 428

Endlagerung 終極貯存, 534

Energiegehalt 能量, 550

engere Formulierung 更嚴格的表述方式, 277

Entsorgungszentrum 終極廢料處置中心, 536

Erfordernisse einer wirksamen Rechtspflege 有效法律保護的要求, 221

Ergebnisoffen 不預設結果, 92

Ergebnisoffenheit 開放性, 95

Erkennen 認識, 515

Erlebnisfähigkeit 感同身受的能力, 553

Erledigt 解決, 491

Ermächtigungsgesetz 授權法, 274

ernsthaft 謹慎, 510
Europäische Gerichtshof 歐洲法院, 337
Exklusiv-Interview 獨家訪問, 503
Fähigkeit 權能, 509
Folgerecht 後續法, 169, 175
Fortbildung des Rechts 造法, 516
Fraktion 政黨黨團, 415
freie menschliche Persönlichkeit 自由人格, 275
Fristenlösung 期限解決方式, 17
fundierte allgemeine Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft 共同體之基礎共通正義觀念, 515
Gattungsbegriff 憲法類型概念, 41
Gebote 誠命, 61
Gefahrenabwehr 危險防禦, 535
Geheimdienste 間諜活動, 282
Geheimschutzordnung 保護祕密規則, 430
Geltungskraft 法效力, 521
Gemeinwirtschaftlich 公共經濟, 415
Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages GeschOBT 德國聯邦眾議院議事規則, 427
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen 營業競爭限制防止法, 495
Gesetz und Recht 法律及法, 514

Gesetz zur Änderung und Ergänzung schadenersatzrechtlicher Vorschriften 修正及補充損害賠償法上規定之法律, 498

