

德國聯邦憲法法院裁判選輯(二)

司法院印行

中華民國八十年十二月

德國聯邦憲法法院裁判選輯(二)

林洋港



中華民國八年十二月

德國聯邦憲法法院裁判選輯(二)

司法院印行

## 例言

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

二、本書定名爲德國聯邦憲法法院裁判選輯(註)係由翁大法官岳生就德國聯邦憲法法院之判決中擇選十篇：(一)關於「艾菲爾事件」之判決；(二)關於「人身不受侵犯之基本權要求」之判決(體液抽驗案)；(三)關於「人民集會遊行權」之判決(布洛克朵夫案)；(四)關於「大學特定學系入學許可名額限制」之判決；(五)關於「兩德基本關係條約」之判決；(六)關於「聯邦政府公開文宣品在選舉中之界限」之判決；(七)關於「政黨經費」之第三次判決；(八)關於「一九九〇年全德選舉之選舉法」之判決；(九)關於「色情與藝術之分際」之判決(敏稱巴哈案)；(十)關於「示威者拘留」之判決；譯印而成。

三、本裁判選輯中第五篇關於「兩德基本關係條約」之判決(曾刊載於憲政時代第十六卷第一期)，係由彭評事鳳至翻譯外，其餘各篇係由本院委請院外精通德語及法學造詣相當之人士：謝銘洋、吳從周、劉孔中、李震山、黃啓禎、王玉堯、黃俊杰、黃錦堂、詹文凱、林麗瑩、吳從周、高文崎、張稚川、蔡明誠、張懿云諸位先生小姐翻譯，並請法學博士黃錦堂先生擔任譯文之審查工作。

四、本裁判選輯，由參事蔣次寧、秘書處第二科黃科長一鑫、谷雲祥、王蓉飛、劉夢奮諸位同仁分任編

校，始克付梓，併此附誌。

註：因東、西德已於一九九〇年十月三日完成統一，故本書書名自第二輯起，將原有書名「西德聯邦憲法法院裁判選輯」改爲「德國聯邦憲法法院裁判選輯」。

# 德國聯邦憲法法院裁判選輯(二)

## 目錄

譯名：

譯者 頁次

- |                                   |                 |     |
|-----------------------------------|-----------------|-----|
| 一、關於「艾菲爾事件」之判決……………               | 謝銘洋……………        | 一   |
| 二、關於「人身不受侵犯之基本權要求」之判決（體液抽驗案）…………… | 吳從周……………        | 一三  |
| 三、關於「人民集會遊行權」之判決（布洛克朵夫案）……………     | 劉孔中……………        | 二三  |
| 四、關於「大學特定學系入學許可名額限制」之判決……………      | 李震山<br>黃啓禎…………… | 七一  |
|                                   | 王玉楚……………        |     |
| 五、關於「兩德基本關係條約」之判決……………            | 彭鳳至……………        | 一一六 |
| 六、關於「聯邦政府公關文宣品在選舉中之界限」之判決……………    | 黃俊杰……………        | 一五〇 |
|                                   | 黃錦堂……………        |     |
| 七、關於「政黨經費」之第三次判決……………             | 詹文凱……………        | 二一一 |
|                                   | 林麗瑩……………        |     |
|                                   | 吳從周……………        |     |
|                                   | 高文崎……………        |     |
| 八、關於「一九九〇年全德選舉之選舉法」之判決……………       | 張稚川……………        | 二八一 |

九、關於「色情與藝術之分際」之判決（敏稱巴哈案）	蔡明誠	三一三
十、關於「示威者拘留」之判決	張懿云	三四〇

## 關於「艾菲爾事件」之判決

——聯邦憲法法院判決第六輯第三十二頁至第四十五頁

譯者：謝銘洋

1. 基本法第十一條之規定與出境之自由無關。
2. 出境之自由，在合憲法性秩序（*Verfassungsmässig Ordnung*）限制之範圍內，受基本法第二一條第一項一般行為自由之保障。
3. 基本法第二一條第一項意義下之合憲性秩序，係指合憲性之法律秩序（*Verfassungsmässige Rechtsordnung*），亦即在形式上及實質上均符合憲法之法規範全體。
4. 任何人皆得尋憲法訴願之途徑，主張限制其行為自由之法律規範與合憲性秩序相抵觸。

一九五七年一月十六日第一庭判決

— 1 BvR 253 / 56 —

退休行政首長 *Wilhelm E.* 對聯邦行政法院一九五六年二月二十二日之判決所提出之憲法訴願

## 判決主文

憲法訴願駁回。

## 判決理由

1. 憲法訴願人擔任中央黨 (Zentrumspartei) 之國家執行委員至一九三三年為止，同時亦為普魯士國會 (Preussischen Staatsrats) 之議員，其間於一九二七年被任命為克略菲爾得 (Krefeld) 之警察局長。一九三三年其因政治上之原因被撤職。一九四五年其被選為莫西—克拉的巴赫 (Moenchen Gladbach) 市之市長，而於嗣後成為該市之行政首長。一九四七年其以基民黨 (CDU) 黨員之身份被選為北萊因—威斯特發連 (Nordrhein Westfalen) 邦之邦議員。此時其已領導與聯邦政府對立之組織「德意志聯盟」(Bund der Deutschen)，達數年之久。訴願聲請人自己曾數次在國內外所舉行之集會和會議中，公開發表言論批評聯邦政府政策，特別是有關軍事政策及統一之問題。

當訴願人於一九五三年，向莫西—克拉的巴赫 (Moenchen-Gladbach) 市之護照機關聲請延長護照時，卻被其於一九五三年六月六日未附理由地，依一九五二年三月四日所公布之護照法第七條第一項 a 款之規定，駁回其聲請。其所提出之異議，亦於一九五三年七月四日被莫西—克拉的巴赫 (Moenchen-Gladbach) 市行政首長駁回。其提起之行政訴訟首先被杜塞爾道夫 (Duesseldorf) 行政法院於一九

五三年九月十八日裁定駁回，嗣後於一九五三年十二月四日被判決駁回（10 K 136 / 53）。訴願聲請人對之向明斯特（Münster）高等行政法院所提起之上訴亦被判決駁回。（一九五四年十二月十八日之裁定—VII A 38 / 54—）。同樣的，其向聯邦行政法院提起之第三審上訴亦被判決駁回（一九五六年二月二十二日之判決—I C 41.55—）。聯邦行政法院判決駁回訴願聲請人之聲請，其理由為訴願聲請人參加一九五二年十二月十二至十九日於維也納所舉行之人民和平代表大會，並宣讀在當地所撰之「全德宣言」（Gesamtdeutschen Erklärung）；邦行政法院及高等法院之判決均認為除上所撰之外，其參加在巴黎、布達佩斯及東柏林的集會亦屬重點。

訴願聲請人針對聯邦行政法院之判決提起憲法訴願，並主張其基本法第二、三、五、六及十一條之基本權利受到侵害。嗣後其通知，有關其因違反刑法第九十 a、一百二十九、九十四及七十三條而進行之調查程序，聯邦最高法院已因高等聯邦檢察官（Oberbundesanwalt）之聲請，而於一九五六年六月二十二日宣告不再追訴（刑事判決集 48 / 52 · AK 74 / 56）。

聯邦內政部長及北萊茵—威斯特發連（Nordrhein-Westfalen）邦之內政部長認爲其所提起之訴願並無理由的。言詞審理時，訴願聲請人、聯邦及北萊茵—威斯特發連邦之內政部長均到庭。

II、在形式上及期限上均屬合法之本件憲法訴願並無理由。

1. 訴願人主張，一九五二年三月四日公布之護照法第七條第一項 a 款無效，因其對基本法第十一條

所保障之出境自由不法加以限制。其主張並無理由。

該條之規定爲：

「有事實足以認定有下列情事時，應拒絕發給護照：

a) 聲請人爲護照之所有人，而危害到德意志聯邦共和國或某一邦之內部或外部安全或其他之重大利益者……」。

基本法第十一條第一項保障「在整個德國境內」有遷徙之自由。由其文義觀之，並不表示亦有自由離開德國之基本權利。由該條訂定之沿革觀之，亦同。在立憲會議（Parlamentarischer Rat）中，曾就移民國外之自由是否應列爲基本權利之一，加以討論（最後被否決，見基本問題委員會一九四八年九月二十九日第五次會議，Kurzprot. 第三頁）；但對於出境之自由則未提及。

自由遷徙之基本權利，只得在基本法第十一條第二項所明文規定之前提下，以法律加以限制。基本法之立法者論及限制之構成要件時，只想到國內遷徙之限制；對出境自由之一般而適當的限制則未提及。長久以來，許多國家——在自由民主之國家亦同——對於離開國境，均得因國家安全，而以拒絕發給護照之方式加以限制。德國自第一次世界大戰後，這方面相關法規之效力即未曾中斷過；一九五二年之護照法就這些規定幾乎未爲修改即予承受。至於說基本法之立法者，有意將出境自由之基本權利列入基本法第十一條保障之範圍內，並忽略長久以來即已存在且重要之國家安全之限制原因，此說並不足採。詳言之，立法者並無在基本法第十一條保障出境自由之意思。這種觀點顯然亦爲護照法之立法者所採；

蓋其對於拒絕護照之原因，在內容上既未與基本法第十一條第二項之條文相配合，亦未顧及基本法第十九條第一項第二句而在護照法中將遷徙自由之基本權利稱之為受有限制之基本權利。聯邦衆議員因歐洲議會（Europarat）之建議，而多次論及放寬或取消護照強制（Passzwang）時，亦無人將此問題與遷徙自由之基本權利牽扯在一起。

在此情形下，聯邦憲法法院無法確信出境之自由因體系上之要求，而應——如學說上所主張者——包括於基本法第十一條所保障之遷徙自由之內。雖然如此，出境自由乃一般行為自由之表現，其並非無適當之基本權利加以保障（基本法第二條第一項）。

2. 聯邦憲法法院於一九五四年七月二十日之判決中，對於是否在人格自由發展之概念下，就人之行為自由，則人便完全無法發展其身為精神道德之人的本質，並無定論。

a) 基本法對於「人格之自由發展」並不只限於發展與精神道德有重大關係之個人人格之核心部份而已；蓋在此核心部分之發展，如何可能會違反風俗規範、其他法律或甚至違反自由民主之合憲秩序，很難令人理解。對個人因其為社會之一員而加以限制，反而正好顯示出基本法第二條第一項係指廣義之行為自由。

當然，當時基本法第二條第一項以嚴肅之用語規定之目的，特別係在於使該條文在基本法第一條之下被了解，並由此導出：該條規定亦在於強調基本法上之人的形象（Menschenbild）。是以，無可否

認地，基本法第一條事實上為重要之憲法原則，其支配所有基本法之規定，基本法第二條第一項亦包括在內。就法律層面而言其為獨立之基本權利，保障一般性之人的行為自由。當時立法者會以現在之規定取代原來之「任何人之作為或不作為，皆得依其意思為之」之規定，並非由於法律上之考慮，而係基於語法上之原因。認為基本法第二條第一項之目的只在於保護人格之核心部分之說法，顯然係認為合憲性秩序亦屬後半句中所稱對人民發展其人格之限制所致。過去就此一在基本法其他地方亦會出現之概念，試圖均以相同之方式來解釋時，最後會得到一結果，亦即在合憲性秩序（*verfassungsmässige Ordnung*）中發現一個相對於合憲性之法律秩序（*verfassungsmässige Rechtsordnung*）而言更狹隘之概念。因此過去人們必然會推論出，憲法所保障者只是人格之核心部分，而非人之行為自由之結論。

除了基本法第二條第一項所保障之一般行為自由外，基本法對於人類在特定生活範圍內之活動自由，特別是其依歷來之經驗，非屬公權力所得干預者，皆以特別之基本權利之規定加以保護；就這些規定，憲法以不同層次之法律保留來界定各個基本權利在何範圍會被侵犯到。倘公權力所侵害之自由，不屬於此種基本權利所保障之特定生活範圍，則可援引基本法第二條第一項之規定。在此並不需要有法律保留，蓋國家可得干預之範圍，由合憲秩序對人格自由發展之限制即可直接推論出。

b) 如下述 2a) 所示，基本法第二條第一項係以人格之自由發展來保障一般行為自由，倘一般行為自由只受合憲秩序之拘束（只要該行為不侵害他人之權利或違反風俗法），則此所稱之合憲性秩序之概念，只能被了解為遵守憲法上之實質及形式規範之一般法律秩序，亦即其須為合憲之法律秩序。在此意

義下，明斯特（Münster）高等行政法院在系爭案件中亦稱合憲秩序為「依照憲法的」，「依憲法所建立且在憲法之範圍內之法秩序」。

下述之說法並不能推翻上述之結果，即「合憲秩序」在其他之基本法條文中必然有其他意義，但其概念則須具有相同之內容。對其所為之解釋，大多依其概念在各個規範內所具有之功能而定。分析概念所在之法律構成要件，會發現其經常在於界定規範相對人所應受拘束之規範的範圍。此即說明了，表現合乎憲法秩序而有拘束力之規範，其範圍對每一規範相對人——其相互間完全不同——並非皆屬相同。例如雖然立法者完全受憲法之拘束（基本法第二十條第三項），在其他相關之情形——例如基本法第九條、刑法第九十 a 條——亦可能要求將「憲法秩序」之概念限於某些憲法之基本原則；而合法地限制人民之一般行為自由，不單只是以憲法或只是以「憲法基本原則」加以限制，而是以在形式上及實質上均合憲之法律規範加以限制。

此亦可由基本法第二條第一項之制定過程中得到證實。其係源自立憲會議之原則委員會（Grundsatzausschluss）之男士金湖草案（der Herrenchliemsee-Entwurf）第一條，該條第二項明白表示：「任何人在法秩序及善良風俗之界限內可為一切之行為，只要之侵犯第三人之自由」。在討論之過程中，為避免疑慮，乃根據黑森邦之憲法採用「合憲秩序」（verfassungsmässige Ordnung）之概念。當時在最後之定稿中，則兩種概念併存。是以在主要委員會二讀時，有主要委員會之版本 (a)，以及編輯委員會之版本 (b)，其文字如下（立憲會議印刷品 1.49—543）..

## 第二條

八

a) 「(1) 任何人均有主張生命及身體不受侵犯、個人之自由及安全之權利。」

(2) 任何人均有自由發展其人格之權利，但以不侵害他人之權利且不違反憲法秩序或道德規範為限。

(3) 此等權利僅得依法律干預之。」

b) 「(1) 任何人均有作為或不作為之自由，但以不侵害他人之權利及憲法秩序或道德規範為限。」

(2) 任何人均有主張生命及身體不受侵犯之權利。此等權利僅得依法律干預之。」

就此編輯委員會在「註解」中加以說明：

「(1) 依普通編輯委員會之見解，第二條首先應保障一般之行為自由。」

(2) 不清楚的是，主要委員會在第一項中所謂安全之權利內容為何。其只能是人格自由之表現。

(3) 人格之自由發展，基本上是在國家秩序以外所發生之過程。

(4) 主要委員會在第三項規定得依法律干預之權利，不僅指第一項，亦係指第二項所規定之權利而言。但在第二項所規定自由發展人格之權利，已於該條第二句中做了限制。因此第三項必須當成第一項之第二句。此外，依所選定之版本，第二項所指之權利，在一般法律保留之下，應做最廣義解。是以，任何規範，例如基於自己創設之警察習慣法，皆得干預這些權利。

立憲會議於一九四九年五月六日二讀時，就基本法第二條有關法律保留之部分即採用了編輯委員會

之版本。由此可知其亦認爲，此之行爲自由應在所有合憲性法律保留之下受保障。」

(c) 在學說上經常出現不同之意見，依其見解，基本法第二條第一項之權利將會「空洞化」( leerlaufen )，因其受一般法律保留之限制。然而其卻忽略了，基本法中規定之立法權比一九一九年帝國憲法中之規定受到更多之限制。當時不只是許多基本權利由於依憲法公佈之法律之一般性的法律保留，而事實上變成「空洞化」；立法者亦得隨時藉著修改憲法之多數決所公佈之法律，於個案中擺脫憲法上之限制。反之，基本法建立了一個與公權力相區分並受價值拘束之秩序 ( wertgebundene Ordnung )。經由此一秩序，人類之特性、自我責任及尊嚴，在國家社會中應受到保障 ( 聯邦憲法法院判決集 2,1 : 5,85 )。這個價值秩序之最高原則應受保障，而不得經由修憲加以改變 ( 基本法第一條、二十條及七十九條第三項 )。不得有憲法放棄 ( Verfassungsdurchbrechung )。：憲法審判權監督立法者應受憲法之拘束。形式上合秩序之法律，尚不得稱爲其已「合憲」。必須其實質上亦符合民主自由基本秩序之最高基本價值，以及憲法上之價值秩序，惟其亦包括未明文規定之憲法基本原則及基本法之基本決定，特別是法治國家基本原則及社會國家原則。因此法律尤其不得侵犯人性之尊嚴，其乃基本法之最高價值，同時亦不得對人之精神上、政治上及經濟上自由加以限制，以致於侵犯到其本質內涵 ( 基本法第十九條第二項，第一條第三項，第二條第一項 )。由此可知，各個人民在私人生活之形成方面，享有憲法效力之保留權，亦即有人性自由最後不可侵犯之範圍，其不容許公權力加以侵犯。對人民造成侵犯之法律不可能成爲「合憲秩序」之一部分；其應由聯邦憲法法院宣告爲無效。

由上所述得知，一個法律規範必須完全符合這些要求，且亦一直屬於「合憲秩序」之一部分，始得對人民之一般行為自由範圍有效地加以限制。程序法上之意義為：任何人得以憲法訴願之方式，主張某限制其行為自由之法律不符憲法秩序，因其（形式上或內容上）違反個別之憲法規定或一般之憲法基本原則，而使其基本法第二條第一項之基本權利受到侵害。

3. 出境之自由亦不屬基本法第十一條第一項所保護之在德國境內之遷徙自由，故其屬基本法第二條第一項一般行為自由之表現，在合憲秩序（合憲之法律秩序）限制之範圍內受憲法之保障。問題是，護照法是否屬於此意義下之合憲秩序。答案是肯定的。

a) 護照法對所有欲離開國境至外國之德國人，規定護照強制（*Passzwang*），此乃出境時重要之形式上限制。由於依通說之見解，該法賦與人民聲請簽發護照之法律請求權，僅於具備特定之要件時，始得拒絕簽發與護照，是以該法乃保障自由出境之原則，亦即考慮到基本法第二條第一項推定自由（*Freiheitsvermutung*）之原則。

b) 拒絕簽發與護照之理由分別列舉於護照法第七條中。在此有關之第七條第一項第一款對於認為有危害德國或某一邦內部或外部安全者得拒絕護照之規定，並無可指摘。倘認為有危害「其他重大利益」之顧慮即足，則可能會有問題。使用此種內容上如此不確定之概念，容易產生危險，即拒絕簽發與護照事實上操之於護照機關之裁量，而無法加以審查。倘如此，則該規定就沒有存在之必要；因立法者得依其權利對自由之限制加以規定，而不須藉著不明確之一般條款，讓各個行政機關就個案衡量其界限（參照聯

邦行政法院判決集 2,114)。惟上述之情形，在此並不存在。

依護照法第七條第一項第一款之規定，首先必須確定特定之事實，依該事實足以認定危害到德國之重大利益。這「其他重大利益」之概念，正如行政法院曾正確表示過，乃一種不確定之法律概念，而行政法院對一特定之生活事件是否亦屬於此概念下，有充分之審查權限。聯邦行政法院亦正確地認為，由護照法第七條第一項第一款的三個構成要件之關係，應可得出該法之「其他重大利益」係指下述之構成要件，即「其重要性雖與其他二個構成要件不同——但亦相差不遠」，其相當「重要而基於強制性之國家政策之理由，應被置於在德國境內自由發展之前」。如此解釋，則該規定與一般法治國家原則，特別是依法行政之基本原則相符。

4. 因此倘能確定護照機關及行政法院判決所依據之規定在憲法上無可指摘，則仍有可能這些機關於適用這些規定時違反憲法。聯邦憲法法院常表示，其對針對法院之判決所提起之憲法訴願並不就全部之範圍為審查，而係只就是否違反特別之憲法（*spezifisches Verfassungsrecht*）之觀點加以審查。在此適用此原則時，並不須審查所有參與訴訟程序之機關及法院所為之衡量在憲法上是否均無問題。做為權威性之法律審查之聯邦行政法院，倘其拒絕發給護照之衡量能通過憲法上之審查，則足矣。本案即屬於此種情形。前已述及聯邦行政法院正確地以與基本法之自由法治國家精神相符之「其他重大利益」概念為出發點。倘進一步依所調查而訴願聲請人大致上沒有異議之事實，可認定訴願聲請人做為護照之所有人，將會危害德國之重大利益，甚至所危害者為聯邦憲法法院審查時之界限，應與聯邦行政法

院相同；因此聯邦行政法院並未牴觸其解釋之原則，亦不違反憲法之其他規定，特別是訴願人主張而未詳細說明理由之基本法第三條及第六條。

同樣的訴願聲請人未附理由所主張之基本法第五條所受之侵害亦不存在。雖然該憲法條文包括其於國內及國外發表意見之權。倘為保護高一層之法益（在此即國家之安全及重要利益）而對出境之權利加以限制，則訴願聲請人不得只為其能在國外發表意見而主張基本法第五條之權利。

5. 是以本件憲法訴願並不成立。惟駁回其聲請並不表示同意護照機關不具理由而拒絕訴願聲請人之護照延長程序。雖然護照機關得主張依一九五二年八月十五日所制定之護照法施行之一般管理規定第二十五條第一項，於有「特別規定時」得例外地不附理由。但此例外規定，與人民於權利受到侵害時，有權得知其理由之法治國家基本原則並不相符；蓋唯有如此，人民才能適當地防衛其權利。聯邦憲法法院只有在護照機關已於行政法院之程序中說明其理由，使訴願聲請人得對之表示其意見，且結果證實護照機關之決定有理由時，才可考慮不廢棄其決定。

# 關於「人身不受侵犯之基本權要求」之判決（體液抽驗案）

——聯邦憲法法院判決第十六輯第一百九十四頁至第二百零三頁

譯者：吳從周

憲法上人身不受侵犯之基本權要求在依刑事訴訟法第八十一條 a 發佈體液抽驗命令之情況下，尚須考量到擬執行的人身侵犯手冊與犯罪事實的重大性應處於適當之關係。

一九六三年六月十日第一庭判決

——1. BVR 790 / 58——

本案件是商人 Robert. N...（訴訟代理人：律師……）不服慕尼黑黑區法院一九五八年九月十一日判決一案號 8 Cs 67 / 58 ——及慕尼黑地方法院一九五八年十月十四日判決一案號 II Qs 304 / 58 ——所提起之憲法訴願。

判決主文：

慕尼黑黑區法院一九五八年九月十一日判決一案號 8 Cs 67 / 58 ——及慕尼黑地方法院一九五八年

十月十四日判決——案號 II Qs 304 / 58 ——侵害憲法訴願人源自基本法第二條第二項之基本權利，應予廢棄。案件發回慕尼黑區法院。

理由：

A、

1. 憲法訴願人乃慕尼黑針織樣品股份有限公司之經理及擁有 19000 馬克股份之大股東；與其同往，現年八十九歲之年邁母親則是擁有 1000 馬克股份之公司股東。因為擔任經理之憲法訴願人自信其並無義務重覆回答手工業工會所寄發之意見調查表，所以未按規定填寫，反而——如檢查官所陳述者——記載一些不合要求的、嘲諷的，甚至部分根本毫無意義的評語，致使該公司被課以兩次 500 馬克的罰鍰。由於憲法訴願人在此之前已公開宣誓就任公司之法定代理人，因此這些罰鍰便成爲公司的不利損失。又因爲這些罰鍰之判決乃肇因於憲法訴願人，致使公司蒙受 1000 馬克的損失，故訴願人被以違反股份有限公司法第八十一條 a（機關背信罪）爲由提起公訴。

在主審程序中，區法院法官向被告接受醫療檢查，以確定其有無責任能力。法醫根據診斷檢查結果斷定被告中樞神經系統可能罹患疾病；爲進一步澄清，法醫認爲有必要作血液檢驗及液體抽驗（腦髓液體及脊髓液體），這種檢驗必須以一根長針管刺入腰部脊髓（腰部穿刺術——Lumbalpunktion）或顱骨與最上端頸椎之間的頸脊髓（枕骨穿刺術——Okzipitalpunktion）的椎骨柱中。因爲憲法訴願人拒

絕實施這種檢驗，因此，區法院乃根據刑事訴訟法第八十一條 a 作成一九五八年九月十一日之判決，命令慕尼黑大學神經專科醫院進行該檢驗。

憲法訴願人不服該判決而提起憲法訴願，主張液體抽驗乃是一種最爲疼痛的手術 (Eingriff)。這項液體抽驗其實是不必要的，蓋其責任能力才剛在一年前一次由其主動告發的偽證罪審理程序中，一份詳盡的鑑定所肯認。法院的命令欠缺必要的確定性 (Bestimmtheit)，因爲還有好幾種液體抽驗的方式；因此，這項即將進行的身體手術應被精確地加以認定。這種強制而粗暴的手術最後可能足以嚴重地動搖訴願人因過量工作而原本在精神上使已負擔沈重的心理結構。

地方法院在一九五八年十月十四日以無理由判決駁回該訴願。針對憲法訴願人所指謫之欠缺必要的確定性，判決中指出：區法院之判決雖然並未確定應採行腰部穿刺術或是枕骨穿刺術。但此並非絕對必要，根據法醫在電話中所作之報告，此二種手術是被同等評價的，因此可讓諸實施手術的醫生自由選擇。

2 憲法訴願人指謫上述判決侵害其源自基本法第二條第二項及第一〇三條第一項之基本權。法院審判違法之處主要在於，地方法院使用法醫以電話所作之報告而未予憲法訴願人表示意見之機會。對於人身不受侵犯權所受之侵害，訴願人主張：液體抽驗的兩種方式，雖皆有身體不適之後果，但枕骨穿刺術在程度上顯然較甚於腰部穿刺術。因此，法院不得將這兩種手術方式讓諸醫生自由選擇。液體抽驗將會以最嚴重，且或許根本是不必要的，尤其是還有其他足以證明其責任能力之方式危害憲法訴願人之健康。

3. 拜恩邦 (Bayerische) 司法部長認爲憲法訴願人無理由。基本法第二條並未被違反，蓋法院之命令係根據刑事訴訟法第八十一條 a，亦即根據法律而發佈的。

聯邦憲法法院因此而請求前漢堡大學神經病理學附設醫院院長，Dr. Petre 教授，對下列事項作成專家鑑定：腰部穿刺術及枕骨穿刺術對關係人具有何種重要性及具有何種身體及心理上之後果；是否二者對關係人而言應被同等評價抑或枕骨穿刺術基本上較爲疼痛和危險。同時，液體抽驗以證明被告責任能力之必要性程度如何。鑑定結果如下：

腰部及枕骨穿刺術如果由專家實施並不會產生任何不良後果，它們不致造成心理打擊及身體傷害，特別是不致對健康產生不良後果，即使是違反關係人之意願而進行時亦同。這兩種液體抽驗的方式對關係人而言應被同等評價。惟在腰部穿刺術約有十%的病例會出現較多天的頭痛、背痛及噁心等身體不適；但在枕骨穿刺術則不致如此，一般而言，後者亦較不疼痛。在本案中，以液體抽驗來判斷精神狀況似乎並非絕對必要。因爲截至目前爲止之診斷結果，客觀上並未得出任何神經系統的組織受傷的預兆。

4. 聯邦司法部長認爲本件以審判違法法提起之憲法訴願有理由，其違反基本法第二條第二項之處在於：根據最近之判決，在依刑事訴訟法發佈處置命令以前，應審慎考量手術侵害的嚴重性與擬制裁之犯罪行爲的重要性間居於何種關係。

B、

地方法院之判決是否違反基本法第一〇三條第二項，尙未確定。惟本件憲法訴願已可因人身不可侵

犯之基本權受侵害（基本法第二條第二項）而判決有理由。

1. 以一根長針管抽驗腦髓及脊髓液體是一項不算輕微的手術侵害，一項基本法第二條第二項意義下對人身不可侵犯權之侵害。儘管當這項手術由醫師依醫療規則進行時，正常情況下並無危險，但仍有可能出現像疼痛及噁心等這類身體不適干擾健康狀態，甚至依專家鑑定結果，在腰部穿刺術還必須預期有十%的案例會發生上述症狀，在特殊情況下，液體抽驗可能還會導致嚴重的併發症（參閱 *Psychrembel*），醫學詞典，對禁忌徵象（*kontraindikation*——譯按：指不宜使用某種程序法之狀態）的說明，123—153 *Anfl.*，詞目：腰部穿刺術）。因此，帝國社會保險局——在其他關連案件上——數十年前早已在一個後來一直被遵守的判決中正確地評價過此種手術，在當時，該局判示：拒絕作液體抽驗而剝奪其年金請求權係無理由的。（參閱 *Ämtliche Nachrichten für Reichsversicherung* 1929 年，164 頁；1930 年，163 頁；*Entscheidungen und Mitteilungen des Reichsversicherungssamtes*，第 46 冊，〔1940 年〕，263 頁）此判決係根據一份帝國衛生局之鑑定作成，該鑑定認為，只有在：除了於手術進行之際有特別之安全措施之外，事先尚應經詳盡的專科醫師之研究以避免腦部過度負荷之情形下，才能認定該手術保證具有較高機率之無危險性（*Gefahrlosigkeit*）。同樣地，也必須在衆多的條件限制之下，才能肯認該手術具有相對的無疼痛性（*Schmerzlosigkeit*）。該鑑定特別強調，對神經機能病患者而言，存在着因手術致使神經機能僵化停止（*neurotischer Fixation*）之危險，在一個違反病患之意願而進行之腰部穿刺術中，此種危險尤有升高之虞。此外，一九五五年七

月五日發佈之執行性病防治法之第二行政命令 ( die Zweite Verordnung ) ( BGBI. I. 402 頁 ) 亦將液體抽驗列為須經病患同意始得施行之手術。

2. 人身不受侵犯權只能依據法律加以限制 ( 基本法第二條第二項第三句 )。刑事訴訟法第八十一條 a 作為形式上之法律已足以滿足此項要求。

(a) 在一九五〇年九月十二日公布，欲在法院組織、民、刑事訴訟及訴訟費用法等各領域重建法律統一性之統一法 ( BGBI. 1. 455 頁 )，雖使刑事訴訟法第八十一條 a 獲得現行有效的理解，但並不認為基本法第二條第二項之基本權利受到限制。此處實並未涉及該項規定合憲性之問題。刑事訴訟法現有的權限早已規定在針對有危險性的常習犯及保安處分之法律 ( RGBI. I. 1000 頁 ) 的施行法第二條第四款中；上述的統一法只是重申該權限，但並未擴張之。基本法第十九條第一項第二句之規定與本案無關 ( BVerfGE 5, 13 ( 15ff. ) )。

(b) 且就內容而言，刑事訴訟法第八十一條 a 在此唯一重要之範圍內——即發佈命令強制對被告進行液體抽驗的容許——並未牴觸基本法。

⑧ 依刑事訴訟法第八十一條 a 規定，為確定對訴訟程序具有重要性之事實，得命被告接受驗血及其他由醫師依醫療規則基於檢查目的所為之身體手術 ( Eingriffe )，此項手術如對被告健康並無不利之虞者，毋庸獲得被告同意。

在文獻上針對本項規定之合憲性所提出之質疑係缺乏根據的。論者或指責，該規定未要求犯罪嫌疑確

定之程度，因此，顯然違反無罪推定原則（主此說者如 Sax, Grundskizze der Strafrechtspflege in Betermann / Nipperdey / Scheuner, Grundrechte III / 2, 第 973 頁以下，特別是 983 頁以下）；或指責刑事訴訟法第八十一條 a 所使用之概念缺乏明確之界限（主此說者如 Sarstedt bei Lübbe / Rosenberg, Strafprozessordnung, 第 21 版，1962 年，§ 八十一條 a 註釋 1）。按得基於犯罪嫌疑人（被告）之特殊地位而允許對其作特別之手術，為刑法基本需要所要求者。唯依照符合刑事訴訟法第八十一條 a 之精神所作之解釋，必然會自明地得出如下結論：法官發出命令之前應先審慎考量，是否當時存在之犯罪嫌疑足以正當化其所擬採取之措施。因此，得承認者係：法律並不要求須形式上確定足夠之犯罪嫌疑，才可發佈刑事訴訟法第八十一條 a 之命令；就如同不要求形式上須確定足夠的犯罪嫌疑才可開始主審程序或須有重大犯罪嫌疑才可羈押一樣。

刑事訴訟法第八十一條 a 所使用之概念廣泛而不確定，這種指責是正確的。但此種不確定性並不會導致該規定無效。一項未被完全掌握的規定內涵，可經由考量其定法目的所作之解釋——本案中還必須考慮到基本法的價值標準——而得出，這點實不足為奇。Sarstedt 教授自己也指出，只有當對被告所作之手術與被控告罪責之嚴重性、嫌疑之重大性、結果之可能性以及判決之價值（*Erkenntniswert*）處於適當之關係時，此種符合該規定精神所作之人身侵犯，才是允許的。此外，對隱藏在法律文義背後之人身不可侵犯性所作之侵犯，其實是存有一條絕對的界限的，一旦逾越將危及基本權之本質內涵。

本項規定在憲法上之評價主要必須考慮到：該命令之發佈掌握在法官手中；至於依刑事訴訟法第八

十一條 a 第二項，檢察官及其輔佐人員在急迫情形下亦有此項如液體抽驗等重大侵害人身之權限，則並無實際之重要性。法律期待於法官者乃是在他須採取一項類似行政處分之處置時，他能運用同樣特有的法官的思維方式，一如其對行政機關在其裁量範圍所為行為之司法審查。這正是法律將此重要的命令交付於法官之原因。

bb) 因此，對此項規定之效力所產生的憲法上質疑，並無強大之說服力。故仍不能排除依個別考量所為之手術侵害經由憲法而加以絕對地禁止之必要。當法院接受專家鑑定而為判決時，液體抽驗並不屬於此處所禁止者。

(c) 就如同所有國家侵犯人民自由範圍時之情形相同，因而，在本案關於液體抽驗的判決中，法官亦必須去注意到手段與目的間之比例原則。即使是根源於法治國家非常重要之合法性原則（刑法第一五二條第二項），故基於調查犯罪之公共利益的需要，在一般情況下可正當化其對犯罪嫌疑人自由之侵犯；但對人民自由範圍侵害得愈嚴重，其實公共利益的滿足愈少。因而，為判斷目的與措施間的比例關係，必須考量到該項擬制裁之犯罪行為具有何等重要性。這點特別在刑事訴訟法第八十一條 a 所允許用以確定犯罪嫌疑人責任能力之重大措施時有其適用；在此，考量基本權精神之法律適用，要求的是：擬進行之手術侵犯與犯罪行為之重大性間處於適當之關係，因而，為調查犯罪行為而造成之後果不得較行為人所可能接受的刑罰負擔為重。職是之故，法官必須遵守憲法，在個案中衡量法律所允許採取之措施與禁止過份原則（參閱 Maunz / Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Randnr. 40, 第二條第

二項註釋)。此項原則之適用已在依刑事訴訟法第八十一條爲鑑定犯罪嫌疑人精神狀態之準備，將其送入公立精神病院之案型，獲得普遍地承認。（可參閱 Nr. 47 der Richtlinien für das Strafver-fahren）。聯邦憲法法院亦已一再地將此原則適用於羈押之規定（BVerfGE 10, 271〔274 und Leitsatz〕）。因此，刑法第八十一條 a 之合憲解釋便要求在此應以如同法院迄今爲止所一再運用的方式，適用比例原則（參閱 LG Göttingen, MDR 1952, 629〔630 a. E.〕；Bay OBLGst 1956, 180〔186〕；OLG Celle, Nds. Rechtspflege 1957, 15〔16〕）。

3. 在本案中，法院忽略了此項原則。由憲法訴願人擔任經理之公司，除了訴願人以外還有其年邁的母親以其一小部份資本投資於公司。很顯然地，其母親已同意其對手工業公會之行爲或者至少訴願人可以預期到其母親之同意。雖然全體股東之同意並不能排除依股份有限公司法第八十一條 a 作成之判決所構成之背信罪，蓋公司之財產爲債權人之擔保，且須爲債權人而保存以作爲信用基礎（BGHSt. 3, 23 und die dort angeführte Rechtsprechung）。惟在本案中，雖被課處罰鍰，但並未有任何人受損失，既非公司本身，亦非可能之債權人。整體而言，其所牽涉者乃一微不足道的瑣事，爲此所課處的，亦只是一個微不足道的刑罰，甚至在可能情形下，可考慮因微罪而不起訴處分。相對於此者，上述兩種方式所爲之液體抽驗是一項並非無關緊的人身侵害，因爲此件微不足道的小事而違反被告意願，強令其接受此種手術，實不足以構成正當化之理由。

因爲法院在基本法第二條第二項之基本權效力範圍內忽視了比例原則，因此，上述判決應予廢棄。

案件發回區法院（BVerfGG, 第 95 條第二項）。

# 關於「人民集會遊行權」之判決

## ——聯邦憲法法院判決第十九輯第三百十五頁至第三百七十二頁

譯者：劉孔中

1. 人民透過行使集會自由而積極參與政治意見及意思形成過程的權利係屬民主共同體不可或缺的功能要素。此項自由權的此種基本意義，在立法者制定限制基本權的規範時以及官署及法院解釋、適用這些規範時應遵守之。

2. 集會法關於申報室外活動之義務以及關於其解散或禁止的規定，若在解釋及適用時斟酌下列二點，則符合憲法的要求：

(a) 申報義務不及於突發的示威以及違反義務者並不當然導致解散或禁止。

(b) 只有在嚴格遵守比例原則下，爲了保護相等價值之法益不受直接且可得而知情況可能導出之危害，始准許解散或禁止。

3. 國家官署應以和平進行的大規模示威爲模範，以利於集會的方式處遇，並不得在缺乏充分理由的情況置之有效的經驗不顧。主辦人一方越是願意採取取得信賴的措施或有利於示威的合作，官署基於

公共安全受危害而干涉所受到的限制應該更嚴格。

4. 若不需憂慮示威在大體上會採取不和平的過程，或主辦人及其支持者會追求此種過程或至少贊許此種過程，則在即使各別個人或少數人有可能採取越軌騷亂的情形，和平參與人之憲法授予每個人人民之集會自由仍應受到保護。遇有上述情形而對活動整體所作之預防性禁止必須以對危險預估設有嚴格要求，以及窮盡一切合理、可適用且有助於實現和平示威者之基本權利的手段為前提要件。

5. 行政法院在暫時的權利保護程序，即應以較嚴格之審查而考量到示威禁令之立即執行原則上會終局地妨礙基本權之實現。

6. 論及法官造法（*richterliche Rechtsfortbildung*）的界限。

第一庭一九八五年五月十四日之決議

一、

關於 I 1. P 先生及 2 P 女士針對 (a) 低薩克森邦及史列斯維希—赫爾斯坦邦高等行政法院一九八一年二月廿八日之決議，(b) 史坦堡縣縣長一九八一年二月廿三日之一般行政處分，以及關於 II 1. S 律師及 2 W 先生針對 (a) 低薩克森邦及史列斯維希—赫爾斯坦邦高等行政法院一九八一年二月廿八日之決議，(b) 史列斯維希—赫爾斯坦邦史列斯維希行政法院一九八一年二月廿七日決議，(c) 史坦堡縣縣長一九八一年二月廿三之一般行政處分所提憲法訴訟之程序。

判決主文：

I、低薩克森邦及史列斯維希—赫爾斯坦邦高等行政法院一九八一年二月二十八日決議判決針對第一審裁判所提上訴勝訴部份，侵害憲法訴訟提起人依基本法第八條與基本法法治國家原則結合所享有之基本權利，應予撤銷。本案發回該高等行政法院。

II、II案憲法訴訟提起人之憲法訴訟應予駁回。

III、史列斯維希—赫爾斯坦邦應支付憲法訴訟提起人所支出的必要費用。

判決理由：

A、

本案之憲法訴訟涉及針對反對在布洛克城（Brokfort）設立核能電廠之示威所頒布之禁令。其主要客體係有關縣長以一般行政處分所預防性頒布的、而且得到高等行政法院支持的示威禁令的立即執行。

I、

1.除了意見自由，特別就是集會自由此一基本權可以做為確保示威自由的憲法上的基礎：

（基本法）第八條

(1)德國人民享有不需申報或許可而和平且不攜帶武器集會之權利。

(2)此項權利在室外集會之場合得以法律或依據法律限制之。

一九五三年七月二十四日公布，一九七八年十一月十五日修正的集會遊行（集會法）對此有進一步的規範（聯邦法律公報I—一七八九頁）。該法第一條強調每個人主辦公開集會、遊行以及參加此種活動之權利。該法第三節是關於「室外公開集會遊行」之規定：

#### 第十四條

(1)須在室外主辦公開集會或遊行時，至遲應於宣佈活動四十八小時之前向主管機關提出申報並說明集會或遊行之客體。

(2)申報中應說明何人對此集會或遊行負責。

#### 第十五條

(1)依做成行政處分時可得而知情況，公共安全或秩序會受到集會或遊行遂行的直接危害者，主管機關得禁止該集會或遊行或賦加某些負擔。

(2)集會或遊行未經申報、偏僻申報中之說明、違反負擔或符合第一項關於禁止之要件者，主管機關得解散之。

(3)被禁止之活動應解散之。

第十八條規定室內活動的一些規定準用於室外之集會（集會領導人之必要性及任務，糾察員之配置，破壞者之排除，解散後撤散參加者之義務）；第十九條規定遊行的特別規定。第四節含有包括針對被

禁止或未經申報之活動的主辦人或領導人（第二十六條）以及參加被禁止之集會（第二十九條第一項第一款）之刑罰與罰金規定。

2 係爭高等行政法院及環境保護市民運動聯邦協會在本案程序各以不同理由說明，法律規定不足以應付像在布洛克城所計劃的大規模示威。爲了釐清主管機關及主辦人的那些措施可以有助於大規模示威和平進行此一問題，聯邦內政部長曾提出有關聯邦內政部長的经验報告（Erfahrungsberichte）。布洛克城示威促使環境保護團體成員、警方代表以及社會人士對如何和平解決環境糾紛進行對話。其結果經發表爲參考輔助（斯圖加特對話，波昂一九八四），其中宣稱：

警方首要的任務在於確保對調節社會糾紛而言係屬重要的意見及集會自由等基本權利不受妨礙地行使。生態及和平運動基於其自我體認即應協力促使政治糾紛不流於暴力。特別重要的是，一切當事人所具備之對話意願以及因此而產生的持續性接觸。接觸有助於相互了解、當事人做情況判斷、完成其任務並促使吾人能較輕鬆面對衝突的狀況。警方不能容忍違法之行爲，但致力於以適合具體情況、彈性及合乎比例的反應避免緊張情勢升高，節制行使國家獨占的暴力，以適當防禦性的態度及介入面對新而和平的行動方式。所有當事人均應努力避免以下性質的措施：

不通告集會及行動，

相互譏諷及侮辱，

過當妨礙、威脅或危害他人之行動及措施，

示威者及警力激烈的行爲，

令人覺得沒有必要、過份或難以理解的警方佈署措施，

警方及民間團體或主辦人，當然還有政治人物沒有必要的實力展現。

## II、

1. 在布洛克城籌劃並建立核能電廠是行政法院訴訟的客體，並自一九七六年起引發多起示威——其中部分是不和平。經過四年停工於一九八〇年底傳來恢復施工的消息，於是在一九八一年初就開始了一個大規模示威的準備工作。三十個市民運動團體於科馬（Kollmar）召開的籌備會中決議，號召一個國際性的大規模示威。來自六十個市民運動團體及其他組織的四百位代表在一九八一年二月十四日於漢諾威召開的會議中，將一九八一年二月二十八日、星期六訂為示威日。他們透過傳單、宣傳看版以及報紙呼籲在全國邀請參與。新聞界自始即關切該預定之示威並預期它會流於暴力。

根據環境保護市民運動聯邦協會的陳述，此項示威的最終方案是在一九八一年二月二十一日才通過。根據此方案，陸續到達的示威參與人應該在距離建築工地九公里的小城韋斯特（Wister）所舉行的序幕大會上集合；遊行隊伍預計十一點左右向布洛克城前進，並於十三點左右在建築工地旁、由一位農民所提供的草地上舉行閉幕大會。這些活動原本預計在下個星期一即一九八一年二月二十三日，提出申報。

2. 另一方面，史坦堡縣縣長於一九八一年一月即開始準備計劃。他曾在二月中旬考慮對未經立即提

出申報的示威將採取「警告」做爲第一個措施。未經此種警告，他於一九八一年二月二十三日，星期一，頒布禁止前述示威及其他一切於一九八一年二月二十七日至三月一日在建築工地及韋斯特低地方圓二一〇平方公里反對該核能電廠的示威的一般行政處分。

他所提的理由是：申報迄未依法提出。即使已申報的活動亦應禁止之。估計會有五萬人響應遊行的號召，其中有不少人企圖用暴力占領及破壞建築工地並對人身及物施以暴行。此外必須擔心在活動遂行中發生重大刑事犯行及秩序罰犯行的機率接近百分之百。此項疑慮一方面根據報紙報導及數個主張使用暴力或至少歡迎使用暴力的團體所散發的傳單內容。另一方面目前的經驗顯示，潛在的破壞及暴力人士有意地利用和平示威者單純的在場爲其護盾，特別是一九八〇年十二月二十一日以及一九八一年二月二日分別在布洛克城及漢堡舉行的示威。幾乎可以確定的是，前述二次示威的暴力人士也會以暴力的方式參加預計在布洛克城舉行的活動。

此外，該縣縣長依據行政法院法第八十條第二項第四款命令立即執行該項一般行政處分，如禁令理由中所說的，它認爲（此項遊行活動）會對大眾的福祉帶來不利並造成健康與財物的損害，以及法規範之違反；保護這些法益應該優先於活動遂行可能得到的利益，故基於公共利益有立即執行的必要。

3. 禁令頒佈後，II案的訴訟提起人身爲「保護生命世界聯盟——漢堡分會」理事和幾個其他的人一樣，於一九八一年二月二十四日（星期二）以書狀申報於一九八一年二月二十八日在核能電廠建築工地的範圍舉辦示威。縣長於一九八一年二月二十五日的回函中指出該項一般行政處分及其中所包含之禁令

。該提起人立即針對此信件及該一般行政處分提出異議。I案的訴訟提起人亦於一九八一年二月二十六日（星期四）以函件對該一般行政處分提出異議，同日並以另外二封函件表示，他們將於一九八一年二月二十八日在韋斯特市集廣場——I案之2的訴訟提起人亦將在布洛克城——與其支持者示威反對核能電廠繼續施工。

該縣縣長起先並未對所提之異議做出判斷。史列斯維希——赫爾斯坦邦行政法院基於申請，以一九八一年二月二十七日決議命令部分恢復該異議之延展效力。在警方自建築工地四點五公里至九公里處封鎖街道之範圍，該法院則維持禁令之立即執行，並指定街道封鎖前最多一百公尺為安全距離。該行政法院在決議理由中對該一般行政處分之合法性提出強烈質疑；特別是它是否符合比例原則。（該法院認為：）依據所提出的證明，對建地設施，特別是將來核能電廠用地四周之建築圍牆使用暴力一事，僅不過具有相當的確定性。然而由於在簡易程序不能終局地澄清禁令合法性的問題，因此有必要一方面斟酌集會自由此項基本權的崇高意義，另一方面斟酌安全與秩序之維持所具有的公共利益，而衡量衝突的利益。原則上此基本權亦保障在主辦人所希望的地點集合此一權益；由反對核能人士所主辦的示威自然希望在核電廠的建地或儘可能與其鄰近之處所集合。基於目前的知識，為了避免對公共安全與秩序的直接危害，在核電廠四周劃定特定不得示威的範圍，是正當的。但是整個地區禁止集會却太過分，因為根據目前資料，並沒有會在其他地方發生騷亂的跡象。因為單純有可能及指出在漢堡曾因示威而發生騷亂，並不充分。每一個示威都可以以此為由遭到禁止。

4. 行政法院裁判雖然已在曉諭救濟途徑中指出，該裁判——對訴訟參加人亦同——關於准允申請之部份已不得撤銷，但是身為訴訟參加人的地方行政區域、公職人員、縣長以及公共利益代理人仍於一九八一年二月二十七日（星期五）下午向高等行政法院上訴。在同天傍晚的言詞辯論之中Ⅱ案之訴訟提起人亦提起上訴。高等行政法院基於訴訟參加人的上訴以一九八一年二月二十七日晚上作成的決議（D.O.V.，一九八一年，四六一頁）改變第一審裁判並駁回恢復全部展期效力之申請。它依據行政法院法第八十條第六項第二句的舊規定不受理縣長及公共利益代理人之上訴，並且判決Ⅱ案訴訟提起人之上訴無理由。

高等行政法院的判決理由：它認為依目前可預見的事實關係判斷，係爭禁令是正當。無論如何，適當的利益衡量必定也會完全證實立即執行的合法性。大多數的示威參與人是要以和平的方式表達其確信；他們對以原子能製造能源的方式感到無比的憂慮。然而多數而且一定是絕大多數的善意示威人却無法擔保，能排除少數但層面廣泛而執意採取暴行的示威人。自傳單、其他的公開宣傳以及警方與附近居民從以前示威所得到的經驗顯示，為數不少的參與人要以不和平及使用暴力的方式示威。根據社區共同體代理人的陳述，該地區的居民為防範破壞而採取防護措施，甚至離開住處向有關當局尋找救助。此種對公共安全與秩序危害的程度，使得有關機關有義務採取適當的手段對付這種危險。如果有關機關能適時與負責主辦示威的單位達成協議，示威過程中的安全措施在如此不尋常的範圍及地緣的特殊性下仍有可能發揮效用。在協議的過程也可以討論，是否不在預定示威區域裏的田野、道路以及小市鎮，而在比較

適合的場所舉行此大規模的示威，例如可以建議在體育場或其他適合群眾活動的空間，而無損於示威意念持續不斷的表達。然而主管機關既無法得知示威的負責領導也無法得知示威的步驟。此一將達到鮮知其規模的示威在開始前五天仍未依集會法第十四條申報。這不僅對行政法院所指定的範圍，而且對該一般行政處分所指出的其他地區之公共安全產生直接的危害。

（高等行政法院接着認為：）總之，在該示威禁令及其立即執行命令中並沒有裁量錯誤。憲法保障的集會自由關於室外集會之部分，依基本法第八條第二項之明文規定，係受到集會法的限制。不遵守集會法之規定者，應承受主管機關最重可預防性地禁止示威等不同措施。一般而言，有問題的是，未經申報的集會是否享有已被憲法規定的申報義務限制其保障的基本法保護。最後要質問，現行有效的集會法規定到底能否掌握此種規模的示威。一如法院已在他處所言，言論表達及集會自由賦予大規模示威主辦人一些在集會法只被零星規範的重要義務。為了解決當初立法者未預見的問題，應該進一步發展這些義務。

5. 工業之訴訟提起人於一九八一年二月二十七日晚上向提出憲法訴訟。他同時所提發佈臨時命令（*einstweilige Anordnung*）之申請被駁回（聯邦憲法法院裁判集第五十六冊、第二四四頁）。儘管如此，示威在遠超過五萬人的參與之下依然舉行。其中發生越軌的暴力行為。至於可否將此示威整體評價為和平示威，並沒有一致的見解。警方決議在經過搜查身體之後，也讓示威者通過行政法院所指定的封鎖線。

該縣縣長是在一九八一年夏季憲法訴訟被提起之後才對被提起之異議裁決並駁回之。Ⅱ案訴訟提起人對此上訴，迄今仍未判決。Ⅰ案訴訟提起人認爲上訴的動機因時間經過而不存在，但是對其於示威日期前已針對禁令之立即執行所提出之憲法訴訟仍有權利保護之必要。

### Ⅲ、

訴訟提起人之憲法訴訟係針對該一般行政處分之立即執行以及高等行政法院的判決。此外，Ⅱ案訴訟提起人攻擊第一審行政法院決議關於允許示威禁令立即執行亦及於建地四周較小的「禁止區域」以外範圍之部分。

1.Ⅰ案之訴訟提起人批評：其依據基本法第八條及第五條之基本權利被侵害。高等行政法院在本案對其勝訴希望做錯誤的判斷，所做的利益衡量亦不充分。集會法第十五條廣泛的一般條款是否未抵觸基本法第五條及第八條所規定之基本權、是否符合此基本權在民主國家對意見形成之基本意義，已很有疑問。無論如何，主管機關不得依其判斷認爲和平示威者中可能混有會對示威對象施暴的人士，就禁止一個和平的示威。透過雙方理智的行爲可以節制另懷目的或試圖暴行的少數人士，其前提是有關機關不以情緒性的聲明促使情勢升高。由於至少訴訟提起人打算和平地示威，並且就此提出個人保證，有關機關的任務就是針對破壞人士採取措施並保護和平的示威者。示威大體上確實是和平進行。市民的恐懼相當程度是來自於主管機關的新聞政策及媒體不斷製造焦慮。無論如何，該項涵蓋面積廣泛的預防性遊行禁令抵觸比例原則。該一般行政處分所提到的資料不過指出一些小團體在建築工地施暴。在當時警力佈署

下，最起碼可以賦予預定在韋斯特舉行的示威某些負擔而准允之。邦議會所有黨團於一九八一年二月二十四日的一致決議中亦支持；雖然不在建地或布洛克城舉行活動，但接受在其餘地區的和平示威。

2. II 案訴訟提起人主張：高等行政法院違反舊行政法院法第八十條第六項第二句的明文規定，受理訴訟參加人的上訴，即侵犯其基本權利。言詞辯論時公平程度之要求被破壞，因為法院片面受到縣代表及訴訟參加人恐怖陳述的影響。該涵蓋面積廣泛的遊行禁令實際上使基本法第五條及第八條的基本權利失效。係爭種類的大規模示威是一種自發的行動，並沒有一般情形下的主辦人，最多只有發言人士；在那麼多參與團體中當然沒有一個團體能為另一個團體承擔責任。依據比例原則，頂多在建地四周二公里的「禁止區域」禁止遊行是適當，此區域在遊行期間並沒有任何可以破壞的東西。與軍事演習造成的損害相比，示威人進入結凍的土地，並不能被視為是真正的損害。不可以基於主管機關別人難以查證的、關於預期使用暴力的資料而一般地禁止示威。對絕對有問題的示威對象亦沒有充分斟酌。其間，漢堡電力公司爲了避免電力過剩而鉅額虧本地出售其核能電廠的持分。重要的政治人物亦承認此電力過剩是政治上與企業上的錯誤決策。

#### IV

針對前述憲法訴訟，聯邦內政部長代表聯邦政府、史列斯維希——赫爾斯坦邦總理代表邦政府、史坦堡縣長以原始程序當事人的身分、警察工會及環境保護市民運動聯邦協會均曾表示意見。

1. 聯邦內政部長認爲：係爭裁判據以爲基礎的集會法之規定符合基本法第八條與第五條之要求，儘

管集會自由民主的基本秩序有始創性的功能。集會法第十四條規定的申報義務，只是一種不過分的負擔，旨在一方面確保活動儘可能不受干擾，另一方面保障他人及社會的利益，它同時也包含主管機關為順利實現集會目的所提供的合作。主辦人與官署及早的對話、相互查證彼此的忍耐負荷極限以及斟酌具體當時利益達成合作等，均有助於大規模示威時避免發生事後的衝突情況。集會法第十五條是申報義務的邏輯必然結果，它規定漸進的干預可能性。與法條文字不同的是，未申報之集會不懂得解散之，更可以禁止之。固然本規定一般條款式的範圍在文獻上零星地被批評，但是只要考慮到每個和平集會原則上許可的推定，基本法第八條的重要內容不會受到集會法第十五條一般規定的影響。自由的具體界限亦不是由行政機關來裁量，因為諸如公共安全與秩序等概念早已在警察法中有確定且符合法治國家原則的內容。

為了解釋及適用集會法之規定（聯邦內政部長的）意見書特別考量可檢證性、法益衡量、干預的準則、危險預測以及比例原則。（他認為：）由於一旦頒布集會禁令，基本權之實現多半只能透過暫時的權利保護才能達成，因此聯邦憲法法院宜將其特別注意力針對以下問題：行政法院在簡速程序中是否考慮到與出於一次性動機有關的基本權之實現係繫於具體的情況。官署與法院在解釋與適用集會法時，面臨一個限制性法律與基本權擔保相互影響的情形，如同在以法律限制意見自由的情形。基本權利所具有設定價值的意義特別會影響「公共安全」及「公共秩序」等不確定法律概念的解釋。不同於涵蓋中心法益且被高等行政法院做為主要依據的公共安全概念，公共秩序的概念廣泛到不能直接做為基本權利行

使的限制。依據學說與裁判的一致見解，單純引起麻煩（Belästigung）——儘管有時持續不斷——式的違反秩序行為應被容忍。任何一個預防性的集會禁令所涉及的核心問題是，按照可得而知的事實預測公共安全與秩序是否直接受到危害。所預測到對他人生命、健康及所有權直接危害的範圍及程度，在大規模的示威可以降低官署合法不作爲的界限。官署在其得裁量的範圍內若決定干預，就必須遵守比例原則。據此，賦加負擔應在只能做爲最後手段的禁止之先。然而在大規模的示威，賦加某些負擔的前提正是要有負責人做爲相對人及交涉對象。若已號召採取暴行，賦加負擔是不足以應付。然而若在大規模示威可以預期少數暴力導向人士欲濫用示威，則是否應依實際的合諧原則，在有限度的範圍容忍這些不平的行爲，以確保和平示威者基本權利之行使，並非沒有疑問。一項禁令的空間範圍亦可依警方執法的策略觀點而定，否則警方無法有效保護示威的對象。另一方面，集會自由基本權亦保障（示威與示威客體）具體的空間關聯；若有一個特定的示威客體存在，必須還要能確保某種空間的關係。

在評估布洛克城具體的示威禁令上，（聯邦內政）部長認爲：高等行政法院詳細討論了集會自由基本權利與受到保護的團體及個人利益之間的緊張關係。基於在調查證據及評估證據所得到的情況判斷——在此大規模示威開始前沒多久已呈現出來——顯示，被攻擊的裁判既未在該禁令的合法性判斷上，亦未在利益衡量上對被指爲遭侵害的基本權利有錯誤的見解。

2. 史列斯維希——赫爾斯坦邦總理認爲本憲法訴訟不應受理而且無理由：係爭禁令的法律基礎在憲法上並無疑問。對於法律及事實狀況之整體檢查亦顯示，禁令的構成要件前提確實存在。在大規模示威一

