

## 保育與防治

◎葛克昌

臺灣大學法律系副教授

# 先保育自然而後防治

## 公害——德國自然保育法法理

### 由於

地理及社會背景之鄰近，關於環境保護，國人多借鏡於日本法制。日本由於二次世界大戰後，工業急遽發展，公害隨之嚴重，亟思全面因應之策，而有「先公害防治而後自然保育」及「環境保護與經濟發展並重」之基本策略，從今日看來，此皆為重大錯誤之決策，日本自身已有反省，並力挽以求矯正，惟仍付出慘痛代價。反之，自然保育法制在德國有根深蒂固之傳統，自然保育為環境保護之核心理念，一直流傳至今，其自然保育法可謂世界法制之先驅，故其發展趨勢、立法技術以及基本理念，對同一法系之我國，不能不加以注意重視。本文固於篇幅，僅就其淵源、演進及其總則部分，予以介紹，其他容日後逐一為文補充。①

### 壹、浪漫主義之兒女

德國自然保育與景觀維護理念，早在十九世紀得以萌芽成長，不能不溯源於浪漫主義思潮。②浪

漫主義思潮於十八世紀末在歐洲興起，十九世紀中葉一度消沈，但該思潮在德國之影響力，迄今仍未消失，在德國人心靈中仍佔有一席之地，成為德國民族性之一部分。③法制史就某種意義而言，即為文化史；法律制度也只有透過歷史文化背景，始能充分理解。④法律可以孤立於歷史與社會之外思想，今日已不存在。要理解德國自然保育法制，須先對浪漫主義思潮有所認識。

浪漫主義之主要論點，在於以多彩多姿具有活力之生命整體替代冰冷無生命的理性與概念，亦可謂對後者加以過分強調之啓蒙運動，所為之反動與反省。歌德之名言，最足表現出浪漫主義精神：「朋友，理論全是灰色的，只有生命之金樹常青。」同樣，德國法學家 Jhering 批判「概念法學」，也說「概念另有其獨特世界，一個不屬於太陽系的世界，太陽光射不到的世界。太陽是生命的源泉，抽象概念却與生命絕緣。」⑤浪漫主義盛行之時，德國正值由農業社會轉向工業國家；在此轉型期間

，面對工業逐步擴展對自然環境之危害不斷加深，工業文明為原本風光秀麗地區帶來醜陋的刻痕，以及商人競相逐利的粗鄙，為浪漫主義者所警覺並痛恨，乃興起保衛家園維護故土之自然保育運動。浪漫主義由於重視生命，強調自然界的有機統一體，對人類生活所恃之景觀與自然環境，特別寄以關懷。在工業社會自然界遭人工開發，自然資源已非取之不盡，用之不竭；對自然保育掉以輕心，對資源任意消耗，終將面對末日之來臨。惟自然自身不能復元；自然保育不能藉「回歸自然」運動來推行，亦無法由追尋「失樂園」中得到解決，但有賴人為不斷持續努力，不斷改善現今仍不足之景觀保護、使用、開發之管制措施與立法工作。⑥基於此體認，在一八三六年，在 Drachenfels 德國首先設置第一個景觀保護區。稍後在 Kubany 設立範圍較大之原野自然保護區。⑦一九〇二年終有普魯士之「保護區內景觀破壞防治法」之制定公佈。

由於浪漫主義對自然及歷史的重視，其自然保育思想，在一九一九年甚至寫入威瑪憲法第一百五十條中：「天然遺蹟及景觀，應受國家保護及照顧。」從此，自然景觀保育一方面作為國家目標之規定，負有尊重及注意之義務；並具授權之性質，賦予立法機關對自然景觀保育積極立法之憲法義務。⑧由於此種憲法付託，各邦紛紛透過立法以不同之途徑達成之：⑨

