

# 德國聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 111, 307

## — 德國法院對歐洲人權法院裁判之尊重\*

周 培 之\*\*

### 一、原文及翻譯

1. Zur Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 III GG) gehört die Berücksichtigung der Gewährleistungen der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten und der Entscheidungen des EGMR im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung. Sowohl die fehlende Auseinandersetzung mit einer Entscheidung des Gerichtshofs als auch deren gegen vorrangiges Recht verstoßende schematische "Vollstreckung" können gegen Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen.

2. Bei der Berücksichtigung von Entscheidungen des Gerichtshofs haben die staatlichen Organe die Auswirkungen auf die nationale Rechtsordnung in ihre Rechtsanwendung einzubeziehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich bei dem einschlägigen nationalen Recht um ein ausbalanciertes Teilsystem des innerstaatlichen Rechts handelt, das verschiedene Grundrechtspositionen miteinander zum Ausgleich bringen will.

1. 在方法論上可接受的法律解釋範圍內尊重人權與基本自由保護公約\*之諸保障及歐洲人權法院裁判，亦屬於所謂受法律與其他法規拘束（基本法第20條第3項）。不僅是未將歐洲人權法院裁判納入討論可能侵害基本權暨法治國原則，在違反上位法規範之情況下機械性僵化「執行」其裁判亦然。

2. 在尊重人權法院裁判的同時，國家機關應在適用法律時一併考量其對國內法規範之影響，尤其當相關之國內法涉及一在法律效果上衡平的、欲協調不同基本權地位之國內法次體系時，更是如此。

\* 譯文取自 NJW 2004, 3407 ff.

\*\* 周培之，德國海德堡大學法律研究所博士生。

\* 譯按：即歐洲人權公約。

BVerfG, Beschl. v. 14. 10. 2004- 2 BvR  
1481/04

### Zum Sachverhalt:

Der Bf. ist der Vater eines 1999 nichtehelich geborenen Kindes. Die Kindesmutter gab das Kind einen Tag nach der Geburt zur Adoption frei und erklärte ihre Einwilligung zur Adoption durch die Pflegeeltern, bei denen das Kind seit seiner Geburt lebt. Seit Oktober 1999 bemüht sich der Bf. in verschiedenen gerichtlichen Verfahren erfolglos um die Übertragung des Sorgerechts und die Einräumung eines Umgangsrechts. Auf seine Individualbeschwerde erklärte der EGMR mit Urteil vom 26. 2. 2004 (NJW 2004, 3397 - Görgülü/Deutschland [unter Nr. 1 in diesem Heft]) einstimmig, dass die Sorgerechtsentscheidung und der Ausschluss des Umgangsrechts eine Verletzung von Art. 8 EMRK darstellten und sprach dem Bf. gem. Art. 41 EMRK Schadensersatz in Höhe von 15000 Euro zu. Der Staat habe in Fällen, in denen nachweislich Familienbande zu einem Kind bestünden, die Pflicht, auf die Zusammenführung eines leiblichen Elternteils mit seinem Kind hinzuwirken. Dem Bf. müsse mindestens der Umgang mit seinem Kind ermöglicht werden. Daraufhin übertrug das AG dem Bf. antragsgemäß die elterliche Sorge und räumte ihm im Wege der einstweiligen Anordnung von Amts wegen ein Umgangsrecht ein. Das OLG Naumburg (FamRZ 2004, 1510) hob die einstweilige Anordnung zum Umgangsrecht des Bf. mit Beschluss vom 30. 6. 2004 auf. Mit seiner dagegen

**案例事實：**憲法訴願人 Görgülü 為 1999 年生之一非婚生子之父親。母親於非婚生子出生次日即許以收養，並同意由自該子出生起即與之同住的寄養父母\*收養。自 1999 年 10 月起，訴願人透過各種法院程序嘗試改定撫養權及取得探視權均未果。歐洲人權法院於 2004 年 2 月 26 日對其個人申訴做出之判決中 (NJW 2004, 3397 - Görgülü/Deutschland) 一致同意，宣告對其撫養權之裁判及排除其探視權均侵害人權公約第 8 條，並依公約第 41 條判予訴願人金額 1 萬 5 千歐元之損害賠償。當與子女有確定之家庭連結存在時，國家有義務促使親生父母之一方與子女團聚。訴願人至少必須能夠探視其子。因此區法院 (AG) 依訴願人之聲請判予其撫養權，並依職權作成假處分給予其探視權。位於 Naumburg 之邦高等法院 (OLG Naumburg) 2004 年 6 月 30 日之裁定廢棄給予訴願人探視權之假處分<sup>1</sup>。訴願人透過本憲法訴願指摘該裁定侵害其基本法第 1、3 及 6 條之基本權，及公平程序權利。

本訴願基本上有理由。

\* 譯按：寄養父母 (Pflegeeltern) 與養父母 (Adoptiveltern) 不同。

<sup>1</sup> FamRZ 2004, 1510.

gerichteten Verfassungsbeschwerde rügte der Bf. die Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 1, 3 und 6 GG sowie des Rechts auf ein faires Verfahren.

Die Verfassungsbeschwerde hatte im Wesentlichen Erfolg.

Aus den Gründen:

... C. Die Verfassungsbeschwerde ist begründet. Das *OLG* hat mit seinem Beschluss vom 30. 6. 2004 (FamRZ 2004, 1510) gegen Art. 6 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen. Die Behörden und Gerichte der Bundesrepublik Deutschland sind verpflichtet, unter bestimmten Voraussetzungen die Europäische Menschenrechtskonvention in der Auslegung durch den *Gerichtshof* bei ihrer Entscheidungsfindung zu berücksichtigen (I). Dieser Verpflichtung wird die angegriffene Entscheidung des *OLG* nicht gerecht, weil das Gericht das in dem Fall des Bf. ergangene Urteil des *Gerichtshofs* vom 26. 2. 2004 (NJW 2004, 3397 - Görgülü/Deutschland [unter Nr. 1 in diesem Heft]) nicht in ausreichendem Maße würdigt (II).

I. Die Europäische Menschenrechtskonvention gilt in der deutschen Rechtsordnung im Range eines Bundesgesetzes und ist bei der Interpretation des nationalen Rechts - auch der Grundrechte und rechtsstaatlichen Garantien - zu berücksichtigen (1). Die Bindungswirkung einer Entscheidung des *Gerichtshofs* erstreckt sich auf alle staatlichen Organe und verpflichtet diese grundsätzlich, im Rahmen ihrer Zuständigkeit

判決理由：... C. 憲法訴願有理由。邦最高法院 2004 年 6 月 30 日之裁定違反基本法第 6 條暨法治國原則。在一定前提下，德意志聯邦共和國之各級官署及法院在作成決定時，有義務尊重歐洲人權法院對歐洲人權公約之解釋(I)。邦最高法院之系爭裁判並未履行此義務，因其對人權法院於 2004 年 2 月 26 日就訴願人之申訴案所為之判決<sup>2</sup>並未充分予以尊重(II)。

I. 歐洲人權公約在德國法規範中具有聯邦法之位階，在解釋包括基本權及法治國擔保等國內法時，均須尊重之(1)。人權法院裁判之拘束力及於所有國家機關，原則上亦課予其義務，在不違反法律與其他法規範拘束力（基本法第 20 條第 3 項）之狀況下，在其權限範圍內終止持續違反公約，並建立合乎

<sup>2</sup> NJW 2004, 3397 - Görgülü/Deutschland.

und ohne Verstoß gegen die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 III GG) einen fortdauernden Konventionsverstoß zu beenden und einen konventionsgemäßen Zustand herzustellen (2). Die Art und Weise der Bindungswirkung hängt von dem Zuständigkeitsbereich der staatlichen Organe ab und von dem Spielraum, den vorrangig anwendbares Recht lässt. Gerichte sind zur Berücksichtigung eines Urteils, das einen von ihnen bereits entschiedenen Fall betrifft, jedenfalls dann verpflichtet, wenn sie in verfahrensrechtlich zulässiger Weise erneut über den Gegenstand entscheiden und dem Urteil ohne materiellen Gesetzesverstoß Rechnung tragen können (3). Ein Beschwerdeführer kann die Missachtung dieser Berücksichtigungspflicht als Verstoß gegen das in seinem Schutzbereich berührte Grundrecht in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip rügen (4).

1. a) Die Europäische Menschenrechtskonvention und ihre Zusatzprotokolle sind völkerrechtliche Verträge. Die Konvention überlässt es den Vertragsparteien, in welcher Weise sie ihrer Pflicht zur Beachtung der Vertragsvorschriften genügen (EGMR, Series A, No. 20, Nr. 50 - Swedish Engine Drivers Union; Series A, No. 98, Nr. 84 - James u.a.; vgl. Geiger, GG und VölkerR, 3. Aufl. [2002], S. 405; Ehlers, in: ders. [Hrsg.], Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten,

公約之狀態(2)。拘束力之形式取決於國家機關權限範圍及可資適用之上位法規範所允許之裁量空間。當人權法院就德國法院已裁判之案件做出判決，而德國法院依程序法所允許之方式對該案標的重新審判，且尊重人權法院判決不致造成實體違法時，德國法院即有義務尊重該人權法院之判決(3)。訴願人得以德國法院忽視此義務為由，指摘法院侵害保護領域受干預之某一基本權暨法治國原則(4)。

1) a) 歐洲人權公約以及其議定書為國際法條約，公約聽憑各公約國自行決定如何滿足其遵守公約條款之義務<sup>3</sup>。聯邦立法者依基本法第 59 條第 2 項均以正式法律同意上述各協議<sup>4</sup>。立法者藉此將公約轉化為德國法，並發布相應之法律適用命令。只要人權公約及其議定書在德國生效，就在德國法規範中享

<sup>3</sup> EGMR, Series A, No. 20, Nr. 50 - Swedish Engine Drivers Union; Series A, No. 98, Nr. 84 - James u.a.; 參見 Geiger, GG und VölkerR, 3. Aufl. [2002], S. 405; Ehlers, in: ders. [Hrsg.], Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2003, § 2 Rdnrn. 2f.