些能確保和平進行的條件——及早申報、合作的意願、和平遂行示威之意向以及嚴格而有效的組織——都不存在於布洛克城的示威。建築中的核能電廠長期以來是公共對立的客體。一九七六年十月三十日首次有五千名左右的反核人士示威，接着在一九七六年十一月十六日又有一個二萬人的示威。二次示威均未經申報，且均發生嚴重的暴力事件。在第二次示威時有八十一名警員受傷並造成五十萬馬克的損害。在一九八〇年十二月二十一日由環境保護市民運動聯邦協會主辦並經申報的示威共有四千人參加，又導致十五名警員受傷的嚴重暴力事件。基於上述的經驗、所發出的傳單及號召，必須考慮到有十分之一的參與人有暴力傾向，因此會對公共安全與秩序造成直接的危害。在示威地區及預期參加示威人數如此廣大而衆多的情形，縱使部署一切可調用——聯邦及各邦已佈署一萬名警員——的警力亦無法確保示威和平的進行。示威過程中發生的暴力行為證實官署的預測無誤。示威當天的清晨就有一千名大多帶有安全帽的示威者在義澤候（Itzehoe）以南的封鎖處逼使警方撤退。下午在核能電廠發生暴力行為，約有二至三千名示威者曾參與。一共有七名警員受重傷、四十名受中度傷，約有八十名受輕傷。完全由於警方的籌劃及靈活的調度才沒有導致更多人員受傷以及更大的損害。官署此項基本上是正當的干預行為亦未抵觸禁止過份原則。因為沒有負責的主辦人，所以自始就不可能賦加負擔。由於一旦封鎖建築工地有可能在號召中所提到的其他集會地點發生暴力行為；此外，小的地區以及道路街道網完全不適合於大規模示威，所以有必要擴大禁令所及的範圍。

經過必要的權衡，禁令之貫徹此一公共利益明顯大於遂行示威的私人利益，因為該示威不僅因為未

經申報，而且因為發生暴力，所以顯然違法並且不享有基本權的保護。憲法法院判決對命令立即執行所要求的特殊公共利益確實存在，因為一個沒有同時立即執行的示威禁令實際上並沒有意義。本憲法訴訟提起人並沒有被假設成打算在本地及韋斯特進行不和平示威。然而他們所申報的示威並不能有效地與數千名有意採取暴行的人士區別。此外，訴訟提起人顯然也不願意區別。

3. 史坦堡縣縣長亦認為示威禁令及立即執行之指示並無可議之處：官署在頒布禁令時是假設，大多數的示威人士是要以和平的方式表達對使用核能的危險的憂慮。但是在情況的判斷上，以前示威的經驗、有關市民運動的極端化、預測百分之五至十的暴力分子之參與、可預見的交通混亂、民衆日益增加的不安以及特別是未經申報等是重要的因素。根據經驗，經申報的示威比較和平進行，而在欠缺申報及負責主辦人的示威則有越軌暴力之虞。欠缺申報之外，又對公共安全與秩序有重大危害之示威已不在憲法保障範圍之列。根據所有經驗及已得之資料，在本案即將發生的是一個混亂的、沒有秩序的、沒有人控制也根本無法控制且帶有嚴重越軌暴力的、規模空前的示威。固然一個活動不會因為給暴力人士越軌騷亂的理由與機會就會變成對公共安全的破壞。但是在本案只對破壞者採取行動，並不能確保公共安全。事後事實的過程證實警方預測的正確性。禁令之合法性並不能因為警方基於策略考慮偏離第一審判決、打開封鎖線，並以彈性行為某種程度地控制過程而遭到懷疑。

#### 4. 警察工會認為第一審判決妥適，上訴判決則不符合基本權利：

即使斟酌示威權的特殊民主位階，法律規定仍滿足憲法的要求。目前針對集會法第十五條所表示之意見在大體上值得贊同。然而該條第一項只是授權禁止一個具體的集會；據此，一個針對數個主辦人並

同時禁止數個活動的一般行政處分是欠缺法律的基礎。集會法第十四條第一項所規定的申報義務的主要目的是，國家基於基本法第五條及第八條所生的保護義務，應促使並保護集會與遊行。基本權利不受阻礙之行使亦屬於公共安全的保護範圍，因此也是警察任務的核心。因為申報促使有關機關得以保護主辦人及參加人的利益，同時採取措施防止團體及個人利益受到不必要的損害或危害，因此集會法第十四條第一項之規定符合憲法的價值決定。

現行的示威法應以促進和平的方式適用之。在有衝突可能的活動應以「先預防再壓制」為出發點。此外應發展新的策略，以便在暴力發生的時點預防之。根據其他大規模示威的經驗顯示，透過警方與示威主辦人之會談，可達成諒解以及協議，它們可促使善意的主辦人在警方的諮商下自行且有效地面對潛在的破壞者。善意的人若能不用太擔心其可能的個人後果，而聲明願意單獨或共同承擔大規模示威之責任，亦是值得吾人追求之事。若威脅性的制裁阻礙了此種意願，結果就是混亂不清的準備工作。相同地，一個不遵循比例原則的一般性預防禁令會導致沒有必要的衝突並破壞互信合作的基點。若在一個特別孕含危險的情況下考慮一個全面的示威禁令——在布洛克城並非如此——，對於既已通告且參與人絕大多數抱持和平態度的大規模示威，有必要事先公告此一非比尋常的措施，並設定期限給與申報活動的機會。這些程序法的基本要求，在布洛克城一案並未遵守。

聯邦憲法法院應該詳細審查高等行政法院對法律規定之適用；因為在有爭議的情形下，示威禁令之立即執行會嚴重限縮自由的行使。高等行政法院的判決在許多觀點的考量上誤解了基本法第八條及第五

條的放射作用。在聯邦議會青少年調查委員會正確地要求比以前更加強區分暴力與和平的示威者之際，該法院却傾向一個不加區別的態度。「擔保」活動能和平進行並非參與人、而是警方的任務。若其他措施不足以禁止不和平的過程，可考慮解散一途。該法院對負責協商之領導人物未出面之部分，係忽略了此項疏失也是而且主要是歸因於頒布示威禁令的程序。此外，官署一定知道是誰公開號召在布洛克城示威。該法院的理由欠缺說明為何在示威客體以外的其他地方有遭到危險威脅的論據。該法院在判斷危險情況時，應依據確實的資料而不是居民單純的恐懼，它並且應該問自己：當地之氣氛難道不是已受到外界，特別是媒體，重大的影響。該法院考慮將群眾集會遷移到體育場，無異強求示威者不向其他人訴求；此外此種活動方式也不能確保安全。此種活動所帶來的麻煩（交通混亂）在其他類似的大型活動如選舉、體育及文化活動也會發生。姑且不論上述這些只要其中之一就可撤銷上訴判決的批評，此判決也是受到對大規模示威不該有的負面評價的影響。

5. 環境保護市民運動聯邦協會亦認為此憲法訴訟有理由：基本法第八條不僅確保一個個人的自由權利，更建構一個是人民主權及民主原則構成部分的政治的與民主的基本權利，它並課予國家促使此自由權利行使的保護義務。（詳細請參照 *Geulen* 於 *Kritische Justiz* 一九八三，一八九頁以下的論文）集會法並未充分符合此種基本權利觀。該法源自德意志團體及集會法的權威性，依循傳統在特定主辦人領導下、上下組織嚴密、紀律良好的集會模式。然而自七十年代中期以來，特別是反對設置有害環境的大型計劃所舉行較大的示威與其大不相同，並沒有集會法所謂的主辦人及領導人。示威無寧是多元地

由許多基本上平等而部分具有重大意見歧異的團體及個人所準備，並且在較大的聚會上無期而公開地被討論。沒有論據可以說明基本法第八條只要保護傳統的集會遊行類型。因為法律規定的申報義務是以此種傳統類型為前提，而且因為基本法第八條第一項亦確保人民遂行未經申報之集會的自由，所以集會法第十四條違反憲法。同樣地，集會法第十五條對室外集會禁止之授權，因為對於涉要件之構成要件規定不夠清楚亦違反憲法。根據這些係爭禁令據以為基礎的要件，幾乎可以禁止任何一個較大規模的示威；在每一個較大規模的示威都會有一些可以推斷出不和平過程的「資料」。

係爭禁止處分因為其基礎法律規定違憲，所以已侵害訴訟提起人依據基本法第八條第一項所享有的基本權利。該禁令違反比例原則，忽略了絕大多數的參與人——其中有許多當地的農夫——是要以和平的方式示威。一些小的邊緣團體的傳單並不能正當化該禁令。與警方發生的個別越軌騷亂是來自於該項不合比例的禁令。該禁令更不能因為示威未經申報而被正當化，因為官署曾迴避示威人有意提出的申報，此外，官署的代表亦曾參與所有的籌備會議。

B、

本憲法訴訟應受理之。

I、

憲法法院審核的客體是該禁令之立即執行以及行政法院對此所為之支持。訴訟提起人就上述措施施涉及其已申報之示威之部分係受到直接的不利。該示威之禁令——如高等行政法院曾正確指出——不能與

該一般行政處分之立即執行分開來判斷。該一般行政處分及於所有於係爭期間針對係爭核能電廠的示威活動，因此爲行政法院審核之中心。

訴訟提起人出於受到示威禁令立即執行及法院對該執行之支持的阻礙，無法在告知主管機關之地點及時間合法示威。訴訟提起人認爲公權力的上述行爲已侵害其受到基本權利保護的法律地位。因爲他們已訴請法院撤銷這些行爲、窮盡了救濟途徑，所以他們於期限內提出之憲法訴訟具備了法定的受理要件（基本法第九三條第一項第四款之一，九四條第二項以及聯邦憲法法院法第九〇條以下）。依據已確立慣行之法院裁判，此憲法訴訟之可受理性並不受本案程序救濟途徑尚未窮盡之影響，因爲依行政法院法第八〇條第五項，暫時程序在法律上有其獨立地位（聯邦憲法法院裁判集第五三冊，三〇頁（五二頁）；第五九冊，六三頁（八二頁））。

## II、

史列斯維希—赫爾斯坦邦總理及史坦堡縣縣長針對本憲法訴訟之可受理性所提出之懷疑，即使在憲法訴訟之從屬性（*Subsidiarität*）及權利保護必要性之觀點下亦不能言之成理。

1. 因爲訴訟提起人所指責的基本權之侵害——如同高等行政法院承認訴訟參加人之上訴權——只對暫時程序有意義，因此無法在本案程序清除之。此外，固然該指責主要是針對只有在本案程序中才能終局判斷的禁令之違法性，在簡速程序只能進行簡易審核。但是聯邦內政部長已正確地指出目前的司法判決。據此，即使考慮次要性原則仍是可以依據行政法院法第八〇條第五項之規定，在簡易程序例外地受

理對終審法院上訴裁判所提起的憲法訴訟，其要件爲，憲法訴訟之裁判不需要進一步的事實說明，而且聯邦憲法法院法第九十條第二項之要件——據此不再需要窮盡救濟途徑——亦存在。此種例外特別是在立即執行會終局地阻礙基本權利之行使，以及在暫時權利保護因此而意義更形重大的場合有其正當性（聯邦憲法法院裁判集第五六冊，二一六頁〔二三四頁〕）。

這些要件正也有可能存在於對基於一次性動機的示威之禁令的立即執行之上。簡易程序在此實際上取代了本案程序的意義——行政法院法第八十條的修正理由亦是如此（聯邦議會議事記錄九／一九〇五，第五頁）。集會法相關規定在憲法上應如何判斷、解釋以及在斟酌基本法第八條的基本權利保障下，於禁止大規模示威及立即執行此禁令之際應遵守那些標準，是本案的核心問題並具有憲法上基本的意義。這項問題在對此基本權利至今尚無憲法法院判決的情形下更能證明承認本案之可受理的正當性。對本憲法訴訟之判決並不需要其他的事實調查。

2. 本憲法訴訟亦不欠缺必要的權利保護必要性。此種必要性尤其不會因爲示威日期已過以及禁令之立即執行因此變成多餘而喪失。依據確立慣行的判決，即使憲法訴訟所追求的已經解決，權利保護之必要性在否則無法澄清一個具有基本意義的憲法問題，以及所侵害之基本權利特別重要的情形下，無論如何仍繼續存在（參照聯邦憲法法院裁判集第三三冊，二四七頁〔二五七頁以下〕；第五〇冊，二四四頁〔二四七頁以下〕；五三冊，三〇頁〔五四頁〕）。而前述的考量亦說明本案件具備這些條件。

Ⅰ案訴訟提起人之利益值得保護應予肯定，儘管他們在異議被駁回之後並未在本案提起訴訟。他們

在示威前一晚已提出的憲法訴訟，應予受理，亦毫無疑問（參照對臨時命令申請所做之決議，聯邦憲法法院裁判集第五六冊，二四四頁〔二四六頁〕）。因此其權利保護必要性只可能因為事後的情況而喪失。然而他們以憲法訴訟所追求的反正必須在Ⅱ案訴訟提起人的程序中決定之；因此沒有必要就可受理性之要件對Ⅰ案訴訟提起人權利保護必要性之繼續存在要求太嚴（參照聯邦憲法法院裁判集第五〇冊，二九〇頁〔三二〇頁〕；第六二冊，一一七頁〔一四四頁〕）。因為……如前所述——行政法院法第八〇條第五項規定之程序在憲法法院審核中應被視為法律上獨立的程序，而且因為Ⅰ案之訴訟提起人對於憲法法院關於在何種要件下才能命令立即執行示威禁令所做之闡明感到興趣，所以不能單純因為他們在示威期日經過後並未向行政法院提起訴訟就假設，原本存在的權利保護必要性事後已喪失。

C、

本憲法訴訟就其針對高等行政法院基於訴訟參加人之上訴而維持示威禁令之立即執行應超過行政法院所同意地區之部分，為有理由。集會法中被間接攻擊的相關條文在結果上禁得起憲法法院的審核。

I、

憲法法院的審核標準是集會自由此項基本權（基本法第八條）。

1. 在原始程序中所被攻擊的措施及其基礎法條限制了訴訟提起人遂行預定示威之自由。基本法第八條確保此項自由。它認為集會與遊行——不同於單純的集合或市民遊樂——是表達旨在溝通的、團體的發展方向，所以加以保護。這項保護不限於只供爭辯的活動，而且包括甚至非口頭表達形式的各種集體

行爲的方式，爲了大肆或引人注目地宣揚意見而使集會自由的、帶有示威性格的方式亦屬於其中之一。因爲在原始程序並沒有某種意見內容之表達——例如在號召、發言、歌曲中或標語上——會受到阻礙之根據，因此不需要審核，如何可以在示威的防範措施上援引意見自由此項基本權利做爲檢查標準，以補充基本法第八條。

2. 基本法第八條是防禦權，它要而且特別是要有利於不同思想的少數人。它賦予基本權利主體關於活動地點、時間、種類及內容的自我決定權，同時並且禁止國家強制人民參與或遠離一項公開集會。該項基本權利在此意義下於自由國家體即享有特殊的位階。不受阻礙而且不需要特別的許可而與他人集會的權利向來是充滿自信的市民所具有的自由、獨立及成熟的象徵。此項自由擔保在其政治活動的效力上同時體現一個基本判斷，而此項判斷的意義超過對自然的人格發展不受國家干涉的保護。集會自由在英美法系有其自然法思想的根源，很早就被理解爲人民主權的表徵，也因此被理解爲積極參與政治過程的、民主的市民權利（參照 *Quilisch, Die demokratische Versammlung*，——民主的集會一九七〇年，三六頁以下；*Schwäble, Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit*——集會自由的基本權利，一九七五年，一七頁以下）。此項自由權利的上述意義也在聯邦內政部長、警察工會以及環境保護市民運動聯邦協會所提的意見書中被強調出來。它並且在文獻上被普遍承認。

（詳細請參照 *Blumenwitz, Versammlungsfreiheit und politische Gefahrenabwehr bei Demonstrationen*——集會自由與示威中政治危險之防禦，收錄於 *Samper* 紀念文集，一九八二

年，一三二頁〔一三二〕〕·Blankel / Sterzel, Inhalt und Schranken der Demonstrationenfreiheit des Grundgesetzes ——基本法上示威自由的內容與限制，刊於Vorgänge 一九八三年，六七頁〔七二頁以下〕·Deninger, Zwölf Thesen zur Demonstrationenfreiheit ——示威自由的十二個課題，刊於DRiZ, 一九六九年，七〇頁以下·Diemel / Gintzel, Demonstrationen und Versammlungsfreiheit ——示威及集會自由，第八版，一九八五年，序言第一頁，集會法第一條註釋第十八段以下及第十四條註釋第七段以下·Frankenberg, Demonstrationenfreiheit — eine verfassungrechtliche Skizze ——示威自由——一個憲法法上的素描，刊於Kritische Justiz, 一九八一年，三七〇頁〔三七二頁以下〕·Frowein, Versammlungsfreiheit und Versammlungsrecht ——集會自由與集會法，刊於NJW, 一九六九年，一〇八一頁以下·Geulen, Versammlungsfreiheit und Großdemonstrationen ——集會自由與大規模示威，刊於Kritische Justiz, 一九八三年，一八九頁〔一九二頁〕·Herzog 於由Mauz / Dürig編著之Kommentar zum Grundgesetz, 一九八一年，關於第八條註釋第一段以下·Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 第十四版，一九八四年，一五七頁·Hoffmann-Riem, Alternativkommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 一九八四年，第八條註釋第二十七段以下·v. Mlach, Grundgesetz—kommentar, 第二版，一九八一年，第八條註釋第一段以下·Ossenbühl, Versammlungsfreiheit und Spontandemonstration ——集會自由與

自然突發的示威，刊於 *Der Staat*，一九七一年，五三頁（五九頁以下）。Otto, *Kommentar zum Versammlungsgesetz*，第四版，一九八三年，二七頁以下；*Quilisch*，前揭書，一〇八頁以下。P. Schneider, *Demokratie in Bewegung, Probleme der Versammlungsfreiheit*——變動中的民主，集會自由的問題，收錄於 *Mithmann* 之紀念文集，一九六九年，二四九頁（二五七頁以下）。Schwäble, 前揭書，一八及六五頁以下）。

(a) 憲法法院判決——至今仍未處理過集會自由——長久以來就認為意見自由是民主共同體不可或缺的、基礎的功能要素。它是人格最直接的表達以及最重要的人權之一，對自由民主的國家秩序有創設性的功能，因為它促使人類不斷的、精神上的相互討論及意見的抗爭成爲此項國家形式的生活要素（參照聯邦憲法法院裁判集，第七冊，一九八頁（二〇八頁）；第十二冊，一一三頁（一二五頁）；第二十冊，五六頁（九七頁）；第四二冊，一六三頁（一六九頁））。若將集會自由理解爲集體表達意見的自由，則對其解釋上不會有基本的差異。這不會因爲原則上表徵意見自由之行使的說理要素特別在示威的情形退居次要的地位而有改變。示威者以有形的出席、公開地且沒有媒體的介入地宣揚其意見，亦正是以直接的方式發展其人格。理想的示威形式是共同地以身體呈顯其確信，參加人一方面在團體中與他人共同堅定此項確信，另一方面對外——透過單純的出現，出現的方式，相互互動的方式或地點的選擇——「採取」立場、表明其態度。至於此類公開意見的場合有被煽動利用、並被不當情緒化的危險，對集會自由和對意見及新聞自由的基本評估並不重要。

(b) 若斟酌民主共同體意見形成過程的特殊性，則更能顯現集會自由的基礎意義。在德國共產黨判決（KPD-Urteil）中聯邦憲法法院認為民主自由的秩序的出發點是，現存的、源自歷史的國家及社會關係可以修改而且也需要修改，因此吾人有個永不終止的任務，它必須不斷以新的意思決定達成之（聯邦憲法法院裁判集第五冊，八五頁（一九七頁））。形成此項意思決定的途徑被描寫為「嘗試與錯誤」的過程。它透過不斷的、精神上的相互討論、相互監督及批判，對一個（相對）正確的政治路線——國家內有效政治力量的結果與平衡——提供最好的擔保（前引判決（一三五頁）；並參照聯邦憲法法院裁判集第十二冊，一一三頁（一二五頁））。稍後關於政黨財政補助的裁判依循前述考量並且強調，民主政治的意思形成應該是由人民到國家機關，而不是反其道而行；市民參與政治意思形成的權利不僅表現在選舉時投票，而且表現在對政治意見形成——在民主國家體必須自由、公開、不經規範而且原則上「沒有國家介入」地形成——持續過程的影響（聯邦憲法法院裁判集第二十冊，五六頁（九八頁以下））。

市民以不同程度參與此項過程。大型組織、財力雄厚的出資人或者大眾媒體能夠發揮很大的影響力。相形之下，公民比較無力。一個社會的大眾媒體管道及透過媒體表達意見的機會若集中在少數人手中，個人除了在政黨及團體中共同發揮作用之外，一般只有透過行使示威的集會自由發揮集體的影響力。此項自由權的順利行使不僅可以對抗政治無力感及對國家厭煩的危險趨勢，而且也符合正確理解下的公共利益，因為只有當一切政治方向某種程度地經有力發展之後，在政治意思形成的力量對抗中，一般才會達到相對正確的結果。

於是文獻正確地將集會認為是民主公開性的重要要件：「它提供公開影響政治過程、發展多元的主張及代替方案以及批判與抗議的可能性……；它含有最初，未經限制的直接民主中能防止政治運作因例行工作而陷於僵化的部分（Hesse, 前揭書，一五七頁、Blumenwitz 採相同見解，前揭文〔一三二頁以下〕）。特別在議會代表制以及少有公民參與權利的民主體制下，集會自由是基本且不可或缺的功能力要素。在此，基本上要適用——即使對於有嚴重的、而且在權力更替後無法輕易改變結果的決定——多數決原則。另一方面選舉人的多數能發揮的影響相當有限；國家權力是透過特殊機關行使而且由有能力的官僚機制管理。越是能確保對少數的有效保障，這些機關基於多數決原則所做的決定就能一般地得到正當性。少數是否能事先充分影響意見及意思的形成可左右人們對這些決定的接受程度（參照聯邦憲法院裁判集第五冊，八五頁〔一九八頁以下〕）。若代議機關未或未能及時發現弊端及錯誤的發展或基於其他利益之考量而容忍之，示威性的抗議就會變得特別必要（請參照聯邦憲法院裁判集第二八冊，一九一頁〔二〇二頁〕）。集會自由對於代議制度的穩定功能在文獻中被做了如下正確的描述：它使得不滿、憤怒與批評能被公開提出而且得到宣洩，它是能偵測潛在破壞、呈顯整合缺陷以及因此能夠修改政策路線的早期警報系統之必要條件（Blanke / Sterzel, 前揭文〔六九頁〕）。

## II、

集會法中與原始程序有關之規定在解釋及適用上若能斟酌集會自由的原則性意義，則滿足憲法上的要求。

1. 集會自由的位階雖高，但不是毫無保留地受到保障。基本法第八條只確保「和平且不攜帶武器集會」的權利（參照下列Ⅲ 3. a.），此外並對室外活動的此項權利加上法律保留。憲法藉此考慮到以下的情況：室外行使集會自由因為與外界接觸而有特別的、尤其是組織法上與程序法上的規範需要，以便一方面規定權利行使的真實要件，另一方面充分保護他不同的利益。

威瑪憲法在第一二三條明白規定，室外集會「得依帝國法律之規定負有申報義務，若對公共安全構成直接危險，得禁止之」，相形之下，基本法只是規定一個單純的、規範客體似乎完全沒有限制的法律保留。但是這不表示，此項基本權利擔保的效力只限於立法者在尊重其重要內容下所留給它的範圍。如同聯邦內政部長亦曾正確指出，意見自由依憲法文義雖然應受到一般法律之限制，但是其效力範圍不得以普通法律任意加以相對化（聯邦憲法法院裁判集第七冊，一九八頁〔二〇七頁以下〕；第七冊，三七七頁〔四〇四頁〕），這在集會自由並無不同。立法者在制訂限制規範時，應遵守以上所述的，在基本法第八條中所體現的憲法基本判斷；他只有在嚴格遵守比例原則下，為了保護其他相等價值的法益才可以限制集會自由的行使。

官署及法院解釋及適用由立法者所規範的限制基本權利的法律時，應該與在解釋限制意見自由的規定時並無二致（參照聯邦憲法法院裁判集第七冊，一九八頁〔二〇八頁〕；第六十冊，二三四頁〔二四〇頁〕；針對集會權者，第二六冊，一三五頁〔一三七頁〕）。在集會自由的領域，可以因為示威者在行使自由之際侵害第三者的法律地位而有必要採取限制自由的干涉措施。國家機關在採取干涉時，應該

不斷參照該基本權在自由民主國家所具備之基本意義而解釋限制基本權之法律，並且將其措施局限於爲保護相等價值法益所必要者。與此要求格外不合的是下列官署措施：超越對限制基本權之法律的適用範圍，而例如以限制車輛進入及冗長的預防性管制過分地增加前往示威的困難，或者以過多的觀察與記錄改變示威沒有國家介入、未經規範的性格（參照聯邦憲法法院裁判集第六五冊，一頁（四三頁））。

2.立法者基於基本法第八條第二項之法律保留所制定的集會法規定，只有第十四條第一項的申報義務及第十五條的解散及禁止構成要件對於原始案件之裁判是重要的。沒有必要審查集會法關於申報期限及說明負責之領導人的規定；因爲行政機關及法院均未以此規定說明其決定。

(a)集會法第十四條第一項所規定的申報義務在威瑪憲法被明文規定爲集會自由可以有的限制。聯邦行政法院認爲原則上它只是輕微地限制該項基本權利（聯邦行政法院裁判集第二六冊，一三五頁（一三七頁以下））。聯邦法院（參照聯邦法院刑事裁判集第二三冊，四六頁（五八頁以下））及絕對的通說亦認爲此項規定合憲。此項見解值得贊同，但是同時要考量：申報義務並非沒有例外，而且一項活動違反申報義務者，並不當然可以禁止或解散之。

申報義務只適用於室外集會，因爲經常有必要針對其對外效果採取特殊的預防措施。申報中的說明可以提供官署必要的消息，以便它一方面就活動儘可能不受干擾而應採取那些交通管制及其他措施、另一方面就第三人利益及團體利益所必要者以及二者如何調合等問題形成腹案（聯邦議會議事記錄 8 / 1845，第十頁）。根據絕對的通說，及時申報的義務不及於出於現在實際的動機而立即形成的突發示

威（參照聯邦行政法院裁判集第二六冊，一三五頁〔一三八頁〕；巴伐利亞邦高等法院，NJW，一九七〇年，四七九頁；Dieterl / Gintzel，前揭書，第一條註釋第二三段及第十四條註釋第十八段以下；Herzog，前揭書，基本法第八條註釋第四八，八二及九五段；v. Münch，前揭書，基本法第八條註釋第十段；Hoffmann - Riem，前揭書，基本法第八條註釋第四七段；Frowein，前揭文〔一〇八五以下〕；Ossenbtlj，前揭文，〔六五頁以下〕；P. Schneider前揭文〔二六四頁以下〕）。此類突發示威受到基本法第八條的保障；在若遵守集會法之規定即無法達到突發示威之目的的範圍，應不適用此規定。其理由在於：基本法第八條第一項原則上擔保人民「不需申報或許可」而集會的自由；該條第二項雖然規定此自由在室外集會的情形得依法限制之，但是此類限制不得使特定類型活動完全喪失第一項的擔保，此項擔保無寧應在前述要件下不受申報義務的限制。

前述對於突發示威之評斷的基礎在於，集會法上秩序規定應依循集會自由此項基本權利適用之，必要時更應對其退讓。確保集會與遊行許可性的是此項基本權利而不是集會法；後者只是規定一些必要的限制。這再度說明，申報義務之違反並不當然導致活動的禁止或解散。儘管以主辦人或領導人的身分「遂行」一項未經申報的集會者需負刑事責任（集會法第廿六條），但是除此以外，集會法第十五條第二項僅規定，主管官署「得」解散未經申報的室外集會及遊行。此外，聯邦內政部長認為預防性禁止若是比法所明定的解散較輕微的手段，在此範圍內可做為制裁之用。然而無論如何，解散及禁止並非主管官署的法律義務，而是官署鑑於集會自由一般具有的高度意義，必須在干涉的其他要件存在時，才能行使

的授權規定。申報之欠缺與隨之而來的資訊不足不過使得官署比較容易干涉。

若申報義務並非沒有例外而且義務之違反並不當然導致解散及禁止，則看不出來基於重大共同利益的中報義務在原則上會是不合比例。至於大規模示威是否以及在何種程度與突發示威一樣具有某些應該做不同判斷的特殊性，將在其他關聯之處再做討論（參照下述III 2.）。

(b) 同樣地，集會法第十五條（據此主管機關「在依做成行政處分時可得知情況，公共安全或秩序會受到集會遊行之遂行的直接危害」）的情形，得對集會賦加某些負擔或禁止、解散之（經得起憲法法院在合憲性解釋所做之審核。

訴訟提起人及環境保護市民運動聯邦協會質疑干預要件：——即「對公共安全或秩序之危害」——的不確定性：由於對干預之判斷係由比較基層的行政機關及執行警察裁量，益見此不確定性不妥當。然而——如同聯邦內政部長已正確指出——前述概念已透過警察法而得到充分明確的內容（參照 *Drews* / *Wacke* / *Vogel* / *Martens*, *Gefahrenabwehr* ——危險之防禦——一書，第八版，一九七七年，第二冊，一一七頁以下及一三〇頁以下）。據此，「公共安全的概念」包括對個人生命、健康、自由、名譽、所有權及財產以及法秩序與國家設施之不可侵犯性等中心法益之保護；同時若前述法益受到刑事侵害之威脅，原則上會被假設對公共安全已構成危害。「公共秩序」指的是依照當時通行的社會及倫理觀對其遵守是特定區域內規律的共同生活所不可或缺的不成文規範的總體。

然而此項概念的說明本身並不能確保法律適用符合憲法。對憲法上判斷重要的是集會法本身所包含

的二個限制，它們使得主要只有爲了保護重大法益才能考慮禁止及解散，單純對公共秩序的一般危害並不充分。

一方面，禁止或解散做爲最後手段必須以已窮盡賦加負擔此一比較溫和的手段爲前提（聯邦行政法院裁判集第六四冊，五五頁亦同）。這是基於比例原則。它不僅限制主管機關關於手段選擇之裁量，而且限制其在決定上之裁量。受到基本權利保障的集會自由，只有當已斟酌其意義的利益衡量顯示，爲了保護其他相等價值法益係屬必要時才應該退讓。然而絕不是任何一個利益就可以限制此項自由；一般而言，第三人必須忍受因爲集體行使基本權利必定會產生的，而且只有在對活動目的不利的情形下才能避免的麻煩不使。因爲原則上可以透過賦加負擔的方式使得示威者與流暢的交通能共同使用街道，所以更不能單純基於交通技術的理由而考慮禁止集會。

另一方面，官署干涉的權限更受到限制：只有在公共安全或秩序受到「直接危害」時才允許禁止及解散。透過此項直接性的要求，干涉要件比在一般警察法受到更嚴格的限制。在具體案件上必須做出危險預測。它雖然一直只包含一個或然率的判斷，但是其基礎能夠而且必須被證明。因此集會法規定，它必須基於「可得而知的情況」，也就是基於事實、事實關係及其他的細節；單純的懷疑或者推測並不充分。鑑於集會自由重大的意義，官署於頒布預防性禁令之際，對危險預測的要求不得太低，特別是因爲它在估計錯誤時尙有事後解散的權利。此外應先由專門法院判斷應該具備那些詳細的要求（一方面請參照 Diemel / Gintzel 前揭書，對集會法第十五條註釋第十二段提到聯邦行政法院裁判集第四五冊，五

一頁〔六一頁〕；另一方面，Ott 前揭書，集會法第十五條註釋第五段以及 Werhke，刊於 NJW，一九七〇年，一頁〔二頁〕；類似的有布萊梅高等行政法院，刊於 DÖV，一九七二年，一〇一頁〔一〇二頁〕；薩爾路易斯 Saarlouis 高等行政法院，刊於 DÖV，一九七三年，八六三頁〔八六四頁〕以及法律委員會對一九七八年法條修正所提出的報告，聯邦議會議事記錄 8 \ 1845，十一頁）。這些要求很難脫離具體情況而在憲法上加以規定，但是可以繫於：大規模示威的主辦人從事合作準備的意願有多少，破壞是否只是來自於第三方面或少數人（參照下述 III 1 及 3）。無論如何，若在解釋及適用上能確保只有爲了保護更重要的團體法益不受直接且自可得而知情況可能導出之危害，並且在遵守比例原則下才可以禁止或解散，則總體來說，集會法第十五條是符合基本法第八條。

### III、

以上所討論的集會法規定亦適用於大規模示威，此在憲法上並無可議之處。然而在其適用上，應善用已在促使包括此類示威和平進行的努力中所搜集到的並且經過證實的經驗。

1. 根據在原始程序所取得的經驗報告及斯圖加特對話的結果，一些情況能夠有助於和平遂行，諸如一九七九年 Göttingen-Treck，一九八一年波昂和平示威或一九八三年南德手牽手之類的活動。這除了及時澄清法律狀態之外還包括，雙方不從事挑釁及攻擊行爲，主辦人引導參與人士從事和平行爲並且孤立暴力人士，國家權力——必要時以設立無警察的區域的方式——應審慎自行節制並且避免過度的反應以及及時的接觸——雙方在此可彼此認識、交換資料並且或許達到有助於克服事先未預見的衝突情況的

互信的合作。

至於是否可從警察工會認為國家機關如同在其他高位階基本權利擔保的情形，依據基本法第八條的憲法基本判斷所負擔的、旨在促使集會遊行進行及保護基本權利之行使免於第三人破壞或越軌擾騷的保護義務，就可以得出應斟酌前述經驗的義務，可置而不論。無論如何應援引最近的憲法法院的裁判。據此，基本權利不僅影響實體法的塑造，而且同時為促進基本權利保障的組織及程序規定，以及為合憲地適用現有程序規定設定標準（參照聯邦憲法法院裁判集第五三冊，三〇頁（六五頁以下及七二頁以下）；第五六冊，二一六頁（二三六頁）及第六五冊，七六頁（九四頁）；第六三冊，一三一頁（一四三頁）；第六五冊，一頁（四四頁，四九頁））。將前述裁判亦適用於集會自由，並無不妥，尤其此項基本權利亦帶有重要的程序及組織法的內容；它做為自由權利並未就集會遊行的實質構造表示意見，而將之委諸主辦人自由的自我決定，它不過就其遂行做組織上的規定。國家機關應以和平進行的大規模示威為模範，以利於集會的方式處遇，並且不得在缺乏充分理由的情況置之有效的經驗不顧。此項要求符合吾人在程序法上促進自由權利的努力。不僅參考而且要實際去驗證前述經驗的這項義務，在憲法上更可以其相對於禁止或解散等干涉態樣是比較溫和的手段而被正當化。國家機關越是真誠地以此種方式致力於大規模示威的和平進行，其在努力不成後所發佈的禁止或解散命令越能禁得起行政法院的審查。

前述程序法上的要求對國家機關不能擴張到，徹底改變警察任務是危險防禦的此項性格。或使得彈性的配置策略無法適用的地步。同樣地而且特別是不能對大規模示威的主辦人及參加人提出使得示威做

爲對政治意見及意思形成所做的、國家之外的且未經規範的貢獻此項性格，以及主辦人對示威的方式及內容的自我決定權落空的要求。只是要求主辦人及參加人避免不和平的行爲並且儘量減少對第三人利益之侵害，並不是前述的要求。此項義務自基本權利之擔保及其與其他基本權利之調合就可得出。其他程序法上的義務，或許可以以基本權利行使的團體關聯性及對大規模示威的結果應負的肇始人共同責任加以正當化。這些義務應由立法者在法律保留的範圍及界限內，利用前述經驗以普通法律精確規定之。即使沒有此項精確立法，主辦人及參加人自然也會樂於儘可能主動斟酌自行之有效經驗中對大規模示威所得出的建議。無論如何，行政實務及司法裁判依據憲法應優待此類的意願：主辦人申報大規模示威時，越是願意採取取得信賴的單方措施或甚至願意採取有利於示威的合作，官署基於公共安全與秩序受危害而干涉所受到的限制應該更嚴格。

2. 與環境保護市民運動聯邦協會見解不同的是，憲法並未要求將大規模示威如同突發示威一般免除集會法第十四條的申報義務。

固然一九五三年的集會法是依循傳統的、嚴格組織及領導的活動（參閱聯邦議會一九五〇年九月十二日第八三次會議之速記報告，三一二三頁以下）。然而近幾年來示威主體及進行的方式都有重大改變。爲數不少的個別團體及市民運動在沒有特定的組織結合以及部分不同目標想法的情形下，基於共同的動機——主要是環境保護及和平運動的題目——參與、發起、討論並且組織共同的示威活動。因爲所有的參與人在活動的準備及遂行上原則是平等的，所以原本沒有問題的，關於主辦人及領導人的想法就

不再那麼適合。此外，各別個人以主辦人或領導人身分出面負責的意願似乎降低，因為欠缺明確的規定以及可推測的司法裁判，致使起碼有時無法預見其在刑法及責任法上要負擔的風險。

但是主要仍是要由立法者從這些改變中吸取經驗並繼續發展集會法的規定。在此之前，不能排除集會法規定必須被視為有漏洞而且基本法第八條之保護及於一九五三年立法者規定的活動之外。前述改變並不在憲法上導致大規模示威申報義務之免除，只是導致申報功能的改變：

透過在由多數團體主辦的示威之前，通常會進行的公開宣傳及討論，一般而言，主管機關已知悉其時間、地點及構想細節。然而申報在大規模活動仍保有其理性的意義，因為即使在大規模示威應優先考慮的負擔之賦加是以相對人存在為前提。何況因為申報而帶來的接觸在相互認識之外，更能促使官署去達成基於前述理由即必須做的，而且示威主體為了自身利益也應該做的對話以及合作。因此在籌備階段就能看清對立的利益，例如衝突情況及彼此承受能力。此外也可以提高主管官署預測的準確性及反應限制。主辦人與警察仔細準備大規模示威以及相應的合作同時可以減少示威不和平進行的危險。在此事實狀態下，可以而且必須維持申報義務的基本效力。然而鑑於大型活動參與團體的多樣性，在個別團體或個人自認無法申報或領導活動整體的情況下，應該對集會法第十四條與第十五條第二項之共同適用做合憲的解釋。在因為未經申報而考慮某些制裁時，不得忽略參與人有限的授權以及有限的、表示有對話能力以及承擔責任的意願。欠缺整體負責的申報人之結果不過是，主管機關為履行其程序義務，已盡全力促使和平構思的示威實現者——例如提出公平合作的建議——，可以在發生破壞的情形——如同在突發

示威——降低其干預的限制。

3. 特別在大規模示威更經常會被提起在原始程序亦屬重要的問題：是否以及在那些要件下，個別個人及少數人的越軌騷亂行爲可以正當化，依據集會法第十五條出於公共安全與秩序受到直接危害而對示威所做之禁止或解散。

(a) 憲法僅是確保人民「和平且不攜帶武器集會」之權利。此項在 *PaulsKirchen* 憲法及威瑪憲法即已包含的和平要求多少澄清了，從被理解爲相互爭辯討論及影響政治意見形成的手段的集會自由之法律性質可以得出什麼（聯邦法院判於 *NJW* 一九七二年，一五七一頁〔一五七三頁〕之裁判）。發生暴力行爲的原始程序並不使吾人有必要去更仔細地區分可以容忍的作用以及不和平的行爲。無論如何，參與人若對人身或物施以暴行就是不和平。爲了避免暴力行爲必須確實存在一個法秩序——它在人類克服中古時代拳頭法則之後，也是爲了較弱小的少數而將暴力的行使完全集中在國家。它是確保集會自由做爲積極參與政治過程的前提要件，並且——如同威瑪共和時街頭打鬥的經驗顯示——對自由民主體制而言不可或缺，因爲暴力行爲之防禦會帶來限制自由的措施。由於和平行爲只會使示威者立於不敗之地，而且在暴力衝突時，他們最終一定屈服在國家暴力之下，同時使其所追求的目的模糊不清，所以更可以期待他們從事和平行爲。

(b) 如果預測以很高的或然率顯示，主辦人及其支持者企圖暴力行爲或者至少贊許他人的此項行爲，則就是對大規模示威頒布集會禁令並不會引起憲法上特別的問題。此類不和平的示威根本不受基本法

第八條的確保，對其解散或禁止之也就不會侵犯此項基本權利。反之，若主辦人及其支持者行為和平而破壞的行為僅是來自於局外人（反遊行、破壞團體），則法律狀況有所不同。對於此類案件文獻正確地要求，官署措施必須是主要針對破壞人士，而且只有在符合警察緊急狀態的特殊要件時才能干預集會整體（Hoffmann—Riem, 前揭書，基本法第八條註釋第二三及五三段；Diemel / Gintzel, 前揭書，集會法第十五條註釋第十四段；v. München, 前揭書，基本法第八條註釋第三九段；Drosdzol, Grundprobleme des Demonstrationsrechts ——示威法的基本問題，JUS, 一九八三年，四〇九頁〔四一四頁〕；Frowein, 前揭文，〔一〇八四頁〕）。

若無庸擔心會發生集體不和平的情形，換言之無庸擔心示威之整體流於暴力或越軌（參照集會法第十三條第一項第二款）或主辦人或其支持者追求或至少贊許此種行為（集會法第五條第三款），在個別示威者或少數人從事越軌騷亂行為時，仍應對和平示威者維持憲法所賦予每個國民的保障（參照v. Münch, 前揭書，基本法第五條第三款註釋第十八段；Herzog, 前揭書，基本法第八條註釋第五九段以下；Hoffmann Rient, 前揭書，基本法第八條註釋第二二三段；Blanke / Sterzel, 前揭文〔七六頁〕；Schwäble, 前揭書，二二九頁及二三四頁；Schmidt—Bleibtreu / Klein, GG ——基本法註釋，第六版，一九八三年，第八條註釋第四段）。若何人不和平的行為不僅能導致其而且能導致活動整體喪失基本權利保護，則他們將能「改變」示威的功能並違反其他參與人的意思讓示威變成違法（薩爾露易斯高等行政法院判於DÖV 一九七三年，八六三頁〔八六四頁〕之裁判）；幾乎每一個大規模示威都可能被禁止，因為一直會有「資料

「顯示參與人之一部分具有不和平的意圖。」

基本法第八條的保護必須在適用限制基本權利的法規範時發揮效力（就部分不和平進行的示威所採取的刑事及責任法上的措施，參照聯邦法院刑事裁判集第三二冊，一六五頁〔一六九頁〕；聯邦法院民事裁判集第八九冊，三八三頁〔三九五頁〕；另請參照歐洲人權委員會之裁判，EUGRZ，一九八一年，二一六頁〔二一七頁〕）。此項處於法律保留之下的基本權利擔保並不排除，官署依據集會法第十五條為保護公共安全而針對示威整體採取包括禁止的措施。然而要優先考慮不會自始即切斷和平示威者行使基本權利的機會的，使主辦人得以先隔離不和平參與人的事後解散。只有在嚴格的要件及對集會法第十五條做合憲通用的情形下，才可以基於擔心暴力導向的少數會發生越軌騷亂而預防地禁止活動整體——這是儘量維護集會自由的義務所要求的——。具有高度或然率的危險預測（參照薩爾露易斯高等行政法院判於DÖV 一九七三年，八六三頁〔八六四頁〕之裁判；巴伐利亞行政法院判於DÖV 一九七九年，五六九頁〔五七〇頁〕之裁判；類似見解請參照，Schwäble，前揭書，111九頁；Drosdzol，前揭文〔四一五頁〕）以及事先窮盡一切合理、可適用且有助於實現和平示威者基本權利的手段（例如限制禁止的區域）是其適例。做為最後手段的對示威整體的禁止之前提是，比較溫和的手段——透過與和平示威者的合作——失敗，或是此種合作因為示威者須負責之事由而無法進行。若基於比較進一步的情況而考慮一般性的預防禁止，原則上在絕大多數參與人是和平的大規模示威應該事先設定期限公告此不一尋常且侵害權利的措施，同時在此期限內有討論所擔心的危險及適當的對策的機會。

## IV

據前所述，因為對原始程序係屬重要的法律規定在合憲解釋上並無可議之處，所以被攻擊的行政法院的裁判並不因為基於這些規定就侵害訴訟提起人的基本權利。然而此項規定之適用並不完全禁得起憲法院的審查。

1. 一、二審法院的出發點與一般見解一致：若官署措施之合法性不能在簡易審核被充分地預見，則行政法院對此措施立即執行的監督管制需要做利益衡量。他們認識到此種性質的案件需要更仔細的審查。

聯邦憲法法院在其第一個關於驅逐出境立即執行的原則裁判就已明確指出，人民所負之負擔越重以及行政措施所造成的事實越是無法改變，人民權利保護之要求越是不能退讓（聯邦憲法法院裁判集第三五冊，三八二頁（四〇二頁））。此項觀點在一個對終止居留許可的措施的立即執行之裁判上，為了一個政治庇難申請因顯然無理由而被駁回的情形而被繼續發展（聯邦憲法法院裁判集第六七冊，四三頁（六一頁以下））。基於此類駁回之效力而且也為了有效的權利保護，行政法院在暫時權利保護程序應該不對「顯然性判斷」（*Offensichtlichkeitsurteil*）之正確性的單純預測為滿足，而是應該窮盡地澄清顯然性問題並且超越單純的簡易審核。此符合行政法文獻的見解：在執行的命令事後幾乎無法撤回的情形，要加強斟酌簡速程序本案訴訟勝訴機會（*Kopp, VwGO*——行政法院法，第六版，一九八四年，第八十條註釋第八二段；*Eyermann / Fröhler, VwGO*——行政法院法，第七版，一九七七

年，第八十條註釋第四七段b)。聯邦內政部長及警察工會的見解與其並無二致：他們指出暫時權利保護的意義在示威程序上亦口形重要，並且說明行政法院在簡速程序就必須以更嚴格的審核考慮到：基本權利之實現往往繫於具體情況，也就是與一次性動機有關，所以禁令之立即執行原則上會終局地妨礙基本權利之實現。事後行政法院法第八〇條第六項亦正是以行政法院的簡速程序在示威法的範圍內已事實上取代了本案程序的意義為理由而被修改（聯邦議會議事記錄9／1905，第五頁）。官署無充分理由延緩其決定而使得在行政法院的簡速程序無法進行充分詳細的審核者，可促使法律救濟的延展效力恢復。

一、二審法院在本案已滿足前述更嚴格控制的要求。一審行政法院部分撤銷官署的命令。高等行政法院雖然完全支持此項命令，但並非首要針對利益衡量而主要在於審查——類似於在本案程序——系爭禁令的合法性，並決定性地以此說明其裁判。

2. 至於是否鑑於所述特殊性，憲法法院的審查應該也比一般情形更嚴格，可置而不論（就一般案件請參照聯邦憲法法院裁判集第五三冊，三〇頁〔六一頁〕以下）。即使適用比較嚴格的標準，第一審裁判仍是禁得起審查。

行政法院在其判決中正確地強調集會自由，此項基本權利的崇高位階。它認為此項權利尚包括在主辦人想要的地點集合的權利。它未針對未經申報一事，而是依據集會法第十五條針對暴力越軌行為對公共安全的直接危害。它的假設與禁令理由以及高等行政法院的判斷一致，顯然就是，只有一小部分的參與人可能會有此類越軌騷亂的行為。在下列要件下，對和平參與人大眾仍繼續存在的基本權利保護發揮其作用，亦即基於集會法第十五條的預防性示威禁令必須以具有更高或然率的危險預測為前提，以及事

先窮盡一切合理、可適用而且能促使和平的示威人實現其基本權利的手段。行政法院充分考慮上述狀況而將禁令之立即執行限於建地四周更小的範圍。

該法院在審核該禁令之合法性及利益衡量之際，曾一再考慮到比例原則以及擔心特別是針對建地圍牆之類的建築設施的暴力行為，但是它不認為有充分證據顯示會發生其他的越軌行為。此項預測是基於存在的資料，亦即基於可得而知的情況；此外它事後因為在建地附近的發生越軌騷亂而被證實。因此Ⅰ案訴訟提起人並未質疑經行政法院指定範圍的立即執行。只有Ⅱ案訴訟提起人認為用更小的「禁止區域」就足以保護建地。但是他們忽略，過於接近建築計劃會導致情緒化並引起帶有危險的發展，從而在大規模示威的激烈情況，有必要保持較大的距離（參照開始就曾提到的「司徒加特對話」Ⅲ、5.以及北萊茵——西發稜內政部長就一九七七年於 *IN DEN* 舉行的大示威所提出的經驗報告）。尤其他們沒有認清官署在頒布有效保護措施之際所具有的、行政法院以遵循警方準備的街道封鎖定其界限的方式予以尊重的判斷空間。何況他們並沒有主張示威者對危險發展之抑制或者——透過與官署接觸及引導參與人和平行進並隔離暴力分子——對官署干預所受限制之提升有何貢獻，憲法法院更不可以基於憲法而指責此項界定。

3. 高等行政法院裁判維持第一審裁判並駁回Ⅱ案訴訟提起人上訴之部分，基於以上所討論的理由，亦無可議之處。然而此裁判許可訴訟參加人提起上訴以及維持禁令立即執行超過行政法院許可的範圍而及於整個韋斯特低地等部分，侵犯兩案訴訟提起人基於基本法第八條及法治國家原則所享有的基本權利

(a) 警察工會認為，高等行政法院在法律規定適用上多方準據的考量誤解了基本法第八條的要求（參照前述 A、IV、4. Drosdzol，前揭文，〔四一五頁〕；Jacob，DOV，一九八一年，四六三頁，對此均有批評）。

此項批評應予贊同，蓋可立即執行的大示威禁令之範圍及理由如同本案的情形者，依據目前已有的知識狀態很難在憲法上得到贊同。官署及高等行政法院均未充分考慮：絕大多數的示威人是要和平示威（參照上述 C、III、3. b）。高等行政法院對行政法院所維持的禁止地區以外的部分並未要求充分的危險預測，儘管行政法院曾明言確認，並沒有充分論據可以說明在此地區會對人身與物發生越軌騷亂的行為。高等行政法院僅是以「來自全國各地的善良的與惡意的示威人——儘管其中無人願意以事先申報及與官署協議的方式承擔任何責任——會在整個地區集合，將之向布洛克方向延伸並且也會成群結隊地出現在小市鎮」說明在韋斯特其他地方的公共安全受到危害。此項說明甚至欠缺說明惡意示威者為何會有爭議的範圍從事暴力行為的具體論據。該法院之權衡係以民衆之不安及恐懼及韋斯特低地不適合大規模示威為理由，而未審查限於建地四周的禁令是否不能充分保障公共安全。但是第三人的恐懼無法做為像預防性示威禁令之類嚴重干涉的基礎，無寧必須是對公共安全之直接危害「可得而知的情況」。將一個有地區關聯的示威遷移到任何一個體育場的想法，即是忽略了行政法院所強調的、存在於示威動機與示威地區之間的關聯。該高等行政法院雖正確考量到申報之欠缺及因此對達成合適協議所生之困難，但

是它卻未斟酌，官署——雖然知道示威的時間、地點及參與團體——未採取它原先考慮過的「警告」以促使相互合作的準備工作。

總體而言，有數項理由可以強烈懷疑此項範圍異常廣泛的禁令——幾乎數日廢止大多數和平示威者在約三一〇平方公里集會自由此項基本權利——之合法性。另一方面是可以考慮，是事後才取得和平遂行大規模示威的重要知識，以及可以期待布洛克城示威之發起人爲和平進行之確保做更多的努力。至於在此事實狀況下並斟酌簡速程序之特性，是否在憲法上應容忍高等行政法院在裁判禁令之際於簡易審核中判定其合法，可置而不論。但是因爲高等行政法院依當時有效之法律不得以不利於訴訟提起人的方式更改第一審裁判，所以無論如何應該認爲憲法訴訟有理由：

(b) 行政法院法於系爭決議作成之際在第八〇條第六項第二句規定，行政法院裁判允准申請恢復法律救濟之延展效力者，卽爲確定。該高等行政法院違反此項明確的法律規定，受理訴訟參加人對第一審裁判所提之上訴。它因此抵觸法治國家原則而超越法官造法的界限。同時訴訟提起人依據基本法第八條的基本權利因此遭到侵害，因爲違反法治國原則而更改第一審裁判的結果是，訴訟提起人在韋斯特低地的其他部分不能行使集會自由。他們所提的，應該一併裁判的，一致針對前項權利之不能行使的而且是以基本法第八條遭到侵害爲理由的憲法訴訟，無論他們之中是誰主張第一審裁判之不可撤銷性，應該爲有理由。

③ 聯邦內政部長亦曾在其意見書中認爲，高等行政法院的程序可能不符合當時的行政法院法第

八〇條第六項第二句的規定。立法者正也是因此認為有必要以一九八二年十二月二十日的法律（聯邦法律公報 I、一八三四頁）修改前項規定，以便可以撤銷一項恢復法律救濟延展效力的第一審裁判（參照聯邦議會會議記錄 9 / 1905，第五頁）。該高等法院及史列斯維希—赫爾斯坦邦邦總理主張舊規定帶有一個可以由解釋填補的規定漏洞之見解，亦不值得贊同：憲法法院在該高等行政法院所引用的原則裁判（聯邦憲法法院裁判集第三五冊，二六三頁）即明白確認，基於舊行政法院法第八〇條第六項第二句而排除官署所提之上訴並不違憲。只有在具有雙重效果的行政處分——利於一造市民之同時却又不利於另一造市民——的情形，才應該將該規定做成如下合憲解釋：兩造基於訴訟上機會平等原則均必須可以提起上訴。就規定內容及規定對象觀之，依據集會法第十五條的集會禁令並非此類具有雙重效果的行政處分。此項處分的特色在於，對一方之利即是對另一方之不利，反之亦然，因此對此處分之發生、繼續存在及消滅，一方有積極的利益，而另一方有消極的意義（參照 Laubinger, Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung——具有雙重效果的行政處分——一九六七年，第一頁以下及第二九頁）。若只是第三者的利益受損害，並不充分；必須是可以做為行政法院訴訟標的法律利益受到損害意義下不利益（Erichsen / Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht——行政法總論，第四版，一九七九年，一七一頁以下；Laubinger, 前揭書，十四頁以下）。這是在建築法上及放射物防護法上的鄰人訴訟（Nachbarlagen）及競爭者訴訟（Konkurrentenlagen）已獲得司法裁判與學說的承認（參照 Erichsen / Martens, 前揭書；Meyer / Borjs, VwVfG——行政程序法——第二版，一九八二

年，第十三條註釋第十段；Knack, *VvVfG*——行政程序法，第二版，一九八二年，第三五條註釋第五、三、一段）。在此類行政處分，武器平等原則及有效的權利保護原則均要求，兩造當事人應享有上訴權，而法院應以解釋的方式填補可能存在的規定漏洞。

依據集會法第十五條的集會禁令却只是針對一項示威的參與人與主辦人並且限制其基本權利。它爲了保護公共安全與秩序；它若影響第三人，也不過是內容與對象極爲不確定的反射效果（參照 Jacob, *DÖV*, 一九八一年，四六三頁）。基於這些不同的利益情況並看不出，在此亦存在著類似在具有雙重效果的行政處分的規定漏洞。在此無寧應適用聯邦憲法法院已在前述原則裁判表明者：在憲法擔保之權利保障上亦應考慮的，而且官署應維護的公共利益及第三人重大利益會得到充分滿足，如果官署能夠命令立即執行並且可依據行政法院法第八十條第六項第一句隨時得要求法院改變對於延展效力之恢復所做的裁判（聯邦憲法法院裁判集第三五冊，二六三頁（二七五頁））。

因此高等行政法院認爲可以違反當時立法規定而將訴訟參加人視爲得提起上訴之部分，不能贊同之。他們在示威禁令的範圍是官署之代表。高等行政法院認爲訴訟參加人係本身部分受到影響的市民之部分，忽略了上述裁判中的程序當事人頂多是以官署代表，而不是以私人身份，滿足訴訟參加之要件（行政法院法第六五條）並且其自身權利絕不會受到前審裁判的侵犯（參照巴伐利亞邦行政法院判於 *BVL* 1983, 1983, 八五頁之裁判）。

(b) 高等行政法院之見解不僅與以前的法律條文不符，而且逾越法官造法的憲法上的界限。聯邦

憲法法院一再承認法院從事造法的任務及權限（聯邦憲法法院裁判集第三四冊，二六九頁（二八七頁以下））。但是它也反覆強調，法官受法及法律拘束的法治國原則是此項權限之界限（聯邦憲法法院裁判集第四九冊，三〇四頁（三一八頁）；第五七冊，二二〇頁（二四八頁）；第五九冊，三三〇頁（三三四頁）；第六五冊，一八二頁（一九〇頁以下，一九四頁以下））。法院若刪減立法者基於具體化憲法一般原則而賦予人民的法律地位，則是逾越此界限（參照聯邦憲法法院裁判集第四九冊，三〇四頁（三一九頁以下））。

高等行政法院於本案所做的，違反法條文字的解釋忽略了行政法院法第八十條中權利保護體系的憲法重要性。蓋法律救濟的中止效果是公法爭訟的基本原則。行政法院對官署所命令的立即執行之審核是受基本法保障的權利保護的適當顯現，可使當事人免於官署在負擔的行政處分確定前造成既成的事實（聯邦憲法法院裁判集第三五冊，二六三頁（二七二頁以下）；並請參照聯邦憲法法院裁判集第五一冊，二六八頁（二八四頁以下）；第六七冊，四三頁（五八頁））。於內容中指定一項法律救濟的延展效果之裁判所具有之不可撤銷性，亦有助於前項目的。即使憲法未強制地使立法者有制訂前項規定的義務，法院亦不得擅自以違法的解釋變更現行法律規定並且實現其自身的法律政策觀點。

高等行政法院裁判關於允許訴訟參加人上訴之部分，應予撤銷。關於費用之償還係依據聯邦憲法法院法第三四條第三及第四項。

(續左) Dr. Herzog      Dr. Simon      Dr. Hesse  
 Dr. Katzenstein      Dr. Niemeyer      Dr. Heußner  
 Dr. Henschel      法官因故無法簽名——Dr. Herzog

# 關於「大學特定學系入學許可名額限制」之判決

## ——聯邦憲法法院判決第三十三輯第三〇三頁至第三五八頁

李震山

譯者：黃啓禎

王玉楚

1. 以整體教育容量飽和爲由，對特定學系之大學新生爲入學許可限制，憲法法院對之作成判決。（此案例係指對申請就讀醫學之絕對名額限制——*absoluter numerus clausus*）

2. 基於基本法第十二條第一項第一句，保障自由選擇職業及教育處所之權，加上一般平等原則以及社會國原則，人民有權請求被許可入大學接受教育。該權利得依法律或根據法律限制之。

3. 僅於有下列情形存在時，對特定系別之大學新生，爲絕對入學許可之限制（*absolute Zulassung*—*beschrankungen*），方爲合憲。

(a) 現有教育容量完全用罄，已達到必須要限制之界限，並且

(b) 對申請者之遴選與分配，是在給予每位具高中畢業資格者皆有機會，並儘可能考量受教育地區之個別選擇狀況下，依客觀標準行之。

4. 與絕對入學許可限制指令要件有關之重要決定，以及適用之選擇標準，由立法者取決之。得授權

大學於特定界限內，進一步就細節為規定。

5. 一九六九年四月二十五日頒行之漢堡大學法第十七條與基本法不合，因為立法者一方，於絕對入學許可限制情形中，未針對遴選標準之方式及順序關係為規定。

6. 一九七〇年七月八日頒行之巴伐利亞邦入學許可法第三條第二項與基本法不合，因為於巴伐利亞邦有住所之申請者，若於該邦或在鄰邦相近之教育機構，獲有申請就讀大學之文憑者，甚至在教育容量飽和之情況下，普遍的仍有可能在家鄉大學就讀。為達此目的，乃有特定許可順序之資格等第以享受優惠。

7. 適用超地區性統一遴選標準，以分配所有入學空額，為聯邦與各邦之共同責任。

第一庭於一九七二年七月十八日判決。一九七二年五月三日為言辭審理。

——1 BvL 32 / 70 及 25 / 71 ——

程序上分為兩部分，其一，針對一九六九年四月二十五日頒行之漢堡大學法第十七條（GVBl.