Gesetzesbefehl 法律要求, 516

Gesetzespositivismus 法律實證主義, 514

gesetzgeberische Weisungen 立法者之指示, 514

Gesetzmäßigkeitsgrundsatz 合法性原則, 275

Gespräch 對話, 49

Gestaltungsspielraum 形成餘地, 576

Gesetz über technische Arbeitsmittel, Maschinenschutzgesetz 技術生產工具法（機器防護法）, 575

Gewaltenmonismus 權力一元論, 563

Gewissens-entscheidung 良知決定, 119

gläserne Streikkasse 透明的罷工錢箱, 445

Grundnorm des bürgerlich-rechtlichen Persönlichkeitsschutzes 民法上之人格保護基本規範, 498

Grundrechtskatalog 基本權目錄, 501

Grundwertung 基本評價, 48

gute Absicht 良好的意圖, 275

Halbwertszeit 半衰期, 534

Handlungsfreiheit 行為自由, 504

Hemmschwelle 防制門檻, 39

Herrenreiter 仕紳騎士, 499

Hilfe 協助, 26

hochgradig radiotoxischen 帶有劇毒, 534

Hochheitsrechte 國家權力, 338

ideelle Beeinträchtigung 精神上侵害, 499

ideeller Schadenersatz 精神損害賠償, 500

in vertretbarer Weise 以適當的方式, 73

Indikationenregelung 指標規則, 22

indikationsbestimmte Strafdrohung 指標為準據的刑法制裁, 9

Indizien 徵引, 86

informierte Entscheidung 告知後決定, 52

Institutionen 獨立的機關, 279

intensivierte Inhaltskontrolle 強烈的內容審查, 52

Intergrationsprogramm 整合綱要, 338

irreversible Zwänge 無法復原的強制性, 534

juristischer Alltag 法律日常, 281

jus superveniens 最高法規範, 520

Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung 行政自我負責的核心範圍, 486

Koalitionsfreiheit 結社自由, 490

koalitionsmäßige Betätigung 聯合方式之活動, 438

Kommerzialisierung der Ehre 名譽之商業化, 513

Kompetenzzuordnung 權限分配, 563

Kontinuum 接續的過程, 51

Koppelprodukt 連結性產物, 567

Korrektur- oder Nachbesserungspflicht 修正或改善義務, 121

Landesregierungen 邦政府, 145

legislative Fehlleistung 立法上之敗筆, 518

Leichtwasserreaktor-Brennstoffkreislauf 輕水反應器的燃料循環, 536

Leistungsreaktor 商用反應器, 538

Leitentscheidung 原則性決定, 532

Letztverantwortung 最終責任, 80

Lienienverkehr 定線航空, 382

Lückenlosigkeit 無漏洞, 514

Luftverkehrsgesetz 航空法, 375

methodisch-dogmatische Erwägungen 釋義上之衡量, 519

Mitbestimmungsurteil 參與企業決定判決, 53

mögliche irreversible Schäden 無法復原的可能損害, 548

Monopolkommission 壟斷委員會, 485

Musterzulassung 範例許可, 375

Mutterschaft 母性, 38

Nachbarklage 鄰人訴訟, 390

Nachbehandlung 後續療程, 105
Nachfolger 繼任人, 421
Natriumsgeköhlten Reaktor 鈉冷卻反應器, 529
Natur der Sache 事物本質, 435
Naturalrestitution 回復原狀, 494
Nebenbestimmungen 附帶規定, 580
NEUE HEIMAT 新住屋, 419
nicht strafbar 不罰, 54
nichtrechtswidrig 不違法, 54, 109
Nicht-Rechtswidrigkeit 非違法性, 56
Nidation 著床, 51
niemals unzumutbar 無期待可能, 514
normativer Inhalt 規範內涵, 273
Normklarheit und -bestimmtheit 法治國規範明確性, 475
nulla poena sine lege 無法律則無刑罰, 506
Nutzungs- und Verbrauchsrecht 耗用權, 587
obiter dictum 旁論, 173
öffentliche Fürsorge 公共照顧, 57
Organkompetenz 機關權限, 449
Personensein 人之存在, 274
Planfeststellungsbeschluss 計劃確定裁決, 375
Plutonium 鈾, 529
Plutoniumerstbeladung 鈾滿載, 549

Plutonium-Inventar 鈾存貨, 550
Plutoniumskreislauf 鈾循環系統, 552
Plutoniumwirtschaft 鈾經濟, 542
pönale Elemente 刑罰要素, 521
positive Satzungen 實證規章, 514
Postulat 前提假設, 514
potentielle Wirkkraft 潛在影響力, 509
praktische Vernunft 實踐理性, 515, 584
präventive Verbote mit Erlaubnisvorbehalt 預防性禁止
規定, 539
Presse 報業, 510
Prinzip der Bundestreue 聯邦忠誠原則, 50
private Sphäre 私人生活領域, 508
privatrechtsgestaltende Kraft des Grundgesetzes 基本法
之私法形成效力, 518
Privatsphäre 私人事務, 503
pro forma 形式, 38
Prognose-Rechtsprechung 預測的判決見解, 547
Prognosespielraum 預測空間, 547
Prototyp 示範機型, 548
prozeßhaftes Element 進程要素, 156
Prüfverbände 審查協會, 421
Radioaktivität 放射性, 554

Radionuklide 輻射能, 551
Rat 建議, 26
rationale Argumentation 理性之論證, 515
Räumungsschutz 租屋的保護, 398
Reaktorplutonium 反應器鈾, 550
Rechtfertigungsgrund 合法化事由, 138
rechtliche Gebot 法要求, 499
Rechtsakt 法案, 338
Rechtsfigur 權利型態, 508
Rechtsfindung 法源, 502
Rechtsgemeinschaft 法律社會, 278
Rechtsmäßigkeit 合法性, 276
Rechtsprechung 審判實務, 496
Rechtssicherheit 法律安定性, 505
Rechtsunsicherheit 法不安定性, 588
Rechtsweg 法律救濟途徑, 374, 390
Rechtswegerschöpfung 法律（救濟）途徑, 387
Rechtswert 權利價值, 274
“Recht” zu sprechen 依「法」審判, 517
Regreßfahrt 代位風險, 505
Reichweite 範疇, 63
Restrisiko 剩餘風險, 577
Restschaden 剩餘損害, 577

richterliche Rechtsfortbildung 法官造法, 502
Richtervorbehalt 法官保留, 216
Richtlinie 指導綱領, 338
Rücknahme 撤回, 580
Sabotagegruppe 陰謀破壞隊, 553
sachbezogen 事理, 510
Scheinwahl 虛偽選舉, 453
Schlußstein 竣工冠石, 163
Schnell-Brüter 快滋生反應器, 528, 529
schöpferische Rechtsfindung 創造性尋求法源, 515
Schuldprinzip 罪責原則, 219
Schutzauftrag 保護委託, 509
Selbstbestimmung der Frau 婦女的自我決定, 49
Selbstbestimmungsrecht 自我決定權, 158
Selbstindikation 自我指標, 85, 130
Sensation 羶色腥, 510
seriös 嚴謹, 510
Signalwirkung 徵象效果, 45
Sinnganze 意義整體, 514
Sinngemäß 意義上, 475
Sonderrecht gegen die Presse 報業之特別法, 505
sozialer Wohnungsbau 國民住屋建築, 484
soziales Netz 社會網系, 39

