

德國聯邦憲法法院

裁判選輯（六）

中華民國八十五年二月

編 語

一、本院為供實務上學術上之參考，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(六)——憲法與私法」專號，係由翁大法官岳生就德國聯邦憲法法院之裁判中擇選十一篇：(一)關於「言論自由與新聞自由」之裁定；(二)關於「言論自由與人格權衝突」之裁定；(三)關於「職業自由」之裁定；(四)關於「社會計畫解釋」之裁定；(五)關於「租賃契約解約規定之合憲性」之裁定；(六)關於「一般人格權」之判決；(七)關於「男女平等」之裁定；(八)關於「父母代理未成年人為法律行為之界限」之裁定；(九)關於「夫妻離婚後對子女之親權」之判決；(十)關於「法院剝奪父母親權合憲法」之裁定；(十一)關於「對婚生子女探視權」之裁定；譯印而成。

三、本裁判選輯中各篇，係由本院委請院外精通德語及法學造詣相當之人士；李惠宗、林明鏘、張懿云、黃瑞明、顏厥安、蕭文生、蔡明誠、吳綺雲、李建良（按篇名順序排名）諸位先生、女士翻譯，並請法學博士黃錦堂、李惠宗二位先生擔任譯文之分配及綜合審查

工作。

四自本輯開始，改為橫式編輯，每篇皆冠以詳細之裁判要目，並在首篇，委請李惠宗先撰文介紹本專輯之各篇裁判，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、林副處長錦芳、賴專門委員鈺蘭、廖榮茂、涂淑玲、谷雲祥、王蓉飛、段雅芬、尤朝松諸位同仁分任編校，始克付梓，併此付誌。

德國聯邦憲法法院裁判選輯(六)

—— 憲法與私法 ——

目 錄

本輯判決引介：

憲法基本權與私法的關係——

德國聯邦憲法法院判決解析(李惠宗)…………… 1

譯文：

一關於「言論自由與新聞自由」之裁定(林明鏘)…… 32

二關於「言論自由與人格權衝突」之裁定(張懿云)… 52

三關於「職業自由」之裁定(黃瑞明)…………… 67

四關於「社會計畫解釋」之裁定(顏厥安)…………… 96

五關於「租賃契約解約規定之合憲性」之裁定
(蕭文生)……………121

六關於「一般人格權」之判決(黃瑞明)……………129

七關於「男女平等」之裁定(黃瑞明)……………153

八關於「父母代理未成年人為法律行為之界限」
之裁定(蔡明誠)……………175

九關於「夫妻離婚後對子女之親權」之判決(吳綺雲)198

十關於「法院剝奪父母親權合憲性」之裁定(李建良)231

十一關於「對婚生子女探視權」之裁定(李惠宗)……………253

附錄：

一關鍵字索引

二德中文對照索引

憲法基本權與私法的關係

——德國聯邦憲法法院判決解析

李 惠 宗

一、前言

二、基本權作為防禦權或保護請求權

三、立法者與司法者之關係

四、基本權衝突的利益衡量之基準

(一)基本權價值位序的衡量

(二)手段的衡量

1.手段的適正性

2.手段比例性的衡量

(三)目的取向衡量

五、聯邦憲法法院對基本權之解釋

(一)聯邦憲法法院獨佔基本權之解釋

(二)聯邦憲法法院對基本權衝突的解釋原則

(三)個別基本權的解釋

(四)法律違憲宣告無效之方式

(五)主觀公權利與私權的區別相對化

(六)平等原則與平等權

(七)國家介入私法關係的界限

(八)聯邦憲法法院裁判作成之協助

六、結語

一、前言

憲法基本權對私法應有如何之影響之論爭，德國學界係由 Hans-Carl Nipperdey 所引爆¹。在實務上則由德國聯邦憲法法院 1958. 1. 15.之呂特判決（Luth-Urteil²）首開序頁。此類案型，學說的論爭上，稱為「基本權第三人效力」（Drittwirkung der Grundrechte）。此一問題牽涉頗廣，包括基本權對國庫的效力、基本權對國家介入之民事行為之效力、單純基本權對民事關係的效力與對特別人民團體的效力等問題³。此一學說「實質論爭

¹ 參陳新民，憲法基本權利及「對第三者效力」之理論，載於氏著，憲法基本權利之基本理論，下冊，民國81年，頁57/67；Nipperdey, Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, RdA 1950, S. 121。Nipperdey 係當時之聯邦勞動法院院長。Vgl. Stefan Oeter, "Drittwirkung" der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts, AÖR Bd. 119(1994), S. 529/533。

² 呂特判決在國內亦有譯為「路特案」者，參陳新民，（註1），頁57/100；茲依本院印行，西德聯邦憲法法院裁判選輯（一），頁100以下。

³ 參蘇永欽，憲法權利的民法效力，原載於當代公法理論，翁岳生教授六秩誕辰祝壽論文集，1993，頁159-215，後收載於所著，合憲性控制的理論與實際，1994，17/22以下。Vgl. auch Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. III/1, 1988, S. 1511 f.。有關基本權對國庫的效力，請參許宗力，基本權利對國庫行為之限制，收於所

」上⁴，有所謂的間接適用說與直接適用說⁵。間適用說認為基本權只有對抗國家之效力，不能直接適用私人間之法律關係上，基本權的社會行為規範功能⁶只能透過私法上的一般條款實現，亦即公私法應發揮不同的規範功能。直接適用說則認為，如果基本權之條文不能直接在私人間被適用的話，則各該條文將淪為只有宣示的意義。德國基本法第一條第三項既規定，「基本權利之規定視為直接之法律，拘束行政、立法、司法」，法官於判決時即須直接引用基本權之規定，毋庸再透過民事法，始得裁判⁷。就中，間接適用說係居於通說的地位⁸。而

著，法與國家權力，民國81年，頁1-71。

- ⁴ 基本權第三人效力的論爭文獻，在德國可謂汗牛充棟，此處無法列舉，請參 Stern, aaO.(Fn. 3),S. 1509；我國文獻，請參蘇永欽，（註3），頁23所列。
- ⁵ 一般提到基本權第三人效力學說，皆會列舉三種學說，亦即效力否認說、間接適用說、直接適用說。但效力否認說否認基本權對一般人民有任何的拘束力，從法位階說而言，明顯的不妥當，故不在此論述。Stern於其國家法的巨著上，亦只列有間接適用說與直接適用說兩種，Vgl. Stern, aaO.(Fn. 3),S. 1531。
- ⁶ 參李惠宗，從基本權功能論司法獨立與訴訟平等權，東海法學研究，第9期，1995/9，頁121/132。
- ⁷ 有關間接適用說與直接適用說論證的法理，參陳新民，（註1），頁57以下。
- ⁸ 我國學說上亦以間接適用說通說，參蘇永欽，（註3），頁83所示。

無論間接適用說或直接適用說，基本權在第三人間不是單純「有無效力」的問題，而是基本權「如何穿透私法行為」的問題⁹。

事實上，德國聯邦憲法法院在此一問題上，自 1958 年呂特判決以來，雖然一再宣稱採用通說間接適用說的見解¹⁰，但細繹各有關的判決，所謂間接適用也者，聯邦憲法法院並非先就私法的概括條款解釋，而後再以三段論法作出結論，而是就各該第三人間各可如何主張其基本權，進行所謂的「利益衡量」，而後才導出其結論者。換言之，所謂「基本權第三人效力」，基本上是片面的觀察，基本權在私法關係上，絕非一方有基本權，而他方全無的狀態。毋寧是通常雙方都有基本權，因行使的結果而造成衝突¹¹。因此，與其概括的說，德國聯邦憲法法院就此一問題係採間接適用說，不如說是聯邦憲法法院判決只是就個案如何進行「利益衡量」。間接適用說只是形式的結論，得出此一結論之過程為個案的「利益衡量」，亦即，透過基本權衝突的利益衡量以決

⁹ 參陳怡凱，基本權之衝突，台大法研所碩士論文，民國78年，頁111。Vgl. auch Stern, aaO.(Fn. 3),S. 1531；Görg Haverkate, Verfassungslehre, 1992, S. 218。

¹⁰ 【呂特判決】，前揭書（註2），頁107；【燃煤停止供應案】B-I；蘇永欽，（註3），頁52。

¹¹ 參陳新民，（註1），頁76。

定基本權究可穿透私法行為至何種程度。這是聯邦憲法法院自【呂特判決】以來的運作模式。

然而，聯邦憲法法院如此利益衡量之法律基礎何在，此涉及到自由基本權對國家究只有防禦權的功能抑或也有請求保護的功能，此其一；又此種利益衡量是否妥當，此涉及利益衡量應由立法者加以一般化抑或容許司法就個案計超越立法的利益衡量，此其二？司法果可進行利益衡量，是否有一定的基準，此其三？此種衡量是否為聯邦憲法法院所獨佔，此涉及到聯邦憲法法院與該專業法院的緊張關係，此其四。

本冊德國聯邦憲法法院裁判選輯所選之十一篇裁判，加上前此已譯出之相關裁判，在此一問題上，基本上涉及基本權對純粹民事關係與對民事立法的問題。從此些裁判可以歸納出聯邦憲法法院就以上問題所持之見解。一般而言，我國各級法院法官對適用憲法的意識較為薄弱，期望本冊「憲法基本權與私法的關係」專輯，能或多或少增進實務上的憲法意識。

二、基本權作為防禦權或保護請求權

基本權，即使是自由基本權，對國家而言，究只是防禦權而已或尚可進一步肯認其具有保護請求權之性質？此為基本權第三人效力的基本問題。設若認為基本權

對國家而言只是防禦權，則國家即不必積極對私人間之此類爭議進行任何干預。從此乃可導出，基本權對第三人效力的否認說與間接適用說。但若認為，基本權對國家而言，不只是消極的防禦權，更可積極的請求國家保護以對抗來自私人的侵害，則此種主觀公權利乃使國家相對的負有保護的義務¹²。基本權在第三人效力亦具有保護請求權的地位，德國法學界自九〇年代開始熱烈討論¹³。就此，學說上漸傾向基本權在第三人間不只是具有防禦權的功能而已，而是尚應具有積極請求保護的地位¹⁴。因基本權功能具有此一轉變，使得基本權第三人效力的問題不再是單純直接適用說或間接適用說的爭執。

¹² 「主觀公權利」之概念與「客觀法規範」相對，乃指人民有權請求國家機關為一定作為或不作為之法律地位。因公權利只存於個別的主體，故曰主觀。因人民具有權利，相對的，國家機關必負擔一定之義務。法規範係一般普遍存在的秩序，故曰客觀。此種概念係德國公法學特有但已普遍使用的法學邏輯概念。Vgl. Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl., § 8, Rn. 2。

¹³ Vgl. Josef Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), HdBStR V, 1992, § 111。

¹⁴ Vgl. Jost pietzcker, Drittwirkung - Schutzpflicht - Eingriff, in: FS Düring, 1990, S. 345 ff.。

三、立法者與司法者之關係

對基本權具有保護義務的機關包括立法者與司法者，但保護義務的實現係有選擇性的。國家如何實現保護義務，原有立法保護、司法保護與行政保護等多種途徑可供選擇。國家的保護義務係特定基本權核心領域保障的工具，應使立法者有廣汎的形成餘地，因立法者是民主合法性之化身，故立法者就此一任務之達成具有優先的任務，可以理性的平衡各個人在基本權有衝突時之法律地位¹⁵。因立法者可以從事此種衡量一般化的工作，故只有在極端的案例上，基本權的保護義務，才可以導出對立法者之不作爲有主觀請求保護義務¹⁶。蓋原則上，有關國家保護人民之免於被私人侵害，並非直接從基本法有關基本權規定導出，毋寧是立法者本有的法政策決定權¹⁷。但立法者具有優先的衡量地位並不表示可以完全排除司法權可能的漏洞填補權能。換言之，法院在立法者抽象、一般的衡量決定後，仍在具體的個案上保有構成要件判斷上的衡量權限。亦即當立法者在抽象的

¹⁵ 參陳怡凱，（註9），頁94。

¹⁶ 參李惠宗，立法行爲之國家賠償責任之研究，法學叢刊，第139期，民國79年7月，頁38/47。

¹⁷ Vgl. Oeter, aaO. (Fn. 1), S. 537。

利益衡量上出現漏洞時，基於司法基本權亦受此保護功能之拘束，司法機關乃必須就此問題進行「利益衡量」，以善盡立法者在個案上無法達成的保護義務。故司法權在個案的利益衡量乃能取得合法性基礎。此點實務上1990年的【商業代理人案】應是一項里程碑，聯邦憲法法院首次肯認職業選擇自由在第三人間亦具有請求國家保護的性質¹⁸。

聯邦憲法法院在此判決上，詳細縷述了基本權之客觀法規範的功能，雖亦肯認私人間相互的私法自治的自由，但卻也同時強調：契約並非無限制的受制於自由力量之遊戲。過度禁止之民法概括條款應以補充的方式介入。此些概括條款的具體適用時，基本權亦須被尊重。憲法對此所為之「保護委託（Schutzauftrag）」旨在使法官在契約衡平上受到干擾時，藉助於民法，以使基本權之客觀基本決定得以適用，並以多種方式實現此一任務¹⁹。

此種論證基礎對基本權在第三人間效力問題的解決，較富有彈性，而可以在困難的利益衡量的過程上找到正確的解決。因此種解決須恃相衝突的法益加以具體的權衡²⁰。事實上，許多個案上基本權衝突的衡量問題，

¹⁸ Vgl. Oeter, aaO. (Fn. 1), S. 550。

¹⁹ 【商業代理人案】C-I-3。

²⁰ Vgl. Stern, aaO. (Fn. 3), S. 1572。

因涉及到具體法律構成要件的判斷，已由立法者轉移至法院了。有關言論自由與名譽保障保護「構成要件」的具體衡量即是明顯的例子。聯邦憲法法院在【呂特判決】作如下之衡量：「對於一項杯葛的要求是否違反風俗的問題，應審查其言論的動機、目的」²¹。在【閃亮信號雜誌案】上，聯邦憲法法院亦先揭明：基本權利之規定所建構起來的客觀價值秩序應一併考量。基本法之規定，對於確定是否具有民法第八百三十二條第一項所規定之不法性具有重要意義。於此一方面必須審查，在如何程度內，杯葛之呼籲乃符合基本法上之言論自由之規定，另一方面也須審查，在如何範圍之內，他方亦得主張新聞（出版）自由。聯邦憲法法院個案衡量的結果是：被告有組織的呼籲，係以利用對其有經濟依賴性的零售商為手段，與呂特案不同的是，此種呼籲並非單純的精神層面的論戰，並無利於公共利益與國家政策。故此種呼籲乃具有不法性²²，已侵害了他方的出版自由。在【德國基金會案】，聯邦憲法法院亦就言論自由與人格權的衝突就構成要件進行衡量，其認為，為了避免窄化自由表達政治思想的管道，而傷害到意見表達自由的功能起見，對公開政治辯論的用語尺度過高的要求，均屬

²¹ 【呂特判決】，前揭書（註2），頁115以下。

²² 【閃亮信號雜誌案】B-II-1。

違憲而限制了言論自由權。如果政治意見的爭辯。僅以意見發表人的用字遣詞是否有礙他人名譽作為評價的標準，完全不考慮意見發表人同時是為了告知讀者某些事實及他個人對此所作的「批判性評價」，則此類標準即屬過高的要求。意見發表人縱使對批判性評價的言論無法確實證明，甚而會引起損害名譽的副作用時，亦同²³。

聯邦憲法法院進行「利益衡量」，亦努力建立起前後一貫的衡量標準，以免被認為有代位立法者（*Ersatzgesetzgeber*）的批評。雖然並非前後一致，但仍有可觀之處。以下試就憲法法院在個案衡量上所需考慮的要素加以歸納。

四、基本權衝突的利益衡量之基準

聯邦憲法法院進行個案利益衡量所採取之基準不能列舉，只可歸納。因判決定一直在陸續發展中。迄今聯邦憲法法院判決曾以下列基準進行衡量。

（一）基本權價值位序的衡量

聯邦憲法法院在【呂特判決】上明白使用基本權價

²³ 【德國基金會案】C-II-1。

值位序的衡量方法。其認為，「如果表意自由的活動所侵害他人應受保護的利益位階較高時，則言論表達權利應退居第二。至於這些他人的利益是否較高，應本於個案的所有情況加以判斷」；「如果是爲了公共福祉的重大問題已形成了一項輿論，這時私人利益，特別是個人經濟利益便須退居其後」²⁴。這種將基本權定出有價值位序高低的作法²⁵，似未得到學界的普遍贊同。蓋何種基本權應大於他種權利，其標準爲何，均不無商榷的餘地²⁶。聯邦憲法法院此後似未再使用此種方法，而改以手段的衡量。

(二)手段的衡量

手段的衡量主要在審查基本權衝突案件上，基本權主體行使基本權時，究竟採用何種手段、及其動機與目

²⁴ 【呂特判決】，前揭書（註2），頁111、117。

²⁵ 此種基本權有價值位序關係之見解，係由美國判例於1930年代所確立，參法治斌，憲法保障人民財產權與其他權利之標準，收於氏著，憲法專論(一)，民國74年，頁227/253。本件判決是否受到此種見解之影響，缺乏佐證，尙難判斷。但日本之違憲審查基準明顯受此一學說之影響，則屬定論，參李惠宗，從平等權拘束立法之原理論合理差別之基準，台大法研所碩士論文，民國77年6月，頁114以下。

²⁶ 參陳新民，（註1），頁57/106與陳怡凱，（註9），頁118、174所引文獻。

的如何。手段的衡量有可歸納為手段適正性的衡量與比例性的衡量。

1.手段的適正性

手段適正性的判斷，指行使基本權之動機與目的是否純正。在【呂特判決】中，聯邦憲法法院即已指出，判斷一項杯葛的呼籲是否違反善良風俗，應先審查其言論的動機、目的²⁷。在【閃亮信號雜誌案】上，憲法法院認為，一種為某特定言論所為之杯葛呼籲，只有在手段係涉及一種基於公眾政治的、經濟的、社會的或文化的利益所為的憂慮，而非兼為自己私人之利益時，才受基本權言論自由的保障。本案，由於呼籲者與被杯葛者之間，係處於一營業上之競爭關係，且呼籲者係基於各該接受者對其經濟上的依賴關係，迫使各該接受呼籲者無自由決定可能而不得不接受時，此種呼籲杯葛之言論即不「再」受言論自由之保障²⁸。故其所進行之杯葛呼籲，與呂特案完全不同，無法被認為係基於一種純為公共利益所行之言論自由之行使。故無法被認為合法。

此一手段適正性的衡量基準在「保證契約內容之審查案」²⁹上也有一貫的見解。在該案上，聯邦憲法法院

²⁷ 【呂特判決】，前揭書（註2），頁115。

²⁸ 【閃亮信號雜誌案】B-II-1。

²⁹ 參本院印行，德國聯邦憲法法院裁判選輯(五)，頁396以下。

認為，契約自由固屬個人行為自由。但契約之一方如果具有強大地位，以致事實上其得在契約內容上，作單方面的決定，以致對他方面而言，顯失公平者，則民事法規應對之有所反映並使之有修正之可能。此乃源自私法自治之基本權保障與社會國原則相協調的結果。若法律尚未就此種類型有所規定，契約內容對於締約一方加以非比尋常之負擔，而在利益的平衡上顯不適當者，則法院不得以『契約就是契約』即為已足。法院毋寧需要敘明該約定是否是結構上談判強度不平等的結果，或必要時，法院應依民事法一般條款範圍內予以匡正。此一裁判可視為聯邦憲法法院將私法上的「誠信原則」社會化（*Sozialisierung*）或國家化（*Staatlichung*），並要求各專業法院亦應同樣尊重受此一社會國原則所導出來的法規範。

2.手段比例性的衡量

聯邦憲法法院【梅菲斯特案（*Mephisto*）】判決上表示，比例原則只在公權力對私人侵害始有適用。若屬民法請求權範圍之確定，不能引用比例原則來作判斷³⁰。此種見解事實上聯邦憲法法院並未完全一貫堅持。比例原則作為一憲法原則，主要在拘束立法者，但若在立

³⁰ 參李建良編著，陳新民評釋，基本人權與憲法裁判，民國81年，頁189。

法者所未預見的類型³¹上，司法者有義務對此種立法漏洞加以補充³²。此時毋寧說，基於基本權之保護權的功能，亦應拘束司法者。亦即若私人過度行使基本權，致他方基本權無法伸展時，即不得主張再受基本權之保護，或私法契約上，一方限制他方基本權過巨時，司法權有義務慮及此種狀態，而進行利益衡量。

在【閃亮信號雜誌案】上，聯邦憲法法院明白表示，在進行利益衡量時，不得過度擴張一方的言論自由的保護範圍³³。在【德國基金會案】上，憲法法院卻含蓄的說，不可窄化自由表達政治思想管道，而過度要求公開政治辯論用語的精確性及可驗證性³⁴。在【商業代理

³¹ 例如我國民法第二百五十二條規定，約定之違約金過高者，法院得減至相當之數額。此屬立法者已預見之狀態。但立法者未預見之情形，並非鮮見。

³² 司法者之補充漏洞的義務較無爭議，準司法者是否亦應同樣考慮私權過度行使的問題，我國公平交易委員會係持肯定見解，參公平交易委員會(84)公處字第012號處分書。該處分書稱：縱觀被處分人競爭之手段，不論對於商業交易常規之維護、公共經濟秩序之維護、以及所採保護自身權益之行動，在手段與目的之正當合理性等各點上，均有負面之影響，其採取之行動，雖然在表面上都是合法的，但已逾越其為保護自己主張之專利權所必要之程度，其濫用權利之行為，……有必要依公平交易法第二十四條加以禁止。

³³ 【閃亮信號雜誌案】B-II-1。

³⁴ 【德國基金會案】C-II-1-a。

人案】，其指出，民事法的概括條款可以作為過度禁止之條款加以適用³⁵。在【剝奪親權案】上，聯邦憲法法院認為子女之利益與父母之親權乃是國家提供必要協助之主要考量要素。只有在以較溫和的手段仍不足以達目的時，方得剝奪父母對子女之親權，因為剝奪親權係對父母親最嚴重的手段，不可輕用³⁶。事實上，此種比例原則適用於利益衡量上，早在【呂特判決】上即已出現過³⁷，其後之判決只不過是更加強調而已。

(三)目的取向衡量

德國民法第一六七一條第四項原規定，親權應委諸父母一方單獨行使。但為子女之財產利益，得將財產監護之全部或一部委諸他方行使。但該規定未就父母雙方同意之情況設有例外允許其共同行使監護的規定。在【離婚子女監護案】判決上，聯邦憲法法院從子女的利益出發認為，已離婚父母對於應由其二者之何方行使其共同子女之親職，不能達成合意者，則國家基於其確保法秩序和法安定之一般職責，並有權平衡該父母間衝突之利益（BVerfGE 31, 194/205）。但若雙方父母都願意於離婚後，繼續對其子女共同負擔責任，則不須由國家加

³⁵ 【商業代理人案】C-I-3。

³⁶ 【剝奪親權案】B-II。

³⁷ 【呂特判決】，前揭書（註2），頁112。

以衡量，因此時已無利益衝突之情況矣。因此如果父母雙方皆具有教養能力，且無理由顯示，應將親權委諸一方行使，國家亦無行使看守機關之職責。故如國家立法上毫無例外地排除父母共同責任的繼續存在，即是侵害了基本法第六條第二項第一句所保障之「自然權利」³⁸。

本案本質上雖非基本權對第三人效力的問題，而屬基本權對民事立法者如何拘束的問題。但憲法法院事實上在此仍揭櫫了立法者的利益衡量時的界限³⁹。此一對立法者所揭櫫的利益衡量亦應適用於法院之衡量。換言之，國家進行違反法目的利益衡量，以致當事人之基本權受到侵害者，亦屬違憲。

五、聯邦憲法法院對基本權之解釋

(一)聯邦憲法法院獨佔基本權的解釋

德國一般民事判決的終審法院係聯邦最高法院。聯邦憲法法院一直強調，聯邦憲法法院對一般民事法院（或其他專業法院）判決的審查權是有一定界限的。憲法

³⁸ 德國基本法第六條第二項規定：撫養與教育子女為父母之自然權利，亦為其至高義務。國家應監督其行為。

³⁹ 【離婚子女監護案】B-III-2-a。

法院的職權主要不是審查法院之判決，而是對法條的釋適用與解釋是否恰當，而是僅在審查涉及憲法所保障之基本權的民事案件中，一般法院關於基本權在民事領域的效力及其範圍所作的判斷是否正確⁴⁰。此或可稱為「基本權解釋的適正性」的審查。然所謂的「一般法院關於基本權在民事領域的效力及其範圍所作的判斷是否正確」，事實上常涉及各專業法院利益衡量是否正確的問題。例如在【閃亮信號雜誌案】上，聯邦憲法法院即以聯邦最高法院未「正確斟酌」雙方之基本權，而將原審判決廢棄。在【德國基金會案】，亦同。聯邦憲法法院強調，凡是一個對人民基本權的保障要件限制越大的民事判決，愈需要更詳細深入的憲法法院審查，來檢視此項限制是否合憲⁴¹。在【離婚子女探視權案】，聯邦憲法法院亦強調，此種審查密度繫之於「基本權受到該裁判的如何侵害而定」⁴²。而一項判決對基本權有多大之限制，無非仍由聯邦憲法法院本身決定。其結果即是聯邦憲法法院獨佔基本權的解釋任務。

⁴⁰ 【商業代理人案】C-I-1；【德國基金會案】C-I-1；【離婚子女探視權案】理由I-a。另參BVerfGE 7,198/207；李建良編著，（註30），頁45、187。

⁴¹ 【德國基金會案】C-II-1。

⁴² 【離婚子女探視權案】，理由I-a。

(二)聯邦憲法法院對基本權衝突的解釋原則

聯邦憲法法院在基本權之私法效力案件上，係採「基本權協和」的理論⁴³，亦即在基本權衝突的案例上，應解釋各方的基本權，使其相互間皆能發展到最極致為目標。在【離婚子女探視權案】上，聯邦憲法法院表示，離婚夫妻對子女之探視權衝突解決的最高目標是基本權的協和（Konkordanz）。未獲有監護權之父母一方其探視權亦如他方同受基本法第六條第二項第一款之保護。該二種法律地位源自天生的親權以及由此而來的父母責任，生父母須互相尊重。因此，有監護權的父母一方原則上必須使該子女可與另一方有私人之探視。因此，有監護權的父母一方原則上必須使該子女可與另一方有私人之探視⁴⁴。若生父母對探視權之行使意見不一致時，法院必須裁判，此種裁判既須顧及生父母雙方之基本權地位，亦須顧及該子女之幸福及其作為基本權主體的個別性。原則上須尊重生父母人格與觀點以及子女之利益。若二者衝突無一般經驗法則可資運用時，則須用盡程序的可能性⁴⁵。換言之，國家要用盡程序的可能，使

⁴³ Vgl. Pieroth/Schlink, Grundrechte, 1994, 10. Aufl., Rn. 348, 349.

⁴⁴ BVerfGE 31, 194/206 ff. = NJW 1971, 1447; BVerfGE 64, 180 / 187 f. = NJW 1983, 2491.

⁴⁵ 【離婚子女探視權案】，理由1-a。

基本權衝突的各方，皆能實現其最大的基本權。

基本權協和原則係聯邦憲法法院在解決基本權衝突時所堅持的最高原則⁴⁶。

(三)個別基本權的解釋

在聯邦憲法法院解釋基本權的諸多判決上，對個別基本權概念的形成非常有貢獻。本輯所選譯之有關基本權與私法之裁判，係集中在一般人格權的憲法保障上。聯邦憲法法院認為，一般人格權係「無名的自由權」（在我國則可稱為剩餘的基本權，憲法第二十二條），換句話說，在其他有名基本權無法涵括的基本權，皆可在一般人格權上找到其規範上的依據。一般人格權的任務是依人性尊嚴，保障個人生活領域之基本條件。但德國聯邦憲法法院並未終局地界定出一般人格權的具體內涵，而是藉由個案的審理，逐漸刻劃出其形貌（*Ausprägung*）。

一般的人格權包括私法自治下的契約締結自由⁴⁷，藉由契約締結所實現之職業自由亦是人格發展自由的表現，大多數國民可藉此為自己創造出生存之經濟基礎。民法上的契約規定為契約雙方交互限制彼此行動自由提供基礎。私法自治是自由社會秩序之結構要素。契約當

⁴⁶ Vgl. Stern, aaO. (Fn. 3), III/2, 1994, S. 656。

⁴⁷ 【法定代理權界限案】B-II-1-a。

事人在在私法自治的基礎上，自我負責的形成其法律關係。其彼此間，如果在力量均衡的情況下，自我衡量其利益衝突，而處分其在基本權上受保護的法律地位，除非締結契約雙方非在立足點平等的情況下，原則上國家必須尊重此種個人決定⁴⁸。

人格權亦包括知悉身世之權。因一般人格權之任務乃是依人性尊嚴之理念，以擔保個人生活領域之基本條件。但此等基本條件尚無法受到傳統自由保障所涵蓋。鑑於現代科技之發展所帶來對人格權的新危害，法院有必要從個案上，逐漸刻劃出人格權保護的特徵。身世不僅確定個人遺傳學上的配置，也在人格圖象的塑造上，扮演著理解個性重要的角色，故知悉身世誠為人格發展之要素⁴⁹。

此外，結婚姓氏之採用亦屬人格權的內涵，因人之出生姓氏係個人特性的表現；因此，個人得要求法秩序尊重並保護其姓氏。國家沒有重要理由存在時不得要求變更姓氏⁵⁰。

(四)法律違憲宣告無效之方式

聯邦憲法法院在【妻冠夫姓案】一案上，就法律規

⁴⁸ 【商業代理人案】C-I-2。

⁴⁹ 【身世知悉權案】C-II-1-b。

⁵⁰ 【妻冠夫姓案】D-II-2-b。

定與基本法不符時，不逕行宣告為無效之理論基礎有深切之論述。聯邦憲法法院稱，法律若與憲法牴觸，原則上應受無效之宣告（德國聯邦憲法法院於 § 82 I, § 78 S. 1），唯在違反一般平等或特別平等原則而其合憲性得透過不同方式予以回復，且作出無效宣告係對立法者的侵害或將導致一項更無法符合憲法之狀態時，則上開規定即無適用之餘地⁵¹。在該具體的案例上，將此一姓氏的規定宣告無效，將會導致法律的極不安定。在此一判決上，聯邦憲法法院更在此案指出立法者應為如何之修法，以使男女平等能被落實下來。此種司法命令，是現代司法積極性的表現⁵²。

（五）主觀公權利與私權的區別相對化

基本權係從爭取人身自由與財產自由加上平等原則

⁵¹ 【妻冠夫姓案】D-I。

⁵² 此種宣示方式，從三權分立的觀點來看，雖不無商榷之處，參陳新民，中華民國憲法釋論，民國84年，頁650以下。但基於司法權因時代需求之變更，司法權在保障人民基本權之積極性上，扮演著今昔不同的角色，此種宣示，未嘗不是更合乎三權分立司法審查之建制的本旨相符，因三權分立本在防止國家權力過度集中，以保障人民基本權；而司法審查亦基於相同之目的，若司法權在被動的本質上，加上完全的消極，吾人何以期待其能發揮保障人權的功能，參許志雄，司法消極主義與司法積極主義，月旦法學雜誌，第2期，1995/6，頁40以下。

產生出來，而漸次演化成今日複雜多樣的基本權系譜⁵³。因此，基本權之原始功能只是對抗國家之防禦權而已。但今日絕大部份之基本權之可能侵害，不只是可能來自國家，亦可能來自一般第三人，且來自一般第三人之頻率並不下於國家。故基本權現代之功能不只是防禦國家侵害而已，也有請求國家保護之功能，已如上述。

唯在基本權第三人效力問題上，另涉及到本屬主觀公權利的基本權亦可能是私法的權利。換言之，主觀公權利與私法權利若非一體，至少其區別亦屬相對的。【呂特判決】上，原告主張者乃基本法上的「營業權」受到侵害；在【閃亮信號雜誌案】上，原審訴訟程序的原告即主張，其「出版自由」受到被告不正競爭手段的侵害⁵⁴。在【德國基金會案】上，原審原告意主張其「一般人格權」受到侵害，而請求侵害除去請求權⁵⁵。在【商業代理人案】，當事人所主張者為「職業選擇自由」受到企業主競業禁止條款的侵害⁵⁶，而基本法第十二條之職業選擇自由本係用以限制國家者。此外，聯邦憲法法院在【次承租人保護案】上，將憲法的平等原則與承租人在社會租賃法所保障的租賃地位結合起來，認為此

⁵³ 參孫哲，新人權論，民國84年，頁21以下。

⁵⁴ 【閃亮信號雜誌案】A-I。

⁵⁵ 【德國基金會案】A-II-2。

⁵⁶ 【商業代理人案】A-II-1；C-I-1。

種民事法上的租賃地位憲法亦加以保障，因財產權具有社會義務性⁵⁷，換言之，憲法第三條平等權之規定亦可在一般私法契約中主張。在【法定代理權界限案】，憲法法院表示，個人生活事實之公開領域的自由決定權，屬一般人格權。此種以人性尊嚴為核心的權利，父母亦有保護之義務。故父母若藉其法定代理權得使其未成年子女負擔經濟上過大的義務，即使該未成年人個人自由決定權於受到影響⁵⁸。換言之，此種未成年人的人格權亦可能成為侵權行為的客體。

從方法論而言，縱然基本權與私法權利漸有相對化之趨勢，但是否可因此認為聯邦憲法法院採基本權可直接成為侵權行為的客觀的見解⁵⁹，似尚難定論⁶⁰。

⁵⁷ 【次承租人保護案】理由-II-2。

⁵⁸ 【法定代理權界限案】B-II；III。

⁵⁹ 蘇永欽氏認為，某些純屬公法權利的基本權不至於成為民事侵權行為之客體，例如參政權、司法權、受教育權等，參蘇永欽，（註3），頁38。此種見解在基本權第三人效力採間接適用說情況下，固屬正確。但某些雖純屬公權的權利，其重要性或亦可能連帶引起私法之損害賠償，若謂完全不能請求私法上之損害賠償，似難得事理之平。例如，選舉投票日，本攜身分證印章擬赴投票，適被車撞傷，不能投票；小學生無過失因車禍受傷，臥病床兩個月，其後因趕不上學校功課，家長乃為之聘請家教，額外之支出。此些似無不能請求損害賠償之理。毋寧說，我國國民權利意識太過薄弱，往往不知請求而已。

⁶⁰ 參蘇永欽，（註3），頁56。若依直接效力說，即可認為憲

(六)平等原則與平等權

聯邦憲法法院認為基本權上有一般平等原則與特別平等原則之區別⁶¹，其區別之實益在於，特別平等原則的違憲審查上應接受較嚴格的審查。此外，平等原則不只是直接拘束立法者；個案審判的法院，在解釋法律「違反相同事情相同處理」原則時，亦屬違反平等原則⁶²，而侵害人民之平等權。

【妻冠夫姓案】即涉及到特別平等原則。聯邦憲法法院持嚴格的審查基準認為，基本法第三條第二項禁止性別上的法律不平等。此雖不排除鑑於客觀之生物學上或功能上（分工上）之差異，而依各該介於男女間之生活關係為區分之規定。唯僅以傳統對生活關係之影響一點，尚不足以說明不平等待遇存在之理由。男女平等屬於憲法上的特別平等，若因男女雙方於結婚時，未約定共同婚性，法律即規定以夫姓為共同婚姓及婚生子女之姓，即屬對婦女人格權的侵害⁶³。

法上所保障的基本權直接屬侵權行為之客體。

⁶¹ 德國基本法上所謂的特別平等係指，基本法第三條第二、三項所特別強調的男女平等、出身平等、種族平等、語言平等、信仰平等、宗教觀與世界觀的平等。以此等要素為差別待遇的措施須受到較嚴格的審查，參李惠宗，(註6)，頁138。

⁶² 參蘇永欽，(註3)，頁37。

⁶³ 【妻冠夫姓案】C-II。

就一般平等原則，聯邦憲法法院在【次承租人保護案】上認為，若受規範之人群中，相對於其他規範之人群受到不同之差別對待，而在兩群人所出現之差異，並無理由足以合理化此種差異時，則該差別對待即已違反平等原則。直接向所有權人承租房屋之承租人，在租賃關係解除時，享有法定的承租人保護；但透過第三人承租人即不得享有此種保護，即屬不平等之待遇。此種違反平等原則之情況不只出現在立法上，也出現在法院在解釋法律規定或填補法律漏洞時，所導致之立法所禁止之差別待遇，此亦屬侵害基本權。本件裁定係從社會國原則導出其結論。在此，財產權行使之社會義務性不只是國家對私人財產侵害的基礎⁶⁴，亦已延伸到私人契約的保護。換言之，營業之中間承租人之存在，不能使次承租人受到更不利的地位。

在【商業代理人案】，聯邦憲法法院判亦稱，對抗社會經濟上不平等之法律規定係實現基本權的客觀基本決定。

(七)國家介入私法關係的界限

從基本權的保護義務功能而論，國家，包括立法與司法行為，既然有保護一般人民之基本權免於受到第三

⁶⁴ 參葉百修，從財產權保障觀點論公用徵收制度，台大法研所博士論文，民國78年，頁89以下。

人的侵害之義務，則國家在一定情況下，自有介入私法關係之義務。然國家之介入是否有界限的問題，不無探討之餘地。

在聯邦憲法法院在【商業代理人案】強調，在私法自治下，訂立契約亦是人格發展自由的表現。此種自由應受基本法人格自由的保障。唯私法契約如非在雙方當事人力量均衡下所為之締結，即不再受私法自治之保障，而須由國家介入。換言之，從國家與社會分離原則⁶⁵，國家對社會事務本應保持一定距離，以讓社會個體充份實現其自由基本權。但若此種自由之行使已達濫用，而有害個人尊嚴或基本權的圓滿實現時，國家即不可放任此種事態的繼續惡化。

【法定代理權界限案】中，聯邦憲法法院表示，子女亦具有人性尊嚴⁶⁶與人格發展自由權，若法律規定，父母於財產監護的法定代理權實行，使得該子女變成「他主決定（Fremdbestimmung）」時，即會使得該子女

⁶⁵ 參葛克昌，國家與社會分離二元論及其憲法意義，台大法學論叢，24卷1期，民國83年12月，頁121-142。

⁶⁶ 人性尊嚴係德國基本法第一條的用語。在法學上的理解，人性尊嚴的存在必須具有兩個要素，第一，人的主體性，亦即人不可以被單純當作是國家統治權或人民權利客體；第二，人的自由意志須受到充分尊重。此一概念，請參李震山，人性尊嚴的憲法意義，中國比較法學會學報，第十三輯，民國81年，頁15-44。

之尊嚴受到傷害。基於此種規定所訂立的契約即不得再受契約自由的保護⁶⁷。又在【商業代理人案】上，聯邦憲法法院再次申明，基本權並非是價值中立的秩序，而是一種客觀的基本決定。私法上之交易亦不得牴觸此原則。私法自治係植基於自我決定之原則，但契約當事人一方如具有優勢，以致其事實上得單方面訂定契約規定，則對於另一方當事人而言，此事情已構成他主決定。當事人間並無相近的力量，無法單藉助於契約法之規定以擔保其利益能有一合乎事理之平衡時，換言之，如果基本權所保障之地位受到處分時，國家法規應作補償性的介入。此亦在實現社會國的原則⁶⁸。

上述兩案裁判之意旨並未明示國家介入私人關係時，應有如何之界限。然從其意旨反面可以尋繹出，若私法契約之約款不至於使另一方完全處於他方之下，而在「他主決定」時，國家即應尊重私法自治原則。然則，是否有此情況，因立法者只有抽象類型化的權能，無法完全慮及個案情形，故終局仍須交由法院個案判斷之。唯此時司法者亦應受到基本權本質的限制，如同立法者之限制基本權仍須受基本權拘束的原理，是謂「限制基本權的限制」⁶⁹。

⁶⁷ 【法定代理權界限案】B-II。

⁶⁸ 【商業代理人案】C-I-3。

⁶⁹ Vgl. Stern, aaO. (Fn. 3), 1994, Bd. III/2, S. 693 ff.。

(八)聯邦憲法法院裁判作成之協助

德國聯邦憲法法院做成判決，除讓當事人有所主張，並請有關機關提說明意見或立場外，其另一項特色是，請專家做成鑑定報告（Gutachten）。此種鑑定報告有時是除有法律學教授的意見外，有時亦有法律以外之專業知識的提供，此種鑑定報告往往形成判決之重要理由⁷⁰。此種制度合乎理性的要求，值得借鏡⁷¹。

六、結語

就一經激烈論戰達四十年之久的題目：基本權第三人效力，本文並未肩負提出綜合的整理的任務。但從本冊裁判的歸納上，吾人亦可從中掌握聯邦憲法法院對此一問題基本立場。

聯邦憲法法院就此一問題並不單純以片面的第三人效力試圖解決各種基本權實質衝突的案型，毋寧是透過「利益衡量」的方法，以使基本權衝突雙方皆能發揮最大功能，使各方基本權協和為目標。此一問題的轉變，

⁷⁰ 【離婚子女監護案】A-IV；【離婚子女探視權案】理由1-b；【燃煤停止供應案】A-III。

⁷¹ 參翁岳生，德國大學法學院對審判實務之影響，收於氏著，法治國家之行政與司法，1994，頁455/466。

乃在基本權功能的轉變。古典的理論原認為，基本權在第三人之間，只有防禦權的功能，但新進的基本權學說與實務，則從社會國原則導出，基本權非無請求國家保護的功能。

基本權在第三人間的請求保護義務功能內含有一種防止使其產生錯誤發展之抵抗潛能（Widerstandspotential），亦即其含有一「內部的自我控制（immanente Bremse）」。基本權的保護義務本賴一般法律以為實現，而一般法律亦透過保護義務才合理化。換言之，保護義務繫之於國家的給付，特別是透過法律事先的抽象「利益衡量」，其內容並非一開始就非常固定，故在是否違反保護義務的案型上，會有各種不同的合憲補充方式。如果立法者未在個案上符合憲法的保護義務，法官就有任務創造規範以提出解決⁷²。此乃使得聯邦憲法法院在基本權第三人效力的問題上居於主導之地位之原因。