S. 61）為憲法審查，依漢堡邦行政院所提具一九七〇年八月二十一日之裁定。（IV VG 615 / 70）其二，針對一九七〇年七月八日巴伐利亞邦大學入學許可法第四條（GVBl. S. 273）為憲法審查，依慕尼黑之巴伐利亞邦行政院所提具一九七一年四月二十六日之裁定。（3006 / 71，——1

BvL 25 / 71 ——）

## 判決正文

### I、

1. 一九六九年四月二十五日頒行之漢堡大學法（漢堡法令彙編，第六十一頁）與基本法不合，因為立法者於對大學新生為絕對入學許可限制之情況中，對適用申請者遴選標準之方式及順序關係未為規定。

在新法律規定頒佈前，該規定尚得適用，但最後期限為一九七三年夏季班開始前。

2. 關於絕對入學許可限制頒行之其他要件，其於大學法第十七條有規定者，依據判決理由中之解釋，與基本法相符。

### II、

1. 一九七〇年七月八日頒行之巴伐利亞邦大學入學許可法第三條第二項（巴伐利亞邦法令彙編，第二七三頁）之規定，亦適用於大學新生絕對入學許可限制之情形，其與基本法不合，因而無效。

2. 巴伐利亞邦大學入學許可法第二條第二項、第三條第一項及第三項，與第四條，依據判決理由中之解釋，與基本法尚無不符。

## 理由

## A、

在漢堡大學及慕尼黑大學醫學系新生入學許可事件的兩項程序中，管轄行政法院請求聯邦憲法法院，就邦法中有些關於大學入學許可限制之規定，是否與基本法一致為判決。

## I、

1. 從一九五二年至一九六七年，在西德學術性大學內就讀之學生人數，約增長兩倍，總數約為貳拾柒萬人。新生人數則由當初約二萬五千名，增至約五萬一千人。大學之擴展脚步未能跟上，人數增加，為此，於幣制改革年代以及一九六七年年末，聯邦、各邦及其他相關單位總計提供七十七億馬克之經費。（參閱聯邦教育與科學部所出版之一九四八年至一九六七年大學擴充支出。）因此，在六十年代中，愈來愈多的大學即重新採用戰後即被實行之名額限制措施，施行之初，各邦皆無法律依據。由於戰時生育率下降，暫時舒解部分壓力，自一九六八年始，大學新生申請又陡然增加，自此，幾乎所有自然科學系及少數其他幾個系別皆對入學許可之核發給予限制。

入學許可之限制，特別是人類醫學系之所有教育機構，皆實施名額限制。依據一九七〇年二月四日之聯邦醫師條例（BGBl. I S. 237）以及一九七〇年十月二十八日之開業許可條例（BGBl. I S. 1458），醫師之教育將應更為加強，所需要的尤其是昂貴的設備。依聯邦政府之報告，一九七〇年政府每增加一位醫學系學生之名額，應投資一十七萬五千馬克，並且每年要為其負擔四萬一千五百馬克之生活費用，相對的，政府投資在每個人文學系名額上為一萬七千八百馬克，生活費用為六千五百馬

克。儘管如此，自從幣制改革後，投資在大學擴充總經費中，超過三分之一是流入人類醫學領域，並且其學術從業人員於一九六〇及一九六九年間增加一倍。依學術委員會之報告，第一次註冊大學新生數目，於一九六二年達到最高潮，約有七千七百人，但實施入學許可限制的結果，到一九六九年人數下降一半。相對的，依中央登記處報告，被拒絕的人數於一九六七年夏季班時約百分之五十，一九七〇/七一冬季班提高至百分之七十，至於本學期則在一萬一千名申請人中，僅約有三千人被允許就讀醫學系。在此種入學許可實務運作的結果，自一九六九年後被拒絕人數百分比急劇上昇。

## 2. 六十年代下半葉增強致力於克服所遭遇之困難

(a) 學術委員會自一九六〇年建議擴充學術性大學，並以一九六〇年為後續計劃之重要出發點，其特別致力於學生名額現有容量之計算，以及未來需求之調查。在其「醫學研究、教育機構擴充及結構建議」中，以一九六八年當時狀況計算，依模式概念下，以夠水準醫學教學為判斷，每年之教育容量只能容納一千七百六十名新生，但是若要保障相當「醫生密度」，每年却相對需要招收五千名新生（參閱聯邦青年家庭及健康部，一九七〇年出版之醫師分析，第四〇八頁）。

為協調遴選標準，文化部長常設會議特別在一九六八年十月三日及一九七〇年三月十二日作成決議。在其決議中，從嚴格觀點，留給外籍學生至百分之十的名額。其餘名額中百分之六十依成績原則遴選，百分之四十依年別（*Jahrgangsprinzip*）原則遴選。此建議被作成原則遵守。然而自一九六八年始，於大多數邦中所頒行之大學法中都進一步規定，將遴選事務大部分交由邦行政機關或大學行政機關處

理，高中畢業成績產生多種計算方式，以及在成績原則與年別原則中採行各種優惠，將入學許可事務弄得支離破碎。

西德大學校長會議，自從於一九六八年三月二十七日對名額限制作成第一次決議後，一再重申名額限制為限期之緊急措施，並且近年來每年兩次公布入學許可限制狀況之報告。一九六七年初設立之中央登記處，迄今皆承擔醫學、牙醫、獸醫、藥學、建築、心理、生物、化學入學申請之處理事宜，並為大學遴選新生之決定作準備工作。在西德校長會議一九七一年十月五日決議中確認，入學許可規則及申請時間的多樣化，將阻滯入學許可事務之推展以迄癱瘓，並揭示當今入學許可制度顯然不客觀之處，由於某些學系採一般性的名額之限制，申請被拒絕者，便另選其他系別，造成其他學系額滿。由於被拒絕的學生中有部分尋求到國外入學，依西德大學校長會議秘書長之報告，歐洲議會常設委員會將於一九七一年夏天討論此問題，西德以此種方式為名額限制之危害將蔓延至其他國家。

(b) 依學術委員會之意見，入學許可限制之問題僅適合在德國全境域內解決之。聯邦在其財政革新範圍中，已經藉由基本法之修正，讓聯邦於一九六九年及一九七〇年中取得通則立法權，藉以規範高等教育學府事務之一般基本原則。(基本法第七十五條第一項第一款)並將大學及大學附屬醫院之擴建及新建視為共同任務協助之。在其一九七〇年教育報告(BTDrucks. VI / 925)中，建議聯邦政府作成一持續五年消除名額限制之計劃，五年後若入學許可限制仍然存在，只允許每次以一年為期，並僅得在一特別程序，根據事先容量計算下，方得執行之。聯邦政府在其一九七〇年一月十六日答覆反對

黨有關名額限制問題之質問時，亦作類似之表示。（BTDrucks. VI / 246）並在其第一份報告中提到，一九七〇年十月三十日起，將對廢止名額限制採取立即措施，在一九七二年二月三日之後續報告中，提到廢止名額限制之立即措施，並舉出其困難之所在，係統一容量計算之執行遭到阻礙。

在廣泛教育改革中所採取之措施，亦也都為克服名額限制作出貢獻，譬如，根據一九七〇年六月二十五日之行政協定，任命一聯邦與各邦共同委員會，以制訂教育整體計劃，並且調查必要的財務需求，其次，一九七一年八月三十一日公布高等教育統計法（BGBl. IS. 1473），以此作為獲取高等學校教育資料之依據。又於一九七一年九月二日公布畢業生輔助法（BGBl. IS. 1465），目的在提昇學術，主要是針對高等教育師資之培養。特別是一九六九年九月一日頒行（BGBl. IS. 1556），一九七〇年九月三日更改（BGBl. IS. 1301）之高等教育促進法，據此，聯邦與各邦，加上學術委員會合作共同制訂通盤計劃，經費由聯邦負擔一半，由各邦執行。依據該法律決議作成之第一個通盤計劃，預定於一九七二年至一九七五年計劃期間內，花費一百六十億馬克，各系學生名額總數將因而由一九六九年的四十五萬八千人，提高至一九七五年的六十六萬五千人。為實現此計劃，正如前所述及之聯邦政府後續報告中所言，將對廢止名額限制採取立即措施，並自一九七五年起提供足夠學生員額，以滿足整體需求。雖然有三分之一之計劃經費係用諸於醫學部分，人體醫學之新生入學人數仍需受限制。同時，仍將有部分大學入學申請者，不能依其選擇在大學就讀。因此，從長遠觀點言，有必要透過集中求證程序以調查容量，並即時利用之。

聯邦高等學校通則草案 ( BTDrucks. VI / 1873, 最新定稿係依據聯邦議會教育科學委員會之諮詢意見, —— BTDrucks. VI / 3506 ) 亦同樣認為, 在高等學校改革以及高等學校加速擴張產生效果前, 在特定系列中有入學許可之限制仍難避免。依此草案, 「在基本法意義下之每位德國人, 皆有權自行選擇高等學校教育, 只要其能提出接受該教育之必要資格證明。」爲了「目前入學許可限制, 而爲聯邦統一之規範, 並非恣意表現, 而係爲提出客觀入學標準」, 特別是在聯邦全境教育容量飽和之情形下。至於「邦立法之規定」, 應致力於規範入學許可限制之要件、容量之計算, 以及申請者之遴選等。此外, 應規範各邦成員處理許可事務時之獨立性, 以之作爲各邦特定機構調查學生空額之直接有效之法律。

## II、

申請就讀於漢堡大學及慕尼黑大學之醫學系, 多年來已有入學許可之限制, 由中央登記處所許可就讀醫學系之新生, 一九七〇年夏季班漢堡大學爲二〇九名, 慕尼黑大學爲二三〇名, 一九七〇—一九七一年之冬季班, 漢堡大學從二千五百七十五申請人中, 僅三十八人獲許可, 慕尼黑大學之申請人爲四千五百人, 獲許可者爲二百四十名, 該兩邦之入學許可限制, 規定如下:

1. 一九六九年四月二十五日之漢堡大學法規如次: (以下稱大學法)

### 第十七條

(1) 若顧及大學容量有必要時, 某些系列之入學許可得受限制, 藉以保障相關學系之正常教學。於

採取入學許可限制之前，應特別審核，大學之措施是否及何種程度上涉及、適合教學改革領域，以避免入學許可之限制。

(2) 入學許可之限制以入學許可規則訂定之，在該規則內亦應針對應予許可之申請者之遴選及人數為規定，每經六個月應審核前項之要件是否仍然存在。

(3) 入學許可規則應由學術評議會，經相關學系之聽證後議決之。經主管機關之要求，學術委員會有義務就特定系別實施入學許可限制之問題，於一定適當時間內陳述之。

(4) 入學許可規則亦得由邦政府以法規命令訂頒之。學術委員及相關系別應事先參與聽證。

依大學法第六十四條規定，大學入學許可規則，需經主管機關同意，主管機關得因「法律理田或基於合日的性之原因，特別為高等教育事務一致性之利益」拒絕同意。依大學治第六十七條之規定，大學依大學法之自治行政作為，邦政府僅能居於輔助地位行使之。

一九七〇年二月十四日，學術評議會議決通過「醫院實習前諸學期中，德國人申請就讀醫學及牙醫之入學許可規則」，該規則經學校主管機關同意於一九七〇年夏季班實施之。（官方公報，一九七〇，第五二一頁）一九七〇年五月十四日再為議決，並經同意於一九七〇／一九七一年冬季班適用。（官方公報，一九七〇，第一二六一頁）依此入學許可規則，提供給德國人之名額部分，原則上依成績佔百分之六十，年別原則佔百分之四十之比例分配之。然而，每個學期在名額中亦提供特定部分，保留給適用前述原則有特別困難情形之人。依據成績觀點遴選之部分，原則上係依高中畢業平均分數，但在漢堡邦

之高中學業者，成績加零點五分。依年別原則遴選之部分，申請者曾在聯邦軍隊或在民間服役者，優先錄取。

2. 巴伐利亞邦高等學校入學許可法，一九七〇年七月八日（GVBl. S. 273），其重要規定如次：

### 第二條

(1) 於大學註冊應具備，曾受大學前教育，依現行規定能提出證明之資格。

(2) 在顧及大學之容納能力，以維持正常教學，急迫必要時，個別學系方得對其接受學生及旁聽生之數目為限制。入學許可之名額每次僅以一年為限。

### 第三條

(1) 依第二條第二項有入學許可名額限制時，原則上以資格等第為許可之依據。等第則依第二條第一項所稱大學前教育證明書或經測驗程序獲得之證明等細部規定為準，為顧及年齡較長之申請者，可預留部分分配名額，其係依受大學前教育之年別證明（第二條第一項）。同樣年別之申請者之錄取順序，依前句規定為之。

(2) 入學申請者，若於巴伐利亞邦獲有大學前教育結業證明，而其住所所在該邦者，應使其有可能就讀於其住所鄰近由其自己選擇之巴伐利亞邦高等學校。為此目的，應就資格等第遴選之部分進一步規定許可順序，以優待這些申請者。住所所在巴伐利亞邦，而其大學前教育結業證明係在住所鄰近他邦教育機

構取得者，亦同樣適用之。

(3)得依細部規定，事先提供部分名額予有下列情形之一者，且不受第一項規定之拘束。

1.有社會條件困難之他種情形者。

2.有外國入學申請者。

#### 第四條

有關第二條第二項，第三條第一項第一句、第二項第二句，與第三項，以及許可程序之細部規定，由邦教育文化部協同相關大學，以法規命令制頒之。第二條第二項之全部或部分得授權大學以行政規則訂頒之，但其所頒行之章程需得到邦教育文化部之同意。

依據此法，邦教育文化部於一九七〇年七月三十一日頒訂施行命令，(GVBl. S. 386, 一九七一年一月十五日)以命令修訂之一—GVBl. S. 60 —, 一九七二年五月二十五日又修訂之一—GVBl. S. 222 —, 並於一九七〇年八月十五日生效。(第十五條)依此命令訂定之大學章程頒佈前，未經法律授權而由大學頒佈之入學許可準則之效力，最遲維持至一九七〇年十二月三十一日前，且將成爲施行命令之附件公布之。

該施行命令亦規定，所有入學名額除扣除保留給予社會條件困難以及外國申請者部分之外，其名額中百分之六十是依資格及成績，百分之四十依年別原則分配。依成績原則分配之部分，其原則上所依據之高中結業成績平均分數，仍會因所選擇之就讀學系而改變。依此所獲平均分數後，入學許可法第三條

第二項意義下之巴伐利亞申請人，申請就讀於其住所最近之巴伐利亞邦境內大學者，成績加一分。曾服兵役或代替役之新生，在其服役前其所選系別並無入學許可限制者，在特別名額中將被優先考慮。

## III、

1. 先行程序繫屬於漢堡之原告，係一九六九年五月於 *Linsdore*，以平均成績三·二五通過高中畢業考試，其於一九六九／七〇年冬季班申請就讀醫學不成，一九七〇年夏季班再行申請，在被告知名名次後仍被拒絕，理由係名額缺乏之故。原告在提起訴願被駁回後，提起確認之訴，主張前述拒絕非為合法。依原告之見解，在各類醫生相關行業都亟需遴聘醫師的狀況下，入學許可多年來仍繼續存在有名額之限制係違憲，在過去數年中應有更大量新生被允許入學，而且亦有足夠時間去擴充教育容量以資因應。

先行程序繫屬於慕尼黑之原告，係一九六九年六月於巴伐利亞，以總成績平均三·二五通過高中畢業考試，向慕尼黑大學申請一九七〇／七一年冬季班醫學系入學許可。該申請以及事後提起之訴願，都在被通知名次後駁回，駁回是根據仍然有效而前曾提及之大學入學許可標準，並考量「本邦學子優惠」規定下所作之決定。在其提起之告訴中，請求撤銷前述拒絕之決定，並准其就讀醫學或由被告機關審酌法院之法律見解，重為決定。依原告之見解，從前之大學入學許可標準，以及邦教育文化部之施行命令，皆因缺乏足夠法律授權，應為無效。此外，入學許可規定至多只能依成績標準，不應以年別原則為根據。

2. 受理之行政法院依基本法第一〇〇條第一項，停止該項審判程序。

(a) 漢堡行政法院就大學法第十七條與基本法第十二條第一項是否合致，提請聯邦憲法法院判決之。法律上質疑之點，並非在入學許可規則之個別規定上，因為其係維持在大學法第十七條「廣泛授權」範圍之內，並且無裁量瑕疵之問題。至於所有畢業生應受同等評價、對漢堡高中畢業生優惠、為外國人預留名額、以及容量確認問題，是否皆無可質疑，可從原告不利之名次得知，可暫時不談，因為問題之重點僅在，大學法第十七條是否與基本法第十二條第一項合致。

答案應該是否定的。基本法第十二條第一項，並非僅單純作為對抗職業控制措施的防衛權，並且賦予國家提供符合需求之教育機構之義務，至少，醫師職業之教育訓練係由國家所獨占，因此，名額限制之實行有違憲之虞。入學許可限制尚可證明其必要性，藉以防止因招生過量而造成更大不利，並可避免造成教育機構之崩潰。但是名額限制不得喪失其屬於臨時措施之特徵，而使之成爲一種持續性作爲，而將憲法保障自由選擇職業自由權之機構掏空。由於大學法第十七條使名額限制得以無限期待持續，且該法律並未含有諫予國家履行創設足夠教育員額之義務，其規定又因缺乏名額限制之時間界限而違憲。

(b) 慕尼黑行政法院聲請聯邦憲法法院，就巴伐利亞高等學校入學許可法第四條，是否與基本法合致爲判決。於實際有限的教育可能性下，縱然依基本法第十二條第一項有自由選擇職業及教育機構之權，大學入學許可限制仍被施行，因爲有限的接納容量已表現教育請求權之事實上界限。然而，實施此種入學許可限制並未承認大學有緊急權限，因爲在巴伐利亞邦議會內，設有一經常性且有作爲能力之處理機關，且立法者有足夠時間爲大學入學許可事務爲正確的規範。因此，原本之大學入學許可準則並非有

效，其亦不得成爲邦教育文化部之施行命令之可能構成部分而有效，因爲該施行命令係基於一違憲授權頒佈。法規命令僅得依據一形式法律授權規定方得制頒，而且授權之內容、目的與範圍必須明確。明確必要性之意義，應嚴格執行，何況前述案例又是涉及干預基本權利範圍之授權。雖然教育與訓練是屬於國家生存問題，立法者於教育事務中應滿足於繼續扮演「給付之父親身分」之形式，有關教育供給、學校形式與秩序、考試規定、課程改革、大學入學要件、補助之發放以及許多其他重要事務，就其全部或者就其重要部分，由邦部會行政體系決定之。

關於前述問題，立法者已對大學入學之法律限制之授權表示的非常清楚，即許可要件或拒絕要件，應在授權法條之本身規定，而非依據法規命令，至少付託給命令制訂者之行政立法權限之界限已有明確之輪廓。入學許可法第四條已賦予命令制訂者超過適當制訂行政命令之職權。入學許可法第四條與第三條第一句，原則上將入學許可之資格等第交由命令制訂者決定，在計算個人大學前教育成績之平均分數時，根本不以所選擇系別，而却以其他多重標準判斷。特別有疑慮者爲，入學許可法第四條與第三條第二項中，對於優惠之範圍毫無限制，於是給予邦教會以其資格等第獲得特定許可名次，因此，在結果上，進入巴伐利亞邦之大學之有決定權者並非立法者，反倒是被授權之行政者。入學許可法第四條及第三條第三項授權之範圍不夠明確，任命令制訂者，就外國人之許可，對社會困難情形之考量自行爲之。由於立法者對重點之確立非由自己決定，既放棄其權利，又輕忽其義務，職是之故，入學許可法第四條之授權爲違憲。

對漢堡行政法院提出之裁定，聯邦政府、漢堡邦政府、巴伐利亞邦政府、學術委員會、西德大學校長會議、聯邦助理會議及漢堡大學，共同以繫屬於開始程序之被告身分表示意見。就慕尼黑行政法院所提出之裁定部分，巴伐利亞邦議會（衆議院及參議院），以及巴伐利亞邦政府皆提出其見解。

1. (a) 聯邦政府、漢堡邦政府、巴伐利亞邦政府以及學術委員會見解一致的認為，有關學生名額及其職業創設之個人給付請求權，並無強有力的憲法保障，針對此點，邦教育規則已有規定，各邦對此亦擁有實際教育獨占。因此，擴展現有教育容量之一般義務履行，並非各邦高等學校立法必有之內容，因為此項任務只能由聯邦與各邦共同根據整體通則計劃解決之，至於擴充之範圍及優先順序則屬政治共同責任範圍內之決定。因此，個別需求並非重點，若為整體人民中之小部分去確定預算的運用，特別是昂貴的醫學教育，將對其他領域造成不利，為優先需要而存在者，將會造成不當之特權。此外，為克服教育名額缺乏，確實投下巨大努力，尤其是為醫學人員之教育，有意再加強，此點在聯邦政府及學術委員會之個別說明中皆已明示。因此，下述的顧慮是無理由的，即假設入學許可限制不設有一定之期限，各邦將會放棄其擴展高等教育事務之責任。

他們更進一步表示共同的見解，即個人在現有教育容量下，對選擇進入大學許可之請求權，受到邦政府明確的肯定，並交由漢堡及巴伐利亞邦政府執行，但是該權利是可以限制的。目前大學接受容量確實飽和，為保障其功能所為之入學許可限制是必要的，俾使自由選擇教育與職業在儘可能公正，並照預

定順序完成之。漢堡大學有關之規範皆遵守合法界限，其並非交由大學行政部門執行，而係由立法者爲之。因此，入學許可限制之執行顯然是爲維持一正常教育而有其必要，且該大學措施是無可避免，況且每六個月，亦即每學期都需審核，入學許可限制之要件是否仍存在。並且入學許可規則之頒佈是由邦政府所許可。大學法亦在處理上留有迴旋空間，允許部分申請者依年別原則錄取，以避免持續以成績不良理由去淘汰申請者。

(b) 漢堡邦與薩爾蘭邦之憲法法院、聯邦行政法院案件管轄庭、巴伐利亞行政高等法院、漢堡高等行政法院、及北萊茵—西伐冷邦之高等行政法院，皆依聯邦憲法法院法第八十二條第四項第二句陳述其意見，大致上之見解方向，與前述機關所提者相同。

依聯邦行政法院第七庭之報告，聯邦行政法院迄今皆認爲，基本法第十二條第一項第二句；並未對教育機構入學許可限制爲法律上之授權。但若是入學許可之限制，並非用於對職業之控制，而是爲防止因超量而逾越機構之負荷所生之危害時，以法規範或行政對基本權利爲限制，皆與基本法合致。（參考 BVerwGE 6, 13；BVerwG, JZ 1963, S. 675）。

漢堡高等行政法院及巴伐利亞行政高等法院之案件管轄庭，皆持如下相同看法；即大學法第十七條之入學許可規定並無違憲之虞。大學法承認，邦有義務（漢堡高等行政法院第三庭之陳述）提供大學爲完成其任務所需之財力，並從立法產生之背景解釋立法者主要之意旨顯示，名額限制並非要持續性設置。同樣的，依北萊茵—西伐冷邦高等行政法院第五庭之見解，認爲名額限制係合法。然而，其發展却導

致入學許可事務之混亂，鬆動教育機會均等，且致令廣泛有效之法律救濟成爲不可能，就是至今仍在運作之集中處理入學許可程序，對於多重申請之處理情形，亦表示不能滿意，因爲該中央登記處將最後決定權交給大學，使得法律救濟格外困難。

(c)漢堡大學、西德大學校長會議、以及聯邦助理會議認爲，依大學法第十七條之方式爲入學許可之限制是違憲的。

漢堡大學以及西德大學校長會議認爲，違憲之點在於，名額限制可能成爲一般性，而且時間上無限制。依其一致之見解，却應依憲法之要求，不能任令基本權利空轉，且依社會國家原則所衍生出基本權利實質執行之保障，邦有義務提供足夠之入學名額，使每個夠資格之德國人，得以行使基本法第十二條第一項所保障之自由選擇教育機構之權利。社會國家原則在基本權利範圍內之所以有其意義，即賴國家應盡其所有力量，使國民得以遂行憲法強力保障之自由權。

依漢堡大學之見解，前述國家義務，亦涉及自由選擇教育機構之權，何況國家實際獨控教育，就如同醫師之教育。此項自由權當然會因國家事實上能力不足以立即創設就學所必要之名額，而遭到限制，也因爲國家不能經常就教育容量立即適應轉變之需求，所以也不能完全沒有限制。然而，入學許可之限制，既不得繫於社會政治上認爲必要重視之需求，因爲申請入學者之利益才是重點，亦不允許喪失其臨時緊急措施之例外特質，反使之成爲完全或不合比例長期個人利益之壓制。入學許可限制之規定，實應課予國家應持續調查顯而易見的學習利益之義務，以及課予國家在一定時限內擴展大學，調整容量之義

依西德大學校長會議之意見，相當於前曾提及之國家保證給付義務，但並非指要求設立特定教育機構之個人主觀請求權。另一方面，此種國家義務並不限於只為某類職業創造教育可能性。若是為此國家強制頒行教育法規，將會造成學習過程之不平等對待，此種僅作為緊急措施方被許可之入學許可限制，若僅因為容量飽和，致令一些數目不很多的申請者，不可預見期間內，不能選擇其學業，自由選擇教育機構權之重要內容已受到侵害。同時，他們亦同意社會國家義務落空的特徵，即是從規定本身無法看出，其僅是存在於一有期限過渡期間內，或其只是為控制缺額而為安排的一種程序規定，甚至國家正努力於清除入學許可限制之條件。

聯邦助理會議將招生限額區別為結構性與數目性，前者為新大學在建造過程中，為特定努力目標而為試驗的一種改革模式，此時之招生限額是可以允許的。後者之招生限額，只是因特定學系之飽和，其不僅因缺少時間期限，並且在目前的條件下之限制是一般性的，所以是違憲的。以數目為許可之界限，限制個人要求進入現有大學之權利，此項請求權係衍生自基本法第十二條第一項之共享權。因為，在公法組織的高等教育範圍內，現代社會皆處於獨占地位，亦是生活機會之分配者。同時，學術研習之自由亦受到限制，此係基本法第五條第三項所規定，被當成廣泛學術自由之不可分割構成部分而受保護，該自由亦保障自由進入大學教育。人們若試圖以現有教育容量實際上飽和作為限制之合法依據，經常會誤解，教育訓練容量之概念並非明確實際之數值，而是以規範資料為主，而且僅被說成，以法規範為基礎

之容量模式，僅是由一特定學生數目所構成。該類規範性的限制僅得於保護重要公眾利益必要時，方為合法。若就確保高等學校之功能，以及受許可入學學生之正常化教育而言，值得質疑的數目性入學許可限制之現在形式已無必要，因為其依據的只是很少的幾個系別之名額不足理由，但却未排除多數申請者以及許多其他系別之困境，也不會使他們有同樣機會去申請名額不足之學系。此種規定侵害機會均等，保障某些特種，此舉將限制、甚至傷害到其他所有的人，其因與社會需求對立，將製造其他系別移轉互動，因而以需求狀況扭曲擴展計劃之基礎。名額不足之克服仍有足夠方法，雖然這些方法同樣有問題，但是負擔性較少，譬如，對進入某些系別之許可數額加以限制，或設定特別公平之條件，此外，告知高中畢業生及大學生，他們所選擇系別之現狀，以及其他選擇之可能性。

2. 有關制頒入學許可限制要求法律授權之問題，慕尼黑行政法院所提具裁定中的見解，係依據巴伐利亞邦憲法法院（BayVGH 24, 1），及巴伐利亞行政高等法院（BayVGH n. F. 22, 144）之判決，其認為：入學許可限制需要法律依據，且依法治國原則，法規命令頒佈之授權，就其內容、目的與範圍要足夠明確。依巴伐利亞邦政府之看法，巴伐利亞邦之大學入學許可法已符合該要求，在法律授權部分較諸其他各邦類似規定具體許多，規定之具體內容皆照文化部長會議之建議，且先前存在之重大法律不安定性皆已排除。

甚至大多數人都認為不正確的第三條第二項，（賦予邦孩童優惠）邦政府與巴伐利亞邦議會，引用巴伐利亞邦憲法法院及該邦行政高等法院之見解，一致認為該項規定在形式上與實質上都無可質疑之處

此外，應顧慮的是，在巴伐利亞邦內之大學，長久以來號稱「學生進口過量」逾八千名，結果導致巴伐利亞有住所之申請者，必須以超比例的方式與來自其他各邦之申請者競爭，爲了本邦申請者所減少的機會重新增多，而且目的是爲實現社會國家正義，使在住家附近讀大學成爲可能。因此，第三條第二項所規定優惠是必要的，其不抵觸基本法第三條及第三十三條第一項，而且其在基本法第十二條第一項判決意義上被評價爲合法主觀入學許可規定。在其他「學生進口過量」的各邦中，特別是巴登伍登堡、柏林及漢堡諸邦，通常亦有類似地區優先之規定。在形式觀點上，就如同巴伐利亞邦憲法法院在其判決中所提，歡迎有一精確措詞之授權條款。在同一判決中，更進一步說明，若考慮到入學許可規則顯應有其彈性的話，該授權不僅是就內容、方法及目的，甚至包括範圍已足夠明確。至於優惠的範圍，可從規範目的、優惠團體及優惠方法中知悉，特別是原則上還保留資格原則，而且必要性原則及比例原則仍需遵守。

## B I I、

1. 根據巴伐利亞邦政府的見解：慕尼黑行政法院的申請如係以違反基本法第八十條第一項第二句爲理由，則應予不受理。該規定僅對聯邦法律有其適用，一旦將內容相似的法律原則經由基本法第二十八條第一項第一句轉變成邦憲法內容之一部視爲法治國原則之具體化時，鑑於基本法第一百條第一項之權限分配，聯邦憲法法院應無權以此標準來審查邦法律。

此一質疑並非有力。根據基本法第一百條第一項的規定，聯邦憲法法院的管轄權與某一邦是否也有

憲法法院職司審查邦法有否與其邦憲法規範（內容與基本法的規範相似）相一致無關，亦不受是否已存在一邦憲法法院的相關判決之影響（參閱 BVerfGE 2,380 [388]；17, 172 [179 f.]；23, 353 [364 f.]）。

2. 被送請審查的邦法規之合憲性對原審判決而言關係重大。根據原審法院之見解，本案關鍵在於漢堡大學法第十七條與巴伐利亞邦入學許可法第三條與第四條之效力，理由是因為在申請入學許可時，如果上述法律條文有效，並據以作成拒絕入學之決定則是合法的。反之，若是上述條文無效時，則似應為不同之判決。

(a) 地方行政法院認為在漢堡訴訟案中，當大學法第十七條無效時，原告應勝訴。原告選擇醫學大學課程與選擇相關職業之自由，若無法律之基礎便不得加以侵害，原告當然有權註冊入學。和漢堡市政府觀點不同的是此一判決關鍵的見解不容反駁，因為無論如何，入學許可之申請在事實已無法容納時，一定不會成功，而且也因此縱便在大學法第十七條違憲時，亦無他種結果出現之可能。原告訴之聲明，目的在於請求確認被告大學根據大學法第十七條所作拒絕入學之決定是違法的。根據原審法院之見解，原告對此確認有合法之利益，因為該確認能改善關係其未來之法律制度；被告將來也就不再根據原拒絕決定之相同理由，駁回原告之聲請。根據此一觀點可知若在大學法第十七條無效時之判決，應與其合憲時之判決不同。如果從根據法律上之基礎作出入學之限制與基於為避免任何完善的教育崩潰而把入學限制當作防衛此一危險之代替性緊急措施兩者間之差異來看，上述觀點並非無理由。所以類似之緊急權在入

學限制時間不長時應是合法的，下列事實亦支持此一觀點，在六〇年代之初的醫學院，儘管教職員相當匱乏——其教育運作雖未癱瘓——卻錄取遠比採納限額制度更多的新生。

(b) 慕尼黑地方行政法院僅就將適用之選拔標準與相關條文提請審查，該法院亦認為在該等法條無效時——與有效時不同——不得駁回原告訴。因為如果規範選拔標準的法律授權不生效力的話，那麼對申請者的選拔便須直接回溯適用憲法，僅依成績原則為之。此時原告有入學許可之請求權；大學不得將入學許可發給比原告成績還差的其他申請人。

很顯然地，此一決定判決的理由亦非無道理。規範審查許可與否不在於，是否原告將得不到更好的法律地位（如果只是某些巴伐利亞的申請者之優待違憲的話）因為他自己已屬受優待的一群。因為申請的法院對於入學許可法第四條的法律授權之指謫，並非只基於上述的優待，也根據其他的選拔標準。這將又出現下列這種情況，即當某種標準被取消時，對依照其他標準入學的申請者而言，其配額與其入學機會均將不同。

## II、

1. 憲法上審查的標的僅針對用盡所有教育名額導致對特定學系之新生所採取之絕對限額制度，但不及於地區性與結構性的限制，它（這種限制）只會加重特定大學選擇時的困難，也不包括對已經入學的高年級學生所作的限制。絕對的限額制度與上面二種限制不同的是因為它的影響特別嚴重，因為它會導致相當數量之申請者須把他所希望的大學課程延後相當長的時間才開始。當申請的人很多且而因必須長時

間的等待時，受害的不僅是教育機構的選拔問題，而可能也會影響到職業的選擇，甚至必須放棄原來的理想。經濟較差之申請者，此時不可能像經濟較好的申請者一樣作長期的等待或嘗試在外國受教育。

2. 巴伐利亞入學許可法第四條不僅授權發佈第三條所稱的選拔標準之細節規定，也對第二條第二項所稱之入學限額的特殊重要要件作了同樣的授權。關於在採行絕對限額制度時授權對選拔標準作細節規定，是否有違憲之虞之判決，其審查的要件在於對新生入學採絕對限額的措施是否應予允許，與巴伐利亞邦入學許可法是否符合源至基本法形式與實體法上之要求。因此，審查的範圍應及於入學許可法第四條加上第二條第二項，所以巴伐利亞邦的規範應調查之範圍亦如漢堡邦一般。

### C、

現行漢堡邦與巴伐利亞邦關於大學入學許可之規定與基本法並非完全吻合。

### I、

1. 憲法上判斷限制入學許可之標準跟司法實務與學界所接受的一樣。（參照 *Schmitt* 所為判決概論，DVBl. 1971, 382 頁與 *Wunsch*，所為文章刊登於 *WissR*, Bd. 5 Heft 1, 1972, 16 頁以下）主要是因考量基本法第十二條第一項所保障所有德國人有自由選擇教育機構的權利。

在當初將該項權利納入基本法時與早期的解釋主要的考慮是基本法第十二條第一項賦予個人有對抗限制教育自由的防衛權。所以在制憲委員會討論時便強調無論如何必須保障在不同大學間有選擇之自由與能夠賺取特別傑出教授上課之自由，以便能夠多方面獲得啟發，也為了防止某一個邦只容許該邦邦民

進入該邦大學（SteinBer 關於一九四九年一月十九日第四十四次主要委員會議，五七五頁以下）因此在事實上也包含了基本人權保障的一項重要觀點，這項觀點應盡量予顧及，縱使是在爲了用盡所有教育費額無可避免地須將申請人分配於不同的教育機構時亦然。

在完全用盡教育員額時，會出現自由選擇教育機構權的其他重要觀點，它跟基本法第十二條第一項所保障選擇職業自由密切相關，亦是根據它而產生。通常教育是開始某種職業的前奏，兩者均爲整個生命過程中不可分割的部分。因此在聯邦憲法法院過去對基本法第十二條第一項的判決中就已強調，不僅該條文所使用之概念，職業選擇，與後來的“職業執行”是不可分的，且認爲職業活動的完整性爲生活的基礎，而且所有關於爲某種職業須先受教育的規定也屬於職業活動的法律體系（參照 BVerfGE 7, 377 [ 401, 406 ]）從這種密切關係出發，聯邦憲法法院已經正確的演繹出教育許可的限制不得作爲操控某種職業之用（JZ 1963, 675 頁，也參照 BVerfGE 6, 13 與 7, 287）。此外，因爲此一密切關係又可導出若想開始某種職業——例如像醫生——至少須具備某種特定教育爲要件，對於接受法定教育之自由之限制應嚴格解釋爲就像對職業許可要件本身的限制一樣。

憲法上對教育方面的人數保障，並限於傳統上所認定旨在對抗公權力侵害的自由權。聯邦憲法法院一再表示，基本權利同時也構成一套客觀規範的價值秩序，是憲法上的重大決定，對所法領域均有拘束力，因此，基本權利不只是人民對抗國家的防衛權（BVerfGE 21, 362 [ 372 ] 舉證甚多）。現代國家凡是保障社會福利與獎勵民衆文化越多的，在人民與國家的關係上，除了保障自由權的原始要求

外，還會有更多要求在基本權方面保障分享國家給付的要求。這種發展趨勢在教育領域特別明顯：除了基本法第三十三條對公職人員的特殊規定外，當前職業自由都是在私人機關與工作體系中實現且主要是在保護最個人的、自主的生活型態，也就是在保障職業的選擇與執行時有免於強迫或禁止之自由。因此，若從自由選擇教育機構的本質來看，其目標是在於進入教育機構的自由管道；自由權如果沒有可待行使之事實要件將變的毫無價值。因此大學通則草案是從每一個德國人都有權利實踐他所選擇之大學教育出發，假如他已證明具備該項大學教育所須的資格。

這項權利的承認非憑立法者的喜好。在此不討論“分享權”在某種範圍內是否能導出社會福利法治國在將基本權的價值體系轉換成憲法實際上具有保障者之地位。（參照 *BVerwGE* 27 卷 360 頁對私立學校財政補助所作判決）。當然如果原則上堅持，縱然是在現代的社會福利國家中，亦將此不可起訴請求的決定保留給立法者，由他決定在給付行政的範圍內是否賦予人民有分享權，如果國家已設立了相當的教育機構，便可從平等原則加上基本法第十二條第一項與社會福利國家原則產生進入這些機構之請求權。這一點尤其適用於在教育事務方面擁有事實獨占的國家與分享國家給付同時也是實踐基本權利的必要條件（如知識性職業的準備方面）的地方。在一個自由的法治國家與社會福利國家不得再任由國家機關自由決定，依其想法去劃定受益者的範圍，並將一部分國民排除在受益之外。最後，在結果上將變成對職業的一種操控。而應該是國家提供給付給予具備就讀大學資格的國民一項權利，讓他們原則上有平等的權利去分享人生的機會。基本法第十二條第一項加上第三條第一項與社會福利國之要求即在保障

具備主觀入學要件之國民有選擇就讀大學之權利。

2. 通說認爲這項入學權利依其性質應自始與完全限制爲一項分享現有教育可能性的請求權。因此漢堡行政法院在他聲請的裁定中便從擴充教育容量的義務出發，且認爲對大學新生下命採取絕對限額的措施，只有當在法律上明白規定在一定期間內履行該項義務時方得許可。有二種很接近的觀點對於上述基本權利之保障相當重要：

絕對入學限制的問題在於現行的容量不足以提供每一位具有大學入學資格者就讀之機會。憲法上的考量自始便侷限在分享現有容量上打轉，因此會遇到困難的核心。而在正常情形，社會福利國家的分配行爲，也就是財政上的授益，對於因現行資源有限所導致之不利後果可透過再分配得到緩和。絕對的限額制度會導致嚴重的不公平，亦即一部分申請人得到全部他所要的，其他的——至少有一段相當長且對往後的人生決定可能是決定性的期間——則一無所獲。對醫科而言，被拒絕的數目甚至遠超過申請者的一半。此時，憲法上所保障的入學請求權恐有大幅架空的危險。由於這個影響已不容否認，絕對的限額制度係活動在憲法可容忍之邊緣。因爲這個影響唯有透過擴充容量才能有效加以降低，不得不問，是否須從基本權的價值決定與教育權獨占的行使推演出提供充足的教育容量給不同科系是一項客觀的社會福利國的憲法委託（任務）。對於此一問題是否給予同意以及是否可得在特定的要件下，從這項憲法委託中推演出一種國民可得起訴請求創造教育員額的個別請求權，在此無須加以判斷。因爲憲法的一貫性只有在該項憲法委託被明顯違反時才加以考慮，這種情形特別是在醫學教育領域目前還看不出來：縱使分享

權自始即不限於各種現有的資源，他仍然受到個體能向社會要求分配到多少的限制，這點立法者有責任加以判斷。在預算分配時也要顧及其他團體的利益而且根據基本法第一百零九條第二項的明白規定必須把整體經濟的均衡發展列入考慮。立法者有義務來決定擴充大學的範圍與優先順序，此際應注意，大學的擴建與新建，根據基本法第九十一之A條之規定是屬於聯邦與各邦合作執行的共同任務。在作這些決定時，各主管機關一方面必須根據教育員額需求的趨勢，因為完全按照本來就很難的需求調查可能會導致一種不被允許的職業超控與需要的管制，這時作為自由秩序憲法要素的自我自由決定的意義將受到縮減。另一方面，憲法委託並不要求有隨時對每一位申請人提供他所想要的名額的義務。且因為這樣而使得在大學領域的巨額投資完全取決經常變動以及可受影響的個別需求之多種因素。如此便對自由有了誤會，誤解的是個人自由的實現一直無法擺脫整體的運作能力與均衡，而且沒有限制地犧牲大我的主觀請求權之想法與社會福利國思想是不一致的。就像聯邦憲法法院在一般行為自由這項基本權利問題上一再強調的一樣（參照 BVerfGE 4, 7 [15]；8, 274 [329]；27, 344 [351]），基本法已從人的團體關連性與團體拘束性對個體與團體間的緊張作了決定；因此個體的行爲自由必須有一定的界限，這個界限則由立法者爲了維護與促進社會的共同生活，在一般可期待的範圍內加以規定，其前提是個人的獨立性在此時必須獲得保障。這個考量惟有在國家提供分享權的領域內方得主張適用。此時剛好與將平等原則具體化之社會正義的要求相違背，後者是把有限可用的公共資源在忽視其他重要的共同體利益之情形下，讓一部分民衆優先分享。因此如果無法透過就學諮商的手段來滿足個別的需求與整體的

社會需要時，不能禁止立法者也根據不同職業人力的需求程度作下決定。

根據這些標準看不出有何違憲情形。在國家機關裏任何有責任的人也不會否認在可能的範圍內盡速去作該做之事的義務。在大學教育促進法第二條中明白規定聯邦與各邦在執行“擴建新設大學”的共同任務時應該要注意相關大學的科系、數量、規模與地點，“以保障研究與教育名額的充足與平均”。在這項義務的履行上，雖然根據大多數的看法，目前困難的情況不僅是客觀的原因，也是由於教育宣傳所引起的更強烈需求，在大學的擴充與教育的改革上又欠缺足夠的因應措施所造成的。但是，在過去有一大部分所提供的資源都被用來供花費昂貴的醫療教學機構擴充之用；在一九六〇年至一九六九年間，在醫學教育機構的科學人員遽增一倍。與其他西方國家相較已能達成一個更密的醫療網（參照“科學委員會對醫學研究機構與教育機構的結構與擴充所作的建議”，一九六八年，二六五頁以下與“醫療分析”二〇四頁以下）。自從看出問題的困難點之後，也已設法盡力想去克服，在此特別要指出的是，根據大學教育獎勵法所訂定的第一綱要計劃，對於漢堡與巴伐利亞兩邦而言，須補充說明的是這兩個邦的醫科學生人數占全國醫科學生總數的比例遠超過其人口在全德國居民人口的比例。

3. 如果根據前述的考量，在法律上明白規定在一定期間內有擴充教育容量的義務，在目前也不構成憲法上容許採取絕對限額制度的要件，所以須緊急要求對於通往現行教育機構的管道，唯有在嚴格的公式法與實體法的要件下方得加以限制。

(a) 具有大學入學資格申請人選擇就讀大學的權利是可得限制的——如果這項權利是根據基本法第

十二條第一項的話——這個從第二句的規範保留中產生。該條文亦包括自由選擇教育機構的權利，這點可在該條文產生的歷史裏得到證明；因為在前面所提過的制憲委員會的主要委員會會議中已經有好幾位發言者明白強調，對大學採取限額制度跟與其所決議通過的基本法第十二條第一項條文不合。從已經討論過的基本法第十二條第一項的統一性也可導出規範保留不只針對職業的執行，也針對職業的選擇。（已經引述過的 BVerfGE 7, 377 (402 頁以下)）同時也延伸到職業選擇前關於教育機構的選擇。如果把許可請求權理解為分享權，那麼從他的可限制性便可導出分享權——一如前面說過的——須受到可能性保留的限制，而且必須有法律規範。

(b) 如此一來，入學許可權在原則上允許的限制只能透過法律或本於法律為之，方為憲法所容許。有時也有些意見認為事實上已用盡容量的限額措施，根本不須法律規定。在此無法苟同，因為絕對的入學許可限制，是在限制某一種權利，而考慮到容量的限制措施——容後詳述——已將規範的要素包含在內。如果這種限制的權利是從基本法第十二條第一項第二句導出的話，那麼所謂的形式必要性便已可直接從該項基本法條文推演出來。如果在該條文所提到的執業規制須要法律基礎的話，才能說自由選擇教育機構的限制是合法的，後者只可能影響到選擇職業的自由。如果把這種進入現行大學的請求權解釋為分享權的話，在這方面也產生不了其他結果。在此不擬探討法律保留與國家行為合法化的法治國家原則，是否通常只適用於干預行政，而不完全適用於給付行政（對此參照 BVerfGE 8, 155 (167 頁以下)）。因為這裏並不須要一個法律上基礎，蓋分享國家的給付是實踐基本權利的必要條件。在此立

法者必須以給付範圍決定者的身分自己承擔因容量不足在必須忍受嚴重不平等對待的情形下縮小受益者範圍之後果的責任。

(c) 從實體法的觀點，根據到目前為止的考量可認為因對絕對入學許可的限制提出嚴格的要求。根據聯邦憲法法院所謂的階段理論（參照 BVerfGE 7, 377 [401 頁以下]；30, 292 [315 頁以下]），基本法第十二條第一項的規制權，如果牽涉及職業的選擇自由愈多時，應受到更嚴格的限制。因為教育的選擇同時影響到將來職業的選擇，加上因為教育容量用盡而對特定科系採取絕對限額的措施與階段理論所指的客觀許可要件是一樣的。（參照 BVerfGE 7, 377 [407 頁以下]）所以根據基本法第十二條第一項發展出來的一般原則所採取的措施僅得係為防止可得證明的危害或對某一極為重要的共同體利益之明顯重大危害為之，且在嚴格遵守比例原則的情形下，方得允許，這時不得不考慮的後果——轉讀其他科系與越區到外國就讀。從建立在平等原則上的分享權思想來看會產生更嚴格的要求，因為這裏所談的入學限制可能代表一種對人生際遇的分配。

個別而言，對大學新生的絕對限額措施，按照目前為止的經驗，只有在下列情形才符合憲法，當

- (1) 已到達完全用盡現有以公共資源所設置的教育容量之極限（參照下述 II）與當
- (2) 選拔與分配係按照客觀標準進行並給予每位合格的申請者盡可能考量其個別選擇教育地點的機會

。（這點參照下文 III）

## II、

繫爭的邦法規定，滿足前面所說合憲適用的第一項要件。

1. 在審查這項要件時，應該區別一方面是在採取入學限制時的預防性規定，另一方面是措施必要性的各項決定。規範措施的決定屬於立法者的責任範疇，就此而言，漢堡邦大學法第十七條第一項與巴伐利亞邦入學許可法第二條第二項在內容上完全一致。亦即各個科系的入學許可唯有在顧及大學設備的容納能力以確保正常教學進行所必要時方得加以限制。

就此而言，這些限制的規定已考慮到憲法上的必要性，入學許可請求權唯有在為保護某一極為重要共同體法益——保護大學的運作能力是維持正常教學活動的要件——與在嚴格遵守比例原則的情形下方得加以限制。限制的措施，如果在各該科系確實必要時才實施的話，便符合這項原則，進而——一如在大學法第十七條明白指出的——在採取這些入學限制措施前必需審查，大學是否能夠採取其他較為溫和的措施，特別是在教育改革方面，以避免入學限制的實施。如果入學的瓶頸是可以透過人力、物力的手段，甚至是平行的課程，把必修課程分配到更多的學期或開辦暑期班加以克服，而且，透過這些措施可提高應許可人數的話，那麼按照這些瓶頸來計算入學人數的做法，便將與比例原則不相符合。

但是這種法律規定也唯有在將它以前述的意義加以理解，且在其適用時能廣泛的加以填補時，這些規範才能順利的適用。保護的客體本身——正常教學的維持——端賴各個大學法而定，也因此無法變更。究竟為維持一個正常教學是否一定要採取入學限制措施與限制範圍多大的問題，特別要根據下面情形而定：是根據那些標準來判斷現有之教育容量與到何種容量的程度還能保障正常教學的進行。這種容量

的計算並非純視現行事實的現況——如人事狀況、空間大小、財力多寡、床位數量與學生行為而定，而是大部份以法律加以規定：從教學計畫的規定開始，包括必修課程的數量與考慮到教學效果所容許的可能最高上課人數、教學能力與願及研究任務所能想像的人事負荷和公私兼職的要求，以及大學組織的種類，一直到關於時間上現行空間與設備必需利用之程度的問題。

容量調查的種類與方式屬於入學許可事宜之核心，因此確立容量調查的客觀且能夠執行的標準也落入立法者的責任範圍。同樣的，聯邦參議院於討論大學通則時曾要求聯邦政府審查是否無法訂定聯邦一致的教育容量計算標準（聯邦參議院公報，六八九／三／七〇——最近的——與一九七一年元月二十九日第三百六十一大會議報告第二十八頁）。確立這種標準的需要程度因下列事實而加強：入學許可的限制應考慮到各大學負擔的平等性，而且發展出可用的容納標準一直是規劃擴大大學時所必須的。但是確立這種標準——如聯邦政府在關於立刻廢止限額制度的第二報告中所說明的與在口頭審理中所證實的——根據目前的經驗，很明顯的還會遇到下列困難：即立法者一時還無法達成這種規範，因此大學通則草案在第三十條中加進“大學與各邦和聯邦需為所有大學與科系應發展並適用統一的教學容量的計算標準”的要求加以補充以達成統一的入學許可作業；擴充計畫所確立的容量對將來也要有拘束力。但是如果入學許可事宜的規定無可避免的一定要用有待填補之規範概念作為實體法上的要件，那麼誰來決定這些概念的填補與適用和決定的程序如何之問題便更加重要。有待填補的實體法規範，由於遷涉基本權利之保護，如果已預先制定一套能透過一個定形的法院可得審查的程序，來審查主要的決定因素與該等

規範所追求的目標，則似乎仍可接受。

2. 根據前述的觀點，可對繫爭的漢堡邦與巴伐利亞邦的規定作出如下的判斷：

(a) 兩邦的立法者均透過特別規定對於處理其他細節的授權做了補充。特別是對個別的人學限制附上期間，等於是對經常性的容量調查之審查與調節採取了預防措施。甚至規定，入學許可的限制在法律形式上須以法規命令或自治章程且由大學及國家機關共同爲之，這時大學的有關章程則須得主管機關的許可或同意。幾個彼此獨立的機構共同處理的好處，在“教育結構與擴充科學委員會關於一九七〇年後大學領域的建議”（第二卷，二八三頁）中已有恰當的描述：它“一方面可以做到，讓各大學明白，它們必須用盡所有可能性，以便能夠儘可能地讓大學申請人能有就讀的機會；另一方面也讓教育主管機關及其他所有政治上間接負責的單位了解，某一大學事實承受能力的極限在那裡，與尚待那些額外的措施，以創造額外的就讀機會。”

根據上面的說法，並不存在有力及對大學參與的想法，它們傳統上是制定自治章程的主體。賦與並行使章程自治權的良好意義在於：在減輕立法者負擔的情形下，此類事務相關的社會力量，在這個領域內，他們能夠以最專門的知識下判斷，一般立法者則經常無法對此類變遷作迅速反應。基本法上雖然——一如聯邦憲法法院在一九七二年專科醫師判決中所陳述的——爲章程立法權的賦予與行使設下特定的界限，若侵害職業自由越厲害且牽涉越多社會大眾與不相干的第三者值得保護的利益，則範圍越小。但是大學參與容量的認定則仍在此一範圍內；尤其是，影響及於尙未入學的人，加上授權自治團體連帶須

有國家機關參與而生的特殊危險均已有所顧及。

(b) 在巴伐利亞的大學入學許可法中，並不包含其他可產生對現有容量用盡的強制與正確判斷的規定。在這方面漢堡邦的立法者也僅課予大學有義務應主管機關之要求討論在一定期間內採取入學限制。這種不詳細的規定或許可以這樣解釋——就像科學委員會的代表在口頭審理時所強調的——這些法律通過時，還沒有足夠的經驗存在可供參考。

其他有規制能力的觀點與需要規制的觀點，很明顯地，是在後來的經驗中才變得明白可見的。這些特別是像大學要詳細說明入學許可限制的必要性與其範圍之理由，尤其是容量調查的方式。根據大學通則草案的規定，這項說明或陳述必須包含在最近五年裏在學學生與新生以及教職員數量的發展情形。更重要的是，國家的核可不限於一個形式的處分，而包括一項由核可機關所做的特別審查。北萊茵—西伐冷（Nordrhein-Westfalen）邦政府在議會答復關於大學規劃的詢問時稱（一九七一年十月十九日，邦議會公報七／一一六二，三四頁），因為欠缺計算教育容量的適當標準，雖然一直根據所申請大學使用的計算程式，但均在每一個案中透過比較加以審查，是否其他大學會以其他方式的教學安排而能提供較高的收容量；這時，有些申請是因下列原因而遭拒絕的，如大學教師的上課時間尚未達基本時數的上限或決定收容容量的因素可因某科系內部教師的分配或其他單位人員的參與而獲得解決等情形。

絕對限額入學的嚴重影響，原則上可如前述讓我們得知，前述程序法上的措施明顯要求，首先是一套定型化的決定程序可以減輕大學與法院審查工作的負荷。本案的有關邦法律中並無此類條文，但尚未

使此等法律因而違憲。因為，實體法上一定須有入學限制的規定加上程序法上關於大學與主管機關共同處理的規定不僅使一種配合經驗發展情形的調查與決定程序成爲可能，而且使這個可能性在合憲的運作時成爲當事人的義務。特別是包括了核可程序與在巴伐利亞邦入學許可法中所規定的大學與主管部會間的“同意”，不管如何，起先各相關科系須進行一項精確的容量調查，詳細說明入學限額的必要性與範圍的理由，而國家機關須自己審查這些陳述的內容。根據口頭審理的結果，在巴伐利亞邦事實上也這樣做，結果是許可的數量一再超過原來可得申請的數字。其他的入學限制是否根據充份的、符合當時經驗狀態的調查與審查，須由行政法院來審查。如果這時可看到的毛病越多，立法者便須更謹慎的考量，是否舊有的有關入學限制要件的規定已經有待補充了。

### III、

1. 篩選入學申請者的規定，與先前已討論之規定入學許可限制要件者同，同樣也是入學許可本質的核心問題。原則上必須從權利平等的入學申請者中篩選出一定之數額，從而決定何人可獲得入學許可並開始學業，何人將被拒絕入學，甚至會影響到特定職業的選擇，由此可見此等規定在實體上的困難。高中畢業考試具有何種意義，以及大學入學資格的取得是否須要加以改進，在此情況下已無討論之必要。在絕對限制名額條款的規定之下，具有個人上相同入學資格的申請者間，在任何情況下均有這個問題存在，那就是在具有大學入學資格者之間永遠有一個劃分界限存在。

因這樣的一個選擇標準無論如何聯結著對同等有權者之不平等的對待，在作選擇之規定時之形成自由——平等原則一般而言准許此等形成自由——，便不能再是很大。法規必須避免明顯與本案無關性

下的恣意，這是不言自明的。此等篩選法規正以負責的態度，基於持續尋求正義的理念建構出雖不滿意但尚稱合理的選擇。此等法規尤其必須讓每個申請者均有機會申請到學校的入學許可。

由於篩選法規的意義重大，法律形式上這是負責的立法者之職責，即使是委任立法，至少該法規使用之篩選標準其種類為何，以及各標準間之比重為何，應於授權法中明定。基本法允許立法者將其立法權透過明確的法律授權而委由他人行使。若該法規侵犯到基本法第十二條一項之基本權範圍並可能影響到生活機會之分配，則屬於法律保留之法治國國會民主之中，因為基本權僅能用法律或曰基於法律之規定始能限制，只有在此等意義之下，立法者始應對其重要之決定負責。

2. 漢堡大學法第十七條之規定不符合上述之要求。因為在其第二項之規定中僅確定，篩選之決定與獲得入學許可之人數係由一個大學或行政機構決定的入學許可程序；所決定。邦立法者在此等空白授權並未滿足其立法之責任。

該法施行細則依該大學法第十七、六十七條之規定授權由大學定之，這也頗有問題，聯邦憲法法院於一九七二年五月九日關於專科醫生的判決中，對於自治同業公會的自治授權有詳細說明：自治公共團體擁有自主立法權，屬於基本人權的職業選擇自由屬於每一個國民，而不屬於工會，該工會自治規章所為之規定已超越授權自治團體處理自己事務之範圍。在特定情況下得透過立法者所劃定之範圍及實體法之規定對於專業性、技術性的問題加以規制。大學對於其本身之事務即使有較職業團體為多的規定空間（Regelungsspielraum），故前述之考量對於大學而言應占更重要的份量，蓋對於大一新生絕對的名額限制，將他們拒絕於大學之外，並嚴重侵害其憲法上之公民權利。大學甚少參與此等運用篩選法規所

作的獨立決定，因為法規中之標準亦應考慮福利國家之因素，此等法規並非具有大學聘任教師的內部關係，而且此等法規之運作將使部分申請人遭受不利益，實應由類於國家機關之具有普遍代表性的機關爲之（例如：對於服兵役或補充役者之優待，或對於已完成一年社會服務者或修習第二學位者優待）。此外，在絕對的入學許可限制，各大學甚難透過一致的篩選標準給予申請者公平之處遇。

若立法者對於入學許可標準的種類及相互間之比重加以決定，而實行細節則概括允許各國立大學爲合目的性之審查，立法者不須自爲決定，則是否可以忽視前述之顧慮而例外的認爲此爲授權大學自治之事項？因爲漢堡邦大學法第十七條所規定之篩選法規是空白授權，顯然違背基本法之規定。

法律若違反基本法，其通常的結果是宣布爲無效。但因本入學許可限制在本判決觀點下仍可解爲合憲，所以無必要立即剝奪現行入學許可制度的法律基礎之考量；否則結果將反而會導致一情形發生（毫無法律基礎的大學緊急權限將成爲規範依據），這離合憲秩序更遠。立法者得在一定期限內排除違憲的情況，立法者必須如此，且如此作爲即爲已足。這個過渡時期當然須有一定期限。該期限之起點應爲下學期夏季班入學許可程序開始之時。

3. 漢堡邦大學法與巴伐利亞邦大學法規定之不同點在於，巴伐利亞邦在該法第三條中確定篩選標準之種類及其相互間之比重，在第四條授權學校準於國家之地位，關於篩選之詳細規定，由各大學以法規命令公布之。該法除了第三條二項所謂本邦子弟優待之例外規定外，憲法上並無可指摘之處。