Sozialstaatsprinzip 社會國原則, 130
Spaltzone 分裂區, 529
Spezialgesetze 特殊法律規定, 513
Sprenganordnung 爆炸器, 550
Staatsbezug 國家關聯性, 434
Staatsräson 國家理智, 281
Stand der Technik 科技現狀, 575
Strafbarkeit 可罰性, 506
Straffreiheit 不予處罰, 56
streitbare Demokratie 防衛性民主, 280
Subsumierungen 涵攝過程, 160
Subventionsbestimmung 經濟輔助規定, 484
Tarifgegner 團體協約之對方當事人, 438
Tatbestandsausschluß 阻卻構成要件, 84
Teilgebiet des Rechts 一部分法領域, 521
Teilgenehmigung 部分許可, 529
thermische Reaktor 熱中子反應器, 534
totaler Polizeistaat 極權的警察國家, 538
Toxizität 毒性, 537
tragenden Konstitutionsprinzipien 基本憲政原則, 274
übertragende Rechtsgüter 優越之法益, 280
ultima ratio 最後手段, 52, 68
Umlaufzeit 循環週期, 549

Umweltgutachten 環境負擔, 376
unantastbarer Kernbereich privater Lebensgestaltung 不容他人侵犯的私人生活核心內涵, 210
unbefugte Abzweigungen 無權轉用, 539
ungeschiedene Gesamtheit 不可分綜合體, 174
Unmaterial 非物質上, 495
Untermaßverbot 不足禁止原則, 63
Unwerturteil 非價判斷, 169
unzulässig 不法, 504
Unzumutbarkeit 期待不可能, 66
Uranoxid 氧化鈾, 529
Uran-Plutonium-Mischoxid 氧化鈾與氧化鈾的混和物, 529
verächtliche Behandlung 蔑視性的行為, 274
Verbote 禁止, 62
Verfassungskonform 符合憲法的, 456
verfassungskonforme Auslegung 合憲解釋, 111
verfassungsmäßige Rechtsordnung 合憲法秩序, 514
verfassungsrechtlicher Gattungsbegriff 憲法類型概念, 124
Verfassungsschutz 憲法保護, 281
Verhalten 行為舉措, 507
Verhaltensanforderungen 行為要求, 61

Verhältnislistenwahl 比例選舉, 453
Verifikationsabkommen 證明協定, 539
vermindert Schuldfähig 減輕責任能力, 212
verschärfte Vernehmung 加強審問, 282
Verteidigungsausschuß 國防委員會, 464
vertretbar 適當, 72
Vertretbar-keitskontrolle 適當性審查, 52
Verwaltungskörper 行政機關, 273
Verwertungsverbot 禁止採為證據, 35
von Obrigkeits wegen 當權者, 275
Vorabentscheidung 先決定, 384
Vorlagebeschluß 裁定, 543
Vorrang 優位, 161
Vorsorge 防備, 554
Wahrscheinlichkeit 或然率, 555, 577
weite Formulierung 廣泛的內涵, 271
Wertneutral 價值中立, 43
Wertordnung 價值秩序, 275, 554
wesentlich 重要的, 532
Wesentlichkeitstheorie 重要性理論, 535
Widerruf 撤銷, 580
Wiederaufarbeitung 再加工處理, 534
Wiederaufarbeitungstechnik 再生處理技術, 536

Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz 公益住屋法, 422

Wünschbarkeit 可欲性, 505

zentraler Punkt 主要之點, 48

Zufallsfunden 附帶發現物, 35

Zustimmungsgesetze 同意法案, 338

Zutrittsrecht 進入權, 456

Zweiheit in Einheit 二合一, 62, 86