

德國聯邦憲法法院

裁判選輯（十二）

翁岳生



司 法 院 印 行

中華民國九十五年十一月

例 言

- 一、本院為供實務及學術界之參考，特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，已出版第十一輯，共計 123 篇裁判。
- 二、本次出版「德國聯邦憲法法院裁判選輯（十二）」，由許大法官宗力與政治大學李震山教授自德國聯邦憲法法院裁判中擇選十二篇裁判：1. 「人性尊嚴，將子女視為損害」裁判；2. 「人性尊嚴，無法定上限期間的保安管束」判決；3. 「不經麻醉屠宰動物」判決；4. 「頭巾案」判決；5. 「未婚生子女生父之親權」裁定；6. 「雷巴赫士兵謀殺案」判決；7. 「表示自己姓名之權」裁定；8. 「基本法第 14 條第 1 項廢棄物土地清理狀況責任人之界限」裁定；9. 「大監聽與個人隱私案」判決；10. 「史坦達南環鐵路」裁定；11. 「利珀水利會」裁定；12. 「黨團與政團地位」裁定，譯印而成。
- 三、本裁判選輯由許大法官宗力召集，敦請政治大學李震山教授共同就譯文作分配，李教授並擔任本書綜合審查之工作，再委請院外留學德國回國任教之法學博士：程明修、王服清、張永明、楊子慧、詹鎮榮、陳耀祥、林昱梅、陳正根、吳志光、張錕盛、許春鎮、陳淑芳（按篇名順序排名）諸位先生、女士翻譯，並摘出各篇之關鍵詞，作成「德中」及「中德」二種索引編於書末，以利參閱。
- 四、本書付梓後出版前，德意志聯邦共和國基本法於 2006 年 8 月 28 日修正第 22、23、33、52、72、73、74、74a、75、84、85、87c、91a、91b、93、98、104a、104b、

105、107、109、125a、125b、125c、143c 等共 25 條 (BGBI I 2006, 2034)，不克在本輯中配合修正，將於第十三輯中再行調整，併此附記。

五、本輯之編校工作由大法官書記處魏處長大曉主持，書記處同仁負責校對及行政聯繫工作，幾經審關，始行付梓，併此附誌。

譯者簡介（依姓氏筆劃排序）

王服清

德國慕尼黑大學法學博士
雲林科技大學助理教授

陳正根

德國杜賓根大學法學博士
開南大學助理教授

吳志光

德國漢堡大學法學博士
輔仁大學副教授

陳淑芳

德國波昂大學法律與國家學學院法學
博士
淡江大學助理教授

林昱梅

德國杜賓根大學法學博士
中興大學副教授

陳耀祥

德國海德堡大學法學博士
台北大學公共行政暨政策學系助理教授

張永明

德國波昂大學法學博士
真理大學副教授兼財經法律學系主任

許春鎮

德國海德堡大學法學博士
育達技術學院助理教授

張錕盛

德國海德堡大學博士
東吳大學專任講師

程明修

德國敏斯特大學法學博士
東吳大學助理教授

楊子慧

德國哥廷根大學法學博士
輔仁大學助理教授

詹鎮榮

德國科隆大學法學博士
高雄大學助理教授

德國聯邦憲法法院裁判選輯（十二）

目 次

1. 「人性尊嚴，將子女視為損害」之裁判—程明修譯	1
2. 「人性尊嚴，無法定上限期間的保安管束」之判決—王服清譯	23
3. 「不經麻醉屠宰動物」判決—張永明譯	71
4. 「頭巾案」判決—楊子慧譯	87
5. 「未婚生子女生父之親權」裁定—詹鎮榮譯	125
6. 「雷巴赫士兵謀殺案」判決—陳耀祥譯	149
7. 「表示自己姓名之權」裁定—林昱梅譯	173
8. 「基本法第 14 條第 1 項廢棄物土地清理狀況責任人之界限」之裁定 —陳正根譯	185
9. 「大監聽與個人隱私案」判決—吳志光譯	201
10. 「史坦達南環鐵路」裁定—張錕盛譯	273
11. 「利珀水利會」裁定—許春鎮譯	293
12. 「黨團與政團地位」裁定—陳淑芳譯	325
附 錄	
第十一輯附錄，德意志聯邦共和國基本法第 10 條第 2 項及第 87 條 之 6 第 2 項勘誤部分	343
德中關鍵詞索引	345
中德關鍵詞索引	349

「人性尊嚴，將子女視為損害」之裁判*

BVerfGE 96, 375 ff.

德國聯邦憲法法院第一庭 1997 年 11 月 12 日之裁判

– 1 BvR 479/92 以及 307/94 –

程明修 譯

要目

裁判要旨

案由

裁判主文

理由

A. 父母對於子女的扶養義務（Unterhaltspflicht）可作為一種必須加以賠償的損害

I. 第一案中各級法院、當事人與相關機關之見解

1. 訴願人拒絕因節育手術失敗而承擔損害賠償責任

2. a) 地方法院判決訴願人應給付子女之一般扶養費用與照顧費用

b) 高等法院支持地院見解，認為家庭計畫因

醫生之過失而失敗時，可以成立對於子女的扶養費用損害賠償請求權

3. 訴願人主張基本法第 2 條第 1 項結合第 20 條第 3 項，侵害了基本法第 2 條第 1 項、第 6 條與第 12 條之基本權受侵害

4. a) 邦司法部認為判決並未逾越法官法律續造的界限

b) 聯邦最高法院院長強調只有婚姻配偶才受到醫療契約保護目的所涵蓋

c) 原審原告主張醫師有責地違反義務，而應

* 本院前曾委請陳愛娥教授翻譯同裁定，收錄於德國聯邦憲法法院裁判選輯（八），第 182 頁以下，該篇所據原稿為重點摘錄

該裁定之德文期刊，本文則直譯自裁定全文，鑑於該裁定之重要性，為方便讀者得一覽其全貌，茲併予收錄。

對家庭的生計給予賠償

II. 第二案中各級法院、當事人與相關機關之見解

1. 原審事實
2. a) 地方法院駁回原告扶養費用及慰撫金的賠償請求
- b) 高等法院同意對於身心障礙子女扶養費用負擔作為損害賠償的主張
- c) 聯邦最高法院部分接受部分駁回訴願人的訴訟
3. 訴願人主張基本法上第 2 條第 1 項結合第 20 條第 3 項，第 2 條第 1 項結合第 1 條第 1 項，以及第 12 條與第 14 條之基本權受侵害
4. a) 德國法學家學會認為若涉及到醫師對於未成年子女一般生活需求的責任時，憲法訴願為有理由
- b) 原審被告主張憲法訴願有理由
- c) 原審的原告認為被指責的判決合憲

III. 憲法法院中各庭表示之法律見解有重大歧異之先決

問題由憲法法院第一、二庭聯席會決定

B. 憲法訴願無理由

I. 原審判決並未違憲侵害基本權

1. 民法契約與侵權法規定並不違憲
2. 法院對民法條款的解釋，並不逾越裁判權的界限
 - a) 一般法律解釋以及適於解釋方法的選擇乃普通法院的權限
 - b) 扶養義務可視為民法第 249 條意義下的損害

II. 法律解釋與法律續造的判決並不牴觸基本法

1. 訴願人憲法所保障的財產權並未受到侵害
2. 民法上契約不完全給付的結果以及因侵權行為所生損害的責任，與職業行使自由無關
3. 金錢給付義務之轉嫁涉及基本法第 2 條第 1 項所保護的一般行為自由
 - a) 基本權作為普通法院解釋或適用民法條款時之「指導方針」
 - b) 基本權的輻射效力
 - (1) 人性尊嚴

- (2) 民事法的責任構造
原則上不涉及人性
尊嚴
- C. 聯邦憲法法院第一庭與第二庭
的聯席會議
- I. 第一庭在形式上未採用第
二庭的法律見解
- II. 聯邦憲法法院法第 16 條
1. a) 聯邦憲法法院向來之
解釋
- b) 對於論證關聯性具有
重要性
- c) 子女存在之法律資格
是否視為損害來源之
不同見解
2. 聯邦憲法法院法第 16 條
之要件不成立
- D. 判決結果

關鍵詞

損害賠償 (Schadenersatz)
慰撫金 (Schmerzensgeld)
人性尊嚴 (Menschenwürde)
人格權 (Persönlichkeitsrecht)
子女的扶養義務
(Unterhaltungspflicht)
生存權 (Lebensrecht)
法官之法律續造
(Rechtsfortbildung)
基本權的輻射效力
(Ausstrahlungswirkung)
憲法法院聯席會議 (Plenum)
基本權規範保護目的
(Schutzzweck der
Grundrechtsnorm)
基本權之保護義務
(Schutzpflicht)

裁判要旨

針對懷孕生產前因失誤的節育手術以及瑕疵的遺傳諮詢而生之醫療責任爭議，民事法院所作的裁判並不抵觸基本法第 1 條第 1 項之規定。

案 由

1997 年 11 月 12 日第一庭之裁判
- 1 BvR 479/ 92 und 307/ 94 -
其憲法訴願程序係：1. 醫師 T
先生 - 授權委託律師 Rudolf Stottung

博士及其同仁，Maximilianplatz 12,
München - 針對 a) 1992 年 1 月 16
日慕尼黑高等法院之裁判 - 1 U
2278/ 91 - ，b) 1991 年 1 月 16 日慕
尼黑地方法院之裁判 - 9 O 2278/
91 - 1 BvR 479/ 92 - ；2. 醫師 H 教
授先生 - 授權委託律師 Hartmut
Neifer 博士及其同仁，Wöhrdstraße 5,
Tübingen - 針對 a) 1993 年 11 月 16
日聯邦最高法院之裁判 - VI ZR 105/
92 - ，b) 1992 年 3 月 19 日斯圖佳
特高等法院之裁判 - 14 U 57/ 89- 1

BvR 307/ 94 – 。

裁判主文

憲法訴願駁回。

理由

A. 父母對於子女的扶養義務可作為一種必須加以賠償的損害

這些被合併在一起而作成裁判的憲法訴願涉及若干民事法院的裁判。根據這些民事法院的裁判，因為失誤的節育手術或者瑕疵的遺傳諮詢而產下之子女的扶養義務（Unterhaltspflicht），可以當作是一種必須加以賠償的損害。

I. 第一案中各級法院、當事人與相關機關之見解

程序 1 BvR 479/ 92

1. 訴願人係一個執業中的泌尿科醫師。他為原審訴訟原告的丈夫做家庭計畫之諮詢，並以節育之目的，為其丈夫實施醫療上的手術。後來節育手術失敗，病人未被告知與說明。病人的太太在 1984 年 5 月產下她第四個兒子。訴願人與其保險責任義務拒絕損害賠償請求權。

2. a) 在原審訴訟程序中，妻子要求因扶養小孩費用所產生的損害賠償，與因非自願性懷孕與生產所生的慰撫金。

地方法院判決訴願人士應給付如同對未婚生子女之一般扶養費用與追

加支付 70 至 100 馬克之照顧費用。因本訴訟僅母親提出訴訟，故依據民法第 1360 條第 2 款與民法第 1606 條第 3 項第 2 款之法理，其僅取得應賠償全部扶養費用之一半。同時，地方法院認為慰撫金最高達 6000 馬克為適當。

地方法院就若干部分詳加說明：訴願人與原告之丈夫係簽訂關於實施節育的醫療契約。原告為此契約之保護領域所涵蓋，基於對契約之不完全給付，故其有損害賠償請求權。此所承諾之節育手術目的在於節育，並非為醫療之緣故。由於契約保護每個先生不會得到不完全給付，否則如此一來將造成他對子女撫養費用之負擔，因此這類之醫生給付行為必須不致導致上述結果時，始符合契約之要求。訴願人就此醫療契約不為完全給付，因其對原告之先生就節育手術未依規定且亦未為全面性之說明。即使承認損害賠償也不抵觸孩子的人性尊嚴。在法律意義下，孩子不得視為損害，其經由違反生育計畫所引起父母對子女的扶養費用負擔才是損害。孩子的存在雖說是扶養費用負擔的前提要件，然而經由孩子所生的經濟負擔之法律歸責與孩子的存在兩者必須予以區分。我們很難說將扶養費用轉嫁第三人的作法，就代表小孩的父母表示他們不斷地反對子女的生存權。父母與小孩存在何種內在關係，並非取決

於他們是「非計畫」下「不被期待」的小孩與否。總是會有非期待其出生的小孩，在出生之後如同被期待出生之小孩一般，從他們的父母親獲得相同的照顧。除此之外，也看不出為什麼加害者可以基於心理上顧慮小孩的藉口，而因此免除他們的責任。透過加害人來減輕財力上之負擔，對於原告和小孩的關係而言，具有積極的功効，因為因小孩出生而產生之經濟是負擔，應該是中性的。

b) 高等法院駁回訴願人之上訴。其不僅確認地方法院之判決結果，而且也完全同意地方法院之判決理由。高院同時也明確依循聯邦最高法院之判決。依此判決，當基於經濟上動機所規劃之家庭計畫因醫生之過失行為而告失敗時，對於健康婚生子女的扶養費用損害賠償請求權即可因之成立。

3. 訴願人透過憲法訴願主張，地方法院與高等法院的判決基於基本法第 2 條第 1 項結合第 20 條第 3 項，侵害了基本法第 2 條第 1 項、第 6 條與第 12 條之基本權。

根據聯邦最高法院無庸爭議的判決見解，地方法院與高等法院逾越了法官法律續造被容許的界限。雖然我們原則上容許法官之法律續造，但是它卻必須符合可被認同的正義感受，同時可以將法律的漏洞填補以及不至於有所恣意。後者是指，法律的續造

必須符合每一個法律領域的釋義學上基本原則。但是前揭法院卻違背了這個由聯邦憲法法院所設定的法官法律續造界限。主張對於非基於父母意願而出生之子女的扶養費用可以視為一種適於填補的損害，其實牴觸了基本法上規範的倫理基本思維。子女應受基本權的保障，但是他們卻不是損害。當一個非父母意願的小孩出生，便在法律上考慮物質的結論，這並不符合我們法律文化與倫理的價值。因為聯邦最高法院可以根據實踐理性的標準將漏洞填補，所以法律續造也無法被正當化。在此必須結合（家事法上）有關家庭中相互扶養義務的規範。特別是民法第 844 條第 2 項的例外條款更可以進一步指出前述之不法。同時這些被指責的判決也不免有恣意之虞，因為它們並未注意到損害賠償法以及法律釋義學上被普遍承認之基本原則。因為子女出生而增加的家事法上扶養義務並不能拿來跟純粹財產法上之負擔相權衡。法律秩序同時也不容許將一個健康小孩的懷孕與出生評價為民法意義下的損害。因此也不需要考量回復原狀的問題。同時聯邦最高法院也不能期待父母為了減輕損害，違反體系地將小孩送交別人收養。但是另一方面，聯邦最高法院卻限制了對於一般扶養以及為了扶養而附加支出的代價請求權。這項為求合理的損害酌減，正好顯示聯邦最高

法院 – 以及在前揭訴訟程序中的各級法院 – 立場上的錯誤。

憲法訴願人同時進一步主張他自由執行職業的基本權受到侵害，因為透過法官造法，已經進一步創設了法律所未規定的責任要件。法院在（賠償）責任法上所得出的結論是如此深遠，以致於其結果甚至造成醫療「營業營運（Gewerbebetrieb）」內容（基本法第 14 條第 1 項）的干預。為了對不可預見範圍父母（Geschlechtspartner）有利的保護作用而導入這種如此廣泛的責任要件，需要一個法律的規範。此外，適用於醫師身上的倫理基本原則也屬於憲法保障行使職業的範圍；醫師的首要義務在於維持生命以及避免毀滅孕育中的生命。對於醫生而言，如果因子女出生隨之而來的扶養義務可被解釋成失誤節育手術下的結果，將會使得上述的道德義務逆其道而行。支付義務正好在「責罰」醫師職業上的天職，亦即救助、保護以及創造生命。針對這種處罰不只欠缺一個倫理的基礎，同時也欠缺基於基本法第 12 條第 1 項必要的干預條款。醫師的職業形象也會被那些廢棄判決的見解，亦即醫師應該會那些他沒有阻止的生命付出代價，加以扭曲。

這些被指責的判決也同樣不符合基本法第 6 條與第 1 條第 2 項之要求。對於封閉家事法規則體系的突破

抵觸了基本法第 6 條將家庭置於國家秩序之特別保護下的基本想法。這也涉及到子女的人性尊嚴。如果同意母親可以為她的懷孕期間請求慰撫金，子女將來會知道原來它的存在等於是一個損害者，同時侵害了母親身體不受侵害之權，並因此必須給付母親慰撫金；但是相對地，它的其他手足則全都是受期待與計畫中出生的子女。再者，子女也會知悉，為了補償對它的照顧與扶養，它的母親每個月都可以領取費用；但是相對地，它的手足同樣獲得照養卻不能請領費用。如此一來，這個小孩長期在家庭之中將無法隱藏它的特殊地位。母親為了確保它的損害賠償請求權，也必須長期隨時地聲明這個小孩其實不是他自己意願下生出的小孩。這個小孩也會被迫承認它的父母親之所以對它沒有比起它的手足少一點照顧，其實只因為它存在的負擔可以獲得損害賠償請求，使得對它手足的照料可以輕鬆一些。

再者，受到指責的這些裁判同意原告因其懷孕期間承受的侵害而可獲得慰撫金，也已經逾越了法官法律續造的界限。假如一個正常的懷孕，同時生出一個健康完整發展的小孩，可以承認請求慰撫金，無異是將憲法上保障胚胎的分娩視為民法第 847 條意義下的侵害生命。法秩序其實並不承認對於正常懷孕下的存活還要在責任法上以規定金錢賠償方式才能提升的

心滿意足需求。懷孕並不是對於婦女身體完整性的干預。本案中之此種法律續造並不吻合民法第 253 條有關慰撫金有限的損害賠償請求權規定，同時也牴觸禁止恣意的要求。除此之外，承認對於懷孕應給予慰撫金，也會導致創設廣泛責任要件這種完全無法預見的結論。而這也是一種不容許之對醫師執行職業的侵害。

4. 對於憲法訴願，巴伐利亞邦司法部長、聯邦最高法院院長以及先前訴訟的原告，分別表示立場。

a) 司法部認為這些被指責的判決並不逾越法官法律續造的界限。法院並沒有創設新的責任要件出來。這些系爭裁判無非只是涉及到民法第 249 條一種可被接受的解釋，以及造成損害概念的進一步發展而已。當這裡涉及到一個一般法律的問題，特別是民法的學理時，系爭法院裁判所持理由是否正確性的審查並非聯邦憲法法院的任務。

但是基於憲法保障子女人性尊嚴的觀點，可能還是有問題。因為聯邦憲法法院在一處判決旁論中確認，基於基本法第 1 條第 1 項，在法律上子女的存在定性為損害來源，應不予考慮。雖然聯邦最高法院於其判決中個別針對這項論點加以討論。但是似乎也質疑，對於（非計畫下）子女的出生，在法律上僅考慮父母扶養負擔的觀點，是否與基本法的價值思維相符。

雖然這種考量符合損害賠償法的學理，但是對於特別重視父母與子女內在關聯的關係而言，這種單純財產法上的判斷並不適當。

從法律續造的觀點，承認因懷孕影響的慰撫金請求，在憲法上並無疑問。但是相反地，針對非父母意願下出生小孩扶養費用負擔的評價能否視為一種損害，卻可能同時產生憲法上的疑慮。同時母親的懷孕也是小孩生存不可分割的附隨現象。

b) 聯邦最高法院院長則提出民法第四庭庭長的聲明，重點指出為何該庭作成如此之判決。其次也強調只有婚姻配偶而非所有的性伴侶都受到醫療契約保護目的所涵蓋。

c) 原審原告主張前揭裁判正確，並且指出，在家庭計畫決定中，財務的衡量以及個人發展的問題並非不重要。讓人一目了然的是，基於這些理由，在個案中也可能針對小孩找到答案。因此在這種意思形成的過程中，有可能嚴重危害到形成中子女的生存。父母親認為在本案這種情況下，醫師有責地違反他的義務，而應該對於它們家庭的生計給予適當給付的觀點，對父母而言，其實也構成針對子女之決定壓力的重要部分。人性尊嚴無法拘束到因有責、瑕疵手術必須負責任之第三人的見解，並無法令人接受。對此不只是直接涉及到與子女的經濟上關係，首先產生經濟上不利利益

的應該是這個家庭的所有成員。

II. 第二案中各級法院、當事人與相關機關之見解

程序 1 BvR 307/ 94

1. 於 1)與 2)原審程序中的原告是一對其女兒於 1982 年出生時即有身體與精神缺陷的父母親。因為其遺傳基因上的特質而恐懼生出有缺陷的子女，因此在 1983 年 8 月求助於當時由訴願人主持的大學機構中有關基因醫療部門，希望能在他們決定下一個小孩前，瞭解小孩得到遺傳疾病的危險。訴願人簽署一份醫師函件，讓兩位訴訟原告知情。根據這份文件表示，會發生遺傳的阻礙是極不可能發生的。所以並不阻止該父母繼續其懷孕計畫。在 1985 年 3 月，原審原告的第二個女兒出生，但卻與他的姊姊一般，同樣發生身體與精神上的缺陷。

2. a)地方法院駁回原告請求賠償（父母）扶養費用以及（母親與女兒）慰撫金的訴訟。其理由是原告無法證明這是一個違反義務的諮詢。

b) 高等法院則同意父母有關現在與將來對於身心障礙子女所有扶養費用負擔作為實質損害賠償的主張。同時進一步同意被告應給予母親精神慰撫金。但是子女個人請求的部分則被駁回。

高等法院認為證據顯示，瑕疵與未盡充分的基因諮詢對於訴訟主張的

損害而言，應該就是原因。因為在子女身上發生之身體與精神上障礙 – 無論如何也 – 可以回溯到基因上的缺陷。而且父母在生育下一個子女前如果可以得到充分與正確的諮詢，便可以有所猶豫。同意應對父母賠償所有的扶養費用額度，不應只限於對於子女醫療相關之各種需求。應該進一步同意給付母親 10,000 馬克之侵權慰撫金，因為瑕疵諮詢下的懷孕以及生育並非其所希望，同時也可以視為對母親身體的侵害。由於懷孕時胞衣提早脫落，引起的早產以及剖腹分娩威脅，使得母親必須住院觀察，應該可以提高慰撫金的額度。相反地，因為「擁有一個健康上有缺陷之子女」而導致的精神負擔，則不應該在慰撫金的權衡上加以考慮。

子女的訴訟請求應該加以駁回。因為針對出生缺陷子女直接承認損害賠償請求，已經逾越了法律上請求權規範的界限。人們因天生自然形成的原因而造成生命的挫折，但卻不能對他不想存活於世或者要求他人來防止而提出請求（BGHZ 86, 240; 89, 95 中的上訴主張）。

c) 子女首先在被提起的上訴中撤回請求。單純基於契約法上損害賠償責任的理由，訴願人的上訴則被聯邦最高法院部分接受部分駁回（BGHZ 124, 128）。

法院的理由是：民庭過去在裁判

中確認，契約法上醫師的責任可以包括對於子女的扶養費用。在子女出生前瑕疵基因諮商的本案中，這個判決同樣可以過渡而加以適用。雖然聯邦憲法法院第二庭在 1993 年 5 月 28 日的判決中，於第 14 點的判決要旨以及判決理由 DV6 點處（參考 BverfGE 88, 203 [296]），針對這點提出質疑。雖然這樣的解釋不發生拘束效力，同時民庭也在它的判決中多次給予批判性的審查。但是這還是有必要針對法律狀態再重新進一步加以審視。民庭可能無法從聯邦憲法法院的說明中獲致合理的說理，以反對在判斷費用負擔的本案中將扶養費用視為一種損害。

法律上將扶養費用負擔視為一種損害的關鍵點在於醫師的契約上責任，亦即醫師為了達到治療或諮商效果，所採取醫療或諮商行為所應該滿足的醫學上要求。這種責任法上的觀點僅適用於那些其合法性並無疑慮的契約之上。因此聯邦憲法法院根據其於墮胎判決中所持理由而無法加以正當化的墮胎案件，是否也可以根據法秩序而提出損害賠償請求，仍然是個開放的問題。事實上已經可以避免遺傳物質缺陷子女誕生的諮商契約亦如同為了避免子女出生而締結的節育手術契約一般，可以導出一個為達目標的合法結論。一個身心障礙子女父母希望下一個子女的孕育取決於基因諮

商的結果，不僅不會有倫理道德上的疑慮，同時更可以表現父母親高度的責任感。如果這個契約目的是法秩序所容許，那麼在責任法應該保證醫師藉由他所承擔義務的履行，來達成契約之目的。因此這並無憲法上之疑慮。在聯邦憲法法院所提到的判決中毋寧明確地強調，醫師醫療或諮商義務的不完全履行，原則上是可以引起民法損害賠償責任的結果。如果透過醫師醫學上任務的承擔來實現合法的契約目的，對於醫師而言就不是無法律上的責任，而對於損害賠償責任法而言也不是沒有結果的事。如果為了避免子女出生，這種發展也可以提供這種符合法秩序要求的可能性時，對於契約當事人應該提供的損害賠償法上保護毋寧只是醫學發展的效應。在這種事實關係中，如果可以免除醫師責任法上有責地違反契約義務的效果，這將是對於契約利益構造上一種加重的侵害。

同時在聯邦憲法法院的觀點下也無法找到憲法上的理由，可以認為這種對於民法契約責任上嚴重的干預是必要的。民庭在 1980 年 3 月 18 日的指標性裁判中（BGHZ 76, 249 [253 f.]）早已經否定了將子女的存在視為損害的看法。這點與聯邦憲法法院的見解相符。「子女被視為損害」的說法是一種不適當，同時從法律的觀點來看也是不恰當的描述。損害其實是

存在於非計畫下出生子女所引發的扶養費用負擔之上。在一方面將子女的存在與它們作為人格無庸爭辯的價值，以及在另一方面將子女帶給父母親的扶養負擔加以區分，並非一種對於「人格完整性（persönliche Ganzheit）」人為造作的分裂。從損害賠償法的觀點，這毋寧可以證明是結果正確的決定。只有父母對於子女扶養上的負擔才可以被視為減少財產的損害。

即使醫師參與部分分攤經濟上的負擔，父母還是不能免除它們對於子女的扶養義務。在損害賠償法上有或無損害賠償機制而對於經濟狀況必要的補償，並非在子女存在或不存在之意義上作補償，亦即並非將子女不存在視為積極，而將子女的存在視為消極的財產因素看待。否則在基本法第1條人性尊嚴的觀點下，將發生憲法上之疑慮。這樣的補償若根據損害賠償法的觀點也是錯誤的。這僅限縮於子女出生之整體生活事實中經濟的層面。對於引起損害而對於財產狀況所作的必要補償，只需要考慮有或無扶養負擔對於扶養義務人的經濟狀況所產生之影響。在此不宜誤以為，經濟上的負擔只有因為子女出生才會發生。這裡涉及到自然科學上的因果關係，而其取捨是價值中立的。可以想像的是，父母親對於一個「受期待子女」的扶養義務，在財產的損益上也

是一種經濟上的負擔，而無需在父母與子女間關係發生負面效應。

民庭－如同學說見解－權衡的是，在憲法的觀點下是否可以要求在如同本案的諮商案件或者瑕疵節育手術案件中，去承認父母因為人格權受侵害而對於其內在的損害，以金錢作為適當賠償方式的請求。但是這種考量的方式恐怕不能避免與子女若不存在的狀況加以比較。相較於認定父母經濟上的負擔與可以（部分）透過醫師減輕負擔，若是判定對於父母會造成非財產上的負面影響，毋寧將更直接與更嚴重輻射影響到子女的人格。

將損害賠償義務與子女的扶養結合也不會負面影響到子女的人格與存在。透過醫師來減輕經濟上的負擔，亦即符合損害賠償與責任法上的補償任務，是限於單純符合財產的意義。這不只會對子女產生烙印，同時也不會它的生存權上發生疑問。根據法律規定以及損害賠償法的實務見解，損害的概念並不能作如此消極意義的理解，以致於可能必須禁止將因來自於子女出生而造成的財務負擔視為一種損害。特別是將扶養費用負擔視為父母與醫師關係間之損害，並不代表將子女當作成一無價值的判斷，同時也不是透過與「損害」概念的連結，去褻瀆子女的人格。

民法典的立法者有意識地排除去確定財產與財產損害的概念，反而希

望讓學術與實務去加以形成。判決從一開始就將積極利益的減少或者消極不利益的增加視為損害，其基礎則是精算地比較加害結果所造成的財產狀況以及若無此加害結果時的財產狀況（參考民事大法庭的判決，BGHZ 98, 212 [217 f.]）。不同的方法是另一種本身屬於價值中立的精算運算法。但這卻也不能免除將這種採取不同結構的運算關係，在評價上根據責任的保護目的以及損害賠償的補償功能來加以決定。但是如果跟醫師之間所簽訂的契約目的在於避免父母的扶養費用負擔，則不論是根據契約的保護目的或者根據損害賠償的補償功能，均可以將這種負擔視為一種財產上損害。透過損害賠償法上財產狀況的比較，並不會將一個人的存在以羞辱的方式窄化成只剩會計一損益的觀點。這涉及到去調查符合財產影響的方法，而這種方法往往是損害賠償法所指定的。根據今天的理解，損害賠償代表一種根據各種責任標準之公平的負擔分攤，而非對於損害行為的一種制裁。因此，仍不清楚的是，為什麼將扶養負擔認定是一種損害可能會不利於子女的尊嚴。在前揭型態的案例中同意損害賠償甚至會是有助的，因為透過這種方式可能可以改善它的經濟狀況，可能的情況下甚至還可以提升他在家庭中所受到的尊重。

如果因醫師的瑕疵諮商而對於目

前經濟負擔造成的危險與有責任時，亦即因此而生出一個重度身心障礙，同時需要長期照料之子女時，將扶養費用的過重負擔加諸於醫師身上似乎顯得更加清楚。在若干案例中，亦即醫師不是如同正常子女生產一般，透過通常扶養說明，去承擔有限的扶養負擔，而是承擔所有透過財產比較而得出的財產上支出，此時父母則仍然必須維持所有剩餘而無法委罪於加害者的撫育費用以及相當可觀的財產上支出與損失。民庭並不想承認這種有限地免除父母經濟上負擔應該是一種在憲法上不被容許，而對於子女尊嚴的侵害。

即使在這些案例中，損害補償是傳統法律見解的要求，而立法者在制訂民法典時也不曾質疑過，法院裁判還是呼籲責任法與損害賠償法進一步的發展，以提供本案充分的法律基礎，並於民法中適當地回應生殖醫學的發展以及這個領域中所要求的影響與控制判斷能力。如果醫學上所要求的控制判斷能力不牴觸人性尊嚴，則根據民庭的見解，對於民法責任衍生的結果－其中由醫師承擔責任的範圍變得可預測－，可能就無需另行規範。

對於中度身心障礙子女之扶養費用負擔與在家事法上對於原本預測是健康的子女有責任者，以及因為損及健康而額外地必須負責者，也密不可

分。對於確保重度身心障礙子女生存所必要的費用負擔是不可分的。如果在它的生存以及因此而衍生出個別的需求之上，採用「正常」子女的標準進行解釋，將與基本法第 1 條第 1 項意義下，對子女人格的尊重要求不相容。同時在本案中免除父母所有的扶養費用負擔也因此與忽視子女的尊嚴完全無關，在損害賠償法上去保護與保障子女的尊嚴甚至才是適當的。

3. 因訴願人被判決應對扶養費用予以賠償，導致其針對高等法院與聯邦最高法院的判決提起憲法訴願。訴願人主張，其基本法上第 2 條第 1 項結合第 20 條第 3 項，第 2 條第 1 項結合第 1 條第 1 項，以及預先考量到的第 12 條與第 14 條之基本權受侵害。

聯邦最高法院在解釋「損害」的概念時，並未正確評價一些憲法原則，特別是基本法第 1 條第 1 項，同時也未注意到因此所需的法律拘束（基本法第 20 條第 3 項）。其所牴觸的可能尚包括基本法第 2 條第 1 項。基於憲法的規定，若是子女有身心障礙時，也不應該將子女的存在於法律上定性成為損害來源。聯邦憲法法院第二庭於 1993 年 5 月 28 日的判決中早已宣示此一見解。所有國家高權必須基於個人自己的意願尊重每一個人存在的義務，禁止將對於子女的扶養義務認定成損害。這是基於基本

法第 1 條第 1 項而來。否則會將子女褻瀆成為單純法律所要求的客體；子女的存在將淪落成為單純的損害項目，而在「經濟上負擔」的加總上被當成損害加以計算。

將子女的存在與因此而對其父母產生的扶養費用負擔加以區分是一種人為造作與恣意。聯邦最高法院所採用限縮於經濟層面的觀察方式正好就是將子女褻瀆成損害計算的單純客體。承認子女的扶養費用負擔是一種損害無異更加深子女是不被期待的印象，同時子女自己－當他不久後具備認識能力時－也會明白。子女認識到這種精神損害會導致的後果，聯邦最高法院卻完全不予理會。因個人出生形成的特殊關係所導致，而強調價值的整體情結，並無法與個別的義務加以隔離。如此才能達到個人的人格完整性。子女與父母彼此之間存在與糾結的權利與義務的結合，並無法恣意地加以分開。因為這將完全忽視彼此之間內在的關係。

至少當訴願人不僅應該對於子女因身心障礙所需的多重照顧給予賠償，同時還必須負擔所有的扶養費用時，應有所牴觸基本法第 2 條第 1 項所保障的特殊憲法權利。還將這種習慣上的扶養費用負擔認定成為損害，已經明顯地將子女單純地存在褻瀆成為不被期待的經濟上負擔。將子女當作是請求其不要存在的客體，與憲法

保障子女的人性尊嚴要求、以及要求透過整體法律秩序無限制地承認其生命權的憲法上請求權。並不相容。

預想到可能還有基本法第 12 條與第 14 條之基本權受侵害。因為憲法並不容許此種至少在前述範圍內之損害賠償義務，所以對於財產具體內涵的侵害可能也存在於一個可供執行的判決中。再者，其自由行使職業的基本權也可能受到違法侵害，因為他被要求基於憲法不容許的理由，提供損害賠償。

4. 針對憲法訴願，德國法學家學會（Deutsche Juristinnenbund）、2) 與 3) 之被告（醫療機構與大學中之醫師）以及原審原告均提出其主張。聯邦最高法院的立場則見之於 1 BvR 479/92 程序中。

a) 德國法學家學會認為若涉及到醫師對於未成年子女一般生活需求的責任時，憲法訴願為有理由。但是若判定訴願人必須針對因身心障礙之多重需求，而可以用金錢方式提供給付時，訴願人的憲法訴願則無理由。如果對於子女出生之醫療或諮商的瑕疵乃是共同影響的因素時，不論對於健康或者身心障礙未成年子女一般生活扶養的保障仍是照料小孩的自然產物。這與父母子女親子關係是密不可分，同時也與孕育或生產的狀況無關。屬人性質的家事法上義務可能無法透過損害填補的方式加以轉移。對

於未成年子女因身心障礙而產生的多重需求則應該有所不同。同時父母會因而也有義務對於超出一般生活費用的需求加以清償。對於這些財務上確定的多重需求其實原則上應該由加害人來承擔。因此民法第 843 條第 4 項的規定便權充作為不得因其他人對受害人已經給予家計費用而排除損害賠償請求權的根據。基本法第 2 條第 1 項則是獨立的審查標準。非針對憲法而就損害概念所為之解釋將因損害賠償請求權而導致過度的負擔，而屬一種違反基本法而對於一般行為自由的限制。

b) 在 2) 與 3) 之原審被告主張憲法訴願有理由。廢棄的判決基礎乃是損害的概念，但這與基本法第 1 條第 1 項蘊含的基本原則並不相容，同時也侵害了訴願人基本法第 2 條第 1 項結合第 20 條第 3 項所保障之基本權。我們無法將子女本身的存在以及與之相關的扶養負擔加以區分。毋寧必須從尊重人性尊嚴的義務得出一個無可避免的結論，亦即對於子女的扶養原則上不得被視為一種損害。

c) 原審的原告則認為被指責的判決是合憲的。聯邦憲法法院第二庭的見解只是出現在旁論中，而這根據聯邦法憲法法院法第 31 條第 1 項是欠缺法律拘束力的。因為對於損害以及扶養費用的請求並無法透過規範審查程序的標的得到。父母的任務與義務

是必須完全歸屬於充滿愛心地，將子女長期地接納進家庭。這也不應該因為扶養費用請求轉嫁到第三人身上而有所減損。從而這也不會影響子女的人性尊嚴。個人的存活與物質的條件息息相關。誰提出這樣的扶養請求，並不會因此侵害被扶養者的人性尊嚴，毋寧只是提升其物質上生存的能力。同時根據民法第 844 條第 2 項規定，扶養義務可以被當作損害之回復原狀而轉嫁到第三人身上，而不會因此忽視權利人依自己意願的生存方式。

III. 憲法法院中各庭表示之法律見解有重大歧異之先決問題由憲法法院第一、二庭聯席會決定

針對本案之訴訟程序，聯邦憲法法院第二庭以 1997 年 10 月 22 日判決¹的形式表示：合議庭多數決的見解認為在聯邦憲法法院判決第 88 冊第 203 頁以下（特別是第 296 頁）所表示的見解，亦即基於憲法（基本法第 1 條第 1 項）的原因無法同意將對於子女的扶養義務視為損害，涉及到一個民庭的判決中重要的法律觀點。多數的見解進一步認為，當憲法法院中表示法律見解的一庭主張這個見解具有重要的意義，但是相對地其他庭則認為不重要時，這種法律觀點是否具有重要意義之先決問題的裁判應該

由憲法法院第一、二庭聯席大會來加以決定。

透過憲法法院第一庭根據聯邦憲法法院組織法第 48 條第 2 項所作的質問並無結果。

B. 憲法訴願無理由

憲法訴願並無理由。所被質疑的判決並不違反憲法為透過法官裁判而對法律發展所定下的法律界限（I）。它同時於其事物內容上也不牴觸基本權利（II）。

I. 原審判決並未違憲侵害基本權

那些判定訴願人必須負擔損害賠償與慰撫金責任，而受到質疑的判決，捍衛的是法官僅受法律與法之拘束，因此在這個觀點之下這些判決並不該當基本權的侵害。

1. 為裁判基礎的民法契約與侵權法規定（特別是民法第 611、276、249 條以及第 823 條第 1 項與第 847 條）並無憲法上的疑慮。對於每一位法官而言，它們都被當作是針對損害賠償責任問題為裁判時之充足具體的法律依據。

2. 民事法院對於這些條款的解釋，並不逾越源自於基本法第 20 條第 2、3 項之法官裁判權限的界限。

a) 一般法律的解釋以及適於解釋方法的選擇乃是屬於普通法院的事物，而非聯邦憲法法院於正確性之審

¹ 參見附件第 409 頁。

查時應觸及之處。聯邦憲法法院應該確保的僅是基本法的要求有被遵守。

基本法第 20 條第 2 項乃是權力分立原則的表述。如果基本法中的這個原則並非在功能與壟斷之嚴格區分意義下，對於每一個特定的機關個別形成（參考 BVerfGE 9, 268 [279 f.]; stRSpr），那麼將會排除法院宣稱擁有由憲法明確交給立法者的權限（參考 BVerfGE 4, 219 [234]; stRSpr）。基本法第 20 條第 3 項拘束司法應受法律與法之限制。如果法院超出適用規範的角色扮演而變成制訂規範的層級，亦即客觀上被看成免除法律與法之拘束時，則與前揭規定不相容（參考 BVerfGE 87, 273 [280] m.w.N.）。

但是這個憲法原則並不止法官進一步去讓法律成長。由於社會關係的快速轉變、立法者有限的反應能力以及多數規範本身的開放結構，實定法對於環境關係改變的調適，也屬於司法權的任務。特別是在法律命令與司法個案決定之間因為時間因素而造成差距時有其適用。聯邦憲法法院正好也針對民法典上的問題，表示如是看法（參考 BVerfGE 34, 269 [288 f.]）。

但是法官不能將由立法者所確定的法律意義與目的加以捨棄。司法者的任務應該僅限於在條件變動下，盡可能有效地讓法律效力延續。如果改變的條件涉及到因學術科技進展而形

成新型態的行為或影響可能性時，那麼通常法律的辨識才可能延伸到原有解釋操作的適用領域之外。立法者的目的設定特權通常不會因此受到影響。

因為普通法律也會發生法律續造的問題，所以同樣地普通法院也應該回答，是否以及在何種範圍內變動的關係會要求一個新的法律解答。聯邦憲法法院對於普通法院的評價原則上不能以自己的判斷加以取代。在基本法第 20 條的限制下，它的審查應僅限於普通法院進行法律續造時是否尊重立法者所作的基本決定，以及是否遵守一般承認的法律解釋方法。

b) 這些受到質疑的判決，不論是在對於子女扶養費用的契約責任，或者因為違反婦女意願下的懷孕與生育而應對其給付的慰撫金的決定上，應該有遵守此一標準。

在契約責任上，這些受到質疑的判決是以傳統對於財產損害的理解作為基礎。準此，即使根據不同的損害認定方法，扶養義務原則上也可以被視為民法第 249 條意義下的損害。聯邦最高法院根據契約目的——也是基於經濟上的原因而孕育或產出婚生子女——去衡量契約責任，以及將契約保護領域限於夫妻。這個判決涉及到一般契約責任法上長期發展出的基本原則，但是卻可以延伸到醫療執業行為的新案例之上。至於損害賠償請求

權的進一步發展是否可能朝另一個可能方向邁進，在此並無需討論，因為聯邦憲法法院原則上並不需要去審查民法學理上的普通法律問題。這也符合長年發展的醫療責任法的結論，亦即在前述案例中，民法在生殖醫學的發展與控制能力上，已經找到適當的解答。同時也不反對聯邦最高法院同時在確認損害賠償義務範圍時，保持必要的法律續造限制。於損害賠償法與家事法問題交會的價值決定上，聯邦最高法院在法官法上限制了醫師責任。至於對於損害的認定方法則無疑問。

同時對於非意願下懷孕婦女因懷孕與分娩所造成的痛苦判決應給付其慰撫金，也並不逾越法官法律續造的界限。指責違法地延伸民法第 253 條之規定，其實並未注意到民法第 847 條已經明確地容許對於非財產上損害給予金錢補償。聯邦最高法院將非意願下的懷孕評價為對身體完整性無權的重大介入，因此是一種身體侵害的見解，應仍屬於傳統民法學理範圍內的解釋。

II. 法律解釋與法律續造的判決並不抵觸基本法

以容許的方式進行解釋與法律續造的判決，同時在其事物內涵上也不抵觸基本法的規定。

審查的標的是憲法上無爭議規範的解釋以及透過民事裁判尋法的論

理。訴願人反對，當他在進行節育手術時未履行他的契約義務，以致於讓子女誕生；或者當若非因為瑕疵進行的基因諮商，使得父母無法採取預防，而無法阻止身心障礙子女的孕育出生，所以必須對於子女的扶養負責。他基於憲法的觀點認為，父母的扶養義務並非契約法意義下的損害，同時因懷孕或者生產所造成的痛苦也並非侵權法意義下的損害。

1. 首先，訴願人根據基本法第 14 條第 1 項，受憲法所保障的財產權並未受到侵害。此一基本權的保護領域原則上並不因為金錢給付義務的轉嫁而受影響（參考 BVerfGE 95, 267 [300 f.]; stRSpr）。判決訴願人應該給付因契約侵害或者因侵權責任的金錢數額，並非對於營業權利的侵害，所以應該不再論究是否基本法第 14 條的保護因此受影響（參考 BVerfGE 84, 212 [232]）。

2. 在審查這些裁判時，同樣也不必權衡基本法第 12 條第 1 項有關職業自由之基本權。民法上契約不完全給付的結果以及因侵權行為所生損害的責任，與責任條件是否在職業行使時發生無關。不論是作為基礎的民法規範或者在前揭訴訟程序中的應用均不涉及職業特殊的限制。損害賠償的義務對於職業活動的行使頂多可能發生間接的效果。因為它特別強調在職業水準的維持下，可以期待審慎的

契約履行；同時也可能對於提供的責任義務保險發生影響。但是契約法與侵權法並不屬於那些即使僅僅在邊界範圍中可能涉及職業活動，而與職業行使具有緊密關係的規範。他們在客觀上並無規制職業的傾向（參考 BVerfGE 13, 181 [186 f.]; 52, 42 [54]; 70, 191[214]; 95, 267 [302]）。

3. 將金錢給付義務之轉嫁作為審查的標準頂多涉及基本法第 2 條第 1 項所保護的一般行為自由。不過這項自由僅在合憲秩序的範圍內受到保障。這是只所有形式上與實質上符合基本法的法規範。如果在解釋或應用這些規範，牴觸客觀憲法規定時，基本法第 2 條第 1 項即可能受侵害。在此可能暫時擱置的問題是，基本法第 2 條第 1 項在何種範圍內可以在它延伸出一般行為自由的保障意義下，讓訴願人在他並非明確地被涵蓋於具體基本權規範保護目的之處（在此參考 BVerfGE 61, 82 [112 f.]; 85, 191 [205 f.]），也可以主張客觀的憲法受侵害。它毋寧只決定保護一些可以歸屬於原審訴訟程序中獲勝對造的法律地位。因為訴願人指責違反基本法第 1 條第 1 項，也因此違反最重要的憲法原則與自由民主秩序中最高的基本價值（參考 BVerfGE 6, 32 [36, 41]; 45, 187 [227]；50, 166 [175]; 87, 209 [228]）。是否訴願人可以另外指責基本法第 6 條第 1 與第 2 項受侵害，

並不需要專門審查。因為這些規範相較於基本法第 1 條第 1 項並無獨立的重要性。

a) 對於民法價值問題的回答是受到一些於憲法基本權清單中明確表示的客觀基本原則決定所影響。因此根據憲法，普通法院應有義務在解釋或適用民法條款時必須將基本權視為一種「指導方針」而加以尊重。如同在解釋一般概括條款時，在進行法律續造時也必須遵守憲法基本決定的標準。如果在具體個案判決中，法院忽視或誤解這種基本權的輻射效力時，法院就是以公權力主體之姿而侵害了訴訟程序中當事人的基本權（參考 BVerfGE 89, 214 [229 f.] 關聯至 BVerfGE 7, 198 [206 f.]）。對於聯邦憲法法院而言，其審查之權限應該僅限於憲法上的問題而已。它僅能針對解釋的瑕疵，亦即對於基本權意義，特別是基本權保護領域的範圍同時在基本權的實質效用上具有個別的重要性，原則上所作的錯誤理解（參考 BVerfGE 18, 85 [93]; 42, 143 [149]；85, 248 [257 f.]）。

在這種對於民事法院判決的違憲審查上應該特別注意，有可能在民事判決理由上，針對基本權的保護內涵進行衡量。前揭案件涉及到醫療責任與家庭範疇的交界。如果醫師提供協助的醫學進展可以在最私密以及由配偶自主負責的領域中獲得確信，則應

該特別賦予民法典中侵權法與契約責任法若干功能，以保障因此受到危害的父母或子女人格、婦女身體之不可侵害性以及父母的人格自決權。當現行責任法可以達成這樣的進一步發展時，司法就應該停止針對個人進行衝突利益的比較。在此法院應該注意，如果有責的醫療行為在這個領域中持續地不受制裁，父母將單方承擔醫療瑕疵的風險。

b) 在描述責任構成要件上，聯邦最高法院已充分第考量基本法第 1 條第 1 項的輻射效力作用。

(1) 個人的社會價值與受尊重的要求是和基本法上被視為最高價值與最重要憲法原則的人性尊嚴緊密相連。它禁止將人單純當作國家的客體，或者將它置於對其主體性有質疑的醫療當中（BVerfGE 6, 32 [36, 41]; 30, 1 [26]）。它讓每一個人都是一個個別的主體，不論它的能力、財富以及社會地位。由它所導出的價值或者受尊重的要求有可能受到侵害（BVerfGE 87, 209 [228]）。個人所要求的人性尊嚴的尊重，並不能從任何一個社會關係中被完全取消（參考 BVerfGE 45, 187 [229]）。這種受尊重的要求不僅會因為其人格被貶抑、被烙印、被迫害與被唾棄（參考 BVerfGE 1, 97 [104]），同時也會因個人的存在被商業化而受侵害。

(2) 在此被質疑的判決不具有重

大的瑕疵。

此種觀點首先是可接受的。以節育與基因諮詢方式避免生育子女，從法規觀之係為可被容許且為合法的。進而言之，可以無庸置疑加以接受的是，在契約上承擔此義務之醫師，所為的是一種可歸責之瑕疵行為。對於在此應判斷的事實中，將對子女的扶養義務視為損害，聯邦法院的判決並未剝奪子女的自我價值，而使其商業化。民事法的責任構造原則上在此亦不涉人性尊嚴，雖然損害賠償請求權直接以人的存在作為基礎。如此人不會被貶抑為物，亦即貶抑為契約與侵權關係範疇內具有替代性的內涵。民事法上之規定及透過判決作出之解釋均著眼於合理的責任的分配，然而並不會導致基本的人格領域商業化。對於在人格關係上有損害賠償法之適用，並不會使人的人格或人所具有之不得轉讓之權利轉化為交易之物品。同樣地將一部分扶養負擔轉嫁第三人，也不會是對於任何一個請求扶養權人的無價判斷。

承認子女的人格非本於父母承擔之扶養義務。而且依民法之規定，子女之存在只是根據民法第 1601 條以下形成扶養負擔的構成要件之一。不是每個子女都有被扶養之需求（民法第 1602 條第 2 項）。撫養義務和父母的親權是可分開的（參考 BGHZ 72, 229; BGH, NJw-RR 1987, S. 898;

BGHZ 129, 297)。收養喪父或喪母的孤兒並不會緊接發生完全扶養義務（民法第 1755 條第 1 項第 2 款連結社會法典第 6 冊第 48 條第 6 項）。帝國法院時期即已區分子女之存在不得視為損害，與生育者應負擔財產損害性質之扶養義務（RGZ108, 86）。在民法法典中沒有表示貶抑或物化被扶養人，民法典僅就建立負扶養義務家庭成員與加害人間之損害賠償關係（民法第 844 條第 2 項連結民法第 843 條第 4 項）。在許多現代化法典中論及產品，環境和交通責任時，均採用此種填補損害的思維（參考，Heinrich, in: Palandt, BGB, 57. Aufl. 1998, Vorbem. vor § 249 Rn. 137 的指引）。胎兒納入車禍保險也是以此為要件，亦即子女的尊嚴不因扶養義務人扶養義務部分減輕而遭受侵害（參照 BVerfGE 45, 376）。

無庸決定的是，何種形式的損害賠償與民法上之釋義學較為一致。聯邦最高法院選擇了契約責任之財產上損害之救濟方式，而非經聯邦最高法院衡量過之非財產上之損害賠償。聯邦最高法院的立場是，不論是不同的損害調查方法或者是以金錢對於非意願下生育的子女所造成的損害予以適當的補償，都不能免除父母不管有無子女，其生活條件的比較。憲法上重要的是，聯邦最高法院在考慮由父母所產生的法定撫養義務下，所採作的

責任分擔，並不牴觸憲法第 1 條第 1 項之規定。

聯邦憲法法院的任務不是逐一檢驗聯邦最高法院的論證。此並不牴觸憲法第 1 條第 1 款之規定。被判與應負損害賠償責任的醫師乃是自願承擔法秩序並不反對的契約上義務。經由節育或基因危險率之諮詢以防止生育子女之家庭計畫中所施行之醫療協助行為，並不涉及憲法第 1 條第 1 項之規定。若此類協助行為與醫生個人倫理上的確信相矛盾時，則醫生對於契約之簽訂可採取猶豫之態度。因此一個自願接受的契約義務，若為不完全給付時，並無法加以合理化。

當醫生在此範疇內為行為時，則其醫療上之專業職權係為應負擔責任之父母親權服務，此時父母為了在經濟上保障已經出生之子女，或者因為過度擔憂 – 在此指的是生出第二個重度身心障礙的子女 – 而不考慮生育第二個子女。在這樣的案例中，如同聯邦最高法院所概括表示的內容，民法不完全給付的責任，可以提高父母對於即使如此還是出生而被家庭接納子女的接受度。

由憲法訴願人所提出的理由，亦即聯邦最高法院的判決可能牴觸家事法上扶養義務的體系，或者當子女知悉他的出生原來是應該被避免的，而可能對於子女產生心裡損害之虞等等，均與基本法第 1 條第 1 項的基本

思維無關。進一步可以主張的還有，父母財務上的負擔從整體的家庭關係來看，不能避免其他形式的因小失大。這涉及民法上衡量的問題。這點聯邦最高法院已經個別加以討論過。

在原審中涉及到一些父母在孕育後才知悉已經懷胎的子女。透過聯邦最高法院作為責任基礎的簡單家庭計畫，可以用許多方式知悉。它是否會變成損害，跟父母的經濟負擔無關，有關聯性的反而是出生後父母-子女的關係。這裡所承認的損害賠償請求權的前提在於子女的出生無法避免（參考BGHZ 76, 249 [258]; 76, 259 [264]以及本案例中聯邦最高法院的意見）。同時也不用擔憂這些受質疑的判決會激起或增強當事人針對為計畫生育的子女的負面觀感。我們不能夠主張醫師違反他倫理上的自我認知，而只是為了避免將來的責任或者是僅考量墮胎投保職業責任保險的影響而作諮商。若是父母可以因此而免除負擔，他就不會捨近求遠地因為下一個或者身心障礙的子女所造成的經濟負擔，而作出對子女不利的決定。聯邦最高法院正好也否認可以用墮胎的方式來減輕損害的義務。對於父母而言，在此受到質疑的判決毋寧才是可以針對因為醫師從事的節育手術或基因諮商，而危及父母人格權以及危及規劃中親權範圍內自我決定權危險的必要保護。

C. 聯邦憲法法院第一庭與第二庭的 聯席會議

前揭所為之判斷不能迫使，本於第二庭於1993年5月28日所為之判決（BVerfGE 88, 203 [296] 與判決要旨 14）而向第一庭與第二庭的憲法法院聯席會議為請求。在此並不滿足聯邦憲法法院法第 16 條與聯邦憲法法院組織法第 48 條所規定的前提要件。

I. 第一庭在形式上未採用第二庭 的法律見解

第一庭在形式上並未採用第二庭於1997年10月22日決議中所闡釋的法律見解。關於此相關之程序只有由依法律及事物分配所任命之法官決定之（BVerfGE 95, 322 [327 ff.]）。這也包括，有關庭所作判決的陳述，是否屬於最重要理由的問題。

II. 聯邦憲法法院法第 16 條

當對一法律問題，一庭法律見解與他庭在判決所為之法律見解相異時，依據聯邦憲法法院法第 16 條之規定，聯邦憲法法院第一庭與第二庭聯席會議則須合議決定之。

1. a) 在文義上，雖然此條之規定似乎有別於聯邦最高法院對於請求組成大法庭之規定（參考：例如法院組織法第 132 條第 2 項）。可是在實質上卻是適用同樣的要件。針對聯邦憲法法院法第 16 條，聯邦憲法法院自始就作出如下之解釋：對於他庭在

判決中所採納之法律見解，另一庭乃有意與其背離時，方可請求第一庭與第二庭聯席會議之合議（參考 BVerGE 4, 27 [28]; 77, 84 [104]）。此種解釋所考量的是法庭有限職權，因法庭僅能對於其應表示之案件為決定，同時其陳述僅能關於其判決所據之範圍內才具拘束性之效力。

b) 對於判決而言最重要的是那些無法不加以思考的法條，而不是根據在判決中表達的思考邏輯所作出的具體審判結果。反言之，在一判決事件中非屬介於一般法律規範與具體判決之論證關聯性的法律闡釋則並非最重要的。從判決具體內容之理由，來判斷是否有重要之理由。鑑於依據聯邦憲法法院法第 31 條所得之憲法法院上判決之特殊射程，判決上具有拘束性之陳述必須亦是限於局外人可得而知內容。關於此問題，非取決於法官是否覺得此特定法律見解是否重要，而是此法律見解是否對於判決案件中的論證關聯性具有可得而之重要性。

c) 在 1993 年 5 月 28 日之判決（同上，第 296 頁及要點 14）中，第二庭明確地表示，依據憲法之規定（基本法第 1 條第 1 項），並不考慮將子女存在之法律資格視為損害源。國家高權之義務，係為保護每個人之存在，但禁止將對於子女之扶養義務理解為損害。鑑於對於契約標的在法律上各異評價，詳細闡述不需一致的

適用於施行墮胎之契約與（合法性）節育手術及基因諮詢之契約。本判決不同意的是，第二庭將其陳述亦延伸至與墮胎無關之合法性醫療活動之上。

然而依據正在作出裁判法庭之見解，在此範圍內第二庭之陳述無論如何是不可被接受的。第二庭所應決定的規範審查申請係涉及諮詢模型的核心條文，核心條文之違憲可能肇致整體法規之無效。在審查時，刑法的規範也存在一個提問，係指在何種範圍下立法者容許放棄刑法上之處罰，而且此種刑罰權之放棄在何種範圍下須經由其他法規來填補。從對於尚未出生胎兒的保護義務思考面向出發，必須檢驗立法者所採取的預防措施是否已足夠。唯有當本於保護生命之觀點，立法者形成之內涵已經充分時，方可基於此思考而聽任立法者決定，係透過刑法抑或由諮詢之方式解決（同上，第 258 頁）。

從而言之，此種具有法律效力諮詢計畫的陳述非全面性適用，而是僅在涉及立法者欲實施之諮詢計畫之範圍內方得適用。法庭亦贊同此觀點，因在 D I I a 詳細闡述中亦涉及此。因此也接著就裁判標的，墮胎和經由醫療諮詢所為之胎兒保護補充討論之。同時醫療上的瑕疵諮詢僅在判決第 V 段中與墮胎關聯之議題上被討論。依據第二庭之見解，諮詢計畫一

方面要求將墮胎解釋為違法性，另一方面要求納入醫生的保護責任。根據第 V 1 到 5 段就職業法與契約法之所有進一步論述，僅涉及基於墮胎原因之契約。依據合法節育或基因上之諮詢，在判決本身與關於保護計畫上，無法建立一個與契約責任有因果關係的法律關聯。次類案例之論述僅出現在作為證明引用判決之指示。憲法法庭僅限於要求民事法庭去審查其判決，而非裁判其具有重要意義的陳述。

第二庭有關陳述範圍之見解，亦被大多數的學說所承認（Giesen, JZ 1994, S. 286 [288]; Schöbener, JR 1996, S. 89; Deutsch, NJW 1994, S. 776 [777]; Roth, FuR 1993, S. 305 [307]; Schiemann, in: LM BGH, § 249 [A] BGB Nr. 109, Bl. 5; Höfling, in: Sachs, Grundgesetz, 1996, Art. 1 Rn. 27; Boin, JA 1995, S. 425 [427f.]; Weiß, JR 1994, S. 456 [462]; Ratzel, MedR 1994, S. 200; 持明確保留之看法為 Beckhaus, MedR 1996, S. 201 [202]; 亦同者為 Lang, in: LM BGH, § 823 [Aa] BGB Nr. 154; 同時還可參考 Heinrichs, in: Palandt, 57 Aufl. 1998, Vorbem. vor § 249 Rn. 47)。

2. 由於並無聯邦憲法法院法第 16 條所規定，如同於其他訴訟法規範，可以請求由憲法法院聯席庭針對原則上重要的問題加以解決的條件（參考，如法院組織法第 132 條第 4 項），因此憲法法庭也不得請求聯席會議針對如下問題為決議。亦即就他法庭對特定法律問題已經預先表示之論述，得否賦予其需由聯席會議決議之原則性重要的意義，

迄今聯邦憲法法院不採取此種見解。第一法庭認為廣義的解釋聯邦憲法法院法第 16 條是不具正當性的（參考 在此如同 Lechner/ Zuck, B VerfGG, 4. Aufl., § 16 Rn. 5）。憲法問題經常具有原則性之重要意義。不過，即使如此憲法問題仍是分配給兩個憲法法庭依其各別職權而各自決定之。

D. 判決結果

本判決就第 B 節部分，作出 6 票同意，2 票反對之決議，第 C 節部分，則有 5 票同意，3 票反對。

法官：	Seidl	Grimm	Kühling
	Seibert	Jaeger	Haas
	Hömig	Steiner	

「人性尊嚴，無法定上限期間的保安管束」 之判決

BVerfG 109, 133-190.

德國聯邦憲法法院第二審判庭 2004 年 2 月 5 日之判決

- 2 BvR 2029/01 -

王服清 譯

要目

判決要旨

案由

判決主文

理由

A. 事實與爭點

I. 保安管束的立法沿革

II. 憲法訴願的事實經過

III. 憲法訴願人的法律見解

IV. 執法機關的共同宣言

V. 各邦政府對於保安管束的
運作情形

VI. 保安管束的意義與實際運
作之聽證

B. 憲法法院間接的規範審查

C. 刑法典第 67d 條第 3 項有關
保安管束無法定上限期間的
規定之合憲性

I. 無違反基本法第 1 條所揭

襲的人性尊嚴之保證

II. 無違反基本法第 2 條第 2
項第 2 句的自由基本權利

III. 無違反基本法第 103 條第
2 項的絕對溯及既往之禁
止

IV. 符合法治國的信賴保護之
要求

V. 其他批評的不有效成立

D. 判決的投票結果

關鍵詞

保安管束 (Sicherungsverwahrung)

矯正與保安的保安管束處分

(Maßregel der Sicherung und Bess-
erung)

留置 (Unterbringung)

法定上限期間 (Höchstfrist)

人性尊嚴 (Menschenwürde)

溯及既往效力 (Rückwirkung)
刑事可罰性 (Strafbarkeit)

必要的惡 (Übel)

判決要旨

1. a) 由於被保安管束之人具有長期持續的危害性，所以其有保安管束的必要性。

儘管如此，在保安管束的期間中，人性尊嚴不可以因為長時間的留置而受到侵害。但是也在一些的情況下，有所必要的是，去維護被保安管束之人的人格獨立性、去注意到以及保護其人性尊嚴。因此，正如同刑罰之執行一樣，保安管束必須被設定出，負起有責任的、為了自由的生活而創設諸多的要件。

b) 就針對於保安管束之制度而言，從基本法第 1 條第 1 項可以推論得知，不能成為憲法的當為義務的是，已經在作出保安管束的科處時或者在稍後的審查時間點時，去設定保安管束的最高期間。就保安管束而言，有關預測釋放出來的時間點，如果立法者之規定事先不採取拘束力的決定，若是如此，則其是不可予以責難。

2. a) 一旦保安管束當中的留置持續越久，則對其持續進行期間的要件，就越嚴格。

b) 依據刑法典第 67d 條第 3 項的規定，在十年期間的保安管束之

後，考慮強化自由權請求之效力，藉由此規定，對於受到威脅的法益之要求而且被保安管束之人的危險性之證明，予以加強提高，以及只有在例外地的情形，才可以允許繼續的執行下去。

c) 針對診斷的基礎，因為其執行鬆綁具有特殊的意義，執行法院不准順從於執行機關無充分的理由而去拒絕，凡是能夠準備終結保安管束處分之執行鬆綁。

d) 地方司法行政所必須關切的是，於保安管束的執行期間裏，有利的處置應該盡可能地予以窮盡，也就是說，地方司法行政的執行必須符合司法執行處所的事務之一樣情況。

3. 基本法第 103 條第 2 項的適用範圍限縮於國家性的措施，而此措施呈現出對於某種違法、有責的行為之高度非難，予以作出反應，而且，因為此種值得非難的行為，必要的惡之科處乃是提供有責性的償還之手段。

4. 在條文規定的公布與生效之前，犯罪行為者便早已經受到保安管束之科處並且也仍尚未完成執行。對於首度所作出的保安管束與可適用性於犯罪行為者，最高期間的廢棄符合法治國的信賴保護之當為要求（基本

法第 2 條第 2 項結合同法第 20 條第 3 項）。

案 由

2004 年 2 月 5 日德國聯邦憲法法院第二審判庭係基於 2003 年 10 月 21 日的言詞辯論程序，而為判決—2 BvR 2029/01，有關 M...先生的憲法訴願程序之被其授權提出訴訟者：律師 Bernhard Schroer，Universitätsstraße 27，35037 Marburg—控訴不服 a) 2001 年 10 月 26 日，梅茵河畔的法蘭克福市之高等地方法院的判決—3 Ws 543 以及 544/01—，b) 2001 年 4 月 10 日，馬堡地方法院的判決—7 StVK 50/01 以及 7 StVK 51/01—，間接地也控訴不服 c) 在 1998 年 1 月 26 日的「打擊性侵犯以及其他危險性的犯罪行為法」之版本裏 (BGBl I S. 160)，刑法典第 67d 條結合刑法施行辦法第 1a 條第 3 項。

判決主文

1. 憲法訴願被駁回。
2. 在 1998 年 1 月 26 日的「打擊性侵犯以及其他危險性的犯罪行為法」之版本裏 (BGBl I S. 160)，刑法典第 67d 條第 3 項以及刑法施行辦法第 1a 條第 3 項符合基本法之規定。

理 由

A. 事實與爭點

憲法訴願者認為，對於他第一次所作出的保安管束之科處，在十年經過之後，應該去宣告其期間業已經完成，然而刑事判決卻是駁回憲法訴願者的此項聲請。故其提起憲法訴願，控訴這些刑事院所為的諸多判決已經違憲。除此之外，憲法訴願間接地也對保安管束目前的法律制度之形成，提出其合憲性之質疑。

I. 保安管束的立法沿革

1. 任何團體的秩序有賴於免於危險性的犯罪行為者之危害。自從中古世紀以來，殺人罪除了無限期的留置可以提供作為預防之手段之外，尚有科處「在櫓艦裏，從事划槳的苦役」(Galeerensklaverei) 或「放逐」(Deportation)，亦可供使用。隨著自由刑之到來，再犯者被判決，去從事長期性的拘禁與強制勞動。除此之外，在 1794 年普魯士邦國的一般邦法第 5 條第 2 項第 20 款的規定裏，其開啟了除了自由刑的持續進行之外，而也有產生將傾向犯 (Hangtäter) 逮捕入獄之可能性。

到了十九世紀末，一種「現代化的」刑法學派提出，刑法的意念可以提供作為與行為者相關聯而威嚇、矯正與保安之手段，並且發展出一種二元的制裁體系。繼之，刑罰雖然必須以有責性為基準，一旦刑罰不足夠地滿足預防的需要性，此時，卻是可以

透過補充性的措施，其更加地被充實完整。在德國 20 世紀初以及威瑪共和國之時期，於其新的刑法定典之所有草案裏一儘管以不同的形成之方式出現，雙軌的制裁體系皆已經被接納入進來。

在 1933 年 11 月 24 日，立法明文規定出「防止危險性的習慣性犯罪以及有關矯正與保安的保安管束處分之法律」（Gesetzes gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregel der Sicherung und Besserung）（RGBl I S. 995 — 帝國習慣犯罪法），雙軌的制裁體系最後找到刑法定典之切入點。對於「危險性的習慣性犯罪」，在帝國刑法定典第 20a 條裏，對該此習慣性犯罪規定了嚴厲的刑罰。並且，在帝國刑法定典第 42e 條之規定裏，對該此習慣性犯罪有義務地去作出保安管束之處分。依據帝國刑法定典之第 42f 條之規定，保安管束的留置過去一直沒有對其進行期間之規定，並且，隨著留置的目的迫切需要，以保護公共大眾的安全，留置也必須隨之如此地長期繼續進行下去。依據帝國刑法定典之第 42f 條第 3 項之規定，法院必須每隔 3 年去審查，保安管束處分是否還能夠達到目的。之於時間的效力而言，帝國刑法定典第 2a 條已經規定出，有關矯正與保安的保安管束處分必須依據法律來被判決，而該法律在判決之時點是有效適

用的。除此之外，該法律已經規定出，在過渡的規定裏，對於已經被拘禁的刑事犯者，嗣後仍然可以作出保安管束的處分（參閱帝國習慣犯罪法第 5 條）。

2. 在 1945 年之後，1933 年的帝國習慣犯罪法之重要部分，已被保留下來，並不受到變更。例如帝國刑法定典第 2a 條之規定，有關保安管束的規定，同樣地，其被納入 1953 年的刑法定典裏。在 1969 年，於第一次刑法改革的法律裏（BGBl 1969 I S. 645），保安管束的法規範才正深入且廣泛地予以轉化。隨著在 1970 年 4 月 1 日第一次刑法改革法律的生效，刑法定典第 20a 條之規定便就失其效用；科處保安管束之形式與實質要件在刑法定典第 42e 條之規定裏更進一步地嚴格。該法律提高了動機行為所欲要求的刑罰標準，有關刑罰前置的行為設有較高的要求標準，並且針對有義務性的保安管束處分之作出，要求其前置性的科處。留置的最高期間過去並沒有被規定出來，然而，對於留置要件，法院對其審查之有效期限已經被縮短到只能二年（刑法定典第 42f 條）。

1975 年 1 月 1 日，隨著第二次刑法改革的法律（BGBl 1969 I S. 645）之生效後，相形於當今的刑法定典第 66 條第 1 項以及第 2 項、刑法定典第 42e 條第 1 項以及第 2 項之內容

並未被改變。對於保安管束，法院對其審查之有效期限，該法律予以保留，並且，該法律將法院審查之有效期限規定於今日的刑法典第 67c 條以及第 67e 條之內文裏。然而，依據刑法典第 67d 條第 1 項之規定，立法者將第一次所作出的保安管束之處分，限制其最高期間只能到十年為止。並且，以此規定，立法者取代了刑法典第 42f 條之早期規定。現今，刑法典第 67d 條之規定如下：

刑法典第 67d 條（留置的最高期間）

第 1 項 第一次所作出的保安管束處分之留置期間不准超過十年。有效的期限自留置之時開始起算。在自由刑之前，而自由刑所附帶作出的具有剝奪自由性質之保安管束處分已經被執行，若是如此，則該保安管束處分的最高期間延長到自由刑的期間。但保安管束處分的執行時間與刑罰並罰，不在此限。

第 2 項 無最高期間之規定或者時效尚未屆滿，除保安管束處分的執行之外，只要是，被留置之人被負責任的檢驗出，於不予留置下將無再實施違法的行為，則執行法院之於監護的留置之繼續執行，予以中止。隨著留置之中止，

看管監督便即時開始。

第 3 項 最高期間尚已屆滿，若是如此，則被留置之人須被釋放出來。因此，保安管束處分已經終結。

為了除掉法官進行絕對不定期刑的處罰之恐懼，十年期間為上限之導入引用便已經一開始就被要求。許多法院在實務上可能會認為，保安管束是為一種生命長期性的自由剝奪，並且，因為法院所作出此種的處分，可以因此得到嚇阻的作用。藉以該此新規定，人們所願意達成的是，法院本來就有可能會克服這些疑慮，並且，其未來本來就可能會愈來愈多利用作出保安管束之可能性，以保護一般大眾的利益（參閱：對於刑法改革，特別委員會之議事錄，第 5 屆國會任期，第 3 次會議，第 14 頁）。在持續進行討論之際，人們也指示出「比例原則」以及「明確性原則」（參閱：聯邦眾議院出版品 7/2222，第 2 頁以下）。有期間的規定之其中一理由是在於，人們已經知道在診斷的方法裏，存在有不充分性（參閱：對於刑法改革，特別委員會之議事錄，第七屆國會任期，第 17 次會議，第 742 頁；對於刑法改革，特別委員會之議事錄，第七次國會選舉，第 33 次會議，第 1694 頁）。相反的是，立法者拒絕，對於再度受到保安管束的處分，採納十年的期間界限之適

用。依據刑法典第 67e 條之規定，透過例行性的保安管束處分之審查，受保安管束之人的權利已經足夠地受到考慮（參閱：對於刑法改革，特別委員會之議事錄，第 5 屆國會任期，第 116 次會議，第 2307 頁以下）。

3. a) 在 1998 年 1 月 26 日（聯邦立法公報第 1 冊第 160 頁），對抗性犯罪以及其他的危險犯罪行為之法律鬆綁至作出保安管束處分的形式要件。依據新所納入的刑法典第 66 條第 3 項之規定，在第一次有關的再犯行為之後，法院已經能夠在第 2 句的要件之下，在重大的情形時，甚至於無預先判決或者自由的剝奪，作出保安管束的處分。有關保安管束的留置，其規定如下：

刑法典第 66 條（保安管束的留置）

第 1 項 某人因為故意的犯罪行為而其被判決二年以上之自由刑，法院若是有以下的情形，除刑罰之外，則尚又可作出保安管束之處分：

1. 在為此新的行為之前，因為故意進行犯罪行為之行為人，而其已經二次各被判決一年以上之自由刑。

2. 在為該新的行為之前，因為諸多行為當中的一或多個已經服過二年以上之自由刑，或者已經接受過具有剝奪自由性質的矯正與保安管束處分之執行，以及

3. 因為行為人有重大的犯罪行為之傾向，因此對於公共大眾是具有危險性的，由此得到行為人及其行為的總體評價。也就是說，受害者會因該重大的犯罪行為，而其精神上或身體上嚴重地受到損害或者經濟上嚴重地產生損害。

第 2 項 某人已經進行三個故意的犯罪行為，而透過這些行為，其各皆已經構成一年以上之自由刑，並且因為諸多行為當中的一或多個已經被判決三年以上之自由刑，若是如此，則除刑罰之外，儘管沒有預先判決或者自由的剝奪（第 1 項第 1 款以及第 2 款），在第 1 項第 3 款所規定的要件之下，法院得作出保安管束的處分。

第 3 項 某人因為重大的犯罪或者犯罪行為而依據第 174 條到第 174c 條、第 176 條、第 179 條第 1 項至第 3 項、第 180 條、第 182 條、第 224 條、第 225 條第 1 項或第 2 項等之規定，或者依據第 323a 條之規定，被判決二年以上之自由刑，若是如此，則除刑罰之外，只要行為人在為該此新的行為之前，因為其犯下諸多犯罪行為當中的一或多個曾經一度被判決三年

以上之自由刑，並且構成第 1 項第 2 款以及第 3 款之情形，法院得處以保安管束之處分，但犯煙毒之重大犯罪或其他類似的違法行為，不在此限。某人已經犯下第一句所規定的種類當中之二個犯罪行為，而該犯罪行為各皆已經構成二年以上之自由刑，並且因為其犯下諸多犯罪行為當中的一或多個被判決三年以上之自由刑，若是如此，則除刑罰之外，儘管沒有預先判決或者自由的剝奪（第 1 項第 1 款以及第 2 款），在第 1 項第 3 款所規定的要件之下，法院得處以保安管束之處分。第 1 項以及第 2 項不受影響。

第 4 項

b) 憲法訴願的客體對象是刑法典第 67d 條之變更規定，而藉該規定的變更，在那，立法者所規定的首度作出保安管束之留置，其十年最高期間，予以廢止。同時，立法者變更了在期待條款裏的檢驗之第 2 項之規定。相反的是，立法者對於所有的保安管束之情形，也就是說，也對於再度所處分之情形，在十年執行期間之後，在第 3 項裏納進導入審查的義務。

有關保安管束的留置期間，其規

定如下：

刑法典第 67d 條（留置的期間）

第 1 項 於保安管束的戒禁處所裏之留置執行期間不得超過二年。有效期間自留置之時開始起算。若是在自由刑之前，自由刑附帶所作出的具有剝奪自由性質之保安管束處分已經被執行，則保安管束的最高期間延長到自由刑的期間，但保安管束處分的執行時間與刑罰並罰，不在此限。

第 2 項 若是無最高的有效期間之規定或者時效尚未屆滿，被留置之人除保安管束處分之外，其將無再實施違法的行為之期待可能性，則執行法院之於監護的留置之繼續執行，予以中止。隨著留置之中止，看管監督便即時開始。

第 3 項 若是保安管束的十年留置已經被執行完畢，但只要是，被留置之人因為其犯罪的傾向將會犯重大的犯罪行為，因此，受害者凡是精神上或身體上嚴重地受到危害，已不存有上述的危險，則法院宣告保安管束處分業已完成。隨著保安管束處分業已完成，看管監督便即時開

始。

第 4 項

第 5 項

德國聯邦政府原本所提出的立法草案（德國聯邦眾議院印刷品 BTDrucks 13/8586）並未將保安管束的最高期間，予以刪除。相對的是，德國聯邦參議院當時已經建議，原則上可以保留有最高期間之規定，例外地，某種情形之下，有可能，在十年期間屆滿之前，為了公共大眾的保護所需要者，無期間的保安管束處分，予以作出。令人無法可接受的是，基於法律，可以毫無例外地，第一次的保安管束之期間限定在十年。此有效的法規範可能可以導出，在十年過後，某一位被判決者仍然是具有高度的危險性，其就必須強制地被釋放出來。如此種類的案件雖然在實務上極為罕見。但是，就任何的個案而言，無法確悉，法律必須促使，去處理與釋放具有高度危險性的行為者之有關風險，以及在極端的情形，予以觀望，直到行為者以嚴重的方式，重新作出犯法之情形（參閱德國聯邦眾議院印刷品 13/7559，第 11 頁）。在其相反的陳述裏，德國聯邦政府宣告，不管最高期間經過之後或之前，最高期間之廢棄是不迫切需要的，因為行為者絕不是在令公共大眾感到同情之情況下，從保安管束當中，事先就成為是一位被釋放者（參閱德國聯

邦眾議院印刷品 13/7559，第 18 頁）。

最後所通過的法律條文可以追溯到德國聯邦眾議院的法規委員會所為決議的建議意見（參閱德國聯邦眾議院印刷品 13/8989，第 6 頁）。該法規委員會的報告係有關於，過去以往有必要，去限制首次的保安管束與享有權益的民眾之安全利益，二者之間相互衝突。為了去限制超過十年期間的保安管束之延長，只有在不可或缺的必要情形時，該立法草案才規定可以特別的審查。如果被留置之人因為其犯罪傾向將會為犯罪行為，其有該當的危險存在時，因而，受害者舉凡是精神上或身體上有可能嚴重地受到危害，唯有如此的情形，則才存在有超過十年期間的保安管束，予以執行之可能性。就實施上述此種的審查而言，專業鑑定人可以參與聽證，而為被留置之人去延攬辯護人，為被留置之人辯護（參閱德國聯邦眾議院印刷品 13/9062，第 10 頁）。

c) 就時間的適用範圍而言，刑典施行辦法第 1a 條所納進的第 2 項確定出，保安管束所減輕之作出處分要件只有對未來才會生效。隨著憲法訴願之提出，同條新納入的第 3 項同樣地受到批判，因而，十年期間界限的廢除也關係到犯罪行為者，而此犯罪行為者在修正案公布與生效之前，已經進行犯罪行為，並且在該時間點

之前已經被判決：

刑法典施行辦法第 1a 條（有關保安管束的規定之可適用性）

第 1 項

第 2 項 行為者在 1998 年 1 月 31 日之後，已經開始從事進行於刑法典第 66 條第 3 項第 1 句之規定所指稱的方式其一之犯罪行為，只有在如此的情形，刑法典第 66 條第 3 項才有適用。

第 3 項 在 1998 年 1 月 26 日「打擊性侵犯以及其他危險性的犯罪行為法」之版本（BGBl I S. 160）裏，刑法典第 67d 條的適用不受到任何的限制。

鑑於刑法典第 66 條第 3 項之規定，立法者以信賴保護原則，針對刑法典施行辦法第 1a 條第 3 項所規定的排除溯及效力，予以說理。反之，於刑法典第 67d 條裏不受任何的限制之溯及效力，刑法典施行辦法第 1a 條第 3 項之規定所考慮的情況是，在此，新規定不是涉及到保安管束的作出處分與否之問題，而是僅僅涉及到保安管束的期間多久之問題而已。因此，「基於憲法之故，溯及效力的保護不如同刑法典第 66 條第 3 項的情形，因而其必須被設定有相同高度的要求」（參閱德國聯邦眾議院印刷品 13/9062，第 12 頁）。

d) 有鑑於上開新的規定，訴訟法已經隨之被補充與被調整。對於依據刑法典第 67d 條第 3 項之規定的法院審查，以及對於依據刑法典第 67d 條第 2 項之規定的後續判決，刑事訴訟法第 463 條第 3 項（新版）必要地已經規定出專業鑑定人的參與聽證，以及替被留置之人去延攬辯護人。除此之外，刑事執行法第 9 條（新版）受到刑事執行法第 6 條第 2 項第 2 句與同法第 7 條第 4 項之規定，予以補充，其已經規定出，有其必要將有治癒能力的性侵犯之犯罪行為者，送進社會治療機構。

II. 憲法訴願的事實經過

有位在 1957 年出生的憲法訴願的提出者，其自從 15 歲開始，到現在為止，一生只有數周的時光是處在自由的日子裏。如果沒有因為他所抨擊的新規定，他就有可能在 2001 年 8 月 18 日之時，因為保安管束的十年期間經過，就已經從保安管束處分當中，被釋放出來。

1. 該位憲法訴願的提出者已經在 1971 年，因為商店的偷竊案件，其被法官嚴重地予以警告。在此之後，大約一年後，又因為偷竊案件與享樂物品的竊盜，首次地予以五天的少年拘提。幾近一個月之後，他和其他的年輕伙伴們特別是一再地竊用汽車與休憩車。在 1972 年 12 月，尤其因為他犯下三件繼續性、重大集體的

偷竊案件，其被判決以不定期間的少年刑罰。直到 1975 年 7 月 5 日，他服下最高三年期間的有期徒刑。正當刑事執行的期間，他總共逃跑 3 次。他從少年監獄被釋放出來之後，不到 3 周內，他一再地因為多次竊用私人汽車，而具有可罰性，並且，到 1975 年 11 月，最後被判，去服 10 個月的少年刑罰。正當執行的期間，他逃亡了一周。延長其刑罰之執行至 1976 年 7 月。

2. 從拘禁釋放出來之後的一周，他以集體危害性的身體傷害與強盜性的勒索等之方式，又開始犯下集體性的共同搶劫案件，隔日，犯下謀殺之未遂，又次日，犯下加重集體的偷竊案件。

在 1977 年 10 月，Kassel 地方法院因為上述諸多的犯罪行為，因而判決該位憲法訴願的提出者，去服六年的少年刑罰。有利於接續以下兩個判決，執行已經中斷，並且迄至 1984 年 10 月最後已經完全執行完畢。從 1977 年 10 月，Kassel 地方法院所判決的六年刑罰，迄至 1980 年 7 月，在此之前，他首先已經服了 2/3 的刑罰。

3. 在 1977 年 11 月，該位憲法訴願的提出者正值其拘禁當中，重新地刑罰又到期，由於他無故向監護的公務員扔擲笨重的金屬箱，並且緊接著用螺絲起子向該公務員刺過去。因

此，在 1979 年 3 月，Wiesbaden 地方法院對於該位憲法訴願的提出者，因其危害性的身體傷害，而判決去服一年九個月的自由刑罰，並且依據刑法典第 63、20、21 條之規定，法院命令將該位憲法訴願的提出者，留置於精神疾病治療院，並且確定出，在該保安管束處分之執行前，刑罰仍然必須予以執行。因為該位憲法訴願的提出者患有精神疾病，而此精神疾病呈現出精神反常之現象，並且極有可能再度最嚴重地侵襲在他身旁的生活周遭之人。

4. 在作出上述判決之前，他和另外一位同受刑者吵架，為了有關牢房窗戶之已開著的問題，因而，導致該惱怒的憲法訴願的提出者用盡全力地腳踢已經重度殘廢、身體倒地的同受刑者之頭部，並用襲擊他、搥打他以及窒息他。因此，該位憲法訴願的提出者因為身體傷害並與以下三個所指稱的刑罰共同合併計算，Marburg 地方法院判決其二年六個月的自由刑罰。依據刑法典第 63 條之規定所作出的保安管束處分，仍然予以維持。

5. 自從 1984 年 10 月，保安管束處分針對法院所為的命令，去將其送到精神疾病的治療機構，已經予以執行。在那裏，一開始，該位憲法訴願的提出者的行為舉止並不引人注意並且也很適應那裏的生活。但是自 1985 年 7 月起，其就已決心想要逃

跑。在鬆動的執行作業之下，按照例行性預定的時間，他與一位無報酬的、自從 1980 年便已經負責長期追蹤照顧他的執行女助手，從事數小時的外出。一開始，該位執行女助手請該位憲法訴願的提出者，去吃中餐。緊接著，在飯後的散步時，該位憲法訴願的提出者突如其來地推倒這位他的女伴隨者，以及試圖予以勒斃。正當三個年輕人快要接近犯罪現場的時候，該位憲法訴願的提出者才罷休，放該位執行女助手一條生路，帶著該位執行女助手的手提包快速逃逸。數日之後——一件有計畫性的強盜案，在著手實施之前，錯誤地對停車場的女使用者動手——，在此之後，他被逮捕。在 1986 年 11 月，因為他謀殺未遂，和強盜罪從一重處斷，所以 Marburg 地方法院判決他五年的自由刑罰，並且作出保安管束的留置之處分。地方法院根據專業鑑定人的意見以作為判決的出發點，因而認為該位憲法訴願的提出者必須為其行為負起完全地責任。然而，他有著根深蒂固的與嚴重強烈的犯法傾向，也因此該犯法傾向，受害者的精神，尤其是其身體，皆有可能受到嚴重地損害。他總是傾向於臨時起意的攻擊行動，未來也盤算為之。可以作為判斷出發點的是，在自由之時的該位憲法訴願的提出者每每以欠錢花用為藉口，對任何人，進行暴力的行為，並且，在殺

死他的受害者之前，他一點也不會感到畏懼。

為了羈押的執行、服刑以及緊接著的保安管束，該位憲法訴願的提出者於精神疾病治療機構的留置，其執行被中斷掉。迨至 1991 年 8 月 18 日，保安管束才開始，予以執行。

6. 正當保安管束處分的執行期間，中間在 1995 年 10 月，該位憲法訴願的提出者利用日間的出入道，逃跑出去，但是，同年 11 月，其又被警察，予以逮捕。在 1996 年 7 月，他打斷同受刑者的鼻樑，只是為了要求其借給他 100 馬克。在 1998 年，司法執行機構已作出報告，該位憲法訴願的提出者多次地呈現出刺激型—攻擊性的行為之類型。他更是變本加厲、冷酷無情，已經成為他行為的原則。長久以來，他樂此不疲地犯下令入髮指的案件。SS 的標記、德國納粹黨的黨徽以及希特勒與戈伯勒的畫像等從他的牢房，已經被撕掉。他拒絕與外國受刑者一起工作。他對典獄長的恨一直不斷地加深，由於他的背痛，他蔑稱典獄長為「人渣廢物」，指控他的牢房生活宛如身處在德國納粹黨第三帝國的集中營裏一般。

7. 在精神疾病的專家評鑑報告書之提出後，對此，刑事執行小組會議作出決議，再度重新地去拒絕，監護的保安管束之中止執行，並且也去拒絕，精神疾病的治療機構業之留置

已經完結，予以宣告。保安管束的執行尚等待判決，懸而未決之時，如果如此，有關後者精神疾病治療機構的留置之保安管束，才可以予以決定。就該位憲法訴願的提出者而言，雖然不再以其精神疾病的患病作判決的出發點。但是，他呈現出捉摸不定的人格特質，而此人格特質深處於根深蒂固的自戀問題。除此之外，他極度欠缺同情心。雖然，他已經學習到，有認知性地去評估社會的狀況。但是，他無知於自己情緒上的障礙，而此情緒上的障礙已經阻礙到他，因而造成別人的傷害。他已經離群索居，並且陷入於危險當中。在生活的一路上，他總希望，用自己高度的自戀需要之方式，讓別人感知到他與注意到他的存在。如此，可被預期的是，他採取新的解決途徑，在此框架下，也犯下新的犯罪行為，因為這些犯罪行為，因而受害者的精神或者身體皆有可能嚴重地受到傷害。

法律的新規定允許第一次所作出的保安管束之處分，其超過十年期間繼續地進行，如果予以反對，或許可能不會存在有憲法上的顧慮。

憲法訴願的提出者提出立即性的憲法訴願，藉由此，他主張，尤其刑律典第 67d 條第 3 項（新版）結合刑律典施行辦法第 1a 條第 3 項是違憲的規定。在進一步的精神疾病專家鑑定之評鑑報告書提出之後，高等地方

法院已經宣告，留置憲法訴願的提出者於精神疾病的治療機構之保安管束處分，業已完成。高等地方法院不採納憲法訴願的提出者所提出的立即性之憲法訴願，認為其係為無理由，但憲法訴願的提出者係針對保安管束的進行期間而為異議時，不在此限。

至於其他危險的犯罪行為，其殘留的犯罪傾向存在於性格病理學、內心缺乏常駐社會規範以及缺乏體恤同情他人。憲法訴願的提出者雖然沒有刑律典第 21、20 條的意義下之其他精神反常現象。但是，憲法訴願的提出者的危險性仍然須要保安管束的繼續留置。有鑒於重大威脅性的犯罪行為，保安管束的繼續留置也是合乎比例原則。

除此之外，在 1998 年 1 月 26 日所公布的、打擊性侵犯以及其他危險性的犯罪行為法既沒有侵害到基本法第 2 條第 2 項，也沒有侵害到同法第 103 條第 2 項，甚至於也沒有侵害到法治國的溯及效力禁止原則。

III. 憲法訴願人的法律見解

依據憲法訴願的提出者的見解，法律的新規定違反了從法治國原則所推論導出來的一般溯及效力之禁止。法律的新規定涉及到真正的溯及效力之情形，因為具有法效力的判決之行為法結果本來可以繼續存在，因此其卻是受到該新法律，嗣後地予以變更。藉由判決的法效力，一致性的生

活事實狀態已經找到其終局性。緊接著的保安管束之執行構成另外一種新的生活事實狀態。故真正的溯及效力是違憲的。對於所致力進行的保安管束之延展，其欠缺經驗上、有可被證實的必要性。在達到十年期間的界限之後，一些人已經被釋放出來，這些人並沒有顯示重大脫序的行為。因此，人們只有單純地接受不真正的溯及效力之情形，則公共福祉的諸多考量才正是對於保安管束之繼續執行，無法具有正當地予以說理。

除此之外，法律的新規定侵害到基本法第 103 條第 2 項之規定的溯及效力禁止。就該保安管束之方面，其涉及到「刑罰」。如此的保安管束已經呈現出，和基本法第 74 條第 1 項第 1 款作類比，而從該條文的規定推論出，聯邦立法者對於保安管束的法規範，有其立法權限，儘管基本法第 74 條之規定，其僅提到的是「刑法」，而不是保安管束處分之法。如果人們理解保安管束係為純粹預防性的措施，總而言之，則涉及到保安管束處分的規定，因其欠缺立法的權限，甚至於會是違憲的。除此之外，去適用基本法第 103 條第 2 項也要求刑法與保安管束處分二者必須緊密的聯結在一起。作出保安管束的處分係以故意的犯罪行為為前提要件，而此故意行為又必須以具有某種最低限度的刑罰，予以作為懲罰之手段。保安

管束如同刑罰一般，其也是在司法執行機構裏，予以執行。

由於欠缺制裁時間的劃定界限，最高上限期間嗣後地予以廢除，也因此違反明確性的要求。除此之外，如果立法者嗣後以不定期限之方式，變更法官原本所為（已定有期限）的保安管束之處分，則將會呈現出法律上的法官之剝奪情形（基本法第 101 條第 1 項第 2 句）。另外，法律的新規定抵觸了比例原則。預先性的刑事執行與保安管束總共加起來已經進行超過 15 年以上的期間。因此，總共所進行的期間通常比起，立法者對於最重大的犯罪—謀殺—，其在刑法典第 57a 條所設定的 15 年之期間，還要來得久。最後，所害怕的是，因為欠缺時間的界限，預備釋放出來的執行鬆綁之情形比起過去可能會更加嚴格地被運作。因此，被保安管束之人比起已經被判決有期徒刑或無期徒刑的自由刑之行為人，置於更加嚴重地惡化的境地。

IV. 執行機關的共同宣言

之於憲法訴願，聯邦司法部、聯邦普通法院第一、三、五刑庭的庭長、聯邦首席檢察官、巴伐利亞邦的司法部、下薩克森邦以及黑森邦的邦長發表共同的宣言。他們一致地達成共識，認為法律的新規定符合了基本法的諸多保障，並且認為，在例行的情形，法律的新規定受到專門法院之

適用，無面對重大的疑慮。

V. 各邦政府對於保安管束的運作情形

憲法法院的審判庭已經將問題列出清單，將其交付給各邦政府，以為在各個不同邦之間，有關於保安管束的執行與執行法的運作之情形，取得其資料說明。自從 2002 年 3 月到 6 月的期間，上述的答覆陸續地進行中。從這些的答覆當中可以推知：

在各個不同邦裏，於第一次所作出的保安管束而仍然在執行當中，總共還有 284 位處在羈押期間。尚針對 29 位再度地所作出的保安管束，予以執行中。至少有 165 位被留置之人（不包括北萊茵－威斯伐倫邦）已經關係涉及到，依據刑法典第 67d 條結合刑法典施行辦法第 1a 條第 3 項之規定而所廢除的時間界限，因為就他們而言，在 1998 年 1 月 31 日以前，保安管束處分早就已經被作出課處。第一次所作出的的保安管束之平均執行期間，可以列舉如下：巴登符登堡邦－六年、巴伐利亞邦－七年、黑森邦以及北萊茵－威斯伐倫邦－四年七個月、施列斯威希－豪斯坦邦－二年三個月。在巴伐利亞邦，再度地所作出的保安管束處分之平均執行期間係是十年又二個月，在北萊茵－威斯發伐邦，係是六年又三個月。

各個邦已經回答了保安管束的執

行當中的特殊性之問題－其各別的情形，具有極大地差異而有所不同－，可以指出的是：個人的留置、拘留期間的特殊裝備、可以使用自己的衣服與自己的盥洗用具、團體房的留置以及餵養小動物之許可。部分地額外的休閒時間、團體活動、烹飪以及運動等之空間提供給被保安管束之人去利用。被保安管束之人有關於物之買入、包裹之接受、零用錢、通話、面會之可能性與自由活動以及有關於放風之時間等，比起刑罰的受刑人，皆有更好地對待。之於與刑罰的受刑人之作出接觸，如同在各個執行機構裏一樣，對於所有的受刑人所提供的休閒活動，可能予以參與。

被留置之人受到精神疾病、精神或社會治療的治療，予以處理，其比例可以列舉如下：巴登符登堡邦 22%、柏林 38%、漢堡 44%、黑森邦 40%、下薩克森邦 29%、北萊茵－威斯伐倫邦 69% 以及施列斯威希－豪斯坦邦 40%。以各邦的平均值來看，所有被保安管束之人的 65% 大概是從事於勞動、勞動治療性的活動、教育或再教育。部分被留置之人感受不到上述的治療、活動或教育的諸多可能性，各邦指稱，其原因正是由於被留置之人的年齡、所患的疾病、排斥的態度或欠缺動機等。

VI. 保安管束的意義與實際運作之聽證

在言詞審理之時，聯邦憲法法院對於長期性的被留置之人以及保安管束的意義與實際運作，已經聽證到專業鑑定的諮詢人員，就其所為的診斷之安定性，予以評估。之於診斷的問題，已經受到邀請的諮詢人員如下：Halle-Wittenberg 大學精神疾病以及精神治療的診所與門診部主任—Dr. Dr. H.c. A. Marneros 教授以及慕尼黑大學精神疾病以及精神治療的診所與門診法庭精神疾病部主任—Dr. N. Nedopil 教授，皆已經發表意見。之於執行的實際性，除了弗萊堡市對於被保安管束之人部門，其司法執行機構的前任主任之外，簡易法院的法官 T. Ullenbruch、各邦的司法執行機構之各個主任均有發表其意見。

B. 憲法法院間接的規範審查

只要是，憲法訴願的提出者間接地批評，刑法典第 67d 條第 3 項的新規定係違憲的，則憲法訴願是許可的。在這一方面，依據聯邦憲法法院法第 23 條第 1 項第 2 句、第 92 條之規定，憲法訴願的提出者重要實質地解釋出，刑法典第 67d 條第 3 項的新規定有侵害其自己的權利之可能性。

反之，憲法訴願的提出者無法主張憲法的疑慮，在所受到批判的決議裏，其新規定的具體適用，予以提出異議。憲法訴願的提出者既無法明確地，也不依照實際情況地去批判，執行法院對於刑法典第 67d 條第 3 項的

解釋。然而，依據聯邦憲法法院法第 93 條第 1 項之規定，在一個月的期限內，憲法訴願的提出者本來必須為上述的行動（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 81, 208 (214f.)；88, 40 (44f.)）。因此，憲法法院的審判庭必須將自己限制在間接的規範審查，而其餘部分，所受到批判的決議，不予審查。

C. 刑法典第 67d 條第 3 項有關保安管束無法定上限期間的規定之合憲性

憲法訴願是被許可的，卻無理由。在考慮到以下的闡述之下，刑法典第 67d 條第 3 項（新版）結合刑法典施行辦法第 1a 條第 3 項之規定符合了基本法。

I. 無違反基本法第 1 條所揭櫫的人性尊嚴之保證

法律無規定時間上限的保安管束之留置並無違反基本法第 1 條所揭櫫的人性尊嚴之保證。

1. a) 人性尊嚴的尊重與保護屬於基本法的諸多立憲原則（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 45, 187 (227)；87, 209(228)；96, 375(398)；102, 370(389)）。藉由人性尊嚴，人類社會的價值與尊重之要求已受到保護，而此種的要求乃是，使人類成為國家統治的單純客體對象，或使人類遭受到，其主體性原則上已經成為問題的處置對待，予以禁止（參閱聯邦

憲法法院裁判集 BVerfGE 27, 1(6); 45, 187(228)。此種意義下的人性尊嚴針對由於身體或精神的狀態而無法有意義地從事行為之人，也是與生俱來的。甚至於由於「不尊重的」行為，人性尊嚴也不會因此而喪失。人性尊嚴不能從人類身上，予以剝奪。不過，從人性尊嚴得出之尊重請求，是會受到傷害的（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 87, 209(228)）。

b) 對於刑事司法而言，對於人性尊嚴的尊重之當為要求尤其是意涵著，殘忍的、非人性的、貶抑性的刑罰是應該予以禁止的。在侵害到憲法所保護的社會價值與尊重的要請求之條件下，行為人不准因此而被迫使成為打擊犯罪的單純客體對象（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 45, 187(228) 連同其他參考資料）。如果享有基本權利之人的自由責任不被正當合理地，予以對待，以及因為享有基本權利之人犯下犯罪行為，因此社會團體剝奪其自由，則人類個人與社會存在的根本重要之要件也才必須予以維持。從基本法第 1 條第 1 項之規定所導出來的是，國家也負有義務，尊重人性地去形成自由的剝奪。國家就其自身可能會要求，強制地去剝奪人類的其自由，要是如此，如果沒有給予此人類最低限度的機會，使其能夠再度地回到自由的生活，在上述的情形也有可能是和人性尊嚴的保證相違

背（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 45, 187(229)）。

對於無期徒刑的作出與執行，法院已經判決，無期徒刑以有意義的處理執行之方式地找到其憲法上必要性的補充。執行機構注意到，課處以無期徒刑的受刑人之基本權利，因而其負起義務，在可能的架構下，有去應付處理自由剝奪的損害之影響，尤其是在性格改變的扭曲之影響。因為此損害性的影響已經嚴重地產生生活的應變能力之問題，並且還排除，受刑人在從拘禁釋放出來的時候，還能夠真正地可以找到正常的生活。針對於受刑人的身體或精神之狀態，其損害性之效果在可能的架構下，必須被遏止（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 64, 261(277)）。

c) 對於保安管束當中的犯罪行為人之留置，上述這些的標準對其也有適用。如果因為被留置之人的持續進行之危險性，而有所必要予以長期性的留置，則人性尊嚴也不因為長期性的留置而受到侵害。無法避免的是，國家團體藉由自由的剝奪，而去對抗危險性的犯罪行為人（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 45, 187 (242)）。藉由採取不可或缺的措施，以為了保護重要的團體利益，而免於受到損害，因此，基本法所設定的個人之團體關係性以及團體拘束性，而為不可或缺的措施之正當性，予以說

理。在這些的情形，去維護被留置之人的獨立自主以及尊重與保護其尊嚴也是有必要的。因此，正如同刑事的執行一樣，保安管束所必須設定出的目標是，去創設對於有責任的自由生活之要件。

在保安管束的架構裏，也可以對被留置之人的再社會化，產生影響。鑒於相關當事人的根深蒂固之犯罪傾向，其再社會化可能是比起刑事犯，更加地困難。而且，人性尊嚴的保護需要法律的明文設定以及執行的觀念，而此執行的觀念賦予被留置之人，可以再度重新取得其自由之真正機會。

2. 在保安管束的當今形成當中，其滿足了上述這些的標準。

a) 有鑒於個人之團體拘束性，由於持續危險性的保安管束不牴觸基本法第 1 條第 1 項的基本權利。

基本法已經決定出，在個人所處的團體關係性以及團體拘束性之意義下，個人—團體的緊張關係，在此，沒有碰觸到個人的自我價值（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 4, 7 (15f.)）。面對此種的人類圖像之前，保安管束也成為去保護公共大眾的預防性措施，故其與基本法相符合一致。藉此，相關的當事人不會因而成為國家統治行為的客體對象。相關的當事人不會因而被貶抑成為單純的工具或因而成為可以被任意取代的東

西。

b) 就對於保安管束的制度而言，從基本法第 1 條第 1 項之規定，無法推論導出憲法上的當為義務，在有關保安管束的作出或後來的審查時間點之方面，設定出其執行期間的上限。因為危險的診斷總是於當今，而對未來是有可能的。此種的危險性到底將會持續多久，端賴於未來的發展而定，而此未來的發展無疑地無法事先予以預測。因此，立法者規定出，對於被保安管束之人，有關其事先釋放出來的時間點，不予採取預先有拘束力的決定，若是如此，則無法加以批判置喙。

aa) 法律無疑地對於任何的執行領域之保安管束處分，予以審查，而此保安管束處分有可能會導致相關的當事人被釋放出來：依據刑法典第 67c 條第 1 項第 1 句之規定，法院必須在刑事執行的結束之前，去進行審查，對刑事受刑人的刑事執行當中，在考慮受到判決之人的發展之下，危險性是否從該受判決之人仍然繼續存在。因該危險性的繼續存在，而使得保安管束的執行，成為當為的要求（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 42, 1(6ff.)）。在保安管束的留置開始之後，其執行的上限期間為二年（刑法典第 67e 條第 2 項）。法院基於職務，所應該進行調查的是，依據刑法典第 67d 條第 2 項所規定的監

護，保安管束處分的執行得以中止。如果保安管束的留置已經被執行了十年之久，只要是重大的危險性已不繼續地存在，則依據刑法典第 67d 條第 3 項之規定，法院宣告保安管束處分業已結束。因此，如果被保安管束之人尚不能夠被釋放出來，則緊接著，有關於保安管束繼續執行的必要性，至少在二年期間經過之前，總是必須予以決定（刑法典第 67e 條）。

就保安管束執行的業已結束以及其中止的條件成熟，被保安管束之人被重新再度審查，其法律體系保障相關當事人的正當程序之法安定性。在執行開始之前，被保安管束之人已經能夠預見出，舉凡是以下的時間點—自由刑的結束、十年時效、其餘例如每二年—，實現去被釋放出來的足夠機會。在此，必須也被考慮的是，十年期間經過之後，依立法者的意志來看，被釋放出來已經是允許的（見以下 C. II. 2. b）。如此的話，其就可以滿足基本法第 1 條第 1 項的當為要求。

bb) 在現有既存的程序裏，邦政府的告示證實了規範性的設定之有效性。有關於受到界限的期間，儘管只有其局部性的提高而以該邦政府的告示為基礎，並且依照一致性的標準，迄今仍然缺乏可具有代表性的資料基礎。然而，邦政府的報告足以推論出，被保安管束之人擁有具體與可實

踐的機會，可以從保安管束當中被釋放出來。

儘管如此，只有極為稀少的保安管束，於監護的保安管束處分執行之前，予以中止。反之，儘管有區域性的浮動性之差異，保安管束處分的執行之後，例行性的保安管束之審查常常導致，去決定有關保安管束的中止。

c) 去解釋保安管束的法律框架之條件，其目標在於，在可能的架構下，對於受刑人的身體或精神之狀況，抑制損害性之效果。

aa) 保安管束不因可能會發生的拘禁之損害，就觸犯了基本法第 1 條第 1 項之規定（參閱聯邦憲法法院裁判集：針對無期徒刑 BVerfGE 45, 187(237ff.)）。就長期性自由剝奪的影響效果而言，有關其較新出來的研究（參閱總結 Weber, Die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe, 1. Aufl., S.88ff.）也沒有證實出，保安管束的處分必然地就會導致身體或精神態樣上，無法回復原狀的損害。因為長期的刑事執行，其健康的損害雖然不被排除；但是，法律與執行實務避免如此這些的損害。

bb) 在某一有意義的治療性執行裏，未定有期間的保安管束找到其憲法必要的補充（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 45, 187(237 ff.)；98, 169(200f.)）。

保安管束是具有規範性的，如同事實上，遵循著再社會化的思想為目標。再社會化的執行目標（刑事執行法第 2 條第 1 項）也適用於刑事受刑人，而對該刑事受刑人，作出附帶的保安管束之處分。自由剝奪的損害效果必須被抑制防止（刑事執行法第 3 條第 2 項）。尤其是對於被保安管束之人，刑事執行法第 129 條第 2 句有規定出，應該對被保安管束之人，予以幫助，使其容易融入自由世界的生活當中。依據刑事執行法第 131 條之規定，特殊的拘禁空間裝置與其他優渥的拘禁條件，可以有助於被留置之人能夠在監牢裏，有意義地形成其生活，並且最大可能地防止因為長期自由剝奪而產生之損害。刑事執行法第 132 條（自己的衣服與盥洗用具）以及刑事執行法第 133 條規定出特別的優惠措施（自己有權去處理事務、最低度的零用錢）。其餘，依據刑事執行法第 10、11、13 條之規定，一般性的拘禁之減輕執行也適用於被保安管束之人。公共大眾的保護之當為要求並不排除，在相同的實質條件下，給予被保安管束之人，如同其他的刑事受刑人一樣，執行的鬆綁與假期。

刑法典的保安管束處分之法規範未明確地規定出傾向犯行為者的治療。然而，刑法典第 67a 條第 2 項規定了有可能性，在保安管束處分的執行當中，依據刑法典第 63 條或刑法

典第 64 條之規定，嗣後可以匯款給被保安管束之人，只要因該項措施，而對其再社會化能夠有較好地予以促進改善。在這方面，法律給予傾向犯行為者的門診之治療，優先於管束的措施。刑事執行法第 9 條含有某種刑事執行法的治療方式，而該法規定了，一最新義務的一將性刑事犯者轉移到社會治療的機構裏。

cc) 就事實的保安管束之實踐而言，邦政府的報告中同樣地不允許去推論出，保安管束是一種危險性的刑事犯之純粹保安執行。在可能的範圍內，相對於通常一般的刑事執行，給予在保安管束當中的被留置之人，其有較大的自由空間，為了使被留置之人比較有承受能力，以去渡過長期性的自由剝奪。除此之外，透過治療與勞動工作的提供，考慮到社會化的思想，然而這些提供只能夠有一部分的被保安管束之人達成目的。

在保安管束的當中，被留置之人身處於接受精神疾病的、精神或社會治療的治療，其比例依各邦有極大的差異性。巴登符登堡邦或下薩克森邦大約只有 28%，而北萊茵－威斯特伐倫邦高達 69%，其中就有 60%處於精神的治療當中。漢堡、黑森邦以及施列斯威希－豪斯坦邦比例皆高達超過 40%。相對而言，在保安管束當中，被留置之人已經感受認知到勞動、勞動治療性的活動、教育或再教

育，有非常高的比例。這些人在所有被留置之人當中所佔有的比例常常超過 60%，部分地還甚至於高達 76%。

部分的被保安管束之人沒有感受認知到治療、從事活動、教育等的可能性，其理由，可以被指出來的是年齡、疾病、排斥與欠缺動機等。除此之外，可以指出來的是，被留置之人的工作能力之欠缺、行為的否定或安全的理由等。

dd) 就執行與執行法的保安管束之運作而言，向邦政府的詢問之結果已經得到，邦政府無法握有一致性的統計資料。原則上，令人懷疑地所呈現出來的是，如果質疑存在有重大的基本權利之侵犯，則評價事實的不明確性也才由享有基本權利之人負擔之（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 45, 187(238.))。就保安管束之方面而言，其所涉及到危險性的犯罪行為為人的純粹保安執行，或者違反法律的設定，該保安管束處分已經就此開始發展，為了上述的情形可以予以排除，在保安管束當中，被留置之人一般而言不僅在法律上，而且在事實上，其有具體與可實現的機會，而去重獲自由的生活，因此，此情形所需要的是通常例行性、可以被實施的審查。如此情形尚包括，有關被保安管束之人有足夠的再社會化之被提供，特別是對待處理、治療或工作的可能性，是否已經予以提高。