<sup>4</sup> Gesetz über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 7. 8. 1952, BGBl II, 685; 依 1953 年 12 月 15 日 BGBl II 1954, 14 之公告，公約於 1953 年 9 月 3 日在德國生效；公約第 11 號議定書之版本公布於 BGBl II 2002, 1054.

2003, § 2 Rdnrn. 2f.). Der Bundesgesetzgeber hat den genannten Übereinkommen jeweils mit förmlichem Gesetz gem. Art. 59 II GG zugestimmt (Gesetz über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 7. 8. 1952, BGBl II, 685; die Konvention ist gemäß der Bekanntmachung v. 15. 12. 1953, BGBl II 1954, 14, am 3. 9. 1953 für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten; Neubekanntmachung der Konvention in der Fassung des 11. Zusatzprot. in BGBl II 2002, 1054). Damit hat er sie in das deutsche Recht transformiert und einen entsprechenden Rechtsanwendungsbefehl erteilt. Innerhalb der deutschen Rechtsordnung stehen die Europäische Menschenrechtskonvention und ihre Zusatzprotokolle - soweit sie für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten sind - im Range eines Bundesgesetzes (vgl. BVerfGE 74, 358 [370] = NJW 1987, 2427; BVerfGE 82, 106 [120] = NJW 1990, 2741 = NStZ 1990, 598).

Diese Rangzuweisung führt dazu, dass deutsche Gerichte die Konvention wie anderes Gesetzesrecht des Bundes im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung zu beachten und anzuwenden haben. Die Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und ihrer Zusatzprotokolle sind allerdings in der deutschen Rechtsordnung auf Grund dieses Rangs in der Normenhierarchie kein unmittelbarer verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab (vgl. Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG). Ein Be-

有聯邦法之地位<sup>5</sup>。

此位階分配使德國法院必須在方法論上可接受之解釋範圍內遵守及適用公約，如同其他聯邦實定法。然而亦由於此位階之故，人權公約及其議定書之保障在法律階層中並非憲法上之直接檢驗標準（參見基本法第 93 條第 1 項第 4a 款，聯邦憲法法院法第 90 條第 1 項）。因此訴願人不得向憲法法院提起訴願直接指摘人權公約中含有之權利受到侵

<sup>5</sup> 參見 BVerfGE 74, 358 [370] = NJW 1987, 2427; BVerfGE 82, 106 [120] = NJW 1990, 2741 = NStZ 1990, 598

schwerdeführer kann insofern vor dem *BVerfG* nicht unmittelbar die Verletzung eines in der Europäischen Menschenrechtskonvention enthaltenen Menschenrechts mit einer Verfassungsbeschwerde rügen (vgl. BVerfGE 74, 102 [128] = NJW 1988, 45 = NStZ 1987, 275 m. w. Nachw.; *BVerfG* [1. Kammer des Zweiten Senats], NVwZ 2004, 852 = EuGRZ 2004, 317 [318]). Die Gewährleistungen der Konvention beeinflussen jedoch die Auslegung der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes. Der Konventionstext und die Rechtsprechung des *EGMR* dienen auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes, sofern dies nicht zu einer - von der Konvention selbst nicht gewollten (vgl. Art. 53 EMRK) - Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt (vgl. BVerfGE 74, 358 [370] = NJW 1987, 2427; BVerfGE 83, 119 [128] = NJW 1991, 1043 = NStZ 1991, 181; *BVerfG* [3. Kammer des Zweiten Senats], NJW 2001, 2245)

b) Diese verfassungsrechtliche Bedeutung eines völkerrechtlichen Vertrags, der auf regionalen Menschenrechtsschutz zielt, ist Ausdruck der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, das die Betätigung staatlicher Souver-

害<sup>6</sup>。然而公約之保障會影響基本法中基本權以及法治國原則之解釋。只要不致違反公約之本意（參見人權公約第 53 條）而限縮基本法中之基本權保障，則公約文本及人權法院裁判可在憲法層面作為解釋輔助，以確認基本法裡基本權與法治國原則之內涵及有效範圍<sup>7</sup>。

b) 以地區性人權保護為目的之國際公約，其此種憲法意義為表現出基本法對國際法之友好，基本法促使國家透過國際法條約與國際合作行使主權，並敦促其納入國際法

<sup>6</sup> 參見 BVerfGE 74, 102 [128] = NJW 1988, 45 = NStZ 1987, 275 m. w. Nachw.; *BVerfG* [1. Kammer des Zweiten Senats], NVwZ 2004, 852 = EuGRZ 2004, 317 [318].

<sup>7</sup> 參見 BVerfGE 74, 358 [370] = NJW 1987, 2427; BVerfGE 83, 119 [128] = NJW 1991, 1043 = NStZ 1991, 181; *BVerfG* [3. Kammer des Zweiten Senats], NJW 2001, 2245.

änität durch Völkervertragsrecht und internationale Zusammenarbeit sowie die Einbeziehung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts fördert und deshalb nach Möglichkeit so auszulegen ist, dass ein Konflikt mit völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland nicht entsteht. Das Grundgesetz hat die deutsche öffentliche Gewalt programmatisch auf die internationale Zusammenarbeit (Art. 24 GG) und auf die europäische Integration (Art. 23 GG) festgelegt.

Das Grundgesetz hat den allgemeinen Regeln des Völkerrechts Vorrang vor dem einfachen Gesetzesrecht eingeräumt (Art. 25 S. 2 GG) und das Völkervertragsrecht durch Art. 59 II GG in das System der Gewaltenteilung eingeordnet. Es hat zudem die Möglichkeit der Einfügung in Systeme gegenseitiger kollektiver Sicherheit eröffnet (Art. 24 II GG), den Auftrag zur friedlichen Beilegung zwischenstaatlicher Streitigkeiten im Wege der Schiedsgerichtsbarkeit erteilt (Art. 24 III GG) und die Friedensstörung, insbesondere den Angriffskrieg, für verfassungswidrig erklärt (Art. 26 GG). Mit diesem Normenkomplex zielt die deutsche Verfassung, auch ausweislich ihrer Präambel, darauf, die Bundesrepublik Deutschland als friedliches und gleichberechtigtes Glied in eine dem Frieden dienende Völkerrechtsordnung der Staatengemeinschaft einzufügen (vgl. auch BVerfGE 63, 343 [370] = NJW 1983, 2757).

Das Grundgesetz ist jedoch nicht die weitesten Schritte der Öffnung für

之一般原則，因此基本法之解釋，應盡可能不造成基本法與德國在國際法上義務間之衝突。基本法將德國公權力綱領性地確立在國際合作（基本法第 24 條）及歐洲整合（基本法第 23 條）上。

基本法賦予國際法一般原則優先於一般實定法之地位（基本法第 25 條第 2 句），並透過基本法第 59 條 2 項將國際條約納入權力分立體系中。此外，基本法亦開啟了加入互助集體安全體系之可能（基本法第 24 條第 2 項），委由仲裁途徑和平調解國際爭端（基本法第 24 條第 3 項），並宣告破壞和平（尤其是侵略戰爭）為違憲（基本法第 26 條）。具有此規範總集之德國憲法之目的，一如其前言，為使德意志聯邦共和國以和平且平等之一員，融入以和平為己任之國際組織之國際法秩序中<sup>8</sup>。

然而基本法並未完全對國際條約之拘束力敞開大門。也就是說，若欠缺基本法第 59

<sup>8</sup> 亦見 BVerfGE 63, 343 [370] = NJW 1983, 2757.

völkerrechtliche Bindungen gegangen. Das Völkervertragsrecht ist innerstaatlich nicht unmittelbar, das heißt ohne Zustimmungsgesetz nach Art. 59 II GG, als geltendes Recht zu behandeln und - wie auch das Völkergewohnheitsrecht (vgl. Art. 25 GG) - nicht mit dem Rang des Verfassungsrechts ausgestattet. Dem Grundgesetz liegt deutlich die klassische Vorstellung zu Grunde, dass es sich bei dem Verhältnis des Völkerrechts zum nationalen Recht um ein Verhältnis zweier unterschiedlicher Rechtskreise handelt und dass die Natur dieses Verhältnisses aus der Sicht des nationalen Rechts nur durch das nationale Recht selbst bestimmt werden kann; dies zeigen die Existenz und der Wortlaut von Art. 25 und Art. 59 II GG. Die Völkerrechtsfreundlichkeit entfaltet Wirkung nur im Rahmen des demokratischen und rechtsstaatlichen Systems des Grundgesetzes.