——普魯士：在森林警察法，授權警察機關制定行政命令，以保護動植物及設置自然保護區。

——Lippe-Detmold 邦，於一九二〇年一月

十七日由邦議會通過頗具現代意義之鄉土保護法，成為保護天然及建築古蹟之規則典範。

——南德巴伐利亞邦，則致力於阿爾卑斯山區植物之保存，以維護森林之生長。

——黑森邦，於一九三一年制定自然保育規則。

## 貳、第一部自然保育法誕生

由於立法者致力於自然保育體系化之努力，全國性自然保育法典制定成為迫切需要<sup>⑩</sup>，同時為貫徹威瑪憲法上要求，一九三五年六月二十六日國會通過「帝國自然保育法」(Reichsnaturschutzgesetz, BNatG, 1. 821, 簡稱 RNatG)。該年十月三十一日另行頒布施行細則，該法係包含實體與程序規定之統一法典，其立法目的在於若干主要保育理念之揭櫫，包括維護保持對自然之渴望；保鄉愛土情懷之情感價值；得以享受自然美景；及為每一國民及其子孫，確保其生養休憩一席之地。該法認為對自然狀態之保護，乃基於觀賞價值、稀有性及裝飾性、學術及民族藝術價值之保存。<sup>⑪</sup>並規定為主管及諮詢自然保育各行政階段事務，應成立專責機關且明定其組織。<sup>⑫</sup>除天然遺跡(如神木、古岩石)及自然保護區之保護規定(第三條第四條)外，對景觀區之全部或一部，均依法賦以法律保護之可能性。(第五條第十九條)

該法藉由不少之法律統一規定，帶給自然保育理念新的動力，廢止了不少舊的保育措施也推動了更多新的保育措施，其中最突出影響最深遠者，莫過於該法二十規定，所有自然及未開發之景觀應經

相關全面規劃，透過補充該法之施行細則顯示，此一規定不僅對景觀造型之改變予以管制，同時對天然動植物生態之持續變更予以監視管理。<sup>⑬</sup>

## 參、戰後之保育法律發展

第二次世界大戰結束後，帝國自然保育法仍繼續沿用，其主要問題在於如何將納粹思想在該法中予以排除。戰後西德新憲法——基本法在起草階段，與威瑪憲法不同，原無自然保育與景觀維護條款。由於基本法草案，在歷經納粹浩劫之後，亟思重建以人之尊嚴與價值之憲法體系，以提昇個人在法律中地位。<sup>⑭</sup>因此，個人自由、經濟自由乃至於地方自治均受憲法相當之保障；相對於對自由之保障，面對個人、團體、地方自治政府破壞景觀、危害自然之行爲，缺乏國家之管制規範，其危害性更爲顯著。<sup>⑮</sup>

一九四九年三月二日占領軍政府在各方要求下，始以備忘錄方式建議將自然保育條款入憲，制憲會議在三讀時始在基本法第七十五條第三款聯邦與各邦(省)權限劃分中，規定自然保育與景觀維護為聯邦與各邦共同立法事項(Konkurierende Gesetzgebung)，但聯邦僅能為原則性方針性規定，具體施行規定由各邦立法為之。基本法施行後，首先引起爭議者，為帝國保育法是否繼續有效適用問題。一九五八年十月十四日聯邦憲法法院作出判決，一類似我國大法官會議解釋<sup>⑯</sup>：帝國自然保育法不得繼續沿用，聯邦應著手制定一新的統一自然法，各邦亦應各自制定各邦自然保育法或對帝國自然保

育法加以修訂。<sup>⑰</sup>

## 肆、新時代之自然保育法

一九七〇年以歐洲自然保育年為號召，對因陷入技術難題與意見分歧之保育立法工作帶來新的推動力。於是德國政府委託 Gitzinek 教授組成研究小組，並與先前各自提出自然保育景觀維護法案之二個自然保護團體，共同起草於次年提出「景觀維護與自然保育法案」，該草案認為聯邦法(國家保育法)，以採行上位法(基本法)模式為佳，並建議修憲，變更基本法中中央採方針立法(原則法、綱要法)，此種修憲主張，遭受基督教民主黨之激烈反對而遭擱置。

雖然如此，此階段自然保育法制在其他領域方面仍有進展，像一九七二年六月之土地規劃部長會議紀念文集中即提出<sup>⑱</sup>：

「自然保育與景觀維護之法律規則，除自然與景觀之多樣性、類種特性及美觀性維持外，特別要長期確保自然環境之負荷能力、自然資源之利用能力。故景觀規劃之法制尤屬必要。此種與土地有關之自然保育目標設定，須與土地規劃與計劃相結合，在同一土地往往同時有不同之需求相結合，需作一統合之考量。新的有關自然保育與景觀維護法律，在土地規劃中應充分考慮到休閒與休養之需求。諸如河邊海岸等景觀區之進出通道，在法律中應特別加以斟酌。」

此種觀念日後成為德國自然保育法重要特色。有些邦也在此背景下，在公眾的壓力下，加強對自然保育之立法工作，於是法律統一工作日益迫切，

國會終將各不同之草案加以整合調整，再度改以方針法模式並斟酌各邦之補充規定提出草案，終於在一九七六年十一月十日通過，十二月二十四日生效，定名為「自然保育與景觀維護法」（簡稱「聯邦自然保育法」）