II. 無違反基本法第 2 條第 2 項第 2 句的自由基本權利

同樣地，不存在觸犯到基本法第 2 條第 2 項第 2 句的自由基本權利。受批判的保安管束之規定，在考慮以下的考量之下，呈現出合憲性的基本權利之限制（基本法第 2 條第 2 項第 3 句）。

1. 刑法典第 67d 條第 3 項的新規定未觸及到自由基本權利的重要內容（基本法第 19 條第 2 項）。

基本權利的不可觸及之重要內容必須在基本權利的整體體系，從其特別的意義，而對於任何的基本權利，予以調查（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 22, 180 (219)）。甚至於原則上，終生的自由剝奪與基本法第 19 條第 2 項並未有不一致（參閱聯邦憲法法院裁判集：針對無期徒刑 BVerfGE 45, 187(237ff.))。終生的管束之可能性已經意味著重大基本權利的侵犯，但是，只要是第三人的重大之保護利益能夠去使得侵犯得到正當性之理由，並且，特別是比例原則已經受到維護（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 22, 180(219f.))，則終生的管束不會觸犯到基本權利的重要內容之保障。

刑法典第 67d 條第 3 項的新規定充足了此項憲法的標準。未定有期間的保安管束過去在基本法的形成過程當中，已經被合併納進於刑法典，制

定憲法者一類似於針對無期徒刑的情形一樣—之於基本法第 19 條第 2 項的矛盾衝突，本來沒有列入考量。此外，只有在精神或身體上的潛在受害者之侵害強度，其重大的損害因而得以避免時，此時，則法律才允許在十年期間經過之後，保安管束處分的執行持續地進行。由此，法律指出，其所應該保護的法益，而犯罪行為者危害到法律所保護的法益，因而原則上，法律所保護的法益是妥當的，去對犯罪行為者的自由權利之廣泛侵犯，予以說理。

2. 人的自由—作為人民的發展形成之基礎與要件—在基本權利之下，佔有高度的位階地位。對此，可以這麼說，基本法第 2 條第 2 項第 2 句稱個人之自由是「不可侵犯的」，基本法第 104 條第 1 項第 1 句允許只有基於形式上的法律始得對個人之自由，予以限制，並且基本法第 104 條第 2 項至第 4 項要求，去堅守特殊的程序保障（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 90, 145(172)）。為了可被期待的重大法益免於受到侵害，能夠以公共大眾的安全需要，來抑制被留置之人的自由請求，提供作為調整性的措施。在個案上，二者必須予以利益衡量。

a) 在判斷被選擇的手段之適當性與必要性以達到所欲致力追求的目標，以及威脅個人或公共大眾的危

險，在此關聯性下，其可能被採用的評估與診斷之方面，上述二者的判斷餘地係屬立法者之權限，舉凡是這項的判斷餘地，各依所涉及到的事務領域之特性、可能性、足夠地安定性的判決之形成，並且瀕臨危險當中的法益，只在有限的範圍內，才可以受到聯邦憲法法院的審查（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 90, 145 (173)）。在此背景之下，無法予以批判的是，立法者已經認為，對於第一次所作出的保安管束，其期間上限的廢棄是適當且必要的，以為了改善公共大眾的保護，而免於具有危險性的犯罪行為者之侵害。

由於客觀的暴力犯罪之提高，因而已經促使保安管束的法規範，是否予以強化，或者—如同批判者所言—只有公共大眾的威脅感，已經提升高，是否已被考慮到，上述二者不必受到聯邦憲法法院，予以評價。因為立法者首要的權限事務乃是，基於其犯罪政策的意念與目標，在其評估的政策決定特權之架構下，而去決定，以公共福祉的利益之目的，他願意採用何種的措施。只有立法者公然明顯地欠缺不去作出的決定時，才由聯邦憲法法院予以修正（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 30, 292 (317)；77, 84(106)）；對此，就不再論及。

診斷是決定留置與否之基礎（參閱 Dünkel/Kunkat, Neue Kriminalpo-

litik, 2001, S. 16(17f.); Adams, StV 2003, S. 51(53); Kinzig, NJW 2001, S. 1455(1458); Ullenbruch, NStZ 2001, S. 292(295); Nedopil, NStZ 2002, S. 344 (349); Streng, in: Festschrift für Lampe, S. 611(621f.))，而診斷的不確定性對於診斷評鑑書以及與過度禁止有關的評鑑書評價之最低限度要求，產生影響（就此以及 C. II. 2. b）。不過，診斷的不確定性既非除去自由的侵犯之適當性，也非除去其必要性。診斷的決定常常隱藏有診斷錯誤的風險，然而，診斷的決定在法規範裏卻是無法被避免。診斷是不可拋棄的而且保留當作任何的避免危險之基礎。在個案裏，診斷也可能是不夠充分的。

在法庭精神疾病的實務裏，於其餘的部分，風險因素的知識在最近幾年，有重大地改善，如此以致於關於一部分的違法行為人，相對比較好與值得信賴的診斷意見陳述可以被作出來（參閱 Nedopil, NStZ 2002, S. 344 (349)）。在言詞處理的程序裏，被聽證的二位專業鑑定人已經一致性地揭露說明出，入獄前特定與可得特定的比例，以危險能夠確定地被診斷之方式，將如此這般的危險之風險因素聚集在一起。儘管如此，專業鑑定的報告人員對於比較確定性的診斷比例，有著高度不同的看法。對於極少的高度危險性之情況，而刑法典第

67d 條第 3 項已經注意到了這些情況，診斷由此正形成一種合適的判斷基礎。

廢止保安管束的期間上限之必要性，對其予以反對，不管是保護措施的替代可能性存在與否，基於憲法之理由，係無疑義。透過無期間的保安管束而受到自由的剝奪，在個案上，在鬆散的監督之下，顯然地提供一種較高度的保護措施，以作為任何可想得到的處理措施。

b) 相關的個人之自由要求以及公共大眾的安全需要而免於可期待的重大法益之侵害二者之間，其存在緊張關係，因而要求適當的與有理由的調和。如果保安管束的留置期間持續地越久，則對於自由剝奪的合乎比例關係之要件就越趨向嚴格。期待可能性的界限必須維護。對其不僅在憲法層次上，而且也在實體法層次上，去確保相關當事人的自由基本權利，也有適用（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 70, 297）。

aa) 過度禁止實質地要求，在個案上，保安管束的公共利益以及被留置之人的自由要求之二者，予以衡量（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 70, 297 (311)）。法官必須在必要性的整體評價之架構下，起因於行為人的危險，而該危險之於使用保安管束處分相關聯而造成的侵害，二者置入於比例關係。在此，尤其是端賴於，

是否以及用何種方式的違法行為受到被留置之人的威脅、危害的強度如何地明顯、受到威脅的法益有如何重要的地位等而定。留置期間進行越久，則對於自由剝奪的比例關係之要件就更加嚴格。然而，去注入變得越來越重要的自由要求而所觸及到的界限是在於，受到被留置之人所威脅的危險，依照其方式與強度，對於個人與公共大眾的法益，其在國家的保護委託之前，顯示出無可議論的，去將被留置之人予以釋放出來進入於自由的生活（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 70, 297(315)）。

比起依據刑法典第 66 條、第 67c 條以及第 67d 條第 2 項之規定，而其之前所作出的決定，立法者在十年期間經過之後，保安管束的持續進行將需聯繫到有明確地更嚴格的要件。透過此種方式，立法者在刑法典第 67d 條第 3 項的規定裏，該此標準已經被考慮到了。在這方面，診斷的確定性之界限也在去確認長期性被拘禁的犯罪行為者之危險性時，被考慮。

刑法典第 67d 條第 3 項的規定從多重的面向考慮到，在十年的管束期間經過之後，去強化自由要求的效力。其一，相對於刑法典第 66 條第 1 項第 3 款的規定而言，對於受到威脅的法益與具有威脅性的犯罪行為，設有較高度的要求；其二，刑法典第

67d 條第 3 項一般性地設定出執行完結的規定，並且只有在例外的情形，針對診斷出積極性的危險，持續的執行是可以被准許的。透過此方法，依據刑法典第 67d 條第 3 項的規定，其說理出一套規則—例外的關係。

(1) 依據刑法典第 66 條第 1 項第 3 款的規定，針對保安管束處分的要件是犯罪行為者有去從事「重大的犯罪行為」之傾向。也就是說，受害者會因為受到該重大的犯罪行為，而其精神上或身體上嚴重地得到損害，或者其經濟上嚴重地產生損害。相對而言，依據刑法典第 67d 條第 3 項的規定，在十年的管束期間經過之後，其留置期間繼續地進行，端賴於，是否未來的犯罪行為之有傾向足以構成危險而被確認下來而定，而受害者會因該重大的犯罪行為，而其精神上或身體上嚴重地受到損害。結果而言，該規定仍然限縮適用在性與暴力的行為者之身上，而此行為者會威脅到，去侵害受到基本法第 1 條第 1 項、同法第 2 條第 2 項第 1 句與第 2 句所保護的第三人之法益。反之，在無暴力性的財產與物權之犯罪行為方面，保安管束的期間限縮在十年。因此，有關十年的保安管束之可能性已經從法律的觀點，只有在一些的情形下，才可供使用，而在這些情形裏，公共大眾的基本重大之安全利益為保安管束，必要地予以說明有其正當性。此

外，為了考慮到此例外的特性，法院注意到，於被留置之人的自由基本權利，更加嚴格地限縮，去運用刑法典第 67d 條第 3 項的構成要件。

(2) 除此之外，刑法典第 67d 條第 3 項已規定出，留置的持續進行成爲是一種執行完結的原則情形之例外關係。透過此方式，法律已考慮到，隨著管束期間的進行，而日益增長的自由權利之重要性。依據刑法典第 67d 條第 2 項之規定，可預期的未來之或然率呈現出積極反應，保安管束處分的要件是許可的，在此之時，另一方面，依照刑法典第 67d 條第 2 項的留置持續進行之判決，其要件係是，法院確信被判決者仍然繼續地具有危險性。因此，刑法典第 67d 條第 3 項的新規定轉變成爲刑法典第 67d 條第 2 項的規則一例外的關係。保安管束處分的執行完畢不是端賴於積極性反應的診斷，反而是視保安管束處分的繼續存在呈現出消極性反應的診斷而定，予以作出。

在十年期間經過之後，原則上，危險性應該業已結束（參閱 Streng, in: Festschrift für Lampe, S. 611(633) 與其他參考）。法律便是以此作爲出發點。因此，純粹地繼續進行保安管束處分的執行而無法提出異議反駁的危險性假設是禁止的。寧可是，就此，具體與現代的論點必須被確認的是，對於法律的推定，予以推翻，危

險性仍然繼續存在。如果法院對於未來犯罪行為的或然率有所懷疑，則係爲有利於被留置之人，保安管束處分必須被宣告業已結束。現今所被推定的無危險性只有在已受到異議之時，才會被考慮到，去繼續進行超過十年期間界限的保安管束處分。

只有在無危險性被確定之時，而才去宣告業已結束，可能會違反法律的字義與自由基本權利的高度價值。在十年經過之後，執行業已結束往往居於首要的地位。其次，才是執行的中止。而該執行的中止相對於繼續的執行而言，呈現出是一種較溫和的手段。在無其他的可能性時，繼續的執行才是最後的次序地位，以作爲最後的手段途徑，此時，方才予以准許。以上所述不僅適用於第一次所作出的保安管束處分，而且也適用於在保安管束處分裏的重複性之留置。在這一方面，此種的改革甚至於修正了早期的法規範（參閱刑法典第 67d 條第 1 項（舊條文））。

(3) 在如上所言的嚴格要件之下，因為超過十年執行期間的相關當事人，其重大的危險性仍然繼續存在，因此執行法院已經判決，保安管束處分必須繼續地進行，如果該法院的判決尚欠缺足以矯正相關當事人，而予以一再地重複，則繼續自由的剝奪原則上才不會違反過度禁止。刑法典第 67d 條第 3 項的規定也包括長期

慢性而無法矯正的傾向犯，而該傾向犯係長期抗拒任何的治療之處置與無視於繼續進行的歲月迄至其終生，仍然處於危險的狀態。刑法典第 67d 條第 3 項之規定並無違反憲法所允許的進行超過十年以上的保安管束之其可能，以作為有利於公共大眾之目的。在此情形，刑事執行的個人之再社會化之目標不再被考慮，其並非基於保安管束之處分之理由，而是基於相關當事人的行為，而該相關當事人的行為長期地排斥有達成效果的再社會化（參閱聯邦憲法法院裁判集：針對無期徒刑 BVerfGE 45, 187(258)）。

bb) 在程序法上，其首先必須被保障的是，刑事執行的法官通常地審查有關保安管束處分的繼續執行之必要性。就此，對於事實真理的探究之要求，尤其是對留置所為建立基礎的診斷評鑑書之要求，亦屬之。法治國的程序所無法拋棄之要件係，判決涉及到個人自由的剝奪，而該判決必須是基於法官足夠的事實真理之闡明。在此，對於事實情況的闡明之要求，隨著保安管束處分的必須繼續執行，因而隨之有所提高。尤其是在更加長期地繼續留置的執行之方面，通常地法官負有義務，在其作出保安管束的繼續執行之判決時，應該向特別經驗豐富的專業鑑定人詢問相關的意見，而此被詢問的意見，透過充分具有實質內容與合乎時代的評鑑書之方式，

以隨時預備可以提供給法官，予以作出診斷（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 70, 297(308)）。除此之外，基於憲法之理由，無論如何，鑒於被留置之人的患有疾病，只有依據具體的情況形成發展，被留置之人明顯地顯示出，無法替自己進行辯護，才賦予被留置之人一位義務辯護人（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 70, 297(323)）。

依據刑法典第 66 條以下之規定，保安管束的現代規定已滿足訴訟法高度的要求。立法者已經創設出，對於執行的中止或執行業已結束的成熟度，其例行性的審查之體系以及針對診斷基礎，其詳細的闡明之要件（第 1 項至第 3 項）。然而法官在適用這些規定時，必須滿足明確的詳細謹慎之要求，以為符合過度禁止（第 4 項）。

(1) 身處在自由刑之後，保安管束作為最後的手段而予以執行。依據刑法典第 67c 條第 1 項的規定，在刑罰的執行終結之前，法院已經審查，保安管束處分的目的是否還須要留置，或者保安管束處分是否得以中止。在這方面，因為執行法院作出某種的不同看法之判斷，刑罰判決為基礎的危險性診斷，其立於「解除條件」之下。而給予執行法院的可能性是在於，基於中途發生的發展，在為判決之時，去嗣後地修正被提出來的

診斷（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 42, 1(8)）。在該訴訟裏，被留置之人通常地必須以言詞陳述地，受到審問（刑事訴訟法第 463 條第 3 項第 1 句結合同法第 454 條第 1 項）。如果法院考量到保安管束處分的中止，則法院須提出有關於危險性繼續存在的評鑑書（刑事訴訟法第 463 條第 3 項第 3 句結合同法第 454 條第 2 項），以及同樣地，法院以言詞陳述地，聽證專業鑑定人的意見。在此，被留置之人與其辯護人有機會去，向專業鑑定人提出質問以及提出聲明（刑事訴訟法第 463 條第 3 項第 3 句結合同法第 454 條第 2 項第 3 句）。

(2) 在留置開始之後，最晚二年的間隔期間，法院基於職務應該去調查，依據刑法典第 67d 條第 2 項之規定，於監護而言，保安管束處分的執行，得以予以中止（刑法典第 67e）。法院亦得縮短執行的期間（刑法典第 67e 條第 3 項第 1 句）。只要是，法院對於審查未經設定禁止的期間之情形時（刑法典第 67e 條第 1 項第 1 句、第 3 項第 2 句），被留置之人得隨時提出執行中止的申請。依據刑事訴訟法第 463 條第 3 項第 1 句與第 3 句之規定，其如同依據刑法典第 67c 條第 1 項之規定而所作出的第一次審查之情形，相同的程序保障對於法院的審查有適用。

(3) 依據刑法典第 67d 條第 3 項之規定，有關十年期間經過之後，保安管束處分的執行業已結束或繼續進行，對此，該法律設置有程序法上較高的要求：無論如何，法院必須提出診斷的評鑑書以及對於未受到辯護的被留置之人，必須為他指定一位義務辯護人（刑事訴訟法第 463 條第 3 項第 4 句與第 5 句）。法院負有義務，以言詞陳述地去聽證專業鑑定人的意見，在這方面，被留置之人與其辯護人有權限，去向專業鑑定人提出質問以及提出聲明等（刑事訴訟法第 463 條第 3 項第 3 句結合同法第 454 條第 2 項第 3 句）。如果法院已經決議，有關超過十年的保安管束處分，其執行繼續地進行，則法院必須在二年期間經過之前，進一步地決定有關繼續執行的必要性（刑法典第 67e 條）。在此，刑事訴訟法第 463 條第 3 項第 4 句與第 5 句所提升的程序保障總是有效適用。

(4) 依據刑法典第 67d 條第 3 項之規定，有關保安管束的繼續進行之判決必須以專業鑑定人的評鑑書作為基礎，而該評鑑書勝任適合於具備有特別效力範圍與該判決的例外特性。在此，可予以考慮的是，醫生的評鑑書是足夠實質重要的，並且也充足被眾所承認有效的科學標準。法官必須透過小心謹慎地擇選評鑑人之方法，以遏止反覆例行性作出的判斷之危

險。一般正是會被作出處理的情形是——儘管刑事訴訟法第 463 條第 3 項第 4 句未有明確的規定——，委託外部的專業鑑定人，去作出評鑑書，以為了去排除執行機構內部隱藏的利益好處或者治療師與被留置之人二者間之私下關係，因而會影響評鑑的結果（參閱 Horstkotte, in: Leipziger Kommentar (LK), StGB, 10. Aufl., § 67c Rn. 64, § 67d Rn. 93）。除此之外，可以被揭露的是，被留置之人讓專業鑑定人去作出評鑑，而該鑑定人在執行程序的進行當中，尚未與此被留置之人有所接觸。最後，有效地去確保，專業鑑定人有充分的時間與機會，去調查被留置之人（參閱聯邦普通法院，BGH, NStZ 1994, S. 95(96)），以及去處理消化事實資料，以這些資料為基礎，提出診斷之結果。

依據專業鑑定人的意見，法官已經採取獨立自主的診斷之判決。在該判決裏，法官必須以醫生所作的評鑑來制衡法官的審查（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 58, 208(223)；70, 297(310)；在 1991 年 9 月 23 日，聯邦憲法法院第二審判庭的第二小組之決議—2 BvR 1327/89—, StV 1992, S. 25(26)）。此項法官的審查不僅可能關係到診斷的結果，而且可能關係到整體診斷的立場意見之品質。在此，一般通常而言，在謹慎小心地處理的程序當中，評鑑人必須對其所作出來

的評鑑書，其重要的個別標準，予以提高。而上述的程序係包括有檔案資料的充分利用、深入調查入獄之前的情況以及談話內容與精神心理的調查結果之書面仔細記載，並且該程序的成果被富有精神疾病的教育與經驗之專業醫生，予以評價，並且在總體的關係裏，予以援用（Kröber, NStZ 1999, S. 593(594ff.); Nedopil, Forensische Psychiatrie, 2. Aufl., S. 247）。

法官能夠基於自己的評價，批判地質問診斷的結果。在此之前，法官必須審查，評鑑書是否滿足了特定的最低限度之標準。因此，被作出來的評鑑書必須是特別地具可實施性的與透明性（之於犯罪學的文獻，其診斷的評鑑書結構，參閱 Kaiser, Kriminologie: ein Lehrbuch, 3. Aufl., Rn. 1802ff.）。評鑑人必須清楚且完整地呈現出連結與調查結果之事實、闡明其調查之方法以及解釋其假設（詳細情形請參閱聯邦普通法院刑事庭 GHSt45, 164(178f.))。基於此，評鑑人對於受判決之人，有關其未來法律上的程序，必須採取或然率之說明，而法院對該說明有權限，自我責任地去回答刑法典第 67d 條第 3 項的法問題。

除透明化的當為要求之外，足夠廣泛的診斷基礎之當為要求也對精神疾病的診斷評鑑書有效適用。為了使法院有可能，去整體綜觀地評價行為

與行為人（參閱刑法典第 66 條第 1 項第 3 款），因此評鑑書必須注意到，有關受判決之人的垂直性之生平與橫切面向之生活片斷，其有著不同的主要區域。必須有所要求的是，特別是處理討論有關於動機犯罪、犯罪前的性格以及行為人的社交圈等（參閱 Müller-Metz, StV 2003, S. 42(45); Nedopil, in: Dölling(Hrsg.), Die Täter-individualprognose, 1995, S. 89）。除此之外，依照刑法典第 67d 條第 3 項之規定，評鑑人在預備作出判斷之時——在長期的自由剝奪之後，可被作出的判斷——，必須特別將目光朝向於的問題是在於，受判決之人在可能性的執行鬆綁之時，如何地行為。起因如此的加重負擔檢測之行為，正因為如此，所以該行為對於未來受判決之人的法律監護，呈現出是某種妥當的指引器（Nedopil, NStZ 2002, S. 344 (348f.); 在 1997 年 12 月 13 日，聯邦憲法法院的第二審判庭的第二小組之決議—2 BvR 1404/96—, NJW 1998, S. 1133(1134); 在 1998 年 3 月 22 日，聯邦憲法法院的第二審判庭的第二小組之決議—2 BvR 77/97—, NStZ 1998, S. 373(374f.)）。

對於診斷基礎的執行鬆綁之特殊意義，因為如此，執行法院不准順從於，執行機關未有充分的理由地——也許基於單純總括的評價或者指出抽象性的逃避——或濫用的危險地，拒絕給

與，舉凡是能夠準備保安管束處分的終結之執行鬆綁（參閱在 1998 年 3 月 22 日，聯邦憲法法院的第二審判庭的第二小組之決議—2 BvR 77/97—, NStZ 1998, S. 373(374)）。有關執行鬆綁的判決，執行法院必須特別地考慮立法者的評價，而該執行法院只有在刑法典第 67d 條第 3 項的狹義要件之下，才允許保安管束處分的執行之繼續進行。

c) 刑法典的雙軌制裁之制度是作為基礎的概念，據此概念，被保安管束之人的自由剝奪不能提供作為，去報復過去已發生的法益侵害為目的，反而是，作為避免未來的犯罪行為為目的。而該犯罪行為的發生雖然可以謹慎小心地予以診斷出來，但是一般而言，卻是無法確定的。保安管束的此種特殊性質在長期的留置之情形時，特別地可以顯現出來，因為在此，保安管束處分的個人之矯正目的退居到公共大眾的保安目的之後。

受到特別待遇的執行而其所必須考慮的是，誠如刑事執行法第 131 條至第 134 條所明文揭示的特別待遇一般。在此，原則上無法提出異議的是，依據刑事執行法第 130 條的保安管束，依該規定是針對公共大眾的刑事執行而被實施。因為刑罰如同保安管束一樣，能夠以自由剝奪之方式，而被實施，所以其存在有堅實的理由，而這些堅實的理由可以將保安管

束之執行予以說理，其某一部分地符合具備有刑罰的性質（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 2, 118(119 f.)）。然而，邦司法行政部必須注意到，在執行當中如同於其與司法執行機關的利益相符合一致之情形，較好的處境之可能性，應該盡可能地予以提供。

在這方面，去預定出一些具體的方針指標，其非聯邦憲法法院的權限事項。結果，所必須確定的是，為公共大眾的刑事執行與保安管束執行之間距，應該予以保持，而此間距使得僅是特別預防作用的保安管束處分之性質，不僅只是對被保安管束之人，而且對一般公共大眾，變得更加清楚。較好的處境之例外必須遵守比例原則的當為要求。因此，在特殊地長久的留置之方面，額外的優惠措施同樣地必須予以考量，以為保障未來無希望的被保安管束之人，給予其殘存的生活品質。

III. 無違反基本法第 103 條第 2 項的絕對溯及既往之禁止

刑法典第 67d 條第 3 項的新規定連結刑法施行辦法第 1a 條第 3 項之規定並未觸犯基本法第 103 條第 2 項。基本法第 103 條第 2 項的絕對溯及既往之禁止並不包括刑法典裏的矯正與保安之保安管束處分。

1. 依據基本法第 103 條第 2 項之規定，只有法律已經明確地規定刑

事可罰性，之後，才從事犯罪的行為，則該事後的行為才准許，以刑罰予以制裁。

基本法第 103 條第 2 項的適用範圍限制在國家的措施，而該國家的措施呈現出對於違法、有責的行為之高度非難，而對其予以反應，並且因該違法、有責的行為而科處以「必要的惡」。此必要的惡提供作為罪責的償還措施之手段。而其他的國家侵犯之措施並不被基本法第 103 條第 2 項之規定所包括在內。國家的措施若是僅針對違法的行為，則就未充足於基本法第 103 條第 2 項的適用範圍。因此，保安管束的純粹預防措施不適用於基本法第 103 條第 2 項之規定，儘管保安管束是直接地屬於動機的行為。

a) 「刑事可罰性」之概念與「行為的受罰」容有不同的解釋之可能性。刑法的法律狀況已經被基本法所發現，並且在此，基本法也不願意變更令人產生興趣的重點。刑法的法律狀況然而卻支持，基本法第 103 條第 2 項的保障僅係涉及到報復性的制裁，而在此報復性的制裁之方面，在非價性的判決框架下，因欠缺對於法規態度的確認意義下，施加必要的惡連結到公共的非難性。

國家的刑罰傳統上一直被理解是必要的惡，而此必要的惡針係對於違法的、有責的，並且法律以刑罰作為

威脅的作為之方式，而被負擔起，去正當地說理罪責的償還措施之任務。而且，必要的惡也說明了行為的公共大眾之非難性（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 105, 135(153)；Jeschek, in: LK, StGB, 11.Augl., Einl. Rn. 23 與其他的參考資料）。刑罰被認為是報復性的正義之詮釋且是對於違反法規的行為，而所作的反應。

刑事可罰性概念的不同涵義之可能性已指出，從基本法第 103 條第 2 項的單純文字意義當中，其事實上的適用範圍不是能夠清楚地被確認出來。

b) 形成的歷史證實出，矯正與保安的保安管束處分已經不被基本法第 103 條第 2 項的保護範圍包括在內。基本法第 103 條第 2 項的溯及既往之禁止應該依基本法的立法者之意旨，如同在威瑪帝國憲法—WRV—的第 116 條，幾乎如同前規定的文字，有相同含意的內容。然而，就威瑪時期而言，矯正與保安的保安管束處分眾所周知地也是不屬於絕對溯及既往之禁止範圍。無法證實的是，傳統威瑪帝國憲法第 116 條的保障範圍應該受到基本法第 103 條第 2 項之納進，予以擴充。

aa) 透過 1933 年 11 月 24 日的「打擊危險的習慣犯以及關於矯正與保安的保安管束處分之法律」（RGBl I S. 995），去納進矯正與保安的

保安管束處分，在此之前，帝國刑法典已經詳細地規範了犯罪行為的法效果，而此犯罪行為的法效果在當時並不被認為是可歸責的報復性之刑罰，反而是，被認為是預防規避性與保安性的措施（依據帝國刑法典第 38 條之規定，警察的監督；依據帝國刑法典第 116 條之規定，褫奪公權；依據帝國刑法典第 295 條之規定，沒收行為人或參與人的財產；依據帝國刑法典第 362 條之規定，移送妨害公共大眾的行為人，交給地方警察局）。立法者依照帝國法院的判決，附帶溯及的效力，准許施加給予這種「保安警察的」侵犯（參閱 RGSt 52, 225 (226 f.)；53, 117(118)；67, 215 (216)；RGZ 107, 118 (119f.)）。也是屬於此類措施的本質者是，將該措施延伸至所有的違警情況之案件，而這些案件截至目前，仍然存在其適用（參閱 RGSt 67, 215 (216)）。

涉及到矯正與保安的保安管束處分，法律的規定容許其溯及既往的法效果，置在威瑪帝國憲法之下，本質上並無爭議（參閱 Diefenbach, Die verfassungsrechtliche Problematik des §2 Abs. 4 StGB, S. 31f.）。威瑪時期刑法典的改革草案已經規定了不少的法規範，依此，關於保安管束處分之作出不是依照行為時有效適用的法律，而是依照作出保安管束處分之當時有效適用的法，必須被作出判決。

在保安管束處分之方面，較好的認識係在某一新法律裏可能予以表達出來，其應該立即予以適用。回溯到該威瑪時期刑法典的改革草案，透過帝國習慣犯罪法第 3 條之規定，予以創設出的帝國刑法典第 2a 條的規定（舊）確認出，有關於保安管束處分，毫無例外地，不是依照行為當時有效的法規範，而是依照判決當時點的有效法規範，可以被作出判決。就帝國刑法典第 2a 條的規定（舊）而言，其諸多評論文獻並不認為已經違反了溯及既往之禁止（參閱 Lobe, Leipziger Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, Navhtrag zu Band I, 1934, Art. 3 des Gesetzes gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregel der Sicherung und Besserung, Anm. 3）。

bb) 在商論有關基本法的制定意見之時，制憲者發現了包括帝國刑法典第 2a 條（舊）的規定在內，刑法的雙軌制裁體系已經成為法秩序的一部分。所指出的是，刑罰與保安管束處分的雙軌制可能應該受到限制，或者是不同於過去，對於保安管束處分之看法，其溯及既往之禁止可能應該予以擴充，從法律資料裏，無法推論得知（參閱 Pieroth, JZ 2002, S. 922 (923)；Diefenbach, Die verfassungsrechtliche Problematik des §2 Abs. 4 StGB, S. 83f.；Peglau, NJW 2000, S. 179(180)；也參閱聯邦憲法法院裁判

集 BVerfGE 25, 269 (287ff.)）。儘管有關於「刑事可罰性」之概念，多次地予以討論，並且不同於威瑪帝國憲法第 116 條的文義，一再地予以考量（參閱國會的意見、憲法法院與司法之委員會，Steno-Prot. der 7. Sitzung vom 6. Dezember 1948, S. 150ff.；國會的意見、憲法法院與司法之委員會，Steno-Prot. der 8. Sitzung vom 7. Dezember 1948, S.32），但是，制憲者連繫到威瑪帝國憲法第 116 條的語言含意，並且因此，制憲者以其意志，採納該規定的意義內容（參閱在 1948 年 8 月 10-23 日的基姆湖的憲法會議之報導，o.Jg., S.83）。

c) 此種解釋不違反基本法第 74 條第 1 項第 1 句所規定的「刑法」概念之權限法上的意義。相反於基本法第 103 條第 2 項之規定，基本法第 74 條第 1 項第 1 句裏的「刑法」之權限內容，包括矯正與保安的保安管束處分在內，以作為制裁體系的「第二軌道」。此意義的區別係基於二者之間，其有著基本法立法規定的不同目的。基本法第 103 條第 2 項禁止，去對溯及效力進行說理，以及其禁止，去加強報復性的刑法制裁，並且因此基本法第 103 條第 2 項有著保障自由的功能。相形之下，基本法第 74 條第 1 項第 1 句裏的權限規定並無規定出個人的主觀權利，但是其有規定出，存在於聯邦與各邦之間，其

立法權限的分配（參閱在程序裏的判決（2 BvR 834/02 與其他例如 Nr.9, S. 190）。

d) 其他的考慮證實了，絕對溯及既往之禁止成為特色，在法治國的保證之下，其限制在國家的措施。而該國家的措施展現出對於違法、有責的行為之高度非難而對其作出反應，並且因該行為而科罰以「必要的惡」。此必要的惡提供了罪責的償還措施之手段。

aa) 絕對溯及既往之禁止係根基於人性尊嚴與有責性原則。基本法第 103 條第 2 項源自於法治國的原則，其係刑罰以有責性為要件（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 25, 269 (285)；105, 135 (154)）。此原則根基於受到基本法所為要件與在基本法第 1 條第 1 項以及基本法第 2 條第 1 項之規定而有憲法效力所保護的人性尊嚴與自我責任，而該自我責任在形成刑法之時，也必須受到立法者的尊重（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 25, 269(285)）。身為一個人，其人性有所不可或缺的尊嚴，而該尊嚴正存在於，人具有可以自我負起責任的人格特質，依然眾所公認。任何的刑罰必須與犯罪行為之嚴重程度以及行為人的有責性之間，立於某合理的比例關係；在這方面，「nulla poena seine culpa」有著憲法上的位階（參閱聯邦憲法法院裁判集 Bverf

GE 45, 187(228)）。刑罰也展現出對於有責的不法行為之高度非難而對其作出反應。刑罰必須在以有責性原則為鑄造而成的刑罰行為體系，且其有足夠明確的法律之刑事威嚇，因而對於法規範的接收人，才具有事前的可預見性（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 105, 135(153f.))。

刑法有責性之非難要件是，判決的標準是法律一開始就已經明確地予以規定。只有在能夠有認識到此一標準，並且能夠有意識到對於其行為而產生法律效果之人者，此時，該此之人才是一位可以自我負起責任的主體。正在刑法裏，有關人性所自我負起責任的行為，其非價的判斷被充足之時，於此，個人才有確實地可以請求某種制裁的可能性（參閱 Dannecker, Das intertemporale Strafrecht, 1933, S. 264）。

bb) 從傳統上的 nulla—poena—原則所導出來之諸多保障（法律保留原則、明確性的當為要求、類推禁止與禁止溯及既往等）有著共同的基礎。上述諸多的保障應該給予個人，於刑法的領域裏，可以自我負起責任地從事其行為之可能性，以至於，刑事可罰性得以被避免（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 95, 96(131)）。就此目的而言，上述的諸多保障強化了類似於結構上的法治國原則保障之重要成份。從基本法第 2 條第 1 項連

結到基本法第 20 條第 3 項所導出來的一般之信賴保護原則，與其有所不同的是，基本法第 103 條第 2 項的禁止溯及既往不容易達成利益的衡量。同時，法治國原則的信賴保護之當為要求也解除了基本法第 103 條第 2 項的保障之負擔。基本法第 103 條第 2 項的保障也延伸到有關一些程序的保護，而這些的程序不是直接符合有責性的刑罰之客體對象。這些的程序因為受到一般法治國的保障，足夠地予以確保（參閱 Schmidt-Aßmann, in: Maunz-Dürig, GG, Art. 130 Abs. 2 Rn. 167）。

cc) 相對於特別刑法的措施而言，基本法第 103 條第 2 項的規範目的是，一種被提高的法治國之保護，而以該特別刑法的措施，國家可以對有責性的不法行為，予以作出回應。

為了國家對此有責性的不法行為，予以制裁，並且使得相關當事人的不法、有責性之行為，受到非難，所以基本法第 103 條第 2 項的保障應該去避免，國家嗣後才高度地對此行為，予以非難。憲法規範的意義是，除罪化的領域之界限必須清楚地展現在人民之眼前，以為了人民能夠使得其行為有所遵循（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 32, 346(362)）。誰已經能夠信奉遵守法律地去行事，則用溯及既往的法規範，而嗣後被「當作是不法之行為」，是不准許的（參

閱 Maurer, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, §60 Rn. 41)。此外，基本法第 103 條第 2 項的禁止溯及既往保護人民，去避免國家不利益於行為人，其行為的不法內容之評價，予以變更（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 46, 188 (193); 95, 96(131)）。不管國家是否使用新的刑罰，威嚇過去已經發生的行為，以強化現存的刑罰之嚇阻作用（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 25, 269(286); 46, 188(192); 81, 132 (135)），或者以其他的方式—也許以不符合正當性說理的理由之方式（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 95, 96(131f.))—重新評價不法的內容。

2. 依此，基本法第 103 條第 2 項意義下的刑事可罰性之要件係為，所施加於行為人的實質負擔之「必要的惡」與非難行為人的可受責難之行為，相互連結在一起（參閱 Schmidt-Aßmann, in: Maunz-Dürig, GG, Art. 130 II Rn.165; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Art. 130 II Rn. 10），並且從其目標的設定作為出發點而言（至少也是）提供罪責的償還措施之手段。就此，對於保安管束的保安管束處分而言，並不適用。

a) 自由的刑罰與保安管束二者在重要的部分方面，追求不同的目標。

aa) 聯邦憲法法院雖然已經一再地處理說明國家的刑罰之意義與目

的，但是沒有就學術所提出的刑罰理論，個別地去表明其立場。因為以上所述，就憲法的觀點，而去決定刑事法學裏的理論爭議，並非聯邦憲法法院的任務。立法者同樣地就刑法的目的，也未最後終局地表明其立場，並且致力於有限制性地公開的規定，也予以充份，而該規定無妨礙學術性地眾所承認的理論，可以繼續地發展下去。在此，法律已經廣泛地遵循所謂的「結合理論」（Vereinigungstheorie），而此理論嘗試著，去將整體的刑罰目的綜合地置入於一種均衡折衷的關係。如此，才能夠就憲法的觀點而言，歸屬於立法者的立法形成之自由，予以維持。據此，聯邦憲法法院在其判決裏，不僅強調提供罪責償還的措施之刑事目的，而且也承認具有其他的刑事目的，例如行為人的預防或再社會化之目的（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 45, 187(253f.) 以及其他參考資料；91, 1(31)）。

有責性原則以特別的方式，來彰顯表明刑罰的特色。刑罰是一種施加於行為人的抑制性之必要惡。刑罰是作為對於有責性的行為，予以作出回應，因而，此必要惡之施加於行為人提供了罪責的償還措施之手段（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 7, 305(319); 9, 167(169); 20, 323(331); 25, 269(285f.); 54, 100(108); 58, 159(162); 91, 1(27); 105, 135(153)）。立

法者在 1970 年，已經明確地採納特別預防的刑罰量刑之理由，用刑法典第 46 條之規定，將其納進於該法律當中，但是在刑罰的中心功能上，不受到上述予以改變。依據刑法典第 46 條第 1 項第 1 句之規定，刑罰量刑之基礎不受到行為人的有責性之要件，予以改變。個人有責性的程度乃構成了刑罰量刑的框架。在此框架裏，眾所承認的刑事目的被給出空間，而去調查在具體情形裏的刑罰強度（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 91, 1(31)）。

bb) 相形之下，因為刑罰對於行為人的有責性有拘束力，而刑罰卻不能充分地實現刑罰的功能，凡是於此情形，則矯正與保安的保安管束處分係依據立法者的構思，應該接手此種刑罰的功能（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 91, 1(31f.))。保安管束處分特別地提供個人的預防目的，也就是說，透過介入影響行為人的方式，以作為提供防止未來性的犯罪行為之目的（參閱 Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., §9 Absatz 1 Nr. 1, S. 83）。此種介入影響行為人的方式，有可能用關懷照顧或治療性的介入之方式，予以進行（刑法典第 63 以及第 64 條），不過也一例如在保安管束之情形（刑法典第 66 條）—與提供治療相結合的相關當事人之管束，

透過此之方式，也係從危險作為出發點，連結到行為人的危險性。保護公共大眾的保安管束處分之目的是，去防範未來行為人觸犯法規範，不管如此的法規範觸犯之責任，是否行為人的有責性本身得以阻卻之，在所不問。

就刑罰的原則而言，保安管束不是作為提供行為人，去贖罪於所為的不法行為之目的，而是保護公共大眾免於受到行為人的侵害之目的（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 2, 118 (120)）。不是有責性，而是在行為當中所顯現出來的危險性係對於保安管束的作出處分、形成與時間的持續性，才是決定性的因素。保安管束是一種措施，而藉此措施規避危險，且進一步對於未來，應產生效果。

b) 法律所形成的二者制度儘管有此不同的目標設定，但也示出為數不少的共通性。然而，這些的共通性不會導致於，將保安管束納進於基本法第 103 條第 2 項的保護範圍。存在於刑罰與保安管束之間，其平行線之二者交集點係基於它們有著預防目的。相反的是，二者的不同點係起因於，與刑罰相反，保安管束處分不具有抑制性的功能。

aa) 在刑事法院的判決裏，保安管束因為其動機行為，而同時以刑罰之措施，予以科處。保安管束正如自由刑罰一樣，連結到違法、有責性之動機行為。此種的連結給與保安管

束，絕非具有刑罰的特性。

刑罰係僅以違法且有責性的犯罪行為為要件。相反的是，違法且有責性的犯罪行為雖然是一種必要的條件，但是對於保安管束而言，不是充分的條件。除與過去有相關的須要之外，針對公共大眾而言，行為人的「重大犯罪行為之傾向」與行為人具有此傾向的「危險性」，與未來有關係的要件被構成時，只有在此情形，保安管束之作出才被允許。有利於未來所進行診斷的未來危險性之評價，行為之關聯性是處於背景因素。據此，立法者已經明確地，將刑法典第 62 條裏的保安管束處分之作出與實施，置放於比例原則的適用之下。並且對此，立法者不僅將動機行為，而且也將可期待的行為與起因於行為人的危險性之程度，已經列入成為衡量的因素之關聯性。對於保安管束處分之作出，行為雖然帶有動機，但是，保安管束不是展現出，對於動機行為所實現的有責性而對其作出反應，而是呈現出對於動機行為，行為人所顯現出來的危險性而對其作出反應。

bb) 侵害人民法律地位的嚴重程度不是對於基本法第 103 條第 2 項的實質適用範圍之決定，而其構成了妥當適合的標準。在此，以特定的方式，說明出刑罰或行為的受罰之特色，並非是重點。

相類似於其他高權的措施顯示

出，一系列大量地侵害到基本法第 2 條第 2 項第 2 句的基本權利，而這些高權措施無疑地不屬於基本法第 103 條第 2 項意義下的刑事特徵。

在此，首先可以舉出例子的是，依據刑事訴訟法第 112 條以下之規定的羈押權。羈押權不是刑罰（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 19, 342 (347)），因為迄至為有法效力的判決之前，無罪責的推定是有效適用的。然而，逮捕嫌疑犯以為確保國家刑事訴追的請求—除此之外，為了免於特定未來的再度犯罪行為，在刑事訴訟法第 112a 條的要件下—，是允許的（之於羈押權的可能持續期間，參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 21, 220(222)）。

其他的公法也認識到，無刑罰特徵而嚴重侵害到基本法第 2 條第 2 項第 2 句的基本權利。主要的例子是，因為精神疾病病人自身或非自身的危害性，邦法將此人，予以留置。正如同保安管束一樣，該留置的措施在危險性之繼續存在時，無期間限制地予以延長（參閱非訟事件處理法（FGG）第 70 條第 1 項第 3 款、第 70i 條）。除此之外，結合到行為的受罰性，其行政法的措施個別重大地造成相關當事人的負擔，而該行政法的措施也並非隸屬於基本法第 103 條第 2 項之範圍。因為詐欺而受到判決的一位營業經營者，結果上，其營業

的許可便欠缺許可性，因而受到剝奪（營業秩序法第 35 條），或者，一位外國人在受到判決之後，被驅出國境（外國人法第 47 條），如果如此，正是此之情形。

cc) 在形成自由刑與保安管束之執行時（刑事執行法第 129 條以下；對此，參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 2, 118(119ff.))，其類似性不能正當地說理出來的是，將保安管束納進於基本法第 103 條第 2 項的保護範圍。執行的實務運作將使得保安管束不能成為必要的惡，而該必要的惡應該是去報復違法且有責性的行為。因為自由刑之執行不是依照抑制性的、提供罪責的償還之觀點出發而被形成。正是如此，有效適用於部分受到特別待遇（刑事執行法第 131 條至第 134 條）的保安管束之執行。

行為人的有責性決定了自由刑的科處與量刑，正當此情形，立法者並不在乎，對於自由刑的執行，行為有責性的嚴重程度、罪責的償還、贖罪或法秩序的防禦，就其法律的標準而言，予以提高（參閱 BTDrucks 7/3998, S.6）。依據刑事執行法第 2 條之規定，此執行僅提供再社會化（刑事執行法第 2 條第 1 句）以及提供保護公共大眾，免於其他的犯罪行為之目的（刑事執行法第 2 條第 2 句）。此外，依法律的規定，實質刑法與刑事執行不存在完全的一致性：實質刑

法有關於刑事受刑人的身分之判決雖然連結到其有責性，但是實質刑法不與有責性有關，而形成了受刑人的執行。

報復以及提供罪責的償還之觀點對於執行的形成而言，並無影響性。其他的某一實務不僅觸犯了刑事執行法第 2 條，而且觸犯了在刑法典裏所規範的統一性刑罰之概念。立法者已經依據報復原則，去分成有層次的、因為執行條件的不同之嚴重性而去分類拘禁的種類（監禁、拘禁、入獄與監獄），而上述的拘禁種類，予以取消。因此，行為的不法內容以及有責性的嚴重度僅僅在自由刑的繼續進行期間之當中，予以說明。有關於該繼續進行的期間，法官已經有所判決，在此之後，在形成受刑人的執行之時，執行機關應該被避免，去進行從事嗣後性的自己執行之刑罰量刑。

dd) 對於自由刑與保安管束，其執行與執行法規定的功能之諸多重疊交集不能正當地說理出，使得保安管束成為基本法第 103 條第 2 項意義下的行為受罰之特徵。

(1) 在刑事執行的框架之下，自由刑與保安管束之間在結果上成為二條平行線，因為為了保護公共大眾的目的，在處罰 2/3 之後，提早的自由刑之繼續執行是許可的（刑法典第 57 條第 1 項第 1 句第 2 款）。在無期徒刑之方面，至少 15 年的處罰之

後，同樣地，也有適用（刑法典第 57a 條第 1 項第 1 句第 3 款）。在這一方面，刑罰加入於僅有預防功能的保安管束處分；雙方制度的類似性限制在該預防的功能層面，而與抑制的功能層面無涉。由自由刑的執行之某一時間點來看，在預防性的觀點下，該狀況沒有影響到，保安管束為一種純粹性的保安措施之性質。

(2) 依據刑事執行法第 2 條第 2 句之規定，自由刑的執行提供了，去保護公共大眾而避免其他的犯罪行為之目的。因此，反映在執行上，在保安管束的作出之層次上，可以被追求之目的是：正如同法院在有責性的該當性之量刑架構下，得以考慮保安管束的刑事目的（參閱聯邦普通法院刑事裁判集，BGHSt 20, 264(267)），該保安目的也是執行的任務。另一方面，依據刑事執行法第 129 條第 2 句、第 134 條之規定，在被保安管束之人之方面，其再社會化的面向必須予以考慮。之於監護而言，鑒於基本法的價值秩序與保安管束處分中止的可能性，上述所言呈現出理所當然之理。因此，保安管束的報復性或提供罪責的償還之功能，不能予以定論。

(3) 刑法典第 67 條第 4 項第 1 句已設定出，依據刑法典第 63 條與第 64 條之規定，在具有剝奪自由性質的保安管束處分之方面，一儘管受到限制——一種優先地必須被執行的留

置，併列處罰於自由刑之上。同樣地，從該刑法典第 67 條替代性的體系，不可以推論出，保安管束的保安管束處分也許有可能被重大到而有資格，去成為刑罰。

自由刑與保安管束追求不同的目的。因此，他們也可以同時併行地被作出處罰。依據有正當性的理由與目標設定，自由刑與保安管束同時併行而立，如果如此，則從基本法第 2 條第 2 項第 2 句的基本權利作出發點，無論如何，完整時間地併列處罰於自由刑之上的留置，不是當為要求的。立法者基於憲法有可能去規定，在實踐立法者的形成自由時，將在保安管束處分執行時所進行的剝奪自由時間，只有部分地併列算在自由刑之上。儘管如此，諸多規定所必須詳細考慮的是，在個別地所規定的種類，其累積自由的剝奪總共加起來並沒有太過份，並且，沒有涉及到留置的保安管束處分之理由與目的，其併列處罰的排除，不予以採行（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 91, 1 (31f.))。

此諸多的考量揭示出，在刑法典第 67 條第 4 項所規定的併列處罰，係基於一般性的比例原則之觀點，而不是基於狹隘的罪責補償之觀點。其一，重大地所考慮的是，自由刑與具有剝奪自由性質的保安管束處分雙重

負擔地加諸於行為人身上。另一方面，重大所思考的是，具有治療性質的保安管束處分執行之效果不因為連結到長期刑罰的執行，就應該予以廢棄（參閱 Hanack, in: LK, StGB, 11. Aufl., § 67 Rn. 5, 6）。因此，刑法典第 67 條第 4 項第 1 句的併列處罰之規則只有考慮到具有剝奪自由性質的效果，並無關係到，保安管束處分附帶地提供罪責的償還之功能。

(4) 依照刑事法院的判決，在量刑之方面，保安管束之課處間接地產生效果（參閱，BGH, NStZ-RR 2002, S. 38f.; BGH, NJW 1999, S. 3723 (3725); BGH, NStZ-RR 1998, S. 206 (207); BGH, NJW 1980, S. 1055 (1056); BGH, NstE¹ §66 Nr. 9, Nr. 13; BGHR § 66 Abs. 1 StGB Gefährlichkeit 1; BGHR § 66 Abs. 1 StGB Hang 3 u. 5)。此外，刑事訴訟法第 154 條所開啟的可能性是在於，鑒於在其他程序所科處的或者可期待的保安管束處分之作出，刑事程序予以中止。然而，同樣地，該相互的影響無法正當性說理出，去將保安管束涵攝於基本法第 103 條第 2 項之範圍。

(a) 保安管束處分之作出而對量刑之影響，不會對雙軌的制度產生質疑。毋寧是，依據刑法典第 46 條之規定，從刑事目的的多元性而所導出

¹ 刑法新的裁判集。

來的是，在確認刑罰的大小時，預防性的觀點能夠共同地，予以考慮。從特別預防的諸多理由，迄至尚且符合有責性該當性的界限，刑罰在個別的情況下能夠被窮盡地使用。目前，同時地連同刑罰一起，而預防性的保安管束處分被作出，若是如此，則該情形因此解除了與行為有相關性的刑罰之負擔，而該刑罰係具有特別預防的功能，且其廣泛地限縮在罪責償還之目的。因而，於自由刑與保安管束間的功能重疊交集部分而言，只有重新回到預防的功能層次。

(b) 依據刑事訴訟法第 154 條之規定，有可能，鑒於在其他程序所作出的保安管束處分，去中止刑事程序。而該規定的目的是在於，由於透過部分地放棄刑罰的追訴，而去集中程序的素材以及加速程序的進行（參閱 Plödd, in: KMR², StPO, § 154 Rn. 1）。該規定不對有關保安管束處分的刑事特性，予以說理。除此之外，非為刑事訴訟法第 154 條的要件是，在必須被中止的程序裏，犯罪嫌疑人的正犯性與有責性已經被確認（參閱 Beulke, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 25. Aufl., § 154 Rn.29）。因此，依據刑事訴訟法第 154 條之規定，放棄刑罰的追訴非基於罪責的償還之思考方向。

IV. 符合法治國的信賴保護之要求

新規定也符合了法治國的信賴保護之當為要求（基本法第 2 條第 2 項結合同法第 20 條第 3 項）。

1. 法治國原則與基本權利限制立法者的權限，而去進行法規範的更改，而此更改係連結到過去的事實情況。基本法第 103 條第 2 項只有對刑事可罰性，而設立有明確的溯及既往之禁止。從上述的情況作為出發點，所不能推論出來的是，溯及效力在其他的形態是無庸置疑的（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 72, 200 (257)）。法秩序的可靠性是自由憲法的基本條件。國家的人民對他而言原則上必須預見，有可能會發生的國家侵犯。因此，如果立法者嗣後對於隸屬於過去已完成的行為之法效果，以具有負擔地予以變更，則它需要特別的正當性說理。立法者嗣後所連結的構成要件之法律效果，比起人民在為其支配行為之際，得以其所為行為基於該構成要件的法律效果，變得更加地不利益，如果如此，則人民於其信賴法秩序的可靠性之際，就會感到失望（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 105, 17(36f.)）。信賴保護之當為要求去維護人民，免於因為受到負擔性的新規定，而對於值得保護的信賴，感到失望（參閱聯邦憲法法

² Kleinknecht/Müller/Reitberger.

院裁判集 BVerfGE 72, 200(254))。

然而，憲法的信賴保護之範圍卻不會涵蓋得太廣泛，以去確保人民在法狀況的持續力裏，而免於人民期待之每件事情，而總是感到失望（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 68, 287 (307)）。有效的法規範將不受到變更而繼續存在，而憲法並不保護該單純的期待（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 38, 61 (83)；68, 193 (222)；105, 17 (40)）。

a) 如果法規範時間的適用之一開始便已經被確定在某一時間點上，而該時間點位處於，在法規範法律上目前存在的時間點之前，也就是說，已經生效的時間點之前，則某種法規範才展開溯及既往的效力（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 63, 343 (353)；72, 200(241)；97, 67(78)）。法規範時間的適用範圍決定了，在哪種時間點上，法律規定的法效果應該開始發生。原則上，憲法只允許負擔性的法律，其法效果最早可以隨著法規範的公告，就開始發生效力。已經對於法規範公告的時間點之前，而所存在的時段，所作出的處罰、產生的法效果，原則上應該是不允許的（法效果的溯及產生效力，「真正的」溯及效力）。在原本有效的法效果情況之存續當中，其信賴保護優先地在一般法治國原則，尤其是在信賴保護與法安定性原則，找到其憲法上的理由

（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 72, 200(242)；97, 67(78f.))。

相對而言，構成要件的溯及（非真正的溯及）連結並無涉及到時間上的，而是涉及到法規範實質上的適用範圍。正在法規範的公告之後，法律的法效果就開始發生，然而，法規範的構成要件包含事實情況在內，而該事實情況在法規範的公告之前，便早就已經「開始活動」（ins Werk gesetzt）（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 72, 200(242)；105, 17(37f.))。構成要件的法效果之開始發生端賴於，構成要件的公告之前的時間而就已經發生的事情狀態而定，以此作為出發點。而這些構成要件優先地涉及到基本權利，並且這些構成要件比法效果的溯及產生效力起來，要來得有較少嚴格的限制（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 72, 200 (242)；92, 277(344)；97, 67(79)）。

b) 在構成要件的溯及連結之法律方面，信賴保護與法安定性的一般原則未被賦予一般地優越於，總是所欲追求的立法者願望。因為就有利於過去法狀況的繼續存在而言，給予其完整的保護可能會在重要領域裏，使得具有民主正當性的、負擔起公共福祉義務的立法者，就此癱瘓，並且就法秩序的適應能力之負擔而言，無可爭議地，法狀況的變更之必要性與法秩序的可靠性之間，給予過去法狀況

的完整保護就有可能會產生衝突（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 105, 17(40)）。因此，立法者必須有可能，也在大範圍地，去將法規範連結到身處在過去的構成要件、法規範予以公告發佈，並且因為透過這些構成要件的未來法效果之變更，而對所更改的已發生之事情狀態，予以反應（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 76, 256 (348)）。

構成要件的溯及連結可能涉及到，去保護如此的事實情況之基本權利，而該事實情況，隨著每個的構成要件特徵之構成時，在法規範的公告之前，便早已經「開始活動」（ins Werk gesetzt）。相關的法律必須以上述的基本權利，去作考量。信賴保護、法安定性以及比例原則的諸多法治國原則，一般而言，如同在解釋與適用基本權利之時，鑒於實質法的問題所發生的情況，以此方式，對於基本權利的評價，產生作用—限制於過去連結的觀點—（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 72, 200 (242f.))。在此，立法者的規定權限之界限可以從涉及到的信賴保護利益以及對公共福祉而立法者願望二者之間，衡量其重要性，推論得知（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 14, 288(300); 25, 142(154); 43, 242 (286); 43, 291(391); 75, 246 (280)）。

2. 依照該標準，刑事施行辦法

第 1a 條第 3 項連結刑法典第 67d 條第 3 項的規定並未含有法效果的溯及既往，反而是含有構成要件的溯及連結。

a) 對於首度所作出的保安管束以及犯罪行為人的可適用性，而在這些犯罪行為人之方面，在修正案的公布與生效之前，保安管束早就已被作出科處並且尚未執行完結，其最高期間之廢棄對於法律公告之前的時間點，對於其已經發生的事情狀態，呈現出法效果。依據刑法典第 67d 條第 3 項以及刑法施行辦法第 1a 條第 3 項之規定，有關於完成保安管束的保安管束處分之判決關係到某種事實情況，而在該事實情況裏，保安管束係基於修正案公布之前的判決而作出。過去的關聯性，可以從過去所作出的保安管束之此種連結性，被推論出來。

b) 然而，十年的最高期間之廢棄不能溯及到刑法改革生效之前的時間點。

新規定嗣後並無變更了連結到動機行為的法效果。保安管束的持續進行也在早期的刑法典第 67 條第 1 項舊條文之規定裏，不取決於動機行為的時間點之狀況而定。除了刑法典第 66 條的要件之外，作出判決的法院（das erkennende Gericht）在其為判決的時間點，依照實際的狀況，必須去判斷，有犯罪傾向的危險性之實質

要件是否也有存在（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 42, 1(7)）。在此，如同在行為的進行與判決之二者間，其所有的法律變更一樣，行為人的中間時間之發展，必須被考慮到（參閱刑法典第 2 條第 6 項）。保安管束的實質要件就在法院為判決的時間點，如果不再存在，則保安管束不准被作出。

同樣地，法律的變更有法效力地不推翻修改，在刑罰的認識裏，之於不利於相關的當事人，所確認的法效果。因為以往在舊的法狀況之下而所作出的刑法判決，非刑法典第 67d 條第 1 項（舊條文）的法定最高期間之存續部分。也就是說，法律的最高期間非存在於法的效力。判決的主文以往如同今日一樣，僅僅記載著「保安管束當中的留置」之語句。留置依據以往的法狀況也未附有最高期間地，被作出科處（參閱 Stree, in: Schönke/Schröder, StGB, 25. Aufl., § 66 Rn. 67; Tröndle, StGB, 48. Aufl., § 66 Rn. 22; Hanack, in: LK, StGB, 11. Aufl., § 66 Rn. 183）。向刑事犯者，是否以及多久（參閱刑法典第 67c 條以及同法第 67d 條第 2 項）作出的保安管束，事實上予以執行。據此，執行法院過去沒有並且現在也沒有影響力。尤其是，問題的回答係立於，鑒於被診斷出來的危險性，保安管束的執行之多久時間可以被認為是合乎比例原則，

而其卻不是法院的判決權限。對此，法院的判決權限毋寧是，僅僅刑事執行小組才有之（參閱刑法典第 67c 條以及同法第 67d 條；刑事執行法第 463 條第 3 項、第 454 條、第 462a 條第 1 項）。鑒於動機行為或其他的狀況，執行法院認為，執行更久地持續進行，其已不符合比例原則。如果如此，過去，甚至於目前，才阻止執行法院，去作出有特定的最高期間之保安管束。

在其餘的情形，新規定也不能向過去，溯及到過去的某一時間點。就被留置之人之方面，在刑法改革的生效之前，保安管束處分因為期間的屆滿或達成有效果的監護，早已經完成執行，故新規定對於被留置之人而言，沒有產生任何的影響。寧可是，新規定僅涉及到之人乃是，針對這些人，就此時間點而言，凡是保安管束處分尚且還可以被執行者之人而言。在這些人之方面，過去所作出的保安管束只有構成諸多的構成要件之一。除此之外，新的法效果一超過刑法典第 67d 條第 1 項第 1 句（舊條文）的十年期間之界限，保安管束的持續進行一尤其是取決於診斷的決定而定。就被留置之人之方面，在保安管束處分的完成執行之決定時間點上，依據刑法典第 67d 條第 3 項（新條文）之規定一也就是說，在條文變更的生效之後一，存在於嚴重累犯行為的有犯

罪傾向之危險。在此關聯性裏，執行法官必須考慮到新的事實情況，而該事實情況，作出判決的法院就在那個時間點上，尚未能被考慮到：就此，在刑法典第 67d 條第 3 項的完成執行保安管束處分之診斷方面而言，尤其是對被判決者的發展，在刑事執行的過程當中，扮演重要的角色。關於保安管束處分的完成執行之判決係基於某種的事實情況，而該事實情況既無早已經完成於行為的時間點，也無完成於判決的時間點，甚至於無完成於新規定生效的時間點。

3. 有關於保安管束處分的保安管束之判決是否被宣告業已完結，儘管其係基於診斷的結果，但是信賴保護的觀點在此必須被考慮，因為在刑法典第 67d 條第 1 項與第 3 項（舊條文）裏所規定的最高期間說理出，被保安管束之人已經期待，十年期間經過之後，被釋放出來。

在刑法典第 67d 條第 3 項以及刑法施行辦法第 1a 條第 3 項的新規定公布之前，在一些的情形裏，保安管束早已經被作出，刑法典第 67d 條第 1 項與第 3 項（舊條文）的規定形成了期待的基礎。保安管束處分時間的限制特別地也提供了被留置之人的個人利益之手段。依照立法者的動機，納入最高期間的目的是在於，「盡可能地去形成制裁，以及對於被判決者而言，其可以清楚地認識到結束的時

間」（BTDrucks 7/2222, S.3）。因此，最高期間的設定給予被留置之人產生一種願景的是，就某一特定的時間點，去再度取得自由之身。因為被留置之人多次主觀地可能認為，保安管束不是一種與有責性無關的保安措施，鑒於保安管束的實際上之執行，反而可能認為保安管束是一種類似於刑罰的措施，所以如上所述更加地有其適用。由於犯罪行為的動機而所科處的自由權利之侵犯，在相關當事人的觀點裏，在自由刑與保安管束之方面，是可以互相比較參考的。同樣地，也適用於保安管束的作出之程序與執行。因此，就被留置之人之方面，聯繫到刑罰的科處，保安管束予以執行，就某一特定的時間點，去再度取得自由之身，被留置之人此種的期待取得特殊的意義。

儘管如此，在刑法典第 67d 條第 1 項（舊條文）的規定之繼續存在方面，信賴的值得保護受到刑法典第 2 條第 6 項的規定而取得限制。依此規定，如果法律無其他規定，則依照判決的時間點而有效適用的法律，有關矯正與保安的保安管束處分得予以判決。刑法典第 2 條第 6 項涉及到保安管束處分的作出以及執行（參閱 BGH, StV 1978, S.350; Gribbohm, in: LK, StGB, 11. Aufl., § 2 Rn. 17）。因而，有關矯正與保安的保安管束處分，其十年的最高期間正如同所有其

他的規定一樣，一開始便在法律變更的保留條件之下。

4. 對於公共大眾的福祉，立法者的願望之重要意義優先地重要於，相關受刑人對於舊式十年最高期間的繼續存在之信賴保護。

a) 個人對於法律規定的繼續存在而產生信賴，而其面對公共大眾的福祉，針對立法者的願望之重要意義，必須予以衡量（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 67, 1(15)；105, 17(40)）。個人值得保護的信賴建立在，對於法律規定的產生信賴，而該法律不准許沒有公共利益之特別與優越的理由，而卻一概地溯及既往予以變更。另一方面，如果個人對於有利於其之法律規定的繼續存在而產生信賴，衡平上無法要求立法者顧慮及之，則個人不能援引其信賴保護（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 63, 152(175)；105, 17(44)）。原則上，立法者必須有可能，也透過構成要件的溯及連結之途徑，對於所變更的社會已經既存之狀況，去作出反應，或者是，對於社會已經既存之狀況，變更性地予以影響。

b) 國家有任務，去保護潛在的犧牲者之基本權利，而避免其受到潛在的犯罪行為者之傷害。危害越是具體與個別，並且危害越是強烈地涉及到重要的生活之領域，國家對於此種的保護義務則越是強烈。個人的基本

權利越是生存重要性，國家對於此種的保護義務而免於受到危害與損害則必須越是更加地強烈（參閱 Württemberg/ Sydow, NVwZ 2001, S. 1201(1204)）。十年的最高期間之廢止而去保護由於犯罪行為因而潛在的犧牲者之基本權利在過去是否係當為要求，在此不必予以判斷。無論如何，為立法者的決定建立起基礎的同意接受，其面對到以此方式，潛在的犧牲者較能夠清楚地受到保護，而免於重大威脅性的危險，這在憲法上是無庸置疑的。

c) 受到構成要件的溯及連結而有所相關的受刑人，從基本法第 2 條第 2 項第 2 句得出，儘管其擁有高度價值的自由基本權利，但是自由基本權利仍須退讓到公共利益之後。

所已經確認的是，立法者採用刑法典第 67d 條第 3 項的規定，並未違反保護自由基本權利的過度禁止。對於相關的當事人而言，作為規則一例外的規定以及從側面上所掩護的憲法保障之內容構想，從基本法第 2 條第 2 項第 2 句所得出的其要求，賦與有足夠的效力（以上 C. II. 2. 已所述）。從類似相關的考量，不存在有憲法上的疑問以駁斥立法者的決定，也將立法者所決定的被留置之人納進於刑法典第 67d 條第 3 項的適用範圍，而在此被留置之人方面，保安管束在法律變更之前，早就已經被作出科處。

在過度禁止的界限內，如此這般的決定使得在立法者的形成裁量之時，負有義務。在此架構之下，立法者必須在政策上地決定，有關於利益相互衝突的正當與有理由之調適（參閱 *Würtenberger/Sydow, NVwZ 2001, S. 1201(1205 f.)*）。立法者目前並沒有超越其形成的裁量餘地。刑法典第 67d 條第 3 項的高度要求也結合了刑法施行辦法第 1a 條第 3 項，考慮到相關的基本權利。立法者已經依其民主正當性必須被負起責任的安全政策，而其認為構成要件的溯及連結是妥當的，並且是有必要的，去為保護男、女性人民的生命、健康與性的整合性之目的。上述係屬於立法者判斷的裁量餘地。

d) 最後，過渡期的正義之要求並不去要求國家，對於舊案件，去採取保護性的過渡規定（參閱聯邦憲法法院裁判集 *BVerfGE 31, 275(284ff.)*; *43, 242(288ff.)*; *51, 356(368)*; *68, 272(284ff.)*; *71, 255(275)*）。如果舊案件沒有被納入，立法者的目標本來可能就無法被達成。而該立法者的目標乃是，去保障盡最大可能廣泛的保護，以免於受到最嚴重威脅的累犯者之侵害，而該累犯者係為已經眾所皆知地危險、在保安管束中，被留置之人一暴力與性刑事犯罪之人。

V. 其他批評的不有效成立

就憲法訴願提出人所提出的其他

批評而言，其論點也不是有效成立的。

1.a) 對於保安管束的執行，法律的上限期間之欠缺不違反明確性的當為要求。法律的上限期間欠缺也不侵犯基本法第 103 條第 2 項之規定，因為矯正與保安的保安管束處分並不屬於該規定的保護範圍（以上 C. III 已所述）。

毋寧是，標準是在於基本法第 104 條第 1 項第 1 句之規定，而該規定使得立法者負有義務，足夠清楚地去規定，自由的剝奪應該可以許可之情形。只有立法者依據基本法第 2 條第 2 項與第 104 條第 1 項之規定，才應該決定有關於，在那些情形，自由的剝奪應該是許可的。自由的剝奪必須以可被預期、可以被測量與可以被審查的方式，而予以規定（參閱聯邦憲法法院裁判集 *BVerfGE 29, 183(196)*）。在這一方面，對自由剝奪之範圍而言，基本法第 104 條第 1 項第 1 句之規定具體化了，從法治國原則而所推論出來的明確性之要求（參閱聯邦憲法法院裁判集 *BVerfGE 76, 363(387)*）。

預防性的自由剝奪如同自由刑一樣，其強烈地侵犯到基本法第 2 條第 2 項第 2 句的基本權利。存有一種的看法是，若是基本權利的侵犯越是強烈的，並且其規定的影響越是重大的，則立法者的設定就必須是更加地

精確的（參閱聯邦憲法法院裁判集 BVerfGE 86, 288(311)；93, 213 (238)，其個別地擁有其他的參考資料）。因此，此種看法取得特殊的重要性。在這一方面，可以被考慮的是，有關從人身上而所發生的危險，並就有關於此危險的診斷係作為預防性的自由剝奪之基礎，並且此種危險的規避是自由剝奪的基礎。在保安管束之方面，其不涉及到，在個案的情形，刑罰法規範裏所類型化的不法行為被評價，而是其涉及到去掌控危害的情勢。在自由剝奪之方面，鑒於其基本權利侵犯的強度，在這些情形裏，立法者不僅必須去確定，到底在何種的構成要件之下，具有剝奪自由性質的保安管束處分可以被作出，而且除此之外，也必須去確保，基於診斷的結果，關於自由剝奪的判決不准許一開始就擁有不受到限制的法效果。各個診斷內含有了不確定性，而該不確定性在預防性的自由限制之方面，需要妥當的立法者之決定。而該立法者之決定係有關於，診斷的判定擁有何種的時間上之法效果，並且何時該診斷的判定必須予以審查。

b) 目前，保安管束的保安管束處分之規定滿足了這些諸多要求。

立法者基於憲法不負有義務，對於保安管束，去確定絕對性時間的最高界限。從被保安管束之人之身上而發生的危險，其對於未來，抽象一

般性地不能被確定下來。對於公共大眾而言，行為人的危險性未必在特定的時間之後，就消失殆盡。

藉由立法者合乎時宜地確保一種例行性的診斷決定之審查，對於即時、遺留下來的危險性之確認而言，立法者已經採取了預防的措施。依據刑法典第 67e 條第 1 項第 2 句結合第 2 項之規定，法院最遲在二年之後，必須審查保安管束當中的留置。因此，已被保障的是，個別的診斷決定只對於某特定期間的自由剝奪，予以承載。在刑法典第 67d 條第 3 項第 1 句的意義裏，對於其危險性的要件是否繼續地存在，正必須重新地且以妥適的謹慎之方式，予以確認。因此，立法者為了明確性的當為要求，已經付出足夠的努力。就相關的當事人而言，可以清楚被認知到的是，他何時可以預期到重新的審查，並且對於法院而言，受到限制的診斷有效範圍可以從該審查的時效期間，推論出來。

2. 只要憲法訴願提出人提出批判，新規定已經違反基本法第 101 條第 1 項之規定，理由是，因為立法者嗣後以不定期間的方式，變更了原本所作出的（定有期間的）保安管束，則其憲法訴願是無理由的。在此，未涉及到基本法第 101 條第 1 項的保護範圍（法定法官的保障）。刑法典第 67d 條第 3 項的抽象—一般性之規定在個案上，既不會取代法律所預定的

法官之判決，也不會影響到法官之判決—凡是同樣有可能違反基本法第 101 條第 1 項之情形（就此參閱 Degenhart, in: Sachs, GG, 3.Aufl., Art. 101 Rn. 10）—法官的職權秩序當中之未明確性。

D. 判決的投票結果

該判決以 6:2 的投票數已經進

行，其據基於 C. IV（溯及效力）以下的諸多理由。

法官：	Hassemer	Jentsch
	Broß	Osterloh
	Di Fabio	Mellinghoff
	Lübbe-Wolff	Gerhardt

「不經麻醉屠宰動物」判決

BVerfGE 104, 337 ff.

聯邦憲法法院第一庭 2002 年 1 月 15 日依據 2001 年 11 月
6 日言詞審理所作成之判決
- 1 BvR 1783/99 -

張永明 譯

要目

裁判要旨

案由

裁判主文

理由

A 事實與爭點

- I. 動物保護法第 4a 條的制定背景與法院的適用情形
- II. 前審法院的見解
- III. 訴願提起人主張基本權受侵害
- IV. 各界對本案發表之看法

B 憲法訴願有理由

- I. 基本法第 2 條第 1 項為主要的審查基礎

II. 動物保護法第 4a 條的規定合憲

III. 訴願提起人之信仰自由被侵害

關鍵詞

不（未）經麻醉屠宰
（Schächten）

屠宰（Schlachten）

動物保護（Tierschutz）

信仰確信

（Glaubensüberzeugung）

例外許可

（Ausnahmegenehmigung）

裁判要旨

1. 關於非德國信仰的回教屠宰商，為了要能迎合顧客對於食用未經麻醉宰殺肉品的信仰確信，因而在未

經麻醉之情況下宰殺動物之行為（德語稱之為 Schächten），在憲法上必須依據基本法第 2 條第 1 項結合第 4 條第 1 項與第 2 項之規定去進行判斷。

2. 在前述這些憲法條文的光環下，動物保護法第 4a 條第 1 項結合第 2 項第 2 款的第 2 個選擇，應被解釋為，信仰回教的屠宰商可以獲得未經麻醉屠宰的例外許可。

案 由

本案為 A 先生，因直接不服 1. 黑森邦高等行政法院於 1999 年 9 月 9 日作成之裁定，案號 11 UZ 37/98，2. Gießen 行政法院 1997 年 12 月 2 日判決，案號 7 E 1572/97 (3)，3. Gießen 市公所 1997 年 9 月 16 日作成之職權撤銷處分，卷宗號碼 17c-19c 20/07，4. Lahn-Dill 縣政府於 1997 年 7 月 7 日作成之裁決，卷宗號碼 19c 20/07，以及間接不服 1993 年 2 月 17 日公布之動物保護法（聯邦法規彙編第一輯第 254 頁）第 4a 條第 1 項與第 2 項第 2 款之規定，而由 Michael P. Stark und Koll 律師，地址 Gutzkowstraße 9, 60594 Frankfurt am Main 代理提起之憲法訴願。

判決主文

1. 黑森邦高等行政法院於 1999 年 9 月 9 日作成之裁定，案號 11 UZ 37/98，Gießen 行政法院 1997 年 12 月 2 日判決，案號 7 E 1572/97 (3)，以及 Lahn-Dill 縣政府於 1997 年 7 月 7 日作成之裁決，卷宗號碼 19c 20/07，維持 Gießen 公所

1997 年 9 月 16 日作成之職權撤銷處分，卷宗號碼 17c-19 c 20/07 等，侵害訴願提起人源自基本法第 2 條第 1 項結合第 4 條第 1 項與第 2 項規定之基本權。邦高等行政法院的裁定，與邦行政法院的判決均被撤銷。本案發回行政法院重新審理。

2. 黑森邦必須償還訴願提起人，因提起憲法訴願程序而產生之必要費用。

理 由

A. 事實與爭點

此憲法訴願涉及所謂屠宰的例外許可，即在未經事先麻醉之情況下宰殺溫體動物。

I. 動物保護法第 4a 條的制定背景與法院的適用情形

1. 在二十世紀初期的德國，依據猶太教的儀式，這種未經麻醉屠宰動物的行為，仍是一種被許可的屠宰方法（關於此以及如下的敘述，參考聯邦最高法院的裁判，DÖV 1960, S. 635 f.。當時的相關規定絕大多數贊成，對於一般性未經麻醉屠宰的禁令，應該給予例外許可，但在納粹奪取德國帝國的政權之後，越來越多的邦轉變為禁止以此種方式屠宰溫體動物。透過 1933 年 4 月 21 日屠宰動物法之公布（帝國法規彙編第一輯，第 203 頁），整個德國即開始實施要求溫體動物在被宰殺之前必須先進行麻

醉，依據聯邦最高法院所作的確認，這項規定的目的，是想要傷害猶太民眾的宗教感情與習慣（前揭文，第636頁），但是在緊急性的屠宰場合，還是容許未經麻醉屠宰的禁令有例外，但也僅此而已。

第二次世界大戰之後，在各該邦的規定未明確再度給予例外許可的情況下，這種宰殺動物的行為方式，大部分被默許地承認（參考Andelshäuser, Schlachten im Einklang mit der Scharia, 1996, S. 140f.）。但容許出自宗教動機而得以未經麻醉即屠宰，且效力遍及聯邦各地的規定，卻直到動物保護法將屠宰法納為內容後才出現。自從動物保護法於1986年8月12日第一次修正之後（見聯邦法規彙編第一輯，第1309頁，關於動物保護法的現行版本，參考1998年5月25日公布的聯邦法規彙編第一輯，第1105頁，附有後來的修正內容），該法第4a條的第1項即含有一項原則性的禁令，即溫體動物在未經事先麻醉的情況下，不得被宰殺。但在第2項第2款則規定一項因為宗教上的理由而給予例外許可的可能性。該規定的第2個選擇可能性，在立法程序中，即因猶太教以及回教信仰世界飲食規定的關係，而被制定公布（參考聯邦議會出版品BT-Drucks 10/5259, S. 38）。

動物保護法第4a條目前的規定

內容如下：

(1) 溫體的動物只有在放血開始之前，已經被麻醉後，才准許被宰殺。

(2) 不受第1項規定限制，而得以不經任何麻醉者為，

1)....,

2) 主管機關已頒給無須麻醉的屠宰例外許可；主管機關只有在必要之情況下，才可以頒布屠宰的例外許可，即為符合在本法有效施行之範圍內，特定宗教團體的成員，因為所屬宗教團體的教義有強制性規定，要求應不經麻醉直接屠宰動物，或者禁止食用經麻醉屠宰的動物肉品，因而產生特別的需求時，或者

3) 依據第4b條第3款制訂之法規命令，將之視為是例外情況者。

2. 聯邦（最高）行政法院於1995年6月15日所作成的判決（B-verwGE 99, 1），證實本案無須依據動物保護法第4a條第2項第2款的第2個選擇給予例外的許可。依據該判決之見解，該條款的規定係要求能客觀地確定，宗教團體的教義確實有在宰殺時禁止麻醉的強制性規定存在。因此，該院認為有必要的是，各該宗教團體有出自於團體的自我理解，並且依據國家的判斷，其被認為具有一強制效力的明確規定存在。一項單純以宗教團體成員主觀的宗教確信為依據，縱使亦認為具有強制性的

個人的觀點，亦與本法的文義規定、意義、目的以及形成的歷史不符合（參考前揭判決，第4頁以下）。

在這樣的解釋下，動物保護法第4a條第2項第2款的規定，未與憲法牴觸。該規定尤其未侵害基本法第4條第1項與第2項所保障之宗教自由基本權。當該當事人的宗教確信只是禁止食用經麻醉屠宰之動物肉品時，拒絕給予一項例外於禁止未經麻醉屠宰之許可，並未侵害此項權利。此項未經麻醉屠宰的禁令，並未阻止此類宗教的信徒，採行遵循符合其宗教所要求之生活方式。當事人在法律上或事實上均未被強迫，違反其宗教信仰去食用經麻醉屠宰的動物肉品，蓋禁止未經麻醉屠宰，並未同時禁止食用未經麻醉屠宰之動物肉品，其當事人既可以選擇植物性的食材，亦可以選擇自其他國家進口的肉品。雖然說肉品在今天是一項極為普遍的食材，但要求放棄吃肉尚未形成任何對人格發展自由不可期待的限制。出自動物保護的理由，而造成基本法第2條第1項有關的菜單安排上的障礙，是可以被預期的（參考前揭判決，第7頁以下）。

聯邦（最高）行政法院在前揭由其審理之案件中，認同上訴法院所作的事實性確認，認為對於遜尼派信徒與回教徒整體而言，均不存在任何具有強制性的信仰規定，禁止食用屠

宰前被麻醉的動物肉品（參考前揭判決，第9頁以下）。

然而，聯邦（最高）行政法院在這段期間當中已修正其裁判見解（參考BVerwGE 112, 227）。

II. 前審法院的見解

訴願提起人擁有土耳其國籍，依據其在訴訟程序中未被質疑的陳述，其為來自遜納（Sunna）地區、具有強烈信仰的回教徒。其在德國已住了20年，在黑森邦經營一家肉品店，該店是他在1990年從他父親那裏繼承而來。為了供應回教信仰的顧客，迄1995年9月初，其均獲得依據動物保護法第4a條第2項第2款所規定之不經麻醉屠宰的例外許可。在其工廠內的屠宰工作，均係在獸醫的監督下進行。在這之後的時間，訴願提起人為了將來能繼續營業，繼續提出此類的許可申請，但鑒於聯邦（最高）行政法院於1995年6月15日所作成的前揭判決，導致其敗訴。邦（地方）行政法院駁回其在原審程序中，因不服拒絕處分與異議處分而提起之訴；該院在判決理由中，同樣援引前揭判決為依據，此外在上訴程序中，以上判決為依據。邦高等行政法院以如下之理由，拒絕訴願提起人上訴許可之申請：

就訴願提起人嚴肅地表達對於動物保護法第4a條第2項第2款第2個選擇性是否正確地被適用的質疑

而言，缺乏一項具代表性的釋明，足以指摘聯邦（最高）行政法院與上訴審法院在相關的裁判中，曾不正確地確認，享用經麻醉屠宰之動物肉品，係未被遜納地區回教的最高與權威代表強迫禁止的行為。當訴願提起人認為，在一個世俗化的共和國內，信仰的內容不得由官方確認時，其已對該項確信產生誤解。該等法院並未拘束性地對宗教法上的問題進行裁判，其僅是借助專家的幫助，確認被適用條文的構成要件要素是否具備。聯邦（最高）行政法院在其裁判中，已就專家所為的確認評價，明確地判斷其係合法的。

對於邦行政法院判決正確性的高度懷疑，邦高等行政法院亦認為，並非源自憲法上之理由。若認為動物保護法第 4a 條第 2 項第 2 款第 2 個選擇，係侵害訴願提起人自由的宗教實踐權，則尊重該等對宗教自由亦具拘束力的界限下，此項干預無論如何均不違憲。依據立法者的評價，此條文僅規定在自由地行使屠宰商的職業時，對於宗教性基本態度的限制係有可能被合理化。就此而言，所涉及者是一項合乎事理的職業行使規則。

在這樣的背景下，亦不存在任何特別的事實上或法律上的困難，可以促使上訴被許可。此外，本法律案件亦不具任何原則性的意義。

III. 訴願提起人主張基本權受侵害

訴願提起人直接針對在行政程序中與在行政法院的審理程序中所作成之多項決定，間接針對動物保護法第 4a 條第 1 項、第 2 項第 2 款規定表示不服，而提起憲法訴願。其指摘基本法第 2 條第 1 項、第 3 條第 1 項與第 3 項、第 4 條第 1 項與第 2 項，以及第 12 條第 1 項等受侵害。

1. 訴願提起人稱：不經麻醉的屠宰以及在無重大困難下供應非經麻醉宰殺動物肉品的可能性，應係基本法第 4 條第 1 項與第 2 項的保障領域所涵蓋。在回教徒的宗教信仰中，未經麻醉的屠宰具有核心的重要意義。其宗教性格不僅是從可蘭經中，可以直接得知存在有要求不經麻醉屠宰的命令，而且該不經麻醉屠宰的種類與方式，已被明確地規定下來。因此禁止未經麻醉的屠宰，即涉及一項對基本法第 4 條第 1 項與第 2 項規定基本權的干預。然而以上幾點，顯然被那些被指摘的裁判所誤認。訴願提起人視未經麻醉的屠宰，為一項具絕對性的宗教義務。雖然其宗教實踐同時為一項職業的行使，但這並不改變其本質。

對於訴願提起人、其顧客以及所有信仰伊斯蘭遜尼派的信徒而言，要求不經麻醉屠宰的命令，乃動物保護法第 4a 條第 2 項第 2 款意義下所謂的強制規定。聯邦（最高）行政法院 1995 年 6 月 15 日判決所持的相反

見解，乃根本上誤解了信仰自由的意義。對於個別的信徒而言，上述意義中的強制性規定，鑒於國家應該嚴格遵守世界觀的中立義務，因此不應該由國家的法院以具有拘束性的方式去判決。當在各該情況中若已十足明確地顯示，存在一個嚴肅的信仰確信時，應即已足夠。在適用此項標準下，訴願提起人應該被授予例外的許可。

2. 訴願提起人亦稱，其職業自由被侵害。訴願提起人雖然為土耳其的國民，但擁有一個 – 無論在時間上或空間上均不受限制的 – 在德國的居留許可權，而且基於其在德意志聯邦共和國的長時間居留，其已落地生根成為事實上的德國人（De-facto-Deutscher），因此他作為肉販商所從事的職業行為，不僅應該受基本法第2條第1項（對外國人適用）的保護，而且應該受與基本法第12條第1項同等價值的基本權保護。

回教徒肉販商的工作是一項專業性的職業，因為該職業之行使另須具備一般屠宰工所不需要的條件。這項條件的要求，不僅呈現在實施未經麻醉宰殺的動作本身必須快速與乾淨，以避免被屠宰的動物忍受不必要的痛苦，成為此項職業的專業特徵者，尚有進行如呼喊阿拉等宗教性的行為。

禁止未經麻醉屠宰，對於訴願

提起人產生事實上的職業禁止效果，因此係一項客觀的職業選擇的限制。倘若這些被質疑的判決均被認為有效，而訴願提起人被永遠拒絕獲得例外的許可時，則其勢必要去找尋另一個新的職業。對於一項如此深入的干預，只有當其對於一項特別重要的公共利益之可證明的，或具高度發生可能性的重大危害，具有防禦的作用時，才有阻卻違憲的正當性。但本案的情形並非如此。

3. 放血屠宰的禁令亦抵觸基本法第3條第1項的規定。猶太教的肉販商因為其信仰的關係，可以合法無誤地獲得一項不經麻醉屠宰的例外許可。則在訴願提起人的信仰態度，與猶太教信徒就不經麻醉宰殺一事，並無區別的情況下，應該沒有不相同處理的空間。再者，基本法第3條第3項亦受侵害，當宗教團體的概念被納入動物保護法第4a條第2項第2款的構成要件時，將導致個人的信仰確信不再受到任何的尊重。因此當訴願提起人的信仰認知與其他的回教徒不同時，將形成必須承受比其信仰團體規模較小，但較具同質性的信仰團體的信徒，更多且更為不利的後果。

IV. 各界對本案發表之看法

以下機關（構）已經以書面及在言詞審理程序中，就此項憲法訴願表示意見：代表聯邦政府之聯邦消費者保護、營養與農業部、黑森邦政

府、德國穆斯林中央委員會，以及德國動物保護聯盟。

聯邦政府認為被間接攻擊的動物保護法第 4a 條第 1 項與第 2 項第 2 款的規定合憲，因為該規定一方面促成憲法所規定之，合乎道德的動物保護目的之實現，另一方面在動物保護法第 4a 條第 2 項第 2 款第 2 個選擇，規定因宗教理由得例外獲得不經麻醉屠宰許可的可能性下，亦已慮及宗教自由基本權。藉由頒給回教徒相關許可的措施，亦有助於其融入德國社會。不經麻醉的屠宰如同經過事先麻醉的屠宰一樣，均有義務遵守合乎道德的動物保護要求，而且只要其依據規定的方式進行，即可作為一項可被接受的屠宰方法。動物保護法第 4a 條第 2 項第 2 款使用的宗教團體概念，係與一個十分具有彈性，亦適合回教徒特性的概念相聯結。此類團體是否存在的標準，只需在組織上具有維持持續性架構的最低限度即為已足。

依據黑森邦政府的見解，本憲法訴願程序上不合法。其一方面欠缺直接的基本權被涉及性，另一方面缺乏一項具代表性的足夠闡釋。

在德國的回教徒中央委員會，強調動物保護在伊斯蘭具有的重大意義，並稱不經麻醉的屠宰方式，對於回教徒而言，為具強制性質的宗教實現的重要要素。此見解為所有在德國

境內具有重要地位的伊斯蘭組織所贊成。至於開羅的 Al-Azhar 大學在鑑定報告書中所稱，回教徒亦被准許食用經麻醉屠宰動物的肉品，係指在緊急的情況下的情形。對於在德國境內的回教徒而言，並不存在如此的緊急情況。基於與猶太教信徒相同對待的原則，亦應該給予回教徒動物保護法第 4a 條規定之不經麻醉屠宰的許可。

依據德國動物保護聯盟的看法，在未經麻醉的屠宰過程中，被屠宰的動物將比依規定的屠宰方式被宰殺的動物，遭受更多與更強烈的痛苦。與不經麻醉的屠宰方式，結合在一起的死亡痛苦，不僅是在揮刀向被屠宰動物的喉嚨割一刀後，緩慢的喪失知覺，而是早在將動物拖進屠宰房以及將之網綁時，即已出現。在這段相當長的時間裡，動物係在完全有知覺情況下，忍受著痛苦。

B. 憲法訴願有理由

本憲法訴願有理由。雖然動物保護法第 4 條第 2 項第 2 款第 2 個選擇規定符合基本法，但以此規定為根據被攻擊的各項判決，卻無法通過憲法法院的審查。

I. 基本法第 2 條第 1 項為主要的審查基礎

1. 審查的準據最主要為基本法第 2 條第 1 項，訴願提起人身為回教遜尼派的信徒，在前審程序中力求獲

得動物保護法第 4a 條第 1 項規定應經麻醉命令的例外許可，以便其可以行使肉販商的職業，供應他的回教徒顧客，食用未經麻醉屠宰動物的肉品。至於訴願提起人以此類的肉品滿足自己的需求，則為次要之事。各行政機關與行政法院以之作為審查訴願提起人請求基準者為，動物保護法第 4a 條第 2 項第 2 款規定之第 2 個選擇，此規定最主要是涉及訴願提起人作為肉販商的職業行為。

因為訴願提起人不具德國籍，而有土耳其國籍，因此其這項行為不受基本法第 12 條第 1 項之保護。保護的規範為基本法第 2 條第 1 項的特別架構，即源自於只對德國人有適用的基本法第 12 條第 1 項與對於外國人只具有補充效力的基本法第 2 條第 1 項的特殊關係（就此問題參考 BVerfGE 78, 179 【196 f.】）。然而不經麻醉屠宰對於訴願提起人而言，不僅是一項營利以及供應其回教顧客和其自身的方法，更重要的是，如其在被攻擊的裁判中亦未被質疑，即所聲稱的宗教的基本態度，即訴願提起人身為回教遜尼派的信徒，有義務依據其所信仰的宗教之拘束性規定，從事不經麻醉屠宰的工作（參考關於此方面的一般性論述：Andelshauer, a.a.O., S. 39 ff.; Jentzsch, Das rituelle Schlachten von Haustieren in Deutschland ab 1933, 1998, S. 28 ff.; Mousa,

Schächten im Islam, in : Potz/Schinkele/Wieshaider, Schächten. Religionsfreiheit und Tierschutz, 2001, S. 16 ff.)。以上所述縱使當不經麻醉屠宰本身不被理解為是實踐宗教的行為，亦因訴願提起人源自基本法第 2 條第 1 項的職業自由的保護，受基本法第 4 條第 1 項與第 2 項宗教自由基本權的特別自由內涵的強化，而被充分地考慮。

2. 然而依據基本法第 2 條第 1 項規定，作為肉販商的訴願提起人，就其職業行為所能享有的法律地位，亦只有在合憲的秩序範圍內才受保障。而屬於合憲秩序者，包括一切在形式上與實質上符合基本法的法律規範（參考 BVerfGE 6, 32 【36 ff.】；96, 375 【397 f.】；歷來不變的司法裁判）。這些法律規範在實質面上，主要以維護比例原則，以及在此範圍內尊重宗教自由為前提要件。

II. 動物保護法第 4a 條的規定合憲

動物保護法第 4a 條第 1 項結合第 2 項第 2 款第 2 個選擇之規定，符合上述的標準。

1. 雖然此規定就回教徒肉販商的職業行為範圍內，對於未經麻醉的屠宰，規定只有在符合動物保護法第 4a 條第 2 項第 2 款第 2 個選擇的限制條件下，才視為是動物保護法第 4a 條第 1 項應麻醉命令之例外，已干預了源自基本法第 2 條第 1 項結合

第4條第1項與第2項之基本權，但此項干預因具有充分的憲法正當性，因此不受譴責。

a) 動物保護法的立法目的，乃源自人類有將動物視為同伴生物的責任，去保護其生命與幸福的感覺。無人得以在沒有理智的理由下，帶給動物任何的痛苦、災難與傷害（動物保護法第1條）。動物保護法第4a條第1項結合第2項第2款第2個選擇的規定，亦具有促進以道德為基礎的動物保護目的（參考BVerfGE 36, 47【56 f.】；48, 376【389】；101, 1【36】）。立法者藉由採納對於溫血的待屠宰動物在被放血之前應該先被麻醉的原則，想要將規定在動物保護法第1條的該法基本概念擴張至此一領域（參考BTDrucks 10/3158, S. 16），此為一項兼顧廣大民眾感受，具正當性的規定目的（參考BVerfGE 36, 47【57 f.】，以及特別有關未經麻醉屠宰的聯邦議會出版品BTDrucks 10/5259, S. 32 unter I 2 a Nr. 3）。

b) 動物保護法第4a條第1項結合第2項第2款第2個選擇的規定，符合比例原則的要求。

aa) 此規定對於達成上述規定目的，即對於溫血動物之屠宰，亦應遵守一個以道德為基礎而架構的動物保護原則而言，係適當且必要的。

憲法賦予立法者在判斷其所選

擇達成立法規範目的的手段是否適當與必要時，一個預測的空間，而此亦包括對於一項立法規定的事實基礎的判斷。就此而言，並不被認為存在一項錯誤的預測。雖然，對於認為屠宰前麻醉比沒有麻醉的屠宰，將帶給動物明顯較小的痛苦的看法，亦出現質疑的聲音（參考，如對於綿羊與小牛的概況鑑定報告：Schulze/Schultze-Petzold/Hazem/Groß, Deutsche Tierärztliche Wochenschrift 85【1978】，S. 62 ff.），然而此點在學術上似乎尚未獲得最後的澄清。其他如德國動物保護聯盟在言辭審理程序中的陳述，則明顯地認為基於保護動物的理由，應贊同進行麻醉。1979年5月10日歐洲關於待屠宰動物保護協議的第12條（聯邦法規彙編BGBl 1983 II S. 771），以及歐盟執委會1993年12月22日關於屠宰時點的動物保護指令93/119 EG第5條第1項c亦認為，在放血之前給予麻醉，將會帶給動物較小的痛苦與折磨。因此聯邦立法者所作相同的預測，認為動物保護法第4a條第1項應予麻醉的命令，係達成動物保護法第1條規定目的之適當手段，同時在沒有同樣有效的其他選擇下，亦是必要的手段，則在此情況下至少是無可非議的。

同樣地，關於動物保護法第4a條第2項第2款第2個選擇規定的判斷，亦然。立法者將動物保護法第

4a 條第 2 項麻醉命令的解除，置於一項例外許可的保留之下，因為其想要讓不經麻醉的屠宰受到國家較強烈的控制。特別是藉由在審查提出申請的個人的專業與適任性之外，透過例外許可的附款附加，確保即將被屠宰的動物，在運送、靜置以及不經麻醉屠宰的過程本身中，免除一切可以避免的痛苦與折磨的可能性，而此目的應該可以透過例如規定合適的空間、設備以及其他的輔助工具等方式達成（參考 BTDrucks 10/3158, S. 20 zu Nr. 5）。家庭與其他私人的屠宰，經常無法確保合乎規定的未經麻醉屠宰，以致有可能造成動物的痛苦，此種情形應該盡可能地透過規定，使屠宰只能在合格的屠宰場內被進行，而加以控制（參考 BTDrucks 10/5259, S. 39 zu Art. 1 Nr. 5）。

此外，依據動物保護法第 4a 條第 2 項第 2 款第 2 個選擇規定所核發的例外許可，其前提要件必須是，在具體的個案中確實有必要符合某一宗教團體成員的需求，即該團體內部具強制拘束力的規定，確實禁止食用非麻醉屠宰動物的肉品。當動物保護法就麻醉命令的例外許可，只有在前述的要件下始核准時，無可避免地將降低可能成為例外的數量。在如伊斯蘭這樣的宗教，尚有需注意的是，如同在德國的回教徒中央委員會於其意見書中所陳述者，其本身亦要求一個盡

可能調和的宰殺動物方式（持相同見解者 Andelshausen, a.a.O., S. 35, 62, 79 f.）。依據伊斯蘭教的規定，不經麻醉屠宰的進行，必須盡可能快速地殺死待屠宰的動物，並在避免任何形態的動物折磨下，將動物所受的痛苦限制在一個最低的程度內（亦參考奧地利憲法法院的判決 EuGRZ 1999, S. 600【603】）。因此立法者亦可以根據以上所述，認為動物保護法第 4a 條第 2 項第 2 款第 2 個選擇所規定的例外保留，係確保有義務遵守合乎道德要求的動物保護之適當的，同時也是必要的措施。

bb) 本案所涉及的該法律規定，亦符合狹義的比例性。在整體衡量動物保護法第 4a 條第 1 項結合第 2 項第 2 款第 2 個選擇對基本權所造成干預的強度，以及使該干預措施正當化的理由的急迫性，可以期待當事人（參考聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 90, 145【173】;101, 331【350】），在立法者規定的條件下，對於溫血動物只有基於一項例外許可，才能未經事前麻醉地加以宰殺。

(1) 然而此項對於回教徒肉販商職業自由基本權的干預，在利害衡量的天秤上，卻是嚴重的。若無例外保留，則如同訴願提起人這樣篤信回教的信徒，將不再可能於德意志聯邦共和國境內，行使屠宰商的職業。當這些人希望他們的事業至少能作為販售

商店繼續經營，以及如同訴願提起人般不願意放棄現有的工作，而去追求另一個新的生活基礎時，則其營業將被限制成，要不是進口未經麻醉宰殺的肉品，就是販售經過麻醉後宰殺的動物。但此類的任何決定，勢將帶給當事人的生活廣泛與深入的衝擊與改變。當決定僅作為販售商，在市場上專門出售不經麻醉屠宰的動物肉品時，則不僅是放棄屠夫這個工作，也產生如下的不確定性，即其所供應的肉品，實際上是否來自不經麻醉屠宰的動物，使其有可能在符合自己的信仰以及顧客信仰的規定下享用肉品。若是決定將其肉舖改變成為販賣經麻醉宰殺動物的肉品時，則營業的所有人即必須重新去開發新的顧客。倘若在當事人的具體生活條件下，真的有可能作此種全然的職業改變，則其乃意謂著當事人必須開創一個全新的生存根基。

此項禁令不僅涉及回教徒的肉販商，其顧客亦受波及。當顧客詢問購買未經麻醉宰殺的動物肉品時，顯而易見地，此舉係基於對於其具有拘束力的信仰確信，其不被許可食用其他的肉品。當要求這些顧客實質上放棄食用肉品時，乃未充分考慮德國社會的飲食習慣。因為肉類是一項廣泛流行的食材，非自願性地被要求放棄，幾乎不可期待能被認為是可以被接受的事。雖然說食用進口的肉品，

即不必作如此的放棄，但鑒於個人與屠宰商間沒有接觸，以及彼此間應建立起的信賴基礎存有不安全性，顧客不免懷疑其所食用的肉品，是否真的符合伊斯蘭教的規定。

(2) 與此種對於信仰回教的肉販商，以及其有同樣信仰的顧客產生的結論相對立者，乃動物保護所形成的公共利益，此在民眾間亦被賦予一個高的價值。藉此規定立法者考慮的是，不把動物當作是物，而把牠理解成，亦能感受痛苦的人類同伴生物，因而想要透過特別的法律加以保護（參考民法第 90a 條第 1 句與第 2 句，以及動物保護法第 1 條之規定）。此種保護主要是在動物保護法中被確定下來。

然而，在動物保護法中此保護目的之達成，並不是以因為法律的規定，即免除動物一切感受上的傷害的方式。動物保護法僅是由如下的主要理念所決定，即「在沒有理智性的理由時，不能增加動物疼痛、痛苦或傷害」（參考動物保護法第 1 條，以及聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 36, 47【57】；48, 376【389】）。因此，動物保護法就動物只能在麻醉下被殺死的命令，即不僅是在該法之第 4a 條第 2 項第 2 款規定其例外。能例外免除麻醉義務的情形，亦包括依據具體情況不可能進行麻醉的緊急屠宰（參考動物保護法第 4a 條第 2 項第

1 款)，以及除此之外，依據動物保護法第 4a 條第 2 項第 3 款結合第 4b 條第 1 句第 3 款，以法規命令規定的關於家禽的屠宰。除了以上所述之外，動物保護法第 4 條第 1 項第 1 款規定，只要是依據具體情況可以預見，以及可以避免痛苦時，即一般性地許可得在沒有麻醉情況下殺死脊椎動物。假使在沒有麻醉情況下殺死脊椎動物，係在合乎打獵行為的範圍內，或者依據其他的法律規定被許可，或者是在合法的對抗有害動物的措施範圍內時，只要不造成超過無可避免的範圍以外的額外痛苦，即得執行動物保護法第 4 條第 1 項第 2 句規定的殺死。從以上所舉的最後幾個例外，顯示立法者就與客觀上的觀點，或者傳統上的理由，以及社會上的接受有緊密關聯的地方，已認為對麻醉命令的突破，係符合道德的動物保護目的。

(3) 在此種情況下，當事情所牽涉的是，一方面要促進受基本權保護之具宗教特性之職業行使，另一方面要促使從業者的顧客遵守具宗教性動機的飲食規定時，亦不能排除溫體動物必須在放血之前先被麻醉的義務，有例外的存在可能。倘若沒有此類的例外，想要從事不經麻醉屠宰的職業者，其基本權將受到不可預期的限制，而保護動物的利益，將在沒有充份的憲法正當性理由下，被單方面的

賦予優先地位。有必要存在者，乃取而代之的一項規定，其以和諧的方式，將被涉及的基本權以及符合道德的動物保護目的納入考慮。

(a) 動物保護法第 4 條第 2 項第 2 款第 2 個選擇的規定，適當地評估這些要求。此規定主要就回教與猶太教信仰的飲食規範部份（參考聯邦議會出版品 BTDrucks 10/5259, S. 38），想要在例外許可的基礎上，促使基於宗教理由的不經麻醉的屠宰方式成為可能（參考聯邦議會出版品 BTDrucks 10/3158, S. 20 zu Nr. 5）。透過例外許可的工具，應該開啟一條容許公開批評的途徑，對於具有宗教動機而不麻醉的屠宰，尤其是當其以所謂的家庭式與私下屠宰的方式出現時進行批判（參考聯邦議會出版品 BTDrucks 10/5259, S. 32 unter I 2a Nr. 3）。如上所述，在這種途徑上可以透過附款的附加，確保待屠宰的動物能免除一切可以避免的痛苦與折磨（參考聯邦議會出版品 BTDrucks 10/3158, S. 20 zu Nr. 5，以及 BTDrucks 10/5259, S. 39 zu Art. 1 Nr. 5）。因此，此規定的目的，乃在不放棄一項以道德為基礎的動物保護的原則與義務下，確保有信仰的回教徒與猶太教徒的基本權保護。此亦適當地考慮了訴願提起人的權利。

(b) 當動物保護法第 4a 條第 2 項第 2 款第 2 個選擇的構成要件，被

如同聯邦行政法院在 1995 年 6 月 15 日判決（BVerwGE 99, 1）中所解釋者去理解時，則情況當然不同。聯邦行政法院否認本案具備此條文的構成要件要素，因為其認為，訴願提起人所屬的伊斯蘭遜尼教派，以及整個的伊斯蘭教均未強制地禁止食用經麻醉屠宰動物的肉品（參考前揭出處第 9 頁）。動物保護法第 4a 條第 2 項第 2 款要求的是，能客觀地確認一個宗教團體對於屠宰行為有強制性的禁止麻醉規定。倘若僅以一個宗教團體成員個別的主觀宗教確信為依據的個人觀點，縱使是出自強烈感受的確信，亦與本法規定的內含不相容（參考前揭出處第 4 頁以下）。

如此的解釋將不符合源自基本法第 2 條第 1 項結合第 4 條第 1 項與第 2 項規定基本權的意義與範圍。其在結果上對於回教徒而言，亦導致動物保護法第 4a 條第 2 項第 2 款第 2 個選擇的規定，在未慮及其信仰的確信下，成為空談。當肉販商由於個人信仰以及顧客信仰的飲食規定，而想要不經麻醉屠宰，以便能確保其所供應的是未經麻醉屠宰動物的肉品時，其職業上的行為將因此受到阻礙。蓋此解釋係以不適當的方式增加被涉及當事人的負擔，且只單方面地慮及動物保護的利益。若依如此的解釋中，動物保護法第 4a 條第 2 項第 2 款第 2 個選擇的規定，或將是違憲的。

(c) 如此的結果，卻可以透過慮及源自基本法第 2 條第 1 項結合第 4 條第 1 項與第 2 項規定的基本權的「宗教團體」與「強制性的規定」的構成要件要素的解釋，而避免之。

如同聯邦行政法院本身在這段時間中，於 2000 年 11 月 23 日判決（BVerwGE 112, 227）中所作成的決定，動物保護法第 4a 條第 2 項第 2 款所規定的宗教團體，並不被要求必須是威瑪帝國憲法第 137 條第 5 項所指，符合能被承認為公法上社團（öffentlich-rechtliche Körperschaft），或者依據基本法第 7 條第 3 項規定有權參與宗教課程授課的團體。對於依據動物保護法第 4a 條第 2 項第 2 款規定例外的許可，只要申請人隸屬於一群有共同的信仰確信的團體即可（參考前揭出處第 234 頁以下）。因此，就動物保護法第 4a 條第 2 項第 2 款所指的宗教團體，亦應考慮隸屬於伊斯蘭教，但其信仰流派與其他回教團體不同的（遜尼派）團體（參考前揭出處第 236 頁）。對於宗教團體概念的如此解釋符合憲法要求，且已特別慮及基本法第 4 條第 1 項與第 2 項的規定。其亦符合以上所述條文的文義規定，且合乎立法者不將動物保護法第 4a 條第 2 項第 2 款規定的適用範圍侷限在猶太教信仰世界的成員，而亦對回教以及其不同信仰流派的成員開放的意願（參考聯邦議會出

版品 BTDrucks 10/5259, S. 38)。

如此的解釋方法，亦間接地對於禁止團體成員食用經麻醉屠宰動物肉品的「強制性規定」，這項進一步特徵的處理產生影響。此項特徵是否符合，乃是由主管機關以及在爭議案件由法院，就申請例外許可的構成要件要素進行審查並作成決定。對於一個如同回教這樣對於放血屠宰命令有不同見解的宗教時，此項審查並不必要以回教整體，或者此宗教的遜尼或錫衣教派的見解為基準。是否存在強制性規定的問題，其答案反而應該是從具體的，或者是在一個此類信仰流派中存在的宗教團體中去找尋（亦參考聯邦行政法院裁判 BVerwGE 112, 22-7【236】）。

其間只要當事人是為了供應其團體成員，而有必要獲得動物保護法第 4a 條第 2 項第 2 款第 2 個選擇規定的例外許可時，能符合本質性地以及可以事後驗證地釋明，依據其共同的信仰確信，食用動物肉品時，強制地以不經麻醉的屠宰為要件，即為已足（參考聯邦行政法院裁判 BVerwGE 94, 82【87 f.】）。若遵照這樣的解釋，則國家在不得不顧慮宗教團體此類的自我理解時，即必須放棄對此種信仰理解進行評價（參考聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 33, 23【30】）。國家在基本法第 4 條規定的光環下，亦不能單純因為特定宗教在慮及信徒

良知的急迫情況下，訂定有許可因為居留地點以及當地主流的飲食習慣緣故，得以偏離該規定的可能性，即否定該項宗教性規定具有「強制性」性格。倘若不存在其他得拒絕的理由，即應該要核發申請人所提的例外許可申請。其間可以透過附款的附加與是否遵守的監督，以及就不經麻醉屠宰的特別技能方面，申請人個人的專門經驗與能力的審查，確保動物保護的利益，亦能盡最大可能地被維護（亦參考聯邦行政法院裁判 BVerwGE 112, 227【236】）。

2. 動物保護法第 4a 條第 1 項結合第 2 項第 2 款第 2 個選擇所規定之例外規定，當其被以上述的意義解釋時，亦在其他的部分符合基本法。特別是認為有牴觸基本法第 3 條第 1 項規定的一般平等原則，或者基本法第 3 條第 3 項第 1 句規定的歧視禁止之見解，沒有被接受的空間，蓋依據這項解釋，回教徒的肉販商當其想要供應，該等因所信仰宗教團體的強制性規定禁止食用經麻醉屠宰動物肉品的顧客，而不經麻醉屠宰動物的肉品時，亦能獲得依據動物保護法第 4a 條第 2 項第 2 款第 2 個選擇規定的例外許可，即無不平等對待的問題。

III. 訴願提起人之信仰自由被侵害

1. 被攻擊的行政機關處分與法院裁判侵害訴願提起人源自基本法第 2 條第 1 項結合第 4 條第 1 項與第 2

項規定之基本權。行政機關與行政法院誤解了動物保護法第 4a 條第 2 項第 2 款第 2 個選擇規定為合憲性解釋的必要性與可能性，因此在適用屠宰禁令的例外規定時，造成對上揭基本權不合比例的限制。對申請例外許可的拒絕，以及在訴願與行政爭訟程序中的裁判，均是建立在這種錯誤的認知上。在本案不能被排除的是，訴願提起人本身以及其顧客，隸屬於上述這種強迫要求信徒必須遵守屠宰規定的宗教團體，因此訴願提起人在這種情況下，若能獲得許可，則其即有可能確保其顧客及其本人，享受依這種方式被宰殺的溫體動物之肉品。

2. 依據聯邦憲法法院法第 95 條第 2 項規定，在這些被攻擊的決定

中，各個行政法院的判決均應該被撤銷，案件發回邦行政法院重新審理，因為可以期待此項行政法的爭議，將在前揭判決的基礎上獲得解決。（譯註：之所以不是發回邦高等行政法院，其原因乃）若將案件發回邦高等行政法院，則必須在邦高等行政法院能作成解決此程序的判決之前，許可訴願提起人提起上訴的申請。

本判決經本庭憲法法官一致的同意作成。

法官： Papier Jaeger
 Haas Hömig Steiner
 Hohmann-Dennhardt
 Hoffmann-Riem
 Bryde

「頭巾案」判決（Urteil）¹

BVerfGE 108, 282 ff.