然聯邦憲法法院判雖從事個案利益衡量（Interessenabwägung），但仍不懈於建立抽象的利益衡量（Güterabwägung）基準，以使特定的問題案型有一般化的規定，此在解決基本權第三人效力問題上一重要的一步。特別是涉及「具有社會權性質」的基本權時，司法本來在適用法律上應受有一些限制，在勞動法上，相反

⁷² Vgl. Oeter, aaO. (Fn. 1), S. 550。

的，基本權的保障卻大幅度的入侵私法自治，此種「私法社會化」的結果使得國家亦大幅介入私法自治。長遠的觀察，此未嘗無遠憂。從權力分立的角度看，此有賴在法律秩序上講最後一句話的司法者⁷³之自制，以免法院輕易地掉入代位立法者（Ersatzgesetzgeber）的角色⁷⁴。

⁷³ 參李惠宗，（註6），頁174。

⁷⁴ Vgl. Oeter,(Fn. 1),S. 547 f.。

關於「言論自由與新聞自由」之裁定

BVerfGE 25, 256-269 【閃亮信號雜誌案】

聯邦憲法法院第一庭1963.2.26.裁定

——1 BvR 619/63

林 明 鏘 譯

裁 判 要 目

裁判要旨

案件由來

裁判主文

判決理由

A – I 事件背景

II 憲法訴願人之主張

B – I 本件憲法訴願合法

II 本件憲法訴願有理由

1.聯邦最高法院過度擴張言論自由保護範圍

2.杯葛行為侵害訴願人之新聞自由

裁判要旨

一個基於政治動機而呼籲杯葛之新聞傳播事業，若該新聞事業特別是使用經濟上的權力工具去貫徹其杯葛呼籲時，並不受基本法有關言論自由之保障，而且應屬侵害新聞自由的基本權利。

案 由

本件憲法訴願係由新聞從業人員Ernst-August A（訴願代理人：×律師）針對聯邦最高法院1963年7月10日判決（案號：1 BzR 214/62）提起。

判決主文

聯邦最高法院1963年7月10日判決（案號為：1 BzR 214/62）侵害憲法訴願人基於本法第五條第一項之基本權利¹。原判決撤銷，並發回聯邦最高法院重新審理。

判決理由

-
- 1 德國基本法第五條第一項規定：「一、人人有以語言、文字及圖畫自由表示及散播其意見之權利，並有自一般公開之來源，接受資訊而不受妨礙之權利。新聞自由（Presse-freiheit）及廣播與電影之報導自由應予保障。不得設置檢查制度。」關於德國憲法之中譯，請參見國民大會憲政研討會出版，世界各國憲法大全，第七冊，民國七十二年十二月初版，頁三一一下，尤其是頁三一二。

A — I

本件憲法訴願人原係主要在漢堡地區刊行之週刊「**Blickfueer**」的發行人兼總編輯。在該週刊附帶刊行之小冊中，印有德國西部、德國中部及東柏林地區廣播及電視節目表。

Axel Springer & Sohn KG出版社，Hammerich & Lesser KG出版社及Die Welt Verlags-GmbH出版社（於下述案情中乃為共同被告），原係本案發生時，下述刊物：「Bild」，「Bild am Sonntag」，「Hamburger Abendblatt」，「Die Welt」，「Welt am Sonntag」，「Das neue Blatt」，「Hoer zu」，「Kristall」（編按：以上皆係報紙或周刊名稱）之出版社。前揭被告出版社於一九六一年八月底寄送下列之公開信予所有前述刊物之漢堡地區販賣商：

敬愛的生意上之朋友們：

肆無顧忌地對東柏林及東德地區的違法暴力鎮壓行為，數週以來，已經使得該地區人民遭受痛苦，且業已引起全世界自由國家的憤怒。對我們在德東地區之兄弟姐妹們所遭遇之違法及強制之鎖鍊措施，並未稍減絲毫。而我們生活在德國自由地區之人民，不應該再每日沈默地忍受，毫無行動地坐視不顧。每個人民負有義務，

在他的領域中去捍衛自由。在最近期間內所發生的種種事件，尤其是對我們德國報章雜誌交易者也要求著盡同樣的義務。在德東地區的掌權者，依情況越來越明顯的表示，已經把該地區之廣播及電視當成純粹的宣傳工具。電影及其他娛樂事業，其原本應公正無私地推出節目的宗旨，亦受到恣意之摧殘，從而德國統一社會黨（SED）的宣傳政客，能夠免除遭受我們的攻擊而肆行其謊言宣傳。我們於此受到羞辱方式般的對待，而在柏林所發生之事件，則受到最令人噁心的方式被扭曲事實。

令人十分不解的是，總是有一些投機份子，仍然印製東德地區的宣傳節目，以散布他們無恥的謊言。在這一個考驗我們民族的時刻，人們必須期待報章雜誌的交易者，以充滿負責的態度，與這些宣傳雜誌保持距離，例如像 Bildfunk、Fernsehprogramme 以及 Lotto-Toto-Express 雜誌現在即尚未準備停止刊登東德地區的廣播及新聞節目。Axel Springer 以及 Die Welt 出版社們確信：絕大多數他們生意上之朋友同意他們這種看法，並準備如此行事。於此，當然不可能是我們的意思：真相經由他們這種行為而帶來負面之影響。假如尚有一些和我們相同意見的交易商，而意欲打擊這種獲益情況（縱使客觀情形繼續存在時）者，提出使 Ulbricht 宣傳廣告失效的援助者，應該去考量是否負責地與上述所指稱之出版商去繼續保持商業上之往來關係。

您們應該在這個節骨眼上對於本呼籲的必要性理解。從而，您們可能以適當的方式告訴您們的顧客，他們將以附以本件之後的便條紙所載方式，由大盤商供應其需要的報章雜誌。經由您們的行為來顯示出：您們身為報章雜誌貿易商對德國讀者有意識的負責態度吧！

附上最誠摯之問候

Axel Springer

Die Welt出版社敬上

這封公開信所附之預告模式附紙，其文字內容如下：

「不要再有東德地區之節目！

在這個政治動盪的時代，要求我們大家做一個明確的抉擇。德國的報章雜誌貿易商現在已經面臨到要做這種抉擇的時候了。德國報章雜誌出版商秉持著下述的看法：暫時地不再提供出售印有東德地區廣播及電視節目之報章雜誌，這是屬於一個至明之理的國家義務。

從東德播送之廣播及新聞已經成為一種純粹的宣傳工具了！我們所有人都受到屈辱式的欺蒙，而柏林所發生之事件，受到最噁心的方式被扭曲。善良的娛樂傳播業者以及充滿價值的老片受到中斷，以便使得SED的宣傳者的謊言廣播，得對我們展開洗腦，德國的報章雜誌貿易者們知道什麼是他們應該做的事情：他們已經不再忍受，以這種出售印有東德節目表雜誌的方式，受到

Ulbricht的濫用（利用）。

我們尚有許多好的節日期刊雜誌，專門就電視及廣播節目提供報導。於此，我們願意隨時提供諮詢。但是，對於那些印有東德地區電視及廣播節目之報章雜誌，從今天起，已經不再販售，此點，請您們務須諒解。

您們的

報章雜誌貿易商敬上」

被告提出一個附有理由之針對其利益之不正競爭之訴，因為這個附夾之公開信，包含有一個針對其營業的杯葛呼籲，憲法訴願人起訴主張確認：被告負有損害賠償之義務。漢堡地方法院及高等法院肯認該請求。就被告之第三審上訴，聯邦最高法院1963年7月10日（NJW 1964，29 = JZ，1964，95）判決中撤銷二審法院判決，駁回原告之訴並就本案之訴訟費用令憲法訴願人負擔。依據第三審法院之見解認為，第二審法院判決乃認定「由憲法訴願人所導致之公開信並非基於營業競爭之理由而發生；相反的，卻是基於國家政治上之理由而撰寫。此種情形，並無存在一種法律上之錯誤（*Rechtsirrtum*）」。被告於其公開信中所意涵之訊息，能夠被理解為：被告只是要貫徹其政治上之利益，剷除某些妨礙其利益貫徹之障礙而已，因為其將審查是否與某些販賣商繼續彼此間的商業往來關係，而這些雜誌的販賣商基於估量計算，將會對蘇聯佔領區內之廣電節目表，在其刊物上

不予刊載的結局。公開信的目的並非在於：使憲法訴願人「寒蟬」（Mundtot）並使其企業為杯葛之行爲。這封公開信之目的只是針對蘇聯佔領區內廣電節目之擴散而已。不僅在目標的設定上，而且在其所使用之手段上，這封公開信之散播係受言論自由的基本權利所保障，言論自由之基本權利不僅僅是包含純粹表達之自由，而且也應該包含因該表達所附目的效果（bezweckte Wirkung）在內。介於被告所採取之措施與因而對憲法訴願人所生的影響效果彼此間，產生一種利益衡量的情狀，此時，由被告所主張之基本法第五條第一項第一句之基本權利乃優先於憲法訴願人之營業活動，從而，經由公開信之散播而干預侵害到營業活動時，這種言論自由應享有優先性。在公開信中所行使的批評，縱使該公開信本質上並非係一種媒體的表達方式，但是媒體企業得優先受到正當化。憲法訴願人因為被告之故而導致販賣商所採取之措施，所可能導致之不利，並不能與其追求之目的處於一種不平衡之關係（Mißverhältnis），即被告受基本法第五條第一項第一句所保護之利益在其政治上之言論表達所引致之結果，必須向憲法訴願人營業利益之影響退讓。憲法訴願人之企業營業額衰退10%於此可能不具有法律上之重要性。被告於追求其利益中所受允許之選擇手段，乃受挑戰之程度、區域邊緣之本件及柏林的地區接壤所共同決定。從而，並不能阻止被告

，爲了貫徹其言論亦可訴諸或執行商業上之措施或手段，而這些措施或手段對於自己民族之生活利益較少觸及之事項，而且是否屬於（諸如）一個純粹的經濟上的互相對抗並未公然明顯者。如果被告自己商業上之行爲與其於公開信中所表達的信念不相互一致時，則被告乃呈現出一種不值得信賴的狀態。除此之外，被告若無前揭所發生之情形（即出具公開信，呼籲杯葛），零售販賣商亦將不會遵從其呼籲，間接地促成杯葛的活動，從而也不會有不遵從該呼籲的誘因了。按干預憲法法訴願人之營業活動於此並非違法行爲，且亦未妨害善良風俗，從而憲法訴願人之損害賠償請求權並不存在。

II

針對聯邦最高法院之此一判決，憲法訴願人乃提起本件之憲法訴願。於此，憲法訴願人主張該判決違反基本法第二條、第三條及第五條之規定。被告之公開信應被視爲營業競爭上之問題，並且構成一種強制罪（*Noetigung*）。凡係利用其具有杯葛手段以支配性市場地位，並且在公開信中恫嚇若不遵循某一特定的意見表達時，將遭受供應閉鎖的後果者，不得援引新聞自由之基本權利。聯邦最高法院之判決要旨中，針對憲法訴願人在營業上所遭遇之權利影響，以及被告言論自由權利間

之價值利益衡量，乃是錯誤的。憲法訴願人之營業活動同樣的也是一種出版事業活動，所以其亦享有言論自由之權利。第三審上訴法院（即聯邦最高法院）所從事之法益權衡，並未限縮在訴訟當事人間，所以第三審法院（判決）侵害了（憲法訴願人）新聞自由之基本權利。蓋出版中部德意志電視廣播節目表係屬合法之行爲，所以被告之前揭行爲乃係一種違法的審查行爲（Zensur）。經由一個法院之判決來確認：政治上之言論較諸其他言論享有優先權，這絕對是不受許可的。聯邦最高法院的衡量認爲：若被告自身之營業活動與其於公開信中所表達的意見並不相一致時，則被告在公眾前即呈現出「不可信賴」的結果。最高法院之此種見解違反基本法第五條之規定，並且是不可理喻的，因爲「信賴度」並非是一種保護的法益。於此，一九六四年九月出版之電視廣播畫報（Hoerzu）重複刊登了中部德意志的廣播電視節目表（含東德地區之節目表）；而被告於此即自任爲維護自由民主基本秩序之守護者（Hueter）。憲法訴願人因爲經由被告行爲而產生逾10%以上營業額之衰退損害，與第三審法院見解相反地，不能視爲是一種極些微之損害。

聯邦司法部則認爲：憲法訴願人言論自由與新聞自由之基本權利，並未遭受公權力之干預侵害，因爲聯邦最高法院並未對憲法訴願人之言論自由不加以承認；而

是僅僅就因為他人杯葛恫嚇之損害賠償事件，加以否認判決而已。

B – I 本件憲法訴願（程序）係屬合法

憲法訴願人於訴訟進程序中，於一九六七年一月一日起即於「Blinkfueer」週刊上不斷表示「用所有積極與消極之手段」來進行憲法訴願。於此與憲法訴願人願意並進行所有訴訟程序到終點的意思相互吻合，而因為訴訟程序所產生的費用，則應該轉嫁由雜誌購買人承擔之。

憲法訴願人之權利（法律）保護利益（訴之利益）並不因為其於「Blinkfueer」週刊上之前揭表達即已完備。如果因為表達或轉讓而否定當事人訴之利益，則將會導致：本件絲毫不能依憲法訴願來糾正判決的不恰當結局。聯邦最高法院之判決（效力）並未針對「Blinkfueer」週刊的購買者；從而，該聯邦最高法院之判決亦不可能侵害購買者之基本權利，縱使該判決之法

-
- 2 德國民事訴訟法第三百二十五條第一項規定：「確定判決之效力及於訴訟當事人及其他關係人，而所謂其他關係人係指訴訟繫屬後當事人之權利繼受人（Rechts-nachfolger），或占有繫爭之標的物者而言，致使訴訟當事人之一或權利繼受人成為間接占有之狀態者。」

律效果對購買者亦有效力。（參見民事訴訟法第三百二十五條第一項之規定）²。然而，對於Blinkfueer週刊之購買者，並沒有因為所稱之基本權利侵害行為，致其或其權利前手（Rechtsvorgaenger）遭受不利益，而享有憲法訴願上之訴之利益。此種在憲法訴願程序中之訴訟能力（Prozessstandschaft），聯邦憲法法院在其一貫之法律見解上，總是加以排斥的（BVerfGE2, 292[294]; 10, 134[136]; 11, 30[35]; 12, 139[143]; 13, 1[9]; 13, 54[89]; 19, 323[329]）。

基於前揭理由之說明，對於憲法訴願人之訴之利益，是否亦得因其契約上所負擔之義務，而在所有訴訟程序進行中，鑒於其在週刊上之意見表達，為雜誌購買者誓爭到底的意見，而對該第三人利益之憲法訴願問題上（是否具有訴之利益上），應予以否定。（vgl. RGZ 170, 246[251]；Danckelmann-Heinrichs在Palandt所編著之德國民法註釋書中，對德國民法第二百四十九條之註釋說明，前言六部分，第二十八版，一九六九年出版）。

II 本件憲法訴願為有理由

本件程序在各審法院之審理時，乃係民法上之爭議，而各該審法院之判決亦依民法（私法）規範而為決定。只要私法上之規範在憲法規範的眼光中係屬合憲時，則在解釋該私法規範時，基本法上有關基本權利編所建

構之客觀價值秩序，應一併考量解釋（BVerfGE 7, 198[205]）。基本法之規定，對於確定是否具有民法第八百二十三條第一項所規定之不法性（Widerrechtlichkeit）³，具有重要之意義。於此，一方面必須審查：在如何程度內，杯葛之呼籲乃符合基本法上言論自由之規定？另一方面也必須審查：在如何範圍內，憲法訴願人亦得主張新聞自由之基本權利？前揭被廢棄之聯邦最高法院判決，僅僅就被告方面所享有之言論自由權利加以確認；但是對於憲法訴願人方面之新聞自由的基本權利則未加衡酌。

1.聯邦最高法院認為：不僅僅被告向零售商呼籲，停止販賣印在中部德國廣電節目表之雜誌，而且有關停止供應可能性之暗示，皆符合基本法第五條第一項第一句之規定，而被最高法院正當化其權利之行使。從而，最高法院之此種見解，從基本權利之本質出發，乃係過度擴展了言論自由的保護範圍。

被告對於零售販賣商所為之呼籲，姑且不論其動機何在，這種呼籲乃係一種有組織性的杯葛，最起碼也是

3 德國民法第八百二十三條第一項規定：「因故意或過失不法侵害他人之生命、身體、健康、自由、所有權或其他權利者，對被害人應負損害賠償責任。」有關德國民法之翻譯，亦可參見趙文俊／徐立／朱曦合譯，德國民法，五南書局，民國八十一年二月初版，頁一七六。

一種部分封鎖「Blinkfueer」雜誌銷售之要求。基於被告在經濟市場上之優勢地位以及零售販賣商被恫嚇將受停止供應雜誌之警告，使得這種警告成為剝奪相對人（零售商）從事自由決定可能性的適當手段。

一種為某特定言論意見所為的杯葛呼籲，只有在其手段係為涉及公眾重要之話題，一種精神上意見的奮鬥手段，而且這種手段須並不涉及私人利益的相互衝突；相反的，該手段係一種基於公眾政治的、經濟的、社會的或文化上之利益所為之憂慮（Sorge），始受基本法第五條第一項第一句特別之保護（BVerfGE 7, 198[212]）。如果呼籲者與被杯葛者處於一種職業上，營業上或其他商業上之競爭關係時，於此一情形彼此者尚存在精神上之爭論（執）關係或可能性未被排除時，此種杯葛之呼籲自身始符基本法第五條第一項之保護領域。如果呼籲者擁有某種程度上之經濟優勢地位時，則杯葛者之言論表達與為此種言論而附著之杯葛呼籲，基於此一理由，具有相當之重要意義。單純此一經濟地位之不平衡，尚未使得杯葛之呼籲成為不許可，因為依據憲法之規定，並未使經濟強勢者喪失精神意見奮鬥之權利。

然而，呼籲者為貫徹其杯葛呼籲所採用之手段，必須在憲法上受到許可。如果一個杯葛的呼籲不能在係屬精神層面上之爭論而受到支持的話，申言之，當杯葛之申訴、解釋或考量並非係限縮於精神層面之論爭且獲得

確信力（Ueberzeugungs-kraft），而且杯葛更進一步地利用被呼籲者，該手段使被呼籲者內心完全自由與無經濟上壓力之可能性被剝奪之時，這種杯葛不受言論自由之基本權利所保護。於此，屬於此一情形的特別是；恫嚇、嚴重後果之預告或社會、經濟依賴性之利用，而這些情形乃是特別造成杯葛呼籲之後續壓力（Nachdruck）者。精神層面相互論戰之自由乃係自由民主功能發揮下不可剝奪之前提要件，因為只有這種自由始能保障關於公共利益及國家政策上具有重要性話題之公開性討論。（參閱BVerfGE 5, 85[205]; 7, 198[212,219]; 20, 162[174]）。使用經濟上之壓力乃係侵害意見形成過程中，當事人的機會均等，而該經濟上之壓力乃造成當事人嚴重的後果，並且使得憲法所追求保障之言論及資訊流通（傳）目標受到妨礙。使用經濟上之壓力行為，亦違反言論自由表達基本權利之意義及本質，蓋言論自由之意義與本質乃係為確保精神層面上之言論鬥爭（Kampf）。

被告之前揭行為，依據上述之標準加以判斷後可以顯示：聯邦最高法院對於言論自由基本權利之保護範圍做過分外擴的解釋，依據前揭聯邦最高法院之判決將會導致：涉及憲法訴願人之公開信，並非係基於營業競爭上之理由，而係基於政治上之理由所公開散布者。數周以來，因為沿著東西柏林邊界興建了一道圍牆，激起西方世界國家，尤其是德意志聯邦共和國（西德）公共意

見的強烈反應而且呼籲應該採取反制之手段。同時，在當時的德意志民主共和國（東德）更進一步地對言論自由及遷徙自由加以限制。東德並且加強反對西德政治組織的宣傳工作。被告（依據公開信之內容）乃欲反制東德政府的此種宣傳廣告，這企圖（目的），可由被告自一九六〇年夏天起即停止刊印中部德意志電視廣播節目表（即不刊登東德之廣播電視節目表），其理由為廣播電視節目缺乏對立性（Gegenseitigkeit），得到證明。

被告為了貫徹其杯葛呼籲所使用之手段，與基本法第五條第一項第一句所保障之基本權利並不吻合。如果被告當初係將其對於印刊中部德意志廣播電視節目表之意見，表達於其所出版之刊物，而訴諸公眾，並且限制在於於讀者呼籲，要求報紙或雜誌之讀者對涉及刊登東德廣播電視節目表者，加以抵制時，則被告之前揭行為，在憲法上即無可挑剔，從而，被告即可辯稱，其公開信之散布，純係為公共利益，即轉向為公共利益之訴求；相反的，被告當時在其公開信中所針對（呼籲）者乃是報章雜誌之零售販零商，所以並不符合關於是否刊登東德廣播電視節目表合法性及合目的性問題之精神上的互相辨難詰問及導致公共對此一議題之討論，因為此一公開信的相對人，係經濟上或法律上依賴於被告之人。被告於前揭進行之訴訟程序（第一、二、三審法院程序）為判決時，乃在報章雜誌出版社（市場）中，占有市

場支配性之優勢地位。這一點尤其是在漢堡地區，「Blinkfueer」雜誌乃係集中於漢堡地區販售之週刊。這種對於當作是公開信相對人的零售販賣商而言，被告乃利用其經濟上之權力優勢地位，使其杯葛呼籲達到更強的效力，因為在這封公開信中，被告曾暗示對於不遵守杯葛呼籲者將會連結遭受可能被停止供應報章雜誌之可能性。聯邦最高法院於此亦認為，形式上雖然是一種由受呼籲人自由衡量之告示，在實質上卻應該將其當作是一種嚴肅性的壓力手段。被告利用壟斷性的地位，以經濟上的手段來貫徹共杯葛呼籲，應該並非係一種政治上言論的爭執。

本案之案件事實於此範圍內，明顯地與所謂Lueth（呂特）判決有所不同（BVerfGE 7, 198 ff.）⁴。市政府新聞處長（Senatsdirektor）Lueth基於道德上及政治上負責性而所呼籲之意見表達，對於相對人之影片導演Harlan藝術及人格的發展，絲毫沒有直接有效地加以限制；因為Lueth根本未使用任何強制手段施加呼籲上之壓力。Lueth只是對於其所呼籲之人，訴諸其負責任之意識及道德上的態度，而且這種呼籲必須是讓諸受呼籲人自

4 有關Lueth判決之全文中譯，請參閱黃啓禎譯關於「呂特事件」之判決，載於西德聯邦憲法法院裁判選輯(-)，司法院印行，民國七十九年十月，頁一〇〇至一二七。

由的意志決定，由受呼籲人自行決定是否遵從。本案卻與Lueth案相反地：被告恫嚇受呼籲人有供應停止的可能性（如果其不理睬呼籲的話），鑒於被告對於涉及本案之出版和同業與零售販賣商具有可感受到之市場優勢（支配）地位，甚至於於有些時候可能都會造成生存危機性的不利益，這些事實都是現出本案與Lueth案件之區別。當然，被告此種言論表達也會使得原告之顧客流失，而流向購買被告所出版之雜誌或報紙。在這種情況之下，這封公開信所對話之零售販賣商基於這種迫在眉前有停止供應雜誌報刊之龐大壓力下，必須衡量不遵從被告之呼籲所可能遭受到之好處及壞處，並且他們（零售商）也曾做了此種比較，從而，於此涉及到僅僅是經濟上之利害衡量。所以被告之前揭行為，不能再被視為是一種貫徹其呼籲的適當手段。

2.被撤銷之判決（即最高法院之判決）在其判決理由中，就被告之第三審上訴理由狀所宣稱者，曾加以論斷，意即被告認為「憲法訴願人不得主張援用基本法第五條基本權利之規定，因為憲法訴願人濫用基本法第五條之基本權利」。聯邦最高法院對於被告此一據陳並未為意見表示。聯邦最高法院其實應該為此一檢驗，因為憲法訴願人過去乃是「Blinkfueer」雜誌之出版者及總編輯。

憲法訴願人基於新聞自由，有權決定是否刊登中部

德意志（即東德）廣播電視節目之消息，而此一消息之刊登乃是被告公開信內容中，所要加以妨礙制止者。聯邦最高法院而且也認為：Blinkfueer雜誌將廣播電視節目表加以轉載，並沒有違反法律上之禁止規定；相反的，卻是徹徹底底合法的行為。不過，聯邦最高法院於此並未進一步探究：被告所主張言論自由之基本權利，卻與憲法訴願人刊印中部德意志（即東德）廣播電視節目表之新聞自由兩相對立；最高法院僅僅接受了被告言論自由基本權利之抗辯（Widerstreit），而與憲法訴願人在民法上所受保障之法益相互比較。據此，聯邦最高法院已誤認了憲法訴願人在新聞自由實質地位上之重要性。

而且，如果新聞自由之主張會必須付出經濟上不利益之後果時，一個新聞機構原則比不得對其他一個新聞機構主張其言論之表達乃屬於新聞自由。言論自由與新聞自由乃係為保障自由民主社會中，精神活動的自由及意見形成的過程。言論自由與新聞自由之規定目的並非在於經濟利益之保障。為了保護新聞自由之制度，必須確保新聞機構之獨立性，免於其受經濟勢力團體以不適當之手段來侵犯新聞自由，以確保新聞內容之形成與傳播。（BVerfGE 20, 162[175]）。從而，新聞自由之目的，意即使容易並確保公意之自由形成，要求針對經由經濟上之壓力手段，使得意見相互競爭為之寒蟬的嘗試加以防阻，以保障新聞媒體。

對Blinkfueer雜誌所爲之杯葛行爲，侵害了憲法效力上所保障之自由。詳言之：這種杯葛乃進一步地妨礙了中部德意志廣播電視節目表之公開，隱瞞了公眾所得獲悉之消息資訊，而且經由這種杯葛，透過報紙雜誌零售販賣商之排除（若不遵從此一杯葛者），進而排斥Blinkfueer周刊的營運，憲法訴願人當時係屬在該受排斥之企業服務之人。而被告之行爲違法地就消息資訊之刊載，以強勢的經濟手段，妨礙了報導的自由。

據上論結，憲法訴願人基本法第五條第一項之基本權利，已受有侵害，故本件憲法訴願爲有理由，從而，毋庸再行檢查被撤銷之判決是否尚侵害到訴願人之其他基本權利，爰依據聯邦憲法法院法第九十五條第二項規定，撤銷原判決並發回聯邦最高法院重新審理。

聯邦憲法法院法官

Dr. Mueller(兼庭長)	Dr. Stein	Ritterspach
Dr. Haayer	Rupp-v. Bruenneck	Dr. Brox.
	Dr. Zeidler	

關於言論自由與人格權衝突之裁定

BVerfGE 42, 163-172 【德國基金會案】

聯邦憲法法院第一庭1976.5.11.裁定

——1 BvR 163/72

張 懿 云 譯

裁 判 要 目

裁判要旨

訴願人

裁判主文

理 由

A 爭點

I 事件背景

1. 訴願人之言論內容

2. 所進行之訴訟程序

II 兩造對本憲法訴願案之立場與看法

1. 訴願人方面

2. 對造人方面

B 本件憲法訴願合法

C 本件憲法訴願有理由

I 程序上理由

- 1.憲法法院對民事判決之審查權限
 - 2.訴願人之意見自由受到限制
- II 慕尼黑高等法院判決之錯誤
- 1.意見自由得限制之意義
 - a)意見自由之內涵不應被窄化
 - b)新聞自由受到該判決不當限制
 - 2.（原文缺）

裁判要旨

— 在政治角力中貶抑對手所能被允許的最大極限 —

訴願人：銀行經理 Juergen Echemach，地址：
Magdalenenstr. 65, Hamburg 13 區。

訴願代理人：律師團 Dr. Fritz Modest, Dr. Artur
Heemznn, Dr. Juergen Guendisch，地址：Gabriele
Rauschning, Dr. Klaus Landry，地址：Walter Roell,
Barbara Festge, Dr. Horst Heemann，地址：Sierichstr.
78, Hamburg 60 區。

— 對抗慕尼黑高等法院一九七二年三月二十二日—
12 U 276/771—之判決

裁判主文

慕尼黑高等法院一九七二年三月二十二日—12 U 27
67/71—之判決侵害本案訴願人依基本法第五條第一項第
一句與第二項所應享有之基本權，至於該項判決主要係
禁止本案訴願人以相同或同義之文字指稱或散播下列內
容：

「德國基金會」（Deutschland-Stiftung）濫用
Konrad Adenauer 之名以供右派團體所用。

「德國基金會」是一個披著民主外衣的具有國家主義傾向的機構，「德國基金會」的常務董事Kurt Ziesel試圖要將他的「德國雜誌」（Deutschland-Magazin）帶向他所崇拜的「德國國家戰士報」（Deutschen National-und soldaten Zeitung）的風格。

該判決應予廢棄。本案發回慕尼黑高等法院。

巴伐利亞邦必須賠償本案訴願人必要之費用。

裁判理由

A 爭點：

I 事件背景；

1. 本案訴願人Juergen Echemach，係基督民主黨（CDU）中央委員會委員暨該黨在漢堡市市議會之黨團召集人，曾在一九七一年四月由「基督民主聯盟黨青年黨部」所發行之「Entscheidung」的刊物上為文批評「德國基金會」自一九六七年開始，每年所頒發的「Konrad-Adenauer科學、藝文暨出版獎」。文中提到：

……對於「德國基金會」，凡是基督民主聯盟黨的人應該有一項共識，那就是：該基金會雖然有權以

Konrad Adenauer之名來頒發此一獎項，但在道德上，該基金會已經不配。倘若Konrad Adenauer知道了「德國基金會」現時的所作作為，他早就會禁止該基金會用他的名義來頒獎，免得他的名字被這個右派團體所濫用。雖然Konrad Adenauer這位已經作古的人，無法對此事件有所反應，但許多基督民主聯盟黨人士已經準備有所行動。希望那一些仍是「德國基金會」會員，同時也是「基督民主黨」（CDU）、或「基督社會聯盟黨」（CSU）的黨員，也能採取行動並且立刻退出「德國基金會」，以避免再繼續為一個具有國家主義傾向的機構提供民主外衣的假象。而「作家」Kurt Ziesel可以繼續努力將他的「德國基金會」帶向更右傾的路線，他也可以將「德國雜誌」帶向所崇拜的「德國國家戰士報」的風格，但凡是民主人士都不應該去幫他這個忙。

2.「德國基金會」乃由常務董事Kurt Ziesel代表，向地方法院提起訴訟，聲請假執行，並獲得勝訴之判決。在該判決中，禁止本案訴願人以相同的文字或含意相同之其他文字指稱或散播下列事項：

「德國基金會」濫用Kurt Ziesel之名以供右派團體所用，「德國基金會」是一個披著民主外衣的具有國家主義傾向的機構，「德國基金會」的常務董事Kurt Ziesel試圖將「德國雜誌」帶向他所崇拜的「德國國家戰士報」的風格。」

之後，高等法院又以證據不足的理由，將本案訴願人所提出之上訴申請駁回，高等法院駁回上訴的理由是：

從民法第八百三十二條有關侵權行為的基本思想（aus dem Grundgedanken des Deliktsrechts）以及民法第一千零四條（侵害除去請求權及不作為請求權）之相關規定，「德國基金會」應可基於一般人格權被侵害為理由（wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeits）而得享有一種對抗撰稿人的預防性不作為的請求權（ein vorbeugender Unterlassungsanspruch）。與地方法院不同意見的是，高等法院認為，所謂「德國基金會」濫用Konrad Adenauer之名以供右派團體所用的說法並非事實的指稱，而是一種主觀的價值判斷，已符合刑法第一百八十五條毀謗罪的犯罪構成要件，至於指責他人濫用第三者之名的說法，更毫無疑問地已經損害了他人的名譽。本案訴願人雖然在政治意見的形成過程中，有公開表達其立場的權利，但並非任何對對手之貶抑性的批評都毫無限制的被允許的。尤其是以一種在報章雜誌上公開為文的方式所作的批評，更應該「針對與事實相關之點而為論述。」，以便讓一般的讀者能夠對爭論的事項及其背後所代表之意義有所了解。而在這篇批評「德國基金會」的文章中，並未見到此種用心。由於本案濫用他人之名的指責，在政治競爭過程中並不是一種適當的手段，因此不受基本法第五條關於言論自由（M-

einungsfreiheit) 之保護。

同樣地，指稱「德國基金會」係一個披著民主外衣且具有國家主義傾向的機構的說法，也是一種主觀的政治性價值判斷。根據德國刑法第一百八十五條的精神，指稱他人是「具有國家主義的傾向」的說法，是一種對他人的侮辱。另外，根據Grosses Brockhaus大辭典對「國家主義」一詞的解釋是「過度地表現國家思想與國家意識的一種不具容忍精神的表現型態」，其最極端的表現型態是一種會危及國際和平的「沙文主義」。在此種字義的情況下，訴願人使用了此一字眼，便會使得讀者作出如上述字義上的理解。這當然便構成損害他人名譽的行為。同時，此項指責亦缺乏事實的論據。對於「具有國家主義傾向」的指責應該要提出更多的事實來佐證，但是訴願人並沒有提出令人信服的證據。光憑提出「德國雜誌」所刊出的文章，並不能合理化此項指摘。

至於指責Kurt Ziesel試圖將「德國雜誌」帶向他所崇拜的「德國國家戰事報」的風格的說法，更構成刑法第一百八十六條的貶抑他人的犯罪事實。因為此種指摘意味著，Kurt Ziesel是「有意識地」以「德國國家戰士報」作為「德國雜誌」—不論在形式上或內容上—的典範。但是可確信的是，此項說法並不真確。

II 兩造對於本憲法訴願案之立場與看法

1. 訴願人方面認為，他個人應受基本法第五條第一項保障之基本人權受到了侵害。訴願人認為：高等法院的判決顯然誤解了基本法所保障的「新聞與意見表達自由」的合理範圍及其與民法上「對個人名譽保護」之間的互動關係及其界限。因此，他才會認為，不論是有關「『德國基金會』濫用Konrad Adenauer之名」的說法，或是關於「『德國基金會』是一個具有國家主義傾向機構」的說法，應該加以非難。事實上，一個在其出版物中經常表現出極端受爭議的風格且其政治路線完全不為「基督民主聯盟黨」所認同支持的組織，使用了Konrad Adenauer的名字，別的不說，至少已經降低了這一位政治人物的價值與地位。這種情形當然可以說他是一種「濫用」。而且當初在審理此案的過程中，訴願人也曾提出「德國基金會」出版的刊物，用來舉證其指摘的正確性。至於「德國基金會」是一個具有國家主義傾向的機構的說法，則是一種在政治角力的過程中非常司空見慣的用語，因此當然應在基本法第五條的保護範圍之內。基本上，在此類的判決中，若僅以語言學方面的辭典裡面的辭意說明來作為審判標準的話，則不僅忽略了基本法的真正文義內涵，而且也將對此類具有反省批判精神的出

版業者的生存造成危害。而有關「Kurt Ziesel 試圖將『德國雜誌』帶向他所崇拜的『德國國家戰士報』的風格」的說法，高等法院更是誤解了此文句的意思。訴願人主要的用意並不是要指出該行為事實具體存在，訴願人只是在平行比較了該兩份刊物之後，公開表達了對該份刊物的主觀意見罷了。

2.至於「德國基金會」方面則認為，本憲法訴願案應不成立，因為不僅訴願案的理由不夠充份，而且訴願人在進行假執行的過程中，已經放棄了依民事訴訟法第九百三十六條與第九百二十六條第一項所規定之得取消假執行的申請。因此，法院所裁定之禁制項目是完全符合基本法第五條之精神的。只要訴願人願意放棄使用那些損害他人尊嚴的字眼，他依然可以充份表達他的看法。此外，與事實不符的陳述也不在基本法第五條的保護之列。

B 本件憲法訴願案合法

其理由如下：

雖然訴願人在進行假執行的過程中，放棄了依民事訴訟法第九百三十六條及第九百二十六條第一項規定之得提起取消假執行之申請，但這不因此妨礙憲法訴願案的成立（請參閱BVerfGE 19, 73[74]; 24, 278[281]），因為申請假執行的程序與本案的主要處理程序是兩項各自

獨立之程序。而且對於確定終局判決，只要符合聯邦憲法法院組織法第九十條第二項之規定，均仍有尋求法律救濟的機會，因此，此一假執行的判決，當然可以藉由憲法訴願的方式再加以審查（請參閱BVerfGE 39, 76[29 0f.]）。在一法律訴訟案中，如果存在著一項暫時性的處分，其主要之內容，不僅不需要再加以另外的事實說明，並且其與此一訴訟案的主要程序完全一致而有必要聲請憲法法院裁定時，則此一法律訴訟案中的任何輔助性的觀點，均不得影響到此一憲法訴願案應予成立的判決（請參閱BVerfGE 33, 247[258]m.W.N.）。而本案即是屬於此一類型。

C 本件憲法訴願有理由

I 程序上理由

1. 本件憲法訴願案是針對一項有關行使民法上「不作爲請求權」的民事判決。憲法法院主要並不是檢查法院在作出判決時，對於法條的適用與解釋是否恰當，憲法法院的職權僅是在涉及憲法所保障的人民基本權利的民事訴訟案件中，審查一般法院關於人民基本權在民事領域的效力及其範圍所做的判斷是否正確，（請參閱BVerfGE 7, 198[207] - Lueth -, st. Rspr.）。而當憲法法院

在作出上述的裁判時，他所被允許干預的程度，也不是僵硬不變的。他需要一定的審判空間，以便能夠更周延地考慮到每一個個案的特殊性（請參閱BVerfGE 18, 85 [93]）。最重要的是，要看其對人民基本權利的影響程度如何而定。凡是一個對人民基本權的保障前提限制越大的民事判決，愈是需要更詳細深入的憲法法院的審查，來檢視此項限制是否合憲（請參閱Beschluss vom heutigen Tage-1 BvR 67/170 -DGB-）。

2.在本訴願案中，訴願人不僅被禁止以相同的文字，甚至也被禁止使用含意相同之其他文字，來表達那些具有爭議性的主張。儘管如高等法院在其判決理由中所說明的，此項禁制有很清楚的限縮性的範圍，但是訴願人確實已經被禁止表達一些特定的思維內涵，而這正涉及對他的意見表達自由的限制。而基本法第五條所欲保障之個人意見表達的自由，正是一個自由民主的國家秩序中，一項不可或缺的、結構性的基本權利（請參閱BVerfGE 7, 198[208] -Lueth-）。所以，在本案的情況，還必須要探討的是，當初法院在作出判決時，對於基本權利的內涵是否採取了錯誤的見解，尤其是在涉及基本權利的保護範圍方面（請參閱BVerfGE 18, 85[93]）。同時，也不可不注意的是，是否有因為個別闡釋上的錯誤，而侵害到現行有關基本權利的情況發生（請參閱BVerfGE 34, 269[280] -Soraya-; 35, 202[219] -Lebach-,

beide m.n.N.) 。

II 慕尼黑高等法院判決錯誤

1.雖然基本法第五條第二項規定，意見表達及新聞自由的基本權利仍必須受到一般法律以及其他保護人格尊嚴之相關法律的約束，但是此類的約束，必須是在明確闡釋了意見表達自由之真義之後，方得設定其恰當的界限。而此項界限的設定本身，又必須是基於自由民主國家對基本權利價值判斷上的認知為限（請參閱 BVerfGE 7, 198[208 f.] -Lueth-, st. Rspr. ）。而基本法第五條第一項條文的精神，亦必須於本案所提到的「一般法律」中（此一「一般法律」，意指民法第八百二十三條及第一千零四條而言）一併被考慮，但其溯及效力卻並沒有受到高等法院的斟酌。

a)在本案所討論的前兩段說詞中：「『德國基金會』濫用 Adenauer 之名並為右派團體所用。以及『德國基金會』是一個披著民主外衣的具有國家主義傾向的構機。」高等法院的確很正確地指出：此係一種帶有主觀價值判斷的說詞並且原則上應受「基本法」第五條的保護。但法院的判決也同時提及，由於這兩段說詞並未具備就事實予以論述的態度，無法讓一般讀者對於爭論的事項及背後所代表的意義有所了解，故禁止再使用此兩項說詞。

關於後段的判決理由，本憲法法院無法同意。

高等法院的判決，禁止了訴願人在公開的政治角力中，對具有某種特定意涵意的思想的自由表達與散播。故此項判決涉及限制意見表達的自由，而此一意見表達自由的基本精神，更是作為自由公開表達政治意見過程的前提要件。為了避免由於窄化自由表達政治思想的管道因而傷害到意見表達自由的功能起見，自從「**Lueth**判決」一案以來，凡是遇到有關公開性的思想辯論，並產生具有爭議性或有待裁判之案件時，聯邦憲法法院在決定「意見表達自由所應涵蓋範圍」時所採取的態度，即一直是以不應窄化自由表達意見的管道為主要的考量因素。（請參閱BVerfGE 7, 198[212] -**Lueth**-; 12, 113[127] -**Schmid-Spiegel**-; 24, 278[282f.] -**Tonjaeger**-）。凡是在解釋基本法第五條第一項條文的法律限制時，若是對公開性政治辯論的用語尺度定了過高的要求，則均屬違憲。

倘若，在政治性的意見爭辯中，僅以意見表達人的用詞譴字是否有礙他人名譽作為評判的標準，而完全不考慮意見表達人同時是為了告知讀者某些事實以及他個人對此所作的批判性評價，則此類的標準，即屬於前段所謂的過高的要求（請參閱BGH, NJW 1974, S. 1762 1763）。假如在報章雜誌上所公開發表的，甚至是嚴厲批判的文句，都必須一律毫無分別的讓一般讀者都可以考證，以此來作為評判的標準，則此一要求將與憲法體制