Das Grundgesetz erstrebt die Einfügung Deutschlands in die Rechtsgemeinschaft friedlicher und freiheitlicher Staaten, verzichtet aber nicht auf die in dem letzten Wort der deutschen Verfassung liegende Souveränität. Insofern widerspricht es nicht dem Ziel der Völkerrechtsfreundlichkeit, wenn der Gesetzgeber ausnahmsweise Völkervertragsrecht nicht beachtet, sofern nur auf diese Weise ein Verstoß gegen tragende Grundsätze der Verfassung abzuwenden ist. Das Grundgesetz will eine weitgehende Völkerrechtsfreundlichkeit, grenzüberschreitende Zusammenarbeit und politische Integration in eine sich allmählich entwickelnde internationale Gemeinschaft demokratischer Rechtsstaaten. Es will jedoch keine jeder verfassungsrechtlichen Begrenzung und Kontrolle

條 2 項之同意法，在國內並不能直接視國際法為有效法律，且亦如國際慣例（見基本法第 25 條），國際條約並未被賦予憲法位階。基本法顯然採取傳統之見解，認為國際法與國內法之關係，為兩個不同法領域間之關係，而此種關係之性質就國內法之角度來看，僅能由國內法自己定之；基本法第 25 條及第 59 條 2 項之存在及用語均顯示此觀點。對國際法之友好僅在基本法民主與法治之體系範圍內發揮作用。

基本法致力使德國融入諸和平且自由國家之法規範共同體，但並未放棄德國憲法擁有終局決定權之主權。因此，當立法者唯有透過例外不遵守國際法之方式以避免違反憲法之基本原則時，此種立法並不違背對國際法友好之目標。基本法願意盡可能國際法友好、跨國合作並與自由民主國家所組成、逐漸發展中之國際組織進行政治整合，但基本法不願被剝奪憲法上所有之限制與控制權而服從於德國以外之高權行為。即便歐洲整合為源自共同體而直接在國內生效之法規適用

entzogene Unterwerfung unter nichtdeutsche Hoheitsakte. Selbst die weit reichende supranationale europäische Integration, die sich für den aus der Gemeinschaftsquelle herrührenden innerstaatlich unmittelbar wirkenden Normanwendungsbefehl öffnet, steht unter einem, allerdings weit zurückgenommenen, Souveränitätsvorbehalt (vgl. Art. 23 I GG). Völkervertragsrecht gilt innerstaatlich nur dann, wenn es in die nationale Rechtsordnung formgerecht und in Übereinstimmung mit materiellem Verfassungsrecht inkorporiert worden ist.

c) Die Rechtswirkung der Entscheidungen eines völkervertraglich ins Leben gerufenen internationalen Gerichts bemisst sich auf dieser Grundlage nach dem Inhalt des inkorporierten völkerrechtlichen Vertrags und den entsprechenden Geltungsanordnungen des Grundgesetzes. Wenn das Konventionsrecht der Europäischen Menschenrechtskonvention und mit ihm der Bundesgesetzgeber auf der Grundlage von Art. 59 II GG eine unmittelbare Geltung der Rechtsentscheide angeordnet haben, so entfalten sie unterhalb des Verfassungsrechts diese Wirkung. Diese Rechtswirkung festzustellen, ist innerstaatlich zunächst Sache der zuständigen Fachgerichte.

2. a) Eine besondere Bedeutung für das Konventionsrecht als Völkervertragsrecht haben die Entscheidungen des *EGMR*, weil sich in ihnen der aktuelle Entwicklungsstand der Konvention und ihrer Protokolle widerspiegelt. Das Konventionsrecht selbst misst den Sachentscheidungen des *Gerichtshofs* unterschiedliche Rechtswirkungen zu. Nach Art. 42 und Art. 44 EMRK werden die Urteile des *Gerichtshofs* endgültig und er-

命令開了方便之門，但如此廣泛之超國家歐洲整合仍不能凌駕（儘管相當限縮的）主權保留（基本法第 23 條第 1 項）。國際條約僅於其以合於規定之形式且與實體憲法相符而內化至內國法制時，始能在內國生效。

c) 在此基礎上，由國際條約所創設之國際法院，其判決之法律效力依國際法條約內化後之內容及基本法中相關之效力規定定之。若歐洲人權公約及聯邦立法者基於第 59 條 2 項給予人權法院之法律決定（*Rechtsentscheidung*）直接效力時，其即在憲法規範之下發生此效力。在國內，確認此法律效力首先是有管轄權之各專責法院之事務。

2. a) 歐洲人權法院之裁判對屬於國際條約之歐洲人權公約具有特殊意義，因其反映了公約及其議定書之最新發展。公約本身賦予人權法院之實體裁判不同之法律效力。依歐洲人權公約第 42 條及 44 條，人權法院判決為終局判決並因此具有形式確定力。依公

wachsen damit in formelle Rechtskraft. Die Vertragsparteien haben sich durch Art. 46 EMRK verpflichtet, in allen Rechtssachen, in denen sie Partei sind, das endgültige Urteil des *Gerichtshofs* zu befolgen. Aus dieser Vorschrift folgt, dass die Urteile des *Gerichtshofs* für die an dem Verfahren beteiligten Parteien verbindlich sind und damit auch begrenzte materielle Rechtskraft haben (vgl. Cremer, in: Grote/Marauhn [Hrsg.], Konkordanzkommentar, 2004, Entscheidung und Entscheidungswirkung, Rdnrn. 56f. m.w. Nachw.).

Die materielle Rechtskraft im Individualbeschwerdeverfahren nach Art. 34 EMRK ist durch die personellen, sachlichen und zeitlichen Grenzen des Streitgegenstands begrenzt (vgl. BVerfG [Vorprüfungsausschuss], NJW 1986, 1425 = EuGRZ 1985, 654 [656]; s. auch Klein, in: Festschr. f. Ryssdal, 2000, S. 705 [706ff.]). Die Entscheidungen des *Gerichtshofs* in Verfahren gegen andere Vertragsparteien geben den nicht beteiligten Staaten lediglich Anlass, ihre nationale Rechtsordnung zu überprüfen und sich bei einer möglicherweise erforderlichen Änderung an der einschlägigen Rechtsprechung des *Gerichtshofs* zu orientieren (vgl. Ress, EuGRZ 1996, 350). Das Konventionsrecht verfügt insoweit nicht über eine § 31 I BVerfGG vergleichbare Vorschrift, wonach alle Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden an die En-

約第 46 條，各公約國有義務遵守人權法院對該國以當事人地位參與之所有案件所作成之終局判決。依本條規定可推論出，人權法院之判決對參與程序之當事雙方有拘束力並因此具有有限度之實質確定力<sup>9</sup>。

根據歐洲人權公約第 34 條，個人申訴程序之實質確定力受到系爭標的之人、事及時間之限制<sup>10</sup>。人權法院對其他公約國之程序所作之裁判，僅給予未參與之會員國一檢驗其國內法規範之動機，並在可能有修法必要時，能依循人權法院相關裁判<sup>11</sup>。就此，公約並不具備如同聯邦憲法法院法第 31 條第 1 項之條文，規定聯邦與各邦之所有憲法機關以及所有法院與官署均受德國聯邦憲法法院裁判之拘束。公約第 46 條第 1 項僅規定參與程序之各公約國受特定系爭標的之終局判決（*res iudicata*）之拘束。

<sup>9</sup> 參見 Cremer, in: Grote/Marauhn [Hrsg.], Konkordanzkommentar, 2004, Entscheidung und Entscheidungswirkung, Rdnrn. 56f. m.w. Nachw.

<sup>10</sup> 參見 BVerfG [Vorprüfungsausschuss], NJW 1986, 1425 = EuGRZ 1985, 654 [656]; 亦見 Klein, in: Festschr. f. Ryssdal, 2000, S. 705 [706ff.].

<sup>11</sup> 參見 Ress, EuGRZ 1996, 350.

tscheidungen des *BVerfG* gebunden sind. Art. 46 I EMRK spricht nur eine Bindung der beteiligten Vertragspartei an das endgültige Urteil in Bezug auf einen bestimmten Streitgegenstand aus (*res iudicata*).

b) In der Sachfrage erlässt der *Gerichtshof* ein Feststellungsurteil; mit der Entscheidung steht fest, dass die betroffene Vertragspartei - bezogen auf den konkreten Streitgegenstand - die Konvention gewahrt oder sich zu ihr in Widerspruch gesetzt hat; eine kassatorische Entscheidung, die die angegriffene Maßnahme der Vertragspartei unmittelbar aufheben würde, ergeht hingegen nicht (vgl. *Ehlers*, § 2 Rdnr. 52; *Polakiewicz*, Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des EGMR, 1993, S. 217ff.; *Steinberger*, Human Rights Law Journal 1985, 402 [407]).

Aus der Feststellung einer Konventionsverletzung folgt zunächst, dass die Vertragspartei nicht mehr die Ansicht vertreten kann, ihr Handeln sei konventionsgemäß gewesen (vgl. *Frowein*, in: *Isensee/Kirchhof* [Hrsg.], HdbStR, Bd. VII, 1992, § 180 Rdnr. 14). Die Entscheidung verpflichtet die betroffene Vertragspartei in Bezug auf den Streitgegenstand im Grundsatz ferner dazu, den ohne die festgestellte Konventionsverletzung bestehenden Zustand nach Möglichkeit wiederherzustellen (vgl. *Polakiewicz*, S. 97ff.;

b) 對案件實體問題，人權法院作出的裁判是確認判決（*Feststellungsurteil*）；於判決中確認涉案之當事公約國就具體之系爭標的是否有維護或違反公約。反之，人權法院並不會作出撤銷判決直接廢棄公約國系爭之措施<sup>12</sup>。

確認違反公約之結果，首先是當事公約國不能再自認其行為合於公約<sup>13</sup>。此外，裁判原則上亦課以涉案之當事公約國義務，就系爭標的盡可能恢復「無受確認之公約侵害」之狀態<sup>14</sup>。若受確認之公約侵害繼續存在，例如違反歐洲人權公約第 5 條持續拘禁或違反公約第 8 條干涉私人與家庭生活，則當事公約國有義務終止此狀態<sup>15</sup>。就此而言，若

<sup>12</sup> 參見 *Ehlers*, § 2 Rdnr. 52; *Polakiewicz*, Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des EGMR, 1993, S. 217ff.; *Steinberger*, Human Rights LawJournal 1985, 402 [407].