## 伍、自然保育法之主要特色

德國之自然保育法之主要特色，可分下列數點簡要敘述之：

### (一) 法律性質

德國自然保育法，為公法規範，規範國家公權力行使及限制，該法除一部分規定可直接適用外（第四條第三句），大多為綱要或方針規定（Rahmenvorschriften），以確保各邦之自然保育法其法律持續發展，具有統一性與一致性。故該法只對各邦自然保育法之各種概念，作一統一之定義，以及準則方針規定（Richtlinien）。具體規定與直接涉及人民權利義務事項，為地方各邦立法範圍。因此，聯邦自然保育法不直接規範人民自身。<sup>②③</sup>各邦則因該法負有義務，在該法公布後兩年內，依各地區之特性及其不同需求，制定具體之自然保育法。（該法第四條）

### (二) 立法目的

該法第一條第一項，即規定自然保育與景觀維護之目的：「無論已開墾及未開墾區域<sup>④</sup>，自然及景觀，應予保育、維護、開發，以便對：

1. 自然環境<sup>⑤</sup>之負荷能力<sup>⑥</sup>；
2. 自然財<sup>⑦</sup>之利用能力<sup>⑧</sup>；
3. 植物及動物界<sup>⑨</sup>之生態；

4. 自然及景觀之多樣性、物種之保存、及美觀性<sup>⑩</sup>；

均能永續地確保，使之成為人類生存之基礎及自然與景觀永存之前提。」

以上各目標間可能有所衝突，例如為保護自然財之類種及其美術價值，可能損及利用能力，此時須加權衡。（該法第一條第二句）原則上前述四種目標宜以同等位階看待，其間並無優先秩序。<sup>⑪</sup>

前述四目標可能與公眾對自然與景觀之其他需求相衝突，特別像與社會基於開墾、交通開發、水力、工業開闢等利用要求相衝突，自然保育與景觀維護亦無較利用要求更為優先之位階，其間之權衡，毋寧在具體個案中，依最小損害原則、禁止過當原則決定之。<sup>⑫</sup>

自然保育法第一條第三項規定所謂「農業經濟條款」，明文肯定有秩序之農業及林業經濟對人文景觀及休憩景觀之保持，具有重要價值，二者原則上對自然保育法之目的，有所增進作用。此一規定對農林業有重大意義，蓋原西德有近百分之五十土地，作為糧食及飼料生產之用；僅不及百分之三十用地為森林用地。第一條第三項規定，包含有一項法律之推定，一個可以反證推翻之假設：有秩序之農業經濟及森林經濟，原則上無害於自然保育之目的；反之，對其目的有所增進促成。此種農業經營之優先地位，迭遭批評。尤其今日農業生產過程採用現代工業技術積極而理性化經營，農業經營之有利自然保育之「原則——例外關係」，其正確性，殊值懷疑，該規定可能基於政治性之考慮。但此一條款，可能造成農業經營得以免受自然法規範，而

可能使自然保育法存有重大法律漏洞之危險。<sup>⑬</sup>

其次，此種農業經濟條款之推定，附有一前提條件，即農業經營須有秩序經營。所謂有秩序，當然包括不得違反現行法，依通說有秩序非依生態上正確之經營方式，而指長期經濟上正確經營措施。<sup>⑭</sup>

### (三) 自然保育與景觀維護之原則

該自然保育法第二條提出十三項基本原則，以具體化第一條之立法目的。由於該法僅具方針性，因此各原則並不直接賦予人民以權利義務；而供自然保育機關行事及法院解釋之指導方針。<sup>⑮</sup>在各別原則之間衝突，依權衡原則以決定之。

具體言之，該法第二條在自然保育之計畫行政上為計畫規範，以為計畫設置或變更之方針。在實踐計畫措施時，該原則成為必須注意之審核方針。在個別行政措施方面，各原則成為不確定法律概念或行政裁量之指導方針。<sup>⑯</sup>各邦得自行立法，制定進一步之自然保育基本原則，實際上多數邦均多依聯邦法在邦法中規定同樣基本原則。但邦法中對聯邦法基本原則加以限制者，則不許之。<sup>⑰</sup>

根據該法第二條，用以實踐自然保育目標之十三項原則為：

1. 自然環境之負荷能力應予保持並改善；
2. 應予保留充分之禁建區；已開墾地區之自然與景觀部分（例如綠地）應予特別保育、維護與擴展；
3. 自然財在未自行更新代謝前，其利用應特別節制；
4. 大地應予保存，其自然繁殖能力之流失應予