(a) 於第三條第一項及第三項中所稱之篩選標準——成績原則，年資原則以及部分爲社會救助與外

國學生的保留名額——係基於文教事務委員會之建議並符合大學基準法案中所規定的標準而制定。這些標準不但須避免恣意，而且對於因而受到不利益之申請人而言須為合理之標準，關於年資原則之依據無須詳述，原則上年紀較大，等待較久的人優先，此外任何人均應有機會申請到學校。長期等待對社會上弱者較於雙親富裕的申請人更不利之情況，在一定情況下得經由艱困者特殊對待條款（Härtetklausel）之適用而加以考量。此等艱困條款係基於福利國家原則對於服兵役者、服預備役者、輔助智障人及已在社會工作一年之人提供特定之優惠，對於外國學生之名額係基於國際交換的利益而提供特定之優惠。

依巴伐利亞邦大學法第三條一項之規定，入學許可之優先次序應依其表現之等級而定之，這是非常恰當的。若此等表現係基於可靠的方法證明具有優異的成績而取得，則當然可以令人信服。若該資格的等級一直是依高中畢業考的成績而定，那就頗有疑慮了，高中畢業考成績不僅是一般大學入學資格的依據，也是決定限額入學時篩選的依據。由於目前入學許可限制的情況，很可能導致為了學生的升學意願而善意給分的情況發生。儘管依據科學諮詢委員會（Der Wissenschaftsrat）：一九七〇年對於大學教育設施之結構與組織建議（第二冊二八四頁）中已說明，在醫學中學習成績與學習成果無法證明，此外由於成績評價與學習的性質的不同，完全不同的評定標準可能會產生同樣的分數。基於前述之理由，一個以正義理念為導向的法規不能只滿足於：在成績原則的框框中作許可入學或拒絕入學的決定未加區分而完全取決於畢業考之總體平均分數來進行。即使是否及格須依成績定之一事迄今無法避免，則至少成績須限於擬選讀之學系有緊密關係者，尤其須嚴定其評定標準——如同科學與教育委員會所建議

，規定於大學基準法案第三十一條——。巴伐利亞邦之入學許可法規透過下述之規定，因而符合前述之要求：(1)成績之等級須依詳細規定之比例標準而為決定。(2)在被授權機構所公布之施行細則中詳細規定，何類成績所蘊含之意義對於該學系非常重要。

不同篩選標準的負面影響，得透過相互運用的方式加以一定的調和。巴伐利亞邦的入學許可法就此固然規定「得」，然若必須對入學申請之名額為絕對之限制，則並行累計（*Kumulative*）之評分方式得經常被適用。在於大學基準法案中，必須對於上述之特殊情形（按：指名額絕對限制）為「並行累積適用各項入學許可標準」之規定。這在憲法上——正如同巴伐利亞邦政府代理人與本案被告漢堡大學所強調一般——，是有必要，因為只有如此，才能始合於入學許可者每人均有入學之機會。慕尼黑案之原告之見解不同，在本案中完全依照高中畢業考之成績決定是否給予入學許可的現行規定，無論如何均非正當。成績原則可以在篩選上增加入學機會，例如若我們能較偏重成績原則而增加入學名額之分配而不是平行依年資原則或依西德大學校長會議之建議預先允許全部成績突出學生入學而不受名額限制之方式。完全之成績原則在入學名額已滿時有一部分申請者自始並始終無法唸到自己所想唸之科系。西德大學校長會議於一九七一年十月五日的決議中，曾指出下述之現象，是明顯不公平的：亦即當允許或拒絕入學許可，係取決於計算至小數點之後的成績和依照申請人與名額而定之不確定的平均分數時。巴伐利亞邦入學許可法第三條第一項與第三項之規定與第四條之規定加起來仍在形式法上仍無可厚非。巴伐利亞邦之立法者不但自為決定篩選標準之種類，並在第三條中將各標準彼此間之關係基於其性質訂出充分

明確的程式；而且只有在依據必要與經驗的分配彈性之下，並且在適用某些標準之下，始有判斷餘地（Spielraum）之存在，這些標準必須符合前面所討論之實體法上的條件。依據第一款之規定，入學許可原則是依能力表現之等級而決定何人優先入學。年資原則僅對部分的人適用，且無論如何均應後於急難申請者之考慮而適用；因爲第三項顯然爲例外之規定，入學名額必須保留一小部分名額給外國人與急難申請人。因而在施行細則中規定：原則上將入學名額之全部的百分之十給急難申請人，百分之五給外國留學生，剩下的名額百分之六十依成績原則許可入學，百分之四十依年資原則許可入學。

(c) 提出具體規範審查之法院的憲法上懷疑尤其涉及對於本邦子弟特別優待之規定的合憲性問題。依其見解，亦認爲巴伐利亞邦大學法第四條之授權不甚明確。雖然巴伐利亞邦憲法法院在其一九七一年一月十五日之判決中（BayVfGA 24, 1）認爲該規定是合憲的，但也認爲授權之內容宜更明確。依巴伐利亞邦政府之代理人於案中所提供之資料，此等情形於去年冬季班時已造成數量上之優勢。例如，在慕尼黑大學，若依其成績原則，基本上只有慕尼黑本地之申請人始得申請進入醫學系就讀。關於形式合法之理論，於此無須深入討論，因爲該規定之實質內容已經違憲。

立法者在其權限範圍內原則上得作不同之規定，即使因其立法而導致該邦居民增加負擔或受有利益亦然。邦法規不得破壞平等原則——此爲聯邦憲法法院判決中向來所持之見解（參見聯邦憲法法院判決集第三十二卷，第三百四十六頁，附有詳細之說明）——因爲基於聯邦體制而授與各邦權限，並不強求各邦規制之同一性，只有在原則上要求在各邦憲法效力所及之範圍內應爲平等之處遇。但若各邦某立法

權限之實質內容牽涉到某一社會生活事實，該社會生活事實，而此生活性質已超出邦立法權限之範圍，而涉及全德各邦國民均受同等保護的法律上地位時，則單方面優待本邦居民，將可能對於其他邦之國民造成不公平之處遇。正如同科學委員會於前述優待方式所為之判斷（*Beurteilung*）中所已強調者（參見大學教育設施之結構與組織之建議，一九七〇年第二冊二百八十四頁），西德大學教育構成下述之體系關連：一方面並不是所有的大學均能提供所有的課程，另一方面教育名額之利用須超越各邦之範圍而為考量。因此大學之擴建與新建是亦被包括在基本法第九十一 a 條意義下之聯邦與邦共同任務的範圍內，其財政負擔聯邦須負責一半。

邦立法者在處理此等超越一邦之生活事實時須認真檢討：1. 對於本邦居民之優待是否符合基本法上之價值判斷。2. 若其他各邦亦為同樣之規定，此等優待是否會侵犯人民之基本權。在巴伐利亞邦入學法三條二項一句中所謂的得在家鄉附近就讀大學之社會福利國家所導出之目標，與憲法上之價值判斷衝突，這個衝突妨害了明確目標範圍的實現，亦即違背了基本法第十二條一項：「所有德國人」均有自由選擇教育場所的權利的規定。若此等權利得基於如此目標而加以限制，則如同對若干個別大學僅為部分名額限制之考慮而其他大學的入學名額尚得容許學生充分自由轉學的情形一般，此等限制之積極作用將長期占有優勢，入學許可之限制在絕對名額限制之情形下，仍可應有相當之判斷餘地，以便基本法第十二條一項基本權在其核心內涵上得以確保。這在絕對入學許可限制之下，例如可經下述之方式而實現：其他申請者僅貧窮學生之志願在社會特殊困難幫忙條款的規定之下，對於家鄉之大學的入學許可有優先選

擇權。相反地，一個一般性實現上述目標的規定，事實上將會架空自由選擇教育場所的權利。若全德的每一個大學入學許可申請者均可在離其最近的大學獲得優待，則選擇權被架空的情形就顯現出來了。此等聯結於區域規定之不平處置，固然透過一些全國統一規定的法規得緩和。日後聯邦一致性之有關名額分配的僵化規定將益發不能忍受，因為自由選擇學校的權利合於學科多元主義所表徵的自由學習要求，這要求在考慮到其他不同觀點時，亦不可完全被忽視。從而大學名額之分配將造成全國性之嚴重震驚。由於這個原因，在制憲會議之建議文中早已強調，此等憲法上所承認之自由選擇學校的權利，不容許各邦只允許本邦子弟就讀該邦之大學的情形出現。現行大學基準法案第三十二條（以前為第三十一條）會已明白規定，入學許可之給予不受任何特定邦之出生地，居所或大學入學資格之限制。

因此使得巴伐利亞邦入學許可法第三條二項一句之所列之共同目標，在其毫無限制地、涉及一般巴伐利亞邦居民而且即使在絕對名額限制條款之情形下亦有適用的入學許可法是站不住腳的。該條第二句規定“優待須依合格等級而定之入學許可次序爲之”尤令人有強烈合憲性懷疑。此等條文不只規定將依照其他一般有效之標準選出之學生（如何）分配到其他大學，而在此程度內只有對先前之選擇自由加以限制，其在絕對名額限制時對選擇自由之限制更爲嚴重。因爲提高依能力表現等級而定入學許可次序之規定直接對入學許可有影響，其導致如下之結果：在絕對入學許可限制的情形，此規定對非巴伐利亞居民之高中畢業之合格申請人不利的地位有明顯之改善。

此等入學機會雖有改善但仍爲不公平之處遇，其並不因下述之理由而令人認爲正當，即巴伐利亞邦

因有約八千名，外地學生“來自於其他各邦而深受其苦，巴伐利亞大學若無此大量湧入之學生則很可能有機會取消名額條款，而且這多出之好處（Bonus）只對於因爲”外地學生名額限制“而受到不利益之巴伐利亞邦學生之均等的入學機會已加以回復。上述之考量係歸因於其他各邦對大學教育之興辦過分依賴巴伐利亞邦，這牽涉到國內之財政平衡以及具有社會任務之大學教育之合目的性的解決之道，而與基於現實取向的理由而以不公平的方式保護基本權無關。此外認爲只有巴伐利亞大學之篩選是透過各種方式以增加巴伐利亞申請者之困難，以及認爲巴伐利亞在給予入學許可時，均是給予優待之結果，上述二種看法均爲錯誤之判斷。反之，入學許可之機會並未因而緊縮，因爲在絕對名額限制之情形，巴伐利亞之申請者如同其他申請者一般於主要之登記程序中均有透過成績與種類而確定之平等機會。相反的，在與其他成績相同的申請比較時，具有積分優勢的人，具有較大的錄取希望，此等特權顯然違背了由基本法第十二條第一項所導出之一般平等原則。因爲無論如何絕對入學許可限制已在具有同樣申請條件的人之間造成不公平之處遇，立法者不得透過非屬事務本質之篩選標準來更加重其不公平處遇。若立法者一方面欲透過成績原則以選出優秀的人材，另一方面在適用此原則時只對在巴伐利亞有住所並在巴伐利亞或其鄰邦取得高中畢業資格者有偏愛，使其較諸其他有較好的平均成績的申請人取得優惠地位，則此爲明顯之非屬事務本質之考慮。爲使巴伐利亞邦之申請者得在家鄉之大學就讀的福利國家目的，並不能使此等非事務本質之作法具有正當性。因爲即使不談前述所討論之懷疑，這種目的規定就算最多只涵蓋如下一個規定：住所只影響到已獲入學許可者之分配，其他並不改善申請人入學許可之等級以導致如下較

不社會之結果：依此規定富裕之巴伐利亞申請人仍得優先於來自他邦之貧窮卻合格之申請人而開始其學業。

此法規已因違反基本法第十二條第一項以及一般平等原則，就是否違反基本法第三條三項之規定，則不必再予討論。

#### IV、

誠然，被非難之邦法條文中並未對於學校就讀機會之分配以及對於所有全西德申請者受到公平處遇加以確保之程序加以規定，但在現時並不能逕認其違法。絕對入學許可限制將造成各大學間入學許可之分配與篩選之協調，從而達成其全國性任務之後果，當申請者爲了要迅速入學而同時依規定向全部或多所大學提出申請時，該協調問題之解決將更爲困難。爲達成此協調之目的，西德全國校長委員會建立了一個申請登記中心，處理所有具絕對名額限制學系之申請入學事項。如同西德大學校長委員會於一九七一年十月五日之聲明中所強調的一般，此一入學許可程序得經由各種不同的入學方針之運用而免於癱瘓。以一九七〇年與一九七一年之交的冬季班醫科入學申請許可程序爲例，除了地域性優待以外，尚須考慮七種不同的高中畢業生成績計算種類，在成績原則下有六種特殊困難者之優待，而在年資原則下有超過二十種之地域性優待條款（參見 *Barbey* 之證據，載於 *JZ* 雜誌一九七一年，第四百七十三頁及四百七十八頁以下）。此等各種不同的許可標準同時也侵害了許可本質的公開性以及申請者之機會平等，因爲透過此等審查獲得入學許可的機會取決於申請者所申請的是那一所大學。北萊茵—西伐利亞邦高等行政法院第五庭特別強調統一的篩選標準的必要性，於其理由中進一步指出缺失，認爲現行之入學許可制度，在一個人提出多數申請時特別無法爲有效之權利保護；因爲全國唯一之登記中心必須將是否接收申

請的最後決定權交由各校決定，使得被拒絕須提起一定數目之行政訴訟而被迫面臨許多無法預估之風險，雖說申請者只是要申請一個大學而已。我們必須進一步承認，在絕對名額限制的情形下，所有名額之分配必須是在一個超越地域分配單位在儘可能運用一致的篩選標準並且詳細告知理由並且在一人申請多所的情形下是以單一的一個可撤銷之行政處分的情形下而產生。

關於此點，聯邦政府首先宜在其立法與行政權限範圍內爲必要之處置。若聯邦政府未能於一定期間內對此爲妥善之規範，則將進一步產生下述之問題，即各邦——例如經國邦與邦間契約之締結——得對此問題得採取什麼措施或須採取何種措施，以便爲基本權保護的實現而與聯邦共同負責。此等共同責任係植基於：對全國人民一致有效之基本權保障無論是對聯邦或對邦之立法者而言，人民總是被這所保障的。聯邦與各邦不得以如下原因而強烈侵犯基本權：亦即其不得主張自己欠缺行動或措置之權限；毋寧，若事涉到國民之基本權之保護，而且此基本權之保護須受聯邦法及邦法之規範，則聯邦與各邦之立法者對此應爲統一之規範。（聯邦憲法法院判決集第七卷，第三百七十七頁以下，本處所指者爲四百四十三頁）。

## 關於「兩德基本關係條約」之判決

——聯邦憲法法院判決第三十六輯第一頁至第三十七頁

譯者：彭鳳至

德意志聯邦共和國 ( Bundesrepublik Deutschland ) ( 譯按西德 ) 與德意志民主共和國 ( Deutsche Demokratische Republik ) ( 譯按東德 ) 就其基本關係於一九七二年十二月二十一日簽訂條約。德意志聯邦共和國於一九七三年六月六日以法律批准該條約 ( 聯邦公報第二冊、第四二二頁 )。聯邦憲法法院第二庭就此項法律是否合憲之訴訟程序，依一九七三年六月十九日言詞辯論結果，於一九七三年七月三十一日作成判決。

聲請人：巴伐利亞邦政府，由邦長代表

代理人：Dr. Dieter Blumenwitz 教授

參加人：聯邦政府，由聯邦司法部長代表

代理人：Dr. Martin Kriele 教授

Dr. Bernhard Leverenz 律師

## 【判決要旨】

- 一、基本法第五十九條第二項規定，所有規範聯邦政治關係之條約，或與聯邦立法事項有關之條約，應以同意法之形式（譯按：須經聯邦參議院同意），接受國會控制。至於條約當事國依基本法規定是否為外國，則非所問。
- 二、司法自制原則之目的，在於為憲法保障其他憲法機關自由政治運作之範圍，保留空間。
- 三、行政機關對於繫屬於聯邦憲法法院之訴訟程序過度運作，與基本法設立完整憲法審判制度之意旨不符。

例外情形——如本案，行政機關認為使條約在憲法法院之訴訟程序終結前生效，顯有不可替代之重要性，則就此負責之憲法機關，必須承擔因而可能發生之後果。

四、基於統一要求之當然結論：任何德意志聯邦共和國之憲法機關，不得放棄以重建國家統一作為政治目標，所有憲法機關有義務於其政策中，配合實現此一目標——包含對內警覺、對外堅決主張統一請求權之義務——並停止一切可能妨礙統一之行為。

五、憲法禁止德意志聯邦共和國放棄一項基本法中規定，藉以導向實現統一及自決之法律名義，或取得一項與基本法不符之法律名義，或參與制定一項可能阻礙其追求此項目標之法律名義。

六、本條約具有雙重性格：依其種類而言乃國際法上之條約，依其特殊內容而言，乃主要規定政治實體間關係之條約。

七、基本法第二十三條禁止聯邦政府依條約而陷於法律上無法單獨決定，僅於獲得條約當事國同意後始得實現接納德國另一部分之目標的依存關係中。

八、基本法第十六條之基礎，在於以「德國國籍」為德意志聯邦共和國國籍，基本法第一百十六條亦援引此一基本原則。因此基本法規定之德國人，不僅為德意志聯邦共和國人民。

九、任何德國人，一旦處於德意志聯邦共和國國家秩序保護範圍內，均有請求德意志聯邦共和國法院保護，及基本法規定之基本權利保障之權。

### 【判決正文】

德意志聯邦共和國與德意志民主共和國於一九七二年十二月二十一日就其基本關係簽訂條約，一九七三年六月六日批准該條約之法律，基於以下理由所為之解釋，與基本法並無抵觸。

### 【理由】

#### 第一部分第一節

德意志聯邦共和國與德意志民主共和國就其基本關係所準備的條約——以下簡稱條約——，在一九七二年十一月八日已經到了條文化的階段。該條約於當天與一系列補充的內容，公布在第一五五號公報

第一八四一頁以下。條約並有一項附帶說明，即聯邦政府將「在簽署該條約之前就其關於民族國家問題（*nationale Frage*）之目標，向德意志民主共和國之政府提出書面說明」。

該條約之內容如下：

#### 第一條

德意志聯邦共和國與德意志民主共和國在平等之基礎上，彼此發展正常友好之相鄰關係。

#### 第二條

德意志聯邦共和國與德意志民主共和國，遵守聯合國憲章所規定之目標及原則，尤其是所有國家主權平等、尊重獨立、自主及領土完整、自決權利、保障人權及不受歧視。

#### 第三條

德意志聯邦共和國與德意志民主共和國基於聯合國憲章，對其爭論之問題，完全以和平方式解決，排除武力恐嚇或使用武力。

德意志聯邦共和國與德意志民主共和國，強調其間現存疆界於目前及將來之不可侵犯性，並且有義務絕對尊重彼此領土之完整。

#### 第四條

德意志聯邦共和國與德意志民主共和國的共同出發點為：兩國（*beide Staaten*）中之任何一國，在國際上不得代表他國或以他國之名義為行爲。

第五條

德意志聯邦共和國與德意志民主共和國將促進歐洲各國間之和平關係，並為歐洲之和平與合作而盡力。兩國支持限制歐洲戰力及武器之努力，且不得因此造成參與國家安全上之不利利益。

在將促進國際和平所作限武及裁軍之努力，尤其是在核子武器及其它集體屠殺武器方面，納入有效國際監督之前提下，德意志聯邦共和國與德意志民主共和國支持普遍且全面裁軍之目標。

第六條

德意志聯邦共和國與德意志民主共和國之共同基本出發點為：兩國主權之行使限於其領土範圍之內。兩國尊重彼此就其國內及國外事務之獨立性與自主性。

第七條

德意志聯邦共和國與德意志民主共和國準備於關係正常化之同時，為若干事實及人道問題訂立規範。兩國基於本條約之基礎及雙方共同之利益，將就經濟、科學及技術、交通、法律、郵電、衛生、文化、體育、環保及其它方面之合作發展與促進，訂定協約。細節事項由附加紀錄規定之。

第八條

德意志聯邦共和國與德意志民主共和國將於雙方政府所在地，互派常設代表。

與設置代表相關之事實問題，另行規定。

第九條

德意志聯邦共和國與德意志民主共和國一致同意，兩國以往已簽訂或與兩國有關之國際雙邊與多邊條約或協定之效力，不受本條約之影響。

#### 第十條

本條約應經國會批准，並於交換相當之備忘文件之當日生效。

以上條約於一九七二年十二月二十一日經簽約當事國雙方之全權代表於柏林簽字；附屬於該條約者為一份簽約當事國雙方同意之附加紀錄。此外與該條約相關之文件如下：

一份紀錄摘要，註明「因雙方就財產問題之法律立場不同……本條約對之未能設立規定」；

兩份「列入紀錄之聲明」，其中由德意志聯邦共和國提出者註明：「本條約就國籍問題，未設規定」。德意志民主共和國提出者註明：「德意志民主共和國認為，本條約將簡化有關國籍問題之規定」；

簽約國雙方為申請加入聯合國提出之兩份聲明列入紀錄；

雙方代表團團長就邊界委員會之職責提出之共同聲明列入紀錄；

德意志民主共和國代表團團長就行政事項所提出之一份聲明列入紀錄；

雙方就柏林（西）協定及相關規定之擴張適用所為之共同聲明；

雙方就「政治協商」（Politische Konsultation）所為之共同聲明；

關於新聞記者採訪之交換文件及相關聲明列入紀錄；

擴張適用新聞記者於柏林（西）採記之協議之雙方共同聲明；一九七二年十二月二十一日關於家庭

團聚、簡化旅遊及改善非商業性物質流通之交換文件；

一九七二年十二月二十一日關於繼續開放（四個）邊境通關處所之交換文書；

一九七二年十二月二十一日記載就本條約第九條德意志聯邦共和國致三個西方盟國及德意志民主共和國致蘇聯之備忘錄全文之交換文書；

關於郵電事項之交換文書；

關於申請加入聯合國之交換文書；

關於新聞記者採訪之交換文書。

一九七二年十二月二十一日本條約即將簽署前，德意志聯邦共和國將其關於一個德國（*Deutsche Einheit*）之信函，送達德意志民主共和國政府。

立法機關經過審查處理以後，於一九七三年六月六日以法律批准德意志聯邦共和國與德意志民主共和國就兩國基本關係所簽訂之條約（聯邦公報第二冊第四二一頁）——以下簡稱條約——，該法第一條規定：

一九七二年十二月二十一日德意志聯邦共和國與德意志民主共和國就其基本關係所簽訂之條約包含

——關於一個德國問題，德意志聯邦共和國於一九七二年十二月二十一日致德意志民主共和國政府之信函，

——條約之附加紀錄，

——關於財產問題之紀錄摘要，

——德意志聯邦共和國就國籍問題所爲之保留，一九七二年十二月二十一日關於家庭團聚、簡化旅遊手續及改善非商業性物質流通之交換文書，

——一九七二年十二月二十一日關於增加開放邊境通關處所之交換文書，

——一九七二年十二月二十一日記載關於本條約第九條德意志聯邦共和國政府致法國、大不列顛國協及北愛爾蘭以及美國政府之備忘錄，以及德意志民主共和國政府致蘇聯政府之備忘錄全文之交換文書，

——關於柏林（西）之一切聲明，

已獲批准。條約、信函、附加紀錄、紀錄摘要、保留條款、交換文書以及一切聲明公布如後。

「德意志聯邦共和國政府與德意志民主共和國政府於一九七三年六月二十日交換相當之備忘文件後」，本條約於一九七三年六月二十一日公布，並於一九七三年六月二十二日生效（聯邦公報第二冊第五九頁）。

## 第二節

一、巴伐利亞邦政府於一九七三年五月二十八日依基本法第九十三條第一項第二款，及聯邦憲法法院法第十三條第六款及第七十六條，聲請聯邦憲法法院確認：

批准德意志聯邦共和國與德意志民主共和國於一九七二年十二月二十一日就其基本關係所簽訂條約之法律，與基本法不符，因而無效。

巴伐利亞邦政府引用聯邦憲法法院以往之判決，說明該聲請程序合法。

關於該聲請之理由部分，聲請人陳述之重點如下：本條約違反維護德國國家完整之要求。該條約涉及一項為基本法所不採之法律見解，即德國帝國滅亡，而於舊帝國之領土上新成立兩個獨立之國家。德意志聯邦共和國不得再以全德國之名義為行爲。關於一個德國的信函並不能改變這種情況，因為它既未提及自決權利亦未提及統一權利，而僅追求一項現狀的改變應以和平方式為之的政治目標。依據基本法，一個德國的要求，不僅存在於同盟國的保留權利之中，而且同時繼續存在於德意志聯邦共和國的法律規範與政府組織之中。

本條約亦抵觸憲法上統一之要求。本條約承認德意志民主共和國乃與德意志聯邦共和國平等之獨立且自主之國家。在德意志帝國之原有地位上，產生兩個相互保證對方存在之主權國家；如此將導致德國的分裂。本條約使目前的分界線，成爲自願且以條約訂定的國界。意味著加深已經存在的分隔狀態，因而抵觸統一要求。以經由本條約所造成的狀態，比以往存在的狀態「更接近基本法」的說詞，亦無法使本條約合理化。

此外，本條約與基本法中關於柏林之規定，亦不相符：條約法所規定的柏林條款與一般的形式不同；該條款僅規定，前開法律「就條約中有關柏林邦之規定，於柏林邦確認該法律之適用後，對柏林邦亦

有其效力」。其後雙方依該條款，僅就柏林（西）作成幾項聲明。條約中還規定了若干與柏林地位不相干的問題，譬如改善非商業性物質之流通，條約法本來即不得將柏林排除在外。即使關於柏林（西）所爲之聲明本身，亦屬違憲，因爲其中僅約定，關於條約第七條之附加紀錄中所規定之協議及法規，得於個案擴張適用於柏林（西）；至於是否擴張適用，將來須視德意志民主共和國是否同意而定，不再確實可行，因此抵觸基本法第二十三條第一句。此外承認德意志民主共和國就柏林（西）之主權，與前開基本法條文亦不相符。

對於在德意志民主共和國境內之德國人而言，本條約尙且違反了基本法明定對於德國人之保護及養育義務。在德意志民主共和國境內生活者，乃是基本法第一百一十六條所規定的德國人。然而條約第六條自法律上禁止德意志聯邦共和國，爲居住於德意志民主共和國境內德國人之利益，參與相關事務之進行；其結果可能爲德意志聯邦共和國駐在第三國之代表，欲幫助來自德意志民主共和國之德國人時，帶來額外之困擾。條約本身雖然就國籍問題未設規定，不過仍然會對基本法上規定之國籍權發生影響。無論如何與德意志民主共和國之間的條約，祇有在明白約定——算是憲法上最起碼的要求——所有德意志民主共和國之德國人，有到德意志聯邦共和國旅行之權利之後，始得簽訂。

總而言之，想在條約之中創設一種德意志聯邦共和國與德意志民主共和國之間的「特殊關係」（*Besonderes Verhältnis*）的努力並未成功。甚至條約中也未能堅持單一民族國家（*Einheit der Nation*）的原則。如欲將該條約解釋爲「暫定條約」（*modus vivendi*）也行不通，因爲其中既未

訂期限又未訂終止條款，甚至未包含一項制定和平條約之保留條款。該條約並未將德國問題帶向更符合基本法所定的目標；即使考慮條約生效以後所帶來的、值得慶賀的人道負擔的減輕，亦不得不認為如此。

除以上陳述之外，巴伐利亞邦政府並提出一份柏林溫格勒教授（Prof. Wengler）之法律意見書，以支持其見解。

二、聯邦政府聲請確認：

一九七三年六月六日批准德意志聯邦共和國與德意志民主共和國於一九七二年十二月二十一日就其雙方基本關係所簽訂之條約之法律，符合基本法之規定。

聯邦政府之主要理由如下：

依聯邦憲法法院以往之判例，就國際法上之條約為憲法上審查者，首先必須要求巴伐利亞邦政府之聲請具有重要性；其中包括已充分瞭解聯邦政府及國會審查時最具關鍵性之考慮因素，並且說明違憲之事實確實可能發生。因此在聲請書中必須已可非常清楚的看出審查國際法以及國與國間各項措施時，所要求的高度可司法性（Justizbarkeit）以及明顯性（Evidenz）。如果一份聲請書不具備這些必不可少的要件，反而聯邦政府以及立法機關維護憲法的謹慎態度顯而易見，則僅憑一份聲請書並不足以要求聯邦憲法法院作深入的實體審查。這種聲請書顯然、至少是了無疑義的理由不備。巴伐利亞邦的聲請尤其不能成立的理由，在於巴伐利亞邦政府將其純粹政治上的見解，作為基本法上的法律規範加以解釋；

因爲他將其政治上的價值判斷用以單方面解釋條約；因爲他完全不考慮政治上的出發點；又因爲他無視於條約明確的內容，否定一些既與條約相符，又尊重基本法目標的用心。

代替簽約的選擇並不存在。如果比較條約生效以後的環境與假如未簽訂條約可能存在的環境，則簽約的利益十分明顯。條約事實上有助於實現憲法上和平安全的目標，由於它帶給人民實際的利益，因此亦有助於實現憲法上人道主義的目標。它採取與基本法制憲者相同的立場，亦即堅持德國繼續存在，因此是依據基本法制憲者的理想，不僅考慮聯邦共和國的利益，同時更以整個民族國家（*ganze Nation*）之福祉爲依歸的一份政治文獻，至於德國問題，該條約則採取開放的態度。

基本法中並未包含任何有關所謂「同一性理論」（*Identitätstheorie*）之規定，僅認定德意志聯邦共和國與德國不同。條約與統一的要求亦不抵觸。因爲三個西方盟國有義務將關於「德國爲一整體」（*Deutschland als Ganzes*）的四強保留條款（*Viermächtevorbehalt*），付諸實現；條約中並未放棄德國作爲權利主體而繼續存在之主張；它迴避了將德意志民主共和國歸類爲外國；它堅持德國爲一個民族國家以及德國國籍；同時它也不包含任何對德意志民主共和國在國際法上的承認。這類條約使所有政治上可以做到的都做到了。然而無論將來以何種形式完成統一的目標，它在法律上或政治上，都不至於構成統一的障礙。相對的它在政治和人道的範疇中，帶來大幅改善，而且進一步奠定了一項簽約的請求權，此種約定則可能帶來更多改善關係的途徑。這項條約並非完整無缺，相反的它對於未來改革的途徑採取開放的立場，並且提供了有力的基礎。

柏林地位問題並未因本條約而受影響，最簡單的理由，是因為四強協定已將柏林的地位固定，簽約雙方都無從改變之。

基本法並未規定聯邦政府有保護和養育長期住居於德意志民主共和國境內德國人之義務。至於對在外國的德國人，聯邦機關有保護和養育的權責，則法律上或事實上皆絲毫未受影響。而保障所有德意志民主共和國境內德國人自由旅遊的權利，實在不是簽訂一項足以具體改善人與人之間關係的條款之憲法上前提要件。

三、所有立法機關審查本條約時相關之紀錄，以及訴訟當事人於言詞辯論提出關於一個德國書函之收執證明文件時，所提及之相關書面資料，均已提出於法院。

## 第二部分第一節

本聲請依本庭所遵從之聯邦憲法法院以往判例，應予受理（參照聯邦憲法法院判決輯第四輯第一五七頁，第一六一頁以下）。雖然德意志民主共和國根據基本法規定並非外國——以下將詳予說明，亦無不同。因為基本法第五十九條第二項規定，所有規範聯邦政治關係，或有關聯邦立法事項之條約，均須依同意法（*Zustimmungsgesetz*）之形式，接受國會的控制，至於簽約當事國是否為基本法上所規定之外國，則非所問。

## 第二節

一、法規審查程序之標的爲一九七三年六月六日之條約法，及該法所批准之條約與附加紀錄。凡未納入該法第一條規定之部分條約文件，自始即非法規審查程序之標的。此種文件可以用來對條約作整體評價，以及其他資料一起用以解釋本條約。至於其他已納入該法第一條之摘要、保留、聲明以及書函，是否爲法規審查之標的，可以擱置不論，因爲他們皆附屬於條約而存在，有一部分祇有宣示性的內容，其餘的觀諸以下就條約所爲之法律上考慮，則其內容不可能與基本法不符。無論如何他們都是用來解釋條約的重要資料，正如條約本身的前言一樣。

二、法規審查程序之基準爲基本法。對基本法作成有拘束力的解釋，乃是聯邦憲法法院之職責。在此基礎之上，則政治現實與憲法秩序之間，不會發生任何緊張關係。但是如果考慮現行憲法秩序，是否將因某項條約之簽訂而改變時，則此種緊張關係即可能發生。本條約既不能構成實質憲法的一部分，又不能用來解釋基本法。相反的，一項與現行憲法抵觸的條約，從憲法上而言，祇能透過相當的修憲，使該條約與基本法相符。

在以上前提之下仍不排除聯邦憲法法院基於對基本法所規定的自由、民主、法治國家中其他憲法機關責任之尊重所發展出的一項基本原則之適用——對於條約之合憲審查亦不例外，即在許多可能的解釋中，選擇使條約能夠符合基本法的解釋（參照聯邦憲法法院判決輯第四輯第一五七頁、第一六八頁）。除了

以上與條約合憲審查相關的重要解釋原則之外，在解釋規範聯邦與其他國家政治關係的憲法條文時，不能不考慮這些條文的設定界限的性格（*schränkensetzender Charakter*），也就是留給政治上自由運作空間的性格。在此範圍內，基本法對所有政治上的權力，包括外交事務，設定了一項法律上的界限；這是基本法創設的法律國家秩序的本質。貫徹實施這項憲法秩序的最後責任，在於聯邦憲法法院。

聯邦憲法法院自行設定的司法自制原則（*judicial selfrestraint*），並不表示減少或削弱其前開權限，而是放棄「推動政治」（*Politik zu treiben*），也就是在憲法規定並限制的範圍內，不插手政治的自由運作。其目的在於為憲法保障其他憲法機關從事自由政治運作的範圍，保留空間。

基於以上考慮可知，對條約在生效之前，依法規審查程序作成裁判，有如何關鍵性之意義。所有憲法機關，必須——依憲法規定其彼此間之基本關係——對之負責。其意義一方面在於聯邦憲法法院必須儘速完成憲法上之審查；另一方面，為其他憲法機關在以批准條約為目的之訴訟程序進行中，必須尊重聯邦憲法法院審查的權限，並且停止一切可能使聯邦憲法法院難以或無法及時並有效行使其權限之行為。如果行政機關對於繫屬於聯邦憲法法院之訴訟程序過度運作，則與基本法設立完整憲法審判制度之意旨不符。在例外情形——如本案——依行政機關之見解，使條約在憲法法院訴訟程序終結前生效，顯然有不可替代之重要性，則就此負責之憲法機關，必須承擔因而可能發生之後果（參照一九七三年六月十八日判決第六頁以下）。

### 第三節

本條約規定德意志聯邦共和國與德意志民主共和國之間的基本關係。在對它作判斷之前，必須先處理基本法明示的德國法律地位問題：

一、基本法的基本態度——並不是國際法學說或政治學說上的理論！——是德意志帝國在一九四五年瓦解以後仍然繼續存在，既不因投降，亦不因同盟佔領國在德國行使其國家權力或於此之後滅亡；此一立場觀諸基本法前言，以及基本法第十六條、第二十三條、第一一六條及第一四六條自明，而且符合本庭遵從之聯邦憲法法院判例。德意志帝國繼續存在（聯邦憲法法院判決輯第二期，第二六六頁、第二七七頁；第三輯，第二八八頁、第三一九頁以下；第五輯，第八十五頁、第一二六頁；第六輯，第三〇九頁、第三三六頁、第三六三頁），與以往相同具有權利能力，然而作爲一個完整的國家，由於欠缺組織，尤其欠缺制度化的機關，以致無法自行具備行爲能力。基本法中也已「明示」（*verankert*）全德國國民以及全德國國家權力之觀點（聯邦憲法法院判決輯第二輯，第二六六頁、第二七七頁）。使「德國爲一整體」，即使四強亦負有責任（聯邦憲法法院判決輯第一輯，第三五一頁、第三六二頁以下、第三六七頁）。

成立德意志聯邦共和國，並非在西德建立一個新的國家，而是德國的一部分重新組織起來（參照卡羅史密特在國會諮議會第六次會議速記錄第七十頁發言）。因此德意志聯邦共和國並不是德意志帝國的

「法律繼承者」(Rechtsnachfolger)，而是一個與「德意志帝國」(Deutsches Reich)同一的國家，——不過，就領土而言，只能算是「部分同一」(teilidentisch)，因此這種同一性不能享有完全排他的請求權，而且就人民與領土而言，聯邦共和國並不包含全部德國，但無損於它承認國際法上權利主體的「德國」(德意志帝國)擁有一統的國民(einheitliches Staatsvolk)，德意志聯邦共和國國民則屬於此一統國民不可分割的部分；並且承認「德國」(德意志帝國)擁有一統的國土(ein heiliches Staatsgebiet)，德意志聯邦共和國領土則屬於此一統國土不可分割的部分。在公法上德意志聯邦共和國自限其國家權力於「基本法有效的範圍內」(Geltungsbereich des Grundgesetzes)。(參照聯邦憲法法院判決輯第三輯，第二八八頁、第三一九頁以下；第六輯，第三〇九頁、第三三八頁、第三六三頁)，不過自覺對於全部德國亦負有責任(參照基本法前言)。目前聯邦共和國由基本法第二十三條所規定的各邦(包括柏林)組成；其中柏林邦的地位，只是經由所謂西方佔領國對行政長官的保留權而降低並受到限制(聯邦憲法法院判決輯第七輯，第一頁、第七頁以下；第十九輯，第三七七頁、第三八八頁；第二十輯，第二五七頁、第二六六頁)。德意志民主共和國屬於德國的一部分，因此與德意志聯邦共和國的關係，不能視為外國(聯邦憲法法院判決輯第十一輯，第一五〇頁、第一五八頁)，譬如以往的區際貿易(Interzonenhandel)以及目前與之相當的兩德貿易(innerdeutsche Handel)均非國際貿易(聯邦憲法法院判決輯第十八輯，第三五三頁、第三五四頁)。

二、聯邦憲法法院一向肯定基本法所包含的統一要求(Wiedervereinigungsgebot)以及自決權

力 ( Selbstmündungsrecht )。本庭並且確認：基本法前言不僅具有政治意義，並且包含法律內涵。統一乃是憲法上的要求。不過以何種途徑達成統一，始可視為政治上正確且合目的，必須保留由聯邦共和國負責政治行為之機關判斷之。其餘依基本法亦有義務維護自由民主基本秩序及其制度之憲法機關，則應判斷，某項一般而言合憲之措施，是否可能在法律上妨碍統一或事實上造成統一不可能，而基於此種理由不得採行。這裏特別為立法者保留了一片較廣闊的政治裁量空間。聯邦憲法法院只有當立法者明顯的逾越了裁量範圍，或者其措施自法律或事實而言顯然違反在自由的前提之下統一的目標時，始得阻止之（聯邦憲法法院判決輯第五輯，第八十五頁、第一二六頁以下；第十二輯，第四十五頁，第五十一頁以下）。

關於這一點還須作以下進一步說明：基於統一要求所產生的第一個結果是：任何德意志聯邦共和國憲法的憲法機關，不得放棄以重建國家一統作為政治目標，所有憲法機關有義務於其政策中配合實現此項目標——包含對內警覺、對外堅決主張統一請求權之義務——並且停止一切可能妨碍統一之行爲。然而聯邦政府則須自行負責決定，以何種政治上的方式以及何種政治上的途徑，嘗試去實現基本法所規定法律上的統一目標，或至少更接近它。估計其政策的成功率，是聯邦政府以及主控聯邦政府的國會多數的工作。在這裏，法院既無批評，亦無就政策成功的可能性表示其見解之餘地。因此而發生的政治責任，則完全由當政者承擔。在政治及憲法國家的德意志聯邦共和國，其邊際——當然這得由聯邦憲法法院明白訂定，必要時加以實施——在於，憲法禁止聯邦共和國放棄一項基本法規定的，藉以導向實現統一以及

自決的法律名義 (Rechtsitel) (一種法律地位) (eine Rechtsposition) ，或者取得一項與基本法不符的法律名義，或者參與制定一種可能阻礙其追求統一目標的名義。在一項法律名義並無失權之虞的前提下，政治上不使用一種法律名義，或者目前或在一段時間之內，認為它不適合作為一種政治工具——譬如它不能帶來任何政治上的成果，與在法律上完全放棄該法律名義是不同的。政治上可以用這種方式與現實妥協。但是基本法却要求，凡是目前或將來可以為追求統一的要求提供理由，而在基本法中已成立的法律名義，不得放棄。同理適用於相反的情形：一種政治行為，事後可能證明「計算錯誤」 (falsch kalkuliert) ，聯邦政府因其追求統一之做法，在政治上遭到他人的攻擊——這項自憲法法院的立場而言，毫無置喙餘地之事實——與德意志聯邦共和國參與一項法律工具 (Rechtsinstrument) ，以致就其追求統一的做法遭到他人攻擊的事實，有本質上的不同。譬如德意志聯邦共和國每一任政府的清楚的法律立場是：我們必須以基本法定為前提條件的，並於基本法「明定」的整個德國及其「整個」人民與「整個」德國國家權力存在為出發點。如果今天我們使用「德國」 (deutsche Nation) 這個名詞，應該指全德國，而這個名詞可以作為「德國國民」 (das deutsche Staatsvolk) 的同義字來理解，則無可議。因為後者的法律地位仍獲維持，只是基於政治上的考慮，使用另一種不同的表達方式。反之，如果隱藏在這個新用語「德國」背後的，只是一般人意識中存在的語言與文化一體的觀念，則法律上意謂著放棄一種不可放棄的法律地位。後者即與統一的要求相抵觸，而這項要求乃是聯邦政府用盡一切可能的方法追求的目標。同樣的，如果提及四強對於整個德國的責任，即表示將來只有他們

是整個德國繼續存在，在法律上的（最後）表徵，也是與基本法不符的。正如聯邦政府本身所理解的，只有當聯邦政府為追求統一的努力，提供進一步的法律基礎，即在國內法之附加「國際法」的基礎，始為合憲。

關於「唯一代表主張」（Alleinvertretungsanspruch）此項政治理論，聯邦憲法法院從未表示意見。它在過去和現在皆無案件必須審查和決定，基於基本法，德意志聯邦共和國對於全德國是否已經取得了一項法律上的唯一代表主張。

三、本項條約可以解釋為前述基本法之規定，並無抵觸。所有德意志聯邦共和國國內，關於解釋本條約的官方意見，也都不能認為曾經偏離，或目前偏離了此項憲法基礎。

#### 第四節

一、如果考慮簽約的大環境，則法律上祇能稱許本條約之簽訂。本條約乃是整體政治的一部分，簡而言之即聯邦政府為求和解（*Entspannung*），採行東進政策（*Ostpolitik*）。在東進政策中，簽訂莫斯科與華沙條約乃是最突出的兩個里程碑，這兩項條約自然成為簽訂基本條約的前提要件；反之自基本條約方面而言，則本條約之簽訂，乃是聯邦政府，透過前開兩項東方條約（*Ostverträge*）所希望達成的目標。在這種關連中，基本條約也就贏得了如莫斯科及華沙條約一樣根本的重要性。他不是如許多政治文件一樣可以隨意修改的文件，而是如其名稱所表示的，構成一項長期經營的新政策的基礎。因

此它既未設期限亦未規定終止條款。它安置了一個可能更新德意志聯邦共和國與德意志民主共和國之間關係的歷史的轉轍器。這層關係對於就本條約為法律上之判斷，具有多重意義：

它事實上與基本法（參照前言，第二十三條及第一百四十六條）類似，就德國問題而言，並非最終的解決方案。同樣的也不能把他歸類為在將來兩國關係有「最終的」新規定之前的「過渡解決方案」（Übergangslösung）；它不是一項約定的，在可預見的將來可能被其他關於兩國關係的基本新規定所取代的「暫定條約」。條約本身即是雙方就規定兩國關係而言，最誠摯期盼的新基礎——但是簽約雙方在法律上仍是自由的，可以隨時協議，將該條約依對之適用之法律基本原则加以修改或補充。

基於前述該條約政治上的意義，產生以下法律上的後果：作為兩國德國之間新關係的基礎，本條約接下去勢必需要兩個國家重新分別與共同（*Neben- und Miteinander*）進行許多法律上的具體化工作（參照條約第七條）。所有這些進一步的法律文書，都必須不祇符合條約規定，而是同時符合憲法規定。有一點必須今天就加以澄清，即所有援引本條約之其他法律文書，並不因為條約基礎（本條約）在憲法上無所疵議，而當然在法律上毫無問題。因此在本法規審查程序中，於可預見的範圍內，已為將來用以「補充」本條約之協議與約定，設定了憲法上的界線。

二、本條約乃置身於概括的與特殊的法律關係之中，這些法律關係在法律上的評價，亦應予以重視：特別明顯的是本條約第二條及第三條引用聯合國憲章，而且第九條規定，「經由本條約」簽約當事國「以往已簽訂或與兩國有關之國際雙邊與多邊條約或協定之效力，不受影響」；其中最主要的乃是聯邦

共和國所簽訂的「西方條約」(Westverträge)——效力當然不受影響的還有德國條約第七條，依其規定聯邦共和國與三個佔領國維持以往的條約義務(第二項)，合作「以和平的方式實現其共同目標：一個擁有與聯邦共和國類似之自由民主憲法的統一的德國，並加入歐洲共同體」——此外莫斯科、華沙條約以及將德國作一整體的四強協定，還有譬如德意志民主共和國與波蘭人民共和國簽訂的邊界與友好條約中關於德國(作一整體)之部分。本條約第九條之意義，在簽約雙方的書信交換中也清晰可見，他們以書信交換方式，將彼此向法國、英國、美國以及蘇聯大使館提出備忘錄之內容，知會對方。並且在「雙方就柏林(西)所為之聲明」中，引用了一九七一年九月三日四強協定中關於柏林的部分。

三、基於以上說明可知，在政治討論中所使用的形式「兩個國家之間所存在的特殊關係」以及「本條約具有與此種特殊關係相當的特殊性格」，具有何種重要的意義：德意志民主共和國乃是國際法上所稱的國家(Staat)，並以此成爲國際法上的權利主體。此項確認，與德意志聯邦共和國在國際法上承認德意志民主共和國是二回事。德意志聯邦共和國不僅從未正式表示此種承認，相反的一再明示拒絕。如果我們稱許德意志聯邦共和國對於德意志民主共和國推動和解政策的行爲，尤其是簽訂本條約作爲事實上的承認，則此種承認，也就祇能作爲特殊種類的事實承認來理解。

本條約的特質，在於它雖然是兩個國家(Zwei Staaten)之間的雙邊條約，因此適用國際法上的規則，並且如任何其他國際法上的條約一樣具有適用效力，但是這兩個國家，乃是始終存在，不過因爲未能重組完成以致無行爲能力的完整德國(Gesamtdeutschland)連同其統一的國民(einheitliches

Staatsvolk ) 的一部分，至於如何確定該完整德國的領土，此處並無必要。本條約因此使兩個國家彼此處於特殊的法律密切關係之中；也因此正確導出條約第八條之規定，依此規定，兩個國家應於雙方政府所在地互派常設代表，而非大使；更因此而有特殊的條約批准程序，此種程序不因聯邦總統授權交換批准文書而完成，更需交換「相當的備忘錄」，其中有一份乃是聯邦政府代表德意志聯邦共和國所制作。最後可以整理出本條約的整體傾向，即以超越彼此疆界，以改善人與人之間的關係為目標，達成簽約當事國間儘量緊密的合作（參照前言第六項，條約第七條及附加紀錄）。附加紀錄第一點中關於條約第七條之聲明，及德意志聯邦共和國與德意志民主共和國之間的貿易，基於以往協定繼續發展，也有助於認清，簽約當事國之間貿易，經雙方一致認為並非對外貿易。由於本條約乃是規定「政治實體間之關係」(inter-se-Beziehung)，透過這種形式，亦有助於澄清本條約之特殊性。但是它並不完全僅規定此種關係，因此不致落於一般的國際法秩序之外，也不致於屬於一種特殊的，由本條約所創設的，標的受限制的特別法律秩序。後一種解釋觀之於條約第二條及第三條之規定亦無法成立，因其就簽約國之間的關係，鄭重而明白的引用聯合國憲章。所以本條約有雙重性格；依其種類而言，乃是國際法上的條約，自其特殊的內容而言，則主要是規定政治實體間關係的條約。以國際法上的條約來規定政治實體間之關係，在本案情形，即因完整德國之解體而欠缺一項公法秩序時，實有其必要。即使在聯邦共和國內，假如聯邦憲法欠缺一項相當的規定，則各邦之間的關係，也祇有依據國際法上的規則決定之（參照國事法院關於德意志帝國之裁判，拉莫氏——西蒙氏，第一冊，第一七八頁以下；第二〇七頁以下；以及

依據基本法之相關繼續發展：聯邦憲法法院判決輯，第一輯，第十四頁，第五十一頁；第三十四輯，第二一六頁，第二三〇頁以下）。所以認爲任何「兩個國家模式」（Zwei-Staaten-Modell）之主張皆與基本法秩序不符之見解，並不正確。

## 第五節

以下將就本條約之合憲審查逐一說明：

一、如上所述，基本法中統一的要求，爲所有國家機關運作的自由，設定了憲法上的界線：任何基本法中有助於德國人民在自由、自決的基礎上統一的法律地位，不得放棄。另一方面任何與基本法不符，而且可能阻礙聯邦政府追求統一之努力的法律工具（Rechtsinstrument），不得在德意志聯邦共和國之憲法機關參與之情形下採行之。就此而言，則聯邦政府關於一個德國問題致德意志民主共和國政府之信函，有其重要性：依據一九七三年六月十九日言詞辯論之結果可以確定，該信函之重要部分，於協商過程完成前已經公布，並且該信函在條約即將簽署前，已送達簽約對方。信函中堅持，本條約不得與「德意志聯邦共和國促進歐洲和平狀態，而德國人民於此狀態中，以自由、自決方式獲致一統之政治目標」相抵觸。

本信函應依前述憲法狀況以及前引之德國條約第七條之條約義務加以理解。該信函僅在證實條約之當然解釋：

條約前言中規定：「無損於德意志聯邦共和國與德意志民主共和國就若干基本問題，其中包括民族國家問題，見解不同」。所謂「民族國家問題」( nationale Frage )對德意志聯邦共和國具體而言，即是基本法所規定的統一要求，其目的在於「維護德國人民國家的完整」。由此觀之，則條約前言乃是用來解釋整個條約的重要參考文件；它與基本法規定的統一要求並無抵觸。在任何國際交往，以及相對於德意志民主共和國時，聯邦政府並未因本條約而喪失以往要求透過德國人民自由、自決途徑，追求國家統一，以及以和平並符合國際法基本原則之方式，將統一作為其政治目標之法律名義。本條約並非分裂條約，而是目前或將來皆不排除，聯邦政府隨時盡其所能，追求德國人民重新組成其一統之國家之條約。它可能是一段長遠過程的第一步，它首先結束了一段國際法上熟知的聯邦制度的變型，朝實現德國人擁有一個國家的統一目標，及重新組成德國的大方向，邁進了一步。

二、簽約雙方於條約第三條第二項強調「其間現存疆界於目前及將來之不可侵犯性，並且有義務絕對尊重彼此領土之完整」。所謂「疆界」有不同的法律性質：行政疆界、國際疆界、利益範圍的疆界、基本法適用範圍之疆界，以一九三七年十二月三十一日為準之德意志帝國之疆界、以及公法上之疆界——這裏又必須區分包含整個德國之疆界以及整個德國之內，各邦國間之疆界（譬如德意志聯邦共和國境內各邦之疆界）。觀諸條約其餘部分之內容（第一條、第二條、第三條第一項、第四項、第六項）則第三條第二項乃指公法上的疆界而言，無庸置疑。關於承認兩國之間的界線為國界，是否與基本法相符的問題，關鍵在於將具備以下「特質」的界線，界定為國界：它存在於始終存在的國家「完整德國」的基

礎之上，因此它雖然是國界，可是類似於德意志聯邦共和國境內各邦間之界線。與此種界線之定義相符合者，一方面有兩國「在平等的基礎上彼此發展正常友好的相鄰關係」之約定（條約第一條）；兩國遵守聯合國憲章所規定的「所有國家主權平等原則之約定」（條約第二條）以及兩國之共同出發點為兩國主權之行使，限於兩國領土範圍之內，並尊重彼此就其國內及國外事務之獨立性與自主性之約定（條約第六條）。另一方面，這種對條約第三條第二項有關國界的定義，也尊重了基本法上的主張，即民族國家問題——也就是德國人追求國家統一的要求——不予討論。

條約第三條第二項雖然使用「強調」這二個字，但不能因而導出，此處僅是引用一項在其他條約——在莫斯科條約——中已訂定的，賦予此種界線國界性質的條文，所以本條約規定不具備任何創設性的意義。我們可以用條約多次承認及保證此項界線為國界。這樣做具有法律上的意義，因為不同條約的承認，其命運可能也不相同。姑且不論莫斯科條約中相當的規定具備何種法律意義，可以確定的是本條約第三條第二項包含一項對德意志聯邦共和國與德意志民主共和國之間界線的新的而附加的條約上的承認，並且創設性的肯定此項界線，它依前述定義（而且僅得依此種定義）與基本法相符合。

依據適用於本條約之國際法上原則，本條約第三條第二項關於疆界之存在與發展之約定，並不排除將來以合意修改之，乃屬當然。

三、條約第六條規定簽約雙方同意，兩國之共同基本出發點，為兩國主權之行使限於其領土範圍之內。兩國尊重彼此就其國內及國外事務之獨立性與自主性。同樣的，這項約定也只有基於以下解釋，始能與基本法相符，即對於德意志聯邦共和國而言，本條約之基礎，在於其基本法所承認的，繼續存在的

德國爲一個國家，因此雙方限制主權的行使於其領土範圍之內，並且尊重彼此就其國內及國外事務之獨立性與自主性，皆與一種特別關係有關，在這種關係中，兩個國家彼此處於完整德國之下的部分國家（Teilstaaten）之地位。

四、基本法第二十三條規定：「本基本法首先適用於以下各邦之範圍……對於德國其他部分於其加入後生效之。」顯而易見的，這項規定與統一的要求之間，存在著一種內在的關聯。關於這個問題，此處暫且不論。這項規定具有獨特的意義，並且因其內容特殊，而屬於能代表基本法特質的核心條文之一。這個條文說明，我們必須認知德意志聯邦共和國在領土上並不完整。一旦可能，而且德國的另一部分準備加入（Beitritt）時，德意志聯邦共和國即應自動依本憲法之規定，採取一切相關之必要行爲，而只有在如其所希望的，德國的另一部分亦歸屬於它時，始爲「完整」。針對追求領土擴增而言，此種「法律開放」（rechtliches Offensein）的特質，在於一旦德國的另一部分決定加入時，是否接納之決定，在法律上單獨由聯邦共和國爲之。所以本條規定，乃在禁止聯邦共和國政府依條約而陷於依存關係中，即在法律上並非單獨，而是必須取得條約當事國同意後始得決定接納與否。這與每一任聯邦政府，在其任內是否有機會接納德國的另一部分，須視已組成國家的德國另一部分，依其憲法規定，是否已提供「接納」的前提要件而定的政治與事實上的無法單獨決定不同。

基本法第二十三條既未因政治的發展而過時，也不因爲其他任何原因在法律上變爲不合時宜。它的效力完全不受影響。

當然「德國的另一部分」目前已經組成德意志民主共和國而具備國家的形式。因此唯有在其憲法容

許的方式下，始得表示其與聯邦共和國聯合（其「加入」）之意思。所以，使加入成爲事實的前提要件，在於德意志民主共和國內法所規定的程序，爲聯邦共和國法律影響所不及。但是這並不影響基本法第二十三條所明文規定的，對於德國另一部分的加入，保持開放態度的義務。就這一點而言，條約未作任何改變。換句話說：條約中規定，接納德國另一部分的實現，繫於德意志民主共和國之法律意思，不外乎確認一項當德國的另一部分已自行組成德意志民主共和國後的當然之理。同理，任何條約的規定也不能解釋爲聯邦政府爲實現其基本法第二十三條規定的義務所作的準備（即要求），乃是違背條約的行爲。接納德國的另一部分於一個自由的德國國家中——自法律上而言，即使於條約生效後仍然可能——乃是基本法所規定的法律主張，與德意志民主共和國認爲，統一只有在將來組成一個共產德國的前提下，下可行之政治理想不同。

五、本條約關於國籍之規定與基本法第十六條及第一一六條之關係如下：聯邦共和國已將下列聲明列入紀錄：「關於國籍問題，本條約未設規定。」雖然條約中就國籍問題未設規定，但是並不能排除條約本身，對於基本法第十六條及第一一六條第一項所規定的國籍是否發生影響，以及這些影響中，那一部分與基本法前開條文抵觸的問題。

基本法第十六條的基本立場爲「德國國籍」同時爲德意志聯邦共和國國籍。基本法第一一六條第一項亦引用此項規定。因此基本法所規定的德國國民不僅是德意志聯邦共和國國民。對於德意志聯邦共和國而言，任何德國人之國籍，並不因爲其他國家之剝奪而喪失。德意志聯邦共和國在法律上不得承認此

種剝奪行爲；它對於聯邦共和國而言不發生效力。

具有基本法明定的德國國籍之德國人之地位，不得經由任何可歸責於德意志聯邦共和國之措施，加以削弱或限縮。此一結果來自於與國民之法律地位相關聯的祖國保護義務。其中最重要的是，任何德國人一旦處於德意志聯邦共和國國家秩序的保護範圍之內，——只要他沒有放棄——即擁有一項依德意志聯邦共和國法律，循司法途徑主張其權利之請求權。因此聯邦憲法法院曾經判決，即使針對德意志民主共和國（非外國）法院之判決，亦有公共秩序原則（*ordre public*）之適用（聯邦憲法法院判決輯第十一輯，第一五〇頁，第一六〇頁以下）。其他相關情形於此不加贅述。但是假如將本條約解釋為德意志民主共和國之國民，於基本法適用範圍內，不得認爲係基本法第十六條及第一一六條第一項規定之德國人，則本條約顯然抵觸基本法。爲使本條約合憲，則應解釋爲德意志民主共和國，即使於本條約生效後，對於德意志聯邦共和國而言，並未變成外國。本條約需要進一步解釋爲——無損於德意志民主共和國國籍法中之任何規定——德意志聯邦共和國，對於任何德意志民主共和國處於聯邦共和國及其憲法保護範圍內之國民，依據基本法第一一六條第一項及第十六條規定，以如何聯邦共和國國民之德國人身份處遇之。只要他在基本法適用範圍之內，便亦可享有聯邦共和國完全的司法保護，以及一切基本法所規定之基本權利之保障，包括基本法第十四條規定之基本權利。任何經由本條約或補充本條約之協議，對於基本法提供之憲法保護所爲之限縮，皆可能違憲。