聯邦憲法法院第二庭依據 2003 年 6 月 3 日的言詞審理於
2003 年 9 月 23 日之判決
— 2 BvR 1436/02 —

楊子慧 譯

要目

判決要旨

案由

判決主文

理由

A. 程序上受理（事實與爭點）

I. 本案事實與本案之行政救濟及行政訴訟程序

II. 提起訴訟人所提起之人民基本權利受侵害之憲法訴訟

III. 本案關係人聯邦政府與巴登符騰堡邦發表之意見

IV. 提起訴訟人及本案關係人所提出之專家意見

B. 實體上審查

I. 聯邦憲法法院之任務係就憲法之解釋與適用為最終有拘束力之決定

II. 基本法第 33 條第 2、3 項之解釋與適用

¹ 譯按：德國聯邦憲法法院對於符合程序要件規定而受理之憲法訴訟案件，將詳為論證說理依序而為先程序上受理之理由，後實體上審查步驟及理由之完整裁判或判決。對於不符合相關程序要件規定於程序上即已不受理之案件，通常亦於程序不受理之裁定中詳為論證說理。是一般所謂聯邦憲法法院之裁判 *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*，實涵括下列三者：1、*Urteil*：係已進行言詞審理之聯邦憲法法院判決，此為例外情況；2、*Be-*

schluss 一詞於聯邦憲法法院裁判中有兩種意涵：(1)、係程序上受理未行言詞辯論之實體裁判，此為原則，即一般裁判情況；(2)、係（因不符合法律規定之相關程序要件）程序上不受理之裁定。惟國內長期以來皆將 2、(1) 的聯邦憲法法院於一般情況下所為的程序上已受理，並已進入實體審查，僅未行言詞辯論的實體裁判迭譯為「裁定」，此譯詞或有與 2、(2)（純粹）「程序上不受理之裁定」混淆之虞，僅此合先敘明。

III. 於現行法之基礎上認為提起訴訟人欠缺資格的看法與基本法第 33 條第 2 項連結基本法第 4 條第 1、2 項及基本法第 33 條第 3 項不符

C. 表決結果

不同意見書

I. 進入公職，沒有等值的法益之衡酌

II. 公務員之中立義務由憲法本身而來，毋須另有邦法之基礎

III. 提起訴訟人所要求的不妥協的於學校課程內戴頭巾係與公務員之克制暨中立之誠命不符

IV. 多數意見擴張法律保留到實際上無法到達的領域

關鍵詞

資格判斷 (Eignungsbeurteilung)

資格欠缺 (Eignungsmangel)

家長的教養權

(Erziehungsrecht der Eltern)

宗教暨信仰自由

(Religions- und Bekenntnisfreiheit)

消極宗教自由

(Negative Religionsfreiheit)

國家中立之要求 (誠命)

(Gebot staatlicher Neutralität)

國家的教育委任

(Staatlicher Erziehungsauftrag)

宗教的與世界觀的信仰自由

(Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses)

世界觀的宗教的中立義務

(Die Pflicht zu weltanschaulichreligiöser Neutralität)

職務義務 (Dienstpflicht)

一般公務員法上之義務

(Allgemeine beamtenrechtlichen Pflichten)

國會保留 (Parlamentsvorbehalt)

公務員之中立義務

(Neutralitätspflicht des Beamten)

判決要旨

1. 對於在學校與課程內之教職人員戴頭巾之禁止，於巴登符騰堡邦 (Baden-Württemberg) 之現行法上並無充分特定之法律依據。

2. 與漸增的宗教多元化相關聯的社會變遷對於立法者而言，得成為

在學校內就宗教關係事項之許可範圍制定新規範之理由 (Anlass)。

案由

本案為 L 小姐針對聯邦最高行政法院於 2002 年 7 月 4 日之判決侵害其基本權利，而委由 Dr. Hellmut Nonnenmacher und Koll 兩位律

師為訴訟代理人，向聯邦憲法法院提起人民基本權利受侵害之憲法訴訟²。

判決主文

1. 聯邦最高行政法院於 2002 年 7 月 4 日之判決-BVerwG 2C 21.01-，巴登符騰堡邦最高行政法院於 2001 年 6 月 21 日之判決-4S 1439/00-，許督加特市行政法院於 2000 年 3 月 24 日之判決-15K 532/99-，許督加特市最高教育處於 1998 年 7 月 10 日之裁決以 1999 年 2 月 3 日駁回聲明不服之裁決形式-1P L., F./13-侵害提起訴訟人由基本法第 33 條第 2 項連結第 4 條第 1、2 項以及第 33 條第 3 項而來之權利。聯邦行政法院之判決應予廢棄，本案發回聯邦行政法院更審。

2. 聯邦德國及巴登符騰堡邦必須各半償還提起訴訟人就提起人民基本權利受侵害之憲法訴訟程序的必要費用。

理由

A. 程序上受理（事實與爭點）

提起訴訟人請求分發於巴登符騰堡邦之學校。其提起人民基本權利受侵害之憲法訴訟乃針對行政法院確認許督加特市最高教育處之（數則）裁判，這些裁判以下列理由拒絕聘任提請訴訟人申請為試用教師之公務員關係：提請訴訟人欠缺提出其欲於學校及課程戴頭巾的解釋意願，而此等解釋乃是該職務必須的資格。

I. 本案事實與本案之行政救濟及行政訴訟程序

1. 1972 年在阿富汗卡布爾出生的提起訴訟人，自 1987 年起生活在聯邦德國，並於 1995 年取得德國國籍。其信仰伊斯蘭教。於通過第一次國家考試及完成實習任務後，於 1998 年通過取得中小學教師資格的第二次國家考試，專攻主要中學及教育課程德語、英語及通識科暨經濟學。

² 譯按：德國法上，此類由人民向聯邦憲法法院提起之憲法訴訟程序（die Verfassungsbeschwerde），國內長期以來迭譯為「憲法訴願」。譯者以為，此譯詞容有商榷餘地。按我國現制，「訴願」程序通常為提起法院訴訟救濟前之程序，而德國該項制度，乃人民於其憲法上所保障之基本權利，遭受國家公權力之不法侵害，於窮盡所有法院審級訴訟救濟途徑後，仍無法

獲得充分之救濟時，於符合法律規定之相關程序要件下，得向聯邦憲法法院提起一項特別的憲法訴訟救濟程序，此項補充的、例外的程序乃由人民直接向聯邦憲法法院提起，與國內對於「訴願」一詞之概念與制度理解有異，是若仍依循國內歷來對該詞之通譯「憲法訴願」，則不免滋生誤解。因而容譯為「人民基本權利受侵害之憲法訴訟」或較妥適。

2. 許督加特市最高教育處以缺乏個人的資格拒絕提起訴訟人所提出申請分發於巴登符騰堡邦之中學，就其理由有如下說明：提起訴訟人不願於授課時放棄戴頭巾。頭巾乃是文化上劃分界限之標誌，因此不僅是宗教上的，而且更是政治的象徵（圖騰）。與頭巾連結的文化上分裂的客觀影響不符合國家中立性之要求。

3. 提起訴訟人於其聲明不服中主張，戴頭巾不僅是性格的特徵，更是其宗教信仰的表達。依照伊斯蘭教之規律，戴頭巾乃屬伊斯蘭教的身分證明。拒絕之裁判侵害依據基本法第 4 條第 1、2 項的宗教自由的基本權利。儘管國家有義務於信仰的問題上保持中立性，其依據基本法第 7 條第 1 項於實現教育委託時不須完全放棄宗教世界觀的聯繫，而是應盡可能小心翼翼地調和相衝突的利益。與十字架有所不同者，在於頭巾並非關係到信仰體制。而且此處所牽涉者乃是其作為基本權利主體的出於個人與宗教理由的行為。

4. 許督加特市最高教育處駁回提起訴訟人之聲明不服。（其認）雖然基本法第 33 條第 3 項禁止僅因宗教信仰的理由拒絕申請人，然其並非排除去聯繫一項對於公職務結合信仰的資格欠缺。出於信仰的理由戴頭巾雖屬基本法第 4 條第 1 項之保護範圍。然提請訴訟人之宗教自由應透過

學生的消極宗教自由，由基本法第 6 條第 2 項而來的家長的教養權以及國家對世界觀與宗教中立性之義務而受到限制。即使提起訴訟人並非在為其信仰傳教，然其透過隨時於課堂上戴頭巾，並且學生無法避開其此等行為則表達了其伊斯蘭教之信仰；藉此其迫使學生去爭論此等信仰之表達。身為人格未定型的青少年學生對於特別方式的表達形式之影響是開放的。就這點而言決定性的僅是頭巾的客觀影響。對於信仰伊斯蘭教的女學生而言此處正可產生巨大的適應壓力，此乃抵觸學校應致力於統合伊斯蘭教信仰的男女學生的教育委任。

5. 許督加特市行政法院駁回提起訴訟人之訴訟並就理由說明如下：女教師出於宗教理由戴頭巾之行為乃是巴登符騰堡邦公務員法第 11 條第 1 項意義上的資格欠缺。提起訴訟人的宗教自由與國家之中立義務及學生與家長的權利處於對立。

由提起訴訟人所戴之頭巾顯著並印象深刻的證明了其屬於伊斯蘭教之信仰；在此情況下不重要的一與十字架對於基督信仰者有別之處—頭巾並非作為伊斯蘭教信仰的象徵整體。依據一般的教育義務及學生缺乏選擇教師之影響對學生而言不存在避免的可能性。由此產生一種透過心懷尊敬之人的教師而來的不被期待的影響的危險。

6. 巴登符騰堡邦最高行政法院駁回對此提出之上訴。就申請人之分發的裁量決定範圍內為判斷時，對於申請人是否適任，法院只能為限制的預測之審查。就資格而言，對申請人履行其作為公務員義務之期待亦屬之。就提起訴訟人由於出於其宗教之理由而有意於課程中戴頭巾而欠缺就所追求的公立小學及中學教師之公立學校教職資格的此等評價無可責難。教師個人之資格亦應準此而確定，即其於何種情況下能夠實現以基本法第7條第1項為根據而確立的教育目標並履行國家的教育委任。缺乏就宗教歸屬的原因之關聯，主管機關並不違反基本法第33條第3項的歧視之禁止，蓋其乃因申請人不想遵守由於宗教因素於課程內的憲法上界限而拒絕其申請。

在學校中學生及家長之不同宗教與世界觀的信仰特別強烈互見。由此而產生的衝突則要求實際整合上的調整。就此國家毋須完全放棄在學校內宗教的世界觀的聯繫。即便主管機關必須於資格判斷時尊重申請人的基本權利。宗教暨信仰自由的履行本身不能僅因此而作為例外的理由。提起訴訟人基於宗教理由有意於課程上戴頭巾無非違反國家於學校領域中應尊重的中立要求，違反學生及其家長的基本權利並因此違反提起訴訟人作為被賦予職務義務的國家代表人公正不偏

袒的有益於公共福祉的公務工作。

由基本法託付予國家對於世界觀的宗教中立並非對於宗教及世界觀放任的無識別的意義上之有距離的、拒絕的中立，而係一項尊重的、預先防備的中立，其課予國家義務，保障個人以及宗教世界觀團體一個確定的空間。於此等預防的中立之意義下國家不得由其自身出發危害學校內之宗教和平。學生於課堂上應有避免宗教圖騰的可能性；此處國家中立之要求應優先保障信仰其他宗教之學生的宗教自由以及家長對於子女在宗教及世界觀方面之教養權。

透過一位女教師在課堂上戴頭巾之行為，可能導致對學生宗教信仰之影響以及學校課堂之內的衝突。即便提起訴訟人否認其廣告及傳教之可能意圖。具決定性者乃僅是透過見到頭巾對於學生發生的影響作用。此處就伊斯蘭教意識戴頭巾行為所涉及者乃清楚可見的觀者無法避免的宗教象徵。尤其是就讀小學之學生並無理智判斷之能力以理解戴頭巾之宗教意圖且自己有意識為寬容或批評之決定。宗教影響所存在的危險與保護學生及家長之消極宗教自由之要求核有未符並與國家之中立要求對立。此外前此所述之預防性的減緩學校內宗教條件上的衝突乃表述了國家教育形塑的正當性目的，誠如此處由足夠的生活經驗所見一般。一項可期待的有實益的

衝突之解決，於其允許廣泛地顧及提起訴訟人之宗教自由之情況，鑑於可預見的中小學之導師原則以及由於轉學暨轉班時學校組織上的困難，是不可能的。

7. 聯邦行政法院駁回提起訴訟人之上訴。其認為公立學校教職之分發適切地取決於提起訴訟人是否有於課堂上不戴（拿下）頭巾之準備。

由於提起訴訟人由其信仰導出蒙戴（頭巾裝束）之要求，而享有由基本法第 4 條第 1 項而來之基本權利以及由基本法第 33 條第 3 項第 1 句而來之準基本權利。信仰自由儘管欠缺法律保留亦非毫無限制受保障。限制則由憲法本身而來，特別由持不同意見者（其他宗教信仰者）相衝突之基本權利而來。基本法第 4 條第 1 項亦非賦予個人無限制於國家組織之範圍內有實現其宗教信仰或藉助國家之支持明確表達其宗教信仰之要求。由廣泛受保障的信仰自由導出相對於不同宗教與信仰的國家中立之要求。基本法第 4 條第 1 項於由國家組織及形塑信仰自由的義務學校之生活範圍內，首先乃為受義務教育之學童及其家長享有確保自由的意涵。就此國家必須顧及家長之宗教自由及其依據基本法第 6 條第 2 項第 1 句受保障之教養權。孩童於公立義務學校內應於沒有任何國家的旗幟鮮明的態度及代表其基督信仰或其他宗教與世界觀之信仰

之師資之情況而被授課及受教養。中立之要求於逐漸成長的無宗教信仰之學生部分以漸增的文化及宗教之多樣化獲得意義，並且不能鑑於此期間在德國的文化的、民族的及宗教的多樣化亦對於學校生活產生影響而逐漸放鬆。

由於「伊斯蘭頭巾」賦予伊斯蘭教徒之意義，則此對於其他人而言亦為一項特定的宗教信仰之象徵的表達以及一般被理解為對伊斯蘭教之信仰。透過女教師於課堂上戴頭巾之行為將導致之結果為迫使學生於課堂時間面對由國家之名持續的不可避免的此等宗教信仰之明顯象徵。就此依照持續存在與強度並非涉及一項對於學生之信仰自由而言無關緊要的小事。女教師相對於學生而言乃以作為由國家委任以及代表國家權威之人士出現。其宗教信仰之顯而易見的標誌是否對學生造成影響固然難以評價；惟無論如何無法排除透過頭巾之象徵的信仰內容對於 4 歲至 14 歲間之中小學學齡之學生產生影響。

女教師依據其宗教信仰而行為之權利，於學校課程期間相對於學生及家長的相衝突之信仰自由必須退讓。既非寬容之要求亦非實際的協調，原則應強迫公立學校學生家長之家長權與家長及學生之信仰自由為了一位戴頭巾之女教師受抑制。依據基本法第 33 條第 5 項教師必須忍受其積極宗

教信仰之限制，蓋此乃為了確保於宗教中立之範圍內的學校課程所必要。

II. 提起訴訟人所提起之人民基本權利受侵害之憲法訴訟

提起訴訟人針對上述於行政程序所為之裁決以及於行政法院訴訟程序所為之裁判提起人民基本權利受侵害之憲法訴訟。其指陳基本法第 1 條第 1 項，第 2 條第 1 項，第 3 條第 1 項及第 3 項第 1 句，第 4 條第 1、2 項及第 33 條第 2、3 項受侵害。

即便一位戴頭巾之信仰伊斯蘭教之申請人亦應享有依照基本法第 33 條第 2 項憲法上之主觀的請求分發之權利。就公職之獲得允准應不受一項宗教信仰之影響（基本法第 33 條第 3 項第 1 句），就此而言不應給申請人帶來不利。依此戴頭巾之行為不應是資格之欠缺。

專業法院之裁判乃以聯邦德國內國家中立要求之變遷的見解為依據，此等嚴格的中立之理解導致一位公務員於公務期間表明其信奉宗教行為之可能性的抑制。相對於自由放任之國家，聯邦德國於學校領域依據憲法就宗教信仰之實現乃是開放的，並且遵循此等所謂的廣泛的、開放的以及尊重的中立。學校並非庇護所，於其內能無視於社會之多元性與現實性。毋寧，學校有教育委任，應為成長中的一代將於

社會中所遭遇者做準備。

於聯邦憲法法院之十字架裁判（Kruzifix-Entscheidung）中之決定性的見解於本案中無法沿用。於該處所涉者乃是宗教之象徵，其由國家機構之學校負責安置，而此處則有關提起訴訟人作為基本權利主體於其信仰自由之主觀權利。行使基本權利之限制於毫無保留受保障之基本權利只得於具體危害之情況列入考慮；此處欠缺此等情況。一項所謂的頭巾之心靈上強烈影響力量以及所聲稱的有害的心理上影響的可能性無憑據證明。提起訴訟人於準備職務時並未產生衝突或嚴重之困難。由分發機關提出之危害僅係抽象的理論之性質。於具體衝突產生時應有可期待的解決可能性。

III. 本案關係人聯邦政府與巴登符騰堡邦發表之意見

就此之人民基本權利受侵害之憲法訴訟，聯邦政府與巴登符騰堡邦發表意見如下。

1. 聯邦內政部以聯邦政府名義說明，既非由基本法第 33 條第 2 項亦非由就此之具體化而為之邦法規範導出分發公職之請求。毋寧此乃由主管機關依據合義務性之裁量決定之。就申請者之資格取決於具體應受分發之職務要求而定；其乃依據一項預測而確定，此項預測以申請人之整體性格之評價為先決條件。就學校教職之

資格而言包含能力與教學力量之決心，俾於學校作業環境之具體條件下履行由公務員關係而產生之職務義務。對於在基本法第 33 條第 5 項所確定而於此引用之限制公務員基本權利之公務員原則，公職教師之義務屬於客觀的與中立的公職工作。此等職務義務具有於尊重學生及家長之觀點下就宗教與世界觀的中立之職務工作負有義務之內涵。

不受提起訴訟人認其絕沒有表明其信仰意圖之主觀評價之影響，主管機關之危險預測—認為學校之和平可能透過女教師引人注目的外在表現形態持續的受到擾亂—具有重要意義。特別是因為迫使學生於整體之課程中透過所見的頭巾面對一項陌生的篤信宗教之表達，且並無避免可能性。就此種情況下主管機關認定由於欠缺廣泛的投入能力而欠缺教師資格，已遵守賦予其之判斷餘地。其並未侵害基本法第 33 條第 3 項之歧視禁止，蓋其之拒絕並非依據宗教信仰，而係依據欠缺距離與教師中立性而決定。無論如何，在中小學之教師應遵守於課程中放棄蒙戴伊斯蘭教之頭巾，且就這方面而言亦放棄行使宗教之信仰自由。

誠如在學校教室之十字架（一例）於伊斯蘭教之頭巾亦具決定性者，乃係根據一般之學校義務—與日常生活中之匆匆一見有別者—不可避

免的持續的迫使面對一個宗教的象徵。提起訴訟人作為基本權利主體之特性並未改變由其使用之象徵被算作是國家所為。於衡酌時應考量宗教象徵之穿戴亦為基本權利之行使。在尋求實際的協調時於相衝突之基本權利立場之外亦需顧及不受支配的國家中立性要求。於此，或只能考慮放棄宗教特徵。一項加劇「傾向自由放任之理解」並非因此有關聯。毋寧僅是於漸增之社會的宗教多樣化中考慮國家中立性之不斷增強之意義。

2. 巴登符騰堡邦（許圖加特市最高教育處）則說明，憲法上之審查應限於是否專業法院之判決為恣意以及是否證實有解釋錯誤，而此解釋錯誤係根據一項由基本權利意涵之根本上不正確理解，特別是由其保護領域範圍之不正確理解而言。聯邦行政法院已全範圍的釐清此案之憲法上觀點，深入的評價及衡量並且獲得一項適切的，非恣意的結果。

不僅是基本法第 33 條第 2 項而且更是由基本法第 4 條及第 6 條而來之基本權利乃適切的被解釋與被適用。基本法第 4 條第 1、2 項作為消極宗教自由之保障確保了不受宗教意見表達之自由，學生在學校內之此等自由不得被剝奪。此處應尊重者，乃學童由於其尚未完全成形之人格特別容易透過權威人士而受精神心靈之影響並且於其發展階段首先透過成人行

為的模仿而學習。同時特別對於宗教上不受監護之孩童應顧及家長之教養權。

國家依據基本法第 7 條第 1 項有一項獨立的以及與基本法第 6 條第 2 項同等位階的教育委任。介於國家的教育委任以及由基本法第 4 條第 1、2 項而來的家長及孩童的權利之間的實際之協調原則透過國家本身於宗教的及世界觀的中立行為而產生。社會愈是宗教多樣，中立性之要求愈獲致更高之意義。國家之中立性必須在教師人士身上證實。即使是廣泛的，開放的與尊重的中立性亦非允許一項個人的宗教行使作為國家權力之放射。聯邦行政法院並未引進變遷的中立概念，而係僅是於宗教多元化的社會賦予中立性之要求一項不斷增強的意義。蓋頭巾於持續的呈現在學校課堂上之孩童眼前，其影響作用之可能性不能被排除；如此相對於無宗教信仰之孩童的中立性已然受到侵害。

對於在國家的課堂上宗教的表達形式對於男女學生的影響此一問題，許圖加特市最高教育處提出一份由瑞士 Fribourg 市的 Dr. Dr. h.c. Oser 教授所發表之專業意見。

IV. 提起訴訟人及本案關係人所提出之專家意見

於言詞審理時提起訴訟人及其訴訟代理人以及巴登符騰堡邦（許圖加特市最高教育處），由 Dr. F.

Kirchhof 教授代表，已經補充及深入說明所提出之訴訟答辯書。作為專業的諮詢人士，Essen 市的 Dr. Karakasoglu 女士對於在德國的年輕的伊斯蘭教女教徒就穿戴頭巾之原因，以及漢堡市的 Dr. Riedesser 教授，Kiel 市的 Dr. Bliesener 教授以及（許圖加特市最高教育處）心理部主任 Leinenbach 女士由兒童暨發展心理學觀點就透過在學校內的宗教之象徵對於中小學學齡之孩童的可能影響發表意見。

B. 實體上審查

本件受理的人民基本權利受侵害之憲法訴訟實體上有理由。被指摘之裁判違反基本法第 33 條第 2 項連結第 4 條第 1、2 項與連結第 33 條第 3 項。

戴頭巾作為此處應判斷的關聯明確表示提起訴訟人歸屬伊斯蘭宗教團體及其個人作為伊斯蘭教徒之辨識。就此等行為係欠缺中小學女教師職務之資格之認定，並無現行的、必要的、足夠的、確定的法律依據存在之情況下，侵犯提起訴訟人由基本法第 33 條第 2 項連結其透過基本法第 4 條第 1、2 項所保障之信仰自由之基本權利而來的平等請求進入任何公職之權利。職是提起訴訟人以憲法上無承載能力之方式被阻止進入公職務。

I. 聯邦憲法法院之任務係就憲

法之解釋與適用為最終有拘束力之決定

於針對判決侵害人民基本權利之憲法訴訟 (Urteilsverfassungsbeschwerde) 範圍內憲法法院之審查通常限於如下之審查, 被指摘之裁判就普通法之解釋與適用是否根據對於被請求之基本權利的意義與影響的原則上不正確之見解所為或是恣意所為 (就此參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 18, 85 [93]; 歷來之裁判見解)。惟只要其裁判被人民基本權利受侵害之憲法訴訟所指摘之 (專業) 法院已自己直接解釋與適用基本權利規定, 則聯邦憲法法院有責任, 去決定與確定基本權利之作用範圍與界限, 是否以憲法上適切之方式依其範圍與重要性考慮基本權利。此處即然。聯邦行政法院以及前審法院就其以之為裁判依據的基本法第 33 條第 2 項連結基本法第 4 條第 1、2 項已作了特定的解釋。聯邦憲法法院依據其維護、發展、續造憲法之任務, 尤其是建立基本權利規範之不同功能, 與專業法院之關係而言, 不限於是否專業法院未恣意的以憲法為依據之審查, 而更是必須最終有拘束力的自為決定憲法之解釋與適用。

II. 基本法第 33 條第 2、3 項之解釋與適用

1. 本法第 33 條第 2 項開啟任何

德國人按照其資格, 能力與專業 (表現) 成績同等地進入公職之門。

a) 基本法第 33 條第 2 項之準基本權利保障職業選擇自由的範圍標準, 其鑑於由各該主管之公法上團體於公務機關內所允准限制之工作名額乃是可能的 (參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 7, 377 [397 f.]; 39, 334 [369])。基本法第 33 條第 2 項並未給予請求擔任公職之權利 (參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 39, 334 [354]; 聯邦行政法院裁判 BVerwGE 68, 109 [110])。進入公職之工作 (職業之許可, 其同時涉及自由選擇職業) 得特別地透過主觀許可要件而被限制 (參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 39, 334 [370])。此等具體化則於依照 1999 年 3 月 31 日之公務員法綱要法 (BRRG) (BGBl I S. 654) 第 7 條在各邦之公務員法中透過關於進入公務員關係之聘任的必要個人的要件之規定中實現。為此處準則的 1996 年 3 月 19 日版本 (GBl.BW S. 286) 的巴登符騰堡邦公務員法 (LBG) 第 11 條第 1 項規定, 依照資格, 能力與專業 (表現) 成績任命, 不因性別、出身、種族、信仰、宗教或政治觀、國籍或關係而優先。

b) 立法者對於各該職務的資格標準之制定以及於職務義務之形塑, 依此職務義務以判斷申請人對於公職之

資格，原則上有廣泛之形成自由。此等形成自由之界限由其他憲法規範內之價值決定而產生；尤其基本權利界定了立法者形成自由之界限。於公務員關係內基本權利亦有適用，就此公務員之義務範圍依據基本法第 33 條第 5 項限制主張基本權利之法律上的可能性（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 39, 334 [366 f.]）：公務員於公務內基本權利之行使得界定界限，該界限由對於公職務之一般要求或由各該公職務之特別要求而產生（參閱聯邦行政法院裁判如 BverwGE 56, 227 [228 f.]）。當進入公職務之門鑑於申請人未來之行為已然被拒絕，而此等行為乃受基本權利之保障時，由此為依據的資格欠缺之看法必須於所涉及之基本權利之前說明理由。

c) 透過主管機關對於申請人就其所追求之公職之資格的判斷乃針對關係人之未來職務能力並且同時含有一項預測，此等預測要求一項申請人整體性格之具體的及針對個案的評價（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 39, 334 [353]; 92, 140 [155]）。其亦涵括一個預先的看法，乃關於關係人是否能履行於其所追求之公職內所負有之公務員法上之義務。於此等預測之判斷時主管機關享有廣泛的判斷餘地；透過專業法院之審查根本上限於主管機關是否由不正確之案例事實出

發而對於公務員的及憲法上的範圍判斷錯誤，未尊重一般有效的價值標準或進行非專業的權衡（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 39, 334 [354]; 聯邦行政法院裁判 BVerwGE 61, 176 [186]; 68, 109 [110]; 86, 244 [246]）。主管機關關於申請公職務的申請人資格之預測必須按照課予公務員之義務為標準（公務員法綱要法第 35 條以下；巴登符騰堡邦公務員法第 70 條以下）。期待申請人履行之職務義務，必須在法律上充分地被確定以及必須尊重透過其基本權利界定之界限。

2. 此等課予公務員之義務—作為教師在學校內不應透過遵循宗教上依據的著裝規定明顯表示自身歸屬於一個宗教團體，乃侵犯由基本法第 4 條第 1、2 項所確保的個人的信仰自由。（此等義務要求）使得關係人陷於如下選擇，若非行使其所追求之公職，就是承擔對其而言乃是義務的外觀上宗教的著裝要求之後果。

基本法第 4 條於第 1 項保障信仰、良心以及宗教的與世界觀的信念自由，於第 2 項保障不受干涉的行使宗教之自由。基本法第 4 條的這兩項含有一種廣泛以理解的一致的基本權利（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 24, 236 [245 f.]; 32, 98 [106]; 44, 37 [49]; 83, 341 [354]）。其不僅涉及信仰或不信仰的內部自由，更是包括了表明信仰以及傳播信仰之外部自由

(參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 24, 236 [245 f.])。就此亦屬之者乃是個人整體之行為以其信仰之理論為準，同時依照其內部之信仰理念而行為。此不僅牽涉強制的信仰規範，亦係牽涉如下的宗教信仰，此等宗教信仰確定了某行為作為應勝任的生活情況的正確行為 (參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 32, 98 [106 f.]; 33, 23 [28]; 41, 29 [49]) 。

在基本法第 4 條第 1、2 項確保的信仰自由乃毫無保留之保障。因此其限制必須由憲法本身而來。第三人及憲法位階之團體價值亦屬之 (參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 28, 243 [260 f.]; 41, 29 [50 f.]; 41, 88 [107]; 44, 37 [49 f., 53]; 52, 223 [247]; 93, 1 [21])。此外毫無保留受保障之信仰自由之限制需要一項充分確定的法律依據 (參閱聯邦憲法法院裁判 BverfE 83, 130 [142]) 。

3. 基本法第 33 條第 3 項亦有涉及。依該規定，進入公務機關之許可不受宗教信仰之影響 (第 1 句)；任何人不得由於歸屬或不歸屬於某項信仰或世界觀而受不利 (第 2 句)。因此介於進入公職之許可與宗教信仰間的一項關聯已被排除。基本法第 33 條第 3 項首先乃針對一項直接與歸屬於某種確定的宗教相連結的不平等。此外該規定無論如何亦禁止出於如下理由被阻止進入公職務，此等理由係

與在基本法第 4 條第 1、2 項所保障之信仰自由不符 (參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 79, 69 [75])。此等理由亦不排除所謂的職務義務的論據，此等職務義務介入公務員與追求公職者的信仰自由，並且因此加深受信仰拘束的求職者進入公職之門的困難甚或排除之 (其進入公職之門)，對於毫無保留受保障之信仰自由之限制，此等理由應符合嚴格的合憲正當性之要求；此外不僅在論證上，亦在貫徹此等職務義務之實務上亦需尊重嚴格的平等對待不同的信仰流派之誠命。

4.a) 提起訴訟人於學校內戴頭巾之行為亦屬於基本法第 4 條第 1、2 項確保的信仰自由之列。提起訴訟人按照由專業法院所為以及於人民基本權利受侵害之憲法訴訟程序中不受懷疑的事實的確定視戴頭巾之行為乃係就其本身有拘束的由其宗教預先規定的教規；遵循此等著裝規定對其而言乃係其宗教信仰之表達。此與伊斯蘭信仰是否以及到何種程度規定女性遮掩臉部的爭議問題無關。雖然並非每個人的每一行為單單僅依照其主觀的決定得被視為特別被保護的信仰自由的表達；毋寧於尊重由個人表達其信仰自由的行為時各該宗教團體之自我理解不得不作考慮 (參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 24, 236 [247 f.])。女性公開戴頭巾之義務依其形態及表現作為伊斯蘭教有理有據的信仰規

律乃具充分說服力的得以被列入基本法第 4 條第 1、2 項之保護範圍（就此亦參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 83, 341 [353]）；就此專業法院亦已以憲法上無可責難之方式為之。

b) 假如有意行使的信仰自由與憲法位階之法益對立，並且此等自由行使宗教之界限係以充分確定之法律上基礎為依據。則此等看法一提起訴訟人欠缺履行中小學教師任務之必要資格，蓋其欲與中小學校內及課程上之職務義務對立而欲戴頭巾，以清楚表明其歸屬於伊斯蘭宗教團體一，以及以此為拒絕進入公職務之論據乃符合基本法第 4 條第 1、2 項。作為與信仰自由處於衝突矛盾的憲法法益，在考慮之列的，此處除了應對於世界觀的宗教的中立的義務之維護下而被履行的國家的教育委任之外（基本法第 7 條第 1 項），有家長之教養權（基本法第 6 條第 2 項），以及學校學童之消極的信仰自由（基本法第 4 條第 1 項）。

aa) 基本法就國家作為所有國民之居留地於基本法第 4 條第 1 項、第 3 條第 3 項第 1 句、第 33 條第 3 項以及透過威瑪憲法第 136 條第 1、4 項及第 137 條第 1 項連結基本法第 140 條奠定對於世界觀的宗教的中立義務。此禁止採用國家教會的法形式並且禁止給予特定的信仰特權或排除不同信仰者（參閱聯邦憲法法院裁判

BVerfGE 19, 206 [216]; 24, 236 [246]; 33, 23 [28]; 93, 1 [17]）。國家必須尊重以平等原則為依據的對待不同的宗教與世界觀團體（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 19, 1 [8]; 19, 206 [216]; 24, 236 [246]; 93, 1 [17]）並且不得將自身與某特定宗教團體視為一致（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 30, 415 [422]; 93, 1 [17]）。基本法的自由的國家乃具有對於世界觀的宗教的信仰多元的開放為特徵並且以此建立了一幅人類形象，此等形象由人性尊嚴以及自我決定及自我負責的人格的自由發展而鑄造（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 41, 29 [50]）。

然而對於國家宗教的世界觀的中立性的誠命並非作為於嚴格意義上國家與教會分離的有距離的行為，而係作為一個開放的廣泛的，對於所有理念的信仰自由同樣支持的行為而理解。基本法第 4 條第 1、2 項亦要求積極的意義，確保積極的實行信仰信念以及於世界觀的宗教的誠命上實現自主人格的空間（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 41, 29 [49]; 93, 1 [16]）。國家不得以特定政治的或意識型態的或世界觀的方向為名，推行有目標的影響或自行透過由其出發或算作其所為的措施明文的或可從中推論的視為與某特定信仰或某特定世界觀一致，並且藉此由其自身危害社會的宗教的和平（參閱聯邦憲法法院裁

判 BVerfGE 93, 1 [16 f.]。宗教的世界觀的中立性原則亦禁止國家如此地去評價信仰與一宗教團體的教義（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 33, 23 [29]）。

此適用於迄今對於國家及宗教關係的理解，如同於聯邦憲法法院裁判實務中所呈現者，特別亦是對於由國家作準備的義務學校，依據其宗教的與世界觀的概念的本質更是至為重要（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 41, 29 [49]; 52, 223 [241]）。準此，基督信仰的關聯於公立學校內的形塑並非全然禁止的；然學校對於其他世界觀的與宗教的內涵與價值亦必須是開放的（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 41, 29 [51]; 52, 223 [236 f.]）。在此等開放性之內基本法的自由的國家維護其宗教的與世界觀的中立性（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 41, 29 [50]）。就不同世界觀的與信仰方向的孩童的共同教養的緊張關係，必須於顧及寬容誠命作為人性尊嚴的表達（基本法第 1 條第 1 項）之下尋求一種調和（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 41, 29 [63]; 52, 223 [247, 251]; 93, 1 [21 ff.]; 參閱下述 dd 有詳細說明）。

bb) 基本法第 6 條第 2 項第 1 句保障家長之照護與養育子女作為自然的權利，並且亦與基本法第 4 條第 1 項共同涵括就宗教的與世界觀方面的

孩童的教養權利；因此，向子女介紹其認為正確的信仰與世界觀的問題的信念首先係家長之職責（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 41, 29 [44, 47 f.]; 52, 223 [236]; 93, 1 [17]）。如同使子女遠離對家長而言係錯誤或有害的信仰理念之權利（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 93, 1 [17]）。惟基本法第 6 條第 2 項並未包含家長之專屬的教養的請求。家長之外國家同樣位階的，就其根據基本法第 7 條第 1 項的關於整體學校事物監督的委託於其範圍內獨立的行使於學校內一項自身的教育的委任（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 34, 165 [183]; 41, 29 [44]）。此等委任細節如何履行並且尤其是於何等範圍內宗教的關聯在學校內應有之位置，則應按照於基本法內，特別是於基本法第 4 條第 1、2 項，樹立各邦的形成自由的界限（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 41, 29 [44, 47 f.]; 52, 223 [242 f.]; 參閱下述 dd 有詳細說明）。

cc) 最後由提起訴訟人主張的透過於學校內及課程上戴頭巾實行其宗教信仰之自由涉及男女學童的消極的宗教自由。基本法第 4 條第 1、2 項，同樣地保障消極與積極的信仰自由的表達方式，亦保障了遠離一項並非受認同的文化行為的自由；此亦涉及表述信仰或宗教的儀式與象徵。基本法第 4 條聽憑個人作決定，其承認

並崇拜以及拒絕哪一個宗教的象徵。即便個人於一個不同宗教理念各有空間的社會中並沒有請求不受陌生的信仰表達，宗教儀式的行為以及宗教的象徵的打擾之權利。由此應區別者乃係一種由國家創設的狀況，於此等狀況下個人沒有避免某特定信仰影響的可能性，沒有避免於此等狀態內國家自行展示的行為的可能性，沒有避免於此等狀態內國家表述的象徵的可能性（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 93, 1 [15 f.]）。就此點而言基本法第 4 條第 1、2 項正是於生活領域內發展其確保自由的影響作用，此等作用並非聽憑社會的自行組織，而是由國家來作準備（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 41, 29 [49]）；此處確證了基本法第 140 條連結威瑪憲法第 136 條第 4 項，依此禁止強迫任何人參加宗教訓練。

dd) 基本法在學校事物上給予各邦廣泛的形成自由；於關涉公立學校的世界觀的宗教的清楚鮮明的形成上基本法第 7 條亦給予各邦廣泛的自主性並且於各邦的學校高權範圍內自有義務學校的基本的自由的形塑（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 41, 29 [44 f.]; 52, 223 [242 f.]）。於顧及寬容的誠命之下去解決介於一方面教師的積極信仰自由以及國家就世界觀的宗教的中立義務，以及他方面的家長的教養權以及學生的消極信仰自由之

間的無法避免的緊張關係，乃是民主的邦立法者之責任，其應於公共的意思形成過程尋求對於所有人皆可期待的妥協。其於規定中必須以下列情況為準則：一方面於基本法第 7 條學校的範圍內於維護家長的教養權之下允許世界觀的宗教的影響，以及他方面基本法第 4 條的誠命，盡最大可能的去排除為某個特定的學校形式世界觀的宗教的強制的決定。此等規定必須共同得見，其之解釋與影響作用範圍必須相互一致協調。此包括，各邦能夠為不同的規定，蓋就所應尋求的折衷辦法亦得顧及學校傳統，人民的宗教信仰的組成以及其或多或少的強烈的宗教的根深蒂固（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 41, 29 [50 f.]; 93, 1 [22 f.]）。

此等基本原則亦適用於下列問題之回答，於何等範圍得使教師在其個人的信仰自由的基本權利的限制之下就其於學校內的舉止及行為承擔涉及維護國家的世界觀的宗教的中立性之義務。

5. 透過教師人員引進的學校與課程內的宗教的或世界觀的關聯可能會妨礙於中立性之內應實現的國家的教育委任，家長的教養權以及男女學童的消極信仰自由。其至少開啟了一個影響學童的可能性以及與家長的衝突，此等衝突可能導致學校和平的干擾以及危害學校教育委任之實現。宗

教上的有意的並且解釋為一種信仰信念的表明之教師的穿著可能有此等影響作用。但就此僅僅關涉抽象的危險。此等僅只是危害的可能性或衝突的可能性，根據教師人員的舉止以及並非僅是一具體的行為，其自身作為一個影響的嘗試或對於被託付的學校學童傳教的表述，應被評價為作為公務員法的義務之侵害或作為公務員關係內阻礙聘任的資格證明的瑕疵，蓋藉此隨著基本法第 4 條第 1、2 項而來的毫無保留受保障的基本權利的限制允許以足夠的特定的法律依據為先決要件，而此處則缺乏此等規定。

a) 於判斷下列問題，即是否某項特定的服裝穿著或其他外在的標誌依據一個象徵的形式具有一個宗教的或世界觀的思想內涵時，同樣的應考量被使用的表達工具的影響作用如同所有就此列入考慮的解釋可能性。有別於基督教的十字架（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 93, 1 [19 f.]），頭巾由其本身而言不是一個宗教的象徵。只有當與戴頭巾的人以及此等之其他行為有關聯時才可能發展一個可比較的影響作用。由信仰伊斯蘭教的女性所戴的頭巾乃代表對至高的不同的思想內容與價值觀念的簡略記號。

在作為有意識的義務的遵守宗教依據的著裝規則的要求之外，其亦得被解釋為堅持出身的社會的傳統的標誌。最近伊斯蘭教的根本主義的一個

政治的象徵在頭巾上被認益有強化之勢，此等主義表達與西方社會價值劃清界限，如個人的自我決定以及特別是婦女的解放。然按照亦於專業法院的訴訟程序中言詞審理時確認的事實確定前述者並非提起訴訟人及其戴頭巾所欲傳達的信息。

於言詞審理時所聽取的專家 Dr. Karakasoglu 女士已經以由其所執行之對大約 25 位的信仰伊斯蘭教的教育系女學生—其中有 12 位戴頭巾—的問卷為基礎說明了，由年輕女性所戴的頭巾，亦為維繫散居在不同信仰地區情況的自我認同，並且同時顧惜到雙親的傳統，作為戴頭巾的理由。此外被提及者還有一種要求，透過對於性的無法掌控性要求較多自主的保護以及自我決定的統合。戴頭巾雖然公開的表示宗教傾向的地位價值，亦被理解為個人決定的表示並且沒有牴觸現代化的生活。依據受訪之女性的理解維護其差異乃是統合的先決要件。以由專家所進行與評價為基礎的質的訪談雖然對於所有生活在德國的伊斯蘭教徒並非具代表性的見解；惟研究之結果顯示，由於動機的多樣性頭巾的意涵不得被減縮為女性的社會壓制的標誌。毋寧，頭巾對於年輕的伊斯蘭教的女性也可能是一個自由選擇的方式，以便過著不與出身文化脫節的自我決定的生活。就此等背景不能證明，提起訴訟人僅透過戴頭巾即

欲對信仰伊斯蘭教的女學生就符合基本法價值觀念的女性圖像之發展或此等轉化於其自身的生活中造成困難。

就此等問題之判斷，是否一位女教師於學校內及課程上戴頭巾之意圖可據為資格的欠缺，應視頭巾對觀看者發生之影響（客觀的接收者之視野）而定；因此於判斷時必須考慮戴頭巾中得如何被理解的所有可想像的可能性。此並不改變，提起訴訟人雖就其始終公開戴頭巾的決定以可信的方式告知出於宗教上的理由，而就其此等行為得援引與人性尊嚴（基本法第1條第1項）的最高憲法價值關係密切的基本法第4條第1、2項之保護（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 52, 223 [247]）。

b) 鑑於宗教的表達手段的影響作用則應區分，此處有問題的標誌根據學校機關的動議或根據個別教師的自我決定被使用，而後者就此得請求基本法第4條第1、2項保障的個人的自由權。若國家忍受教師於學校內的基於個人的決定以及表明出於宗教理由的穿著，則此不得以國家將宗教的象徵引進學校內的規制相提並論（參閱聯邦憲法法院近期裁判 BVerfGE 93, 1 [18]）。此等國家，忍受與戴頭巾連結的一位個別的女教師的宗教的思想內容，並非即指此等思想內容不是透過其自身可歸咎以及此思想內容亦不必是由於國家有意的而被歸咎。

惟由一位女教師出於宗教的理由戴頭巾的影響作用得因此達到特別的強度，蓋學生就求學的整體期間沒有避免可能性的必須面對立於講授課程中心點的女教師。他方面由教師而來的一種服飾的宗教的思想內涵對學童可能有區別的解釋並且亦因此減削其影響效力。

c) 由於擔憂提起訴訟人的頭巾對於學童的宗教傾向的特定影響而認定的職務義務之侵犯無法以確定的經驗性基礎為依據。

於言詞審理時所聽取的專家 Dr. Bliesener 教授的意見說明了，由發展心理學的觀點而言，目前尚未有確切的發現能證明單僅透過每日遇到一位於學校內及課程中戴頭巾的女教師對孩童之影響。只有當介於家長及教師之間的與女教師的頭巾有關的可能形成的衝突加入，特別是對於男女學生形成負擔性的影響始可預料。其他兩位由本庭聽取的專家，心理部主任 Leinenbach 女士以及 Dr. Riedesser 教授，亦未陳述與此不同之發現。一種如此未受確定的發現情況尚不足作為一項不確定的法律概念「資格」的官方的適用之依據，而此等證明嚴重侵犯提起訴訟人由基本法第4條第1、2項而來的基本權利。

d) 就提起訴訟人由於拒絕於學校內及課程中摘下頭巾而欠缺資格之拒絕無論如何缺乏一項充分的特定的法

律依據。

由學校機關及專業法院所提出之觀點，提起訴訟人之意欲於學校職務時戴頭巾，就此係欠缺資格之根據，蓋從一開始應預防性的避免對男女學生可能發生的負面影響以及不排除介於教師與學生以及與家長之間的衝突，現今不能合理化對提起訴訟人由基本法第 33 條第 2 項而來之準基本權利之侵犯以及因此隨之而來的其信仰自由之限制。就透過戴頭巾的女教師的出現對學校和平的具體危害於專業法院之訴訟程序沒有顯而易見的明確之論據。就與家長拒絕其子女透過一位戴頭巾之女教師而受教的可能發生的衝突之憂慮，不能以提起訴訟人作為實習生迄今的教師能力之經驗為依據。於巴登符騰堡邦規定的公務員暨學校法之法律狀況尚不足就一種以抽象的危害之防禦為依據禁止教師於學校內及課程上戴頭巾。單是此等不排除未來之衝突的事實—由一般公務員法的資格要求而導出一項職務義務，依此義務提起訴訟人於學校內及課程上必須放棄透過戴頭巾實現其信仰，並沒有以此目的而設之法律依據。

公務員法上依據前述 B.II.4.b) aa) 所述國家於學校領域就世界觀的宗教的中立性義務之理解既非在邦公務員法第 11 條第 1 項包含的資格的概念中，亦非於同法第 70 條以下就公務

員所規定之義務，此些義務於謀求公職者之資格判斷時作為引導方向被考慮，得作為一項教師義務的根據，而使對於某特定宗教或世界觀之歸屬無法從外在辨識出來，以便預防的應付可能的危險。

依據邦公務員法第 70 條第 1 項第 1 句公務員為全體國民服務，依據第 2 句之規定公務員必須公正不偏袒的履行其任務以及必須考慮全民之福祉執行其公務。公務員依據邦公務員法第 70 條第 2 項透過其整體之行為擁護基本法的自由民主的基本秩序以及贊成此等遵守。並非明顯者係提起訴訟人透過戴頭巾應因此被阻礙。邦公務員第 72 條之自制誡命，依此公務員於實行政治行為應遵守自制與節制，乃因其相對於公眾之地位以及考慮到其公職之義務而來，此並未包括出於宗教理由戴頭巾的情況。前述本身亦適用於公務員之義務，就其職業全心全意的奉獻（邦公務員法第 73 條第 1 句），按照全然之良心無私的執行其公職（邦公務員法第 73 條第 2 句）以及其行為於公職內及公職外以勝任符合其職業要求的尊重及信任為準則。由此些一般的公務員法上之義務無法導出一項作為公立中小學的女教師出於宗教理由而戴頭巾的限制基本權利之禁止。最後，根據邦公務員法第 94 條對於教師亦無特定公職服裝之規定。

1953年11月11日（GBl. BW S. 173）版本的巴登符騰堡邦憲法第11至第22條關於教養與授課之規定以及1983年8月1日（GBl. BW S. 397）版本的巴登符騰堡邦之學校法（SchG），特別是該法第1條及第38條並未包含如下規定，根據此等規定一般公務員之義務對於教師而言無疑的需具體化自制與節制，而於學校內不應穿著得以辨識其歸屬於某特定宗教團體的服裝或其他標誌。從而就信仰伊斯蘭教的女教師由於其已解釋的於學校內戴頭巾之意圖，而剝奪於中小學任公職之資格並且因此限制其基本法第4條第1、2項之基本權利之決定，目前欠缺必要充分確定的法律依據。

6. 主管之邦立法者有形成自由，去規範迄今欠缺的法律依據，如於憲法上規定的範圍內於學校中宗教的關聯可容許的限度為新的規定。同時必須於以適當方式考量到教師以及有關學生的信仰自由，家長之教養權以及國家對於世界觀的宗教的中立性義務。

a) 聯邦行政法院於被指摘的判決以及其他判決等中強調，中立性之誠命逐漸以增強的文化的與宗教的多樣化一於沒有信仰的學生日益增多之中一，逐漸獲得意義，並且不應鑑於以下考量而放鬆，即此期間於德國的文化的、民族的以及宗教的多樣化亦同

時塑造了學校生活。於言詞審理中，許圖加特市最高教育處之代表 Dr. F. Kirchhof 教授亦指出，國家於學校領域內就世界觀的宗教的義務鑑於變遷的關係從現在起必須更嚴格的執行。

與漸增的宗教多元化相關聯的社會變遷，得成為在學校內就宗教關係事項之許可範圍制定新規範之理由。由一項據此為目標的在學校法內的規定對於教師可以得出其一般公務員法上之義務亦涉及其外在行為的具體化，此等外在行為使得其與特定的信仰信念或世界觀的聯繫更清楚明確。就此點而言，於尊重憲法上的規定之下信仰自由的法律上限制亦是可想像的。若一開始可以預見，一位求職者此等的行為規則無法被履行，則其因此被認為資格欠缺得提出異議。

一項對於教師由外在持續明顯的得辨識其歸屬於某特定宗教團體或信仰傾向之禁止規定係國家與宗教於學校領域內的關係規定的部分。於社會中增強的宗教的多樣此處特別清楚的反映出來。學校是不同的宗教觀互相不可避免碰見的場域，同時亦是此等並立以特別敏感的方式發生影響作用之場域。一種與其他信仰態度者之寬容的共存能於此處透過教養長遠持久的被練習。此不必是自己的信念的否認，而是提供自己的觀點予以認識及鞏固的機會，並且提供一種相互的寬容，且不是作為平均化的調和而理解

(參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 41, 29 [64])。因此應就此提出理由，採納於學校內漸增的宗教多元化並且就互相寬容的熟練作為手段利用，以提供致力於統合之貢獻。他方面被描述的發展亦與於學校內可能的衝突之極大潛在有關聯。從而就此之理由可能賦予學校領域內國家的中立義務一種嚴格的並且較迄今之距離上的更多的意涵，準此亦透過一位教師的外在表現形象傳達基本上應使學生避開的宗教關聯，以避免一開始與學生、家長或其他教師之衝突。

b) 就針對變遷的關係之回答，就男女教師對其一般的公務員法上之義務特別是與衣著有關的以及其他於學童面前的顯露更進一步具體化的以及於學校內就宗教和平之維護的行為規則應如何被制定並且準此就教師職務之資格有何等要求並非行政應決定之事。毋寧，就此需要透過民主正當的邦立法者制定規範。對於事實的發展之判斷，是否相對的學生與家長的基本權利的地位或憲法位階的其他價值合理化此等規定，所有有信仰的教師負有外在節制使用與宗教有關聯的標誌之義務，立法者只能掌有一項預測優先權，機關及法院自身不能對此請求(參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 50, 290 [332 f.]; 99, 367 [389 f.])。此等假設，禁止於公立學校戴頭巾作為一項就國家與宗教在學校事物上的

關係的立法決定之要素能表述信仰自由的一項允許的限制，此亦與歐洲人權公約第 9 條一致(參閱歐洲最高法院於 2001 年 2 月 15 日就人權之裁判，NJW 2001, S. 2871 ff.)。

aa) 此等法律規定的憲法上必要性由國會保留原則而來。法治國原則及民主誠命課予立法者義務，就基本權利之實現自行制定標準的規範(參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 49, 89 [126]; 61, 260 [275]; 83, 130 [142])。就有疑問的生活領域到何等程度立法者必須自行決定必要的準則，以此等基本權利之關聯為準。一項對此之義務存在於，當互相競合的基本權利的自由權利相互交錯競合並且此些各該界限係流動的並且難以劃定時。此特別適用於，當涉及的基本權利，誠如此處積極與消極的信仰自由以及家長的教養權，按照憲法本文並無法律保留的受到保障以及意欲規制此等生活領域的規定因此必須確定其憲法內在的界限及具體化時。此處立法者負有義務，至少長遠的自行決定相衝突的自由權保障的界限，就實行此等自由權利的一項如此的確定如何始為重要的(參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 83, 130 [142])。

何時需要透過國會立法者為此等規定，只能鑑於相關的規範客體的各該專業領域及特性而判斷。就此憲法上的評價標準是基本法的主要的原

則，特別是由基本法內被確保的基本權利推斷之（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 98, 218 [251]）。雖然單僅是於政治上有爭議的此等規定之情況並不會導致此等規定必須被理解為重要（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 98, 218 [251]）。依據憲法基本權利的自由的限制以及介於競合的基本權利之間的調和乃保留給國會，俾確保此等影響範圍之決定由一項程序而來，此等程序給予公眾機會，去形成及支持其見解，並且督促人民代表，於公開的辯論中澄清基本權利干預之必要性與範圍（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 85, 386 [403 f.]）。

特別是在學校事物方面基本法之法治國的誠命及民主原則課予立法者義務，自行規定重要的決定並且不應讓與學校行政為之（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 40, 237 [249]; 58, 257 [268 f.]）。此正亦適用於變遷的社會關係以及學校內漸增的世界觀的宗教的多樣化與一項嚴格的對於每一宗教關聯的壓制應該被回答，並且因此國家的中立性義務於由憲法而來的新界限應被確立時。一項如此的決定對於介於教師，家長以及孩童及國家之間的關係的基本權利之實現有重大意義。

bb) 若此等於課堂內放棄戴頭巾或得辨識的其他宗教信念的特徵之規定，屬於一位女教師之職務義務，則

其係一項就國會保留之裁判實務的意義上具有重要性者。其極大範圍的干預了關係人之信仰自由。除此之外其牽涉不同宗教歸屬的人類不同強度的，依其是否認為遵循特定的穿著習俗乃係實行其宗教歸屬而定。與此相應的就特定的群體其有特別的排除的影響作用。由於此等群體關聯，一種超越此等就教師關於其對於個人的基本權利實行的意義之職務義務的論據，亦鑑於信仰自由的社會的秩序功能應得到重要意義。

最後職務義務需要引進，其禁止教師，於外在表現形象有意識的表明其宗教歸屬，亦因此需要一項明確的法律規定，蓋如此的職務義務，僅能以合憲—符合基本法第 33 條第 3 項—之方式為依據且被貫徹，只有當不同的宗教團體的歸屬者就此被平等對待時。若留給機關及法院，對於此等職務義務就存在及作用範圍由個案到個案依據每位教師於表現形象的宗教歸屬的可辨識的特徵的影響及衝突的潛在預測去決定，則此並非是同等限度被保障。

III. 於現行之基礎上認為提起訴訟人欠缺資格的看法與基本法第 33 條第 2 項連結基本法第 4 條第 1、2 項及基本法第 33 條第 3 項不符

只要沒有法律依據存在，且從其中可看出對於中小學教師存在的

一項職務義務的充分明確性，即應於學校內及課程上放棄其宗教歸屬的可辨識的特徵，則於現行法之基礎上認為提起訴訟人欠缺資格的看法與基本法第 33 條第 2 項連結基本法第 4 條第 1、2 項及基本法第 33 條第 3 項不符。由人民基本權利受侵害之憲法訴訟指摘的裁判侵害提起訴訟人於前述規定中受保障的法律地位。聯邦行政法院的裁判應予撤銷同時本案應發回聯邦行政法院更審（聯邦憲法法院法第 95 條第 2 項）。可以預料到此等程序在依據公務員法綱要法第 127 條第 2 款及邦公務員法第 11 條第 1 項的基礎上能被結束；資格此等準則性的概念就此應於符合—如果有修改之情況—邦學校法之規定去解釋及適用。

關於必要的款項償還之裁判乃以聯邦憲法法院法第 34 條之 1 第 2 項為依據。

C. 表決結果

本裁判以五比三之票數通過。

法官：Hassemer	Sommer
Jentsch	Broß
Osterloh	Di Fabio
Mellinghoff	Lübbe-Wolff

不同意見書

法官 Jentsch, Di Fabio 以及

Mellinghoff 針對第二庭於 2003 年 9 月 24 日之判決所提

— 2 BvR 1436/02 —

本庭多數意見認為，當一位公務員之特定的職務義務與其宗教的或世界觀的自由有關聯時，其僅得透過國會法為依據。此等看法迄今既非見於裁判實務及文獻亦非由提起訴訟人所主張。依此等見解則不僅是依照國家於學校教育暨養育範圍之中立性應由法院闡明的原則上的憲法問題未被裁決，亦是導致於權力分立體系以及於進入公職務時對基本權利的效力之理解在基本法內未規制的一項錯誤的意義。本則裁判對明確被表示的巴登符騰堡邦眾議院的本意不予理會，提起訴訟人之本案不需制頒形式之法律；而且其不讓人民代表瞭解如何制定一項合憲之規定。最後本庭多數意見未給予邦立法者可能性，去適應由其所認為的新的憲法法的狀況，並且疏忽耽擱地未告知司法及行政，其至一部邦法律制頒前應如何行事。

I. 進入公職，沒有等值的法益之衡酌

本庭多數意見錯誤地認定一項對提起訴訟人之宗教暨世界觀之自由的嚴重侵害，以便合理化一項法律保留。對此其就公務員基本權利保護的功能之界限認識錯誤。於進

入公職務之情況，沒有等值的法益之衡酌情況；於學校內就基本權利之實現重要的法律關係首先透過學生與家長之基本權利保護而創造。

1. 凡欲成為公務員者，以自由意思決定站在國家這一邊。因此公務員不能如同不是被列入國家組織中之任何人以同樣方式主張基本權利之確保自由的影響作用。從而只有當由公共職務的特別的功能保留沒有得出限制時，於其公務之行使有透過基本權利確保的針對國家之自由的保證。公職教師於其個人的教育責任範圍內亦非基於履行自身的自由授課，而是基於公眾之委任及國家之責任。因而公職教師從加入公職起已不能享有如同家長及學生的基本權利保護；毋寧，教師應受基本權利之拘束，蓋其參與公權力之執行。

國家之行政對於公務員之職務義務的說法亦符合其由基本法第1條第3項而來之拘束；公務員之職務義務是此等人民之自由的反面，此等人民乃公權力於公職人員內所面對者。若將就其執行公職之職務義務託付予教師，則因此並非涉及侵害非國家的社會以及其以此依據國會法律保護人民之要求。國家藉由職務義務於其內部作用範圍內保障均衡穩定的，法律忠誠的暨憲法忠誠的行政。

本庭多數意見沒有充分地顧及此等結構差別。就此未予適切的理解一

方面教師的以及他方面學生及家長的基本權利的不同狀況。特別是求職者的法律地位—對此等求職者而言欠缺其所欲追求進入國家的組織領域內的法律上請求—，不得由針對國家的基本權利主體之防禦觀點視之。自願的進入公務員關係是一項由求職者自由的決定受公益之拘束並且對主管機關的忠誠，後者乃在民主中為人民以及透過人民之控制負責行事。凡欲成為公務員者，則不得一般的，或涉及特定的，事先可辨識的職務上或職務外的狀況拒絕自製之誠命以及職業上的中立性。是，無論如何下列情況與此等義務不符，即公務員利用職務於內在關係堅決的作為信仰的活動空間，彷彿作為基本權利開展的舞台。託付予公務員之任務乃存在於、專業的、實質的、實事求是的以及中立的協助民主的意志，亦即，法律之意志以及負有責任的政府的意志有效實現，並且在此作為個體放棄可能適當地實現人格之請求，放棄於職務關係製造衝突並且因此放棄製造實現民主的意志形成的障礙。

2. 原則上公務員與以下人民的區別在於，透過公權力之措施後者隸於一種特別地位關係之下，在這種情況下不能更換至國家的領域，而僅是進入一種法律上的特別關係，如同在國家的義務，學校內的學生以及對其負有教養權之家長（參閱聯邦憲法法

院裁判 BVerfGE 34, 165 [192 f.]; 41, 251 [259 f.]; 45, 400 [417 f.]; 47, 46 [78 ff.]) 或在執行中的刑罰受刑人 (參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 33, 1 [11])。因此下列之見乃是錯誤的，強調基本權利的地位於內部職務領域—在為反對特別權力關係的制度而戰鬥之後—能夠為基本法的自由思想再打一場戰役。本案情況正是相反。凡將負有基本權利義務之教師理解為基本權利主體並且以此將其自由之請求針對學生及家長者，乃是減縮了此些人之自由，為此之故於學校法內法律保留的重要性理論被擴展。

公務員對於國家之關係乃是一種特別接近的關係，其由憲法所承認並且顯示作為有值得保持的受人尊敬的專業合法性證明。公務員依據基本法所衡量的設想應絕對是有自由意識的國民—否則對於自由的憲法之忠誠僅是一項口頭上的表白—，然公務員應同時尊重職務義務之原則上的優位以及體現於其中的民主的機關之意志。公務員作為人格不是單純的「執行工具」，即便當他決心為人民福祉效勞時。凡欲成為公務員者，必須奉公守法的將自己在重要的基本原則問題上以及在其職務義務的履行上視為與憲法國家一致，蓋反之則國家亦透過其公務被代表以及因此被視為與具體之公務員一致。所有公務員之原則乃由此等相互及接近的思想所支配。

因此公務員的或對一項公職之求職者的基本權利的自由請求一開始僅於其符合此等專業性之範圍內而受保障。當就職務運作沒有應被擔憂的阻礙時，其適應於此等公職務的必要性。與此等功能保留不同的其他一切對於公務員於職務的基本權利請求係與憲法之協調不符。否則此等憲法解釋將可能開啟一項在基本法內並未具有之矛盾。基本權利以其保障介於政治的統治與國家之外的自由的社會之間的距離之規定，正是不應於憲法欲為一種特別的接近關係並且因此原則上排除相互間的距離之處而開展。

基本權利正是由於國家的統治界限之故而維護介於人民與國家權力之間的距離 (Loschelder, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts, Band V, 2. Aufl., 2000, § 123, Rn, 16; Di Fabio VVDStRL 56, S. 235 [253 f.])。惟此等基本權利最首要的功能不得受限制的於該處開展，即此等距離正應是透過劃入國家而被取消並且因此由憲法上不欲為距離之處。因此於一項由憲法的制度上所意欲的接近關係之內此等最原始的基本權利功能不能獲得效力，在沒有提出接近關係以及對於一種民主的指引的公職務的憲法的決定之問題時。

3. 於基本法第 33 條第 2 項特別的平等權範圍內資格證明之判斷不得與侵犯基本法第 4 條第 1 項之自由領

域混淆。

古典的自由權利的要件以及正常情況乃是公權力侵入人民之領域。與此不同之狀況是人民走向國家，從公眾要求給付或為公眾服務。此處不是公權力侵入社會，而是基本權利主體尋求接近國家的組織，追求此等行為，尋求一種法律關係。

本件人民基本權利受侵害之憲法訴訟指摘由基本法第 33 條第 2 項連結基本法第 33 條第 3 項之侵害並因此援引一項特別的平等權。惟法律保留不涉入就此孤立的主張或與一項給付請求連結的平等權利。此等平等權利之違反並不導致一項得致使法律保留的自由權利之侵害。此等侵害狀況之進行不同：一位教師之任命，此教師其個人無法為在課堂內一項中立的職務執行擔保，乃間接的損害學生及其家長之基本權利，就此點而言最多只能鑑於學生及家長的自由之保護就一項法律之必要性被討論。

當國家禁止某人至少亦是由於宗教理由在公共場所戴頭巾，無疑是侵害宗教自由之基本權利。反之當公務員於一種已經由憲法上視為中立的特定的領域—此處於一所國家的義務學校內的課程上—並且作為公眾的代表戴上宗教上被理解的標誌，則其並非行使一項對其而言作為獨立之個體在社會空間內應當得到的自由。公務員於公務上之自由的開展從一開始透過

專業必要性並且特別是職務的憲法上的安排而受到限制—若不然則人民意志之實現乃因作為國家的代表之自由的請求過度而落空。在履行學校職務上教師須尊重學生及其家長的基本權利，其不僅是站在國家這一方，國家更是透過教師而行為。凡視公務員—先不考慮法律地位問題，相對於其主管機關乃不受限制之基本權利擁有者，則鬆綁了為孩童及家長之自由之故而設之介於國家與社會間之界限。其因此忍受民主的意思形成之貫徹變得困難，並且取而代之的為一項難以受控制的介於教師、家長及學生之間基本權利之地位的法律上衡酌鋪平道路。

4. 是故最後不需要一部法律，蓋公務員資格證明之判斷在一種對於基本權利重要的法律關係內開展間接的作用。雖然法律保留之效力於學校法中在過去為了家長及學生之故被擴展，然並非為保護公職教師。公務員關係作為一種介於人民與國家之間的特別接近關係不同於學校法乃以其針對外部的並且對家長權產生影響的給付性質正是不能作為由公務員的基本權利請求而被創造的法律關係來理解（參閱 Oppermann, Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentages, 1976, Band I, Teil C Gutachten, 公立學校事物以及參與其中者之地位應依據哪些法律上的原則規範之？, C 46f.）。

於重要性觀點之下，僅當某一邦許可於課堂上使用頭巾或其他適足以引起衝突的宗教的或世界觀的象徵時，始能具有意義。蓋若如此則一種基本權利的危險狀況亦毋須有已被具體主張的侵犯學生及家長的基本權利時已儼然形成，此等需要法律的規定。反之迄今仍未有支持於重要性觀點之下法律保留擴展至教師在執行其職務行為時有對自由之請求之見解者。

II. 公務員之中立義務由憲法本身而來，毋須另有邦法之基礎

公務員之中立義務由憲法本身而來，其毋須追加的邦法之基礎。凡是無法就一項於其整體行為而言係中立的，適合各該職務上之要求的職務執行提供擔保之公務員，乃不適任基本法第 33 條第 2 項意義上的公務員（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 92, 140 [151]; 96, 189 [197]）。

本庭多數意見之理由，在沒有適切的考量由基本法於第 33 條中所為之結構決定之意義，即將基本權利之自由的請求廣泛地推展進入公務員法。從而此等看法與憲法就社會與國家之關係的基礎之思想內容不一致。被錯誤判斷者特別是在實現民主之意思時公職務之地位。

1. 凡追求公職者，乃於積極的

法律地位上接近公權力並且追求一如同本案之提起訴訟人—之於國家的一種特別的職務暨忠誠關係的成立。於公職務的任務及目的就此所要求之範圍內，此等特別的，透過基本法第 33 條第 5 項於憲法上受到保障的義務地位，原則上亦與就公務員之基本權利的有效的保護重疊（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 39, 334 [366 f.]）。與此相應的乃亦是由基本法第 33 條第 2 項得出的給予國民同等地進入公職之請求，僅當求職者滿足此等準基本權利的構成要件的先決條件時—資格、能力、專業（表現）成績。主管機關有權利並且根據憲法負有義務，去確定一位求職者就一項公職務之資格（基本法第 33 條第 2 項）。

於裁量決定範圍內所進行的就資格、能力及專業表現成績的判斷係一種價值判斷知識的行為，此等行為僅得由法院為有限制之如下審查，是否行政之判斷係基於一項不正確的事實，以及是否於其得自由活動的公務員法及憲法上的範圍內認識錯誤。此外審查亦限於恣意之審查，蓋其並無納入公務員關係之請求（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 39, 334 [354]）。「資格」此一不確定的法律概念之解釋需要預測決定，在這件事上主管機關必須全面的評價各該職務由其長官所要求的特性的整體性（參閱聯邦憲

法法院裁判 BVerfGE 4, 294 [296 f.]；聯邦行政法院裁判 Bverw GE 11, 139 [141])。

在此種情況下，主管機關亦需去預測，是否求職者在未來將履行其所追求之公職的職務義務。就資格而言，不僅是公務員能勝任專業任務的擔保需算數，而且其個人就一項被託付的公職務之履行更亦是需滿足絕對必要的基礎的先決要件。就此等基本法第 33 條第 5 項具憲法位階以保護的先決要件而言，公務員中立的履行職務上任務的擔保屬之。於個案中對公務員之自制及中立性之程度得為何種程度之要求，不僅由一般普遍之原則決定，而更亦是由職務的具體的要求而定。

2. 由基本法所撰述之國家需要公職務，以便國民之意思實際上能有效實現。公職務實現國會立法者以及負責任的政府之決定；其具體化民主暨法治國原則（基本法第 20 條第 1 項）。憲法的設計以法形式的民主之統治者為目的。因此不僅是國會法律，亦是政府的政治領導需要有專門知識的、中立的公職務（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 7, 155 [163]）。就隸於公權力之下的人民而言，法律與法乃是一項事實一視同仁的被抽象一般的規定之形式保證。與此相符者，亦是被委任去轉化法律以及法形式上實現政府之政治意思的公務員，

相對於人民作為中立的管理代言人出現。

就法治國之決定要求受法律拘束的公務員作為政府的政治領導的平衡力量。其實現民主的意思。按照基本法的設計高權之任務通常託付於公務員（基本法第 33 條第 4 項）。公務員制度應依據專業知識，專業表現成績以及忠誠的義務履行而建立，確保穩定的行政並且藉此構成相對於形塑國家生活的政治力量的一種均衡的要素（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 7, 155 [162]; 11, 203 [216 f.]）。公務員必須不偏袒的及公平的履行其任務，於執行職務時必須顧及公眾之福祉，信守對國家忠誠並且於職務內外表現勝任其職業所要求的尊重以及信賴（公務員法綱要法第 35 條第 1 項；巴登符騰堡邦公務員法第 73 條）。其職務上的行為必須遵循專業正確性，法之忠誠，公平正義，客觀性以及公共福祉。此等義務在民主法治國家的任務之履行內構成人民的信任的一項重要的基礎。

3. 此等由此得出的公務員中立暨自制之誠命屬於由此帶來的公務員制度之原則（基本法第 33 條第 5 項）；其於公務員法綱要法第 35 條第 1、2 項，第 36 條以及邦公務員法（參閱巴登符騰堡邦公務員法第 72 條）獲得普通法上清楚的表明（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 7,

155 [162]; Battis, in: Sachs, GG 3. Aufl., 2003, Art. 33, Rn. 71; Lübbewolff, in: Dreier, GG, Band II, 1998, Art. 33 Rn. 78)。亦就宗教的與世界觀的領域內此符合國家的原則上之中立義務，此等義務正是由基本法第 4 條的信仰自由連結基本法第 3 條第 3 項、第 33 條第 3 項以及由基本法第 140 條連結威瑪憲法第 136 條第 1、4 項以及第 137 條第 1 項所得出（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 19, 206 [216]; 93, 1 [16 f.]; 105, 279 [294]）。就此點而言由基本法第 33 條第 5 項而來的公務員制度的原則乃是一項直接的憲法保留之論據，其從一開始即限制公務員基本權利行使的空間：為了保護並未劃入國家的組織之人的基本權利。

聯邦憲法法院迄今之裁判實務直接由基本法第 33 條第 5 項得出公務員之權利及義務。普通法上公務員的權利及義務之規定不規定憲法上之要求，係可能的並且在若干程度上有意義的（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 43, 154 [169 f.]）。自制與克制屬於直接由基本法第 33 條第 5 項為依據之公務員義務，特別是於其履行職務行為時。若公務員於職務時在政治上，世界觀的或宗教上並非採取中立的態度，則其違反課予其之職務義務，當其行為客觀上適當的，於履行公共任務而導致衝突或障礙時（參閱

聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 39, 334 [347]）。其正必須亦於宗教的及世界觀的事務上克制，蓋此乃為人民自由之故，對於國家，即公務員為之而行為之國家，所要求者。

國家及其機關依據基本法第 4 條第 1 項以及由基本法第 3 條第 3 項第 1 句、第 33 條第 3 項以及第 140 條連結威瑪憲法第 136 條第 1、4 項以及第 137 條第 1 項負有義務，在宗教的及世界觀的信仰的問題上採取中立的態度並且不危害社會中宗教的和平（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 105, 279 [294]）。亦因此公務員在已進入公職時依據憲法必須於未來的職務執行之範圍內對於一種中立的、而非挑釁的或挑動的態度提供擔保（基本法第 33 條第 5 項）。

4. 公務員之節制與中立於個案中得被要求之程度，不僅由此等一般的原則而確定，更亦是由具體的且時而有變的職務之要求而定。而此等要求亦不必作為由法律分別規定的職務義務，蓋此正是屬於公務員制度之標誌，即職務義務並非理解為公務員的自由之限制，而是由主管機關按照法治國的以及實質有效的行政的各該需求而確定。就判斷資格之標準對機關而言，亦是透過基本法第 33 條第 5 項關於中立性及克制的基本原則就此等重要的準則而預先確定。此等依據憲法直接有效的原則於學校關係內亦

毋須其他附加的法律上的具體化。就這點而言公務員之政治上自制義務的普通法上之誠命係宣告性的並且基本法第 33 條第 2 項、第 5 項意義上於進入公職時之資格判斷並非決定性的。

一般的中立義務於特別範圍內適用於在公立學校行使教師職務的公務員。教師履行國家的教育暨教養委任（基本法第 7 條第 1 項）。就此而言其對於課程以及學生之教養負有直接的教育之責任。根據此等功能其有可能以可對比為家長的方式對所託付之學生的發展產生影響。與此相連結的是基本權利上受保障的家長的教養權的限制（基本法第 6 條第 2 項第 1 句），只有當學校不僅在政治上，亦更是在宗教的及世界觀的領域內盡最大可能的謀求客觀性與中立性時，此等限制始能被忍受。因而此亦能適用，蓋家長依據基本法第 6 條第 2 項第 1 句亦在宗教的及世界觀方面有教養子女之權利，並且原則上能夠使其子女避離其感到錯誤的宗教信念（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 41, 29 [48]; 41, 88 [107]）。此等權利之重視屬於由基本法所要求的重要的學校之任務；其同時相對投射的確定應由教師去重視的職務義務。

III. 提起訴訟人所要求的不妥協的於學校課程內戴頭巾係與公務員之克制暨中立之誠命不符

當一位中小學女教師於課程上藉著其穿著使用客觀上適足以阻礙學校運作或於學校關係內招致基本權利的重要衝突的象徵，其乃違反了職務義務。由提起訴訟人所要求的毫不妥協的於學校課程內戴頭巾，係與公務員之克制暨中立之誠命不符。

1. 基本權利於行使公職務時亦就現代的、開放的、勇敢的國家公務員僅就以下情況受到憲法之保障，即在沒有確切的與主管機關的政治之意思形成相牴觸並且於執行受託付之公職務時並無功能之阻礙之虞時。本庭多數意見的此等看法，只有當具體危害學校和平的明顯的根據始足能夠否定一位追求公職者的資格，乃對資格判斷的標準認識錯誤。

本庭多數意見亦承認，教師出於宗教理由之著裝可能影響學生，導致與家長之衝突並且引起學校和平之干擾。對此特別是在衝突的情況亦需估計到對於較年幼的男女學生有形成負擔性的影響。此等潛在的危害情況對於教職候選人不能只是在抽象的危險的狀態之下，而須是危害學校和平的明顯的根據已係清楚明白時，始得提出異議。沒有已確鑿明顯的衝突時則不能斷言分發機關所認定之資格欠缺。

對此乃錯認基本法第 33 條第 2 項範圍內資格判斷的判斷標準。蓋因

終身的公務員由於職務義務之侵害而被免職時僅能依據由公務員制度而來的基本原則被限制並且以形式之懲戒程序方式始為可能，是主管機關必須於準備階段時即需關切：無法提供去遵守由基本法第 33 條第 5 項得出之職務義務之擔保者，不能成為公務員。對此之憲法上正當的手段乃是審查及決定求職者就所追求的職務是否具有必要的資格。對此不可消除的懷疑使得分發機關有權為一項否定的預測，蓋就此而言無法積極的確定資格（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 39, 334 [352 f.]）。此外為了保護孩童及家長的教養權的預防性的措施原則上不需要科學的經驗的一項危險狀況的證明（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 83, 130 [140]）。

因此參考由警察法上移植的抽象的危險的（概念）形態不能適切的解決資格判斷的衝突情況。毋寧在自由的憲法國家乃禁止拒絕給予公務員必要的資格，只有當透過其可預見的職務的行為對於特定的法益極有可能造成危害時，如同危險概念所涵括之意。以對具體及抽象危險之分級則無法說明人民與國家之關係的古典的侵害的門檻，尤其對於是國家的行政之責的分發的裁量之標準。當憲法國家自身必須針對自己的公務員—其乃體現憲法國家以及憲法國家乃透過其行事之公務員，引用警察法上之危險的

門檻，以便於職務上去監督其行為時，此乃不符公務員法上之功能保留。此猶有適用於提起訴訟人想要在一所國家的義務學校內教導中小學生—即在一個就學生及家長的基本權利敏感的範圍內。就這點而言重要的不是警察法上的危險狀況，或者危險的態樣，而僅是取決於，學校當局是否於不僅是邦法之規定，亦更是基本法第 33 條第 5 項意義上公務員制度之具憲法效力的原則之具體化上已經以可被理解之方式認定一項即將發生的義務之違反，本案顯然是此種情形。

2. 學校行政已經以資格談話之紀錄為證據，並且依據在聯邦憲法法院的言詞審理之表明完全地表示對於提起訴訟人的信仰信念的理解；惟提起訴訟人卻反之明顯的對於主管機關的中立性請求表示不予理解。其乃以置身事外的立場自認為—先不談如直接面臨的暴力的極端情況—於職務上放棄具有強大的宗教的與世界觀的表現力的象徵。先不談此等拘泥亦在一種可能的衝突內藉著伊斯蘭的宗教之信念引起對於提起訴訟人就主管機關之政治目標的首要忠誠的懷疑以及對於基本法的價值秩序的懷疑，則因此於資格判斷時麻煩已是眾所周知，此將顯著的加劇提起訴訟人於學校職務上全面的使用之困難並且將邦的權力帶到今日已係可預見的與學生及其家

長的衝突之中，但此同時亦可能有與其他教師之衝突。

在這種情況下由提起訴訟人所戴之頭巾不應抽象的或由提起訴訟人之看法而判斷，而應就具體的學校關係而為判斷。此等義務屬於對中小學女教師職務之要求—就其個人而言避免客觀的強力的表達政治的、世界觀的或宗教的象徵。於學校職務內教師應放棄使用此等顯著的象徵，其適足以引起在政治上、宗教上或文化上有爭議的議題上對教師中立性及專業的距離之懷疑。對此重要的並非任公職之教師與由其所使用的象徵有何主觀意涵上之關聯。具決定性者，毋寧是此等象徵的客觀影響。

一項如此之影響在具體變化無常的情況分別去評價，原則上係主管機關之職責，並且法院僅能於可信的及合乎邏輯的受限制的範圍內審查。就此等評價專業上有權限的行政最適任，職務義務之具體化傳統上係主管機關之專業領域。對此其需依變化無常的狀況做出反應。象徵的使用隨著時間的推移同樣已經改變如同透過其引起的激烈共鳴：可能是政治的紀念章（例如，「阻止史特勞斯」，「核能發電—不，謝謝。」），可能是源自於宗教上的符號如同 Osho 信徒主要的橘色服裝（聯邦行政法院裁判，NVwZ 1988, S. 937）。主管機關—最後是主管的邦部長在其國會的及政治

的責任上—以其特別的專門知識對於在學校關係內的功能之要求必須個別評估，即透過公務員對象徵的哪一種使用與一般的公務員法上以及與學校職務上特別的要求相符或應禁止之。

3. 介於抽象與具體危險之間的區別—如同本庭多數意見認為有意義的—就此乃無關緊要，從而迄今既非對於職務義務之調查亦非於資格決定之範圍內被納入考量。專業法院對於資格決定之指摘僅取決於，特定的象徵與公務員法的中立性誠命不符的評價是否由明顯有錯誤的事實基礎或由無法理解的結論所承擔。

受指摘的裁判中主要的看法，對提起訴訟人分發於巴登符騰堡邦一般的中小學有令人擔心的損害，係可被理解的。即使是本庭多數決亦認，一位女教師持續的於課程上戴著作為伊斯蘭信仰標誌的頭巾，無論如何引致「抽象的危險」。事實上由一位女教師所戴的—目前的—以含有客觀上宗教的、政治的與文化的意涵之具強烈表達力的象徵，侵犯了學生及家長之消極宗教自由以及家長之教養權（基本法第 6 條第 2 項）。正是一位在公立學校教師的此等明確地指向特定的宗教的或世界觀的信念的一件服裝之穿戴，可能引起其他宗教與政治方面持不同意見的學生與對其有教養權者的不諒解或拒絕並且與此類人士之消極的信仰自由的基本權利相碰撞，蓋學

生無法避免此等宗教信念的表明。

在公立學校的課程及教養係國家的給付，此等要求對孩童已成為法律上之義務。因此對孩童及其家長而言，參加學校之課程原則上無法避免。而且孩童的人生機會決定性的取決於學校制度的給付水準以及能力以及其對於實質合適之資助及教養之實務。從而，無法指望家長或國家，去等待由於已在分發的談話內可辨識之未來的衝突情況，此等衝突是否以及如何於個案發展。此外可想而知的，將預見若干家長的抗議，蓋其因此擔憂對其子女的損害。此外妨礙學校和平的可能性就提起訴訟人之個案亦已變得具體，就如於準備職務時之經驗以及由其他女教師拒絕的反應所顯示的一般。

4. 本庭多數意見認為，在一間教室入口的學校十字架與在學校課程內女教師的頭巾—對提起訴訟人有利的—係不能被比較之看法，乃對所涉及的學生及家長之基本權利的情況判斷錯誤。此處具決定性者，係在一所國家的義務學校內個別的學生聽命於何等影響以及屈從於國家之責任。若在一個深受基督信仰影響的環境在教室門上懸掛一個十字架—而非在教師背後的耶穌受難像（參閱聯邦憲法院裁判 BVerfGE 93, 1 [18]）—此等幾乎不再被視為消極宗教自由之侵害或家長教養權之侵害。孩童極少與一項

僅是日常生活中在牆上的客體有關聯，此等客體並無顯露對一位具體的人或生活事實的直接關係。太過者乃是十字架—超過其宗教的意涵—就源自猶太或基督信仰所孕育的價值關聯的，然開放的並且透過豐富的，亦是滿懷悲痛的歷史的經驗而成為寬容文化的一個普遍的文化符號。

反之女教師及男教師作為個人及作為人物—正是在小學以及在班級的領導功能上—對孩童有決定性的影響。一位女教師穿戴引人注目的服裝，將引起下列印象，給予提問誘因並且鼓舞模仿。專業諮詢人士 Bliessenner 教授於言詞審理時已詳加闡明了教師之行為會引起孩童之模仿：此乃由於小學的男女學生經常的緊密的情感上的聯繫關係，此等聯繫關係由教師人員出於教育的理由亦應致力而為，以及孩童的注意力明確清楚以教師人員為準以及同樣地與學校有關係的教師人員代表之權威。

提起訴訟人如下之解釋，即其將違反事實的回答透過頭巾所引起的問題並將違反其信仰信念而宣稱（頭巾）僅是涉及時裝配件等語，並非適當的能避免基本權利之衝突。蓋即便是孩童亦知曉如是之固定的，即亦在室內所蒙戴之頭巾的宗教意涵。此外學童不僅與女教師，而且更是與其家長以及其他之社會環境有相互關係。於其教養觀念範圍內如實的回答其子

女之問題的家長，將不得不去解釋，女教師之所以戴頭巾，乃因唯有如此其始能公開的維護其作為女性的尊嚴。但藉此對於非信仰伊斯蘭教之學生，此等學生亦可能有信仰伊斯蘭教但不認同女性於公開場合遮蒙（頭部）之誠命的家長，亦可能引起與其價值觀念之衝突。一個亦是政治文化的象徵的客觀上刺激作用可能超越在社會環境的反應而輕易的傳佈給孩童並且其可能導致如下的問題，在一種無法評判的價值的爭辯中，贊同女教師這一方或確定的拒絕頭巾的社會環境這一方，而家長亦可能屬於後者。就這點而言專業諮詢人士 Bliesener 教授於言詞審理時已指出對正處於小學學齡的孩童情感上可能過份要求，而此等要求可能出現在介於一方面教師人員與他方面家長們或與個別家長之間產生持續的衝突時。

5. 因此一項針對公務員著裝之自制職務義務，能由主管機關以適法之方式具體化，其毋須有危險狀況的經驗的證明，格外毋須要求者，係邦立法者透過科學的調查確定此等「危害」。立法者具有證明義務的一項法律保留對職務義務的單純的具體化及規制不僅體系上前所未見，亦會將自由的憲法國家繼續引領到一種閉塞的僵硬不動中。就資格判斷而言下列情況已足，即透過顯著的著裝象徵的使用以可被理解的方式顯示衝突是可能

的或甚至可知而知會出現衝突。

本案即然。蓋頭巾顯然的—由公眾就提起訴訟人所提之法院訴訟程序的反應已然顯示—無論如何亦作為政治的伊斯蘭主義以強大的象徵內涵承載的象徵並且相應的防禦反應是可預料的。強調一項介於女性與男性之間的道德上的區別亦屬於此等客觀的思想內容之意涵，此等區別亦是容易引起與主張男女平等、男女平權以及男女於社會的同地位為高度倫理價值者之衝突。

此等評價，在學校課程內固定戴頭巾係與公務員之世界觀的及中立性之義務不符，已透過所有三則具說服力的行政法院之判決沒有錯誤的表明出來。頭巾作為宗教的以及世界觀的符號對於女性在公開場合之遮蒙（頭部）的必要性無論如何於此時乃客觀上適足以引起對立與極端化者。

6. 提起訴訟人已經表示，若其以沒有遮蒙之頭髮公開露面，將感到尊嚴受侵害。即便當提起訴訟人沒有明確為相應之表示，相反的推論是可想而知的，即一位沒有遮蒙頭部的女性乃放棄其尊嚴。此等區別客觀上已適足以引起學校內的價值衝突。此等價值衝突不僅已在教師互相的關係間，更格外是在與家長的關係之間，此等家長之就讀於小學之子女根據經驗的正與其之女教師建立一種特別的關係。

孩童是否應盡可能及早面對其他的價值標準或一項存在的就女性尊嚴與其家庭不同的其他理解，在政治上或教育上是否正確或錯誤的問題，法律上並無權威決定性。重要的是，分發機關的評價—擔憂學校內部的衝突得否透過一位符合自制的教師直接避免之—是否可以被理解。就此主管的學校行政已為沒有錯誤之判斷。

由提起訴訟人所戴並認其乃是作為一種伊斯蘭教的女性遮蒙誡命的不妥協的履行義務，現今對於在信仰伊斯蘭教的團體之內及之外的許多人而言，乃是一項出於宗教依據的文化政治的思想內容，特別是涉及性別相互間之關係（參閱例如 Nilüfer Göle, *Republik und Schleier*, 1995, S. 104 ff.; Erdmute Heller/Hassouna Mosbahi, *Hinter den Schleiern des Islam*, 1993, S. 108 ff.; Rita Breuer, *Familienleben im Islam*, 2. Aufl. 1998, S. 81 ff.; Tariq Ali, *Fundamentalismus im Kampf um die Weltordnung*, 2002, S. 97 ff.）。本庭多數意見沒有賦予此等狀況足夠的意涵。因此亦無就此討論，是否在德國信仰伊斯蘭教之信徒之內或可能有並非不具決定性的或甚至漸增的人數將頭巾及遮蒙頭部當作一項由他們在他們的價值體制內被拒絕的社會的文化的挑戰而理解，並且尤其在其他信仰的多數人民之下是否以及以何等防禦的反應被考慮到。無論如何根據重要的古蘭經

評論家之見解，女性遮蒙頭部之誡命乃深植於—姑不論就此方向上其究竟是否有一項嚴格的誡命—一種必要性，即女性保持其為男性服務的角色。此等介於男女之間的區別與基本法第3條第2項的價值形態相去甚遠。

就這點而言，重要的並非是一種如此的意見是否僅在信仰伊斯蘭教團體內部有效，或亦僅是佔上風或是否提起訴訟人於訴訟程序中所陳述之意見數量上強力的被主張，亦即頭巾更確切的說是對於信仰伊斯蘭教的女性增強的自我意識以及解放的一種符號。此等見解已足，即明顯的有可觀數目的信仰伊斯蘭教的信徒持有女性遮蒙頭部係保障其從屬於男性之主張，從而因此適足以引起與亦是在基本法中清楚的強調的男女平等之衝突。

7. 提起訴訟人以其主張得以戴頭巾完成學校職務之要求，行走於在文化上及法律上棘手的以及承載緊張關係的一個界限空間。單單是進一步到完全的遮蒙臉部，此等亦同樣的在信仰伊斯蘭教的團體中被實行者，由德國憲法上之理解以觀，已是能夠被認為與人性尊嚴不符：自由之人讓他人看見其面貌。

對此基本法亦尊重—在社會的領域內—此等宗教的及世界觀的看法，即使此等看法表明了一種與基本法的價值秩序難以相符的性別關係，只要

此等看法不逾越國家的和平暨法律秩序的界限。基本法的價值體系包括其對於男女平等之理解並不隔絕於其他改變，其接受挑戰，反應並防護變遷中的一致性。

惟此等開放性與寬容並未行到如此之遠，即開啟此等挑戰多數的價值標準並因此適足以造成衝突的象徵進入國家職務之門。在社會中原則上的開放性與寬容不得適用在國家內部的關係之中。毋寧依據憲法的要求，國家行政內部的組織應防止此等嚴重的衝突的明顯可能性，以便—於具體個案中—學校課程以及學校教養能不受干擾的進行，且普遍的，蓋國家必須能夠保持行事能力並且必須能夠提出一致性的最小值。

IV. 多數意見擴張法律保留到實際上無法到達的領域

本庭多數意見擴張法律保留到一個就一項法律上的規範化，由於個案決定性以及現行的憲法上之拘束實際上無法到達的領域（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 105, 279 [304]）。

1. 巴登符騰堡邦的人民代表為了此處本案的資格判斷已經明確的並以足夠的理由拒絕了一項法律形式之規範。邦眾議院已於就此等法律爭議的決定性時間內兩次的研究了欲於課程中戴頭巾的女教師的問題（Plenar-Prot. 12/23 vom 20. März 1997, S:

1629 ff.; PlenarProt. 12/51 vom 15. Juli 1998, S. 3977 ff.）。提起訴訟人具體的個案已於 1998 年 7 月 15 日（PlenarProt. 12/51 vom 15. Juli 1998）的全體會議討論中被詳盡的討論，並且經由共和黨團提出申請，目的在於一項法律規定（LTDrucks 12/2931 vom 9. Juni 1998），並已作成決議。人民代表鑑於在學校課程內宗教的象徵之穿戴已經以極多數決—僅是反對共和黨團的票數—作成對於資格判斷的問題不予立法規範之決議。此等決定係依據下列理由，即進一步的以及詳細的法律規定並非必要的，蓋一項法律的規定會造成適於個案的資格判斷的困難，以及因此對公職務之分發上判斷餘地的自由行使造成困難。

就這點而言，藉著由源自聯邦憲法對於一部形式法律之要求在重要性的觀點之下就一項行政決定的民主的承認沒有達到結果。對一項公職的求職者個別的判斷的錯綜複雜原則上形式法律的支持自由的問題毋寧可能驟變成一種減縮自由的效力，蓋個案取向的措施係非常困難的。藉著一項就職務義務的規定以及就公務員法上的資格判斷總歸是體系外的一般的法律規定將不再，而且是更少的能建立個案正義。依據以世界觀的及宗教的中立性為準則的邦政府以及邦眾議院的學校政策之藍圖，則於個案中一位於學校職務時戴頭巾的女教師之分發絕

對是可能的，當其放棄（戴）頭巾之決心得以辨識時，不僅是在極端的情況—如同由提起訴訟人於言詞審理時所陳述者—，而亦更是在小學內日常的課程情況。

惟學校機關，部長以及邦眾議院正是對提起訴訟人斷然的拒絕更進一步對其著裝之期望的彈性作法表示見解而有異議。由此則有權為資格判斷之機關得以得出如下結論，即與家長及孩童之消極宗教自由衝突之情況在信仰基督宗教的團體學校內適合個案的解決（參閱巴登符騰堡邦邦憲法第15條第1項、第16條）變得極其困難。其亦可得出如下之結論，即拒絕之固執可能引起對提起訴訟人在中立性及節制之懷疑，毋須此作為實質上不再合理化以及看來恣意之情況。

2. 本庭多數意見將聯邦憲法的憲法上內在的界限之任務交給邦立法者予以具體化，儘管此等任務充分具體的由基本法而確定。從而有問題的已是，邦立法者究竟是否—就一項宣示性的確認或明白清楚的開展—有權，去具體化此等內在的界限。

聯邦憲法法院必須就內在的基本權利之界限的範圍及有效範圍為最終有拘束力之裁判。宣示性的去追加描繪直接由憲法上得出的限制並非邦立法者之任務。邦國會亦毋須合適的尊重而證明，當其被迫立法時，此等立法一方面明確的並且不欲慎重考慮

的，同時另一方面—根據本庭多數意見—具體化憲法上直接的界限，此等界限於聯邦憲法法院之後的程序中將會再被提出於試驗台。一個有權管轄的法院，將此等憲法上有爭議的基本原則問題移交給立法者，至少必須告知立法者，其如何勝任對他而言乃無理的具體化憲法上直接的限制之任務。

於具體個案中所有問題乃保持開放的，如同立法者應享有其於邦眾議院已經清楚的表明在法律形式的政治意志。如此是否已足？當立法者課予教師職務義務，避免宗教的及世界觀的著裝象徵，此象徵適足以引起學校和平之妨礙。下列情況適法的嗎？於學校內禁止此等宗教的、世界觀的或政治的象徵之使用，其適足以危害男女平等以及其事實上之貫徹（基本法第3條第2項）？教師職務法是否仔細地被闡明，如同此等當時以其於1998年6月9日（LTDrucks 12/29 31）提出共和黨的邦眾議院於其申請中所要求者：「戴頭巾作為伊斯蘭教的象徵於學校課程內乃表述了一項不允許的，單方面的，世界觀的以及政治的看法？」邦立法者是否—蓋其依據本庭多數決乃是應由基本法所要求的—鑑於可能之干擾必須盡可能的為經驗上之調查，且若肯定的，到何等範圍？或其依據憲法並且由平等的觀點絕無例外的禁止所有在教師著裝上

的宗教的象徵？即便當其如同是一個小的十字飾品，則未含有重要意義的思想內容並因此從一開始即非適足以引起在學校內之衝突？一項此等著裝象徵之禁止沒有任何客觀的挑釁的思想內容力究應否合理化？

3. 本庭並沒有勝任去答覆一項憲法上基本問題的任務，儘管本案裁判的時機已然成熟。結果邦立法者從現在起必須—依據本件不同意見書根本不是必要的—頒布一部法律，並且，就此等令人驚異的必要性並沒有獲准一個過渡期間。此外，就一個有重要意義的宗教的或世界觀的象徵於職務內的一項一般的禁止之法律的基礎—如同由本庭多數意見所建議者—僅於學校法而並非普遍的於邦公務員法中採納；與此相應的衝突情況亦可能於公職之其他領域發生，例如於青少年扶助、社會工作、公共安全或法的照護之領域。

4. 立法者應從本庭多數決至少獲准一個過渡期間。此等乃由考量到聯邦憲法法院就法律保留之早期裁判實務所要求並且應得已能緩和此則令人驚異的裁判的影響作用。

a) 聯邦憲法法院已由根據基本法第 103 條第 1 項而來之請求法律上審判導出意外裁判之禁止。訴訟當事人既不得由法院裁判出發向自己（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 34, 1 [7 f.]）亦不得由其事實上（參閱聯邦

憲法法院裁判 BVerfGE 84, 188 [190 f.]）或由法律上（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 86, 133 [144 f.]）之內容而感到驚奇。一則法院的裁判僅得根據事實以及證據結果為基礎，就此當事人之表達亦能屬之。一項僅僅是訴訟當事人的資訊不足，對此亦必須存在一項具體的就案例事實的陳述之可能（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 59, 330 [333]）。與案例事實以及事實攸關的陳述作為基本法第 103 條第 1 項意義上請求擔保法院審判之先決要件係同等地陳述法律狀況之可能（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 60, 175 [210]; 64, 125 [134]; 86, 133 [144]; 98, 218 [263]）。訴訟當事人必須被給予在訴訟中以事實的及法律的論證主張之可能性。就此而言，於特別的案件中亦是可能被要求的，即訴訟當事人指出一種法院想要以此為裁判依據之法律見解。一項符合憲法上要求的法律上審判的擔保之先決要件在於，訴訟當事人於適用由其所要求的小心謹慎能清楚地看到，哪些觀點對裁判而言是重要的。在結論上可能等同於就法律狀況陳述之阻礙，當法院沒有事先根據一項法律觀點之指示，藉此一位有良心的以及有經驗的訴訟當事人自己在顧及小心謹慎之下不需再考慮具代表性的法律見解。此特別適用於，當法院的法律見解迄今既非於裁判實務亦非於文獻中被主

「未婚生子女生父之親權」裁定

BVerfGE 92, 158 ff.