中有關意見自由的基本精神與功能設計有所違反。因為意見自由的基本權利，不僅要有助於事實的發掘而已，同時也要保障每一個人都能自由地表達他個人的想法，即使他無法對他所做的表示或判斷提出可資佐證的理由，亦然。

本案訴願人希望藉由他的批評來促進公開性的政治辯論，他並無為個人為圖利自己的意圖。因此，在本案中並無充分的證據可以證明訴願人沒有就事論事，且有侮辱對方的故意（請參閱BGH, a.a.o.）。而在本案所引起爭議的言詞，在通常的政治角力中是非常常見的用語，在一般的情形下，都會被容忍下來，而不會採取進一步的抗議行動。

因此，即使是允許此類批判將造成損害名譽的副作用（關於此點，高等法院並未再加以進一步詮釋），但也不能完全以此標準作為批判文句的使用尺度。高等法院對一般法律可限制憲法上意見表達自由的詮釋顯然有所疏誤，同時也因為此項的疏誤，而造成在具體的個案中，對於意見表達自由與新聞自由所應受保護的範圍，作出不正確的判決。高等法院的判決，損害到了訴願人的基本權利。

b)高等法院針對訴願人第三段文句所做的判決，也犯了相同的錯誤。其宣稱：「Ziesel 試圖要把他的『德國雜誌』帶向他所崇拜的『德國國家戰士報』的風格」。

此段的文字表達，基本上與其文章本身是一體的表現。此段文句，應可不必接受像事實指稱文句一樣標準的要求，蓋此段文字係一種無法證明其內容是否屬實的諷刺性筆戰方式，不論其正確性如何，均應受基本法第五條的保護。高等法院禁止使用此段文字，對於意見表達自由與新聞自由的侵犯，雖沒有像對禁止使用前兩段文句所造成的侵犯來的嚴重，但是也同樣地妨礙了本案訴願人以特定文字或其同義文句表達思想的權利。此項禁制與對前述兩項文句的禁制一樣，已經造成了對於意見自由的內容限制。由於，經過本憲法程序的審查，高等法院此項有關一般法律得對意見自由加以限制的憲法詮釋並不正確，因此本案所獲致的結論是：此項禁制係違反了基本法第五條的精神。

聯邦憲法法院法官：

(gez.)Dr. Benda Dr. Haager Rupp-v, Bruenneck
Dr. Boehmer Dr. Simon Dr. Faller
Dr. Hesse Dr. Katzenstein

關於「職業自由」之裁定
BVerfGE 81, 242-263【商業代理人案】
聯邦憲法法院第一庭1990.2.7.裁定
——1 BvR 26/84——

黃 瑞 明 譯

裁 判 要 目

裁判要旨

裁判主文

理 由

A 本憲法訴願與基本法之關係

I 相關法條

- 1.商法
- 2.實施歐體之方針規定之法律

II 案例事實

- 1.訴願人之工作概況
- 2.原審原告要求訴願人不為競業
- 3.聯邦最高法院駁回訴願人之上訴

III 訴願人之主張

- 1.高等法院與聯邦最高法院不正確地理解訴願人之法律地位
- 2.第二審程序不當允許訴之追加

3.聯邦最高法院准為假執行之裁定違憲

IV 相關單位之意見

- 1.聯邦司法部
- 2.聯邦勞動法院
- 3.德國僱主團體聯邦聯盟
- 4.德國工會聯盟
- 5.德國職員工會
- 6.原審程序之原告

B 本憲法訴願部份合法

I 訴願人未遵守聯邦憲法法院法期限規定

II 指摘原判決為訴之擴張及判令損害賠償部份係不合法

C 本憲法訴願有理由

I 受指摘之判決限制訴願人之職業自由

- 1.造成職業選擇自由之限制
- 2.私法自治與職業選擇自由之衝突
- 3.私法自治之界限

II 對商法第九十a條第二項第二句之合憲性之存疑

- 1.該規定之立法史
- 2.競業禁止協議之意義
- 3.聯邦最高法院未就該規定為憲法上之評價

III 企業主為特別終止時，概括排除禁止期間補償與基本法第十二條第一項不符

- 1.立法者之預估

2.

a)商法第九十a條之社會意義

b)商法第九十a條第二項第二句之例外規定不符合職業自由之要求

3.上開違憲規定限期失效

裁判要旨

1.基本法第十二條第一項得要求立法者於私法中作出預防措施以保護職業自由免受契約限制，特別是在當事人間缺乏接近之平衡力量時。

2.於商法第九十a條第二項第二句之情形，商業代理人在受有競業禁止時，禁止期間補償（Karenzentschädigung）係概括地被排除，此規定至少迄至商業代理人法經一九八九年十月二十三日之法修正前係與基本法第十二條第一項不符。

第一庭1990年2月七日裁定

——1BvR 26/84——

於關於 Sch 先生之憲法訴願——代理人 Hans Nordmann 律師，萊恩堡（賓根附近）—— 1.直接針對a）聯邦最高法院一九八三年十月六日判決—I ZR 127/81—, b）慕尼黑高等法院一九八一年五月七日判決—6U 3 258/80—, c）聯邦最高法院一九八一年七月二十三日裁定—I ZR 127/81—， 2.間接針對商法第九十a條第二項第二句。

裁判主文

1.商法第九十a條第二項按一九五三年八月六日之商法（商業代理人法部分）修改法（BGBl. I.S.771）之版本至少迄至一九九〇年一月一日前係與基本法第十二條第一項不符。

2.聯邦最高法院一九八三年十月六日判決—I ZR 12 7/81—與慕尼黑高等法院一九八一年五月七日判決—6 U 3258/80—侵犯了訴願人基於基本法第十二條第一項之基本權。上開判決於費用一點及就訴願人受判決不作爲之範圍內（慕尼黑高等法院判決之第Ⅲ部分）撤銷之。

本案於此等範圍內發回慕尼黑高等法院。

3.憲法訴願之其餘部分駁回之。

4.巴伐利亞自由邦與德意志聯邦共和國應各補償訴願人其所支出必要費用之三分之一。

理 由

A（本憲法訴願與基本法之關係）

本憲法訴願涉及一禁止商業代理人爲競業而未給予補償之約定；本訴願間接則係針對商法第九十a條第二項

第二句。

I（相關法條）

1.有關商業代理人之法係規定於商法第八十四至九十二c條。此等規定係透過一九五三年八月六日商法（商業代理人之法）變更法（BGBl. I. S. 771）所增列並限制商業代理人及其所服務之企業主（承攬人）之契約自由。該相關之條文如下：

商法第九十a條

(1)限制商業代理人於契約關係結束後從事營業活動之約定（競業約定）需有書面形式，由企業主所簽字、包含所約定條款之證書並應交予商業代理人。本約定僅得就自契約關係約束後最長兩年之時間為之。企業主有義務就限制競業持續之期間支付商業代理人相當之補償。

(2)企業主得於契約關係結束前以書面放棄競業之限制，其於聲明後滿六個月時即免支付賠償。如企業主係基於商業代理人之有責行為所致之重大理由而終止契約關係時，商業代理人不得請求賠償。

(3)商業代理人係基於企業主之有責行為所致之重大理由而終止契約關係者，得於終止後一個月內以書面聲

明免除競業約定。

(4)不利於商業代理人之偏離約定不得爲之。

有關商業輔助人之類似競業禁止係規定於商法第七十四條至第七十五d條。商法第七十五條第三項在本質上係與第九十a條第二項第二句相一致。聯邦勞動法院視此規定爲違憲（BAGE 29,30=AP Nr. 6 zu § 75 HGB）。

2.一九八九年十月二十三日之爲實施歐體就調協商業代理人之法之方針之法律（BGBl. I S. 1910），施行於一九九〇年一月一日，特別補充了商法第九十a條。依變更法第一條第七款，第一項第二句後增列如下之後段：

其（競業約定）僅得延伸至分配予商業代理人之區域或顧客圈並僅得延伸至商業代理人曾致力於爲企業主仲介或締結業務所涉及之標的。

II（案例事實）

1.訴願人自一九七七年七月一日至一九七九年十二月三十一日係以商業代理人之身分爲原審程序之原告工作，原告製造並經銷酒類。依——事先印妥之——商業代理人契約，訴願人有義務在「給外事人員之指示」範圍內專屬地爲原告工作並就所有之營業秘密，包括顧客

地址，保持緘默。該契約係就不定期之時間而簽訂，於前三年內僅得在每季結束時至少六星期前終止之。契約第十三條包含如下之競業禁止：

於契約關係係因員工有責之重大理由而結束時，締約雙方作出如下之約定：

契約解除後，員工有義務於兩年內不為對手企業從事任何活動，無論此等活動係基於受僱關係或自主地或透過中介人而為者，均在所不計。

員工於前開期間內亦不得直接或間接參與如斯企業或以其他方式支助之。

締約雙方同意在契約係基於員工之過咎而結束之情形，公司毋庸因本禁止競業限制而作出賠償。

訴願人在一九七九年十一月十一日以書面通知契約自一九七九年十二月三十一日起終止。彼於一九七九年十一月二十一日與原告之一競爭者締結任用契約。於此，其活動應於一九八〇年一月一日開始，終止契約應在每季結束時三個月前為之。惟原告卻成功地經由一系列之契約上讓步使訴願人收回其終止。訴願人於一九七九年十二月四日針對其於一九七九年十一月十一日所作之終止書作如下附註：「本人在此撤回終止。」他同時簽署一份提高其佣金之約定，此約定並規定其在原告之子公司擔任銷售主管之職位。惟訴願人仍於一九八〇年一月二日承擔其於競爭對手之活動，卻未終止該任用契約。

其後原告乃於一九八〇年一月七日以書面不定期限終止商業代理人契約。

2.原告於原審程序中要求訴願人不為競業。原告請求禁止其於迄一九八二年一月前之時間內在德意志聯邦共和國與柏林（西）從事酒類銷售之活動。對此原告援引契約上之競業禁止，此等禁止之前提依其見解當已被履行。原告主張其係受迫不定期結束代理人關係，蓋無法期待此關係繼續下去。訴願人則爭議其曾予原告不定期終止之理由。訴願人謂所約定之不為競業義務由是因欠缺決定性之前提而不成立。

地方法院駁回該不作為之訴。原告於上訴審程序中追加其訴。其於此後即附帶地請求確認該不定期終止為有效且其係有理由地得請求補償因終止所生之損害。高等法院視訴之追加為應受准許並在全部範圍內同意訴之請求。高等法院認為不作為義務之諸前提均已被履行，蓋原告係因訴願人有責地違反契約義務之行爲而為特別終止。依商法第九十a條第二項第二句，排除禁止期間補償係屬應受准許。聯邦勞動法院對商法第七十五條第三項所持之憲法上疑慮並不得比照適用，蓋在此範圍內私法自治之思想於商業代理人之情形具有優先地位。

巴伐利亞最高法院中止該基於高等法院判決之強制執行。聯邦最高法院則以其被指摘之一九八一年七月二十三日裁定恢復二審判決之假執行。

3.聯邦最高法院以同受指摘之一九八三年十月六日判決駁回訴願人之上訴。

聯邦最高法院認為原告於一九八〇年一月七日不定期地終止契約關係。訴願人因此依商業代理人契約第十三條有義務於兩年內不為競業。系爭之競爭條款係在形式上有效地被約定且在內容上亦無可訾議。其適用範圍自始即限於依商法第九十a條第二項第二句並無庸支付禁止期間補償之案例，此點並不妨害強制性之保護規定，其毋寧仍在立法者所意欲之利益平衡之範圍內。唯文獻對商法第九十a條第二項第二句之合憲性提出質疑，聯邦勞動法院亦已將同一內容之商法等七十五條第三項宣告為違憲。深入討論以至終局地判斷此問題於系爭情形卻非屬必要。即使在商法第九十條第二項第二句之情形排除禁止期間補償之作法係屬違憲，所協議之競業約定之有效性並不因而受到影響。訴願人作為自主的、在職業與經濟上獨立於原告之商人係能自由地權衡契約所帶給他之利害輕重。因之，他也必須遵守商業代理人契約第十三條所定之競業約定。

III（訴願人之主張）

訴願人以憲法訴願指摘其基於基本法第一、第二、第三與第十四條之基本權利受到侵害以及法律救濟保障

與法律聽審原則均受到違反。訴願人稱：

1.高等法院與聯邦最高法院係不正確地以訴願人在職業上與經濟上為獨立之商人，能自由談判契約條件一事為立論之出發點。其於締約時年二十五歲，在此之前僅係以受僱人之身分工作。由於原告於締約時僅提供事先印妥之契約書，以致談判之可能性亦全然被排除。其無法事先估量競業禁止之作用。在結果上，此種作用甚至將使其生存受到毀滅。斯種制裁之所以加諸其身，只因其想要利用其職業自由。此應評價為違反風俗之網綁行徑（民法第一百三十八條）。

受指摘之諸裁判係侵害到一系列之基本權利。高等法院與聯邦最高法院並未留意到該毀滅生存之制裁以其阻礙從事職業之目的乃係介入訴願人之一般人格權、職業自由與營業權（基本法第十四條第一項第一句）。社會國原則與比例原則亦均受到忽視。

此外，受指摘之諸裁判侵害了基本法第三條第一項。諸裁判明白地拒絕援引勞動法上之立法與司法以為比較，藉此其乃使經濟上倚賴他人之單一公司代理人受到不利。渠等在締約時及在契約關係存續期間內與受僱人同樣值得受保護。契約關係結束後，其受保護之必要甚至更為遠甚，蓋其不能請求失業救助，亦即由於適用競業禁止而更迫切地依賴禁止期間補償。

就受指摘之諸裁判以商法第九十a條第二項第二句為

支持部分，其乃忽視此一規定之違憲性。正如聯邦勞動法院令人信服地所敘述者，並不存在合理之理由足以使將契約雙方當事人之有責地違反契約行為作完全不同之制裁之規定成為有理。相較於商業代理人僅被賦予一選擇權，企業主在類似場合得要求履行競業禁止卻不必提出對待給付。此乃違反平等原則。

2.依訴願人之見解，違反法律救濟保障（基本法第二條第一項結合法治國原則）之情事係存於在第二審程序中得為訴之擴張一事上。訴願人在第一審程序中本得將其防衛限制在抗拒當時單獨繫屬之不作為請求權上。直至第二審時原告始另行請求確認該不定期終止之效力與賠償解除損害。訴願人之防衛可能性因而受到重大之不利，蓋該非常廣泛之訴訟資料在此範圍內後已被擠壓至一事實審程序中。

3.最後，聯邦最高法院就上訴判決得為假執行所為之裁定亦係以違憲之方式而作成。該院已侵害訴願人請求法律聽審之權，蓋其並未給予表明立場之機會。

IV（相關單位之意見）

聯邦司法部長以聯邦政府之名、聯邦勞動法院、德國僱主團體聯邦聯盟、德國工會聯盟、德國職員工會與原審程序之原告均對本憲法訴願表明立場。

1.聯邦司法部長認為本憲法訴願在結果上係有理由。惟商法第九十a條第二項第二句並無可訾議處。憲法並不要求毫無例外之補償義務。因此，立法者得對由企業主為特別終止之情形作出例外規定。惟須確保者為此一例外僅在狹窄之界限內有效。促使此得以落實乃司法之任務，其於解釋與適用民法規定上擁有足夠之活動空間。司法得於個案將一競爭條款評為係民法第一百三十八條所稱之違背風俗並因而阻止商法第九十a條第二項第二句產生違憲之結果。

該部長認為，諸受指摘之裁判忽視此一任務。彼等特別疏於檢驗該競業禁止對訴願人之職業上與經濟上生存有何等之結果以及此禁止在鑒於雙方之利益與當事人之行為下是否不合比例地發生作用。此等檢驗有其可能，此由各種論點可知，特別是自不作為義務之範圍、訴願人作為單一公司代理人之地位、定型化契約之存在以及該與特別終止相關聯之事件發生流程。

2.聯邦勞動法院則指向其就商法第七十五條第三項係違憲之判決。該院認為，就聯邦最高法院避免對商法第九十a條第二項第二句之合憲性表示意見之範圍內，其理由似難以令人信服。就聯邦最高法院認為將競業條款限制在特別終止之情形係屬合法之範圍內，另一見解上之差距亦呈現出來。

3.德國僱主團體聯邦聯盟認為本憲法訴願並無理由。

該聯盟認為，本案不至於違反基本法第十二條第一項之情事，蓋基本權並無第三人效力。由聯邦勞動法院就商法第七十五條第三項所為之裁判應予拒斥之，其亦不得被移轉至商法第九十a條第二項第二句之案例情況。

4.反之，德國工會聯盟則認為商法第九十a條第二項第二句係屬違憲。該聯盟認為，將由於違反契約義務而為之特別終止分別視誰立即終止而在終止之競爭法上效果方面作出完全相異之規定，此係恣意並違反基本法第三條第一項。此外，商法第九十a條第二項第二句亦侵犯職業自由之基本權。如下原則應予適用之：對職業技能之利用加以限制而不予補償之作法係與基本法第十二條第一項不符。此種對禁止期間支付報酬之原則亦必須毫無例外地適用於商業代理人。

5.德國職員工會特別顧及訴願人係所謂之單一公司代理人。此等族群所需要之社會保障極近於受僱人所需者。因之，聯邦勞動法院就商法第七十五條第三項係違憲之裁判乃可以被移轉至此等族群上。

6.原審程序之原告認為本憲法訴願並無理由。該所約定之競業條款與商法第九十a條第二項第二句均在憲法上無可指摘。

B（本憲法訴願部份合法）

本憲法訴願僅部分合法。

1.於訴願人指摘聯邦最高法院一九八一年六月二十六日裁定之範圍內，訴願人並未遵守聯邦憲法法院法第九十三條第一項第一句所定之一個月期限。本憲法訴願係在聯邦最高法院亦已下第三審判決後始在一九八四年一月五日被提起。

2.再者，就本憲法訴願針對如下內容之範圍內，其亦不合法：諸被指摘之判決係基於第二審中之訴之追加，而確認不定期限之終止為有效及賠償因解除所生損害之義務成立。在此範圍內，本憲法訴願所列之理由並未達依聯邦憲法法院法第二十三條第一項與第九十二條所定應被履行之最低要求。

高等法院曾就諸確認之訴敘述如下：不定期限之終止之有效性必須在第一審中即已澄清，蓋由於該競爭條款具有特別之設計，此處係涉及判斷不作為請求權之先決問題。只要就解除所生損害之賠償義務依其理由係屬應予確認者，即不得作其他處理。由是該訴之追加幾乎不會改變對裁判攸關重要之訴訟資料，因此亦不改變訴願人之訴訟上地位。在此等情勢，何種攻擊或防禦方法因准許訴之追加致被裁減，此係必須敘明者。

C（本憲法訴願有理由）

在其指摘訴願人被判應不為競業之範圍內，本憲法訴願為有理由。受指摘之諸裁判在此範圍內侵犯了訴願人依基本法第十二條第一項之基本權。諸裁判係以明示排除支付禁止期間補償之契約上競業條款為根據。唯商法第九十a條第二項第二句之法定例外規定在其不加限制地允許此等競業禁止之範圍內係與基本法第十二條第一項不符。高等法院忽視此點，聯邦最高法院亦不正確地未予處理。

I（受指摘判決限制訴願人之職業自由）

1.諸受指摘之判決限制了訴願人之職業自由（基本法第十二條第一項）。由於司法一如其他國家權力同受基本權之拘束（基本法第一條第三項），諸判決均受憲法控制。唯本院僅須在有限度之範圍內檢驗各專門法院對單純法律所為之解釋與適用。在此範圍內本院並無普通及廣泛之法律控制，而僅是檢查各法院是否已侵犯憲法。如在民事法院之裁判中可以看出解釋上之錯誤，是項錯誤係基於對基本權之意義，特別是其保護領域之範圍有著原則性非正確之看法所致，且是項錯誤在其對具體法律案件之實質意義上亦具有一定之重要性時，則觸犯憲法之情事即為存在而為本院所應糾正之（參照 BVerfGE 18, 85[93]）。

訴願人之職業自由係因諸被指摘之裁判以近乎妨礙選擇職業之方式而受到限制。由於受判決不得為競業，訴願人以其生存基礎受到觸及之程度無從為職業活動。是不一作為義務之內容在空間及對象上係如此廣泛，以致訴願人長達兩年無法在其行業工作。由於訴願人以商業代理人之身分從業之情形僅發生於酒類交易並相應地具有專業能力，故其亦難以期待從事其他等價之代理人活動。至少依該禁止競業約定之範圍而論，強制更換職業之可能性係屬存在。然而對因此所產生之職業上不利卻概括地全無補償。

2.唯此一極為廣泛之職業上限制所有之法律基礎主要卻非存於國家行為。訴願人毋寧係自己以契約同意相應之義務。以法律行為為如斯之自我拘束固可導致職業移動性受到限制，唯其同時亦係行使個人之自由。

受基本法第十二條第一項保障其必要活動空間之職業上活動，其不僅利於社會上工作之人為人格發展（參照BVerfGE 50, 290[362]），尤其保障大多數國民為自己創造生存之經濟基礎之可能性。對此，往往有必要就一定之時間或未定之時間內為拘束。在民法領域內，此係典型地透過契約雙方交互限制彼此之職業行動自由，且此係為與作為前提之對待給付相交換而行者。契約當事人在私法自治之基礎上——此等自治係自由之社會秩序之結構要素——自我負責地形成其法律關係。彼等自己

決定其相對立之利益應如何適切地被平衡，並因此同在無國家強制下處分其在基本權上受保護之地位。國家在原則上必須尊重諸於私法自治範圍內所訂定之規則。諸受指摘之裁判係恰當地由此點出發。

3.惟確認及尊重契約內容卻仍不足以使訴願人被判決不得為競業一事成為合理。私法自治僅存在於諸現行法律之範圍內，諸此法律則受基本權之拘束。基本法並不欲價值中立之秩序，而是在其基本權利章內作出客觀之基本決定，此等決定係適用於法之所有領域，即亦適用於民事法。任何民事法之規定均不得與在諸基本權利中表現出來之原則相牴觸。此尤其適用於包含強行法在內並因而對私法自治設限之私法規定（參照BVerfGE 7, 198[205f.]；本院一貫見解）。

斯等限制有其必要，蓋私法自治係植基於自我決定之原則，亦即以自由之自我決定之條件亦係實際上存在一點為前提。如契約當事人一方具有如是之優勢，以致其事實上得單方面訂定契約規定，則對於另一方當事人而言，此情事即構成他人決定。當事人間並無相近之力量平衡時，單單藉助於契約法無從擔保諸利益獲致符合事理之平衡。在此種情勢下，如受基本權保障之地位被處分時，國家法規即必須作補償性之介入，以確保基本權所為之保護（參照 Hesse, Verfassungsrecht und Privatrecht, 1988, S. 37f.; Badura, Arbeit als Beruf[Art. 1

2 Abs 1.GG], in: Festschrift für Wilhelm Herschel, 1982, S. 21 [34]）。對抗社會上與經濟上不平等力量之法律規定在此係實現基本權利章之客觀性基本決定，因而同時亦實現基本法之社會國原則（基本法第二十條第一項，第二十八條第一項）。

何時力量不平等之情事係如是重大，以致契約自由必須以強行法律來限制或補充？此由憲法中無法直接得出答案。即諸如必要之保護規定所得以憑依之特徵亦僅能以類型化之方式去掌握。立法者在此享有一特別廣泛之判斷及形成空間。惟其卻不能坐視明顯之錯誤發展進行下去。然而立法者卻又必須注意到：任何為保護一方而對契約自由所作之限制同時亦係介入另一方之自由。如係因顧及該為企業主工作之契約當事人之職業自由而限制契約條款之合法性，則此將造成對企業主從事職業自由之介入。立法者必須平衡地考慮及諸相競爭之基本地位。立法者在此範圍內亦具有廣泛之形成自由。

縱使立法者並未對一定生活領域或對特別契約形式創出強行性契約法，但此絕非意味著契約實務即無限制地受制於自由之力量遊戲。正確者毋寧為，作為過當禁止之諸民法概括條款，特別是民法第一百三十八條、二百四十二條及第三百一十五條，即以補充之方式介入。在對這些概括條款具體化與適用時，諸基本權正需要被尊重（基本論述見BVerfGE 7, 198[206]）。憲法對此所

爲之保護委託係針對法官而爲，法官必須在契約衡平受到干擾時藉助於民法以使諸基本權之客觀基本決定得被適用，並亦以多種方式執行此一任務（對於行於欠缺特別保護規定之生活領域內之競爭條款，參照BGHZ 91, 1 [4]=NJW 1984, S. 2366[2367]; NJW 1986, S. 2944）。

依此等原則，諸民事法院在原審程序中必須檢驗當事人是否曾能有效地對系爭競爭條款爲協議。於此，民法上之情勢應自受基本權保障之職業自由之觀點予以評價之。

II（對商法第九十a條第二項第二句之合憲性之存疑）

1.立法者對企業與爲其工作之商業代理人間之法律關係並未無限制地任由契約形成之。一九五三年八月六日之（商業代理人之法）變更法（BGBl. I.S.771，頁七七一）於商法中增契約當事人不得處分之強行性法律規定。其主要思想表達在如下之政府草案理由書中。（BTDrucks. 1/3856, S.10 zu Nr. 3）：

作爲自主商人之商業代理人，其經濟地位受自一九一八年以來之社會變動後已根本改變。在經濟上獨立之

商業代理人固亦有之，唯在經濟上多少依賴企業主之商業代理人為數更多。後者儘管在法律上亦為獨立之商人，但卻無法與經濟上占優勢之企業主平起平坐。支配商法之業務代理人法（Handlungsagentenrecht）之契約自由原則往往致其承受不利。因之吾人乃追求一取代契約自由之法律規定，其係顧及一般而言處於較弱勢之商業代理人。強制性法律規定應在契約關係之重要諸點上保護其免於對其不利之協議。此雖意味著限制對商人所適用之契約自由原則。唯斯等限制無可避免，蓋大多數商業代理人所有者並非不需要保護之「國王般之商人」地位，而係往往劣於受僱人之處境。

立法者視關於契約結束後之競業禁止之法為尤其需要規範，經由在商法第九十a條之一系列新增強制性規定，此法已得到確定。對此，前述政府草案（同上，S. 37，zu E. § 90a）有如下說明：

企業主既有經濟上之優勢，則商業代理人亦有可能在訂約時被強迫簽訂競業約定。彼等需要保護……

如商業代理人在契約關係尚未開始前或持續期間即應就契約結束後之時間接受拘束，則其即有受保護之需要。彼等在此時期往往無法預估契約所定之合作將有何

等發展或其未來之就業機會，因此亦無法得知該競爭條款將如何發生作用。唯如企業主將簽訂商業代理人契約或繼續合作繫於屈從競爭條款上，則商業代理人往往幾乎沒有談判的餘地。對所謂的單一公司代理人而言，其將全部工作力用於服務唯一之企業，尤其如此。在另一方面，視經濟與技術事務而定，企業主亦有合理之利益以阻止商業代理人在合作結束後使競爭對手得以利用其有關企業主之關係（在此，如有關顧客）之知識。

爲使此一利益對立狀態得到平衡，商法第九十a條第一項對契約自由作了三項限制：首先，關於契約結束後之競業約定需要書面形式及交付由企業主所簽字所證書（第一句）。此外，不爲競業之義務必須限於契約關係結束後兩年之內（第二句）。尤其特別的是，企業主依法有義務支付商業代理人相當之補償（第三句）。偏離、對商業代理人不利之協議不得爲之（商法第九十a條第四項）。就此，政府草案理由（同上，S. 38）如是說明：

……由於並無實質上合理之理由存在，使商業代理人在不取得適當之補償下承受單方對其拘束其義務，第三句乃使企業主就限制競業之期限內負有義務支付補償……

第四項因顧及在經濟居劣勢之商業代理人而不允許作偏離之約定。

唯本法在第九十a條第二項第二句卻對禁止期間補償義務創設一例外規定：企業主係基於因商業代理人之有責行為之重大理由而終止契約關係時，補償請求權即喪失。關於此一例外規定之理由，政府草案僅指向商法第七十五條第三項，該條文係就與商業職員間之競業協議設定同一例外。此一條文係透過一九一四年六月十日之商法第七十四條、第七十五條暨第七十六條第一項之第一變更法（RGBl. S. 209）而被增列，其於立法過程中即倍受爭論。政府草案之立法理由書對此僅僅言及：由於輔助人依商法第七十五條第一項與第二項在店長（Prinzipal）違反契約義務之情形受到保護，故在另一方面無法期待店長在類似情形應支付禁止期間補償（帝國議會協議會，第十三屆，第一會期，第三百卷，第五百三十四號至第六百五十二號速記報告之記錄，頁七三〇）。在委員會諮詢程序中，此一論點受到異議。反對者認為，禁止競業而無禁止期間補償，此對職員而言係屬「嚴苛之至」，經由對雙方契約當事人之差別待遇，「法律平等將以卑下之方式受到侵害」（帝國議會協調會，第十三屆，第一會期，第三百零三卷，第一千一百七十一號至第一千三百九十七號速記報告之附錄，頁二八三二）。最後，本項條文在帝國議會中分開表決（帝國議會協調會，第十三屆國會，第一會期，速記報告，第二百九十四卷，頁八四四九）。

2.原審程序當事人間之系爭競業協議具有兩個特徵，此等特徵如無商法第九十a條第二項第二句之例外規定即無從理解。一方面，競業禁止應非適用於正常情形下之終止契約，而係在商法第九十a條第二項第二句之前提被履行時始應介入。另一方面，禁止期間補償係明示地被排除，此反正亦符合商法第九十a條第二項第二句之法定例外規定。此二特徵係彼此相連結。依諸被指摘之裁判，出發點應係——唯至少不應排除者——競業禁止應僅與協議排除禁止期間補償請求權一併適用之（民法第一百三十九條）。

由是競業條款之有效性乃繫於商法第九十a條第二項第二句是否合憲一點上。僅此一規定係穿透商法第九十a條第一項第三句所揭示之原則：企業主始終有義務就商業代理人之不為競業支付其相當之補償。排除本請求權即為訂定對商業代理人不利之協議。假使商法第九十a條第二項第一句並不存在，則此協議依商法第九十a條第四項應受禁止，依民法第一百三十四條則為無效。因此，諸原審程序之民事法院必須就訴願人在各審程序中所提商法第九十a條第二項第二句在憲法上之疑慮詳為探討。

3.各該受指摘之判決並未為所必要之憲法上評價。

聯邦最高法院根本就認為對商法第九十a條第二項第二句作憲法檢驗係屬多餘之舉。高等法院將其任務限制在強調受僱人與商業代理人之區別上。該法院由此區別

導出如下之結論：於商業代理人之情形，社會值得保護性（*Soziale Schutzwürdigkeit*）之思想應退位，私法自治原則在此範圍內優先適用。由是則商法第九十a條之保護目的在與受基本法保障之職業自由間之關聯下乃在原則上受到忽視。如前所述，所涉及者絕非僅是無法獨立之受僱用者之社會保障。為保護諸基本權地位並使其平衡，以法律限制私法自治在契約衡平以其他方式持續地受到侵害時亦屬必要（前面C I 3）。立法者在商業代理人之情形係由此出發（前面C II 1）；法官在解釋與適用相應之規定時亦必須注意及此一預估。

Ⅲ（企業主為特別終止時，概括排除禁止期間補償與基本法第十二條第一項不符）

在企業主為特別終止之情形**概括地**排除禁止期間補償請求權係與基本法第十二條第一項不符。

1.吾人須自立法者之預估出發：大多數之商業代理人在經濟上無法獨立，從而——以類型化之觀察方式——並不擁有足夠之談判籌碼以與企業主就其自身之權利義務自由地討價還價。依政府草案理由書，彼等尤其有在締約時受迫簽下競業約定之危險。此一推論係可接受，其係存在於立法者之預估優先權範圍之內。

據此立法者負有如下之任務：對關於契約結束後禁止商業代理人為競業之法如是規範，使一方面在企業主這邊利益之維護保有足夠之活動空間，唯另一方面在商業代理人這邊使其談判劣勢得以獲得彌補。立法者在承負此一任務時固有廣泛之形成自由，唯此自由卻在雙方均受到限制，蓋對企業主以及對商業代理人而言，所涉及者均係受基本權保護之地位。在此等交叉關係中，無論是對自由作限制或作保護，均不得有不合比例之情事。

2.a)依商法第九十a條之規範方案，至少迄至一九八九年十月二十三日法生效前，創設法定禁止期間補償請求權係具有決定性之意義。此等給付報酬請求權特別適於彌補相對立之利益，對於契約自由亦不加以過當之介入。由是以下觀點在利於商業代理人之情形下受到顧及：商業代理人係依賴利用其職業自由一點以確保經濟上之生存基礎，故其在職業限制係屬廣泛之情況需要財務上彌補。為利於企業主，此一彌補被限制在適當之範圍內，因此係順應個案情況。唯企業主尤其保有下列事項之自由決定權：鑑於商業代理人在企業內之地位，其不為競業是否具有如此重要之意義，以致對其不為競業值得支付補償。補償請求權在經濟上造成負擔，此影響到企業主自身之利益，因之亦左右其契約實務，在結果上將使職業自由不致受到過當之限制。

b)反之，鑑於受考慮之情形互有不同，商法第九十

a條第二項第二句之例外規定並未能滿足職業自由之諸要求。

在立法資料中，有關禁止期間補償之所以全然被排除之理由，吾人僅能找到極為空泛之期待可能性考量。應承認者為：企業主如因商業代理人之有責行為而受迫為特別終止時，其必須能保護自己，蓋繼續契約關係乃屬不可期待之事也。此一案情明顯地應有例外，特別是即使如針對受僱人而為之特別終止這樣典型之案例亦有例外規定（商法第九十a條第三項）。唯在此卻絕非涉及對解除損害之補償，蓋此損害反正應獨立於不為競業之義務外依民法第六百二十八條第二項賠償之。即訴願人亦在原審程序中依理由受判決賠償原告因商業代理人契約被終止所已生及將生之損害。因此，在商法第九十a條之範圍內，企業主需要特別保護一點僅能透過對特別終止契約在競爭法上之特徵作出規範來加以考慮。舉例而言，此適用於企業主無法以損害賠償請求權彌補之競爭劣勢。此外，吾人亦應慮及違反契約之商業代理人所獲得之競爭優勢，此等優勢如無法被企業主相應之損害賠償請求權所耗盡，則即可能成為故意挑起不定期終止之誘因。

為滿足此等利益狀態之特殊性，不同之解決途徑可加考慮。立法者不管是為特定之案情或特別需要保護之特定商業代理人族群，均可以藉助於概括條款而為區分

或自行創設作區分之規範。此外，可想像者亦包括讓與企業主以如同商業代理人依商法第九十a條第三項在類似情況所享有之脫手權（lossagungsrecht）。最後，視具體情況而限制禁止期間補償請求權亦屬可能。反之，不加區分地與全然地對任何案情與禁止期間可能有的最高兩年期間均拒絕支付報酬，此在提前與有責之終止契約所具有之特徵中並無實質上之基礎存在。為應付為終止之企業主所受之競爭法上不利，此等制裁並非必要；由於其所帶來之深遠後果，此等制裁對商業代理人而言往往不可期待；由是其係以不加區分的方式不合比例地發生作用。

3.一法律規定侵犯基本法時，此在原則上會導致此規定應被宣告為無效之後果。唯如立法者——如在此情形——有多種除去違憲情事之可能性時，此原則即不適用。本此，應確認者僅為商法第九十a條第二項第二句後屬違憲（本院一貫見解；參照BVerfGE 28, 324[362 f.]）。於顧及其間已變更之法律狀況——在此對其不作判斷——下，此等確認必須限制在迄至一九八九年七月二十三日之法生效前之時期上。

各該受指摘之裁判應予以撤銷之，只要其係植基於被宣告為違憲之商法第九十a條第二項第二句。本案發回高等法院。該院應先檢驗基本法第十二條第一項之要求是否能在現行私法領域被考慮及之。否則，該院須在立

法者作出解決前中止程序。

(簽字)

Hertzog

Henschel

Seidl

Grimm

Sollner

Dieterich

Kuhling

Seibert

關於【社會計畫解釋】之裁定
【燃煤停止供應案】BVerfGE 73, 261-280
聯邦憲法法院第二庭1986.4.23.裁定
-2 BvR 487/80-

顏 厥 安 譯

裁 判 要 目

裁判要旨

裁判主文

理 由

A 爭點

I 事件背景

1.

a) 訴願人停止供應系爭判決之原告燃煤，且未
提供任何補償

b) 團體協約與企業聯盟準則之相關規定

2.

a) 社會計畫的相關規定

b) 聯邦勞動法院的見解

II 訴願人之主張

1. 聯邦勞動法院於系爭判決中侵害其消極結社自
由、一般行動自由與法治國原則

- 2.法律鑑定人亦作同樣主張
- Ⅲ有陳述權人未陳述意見
- B 本件憲法訴願合法，但無理由
 - I 基本權對私法只有間接效力
 - Ⅱ 本案不涉及結社權
 - Ⅲ 聯邦勞動法院見解無誤
 - 1.
 - a)聯邦勞動法院為協助實現社會計畫的整體目的，可將社會計畫的準用規定解釋為動態之準用
 - b)本案中之檢驗標準並非拘束國家行為之法治國原則與民主原則，而是私法自治（基本法第二條第一項）之範圍與作用
 - 2.將準用範圍及於企業聯盟所頒布之準則並未違憲

Niebler教授的不同意見書

- 一、聯邦勞動法院對社會計畫僅運用了客觀解釋的標準，但此為法律解釋，而非憲法解釋的問題，並無違憲之疑義
- 二、憲法層次之爭議則在於，聯邦勞動法院是否得僅僅運用客觀之解釋標準
 - (一)當第三者（即非團體協約之締約當事人）應受團

體協約或其個別條款之拘束時，不能僅運用客觀解釋的方法

(二)核心問題在於，於確認受拘束之意願時，應受那些憲法規範之拘束

(三)聯邦勞動法院未能確認訴願人有受未來團體協約拘束之意

三、對團體協約的動態準用使訴願人受到團體協約法第三條之拘束，卻又無終止權

四、企業聯盟所頒布之準則對成員並無法律上之拘束力

裁判要旨

法官在私法（此處：對社會計畫之解釋）之領域從事爭端裁判之活動時，基本權對其並不具有直接之拘束力，但是當基本法在其基本權章中肯定了客觀秩序之要素時，亦即對所有法律領域（包括私法在內）已有憲法位階之基本決定時，法官就必須在其裁判活動當中考量基本權。

廠商X股份有限公司——法定代理人：律師Harald Schulz博士，Reinhard Püttter, Akazienallee 12, Essen 1——針對聯邦勞動法院於一九七九年八月二十二日所做之判決（5AZR 1066/77）提出憲法訴願。

裁判主文

憲法訴願應予駁回。

理 由

A 爭點

本件憲法訴願係針對聯邦勞動法院所提出，該判決確認訴願人以前的一位受僱人對其擁有家用燃煤之現金

折價給付請求權。本案涉及以下之問題，即當社會計畫（*Sozialplan*）拘束之僱用人不再是團體協約之企業聯盟之成員時，於社會計畫中所準用之團體協約條款是否得以解釋為動態之準用（*Dynamische Verweisung*）。

I 事件背景

1.a) 訴願人一直到一九六六年三月底為止，均為以X礦冶公司之名生產炭煤之礦坑。之後則以X股份有限公司管理股權及土地，並開始結算原先從事礦冶事業之負債。訴願人並於一九六六年後退出魯爾礦冶企業聯盟（*Unternehmensverband Ruhrbergbau*）（此為萊因—西伐利亞地區之煤礦業之資方聯盟，*Arbeitergebeerverband für den Rheinisch-Westfälischen Steinkohlenbergbau*）。

系爭判決之原告自一九四七年至一九六六年三月三十一日為受僱於訴願人之礦工。自礦坑封閉時起原告即自勞動生活中退休，並開始領取年金。自一九四九年六月起，他開始居住於工廠宿舍中，此宿舍原先是以燃煤來產生暖氣。訴願人於原告退休，且於礦坑封閉後仍繼續提供原告生產暖氣之家用燃煤。一九七五年十一月時，原告住宅之暖氣設備透過由政府所補助之更新措施而改裝成使用電力之暖氣，自此時起，訴願人即停止供應

原告家用燃煤，且未提供任何補償。

b)魯爾礦區因年齡因素或失去工作能力（採礦不能，**Berginvaliden**）而退休的勞工皆擁有家用燃料的請求權，此一請求權自一九五三年起是以團體協約為基礎。在一九五三年四月七日訂定之萊因—西伐利亞煤礦業勞動者基準團體協約（**Manteltarifvertrag für die Arbeiter des Rheinisch-Westfälischen Steinkohlenbergbau**）第四十七條以下中規定，採礦不能者及其遺孀可以在一定之條件與範圍裡獲得燃煤。依據第七十六條之規定，家用燃煤僅提供給當事人自身之需要。但是其中並未規定，當不再需要燃煤時（指使用瓦斯、燃油或電力等暖氣設備）當事人可擁有現金折價之請求權。但是此一規定（僅有極小幅度之修正）卻出現在其後的幾個團體協約之中（一九六三年五月十六日，一九六七年十月十六日，及一九七三年七月十六日）。

一九七六年四月十三日簽訂之萊因——西伐利亞煤礦業勞工之基本團體修正及補充協約（**Tarifvertrag zur Änderung und Ergänzung des Manteltarifvertrags für die Arbeiter des Rheinisch-Westfälischen Steinkohlenbergbaus**）中，首次確認了於一九七六年六月三十日自採礦工作中退休之採礦不能者擁有現金折價請求權：

第一〇四條：

(1)一九七六年六月三十日之後自採礦工作退休，依據第一〇〇條及一〇一條所能享有年金者及其遺孀，只要他們並不使用家用燃煤來產生暖氣，就可以在各該當年申請相當於2.5噸燃煤之能源補助，以取代原有之家用燃煤請求權。此項申請必須在各該當年之一月至三月提出。能源補助以現金方式給付。