避免；

5. 採礦時應避免破壞有價值之景觀及其構成部分，以及防止自然環境受損。如不可避免，所造成之損害，應予填補。

6. 水域應採取保持與增進自然保育與景觀維護措施；

7. 空氣污染與噪音應以自然保育景觀維護措施減少之；

8. 有害氣候之行爲應予避免，無法避免者應採取補救措施或減少其損害；

9. 植物應確保有秩序之利用，特別是森林、植物覆蓋區、岸邊植物；

10. 野生動植物爲自然環境之一部分，應予保護；其棲息地、自然生育地及其生存條件應予保護、維護與擴展；

11. 應在適當地區，充分開發、建設及維護，以適於休養、渡假及其他休閒利用；

12. 適於民衆休憩之景觀，其通道應予民衆便利；

13. 歷史性文化景觀及其構成部分，應予維護保存其特性。受保護或有保護價值之文化、建築、地域古蹟之環境，在維持其特性及美觀必要範圍內準用之。

#### 四景觀規劃制度

自然保育與景觀維護制度，在於確保自然環境之負荷能力自然資源之利用能力，如欲持續有效，則景觀規劃之特別規定。此種與區域空間相關之目標設定，須與空間政策之方案與規劃相整合。因在同一空間上，常有不同用途之要求，自然與景觀之維護與發展，只有透過具有遠見之區域規劃始能

確保。在德國自然保育法中，自然保育與景觀維護，須賦與空間區域秩序之意義，亦即須對遊憩與休養功能，因此該法特別考慮到景觀區之自由進出通道，尤其湖邊海岸。該法第五條將景觀規劃制度，分爲三階段規劃：(1)綜合之景觀規劃，此爲超地域之一般規劃，以兼顧國土規劃與自然保育目標；(2)以邦爲範圍之景觀規劃；(3)以邦之一部分爲範圍之景觀規劃。<sup>③</sup>

#### (四) 其他自然保育法之主要內容

該法計分七章三十一條，但另有增修條文二十一條，共五十一條，除前述第一條至第四條爲總則規定；第五至七條爲景觀規劃；第三章從第八條至十一條爲一般之保育維護擴展措施，包括對自然與景觀侵害之定義，政府機關干預之程序，忍受義務等；第四章從十二條至十九條則爲特別保護區之規定<sup>④</sup>，包括自然保護區、國家公園、景觀保護、自然公園、天然遺跡以及標誌規定；第五章爲野生動物保護規定<sup>⑤</sup>，從第二十條到二十六條，但另有增修條文十七條，爲該法中規定最多部分；第六章爲自然與景觀之復元；第七章則規定民衆團體之參與與罰則。

#### 陸、結 語

本文限於篇幅，對德國自然保育法之主要內容並未詳盡介紹，反而對該法之歷史沿革與社會背景多加致意，乃有鑑於國人對先進國家立法例，往往以任意挑選方式移植到國內，既未顧到社會文化環境背景之差異，對外國立法例之基本精神與立法意旨，亦多有誤會。至於割裂遺漏矛盾之處，猶其小

者。

按公害爲環境受破壞後之病徵，公害防治法乃其治標之道，自然保育制度方爲治本正途，德國環境法各領域莫不顯現出此種精神，在環境保護之行政組織方面<sup>⑥</sup>，「聯邦環境、自然保育暨核能安全部」一九八六年之設置，也是以自然保育爲環境保護之根本理念之體現。尤其從德國法制史觀察，自然保育思想較公害防治淵源更爲久遠，更爲根深蒂固。早在一八三六年即成立第一個景觀保護局一九〇二年即有普魯士之保護區內景觀保護法之誕生。反之，正式之公害防治法直到一九七四年始公布。在這個思想淵源與歷史背景中，希望能使我們對環境保護之眼界襟懷，能有所反省突破。

#### 註 釋

① 參照拙稿，德國自然保育之比較法研究，載柯澤東主持之「自然保育法制之研究」，行政院經建會經社法規研究報告頁六一三四。本文部分內容取材於該研究成果，藉此致謝。又本文之最新參考文獻，由李震山教授不辭旅途辛勞，自德攜回，謹申謝意。

② Ebert, Naturschutzrecht, Einführung, 3Auf, 1987, dtv, S. IX.

③ 浪漫主義在德國，請參閱吳庚，政治的新浪漫主義——卡爾·史密特政治哲學之研究，七十年，五南出版。Hattenhauer, Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Recht, 2Auf, 1980, Rdmr 129—131.