<sup>13</sup> 參見 *Frowein*, in: *Isensee/Kirchhof* [Hrsg.], HdbStR, Bd. VII, 1992, § 180 Rdnr. 14.

<sup>14</sup> 參見 *Polakiewicz*, S. 97ff.; 關於如何達成回復原狀之目標，見歐洲理事會部長委員會之建議，*die Empfehlung des Ministerkomitees des Europarats* Nr. R [2000] 2 v. 19. 1. 2000.

<sup>15</sup> 見最新 EGMR, EuGRZ 2004, 268 [275] Nr. 198 - *Assanidze*; 亦見 *Breuer*, EuGRZ 2004, 257 [259]; *Grabewarter*, EMRK, § 16 Rdnr. 3; *Polakiewicz*, S. 63ff.; *Villiger*, Hdb. d. EMRK, 1999, § 13 Rdnr. 233.

zu den Möglichkeiten, das Ziel einer restitutio in integrum zu erreichen, s. die Empfehlung des Ministerkomitees des Europarats Nr. R [2000] 2 v. 19. 1. 2000). Dauert die festgestellte Verletzung noch an - etwa im Fall der fortdauernden Inhaftierung unter Verstoß gegen Art. 5 EMRK oder eines Eingriffs in das Privat- und Familienleben unter Verstoß gegen Art. 8 EMRK -, so ist die Vertragspartei verpflichtet, diesen Zustand zu beenden (vgl. jüngst *EGMR*, EuGRZ 2004, 268 [275] Nr. 198 - Assanidze; s. auch *Breuer*, EuGRZ 2004, 257 [259]; *Grabenwarter*, EMRK, § 16 Rdnr. 3; *Polakiewicz*, S. 63ff.; *Villiger*, Hdb. d. EMRK, 1999, § 13 Rdnr. 233). Insoweit würde die Vertragspartei durch die Nichtbeendigung oder Wiederholung ihres als konventionswidrig festgestellten Verhaltens gegenüber dem Bf. erneut die Europäische Menschenrechtskonvention verletzen (vgl. *Klein*, in: Festschr. f. Ryssdal, 2000, S. 705 [708]). Allerdings ist dabei zu berücksichtigen, dass die BVerfG: † Berücksichtigung der Entscheidungen des EGMR durch deutsche Gerichte NJW 2004 Heft 47 3409 Entscheidungswirkung nur auf die res iudicata bezogen ist und sich bis zu einem erneuten nationalen Verfahren unter Beteiligung des Bf. die Sach- und Rechtslage entscheidend ändern kann.

c) Dass die Konvention allerdings der betroffenen Vertragspartei im Hinblick auf die Korrektur bereits getroffener, rechtskräftiger Entscheidungen Spielraum einräumt, zeigt sich darin, dass dem Bf. durch den *Gerichtshof* eine "gerechte Entschädigung" in Geld zugesprochen werden kann, wenn das innerstaatliche Recht der

當事公約國未終止或反覆其對申訴人所為業經確認違反公約之行為，則將再度侵害公約<sup>16</sup>。但同時應注意的是，裁判之效力僅及於對特定標的之確定判決，而且在申訴人參與國內重新開始程序之前，事實及法律情狀可能會有決定性變化。

c) 若涉案之公約國的國內法未給予完全補償時，申訴人可由人權法院獲判金錢上之「適當賠償」，由此可見，在修正已作成且有確定力之裁判上，公約給予涉案公約國一定之裁量空間（見人權公約第 41 條）。然而

<sup>16</sup> 參見 *Klein*, in: Festschr. f. Ryssdal, 2000, S. 705 [708].

betroffenen Vertragspartei nur eine unvollkommene Wiedergutmachung gestattet (vgl. Art. 41 EMRK). Der *Gerichtshof* weist in seiner neueren Rechtsprechung im Zusammenhang mit Art. 41 EMRK allerdings darauf hin, dass sich die Vertragsparteien mit der Ratifikation verpflichtet haben, sicherzustellen, dass ihre innerstaatliche Rechtsordnung mit der Konvention übereinstimmt (Art. 1 EMRK). Folglich sei es Sache des beklagten Staates, jedes Hindernis im innerstaatlichen Recht zu beseitigen, das einer Wiedergutmachung der Situation des Bf. entgegensteht (vgl. *EGMR*, EuGRZ 2004, 268 [275] Nr. 198 - Assanidze, unter Hinw. auf *EGMR*, Urt. v. 17. 2. 2004, 39748/98, Nr. 47 - Maestri). Wird die betroffene Vertragspartei zur Zahlung einer Entschädigung an den erfolgreichen Bf. gem. Art. 41 EMRK verurteilt, folgt aus diesem Ausspruch des *Gerichtshofs* eine Leistungspflicht (vgl. *Stöcker*, NJW 1982, 1905 [1908]). Die Gewährung einer Entschädigung ist nicht notwendig Bestandteil der Entscheidung in der Hauptsache, sondern kann zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen, um den Beteiligten die Gelegenheit zu einer gütlichen Einigung zu geben. Dadurch erkennt das Konventionsrecht an, dass regelmäßig nur die betroffene Vertragspartei beurteilen kann, welche rechtlichen Handlungsmöglichkeiten in der nationalen Rechtsordnung für die Umsetzung des Entscheidungsausspruchs bestehen.

人權法院在其最近關於公約第 41 條之裁判中指出，當事公約國在批准公約後，有義務確保其國內法規範與公約相符（人權公約第 1 條），因此被訴之公約國應排除國內法中所有一切妨礙補償申訴人狀況之障礙<sup>17</sup>。若涉案之公約國依歐洲人權公約第 41 條規定被判應賠償申訴成功之申訴人，則人權法院該判決附隨有給付義務<sup>18</sup>。許以賠償不須為訴訟程序裁判中之一部，而得於之後其他時點為之，以便給予雙方當事人平和取得共識之機會。公約藉此承認，原則上僅涉案之公約國可判斷，在其國內法規範中有哪些可能之法律措施可落實人權法院裁判之要求。

<sup>17</sup> 參見 *EGMR*, EuGRZ 2004, 268 [275] Nr. 198 - Assanidze, unter Hinw. auf *EGMR*, Urt. v. 17. 2. 2004, 39748/98, Nr. 47 - Maestri.

<sup>18</sup> 參見 *Stöcker*, NJW 1982, 1905 [1908].

d) Die Rechtswirkung einer Entscheidung des *Gerichtshofs* richtet sich nach den völkerrechtlichen Grundsätzen zunächst auf die Vertragspartei als solche. Die Konvention verhält sich grundsätzlich indifferent zur innerstaatlichen Rechtsordnung und soll anders als das Recht einer supranationalen Organisation nicht in die staatliche Rechtsordnung unmittelbar eingreifen. Innerstaatlich werden durch entsprechende Konventionsbestimmungen in Verbindung mit dem Zustimmungsgesetz sowie durch rechtsstaatliche Anforderungen (Art. 20 III, 59 II GG i.V. mit Art. 19 IV GG) alle Träger der deutschen öffentlichen Gewalt grundsätzlich an die Entscheidungen des *Gerichtshofs* gebunden.

Diese Rechtslage entspricht der Konzeption der Europäischen Menschenrechtskonvention als eines Instruments zum Schutz und zur Durchsetzung bestimmter Menschenrechte. Die durch das Zustimmungsgesetz in das Bundesrecht übernommene Verpflichtung der Vertragsparteien, eine innerstaatliche Instanz zu schaffen, bei der die betroffene Person eine „ wirksame Beschwerde “ gegen ein bestimmtes staatliches Handeln einlegen kann (Art. 13 EMRK), reicht bereits in die institutionelle Gliederung der Staatlichkeit hinab und ist nicht auf die zum auswärtigen Handeln berufene Exekutive begrenzt. Des Weiteren haben die Vertragsparteien die „ wirksame Anwendung aller Bestimmungen “ der Europäischen Menschenrechtskonvention in ihrem innerstaatlichen Recht zu gewährleisten (vgl. Art. 52 EMRK), was in einem durch den Grundsatz der Ge-

d) 依國際法之原則，人權法院裁判之法律效力首先針對身為締約者的公約國。公約原則上並不在意國內法規如何，且與超國家組織之法規不同的是，公約不應直接干預國內法規。在國內，透過由同意法（*Zustimmungsgesetz*）所連結的公約之相關規定以及法治國之規定（基本法第 20 條第 3 項，第 59 條第 2 項結合第 19 條第 4 項），德國所有公權力主體原則上均受人權法院裁判之拘束。

此法律地位正符合歐洲人權公約作為保護及實現特定人權之工具之概念。公約國透過同意法在聯邦法中承擔了在國內設置一審級之義務，使受侵害人得以對特定國家行為提出「有效救濟」（人權公約第 13 條），此義務已深入國家之機關劃分內，並不限於受託處理涉外事務之行政機關。此外，公約國須保證在其國內法中「有效適用」歐洲人權公約之「所有規定」（見人權公約第 52 條）。受權力分立原則支配之民主法治國家內，此種要求僅於所有公權力主體均受公約之保障拘束時才可能實現<sup>19</sup>。因此德國法院亦有義務尊重人權法院裁判。

<sup>19</sup> 就此參見 BVerfG [Vorprüfungsausschuss], EuGRZ 1985, 654 [656].

waltenteilung beherrschten demokratischen Rechtsstaat nur möglich ist, wenn alle Träger hoheitlicher Gewalt an die Gewährleistungen der Konvention gebunden werden (vgl. dazu *BverfG* [Vorprüfungsausschuss], EuGRZ 1985, 654 [656]). Danach unterliegen auch die deutschen Gerichte einer Pflicht zur Berücksichtigung der Entscheidungen des *Gerichtshofs*.