六、對於紀錄摘要「由於法律立場不同，本條約就財產問題未設規定」之解釋亦同。

七、綜上說明本條約之特質可知，本條約與基本法課以聯邦政府對於基本法第一百十六條第一項規定之德國人提供保護與養育之義務，亦無不符。聯邦政府如以往一樣有權，於基本法適用範圍內，經由所有外交代表以及所有其參與之國際組織，提高聲調、運用影響力、保障德國（*Deutsche Nation*）之利益，保護基本法第一百十六條第一項規定之德國人，並且對任何向德意志聯邦共和國公務單位請求有效支援，以防衛其權利，尤其是其基本權利之德國人，提供協助。就此而言，對於德意志聯邦共和國，無論目前或將來，在德意志聯邦共和國與國民與「其他德國人」之間，並無法律上之不同。本條約之特質，在於他本身作為一項「基本條約」，在德意志聯邦共和國與德意志民主共和國發生法律上特殊關係以前就存在的法律基礎——即未消滅可是無法組織之完整德國，及四強對於維護此德國完整之責任——之外，形成了一種附加的新法律基礎，比兩個國家所簽訂的普通國際法上條約，更緊密的使德國（*Deutschland*）之中的兩個國家（*Staaten*）彼此連結在一起。

八、本條約並未改變柏林的法律地位，正如聯邦衆議院、聯邦參議院及聯邦政府、聯邦共和國中之各邦及聯邦憲法法院，基於基本法規定，一向一致堅持之立場，基本法賦予所有聯邦及各邦之憲法機關，即使於未來，亦有無條件主張並保障此種法律地位之義務。雙方就柏林（西）所為之聲明，僅得作與此相關之解釋與理解。

申言之，規定本條約第七條之附加紀錄中所定之協定與法規得擴張適用於柏林（西）之共同聲明第一項中之約定，並未限制為德意志聯邦共和國為行為之機關的基本法上義務，即任何與德意志民主共和

國簽訂之協約或合意，依其內容可能擴張適用於柏林及其人民者，應堅持擴張適用於柏林，並且僅於柏林及其人民之法律地位，相對於其在基本法適用範圍內之現行法律地位——除在柏林適用之同盟國保留條款以及須「符合一九七一年九月三日之四強協定」之外——未被削弱時，始得簽訂之。

同理適用於第二項之約定。依該約定，德意志聯邦共和國派駐德意志民主共和國之常設代表，將代表柏林（西）之「利益」。

最後必須確定，第三項所規定的「德意志民主共和國與柏林邦政府間協議」之可能性，並未使柏林邦免於尊重基本法秩序之義務。

九、以上關於本條約之解釋，對於與德意志民主共和國簽訂本條約第七條之附加紀錄中所規定的，以及其他為補充本條約所可預見的後續條約及合意時，準用之，譬如：

1. 本條約第七條附加紀錄第五點所規定的郵電協定，不得限縮或輕忽對德意志聯邦共和國或德意志民主共和國內德國人之秘密通訊自由之保障（基本法第十條），亦不得包含基本法第五條所未規定的，對意見及資訊交換自由所為之限制。同時本條約第七條附加紀錄第一點所稱德意志聯邦共和國與德意志民主共和國，基於以往協定所為之貿易，於繼續發展過程中，不得改變為對外貿易；換言之，在此一範圍內不得約定關稅界線。

2. 關於節目不受國家管制的電視及廣播事業，必須澄清一點，即本條約對之未作改變，尤其是本條約對於以相當的法律或行政措施，限制德意志民主共和國所不歡迎的節目，未設任何法律基礎。凡是以

往在德意志聯邦共和國內，符合一般公共營造物內部準則（*anstaltseigene Richtlinien*）及現行公共營造物法，而得自由發揮之事項，不得視為與本條約不符；更正確的是，德意志聯邦共和國不得參與任何一項可能限制文教自由（*Freiheit der Anstalten*）之合約之簽訂。換句話說：基本法第五條所規定的基本權利，即便引用本條約亦不得加以限制。譬如簽約他方主張某項節目因為干預簽約當事國之內政而抵觸條約之內容與精神，為履行條約義務，必須予以停播等。

3. 對於結社之基本權利亦同。社團之組織，在遵守基本法秩序之範圍內，不得因本條約之對方不滿惹其章程而予以限制，譬如本條約當事國攻擊其目標及文宣，因干預德意志民主共和國內政與條約之內容及精神不符，而要求予以禁止等。

4. 同理本條約不得理解為使聯邦政府，或其他聯邦及各邦之機關，免除憲法上的義務——即使公眾不僅了解兩國之間所存在的共同點，同時必須警覺德意志聯邦共和國與德意志民主共和國之間生活與法律秩序中，存在著何種世界觀的、政治的及社會的差異。任何以聯邦政府抵觸條約之內容與精神而干預德意志民主共和國內政以致違約為理由，限制聯邦政府自由及其依憲法產生之代表自由民主基本秩序利益之地位的嘗試，本身即構成違約。

5. 最後必須說明，直接與本條約衝突者，乃是德意志聯邦共和國與德意志民主共和國間疆界的現況，也就是圍牆、鐵絲網、死亡線及射殺命令。就此而言，本條約乃為聯邦政府實現其基本法規定之義務，盡一切可能以改變或排除此種不人道之關係，提供了一項附加的法律基礎。

## 第六節

最後爲澄清本判決理由之意義，尙須作以下補充說明：

一、以上理由，乃將條約一如聯邦立法者通過之法律加以審查，而將解釋條約之特殊界限擱置一旁。其理由可藉以下考慮加以說明：所有關於本條約合憲解釋的說明，可以歸結到一項基本見解的差異——條約本身於前言中對之已有明文規定——即簽約雙方同意，彼此就「國家問題」之見解不同；逐字而言即：「不排除德意志聯邦共和國與德意志民主共和國就若干原則性問題，其中包括國家問題之見解不同」。因此，本判決基於此項見解差異，用德意志聯邦共和國，依基本法規規定必須主張之結果來解釋條約，於本案情形，乃符合條約解釋之特殊規則。

二、基於以上說明可知，本條約乃是一個預定必須補充之條約。它在法律上的重要性，不僅來自於其存在及內容，最主要的乃是作爲將來後續條約之框架。所有判決理由中之說明，包括並不完全與條約內容相關之部分，皆必不可少，換言之，即皆爲聯邦憲法法院判決中所謂支持裁判之理由（die Entscheidungstragenden Gründe）的一部分。

三、德意志民主共和國於本條約生效（一九七三年六月二十日）之前，已完全知悉繫屬於本聯邦憲法法院之訴訟程序、聯邦憲法法院之權限、聯邦政府及所有聯邦及各邦之憲法機關、法院及官署皆受聯邦憲法法院裁判之拘束，知悉聯邦政府於立法程序中所作的法律陳述——本質上與經由本判決而成爲有

拘束力之法律見解並無抵觸，知悉所有公布於聯邦公報上之條約法內容，包含於條約條文化階段已公布之關於一個德國之信函，並且經由聯邦政府——他方並未異議——反覆指明，聯邦政府僅於本條約與基本法相符之情形下始得簽訂之。此種情勢即使於國際法爭議中亦屬妥適，尤其是對必須依基本法解釋條約之簽約當事國而言。並且符合普通國際習慣法上之法則，該法則於發生條約依某種特定之解釋與內國憲法抵觸，簽約之一方是否得例外請求他方能夠、並且必須承認此一事實之國際實務中，有其重要性。

### 第七節

本判決經一致通過。

## 關於「聯邦政府公關文宣品在選舉中之界限」之判決

——聯邦憲法法院判決第四十四輯第一百二十五頁至第一百九十七頁

譯者：黃俊杰

## 判決要旨

1. 根據憲法，國家機關不得在選舉中藉由其職務作用把自己與某政黨或候選人加以同一化來投入國家資金去支持或反對，尤其是不得特別經由宣傳來影響選舉人之決定。

2. 在職務上現有的聯邦政府，作為憲法機關於競選中似乎採取重新當選之態度，且為其「再獲選成爲執政者」做宣傳，此係與聯邦衆議院及聯邦政府僅有一個暫時受限制之委託的憲法原則互不相容的。

3. 當國家機關在競選中，本身爲有利於己而加負擔於某政黨或候選人，則政黨機會平等之權利將受到侵犯。

4. 也不允許由國家機關在議會選舉中以公關文宣工作方式來對政黨有所偏袒影響。政府之公關文宣工作在選舉宣傳上係有其界限。

5. 既不允許聯邦之憲法機關爲了選舉在各邦中，亦不允許各邦之憲法機關爲了被選舉至聯邦衆議院，而於競選中作政黨偏袒之影響。

6. 一個印刷品或廣告之提供消息的內容若不及於其廣告式大標題之後，其可能是一個逾越禁止憲法機關經由公關文宣品介入界限的表徵。

7. 此外，在接近競選時，若憲法機關之公開工作不斷增加，此係逾越禁止競選宣傳界限之表徵，此表徵不僅顯示在其以極大數目之個別措施增加，而且缺乏急切理由，來證明有此必要來作此範圍及之國家資金之投入。

8. 基於聯邦政府須放棄在選舉中對某一政黨偏袒影響之義務，產生選前最大克制之要求。而且禁止以任何預算資金來從事所謂工作，成就及結果報告之公關文宣品。

9. 對此，聯邦政府必須採取預防措施，即由其為公開工作目的所製造之印刷品不被政黨本身或其他在選舉時其所支持之組織或團體用於選舉宣傳。

第二庭基於一九七六年九月九日之言詞審理，在一九七七年三月二日作成判決：

此訴訟程序係關於請求確認聯邦政府以金錢價值之給付予執政黨 (SPD 及 FDP)，以及經由作成一系列之宣傳廣告、附件、折頁等，係違反基本法第廿條第二項及第廿一條第一項規定，聲請人：德國基督教民主聯盟 (CDU)，波昂，代理經由主席及秘書長 Konrad-Adenauer-Haus 授權：律師 Dr. Hermann Maassen，地址 Bonn-Bad Godesberg, Schuberstraße 12，聲請相對人：聯邦政府，代理經由波昂聯邦總管理局之聯邦總理授權：律師 Dr. Konrad Redeker，地址 Bonn, Oxfordstraße 24。

判決主文：

聯邦政府在一九七六年十月三日聯邦眾議院選舉之前經由廣告系列、附頁及其他宣傳刊物干涉選舉

，且就此沒有採取預防措施，即由其爲公關文宣目的從預算經費投入所製造印刷品大部分讓政府之主要的政黨用來作爲附加之競選材料，係違反基本法第廿條第一項及第二項第一句及在選舉時之機會平等原則（基本法第廿一條第一項，第卅八條第一項）。

德意志聯邦共和國（Bundesrepublik Deutschland）應償還聲請人必要之費用。

判決理由：

A、

訴訟標的是此問題，即是否聯邦政府經由其稱爲公關文宣品之措施干涉一九七六年聯邦衆議院競選且因此損害或直接危及聲請人在基本法所賦予之權利。

I、

1. 聯邦政府從一九七六年五月至一九七六年十月三日聯邦衆議院選舉時在報紙及期刊雜誌用預算經費出版系列廣告。

在聯邦十個大型報紙中，從一九七六年五月十八日至一九七六年六月卅日刊載了許多大型廣告，其中強調由聯邦政府在一切主要區域所實現之成就（例如：經濟、交通及農業政策，教育設施）。這些廣告結論總是：“截至目前：我們正朝向正確道路，成就獲得信賴，我們保障未來。”在明鏡（Der Spiegel）

新聞周刊中，聯邦政府從一九七六年五月廿四日至一九七六年七月廿六日每周發表一個廣告總是三至五個版面。在一個若大的印刷標題（例如：“此政府帶給您們，總而言之，較多自由”）下

；聯邦政府之成就在許多標語式資料之引證下，而且在指示出毫無根據之反對黨之悲觀氣氛下被強調著。在「多彩（Die Bunte）」期刊上，從一九七六年五月廿六日至一九七六年七月廿九日止，以系列「關於德國之五十個事實真相」為名，每周總是有五頁整版聯邦政府之廣告被刊載著，每頁包括在大印刷字體往往僅由一句組成發表的見解，且就此——小印刷的——一個簡短的論證（例如：「在德國重罪犯特別嚴重，在德國嚴重的犯罪行為大約有九十八%的比例」或者：「家庭主婦目前也可能有年金保險，此事在一九七二年由法律明定」）。

廣播及電視雜誌在一九七六年七月刊行廣告，其中聯邦政府關於年金立法範圍之成就被強調。這些廣告結論：「成就獲得信賴，我們保障德國未來。」

在十四個雜誌中聯邦政府從一九七六年八月四日至一九七六年九月十日發表一個關於婚姻法改革之內容及其影響的新聞廣告。

2. 聯邦政府在一九七六年，同樣也在公關文宣品範圍內，用不同內容及不同目標方向發行關於新聞及情報局及各別部的書、小冊子，附在書件中的折頁件及相類似的出版品（例如：政府工作之結算描述；如居住行情圖之服務性刊物；聯邦總理及聯邦部長之談話；法律及契約說明；報告及計劃），數量超過一百萬冊。

這些出版品大部分讓執政黨，德意志社會民主黨（SPD）及自由民主黨（FDP），及其隸屬機構去散發。在廿二種由新聞及單位從一九七六年一月一日至一九七六年七月廿六日所發行總數超過六百萬冊之印刷品中有 59.5% 發給執政黨 SPD 及 FDP，且僅 0.26% 是發給德意志基督民主聯盟（

CDU) 及在拜揚邦之基督社會聯盟 (CSU)。

## II、

1. 德意志基督民主聯盟請求於一九七六年七月廿三日在聯邦憲法法院接受，以基本法第九三條第一項第一句，聯邦憲法法院法第十三條第五款，第六三條以下為依據，對聯邦政府提起訴訟，聯邦憲法法院查明：

聯邦政府過度以金錢價值之給付在執政黨 SPD 及 FDP 上以及以系列宣傳廣告，附件、折頁等，係違反基本法第廿一條第一項及第廿條第二項。

聲請人在準備書狀建議且在一九七六年九月九日之言詞審理中扼要如下說明：

a) 聯邦政府以廣告、報紙附件、折頁等不受允許之個別宣傳的出版不斷且強烈地違反對所有國家機關及由聯邦憲法法院所確認具有拘束力的禁令，影響人民之意見及意志形成基本上的國家自由過程，並且因此違反基本法第廿條第二項，第廿一條。經由選舉以參與人民之意志形成，依照基本法第廿一條是政黨的事，而非政府的事。

此以約一千萬德國馬克之開支出版之廣告系列被充當客觀報導係比「選舉宣傳」少得多。其已確確不得再被作為機關之公關文宣品來被正當化。這由其內容及外觀可得知。部分其係缺少任何消息價值且包含純粹的選舉宣傳，部分地此類被提供的消息明顯係為了「社會民主與自由民主之政策」之宣傳而為。

聯邦政府尤其以廣告系列，且亦以其他出版品（例如一個附在書刊中的折頁件）成就獲得信賴——在七年社會自由主義政府之後的結算——目的在於一九七六年十月三日人民之選舉決定。這由此類出版品之時間、範圍、目的、內容、語調及外觀可得知。但這不是政府在競選中爲了他的職務留住去宣傳的事。

b) 進一步言之，聯邦政府藉此侵犯聲請人機會平等參與人民政治意志形成之權利（基本法第廿一條第一項），蓋其提供執政黨 SPD 及 FDP 大規模金錢價值之給付，即其從預算經費過度提供作爲宣傳資料使用且供給政黨單方及附加之選舉協助。對此取決於政黨所支配提供之出版品的內容不是十分重要的。此原因在於事物之本質，即政府之每一「公關文宣品」有宣傳的影響且改善政府主要政黨的選舉機會。但因爲政府出版品之特性係爲了轉讓給政府主要政黨投入在競選中免費之目的，係不受允許的。無論如何這些政黨對選民利益中占有優勢（如所謂之「總理紅利（Kanzlerbonus）」）。由於掌有政府機關及作爲執政黨代表人有自我表現之廣泛可能性使執政黨派競選中有進一步的優勢。就此，各反對黨須加以接受。憲法不要求，執政黨的此類自然優勢被平均。但國家不得對既有之不平等，經由政府職掌的消息資料的免費讓與使執政黨實際得以其得到資金來作公關文宣品來使之加劇惡化。可能是細節上此界限有時難以劃定。然而本案在政府「公關文宣品」與政黨宣傳之間有一個組織上經周密籌劃，實際上經設計，時間銜接之合作，於此由國家投入之金錢比競選費用還高；於此從數量上變爲法律上有關的性質。

SPD在其小冊子“政黨工作——組織”及“政黨工作——競選”，以及在政黨內部資訊，在通知及其他方式對其各地方分支機構指出在何處，以及何範圍內由聯邦新聞局及各相關部會可以無償的取得這些資料，以及此類資料在競選如何被使用。例如在“政黨工作——競選”手冊中，SPD地區黨部聯合會（Ortsvereine）被要求，採用及提供各部會的小冊子，以便通知選民“SPD政策係為國民利益而作”。

此出版品是大量的且大範圍的被供應給SPD之隸屬機構。此外SPD政黨中央委員中之展覽組獲得極大數量之此類出版品，其係爲了在博覽會及展覽會散佈。爲了三個資料展覽台於三個城市中僅小冊子就有總計十二萬份被供應。

在選舉區中政府出版品被SPD之聯邦衆議院候選人在地區性政黨組織例如以此印刷字樣“經由MDB遞交……其在選區之聯邦衆議院候選人……”被分發及寄送。SPD所屬聯邦部長以同樣方式使用聯邦政府之官方出版資料。

c) 聲請人堅持，聯邦政府提供資金爲其“公關文宣品”不僅從預算之531013條款“國內公關文宣品”（政府工作之自我描述）——在一九七六會計年度大約五千六百萬德國馬克——而且甚至大範圍動用——掩飾的——僅預定爲專業文件之預算款項。如此例如一個由聯邦財政部所提出的文宣品“債務是合情合理的嗎？如同信用政策帶給人民利益”是從個別計劃32（聯邦債務）經費03條款54101被支付。

聲請人估計在一九七六會計年度爲所謂之公關文宣品所支付大約一億德國馬克之金錢，此尙未包括個人、事務及旅行之費用。

2. 聯邦憲法法院有給依聯邦憲法法院法第六五條第二項上述的憲法機關陳述意見之機會。聯邦總統、聯邦衆議院及聯邦參議院未表示任何意見。

3. 作爲聲請相對人之聯邦政府建議，將德意志基督民主聯盟之聲請駁回。  
其認爲此聲請是許可的，但係無理由並闡明如次：

a) 其如上傳遞資訊（料）之工作，儘管被聲請人所指摘，既不違反從人民至國家機關基本上國家自由及公開意見及意志形成之憲法要求，亦不違反政黨之機會平等原則。

聲請人對於聯邦政府在人民意見及意志形成過程之傳遞資訊工作之憲法及憲法政策上的意義認識有錯誤，而且其所爲對被其指摘之措施的細節評價亦屬錯誤的結論。

由基本法賦予政黨在人民意志形成之特別功能，不可能得出政府對意志形成過程之一切影響措施均被禁止。其，甚至如同其他國家機關，必須得到一定的對人民溝通的行爲空間，而且獨立於其是否對人民意見或意志形成過程之完成有無影響。這屬於憲法上政府之必要職責，其單獨或在其他國家機關之共同參與的當前措施，就例如其動機，必要性以及結果，向人民說明，使人民對將來的必要性有所準備且對其自己過去行爲加以評定。此外，政府的職責在於使其行爲讓居民對全部關聯有所瞭解且加以闡明。固然政府之資訊工作設有法定界限。此界限是由政府文宣活動之依其憲法秩序相符的任務而導出。

此機關關係性決定內容、作風、方向且可能甚至文宣活動之範圍。一個公關文宣工作，在放棄對過去的、現在的或將來的政府政策的主題之下完全是操縱的或情緒的，而且旨在排除其他文宣於意見市場之外，僅從事自己之宣傳，將既不被認為是實際上任務之文宣，亦不能從民主原則且或法治與社會國家衡量予以正當化。然而此並不意味著，政府被在其文宣任務之執行時須放棄正當及有效達到通訊措施及方法。如此以觀，例如在對出版品評價時必須顧及到：人民之理解能力及同意程度是完全不相同的。按考慮收件人階層，聯邦政府不是必須是訴諸理智就是必須使用極精確具有提示語性質的方法。

聯邦政府亦不被強迫，放棄其文宣活動，當而且只要此文宣必然地，經由反射地對執政黨派們有利時。

最後，文宣活動甚至在時間上而言亦不受限制。就通知人民有關政府之政策、措施與計劃以及依其觀點未來將解決之問題，其既非在基本法內亦非在其他法規規定中存有有任何一個對選舉時間限制或完全停止文宣工作之要求。政府經由其公關文宣工作沒有在經營任何宣傳。所以文宣活動不可能被挪到憲法的危險領域附近，因為聯邦政府之意見發表及聯邦政府之評價是與文宣聯結在一塊的。侷限於單純的事實陳述是不可能的。去說明政府之權利與義務、目的及工作並且透過解釋來支持其政策，沒有評價及意見發表是不可想像的。

政府之公關工作藉由實際之文宣提供而突顯政府機關活動所涉及之內容。於此任何操縱的假像以及言論迄今為止均被避免，蓋其可能影響人民之情緒。

b) 政府亦無侵犯聲請人參與人民政治意志形成之機會平等權利。

聯邦政府反駁，否認其資訊活動有關之內容、目標及種類是與執政黨先有約定或取得一致協議。出版品之製造與推銷沒有理由加以指責。出版品由各主管單位在自己責任範圍內依實際之必要性及公關文宣品之必要加以草擬及分配。在出版品生產期間或直接在此之後，一般而言，其出版已受公開熟識。此係經由廣告提示或在報刊、無線電廣播或電視出現。此外實際上德國聯邦衆議院的所有黨團均曾被建議，爲其文宣工作要有效利用出版品。爲了所有在德國聯邦衆議院代表之政黨就此文宣機會——在現有版次範圍內——均可以以相同的方法得到。至於其是否使用政府之情報資料，必須讓人民、團體及政治社團加以自由判斷。

聯邦政府就政黨是否及如何使用政府出版品沒有影響力。正如同政府有權將執政黨派之目標與理念作爲自己所有，執政黨派們也可以將政府之行動與計劃作爲政黨所有事加以運作；這是合法的。甚至可以說此在文宣工作範圍內所出版之報紙廣告是完全獨立於一切政黨宣傳活動之外，而被計劃及出版。

c) 聲請相對人（按：即被告）對於文宣工作之支出額度提出如下說明：

去年聯邦政府爲文宣工作支出平均固然是升高。然而分析指出，在一九六九年至一九七六年預算被花費在文宣工作之提升，遠在全部聯邦預算支出之下。在一九六九年爲文宣工作資金爲三億二千三百萬德國馬克，其中尚須考慮，一九七六年至聯邦選舉時僅花費約三千三百萬德國馬克。

固然聯邦政府亦爲文宣目的應用其他預算款項。然而此文宣完全作超過特殊專業目的之用。在其中

不可對被看作任何一個政治意見及意志形成過程之影響措施。

B、

此聲請是許可的：

1. 聲請人爲政黨，在本件之機關爭議程序有當事人能力。聯邦憲法法院法第六三條詳細地列舉在依基本法第九三條第一項第一款及聯邦憲法法院法第十三條第五款機關爭議程序的有權提起機關。依聯邦憲法法院向來之判決，甚至政黨當其爲爭取由特別之憲法地位而得之權利時，係屬於此規定。其他參與者之意義。訴訟法上政黨概念之擴大在機關訴訟時可能且必須發生在政黨之上，因爲政黨是組成團體，缺乏它選舉之實施及最高國家職務之分配在現代群眾民主是不可能的（聯邦憲法法院裁判彙編第十三卷，第五一頁（第八一頁））。因此政黨尤其有權利，就其在選舉法範圍之憲法地位的損害提起機關訴訟（從聯邦憲法法院裁判彙編第四卷，第二七頁（第卅頁以下）之向來裁判；此外參聯邦憲法法院裁判彙編第十一卷，第二三九頁（第二四一頁以下）；第十四卷，第一二一頁（第一二九頁）；第廿卷，第十八頁（第廿二頁）；第廿四卷，第二六〇頁（第二六三頁）；第廿四卷，第三百頁（第三二九頁））。

2. 此聲請人是依照規定被代理：

以下是政黨中央委員會所從事經營管理之事：依聯邦憲法法院法第六四條未提起機關爭議訴訟程序（參閱聯邦憲法法院裁判彙編第二四卷，第三百頁（第三三一頁））。聲請人說明指出，聯邦中央委員

依其章程第三四條第一項（在一九七五年六月廿三／廿四日之版本）領導聯邦政黨，並且政黨主席依章程第三四條第六項執行聯邦中央委員會之決議，此訴訟程序之開始受聯邦憲法法院同意。聲請人依章程第三四條第三項依法由主席及秘書長代理。兩者已提出為訴訟全權代理，依聯邦憲法法院依第廿二條所必要足夠的授權書。

3. 此聲請與聯邦憲法法院法第六四條之必要條件相符。其針對聲請相對人之措施。這些在最近之聲請被說明且在言詞辯論時繼續被確定。此外依聲請人所指摘的措施，聲請人亦有指出係違反基本法之那些條文規定。

此聲請適時到達（聯邦憲法法院法第六四條第三項）。聲請人明確指出，此訴訟程序應僅涉及於最近六個月在提出聲請所感受之措施。

C、

此聲請有理由。此在本判決V以下所描述之聯邦政府措施是與基本法第廿條第一項及第二項第二句不相符。並且侵犯聲請人在一九七六年聯邦眾議院選舉時憲法上之機會平等權利（基本法第廿一條第一項，第卅八條第一項）。

I、

由基本法第廿條第一項及第二項第二句得出：

1. 在基本法為德意志聯邦共和國所撰述之自由民主，所有國家權限源於人民且由人民在選舉及投票與經特殊的立法、行政權限及司法之機關加以執行（基本法第廿條第一項及第二項）。憲法對民主國家

形式之基本決定在基本法第卅八條第一項進一步安排，即德國聯邦衆議院之議員在普通、直接、自由、平等及秘密選舉中被選出，代表全體人民，不受指示及委託之拘束，且僅服從其良知，並且在基本法第廿一條第一項第一句，政黨參與人民之政治意志形成。合憲秩序在各邦中必須符合民主國原則（基本法第二八條第一項）。最高政治性國家機關之個別承擔者需要，以其行爲向人民負責，經由選舉取得規律反獲時間隔之民主合法性。因此聯邦衆議院之議員須定期改選（基本法第卅九條第一項）在聯邦之國會政府制度聯邦總理被聯邦衆議院選舉（基本法第六三條）且聯邦總理職務隨著新的聯邦衆議院之開會而結束（基本法第六九條第二項）。

2. 選舉僅可能在基本法第廿條第二項意義下當其是自由的才賦予民主之合法性。此不僅要求，投票行爲自由免於強制並禁止施壓，如基本法第卅八條第一項所提供，而且更甚者，選民可以獲得並作出自由、公開之意見形成過程之決定（參閱聯邦憲法法院裁判彙編第廿卷，第五六頁（第九七頁））。基本法之自由民主的基本秩序保障人民意見及意志形成之自由與公開過程的憲法上前提要件，尤其經由衆多之自由與平等的基本權保障以及經由制度及訴訟程序法的預防措施，例如聯邦衆議院及參議院行爲之公開性（基本法第四二條第一項，第五二條第三項第三句）或立法之公示性（基本法第七六條，第七七條，第八二條第一項）。此政黨之特殊地位，基本法賦予其憲法上地位（基本法第廿一條）。基本法不僅保障其自由設立與參與人民之政治意志形成，而且經由規定來保障給予其相同權利及相同義務。

3. 人民之意志形成與國家機關之意志形成以各式各樣的及每天的相互影響而發生。國家機關之政策計劃及行爲不間斷的對人民之意志形成產生影響且本身是人民意見形成之對象；由人民而來之意見，極

經常預先塑造且尤其在政黨中經擬定，而且也例如經由社團及大眾廣播，在國家機關對意志形成產生影響。政府及其在國會之主要政治力量同樣如同反對黨在其行爲總是顧及選民之眼光。這全部是自由民主政治過程之部分，如同基本法所理解的。

然而基本法及其他法秩序劃定此相互影響可能性亦有其界限，更確切地說在兩個方面。於此不宜深入討論，國家與非國家在作用領域、職責範圍、主體、形式及程序加以一般性區分。基本權利確保阻止國家在人民自由領域介入。另一方面法秩序採取制度性、人事性、及程序性之措施來保護國家意志與決定形成的整合性。凡議員之自由委任，選舉秘密，不可兼職規定，法官人與事之獨立性，刑罰規定，應保障職務執行及選舉程序之純潔性，審計部之監督權限，懲戒法及許多其他者均屬之。

4. 最高度整合性需要民主合法性此一基本行爲，亦即人民選舉議員代表。在選舉行爲中必須——在基本法第廿條第二項規定之涵義——貫徹意志形成從人民至國家機關，非相反地從國家機關至人民。儘管從國家機關行爲作用目的在於選民之意見及意志形成且此行爲本身係以選民之決定對象，然禁止國家機關以職務上作用經由特別措施影響人民在選舉時之意志形成以取得統治權。根據憲法，作爲國家機關，政府在選舉將自己與政黨或候選人視爲相同且以國家資金投入去支持或反對，尤其經由宣傳去影響選民之決定是被禁止。

除此之外，其與聯邦眾議院與聯邦政府僅有一個時間上受限制的委託之憲法原則不相一致，蓋在職務上現有之聯邦政府作爲憲法機關在競選中似乎準備重選並且爲「作再獲選政府」作宣傳。但須注意：

此沒有排斥聯邦政府之成員在其職務作用之外爲某政黨參加競選。

5. 基本法作爲民主秩序規定了：基本的國家決定係採用多數決原則之標準（第四二條第二項，第六三條第二項至第四項，第六七條第一項，第五二條第三項，第五四條第六項）。在此期間其也劃出多數統治法治國及聯邦國界限，尤其關於基本權利，憲法修改之困難與限制（基本法第七九條），對抗公權力的法律途徑保障（基本法第十九條第四項），司法獨立性之保障（基本法第廿條第三項，第九七條）以及保障廣泛的憲法審判權之界限（基本法第九三條）。

甚至在基本法給多數統治之國家機關予以行動空間，也並未解除其憲法上基本義務，即一切國家權限被委以保護所有人之尊嚴與自由及相對所有人之社會正義，因此總是在達到全體人民之利益。只有在多數是由一個自由、公開、定期更新的意見與意志形成過程而產生，在其原則上所有成年選民可以同等去參與之權利，當在其決定時著眼於公益，尤其亦注意少數之權利及顧及其利益，尤其沒有奪取或縮短其未來可能成爲多數之機會，如此之多數之決才能被視爲全體之願望，並且依全體人民自由自決之思想才能對全體發揮責任效力。基本法之國家是決定與責任的關聯體——逐漸被括入到在國際的作用範圍內——，依其人民根據全體在自由自決之思想及在正義之要求下確定其秩序，尤其係成文法秩序確立作爲有拘束力的應然秩序。國家有主權，也就是權力，去規定行爲對全體是有拘束性，尤其有權去創設及指定統治機關，因爲其確保在和平與秩序之保證下全體自由自決一個制度空間。此論據之意義與國家主權之權威若在國家權力掩護下政黨干涉影響選舉人民代表之民主合法性的基本行爲，將是不合適的。蓋國

家權限可以用來幫助某特定多數永久統治之工具時，所有人民對服從法律之決心及義務以及在一個共識下對自由與和平必要之條件將會失去。

基本法所述之國家，係受全民委託，不是僅被當時執政多數及在其之後的政治力量所委託。此表示所有德國人有相同國民地位，就其言之不由於分裂德國而放棄其履行，尤其在相同之政治基本權利，在選舉權之普遍性及平等性，在進入國家的職務有相同的通道如同也有相同義務，例如法定納稅義務，受教育義務，或兵役義務。其允許於自由民主基本秩序範圍內就全部層次，例如依經濟給付能力，社會地位或性別（如在兵役義務），但無論如何不是依賴於政治觀點或屬性理由之區分。

尤其財政收入與負擔係用以支持國家，其原則上應是由全體人民所支付而不考慮其政治觀點或屬性。甚至此資金是委託國家為公共福利加以使用。國家以各式各樣方式來使用之，而且也採取補助不同種之人民團體及其不同種類利益之方式。由基本法第三條第三項之特權禁止產生何種界限，在此無須詳論。然而其不再被此內在聯繫所保護，即當在一個如此重要與國家整體發生關聯之過程如人民代表之選舉者，由人民繳稅之國家財政資金被用以偏袒某政黨或候選人致加諸其他黨派或候選人負擔。基本法接受選舉時選民與政治團體在法律之外的不平等。但其禁止國家經由政黨之偏見在競選中影響政黨間之競爭。國家必須滿足這一切而在競選中採取中立的態度。

6. 聯邦憲法法院認為向政黨捐助之金錢在稅法上可享受扣除，由國家資金給政黨與獨立候選人競選經費之補助以及在廣播與電視提供時間之給政黨宣傳是合憲的。可是在此等案中，國家資金不是資助特

定政黨、候選人、有選舉權者；其合憲性尤其是由基本法爲國家整體賦予政黨憲法上地位與意義而來（基本法第廿一條第一項）。

然而一個企圖影響選舉，由國家機關爲偏袒某一政黨而作之有利或加諸負擔於個別或全體參與競選之政黨或候選人的作法，是與基本法第廿條第二項不一致的。其違反國家在競選中中立性之要求且侵犯人民經由選舉與表決意志形成之完整性。

## II、

當國家——在此類情況下幾乎總是如此的——，採取有利或加諸負擔於特定政黨或候選人，亦侵犯對此利害關係人之選舉機會平等之憲法上的權利（基本法第廿一條第一項，第卅八條第一項）。

1. 除國民主權、權力分立與政府責任外，多數黨原則與對全部政黨機會平等亦屬基本法在自由民主基本秩序之概念下所包含之原則（參聯邦憲法法院裁判彙編第二卷，第一頁〔第十三頁〕；第五卷，第八五頁〔第一四〇頁〕）。在一個於法治國界限內決定多數意志的自由國家，少數團體必須有機會來變成多數。民主平等要求，每個統治多數與反對之少數於每次選舉時在選票競爭原則上有新的相同機會。在選舉競爭中平等機會之保障是由基本法所期待人民意見與意志之自由與公開過程的絕對必要因素。

2. 這個過程在現代國會民主係以政黨存在爲前提要件。政黨尤其旨在將主動的人民於自願在參與國家機關組織意志形成日的一事上組織成行動的統一體。基於此理由基本法第廿一條第一項第一句明確承認，政黨參與人民政治意志形成，且就此提升其爲一個憲法上制度之地位（聯邦憲法法院第一卷，第

二〇八頁（第二二五頁）及持續之判決）。政黨人民與國家機關間之媒介，經由政黨，人民之意志也可以在選舉過程被實現。只要其形成國會多數與支撐政府，則其是人民與國家政治領導機關之間建立及保持最重要之連繫。就少數民族之政黨其形成政治上之反對黨而使黨政機關能有效用。政黨收集及引導針對政治權力及其表現在選舉與國家機關中之意見、利益與努力上，使其調和而形成人民可能選擇之情形。國會選舉是對政黨政綱所作政治上評價並且深深決定了政黨在國家機關就意志形成及決定之影響。

3. 爲使選舉決定在完全自由下能夠被作出，以下這事是絕對必要的：政黨，一般地說要有可能，以平等機會參與競選。因此原則上選舉須免於任何外來影響，就是說全部政黨必須完全平等是與基本法第廿一條第一項第二句所保障之設立自由相聯結。從此理解可得到政黨平等競爭機會之憲法原則有其特徵。平等原則之形成在人民政治意志形成範圍內造成，此憲法原則亦必須被政黨之機會平等形式上理解爲相同意義（聯邦憲法院第廿四卷，第三百頁（第三四〇頁以下））。公權力若無特別強制理由予以正當化，而使政黨在選舉時之機會平等可能被改變的不同處遇，將失其憲法效力（聯邦憲法院裁判彙編第卅四卷，第一六〇頁（第一六三頁）；持續的判決）。

政黨機會平等權首先是自選舉過程中發展出來。其適用被延伸至選舉準備。其對選舉準備在群眾民主所產生的選舉宣傳亦有適用，只要其經由公權力措施對選舉結果加以影響時（參聯邦憲法院裁判彙編第十四卷，第一二二頁（第一三二頁以下））。政黨平等之權利於國家機關本身偏袒有利或加諸

負擔於某政黨或候選人以致干預選舉時將受到侵犯。

### III、

國家機關在議會選舉時所作對政黨有影響之做法固有多種已是明白不合法的，這亦包括以公關文宣品之方式。

政府及立法團體之文宣工作在界限內不僅憲法上允許的，而且也是必要的。基本法之民主需要——儘管在個別問題實際上有差異——人民與由基本法設立之國家機關間的共識。此共識被人民之如下意識所接納：此由基本法所構成之國家不同於集權國家，它開啓保障了個人一個廣大的自由空間，而且不論在私人的或在公共的生活範圍。國家文宣工作之任務就是使此共識不斷活生生的加以保留。

政府與立法團體——就其機關活動而言——對人民說明及解釋其政策，其措施與計劃以及未來要解決之問題，是屬於公開工作之允許範圍（聯邦憲法法院裁判彙編第廿卷，第五六頁（第一百頁））。人民之負責任的參與人民政治意志形成係以個人充分知悉要決定之事實問題、就之國家機關採取的決定、措施及解決提議為前提，必也知，才可以去判斷、同意或拒絕。就此國家公關文宣工作也容有重要的貢獻。若愈多個人基此方式來作自己的判斷且在內心中生有並持有一種為法律共同體的一員對一切有拘束力法秩序之塑造、形成與具體化加以影響作用並且參與基本的政治決定的心情，則下列一事對人民而言變得更容易：對此由基本法所構成之國家加以接受。

每個有責任的政策可能被須授行不受歡迎的措施。尤其在國家經濟或社會政策措施範圍內可能須對

人民或個別團體加諸負擔，而其必要性却未被主動人民直接理解的，是故這亦是國家公開工作之任務：此關聯加以闡明，對必要措施之諒解加以喚醒或為趨向公正行為而宣傳。

最後，公正、客觀的文宣內容，於其與人民直接有關之權利的範圍內，可以是在社會法治國家中人民一個正當的請求。許多法律今天由於高度技術性，在缺乏專家的指導下，人民幾乎尚無足夠的理解。人民可經由文宣中以一般可理解之方式陳述法律及其變更之內容之方法來解釋及維護關於其本身權利與義務；由此其經由法秩序創設之機會在個人領域以適當方式加以使用。同時藉此對維護其權利之一切可能性將增強。在這件事上國家機關之公開文宣工作在標的之主題之範圍內，找到其正當化理由。

#### IV、

我們若記住政府及立法團體公開文宣工作之許可目的，而且將公開文宣工作在基本法之國民主權，權力分立，政府責任與對人民自由及公開意見與意志形成過程絕對必要之政黨機會平等的原則下，來劃定其憲法上界限，則可得出聯邦政府在競選上就可能會造成政黨偏袒影響之公開文宣工作的允許界限如下：

公開工作僅在其遵守由基本法分配給聯邦政府職責及管轄範圍內才受許可：

a) 其結果是，在此關聯中，聯邦國家下聯邦及各邦間之權限制劃分亦受維護。同樣地如同各邦之憲法機關其公開工作限制在各自邦之任務與權限範圍上，聯邦政府必須節制——尚未受允許的——在邦領域內之任何侵犯。此相互限制總須加以注意。其在時間上接近國會選舉有特別的意義，既不允許聯邦之

憲法機關爲了選舉在各邦亦不允許各邦之憲法機關爲了選舉進聯邦衆議院而在競選中做出有政黨偏袒之影響措施。

b) 聯邦政府之公開工作依其作用相對於全體人民與國會係已經侷限於其專責範圍內（參聯邦憲法院第九卷，第二六八頁（第二八一頁）），其總是必須克制，免於成爲互相競爭之個別政黨或其他參與政治意見團體作公開或隱蔽的宣傳。此不排除，政府之公開工作發表之見解可能或多或少疵護政府主要政黨之計劃或立場並且變成經常疵護。在一個憲法秩序中，其明確肯認政黨作爲在個人與國家機關間之中間媒介，在人民與政策執行間取得與維持聯繫，這是容易瞭解的。但此關係國家整體之公開文宣工作亦已必須避免作有利某政策宣傳影響之印象，以及避免作出任意的，非正當的貶低及攻擊其他政黨之言論。公開文宣工作是經由國家資金投入，從而不得使多數黨獲得幫助或與反對黨鬥爭。此係與自由的與公開的人民意見與意志形成過程及政黨之平等權利的原則不相一致。

2. 所有這上面所說的一切特別對——不論行爲者主觀上要或不要——，適於幫助選舉宣傳或去影響競選的措施，有其適用。原則上意味著政府之公開文宣工作在選舉宣傳開始可找到其界限。在競選中從許可之公開文宣工作以至逾越之而成爲違憲的、政黨偏袒的影響的徵兆有很多，其中可能是在廣告與印刷品之內容、外在形式與宣傳方式。

a) 聯邦政府——無論是公開或隱蔽的——爲一個由特定政黨所構之政府，若聯邦政府爲其政黨作宣傳或對反對黨與其候選人作出否定論調或完全貶抑之公開文宣，則此文宣在內容上之政黨偏袒特性可

以是易辨識的。

此外，聯邦政府明確表示其企圖「繼續執行」，此可能是在競選中為政黨偏袒影響之證明。其在選舉前散布由其在職務期間帶來積極成就之結算，與其單獨為有保障的未來提供擔保相關聯，可以證明此事。

b) 此外可以由廣告小冊子，折頁及其他印刷品之外在形式與外表得知，得知意欲在競選中供作使用。印刷品或廣告有啓發之內容很明顯遠落在像做廣告似的外表之後，則可能是逾越不受允許選舉宣傳之界限的表徵。當在選舉前印刷品或廣告增多，此在公正觀察對聯邦政府成員之知名度與好感的提升比作為人民滿意事情之公正報導為多時，是與此相符的，當政府職務出版在選前供給聯邦政府成員之圖片且其個人才能特別被強調時，則將尤其被認為是此情形。

3. 在競選將屆公關文宣工作之增多將被考慮係逾越不允許選舉宣傳之界限的標誌，此可表現在個別措施之就其數目及強度而言係缺乏迫切理由，而且在為此等措施國家資金之加強投入一事上亦可表不出來。

a) 基本法在允許公開工作與不允許競選宣傳間所劃界限，在選前亦可能逾越政府職務的出版局限於人民之客觀報導，也就是說既非經由其內容亦非經由其外表來判斷作為有利本身權限維持或為某政黨之宣傳措施。此類報導在政治範圍內沒有自由；其可能僅在關聯範圍內被客觀尊重。政府在其公關文宣工作之範圍內告訴人民有關於其成就與結果，此定期的影響如此闡明亦係有利於政府之主要政黨。此在憲法上雖然毫無疑慮的，只要此有關之出版不是直接時間上涉及即將來臨的選舉，也就是大概可能僅在受

限制之範圍內宣傳選舉結果上產生效果。反之政府可能違反其義務，去影響人民之選舉判斷不利於某政黨或在其本身權限維持之利益，即當其接近選舉依其內容及其外表未加指摘的出版，尤其在所謂工作，成就或結果報告之形成以可觀的支出且大量出版或針對其散布沒有採取足夠的預防措施，阻止為選舉宣傳目的之用途。

到底什麼時候此等界限被逾越，亦即到底在什麼情形下此類在選民政治意見形成上有可能影響的文宣品在憲法上不再是有根據的，就此問題，不容許有效的判決；此毋寧尤其取決於此類措施之數量及範圍，選舉時點之接近及競選之緊張性。出版愈接近競選「火熱階段」之開始，愈少可能排除其對選舉結果之影響。所以於此時，政府之職責與權限中之對退步、停滯不前之政治事實、對政治過程、所得成就客觀的報告於人民之要求被擠壓到如下要求之後：讓人民在選舉前免於國家之影響。由聯邦政府之放棄在選舉上之任何政黨偏袒行為之義務，最後，可得出最高的節制之要求以及每個用預算資金從事以所謂工作、成就或結果報告形式之公關文宣工作之禁止。因為在此「競選之火熱階段」此類出版一般而言是有選戰辯論中為某政黨而宣傳之工作性質，就此政府之任何干涉是不合於憲法的。反之，此限限制不及於在選前基於事實理由而提之報告性的、競爭中立性的出版。

一個精確的期日（從該日起嚴格的去注意最高節制之命令並且對工作、成就與結果報告來說沒有許多空間），尚無法明確的規定出來。儘管如此，時點例如聯邦總統選定之選舉日，可被認為係衡量標準（聯邦選舉法第十六條）。

b) 在如此一個接近選前時刻今後不再允許聯邦政府——同樣如其餘被撰述之聯邦與各邦的國家機關——，如本案選舉間至今大幅直接經由廣告或印刷品與附在書刊中的折頁件之發送，郵政投寄或相類似措施干預競選。此亦不允許間接的將適當印刷品供競選用途使用之方式出現。

聯邦政府之政見與其所構成的單一政黨或多數政黨之政治目的政見固然不是在全部細節上，但仍大全部相同，這在基本法多數黨國家中是容易理解的。由此得知在聯邦政府之公開工作與被其支持政黨或政黨聯盟所提議或推行政策之間經常是廣泛的相符。此由聯邦政府在其公開工作範圍內所發行之出版品，附在書刊中的折頁件與相類似具有宣傳性質者，雖然一般係當作爲執政政黨——而非爲反對黨的補充競選材料。執政黨派可以將極大數目之印刷品用於其選舉宣傳——例如經由分發在其資訊展覽台或經由寄送作爲選舉廣告標語——而在廣範圍使用之。也就是說：除本身所提出宣傳資料外執政黨派尙有其他來自國家資金供給爲選舉目的使用的印刷品，與此相反，反對政黨實際上無機會，因爲此等印刷品之內容在其選舉宣傳不利。在此，在國家補助競選費用之範圍內所提供與保證之機會平等，在經由國家資金之補充投入出現有利於多數黨且加負擔於少數黨之情形下，明顯的被干擾。

因此，聯邦政府必須對此採取預防措施，使其在公開文宣工作目的下所提供之印刷品不被政黨本身或被其他在選舉時支持執政黨之組織團體使用作選舉宣傳。對政黨其候選人與其援助人，我們也可期待，這些人必須顧及聯邦政府之義務且爲了確保保障基本法之機會平等這些人不要將此類資料在競選中分發或以其他方式爲選舉宣傳之目的而使用。

c)此憲法上要求若不受遵守且因此使其在嚴重違反時不排除議席分配受到影響，則此等違反在選舉審查程序時不再可能是保持無結論並且危及選舉之有效性。

此就選前政府職務上公關文宣工作之界限適用於一切在預算資金投入所提供之廣告、小冊子、附在書刊中折頁與其他之印刷品。然而此並非指聯邦政府成員不得以職務上作用在廣播與電視上為公開性花費或發表新聞聲明，亦非禁止其職務外為某政黨競選。

4. 政府之公開工作業已經常或多或少受到每個反對黨之合理的攻擊。此批評尤其適用在選前之干涉措施且一般指責聯邦政府經由行動之提高，適當的主題之選擇與預算資金之加強投入有利於執政黨干涉競戰。此類攻擊是否且至何種程度是合理的且應得到那種重要性，此僅能就公開工作之方式、範圍與目標以及考慮有關費用之高度來判斷。聯邦政府就不合理之攻擊經由多種方式反擊，例如從一開始即反擊以其是定期的——例如每月的——提出其在聯邦領域政府職務上公關文宣工作之相關概況且開放供公眾使用。

5. 談到這裏在粗略範圍內已顯示經由憲法上對政府在選戰中偏袒行為之禁止所致之政府公關文宣行為之限制。在此聯邦憲法法院認為：此被指出之界限的繼續具體化。只要其在個案上被證明為必要，將可由參與公關文宣工作與選戰者自行判斷。

V、

聯邦政府經由被指摘措施之部分違反基本法第廿條第二項，而且侵犯聲請人在一九七六年聯邦眾議

院選舉時其憲法上機會平等權利。

區分合法的公關文宣工作與違憲的，在聯邦衆議院選舉上政黨偏袒之影響行爲二者，在個案中可能是困難的。因此違憲之確認係以明顯逾越界限之行爲而且行爲須相當頻繁與大量爲前提要件。本案即是如此。

1. 聯邦政府經由於選前投入達一千萬德國馬克之國家資金使出版一系列大幅面的廣告系列在報紙與期刊上，違反中立性要求且對聯邦衆議院選舉產生政黨偏袒之影響。

a) 從一九七六年五月十八日至一九七六年六月底很多大篇幅的廣告在十個大報上發表指出被聯邦政府在經濟、交通與農業如同教育領域所達到的成就。在一九七六年七月發現其在廣告在廣播與電視雜誌補充強調聯邦政府在年金保險範圍之積極成就。對全部這些廣告，撤開即將來臨的聯邦衆議院選舉，從被提供之事物，沒有迫切的理由。

在此類廣告中此“成就”之列舉追溯許多年，部分至一九六九年，第一次由SPD與FDP聯盟組成政府。其例如在一九七六年六月十五日法蘭克福的一般報紙寫著：

“您自己看，在一九六九與今天之間什麼可以被實現。”

與在一九七六年六月廿二日波昂的一般報紙：

“從一九六九至一九七六有二千二百公里高速公路被新建。”

這提示經常連接於，此實現必須被保障繼續擴展，如同所舉例子：

“此政策必須一貫的被繼續延伸”(一九七六年六月十一日宇宙)。

“因此我們合作與均衡之政策必須目標明確的被繼續。就此我們的國家甚至帶來明天一個安全的且國際上有經驗的表現”(一九七六年五月廿八日法蘭克福的評論)。

“我們模範的社會網必須為將來被保障與繼續擴展”(一九七六年六月廿五日法蘭克福的新評論)。

此類廣告之共同目的與目標變得明確的，其每次相同的結語：

“此期中報告指出：我們朝向正確道路。

成就獲得信賴。

我們保障德國未來。”

因此聯邦政府適合在未來作為有繼續成就值得信賴之保證人。所以其宣傳——此從“期中報告”這個字可清楚看出——，間接的想要選民經由投票為政府主要的政黨能夠“繼續執政”。

a) 每次大多四面全頁的廣告指引相同方向，此廣告從一九七六年五月廿四日至七月廿六日以鏡的十個緊接版面發表。

此種為宣傳聯邦政府獲取好感之意圖係明顯的，其在鏡一九七六年七月五日第廿八號之廣告開頭說：

“我們於此一系列來敘述，聯邦政府所完成，特別在最近四年之工作。我們已將我們的事做的真正好嗎？”

且緊接的僅僅對經濟、外交與社會政策之正面的外國評論加以引用。在相同路線上，以大的印刷標題如：

“這個政府，總的說來，帶給您們較多之自由”。（明鏡周刊一九七六年六月廿八日第廿七號）  
“這個政府在上世界上獲得如下成績（鏡一九七六年七月五日第廿八號）。  
把在四年之間特別的成就與結果排列在一起且以標語類的列舉事實加以證明。

對此有啓發性之內容部分地處在與廣告篇幅關係之外。例如幾乎占用二頁廣告之“備忘日曆”（鏡一九七六年五月廿四日第廿二號），聯邦總理與外國夥伴六十次會晤資料喚起記憶，尤其確定係為強調其個人成就宣傳。此外一九七六年六月廿一日（鏡第廿六號）之廣告被認為與此相符，其大字標題：

“這個政府在我們生活中改善至少一百件事情。”

甚至在此廣告系列中總是一再將很久以前生效之法律規定包括在成果報告中。例如從一九七一年以來擴展的意外保險保護以如下標語暗示：

“校童受到保護”。

或者在一九七三年所採用彈性的退休年齡以此標題：

“老年有較好的供養”。

就如下事情之一個實際上使人信服之理由即便在此案不是明顯的：正是在選前把過去之成果與已經

很久以前生效之法律歸於政府之積極成就且特別以大標題加以強調。

一般地說在此廣告中有影射對反對黨之批評立場，出現貶值之影射口吻。反對黨被處理當作爲危險的「黑畫店（Schwarzmalerei）」，爲試圖「去破壞對政府之信賴」及係「悲歌」（明鏡周刊一九七六年七月廿六日第卅一號）或（如同在明鏡周刊一九七六年五月卅一日第廿三號）以下述標題「這個政府甚至針對此等悲觀主義已完成經濟發展」經由事實表明駁斥。就此如下片段爲例：

「在一九七五年八月

贊成此經濟成長：

政府決定（主要對建築業）第四個經濟發展計劃且對此投入大約三百五十億德國馬克，以促進產業景氣。

反對此經濟發展：

僅是一個冬眠計劃。一種哈姆—史密斯特—冬令救濟機構。

此經濟發展本身：

訂單經由投資補助與再增加外國訂單而穩定。工業產品增加三個百分比與控制七月失業率下降至五·二個百分比之最低點而超過其向來之成果。〃

由此對比在廣告之末尾得出結論：

「現在，在五月，亦即依第一次之清楚的徵兆之後的九個月來，甚至悲觀主義也必須承認，此發展

事實上是成長與進展。雖然人們現在聽到一些挫敗，悲觀主義從昨日起希望樂意承擔明日之發展：

決定性的是，在那一個人手中獲得提供發展之機會。

而最好是在促使發展的。”

於此很明確的顯露出聯邦政府之意圖，「想要繼續執政」，且藉此聯繫的號召選民，經由其投票加以幫助。

c) 同樣經由從一九七六年五月廿六日至七月廿九日在「多彩」(Die Bunten) 期刊出版之廣告系列明顯的逾越在競選中對政黨偏袒影響之允許公開工作的界限。

「關於德國之五十個事實。」

這個早已由廣告之內容，形式及外表得出。

此廣告系列由每次五個全頁廣告所組成在以後相隨而來十期之雜誌中。其從一九七六年五月廿六日至七月廿九日出版。每一個廣告大部分僅包含一句以大字印刷構成的內容且以——小字印刷——做簡短理由如：

「這還不是很久以前的事，人們得到越多錢給小孩，人們賺得愈多。從一九七五年一月一日以來所  
有人得到相同之兒童金。且雖然早已給第一個小孩。」

或者：

「今天我們的洗滌仍是如同以前一樣白，但我們的水不再如此骯髒的。」

一九七五年九月一日之洗滌劑法許可洗滌及淨化劑方面僅再加可以生物上再度分解之輔助劑。我們的河流與海洋現在仍保持清潔的。”

在這些廣告中特別引人注意的是此貧乏之內容與其太小重要性顯著的不相稱。此內容明確的退却在像作廣告似的外表之後。總計不僅由內容而且由外表完全是意圖產生喚起對聯邦政府及由其推行政策的好感。

d) 所有這些廣告有共同點：僅限於列舉由聯邦政府所帶來的積極成就且企圖為聯邦政府獲得好感而宣傳。在上述文宣中顯而易見的聯邦政府之繼續執政的企圖總是不斷被突顯出來，此伴隨著有或多或少明白的對選民在聯邦眾議院選舉時給予其繼續執政機會之請求。雜誌之選擇係針對盡可能地使全部人民團體收到。另外，此廣告均屬於聯邦眾議院選舉前之爭議時刻且由於其頻率與強烈性可能產生對聲請人不利之影響，如此是明顯的，聯邦政府經由此類措施違反中立性之要求與選前最大之克制且侵犯聲請人機會平等之權利。

2. 此外聯邦政府更在競選中產生政黨偏袒性之影響：其在聯邦眾議院選舉前最後一個月以高版次發行有效宣傳之印刷品，以很少部分本身散布而大部分讓政黨來分發。為此目的是——除了個人與行政費用之投入外——國家資金以高達百萬元被用於印刷及寄送。

a) 雖然——不同于此廣告系列——在此憲法上加以指摘之出版的內容與外表範圍內僅是佔由聯邦政府與職權範圍出版之印刷品比較小之部分。但儘管如此其已發揮一個宣傳作用。

aa) 屬此處之例子：例如外交部之附在書刊中的折頁件“共同爲世界性的夥伴”，一九七六年八月底或九月初以七百五十萬份作爲副刊在地區性報紙中散布。

在其說明部分德國外交政策之重點以此標語“歐洲、北大西洋公約組織、東進政策、第三世界”簡短的被提到，排列其積極成果與特別強調聯邦政府之功績。例如如此被說明：“德意志聯邦共和國”，“從一九六九年建立社會自由的聯合政府以來有積極的而且以許多劃時代的措施對西方和解政策有所貢獻或者”目前情況與一九六九年以前情況之對比“請想想，什麼是已被達成”。

圖片部分，約占有附在書刊中折頁件的一半，大部分在說明外交部長之會晤與協商，他十四次被刊登。有一張與美國總統合照之標題說明，兩人“一致強調”：“德國美國之關係從沒有如今天的好”。總括明顯的這些文宣旨在爲使外交部長獲得人民好感宣傳。一個正好在聯邦衆議院選舉以前不久之時刻，去散布此種圖片報導的特別理由，並不能在書刊折頁件中窺出。此進行影響選民意見形成之企圖，是顯而易見的。

類似的發生在由新聞與情報局出版之附在書刊中折頁件。

“成就獲得信賴。”

在七年社會自由政府後之結算。”

此附在書刊中折頁件把從一九六九年以來聯邦政府與其所主要的政黨之成就與結果從一切範圍串連起來且其分成以下標題如：

“我們生活在和平、富裕及穩定中。”

或者：

“我們的國家變成現代化與人性化。”

“最重要的改革成就。”

此附在書刊中折頁件結語——如同在報紙之廣告——經由大字印刷強調此論點：

“成就獲得信賴。”

“我們保障德國未來。”

此干涉競選宣傳有利於執政黨企圖，於此清楚的露出。如同其一開始說，“從七年來”承擔“一個在波昂政治責任之社會自由聯盟之聯邦政府”且“社會民主與自由民主政策”有——除勞工、工會與企業家之成就外——讓德意志聯邦共和國始終為一塊土地做許多，令許多觀察者當作模範。”另外強調，“從一九六九年以來社會與自由民主經由果斷的改革政策使我們的國家是更現代的，其生活條件是更社會的與合理的。”

此附在書刊中附件之目的與目標方向是明確的。

bb) 例如此由新聞與情報局出版之“工作報告七十六”與由聯邦部長為工作與社會秩序在一九七六年四月出版之小冊子“我們的社會安全”以此小標題“結算一九七六——此堅固的基礎為一個安全的未來”係屬於所謂的工作、成就與結果報告，就本身而言是允許的，而其緊密的散布在接近選前是旨在

作爲影響選民之選舉判斷有利於政府與其支持的政黨之用。

此「工作報告七十六」包含以一六七印刷頁對關於全部重要生活領域中進展之概觀。其如同開頭所說，此報告企圖報導「關於聯邦政府從一九六九年以來在廣大職務範圍之工作」。

「聯邦政府在世界經濟困難之壓力下亦成功作成，編結堅固與緊密之社會安全網，擴大人民之參與決定權與參加機會……，經由堅定的外交政策推動艱辛的和解過程與鞏固及改善德國之國際地位。」在本報告中應被敘述到「在過去幾年中所完成及實現的是什麼。」此報告「應該給人民就聯邦政府在最近幾個立法會期年度中之工作以評論性的與有專門知識的來判斷之機會。」