德國聯邦憲法法院第一庭 1995 年 3 月 7 日裁定

— 1 BvR 790/91 以及 540, 866/92 —

詹鎮榮 譯

要目

裁判要旨

案由

裁判主文

- I. 關於民法第 1747 條第 2 項第 1 句規定違憲性之宣告
- II. 關於法院裁判違憲效果之宣告

理由

- A. 憲法訴願之標的
 - I. 收養法修正沿革與規範內容
 - II. 各憲法訴願之系爭事實背景
 - III. 各憲法訴願人之主張
 - IV. 相關機關團體之意見陳述
 1. 聯邦司法部
 2. 巴登—符騰堡邦司法部
 3. 北萊茵邦總理
 4. 聯邦普通法院院長
 5. 德國監護制度研究所

6. 監護法院代表會議

7. 親屬法學會

8. 德國兒童保護協會

9. 單親父母親團體

10. 收養人及指定之輔助監護人

B. 憲法訴願為合法

1. 期限之遵守

2. 訴訟權能之具備

C. 憲法訴願大部分為有理由

I. 民法第 1747 條第 2 項第 1 句及第 2 句之違憲性

1. 憲法訴願之審查範圍界定

2. 基本法第 6 條第 2 項第 1 句之闡釋

3. 民法第 1747 條第 2 項第 1 句及第 2 句牴觸基本法第 6 條第 2 項第 1 句之親權規定

4. 其他憲法規範作為審查基準之擱置

II. 系爭法院裁定之違憲性

1. 法院裁定侵害憲法訴願人本於基本法第 6 條第 2 項第 1 句所享有之基本權利
2. Bergisch-Gladbach 區法院之裁定侵害憲法訴願人 1) 之法定聽審權
3. 憲法訴願人 2) 源自於基本法第 19 條第 4 項之基本權利並未受到侵害

D. 違憲之效果

- I. 關於民法第 1747 條第 2 項第 1 句及第 2 句規定部分
 1. 無效宣告之排除、立法者回復合憲狀態之期限遵守義務
 2. 法院程序之中止
- II. 關於法院裁定部分
 1. 法院裁判違憲法律效果宣告之限制
 2. 違憲法院收養裁定確定力之排除、法院撤銷收養裁定之時的效力

3. 憲法訴願人之墊款返還請求權

關鍵詞

- 非婚生子女之收養 (Adoption des nichtehelichen Kindes)
繼子女之收養 (Stiefkindadoption)
未成年人之收養 (Minderjährigenadoption)
親權主體 (Träger des Elternrechts)
婚生宣告 (Ehelicherklärung)
訪視規則 (Besucheregelung)
法院宣告制 (Dekretsystem)
收養利益 (Adoptionsinteresse)
非訟事件處理程序 (Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit)
監護法院 (Vormundschaftsgericht)
親屬關係 (Verwandtschaftsverhältnis)
法定聽審權 (Anspruch auf rechtliches Gehör)
裁判之確定力 (Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung)

裁判要旨

1. 非婚生子女之生父為基本法第 6 條第 2 項第 1 句之親權主體，至於其是否與子女之生母同居，或是與

其共同從事撫育之工作，則在所不問。然而，立法者有權盱衡不同之事實關係，以形塑雙親個別之具體權利。

2. 生母或其配偶既未經生父之

同意，亦未考量生父之利益而收養非婚生子女者，係與基本法第 6 條第 2 項第 1 句之規定未符。

3. 在收養非婚生子女之程序中，生父之法定聽審權應受到監護法院之保障。就此而言，青少年局根據社會法典第八部第 51 條 3 項規定所為之教示，尚有不足。

案 由

1995 年 3 月 7 日第一庭裁定

- 1 BvR 790/91 以及 540, 866/92 -

在憲法訴願 1 之程序中，L 先生—其訴訟代理人為 Thomas Grüner 律師，Engelbertstraße 32, Köln—就 a) Bergisch-Gladbach 區法院 1991 年 2 月 19 日之裁定—4 XVI 19/90—直接聲明不服，並且就 b) 民法第 1747 條第 2 項第 1 句關於非婚生子女之收養無須經生父同意之規定，間接主張不服—1 BvR 790/91—。在憲法訴願 2 之程序中，B 先生—其訴訟代理人為 Hans-H. Rennwanz, Edith Schwab 以及 Andreas Schmitt 律師，Gilgenststraße 23, Speyer—就 a) 之 aa) Zweibrücken 邦高等法院 1992 年 3 月 4 日之裁定—3 W 183/91—、bb) Trier 邦地方法院 1991 年 11 月 19 日之裁定—2 T 62/91—、cc) Hermeskeil 區法院 1991 年 8 月 7 日之裁定—3 XVI 2/89—，以及 b) 之 aa) 民法第 1747 條第 2 項第 1 句關

於非婚生子女之收養無須經生父同意之規定、bb) 非訟事件法第 56e 條第 3 句前半句之規定—1 BvR 540/92—等直接聲明不服。在憲法訴願 3 之程序中，B 先生就 a) Ravensburg 區法院 1992 年 5 月 20 日之裁定—XVI 9/92—，以及 b) 民法第 1747 條第 2 項第 1 句關於非婚生子女之收養無須經生父同意之規定—1 BvR 866/92—直接聲明不服。

裁判主文

I. 關於民法第 1747 條第 22 項第 1 句規定違憲性之宣告

1976 年 7 月 2 日收養子女暨其他規定修正法（收養法）版本下之民法第 1747 條第 2 項第 1 句規定中（Bundesgesetzblatt I Seite 1749），關於生母或繼父收養非婚生子女既無須經生父之同意，亦未考量生父利益之部分，係與基本法第 6 條第 2 項第 1 句不相符合。

II. 關於法院裁判違憲效果之宣告

1. Bergisch-Gladbach 區法院 1991 年 2 月 19 日之裁定—4 XVI 19/90—侵害了憲法訴願人 1) 源於基本法第 6 條第 2 項第 1 句以及第 103 條第 1 項而受保障之權利。在該裁定與重新審理及裁判相抵觸之範圍內，其確定力應予撤銷。案件應發回區法院—監護法院—，分派由其他法官審

理之。

北萊茵邦應返還憲法訴願人必要之費用。

2. Hermeskeil 區法院 1991 年 8 月 7 日之裁定—3 XVI 2/89—侵害了憲法訴願人 2) 源於基本法第 6 條第 2 項第 1 句而受保障之基本權利。在該裁定與重新審理及裁判相牴觸之範圍內，其確定力應予撤銷。案件應發回區法院—監護法院—。

除此之外，憲法訴願應不予受理。

萊茵伐斯邦應返還憲法訴願人必要之費用。

3. Ravensburg 區法院 1992 年 5 月 20 日之裁定—XVI 9/92—侵害了憲法訴願人 3) 源於基本法第 6 條第 2 項第 1 句而受保障之基本權利。在該裁定與重新審理及裁判相牴觸之範圍內，其確定力應予撤銷。案件應發回區法院—監護法院—。

巴登—符騰堡邦應返還憲法訴願人必要之費用。

理 由

A. 憲法訴願之標的

本件憲法訴願涉及到生母獨自，抑或生母及其配偶，因違背生父之意願而收養未成年之非婚生子女。本案係直接就民法第 1747 條第 2 項關於非婚生子女之收養無須經生父同意之規定，表示不服。

I. 收養法修正沿革與規範內容

1. 1976 年 7 月 2 日之收養子女暨其他規定修正法（收養法）（BGBl. I S. 1749）業將收養權作根本性之重新規定。

a) 修正之重點，乃在於未成年子女之被收養。該規範旨在賦予缺乏「健全家庭」（gesundes Zuhause）之子女，能有一個家（BTDrucks 7/3061, S. 1）。當收養能夠為子女帶來福祉，並且在收養人以及子女之間，可以期待將形成一親子關係時，則收養應被認可（§ 1747 Abs. 1 BGB）。原則上，收養將導致被收養子女與其本親生家庭完全分離，並且使其與收養家庭為完全之結合。子女及其後嗣與目前親屬間之親屬關係，將因被收養而消滅（§ 1755 Abs. 1 Satz 1 BGB）。

收養子女，由監護法院透過非訟事件處理程序（im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit），以裁判為之（法院宣告制：Dekretyssystem, vgl. § 1752 Abs. 1 BGB）。認可收養子女之裁定，不得被撤銷；法院亦不得本於職權，而更改裁定之內容（§ 56e Satz 3 FGG）。裁定自送達於收養人時起生效；收養人死亡者，則自送達於收養人之子女而生效（§ 56e Satz 2 FGG）。

非婚生子女亦得被其生父或生母收養（§ 1741 Abs. 3 Satz 2 BGB）。

配偶之一方收養配偶之他方之非婚生子女者，則親屬關係之消滅，僅存於本親生父母之另一方（§ 1755 Abs. 2 BGB）。此等親屬關係一通常係針對未婚父親而言一之完全消滅，基於避免新親子關係受到任何干擾之考量，乃具有正當性。況且，與本親生父母之另一方之關係，大多較為鬆散；關係限於撫養費之提供，且不擴及至其他之親屬（BTDrucks 7/3061, S. 22）。

b) 收養婚生子女，須經其父母親之同意；而收養非婚生子女者，則應得其生母之同意（§ 1747 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 BGB）。至於父母親對其子女是否享有照料權，則在所不問。唯有當父母之一方始終不為意見之表達，或是其行蹤持續不明時，始無須經其同意（§ 1747 Abs. 4 BGB）。在父母親持續或重大之義務違反，或是完全漠不關心之情形下，倘若收養之怠滯將會招致子女不合比例之不利益時，則父母親之同意可因子女之聲請而受到取代（§ 1747 Abs. 1 und 2 BGB）。

反之，收養非婚生子女時是否須經生父之同意，法律則未作規定。然而，根據民法第 1747 條 2 項第 2 句之規定，當生父業已向法院提出婚生宣告（Ehelicherklärung）或認領子女之聲請時，則第三人收養非婚生子女即不得獲得認可；但此規定於生母收

養其非婚生子女之情形，不適用之。

較之於舊法，未婚父親之地位業已經由此等規定而獲得強化。當生父能夠創造出子女留在其身邊成長之要件時，則子女應由其認領，而非由其他家庭收養。然而，生父若欲阻擋第三人之收養，則僅能透過其業已備妥賦予其子女婚生子女地位而達成，藉此以使子女獲得法律上所保障之地位。根據立法者之見解，生母具有較優勢之地位乃是符合事實上之關係；其收養子女亦不應受到生父之阻撓（vgl. BTDrucks 7/3061, S. 37; 7/5087, S. 11）。

民法第 1747 條 2 項條文如下：

收養未婚生子女，應得其生母之同意。生父已提出婚生宣告或認領子女之聲請者，法院不得認可非婚生子女由第三人收養；但此規定於生母收養其非婚生子女之情形，不適用之。非婚生子女之生父得放棄提出聲請。放棄之聲明須經公證，且不得撤銷之。第 1750 條之規定準用之，但同條第 4 項第 1 句不在此限。

c) 根據社會法典第八部第 51 條第 3 項（KJHG）之規定，在非婚生子女之生父行使民法第 1747 條第 2 項第 2 句以及第 3 句所賦予之權利時，青少年局應對其提供諮詢。諮詢應即時為之，俾使子女在被交付收養照顧之前，生父得以就其權利之行使作出決定。然而，諮詢至遲應於青少年局

在收養程序中為聽證前，或是在青少年局交付鑑定意見之前為之。

生父參加收養程序之本身，法律並未有明文之規定。先前透過非婚生法（Nichtehelichengesetz）所導入之規定，亦即課予監護法院賦予生父聽證權之義務，再度被收養法所刪除。立法者認為並無必要在一般程序規定之外，又課予監護法院義務，蓋關於生父權利之教示，業已應由青少年局為之。應說明者，在生母收養之程序中，即使民法第 1747 條第 2 項第 2 句後半段規定生父並不享有阻撓生母收養之權利（vgl. BTDrucks 7/3061, S. 58; 7/5087, S. 11），但法院依據非訟事件法第 12 條之規定，仍應審查生父之聽證是否對子女之福祉有所助益。

2. 在第 1994 年 5 月 26 日一個涉及愛爾蘭法之裁判中，歐洲人權法院確認：在生父於子女出生前曾經與生母同居之情形下，非經生父之聽證以及同意，而認可第三人收養非婚生子女者，係違反歐洲人權公約第 8 條第 1 項以及第 6 條第 1 項之規定（Keegan v. Ireland, 德文翻譯參見 FamRZ 1995, S. 110）。

II. 各憲法訴願之系爭事實背景

1. 憲法訴願人 1) 擁有兩個分別於 1983 年以及 1986 年出生之非婚生女兒。於女兒出生後不久，憲法訴願人亦分別承認為其之生父。兩個小

孩皆與生母生活；生母於 1988 年結婚，且基於婚姻之關係，又擁有兩個女兒。一開始時，憲法訴願人與其女兒具有規律性之聯繫。然自從生母結婚後，聯繫即轉趨困難。憲法訴願人希望藉由諮詢機構之協助，俾與生母共同協議出一個訪視規則（Besuchregelung）之嘗試，並無結果。

a) 隨即，生母之配偶首先提出收養之聲請，然卻未續行。生母轉而自己提出聲請，要求法院認可其收養子女。青少年局基於與生母以及繼父之多次會談，對於聲請中之收養表示支持之態度。青少年局之報告指出，根據憲法訴願人及生母之陳述，在其彼此間關係存續期間，即各自擁有自己之住處；且大部分僅限於週末，始相互往來。在小女兒滿周歲前，生母與憲法訴願人分手終成定局。之後，生母之配偶承擔起父親之角色。配偶雙方在經過廣泛之諮詢以及考慮之後，決定首先由生母收養其子女，俾使收養程序無須生父之參與。隨後，生母之丈夫亦提出收養之聲請。從青少年局之角度，此舉乃獲得支持。生母之動機絕非在於斷絕子女與生父之聯繫，而只是為了確保子女與生父之聯繫，得以不干擾到子女自身之正面發展。收養將可賦予子女法律上之保障，以及家庭的屏障。上述之評估意見，係由一位未曾與憲法訴願人交談過之青少年局的女性職員所撰寫；而

副本亦未送達於憲法訴願人。

b) 透過系爭之裁定，監護法院認可生母之收養聲請，並且無須事先經過憲法訴願人之聽證。其裁判理由僅為如下之表述：生父之同意非屬必要，且聲請人之丈夫業已同意收養。至於收養是否有助於增進子女福祉之問題，裁判中並未說明。

當對於收養程序毫無知悉之憲法訴願人提出會面往來規則之聲請後，始得知認可收養之裁定。在與憲法訴願人會談之後，法官在卷宗中註記：對於憲法訴願人而言，涉及到其自稱所享有法律地位之追求；其意圖可能不在於，希望透過聽證以變更收養之認可。

2. 憲法訴願人 2) 為 1984 年出生之未婚生男童的生父；據其自稱，在出生後幾年內，主要乃由擔負起照顧小孩之責。大約自 1987 年 3 月以後，生母乃抗拒生父與小孩接觸。在 1987 年 4 月，生母攜同小孩搬遷至其未來丈夫住處。生母與其丈夫在 1988 年 3 月結婚。

a) 生母及其丈夫於 1989 年聲請收養小孩。青少年局作為官方監護人（Ampfleger），以小孩之名義同意該收養。青少年局透過書面，向憲法訴願人提示其在民法第 1747 條第 2 項第 2 句以及第 3 句所享有之權利，並且請求拜訪憲法訴願人，俾使其作成放棄之聲明。

憲法訴願人則從其自身之角度向法院提出聲請，請求認可由其認領小孩，並取代對此不可或缺之生母同意權。憲法訴願人主張，其與小孩間之聯繫，受到生母不法之中斷。由於青少年局之偏頗，其為小孩申請另一輔助監護人（Ergänzungspfleger），以替代生母之同意，卻遭到拒絕。異議以及其他後續不服救濟之提出，仍未獲成果。區法院駁回其認領之聲請，蓋其認為關於生父認領子女之形式要件，並不存在。生母既未表示同意；而替代同意之聲請，亦非由子女提出。觀之於丈夫所為之收養聲請，生母之同意以及官方監護人之替代聲請，也同樣地皆是不被期待的。

在原審程序中，對評估意見之提出享有管轄權之青少年局向監護法院為如下之陳述：繼父與小孩之間，業已發展出新的良好關係。小孩知悉，其生父為何。母親在 1987 年 3 月間阻擋男孩與憲法訴願人間之接觸，蓋依其所稱，係因憲法訴願人業已多次違背了協議。

監護法院聽取了小孩、生母、繼父，以及一在一特別期日中一憲法訴願人之意見陳述。在聽證註記中記載，小孩明確地表達願意留在母親以及母親之丈夫身邊的意願。在聽證中，憲法訴願人聲明，其欲維持與小孩間之緊密聯繫，並請求作專家鑑定。倘若該鑑定認為其父子之間不應

再為聯繫，則其個人將不再對收養表示懷疑。在僅有生母及其丈夫受邀到場之另一場聽證中，生母對於憲法訴願人能為小孩帶來福祉一事，表示疑義；憲法訴願人對於撫養費，根本未出任何一毛錢。正因為此等舉止之故，法院為了小孩福祉，實應認可收養，俾創造出穩定之關係。

b) 區法院在系爭之裁定中，認可小孩由其生母及生母之丈夫收養。憲法訴願人之認領聲請，並無法阻止生母丈夫之收養，蓋生母亦提出了收養子女之聲請。收養係符合子女之福祉。在小孩與收養人丈夫之間，乃存在著溫馨之父子關係。長年以來，小孩即在收養人身邊生活。將小孩留在由收養人所確保之既有居住環境中，乃對孩童福祉及其良好發展有所助益。小孩認識其生父，並在聽證中，明確表示希望留在母親以及母親之丈夫身邊的意願。此外，母親亦保證，其不會完全阻止小孩與憲法訴願人間為持續性之接觸。

憲法訴願人不服收養裁定所提起之抗告，係因形式上不合法而遭到駁回。其他之異議，亦無成果：非訟事件法第 56e 條第 3 句前半句之合憲性疑義，並不存在。是否排除不服法院裁判之法律救濟途徑，原則上係由立法者決定之。在本案，亦不因為如此而應作不同之判斷。蓋（唯有當）藉由收養之宣告，非婚生子女之生父本

於基本法第 6 條第 2 項所享有之（有限度的）親權（Elternrecht），始歸於消滅。監護法院在為裁判時，業已本於職權而注意到未婚父親在民法第 1747 條 2 項第 2 句規定中所受保障之權利。

3. 憲法訴願人 3) 係為 1987 年出生之未婚生男童的生父。在原審程序中，該男童係被宣告由其母親及母親之丈夫所收養。憲法訴願人於小孩出生後，隨即承認生父關係。當時，其尚與小孩之母親同居；而小孩之母親於 1990 年與現今之丈夫結婚。憲法訴願人與其小孩之最後一次接觸，係於 1990 年 5 月間。後續之探視，則被生母所阻止。憲法訴願人一再提出之會面往來規則（Regelung des Umgangs）聲請，皆無成果。

a) 在文件公證人遞交生母及其丈夫收養小孩以作為其共同子女之聲請書中，附記收養子女亦應由生母為之，俾排除民法第 1747 條第 2 項第 2 句前半句規定之適用。同日，青少年局以書面告知憲法訴願人收養之聲請，並請求其暫時中止支付撫養費，蓋收養人負有優位之扶養義務；在收養生效之後，憲法訴願人將會收獲進一步之訊息。

監護法院通知憲法訴願人聲請收養之事實，以及民法第 1747 條第 2 項之規定，並且請求其告知是否願意為經公證之放棄聲明。憲法訴願人則

回覆其尚未有放棄之準備，並且對於未得生父同意而為收養之可能性，表達憲法上之質疑。

b) 區法院透過系爭之裁定認可收養小孩，小孩成為收養夫妻之共同子女。憲法訴願人之抗告未獲成果。法律對於生父之形式上同意，並未有明文之規定。憲法訴願人之抗辯，並不導致收養聲請遭到駁回。當小孩在法律上亦歸屬於一個能在其中成長，並且由小孩自己、小孩之母親，以及其母親之丈夫所共組之家庭時，則對於小孩之福祉即屬有所助益。

III. 各憲法訴願人之主張

上述三個憲法訴願，皆是對於原審程序所作成之收養裁定表示不服，並且也間接地對民法第 1747 條第 2 項之規定表示異議，蓋該規定不要求非婚生子女之收養須得生父之同意。憲法訴願人 2) 亦間接地責斥非訟事件法第 56e 條第 3 句前半句之規定。

1. 憲法訴願人 1) 主張其源自於基本法第 6 條第 2 項、第 3 條第 1 項，以及第 103 條第 1 項之權利，遭受到侵害。

a) 在關於收養非婚生子女之法院程序中，生父應被賦予聽證之機會。然而，憲法訴願人既沒有受到來自於青少年局之諮詢，在收養程序中亦未獲得聽證。準此，其並無機會從自身之角度，陳述有利於小孩福祉之事實。系爭之裁定，亦是立基於違背此

等法定聽審權之上所作成。在合乎規定之聽證中，憲法訴願人應該是得以鉅細靡遺地陳述介於他個人與擬被收養之小孩間，業已存在有一密切之人的聯繫，且收養並無法為小孩帶來額外之益處。

b) 民法第 1747 條第 2 項未規定非婚生子女被收養時應得其生父之同意，乃屬違憲。較之於婚生子女父親之權利而言，持續照料自己非婚生子女之生父的親權，並無任何理由受到顯然較為薄弱之評價，蓋收養婚生子女時須得其生父之同意，卻是在民法第 1747 條第 1 項中定有明文。在此等不具正當性之弱勢地位中，同時存在著恣意的不平等對待（基本法第 3 條）。在具體個案中，收養亦無法藉由小孩福祉之理由而被正當化，蓋收養為小孩所帶來之不利，遠較之於益處為多。母親選擇避難至收養，往往只因其畏懼於探視權之討論。

在本案中，違憲性應該足以導致系爭之收養裁定遭受到廢棄。憲法訴願人雖然可以接受其女兒與母親及母親之丈夫共同生活，並且在彼處找到一個「社會的家庭」（soziale Familie）；但為其子女之利益，卻不希望存在有任何使小孩與他們維持並且繼續發展接觸關係之可能性。

2. 憲法訴願人 2) 主張其源自於基本法第 3 條第 1 項至第 3 項、第 6 條第 2 項及第 5 項，以及第 19 條

第4項之權利，遭受到侵害。

a) 禁止憲法訴願人將區法院之裁判交付審查，係違反基本法第19條第4項之規定。同意權遭到替代之父母，本即應享有將該替代決定交付抗告法院審查之可能性。即便是對於未婚父親，當其親權因未得其同意之收養措施而遭受到限制時，亦應對其開啟法律救濟之途徑。

b) 基本法第3條亦受到侵害，蓋即使未婚父親從小孩一出生起，即參與實際上之照料，其仍未享有照顧權，而使真正之親子關係得以存在。生父認領自己之非婚生子女，或聲明其為婚生，皆須得到生母之同意，乃是只給予生父一個不夠充分之法律地位而已。如同本案之情形，倘若生父在一段並非無關緊要之時期中，擔負了父母親之責任者，則基於母親單方面之決定，即迫使其必須接受，並且將其與從來不曾照料自己非婚生子女之生父等同視之，置於不享有權利之地位，乃是違反了平等原則。

基於父母親責任之承擔，憲法訴願人要求享有基本法第6條第2項之權利；而該權利係因收養而遭受到侵害。唯有當親屬關係之存續，將對小孩造成無法容忍之生理上與心理上的影響時，則該關係之中斷始被允許。但在本案，卻不存在有類似之情形。親屬關係之消滅，係對憲法訴願人之親權構成可想像之最嚴重侵害。

從而，其亦違反了比例原則。

3. 憲法訴願人 3) 主張，收養之裁定並未得其同意，因而係屬違背其意志而作成。收養裁定之基礎，乃是將非婚生子女與婚生子女對不平等之不同對待。因此，基本法所保障之人性尊嚴不可侵犯，亦遭受到侵害。親屬關係之消滅，實不得由法律規定之。對於被涉及之小孩而言，此意味著其將被遺棄在一個滿懷負面結果之「背離現實的世界」(Welt der Realitätsverleugung)之中。

IV. 相關機關團體之意見陳述

針對本憲法訴願而發表意見者有：以聯邦政府之名發表的聯邦司法部、巴登—符騰堡邦司法部、北萊茵邦總理、聯邦普通法院院長、德國監護制度研究所、監護法院代表會議、親屬法學會、德國兒童保護協會、單親父母團體，以及原審程序之當事人；被收養子女在憲法法院審理程序中之意見表達，則已指定有輔助監護人。

1. 聯邦司法部表示，親子法(Kinderschaftsrecht)之廣泛改革已在準備階段。在此框架下，生父在其未婚生子女被收養時，其法律地位是否，以及在何等範圍內受到強化之問題，亦應加以審查。基此，針對第三人收養子女時之參與權限而言，未婚父親之法律地位是否必須與母親之法律地位完全相當，則應謹慎之審查。

可想像之選擇方案為：非婚生子女被第三人收養時，雖然原則上須受生父同意之拘束，但在簡化之要件下，同意則可能被取而代之。解決之道，必須一方面考量到父親之親權，但另一方面又不能使母親陷入一個令其感到無法容忍之強迫情境之中。是故，尤其是在生父不願意認領自己之未婚生子女時，則應考慮到替代性。在父親參決權與母親參決權彼此間之拉鋸關係中，應確保具有優位地位之小孩福祉不會受到傷害。

2. 巴登—符騰堡邦司法部針對 1 BvR 866/92 之程序，表達出憲法訴願合法性之疑義。此外，在具體案件中，違反基本法第 6 條第 2 項第 1 句亦不列入考慮。當未婚父親與小孩以及母親有共同生活之事實，並且滿足了履行父母親責任之要件時，則聯邦憲法法院並不否定未婚父親享有該基本權規範意義下之父母親地位。然而，憲法訴願人並不具備此等條件。

3. 北萊茵邦總理認為，根據民法第 1747 條第 2 項第 1 句之規定，收養非婚生子女無須得到生父之同意，係屬違憲。非婚生子女之生父也應該享有親權。透過「子女之照料與教育，係屬父母親之自然權利」的規定，基本法第 6 條第 2 項第 1 句肯定小孩之照料，本質上首要由其本生父母親為之，而且是雙親皆屬之。據此，本生父母之親權，係因小孩之出

生而形成，並不取決於是否與小孩共組家庭式之生活共同體。未得生父同意而收養非婚生子女，係對親權之一種嚴重的，而且不為基本法第 6 條第 3 項所許的侵害。

4. 聯邦普通法院院長轉達第十二民事庭審判長之意見。氏認為，將未婚父親之親權擴及於聯邦憲法法院歷年來裁判以外，而適用於生父首先與生母及其非婚生子女同居，而在父母分手後，戮力與其小孩接觸之情形，是值得加以考慮的。否則，生母將可藉由其一可能不具正當性之一拒絕生父之探視，而單方面地終止生父之親權。

雖然有鑑於生父與其非婚生子女間存在著各種不同之關係，而一般性地賦予生父同意權，看似不合事理。然而，當生母藉由收養自己之非婚生子女，俾在有助於小孩福祉之情形下，排除令其感到不舒服之探視權時，則民法第 1747 條第 2 項之規定，將可能使生父受基本權第 6 條所保障之權利，受到無法容忍之縮減。

5. 根據德國監護制度研究所之見解，從基本法第 3 條第 2 項以及第 6 條第 2 項之觀點，民法第 1747 條第 2 項之規定存在著違憲之疑義。縱然如此，此等基本權條款主要係以有婚姻關係父母之圖像為基礎。對非婚生子女而言，未婚母親因其生理上及環境條件上較親近於小孩，故其照料

與教育親權亦較為密集。未婚父親則不享有相同憲法位階上之雙親地位，而且即便是其與母親和小孩共同生活，亦然。然而，收養所涉及者，乃父母親身分之全然喪失。生父之潛在親權由生母加以支配，誠屬可議。尤其是當生父因為與生母同居，而履行了事實上之父母親地位，並且稍後也維繫與小孩間之關係時，更是值得商榷。再者，於此等情形下，小孩因被收養而失去了生父，與基本法第 6 條第 5 項之規定尚有未符。

6. 依監護法院代表會議之見解，在對民法第 1741 條第 1 項規定作合憲性解釋之下，唯有當對小孩福祉有利之生父與其非婚生子女的往來不被排除時，母親及其繼父之收養始可獲得法院之認可。

當生父持續性地照料其非婚生子女，但卻無法與已離婚之婚生子女父親享有相同等級之親權時，則民法第 1747 條 2 項係屬違憲。此外，該規定對於小孩利益之保障，亦尚不充分。

7. 同樣地，親屬法學會亦認為民法第 1747 條第 2 項之規定違憲。此違憲情形，一方面發生在該規定係抽象地否認未婚父親之同意權。即便是事實上存在有父子關係，亦然。而另一方面，僅為了根本地排除未婚生父與小孩接觸，而無其他強迫性理由之存在，即許可生母收養自己之子

女，乃與基本法第 6 條第 1 項及第 2 項之規定不符。當生父欲行使其為人父之責任，但卻被生母阻擋時，生父必須要能夠主張親權。當生父與小孩及母親曾經共同生活過，或是無論如何曾與小孩有事實上互動時，則其法律地位顯得尤其值得保護。在滿足此等要件下，原則上理應賦予生父同意權。縱然如此，民法第 1748 條並無法適用於所有非婚生子女之父親拒絕同意之情形，蓋此組群之父親異質性過鉅。

非婚生子女之父母分手後，倘若對於母親收養小孩之願望，片面給予優先權者，則相較於婚生子女而言，非婚生子女亦存在著嚴重之不利地位；從基本法第 6 條第 5 項角度以觀，該不利地位幾難獲得支持。在婚生子女之情形，小孩之福祉為決定留在父親或母親身邊成長之唯一判準。反之，在非婚生子女之情形，則不依循此等考量。此外，小孩將終局性地喪失與生父之關係。

8. 根據德國兒童保護協會之見解，既非收養自己非婚生子女之可能性，亦非將未婚父親排除於同意權人範圍之外，皆可毫不猶豫地以子女之利益為由，而被賦予正當性。父親對於子女積極成長所可能帶來之負面影響，可透過侵害較小之手段加以對抗，而無須完然地將其除權。在收養繼子女（Stiefkindadoption）之情

形，幾乎不存在支持生父完全受到忽視之論證。毋寧，非婚生子女之父親應如同婚生子女之父親一般，享有同意權與聽證權。再者，不應受到忽視的是，在收養繼子女之情形下，並非始終即涉及到毫無問題的親子關係（無照顧權之父母一方的排擠、新婚姻關係的可能終結、只為討好配偶而為的收養）。然而，在生父與其子女不（再）存有關係之情形下，繼父收養一非婚生或婚生一子女，可能依舊是一項正確的選擇。在此等情形下，無照顧權之父母一方的同意權，應較為輕易地受到替代。

9. 單親父母團體認為維繫被收養子女之利益，原則上應優先於生父可能享有的權利。對子女而言，其能夠在一個如同透過收養所能帶來之穩定家庭，以及既有關係獲得持續之環境中生活，正屬重要之事。根據該團體之經驗，決定收養自己非婚生子女之母親係將子女利益置於首要，而此亦是認可收養之法院所應審查之處。

民法第 1747 條第 2 項第 1 句之規定，並不違憲。在人們肯定生父享有基本法第 6 條第 2 項所保障之親權時，其親權應侷限在透過認領或是準正（Legitimation），以穩固與其子女間之事實關係。在由母親收養之情形下，則生父之請求權應退居於母親親權之後；即使生父有照料其子女之事實者，亦同。生母優先地位之正

當性，乃存在於事實上之生活關係。否則，同意權將會不當地強化生父之地位，而且並不取決於其對小孩是否享有真正之利益。

10. 收養人以及為了被收養子女而受指定的兩位輔助監護人乃為收養裁定以及法律規定而捍衛，並且對於憲法訴願中的部分事實陳述表示駁斥。反之，在 1 BvR 790/91 程序中之輔助監護人，則對於民法第 1747 條第 2 項第 1 句之規定，表達合憲之疑義。

B. 憲法訴願為合法。

1. 憲法訴願人 2) 之憲法訴願，係於期限內提起。雖然，該憲法訴願之提起，距區法院之裁定送達後，已逾一個月。然而，唯有當憲法訴願聲請人 2) 向地方法院所提起之抗告顯然不合法時（vgl. BVerfGE 48, 341 [344]; 69, 233 [241]），其所提起之憲法訴願始屬逾越期限（§ 93 Abs. 1 BVerfGG）。在本案中，此情形並不存在。蓋訴願聲請人主張了至少是可被支持的法律見解，亦即當非婚生子女之生父也不可能要求撤銷收養之裁定時，則非訟事件法第 56e 條第 3 句係屬違憲。就此，憲法訴願人主張，其因收養而喪失了父親地位，而且婚生子女之父母以及非婚生子女之母親，皆可就其同意權遭受到替代一事，享有讓兩個上級法院作審查之權利。

另一方面，有鑑於非訟事件法第 56e 條第 3 句之明確文義，憲法訴願人 1) 以及 3) 係不具提出抗告之期待。其必須考慮到抗告可能因不合法而被駁回，並因而得以立即提起憲法訴願。

2. 憲法訴願聲請人 3) 之憲法訴願，尚屬權能充分。雖然，依其抗告之文義，主要乃主張非婚生子女權利之受到侵害。然而，從其憲法訴願中卻能夠充分地知悉，其亦認為自己之權利受到侵害，蓋收養係未得其同意，並且違背其意志而被認可。據此，憲法訴願人已提出了足以識別其基本權可能受到侵害之事實。精確標記出其所主張受到侵害之基本權利，乃非屬必要。

C. 憲法訴願大部分為有理由

憲法訴願大部分為有理由；然而，憲法訴願人 2) 因不服地方法院以及邦高等法院之裁定所提起之憲法訴願，則無理由。

I. 民法第 1747 條第 2 項第 1 句之規定為

1. 系爭之監護法院裁定，係以民法第 1747 條第 2 項第 1 句以及第 2 句之規定為裁判基礎。依該規定，收養非婚生子女，無須得到生父之同意。而且生父無法阻止生母所為之收養；對於第三人之收養，亦唯有當生父自己提出婚生宣告，或認領子女之聲請，並獲成果時，始得阻止之。當

牽涉到由母親或其配偶為收養時，則此等規定無論如何皆與基本法第 6 條第 2 項第 1 句之規定不符。

由於系爭之裁定僅涉及到上述種類之收養，因此，即便是民法第 1747 條第 2 項第 1 句及第 2 句亦涉及到未婚父親之法律地位，從憲法訴願亦無法引發對該規定之合憲性作廣泛審查之動因。基此，在生母尚未準備好，或是未有能力撫育及照料其小孩，而擬由第三人收養之情形下，該規定將生父之權利限縮在民法第 1747 條第 2 項第 2 句前半句所賦予之可能性，是否亦存有疑義，則可予擱置不予論述之。

2. 本案之審查基準，應為基本法第 6 條第 2 項第 1 句之規定。截至目前為止尚未由聯邦憲法法院解決之問題 (BVerfGE 84, 168 [179])，亦即非婚生子女之生父作為一般性地——而不僅僅只是在特定要件下——親權主體，應受到肯定。

a) 根據基本法第 6 條第 2 項第 1 句之規定，子女之照料與教育為「父母親」(Eltern) 之權利與義務。據此，若吾人首先思考到正常之情形，則子女將與其有婚姻關係之父母親共組一家庭生活共同體，並在其中成長 (vgl. BVerfGE 56, 363 [382]; 61, 358 [372]; 84, 168 [179])。然而，根據一般用語，「父母親」之概念，亦包括非婚生子女之本生父母在內。既非

從字面文義，亦非由保障意涵之中，可以得出父母親締結婚姻為作為基本權主體之前提要件。長久以來，聯邦憲法法院業已肯認非婚生子女之母親亦享有親權（BVerfGE 24, 119 [135]）；在其他裁判中，也揭示了當非婚生子女之生父與小孩之母親同居，並且滿足了履行父母親責任之要件時，則其在基本法第6條第2項第1句意義下之父母親地位，無論如何不得受到否定（BVerfGE 56, 363 [384]; 79, 203 [210]）。

基本法第6條第2項第1句係將親權歸賦予父母親，亦即由兩人共同所享有。此將支持吾人作如下之解釋，亦即生父母兩人皆被納入基本權保護範圍之內。縱然如此，照料與教育子女權之共同行使，則是以父母親彼此間，以及父母之任何一方與其子女間之社會關係，存有最低限度之共識為前提要件。倘此要件不備，則各細項之父母親權，大多僅能單獨歸屬於父母親之一方所享有。然而，對於非婚生子女之親權本身而言，自始即完全排除父母之一方，而僅單獨由父母之另一方享有者，則不具有正當性。在制憲會議（Der Parlamentarische Rat）中，雖然對於基本法第6條第5項之規定採取下列之見解，亦即生父不應被賦予未婚生子女教育之參與權，毋寧小孩應不受干擾地留在母親身邊成長（vgl. Abg. Wessel, 43.

Sitzung des Hauptausschusses, Stein-Prot, S. 549; Abg. Selbert, a.a.O., S. 552; Abg. Weber, 10. Sitzung des Parlamentarischen Rates, StenBer., S. 223 f.）。然而，此等未形之於基本法第6條第2項第1句文字之想法，已無法再正當化對於未婚父親基本權利之限制，蓋在現今有為數不少之生父參與自己非婚生子女之成長。

在親權保護範圍之認定上，依據生父與其小孩或母親之關係親近程度而作區別，亦是不合理的。一方面，將特定群體之未婚父親完全排除於基本法第6條第2項第1句的保護範圍之外，並無法合理化在不同情況之間所經常發生的過渡歷程。另一方面，排除特定未婚父親之親權，亦未充分地考慮到當事人間之關係可能會隨著時間的遞移而一或許多次地一改變。

是以，將本憲法保障規範之文義與內容，作下列之解釋應是最合理的：亦即當所有未婚父親依法律之規定，被認定為父親時，則皆納入規定之保護範圍。縱然如此，該憲法規定亦同時肯定，立法者在形成父母親各方之具體權利與義務時，享有考量不同事實關係之權限。

b)從而，將所有生父納入基本法第6條第2項第1句之保護範圍，並非意味著所有親生父親與母親對其子女而言，皆應被賦予相同之權利。一方面而言，生父關係一在有疑義時，

也包含生母關係一應如何被認定，乃屬立法者之任務。在此，立法者除了生物學上的源起外，亦可將法律及社會之構成要件納入考慮，例如與生母之婚姻關係（vgl. BVerfGE 79, 256 [267]），或是生父關係之承認。而另一方面而言，親權也是有必要經由立法者之形塑。蓋親權係歸屬於父母親所共同享有，其行使必須要求雙方達成一最低限度的共識，始有可能。在此，更應進一步地思考到由親權所產生的權利與義務，係不可分割地彼此相連結；而且權利之行使，必須是以促進小孩福祉為圭臬。從而，當父母親責任共同行使之前提要件不存在時，立法者則有義務，將特定之權利與義務劃歸由父母之一方個別行使之。據此，當父母親彼此間之共識，以及父母之一方與子女間之社會關係越薄弱時，立法者之形成權限則就越大。

是以，將所有未婚父親納入保護範圍，並不排除在考量不同之事實關係下，將其法律地位作不同形塑之可能性。尤其是當親權共同行使之前提要件欠缺時，立法者得將撫育之主要責任分配予父母之一方。在形塑非婚生子女生父之權利時，立法者亦得以不存在一般性的社會關係為出發點而作思考，並且就生父對其非婚生子女之成長是否顯示出興趣，加以參酌。

3. 當民法第 1747 條第 2 項第 1

句及第 2 句對於原審程序具有裁判上之重要性時，則該規定即違背了基本法第 6 條第 2 項第 1 句之規定。

a) 由生母或生母之配偶收養非婚生子女，將導致生父地位所包含之權利與義務的完全喪失。尤其生父亦喪失了聲請會面往來規則，以及維繫或再度回復與其子女人際關係之法律上可能性。此等喪失，既不取決於生父自身之同意，亦不依賴收養是否與生父利益相違背之審查，尤其更與收養是否破壞既存父子關係之審查無關。

aa) 在生母收養其子女之情形，根據民法第 1747 條第 2 項第 2 句後半句之規定，生父並不享有藉由提出婚生宣告或認領之聲請，以對抗生母收養請求之權利。易言之，生父並不享有任何法律上所保障之權利，以排除生母所為之收養。倘若生父參加了收養程序，則其無論如何至少可主張生母所為之收養，依民法第 1741 條第 1 項之規定，係不被允許的，蓋該收養並無助於小孩福祉之促進。

再者，生父在收養程序中之地位，係混沌不明的。由於其並不被賦予實體上之權利，故從法律中並無法明確地知悉，其是否為程序當事人？明白課予監護法院踐行生父聽證權義務之規定，業已經由收養法而再度被刪除。其立法理由在於：立法者普遍不認為在生母收養其非婚生子女之情形中，生父之聽證係屬必要；毋寧應

容任由監護法院自行決定，是否基於小孩之利益而應為生父舉行聽證（vgl.BTDruks 7/3061, S. 58）。

bb) 在生母之配偶收養子女之情形，民法第 1747 條第 2 項第 1 句前半句之規定固然有其適用。該規定賦予生父以提出婚生宣告或認領聲請之方式，來阻止其小孩被收養之可能性。然而，在小孩被繼父收養之情形，並不適宜維持生父之親權。蓋在此等情形下，婚生宣告或認領之聲請，通常並不具有成功之希望。而生母之同意亦難以列入考慮，蓋其正是希望與配偶共同撫育小孩，故而贊同其配偶之收養聲請。生母同意權之受到取代，唯有當小孩自己提出聲請時始具可能性，易言之，其並無法經由生父而引發。再者，在此等情形下，生父認領子女，並無助於小孩之福祉，蓋小孩必須因此而脫離其居住之環境，並與先前從事照料與撫育之母親分開。準此，在生母之配偶收養子女之情形，生父實際上並不具有防止收養，或是引發其自身利益受到斟酌之可能性。是以，在他人收養之其他情形下，關於民法第 1747 條第 2 項第 2 句前半句所規定之可能性，是否業已充分地考慮到生父親權之問題，在此得予擱置不予討論。

b) 於該法律規定在原審程序中具有重要性之範圍內，該規定逾越了父母權限之單純形塑。該法律規定對於

生父親權所可能招致之進一步侵害，亦無法經由基本法第 6 條第 2 項第 2 句所規定之國家看護人機構（Wächteramt des Staates），或是經由第三人之基本權利，而被正當化。

aa) 母親收養自己非婚生子女，是否根本上得以正當化對生父親權之侵害，在此則無庸作審查。小孩之實際情況，並未因收養而遭受到改變，蓋其依舊留在母親身邊，且繼續由其撫育。單是由此思考，即足以引發吾人之疑慮。在此情形下，收養並無助於小孩產生家庭上之聯繫；反之，卻導致小孩與其生父間之法律關係消滅。原則上，小孩之法律地位並未因收養而有所改善，毋寧更加惡化。當人們無視於官方照顧（Ampflegeschaft）從先前的有到現在的無的話，則小孩對之於其母親之法律地位，並未有所改變。小孩與生父間親屬關係之消滅，乃同時導致小孩喪失了所有由此所源出之權利，尤其是亦喪失了其所享有之撫養費及繼承請求權。此外，在一般情形下，因收養而完全排除小孩未來與生父往來之可能性，對小孩福祉並無助益。

在個案中，是否存在有重大利益，致使小孩得以被其生母所收養，在此得予擱置而不予討論。無論如何，藉由不賦予生父有主張親權之可能，以簡化生母收養其非婚生子女之程序，對於維護子女福祉而言，乃非

屬必要之舉。除此之外，該規定在狹義理解下，亦是不合比例的。蓋在小孩或其母親之收養利益以及生父維持其父親地位利益兩者之間，並未進行衡量之情形下，生父即已喪失了法律地位。

bb) 同樣地，在生母之配偶從事收養之情形，實際上並未賦予生父任何權利，也幾乎無法透過小孩之重大利益而加以正當化。在此等情形下，小孩之事實上情況亦鮮有改變。小孩並非因為收養，才首度被賦予在一個能提供其發展上良好條件之家庭中成長之可能性。毋寧，收養之目的，應在於使既存之事實狀態受到法律上之保障。此等保障，可能存在有小孩之利益。縱然如此，在文獻（vgl. Staudinger-Frank, §1741 Rn. 33 ff. m. w. N.）以及兒童保護團體所提出之意見中則指出，收養繼子通常並非毫無問題。據此，吾人並無法毫不猶豫地即推定出：在任何情形下，繼父所為之收養恆有助於小孩之福祉。

姑不論上述情形，為達到小孩在繼父母家庭中獲得所企盼保障之目的，本規定是非屬必要的。子女對於繼父母以及親生父母之一方共同擔負父母親責任之利益，應可進一步經由改善繼父母法律地位而得到考量。況且，繼父母收養小孩，且同時不完全消滅小孩與其親生父母之一方的親屬關係，亦屬可考慮之方案。此外，透

過下列之設計，應足以維繫小孩之福祉，亦即唯有當與生父利益衡量之結果，小孩請求收養之利益顯具優勢時，生母之配偶所為之收養始屬可能。由於立法者從未賦予生父得以透過其利益之主張，以達前述衡量之可能性，故本規定即使作狹義之理解，亦不合比例。

c) 關於前述之違憲疑義，並不具備法規範合憲性解釋之可能性。法規範之文義與關聯性明白地顯示出，在生母收養其非婚生子女之情形，立法者並未賦予生父權利，而且在第三人為收養之情形，立法者僅願意給予生父民法第 1747 條第 2 項第 2 句前半句所指稱之可能性。在法律中所明白表達之意志，係透過法規範之形成史而獲得確認。當合憲性解釋與法條文義以及立法者明確可知之意志相違背時，則遭遇到合憲性解釋之界限（vgl. BVerfGE 90, 263 [275] m. w. N.）。

4. 由於民法第 1747 條第 2 項第 1 句及第 2 句在本案所審查之範圍內，業因違反基本法第 6 條第 2 項第 1 句之規定而違憲，故其是否亦侵犯到其他之憲法規範，則無庸再為審查。

II. 系爭院裁定之違憲性

1. 系爭之裁定，侵犯了憲法訴願人源於基本法第 6 條第 2 項第 1 句之基本權利。該裁定係以民法第

1747 條第 2 項第 1 句及第 2 句之違憲規定為基礎。生父之反對意志並不妨礙收養，始終為監護法院之出發點。況且，監護法院亦未就生父之利益以及小孩被收養之利益兩者間，作一衡量。

2. 除此之外，Bergisch-Gladbach 區法院之裁定侵害了憲法訴願人 1) 的法定聽審請求權。

a) 在非訟事件處理程序中，基本法第 103 條第 1 項亦應受到重視。而且無論聽證是否法有明文，或是處理程序適用當事人進行原則或職權調查原則，皆然；而且，形式上當事人之地位如何，亦同樣不影響該規定之適用。毋寧，任何在實體法上受到法院裁判所影響，並且因而在法律上直接受到程序波及之人，皆應享有法定聽審請求權（vgl. BVerfGE 89, 381 [390] m. w. N.）。

基此，非婚生子女之生父應參加收養事件處理程序。其親權係因裁判而受到波及；而且無論立法者是否已賦予其與收養相關之實體上權利，皆然。蓋非婚生子女之生父因收養事件而喪失其身為父親之地位，以及與此連結之所有權利與義務。尤其是其聲請與子女會面交往，或是依民法第 1711 條第 3 項連結第 1634 條第 3 項規定，要求告知有關小孩相關訊息之法律上可能性，亦被剝奪。

即便是根據社會法典第八部第

51 條 3 項之規定，青少年局負有向生父告知其擁有民法第 1747 條第 2 項權利之教示義務，法定聽審請求權亦不因此而得到充分之考量。基本法第 103 條第 1 項係保障「在法院前」（vor Gericht）的法定聽審請求權。據此，受法院程序實質影響之關係人應被賦予機會，就法院裁判所依據之事實，以及其他程序當事人之相關陳述表示意見。青少年局根據社會法典第八部第 51 條第 3 項規定向生父所為之權利教示，並不能取代在法院所為之聽證。姑且無視於青少年局之義務，僅在於生父行使其民法第 1747 條第 2 項第 2 句及第 3 句所定權利之際給予諮詢，而非使其擁有廣泛之聽證，即便是將生父所為之陳述完整且無評價地向法院轉達，亦未受到保障。除此之外，吾人應考慮到青少年局一正如同本案原審程序一般—總是以多重功能身分參與收養程序，因此並不能取代中立法院所為之聽證（vgl. BVerfGE 83, 24 [36]）。

b) 監護法院違反了保障憲法訴願人 1) 法定聽審權之義務。法院並未讓憲法訴願人 1) 參加程序，並且未給予其就事實以及其他程序當事人之陳述表示意見之機會，尤其是未讓憲法訴願人從其自身觀點，描述其與小孩間之關係。青少年局在處理陳述意見時，憲法訴願人未曾有過參與，而法院對此則有所知悉。

收養之裁定，可能係在侵犯法定聽審權之基礎上所為。憲法訴願人主張，收養之目的旨在完全斷絕其未來與小孩間之往來，然該斷絕卻是有損於小孩之福祉。吾人並無法排除，憲法訴願人之聽證可能會導致收養要件受到不同之評價。此等假設與法官就憲法訴願人稍後之談話所作之註記，並不相牴觸。根據非訟事件法第 56e 條第 3 句之規定，法官不得對於收養要件為重新之審查。

3. 憲法訴願人 2) 源自於基本法第 19 條第 4 項之基本權利，並未因地方法院及邦高等法院之裁定，以及此等裁定引以為據之非訟事件法第 56e 條第 3 句規定而受到侵害。既非該憲法規範，亦非法治國原則，保障人們享有上訴請求權 (Anspruch auf einen Instanzenzug)，以資對抗法院之裁判 (vgl. BVerfGE 89, 381 [390] m. w. N.)。在某個實質關係人於收養事件處理程序中根本未獲參加之情形下，上述法規範亦排除專業法院對收養裁定之審查權限。在此範圍內，該法規範是否具有憲法上之疑義，得不予討論；蓋憲法訴願人 2) 業已經由監護法院告知相關程序，並獲得聽證。

倘若憲法訴願人認為，作為非婚生子女之生父不具有相當之可能性，俾使違背其意志所作成之收養裁定受到審查，而同意權人卻是得以提起上

訴，以對抗其同意權受到替代之情形，乃是侵犯到其受基本法第 19 條第 4 項所保障之基本權利時，則其所為之責斥，依其性質應該是對於生父法律地位之實體法上規定表示不服。就此，憲法訴願人之利益，業已經由民法第 1747 條第 2 項第 1 句及第 2 句規定為違憲之決定而受到考量。

D. 違憲之效果

確認基本法第 6 條第 2 項第 1 句受到牴觸之結果為：民法第 1747 條第 2 項第 1 句及第 2 句之規定，被宣告與該等基本權利不相一致。立法者至遲應於本屆任期終止前，排除此等違憲之狀態。在新的法律規定生效前，除非生父同意收養，否則生母或生母之配偶收養非婚生子女之程序應予中止。系爭裁定之確定力 (Rechtskraft)，於與重新審理以及裁判相違背之範圍內，應予撤銷。

I. 關於民法第 1747 條第 2 項第 1 句及第 2 句規定部分

1. 當某一法規範與基本法相牴觸時，原則上應受到無效之宣告 (§ 95 Abs. 3 Satz 1, § 78 Satz 1 BVerfGG)。然而，當法規範之違憲部分，係無法被明確地加以區隔，違憲係因某群人或事物類型未被納入規定，或是立法者對於違憲狀態之改善存在有多種可能性時，則得為不同之處置 (vgl. BVerfGE 90, 263 [276])。

準此，在本案中，無效宣告得予

受到排除，蓋法規範之違憲性乃在於非婚生子女被收養時，生父僅被賦予不夠充分之權利。此外，立法者擁有各種不同之可能性，以排除此違憲之狀態。例如立法者可以規定收養非婚生子女應得到生父之同意，並且藉由將同意權受替代之規定作不同之形塑，以斟酌不同之社會事況。然而，即使是一個賦予生父異議權，且僅有在特定要件下其行使始受到限制之規定，亦非屬自始即排除親權。

立法者負有儘速將法律狀態回復合憲之義務。由於必要之新規定與親子法之改革兩者間，存有緊密之關聯性，是以，給予立法者至遲到屆期終了為止之期限，以產生新的法律規定，表面上應是合宜的。

2. 截至新的法律規定形成為止，於法院裁判繫於法規範中被宣告違憲部分之範圍內，法院之程序應予中止。此項原則之例外，在本案中並不存在，而且在盱衡所有事況後，亦不具有正當性。

違憲規定之繼續適用，將意味著直到新規定生效為止，可能會有為數不確定之個案，在生父親權受到侵害之狀況下，生父與其非婚生子女間之親屬關係遭到終局地終止。相較於此等結果，在新法律規定出現之前業已被生母或生母之配偶收養之小孩的利益，則較不會如此嚴重地受到波及。即便沒有被收養，小孩亦得以繼續留

在母親，或者母親及其配偶身邊生活，並且受其照料與撫育。當與生父之往來危及到小孩福祉時，則根據現行法之規定，生父即可被予以排除。有鑑於生父權利受到重大之影響，在過渡期間拒絕使小孩因被收養所形成之地位受到法律上之保障，應是可被支持的。

在本案受到質疑之收養事件中，由聯邦憲法法院就生父之法律地位作一暫時性規定，例如在過渡期間內生父之同意權係可被替代之規定，同樣地並不需要。在對此不存在有急迫必要性之情形下，將可能使司法者搶在立法者之前而作出規定。即便是事實關係之法律保障在個案中可能對於小孩之福祉富具重大意義，然而，對小孩及其他當事人而言，當生父反對收養時，使其等待一個新的法律規定之誕生，應是可以期待的。經生父同意而為收養之可能性，並未因本裁判而受到影響。

II. 關於法院裁定部分

1. 法院之裁判侵害了憲法訴願人之基本權利，或類似基本權利之權利（grundrechtsgleiches Recht）。聯邦憲法法院不僅應確認此等侵害性，也應該廢棄系爭之裁判（§ 95 Abs. 1 und 2 BVerfGG）。準此，系爭之裁判係溯及既往地消滅，而且原審程序係回復到裁判作成前之狀態。然而，當毫無限制之廢棄，並無法透過憲法

訴願之意義及目的而被正當化，而且較之於違憲裁判之部分維持，會產生更難以被容忍之法律效果時，則對法律效果之宣告作限制，尤其是從事物、形式，或是時間觀點為廢棄之限制，將是容許的（vgl. BVerfGE 89, 381 [394 f.]）。

對於侵害法定聽審權下所認可之收養成年子女案例，聯邦憲法法院曾為如下之裁判：當監護法院在維護法定聽審後是否否定或持續肯定收養要件，尚無法被確定時，則法律效果之宣告，原則上應限於收養裁定確定力之剝奪，蓋收養關係之當事人就因收養裁定所形成之身分的維持，享有值得保護之利益。倘若法定聽審之補正，將導致收養不應被認可之結果時，則收養裁定原則上應溯及既往地予以撤銷（BVerfGE 89, 381 [396 f.]）。

2. a) 上述對於限制法律效果宣告所採取之考量，同樣地亦適用於收養未成年人之情形。不同之判斷，在本案中亦不存在，蓋系爭之裁定侵害了憲法訴願人源自於基本法第 6 條第 2 項第 1 句之基本權利。由於親權之侵害，存在於為收養時對生父法律地位之保障不夠充分；而違反生父意願所為之收養，又非屬於憲法上所一般禁止之事。是以，類同於法定聽審權受到侵害之情形一般，關於收養要件是否應終局性地予以否定，或是在合

憲之法律規定創設後，收養仍得被認可之問題，目前尚不應受到忽視。從而，法律效果之宣告應限縮在確定力之排除。蓋在收養是否應被撤銷尚未確定前，被收養之小孩就其由收養裁定所創設之身分，存有不受變更之值得保護利益。

本案應發回監護法院。就憲法訴願人 1) 而言，其案件應發回由另一位法官審理之。

透過確定力之排除，監護法院獲得了重新審理及裁判之可能性。其得以再次審查收養是否有助於小孩福祉之促進，並且詢問憲法訴願人是否同意收養。倘若法院進行重新審理者，則不得在新法律規定公布前作成裁判，毋寧應中止程序至該時點為止。同時，法院亦應審酌，有鑑於程序懸而未決，是否考慮規定一會面往來之規則。

b) 倘若法院稍後為重新審查，並認為收養不應被認可者，則在立法者未制定有特別過渡規定之情形下，收養之撤銷，應向將來生效。不同於收養成年人之情形（vgl. BVerfGE 89, 381 [397 f.]），在收養未成年子女事件中，正如同民法第 1764 條第 2 項中就親屬法上之撤銷所規定者一般，當事人對於撤銷之結果僅限於向將來生效之利益，通常是佔有優勢的。憲法訴願人透過憲法訴願之提起所期待達成之親子關係的維持，亦即維繫或

再度建立情感上之父子關係，僅就未來始具有實際上之意義。在收養未成年子女之情形，財產法上之利益並不具有決定性之地位（vgl. § 1745 Satz 2 BGB）。毋寧吾人應思考到，各種法律效果之回復原狀—倘若其可能的話—，將會導致嚴重之法的不安定性、額外增加當事人間關係之負擔，以及可能對被收養之小孩造成不利之影響。對於憲法訴願人而言，由於並不存在有事實上之優點，以資對抗上

述缺點，故撤銷之時的效力，僅限於向將來發生。

3.基於憲法訴願大部分係有理由之故，憲法訴願人享有墊款返還請求權。此亦適用於憲法訴願人 2)，蓋其請求獲有成果。

法官： Henschel Seidl Grimm
 Söllner Kühling Seibert
 Jaeger Haas

「雷巴赫士兵謀殺案」判決

BVerfGE 35, 202-245

聯邦憲法法院第一庭於 1973 年 6 月 5 日基於 1973 年 5 月
2 日及 3 日之言詞辯論所為之判決

- 1BvR 536/72 -

陳耀祥 譯

要目

判決要旨

判決主文

理由

A. 事實

I 爭訟緣起

II 爭訟經過

III 訴願人主張

IV 各機關意見

B. 理由

I 憲法訴願程序合法

II 人格權與廣播電視自由之
衝突

III 一般法律與廣播電視自由
之限制

IV 電視節目之影響範圍與人
格權保障之放射作用

V 公眾資訊利益與受刑人再
社會化利益之衡量

VI 結論

關鍵詞

廣播電視自由 (Rundfunkfreiheit)

節目自由 (Programmfreiheit)

一般人格權

(Allgemeines Persönlichkeitsrecht)

再社會化 (Resozialisierung)

公眾之資訊利益

(Informationsinteresse der Öffent-
lichkeit)

判決要旨

1. 首先，廣播或電視台基本上
得主張其播送行為受到基本法第 5 條
第 1 項第 2 句之保障。廣播電視自由

既涵蓋演出素材之選擇，也保障包含
選擇播送形式等表演種類與方式之決
定。當廣播電視自由與其他法益產生
衝突時，得根據具體播送行為所生之
利益、形成之種類與方式及所追求或

所預見之作用加以判斷。

2. 藝術著作權法第 22 條、第 23 條之規定提供充足之空間，就受到基本法第 5 條第 1 項第 2 句所保障之廣播電視自由之放射作用與依據基本法第 2 條第 1 項連結第 1 條第 1 項所保障之人格權進行利益衡量。

在此，兩項憲法價值基本上皆不得主張優先受到保障。在個案中係就人格範圍之干預強度與公眾之資訊利益進行衡量。

3. 在關於重大犯罪行為之現況報導當中，公眾之資訊利益相較於犯罪行為人之個人保護通常優先受到保障。然而，除考量不可侵犯之最內在生活範圍之外，必須遵守比例原則；依此，提及姓名、呈現相貌或其他足以識別行為人身分之行為並非當然容許。憲法上之個人保護並不允許電視逾越現況報導範圍而以紀錄片方式，在時間上毫無限制地觸及犯罪行為之行為人及其私人領域。當稍後之報導相對於提供現況資訊，業已對於行為人產生新的或另外的重大損害，尤其危及其重返社會（再社會化）時，則無論如何不受允許。當得識別重大犯罪行為之行為人的節目於其釋放後或於接近即將釋放前之時間點播送時，通常即可認為係損害其再社會化。

判決主文

1. Mainz 邦地方法院 1972 年 6

月 8 日 - 1 O 128/72 - 判決及 Koblenz 邦高等法院 1972 年 10 月 5 日 - 9 U 552/72 - 判決侵害訴願人受基本法第 2 條第 1 項連結第 1 條第 1 項所保障之基本權利，應予廢棄。

2. 基於假處分，位於 Mainz 之德國第二電視台直至本案事實獲得終局確定判決為止，若影片中提及聲請人及訴願人姓名或加以描述時，不得播出紀錄片「雷巴赫士兵謀殺案」，違反處分時得連續科處罰金。

關於假處分之程序費用部分發回 Koblenz 邦高等法院決定之。

3. Rheinland-Pfalz 邦應返還訴願人於憲法訴願程序中所支出之必要費用。

判決理由

A. 事實

本憲法訴願係針對民事法院拒絕訴願人聲請作成假處分之決定而提起。經由系爭假處分，德國第二電視台所製作之紀錄片若描述訴願人或提及其姓名時，則不得播送。

I. 爭訟緣起

生於 1945 年之訴願人曾經參與刑事法院採取參審程序審理之所謂「雷巴赫士兵謀殺案 (Der Soldatenmord von Lebach)」之重大犯罪行為。兩名主犯彼此之間，以及與訴願人為親密好友，其中部分關係具有同性戀性質。此三位年輕男

性致力於建立一個獨立於其所排斥之社會以外之生活共同體。其計畫強劫聯邦國防軍彈藥庫以奪取武器，作為從事其他犯罪行為之用，藉以實現其搭乘帆船遨遊於南太平洋之生活美夢。此兩名主犯於 1969 年著手強盜行為，此案中其殺害四名熟睡中之警衛隊士兵，重傷一名，並劫取武器及彈藥。從犯罪行為顯示，其嗣後試圖恐嚇一名金融經紀人取財。本件訴願人於其友人計畫犯罪時再三強調，其無法從事此種犯罪行為，因此其並未參與強盜行為。刑事法院於 1970 年 8 月 7 日判處兩名主犯無期徒刑，訴願人因幫助犯罪處六年有期徒刑。訴願人被認定應受處罰之幫助殺人行為在於其教導其中一名主犯如何使用手槍，而此手槍嗣後作為強盜之用，而且以贊同送給金融經紀人信件方式幫助準備恐嚇取財。在量刑中，刑事法院對於未有前科之訴願人作有利之考量，亦即其僅為推動犯罪行為之共同行為人，而其行為參與所應負擔之責任相較於主犯尚屬輕微；況且，其供出武器藏匿地點對於犯罪行為之釐清亦有重要貢獻，在諸多疑點上又坦承不諱，並明顯地對於其不法行為與整起犯罪表示悔意。再者，基於其以往生活經驗、其無法獨立及障礙性人格與無理性地對其中一名主犯用

情專一地產生依賴，故量刑上酌予減輕。此項刑度對於訴願人之反省悔過係屬必要且係避免其將來違法之適當處罰。

其間，訴願人已服刑超過三分之二之刑期，此項刑事執行預計將於本年 7 月依據刑法第 26 條第 1 項之假釋規定予以中止，訴願人並準備返回故鄉。

II. 爭訟經過

1. 雷巴赫暴力犯罪事件引起全德民眾極不尋常地高度關注，而且追緝犯罪行為人之行動也持續數個月。新聞紙、廣播及電視中並已鉅細靡遺地報導本件犯罪行為、為數眾多之追緝手段及刑事訴訟程序。ZDF 紀錄片部主任 Jürgen Neven-du Mont、聯邦刑事署刑事偵察隊長 Karl Schütz 及助編 Rainer Söhnlein 亦在刑事訴訟程序未終局確定前撰寫一本關於此案之書籍。Neven-du Mont 及 Söhnlein 進而為 ZDF 編寫由 Söhnlein 導演並於 1972 年初完成之「雷巴赫士兵謀殺」電視紀錄片劇本。根據邦高等法院所認定並無爭執之事實，ZDF 預計將於某個週五晚間，分為兩段播送該節目，中間插播簡短新聞，總共兩小時又 40 分鐘。節目之第一段描述同夥內部間之關係、籌畫強盜行為與著手實施之過程；第二段則特別處理追緝與調查犯罪行為人以及試圖恐嚇取財之行為。節目一開始就以照片方

式將訴願人與主犯一同呈現於觀眾眼前，然後由演員扮演。訴願人之姓名並於整個節目過程中被再三提及。

2. 訴願人認為，於預計播送之電視節目中，其人格權、姓名權及個人肖像權受到違法侵害。故提出該節目中若飾演其個人或提及其姓名時，應禁止 ZDF 播送該節目之假處分聲請，被邦地方法院與高等法院以本案中被撤銷之決定予以駁回。此兩項判決之主要依據為 1907 年 1 月 9 日施行之藝術著作權法（Kunsturhebergesetz；KUG）第 22 條及第 23 條。

a) 邦地方法院表示，訴願人經由參與犯罪行為而在一定時間內成為「當代史上關係人物」。尤其此項行為透過團體形成，基本上具有社會政策上之重要性，而且激起公眾對其心理與社會背景之強烈興趣。訴願人身為犯罪集團成員必須忍受公眾之持續討論及以影片手法表達，無須考量其參與犯罪之程度。蓋此事件已眾所周知，而依據 ZDF 之答辯，此節目係以未扭曲訴願人人格形象之方式，忠實地紀錄整個真實事件，並未對於訴願人私人領域構成另外重大之侵害或有危害其再社會化之虞。

b) 邦高等法院 1972 年 10 月 5 日上訴判決（NJW 1973, 頁 251 JZ 1973, 頁 279）之主要理由如下：系爭案件係一項對於藝術著作權法第 22

條及第 23 條所規定，基於基本法第 1 條及第 2 條第 1 項之價值觀所保障，作為一般人格權之特別表現形式之個人肖像權，與經藝術著作權法第 23 條所承認及依據基本法第 5 條第 1 項所保障之言論自由與廣播電視報導自由解釋所得，對於跟公眾利益相關人物之真實相貌的資訊需求，兩者之間的利益衡量。由前述憲法規範得導出電視報導刑事訴訟程序之權利。雖然，重刑犯之人格權保障與再社會化之重要意義亦適用於業已終結之刑事訴訟程序，然而在此階段，對於可歸責之人之辯護已無形成負面影響之虞，故廣泛與專業之報導應受到較高之保障。

訴願人於本件犯罪行為中牽涉甚深，並於此範圍內成為當代史上關係人物，此種情況於上訴判決公布時仍繼續存在。就此問題，主要之決定關鍵在於依據法院之確信，國民對此事件發生過程與訴願人個人仍存有相當大之關注。此項強盜案件有意喚起大部分之聯邦國民注意其特殊性。因此，當人們議論有關訴願人個人過去所為之描述時，需要與此有關，符合事實與專業之說明乃無庸置疑。

訴願人基於藝術著作權法第 23 條第 2 項所享有之合法利益與 ZDF 之計畫並不扞格。從再社會化之觀點而言，並非抽象地與基本法第 5 條第 1 項所保障之大眾傳播媒體自由處於

對立，而僅能在具體之利益衡量中加以考量。依此，當考量到訴願人於1973年7月提前假釋時，知悉攸關公共利益之事務的資訊權利應優先受到保障。基於戲劇學理由，以紀錄片形式所為之演出得避免扭曲重現之可能危險。而且，因為電視節目之廣大影響力所導致對於人格權領域之干預強度，得因訴願人故鄉之居民對於犯罪行為與人物，基本上比起其他一般電視觀眾較為相信而得以減輕。雖然法院亦認為，業已承認個人責任且受判決確定之訴願人，其未來想避免於處罰之生活之再社會化，不可能因為此項節目播送而變成較為容易，反而可能，甚至於確定導致其再社會化困難。然而，訴願人必須容忍，而且因此承擔一些在我國根據基本法所保障之大眾傳播自由，尤其基於公共利益考量所可能導致之負面效果。此種公眾利益並非基於事件之偶發性，而是基於，也包括訴願人在內，重要之為人責任。

III. 訴願人主張

1. 訴願人提起憲法訴願，主張本件被撤銷之決定侵害其受到基本法第1條第1項及基本法第2條第1項所保障之基本權利，理由如下：

邦高等法院所許可之對於訴願人生活樣貌之描述，本身並未顧及其人格最私密範圍而以侮辱及貶抑方式加以羞辱，並且創造一種使訴願人不可

能再踏入社會之氣氛。基本法所保障之人的圖像絕不允許此種觀點，亦即犯罪行為人於接受法定刑罰制裁之後，尚必須另外受到在數百萬電視觀眾之前立於現代恥辱柱接受公開譴責而貶低其社會地位之對待。公眾對訴訟程序中發現真實及恢復法律和諧狀態之合法資訊利益至遲於訴願人受到具有終局確定判決時，或無論如何與此時點在時間上緊密關連之階段即已消滅。就系爭犯罪行為進行符合事實且專業之解說而不會涉及訴願人之說法，值得商榷。況且，影片中從未出現訴願人因而受到判刑之真正的幫助行為，亦即解釋手槍之使用方法。影片從一項觀點，亦即犯罪行為人之同性戀性格，解釋整個過程，係扭曲整起事件，激起現存之成見，同時也證明系爭影片主要是為滿足觀眾喜歡聳動節目之需求。

2. 聯邦司法部以聯邦政府之名義陳述意見如下：

對於犯罪行為人之一般人格權與公眾意見形成自由進行衡量時，係依據個案情況決定，就此，亦有認為再社會化應受較高之評價。在此，對於犯罪人本身，包括其來歷，於刑事判決確定生效後一段時間，以紀錄片方式綜合性地加以描述，係考量合法的資訊需求。然而，對於僅屬當代史關係人物之犯罪行為人之名稱提及與人格描述的新聞利益優先性，僅於刑事

制裁確定生效後之有限時間內受到承認。紀錄片，如系爭非常深刻地描述犯罪行為人人格形象及引起廣泛公眾迴響者，考量其必需之準備工作僅需 6 至 9 個月期間。個案中可能有時間上持續存在之新聞利益，惟其需要明確與專業的證據，在此欠缺，證明在其他大眾傳播媒體中仍持續地公開議論犯罪行為，以及從新近發生之事情得以看出，對於犯罪行為有何新的發現。

基此，訴願人至今雖仍必須忍受對於強盜案件與其來歷之描述，但相對地，並不包括呈現相貌與名稱之提及。而基於再社會化之考量完全禁止節目播送，其理由亦不充分。在此範圍內所衡量之一般人格權，主要不在於實現再社會化之功能。而且，與訴願人再社會化相關之問題係與其特別之人際關係與返鄉行為極度密切關連。

3. Rheinland-Pfalz 邦司法部經地方機關聽證程序之後以邦政府之名義就此問題表示，如播送系爭紀錄片，可預期地將對訴願人故鄉居民之觀感與訴願人之再社會化產生影響。如此，訴願人於故鄉將因其同性戀之性格而遭受居民普遍地排斥與藐視。因為紀錄片將訴願人烙上同性戀之印記，將導致其於假釋之後受到全面性的社會隔離，尤其，將妨礙其投入職場及使參加運動與音樂團體之計畫落

空。總之，節目播送至少將造成訴願人再社會化之重大困難，對其形成長期持續之譴責作用，並禍及其家屬。

4. ZDF 主張本憲法訴願顯然無理由並陳明如下：

如 ZDF 一般之電視台，係以特別標準而獲得合法地位，亦即以紀錄表演形式，針對如雷巴赫事件等之歷史事實提供專業、綜合之資訊滿足公眾之合法利益。為符合 ZDF 之公法任務，其播送行為首重公共意見之形成。故播送行為應該說明犯罪行為之社會學與心理學背景，喚起對於訴願人個人更多的理解與研究如何能夠避免再度發生同樣事件。此影片進一步呈現在釐清案件過程中所耗費之可觀的人事與技術經費以及所投入警力之規模。由此可見，要查出犯罪行為人之可能性是極度渺小。再者，聯邦國防軍軍火庫之安全改善及士兵之警衛措施於演出中亦有著墨。因此，此紀錄片有益於嚇阻未來可能犯罪之人、確保公共道德與社會責任之強化，能夠形成犯罪是不值得的、被發現之風險增高及社會本身藉此已準備妥當打擊犯罪之觀感。故此紀錄片間接地促進基本法第 1 條所含之法益受到保護。當節目之播出使得一位潛在之犯罪行為人遠離相類似之犯罪行為時，此項節目製作即已即屬正當。潛在受害者與尚未受到刑事處罰之潛在犯罪行為人之基本權利的位階並不低於已

經受到判刑確定之訴願人之人格權。

基於迄今為止協助受刑人更生之努力成效有限之考量，再社會化利益不應受到過度之正面評價。此外，訴願人之再社會化並未因為此項紀錄片而受到值得提及之損害。此節目拒絕任何聳動性質之追捕情節，係謹慎且保持距離地真實演出。其區別參與者之角色，僅將訴願人描述為從犯。其以藝術表演方式，提供資訊與有助於意見形成，ZDF 自得主張應受基本法第 5 條第 3 項規定之保障。

若依訴願人之觀點，則基本法第 5 條所關注之「成年」國民所享有之廣泛的資訊範疇將遭到封閉。又關於犯罪行為之紀錄片僅得於刑事判決確定六個月內播出之建議，係意味著排除在此範圍之資訊與意見形成。電視台製作紀錄片需要一年半至兩年。本件中所需時間較短，祇是因為能夠基於 Neven-du Mont 之著作拍攝而成。

對於本件僅能於有限範圍內進行憲法審查之案件而言，民事法院之確認，亦即訴願人仍為當代史關係人物，觀眾對其還有鮮活記憶，而且，系爭紀錄片並未負面扭曲地描述訴願人之形象之見解，應有拘束力。

4. 聯邦憲法法院尚給予其他一系列機關與組織就本案表示意見之機會。

a) 聯邦最高法院民事第六庭特別舉該院有關電視節目「我們的大門

前」(NJW 1966, 頁 2353) 之判決為例指出，依該判決見解，關於個人與其生活關係之影像報導，相較於語言及文字報導，其為保護人格權所設之必要界限必須另行且嚴格地劃定。在電視上同時呈現個人相貌與姓名，並給予負面評價，將對於當事人產生一種即使其以前為重大罪犯也無須承受之社會譴責後果。

b) 德國第一公共廣播電視台 (ARD) 則表示，ARD 所屬之各廣播電視台基本上認為有權以藝術表演製作紀錄片之方式傳達有關現今社會現象之資訊。在此類紀錄片中所產生之利益衝突應個案地加以規範。

c) 德意志報業評議會與德意志雜誌出版業公會強調，報業對於現在及過去備受矚目之犯罪案件，迄今仍以刊出行為人之姓名與相貌方式加以報導。基本法第 5 條第 1 項之出版自由禁止在個案中如此進行所必需之利益衡量，亦即其決定繫乎新聞報導是否具有合法之公眾資訊利益，或者，是否僅屬譁眾取寵與滿足廣大讀者之好奇心或娛樂需求而已。訴願人具有從公眾眼裏消失之優先利益的觀點，令人無法苟同。

d) 依據德意志新聞記者協會之見解，遠離犯罪已數年之久，並經有效的贖罪之後，公眾之資訊利益已不復存在。然而，前述意見形成之目標—在此大概是有關具有同性戀性格之行

為人團體，其行為所顯現之心理學上具有爭議之意義—牴觸作為現代刑事執行之主要目標的再社會化，而且，此目標在犯罪行為僅具次要意義時，無法正當化為何能夠導致如同在紀錄片中所展現的，對於人格權產生後果嚴重之侵害。

e) 德意志報業聯邦公會表明，關於在何等範圍內得報導當代史人物，必須考量各種媒體之特殊手段與作用加以判斷。電視節目對於觀眾之影響遠大於以文字及圖片表達之新聞紙所造成者。因於表現種類與方式之差異而形成是否僅以影像方式重現事件經過，或是描述生活樣貌之區別。綜言之，應該讓如雷巴赫所發生之事件得自由地報導，同時讓其隨著歲月而逐漸淡忘。此項犯罪所顯現之問題亦應於公開之社會中加以討論。相關之討論，一般而言，亦未導致犯罪行為人再社會化更加困難。

IV. 各機關意見

1. 聯邦憲法法院以 1973 年 3 月 3 日之假處分禁止 ZDF 於憲法訴願決定之前播送節目中提及訴願人個人姓名或扮演其角色之紀錄性影片。

2. 聯邦憲法法院業已勘驗系爭紀錄性影片，並於言詞辯論程序中聽取來自 Frankfurt 之區政府主任 Einsle 博士、來自 Konstanz 之教授 Lüscher 博士、來自 Diez/Lahn 之心理學家 Possehl 等專家，從刑事執行與社

會心理學之觀點，針對以紀錄片方式描述被處重刑之犯罪行為之電視播送行為判斷，亦即此種節目對於被描述之受刑人，尤其訴願人之再社會化究竟將產生何種影響。

a) Einsle 博士從刑事執行之角度出發表示：

過去數十年來刑事執行之目標集中在於此項理性目的，亦即社會透過再社會化或更生之方式預防累犯之發生。而只有當受刑人成功地重返普通且自由的社會時，社會化方得完全發生作用。此不僅需要內部之理解，在現今行為人範圍大多不穩定之情況下，必須強化自我信任；最重要的，被釋放者亦需要透過周遭環境進行自我確認。若於犯罪行為人可能釋放前之短暫期間，再度於備受公眾矚目之犯罪案件節目中提及全名與相貌，應該停止此種形成內心，甚至於亦極有可能外部行為災難之播送。所有之憂慮，包括可能於服刑期間由受刑人所生者，再度四處散播。憂慮係社會平凡生活之最大敵人，尤其是本件犯罪行為人具備小市民特質，且將處於一個敵視曾受刑事處罰之人，狹隘而且依照經驗所示將受強烈排斥之環境。

系爭紀錄片所欲達成之嚇阻效用，依據刑事執行經驗，在本件所考量之行為人範圍中僅極為有限。令人更為擔憂者，係社會所不容或含著恨意接收之受刑人因為內心極度不安而

自我放棄，再度成為邊緣人而變成潛在之犯罪行為人的危險。另外亦值得商榷者乃是系爭紀錄片描述犯罪行為時之訴願人，完全未考量其嗣後期間有何改變。依照影片內容，訴願人身處於聚焦於當時的他，亦即三位參與可怕犯罪之行為人之一的環境。除犯罪行為之描述外，尚包括訴願人之同性戀行為。公眾對於對於同性戀行為仍強烈排斥。

b) 專家教授 Lüscher 博士由社會心理學及傳播學之觀點出發，特別指出以下見解：

由效用研究得到如此之認知，首先，經由大眾傳播將強化業已存在之立場。尤其在尚未有確定意見形成之領域，傳播者之可信賴性相當重要。相較於其他媒體，人們對於電視之信賴程度更高。此外，當其扮演主角色時，其意見更容易為一般普通人所接受。系爭紀錄片應非以達成一種一般嚇阻作用為目標，蓋普遍觀感極難改變之事實，無論對於潛在之犯罪人與普通國民皆相同。因為人們接受確定之論斷，故知悉所確定者為何即非常重要。經過社會學研究，警匪片當中，節目創作體系地及徹底地以超越現存立場而導向所描述之過去事實、犯罪、同性戀、再社會化等，將可能貶低節目效果，而且，在一定情況之下亦應採取預防措施，以防止發生社會所不樂見之效果發生。就鑑定人所

知悉之證據無法確定此種謹慎義務已被充分履行。

由節目內容觀之，相較於其他可能性（例如小鎮環境等），過度片面強調同性戀情節。因為這項因素，訴願人對於當時戲劇性行為與其他行為人承當相同責任，因此前述情節相當重要。然而，此種導致訴願人被許多觀眾視為在系爭犯罪行為中最後應當承擔相同責任之危險現實無法證明。假使同性戀關係被視為是變態犯罪行為之表現而加以接受時，則將使區分參與者之差異的努力難以達成。

依照製作計畫，系爭紀錄片主要目的在於呈現整起事件。此符合公眾當下之期待，亦即對於整體事件之最新解釋與因此所發生之相關社會問題之關切。其他部分公眾則將此紀錄片視為本案之客觀與終局之評價，並將節目描述與相關之個人及相類似之案件連結在一起而納入其一般立場之中。於此情況即應深思，究竟此事實之真正呈現及其真實性究竟有無支持其所為解釋之可信性之功能。關於此種節目中提及姓名之問題應區分觀察，節目越具有戲劇性質則應越少提及姓名；若節目越限於紀錄性質，亦即報導屬性，則必須越強烈地納入個人情節。

c) 專家 Possehl 係於監獄工作之機構心理學家，訴願人於其服務之監獄中服刑，其曾對訴願人詳細調查研

究，認為紀錄片之播送將加強訴願人之生活疑慮，加重其對社會自我封閉之傾向及自卑感。節目中將異性戀之訴願人迄今明確地與同性戀連結在一起，儘管，此於整起犯罪行為中並不重要，卻特別地將訴願人與犯罪行為人劃上等號。比起未播送該節目，結果可能造成更強烈排斥訴願人之社會環境及導致其與女性交往產生問題。因此，可能會以任何非可預見之犯罪方式再犯。故此種電視節目之播送應認為具有高度可能促使再犯。相對地，當外在壓力減緩時，估計對於訴願人之再社會化才真正有利。

B. 理由

本憲法訴願有理由。

I. 憲法訴願程序合法

本件憲法訴願係針對經歷民事訴訟程序及適用私法規定所為之法院判決所為。就此種案件中相關法規本身之解釋與適用，以及所涉及構成事實之確認與評價進行審查，並非聯邦憲法法院之任務。相對地，基本權利所含之價值決定之放射作用於適用民法中是否受到充分尊重，則屬於審查範圍。故聯邦憲法法院對於被指摘之判決是否原則上基於對現行有效之基本權利之範圍與效力之誤認所為，或是判決結果本身侵害此基本權利進行審理（參閱聯邦憲法法院裁判 BverfGE 7, 198[206 以下] – Lüth –；21, 209

[216]；30,173[187 以下] – Mephisto –；32, 311[316]）。當法院適用為判斷本類型之案件而從基本權利之放射作用所導出之典型基準而未能成功地獲得結果時，則被指摘之判決則非無可議之處。在此並不排除，聯邦憲法法院為創造進行憲法上判斷所需之基礎，得於認為有必要時，例如，聽取專家之言詞陳述，自行為事實之認定。

II. 人格權與廣播電視自由之衝突

本案當中，邦高等法院適當地由此觀點出發，即許多基本權利影響普通法律之適用，而且處於對立立場：此與基本法第 2 條第 1 項連結第 1 條第 1 項所保障之人格權與依照基本法第 5 條第 1 項第 2 句所維護之透過廣播電視報導之自由兩者間之緊張情況有關。

1. 一方面本案中以提及姓名、揭露相貌及扮演犯罪行為人方式，描述犯罪行為之產生、進行與追捕過程之電視節目播送必然觸及犯罪行為人受基本法第 2 條第 1 項連結第 1 條第 1 項所保障之基本權利的保護範圍。人格自由發展權與人性尊嚴保障每個人皆有形成私人生活之自主範圍，於此範圍內可發展與維護其人格特質。於此範圍內「為自己而活」、「屬於自我本身」（Adolf Arndt, NJW 1967, 頁 1845 [1846]）、排除他人之入侵或察看等權利亦屬之（參

閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 27, 1[6]; 33, 367 [376] –Sozialarbeiter–; 1973 年 1 月 31 日決定 –2 BvR 454/71¹–Tonband–, 改編為 B 卷 II 冊 1 及 2, 以下簡稱 2 BvR 454/71)。此既包括對於個人肖像與所述言論之權利（參閱前述 2 BvR 454/71），亦涵蓋描述個人之處分權。原則上任何人皆得自我且單獨地決定，是否以及在何等範圍內向其他人公開地描述其全部之生活樣貌或生命中特定之往事。

依據聯邦憲法法院歷來之判決見解，當然並非整個私人生活領域皆受到前述基本權利之絕對保障（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 6, 389 [433]; 27, 1 [7]; 27, 344 [351]; 32, 373 [379]; 33, 367 [376 以下]; 2 BvR 454/71 B II 1)。當個人身為一個在團體中生活之市民而與其他人互動，其存在或行為影響他人而因此干涉同胞之個人範疇或團體生活之利益時，若此非屬不可侵犯之最內層的生活範圍，則可能導致限制其對於私人領域之專屬決定權之結果。此種社會關聯性於適當強度內，尤其為維護公眾利益而採取公權力措施時，可以容許，例如，基於刑事偵查之利益公布嫌疑人之相貌（KUG 第 24 條）。然

而，國家為查明犯罪行為之利益或其他公共利益並不能正當化自始即干預人格範圍之行為（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 32, 373 [381]; 2 BvR 454/71 B II 5)²。相反地，因與憲法上最高價值，即人性尊嚴具有密切關係而享有較高位階之人格自由發展與受到尊重，基本法第 2 條第 1 項連結第 1 條第 1 項之保障誠命經常是具有調整基於某種利益而必須出現之干預的作用。依此，於具體案件中經由利益衡量進行調查，所追求之公共利益是否一般性地而且依據個別案件形成之狀況判斷具有優先地位；在私人領域中所欲採取之干預手段依其種類與作用範圍是否為追求此利益所需，以及與事務之重要性是否符合比例原則（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 27, 344 [353 以下]; 32, 373 [381]; 2 BvR 454/71 B II 5)

當法院適用私法規定就互相衝突之利益進行裁判時，前述針對公權力措施而由裁判發展而來之基本原則應受到適度地尊重。因此，即使考量廣播電視媒體因其公法組織性質與擔負公共任務而具有特殊地位，仍不排除適用。

2. 於此範圍內，猶如邦高等法院所正確強調者，非常重要地，系爭

¹ 聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 34, 238, 245 以下。

² 聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 34, 248 以下。

節目應具有自由地維護其於憲法中直接受到基本權利規範所保障之功能。基本法第 5 條第 1 項第 2 句所規定之透過廣播電視之報導自由（廣播電視自由）如同出版自由、言論表達自由與資訊自由係自由民主基本秩序不可或缺之基礎（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 7, 198 [208]；10, 118 [121]；12, 205 [259 以下] – Deutschland-Fernsehen –；20, 56 [97 以下]；20, 162 [174 以下] – Spiegel –；27, 71 [81 以下] – Zeitungen aus der DDR –）。

廣播與電視同樣地猶如出版品一般，屬於絕對必要之大眾傳播工具，不僅連結並監督人民與國家組織間之互動，亦於所有生活領域中對社會整合具有重要作用。其提供國民所需有關時代事件、國家發展與社會生活之廣泛資訊。其實現公開討論之可能性，並使傳送不同意見使人知悉，以賦予個人及各不同社會團體參與意見形成機會之過程得以進行，其本身在意見與意思形成之持續過程中扮演決定因素之角色（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 12, 113 [125]；12, 205 [260]）。雖然具有較嚴格之文義（報導），但是廣播電視自由本質上與出版自由並無區別；同樣適用於純報導性節目與其他種類節目。透過電視劇或音樂節目與經由新聞報導及政治評論一樣皆可傳播資訊與意見；蓋透過節目之選擇與形成，每個廣播電

視節目即含有特定意見形成之作用（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 12, 205 [260]；31, 314 [326]）。廣播電視自由亦幾乎不許可自始區別各節目所追求之利益或其呈現之品質而作不同保障；將其限於「嚴肅的」、為值得注意之私人或公共利益而製作之節目，則將導致由國家機關評價與操縱，本質上與基本權利剛好抵觸之結果（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 25, 296 [307]；1973 年 2 月 14 日決定 – 1 BvR 112/65 – 非物質性損害 – [以下簡稱 BvR 112/65；改編為 C 卷 I 4 冊等]。依此，廣播或電視台基本上對於其每項節目皆得首先主張受到基本法第 5 條第 1 項第 2 句之保護，無論其屬於政治性節目、與他人針對與公共利益有關之問題進行批判辯論之節目、或是涉及廣播劇、小型歌舞劇或其他娛樂性節目，皆同等適用。對於憲法保障之干預並非繫乎有關節目是否具有合法或正當利益之證明（參閱 Adolf Arndt 所著前揭書）。廣播電視自由並非僅涵蓋節目素材之選擇而已，亦保障表演之種類與方式，包括為此選擇何種不同節目型態之決定權。

當廣播電視自由之維護與其他法益陷於衝突時，則須考量具體節目所追求之利益、形成之種類與方式及所欲達成或可預見之作用。憲法已經將廣播電視自由與其所涉及之個人、團

體或社會間所可能產生之衝突，透過一般法律規定之方式加以規範；依據基本法第 5 條第 2 項規定，廣播電視節目之播送得依一般法律予以限制。然而，依聯邦憲法法院歷來裁判之見解，在考量其他法益之保護時，不得將廣播電視自由弱化，反而，應該根據此憲法保障解釋限制廣播電視自由之法律，或許得再予限縮，以確保廣播電視自由得適度地實現（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 20, 162 [176 以下]；7, 198 [208 以下]）。故個案中對於相對立之法益應進行一般且具體之衡量。

III. 一般法律與廣播電視自由之限制

1. 據以作成本件受指摘判決，依 1965 年 9 月 9 日公布實施之著作權法第 141 條第 5 款規定（聯邦法律公報第 1 冊，頁 1273），仍繼續有效之 1907 年 1 月 9 日施行之肖像藝術與攝影作品著作权法（帝國法律公報，頁 7）第 22 條及第 23 條之規定，屬於基本法第 5 條第 2 項所規定之一般法律。前述法律規定依其文句與原始意義僅涉及個人之肖像而已，然而，長久以來之法院判決與文獻皆認為，此規定不僅涉及無論提及姓名與否之肖像形成，於表演者於舞台劇、電影或電視中對於人物之描述亦

有適用餘地（參閱 KG, JW 1928, 頁 363；聯邦最高法院民事裁判 BGHZ 26, 52 [67] – Sherlock Holmes –；Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, 第 2 版, 1967, 頁 298；Rehm, Das Recht am eigenen Bild, Juristische Blätter [Wien], 1962, 頁 1 以下；65 以下[67 以下]）。此規定之整體理解從基本法施行之後如此轉變，即個人肖像權被視為一種片段，係基本法第 1 條及第 2 條所導出之一般人格權之特別形態（就此，請參閱 1BvR 112/ 65, 改編為 A 3, C I 2 及 3³；聯邦最高法院民事裁判 BGHZ 20, 345 [347] – Paul Dahlke –；聯邦最高法院裁判 NJW 1962, 頁 1004 [1005]）– Doppelmörder – 及 1971, 頁 885 [886] – Petite Jacqueline –）。

前述規定，在憲法上並無可議之處，且其相對較具彈性之規範構造，提供足夠之合憲適用空間。如實務所示，依據藝術著作權法第 23 條規定對於相關基本權利之放射作用進行利益衡量時，得充分斟酌。在此，憲法上並不考量究竟依據藝術著作權法第 23 條何項規定進行衡量（參閱 Neumann-Duesberg, JZ 1973, 頁 262 等；v. Gamm, Urheberrechtsgesetz, 1968, 簡介 113）。

2. 因此，如系爭類型之衝突案

3 聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 34, 269, 271, 280 以下。

件中，一方面適用一般法律，但藝術著作權法第 22 條及第 23 條適用於電視節目時不得過度地限制廣播電視自由；另一方面，相較於基本法第 5 條第 2 項所規定之其他一般法律，此處具有特殊性，即限制廣播電視自由係為保護崇高之憲法價值；於藝術著作權法第 23 條當中所考量，為保護當事人對抗擷取其肖像或描述其個人之利益規定，係憲法上人格權保障之一種直接強化。而此衝突應朝此方向解決，亦即依據憲法精神，此兩種憲法價值皆屬形成基本法中自由民主秩序之基本構成要件，原則上兩者皆不得主張享有優先地位。基本法之人類圖像與其相應之國家共同體之構成，皆要求既要承認個人人格之獨立自主，也要確保自由之生活氣氛，現代當中，若無自由之傳播通訊，係無法達成。職此，在衝突案件中，應盡可能地調和兩項憲法價值；若無法完成，則應斟酌典型之案件構成及個案之特殊條件，決定何種利益應該退讓。在此，應視兩項憲法價值與作為憲法價值體系核心之人性尊嚴處於何種關係而定。依此，由廣播電視自由雖然得導出對基於人格權所生之請求權產生限制作用，然而，經由公開演出所生對於「人格」之損害，不得自外於自由傳播之公開意義（參閱 Adolf Arn-

dt 所著前揭書）。再者，由此標準可知，所需之衡量，必須一方面考量具有爭議性之節目種類所導致之人格的干預強度；另一方面，係評價及審查節目播送所服務及適合服務而完成具體利益，是否以及在何等範圍亦得於不損害人格權保障—或未有進一步損害—之情況下滿足該利益。

IV. 電視節目之影響範圍與人格權保障之放射作用

1. 由前述一般原則獲得下列憲法上判斷系爭電視節目種類之重要標準：

a) 以提及姓名、呈現相貌或描述行為人之方式公開報導犯罪行為，經常對於行為人人格範圍造成損害，因為此種報導公開行為人之錯誤行為，讓觀眾自始對其人格為負面評價。此外，即使報導係基於喚起觀眾注意對於行為人之間的關係，以達到重開訴訟程序，對其赦免或進行其他協助，亦產生同樣情況。此外，於前述情形，行為人雖大多贊成報導，然而本案中並無此種例外情況存在（參閱以下 V2 部分）⁴。

b) 即使不考量透過各種演出種類及方式（爭辯、偽造）可能造成另外之損害，基於電視報導之客觀性與實際性，較之廣播與新聞紙中之語言及文字報導，通常亦對於私人領域造成

⁴ 頁 239。

更強烈之侵害。首先，因為眼見印象及圖像與聲音連結之強度，尤其是電視相較於電影及戲劇具有影響範圍相當廣大之特性，而形成此結果。故具有特別理由認為，「維護法定限制及保護輕易受到損害之人格權免受侮辱。此權利於科技發展之時點不可被扭曲」（參閱聯邦最高法院裁判 NJW 1966, 頁 2353 [2354] – Vor unserer eigenen Tür –）。故當然必須依據節目種類加以區別。本件中所涉及之產品屬於 ZDF 所發展出來之紀錄片類型。根據紀錄片部門前任主任 Dr. Wolfgang Bruhn 所述，此種對於完全真實之往事以真實方式演出之節目類型，非常迅速地成為最受歡迎之節目型態，對於公眾而言，遠較影集及綜藝性娛樂節目更為有益（參閱德意志電視案 1967, 頁 157 以下 [157, 160]）。依據 ZDF 統計，紀錄片為 1969 年 ZDF 所有晚間節目中收視率最高者（38%）；同樣時段當中，ARD 之節目僅有兩項超過此收視率（Tagesschau 52%, Unterhaltung 39% –參閱 Setzen, Fernsehen: Objektivität oder Manipulation?, 1971, 頁 142）個案中，播送時間與同時段中 ARD 之節目當然是重要因素。依照 ZDF 所提出之關於 1972 年 ZDF 週末夜節目所進行之 Infratest/Infratam 電視研究結果資料顯示，內容具有犯罪題材（“Kommissar”及“Aktenzei-

chen XY-ungelöst”）之平均收視率超過 65%。此意味著，有大約 1170 萬戶收看此種節目，以每戶平均人數僅 2 人計算，即有 2340 萬人觀看。根據專家 Lüscher 教授之觀點，若播送系爭占滿整個夜間時段之紀錄片，若謹慎與保守估計，收視率可能從至少百分之三十至百分之八十，在此可能比較偏向上限。

c) 基於上述理由，實有保障人格權免於因為電視節目播送具有如此影響範圍而受到侵害之必要，故應指出，依照此處所提之重要觀點，紀錄片之播送方式本身具有特殊危險性。其將緊張刺激之娛樂效果與提供簡單易懂之資訊兩者連結，毫無陌生化與掩飾地演出真實事件之發展與經過，參與事件之人物被以最符合真實之方式呈現或描述。故以系爭節目為例，幾乎所有地名與人名皆原封不動地保留下來，部分曾經歷所描述事件之人飾演自己 –大多為配角–，部分則僅由演員演出，因為其欠缺演出本身角色之能力，或者，如訴願人及主犯，基於其他理由自始排除其參與演出。而此影片係採取引起觀眾明顯地瞭解與感受進而產生支持影片觀點，將其當作最佳紀錄或所謂專題報導節目之魅力效果方式成功地演出主角角色。觀眾透過全部畫面感受到參與或曾經參與整起歷史往事。觀眾可能將本身與「好人」角色連結在一起，此外，

同時亦享受娛樂效果（參閱 Bruhn 前揭文，頁 160）。

在演出重大犯罪行為之影片中，以強調感性成分之方式，如此強烈地回述歷史往事，相較於純粹之文字圖片報導，通常將導致觀眾對於所描述之犯罪人更強烈與更持久之反感。在此，此紀錄片緊密地根據事實，若無虛構之附屬劇情則無法滿足戲劇效果（參閱 KG, UFITA, 54 [1969] 頁 291 [295 以下] – Der Fall Angelika –），假使為描述犯罪事實之產生與行為人之特徵而將其個人生活呈現於劇情中，應將其言談重組或說明其心理歷程，否則觀眾將無法從中區辨何者為虛構，何者為真實。更重要者乃是戲劇所必須之濃縮，包括時間與過程，導致對於犯罪行為人個人之描述，完全繫乎犯罪行為之呈現及編劇與導演對其之詮釋。透過節目播送而相信所有傳達之「事實真相」的觀眾，對於犯罪行為人真實人格之完全掌握，事實上僅係某種程度上被減縮之人格圖像的負面部分，根本缺乏對於其正面或中性之人格特質或行為更細緻之描述。

d) 此種對於被描述之犯罪行為人可能或大概之負面評價亦得經由其他不同因素加以確認或強化。如專家 Lüscher 教授所述，對於聯邦德國之觀眾而言，電視較之其他大眾傳播媒體，平均上較少受到批評；根據民意

調查顯示，電視節目所受之信賴程度遠比其他媒體為大。若個別地細分節目類型，可預見地，紀錄片中因為前述之感性成分及娛樂特質將不會受到觀眾特別之批判；此恰恰適用於週末夜之節目。對於系爭事件與所述之人物尚未持固定觀點之觀眾而言，將出現混淆紀錄片之真實演出與事實真相，將節目中對於事件之詮釋視為正確及客觀之評價而加以接受之傾向。最後，於電視中反而強烈地出現其他傳播媒體中亦令人注意之「選擇性發覺」之問題。故觀眾之傾向，僅意味著在未認知之情況下，由傳播媒體所提供之內容中，選擇及注意與自己意見或成見相符之表達而已。如專家 Lüscher 教授進一步所言，大眾傳播媒體於此扮演相當重要之角色，即有意或無意地確定現存之一般立場（亦請參閱 Noelle-Neumann, Wirkung der Massenmedien, Das Fischer Lexikon, 卷九, Publizistik, 1971, 頁 318 以下；Schwarzkopf, Fernsehen in Deutschland, 1967, 頁 114 以下）。現存之關聯性意味著，紀錄片中對於犯罪或同性戀人物之描述將使現存大多普遍排斥此類社會邊緣人之情況更加惡化，因此亦可能導致對於被描述之個人不利之整體判斷。總而言之，以提及姓名、呈現相貌或描述行為人之方式進行犯罪行為之電視報導，尤其是以紀錄片形式，通常意味著對於其人

格範疇之重大侵害。

2. 另一方面，公眾為瞭解已經發生之犯罪行為及與其發生相關之往事而需要涉及行為人個人之充分資訊，亦屬考量重點。蓋犯罪行為亦屬歷史事實，將其傳播絕對是媒體之任務。再者，基於一般法秩序受到侵害、當事人或社會之法益遭受損害、對於被害人及其家屬之同情、擔憂同樣犯罪行為再度出現及致力於預防其發生等理由，要求提供與犯罪行為及行為人有關之更詳細資訊，係眾所承認之利益。若犯罪行為中攻擊客體之特殊性、犯罪手段及結果之嚴重程度越超出普通犯罪者，則前述需求越強。因此，於此處所述之犯罪行為類型之暴力犯罪中，除一般性之好奇與娛樂之外，有重大之理由認為，具有獲取有關犯罪行為人為何？有何動機？發生何事等資訊之利益存在，藉以調查、處罰及避免同類犯罪再度發生。在此情形之下，首先，係重視認識真正事實之願望需求，隨著時間愈來愈遠，更深入地解釋犯罪行為、瞭解發生背景及社會條件之利益則益形重要。尤其是為監督職司安全與秩序之國家機關與官署、刑事偵查機關與刑事法院之正當民主需求，在此具有決定性作用。最後，電視節目因為其影響範圍，特別適合滿足前述之資訊需求，無庸細述。

3. 在衡量上述電視中相關報導

之資訊利益與依此所致行為人人格範圍無可避免地受到強制侵入的衝突之後，一般而言，有關犯罪行為之現況報導之資訊利益優先受到保障。任何人破壞法秩序，其行為與結果攻擊或損害同胞或共同生活之法益時，不僅必須受到法秩序中為此明文規定之刑罰制裁，基本上亦應忍受，因其自身行為所引起公眾資訊利益，得於依照自由傳播原則生活之共同體中，遵循通常途徑獲得滿足。而且，因此所生對於刑事偵查與刑事訴訟程序之監督，亦對犯罪行為人有利。

當然，此種資訊利益優先並非毫無限制。人格權之主要憲法意義在於除考量不受侵犯之最核心生活領域之外（參閱聯邦憲法法院裁判 BverfGE 32, 373 [379]等），亦應嚴格遵守比例原則：對於私人領域之侵入不得逾越適當滿足資訊利益所必要之範圍，對於犯罪行為人所形成之不利必須與行為之嚴重程度及對於公眾之意義處於適當關係。基此，以提及姓名、呈現相貌或其他確定行為人身份之方式並非一直受到容許。實務上，於所謂輕微犯罪或青少年刑案之中，傳播機關普遍遵守此原則（關於青少年之姓名與相貌處理，亦請參閱1967年2月16日之德意志新聞評議會建議，Tätigkeitsbericht 1971，頁89）。

而且，基於未受終局確定判決前

被告應受無罪推定原則（參閱 1950 年 11 月 4 日之歐洲人權保護與基本自由公約第 6 條第 2 項 - 聯邦法律公報，1952 年第 2 卷，頁 686）亦應適度地保留，至少應適當地考量行為人對於所報導事實與評論之辯護。當然，人格權居後僅適用於專業報導與認真之行為詮釋，對於從聳動駭人角度出發，有意地偏頗或扭曲之描述則不與之；就此情形，得依文獻或判決中針對藝術著作權法第 23 條規定之表演種類與方式所發展出來之原則加以制止（參閱 v. Gamm, 前揭書，簡介 115, 120 等）

另一方面，關於重大犯罪之現況報導並不僅限於提及行為人姓名及呈現其相貌，若與行為直接相關、涉及動機或行為前提條件及依照現代刑法觀點對於行為人責任之評價明顯具有重要性時，原則上亦包括其個人生活。依此，具體而言，如何畫出原則上進行當中之現況報導之資訊利益的界線，應考量個案中之個別情況而定。在考量到開始所述之由不合格之表演所導致可能的「羞辱作用」，則主管電視節目播送之委員會或個人，在考量電視台因為壟斷地位及其技術與財務能力相較於當事人個人所居之社會權力地位之下，必須負起與其相符之特別責任。

4. 故憲法上人格保障之放射作用不能容許傳播媒體超出現況報導之

範疇，時間上毫無限制地處理犯罪行為人個人及其私生活之問題。反而，於滿足當下的資訊利益之後，原則上當事人「避免被騷擾」之權利益形重要，大眾傳播媒體之願望及觀眾以當事人個人生活為討論或甚至於娛樂對象之需求，應受限制。即使因為重大刑案而出現於公眾眼前，而且一般而言，遭到蔑視之犯罪行為人，仍為共同體成員之一，而享有請求保護其個人特徵之憲法權利。此引起公眾注意且受刑事偵查與刑事法院判決之犯罪行為，業已經歷共同體基於公共福祉所要求之公正反應，就此，公眾已獲得充分資訊，故逾越此範圍，繼續地或重複地干預犯罪行為人私人領域通常無法獲得正當性；尤其，對於犯罪行為人而言，電視節目具有相當大之影響範圍，將導致新的社會制裁。

5. a) 關於介乎原則上許可之現況報導與不受容許之嗣後描述或討論之間的時間上界線，無法一般性地，至少不可能針對所有情況以月及年為準，確定大概之期限。決定之標準在於，相對於現況資訊，系爭報導是否將對犯罪行為人形成相當新的或另外的損害。基此標準，最後審級之刑事判決公布時或其法律效力之時點並非確定之界線，而且，因為現況資訊利益亦包括行為之相關描述、產生原因及背景，此可能須以刑事訴訟完全終結及進行後續研究為前提。當然，此

種整體描述或解釋亦可能因此於刑事訴訟程序結束或至少在直接連結之時間點之後立即進行，如新聞紙、廣播及電視經常從事者。ZDF 所提出，主張從組織或技術之理由而言，在紀錄片當中，製作令人信賴之犯罪案件描述與詮釋至少需要一年半至二年籌備時間之異議，在前述關聯中並不重要。自由地選擇表演方式及其技術、組織與美學上之合法性均非決定人格保障之標準；相反地，當所選擇之演出方式未充分尊重表演者之人格時，得將某種或其他表演方式之選擇加以排除。

b) 犯罪行為人重新納入社會，亦即其再社會化之利益似得考量作為進一步確定時間界線之決定標標準。過去數十年來刑法之發展，已逐漸體認此項目標之重要性；依據通說，再社會化或更生更是被視為自由刑執行之顯著目標（亦請參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 33, 1 [7 以下]）。應傳授給受刑人能夠自力更生之能力與意願，其應學習，在自由社會之條件下，堅持以不抵觸法律之方式，尋求機會及承擔風險。就此，將聯邦政府所提出之刑事執行法草案第 2 條關於自由刑執行之任務簡要地敘述如下：「於執行自由刑時應讓受刑人具有將來得基於社會責任，無須依靠犯罪生活之能力（矯正目標）」（聯邦出版品 71/73, 頁 8；其理由亦請參閱前

揭書，頁 39, 42 以下）。依據聯邦參議院之立場，亦將此視為「執行之優先目標」（參閱聯邦出版品 71/73 中關於第 2 條第 2 項之修正建議〔決議〕II, 頁 2 以下）。

然而，如此理解之刑事執行僅創造出再社會化之基礎而已，重要階段則從釋放出獄開始。不僅受刑人須為重返自由之人類社會進行準備，在社會這一方面，亦必須已經準備重新接納他。憲法上，此種要求符合以人性尊嚴為價值秩序核心及負有實現社會國原則義務之共同體之本質理解。作為從人性尊嚴所導出及擔保其受到保護之基本權利之主體，受判決之犯罪行為人應享有於接受刑事處罰之後得重返社會之機會。由犯罪行為人之角度觀之，此再社會化之利益係從基本法第 2 條第 1 項連結第 1 條第 1 項所保障之基本權利衍生而來。由共同體角度觀察，社會國原則要求國家預先照顧及救濟社會上因為個人之弱勢、責任、無能力或處於社會不利地位而個人及社會發展受到障礙所導致之團體，受刑人及被釋放者亦屬之。特別是，再社會化亦保護共同體本身：行為人不再犯罪及重新傷害其同胞或共同體，即屬本身之直接利益。

c) 再社會化之實施，首先需要適當地影響受刑人，創造往後得免受處罰地過生活的內心條件。如專家 Einsele 博士及 Possehl 所描述者，此

處，犯罪治療行為係如此進行，亦即受自由刑宣告者中許多屬於高度不穩定、缺乏安全感或甚至於心理障礙者。因此，當外在條件能夠讓受刑人於釋放後得重新納入普通自由社會時，其再社會化才可能成功。除從國家方面獲得適當之協助外（參閱前述草案第 6 條第 1 項第 2 句及第 67 條及聯邦出版品 71/73 理由，頁 39, 42, 73），在此階段特別需要社會之共同參與。在此，僅協助被釋放者尋找棲身之處與工作尚有不足。依據實務經驗，在許多情況當中，縱使在此方面具有有利之先決條件及經過成功之犯罪治療的再社會化，因為被釋放者於所處環境中遭到蔑視與排斥而告失敗。此種隔離成為被釋放者失去重新開始勇氣之不確定因素及讓其重回曾經導致犯罪的相同道路。

d) 依上所述（參閱 B IV 1）⁵，因為電視之犯罪行為報導，尤其是以紀錄片方式，可能對於周圍之人對於被釋放者之觀感形成不利影響，無庸再贅述。而且，刑案被釋放者需要由社會方面獲得更生協助，在大部分國民當中尚未被充分地認識及接受。在此，由具體之電視節目所形成之負面影響，因為對於刑案被釋放者現今仍有普遍的防衛態度而受到強化。同樣地，此種節目亦將犯罪行為人本身於

服刑中可能非常艱辛建立起來之內心穩定予以摧毀或產生質疑：與犯罪行為重新產生之對抗，使行為人在某程度上回到行為時之情況，而使其產生喪失勇氣之想法，亦即雖然全心努力，周遭之人仍一直將其視為犯罪當時之行為人。由此認識可知，德意志新聞評議會基於聯邦總統之建議，在一 1971 年 9 月 28 日提出「基於受刑人能夠迅速及不受阻礙地再社會化之利益，不容許提及姓名或公開詳細消息、以及推溯出被釋放之受刑人、其家屬或釋放地點」之建言（Tätigkeitsbericht 1971, 頁 102）。

e) 因此，總而言之，一再重複及不再具有現況資訊利益之重大犯罪行為的電視報導，若危害犯罪行為人之再社會化時，則無論如何不受容許。對於犯罪行為人之社會生存攸關重大之重返自由社會的機會，以及其再社會化對於共同體之利益，原則上優先於對該行為繼續討論之利益。在此，是否及在何等範圍內存有可能之例外情況，例如，具有重大歷史利益之節目、學術節目或其他僅於有限觀眾範圍內使用之節目等，在此無須審理，因為此處並不存在此前提要件。一般而言，節目越屬於以犯罪行為為對象之類型，則越不需要提及犯罪行為人之身分特徵。當確認犯罪行為人身分

⁵ 頁 226 以下。

之節目應於其釋放後或準備釋放前之接近時點播送時，通常得視為係對於再社會化之損害。在此應該斟酌，有期徒刑服刑超過刑期一半，依照刑法第 26 條第 2 項所規定之前提要件得予以假釋，以及服刑超過刑期之三分之二而符合刑法第 26 條第 1 項所規定之前提要件時予以假釋等規定。

V. 公眾資訊利益與受刑人再社會化利益之衡量

依據前述發展而來之憲法標準進行審理後，系爭受指摘之判決不應繼續存在。

1. 邦地方法院僅依藝術著作權法第 22 條及第 23 條於訴願人利益與 ZDF 利益之間進行衡量，並未認識到基本法第 2 條第 1 項連結第 1 條第 1 項及第 5 條第 1 項所保障之基本權利的放射作用。

邦高等法院雖認識到此處存在著介乎基本法第 5 條第 1 項廣播電視自由與第 2 條第 1 項連結第 1 條第 1 項人格保障之間的衝突，並於藝術著作權法第 22 條及第 23 條所訂範圍內進行個人肖像權與公眾資訊自由之間的衡量時，曾考量基本權利的放射作用。然而，於解決系爭衝突時，卻未正確地適用從一般憲法規範中為現存案件類型所導出，當然迄今為止憲法上並未詳細規定之標準，尤其未賦

予再社會化利益從憲法觀點而言應有之位階。

2. 就本件中所涉及之基本權利於普通法律中充分適用所生之影響進行判斷後，得出訴願人於原審訴訟中所提出之聲請應予許可之結論。

雖然，為衡量一方面 ZDF 經由廣播電視自由所強化，描述藝術著作權法第 23 條第 1 項第 1 款歷史事件之權利，與另一方面訴願人透過人格自由發展與人性尊嚴所加強之阻止節目播出之利益，而於系爭原審判決中認為，所描述之犯罪行為之特殊性—攻擊聯邦國防軍設施、激起摩擦之劇情與罹難者數目、不尋常及仍無法理解之動機—已引起國民要求更詳盡的介紹與解釋之興趣。另外則須考量，系爭紀錄片致力於最大可能地真實呈現整起事件，而且，說明行為人之間的關係並無道德爭議。

然而，基於上述（B IV 1）⁶ 節目播送之效力範圍、所選擇之紀錄片形式及可預期之效果諸理由可知，節目播送即意味著強烈地干預訴願人之人格權。若 ZDF 相對主張，製作此節目除為達成其他目的之外，亦為引起對於訴願人之理解，此項答辯亦不為原審法院所採；蓋依此節目之內容與架構觀之，並無此種傾向。如同專家 Lüscher 博士及 Possehl 所言，根

⁶ 頁 226 以下。

據同性戀團體組成之觀點對於犯罪行為進行選擇性詮釋，若其造成訴願人於行為中所應承擔之責任基本上不亞於主犯，其僅因懦弱而於著手實施時隱居幕後之印象時，將加強準備擄伐訴願人之負面效果。此與刑事法院所為之認定，即訴願人之行為參與程度本質上較主犯輕微，大相逕庭。

對於訴願人人格權之嚴重侵害，不得以基本上現況報導犯罪行為為具有優先利益為由予以正當化。此種利益於犯罪行為發現後、追捕過程，尤其刑事訴訟進行期間直接透過各種媒體提供公眾充分報導時，即已獲得滿足。相對於此，在時間上若非與刑事訴訟直接關聯而以紀錄片所為之演出，係對於訴願人之人格權保障所為之新損害，在此，究竟係於原審邦高等法院判決之時點、現在或 1972 年 6 月之原來準備播出時間播送，皆無區別。

根據 Einsele 博士、機構心理學家 Possehl 及其所參與之管轄的監獄行刑委員會之確定闡述，以及 Rheinland-Pfalz 邦之報告皆認為此種新干預將對於訴願人之再社會化造成嚴重損害；此節目播送首先將產生排斥訴願人之環境，亦對於其內心之安定形成負面影響。無論如何，全新播送產生此種作用之節目與假釋準備在時間上之接近，不論是採取前述何項時點皆相同。ZDF 雖建議聽取其他

專家對於訴願人人格之診斷，然而，明顯地，再社會化之成功與否，尤其訴願人之再社會化能力令人懷疑；相對與此，必須指出，取代管轄之刑事法院與執行之刑事管轄機關自行進行判斷並非民事法院或憲法法院之任務。而且，再社會化之成功經常繫乎從未保證最終安全之可預見的不同因素之共同作用。憲法上之判斷僅在於維護訴願人於主管機關作成判決後完全重新返還社會之機會。

相對於邦高等法院認為行為人責任之嚴重程度並無重大影響之見解，必須指出，以犯罪行為中之責任範圍作為評價能夠再社會化之犯罪行為人之更生利益，係牴觸再社會化思想。同樣地，ZDF 與邦高等法院所採，訴願人於假釋後將返還故鄉，經由以前之報導，無論行為或行為人在該處早已廣為人知之見解亦不足採。如邦高等法院亦曾提及者，預備播送之紀錄片於此領域一方面明顯地牴觸國民之特別利益；另一方面，是否對於距今 4 年以前之往事仍多少存有一般記憶，或者，是否以系爭播出肖像方式將此令人震驚之事實重新強烈地帶回觀眾眼前，以及引起觀眾相關理解反應之新奇印象，存有重要區別。在此，不僅節目之播送方式，連基於同性戀團體組成之觀點詮釋犯罪行為，皆非常重要。邦高等法院業已指出，相較於刑事法院之判決所載，此節目

過度著重於同性戀觀點。此不但透過個別場景之相關暗示產生影響，亦特別經由節目開始時之導論及稍後以插播方式重複之評論，將觀眾之注意導向同性戀為犯罪行為人自我封閉之主因。此種演出方式將導致再社會化特別困難之憂慮。此不僅肇因於明知國民對於同性戀排斥，卻將訴願人當作社會邊緣人般加以補充描述所致之一般性負面效果。對於訴願人而言，與女性生活伴侶結合，係決定其能否順利重返社會之重要因素。根據刑事法院依照專家鑑定所作成之判斷，以及專家 Possehl 之觀點，參酌訴願人之個性極可能產生此種有利發展；但是，若經由系爭節目播送將其烙印為同性戀者，則此發展必然受阻。

在此並未明顯存在某種非常重要的意見形成利益，得例外地正當化嚴重侵害人格權之行為（就此，請參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 7, 198 [211 以下] –Lüth –；12, 113 [126 以下] – Schmid-Spiegel –；25, 256 [264] – Blinkfüer –；聯邦最高法院裁判 45, 296 [308] – Höllenfeuer –；聯邦最高法院, NJW 1965, 頁 1476 [1477] – Glanzlose Existenz –）。依照 ZDF 本身所述之目標，係向觀眾說明刑案調查之真相、聯邦國防軍所採取之防護措施及其他因為本案所產生之後果，無須製作暴露訴願人身份之節目。究竟此種節目是否得一般性

地，及此紀錄片是否能夠特別對於潛在之犯罪人產生鎮攝作用，根據專家一致之見解，係令人質疑；若肯定態度，則此種不確定之可能性並無法彌補訴願人之社會生存確定受到嚴重損害及因此對於公眾所產生之負面影響。此種見解對於 ZDF 另外所主張之加強公共道德與社會責任，亦有適用。基於此項觀點，因此毋需另外舉證。

總而言之，依照憲法之價值觀所解釋之藝術著作權法第 23 條規定，訴願人所聲請禁止播送系爭節目之利益應優先受到保障。依據聯邦政府之主張，認為僅需禁播影片中有出現訴願人肖像與提及其姓名部分即可，並不足以維護前述利益。蓋即使此部分消失，依其餘內容仍足以辨別訴願人之身分而對其再社會化產生令人憂慮之負面後果；公開秘密所生之刺激甚至於在特定地方將引起觀眾對於訴願人產生特別興趣。依上所述，因為系爭節目中描述訴願人應受非議，若其進而涉及自始並未排除限制之私生活領域時，無論個別情節，如訴願人之家庭關係或其與主犯間之關係，是否觸及不可侵犯之最核心的生活領域，無須進一步審理。

3. 關於系爭準備忠實呈現真實事件之紀錄片是否具有基本法第 5 條第 3 項所規定之藝術品性質，應毫無疑問。而適用此憲法規範時可能亦應

注意，基本法第 5 條第 2 項之限制規定儘管不適用於藝術自由，該自由並非優先於基本法第 1 條及第 2 條第 1 項所保障之人格權（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 30, 173 [193 以下]-Mephisto-）。

VI. 結論

職此，本件被指摘之判決侵害訴願人受到基本法第 2 條第 1 項連結第 1 條第 1 項所保障之基本權利，依據聯邦憲法法院法第 95 條第 2 項規定應予廢棄。在此，若將系爭案件發回依照民事訴訟法規定之管轄法院重新審理，則將與本案之特殊性不符。故，審酌呈現於聯邦憲法法院之證據而適用憲法標準後，應無再由法官進行裁判之必要，而應依據訴願人之聲請，判決其完全勝訴。蓋本件若發回審理，管轄法院亦僅得重複聯邦憲法法院之決定而已，顯然並無太大意義；而且，因為訴願人請求儘速終結民事訴訟程序，以限制於民事訴訟及憲法訴訟所指摘之節目公開播送；民事訴訟速審速結對於 ZDF 亦屬有利。此外，此處所述之應予廢棄之違憲行為，究竟應基於訴願人請求以法院判決命第三人不得為之，