3. Die Bindungswirkung von Entscheidungen des *EGMR* hängt von dem jeweiligen Zuständigkeitsbereich der staatlichen Organe und des einschlägigen Rechts ab. Verwaltungsbehörden und Gerichte können sich nicht unter Berufung auf eine Entscheidung des *EGMR* von der rechtsstaatlichen Kompetenzordnung und der Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 III GG) lösen. Zur Bindung an Gesetz und Recht gehört aber auch die Berücksichtigung der Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Entscheidungen des *Gerichtshofs* im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung. Sowohl die fehlende Auseinandersetzung mit einer Entscheidung des *Gerichtshofs* als auch deren gegen vorrangiges Recht verstoßende schematische „Vollstreckung“ können deshalb gegen Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen.

a) Die über das Zustimmungsgesetz ausgelöste Pflicht zur Berücksichtigung der Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Entscheidungen des *Gerichtshofs* erfordert zumindest, dass die entsprechenden Texte und Judikate zur Kenntnis genommen werden und in den Willensbildungsprozess des zu einer Entscheidung berufenen Gerichts, der zuständigen

3. 歐洲人權法院裁判之拘束力依各國家機關之權限範圍及相關之法規範而定。行政官署及法院不得援引歐洲人權法院之裁判而受法治國權限規範以及基本法 20 條 3 項法律拘束力之約束。但於方法論可接受之法律解釋範圍內尊重人權公約之諸保障及人權法院裁判，亦屬受法律及其他法規範拘束之範圍。因此，不僅是未將人權法院裁判納入討論可能侵害基本權暨法治國原則，在違反上位法規範之情況下機械性僵化「執行」人權法院裁判亦然。

a) 透過同意法所生對歐洲人權公約保障及人權法院裁判之尊重義務，至少要求要知悉相關人權公約文本及人權法院裁判，並且對有裁判權之法院、主管官署或立法者的意思形成過程加以影響。無論國內法生效之時間為何，應盡可能對其作出與國際法合致之

Behörde oder des Gesetzgebers einfließen. Das nationale Recht ist unabhängig von dem Zeitpunkt seines In-Kraft-Tretens nach Möglichkeit im Einklang mit dem Völkerrecht auszulegen (vgl. BVerfGE 74, 358 [370] = NJW 1987, 2427).

Sind für die Beurteilung eines Sachverhalts Entscheidungen des *Gerichtshofs* einschlägig, so sind grundsätzlich die vom *Gerichtshof* in seiner Abwägung berücksichtigten Aspekte auch in die verfassungsrechtliche Würdigung, namentlich die Verhältnismäßigkeitsprüfung einzubeziehen, und es hat eine Auseinandersetzung mit den vom *Gerichtshof* gefundenen Abwägungsergebnissen stattzufinden (vgl. *BverfG* [1. *Kammer des Zweiten Senats*], NVwZ 2004, 852 = EuGRZ 2004, 317 [319]). Hat der *Gerichtshof* in einem konkreten Beschwerdeverfahren unter Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland einen Konventionsverstoß festgestellt und dauert dieser Verstoß an, so ist die Entscheidung des *Gerichtshofs* im innerstaatlichen Bereich zu berücksichtigen, das heißt die zuständigen Behörden oder Gerichte müssen sich mit der Entscheidung erkennbar auseinander setzen und gegebenenfalls nachvollziehbar begründen, warum sie der völkerrechtlichen Rechtsauffassung gleichwohl nicht folgen. Gerade in Fällen, in denen staatliche Gerichte wie im Privatrecht mehrpolige Grundrechtsverhältnisse auszugestalten haben, kommt es regelmäßig auf sensible Abwägungen zwischen verschiedenen subjektiven Rechtspositionen an, die bei einer Änderung

解釋<sup>20</sup>。

若人權法院之裁判與一案件如何判斷有關，則人權法院衡量時所採之觀點原則上亦應納入憲法評價（亦即比例原則之檢驗）中，且必須論證、分析人權法院所作出之衡量結果<sup>21</sup>。若人權法院在德國參與之具體申訴案中確認德國違反公約，而且侵害仍存續時，則國內應尊重人權法院裁判，意即主管官署或法院應明顯論證、分析人權法院裁判，必要時並合理論述為何其仍不遵循國際法之法律見解。在內國法院處理如同私法上多方基本權關係的案例中，通常有賴於對不同主觀法律地位敏銳之衡量，權利爭議之主體變更或事實或法律情狀改變均可能導致衡量之結果不同。若與他人有權利衝突之基本權主體向歐洲人權法院控告德國而贏得對己有利之人權法院判決，而德國法院機械化地在私法關係中套用此判決，以致「不利」或其他可能未參與人權法院裁判之他方基本權主體根

<sup>20</sup> 參見聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 74, 358 [370] = NJW 1987, 2427.

<sup>21</sup> 參見 BVerfG [1. *Kammer des Zweiten Senats*], NVwZ 2004, 852 = EuGRZ 2004, 317 [319].

der Subjekte des Rechtsstreits oder durch eine Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse im Ergebnis anders ausfallen können. Es kann insofern zu verfassungsrechtlichen Problemen führen, wenn einer der Grundrechtsträger im Konflikt mit einem anderen einen für ihn günstigen Urteilsspruch des *EGMR* gegen die Bundesrepublik Deutschland erstreitet und deutsche Gerichte diese Entscheidung schematisch auf das Privatrechtsverhältnis anwenden mit der Folge, dass der insofern „unterlegene“ und möglicherweise nicht im Verfahren vor dem *Gerichtshof* beteiligte Grundrechtsträger gar nicht mehr als Verfahrenssubjekt wirksam in Erscheinung treten könnte.

b) aa) Hat der *Gerichtshof* eine innerstaatliche Vorschrift für konventionswidrig erklärt, so kann diese Vorschrift entweder in der Rechtsanwendungspraxis völkerrechtskonform ausgelegt werden, oder der Gesetzgeber hat die Möglichkeit, diese mit der Konvention unvereinbare innerstaatliche Vorschrift zu ändern. Liegt der Konventionsverstoß in dem Erlass eines bestimmten Verwaltungsakts, so hat die zuständige Behörde die Möglichkeit, diesen nach den Regelungen des Verwaltungsverfahrensrechts aufzuheben (vgl. § 48 VwVfG). Eine konventionswidrige Verwaltungspraxis kann geändert werden, die Pflicht dazu können Gerichte feststellen.

bb) Bei einem Konventionsverstoß durch Gerichtsentscheidungen verpflichten weder die Europäische Menschenrechtskonvention noch das Grundgesetz dazu, einem Urteil des *Gerichtshofs*, in dem festgestellt wird, dass die Entscheidung eines deutschen Gerichts unter Verletzung der

本無法有效地呈現其程序主體地位時，可能會導致憲法上問題。

b) aa) 若人權法院宣告某一國內法條文違反公約，則在法律適用實務上應以合於公約之方式解釋該條文，抑或立法者可修正該有違公約之國內法條文。若公約之侵害係因作成一特定之行政處分所致，則主管官署應依行政程序法之規定撤銷該處分（見行政程序法第 48 條）。違反公約之行政實務得變更之，變更之義務得由法院定之。

bb) 若德國法院之判決違反人權公約，對於確認該德國法院裁判侵害公約之人權法院判決，歐洲人權公約及基本法均無義務給予其撤銷德國法院裁判確定力之效力<sup>22</sup>。然

Europäischen Menschenrechtskonvention zu Stande gekommen sei, eine die Rechtskraft dieser Entscheidung beseitigende Wirkung beizumessen (vgl. BVerfG, EuGRZ 1985, 654). Daraus ist freilich nicht der Schluss zu ziehen, dass Entscheidungen des *Gerichtshofs* von deutschen Gerichten nicht berücksichtigt werden müssten.

Die Rechtsprechung ist nach Art. 20 III GG an Gesetz und Recht gebunden. Der dem Gesetz unterworfenen Richter wird durch diese aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitete Bindung in seiner verfassungsmäßig garantierten Unabhängigkeit nicht berührt (Art. 97 I GG; vgl. BVerfGE 18, 52 [59]; BVerfGE 19, 17 [31f.]). Sowohl die Rechtsbindung als auch die Gesetzesunterworfenheit konkretisieren die den Richtern anvertraute Aufgabe der rechtsprechenden Gewalt (Art. 92 GG). Da die Europäische Menschenrechtskonvention - in der Auslegung durch den *EGMR* - im Range eines förmlichen Bundesgesetzes gilt, ist sie in den Vorrang des Gesetzes einbezogen und muss insoweit von der rechtsprechenden Gewalt beachtet werden.

Im Hinblick auf den Grundsatz der Rechtssicherheit ist festzuhalten, dass der Bundesgesetzgeber im Jahr 1998 mit § 359 Nr. 6 StPO einen neuen Wiederaufnahmegrund für strafrechtliche Verfahren in das Strafprozessrecht eingefügt hat (Gesetz zur Reform des strafrechtlichen Wiederaufnahmerechts v. 9. 7. 1998, BGBl I, 1802). Danach ist die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abges-

而並不能因此推論德國法院不需尊重人權法院裁判。

依基本法第 20 條第 3 項，司法權受法律及其他法規之拘束。源於法治國原則之此種拘束力，並不影響服從法律之法官在憲法上所保障之獨立性（基本法第 97 條第 1 項）<sup>23</sup>。法律之拘束性及法官之服從性均將付託與法官之司法任務更加具體化（基本法第 92 條）。由人權法院所解釋之歐洲人權公約具有形式聯邦法之地位，因此亦在法律優先性之列，司法權應遵守之。

鑒於法安定性須提及的是，聯邦立法者 1998 年於刑事訴訟法第 359 條第 6 款中新增一刑事程序再審事由<sup>24</sup>。據此，當人權法院確認人權公約或其議定書受侵害，而該德國法院判決正基於此侵害而作成時，已經終結程序而具有確定力之判決得於有利於受判決

<sup>22</sup> 參見 BVerfG, EuGRZ 1985, 654.