此四一頁小冊「我們的社會安全」，在第一頁發現一張圖片與部長之前言，提供一個關於在過去七年中「社會進步政策」之概觀且強調以彈性退休年齡之引導的年金改革作爲「里程碑」，新的企業組織及尤其對戰爭受害人照料之新規定。其以一個五頁「一九六九—一九七六成就結算」作爲結束，在其中還一度把一切朝向「更社會正義與安全」之路作爲正面評價之步調被概括的鳥瞰串連起來。

cc) 對宣傳中立之印刷品，其在選前之出版與散布亦不會遇到憲法上顧慮，例如「聯邦教育推展法」與「刑罰執行法」之小冊子。其基本上竭力在法律條文之敘述。對其出版有一個迫切之理由。聯邦教育推展法是在一九七六年四月九日被新採納。刑罰執行法已經由聯邦衆議院通過應該短期內生效。

此外在此關聯中去列舉例如有些在聯邦部之任務內爲少年，家庭與健康由聯邦中央爲健康的宣傳教育出版之刊物，如「諮詢指南」，係在德國諮詢處之目錄，或「預防勝於治療」小冊，係提供「給父母對

藥品濫用主題之教育忠告，或附在書刊中附件，反對藥物濫用之行動。其全部侷限於向人民說明有關之危險，指出解決辦法及促成獲得幫助。任何一個宣傳作用之重要影響不能由其得出。

d) 聯邦政府經由印刷品——依其內容及外表將或多或少發揮大的宣傳作用——在選舉爭論中已產生政黨偏袒之影響一事，可由這些文宣品在競選中被使用之情形獲得證明。此類印刷品不僅是如同外交部之附在書刊中折頁件是在其他國家資金繼續投入下散布，而且是大部分讓執政黨派在競選中作為宣傳資料使用。例如被廿二次不同的，由新聞及情報局在一九七六年一月一日至七月廿六日發行之 6186082 印刷品中發送 3685072 份（= 59.5%）給聯合政黨或其分枝部門。而給 CDU / CSU 僅 16300 份（= 0.26%）。於此執政黨從全部版次所端視其是否適合用供選戰用而定。例如從一九七六年六月九日至七月卅一日之附在書刊中折頁件的全版次，成就獲得信賴，以 484900 高約 73%，從一九七六年一月初至七月底，工作報告七十六之全部版次以高達 485760 接近 74% 轉讓給執政黨。

這些印刷品——如同言詞審理時所得——亦被執政黨用來作為宣傳工具。其被——經常備有政黨或其政黨候選人之印刷字樣或貼上說明——分配給政黨機構，陳列在政黨展覽台使免費的拿走——部分地連同政黨自己的宣傳品——寄送或投入信箱。競爭中立的消息文件也以此方式被寄送，如諮詢小冊或法律條文之描述。此考慮明顯的就此是具有決定性的，即選民經由此類印刷證明之遞送獲得——一個實際上的服務——且其藉此影響被介紹，SPD 政策使人民獲得利益（如 SPD 之手冊，政黨工作——競選）。

印刷品部分在競選中經由SPD有計劃的實現。政黨內部之資訊工作不斷指出，政府出版品可以在那裏得到，那一類印刷品特別適合選舉宣傳之目的。且其如何在競選中被使用。此種交由政黨使用之方式可從聯邦政府自請求之時刻與數目，部分地亦由其明確被告知之目的及所得到大數量之冊子等事情上明顯看出來。

c) 甚至當從印刷品之內容與外表以觀憲法上可被指責的部分是相當小的，我們在另一方面也不能不考慮：其正好以大數量在選前加以散布且被執政黨使用作選舉宣傳。聯邦政府可能預知與知悉，特別有宣傳作用之印刷品以大範圍被執政黨獲得與散布。其沒有着手去阻止，對此依照憲法其却是有義務的。

## VI、

合法公關文宣工作與違憲的影響競選間之界限至今是有爭論的。其過程在此判決中首度被較詳細的明確表示。此界限不僅在一九七六年聯邦選舉時，而且早先曾由聯邦及各邦政府日漸逾越。憲法上就此評價却一點也沒有發生變化。

## VII、

聲請人有助於經由可觀的財政支出聯結仔細的準備與訴訟程序之實施去闡明二個原則上的憲法問題，其影響由於具體的理由而伸展的很遠。其（因是政黨而不是政府）不可能如同聲請相對人——及如同一般在一切機關爭議案件之參與人——對法律爭訟之必要費用由國家之預算資金來支出。基於此等理由

，本庭例外地裁定訴訟費用（聯邦憲法法院法第卅四條第三項）。

簽名：Zeidler 博士、Geiger 博士、Rinck 博士、Wand、Hirsch、Rottmann 博士、

Niebler 博士、Steinberger 博士。

法官 Geiger 博士對一九七七年三月二日——2 BvE1/76——第二庭判決之理由與費用裁判的

不同意見：

A、

首先我對列於原判決彙編中第一三八頁以下之判決理由之論證構思與筆法，不同意多數之見解。

I、

在此訴訟程序爭執不是涉及聯邦政府公關文宣工作之合憲性，而是涉及爲了一九七六年聯邦衆議院選舉聯邦政府之選舉宣傳的合憲性。

因此沒有理由去對聯邦政府公關文宣工作之合憲性加以說理且去確定公關文宣工作之界限，特別這兩者均未能去定義什麼是聯邦政府真正的“公關文宣工作”。我侷限我的評論在：我認爲聯邦政府——且不僅目前之聯邦政府——與某些邦政府之公關文宣工作之實務與稅收節約運用原則是明顯不一致的。

在目前之法律爭議是聯邦政府之公關文宣工作僅應在可能是選舉宣傳、措施之範圍內認爲有意義的事實情況。

II、

憲法上評價首先要說明的是些一般的衡量，其適合去掌握爭議情況與方法之界限：

1. 競選開始於選舉之後的第一天，而且是爲了——定期的——四年後預定之下次選舉，此話在如下範圍內有意義：就選民之決定，全部在立法會期中所有議員、政黨、黨團、其重要人員、部長與政府之行爲在下次選舉時均有其意義。選戰與所繫屬法律爭議具有某些不同意義：選戰在幾星期內舉行，候選人與政黨於此期間內彼此作爲競爭者，用全部方法，以公開工作謀求選票及議席，而且所用方法是其對己之政治計劃奮鬥且企圖擊倒對手之計劃。此，競選時間，在聯邦選舉法被足夠的規定，在此不僅在第十七條至第十九條設立期限，而且依聯邦總統命令開始，選舉之準備（聯邦選舉法第四章之標題），決定，主要選舉日（選舉日）。此競選時間之決定就去得到一個訴訟標的能被運作之時間界限而言是十分重要的。

2. 在本案中僅聯邦政府，聯邦總理與聯邦部長包括聯邦新聞局在內於競選期間之選舉宣傳的行爲有關。其在競選中作爲憲法機關對選舉結果之影響是重要的；而部作爲行政機關或一個下級機關，其在行政協助上使人民獲得利益，例如藉由說明書及印刷的指南在表格之填寫，在其納稅申報書之製作，在符合事物申請連同資料之提出等，則不在考慮之列。另一方面聯邦政府，聯邦總理與部長作爲憲法機關不僅當其出版品外觀上明顯時，而且當其致使其所屬單位之一出版與散布每一出版品時，均係影響競選。

3. 在競選中政黨與候選人爲了一個議會席位使用不同之資金與辦法（競選大會，接近人民之討論會，家庭訪問，在議會演說，記者招待會，在電視上登台演出，在新聞中廣告，在廣播與電視中之簡明廣

告，標語牌，傳單，報導資料，對手之情緒與批評，節目，承諾，特別也是宣傳專業人士之巧妙詭計，等等）。在本件法律爭議中涉及如下之競選資料：其製造有使用國家標誌、部長之圖片：部之序言以及應用職務之形象且由國家預算之資金來支付。

4. 選戰中某行動之（存在的或缺乏的）宣傳有效性在本案中不得被提出作為界限標誌。任何事在競選期間有其作用，否則在競選中競爭的政黨，團體與人不曾投入，尤其不是僅取決於廣告或作品之內容——其可能是「客觀的」或「無意義的」——，也不是僅決定性的取決於「外表」——其可能某個消極的提出論據與其他積極留下深刻印象——；其可能單純的取決於「大量的文件」，大量的給予人民——那也就是，當其一方面迫使花費在宣傳上，另一方面必須簡單的摹擬，因此不會引起使他人處於劣勢的印象。

5. 我們不得以如下指稱而說某一特定競選宣傳方式無意義：即主動人民之選舉行為依經驗調查僅在小範圍受政黨及候選人在競選中所用手段影響。有可能：對大多數人民——對所謂之固定鐵票選民——競選行為幾乎是無關緊要；也有可能：在選民改變投票行為情況下競選努力成為空虛，因為需要較長的時間，來產生影響；也可能是，其他情況——例如一個及時有計劃引起轟動的政治手段及政府之成就——比在競選中之煽動更能產生效用正好與此考慮與情況相關聯，即比較小的票數移動從某個至另一個政黨可能改變在國會之多數。當我們考慮到相當小之票數推移（由一黨到另一黨）可導致國會多數決之變更，而且正當我們如此考慮時，則參選政黨中沒有一個之行爲不是自始有份量、重要而且不得忽視。

6. 在另一方面在一個一如本件的爭議，可能不會涉及：即在一個由預算資金支付之具體行動，與另一個同樣由預算資金支付之具體行動間去劃定在憲法上允許的與憲法未受允許措施間之界限。憲法法院僅在下列情形下才能夠劃出此界限：即當它將全部行動加以觀察並且由其集合獲得足夠明顯之證據以證明其所確認競選中聯邦政府、聯邦總理、部長與聯邦新聞局之行爲是否合憲是十分正當的時候。

### III、

聯邦政府不是在一九七六年聯邦衆議院選舉時才開始干涉競選。一個經過許多年在幾乎一切選舉都要遵守的，而且一次次耗費更大的、更強烈的與更廣泛的實務做法在此之前即已存在，而且這實務作法對直接負責選戰者成爲一個自明的習慣。其絕不被國家意見或被人民普遍的接受。其甚至在文獻中遭受到反對。其已經一度被爭執當作違憲的，此類爭執可見於聯邦衆議院中之反對黨在一九六五、六六年之憲法爭訟程序（2 BvE 1 / 66）與在一個規範審查程序（2 BvF 1 / 66）；此等程序經由聲請之撤回而終結。基於此背景，我們不能說有一個多年無被撤廢的憲法實踐。憲法原則不可能因此而遭受到意義變更，一個可能是憲法習慣法基礎之法的確信亦不能建立。

### IV、

聲請人所指摘聯邦政府在一九七六年競選中之干預在三個互相自主，獨立有力的憲法上觀點，是不合法的：

1. 每個在職的聯邦政府根據基本法秩序是一個預定期限，一般而言指議員任期所預定期限之憲法機

關；此亦適用於聯邦總理與聯邦部長（參基本法第六三條，第六九條第二項）。其不是一個多數的政府，而是作為國家組織成共同體之政府，在民主政治中全民之政府；對此可由基本法第六四條第二項，第五六條所規定聯邦總理與聯邦部長之誓言文字，得到一個證明。聯邦政府與其成員，聯邦總理或聯邦部長在競選期間利用職務為「重新當選」宣傳，係與聯邦政府在基本法之憲法體制互不相容的。但其以新聞廣告與小冊子中用聯邦旗幟與聯邦國旗宣傳「我們正朝向正確之路」或者其用小冊子以相同外表暗示期中結算、成就與結果，為誘導他的「重新當選」，則是對國家與對一切最有利的決定。

競選在民主政治中係充作為一個政黨與候選人間就政治權力之爭論，各政黨其政治意見、政治目的、政治計劃（在人民與國家之利益下以社會團體之觀點加以實現）提供給選民，使其投給（最初的）合意團體他的選票。當聯邦政府、聯邦總理與聯邦部長其自己的競選為其重新當選之目的而彷彿在打自己的選戰時，則此等競選將被歪曲。

當然聯邦總理與聯邦部長在競選中在其政黨內部可能為其計劃，目的而辯護並且以此方式為此政黨及由所提候選人為得到人民之票數而宣傳，其有權；作為其黨之候選人，標示出其職務其所屬聯邦政府之成就且因此作宣傳。但是：如同在政黨國家中議員儘管其依賴其所提名與支持之政黨但依現行憲法仍係全民之代表，不受委託與指示之拘束且僅服從其良心（基本法第卅八條），同樣依現行憲法必須在此於競選中為其政黨扮演聯邦總理及聯邦部長與在聯邦政府，聯邦總理及聯邦部長的法律地位、作為憲法機關二者之間去區分，就後一種身分屬性，其在職務上不能夠從事一般官員在選戰中能從事之行為。

2. 聯邦政府在一九七六年競選中之行爲是與基本法民主政治要求不相一致（基本法第廿條第一項與第二項第一句）：

基本法之民主政治係根據及依靠，下列建制：國家之領導，以及在國家中上位權限之行使，須經由人民決定或監督，尤其以定期反覆政治選舉之基本行爲，選舉爲新決定國家權限之持有人之基礎而且決定政府政策之繼續或變更，新政治方向與想法或要求之拒絕及新政治計劃與改革之支持。這是一個繼續不間斷的、公開的政治過程，諸如此類憲法上的保障係經由基本法第廿條第二項第一句，第廿一條與第卅八條。

此民主過程只有當每一次每一個政治選舉之基本行爲係經由人民熱烈的不同政治勢力加以決定，特色在於自由形成的與自由競爭的政黨去創造其之行動一致性時，是自由與公開的。

也就是說：依照基本法上民主要求，選舉是法律上相當重要之政治過程，在其此意志形成係自由的而影響對選舉國家之機關舉行。聯邦政府、聯邦總理與聯邦部長之官方的選舉宣傳是一種強烈的「從上面」干涉一個過程，此種過程上我們民主政治中應該「從下面而來」地規定其程序之開始，在其結束時才重新決定該被組織國家的「上面」。

不可避免的從聯邦政府、聯邦總理與聯邦部長之政策及其政府計劃實現之政治步驟開始作爲反映，無疑的對人民之選舉決定有間接之影響，甚至從總理與部長個人圖片及其所掌握之職務的聲譽與威望開始，對人民之選舉決定亦有間接影響。這是憲法上不會加以指摘的。聯邦政府與其成員將職務之威望完

全有意的使用在選舉宣傳，當然被憲法加以指摘而禁止的。正是此種「客觀的」，幾乎可以說係超然于「政黨無休止的爭論」而選擇的，在廣告、小冊、附件與成就報告中帶有對聯邦政府其成員之權威與聲譽的表達造成對政黨特別有效之選舉宣傳，藉此聯邦政府得以遠播名望。政黨偏袒在競選中可能不僅以公開的「政黨偏袒的」活動出現，而且可能使此活動出現我們對於由該政黨宣傳之狀況與關聯而生的信賴，或者可能更好地其完全未受注意的與無反映的為某特定政黨當作宣傳「到達」選民之信賴。

3. 聯邦政府在一九七六年競選中之行為最終係與在競選中政黨機會平等之憲法原則不一致的（基本法第廿一條第一項，第卅八條第一項），如同聯邦憲法法院在經常的判決中所已發展的原則。

在競選中由於反對黨緣故開始之政黨機會與最後受政府支持之政黨機會，在爭奪選票上事實上不是相同的。這是必須接受的；且須由其出發。基於如此強烈之重要性，可得出如下因機會平等原則而發展出之要求：所有仍加深事實上存在之不平等等者，皆必須停止。在考慮到政黨機會平等原則之前提下，所謂執政黨透過官方借用其職務權威，政府聲譽，國家象徵等所為之輔助是違憲的。此職務配備（*Amis-Fazilitat*）之借用，例如應用部之公務員去草擬宣傳小冊、選舉演說、競選組織等是在競選中給政府主要政黨優惠之另一個違憲案例。兩者衡量對聲請人所指摘聯邦政府行為之判斷亦有其重要性。競選宣傳由預算資金加以支持以單方地利於占政府多數之政黨，這點並非扮演一個與政黨機會平等之憲法原則相關聯角色的唯一觀點；但却是佔重要地位之觀點。

聯邦政府廣泛地以從預算之資金製造競選資料且本身使用或經由其他的在競選中加以使用，此係單

方面或唯一的對執政黨產生有利影響。包括聯邦新聞局在內之聯邦政府特別由其所製造資料（附件、小冊、成就報告等等）以極大數目散發之目的免費轉讓給執政黨；此被分配給此政黨之廣告展覽台，在競選大會及在此政黨之其他機構，以公開的宣傳信箱與政黨費用，作為此政黨之候選人的贈品且以類似方式向選民作宣傳目的之分發。雖有此等資料可能同時被其他政黨要求使用，但却不會發生任何作用；因為其對反對黨之選舉宣傳完全不合適。因此聯邦政府單方面捐助以利於執政黨從聯邦預算資金供給附加之宣傳支出以百萬元計。我們必須注意現行法關於政黨產生適度的選舉費用由國家資金償還之規定（政黨法第十八條以下）。此規定保障與政黨機會平等原則相符的對原則上一切參與競選之政黨從聯邦預算應得之款項；只要其保持在適當的界限內，此資助競選係足夠的。現在執政黨以上述方式提供額外的數百萬免費的選舉宣傳以供利用，則明顯的違反在競選中政黨機會平等之憲法原則。而這還尚未考慮到，包括聯邦新聞局在內之聯邦政府可能以由該政府支付之市價委託印刷宣傳資料之任務給政黨本身或與此政黨接近的企業，並且該企業得以顧及政黨為選舉資料之印刷任務而較便宜地計算之，致使政黨藉此得以減輕一個額外的財政資金負擔。

## V、

由在IV所作之證明可得出一些結論：

1. 須取決於，花費聯邦預算所製造的聯邦政府，聯邦總理，聯邦部長（包括聯邦印刷局在內）之附件、小冊子、成就報告是否沒有在競選中被使用而定。至於其在競選中被使用前，何時已被印刷及其是

否已被堆存數日或數年，則是無關緊要的。對其是否被直接交付給政府所支持之政黨，或與該政黨接近的或在競選中支持該政黨的機構組織，辦事處，群眾領袖等，亦是無關緊要的。最後，其是否未由政府機關或僅基於在競選中支持該政黨之機構或個人之請求才交付，則亦是無關緊要的；即使此交付係一份小的報酬而進行，亦不至於改變此判斷。

2. 即使政府機構在將來不以上述方式干涉聯邦議會競選，亦有未足。相反地，它還必須採取預防措施，防止在競選期間以外可無須考慮地被允許分發的資料，在競選期間不被政黨當作宣傳工具加以使用。這點無礙於政黨被限制須遵守其如上所述之憲法地位。其係被憲法法院針對包括在競選期間政黨之活動的選舉範圍，認為不是預定的憲法機關，被承認為是於選舉領域中在憲法生命之內部作用且藉其活動延伸經由憲法使國家規範化的範圍的憲法預定的一致性。因此在這方面其同樣在法律上拘束政府及其成員。

3. 基於此等理由，聯邦政府是被禁止，以如上所述之方式提供所支持之政黨資料作為聯邦議會競選而使用，也就是在此競選中產生其政黨掠奪的影響，甚至根據憲法亦禁止，反對黨在聯邦議會競選中受到經由其有計劃的接近的邦政府的支持。這點是可以理解的。

4. 聯邦政府經由在IV所作之證明下不被阻止，也在選舉期間去求助人民，例如在某緊急狀態或採取與某政治步驟相關聯時。一個必要的立即的說明或通知；此外亦可使用記者招待會、廣播與電視。透過記者招待會、廣播與電視可在競選期間闡述一個暫時足夠的資訊也可宣傳剛公布法律之內容。此外這些

說明與報導可能被準備在選舉期間借助小冊子等被準備且在選舉後直接被散發，只要不是引用以預算資金少量的往來，此說明在各式各樣組成的自由社會之民主政治中諸讓這些行業、團體與組織，依其目的係在維護人民之不同的利益。

5. 依上述考慮聯邦政府在競選期間之活動而劃分出的一切理論體系明確的界限，仍無法避免地，實際上仍會在個案中形成有問題之區域。這被認為是無可避免的。此不會妨礙依在 II 6. 所說明之標準為準則之憲法上監督。

6. 此外，關於聯邦政府遵守或忽視為影響在聯邦眾議院競選憲法上被劃定的界限，有一個比較有效的政治監督：選舉宣傳，特別聯邦政府之影響在競選上有利多數黨發生在一切公關文宣工作中。人們可能注意，政黨用何種方法進行競選且聯邦政府包括聯邦新聞局、聯邦總理與聯邦部長在內是否與如何干涉競選。支持這個判決的公眾之意見可能重新反應之。

此外一個不重視該被劃定之憲法界限的政府，係拿聯邦議會選舉之有效性來冒險的（基本法第四一條，聯邦憲法法院法第十三條第三款，第四八條）。聯邦政府與其成員在競選上之一個政黨偏袒影響是尚值懷疑地如此最重干涉此過程，以致於只要符合經驗上通常勉強的選舉結果，就不再加以排除，只要不是若無該干涉則選舉結果將完全出乎意料之外的話。否則選舉結果仍須撤銷，並且重新舉行選舉。

7. 經由對預算法之相關決議與經由補充之法律規定從在 IV 與 V 1. 至 6. 所採取之論證得出如下結論：貫徹憲法上之要求且不破壞或規避之，這點是聯邦議會的事情。一種被聯邦政府要求之規定亦屬之，亦

即其連續在特定短暫時內以概觀發行，其以聯邦預算之資金來生產那一種小冊子、附件、成就報告等；其版次足多少，多少件被散發，以何種途徑被散發與何時散發。此種規定係在過程與監督透明性之利益下經由公開性高度被期待，甚至在某種情況下，基於同樣理由而在憲法上被要求；準此，一九七五年十一月五日之判決要求，判斷關於一切議員在國會中財政資助部分之額度且不經由主席團來作成該判斷（聯邦憲法法院第四〇卷第二九六頁（第三二七頁））。

## VI、

上述對聯邦議會選舉的詳細闡明，不言可諭的，也適用於每一個邦議會選舉。那裏邦政府也不被允許官方的選舉宣傳在預算資金與國家象徵之應用下圖利於其支持的政黨（或政黨們）藉以干涉競選或反之，聯邦政府官方地援助其所接近的邦之中之反對黨。這不排除，邦政府之成員作為政治家同樣如同聯邦政府之成員作為政治家，在邦議會競選中，在聯邦議會競選中，在選舉大會中作為演講者，在記者招待會上與在其他機構支持其政黨。

## B、

我也反對多數意見，在判決上文所指出，必須償還聲請人必要之費用。

此費用判決與至目前為止之判決矛盾。到目前為止尚無一個案例法院係依職權，也就是沒有聲請，判示償還聲請人之必要費用的。在本案件中，一個政黨通過實體法上之聲請，在一個機關爭議內提出此聲請，要求償還其必要費用，而法院以聯邦憲法法院法第三四條第三項是一個例外規定為理由駁回此聲

請；只有當存在特別衡平理由時，才考慮此種償還聲請；此類理由係既非已被闡明亦非清楚顯明的（聯邦憲法法院裁判彙編第廿卷，第一一九頁（第一三三頁以下））。聯邦憲法法院法第卅四條第三項之例外規定。

法官·Geiger 博士

我同意上述的反對意見。

法官 Rotmann 博士對一九七七年三月二日——2 BvE 1/76——第二庭判決之反對意見。

聯邦政府在一九七六年聯邦議會競選中根本沒有因被聲請人指摘之行為而違反基本法第廿一條第一項與第二項第二句（民主原則）且比多數見解所認為的違反範圍為小地違反基本法第廿一條第一項第一句，第卅八條第一項（政黨在競選中機會平等之憲法原則）而已。我在結論上完全不同意該判決中對被聲請人侵犯機會平等權利之論證。

我既不同意多數意見所界定之標準，該標準乃針對聯邦政府在聯邦議會競選期間之行為從民主原則與政黨在競選中機會平等之憲法原則推導而出；亦不贊成以個別政府措施評價作為違憲侵犯被聲請人權利之標準。

I、

合議庭之多數意見在判決中係從國會民主政治之形象出發，其對德意志聯邦共和國之政黨國家結構不是正確評價且此外不是完全顧及從聯邦形成以來之憲法現實。

基本法之民主是一個政黨民主（參聯邦憲法法院裁判彙編第四卷，第一四四頁〔第一四九頁〕可進一步得證）。政黨依基本法第廿一條第一項第一句之規定有一個法律上享有特權的地位。其被提升至憲法上國家機關之等級被肯認為政治上的行動單位，其乃民主政治允許為團結選民成為政治有活動能力的團體且使其能夠如此根本有效之影響在國家的事情上（聯邦憲法法院裁判彙編第十一卷，第二六六頁〔第二七七頁〕；第廿四卷，第二六〇頁〔第二六四頁〕）。由此得知無論如何其在聯邦級與邦級憲法機關之組成上其實際上之獨占地位，沒有這些在此關聯上甚至被稱為「創設機關」的政黨（參聯邦憲法法院裁判彙編第一卷，第二〇八頁〔第二二五頁〕）。最高官職之分配在現代群眾民主下將是不可能的（聯邦憲法法院裁判彙編第十三卷，第五四頁〔第八四頁〕）。

基本法之政黨國家的特別要件是：

- (a) 政黨在聯邦眾議院候選人之提名上有一個實際上的獨占；
- (b) 政黨在聯邦總理之選舉上有一個實際上的獨占；
- (c) 聯邦總理在聯邦議會總是多數黨或多數聯盟之主席或代表；
- (d) 聯邦部長絕大多數是聯邦議會議員，其政黨之高級幹部，簡言之，其是政黨的政策決定者。已不再有所謂非政治超黨派公職部長之型態，此種型態 *Wilhelminischen* 國家代表——此外其在經由保守態度實現上顯得突出——。
- (e) 聯邦政府由於此種作用所形成之國家結構，不是「中立的」，政黨漂浮在行政權頂端之上。聯

邦政府更確切的說甚至是執政黨或其主要政府聯盟的行政委員會。

(f) 聯邦政府對全體人民與國家負有義務（基本法第六四條第二項，第五六條）。其作用應該有助於公共福利之要求與實現。然而什麼有助於公共福利，總是在政黨與各式各樣社會團體間是仍存有爭論。所以此判決之命題，即政府對公共福利負有義務且因此不允許“有成見的”干涉競選，也就是在競選期間必須保持“中立”，便顯得空泛而無內容。因為聯邦政府不是爲了實現一個由其在政治中立內容上特定公共福利而努力。如同其在基本法之政黨民主中得到實現，更確切的說其可能在其每天之工作僅就其主要政黨的選舉計劃，只求試圖去實現本身政府計劃之基礎，因爲政治上多數黨之選舉政見可作爲一個具有多數且在已舉行之聯邦議會選舉中已找到的德國人民多數贊成之公共福利的想法，所以多數黨可以建立政府且提出特定的行政計劃。此政府計劃是受到人民之多數意志支持。多數黨之計劃與以此爲立足點之政府計劃的實現是爲了政府公務存續期限內公共福利之實現。因此聯邦政府不僅負有義務，此計劃作爲其政府工作之基礎，而且有權利，在政治上辯論中針對國會的反對黨，針對利益團體與聯盟來辯護。此亦適用於競選期間。

這也是在政黨國家民主政治中民主原則之結果。

(g) 在聯邦議會競選中其不僅涉及新聯邦議會之組成，而且同時涉及新聯邦總理與聯邦政府之挑選。這也是在繼續實行目前之政府的計劃（此計劃同時是多數議會黨團之計劃），與實行政治上反對黨之計劃間作一政治上之選擇。

(b)因爲是如此，因此從德意志聯邦共和國建立以來的聯邦總理與幾近所有的聯邦部長曾干涉聯邦議會競選，且甚至不僅以其作爲議員與作爲政黨幹部之地位，而且正是以其作爲聯邦總理與作爲聯邦部長之地位。這點出現在有意的與意圖的爲競選目的而使用國家職務權威並且在強烈的使用其職務手段的情況下。甚至爲了公關文宣工作之預算資金亦屬於此。

在德意志聯邦共和國到目前廿八年來皆有如此經歷，而且不僅在聯邦中也在一切聯邦之各邦中出現過。

所有的聯邦總理與大多數的聯邦部長，獨立於其所屬政黨之外，在聯邦議會競選中不僅爲其再當選爲聯邦議會議員也爲其再獲得目前之國家職位而努力。除此之外甚至例如對聯邦議會競選而言，首先受到聯邦總理完全運用其作爲聯邦總理之職務權威所引導，其次才受到其主要的政黨所引導。

也就是在競選期間根本談不上政府之政黨政治的中立性。

(i)塑造我們政黨國家民主乃政治生命一個重要且有特色的要素，在該民主中聯邦總理與聯邦政府利用其職務權威，透過政府職權範圍內職務之公開工作，藉由聲明書與成就報告及很多在未來所針對政治上企圖聲明來干涉競選，正如同其在基本法效力下所已發展的。這點，聯邦憲法法院不能毫無預告地，就以源自於基本法作爲憲法原則並限制聯邦政府行爲的標準來加以改變。憲法現實是與其對立的。因爲實際上政治上行爲在德意志聯邦共和國最近卅年之歷史中並沒有放寬爲聯邦政府由基本法而來之行爲界限。其最後沒有人知道。此結果是，沒有聯邦總理，沒有聯邦政府，沒有聯邦議會，沒有政黨可能違

循此所謂憲法上所提供之界限。

## II、

1. 因為我們根據剛剛所說明的關於政黨國家結構的觀點，所以聯邦政府之民主原則不禁止，把其與政黨視為相同，去為重新當選表明立場且為其再度當選而宣傳。因此人民之定期重覆選舉決定之民主原則是不會被認為有疑問。

政府在政黨國家民主中僅朝組織有關政黨之方向去建立。人民經由選舉給政黨時間上有限期的委託，去任命一個政府。政黨之公共福利的觀念主要經由在統治之工作中加以實現，此觀念乃政黨計劃或聯盟計劃在政府行為中修改而得。聯邦政府之聯邦總理與成員便負有義務經由當其任命的時候變成不是中立的性質，此僅選對某個從其政黨之目的與計劃脫離的客觀的、公共福利，此所謂的國家全體。更確切的說其有——剛好是民主原則的結果——此任務，即去實現代表多數人民的主要政黨或政黨聯盟之政治計劃，對此人民則在先前舉行的聯邦議會選舉時經由其選舉之決定，將該任務委託之。

因此在一個新的聯邦眾議院選舉前人民期待一種公開（*offenlegung*），公開所有聯邦政府已完成的。此種公開是人民將來選舉時作決定之基礎。此外一個此類政府工作之公開也給反對黨機會，得以具體地與聯邦政府之說明相互辯論，這同時也是屬於人民合理地作選舉決定之基礎。

在憲法現實中在再選舉聯邦總理或選舉反對黨候選人之間的二者擇一。在此種二元論中是根本沒有給中立的政府有存在餘地，在競選中的確不會且正好不會。

選民也係如此認為，他並未區別聯邦總理之出現在競選中是以其作為聯邦總理的地位或以其作為黨的領袖的地位。聯邦總理仍然是聯邦總理，聯邦政府之成員仍然是聯邦部長。他們能夠公開的出現；他們總是政府領導者與政府成員，且任何他們的言論在聯邦衆議院選舉前時間內必然會涉及選舉且影響選舉結果。這是不可避免的並且我認為是民主原則之表現；所以其不可能援引民主原則而被廢棄，因此在職的聯邦政府之行爲至其職務期間結束前也由民主原則所支持。聯邦總理與聯邦政府成員的一方面分裂爲公職人員，因而在競選期間基於民主原則應該對保持沈默負有義務，但另一方面又分裂爲政黨政策決定者，爲有利一個政府主要政黨之獲得的多數投票而允許積極參與競選，這根本是不可能的。此外，此種區分忽視了，民主原則事實上只能和經由政黨加以實現，且亦忽視了人民的選舉決定是對當作在政府與政府計劃（執政黨）及反對黨全體與反對黨計劃的人與物的計劃採取態度。

經由聯邦政府之成員與經由聯邦政府之公開工作評價說明政府計劃是聯邦政府普遍的行爲義務；此在聯邦衆議院競選期間也不會減弱。

在符合基本法之政黨國家實際情況下，不能根據一個不同解釋的民主原則使聯邦政府於競選期間內在政治上被減弱，即使國會反對黨容有無限制的自由，得以指責其爲運作失靈，政治上無能及思想的混亂的政府。

因此我可以由民主原則推論出聯邦政府在競選中之行爲沒有界限。

2. 聯邦政府在聯邦議會競選期間亦不受限制的政治活動，如同我在民主原則之觀點下將其視爲憲法

上允許的，所產生的將是會先涉及反對黨在聯邦議會競選中之機會平等問題，而非如判決中指出的，使政府活動受到拘束。

我贊同合議庭在判決之C II（第一四四頁以下）章節部分地發展，部分地僅重複憲法基本原則，經由該原則一切政黨在聯邦議會競選中之機會平等將被保障。

我同意判決中之下述命題：「當國家機關圖利於或加負擔於某政黨或由候選人在競選中產生影響，將侵犯政黨在競選中之機會平等權利。我是僅此意見，即這個標準需要進一步或其他的具體化且聯邦政府在一九七六年聯邦議會競選中不會妨碍反對黨之選舉機會。因此我不支持在判決之C IV（第一四八頁以下）章節中的論述，該論述特別劃出政府之公關文宣工作在聯邦議會競選中之界限。」

我覺得於此所發展出之監督標準，過度狹窄。依我的見解亦即不僅聯邦政府公關文宣工作之權利與政黨在自由不受干擾競選之權利相對立。更確切地說，一方面由於政黨自由競選與自由選舉的權利，另一方面則由於統治行為之迫切必然性產生了利益的衝突。政府至其職務期間最後一日有完全的行為權限。此權限亦包含全部慣常的公關文宣工作。

只要包括公關文宣工作在內的政府活動，對外使得國家的一切明顯可見，為國家宣傳，向人民告知並藉以結合人民為一體，那麼此種活動是無限制地可允許。這也適用在，當一個有力的政府，一個政府的工作「小心翼翼的」描述的公關文宣工作在競選中干擾國會之反對黨時。如果政府一點事也不做，克制自己在判決意義下之「中立的」，似乎其鑑於即將來臨選舉期日已經退職，那麼，很顯然地這

對國會反對黨是大快其心的。但國會的反對黨却無權要求聯邦政府如此地不作爲。政黨在競選上之機會平等不包含反對黨得要求不作爲的政府，特別不得要求其在競選期間之公開工作的不作爲。

在判決之C IV（第一四八頁以下）章節中爲公關文宣工作所劃定之界限，以某方式限制了政府根據憲法交付之一般的與廣泛的，甚至在競選中無限制的行爲權限，就此我在基本法中找不到根據。在致力於確保政黨機會平等，特別是在選戰中反對黨的機會平等上，本判決提上述觀點來看，已失去了聯邦政府原則上根據法律所保有的行爲自由空間。

詳細地我就在C IV以下所發屆出對聯邦政府公關文宣工作之界限表示意見：

(a) 聯邦政府之公關文宣工作不是一般的經由在聯邦與各邦之間的聯邦權限劃分而受限制。如果聯邦政府認爲，在各邦之權限界限與權限範圍內出現錯誤發展，此種發展基於全體國家之利益應加以修正——其可能係隨著或不隨著基本法而修正——，那時它是有權，在該權限範圍以外，但亦可在聯邦議會競選時公開主張及經由「公關文宣工作」使人民了解。

(b) 在不考慮聯邦之權限範圍時，聯邦政府之公關文宣工作始終是可允許的，當它涉及到須去防止區域團體、政黨、協會、社會團體針對德意志聯邦共和國或專門的針對聯邦政府之攻擊。

(c) 在競選期間，聯邦政府之公關文宣工作可能因爲聯邦政府之執政計劃放入在政府之主要政黨的計劃中，而從不可能中立的。只要政府未做出一些明顯的錯誤，政府活動在競選中經常干擾國會之反對黨。

政府行爲與政府公關文宣工作之影響存在，只要不加上事實上特殊性，按照規定應該被保障在經由政黨機會平等原則之界限下。

其仍無有內在的與對每時適用的職務上公關文宣工作之界限。於此例如算作一個原則上之禁止，去鄙視國會之反對黨。當然一個國會反對黨相對於聯邦政府接近的相關行爲係相當。聯邦政府之表達方式因無應該經常是一個憲法機關適當的表達方式。當反對黨之表達方式相對於聯邦政府在競選中變粗糙時，那時此容忍尺度爲了適當的表達方式可能在此情況下擴大。

(d) 一個政府自稱以其公關工作爲一個由特定政黨支持之政府（章節C IV 2 a（第一五〇頁）），依我的觀點可能還不會妨害反對黨之選舉機會。於此可能僅係重複一種每個人熟悉的事實情況——也許係不必要的表明。未來的聯邦政府忽略所指示不言而論之事，其可能是適當的；無論如何此不是違憲的。

(e) 判決在章節C IV 2. a 提到當作例子爲違憲的公關文宣工作之事實，即聯邦政府明顯有“想要去保留職務”企圖之表示。因此此符合憲法現實且甚至未與民主原則相抵觸，我可能把此不言而論的事甚至至在政黨機會平等之觀點下視爲無法律上重要性，只要僅聯邦政府完全遵守其職務時間之期滿。

(f) 在此判決之C IV 2. b（第一五〇頁）章節中不受允許之公開工作對此案件而言是被假定，印刷品、廣告、附件維持一個特定的形式，尤其當有啓發的內容面對像作廣告似大標題而退却且僅還從事博人同情的宣傳時。

此種廣告或出版我也覺得相當驚訝且將其與國家之威望看作十分一致。但此簡短廣告正好想要賦予此性質，妨礙政黨且特別是反對黨之機會平等，因為此種廣告在選民之影響是完全未經證明的，所以我覺得其沒有達到預期效果。我是完全反對聲請人的意見所認爲的，正是聯邦政府公關文宣工作之部分可攻擊性給反對黨特別的機會，得以較好地突顯其反對立場，而主張無聯邦政府公關文宣工作之無此類錯誤它便能去工作。在一切案例中可能被排除的是此類可能價值不高且爲國家宣傳目的不適當之廣告，而非公關文宣工作的此類違憲性。完全不同的問題在於，是否不是基於善良政治風格之理由，從聯邦政府方面在一九七六年聯邦議會競選中被出版之東西，最好是停止。

至於政府領導人物與政府成員乏因經由其照片在職務上出版之散布所獲得之普及聲望，此我可能認爲並非聯邦政府在憲法上重要的行爲。其所證明者只是，給職權範圍之說明報告被配備主管部長之圖片。我看不出，聯邦政府事實上所提供之宣傳品什麼原因可能在競選中妨礙反對黨之機會平等，僅因爲此係主管職權範圍部長之圖片被刊登。聯邦政府之實際情形從十年以來是普通的且未被嚴重的指摘。此甚至被邦政府所運用，此係由聲請人所造成。如果於此有些應該變更，那麼可能是政黨間約定去就政治風格之問題作出判決，則不是聯邦憲法法院的事。

(g) 法庭在此判決之C IV 3. (a) (第一五一頁) 章節把一個在選前公開工作之引人注意的加強視爲違憲的。

我也覺得聯邦政府之公關文宣工作在選前是顯著的增加。但是這不能證明，由聯邦政府在一九七六

年爲公開工作所支出的，比其被聯邦議會所容許的還多。但只要聯邦政府關於其公關文宣工作之範圍保持在預算估計之範圍內，我可能斷定以公關文宣工作範圍在一個選舉年內之增加尙未妨害政黨在競選中之機會平等。

最後我可能根本不會同意此判決，如果其事實上與依此形式不受指摘的政府之出版——這時其是政府或職權範圍之報告書，是關於在立法會期結束生效之法律的說明書——視爲違憲的，僅國家在競選期間內出版且藉此不可避免之妨礙反對黨在競選中之機會平等。因此政府之行爲空間被以不堪忍受的方式與缺乏迫切的理由加以限制。此判決假設，認爲長篇的、部份地非常困難的去採擇政府與職權範圍工作報告，此根本上看來僅少數選民產生反應且被更少數選民閱讀，可能影響政黨之選舉機會，這係缺乏證明的。我認爲此係牽強附會而不予贊同。

當經由聯邦總統所預定聯邦議會選舉確定之日期，在此時刻內此類出版必須中斷，則政府之行爲權限之界限變成完全地難以忍受。因爲此將意味著，甚至實際上必要大約在聯邦議會選舉前半年與聯邦政府價值高之資訊工作，與因此由於一個偉理論的可能妨碍國會反對黨之選舉機會便在公關文宣工作內國家的一篇敘述被禁止。

我也不把此觀點分開，即印刷品等在此半年時間內原則上不再被聯邦政府允許向組織與政黨加以分發，但是還是著手探討下列值得追求的界限。

### 三、

在此判決之章節C V（第一五五頁以下）中僅部份評價了由聲請人所提出聯邦政府在聯邦議會競選中所散發宣傳資料。

1. 合議庭多數意見把此於十個大報紙中在一九七六年五月十八日至六月底每周兩次在「明鏡」以及在「彩期刊」所出版大篇幅的廣告視為違憲的，因為其影響反對黨之競選機會。

判決其「違憲的」之理由是

- (a) 就這些廣告由此事件所提供之理由不是迫切的，
- (b) 沒有包含有啓發性的表達（簡單的廣告），
- (c) 不僅係現職聯邦政府之結果，而且回溯至一九六九年先前聯邦政府所做可利用的措施，
- (d) 僅從事博取同情的宣傳，
- (e) 一切發生在接近聯邦議會選舉。

雖然我也認為這些聯邦政府在競選期間基於各式各樣的理由之公關文宣工作部分係不適當的，一個國家不是莊嚴的且至少在德意志聯邦共和國以此種形式與密集也認為係新奇的，我可能由於上述所說觀點關於聯邦政府之行為權限甚至在競選期間這些措施不被認為係違憲的。雖然我認為這些有問題方式之宣傳廣告不再由聯邦政府在未來的競選中加以出版係值得追求的。然而我認為應阻止去論斷此宣傳措施之違憲性，因為我能夠斷定在此等政治上簡單廣告不會對選舉影響產生危險。

2. 這些實際上所握有之聯邦政府的工作，成就與結果報告，我認為任何時候，甚至在競選期間中，

係允許的。聯邦政府在此類出版物發行時刻之選舉中不受限制。反對黨必須忍受聯邦政府行爲自由之影響。

3. 當聯邦政府在競選期間大規模採用此資料在其主要政黨競選中且使經由這些政黨分發時，依我的觀點此政府職務上公開工作資料中不可避免的政黨色彩才真正成爲問題。

反對黨可能或者基於實際上理由（不同的政治計劃，至目前爲止政府活動之不同的評價）不需要這些資料或者因此其不希望使用，因爲在他們方面不想讓政府成員之圖片散布。所以此出版品基本上僅適合於政府主要政黨之競選，除了競選費用償還之外藉此獲得附加之幫助。於此觀點將涉及政黨在競選中之機會平等。當此類政府資料被聯邦議會候選人以自己的圖片當作宣傳資料使用時，那時此亦適用。就此點而言我同意此判決，

## VI、

因此我認爲聯邦政府在一九七六年聯邦議會競選期間公開文宣工作之大部分係憲法上允許的。聯邦政府之一切出版品不可避免的以某種方式影響反對黨之選舉機會。此判決劃定在政府利益與政黨利益之間於競選時之一定必要的界限乃單方面加諸負擔於聯邦政府。因此聯邦政府之任務，即在公開工作中去體現國家，說明政府政策，使明瞭，去推廣且防止其他針對德意志聯邦共和國與針對聯邦政府之攻擊，將更加難以完成。

基本上大量的政府資料散發給執政黨在聯邦議會競選中加以應用使我覺得有疑慮。

就此點而言我也還是反對法庭之判決。此判決源於基本法至今未表示與注重，查明爲一切在憲法生活上參與者新的限制。因此依照我的觀點適當的是，放棄宣告聯邦政府在一九七六年聯邦議會競選中之行爲違憲且代替其以警告與預示判決之形式提出爲聯邦政府在競選期間之公開工作新的界限，以使其將來可能有所作爲時遵守。同時當然也必須加以清楚說明，聯邦政府至其職務期間屆滿在公開文宣工作範圍內原則上也保留完全行爲權限，其僅特別要顧及考慮政黨在競選中機會平等之憲法原則。

# 關於「政黨經費」之第三次判決

聯邦憲法法院判決第七十三輯第四十頁至第一百十七頁

黃錦堂

譯者：詹文凱

林麗瑩

吳從周

1. 人民在其參與政治意義形成範圍內之自由決定對何政黨加以財務支持的權利，並不因如下之一個機會平衡規定而受到不合憲之方式之妨害：這機會平衡規定旨在衡平相對上有較高政黨政治捐贈以及（黨員所繳交）黨費之政黨經由稅法（上對捐贈或繳納之部分可以減免之）優待而致之利益。人民之政治行動自由並不包含如下之請求權：由國家所提供對黨員繳費以及對政黨之政治獻金之稅法減免優待在違反政黨機會平等原則之下只對該人民所支持之政黨——間接——有利。

2. 一個稅捐規定，若經由對稅捐義務人之扣除額以使其能對一政黨之政治決定能發揮一定之影響力，則其與人民之平等參與政治意思形成之權利不相吻合。

3. 個人所得稅法第10b條以及營利事業所得稅法第九條第三款所規定之對黨員黨費及政黨政治獻金之稅法上扣除額，以及政黨法第二十二a條所規定之政黨機會平衡金，是一個彼此互相配合之整體規定中之二個重要成分。由此以觀政黨機會平衡金規定是對上述所舉稅法扣除額規定之出於憲法上要求之補充

性規定。

4. 下述一事在憲法上並無違憲疑慮：在上次聯邦衆議院選舉中在全西德只得到不超過百分之零點五的有效第二欄票（譯者按：西德聯邦衆議院大選是採所謂參考選區當選候選人之政黨比例代表制，每位選民有一張選票上有二欄，第一欄選單一選區之候選人，第二欄投給政黨，各政黨所得席次是依第二欄票，與第一欄無涉，凡在選區中獲勝之黨員則當然成爲該黨之議員，該黨之政黨名單上能成爲議員者必須是排名在該黨所獲之總席次減去該黨之選區當選議員數目之差數之內者）之政黨，不被考慮在政黨政治機會平衡金規定中（政黨法第二十二 a 條）。

5. 政黨法第十八條第六項就政黨選舉經費補助限定其最高額不超過政黨之自己收入之規定，確保了政黨免於國家（操縱）之原則（*der Grundsatz der Staatsfreiheit der politischen Parteien*），此原則就選舉經費補助有關問題上是優先於政黨機會公平原則。

聯邦憲法法院第二庭於一九八六年七月四日之判決基於一九八六年三月十七日言詞辯論。

——（文號）：2 BvE 2 / 84, 2 BvR 442 / 84 —

在（上舉二文號之案件）程序中就如下二事加以判決 1、（由綠黨依機關權利爭議（譯者按：依西德基本法及聯邦憲法法院法政黨有此權限，詳見本判決……）所提之）下述聲請：要求確定聯邦衆議院及聯邦上議院在一九八三年十二月二十二日所訂之「修改政黨法與其他法律之法」（*Das Gesetz zur Änderung des Parteiengesetzes and andere Gesetze*）（譯者按：屬於我國所稱之包裹立法）

(載於聯邦法律公報第一部第一千五百七十七頁以下)違反了下列二件事：(a)、違反基本法第三條第一項及第二十一條第一項、第二十八條第一項以及第三十八條第一項，因為上述二院在上舉修改法第四條第三款中將個人所得稅法第十b條，以及在上舉修改法第五條中將營利事業所得稅法第九條第三款，修改為凡作為黨員黨費以及政黨政治獻金之支出在百分之五的所得內或是在千分之二的總交易額及該曆年內所花費之工資、薪水內是可作為扣除額 (Stewrich abziehnar)。 (b)、違反了基本法第二十一條，因為上述二院在上舉修改法第一條中把政黨機會平等之規定塞入政黨法中成為第二十二a條，同時並在政黨法第十八條中新增第六項 (譯者按：條文在判決理由由I中有刊出，詳該處)。——聲請人：聯邦政黨「綠黨」 (Bundespartei Die GRÜNE)。 (下載住址及代表人以及訴訟代理人，省略不譯出)——，相對人：聯邦眾議院及聯邦上議院 (下載代表人及住址以及訴訟代理人，省略不譯出)。 2、由S博士先生 (下載其訴訟代理人及住址，省略不譯出) 對上舉修正法中所新加或修改之個人所得稅法第十b條及營利事業所得稅法第九條第三款所提之憲法訴願。

### 判決主文

I、1. 上舉修正法第四條第三款以及第五條第二款中所規定之個人所得稅法第十b條第一項第一句以及營利事業所得稅法第九條第三款第一句，此二者與基本法第三條第一項在如下程度內是不合的：依上述二者，就支助國家政治之目的而作之支出在收入 (Einkünfte, Einkommen) 或在總交易以及曆年

度所花費之工資及薪水的一定百分比而決定其能否在稅法上充作扣減額。

上述二者此外也在下述程度內與基本法第三條第一項不合：其所規定之稅法上扣減額並不設定有對所有納稅義務人相同之最高額，而且此最高額應不得超過十萬馬克。

上述二者在上舉程度內侵害了憲法訴願人之基本法第三條第一句之基本權利。

2. 直到立法者重新規定前，上舉個人所得稅法第10b條以及營利事業所得稅法第九條第三款只能以經由暫時性之稅額決定（*Wrlaufige Steuerfestsetzung*）（租稅通則法〔AO〕第一百六十五條）之方式而且在下述規定下適用：為支持國家政治之目的所作之支出就每一個納稅義務人——，上舉所規定之百分比限制將不適用——直到十萬馬克為止是稅法上可以抵抵的。

II、機關權利爭議程序之申請加以駁回。

III、西德須負擔憲法訴願人之必要的訴訟費用。

理由：

A、

連結成爲一共同判決之二程序之客體爲如下問題：上舉修改法中所引進之三項規定，其一是規定之個人所得稅法第10b條以及營利事業所得稅法第九條第三款之修改——按依此修改，黨員黨費以及政黨政治獻金今只限於收入（*Einkünfte*, *Einkommen*）總額之百分之五或是只在總體交易以及該曆年內

所支出之工資及薪水之百分之二內始在稅法上可折扣——其二是此次修改中所引進對政黨支付政黨機會平衡金（政黨法第二十二 a 條），其三是對政黨競選經費補助限定於一政黨之總收入之一事（政黨法第十八條第六項）之規定，是否侵犯了機關權利爭議人以及憲法訴願人之憲法上權利。

## I、

自西元一九八四年一月一日起，於同一年十二月二十八日所公布之「修改政黨法及其他法律之法」（載於聯邦法律公報第一部第一千五百七十七頁以下——以下簡稱修改法）開始生效。

1. 在該法律中將黨員黨費以及政黨政治獻金在稅法上之抵抵可能性在個人所得稅法以及營利事業所得稅法中重新加以規定。

(a) 修正法第四條第三款將個人所得稅法第十 b 條作如下修改：

第十 b 條（稅法上優惠處遇之目的）

第一項：凡為支助（*Forderung*）慈善性、教會性、宗教性、學術性以及國家政治性之目的以及其他被承認為特別值得支助之公益目的而作之支出（*Ausgaben*），在收入總額百分之五內或是在總交易額以及曆年內所支出之工資及薪水之百分之二內可作為特別支出（*Sonderausgaben*）而作為稅法上扣除額（*abingszahlung*）。為支助國家政治之目的所作之支出只有在當它未曾享受（依本法）第三十四條之稅指優惠（*Stenereremögigung*）時才得當作特別支出而得作為扣除額。就學術性目的以及被承認為特殊支助之文化目的所為之支助，其五百比由五提升為十。本條文所指稱之支出（*Ausgabe*）亦

指物質 (Wirtschaftsgüter) 之捐贈，但不包括使用及給付 (Nutrungen und Leistungen)。若一物質是在捐贈前已直接由企業財產中取出，則在查估支出額時不得超過於取出時所定下之價值。在所有其他情形，支出額之查估取決於該捐贈之物之一般價值。

(2) 用以支助國家政治之目的的支出是指黨員所繳之黨費以及對政黨法第二條所指政黨之政治獻金。對一政黨或其下之一個或數個區域黨部之捐贈，若其總額在一曆年內超過二萬馬克時，則只有當此捐贈在政黨依政黨法第二十五條第二項之財務報告中加以明列時才得作為扣減額。(譯者按：舊版之個人所得稅法第十 b 條第二項有一如我國選罷法(民國八十年版)對政治獻金金額上限之規定，新版加以取消成為無上限但加進須在政黨財政報告中明列之限制，請參考 Tipke / Lang, Steuerrecht, 12. Aufl. 1989, S. 638)。

(b) 修改法第四條第四款將所得稅法新增了第三十四 g 條，規定了：

第三十四 g 條：

對為助長國家政治之目的而有所支出之納稅義務人，其個人所得稅在依個人所得稅法之條文——但是第三十五條除外——為稅捐減免之後，可在百分之五十的範圍內自應繳稅款中扣除，但最高扣除不超過六百馬克，在夫妻合併課稅時最高一千二百馬克。

(c) 修改法第五條第二款修改了營利事業所得稅第九條第三款，本條規定有關得為稅捐減免目的之支出之扣減規定；新版條文如下：

第九條：可扣減之支出

可扣減之支出也包括

1. ....

2. ....