(2)能源補助之每噸燃煤及現金折價的額度相當於支付給仍就業的勞工的額度。

基於團體協約委員會的協議，並透過一九七六年四月十三日魯爾礦業企業聯盟對其成員所頒布之準則（**Richtlinien des Unternehmensverbandes Ruhrbergbau**），此一得以請求現金折價之規定，亦適用於一九七六年七月一日前退休的採礦不能者，只要他們於一九六九年十二月三十一日之後即不再使用家用燃煤：

1.一九七六年七月一日前自採礦工作退休，依據第一〇〇條及一〇一條所能享有年金者及其遺孀，只要他們並不使用家用燃煤來產生暖氣，就可以在各該當年申請相當於2.5噸燃煤之能源補助，以取代原有之家用燃煤請求權，只要其生活於聯邦德國之內，且其在一九六九年十二月三十一日之後即不再使用家用燃煤。……

2.……

3.能源補助之每噸燃煤及現金折價的額度相當於支付給仍就業的勞工的額度。

4.此一準則自一九七六／一九七七起開始適用。

由於訴願人業已退出魯爾礦業企業聯盟，因此他並不受該聯盟於一九七六年四月十三日所簽訂之團體協約之拘束（§ 3 Abs. 1 TVG, Tarifvertragsgesetz，即團體協約法）。

2.a)原告在系爭之訴訟當中請求一九七六／一九七七之家用燃煤之現金折價，原告之請求是以一九六五年八月十一日（礦坑封閉前）所決議之社會計畫為基礎，並結合一九七六年四月十三日之團體協約修正案及同日所通過之準則。

該社會計畫開宗明義即規定，X礦業公司應為所有相關的勞工申請於礦冶聯盟契約第五十六條第二項所規定的補助。此一補助應個別給付。除此之外並規定：

**除上述基於礦冶聯盟契約之給付外，當勞工因X礦業公司封閉礦坑停止採礦而終止僱傭契約，並自勞動者身分退休時，X礦業公司應確保其獲得下列之現金給付
.....，**

此外，亦已明顯規定在封閉礦坑當年之燃煤請求權及年度休假之內容。

在社會計畫之「C.其他現金及非現金給付」規定了下列的內容：

1.家用燃煤

在礦坑封閉之該燃煤年度（Kohlenwirtschaftsjahr）

所有的勞工皆可獲得其自行需用之家用燃煤，一直到他們依據團體協約的規定退休為止。自X礦業公司退休之後之期間，退休者亦享有家用燃煤請求權，只要依據團體協約的規定，此一請求權係為退休之採礦不能者及其遺孀確保者。

2.……

基於社會計畫的此一條款，原告認為，依據團體協約為退休之採礦不能者所作的規定，退休之勞工享有家用燃煤或其替代物之請求權。

b)原告在勞動法院訴訟中獲得終局之勝訴。在此一訴訟過程中，第一審法院判決原告勝訴，但是Hamm的邦勞動法院（上訴法院）廢棄第一審判決，邦勞動法院認為，社會計畫中的勞動條款僅宣示性的準用了一九六三年五月十六日所簽訂之團體協約之內容；然而聯邦勞動法院在一九七九年八月二十二日所作的判決中（即本憲法訴願系爭之判決）又廢棄了上訴審法院判決。聯邦勞動法院認為，社會計畫所欲追求之整體目的（Gesamtzweck）是在補償勞工因企業經營之變動所產生之不利益，但是上訴審法院對社會計畫條款的解釋卻未能確實體現此一目的。透過社會計畫而享有年金之年金權人（Rentner），有權利將社會計畫中的準用條款了解為獨立的規範，其效力超越了當時既存的團體協約，亦即所應準用的為各該當時最新有效的團體協約條款。社

會計畫的目的性規定應發揮對團體協約之修正案的補充功能，成為請求權之成立基礎。聯邦勞動法院並指出，並無足夠之理由可認定，訴願人並無受之後新團體協約拘束之意。只有當訴願人（事實上）之主觀意願表達於社會計畫中時，此等意願才應受到考量。

II 訴願人之主張

1.在本件憲法訴願中，訴願人認為其透過基本法第九條第三項（消極結社自由）及基本法第二條第一項結合法治國原則（基本法第二十條第三項）所保障之權利受到侵害。

訴願人認為，社會計畫條款只能作為靜態之準用（*Statische Verweisung*）。聯邦勞動法院將此等對團體協約條款之準用，解釋為動態之準用，等於賦予團體協約當事人超越其（決定）權限之決定權。訴願人並非（不再是）團體協約締約時資方聯盟的成員。依據基本法第九條第三項，團體協約當事人之規範制定權僅及於受團體協約拘束之權利主體之間現仍存在之勞動關係。聯邦憲法法院的見解，卻使得訴願人在法律上受到未來團體協約之拘束，而依據現行之團體協約法，訴願人是不應該受到這些團體協約的拘束。只有當當事人具有此等意願時，新的團體協約才能對之產生拘束力。然而訴願人

基於現金折價所可能產生的財務影響，絲毫未有訂定動態準用條款之意願，新的團體協約是在完全不同的經濟考量下訂定，而與訴願人仍為魯爾礦業企業聯盟成員時之情況完全不同。今天，礦業獲得了政府的補助，此等補助當然影響了團體協約的內容。因為聯邦勞動法院在解釋社會計畫時，並未參考契約當事人之意願，而是將其當做成文法般獨立於企業經營者之外來加以解釋，因此當然未能考量企業經營者反對之意思。

聯邦勞動法院也侵犯了法治國原則。法治國原則要求，所準用條款之內容應在重要之點上明確規範。然而聯邦勞動法院對社會計畫準用條款的解釋，卻將其準用延伸及於一種團體協約條款，此種條款（相較於原有之家用燃煤請求權）規定了一種完全不同之現金折價請求權，此種請求權已非物之給付之請求權，而且其請求權基礎及請求之額度皆非請求權人之暖氣燃料需求所能限制。

2.訴願人提出了Rupert Scholz教授之法律鑑定書。法律鑑定人認為，訴願人透過基本法第九條第三項及基本法第二款第一項結合法治國原則所保障之基本權受到侵害。

法律鑑定人認為，將規定於一九七六年四月十三日訂定之團體協約中之現金折價請求權適用至社會計畫中，蘊涵了一種相對於第三者過分廣泛的對團體協約當事人

之授權，此種授權的影響是難以估計的。現金折價給付義務之成立是在訴願人於訂定社會計畫時所無法預見的範圍內成立。基本法第九條第三項（暫且不考慮普遍拘束性宣告，Allgemeinverbindlicherklärung，§ 5TVG）僅證立了團體協約對資方及勞方的拘束力。一種對於社會計畫準用條款的動態解釋將強迫第三人加入締結團體協約之組織，以獲取對協約內容之影響力。此外，企業準則之拘束力亦牴觸了基本法第九條第三項及法治國原則，因為此準則並不具有規範之性質。

III 有陳述意見之權者並未陳述意見

有陳述意見之權者並未陳述意見

B 本件訴願合法但無理由

本件訴願合法但無理由。訴願所針對之裁判並未侵害訴願人之基本權利。

I 基本權對私法只有間接效力

系爭之聯邦勞動法院判決涉及的是經由企業經營者與經營委員會（Betriebsrat）協議締結之社會計畫的解釋，其追問的是此一社會計畫的內容與效力範圍。社會

計畫的效力與經營協議（Betriebsvereinbarungen）相同（vgl. § 112 Abs.1 Satz 3 BetrVG 1972）。正如同經營協議，社會計畫在其透過當事人雙方合意成立的範圍內應屬於私法。並不因為立法者賦予其規範上的效力（vgl. § 112 Abs.1 Satz 3, 77 Abs.4 BetrVG 1972）而獲得公權力行為的性質。即使在訴訟案件中，法官（作為公權力機關）對其進行解釋適用，社會計畫也並不因此獲得公權力性質（如如同法官解釋適用其他私法協議並不會使得這些私法協議獲得公權力行為之性質）。當法官在從事勞動法爭議及社會計畫之裁決時，法官是以當事人雙方之紛爭解決機關的角色出現，此一機關所要探求者，是當事人間協議的效力及內容，並據此裁決具體的法律爭端。

依據聯邦憲法法院之見解，對這類私法領域的紛爭解決活動，並不會使法官直接受到基本權的拘束，但是當基本法在其基本權章中肯定了客觀秩序之要素時，亦即對所有法律領域（包括私法在內）已有憲法位階之基本決定時，法官就必須在其裁判活動當中考量基本權（vgl. BVerG 7, 198[205],; st. Rspr.）。在此，基本權之內容必須透過在個別法律領域直接有效之規範才能發揮作用，尤其是透過一般性條款及能被解釋而有待補充之概念，這些概念必須在基本權的指引下加以解釋（vgl. BVerfGE 7, 198[206f.]; 25, 256[263]; 42, 143[148]；所謂

的基本權放射性作用或間接之第三者效力）。在過去的裁判中，聯邦憲法法院對於私法規範解釋適用的檢驗，僅限於檢驗普通法院或勞動法院是否充份考量了基本權的放射性作用，或者檢驗這些法院所做的裁判是否是以對基本權之範圍與作用錯誤的理解為基礎（vgl. z.B. BVerfGE 7, 198[207]; 34, 269[280]; 35, 202[219]; 42, 163[168]; 61, 1[6] 1 st, Rspr. ）。僅僅在法官造法的情況下，聯邦憲法法院才直接以基本法第二條第一項結合基本法第二十條第三項為標準來進行檢驗（vgl. z.B. BVerfGE 65, 182; 65, 196 ）。

在系爭個案中所涉及的是對社會計畫條款的解釋，此際，基本權的放射作用是以對民法第一三三條與一五七條的解釋適用來加以實現，此二條文規範了解釋民法之意思表示與契約之基本原則，而勞動法院亦在解釋社會計畫時特別引用了此二規定（雖然不無小小的修飾）。在基本權方面於系爭之個案裡特別應考量基本法第九條第三項（積極與消極之結社自由），以及基本法第二條第一項（私法自治，契約自由）。

II 本案不涉及結社權

在本件爭議中並未觸及基本法第九條第三項之保護領域。

基本法第九條第三項所保障的基本要素包括成立社團的自由、加入社團的自由、退出與遠離社團之自由，以及對結社本身之保護與透過結社活動實現基本法第九條第三項所提及之目的之權利（BVerfGE 4, 96[101f.]; 19, 303[312,319]; 28, 295[304]; 50, 290[367]; 55, 7[21]; 57, 220[245]）。

系爭之聯邦勞動法院之判決，將團體協約對於訴願人之拘束力，立基於訴願人參與締結的社會計畫之上，亦即並非立基在其他入（此處，團體協約之當事人）的意願之上。因此訴願人的消極結社自由並未受到干預。

III 聯邦勞動法院見解無誤

聯邦勞動法院亦並未誤解基本法第二條第一項的範圍與作用。

依據聯邦憲法法院歷來之見解，基本法第二條第一項亦保障經濟領域的行動自由，特別是契約自由（vgl. BVerfGE 8, 274[328]; 12, 341[347]; 60, 329[339]; 65, 196[210]）。特別是在對於民法領域裡意思表示與協議的解釋應有如下的界限：即法院原則上不應做成一種解釋，使得權利主體在缺乏正當之法律基礎下，竟然要受到他人所締結之協議的拘束（此即第三人利益契約之禁止）。聯邦勞動法院在此並未牴觸此一原則；由訴願人自

已參與締結的社會計畫中，可以找到足夠的理由來支持以下的解釋，即訴願人負有應給付（系爭訴訟之）原告其家用燃煤請求權之現金折價之義務。

1.在訴願人於一九六五年八月在經營委員會之同意下所頒布之社會計畫中規定，受僱人自X礦業公司退休後即享有燃煤請求權，只要此項請求權可由團體協約有關於採礦不能者及其遺孀的規定裡導出。

a)在聯邦勞動法院的解釋裡認為，此一規定所準用的並不僅限於當時的團體協約的規定，而是要依據最新有效的團體協約來決定家用燃煤請求權的內容，此等解釋在考量基本法第二條第一項的內容後亦無可質疑。法院當然可以採取下述的見解，即將解釋當作動態的準用，使之配合社會計畫的整體關連以及社會計畫的意義與目的，這些意義與目的是在追求對於在較長遠之未來所產生之不利益的填補，以及促使那些現在已從與未來將從採礦業退休之採礦不能者，其生活條件之均等。此處並未誤解憲法所保障之私法自治與契約自由的範圍與作用。因為社會計畫所欲追求之補償不利益的意義與目的（vgl. § § 72, 73 BetrVG 1952 und § 112 BetrVG 1972, i.d.F.des Art.2 des Beschäftigungsförderungsgesetzes 1985 vom 26. April 1985, BGBl. I S.710），應為每一位參與締結此一計畫者於規劃該計畫之內容時即加以考量；只要在社會計畫中並未有明文之反對規定，即已相當於允

許將在社會計畫中包含之準用（團體協約之）規定做動態準用之解釋。在此種解釋之下，如果當初參與訂定社會計畫者，要受到其後企業聯盟所定團體協約條款之拘束，而此一企業如今已非該聯盟之成員，此種情形（由於該社會計畫當初是在該企業之參與下訂定）以憲法的觀點並無可質疑之處。

b)聯邦勞動法院將社會計畫之條款作動態解釋，使其得以準用一九七六年四月十三日所定之團體協約之條款，因此退休之受僱人享有家用燃煤之現金折價請求權，此種解釋並未逾越界限。此種解釋是以金錢給付取代了原本家用之物之給付，前者並未與「家用」聯結，因此可謂一種「替代物」（*aliud*）。

在國家所制定之法律當中是不允許類似上述之法律準用，因為如此一來，法律準用就無法受到法治國原則及民主原則的充份控制（vgl.BVerfGE 64, 208[215 unter 2a]）。然而在上述系爭個案中卻應做另外一種憲法評價，因為我們所面對的並不是國家法律的準用規定，而是企業與經營委員會之間所協議訂定之社會計畫所包含的準用規定。在此一個案中，檢驗之標準並不適用拘束國家行為的法治國原則及民主原則，而是基本法第二條第一項的範圍與作用，此一規定保障了私法自治，而且透過了民法第一三三條、一五七條亦對私法以及法官對私法秩序所作之解釋適用產生影響。在此一憲法觀點之下

，對於法律行為所包含的準用規定之解釋界限，僅在於不應逾越當事人於法律行為締結時所能預見之範圍。

聯邦勞動法院所作的解釋認為，社會計畫之準用規定亦及團體協約中有關現金折價之規定，此等解釋可在訴願人與經營委員會所簽訂之社會計畫中找到根據。並不僅是由於社會計畫之目的肯定了現金折價請求權（此目的是在促使新舊退休之受僱人能有同樣之生活水準）；而且現金折價請求權與在社會計畫中明文規定之家用燃煤請求權具有明顯之關連；前者是以替代物的形式替代了後者，而其額度是以迄今為止所提供之物之給付為標準。

在此情形下，聯邦勞動法院並未誤解憲法所保障之私法自治之範圍與作用。

2.聯邦勞動法院在系爭判決中認為對團體協約之準用，其效力亦及於魯爾礦業企業聯盟於一九七二年三月十三日所訂定的準則，此種見解亦無牴觸憲法之嫌。這種解釋亦符合聯邦勞動法院所強調之社會計畫之目的，此目的在促使已經與將要從採礦業退休之勞動者之生活條件均等。如果僅準用團體協約之規定而不及於補充性的聯盟之準則，則此一目的將無法實現；因為一般而言，團體協約及其修正，僅包含對於能就業及其後退休之勞動者的規定，如此一來，社會計畫中所包含之準用規定，對計畫所欲保障之勞動者就無法發揮作用。只有當

企業聯盟透過補充性準則的頒布，才會使團體協約內容的變更對於之前退休之勞動者亦發生效力。在本案亦有相同之情形：一九七六年四月十三日所修正之團體協約確定了一九七六年六月三十日以後退休之勞動者之現金折價請求權；只有透過魯爾礦業企業聯盟所頒布之補充準則，才能將其適用範圍擴張及於之前退休之勞工。將補充準則亦納入社會計畫之準用條款之準用範圍內，可以達到促使新舊退休之勞動者之生活條件均等之目的。正如同聯邦勞動法院為滿足此等功能，可以將對團體協約之準用做動態的解釋，憲法亦允許聯邦勞動法院將準用之範圍及於一九七六年四月十三日所訂定之聯盟之準則。此種解釋亦並未逾越憲法對於解釋社會計畫條款所加之限制。

（簽署）Zeidler

Rinck（已於本案作成裁定後退休）

Dr.Dr.h.c.Niebler

Zeidler（本案負責人）

Steinberger

Mahrenholz

Böckenförde

Klein

Niebler教授之不同意見書

本庭在此一判決中所表達之下列見解本人不予同意：本判決認為，即使訴願人已退出了魯爾礦業企業聯盟，對社會計畫準用條款做動態解釋仍未牴觸憲法。透過聯邦勞動法院所作之解釋，系爭之社會計畫並未提供充份之理由要求訴願人亦應受到一九七六年四月十三日所修正之團體協約第一〇四條之拘束。

1.在考量社會計畫條款是否應做動態的解釋時，聯邦勞動法院僅以一種客觀之標準為基礎。由下面二點可看出此一事實，即在體系解釋方面，該法院僅探討了社會計畫各款之整體關聯，而在目的解釋方面，僅以社會計畫之不利益補充功能為依據。尤其明顯的是，聯邦勞動法院自我侷限於追問，是否在社會計畫中具有客觀之情況可顯示，訴願人並無受未來團體協約拘束之意，而不願意考量訴願人，尤其是在社會計畫訂立過程中（訴願人曾在系爭之審判過程中舉出一九六五年十一月二日召開之董事會與經營委員會聯席會議之紀錄為證，其第二頁記載：「只有依據團體協約享有請求權之採礦不能者得於礦坑封閉後獲得家用燃煤」）所明顯表達反對之意思表示，除非反對之意思明顯地表達於社會計畫中。

在這種解釋方法中，聯邦勞動法院承續了其歷來之

見解，即對社會計畫以及其他經營協議的解釋應與對團體協約之解釋遵守相同之基本原則。在這些情況裡使用的是在法律解釋中亦很普遍的客觀方法。另一方面，聯邦勞動法院在解釋團體協約時也認為，不應拘泥於所用之詞句而應探求當事人之真意，正如同民法第一三三條之規定。聯邦勞動法院認為，只要明白顯示於待解釋的規範中，當事人雙方所欲追求之目的就應當受到充份之尊重。此時，亦可探求系爭規範的生成史、迄今為止之運作方式以及團體協約的整體關連。聯邦勞動法院在本案中對社會計畫條款的解釋是否符合上述之解釋標準，是一個法律（而非憲法）解釋適用之問題。在這個範圍內本人同意本庭之見解，即違憲之疑義並不存在。

2.另一方面，憲法層次之爭議則在於，聯邦勞動法院是否得僅僅運用客觀之解釋標準。

a)當第三者（即非團體協約之締約當事人）應受團體協約或其個別條款之拘束時，就不能在結合一般性解釋原則的情形下僅僅運用客觀解釋的方法。第三者自己的主觀意願是使得團體協約規範對其產生效力的唯一基礎，而且，在缺乏成員資格或民主正當性的情形下，此等意願亦是使得團體協約規範得以適用於第三者的唯一正當性基礎，因此，若單純使用客觀解釋方法，將使得第三者自己的主觀意願無法受到尊重，連帶地亦中斷了法規範（團體協約）以及受規範拘束者（第三者）的正

當性連結。聯邦勞動法院不能僅限於檢驗，在社會計畫中是否明確表達了訴願人反對準用最新團體協約之規定之意願；相反地，如欲將社會計畫條款做動態準用之解釋，則應嘗試積極地確認，訴願人事實上的確有受未來變更後新團體協約之規定拘束之意，而且此等意願也確實表達在社會計畫之中。

b) 本案關切的，並非為勞動法院確立一種特定的解釋方法，而是探求憲法所給定之解釋目標。此一程序之核心問題在於，於確認受拘束之意願時應受那些憲法規範之拘束。透過何種方式可以終局確認拘束之意願事實上是否存在，此一問題可交由專業法庭來處理。對團體協約或經營協議解釋方法的討論，就其本身而言是一個一般性法律層次的問題；然而在此，這個問題卻被另一個完全不同層次之問題（憲法解釋）所籠罩（對第三者之拘束，正當性之要求）。系爭訴訟程序的主要爭議在於，我們並不清楚聯邦勞動法院是否已看到了拘束第三者之正當性需求，及是否願意進行對第三者受拘束意願之確認。在指出了社會計畫條款的整體脈絡及社會計畫的整體意義後，本庭顯然認為，上述的兩個問題皆已解決。本人認為，聯邦勞動法院主張，只有當訴願人反對之意願明白規定於社會計畫中時才將其列入考量，並未解決前述的兩個問題。在聯邦勞動法院的考量之中傾向於認為，透過準用條款可保障契約條件隨時代而有所調

整，又可以協助因企業結束營業而退休之勞動者補償其因此所受到的經濟上之不利益，因此在訴願人退出資方聯盟之後仍應繼續準用最新之團體協約內容，是一種改善實質問題的作法。然而聯邦勞動法院的這種考量，對於第三者應否受到拘束之問題並無重要性，而僅能對下列的問題有意義，即一般而言，在社會計畫與團體協約之間是否可能有動態的準用關係存在。

c)由於聯邦勞動法院並未能確認訴願人是否確實有受未來之團體協約拘束之意，因此，一九四六年四月十三日所修正之基準團體協約第一〇四條，對訴願人而言並不構成合憲之秩序，因此，將此等規範適用於訴願人，並由此等規範導出法律效果，業已侵害訴願人透過基本法第二條第一項所保障之基本權。

3.此處我們並不能主張，透過對團體協約的動態準用，對於第三者並不會產生真正的，團體協約法第三條所稱之拘束力。準用的法律效果在於，所準用之對象（*Verweisungsobjekt*）（不論其原有的法律性質為何）是透過準用規範（*Verweisungsnorm*）的權威（*Gesetzesbefehl*）對準用規範的適用範圍產生效力，並且因此取得準用規範的法律性質。在對另一立法者所創設之規範的動態準用的情形下，將會產生下述刻意造成的立法效果，即並非準用規範的立法者決定了準用規範的實質內容，而是由準用對象的立法者來加以決定。在社會

計畫中對於團體協約的動態準用，將使得屬於企業層面之準用規範的內容，不再由企業之經營者來加以決定，而由團體協約之當事人來加以決定。如此一來，企業規範的拘束者將受到團體協約當事人所定協議之拘束，由團體協約中將對其產生（間接之）法律效果。如此一來將會透過規範的準用而產生事實上的團體協約之拘束力，此一拘束力正如同團體協約法所稱之拘束力一般，基於團體協約規範的正當性而對第三者提出了相同的規範要求。

更值得注意的是，透過社會計畫中動態準用條款而受團體協約拘束的第三者（與在個別法律協議的情形下不同），並不能單方面透過契約終止權或變更終止權之運用而免除團體協約事實上之拘束力。雖然當社會計畫包含有繼續性規範時，特別是規定了繼續性、其持續時間不受限制之請求權，此種社會計畫原則上是可終止的；如當事人並未做其他約定，社會計畫的終止期限為三個月（§ 77 Abs.5 BetrVG）。依據企業協議法第一一二條第四項之規定，同法第七十七條第六項之規定對社會計畫亦適用之。因此一直到有新的協議產生前，在社會計畫中經協議訂定的規範繼續有效。因此第三者若要免團體協約事實上之拘束力，就一定要透過企業當事人之協力始能完成。

4.如果系爭之聯邦勞動法院之裁判已經在上述之層

面侵害了訴願人透過基本法第二條第一項所保障之基本權，則該法院於確立現金折價請求權時是否引用了一九七六年四月十三日魯爾礦業企業聯盟所定之準則，就不再是個重要的問題。然而此等做法亦為違憲。

魯爾礦業企業聯盟就其法律性質而言並非民法第五十四條所稱之未登記社團。因此，由其所頒布之準則的法律性質為何，不無疑義。此一準則終究來說僅是聯盟對其成員的一種建議。它只能算是聯盟之內部行政規範，以及建議個別採礦業主依照此等規定提供其受僱人家用燃煤，因此是以自願為基礎來統一對於退休勞動者的照顧。所以準則對於企業聯盟之成員並無法律上的拘束力，因為此一準則根本就不是聯盟機關所作具有拘束力之決議。即使此一準則是以聯盟機關具有拘束力之決議為基礎，此一拘束力亦只限於拘束聯盟之成員。此種僅具有單方的、聯盟內部的、（在一定之條件下）社團法拘束力的措施，並不能提供充份的正當性基礎，來使得第三者受到團體協約規範的拘束。因此憲法所要求的，在法規範（團體協約）與規範拘束者（第三者）之間的正當性連結就此中斷。因此對於訴願人而言，基準團體協約（依據一九七六年四月十三日團體協約修正之內容）第一〇四條之規定並非合憲秩序之一部分；將這些規範適用於訴願人，並由此導出法律效果，侵害了訴願人透過基本法第二條第一項所保障之基本權。

Pr. Dr. h.c. Niebler

關於「租賃契約解約規定之 合憲性」之裁定

BVerfGE 84, 197-203【次承租人保護案】

聯邦勞動法院第一庭1991.6.11.裁定

——1 BvR 538/90

蕭 文 生 譯

裁 判 要 目

裁判要旨

裁判主文

理 由

I 本案事實

II 本件憲法訴願有理由

1. 平等原則之違反

2. 承租人之解約保護

3. 轉租契約和與具營業性質之中間承租人簽訂之
租賃契約

4. 向具營業性質之中間承租人承租房屋之次承租
人亦享有解約保護

裁判要旨

拒絕給予知悉所有權關係，而向具營業性質的中間承租人而非直接向房屋所有權人承租房屋之次承租人以社會租賃法上之解約保護，係違反基本法第三條第一項之規定。

裁判主文

1.一九九〇年三月二十二日Bückerburg地方法院之判決——1 S 259/89——侵害憲法訴願人基本法第三條第一項之基本權利。該判決應予廢棄。原案發回地方法院。

2.下薩克森邦必須賠償憲法訴訟人必要之費用。

理 由

本件憲法訴訟所涉及之問題為，承租人若非向所有權人而係向具營業性質之中間承租人承租房屋時，其在解除租賃契約時究竟享有何種保護。

I 本案事實

1.憲法訴願人向一家建設公司承租房屋，該公司則

在其營業範圍內向在地方法院上訴之上訴人，即房屋所有權人，承租房屋。房屋所有權人向建設公司主張解除契約，此項行為同時亦解除了憲法訴願人與建設公司所締結之租賃契約。

在緊接而來的搬遷法律爭訟中，簡易法院駁回對於憲法訴願人所提起之訴訟。其有權主張承租人之保護；相對於憲法訴願人而言，並不存在可以合法化解除契約之理由。

在上訴程序中，地方法院卻判決憲法訴願人必須搬遷。身為次承租人，其僅在與建設公司簽訂租賃契約時，並不知悉建設公司並非房屋之所有權人下，始得享有民法第五百六十四條之二及五百五十六條之一之承租人保護。在本案，次承租人已被告知此事實，因此所有權人依民法第五百三十六條第三項所主張之搬遷請求並非權利濫用。

2.訴訟人提出憲法訴願，其主張因為向具營業性質之中間承租人承租房屋而無法享有承租人保護乃是侵害到許多基本法之規定。

3.下薩克森邦之法務部則傾向認為，基本法第三條第一項受到侵害，而上訴人（所有權人）則為該受指摘之判決辯護。

II 本件憲法訴訟有理由

憲法訴訟有理由。地方法院之判決侵害到憲法訴願人基本法第三條第一項之基本權利，蓋其在無充分合理理由下，拒絕給予憲法訴願人社會租賃法上之解約保護。

1.一般之平等原則受到侵害，若規範相對人中的一群人相對於其他規範相對人受到不同之差別待遇，而在兩群人所出現之差異，並不足合法化此項差別待遇時（BVerfGE 55, 72/88; 81, 228/236）。此種對基本權利之侵害並非僅限於由立法者為之。當法院於解釋法律規定或填補法律漏洞時，導致立法者所禁止之差別待遇，則亦是侵害到基本權利（比較，BVerfGE 58, 369/374）。依此標準，賦予知悉所有權關係，向具營業性質之中間承租人承租房屋之次承租人較不利之地位，乃是無法合理化的。

2.直接向所有權人——無第三人介入——承租房屋之承租人，在租賃關係解除時，享有法定的承租人保護。除無附期限解約之情形外（比較民法第五百五十三條、第五百五十四條及第五百五十四條之一），出租人僅在租賃關係之結束有合理利益時，始得解除契約（民法第五百六十四條之二）。承租人得對解除契約提出異議並在特定條件下，使租賃關係繼續存在（民法第五百五十六條之一以下）。此項保護承租人之法律規定乃是房屋財產權具社會義務之具體化結果。其乃是考量大部份

之人民無可避免地必須租賃房屋且住屋乃是承租人生活中心之事實，因此住屋之變更，一般而言對承租人除造成重大的費用負擔外，亦會帶來個人、家庭及社會領域之妨害（比較，BVerfGE 68, 361/370; 79, 292/302）。為儘可能提供有效之保護，此項解約保護之規定乃是強制規定，其不得以不利承租人之方式加以改變（民法第五百五十六條之一第七項及五百六十四條之二第六項）。

3.並非自所有權人，而係向具營業性質之中間承租人承租房屋之次承租人，相對於中間承租人享有相同之保護；具營業性質之中間承租人亦僅得在民法第五百六十四條之二規定之條件下，始得行使正常之解約權。在此情形，承租人得主張民法第五百五十六條之一以下之規定。

相對於所有權人，依聯邦最高法院之判決（BGHZ 84, 90），即地方法院在受指摘判決中所採取之看法，在本案例，承租人並不享有相同之保護。其與具營業性質之中間承租人所簽訂之契約被定性為轉租契約。因此在所有權人與轉租人之租賃關係消滅後，所有權人自得依民法第五百五十六條第三項之規定，要求以承租人搬遷。其結果不但使得利用該房屋之次承租人較直接向所有權人承租之承租人享有較少之保護，且對於次承租人不喪失住所之保護亦遠落於典型地向轉租人承租部分其使用之房屋空間的次承租人。在典型的案例中，次承租人

可以得到間接之保護，蓋所有權人僅在遵守解約保護之規定下，才能結束其與轉租人間之契約關係，且轉租人亦得主張社會條款。但在所有權人與具營業性質之中間承租人間所簽訂之契約關係並不適用房屋解約保護之規定（比較，BGHZ 94, 11/14ff.）。此乃是保護承租人的一個漏洞。若承租人本身不得向所有權人主張解約保護時，則立法者欲透過此項規定保護守約承租人之目的，在有具營業性質之中間承租人介入之情形下，將無法達成，若所有權人結束主要的租賃關係而得向使用房屋之次承租人要求搬遷。

在制定社會條款及解約保護規定時，立法者並未預見具營業性質之中間承租人介入之情形（比較BGHZ 84, 90/97）。因此法院試圖以下列方式保護承租人：承租人在簽訂租賃契約時，若不知其出租人非為房屋所有權人，則其對於真正房屋所有權人之搬遷請求，得主張其為權利濫用來加以對抗（特別在1982.4.21. BGHZ 84/90ff.）。惟此項保護與立法者賦予房屋租賃人之解約保護並非具有同等之價值。一方面，知悉其房屋並非直接向所有權人承租之次承租人，常常無法聯想到其對於所有權人無法主張解約保護（就此，1991.3.20. BGHZ, WM 1991, S. 902[904]）。另一方面立法者並非將解約保護之適用與否取決於承租人是否能預見契約結束之可能性，而係甚至排除了得以合意方式來排除承租人保護之可能。

在少數法律規定以承租人之認識為依歸之案例（比較，民法第五百六十四條之二第七項第四及第五款），對於承租人保護之限制，是有特別實質之理由；認識（知悉）之要求，在此應是保護承租人免受不可期待的偏離解約保護之不利益。

4.在具營業性質中間承租人介入之案件中，並無法找出得以合法化次承租人地位遭受重大不利益之理由。

基於自己居住需要而向中間承租人承租房屋之承租人與直接向所有權人承租房屋之承租人所需之保護，應是相同的。並無任何理由足以認為，某方較不依賴房屋，因此較不會受到住所變更之妨害。契約當事人間之利益情況亦與典型的轉租關係不相同。在轉租之情形，次承租人與轉租人間，基本上有較緊密之關係，因為轉租人本身亦利用該房屋且次承租人僅在所有權人與轉租人間所存在的租賃關係範圍內享有房屋之利用。相反地，此處所涉及之案例乃是次承租人自轉租人承租全部之房屋，而該轉租人本身並未或並未欲利用該房屋，其乃基於憲法上繼續轉租之目的而向所有權人承租房屋。

在此類案件中，得合法化縮減具社會性質之承租人保護的所有權人重大利益並不存在。與典型的轉租關係不同，轉租原則上是以轉租人之利益而存在，而營業性質之仲介轉租，乃是所有權人基於本身利益所選擇的一種契約方式。所有權人建造或取得房屋之目的在於使房

屋在房屋市場內能夠出租出去，因此其知悉，中間承租人會將房屋租給次承租人作為房屋使用且知悉相對於次承租人必受到有關保護承租人法律規定之拘束。此項房屋之使用符合所有權人之意志，且一般而言亦符合其利益。自立法者於租賃法中將所有參與者值得保護之利益導入公正之衡平及適當關係之任務來看（比較，BVerfGE 68, 361[368]），並無法找到任何實質理由給予將房屋租賃給具營業性質之中間承租人的所有權人較佳的法律地位（比較BGHZ 84, 90[981]）。

自所有權人與使用房屋之承租人間缺少直接契約關係所產生法律技術上之困難亦無法合理化減縮承租人之保護。法律技術上或法律釋義學上之困難是否得合理化對承租人實質上重大不利益之結果，在此並毋須討論。無論如何在此並不可預見，利用傳統之解釋及填補漏洞之方法無法達成承租人相同受到保護之結果。專業法院如何來考慮此類次承租人憲法上平等待遇之要求，則非由聯邦憲法法院加以決定。

關於「一般人格權」之判決
BVerfGE 79,256-274【知悉身世權案】
聯邦憲法法院第一庭1989.1.31判決
依據1988.10.25之言詞審理程序——1 BvL 17/87

黃 瑞 明 譯

裁 判 要 目

裁判要旨

裁判主文

理由

A. 爭點

I 相關法條

II 案例事實與原審程序

1. 原審程序之原告於其成年後提起訴訟，請求確
認其非母夫之婚生女

2. 區法院中止訴訟，移送案件於聯邦憲法法院

III 有關單位之意見

1. 聯邦司法部長

2. 巴伐利亞邦總理

3. 德國法官協會等

4. 德國女法曹協會

IV 付諸鑑定

B.本件移送案合法

I 移送裁定符合法定前提

II 聯邦憲法法院之判決不及於本件移送案所涉法條

III 本件移送案不因法官未為言詞辯論程序而不應准許

IV 本件移送不因法官未付諸血清鑑定而不應准許

V 亦應審查之條文

C.系爭法條在一定情形下與基本法不符

I 系爭法條原則上與基本法第六條第一項相符

II 系爭法條侵害一般人格權

1.a)一般人格權之內涵

b)人格權包括知悉身世之權

c)立法妨害人格發展之情形

2.人格發展自由之憲法界限

a)對婚姻與家庭受特別保護

b)對人格權之介入應符合比例原則

aa)適當性之意義

bb)衡量名義之父之利益與子女之人格權

cc)家庭和平之考量

3.立法者得就細節事宜作決定

裁判要旨

1.一般人格權（基本法第二條第一項結合第一條第一項）亦包括要求知悉自己身世之權。

2.只要民法第一千五百九十三條、第一千五百九十八條結合第一千五百九十六條第一項係毫無例外地不僅禁止成年之子女——法定之撤銷構成要件不計——變更其親屬法上之地位，同時亦禁止在法院澄清其身世，則其即與基本法不合。

第一庭一九八九年一月三十一日之判決，依據一九八八年十月二十五日之言詞審理程序

—— 1 BvL 17/87 ——

於檢查民法第一千五百九十八條結合第一千五百九十六條第一項第二款是否合憲之程序——漢堡區法院一九八七年三月三日之展期與移送裁定(10C 419/86)——

裁判主文

民法第一千五百九十三條、第一千五百九十八條結合第一千五百九十六條第一項按一九六一年八月十一日之統一暨變更親屬法規定法（親屬法變更法）(BGBl. I S.1221)之版本與基本法不符，只要其係毫無例外地不僅

禁止成年之子女——法定之撤銷構成要件不計——變更其親屬法上之地位，同時亦禁止在法院澄清其身世。

理 由

A.（爭點）

本移送案涉及如下問題：成年之子女僅得於民法第一千五百九十六條第一項之情形撤銷其婚生身分並在此前提下得於法院澄清其身世，此是否與基本法相符？

I（相關法條）

有關子女撤銷其婚生身分之權利係由下列民法條文所決定：

第一千五百九十三條

子女係於婚姻存續中或於婚姻終止或受無效之宣告後三百零二日內出生者，其非婚生之身分僅得於婚生身分已被撤銷且非婚生身分已經裁判確定時始得主張之。

第一千五百九十六條

第一項

子女得於下列情形撤銷其婚生身分：

- 一、夫已死亡或受死亡之宣告而撤銷權並不依第一千五百九十四條喪失時，
- 二、婚姻已仳離、終止或受無效之宣告，或配偶雙方分居已三年且無法期待其恢復婚姻共同生活體時，
- 三、母曾與子女之生父結婚時，
- 四、撤銷係因不名譽或不道德之生活改變或因夫對子女有嚴重之過咎行為而在道德上被認為正當時，或
- 五、撤銷係因夫患有嚴重之遺傳性疾病而在道德上被認為正當時，

第二項

.....