或者以訴願人本人為對象作成法院判決宣示，在憲法上並無重要區別。在後者類型當中，聯邦憲法法院經常廢棄受指摘之判決，有時並對於基礎之行政行為作成最終之事實認定，僅將訴訟費用部分發回審理（參閱聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 6, 386 [389]；13, 331 [355]；19, 101 [103 以下]；21, 160 [163]）基此，由聯邦憲法法院進行審理並發布所聲請之假處分並無不妥。就進一步之訴訟，包括強制執行，聯邦憲法法院之假處分與邦高等法院具有相同效力。故僅將有關原審訴訟費用部分發回邦高等法院重新審理。

關於請求償還因聯邦憲法法院訴訟所生之必要費用部分，依聯邦憲法法院法第 34 條第 4 項定之。應對於造成訴願人勝訴判決中所指摘之基本權利侵害負責之 Rheinland-Pfalz 邦，應負費用返還義務。

法官： Benda Rittersprach
 Dr. Haager
 Rupp-v. Brünneck
 Dr. Böhmer Dr. Faller
 Dr. Brox Dr. Simon

「表示自己姓名之權」裁定

BVerfGE 97, 391-408

聯邦憲法法院第一庭 1996 年 3 月 24 日裁定

- 1 BvR 131/96 -

林昱梅 譯

要目

裁判要旨

案由

裁判主文

理由

A. 事實與爭點

I. 事實

1. 基礎事實
2. 前審法院之判決內容
 - a) 地方法院之判決
 - b) 高等法院之判決

II. 憲法訴願人之主張

III. 相關意見

1. 司法部長之意見
2. 原審原告之請求

B. 理由

I. 所涉及之基本權

1. 言論自由
2. 一般人格權
3. 不涉及出版自由
4. 憲法訴願人之言論自由
與一般人格權受限制

II. 原判決侵害基本權

1. 限制基本權之法律
2. 適用法律不符合基本權之要求
 - a) 法院未考慮或誤判基本權之重要性
 - b) 憲法訴願人基本權之衡量
 - c) 原審原告基本權之衡量
 - d) 原判決並未充分考量基本權
 - e) 原判決之瑕疵

關鍵詞：

表示自己姓名之權（das Recht zur Nennung des eigenen Namen）

言論自由（Meinungsfreiheit）

一般人格權（das allgemeine Persönlichkeitsrecht）

人格權（Persönlichkeitsrecht）

性虐待（sexueller Mißbrauch）

不作為請求權

（Unterlassungsanspruch）

出版自由（Pressefreiheit）

裁判要旨

與基本法第 5 條第 1 項第 1 句所保護之言論相關聯之自己姓名之表示，受到言論自由與一般人格權之保護。

案 由

K 女士不服 Celle 高等法院 1995 年 11 月 22 日之判決 (13 U/84/94) 所提起之憲法訴願之程序，由 Ingeborg Eisele 律師及其合夥人代理，Hildesheimer Straße 52A, Hannover。

裁判主文

Celle 高等法院於 1995 年 11 月 22 日之判決 (13 U /84/94) 課予憲法訴願人不得於發表原審原告對其性虐待有關之言論時提及自己姓名之義務，侵害憲法訴願人受基本法第 5 條第 1 項第 1 句、第 2 條第 1 項及第 1 條第 1 項所保護之基本權利。原判決於此範圍內及其訴訟費用之決定撤銷。該案件發回高等法院。

下薩克森邦應償還憲法訴願人必要費用。

理 由

A. 事實與爭點

本件憲法訴願係針對一民事判決所提出，其判決憲法訴願人不得於發表言論時提及她父親及自己的名字。

I. 事實

1. 本件憲法訴願人是原審原告的女兒。依地方法院及高等法院的認定，原審原告對憲法訴願人從小開始多年施以性虐待。

今年 41 歲，不再有謀生能力，依舊冠其出生姓氏的憲法訴願人，於 1973 年第一次向友人揭露該事件。1977 年，她向上司透露該事。1986 年，她因為賭癮等讓數位醫生治療過。她於 1987 年 3 月的信件中，第一次指責父親的行為，並且譴責父親的養育導致其產生賭癮。1989 年有後續的信件。此外，她通知青少年局該事—如同她通知父親之內容—為了保護有時候會由她父親看管的妹妹的女兒。

1990 年，憲法訴願人寫信給她的父親說她寬恕他。但是，儘管如此，她於 1991 年 1 月在一個電視節目上，描述她孩童時期被父親性虐待。她也問過雇員聯邦保險局對她提供的保險給付金得否向他求償。1992 年，她再次向青少年局提出異議。其後她在 Schreinemakers live 節目中，描述性虐待的經過，並提供 Emma 雜誌一篇因性虐待所導致的精神上損失應向加害人行使求償權的文章。

基於青少年局更新的資訊，原審原告請求憲法訴願人不得向第三人指控其性虐待。憲法訴願人拒絕之。原審原告遂提起不作為訴訟，他主張並

未對憲法訴願人施以性虐待。其被非難的背後原因是因為他拒絕為她償還賭債。

2. 地方法院駁回其訴，高等法院判決原告部分勝訴。

a) 地方法院的判決理由為，侵害名譽的主張之不作為請求只有在該主張是不真實的情形下才能成立。然而審判庭根據證據認定，原告從8歲開始常常透過性行為，約從12歲開始透過性交對憲法訴願人性虐待。

b) 針對原審原告的上訴，高等法院判決憲法訴願人不得在表示原告及自己姓名的情形下，指出原告對其性虐待。

然而原告不能要求憲法訴願人不能提出從小被性虐待的言論。民法第1004條、第823條第2項，刑法第186條之不作為請求權的要件為，指控的事情並非真實。憲法訴願人所指控的事情卻符合真實。此為兩審法院所為之證據調查所肯定。憲法訴願人提出的資料是可信的。此特別是鑒於高等法院所取得的心理專家鑑定所為之認定。

人格權的侵害，依民法第1004條、第823條第1項請求憲法訴願人於公開陳述父親對其性虐待時，不能提到父親及自己的姓名。他固然必須容忍憲法訴願人對青少年局的作為或者是向雇員聯邦保險局言明其無工作能力與性虐待之因果關係，促使其向

原告求償。他也不能請求憲法訴願人在類似情況且有合理利益的情形下，不得對其他國家或法院的部門說明他對她性虐待。但是他不必忍受在公開的情形下因為提及他的姓名而遭受譴責。

此種社會的譴責是不容許憲法訴願人如此做的，即使本身是一個法院判刑的重犯，也不能在沒有特別動機的情形下，必須去容忍這樣的譴責。原告在他的一般人格權的保護範圍內，享有防止因公開此種個人生活事實而侵害其私密的個人生活領域之保護，該項公開將使他受公眾唾棄。憲法訴願人身為被害人所想像的對兒童性虐待的一般資訊利益的確保，也不能使該譴責正當化。就此通常不需要指名道姓。因此，原告至少能請求憲法訴願人於陳述性虐待的時候，以一種不直接認明其身分的方式為之。此得以不表示姓名而以一種匿名的方式為之。

II. 憲法訴願人之主張

針對此判決，憲法訴願人指摘法院責成於陳述性虐待時不得表示自己的姓名，違反基本法第5條第1項第1句及第2句、第2條第1項。她可以接受法院禁止她指出父親的姓名。她從未打算要將她的父親在報導的範圍內予以個人化，而之前亦未曾做過。然而禁止表示自己的姓名是違憲的。

表示自己姓名對其父親會嚴重提高其作為性虐待犯罪人被指認的危險，已不甚明顯。她在跨地域的出版界或電視上陳述自己的命運，也是一樣。她的姓名是「平凡名」。固然一位認識她父親的人在 Schreinemakers live 電視節目播出後，認出他為犯罪人之事屬實。但是重播的可能性非常小，此並不能使責成她在相關報導時不得廣泛地表示自己的姓名予以正當化。

禁止表示姓名侵害她的言論表達自由。她想要參與兒童性虐待的公開討論。此乃與一個仍然廣泛禁忌的主題有關。她對於自己欠缺自我價值感及無能力過正常生活，起初不認為是遭遇性虐待的結果，而是將之解釋為自己的失靈。直到性虐待結束十年後，她才有能力將此問題公開提出並處理之。她確信許多其他的性虐待被害人有類似的遭遇，甚至仍在繼續中。

她想要以其公開的工作幫助打破此種犯罪沉默的圍牆。特別是致力於協助其他性虐待被害人處理相類似的經驗。她希望能得到回應，也得到其他被害人的回應，以便從中為自己獲得解決問題的策略。但是進行接觸係以讀者或觀眾可以與其進行談話為前提。然而此若使用匿名便無法獲得。言論表達自由包括以自己名義加入討論之權。其保護溝通之程序，該程序

係透過談話與回答及積極的意見交換所創造出來的。

此外，她想要將其生活故事作文學性之利用，可能會將其經歷以書出版。若維持被指摘之原判決，則她不可能以自己的姓名做這些事。因此她在出版後不能作為轉運站使讀者之回答、反應及鼓勵發揮作用。因此被指摘之判決也牴觸出版自由。

如果表示自己姓名之權不屬言論與出版自由的基本要素，那麼至少一定會涉及一般人格權的保護領域。身為自己，她想積極面對自己的過去而從中得出結論。若她對自身命運只准以無名氏或化名的方式陳述，此乃不可能做到。表示自己姓名之權使她對被指摘之判決有爭執，而並不只有提到其係基於何種法律上基礎。如果她只是表示自己的姓名，她並未侵害其他人的權利，特別是她父親的權利。因此有利於其父親的民法第 1004 條、第 823 條之保護實未受影響。

III. 相關意見

1. 下薩克森邦司法部長認為憲法訴願有理由。

憲法訴願人所爭取的，以她對自己故事的評價對其他性虐待被害人指出解決問題之道，也有助於解決兒童及少年性虐待的社會現象，此關係著在基本法第 5 條第 1 項第 1 句之下所保護之言論表達。憲法訴願人被禁止的自己姓名的表示與這個言論乃不可

分離地結合著。提及真實姓名的言論表達有助於信任事實經過的真實性，並因此提高憲法訴願人評價的重要性，而有增加對他人意見形成的影響力的效果。

高等法院對於憲法訴願人表示姓名所涉及的禁止要求係由民法第1004條及第823條第1項所保護之一般人格權所導出的看法，忽略了憲法所要求的，就憲法訴願人言論自由的重要性及原審原告之一般人格權為充分的個案衡量。爭議的對象是真實事件的陳述，其與公眾所涉及的問題有關。因此推定表示姓名應予許可。

相對而言，父親的一般人格權的重要性較小。憲法訴願人遭受性虐待的公開敘述，若可能推斷至其個人，可能會侵害其人格權。然而於此種情形，言論自由是否應該例外地為有利於一般人格權而讓步，可以先保留不決定。因為憲法訴願人的姓氏與名字是所謂的集合名，只有知道相當多其他事情才能歸結出其父親本人。

2. 原審原告請求維持原判決。其女兒過去為了羞辱他利用所有途徑。她數次在電視、刊物及廣播電台出現，甚至在他住的街道上的擲郵筒節目前也不被嚇退。他的太太與他曾在家門口前遭到電視組的騷擾。在一個他所屬的社團裏，有人稱呼他為罪人。因事情公開使他整個家庭明顯受累。他依然是，也感覺是無辜的。

B. 理由

憲法訴願有理由。高等法院的判決違反基本法第5條第1項第1句、第2條第1項及第1條第1項。

I. 所涉及之基本權

被指摘之判決涉及上述基本權。

1. 在相關言論中表示自己的姓名，受到言論自由之保障。

言論自由基本權保障所有形式之言論表達及事實主張，以及其他表達的形式，當其為意見形成的前提的話（BVerfGE 61, 1 [8]；85, 23 [31]）。與言論有關之自己姓名之提及，固然不是獨立的表達形式，也不是狹義的言論成分。其內容係為自己而存在。因此標出姓名並非由此基本權的保護領域所導出。它毋寧是對言論本身，也對其加入的個人或公開的意見形成過程具有重要意義。

自由發表言論是「人類在社會中人格的直接表現」（BVerfGE 7, 198 [208]）。作者之姓名顯然可形成個人與其言論之關聯。發表言論者將其言論冠上姓名，則其給人的印象是，他想要以此言論作為個人看法或敘述而表達，且準備為其承擔後果，擔保其所指的與其個人有關之事實是真的。於說話者高度確認自我身分或描述自己命運的言論，表示姓名因此成為言論意涵傳達之前提。

此外，表達言論者之姓名含有單純表達意旨以外的訊息。例如個人描

述所承擔的經驗，對於其他相關的人來說，可能帶有鼓勵其打破沉默的作用。此種訊息若不表示自己姓名及其所連結的個人關聯性的公開，是無法以同樣的方式傳達的。此大部分適用於當特定事故的溝通涉及禁忌時。個人公開表白能於此種情形協助突破那些常與社會禁忌習慣相連結的歸責分配。

在表達個人看法或通知時，言論的意義並不止於此。言論更進一步指向他人，常常促使對他人之意見形成或行為動機有所影響。故基本法第 5 條第 1 項第 1 句保護言論，不僅在其散布的面向，也保護其效果的面向（參 BVerfGE 7, 198, [210]）。言論者為其言論選擇何種方式或情況，使其儘可能地發揮最大效果之權利，也屬於言論自由（參 BVerfGE 93, 266, [289]）。但是言論對第三人的效果本質上取決於作者是否可以或不能辨識。匿名的言論常常在其預期產生影響或引起回應的範圍內，失去真實性與可信度。

最後，言論的效果不限於從第三人獲取或散布。如其自己常常以過去的溝通為出發點，其本身也激發進一步的溝通。為謀求自由的個人及公眾意見形成之保障，基本法第 5 條第 1 項不限於個人言論之保障，也保護任何含有言論在內的溝通程序的產生及維持條件（參 BVerfGE 57, 295，

[319]）。但對此姓名之表示同時具有重要性，因為表示姓名才會使參與溝通者互相產生關聯或互相聯繫。

2. 此外自己姓名之表示也落在基本法第 2 條第 1 項及第 1 條第 1 項一般人格權之保護領域。

一個人的姓名不只有秩序或區別的功能。姓名也是身分與個人化的呈現。因此，個人得要求法秩序尊重並保護其姓名。此保護在至今的憲法判決中，僅涉及對抗國家所制定的因結婚而改姓的規定（參 BVerfGE 78, 38, [49]；84, 9 [22]）。但其亦可對抗於特定場合不得使用本身無爭議之姓名或透過一化名來替代之請求。作為身分及個人化之呈現，姓名不能任意置換。姓名陪伴著其擁有者的個人生命史。這個生命史可以在姓名的關聯性下辨識得出。因此放棄姓名之表示並非不妨礙人格權。

與言論相關的姓名表示也是如此。言論不只是特定溝通內容之傳達，其同時是言論者人格的呈現。透過其言論，言論者對於第三人而言，是以人呈現出來。透過言論使其被他人識別出來。依其姓名表示，第三人不只是將言論歸於其作者，也將之歸入第三人對於作者的人格印象中。同時，第三人也贏得在言論內容以外，對該人予以評斷之機會。如果任何人對與言論有關之姓名表示有不作為義務，而該言論正是他認為是個人的，

對其歸屬於自己是他所重視的，那麼此種義務應以基本法第 2 條第 1 項及第 1 條第 1 項去檢驗。

3. 相反地，出版自由乃不相關。若與特定言論之准許有關，係依基本法第 5 條第 1 項第 1 句判斷，且與其是否或應透過享有出版自由保護之媒體無關。若超越個別的意見發表，使得出版對於個人與公共意見形成之重要性產生問題時，出版自由方才有關（參 BVerfGE 85，1 [12 f.]；95，28 [34]）。本案並無此種情況。

4. 言論自由及人格權因課予憲法訴願人於其公開談論父親對她的性虐待時，不得表示姓名之義務，而受到限制。此外，鑒於姓名使用亦涵蓋在兩個基本權保障領域內，即使准許言論繼續公開散布，情況也不會有所改變。

II. 原判決侵害基本權

被指摘之判決與言論自由之基本權及一般人格權不相符。

1. 當然兩個基本權受有法律上之限制。依基本法第 5 條第 2 項，言論自由只有在一般法律，少年保護之法律規定及個人名譽權的範圍內受有保障。依基本法第 2 條第 1 項，人格發展有合憲秩序之界限。合憲秩序應理解為所有符合基本法的形式或實質法律規範（參 BVerfGE 6，32 [41]）。例如高等法院於被指摘之

判決中所依據的民法第 823 條、第 1004 條之規定即是。

2. 然而其適用不符合基本權的要求。

a) 民法規定之解釋及適用與認定事實、證據評價一樣是民事法院之事。然而關於憲法上無瑕疵之民法規定之適用，卻可能牽涉基本權保護之地位，民事法院必須考量基本權的意義與範圍，使其設定價值的意義在法律適用方面也可以受到保護（參 BVerfGE 7，198 [205 ff.]；向來的判決）。此通常要求在法律構成要件之範圍內，一方面就被限制的基本權對其權利人於個案中的重要性，及其所預期受限制的大小，另一方面對於所適用法律保護的法益及其因行使基本權所受妨礙的嚴重性衡量之。法院應將兩個地位充分衡量，而且應做到對其為均衡性考量之程度。若民事法院對於基本權之影響絲毫不考慮，或不適當地評價，而判決又以基本權影響之誤判為基礎者，則聯邦憲法法院所應糾正之基本權侵害，特別是存在的（參 BVerfGE 95，28 [37]）。

b) 就憲法訴願人方面而言，有爭議的言論顯示人格關聯性的提高，姓名表示之禁止更深層地扼殺原本所追求的溝通程序之效果，此在言論自由與人格權的觀點下，特別顯得重要。

憲法訴願人只有在放棄姓名表示

的情形下，才允許公開發表之言論，指涉的並不是與她疏遠的事物，而是與她高度屬人性的生活命運有關。依聯邦憲法法院所憑據的民事法院所認定之事實，此涉及具有非常嚴重結果的，決定她身體及心靈發展的經歷。任何一個人有自由決定，他究竟是否要將此種經歷告訴別人或向公眾投訴。他一旦決定這樣做，則禁止其將高度屬人性的命運以個人化的方式去表述，通常是對其溝通可能性及人格發展的重大妨礙。

被指摘之判決不禁止憲法訴願人在私人接觸或醫療行為時，以自己之姓名陳述性虐待一事，也不會改變整個情勢。因為她仍被阻止將對話範圍擴及其個人認識範圍及職業上與其人格發展有關之人以外。憲法訴願人於公眾面前不能以可辨識的人出現，以其姓名擔保自己的報導，並接受第三人直接對她的回應。

因此其報導的效果對處於類似狀況之人或對致力於兒童性虐待問題發起運動之公眾有減弱之作用，因為與姓名表示通常相關聯的陳述，其可信度與真實性恐怕不會產生。以自己的命運公開討論對於類似狀況的人的鼓勵效果也會減弱。姓名表示的禁止使得對努力想得到共鳴的憲法訴願人的回應，同樣變得困難。她因而喪失透過因其言論而注意到她的第三人的幫助，以克服自己命運的可能性。

然而對憲法訴願人而言，她想要公開談論的具有決定性的事件，乃與其父親個人有無法解開的關聯。此種關聯性所要求的考量，也應顧及到，憲法訴願人對於原審原告，都是從被害人的觀點來報導其行為。因此，在言論中不只是單純父親的指稱即可充分了解。她必須被認為已克服被害人的角色。若被害人被阻止以個人化的方式描述，法院所認定的被害狀況就會再一次強化。因此，她的表達利益應高於想要以指出當事人的方式來報導此種案件的第三人或媒體。

c) 在原審原告方面，民法第 823 條及第 1004 條所指之基本權保護之人格權有其重要性。固然權利人無權請求在公開場合只能為符合其自我形象或稱他心意的描述。但是人格權卻保護其對抗歪曲或不實報導，也對抗明顯妨礙其人格發展的報導（參 BVerfGE, 1998 年 1 月 14 日之裁定-1 BvR 1861/93 u.a.-Nr.10 S. 125, 149）。然而，假如有爭議的言論是以被認定為真實之事實為對象，人格利益常因言論自由而退居次位。

此原則並非毫無例外。假設陳述的結果對於人格發展是嚴重的，而其保護之必要性比言論更重要，則特別是真實的報導會侵害關係人之的人格權。聯邦憲法法院在 Lebach 判決中（BVerfGE 35, 202），將人格權之請求置於廣電自由之上，因某轟動一時

刑案紀錄片的播出，時間上緊鄰其中一位犯人從監獄中釋放的時間點，且因電視的廣大效果及誘導效果，若不禁止，關係人繼續融入社會將顯得更為困難。

固然本案的情形不同，其並非透過媒體報導，而是透過被害人自己。若媒體基於被害人之報導，想將自己的報導擴及犯罪人的周遭範圍時，則應適用之，因此不需任何判決。不同於 Lebach 案，本案從發表開始，不曾對原審原告構成獨立的威脅，與足以辨識他的行為紀錄無關，只可能因與憲法訴願人同姓，而有被推斷的可能。

儘管如此，對於原審原告的結果是嚴重的。因為此與對自己孩子性虐待的指責有關，其為特別令人憎恨的犯罪。關於此種行為的報導，大部分導致對犯人的污蔑。基於社會的，也就是不單只是歸咎當事人責任的評價與行為模式，會導致當事人於許多生活領域中，其社會認同被剝奪，被社會隔離，產生根本的不安與自貶。後續的人格自由開展將因而發生困難，而此不應算入人格發展的一般界限或基於自己決定或行為方式所應容忍的他人負面的反應。

基本法第 2 條第 1 項及第 1 條第 1 項所保護者，不取決關於一個人的陳述是不真實的。其毋寧是當陳述是真實的且因此成為社會隔離與孤立的

依據時介入。因為人格保護之目的在於維持基本權之權利人及其環境的社會關係的基本條件（參 BVerfGE 54, 148 [153]），其保護也與是否由被害人自己或是第三人報導該事實無關。

一般人格權的保護效果並不如憲法訴願人所認為的，因其姓名表示與其父親的權利自始無關，即被排除。人格保護不僅及於主張的陳述內容方面，也及於其主張作為他人資訊的效果方面。因此，其乃取決於資訊與言論相對人所獲得的辨識機會上。因此憲法上的人格權之保護防止一種主張涉及一特定之人及其產生效果的可能性，不只是當其被指出姓名時，也是當其他資料使其可能被認出時。

另一方面，基本權侵害的重要性依歧視效果的普遍度而定。此可能因當事人的人際關係程度而有所不同。接著應考量的是，言論的效果是否因為姓氏的常見度而有其界限。若是非常普遍的姓，言論的效果僅及於認識說話者及其家庭之人，而由說話者自己姓名之公開出現可歸結出犯人本人者。若在電視上出現，則進一步降低姓名表示之人格侵害，因為此情形即使不表示姓名也可能會被歸結出來。

d) 此種基本權上應注意的觀點，於高等法院的衡量中，並未充分納入。

高等法院固然與民事法院的判決

一致，評估憲法訴願人之言論對於原審原告而言有使人唾棄之效果，此對其人格發展有嚴重的結果，因此其只能在另一方面對於以容許他被辨識的方式公開發表其主張有重要理由時，才需容忍之。基於憲法之緣故，此點不應反對。

然而高等法院對於贊成在表示姓名下公開發表之理由並未充分衡量。其判決令人懷疑其是否意識到憲法訴願人於發表言論時表示姓名係受到言論自由與一般人格權保護之情況。無論如何，憲法訴願人受這些基本權保護的利益並未充分被衡量。法院只有稍微論述憲法訴願人作為被害人所臆測的對於社會上兒童性虐待的一般資訊利益不能正當化原審原告所受的嚴厲批評，因為其通常不需要表示姓名即可行之。

於此特別欠缺基本法第 1 條第 1 項所要求的與本人言論有關之姓名表示的功能之考慮，而依據該功能，姓名是不可直接放棄或置換的。故法院並未考量一於人格權的觀點也重要的一憲法訴願人是否及如何在自己姓名之下將性虐待經驗當作個人經歷向公眾表達之問題。

法院並未進一步論述其如何看待姓名之表示，因此性虐待的言論對於憲法訴願人，也對言論接收者而言，具有真實性通知的性質。法院也沒有衡量，在此種情況下，姓名表示是否

有必要，而其言論內容是否能以希望的方式傳達給接收者，使其獲得與憲法訴願人取得聯繫的機會。性虐待經驗的個人化有助於抵抗社會上的禁忌化及鼓勵其他當事人自我陳述與行動的公共的意見形成相關的觀點也沒有被考慮。

因為高等法院依言論自由與人格權之標準，未充分將重要的利益具體化，其亦欠缺必要的重要性。法院並未討論與自己言論有關的自己姓名表示屬於接近人格的言論自由的領域，所以不作為義務意謂著特別嚴重的侵害。法院也未考慮，兒童性虐待是與公眾基本上相關的問題，因此獲知被害人對於該行為及其結果之觀點之社會利益，可強化言論自由的重要性。

另一方面，法院對原審原告受基本權保護利益之侵害的嚴重性，並未以具體個案中，依姓名被辨識出來的危險有多高，被辨識出來的效果有多大，其是否有機會躲避的問題加以討論。

e) 被指摘之判決係以這些瑕疵為基礎。高等法院給予原審原告免於被社會嚴厲指控的保護優先的地位，因其係以不充分調查憲法訴願人所受保護的利益為基礎而對其基本權地位未為充分考量，因此不排除法院於遵守基本權的要求後，作成對憲法訴願人較有利之判決。

法官： Papier Grimm Kühling
 Seibert Jaeger Haas
 Hömig Steiner

「基本法第 14 條第 1 項廢棄物土地清理 狀況責任人之界限」之裁定

BverfGE 102, 1ff.

聯邦憲法法院第一庭 2002 年 2 月 16 日之裁定

- 1 BvR 242/91, 315/99 -

陳正根 譯

要目

裁判要旨

案由

裁判主文

理由

A. 事實與爭點

I. 廢棄物狀況責任之法律基礎

II. 前審法院針對第一案之判決情形及見解

III. 前審法院針對第二案之判決情形及見解

IV. 巴登符騰堡邦政府以及聯邦法院之意見

B. 憲法訴願有理由

I. 以基本法第 14 條第 1 項第 1 款為審查基礎

II. 狀況責任界限之確認以及廢棄物清理費用之估算衡量

III. 原判決對狀況責任界限未作足夠衡量

關鍵詞

物之狀況責任

(die Zustandshaftung des Eigentümers)

廢棄物 (Altlasten)

比例原則

(Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)

狀況滋擾者 (Zustandsstörer)

交易價值之提昇

(Verkehrswertsteigerung)

污染 (Verunreinigung)

裁判要旨

對於狀況責任人所負擔費用之

估計不能一般性以財產整體所有人之經濟效益作為衡量，財產之保障目的

在於針對財產所人手中財產具體要素之保護，經由基本法第 14 條第 1 項所保護財產價值狀況之私人使用沒有比例限制。如果清理費用負擔缺乏憲法限定之期待可能性，行政機關也必須決定狀況責任費用負擔之界限。行政法院也必須了解，是否或者在何種程度下財產所有權人負擔清理費用，以判斷所干預行政處分在財產狀況之合法性，並依據基本法第 14 條第 1 項第 1 款之規定對於狀況責任之界限作足夠之衡量。

案 由

憲法訴願之程序 1. S 公司...KG 股份有限公司－授權代表：律師 Dr. Jürgen Grumbrecht und Koll, Kaiser-Joseph 街 247 號，弗來堡－反對 a) 聯邦憲法法院 1990 年 12 月 14 日聯邦行政法院之裁定－BverwG 7 B 133.90－，b) 1990 年 7 月 19 日巴登符騰堡邦高等行政法院之判決－5 S 2021/89－1 BvR 242/91－；2. a) W 女士... b) W 女士... c) K 先生... d) K 先生... e) K 女士... f) G 女博士... g) P 女士... h) F 先生... i) F 先生... j) F 先生... k) F 先生...－授權代表：律師 Christoph Messerschmidt und Koll., Prinzregentenplatz 21, 慕尼黑－反對 a) 1999 年 1 月 14 日巴發利亞高等行政法院之裁定－22 ZB 98. 1067－，b) 1997 年 9 月 1 日 Ansbach 巴發利

亞行政法院之判決－AN 13 K 92. 00120－1 BvR 315/9－。

裁判主文

1. 1990 年 12 月 14 日聯邦行政法院裁定－BverwG 7 B 133.90－以及 1990 年 7 月 19 日巴登符騰堡邦高等行政法院之判決－5 S 2021/89－違反第一案訴願人基本法第 14 條第 1 項第 1 款之基本人權。以上判決被撤銷，案件駁回至高等行政法院。

2. 1999 年 1 月 14 日巴發利亞高等行政法院之裁定－22 ZB 98. 1067－1997 年 9 月 1 日巴發利亞 Ansbach 行政法院之判決－AN 13 K 92.00120－違反第二案訴願人基本法第 14 條第 1 項第 1 款之基本人權。以上判決被撤銷，案件駁回至高等行政法院。

3. 德意志聯邦共和國以及巴登符騰堡邦必須補償第一案訴願人一半之必要費用。

4. 巴發利亞邦必須補償第二案訴願人必要之費用。

理 由

A. 事實與爭點

此相關憲法訴願之共同判決適用於土地財產所有權人對於廢棄物清理狀況責任之界限。

I. 廢棄物狀況責任之法律基礎

1. 1998 年 3 月 17 日（聯邦法律彙編第 502 頁）廢棄物清理以及水土

保護法（聯邦水土保護法），其於 1999 年 3 月 1 日生效之主要部分為，借助邦法定義條款及相關文獻規定，界定環境法中廢棄物適用範圍，且在第 2 條第 5 項規定：「廢棄物一方面指已終止之垃圾清理工具及曾經處理、收集垃圾之土地（舊儲藏所），另一方面指停止運轉之設備以及曾經處理過傷害環境物質之土地（舊址），而經由此對於個人或全體引起有害的水土改變或其他危害。」聯邦水土保護法生效之前，有關廢棄物之偵查、安全以及清理之法律規定主要依據邦法。僅有些個別的邦對於廢棄物清理以及廢棄物公法上的責任頒布特別規定（參考例如 1994 年 12 月 20 日黑森邦廢棄物法，法律與命令彙編（GVBl）S. 764；1991 年 7 月 31 日圖林根垃圾管理及廢棄物法，GVBl S. 273）。有關廢棄物清理之規定以及廢棄物公法上之責任大部分來自各邦之一般安全法。因此針對廢棄物清理對於主要財產所有權人之行政法上的要求，最主要依據邦法所規定於警察與秩序法有關之狀況責任。

因此，巴登-符騰堡邦直到聯邦水土保護法生效前，即以 1992 年 1 月 13 日版（法律彙編第 1 頁）之警察法第 7 條為標準。爾後當公共秩序經由事物情況所威脅或者滋擾，警察則對財產所有人或對該事物有實際

管領力者，採取措施。

在巴發利亞邦，廢棄物之狀況責任依據 1982 年 12 月 13 日所公布版本之公共安全與秩序範圍內（法律彙編 GVBl 第 1098 頁）之邦刑事以及命令法第 9 條第 2 項。爾後，只要依據此項法律規定對於事物之情況採取必要的措施，所針對的則是實際權利之擁有者。此措施也可以針對財產所有者或者其他具有事物使用權者；然而這並不適用於當實際權力擁有者實踐這項法律規定時，卻違反財產所有者以及其他擁有財產處分者之意願。就依據特別規定而言，一個對其他人負有責任時，那麼這些措施就針對他們而實施。當以 1994 年 7 月 19 日版本（GVBl S. 822）之巴發利亞水資源法第 68 條以及 68 條 a 為基礎所發布廢棄物清理污水監督之措施之前，邦刑事與命令法第 9 條第 2 項之規定為標準規範。

2. 聯邦水土保護法有關廢棄物之狀況責任問題並沒有改變，依據聯邦水土保護法第 4 條第 3 項第 1 款規定，除了廢棄物或有害水土改變之肇因者以及法定繼承者外，土地所有人以及實際權力擁有者對於土地有義務清理水土地面、廢棄物、經由有害水土之改變或廢棄物所造成之廢水污染，以維持對於個人或整體上沒有危害、重大缺失或巨大的麻煩。依據聯邦水土保護法第 24 條第 1 項第 1 款

有清楚補充規定，義務人必須在某種程度下負擔執行命令措施之費用。

水土保持法之政府草案（BT-Drucks 13/6701）在第 25 條第 2 項擬定，土地所有人及土地實際使用者，倘若他不是廢棄物的肇因者，在對於財產成立時可能也沒有廢棄物的認知，或者有合理之情況，則將免除費用之義務，而就執行措施之費用而言，土地利用所產生之經濟利益是被排除的。依據第 2 項所導引出的規定，針對財產所有權人在執行措施之考量下，就措施實施之必要費用而言，超越土地之交易價值。此規定由聯邦眾議會以所建議的版本通過，基於財產所有權人費用負擔義務之限制，聯邦參議會提交至調查委員會（參考 BTDrucks 13/8182, S. 8），此規定依聯邦參議會的建議，在沒有其他替代性規定情形下被刪除（參考 BTDrucks 13/9637, S. 5）。

II. 前審法院針對第一案之判決情形及見解

Verfahren 1 BvR 242/91

1. 訴願人在 1982 年 10 月經由強制拍賣方式購得鄰近的一片土地，在此土地上有一家工廠直到 1981 年以來一直由兔子皮毛製造出帽子之原料，在此去除皮毛所運用的是氯化炭水物質（高氯以及三氯化化合物）。而此公司之財產在 1981 年宣布破產，經由優先滿足債權人之要求後，破產

後之財產僅僅達到債權人之補償。

從 1983 年 9 月開始，確認在其所購買之土地經由氯化炭水物質嚴重污染地面以及地下水，此種情況回溯到帽子原料生產時運用了這些物質。依據 1985 年 4 月以及 1986 年 8 月之判決，訴願人之主管機關採取廣泛措施檢驗地面與地下水，且對於污染之清理採取不同之措施。根據本身的資料，訴願人直到 1998 年為止已經支付清理費用 110 萬馬克，而依當時損害案件之土地交易價值大約值 35 萬馬克。

訴願人在原審程序反駁了機關的指令，因為清理之必要性以及污染之原因確切，所以在行政法院之程序中，訴願人特別針對肇致危害者之選擇反對機關之裁量決定，且控訴一般基於基本法第 14 條狀況責任不合乎比例原則。地方行政法院駁回此訴訟。高等行政法院駁回上訴，其判決如下：

就訴願人所提出之異議而言，並不符合基本法第 14 條之規定，土地財產所有權者購得之土地包含並不知悉之廢棄物，直到考量廢棄物清理會使他經濟破產，所提出異議認為，經由比例原則之運用可能可以避免這個結果。此一存在的法律爭議並不會造成需對財產所有權人所期待之界限，逐案考慮比例原則。針對此顯而易見的，訴願人經由所承擔措施之實現，

而使其經濟之存在利益受到威脅。

非允許性訴願由聯邦行政法院駁回，因為此案件沒有基本上之意義；問題在於，是否土地財產所有權者之衡量可作為所謂廢棄物之清除以及調查之警察法狀況責任人，且是否所規定的費用負擔與基本法第 14 條一致，在此基於撤銷判決之確認而沒有再審程序之實施以及所提及言詞協商內容所答覆之行政過程。

尚可探討的是，法律觀點遵循至何種程度，即依據一般警察與秩序法對廢棄物清理之土地財產所有權人狀況責任，以基本法第 14 條為請求依據之限制。這些案例所考量將是責任之降低，財產所有權人本身處於受害狀態，因其土地單獨經由外來影響產生傷害，而且形成公共安全上之危害。正確思維方式為，財產所有權者或對於事物違反秩序狀態之實際使用權者之責任為實際以及法律事物掌握之結果，由此對於事物利用而儘可能獲取經濟利益。此案例考慮的是，當針對危害去除之衡量，特別是消除因私人事物利用之費用負擔，是否基於憲法理由考量責任之界限。

如果狀況責任人財產建立之初，瞭解秩序違反狀況之事物或至少知道類似狀況相關之事實，如此考慮一開始即被排除。誰接受了此風險，則必須擔負秩序法上責任之法律結果。此案例中則存在著如此狀況。訴願人為

一家公司之所有權人，很久以前即遷到鄰旁之土地，大約一年前此一運用化學物質出產產品有問題之土地過渡給她。根據本身的資料她也知道，在這土地之井可以聞到強烈溶劑之味道。誰在此狀況下購得土地，並非處於受害情況，基於憲法，得禁止根據一般警察秩序法之原理衡量危害清除之狀況責任。

2. 以此針對聯邦行政法院以及行政法院之判決違反基本法第 14 條第 1 項以及第 2 條第 1 項提起憲法訴願之訴訟，因廢棄物而對於土地財產所有權人無限制之請求是違反基本法第 14 條第 1 項。特別是在此案件下，財產所有權者既沒有任何形式導致危害情況（污染），也沒有於購買土地時有所認識，而對於工業化一般性之後果負擔責任，這是不合適的，因為沒有具體以及與危害肇因之關聯性所存在之利益。

就行政法院所指出的比例原則而言，明顯地須合乎，是否滋擾者所要求之措施尚屬於經濟上的可能範圍以及是否尚未逾越受害界限。若土地所有權者本身沒有直接或間接產生滋擾狀況之因素，相對的則應受到憲法界限的限制。基於事實，購買者對於以前工業產品應具有之知識，不可能沒有聯想到，他必須估計過土地的污染。但是特別在具體狀況下，氯化炭水物質對於地面以及地下水潛在的危

害，在八十年代普遍不為人所知悉。如果專業機關本身並不知道此種物質之危害性，此土地之購買者將可能不被認為，他對土地之利用行為必須與地下水或地面可能的傷害有所關係。

III. 前審法院針對第二案之判決情形及見解

Verfahren 1 BvR 315/99

1. 訴願人是頗具規模森林面積之財產所有權人，他們於 1970 年 10 月將 16 公頃之土地出租給有關射擊設備（泥鴿作靶）之機構與維修之協會，並約定租金每年為 12,792 馬克。這個協會依照契約承擔服務機構以及射擊設備合法企業以及機構之工作，並有義務取得必要的機關之許可以及締結必要的保險。在 1970 年 8 月已經授予射擊場所第一建築部分之建築監督許可，1971 年 1 月這個協會獲得安全法上使用與機構之許可，此許可是針對具有 15 個投擲機器、1 個溜滑台以及具有完全自動投擲設備高空台之投擲鴿靶高空台有關機具與設備。

1972 年 F 城針對水利供給劃定水資源保護區，該承租的土地全部被規劃於水資源保護地區之永續保護區域內。針對此範圍的一些井，有關水資源法之許可在 1966 年已經頒布。在此預定的保護區域證明，於 1970 年 6 月所適用的各縣機關刊物已經刊出。

射擊設備於接下來幾年中，在沒有得到必要公法上的批准情況下擴大規模，因為飲用水供給問題，在 F 城之憂慮下，遂在 1983 年檢驗這些設備。事後的批准在 1984 年 8 月被拒絕，1985 年 1 月主管機關撤銷建築批准以及安全法上的許可，而於 1985 年 12 月撤銷命令即時執行，於 1987 年行政法院駁回延宕效力回復之聲請。參加者因為射擊場所營業之停止而取消介於協會以及訴願人間之租賃契約。

水資源狀況之檢驗結果為，總共已有 200 至 300 噸泥鴿靶所發射之鉛彈射擊於射擊場所在之土地。地面之調查指出，最上層地面不僅經由鉛彈，也經由已經溶解的鉛強烈的侵蝕了。此外，鉛污染已確認深達 80 公分。

1988 年 7 月主管機關因此依據巴伐利亞水資源法第 68 條第 3 項之規定，以水資源法之命令要求協會拆除與清除最上層地面 20 公分強度地面表層，並將土地予以清理清理。1989 年 1 月協會宣布破產，接著機關指向訴願人作為清理命令之狀況責任人。為了阻止地下水的污染，此種清理是必要的。適用範圍為地底下接近地表 1.6 公尺之地下水，此外也關係深地下水之存在，城市 F 每年 20 個井供應 540 萬立方公尺之飲用水。

訴願人反對清理判決之立刻執行

命令之行為，終究沒有結果。1991年7月行政法院駁回延宕效力回復之聲請（Bay VBl 1992, S. 274）。在此行政法院認為，訴願人不僅為狀況責任人，而且也是責任上之行為滋擾者。他們租賃土地給予協會作為投擲泥靶射擊設備之運用；危害並非單獨來自運動射擊者之營業，也是經由承租土地之目的而產生。雖然經濟上的負擔大大地超過了目的性之承租收入，然而基於這個理由，清理的命令也並不違反比例原則，在此訴願人被要求實施清除工作，於1997年完成且總共已經支付590萬馬克。

在主要實體訴訟中，訴願人請求確認清理命令之違法性以及判決被告附帶支付利息550萬馬克。訴願人認為清理命令是違法的，因為土地財產已經完全沒有價值了。清理費用相對於租金16萬馬克則是高出很多倍，基於憲法原理而言，至少必須考量裁量執行之範圍。

地方行政法院駁回此訴訟，認為清理之命令不是違法的，因為訴願人造成不成比例的高額代價。作為狀況滋擾者財產所有權人之責任限制既非憲法所規定亦非在至今的判決中確認，財產之社會義務性限制於具體財產內容之觀點被判斷為純粹假設。進一步實際上符合一致的法律判決的是，判斷狀態滋擾者責任界限的問題在於，是否他是在受害情況或者是歸

屬於風險層面之經濟負擔。而針對參加經濟交易活動，後者如土地之出租，在此是被肯定為狀態滋擾者。而行政高等法院在暫時性的權利保護之一般觀點為，訴願人也被視為行為滋擾者，這項觀點地方行政法院是沒有考慮到的。

高等行政法院認為上訴不合法，所引用重要的理由為，在土地上對於財產與事物之掌握是水資源法律責任之合適重點。訴願人應釐清之問題在於，當土地交易價值之費用提昇很多倍時，財產所有權人是否被要求清理廢棄物，明顯的可能僅是不同的回答。基本上這是肯定的，然而比例原則在個別狀況下必須被尊重，此案例對於法律之續造是沒有誘因的。訴願人所擁有之土地，其清理是有爭議的、也有危害之顧慮而且藉出租而獲取利潤；在土地價值之傷害責任界限問題針對於事物本質結構之方式將不是急迫的。

2. 對地方行政法院以及高等行政法院之判決，認為違反基本法第14條第1項以及第103條第1項規定提起憲法訴願之訴訟，基於基本法第14條第1項第1款，對於財產私人利用之保障是遵循狀況責任人之界限。當清理費用與具體事物價值相比不成比例地高，較大的負擔阻礙每件事物經濟利用時，則私人利用性將被撤銷。持續之損失增加情況確實存在

於眼前，訴願人所花費清理費用之多，超過土地價值 20 倍，他們必須使用其他的財產以支付費用。縱使再經歷許多世代之後，訴願人也不可能從清理過之土地利用，事後經營獲得清理費用。

高等行政法院所論理由根據是不充足的，訴願人之承租可能有風險及危害顧慮。縱使當這個處罰適用，然而來自財產保證所產生的限制應該維持標準。其餘的，在此是以專斷不公平之比例的方式為衡量。地方行政法院判決集中在所公佈已批准合法效力之問題，地方行政法院所顯現出的是，針對射擊場所頒布之許可，主管機關對於可能導致的環境問題毫無所悉。正是基於這個理由被否定合法性效果，而高等行政法院同意此結果。訴願人明顯的被以嚴格的標準處理，他們認為訴願人可以意識到風險，因此須承擔無限制之後果。

訴願人以違反基本法第 103 條第 1 項之理由認為，地方行政法院對於研究客觀的訴訟給付方式以及所提供之證據隻字不提。而證據的聲請是重要的，因為端賴於言詞辯論地下水危害之時，是否毫無疑問或可供證明之事實仍然存在。據此高等行政法院已經違反基本法第 103 條第 1 項規定，而前審級所違反基本法第 103 條第 1 項之情事，在此並沒有被更正。

IV. 巴登符騰堡邦政府以及聯邦法

院之意見

在 BvR 242/91 之程序，巴登符騰堡邦政府以及聯邦法院對於此法律問題有以下意見：

1. 邦政府認為憲法訴願是不成立的。狀況責任受限於受害者情況下，在學術文獻上之未遂行為不應該被遵循的。受害者理論想要在基本法第 14 條第 1 項以及第 2 條導出狀況責任之界限，無論如何沒有考慮到個人財產比例。

受害者學說缺乏財產保障之保護方向，因為它最後確保事物之盈利及關於此之財產價值，但是這在基本法第 14 條不被保護。此外，它承受違規者以及內部之異議。所以它專斷的由財產客觀保障跳至主觀標記，即廢棄物之知識與可辨別性，從基本法第 14 條客觀保障違反事物性之觀點及關係到警察危害防止之目的是違反意義性的。此外，受害者學說是違反事物性的，就它無法分開清除以及費用之義務以及所想要非滋擾者之財產所有權，僅僅在於針對緊密的條件以及可能反對費用平衡促使危害清除。如果依據受害者學說，財產擁有者將可免除，而原則上由一般大眾支付清除費用；然而在此以後的交易價值的提昇是給予財產所有者。

此外，訴願人不是處於受害狀態，訴願人之主管不能夠忽略，基於長年與所購買之使用大量解毒物質之

土地相鄰，而且經由本身的表示已經於 1975 年確認，這裡的深水井所抽取的水已經被解毒物質所滲透。

2. 聯邦法院院長已經轉交民事庭第三以及第五庭庭長的意見。

第三民事庭庭長所提出在 1994 年 6 月 23 日之判決—III ZR 54/93 (BGHZ 126, 279)，第五民事庭庭長指出法庭確定之民事判決，而土地之財產所有權者，由此產生滋擾，基本上在民法上是無限制被視為狀況滋擾者。在此，也適用先前權利人所產生的傷害狀況 (Vgl. BGH, NJW 1989, S. 2541 【2542】 m.w.N.)，這並不端賴於，是否現在財產所有權人認識滋擾狀況 (vgl. BGH NJW-RR 1996, S. 659 【660】)。此外，經由自然結果所產生之滋擾，土地所有權者只能算作，如果他經由自己的行為或違反義務之不作為而引起滋擾 (Vgl. BGH, NJW 1995, S. 2633 m.w.N.)。一個有價值的思考方式是必須的，否則土地所有權者估計廣大的效果所呈現的風險以及依據利用衝突 (參閱 903 頁以下二頁, BGB) 之鄰居法規定之意義與目的，土地所有權人不再有責任 (前揭文，第 2634 頁)。

B. 憲法訴願有理由

該合程序之憲法訴願是有理由的，因被指摘的法院判決違反了訴願人出自於基本法第 14 條第 1 項第 1 款所擁有之基本人權。

I. 以基本法第 14 條第 1 項第 1 款為審查基礎

1. 此判決以及有關土地所有權人狀況責任之現行規定所涉及的為基本法第 14 條第 1 項第 1 款規定之保護範圍。

標準安全法上干預授權結合關於狀況責任之規定，機關所擁有之職權對於危害防止之財產所有權人使其負擔費用之義務。狀況責任之法律構成要件規定僅經由產生危害土地之現在財產所構成。即使廢棄物清理義務之最重要結果經常是經濟負擔，但並不意味著機關將狀況責任及命令上之金錢費用義務降低是正確的。財產所有權者被要求為狀況責任人，是基於危害或滋擾清除所指之公法上的行為義務之義務原始內容。如果他履行此義務，則由財產內容中必要之清理費用及最後針對公權力之主體缺乏補償與賠償之請求，產生他的負擔。然而對於義務之費用合適的賠償是一項行政執行傳統之工具，以達到執行債務人原來行為義務。然而針對狀況責任法律上之判斷及在此建立的清理義務，重要的可能不是必要的強制手段，而是實施義務 (vgl. BVerwGE 10, 282 【284 f】)。財產所有權人之義務作為滋擾清除或危害防止涉及基本法第 14 條第 1 項第 1 款所保護之法律狀態。

2. 財產是一種基礎的基本人

權，對於財產之承認是社會法治國在基本法特別意義之價值判斷（參閱 BVerfGE 14, 263【277】）。財產保障才得以實踐基本人權，是基於財產法範圍內確保基本人權主體之自由空間以及經由此儘可能達成生命本身責任之形態（參閱 BVerfGE 97, 350「370. f」；stRspr）。憲法上所保障之財產權是經由私人之利用以及財產所有權人對於財產內容基本上之處分權限所呈現出來（參閱 BVerfGE 31, 229「240」；50, 290「339」；52, 1「30」；100, 226「241」）。就關係個人人身自由之確保而言，此應為個人主動權之基礎以及在於本身責任個人利益之利用所擁有一種特別形成之保護（參閱 BVerfGE 50, 290「340」；stRspr）。同時財產之利用應該有利於一般大眾之利益（基本法第 14 條第 2 項）。在此對於財產規定之異議，個人利益相對於大眾利益時有絕對之優先權（參閱 BVerfGE 21, 73「83」）。

3. 既非狀況責任基於原審程序撤銷之命令法律的規定，也非行政處分本身在基本法第 14 條第 3 款規定所呈現之權利剝奪。此相關之規章進一步規定財產之內容與限制，而且在此判決是基於基本法第 14 條第 1 項以及第 2 條，而不是依據基本法第 14 條第 3 項。

a) 國家徵收干預個人之財產

權，所規定是經由基本法第 14 條第 1 項第 1 款所保護之具體法律狀態，此規定是完全或部分對剝奪特定公共任務之實踐。如此之實踐不是經由特定人身範圍之具體財產權之法律—依法律之剝奪，就是經由機關基於法律授權之執行處分而干預—行政上之剝奪—（參閱 BVerfGE 100, 226「239 f」；stRspr）。

土地所有權者狀況責任之法律規定並沒有行政之授權，一個特定的、經由上述規定針對公共任務之實踐以完整或部分方式剝奪所需要之財產客體，是以一般及抽象方式建立財產者之義務，他必須清除由他的土地所產生對一般大眾之危害。因而，此法規以及機關相關之職權規定土地財產之形式與內容。國家所要求狀況責任人清理滋擾與危害之目的，並不是干預土地，而是運用作為特定大眾共同利益目的之實踐。此外，出自於土地所有權人之觀點而言，清理他廢棄物之土地所顯示出的經常不止是利他的，當廢棄物之土地利用在實際上限制財產所有權人時，此負擔也是利己的。

如果在個別情況下，憲法所允許的範圍限制財產所有權人之職權，依據規定所規範財產之內容與限制，也不具有徵收之特點。一項違憲內容之規定呈現在憲法意義的並不是「剝奪干預」且不可以改變解釋為因為剝奪與內容規定之特性不同（參閱

BVerfGE 52, 1「27 f」；58, 300「320」；79, 174「192」；100, 226「240」)。而當內容特定之規範完全剝奪了財產，在此也適用。此外，需要注意的是立法者在如此的情況下是基於憲法特別的要求（參閱 BVerfGE 83, 201「212 f」）。

b) 立法者以基本法保護之法律狀況所規範財產內容與限制，既已經由基本法第 14 條第 1 項第 1 款規定私人財產在基本法上之確保，而且也必須考慮財產之社會義務（基本法第 14 條第 2 項）。一般大眾之利益，立法者針對制定財產之內容與限制，不僅是理由，而是財產所有權者限制之界限（參閱 BVerfGE 25, 112「118」；50, 290「340 f」；100, 226「241」）。在此立法者在合理之平衡以及基於超比重之關係（參閱 BVerfGE 100, 226「240」）且與所有其他憲法規範一致。特別他是受限制於憲法之比例原則以及基本法第 3 條第 1 項之平等原則。

立法形成之職權不是對於所有事物範圍平等，就財產確保在財產法範圍內個人人身之自由而言，特別是擁有已形成之保護。與此相對的是，立法者塑造之自由越大，財產客體之社會性關聯就越強烈；在此是指其特性以及判決意義之功能（參閱 BVerfGE 50, 290「340 f」；53, 257；100, 226「241」）。

II. 狀況責任界限之確認以及廢棄物清理費用之估算衡量

1. 依據已解釋之標準，有關財產所有權人狀況責任之安全法規定是在基本法第 14 條第 1 項第 2 款規定財產之內容與限制之允許性規定。在不損害肇事者之責任下，規定的目的是經由作為事物主人之財產所有權人確保有效的危害防止。財產所有權人必須經常對於事物以及危害來源以法律上與實際上之可能性發生影響作用，狀況責任是以經由控制傳達影響之可能性，而會引起危害事物之合法性理由，財產所有權人對此可以從事物予以利用。在此，也是賦予合法性理由之義務，清除針對大眾所產生危害之事物（參閱 BverwG, DVBl 1986, S. 360「361」）。經濟利益運用之可能性以及財產事物之評價與公法義務是一致的，從事物產生之負擔以及利用之可能相關風險是需要評估的。

2. 在受指摘之判決，對土地財產狀況責任相關規定之解釋與運用，不足以應付基本人權財產保證之請求。

法院有一同樣地如同行政機關一針對法規解釋與運用上，依據基本法第 14 條第 1 項以及第 2 項注意財產保證之意義與影響作用。它們必須對於私人財產憲法判決之確認以及社會義務予以考慮，並且特別維護比例原則。

在此，所衡量的並非憲法上之考量，有關狀況責任在安全法規定解釋如下：土地財產所有權人將可單獨地因為其法律地位被賦予義務，清理土地產生之危害，即使危害並非由其造成且也非無罪責。

依據基本法第 14 條第 2 項賦予財產之義務，為維護大眾共同利益之目的，針對由土地所產生對於生命與健康或地下水之危害，在此憲法之基礎是在於基本法第 2 條第 2 項第 1 款所規定之國家保護之義務以及依據基本法第 20 條 a 有關自然生命基礎保護之國家目的。這兩項憲法規定適用高等層次之共同利益，其為強化基本法第 14 條第 1 項第 2 款和基本法第 2 條之規定以及基本法所保護財產所有人之利益，而不是限制土地之私人運用。

狀況責任之理由為所關聯所有物之財產以及與所有物相關之利益與費用，如同依據現行法律所有物私人利用之利益也歸屬於財產所有權人，即使不是因為他所形成，如果危害不是經由他所造成的，他必須承擔所有物之費用。

在許多情況下，廢棄物之清理並非完全屬於公法上之利益，同時也是財產所有權人之私人利益，所以說廢棄物之清理義務是相當沉重。在此指出的例子是，當地面以及地下水的污染損害土地之利用或使土地完全不能

利用，而僅能經由危害之清除重新產生土地之利用性。此外，原則上經由清理土地之交易價值以及個別的利用價值將大幅提昇。

如果行政法院認為狀況責任要件之實踐是不重要的，在危害狀況之情況已經撤銷以及是否事物之財產所有權人造成危害或者有罪責，則在此從憲法觀點而言，原則上並沒有違反之情事。在憲法上沒有規定，既不造成危害也沒有罪責之情況下之財產所有者，將作為在安全法上之非滋擾者條件，無論如何補償僅是針對干預性質之缺點而有之保障。狀況責任人也不必須經由憲法之觀點，經常被視為事後之責任者，如果危害之肇因者不存在或者危害之清除沒有完成，其請求僅僅可能是無缺失之裁量。

c) 即使財產所有權人之狀況責任與憲法規定是一致的，財產所有權人基於危害防止允許被要求，所以在此範圍內可以被限制。在此特別意義是比例原則，其為必要的且視適合的及估計之基本人權傷害之目的而定。清理措施之費用為財產所有權人之負擔。就其財產並不是可期待性的而言，如此負擔並不是合法的。在比例原則檢驗範圍是考慮財產所有權人之狀況責任負擔以及衡量適用的大眾公共利益，特別是以下列的重點為標準：

aa) 在危害防止安全法之義務中

之費用自行負擔，並非以剝奪所有權人土地未來使用為內容。對土地處分權以及利用權之本質在法律上沒有改變。財產所有權人之清理費用負擔將導致忍受土地之損失以及財產運用上之利用損失。原則上，他必須接受財產之社會聯繫的結果，以儘可能達成有效清理從土地產生之危害。

bb) 針對界限的規定，是一個財產所有權者經由此可以估計負擔，對於交易價值依據清理之實施可以負責經濟支出關係之重點，在交易價值上不僅扮演著本身利用之收益，而且也將形成無利用情況下之利益。這特別是指計劃以及市場條件的土地價值之提昇。而假如費用之交易價值超過，原則上財產所有權人之利益是落在未來私人土地之利用。此外，不可能一次就計算出清理費用可經由土地轉讓而涵蓋。在此對他而言財產可能喪失完全之價值與意義。進一步之重點是交易的價值基於其他情況並無顯現出來，因為土地財產個人之利益儘可能超越交易之價值。

cc) 如果經由土地產生的危害，從自然之結果由大眾所估計的因素或者並非從利用合法之第三者所引起，則逾越負擔的界限特別是不能期待的。在這種情況之下，清理之責任不是無界限適用所有針對費用而履行財產之所有安全義務。否則在超範圍承擔之風險，所基於之情況由土地掌握

者予以解決且在此期間則是植基於責任之面向。是否在這些情況基於其他原因負擔之延伸界限，例如注意出自於社會國命令之理由，在此不需判決。

dd) 狀況責任人負擔之清理費用直到交易價值之提高，在此種情況是不可期待的，針對清理的土地進一步所呈現的是造成義務人財產重要部分以及個人生活方式基礎所包含家庭狀況。在如此情況下，財產保障之任務適用在基本人權之主體確保財產範圍內之自由，以及儘可能達成在基礎背景上生命本身責任之形態（參閱 BverfGE 83, 201「208」；stRspr）。如果費用沒有超越清理後土地繼續利用之利益，則在此所期待負擔之界限已經被保障，例如當自己家中財產所有權人在經濟狀況考量下不能再擁有其土地。

ee) 如果財產所有權人己知道形成危害之風險，則超過土地交易價值之清理費用負擔是可以期待的。例如一個情況是，如果土地財產所有者知悉廢棄物是由先前土地所有者或者土地利用者所造成的以及買賣，或者在他同意下以此風險之狀況利用土地，例如一個垃圾集散場之運作或以連結填滿之選擇。在此情況下，針對大眾利益保護性質之必要衡量是需要注意的。知道了如此風險，則狀況責任人之請求是無可爭議的，此責任必須出

自財產保護者之理由被限制，因為自由意願所接受之風險減少了財產所有者之保護性。

如果就土地購買或者對於第三人利用之保障所認識的或者已經利用而言，財產所有權人以過失之方式導致清理費用負擔高於交易價值是可以期待的。對於期待可能性之判斷，過失之程度可能是巨大的。在此期待可能性可以進一步受到下列影響：是否財產所有人獲得來自風險的利益，例如經由降低買賣價格或者較高之租金。

針對此種狀況，行政法院之判決所考慮的是不足夠的（參閱 BVerwG NVwZ 1991, S. 475）。未設限及無條件，且對正面認知行為風險不察下，同樣的予以「責備」，於合適的及比例原則的平衡各方面之憲法條件介於財產所有人保護利益以及大眾利益之考量並不盡週全。兩個行為方式之相同平等是不可能的，因為經由財產購買之保護性或者在不同範圍轉讓狀況下可能被減低。

ff) 在各種情況中，廢棄物清理負擔費用超過交易價值是可以被估計的，這並不牽涉到財產所有人整體之經濟效益。針對清理沒有界限地承擔後果，如此而言對於財產所有權人是不可被期待的，也就是說財產與需要清理之土地是沒有法律上或者是經濟上的關聯。相反的，可以期待的是對於清理財產之投入，共同以需要清理

之土地呈現功能的一致性，例如此要素為一個邦或森林企業或者其他企業。在此特別適用於共同與清理需求之土地形成一致性之基本財產。但是對於其他財產之干預僅允許在基於比例原則之保障下遵守。如果以相關費用負擔清理之理由傷害企業或公司之進步，則應注意財產比重在基本法第 14 條第 3 項之規定，因為對於相對人之負擔實際上並沒有產生合適的補償。一個法律狀態完全或無代替性之清理僅僅可以在內容以及限制規定範圍內基於特別要件下予以考慮（參閱 BVerfGE 83, 201「212 f」）。

對於狀況責任人所負擔費用之估計不能一般性以財產所有人整體之經濟效益作為衡量。財產之保障目的在於針對財產所有人手中財產具體要素之保護，經由基本法第 14 條第 1 項所保護財產價值狀況之私人使用沒有比例限制，原則上是可以平衡以及忍受此狀況的。

d) 就立法者而言，基本法第 14 條第 1 項第 2 款規定財產之內容與限制，在此狀況責任人之限制是沒有規定的，機關以及法院經由解釋與運用確保所規定之責任與費用義務，財產之負擔不能超過基本法第 14 條第 1 項第 2 款以及第 2 項所允許規定之範圍。特別是他們根據前述所謂之標準在所支持廢棄物清理之狀況責任範圍下保障在基本財產經濟負擔下之比例

原則。

行政所規定之清理措施，在此所依據簡單之規定是關係著義務人負擔完全之費用。但是如果費用負擔因為缺乏憲法限定之期待可能性，行政也必須決定狀況責任費用負擔之界限（參閱 BVerfGE 100, 226「246」）。一位財產所有權人認為依據基本法第 14 條第 1 項第 1 款規定，機關清理規章因相關的費用負擔不合乎比例而傷害他的基本人權，因此必須提出救濟，若行政處分有存續力，就無法主張清理費用負擔之界限或者清理費用之補償。財產所有權人必須決定是否他的狀況責任將要接受或反對現行的清理規定，此判決僅僅適用，當他知道是否他將無限制負擔費用或者必須估計所負擔之最高費用。如果行政對於在清理規定時間點之不可期待可能性不熟悉或不完全熟悉，以致於針對費用負擔時間點不能決定，則關於清理費用負擔之清理處分必須與判決保留相關聯。

行政法院也必須了解，是否或者在何種程度下財產所有權人負擔清理費用，以判斷所干預行政處分在財產狀況之合法性（參閱 BVerfGE 100, 226「246」）。

III. 原判決對狀況責任界限未作足夠衡量

在 1 BvR 242/91 之程序，上訴判決以及聯邦行政法院認為訴願不合法之駁回之決定被廢棄，高等行政法院針對經濟存在之傷害特別從狀況責任之界限出發。因此，因為經由憲法針對清理費用以及土地價值關係之確認不適用在他的判決。聯邦行政法院之裁定針對在風險過失之無知購買土地之理由，其對每一個費用承擔義務之界限未作區別而拒絕，所提之理由同時並不存在憲法規定。

在 1 BvR 315/99 之程序，撤銷兩個被指摘之判決，因為它們並沒有依據憲法規定對狀況責任界限作足夠之衡量。由於這些判決已經因為違反基本法第 14 條第 1 項第 1 款而被撤銷，在此不需要再檢驗，其是否違反基本法第 103 條第 1 項。

C.

有關於費用之判決依據聯邦憲法法院法第 34 條 a 第 2 項規定辦理。

法官：Papier Kühling Jaeger
Hass Hömig Steiner
Hohmann-Dennhardt
Hoffmann-Riem

大監聽與個人隱私案 (Privacy, Großer Lauschangriff) *

BVerfGE 109, 279ff;
聯邦憲法法院第一庭 2004 年 3 月 3 日之判決
– 1 BvR 2378/98, 1084/99 –

吳志光 譯

要目

裁判要旨

案由

裁判主文

理由

- A. 本案爭點
 - I. 系爭規定
 - II. 憲法訴願之標的及理由
 - III. 有關機關之意見
 - IV. 言詞審理之參與者
- B. 本件憲法訴願案之提起多數是合法的
 - I. 憲法訴願人 a 已因其死亡，而當然終止憲法訴願
 - II. 憲法訴願不合法之部分

III. 其餘憲法訴願合法

- C. 本件憲法訴願在其合法提起之範圍內，部分有理由
 - I. 基本法第 13 條第 3 項之修正合憲
 - II. 刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款、第 2 項及第 3 項對住宅監聽措施之法律授權，以及刑事訴訟法第 100d 條第 3 項所規範之證據排除原則及證據利用禁止原則，僅有部分合於基本法之規定
 - III. 刑事訴訟法第 100d 條第 2 項、第 4 項第 1 句及第 2

*

譯註：德國刑事訴訟法中所規範的「大監聽」（Großer Lauschangriff），係指對住宅為使用科技設備的監視行為，在內涵上已包含監聽的概念（即我國法上所稱之通訊監察），但我國通訊保障及監察法第

13 條第 1 項但書所明文禁止此種行為。而該裁判中法院並未統一德文用語，時而使用「住宅監聽」，時而使用「住宅監視」，而本譯文統一譯為「住宅監聽」。

句所規範之法官保留未侵害憲法訴願人主張之基本權利

- IV. 刑事訴訟法第 101 條規定，對住宅為監聽措施當事人之告知義務，只有部分符合基本法第 19 條第 4 項及第 103 條第 1 項之規定
- V. 在考慮前揭標準的情況下，履行告知義務後，當事人對於住宅監聽措施之為嗣後權利保護已為足夠之確保
- VI. 對於聯邦政府報告義務之法律規範違憲之主張為無理由
- VII. 刑事訴訟法第 100d 條第 5 項第 2 句及第 100f 條第 1 項關於使用個人資料於其他程序之規定，其未規定有義務標示再度移轉使用之資料，就此而言，與基本法第 13 條第 1 項、第 2 條第 1 項及第 1 條第 1 項規定不符
- VIII. 刑事訴訟法第 100d 條第 4 項第 3 句、第 100b 條第 6 項關於資料銷毀之規定，與個人資料取得之規範有

憲法上重要之規範關聯性，而此一規定亦違反基本法第 19 條第 4 項。

- IX. 刑事訴訟法系爭規定和基本法不符之部分，立法者有義務至遲於 2005 年 6 月 30 日前修正至合憲之狀態
- D. 本裁判依聯邦憲法法院法第 34a 條第 2 項及第 3 項規定徵收費用。

由 Jaeger 及 Hohmann-Dennhardt 二位法官所提出之不同意見書

不同意見書主文：我們不同意本判決在 C I 部分之理由。依據我們的觀點，基本法第 13 條第 3 項與第 79 條第 3 項不符，並因此無效。但同意本判決其他部分之理由

不同意見書理由

關鍵詞

修憲之界限

(Unabänderlichkeit der Verfassung)

人性尊嚴 (Menschenwürde)

居住自由

(Unverletzlichkeit der Wohnung)

比例原則

(Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)

有效之權利保障 (Gewährung effektiven Rechtsschutzes)

法定聽審權

(Anspruch auf rechtliches Gehör)

裁判要旨

1. 1998 年 3 月 26 日修正的基本法第 13 條第 3 項規定，（載於聯邦法律公報第 1 卷第 610 頁）並未違反基本法第 79 項第 3 項規定。

2. 依基本法第 1 條第 1 項所保障之人性尊嚴不可侵犯（Zur Unantastbarkeit der Menschenwürde），係屬於個人生活所絕對保護的核心領域。為犯罪偵查之目的所為之監聽（基本法第 13 條第 3 項）亦不得侵犯此一領域。故在此即毋庸考慮依比例原則衡量居住自由不可侵犯（基本法第 13 條第 1 項連結第 1 條第 1 項）與犯罪偵查間之利益。

3. 並非每一種對住宅所為之監聽皆侵害基本法第 13 條第 1 項所保障之人性尊嚴內涵。

4. 立法授權對住宅為監聽須確保人性尊嚴不被侵犯，以及符合基本法第 13 條第 3 項之構成要件暨憲法中其餘的價值預設（Vorgaben）。

5. 授權對住宅為監聽，若涉及因監聽所得個人生活絕對保護核心領域之資訊，即應終止監聽，並將其紀錄銷毀；任何對於此種資訊之利用皆不得為之。

6. 刑事訴訟法中因犯罪偵查目的所為監聽之規定，與憲法關於人性尊嚴保障（基本法第 1 條第 1 項），法治國家原則所包含之比例原則，有

效之權利保障（基本法第 19 條第 4 項），以及法定聽審權等原則（基本法第 103 條第 1 項），並未完全相符。

案 由

2004 年 3 月 3 日聯邦憲法法院第一庭，基於 2003 年 7 月 1 日所為之言詞審理，而為以下之判決。

1BvR 2378 / 98,1084 / 99

在此一憲法訴願程序中，包括下列之憲法訴願人，第一案 a) 2001 年 5 月 5 日死亡之 N 博士，由其繼承人 N 女士承受憲法訴願，憲法訴願代理人：律師 Dieter Selb 博士，Leibnizstraße 2,68165 Mannheim—, b) S 先生，憲法訴願代理人：律師（Carl Eduard Bloem 博士，Hebelstraße 13 I, 68161 Mannheim—兩者皆係不服 1998 年 3 月 26 日修正之基本法第 13 條第 3 項至第 6 項（載於聯邦法律公報第 1 卷第 610 頁），以及 1998 年 5 月 4 日公布之加強打擊組織犯罪法（Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität）第二章第 2 條 a 項及第 5 項所修正之法律（聯邦法律公報第 1 卷第 845 頁；BGBl I S. 845）—案號 1BvR 2378/98—第二案. a) H 博士, b) L 女士, c) B 先生, d) H 女士, e) H 先生, b 至 e 之憲法訴願代理人：律師 Burkhard Hirsch 博士，Rheinallee

120, 40545 Düsseldorf—其不服 a) 直接不服 1998 年 5 月 4 日公布之加強打擊組織犯罪法 (聯邦法律公報第 1 卷第 845 頁; BGBl I S. 845), b) 間接不服 1998 年 3 月 26 日修正之基本法第 13 條 (載於聯邦法律公報第 1 卷第 610 頁) — (案號) 1 BvR 1084/99—

裁判主文

1. 第一審之憲法訴願人 a 所為之憲法訴願因其死亡而終止。

2. 因 1998 年 5 月 4 日公布之加強打擊組織犯罪法而修正之刑事訴訟法下列規定與基本法不符。

— 第 100c 條第 1 項第 3 款、第 100d 條第 3 項、第 100d 條第 5 項第 2 句及第 1 句等規定，與基本法第 13 條第 1 項、第 2 條第 1 項及第 1 條第 1 項規定不符。

— 第 101 條第 1 項第 1 句及第 2 句，與基本法第 19 條第 4 項規定不符。

— 第 101 條第 1 項第 3 句，與基本法第 103 條第 1 項規定不符，以及

— 第 100d 條第 4 項第 3 句連結第 100b 條第 6 項，與基本法第 19 條第 4 項規定不符。

3. 第一案 b 及第二案憲法訴願人所提之其餘憲法訴願駁回。

4. 德意志聯邦共和國應負擔憲法訴願人三分之二的必要費用。

裁判理由

A. 本案爭點

不服基本法第 13 條第 3 項至第 6 項及刑事訴訟法關於因犯罪偵查目的而為住宅監聽之規定，而直接提起憲法訴願是合法的。

I. 系爭規定

1. 因犯罪偵查目的而為住宅監聽之規定，長年來引發公眾對於所謂「大監聽」(Großer Lauschangriff) 行為的熱烈討論。此一問題之背景係基於犯罪之新型態，尤其是針對組織犯罪，自九十年代即持續有為求破案而對住宅為監聽之需求。針對此一問題的法律提案最初並未通過。1992 年 7 月 15 日公布 (載於聯邦法律公報第 1 卷第 1302 頁)，包括對抗組織犯罪措施在內的法律，雖然已在刑事訴訟法中授權對住宅外的交談進行監聽。但關於授權一個秘密進行犯罪偵察之公務員在現場監聽住宅內談話的法律案，因為其憲法上之疑慮而未獲通過。

即使在此次刑事訴訟法修正後，對於實施住宅監聽的公眾討論依舊持續進行。沒有疑問的是，此種犯罪偵查行為的法律基礎須以修改基本法為前提。有爭議的是此種犯罪偵查行為在法律上之許可性及犯罪學上之必要性。

2. 1997 年 10 月由基督教民主聯

盟/基督教社會聯盟（CDU/CSU），社會民主黨（SPD）及自由民主黨（FDP）在聯邦眾議院的國會黨團，聯合提出以下之法律案，包括修改基本法及授權在刑事訴訟法增列相關規定。基本法第 13 條之修正，經聯邦眾議院及聯邦參議院以三分之二的多數決通過，並於 1998 年 3 月 26 日公布（聯邦法律公報第 1 卷第 610 頁；BGBI I S.610）基本法第 13 條增訂第 3 項至第 6 項之規定。原有的第 3 項規定改列為第 7 項。

a) 基本法第 13 條第 3 項係授權因犯罪偵查目的而對住宅為監聽之規定。被監聽之客體僅能為犯罪嫌疑人所推定其停留之住宅。除此之外的要件為涉嫌觸犯法律所定之特別嚴重之犯罪，以及偵查犯罪事實以其他方式為之，顯有重大困難或顯無結果者。憲法尚要求此種措施應有期限之規定。下命監聽應由三名法官所組成之合議庭為之。只有在緊急狀況下，方得由獨任法官為之。

基本法第 13 條第 3 項之規定如下：「以據事實有犯法律列舉之特定重罪嫌疑者，而不能或難以其他方法查明事實者，為訴追犯罪，得依據法院之命令，以科技設備對該犯罪嫌疑人停留之住宅進行監聽。前開監聽措施應定有期限。前述法院之命令應由三名法官組成合議庭（Spruchkörper）裁定之。遇有急迫情形（bei

Gefahr im Verzuge），亦得由獨任法官裁定之。」

基本法第 13 條第 4 項規定涉及對住宅為監視所採取之科技手段，應以維護公共安全之急迫危害為目的。此種監視措施之授權不以監聽為限。基本法第 13 條第 5 項規定使用科技手段以保護在住宅內執行監聽工作之人，以及如何運用監聽所得之資訊。基本法第 13 條第 6 項則規定聯邦政府有義務每年向聯邦眾議院，提交在聯邦管轄範圍內因犯罪偵查目的而為住宅監視及警察法上預防性住宅監視之報告。一個由聯邦眾議院所選出之委員會將以此報告為基礎，行使國會之監督權。各邦應保障同樣程度之國會監督權。

b) 以修正後之基本法第 13 條第 3 項為基礎，1998 年 5 月 4 日公布之加強打擊組織犯罪法（載於聯邦法律公報第 1 卷第 845 頁），其中核心的規定是透過該法之第二章，修正刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款規定。即針對犯罪嫌疑人在住宅內所為之非公開談話，當其涉嫌違反該款所列舉之犯罪構成要件時，得進行監聽及錄存。這些犯罪類型特別是包括典型的組織犯罪。此外尚有若干涉及國家安全之犯罪。監視措施只有在偵查犯罪事實或調查犯罪者之住居所，以其他方式為之顯有重大困難或顯無結果者，始得為之。此種措施依刑事訴

訟法第 100c 條第 2 項第 1 句規定，僅得犯罪嫌疑人本身為之。刑事訴訟法第 100c 條第 2 項第 5 句則明確規定，第三人有同樣程度之犯罪嫌疑，而犯罪嫌疑人停留第三人之住宅時，亦得予以監聽之。依加強打擊組織犯罪法所修正刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款、第 2 項及第 3 項之規定如下：

第 1 項 在相對人不知情的狀況下...
 第 3 款 任何人有構成下列之犯罪嫌疑之特定事實者，為調查上述犯罪行為之事實或犯罪嫌疑人之所在，以其他方式為之顯有重大困難或顯無結果者，得對犯罪嫌疑人在住宅內非公開之談話予以監聽及錄存。

a) 偽造貨幣 (Geldfälschung)、偽造有價證 (Wertpapierfälschung) (刑法第 146 條、第 151 條、第 152 條) 或偽造貨幣支付工具及歐洲支票本 (Fälschung von Zahlungskarten und Vordrucken für Eurocheck) (刑法第 152a 條)，依刑法第 181 條 (Menschhandel) 第 1 項第 1 款及第 2 款規定之重大販賣人口行為，謀殺 (Totschlag)，或種族屠殺罪 (刑法第 211 條、第 212 條、第 220 條)，侵害個人自由罪 (刑法第 224 條、第 234a 條、第 239a 條、第 239b 條)，結夥竊盜罪 (Bandendiebstahl) (刑法第

244 條第 1 項第 2 款) 或加重結夥竊盜罪 (刑法第 244a 條)，加重強盜罪 (刑法第 250 條第 1 項或第 2 項)，強盜致人於死罪 (刑法第 251 條) 或強盜恐嚇罪 (räuberische Erpressung) (刑法第 255 條)，在刑法第 253 條第 4 項第 2 句所列舉要件下之恐嚇罪 (Erpressung) (刑法第 253 條)、常業贓物罪 (gewerbmäßige Hehlerei)、集團贓物罪 (Bandenhehlerei) (刑法第 260 條) 或常業集團贓物罪 (刑法第 260a 條)，依刑法第 261 條第 1 項至第 4 項規定藏匿不法財產所得之洗錢罪 (Geldwäsche)，收受賄賂罪 (Bestechlichkeit) (刑法第 332 條) 或賄賂罪 (Bestechung) (刑法第 334 條)。

b) 依武器法 (Waffengesetz) 第 52a 條第 1 項至第 3 項，第 53 條第 1 項第 1 句第 1 款、第 2 款，第 2 句之規定對外貿易法 (Außenwirtschaftsgesetz) 第 34 條第 1 項至第 6 項之規定，或依戰爭武器控制法第 19 條第 1 項至第 3 項，第 20 條第 1 項或第 2 項，各自連結第 21 條或第 22a 條第 1 項至第 3 項規定之犯罪行為。

c) 依麻醉品法 (Betäubungsmittelgesetz) 第 29 條第 3 項第 2 句第 1 款要件所為之犯罪行為，或依麻醉品法第 29a 條、第 30 條第 1 項第 1、2、4 款，第 30a 條或第 30b 條所為之犯罪行為，

d) 危害和平罪 (Friedensverrat)、內亂罪 (Hochverrat) 及危害民主法治國家之犯罪行為，或叛國罪 (Landesverrat) 及外患罪 (Gefährdung der äußeren Sicherheit) (刑法第 80 條至第 82 條、第 85 條、第 87 條、第 88 條、第 94 條至第 96 條，並連結第 97b 條之規定，第 97a 條、第 98 條至第 100a 條)

e) 刑法第 129 條第 4 項連結第 1 項，第 129a 條所為之犯罪行為或

f) 依外國人法第 92a 條第 2 項或第 92b 條，或依政治難民程序法第 84 條第 3 項或第 94a 條所為之犯罪行為。

第 2 項 依第 1 項所為之措施僅得針對犯罪嫌疑人為之。對第三人採取第 1 項第 1 款第 a 目規定之措施，僅得於為調查犯罪事實或犯罪嫌疑人之所在，以其他方式為之難有成功之望或顯有重大困難時，始得為之。對第三人採取第 1 項第 1 款第 b 目及第 2 款規定之措施，僅得於第三人與犯罪嫌疑人有所聯絡或嘗試予以聯絡，且為調查犯罪事實或犯罪嫌疑人之所在，以其他方式為之顯無結果或顯有重大困難時，始得為之。對第三人之住宅採取第 1 項第 3 款規定之措施，僅

得於犯罪嫌疑人在第三人之住宅停留，且僅針對犯罪嫌疑人之住宅採取監聽措施無法調查犯罪事實或犯罪嫌疑人之所在，即以其他方式為之顯有重大困難或顯無結果時，始得為之。

第 3 項 上述措施無法避免涉及第三人時，亦得為之。

近年來刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款規定，在授權方式並無本質上改變的情形下，已進行了數次的修正。依據 2002 年 6 月 26 日公布之國際刑法施行法第三章第 2 條（載於聯邦法律公報第 1 卷第 2254 頁），刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款第 a 目有關「謀殺、殺人或種族屠殺（刑法第 211 條、第 212 條、第 220a 條條）」之規定，由「謀殺、殺人（刑法第 211 條、第 212 條）或種族屠殺（國際刑法第 6 條）」所取代。依據 2002 年 8 月 22 日公布之第 34 次刑法修正法第三章第 1 條（載於聯邦法律公報第 1 卷第 3390 頁），刑法增訂第 129b 條，刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 1 句第 3 款第 e 目，因此在「第 129a 條」之後，增訂「各自連結第 129b 條第 1 項」之規定。依據 2002 年 10 月 11 日公布之新修訂之武器法第六章第 1 條（載於聯邦法律公報第 1 卷第 3970 頁），刑事訴訟法第 100c 條第

1 項第 3 款第 b 目有關「依武器法第 52a 條第 1 項至第 3 項，第 53 條第 1 項第 1 句第 1 款、第 2 款、第 2 句規定之犯罪行為」，由「依武器法第 51 條、第 52 條第 1 項第 1 款、第 2 款第 c 目及第 d 目、第 5 項、第 6 項規定之犯罪行為」所取代。因應 2001 年 5 月 28 日歐洲聯盟理事會對抗詐欺及偽造非現金支付工具所為之決議，於 2003 年 12 月 22 日公布之第 35 次刑法修正法（載於聯邦法律公報第 1 卷第 2838 頁），刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款第 a 目，原先規定之「支付工具」（Zahlungskarten）乙詞，增訂「具擔保功能」（mit Garantiefunktion）乙詞，以及「刑法第 150a 條」由「刑法第 152b 條」所取代。就此而言，自刑事訴訟法第 100c 條生效後，若干在第 1 項第 3 款所列舉之刑法規範已有所修正。特別是為因應 2002 年 6 月 13 日歐洲聯盟理事會對抗恐怖主義之決議，而於 2003 年 12 月 22 日公布之相關法律（載於聯邦法律公報第 1 卷第 2836 頁），依其第六章第 1 條所為之刑法第 129a 條之修正。

依刑事訴訟法第 100d 條第 2 項之規定，對住宅為監視行為，僅得由地方法院的國家保護專庭（Staatschutzkammer）下命為之。為避免急迫之危險，亦得由庭長下命為之。依刑事訴訟法第 100d 條第 4 項第 1

句規定，此種措施最長以 4 週為限。有期限的延長須符合特定要件。關於銷毀所錄存之資訊，刑事訴訟法第 100d 條第 4 項第 3 句準用第 100b 條關於電話監聽之規定。犯罪嫌疑人因監聽而被錄存的談話資訊與其拒絕證言權人（Zeugnisverweigerungsberechtigten）之間的關聯，刑事訴訟法第 100d 條第 3 項區隔了依刑事訴訟法第 53 條所規定之，因職業身分而拒絕證言者（Berufsgeheimnisträgern），以及依刑事訴訟法第 52 條及第 53a 條所規定之有權拒絕證言之人及職業協助者（Berufshelfen）。對於因職業身分而應拒絕證言者之談話適用證據排除法則（Beweiserhebungsverbot）。反之，對於有權拒絕證言之人及職業協助者則僅規定適用證據使用禁止法則（Beweisverwertungsverbot），對於此種證據並非完全不予使用，而是須依比例原則衡量之。刑事訴訟法第 100d 條第 5 項第 2 句規定此時應依個案情形使用之。依刑事訴訟法第 100d 條第 6 項規定，上述情形得於監聽措施終止後提起法律救濟。

刑事訴訟法第 100d 條新修正之規定如下：

第 2 項 依第 100c 條第 1 項第 3 款所為之措施，僅得由依法院組織法第 74a 條規定所稱，轄區範圍有設置檢察署之地方法院刑事庭下命為之。為

避免急迫之危險亦得由刑事庭庭長下命為之。其下命行為在三日內未得刑事庭確認者，該下命行為失效。第 100b 條第 2 項第 1 句至第 3 句規定準用之。

第 3 項 依第 100c 條第 1 項第 3 款所為之措施，於第 53 條第 1 項所列舉之情形不適用之。因上述措施所獲得之所有資訊將可能導致適用證據排除法則時，亦同。依第 100c 條第 1 項第 3 款所為之措施，對於第 52 條及第 53a 條所列舉之情形，其所得之資訊在考量對當事人信賴關係，與調查犯罪事實或犯罪嫌疑人之所在之間的利益衡量，並非顯失比例時，始得予以利用之。有權拒絕證言者涉嫌參與犯罪或為庇護、藏匿犯人，或贓物行為時，第 1 句規定不適用之；此外，此種情形亦應考量比例原則。監視行為所得資訊之可否利用，則由第 2 項第 1 句規定所稱之法院於準備程序中決定之。

第 4 項 依第 100c 條第 1 項第 3 款規定所為之下命行為，最長以 4 週為限。為該措施之前提要件依舊存在時，得予以

延長之，每次以 4 週為限。第 100b 條第 4 項至第 6 項規定準用之。

第 5 項 依第 100c 條第 1 項第 2 款規定以科技方式所取得之個人資訊（personenbezogene Informationen），在其他的刑事訴訟程序中，僅得於為調查第 100a 條所稱之犯罪行為事實所必要時，始得作為證據使用。依第 100c 條第 1 項第 3 款規定之措施所取得之個人資訊，在其他的刑事訴訟程序中，僅得於為調查第 100c 條第 1 項第 3 款所稱之犯罪行為事實所必要時，始得作為證據使用。

第 6 項 依第 100c 條第 1 項第 3 款所為之措施終止後，犯罪嫌疑人，第 100c 條第 2 項第 5 句情形下的住宅所有人，得聲請審查下命監視行為，以及執行手段及方式之合法性。在提起公訴之前由第 2 項第 1 句之法院裁判之。提起公訴後，由案件繫屬之法院裁判之。其得於終局裁判中表明下命監視行為之合法性。

刑事訴訟法第 100e 條第 1 項規定檢察署有義務向各該管轄之最高司法行政機關，報告依第 100c 條第 1

項第 3 款所為之措施。報告中應包括監視措施之成果，以及通知關係人或不通通知之理由。此外，刑事訴訟法第 100e 條第 2 項規定，將基本法第 13 條第 6 項規定聯邦政府應對聯邦眾議院之報告義務，予以具體化。刑事訴訟法第 100e 條之規定如下：

第 1 項 檢察署依第 100c 條第 1 項第 3 款規定所為措施結束後，至遲三個月內，應向該管最高司法行政機關報告該措施之動機、範圍、期間、結果及費用，以及對關係人之告知，或至今未予以告知的理由，以及何時得以告知。刑事偵查程序終結後，該報告應為相應之補充。上述措施結束後，在四年內未告知關係人時，檢察署應逐年更新報告內容。

第 2 項 聯邦政府應以各邦政府之報告為基礎，每年向聯邦眾議院提出第 100c 條第 1 項第 3 款所為措施之報告。

刑事訴訟法第 100f 條涉及所取得資訊之利用。依刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款規定為監視行為所取得之個人資訊，基本上僅得為刑事訴訟之目的使用之。其範圍包括：下命監視措施所涉及之刑事訴訟程序，或刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款所列舉犯罪行為之刑事訴訟

程序（刑事訴訟法第 100d 條第 5 項第 2 句）。第 1 項規定則在有限度的範圍內允許警察法上預防性目的之使用。刑事訴訟法第 100f 條之規定如下：

第 1 項 依第 100c 條第 1 項第 3 款規定為監視行為所取得之個人資訊僅得為刑事訴訟之目的（第 100d 條第 5 項第 2 句），以及在個案中防止個人生命、身體或自由，或重大之財務或財產價值之現存危害時，始得予以使用之。

第 2 項 依警察法上相當於第 100c 條第 1 項第 3 款所為措施而取得之個人資訊，僅得於調查第 100c 條第 1 項第 3 款所稱之犯罪行為事實所必要時，始得作為證據使用。

最後，依據加強打擊組織犯罪法關於告知當事人之規定，部分已予以修正。然而在刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款之情形，所為之通知於措施終止後超過六個月始為之時。應得法官之同意，在提起公訴前由下命監視措施之法院為之，提起公訴後則由案件繫屬法院為之。監視措施之相關文件資料先不歸入一般檔案，而是由檢察署以一個特別方式或以人工作業之方式保存之。其何時歸入一般檔案繫於何時告知當事人。刑事訴訟法第 101 條第 1 項及第 4 項之現行規定

如下：

- 第 1 項 依第 81e 條、第 99 條、第 100a 條、第 100b 條、第 100c 條第 1 項第 1 款第 b 目，第 2 款及第 3 款、第 100d 條、第 100g 條及第 100h 條規定所為之措施，於不危及犯罪偵查目的，公共安全，個人身體或生命，以及未公開之刑事偵查，公務員繼續工作之可能性時，應告知當事人。依第 100c 條第 1 項第 3 款所為措施，未於措施終止後六個月內告知關係人時，延長告知期間須得法官之同意。於提起公訴前由第 100d 條第 2 項第 1 句所稱之法院為之，提起公訴後則由繫屬法院為之。
- 第 4 項 第 100c 條第 1 項第 1 款第 b 目，第 2 及 3 款規定所為措施之決定及相關文件資料，由檢察署保管之。於第 1 項之要件存在時，即歸入一般檔案。

II. 憲法訴願之標的及理由

1. 第一案之憲法訴願人依其聲請，係直接不服 1998 年 3 月 26 日公布之基本法第 13 條第 3 項至第 6 項規定。除此之外，其所提之憲法訴願尚不服刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款規定授權對住宅為電子監聽行

為，以及刑事訴訟法第 101 條第 1 項及第 4 項對告知關係人規定之修正。憲法訴願人認為上述規定已立即並直接（gegenwärtig und unmittelbar）侵害其依基本法第 1 條第 1 項、第 3 項、第 2 條第 1 項、第 13 條第 1 項連結第 19 條第 2 項及第 79 條第 3 項，以及第 19 條第 4 項所保障之基本權利。

a) 憲法訴願人認為其無法知悉是否已進行依刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款規定所為之措施。依據上述規定，其既無法於事前，亦無法於措施進行中得悉。即使在措施終止後，可能會經年累月地不被告知。在此一狀況下應允許直接對上述法律提起憲法訴願。

b) 憲法訴願人認為基本法之修正不符基本法第 79 條第 3 項連結第 19 條第 2 項規定之要求。此次基本法之修正並非維護憲法—不同於聯邦憲法法院於 1970 年 12 月 15 日對基本法第 10 條修正之合憲確認判決（聯邦憲法法院裁判集第 30 卷第 1 頁）—，而僅是為了更有效的偵查犯罪行為。雖然有效的偵查犯罪行為亦為重要之法益。但即使是針對嚴重之犯罪行為，亦不得過度限制人民之基本權利。這不符比例原則之要求。反對此種措施適當性者已表示，對於組織犯罪監聽措施並無成效。至今缺乏任何關於住宅監聽必要性之證明。此

一手段施行後之初步經驗亦令人懷疑其必要性。聯邦政府每年所提關於監聽措施之報告，顯示多數之監聽措施對刑事訴訟程序並不具重要性。相當數量之被監聽者係無犯罪嫌疑者。如此微小的利益不足以作為基本法第 13 條第 3 項至第 6 項強烈限制基本權利之正當化事由。應被指責的尚有依基本法第 13 條第 3 項所稱之輕微的犯罪嫌疑（一般之犯罪嫌疑），以及特別重大之犯罪行為欠缺概念之明確性等，皆已構成直接對基本權利之侵害。因此基本權利即得由立法者依喜好建構及擴張犯罪行為，而予以處置之。

此次基本法之修正尤其是涉及對私人生活領域不可侵犯部分（*unantastbares Bereich privater Lebensgestaltung*），其為公權力行為所絕對不應侵害。就此而言，一方面涉及基本權利之核心保障，另一方面則涉及人格的核心。係不可侵犯之人性尊嚴之一部分。此次基本法修正侵犯了此一核心領域。當一個人在其住宅不再感到安全，無論係在私人及隱密的範圍內，甚至自言自語都不能免於被監聽時，住宅自由之不可侵犯之基本權利即已失其附麗。而電話及信件自由亦可一併放棄，因為其撤退到自己住宅之可能性亦不存在。聯邦普通法院（*Bundesgerichtshof*）亦認為（參見聯邦普通法院裁判集第 31 卷第

296 頁；BGHSt 31;296）監聽及利用住宅談話係侵犯個人生活之核心本質及核心領域。綜上所述，基本法第 13 條第 3 項至第 6 項係違憲之憲法規範（*verfassungswidriges Verfassungsrecht*）。

再者，有關告知當事人之規定亦違反基本法第 19 條第 4 項之保障。此一告知得在措施終止後六個月內在無法官許可下為之，經法官許可尚可繼續延長此一期限。就相對人而言，對其私密空間的無故侵害，無法即時防衛此種侵害，這是憲法上所無法接受的。而進一步利用臥底偵查者之可能性，亦不得免除有效地權利保護，因為基本法第 19 條第 4 項第 3 句只有在基本法第 10 條第 2 項之情形下，才有例外之規定。

2001 年 8 月 29 日憲法訴願人以信件通知，第一案之 a 憲法訴願人已死亡。其作為唯一繼承人之遺孀認為憲法訴願程序應繼續進行。

2. 第二案之憲法訴願人所提起的憲法訴願，係直接不服加強打擊組織犯罪法，間接不服基本法第 13 條之修正。其指責上述法規侵害其依基本法第 1 條第 1 項及第 3 項、第 2 條第 1 項、第 13 條第 1 項連結第 19 條第 2 項及第 79 條第 3 項、第 19 條第 4 項及第 103 條第 1 項所保障之基本權利。並主張刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款、第 2 項第 4 句及第 5

句，第 100d 條第 2 項至第 5 項、第 100e 條、第 100f 條及第 101 條第 1 項及第 4 項規定違憲。

a) 憲法訴願人主張透過上述之法律規定，已直接影響其基本權利。刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款規定，讓犯罪偵查機關得以在沒有參與犯罪行為之嫌疑下，直接且秘密之方式侵害憲法訴願人在憲法上所保障之權利。甚且依刑事訴訟法第 101 條尚可長期不告知當事人，法律亦排除撤銷此一個別措施之可能性。憲法訴願人是否得知監聽措施，並提起法律救濟，完全繫於行政機關之考量，非憲法訴願人所能影響。依據聯邦政府向聯邦眾議院所提之年度報告顯示，有百分之六十九的案件並未告知當事人，即多數情形下，當事人並不知情。故用盡法律救濟途徑即無可能性，因為憲法訴願人並無具體情況足以提起預防性之不作為之訴（*vorbeugende Unterlassungsklage*）。因其個人關係及職業之故，自無法排除任何其成為監聽對象或已成為監聽對象之可能性。當憲法訴願人欲維護其基本權利時，事實上僅以一般犯罪嫌疑即可對其為此種犯罪偵查措施，實為違憲之舉。

b) 憲法訴願人提起憲法訴願之主要理由如下：

系爭規定之合憲性，不僅是涉及其是否符合 1998 年 3 月 26 日修正之

基本法第 13 條。主要還涉及此次憲法修正是否符合人性尊嚴不可侵犯之憲法原則。聯邦憲法法院一再指出公權力行為，不得涉及私人生活中不可侵犯之領域。而住宅在此即享有特別的意義。

聯邦憲法法院固然亦允許對個人領域之重大侵害。在所謂的日記本裁判中（*Tagebuch-Entscheidung*），即不尋常地廣泛限制不可侵犯之個人領域，但至少亦要求有效地基本權利保護措施。立法者必須在考量規範明確性的要求下，自己為必要之衡量。除此之外，在憲法上有必要的是在事後告知私人領域受侵害者，並單獨由法院在一個對審程序（*kontradiktorisches Verfahren*）予以確保。國家權力對個人領域越接近的侵害，立法者維護基本權利的義務便越大。國家為取得資訊，而對當事人在自家住宅基於信賴關係所為談話的秘密監聽，是對其基本權利最嚴重的侵害。對私人生活核心領域的保障，應要求法秩序合理地區分監聽容許性，而非如何使用其所獲得之資訊。

上述規定並未遵守這些基本原則。基本法第 13 條第 3 項不僅是允許對重大人格權，亦包括對人性尊嚴之侵犯。此一規定就其字義而言，已脫離監聽措施的立法本旨，因為其並不限於組織犯罪之行為。此外，尚應指摘的是，基本法第 13 條第 3 項的

規範，使得只要有一般的犯罪嫌疑，即可展開如此不成比例之犯罪偵查措施，相形之下，刑事訴訟程序中，縱令有重大犯罪嫌疑，亦無如此密度的犯罪偵查措施。此一規定允許對其本身行為並無動機造成負擔者之基本權利予以侵害。基本法第 13 條第 3 項在字義上，並未明示監聽是否只有在犯罪嫌疑人事實上在住宅內停留，或是否僅以其曾經停留，即可予以監聽。即使刑事訴訟法第 100c 條第 2 項第 5 句亦未予以明確規定，亦在聯邦政府所提之監聽實施年度報告中明示之。不只是多數監聽對象是無犯罪嫌疑者。不容忽視的尚有以上述法規所為監聽數量不多，而在嗣後的刑事訴訟程序中作為重要依據者，更是微不足道。由此種實務運作之經驗而言，實難謂對住宅為監聽措施係不可放棄之刑事偵查手段，因為其在實務上顯然無法突顯此種意義。

以基本法第 13 條第 3 項及第 6 項為授權基礎而制定之刑事訴訟法相關規定亦屬違憲，因為依憲法訴願人之主張，此次基本法之修正違反基本法第 79 條第 3 項之規定。而刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款規定所列之犯罪行為種類，亦遠超過特別重大犯罪行為之範圍。雖然犯罪行為皆具有重要之意義，但法治國家之基本原則絕不足以正當化對所有犯罪行為之刑事偵查手段，皆採取如此嚴重侵

害基本權利之方式。

此外，上述規定尚因此違反基本法第 13 條第 3 項，因為其逾越了字面上對基本權利侵害之範圍，包括允許對犯罪嫌疑人停留之處所亦得為之。在立法程序終結前始增訂之禁止利用規定，並未提供無犯罪嫌疑者對其基本權利嚴重侵害的足夠保障。刑事訴訟法第 100d 條第 3 項所規定的比例原則除卻了立法者的責任，且違反明確性原則。尤其監聽配偶間之交談，其中未涉及犯罪嫌疑者，自無任何衡量刑事偵查之利益存在，因為這已絕對影響人格權之核心領域。

此外上述規定尚違反基本法第 19 條第 4 項權利保護有效性之要求，以及基本法第 103 條第 1 項規定之法定聽審權。刑事訴訟法第 100d 條第 6 項雖然規定對監聽行為合法性的事後審查。但該法允許可以長期不告知當事人監聽行為，使得當事人形同無權利保護之狀態。法院在六個月告知期限屆滿後允許繼續延長告知期限時，刑事訴訟法第 101 條第 1 項並未允許再次之權利救濟。僅有在四年後檢察署有報告之義務，但法律並未規定告知期限的上限。在聯邦政府的年度報告中亦足以證明，在實務上多數情形是未告知當事人的。基本法第 13 條第 6 項連結刑事訴訟法第 100e 條第 2 項規定聯邦政府應向聯邦眾議院提交年度報告，無法代替監聽措施

之合法性審查。聯邦政府的年度報告並未精確地呈現此一事實。聯邦眾議院主管之委員會並未有效地行使其監督權限，因為其基於保密之需要，亦無法告知那些仍然蒙在鼓裡的當事人。刑事訴訟法第 101 條第 1 項第 3 句規定法院在裁判中援引之監聽內容範圍，被告對此亦無從得知，違反了基本法第 103 條第 1 項規定。法院在其判決形成過程中，若不受監聽內容之影響，乃不食人間煙火（lebensfremd）的說法。

基於聯邦憲法法院於 1999 年 7 月 14 日關於聯邦情報機關擴大權限之判決（聯邦憲法法院裁判集第 100 卷第 313 頁），憲法訴願人另於 1999 年 7 月 17 日補充書狀陳明，立法者對於監聽所得資訊，應於刑事訴訟法第 100d 條第 5 項第 2 句及第 100f 條第 1 項規定標示義務，惟立法者並未如此規範。即便是依刑事訴訟法第 100d 條第 4 項第 3 句連結第 100b 條第 6 項關於資訊銷毀之規定，亦不符憲法上之要求，因為被銷毀之物正是當事人為證明對其監聽措施違法性所必要者。

III. 有關機關之意見

關於本件憲法訴願案尚有以下之書面意見提出：聯邦司法部以聯邦政府名義，巴伐利亞邦政府，聯邦個人資料保護監察使（Bundesauftragte für Datenschutz），柏林（Berlin）、布

蘭登堡（Brandenburg）、不來梅（Bremen）、漢堡（Hamburg）、黑森（Hessen）、梅克倫堡—弗波曼（Mecklenburg-Vorpommern）、下薩克森（Niedersachsen）、北來因—西發利亞（Nordrhein-Westfalen）、史列什維格—霍斯坦（Schleswig-Holstein）、薩克森—安哈特（Sachsen-Anhalt）等各邦之個人資料保護監察使，聯邦律師公會（Bundesrechtsanwaltskammer），德國法官協會（Deutscher Richterbund）及專業人員工會聯合會聯邦司法委員會（Die Bundesfachgruppe Justiz der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft）。

1. 聯邦司法部主張憲法訴願無理由。

a) 基本法修正合憲性的唯一審查標準是基本法第 79 條第 3 項，基於其例外規定之性格，故應從嚴解釋。基本法第 13 條第 3 項之修正並未侵害私人生活中，絕對保護之核心領域。私人生活中不可侵犯之核心領域與國家可干預的範圍間之界限，是抽象且難以界定的。其最後僅能訴諸於高位階憲法法益（Verfassungsgütern）間之衡平方能予以釐清。對住宅不可侵犯基本權利之限制，須與同樣是高位階憲法法益，即有效地偵查犯罪及打擊犯罪間予以衡平考量。修憲者對於住宅不可侵犯基本權利之意義，已透過一個嚴格限制的干預前提

要件予以保障。

此種干預限於特別重大之犯罪行為。針對組織犯罪而言，在此涉及的不是法律技術的用語問題，而僅涉及犯罪現象的描述性概念。基本法第 79 條第 3 項並未禁止對重大犯罪嫌疑行為採取一定措施。重大犯罪嫌疑已構成下命羈押之事由。就犯罪偵查而言，無法令其一如提起公訴般，須具有足夠之犯罪嫌疑始可進行。透過犯罪嫌疑人須推定其停留在住宅內及嚴格的補充性原則 (Subsidiarität) 等必要條件，已使得可能之對象範圍大幅限縮。基本法第 13 條第 3 項不應單獨脫離其文意而為解釋。決定是否對於住宅以科技方式為監聽措施，必須考量當事人的基本權利。立法者已透過對無犯罪嫌疑者住宅為監聽措施，設定嚴格之要件，並以證據排除及證據使用禁止法則予以保障其基本權利。法官在審查每個下令監聽措施時，亦應以比例原則為之。

b) 憲法訴願所指摘加強打擊組織犯罪法之相關規定，亦不違反基本法。刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款亦與基本法第 13 條第 3 項之精神相符。其所指之犯罪皆涉及特別重大之犯罪行為。其所列舉之犯罪行為類型並未構成違憲。當然刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款應為以下合乎憲法之法律解釋，即犯罪嫌疑行為係可能僅構成輕罪 (Vergehen) 時，

亦毋庸考慮對其住宅採取監聽措施。刑事訴訟法第 100c 條第 2 項第 5 句規定亦符合基本法第 13 條第 3 項對無犯罪嫌疑者基本權利侵害界限之要求。

依刑事訴訟法第 101 條第 1 項規定對告知當事人義務之限制，符合基本法第 13 條第 1 項之規定。此一規定明文告知當事人之期限只是遲延，但並非從此不告知。超過六個月期限未告知當事人尚取決於法官之許可。此外，聯邦憲法法院裁判亦承認國家任務有其保密之必要性。就拒絕保障之證言權而言，立法者已為合理之區隔。依刑事訴訟法第 52 條規定之拒絕證言權並非絕對保護之信賴關係，而是應考量證人的強制狀態。因此立法者對此類人士僅在衡平考慮後採取證據使用禁止法則並非不合理。這些規定亦符合明確性之要求。立法者更進一步的明確規範其前提要件是不可能的，因為監聽措施所涉及之情形甚為廣泛，實難以在概念上予以界定。應提供法官足夠之空間，以因應實務上各種可能狀況之操作。

2. 巴伐利亞邦政府主張憲法訴願部分不合法，以及其餘部分無理由。

a) 第一案憲法訴願人提起之憲法訴願不合法，因為其係直接不服基本法之修正，而基本法第 13 條第 3 項尚須由立法者立法予以實踐，故未直

接影響憲法訴願人之權利。憲法訴願合法性要件在第二案憲法訴願人所提之憲法訴願亦有疑慮。基本法第 13 條第 6 項，刑事訴訟法第 100e 條規範聯邦政府及檢察署的報告義務，欠缺對憲法訴願人個人權利之影響。第二案憲法訴願人所提之憲法訴願尚有下列原因而不合法，及憲法訴願人在 1999 年 7 月 17 日第一次所提之書狀中，表明在刑事訴訟法第 100d 條第 4 項第 3 句及第 5 項第 2 句、第 100f 條之憲法訴願標的中，應考量個人資料保護法之相關規定。此一主張已屬遲延提出。

b) 基本法第 13 條之修正並不違反基本法第 79 條第 3 項。此一恆久條款 (Ewigkeitsklausel) 並非阻止憲法變遷。而僅是阻止憲法被掏空 (Aushöhlung der Verfassung)。授權對住宅為電子設施之監聽行為並不觸及不可侵犯之人性尊嚴。所有在住宅內的談話皆屬不可侵犯之私人領域的見解是站不住腳的。只有在具體的個案中，基於具體化憲法規範之法律規範，方得以在為保護公眾福祉而打擊犯罪與一般人格權間予以衡平考量，並因此取得妥協。當修憲者為了維護更優越的利益，追訴特別重大之犯罪行為，而在特殊情形下限制住宅內私人領域之權利，其並未因此涉及基本法第 13 條第 1 項之核心保障，而是予以重新界定。

本案所涉及之刑事訴訟法相關規定亦無違憲之處。對於特別重大犯罪所為之界定，立法者享有判斷餘地 (Beurteilungsspielraum)。基本法第 13 條第 3 項並未排除對犯罪嫌疑人停留處所為監聽措施。監聽措施毫無例外地應只針對犯罪嫌疑人。對第三人權利之侵害應保留為最後手段 (ultima ratio)。監聽所得資訊銷毀之規定亦提供了額外之保護措施，除此尚有證據排除及證據使用禁止等亦為額外之保護措施。憲法訴願人所指稱那種無所不在的監聽景象並不存在。依目前的經驗觀之，只有在極端例外之情形才會使用刑事訴訟法第 100c 第 1 項第 3 款之措施。

刑事訴訟法第 101 條修正後之新規定亦符合憲法之意旨。立法者對於遲延告知當事人，平衡所涉及之此一告知義務上由刑事訴訟法第 100e 條所定報告義務所補充。憲法訴願人就聯邦眾議院對前述報告不適合行使個案之監督權之指摘不正確，因為刑事訴訟法第 100e 條第 2 項之立法目的係為了政治上的監督，並非嗣後為了透過國會為之的合法性審查。針對刑事訴訟法第 101 條第 1 項第 3 句管轄權限規定所為之指摘亦同樣不正確。其並未違反基本法第 103 條第 1 項之規定，因為因監聽住宅所得之資訊需予以保密，故不在法院審酌之列。最後，刑事訴訟法第 100d 條第 5 項第

2 句及第 100f 條亦詳盡規範了監聽所得資訊再度利用之可能性及範圍。

3. 聯邦個人資料保護監察使告知本院，其同意基本法第 13 條之修正。其所提之主要意見在修正過程中被採納。尤其是對於偵查特別重大犯罪行為之限制。目前所規範之保護措施其認為已足夠。告知當事人之義務規定亦符合憲法上之要求。延長告知期限須得法官許可已足以防止恣意地規避告知義務。聯邦政府的報告義務亦提供了額外的保障，及包括未履行告知義務之人數及理由。

4. 對本件憲法訴願案發表意見的各邦個人資料保護監察使，則提出系爭規範的合憲性疑慮。住宅監聽措施限制人格權的實現及具有人性尊嚴生活不可或缺的可能性，亦即在住宅內免於任何人的窺視。依聯邦政府的年度報告顯示住宅監聽措施之功效觀之，實無須採取住宅監聽措施。刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款所列舉之犯罪行為類型亦與基本法第 13 條第 3 項規定不符，因為違反憲法上之要求，並未限於特別重大之犯罪行為。刑事訴訟法第 100d 條第 3 項關於證據排除及證據使用禁止，在拒絕證言權者方面之規定，未考慮配偶間之談話，其屬於私人生活領域不可侵犯之核心。刑事訴訟法第 101 條第 1 項需要以下合憲之法律解釋 (verfassungskonforme Auslegung)，即第

三人係以無可避免所涉及之人為限。關於因監聽所得其他資訊利用之規定不符個人資料保護法上之標準，因為因刑事訴訟法第 100d 條第 5 項第 2 句、第 100f 條之規定，其可提供為證據使用，但未限於監聽措施所針對之犯罪行為。

5. 聯邦律師公會認為基本法之修正不違反基本法第 79 條第 3 項之規定。但憲法訴願對於刑事訴訟法未能確保被監聽者於適當時機被告知之指摘則有理由。任何未予以告知當事人之行為皆會造成刑事訴訟法第 101 條可慮之後果，即告知義務因此受到廣泛的限制。刑事訴訟法第 101 條因此違反基本法第 19 條第 4 項之規定。除此之外，依刑事訴訟法第 100d 條第 3 項第 4 句規定，當犯罪嫌疑人之辯護人 (Strafverteidiger) 涉嫌庇護、藏匿人犯或贓物行為時，可對其採取監聽措施，此一規定應受指摘。蓋其違反辯護人與犯罪嫌疑人間不受監視而為言詞交談的法律保證。只有在辯護人亦涉嫌為或參與刑事訴訟法上述規定所列之犯罪行為時，方得予以限制。

6. 依據德國法官協會之意見，系爭規範無合憲性之疑慮。立法者透過刑事訴訟法第 100d 條第 2 項規定之法官保留 (Richtervorbehalt)，已規範了足夠的程序保障。而其列舉之犯罪行為類型，以其犯罪之嚴重程度

而言，亦無可指摘之處。

7. 專業人員公會聯合會聯邦司法委員會指出其質疑採取「大監聽」措施之必要性，並在其立法過程中強調每年下命住宅監聽的微小數量難以證實其為不可或缺之打擊犯罪之手段。姑且不論系爭規範之其他疑慮，就法官保留之規範而言，對於監聽措施所生之侵害程度論之，實別具意義。法律規定在此以實現憲法上要求之額外保障。美國法上的例子亦符合承審法官面對當事人及公眾之個人責任原則。此係以國家保護專庭有義務就監聽過程及其結果監督為前提。此法庭需具有隨時終止監聽措施及銷毀因此所得禁止利用之資訊權利。最後，提高延長監聽措施裁決之審查密度及理由構成是必要的。

下列人士在言詞審理時，亦曾表示意見：憲法訴願人、聯邦政府、檢察總長、聯邦個人資訊保護監察使、柏林及薩克森-安哈特邦個人資料保護監察使、專業人員公會聯合會聯邦司法委員及鑑定人 Kerner 教授，Pfeiffer 教授，Kinzig 講師（Privatdozent），Thiel 主任檢察官，以及 Schaberg 邦地方法院庭長。

B. 本件憲法訴願案之提起多數是合法的。

I. 憲法訴願人 a 已因其死亡，而當然終止訴願

第一案憲法訴願之憲法訴願人 a

已因其死亡，而當然終止憲法訴願（參見聯邦憲法法院裁判集第 6 卷第 389 頁（第 442 頁以下）；第 12 卷第 311 頁（第 315 頁以下））。由其妻子繼續憲法訴願程序為不合法。憲法訴願程序基本上不考慮權利繼受之問題，因為此種程序類型通常是為了維護其最高之權利。只有在權利繼受者為其本身利益時，方例外許可之（參見聯邦憲法法院裁判集第 6 卷第 389 頁（第 442 頁以下）；第 17 卷第 86 頁（第 90 頁以下）；第 23 卷第 288 頁（第 300 頁以下）；第 37 卷第 201 頁（第 206 頁以下）；第 69 卷第 188 頁（第 201 頁以下））。而本案已死亡之訴願人，其妻子並不具備此種情形。憲法訴願係僅為了維護死亡者最高之個人權利。

在此種情形下，只能表示憲法訴願程序已隨著憲法訴願人之死亡而終止。

II. 憲法訴願不合法之部分

第二案憲法訴願之憲法訴願人不符刑事訴訟法第 100d 條第 4 項第 3 句及第 5 項第 2 句、第 100f 條第 1 項規定之部分，未在聯邦憲法法院法第 93 條第 3 項規定之一年期間內提起，故不合法。

系爭法規中，關於在偵查程序外使用監聽所得之資訊，以及銷毀不再需要的資訊等規範，係依加強打擊組織犯罪法第二章所訂定。該法依其第

七章規定於 1998 年 5 月 9 日生效。第二案憲法訴願之憲法訴願人直到 1999 年 7 月 17 日才以書狀表明將利用及銷毀監聽所得資訊之規定，列為憲法訴願之標的。

上述不服之事項不僅涉及逾越憲法訴願期限所生之事實上及法律上問題，亦涉及在期限屆至後，不得擴張程序標的之問題。依聯邦憲法法院法第 92 條之規定，憲法訴願應明確其所不服之高權行為 (Hoheitsakt) (參見聯邦憲法法院裁判集第 8 卷第 141 頁 (第 142 頁以下))。就法規範而言，通常以整部法律作為憲法訴願標的是不夠明確的。表明憲法訴願不服的法規範個別規定是必要的。在此指涉的個人資料保護法之規範，在憲法訴願原始的書狀中並未提及。

III. 其餘憲法訴願合法

其餘憲法訴願之提起係合法的。特別是第一案憲法訴願人 b 及第二案憲法訴願人並未欠缺憲法訴願權能。此種憲法訴願權能賦予個人可直接對一個法律提起憲法訴願，其要件為憲法訴願人透過系爭法規導致其本身之基本權利受到立即且直接的影響 (參見聯邦憲法法院裁判集第 1 卷第 97 頁 (第 101 頁以下)；第 100 卷第 313 頁 (第 354 頁))。此一要件在本案所不服之刑事訴訟法相關條文中已具備。

1. 就第一案憲法訴願人 b 而除

刑事訴訟法之相關規定外，1998 年 3 月 26 日公布修正之基本法，對其並無直接之影響。基本法第 13 條第 3 項之修正並非憲法直接對基本權利之侵害，而是需要法律的實施。立法者就此對於基本權利之限制，係透過加強打擊組織犯罪法第二章為之。

特別是刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款，在刑事程序對住宅監聽規定之效力，是繫於基本法無疑慮之修正。針對基本法第 13 條修正所提出之異議，在此種情形下並不認為是獨立的憲法訴願標的，惟其並非不合法，而是亦視為對修憲合憲性之嗣後審查，蓋其對於系爭法規之合憲性具有意義 (參見聯邦憲法法院裁判集第 30 卷第 1 頁 (第 17 頁)) 此種嗣後審查屬於聯邦憲法法院在本案中的任務。

2. 第一案憲法訴願人 b 及第二案憲法訴願人在不服刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款授權對住宅監聽及其相關規定之範圍內，其所提之憲法訴願具備合法性之要件。

a) 第一案憲法訴願人 b 及第二案憲法訴願人有權直接針對侵害其權益之法規提起憲法訴願。

基本上一個權利造成直接侵害之要件是在抽象的法律規定與憲法訴願人的權利領域間，已產生法律適用的行為。一個法律已對其產生影響的憲法訴願人，因此必須主張其透過系爭

之法規範本身，而非透過法規範的適用，即已對其權利造成侵害（參見聯邦憲法法院裁判集第 16 卷第 147 頁（第 158 頁以下）；第 68 卷第 287 頁（第 300 頁））。若法律之執行確有必要性，或在實務上特別以執行者對法律執行之意志為前提時，憲法訴願人此時基本上即必須待法律已對其適用，並因此用盡法律救濟途徑，方得提出憲法訴願（參見聯邦憲法法院裁判集第 1 卷第 97 頁（第 102 頁以下））。

當憲法訴願人未進行法律救濟，係因為其無法律救濟途徑可言（參見聯邦憲法法院裁判集第 67 卷第 157 頁（第 170 頁））或其不知法律救濟途徑（參見聯邦憲法法院裁判集第 100 卷第 313 頁（第 354 頁））時，則可以例外地對須執行之法律直接提起憲法訴願。在這些情形，其有權直接針對法律提起憲法訴願，如同法律無須適用即可直接對人民基本權利造成侵害之情形一樣（參見聯邦憲法法院裁判集第 30 卷第 1 頁（第 16 頁以下）；第 67 卷第 157 頁（第 169 頁以下）；第 100 卷第 313 頁（第 354 頁））。

監聽住宅內非公開之談話，當事人無從於事前亦無從於監聽行為進行中得知，故無法向普通法院提起法律救濟。刑事訴訟法第 101 條第 1 項於嗣後告知當事人監聽措施之規定，不

影響提起憲法訴願合法性要件。可直接針對法律提起憲法訴願者，不僅是包括法律規定對當事人可在其不知情的狀況對其適用之，尚及於縱使是嗣後得已知悉，但基於諸多例外情形亦可長期不被告知。而在此種狀況下，自無法提供當事人足夠的法律救濟保障（參見梅克倫堡—弗波曼邦憲法法院 MVVerfG, LKV 2000, S.345 (346)）。刑事訴訟法第 101 條即包括此種例外情形，於不危及犯罪偵查目的個人之身體或生命、公共安全、以及未公開之刑事偵查公務員繼續工作之可能性時，始得告知當事人。特別是最後兩個要件將可能使得當事人在無法預見的期間內不被告知。

b) 第一案憲法訴願人 b 及第二案憲法訴願人本身已立即受到系爭法規之影響。

當憲法訴願人陳述透過系爭法規所為之措施有影響其基本權利之若干可能性時，基本上即滿足了對憲法訴願人本身已立即構成影響之可能（參見聯邦憲法法院裁判集第 67 卷第 157 頁第 169 頁以下；第 100 卷第 313 頁（第 354 頁））。憲法訴願人對法規影響之陳述情形，將左右對於可能性高低之判斷（參見聯邦憲法法院裁判集第 100 卷第 313 頁（第 354 頁））。是否此一法規事實上僅針對相當特定之對象（參見聯邦憲法法院第一庭第一分庭，DVBl 2001, S.