3. 除第八條第三項外用以支助慈善性、教會性、宗教性、學術性以及國家政治之目的以及其他被承認為特別具公益性目的之支出，在百分之五的收入範圍內或是千分之二之總交易值以及該曆年內所支付之工資及薪水範圍內之支出。對學術目的以及被認為特殊值得補助之文化目的的支出其扣減額度由百分之五提高為百分之十。用以支助國家政治之目的之支出是指黨員所繳之黨費以及對政黨法第二條所指政黨之政治獻金。對一政黨或其下一個或數個區域黨部之捐贈，若其總額在一曆年內超過二萬馬克時，則只有當此捐贈在政黨依政黨法第二十五條第一項之財務報告中加以明列時才得作為扣減額。本條文所指稱之收入是指在未扣減去第一句以及個人所得稅法第十d條所指之支出時而言。本條文所指稱之支出亦指物質 (Wirtschaftsgüter) 之捐贈，但不包括使用及給付。支出之價值依照個人所得稅法第六條第一項第四款第一句及第二句查估之。

2. 修改法第一條亦修改了政黨法

(a) 修改法第一條第三b款將政黨法第十八條新增了第六項，規定日後對政黨之競選經費補助不得超過一政黨之其他收入。政黨法第十八條之現今版本如下：

政黨競選經費補助

## 第十八條

## 補助之原則及範圍

(1) 對以自己之黨員提名參與聯邦衆議院選舉之政黨，國家對於其適當選戰所必需之費用必須加以負擔。政黨競選經費補助以每位投票人五馬克作總體計算。

(2) 政黨競選經費補助總額 ( Wahlkampfkostenpauschale ) 將分配給如下政黨：

1. 其在最終選舉結果至少獲得全西德百分之零點五的有效第二欄票，或是

2. 當一政黨未能合法獲准提出政黨比例代表名單時，其能在單一選區中得到百分之十的有效第一欄票。

(3) 政黨競選經費補助總額將依下列方式分派給有權參與分配之政黨：

1. 就前項第一款之政黨，依其所得第二欄票之比例。

2. 就前項第二款之政黨，就其獲得百分之十以上有效第一欄票之選區之每一張所得票以五馬克計算。

(4) 第一至三項準用於依聯邦衆議院選舉法第十八及第二十條由選民所推選出來之候選人，只要其能在一選區中獲得百分之十的有效第一欄票。

(5) 在確定對依第三項第一款之政黨確定其受補助額之前應將第三項第二款以及第四項之候選人之應得之補助先行自政黨競選經費補助總額中加以扣減。

(6) 政黨競選經費補助不得超過一政黨依政黨法第二十四條第二項第一至五款以及第八款之收入項目在已接受政黨競選經費補助之第二個曆年以及此年起之前三個曆年之總收入。超過此部分之補助須由下次之補助中扣除。

(7) 修改法第一條第七款在政黨法第五節中新增第二十二 a 條以規範政黨機會平衡金，條文如下：

機會平衡（金）

第二十二 a 條

機會平衡金之計算與支出

(1) 在十二月三十一日止之前一次聯邦衆議院選舉中依最終選舉結果至少在全西德得到百分之零點五的有效第二欄票之政黨，每年可獲得一筆金額作爲機會平衡之用。

(2) 機會平衡金之計算方式如下：

上述有資格獲得機會平衡金之政黨將可得到一基礎金額（*Ausgangsbetrag*），是以前一年財務報告中所記載之黨員黨費及政黨政治獻金總額之百分之四十，來除以該黨所獲得之有效第二欄票來加以決定。基礎金額之最高額度是以基礎金額來乘以每政黨所得有效之第二欄票。機會平衡金是一方面由上述第二句所示計算結果與另一方面黨費、政黨政治獻金二者之和之百分之四十此二大方面之差額。

(3) 政黨機會平衡金之數額將由聯邦衆議院主席團（*Prasidium*）加以確定，而且是自法案實行日起次年之第六十日支付。

(4) 聯邦衆議院議長以書面裁決來決定各政黨之所得金額多寡。

(5) 機會平衡金第一次是自一九八四會計年度起發放。

## II、

本件中機關權利爭訟之聲請人爲西德綠黨 (DIE GRÜNE)。其於一九八四年四月十日向聯邦憲法法院書面聲請：

請求聯邦憲法法院判決以確認聯邦衆議院及聯邦上議院在一九八三年十二月二十二日所訂之「修改政黨法及其他法律之法」，載於聯邦法律公報第一部第一千五百七十七頁以下）違反了下列二件事：

(a) 違反基本法第三條第一項及第二十一條第一項，第二十八條第一項以及第三十八條第一項，因爲上述二院在上舉修改法第四條第三款中將個人所得稅法第十b條，以及在修改法第五條中將營利事業所得稅法第九條第三款，修改爲凡作爲黨員黨費以及政黨政治獻金之支出，支出人或營利事業可以在百分之五的所得內或千分之二的總交易額及該曆年內所花費之工資、薪水內是作爲扣除額。

(b) 違反了基本法第二十一條，因爲上述二院在上舉修改法第一條中將政黨法新增了第二十二a條（機會平衡金）以及第十八條第六項。

至於提請判決之理由，聲請人主要提出如下論點：

上述條文之制訂侵害了聲請人由基本法第二十一條第一項及第三條第一項所保障之作爲政黨之憲法上地位，而且侵犯其憲法上之機會平等權以及免於國家操縱之自由之權。以下詳載之。

1. (a) 此次所新引進之新版個人所得稅第十b條以及營利事業所得稅法第九條第三款規定政黨政治獻金之支出在一定百分比內可以列為扣除額侵害了聲請人之機會平等權利。依聯邦憲法法院之判決，政黨政治獻金之稅捐優待必須要嚴格確保政黨平等原則。早在其一九五八年六月二十四日之判決（聯邦憲法法院判決集第八卷第五十一頁以下，此處有關者第六十五頁以下）聯邦憲法法院便就此有所指明，說到：政黨政治獻金之得作為扣除額之規定，最先激發了所得稅納稅義務人中有較多收入者，以及營利事業所得稅納稅義務者之捐贈動機。這導致了政黨政綱及行動對有衆多資本之人們有較大關注之政黨將獲得較有利之競爭地位。儘管立法者並無義務來對各政黨基於不同的社會結構所致之現存的事實的競爭地位之不同性加以平衡，但其終究不得無強制性理由而採取一使現有之不公平競爭機會加以惡劣化之規定。就聲請人（按：即綠黨）之素來行動以及政綱以觀，其並不關注有衆多資本之人們。它並未獲得大企業之任何捐贈而且它也無興趣於此。因此，其將因上述稅捐優待條文而受到相較於其他政黨不利之影響。

新增之政黨法第二十二a條並不能拯救上述條文免於違憲，這是因為其所定下之政治機會平衡金之額度太低。就負有繳納個人所得稅義務之大捐贈人，我們可以說其經常須按最高之稅率即百分之五十六來繳稅。就營利事業所得稅，就所得之收入之稅負總計為百分之五十六。上舉機會平衡金之規定之前提假設為百分之四十的稅捐減免，這即使不是沒有至多也只能說是只找到一些些之充足的計算基礎。由於機會平衡金主要應該是援引大捐贈者（之捐贈資料）（而設計），所以在實際觀察中我們必須從百分之五

十甚至百分之五十六之稅捐補助總額 (Steuersubventionssofumen) 出發。可能有百分之十六高的差別不可以是不再無關的。一個以稅捐補助總額百分之四十為基礎而計算之政黨機會平衡金，將無法確保政黨機會公平。

(b) 政黨政治獻金之得作為扣除額之新規定，此外也侵害了由基本法第三條第一項聯結第二十八條與第三十八條可導出之人民平等參與政治意識形成過程之原則。就這點之理由與憲法訴願人在第 2 BvR 442 / 84 號案件中所提者同 (詳下述 III)。

2. 政黨法第二十二 a 條此外更違反了政黨免於國家操縱之自由的原則。說明如下：儘管政黨依基本法第二十一條第一項旨在參與形成人民之政治意識形成，但基本法並不因此而將之歸入國家之領域，而是歸入免於國家操縱之社會領域。基此，聯邦憲法法院將直接由國庫補助政黨之可能性限定於政黨競選補助此一類型，而且確認：由國家以稅捐上對黨員黨費及政黨政治獻金之優惠來間接資助政黨之作法也同樣受到基本法之制約。為使政治過程之公開化不受減損以及為使政黨之領導群們能保留受有其原來社會基礎之拘束，政黨之財政需求不得主要由國庫中取得 (聯邦憲法法院判決集第二十卷第五十六頁以下，此處所提者在第一百零二頁；第五十二卷第六十三頁以下，此處所提者在第八十五頁)。此外，(在圈內) 有一個相當一致之見解，國家對政黨之補助不得超過一政黨之總收入之一半。

政黨機會平衡金使得國庫直接支付金錢給政黨；亦即此處所涉及者為國家直接補助政黨，其與聯邦憲法法院之見解認為國家只能對政黨之競選之必要經費加以負擔並不符合。國家直接補助並不能以因之

而政黨之機會平等得被重建爲由來正當化。擴大稅法上對黨員黨費以及政黨政治獻金之捐贈之扣除額規定（本已）是違憲的；這違憲不能經由進一步之違憲來回復。

這新的（機會平衡金）規定會導致國家爲政黨經費之主要支付者結果。這（按：指國家爲主要支付者一事）本已在將政黨競選經費補助提高爲每票五馬克時至少對一些（小）政黨便已是令人十分憂心。政黨競選經費補助以及機會平衡金可能不只對聲請人，而且對其他政黨將導致過度由國家補助之結果。此外還包括議會黨團成員之薪資也是由公家支付一事。我們可以確定的說，由公家之直接補助以及經由對黨員黨費以及政黨政治獻金之稅捐優惠所致之間接補助二大方面合而觀察將導致違憲之以國家爲主來照顧政黨之結果。

此外，政黨法第二十四條第二項第八款（譯者按：政黨之收入種類第八種：其他收入）提供政黨一機會，將所借貸到之貸款當作自己之「其他收入」在財務報告中加以列出以便使其收入增加（不包括政黨競選經費補助）而來迴避政黨法第十八條第六項所欲加之國家對政黨經費補助之上限規定。

3. 政黨競選經費補助一事，經由新增之政黨法第十八條第一項限制不得超過一政黨總收入之一半的規定，侵害了聲請人作爲一正在建立中之政黨之機會平等權。在去掉機會平衡後有一危險，即聲請人一開始參加政黨競選經費補助即已超過上述百分之五十的上限。這使得本黨相對於其他已穩定成形（*etabliert*）之政黨受有不利，因其總是有相當穩固之經由黨員黨費以及政黨政治獻金所構成之財政收入。凡政黨尙處在建立中者首先都只有少數黨員而且往往找不到捐贈人。若其在選戰中獲致令人注意的

結果，則政黨選舉經費補助將成爲其主要之收入來源。這（由大黨之觀點）可以是完全被期待的，因爲機會平等原則以及政黨自由原則應該可以阻止政黨之穩定成形以及創造出新的黨派。

4. 總而言之，聯邦衆議院以及聯邦上議院就其所引進之對政黨之資助之增加扣減額規定（個人所得稅法第十b條以及營利事業所得稅法第九條第三款）是違反了基本法上之政黨機會平等原則，政黨免於國家操縱之原則以及人民之平等參與政治意識形成之原則。對這違憲我們並沒有辦法在新增之政黨法第二十二a條政黨機會平衡金中得到拯救，因此條文本身違反政黨免於國家操縱之原則以及政黨機會平等原則。（若進一步言），至少在政黨機會平衡金若（因違憲而）被取消時，則政黨法第十八條第六項侵犯了聲請人相對於其他政黨之機會平等權。

### III、

憲法訴願人於一九八四年四月十日所提起之憲法訴願旨在針對修改法中所引進之個人所得稅法第十b條以及營利事業所得稅法第九條第三款。憲法訴願人主張這些規定違反其來自基本法第三條第一項聯結基本法第二十八條與第三十八條之權利。

由平等原則可以導出了人民有平等參與政治意識形成程序之基本權利。經由上舉二稅法中之新增規定之擴大對政黨捐贈之稅捐優惠，這基本權利受到傷害。由於憲法訴願人在其個人所得稅及家庭關係之下只得在個人所得稅法第三十四g條之範圍內有能力捐贈，其不能與高收入之人在同樣平等範圍內來享受政黨捐獻之稅捐優惠。國家無權以一如個人所得稅法第十b條以及營利事業所得稅法第九條第三項之

規模情形來支持已有之人民在參與政治意識形成之不自由。國民之高低不等的收入絕不是如此差別待遇之充分理由。

修改法再度引進了基本上是聯邦憲法法院早在其一九五八年六月二十八日的判決（聯邦憲法法院判決集，第八卷第五十一頁以下）中針對政黨機會平等原則以及人民平等原則而衡量而且在此二觀點下認為違憲之條文。就此，其說到：由於在政黨政治獻金中大捐獻者比起其他小收入者能省去絕對及相對較高之稅捐，以致其政治意見可以說是受到獎勵的。這種經由法律所創造之端視收入不同而對政治意見形成之影響不同之稅法上措施與形式自由之原則不合——此形式自由是支配著自由民主國家中之政治權利的行使。在其一九七九年七月二十四日所作的判決（聯邦憲法法院判決集第五十二卷第六十三頁）中聯邦憲法法院有再度強調。立法者在對黨員黨費及政黨政治獻金之捐獻作稅捐減免規定時，人民之平等參與與政治意思形成之權利以及政黨機會平等以及政黨（免於國家操縱）自由之原則應被遵守。

人民平等原則要求：國家對於個別人民因財政情形不同而致之不同的捐贈可能，不得更經由稅捐優惠而予以更激烈化。但這在新法中在非比尋常的程度內却不幸是如此。例如一大捐獻人捐獻了一百萬馬克，其中五十六萬元節稅，事實自己只須支出四十四萬元。但大多數人民却無能為力每年捐獻超過一千二百馬克（這時依個人所得稅法第三十四g條可有百分之五十，但上限六百馬克之減稅）。國家對政黨捐獻之稅捐減免是如此高程度不同規定，以致與人民平等原則不合。

對政治獻金作高達百分之二的總交易額以及在年度內所花費之工資及薪水範圍內的稅法扣除額規定

在營利事業所得稅上對捐獻人造成難以想像之高度優惠（不平等）。很明白地，一個捐獻數百萬馬克之大捐獻人對政黨將有非常大的影響力。若取得此捐獻之政黨為正在執政的黨派時，則——經由大捐獻者——將開啓直接影響政府政策之大門。這種影響可能性違反人民平等參與政治意思形成之基本權利，此為無可置疑之事。

這違憲不因——因其他理由已是違憲之——機會平衡金之引進而有所改變。儘管機會平衡金使得最高高達百分之四十之捐獻可能流向敵對之派系。但各政黨却可保有所流向其之獻金，因此政黨仍會對大捐獻者給予相應於其捐獻之照顧。影響之可能性從而仍是完全有的。人民平等原則要求對同一政黨加以捐獻之捐獻人須嚴格形成平等加以對待處理。機會平衡金絕無能達於此。

儘管個人所得稅法第十b條在第二項有規定超過二萬元以上之捐獻只有在其明載於政黨財務報告時才可享受稅捐優惠，但此規定仍無法除去此條文之違憲性。這公開性原則無論如何即是已存在而且是直接自基本法第二十一條第一項導出。它並不能被持以限制人民平等參與政治意思形成程序。

最後，對選民團體以及地方性政黨（*Ratensparteien*）以及無黨籍人士之捐獻並不給予稅捐優惠一事，也同樣違反了人民平等原則。由基本法第二十一條並不能導出只限於對政黨之捐獻才得享受稅捐特權之結論。

總而言之，修改法中之個人所得稅法第十b條以及營利事業所得稅第九條第三款在其規定黨員黨費及政黨政治獻金之捐獻得充當扣除額之範圍內是違憲而且無效的。

本院依聯邦憲法法院法第六十五條第二項以及第九十四條第四項聯結第七十七條給予聯邦總統、聯邦眾議院、聯邦上議院、聯邦政府以及邦政府對此機關權利爭議以及此憲法訴願提出看法之機會。聯邦眾議院在機關權利爭議程序中利用此機會提出如下看法：

機關權利爭議案聲請人每次只是抓住修改法中的個別部分而後致力於陳出其違憲性。這種孤立的觀察法忽略了其所攻訐之局部規定與修改法中其他規定之內在關聯。只有經常顧及個別規定間之整體關聯，其間之交互關聯以及由此所產生之相對性才可得出被攻訐條文之憲法特性的足夠完整形象。

1. 聲請人之主張：黨員黨費與政黨政治獻金捐獻之得作為稅法上扣除額之規定將會因其行為與政綱對有較多資力之人（群）並不照顧而致其比其他政黨顯然蒙受不利，從而侵害其機會平等權。就此，聲請人並未觀察到整體關聯。早在法案諮詢階段中已有一致見解，亦即（此次之）擴大化特別支出扣除額之規定必須以避免造成機會平等原則之措施來補充。成為問題的因而只是：基於此種考量而新採之規定，尤其是新引進機會平衡金，是否以及能否掃除無之則可能有之違憲性？這應予肯定，理由詳下。

立法者所授的機會衡平金模式一方面是由個人所得稅法第三十四g條之小額捐獻規定以及另一方面是由在政黨法第二十二a條之狹義的機會衡平規定二者所組成。早在小額捐獻中便已有政黨機會平衡之效果，因為在個人所得稅法第三十四g條之範圍內每位人民經由其中所規定之百分之五十的扣除額——這已與百分之五十六的最高稅率相近——可平等的享受稅捐減免。這種機會平衡成份對一非照顧大資本家

之政黨正是有非不重要的意義。這種成份將因聲請人只針對政黨法第二十二 a 條所作之論述而被不當地擺置一旁。

聲請人在另一批評中認為政黨法第二十二 a 條所規定的（只）以捐獻的百分之四十來作平衡金就最高稅率為百分之五十六而言殊嫌偏低，此見解忽視了：政黨法第二十二 a 條不只涉及捐贈額，而且還關係到黨員黨費與政黨政治獻金之總額。聲明人之片面的關注於大捐贈者因此是錯誤的。立法者在此也不是絕對取向約是百分之三十五的平均稅率，就稅捐之減免其是合於專家委員會之建議以百分之四十來計算。這個決定合於立法者之評估權限框框中（評估特權在相類似立法中使得立法者有一有限之類型化權）。

由聯邦憲法法院之判決中並不能得出如聲請人所主張者認為大捐贈之效果非得由機會平衡金中加以完全地中立化不可。聯邦憲法法院就政黨機會平等所用之詞語「認真考量」（*ernsthafte ins Gewicht fallend*）（聯邦憲法法院判決集第五十二卷第六十三頁以下，本處有關者第九十一頁）並不涉及到政黨財政上之每一不同，而是只針對政黨間既有競爭狀態的改變。此一既有之競爭狀態有一特徵，亦即基本法就政治捐獻——包括大捐獻——基本上認為是合法的利益維護的一種習見形式。從而立法者並無義務也無權利來對現存之、基於政黨之不同的社會結構之競爭機會之不同性來加以平衡化。此外，基本法也對不具名大捐獻者可能造之危險經由如下方法克制：政黨須公布其資金來源，而且此外也使政黨自負起經由大捐贈而對其所湧進之不實壓力加以反抗的責任。在考量這幾點後，立法者對政黨捐獻所作之稅

法上扣除額規定聯結經由個人所得稅法第三十四 g 條以及政黨法第二十二 a 條所致之衡平調整不得被認為是不法侵害聲請人。

2. 聲請人指控違反人民平等一事則係根本違法，因聲請人提起機關權利爭議只能主張侵害自己身為機關之權利。此外，這指控亦無理由而須予駁回。

聲請人之命題，認為所修改之稅法條文使得而且助長了對政治有影響力之大捐獻者之出現，是應以下列理由駁斥：鼓勵捐獻之條文絕不會本身即是（*per se*）違憲的（聯邦憲法法院判決集第八卷第五十一頁以下，此處所指者第六十五頁；第五十二卷第六十三頁以下，本處所指者第八十六頁以及第八十九頁以下）。這命題原則上也適用於較大之捐獻。基本法第二十一條並未擔保政黨能對來自強勢財力之個人、企業或集團之影響有絕對之防護。事實上，政黨獻金公開（載明）原則——現今新引進之基本法第二十一條第一項第四句以及政黨法是更擴大了而且強烈化了此一原則——，已足以阻擋以大捐獻來影響自己所心儀政黨之長期目標設定或政黨內部就各別問題之決定的嘗試。這點在討論人民性（之問題）時不能不予考慮。

聲請人主張，個人所得稅法第十 b 條以及營利事業所得稅法第九條第三款違反了人民平等原則，但另一方面也說個人所得稅法第三十四 g 條之小額捐獻（之稅捐優惠）規定是保障了人民平等。這樣一來，聲請人就再度又忽視了個別法律們的一致性而忘記了整體規定之明顯的交互影響（*Wechselbeziehung* — *Keit*）可能性。儘管小額捐獻規定本身並不能排除在累進稅率之課稅下由政黨法第二十二 a 條之機會

平衡金來阻止。機會平衡金規定之意義與效果也在於，對人民對政治影響力之不同加以使抵銷（*neutralisieren*）而且在此同時也不會斷喪了（有錢）人民之較大捐獻的誘因。正如同在判斷政黨平等時不可忽視個人所得稅法第三十四 g 條之小額捐獻規定，在判斷人民機會平等時必須也將政黨法第二十二 a 條機會平衡金之規定一併納入考量。總而言之，本件規範整體並無任何得以市民平等角度來加以指摘之處。

3. 政黨免於國家操縱原則並不排除對黨員黨費及政黨政治獻金之捐獻作稅捐優惠處理。無論如何，國家財政補助只能提供到一定程度，須仍使政治程序保持公開而且使政黨競爭（原則）仍得以持續。

在這討論上，個人所得稅法第十 b 條以及營利事業所得稅法第九條第三款之稅捐規定以及政黨法第二十二條之機會平衡金規定只能在其相互跨越交叉之效果關聯上才能被適當的評價。儘管人們將稅捐上對黨員黨費以及政黨政治獻金之捐獻之優惠規定視為國家對政黨行為之間接支付費用而且將機會平衡金作為國家對政黨之直接補助，這二者本身並不違憲。國家對政黨之給付即使不是在政黨競選經費補助範圍內亦屬合法，只要在此時政黨免於國家操縱原則以及機會平等原則以及人民平等參與政治意思形成之權利能被守住。

由免於國家操縱原則可以導出，稅捐規定不得將政黨變為國家所托養而且也不得減損開放、自由、民主的意見與意思形成程序。在本件中新修改之條文合於這二個由聯邦憲法法院認為是標準的觀點。特別支出之規定以及其所函之機會平等規定並未給國家機關有機會來影響何政黨由何人中得到捐獻。機會

平衡金並不能由國家任意提供給一政黨或自一政黨中剝奪；反而是稅法整體規定之組成的一部分以及其憲法上之必要結果。政黨競爭（原則）以及公開的（政治）意思形成程序都不會受到不利影響。

機會平衡金必要時可以防止個人作大量捐獻，因為其所捐者經由機會平衡金規定有局部之利益將歸結到其所不喜歡之政黨。但是大捐獻人必須就政治平衡金之此一副作用加以接受，因為否則的話由其所主張的稅捐優惠在憲法上是有疑問的。

4. 經由這整體規定，個人將不能確切地對政治意思形成能起影響作用。縱使我們承認這些稅捐優惠規定提供了這樣的一個影響之機會，這影響機會無論如何也會被機會平衡金抵銷（*neutralisieren*）。

5. 政黨法第二十二 a 條第一項之百分之零點五條款以及同條文第二項第二句之百分之五條款這二個規定——正如同在政黨競選經費者般——是合於事物性質而且必要的。儘管機會平衡金例外時——例如對建立中之政黨——會導致過度依賴國家資助，但這却得以憲法上所要求之政黨平等對待來加以正當化。

6. 聲請人對政黨法第十八條第六項就政黨競選經費補助的區分加以指責一事，忽視了：經由本條文之細膩規定在建立中之政黨已經受到很好的照料。此外，立法者在此之一定的類型化（處置之）權限是不可否定的。

聲請人曾指出在政黨法第十八條第六項之範圍內政黨之收入可能會被以借貸外款來操縱增加，但這點並不對；現行法並不准許如此。

在此關聯被提出的意見，認為來自機會平衡金之收入在政黨法第十八條第六項中被誤當作政黨自己之收入而考量，是忽視了：稅捐減免以及機會平衡金之收入二者的發動因素均是私人之捐獻。不論是稅捐減免或是機會平衡金均不可能造成國家對政黨有不法之影響作用。政黨對社會之依賴不論是在此處或在彼處都是存在著的。

本件之整體規定依其目的與目標，尤其是經由稅捐上對捐獻之助長，應能導致政黨財政情況之改善。這本身從憲法上言無可被指責。立法者對政黨們之財務情形不滿意，因此而想出一套制度來改善之，這件事儘管從法政策學上得容有不同之判斷，但憲法上却是不能指責的。

## V、

1. 本（聯邦憲法法院第二）庭有向聯邦眾議院調取一九八四會計年度所分配給各政黨之機會平衡金資料，而且對聯邦眾議院內各政黨之財務首腦有加以聽證。

2. 在言詞辯論時聲請人及憲法訴願人進一步說到：個人所得稅法第三十四 g 條之下小額捐獻得在百分之五十內自稅捐債務中扣除的規定並不能治癒個人所得稅法第十 b 條以及營利事業所得稅法第九條第三款之違憲性。每位捐獻人都可省下百分之五十所捐獻額一事，並不足夠（來治癒）。毋寧，無論就人民平等或是就政黨機會平等而言，須進一步規定各別之最高減免數額。稅捐上對捐獻可有到總交易額千分之二以及年度所支出之工資及薪水額度之扣除額是太高之優惠，而且高到人們可以買下整體政黨們甚至可擁有自己之政黨。個人所得稅法第十 b 條中之百分之五所得額內的優惠規定導致：一年賺二千萬馬

克之人可有效省下百萬馬克，然而，一年賺十萬馬克之人只得省下五千馬克之扣除額。儘管這位市民願意每年超過五千馬克繳給所屬之政黨，他也不能主張超過五千馬克之稅捐優惠。百分之五所得此一限制使得中、低收入者之捐獻意願被減低，大收入者之意願却相反被提昇。這種不公平待遇對照料大收入者之政黨尤其有利。

在機會平衡金（計算）中加進黨員黨費，若無特別急迫理由將使大捐贈對象之政黨獲利，有較多黨員以及因之較多黨費收入之政黨則蒙不利。因為政黨法第二十二 a 條依立法者之目標設定乃在於對獲得大捐獻之政黨之經由稅捐累進所生之不正利益加以平衡，所以看不出來何以黨員黨費在機會平衡金（之計算）中須被加進來。這與黨員黨費佔政黨經費中佔高比例無關。在此毋寧須取向個別捐獻者或黨費繳納者以及其稅捐優惠情形以及這些個別優惠之總數以及獲得大捐獻之政黨因之所生之利益。

將黨員黨費與政黨政治獻金同等處理也因下列原因而在憲法上站不住腳：一黨員繳納黨費，其將因機會平衡金而被追同時須參與對其他政黨之財務支持。這種在機會平衡金中加進黨員黨費來計算的效果是與基本法第二十一條第一項不合的。它將使一政黨難以找到黨員以及提高黨費，因為一招募黨員或一提高黨費，該政黨對機會平衡金之請求將會自動減低；政黨事實上是因其提高黨員數目及黨費數額而被處罰。

政黨只有在擁有少於百分之零點五第二欄票時不得參與機會平衡金之分配之規定，也同屬違反了政黨機會平等原則。

政黨法第十八條第六項對政黨競選經費補助之限制對選票多於黨員的政黨不利。這規定是依已建立完成之擁有高黨員數目以及完善組織之政黨而設計。聲請人就其政治運作不願採行這類政黨機器——基本法上聲請人有權自己決定之；基本法並未規定任何政黨模型。

3. 相對人中，聯邦衆議院之代理人以及聯邦衆議院之法制委員會主席在言詞辯論中尙反駁說到：修改法中所採這些彼此間會協調配合過之法條們的意義與目的在於：政黨們的財政情況加以改善以及所產生之不良情形能加以排除。人們們對於政黨捐獻之意願應經由稅捐上之優待加以激勵、強化。（修改法中）所企求之對政黨財政情況之改善是必要的，因為政黨之地位與功能已有變遷。政黨已由單純之選戰組織（或譯爲：選舉機器）轉化爲具有大量黨員之國民政黨而且已到達高組織程度。也只有如此，才能使民衆對政治意思形成有較好參與機會之前提條件能被創造出來。

另一方面我們可以看到其他被承認爲公益性（*gemeinnützig*）之組織及團體——這些組織及團體在現行法制下比起政黨享受非常大幅度之稅捐減免——逐漸對政治意思形成有影響力。因此，將黨員黨費以及政黨政治獻金之捐獻之扣除額規定加以擴大，是合於要求的。

提高政治捐獻之扣除額是憲法上無庸疑義的。只要是政黨公平原則以及政黨免於國家操縱原則以及人民平等參與政治意思形成之權利能被遵行，則立法者基本法上有權裁量對政治獻金給予以稅捐優惠。基本法對大捐獻也是允許的。至於大捐獻人對其所捐獻之政黨將獲得影響力可經由政黨法第二十五條第二項大捐獻應在政黨財務報告中明示之來減抵。違反此條文之結果是其捐獻不能享受扣除。是故藉此條

文大捐獻之公開性正是已成爲選民投票時之意思決定（圈選那一個政黨）的一個考量因素。此外，政黨財務報告之透明性將被提昇。此外，大捐獻反正只佔政黨們收入的少量部分而已。大捐獻從而應予以接納，以防止經由旁門來對政黨財務資助；引進職業團體（來防止）因此是可以免去的。

在計算機會平衡金時應將政黨得自黨員黨費以及政黨獻金二者之錢同等納入，因爲二者在稅法上都受到優待。將黨員黨費之金錢排除在外，並無任何令人信服之原因。對黨員黨費以及政黨政治獻金平等處理也是正當的，因爲這樣可排除操縱。黨員黨費自政黨政治獻金中加以區分今是由政黨決定而且政黨們能作非常不同的規定。

政黨法第十八條第六項對正在建立中政黨之特殊利益是經由如下規定考慮到了：查估時間是以四年爲基礎。這對一開始只有少數黨員之政黨正是有利。此外，對這類政黨而言，機會平衡金之收入——這在政黨法第十八條第六項範圍內應當作政黨自己收入來加以考量——對其特別有利。

## VI、

在言詞辯論之始由聲請人所提起之克萊恩（Klein）法官因有偏頗之虞而須迴避之聲請，在言詞辯論中經本庭法官以一致決駁回。

## B——I、

機關權利爭議之聲請是合法的。

1. 本件屬聯邦憲法法院之管轄案件（基本法第九十三條第一項第一款，聯邦憲法法院法第十三條第

五款)。

2. 本件之聲請人爲一政黨，其自一九八〇年一月建黨以來即固定參與邦議會及聯邦衆議院之選舉。當她而且只是只要她是在爭執她來自基本法第二十一條所規定之特別地位（聯邦憲法法院判決集第四卷第二十七頁以下，本處所指第六十一頁；第六十卷第五十三頁以下，本處所指者爲第六十一頁；屬持續性見解）之權利，則其有機關權限爭議之當事人能力。依聯邦憲法法院法第六十三條，聯邦衆議院及聯邦上議院是可能的相對人。

3. 聲請人主張，其經由基本法所賦予之確保政黨機會平等以及免於國家操縱之權利受到修改法中之其在聲請中所指摘條文之侵害。修改法之制訂通過是聯邦憲法法院法第六十四條第一項之意義下的一個措施（請參考西德聯邦憲法法院判決集第二十卷第一百二十九頁以下，此處所指者爲第一百二十九頁；第二十四卷第三百頁以下，此處所指者爲第三百二十九頁）。

4. 聲請人有權來進行本件訴訟；然而並非所主張之權利均是許可的。

依聯邦憲法法院之向來判決，政黨就其基本法第二十一條第一項所規定之憲法上地位認爲受到聯邦機關之侵害時可依機關權利爭議程序來加以主張（聯邦憲法法院判決集第四卷第二十七頁以下，本處所指者爲第三十頁以下；第四十四卷第一百二十五頁以下，本處所指者爲第一百三十七頁以下；第六十卷第五十三頁以下，本處所指者爲第六十一頁以下）。

(a) 屬於此憲法上之地位者包括政黨之機會平等請求權，本件中聲請人正是主張其被違反。這權利

儘管在基本法中並未被明文擔保，但可從基本法第二十一條第一項中所言之政黨建黨自由以及自由民主（國家）中之多黨原則的意義中導出（聯邦憲法法院判決集第六卷第二百七十三頁以下，本處所指者為第二百零八頁；第四十七卷第一百九十八頁以下，本處所指者為第二百五頁；第五十二卷第六十三頁以下，本處所指者為第八十八頁以下）。聲請人之平等待遇權可能會受到侵害，當其所指摘之條文——依其所主張以及陳述者——使其相對於其他政黨受到不利。聲請人因此有權就法律修正對其機會平等權可能造成之侵害提起機關權利爭議（參照聯邦憲法法院判決第二十卷第一一九頁之判決，於一三〇頁處）。

(b)基本法第二十一條保障政黨不受國家干預之自由。這項政黨自由之原則防止政黨變成國家機構及併入組織性國家事務之領域。政黨若全部或大部分資金係由公庫負擔以使其財務需求獲得滿足，則此雖然不致使其成為國家機關事務之一部份，却已使其得到國家之過度照顧。這點與政黨在基本法第二十一條上所規定之功能和地位是不相符的（聯邦憲法法院判決集第二十卷第五十六頁之判決，於第一〇二頁處；第五二卷第六三頁之判決，於第八五頁及第九二頁處）。

聲請人主張，自選舉經費補貼及政黨機會平衡金所獲得的財政支助對其而言——如同對其他政黨——明顯地超過自己其他之收入。因此，它必須選擇或以違憲程度之公家補助方式或者放棄部份之國家補助而忍受對其機會平等權利之侵害。這項在政黨法第二十二 a 條可能引起之違憲情形涉及聲請人之憲法地位，對此之侵害使它可以提起機關權利爭議。在此部分內聲請人之聲請案是合法的。

(c)但是聲請人其他的指控是不成立的。如同其所提出，所得稅法第十b條及營利事業所得稅法第九條第三款侵害了人民在政治意思形成中平等地位之權利，並指責說，對於無黨派的候選人及選舉團體或議會政黨之捐贈並不被納入稅捐優惠上。於此，聲請人並不為其憲法授予之權利辯護，反而指責所謂對第三人權利之侵害。這點依聯邦憲法法院法第六十四條第一項是不被容許的。

5. 德國聯邦參議院與聯邦眾議院作為本案相對人是適格的。德國聯邦眾議院議決將所指責的法律規定置於政黨法及相關法規的修正法中。聯邦參議院則協力在其憲法職權範圍內發布法律之修正案（參照聯邦憲法法院判決第二十卷第一一九頁之判決，於一三一頁處；及第二十卷第一三四頁之判決，於一四二頁處）並給予基本法第一〇五條第三項規定所需之同意。因此聯邦眾議院及參議院可以知悉此一事件。

## II、

本件中（按：本件由二程序合併，一是機關權利爭議，一是憲法訴願）之憲法訴願係合法提出。

1. 本件適時提出之憲法訴願直接針對與一九八三年十二月二十二日制定之政黨法與相關法律修正法第四條第三款及第五條第二款關聯之個人所得稅法第十b條及營利事業所得稅法第九條第三款。這些法律之公布行為屬於基本法第九十三條第一項第四a款及聯邦憲法法院法第九十條第一項所稱之“公權力”行為，因此原則上可以用憲法訴願方式指責（參照聯邦憲法法院判決第十二卷第三五四頁之判決，於第三六一頁處；經常性判決）。

2. 訴願人指稱一項基本法第九十三條第一項第四 a 款及聯邦憲法法院法第九十條第一項規定之權利受侵害。他主要主張，受指責的法律規定侵害了他在基本法第三條第一項所保障之政治意思決定中平等地位之權利。如同訴願人事實陳述中正確地被表現出來，這種權利的侵害是可能的。

3. 以下情形應屬於具有對法律提起憲法訴願之合法性，即訴願人自己之基本權利現時且直接地涉及所指責之法律規範。

(a) 訴願人本身是本案利害關係人。個人所得稅法第十 b 條及營利事業所得稅法第九條第三款在修正法中此外尚規範對政黨之資助或捐贈之稅捐扣除。它們適用於所有提供捐贈之納稅義務人。訴願人屬於這類納稅義務人，他的政治意思決定平等參與之權利因這些規定可能受到侵害。

如果訴願人更進一步認為在此亦違反了基本法第三條第一項及第二十八條、第三十八條，即稅捐優惠既非間接有利於無黨派之競選者，亦無法間接有利於競選團體或議會政黨，則這部份之指控是不合法的。訴願人這項主張無法導出，他自己的權利會因此受侵害。

(b) 經由所指責之稅法規定——自其生效日起——訴願人之受平等對待之基本權利被現時且直接地受到影響。

儘管，當一項法律為其執行之必要或依照事實上之行政實踐預設了一種特別的執行行為，憲法訴願可以完全只對這項執行行為以見直接侵害相關權利而提起（聯邦憲法法院判決第一卷第九七頁之判決，於一〇二頁以下部份）。此處之執行行為要即是納稅處分，經由這項處分將確定出當時所應繳之所得稅

或法人稅。當依據一項法律可以或必須做出一項執行行為時，即使無此執行行為，直接對基本的法律規範提起憲法訴願之權限並不必然不存在。

基本權的直接利害相關性（Die unmittelbare Grundrechtsbetreffenheit）此一概念是憲法訴訟法上之概念，並且須從訴訟法的功能的高度來理解。若依照法律，爲了對個別的法律受規範者施予個別之一定法律效果而必須有一執行行為，則這點對法律規範在基本權直接相關性的欠缺上僅是一項徵兆。是否其具有決定性，在每個案件中均須經憲法訴訟法上之審查（聯邦憲法法院判決第七〇卷第三五頁之判決，於第五一頁處；一九八五年十二月十八日決議——文號 2 BvR 1167/84——第三十九頁以下）。

在前面的程序中，存在著訴願人之基本權直接利害相關性。訴願人指稱，依據個人所得稅法第十b條及營利事業所得稅法第九條第三款，高所得之納稅義務人將展現出比相對低所得之納稅義務人享有更高影響力之可能性。不管這些被指責的規定還需要更進一步之執行行為，其本身即顯示了這種效果。

個人所得稅法第十b條及營利事業所得稅法第九條第三款在此將導致對以資助或捐助等方式財務支持政黨之鼓勵。爲了這項鼓勵目的對政黨之捐贈將獲得稅捐之優惠。所承諾之稅捐利益在稅額確定前即已影響了納稅義務人之行為（參照聯邦憲法法院判決第六卷第二七三頁之判決，於二七九頁處）。若高所得之納稅義務人因政治目的支出之扣減範圍擴大而促使其做較高之捐助，則他可能藉由捐助支出獲得對所受利政黨重要之影響力，訴願人所指稱之損害並非先因稅務機關於稅額確定期間期滿所做之稅額確

定而發生，而是直接因法律規定引起的，這些法律規定即爲憲法訴願所針對者。

4. 本件憲法訴願之准許並不牴觸補充性原則；訴願人並沒有機會爲了防衛所指稱之基本權侵害而先向事實審法院起訴，在對訴願人所得稅或薪資稅年度調整之稅額確定的事項上，對訴願人發給的稅額決定並非依據個人所得稅法第10條及營利事業所得稅法第9條第三款所定之標準，而是依個人所得稅法第三十四g條。從營利事業所得稅法第9條第三款以觀，上述結論可以由下導引出：即依據營利事業所得稅法第一條、第二條訴願人並非營利事業所得稅之納稅義務人。只要個人所得稅法第10條是針對政黨資助或捐助之得扣除來作規定，則它不用於本件，因訴願人依其主張他對政黨的資助或捐助額僅在個人所得稅法第三十四g條所定之最高額內才有能力支付。從個人所得稅法第10條依其第一項第二句以觀，它只有在下述情形時才包含了對政黨的黨費繳納及政黨捐獻：亦即，當這些黨費和政治捐獻超出了個人所得稅法第三十四g條所得審酌之總數時。在一個爲審查對憲法訴願人所作之稅額處分而發動之財務訴訟中，其並不取決於這些法規之有效性與否。

被訴願人指責違憲之現行個人所得稅法第10條及營利事業所得稅法第9條第三款可以適用於比起憲法訴願人在更大力給予政黨黨費繳納或政黨捐獻之納稅義務人。從法律上及事實上之理由，要求訴願人以財務法庭（程序）來攻擊這些稅捐處分或訴諸其他事實審法院之救濟方式對抗所指責之不公平待遇是欠缺期待可能性的。

C、

本件憲法訴願之主張有理由（按：亦即原告勝訴）：

一九八三年十二月二十二日的修改法第四條第三款和第五條第二款條文內的個人所得稅法第十b條第一項第一句以及營利事業所得稅第九條第三款第一句以及其他同條例內的法律，就依照收入總額，所得或營業所得及在曆年內支出之工薪資之一定百分比，對促進國家政治性目的的花費給予稅捐優待，而沒有劃定對所有納稅義務人同樣不能超過100,000馬克的界限，是抵觸基本法第三條第一項。這些規定損及訴願人在平等參與政治意志形成上的權利。

#### I、

1. 人民平等參與公民政治意志形成之權利，在活潑多樣的民主制下，不僅是透過選舉時之表決，也表現在政治性意見形成程序上的影響力。此一平等權，在對政黨稅捐優待的財政補助上，必須加以遵守。立法者通過這些規定，並藉此些規定使人民在政治事件上的影響變得容易，所以立法者不得使個別特定人對意志形成程序有較大影響的可能而損及每個人在政治意志形成上平等參與之權。雖然立法者無義務基於經濟上不同給付能力均衡分配對於人民政黨支助不同的機會。但他也不能透過違反平等的方式優待部分人民的規定破壞此種已存在的差異（聯邦憲法法院判決集第八卷第五十一頁以下，本處所指者為第六十八頁以下；第二十四卷第三百頁以下，本處所指者為第三百六十頁；第五十二卷第六十三頁以下，本處所指者為第八十八頁以下）。

2. 依照修改法（*Änderungsgesetz*）上個人所得稅法第十b條對於慈善、教堂的、宗教的、學術

的捐獻，可認為特值得推動的社會福利性以及國家政治性目的之捐獻，最高總數可占總收入的百分之五或總營業額的千分之二，以及於曆年中在工資和薪資上的費用可視為特別的支出，均可列為寬減額。

此寬減額（在第一個選項上）乃因此涉及根據個人所得稅法第二條第三項文意的總收入額。而依照營利事業所得稅法第九條第三款所可扣除的，亦是最高可達總收入百分之五或總營業額千分之二的促進和上述相同目的的花費，以及曆年內工資和薪資的花費。

一個和個人所得稅法第十b條相當類似的規定已經成爲一九五八年六月二十四日判決的對象，而一九五五版個人所得稅法第十b條亦規定爲稅捐優待的目的，而有同上述的可扣除額，而且對於國家政治性目的的寬減額則更提高五個百分點，凡類此規定，均被聯邦憲法法院第二庭視爲與人民基本權的平等權相抵觸，第一庭在意見中說到：

果進的稅率原則會導致：人民透過政黨捐助來行使參與政治意見形成的民主參與權，對納稅人會造成獲得不同的實質利益。在選舉的準備上，錢扮演很重要的角色，一個政黨，若具有龐大的金錢工具就能比一個財政能力較小的政黨，更能開展有效的宣傳，捐助可挾其高收入助其政治意見具有較強的廣告力，藉此也可使其政治影響力比僅有微小收入的捐助人員較大的效果。因而在政黨捐獻上，具有高收入的人可以比僅有小收入的人於稅捐上節省一筆，絕對或相對的數目，即前述所稱第一種的政治性意見被獎勵。此種藉由法律創造依收入高低影響政治意見形成的各種不同的稅捐行爲，卻不合於形式的平等原則，此一原則主宰著在自由的民主體制下政治權的行使。在此衡量下，該憲法法院會議庭於一九六八年

十二月三日之判決（BVerfGE, 24 300 [ 358 f ]）及 1979, 6. 24 之判決（BVerfGE 52, 63 [ 88 f ]）確立並再一次強調：

這將是不允許的，特別是，一個特定百分比的收入或營業額做爲課稅上的減免或設定一個如此高的限額，而給予具高收入的所得稅義務人或有義務納稅之法人較於中低收入者的納稅義務人不合比例的較優厚的稅捐優待。同時也產生優遇一個較其他具有財政危機政黨可運用較大吸引力的政黨。

然而修改法已將這類關於政黨捐助稅捐優待歸類在一個新的規範關聯之下，對此，憲法的評價非仍不能影響。在此，修改法追求一個憲法上，原則上並非可責難的目的——透過對貢獻人或捐助者稅捐優待強化政黨的財政能力。鑒於憲法所給予直接國家的對政黨財政之界限，立法者有意透過私人來源的方式使其容易。

這樣一個新規範也可由下述來證明：根據前述這些以前有效的法律，稅捐法上透過對納稅義務人的優待，有規模的利於越來越多的團體去進行對政治事務的影響及政黨競爭，在此立法者同時也認爲要透過明確的規範對政黨財力排除已形成的，可懷疑的間接融資。

此一新的將個人所得稅法第十 b 條以及營利事業所得稅法第九條第三款的稅法規定連結的規範整合（關聯），尋求願及對憲法所要求保障政黨機會平等以及人民平等參與政治意志形成權利的必要性。立法者對此類規定在二個規制上加以補充，此規制將上述提及之稅捐減免及憲法上權利從一新的觀點重新予以統合。一方面，個人所得稅法第三十四 g 條涉及相當微量的對政黨捐贈的稅捐優待的特別規制。從

而可達到每個公民在一個相當的程度範圍內，享受保障捐贈人的稅捐優待（就此以下II 1. 2. 再述）。

另一方面，政黨法第二十二 a 條政黨機會平衡金之規定具有均衡利益的機會平衡效果，而此機會平衡的作用是產生在具有較高的捐助和收益的政黨和僅有較低收入和捐贈的政黨之間（就此以下II 3. 再述）。

此外，爲使政黨財政透明化，對政黨各種資金來源與花費以及財產，必須提出決算報告（基本法第二十一條第一項第四句），就此，新的政黨法第二十條以下有加以更明確化，並使其違反不容易。依新之規定，只要沒有合於上述規定的決算報告，就不允許有競選經費以及有關機會平等的花費（政黨法第二十三條第四項）。政黨捐贈額，於總價每一曆年超過 20,000 馬克，而不申報捐贈人姓名、通訊地址及公開捐贈總額之決算報告書者，依政黨法第二十三 a 條第一項第一句，其將喪失在選舉經費上，未公開部分之總數額二倍的請求權。同樣的，當對一個政黨或多個之政黨區域聯盟的捐贈超過 20,000 馬克，而在決算報告上未真實申報時，也是要課稅的（個人所得稅法第十 b 條第二項第二句，營利事業所得稅法第九條第三款第四句）。

## II、

1. (a) 在促進國家政治性目的的花費的稅捐義務上，依個人所得稅法第三十四 g 條降低所得稅稅率，而且減低程度是依在除第三十五條以外之其他，亦即百分之五十的支出，但最高不得超過六百馬克，若配偶一併合繳則不得超過一千二百馬克，對政黨之捐贈，在單身的稅捐義務人於花費總額一半的數額上，最高可有 1,200 馬克，在配

偶最高可有 2,400 馬克的所得稅寬減額。只有當對黨捐獻超過上述最高限額的情形，才有所謂做爲特別花費的減免（見個人所得稅法第十 b 條第一項第二句）。而在依個人所得稅法第三十四 g 條的稅捐減免和依個人所得稅法第十 b 條第一項的特別捐獻減免之間，並無選擇權（參閱所得稅準則第一百一十二節第一項第二句）。

透過個人所得稅法第三十四 g 條的規範，可使大部分的捐獻成員在平等的標準上，享受所得稅捐義務的優待。這最高額 1,200 馬克或 2,400 馬克可使低中收入者在其財政能力的範圍內，以同一方式來享受稅捐上優待。

(b) 如果捐贈超過所得稅法第三十四 g 條所規定之範圍，而依所得稅法第十 b 條之規定可視爲係爲贊助國家政治目的 ( *stattpolitischer Zwecke* ) 而支出者，則該捐贈可自所得中扣減，再依扣減後之多寡課以應繳之稅。因爲所得稅係採累進稅率且依所得稅法第十 b 條之規定，特殊支出稅將對稅率範圍 ( *Grenzsteuersatz* ) 產生影響；因此，國家放棄課稅之範圍 ( *Steuererzicht* ) 若依應課稅所得之多寡計，可佔受課稅優待之捐贈的百分之五十六（個人所得稅法第三十二 a 條第一項）；若在營利事業所得稅則佔百分之五十六（營利事業所得稅法第二十三條第一項）；在其他與所得稅有關的稅的數量上，可加上進一步的課稅優待。當納稅義務人未提供捐贈時，他也總能省去比他應繳納的稅還多的數額。

(c) 在個人所得稅法中基於對政黨捐贈而允許之課稅優待上 ( *Steuervergünstigungen* )，上述

規定——當然是在這些規定相互配合之下——導出了一些顯著的不同。這些不同顯示在下述的計算實例上：

一個單身而收入之總額，共計達 18,000 馬克的納稅義務人，首先有可能使用所得稅法第三十四 g 條減稅 (Steuermässigungs) 之規定。爲了盡可能地利用此項課稅優待，他必須捐贈政黨 1,200 馬克，以便藉此減少其約 600 馬克之所得稅務。超過此部分之捐贈，他可以扣減到 900 馬克 (其收入之總額的百分之五) 做爲特殊支出。此項數額是否以及必要時如何最終地影響個人的稅務，全視其他特殊支出之多寡以及所得稅法第二條第四項意義下之特別負擔 (aussergewöhnliche Belastungen) 和個人所得稅法第二條第五項意義下之由收入中扣除之數額而定。惟無論如何必須從收入之總額中扣除特殊支出總數 270 馬克 (個人所得稅法第十 c 條第一項) 及準備金 (Vorsorge-Pauschbeträge) 300 馬克 (個人所得稅法第十 c 條第二項)。一個收入總額達 18,000 馬克之單身納稅義務人可以因此最高擁有 17,430 馬克之應課稅收入。準此，依 1986 及 1987 年之所得稅基本表，其按規定應繳之所得稅計爲 2,827 馬克。此項依照個人所得稅法第十 b 條可扣除之 900 馬克之捐贈導出了 16,800 馬克應課稅之收入，同時因而導出按規定應繳之 2,696 馬克之所得稅。此項做爲特殊支出而得以減稅之 900 馬克捐贈，因此帶來納稅義務人最高可享有之 132 馬克的課稅優待。隨之 600 馬克之減稅而來，如果我們把此種計算方式用到收入之總額達 50,000 馬克，100,000 馬克或一百萬馬克之情形上，便可得到如下圖表：

收入之總額	對政黨捐贈在課稅上之有效範圍（個人所得稅法第三四g條及第十b條）	最高之課稅優待額
18000 馬克	2100 馬克	731 馬克
50000 馬克	3700 馬克	1603 馬克
100000 馬克	6200 馬克	3129 馬克
一百萬馬克	51200 馬克	28421 馬克

這些實例結論是以符合所得稅法第十b條中基於為國家政治目的而捐獻得減稅額之多寡來量定收入總額百分之五之範圍（個人所得稅法第十b條第一項第一句）而得出的。納稅義務人可選擇總營業額及年支出工資與薪水總額之百分之二以決定收入總額之百分率（參照所得稅標準辦法第一一三條第二項第一句）。當納稅義務人有此種選擇可能性時，在何種程度上對政黨捐贈額得扣減以及可獲得何種課稅優待，就全視其營業額，工資與薪水而定了。

(d)依照營利事業所得稅法第二十三條第一項規定，對營利事業之累積所得，營利事業所得稅可課

征達該應課稅收入之百分之五十六。此項依照營利事業稅法第九條第三款可扣減到收入總額百分之五或總營業額及年支出工資與薪水千分之二的支出（基於贊助國家政治目的）因此得獲致估可減稅捐贈百分之五十六的課稅優待。

2. (a) 不同的政治贊助程度與公民平等參與政治上意思形成（*politische Willensbildung*）的權利並不一致。因此，如果從個人所得稅法第十b條與營利事業所得稅法第九條第三款規定之收入總額的特定百分比來看，那麼，當納稅義務人能夠且打算捐給政黨超過該百分比之數額時，該條項之規定將禁止納稅義務人援引課稅優待之主張。因而，如上述實例所顯示，因為法律規定之緣故將造成收入多與寡者之間，在憲法上無法忍受的差別。

(b) 這種不公平待遇還會因下述情形而加劇，亦即，個人所得稅法第十b條及營利事業所得稅法第九條第三款同時開啓如下可能性：不必達到收入總額的百分之五，只要基於政治目的之贊助支出達總營業額及年支出工資與薪水的千分之二，即可主張課稅優待。如此，則在企業活動的納稅義務人將有可能選擇（*Wahlmöglichkeit*）不利用其他未達總營業額及無工資與薪水支出之納稅義務人。因而，收入總額一樣高的所得稅納稅義務人將受到差別待遇：如果是以其營業額及工資與薪水支出額之多寡來計算，則部份人將有可能比其他同樣收入之納稅義務人給付較高的政黨捐贈。此種只有某特定範圍之納稅義務人才被容許之選擇權至少在公民參與政治上意思形成的領域內是沒有存在餘地的。

(c) 以收入總額的百分之五或可選擇性地以總營業額及年支出工資與薪水的千分之二作為政黨捐贈

的可減稅 (Abzugsfähigkeit) 界限將因而導致對納稅義務人顯著的不公平待遇。擁有高所得之公民將因而得比低所得之公民給付較高的政黨捐贈，以便在課稅上發揮作用。此與公民平等參與政治上意思形成的權利並不一致；公民平等原則至少要求，所有的公民能以平等方式聽任其是否提供政治捐贈及運用因之而生的課稅優待。

(d) 政黨通常不僅只受到個人，也受到人民團體及法人財政上之支助，而這些法人團體在此程度上亦為因共同利益而結合在其中的公民而運作。這點基本法認為它是事實上政治利益代表的通常模式 (eine geläufige Form tatsächlicher politischer Interessenwahrnehmung)。因為考慮到此點，所以法人稅法第九條第三款也將法人和人民團體對政黨捐贈而得受之課稅優待規定在內。對此立法者並未因憲法緣故而立法阻礙之。甚至一個政黨的成員可以只是自然人 (政黨法第二條第一項第二句) 。準此，甚至亦不論一個決定捐贈政黨的納稅義務人是否為該政黨之成員。因而，在財政上支助一個政黨的法律可能性便與選舉權無關，這種可能性亦可由依聯邦選舉法第十二、十三條規定無選舉權之自然人為之。

將營利事業所得稅納稅義務人包括在對政黨捐贈得受課稅優待之範圍內也就意味著，若將營利事業所得稅之納稅義務人排除在外將可能迫使政黨資金籌措迂迴化 (Umgehung und Umwegfinanzierung)，而這正是立法者為使政黨資金籌措透明化 (Durchschaubarkeit der Parteienfinanzierung) 欲以上述這條新規定加以防堵者；一旦政黨資金籌措迂迴化，則為使政黨工作情形廣泛透明化以公諸於

支助該政黨之公民的立法目的，將無由達成。

3. 因為對政黨財政上捐贈有不同減稅範圍所造成的與公民平等參與政治上意思形成權利的牴觸，可經由政黨法第二十二 a 條規定的機會平衡金（*Chancenausgleich*）加以緩和，但卻無法消除此種牴觸。

(a) 根據政黨法第二十二 a 條第一項規定，依照十二月三十一日（期限）以前之聯邦議會選舉的最後選舉結果至少已達在該選區已投有效票數的百分之零點五的政黨，每年須提存一定金額作為機會平等金。此項機會平等金係用來給與那些過去幾年受捐贈額及選票數不及擁有最高捐贈額及選票數之政黨的政黨。以此種方式，則因政黨擁有相當捐贈額所產生的課稅優待應依最後聯邦選舉中政黨之選民份額（*Wahleranteil*）的關係，以捐贈額之百分之四十來調整。

(b) 如此形成的機會平衡金當然會產生如下結果：這些來自捐贈者之捐贈額不僅是受贈的政黨受益，而且間接地其他可能根本未受財政上贊助的政黨亦受益。如此，則在參與政治上意思形成的範圍內，公民自由地決定要支助任一政黨的權利，就並未因違憲方式而受妨礙。

基本法在第二十一條規定中已經承認政黨乃人民政治上意思形成在憲法上不可或缺的手段；而此規定則以政黨能勝任願在財政上支助之公民所託付之任務為前題。如果立法者決定以課稅優待減輕對政黨捐贈的負擔，而且作了一項補充規定以避免政黨間之競爭狀態有重大改變，那麼便不可再對之作憲法上之指責。如此，基本法上之民主所建構與保障的公民政治活動自由便未受任何限制。此項自由不包含，

要求國家所允許之對政黨捐贈的課稅優待只由公民所支助的政黨——間接的——享有。

(c)機會平衡金有助於緩和對政黨捐贈以不同課稅範圍所造成的對公民參與政治上意思形成權利之妨礙，但卻無法消除此種妨礙。如果較多的對一黨的政黨捐贈能平等給付於其他政黨，那麼捐贈者不僅能直接獲得課稅優待而且亦有助於其政治意見達到強烈的廣告效果；如此，則高收入納稅義務人的政治意見就不再是一九五八年六月二十四日憲法法院判決意義下的「獎賞」(Prämium)了。

允許大量捐贈所隨之而來對政治上意思形成的可能影響不僅在於，捐贈者分享了該政黨的政治意見，同時也隨該捐贈者能夠對其所捐贈的政黨的政治決定有或多或少相當的影響力。

對政黨捐贈擴大其可減稅性 (Abzugsfähigkeit) 可免去高收入之納稅義務人顯著地提高其捐贈。這種造成影響的可能性會隨著被允許的課稅優待而增加。可減輕賦稅負擔的捐贈將完全保留給擬捐贈之政黨。國家可能也會藉由其所允許的減稅，按該減稅之範圍，協助各別納稅義務人以其政黨捐贈所得受之課稅優待影響該受贈之政黨。況且，基本法第二十一條並未提供政黨絕對地免受因大量的政治捐贈而對其造成影響的保護。基本法對於因大量捐贈所可能造成的危害，則透過該法第二十一條第一項第四句規定，要求政黨以公開的工作報告說明其資金來源 (die Herkunft ihrer Mittel)，以防堵之。因此，基本法要求不得匿名地對政黨為大量捐贈，並且此種方式避免對政治上意思形成造成無意識的影響。此外，基本法則讓諸各政黨承受加於其上的強大且不利的壓力。所以便無法由上述推論出，國家藉著對捐贈之課稅優待而造成這種危險狀態。相反地，係這條使納稅義務人得受國家課稅優待的稅法規定

，造成了對政黨政治上決定特定的影響，因而與公民平等地參與政治上意思形成的權利不相符合。

### III、

如果我們考慮到上述所有情形，那麼立法者藉由修正後之規定所創造的狀態：顯著的放寬政黨捐贈的課稅優待，便不得加以妨礙。然而個人所得稅法第十b條及營利事業所得稅法第九條第三款之規定，還有要保障這些規定的個人所得稅法第三十四g條及政黨法第二十二a條規定，並非在每方面皆符合公民平等地參與政治上意思形成的權利要求。相反地，這些規定要求界定出一個對所有納稅義務人的政黨捐贈之有同等可減稅性的最高額度，只有在此種情形下將其排除，個別公民才能因對國家贊助而影響其所支助之政黨。因此，若同時考慮到因國家放棄課稅而生的累進的不同程度的贊助，那麼在公民間所殘餘的不公平性還是會失去其憲法上之關聯的。

該最高額度須斟酌在德國議會中代表的政黨而決定，這些政黨是藉由議會中的代表直接地參與對全體公民休戚相關的國家意思形成。在這種觀點之下，本合議庭認為捐贈之課稅優待達100,000馬克，仍係憲法所允許的，至於超過部分的贊助則與公民平等地參與政治上意思形成的原則不相符合。

### D、

至於本件中另一部分之機關權利爭執訴訟之請求為無理由，應予駁回。

經由基於國家政治目的之要求及機會平衡金之實踐而對支出扣減額之擴大，訴願人既未在因政黨免於國家干涉自由原則所引伸之權利義務上，亦未在機會平等之權利上受到妨害。

## I、

相對基於機會平衡金，由國家財政對平等地位之政黨給予之直接支付，從政黨免於國家干涉自由之原則可以得到重要的憲法思考。

1. 在自由的民主政治中，如基本法為德意志聯邦共和國所記載的，所有的國家權力來自於人民，並藉由人民之選舉表決，及特別設立之立法、行政、司法機關來實現（基本法第二十條第一項、第二項）。只有在自由的情形下，選舉才能賦於基本法第二十條第二項意義之民主正當性。這不僅要求選舉行為免於受強制及不法之壓迫，同樣地，亦要求選舉人能在自由和公開的意思形成程序中獲得並做成判斷（參照聯邦憲法法院判決第二十卷第五十六頁之判決，於第九十七頁處）。這點在現代國會民主中以政黨之存在為前提。它特別地適合由積極的公民基於參與國家機關意思形成之目標，自由且有組織地達成政治行為之一致，並對國家事務能有重要之影響（聯邦憲法法院判決第四十四卷第一二五頁之判決，見第一四五頁處；第五十二卷第六十三頁之判決，見第八十二頁處）。基於這些理由基本法第二十一條第一項第一句明確地承認，政黨有助於國民政治意思之形成，因而具有憲法機構之地位（聯邦憲法法院判決集第一卷第二〇八頁之判決，見第二二五頁；向來見解）。

儘管有這些在憲法中成爲及在與現行憲法法院判決一致的政黨法第一條的政黨之憲法上地位之規定，但政黨在憲法上地位尚非國家機關，而是在公開的多黨體制中自由形成、依自身力量發展、且於自由的基本秩序架構下協力於人民政治意思形成之團體（參照聯邦憲法法院判決第二十卷第五十六頁之判決

，見第一〇一頁以下部份；第五十二卷第六十三頁之判決，見第八十五頁處）。如同做爲自由形成之人民團體，其是以其自己之目標設定及計畫企圖在政治意思形成過程中獲得影響力以介入制度化之國家領域，但本身並非隸屬於這個領域。若政黨須從公家中獲得全部或主要的財務支持，則這將使得它不屬於法人的領域，它仍需受國家之照顧。而這是與基本法第二十一條規定之政黨功能和政黨地位不合的。基本法使得政黨無法以自己在財務上之努力來去除資金欠缺之危險。它以這種危險做爲將政治意思之形成託付給人民的判斷力和主動性之代價。（聯邦憲法法院第二十卷第五十六頁之判決，見第一〇二頁以下部份；第五十二卷第六十三頁之判決，見第八十五頁以下部份）。

如果在這些情形下，立法者依據憲法並無義務要使政黨在履行其任務時能充分得到必要的財務支助，則相反地他也不應阻止政黨在財務上之要求，只要政黨不受到國家之照料，且基本法所維護的人民政治意思形成程序的公開性不被侵害即可（參照聯邦憲法法院判決第二十卷第五十六頁之判決，見第九十九頁及第一〇二頁）。

2. (a) 個人所得稅法第十b條和營利事業所得稅法第九條第三款中對於黨員黨費之支付及對政黨之捐助在稅捐扣減上之擴大，與政黨法第二十二a條所規定之機會平衡金是互相關聯的。這種資助人和捐助人所享受，且間接有利於政黨之稅捐優惠，可能以違反政黨機會平等原則之方式做成。它與機會平衡金的對立在於，依據各政黨在大選時所獲得之有效第二欄票中所佔的比例，它調整了政黨間對國家稅捐免除之決定性影響力。稅捐優惠之維護和機會平衡金二者亦處於一種作用關聯上，無法自其中脫離出來。

因此它們也不可以被分開評價。它們是一個各部份互相調和的整體規範的兩個重要成份，並且被認為是一個完整的概念一致性（參照一九八三年十一月二十九日內政委員會之報告——BT / Dr. 10 / 697 號，第九頁）。如此看來，顯示機會平衡金為被指責的稅捐法規在憲法上的補充。

(b) 藉由對政黨捐贈之稅捐優惠（個人所得稅法第十 b 條、第三十四 g 條、營利事業所得稅法第九條第三款）和機會平衡金（政黨法第二十二 a 條）二項相一致的規範，民主意見和意思形成程序之公開性將不會被侵害。

④ 上述規定使得國家沒有任何可能性去影響政治意思形成之全部程序或政黨中之意思形成：私人的財務給付要給多少以及要給那一政黨，是完全由資助人和捐助人決定的。只要國家藉稅捐免除來便利這些捐贈，並且因此間接地介入受捐助政黨的財務，則由此發生的利益將藉由機會平衡金被廣泛的消除。

機會平衡金之維護並不在德國聯邦眾議院主席團之裁量範圍。政黨可以從機會平衡金的給付中獲得多少，單純是依照它在資助和捐助的收入和其他政黨的關係，和上次眾議院選舉所得之有效的第二欄票之結果來計算的。所有被估計的因素都取決於人民的意願。政黨由公家支助所獲利的程度，以及其分配標準均取決於人民和納稅義務人，私人不可能取得有影響力。