第一千五百九十八條

未成年子女之法定代理人於第一千五百九十六條第一項第一至第三款之情形並未及時撤銷其婚生身分時，該子女得於成年後自行撤銷其婚生身分；撤銷於成年滿二年後即不得為之。

確認非婚生身分係子女得請求法院澄清其身世之前提（民法第一千六百a條）。

II（案例事實與原審程序）

1.原審程序之原告於成年後提起訴訟，請求確認其並非其母之夫之婚生女。母與其夫於言詞審理程序中聲明其並未離婚、無意離婚且亦非分居。原告於受闡明法律狀況後撤回其訴，但隨即又提起訴訟費用救助申請，以便能重新起訴。區法院之出發點為民法第一千五百九十八條結合第一千五百九十六條第一項第二款係屬合憲，並以無勝訴希望駁回申請。高等法院以原告之抗告為有理由而同意其所請求之訴訟費用救助，蓋認為該對原告之撤銷權攸關重要之法律規定之違憲性應認真地被考慮。

高等法院認為，自關於非婚生子女之法律地位法生效後，非婚生子女法即受如下原則所塑造：生物學上之父應被確認。憲法本身在基本法第三條第三項標舉身世之重要性。依民法第一千五百九十六條第一項第二款，子女僅在其母之婚姻實際上已終止之情形始有撤銷權，鑒諸基本法第一及第二條，此等規定似有問題。誠然，為保護母之婚姻及家庭和平，子女要求自由伸展其人格之權利得受限制。然而，將對前者之保障亦賦予優先於子女之確認身世請求權之地位，是否合乎事理，卻有疑問。縱使吾人肯認此事，但子女在無其他值得保護之利益將因撤銷婚生身分而受危害之情形，一如本案，亦無撤銷權，斯種作法仍有值得商榷處。

此外，高等法院認為，名義上之父享有雖然為有期限，但實質上並無限制之撤銷權，此與基本法第三條第

一項很難相調協。他不會被迫與子女發生他僅能靠終止其與母之婚姻始能克服之血親關係。

原告於訴訟費用救助受允許後對其母之夫重新起訴，請求確認其非夫之婚生女。

2.區法院其後既接受高等法院之見解，便在不開言詞辯論之情況下中止訴訟程序並移送該案予本院，請求決定如下之問題：

民法第一千五百九十八條結合第一千五百九十六條第一項第二款是否在下列範圍內違憲，即已成年之子女僅於其母之婚姻已仳離、終止或受無效之宣告或於配偶雙方已分居三年且不能期待其重新恢復婚姻共同生活體時始得撤銷其婚生身分。

區法院認為，此等規定如為有效，則訴訟應被駁回；如其係違憲，則須透過血清鑑定以證明為被告之夫是否不可能為原告之生父。原告所推動之確認程序受職權進行原則拘束（民訴第六百一十六條、第六百四十條）；於提出證據前為言詞辯論並非必要。

區法院認為，民法第一千五百九十八條結合第一千五百九十六條第一項第二款係抵觸基本法第一條、第二條與第三條。本院認為其理由係與高等法院就抗告所為之裁判在內容上相一致。

III（有關單位之意見）

1.聯邦司法部長以聯邦政府名義就該移送案表示立場。

司法部長認為，准許移送案之作法有疑問。移送之法院繼受高等法院在訴訟費用救助程序中之意見並據此依該程序之本質僅主張前述規定之違法性應認真地被考慮。然對具體之規範審查程序而言，准許移送之前提卻為：法院認為裁判繫於其有效與否之法律係為違憲。

司法部長認為，本院前已裁判(BVerfGE 38,241[257])，子女與名義之父之撤銷權有不同之設計，此係受在實質上極為明顯之理由所正當化。移送法院之指摘，謂受檢驗之規定違反基本法第三條第一項，據此乃即因為如下之理由而不合法：它並未敘明在何等範圍內有特別之觀點支持諸規定應被重新檢驗。

司法部長認為移送亦無理由。成年子女之人格權並不因民法第一千五百九十八條結合第一千五百九十六條第一項第二款而受侵害。

司法部長認為，對於個人人格之決定攸關重要之身世問題必須受到法秩序在原則上依個人在發現其自我方面之利益能充分考慮之方式所規範。此種作法可能由於個人在家況上被歸入某一家計，而斯等歸入並不符合生物學與遺傳學上之關係，致受到波及。唯自由伸展人格之權並未受絕對之保障。身世之澄清與法律上屬於一家庭關係之歸類係由立法者藉助於推測而為者，其並在鑑

於生物學上之身世下規定了更正之可能性。此等規定係慮及基本法所保護之婚姻與家庭制度。

特別之——在此並無關緊要之——例外情形不計，除非雙親之婚姻不再存在或婚姻生活共同體實際上已被終止，否則子女之撤銷權依法定之方案係被排除。子女之撤銷權之所以受到限制，其理由在於使家庭和平與母親之婚姻之存續不因訴訟而受到危害或甚至摧毀。因此，從子女之人格權所導出之在確認其真正身世方面以及相應之親屬法上如何歸入方面之利益乃退居後位。由於子女能因為及早確定家況與親屬法上之歸入而以婚生子女之身分成長，其人格發展因而受益，故立法者更有權為之。單單為保護當事人已成長之社會關係以及基於公共之利益，此等首先係順應子女發展之規定——其亦符合基本法之理想表象——不僅僅因其後子女對知悉其身世及知悉相應之重訂法定親屬法關係有較為強烈之利益即得被反其道而行。無論如何，立法者可以不受阻撓地視保護母之婚姻具有優先地位。此甚至亦適用於下列情形：撤銷並不致使受保護之利益被干擾時，蓋名義之父、母與子女均一致贊同解消該子女與名義之父之親屬法上聯帶關係。立法者當初在概括地排除撤銷權時所考慮者為：撤銷可能被提起一事所包含之不確定性已足以干擾續存之生活共同體之正面發展。因此，家庭和平有受抽象之危害時即足以排除撤銷之行使。

最後亦須顧慮及者：親子法與親屬法上之聯繫所具有之特徵為相互之權利與義務。就此範圍內應詢問者為：名義之父不會行使其撤銷權並因而承受法律後果嚴重之社會拘束，子女對其是否應加以顧慮？

2.巴伐利亞總理以巴伐利亞政府之名提出如下意見：憲法在保護人格之範圍內基本上亦保障請求知悉自然身世之權。然而此一自基本法第二條第一項結合第一條第一項所導出之權利並非絕對地，而是僅在由立法者依據憲法之基本決定所應為之利益衡量之界限內受到保障。因此，請求知悉自己身世之權得特別受基本法第六條第一項、自第一條及第二條衍出之其他當事人之「人格權」、一般之平等原則以及基於為子女之利益而受限制。

3.此外，下列機構亦提出書面上意見：德國法官協會、德國基督教會、德國主教會議、德國兒童保護協會與親屬法學會。

德國基督教會護衛該被提予檢驗之諸規定，並認為擴大未成年與成年子女之撤銷權非屬憲法上必要之舉。家庭和平受干擾時所具有之抽象危險即足以說明諸法律規定存在之意義。德國主教會議主張同一結論。它雖然肯認子女基於一般人格權有請求知悉其生物學上身世之權，唯認為民法第一千五百九十八條結合第一千五百九十六條第一項係屬合憲。對婚姻與家庭之保護及配偶雙方之人格權即使在慮及一般人格權之保護目的下亦重於

子女在撤銷婚生身分上之利益。反之，依德國法官協會及親屬法學會之見解，在未成年與成年子女二者之撤銷權間必須作一區分。成年子女至少必須優先擁有請求澄清其生物學上身世之權利。最後，德國兒童保護協會則認為，於成年子女之情形，確認生父之訴不影響婚生地位者應加以考慮。

4.於言詞審理程序中，德國女法曹協會、德國律師協會及德國家事法院年會亦另表示意見。德國女法曹協會認為任何對撤銷權所為之限制均屬違憲，德國律師協會與德國家事法院年會則僅認為成年子女具有限之撤銷可能性一點係與其人格權不相協調。

IV（付諸鑑定）

本院曾就如下問題送請鑑定：在歐洲法領域內，於母之婚姻關係存續內所生之子女是否有可能澄清其生物學上之身世？如有，此種可能性之內容為何？

B.（本件移送案合法）

本件移送案係屬合法。

I（移送裁定符合法定前提）

雖然移送法院係承受高等法院在訴訟救助程序中所

作之行文而僅「認真地考慮」民法第一千五百九十六條之違憲性，但其移送裁定已滿足聯邦憲法法院法第八十條第一項及基本法第一百條第一項之前提。自該裁定之上下文義明顯地導出如下結果：為提案之法官不僅懷疑該被提予檢驗之規定係屬合憲，同時也認為其係牴觸基本法而為無效（參照BVerfGE 9,237[240]）。

II（聯邦憲法法院之判例不及於本件移送案所涉法條）

移送並不致因為本院曾判決夫於撤銷子女之婚生身分時應受時間限制（民法第一千五百九十四條第一及第二項），此係與基本法相符（BVerfGE 38, 241）而不合法。此裁判雖有既判力，並依聯邦憲法法院法第三十一條第二項第一句具有法律效力。唯植基於此之拘束力依公認僅及於主文及裁判之主要理由（參照BVerfGE 33,199[203];40,88[93]附有文獻）。由於本院一九七四年十二月四日之裁定（BVerfGE 38,241）非係指涉在此應檢驗之規範，故其並不妨礙對民法第一千五百九十八條結合第一千五百九十六條第一項第二款從事實質檢驗。

III（本件移送案不因法官未為言詞辯論程序而不應准許）

由法官並未曾先為言詞辯論程序一點亦不導出本移送案不應受准許之結論。在所有情形，法院不能在實施言詞辯論程序前即對其為裁判時一規範之有效性是否攸關重要一事形成見解。再者，法官在訴訟到達後尚無需即就實質問題為裁判。他必須依職權訂言詞程序之期日，且不得將此一處分繫諸訴訟具有充分理由一點上。基於是一理由，其亦毋庸衡量該嗣後可能被其援引之實體法上規範是否有效。此一論點係概括地反對法官在實施言詞程序前即為移送（參照BVerfGE 15,211[213]）。

唯雖不進行言詞程序，但移送應受准許之例外情形亦可想像。此等情形須限制在如下程序：於言詞程序進行前，規範對裁判所具有之重要性即已十分確定（參照BVerfGE 17,148[152]）。處理本案時應由此出發。為提案之法官已在嗣後被撤回之否認婚生之訴之範圍內於言詞程序中就民法第一千五百九十六條第一項第二款之前提聽取原告之父母之意見。諸此前提並不存在，係屬已確定之事。即在訴訟費用救助程序中，原告亦已陳述其父母並不願離婚。在此種情況下，為移送之法官雖無言詞程序亦得自如下立場出發：否認婚生之訴依現存之法律情況係屬不可能，準此，其裁判係繫諸民法第一千五百九十八條結合第一千五百九十六條第一項第二款之合憲性。

IV（本件移送案不因法官未付諸血清鑑定而不應准許）

最後，本件移送案亦不因爲移送之法官並未先委付血清鑑定以提出證據而不應受准許。

依本院之判例，如爲提案之法院係意欲藉此途徑以省卻證據調查階段時，移送即不應受准許（參照BVerfGE 11,330[334ff.];34,118[127]）。憲法管轄相對於訴訟程序具有補充性質，訴訟程序之終局解決係屬專門法院之管轄權，此一基本思想原則上在下列情形亦適用：當實施證據調查程序可能導致無需再對一規定之違憲性爲裁制時。在此，法官應以該依其見解係屬違憲之規定爲有效爲出發點，憲法問題應在該規定對爲法官裁判法律紛爭係屬攸關重要時始行提出（參照BVerfGE 47,146[15ff.]）。

然如血清鑑定結果將會指出原告之母之夫爲父親之可能性不能被排除時，該法律爭訟即已達可爲裁判之地步，民法第一千五百九十八條結合第一千五百九十六條第一項第二款之合憲性無庸被檢查。唯在本案所存之法律狀態——法官應受其拘束——，有關此等情事之證據調查全無存在之可能。如原告並無撤銷權，則其非婚生

地位在原審程序中自任何可得想像之觀點言均非對裁判具有重要性。由一合乎形式之法律違憲一點而導出結論，法官——至少在主要程序中——僅在本院已確定其違憲後始能為之。此外，此種證據調查亦將違反民法第一千五百九十六條第一項第二款之立法目的，其不僅要求法官無視於法律，同時——如吾人遵照本條款之立法理由——亦要求其侵入母之基本權領域。因此，於本案情形，在移送前毋需為證據調查。

V（亦應審查之條文）

民法第一千五百九十三條應被納入審查之內，蓋立法者在此條文中對於法院澄清是否從父所出一點係以必經撤銷婚生為前提。

C.（系爭法條在一定情形下與基本法不符）

民法第一千五百九十三條、一千五百九十八條結合第一千五百九十六條第一項第二款係與基本法不符，只要成年子女——民法第一千五百九十六條第一項第一款及第三至第五款之特別情形不計——毫無例外地僅在下列情形始得澄清其身世：其母之婚姻已牴離、終止或受無效宣告，或配偶雙方已分居三年並且無法期待其恢復婚姻共同生活體時。

I（系爭法條原則上與基本法第六條第一項相符）

唯民法第一千五百九十三條、一千五百九十八條結合第一千五百九十六條第一項係與基本法第六條第一項相符。

立法者在設計親屬法規定時須以基本法第六條第一項為指引。於此，憲法對婚姻與家庭之保護固作有擔保，唯有關父子關係之規範仍得偏離自然之出身，只要母之夫係子女之生父一點繼續被認係通例。諸此前提在對子女之婚生身分具有重要性之諸條文中均被滿足。

如子女係在其母結婚後始出生，則法律將其與其母之夫之關係扣於其母之婚姻上，並且原則上不計該夫是否確為其父。於此，立法者係藉制定民法一千五百九十一條以下之條文俾追求自始即以如下之方式確定子女為婚生之地位之目的：此地位儘可能符合實際之身世關係，唯廣泛的自然科學調查則屬多餘（參照Soergel/Siebert, BGG, Bd.8, 1987, § 1591. Rdnr.2）。

婚姻與家庭應作為雙親與子女之共同生活體而受保護，此一憲法原則不能繫諸子女是否從其母之夫所上，這特別是因為屬於子女者另有配偶雙方之繼子女、養子

女、養護子女及非婚生子女（參照BVerfG E 18,97[105 f.]）。

立法者在民法第一千五百九十四條以下開啓了撤銷婚生身分之可能性，他藉此考慮到偏離常態之情形會發生。立法者在此爲顧及母之婚姻與子女自己之家庭而將子女之撤銷權限制在民法第一千五百九十六條之情形，此點自基本法第六條第一項以觀並無不妥之處。

II（係爭法條侵害一般人格權）

成年子女依民法第一千五百九十三條、一千五百九十八條結合第一千五百九十六條第一項第二款毫無例外地僅在——只要其他撤銷構成要件並不存在——其母之婚姻已牴離、終止或受無效宣告，或配偶雙方已分居三年並且無法期待其恢復婚姻共同生活時始得於法院澄清其身世，此種規定係侵害一般人格權（基本法第二條第一項結合第一條第一項）。

1.a)作爲「無名」之自由權之一般人格權係補充特別（「有名」）之自由權，此等例如良心或言論自由之自由權亦保護人格之建設性要素。一般人格權之任務爲，依人性尊嚴（基本法第一條第一項）這一最高憲法原則之理念去擔保較近之個人生活領域與保持此領域之基本條件，此等條件無從完整地受傳統的自由保障所涵蓋；

此事之所以有必要尤其亦係鑑於現代之發展，及與此相伴而來的人格保護所受到的新危害（參照BVerfGE 54,148[153]）。因為一般人格權有特殊性，本院之判例並未終局地界定此一受保護之權利，而是藉助於應裁判之案件分別刻劃出其特徵（參照BVerfGE 113,153f.）。

b)要求自由發展人格之權利與人性尊嚴二者確保每個人均享有自治之形成私人生活之領域，其在此領域內得以發展及保有個性（參照BVerfGE 35,202[220]）。唯理解與伸展個性二者係與知悉對個性具有建設性之因素一點密切結合。身世亦屬此等因素之一。身世不僅確定個人在遺傳學上之配置，由是其在人格之塑造上乃扮演一定角色。與此無關的是，身世亦在個人之意識下對尋找個性及自我理解佔有關鍵地位。在此範圍內，所認知之人格圖像亦不繫於生物學現時就對人之生活形成可能攸關重要之遺傳能力所能傳達之解釋程度。尋找個性及自我理解母寧係涉及一多層次之過程，在此過程中，生物學上所確定之知識絕非唯一重要者。身世乃是屬於人格之個性化特徵，對出身之知悉則提供個人無關乎科學研究結果究竟之重要聯繫點以理解及伸展自己之個性。因此，人格權亦包括知悉自己身世之權。吾人不能以身世始終不得澄清，人格因而必須在不知悉身世下伸展之情形亦屬有之來反駁此一論點。基本法第二條第一項結合第一條第一項並不賦予要求設法知悉自己身世之權，

而係僅使可取得之資訊免受扣留而已。

c)將婚生子女分配到一親屬法上地位與限制婚生身分之撤銷二者固不影響及實際上之身世。其亦不自始即排除知悉實際上之身世關係。唯只要立法者將此種地位之分配設計成不可提出異議之形式，身世之訴即因而——如同民法第一千五百九十三條所規定者——不得被提起，則立法者即妨礙子女之人格伸展。

2.然而要求自由伸展人格之基本權並非毫無限制地受到保障。依基本法第二條第一項，此權利僅能在合乎憲法程序之範圍內被行使。特別是在法院澄清自己身世之作法僅在基於法律所定之設計下始有可能。此等設計僅在立法者係追求違憲之目的或違反比例原則時始侵害基本法第二條第一項結合第一條第一項。按諸此觀點以審查本移送案，其結果為相送法律規定應受訾議，只要其係涉及成年人得提起澄清其身世事宜之前提者。

a)於目前之法律狀態，在撤銷之訴被判勝訴後，具有既判力之非婚生之確認係子女得請求澄清遺傳學上之父子關係之必要前提（民法第一千五百九十三條）。立法者在此限制了民法第一千五百九十六條第一項第二款之撤銷權，其目的乃在阻止可能摧毀母之婚姻或危害家庭和平之子女之訴（參照BTDrucks. III/530,S.15；法律委員會就BTDrucks. III/2812,S.4之書面報告）。此一目的在基本法第六條第一項有其憲法上之依據：本條文將婚

姻與家庭置於國家之特別保護下，並禁止立法者制定足以害及婚姻與家庭或使其承受不利之規定。法律因此在結果上正確地在母之婚姻反正已不再存在或已無可挽救地出現破綻時允許撤銷之行使。此外，對於子女在更正其在身分法上之地位之利益，立法者僅在撤銷係因不名譽或不道德之生活改變或因夫對子女有重大之過咎（民法第一千五百九十六條第一項第四款）或因有嚴重之遺傳病（民法第一千五百九十六條第一項第五款）而在道德上被認係正當時始將此利益評價為高於婚姻與家庭所應受之存續保護。

b) 對子女之人格權所作之介入在下列情形下係符合比例原則：當介入係有助於維持婚姻及保有家庭和平，介入之目標無法以對人格權施予較難感受之限制來達到，且此目標在衡量立法目的與被限制之基本權下亦看似期待可能時。諸此前提在鑑於期待可能性有無一點下不應毫無限制地被肯定。

aa) 為達成其目的，法律係相當適當之手段。一法律規定之適當性，本院並不在一法律全無折扣地履行其目的下始接受之。法律所意欲之結果受到促進毋寧即為已足（參照BVerfGE 30,292[316]）。就此，現行之相關規定係提供助益。固然，在母之婚姻存續時排除撤銷婚生之可能性既無法阻止子女懷疑其非婚生之身世，亦無法阻止其在家庭中提出此懷疑。同樣地，限制撤銷權亦無

法使不知情之夫免受關於真正父子關係之資訊，從而無從使母免受夫由此所引出之後果。從而在此範圍內，無論是母之婚姻或家庭和平均無法藉排除撤銷權來加以保護。唯現行之規定卻可能阻止關於遺傳學上之父子關係之問題被延伸到家庭之外而在法院被討論。只要在訴訟程序中對婚姻或家庭和平存在有無關乎當事人先前之行爲之危險時，則法律規定即能達成其目的。

就法律實現其目的之有限領域而論，較和緩但亦同樣有效之手段亦無法取代。

bb) 於檢查民法第一千五百九十六條第一項第二款之期待可能性時，下述問題應予以回答：只要母之婚姻不受影響，成年子女在鑑於其法定之父對其所提供之給付下是否不必接受其撤銷權受排除一事？蓋撤銷既不被提起，其結果，夫乃對其妻之子女承受所有法律加諸其作爲父之義務。就中首要者爲確保子女之生計（民法第一千六百零一條、一千六百零三條第二項）。依民法第一千六百十八a條，雙親與子女互負照養義務。唯子女隨其年紀之增長而逐漸有能力承擔扶養雙親之義務，此亦符合此原則(BTDrucks.8/2788,S.43)。在撤銷婚生獲得勝訴時，子女與其母之夫間之親屬法上連結即被解銷，其扶養及繼承法上請求權亦被消除。唯諸此考慮並不能導出如下之結論：於衡量名義之父之利益與子女之人格權時，得期待後者接受民法第一千五百九十六條第一項第二款

限制其撤銷權（參照BVerfGE 37,217[252]）。

如未成年子女在不受影響之家庭中成長，此一家庭之存續不因子女可能提起撤銷婚生而受危及，則此係符合子女福祉。與此無關者為未成年子女是否想澄清其身世一點並不在其得為決定之權限內。唯對於成年子女，吾人卻無法以如下論點反駁：自法律就其為母之夫之婚生子女所定之地位導出其在法律上必須繼續與其家庭聯結。

cc) 據此，在檢查期待可能性時僅立法者想避免家庭和平及母之婚姻受到干擾二者之願望得具有重要性。

立法者在立法當時可以在不違反基本法第二條第一項結合第一條第一項下因為其所追求之目的在原則上將成年子女之撤銷權繫於民法第一千五百九十六條第一項第二款之前提是否被履行而定。唯由於依現行親屬法，遺傳學上之父子關係之確認係直至撤銷婚生獲得勝訴後始能被准許，此等限制在下列情形中無從在憲法上被認為合理：當婚姻或家庭和平無受危害之虞時，因此對婚姻與家庭所作之保護一點即使在慮及抽象之危險原則下亦不容忍撤銷權受到排除一事。

成年子女取得其母以及法定之父之同意而欲進行撤銷程序之情形亦非無有，原審程序即為例證。

對此，吾人不能以如下理由反駁：即使在前開情況下，家庭共同生活亦非無可能受到影響，蓋雙親在尚未

進行身分程序前可能認為其受到子女之逼迫，真正自由的決定因而無法作成。對於包含知悉自己身世請求權在內之子女人格權，吾人不能以如下說辭反駁：母及其夫雖有可得而見之同意，唯仍應以可能發生之家庭內部事件為重，此等事件可能說明同意並非在自由意志下而為者。本院一直強調，基本法第六條第一項課予國家尊重由雙親與子女所組成之家庭生活共同體在非財產上之個人領域亦具自主性及自負責任性（參照BVerfGE 33,236 [28]）。將由家庭所接受之撤銷子女婚生地位認為係具有拘束力之決定即符合此原則。

此外，縱使在以抽象之危險標準為基礎之情形，由子女來撤銷婚生在因果關係上既無法導致家庭和平受到干擾，也無法妨礙母之婚姻者，諸此生活事實亦係有之。例如德國法官協會即指出下列可能性：子女在成年之前即已與可能之生父發展出人性關係，由此使其興起依法澄清身世之願望。家庭關係固然因而受到擾亂，但其原因卻是子女心嚮其生父，而非其所追求之撤銷婚生一事。後者毋寧為對一已完了之內在解銷過程作出紀錄而已，從外部承認此一過程不必然即會對家庭和平及母之婚姻帶來其他後果。

再者，子女並不在其母及夫之家庭中，而係在養護家庭中成長之事例亦可想像。在此等事例中，吾人亦無法期待該子女在成年後為其母之婚姻及他從未歸屬之家

庭之利益故而放棄澄清身世。

3.固然，立法者依憲法並無義務不加限制地允許成年子女行使撤銷權。唯民法第一千五百九十三條、一千五百九十八條結合第一千五百九十六條第一項第二款所作之規定卻不讓下列案件得以合憲地被解決：在此等案件中排除在法院澄清身世之作法係不再與基本法第二條第一項相符合。在此，由現行法律規定，澄清自己身世之途僅能經由撤銷婚生行之，而後者復局限於少數之例外構成要件（民法第一千五百九十三條，一千六百a條），即可得出現行法律規定係屬違憲。

立法者願如何將憲法上之訾議考慮進去，此係其分內之事。立法者將必須特別對下列事項作出決定：他是否願意透過擴大得為撤銷婚生之理由以滿足該非從母之父所出之子女知悉生父之請求，或其是否在維持民法第一千五百九十八條、第一千五百九十六條第一項第二款時——舉例而言——願意給予子女其他由民法第一千五百九十三條迄今仍排除之訴訟可能性，以及此等可能性在細節上應如何被設計。

（簽名）

Herzog

Niemeyer

Henschel

Seidl

Grimm

Söllner

Dieterich

關於「男女平等」之裁定

BVerfGE 84,9-25【妻冠夫姓案】

聯邦憲法法院第一庭1991.3.5裁定

——1 BvL 83/86與24/88——

黃 瑞 明 譯

裁 判 要 目

裁判要旨

裁判主文

理由

A.爭點

I 相關法條與立法過程

1.舊民法第一千三百五十五條不合憲

2.第一婚改法之修正

II 案例事實

1.1 BvL 83/86案之事實

a)原審夫妻申請保留本姓

b)區法院質疑民法第一千三百五十五條第二項
第二句有違憲之處

2.1 BvL 24/88案之事實

a)夫妻不同意以夫姓為共同婚姓

b)區法院質疑民法第一千三百五十五條第二項

第二句違反兩性平等原則

III 相關單位對諸移送案之意見

1. 聯邦司法部之意見
2. 柏林邦司法廳之意見
3. 什列斯威——赫爾斯坦邦總理之意見

B. 諸移送案合法

C. 民法第一千三百五十五條第二項第二句違反男女平等

I 禁止以性別差異作為法律上不平等待遇之主要理由

II 依民法定婚姓之作法對男女不平等

1. 審查之標準為基本法第三條第二項
2. 該補充規定不合理
 - a) 性別功能上差異不能合理化性別差別待遇
 - b) 其他憲法保障亦不足以合理化性別差別待遇
3. 夫妻之可選擇婚姓亦不足以合理化性別差別待遇

D. 立法者應制定新規定，聯邦憲法法院在此之前應作出過渡規定

I 該規定違憲，但不宣告為無效

II 立法者之形成空間

1. 立法者應重新規定婚姓法
2. 某規定被宣告違憲後之結果
 - a) 應避免之情形
 - b) 例外暫時適用違憲規定之不當

- c)制定過渡規定之必要
 - aa)夫妻可申請保留本姓
 - bb)對子女姓氏之特別規定
- 3.配偶雙方之聲明暫先適用

裁判要旨

如配偶雙方未將其中一人之出生姓定為婚姓，則夫姓依法即成為婚姓之規定（民法第一千三百五十五條第二項第二句）係與平等權利原則（基本法第三條第二項）不符。

第一庭一九九一年三月五日之裁定

—— 1 BvL 83/86 與 24/88 ——

於檢驗民法第一千三百五十五條第二項第二句是否合憲之程序，只要依此規定如配偶雙方未將其中一人之出生姓定為共同之婚姓時，則夫姓即成為婚姓，——杜賓根區法院之中止與提案裁定a)1986.11. 24-8 GR 219/86——附以1987.4.7、1988.4.11與5.5之補充裁定——1 BvL 83/86——，b)1988.7.26-3 GR 115/88-1 BvL 24/88——。

裁判主文

I 民法第一千三百五十五條第二項第二句，按一九七六年六月十四日婚姻與親屬法第一次改革法（第一婚改法）(BGBl I.S.1421) 之版本，係與基本法第三條第二

項不符。

II 迄至新法律規定生效前，民法第一千三百五十五條及第一千六百一十六條應按如下之指示適用之：

1. 配偶雙方在本裁判主文公布於聯邦法律公報之日後締結婚姻而不依民法第一千三百五十五條第二項第一句為決定時，則每一方暫時保有其於結婚時所使用之姓氏。

2. 如配偶雙方因而未使用共同之婚姓，則其婚生子女之姓暫時依下述規則定之：

法定代理人得在子女之出生獲得公證前向戶政公務員為以下之決定：該子女將取得父之家姓、母之家姓或由此二者以任一順序構成之複姓。如彼等不為決定，則該子女取得由配偶雙方之姓氏所構成之複姓；複姓之順序則依抽籤定之。

理 由

A.（爭點）

區法院之各該移送案涉及如下問題：夫之出生姓在配偶雙方於結婚時未將一方之姓氏定為婚姓之情形即為婚姓，此等規定是否與基本法第三條第二項相符？

I（相關法條與立法過程）

1.依一八九六年八月十八日之民法(RGBI.S.195)第一千三百五十五條，妻於結婚時取得夫之姓。一九五七年六月十八日之平等權利法(BGBI.I S.609)對此規定為如下之修正：妻在共同之家姓附加其本姓之權利。本院在一九七八年五月三十一日之裁定(BVerfGE 48,327)中裁決此一規定係與基本法第三條第二項不符。

2.在此之前，民法第一千三百五十五條已受到一九七六年六月十四日之婚姻與親屬法第一次改革法（第一婚改法）(BGBI.I S.1421)之修正。

聯邦政府之草案(BTDrucks.7/650)在當時係規定，訂婚人有義務在締結婚姻時定其所使用之共同家姓（婚姓）。戶政公務員得在彼等作出相應之聲明後始處理結婚事宜。訂婚人有權於夫之出生姓、妻之出生姓與由此二者所組成之複姓中選擇其一。聯邦眾議院固採納將婚姻之締結繫於訂婚人在先前有無就婚姓為聲明之建議，卻刪除了選擇複姓的可能性。此外，它也偏離了聯邦政府的草案而決議給予其姓氏不被定為婚姓之配偶有將其姓置於婚姓之前的權利(BTDrucks.7/3119,S.4 und 11)。

聯邦參議院則對訂婚人有義務就婚姓為聲明一事提出質疑，其理由為配偶雙方之決定自由將因此而受到限

制。依其見解，縱使吾人認為將夫姓專訂為婚姓之作法係違反兩性平等權利原則，唯（將此修正為）夫姓或妻姓得被定為婚姓即為已足。為避免強制作出聲明而有必要制定補充規定時，以夫之姓氏為銜接點係屬合乎事理之作法(BTDrucks.7/ 3268,S.2)。

最後，聯邦眾議院與聯邦參議院同意協調委員會之申請(BTDrucks.7/ 4992)，廣泛地承受聯邦參議院就婚姓之建議，對聯邦眾議院之決議則僅在該「不被慮及」之配偶有權將其姓氏置於婚姓前之範圍內採納之。

據此，民法第一千三百五十五條取得如下之內容：

(1)配偶雙方使用共同之家姓（婚姓）。

(2)配偶雙方得於結婚時經由向戶政公務員為聲明而定之夫之出生姓或妻之出生姓為婚姓。彼等未作決定時，夫之出生姓即為婚姓。出生姓係在結婚時應登記於訂婚人之出生證明書內之姓氏。

(3)其出生姓未成為婚姓之配偶得經由向戶政公務員為聲明而將其出生姓或於結婚當時所使用之姓氏置於婚姓前；聲明需有公證。

(4)為鰥寡或已離婚之配偶保有婚姓。其得經由向戶政公務員為聲明而再接納其出生姓或其於結婚當時所使用之姓氏；聲明需有公證。

婚姓既定，婚生子女之姓亦同時獲得確定；婚生子

女依民法第一千六百十六條取得其父母之婚姓。

II 本案原審程序涉及下述配偶之更正申請：由於渠等未依民法第一千三百五十五條第二項第一句作出決定，故依民法第一千三百五十五條第二項第二句取得夫姓作為婚姓。

1.程序 1 BvL 83/86：

a)原審程序之申請人均係德國國民，渠等於結婚時曾向戶政公務員聲明雙方均願在婚姻中保有出生姓。該戶政公務員即根據民法第一千三百五十五條第二項第二句將夫姓列為婚姓而登記入結婚登記簿內。該配偶雙方爰申請將該登記簿更正為彼等於婚姻中仍繼續使用各自出生姓。

b)區法院中止該訴訟並向本院提出如下之問題：民法第一千三百五十五條第二項第二句之規定是否在後述範圍內違憲：如配偶雙方於結婚時並未將其中一人之出生姓定為婚姓，則前開規定即致妻失去出生姓並使夫之出生姓成為婚姓。

依該法院之陳述，於決定更正結婚登記簿之申請時攸關重要者係被提出檢驗之規範。該對配偶之申請應評為係夫與妻之各別獨立申請。獨獨妻因為民法第一千三百五十五條第二項第二句之規定而在結婚時即喪失其出生姓並取得夫之姓氏作為婚姓。因此，本規範之合憲性便繫於將夫姓登記為該女申請人於婚姻中應使用之姓一

事是否正確上。如此規定與憲法相牴觸，則法律漏洞即產生；在此等法律狀況下戶政公務員當無權將夫之出生姓列為共同之婚姓而登記入結婚登記簿內。

該法院認為，於補充規定內將夫姓作為銜接點的做法使妻蒙受不利，蓋妻姓僅在妻能使其夫作出相應之聲明時方成為婚姓；反之，對夫而言，使其與配偶作協議之嘗試，斯種強制並不存在，蓋在發生衝突之情形夫姓均能逕成為婚姓。使此等區分得以銜接之生物學上或功能上差異並無從看出。

2.程序I BvL 24/88：

a)原審程序之申請人亦均為德國國民。彼等於締結婚姻時聲明：彼等認為自身無能依民法第一千三百五十五條第二項第一句定婚姓；唯彼等亦不同意將夫之出生姓列為婚姓而登記入結婚登記簿內。該戶政公務員之出發點則為，夫之出生姓依民法第一千三百五十五條第二項第二句已成為該對配偶之共同婚姓，並將此夫姓登記入結婚登記簿內。

該對配偶因此向區法院提起分開之申請。夫請求經由更正結婚登記簿而記載其妻與其本身並不使用其出生姓為共同之婚姓。妻提起同樣之申請並附帶請求指示戶政公務員在結婚登記簿上註明其始終使用其出生姓。

b)區法院中止該程序並向本院提出如同在程序I BvL 83/86 的問題。原區法院認為更正結婚登記簿或指示戶政

公務員之申請依目前之法律情況雖屬合法，但卻沒有理由。由於該女申請人獨獨基於民法第一千三百五十五條第二項第二句之規定而喪失其出生姓並取得夫之出生姓作為婚姓，本案之裁判便繫於此規定是否符合基本法或違反憲法而無效。本規範之違憲性在慮及平等權利原則之沿革史後益形明顯。立法者如將傳統不利女性之作法當成其規定之標準，則其便未達成基本法第三條第二項所賦予之創造兩性平等權利之任務。對立法者而言，其他之規定可能性亦係存在。如同本院在一九八八年三月八日之裁定(BVerfGE 78,38)中所確定者，立法者並無義務規定單一之家姓。在無法獲致一規定使用共同之姓之義務且亦與基本法第三條第二項相符之解決方式時，立法者依憲法可能有義務將民法第一千三百五十五條作如下之補充：訂婚人在未來得在婚姻中繼續使用其出生姓。

Ⅲ（相關單位對諸移送案之意見）

就各該移送裁定，聯邦司法部長以聯邦政府之名及柏林邦司法廳與什列斯威—赫爾斯坦邦總理均已表示意見。

1.該聯邦部長認為民法第一千三百五十五條第二項第二句係屬合憲。聯邦部長認為，已遵守了憲法上並無疑義之婚姻中單一姓原則之立法者僅有有限之可能性以

定單一之家姓。在訂婚人對姓未能協議時如即拒絕其締結婚姻，此將不僅在法政策上有關題，同時亦會在憲法上產生疑問，蓋其將妨害結婚之自由，並使子女無法取得婚生地位以及在雙親之婚姻家庭中成長之可能性。立法者在作因此而有必要之補充規定時實際上只能以配偶雙方中一人之姓為銜接點，蓋其他之解決方式將更不符合事理，且採複姓也會即因為有必要對二姓定出先後順序而無法解決問題。立法者在民法第一千三百五十五條作出對當事人最不妨礙之規定，其方式為首先讓配偶雙方得以選擇其出生姓之一為婚姓，並僅在並未作出相應之聲明時於契合德國之命名傳統下以夫之出生姓為銜接點。其因此所生之男女不公平待遇固係無法避免，唯在效果上已透過如下之規定獲得減輕：配偶中其姓不成為婚姓者得將其姓置於婚姓前，從而得在日常交往中繼續使用其姓。

此外，聯邦部長認為，放棄單一姓原則而作出無關性別之規定亦有其困難。其因此有必要就子姓而為之規定必須對父母無法協議之情形準備一補充規定，對此補充規定無法看出有不銜接父母一方之姓而仍合乎事理之標準。於父姓或母姓中選擇其一與在建立複姓時決定二姓之先後順序既均係無法依為子女福祉之標準而為，則就子女姓所為之決定亦不能在有衝突時交由監護法院為之。

2.柏林邦司法廳之見解者：民法第一千三百五十五條第二項第二句係基於性別原因作出與基本法第三條第二項不符之不平等待遇。傳統之角色分配反正既然已在諸多領域不再適用，則其亦無法使妻在婚姓法上所受到之不利得被合理化。配偶雙方得經由就婚姓為協議或甚至放棄結婚以避免民法第一千三百五十五條第二項第二句之法律效果，此一可能性既然存在，不平等待遇即不應受准許。藉助於無關性別之標準以定婚姓亦非不可能之事。

3.什勒斯威—赫爾斯坦邦總理亦認為民法第一千三百五十五條第二項第二句為違憲。依其見解，正如聯邦憲法法院所一再重覆的，平等權原則之適用並不繫諸關係人之傳統性確信，蓋基本法第三條第二項正應為將來而貫徹男女平等權。在無可行之可能性以定共同之婚姓時即否認有違憲情事存在，此是否在憲法教義上應受准許，可以擱置不論，蓋制定一符合平等權原則之規定在此係屬可能之事。

B.（諸移送案係屬合法）

各該移送裁定清楚地顯示出關於由諸妻所提出之更正申請之裁判乃繫諸應受檢驗之規範是否合憲。因此，就由諸夫所提起之申請而言，規範對裁判之重要性是否亦得被肯認，便毋庸再為檢驗。

C.（民法第一千三百五十五條第二項第二句違反男女平等原則）

民法第一千三百五十五條第二項第二句與基本法第三條第二項不符。

I（禁止以性別差異作為法律上不平等待遇之重要理由）

基本法第三條第二項禁止以性別差異作為法律上不平等待遇之重要理由。此雖不排除鑒於客觀之生物學上或功能上（分工上）之差異而依各該介於男女間之生活關係為區分之規定（參照BVerfGE 63,181[194]，附有文獻）。唯僅以傳統對生活關係有影響一點尚不足以說明不平等待遇之存在理由。假使前已存在之社會實態均必須被接受，則前開憲法原則亦將失去其為將來貫徹男女平等之功能（參照BVerfGE 57,3 35[344,345f.]，附有文獻）。平等權原則應嚴格適用之。這特別行於女性蒙受不利之情形；蓋基本法第三條第二項尤其應為除去此等不利而存在（參照BVerfGE 74,163[179]）。

II（依民法法定婚姓之作法對男女不平等）

依民法第一千三百五十五條第二項第二句，如配偶雙方未將其出生姓之一定為婚姓，則夫姓即為婚姓。從而此規定在確定婚姓時對男性與女性即有不同之待遇。此種不平等待遇並不因男女間之客觀差異而成為合理。其亦不基於其他理由而在憲法上成為合法。

1.以基本法第三條第二項為標準而對前開法律規定之檢驗並不因如下之理由即不應為之：在德國戶政公務員之前締結婚姻之配偶雙方當已知法律規定並得因此而被視為默示同意法律所定之法律效果。斯種主張已不符下列事實：即使定婚當事人雙方——如同在原審之情形——均明白表示反對之意，夫姓依法仍成為婚姓。欲避免女方受到姓名法上不利益之訂婚當事人如無法就共同之家姓為協議，即必須繼續不結婚。此外，即在制定任意性規定之情形，立法者亦必須留意及基本權。

2.該依性別而作區分之補充規定亦不因在基本法第三條第二項前站得住腳之理由而成為合理。

a)生物學上或功能上之差異並不能使不平等待遇成為合理（參照BVerfGE 48,327[327]）。於此，究竟在何等範圍內功能上（分工上）之差異尚能被援引為歧視女性之理由，是一問題可擱置不論。因為此等差異而在姓名法上之不平等待遇明顯地無法成為合理。女性之所以從事較少之工作（參照Wacke in:Munchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,2.Aufl.,1989, § 1355,Rdnr.