<sup>23</sup> 參見 BVerfGE 18, 52 [59]; BVerfGE 19, 17 [31f.].

<sup>24</sup> Gesetz zur Reform des strafrechtlichen Wiederaufnahmerechts v. 9. 7. 1998, BGBl I, 1802.

chlossenen Verfahrens zu Gunsten des Verurteilten zulässig, wenn der *Gerichtshof* eine Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention oder ihrer Protokolle festgestellt hat und das deutsche Urteil auf dieser Verletzung beruht. Diese Gesetzesänderung beruht auf dem Gedanken, dass eine im konkreten Einzelfall in ihrer Wirkung andauernde Konventionsverletzung jedenfalls in dem besonders grundrechtssensiblen Bereich des Strafrechts ungeachtet bereits eingetretener Rechtskraft beendet werden soll (vgl. § 79 I BVerfGG), wenn das Urteil des *Gerichtshofs* für das nationale Verfahren entscheidungserheblich ist. Das zuständige Gericht erhält somit die Gelegenheit, sich auf Antrag erneut mit dem an sich abgeschlossenen Fall zu befassen und die neuen Rechtstatsachen in seine Willensbildung einzustellen. Dabei äußert das Gesetz die grundsätzliche Erwartung, dass das Gericht seine ursprüngliche - konventionswidrige - Entscheidung ändert, soweit diese auf der Verletzung beruht.

In anderen Verfahrensordnungen ist die Frage, wie die Bundesrepublik Deutschland im Fall ihrer Verurteilung durch den *Gerichtshof* reagieren soll, wenn nationale Gerichtsverfahren rechtskräftig abgeschlossen sind, nicht abschließend beantwortet. Es kann Sachlagen geben, in denen deutsche Gerichte zwar nicht über die res iudicata, so doch über den Gegenstand, zu dem der *EGMR* einen Konventionsverstoß der Bundesrepublik Deutschland festgestellt hat, erneut

人之情況下再審。本次修法之理念基礎為，當人權法院判決對國內之訴訟程序有決定性影響時，在對基本權特別敏感之刑法領域中，儘管國內裁判已產生之確定力，在個案中有持續影響力之公約侵害無論如何仍應終止之（見聯邦憲法法院法第 79 條第 1 項）。有再審管轄權之法院因此有機會依聲請重行審理已終結之案件，並將新法律事實納入其意志形成之過程中。此新增之再審條文同時透露其基本之期待，只要裁判基礎違反公約，法院會變更其原本違反公約之裁判。

在其他訴訟法規範中，當國內之訴訟程序已終結而有確定力，然而德意志聯邦共和國受人權法院敗訴判決時應如何回應之問題，並未完全獲得解答\*。在某些情況下，德國雖不能重新審理已判決確定之案件，但就人權法院宣告德國違反歐洲人權公約之訴訟標的則可。可能之情況譬如法院因聲請或因新事

\* 譯按：本則裁判作出之後，刑訴以外其他法規，亦陸續新增再審規定，如德國民訴第 580 條第 8 款，關此請參照例如 *Braun*, NJW 2007, 1620; 與人權公約有關的所有再審規定，請參照 *Selbmann*, ZRP 2006, 124。

entscheiden können. Dies kann etwa der Fall sein, wenn eine erneute Befassung des Gerichts auf Grund neuen Antrags oder veränderter Umstände vorgesehen oder das Gericht in einer anderen Konstellation mit der Sache noch befasst ist. Letztendlich ist ausschlaggebend, ob ein Gericht im Rahmen des geltenden Verfahrensrechts die Möglichkeit zu einer weiteren Entscheidung hat, bei der es das einschlägige Urteil des *Gerichtshofs* berücksichtigen kann. In solchen Fallkonstellationen wäre es nicht hinnehmbar, den Bf. lediglich auf eine Entschädigung in Geld zu verweisen, obwohl eine Restitution weder an tatsächlichen noch an rechtlichen Gründen scheitern würde.

c) Bei der Berücksichtigung von Entscheidungen des *Gerichtshofs* haben die staatlichen Organe die Auswirkungen auf die nationale Rechtsordnung in ihre Rechtsanwendung einzubeziehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich um ein in seinen Rechtsfolgen ausbalanciertes Teilsystem des innerstaatlichen Rechts handelt, das verschiedene Grundrechtspositionen miteinander zum Ausgleich bringen will.

Das Individualbeschwerdeverfahren nach Art. 34 EMRK vor dem *EGMR* ist darauf ausgerichtet, konkrete Einzelfälle am Maßstab der Europäischen Menschenrechtskonvention und ihrer Zusatzprotokolle im zweiseitigen Verhältnis zwischen Beschwerdeführer und Vertragspartei zu entscheiden. Die Entscheidungen des *Geri-*

實情狀而得以重新審理案件，或法院尚需審理案件之其他爭點。最後決定性的是，法院在現行程序法許可之範圍內，是否有尊重人權法院相關判決重新做出裁判之可能性。在此種狀況下無法接受的是，當回復原狀在事實上及法律上均非無理由，而法院卻僅判與金錢賠償。

c) 在尊重人權法院裁判方面，國家機關應在適用法律時一併考量其對國內法規範之影響，尤其當相關之國內法涉及一在法律效果上衡平的、欲協調不同基本權地位之國內法次體系\*時，更是如此。

依歐洲人權公約第 34 條向歐洲人權法院提起之個人申訴程序，目的為依歐洲人權公約及其各議定書之標準以裁決申訴人與當事公約國雙方關係之具體個案。人權法院之判決可能遇到由類別化的決疑論\*所形成之國內

\* 譯按：國內法中含有不同的次體系（Teilsystem），如債法、家庭法、行政法等等，各法領域之規定協調了不同權利主體間之關係而自成一個衡平的體系。若要加入一外來法規範（例如人權法院判決）時，即可能破壞此平衡。因此在適用前應考量其對國內法規範之影響。

\* 譯按：決疑論為發現法律（*Rechtsfindung*）時以個案為導向之一種論理方法，強調依個案狀況分門別類地處理之，並給予不同的法律效果，而不將同一原則套用於所有個案。

chtshofs können auf durch eine differenzierte Kasuistik geformte nationale Teilrechtssysteme treffen. In der deutschen Rechtsordnung kann dies insbesondere im Familien- und Ausländerrecht sowie im Recht zum Schutz der Persönlichkeit eintreten (s. dazu jüngst *EGMR*, NJW 2004, 2647 = EuGRZ 2004, 404 – Caroline von Hannover/Deutschland), in denen widerstreitende Grundrechtspositionen durch die Bildung von Fallgruppen und abgestuften Rechtsfolgen zu einem Ausgleich gebracht werden. Es ist die Aufgabe der nationalen Gerichte, eine Entscheidung des *EGMR* in den betroffenen Teilrechtsbereich der nationalen Rechtsordnung einzupassen, weil es weder der völkervertraglichen Grundlage noch dem Willen des *Gerichtshofs* entsprechen kann, mit seinen Entscheidungen gegebenenfalls notwendige Anpassungen innerhalb einer nationalen Teilrechtsordnung unmittelbar selbst vorzunehmen.

Bei der insoweit erforderlichen wertenden Berücksichtigung durch die nationalen Gerichte kann auch dem Umstand Rechnung getragen werden, dass das Individualbeschwerdeverfahren vor dem *Gerichtshof*, insbesondere bei zivilrechtlichen Ausgangsverfahren, die beteiligten Rechtspositionen und Interessen möglicherweise nicht vollständig abbildet. Verfahrensbeteiligte vor dem *Gerichtshof* ist neben dem Beschwerdeführer nur die betroffene Vertragspartei; die Möglichkeit einer Beteiligung Dritter an dem Beschwerdeverfahren (vgl. Art. 36 II EMRK) ist kein institutionelles Äquivalent

法次體系。在德國法規範中最可能出現的是家庭法、外國人法與關於人格權保護之法<sup>25</sup>，於此種案例中將透過建立案件群組以及階層化之法律效果以調解相衝突之基本權地位。將歐洲人權法院裁判融入所涉及的國內法部分法領域中，是國內法院之任務，因為由人權法院直接以其判決自行在國內法次體系中進行必要之配合措施，並不符合國際條約之基礎及人權法院之本意。

在國內法院所應為之評價尊重方面，亦應考慮之狀況是，在人權法院之個人申訴程序中，尤其當原始程序為民法案件時，參與其中之法律地位及利益可能並未完整呈現。在人權法院之訴訟當事人僅有申訴人以及當事公約國，第三人參與申訴程序之可能性（參見歐洲人權公約第 36 條第 2 項）在制度上並不同於國內原始案件中之訴訟當事人或其他當事人之權利及義務。

<sup>25</sup> 就此參見最新人權法院判決 *EGMR*, NJW 2004, 2647 = EuGRZ 2004, 404 – Caroline von Hannover/Deutschland.

für die Rechte und Pflichten als Prozesspartei oder weiterer Beteiligter im nationalen Ausgangsverfahren.