1057) , 或是其涉及對象甚廣, 但第三人亦可能偶而被適用等問題在判斷上, 皆具有意義。憲法訴願人無須以透過陳述其犯罪行為之方式, 證明其系爭法規影響之可能性。

在上述意義下, 憲法訴願人已提供足夠的陳述, 證明其受系爭法規個人與立即之影響, 因為由其所為之談話, 刑事訴訟法第 100c 條第 3 款為措施之對象, 即使其並非下命為監聽措施之對象, 亦可透過住宅監聽措施侵害其人格權。

住宅監聽之客體實際上有可能針對任何人, 自然亦包括憲法訴願人在內。住宅監聽措施不只是針對犯罪嫌疑人本身之住宅。依刑事訴訟法第 100c 條第 2 項第 5 句規定, 尚包括犯罪嫌疑人所推定其停留之所有第三人住宅在內。故就住宅所有人而言, 其可能本身亦有犯罪嫌疑, 但亦可能只是與犯罪嫌疑人有所接觸, 而並無參與被偵查之犯罪行為。最後, 此種監聽措施被指摘之處尚有無任何犯罪嫌疑之第三人在犯罪嫌疑人之住宅, 或其他被下命為監聽措施之住宅內停留時, 其亦成為被監聽之對象。依刑事訴訟法第 100c 條第 3 項所為之措施對於無可避免涉及之第三人, 亦予以適用之。

C. 本件憲法訴願在其合法提起之範圍內, 部分有理由

本件憲法訴願在其合法提起之範

圍內, 部分有理由。雖然基本法第 13 條第 3 項之修正符合基本法第 79 條之要求。惟刑事訴訟法之系爭規定並未完全符合基本法之規定。

I.

基本法第 13 條第 3 項之修正合憲。

1. 基本法第 13 條第 3 項允許對於基本法第 13 條第 1 項所保障住宅不受侵犯之基本權利予以限制。此一基本權利保障個人一個重要的生活領域, 並保障其不被打擾 (in Ruhe lassen) 之權利 (參見聯邦憲法法院裁判集第 32 卷第 54 頁 (第 75 頁); 第 42 卷第 212 頁 (第 219 頁); 第 51 卷第 97 頁 (第 110 頁))。基本法第 13 條第 1 項在防衛權之功能, 特別是為了保障一定空間的私人領域 (參見聯邦憲法法院裁判集第 7 卷第 230 頁 (第 238 頁); 第 65 卷第 1 頁 (第 42 頁))。此一規範基本上禁止公權力之擁有者在違反住宅所有人的意志下進入住宅, 並予以停留 (參見聯邦憲法法院裁判集第 76 卷第 83 頁 (第 89 頁以下)), 亦包括禁止在住宅內裝設監聽器材或予以使用之 (參見聯邦憲法法院裁判集第 65 卷第 1 頁 (第 140 頁))。

制定基本法時, 基本法第 13 條之基本權利著重於對住宅所有人, 保護其免於不受歡迎的國家權力代表干擾其住宅。自此之後各種危及此一基

本權利之可能性持續增加。今日的科技水準已允許對一定空間領域以其他方式進入之。在住宅外以科技方式對住宅進行監視，若不在第 1 項之保障範圍時，則此一基本權利規範的保護目的即遭到破壞。基本法第 13 條第 3 項就此而言，係對於基本法第 13 條第 1 項保障之基本權利的結構性限制。

2. 基本法第 13 條第 3 項在形式上是合法修正的。

基本法第 13 條第 3 項係於 1998 年 3 月 26 日修正公布，修正時已明白表示係於基本法中增訂條文（參見基本法第 79 條第 1 項）。此次基本法修正係依基本法第 79 條第 2 項規定，由聯邦眾議院及聯邦參議院以三分之二多數決通過之。

3. 修憲者對實體法上之界限，及基本法修正之限制亦予以尊重。

a) 基本法第 79 條第 3 項規定禁止修憲觸及基本法第 1 條及第 20 條所宣示的基本原則。其包括保障及尊重人性尊嚴的要求（基本法第 1 條第 1 項），表明（Bekanntnis）不可侵犯及不可讓渡的人權係作為每個人類社會、和平及正義之基礎（基本法第 1 條第 2 項）。透過基本法第 1 條第 3 項之連結，使得以下條文所保障之基本權利，其透過立法者所為之限制，不得違反基本法第 1 條第 1 項及第 2 項所欲維護的前揭秩序（參見聯

邦憲法法院裁判集第 84 卷第 90 頁（第 121 頁））。同樣重要的是基本法第 20 條第 1 項及第 3 項所明示之法治國及社會國原則的重要內容，亦應予以尊重。

基本法第 79 條第 3 項是一個予以嚴格解釋的例外規定，其不應阻止修憲者，基於合理之事由在實證法中對這些原則予以修正（參見聯邦憲法法院裁判集第 84 卷第 90 頁（第 120 頁以下）；第 94 卷第 49 頁（第 102 頁以下））。聯邦憲法法院對修憲者將個別基本權利予以修正，限制或甚至予以揚棄，只要其不觸及基本法第 1 條及第 20 條所宣示之基本原則時，皆予以尊重之。然而立法者不得基於合理之事由於實證法中對這些原則予以修正（參見聯邦憲法法院裁判集第 94 卷第 49 頁（第 103 頁以下））。個別基本權利於何種範圍屬於基本法第 1 條第 1 項的保障內容，須透過各該基本權利各自予以解釋確定之。

修憲無須考量基本法第 19 條第 2 項對基本權利之核心內涵保障（Wesensgehaltsgarantie）。此一保障係拘束立法者，而非修憲者。碰觸基本法第 19 條第 2 項意義以下的基本權利核心內涵，雖然在個別情形可能構成對基本法第 79 條第 3 項所保障基本權利人性尊嚴內涵之侵害。惟基本權利核心內涵並不因此等同於基本

權利人性尊嚴之內涵。在個案中可能的衝突並無法改變透過修憲對基本權利為限制之標準，僅有對於第 79 條第 3 項所保障之基本權利人性尊嚴內涵。

b) 基本法第 13 條第 3 項符合基本法第 1 條第 1 項之人性尊嚴保障。

人性尊嚴在特別情況下導致衝突情形時，其衡量標準應進一步予以具體化。因犯罪偵查目的而對住宅為監聽並非當然侵害基本法第 13 條第 1 項及第 2 條第 1 項連結第 1 條第 1 項規定之人性尊嚴內涵。當然對住宅監聽之方式及手段將可能導致對人性尊嚴之侵害。基本法第 13 條第 3 項明確規定法律上的權利保障機制，此外透過憲法解釋亦可進一步明確其規範內容。依基本法第 13 條第 3 項之憲法授權對住宅之監聽措施，因此並未違反基本法第 79 條第 3 項，因為其要求必要之法律規範，無須確保在個案中人性尊嚴不會受到侵害。基本法第 13 條第 3 項之授權僅要求制定包含保障措施在內之法規範。

aa) 人性尊嚴是基本的憲法原則及最高的憲法價值 (Verfassungswert) (參見聯邦憲法法院裁判集第 6 卷第 32 頁 (第 36 頁)；第 45 卷第 187 頁 (第 227 頁)；第 77 卷第 105 頁 (第 115 頁))。其所涉及之概念評價需要對其保障內涵予以具體化。在司法裁判中依據個案事實及法規所

規範之各該生活領域，並據此形成案例類型及規範準則 (參見巴伐利亞邦憲法法院關於巴伐利亞邦憲法第 100 條之解釋, BayVBl 1982, S. 47 (50))。就此而言，人性尊嚴之概念經常是在權利侵害過程中被提及之 (參見聯邦憲法法院裁判集第 1 卷第 97 頁 (第 104 頁)；第 27 卷第 1 頁 (第 6 頁)；第 30 卷第 1 頁 (第 25 頁)；第 72 卷第 105 頁 (第 115 頁以下))。基於納粹時代的經驗，很多裁判中最初呈現的是以虐待 (Misshandlung) 迫害 (Verfolgung) 及歧視 (Diskriminierung) 為考量之核心。特別是聯邦憲法法院在其第一件裁判中所提及者，人性尊嚴係為了免於「侮辱、烙印、迫害、放逐等行為」 (參見聯邦憲法法院裁判集第 1 卷第 97 頁 (第 104 頁))。之後人性尊嚴保障即針對其新的威脅形態，特別是在 1980 年代個人資訊蒐集及使用的濫用 (參見聯邦憲法法院裁判集第 65 卷第 1 頁)。在處理德意志民主共和國不法所為之有關案件時，憲法裁判則著眼於個人資訊製作及移轉對人性基本原則之侵害 (參見聯邦憲法法院裁判集第 93 卷第 213 頁 (第 243 頁))。現今的問題則特別是針對保護個人身分及社會心理整合度與人性尊嚴內涵間之爭論。

(1) 聯邦憲法法院一再強調，當人成為國家權力之客體時，即違反人

性尊嚴（參見聯邦憲法法院裁判集第 30 卷第 1 頁（第 25 頁以下及第 39 頁以下）；第 96 卷第 375 頁（第 399 頁））。故一個刑事罪犯不得在侵害其憲法所保障社會價值及尊嚴要求下被對待，亦不得成為犯罪打擊及刑罰執行的單純客體（參見聯邦憲法法院裁判集第 45 卷第 187 頁（第 228 頁）；第 72 卷第 105 頁（第 116 頁））。

當然客觀描述的能力有其限制（參見聯邦憲法法院裁判集第 30 卷第 1 頁（第 25 頁））。人經常不僅在彼此的關係及社會發展中，成為單純的客體，而包括在其須服從之法律關係中亦復如此。並非是當任何人成為犯罪偵查措施之對象，其人性尊嚴即受到侵害，而是當偵查措施已使得當事人的主體性基本上產生問題時方屬之，當公權力行為忽視人性尊嚴之價值時，對任何人皆可任意為之時，正是如此之情形。此種措施自不得因為刑事司法效率及事實調查之利益為之。

國家秘密採取之行動尚未因此侵害人性尊嚴絕對保護之要求。任何人成為監聽之客體，並不因此導致其作為人的價值受到忽視。但監聽行為應維護私人生活不可侵犯之核心領域（關於其保障參見聯邦憲法法院裁判集第 6 卷第 32 頁（第 41 頁）；第 27 卷第 1 頁（第 6 頁）；第 32 卷第

373 頁（第 378 頁以下）；第 34 卷第 238 頁（第 245 頁）；第 80 卷第 367 頁（第 373 頁））。國家一旦侵入此一核心領域，即侵害了每個人為發展最具私人性質（höchst persönlich）而不可侵犯之自由。即使是具備重大之公眾利益，亦無法使侵害私人生活絕對保護之核心領域予以正當化（參見聯邦憲法法院裁判集第 34 卷第 238 頁（第 245 頁））。

(2) 人性尊嚴的保障在基本法第 13 條第 1 項之基本權利中亦予以具體化。住宅之不可侵犯性具有與人性尊嚴的緊密關聯，同時亦涉及憲法上要求對人民唯一的個人——一個「最具私人性質」——發展領域予以絕對尊重。個人有權在其住宅內確保不受打擾（參見聯邦憲法法院裁判集第 75 卷第 318 頁（第 328 頁）；另外亦參見聯邦憲法法院裁判集第 51 卷第 97 頁（第 110 頁））。

人格發展在私人生活的核心領域包括內在的歷經的可能性，諸如以最具私人性質的方式表達感觸、感受，思考，現實及經歷，且在無需恐懼國家機關之監聽。同樣受到保障的尚包括情感的表達，不經意的陳述及性的表現形式。這些人格發展的可能性係以個人得以擁有一個適當的自由空間為前提。有信賴關係的溝通亦需要一個領域空間，在那兒法秩序應特別保障此一最具私人性質的生活領

域，而人民應足以信賴此一保障。私人住宅通常不對他人開放。個人享有此一空間，其可隨心所欲，並依其本身的標準自由發展。私人住宅係作為維護人性尊嚴「最後堡壘」之手段。其雖不要求對私人住宅內的絕對保護，但要求絕對保護在住宅內足以構成私人生活個人發展在核心領域中的各種所為。

(3) 此種保護不得透過與犯罪偵查利益間，以比例原則為衡量，而予以相對化（參見聯邦憲法法院裁判集第 34 卷第 238 頁（第 245 頁）；另參見聯邦憲法法院裁判集第 75 卷第 369 頁（第 380 頁）；第 93 卷第 266 頁（第 293 頁））。雖然特別重大之犯罪行為不斷更新手法及相類似之犯罪嫌疑，使得刑事司法之效率作為公眾利益有時顯得較維護犯罪嫌疑人之人性尊嚴更為重要。然而此種評價，國家應透過基本法第 1 條第 1 項、第 79 條第 3 項規定予以防衛之。

bb) 因犯罪偵查目的而為住宅監聽措施，如未尊重私人生活之核心領域時，即侵犯了人性尊嚴。

一個事實狀態是否屬於不可侵犯的核心領域繫於其是否是最具私人性質特色之內容，其亦涉及與他人領域或社會利益對其內容類型及程度的態度（參見聯邦憲法法院裁判集第 80 卷第 367 頁（第 374 頁））。其須依個案之特別狀態而定（參見聯邦憲法

法院裁判集第 34 卷第 238 頁（第 248 頁）；第 80 卷第 367 頁（第 374 頁））。關鍵是此種狀態是否係基於具體或典型的事實而無相反的現實，在個案中涉及私人生活不可侵犯之核心領域，諸如監聽內心深處之情感表達或性的表現形式。

cc) 依基本法第 13 條第 3 項授權法律對住宅為監聽之規定，並未違反基本法第 79 條第 3 項連結第 1 條第 1 項之規定，因為其僅是提供包括設計監聽措施及權利保護機制之法律基礎。其憲法授權之界限除基本法第 13 條第 3 項之規定，另一方面亦須由相關憲法規範之憲法體系解釋界定之。比例原則在此之意義乃係防止侵害人性尊嚴絕對保護之疑慮。即比例原則係作為限制監聽措施對人性尊嚴造成侵害。對住宅為監聽措施之授權限制界限，當然包括因實施此種措施而排除其對基本法第 13 條第 3 項人性尊嚴內涵之侵害。

(1) 基本法第 13 條第 3 項在實體及形式上，皆符合對基本權利為限制之要件。

依基本法第 13 條第 3 項第 1 句規定所為之監聽，僅能為了偵查法律所明定特別重大之犯罪行為，而當被監聽者因特定事實而有犯罪嫌疑時，始得為之（參見聯邦眾議院公報第 13 卷第 8650 期，第 4 頁以下；BT Drucks 13/8650, S.4ff.）。修憲者在此

尤其是針對典型之幫派，特別是所謂組織犯罪中之罪犯而為。此種犯罪行為通常無法對其提起公訴，判決及執行刑罰。修憲者在修憲資料表明其修憲目的在於能進入組織犯罪之核心，並弄清楚內部之結構，同時間接達成預防其再度犯罪之可能性。

基本法第 13 條第 3 項規定因此要求調查事實以其他方式為之顯有重大困難或顯無結果者，始得為之。憲法條文已清楚表明，監聽措施係對於住居自由基本權利特別重大之侵害，故係作為犯罪偵查之最後手段。此外對住宅為監聽僅得於犯罪嫌疑人可能在場時，始得為之。修憲者為維護憲法中所定之要件，在程序上增列監聽措施應得法官之下命許可。並規定此一下命行為基本上須由三名法官組成之合議庭為之，並設定期限。

(2) 基本法第 13 條第 3 項並未明確地表明為犯罪偵查目的而對住宅為監聽，對於私人生活不可侵犯核心領域保護之所有界限何在。其餘的界限應來自於—如同所有基本權利之規範—其他的憲法規範。修憲者無須於基本權利規範修正時，亦同時將所有憲法中之相關規範一併予以修正。依基本法第 79 條第 3 項之審查基準，基本法第 13 條第 3 項係連結其餘的憲法規範一併為之。

(a) 透過修憲而增訂之基本權利限制因此須考量其他基本權利規範之

體系解釋，特別是基本法第 1 條第 1 項，以及運用比例原則之解釋（參見聯邦憲法法院裁判集第 30 卷第 1 頁（第 208 頁））。憲法解釋之界限在於透過修憲所創設之規范文義及明確之立法意旨，始得應予以解釋之規範內容重新界定，或是不至於偏離原先規範目的之核心重點（參見聯邦憲法法院裁判集第 11 卷第 77 頁（第 84 頁以下）；第 33 卷第 52 頁（第 69 頁）；第 54 卷第 277 頁（第 299 頁）；第 82 卷第 1 頁（第 11 頁以下））。

(b) 就此而言，基本法第 13 條第 3 項之修正未逾越其界限。蓋其僅授權法律在符合基本法第 1 條第 1 項足夠保障之要求限制內予以規範監聽行為。並應透過比例原則予以補充之。此種解釋並未違反修憲者之意志。

雖然在修憲過程對於住宅監聽的法律上要求曾引發熱烈的論辯，而嘗試修正基本法第 13 條第 3 項，最後通過版本的提議皆無結果。但並不表示修憲者之意志係排除透過其他憲法規範，而更進一步將修憲條文具體化。在聯邦眾議院法律委員會對基本法第 13 條修憲案所提之報告中明確指出，當具體個案涉及基本法第 1 條第 1 項規定所保障私人生活不可侵犯之核心領域時，住宅監聽措施即應終止。例如心靈慰撫的談話及親近家屬

間最具私人性質的談話。此外比例原則只有未涉及絕對保護核心領域時，方得適用。在此種情形之下尚有其他要件，即對於個案對象之監聽越密集，則限制之要件越嚴格（參見聯邦眾議院公報第 13 卷第 9660 期，第 4 頁，BTDrucks 13/9660, S. 4）。上述考量顯示修憲者特別是對於基本法第 13 條第 3 項就人性尊嚴所為之解釋，認知到有嚴格限制之必要性。因此即無需在基本法第 13 條第 3 項明確而詳盡地規範保障措施。

拒絕對基本法第 13 條第 3 項修正增訂更多限制的提案，特別是拒絕證言權之部分，並不意味著人性尊嚴保障在修憲範圍有所疑慮。同樣的看法在國會辯論的紀錄中並未出現。惟以除基本法第 13 條第 3 項以外的憲法規範為衡量標準，例如 Schily 議員即明確強調，是否發動對住宅予以監聽之決定，若尊重基本法第 1 條，將導致其無法為之（參見 Schily 議員在第 13 屆聯邦眾議院 1998 年 1 月 16 日第 214 次會議之發言，錄音紀錄第 191 卷，第 19549 頁）。除此之外，該議員尚表示基本法第 13 條第 3 項並未導致憲法上之其他保障即不予適用（參見 Schily 議員在第 13 屆聯邦眾議院，1997 年 10 月 9 日第 197 次會議之發言，錄音紀錄第 189 卷，第 17694 頁）。

(c) 據此基本法第 13 條第 3 項

規定應為以下之理解，即在授權制定法律，規範其透過住宅監聽所取得之資訊，若犯罪偵查所為侵害基本法第 13 條第 1 項連結基本法第 1 條第 1 項及第 2 條第 1 項規定保障私人生活中不可侵犯之領域時，即應予以排除之。

dd) 為確保尊重規範明確性原則，相應之法律規範是必要的，即對住宅為監聽之方式及手段不得侵害人性尊嚴。若有侵害人性尊嚴之根據時，監聽即應中止。此外，對住宅監聽若因此無預期地取得絕對保護之資訊時，監聽亦須予以中止，並應銷毀錄存之資訊，在犯罪偵查範圍內絕不得使用所取得之絕對保護之資訊。

(1) 為保護人性尊嚴，不僅是要求保障個人獨處之狀態，亦包括與他人互動之情形（參見聯邦憲法法院裁判集第 6 卷第 389 頁（第 433 頁）；第 35 卷第 202 頁（第 220 頁））。人類作為個人，在其人格的核心領域，其實踐亦須透過社會活動為之（參見聯邦憲法法院裁判集第 80 卷第 367 頁（第 374 頁））。一個事實狀態被歸類為私人生活不可侵犯之範圍，或—在未涉及之情況下—被歸類為社會領域，而得以在特別要件下由國家予以干預，其並非取決於其社會意義或社會關係之存在，毋寧是在具體個案中以何種方式或密度予以呈現（參見聯邦憲法法院裁判集第 80 卷

第 367 頁（第 374 頁））。

(2) 包括犯罪所為資訊在內之交談，並不屬於私人生活不可侵犯之核心領域內涵（參見聯邦憲法法院裁判集第 80 卷第 367 頁（第 375 頁））。但此並非意味著已進行中之犯罪行為嫌疑與犯罪嫌疑人交談間連結，即當然屬於社會領域。而交談之紀錄或表達方式，例如純屬內心印象或情感的表達，未包括具體犯罪所為之內容，此即非屬於令其顯露犯罪行為動機及活動之社會領域。在具體犯罪行為後之言論自屬社會領域之範疇。

(3) 對住宅內未公開談話之監聽時，若任何人獨自或僅與其具有特別信賴關係一諸如其家屬或其於最親近的人一者一起停留於住宅內，且無具體事由期待其談話內容直接涉及犯罪行為者，為避免侵害私人生活之核心領域，監聽即應中止。雖然並非個人與其最親近者在住宅內的所有談話，皆涉及私人生活的核心領域。但為有效保護人性尊嚴則應推定其皆為私人生活的核心領域。當可能涉及應絕對保護之談話時，監聽措施即不應為之。

(4) 如何定位談話內容所涉及之領域係有一定之標準。是最具私人性質亦或社會領域之談話，通常在取得資訊時即可明辨之。為保護私人生活之核心領域，在實施住宅監聽措施前，至少應有具體情況構成足以相信

所監聽之談話未涉及最私人性質者，監聽措施始得為之。對住宅內未公開之談話涉及侵害私人生活核心領域之可能性時，犯罪偵查措施即應中止。

犯罪偵查機關在實施監聽前，應就被監聽對象在住宅內可能涉及之活動範圍進行觀察。這在實務上是有可能的。

(a) 此種評估的第一個基礎可自來於被監聽住宅之空間狀況。

(α) 在營業及交易場所進行之談話，通常具有交易性質，因此屬於典型的社會領域（參見聯邦憲法法院裁判集第 34 卷第 238 頁（第 248 頁））。僅供營業或交易目的使用之場所，雖亦受基本法第 13 條第 1 項規定之保障，但其欠缺涉及人格核心之具體談話要素，故其基本權利不具有人性尊嚴之內涵。交易場所依其目的性可對一般大眾公開之（參見聯邦憲法法院裁判集第 32 卷第 54 頁（第 75 頁））。其通常缺乏私人住宅所應有的信賴感及舒適感。因此其與私人住宅相較，享有較少之保護亦屬合理。在此若有最具私人性質之談話，足資辨識時，其當然亦享有絕對保障。

與上述不同的是，既為工作場所，亦為住宅之情形。在此即無法推定，在工作場所所為之談話純屬交易性質。同樣地在工作場所若存在最具私人性質領域內，特別的信賴關係

時，亦應相同之考慮。

(β) 典型的或在個別情形係作為私人生活功能之場所者，即推定其所為之談話皆為不可侵犯之領域。在私人住宅內區別不同的空間通常是沒有必要的。即使是最具私人性質的行為及談話，亦不限於在私人住宅內之特定空間為之。個人視其住宅內的每個空間為一整體，每一處皆免於被窺視。將住宅內空間予以典型的分類，違反了私人住宅個人使用的多樣性。因此無法將特定私人核心領域限定在私人住宅內之特定空間。

(b) 因監聽措施而對人格核心領域的可能侵害，尚應予以考慮的是，誰在此一被監聽之住宅內停留。

對於談話內容對人性尊嚴之重要性而言，一個更為重要的因素是在場者最具私人性質之信賴。個人對其人格的建構始於與其他人的溝通。婚姻與家庭在溝通方面係最具私人性質之領域，亦具有特別的私密意義。故基於婚姻的信賴關係，特別容易可能期待不受話題限制的溝通，其過程不被外界所得知。與其他親近家屬間之談話，諸如兄弟姊妹及直系親屬，特別是在同財共居之其情形時，亦同。除基本法第 13 條第 1 項外，基本法第 6 條第 1 項及第 2 項規定在此亦納入考量。

對私人生活核心領域之保護，尚及於與其他具有特別信賴關係者之溝

通（參見聯邦憲法法院裁判集第 90 卷第 255 頁（第 260 頁））。其範圍只有部分為刑事訴訟法第 52 條及第 53 條規定之拒絕證言權者所涵蓋。因私人核心生活領域所導致的監聽禁止，與刑事訴訟法上之拒絕證言權並非同一概念。故刑事訴訟法第 52 條並非為了保護親屬與犯罪嫌疑人間之信賴關係。毋寧是考慮證人在陳述事實義務之強制狀態，擔心對親屬造成傷害。拒絕證言權因此以親屬關係為形式上的標準，而非特別的信賴關係，諸如與其特別親近的友人。

刑事訴訟法第 53 條之保障雖然在立法意旨上係基於證人與犯罪嫌疑人間的信賴關係。但並非刑事訴訟法第 53 條所有情形的保障，皆涉及犯罪嫌疑人或其談話對象之人性尊嚴。與神職人員間關於宗教心靈上的談話，當然涉及人性尊嚴。其屬於基本法第 4 條第 1 項及第 2 項憲法上宗教行為自由人性尊嚴內涵，對告解（Beichte）或告解性質談話之保障。與辯護人間之談話對維護人性尊嚴亦具有重要意義，其係為了保障犯罪嫌疑人在刑事訴訟程序中，避免淪為單純的客體。與醫生的談話在個別情形亦屬於私人生活不可侵犯之核心領域（參見聯邦憲法法院裁判集第 32 卷第 373 頁（第 379 頁））。反之，媒體從業者及國會議員的拒絕證言權則未直接涉及私人生活之核心領

域。其拒絕證言權利係為維護制度之功能運作，而非基於維護犯罪嫌疑人之人格保障。

(5) 即使基本上允許對私人住宅為監聽，亦應限於在可能涉及對刑事訴訟程序有重要意義之談話內容，有時透過適當之事前調查，可確保對住宅監聽不觸及私人生活所保障之核心領域，而僅限於對刑事訴訟法程序有重要性之談話。不得對私人生活絕對保護之核心領域進行監聽，藉以確認資訊之蒐集是否已涉及此一範圍。

因此不得進行一個固定時間及空間的「全面監視」（Rundumüberwachung），因為將很有可能監聽到最具私人性質的談話。一個長時間及因此幾乎毫無保留地紀錄當事人所有言行，因為構成其人格輪廓基礎的監視行為，已侵犯了人性尊嚴（關於此一風險參見聯邦憲法法院裁判集第 65 卷第 1 頁（第 42 頁以下））。

(6) 除有充分之外在表徵顯示可能為絕對保護之談話，而不得對其為住宅監聽所為者外，可對犯罪嫌疑人是否涉及刑事訴訟程序可予以使用之談話進行監聽。談話內容是否涉及人性尊嚴保障者，以初步之「觀察」，須無違憲之疑慮。惟應採取適當措施以盡最大之可能性地確保人性尊嚴不受侵犯（參見聯邦憲法法院裁判集第 80 卷第 367 頁（第 375 頁，第 381 頁））。為保障基本法第 1 條第 1 項

之人性尊嚴，故對私人住宅之監聽不得使用自動錄存設備，以便於可以隨時中止監聽措施。

在住宅監視的範圍內，一旦涉及私人生活不可侵犯之核心領域時，即必須中止監視。並銷毀因此錄存之資訊。且不得轉交及利用因此取得之資訊。基本法第 13 條第 3 項在解釋上須包括對於此等資訊之證據使用禁止（關於憲法上對此種法則之承認，參見聯邦憲法法院裁判集第 44 卷第 353 頁（第 383 頁以下）；亦參見聯邦憲法法院裁判集第 34 卷第 238 頁（第 245 頁以下））。

c) 基本法第 13 條第 3 項亦未侵害法治國家原則（Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit）。因此無須在此解釋基本法第 79 條第 3 項所確保不得為修憲標的之法治國家原則範圍何在。

基本法第 13 條第 3 項未限制使用比例原則，且讓其適用於對住宅為監聽措施，並將其內涵具體化。基本法第 13 條第 3 項亦未違反公平審判原則（*fares Verfahren*）。此一原則包括在刑事訴訟程序中陳述自由及決定自由之權利，其於刑事訴訟法第 136a 條、第 163a 條第 4 項第 2 句有所規範。其中包括在刑事訴訟程序中，任何人不得被強迫自證己罪或積極承擔罪證（參見聯邦憲法法院裁判集第 56 卷第 37 頁（第 49 頁））。

惟秘密對住宅監聽之談話則無上述原則之適用。

此種犯罪偵查措施的秘密性不違反公平審判原則所要求之禁止詐欺 (Täuschungsverbot)。秘密監聽雖然利用當事人在住宅內的無防備心理。惟犯罪嫌疑人之陳述仍係出於其自由意志。當然其係在不知國家權力之情形下為陳述。犯罪偵查措施之秘密性並非犯罪追述措施成功之必要條件，其亦不因此違反法治國家原則。

II.

於刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款，第 2 項及第 3 項對住宅監聽措施之法律授權，以及刑事訴訟法第 100d 條第 3 項所規範之證據排除原則及證據利用禁止原則，在列舉犯罪行為類型及尊重比例原則方面，並未完全符合基本法第 13 條第 1 項及第 3 項，第 2 條第 1 項連結基本法第 1 條第 1 項規定對私人生活不可侵犯領域保障之要求。其僅有部分合於基本法之規定。

1. 在刑事訴訟程序中對住宅監聽之授權，其合憲與否之審查基準特別係指基本法第 13 條第 1 項及第 3 項，以及基本法第 2 條第 1 項連結基本法第 1 條第 1 項之規定。另外可能涉及之規範尚有其他的基本權利，特別是基本法第 4 條第 1 項及第 2 項，以及基本法第 6 條第 1 項及第 2 項規定。

a) 在審查是否侵害住宅所有人之私人生活領域時，除基本法第 13 條第 1 項外，依基本法第 2 條第 1 項連結第 1 條第 1 項之規定所保障之一般人格權不在適用之列。

基本法第 13 條第 3 項規定包括特定空間私人生活在一般規範未保障時，針對國家監聽住宅行為之特別保障 (參見聯邦憲法法院裁判集第 100 卷第 313 頁 (第 358 頁) 關於基本法第 10 條部分)。基本法第 13 條因其廣泛保護範圍所設之特別保障不僅是針對國家監視措施本身，亦及於其必要之準備行為，以及取得之資訊及資料製作程序與嗣後之利用 (參見聯邦憲法法院裁判集第 100 卷第 313 頁 (第 359 頁))。

基本法第 13 條第 1 項規定所保障住宅不受干擾之權利，以及在自家住宅說話之權利，涉及一般人格權所保障之私人領域部分。此一權利係作為補充特殊自由權中未命名之自由權 (unbenanntes Freiheitsrecht)，其同時亦作為保障人格的重要基礎 (參見聯邦憲法法院裁判集第 54 卷第 148 頁 (第 153 頁以下))，特別是在後者無法受到保障時，具有補充之作用。

b) 反之，對於住宅為監視之當事人，若無法主張基本法第 13 條第 1 項之基本權利者，自構成侵害其依基本法第 2 條第 1 項連結基本法第 1

條第 1 項規定所保障之一般人格權。基本法第 13 條第 1 項基本權利之主體係住宅之所有人或居住者，而不考慮其使用住宅之法律關係為何。住宅內有多數居住者時，每個居住者皆享有此一基本權利，若屬家庭型態，每個家庭成員亦同。對住宅所為之監聽措施，不僅是對於住宅所有人，亦即於偶然在住宅內出現者。這些人雖非基本法第 13 條第 1 項之基本權利主體，但仍涉及其一般人格權。依基本法第 2 條第 1 項連結基本法第 1 條第 1 項規定對一般人格權之保障，在此處當然並無基本法第 13 條第 1 項及第 3 項之保障廣泛。

c) 對私人空間領域及一般人格權之保護僅能於個案中透過其他基本權利保障補充之。諸如在本身住宅內與配偶間之談話不僅受到基本法第 13 條第 1 項之保障，包括基本法第 6 條第 1 項之保障。與具有職業秘密保護義務者之間的溝通，除了受到私人空間領域基本權利之保護外，亦一例如基本法第 4 條對神職人員談話之保障—受到溝通對象特別保障範圍所及。

2. 系爭對住宅監聽及錄存取得資訊之法律授權，可能對基本法第 13 條第 1 項及基本法第 2 條第 1 項連結基本法第 1 條第 1 項之基本權利造成侵害。

a) 對住宅不可侵犯基本權利之

侵害，表明在對於住宅之物理性侵入，並在受保護之空間內裝置科技設備，以及對住宅內之談話過程予以監聽之（參見上述 C I 1）。其所得資訊之保存及利用，以及轉交其他機關均為侵害形式之延續。

此種侵害形式包括任何類型的住宅監聽或監看，其是否使用科技設備於住宅內或外，諸如使用遠距麥克風，在所不問（參見薩克森邦憲法法院裁判集第 4 卷第 303 頁以下（第 383 頁），LVerfGE 4, 303 (383)）。由住宅外所為之監聽措施在此僅及於住宅內所為之談話，在受保護空間外所自然取得之資訊則不在對話之列。雖然在住宅內所為之談話，亦可能無須透過科技設備即得予以聽取。惟此種談話不在基本法第 13 條基本權利之保護範圍，因為當事人在其私人住宅內並未採取足以防止讓他人得知其談話內容之措施。

b) 對住宅為監聽對於偶而出現在被監聽住宅，而無從主張基本法第 13 條第 1 項特別基本權利者則侵害了其一般人格權（參見上述 C II 1 b）。

3. 基於犯罪偵查目的而立法授權對住宅為監聽措施，僅有部分合憲。

a) 法律規範須足以確保監聽措施不得侵害私人生活絕對保護之核心領域以維護人性尊嚴。若監聽措施違

反此一禁止規定，或在不預期的情況下侵犯私人生活絕對保護之核心領域時，其必須停止進行，並有銷毀取得資訊之義務及使用之禁止措施，以排除其侵害之結果。上述要求在刑事訴訟法第 100d 條第 3 項規定中並無完整之規範措施。

aa) 立法者對於私人生活核心領域之憲法保障，在監聽及取得資訊禁止方面，並未以法律予以明確之具體化。

(1) 基本法第 13 條第 3 項僅授權制定不得觸及私人生活核心領域之住宅監聽保障（參見上述 C I 3 b cc）。因此法律規定須足以確保有事實足認涉及應受絕對保護之談話時，即不得對住宅內未公開之談話採取監聽及錄存措施。

私人生活不可侵犯核心領域之界限已如上述（參見上述 C I 3b dd）。一定空間領域的保護範圍繫於具體之使用狀況。越可能涉及最具私人性質之談話內容時，對住宅監聽措施的合法性要求越嚴格（亦可參見聯邦眾議院公報第 13 卷第 9660 期第 4 頁，BTDrucks 13/9660, S.4）。與最親近家屬，與最親近的可信賴者，以及個別有職業上秘密保護義務者間的談話，若予以監聽，即存在此種典型之可能性。故對於上述人員，只有在具體事實存在，其與犯罪嫌疑人間之談話內容無絕對保護之需要，特別是對

於有犯罪參與者之談話時，方得採取監聽措施。此種談話內容之具體嫌疑須於下命為監聽措施時即存在。

(2) 刑事訴訟法第 100d 條第 3 項僅包含部分憲法上對法律授權限制之要求。當有事實足認涉及私人生活不可侵犯之領域時，法律雖有一般性之規定，此時不得為監聽措施。惟刑事訴訟法第 100d 條第 3 項對此一憲法界限之具體化，未為完整之規範。

(a) 犯罪嫌疑人與依刑事訴訟法第 53 條規定有職業秘密保護義務者之間的談話，依憲法精神不得予以監聽者，刑事訴訟法第 100d 條第 3 項第 1 句係以廣泛之資訊取得禁止因應之。依刑事訴訟法第 53 條規定之所有職業秘密保護義務者，是否在憲法上皆不得對之為監聽，在此無須決定。惟無論如何不應阻止立法者對於憲法上特別保護義務之信賴關係，增訂證據調查之禁止。

(b) 反之，刑事訴訟法第 100d 條第 3 項規定未能確保對於犯罪嫌疑個別與其最親近之家屬或其他最親近的可信賴者，在住宅內停留而未涉及犯罪所為之談話，監聽措施無論如何應予以排除。

依刑事訴訟法第 52 條規定有拒絕證言權者，尤其是最親近的家屬，刑事訴訟法第 100d 條第 3 項第 3 句並無一般性的禁止監聽規定，而僅規定依比例原則衡量是否對其採取證據

使用禁止法則。與最親近的可信賴者之談話，若其非屬有權為拒絕證言者，刑事訴訟法第 100d 條第 3 項對之即無任何限制。

與最親近的可信賴者之談話，依刑事訴訟法第 100d 條第 3 項第 2 句規定亦無充分的禁止監聽措施保障。

如全部監聽措施所得之資訊皆在禁止使用之列時，監聽措施即不應進行。此種禁止使用不僅是依刑事訴訟法第 100d 條第 3 項第 3 句，基於拒絕證言權者之相關規定而來，亦直接來自特別具觸及其私人生活核心領域者之基本權利（參見 Nack, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Aufl., 2003, §100c Rn.24; Rudolphi/Wolter, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, §100d Rn. 38, Stand: April 2001）。當然此一規定既無法依立法者之意旨，既無法依其文義得出對於監聽措施可能涉及絕對保護談話者，應採取禁止監聽措施之解釋。其對於其他犯罪偵查所適用之原則亦應明確規範之，即一個監聽措施所得之資訊將導致無法使用之結果時，則已不適合作為一個為取得犯罪偵查所需要之資訊而採取之措施（參見聯邦眾議院法律委員會，聯邦眾議院公報第 13 卷第 9661 期第 7 頁，BTDruks 13/9661, S.7）。

只有當全部取得之資訊皆禁止使用時，法律方明確規定不得採取監聽

措施。然而對於犯罪嫌疑人單獨與其最親近之家屬，及可信賴者在住宅內之談話，實際上是絕對不應予以監聽。惟依據刑事訴訟法第 100d 條第 3 項第 2 句規定之嚴格解釋，將導致禁止監聽措施僅屬於極度例外之情形，因為人的談話內容通常是夾著大量不同種類的內容。當立法者僅於全部可得之資訊皆禁止使用時，方禁止為監聽措施，自不符憲法之要求。若欲符合憲法上之要求，此類明確用語（「全部取得之資訊」）所導致之嚴格解釋，即應予以排除之。

bb) 立法者在刑事訴訟法第 100d 條第 3 項規定對於監聽措施無預期地涉及私人生活不可侵犯之核心領域時，亦未採取足夠之預防措施，以停止監聽行為。在此種情形繼續為監聽是違法的。

cc) 同樣的前揭規定亦缺乏對於侵害私人生活核心領域所得資訊，予以禁止利用及銷毀的完整規範。

(1) 基本法對立法者有兩種角度的要求。

(a) 憲法要求對於涉及私人核心生活領域所得之資訊，應有不得予以利用之規範。

對於住宅監聽措施所連帶侵害私人生活核心領域的風險，僅於採取因例外而產生侵害之結果不再擴大的預防措施時，在憲法上方能予以接受。其必須確保所得之資訊不得在進一步

的犯罪偵查程序中使用或其他相關事件出現。

一個廣泛的使用禁止首先是在以下的情形予以適用，即儘管涉及絕對保護談話的可能性存在，惟犯罪偵查機關仍逾越了住宅監聽之授權範圍。在禁止監聽的時間範圍內所取得之資訊，應全部且無論其內容對刑事訴訟法程序之意義，皆予以禁止使用。不僅是在審理程序中不得作為證據，亦不得作為發動其他偵查所為的蛛絲馬跡。

雖然監聽時不存在禁止監聽之狀況，但在過程中卻涉及最具私人性質之談話時，亦屬使用禁止之情形。實務上此種情形不斷發生，即無外在之表徵足以判斷在住宅內之談話是否涉及應受絕對保護之談話。在住宅內停留之最親近家屬是否涉及犯罪參與無法始終毫無疑問地予以判斷。犯罪偵查機關在此特別是無法提供更為確定之預測，儘管有所努力—諸如透過事先的現象—，但將犯罪嫌疑人之說話依其社會活動性質予以明確分類是不可能的。談話內容是否涉及可能的犯罪參與，不一定能事先確認。因此透過證據排除法則補充對於為保護私人生活核心領域之資訊利用禁止，是不可或缺的。涉及私人生活不可侵犯核心領域之資訊，依憲法之精神係絕對禁止使用，既不得在審理程序中使用，亦不得作為繼續其他犯罪偵查所

為之基礎（參見聯邦憲法法院裁判集第 44 卷第 353 頁（第 383 頁以下））。

(b) 由私人核心生活領域所取得之資訊，必須不遲延地（unverzüglich）予以銷毀。這並非違反基本法第 19 條第 4 項對權利保護有效性之要求。關鍵是任何對於此種不應取得之最具私人性質資訊之保存，均將導致提高人格侵害的風險。即使是嗣後的法律救濟亦僅是在於確認對於已銷毀資訊之監聽及錄存是違法的，且有銷毀之義務存在。當有關機關確認銷毀之資料是違法錄存時，亦可達成憲法對於立即銷毀之要求。當然對當事人而言，無法滿足其完整得知其被監聽談話內容之可能利益。然而這不足以正當化在具有進一步基本權利侵害風險之情形下，繼續保存資訊之措施。應銷毀者除原始錄存之檔案外，尚包括其間可能製作的複本。犯罪偵查機關依基本法第 19 條第 4 項規定之精神，有義務以書面確認所取得之資訊係應受絕對保護之談話內容，並因此銷毀所錄存之所有資訊。

(2) 這樣一個憲法上之要求，立法者在法律規範中只有部分予以滿足。

(a) 刑事訴訟法第 100d 條第 3 項第 1 句雖然可如此解釋，即依刑事訴訟法第 53 條規定有職業秘密保護義務者之談話被違法監聽及錄存時，即

須禁止其使用。（參見 Bludovsky, *Rechtliche Probleme bei der Beweiserhebung und Beweisverwertung im Zusammenhang mit den Lauschangriff nach §100c Abs.1 Nr.3 StPO*, 2002, S.331）。但對於其他情形則無絕對之禁止使用。立法者毋寧是限制在以比例原則作為依刑事訴訟法第 52 條及第 53a 條規定有權拒絕證言者，其談話是否予以使用之考量標準。

(b) 為尊重憲法所要求之證據使用禁止法則，尚須為額外之程序法上之保障。惟缺乏此種規範。

對私人生活核心領域之保護通常欠缺由當事人本身提起法律救濟之可能性—當其並非立即銷毀時—只有當並非由犯罪偵查機關獨自判斷其所取得之資訊是否在審理程序，或甚至作為其他刑事訴訟法程序偵查基礎之使用，而是由一個獨立的，亦能維護當事人利益的機制決定時，方足以保障當事人。

刑事訴訟法第 100d 條第 3 項第 5 句規定並未提供足夠之程序法上之保障。依此一規定，在準備程序中，雖然是由管轄法院決定所取得之資訊是否可以被使用。然而此一規定依據聯邦眾議院法律委員會之立法理由（參見聯邦眾議院公報第 13 卷第 9661 期第 7 頁），以及其於法律體系中之地位，此一規定僅及於犯罪嫌疑人與有拒絕證言權者間被監聽之談話。此一

規定之適用範圍因此有其限制。在此尤其是缺乏明確地規範何者有權聲請，因而使得法院有義務予以介入。住宅監聽措施之當事人在此一程序中，通常尚不知監聽措施之存在，因此本身亦無法採取行動。是否依刑事訴訟法第 100d 條第 3 項第 5 句之文義，既非下命為監聽措施之法院，亦非犯罪偵查機關有義務在準備程序中，依職權發動對於取得資訊可否使用之審查。

故依上述規定無法作為確保使用禁止之基礎。為達成合憲之狀態，需要一個規範，即因住宅監聽所取得之資訊，在使用前應由一個獨立機構，諸如刑事訴訟法第 100d 條第 3 項第 5 句規定所稱之法院予以審查。

(c) 要求銷毀自私人生活核心領域所取得之資訊，並未於刑事訴訟法第 100d 條第 1 項第 2 句連結第 100d 條第 6 項規定中予以規範。上述規範僅涉及合法取得之資訊若不再提供犯罪偵查時，應予以銷毀（參見下述 C VIII）。欠缺即時銷毀對私人生活核心領域具有重要性之資訊，將導致在言詞審理後如何處理此一資訊繫於嚴重之不確定狀態。其特別是長期保留原始之錄存資訊蔚為常態。此一規範之漏洞將危及基本權利之保護。

(d) 據上論結，法律規範在此是不可或缺的，因為使用之禁止及銷毀之要求皆係由憲法規範所導引而來。

立法者為履行憲法上之規範，容有其形成空間，法院對其形成自由應予以尊重。前述提及之規範漏洞至少得一當有必要時一部分類推適用刑事訴訟法第 100d 條第 3 項及第 6 項之規定，或透過合於憲法之法律解釋解決之。而進一步的立法行為因此還是有必要的。

b) 若住宅監聽措施未涉及私人生活絕對保護之核心領域時，其合憲性即以尊重比例原則為前提，其於基本法第 13 條第 3 項有部分之特別規範。系爭規範並未完全符合此一要求。其雖為達成一正當目的 (aa)，及為達成此一目的之手段亦屬適當 (bb)，且必要 (cc)。但依基本法第 13 條第 3 項規定對住宅為監聽措施限於特別重大之犯罪行為，立法者在刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款只有部分予以尊重 (dd)。此一法律授權在嚴格解釋時，尚無違憲之疑慮 (ee)。

aa) 系爭授權對住宅為監聽措施之規範係為達成憲法上正當之目的。

透過此一授權，立法者藉此除了偵查重大犯罪之一般目的外，特別是希望加強打擊組織犯罪之法律手段。依據草案中立法理由之說明，住宅監聽措施將可進入組織犯罪之核心範圍，並藉此了解其內部結構 (參見聯邦眾議院公報第 13 卷第 8651 期第 9 頁, BTDrucks 13/8651, S.1, 9)。尤

其是為了偵查犯罪首腦，犯罪之組織者，財務支援者及操縱者之動態，對住宅為監聽措施是不可或缺的 (參見聯邦眾議院公報第 13 卷第 8651 期第 9 頁以下，第 12 頁以下, BTDrucks 13/8651, S. 9f., 12f.)。當然法律之適用範圍不以組織犯罪所為者為限。

聯邦憲法法院對於有效地偵查犯罪及打擊犯罪，曾一再強調其無庸置疑之必要性，諸如在刑事訴訟程序中盡可能地完整調查事實的公共利益—為了偵查犯罪者之動態及減少無犯罪者之負擔—，有效偵查重大犯罪行為為法治國家社會本質之核心任務等 (參見聯邦憲法法院裁判集第 77 卷第 65 頁 (第 76 頁)；第 80 卷第 36 頁 (第 375 頁)；第 100 卷第 313 頁 (第 389 頁)；第 107 卷第 299 頁 (第 316 頁))。

bb) 依刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款規定，為偵查本款所稱之犯罪行為而為住宅監聽措施，基本上亦為適當的。

當一個法律憑藉的手段得以達成所欲追求之目的時，即具有達成目的之正當性。判斷所選擇手段之適當性及其相關之預測，以及評估其對公眾可能造成的危險等，立法者有其形成空間 (參見聯邦憲法法院裁判集第 77 卷第 84 頁 (第 106 頁)；第 90 卷第 145 頁 (第 173 頁))。立法者對整個狀況的預測特權 (Einsc-

hätungsprerogative），存在於就事實狀態發展之可能性為確切之判斷，及其因此對現存法益（Rechtsgüter）之影響（參見聯邦憲法法院裁判集第 50 卷第 290 頁（第 332 頁以下）；第 88 卷第 203 頁（第 262 頁）；第 90 卷第 145 頁（第 173 頁））。

(1) 當偵查犯罪行為而對住宅為監聽措施，基本上並未造成憲法上承載能力之疑慮。

聯邦政府所提出之年度報告中證實了對住宅為監聽所為之效用。自 1988 年至 2000 年的報告中，共計在 70 個犯罪偵查程序中，有 78 個住宅被監聽。在這總計 70 個案中，有 4 件監聽所得資訊對犯罪偵查程序是沒有意義的。2001 年的情況類似。在該年度有 17 件住宅監聽案。其中 9 件，亦超過半數的案件，其監聽所得之資訊對犯罪偵查程序是無關緊要的。

目前為數不多的住宅監聽措施已造成過當的人事及財務耗費，以及監聽措施技術實踐上的問題。某些案件因為技術上無法克服，導致其無法取得犯罪偵查上所需之資訊。此外，聯邦政府亦指出，尤其是在犯罪嫌疑人或第三人住宅內裝置必要之科技設備，在部分情形有其困難度（參見聯邦眾議院公報第 14 卷第 8155 期第 7 頁及第 13 頁）。反之，無法清楚令人理解的是犯罪嫌疑人的反制措施，

對於住宅監聽的成果造成何種程度之破壞。

但住宅監聽措施對犯罪偵查不具重要性的另一面是，依據數個邦司法行政機關的說法，此一措施對於刑事訴訟程序具有決定性之意義。其特別是針對犯罪嫌疑人在電話交談中亦格外謹慎，並掩飾其態度之案件。在此類案件中，住宅監聽措施格外能達成犯罪偵查之目的。本庭所指定之鑑定人，主任檢察官 Thiel 博士，Pfeiffer 教授、Kerner 教授及 Kinzig 講師，亦指出對於住宅監聽可作為隱藏性之犯罪偵查手段，以查明所欲追訴之犯罪行為。

此種犯罪措施無論如何有其達成結果之部分，故未違反適當性原則之要求。

(2) 立法者授權為住宅監聽當然尚有其特別之目的，即藉此進入組織犯罪之結構及核心領域，。此一目標在基本法第 13 條第 3 項及其授權之刑事訴訟法相關規定修法過程中，不斷地被強調，即使並非作為住宅監聽措施正當化的唯一理由。瞭解組織犯罪的結構係為了將之摧毀，並據此阻止其繼續犯罪。因此立法者亦援引許多學者，包括本院所指定之鑑定人在內的說法強調打擊組織犯罪，鎮壓（Repression）及預防應緊密的結合運用。住宅監聽對基本權利之侵害強度可因此予以正當化，即對於特別具

有危險性的犯罪行為以此種手段達成鎮壓暨預防之目的，並藉此透視其組織結構，俾予以摧毀之。

(a) 組織犯罪的實際狀況當然不易掌握，故目前僅能保留地評估立法者所欲特別達成之目的實現了多少。

如何定義組織犯罪即已產生困難。在公開的討論中，多數係以聯邦內政部長及司法部長聯合工作小組之定義為準。據此而言，組織犯罪係指「為達成營利或權力控制而為之特定計畫性犯罪行為，就其個別或整體而言，下列事項具有重要意義，即超過兩個以上的參與者長期間地利用營業或相類似之結構，使用暴力或其他適當之恐嚇手段，或透過對政治之分工、媒體、公共行政、司法或經濟之影響，以進行犯罪行為」（MBL. NW 1990, S.1721）。此一定義指出，組織犯罪並非一個可以犯罪構成要件界定之犯罪行為，亦非個別犯罪構成要件之集合，而是一個非法行為之綜合形式。

此種概念之不確定性亦導致在德國現有組織犯罪範圍之不確定性。此種現象儘管有不少嘗試欲予以釐清，特別是聯邦刑事局的犯罪研究所，但就犯罪學而言，其成果是有限的。最新的，也是目前最完整的，即使並非最具有代表性的研究，係本院指定之鑑定人 Kinzig 講師對於德國組織犯罪之研究，其提出一個質疑的評估

（進一步可參見 Kinzig, Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität, 2003）。其於研究中指出，相對於傳統的犯罪行為在其所分析的案件中，並無明顯升高的危險成分，或至少在一些個案具備而已。與傳統犯罪行為之區別，其認為：組織犯罪進行的是所謂無被害者之犯罪行為，犯罪者外國人比例高及犯罪行為國際化。除此尚有某些分工及持續之態樣，以及計畫性、職業性及隱密性。

(b) 是否針對這樣的組織結構，以住宅監聽作為犯罪偵查措施之特別手段，目前尚無法評估其得失。各邦應聯邦政府之請求而向本院提出之意見，當然是一致表示此種犯罪偵查措施在實務上基本是適當的，不僅有助於偵查組織犯罪行為，亦有助於進入犯罪組織結構。

立法者若為同樣之評估，在憲法上並無可責難之處。其所導致之不確定性應觀察實務發展，並隨時審查此一犯罪偵查手段是否在實際上是適當的，亦足以達成其所追求的特殊目的（關於法規範進行之審查參見聯邦憲法法院裁判集第 33 卷第 171 頁（第 189 頁以下）；第 37 卷第 104 頁（第 118 頁）；第 88 卷第 203 頁（第 310 頁））。

立法者就此已採取預防措施。特別是透過基本法第 13 條第 6 項連結

刑事訴訟法第 100e 條規定之報告義務，以確保隨時可以進行審查。而聯邦政府為向國會進一步報告，已委託進行住宅監聽措施功效之法實證研究，其預計於 2004 年 5 月完成。

cc) 為達成立法目的，系爭法律所採取之手段亦屬必要。同樣有效，但對基本權利造成較小侵害之手段並不存在(1)。除此之外，立法者對住宅監聽措施之必要性已透過授權實施要件予以充分之確保(2)。

(1) 並無明顯的犯罪偵查措施可以一般性地減少對基本權利之侵害，且又適當達到同樣的犯罪偵查目標。

而對達成目的必要性之手段選擇評估，立法者亦享有形成空間，聯邦憲法法院僅能在有限的範圍內予以介入審查（參見聯邦憲法法院裁判集第 90 卷第 145 頁（第 173 頁））。依立法者的評估，對於住宅為監聽措施並無對基本權利造成較少侵害的手段可供選擇。包括電話監聽在內的傳統犯罪偵查方法，對於組織化之幫派，其幾乎是對外部封閉者，是難以窺其組織犯罪之核心領域的。本身組織犯罪對人民及國家逐漸增加的威脅，有急迫之必要，除現有的犯罪偵查措施之外，亦允許對住宅為監聽措施（參見聯邦眾議院公報第 13 卷第 8650 期第 4 頁及第 13 卷第 8651 期，第 9、10、13 頁；BTDruks 13/8650, S.4 und 13/8651, S.9,10 und 13）。此一

評估至少依據對組織犯罪呈現型態之研究，在憲法上並無可責難之處。

犯罪偵查之目的繫於具體之偵查狀態，只有在個案中方能適當地判斷實際上是否有侵害較少之手段存在。為調查一個隱密狀態，且由同一族群為領導階層之組織犯罪，此時派遣臥底探員絕非等同於侵害較小之手段。同樣地電話監聽亦無法始終達成同樣之效果，因為其僅能針對電話談話為之。然而犯罪組織領導階層具有重要性之談話通常不會透過電話為之。對人的監視通常亦非同樣適當之手段。其雖然可以因此調查犯罪嫌疑人周遭之狀況，但卻無法得知犯罪嫌疑人與他人之溝通內容。

(2) 立法者採取了足夠的法律上預防措施，即推定監聽措施係作為最後手段。

基本法第 13 條即已明定只有當調查事實以其他方式顯有重大困難（unverhältnismäßig erschwert）或顯無結果（aussichtslos）時，方能採取住宅監聽措施。此一補充性原則之規範在系爭刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款亦予以採納。

(a) 基本法第 13 條第 3 項允許當調查事實顯有重大困難或顯無結果時，可採取住宅監聽措施。「顯有重大困難」此一概念係犯罪偵查耗費過鉅的另一種說法，當犯罪偵查機關在具體個案中放棄使用住宅監聽措施，

並以其他犯罪偵查措施代替時，即非顯有重大困難。刑事訴訟法目前所存在對程序干預權限的補充性原則，主要是使用「困難」(erschwert)及「重大困難」(wesentlich erschwert)等概念。相對於這種概念，顯有重大困難在程度上要求更為嚴格，並因此表達對住宅為監聽措施係作為最後手段(亦參見聯邦眾議院公報第13卷第8650期第5頁，BTDrucks/8650, S.5)。此一最後手段性係以其他犯罪偵查措施無結果為前提，並據此評估其他手段之困難度。修憲者就此係以特別的方式衡平犯罪偵查手段必要性對法益侵害之強度。即必須是犯罪偵查工作顯有重大困難時，方可採取住宅監聽措施。

(b) 對住宅為監聽措施亦基於其他犯罪偵查手段顯無結果此一概念，而作為犯罪偵查之最後手段。

除對住宅內未公開談話為監聽及錄存外，對住宅範圍外之談話為住宅監聽及派遣臥底探員，同樣在法律上亦只能調查事實以他法為之顯無結果時，方得允許之，就字面忠實地解釋這些規範中的同一概念，顯無結果係作為其他犯罪偵查措施的補充性要素。惟此一解釋不符規範之意義。

住宅監聽措施相對於所有其他的犯罪偵查措施，就憲法之定位而言，係作為最後手段。其僅得於其他犯罪偵查措施無法為之時，方得予以進

行。依據修憲者之觀點，由於住宅監聽措施之重大侵害性，故須透過補充性原則條款以作為最後手段，其不只是包括顯有重大困難此一概念，亦包括顯無結果。修憲者直接在基本法第13條第3項納入了補充性原則之規範，相對於其他一般法律的補充性原則，其具有憲法的位階，因此具有特別之地位。

dd) 對住宅為監聽措施未涉及私人生活絕對保護之核心領域時，修憲者於基本法第13條第3項，將比例原則予以具體化，以作為其合法性之特別要求。刑事訴訟法第100c條第1項第3款所列舉之犯罪行為類型，並未滿足憲法上之要求，因為其並未以基本法第13條第3項所要求的特別重大犯罪行為為限。

修憲者在基本法第13條第3項授權法律規定須限於個別特定之特定重大犯罪行為。依此授權所為之刑事訴訟法第100c條第1項第3款應以此範圍為限。因對於基本法第13條第1項所保障之基本權利構成重大侵害，而僅針對特別重大犯罪行為加以正當化之必要性，立法者在修法資料雖明示予以承認(參見聯邦眾議院公報第13卷第8650期第3頁；第13卷第8651期第13頁；第13卷第9642期第4頁；第13卷第9661期第6頁)，但其並未予以落實地規範。由刑事訴訟法第100c條第1項

第 3 款規定列舉之犯罪行為目錄觀之，實無法辨識其係以何種標準選擇其所列之各種不同的輕罪（Vergehen）及重罪（Verbrechen）行為。其涉及保護不同法益之規範，且這些犯罪行為亦涉及不同的不法內涵（Unrechtsgehalt）。在此範圍內並無法持續確認那些是屬於特別重大之犯罪行為。其所列舉之犯罪行為有處以罰金刑或最輕本刑為三個月自由刑（Freiheitsstrafen），以及最重本刑為三年，亦有最重本刑為無期徒刑者。此一犯罪行為之列舉清單，僅部分符合憲法上對住宅監聽限制於追訴特別重大犯罪之必要性。

(1) 重大不法行為之衡量係以被侵害之法益輕重及其他構成要件為基準，有時亦即於犯罪構成要件中所包含之犯罪要素（Begehungsmerkmale）及行為結果。所謂特別係指超越犯罪構成要件所列輕重之平均程度。

(a) 憲法上之特別重大犯罪行為（besonders schwere Straftat）之概念，不可與刑事訴訟法上有重大意義之犯罪行為（Straftat von erheblicher Bedeutung）概念相提並論。在刑事訴訟法中，除住宅監聽措施外，尚有其他的干預措施以偵查特定犯罪行為為前提。諸如按捺指紋（Fingerabdruck）（刑事訴訟法第 81g 條），對營業場所為搜索（Rasterfahndung）（刑事訴訟法第 98a 條），電

話之通聯紀錄（刑事訴訟法第 100g 條），及派遣臥底探員（Einsatz eines verdeckten Ermittlers）（刑事訴訟法第 110a 條）等行為，只有在偵查有重大意義之犯罪行為時，始得為之。此種犯罪行為至少須為中度程度之犯罪，對法律和平（Rechtsfrieden）造成明顯的干擾，並對人民對法安定性（Rechtssicherheit）之感情造成嚴重侵害，始足當之（參見聯邦憲法法院裁判集第 103 卷第 21 頁（第 34 頁）；第 107 卷第 299 頁（第 322 頁））。

以基本法第 13 條第 3 項規定為前提之「特別重大犯罪行為」，須明確超越中度程度犯罪行為之範圍。對住宅為監聽措施，若僅以採取較輕微之犯罪偵查措施為要件，即不符基本法第 13 條第 3 項之意義及目的。當派遣政府探員取得資訊係以取得當事人同意—即使是以詐欺方式為之—方式進行之，住宅監聽措施則是在當事人不知情的情況下為之。調閱電話通聯紀錄，雖亦屬對於秘密通訊之重大侵犯（參見聯邦憲法法院裁判集第 107 卷第 299 頁（第 318 頁））。但其無法知悉通話內容，因此較為接近私人生活之核心領域。依據修憲者之評估，在刑事訴訟程序行為的光譜中，住宅監聽措施對基本權利造成重大侵害，因此須在特別嚴格要件下，基於偵查重大犯罪行為如得為之。

(b) 因此立法者對於特別重大犯罪行為構成要件之選擇，不以刑法第 12 條對重罪之定義為限。若修憲者欲以重罪及輕罪為犯罪行為之分類標準時，應進一步在基本法第 13 條第 3 項規定為相對應之規範。系爭法律所列舉犯罪行為構成要件若符合特別重大之犯罪行為時，即符合基本法第 13 條第 3 項之精神。

(c) 立法者依基本法第 13 條第 3 項考慮選擇何種犯罪行為時，不以組織犯罪典型之犯罪行為或具體之個別狀況為限。雖然打擊組織犯罪是基本法第 13 條修正之背景及動機。但在第 3 項卻未將犯罪行為侷限為組織犯罪行為。

另一方面，並非典型之組織犯罪行為，即當然特別重大。其犯罪行為如有輕重之別。基本法第 13 條第 3 項之要求自不以組織犯罪所為之罪名為限，蓋其犯罪行為不見得構成特別重大的犯罪行為。

(d) 基本法第 13 條第 3 項第 1 句規定要求所規範之犯罪行為本身即已構成特別重大，而不僅是個案而已。若個案情形之可能特別重大即可列入上述之犯罪行為清單，則基本法第 13 條第 3 項特別重大犯罪行為之要素即失去了概念規範之功能，因為幾乎在刑法中的每種犯罪行為皆可能有特別重大之個案，因此皆可列入犯罪行為清單。此一犯罪行為清單的建

構，係任意地解釋基本法第 13 條第 3 項規定，尤其是任意地予以擴張其範圍。

(e) 依刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款規定採取住宅監聽措施，應限縮解釋其要件，即涉嫌犯罪行為清單之犯罪，亦須在個案中有特別重大之情形（關於刑事訴訟法第 100g 條之解釋，參見聯邦憲法法院裁判集第 107 卷第 299 頁（第 322 頁））。因為對住宅基本權利之侵害須以在個案中的犯罪行為所侵害之法益為正當化事由。

所謂重大係指犯罪結果所涉及之法益。在特定之犯罪行為—諸如謀殺及殺人—，因其所侵害之法益，在個案中即足以構成重大，在其餘之犯罪行為，則需要個別的予以確認。在個案中特別重大之情況，主要是透過與犯罪行為清單中其他犯罪行為事實上交錯，或與其他犯罪者共同為之等情況判斷之。此種情形存在著犯罪行為之分工，有時尚呈現數個犯罪者合作實現侵害整體及數個法益之犯罪行為，如同修憲者視為典型之組織犯罪般。對於危害和平罪及內亂罪及危害民主法治國家之特定犯罪行為亦同樣適用。立法者對於涉嫌為此類犯罪行為者，在立法資料特別明示希望能藉由基本法第 13 條第 3 項之工具，將犯罪主嫌（Hauptverantwortlich）、組織運作者（Organisatoren）、金主

（Finanzier）及幕後操縱者（Drahtzieher）加以一網打盡（參見聯邦眾議院公報第 13 卷第 8651 期第 9 頁，BTDrucks /8651,S.9）。雖然犯罪行為之嚴重性只有在行為實施後方能予以定位，而非期待犯下嚴重罪行。但就整體犯罪行為之不法內涵可作為犯罪行是否重大之評價。

(2) 立法者訂定犯罪行為清單時，從抽象觀察而言，未以基本法第 13 條第 3 項所規定之特別重大者為限。刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款就此而言，並不符合基本法第 13 條第 3 項之精神。在此須依聯邦憲法法院第 78 條第 2 句、第 82 條第 1 項規定進行審查，其亦於憲法訴願中予以準用（參見聯邦憲法法院裁判集第 18 卷第 288 頁（第 300 頁以下）），審查範圍亦包括提出憲法訴願後所修正之法律。

(a) 由犯罪行為清單所列之犯罪行為為規範，可以得知立法者對於犯罪行為是否特別重大之標準。刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款所列舉之犯罪行為除構成重罪者外，亦有構成輕罪者，其中包括其不法行為為內涵並非超過平均標準者。其最輕本行為罰金刑、三個月自由刑、或六個月至一年、兩年，三年，五年或十年自由刑。最重本刑亦介於三年、五年以上或十年至無期徒刑者。

立法者就犯罪行為之不法內涵有

其判斷餘地，並據此決定對哪些犯罪行為實施住宅監聽措施。惟其須以基本法第 13 條第 3 項所規定之特別重大犯罪行為為準繩。據此界定犯罪行為清單之內容。基本法第 13 條第 3 項所稱之特別重大犯罪行為僅能為以下之解釋，即立法者應無論如何以最重本刑超過五年以上自由刑之犯罪行為為限。在法律體系上，最重本刑超過五年之犯罪行為構成要件在規範上與最重本刑超過十年或更長者為同一等級。其已涉及特別重大之不法行為，因此已非屬中等犯罪行為之範圍。

(b) 刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款規定所列舉之犯罪行為依上述標準而言，至少有下列犯罪行為之列入係屬違憲，蓋其明確屬於中等之犯罪行為範圍。依現行刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款第 a 目之規定有以下犯罪行為屬之：預備犯偽造具擔保功能之金錢給付工具及歐洲支票本（刑法第 152b 條）；預備犯綁票罪（刑法第 234a 條第 3 項）；洗錢罪，隱匿不當取得財產罪（刑法第 261 條第 1 項、第 2 項）；賄賂罪（刑法第 332 條第 1 項，與連結第 3 項）；行賄罪（刑法第 334 條）。依刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款第 b 目規定有下列犯罪行為屬之：武器法第 51 條（包括第 2 項加重之例外情形）及第 52 條第 1 項第 1 款、

第 2 款第 c 目及第 d 目、第 6 項，對外貿易法第 34 條第 1 項至第 3 項，戰爭武器控制法第 19 條第 1 項、第 3 項第 1 款及第 22a 條第 1 項及第 3 項。依刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款第 c 目有下列犯罪行為為屬之：麻醉品法第 30b 條連結刑法第 129 條。依刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款第 d 目規定，有下列犯罪行為為屬之：煽動侵略戰爭罪 (Anfstacheln zum Angriffskrieg) (刑法第 80a 條)；違反結社禁止規定 (刑法第 85 條)；以破壞為目的進行間諜行為 (Agententätigkeit zum Sabotagezwecken) (刑法第 87 條)；敵視憲法之破壞行為 (verfassungsfeindliche Sabotage) (刑法第 88 條)；公開國家機密罪 (Offenbaren von Staatsgeheimnissen) (刑法第 95 條第 1 項)；探查 (Auskundschaften) 國家機密罪 (刑法第 96 條第 2 項)；為進行叛國之間諜行為 (landesverräterische Agententätigkeit) (刑法第 98 條第 1 項第 1 句)；情報組織之間諜行為 (geheimdienstliche Agententätigkeit) (刑法第 99 條第 1 項)；為實施叛國罪而為之偽造行為 (landesverräterische Fälschung) (刑法第 100a 條第 1 項及第 2 項)。最後依刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款第 e 目之規定，有下列犯罪行為不符基本法之要求，在特

別重大情形下，組織犯罪性之結社 (Bildung einer Kriminellen Vereinigung in einem besonders schweren Fall) (刑法第 129 條第 4 項連結第 1 項)；支持恐怖組織罪 (Unterstützung einer terroristischen Vereinigung) (刑法第 129a 條第 3 項及第 5 項第 1 句後段、第 2 句，各目連結第 129b 條第 1 項)。

構成違憲者尚有依刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款第 a 目準用同法第 152a 條第 5 項連結刑法第 149 條第 1 項之規定，以及刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款第 b 目所指 1978 年 5 月 31 日修正公布之武器法第 52a 條 (聯邦法律公報第 1 卷第 641 頁，BGBl/S.641) 連同第 2 項加重之例外情形，以及 1976 年 3 月 4 日修正公布之武器法第 53 條第 1 項第 1 句第 1 款、第 2 款及第 2 句之規定 (聯邦法律公報第 1 卷第 417 頁，BGBl/S.417)。刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款第 b 目所指 1978 年 5 月 31 日修正公布之戰爭武器控制法第 22a 條第 1 項及第 3 項之規定 (聯邦法律公報第 1 卷第 641 頁，BGBl/S.641；當時是第 16 條) 亦同。刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款第 e 目所指 1978 年 1 月 26 日修正公布之刑法第 129a 條第 3 項 (聯邦法律公報第 1 卷第 164 頁，BGBl I S.164)，以及刑法第 129a 條第 3

項因 2002 年 6 月 26 日公布之國際刑法典施行法（Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuchs）（聯邦法律公報第 1 卷第 2254 頁，BGBl/S.2254），而適用至 2003 年 12 月 27 日之規定，亦不符基本法之規定。

最高本刑逾五年以上之所列犯罪行為，即符合憲法之本旨。亦無違憲疑慮者尚有在加重構成要件，使得最高本刑逾五年之情形，而此一加重構成要件須以成立一個與其接近而未加重構成要件之犯罪行為為前提，諸如刑法第 261 條第 4 項或武器法第 51 條第 2 項規定。滿足基本之犯罪構成要件，若立法者未對其處以最高本刑五年以上自由刑者，亦不得列入犯罪行為清單。

ee) 其餘部分之法律規定滿足基本法第 13 條第 3 項之要件，而在嚴格解釋下無論如何亦符合狹義之比例原則。

(1) 在國家維護法治國家刑事司法功能之義務，與犯罪嫌疑人及其他第三人維護其憲法保障之權利間之緊張關係，立法者的首要任務是取得這些彼此衝突利益間的抽象平衡。此外，法院亦須在解釋及適用對其基本權利限制之規範時，考慮對其具體裁判之適當性。實施住宅監聽措施之行政機關亦然。在基本法第 13 條第 3 項未明確規範系爭刑事訴訟法干預

權限之輪廓及其在個案中運用之情形下，比例原則亦可作為衡量基準。

(2) 刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款依上述原則—除過度擴張列舉犯罪行為之清單外—，在嚴格的憲法解釋下，並未違憲。

(a) 依刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款規定所確認之犯罪嫌疑程度（Verdachtsgrad）亦無違憲疑慮。

依刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款對住宅所為之監聽措施，僅於有「特定事實之嫌疑」（bestimmte Tatsachen den Verdacht），而有特別重大之犯罪行為時，始得為之。系爭法律係忠實地移植基本法第 13 條第 3 項之規定，因此該法毫無疑問地符合基本法上對基本權利之限制。

因特定事實而導致之犯罪嫌疑雖較單純犯罪嫌疑之要求為高，但並非僅以在刑事訴訟法其他規範所規定之「足夠的」（hinreichend）或「急迫的」（dringend）犯罪嫌疑為已足。刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款規定要求一個具體化的犯罪嫌疑狀態。可疑事實的單純存在是不夠，其中必須是具體的，且在一定範圍內已存在有作為犯罪事實基礎之犯罪嫌疑態樣（參見聯邦憲法法院裁判集第 100 卷第 313 頁（第 395 頁））。只有已進行犯罪調查，以及聲請為下命監聽行為所設之事實方考慮其評價。因為對住宅監聽措施僅得針對犯罪嫌

疑人為之，且係作為犯罪偵查之最後手段，故係基於已存在之資訊可能涉及特別重大犯罪行為者，始得為之。

(b) 升高刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款規定所稱之犯罪嫌疑程度並非來自比例原則之要求。除了犯罪行為之重大程度，雖然尚有犯罪嫌疑強須一併考量，是否採取一個刑事訴訟法程序中之犯罪偵查措施係以合乎比例之方式去侵害基本權利（參見聯邦憲法法院裁判集第 107 卷第 299 頁（第 322 頁））。然而在考量對住宅為監聽措施之侵害程度方面，並無憲法上之要求，犯罪偵查措施之發動繫於現存之犯罪嫌疑程度，係適用於其他之情形。依刑事訴訟法第 152 條第 2 項規定有發動犯罪偵查程序之犯罪嫌疑程度，而依刑事訴訟法第 170 條第 1 項提起公訴之必要犯罪嫌疑，在程度上，尚應予以加強或減輕犯罪嫌疑人之責任。依刑事訴訟法第 112 條第 1 項第 1 句規定為羈押之要件係有急迫之犯罪嫌疑，亦即係犯罪偵查之現有狀態，犯罪嫌疑人很有可能被定罪（Verurteilung）。在此種情形下，事實是明顯易見的。而透過科技設備對住宅為監聽措施時，通常其他偵查行為即不再進行。若對住宅為監聽措施須要求有急迫之犯罪嫌疑時，手段之適當性要求即失其附麗。

對住宅為監聽措施作為犯罪事實之調查方式，應為更進一步之手段，

特別是與下列手段相較，諸如公訴之提起（Anklageerhebung）（刑事訴訟法第 170 條第 1 項），或嗣後程序開始之裁定（Eröffnungsbeschluss）（刑事訴訟法第 203 條），須有足夠充分之犯罪嫌疑，甚或裁定羈押（Verhängung der Untersuchungshaft）（刑事訴訟法第 112 條第 1 項第 1 句）須要求有急迫之犯罪嫌疑。故犯罪嫌疑之程度不應成為許可住宅監聽措施之前提。

(3) 刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款關於對住宅為監聽措施，除調查犯罪事實外，亦兼有偵查「犯罪者」行蹤之規定，與基本法第 13 條第 3 項及比例原則之要求相符。

基本法第 13 條第 3 項規定僅提及措施之目的係為了調查事實。據此其允許對犯罪嫌疑人推定其停留之住宅為監聽措施。因此住宅監聽措施僅得針對犯罪嫌疑人為之，而不得針對其他人。但以明知或至少可以推知犯罪嫌疑人在該住宅為前提。而只要是為調查事實所必要者，住宅監聽措施當然亦得作為蒐集犯罪嫌疑人固定停留處所資訊。而偵查共犯之停留處所亦得一併考量。依據修憲者在修憲案之理由，調查共犯在停留處所亦為調查事實之一部分，因此得作為因犯罪偵查目的而為住宅監聽措施之合法性調查範圍（參見聯邦眾議院公報第 13 卷第 8650 期第 5 頁及第 13 卷第

8651 期第 13 頁，BTDrucks 13/8650, S.5 sowie BTDrucks 13/8651, S. 13)。

(4) 對刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款、第 2 項第 4 句及第 5 句，以及第 3 項等系爭法律的嚴格解釋可確保無犯罪嫌疑的第三人，只有在為追求公眾利益為有效進行犯罪偵查時，以合乎比例之方式受到住宅監聽措施之影響，對第三人為監聽若涉及私人生活核心領域之溝通時，即當然一始終如此一停止。當犯罪嫌疑人停留於向第三人租用住宅時，則非屬上述情形。反之，當犯罪嫌疑人在諸如朋友或家庭成員等第三人住宅只有暫時的停留時，即涉及私人生活核心領域。

(a) 對基本權利限制措施之適當性，應與其侵害強度一併決定之。因此有多少人受到多大強度之侵害，以及是否這些人本身是造成侵害之原因皆有其意義（參見聯邦憲法法院裁判集第 100 卷第 313 頁（第 376 頁））。侵害之強度繫於當事人是否為始終不知其姓名者，及其所掌握之談話範圍及內容，以及監聽措施對其基本權利主體造成何種不利益或擔心之理由（參見聯邦憲法法院裁判集第 100 卷第 313 頁（第 376 頁）；第 107 卷第 299 頁（第 320 頁））。住宅監聽措施係針對私人住宅抑或商業及交易場所為之，是否以及涉及多少數量之無犯罪嫌疑第三人等，亦有所差別。

(α) 對住宅為監聽措施係對於其基本權利特別重大之侵害。其實施可能會在相當範圍內涉及與犯罪嫌疑無牽連之人，這些人並非引發監聽措施的原因，但其與犯罪嫌疑人有所聯絡，並在同一棟住宅內停留。

第三人在此之意義係指本身並非監聽措施之目標者。其中包括與犯罪嫌疑人交談者，其他被監聽住宅內暫時或持續停留者，尤其是那些因監聽措施而在辦公及營業場所而被監聽者。除犯罪嫌疑人外，因犯罪嫌疑人推定其停留，而成為監聽措施目標住宅之所有人亦受到侵害。另外亦包括監聽措施執行時，停留於被監聽住宅者。若監聽涉及無犯罪嫌疑人之談話，則住宅監聽措施將對其造成成為國家犯罪偵查標的之風險，這會導致一般性之風險，及對其產生不當之犯罪嫌疑（參見聯邦憲法法院裁判集第 107 卷第 299 頁（第 321 頁））。

因對住宅為監聽措施而受到侵害之無犯罪嫌疑人，事實上亦為數不少，此由依刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款所為之住宅監聽措施涉及無犯罪嫌移人數即可得知依聯邦政府年度報告之資料，無犯罪嫌疑人占了受監聽者將近百分之五十之比例。然而此處應考慮，受監聽者僅指犯罪嫌疑人即受監聽者住宅之所有人。在統計中，那些偶而停留在受監聽住宅中之人是不算入包括在內的（參見聯邦

眾議院公報第 14 卷第 8155 期第 8 頁, BTDrucks 14/8155, S.8)。此一人數即使是針對私人住宅為監聽亦十分可觀。因此住宅監聽措施所涉及之無犯罪嫌疑人比例, 可能明顯高於年度報告中之統計。

除了涉及不少無犯罪嫌疑者外, 對住宅為監聽措施所監聽到的談話內容及範圍, 亦構成特別嚴重之侵害。在被監聽住宅內之全天候的談話皆可成為監聽之標的。因此被監聽之談話可能有不少部分未涉及刑法上之重要意義。

(β) 對住宅內未公開之談話為秘密監聽涉及的不僅是個人, 亦可能對社會之溝通產生整體之影響, 對住宅為監聽措施之可能性可以產生寒蟬效應 (Einschüchterungseffekte), 特別是對於無犯罪嫌疑者而言, 因為其依據法律規定亦得隨時在其不知情的狀況下被監聽。單純對於被監聽之恐懼已足以形成人際溝通之拘束 (Befangenheit)。基本法第 13 條保障個人免除國家對私人空間之侵害, 而此一保障因此在整體社會中, 具有溝通信賴的客觀法上內涵之意義。因保障個別基本權利所為之憲法上及法律上之規範, 對於公眾信賴其在監聽實務工作中基本權利之維護應有所助益 (參見聯邦憲法法院裁判集第 107 卷第 299 頁 (第 328 頁))。

(γ) 基本法第 13 條第 3 項僅要

求對犯罪嫌疑人推定停留之住宅為監聽, 其對於犯罪嫌疑人在此住宅為停留有最起碼可能性之要求。當住宅監聽措施僅針對犯罪嫌疑人之談話為之時, 住宅監聽措施侵害強度之適當性自然可以維持, 因為只有針對犯罪嫌疑人之談話範圍, 方足以涉及所欲偵查之犯罪行為。但此同時意味著住宅監聽措施即使對於犯罪嫌疑人推定其停留之住宅亦得為之時, 亦僅得及時為之。這亦係為保護無犯罪嫌疑之第三人而設。

(b) 憲法上對無犯罪嫌疑第三人侵害界限之要求, 法律規定已足以落實。

(α) 刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款對犯罪嫌疑人未公開談話監聽及錄存之界限有所規範。由此雖無法導引出對其他人監聽之禁止, 因為監聽措施無可避免會涉及與犯罪嫌疑人談話之第三人。但此依規定亦同時表明, 對犯罪嫌疑人單獨停留在住宅內時, 亦得對犯罪嫌疑人本身成為談話對象者為監聽措施。

(β) 刑事訴訟法第 100c 條第 2 項第 5 句以適當方式規範了對無犯罪嫌疑人住宅為監聽措施可能性之界限。

依刑事訴訟法第 100c 條第 2 項第 5 句規定, 只要求在下列情形方得對無犯罪嫌疑者之住宅為監聽, 亦即「當基於特定事項, 犯罪嫌疑人在此

一住宅停留，而對犯罪嫌疑人本身之住宅監聽措施不足以調查事實，且以其他方式調查顯有重大困難或顯無結果者」。依據此一規範之文義，首先需要將犯罪嫌疑人目前在第三人住宅停留之可能性，予以具體化。有時尚需諸如監視等其他措施予以確認。無具體事實足以推定犯罪嫌疑人停留於第三人住宅時，即不足以對第三人住宅為監聽措施。

要求在為監聽措施時，犯罪嫌疑人應出現在現場，係直接來自刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款之規範，因為由此方能僅監聽並錄存犯罪嫌疑人之談話。刑事訴訟法第 100c 條第 2 項第 1 句亦明定此一要求，即依第 1 項所為之措施僅得針對犯罪嫌疑人為之。至於依刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 1 款及第 2 款之規定，在此則未之見（參見聯邦眾議院公報第 13 卷第 8651 期第 13 頁，BTDrucks 13/8651, S.13）。對犯罪嫌疑人監聽之限制，因此亦適用於刑事訴訟法第 100c 條第 2 項第 5 句對其他人住宅監聽措施之規定。

僅以犯罪嫌疑人目前停留在無犯罪嫌疑之第三人住所，作為對第三人住宅採取監聽措施之適當性尚有不足。除刑事訴訟法第 100c 條第 2 項第 5 句對無犯罪嫌疑者住宅為監聽措施所規定之補充性原則外，尚須存在足夠之可能性，即對之為監聽措施可

取得犯罪偵查所須之資訊。此一要件應依據事實狀況判斷犯罪嫌疑人在被監聽之住宅及時間內，是否進行對犯罪偵查或其他繼續程序具有利用偵查之談話。單純的推定及在「迷糊狀態」（ins Blaue hinein）下觀察所得之資訊，皆不足以構成對第三人住宅為監聽措施之基礎。

(γ) 基於對無犯罪嫌疑第三人基本權利特別嚴重之侵害，對於監聽措施限制之適當性要求不僅是針對第三人之住宅而已。其亦適用於通常情形下，依刑事訴訟法第 100c 條第 2 項第 4 句規定對犯罪嫌疑人住宅為監聽行為，而無犯罪嫌疑之第三人持續或暫時停留於犯罪嫌疑人住宅內之情形。

(δ) 立法者對於限制適當性之法律授權在刑事訴訟法第 100c 條第 3 項亦有所規範。其雖然規定住宅監聽措施僅得於第三人係不可避免時，方得實施。但反面推論卻亦可得出當可以避免侵害第三人時，對住宅監聽措施即不得為之。

刑事訴訟法第 100c 條第 2 項及第 3 項所稱之第三人，係指所有犯罪偵查之對象而言。因為對住宅為監聽措施之對象，依刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款及第 2 項第 1 句之明文規定，僅指犯罪嫌疑人，刑事訴訟法第 100c 條第 3 項所稱之第三人連同其他當事人無論其是停留於犯罪嫌

疑人之住宅或第三人受監聽之住宅，皆非被監聽之目標。刑事訴訟法第 100c 條第 3 項所稱之第三人因此同樣包括犯罪嫌疑人之家屬，如同其他出現在被監聽住宅之第三人般。對於不可避免涉及第三人之要求，取決於實際狀況及個案中排除第三人之可能性。

III.

依刑事訴訟法第 100d 條第 2 項，第 4 項第 1 句及第 2 句所規範之法官保留 (Richtervorbehalt) 未侵害憲法訴願人主張之基本權利。

1. 基本法第 13 條第 3 項第 3 句及第 4 句規定下命為監聽措施應有加重之法官保留。法官保留係透過一個獨立且中立之法院為預防性之審查 (vorbeugende Kontrolle)。基本法規定法官基於其個人及客觀之獨立性，僅受法律之拘束 (基本法第 97 條)，故在個案中應對當事人之權利為最佳及最可靠之維護 (參見聯邦憲法法院裁判集第 77 卷第 1 頁 (第 51 頁)；第 103 卷第 142 頁 (第 151 頁)；第 107 卷第 299 頁 (第 325 頁))，在刑事犯罪偵查程序中，檢察官有其本身之責任承擔，而法官在德國刑事訴訟法程序中，法院和公訴機關是分離的—則是無參與的第三者，法官保留對住宅為監聽措施之適用，係為了基本法第 13 條第 1 項基本權利之保障 (參見聯邦憲法法院裁

判集第 103 卷第 142 頁 (第 151 頁) 針對搜索的情形)。

基本法第 13 條第 3 項規定之法官保留分為兩個層次比較，其較諸依基本法第 13 條第 2 項規定所為搜索之法官保留來的廣泛。依第 3 項第 3 句規定之法官下命住宅監聽行為基本上須由三名法官組成之合議庭為之。只有在緊急狀況下，方得依第 4 句規定由獨任法官為之；即使在緊急情形亦不得由檢察官協助其執行可職務之公務員為之。因此此一之特別要求已足承擔依基本法第 13 條第 3 項對基本權利之侵害 (參見聯邦眾議院公報第 13 卷第 8650 期第 5 頁, BTDrucks 13/8650, S.5)。

此外，立法者依基本法第 13 條第 3 項規定如何進一步規範法官保留有其形成自由。然而立法者應提供足以有效保障程序上控制之機制。起初立法者針對有效之權利保障，未為完整之設計，但法官保留在實際上之運用已足以抵銷制度設計上之缺失 (參見聯邦憲法法院裁判集第 103 卷第 142 頁 (第 152 頁))。

2. 由法官下命對住宅為監聽措施之種類及方式，法律規定已符合憲法之要求。

a) 依刑事訴訟法第 100d 條第 2 項規定對於法官下命為依照監聽措施之內容及理由，應依基本法第 13 條第 3 項規定，預防性法官監督之嚴格

要求為之。

aa) 下命為住宅監聽措施之法院有責任及義務在判決中，說明聲請為住宅監聽措施是否許可，以及許可之要求何在。其中應謹慎審查為監聽措施之要件，以及在個案中廣泛地衡量監聽措施之適當性。下命為住宅監聽措施之裁定（Anordnungsbeschluss）須描述已呈現之犯罪嫌疑，以至於須採取秘密偵查措施（參見聯邦憲法法院裁判集第 107 卷第 299 頁（第 325 頁））。法院之審查基準應於下命為住宅監聽措施的理由詳予記載。透過法院在下命為住宅監聽措施裁定中適當的說明，在可能及可期待（Zumutbarkeit）的範圍內確保對基本權利之侵害是可以衡量及監督的（參見聯邦憲法法院裁判集第 103 卷第 142 頁（第 151 頁以下））。

bb) 法律規定已充分符合憲法之要求。依刑事訴訟法第 100d 條第 2 項第 4 句連結第 100b 條第 2 項第 2 句及第 3 句規定，明定下命為住宅監聽措施之方式、期間及範圍。依刑事訴訟法第 34 條連結第 100d 條第 6 項第 1 句規定，下命為住宅監聽措施應以書面敘明理由為之。就此而言，已無須更進一步之法律規範。但現有之法律規定應依法律上之要求為解釋及適用。

由法院國家安全專庭為下命住宅監聽措施，應在理由中說明其如何維

護當事人之利益，因為此一裁定係秘密為之，即無法對其提起異議。由於此一專庭已確保住宅監聽措施適當之界限，而當事人亦可採取嗣後之權利救濟（參見聯邦憲法法院裁判集第 103 卷第 142 頁（第 151 頁以下）），上述理由說明應就全部的實體及程序要件予以檢視。其必須有具體的犯罪嫌疑狀態，且為足以辨識者，並基於在個案中衡量重要的狀況後而為之。基於最後手段性原則之要求，理由中亦應說明其如何尊重補充性原則。

此一專庭依刑事訴訟法第 100d 條第 2 項第 4 句連結第 100b 條第 2 項第 2 句及第 3 句規定對下命為住宅監聽措施之方式、期間及範圍之任務，尚應進一步確保對住宅為監聽措施有充分尊重基本法第 13 條保障基本權利之內容。故應對住宅監聽措施對象之犯罪嫌疑，以及期待透過住宅監聽措施所可取得之資訊予以呈現。而基於比例原則之要求，當住宅監聽措施可僅於住宅內之特定範圍為之時，即應予以限定之。私人核心生活領域之保護及證據禁止原則可確定犯罪嫌疑人對象之下命監聽範圍。就時間而言，法律已規定住宅監聽措施之最高期限。最後此一專庭應依搜索狀況，衡量住宅監聽措施之方式及種類，其中包括準備及配套措施，有時尚需要技術上之支援。

b) 法律對住宅為監聽措施之方

式及種類之規範，尚包括法院有權命執行監聽措施者定期報告監聽狀態，以及有時尚可予以介入監聽措施，諸如為確保不觸及私人生活不可侵犯之核心領域，及遵守比例原則。

當有情況顯示法定或下命為住宅監聽措施之要件已不存在時，下命為住宅監聽措施之法院應下命終止住宅監聽措施。這對於基本法第 13 條第 1 項規定所保障之基本權利具有特別之意義，若下命為住宅監聽措施之法院無法在此種狀況下命為終止住宅監聽措施，並讓侵害特定之間私人生活之狀態因此持續時，即不符基本法第 13 條第 3 項規定法官保留對基本權利之保障之功能。此一保障功能亦進一步適用於當被監聽者之利益因住宅監聽措施之秘密性而無法為權利保障措施時。

3. 依基本法第 13 條第 3 項第 2 句的規定，在沒有依刑事訴訟法第 100d 條第 4 項第 1 句對住宅為監聽措施以 4 週為限之規定，未違反憲法之精神。就基本權利之侵害強度而言，其已保障法院適當期間之定期監督住宅監聽之措施。

依刑事訴訟法第 100d 條第 4 項第 1 句之規定犯罪偵查所採取之住宅監聽措施之期間上限較短。此一期間依憲法精神尚應由法官下命確認之。基於法官下命為住宅監聽措施及審查權限所使之有效性，對住宅為監聽措

施應負責任地預先判斷在可預見之時間範圍內實施（參見聯邦憲法法院裁判集第 96 卷第 44 頁（第 52 頁以下））。對住宅監聽措施時方確定其實施期限是不是足以保障基本權利的。

依基本法第 13 條第 3 項規定不排除下命對住宅為監聽措施可予以延長。依刑事訴訟法第 100d 條第 4 項第 2 句規定之延長下命住宅監聽措施之要件，與下命對住宅監聽措施本身相同。此一決定當然應考慮下命為住宅監聽措施期間所得之犯罪偵查結果。因此，涉嫌犯有其他犯罪之清單之犯罪行為時，即有可能延長下命對住宅為監聽措施。另一方面，當住宅監聽措施無成效時，且依事實狀況評估本來亦無達成足夠成果之機會或已足以認知到應採取其他犯罪偵查措施時，對住宅為監聽措施即不得延長。因此在延長下命對住宅監聽措施時，聲請之檢察官及下命之法院應對目前住宅監聽措施之結果及成果評估，履行審查及附理由說明之義務。

延長住宅監聽措施在基本法第 13 條第 3 項與刑事訴訟法中均未明定其絕對之期間上限。但此一上限在個案中得依比例原則定之，因為隨著對住宅為監聽措施時間的延長，對特定私人生活之侵害便持續增加，甚至會導致侵害基本法第 13 條所保障之人性尊嚴內涵（參件上述 C I 3 b dd

(5))。

4. 國家保護專庭庭長依刑事訴訟法第 100d 條第 2 項第 2 句及第 3 句規定，在緊急情形下之權限，同樣亦未違反基本法第 13 條第 3 項之精神。此依規定並非放棄為保障基本權利而為之法官保留，只是由合議庭為裁定之特別保障機制暫時由庭長另行決定所取代。此一規定符合基本法第 13 條第 3 項第 4 句在特別緊急需要阻止危險發生下始得採取之限制。

而依刑事訴訟法第 100d 條第 2 項第 3 句規定，對庭長所為下命對住宅為監聽措施，合議庭所為之確認僅向將來生效，而不及於庭長在緊急狀況下已作成之決定，亦無違憲之虞。對可能因此規避合議庭下命住宅監聽措施規定存在之風險，實際之並不存在，此點與針對搜索所為法官保留之情形不同（參見聯邦憲法法院裁判集第 103 卷第 142 頁）；住宅監聽措施通常無法在三個月內期待其有成果，故緊急狀況下之住所監聽裁定只有例外情形為之。合議庭在為確認時，庭長所為之裁定失效，但已執行之行為仍為有效。

庭長在緊急狀況下所為裁定之有效性無須經合議庭確認亦不違反基本法第 19 條第 4 項之要求。在緊急狀況下所為之裁定係由法官，而非行政權屬性之檢察官為之（參見聯邦憲法法院裁判集第 103 卷第 142 頁（第

156 頁））。除此之外，緊急狀況下所為之裁定尚存在有權利保障之可能性。

IV.