13），並非由於客觀上之功能上性別差異，而是充其量由於傳統上之典型性分工所使然；基本法第三條第二項正不欲使此種分工確立下來（參照BVerfGE 57,335[34 4]）。女性在較高層次之工作地位較為少見（Wacke，前揭書），部分原因即是因為不合理之歧視所致。

b)平等權原則亦不因其他憲法所定之保障而在本案之關聯性上受到限制（參照BVerfGE 48,327[338f.]，附有文獻。）立法者決定固守單一家姓，此在憲法上雖然無可指摘。唯此決定卻無法使依性別而作之區分成爲合理，其理由自基本法第六條第一項並不要求立法者維持家庭中姓氏單一點即可得出（參照BVerfGE 78,38[4 9]）。吾人亦無法看出，對諸此案例應作之子女姓規定將使立法者面臨一些能使在婚姓法上偏離男女平等原則之作法成爲合理之問題。外國法秩序以及近年來關於重新規範婚姻法與家姓法之法政策討論均顯示：在不害及平等權原則下，對子女姓可以尋出可行之規定。

唯立法者使夫妻有共同家姓之決定並不能使民法第一千三百五十五條第二項第二句所規定之男女受不平等待遇即成爲合理，其原因亦係在：姓氏單一亦得在不違反平等之要求下獲得實現。於立法之過程中，尋求較能慮及基本法第三條第二項之解決方式之努力之所以在最後沒再進行，主要亦係因民法第一千三百五十五條第二項第一句所提供之姓氏選擇方式已被認爲足夠（比較上

述A12)。

3.此一不平等待遇並不會因為配偶雙方得依民法第一千三百五十五條第二項第一句定女方或男方之姓為婚性而失其重要性。在一方面，法律上之平等秩序問題特別在訂婚雙方無法協議時有其意義。但法律卻正針對此一案例定有不利女性之規定。在另一方面，此種補充規定必然會反作用至配偶雙方之選擇權上，其結果則為：在關於婚姓之決定尚在形成時，機會平等即因女方蒙受不利而被害及。蓋男方可能因為意識到如下情形而減少其協議之意願：如其伴侶在雙方意見不合時不放棄結婚，其姓氏依法即成為共同之家姓。因此，類似在民法第一千六百二十八條第一項（舊條文）父為決定之情形，配偶雙方得共同定婚姓之原則不能使妻在補充規定中之劣勢地位獲得彌補（參照BVerfGE 10, 59 [78 f.]）。

D.（立法者應制定新規定，聯邦憲法法院在此之前應作出過渡性規定）

因此，民法第一千三百五十五條第二項第二句係與基本法第三條第二項不符。立法者必須立出一個尊重平等權原則包含對「老案件」之過渡規定之新規定。為使法律清楚起見，迄至新法律規定生效前，有必要在本裁判中作出過渡規定。

I（該規定違憲，但不宣告為無效）

一規範與基本法不符時，則其原則上應受無效之宣告（聯邦憲法法院法第八十二條第一項結合第七十八條第一句）。唯如在違反普通或特別之平等原則時合憲性得透過不同之方式予以回復，且作出無效之宣告將使立法者無用武之地，或如作出無效之宣告將導致一個更無法符合憲法之狀態，則上開原則即不適用（參照BVerfGE 61,319[356]; 1990.11.27裁定——1 BvR 402/87——S.33）。

本此，本院之裁決應限制於如下之範圍內：該違憲之規定係與基本法不符；蓋如作出在原則上將會指涉該規定之全部適用時段之無效宣告（參照BVerfGE 1,14[37]），則將導致在姓名法中無法承受之極度法律不安定。聯邦憲法法院法第七十九條第二項固然就對過去所生之法律關係而為無效宣告之情形在實質上限制其後果，因之避免法律不安定，但此規定在此並無法直接適用，蓋民法第一千三百五十五條第二項第二句之法律作用係在不經官署或法院之介入即已發生（參照BVerfGE 37,217[262f.];48,327[340]）。因此，就因違憲而對在過去已締結之婚姻之配偶雙方姓氏所生之作用需作特別之法律規定（參照BVerfGE 37,217[263]）。

II（立法者之形成空間）

1.立法者有義務，至少就配偶雙方未依民法第一千三百五十五條為決定之情形，對婚姓法重新予以規定。於此立法者有一寬廣之形成空間。他可以決定保留單一之家庭姓並輔以與性別無關之補充規定。唯他亦得在姓氏單一原則外允許例外或重新廣泛地規定婚姓法。

2.如一規範被宣告為與基本法不符，則此在原則上會導致該規範不得再受法院與行政機關適用之結果（參照BVerfGE 37,217[261]; 82,126[155]）。

a)在此，是一原則不可導致如下結果：迄至重新訂定法律規定前，婚姻僅能在訂婚雙方依民法第一千三百五十五條第二項第一句作出關於共同家姓之宣告時被締結。基於憲法上之理由，無從考慮對民法第一千三百五十五條之剩餘部分作如斯解釋，蓋其將導致法律並未規定之婚姻障礙。於此無庸檢查者：將在民法第一千三百五十五條第二項第一句所定之範圍內選擇共同姓氏宣告為結婚之前提，此是否在實質上與基本法第六條第一項相符？無論如何，受憲法保障之結婚自由僅能以立法者審慎衡量後之決定而限制之。唯立法者在當初卻正欲避免該與強制聲明相結合之對結婚自由所作之限制（比較聯邦參議院之變更申請理由書——BTDrucks.7/3268——

協調委員會繼受此一申請）。

b)因此，迄至重新立法規定前乃有必要訂定一補充規定。唯此並無法使違憲之規定例外地暫時獲得繼續適用。固然因此關於配偶雙方在不依民法第一千三百五十五條第二項第一句為聲明時應使用之姓所存之法律不安定性可能得以避免（參照BVerfGE 37,217[260];61,319[356]）。然而繼續適用民法第一千三百五十五條卻將導致以其後之新規定無法或僅能在重新害及當事人之人格權下始能被回復之違反憲法情事。

人之出生姓係個別性與同一性之表現；因此，個人在原則上得要求法秩序尊重並保護其姓。無重要理由存在時不得要求變更姓（參照BVerfGE 78,38[49]）。此等憲法上之要求雖然在配偶雙方被課予使用家姓之義務下獲得滿足。但與繼續適用民法第一千三百五十五條第二項第二句相結合之對被涉及之妻所生之強制，即強制其放棄自己之姓以使用夫姓為婚姓，卻不能再以公共福祉為立論依據，蓋該以夫姓為銜接點之補充規定為違憲係屬確定之事。由於立法者在為亟須制定之新規定時必須就婚姻期中所使用之姓氏作出不同之規定，被涉及之妻僅能藉重新易姓以利用新規定所提供之姓氏決定可能性，也就是必須忍受其人格權受到進一步之侵害。

c)此等過渡規定必須將配偶雙方不依民法第一千三百五十五條第二項第一句作聲明之情形納入其內。此外

則仍適用現行規定。因之，戶政公務員將必須首先依婚姻法第十三a 條詢問訂婚雙方是否願意作聲明。

aa) 於訂婚雙方在相關詢問後並不於法律對其所提供之可能性範圍內決定婚姓時，下列之過渡時期作法係屬最不妨害者：配偶雙方暫先保有其在結婚前所使用之姓氏。對立法者而言，此等過渡規定亦不越俎代庖，而毋寧是使新規定更為容易，其避免了必須多次易名之問題。

bb) 由於對姓氏單一原則在如上情形設暫時例外，則特別是對於子女姓氏亦有必要立暫時之規定。於此吾人應自民法第一千三百五十五條第二項第一句與民法施行法第二百二十條第五項所顯現之父母姓任擇其一原則出發。立法者之形成自由與自本院之功能所生之界限亦屬應同時注意者。因此，所選擇之解決方式必須是儘可能少介入關係人之權利，且不使以後立法之新規定變得困難。

課配偶雙方在締結婚姻時有確定子女姓氏之義務，斯種作法不予考慮之，蓋此將限制結婚之自由。將子女姓氏銜接於父母一方之姓氏，斯種作法不予計及之，蓋其亦將面臨憲法上之顧慮。於慮及諸此作法後，擴大父母之選擇權似為干擾最少之解決方式。選擇複姓——順序隨意——之可能性或許適宜大量地減少雙親無法協議之案件。此外，經由此種解決之道，未來立規定之方式也將最不至於受限。於發生衝突時暫時給子女複姓，其

順序則由戶政公務員按抽籤定之。循此程序，雙親之一方將不致如在依姓氏字母順序處理之情形受到不利。

3.對於已在本裁判公布前結婚，未依民法第一千三百五十五條第二項第一句作出聲明之配偶而言，自民法第一千三百五十五條第二項第二句所生之姓氏法上結果仍暫先適用。唯立法者必須對此等案例作出特別規定。於此，單單基於法律安定與法律和平之理由，立法者即無義務溯及地除去規定之全部效果。唯其應留意使過去違憲之法律情況對未來所生之不利影響得被排除（參照 BVerfGE 37,217[262f.];48,327[340]）。

據此亟須制定之法律過渡規定至少應延伸至係直接依民法第一千三百五十五條第二項第二句而定其婚姓之所有配偶。對渠等必須提供在將來使用自符合平等權原則之規定所生之姓氏之可能性。

移轉規定之詳細內容繫諸婚姓法在未來將如何被設計而定。唯如立法者背離姓氏單一原則或至少允許例外存在時，其亦應作如下之檢驗：新規定所提供之可能性是否亦必須讓在過去依民法第一千三百五十五條第二項第一句作出聲明之配偶得以利用？

對於在本裁判公布前結婚之配偶，更正戶籍登記簿中之登記在目前並不可能，蓋渠等之家姓迄至新立法規定前仍依民法第一千三百五十五條第二項定之。程序只要係依戶籍法第四十五條與第四十七條繫屬於法院者，

即得爲避免費用上之不利而在鑑於新規定將被訂立下中止之。

(簽字)

Seidl

Grimm

Söllner

Dieterich

Kühling

Seibert

關於「父母代理未成人為法律行為之界限」之裁定

BVerfGE 72,155-175【法定代理權界限案】

聯邦憲法法院第一庭1986.5.13裁定

——1 BvR 1542/84

蔡明誠譯

裁判要目

裁判要旨

案件來源

裁判主文

理由

A.爭點

I 相關民法規定

II 訴願事件背景及普通法院判決經過

1.訴願人之背景

2.訴訟過程

a)地方法院原訴訟結果

b)高等法院判決

c)聯邦最高法院判決

III 憲法訴願之提起與爭點

IV相同單位之意見

- 1.聯邦司法部之見解
- 2.原審程序對造之意見

B.本件憲法訴願合法並有理由

I 向來法院及文獻上通說

- 1.須監護法院許可之法定代理行為
- 2.繼承遺產之繼續營業不須監護法院許可，不合理

II 聯邦憲法法院之見解

- 1.私法自治屬一般人格權
 - a)一般人格權係「無名」自由權
 - b)未成年不能影響父母之代理權限
- 2.親權包括人身監護與財產監護
- 3.於繼承時，法定代理權應有適當限制

III 過去立法者，帝國法院與現在司法部長之見解

IV 結論：原判決違憲，廢棄發回。

裁判要旨

父母於未分割遺產繼承營業之繼續經營時，得依父母之代理權（民法第1629條），使其子女於經濟上無限制負擔義務者，與未成年人之一般人格權（基本法第二條第一項及第一條第一項）不符合。

本案係不服聯邦最高法院一九八四年十月八日判決（II ZR 223/83）。

憲法訴願程序訴願人：1.A女士，2.A未成年人....代理人：Helmut Haupt,Ulrich Joachim Kronenberg 與 Heinz-Joachim Hofer律師

判決主文

1.就父母關於歸屬遺產之商事行為繼續營運，未經監護法院許可，將可能使其未成年人子女負擔超過繼承財產責任拘束情形，民法第一六二九條及一六四三條第一項於一九七九年七月十八日「父母照顧權新規定法」修正條文(BGBI.I S.1061)，不符合基本法第二條第一項及第一條第一項規定。

2.聯邦最高法院一九八四年十月八日判決(II ZR 23 3/83)侵害本案第一及第二憲法訴願人之基本法第二條第

一項及第一條第一項所生之基本權。該判決應予廢棄。
本案發回聯邦最高法院。

3.聯邦德意志共和國應賠償憲法訴願人必要之費用。

理由

A.（爭點）

本件憲法訴願涉及之問題，係父母使其子女，於法定代理權範圍內，負有無限額度經濟上義務，是否符合基本法規定。

I（相關民法規定）

1.該照顧未成年子女之權利及義務，於婚生子女時，原則上屬於父母。民法就此所根據之規定，於一九七九年七月十八日「父母照顧權新規定法」修正條文規定為：

第一六二六條

(1)父母有照顧未成年子女之權利及義務（父母監護權）。父母照顧權包含對子女人身照顧（人身監護權）與子女財產監護（財產監護權）。

(2)....

第一六二九條

(1)父母監護權包含子女代理權。父母共同代理子女；對子女為意思表示者，對父母之一方為之即可。父母之一方於其單獨行使父母照顧權，或依第一六二八條第一項讓與決定權者，該父或母單獨代理子女。

(2)....

(3)....

第一六四三條

(1)依第一八二一條及第一八二二條第一款、第三款、第五款、第八款至第十一款規定，監護人須經許可情事，父母為子女所為法律行為，須經監護法院許可。

(2)....

(3)....

該須經許可之土地行為，包含於第一八二一條規定。其他須經許可之行為規定如下：

第一八二二條

下列情事，監護人須經監護法院之許可：

(1)就受監護人全部財產、就其繼承財產、就其將來法定應繼分或將來之特留分，負有處分義務之法律行為，及就受監護人對遺產之應繼分為處分之法律行為；

(2)....

(3)訂定有償取得或讓與營業為目的之契約，及為從事營業而訂定之合夥契約；

(4)....

(5)訂定使用租賃契約或收益租賃契約，或訂定使受監護人負有定期給付義務之其他契約，而其契約關係於受監護人成年後仍繼續一年以上者；

(6)....

(7)....

(8)利用受監護人之信用而受領金錢者；

(9)簽發無記名證券，或負擔票據債務或其他得以背書轉讓之證券上債務；

(10)承擔他人債務，如承擔保證債務。

(11)對經理權之授與；

(12)....

(13)....

依第一六四五條規定，父母未經監護法院之許可，不得以子女名義開始新營業。

2.a)至一九五七年六月十八日民法領域男女平等權利法（簡稱平等權利法）（聯邦法律公報第一卷第六〇九頁）為止，父單方原則上享有監護子女之人身及財產。子女財產之用益，亦依父之親權而歸屬之（一八九六年八月十八日民法第1627條、第1649條——帝國法律公報

第一九五頁）。前揭規定之權益非依平等權利法而共同移轉父與母，而係全部廢除。此外，就此從而確立，父母之債權人就子女財產之用益，將無滿足其債權之請求權（參照政府草案之立法理由：BTDrucks.II/224,S.61）。

b)民法第一六四三條第一項規定之許可義務，業已納入一八九六年民法之中。但其依舊法規定，祇是針對權力者(Gewalthaber)以法定代理人身分，用子女名義所為之法律行為。反之，權力者係以自己名義而為子女財產用益者，其不受監護法院許可之拘束（參照Staudinger/Engler,Kommentar Zum BGB,10/11. Aufl., Viertes Buch, § 1643 Rdnr.2）。民法第一八二二條之文義自一八九六年以後，如不考慮第五款以「成年後」取代「滿二十一歲後」情形，並無變更。

民法第一八二二條第三款規定理由，源自有關有償取得營業之契約及為從事營業而訂定之合夥契約，因其意義重要性及從而所包含之危險，有人承受許可義務，且就作為補充民法第一六六三條（現為：民法第一六四五條）之秩序規定之許可必需性，被視為必要。因繼承或遺贈而取得營業，無許可義務（理由，第1145頁，刊載於Mugdan, Die gesamten Materialien Zum Buergerlichen Gesetzbuch,Bd.IV,S.607）。如於監護（理由，第1136頁，刊載於Mugdan，前揭書，602頁）情

形，有人顯然認為，父之代理權鑑於特別重大的超越通常財產管理之限制的法律行為，藉由一般原則上規定予以限制，似不可能。此等法律毋寧以列舉「個別特定的且明確具體的範疇」為已足。

II（訴願事件背景及普通法院判決經過）

1. 訴願人分別出生於一九六四年五月十五日及一九六九年十月五日，其係一九七四年死亡而以經營農業機械為名義之個體商人之女兒。訴願人連同其母繼承父業。其母決定與其女兒以不分割遺產方式繼續經營企業(Firma)，相關商業登記於一九七四年七月為之。

於一九七八年，母欲分析遺產，並從一九七八年七月起生效，將商業變更為兩合公司。訴願人作為兩合公司有限責任股東，每位應投資二萬馬克。依母之聲請，為訴願人，被任命為輔助監護人。

該兩項契約雖已訂定，但不被監護法院所許可。

該以不分割遺產方式繼續經營之企業，於一九七八年春，同原始程序原告（以有限公司及兩合公司法律形式之製造企業）建立營業關係。基於發生支付困難，且該有限公司及兩合公司因重大未決的債權，對之提起扣押命令後，該母本人以企業名義，且同時為訴願人，經公證為連同百分之十二利息之約851000馬克債務承擔。

於此時，其以所有參與人名義，服從因證書而生之即時強制執行。監護法院不授與就該證書請求取得之許可，而係於一九八一年二月十八日，在同時監護人任命之際，撤銷訴願人之母對其子女之財產監護。

因該承擔債務僅支付20000 馬克，該有限公司及兩合公司基於經公證的證書，開始執行。特別是其促使扣押共同繼承人遺產分析請求權，並轉交取回。隨著其聲請該具有遺產財團重要價值之房地分開拍賣。

2.監護人就債務承擔對訴願人拘束力提出爭議後，該有限公司及兩合公司提起該債務承擔對訴願人亦發生效力之確認訴訟。

a)地方法院駁回訴訟。

該以不分割遺產方式之營業繼續經營，不需經監護法院之許可，但該由母對訴願人所為債務承擔不生效力。遺產之管理，依民法第二〇三八條第一項規定，共同歸屬於繼承人。共同遺產雖然可授權予共同繼承人之一人行使管理行為。但因民法第一八一條之強制締約禁止，未成年之法定代理人不能以其名義授與必要之代理權。此種情形或許祇可能發生於此未被任命之監護人。

b)該有限公司及兩合公司上訴第二審仍無理由。高等法院——縱使另有其他理由——肯認第一審判決。

債務承擔雖係該母於其代理權內對訴願人而為者；其亦不需監護法院之許可。但就債務承擔所生權利主張，

爲不當得利之抗辯。該母於所有與繼承營業繼續經營有關聯且以債務承擔爲基礎之法律行爲時，不能有效使訴願人負擔義務；因營業繼續經營應視爲係以無限公司方式之公司聯合，且其因曾爲未成年訴願人之參與，依民法第一八二二條規定負有許可必要。其他結果亦屬不公平，因一九七九年締結合夥契約僅基於未成年人保護理由不予許可。

c)聯邦最高法院廢棄前審之判決，其如同高等法院之出發點，即該由母爲有益於原始程序之原告之債務承擔，對訴願人係屬生效。該母於其法定代理權範圍內，得使訴願人負擔義務，因民法第一六四三條所稱之情事並不存在。該需經許可之法律行爲範圍（民法第1821條、第1822條）已正確限定。於法安定性及法明確性之利益，禁止擴張及於其他行爲。不當得利之抗弁方面，不同於第二審上訴法院之見解，不妨礙因債務承擔所生訴願人之請求權行使。繼承營業由多數繼承人繼續經營，不應必然視爲公司聯合。就此對本案欠缺其根據。商法第二十七條係基於歸屬遺產之營業得以由繼承人繼續經營爲出發點。於必然之觀察時，始終顯然者，允許共同繼承人於不分割遺產而歸屬遺產管理之營業繼續經營。對此亦存有實際上之必要性。於無限公司之組成時，營業財產僅透過遺產之財產標的之個別讓與，將之轉入公司中。繼承人不是於任何情形下被強制爲遺產分割，於

此存在部分遺產分割（民法第2043條以下）。此外，如僅規劃企業之暫時繼續經營者，可能發生重大之費用，該費用特別顯現不成比例之支出。但仍可能有合宜的理由支持企業得於不分割遺產方式下繼續經營。

惟繼承人爲營業之繼續經營，得設立無限公司；就此（至少決意明白表示）之意思，不是少見。但對此單獨由繼承人決定繼續經營企業，尚有不足。

未成年人保護於以不分割遺產方式繼續經營營業時，不與以商事公司方式繼續經營企業情形爲相同形式之保障，此看法固屬妥當；因如合夥契約爲依民法第一八二二條第三款規定監護法院之必要許可，受到拒絕時，未成年合夥人（不同於未成年共同繼承人）不因合夥締結之營業而使之負有義務。但此未成年保護之欠缺，無理由允許專以合夥法律形式繼續經營繼承之營業。

何人是否以合夥法律形式或以不分割遺產方式從事營業者，就所生之經濟危險通常甚少改變。因此，不禁產生問題，即是否民法第一八二二條第三款不被要求類推適用於伴隨未成年繼承人之營業繼續經營情形。但此於目前文獻未發見贊同者，且該爲判決之法庭亦未就如此步調有所決定。直至目前爲止，聯邦最高法院向來基於法明確性及法安定性理由，予以拒絕擴張法定代理人代理權限制之規定。此外，僅於監護法院未授與許可時，如法定代理人欠缺就所有於營業經營時締結之法律行爲

代理權者，始可能達成透過民法第一八二二條第三款準用而為未成年共同繼承人之保護。但依過去見解，如此廣泛之效力不符合許可之要件。

作為共同繼承人而參與屬於遺產之營業行為的未成年人之地位，基本上與民法第一八二二條第三款情形有所區別。於前述情形，可能期待許可之判決，而不致於侵害參與人之現有財產地位。反之，未成年人如因繼承而成為現存企業之共同所有人者，其餘共同繼承人於許可必要性情形，得選擇停止營業且容忍因此關連之不利，或至監護法院判決前，於無因管理之危險下繼續經營。此後監護法院應就依其功能非屬它且從本質而言為企業上判決。何種情事伴隨著歸屬遺產之企業發生。此遠不同於民法第一八二二條第三款規定情事，而不使該規定擴張適用於未分割遺產之繼承營業繼續經營案例，予以正當化。於此情形，監護法院之許可，如同未成年之單獨繼承人繼承營業繼續經營與未成年人繼受被繼承人之合夥人地位之類似情事一般，並不被要求需經許可。

訴願人作為合法以未分割遺產繼續經營營業之共同所有人，就其母作為法定代理人所訂定法律行為所生之權利及義務，於此得以享有及負擔之。此非決定於原始程序之訴願人是否於行為之締結時知悉該所有人關係。

III（憲法訴願之提起與爭點）

訴願人提起憲法訴願，不服聯邦最高法院對其可執行之債務承擔效力之確認。其主張基本法第六條第二項第二段規定使國家負有維護其福祉及發展可能性之義務。同時未成年人負有應由法院尊重之基於基本法第二條第一項及第十四條第一項所生基本權。因此，聯邦最高法院應否定未成年人參與未分割遺產營業之時間上無限制繼續經營之合法性，至少須類推適用民法第一八二二條第三款規定。反之，於該遭不服之判決中，使其母享有權利，子女於經濟上就其生活不再滿意之額度負擔義務。該有限公司及兩合公司業已開始強制執行，並對之直至滿足其債權為止將繼續進行。

IV（相關單位之意見）

1.聯邦司法部長以聯邦政府名義表示，認為憲法訴願無理由。首先將子女之照顧及教育歸由父母負責（基本法第六條第二項第一句）；於此亦包含財產照顧之領域。國家監督機關應預防子女福祉之侵害。

原則上無限制之代理權之法律規定，係符合憲法要求。

於未成年人之參與下，就未分割遺產之繼承營業時間上無限制繼續經營之准許，仍未危害其財產利益。基本法第六條第二項不要求未成年人責任之排除。此種債

權將可能侵害基本法第十四條第一項所保護之繼承權，並於未成年人單獨繼承情形時無法履行。

於前揭情事拒絕類推適用民法第一八二二條第三款，不違反基本法第六條第二項。監護法院許可之要件，不得以此種許可通常應為保護未成年人而予以不同意之考量，即不予成立。國家為未成年人免受其未分割遺產利益因不當代理導致經濟上崩潰，除利用許可要件外，尚有其他法律上可能性。監護法院縱非即時，得免除訴願人之母財產照顧。依非訟事件法第四十八條規定，戶籍管理人員應就遺留未成年子女之人死亡通知監護法院。父母之一方死亡者，生存者應向監護法院提出由其管理之財產目錄，何者係子女因死亡而取得（民法舊條文第一六八二條，新條文第一六四〇條）。自1980.1.1起，遺產法院依據非訟事件法第五〇條第二項規定，應就前揭財產取得告知監護法院。

不服聯邦最高法院之被廢棄判決是否存在事實及「個別法律」上疑義，從憲法觀點不應予以審查。

2.原審程序之對方主張聯邦最高法院之判決為正確。該遭不服之判決，係根據百年來的法律傳統，即於要求可概觀全貌式之法律關係中具有其理由。親權優先於國家干預，於財產監護時，亦應予尊重。於繼承之時，尚無拒絕接受遺產之想法；遺產可能無不夠抵償債務，營業繼續經營之預估，似屬有利。財產上損失於許多年後

始可能發生。監護法院為訴願人之保護，未採取任何措施，且於母再嫁前，未曾請求分析遺產。訴願人似應遵照其現有命運所擔負之責任。被提起損害賠償請求之母陷於財產衰敗者，對訴願人產生影響。無論如何，不宜以有限公司及兩合公司及其尚未成年且於有爭議債權之損失時受到破產威脅之合夥人之費用，實現訴願人之保護。同時亦不存在一般性的法則，即作為繼承人參與商事行為之未成年人責任，無時間上限制而應予限定於遺產財團。

B.（本件憲法訴願合法並有理由）

合法之憲法訴願，係有理由。該遭不服之判決，侵害訴願人於其憲法上所保障之一般人格權（基本法第二條第一項及第一條第一項），因其係根據與前揭基本權不符之規定。

I（向來法院及文獻上通說）

1.依民法第一六四三條第一項及第一八二二條第三款規定，父母為其子女經營營業而訂定合夥契約，須經監護法院之許可。反之，未分割遺產營業之繼續經營時，無準用規定。

聯邦最高法院作為管轄之最高聯邦法院，向來判決

之見解認為共同繼承人可能於無合夥式的聯合及無時間上限制，經營繼承之商事行為（參照BGHZ 17,299[302];30,391;32,67）；如此見解符合文獻中所代表之通說（參考文獻，於Hueffer in:GroBkomm.HGB,4.Aufl.,Rdnr.7 2 vor § 22, und Karsten Schmidt,Handelsrecht,2.Aufl., § 5 13f.）。由是可推論者，即商事行為亦可涵蓋由父母及其未成年子女組成之未分割遺產。

對未成年人因此關連之危險，業已為民法立法者所預見，且認識到民法第一八二二條之範疇不是包含所有可想見之對其本身規定所必要之情事。近來係根據一般為交易安全及未成年人利益所衍生法律對其較確定、信譽之代理的關心之益處衡量，比於個案情形，為未成年人可能發生法定代理人惡意為未成年人之不利而濫用其代理權之危險，還難較量（參照Motive,S.1086,bei Mugdan,a.a.O.,S.575f.）。

聯邦最高法院於該遭不服之判決中拒絕類推適用民法第一八二二條第三款規定，且因此其就前揭（但涉及其他案件事實）規定之判決予以維持：商事交易於法律行為代理權限領域，必須有明確的法律關係。同時相關判決之經驗並非被迫考量未成年人利益，監護法院於營業經營時採行超越法律文義之措施，並因而對合夥人決定自由產生妨礙作用（參照BGHZ 38,26[32]）。於民法第一八二一條、第一八二二條之適用及解釋時，決定性

關鍵在於其於法律上交易使可能於實務上明確運用，並無差異者，賦予可能的個案所依據之判斷具有活動空間。此於法安定性觀點，對法律及經濟生活將具有不能維持之效果，並與前揭規定之基本思想不相一致（參照BGHZ 17,160[163]）。

於遺產商事行為之繼續經營時，由父母以未成年子女名義，為契約之訂定，可能產生損害賠償請求權之內部關係，但他方面，對子女所衍生義務之效力，不因之受影響（參照BGHZ 52,316[317]）。

2.惟以遺產形式繼承企業之時間上無限制繼續經營之合法性見解，亦遭到批評。反對理由是遺產基於組織及責任理由，不以企業之經營為已足；其與商法上公司形式之締結領域原則矛盾(Fisher,ZHR 144[1980],S.1,8ff. 11,13f.)。通說認為必須民法第一八二二條第三款之保護規定之排除者，被認為仍有疑義。因以遺產形式，共同繼承人亦於未成年人之參與時，得無監護法院之許可，繼續經營營業，並於此因而對未成年人所衍生之義務，具有理由。從徹底的未成年人保護觀點，顯示該見解不合理(Fisher,GroBkomm.HGB,3.Aufl., § 105 Anm.65a)。

II（聯邦憲法法院之見解）

確定法律規定之不同於通說之解釋，非屬聯邦憲法

法院；特別是基於憲法之原因，不得要求民法第一八二二條第三款之類推適用。但該遭不服之判決，都給予憲法上審查民法第一六二九條第一項以及第一六四三條第一項，該規定並準用民法第一八二二條第一、三、五、八至十一款。

1.依個人意思自我創設法律關係原則，係透過一般行為自由（基本法第二條第一項）保障之。有關私法自治之廣泛限制之範圍內，如其衍生未成年人之法定代理，此不僅影響一般行為自由，而且亦影響一般人格權（基本法第二條第一項及第一條第一項）。

a)一般人格權作為「無名」自由權，補充特別（「有名」）自由權。其任務在於「人類尊嚴」之最高憲法原則意義中，保障狹義個人生活領域及其透過傳統自由保障未窮盡列舉之基本條件維護。由於一般人格權之前述特性，聯邦憲法法院之判決，如同聯邦最高法院判決一般，未窮盡列舉規定受保護權利之內容，而係各按裁判個案突顯其特徵（參照BVerfGE 54,148[153f.]）。因此，於個人生活事實之公開領域中自決權，被肯認為一般人格權之保護利益（參照BVerfGE 65,1[42]）。但如父母藉其法定代理權限（民法第1629條第1項）得使其未成年子女負擔經濟上義務者，該個人自決權於相同強度受到影響。由此於重大範圍內涉及自由開展及發展之基本條件，並因此不僅關係到一般行為自由之個別形成，而

且及於少年之狹義個人的生活領域。

b)被代理人雖於代理權存在且充分具備限度內，亦在意定代理時受到影響。於其界限範圍內，代理人得為被代理人及代替被代理人評斷法律效果，如使被代理人負擔義務、處分其權利及為其創設權利。因此，於代理權存續期間，被代理人以如同法定代理時之相同方式阻止他人以非其所要之方式行使其利益之危險（參照 Mueller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschaeft, S. 104f.）。但立法者祇准許原則上由被代理人本人所任命之代理權人為法律行為上之代理，以致於透過代理人的「他主決定」(Fremdbestimmung)結果上係根據被代理人之自己意思及其自決權。反之，未成年子女不能影響其父母之代理權限。

2.父之親權，如其於一八九六年民法生效時所存在一樣，類似現在之父母照顧，為未成年子女之保護，其除人身監護外尚包括財產監護（民法第一六二六條第一項第二段）。但過去「權力關係」係由當時親屬法的基本思想所建構者，即該後裔應順從其出生當時即產生之家庭共同體之關係（參照 Endemann, Lehrbuch des Buergerlichen Rechts, 1908, Zweiter Band, Zweite Abteilung: Familienrecht, S.558f.）。反之，藉著父母監護之概念，現時父母子女關係之法律特性將較好表達出來。同時近年來，父母之權利單就子女之需求，按保護

與輔助，而發現其權利正當性。藉著父母監護之概念，明確表示父母對其子女無權力請求權，因其非係父母之權利客體（參照1973.11.8.父母監護權新規定法之聯邦政府草案個別理由——BTDrucks. 690/73,S.14）。僅此種被理解的照顧權，使子女作為基本權主體之地位予以正當化。子女具有基本法第一條第一項及第二條第一項所稱自我人類尊嚴及其人格發展之自我權利之本質。人性尊嚴居於保障核心之憲法，於人際關係之規制時，不得將他人人格權授與任何人（參照BVerfGE 24,119[144]）。與此相符合者，即將憲法保護之親權（基本法第6條第2項第1段）視為權利與義務的複合連結，於此時義務不單是界定權利之限制，而是表現出親權之實質決定之重要成分，就此比使用父母責任稱呼還要恰當（參照BVerfGE 56,363[381f.]）。

3.於民法第一六二九條第一項規定時，立法者係根據未成子女之自我決定及自我責任（按個別領域及年齡歸類）仍不可能為出發點。藉著法定代理權之規定，特別為阻止子女訂定不符其福祉之利益之契約。經由其父母為子女之他主決定證實是未成年保護者，此則符合子女福祉，以致於排除人格權之侵害。但隨著法定代理權之授與，同時產生危險，即父母之未受監督之決定權限可能對子女造成不利之影響。父母雖非為自己利益及責任意識下行使其權利。同時此意味著於成年時原則上發

生之子女對其爲作爲及不作爲之決定自由考量。特別是父母係無能力或尚未符合親權要求者，亦不被排除在外。於此限度內，促使立法者於其行使守衛機關權限時，制定規定防止成爲成年者不再僅是表面的自由。自決權雖不同於根據父母代理權所創造一切拘束之自由。但父母監護之後果，通常於法律行爲領域內，亦必要無危險（參照Gernhuber,FamRZ 1962,S.89[93f.]）。未成年人之責任，如於繼承且繼續經營之營業時，將之限制於因繼承而取得財產者，其於憲法上仍屬可以忍受。但如立法者授與父母權利，使其子女於繼續進行情形下負擔義務者，此時其必須同時顧及者，即預留成年人之空間，構築自己本身及無不可預期之不應負責之負擔的未來生活。此種可能性如其父母代理權之結果而產生重大債務，在成年將使之「免除」者，無論如何此種可能性將之不加以理睬。未成年人對其法定代理人之可能損害賠償請求權（參照Schmidt,NJW.1985,S.139），於此不足以符合子女之一般人格權，尤其是通常此等請求權無價值。

Ⅲ（過去立法者、帝國法院與現在司法部長之見解）

前世紀之立法者係以人合團體時自然人經常是團體之成員爲其前提。但自一九二二年七月四日帝國法院之

基本性判決(II B 2/22-RGZ 105,101)以來，於兩合公司時，准許以法人而個人負責股東之成員地位設置，以致於無限責任股東之完全個人擔保義務得以揚棄（參照 Wiedemann, Gesellschaftsrecht, 1980, Bd. 1, S. 539）。但此種情形依現有法律狀態，於作為商業繼承遺產成員之未成年人繼續營業時，始終符合聯邦最高法院之判決。透過監護法院之許可而為未成年人之保護，僅涉及於個別抽象規定的有意義的行為。此外，監護法院於子女財產之具體危險時，有權干預（民法第1667條）；最後，於自己代理行為時，父母之代理權法律上予以排除在外（民法第1629條第2項第3段）。但如訴願人之案件所顯示者，此法律上所規定措施不足以解決未成年人保護與基本法相合致之問題。立法者據此於其守衛機關之職務執行時，應平衡該留存的缺漏。於此時，未成年人之營業繼續經營係視監護法院之許可而定，或未成年人作為商業之共同繼承人時，隨時不得超過繼承財產之範圍，而使之成為債務人之規定，足以符合基本法第二條第一項及第一條第一項規定之要求。聯邦司法部長主張，未成年人之責任界限，實務上將遭遇到事實上無法克服的困難，並事實上不可能為營利活動者，此等（其餘未詳予具體化）疑慮，均必須為憲法上未成年人保護之要求，而退到次要的位置。

IV（判決之違憲而遭廢棄發回）

該遭不服的判決係基於違憲規定之適用，並於他方面因而違反憲法。因此，其應予廢棄；本案應發回聯邦最高法院。

(gez) Dr. Herzog Dr. Simon Dr. Hesse

Dr. Katzenstein Dr. Niemeyer Dr. HeuBner

關於「夫妻離婚後對子女之親權」之判決

BVerfGE 61,358-382 【離婚子女監護案】

聯邦憲法法院第一庭1982.11.3判決——1BvL 25,

34,40/80 undo 12/81

依據1982.6.8之言詞審理作成

吳 綺 雲 譯

目 錄

裁判要旨

判決主文

理由

A.爭點

I 事件背景

- 1.夫妻離婚後對子女親權規定之立法沿革
- 2.已離婚父母對其子女是否得共同擁有親權之問題
 - a)現行規定訂定前法院之見解
 - b)現行規定立法時公聽會之意見
 - c)學說實務對現行規定不同之見解

II 本案構成事實

- 1.第一案——1 BvL 25/80

a) 本案構成事實背景

b) 法院提請就民法第一六七一條第四項規定作
合憲性審查之理由

2. 第二案——1 BvL 38/80

a) 本案構成事實背景

b) 法院提請就民法第一六七一條第四項規定作
合憲性審查之理由

3. 第三案——1 BvL 40/80

a) 本案構成事實背景

b) 法院提請就民法第一六七一條第四項規定作
合憲性審查之理由

4. 第四案——1 BvL 12/81

a) 本案構成事實背景

b) 法院提請就民法第一六七一條第四項規定作
合憲性審查之理由

III 聯邦政府立場

IV 言詞審理時各鑑定專家和代表人士之意見

B. 民法第一六七一條第四項第一句規定抵觸基本法第
六條第二項第一句父母權規定

I 基本法第六條第二項第一句所保障之父母權的意
義

II 國家決定親權行使之界限

III 反駁民法第一六七一條第四項第一句規定不能有
例外之理由

裁判要旨

依民法第一六七一條第四項第一句，夫妻離婚後對其子女，即使雙方願意，且為子女之利益，並適合繼續共同擔負父母之責者，亦不得共同擁有親權之規定，與基本法第六條第二項第一句規定之父母權利相抵觸。

本判決係基於Königstein區法院一九八〇年二月十二日決議(10F 94/ 79-So-1 BvL 25/80)、Bielefeld 區法院一九八〇年六月十日決議(34F 6/80-1 BvL 38/80)、Bergisch Gladbach 區法院一九八〇年八月十五日判決(28F 135/80-1 BvL 40/80)和Waiblingen區法院一九八一年五月七日決議(11F 129/81-1 BvL 12/81)，針對因一九七九年七月十八日頒布之新親權法(Das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge)而修訂之民法第一六七一條第四項第一句規定，提請作合憲性審查之程序而作成。

判決主文

基於一九七九年七月十八日頒布之新親權法(Das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge)而修訂之民法第一六七一條第四項第一句規定與

基本法第六條第二項第一句規定相牴觸，因此為無效。

理 由

A. 爭點

本案合併審理並為裁判之各（具體法規審查）程序的問題點在於，由一已離異婚姻中所生子女之親權，應委諸父母一方由其單獨行使之規定，是否符合基本法。

I（事件背景）

婚姻離異後總是會發生的一個問題是，誰應在未來對其共同子女擁有親權。

1. 依一九四六年二月二十日公布之婚姻法(Kontrollrats gesetz Nr.16-KRAB1. 1945/48 S.77)第七十四條第四項之規定，夫妻一方應對離婚單獨負全責或負大部分責任者，其結果是原則上不能將親權委諸其行使。反之，依根據一九五七年七月十八日頒布之「男女平等法」(Das Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechtsgleichberechtigungsgesetz-BGB.I.S.609)而修改之民法第一六七一條第三項的規定，則僅有夫妻之一方應單獨負離婚責任者，原則上才是構成拒絕讓其擁有親權之原

因。此外，（監護）法院應斟酌一切情形，採用最符合子女福利之措施，但以父母共同所為之建議為優先。（舊法）第一六七一條第四項更補充規定：

「親權原則上應由父母之一方單獨行使之。但為子女之利益有必要時，得由父母之一方負擔子女人身之監護，而由他方負擔子女財產之監護。」

一九七六年六月十四日頒布「婚姻法親屬法第一次修正法」(Das erste Gesetz zur Reform des Ehe-und Familienrechts BGB1.I.S.1421)後，配合離婚法上由有責主義之改變為破綻主義原則之變更，對離婚無責任之父母一方即不再擁有已往優先獲得親權行使之地位。前述民法第一六七一條第四項之規定則無變更。

一九七九年七月十八日親權法修訂(Das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge)，民法第一六七一條亦因而修改為以下之規定內容：

民法第一六七一條

- (1)父母離婚時，由家事法院 (Familiengericht)決定，其共同子女之親權應屬於父或母行使。
- (2)法院應作最符合子女利益之規定；在作決定時，應考慮子女，尤其是對其父母及兄弟姐妹之依賴連繫關係。
- (3)法院對於父母合意之建議，只有在為子女利益有必要之情形下始可有所變更。若子女已滿十四歲，並作出

不同之建議者，法院則依第二項之規定作決定。

(4)親權應委諸父母之一方，由其單獨行使之。但為子女之財產利益，得將財產監護之全部或一部委諸他方行使。

(5)為避免危害子女之利益，法院得於必要時，將身上監護及財產監護委託監護人(Vormund)或輔佐人(Pfleger)行使之。若對子女之利益有必要時，於行使扶養請求權時，應為子女選用輔佐人。

2.a)已離異之父母，是否亦得委諸讓其共同擁有親權之問題，自依「男女平等法」修訂之民法第一六七一條第四項規定實施以來即有爭議。依最初之通說，即使有夫妻雙方共同之聲請，亦不可能（共同擁有親權）（參照 Dölle, Familienrecht, 1965, § 97III5. mit Rechtsprechungs-und Literaturnachweisen）。該項見解所持最主要之理由乃是指指出，由民法第一六七一條第四項第一句和第二句條文規定之相互關係得知，其並不允許有上述共同擁有親權之可能。此外，該通說所提之反對理由為，子女必須要讓其擺脫父母間之爭吵，不得將其作為一實驗的對象，父母離異後共同擁有親權，將違背子女之利益。

其後在法學論述對上述通說見解批評日多後（參照 Schworer, in Staudinger, BGB, 10/11. Aufl., § 1671 Anm. 7 9; Schwab, Handbuch des Scheidungsrecht, 1977, Rdnr. 187

m.w.N.)，一些區法院和地方法院首先表示了贊成讓已離婚父母繼續擁有共同親權行使權利之意見(L G Mannheim, FamRZ 1971,S.185; AG Tübingen, DA Vorm. 1976,S.424; L G Wiesbaden, FamRZ 1977,S.60)。在往後的一段時間，尤其是在因第一次婚姻法修正法頒布，民法第一六七一條修訂內容，不再考慮父母對於離婚是否有責之因素後，一些高等法院在依其估量，如符合具體個案中子女利益之情形下，亦判定讓已離婚父母共同擁有親權(OLG Düsseldorf,FamRZ 1978,S.266;Schleswig-Holsteinisches OLG,DAVorm.1978,S.796;KG;FamRZ 1979,S.340;Hans.OLG Hamburg,MDR 1979 ,S.582)。

b)在當初為修訂親權法所舉辦的公聽會上，亦有討論到已離婚父母共同行使親權之問題（參照Zur Sache, Themen Parlamentarischer Beratung,1/78,Elterliches Sorgerecht,Bonn 1978)。在公聽會上，一些鑑定專家贊成在下列條件下，已離婚之父母可讓其擁有共同親權：父母雙方有完全之教養能力、與具體個案子女間具有同等強烈之感情關係且願意為該子女之利益，繼續擔負責任者(BTDrucks.8/2788,S.63)。雖然如此，當時司法委員會在其作成，以後變為法律之決議建議中，仍反對已離婚之父母可共同擁有親權。該委員會所持反對理由主要為，訂定已離婚之父母可共同擁有親權之規定，在實務上並無需要性；而且如果在父母離婚時，能判定子女歸

屬父母之一方，以此使其間之關係弄清楚，亦是符合子女之利益的(BTDrucks.,a.a.O.)。

c)即使在當立法者作成反對已離婚之父母可共同親權之明確決定後，學說和法院裁判見解之爭議仍持續不斷。該些不同見解指摘立法者所訂之該項法律規定抵觸基本法第六條第二項第一句規定所保障之父母權，因此係屬違憲（參照Diederichsen,in Palandt,BGB,41.Aufl., § 1671 Anm.2 m.w.N.）。

同樣地，（西柏林）高等法院(Kammergericht)也認為民法第一六七一條第四項第一句之規定是違憲的(FamRZ 1980,S.821)：毫無例外地禁止於父母離婚後，將親權委諸其共同行使，此係違背基本法第六條第二項所保障父母對子女有照顧、教養父母權之基本權利。國家於父母權和父母責任領域執行其看守機關之責時，僅允許在當個人之措施不足以避免危害子女利益情形下，方得以進行一般性禁止之干涉。但依該法院之見解，尚無一項經驗法則告訴我們，如父母離婚後仍繼續共同擁有親權者，一定會危及子女利益的。

由於一西柏林之程序不能移請聯邦憲法法院作裁判，因此當時西柏林之高等法院即未適用該條其認係違憲之法規，且在當時審理之個案中判定，該已離婚之夫妻共同擁有親權。

II（本案構成事實）

1.a)造成Königstein區法院作成移請本院為合憲性審查決議(- 1 BvL 25/80-)之訴訟程序的當事人係於一九七五年結婚。同年生一子。

該對夫妻——妻為埃及學研究者，夫為礦物學碩士——在其提出協議離婚之申請書中亦聲請將該子之親權委諸其共同行使。他們所提出之理由如下：該子於他倆分開後，仍與他們一起住在其共同之房子且受他倆輪流照顧。他們夫妻認為，即使在將來，為了該子之利益，仍希望繼續該種生活方式。該子自從出生後即由他倆夫妻輪流照顧，因此與他們二人有同等之照顧者的關係，且與其二人皆有同等良好的感情。由於至今為止之生活習慣，他倆夫妻之分居生活並沒有使該子感受到有任何之改變。他們夫妻想以此種（共同擁有親權）之方式，避免該子之周遭環境及其生活方式受到變動。因共同行使親權即需輪流照顧該子之事，就他倆夫妻職業工作之點而言亦無問題。