4. Für die verfassungsgerichtliche Nachprüfung der Auslegung und Anwendung völkerrechtlicher Verträge, die durch Gesetz die Kraft innerstaatlichen deutschen Rechts erhalten haben, gelten dieselben Grundsätze, die auch sonst die Befugnis des *BVerfG*, Gerichtsentscheidungen zu überprüfen, begrenzen. Die fachgerichtliche Auslegung und Anwendung völkerrechtlicher Abkommen können grundsätzlich nur daraufhin geprüft werden, ob sie willkürlich sind oder auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung eines Grundrechts beruhen oder mit anderen verfassungsrechtlichen Vorschriften unvereinbar sind (vgl. BVerfGE 18, 441 [450]; BVerfGE 94, 315 [328] = NJW 1996, 2717).

Allerdings ist das *BVerfG* im Rahmen seiner Zuständigkeit auch dazu berufen, Verletzungen des Völkerrechts, die in der fehlerhaften Anwendung oder Nichtbeachtung völkerrechtlicher Verpflichtungen durch deutsche Gerichte liegen und eine völkerrechtliche Verantwortlichkeit Deutschlands begründen können, nach Möglichkeit zu verhindern und zu beseitigen (vgl. BVerfGE 58, 1 [34] = NJW 1982, 507; BVerfGE 59, 63 [89] = NJW 1982, 512; BVerfGE 109, 13 [23] = NJW 2004, 141). Das *BVerfG* steht damit mittelbar im Dienst der Durchsetzung des Völkerrechts und vermindert dadurch das Risiko der Nichtbefolgung internationalen Rechts. Aus

4. 限制聯邦憲法法院審查法院裁判權限之基本原則，於其憲法上事後審查經法律而取得德國國內法效力之國際條約之解釋與適用時，亦適用之。審查專職法院對國際協議之解釋及適用時，原則上僅能審查其是否恣意、是否基於對一基本權意義原則上錯誤之認知，抑或與其他憲法上規範不符<sup>26</sup>。

但當德國法院適用國際法上義務有瑕疵或未遵守之，以致德國在國際法上有理由須對侵害國際法負責時，聯邦憲法法院於審查權範圍內便負有職責盡可能避免及除去侵害<sup>27</sup>。聯邦憲法法院因此間接致力於國際法之實現，並藉此降低不遵守國際法之風險。因此可能有必要跳脫傳統之標準來審查專職法院對國際公約之適用及解釋。這尤其適用於促進歐洲共同基本權發展之歐洲人權公約。

<sup>26</sup> 參見 BVerfGE 18, 441 [450]; BVerfGE 94, 315 [328] = NJW 1996, 2717.

<sup>27</sup> 參見 BVerfGE 58, 1 [34] = NJW 1982, 507; BVerfGE 59, 63 [89] = NJW 1982, 512; BVerfGE 109, 13 [23] = NJW 2004, 141.

diesem Grund kann es geboten sein, abweichend von dem herkömmlichen Maßstab die Anwendung und Auslegung völkerrechtlicher Verträge durch die Fachgerichte zu überprüfen. Dies gilt in besonderem Maße für die völkerrechtlichen Verpflichtungen aus der Europäischen Menschenrechtskonvention, die dazu beiträgt, eine gemeineuropäische Grundrechtsentwicklung zu fördern. Das Grundgesetz weist mit Art. 1 II GG dem Kernbestand an internationalen Menschenrechten einen besonderen Schutz zu. Dieser ist in Verbindung mit Art. 59 II GG die Grundlage für die verfassungsrechtliche Pflicht, auch bei der Anwendung der deutschen Grundrechte die Europäische Menschenrechtskonvention in ihrer konkreten Ausgestaltung als Auslegungshilfe heranzuziehen (vgl. BVerfGE 74, 358 [370] = NJW 1987, 2427). Solange im Rahmen geltender methodischer Standards Auslegungs- und Abwägungsspielräume eröffnet sind, trifft deutsche Gerichte die Pflicht, der konventionsgemäßen Auslegung den Vorrang zu geben. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Beachtung der Entscheidung des *Gerichtshofs* etwa wegen einer geänderten Tatsachenbasis gegen eindeutig entgegenstehendes Gesetzesrecht oder deutsche Verfassungsbestimmungen, namentlich auch gegen Grundrechte Dritter verstößt. "Berücksichtigen" bedeutet, die Konventionsbestimmung in der Auslegung des *Gerichtshofs* zur Kenntnis zu nehmen und auf den Fall anzuwenden, soweit die Anwendung nicht gegen höherrangiges Recht, insbesondere gegen Verfassungsrecht verstößt. Die Konventionsbestimmung muss in der Auslegung des *Gerichtshofs* jedenfalls in die En-

基本法透過第1條第2項給予國際人權之核心內涵以特殊之保護。這項保護結合基本法第59條第2項即為憲法義務之基礎，即在適用德國之基本權時，亦需將歐洲人權公約之具體規定做為解釋輔助<sup>28</sup>。只要現行方法論上之標準內有解釋與裁量之空間，德國法院即有義務優先考量合於公約之解釋。此原則僅於事實基礎改變，以致遵守人權法院裁判將顯然違反實定法或德國憲法之規定，尤其是侵害第三人之基本權時，才會有所不同。

「尊重」（*Berücksichtigen*）的意思是要認識人權法院對公約規範所作之解釋，並且，只要不致違反上位法規範甚或抵觸憲法時即運用到個案。無論如何，人權法院對公約規範之解釋應納入德國法院決定形成之過程，法院至少必須適當與之進行論證、分析。當其間事實情狀改變或是有新事實情狀時，法院須查明人權法院見解中所稱特定之公約侵害何在，及為何事實基礎變更不允許在案例中適用人權法院之見解。同時，如何在各法領域之體系內呈現對人權法院判決之尊重，亦有其重要性。即使在聯邦法層級，公約也並

<sup>28</sup> 參見 BVerfGE 74, 358 [370] = NJW 1987, 2427.

tscheidungsfindung einbezogen werden, das Gericht muss sich zumindest gebührend mit ihr auseinander setzen. Bei einem zwischenzeitlich veränderten oder bei einem anderen Sachverhalt werden die Gerichte ermitteln müssen, worin der spezifische Konventionsverstoß nach Auffassung des *Gerichtshofs* gelegen hat und warum eine geänderte Tatsachenbasis eine Anwendung auf den Fall nicht erlaubt. Dabei wird es immer auch von Bedeutung sein, wie sich die Berücksichtigung der Entscheidung im System des jeweiligen Rechtsgebiets darstellt. Auch auf der Ebene des Bundesrechts genießt die Konvention nicht automatisch Vorrang vor anderem Bundesrecht, zumal wenn es in diesem Zusammenhang nicht bereits Gegenstand der Entscheidung des *Gerichtshofs* war.

Vor diesem Hintergrund muss es jedenfalls möglich sein, gestützt auf das einschlägige Grundrecht, in einem Verfahren vor dem *BVerfG* zu rügen, staatliche Organe hätten eine Entscheidung des *Gerichtshofs* missachtet oder nicht berücksichtigt. Dabei steht das Grundrecht in einem engen Zusammenhang mit dem im Rechtsstaatsprinzip verankerten Vorrang des Gesetzes, nach dem alle staatlichen Organe im Rahmen ihrer Zuständigkeit an Gesetz und Recht gebunden sind (vgl. BVerfGE 6, 32 [41] = NJW 1957, 297).

II. Die angegriffene Entscheidung des *OLG Naumburg* vom 30. 6. 2004 (FamRZ 2004, 1510) verstößt gegen Art. 6 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip. Das *OLG* hat das Urteil des *EGMR* vom 26. 2. 2004 bei seiner

不直接享有優先於其他聯邦法的地位，尤其是當聯邦法在此脈絡下並非人權法院判決之標的時，更是如此。

在此背景下，無論如何應能援用相應之基本權為後盾，透過訴訟程序向聯邦憲法法院指摘一國家機關藐視或未尊重人權法院裁判。同時，基本權與法治國原則所確定之法律優先性息息相關，所有國家機關依此在其權限範圍內均受法律及其他法規範之拘束<sup>29</sup>。

II. Naumburg 高院在 2004 年 6 月 30 日作成之系爭裁判<sup>30</sup>，違反基本法第 6 條暨法治國原則。邦高等法院雖有尊重義務、但卻未充分尊重人權法院 2004 年 2 月 26 日之判決。

<sup>29</sup> 參見 BVerfGE 6, 32 [41] = NJW 1957, 297.

<sup>30</sup> FamRZ 2004, 1510.

Entscheidungsfindung nicht hinreichend berücksichtigt, obwohl es dazu verpflichtet war.

1. Die angegriffene Entscheidung lässt nicht erkennen, ob und in welchem Umfang sich das *OLG* damit auseinander gesetzt hat, dass das vom Bf. geltend gemachte Umgangsrecht grundsätzlich unter dem Schutz des Art. 6 GG steht. Dieser verfassungsrechtliche Schutz ist vor dem Hintergrund seiner Ausführungen zur komplementären Garantie in Art. 8 EMRK zu sehen. Das *OLG* hätte sich in einer nachvollziehbaren Form damit auseinander setzen müssen, wie Art. 6 GG in einer den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland entsprechenden Art und Weise hätte ausgelegt werden können.