依刑事訴訟法第 101 條規定，對住宅為監聽措施當事人之告知義務，只有部分符合基本法第 19 條第 4 項及第 103 條第 1 項之規定。

1. 刑事訴訟法第 101 條第 1 項第 1 句規定是否告知住宅監聽措施之當事人繫於其有無危及公共安全，或危及繼續運用未公開之偵查公務員，此一規定不符基本法第 13 條第 1 項、第 19 條第 4 項及第 2 條第 1 項連結第 1 條第 1 項之規定。依刑事訴訟法第 101 條第 1 項第 2 句規定在住宅監聽措施終止後超過六個月未履行告知義務時，其延長應由法院以一次性之裁判為之，此一規定未提供憲法之告知義務履行在程序法上足夠之保障。

a) 基本法第 13 條第 1 項連結法院有效權利保護必要性之要求（基本法第 19 條第 4 項），提供了基本權利主體（Grundrechtsträger）請求知悉對其所為住宅監聽措施之權利。

在不知悉侵害措施之情形下，基本權利主體有權要求國家基於有效地保障基本權利，應於嗣後知悉侵害措施（參見聯邦憲法法院裁判集第 100 卷第 313 頁（第 361 頁），關於基本法第 10 條部分）。當事人在不知情

之情況下，既無法主張監聽取得資訊之違法性，亦無法主張銷毀監聽措施所錄存資訊之權利。由於監聽措施須秘密為之，故嗣後告知是允許的。如何保障受告知之權利，基本法並未規定其細節。基本法第 13 條僅要求當秘密取得資訊，但未規範資訊告知請求權或當事人之權利未能適當維護時，即應採取告知行為（參見聯邦憲法法院裁判集第 100 卷第 313 頁（第 361 頁），關於基本法第 10 條部分）。由基本權利所產生之告知義務所受之限制應等同於基本權利本身所受之限制。若為住宅監聽措施之告知將導致住宅監聽措施之目的無法達成時，對告知予以相當之限制，並不因此有違憲之虞。

此外，依基本法第 19 條第 4 項對權利保護有效性保障之規定，原則上當符合請求法院為權利保護之可能性要件具備時，即應為告知。當然不排除法律規定對於依基本法第 19 條第 4 項權利保護請求權之限制（參見聯邦憲法法院裁判集第 100 卷第 313 頁（第 364 頁））。依基本法第 13 條第 1 項及第 19 條第 4 項之規定，當事人原則上有權請求，得知其住宅監聽措施之下命及執行。此一告知義務之限制來自對基本法第 13 條第 1 項及第 19 條第 4 項基本權利之侵害，在此需要有一正當化之基礎，無須同時要求比例原則（參見聯邦憲法

法院裁判集第 100 卷第 313 頁（第 365 頁，第 398 頁以下））。因為遲延告知義務亦將導致遲延權利救濟之可能性，並且使得對住宅監聽措施有效之權利保障隨著時間而降低，故遲延告知應限於絕對之必要性。

b) 刑事訴訟法第 101 條第 1 項第 1 句所稱之當事人，應考慮告知義務之目的而予以確定之。

告知義務係為了保障所涉及之基本權利能夠有效的保護。其中應告知所採取侵害其基本權利之秘密監聽措施，並因此具備權利保護之可能性，並須提供予以聽審之權利。對住宅為監聽措施之對象，雖無須限於犯罪嫌疑人。但其對基本權利所為之侵害卻不以此為限。

因此刑事訴訟法第 101 條第 1 項規定所稱之當事人，除犯罪嫌疑人之外，尚包括住宅被監聽之所有人及居住者。

告知義務原則亦應包括在被監聽住宅中作客或偶而停留者，其依基本法第 2 條第 1 項可連結第 1 條第 1 項在生活中所保障之權利，及其資訊自決權（*informationelles Selbstbestimmungsrecht*）皆受到了侵害。

當然告知義務之範圍，除主要監聽之對象外，亦有可能予以擴大。特別是當監聽措施並無可資利用之結果時。除此之外，告知義務亦可能受到實際上之阻礙，即在犯罪偵查機關無

法確定被監聽者身分之情形。而查詢確認其他當事人之身分，可能對受監聽者及其他當事人之基本權利造成更嚴重之侵害。告知義務是否履行在此種情況尚應為利益之衡量。其中一方面衡量監聽措施之密度對其具有之意義，特別是對於不知其身分之當事人予以監聽及錄存之談話範圍及內容，另一方面，衡量為確認當事人身分所需付出之成本，以及此一過程對主要監聽對象及其他當事人將造成何種之傷害。

c) 刑事訴訟法第 101 條第 1 項第 1 句允許遲延履行告知住宅監聽措施義務所列舉之理由，僅有部分合憲。

aa) 當未危及調查目的及其他人之身體及生命時，即應將住宅監聽措施告知刑事訴訟法第 101 條第 1 項所稱之當事人，在憲法上並無任何疑慮。而遲延告知義務的理由應足夠重大，以至於將告知義務之限制予以正當化。

bb) 依刑事訴訟法第 101 條第 1 項規定，當告知住宅監聽措施將導致危及公共安全或繼續運用未公開之偵查犯罪公務員時，告知住宅監聽措施之義務可遲延為之，此依規定不符基本法第 13 條第 1 項、第 19 條第 4 項及第 2 條第 1 項連結第 1 條第 1 項之規定。

(1) 告知義務可因公共安全 (öf-

fentliche Sicherheit) 此一概括條款 (Generallausel) 之概念而遲延為之，公共安全之概念一般係於警察及秩序法 (Polizei-und Ordnungsrecht) 中使用，惟其十分廣泛，實際上包括所有在法秩序中所保護之法益在內 (關於公共安全之概念參見聯邦憲法法院裁判集第 69 卷第 315 頁 (第 352 頁))。然而並非所有涉及之法益均足以延遲告知義務之履行。因此立法者必須更一步地表明那些在公共安全概念下之法益係其認為重要者，而足以將延遲甚或排除告知秘密進行基本權利侵害之行為予以正當化。但立法者並未如此規範。

(2) 因危及繼續運用未公開偵查之公務員，亦不足以正當化延遲告知住宅監聽措施之義務。

繼續運用政府探員不僅涉及實施住宅監聽措施之犯罪偵查程序。否則此一要件在多數情形下，尚且含括對犯罪偵查目的危害之結果。很明顯的只要告知義務之履行危及繼續運用臥底探員於其他犯罪偵查程序，即足以遲延告知義務之履行。因此此一標準係繫於在住宅監聽措施中所進行之各種犯罪偵查程序。若立法者主要是在排除特別是對臥底探員及其家屬之身體及生命之危害時，此一危險狀態已可包括在前述 aa 所論及之選項中。繼續運用臥底探員之可能性並非同樣重要之請求。其可能導致告知義務長

期的遲延。告知義務將因此在不可預見的時間內被排除，且最後尚繫於犯罪偵查機關對未來犯罪偵查策略之考量。此種情形有違憲法保障在此受侵害基本權利而要求維護其有效之權利救濟之本旨。

d) 當法院依刑事訴訟法第 101 條第 1 項第 2 句規定，在不斟酌遲延期間長短的情形下，對遲延告知義務僅為一次性介入決定時，憲法上對告知義務之要求，在程序法上即未得到充分之保障。

在當事人無從自己防衛時，由獨立機關審查繼續維持國家侵害行為之秘密性是基本權利保障之要素（參見梅克倫堡—弗波曼邦憲法法院裁判，MVVerfG, LKV2000, S.345 (355)）。當告知義務過六個月期限未履行時，法院方予以有效介入，並不因此有違憲之虞。但違憲之處在於長期的遲延告知義務亦僅需要法院一次性的審查。

聯邦政府所提之住宅監聽措施年度報告指出，住宅監聽措施在許多情形係在相當長的期間之後，方告知當事人。遲延告知義務之理由絕大多數是因為犯罪偵查尚在進行或因此危及犯罪偵查之目的。對當事人之權利保護而言，遲延告知之決定，由法院審查是重要的。為確保遲延告知義務亦可限於絕對必要之情形，需要法院予以定期審查。當事人已受告知，並可

自己在法院防衛基本權利時，此處法官保留所具有之基本權利保障功能亦不再重要。

依刑事訴訟法第 100 條第 1 項第 1 句之規定，在住宅監聽措施結束四年後，檢察署有向最高司法行政機關報告義務（參見下述 VI），其僅每年度為之，其無法官適當之介入。

2. 刑事訴訟法第 101 條第 1 項第 3 句後段為關於管轄之規定，亦與基本法不符。在提起公訴後，由案件繫屬法院裁定是否遲延告知義務。此一規定侵害了依基本法第 103 條第 1 項規定之法定聽審請求權（Anspruch auf rechtliches Gehör）。反之，刑事訴訟法第 152 條第 4 項則無違憲之虞，其規定當告知義務履行要件成立時，對住宅為監聽措施之相關資料方移至主要卷宗中。

a) 依刑事訴訟法第 101 條第 4 項第 1 句規定，對住宅為監聽措施之相關資料由檢察署保管，即使未提出於案件繫屬法院，而犯罪嫌疑人因此亦未能檢視，此一規定並未違憲。

aa) 由基本法所保障之法定聽審權並未包括法院有義務讓犯罪嫌疑人有知悉法院未具備之資料之可能性。犯罪嫌疑人有權檢視之卷宗內容，以事實上存在於法院之卷宗為限（參見聯邦憲法法院裁判集第 63 卷第 45 頁（第 59 頁以下））。

bb) 就公平審判權之對象而言，

對住宅為監聽措施之資料與其餘訴訟卷宗分離，而由檢察署保管，亦不違背此一原則。

公平審判程序之要求不僅是針對法院特別是所有其他對刑事訴訟法程序有影響之機關均應予以尊重。當檢察署認為有刑事訴訟法第 101 條第 1 項所訂遲延告知義務之事由存在，須保管針對犯罪嫌疑人所為之調查，而因此原本應列入主要卷宗之資料時，亦應尊重此一原則（參見聯邦憲法法院裁判集第 63 卷第 45 頁（第 62 頁））。此種情形可能導致所有形式上程序權利之維護遭到嚴重之不利。尤其是不能排除因住宅監聽措施所取得之資訊包括對犯罪嫌疑人不利之處。

就憲法層次而言，因住宅監聽措施所取得之資訊由檢察署在分離之檔案中保管，須尊重法治國家之基本原則，且此一檔案具有維護憲法上保障利益之必要時，即不得脫離法院之判斷（參見聯邦憲法法院裁判集第 57 卷第 250 頁（第 283 頁以下））。

此一檔案保管之合憲性繫於依刑事訴訟法第 101 條第 1 項第 1 句規定遲延告知義務事由的重要性。就危及犯罪偵查目的及其他人之身體及生命而言，並無明顯的違憲之虞。危及犯罪偵查目的應僅限於針對犯罪嫌疑人本身所為之犯罪偵查程序。因此此一要件至遲在提起公訴後即不具正當

化，不應再予以考慮。反之，危及他人之身體及生命則在審判程序進行中，仍可作為保留住宅監聽措施資訊之理由（亦可參見聯邦憲法法院裁判集第 57 卷第 250 頁（第 284 頁））。當然刑事追訴機關應衡量所有之可能性及事件之意義，以釐清是否需要保管住宅監聽措施資訊，其中涉及秘密監聽所得資訊對犯罪事實調查之必要性，以及不得再對程序參與者之相關權利造成不必要之侵害（參見聯邦憲法法院裁判集第 57 卷第 250 頁（第 285 頁））。

與此相對的是其他遲延告知義務之事由—危及公共安全及繼續運用臥底探員—在其不符憲法意旨之範圍內，不可正當化保留住宅監聽措施之資訊（參件上述 C IV 1 c bb）。

b) 依刑事訴訟法第 101 條第 1 項第 3 句後段規定，在提起公訴後，為求訴訟經濟（Prozessökonomie），國家保護專庭對裁決遲延告知義務之管轄由案件繫屬法院所取代，但這不足以重要到使得對法定聽審請求權之侵害予以正當化。

基本法第 103 條第 1 項規定保障刑事法院所為之裁判僅得依據犯罪嫌疑人得予以發表意見之事實及證據。程序基本權利（Verfahrensgrundrecht）可以阻止法院，就其所知悉但犯罪嫌疑人未知悉之事實，對犯罪嫌疑為不利之使用（參見聯邦憲法法院裁判集

第 63 卷第 45 頁 (第 59 頁))。此一原則不得透過以下之形式而予以減損，即在法院提出之特定資訊，但對犯罪嫌疑人為保留，使其既無法在言詞審理時表示看法，亦無法在裁判理由中得知其脈絡。

即使法院基於證據採納直接性之程序原則，並在言詞審理中阻止此等資訊在形式上之使用，但自犯罪嫌疑人之角度而言，其有理由擔心法院不排除在其判決構成中使用此一非正式之證據資料。此一秘密保留之事實只向刑事法院公開，而不向被告公開，因此違反基本法第 103 條第 1 項之規定 (參見聯邦憲法法院裁判集第 57 卷第 250 頁 (第 288 頁)；第 101 卷第 106 頁 (第 129 頁))。若承認行政機關有維持住宅監聽措施繼續保密之權利，在刑事訴訟程序中，住宅監聽措施所得資訊即不得作為不利於被告之使用。當因住宅監聽措施而取得有保密需要之資訊僅對受訴法院公開，即使法院在裁判理由阻止此一資訊之使用，亦將導致被告之權利保護地位為之惡化。

V.

在考慮前揭標準的情況下，履行告知義務後，當事人對於住宅監聽措施之為嗣後權利保護已為足夠之確保。

基於對住宅為監聽措施之高度侵害，立法者於刑事訴訟法第 100d 條

第 6 項明定依刑事訴訟法第 100c 條第 2 項第 5 句所稱之犯罪嫌疑人及住宅所有人，得於住宅監聽措施結束後，向法院聲請審查下命為住宅監聽措施及其執行方式及手段之合法性。此一規定符合基本法第 19 條第 4 項請求有效權利保護之權利。當然在提起公訴後，係由案件繫屬法院對此一聲請為裁判，惟依基本法第 103 條第 1 項規定之精神，應限於被告已被告知住宅監聽措施及得以閱覽相關資料之情形。除此之外，受訴法院將如同刑事訴訟法第 101 條第 1 項第 3 句之情形，其所知之事實係被告無法陳述意見者。

其餘因住宅監聽措施而涉及之人有權依刑事訴訟法第 304 條規定提出抗告，請求法院為嗣後之審查。刑事訴訟法第 100d 條第 6 項限於犯罪嫌疑之人及住宅所有人之規定，不得反而解釋為其他因住宅監聽措施而涉及之人，即無嗣後提出權利救濟之可能性。刑事訴訟法第 100d 條第 6 項係對於下命為住宅監聽措施嗣後權利救濟之特別規定。並非排除其他人依刑事訴訟法規定，對住宅監聽措施提出權利救濟之可能性。

基於有效權利救濟之要求，第三人不符住宅監聽措施而提出抗告時，不得僅因下命為住宅監聽措施已執行且執行完畢，而認為抗告不合法 (參見聯邦憲法法院裁判集第 96 卷第 27

頁（第 39 頁以下）；第 107 卷第 299 頁（第 337 頁以下）。下命對住宅為監聽措施已因其侵害基本法第 13 條第 1 項或第 2 條第 1 項連結第 1 條第 1 項規定之程度，而通常具有權利保護之利益。基本法對採取此等措施，規定應事前由法官決定時，即係對基本權利造成嚴重侵害之間接證明（Indiz）（參見聯邦憲法法院裁判集第 96 卷第 27 頁（第 40 頁））。依基本法第 13 條第 3 項規定所為之住宅監聽措施正是此種情形。要求法院嗣後對住宅監聽措施審查其合法性之可能性，自亦包括那些非住宅監聽之對象，但卻被監聽者在內。

VI.

由提起第二案憲法訴願之憲法訴願人所提出，主張對於聯邦政府報告義務之法律規範違憲為無理由。

1. 第二案憲法訴願人主張法律對聯邦政府報告義務之類型及範圍未為完整具體之規範，以至於嗣後之法律救濟無法由聯邦眾議院之監督所取代，此一指責並無根據。依刑事訴訟法第 100e 條所規定之報告義務，立法意旨並非由聯邦眾議院進行合法性監督（Rechtmäßigkeitkontrolle），並由其所設之委員會為之。依基本法第 13 條第 6 項所為之審查並非作為國會對個別措施事後之合法性監督，而是為了維護國會在政治上之責任，特別是以立法者之地位規定住宅監聽

措施之適當性及其實施結果。這是屬於國會針對行政權之一般監督功能（參見聯邦眾議院公報第 13 卷第 8650 期第 5 頁，BTDrucks 13/8650, S.5）。基本法第 13 條第 6 項並未規定具有依基本法第 10 條所創設之委員會的任務，亦即國會監督權之行使，依基本法第 10 條第 2 項第 2 句、第 19 條第 4 項第 3 句規定，其得以取代向法院提起之權利救濟。

2. 憲法訴願所提出之疑問，即聯邦政府之報告義務是否在刑事訴訟法第 100e 條已為完整之具體規範，使國會得以有效地進行比例原則及住宅監聽結果之事後審查，惟最高聯邦機關間彼此之法律關係，並未涉及憲法訴願人本身之權利。因此所提出之疑慮，亦不應於本案中處理。刑事訴訟法第 100e 條對聯邦政府報告義務之法律規範符合基本法第 13 條第 6 項規定之精神。

立法者雖然只有在刑事訴訟法第 100e 條第 1 項對檢察署所提之報告內容予以具體之規定。但其亦得作為依刑事訴訟法第 100e 條第 2 項所完成之各邦政府，以及以此為基礎之聯邦政府報告內容之具體化。此外，依刑事訴訟法第 100e 條第 1 項對檢察署報告義務之詳細規範，並未達到立法者所預期之效果，上述報告因此應全面予以具體化，以維護基本法第 13 條第 6 項規定之國會監督功能。

因此各邦司法行政機關應提供相關資訊，供聯邦政府履行其依基本法第 13 條第 6 項連結刑事訴訟法第 100e 條第 2 項規定之報告義務。各邦司法行政機關尤其是仰賴以檢察署之報告為基礎。

VII.

刑事訴訟法第 100d 條第 5 項第 2 句及第 100f 條第 1 項關於使用個人資料於其他程序之規定，其未規定有義務標示再度移轉使用之資料，就此而言，與基本法第 13 條第 1 項、第 2 條第 1 項及第 1 條第 1 項規定不符。

1. 第二案之憲法訴願人指摘依刑事訴訟法第 100d 條第 5 項及第 100f 條第 1 項規定，對於個人犯罪偵查目的而為住宅監聽措施所取得之資訊，並無再度移轉使用之期限。非作為合法提起憲法訴願標的之系爭法規，當其違憲與否影響至其他合法提起訴願標的之系爭法規時，本院將基於現存之規範關聯性 (Regelungszusammenhang)，依職權對其為合憲性之審查 (參見聯邦憲法法院裁判集第 30 卷第 1 頁 (第 29 頁))，當其作為整體規範之必要部分時，亦同 (參見梅克倫堡—弗波曼邦憲法法院裁判，MVVerfG, LKV 2000, S. 345 (347))。本案情形正是如此。秘密對住宅為監聽措施之範圍自然包括偶然取得在內之所得資訊如何使用

(刑事訴訟法第 100d 條第 5 項) 之問題。

基本法第 13 條第 1 項、第 2 條第 1 項及第 1 條第 1 項規定之保障功能不僅在於因侵害其特定空間私生活之資料及資訊取得，尚包括其移轉使用 (參見聯邦憲法法院裁判集第 100 卷第 313 頁 (第 360 頁))。因為憲法關於資訊取得之判斷繫於資訊得以使用之關聯性及其保障措施，特別是涉及個人資料保護法方面之規定。若資料後續之使用無憲法上之足夠之保障措施時，資料之取得亦屬違憲。惟上述規定並無足以導致住宅監聽措施取得資訊違憲之效果。

而刑事訴訟法第 100f 條第 2 項規定在此並非作為違憲審查之標的。其係關於依警察法上預防措施 (präventiv-polizeiliche Maßnahmen) 所為住宅監聽措施所取得之資訊，在刑事訴訟程序中使用關於個人資訊部分之規範。於本案因犯罪偵查目的而為住宅監聽措施相關規定之審查，當依警察法上之預防措施而取得之資訊於刑事訴訟法程序中使用係違憲時，審查標的方得以擴張之。刑事訴訟法第 100f 條第 2 項規定尚非依基本法第 13 條第 3 項規定實施住宅監聽措施相關法規之必要部分。

2. 刑事訴訟法的 100d 條第 5 項第 2 句及第 100f 條第 1 項規定並無違憲之處，特別是關於因住宅監聽措

施所取得個人資訊變更其使用目的之許可亦無違憲之虞。

a) 因住宅監聽措施所取得個人資訊及資料之儲存及使用原則上應受其取得原因之犯罪偵查目的所拘束（參見聯邦憲法法院裁判集第 100 卷第 313 頁（第 360 頁）關於基本法第 10 條部分）。所取得之資訊作為其他犯罪偵查之目的使用，基本上已構成一個獨立的基本權利侵害，因為基本法第 13 條第 1 項之保障不限於在住宅內及住宅內取得資訊之階段，尚包括其移轉使用（參見聯邦憲法法院裁判集第 100 卷第 313 頁（第 360 頁）關於基本法第 10 條部分）。

雖然一般而言，目的拘束原則不排除目的之變更，但其需要在形式及實質上合憲之法律基礎。諸如因一般超越基本權利保障利益之公益而為之目的變更。新的使用目的須涉及行政機關具有得以傳遞個人資料之任務及職權，並為內容清楚之規範。最後資料取得之使用目的和變更後之使用目的不得彼此矛盾（參見聯邦憲法法院裁判集第 65 卷第 1 頁（第 52 頁，第 62 頁）；第 100 卷第 313 頁（第 360 頁））。

b) 上述要求在系爭法規中有合理之規範。

依刑事訴訟法第 100d 條第 5 項第 2 句規定，依刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款規定採取之住宅監聽

措施取得之個人資料，僅得於為偵查刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款所列舉之犯罪行為時，方得於其他刑事訴訟程序中作為證據使用。此外，依刑事訴訟法第 100f 條第 1 項規定，此一個人資料得於在個案中為防止對個人之生命，身體或自由或重大之財物或財產價值現有危害時，始得予以使用之。立法者已透過上述規定對個人資料之使用為法律之特別限制。其亦不影響刑事訴訟法第 477 條第 2 項一般規定之適用（參見 Franke, in: Karlsruhe Kommentar zur Strafprozessordnung, a.a.O., §477 Rn.3 m.w.N.）。

aa) 上述規範之目的具有其憲法基礎。個人資料及資訊得於為偵查其他特別重大之犯罪所為及在個案中阻止對更重大法益之現有危害時，予以使用之。立法者亦就個人資料得以使用之特別範圍予以精確的規範（參見聯邦憲法法院裁判集第 100 卷第 313 頁（第 389 頁））。此一規範將接收個人資料的行政機關任務與犯罪偵查及危險防制相連結，並限制其使用目的在於偵查特別重大犯罪行為清單中之犯罪所為及阻止特別之危害。

bb) 此一使用目的符合原先實施住宅監聽措施之使用目的。當使用目的之變更所使用之範圍涉及基本權利之限制，而個人資料原本依據變更使用後之目的係無法或依比例原則手段

及方法取得時，即屬變更使用目的不符原使用目的之情形（參見聯邦憲法法院裁判集第 100 卷第 313 頁（第 389 頁以下））。惟系爭法規並未不存在此種情形。

c) 立法者對於個人資訊在其他刑事訴訟程序中之使用，依刑事訴訟法第 100d 條第 5 項第 2 句之規定，僅限於為偵查於刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款所列舉之犯罪所為。而透過住宅監聽措施所取得之資料，僅得使用於在此一犯罪所為清單中在抽象及具體個案中特別重大之犯罪所為（關於特別重大之犯罪所為參件上述（II 3 b dd (1)）。此一限制不僅是針對狹義的證據目的使用，亦係注重作為使用於偵查犯罪所為之線索。此外，於後續程序中使用得自住宅監聽措施之資訊，可能產生並無具體嫌疑有犯罪所為清單中之犯罪所為。故取得此等資訊時之嚴格要件，亦應於使用此一資訊於其他程序中適用之。

利用因住宅監聽措施所取得資訊的前提是基於具體之犯罪嫌疑存在。當所得之事實不足以認定有犯罪嫌疑存在，因無法作為對其為住宅監聽措施之基礎時，自不得將因住宅監聽措施取得之個人資料使用於其他犯罪偵查程序中（參見聯邦憲法法院裁判集第 100 卷第 313 頁（第 394 頁））。依刑事訴訟法第 100c 條第 1 項第 3 款規定之補充原則，亦應於依刑事訴

訟法第 100d 條第 5 項第 2 句規定之程序予以尊重。故只有在其他刑事訴訟程序中，調查事實無此一資訊係不可能之事或顯有重大困難時，方得利用此一個人資訊。在此比例原則對於前述採取其他調查方式之困難程度有較低之要求，因為此一對個人不利之資訊已確定取得，因此不存在預測是否取得之不確定性，而其他的證據取得方式同樣亦會造成當事人基本權利之侵害。

已取得之個人資訊在其原本之犯罪偵查程序中尚未使用，但仍使用於其他之程序，因為刑事訴訟法第 100d 條第 5 項第 2 句只是依法取得之資訊如何使用之要件。法律上及憲法上直接的禁止使用原則在移作他用或於偶發情形使用時，皆應與在其原本之犯罪偵查程序中使用同樣受到尊重（參見 Rudolphi/Wolter, a.a.O., §100f Rn.6 und 7, 2000 年 10 月版）。

(2) 依刑事訴訟法第 100f 條第 1 項後段規定，將在刑事訴訟法程序中所取得之資訊轉交給警察機關作為危險預防之用，應符合使用目的變更之基本原則。因為個人資料係透過一個嚴重侵害基本權利之方式取得，若移轉使用之範圍將造成等同於住宅不可侵犯基本權利之侵害時，其資訊使用標準之降低將有違憲之虞（參見聯邦憲法法院裁判集第 100 卷第 313 頁（第 394 頁））。依刑事訴訟法第

100c 條第 1 項第 3 款取得之個人資料依法律規範轉交於行政機關作為警察法上防止犯罪之目的時，應考慮憲法上之評價，其涉及基本法第 13 條第 4 項對於侵害措施優先性之規定。

依據刑事訴訟法第 100f 條第 1 項後段所定之標準，並無違憲之虞。此一規定所要求之危害程度及保護法益之位階，與依基本法第 13 條第 4 項依警察法上防止犯罪目的所為住宅監聽措施之要件相當。

刑事訴訟法第 100f 條第 1 項關於「防止」（Abwehr）及「在個案中」（im Einzelfall）之構成要件要素明示轉交個人資料僅於警察法上構成具體危害時，始得為之。與基本法第 13 條第 4 項不同的是，刑事訴訟法第 100f 條第 1 項未要求轉交個人資料須出於急迫之危害。然依刑事訴訟法第 100f 條第 1 項基於基本法第 13 條第 4 項所為合於憲法之法律解釋，此一危害自須急迫。

刑事訴訟法第 100f 條第 1 項以危及個人生命，身體或自由之法益為前提，其重要性已足以作為依基本法第 13 條第 4 項規定對住宅為監聽措施。單純之身體傷害（刑法第 223 條）不符此一要件。刑事訴訟法第 100f 條第 1 項關於危及重大之財物及財產價值，亦須考慮基本法第 13 條第 4 項之要件，即有典型之危險潛在性。危及財物及財產價值之重要

性，應符合修憲者在基本法第 13 條第 4 項所欲維護法益之價值。

3. 立法者未對於轉交使用之資訊，規範應標明本身住宅監聽措施所取得者，關於此點不符基本法第 13 條第 1 項及第 2 條第 1 項連結第 1 條第 1 項之規定。

只有當資訊取得來源可清楚辨識其係來自住宅監聽措施時，資訊使用目的之拘束性方得以確保。因此對於個人資料來源之標示係來自憲法上之要求（參見聯邦憲法法院裁判集第 100 卷第 313 頁（第 360 頁以下））。立法者就個人資料取得之機關及接受之機關，應透過來源標示義務確保使用目的之拘束性。否則自住宅監聽措施所得之個人資料將以其他方式儲存，並與其他個人資料混合，以至於無從辨識其取得來源（參見聯邦憲法法院裁判集第 100 卷第 313 頁（第 396 頁以下））。這將導致在刑事訴訟法第 100f 條第 1 項所規範之使用目的限制淪為具文。

VIII.

刑事訴訟法第 100d 條第 4 項第 3 句、第 100b 條第 6 項關於資料銷毀之規定，如同個人資料移轉使用之規定般，與個人資料取得之規範有憲法上重要之規範關聯性，而此一規定亦違反基本法第 19 條第 4 項。關於個人資料銷毀之規定在不考慮其係逾期提起憲法訴願之訴願標的的情形

下，基於相同的理由，與個人資料使用之規定一樣納入違憲審查之範圍（參見上述 VII）。

基本法第 13 條第 1 項關於個人資料之進一步保護，雖要求合法取得之個人資料，一旦依其所取得之目的不再需要時，原則上即應銷毀（參見聯邦憲法法院裁判集第 100 卷第 313 頁（第 362 頁））。而關於個人資料銷毀之規定同時亦須符合有效地權利救濟之要求。在此可能會存在一個特別之衝突狀況，即一方面為符合個人資料保護而銷毀不再需要之個人資料，而另一方面銷毀個人資料將導致增加有效權利救濟之困難，縱令不會徒勞為之，也會因為在個人資料銷毀後為審查僅存有限之可能性（參見 MVVerfG, LKV 2000, S. 345 (354)）。基於此一背景，個人資料銷毀之義務不應造成當事人對國家取得及運用個人資料之措施，向法院聲明不服淪為空談或遭到破壞（參見聯邦憲法法院裁判集第 100 卷第 313 頁（第 364 頁，第 400 頁））。

欲達成此一目標，須對當事人重要—原則上應予以推定—利益進行權利救濟或得以向主管性質調查其個人資料保護之要件，暫時不予以銷毀個人資料，但予以封存之，除了提供當事人資料外不得作為其他用途，並得以在法院審查時使用之。當確認個人資料毋庸提供法院審查取得個人資料措

施合法性之用或不再需要提供時，此時個人資料即可予以銷毀（參見聯邦憲法法院裁判集第 100 卷第 313 頁（第 400 頁））。

上述之保護措施並未於刑事訴訟法第 100d 條第 4 項第 3 句及第 100b 條第 6 項予以規範。刑事訴訟法第 100d 條第 4 項第 3 句係準用同法第 100b 條第 6 項之規定，後者係關於電話監聽所得個人資料銷毀之規定。依上述規定，透過住宅監聽措施取得之資料不再需要作為犯罪偵查之用時，即應在檢察署之監督下予以銷毀。刑事訴訟法第 100d 條第 4 項第 3 句及第 100b 條第 6 項無法得出對權利救濟之可能性之確切解釋。一旦住宅監聽措施取得之資訊不再需要時，上述規定便毫無限制地予以銷毀之。

IX.

刑事訴訟法系爭規定和基本法不符之部分，立法者有義務至遲於 2005 年 6 月 30 日前修正至合憲之狀態。

在上述期間前，現有規定在考量人性尊嚴保護及比例原則之情形下，可繼續適用之。刑事訴訟法第 100d 條第 3 項第 5 句在此一期間適用之標準，應由刑事訴訟法第 100d 條第 2 項所稱之法院依職權在準備程序中決定其可否轉移使用。依刑事訴訟法第 100d 條第 4 項第 1 句及第 101 條第 1

項第 2 句規定所為之裁判，在提起公訴後，亦應由刑事訴訟法第 100d 條第 2 項所稱之法院為之。

D.

本裁判依聯邦憲法法院第 34a 條第 2 項及第 3 項規定徵收費用。

法官：Papier Jaeger Haas
 Hömig Steiner
 Hohmann-Dennhardt
 Hoffmann-Riem Bryde

不同意見書

由 Jaeger 及 Hohmann-Dennhardt 法官對 2004 年 3 月 3 日第一庭判決—1 BvR 2378□99—所提出之不同意見書（Abweichende Meinung）。

我們不同意本判決在 C I 部分之理由。依據我們的觀點，基本法第 13 條第 3 項與第 79 條第 3 項不符，並因此無效。但我們同意本判決 C I 至 II 部分之理由，其對於為犯罪偵查目的而以科技設備對住宅為監聽措施之部分法律規範為違憲之宣告。

I.

1. 基本法第 79 條第 3 項禁止涉及於基本法第 1 條及第 20 條所規範之基本原則成為修憲標的。保護私人住宅成為最具私人性質之私人生活領域亦屬前述之基本原則，蓋其係維持一個要求及尊重人性尊嚴保護之秩序所不可或缺者。在此我們同意本庭多數意見，即在基本法第 13 條第 1 項

規定所保障之住宅不受侵犯中亦承認有人性尊嚴之保護。因為個人之人格發展需要隱密的空間（Rückzugsräume），在那兒個人可以不用擔心對其表達方式有任何監視行為，並與可以信賴的人論及個人之觀點及彼此溝通。在科技已可能舉世追蹤及紀錄任何人的任何行動及通訊的今日，私人住宅提供個人在任何時候都不可或缺的最後安樂窩（letztes Regugium），在此其得以不受監視地宣示其思想之自由。私人住宅因此係作為維護人性尊嚴方法之場所。

2. 多數意見則正確地指出憲法上對私人住宅之絕對保護，限於個人在其中之行為舉止係人性尊嚴所欲保護者：並非所有在私人住宅內所為之談話皆屬最具私人性質。但在私人住宅中所為之個人感觸及意見之表達及交換，則屬維護人性尊嚴所應絕對保護者。

當然基於私人住宅的封閉性質，由外部通常無法辨識住宅內是否在特定時間有最具私人性質之事物，或涉及其他領域或公共利益之談話產生。如何對之為判斷，僅能依據住宅內之談話內容區別之。所以在私人住宅者較營業場所，與親近可信賴者較交易對象或相識之人談話，更能推定其屬於最具私人性質之領域。可以確定的是，是否涉及最具私人性質之領域，首先須突破住宅之封閉性，以瞭解其

中究竟發生了什麼事。但因此即已侵犯透過本身四面牆壁所絕對保護之私密空間。若須對關在門後屬於私人生活絕對保護私人領域為具體之確認，將導致首先須忍受持續對此一核心領域之侵害，而此正是基本法第 79 條第 3 項所欲阻止者，基於維護人性尊嚴而保障個人自由表現之可能性，因此無論如何對於犯罪嫌疑人單獨停留，與家屬或顯然是親近可信賴者之私人住宅，應屬於提供其用於最具私人性質溝通之空間。其因此享有如基本法第 13 條第 1 項廣泛之保障。

II.

基本法第 13 條第 3 項規定已逾越基本法第 79 條第 3 項為侵害基本法第 13 條第 1 項住宅不可侵犯性所定之實質上界限。其授權法律對特別重大犯罪行為之犯罪嫌疑人推定停留之住宅，為犯罪偵查用的而科技設備為監聽措施，並有可能秘密監聽到最具私人性質之談話狀態。

1. 由基本法第 13 條第 3 項規定對住宅不可侵犯所為之干預，雖然以諸多要件為前提，其係基於此一基本權利之高位階（參見聯邦眾議員 Schily 在第 13 屆聯邦眾議院 1997 年 10 月 9 日第 197 次會議之發言，錄音紀錄第 189 卷第 17685 頁），而予以此一標準之限制，以採取必要措施有效打擊組織犯罪（參見聯邦司法部長 Schmidt-Jortzig 之發言，前揭

書，第 17679 頁）。故對住宅為監聽措施僅得於有事實足認嫌疑特別重大之犯罪行為，且僅得作為最後手段。其應以犯罪嫌疑人推定可能停留之住宅為限，並有期間限制，且須由合議庭法官下命為之。如何確保採取此種犯罪偵查手段不會侵犯私人生活不可侵犯之核心領域，基本法第 13 條第 3 項的文字中並未包括此一意旨。

2. 由上述國會討論過程觀之，有疑問的是，是否立法者對於住宅監聽措施有進一步限制之意圖。在本判決雖然正確地指出，依據聯邦眾議院法律委員會基本法修正案（基本法第 13 條）之報告，在涉及私人生活不可侵犯之核心領域時，住宅監聽措施即應終止，以保障其與最親近家屬間最具私人性質之談話，此外與各種不同職業團體成員間具有其他方面憲法保障性質之談話亦同（參見聯邦眾議院公報第 13 卷第 9660 期第 4 頁，BTDrucks 13/9660, S.4）。針對基本法第 13 條第 3 項為更進一步限制之修正動議被多數議員否決（參見前揭公報第 2 頁及第 3 頁）。在聯邦眾議院接下來的讀會中，某些辯論的論述指出若對住宅監聽措施為更進一步之限制，將使得此一犯罪偵查手段之有效性打上問號。而聯邦眾議員 Geis (CDU/CSU, 基督教民主聯盟/基督教社會聯盟) 認為與有拒絕證言權者間之談話採取

證據取得禁止法則（Beweiserhebungsverbot）不利於此次之修憲（參見第 13 屆聯邦眾議院 1998 年 1 月 16 日第 214 次會議，錄音紀錄第 191 卷第 19519 頁以下）。聯邦眾議員 Shily（SPD 社會民主黨）亦贊同此一見解，其指出對於此類人員之談話加以保護，將使得任何犯罪偵查措施從一開始就失去功用（參見前揭錄音紀錄第 19545 頁）。當時的下薩克森邦內政部長亦指出此一危險，即與有拒絕證言權間之談話採取證據取得禁止法則，係國家為重大犯罪者所設的保護區，可提供其行為指導方針（Handlungsanleitung），使其犯罪行為如何在國家的犯罪偵查措施下，最不受阻礙地予以進行（參見前揭錄音紀錄第 19552 頁）。

雖然在法律層面，最後刑事訴訟法第 100d 條第 3 項之立法，規定與刑事訴訟法第 53 條所稱有職業秘密保護義務者間之談話仍採取證據取得禁止法則。反之，對於與刑事訴訟法第 52 條有權拒絕證言者間之談話則僅在比例原則之考量下，採取證據使用禁止法則，但基本法第 13 條第 3 項卻未為相應之修正。即使此一法律層面之修正係反映了立法者的立場，惟基本法第 13 條第 3 項所包含對住宅監聽措施之內在限制（immanente Schranke）即失其附麗原本透過基本

權利規範絕對保障與家屬及最親近可信賴者間之最具私人性質之談話，即不再受到保護，因為其得以科技設備監聽之，其使用與否僅就法律層次規範以比例原則衡量之。

其造成之後果是親屬的拒絕證言權有部分被掏空，而證據使用禁止法則僅能為一種半調子的保護。知悉此等談話之內容將無法避免，且將影響犯罪偵查機關對犯罪嫌疑人之追訴，甚或對第三人為之。而與犯罪嫌疑人間無犯罪嫌疑人之談話對象，特別是其住宅而非犯罪嫌疑人之住宅受監聽者，即成為國家犯罪偵查之客體，而其與被監聽者緊密之關聯及彼此間在住宅內享有之信賴氣氛將消失殆盡。

III.

我們不能同意多數意見所稱，基本法第 13 條第 3 項之增訂可透過合於憲法或憲法體系之解釋，使其得以合憲。

1. 憲法規範之解釋不得獨自考量，而應符合基本法重要之基本原則及其價值秩序（參見聯邦憲法法院裁判集第 19 卷第 206 頁（第 220 頁））。修憲是否逾越基本法第 79 條第 3 項修憲界限之問題，並非就現有基本權利規範間之矛盾觀察之，而係就其是否觸及基本法第 1 條及第 20 條所規範之基本原則論之。因此修憲應以此等基本原則衡量之，而非以其他標準為解釋，以違憲之文字導

致合憲之結果。

a) 基本法第 79 條第 3 項對修憲者設下之限制，應作為例外規定來嚴格解釋，以避免下列之危險，即修憲之範圍最後並非由作為民主正當性機關之國會，而透過聯邦憲法法院之解釋決定之。基本法第 79 條第 3 項當然有其重要意義，即制憲者特定之基本決定對基本法的持續及效力是牢不可破的 (unverbrüchlich)，因此制憲者對此亦為不可成為修憲標的之宣示，因為其已成為我們憲法秩序的支柱 (Eckpfeiler) (參見聯邦憲法法院裁判集第 30 卷第 1 頁; 不同意見第 33 頁 (第 38 頁以下))。修憲不得觸及基本法第 79 條第 3 項所指之基本決定者，因為其本身即構成違憲。

b) 本庭多數意見亦指出基本法第 13 條第 3 項以修憲方式授權為犯罪偵查目的對住宅以科技設備為監聽措施，並無足夠明顯之界限可以排除法律規定及其因此採取之住宅監聽措施對私人生活核心領域之侵害，故住宅監聽措施將使得基本法第 13 條與基本法第 79 條第 3 項規定不符。惟其又宣稱一實際上無法達成之目的，即「對基本法第 13 條第 3 項人性尊嚴內涵侵害風險可於執行住宅監聽措施時排除之」(參見上述第 315 頁)，本庭多數意見係藉由對基本法第 13 條第 3 項修正之憲法體系解釋，為其增添不成文之界限，並因此

緊縮對立法者實施住宅監聽措施之授權範圍。在此本庭多數意見再次以基本法第 13 條第 1 項人性尊嚴之內涵為基準，作為增添基本法第 13 條第 3 項不成文限制之解釋基礎。但住宅保障之人性尊嚴內涵因此喪失其作為修憲界限之功能，而淪為輔助一個原本為違憲之修憲成為合憲狀態之解釋工具。而由於修憲規範完全未提及此一上述不成文之限制，使其適足以逾越了基本法第 79 條第 3 項之界限。

c) 基本法第 79 條第 3 項不只要法秩序應謹守特定之標準，其最優先的是為了維護其本身在憲法中所羅列之基本原則 (參見 Lübbe-Wolff, DVBl 1996, S.825(834))。即使有人認為基本法第 79 條第 3 項原則上不應阻止修憲者對基本權利之維護以限制或甚至放棄人性尊嚴內涵為手段 (參見聯邦憲法法院裁判集第 94 卷第 49 頁 (第 103 頁以下))，只要基本法第 1 條第 1 項之保障仍受到維護即可，但依據我們的看法，基本法第 13 條第 3 項之實施已係對基本法第 13 條第 1 項予以違憲之限制，因此抵觸基本法第 79 條第 3 項規定。

基本法第 13 條第 3 項本身首先涉及基本法第 13 條第 1 項對私人住宅之基本權利保護範圍中關於人性尊嚴之內涵。此一人性尊嚴內涵之保護範圍係直接來自基本法第 1 條第 1 項，其不得因為其他憲法上所保護利

益所帶來之限制及衡平即受到影響。當然在此存在著彼此矛盾之憲法規範：當基本法第 1 條第 1 項對私人住宅內所宣示之秘密空間，為維護人性尊嚴而給予廣泛保護時，基本法第 13 條第 1 項連結第 3 項作為特別規定卻排擠了基本法第 1 條第 1 項，透過修憲允許侵害人性尊嚴領域。欲透過憲法解釋解決此一矛盾，須以保障人性尊嚴為重，修憲內容應退回此一界限，儘管已修憲之規範未如此為之，亦未如此表明之。其仍為表面合法之基本權利限制，惟其已不符基本法第 79 條第 3 項所保障之憲法標準。

在此一方面欠缺一個明確的規範，即修憲真正之作用及在何種範圍內可以授權立法者侵犯受保護之私人住宅。另一方面立法者對修憲規範之內涵解釋，在修憲規範未明示之情形下，而予以改變之。惟此一改變應只有修憲者方得為之（參見聯邦憲法法院裁判集第 30 卷第 1 頁；不同意見書，第 33 頁（第 38 頁））。此次基本法修正未能尊重基本法第 1 條第 1 項之要求，基本法之權限分工及法治國家基本原則中的規範明確性，均因此禁止憲法規範透過解釋限縮了基本法第 79 條第 3 項之界限，且在修憲規範所授權之法律中，因其違憲性質而予以補償性之規定。違憲之憲法規範係無法補正的。此一憲法規範不符

基本法第 79 條第 3 項規定，其係為了阻止透過基本法修正而侵犯作為憲法基礎之基本權利人性尊嚴內涵。

2. 本庭多數意見提出修憲規範之合憲性，可透過合於憲法之法律解釋之可能性，係以不合法之方式限制了基本法第 79 條第 3 項之適用範圍。其將導致依基本法第 79 條第 3 項所規範之修憲界限最後僅存修憲者將聯邦國秩序，基本法第 1 條或第 20 條本身予以全部廢除。而一只要基本法第 1 條及第 20 條仍係作為憲法解釋之基準—每一次修憲均可藉由基本法第 1 條或第 20 條之解釋增添不成文之內在限制，以協助其通過基本法第 79 條第 3 項合憲性之考驗。但制憲者不僅是在基本法第 79 條第 3 項排除諸如廢除基本法第 1 條及第 20 條之可能性，亦包括這兩條所宣示之基本原則。因此基本法第 79 條第 3 項之效力更為廣泛。其規範不得對作為法治國家原則或為確保人性尊嚴之基本權利地位開始予以動搖，並不得放棄整個法治國家，從而使得人性尊嚴無所附麗（參見聯邦憲法法院裁判集第 30 卷第 1 頁；不同意見書第 33 頁（第 47 頁））。因此基本法第 79 條第 3 項係為防衛我們憲法所憑藉之基本守則被逐漸拆解，故修憲應在文字上及授權立法者之規範上謹守基本法第 1 條及第 20 條所宣示之基本原則。若其已觸及時，基本法第

79 條第 3 項不應提供任何合於憲法之法律解釋空間，俾令其違憲之修正以走巧門之方式達成合憲之結果。聯邦憲法法院法官 Geller v. Schlabrendorff 及 Rupp 在 1979 年時，即預見一個未曾考慮，但亦未完全排除之危險，基本法第 13 條有一天會擴張到允許「在特定要件下，對住宅為搜索毋庸讓住宅所有人或第三人知悉，且因此設置之秘密麥克風亦排除法律救濟途徑」（參見聯邦憲法法院裁判集第 30 卷第 1 頁；不同意見書第 30 頁（第 46 頁以下））。

此刻有一個觀念已習以為常，即

科技的發展使得其無界限地使用成為可能。惟一旦個人的私密領域，在自家四牆範圍內的表達，為了安全需要均不再存有禁忌 (Tabu) 時，在憲法上成為問題的是，是否人類本身所塑造形象，還符合基於自由及法治國的民主原則。為此基本法第 79 條第 3 項應嚴格並毫不讓步地予以解釋，使得今日不是為了防衛侵害的開始，而是阻止其悲慘的結果。

法官：Jaeger

Hohmann-Dennhardt

「史坦達南環鐵路」裁定

BVerfGE 95, 1 ff.

聯邦憲法法院第二庭 1996 年 7 月 17 日裁定

— 2 BvF 2/93 —

張錕盛 譯

要目

裁判要旨

案由

裁判主文

理由

A. 事實與爭點

I. 系爭規定

1. 史坦達南環鐵路投資措施法之構想與計畫確定程序之過程
2. 聯邦政府決定史坦達南環鐵路部分之後續計畫以投資措施法律方式為之
3. 史坦達南環鐵路段法律案之立法理由、目的與立法過程
4. 史坦達南環鐵路投資措施法與本案程序有重大意義之主要條文內容

II. 訴訟聲請人之主張

1. 訴之聲明

2. 訴之理由

- a) 該法律與水平權力分立相牴觸
- b) 該法律在垂直權力分立之憲法政策上充滿疑義
- c) 該法律亦牴觸基本法第 19 條第 4 項第 1 句之有效權利保護

III. 有關機關之意見

1. 聯邦政府之主張

- a) 與權力分立原則並不牴觸
 - aa) 權力分立要求國家權力之相互監督與理性客觀
 - bb) 憲法並非毫無例外地將計畫許可決定上保留給執行權
- cc) 投資措施法無計畫或衡量瑕疵

b) 基本法第 19 條第 4 項第 1 句並不擔保人民在任何案件都獲得最大可能的權利保護

2. 下薩克森邦政府之主張

3. 薩克森—安哈爾特邦政府之意見

4. 美克廉堡—佛波梅爾邦政府之主張

IV. 地方憲法訴願為不受理裁定

B. 裁判理由

I. 史坦達南環鐵路柏林—歐碧斯菲爾德段建設法合於基本法之規定

II. 理由

1. 國家計畫即非明白地分配予立法權亦非明白地分配予執行權

a) 權力分立為基本法之基本的組織和運作原則

b) 執行權與立法之關係

c) 國家計畫即非明白地分配予立法權亦非明白地分配予執行權

d) 有關公共設施之專業計畫範圍內的細部計畫得直接以法律定之

aa) 基本法無法推導出：法律概念僅容

許為一般性規制

bb) 國會得依其任務與程序為一個有關公共設施之專業計畫

cc) 一個具體專業計畫的決定，通常是保留給行政

dd) 邦與聯邦垂直權力分立之限制不在本案探討之列

2. 該法律未損及基本法第 20 條第 2 項第 2 句所要求之權力分立

a) 聯邦眾議院與聯邦參議院亦就此議案以未做變更地批准之

b) 以法律所為之史坦達南環鐵路段計畫確定程序有下列合適的理由：

aa) 正當的立法理由與目的

bb) 立法者制定了一個幾乎能與整體高速鐵路同時完成通車之法律

(1) 行政機關計畫確定程序難以達到所有鐵路同時完成通車

之目的

- (2) 以法律為計畫
確定使該路段
得以其他路段
同時通車
- (3) 以既有正常段
通過史坦達車
站不足以承受
高速鐵路的營
運計畫

III. 未違反基本法有關財產
權、有效司法途徑保障與
地方自治行政保障

- 1. 該法律合於基本法第 14
條第 1 項第 1 句及第 3
項之憲法規定
 - a) 得直接以屆時有效之
法律解除具體個別
的法律狀態
 - b) 法定徵收僅有在極有
限的案例中被容許
 - c) 立法者就計畫決定有
就不同利益自為衡
量之形成權限
 - d) 該當法律符合 b) 與 c)
論述之要求
 - aa) 立法者之有關計畫
確定之法定徵收有
充分之正當性
 - bb) 立法者對於事實
進行了適切而完
整地調查

cc) 該法依所有陳述
之利益為概括而
可理解的衡量

dd) 鐵路具體路線決
定之結果有充分
理由具正當性

- 2. 該法律未牴觸基本法第
19 條第 4 項第 1 句、第
14 條第 1 項第 1 句與第
3 項第 2 句之規定
- 3. 法律之空間限制合於平
等處遇原則之要求
- 4. 本法律未牴觸地方自治
行政之保障

關鍵詞

計畫確定程序

(Das Planfeststellungsverfahren)

德國統一 (Deutsche Einheit)

權力分立原則 (Das Prinzip der Ge-
waltenteilung)

垂直權力分立

(Die vertikale Gewaltenteilung)

水平權力分立 (Die horizontale Ge-
waltenteilung)

徵收 (Enteignung)

衡量 (Abwägung)

有效權利保護 (Der effektive Rechts-
schutz)

地方自治行政之保障 (Die Garantie der
kommunalen Selbstverwaltung)

裁判要旨

1. 國家之計畫，即非明確地分配予立法權；亦非明確地分配予執行權。

2. 有關公共設施專用計畫範圍內之細部計畫，一個法律的規制亦是可使用的。在個別案件中，如存有適當的理由，議會理當得就此類決定，以法律定之。

3. 一個具有徵收法律預先效力之法定計畫，理應符合憲法上，如同所有徵收，不僅須依基本法第 14 條第 3 項第 1 句「對於公眾的福利所必要者」之意旨，亦須具有「以行政機關確定計畫之實施，將招致公共利益發生重大危害，僅得以法律規制始能使之獲致實現」之充分理由。

案由

第二庭於 1996 年 7 月 17 日依聯邦憲法法院法第 24 條所為之裁定—2 BvF 2/93—。

訴之聲明：請求宣告 1993 年 10 月 29 日 (BGBl. I S. 1906) 所制定之「柏林—歐碧斯菲爾德」段之「史坦達南環鐵路」建設法，無效。

聲請人：黑森邦政府總理代表。

訴訟代理人：米歇爾·羅內南費屈博士教授，曼海姆市奧古斯塔設施 15 號。

裁定主文

1993 年 10 月 29 日 (BGBl. I S. 1906) 所制定之史坦達南環鐵路柏林—歐碧斯菲爾德段建設法合於基本法之規定。

理由

A. 事實與爭點

本案涉及連接「漢諾威—柏林」間新建高速鐵路「柏林—歐碧斯菲爾德」段鐵路建設（史坦達南環鐵路）投資措施法之合憲性。

I. 系爭規定

1. 為加速與新加入各邦之交通聯絡，聯邦部長於 1991 年年初，提出一個以「德國統一」為名之 17 個交通建設案。新建於漢諾威和柏林間之高速鐵路亦屬於其中一個提案。此一計畫可回溯到 1990 年 5 月 28 日德意志聯邦共和國和德意志民主共和國之交通部長協議。因應此一協議之施行，亦同時成立了一家德國國家鐵路的子公司，計畫公司「漢諾威—柏林高速鐵路建設有限公司」（以下簡稱為計畫公司），並且接受該委託計畫之委託。依當時有效之德意志民主共和國法律，德國國家鐵路於 1990 年 6 月 5 日，聲請進行「柏林—歐碧斯菲爾德」既有路段鐵路改建與新建標準作業程序之準備程序。該聲請除針對既有路段之改建外，亦預定在「歐

碧斯菲爾德」地區行經史坦達車站新建一段環繞於該市南邊的高速鐵路。該程序乃是以 1989 年 7 月 19 日版本（BGBl. I S. 1461）之區域計畫法第 6 a 條為其規範基礎，而依德意志民主共和國 1990 年 7 月 5 日生效之區域計畫法與 1990 年 12 月 13 日基於區域計畫法第 6 a 條第 2 句統一契約公共設施 I 第十四章之措施所頒布之命令，而被納入一個區域計畫程序。有關本案之相關附件，自 10 月 15 日至 1990 年 11 月 19 日並於馬革德堡區管理局、哈瓦爾堡縣政府、史坦達市、德列根、克婁徹與所有有關地方自治團體分別公開展示。在計畫程序過程中，除了考察多種可能的路線、從事環境影響評估研究外，並在史坦達市舉辦過研討會。1991 年 7 月 16 日「薩克斯—安哈」邦區域計畫、都市建設與住宅事務部，針對該邦計畫為一終局判斷：計畫新建之時速 250 公里環繞史坦達市南邊高速雙軌鐵道，經多方所呈現之措施考量，與區域計畫及邦計畫相符合（請參閱，聯邦聯邦眾議院公報 12/3477，第一設施之聯邦法律案，頁 690 以下）。

2. 1991 年 9 月聯邦交通部長根據 1991 年 4 月 9 日聯邦政府的一個決議決定，就「柏林—歐碧斯菲爾德」鐵路線，史坦達南環鐵路部分之後續計畫，以投資措施法律方式為之，並儘快提出一個立法程序之準備

程序計畫。計畫公司並於 1991 年 11 月開始就該計畫草案取得受有影響之公共利益團體、鄉鎮和其他社團的同意，並通知有關人民。相關文件在 1991 年 11 月 18 日被移交給了該當之鄉鎮，並且幾乎同時分送給相關公共利益團體。於 12 月 2 日至 1991 年 12 月 13 日期間，計畫在前述區域公告後，並於梅林根、韃稜、茵傑與賓得菲爾德等鄉鎮公開展示。計畫公司亦同時在所指鄉鎮完成了資訊發表會。針對朗格莎士韋德鎮與史坦達市，計畫公司捨棄公開展示與資訊發表會，而直接就計畫與兩個自治團體的代表及相關土地所有權人討論。直至 1991 年 12 月 20 日以前，公共利益團體，鄉鎮和任何受計畫利益受有影響之人，皆已提出意見、說明，或聲明異議。而即使是晚到的聲明也都有被納入考慮。計畫公司並於 1992 年 4 月 15 日將計畫相關文件向聯邦交通部長提出。

3. 1992 年 10 月 21 日，聯邦政府向聯邦眾議院提出興建「柏林—歐碧斯菲爾德」鐵路線之史坦達南環鐵路法律案（建築長度 99.95 公里至 113.00 + 155 公里）。草案的理由暨立法之目的如下（聯邦眾議院公報 12/3477，頁 1 以下）：

新加入各邦之交通路線，在幾十年來的忽視下，絕大部分呈現落後現象，而此一現象，既使是在統一後交

通需求明顯攀升與持續增加下，也未見增長。這樣的交通建設，既無法因應東西部間交通的要求，也未能達到歐洲標準。這樣一個社會主義領導經濟所遺留下之例外情況，不但延緩了投資，也阻礙了新加入各邦經濟社會之工作機會的創造。

對此，「德國統一」交通計畫，對於新舊各邦的繁榮，以及交通的共同成長，有其關鍵作用。

計畫中的「漢諾威—柏林」高速鐵路，為德國統一交通計畫其中一個卓越的交通設施建設計畫。它的完成將創造了第一條高效率連接新舊各邦間的鐵路運輸線。此段鐵路運輸線是一條為人口稠密空間的柏林打開經濟成長機會的鐵路，也因此連接全國及國際東西部交通上佔有著一個中心地位。

而計畫的經濟輔助實效性，也只有必要的措施儘快地被執行才可能被達成。為了此一目的的達成，使得計畫能以最快的方式決定，有必要將每段鐵道特別地分段確定。

特別是為因應被忽視的既有「柏林—雷爾特」鐵路段而興建之史坦達南環鐵路段，即以一個計畫確定程序被期待以高時效且安全地進行，而為最大尺度之公益與私益的後果考量。此所指的，即在避免史坦達南環鐵路至少1年以上的延宕，乃至於可預期的，直到計畫確定決定的作成，至少

必須耗時總計3年時間所作之後果考量而言。

聯邦眾議院在1992年10月29日院會將該法律案送交主管之交通委員會。1992年12月7日，委員會報告人通知史坦達市及其近郊，討論及審查細部計畫。史坦達市並同時提出了一份附議書（請參閱，交通委員會，委員會公報，頁364，設施1）。爾後，交通委員會於1993年2月10日在共同諮詢委員會的參與下，針對新建路段部分的路線規劃，是否與在那些條件下，得以法律的形式為具體確認、以其他法律上容許之行政法上的計畫確定程序，以及事實上的合目的性等問題，完成了專家的公開聽證（請參閱，1993年2月10日第12屆交通委員會第39會期之會議記錄-744-2450-）。依1993年4月21日之決議（參見聯邦眾議院公報12/5126），委員會建議聯邦眾議院以不修改的方式，接受聯邦政府所提出的法律案。根據該決議之建議，聯邦眾議院在1993年6月17日院會通過了興建「柏林—歐碧斯菲爾德」鐵路線之史坦達南環鐵路段法。1993年7月9日參議院院會多數決複決該法律。1993年10月29日制定該法律，並於1993年11月30日在法律公報公布（BGBl. I S. 1906）。

4. 依該法第1條第1項之規定，史坦達南環鐵路之興建，乃附著

於法律中十二個設施的其中一個計畫決定。該法第1條第2項並確立了計畫許可的法律效力。此一計畫包括一個涵蓋參與之鄉鎮、公共利益團體與有關公民之意見表述的闡明報告、圖表與計畫一覽表、建物目錄、平面圖與坡度圖、機電圖、基本營運目錄、基本營運計畫、景觀維願附隨計畫成果與噪音保護說明計畫。該法第2條並授權聯邦交通部長，在維持計畫基本特點下，若法律生效後計畫之執行與相關事實之確認相違背時，得以法規命令變更計畫（第2條第1項）。關於法規命令之效力，由聯邦行政法院依聲請裁判之（第2條第3項）。此外，第2條並預先規定了，計畫確定之管轄機關（§ 2 Abs. 2）得依聯邦鐵路法為進一步的規定。（此指1993年12月27日之一般鐵路法[AEG] [BGBl. I S. 2378, 2396, ber. 1994 I S. 2439]）。涉及到土地財產關係不明確之處，進一步於第3條規定，依建設法典之相關規定進行徵收與損失補償程序；第4條規定事先的占有處置與第5條規定代理之任命。而在本案程序有其意義之第1條與第3條規定之條文內容如下：

第1條 建築之許可

(1) 為確保德意志聯邦共和國全國生活關係之一致性，興建「柏林—歐碧斯菲爾德」鐵路一部之史坦達南環鐵路，全長 99,95 公里到

113,00 + 155 公里。為聯邦鐵路設施交通運輸路線經營之必要設施，德國國家鐵路之特別財產。本建設之實施，依本法之計畫，附有一至十二個設施。

(2) 依本計畫之容許性包括兼顧相關公共利益所必要之其他設施的後續措施之確認。進一步之機關決定，特別是公法上的准許、委託、許可、批准、同意與計畫確定，並無必要。計畫主體德國國家鐵路與計畫關係人之所有公法關係，依本法法形成規範定之。

第3條 徵收程序、徵收補償與救濟程序

- (1) 在依第1條與第2條計畫實施必要之範圍內，德意志聯邦共和國得為徵收—德國國家鐵路之特別財產。
- (2) 徵收程序準用建設法典第104條至第122條，及本法第6條關於提前占有處置（第116條）之規定。
- (3) 徵收補償準用建設法典第93條至第103條之規定。
- (4) 審理徵收機關決定之司法程序準用建設法典第217條至第232條與1992年6月26日制定司法適應法第13條之規定（BGBl. I Seite 1147）。

本法依第6條之規定，於1993年12月1日開始發生效力。

II. 訴訟聲請人之張

1. 黑森邦政府依基本法第 93 條第 1 項第 2 號、聯邦憲法法院法第 13 條第 6 號向聯邦憲法法院請求確認，1993 年 10 月 29 日 (BGBl. I S. 1906) 所制定之柏林—歐碧斯菲爾德段史坦達南環鐵路建設法無效。依訴訟聲請人之主張，該法律與權力分立原則及基本法第 19 條第 4 項第 1 句權利保護之規定不相符合。

2. 其主要理由如下：

a) 該法律與水平權力分立相牴觸。以措施法來從事計畫確定決定，意味著一個對於行政之功能範圍，不容許之侵犯。依法治國之法律保留 (Art. 20 Abs. 3 GG) 與基本法第 33 條第 4 項之功能保留得出：關於法律執行為一制度性的行政保留，其擔保，如交通計畫之許可依法律與法實行之。「柏林—歐碧斯菲爾德」鐵路之興建在史坦達南環鐵路一段須經一個行政機關的計畫確定程序。此一程序應在鄉鎮、公共利益團體、利益相關之人民參與之下，就衡量重要之事實予以調查，進而衡量之。此一許可決定正確性之確保，原則上僅在由行政為之時，始能獲致。蓋國會的主要任務在於行使立法權，且個別國會議員又欠缺相關執行準則與專業知識之認知能力。立法者自己自為決定，並非創設特別法，而事實上是在適用其他法律。對此，立法者必須致力於一

如同一個許可機關—所有計畫的與預防的一警察的問題。其亦受到其所執行之法律的拘束。當然，當立法者有權為一個計畫裁量時，其也如同計畫確定機關所為的裁量一樣，就計畫衡量之實施亦受相關計畫法之拘束。對此，公益與私益之衡量，不得以政黨政治多數決原則判斷之。拘束決定與計畫衡量，由於其非得以多數決決定為之，而與民主立法之本質相左，也與基本法第 38 條第 1 項第 2 句第 46 條第 1 項第 1 句、第 33 條第 4 項不相符合。

b) 此一法律，對於垂直的權力分立而言，亦在憲法政策上充滿疑義。就聯邦鐵路法之計畫確定程序，聯邦擁有立法與行政權限。但是否為在計畫確定程序上，提供介於聯邦機關與邦機關之協調而得出結果之計畫，抑或是，是否參與之邦機關得為一個與聯邦立法相抗衡之計畫，仍應作質的區別。另外該法律有作為第一部投資措施法的參照效果，進一步非以聯邦行政為規範對象之交通計畫投資措施法，已在擬定中。

c) 本法律亦牴觸基本法第 19 條第 4 項第 1 句。針對立法者自己所為之個別措施，只提供了受限制的權利保護。憲法訴願之可能性，無法單獨擔保有效權利保護。侵犯之法律在計畫許可外，在第 3 條規定了特別的徵收與損失補償程序，而排除多審級的

司法程序。法律的計畫許可所生損失補償程序之法的拘束，並未提供充分有效的司法審查。一個此種權利保護縮減的例外情形之正當理由，並不存在。特別是，法律相對於通常計畫確定程序並不具有值得一提的加速效果。本計畫落在 1991 年 12 月 16 日通過之交通運輸路線計畫加速法之適用範圍內（BGBl. I S. 2174），以明顯縮短新加入各邦，如柏林邦之交通運輸路線計畫時間為目的而頒布之法律。而如史坦達南環鐵路，類似以一個計畫確定程序所完成的計畫，並不能期待其有節省到時間，而事實上，也未能凸顯出來。形式的轉換因此並不必要。反而造成經由行政法院之權利保護的迴避。單純以新加入各邦之特殊情形，無論如何，尚不足以作為完全不受行政法院權利保護之正當理由。

III. 有關機關之意見

依聯邦憲法法院法第 77 條之權利人的意見陳述：聯邦政府、下薩克森邦、薩克森—安哈爾特邦與美克廉堡—佛波梅爾邦邦政府。

1. 聯邦政府主張：聲請規範審查所攻擊之法律，合於基本法之規定。

a) 與權力分立原則並不牴觸。

aa) 權力分立（Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG）在於提供國家權力的相互監督與其他理性與客觀的國家組

織。

不同功能的憲法界限並不走向一個僵固的規範模式；所受保護的應該只限於核心範圍部分。本案立法者基於計畫之個案相關性一點，已經排除在對執行權核心範圍的侵犯之列。史坦達南環鐵路興建法亦不具有其他交通計畫之典範功能，而僅是對於進一步事件，即其間所通過之德國統一交通計畫之長程道路興設計畫投資措施法有所影響。進一步的法律制訂，在這個時間點上，未見規劃。新加入各邦之計畫確定程序迅速實施之前提，在此期間亦有顯著的改善。

bb) 計畫的許可決定，如以此鐵路興建為例，憲法上並非毫無例外地保留給執行權。基本法第 19 條第 1 項第 1 句證實，立法者亦可能為個案規制。相同地，依基本法第 14 條第 3 項第 2 句，針對徵收措施，容許立法者以法律定之。受限制的僅是立法者在限制執行權限時，不得（個案）恣意地，而必須將一個正當的目標設定行為以及一個憲法上可替代的侵犯目的表述出來。興建史坦達南環鐵路之法律的正當化，在於其主要是以爭取時間為目的。針對盡可能迅速將新加入各邦之例外狀態排除，使各邦達到等值的生活關係而言，這是必要的。依德國國家鐵路之加速計畫確定程序實施的經驗，一條高速鐵路一直到計畫確定決定的發布至少要耗時兩

年。對於史坦達南環鐵路一段，則預估計畫確定程序要耗時3年。脫離正常段，而穿越新的土地對於公益與私益所產生強烈干涉之後果，如史坦達市對於新計畫路線規劃所為之強烈反對宣示，可以期待一個計畫確定決定的作成將會明顯地延遲。交通運輸路線計畫加速法亦作此一評估，針對其實效性及立法程序開始之時間點上並無經驗，也無法改變。預期時間延宕的累積，對於一個第一次立於重建的、人事困窘的、與至今僅有甚少法律計畫規定之適用經驗的新加入各邦主管行政機關而言，是具有相當高概然率的。

反之，立法者得依經驗對於建設許可，以投資措施法，發布為期一年程序期限之加速必要之法律。儘管，立法程序事實上也經過了1年10個月，該法律才生效，但終究比預估3年的實施計畫確定程序之許可期限縮短了一半的時間。立法者所為：只有「以法律為一個許可決定，才能使得1997年聯繫『漢諾威—柏林』間鐵路開始通車之時刻表變更，可能實現」的判斷，也被證實是正確的。

cc) 投資措施法亦被認為無計畫或衡量瑕疵。由於廣泛地準備工作使得國會立法者的專業知識不再被質疑。就此範圍，其狀況與立法者在像環境法領域中，拘束的公害界限評價或與之類似評價之確定，並無不同。

計畫的衡量乃以多數決決定為之。重要的只是，決定主體應認知到以專業主管部門的準備為基礎，並顧及公益與私益，而從兩者間取得一個適當的關係，來做出決定。而在本案，亦是以一個可被接受的，且最後也未被指責的方式實現。

b) 基本法第19條第4項第1句並不要求，立法者要以「擔保人民在任何案件都獲得最大可能的權利保護」為其決定的唯一法律形式為之。在方式的選擇上，這或許縮減了權利保護而造成人民的負擔，但卻可以從法律在於促使「一個新加入地區荒蕪交通基礎建設順利重建的實現，以及使得各邦能盡快地達到等值的生活關係」的正當目的，贏得了正當性。基本法第14條第3項第2句證實，在財產權保護範圍，甚至完全排除司法的權利保護，也是可能的。就本案而言，立法者並未採取深入切入專業法院權利保護的措施。針對計畫變更，依該法第2條以及在第3條之徵收與損失補償程序的框架下，聯結建設法典的相關規定得請求專業法院之權利保護。進一步亦被考慮到的是：在法律決議之前的路線鋪設計畫擬定應詳細地被審查。此一關於實質與內容的計畫品質的審查，不低於執行權所為之許可程序的要求。

2. 下薩克森邦政府主張，該法律抵觸了基本法第19條第4項第

1 句及第 14 條第 1 項第 1 句與第 3 項第 2 句，並與權利分立之觀點亦存有憲法上之疑義。由於該法律確認了有關計畫實現所需之後續土地徵收程序的拘束效果，這顯示出其具有徵收法之預先效力。這導致基本法第 14 條之基本權本質內容之權利保護受到相當的減損，其亦同時排除了基本法第 19 條第 4 項第 1 句所擔保的司法救濟途徑。大型計畫的許可決定，依其本質應該被分配於執行權。一個具有正當性之特殊方式選擇的例外情形，並未被賦予。交通運輸路線計畫加速法之適用，已經對於交通計畫，在特別顧及到德國東部經濟困窘的地位下，在適當的時間內獲得實現，提供足夠的保障。

3. 又依薩克森—安哈爾特邦政府之意見，該法律亦違反憲法。其抵觸權力分立原則。空間計畫與區域計畫在功能上屬於行政的任務，法律無權對於其加速產生影響。另外，該法律也侵害了基本法第 28 條第 2 項第 1 句所擔保之地方自治行政權。

4. 美克廉堡—佛波梅爾邦政府則認為該法律合憲。其以為：新加入各邦的人民大半在承受災難的與陸續增加的交通負擔。以過去的程序與傳統的手段並無法克服新加入各邦之緊急狀態，這也使得生活關係因此無法及時的適應過來。

IV. 地方憲法訴願為不受理裁定

史坦達市在其 1994 年 1 月 4 日（2 BvR 38/94）之地方憲法訴願的框架下，陳述、重述與深化其已在計畫確定及立法程序，相對於德國聯邦眾議院之觀點。其主張：南環鐵路將阻礙該市長時間之市政建設的發展。計畫中的路線將貫穿鄉鎮範圍的南部長達約 2.8 公里。受限於地理環境，該市的擴展只有在南部與西南部有可能。城市的南部，現在被安排為重要的工業區，現在卻已經位在距離南環鐵路路線不到一公里。困擾的是：本市對於有關未來興建之區域，尚未擬出建設引導計畫。這導致其無法以都市行政應優先安置來提出異議。基於可預期之鐵路交通的噪音，將無法考慮向南部作擴大建設。面對計畫中路線的興建所帶來自然環觀的割裂及與既存生態的潛在衝突，通過史坦達車站之行車，在注重必要的噪音保護措施下，看起來至少算是同值的選項。對此，應避免淹水保護區與烏賀特之地上水疏導之重大問題。就這點，該計畫欠缺充分的事實調查。計畫中興建之鐵路路堤將導致承受烏賀特大水之重要緩衝地的流失。在此脈絡下，本市進一步地認為，立法程序並未進行充分的環境影響評估，本市南部既存興建的房屋在計畫圖上並未被正確的標示出來，此外高速鐵路亦欠缺與其他鐵公路計畫的協調。

地方憲法訴願於 1996 年 7 月 17

日被裁定不受理。

V.

依聯邦普通法院院長的通知與聯邦行政法院院長轉交第七庭之聲明，管轄法院可相比較之法律至今尚未實施過。

B. 裁判理由

合法聲請的規範審查 (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, § 76 Nr. 1 BverfGG) 無理由。

I.

依聯邦憲法法院法第 24 條第 1 句之規定，法院得不經言詞辯論駁回顯無理由之聲請。聲請是否顯無理由之判斷，並不以「無理性性」是否明顯為前提，他也可以是一如同本案一依所有法律觀點所為事先詳盡審查得出之結果 (vgl. BVerfGE 79, 223 [231]; 82, 316 [319 f.])。基於此一判斷基礎，可得確認 (vgl. BVerfGE 1, 14 [64])，史坦達南環鐵路柏林—歐碧斯菲爾德段建設法合於基本法之規定。

II.

1. a) 在基本法第 20 條第 2 項第 2 句所規範之權力分立為基本法之基本的組織和運作原則。其促使國家組織相互監督，並藉此節制國家的統治 (vgl. BVerfGE 3, 225 [247]; stRspr)，(vgl. BVerfGE 68, 1 [86])。此一原則，並以達成最可能正確地為國家決定為目的，即依組織，構成員、運作

和程序模式之最佳條件而為處置 (vgl. BVerfGE 68, 1 [86])。

一個純粹的權力分立未曾被真正實現過，其總存在著許多的權力限制與制衡。基本法並不要求絕對地權力分離，而是要求權力的相互監督、牽制與節制。當然憲法必須對於三權間之權力為預先的分配。但沒有一個國家權力可以被憲法賦予超過其他國家權力不可接受之優勢。沒有一個國家權力之合於憲法上任務實現之必要管轄權可以被剝奪 (vgl. BVerfGE 9, 268 [279 f.]; 22, 106 [111]; 34, 52 [59]; stRspr)。不同國家權力之核心領域不得變更因此，一個憲法所賦予的典型任務也不得使之喪失 (vgl. BverfGE 34, 52 [59])。

b) 執行權與立法之關係意指為：在基本法之自由民主體系，作為立法者之國會，承擔規範制定之憲法任務，即僅國會擁有民主正當性 (vgl. BVerfGE 34, 52 [59]; 49, 89 [124 ff.]; 68, 1 [87])。執行權則分配給政府與行政 (vgl. BVerfGE 30, 1 [28])。如同基本法第 20 條第 2 項第 2 句所稱「執行之權力」，其任務在於法律的個案執行 (vgl. auch BVerfGE 83, 60 [72]; 93, 37 [67])。

c) 依此要件，國家計畫即非明白地分配予立法權亦非明白地分配予執行權。一方面，計畫並無法被理解為針對一定生活事實的涵攝過程及一般

抽象規範的構成要件要素；另一方面，計畫決定也無法對於不確定之多樣案件以一般抽象規定來予以描述。其所處理的，毋寧是資料的取得、萃取與處理，目標的設定與達成目標之手段的選擇等複雜程序。計畫也因此具有目的性格，而非條件性格（vgl. BVerfGE 80, 137 [162]; vgl. auch Hoppe in: Isensee/Kirchhof, HStR, Bd. III, § 71, Rn. 19, 43）。

計畫自始雖未被分配於兩個國家權力，但無論如何，計畫之準備為執行權之職責。國會則相對擁有資訊與監督權。在非處理政府執行權自己負責之核心領域之範圍內（vgl. dazu etwa BVerfGE 67, 100 [139]; 68, 1 [85 ff., 87]）。國會得就基本問題自行決定。這特別針對預算而言—國會歷來擁有預算之許可權—（vgl. Hoppe in: Isensee/Kirchhof, HStR, Bd. III, § 71, Rn. 37），立法者—相對於政府和行政為提案和準備—，在內容之本質上，適合以法律定之（vgl. Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof, HStR, Bd. III, § 62, Rn. 65），且在未違反其他憲法基礎下，得以法律決定一個計畫。

d) 有關公共設施之專業計畫範圍內的細部計畫，就涉及個別計畫之具體規範，直接以法律定之，亦可被接受。

aa) 由基本法並無法推導出：法律概念僅容許為一般性規制。相當的

例證，如基本法第 19 條第 1 項第 1 句，雖非普遍的，卻例外地在其保障範圍之內，得以個案法律為之；又依基本法第 14 條第 3 項第 2 句，針對可能的徵收，立法者亦得明文以法律為之。針對計畫，立法者以個別計畫為之，並不必然侵犯到憲法保留給執行權或司法的功能（vgl. BVerfGE 25, 371 [398]）。

bb) 國會依其任務與程序得為一個有關公共設施之專業計畫。國會之立法者以決定執行一個並非以其他的法律，特別是以計畫法所為計畫之贊成或反對計畫許可，而是以一個獨立之形成規制來解除依其他法律須經許可之計畫，並且同時也是一個賦予連結計畫確定裁決之法律上實質效力的決定。因此，一個多數決決定之計畫確定亦可被接受。

cc) 依權力分立原則所得出之進一步限制，對此而言，僅在於藉由國家機關間的相互節制與監督之設計，以滿足基本權利保障的功能之上。一個具體專業計畫的決定，依相關之專業計畫法的規定，通常是保留給保有必要行政機構與專家之行政。國會只有在個案具有合適的理由，像是對於公共利益有特別意義之計畫的迅速實現，得以法律自為此一決定。就這點立法者有判斷與評價餘地。

dd) 最後其仍受邦與聯邦垂直權力分立的限制，但不在本案探討之

列。就國家鐵路與鐵路網之興建，依基本法第 73 條第 6a 款規定之立法權限及依修正前基本法第 87 條第 1 項第 1 句之規定，亦合於依 1993 年 12 月 20 日所基本法修改法所增訂之基本法第 87e 條之規定之行政權限，聯邦有此權限。長程交通之聯邦高速公路或其他國道的興建，聯邦得基於邦的聲請繼受之（Art. 90 Abs. 3 GG）。

2. 經由以上所論述之標準予以審酌，該法律並未損及基本法第 20 條第 2 項第 2 句所要求之權力分立。

a) 該法律得回溯到聯邦政府委託計畫公司所規劃之計畫案的提議。此計畫案曾在向聯邦眾議院提出前，實施計畫確定程序性質的說明、聽證與研究。聯邦眾議院與聯邦參議院亦就此議案進行進一步的聽證，而未做變更地批准之。

b) 立法者亦非普遍擁有替代行政為一個交通計畫許可的權限。相類似的法律，起初都僅是針對個別的長程交通路線之特定路段所為之預先規定，這根本欠缺一個對於原初的行政功能轉移到立法權的論據。

以法律所為之史坦達南環鐵路路段計畫確定程序有下列合適的理由：

aa) 立法者乃依其明示之「以最快可能之方法，強化新加入各邦之經濟，並促使整個德意志共和國恢復成一個統一的生活關係」所考量之立法理由而為決定（vgl. BTDrucks 12/

3477, S. 5 ff.），（vgl. auch § 1 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes）。此一目的的要求：一個在新加入各邦，幾十年以來所忽視之交通道路，而一部分甚至處於荒蕪狀態，且未依循現代化交通的要求成長之交通基礎建設，應毫不遲疑地重建。

在此背景下，立法者賦予交通部長所研擬的 17 個德國統一交通計畫，對於新舊各邦的經濟繁榮與交通的共同成長，佔有一個關鍵作用。作為卓越的計畫，其關注到「漢諾威—柏林」高速鐵路的新建。經立法者的引介，其亦佔有國際東西部交通上之中心地位（vgl. a.a.O., S. 6）。

bb) 在此框架下，立法者制定了一個幾乎能與整體高速鐵路同時完成，並在 1997 年通車之法律。其期望會因此省下多一些時間（vgl. a.a.O., S. 7 f.）。

(1) 針對沿柏林—歐碧斯菲爾德固定段之行政機關計畫確定程序，立法者亦運用道路交通計畫加速法，依對於新加入各邦之行政績效的評估估算出，直到一個計畫確定決定的作成，所需之程序，平均耗時兩年。對於史坦達南環鐵路路段則預估，所經過之程序，更需耗時達 3 年。立法者就此推導出：本鐵路路段對於公益與私益將產生強烈干涉之後果，且史坦達市在計畫之初就已經基於環保理由強烈宣示反對意見。一個所有鐵路同時完

成並在 1997 年通車之可能性，也將成為問題。

(2) 從聯邦政府之草案研擬到議決之法律在法律公報上公布的立法程序所需時間，依立法者處理緊急立法的經驗為基礎，預估要 6 到 7 個月。雖然此一立法預測並不準確，立法程序事實上也耗費很多時間。但立法者以法律從事計畫確定，而促使全國高速鐵路的同時完工，並在 1997 通車的基本評估則是接受的，且亦被證明是正確的。在法律生效後，1993 年 12 月史坦達南環鐵路段開始施工。這使得依聯邦政府所指示之土地、道路與橋樑工程能在 1995 年 6 月準時竣工。鐵路設備則在 1996 年底完成。而從 1997 年 1 月開始履勘—緊接著—試車，該路段因此得以在 1997 年同時更換時刻表而與其他路段同時通車。此一立法者的目的，要以行政機關之計畫確定程序來達成，看起來概然率很低。一個—可替代而被聯邦政府採納—從 1991 年 11 月中移交給公共利益團體，1994 年 11 月提出之計畫，然後，歷時 3 年的計畫確定決定。工程最早也只能從（1997 年）這個時點開始，如此該路段的竣工至少要比其他路段晚上 1 年。

(3) 在其所擁有之判斷餘地的框架之下，立法者所為的評估：對於既有正常段通過史坦達車站之進一步使

用，從未過渡性地接受過。依計畫公司的調查，這將導致相當大的速度損失以及因此所生的長時間車程。對此，在史坦達部分之正常段興建一到兩個鐵軌並不足以承受高速鐵路的營運計畫（請參閱：該法律的附件書第 1 冊，說明報告第二部分第 1.1.3 點，S. 63 f.）。

III.

法律之進一步憲法判斷之審查標準為基本法第 14 條第 1 項第 1 句及第 3 項、第 19 條第 1 項第 1 句與第 3 條第 1 項，以及基本法第 28 條第 2 項第 1 句之地方自治行政保障之擔保。

1. 該法律，基於其立於徵收法之預先效力之下，合於基本法第 14 條第 1 項第 1 句及第 3 項之憲法規定。

a) 依基本法第 14 條第 3 項之規定，一個徵收只有在一般性的公共利益下被容許。其僅能以法律或基於法律依損失補償之性質與範圍規定下為之。以法律所為之徵收顯示：法律本身，得直接以屆時有效之法律，解除—不須進一步的執行行為—一個可得確定之人或群體之具體個別的法律狀態（vgl. BVerfGE 31, 275 [281]; 45, 297 [325 f.]）。

而且該法律本身並無相關土地所有權人直接徵收的預先規定，而是依該法第 3 條之規定，將徵收與損失補

償規則分配一個準用建設法典之特別行政程序。該法第 3 條第 1 項亦容許計畫主體，在實施該法第 3 條第 1 項所確定之計畫所必要者，從事徵收。法律所容許的計畫確認了—不同於依長程公路建設法第 1 條第 1 項第 1 句附件之興建聯邦遠程公路網之供給計畫—史坦達南環鐵路段高速鐵路路線之所有細節。該法律的生效，也同時確認了：那些具體的土地與在什麼範圍內，應忍受此一計畫（vgl. BverfGE 45, 297 [327]; 56, 249 [264]）。此外，該法律的計畫許可也產生有關後續徵收程序的拘束效果，這顯示出其具有徵收法的預先效力。依該法第 1 條第 2 項第 3 句之規定，計畫案之計畫許可作為計畫主體，當時德國國家鐵路與計畫關係人之所有公法關係，依該法律之法之形成規範之。法律所許可的計畫同時提供了徵收程序的基礎。就此範圍，在其緊接著與進一步的程序所為關於土地徵收容許性之具有拘束性的決定上，顯示出徵收法的預先效力。作為法定計畫表象之法定徵收，該法律應受基本法第 14 條第 3 項的審查（vgl. BVerfGE 45, 297 [319 f.]; 56, 249 [264 f.]; 74, 264 [282]; vgl. auch BVerwGE 98, 339 [346]）。

b) 由於一個法定徵收將弱化了基本法第 14 條第 1 項第 1 句與第 19 條第 4 項第 1 句所擔保的有效權利保護。所以，僅有在極有限的案例中被

容許（vgl. BverfGE 24, 367 [398 ff.]; 45, 297 [331, 333]）。這也適用在附有徵收法預先效力的法定計畫。其剝奪了計畫所涉及之土地所有權人，對抗行政機關之計畫確定程序之行政法院的權利保護。那些此類縮減權利保護之案件，在憲法上容許，在此不須作進一步的決定。當一個附隨於它之有拘束力的徵收不僅符合—如同每個徵收—在基本法第 14 條第 1 項第 1 句意義下，一般性的公共利益之必要，也存在著一個以行政機關實施計畫確定程序，將對於公共利益有重大不利，而只能以法律的規制，才得以應對之充分而可被接受的理由時，一個法定計畫無論如何在憲法上有其存在的地位。

c) 就前述性質之計畫決定，立法者有形成權限，並被賦予就不同利益自為衡量之權限。聯邦憲法法院不得以自己的衡量取代立法者的地位；其只能審查，此衡量有無遵守憲法上所預先標示之界限。對此，可作為準繩的是：立法者應就規範所必要之所有重要事實，為適切與完整的調查。而其所依據之事實，亦應涵蓋所有與作為決定基礎之事實有關的公共利益與利益，並以相互顧及的方式，來從事衡量作為準則。基於此一對於預定計畫之重要事實，應予適切與完整調查的要求，立法者特別有義務，彙整個別相關之所有權人與自治團體進行

聽證（vgl. BVerfGE 50, 195 [202 f.]; 56, 298 [319 ff.]; 76, 107 [122]; 86, 90 [107 f.]）。在以此種方式所調查之事實，以及使得各種一經常相互對立一之利益對質為基礎下，立法者有權終局地決定，由某一或多個利益取得優越地位，而同時要求其他相關觀點退讓。對此所論據之目的、評價與預測，聯邦憲法法院將其審查限制在：是否此種評估與決定，有明顯瑕疵或明確地矛盾或有無違反憲法秩序的基本原則（vgl. BVerfGE 76, 107 [121 f.]; 86, 90 [108 f.]; vgl. ebenso BVerwGE 67, 74 [75 f.]; 72, 15 [25 f.]）。

d) 該當法律符合 b)與 c)所論述之要求。

aa) 立法者有充分的理由，來支持與計畫確定相聯結之法定徵收的正當性。統一導致一個不正常狀態的出現。為了新加入各邦的經濟重建，交通基礎建設的迅速重建是刻不容緩的。立法者以法律是「漢諾威—柏林」高速鐵路最可能迅速完工手段之事實基礎作評估。而要求以法律對史坦達南環鐵路為計畫確定，此在憲法上無可指摘。一個由行政機關為計畫確定所生可預期的明顯延宕，在面對強化新加入各邦經濟計畫之卓越意義上，顯示出其將對於公共利益有重大不利。

bb) 立法者對於事實進行了適切而完整地調查。

立法者不僅將在空間規劃程序依利害關係人與自治團體之參與所調查與計畫公司所調查所得出之結果視為自己調查的結果，又以其委員會從事進一步地調查。

計畫所涉及之人民與自治團體已經在空間規劃程序有許多機會，針對計畫中的高速鐵路興建發表意見（請參閱，法律附件書第 1 冊，說明報告，第 2 部分第 1.3 點，空間規劃程序之實施與成果，頁 67 以下）。在緊接著，計畫公司進行之計畫協調程序，相關土地所有權人與自治團體一直到 1991 年 12 月 20 日也都可以對史坦達南環鐵路之興建提出異議。（請參閱，法律附件書第 1 冊，說明報告，第 1 部分第 1 點，程序經過，頁 14 以下）。甚至晚到的意見之發表，也在 1992 年 2 月 21 日被考慮進去；這也被載入計畫附件中（請參閱，前揭報告，第 2 點，意見書，頁 16 以下，特別是，頁 42）。

在立法程序中協力之聯邦眾議院委員會報告人，並進一步在 1992 年 12 月 7 日，通知史坦達及其鄰近區域，討論與參觀交通計畫之細節。在 1993 年 2 月 10 日，交通委員會在共同商議委員會的參與下，針對是否與在那些條件下，新建路段部分之路線規劃的具體確認，得以法律的形式為之、以其他法律上容許之行政法上的計畫確定程序，以及事實上的合目的

性等問題舉辦一場公聽會（請參閱，1993年2月10日，交通委員會第39會期會議記錄，第12屆，交通委員會-744-2450-；與交通委員會委員會公報，380/6）。對此，史坦達市亦在公聽會上，由其市長以書面表示意見。

由此可知，並無任何根據，立法者完全與忽略其調查義務。這也適用於高速鐵路與其他鐵路與公路計畫共同配合之評價（請參閱，薩克森—安哈邦1991年6月16日之空間規劃、都市興建與住宅事物部之邦計畫判斷共同意見，BTDrucks 12/3477，聯邦政府法律草案附件1，頁690，701）。

cc) 該法依所有陳述之利益，而為概括而可理解的衡量。

在立法程序中，空間規劃程序的結果與相關之公共利益團體，參與之自治團體與有利益關係之人民相對於計畫公司所提出之意見與反對意見，都被提出（請參閱，法律附件書第1冊，說明報告，第一部分第2點，意見書，頁16以下，以及第3點，資訊會紀錄，頁48以下；請參閱，該書第2冊第1.3點，空間規劃程序之實施與成果，頁67以下）。最後，交通委員會所補充之調查事實也是聯邦眾議院決議彙整的對象（vgl. BT-Drucks 12/5126, S. 4 ff.; 交通委員會，交通委員會委員會公報 340，

364 及 380）。對於法律案的決議彙整，立法者在這些預先調查的基礎下，對於相關之公共利益與私人利益從事衡量。

dd) 由此，鐵路具體路線決定之結果，依基本法第14條，以有一般公共利益之充分理由，而取得正當性。立法者的評估與評價既無明顯瑕疵，也無明確地矛盾或與憲法秩序之基本原則不相符合之現象。同時也欠缺對於個案之存續財產關係侵犯不合比例之剝奪的根據。

2. 該法律亦未牴觸了基本法第19條第4項第1句及第14條第1項第1句與第3項第2句之規定。立法者以明確的一這裡所給予的一條件（請看上述 B. III. 1.），對於一個剝奪具體財產的徵收自為指示，而並不如眾所指責的，其首先以一般法律之一般抽象規定確認徵收目的，規範目的之進行則仍進一步交由行政徵收為之（vgl. BVerfGE 24, 367 [403]; 74, 264 [297]）。而此法定徵收與因此具有的徵收法預先效力的法定計畫，依基本法第14條第1項第1句與第3項第2句之明文規定，也取得正當性。

3. 關於基於法律對於史坦達南環鐵路所為之空間限制，對於基本法第3條第1項應為平等處遇原則之侵害，自始不須討論。如上所述（vgl. B. II. 2. b），史坦達南環鐵路段與其

他「漢諾威—柏林」間高速鐵路比較，存在著更多困擾，這也為以法律為計畫確定決定之建築許可，取得了正當化事由。

4. 最後，本法律亦未牴觸基本法第 28 條第 2 項第 1 句之地方自治行政之保障。一個法律的計畫決定，尚有賴於—儘管史坦達市有提出地圖素材之現實化需求性的指責—完整地與謹慎地從事實調查，以及顧及有關鄉鎮利益之概括衡量（vgl. BVerfGE 50, 195 [202 f.]; 56, 298 [320 ff.]; 76, 107 [122]; 86, 90 [107 f.]）。

這亦適用於史坦達市所提出之異議與質疑。是否真的存在一個對於史坦達市之地方計畫高權的侵犯，則保持開放（vgl. BVerfGE 56, 298 [312 f.]; 76, 107 [118 f.]; 79, 127 [146]）。特別是針對計畫問題之建設範圍，也尚

未制訂建設指導計畫。當然，如果基於統一後史坦達市之計畫問題被接受為一個侵害，則此計畫所述及之即將恢復之德意志聯邦共和國整體等值生活關係之急迫利益的確保，當然要適當而必要，且對顧及到少數可運用之受限制的鄉鎮計畫高權上，亦不能不合乎狹義的合比例。城市有因為高速鐵路之興建，而發生其對鄉鎮範圍內南邊之工業區與住宅區重大難以或根本不可能為進一步安排的現象，並不明顯（此一標準，請參閱：BVerwG, Urteil vom 21. März 1996 - 4 C 26.94 -, DVBl. 1996, S. 914）。

法官：Limbach Graßhof Kruis
Kirchhof Winter Sommer
Jentsch Hassemer

「利珀水利會」裁定

BverGE 107, 59ff.

聯邦憲法法院第二庭 2002 年 12 月 5 日裁定

– 2 BvL 5, 6/98 –

許春鎮 譯

要目

裁判要旨

案由

裁判主文

理由

- A. 事實與爭點
 - I. 歷史背景
 - II. 事實經過
 - III. 各界意見
- B. 提請審查應予受理
- C. 系爭條文符合基本法

- I. 符合基本法第 20 條第 2 項
- II. 符合基本法第 2 條第 1 項及第 20 條第 3 項

關鍵詞：

利珀水利會（Lippeverband）
功能自治行政
（funktionale Selbstverwaltung）
民主原則
（Demokratiegebot）
民主正當性
（demokratische Legitimation）

裁判要旨

1. 除了國家直接行政以及地方自治行政以外，基本法第 20 條第 2 項之民主原則（Demokratiegebot）尚容許其他的、與一般要求有決定權者應具備無缺陷之人身民主正當性有所不同的國家統治權組織型態及行使方式。基本法第 20 條第 2 項之民主原則允許，針對特定領域公共任務之辦

理，以法律創設特別的自治行政組織型態。

2. 功能自治行政補充並強化民主原則。立法者可以賦予利害關係人有效的參與權，並且活化行政外部的專門知識，也較易於公平客觀地協調各方利益，並進而更有效地達成立法之原意與目的。

3. 以憲法的角度而言，功能自治行政主體之機關只有在在不影響全體

國民自主決定權之範圍內，始得為具決定性質（*Entscheidungscharakter*）之有拘束力的行為。因此，該機關之任務及行為權限，必須預先以國民代表所制定之法律充分規定，而其執行須受具備人身民主當性之職務擔當人（*Amtswalter*）的監督。

案 由

聯邦憲法法院第二庭 2002 年 12 月 5 日裁定—2 BvL 5, 6/98—。

本案之違憲審查涉及：1990 年 2 月 7 日公布之「利珀水利會法」（*Lippeverbandsgesetz, Gesetz- und Verordnungsblatt Nordrhein-Westfalen, Seite 162*）的第 6、12 條、第 14 條第 1 項第 2 句、第 15 條第 6 項、第 16 條第 1、2 及 4 項、第 17 條第 2 項以及第 18 條第 5 項等條文是否符合基本法第 20 條第 2 項及第 28 條第 1 項第 1 句之要求：辦理涉及公共利益之任務必須具備組織人身上之民主正當性（*organisatorisch-personelle demokratische Legitimation*），蓋依上述條文，「利珀水利會」之機關「會員大會」（*Verbandsversammlung*）、「代表會」（*Verbandsrat*）及「理事會」（*Vorstand*），其成員全部或大部分欠缺可回溯至全體國民之不間斷的民主正當性—聯邦行政法院 1997 年 12 月 17 日停止訴訟程序並訴請審查之裁定，-BverwG 6 C 1.97- 2 BvL

5/98—；以及 1990 年 2 月 7 日公布之「愛姆斯水利會法」（*Emschergenossenschaftsgesetz, Gesetz- und Verordnungsblatt Nordrhein-Westfalen, Seite 144*）第 5、11 條、第 13 條第 1 項第 2 句、第 14 條第 6 項、第 15 條第 1、2 及 4 項、第 16 條第 2 項以及第 17 條第 5 項等條文是否符合基本法第 20 條第 2 項及第 28 條第 1 項第 1 句之要求：辦理涉及公共利益之任務必須具備組織人身上之民主正當性，蓋依上述條文，「愛姆斯水利會」之機關「會員大會」（*Genossenschaftsversammlung*）、「代表會」（*Genossenschaftsrat*）及「理事會」（*Vorstand*），其成員全部或大部分欠缺可回溯至全體國民之不間斷的民主正當性—聯邦行政法院 1997 年 12 月 17 日停止訴訟程序並訴請審查之裁定，-BverwG 6 C 2.97- 2 BvL 6/98—。

裁判主文

2 BvL 5/98 以及 2 BvL 6/98 兩案將併案裁判。

1990 年 2 月 7 日公布之「利珀水利會法」（*Gesetz- und Verordnungsblatt Nordrhein-Westfalen, Seite 162*）的第 6、12 條、第 14 條第 1 項第 2 句、第 15 條第 6 項、第 16 條第 1、2 及 4 項、第 17 條第 2 項、第 18 條第 5 項以及 1990 年 2 月 7 日公布之

「愛姆斯水利會法」（Gesetz- und Verordnungsblatt Nordrhein-Westfalen, Seite 144）第 5、11 條、第 13 條第 1 項第 2 句、第 14 條第 6 項、第 15 條第 1、2 及 4 項、第 16 條第 2 項、第 17 條第 5 項等條文符合基本法之規定。

理 由

A. 事實與爭點

系爭兩案涉及之問題在於，根據 1990 年 2 月 7 日公布之「利珀水利會法」（GV.NW S. 162）以及 1990 年 2 月 7 日公布之「愛姆斯水利會法」（GV.NW S. 144）部分條文之規定，該二水利會之特定機關全部或大部分欠缺可回溯至全體國民之不間斷的組織人身民主正當性，則此等條文與基本法第 20 條第 2 項及第 28 條第 1 項第 1 句所規定之民主原則是否相符。

I. 歷史背景

1. 在普魯士以及特別是在今天的「北萊茵—西伐利亞」（Nordrhein-Westfalen）地區，以特別法來設立之水利會，其歷史可回溯至二十世紀初（參照 de Grais/Peters, Handbuch der Verfassung und Verwaltung in Preußen und dem Deutschen Reiche, 25. Auflage, 1930, § 353, S. 779 f.）。其設立原因在於，「萊茵—西伐利亞」工業區水利之管理狀況，該區不僅由

於礦產開採造成地下水上升，而且由於人口快速成長以及急速工業化之結果，亦導致河流中有害物質之濃度過高。由於其任務錯綜複雜，而當時的法律上又不足以提供可行之解決方法，乃有倡議為整個「愛姆斯河谷」成立一個統籌管理之「水利合作社」（Wassergenossenschaft）者（參照 Dornheim, Das Recht der Wasser- und Bodenverbände, 2. Auflage, 1980, S. 87）。

普魯士的立法者乃在 1904 年 7 月 14 日制訂「愛姆斯河法」（Emschergesetz, PrGS 1904, S. 175），賦予一個「強制合作社」（Zwangsgenossenschaft）愛姆斯河流域廢水清理以及排水管理之任務。凡全部或部分廢水排放至愛姆斯河及其支流之各縣市皆為該合作社之成員。

「愛姆斯河法」對普魯士後來一系列的水利會特別法具有示範作用，例如 1913 年 6 月 5 日公布之「Seseke 河合作社法」（PrGS 1913, S. 329）。該合作社—其任務主要在於 Seseke 河（利珀河左側之支流）及其支流之排水管理以及廢水清理—後來併入以 1926 年 1 月 19 日普魯士特別法（「利珀河法」Lippegesetz, PrGS 1926, S. 13）所設立之「利珀水利會」。

利珀河及愛姆斯河的這兩個以特別法設立之大水利會，均不受隨後

歷次的水利法制改革的影響。1926年1月19日公布的「水利會規則」(Wasserverbandsverordnung, WVVO, RGBI I, S. 933)一本規則將原屬各邦的水利會法納入帝國法之領域—雖然將部分現存的水利會納入該法之規範(參照「水利會規則」第1及第2條),但依該規則第191條第2項規定,「愛姆斯水利會」以及「利珀水利會」卻是例外。這種情形即使到了1945年「水利會規則」一刪除部分帶有國家社會主義「領袖原則」(Führerprinzip)色彩之條文後—成為聯邦共和國的法律而繼續有效,亦未改變,直到1991年「水利會規則」終於為「水利會法」(Wasserverbandsgesetz, WVG, BGBI I S. 405)所取代。依「水利會法」第80條規定,該法不適用於以特別法所設立之水利會,但法規另有明文規定者,不在此限。

2.1926年1月19日公布之「利珀河法」(Lippegesetz)在1990年2月7日改名為「利珀水利會法」(Gesetz über den Lippeverband, Lippeverbandsgesetz – LippeVG),並修正公布全文。主要修正部分包括創設了「代表會」(Verbandsrat)、修改「理事會」之組織(Vorstand)以及實施「員工參與」(Arbeitnehmermitbestimmung)制度。

「利珀水利會」乃轄有「利珀

河」地面流域之「公法社團」(öffentlich-rechtliche Körperschaft),但非「地域性團體」(Gebietskörperschaft),其係為公共利益及其成員之利益而服務(參照 § 1 Lippe VG)。該會執行了幾乎所有「利珀河」流域內重要的水利管理任務。其會員包括「北萊茵—西伐利亞」邦、轄區內的各公共供水事業及其他取水者、全部或部分自治區域在轄區內的各縣市鄉鎮、轄區內之各該礦業及營利事業所有人、以及所有增加水利會之負擔或因水利會之活動而受利益之土地、交通設施及其他設施之所有權人(參照 § 6 LippeVG)。

該自治水利會之機關為「會員大會」(Verbandsversammlung)、
「代表會」(Verbandsrat)及「理事會」(Vorstand)(參照 § 10 Lippe VG)。「會員大會」由各會員所派遣之代表以及一名「西伐利亞—利珀」農會(Landwirtschaftskammer Westfalen-Lippe)之代表所組成;各會員所得派遣之代表名額依其會費高低而定(參照 § 12 LippeVG)。「會員大會」議決章程、章程之修訂以及會費核定標準(Veranlagungsgrundsätze)(§ 14 Abs. 1 Satz 1 Lippe VG);此外並選舉「代表會」之成員(§ 14 Abs. 1 Satz 2 LippeVG)。「會員大會」之決議以所投出有效票之多數決行之(§ 15 Abs. 6 Lippe

VG)。

「代表會」由 15 名成員組成 (§ 16 Abs. 1 LippeVG)。其中一人代表「北萊茵—西伐利亞」邦，由該邦目的事業主管部長派遣。其餘 14 名成員由「會員大會」選出。席次分配如下，不受會費高低影響：各公共供水事業一席、各縣市鄉鎮 3 席、各該礦業、營利事業、土地、交通設施及其他設施之所有權人 2 席。另外 3 席按所繳會費高低，依「頓特式比例代表制」(d'Hondt'sches Höchstzahlverfahren)¹ 分配予各群組會員。剩餘的 5 席為水利會的員工代表，由水利會的「職工代表會」(Personalrat) 所建議的人選中選出 (§ 16 Abs. 2 LippeVG)；其中 3 人與水利會間必須具有事實上的勞動關係 (Beschäftigungsverhältnis)，另 2 人則須非水利會之受雇人員。水利會「職工代表會」的建議人選名額至少須為應選席次的兩倍。水利會章程得另規定，以前述方式為各個代表會成員指派或選出一個代理人 (參照 § 16 Abs. 4 LippeVG)。

「代表會」選舉「理事會」成員並指派其中一人為理事會主席 (§ 17 Abs. 2 Satz 1 LippeVG)。「代表會」議決超出預算支出之批准 (§ 23

Abs. 2 LippeVG) 以及水利會行政部門之處務規程 (Geschäftsordnung)。

「理事會」之下列作為須徵得「代表會」之同意：關於水利事業之建築計畫或其他措施、關於下令徵用會員或第三人之土地或設備以及其金錢補償之確定 (§ 7 Abs. 5 LippeVG)、關於申請執行強制徵收程序 (§ 9 LippeVG)、以及一系列其他重要事項，例如預算草案、追加預算及財政計畫 (§ 22 LippeVG)。

理事會由主席以及至少另一名成員組成。理事會成員中應有一人專門負責人事及社會福利事項 (參照 § 19 Abs. 1 LippeVG)。主席負責日常行政業務以及非屬其他各部門管轄之事務 (參照 § 20 Abs. 2 LippeVG)。專責人事及社會福利事項之理事會成員為水利會員工的職務上長官 (參照 § 20 Abs. 2 Satz 4 LippeVG)；其當選不得違反員工代表的多數票 (參照 § 17 Abs. 2 Satz 2 LippeVG)。

本案提請聯邦憲法法院審查之「利珀水利會法」相關條文如下：
第 6 條 會員

(1) 本水利會會員如下：

1. 「北萊茵—西伐利亞」邦；
2. 各公共供水事業、於水利會轄區內抽取地下水或地上水使

¹ 譯註：關於「頓特式比例代表制」可參照薩孟武，政治學，增定二版七刷，2003

用之營利事業及土地或設施所有權人（但依 1968 年 8 月 8 日聯邦德國與「北萊茵—西伐利亞」邦間之協定—GV.NW S. 343, 1972 年 12 月 22 日修正, GV.NW 1973 S. 63）—而取水者，不在此限）；

此外

3. 各「相當於縣之市」（kreisfreie Städte）、縣轄市（kreisangehörige Städte）、鄉鎮（Gemeinden）以及

4. 全部或部分自治區域在轄區內的各縣；

5. 各該礦業所有權人，其礦區全部或部分在水利會轄區之內者；

6. 各該營利事業、以及所有增加或可能增加水利會之負擔或因水利會之活動而受利益或可能受益之土地、交通設施及其他設施之所有權人；若有地上權存在，則以地上權人取代所有權人；若交通設施附有建築維護之負擔（Baulast），則以該負擔義務人取代所有權人或其地上權人。

符合前句第 2 至第 6 號所稱之地域團體、企業或所有權人，其雖位於本會轄區以外，但直接由本會轄區供應用水、或依其申請確定將由本會轄區供應

用水、或其任務與義務已由本會依法第 2 條第 2 項之規定承擔者，仍屬本水利會之會員。前句第 5 號所稱之礦業包括礦產所有權、聯邦礦業法之開採權、以及已廢止或撤銷或消滅之礦業、礦產所有權及開採權。

(2) 前項第 1 句第 2 號、第 6 號以及第 2 句之會員，須已達於章程所定之最低會費課徵標準，且會費核定處分書已送達於受處分人（第 27 條第 1 項及第 2 項），始具備會員資格。如應繳會費低於最低會費課徵標準，則自理事會之相關決定送達之時起，其會員資格消滅。在決定作成及送達之間，對該會員不生新的權利或義務。

(3) 會員應登錄於會員名錄。其細節由章程加以規定。

第 12 條 會員大會 (Verbandsversammlung)

(1) 會員大會由各會員依第 2 項及第 3 項規定所派遣之代表以及一名依第 4 項產生之代表所組成。會員大會代表之名額由章程規定。

(2) 每一章程按年會費計算所規定之單位（會費單位）均有權派遣一名代表。每一會員所得派遣之具有投票權之代表名額，以其所繳之年會費計算，每滿一會費單

位，即得派遣一人。但至多不得超過代表總額之五分之二。超出前句所定五分之二之部分會費不得派遣代表，亦不得組織或加入「選票團體」（Stimmgruppen）（第3項）。計算個別會員之會費單位時，應以該會員在新會員大會組成之前3年的平均年會費為基礎；會員資格不足3年者，則以新會員大會組成前理事會所核定之最後一次年會費為準。年會費尚未確定者，則以理事會所核定之會費為準。依「邦水利法」（Landeswassergesetz）第65條第2項所課之廢水稅（Abwasserabgabe），對於會費單位之計算不生影響。

(3) 年會費未達一會費單位者或年會費超過會費單位之超過部分（部分會費單位），其會員得組成「選票團體」。每一「選票團體」所得派遣之具有投票權之代表名額，以其所結合之年會費或部分年會費的總額計算，每滿一會費單位，即得派遣一人。每一會員僅得加入一個「選票團體」。每一「選票團體」選出自己的代表，並將其派遣至會員大會。關於「選票團體」之組成及代表之選舉，其細節由章程加以規定。

(4) 會員大會須有一名具備「西伐

利亞—利珀」農會（Landwirtschaftskammer Westfalen-Lippe）會員身分，且由「西伐利亞—利珀」農會所派遣之代表。該名代表在會員大會中享有投票權。

第14條 會員大會之任務

(1) …。會員大會選舉代表會之成員。

…

第15條 會員大會之會議、決議作成

…

(6) 會員大會之決議以所投出有效票之多數決行之。棄權以及無效票在計算決議及選舉之可決人數時，一併計入，但在計算多數決時，則不計入。票數相同時視為不通過。

第16條 代表會之組成、選舉及任期

(1) 代表會由15名成員組成。

「北萊茵—西伐利亞」邦之目的事業主管部長派遣一名代表，代表該邦。其餘14名成員由會員大會選出。其席次分配如下：

1. 第6條第1項第1句第2號之會員（各公共供水事業及其他取水者）1席，

2. 第6條第1項第1句第3號之會員（各「相當於縣之市」、縣轄市、鄉鎮）2席，

3. 第6條第1項第1句第4號之會員（各縣）1席，

4. 第6條第1項第1句第5號

之會員（各礦業）1席，

5. 第6條第1項第1句第6號之會員（各營利事業、土地、交通設施及其他設施）1席，

6. 水利會員工代表5席。

剩餘的3席依「頓特式比例代表制」（d'Hondt'sches Höchstzahlverfahren）分配與前句第1號至第5號之各群組會員。各縣市鄉鎮之代表準用第13條第5項第2句。分配基準係依照各群組在新會員大會組成之前三年所繳的平均會費比例；第12條第2項第3、4、7句準用之。

(2) 第1項第4句第6號之代表會成員，由會員大會自水利會「職工代表會」（Personalrat）依下句第1及第2號規定所建議的人選中選出。所建議之人選名額至少須為應選席次的兩倍，其中

1. 三名員工代表與水利會間具有事實上的勞動關係（Beschäftigungsverhältnis）；

2. 另二名員工代表則非水利會之受雇人員。其選舉，「職工代表會」須依所有相關工會之建議為之。

此選舉為多數決選舉（Personenwahl）。其細節由章程加以規定。

...

(4) 水利會章程得另規定，以前述方式為各個代表會成員指派或選出一個代理人。

第17條 代表會之任務

...

(2) 代表會選舉理事會成員並指派其中一人為理事會主席。專門負責人事及社會福利事項之理事會成員，其當選不得違反員工代表的多數票。如果「利珀水利會」和「愛姆斯水利會」的行政部門為同一個，則「利珀水利會」和「愛姆斯水利會」的代表會須選出至少兩席理事會成員。

第18條 代表會之會議、決議作成

...

(5) 代表會之決議以所投出有效票之多數決行之；每一代表僅有一票。棄權以及無效票在計算決議及選舉之可決人數時，一併計入，但在計算多數決時，則不計入。票數相同時視為不通過。

...

3. 1904年7月14日制定之「愛姆斯河法」（Emschergesetz）在1990年2月7日改名為「愛姆斯水利會法」（Gesetz über die Emschergenossenschaft, Emschergenossenschaftsgesetz - EmscherGG -），並修正公布全文；其修正部分同於「利珀水利會法」。

「愛姆斯水利會」乃轄有「愛

姆斯河」地面流域之「公法社團」（Körperschaft des öffentlichen Rechts），該會執行了大部分「愛姆斯河」流域內重要的水利管理任務。其會員（Genossen）包括全部或部分自治區域在轄區內的各縣市鄉鎮、轄區內之各該礦業及營利事業所有人、以及所有增加水利會之負擔或因水利會之活動而受利益之土地、交通設施及其他設施之所有權人（參照 § 5 EmscherGG）。該自治水利會之機關為「會員大會」（Genossenschaftsversammlung）、「代表會」（Genossenschaftsrat）及「理事會」（Vorstand）（參照 § 9 EmscherGG）。會員大會由各會員所派遣之代表組成；每個會員所得派遣之代表名額依其會費高低而定（參照 § 11 EmscherGG）。會員大會之職權在於選舉「代表會」之代表、議決章程以及會費核定標準（Veranlagungsgrundsätze），此外另有一系列重要事項，例如確認預算等（參照 § 13 EmscherGG）。會員大會之決議以所投出有效票之多數決行之（參照 § 14 Abs. 6 EmscherGG）。

「代表會」由 15 名成員組成（參照 § 15 Abs. 1 EmscherGG）。其中，不受會費高低影響，3 席分配與各縣市鄉鎮，2 席分配與各該礦業、營利事業及土地、交通設施及其他設施之所有權人。另外 5 席按所繳會費高低，依「頓特式比例代表制」

（d'Hondt'sches Höchstzahlverfahren）分配與前述兩組會員。剩餘的 5 席為水利會的員工代表，其選舉方式類似於利珀水利會之相關規定。代表會選舉「理事會」成員並指派其中一人為理事會主席（參照 § 16 Abs. 2 EmscherGG）。其他代表會之議決以及同意之職權亦與利珀水利會之代表會類似。其餘關於理事會組成及選舉等，亦同。

本案提請聯邦憲法法院審查之「愛姆斯水利會法」相關條文如下：
第 5 條 會員

(1) 本水利會會員（Genossen）如下：

1. 各「相當於縣之市」（kreisfreie Städte）、縣轄市（kreisangehörige Städte）、鄉鎮（Gemeinden）以及
2. 全部或部分自治區域在轄區內的各縣；
3. 各該礦業所有權人，其礦區全部或部分在水利會轄區之內者；
4. 各該營利事業、以及所有增加或可能增加水利會之負擔或因水利會之活動而受利益或可能受益之土地、交通設施及其他設施之所有權人；若有地上權存在，則以地上權人取代所有權人；若交通設施附有建築維護之負擔，則以該負擔義務

人取代所有權人或其地上權人。

符合前句第 1 至第 4 號所稱之地域團體、企業或所有權人，其雖位於本會轄區以外，但其任務與義務已由本會依本法第 2 條第 2 項之規定承擔者，仍屬本水利會之會員。前句第 3 號所稱之礦業包括礦產所有權、聯邦礦業法之開採權、以及已廢止或撤銷或消滅之礦業、礦產所有權及開採權。

(2) 前項第 1 句第 4 號以及第 2 句之會員，須已達於章程所定之最低會費課徵標準，且會費核定處分書已送達於受處分人（第 26 條第 1 項及第 2 項），始具備會員資格。如應繳會費低於最低會費課徵標準，則自理事會之相關決定送達之時起，其會員資格消滅。在決定作成及送達之間，對該會員不生新的權利或義務。

(3) 會員應登錄於會員名錄。其細節由章程加以規定。

第 11 條 會員大會（Genossenschaftsammlung）

(1) 會員大會由各會員依第 2 項及第 3 項規定所派遣之代表所組成。會員大會代表之名額由章程規定。

(2) 每一章程按年會費計算所規定之單位（會費單位）均有權派遣

一名代表。每一會員所得派遣之具有投票權之代表名額，以其所繳之年會費計算，每滿一會費單位，即得派遣一人。但至多不得超過代表總額之五分之二。超出前句所定五分之二之部分會費不得派遣代表，亦不得組織或加入「選票團體」（Stimmgruppen）（第 3 項）。計算個別會員之會費單位時，應以該會員在新會員大會組成之前三年的平均年會費為基礎；會員資格不足三年者，則以新會員大會組成前理事會所核定之最後一次年會費為準。年會費尚未確定者，則以理事會所核定之會費為準。依「邦水利法」（Landeswassergesetz）第 65 條第 2 項所課之廢水稅（Abwasserabgabe），對於會費單位之計算不生影響。

(3) 年會費未達一會費單位者或年會費超過會費單位之超過部分（部分會費單位），其會員得組成「選票團體」。每一「選票團體」所得派遣之具有投票權之代表名額，以其所結合之年會費或部分年會費的總額計算，每滿一會費單位，即得派遣一人。每一會員僅得加入一個「選票團體」。每一「選票團體」選出自己的代表，並將其派遣至會員大會。關於「選票團體」之組成及

代表之選舉，其細節由章程加以規定。

第 13 條 會員大會之任務

(1) …。會員大會選舉代表會之成員。

…

第 14 條 會員大會之會議、決議作成

…

(6) 會員大會之決議以所投出有效票之多數決行之。棄權以及無效票在計算決議及選舉之可決人數時，一併計入，但在計算多數決時，則不計入。票數相同時視為不通過。

…

第 15 條 代表會之組成、選舉及任期

(1) 代表會由 15 名會員大會選出之代表組成。其席次分配如下：

1. 第 5 條第 1 項第 1 句第 1 號之會員（各「相當於縣之市」、縣轄市、鄉鎮）2 席，
 2. 第 5 條第 1 項第 1 句第 2 號之會員（各縣）1 席，
 3. 第 5 條第 1 項第 1 句第 3 號之會員（各礦業）1 席，
 4. 第 5 條第 1 項第 1 句第 4 號之會員（各營利事業、土地、交通設施及其他設施）1 席，
 5. 水利會員工代表 5 席。
- 剩餘的 5 席依「頓特式比例代表制」分配與前句第 1 號至第 4 號之各群組會員。各縣市鄉鎮

之代表準用第 12 條第 4 項第 2 句。分配基準係依照各群組在新會員大會組成之前三年所繳的平均會費比例；第 11 條第 2 項第 3、4、7 句準用之。

(2) 第 1 項第 2 句第 5 號之代表會成員，由會員大會自水利會「職工代表會」（Personalrat）依下句第 1 及第 2 號規定所建議的人選中選出。所建議之人選名額至少須為應選席次的兩倍，其中

1. 三名員工代表與水利會間具有事實上的勞動關係（Beschäftigungsverhältnis）；

2. 另二名員工代表則非水利會之受雇人員。其選舉，「職工代表會」須依所有相關工會之建議為之。

此選舉為多數決選舉（Personenwahl）。其細節由章程加以規定。

…

(4) 水利會章程得另規定，以前述方式為各個代表會成員指派或選出一個代理人。

第 16 條 代表會之任務

…

(2) 代表會選舉理事會成員並指派其中一人為理事會主席。專門負責人事及社會福利事項之理事會成員，其當選不得違反員工代表的多數票。如果「愛姆斯水利

會」和「利珀水利會」的行政部門為同一個，則「愛姆斯水利會」和「利珀水利會」的代表會須選出至少兩席理事會成員。

...