④ Hattenhauer, a. a. O. Rdmr. 129, 1989.



Einleitung Rdnr. 2.

1981. S. 270.

⑤參照 Pound, Interpretations of legal history, p. 120.

⑥Ebert, a. a. O. S. IX.

⑦Bernatzky/Böhm, Bundesnaturschutzrecht, 9. Aufl. Einleitung. S. 2.

⑧威瑪憲法上自然保育條款，作為基本國策之規定，與規定在基本人權部分（承認環境權）直接拘束行政、立法、司法有所不同；此種條款在相當程度下，均須另經承認及具體化。自然保育原則之實踐，有賴立法者，斟酌現存之政治經濟條件，而定其施行程度。此一客觀之憲法原則，須經立法程序，按其不斷變遷之社會負擔能力作為其實踐指標。此種方針規定，人民不因此取得公權利之請求權，故無直接之效力，因其實踐仍要透過財政手段將其貫徹，有賴立法者將其具體化。至於法律因顯然違背此種方針規定則致違憲而無效，則為另一問題。請參照，拙稿，稅法與民生福利國家，經社法制論叢，第四期，七十八年七月，頁一五九。

⑨Lorz, Naturschutzrecht, 1985 S. 2; Ebert, a. a. O. S. X; Bernatzky/Böhm, a. a. O. Einleitung. S. 2.

⑩Bernatzky/Böhm, a. a. O. Einleitung S. 3.

⑪Zwanzig, 50 Jahre Reichsnaturschutzgesetz. NuL 1985 S. 275ff.

⑫Mars, Zu einigen Organisations und Zielmodellen für Naturschutz und Landschaftspflege zwischen 1935 und 1945, NuL

⑬同註⑩。

⑭vgl. Stern, Menschenwürde als Wurze der Menschen- und Grundrechte, in: F. f. H. U. Scupin, 1983, S. 627; Vitzthum, Die Menschenwürde als Verfassungsbegriff, JZ 1985, S. 201.

⑮Steiger, Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Salzweil (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, 1982, S. 21—63.

⑯B. Verf. GE 8, 193.

⑰BT-Drucksache 713879 S. 16.

⑱Lorz, a. a. O. S. 2.

⑲自然與景觀不僅要予以保存，還要全面保護，並與土地規劃相結合，故已開發及未開發區域要一體全面作好保育工作。

⑳自然環境 (Natur haushalt) 為生態學上概念，指自然之要素，諸如地表、水、空氣、動植物環境、氣候及其間相互複雜作用。Vgl. Lorz, a. a. O. §1, Anm. Za.

㉑自然環境之負荷能力 (Leistungsfähigkeit) 宜從功能方面理解，因此不僅對生態均衡加以干擾為有害於自然環境之負荷能力，在各別之生態系統對其過程加以顯然之干擾，亦屬之。Vgl. Lorz, a. a. O. §1, Anm. za.

㉒自然財 (Naturgüter) 即所謂之自然要素：地、水、空氣、動植物。

㉓自然財可供人類多方利用，如打獵、捕魚、飲用水。利用能力指保持有利用價值之程度，種類及

地質。Vgl. Kolodziejek-Recken, Naturschutz, 1988, Tz. 1107 Rdnr. 12.

㉔動植物界原屬自然財之一部分，立法者特將其標舉出，乃為強調之意。法律對動植物界之保護，首先針對野生動植物，但對人工植物及家畜等亦予保護。(Kolodziejek Recken, a. a. O. Tz. 1107, Rdnr. 13)

㉕確保自然與景觀之多樣性、物種之保存，及美觀性，不僅在於功能之確保，對自然及景觀之理念上價值 (die ideellen Werte) 亦加以保護。(Lorz, §1, Anm. 2d)。

㉖Ketteler/Kippels, a. a. O. S. 265.

㉗Kolodziejek-Recken, a. a. O. Tz. 1107, Rdnr. 27—29.

㉘Ketteler/Kippels, a. a. O. S. 266.

㉙Lorz, a. a. O. §1, Anm. 4, b).

㉚Ebert, a. a. O. S. XIII.

㉛同註㉚。

㉜Schmidt-Abman, Die Grundsatz des Naturschutzes und der Landschaftspflege, NuL, 1979, S. 1.

㉝Soell, a. a. O. S. 510ff.

㉞德國自然特別保護區，請參閱拙稿，前揭書，頁一一—二四。

㉟德國之野生生物保護制度，請參閱拙稿，前揭書，頁二九—三四。

㊱德國自然保育之行政體制，請參閱拙稿，前揭書，頁一七—二一。