Dabei ist von zentraler Bedeutung, dass der vom *Gerichtshof* festgestellte Verstoß der Bundesrepublik Deutschland gegen Art. 8 EMRK aus der Perspektive des Konventionsrechts andauert, weil der Bf. weiterhin keinen Umgang mit seinem Sohn hat. Der *Gerichtshof* hat in seinem Urteil festgestellt, dass die Bundesrepublik Deutschland bei der Wahl der Mittel, mit denen das Urteil innerstaatlich umgesetzt werden muss, frei ist, sofern diese Mittel mit den Schlussfolgerungen aus dem Urteil vereinbar sind. Nach Ansicht des *Gerichtshofs* bedeutet dies, dass dem Bf. mindestens der Umgang mit seinem Kind ermöglicht werden müsse (*EGMR*, NJW 2004, 3397 Nr. 64 - *Görgülü/Deutschland* [unter Nr. 1 in diesem Heft]). Diese Auffassung des *Gerichtshofs* hätte das *OLG* veranlassen müssen, sich der Frage zu widmen, ob und inwieweit ein

1. 自系爭裁判中無法看出，邦高等法院是否及如何論證訴願人所主張之探視權原則上受基本法第 6 條之保護。此憲法保障應以邦高等法院對歐洲人權公約第 8 條補充擔保所為之闡釋為觀察背景。邦高等法院應合理論證，如何以合乎德國在國際法上義務之方式解釋基本法第 6 條。

對此，最重要的是，自公約之觀點而言，人權法院所確認德國違反歐洲人權公約第 8 條之情況仍存續，因訴願人依然無法探視其子。人權法院在判決中確認，只要符合其判決之論理，德意志聯邦共和國得自由選擇以何種方式在國內執行該判決。依人權法院之見解，這表示訴願人至少必須能夠探視其子女<sup>31</sup>。此見解本應能促使邦高等法院投注心力，探討訴願人親自探視其子是否及如何始能符合其子女福祉，必要時並透過新的鑑定意見，探討在照顧兒童福祉及人權法院所誠命且受基本法第 6 條第 2 項所保護之探視權間有何可資證明之障礙。

<sup>31</sup> *EGMR*, NJW 2004, 3397 Nr. 64 - *Görgülü/Deutschland*.

persönlicher Umgang des Bf. mit seinem Kind gerade auch dessen Wohl entsprechen könnte und welche – gegebenenfalls durch ein neues Sachverständigengutachten – belegbaren Hindernisse die Berücksichtigung des Kindeswohls dem vom *Gerichtshof* für geboten erachteten und von Art. 6 II GG geschützten Umgang entgegenstellt.

2. Das *OLG* nimmt insbesondere in verfassungsrechtlich nicht haltbarer Weise an, dass ein Urteilsspruch des *EGMR* nur die Bundesrepublik Deutschland als Völkerrechtssubjekt, nicht aber deutsche Gerichte binde. Alle staatlichen Organe der Bundesrepublik Deutschland sind – in dem hier unter C I entwickelten Umfang – an die Konvention und die für Deutschland in Kraft getretenen Zusatzprotokolle im Rahmen ihrer Zuständigkeit kraft Gesetzes gebunden. Sie haben die Gewährleistungen der Konvention und die Rechtsprechung des *Gerichtshofs* bei der Auslegung von Grundrechten und rechtsstaatlichen Gewährleistungen zu berücksichtigen.

Im vorliegenden Fall hatte das *OLG* durch das Urteil des *Gerichtshofs* vom 26. 2. 2004 besondere Veranlassung zu einer Auseinandersetzung mit dessen Gründen, weil die Entscheidung, mit der ein Verstoß der Bundesrepublik Deutschland gegen die Konvention festgestellt wurde, zu dem Gegenstand ergangen war, mit dem das *OLG* erneut befasst war. Die Berücksichtigungspflicht beeinträchtigt das *OLG* weder in seiner verfassungsrechtlich garantierten Unabhängigkeit, noch zwingt sie das Gericht zu einem unreflektierten Vollzug der Entscheidung des *Gerichtshofs*. Das *OLG* ist jedoch an Gesetz und Recht gebunden, wozu ni-

2. 尤其邦高等法院以憲法上不足採信的觀點認為歐洲人權法院裁判僅拘束身為國際法主體之德意志聯邦共和國，而不及於德國之法院。由以上自 C I 以下所開展之論述可看出，德國所有國家機關在其權限範圍內依法均受人權公約及其在德國生效之議定書之拘束。他們在解釋基本權及法治國保障時，必須尊重人權公約之保障以及人權法院判決。

在本案中，因有人權法院於 2004 年 2 月 26 日所作之判決，更應促使邦高等法院與其判決理由進行論證、分析，因人權法院認定德意志聯邦共和國違反公約所作成之裁判，其裁判標的正為邦高等法院欲重行審理之標的。尊重義務既不影響邦高等法院在憲法上所保障之獨立性，亦不強制法院不假思索就執行人權法院之裁判。然而邦高等法院仍受法律及其他法規範之拘束，而拘束法院之法規範並不僅指民法及其相關之程序法，更及

cht nur das bürgerliche Recht und das einschlägige Verfahrensrecht gehören, sondern auch die im Range eines einfachen Bundesgesetzes stehende Europäische Menschenrechtskonvention. Bei der rechtlichen Würdigung insbesondere neuer Tatsachen, der Abwägung widerstreitender Grundrechtspositionen wie derer der Pflegefamilie und der Einordnung des Einzelfalls in den Gesamtzusammenhang familienrechtlicher Fälle mit Bezug zum Umgangsrecht ist das *OLG* im konkreten Ergebnis nicht gebunden. Es fehlt dem angegriffenen Beschluss aber an einer Erörterung der genannten Zusammenhänge.

3. Es kann dahinstehen, ob das *OLG* in verfassungsrechtlich nicht zu vertretender Weise davon, dass eine einstweilige Anordnung nur auf Antrag und nicht - wie im vorliegenden Fall - auch von Amts wegen ergehen kann, und damit von der Zulässigkeit der Beschwerde ausgegangen ist (vgl. etwa *OLG Saarbrücken*, *OLGReport* 2001, 269 einerseits, *OLG Brandenburg*, *OLG-NL* 1994, 159, u. *OLG Naumburg*, *Justizministerialblatt für das Land Sachsen-Anhalt - Teilausgabe B [JMBl ST]* 2003, 346 andererseits). Das *OLG* hat jedenfalls auch seine prozessrechtlichen Darlegungen ohne zutreffende Berücksichtigung des Urteils des *Gerichtshofs* vom 26. 2. 2004 angestellt. Dies war aber für die Frage von Bedeutung, ob das *AG* verpflichtet oder berechtigt war, von Amts

於具有一般聯邦法地位之歐洲人權公約。在對（特別是）新事實作法律評價，衡量相衝突之基本權地位（如寄養家庭之基本權），及將個案歸結至家庭法上所有關於探視權之案例時，邦高等法院在具體結果上並不受拘束。但系爭裁定並未闡述上述關聯。

3. 邦高等法院是否以憲法上無法接受之方式認定發布假處分僅能依聲請，而不能如本案由法院依職權主動為之，因此認（官方監護人\*之）申訴為合法，在此可不論<sup>32</sup>。無論如何，邦高等法院程序法上之解釋亦未適當尊重人權法院 2004 年 2 月 26 日之判決。然而這對於區法院是否有義務或權限依職權主動審查探視權之授與，並在構成要件符合時－如同本案之情況－以假處分核予探視權之問題有其重要性。

\* 譯按：本案中非婚生子之官方監護人（*Amtsvormund*）為少年局（*Jugendamt*），是本案訴願人之訴訟對造。NJW 本篇裁判摘錄中未提及，在此補充。

<sup>32</sup> 參見一方面例如 *OLG Saarbrücken*, *OLGReport* 2001, 269, 另一方面 *OLG Brandenburg*, *OLG-NL* 1994, 159, u. *OLG Naumburg*, *Justizministerialblatt für das Land Sachsen-Anhalt - Teilausgabe B [JMBl ST]* 2003, 346.

wegen die Einräumung eines Umgangsrechts zu prüfen und beim Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen - wie auch geschehen - Umgangskontakte im Wege der einstweiligen Anordnung zu ermöglichen.

## 二、德文字彙

- |                                                                                                                                        |                                         |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------|
| 1. Amtsgericht (AG) 區法院                                                                                                                | 11. Rechtskraft (裁判) 確定力，亦稱既判力          |
| 2. Berücksichtigungspflicht 尊重義務                                                                                                       | 12. Rechtssicherheit 法安定性               |
| 3. Einstweilige Anordnung 假處分                                                                                                          | 13. Rechtsstaatsprinzip 法治國原則           |
| 4. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) 歐洲人權法院                                                                           | 14. Sachverständigengutachten (專家) 鑑定意見 |
| 5. Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) 歐洲人權公約，為人權與基本自由保護公約 (Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten) 之簡稱 | 15. Schiedsgerichtsbarkeit 仲裁           |
| 6. Gewaltenteilung 權力分立                                                                                                                | 16. Sorgerecht 撫養權                      |
| 7. Kasuistik 決疑論                                                                                                                       | 17. Spielraum 裁量空間                      |
| 8. Oberlandesgericht (OLG) 邦高等法院                                                                                                       | 18. Umgangsrecht 探視權                    |
| 9. Pflegeeltern 寄養父母                                                                                                                   | 19. Verfassungsbeschwerde 憲法訴願          |
| 10. Rechtsanwendungsbefehl 法律適用命令                                                                                                      | 20. Völkerrechtssubjekt 國際法主體           |
|                                                                                                                                        | 21. Wiederaufnahmegrund 再審事由            |
|                                                                                                                                        | 22. Zuständigkeitsbereich 權限範圍          |
|                                                                                                                                        | 23. Zustimmungsgesetz 同意法               |