主管上述案件之少年局(Zugendamt)贊成將該子之親權委諸該夫妻雙方行使。

b)(Königsteiw)區法院於一九八〇年二月十三日以確定判決解消上述系爭案件當事人之婚姻關係且進行了贍

養費請求事項。同時，該區法院將決定親權事項之程序予以分離並中止了該程序，且將該事件提請聯邦憲法法院，就民法第一六七一條第四項第一句之規定為合憲性之審查。

該區法院是希望在法院依職權應為之親權行使決定事項中，依照系爭案件已離婚夫妻之建議，將親權委諸其共同行使，但卻覺得因民法第一六七一條第四項第一句規定之關係，無法作成該決定。該法院認為上述法條規定牴觸基本法第六條第二項，因而係屬違憲。依其見解，該規定並無充分考慮到，即使在離婚後，基本法上的保障之父母權仍繼續歸屬於父母雙方。雖然父母權在國家行使其看守機關之責時，允許基於子女利益之理由，加以限制；而且由大部分法院為親權決定案件中也顯示出一些離婚後，應將親權委諸夫妻一方單獨行使之普通有效的考量。但該法院認為，毫無例外地對父母雙方共同之父母權予以限制，是與基本法不符合的。該法院同時指出，就如同在上述案件所證明的，可想像有某些案件，依其案情，沒有任何具體不利子女之觀點反對由父母所作共同行使親權之建議。

2.a) Bielefeld 區法院移請本院為合憲性審查決議(-1 BvL 38/80-) 之訴訟程序的當事人——男的為參議教師（德高級中學固定教師之職稱），女的為教員——係於一九六五年結婚，生有二子女，各於一九六六年及一九

六七年出生。一九七六年夏天，夫離開了夫妻共同生活住所。自此以後即與另一女子同居。雖然如此，其並未中斷與子女和妻子之聯絡。有關其子女之事項，亦仍然繼續由父母雙方共同作成決定。一九八〇年該夫提出離婚。在離婚程序中，該對夫妻雙方合意聲請保留對其子女之共同親權。於申請中，該對夫妻指出，在他倆分居的一段相當長之期間中，他們二人皆互相接受對其子女共同負責，且也完全負了責任；他們夫妻二人自認為其間並無發生緊張關係或不可克服之衝突、爭端。該父為要與其子女聯絡並與他們一起作些活動，皆固定地每個星期至其已離婚之妻子的住所多次。

b)(Bielefeld) 區法院於一九八〇年六月十日以判決解消上述系爭案件當事人之婚姻關係並進行了贍養費請求事項，且將其子女之親權以假處分(Einstweilige Anordnung)之方式暫時委諸了該妻行使。同時並中止對親權作最終決定之程序，將該事項提請聯邦憲法法院，就民法第一六七一條第四項第一句之規定為合憲性之審查。

該區法院是希望依照系爭案件已離婚夫妻合意之建議，將親權委諸其共同行使，但因民法第一六七一條第四項第一句規定之關係，無法作成該決定。該法院認為上述該法條規定抵觸基本法第六條第二項第一句之規定，因而係屬違憲。依其見解，離婚後一般性地排除父母一方親權之行使，乃是與國家之執行其看守機關之責不符

合的。國家執行其看守機關之責時，於顧及比例原則下，僅於當為子女福利之利益有必要之情形，方得為上述之干預。但該法院認為，就如同系爭案件，可想像的在有些具體個案之情形，法律上之單方判定將子女親權委諸父母一方行使，由於其對於始終一直存在的自然的親子關係，完全不予以法律上之承認，因此是明顯違背子女利益的。而且如此會造成一種危險，那就是當事人間就親權行使問題所生之不同意見，可能要會比父母雙方尚形式平等擁有親權之情形，更早須上法院解決。該法院並認為，論者或指出如此僅是將關於親權應作的必要決定向後延遲而已之點，亦不能作為其所指摘違憲法規拮辯之理由；因有鑒於子女之繼續發展，決定親權程序所得之結論絕不能將之視為是終局確定的。最後該法院並指出，由家事法院依有關之程序規定負有一定須就親權作一決定之義務，可避免有規避法定之決定合併程序的危險；由於該項決定親權行使程序是依職權調查主義進行，也可以保證審理該案件之法院對該案子女之情況可有詳細之了解，能因此作出符合子女利益之親權決定。

3.a) Bergisch Gladbach 區法院移請本院為合憲性審查決議(- 1 BvL 40/80-) 之訴訟程序的當事人——男的為律師，女的為經理人——係於一九六二年結婚，於一九六五年生有一子。一九七九年該對夫妻分開後，該子即一直與其母同住。

於該夫所提之離婚程序中，雙方當事人合意地向法院建議，將其子之親權交由他們雙方行使，而不要對會面交往權作明文之規定。他們夫妻提出之理由為，該項建議是最符合其子利益的。他們認為，如此在其子之人格發展上，可得到父母雙方最大的支助，尤其是因他對父母雙方有特別的信任關係。他們計劃其子之身心方面由母親照顧，而父親則負責有關學校方面事項。

主管上述案件之少年局贊成將該子之親權交由該當事人雙方行使。依當時聽證時快滿十五歲的兒子的意見，至那時為止所採行之方法措施可以實施得來；他與其父母雙方都有很好的聯絡關係。譬如說，他假期較大部分是與父親渡過。他認為他的生活情況自其父母離婚後並沒有產生重大的改變。

b)(Bergisch Gladbach) 區法院於一九八〇年八月十五日以判決解消上述系爭案件當事人間的婚姻關係且判定當事人間並無贍養費請求事項，同時並將該子之親權暫時委諸其母行使。法院中止了關於親權決定之合併程序，將該事項提請聯邦憲法法院，就民法第一六七一條第四項第一句之規定作合憲性之審查。

該區法院是希望依照該父母合意、其子亦不反對之建議，將親權委諸父母共同行使，因如此的一種決定，基於法院更進一步評列之理由，是最符合該子利益的，而且該法院也相信，在上述系爭案件，該項決定措施是

完全可實施得來的。

但是該區法院認為因民法第一六七一條第四項第一句明確之條文規定而無法作出上述內容之決定。該法院首先認為該規定牴觸基本法第六條第二項，因而係屬違憲。因依見解，基本法第六條第二項第二段之規定不能作為一般性排除已離婚父母共同擁有親權之辯解理由；該種親權規定是與憲法上之比例原則不相符合的。該法院並認為，立法者當初應可以給予本就因新親權法之修訂，擴大許多決定空間之法官，對應以子女為依歸而作之親權決定，有更廣泛之權限。

此外，該區法院亦認為，其提請作合憲性審查之法規亦牴觸了制憲者於基本法第六條第一項規定中所表現出的根本的價值決定。對於一個小孩，基於其是由父母雙方所出，且基於經由父母雙方之原始的照顧和教養，與其父母雙方有深深決定其人格之關係者，基本法第六條第一項規定所保障之效力應是能讓該關係儘可能地維持下去。依該法院見解，如果經由已離婚父母雙方共同之教養和照顧，較之將親權委諸父母一方行使，對小孩之心理上更有益的話，則法律上僅允許能由父母一方單獨擁有照顧和教養權利之強制規定，將會破壞該子女與無擁有親權之父母一方間自然所已存在之關係，憲法上所正要保障之根本的家庭成員間的關係亦會因而受到破壞。對此絕對不能無特別辯解理由而容忍之。

4.a)造成Waiblingen區法院作成移請本院爲合憲性審查決議(- 1 BvL 12/81)之訴訟程序的當事人——男的爲一經理人，女的爲一辦事員——係於一九六九年結婚。由該婚姻生有一子一女，分別於一九七四年、一九七五年出生。其女自該夫妻於一九七八年離婚後即與母同住。

在該夫於一九八〇年所提之離婚程序中，夫妻雙方合意聲請要求共同擁有二子女之親權。其所提出之理由如下：有關所有將來照顧其子女之事，他們皆已共同商量過且也作成了決定。在他們分開生活期間，與其子女之交往權並非依照固定不變之規則，而是依個別具體情況而行使，並無發生任何困難。依他們作成之決定，對其子女之扶養方式是由母親自尙有的夫妻共同帳戶，提領她自己和二子女所需之款項金額。

主管該案件之少年局當初對該對夫妻之共同擁有親權並無異議。

b)Waiblingen區法院於一九八一年二月十九日以判決解消上述系爭案件當事人間的婚姻關係，進行了贍養費請求事項，且將子女之親權以暫時命令之方式委諸其妻行使。該區法院並於一九八一年五月七日作成了決議，中止關於決定親權之程序，將該事件提請聯邦憲法法院，就民法第一六七一條第四項第一句之規定作合憲性之審查。

家事法院是相信在該案父母之共同擁有親權是對其

子女有利益的。該法院同樣認為阻礙其作成該決定之民法第一六七一條第四項第一句規定牴觸基本法第六條第二項規定，因而係屬違憲。依該法院之見解，雖然想像在有些個案情形，夫妻之共同行使父母權對其子女可預見地是不會產生不利，反而是會產生有利影響的，但立法者於執行國家作為執行機關之責時，卻以不許可之方式概括地侵犯了父母權。

該家事法院且認為該提請作合憲性審查之法規是牴觸基本法第三條第一項規定的。該法院指摘，如此離婚後——與婚姻尚存在時不同——即會侵害父母權，且該項侵害並無為保護子女利益義務可作為辯解理由。

III（聯邦政府立場）

1.代表聯邦政府表示立場之聯邦司法部認為民法第一六七一條第四項第一句之規定與基本法第六條第二項之規定並不相牴觸。立法者之決定乃是根基於對子女利益和父母責任為權衡後所作成。

依聯邦司法部之見解，立法者基於其維護法秩序和法安定之一般任務，有權限且基於基本法第六條第二項第二句規定意義下之看守機關，有義務依典型之生活事實，為自一已離異婚姻中所生之子女的利益，訂出一明確之規定。在制定該項規定時，立法者是擁有一相當廣

的形成空間的權限；他規定了已離婚父母相互間的關係，但並沒有侵犯到在教養權方面父母優先於國家之地位。

聯邦司法部進一步認為，聯邦憲法法院在其「與子女會面交往權判決」"Verkehrsrechtsentscheidung"（參照BVerfGE 31,194[205]）中，對於在子女之利益因已離婚父母之爭執而受到危及或有受到危及之可能時，將親權委諸父母之一方行使，而另一方仍保留有與子女個人交往權利之規定，並無指摘。但即使在父母間無爭執存在之情形，依聯邦司法部之意見，因父母之離婚而有條件地分配親權亦是合憲的。由於父母共同對有關親權分配和與子女交往權之建議對法院之作成決定有最大之影響力，如此亦有顧及到離婚後仍依然繼續存在之父母的責任。

聯邦司法部又認為，為一些如在系爭案件之例外情形，訂定與上述立法者之基本決定不同的法律規定乃是不必要的。依其見解，對系爭案件之子女很重要之父母的責任仍然存在，此與親權之委諸父母另一方或第三者行使之法律地位無關。而且有父母之合意要盡父母責任也並不因此即強制一定要承認其擁有一共同親權。與建議親權應予以分配不同者，在提出由父母雙方繼續擁有親權之建議的情形，由該建議並沒有表示出該父母事實上已對因離婚而造成之變更的情況作好準備。此外，在系爭案件所存在之特別的生活關係情形，吾人亦不得忽

視的一點是，當事人間已沒有基本法第六條第二項規定作為要件之家庭成員共同體的關係。在該種案件情況下，是否能對之作出一持續長久的親權決定，畢竟都還是有疑問的。已離婚父母要長期持續保有該項要件必然是值得懷疑的；合意共同行使親權之意願是不能長久承擔得了的。

聯邦司法部且擔憂的是，承認已離婚父母共同擁有親權，可能會造成很不好的後果。如作該種例外的親權決定，可能會產生一種導致法律上針對離婚後之典型情況，所作之適當的親權決定的規定將被挖空效果的危險。依其見解，如此的話，對有關親權之決定都只能是在作了詳細的調查了解後，依個案情形作成；但這會造成的結果是，在很多案件情形，本是可迅速作出符合子女利益，而將親權委諸父母一方行使之明確決定者，則不能作成。如父母雙方無法再繼續共同行使親權時，由於法院不可能也無理由依職權進行監督，因此不能確保能及時地更變已作之親權決定。再者，聯邦司法部認為，父母雙方透過自願達成協議和採取一致合意之行爲的方式，也可能達到如同將親權委諸其共同行使時之類似狀況。在如同系爭案件之極少的例外情形，對父母而言，要達成該種協議也是可以期待的。父母雙方之願意對所有有關子女重要問題共同一致作成決定之決心是不會因法院將親權委諸一方行使而受到阻撓的。

2.Königstein區法院移請作合憲性審查決議之訴訟程序的當事人同意該移請法院之見解。

IV（言詞審理時，各鑑定專家和代表人士之意見）

1.在言詞審理時聽取了Rheinland-Pfalz 邦小兒神經病學中心主任和Mainz 市社會兒科學中心主任Dr. Pechstein教授以及Munchen 市早期兒童教育國家中心主任Dr.Dr.Fthenakis 教兩位鑑定專家對已離婚父母擁有共同親權所生有關之不同問題的意見。兩位專家所得之結論都是贊成即使在離婚後，也讓父母有共同負起父母責任之可能。

2.此外，下列人士亦在言詞審理中表示了意見：代表聯邦政府之參事Dr.Heyde先生；代表Waiblingen區法院移請程序聲請人之律師Strapner先生；代表Waiblingen區法院移請程序女方聲請人之律師Schuster先生；代表德國兒童保護協會之Prestien區法院法官以及德國法官聯合會家庭法委員會主席西柏林高等法院庭長Müller-Webers先生。

B.（民法第一六七一條第四項第一句規定牴觸基本法第六條第二項第一句父母權規定）

民法第一六七一條第四項第一句規定自一已離婚中所生子女之親權應強制委諸父母之一方行使，且於例外情形下，父母離婚後對其子女亦不得再繼續共有擁有親權，係牴觸基本法第六條第二項第一段規定之父母權。

I（基本法第六條第二項第一句所保障之父母權的意義）

1.憲法上所保障之父母權首要在保護子女。其所根據之基本理念是，在通常情形下，父母對其子女之利益較之任何其他人或是機構都是更為關心的。該父母權與國家之關係是一種自由權，國家原則上僅在當有必要執行依基本法第六條第二項第二句所賦予之看守機關職責時，才允許得對父母之教養權進行干預。在與子女之關係上，必須是以子女之利益作為父母親照顧和教養的最高準則的。基本法第六條第二項第一句規定確立了基本權利，同時亦確立了基本義務，這由其條文語句中亦明白表示了出來。因而人們將父母權稱為是一種信託權(ein fidduziarisches Recht)，是一種供役的基本權，一種真正意義下是被託付的信託的自由（參照BVerfGE 59,360 [3765.]）。在該種意義下，憲法上所保障之父母權是以父母準備願意，且有能力，為其子女之利益實行其教養權為條件的；惟有在根據該種條件下，方可謂是符合父

母權所包含的責任的（參照聯邦憲法法院判決BVerfGE 56,363[382]）。

2.基本法第六條第二項第一句之規定是由通常之情況為出發點的，即子女是與經由婚姻結合在一起之父母一起生活在一個家庭成員共同體中，且父親與母親是共同照顧及教養其子女的（參照聯邦憲法法院判決BVerfGE 31,194[205]）。在一個和諧的共同體中，由母親和父親來教養和照顧一未成年之子女，是最能確保該子女能發展成一個自我負責之人格且有能力在一個團體中生存的方式（參照 BVerfGE 24,119[144]）。就如同鑑定專家 Dr. Pechstein教授所述者，這也符合在所有兒科學學術領域中所得的認知，即是長期持續的家庭成員間的社會關係在今日是被視為是作為成長中個人能有一個穩定的、健康的心理社會發展的決定性的基礎。

3.子女與母親和父親間直覺性的聯繫關係是可以不問其父母間之分居和離婚而繼續存在的。即使在至目前為止所實行的由父母共同擔負父母責任之方式已不再有可能之情形，父母雙方仍有義務，儘可能去減低因父母離異，通常會連帶對子女發展所生之傷害，且為對子女之照顧、教養以及將來對子女的個人關係，找出一理智、符合子女利益的解決方法（參照BVerfGE 31,194[205]）。因此，於行使此種意義下所繼續存在之父母權時，已分居或已離婚之父母應儘量努力，不要因其爭執而加重

子女之負擔。這也包括了特別是父母一方應不為所有可能損及子女與他方關係之行爲（參照民法第一六三四條第一項第二段）。以此種方式，已離婚之父母才有可能達到使對子女發展有助益之剩餘的家庭成員間的連繫關係仍然保持。

因離婚之緣故，不僅具有權利與義務關係之夫妻的生活團體，而且子女與其父母同住之生活團體都將被解消。即使於父母離婚後，與父母雙方皆保有緊密聯繫關係之子女亦不再經常與其父母同住，而是甚至在對子女交往權作很寬大處理規定之情形下，子女亦是依其個別之停留地，是與其母或是與其父同住。因而婚姻之離異即使在已離婚父母擔負起其繼續起作用之之父母責任的情形，亦會對親子關係產生影響。

由於考慮到以上所述與離婚必相結合之後果，因此當初立法者才能以不違憲之方式訂定於離婚合併程序中，家事法院應對共同子女之親權作成決定之規定，且是在任何情形下毫無例外地都應作成該項決定（民法第一六七一條第一項，民事訴訟法第六二一條第一項第一款，第六二三條第一項第一段，第三項第二段），而不是僅限於在有爭議之情形下，方要作成決定。至於法院於作該項決定時，依民法第一六七一條第三項第一段之規定，法院對於父母合意之建議，只有在為子女利益有必要之情形始可有所變更，此項規定是考慮到基本法第六條第

二項第一句；因父母於其婚姻離異後，關於子女親權擁有者所作之合意決定，通常即表示其願擔負繼續有影響作用之父母責任。

II（國家決定親權行使之界限）

如已離婚父母對於應由其二者之何方行使其共同子女之親權，不能達成合意者，則國家基於其確保法秩序和法安定之一般職責任務，即有權自己對該父母間互相衝突利益之平衡，作出決定（參照BVerfG E 31,194[205]）。由於在有爭執之情況下，國家上述之作爲所針對的是在平衡已離婚父母之雙方所具有的兩個獨立且受父母所保障之法律地位，而不去侵犯到父母優先作爲子女教養者之地位，因此國家在爲該項決定時，並不須受干涉父母教養權所需具備之嚴格要件的拘束（參照BVerfGE a.a.O.[208]）。

但是在雙方父母都願意於離婚後再繼續共同擔負對其子女責任之情形，則不須由國家對父母間互相衝突之利益作和解。除此之外，如父母雙方皆具有完全的教養能力，且毫無顯示爲子女利益應將親權委諸父母一方行使之理由時，則國家亦無行使其作爲看守機關之職責，將父母之一方排除於對子女之照顧和教養之外，而僅限制其擁有與子女之交往權。如國家於離婚後仍毫無例外

地排除共同父母責任的繼續存在，此舉即是侵犯了一種基本法第六條第二項第一句規定所保障之父母的法律地位，須具有特別之抗辯理由方可。

於子女係在父母非婚姻生活關係下成長之情形，父母所具的條件即與上述情形不同。在該種情形下，由於父母有意地拒絕締結婚姻，因此如國家拒絕該非婚生父親法律上能參與擁有親權，而將該未成年之非婚生子女的親權委諸其母一方單獨行使，則此時國家並沒有超越上述法律所賦予作成親權決定權限之界限（參照 BVerfGE 56,363[385f.]）。立法者絕無因憲法之故，而有制定非婚生父母有可能擁有共同親權規定之義務。相反地，已結婚之父母，自其子女出生時起，依民法第一六二六條第一項第一句之規定，即共同取得對其子女之人身親權。該項親權至該父母離婚之前，通常亦是由雙方以共同負責方式行使；父母離婚後，則依本案提請作合憲性審查之法規規定，父母一方對該項親權之行使權即被取消。

Ⅲ（反駁民法第一六七一條第四項第一句規定不能有例外之理由）

對本案提請作合憲性審查之法律規定，看不出有任何正當理由認為其不能允許有例外。

1.上述結論首先乃是基於兒童在發展和教養上之持續性的觀點而出發的。該項持續性——如同於青少年精神病學和青少年心理學所已承認者——很重要（參照 Arntzen, *Elterliche Sorge und Personlicher Umgang mit Kindern aus gerichtspsychologischer Sicht*, Munchen 1980, S.18; Ell, *Trennung-Scheidung-und die Kinder* ? Stuttgart 1979, S.62ff.; Goldstein/Freud/Solnit, *Jenseits des Kindeswohls*, Frankfurt 1974, S.33f.; Lempp, NJW 1963, S.1659[1662]）。立法者當初於作出反對已離婚父母之共同擁有親權之決定時，本也考慮到該點。但後來是基於以下立場出發：父母雙方關於其願共同擔負起父母責任之合意，並不能長續持久，因此只是將必須把親權委諸父母一方單獨行使之決定延後而已。但如此的話並不能增加教養的持續性。依立法者之見解，要保證教養的持續性，唯有經由於父母離婚時，即將父母子女關係釐定清楚，亦即以將子女之親權委諸父母一方行使之方式方能達成(BTDrucks.8/2788, S.61)。但本庭認為，上述立法者之考量並不能作為該條規定（即民法第一六七一條第四項第一句）為何不允許有例外之理由。

a)有關已離婚父母對於共同行使親權之合意可保有的持續性問題，在立法程序中的專家公聽會上並沒有澄清。於言詞審理中，Dr. Pechstein 教授對此問題的回答是，已離婚之父母——即使其人數有限——是能夠長期

（共同）行使親權的。

吾人當然不能排除的情形是，夫妻於離婚後，雙方關係可能發展成不再有可能共同擔負對其子女之教養和照顧的責任，以致有必要由法院作成將子女親權委諸父母一方單獨行使之決定。但即使於該種情形也有可能是，在父母尚能繼續共同負起父母責任之子女的生活階段，證實正是對該子女之發展很重要，因此父母雙方之共同努力照顧該子女已生積極之效果。所以，以由父母雙方共同行使親權方式所保證之短期暫時的父母教養的持續性，亦有可能是符合子女利益的。

此外即使在將子女之親權自始即委諸由父母一方行使之情形，也是經常有必要再作成新的決定。其原因一方面是在於對成長中子女很重要的生活關係的發展作預測的困難，一方面是由於法院作成之決定應適用之期間很長之故（參照Fehmel, FamRZ 1980, S.758[760]）。立法者也考慮到此點，因此於民法第一六九六條規定，監護法院及家事法院於親權行使期間，如認更改親權決定顯示是對子女之利益有必要時，得隨時變更其已作成之親權決定。

b) 依持續性之原則，吾人不應只是在力求作成一個解決親權行使之方法，依該方法能保證於父母離婚後，其子女在將來儘可能得到一劃一旦穩定的教養。而是也應顧及到在為親權行使決定當時，子女對其父母及兄弟

姊妹所存有的感情連繫關係（參照BVerfGE 55,171[184]）。立法者當初於民法第一六七一條第二項後半段明文為應顧及子女之連繫關係之規定，亦是由此觀點出發的，因對該子女而言，在過渡至僅剩父母一方之不完滿家庭時，如其感情連繫關係能儘可能不受到影響，則是受傷害最少的(BTDrucks.8/2788,S.61)。

但如子女對父親和母親皆有同等強烈的感情關係，又雖然其利益是集中在有一童年長期不可解散的親子關係，而法院仍決定親權應由父母之一方單獨行使時，則以上所述之子女感情連繫關係會受到影響是不可避免的。因此，如同Dr.Dr.Fthenakis 教授所陳述的，已離婚父母之共同行使親權可使對其子女教養之持續性達到最高限度。

2.a)又擔憂父母之希望於離婚後對其子女保有共同親權行使之權利會存有不正當之動機之點，亦不足以作為充分合法化應將親權毫無例外地委諸父母一方單獨行使之理由。

於當初立法過程中，曾有提出之意見表示擔憂，如立法允許可共同擁有親權，則可能會誘使有離婚意願之父母，為了能規避離婚合併程序，加速離婚程序之進行，而對法院偽裝表示已對親權行使問題達成合意之決定(BTDrucks.8/2788,S.63)。此外聯邦司法部在其提出之意見中亦指出，父母有可能之所以向法院提出讓其保有共

有親權之建議，只是因其怕引起衝突，亦即終究只是為避免雙方爭執，而不是以子女之利益為依歸才作成該決定的。在某些法學論述中更指出另一項（如立法允許可共同擁有親權）可能具有之危險，即是在當父母雙方自稱已達成之合意，結論其實只是基於對經濟、精神或情緒較弱之父母一方強逼所得之情形，則父母雙方關於共同擁有親權所作之合意可能會對子女造成負擔 (KluBmann, FamRZ 1982, S.118[122])。

為了子女之利益是應該避免被操縱的親權決定。但並不得因此種考量即自始且毫無例外地拒絕已離婚父母得共同擁有親權。於父母之利益和子女之福利間可能發生之衝突時，固然應以子女為優先（參照BVer fGE 37, 217[252]）。但該種的衝突應是22個案之方式解決；而這不能因一項唯有容忍可能的基本權利受侵害才能避免濫用之法律規定而受到阻止。

b)依民法第一六七一條第二項前半段之規定，法院應作最符合子女利益之（親權）規定。法官的這項要在顧及上述標準下，於離婚合併程序（民事訴訟法第六二一條、第六二三條第一項）中判定離婚後，何者應有照顧其未成年子女之權利和義務的困難工作，與考慮是僅父母一方或雙方作為親權擁有者是無關的。論者或有謂，一個法官可能會基於簡化訴訟程序之理由而傾向於不盡其上述應就子女利益作審查之責，即作符合父母所提共

同擁有親權之決定(KluBmann,a.a.O.[121])。此項異議是不具憲法上意義的。此外他亦會以同樣方式反對應適用之民法第一六七一條第二項，因依該規定，法官是不得滿足于父母雙方合意之建議的。

3.又其他對已離婚夫妻共同擁有親權所主張之異議亦不能作為辯解本案被指摘違憲法條是屬正確之理由。

a)反對已離婚夫妻可共同擁有親權之決定，其所持的其中一個理由是，父母雙方總是會有辦法，毫無困難地經由私下運作的方法，達到事實上其所希望的結果的(BTDrucks.8/2788,S.63)。依其見解，擁有親權行使權利之父母一方只要讓另一方參與該項親權之行使即可。如此另一方則會變成有權之共同教養人，即可參與所有有關其子女之事項。又依該反對之理由認為，雖然在有很多的事項需要法律上擁有親權之父母一方的全權代理權，但要使出具該項全權代理權並不會是一不可期待的負擔。

然而本庭認為，子女之父母已離婚者，日常生活上即無必要有一共同行使之親權（參照Diechmann,NJW 1981,S.668），此點對民法第一六七一條第四項第一句之規定是否合憲之問題並不具重要性。如依此認為，父母可以經由採取與法律規定不同之適當措施，去抵消對其父母權侵犯所造成之影響，而以此作為一般性地排除父母可共同擁有親權之理由，則此點在憲法上要作為辯解理由是站不住腳的。

b)允許已離婚父母可共同擁有親權，唯一可能引起聯邦司法部所擔憂的所謂“挖空效果”者在於，在訂定類似之法規後，夫妻於離婚程序中，提出要求對其子女共同擁有親權之聲請可能會增加。但是即使在該類聲請明顯增加之情形，也唯有父母雙方之繼續共同負起父母之責是對子女有利時，才得作成符合其聲請之決定。本庭與聯邦司法部基於同樣之觀點出發，認為此時法官需就個案作深入詳細之審查，而如此即可能較將子女委諸父母一方行使親權，還須拖延更長之時間才能作成親權決定。尤其與父母雙方已合意決定誰應於離婚後擁有親權之情形相比，絕對是如此。吾人姑且不論，在不少有爭執的親權訴訟程序中，要迅速地就親權關係作成力求符合子女利益之決定同樣也是不可能的，如此要拿會拖長訴訟程序時間作為辯解本案被指摘違憲法規是正確之理由是不恰當的。同樣地，批評如在法律加以規定，父母離婚後有可能共同擁有親權之情形，有可能即會造成現有的，對離婚後之正常情況下通常是一合理解決方法的法律規定，將被挖空之意見，也不能作為辯解本案被指摘違憲法規是屬正確之理由。只要該種的被挖空的效果不能即經由對現有規定之解釋予以對付，則立法者即有自由，以計定一合適法規之方式，設法使委諸父母之共同行使親權保留是為例外。

c)與上述在如允許有委諸已離婚父母共同行使親權

之可能的情形會產生預測性之「挖空效果」有某種程度不同者，是聯邦司法部的另一項考慮：依生活之經驗，於夫妻離婚後，只有在極少數之情形下是具備實際可行使共同親權之要件的。而由這項考量並不即可輕易得出憲法上的結論，認為立法者因此在訂定其典型化之法規當時即可忽略該項考慮。

如Dr.Pechstein教授於言詞審理中所陳述者，將親權委諸父母之一方行使，在大多數正等待處理之離婚訴訟程序中，是屬一種適當的解決方法。依此，爲了子女之利益，於夫妻提出親權分配之聲請後，應避免作出概括一體之親權決定。父母雙方要能保有共同親權是以法官確信，該夫妻能繼續地，即使是以因離婚而須修正之方式，共同爲其子女之利益履行照顧和教養之義務爲要件的。在此種要件下，猜測認為，即使在法律規定父母有共同擁有親權之可能的情形下，法院於父母離婚後會作出判定雙方父母擁有對其子女共同負責行使親權之決定者，仍會只是屬於例外之看法雖然可能是有理由的。但這並不能作爲辯解民法第一六七一條第四項第一句規定沒有例外情形的理由。要訂定一典型化之法規必須是要其所造成對基本權利的侵犯不是非常強烈之情形下，才是被允許的（參照聯邦憲法法院判決BVerfGE 45,376[390]）。而在本案之情形則不是如此。此時在作判斷時應考慮到對父母權之侵犯以及已離婚夫妻應負有儘量減

少因離婚通常會造成對子女之傷害之義務，二者間緊密的關係（參照BVerfGE 13,194[205]）。只要父母能夠將離婚主要當成是其雙方間自己之事處理，以致子女對其父母雙方間的關係仍儘可能地維持不受到損害，則其已盡上述之義務。因此在此種情形，最重要涉及的是其父母拒絕擁有共同親權之子女。即使是在對如將父母離婚者，得繼續共同對其子女親權合法化會對子女造成之有利效果，作較保守估算之情形，在上述情況要引證說有典型化問題形勢之必要是不合理的；此外，如典型化該問題形勢，則因父母離婚本就已受到傷害之子女的有要求以其利益作成親權決定之基本法上之請求權（參照聯邦憲法法院判決BVerfGE 55,171[179]），亦沒有充分被考慮到。

d)最後，唯恐事後不再具備有已離婚父母共同行使親權之要件時，不能保證可及時地修改該親權決定的憂慮，亦不能作為辯解本案被指摘違憲法規是正確的理由。即使在將親權委諸父母一方行使之情形，亦不能排除會有親子關係發生轉變，而顯示為了子女利益，有急迫修改原作成之親權決定必要之情況發生。但是只要無擁有親權之父母一方——不論是基於何種理由——對其子女之將來命運如何毫無興趣，且此外又沒有剝奪另一方父母已擁有之親權的要件時，則仍是維持原來的親權決定不變。因此由上所述看不出，在已離婚父母共同行使親

權下之子女，其利益就會因在個案情形沒有對原本之親權決定作必要之修改，即因而受到更加程度地危及。

本判決作成法官：Dr. Benda, Dr. Böhmer, Dr. Simon, Dr. Faller, Dr. Hesse, Dr. Katzenstein, Dr. Niemeyer, Dr. Heupner。

關於「法院剝奪父母親權合憲性」之裁定

BVerfGE 60, 79—95【剝奪親權案】

聯邦憲法法院第一庭1982.2.17.裁定

——1 BvR 188/80

李建良譯

裁判要目

裁判要旨

判決主文

理由

A.爭點

I.系爭法條及立法背景

II.本案構成事實

III.訴願人之主張

IV.各機關立場

V.假處分之裁定

B.訴願決定之理由

I.基本法第六條第二項第一句之規範意旨與相關之民法規定

II.聯邦憲法法院對本案審查之範圍

III.訴願理由

IV.結論

裁判要旨

根據親權法所增訂之民法第一六六六條第一項第一句及民法一六六六 a 條之規定，子女之利益如因遭受危害而無法以其他方法排除時，即使因不可歸責其父母之事由而致無法對其子女盡保育之責任者，亦得將該子女與其家庭分離。上開規定與憲法尚無牴觸。

將子女與其家庭分離之措施乃屬對父母親權最嚴重之侵害，故必須嚴格遵守比例原則，方與基本法之意旨相符。

判決主文

法蘭克福高等法院一九八〇年一月十五日之裁定—20 W 565/79—牴觸基本法第六條第二項及第三項之規定，原裁定廢棄，全案發回法蘭克福高等法院。

黑森邦（Hessen）應賠償憲法訴願人必要之費用。

理 由

A. 爭點

本件憲法訴願係涉及剝奪父母對婚生子女之親權，以及市立少年局（Jugendamt）欲將該子女送交教養處所而生親權移轉之問題。

I. 系爭法條及立法背景

依一九七九年七月十八日所制定之「父母親權修正法」（Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge vom 18. Juli 1979）—以下稱親權法—第一條第十六款（BGB1. IS. 1061）之規定¹，在一定要件之下，監護法院（Vormundschaftsgericht）得將原則上屬於父母之親權予以限制，其規定如下：

（第一項）因父母濫用其親權，或對於子女疏於保護照顧，或因不可歸責父母之事由而致父母無法盡其保育子女之責任，或因第三人之行為等原因，致子女身體上、精神上或心靈上之利益受到危害時，如該父母不願或無法排除危害時，監護法院應採取排除危害之必要措施，並得對第三人採取措施。

1 「父母親權修正法」係一種包裹立法，立法者藉此方式將與父母親權有關之規定，一併加以調整修正。該法中第一條第十六款之內容，係將民法第一六六六條加以修正，並增訂第一六六六 a 條之規定。

（第二項）法院得代替父母雙方或一方為意思表示。

（第三項）父母之一方侵害子女因維持生活所需之權利，致有危及子女將來生計之虞者，法院得剝奪該方父母之財產監護權。

（第一項）將子女與其父母分離之措施，僅得於以其他方法或由國家提供協助均無法排除對子女之危害時，始得為之。

（第二項）剝奪父母對於子女所有保護及教養之權利，僅得於其他措施均無效果，或有事實足認為排除危害之措施不足時，始得為之。

在親權法生效前所適用之民法第一六六六條舊條文，係於一九五七年六月十八日以民法男女平等法（簡稱男女平等法）（*das Gesetz ueber die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des buergerlichen Rechts, Gleichberechtigungsgesetz*）第一條第二十二款之規定增修而成（BGB1. IS. 609）²，該條規定係以可歸責父母之事由，作為國家採取必要措施之要件（其規定如下）：

因父母之一方濫用其親權，或對子女疏於保護照顧，或因父母之一方有不名譽或違反善良風俗之行爲，致子女精神上或身體上之利益受到危害時，監護法院應採取

2 「男女平等法」亦是一種包裹立法。

排除危害之必要措施。監護法院並得命將該子女安置於適當之寄養家庭或教養機構，並得剝奪該方父母之財產監護權。

父母之一方侵害子女因維持生活所需之權利，致有危及子女將來生計之虞者，法院得剝奪該方父母之財產監護權。

早在一九五二年聯邦眾議院在審議男女平等法及重行修訂統一親屬法時，即有多項相關建議之提出（參見聯邦參議院就親屬法草案所提出之意見：聯邦眾議院議案關係文書之附件 A，3802, 1. Wp., S. 8）。其後，立法者為充分保護子女的利益，在制定親權法時，特採納學說及實務之見解，將民法第一六六六條之規定予以修訂，使國家對於父母親權所採取之干預措施，不再以責任原則為要件。

II. 本案構成事實

1. 一九四七年出生之女訴願人及一九三九年出生之男訴願人於一九七四年，結為夫妻。該二人均為殘障人士，多年來受到市府社會局的照顧。一九七八年，男訴願人因工作上經常發生錯誤而遭到解職，於是再次回到專以殘障者為主的工廠工作。

（一九七五年）當女訴願人被證實懷有身孕時，醫

生曾建議她實施墮胎手術，因為，她除了患有嚴重的重聽，以及有脊髓萎縮的現象之外，並患有一至二級的精神耗弱症狀，同時，其智能亦有嚴重不足的現象，並且是一位癲癇患者。但是，女訴願人拒絕了醫生此項建議。

2.一九七六年二月，女訴願人產下一名七個月的早產女嬰（譯註：以下稱系爭女童或女童），少年局（Jugendamt）聞訊立即向區法院（Amtsgericht）之監護法庭（譯註：以下稱區法院）提出聲請，請求剝奪該父母的親權，並將該項權利移轉於少年局。區法院於接獲聲請後，在未聽取該父母的意見下，以有立即採取措施之必要為理由，作出假處分，命該名虛弱女童不得被接出醫院而返回其父母的家中。之後，該女童被安置於一家育兒院，直至一九七六年三月底，該對夫婦始被許可看望其女兒。

在後續程序中，區法院要求市府衛生局提供神經專科醫生對訴願人所作之鑑定報告書。該鑑定報告的結論指出，男訴願人具有中度智能不足及輕微精神耗弱的現象，由於男訴願人意志薄弱且不具備謀生能力，因此無法勝任照顧小孩的工作。在女訴願人方面，經檢查結果，證實她有較顯著精神耗弱及智能不足的現象，小孩若由其照顧，身心將會受到不良的影響。

此外，區法院亦向安置該名女童之機構之醫護人員徵詢意見，同時聽取訴願人個人之意見。一九七六年八

月區法院作出裁定，永久剝奪訴願人對其女兒的親權，並將該親權移轉給少年局，由少年局擔任系爭女童之監護人（Vormund）。其主要之理由為，該名女童若交由其父母照顧，將造成身心上之傷害。對於區法院該項裁定，訴願人向地方法院（Landgericht）提起抗告（Beschwerde），並主張法院應指定女訴願人之母為該名女童之監護人，惟遭地方法院駁回。訴願人復向邦高等法院（Oberlandesgericht）提起抗告，高等法院則廢棄地方法院之裁定，將案件發回原審地方法院，要求其作進一步之說明，並另為適法的裁定。

3.地方法院於是再次請求專科醫生提供有關係爭女童成長及其父母之教養能力之鑑定書。

專科醫生之鑑定報告指出，系爭女童在自由活動能力方面之發展雖曾有遲滯的現象，但已有所改善，而且其社會行為（Sozialverhalten）、語言能力及與外界溝通反應等方面發展遲緩之現象，亦有所改進。為了系爭女童將來的成長，必須持續地對之說話及唱歌，絕不能疏於照顧，至於是否給予專業教育上之治療，於目前尚無此必要。

而對於訴願人所作精神及神經方面之檢查顯示，該二人尚有能照顧其女兒，而且不會危害到其女兒的身心發展。根據以上鑑定報告，地方法院於一九七八年五月裁定停止審理程序九個月，並裁定如有適當之幼稚園

可以讓該名女童就學者，可以試著先將該名女童交給訴願人照顧，但是，訴願人必須替其女兒註冊並負責使之固定去上學。

九個月後，地方法院分別向少年局、衛生局、幼稚園，以及其他之心理學者徵詢意見，並要求提出報告，以確認訴願人是否使其女兒獲得精神上之穩定性（emotionale Stabilität）及安全感（soziale Sicherheit），而有利於心理正常的發展。

一九七九年五月，鑑定人提出報告，認為訴願人在行為上缺乏敏感性及感同身受的能力，若欲與之就複雜的教養目標及價值進行討論，顯非可能，特別是女訴願人欠缺料理家事及擴展與家庭生活有關之對外活動等方面的能力。再就系爭女童的反應予以研究得知，由於其未能從父母處得到預期的回應，因此對於父母的反應不再有所期待。但整體而言，系爭女童此刻在身心各方面似呈正面的發展。然而，根據觀察，該名女童在集中注意力時所表現出來的遊戲行為並非是受其父母的影響，而是來自在幼稚園所接受的教育。最後，鑑定書的結論指出，儘管訴願人對於其女兒具有不可割捨的感情，但是，他們並無能力確保其女兒能夠在變動的規範體系中（in wandelnden Normsystemen）以及在合乎學校教育或職業上的要求下，開始其社會化（Sozialisation）的過程。鑑定報告並指出，由於訴願人智能上的缺陷，因此

要冀求該家庭與諮商機構相互合作，顯然是不切實際，因而不可行。

根據以上之報告，地方法院於一九七九年七月再次駁回訴願人之抗告，並裁定宣告暫時停止訴願人之親權。

4.地方法院該項裁定復遭提出抗告，高等法院審理結果則廢棄地方法院之裁定，而改採區法院先前裁定之見解，認為訴願人之親權應予以完全的剝奪，而且，在此情形下，如果監護人（譯註：即少年局）將系爭女童交付某一寄養家庭，因而使之與其父母分離，亦為法之所許，蓋對於該名女童所可能造成之危害無法以其他方法排除之。雖然曾有鑑定人建議，仍將該女置於其父母家中，並給予其他適當之協助，以改善該名女童所處的環境。惟此項建議遭到另位出庭應訊之專家以此種作法不切實際且不可行為理由，予以否決。

III.訴願人之主張

針對前揭高等法院之裁定（譯註：以下簡稱原審法院之裁定或原審裁定），訴願人提起憲法訴願，其理由謂，該裁定侵犯其基本法第六條第二項所保障之基本權利³。

3 基本法第六條第二項規定：「照顧及教養子女係父母之自然權利，並且係父母最主要之義務。關於親權之行使應受國家

按原審法院並未適當地注意到，民法第一六六六 a 條之主要規範意旨，係以國家提供協助優先於國家採取干預手段為原則，國家在將子女從其家庭中分開之前，應儘可能地先以提供教養上之協助或其他教育上之措施，來幫助父母。而原審裁定所據以為基礎之鑑定報告卻未充分地評估國家提供協助的可能性。

IV.各機關立場

1.依照聯邦司法部長代表聯邦政府所表示之意見，原審裁定有違憲之疑慮。

原審法院所據以為裁定基礎之規定—民法第一六六六條及一六六六 a 條之規定，固然合乎憲法之意旨，惟依該等規定之意旨，原審法院於審理時，應顧及父母之基本權利（基本法第六條）。