第 17 條 代表會之會議、決議作成

...

(5) 代表會之決議以所投出有效票之多數決行之；每一代表僅有一票。棄權以及無效票在計算決議及選舉之可決人數時，一併計入，但在計算多數決時，則不計入。票數相同時視為不通過。

...

II. 事實經過

1. a) 1990 年 12 月 12 日「利珀水利會」依新法組成之會員大會召開第 1 次會議。本會員大會係由 66 名各縣市鄉鎮代表、6 名邦的代表、1 名農會代表、以及 74 名私人企業及所有權人代表所組成。當日會員大會所選出之代表會，其成員包括 6 名各縣市鄉鎮及邦的代表、4 名礦業及其他營利事業代表、以及 5 名員工代表。同日並召開新選出的代表會的第 1 次會議。會中選出由 5 人所組成的理事會：即主席、3 名理事以及專責人事及社會福利事項之理事。

b) 「愛姆斯水利會」的新會員大會係由 50 名各縣市鄉鎮代表、67 名礦業代表、以及 31 名營利事業及私人所有權人代表所組成，其第 1 次

會議在 1990 年 11 月 29 日召開。會中選出的代表會代表包括 5 名各縣市鄉鎮的代表、5 名礦業及私人所有權人的代表、以及 5 名員工代表。同日並召開代表會會議，會中選出由主席、3 名理事以及專責人事及社會福利事項之理事所組成的理事會。

c) 2 名「利珀水利會」的會員和 4 名「愛姆斯水利會」的會員—都是來自營利事業及礦業群組—早在 1990 年就直接針對「員工參與」(Arbeitnehmermitbestimmung) 的相關條文，提起憲法訴願 (Verfassungsbeschwerden)，但因尚未窮盡其他法律救濟途徑，而為聯邦憲法法院的管轄法庭在 1991 年 6 月 26 日裁定不受理 (2 BvR 1735/90 und 2 BvR 1736/90)。

d) 這些會員在 1991 年 9 月 13 日的信函中質疑兩代表會中員工代表及其代理人之選舉以及專門負責人事及社會福利事項之理事之選舉的正當性。「利珀水利會」和「愛姆斯水利會」的會員大會則分別在其 1991 年 12 月 12 日以及 1991 年 11 月 26 日召開的會議中，宣告各該選舉為有效。

2. 在此之前，同一批會員即曾提起訴訟，請求確認兩代表會之選舉以及專門負責人事及社會福利事項之理事之選舉無效，因為員工參與侵害他們基本法第 2 條第 1 項的基本權。

渠等主張，員工參與之規定就形式上及實質上之角度而言，都與基本法不符。就形式上而言，此等規定並未遵守聯邦關於水利會法（Wasserverbandsrecht）以及職工代表法（Personalvertretungsrecht）之職權。就實質上而言，員工參與特別是違反民主原則、違反法治國原則之依法行政原則以及違反「禁止逾越」原則。

1992年9月11日「格爾森基爾欣」（Gelsenkirchen）行政法院以原告欠缺訴之權能，判決不受理此訴訟。蓋原告所攻訐之選舉乃不生對外效力之內部組織行為（innerorganisatorische Akte），而原告既非各該水利會之機關，亦非機關之組成部分，故不可能受該等行為影響。

3. 原告提起上訴，並且—如果確認員工代表之選舉無效—請求課與被告「利珀水利會」和「愛姆斯水利會」之會員大會宣告員工代表選舉無效之義務，以及請求判決「利珀水利會」和「愛姆斯水利會」不得作成任何有員工代表參與之決議，除非此等決議單純涉及水利管理事務。

1995年6月9日「北萊茵—西伐利亞」邦高等行政法院以原告之訴無理由判決駁回上訴。蓋員工參與之相關規定並不違反基本法第2條第1項。此等規定乃是屬於符合憲法的制

度（verfassungsmäßige Ordnung），無論是從形式上或實質上之角度而言，都與基本法相符。邦享有應有之立法權。員工參與之相關規定亦不違反民主原則或法治國原則之依法行政原則及比例原則。同樣地基本法第33條關於公職人員適用之原則或行政組織之原則，也與系爭二法中員工參與之規定不相抵觸。

4. 原告以該判決違法，經邦高等行政法院同意提起上訴（Revision）²。聯邦行政法院乃於1997年12月17日（NVwZ 1999, S. 870; BVerwGE 106, 64）將系爭兩案依基本法第100條第1項裁定暫停審理，並提請聯邦憲法法院審查「利珀水利會法」的第6、12條、第14條第1項第2句、第15條第6項、第16條第1、2及4項、第17條第2項、第18條第5項等條文，以及「愛姆斯水利會法」的第5、11條、第13條第1項第2句、第14條第6項、第15條第1、2及4項、第16條第2項、第17條第5項等條文是否符合基本法第20條第2項及第28條第1項第1句所規定之原則：辦理涉及公共利益之任務必須具備組織人身上之民主正當性（organisatorisch-personelle demokratische Legitimation）。蓋依上述條文，「利珀水利會」和

² 譯註：Revision 為法律審，原則上原審法

院應在其判決中同意，當事人始得提起。

「愛姆斯水利會」之機關「會員大會」、「代表會」及「理事會」，其成員—全部或大部分—欠缺可回溯至全體國民之不間斷的民主正當性。而本案的自治社團就非常重要的公共資源—水—而言，對廣大流域以及全體當地居民負有重要的保護及規範任務。故對於此種類型的自治社團，僅得透過組織人身上之民主正當性，以達到民主原則的要求，而不得以其他方式，例如只透過實質正當性（sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation）。

本案爭議之決定將視提請審查之各該邦規範之有效與否而定。如該等法規有效，則上訴應駁回，否則上訴應予受理。雖然原告之上訴僅明確攻擊員工參與制度，但所有有關本案兩水利會決策結構的重要條文，均應提請聯邦憲法法院一併審查；因為評斷員工參與是否會因相關機關之欠缺民主正當性而違反民主原則，須視個別行使國家統治權之機關，其正當性層次（Legitimationsniveau）的整體判斷而定。否則其一致欠缺正當性的不可分關係將因而解體。欲將該等爭議條文作合憲解釋，卻因受制於立法者明確的基本構想而不可行。但是如果聯邦憲法法院基於憲法而指責員工參與，則原告之上訴應可勝訴，而無庸再對事實補充解釋。

原告將其原先課與義務之主張

（Verpflichtungsantrag）改為撤銷原判決的形成主張（Gestaltungsantrag）後，即可以提起上訴。原告具備訴訟當事人適格。原告得主張基本法第2條第1項的基本權結合基本法第19條第4項，而以訴訟方式對抗因系爭二法中員工參與的整體相關制度，所造成其強制會員資格的改變（Ausformung）。本案之法律爭議並未因中間曾有補選及新選舉而解決，蓋系爭條文之違憲性並未因此而有所改變；而且，兩代表會在其第一次當選時，曾選出理事會或使其連任，故該有爭議之選舉的影響力仍然存在。

在系爭條文違憲的情況下，原告之訴也是有理由，因為系爭條文侵害原告基本法第2條第1項的一般行為自由權。「利珀水利會」和「愛姆斯水利會」內部組織的主要部分與聯邦憲法法院裁判所理解的基本法中的民主原則，並不相符（提示：BverfGE 47, 253 [275 ff.]; 52, 95 [130]; 77, 1 [40 ff.]; 83, 60 [71 ff.]; 93, 37 [66 ff.]）；故其相關法條不屬於基本法的「合憲制度」（verfassungsmäßige Ordnung）。

基本法第20條第2項第2句要求，全體人民對於國家機關之人事組成及活動應有有效的影響力。國家機關之行為必須能回溯到全體國民的意志並對全體國民負責。人民與國家統

治間的此種歸責關係（Zurechnungszusammenhang），係透過選舉國會、國會制訂法律作為行政行為的準則、政府對國會負責以及行政原則上應受指示拘束等而產生。要判斷民主正當性的成分是否足夠，必須綜合司法裁判及學說所發展出的各種不同的正當性類型以觀，而非僅擇其一。決定性之要素乃其效果以及達到特定的正當性層次。雖然個別職務擔當者的人身正當性（personelle Legitimation）與其依法律而為行為的實質正當性（sachlich-inhaltliche Legitimation）可能無法完全地互相替換，但兩者在一定範圍內是可替代的。因此，機關和職務擔當人必須具備能回溯到國民全體的正當性；而完整的人身正當性可以經由不間斷的正當性鎖鍊（ununterbrochene Legitimationskette）而產生。

即使上述聯邦憲法法院關於民主正當性的標準是針對層級組織的聯邦及各邦行政，以及地方自治的地域團體所發展出來，但是如果功能自治團體不僅僅辦理其會員之事務，同時也擔負重要的公益以及第三人之事務，例如負擔其他族群攸關性命的生活供給任務時，則無論如何也應一體適用這些標準。這些自治團體的會員僅是「部分國民」（Teilvolk），故無法提供正當性。單純以功能及利益上特徵而劃分之社會族群，如果其所組

成的自治團體並非僅僅或大部分規範會員自己的事務，而是一如同本案—其主要目的在於維護明顯超越會員利益範圍的公益時，則這些社會族群並非可以作為正當性主體的「部分國民」。本案「利珀水利會」和「愛姆斯水利會」所涉及的不只是個別水利管理任務之辦理，尚且涉及重要公益事務的維護，即整個區域水的養護，換言之，是涉及維持生活所必需而無法「私營化」（privatisierbar）的國家任務。在這種情況下，成立一個私人利益可能壓制公益的自治團體，自始就顯得不恰當。一個民主正當化的國家不得放棄其此類基本的、重要的國家任務的責任—即使只是一部分。這不僅代表國家的退縮推諉責任，同時由於自治團體機關的正當性微弱，也代表著個別利益主體對共同體的原始事務的外來治理（Fremdbestimmung），而最終會造成人民對國家統治權的行使，擁有不平等的影響力。專家的參與可能有其意義，但至少應維持最低限度的民主正當性，如此國家統治權的行使才不會或不再是僅由國會負責，而是由各個利益族群負責。

就「利珀水利會」而言，法律上並未充分保證，其會員大會之決議始終是以其具備民主正當性的代表的多數決作成；因此其代表會以及代表會所選出的理事會的民主正當性，也

就無法確保了。而「愛姆斯水利會」的會員大會雖然有三分之一地方自治團體所派遣的代表具備民主正當性；但並不確保這些具備民主正當性的代表一定能貫徹其意願（雙重多數原則，Prinzip der doppelten Mehrheit）。因此，其會員大會的多數並不具備人身民主正當性，所以連帶地會員大會也不能提供代表會民主正當性，而代表會也就不能提供理事會正當性了。

此一人身正當性之欠缺無法由實質正當性加以彌補。雖然「利珀水利會法」和「愛姆斯水利會法」均含有概括的行為操控（global-handlungssteuernde）條文，並且特別規定了詳盡的、全面性的國家監督，甚且除法律監督（Rechtsaufsicht）外還包括專業監督（Fachaufsicht）的基本要點。但是立法者提供正當性的意志，並未凝聚成為各機關行為時足夠具體甚至精確的目標規定（Zielvorgaben）。另關於各機關應有不受利益影響的水利管理專家，並應賦予其實現專業的權力的組織上保障，在該法中並未明確規定，反而是讓諸機關中各種利益代表去自我協調。雖然，就任務範圍限於會員自身事務的自治團體而言，其人身正當性的欠缺可以透過法律規定，而以實質正當性加以補足。但這對「利珀水利會」和「愛姆斯水利會」卻不適用，因為他們負有特殊的公共生存供給（öffentliche Dasein-

vorsorge）任務，亦即養護一般公眾生存必要的公共資源「水」。由原告的強制會員身份及其所附帶的會費義務也無法導出執行國家統治權所必要的正當性。基本法第 87 條第 2 項、第 3 項及第 130 條第 3 項原則上承認功能自治行政的存在，但並不表示，課與自治會員較重的義務，即應賦予其對全面性的甚或重大的公益事務較大的影響力。

III. 各界意見

1. 「北萊茵—西伐利亞」邦認為本案提請解釋的條文符合憲法。功能自治社團具有特殊的專業取向以及會員身分特質，其設立必須以法律為之。其會員資格之取得係以專業的利害關係（sachliche Betroffenheit）為標準；而其用意則在於透過利害關係人的參與以保護利害關係人（Betroffenenschutz durch Betroffenenteilhabe）。功能自治行政有許多的型態，也用於執行各種不同的公共任務，但是由於基本法的權限劃分制度（Kompetenzordnung），功能自治行政需要特別的正當性基礎。此正當性基礎一方面源於基本權規範，另一方面，就如水利會的自治，係源自一般的憲法價值規範，例如民主原則。功能自治行政不但不含敵視民主的成分，反而可以實現少數保護及利害關係人保護的思想，並且可以限制國家權力，進而具體化法治國原則中的垂直權力分

立。但是由於民主原則及法治國原則的規範，功能自治行政同時也有其作用法上（funktionell-rechtlich）的界限，亦即，對全體國民具有重大政治影響的事項不得委由功能自治主體辦理；此類事項諸如外交、國防、警政、徵稅以及對中小學校之監督。「利珀水利會」和「愛姆斯水利會」長久以來所辦理的水利管理事項並非此類攸關其他族群性命的生活供給任務，故以功能自治行政辦理不致於逾越界限。而這些任務亦非典型的、無法私營化的國家任務，目前所見這一類任務諸如立法、文獻（Literatur）及司法。

本案兩水利會之各個機關已充分民主正當化。其雖然人身正當性上有缺失，但卻擁有充分的正當性層次。因為一者，其實質正當性之層次較高；再者，組織人身正當性之欠缺可以藉由法律對其任務的規範密度以及監督機關的控制權及介入權的程度，加以彌補，或者也可以以水利會會員（Verbandsvolk）作為內部人身民主正當性之基礎。而對第三人而言，水利會會員之所以擁有參與決定之權能乃是基於利害關係之標準（Betroffenheitskriterium）。最後，員工直接參與在憲法上也是無可指責。

2. R 股份有限公司（第一案（2 BvL 5/98）之原告）認為「利珀水利

會法」以結論而言是符合憲法的。功能自治社團由於其利益取向的會員結構，而通常無法達到聯邦行政院所要求之組織人身民主正當性，蓋自治之特性在於以自己名義獨立不受指揮辦理公共事務。即使民主原則基本上也適用於自治社團，但關於其民主正當性的問題，則必須將全體國民的各種不同會員身分組合列入考慮。功能自治社團正是不須具備由全民所提供的組織人身民主正當性。「利珀水利會」也符合聯邦憲法法院所要求的關於設立功能自治社團應具備之正當理由：亦即，必須以國家法律設立；須受國家監督；而其辦理之任務須是正當公共（legitime öffentliche）任務，但非原始高權任務，雖是屬於生活供給之任務，但一般而言都是由自治社團辦理。關於「利珀水利會」的任務範疇，亦不涉及原始國家任務非法私營化的問題。水利管理任務交由「利珀水利會」辦理實質上係正當合理，因為將整個利珀河流域水利管理的事權統一及統籌辦理，饒富利益。其會員之利害關係則在於，如果沒有水利會的各種作為，各會員將負有其他水利法規上之義務，而且各會員也需要良好的水利管理。第三人偶而亦負有某些提供資訊及忍受之義務。所以，一般大眾是否具備利害關係，乃自治社團之基本特徵。「利珀水利會」的內部組織也是符合憲法的。

3. 其餘的原告堅持，只針對員工參與之規定繼續攻擊。其餘聯邦行政法院所提超過員工參與部分，則不需裁決。聯邦行政法院忽略了，水利會實乃涉及傳統國家合作行政的機關，因此不得以一般直接國家行政所需的民主正當性標準來衡量。工業企業（Industrieunternehmen）代表人身民主正當性之不足，可以以法律規範及國家監督所提供之實質正當性來平衡。反而是因為員工代表之參與所造成對民主正當性的額外限制，是違反憲法的。因為這些員工代表，即使對於並非特別涉及員工利益之事項，亦得毫無限制地行使其投票權（Stimmrechte）。而以合作履行任務來提供正當性，對於員工代表並不適用。特別是建議名單應含有應選員工代表席次的兩倍名額以及會員大會有權將建議名單退回等，均不足以提供正當性。而有助於水利會工作效率的提升以及經營的和諧等目的，乃違反憲法，因為此目的超過了憲法所允許的參與範圍（Mitwirkungsrahmen）。

4. 兩案程序所附帶傳喚的一位兩代表會的員工代表認為，聯邦行政法院所謂之水利會擔負公益事項之責任，乃是錯誤的。此一公益概念，不過是為了遮掩聯邦憲法法院判決中所謂不間斷正當性鎖鍊的缺點，蓋依此推論將導致，國會選出應負責的政府並概括授與全部行政行為之權，反而

會使行政行為加倍地難以控制及難以修正。以機關成員個人基本權自治（grundrechtlich-autonome）的正當性為基礎，取代行政職務擔當人的人身正當性，才能解決問題。就各企業及地域團體而言，其正當性來自於基本權中的財產權，就員工代表而言，其正當性來自於職業自由及結盟自由（Koalitionsfreiheit）。由於個別基本權主體在實現其基本權時，應受公益之拘束，因此即使自治社團不侷限於規範會員自身事務，亦不足以為害。本案涉及一種特殊的、帶有企業組織法結構（unternehmensverfassungsrechtliche Struktur）的功能自治行政類型，其獨特地結合公法以及私法成分，正因為如此，所以不能適用國家直接高權行政的民主正當性標準。

「北萊茵—西伐利亞」邦政府關於典型功能自治行政的見解，值得贊同；同樣地，應承認系爭條文之合憲性。

5. 兩案被告「愛姆斯水利會」和「利珀水利會」及兩水利會之會員大會認為，提請解釋之條文最終是符合憲法的。此處所必要的正當性層次，可以透過國會立法行為，而以集體人身正當性來達成。堅持傳統的正當性鎖鍊的結果將會剝奪具備民主正當性的立法者之行為能力，而且牴觸數十年來所建立的水利管理自治制

度。

民主正當性並不會因為員工代表之參與而中斷。其因此所造成之外來治理（Fremdbestimmung），由於對會員權利的侵犯程度微弱，所以憲法上可以合理化。

聯邦行政法院並未深入探討水利會內部意思的形成，亦未說明，多大規模或多重要的水利管理任務，其內部意思之形成才是違反民主原則。提審法院所指責的欠缺控制（Steuerungsdefizit）與水利管理之現實不符，蓋現行水利法制極端限制水利會之決定空間。所剩餘的管理裁量又受到核准保留及國家監督的監控，故一般公益事項不可能為個別利益所掩蓋。功能自治行政的構成要素乃參與原則（Partizipationsprinzip）以及利害關係人參與（Betroffenenmitwirkung）。要求全面性的組織人身正當性，不啻質疑水利會的傳統存在及其運作方式。

由於水利會的機關對整個轄區水域量與質的管理目標設定上以及會員所得之水利管理利益的評價上，並無重大影響力，所以在機關內享有參與權的員工代表亦不可能擁有此種影響力。聯邦憲法法院迄今為止對參與權（Mitbestimmungsrecht）的判決，皆未觸及功能自治行政的特殊問題。目前員工代表在水利會各機關中的票數份量，在憲法上是無可質疑的。

B. 提請審查應予受理

提請審查應予受理。聯邦行政法院之裁定符合特別是聯邦憲法法院法第 80 條第 2 項第 1 句之要求：說明提審問題對於判決之重要性。

提請審查之裁定本身必須一無需藉助檔案一說明清楚，而且能足夠清楚地讓人瞭解，如果提審之規定有效，提審法院之判決將與提審之規定無效時不同，以及為什麼不同（參照 BVerfGE 35, 303 [306]; 51, 401 [403]; 68, 311 [316]; 69, 185 [187]; 74, 236 [242]; 78, 1 [5]）。本案即是如此。

聯邦行政法院不僅將系爭兩案所指摘的員工參與之規定，還將「利珀水利會法」和「愛姆斯水利會法」的其他關於社團決策結構之規定提請審查。此點也符合清楚說明之要求。雖然聯邦行政法院在說明提審規定對於判決之重要性時表示，即使僅僅員工參與的規定違憲，原告之上訴也應該勝訴。但依聯邦行政法院之見解，員工參與的規定是否符合憲法，不能僅就其規定本身，而須就整體正當性層次，亦即就所有與決策結構相關的重要條文判斷。如果其所提請審查之條文與基本法相符，則聯邦行政法院將駁回原告之上訴。也就是說，依聯邦行政法院之看法，具決定性者是該等條文是否符合民主原則，而非其他高等行政法院所提之觀點。聯邦行政

法院認為，兩水利會決策結構之相關規定不僅是就員工參與之規定而言，甚且由於此兩者之不可分離以及其因此而生之外部效力，即使是就必要的民主正當性層次整體而言，皆具備裁判重要性且不符合基本法。此一見解，雖然也有可能僅員工參與之相關規定違憲，但已充分清楚地表達出來（參照 BVerfGE 97, 49 [62]）。聯邦行政法院之說明可讓人理解，絕非毫無根據，所以對聯邦憲法法院有拘束力（參照 BVerfGE 69, 150 [159]; 72, 51 [60] m.w.N.; 78, 1 [5]; 79, 245 [249]）。

鑒於聯邦行政法院所說明的提審條文間的內部關係以及其一致地與基本法的民主原則相關，如果僅審查員工參與條文是否符合憲法，則關於該法本身與基本法是否相符，恐怕無法創造終局的法律安定。因此，為配合規範審查之功能，應對系爭規範整體進行全面審查（參照 BVerfGE 8, 332 [338 f.]; 75, 40 [56] m.w.N.）。

C. 系爭條文符合基本法

「利珀水利會法」和「愛姆斯水利會法」中提請審查之條文符合基本法。

I. 符合基本法第 20 條第 2 項

提審條文符合基本法第 20 條第 2 項對於來自全體國民之國家統治權的組織結構之要求。

1. a) 根據聯邦行政法院在其提

審裁定所援引之聯邦憲法法院判決，基本法第 20 條第 2 項及基本法第 28 條第 1 項之民主原則要求，所有國家統治權來自於全體國民，並由其以選舉和表決以及由特別的立法機關、行政機關及司法機關來行使；而此等機關需具備可回溯至國民全體的民主正當性（參照 BVerfGE 38, 258 [271]; 47, 253 [272]; 77, 1 [40]; 83, 60 [71]; 93, 37 [66]）。此二憲法條文中所謂的國民，亦即正當性主體（Legitimationssubjekt），係指聯邦或各邦的全體國民（參照 BVerfGE 83, 60 [74]）。而須具備民主正當性的國家統治權的行使，係指所有具有決定性質（Entscheidungscharakter）的職務行為（參照 BVerfGE 47, 253 [272 f.]; 77, 1 [40]; 83, 60 [73]; 93, 37 [68]）。下列行為亦同：直接對外發生效力的決定、設定執行職務條件的機關內部之決定（參照 BVerfGE 93, 37 [68]）、以及參與決定權（Mitentscheidungsbefugnis）之行使包括建議權之行使（參照 BVerfGE 83, 60 [73]）。

以國家直接行政及地方自治行政而言，憲法上所必要的民主正當性要求，人民與受託執行國家任務的機關和職務擔當人之間，必須存在不間斷的正當性鎖鍊（參照 BVerfGE 47, 253 [275]; 52, 95 [130]; 77, 1 [40]; 83, 60 [72 f.]; 93, 37 [66]）。要判斷民主正當性的成分是否足夠，必須綜合聯

邦憲法法院裁判以及學說中的制度的（institutionelle）、功能的（funktionelle）、實質的（sachlich-inhaltliche）以及人身的（personelle）正當性等各種不同的正當性類型以觀，而非僅擇其一。以憲法的角度而言，具決定性者並非國家行為的正當性類型，而是其效果；必須達到特定的正當性層次（參照 BVerfGE 83, 60 [72]; 93, 37 [66 f.]）。

如果職務擔當人之任命可回溯至全體人民—可提供人身正當性—，而職務擔當人之行為本身具有充分的實政質正當性，亦即該職務擔當人係受府委託及依政府指示而行為，且政府也能對人民及國會承擔實質的責任，則國家統治權之行使可謂具備民主正當性（參照 BVerfGE 93, 37 [67 f.]）。

如果職務擔當人之職務係經由國民或國會之選舉，或經由本身具備民主正當性之職務擔當人之選任或同意而取得，則該職務擔當人已具備完全的人身正當性。如果該職務擔當人係由委員會所任命，而該委員會之成員僅部分具備民主正當性，則委員會同意任命之多數必須含有該委員會具備完全人身正當性委員的多數，始符合完全民主正當性之要求（雙重多數原則，參照 BVerfGE 93, 37 [67 f.]）。

任何臣服於國家之統治權者對

國家統治權之行使都應有相同的影響力，只要不違背此一基本原則，民主原則也能容許員工代表之參與（BVerfGE 93, 37 [69]）。憲法上是否允許職工代表（Personalvertretung）之參與，即是以參與義務措施（beteiligungspflichtige Maßnahmen）之評價為判斷基礎。

b) 聯邦行政法院在其提審裁定中所援引之闡明民主原則的基本原則，係聯邦憲法法院針對聯邦和各邦的國家直接行政以及地方自治團體的自治行政所發展出來的。地方自治團體之所以需要人身民主正當性（正當性鎖鍊），乃係由於各鄉鎮市自治行政之任務範圍廣泛，無法客觀具體加以劃分。基本法第 28 條第 1 項第 2 句並非要額外加強所有自治行政特有的「會員參與」（mitgliedschaftlich-partizipatorisch）成分，而是要確保國家組織中，由全體國民提供民主正當性的一致性。至於在功能自治行政領域內，非「國民」，例如外國人之選舉權，其合憲性是否有所不同，本庭迄今為止尚未有解答（參照 BVerfGE 83, 37 [54 f.]）。

學說上也認為，在功能自治行政領域，其人身正當性鎖鍊確實有所限縮。此說以社會群組所提供的自治正當性（autonome Legitimation）為出發點，但此之社會群組並非民主正當性意義下的部分國民，故無法提供

民主正當性。如此一來，由於僅有依行政及國家監督權所提供的實質正當性，乃生民主正當性之缺陷，所以在憲法上功能自治行政之設立應有所限制（參照 Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, § 22 Rn. 1-34）。

2. 本案這種類型的水利會，是屬於歷史承傳的且原則上為憲法所承認的非地方自治行政領域，此一領域通常包括許多不同的自治行政型態，乃將其統稱為功能自治行政（參照 von Mutius, Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, 1983, S. X-XIII; Schuppert, in: von Mutius, a.a.O., S. 203 ff.; derselbe, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten, 1981, S. 5, 65 ff.; Hendl, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, 1984, S. IX; Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, 1997, S. XVI-XXIV und S. 12 f., 30 ff., 565; Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, S. 5 ff., 363 ff.; Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, § 22 Rn. 31-34; Tettlinger/Mann und Salzwedel, Wasserverbände und demokratische Legitimation, 2000; Blanke, Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip, in: Demokratie und Grundgesetz, 2000, S.

32-58）。

a) 基本法中並無功能自治行政之概念。而自治行政僅於基本法第 90 條第 2 項關於長途交通之聯邦道路的管理以及基本法第 28 條第 2 項第 2 句中提及。基本法第 86 條、第 87 條第 2 項和第 3 項以及第 130 條第 3 項乃關於公法社團及營造物之規定。制憲者知悉此類在基本法生效前即已存在的、歷史承傳的功能自治組織型態，並且透過前述條文的陳述承認其基本上與憲法相符（參照 Jestaedt, in: Umbach/Clemens, GG – Mitarbeiterkommentar, Band II, Art. 87 Rn. 93, 104）。

b) 1959 年 7 月 25 日本院第一庭即曾針對一個採自治社團型態組織的水利會（BVerfGE 10, 89 ff. – Erftverband）作過判決。該案乃褐煤礦業經營者反對強制將其加入「埃爾夫特」水利會。本院在該判決中將各國間接行政組織體之存在，以及其以自治行政的方式辦理公共事務，視為理所當然，故認為其在憲法上不生問題：以公法上的協會辦理正當公共任務（legitime öffentliche Aufgaben），乃憲法上所允許的。而究竟哪些任務國家可以不用自己的官署，而是交給特別成立的公法營造物或社團辦理，乃立法裁量之決定。聯邦憲法法院無法審查其組織型態之選擇是否合目的或者是否必要（BVerfGE 10, 89

[102])。

「埃爾夫特」地區之水利管理規範顯然是正當公共任務，而立法者所採之解決方法並不顯得任意專斷。選擇以社團的型態亦無可指摘。在一個贊同自治行政思想且將其立法上廣泛實踐的國家裡，選擇社團的組織型態是不可能違憲的。再說，傳統上一直是以公法社團來辦理水利管理任務，而且事實上也經證實為可行（參照 BVerfGE 10, 89 [103 f.]）。同時聯邦憲法法院也明確強調水資源對於公眾的重大意義，以及有秩序的水利管理不僅對於居民而且對於整體經濟而言乃是生存必要的（參照 BVerfGE 10, 89 [107, 113]）。

聯邦憲法法院在其後來的裁判中也同意各種國家間接行政的型態以及其因此所造成之公共任務由國家直接行政分離出來（參照例如 BVerfGE 15, 235 [242] - 工商業公會, Industrie- und Handelskammern; 37, 1 [26f.] - 葡萄酒平穩基金, Stabilisierungsfonds für Wein; 38, 281 [299] - 受僱人公會, Arbeitnehmerkammern; 58, 45 [62 ff.] - 「石勒蘇益格—荷爾斯泰因」邦之水利會, Wasser- und Bodenverbände in Schleswig-Holstein）。然而，本法院同時也一再強調，自治社團之職權—即使面對其會員亦同一有其界限，特別是當涉及章程自治權（Satzungsautonomie）之授與及行使

時（參照 BVerfGE 33, 125 [157 ff.] - Facharzt; s. auch BVerfGE 36, 212 [216 f.]; 37, 1 [25]; 101, 312 [322 f.]）。

3. a) 基本法第 20 條第 2 項含有一個國家目標條款（Staatszielbestimmung）及一個憲法原則。由於此種原則性格，基本法第 20 條第 2 項的詮釋是開放的。所謂「國家統治權來自」全體國民，對全體國民也好，對國家機關也好，都必須具體可感受且實際上有效果。一旦情況有所改變，就可能需要加以調整（參照 Herzog, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 20 II., Rn. 36; Dreier, Grundgesetz Kommentar, Bd. II, Art. 20 [Einführung], Rn. 10）。除了國家直接行政以及在其客觀具體任務範圍內不受限制的各鄉鎮市自治行政以外，民主原則（Demokratiegebot）尚容許其他的、與一般要求有決定權者應具備無缺陷之人身民主當性有所不同的國家統治權組織型態及行使方式。此外，將基本法第 20 條第 2 項作如此解釋，尚可使根植於民主原則的自治行政及章程自治（Autonomie）（參照 BVerfGE 33, 125 [159]）兩原則適當地發揮效力。在代議民主的範圍內，關於公共任務之辦理，基本法也允許特別的利害關係人參與型態。

就此而言，功能自治行政乃是補充並強化民主原則。只要其有助於

實現「個人自主決定」此一更重要的目標，則功能自治行政可以解為是民主原則的表現方式（Ausprägung）（參照 BVerfGE 44, 125 [142]; Emde, *Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung*, 1991, S. 356 f.）。在基本法中，民主原則與自治行政並不互相牴觸。無論是民主原則—其傳統的表現方式，即所有職務擔當人皆應具備可回溯至全體國民的不間斷的正當性鎖鍊—，或是功能自治行政—以熟悉專業的利害關係人有組織的參與與其相關的決定—，都是為了實現將此二者彼此結合的理念：在自由的制度下自主決定的人類（基本法第 1 條第 1 項；同參 Maihofer, in: Benda/Maihofer/Vogel, *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2. Aufl., 1994, S. 490 ff.）。因此，基本法第 20 條第 2 項之民主原則允許，透過法律—亦即透過人民所選出的、典型地具備民主正當性的國會立法者的行為—針對特定領域公共任務之辦理，創設特別的自治行政組織型態。藉此，一方面可以賦予利害關係人有效的參與權，並且活化（aktivieren）行政外部的專門知識。另一方面，以自治行政的方式委託辦理公共任務，立法者也較易於公平客觀地協調各方利益，並進而更有效地達成立法之原意與目的（參照 BVerfGE 37, 1 [26 f.]; 另參

Unruh, *VerwArch.* 92 [2001], S. 531 [536 f., 554]）。如果能將公共任務之自行負責辦理與私人利益的維護互相結合，則可提高國會所制訂的法律的功用。蓋參與自治行政之人民在辦理公共任務之同時，也在實現其自身的利益；他們不僅被動地受公權力統治，同時也主動地參與其行使。

如果國會立法者為特定公共任務選擇自治行政的組織型態，則其規範設計，一方面不得違反自主利益協調的自治行政，他方面亦不得違反有效辦理公共任務等基本思想。所以，自治行政主體組織結構的相關規定也必須含有充分的制度性的預防措施，以適當兼顧各個相關利益，以避免優待個別利益（參照 BVerfGE 37, 1 [27 f.]; Groß, *Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation*, 1999, S. 251 f.）。

b) 委與自治行政主體之任務的選擇以及辦理該任務之組織及決定程序，在很大的程度上是立法者之裁量（參照 BVerfGE 10, 89 [102, 104]; s. auch BVerfGE 37, 1 [26]）。通常是一些特定的任務領域，其在歷史承傳上都是由自治行政主體辦理，而且傳統上也經證實為可行。至於國家必須以自己的官署辦理的公共任務，所謂狹義的國家任務，則不得交由自治行政主體辦理（參照 BVerfGE 38, 281 [299]）。

除此之外，由基本法第 20 條第 2 項的民主原則並無法得知，哪些任務是屬於狹義的國家任務，而必須保留給國家辦理。特別是不得由基本法第 20 條第 2 項推論出，生存供給範圍之任務或其他任務，只要其對公共利益具有重大意義，就必然須直接由國家辦理。同理也適用於本案所討論的水資源養護任務。這一點也可以從比較相類似的重要任務，例如垃圾處理及能源供應，得知，這些任務大部分係以私法型態辦理，但並未有人因此以基本法第 20 條第 2 項之觀點提出憲法上的質疑。

c) 立法者對於自治行政主體之設立及細節設計的形成自由（Gestaltungsfreiheit），也允許授權自治行政主體為具有決策性質（Entscheidungscharakter）之有拘束力的行為，而且在特定範圍內亦得對第三人，亦即非會員為之。各個自治團體辦理其任務時所採取的措施，必須以基本法第 20 條第 2 項的標準來衡量，但這並非是因為公共任務之辦理本身，而是因為其職權上得為具有決策性質之有拘束力的行為。但這並不表示在功能自治行政領域，就必須以人民至個別有決定權者間無缺陷的人身正當性鎖鍊來呈現。以憲法的角度而言，功能自治主體之機關只要不影響全體國民之自主決定權，即得為具決定性質之有拘束力的行為，換言

之，全體國民仍須保有對該行為的決定性的影響力。因此，該機關之任務及行為權限，必須預先以國民代表所制定之法律充分規定，而其執行須受具備人身民主當性之職務擔當人的監督（參照 Dreier, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S. 285 ff.; Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, S. 331; Britz, Verw Arch. 91 [2000], S. 418 [433 ff.]）。

4. 依照前述，則「利珀水利會」和「愛姆斯水利會」的組織及決策結構並不會出現基於基本法第 20 條第 2 項而生之憲法上的疑慮。

a) 本案提請憲法審查之二法律關於該自治行政主體之任務、兩水利會機關之組成以及其職權，均有詳盡之規定。

aa) 「利珀水利會法」第 1 條第 1 項第 3 句首先概括地描述「利珀水利會」之成立宗旨與目的為，為公共利益及其成員之利益而服務。「利珀水利會法」第 2 條第 1 項則規定該水利會之任務，包括從排水管理及地面水域之維護，到地下水的回復自然及管理，乃至於廢水排放及清理因執行水利會任務而生之垃圾等。「利珀水利會法」第 2 條第 2 項及第 4 項則臚列了其他水利會轄區外之任務以及第 1 項所定以外之任務，而水利會須以會員大會之決議始得辦理者。水利會

之事業依「利珀水利會法」第 3 條第 1 項之規定，包括計畫、建築、經營及維護辦理水利會任務所必要的設施，以及其他一切為執行任務所必需的調查和工作。

「利珀水利會法」第 7 條規範水利會會員的義務：為執行水利會之任務，會員負有義務告知水利會人員相關資訊、文件資料提供使用，以及自費設置及管理必要的測量設施（參照 § 7 Abs. 1 Satz 1 LippeVG）。此外，為實施水利管理調查及為準備和執行水利事業所必要，會員尚負有在其土地或設施上之容忍及不作為之義務（參照 § 7 Abs. 3 LippeVG）；而依「利珀水利會法」第 7 條第 5 項規定，利害關係人得就其所受不利益請求金錢補償。依「利珀水利會法」第 8 條之規定，非會員亦可能以類似方式負擔此等義務，但同樣亦享有金錢補償之請求權（§ 8 Abs. 2 Satz 4 i.V.m. § 7 Abs. 5 LippeVG）。為執行水利會之任務，最不得已時得依邦法律之規定徵收（§ 9 LippeVG）。

「利珀水利會法」第 11 條授與水利會關於其內部關係制訂章程之權，並在第 3 項中例示數則章程應規定之事項。「利珀水利會法」第 14 條規定會員大會之任務。會員大會議決章程、章程之修訂以及會費核定標準（Veranlagungsgrundsätze）；此外也選舉代表會之代表（§ 14 Abs. 1

LippeVG）。其他任務則詳細列舉於「利珀水利會法」第 14 條第 2 項第 1 號至第 10 號。

「利珀水利會法」第 17 條規定代表會之任務。代表會監督理事會業務之執行（§ 17 Abs. 1 Satz 3 LippeVG）、選舉理事會成員並指派其中一人為理事會主席（§ 17 Abs. 2 Satz 1 LippeVG）。其他任務詳細規定於「利珀水利會法」第 17 條第 4 項及第 5 項。

最後，理事會之任務規定於「利珀水利會法」第 20 條。理事會負責日常行政業務並且具有接收的權限（Auffangzuständigkeit），即凡非依法律或章程規定歸屬於其他機關管轄之任務，均由其管轄（參照 § 20 Abs. 2 Satz 1 LippeVG）。理事會主席準備水利會各機關之決議資料並執行其決議，及領導水利會之行政（參照 § 20 Abs. 2 Satz 2 und 3 LippeVG）。代表會關於本法第 17 條第 4 項及第 5 項之決議，如有違反水利會之利益者，理事會得表示異議（§ 20 Abs. 4 LippeVG）。「利珀水利會法」第 21 條乃關於理事會或其個別成員對外代表水利會權限之規定。

準此，水利會為公共利益及其成員之利益而服務（§ 1 Abs. 1 Satz 3 LippeVG）之一般規定，會透過「利珀水利會法」第 2 條對個別任務之詳盡解說而具體化，而個別任務之描述

亦極精確。同理亦適用於「利珀水利會法」第3條關於水利會之職權以及與此相關的會員和非會員的義務（§§ 7 und 8 LippeVG）。關於章程制定權、水利會機關之任務及水利會之對外代表等水利會內部組織之相關規定（§§ 11, 14, 17, 20, 21 LippeVG），也同樣極其詳盡，並以對財政事項的廣泛規定（§§ 22 ff. LippeVG），加以補足。對一個水利會之任務、內部組織及職權等之規定而言，吾人實難想像另有其他更高密度的法律規範方式，而能不損及其自治行政主體之本質者。

bb) 觀察「愛姆斯水利會法」之規定，亦可得到相同之結論。例如依「愛姆斯水利會法」第1條第1項第3句之規定，「愛姆斯水利會」也是為公共利益及其成員之利益而服務；而其依「愛姆斯水利會法」第2條第1項第1號至第9號所負之任務復與「利珀水利會」之相關規定一模一樣。而「愛姆斯水利會法」第3條關於水利會事業之規定也與「利珀水利會法」第3條相當。關於會員和非會員之義務（「愛姆斯水利會法」第6、7條）同樣有如前述之「利珀水利會法」第7、8條。有關章程制訂權（「愛姆斯水利會法」第10條）和會員大會（第13條）、代表會（第16條）、理事會（第19條）等之任務—就本案相關者而言—之規

定，以及水利會對外代表之規定（「愛姆斯水利會法」第20條）等，與「利珀水利會法」的相關規定，並無不同。

b) 無論是「利珀水利會法」還是「愛姆斯水利會法」皆對國家監督有詳細且廣泛之規定，而此國家監督除法律監督外尚含有專業監督的基本要點。例如會員大會及代表會開會時應邀請監督機關—即「環境、地區規劃及農業」部長—之代表出席（§ 35 Abs. 1 LippeVG, § 34 Abs. 1 EmscherGG）。監督機關或其專員有權隨時瞭解所有水利會之事項（§ 35 Abs. 2 LippeVG, § 34 Abs. 2 EmscherGG）。如果水利會不履行、不及時履行或不完全履行法律或章程所定之任務或義務，監督機關可以命令水利會在指定期限內採取必要措施。如果水利會拒不遵守命令，則監督機關得自行代替水利會執行並由水利會負擔費用，或交由第三人執行（參照 § 36 Abs. 1 LippeVG, § 35 Abs. 1 EmscherGG）。水利會拒絕執行時，監督機關亦可命令將必要的財源納入預算中、或確認額外之支出並下令課徵所需之會費（參照 § 36 Abs. 2 LippeVG, § 35 Abs. 2 EmscherGG）。如果理事會對於會員大會及代表會之決議表示異議，而會員大會及代表會未將該決議撤銷，則由監督機關裁決該異議之合法與否（參照 § 36 Abs. 3 LippeVG, §

35 Abs. 3 EmscherGG)。最後，監督機關有權將水利會違反法律或章程的、或與水利會之任務及義務相牴觸的決議和命令撤銷，並要求水利會撤銷所有本於此等決議和命令所採取的具體措施（參照 § 36 Abs. 4 LippeVG, § 35 Abs. 4 EmscherGG）。為確保水利會符合秩序辦理其任務，監督機關得採最極端的手段，即派遣專員代理，而該專員則以水利會之費用辦理所有或個別水利會之任務（參照 § 37 Abs. 1 LippeVG, § 36 EmscherGG）。此外，另有一系列水利會的重要業務須由監督機關批准（參照 § 38 LippeVG, § 37 EmscherGG）。

c) 同樣地，員工參與之相關規定（§ 16 Abs. 1 und 2 LippeVG, § 15 Abs. 1 und 2 EmscherGG sowie § 17 Abs. 2 LippeVG, § 16 Abs. 2 EmscherGG）亦不牴觸基本法第 20 條第 2 項。自治行政中之員工參與原則上符合民主原則之基本思想：即辦理公共任務時利害關係人之參與。在自治行政主體中工作之員工雖非直接負擔辦理「利珀水利會法」第 2 條及「愛姆斯水利會法」第 2 條所規定之任務之責任，亦非「利珀水利會法」第 7 條及「愛姆斯水利會法」第 6 條所規定之義務承擔人。但由於其勞動關係（Beschäftigungsverhältnis），此等員工也間接參與了功能自治行政任務履行之運作。所以，就其自身利益之

維護及其工作環境之參與塑造，讓員工有限度地參與一定是合理的（參照 BVerfGE 93, 37 [69]）。但在功能自治行政領域為了提昇效率，亦可能允許各該自治社團的領導機關延攬員工代表，並使此等代表以及其他外來的代表參與一般任務之辦理。非利害關係人之參與，可以以追求提昇公共任務之辦理效率（Steigerung der Wirksamkeit）來合理化。

aa) 在邦政府兩法律草案的立法理由中（「北萊茵—西伐利亞」邦議會出版物 10/3919 及 10/3920，各於第 39 頁）皆說明，員工參與就「企業領導」（Unternehmensleitung）的層次而言，乃是特別的資訊交流（Informationstransfer）的手段。蓋參與即為共同負責（Mitverantwortung），故適於提高水利會的工作效率以及經營和諧。有鑑於具備特別民主正當性的立法者在設計功能自治主體時的形成自由，則上述考量更是符合基本法第 20 條第 2 項之憲法指標（verfassungsrechtliche Vorgabe）。只有當立法者以其所選擇之組織設計追求憲法不允許之目的，或該目的係以顯然不正確之事實為基礎而明顯不可能達成時，聯邦憲法法院始得確認其違反適當兼顧各方利益原則以及禁止優待特殊利益原則。但本案並非如此。

(1) 立法者所追求之提高效率的

目的乃民主原則規範內所允許的目的。如果由於其領導委員會中有員工代表，使得該二水利會能較有效率辦理其法定公共任務，則如此也是加強了民主原則，蓋法律所展現之全民意志只有在實際上實現時，才算完成。

(2) 即使以尊重國會立法者之評價特權（Einschätzungsprärogative）而言，也無法就此認定，本案所生之對利害關係人參與原則之限縮，全然不適用於達成提高工作效率及提升經營和諧之目的（參照 BVerfGE 71, 206 [215 f.]）。當然可能有人會質疑，維持經營和諧並不要求，員工代表除了維護員工利益外尚參與所有水利會之事務。同樣也有人會質疑，外部的員工代表，亦即非此二水利會之員工而是依各相關工會之建議所選出的員工代表（§ 16 Abs. 2 Nr. 2 Lippe VG, § 15 Abs. 2 Nr. 2 EmscherGG），究竟是否有能力，為可提高效率的資訊交流負責，蓋其選任並不以具備水利管理或其他專門知識為前提。針對這些質疑，邦立法者雖然也可以用下列理由解釋：其所設計的參與模式既可維持水利會內部的利益均衡，又能保障繳交會費之各群組會員關於合秩序地履行公共任務與義務的決策力（邦議會出版物 10/3919，第 33 頁；邦議會出版 10/3920，第 33 頁）；但是聯邦憲法法院目前為止無法確認其係明顯不合目的。

bb) 雖然立法者將員工代表的席次，相較於直接相關且負繳交會費義務的工商企業者而言，定得很高，但不能據此論斷，此為令人無法接受的特定個別利益之優待，或者此妨礙繳交會費之各群組利害關係人適當實現其利益。此處應考慮，5 席員工代表就其本身而言，在各有 15 席的兩代表會中並無法形成多數，而所有根本性的決定，例如章程之制定，又屬只依利害關係人參與原則所組成的會員大會之任務。所以員工參與之相關規定，僅對代表會之層次及理事會有影響，蓋理事會 5 席中專門負責人事及社會福利事項之成員係來自於員工方面。此外，代表會中之員工代表並非由職工代表（Personalvertretung）單方指派，而是由各會員大會—其中沒有員工代表之參與—按「職工代表會」（Personalrat）之建議以多數決選任，且「職工代表會」所建議之人選名額至少須為應選席次的兩倍（參照 § 16 Abs. 2 Satz 1 und 2 LippeVG, § 15 Abs. 2 Satz 1 und 2 EmscherGG）。

有關專責人事及社會福利事項之理事會成員，其選舉及任務之相關規定，亦不至於導致水利會中各該公私利益團體的不均衡，而違反憲法。雖然依照「利珀水利會法」第 17 條第 2 項第 2 句、「愛姆斯水利會法」第 16 條第 2 項第 2 句之規定，代表

會中員工代表的多數享有否決權，但是該專責人事及社會福利事項之理事會成員其選任終究係以代表會整體之多數決定。而且所有重要事項均須由理事會整體決定（§ 21 Abs. 3 LippeVG, § 20 Abs. 3 EmscherGG），專責人事及社會福利事項之理事會成員在 5 人組成的理事會中並不享有否決權。即使其依「利珀水利會法」第 20 條第 2 項第 4 句及「愛姆斯水利會法」第 19 條第 2 項第 4 句之規定為所有員工之職務上長官，但其他理事會成員仍享有在其職權範圍內對於員工之指示權，而不受影響。此外，員工任用關係（Anstellungsverhältnisse）的基本原則係由整體理事會決定（參照 § 17 Abs. 5 Nr. 8, § 21 Abs. 3 Satz 1 LippeVG, § 16 Abs. 5 Nr. 8, § 20 Abs. 3 Satz 1 EmscherGG）。而「服務協議」（Dienstvereinbarungen）之簽訂，主要是由單位主管代表該單位（Dienststelle），在本案即為理事會主席（§ 20 Abs. 2 Satz 3 LippeVG, § 19 Abs. 2 Satz 3 EmscherGG）。

II. 符合基本法第 2 條第 1 項及第 20 條第 3 項

除了上述以外，聯邦行政法院提請審查之條文亦符合基本法。該等條文並無明顯抵觸法治國原則（基本法第 20 條第 3 項）及違反基本法第 2 條第 1 項之情況。

1. 「利珀水利會法」第 6 條第 1 項第 2、5 及 6 號、「愛姆斯水利會法」第 5 條第 1 項第 3、4 號所規定之強制私人入會（Zwangsmitgliedschaft），尚屬符合憲法的制度（verfassungsmäßige Ordnung），故符合基本權之規定（參照 BVerfGE 10, 89 [102 ff.]; 38, 281 [299]; 78, 320 [329]）。

2. 此二法律均符合源自於法治國原則之依法行政原則。依法行政原則要求行政權須有法律有限的、詳盡的授權，始得侵犯個人之權利（聯邦憲法法院之一貫見解，參照例如 BVerfGE 6, 32 [42]）。

立法者已將依法行政原則納入考慮，故對於「利珀水利會」及「愛姆斯水利會」之侵犯行為，均有詳盡之規定。「利珀水利會」及「愛姆斯水利會」皆擁有此類干預職權（Eingriffsbefugnisse），例如當涉及徵用會員或第三人之土地或設備時（參照 § 7 Abs. 5, § 8 Abs. 2 LippeVG, § 6 Abs. 5, § 7 Abs. 2 EmscherGG）。此係由理事會整體決定（參照 § 17 Abs. 5 Nr. 3, § 21 Abs. 3 Satz 1 LippeVG, § 16 Abs. 5 Nr. 3, § 20 Abs. 3 Satz 1 EmscherGG）。專責人事及社會福利事項之理事會成員在此明顯是少數。再說，他與其餘理事會成員一樣，同受法律所定關於下令徵用土地之條件的拘束。而理事會以多數決所作成之命令仍須徵得代表會之同意

（參照 § 17 Abs. 5 Nr. 3 LippeVG, § 16 Abs. 5 Nr. 3 EmscherGG）。代表會乃以此監控理事會，其結果將是有利於被徵用者。另一方面，理事會對代表會違法之決議亦得表示異議，並得提請會員大會決定其是否違法（參照 § 14 Abs. 3, § 20 Abs. 4 LippeVG, § 13 Abs. 3, § 19 Abs. 4 EmscherGG）。此外，被徵用之會員或第三人仍得提起訴願，如果理事會維持原決議，則該訴願應由獨立的訴願委員會決定是否有理由，而該訴願委員會之成員並無員工代表（參照 § 7 Abs. 5 Sätze 3 und 4, § 8 Abs. 2 Satz 4 LippeVG, § 6 Abs. 5 Sätze 3 und 4, § 7 Abs. 2 Satz 4 EmscherGG）。以上所述，同樣適用於徵用土地及設備命令的執行（參照 § 17 Abs. 5 Nr. 10, § 30, § 32 LippeVG, § 16 Abs. 5 Nr. 10, § 29, § 31 EmscherGG）。關於會費之課徵也是同樣的情形。負責核發會費核定處分書之理事會（參照 § 27 Abs. 1 Satz 3 LippeVG, § 26 Abs. 1 Satz 3 EmscherGG）不僅須遵守「利

珀水利會法」第 25 條以下及「愛姆斯水利會法」第 24 條以下所規定之形式及實質要求，還須遵守章程的相關補充規定，包括會費核定標準在內。其過程中並沒有代表會，當然也就沒有員工代表之參與。不服會費核定處分書也可以向訴願委員會提起訴願。至於為執行水利會之任務而涉及之徵收（Enteignungen），理事會及代表會則僅有提出申請之權（§ 17 Abs. 5 Nr. 4 LippeVG, § 16 Abs. 5 Nr. 4 EmscherGG），而徵收之決定乃身為徵收機關之邦高級行政區政府（Bezirksregierung）之職權（參照 § 9 Satz 2 LippeVG, § 8 Satz 2 EmscherGG）。員工並無特別代表之會員大會，其任務及職權乃規定於「利珀水利會法」第 14 條及「愛姆斯水利會法」第 13 條。

法官：Hassemer Sommer Jentsch
 Broß Osterloh
 Di Fabio Mellinghoff
 Lübbe-Wolff

「黨團與政團地位」裁定

BVerfGE 96, 264 ff

聯邦憲法法院第二庭 1997 年 9 月 17 日裁定

– 2BvE 4/95 –

陳淑芳 譯

要目

裁判要旨

案由

裁判主文

理由

- A. 事實與爭點
 - I. 事實經過
 - II. 兩造之主張
 - 1. 聲請人提出聲請之理由
 - 2. 聲請對造反對聲請之理由
 - 3. 當事人聲明同意不經言詞辯論而為裁判
- B. 聲請只有部分合法
 - I. 針對聲請對造 2) 所提起的部分全部不合法
 - II. 針對聲請對造 1) 所提起的部分只部分合法
- C. 聲請合法部分皆無理由
 - I. 本案沒有理由偏離過去法

庭針對國會政團之法律地位所發展出來的原則

- II. 聲請 5) 無理由
- III. 聲請 3g aa) 至 cc) 無理由
- IV. 聲請 3j) 無理由

D. 裁判結果

關鍵詞

基本席次條款

(Grundmandatsklausel)

黨團地位 (Fraktionsstatus)

政團地位 (Gruppenstatus)

議員地位 (Abgeordnetenstatus)

反映代表性原則

(Grundsatz der Spiegelbildlichkeit)

平等對待原則

(Grundsatz der Gleichbehandlung)

平等參與權利

(Recht auf gleiche Teilhabe)

裁判要旨

關於因適用基本席次條款而越過門檻條款之政黨，其議員之結合的法律地位。

案由

在本程序中係請求確認 1. 第 13 屆的德國聯邦議會 (der Deutsche Bundestag) 以下列之方式，牴觸聲請人源自於基本法第 38 條第 1 項第 2 句之權利，a) 其拒絕聲請人具有黨團之地位，而且是 aa) 透過在 1994 年 11 月 10 日第 1 次會議 (Plenarprotokoll 13/1) 通過德國聯邦議會議事規則第 10 條第 1 項第 1 句之規定，該條文係 1980 年 7 月 2 日所公布之條文 (BGBl I S. 1237)，最後一次修訂公布於 1994 年 12 月 16 日 (BGBl 1995 I S. 11)，根據此一規定，黨團係由至少百分之五屬於同一政黨，或屬於具有相同之政治目標且不在任何一個邦相互競爭之政黨的德國聯邦議會成員所組成之團體，以及 bb) 透過 1995 年 3 月 9 日第 24 次會議之決議 (Plenarprotokoll 13/24 S. 1672/1673)，以此一決議拒絕聲請人依照聯邦議會議事規則第 10 條第 1 項第 2 句承認其為黨團之聲請，b) 在 1995 年 2 月 16 日會議的決議中 (Plenarprotokoll 13/21)，其拒絕聲請人在基本法第 77 條第 2 項之協調

委員會 (ermittlungsausschuß) 內，與在依照電信及郵務整頓法第 11 條之設於聯邦郵政及電信部之整頓委員會內的成員資格，以及在 1995 年 1 月 26 日會議的決議中 (Plenarprotokoll 13/15)，其拒絕聲請人在歐洲會議 (Europarat) 國會會議 (Parlamentarische Versammlung) 內的成員資格 (同時是西歐聯盟-WEU-會議之代表)。2. 聲請人在醜聞調查委員會 (Untersuchungsausschüssen) 與立法調查委員會 (Enquete-Kommissionen) 擁有基本席次。3. 備位地：第 13 屆的德國聯邦議會透過其 1995 年 3 月 9 日會議之決議、其 1995 年 1 月 26 日 (Plenarprotokoll 13/15) 與 1995 年 2 月 16 日 (Plenarprotokoll 13/21) 會議之決議，以及 1995 年 3 月 31 日預算法之通過 (Plenarprotokoll 13/32)，而拒絕給予聲請人下列之權利，已牴觸聲請人源自於基本法第 38 條第 1 項第 2 句之權利、已牴觸恣意禁止與已牴觸聯邦議會及委員會 (Ausschüsse) 或則特種委員會 (Gremien) 反映代表性之原則：a) 議事規則提案之提出以及議事規則法規上之要求與異議權無法定人數之限制，b) 時事時間 (aktuelle Stunden) 無次數限制之要求，c) 依照聯邦議會議事規則第 62 條第 2 項，在非涉及自己議案的範圍內，作期中報告之要求，d) 記名表決之要

求，e)在大會立即表決提案之要求，f)要求聯邦政府成員備詢的聲請，g)承認aa)在依照基本法第 77 條第 2 項之協調委員會，bb)在依照電信及郵務整頓法第 11 條之設於聯邦郵政及電信部之整頓委員會，cc)在歐洲會議國會會議（同時是西歐聯盟—WEU—會議之代表），dd)在醜聞調查委員會與立法調查委員會，有（基本）席次且具有提案權、發言權與表決權，h)一位委員會主席與一位代理人（聯邦議會議事規則第 12 條）之提出，i)在元老院（Ältestenrat）內有完全之成員資格權利，j)依照聯邦議會議事規則第 35 條之發言時間每次集中由一位其發言者發言 k)參加聯邦議會專業委員會（Fachausschüsse）及其下級委員會（Unterausschüsse）之所有旅遊行程，l)撥給未分配之黨團基本款項。4.第 13 屆的德國聯邦議會在其 1995 年 2 月 16 日的決議中，拒絕聲請人對於基本法第 53 條之 1 之共同委員會（Gemeinsamer Ausschuss）組成之選舉建議，已抵觸聲請人源自於基本法第 38 條第 1 項第 2 句之權利。5.第 13 屆的德國聯邦議會以下列之方式，抵觸聲請人源自於基本法第 38 條第 1 項第 2 句之權利，a)在其 1995 年 5 月 11 日第 35 次會議中，在依基本法第 44 條組成醜聞調查委員會時，其拒絕聲請人在此一調查委員會內之全權的成員資

格，b)在其 1995 年 6 月 1 日第 41 次會議中，在組成「人口變遷—我們漸趨老化的社會對於個人及政治的挑戰」立法調查委員會以及「人類及環境之保護」立法調查委員會時，其各拒絕聲請人在這些調查委員會內之全權的成員資格，c)在其 1995 年 6 月 22 日第 44 次會議中，在組成「在德國統一過程中克服社會統一黨（SED）—獨裁專政所帶來之後果」立法調查委員會時，其拒絕聲請人在此一調查委員會內之全權的成員資格。聲請人：在第 13 屆德國聯邦議會內由民主社會主義黨之議員所組成之政團（Gruppe）—代理人：1)律師 Michael Schröer, Heissstraße 18, Münster, 2) 律師 Sigurd Warschkow, Hochstraße 39, Gladbeck, 3) 律師 Gregor Gysi 博士, Kleine Alexanderstraße 28a, Berlin—聲請對造：1)德國聯邦議會，由議長代表，Bundeshaus, Bonn, 2)德國聯邦議會議長，同上，—代理人：Knut Ipsen 教授，博士外另獲數榮譽博士，Nevelstraße 59, Bochum—。

裁判主文

針對德國聯邦議會議長所提出之聲請部分不受理。聲請 3b)與 k)針對德國聯邦議會的部分也不受理。其餘之聲請駁回。

理由

A. 事實與爭點

本機關爭議所涉及的，是由一群第 13 屆德國聯邦議會議員所主張之承認為黨團之權利，以及其作為政團應具有的地位。

I. 事實經過

民主社會主義黨（PDS）在 1994 年 10 月 16 日第 13 屆聯邦議會選舉中，於適用聯邦選舉法第 6 條第 6 項第 1 句後半段之基本席次條款下，獲得 30 個席次。

a) 第 13 屆德國聯邦議會在 1994 年 11 月 10 日第 1 次會議中，決議繼受德國聯邦議會議事規則在 1990 年 11 月 12 日修訂公布之條文（BGBl I S. 2555）（vgl. BTDrucks 13/1）。

b) 在 1994 年 11 月 24 日第 6 次會議中，聯邦議會決議，在計算其常設委員會之席次分配時，係適用 Sante Laguë/Schepers 的數學比例處理公式。關於分派民主社會主義黨（PDS）之議員到元老院及其他特種委員會尚待以特別決議作成（BT-Drucks 13/34）。

在 1995 年 1 月 26 日第 15 次會議中，聯邦議會選出 18 位德意志聯邦共和國在歐洲會議國會會議的代表（同時是西歐聯盟-WEU-會議之代表）。聯邦議會拒絕民主社會主義

黨（PDS）議員就選舉適用 Ste. Laguë/Schepers 計算處理公式的提案（BTDrucks 13/322），且相反地就最大數處理公式決定依 d'Hondt（vgl. Plenarprotokoll 13/15 S. 860）。德國代表之組成如下（括號內的數字是若適用 Ste. Laguë/Schepers 系統下所得出之結果）：

CDU/CSU :	9 (8)
SPD :	7 (7)
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN :	1 (1)
F.D.P. :	1 (1)
聲請人 :	- (1)

在 1995 年 2 月 16 日第 21 次會議中，聯邦議會依 CDU/CSU 與 F.D.P. 黨團之提案決議（BTDrucks 13/542）：

對於組成特種委員會尚待舉行之選舉與任命將適用 Ste. Laguë/Schepers 計算處理公式。

如果此無法反映國會的多數，則席次的分配將依 d'Hondt 計算。此對於協調委員會、設於聯邦郵政及電信部之整頓委員會與歐洲安全及合作組織（OSZE），亦適用之。

在協調委員會、設於聯邦郵政及電信部之整頓委員會內各由 16 位成員所組成之聯邦議會席次（Bundestagsbank）是以下列方式組成（括號內的數字是若適用 Ste. Laguë/Schepers 系統下所得出之結果）：

CDU/CSU :	8 (7)
SPD :	6 (6)
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN :	
	1 (1)
F.D.P. :	1 (1)
聲請人 :	- (1)

在同一會議中也規定了將由聯邦議會決定之 32 位，依基本法第 53 條之 1 所組成之共同委員會成員的選舉方式。在未考量聲請人的情況下，聯邦議會之席次無論是依 Ste. Laguë/Schepers 或是依 d'Hondt，其組成如下（括號內的數字是在考量聲請人的情況下所得出之結果）：

CDU/CSU :	15 (15)
SPD :	13 (12)
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN:	
	2 (2)
F.D.P. :	2 (2)
聲請人 :	- (1)

黨團及民主社會主義黨（PDS）議員分別提出如下之候選人數目的選舉建議：

CDU/CSU :	15
SPD :	12
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN :	2
F.D.P. :	2
聲請人 :	1

黨團之選舉建議被採納了，民主社會主義黨（PDS）議員之選舉建議遭到拒絕。

c) 在 1995 年 3 月 9 日第 24 次

會議中，聯邦議會拒絕了民主社會主義黨（PDS）議員，依聯邦議會議事規則第 10 條第 1 項第 2 句承認其為黨團之聲請（vgl. BTDrucks 13/724），並依元老院之建議（vgl. BT Drucks 13/684），就民主社會主義黨（PDS）議員在第 13 屆德國聯邦議會的法律地位作成下列之決議（以下：地位決議 [Statusbeschluss]）：

(1) 民主社會主義黨（PDS）議員之結合將依照德國聯邦議會議事規則（GOBT）第 10 條第 4 項承認為政團（Gruppe）。

(2) 就第 13 屆任期而言，政團具有下列之權利：

a) 政團有權依聯邦議會議事規則第 12 條第 1 句派遣正式及代理成員到專業委員會。政團所派遣之成員擁有同黨團所派遣之成員一樣之權利。凡「黨團在委員會」依德國聯邦議會議事規則第七章之規定所擁有之權利，其皆擁有。只要政團在專業委員會有代表時，準用聯邦議會議事規則第 55 條第 3 項，其在下級委員會依聲請必須有代表。

b) 關於政團派遣成員到下級委員會之權利，準用聯邦議會議事規則第 12 條第 1 句；此對於派遣成員到立法調查委員會之權利，亦適用之。只要政團在立法調查委員會有一位成員代表時，則準用聯邦議會議事規則第 56 條第 2 項。

c) 政團可以派遣 1 名成員到元老院。政團所派遣之成員屬於聯邦議會議事規則第 6 條第 1 項所規定之元老院成員。在元老院議決聯邦議會之內部事項的範圍內，其有表決權。在元老院非議決機關的範圍內，可以經黨團的同意取得一致的見解。

d) 政團有提出法律草案、議案、決議案以及大小質詢之權利。對於審查其法律草案的要求，政團擁有議事規則法規上賦予黨團之權限。政團可以依照聯邦議會議事規則第 20 條第 4 項要求將其提案排入議程，與準用聯邦議會議事規則第 62 條第 2 項要求對於自己之提案提出期中報告。其可以對於其決議案之交付委員會依照聯邦議會議事規則第 88 條第 2 項第 1 句提出異議。就自己之大質詢其有依聯邦議會議事規則第 101 條第 3 句與第 102 條第 2 句之權利。

e) 將賦予政團每一年尚待確定之時事時間次數的要求權利。

此外，當提案、要求或異議有至少 34 位聯邦議會成員支持時，政團也可以提出只有黨團或百分之五聯邦議會成員方可以提出之議事規則提案，以及議事規則法規上之要求與異議權。

f) 政團相應其在與德國聯邦議會議黨團相較之下的大小，與依照在元老院內進一步的協議，取得發言時間。

g) 承認政團主席擁有德國聯邦議會議黨團主席根據德國聯邦議會議事規則所擁有之權利。

h) 政團取得對於其國會工作必要之財政、技術與人事支援。為此依照其大小給予其一半的基本款項以及補貼，並包含給予反對黨之特別補貼；到 1994 年 12 月 31 日這段期間，其取得反映其大小的特別基本款項與國際合作補助款項的一部分。

之前聯邦議會曾拒絕民主社會主義黨（PDS）議員之修訂提案（BTDrucks 13/724 Buchst. B），以此修訂提案要求承認其他各種不同的政團權利。

d) 在 1995 年 5 月 11 日第 35 次會議中，聯邦議會決議成立由 11 位黨團之議員所組成之第一個醜聞調查委員會（BTDrucks 13/1323）。在 1995 年 6 月 1 日第 41 次會議與 1995 年 6 月 22 日第 44 次會議中，聯邦議會決議成立不同的立法調查委員會（BTDrucks 13/1533, 13/1532, 13/1535, 13/1762）。每一個立法調查委員會由 11 位黨團之議員與 11 位專家組成。成立之決議並規定在所有的情況下，聲請人可以額外地透過一位沒有表決權的成員，在立法調查委員會尚可以透過一位沒有表決權的專家參與其事。

3. 依議員法—AbgG—第 17 條第 1 項之規定，出差須事前得到議長之

同意。就此元老院根據議員法第 17 條第 5 項制訂有 1977 年 3 月 24 日德國聯邦議會成員旅行施行細則的條文，最後一次係經 1991 年 12 月 5 日元老院之決議修訂。依細則第 13 點，由議長團（Präsidium）參與代表團之旅的決定。議長團在其 1994 年 12 月 13 日的會議中，對於黨團參與委員會代表團之旅的分配比例達成了共識。在 1995 年 1 月 20 日寫給委員會主席的文件中，德國聯邦議會議長表示：

根據第 12 屆，委員會（Ausschüsse）及特別委員會（Kommissionen）就國外旅行其代表團的組成，毫無例外地一致同意決議的經驗，可以由此得出，在第 13 屆，在新的分配比例範圍內，民主社會主義黨（PDS）之政團適度的參與也是可以達成的。如果此一期待沒有辦法實現時，在議長團參與後，我準備依政團與德國聯邦議會成員總數之比例，以及依可支配的經費，視具體之情況，給予政團第八個代表團位子。

II. 兩造之主張

1. 聲請人所提出之聲請理由主要有：

a) 透過聯邦議會通過聯邦議會議事規則第 10 條第 1 項第 1 句的條文，根據此一條文聲請人不具有黨團地位，聯邦議會已牴觸，既由議員地位（基本法第 38 條第 1 項第 2 句），

亦由選舉權平等（基本法第 38 條第 1 項第 1 句）所得出之所有議員平等對待之原則。黨團與政團之間的差別對待只有當聯邦議會之運作能力強迫要求如此時，才允許。立法者藉基本席次條款已清楚表明，他認為因獲得直接席次而進入聯邦議會的議員，如同越過門檻條款之政黨的議員一般，同樣可確保國會工作之運作能力。聲請人以其 30 位成員，如同 34 位成員的黨團一般，須完成相同的任務。因為其只是差一點而未通過門檻條款，惟無論如何，其依聯邦議會議事規則第 10 條第 1 項第 2 句有權請求承認為黨團。

b) 即使不應給予聲請人黨團之地位，某些政團權利之不給予無論如何已違反了基本法第 38 條第 1 項第 2 句：

聯邦議會在許多個別點（提案權、委員會主席、元老院之成員資格、財政分配），就黨團權利與政團權利之間所作之差別對待是非必要的，且是不合理的歧視，此不合理的歧視已影響到聲請人的工作能力。

對於歐洲會議國會會議、協調委員會與設於聯邦郵政及電信部之整頓委員會之選舉適用 d'Hondt 系統，而不適用 Ste. Laguë/Schepers 系統是恣意的。聲請人在協調委員會不能派代表，將使其無法獲得重要之訊息，與無法參與國會意志形成的過程。

聲請人有請求在醜聞調查委員會與立法調查委員會保有基本席次的權利。在這些特種委員會中，所有反對黨勢力皆應有代表。

給予聲請人之發言時間不適用聯邦議會議事規則第 35 條第 1 項第 2 句與第 3 句以及第 2 項是恣意的。依照聯邦議會議事規則第 35 條第 1 項第 2 句，聲請人應有到 15 分鐘，集中由一位主要發言者發言的發言時間。在大型的辯論（Debatte）中，因為事項之重要性，依照聯邦議會議事規則第 35 條第 1 項第 3 句，也應給予聲請人其一位發言者超過 15 分鐘的發言時間。這些權利聲請人卻無法貫徹，因為發言時間是透過在元老院內黨團的同意約定的。相反地，黨團能夠在元老院內有效地提出自己的請求，諸如請求合併計算發言時間。

由在委員會內之成員資格可導出，聲請人有參與所有委員會之旅的權利。聲請人只能「適度」參與代表團之旅的決定，諒已使此一權利打上問號。

c) 聲請人僅因其大小，依照基本法第 53 條之 1，就應有代表在共同委員會內（參考 BVerfGE 84, 304 [3-37 ff.]—未附具理由—）。除此之外，聯邦議會曾決議，同意聲請人在此一特種委員會擁有 1 席。

d) 透過在聲請 5) 所指出之成立決議，聯邦議會業已侵害聲請人請求

在第一個醜聞調查委員會內與在相關立法調查委員會內之全權成員資格之權利。醜聞調查委員會的任務特別需要反對黨。因此執政黨在醜聞調查委員會並非一定要維持多數。此外，提高成員數目可以確保反對黨廣泛的參與。如此並不會減弱委員會的運作能力。聲請人之請求在立法調查委員會內之全權成員資格之權利，係由每一個黨團依照聯邦議會議事規則第 56 條第 3 項，至少可以派遣 1 名成員到此等特別委員會所導出的。除此之外成員數目的決定才是依照黨團大小關係。

2. 聲請對造對於聲請立於反對的立場。聲請針對聲請對造 2) 所提出的部分，是不合法的。該聲請對造只是執行聲請對造 1) 之措施與不作為。聲請針對聲請對造 1) 所提出的部分，有一部分聲請不合法，有一部分無理由。就此聲請對造主要是援引法庭在其 1991 年 7 月 16 日判決（BVerfGE 84, 304）中的論述。

就聲請人針對拒絕在協調委員會與設於聯邦郵政及電信部之整頓委員會內之成員資格不服部分，聲請無理由。對於協調委員會內聯邦議會席次之分配，由憲法並無法得出一定的計算處理公式。國會依其自主組織權選擇出對其而言，足以確保反映國會與委員會代表性的處理公式，乃是國會的事。正好是 Ste. Laguë/Schepers

系統無法反映代表性，因為其無法反映聯合政府之多數。對於整頓委員會本來即不適用反映代表性原則，因為在此所涉及的，是一個由一般聯邦法律（*einfaches Bundesgesetz*）所創設之行政的機關，其活動並不屬於受基本法第 38 條第 1 項第 2 句所保護之原始國會的範疇。

就聲請人針對拒絕在歐洲會議國會會議內之成員資格不服部分，聲請無理由。因為在此同樣地不適用一另外應遵守之一反映代表性原則。

關於在醜聞調查委員會與立法調查委員會內給予基本席次之權利，缺乏憲法上的依據。因此聲請 5) 的部分也無理由。

就聲請人指責拒絕在元老院內之成員資格的部分，其欠缺聲請權能。在元老院非議決機關而行為的範圍內，其只有減輕大會負擔的任務。因此可以經黨團的同意取得一致見解的情事，並未觸及議員之地位。

就聲請人針對拒絕依照聯邦議會議事規則第 35 條，發言時間每次由一位其發言者發言之權利不服部分，尚無法得出違憲之結論來。聯邦議會議事規則第 35 條並不含有此種可能性；依據憲法也沒有要求此種可能性。當一向來皆是如此一發言的准許與時間依照元老院的協議，或未經元老院的協議獨立以聯邦議會的決議確定之時，本來即無適用聯邦議會議

事規則第 35 條第 1 項第 2 句至第 4 句，該三種互相銜接之補充規定的可能性。當一許多任期以來皆是如此一政府遵守國會所協議的發言時間，且結果其發言時間併入多數黨團計算時，同樣沒有適用聯邦議會議事規則第 35 條第 2 項的餘地。

就聲請人因為其被拒絕參與聯邦議會委員會及其下級委員會之所有旅行，而主張違憲部分，其主張無法成立。聲請人「適度」參與代表團之旅的決定，尚未構成平等對待要求的違反。

在共同委員會內成員資格之拒絕並未侵害聲請人之權利。根據基本法第 53 條之 1 的文字與意義，在共同委員會內之聯邦議會席次只能由黨團的代表組成。單憑聯邦議會將聲請人的選舉建議排入議程，並否決之之情事，尚不足以導出聲請人可以請求第 32 個位子的法律見解。這個位子是屬於社會民主黨（SDP）黨團的。在黨團內只是對於黨團的建議權與分配權是否皆須完全用盡有不同的意見。有部分的意見認為，可以出於自願地給予聲請人一個位子。

3. 當事人聲明同意不經言詞辯論而為裁判。

B. 聲請只有部分合法

在機關爭議程序（基本法第 93 條第 1 項第 1 款，聯邦憲法法院法第 13 條第 5 款）中所提出之聲請，只

有部分合法。

1. 聲請針對聲請對造 2) 所提起的部分，全部不合法。聲請人所指責之措施與不作為只是出自於德國聯邦議會 (vgl. BVerfGE 84, 304 [320 f.])。聲請 3 k) 部分並未針對德國聯邦議會議長 1995 年 1 月 20 日 (涉及代表團之旅) 的書信文件提起。

2. 聲請針對聲請對造 1) 所提起的部分，聲請人只對於一部分有聲請權能。依聯邦憲法法院法第 64 條第 1 項，聲請人必須主張聲請對造之措施已侵害或直接危害基本法授予其之權利或義務。只有當聯邦議會以受指責之具有法律重要性之措施侵害或直接危害聲請人之此等權利無法自始排除時，聲請才合法 (vgl. BVerfGE 94, 351 [362 f.])。惟聲請 3b) 與 k) 並不符合這個要件。在此範圍內之系爭措施或不作為並不具有法律重要性。

a) 當措施對於聲請人而言，需有獨立之轉換行為才具法律上之意義時，則此一措施即非聯邦憲法法院法第 64 條第 1 項意義之下，具有法律重要性者 (vgl. BVerfGE 94, 351 [363])。聲請 3b) 所指責之地位決議的規定，即據此聲請人擁有每一年尚待確定之時事時間次數的要求權利，即是此種情況。即使假設聲請人具有可以要求無次數限制之時事時間的請求權，則此項權利至此既未受到侵害，也未直接受到危害。只有當確定

最多的次數之後，聲請人才可能受到侵害，惟此至今未作出。

b) 只有當聲請對造依憲法有採取某項措施之義務無法推卸時，該項措施之不採取，才是聯邦憲法法院法第 64 條第 1 項意義下之具有法律重要性者。在此意義下，聲請 3k) 所指責之聯邦議會的不作為，即在地位決議中未針對委員會之旅作出規定，並不具有法律重要性。即使聯邦議會有讓聲請人參與所有委員會之旅的義務，也看不出，基於何種憲法上的理由聯邦議會一定要以一般的形式對此作規定。依基本法第 40 條第 1 項第 2 句透過議事規則自我組織，與在此關聯下也決定委員會之工作方式，固然是國會的任務 (vgl. BVerfGE 80, 188 [219])。聯邦議會也可以將某些其依憲法即應遵守的義務，宣示性地規定在議事規則的條文中。惟此種作法並非必要的。基於此一理由，對於委員會之旅未作規定本身尚無法導出，聯邦議會有意違背某些憲法上就此對其所作的約束。

C. 聲請合法部分皆無理由

I. 本案並沒有理由偏離法庭過去針對國會政團之法律地位所發展出來的原則 (vgl. BVerfGE 84, 304 ff)

1. 1994 年 11 月 10 日的決議，第 13 屆德國聯邦議會以此決議繼受聯邦議會議事規則第 10 條第 1 項第

1 句所規定之黨團最低人數，並沒有侵害聲請人的權利。

a) 基本法第 38 條第 1 項第 2 句所保障之德國聯邦議會議員之代表地位，包括平等參與國會意志形成過程的權利（vgl. BVerfGE 84, 304 [321f.]）。而與其他議員組成黨團的平等權利亦屬於此（vgl. BVerfGE 43, 142 [149]; 70, 324 [354] ; 80, 188 [218]）。

聯邦議會依基本法第 40 條第 1 項第 2 句之自訂議事規則的權利，使聯邦議會有可能完成它的任務。議事規則的規定必然地也會產生限制個別議員權利的效果（vgl. BVerfGE 84, 304 [321]）。然而在議員之間作差別對待永遠皆須有特別之合理化的理由（vgl. BVerfGE 93, 195 [204]）。

聯邦議會有以其議事規則確保國會之運作能力的自治權，是黨團最低人數之規定，在憲法上可以成立的理由。議事規則有許多條款皆規定，某些提案權只能由一個黨團或聯邦議會成員的百分之五行使之。針對黨團與其他結合之間所作的差別對待是合理的，因為它是為了防止小政團的許多—最後沒有希望的一提案阻撓國會工作的危險。

民主社會主義黨（PDS）由於基本席次條款而依聯邦選舉法第 6 條第 2 項以其第二票參與席次分配的事實，是聲請人之 26 位成員取得席次

的主因，而由此也無法得出降低黨團最低人數的請求權來。基本席次條款是為追求誘使國民有效整合的目的而設（vgl. BVerfGE 95, 408 [421]）。德國聯邦議會不承認民主社會主義黨（PDS）之議員具有黨團地位之決定，並沒有違背此一立法目的。對於參與國會意志形成過程適用之平等的要求，在面對確保國會運作能力的憲法要求時，必須受到限制。德國聯邦議會的決定維護了民主社會主義黨（PDS）議員作為全民代表的法律地位（vgl. BVerfGE 84, 304 [332 f.]）。承認政團之地位與賦予政團法律上之地位使得聲請人能夠充分有效地參與國會的工作。

b) 由選舉權平等之原則（基本法第 38 條第 1 項第 1 句）並無法導出任何有關黨團最低人數的結果來。此一原則既未涉及議員在國會的地位，也未涉及同一政黨之議員其政團之地位（vgl. BVerfGE 84, 304 [324 f.]）。

2. 1995 年 3 月 9 日的決議，聯邦議會以此決議拒絕聲請人依照聯邦議會議事規則第 10 條第 1 項第 2 句承認為黨團之聲請，也未侵害聲請人其源自於基本法第 38 條第 1 項第 2 句之權利。暫且不論聯邦議會議事規則第 10 條第 1 項第 2 句是否只是涉及對於黨團形成質上之要求的問題（vgl. BVerfGE 84, 304 [327]），無

論如何聯邦議會無降低黨團最低人數之義務的理由仍然適用，此對於依聯邦議會議事規則第 10 條第 1 項第 2 句之承認亦適用。問題之關鍵並非在於聲請人之組成黨團尚缺少多少席次。只要有黨團最低人數之規定，就有可能議員之結合只是些微地未達到既定的人數。

3. 因為聲請人沒有請求承認為黨團之權利，因此聲請 1 b) 與 2) 無所附麗。聲請人是藉聲請 1 b) 與 2) 主張個別的黨團權利。在與內容相同，涉及聲請人作為政團之地位所提起之聲請 3g) 作比較下，可得出此一結果。

4. 聲請人沒有請求無地位決議第 2 點字母 e) 之限制而提出議事規則提案或提出議事規則所規定之要求的權利 (vgl. BVerfGE 84, 304 [330 f.])。

5. 在醜聞調查委員會與立法調查委員會內給予基本席次的請求缺乏憲法上的根據 (vgl. BVerfGE 84, 304 [332, 323 f.])。

6. 在分配委員會主席時，聲請人沒有請求考量的權利。其也無請求與黨團具有相同之權利而參與元老院的權利。委員會主席與元老院依照議事規則都沒有對於國會意志形成在內容上先提出形式的任務。他們的作用只是組織類的，因此不受平等參與基本法所賦予聯邦議會之任務之平等參與權利原則的影響 (vgl. BVerfGE 80,

188 [226 f.]; 84, 304 [328]) 。

7. 1995 年 2 月 16 日的決議，聯邦議會以此決議拒絕聲請人對於共同委員會的選舉建議，並未侵害聲請人之權利。規定基本法第 53 條之 1 第 1 項第 2 句意義下之黨團的概念，係屬於聯邦議會議事規則自治權的範疇。共同委員會是依照憲法，在防衛狀態下，取代聯邦議會與聯邦參議院其重要功能的機關。而黨團比起其他的組織更能夠給予作為這樣一種機關的共同委員會穩定性與貫徹能力。因此憲法對於在共同委員會內議員席次的分配，係給予黨團原則而非比例組成原則優先的地位 (vgl. BVerfGE 84, 304 [334 ff.])。實在看不出來，聯邦議會應該決議，在組成共同委員會時應像對待黨團一般地對待聲請人。從而如此的決議將對聲請人憲法上的權利造成怎樣的影響，可以暫時不加以討論。

8. 聲請人不能要求未分配之黨團基本款項的支付 (vgl. BVerfGE 84, 304 [333 f.])。

II. 聲請 5) 的部分無理由

1. 聯邦議會以 1995 年 5 月 11 日之成立決議，拒絕聲請人在第一個醜聞調查委員會內的全權成員資格，並未侵害聲請人之權利。在實體有理由的案件中，並不禁止聯邦議會對於委員會或類似的特種委員會規定一種在適用通常之席次分配規則時，無法

考量所有國會組織的成員人數（vgl. BVerfGE 70, 324 [364]）。在權衡醜聞調查委員會工作能力的需要，即其必須在任期結束之前完成其調查的付託，與委員會之組成盡可能符合代表性此兩者時，聯邦議會擁有形成的餘地。

為了讓聲請人在第一個醜聞調查委員會獲得一具有投票權的成員資格，委員會的成員一在同時維護國會多數的關係下—必須由 11 位擴充到 17 位。根據所有的經驗，只擁有少數成員或來自各個黨團只有一位成員之小的醜聞調查委員會比較可以迅速、有效率地完成其付託，是黨團拒絕聲請人在該委員會具有成員資格的理由（參考選舉審議、豁免權及議事規則委員會之報告，BTDrucks. 13/1323 S. 6）。這種考量在憲法上並無可指摘之處。由十九點所構成的任務清單，其範圍即已清楚地指明，委員會仰賴迅速的工作方式。

2. 同樣地，聲請人也不太可能得以要求在 1995 年 6 月 1 日與 22 日所成立之立法調查委員會內之全權的成員資格。就此聯邦議會在確定成員人數時，擁有特別廣的形成空間，因為立法調查委員會並非為聯邦議會的決議直接作準備者，而是僅在國會議事形成的前階段為行為者（vgl. BVerfGE 80, 188 [230]）。

III. 聲請 3g aa) 至 cc) 無理由

1. 於 1995 年 2 月 16 日在選舉協調委員會內聯邦議會之 16 位代表時未考量聲請人，並未侵害聲請人之權利。

依基本法第 42 條第 2 項，在選舉協調委員會內之聯邦議會的代表係以多數決選舉之。聯邦議會同時應重視國會與委員會反映代表性原則（vgl. BVerfGE 84, 304 [323 f.]）。因為在選舉過程本身即須多數決，所以反映代表性原則只能透過在選舉前，根據某一特定的比例處理公式，確定每一個黨團或政團究竟可以推薦幾位候選人的方式予以實現。由於聲請人在協調委員會內沒有獲得席次，所以聯邦議會在計算席次時，對此程序決定依 d'Hondt，而不依其他通常程序所採之 Ste. Laguë/Schepers。此從憲法的觀點並無可指摘之處。

a) 在就推薦權折算黨團與政團之成員人數時，其實沒有任何一種比例處理公式可以達到完全的平等，因為只能分配給整個席次。因此在特種委員會選舉時應適用之計算系統的決定，原則上屬於聯邦議會的自主決定權限（關於在選舉法上立法者之形成自由 vgl. BVerfGE 79, 169 [170 f.]）。

正是眼前的事件清楚地說明，無法清楚地判斷那一種計算處理公式最能體現平等對待的要求。一方面在依 d'Hondt 的處理方式中，聲請人將獲得特別差的結果，因為其依此完全

沒有席次。另一方面在依 d'Hondt 分配時，所有的黨團為取得一個席次，就已經需要 30 位以上的成員（CDU/CSU: 36,75; SPD: 42; BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN: 49; F.D.P.: 47）。如果依 Ste. Laguë/Schepers 系統分配給聲請人一個席次，則一個席次所必要之成員人數將在加重黨團的負擔下繼續提高，亦即對於 CDU/CSU 而言，將提高到 42 位。

偏離通常在組成特種委員會時所適用之 Ste. Laguë/Schepers 處理公式並未有濫用議事規則自治權的行為。如同聯邦議會 1995 年 2 月 16 日的決議（BTDrucks. 13/542）所得出之結果，計算系統改變的動機是因為依 Ste. Laguë/Schepers 的系統，在聯邦議會內無法產生政治上的多數。在適用 Ste. Laguë/Schepers 系統之下，在聯合內閣與反對黨之間將形成僵局（8:8）。相反地，依 d'Hondt 之處理公式在協調委員會內將產生聯合內閣黨團擁有 9 席之為聯邦議會席次之多數的結果。為了在協調委員會的聯邦議會席次中反映大會之多數關係的目的而改變計算系統，在憲法上是不會有疑慮的。

b) 不允許聲請人參與在協調委員會內之審議，並不會影響聲請人參與國會意志形成的權利。審議是秘密的（vgl. Ossenbühl, Verfahren der Gesetzgebung, in: Isensee/Kirchhof, HStR

III [1988], § 63 Rn. 57）。倘若聲請人指責協調委員會的提議之排入議程在某些情況下太過突然，則此，而非對於協調委員會內之審議過程與表決無所知悉，為某些侵害國會參與權其法律上之原因。

2. 於 1995 年 1 月 26 日在選舉歐洲會議國會會議，與於 1995 年 2 月 16 日在選舉設於聯邦郵政及電信部之整頓委員會之聯邦議會各 18 位代表時未考量聲請人，也未侵害聲請人之權利。基本法第 38 條第 1 項第 2 句所保障之地位是否也含蓋在此種特種委員會內之代表性，在此可以暫且不論。惟無論如何，對於應該適用之比例處理公式，如果可以的話，係適用與在選舉共同委員會時之相同的原則（參考 C. III. 1. a）。

IV. 聲請 3 j) 無理由

1. 發言權屬於個別議員由基本法第 38 條第 1 項第 2 句所延伸出來之憲法上的權利（vgl. BVerfGE 10, 4 [12]; 60, 374 [379]; 80, 188 [218]）。通常在聯邦議會內的發言時間會受到限制，並按比例分配給黨團與政團。限制與分配的標準是議員平等參與國會意志形成過程的權利。

有一個發言與反發言的討論殿堂是國會的任務（vgl. BVerfGE 10, 4 [13]; 84, 304 [329]）。在較長的辯論中，發言時間的安排，如果可以讓不同意見的發言者交替地發言時，即符

合此。如果辯論是在許多回合中進行時，則發言與反發言的原則建議，黨團與聲請人不要單單在一個回合中使用其全部的發言時間。因為根據聲請人較少的人數，在與黨團相對下也只能提供給聲請人較少之全部發言時間總數（地位決議第 2 點字母 f），所以發言時間的分割，會導致聲請人之個別發言者只有相對較短的發言時間。個別議員之發言時間如果作太少的分配，以至於無法適度地對於辯論的議題發表意見時，自然與公平、忠誠的適用議事規則（vgl. BVerfGE 1, 144 [149]; 80, 188 [219]; 84, 304 [332]）不符。

議事規則在聯邦議會議事規則第 35 條中，在特定的要件下，給予黨團至少一定的發言時間。個別議員不能直接向聯邦議會主張這些特別的發言權。如果按照這種方式，議員的發言權是透過黨團的特別權限予以居中調配時，則聯邦議會必須設法讓政團所屬的議員依照其政團在國會的份量分享發言權。

2. 依照這些標準加以衡量，地位決議並沒有侵害聲請人的權利。

a) 聲請人要求，「依照聯邦議會議事規則第 35 條」發言時間可以集中的權利。然而聯邦議會議事規則第 35 條並沒有賦予黨團如此的權利。就此而言，相對於黨團，並沒有虧待聲請人。

aa) 由聯邦議會議事規則第 35 條第 1 項第 3 句並無法得出黨團集中發言時間的權利。

聯邦議會議事規則第 35 條第 1 項第 1 句是給予發言時間的根據。關於某一處理議題討論之進行與時間依元老院之建議由聯邦議會定之，是這個條款所規定之通常情況。據此聯邦議會有可能將發言時間分配給黨團，但是也分配給個別發言者，與作發言時間的限制。黨團根據聯邦議會議事規則第 35 條第 1 項第 3 句有可能請求總共 45 分鐘的發言時間，並由一位其發言者發言。如果聯邦議會議事規則第 35 條第 1 項第 3 句包含集中發言時間的權利，則此一條款將限制聯邦議會依聯邦議會議事規則第 35 條第 1 項第 1 句在分配發言時間時所擁有之形成空間。

但是這樣的解釋可能不符合聯邦議會議事規則第 35 條第 1 項第 3 句的沿革史。聯邦議會議事規則第 35 條今天之條文是來自於選舉審議、豁免權及議事規則委員會（第一個委員會）1979 年 12 月 3 日的草案。理由內是如此說的，議事規則委員會的出發點是，元老院關於某一處理議題討論之進行與時間無法作成一致性建議的情況幾乎微乎其微。雖然如此，他認為在議事規則內有一規定在此種情況下，個別議員或黨團之一位發言者准許發言多久的條款是有必

要的 (vgl. BTDrucks. 8/3460 S. 88 f.)。如同在修訂議事規則之進一步審議過程中在聯邦議會議事規則第 35 條第 1 項第 2 句所加入「或聯邦議會未別有決議」這一段所指明的，不僅可以在元老院內約定，也可以在大會中決議發言時間的分配。只有當此種決議也不存在時，黨團才可以行使聯邦議會議事規則第 35 條第 1 項第 3 句之權利。

bb) 聯邦議會議事規則第 35 條第 2 項也沒有給予黨團集中發言時間的權利。

依基本法第 43 條第 2 項第 2 句，在聯邦議會內必須隨時聽取聯邦參議院與聯邦政府的成員以及其受託人表示意見。此種特別發言權的擁有者並不受聯邦議會有關討論之進行與時間決議之拘束。為此聯邦議會議事規則在聯邦議會議事規則第 35 條第 2 項有一平衡的規定。在使用到此一條款規定時，黨團的一位發言者或許可以有較元老院內所約定或大會有關討論之進行與時間所決議之原來准許黨團還要來得長的發言時間。在此範圍內，依聯邦議會議事規則第 35 條第 1 項第 1 句之決議已經給予的發言時間是否集中或是否給予黨團額外的發言時間，聯邦議會議事規則第 35 條第 2 項對此並未作規定。此或許留待聯邦議會針對個別的情況去作決定。

b) 就聯邦議會議事規則第 35 條

第 1 項第 3 句與第 2 項給予黨團請求至少一定發言時間由一位其發言者發言的權利而言，聯邦議會並沒有對聲請人與黨團作相同處理的義務。

aa) 聲請人根據憲法並無請求準用聯邦議會議事規則第 35 條第 1 項第 3 句，在與黨團相同的前提下，其一位發言者使用總共 45 分鐘發言時間的權利。在分配個別議員發言時間時，不必在各方面都對政團作與黨團相同的對待。甚至准許聯邦議會以差別對待的規定去考量議員結合不同的大小比例關係。

然而當發言者是代表聲請人發言，並藉此也表達其他議員之觀點時，對此應加以重視 (vgl. BVerfGE 80, 188 [228])。為了讓政團的觀點可以作與辯論議題相當的陳述，延長超過聯邦議會議事規則第 35 條第 1 項第 2 句針對個別發言者所規定之 15 分鐘的發言時間，可能是有必要的。對於此種延長，聯邦議會議事規則第 35 條第 1 項第 4 句提供了足夠的基礎。

bb) 根據相同的理由，在聯邦議會議事規則第 35 條第 2 項的前提下，可能有必要給予聲請人其一位發言者額外的發言時間。但是聲請人不能要求在適用聯邦議會議事規則第 35 條第 2 項之下，應對其作與一成員較多之一黨團相同之處理。

D. 裁判結果

C. I. 6.與 C. I. 7 裁判部分，是 5 票對 2 票，其餘裁判部分是一致同意作成。

法官：Limbach Graßhof Kruis
 Kirchhof Winter
 Sommer Jentsch

附錄

第十一輯附錄，德意志聯邦共和國基本法 第 10 條第 2 項及第 87 條之 6 第 2 項，勘 誤如劃線部分：

第 10 條第 2 項：

前項之限制唯依法始得為之。如限制係為保護自由民主之基本原則，或為保護聯邦或各邦之存在或安全，則法律得規定該等限制不須通知有關人士，並由國會指定或輔助機關所為之核定代替爭訟。

第 87 條之 6 第 2 項：

前項所定之勤務為私經濟活動者，應由以德國聯邦郵政之特別財產成立之企業，以及其他私人業者提供之。郵政與電訊領域內之高權任務，應由聯邦直接行政履行。

德中關鍵詞索引

A

Abgeordnetenstatus (議員地位)	325
Abwägung (衡量)	275
Adoption des nichtehelichen Kindes (非婚生子女之收養)	126
Adoptionsinteresse (收養利益)	126
Allgemeine beamtenrechtlichen Pflichten (一般公務員法上之義務)	88
Allgemeines Persönlichkeitsrecht (一般人格 權)	149
Altlasten (廢棄物)	185
Anspruch auf rechtliches Gehör (法定聽審權)	126、202
Ausnahmegenehmigung (例外許可)	71
Ausstrahlungswirkung (基本權的輻射效力)	3

B

Besucheregelung (訪視規則)	126
------------------------	-----

D

das allgemeine Persönlichkeitsrecht (一般人格權)	173
Das Planfeststellungsverfahren (計畫確定程序)	275
Das Prinzip der Gewaltenteilung (權力分立原則)	275

das Recht zur Nennung des eigenen Namen (表示自己姓名之權)	173
Dekretsystem (法院宣告制)	126
Demokratiegebot (民主原則)	293
demokratische Legitimation (民主正當性)	293
Der effektive Rechtsschutz (有效權利保護)	275
Deutsche Einheit (德國統一)	275
Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung (地方自治行政之保障)	275
Die horizontale Gewaltenteilung (水平權力分立)	275
Die Pflicht zu weltanschaulich-religiöser Neutralität (世界觀的宗教的中立義務)	88
Die vertikale Gewaltenteilung (垂直權力分立)	275
die Zustandshaftung des Eigentümers (物之狀況責任)	185
Dienstpflicht (職務義務)	88

E

Ehelicherklärung (婚生宣告)	126
Eignungsbeurteilung (資格判斷)	88
Eignungsmangel (資格欠缺)	88
Enteignung (徵收)	275

- Erziehungsrecht der Eltern
(家長的教養權) 88
- F**
- Fraktionsstatus (黨團地位) 325
- Freiheit des religiösen und weltanschaulichen
Bekenntnisses
(宗教的與世界觀的信仰自由) 88
- funktionale Selbstverwaltung
(功能自治行政) 293
- G**
- Gebot staatlicher Neutralität
(國家中立之要求(誠命)) 88
- Gewährung effektiven Rechtsschutzes
(有效之權利保障) 202
- Glaubensüberzeugung (信仰確信) 71
- Grundmandatsklausel (基本席次條款) 325
- Grundsatz der Gleichbehandlung
(平等對待原則) 325
- Grundsatz der Spiegelbildlichkeit
(反映代表性原則) 325
- Gruppenstatus (政團地位) 325
- H**
- Höchstfrist (法定上限期間) 23
- I**
- Informationsinteresse der Öffentlichkeit (公眾
之資訊利益) 149
- L**
- Lebensrecht (生存權) 3
- Lippeverband (利珀水利會) 293
- M**
- Maßregel der Sicherung und Besserung
(矯正與保安的保安管束處分) 23
- Meinungsfreiheit (言論自由) 173
- Menschenwürde (人性尊嚴) 3、23、202
- Minderjährigenadoption
(未成年人之收養) 126
- N**
- Negative Religionsfreiheit
(消極宗教自由) 88
- Neutralitätspflicht des Beamten
(公務員之中立義務) 88
- P**
- Parlamentsvorbehalt (國會保留) 88
- Persönlichkeitsrecht (人格權) 3、173
- Plenum (憲法法院聯席會議) 3
- Pressefreiheit (出版自由) 173
- Programmfreiheit (節目自由) 149
- R**
- Recht auf gleiche Teilhabe
(平等參與權利) 325
- Rechtsfortbildung (法官之法律續造) 3
- Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung
(裁判之確定力) 126
- Religions- und Bekenntnisfreiheit
(宗教暨信仰自由) 88
- Resozialisierung (再社會化) 149
- Rückwirkung (溯及既往效力) 24
- Rundfunkfreiheit (廣播電視自由) 149

S

Schächten（不（未）經麻醉屠宰）	71
Schadenersatz（損害賠償）	3
Schlachten（屠宰）	71
Schmerzensgeld（慰撫金）	3
Schutzpflicht（基本權之保護義務）	3
Schutzzweck der Grundrechtsnorm （基本權規範保護目的）	3
sexueller Mißbrauch（性虐待）	173
Sicherungsverwahrung（保安管束）	23
Staatlicher Erziehungsauftrag （國家的教育委任）	88
Stiefkindadoption（繼子女之收養）	126
Strafbarkeit（刑事可罰性）	24

T

Tierschutz（動物保護）	71
Träger des Elternrechts（親權主體）	126

U

Übel（必要的惡）	24
------------	----

Unabänderlichkeit der Verfassung （修憲之界限）	202
Unterbringung（留置）	23
Unterhaltspflicht（子女的扶養義務）	3
Unterlassungsanspruch（不作為請求權）	173
Unverletzlichkeit der Wohnung （居住自由）	202

V

Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit （非訟事件處理程序）	126
Verhältnismäßigkeitsgrundsatz （比例原則）	185、202
Verkehrswertsteigerung （交易價值之提昇）	185
Verunreinigung（污染）	185
Verwandtschaftsverhältnis（親屬關係）	126
Vormundschaftsgericht（監護法院）	126

Z

Zustandsstörer（狀況滋擾者）	185
-----------------------	-----

中德關鍵詞索引

一劃

- 一般人格權
（Allgemeines Persönlichkeitsrecht） 149
- 一般人格權
（das allgemeine Persönlichkeitsrecht） 173
- 一般公務員法上之義務（Allgemeine
beamtenrechtlichen flichten） 88

二劃

- 人性尊嚴（Menschenwürde） 3、23、202
- 人格權（Persönlichkeitsrecht） 3、173

三劃

- 子女的扶養義務（Unterhaltspflicht） 3

四劃

- 不（未）經麻醉屠宰（Schächten） 71
- 不作為請求權
（Unterlassungsanspruch） 173
- 公務員之中立義務
（Neutralitätspflicht des Beamten） 88
- 公眾之資訊利益（Informationsinteresse
der Öffentlichkeit） 149
- 反映代表性原則
（Grundsatz der Spiegelbildlichkeit） 325
- 比例原則
（Verhältnismäßigkeitsgrundsatz） 185、202

- 水平權力分立
（Die horizontale Gewaltenteilung） 275

五劃

- 世界觀的宗教的中立義務
（Die Pflicht zu weltanschaulich-religiöser
Neutralität） 88
- 出版自由（Pressefreiheit） 173
- 必要的惡（Übel） 24
- 功能自治行政
（funktionale Selbstverwaltung） 293
- 平等參與權利
（Recht auf gleiche Teilhabe） 325
- 平等對待原則
（Grundsatz der Gleichbehandlung） 325
- 未成年人之收養
（Minderjährigenadoption） 126
- 民主正當性
（demokratische Legitimation） 293
- 民主原則（Demokratiegebot） 293
- 生存權（Lebensrecht） 3
- ## 六劃
- 交易價值之提昇
（Verkehrswertsteigerung） 185
- 再社會化（Resozialisierung） 149
- 刑事可罰性（Strafbarkeit） 24

- 地方自治行政之保障
 (Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung) 275
- 收養利益 (Adoptionsinteresse) 126
- 有效之權利保障 (Gewährung effektiven Rechtsschutzes) 202
- 有效權利保護
 (Der effektive Rechtsschutz) 275
- 七劃**
- 污染 (Verunreinigung) 185
- 利珀水利會 (Lippeverband) 293
- 言論自由 (Meinungsfreiheit) 173
- 八劃**
- 例外許可 (Ausnahmegenehmigung) 71
- 宗教的與世界觀的信仰自由 (Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses) 88
- 宗教暨信仰自由
 (Religions- und Bekenntnisfreiheit) 88
- 居住自由
 (Unverletzlichkeit der Wohnung) 202
- 性虐待 (sexueller Mißbrauch) 173
- 法定上限期間 (Höchstfrist) 23
- 法定聽審權 (Anspruch auf rechtliches Gehör) 126、202
- 法官之法律續造 (Rechtsfortbildung) 3
- 法院宣告制 (Dekretsystem) 126
- 物之狀況責任 (die Zustandshaftung des Eigentümers) 185
- 狀況滋擾者 (Zustandsstörer) 185
- 表示自己姓名之權
 (das Recht zur Nennung des eigenen Namen) 173
- 非婚生子女之收養 (Adoption des nichtehelichen Kindes) 126
- 非訟事件處理程序 (Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit) 126
- 九劃**
- 信仰確信 (Glaubensüberzeugung) 71
- 保安管束 (Sicherungsverwahrung) 23
- 垂直權力分立
 (Die vertikale Gewaltenteilung) 275
- 政團地位 (Gruppenstatus) 325
- 計畫確定程序
 (Das Planfeststellungsverfahren) 275
- 修憲之界限
 (Unabänderlichkeit der Verfassung) 202
- 十劃**
- 家長的教養權
 (Erziehungsrecht der Eltern) 88
- 消極宗教自由
 (Negative Religionsfreiheit) 88
- 留置 (Unterbringung) 23
- 十一劃**
- 動物保護 (Tierschutz) 71
- 國家中立之要求 (誠命)
 (Gebot staatlicher Neutralität) 88
- 國家的教育委任
 (Staatlicher Erziehungsauftrag) 88
- 國會保留 (Parlamentsvorbehalt) 88

基本席次條款 （Grundmandatsklausel）	325
基本權之保護義務（Schutzpflicht）	3
基本權的輻射效力 （Ausstrahlungswirkung）	3
基本權規範保護目的 （Schutzzweck der Grundrechtsnorm）	3
婚生宣告（Ehelicherklärung）	126
屠宰（Schlachten）	71
訪視規則（Besucheregelung）	126
十二劃	
裁判之確定力（Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung）	126
十三劃	
損害賠償（Schadenersatz）	3
溯及既往效力（Rückwirkung）	24
節目自由（Programmfreiheit）	149
資格欠缺（Eignungsmangel）	88
資格判斷（Eignungsbeurteilung）	88
十四劃	
監護法院（Vormundschaftsgericht）	126
廢棄物（Altlasten）	185
廣播電視自由（Rundfunkfreiheit）	149

十五劃	
德國統一（Deutsche Einheit）	275
徵收（Enteignung）	275
十六劃	
慰撫金（Schmerzensgeld）	3
憲法法院聯席會議（Plenum）	3
衡量（Abwägung）	275
親屬關係 （Verwandtschaftsverhältnis）	126
親權主體（Träger des Elternrechts）	126
十七劃	
矯正與保安的保安管束處分（Maßregel der Sicherung und Besserung）	23
十八劃	
職務義務（Dienstpflicht）	88
二十劃	
繼子女之收養（Stiefkindadoption）	126
議員地位（Abgeordnetenstatus）	325
黨團地位（Fraktionsstatus）	325
二十一劃	
權力分立原則 （Das Prinzip der Gewaltenteilung）	275