有問題者，原審法院在為憲法上之利益衡量時，是否正確地認識到並顧及基本法第六條之放射作用（*Ausstrahlungswirkung*）。按違背父母之意願而將之與其子女分離，對父母親權之干預可謂係特別重大，依基本法第六條第二項及第三項之規範意旨⁴，此種措施僅能在相當

機關之監督。」

- 4 基本法第六條第三項規定：「當教養權人無法盡其保育子女責任，或因其他事由而使子女有流離失所之危險時，始得基

嚴格的要件之下，方可爲之。於此情形下，比例原則應予以嚴格遵守。而且，依基本法第六條第三項之意旨（Sinn und Zweck）可知，爲使父母負起教養子女的責任或重建父母教養子女的能力，國家應先採取給予協助或提供生活扶助等之措施，唯有當這些措施均不足以保護子女之利益（zum Wohle des Kindes）時，方得將子女與其家庭分離。準此以言，法院在剝奪父母親權，並允許將子女與其家庭分離時，若未考量民法第一六六六 a 條之規範意旨，即違背憲法上之比例原則。固然，原審法院於審理時，原則上對於基本法第六條保障父母基本權利之意旨及其保護範圍有所認識，並且曾就比例原則明白地加以討論。然而基本法第六條第三項之意旨是否於裁定中予以適當地考量，則不無疑問。按原審裁定的內容顯示，原審法院忽略了只有特別的危險狀態，才是將子女與其父母分離的合法理由，特別是，原審法院未曾討論，何以將系爭女童安置於幼稚園，並輔以教養上之協助，不足以排除並防範對該女所可能產生之危害？抑且，自原審裁定亦無從尋繹出，原審法院曾經考慮，僅剝奪訴願人部分之親權，或爲各別監督措施之決定，或研商促成少年局與該父母間之合作及協助事宜。

2. 少年局則提出所屬社會工作人員之意見，該項意見係關於系爭女童於其父母家庭中接受養育的細節報告，其資料主要是由市立幼稚園負責照顧該名女童的工作小

組負責人所提供。根據該份報告，少年局仍堅持其一向之見解，認為完全剝奪訴願人之親權乃是具有合法性之措施。因為，該女童之利益一直處在受害之中，而且在此間的情況顯示，訴願人對於其女的成長非但無所助益，而且還拒絕少年局所提供的協助。猶有甚者，由於訴願人欠缺足夠之識別能力、精神上之反應能力及教育能力，因此無法期待其能與少年局所屬人員進行有效且密切的合作。

V. 假處分之裁定

依訴願人之聲請，聯邦憲法法院以假處分（im Wege einer einstweiligen Anordnung）⁵，宣告原審裁定在本案決定之前，暫時停止執行。

B. 訴願決定之理由

本件憲法訴願程序合法且有理由。

於法律，在違反教養權人之意願下，將子女與其家庭分離。」

- 5 依聯邦憲法法院法（Gesetz ueber das Bundesverfassungsgericht）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，而有為暫時處分之急迫必要者，聯邦憲法法院得就訴訟案件為假處分，以定暫時之狀態。」

I.基本法第六條第二項第一句之規範意旨與相關之民法規定

由於基本法第六條第二項第一句保障父母對其子女享有照顧及教養之權利（**das Recht auf Pflege und Erziehung ihrer Kinder**），因此，對於子女之教養主要是父母之責任，易言之，此項權利並非國家所賦予，而是屬於父母之「自然權利」（**das natuerliche Recht**），先於國家而存在，並由國家加以承認。原則上，父母為盡其為人父母的責任，可以依照自己的想法，來決定如何來照顧及教養其子女，而不受到國家的影響與干預。惟須注意者，在親子關係中，子女的利益（**das Kindeswohl**）及是父母行使照顧教養權的最高準繩（參閱聯邦憲法法院一九八二年二月九日之判決，—1 BvR 845/79-，Umdruck S. 18, BVerfGE 59, 360,376）。如果父母無力善盡其責任，則國家基於基本法第六條第二項第二句之規定，自得予以干預；國家不僅得為且應為確保子女照顧與教育之有關事項。國家此項義務的存在，乃是因為兒童本身亦為基本權利之主體，因而有權利要求國家給予保護（參閱 BVerfGE 24, 119 [144]）。於此情形下，只有當有教養權之人無法盡到教養子女的責任，或因其他原因而使子女有流離失所（**verwahrlos**）之危

險時，方能基於親屬法之規定，在違背教養權人的意願下，強行將其子女與之分離（基本法第六條第三項規定）。

民法第一六六六條第一項第一句及第一六六六 a 條之規定，係依親權法增修而成。依該條規定，子女之利益因其父母未能盡到保育責任，且無法以其他方法排除者，即使出於非可歸責父母之事由，亦得將該子女與其父母分離，該等規定之內容與前開憲法意旨相符。

1.民法第一六六六條之舊條文規定，國家得將子女與其父母分離，以因可歸責於父母之事由而致違反其教養權者為限。然而，早期在實務上及學說上多將父母之無識別能力及父母無啟發可能性，視作可歸責於父母之事由（Verschulden），其主要之考量基礎為父母一方應具備合乎理性之思考能力（參閱 BGH, FamZ 1956, S. 35 0 f.; Hermann Lange in: Soergel/Siebert, BGB, 10. Aufl., 1971, § 1666 Rdnr. 14 ff. m.w.N.; Diederichsen in: Palandt, BGB, 35. Aufl., 1976, § 1666 Anm. 2）。

於民法第一六六六條中增列規定，以因不可歸責父母之事由而無法行使親權，作為國家得採取干預手段的要件，其理由在於，子女之利益亦可能於父母無過失或無法證明其有過失的情況下，受到傷害（參閱 BTDrucks. 7/2060, S. 28）：因為，儘管父母竭盡心力亦可能無法善盡其教養子女之責任，尤其是，因精神或智

能上之缺陷，而致父母欠缺識別能力，且無教導啓發之可能性時，是否爲可歸責父母之事由，在認定上有其困難。抑且，監護法院若率而認定係可歸責於父母之事由，往往會被系爭父母認爲是一種歧視，以致嚴重影響該父母與監護法院及少年保護機關間日後的合作關係，進而危及子女的利益。最後須說明者，民法第一六六六條之舊條文所規定之國家措施，係以可歸責父母之事由爲前提要件，然而，依少年福利法（Jugendwohlfahrtsgesetz）之規定，對於父母親權所爲較重大之干預措施，並不以父母之故意或過失爲要件，此兩者間之差別規定，似未存有合理之理由。

據上所述，親權法增修新規定之目的，旨在提供國家採取保護措施之法律基礎，以使子女之利益儘可能受到廣泛的保護。

2. 衡之基本法第六條第二項第一句及第三項之規範意旨，將子女與其父母分開，乃是對父母親權最嚴重之侵害，此乃立法者修法時之考量基礎；是以，此種措施只有在嚴格遵守比例原則之下，始能爲之。基於此項理由，聯邦眾議院接受該院法制委員會之建議，增訂民法第一六六六 a 條之規定，此規定原爲聯邦政府所提修正草案中所無（BTDrucks. 8/111）。此新增條文明示，將子女與其父母分離，以無其他方法足以防止對子女之危害時爲限。換言之，子女之利益及父母之親權乃是國家

提供必要協助之主要考量因素，至於可能支出必要費用之多寡，則非所問。再者，民法第一六六六 a 條第二項之規定亦足以顯示，只有在以較為溫和的手段仍不足以達到目的時，方得剝奪父母對子女之親權。準此以言，審理法院應先試著以勸告、警告、要求以及禁止等方式來排除對子女的危害。當有事實足認為這些方法均無法達到目的時，始可採取剝奪父母親權之嚴厲手段（參閱 BTDrucks. 8/2788, S. 59 f.）。

據上所述，立法者制定民法第一六六六條第一項第一句及第一六六六 a 條之目的，在於使監護法院之法官在採取保護子女之措施時，能夠兼顧基本法所保障之父母親權。

II. 聯邦憲法法院對本案審查之範圍

原則上，有關訴訟程序之進行、事實之認定，以及合憲法律在個案上之解釋與適用等問題，均是屬於普通法院的事項，非聯邦憲法法院所能加以審查。聯邦憲法法院所能審查之範圍僅限於，系爭裁判之內容是否因未能正確地理解基本權利之內涵或其保護範圍，以致含有法律解釋上之瑕疵（Auslegungsfehler）（參閱 BVerfGE 18, 85 [92]; 42, 143 [147 f.]; 49, 304 [314]）。須注意者，聯邦憲法法院在執行其職務時，對於其干預普

通法院裁判之可能範圍，並非恪守僵硬畫一的標準，而係取決於對基本權利侵害的強度（聯邦憲法法院歷來之裁判，參閱 BVerfGE 42, 163 [168]）。

由於在違背父母意願下將其子女與之分離，係國家對於父母依基本法第六條第二項第一句所享有之親權予以干預之程度，最嚴重的一種，而且，對於該子女本身而言，亦是一種非常強烈的侵害。此外，法院在剝奪父母對其子女之親權時，必須先就父母無法善盡責任之事實加以確認，而此項認定無異是對該父母之人格有所評價，因此亦觸及基本法第二條第一項所保障之基本權利⁶（參閱 BVerfGE 55, 171 [181]）。在此情況下，憲法法院除了應審查原審裁判對於基本權利之內涵有無正確之理解外（特別是對基本權利之保障範圍），亦應一併審查原審裁判在個案解釋上是否具有瑕疵（參閱 BVerfGE 42, 163 [169]）。

III. 訴願理由

1. 原審法院所為將系爭女童與其父母分離之裁判，須以該父母具有重大瑕疵行為（即使是無過失）且對其

6 基本法第二條第一項規定：「在不侵犯他人權利及不牴觸合憲秩序或習俗法（Sittengesetz）之範圍內，任何人有自由發展人格之權利。」

子女之利益產生嚴重危害為理由，方與基本法第六條第二項及第三項保障父母親權之意旨相符，蓋並非父母無法善盡其保育子女責任之任何行為或疏失，均可使國家有權中斷父母對子女的教養任務，或甚至由國家自行從事此項任務（參閱 BVerfGE 24, 119 [114 f.]）。誠如聯邦司法部長所言，只是因家庭中無法提供子女足夠的照顧，尚不足以將子女與其家庭分離，必也父母瑕疵行為的嚴重程度，致使子女在家庭中持續遭受身心各方面之危害時，始得為之。

2.原審裁定之理由謂，訴願人已欠缺身為父母必備的教養能力，因此，亦應剝奪其將來的親權，以防止對其女兒所可能造成的危害（其所持理由如下）：

女訴願人之殘疾程度影響其持家能力，進而對其女兒身體上之照顧造成持續性的不良影響，因而，此項工作若無第三人之幫助，尤其是若無該名女童之外祖母的幫助，勢必無法為之。再者，女訴願人亦欠缺教養子女的基本條件，亦即在料理家事方面無獨立性，且缺乏安排並從事與外界接觸之家庭活動的能力。由於女訴願人在智能上的障礙，因此無法依其女兒的資質，適當地給予教導，以增進其智能，尤其是，該名女童在社會活動及語言能力方面原本有發展遲滯的現象，嗣後雖有所改善，但其原因並非來自其母的影響，而是在幼稚園接受教育的結果。至於在男訴願人方面，其似乎並未在家庭

中對其女兒為必要的照顧，而是將教養女兒的工作完全交給其妻及岳母，並且表現出非其責任的消極態度。

a) 查原審法院上開之見解尚不足作為訴願人與其女兒分開的理由，蓋上開觀點與基本法之意旨未盡符合。固然，女訴願人之能力有限，以致在無他人協助之下，無法獨立處理家事，並安排及從事與家庭生活有關之事務。但是，此點仍不足以作為將其女兒取走的合法理由。再者，縱如原審裁定所言，男訴願人對於照顧子女一事表現出消極的態度，然而，此項事實亦不符合憲法上剝奪父母親權之許可要件，特別是，吾人不能期待他會同意將其女兒交給寄養家庭，而完全不考慮其妻的感受。

即令吾人有意認為訴願人之情形合乎民法第一六六條第一項第一句之要件，但是，無論如何仍難謂已經對其女兒之身心造成立即且重大的危險。換言之，原審裁定所持理由尚難導出此項結論。原審法院所引為裁定基礎之一九七九年五月鑑定報告，僅是確認系爭女童「於集中注意力時所表現出遊戲行為」之情狀，以及該名女童在「語言能力方面有部分缺點及不穩定」的現象，至於系爭女童之正常發展是否係其父母教養的成果，或者是因為在幼稚園接受教育的結果，在此並非重要。

誠然，當系爭女童放學之後，回到家中，其父母或許無法確切地提供必要的照顧及教養，以致該名女童之利益可能因此而遭受危害。然而，如同該名女童成長的

過程顯示，除了將其與父母分離外，此項難題並非不能以其他較為溫和的手段來克服之。例如，地方法院於一九七八年五月所為之假處分，以將系爭女童送到幼稚園接受教育作為條件，而將系爭女童交給訴願人照顧及教養之，即是符合民法第一六六六 a 條規範意旨的一種作法，換言之，國家應先試著以提供適當協助及救助等措施來彌補父母無法善盡職責的缺陷，如此方能與比例原則之意旨相符（參閱 BVerfGE 24, 119 [145]）。

b) 次查，原審裁定以系爭女童之利益將來所可能遭受之危害作為判斷之主要基準，惟此項論點並不足以強使該名女童與其父母分離之措施合法化。

aa) 首先，原審法院對於系爭女童將來發展的判斷，係以是否能培養該女童的資質能力（*Begabungsausstattung*）作為著重點，而此項工作並非該女童之殘障父母所能勝任者。

固然，在親子關係中，保護子女的利益乃係父母照顧及教養子女的最高準繩，而依基本法第六條第二項第二句之規定，國家負有保護子女利益的職責。然而，國家此項任務的目的並非在於積極地增進子女的資質，因此，國家不得在違背父母的意願下，強予提供儘可能的協助。依照基本法規定之意旨可知，在子女接受小學教育（*Grundschule*）之後，應由父母以自然管理人的身分（*natuerliche Sachwalter*）來決定其子女將來所要接受

的教育。準此以言，承認父母擁有優先決定權的理由在於，子女的利益原則上若由其父母來決定，應可以獲得最佳的維護。因而子女之利益是否因父母之決定而在實際上遭到不利，並非所問，尤其是，即使該項不利益若經由以客觀標準所實施的資優生篩選措施而得以避免時，亦復如此（參閱 BVerfGE 34, 165 [184]）。

據此而論，以父母無法確保其子女能夠在「變動的規範體系中，以及在合乎學校教育或職業上之要求下開始社會化的過程」為理由，而將子女與父母分離，並不符合基本法之意旨。

bb) 其次，由於訴願人的殘障，致使在教養其子女時，必須仰賴國家的幫助，而且訴願人似乎亦缺乏與相關機構合作的積極意願。然而，須注意者，打從女訴願人懷孕開始，訴願人即有如下的印象：人們認為他們不適合有這個小孩，且無獨立將之養育成人。但是無可否認者，對女訴願人而言，該女童係其生命的重心，因此，如能讓其感受到，其可以在國家的協助下，獨立養育其女，或許對於國家機關會採取較為開放合作的態度。由於女訴願人對其女兒具有強烈且不可割捨的情感，而且極具善意—此二點均為原審裁定所證實。因此，如果少年局與訴願人能處在一種比較不緊張的關係中，而且只要是對系爭女童有所助益，相信訴願人不會無此能力或不願與行政機關合作。自一九七八年起，訴願人在其女

兒所唸的幼稚園中，極力表現出願意與幼稚園老師合作的態度，即足以顯示，訴願人並無不合作的意願。

據此以言，在比例原則的規制之下，以提供教養上之協助，或是命訴願人採取某些具體的教養措施等方式，並非不能防止系爭女童將來所可能遭受之危害，此為本院與原審法院見解不同之處。

IV. 結論

據上論結，原審法院未能認清基本法第六條第二項第一句及第三項保障父母親權之規範意旨及保護範圍，特別是，原審裁定為了使少年局將系爭女童與其父母予以分離之計劃得以實現，而將訴願人所有之親權予以剝奪，顯未充分考量比例原則的要求。因此，原審裁定應予廢棄並發回原審法院。

參與本裁判之法官：Benda，Simon，Faller，Hesse，Katzenstein，Heussner，Niemeyer。其中Faller法官因故無法於裁判書上簽名。

訴願人之代理人：Hans-Klaus Goerk 律師，住Leipziger Strasse 159, Kassel。

關於「對婚生子女探視權」之裁定

NJW 1993, S.2671-2672 【離婚子女探親權案】

聯邦憲法法院第一庭 1993. 2. 18 裁定

案號：1 BvR 692/92

李 惠 宗 譯

裁判要目

裁定要旨

事實

理由

本件憲法訴願有理由。原裁定侵害訴願人之基本權。

1.a) 未獲有監護權之父母一方其探視權亦同受基本法第六條第二項第一款之保護。

b) 原裁定與基本法第六條第二項不符。本憲法訴願有理由。

c) 本裁定未審查之爭點。

2. (原文缺)

裁定要旨

有關對婚生子女探視權規定之憲法上要求
（原刊載雜誌編輯附加）

事實

訴願人（生父－譯註）與初審訴訟程序的代理人（生母）有婚姻關係，渠等於1987年生有一子。孩子一出生，生母即偕孩子遷至新的生活伴侶處。其後，該孩子先有幾次於生父處過夜，之後每周有二次定期探訪其父，每次數小時。該婚姻經區法院判決確定，已被解消，生母取得對該子之監護權（Sorgerecht）。在初審訴訟程序，訴願人主張探視權應增加孩子得每兩周從星期五晚上至星期日晚上與其共處。

區法院所取得之專業心理報告認為，該孩子毫無保留的對訴願提起人表示好感，並且覺得生父之周遭交遊很好；探視規則的困難並非由於探視的種類及次數所產生，而只是因為孩子雙親對其分離的問題缺乏共識，以及生母之因此所產生的矛盾行為。（該報告認為）對於過夜的問題，沒有異議；最初每十四天只有一次的過夜是頗有意義的。在幾次的法院庭期之後，孩子的雙親達

成共識，該孩子應於每個月的第一周及第三周之周末十點起至周日晚上六點探視訴願提起人。並約定三個月後應就此種探視的經驗檢討。

該生母於此期間經過後，拒絕放寬探視規則。因此，訴願人乃提起本件訴訟，除了星期五規則（每兩周從星期五晚上至星期日晚上得與其共處）外，並聲請該孩子的探視應增加至每周有兩次的過夜；此外，並聲請准有兩個星期的渡假期間。區法院准許訴願人每月第一及第三星期自星期五晚上至星期日晚上以及學校暑假之最初兩個星期，並在特定的假日接走孩子。雙方確認，該目前實施之規則對孩子並無困難，生母認為探視權擴大至每周增加過夜對孩子並非有利。該母親以訴願聲請保持目前的探視規則，訴願提起人則聲請維持該已被撤銷之裁定。

少年局（Jugendamt）肯認由家事法庭所定之探視規則。邦高等法院依生母之請求，基於目前所實施的規則，准許周末期間以及最多數天的假日探視權，但駁回一周兩次的過夜以及渡假規則（Ferienregelung）的請求。

（邦高等法院認為）在顧及相同的案件以及本庭的訴訟實務下，區法院裁定了一個太寬泛的探視規則。該目前實施之探視規則，其適用已是頗為寬大，（區法院）在相同的案件上，已超越了最高法院的實務，因此，只有在該孩子習慣於訴願人的周末探視，且生父母雙方對此

規則的適用已經同意時，區法院的理由才是站得著腳的。沒有必要將探視增加為每次兩個晚上。區法院就此所考慮的對生父較佳的地位是不足採的，因為探視權只涉及到孩子的利益。孩子沒有必要於假期中停留於其父親處。（邦高等法院亦認為）一般見解以及本庭判決皆認為，對國民學校學齡之兒童而言，探視權人先前既與之有短暫之接觸，無論如何，長期的個人探視或與探視權人的渡假旅行通常應不受允許。本案情行亦與通常案情無異。該孩子尚未與訴願人單獨渡過假期，很明顯的亦無思念之意；無論如何，前開鑑定報告亦未提及此事。蓋與生父共度數周的假期旅行以某種程度的成熟與理解為要件，而該孩子目前尚未達於此種年齡。因此，專家未同意該生父與孩子共同渡假之期望，似非無理由。

本件憲法訴願有理由。

理 由

本件合法之憲法訴願顯然有理由（聯邦憲法法院法第九十三 b 條第二項第一款）。該受指摘之裁定侵害訴願提起人基本法第六條第二項第一款之基本權。

1.(a) 未獲有監護權之父母一方其探視權亦如他方同受基本法第六條第二項第一款之保護。該二種法律地位源於自然的親權以及由此而來的父母責任，生父母須互

相尊重。因此，有監護權的父母一方原則上必須使該子女可與另一方有私人之探視（請參BVerfGE 31, 194[206 ff]=NJW 1971, 1447, BVerfGE 64, 180[187f.]=NJW 1983, 2491）。若生父母對探視權的行使意見不一致時，法院必須裁判，此種裁判既須顧及生父母雙方之基本權地位，亦須顧及該子女之幸福及其作為基本權主體的個別性（BVerfGE 31, 194 [206]=NJW 1971, 1447, BVerfGE 64, 180 [188]=NJW 1983, 2491）。因此，法院在個案上必須致力於不同基本權的協和（Konkordanz）。

就此，基本權之保護亦須受到程序的保障（請參BVerfGE 55, 171 [182]=NJW 1981, 217）；為了有效實現此種實體的基本權地位，法院的程序在形成裁判的過程上必須適當（請參BVerfGE 84, 34 [49]=NJW 1991, 2005）。只有當法院評估過個案的個性、尊重到生父母的利益及其觀點與人格，且考慮到孩子的利益，法院才算合乎了這些要求（請參BVerfGE 31, 194 [210]=NJW 1971, 1447）。孩子的意願，在合乎其幸福的範圍內，須受到重視。其前提是，孩子在法院的程序上，亦應有機會使其個人對生父母的關係得以受到法院之認識。因此，法院在程序上，必須儘可能地精確的認識孩子幸福的裁判基礎（請參BVerfGE 55, 171 [182]=NJW 1981, 217）。

由專業法院所為之事實確認及個別衡量，聯邦憲法院不必予以審查。同樣的，專業法院選擇何種程序法

上的途徑，以探知孩子的意願，基本上亦委諸該些專業法院。聯邦憲法法院只審查，該些專業法院的裁判，是否基於根本上對基本權的意義與保護範圍不正確的理解（請參BVerfGE 18, 85 [92 f.] = NJW 1964, 1715）。審查的密度繫之於，基本權受到該裁判的如何侵害而定（請參BVerfGE 83, 130 [145] = NJW 1991, 1471附有詳細引證）。

(b) 依據上揭標準，受指摘之裁定與基本法第六條第二項不符。

邦高等法院認為，孩子的幸福是該探視權裁判的核心，此一見解雖然正確。但該裁定卻未能同時肯認在符合孩子幸福的範圍內，應將生父母雙方的親權（*Elternrecht*）列入考慮亦是憲法的要求。尤其是，該受指摘的裁定，忽略了何種探視規則才是已顧及該個案所有狀況而符合孩子幸福。原裁判的程序亦不合乎親權以及孩子人格權的要求。

邦高等法院認為區法院所定之探視規則遠不合同樣案件的處理與司法實務，故而將區法院所決定的探視規則根本地予以廢棄。至於區法院的決定是否符合該孩子的幸福，或比生母所主張的有限制探視權更符合該孩子的幸福，邦高等法院並未作成具體的決定。親權作為義務性之權利必須與孩子的幸福保有多遠的距離，只有當何種規則在具體的情況符合該孩子的幸福先經過審查

後，才可以判斷。立法者在修正民法第一千六百三十四條時亦認為，探視的久暫與次數只能依據個案的情況，在顧及該子女的幸福以及尊重生父母及孩子合法期望下決定之（請參聯邦眾議院法制委員會報告，聯邦眾議院資料集8/2788, 頁55）。

當法院係依據專家的鑑定報告而認為，該孩子對訴願人表現出毫無保留的好感，且在其所交往的圈子覺得甚為愉快時，愈是應該審查邦高等法院所決定的對訴願提起人有限制的探視權是否合乎該孩子的幸福。在此種情況下，與生父的交往至何種程度係最合乎親權以及最合乎子女的人格權尚無法從一般的經驗法則獲悉，而只能用盡合乎程度的可能性，以探求該孩子的意志與利益（就此請參BVerfGE 55, 171 [182]=NJW 1981, 217）。邦高等法院並未從事此一探求，基本上該法院在此種範圍內只是根據其猜測而已。

邦高等法院認為，每周末的探訪應延長為每次兩個夜晚的需求。並沒有具體的依據。特別是，該法院既未詢問該孩子，亦未詢問其父母，亦未以專家的鑑定報告作為補充而提出此種確認。專家並未提出一份相當的建議，尚不能由此導出結論，其生母依區法院所裁定，有進一步的探視權，對孩子的幸福是不利的。專家宣稱的對過夜並無異議存在，而「首先」限制只能過夜一次才是有意義的，此外，其所建議的應使孩子每周有一次沒

有過夜的額外探視，此種評價並非無爭執之餘地。邦高等法院認為，訴願人對額外過夜之享有較佳的法律地位可以不必重視，因為此單純涉及到孩子的利益，此種見解並未以孩子幸福的具體審查為基礎。尤其是，這種評價並未尊重其生父所提出之主張，增加探視將使得孩子及其本身享有更大的安寧，並享有免於接送的焦慮。訴願人的親權將因此沒有明顯充分的理由而受到壓制。

拒絕訴願人所主張的假期規則同樣基於一般與具體案例沒有關係的標準與臆測。邦高等法院臆測，既然專家可能不是沒有理由的回避父親的這種希望（而未作成報告）。於是認為，孩子很明顯地並不想與父親共渡假期，此種見解是基於一種臆測。既然法院本身已確認孩子毫無保留的喜好，即不能基於該種臆測而證明，共同渡假並不合乎孩子的幸福。尤其，專家在鑑定報告的提出上並沒有提到對假期規則的意見。

(c) 若邦高等法院尊重基本法第六條第二項以及孩子的人格權的要求，或許會有他種裁判。然該受到指摘的裁定既已因違反基本法第六條第二項而予廢棄，即不必再加以審查，該法院是否亦侵害訴願人的法律聽審（*rechtliches Gehör*）的權利。

※譯註：本裁定未收於BVerfGE中。

附錄：

一、關鍵字索引

間接適用說·····	3
直接適用說·····	3
利益衡量·····	4
防禦權·····	5
請求保護·····	5
主觀公權利·····	6
基本權核心·····	7
民主合法性·····	7
漏洞填補·····	7
構成要件判斷·····	7
客觀法規範·····	8
過度禁止·····	8
民法概括條款·····	8
契約衡平·····	8
客觀價值秩序·····	9
不法性·····	9
杯葛·····	9
言論自由·····	9
表達政治思想·····	9
意見表達自由·····	9

政治辯論·····	9
批判性評價·····	10
基本權價值位序·····	10
手段適正性·····	12
比例性·····	12
競爭關係·····	12
契約自由·····	13
社會國原則·····	13
談判強度不平等·····	13
一般條款·····	13
誠信原則·····	13
社會國原則·····	13
手段比例性的衡量·····	13
立法漏洞·····	14
子女之利益·····	15
共同行使監護·····	15
看守機關·····	16
自然權利·····	16
基本權解釋的適正性·····	17
基本權的解釋·····	17
基本權協和·····	18
經驗法則·····	18
用盡程序的可能性·····	18

一般人格權·····	19
無名的自由權·····	19
剩餘的基本權·····	19
人性尊嚴·····	19
私法自治·····	19
契約締結自由·····	19
自由社會秩序·····	19
知悉身世之權·····	20
結婚姓氏·····	20
司法命令·····	21
司法積極性·····	21
人身自由·····	21
財產自由·····	21
平等原則·····	21
社會義務性·····	23
平等原則·····	24
承租人保護·····	25
社會國原則·····	25
國家與社會分離原則·····	26
人性尊嚴·····	26
人格發展自由權·····	26
價值中立的秩序·····	27
社會國的原則·····	27

限制基本權的限制·····	27
私法社會化·····	30
經濟上的權力工具·····	32
杯葛·····	32
新聞自由·····	32
國家義務·····	35
工具·····	35
宣傳·····	35
傳播業·····	36
不正競爭·····	36
營業的杯葛·····	36
公開信·····	36
營業競爭·····	36
公開信·····	36
言論自由·····	37
利益衡量·····	37
言論自由·····	37
政治上之言論表達·····	37
營業利益·····	37
不值得信賴的狀態·····	38
營業活動·····	38
善良風俗·····	38
損害賠償請求權·····	38

營業競爭·····	38
強制罪·····	38
新聞自由·····	38
價值利益衡量·····	38
營業·····	38
出版事業·····	38
言論自由·····	38
法益權衡·····	39
信賴度·····	39
保護利益（訴之利益）·····	40
第三人利益·····	41
訴之利益·····	41
客觀價值秩序·····	41
杯葛·····	42
言論自由·····	42
新聞自由·····	42
基本權利之本質·····	42
有組織性的杯葛·····	42
銷售·····	42
自由決定·····	43
杯葛呼籲·····	43
精神上意見·····	43
競爭關係·····	43

精神意見奮鬥之權利·····	43
經濟依賴性之利用·····	44
論戰之自由·····	44
公共利益·····	44
國家政策·····	44
意見形成過程中·····	44
當事人的機會均等·····	44
資訊流通·····	44
公共意見·····	44
公共利益·····	45
合法性·····	45
合目的性·····	45
經濟上之權力·····	46
壟斷性的地位·····	46
生存危機·····	47
經濟上之利害衡量·····	47
新聞自由·····	47
言論自由·····	48
新聞自由·····	48
新聞機構之獨立性·····	48
公意之自由形成·····	48
新聞媒體·····	48
報導的自由·····	49

國家主義·····	53
右派團體·····	54
侵權行為·····	55
侵害除去請求權·····	55
不作為請求權·····	55
人格權·····	55
預防性不作為的請求權·····	55
主觀的價值判斷·····	55
損害·····	55
名譽·····	55
政治意見的形成過程·····	55
政治競爭過程·····	55
沙文主義·····	56
新聞·····	57
意見表達自由·····	57
反省批判精神·····	57
尊嚴·····	58
假執行·····	58
個案的特殊性·····	59
自由民主的國家秩序·····	60
結構性的基本權利·····	60
闡釋上的錯誤·····	60
意見表達·····	61

新聞自由	61
溯及效力	61
政治角力	61
政治辯論	62
批判性評價	62
損害名譽的副作用	63
新聞自由	64
終止契約	70
營業秘密	71
任用契約	72
佣金	72
不作為之訴	73
私法自治	73
強制性之保護規定	74
利益平衡	74
法律聽審	74
職業自由	75
人格權	75
職業自由	75
營業權	75
社會國原則	75
比例原則	75
平等原則	76

法治國原則·····	76
訴之擴張·····	76
補償義務·····	77
德國僱主團體聯邦聯盟·····	77
社會國原則·····	83
廣泛之形成自由·····	83
自主商人·····	84
國王般之商人·····	85
補償義務·····	86
社會保障·····	89
生存基礎·····	90
直接之拘束力·····	96
客觀秩序·····	97
現金折價給付請求權·····	97
團體協約·····	97
企業聯盟·····	97
團體協約·····	97
年金·····	98
退休·····	98
礦冶聯盟契約·····	101
僱傭契約·····	101
獨立的規範·····	102
目的性規定·····	102

請求權之成立基礎·····	102
法治國原則·····	103
動態之準用·····	103
規範制定權·····	103
權利主體·····	103
家用燃煤請求權·····	104
法律鑑定書·····	104
企業準則·····	105
勞動法院·····	105
企業經營·····	105
公權力行爲·····	105
直接受到基本權的拘束·····	106
客觀秩序·····	106
一般性條款·····	106
基本權放射性作用·····	106
間接之第三者效力·····	106
法官造法·····	107
積極·····	107
消極·····	107
結社自由·····	107
私法自治·····	107
契約自由·····	107
成立社團的自由·····	107

加入社團的自由·····	107
退出與遠離社團之自由·····	107
契約自由·····	108
權利主體·····	108
第三人不利利益契約之禁止·····	108
補償不利利益·····	109
動態解釋·····	110
法律準用·····	110
法治國原則·····	110
民主原則·····	110
憲法評價·····	110
社會計畫之目的·····	111
補充性準則·····	111
體系解釋·····	113
目的解釋·····	113
解釋方法·····	113
不應拘泥於所用之詞句·····	114
探求當事人之真意·····	114
一般性解釋原則·····	114
民主正當性·····	114
動態準用·····	115
解釋目標·····	115
拘束第三者·····	115

正當性·····	115
準用條款·····	115
契約終止權·····	117
變更終止權·····	117
繼續性規範·····	117
內部行政規範·····	118
社會租賃法·····	120
解約保護·····	122
差別待遇·····	122
解釋法律規定·····	122
填補法律漏洞·····	122
財產權具社會義務·····	122
強制規定·····	123
轉租契約·····	123
社會條款·····	124
權利濫用·····	124
預見契約結束之可能性·····	124
仲介轉租·····	125
一般人格權·····	129
知悉自己身世之權·····	129
親屬法變更法·····	129
訴訟費用救助·····	132
生物學上之文·····	132

身世·····	132
確認身世請求權·····	132
名義上之文·····	132
血親關係·····	133
婚姻共同生活體·····	133
血親鑑定·····	133
職權進行原則·····	133
婚姻與家庭制度·····	135
婚姻生活共同體·····	135
知悉自然身體之權·····	136
利益衡量之界限·····	136
訴訟費用救助程序·····	139
證據調查程序·····	140
婚姻與家庭·····	142
一般人格權·····	143
人性尊嚴·····	143
遺傳學·····	144
尋找個性·····	144
自我理解·····	144
人格圖像·····	144
比例原則·····	145
適當性·····	146
繼承法上請求權·····	147

婚姻或家庭和平·····	148
自主性·····	149
自負責任性·····	149
婚姓·····	154
平等權·····	154
第一婚改法·····	154
戶政公務員·····	155
平等權利法·····	156
共同之家姓·····	156
兩性平等權·····	157
協調委員會·····	157
出生證明書·····	157
結婚登記簿·····	158
法律漏洞·····	159
共同之婚姓·····	159
法政策·····	161
結婚之自由·····	161
複姓·····	161
子女福祉·····	161
監護法院·····	161
男女平等權·····	162
生物學或功能上之差異·····	163
男女平等之功能·····	163

平等權原則應嚴格適用之·····	163
過渡規定·····	166
無效之宣告·····	167
法律不安定·····	167
直接適用·····	167
結婚自由·····	168
出生姓·····	169
立法者之形成自由·····	170
結婚之自由·····	170
法律安定·····	171
法律和平·····	171
平等權·····	171
姓氏單一原則·····	171
繼承營業·····	175
一般人格權·····	175
監護法院·····	175
繼承財產責任·····	175
法定代理權·····	176
父母監護權·····	176
人身監護權·····	176
財產監護·····	176
財產監護權·····	176
子女代理權·····	177

處分義務	177
有償取得	178
讓與營業	178
合夥契約	178
使用租賃契約	178
收益租賃契約	178
定期給付義務契約	178
無記名證券	178
背書	178
證券上債務	178
保證債務	178
經理權之授與	178
男女平等權利法	178
平等權利法	178
許可義務	179
合夥契約	179
商業登記	180
兩合公司	180
強制執行	181
強制締約禁止	181
授與	181
代理權	181
不當得利	182

法安定性·····	182
法明確性·····	182
債務承擔·····	182
繼承營業·····	182
分割遺產·····	183
無限公司·····	183
合夥契約·····	183
類推適用·····	183
債務承擔·····	185
類推適用·····	185
個別法律·····	186
一般人格權·····	187
合夥契約·····	187
商事行為·····	188
交易安全·····	188
濫用其代理權·····	188
超越法律文義·····	188
類推適用·····	190
一般行為自由·····	190
私法自治·····	190
一般人格權·····	190
無名自由權·····	190
有名自由權·····	190

人類尊嚴·····	190
他主決定·····	191
權力關係·····	191
家庭共同體·····	191
人性尊嚴·····	192
權利與義務的複合連結·····	192
父母責任·····	192
子女福祉·····	192
守衛機關權限·····	193
人合團體·····	193
無限責任股東·····	194
離婚·····	198
新親權法·····	198
民法第一六七一條·····	198
基本法第六條·····	199
單獨行使·····	199
共同·····	199
擁有親權·····	199
男女平等法·····	199
監護法院·····	200
人身之監護·····	200
財產之監護·····	200
有責主義·····	200

破綻主義·····	200
優先獲得親權行使·····	200
依賴連繫關係·····	200
離婚父母共同擁有親權·····	202
經驗法則·····	203
親權·····	205
單獨行使·····	205
比例原則·····	207
自然的親子關係·····	207
職權調查主義進行·····	207
人格發展·····	208
信任關係·····	208
贍養費·····	208
照顧和教養權·····	209
強制規定·····	209
家庭成員間的關係·····	209
子女利益·····	211
父母責任·····	211
法秩序和法安定·····	211
看守機關·····	211
立法·····	211
形成空間·····	212
家庭成員共同體·····	213

離婚中·····	215
父母權·····	215
自由權·····	215
供役的基本權·····	215
父母權所包含的責任·····	215
家庭成員共同體·····	216
社會關係·····	216
健康的心理社會發展·····	216
直覺性的聯繫關係·····	216
連繫關係·····	217
法秩序·····	218
法安定·····	218
衝突利益之平衡·····	218
教養能力·····	218
看守機關·····	218
非婚姻生活關係·····	219
拒絕締結婚姻·····	219
教養的持續性·····	220
離婚合併程序·····	223
挖空效果·····	225
子女之利益·····	230
親權·····	230
比例原則·····	230

親權法·····	231
濫用其親權·····	231
疏於保護照顧·····	231
包裹立法·····	232
財產監護權·····	232
男女平等法·····	232
責任原則·····	233
市府社會局·····	233
墮胎·····	234
重聽·····	234
精神耗弱症·····	234
少年局·····	234
監護法庭·····	234
假處分·····	234
智能不足·····	234
精神耗弱·····	234
意志薄弱·····	234
謀生能力·····	234
親權·····	235
教養目標·····	236
社會化的過程·····	236
規範意旨·····	238
國家提供協助·····	238

國家採取干預·····	238
利益衡量·····	238
子女之利益·····	239
比例原則·····	239
假處分·····	240
子女之教養·····	241
父母之責任·····	241
照顧教養權·····	241
基本權利之主體·····	241
理性之思考能力·····	242
監護法院·····	243
比例原則·····	243
剝奪父母親權·····	244
基本權利之內涵·····	244
保護範圍·····	244
基本權利侵害的強度·····	245
父母之人格·····	245
教養能力·····	246
立即且重大的危險·····	247
優先決定權·····	249
變動的規範體系·····	249
比例原則·····	250
探視規則·····	252

少年局·····	253
探視權·····	254
監護權·····	254
程序的保障·····	255
專業法院·····	255
個別衡量·····	255
聯邦憲法法院不必予以審查·····	255
審查的密度·····	256
義務性之權利·····	256
探視權·····	257
子女的人格權·····	257
一般的經驗法則·····	257
用盡合乎程度的可能性·····	257

二 德中文對照索引

呂特判決 (Luth-Urteil) ·····	2
基本權第三人效力(Drittwirkung der Grundrechte)2	
保護委託 (Schutzauftrag) ·····	8
社會化 (Sozialisierung) ·····	13
國家化 (Staatlichung) ·····	13
他主決定 (Fremdbestimmung) ·····	26
代位立法者 (Ersatzgesetzgeber) ·····	30
德國統一社會黨 (SED) ·····	34

法律上之錯誤 (Rechtsirrtum)	36
表達所附目的效果 (bezweckte Wirkung)	37
審查行爲 (Zensur)	39
權利前手 (Rechtsvorgaenger)	41
訴訟能力 (Prozesssttandschaft)	41
不法性 (Widerrechtlichkeit)	41
封鎖 (Blinkfueer)	42
確信力 (Veberzeugungs-Kraft)	43
後續壓力 (Nachdruck)	44
言論鬥爭 (Kampf)	44
對立性 (Gegenseitigkeit)	45
德國基金會 (Deutschland-Stiftung)	52
德國雜誌 (Deutschland-Magazin)	53
德國國家戰士報 (Deutschen National-und soldaten Zeitnng)	53
基督民主黨 (CDU)	53
基督社會聯盟黨 (CSU)	54
預防性不作爲的請求權 (ein vorbeugender Unterlassungsanspruch)	55
言論自由 (Meinungsfreiheit)	55
社會價值保護性 (Soziale Schutzwürdigkeit)	88
社會計畫 (Sozialplan)	97
動態之準用 (Dynamische Verweisung)	97

採礦不能 (Berginvaliden)	98
整體目的 (Gesamtzweck)	102
靜態之準用 (Statische Verweisung)	103
普遍拘束性宣告 (Allgemeinverbindlicherklärung)	104
經營委員會 (Betriebsrat)	105
準用之對象 (Verweisungsobjekt)	116
少年局 (Jugendamt)	204
假處分 (Einstweilige Anordnung)	206
信託權 (ein fiduziarisches Recht)	215
市立少年局 (Jugendamt)	231
監護法院 (Vormundschaftsgericht)	231
區法院 (Amtsgericht)	234
社會行爲 (Sozialverhalten)	235
精神上之穩定性 (emotionale Stabilität)	236
安全感 (Soziale Sicherheit)	236
變動的規範體系 (wandelnden Normsystemen)	236
放射作用 (Ausstrahlungswirkung)	238
自然權利 (das natuerliche Recht)	241
子女的利益 (das Kindeswohl)	241
少年福利法 (Jugendwohlfahrtsgesetz)	243
解釋上之瑕疵 (Auslegungsfehler)	244
自然管理人的身分 (natuerliche Sachwalter)	248

監護權（Sorgereche）	252
基本權的協和（Konkordanz）	255
親權（Elternrecht）	256
法律聽審（rechtliches Gehor）	258