⑤ 政黨也不會因為對資助和捐助的稅捐優惠的維持及與此相關之機會平衡金而落入國家的（強力）照顧中。機會平衡金並未免除政黨尋求其成員及支持者對其行動之財務支助之必要性。它被埋藏入

一項規定中，這項規定應明定者爲基本法中所預設之人民對政黨之自願性財務支助。機會平衡金之意義和目的並非藉由公衆資助給予政黨財務救濟，而是在一項方便人民給予政黨資助之稅法架構下對政黨機會平等之維護。藉此使政黨不受國家照顧。而是在財政方面依據其支持者及選民對其政治努力之確信和回應，並且不致陷入失去其在積極的人民間之基礎的危機。

## II、

訴願人另外指責一項對其機會平等權之侵害：他們政綱黨綱不是向資產階層訴求，因此在個人所得稅法第十b條及營利事業所得稅法第九條第三款的規定下，相對於大捐助者支持的政黨，他們受到歧視。政黨法第二十二a條所規定之機會平衡金在百分之四十稅捐補助的基礎上將無法維護政黨之機會平等。

1. 雖然政黨之機會平等在基本法中未明文規定，但却可以從組黨自由和自由民主之多黨原則中推得（聯邦憲法法院判決第四十七卷第一九八頁判決，見第二二五頁處；向來之見解）。當公權力以涉及政黨平等之方式介入政治意思形成之領域時，其裁量權特別應給予嚴格之界限（聯邦憲法法院判決第八卷第五十一頁之判決，見第六十四頁以下；第二十四卷第三〇〇頁之判決，見第三四一頁處；第四十四卷第一二五頁之判決，見第一四六頁處）。特別地，立法者不可以扭曲現存的競爭情形。機會平等原則一方面並不要求：以建立競爭之平等性爲目的來調整既存之差異。另一方面它禁止立法者藉由財務捐贈方式加劇競爭機會事實上既存之不平等（聯邦憲法法院判決第五十二卷第六十三頁之判決，見第八十九頁

處)。如果立法者就此做成決議，承認對政黨之資助與捐助得在稅賦上減低，則這些規定既不造成對一個或一些政黨之助益或歧視，也不會因為收受捐贈而加劇現有實際競爭機會之不平衡。二者皆不屬本案情形。

2. (a) 所得稅法第十 b 條及法人稅法第九條第三款對政黨之捐贈做爲稅捐扣除之規定若抽離政黨機會平衡金來看，有利於對高所得之納稅義務人具有比其他政黨更大的吸引力之政黨；因此，其違反了政黨機會平等之原則（聯邦憲法法院判決第八卷第五十一頁判決，見第六十五頁以下；第二十四卷第三〇〇頁之判決，見第三五八頁；第五十二卷第六十三頁之判決，見第九十一頁）。立法者之出發點亦是如此（參照內政委員會之報告，一九八三年十一月二十九日，載於 BT / Dr. 10 / 697 號，第八頁）。藉由政黨法第二十二 a 條之機會平衡金規定將可避免此一違憲情形。首先，在機會平衡金的計算上，每個政黨收到會員資助和捐款將依照其年度報告加以總計，並在總額中以百分之四十之比例計算出各個不同額度之捐助額，以使其資助者和捐助者獲得國家稅捐上之優惠。一個政黨，相對於其在上次聯邦衆議院選舉中所獲之選票，若在資助和捐助所得上獲得最高稅捐優惠之間接利益時，它將成爲基準政黨。對它所採用之優惠商數將轉用到其他政黨。它們將自公庫中獲得差額。

這些規定在政黨機會平等的角度上不能非難。如此規定之機會平衡金並未扭曲了現有之競爭情形，它並未觸及各政黨不同之資助和捐助所得。政黨法第二十二 a 條既未對一特定政黨或一些政黨優惠成歧視，亦未加劇了現存競爭機會不公平之情形；它僅僅對各政黨在會員資助和捐助上稅捐優惠所生之不同

影響力加以平衡，二者在稅捐上均以相同方式被考慮。

(b) 政黨法第二十二 a 條第二項之出發點爲：政黨收受資助及捐助的百分之四十比例，是符合了依政黨在稅捐優惠上之間接利益所定出之額度。聲請人主張這些措施是不適當的。對最重視機會平衡金的大捐助者而言，法律上其最高稅額從百分之五十六起算；

政黨法第二十二 a 條第二項出發點在於，對政黨的贊助及捐款數額百分之四十部分，相當於因稅捐優惠而間接有利於政黨的數額。聲請人認此爲不當。在已原則上注意機會平均的大宗捐款情形，一般而言，須自最高稅率百分之五十六起。在營利事業所得稅法，稅捐負擔額必須同樣地以總所得之百分之五十六爲基礎。更進一步必須考慮對教會稅的影響。在考慮這些對贊助及捐款所得的稅捐放棄 (Sener-Verzicht) 部分爲百分之四十可能過於低估，然因把競爭平等置此是不恰當的。此一論證誤解機會平等的原理。

稅捐優惠中包含所得稅義務人依個人所得稅法第十 b 條得扣除對政黨的捐贈，由於累進稅率的設計是依界限或最高稅率所估定，且其在營利事業所得稅高達百分之五十六 (營利事業所得稅法第二十三條第一項)。然而政黨法第二十二 a 條並非宜與稅法上的構成要件相連結，而計算基準係基於政黨在一年中實際所得之贊助及捐款之總額。第二十二 a 條在機會平等數的計算上非基於每次獲得稅捐的利益之納稅義務的捐贈，而係從贊助及捐款的總數出發，因此未考慮這些捐贈是否且以何種方式在個別捐款及贊助數額上有減少稅負的作用。這在政黨的帳目報告亦是無從察知的。

在何種範圍內個人所得稅法第十b條及第三十四g條，營利事業所得稅法第九條第三款中，將導致間接支持政黨以及決定何種分額對總捐助額的稅捐放棄，在變更法律的公告前無法確實預知。稅捐放棄與總捐助額的比例如何，過去並不確定，而且只是估計，但無疑立法者爲如此令人不滿意的規定。

關於法律作用的不確定性並未排除立法者規定法律的權限，即使法律有廣大作用力的。另一方面，這些不確定性並非如這憲法法院的審查，故不能據此建立令人接受的立法者的預測之判斷餘地。預測，包含可能性的判斷，其基礎能夠且必須被證明。在個別立法者估計的權力取決於各種不同的因素，特別是說明中存在事物領域的特性、無數確實的判決的可能性及在過程中存在的法益之重要性。在現今的關聯上，立法者採取所得稅法第十b條及第三十四g條，營利事業所得稅法第九條第三款的規定，在有利於政黨下透過稅捐放棄以及所有捐助的百分之四十的額度爲國家間接上的支持，可能只在憲法上須責難的是，當立法者採取由於憲法對其預測存在的請求是不正確時，如此則須予否定。

間接有利於政黨的分額之稅捐放棄完全取決於贊助及捐款額在何種程度及何種範圍內在稅法上有積極作用。雖然贊助及捐款作爲國家政策目的上的支持的支出在稅捐上是可以考量的。稅捐上此項捐助在個人可行，自所得或工資稅負中分析出來。但在下列個人的情形不適用或是嚴格限制之，即符合所得稅法第三條完全或大部分免稅的收入。類此適用於法定定期金保險之定期金領取人，即依個人所得稅法第二十二條第一款的規定收入，只以所謂收益額納稅者。到何種程度源自人際範圍的會員捐助及小額捐款則未肯定。依個人所得稅法第三十四g條，只有當所得稅申請工資稅年平均時，爲所得稅所評定的工資

稅義務包含稅負優惠。這並非所有依經驗考慮的情況中出現。

然而在爲了所得稅而估定的稅負義務可能依個人所得稅法第十b條得扣除的捐贈不會或者僅以極小的稅負利益發生作用。故超出個人所得稅法第三十四g條的界限之外，且依個人所得稅法第十b條得扣除的捐助在稅捐只有當捐助至少以特別支出——該特支總額逾二百七十馬克者（個人所得稅法第十c條第一項）。納稅義務其收入總額在高範圍可因特別支出不尋常的負擔或者是在所得稅法第二條第五項的意義下得扣除的捐贈而予以減少。且欲納稅的所得因此在下列比例區域內或其附近者，依個人所得稅法第十b條予以有利的稅負優惠僅基於低界限的稅率基礎。故在稅負減低的考慮下依個人所得稅法第三十四g條，涉及總體費用支出，僅要求極少的稅負利益。

只有扣除界限的捐助之支出爲支持國家政策目的而超出，同樣地在稅捐上不生作用。故在此對捐助及贊助額的稅捐放棄額降低。而在何種範圍所得稅義務基於各種所得群適用個人所得稅法第十b條的可能性以及在何種程度對此高所得之納稅義務之計算均是不確定的。

在營利事業所得稅中並非對所有的營利事業稅負義務適用百分之五十六稅率。依營利事業所得稅法第二十三條第二項，減輕在營利事業所得稅法第一條第一項第三到六款意義下的納稅義務到百分之五十。此外政黨的帳目報告書並非排除法人所得稅義務人是否在參與對政黨捐助額中值得注意的分額。

儘管不能確實估計，國家對資助及捐款數額稅捐上的放棄總計的數量是多少。這取決於許多難以一目了然的情況及捐助者不能確實預見的行爲。立法者採取對贊助及捐助者總額的稅捐放棄總計是百分之

四十。這是遵循由聯邦總統委任的專門委員會的建議。其看法是，擬制的百分之四十的稅率較接近現實。對此提出的有力理由，未因聲請人的報告而有所動搖。因此，係爭的規定將導致政黨競爭機會的重大扭曲並無根據。侵害聲請人機會平等權利在此觀點下亦不明顯。

然而此一確認並未免除立法者衡量法律變更事實上作用的預測之正確性的義務，對此須有統計上的資料且如果有必要修正政黨法第二十二 a 條第二項的百分比率。因此立法者須觀察其判斷餘地在此範圍內是嚴格訂定的。

(c) 最後在憲法上毫無疑問的，政黨依最後選舉結果若在定期舉辦的聯邦選舉中有效投出的選票少於百分之零點五，亦不在享受機會平衡金之列（政黨法第二十二 a 條第一項）。任何政黨欲對政治意志的形成產生影響和參加國會中人民的代表，無論如何皆被要求民衆某種共鳴的證明。然而另一方面存在的危險是，零星團體只能參與競選，因為參與的機會平均計算及爲選舉費用的償還。當立法者對抗這項危險也同時阻礙選票及政黨過度分散的危險。但這在憲法上是不應加以指摘的。

### III、

修正法第一條第三 b 款對政黨法第十八條新增了第六項，依此，該次競選經費中公共資助所補償部份之總額不得超過政黨依政黨法第二十四條第二項第一至五款和第八款規定在第二年（曆年）聯邦衆議院競選經費之補助和第三年補助之總收入。超過此一限制之補助金額時在下次補助支出中扣除。這些規定並未在訴願人之機會平等權上造成侵害。

1. 由國家對政黨補助其競選所需經費，在憲法上並未論及（聯邦憲法法院判決第二十卷第五十六頁之判決，見第一一三頁以下；第二十四卷第三〇〇頁之判決，見第三〇六頁處；第四十一卷第三九九頁之判決，見第四一四頁處）。若立法者擬對競選經費之補助加以規範，則在這些規定上他應尊重機會平等原則和政黨不受國家干涉原則（聯邦憲法法院判決第二十卷第五十六頁之判決，見第一一六頁處；第五十二卷第六十三頁之判決，見八十八頁處）。

當然，對競選經費之補助目的並非滿足政黨常設組織之運作費用和其活動經費，它們和競選無直接關係。能夠補助者僅是在當時之政治、經濟和社會關係下為競選行為所必需之花費。它並非依每個政黨自己認定之適當競選經費而定。立法者須自己為一個客觀之標準傷腦筋（聯邦憲法法院判決第二十卷第五十六頁之判決，見一一五頁以下；向來之見解）。現行之規定並未超越了在競選經費補助上所定之限制。競選所需之經費不能從政黨事實上所需之費用去求出，而是以每個選舉人五馬克方式統計，並且依選舉結果之標準分配給每個有資格分得之政黨（政黨法第十八條第一項第二句及第三項）。這項統計本身並未觸及憲法上之思考，因為它簡化了補助程序，准許補助支出做純粹計算上之分配，並排除了裁量性決定（聯邦憲法法院判決第二十四卷第三〇〇頁之判決，見第三三五頁處）。雖然在這些規定中，政黨實際之競選花費不會少於補助數額。這項統計仍可能導致，政黨獲得的競選補助高於其實際的花費。

政黨不受國家干涉的原則禁止政黨財務需求的滿足完全或主要得自於官方資助（參照聯邦憲法第二十卷第五十六頁之判決，見第一〇二頁處；第五十二卷第六十三頁之判決，見第八十五頁處）。另一方

面、機會平等原則要求對所有參加競選的政黨在競選經費補助上給予平等的考慮；對政黨給予不同的待遇只有在具有憲法上特別重要的理由才被允許（參照聯邦憲法法院判決第二十卷第五十六頁之判決，見第一一六頁以下；第二十四卷第三〇〇頁之判決，見第三三九頁以下及第三四四頁以下；向來之見解）。如果依據這些法律的規定，競選經費補助對一個政黨造成其財務主要由國家補助時，這兩項原則即可能存在一個矛盾。這項矛盾只有在獲知在具體情況下那一項憲法原則具有較高之重要性時才能解決。對於較重要者應優先考慮。其他附帶注意的憲法原則退讓。在此只有將其壓抑，如同所特別要求的；它的實質義涵則必須儘可能地尊重與參照聯邦憲法法院判決第二卷第一頁之判決，見第七十二頁以下；第二十八卷第二四三頁之判決，見第二六一頁處）。

在此處所提到的關係中，不受國家干涉之原則具有優先性。基本法第二十一條將政黨結構認定為將自由組織和自立發展的團體（參照聯邦憲法法院判決第二十卷第五十六頁之判決，見第一〇七頁以下）；它禁止以財政資助方式來完全地或主要地滿足政黨之財務需求。一旦這項要求因競選經費之補助而遭破壞，則它事實上將被犧牲。如果在此它受到重視，則經由得自於機會平等原則之要求，基本上所有參加競選的政黨在競選經費補助的分配上不會受到壓抑，但會遭限制。因此，在憲法上不能對此加以指責，因為機會平等原則允許基於特別重要的理由對政黨有不同的待遇。這項特別的理由為維持政黨不受國家干涉原則的優先性，這在政黨法第十八條第六項中被實現。這些規定中競選經費之補助被限制於政黨本身收入之範圍內，它們並非為了考慮政黨不受國家干涉原則而得出的。

2. 在侵害政黨機會平等原則方面，若政黨法第十八條第六項對創立中之政黨以特別方式考慮其重要性，則違反此原則之可能將更減少。要先確認的是，無論一政黨是否自認爲在創立中，政黨不受國家干涉原則仍能獨立適用。基本法無法使這些政黨免除財政自足之危險。特別地補助競選經費之目的並非在提供政黨開支中與競選活動無直接關係部份之財源，相反地這是自力發展的政黨的任務，如同基本法中所理解者。

然而，在此之外，創立中之政黨所要面對的是，政黨法第十八條第六項所規定的，爲了比照依政黨法第二十四條第二項第一至五款和第八款所定政黨全部收入和競選經費補助二者而定出的四年調整期間，將在聯邦衆議院競選補助之第二年終止。就此，一個新成立而在選舉中贏得足夠多席次的政黨仍有可能在選舉年及其後兩年中加強其財源。這將視其所得的選舉結果而定。政黨法第十八條第六項所定的調整期間事實上排除了以下情形，即一個新的政黨被列入在它尚未存在及尙無自己的收入的期間內。

從以上的討論可知：依據經驗新成立或創立中的政黨可以考慮由其成員擔任義務性工作之特殊方式，並將之計入其收入內。依據政黨法第二十六條第一項第一句，基本上所有政黨之外來金錢或具金錢價值之給付都被當作收入。非金錢之經濟利益，亦要以一般商務往來中相當之給付爲準估算爲通常應支付之價金（政黨法第二十六條第三項）。然而依據政黨法第二十七條第三項第一句，政黨黨員在商業行爲外無償提供之物品、工作及勞務上之給付，或在個別情形中未超過一千馬克價值者，均不予

考慮。第一句亦適用於政黨宣傳活動之舉辦和措施的擔負上。在這些可能性中，政黨得合法的利用（一九八四年成果報告，載於 *BT/Dr. 10/410* 號，*10/4626* 號）。另一方面，亦未阻止政黨將這類由其黨員無償提供之物品、工作或勞務之給付，及政黨宣傳之措施，計入其收入內。藉此，因欠缺大的資助和捐助收入而須廣泛倚賴黨員無償協助的政黨，其重要性亦受到政黨法第十八條第六項之考慮。

3. 另外，如同訴願人所指出的，政黨法第十八條第六項及第二十四條第二項不能使政黨爲了逃避第十八條第六項所定競選經費補助限制而藉貸款提高其收入。因貸款所得之金錢並非政黨法第二十四條第二項意義之「收入」，因爲貸款金額只能在有限的期間內利用，並且須返還。政黨法第二十四條第三項第六款僅將租金引入報告義務人之任務內，而不包括清償貸款之花費。

整個發展過程證實了政黨法第二十四條第二項第八款未將貸款所得列入「其他收入」中。一九八三年十一月二十九日的報告中做成內部決議，以便澄清在一九八三年十一月九日事實審理中出現之疑慮，即政黨可能藉由貸款之取得規避政黨法第十八條第六項所規定對競選經費補助之限制，所以政黨法第二十四條第二項第八款應被理解爲，貸款不再列入爲收入。由於貸款所得之金錢須負清償義務，所以這項所得不能改善其收入情形。這種令人擔心的收入總額操作在委員會提出修正後自始即不被允許。

4. 政黨不受國家干涉原則不會因以下情形被侵犯，即在政黨法第十八條第六項——和政黨法第二十四條第二項第五款一併討論下——的範圍內，機會平等金之收入被當作是政黨自己的收入。這點得

自於以個人所得稅法第十 b 條和第二十四 g 條，營利事業所得稅法第九條第三款，和政黨法第二十二 a 條爲基礎所包含之整個法律體系中。機會平等金的支付目的在於調整因爲國家稅捐免除所招致或所促使之私人捐贈對政黨造成之利益，只有把它當做政黨本身的收入才合乎一貫性。

5. 何以將「政黨在黨團成員津貼上之收入」視作國家對政黨之財務補助，這點在提案書上並未見其理由，而且也不清楚。雖然衆議員的津貼是來自於官方資助。但這並未改變了將黨團成員之捐助當作是議員對政黨之捐贈這件事情。因此，它應該被列入政黨法第十八條第六項所謂之政黨總收入中。

E、

1. 只要修正法第四條第三款和第五條第二款中所含之所得稅法第十 b 條第一項第一句和法人稅法第九條第三款第一句中，就爲了國家政策目的之支付之金錢，在依據所得、收入之總額，或總營業額，以及在該年中所花費之工資來衡量支出的稅捐減免範圍，而非對每個納稅義務人均限制在相同之十萬馬克額度以下，則它們與平等原則不符；侵害了訴願人基本法第三條第一項之權利。

基於立法者之形成自由，本庭認爲本案不宜考慮採用（部份）無效宣告之方式，因爲存在有其他許多排除違憲之可能性（參照聯邦憲法法院判決第六十一卷第四十三頁之判決，見第六十八頁及不見意見書）。應以何種方法才消除對人民平等參與政治意思形成原則之侵害，必須交由立法者決定。在其所制定之範圍內，立法者必須決定，爲了國家政治目的之支出在多少數額內可以扣減。是否這項對每個納稅義務人相同的額度在未來應該是所得稅法第十 b 條和法人稅法第九條第三款可受稅捐優惠支

出以外另一項可予扣除者，仍由立法者裁量。鑑於立法者之形成空間，對被指責之規範宣告無效的方式是不予考慮的（參照聯邦憲法法院第二十八條第二二七頁之判決，見第二四二頁以下；第六十一卷第四十三頁之判決，見第六十八頁處；第六十二卷第三七四頁之判決，見第三九一頁處；向來之見解）。此一判決在與基本法不一致的確認上給予限制。

若一項規範被宣告與基本法抵觸，則基本上將發生以下後果，即在其原來事項範圍內，法院和行政機關必須不再予以適用（聯邦憲法法院判決第三十七卷第二一七頁之判決，見第二六一頁處；第五十五卷第一〇〇頁之判決，見第一一〇頁處；第六十一卷第三一九頁之判決，見第三五六頁處）。這項宗例中所要求的是，當新法規未生效前，應適用過渡性法規，藉此所避免的是發生法律真空情形，和使納稅義務人和機關處於法律狀態不安定之情形（參照聯邦憲法法院第三十七卷第二一七頁之判決，見第二六一頁）。

所得稅法第十b條和法人稅法第九條第三款藉以下的標準被當成暫時性之稅捐確定來適用，即每個納稅義務人在國家政治目的的要求上的支出——在百分比規定廢止後——在十萬馬克限度內是可以扣除的。

藉此將預防一項危險，即捐助政黨超過十萬馬克之納稅義務人獲得已往確定且全額的稅捐優惠。另外要避免的是，納稅義務人在給付超過營業總額百分之五的政治目的支出，並在所得稅法第十b條適用下否認其捐贈之稅捐上考慮後，能對稅捐通知之持續效力提出異議。

2. 財政機關應審查——與稅捐稽徵法第一七六條第一項無關——是否在本判決公布前因信賴修正法中所得稅法第十b條及法人稅法第九條第三款之完全效力而已給付政黨捐助之納稅義務人能維持其依這些法規所享有之稅捐優惠（參照聯邦憲法法院判決第八卷第五十一頁之判決，見第七十一頁處）。

3. 本判決關於訴願人在必要費用之補償部份是依據聯邦憲法法院法第三十四a條第二項。補償義務人爲德意志聯邦，它被確定地指責爲違憲。

聯邦憲法法院法官 Bockenforde 先生對第二庭一九八六年七月十四日判決——2BVE2/84, 2BVR 422/84——之不同意書

譯者：高文崙

基本上我對本判決有兩點無法同意，即一國民平等地參與政治意見形成的權利，要求只有當自然人對政黨為捐獻時，方能有稅法上的優惠；再者，也不允許將捐助政黨適用一般稅率的額度，訂在十萬馬克。

I、

原則上個人可以自由決定是否或在何種範圍內使用本身之資金以資助任何合法目的的行動或團體——也包括對政治意見的形成施予影響——這符合政治意見形成程序公開化之原則，如同憲法所保障的，同時也符合社會生活的自由秩序。依此，對政黨為財政上之捐助，在德國法秩序內是不被禁止。任何人，當然也包括法人都可對政黨為捐助行為。其合法性並非在於它有理想上的理由，亦即在政治競爭中為其本身的政治確信而去製造更強的影響力；也不在於為追求經濟或其它利益的實際上理由。基本法第二十一條第一項第四句要求政黨應公開說明其資金的來源，用以預防政治意見形成過程中，有透過財政手段

的運作，而偏向特定團體或設定目標，所可能產生的危險。政黨法（第二十五條第二項）更進一步具體化此項義務，規定每年捐贈價值超過兩萬馬克者，應予具名列出。

## II、

前述判決關於捐助政黨的憲法上問題，並不在對政黨財政捐助本身，而在於質疑國家對捐助行為的稅法上優惠。當國家給予稅法上的優惠及因此放棄它應有的課稅時，國家對此捐助行為的優惠應限於何種程度呢？若國家給予免稅或減稅，則同時牽涉到所有的納稅人，因為捐助人應繳而未繳的稅，必須由所有的人共同負擔，而使得其它的納稅人間接地成爲「捐助人」。（參閱美國最高法院判決 *Bob Jones et. v. U. S.* 81-3 24 May, 1983）

1. 本判決——如迄今之裁判——其出發點是國家基於憲法，並無義務對政黨的捐助給予稅法上的優惠，但也不禁止。惟若國家給予稅法上的優惠，則在此關係到國民平等參與政治意見形成的權利，此權利源於平等原則及民主原則。又不僅涵括選舉本身，且延伸至政治意見形成的前階段，包括對政黨的支特。此處之平等權要求，非指比例的平等——而是關聯到合法的民主原則——，是指嚴格及形式的平等，這是憲法法院自第一次關於捐助政黨的判決以來的裁判原則。本庭之判決係接受上述裁判意見，並立於其出發點，更在本案判決中進一步發展，認爲捐助政黨之應稅額不得以捐助金額之百分比訂定界限——也許這符合比例的平等——，而應依其它相同金額之最高額度訂之。這見解由國民平等參與政治意見形成的權利看來，理論上是一貫的，而我也贊成。

2. 但如國家依此方式，對捐助政黨者給予稅法上之利益，因而牽涉到國民平等參與政治意見形成的權利時，則必定會導出與此判決不同之結果，亦即只有由自然人為捐助入時方能享有這種利益，而法人、社團、及團體組織稅法所稱之財團（以下皆稱法人）則否。

此處之法人，本身並沒有政治的參與權利，特別是以選舉及被選舉權的形式，參與政治意見的形式。但如果對於捐助政黨的優惠，是規範及界定國民平等參與政治意見形成的權利之原則，則稅法上的優惠即不應包括法人，法人——不同於自然人，即使自然人正有潛在的未成年人——，經一開始原則上就被排除於此種權利之外。

此外應注意，在法人背後依舊有自然人存在，用以掌理法人，並透過法人追求其利益與優勢。法人是代表著某個或某些自然人依法律所形成，並且獨立的利益，而被他們所追求。如果法人對政黨所為之捐助享有稅法上的利益，則法人背後之自然人會因此而不公平地取得額外稅法上利益的影響力，剝奪其他國民政治意見的形成，這種效果特別是在一人公司及極為普遍的股份有限公司顯現出來。公司負責入得以兩度利用稅法上的優惠，而直至規定的額度上限。同樣地，這種情形也會依股份之多寡，發生在有多數成員的合夥及社團上。

這種稅法上的優惠在實際上特別有利於企業或團體，但在民主體系中並無合理性的基礎，民主並不排除在政治意見形成中照顧自身的利益，並使用財政上的手段，所排除的只是國家對這樣的手段給予稅法上的優惠。聯邦憲法法院在先前的判決中，基於政黨自由的觀點，對於法人資助政黨給予稅法上的優

惠，認為沒有憲法上的疑慮。但因當時只牽涉到六百馬克的捐助額度，對照民主的國民平等（*Bürgergleichheit*），實際上並沒有任何影響。本庭現在接受其說理基礎，並且同時將捐助的優惠額度，提高到十萬馬克，對於關係重大的「民主的國民平等」，則隻字未提。

合法規避以及脫法來作政黨捐獻的危險——它可能使得我們所企求的政黨捐獻的透明化目標落空——這種指出並不能取代或補償上面所述者，爲了得到自己之稅法上的利益而作合法的規避及非法的規避，幾乎存在於每一條稅法法規上，法律上不應該忽略必要或有意義的規定，反而應規定防護措施，使之能夠確保相關的規定，一如立法者規定政黨法第二十五條第一項者然。透過規避的方式而違反政黨捐助透明化的可能性及風險，所在多有，這和法人捐助而給予稅法上的優惠無關。（企業、利益集團可以首先預定資助某自然人，然後再由該自然人轉捐助給政黨，而原來的金主亦未露面；企業集團亦可一再地透過它的關係企業捐助兩萬馬克，以規避政黨法第二十五條第二項的具名義務）。更大的誘因去採取此種規避方式，可能在於同時可以非法地取得稅法上的利益，但如立法者一開始便放棄相關的規定，而不立即採取必要的防護措施，那是徹底投降了。

3. 另有一種情況是聽任每個國民，透過許多組織，以不同的角色不斷地影響政治意見的形成——例如作爲教會的成員透過教會組織，作爲勞工則透過工會，還有手工業者、屋主等等則透過相關的團體或組織，由此更毫無疑問地可知，對於政黨捐助給予稅法上的優惠必須僅限於自然人。這些活動無法在選舉或選舉的前階段增加每個國民的政治參與權，此時的政治意見形成是以取得政治上的多數爲目標，而

後實行國家權力，制定使所有人必須服從的決定。這部份狹義的政治意見形成所適用的民主原則是一人一票，如果特定的國民，以法人組織的方式影響政治意見的形成，並利用法人一再地獲得國家稅法上的優惠，則違反了這個原則。

4. 將捐助政黨給予稅法上的優惠，限縮到自然人並非是恣意且違反平等的，因為法人仍舊享有其他優惠的捐助可能。例如以宗教、文化政策或科學為目的之捐助，不同於對政黨的捐助，不參與獲得政治權力的競爭，後者是以拘束力的形式對所有人實行國家權力，故在此並不牽涉到民主的平等。毋寧只關係到國家將這些目的視為其任務的支持或補助，並因此表示國家有必要給予補助，任何人可以在國家規定的額度內受到稅法上的優惠。在此，規範此一事實的原則是一般平等原則，而不是國民平等參與政治意見形成的權利。

在判決中所透露出的顧慮，即越來越多因資助政黨而受有稅法上優惠的團體——也包括法人——，直接影響政治事件，並在此範圍內變成政黨而介入競爭，對此沒有任何對策，一方面是影響政治意見形成的方式，由於組織受有稅法上的優惠，及影響及參與政黨之政治意見的形成，直接以獲得並實行國家權力為目的，另一方面，稅法第五十一條以下對於稅法上優惠的目的，認定過於寬鬆，將直接並以影響政治意見形成為目標的組織也包括在內，在此實不應把捐助政黨劃歸憲法上規定給予稅法優惠的範圍，這點應於其後適用稅法規定時給予修正。

### III、

本庭判決，基於立法者認為政黨間機會平等的規定，現在允許對政黨捐助給予優惠的應稅額提高到十萬馬克，依個人見解，此點不符合憲法上國民平等參與政治意見形成的要求。

1. 立法者所採的機會均等，是保障政黨之間平等地參與政治意見的形成，此種平等是機會的平等。它禁止將捐助政黨所得稅法上的利益，全由受贈政黨一黨享有，此利益是按收入多寡，依累進稅率，於不同級距絕對且比例地課征，應按照政黨獲得選票數量之標準比例分配。即因此未受捐助之政黨，應由國庫支應不足之款項。於此不僅是某一個資力雄厚的政黨，異於其他政黨而受到國家稅法上的優惠，而且所有牽涉到機會平等的政黨，也因此獲得依機會比例應得的部份。

不過依然有補助特定個人政治意見的情形存在，於累進的租稅減免中，收入較高的國民，透過對政黨的捐助，比收入低的國民，更能依捐助多寡取得更強的政治影響力。至於可在如何範圍內給予優惠，在本件 C II 1. C 的判決處中已有概括的說明：取消依收入或所得之百分比而訂定之應稅界限，則更強化了此種影響力。

2. 本庭在判決中認為現存制度對個人給予不同的稅法上優惠，並因此基於各政黨間機會平等的規定，在不同的級距中對政治意見的形成產生影響力，亦即將應稅的額度提高到十萬馬克，這在憲法上並非達須加以重視程度之重要，僅在某特定人透過對政黨的捐取而能取得「特定的影響」時，才違反國民平等參與政治意見形成的權利。因此本庭在判決中已相當程度地放棄了聯邦憲法法院對於政黨捐助的判決。迄今為止，聯邦憲法法院對於捐助政黨而給予稅法上優惠，一直是以兩個憲法上的觀點作為檢驗及判

斷的依據：即政黨機會平等的權利，與個人平等參與政治意見形成的權利，二者的關係是獨立而併存的。

但是，果真二者是獨立而併存，則應說明政黨間機會平衡金的規定為何及在某程度範圍內除去或減緩了國民影響政治意見的差別優惠。本判決只檢視其它非以此為重點的判決（判決C II、30 C.S. 521-53、及III S 55），而來正面回答此問題。只要個人所得稅法第三十四條所規定百分之五十之稅法上優惠存在並發生作用，即可排除此不平等；但只要捐款數額超過所稱金額（一千二百馬克及二千四百馬克），依舊是捐款高者比捐款低者，於捐助政黨時，節省更多的稅金。可以說，前者的政治意見受到了獎勵。（聯邦憲法法院判決集第八卷第五十一頁以下，此處第六十九頁）。雖然捐款多者不能使因此節省下來的稅金，全歸於他所偏好的政黨，而國家必要的時候，為公平地分配稅法上的補助，會依得票比例的多寡，對其它政黨為平衡給付。但他依然有可能透過此項依累進級距節省下來的金額，由他所支持的政黨加以支配，而該政黨也能全數得有；他因而比捐款少者更有政治上的影響力，並製造特別的形像（如慈善家）而在政黨中取得特殊的影響力，機會平衡金（之引進）在此無力扭轉此一情事。「對於影響政治意見之形成，依捐款之額度在法律上給予不同之處遇，不符合形式平等之原則，形式平等是支配自由民主制度中政治權利之行使的原則」。（聯邦憲法法院判決集第八卷第五十一頁以下，此處第六十九頁以下）

3. 若本庭因顧慮到政黨間機會之均等，而忽略了關係到國民彼此之間的形式平等，則政黨機會平衡

金的重要性將超過國民的平等，個人以為這在憲法上不能成立。民主制度中政治意見形成之程序，如同基本法所規定的，其出發點是構成整個民族的國民（基本法第二十條第二項第一句）。及其平等地參與政治意見形成的權利（第三條第一項，連同第二十條第一、二項，第三十八條第一項第一句）。政黨是國家中國民意志的媒介，並應以國民為依歸，它參與人民政治意見的形成（基本法第二十一條第一項），但非唯一形成政治意見的主體，而只能以國民為其合法性之根據。政治意見形成之程序，其規範上之重點，在於民主制度中國民之平等，在於國民平等地參與政治意見之形成。政黨機會平等之權利即基於國民此種權利而來。正因為如此，它不是絕對形式之平等，而是依照追隨者，或者說是選票之數量而有所區別的平等，這也不是結果的平等，而是針對機會的平等（參照 *Andi*：嚴格及形式的平等原則，*DStV* 1984, S. 85），建立政黨間機會的平等，不能取代遵守民主制度中國民的平等，對於此原則的違反，也無法加以補救，或在憲法上不受質疑。

4. 若符合迄今的判決，且個人亦認為是憲法所要求的，國民平等地參與政治意見形成的權利，獨立於政黨機會平等原則而存在，則無法正當化將對政黨捐獻優惠之最高應稅額，提高到十萬馬克。此金額約在國民年平均收入二又二分之一到三倍之間（工、商業職員約四萬五千馬克；勞工約三萬五千馬克，參閱聯邦統計局，一九八五年西德統計年鑑）。很明顯地可以看出，沒有國民能夠達到甚至靠近這個標準，而顯示捐款的差異，所以捐款多者絕對地，且依其比例占有優勢。聯邦憲法法院一九六八年認為六百及一千二百馬克之應稅額，並無問題（聯邦憲法法院判決 24, 300 [360 頁以下]），一九七九年確認

可依社會情勢的變遷，適度提高此額度（聯邦憲法法院判決 52, 63 [ 94 ]）。之後，立法者於平均國民所能負擔的範圍內，制定 EStG 34g 條，將金額一千二百至二千四百馬克的捐款給予百分之五十的稅法上優惠，而在此限額內，解決分享租稅優惠差異的問題。立法者於此有自由決定的空間，但課稅額之提高，仍應使一般受薪階級有可能依比例，於不同的級距中受到稅法上的優惠，此界限是為保障國民平等參與政治意見的形成，故有訂定的必要。

此外，即便依據本庭的基本觀點也能有充分的理由，將給予稅法上優惠的最高金額，遠遠地降低十萬馬克以下。因為稅法上的優惠也適用到法人對政黨的捐助，而本庭所規定的界限，於規定當時，即已形同虛設。不僅只牽涉到一人公司及類似的組織，只須看看企業集團，不必太大，即可知如何快速地聚集十家或十家以上，以法人形式出現而受該集團影響或控制的關係企業，而依本庭的法律見解，各家皆可在十萬馬克的範圍內，受到稅法上的優惠。這很輕易地開啓了對政黨百萬馬克的捐助，而又受有優惠的途徑。不知道該如何以此方式阻止受國家稅法優惠而對政黨造成的特定影響力——這點是本庭認為應加以規範的——，也絲毫無法構成國民平等參與政治意見形成的權利。結果是本庭幾乎賦予資力雄厚的利益團體，得以輕易地利用稅上的優勢影響政治意見的形成。

#### IV、

針對此處憲法上應注意對捐助政黨之稅法上的限制，可能有不同意見，認為會導致政黨財源枯竭之結果，而使得過去發生利益輸送而危害法律秩序之情形，再度出現，並趨使政黨與財團掛鉤。此種情形

之出現只有在政黨除此受有稅法優惠的捐款外，並無其它重大財政收入時才會產生。

但情形並非如此。

首先，由一九八四年政黨的財務報告顯示，政黨絕大部份的財政收入來自成員，或類似的款項（CDU 83.3 Mio CSU 14.7 Mio. DIE GRÜNEN 3.7 Mio, F. D. P. 7.9 Mio. SPD. 98. 1 Mio）。除此之外的捐款 CDU 24 Mio, CSU 12.4 Mio, DIE GRÜNEN. 5.5 Mio. F. D. P 8.7 Mio, SPD. 16.2 Mio）。這些款項在財務首長口頭審理的報告中，顯示大部份是金額五千馬克以下的捐款，仍在合法優惠的範圍之內，因此目前在政黨的財源中並非微不足道。

其次，政黨可獲得選舉墊款作為國家對它直接的捐助（政黨法第十八條以下），此聯邦憲法法院亦認為合法的墊款，並非依實際的支出估算，而是以選舉人為計算標準，而金額的計算是：聯邦眾議院及歐洲議會選舉每人五馬克，邦議會每人三點五或五馬克。一九八三年聯邦眾議院及一九八四年歐洲議會選舉總共支出選舉墊款約二億二千萬馬克，邦議會約二億一千六百萬馬克。因歐洲議會選舉每五年舉行一次，聯邦眾議院及邦議會每四年一次（例外有北萊茵西法蘭及薩蘭邦），總計每年國家的補助一億四千五百萬馬克，而由各政黨依得票比例分配。另外依政黨法第二十條第一項規定自選舉期間之第二年起，可分期給予日後的選舉墊款，因而依其功能，該墊款便成為政黨部分的基本資助（參閱 Grimm. 政黨，刊於 Hdb Verfr. 1983. S317）。各政黨皆希望資金有效地預付，並量入為出，而墊款的作用不小，可以說非常大。

因此，總計各政黨可能的財政支援之後，而依其估計仍有不足時，表示財政需求上客觀標準出了問題。我們有理由懷疑，首先是否我們的選舉投入過多的財力或裝備，其次特別重要的是，是否政黨機構的不斷擴充，對於目前由國民對國家所形成的民主是必須的，並且合乎政黨參與國民政治意見形成的根本任務。自建立選舉墊款制度以來，上述的發展並非偶然，而其廣續則導致不斷地增高財政需求，強化政黨之機構及政黨中寡斷的因素，並使得政治活動變成政黨的職業活動。議員的選舉，及反映各階層之國民與主要職業分佈的議會，不可避免地須忍受上述的情況，現代自由國家的命運，正如 D. Scheuner 所說的，與國會的命運有密不可分的關係（參閱 Scheuner 著，現代民主、憲法及憲政中的代議原則，載於 H. Huber 60 歲祝壽文集 1961, 222 頁），若由於遵守政黨捐助在憲法上的限制，而使政黨財政「短缺」，並導致某程度專業化的降低而無法繼續維持，這對於德國的民主，及作為國民與國家媒介的政黨而言，未必是壞事。

聯邦憲法法院法官 Mährenhole 簽名

聯邦憲法法院法官 Bockenforde 簽名。

我贊同此不同意見書

## 關於「一九九〇年全德選舉之選舉法」之判決

1. 聯邦憲法法院判決第八十二輯第三百二十二頁至第三百五十二頁

判決要旨：

譯者：張稚川

1. 由形式的選舉權利平等待遇及政黨機會平等待遇的原則中，可以得出以下結論：即上述的原則，限制了立法者，在對於關係到政治性團體事項的選舉法施行細則中，只留下一個狹窄的活動空間來標榜作不同處理之待遇。而上述的這種差別待遇是隨時需要一個令人信服的理由來為其正當與否辯護的。

2. a) 關於門檻條款是否合於選舉平等原則一事，並不能夠一次就被抽象的判斷地判斷出來，從而門檻條款在作成時，它適用之邦之各種情況應被予以考量。

b) 選舉法的立法者若發現了百分之五數額的門檻條款規定。必須將不再繼續被允許存在之特殊情況，則它必須在立法時考慮及之。在此等情形下。此際，它原則上是自由地，放棄一項門檻條款的適用，或者是降低百分之五的額數，或者是採取其他適當的措施。他認為留下其百分之五數額的限制條款仍是

適當的，但是要減輕這項額數限制的影響，於是，必須對所要採取的手段做一決定，以求取獲致到適當的緩和效果，就該手段而言，必須和憲法一致，尤其是在滿足政黨選舉權利平等對待及機會平等的原則之部分。

3. 一選舉法若依其規定使得政黨可能結合其在各邦的候選人名冊，以爲了能夠做爲克服百分之五門檻條款的計算共同體，則該法律左右——與此不同的是一項規定，這項規定允許政黨提出一份共同的名單（單一名單）——選舉投票的結果；倘若其未具令人信服的理由便和選舉及機會平等的原則不符。

4. a) 德意志聯邦衆議院的第一次全德地區選舉，乃是被認爲係在特別情況下選舉，所以此次選舉不允許對於有關適用以往選舉區域中所存在的百分之五的門檻數額條款，做不可修改的堅持。

b) 在本次選舉的特殊情形之下，一項限制條款是在憲法上沒有問題的，當此項門檻條款並非涉及全部的選舉領域；而只是使得政黨能拉近不平等的差距——當這些政黨之提名單或者是獲得了在包括西柏林在內以往德意志聯邦共和國領土境內或者是包括東柏林在內的以往德意志民主共和國領土中選票的百分之五數額的話。

c) 在德意志民主共和國的領土中，這些參與選舉的政黨或政治性團體所面對的不同「起跑狀況」，並不能夠藉著門檻條款地區化的方式來獲得充分的平衡。爲求補償，乃對於各政黨及政治團體提供了一「共同名單」之許可機會，只要這些政黨團體在東德境內有登記的話。

聯邦憲法法院第二庭於西元一九九〇年九月二十九日基於同年月二十六日之言詞辯論所爲判決，在

本件判決中主要是要確認如下之訴之聲明（按：計有三件機關權利爭執，以下I、II、III，以及一件憲法訴願，以下IV）：

## I、

1. 德意志聯邦眾議院已經侵害了原告根據基本法三十八條一項及基本法二十一條所享有的權利，亦即聯邦眾議院通過了爲了準備及執行在德意志聯邦共和國與德意志民主共和國之間舉行的首次全德地區選舉，而於一九九〇年八月三日簽訂的條約暨其八月二十日修正案之中的第一條，並且於上開法案的第二條第二款中，對於聯邦選舉法第五十三條第二項採取第一項修改的規定，但却保留聯邦選舉法（一九七五年九月一日公布版本）中第六條第六項中規定的門檻條款。此項條款係規定，不同政黨之提名單——設若這些政黨仍未在柏林外之任何一邦中各自提出政黨提名單——不得經由政黨對聯邦選委會之聲明而連結成一名單。

2. 德意志聯邦參議院已經侵害了原告根據基本法第三十八條第一項及基本法第二十一條所享有的權利，因爲它同意通過了於一九九〇年八月三日的德意志聯邦共和國及德意志民主共和國之間首次全德地區聯邦眾議院選舉之準備與執行條約法案暨其八月二十日修正案的第一條及第二條第二款原告：聯邦政黨共和黨（以下爲訴訟代理人之姓名、住址）、被告：1. 聯邦眾議院。2. 聯邦參議院。被告面之訴訟參加人：聯邦政府。

## II、

德意志聯邦眾議院已經侵害了原告根據基本法第三十八條第一項及基本法第二十一條所享有的權利，亦即聯邦眾議院通過了爲了準備及執行在德意志聯邦共和國與德意志民主共和國之間舉行的首次全德地區聯邦眾議院選舉，而於一九九〇年八月三日簽訂的條約暨其八月二十日修正案之中的第一條。並且於上開法案的第二條第二款中，對於聯邦選舉法第五十三條第二項採取一項修改的規定，但保留了聯邦選舉法在一九七五年版九月一日公布版本中第六條第六項中規定的門檻條款。此項條款係規定，凡政黨若在除了柏林以外的各邦皆沒有各自提出選舉提名人選，則其不得經由向聯邦選舉委員會聲明的方式而將各政黨之提名之提名單聯繫成一名單。原告：綠黨（以下爲代理人之姓名、住址）。被告：聯邦眾議院、聯邦參議院。被告面之訴訟參加人：聯邦政府。

### III、

1. 德意志聯邦眾議院已經侵害了原告根據基本法第三十八條第一項及基本法第二十一條所享有的權利，亦即聯邦眾議院通過了爲了準備及執行在德意志聯邦共和國與德意志民主共和國之間舉行的首次全德地區選舉，而於一九九〇年八月三日簽訂的條約暨其八月二十日修正案之中的第一條。並且於上開法案的第二條第二款中，對於聯邦選舉法第五十三條第二項採取一項修改的新規定保留了聯邦選舉法一九七五年九月一日公布版本中第六條第六項中規定的門檻條款。此項條款係規定，凡政黨若在除了柏林以外的各邦皆沒有各自提出選舉提名人選，則其不得經由向聯邦選舉委員會聲明的方式而將各政黨之提名單互相聯結成一總名單。

2. 德意志聯邦參議院已經侵害了原告根據基本法第三十八條第一項及基本法第二十一條所享有的權利，亦即聯邦參議院通過了於一九九〇年八月三日簽訂的德意志聯邦共和國及德意志民主共和國之間首次全德地區聯邦衆議院選舉之準備與執行條約法案暨其八月二十日的修正案的第一條及第二條第二款。原告：民主社會黨（以下爲訴訟代理人姓名、住址）。被告：聯邦衆議院、聯邦參議院。

#### IV

由 *Eike Kilz* 太太所提之憲法訴願，訴之客體係於根據一九九〇年八月三日簽署之條約而於一九九〇年八月二十九日通過的條約法案，暨聯邦選舉法第六條第六項及第五十三條。

#### 判決主文

##### I、就憲法訴願案：

1) 根據爲了準備與執行於德意志聯邦共和國與德意志民主共和國之間所舉行的、首次全德地區聯邦參議院選舉而簽署的一九九〇年八月三日條約暨八月二十日修正案之條約法案，而修訂之聯邦選舉法第五十三條第二項，係侵害了訴願人根據基本法第三十八條第一項而享有的平等選舉權，從而無效。

2) 聯邦選舉法第六條第六項前段暨上述(1)之所列法律第一條，係侵害了訴願人根據基本法第三十八條第一項前段所享有之平等選舉權——就其於涉及首次全德地區聯邦衆議院選舉之中。關於共同選舉區域之門檻條款之部份。這些規定在此範圍內係與基本法不符。

## II、就三個機關訴訟程序：

二八六

德意志聯邦眾議院經由通過上開一九九〇年八月二十九日條約法案，聯邦參議院則經由其對上開法案之聲明同意，而侵害了原告們在I之判決範圍內的，根據基本法第二十一條第一項及第三十八條第一項所享有的機會平等權。

III、德意志聯邦共和國應對訴願人及機關權利爭議之原告承擔必要訴訟費用。

## 判決理由

A、共同裁判的四件申請案的客體是選舉法上的規定，因為根據此種規定，將使得於在擴充後的選舉區域上舉行之首次全德地區選舉之中，由聯邦選舉法第六條第六項前段規定而適用的百分之五額數的門檻條款被保留，並且不同政黨的名單聯繫將在確定的要件下被許可。

### I、

1. 一九七五年九月一日公布的聯邦選舉法，前次在一九九〇年七月十一日的聯邦選舉法修正法中經修正，其規定了：選舉人能藉由其「第二不同票」的投出，而能選舉出某個政黨的邦提名名單（聯邦選舉法第四條）。而於某政黨邦提名名單方面席次分配的數額將按照在選舉區中，既投票內給予某一政黨的「第二票」總票數的基礎而來確定比例該黨之全國席次，然後再分配給到邦名單上。（詳見聯邦選舉法第六條一至五項，同法第七條）就全部邦名單之參與分配席次，聯邦選舉法第六條第六項規定了門

檻條款。此項法規的內容是：

(6) 在關於邦名單的席次分配上，只有獲得該選區中有效票數百分之五以上或至少在三個縣選區中各獲得一個席次的政黨才有資格參與。前段不適用於少數民族政黨編列之邦名單。

不同政黨間的「名單聯繫」(Listenverbindung)或是「共同名單」(Listenvereinigung)並未在一九七五年九月一日的聯邦選舉法中設置。同一政黨的邦名單之聯繫，根據聯邦選舉法第七條第一項之規定，若未有不同的聲明，則視為聯結成一總名單。關於這樣的一項名單聯繫，第七條包含了下列規定：

(1) .....

(2) 經聯繫後之名單，於席次分配上視為一份名單。

(3) 經由名單聯繫而分配的席次係將根據第六條第二項之規定而分配到參與的邦名單。第六條第四項、第五項亦適用。

2. 於德國統一的過程中，德意志聯邦共和國與德意志民主共和國的代表，於一九九〇年八月三日簽署了首次全德地區聯邦衆議院選舉的準備及執行條約(下稱：選舉法條約)。該項條約的第一條第一段前段，爲了此一首次全德地區選舉，而將聯邦選舉法的適用領域擴張至下列各邦：Mecklenburg-Vorpommern, Brandenburg, Sachsen-Anhalt, Sachsen 及 Thüringen，遼及於(東)柏林。選舉法條約第一條第一項後段規定，聯邦選舉法應該對條約附件中簽署的修正與措施一起適用。根據選

舉法條約第一條第二項的規定，政黨法中的好些規定也應予以適用。第一條第三項就這點乃規定：在本法意義下的政治性團體（politische Vereinigungen），將自一九九〇年二月二十日至一九九〇年三月十八日，在德意志民主共和國國民大會選舉中，被賦予和德意志聯邦共和國政黨法第二條第一項意義下的政黨同等的地位。

聯邦選舉法第六條第六項所規定的門檻條款是在條約的附件中經由下述做爲聯邦選舉法過渡時期修正案而被規定：

第五十三條之規定如下：

第五十三條

第十二屆德意志聯邦衆議院選舉過渡時期規定：

(1) ……………

(2) 政黨們凡在除了柏林以外的各邦皆沒有各自提出提名單時，其於各邦的名單，可以經由向聯邦選舉委員會之聲明，而互相聯繫。此項聲明應由所有參與的邦名單之受委託人及代理人，至遲在選舉之前二十天的十八點以前，以書面方式發表。……第六條第六項及第七條第二、三項亦適用於不同政黨間聯繫的名單。

(3) ……………

於一九九〇年八月二十日，一項本條約的修正案被簽署了，此項修正條約僅只涉及了選舉縣之劃分

的問題。

根據此項條約，在一九九〇年八月二十三日，通過了「德意志聯邦共和國及德意志民主共和國之間首次全德地區聯邦衆議院選舉之一九九〇年八月三日準備暨執行條約暨其八月二十日修正案法案」（下稱選舉條約法案），在該法案的第一條中，德意志聯邦衆議院通過了上開選舉條約暨其附件與修正案。衆議院在第二條中，對於在選舉法條約的附件以及聯邦選舉法第五十三條第二項採取了相同的修正（見第二條第二款）。聯邦參議院自一九九〇年八月二十四日對此項法案予以通過。此項選舉法暨其修正條約乃自一九九〇年九月三日起開始生效。

此一首次全德地區選舉的期日係定於一九九〇年十二月二日。

## II、

原告希望以一個政黨之身分，來參與此項首次全德地區選舉。在程序中，原告I至III於機關權利爭議訴訟程序中做出如下的要求：

德意志聯邦衆議院已經侵害了原告根據基本法第三十八條第一項及基本法第二十一條所享有的權利，亦即聯邦衆議院通過了爲了準備及執行在德意志聯邦共和國和德意志民主共和國之間舉行的首次全德地區聯邦衆議院選舉，而於一九九〇年八月三日簽署的條約暨其八月二十日修正案的法案第一條，並且於上開法案的第二條第二款中，對於聯邦選舉法第五十三條第二項採用了一項修改但保留了聯邦選舉法（一九七五年九月一日公布版本）中第六條第六項中所規定的門檻條款。此項門檻條款規定，凡政黨若

在除了柏林以外的各邦皆沒有各自提出選舉提名單時，其各邦的名單，不得經由其向聯邦選舉委員會提出聲明的方式而互相聯繫。

在程序中，原告Ⅰ至Ⅲ，做出如下的要求：

聯邦衆議院已經侵害了原告根據基本法第三十八條第一項及基本法第二十一條所享有的權利，亦即聯邦參議院通過了於一九九〇年八月三日簽署的德意志聯邦共和國與德意志民主共和國之間首次全德地區聯邦衆議院選舉之準備和執行條約法案暨其八月二十日修正案的第一條及第二條第二款。

原告Ⅱ至Ⅲ首先將其請求對準了聯邦政府，然而他在聯邦憲法法院第二庭（按：即本庭）的如下暗示而撤回：在早先的審判過程中，本庭並不認爲在此種機關權利爭執訴訟程序上，聯邦政府也能有消極的訴訟當事人適格能力。

原告所提出做爲理由者——伴隨著個別觀點的不同比重——基本上係如下：

對於系爭門檻條款於此——共同——經擴張後的——選舉區域中的保留，係侵害了原告根據基本法第三十八條第一項及第二十一條第一項而享有的機會平等權利。經由此項措施，做爲小黨的原告，特別受到震撼，因爲他們直到現在，仍然不會能夠在這一個共同選區之內從事組織工作。原告因此——在聯邦共和國境內他們本來迄今都是單獨從事對選民的招徠的——在實際上乃必須克服超過百分之六的法定額數。

此一——原本受限制（但今已放寬）的——名單聯繫的許可，並不能彌補由於對門檻條款之無限制

堅持而導致的損害。它使得已設立的政黨能夠自小政黨的群集之中挑選出其願意協助而使獲得國會席次者。於此，將不會是選民而是大政黨做支配，因為它們能夠引入在聯邦眾議院內的另外政黨，而致名單聯繫之可能性的降低，引用所謂的競爭條款（Konkurrenzklauseel），造成了對於機會及選舉權平等的實質損害，並錯失而未能達成其本身的規範目的。它導出以下結論，即名單聯繫的許可，也只對那些尚未在此一共同選舉區中加以組織的政黨中的一部份帶來好處而已。受益者只是如下政黨：其找到名單聯繫夥伴，但這夥伴在除了柏林以外各邦皆未曾與此政黨各自提出比例選舉政黨代表提名名單。競爭條款的限制係以和法律目的矛盾的矛盾的方式降低了適合為名單聯繫的政黨之數量。而實際上，迄今也只有一个政黨計劃在和一個以大地區活動為重心的政黨之配合下，以這種名單聯繫的手段來對付門檻條款帶來的重擔。其他的政黨將必須以自己的力量來克服這個法定額數，並負擔失敗的風險；這項規定在一政黨比其他政黨們得到更多選票，却因不足門檻而無法入場國會，但其他政黨們却因名單聯結而成功進入國會時，更是特別地違反平等的。此外，也有其他更符合政黨機會平等原則與選舉平等原則的方案來修改門檻條款。

在程序Ⅰ中，原告補充指出，在一九九〇年二月五日至一九九〇年八月十二日之間，於德意志民主共和國內，共和黨是被禁止的之此一事實。

在程序Ⅱ中，原告進一步抨擊，新規範未具充足理由而對為基本法所保障的政黨自由加以損害，因為小政黨——例如原告自己——實際上係處於壓迫下而被規定去制訂一項非出於自由意志之「名單聯繫

在程序Ⅲ中，原告呈交了一份由派赫博士與史杜比博士表示關於門檻條款在選擇性的名單聯繫方面應為違憲的鑑定書。

Ⅲ、

本項和機關權利爭執訴訟程序為共同裁判的相關憲法訴願，同樣地係針對選舉條約法案。訴願人，綠黨的會員，係於第十二德意志聯邦眾議院選舉中具備被選舉權，並且嘗試謀求到聯邦眾議院的席次，Ⅰ的訴願人係為縣選區之候選人，Ⅱ的訴願人則在其政黨的政黨代表提名名單中居於第五順位。訴願人表達出下述請求：

1. 因為德意志聯邦共和國與德意志民主共和國之間舉行之首次全德地區聯邦眾議院選舉之一九九〇年八月三日準備暨執行條約暨其八月二十日修正條約，而於一九九〇年八月二十九日通過的條約法案，由於抵觸基本法第三條及第三十八條第一項，而為無效；
2. 聯邦選舉法第六條第六項前段，因為抵觸基本法第三條及第三十八條第一項而無效，因為上述基本法規定之適用在第十二屆德意志聯邦眾議院選舉中不應被排除；
3. 在德意志聯邦共和國與德意志民主共和國之間所舉行首次全德地區聯邦眾議院選舉的一九九〇年八月三日準備暨執行條約暨其八月二十日修正條約之條約法案的第一條因其抵觸基本法第三條及第三十八條第一項而無效，因為它造成了聯邦選舉法第六條在第十二屆德意志聯邦眾議院選舉中的適用。

訴願提起人，係以選民及選舉競爭者的身份，而以在請求中所進一步說明之該項法律規範侵害其根據基本法第三條第一項與第三十八條第一項而享有之權利而提起訴願。訴願提起人簡要提出上述論證以作為理由，此亦係其所屬政黨於其所提出之機關訴訟程序中所闡明者。

#### IV、

1. 德意志聯邦眾議院將基於此一首次全德地區選舉而為的選舉法規範之形成視為合憲，其係以下述觀點為出發點，即：在以往經常在聯邦憲法法院的審判過程中，被採取來替在所有規範中存在的百分之五門檻條款辯護的考量，在慮及了「首屆全德國會」此一因素後，應該仍未過時失效。它首先產生以下評估，即伴隨著泡沫政黨之獲利的是，在民主方面的國家政策風險之付出。但仍然顯而易見的是，門檻條款未經減低即予繼續適用，可能引起巨大的問題。適用於統一後的德國的系爭百分之五數額門檻條款能夠導致以下結果，即德意志民主共和國百分之三十的各類政黨，將在全德國會之組成中被置之不理。德意志聯邦眾議院已經藉由盡最大可能去廣泛取得一致的方式，尋求出一個解決方法，以求避免陷入跟隨個別情況而產生的窘境。聯邦眾議院是否因此當然——對於進一步產生的，關於國會功能性之損害風險——負有憲法上義務，仍然必須存疑。允許並不互相競爭的政黨之名單聯繫，儘管不是理想的解決方法。但是其他的解決方式，即使不是不符合憲法，也至少會引起重大的政黨政治上的問題。首先，對於每一條門檻條款的放棄使用或制訂極低的法定額數，這方式引起政黨政治上大問題。立法者並不需要為此種罕見的特別選舉情況而去創制項以特別狀況為基礎的，推翻已經被證實具功能之系統的，並可能不可回復的規範。一項涉及各邦的百分之

五門檻條款應該因爲邦之極爲不同的大小以及由此而發生的選票效力價值不同，而遭到拒斥。而對此，兩個德國的基本決定宣佈如下：德國的兩個部份，視爲個別「清算」的選舉區域來對待。

在新增列的聯邦選舉法第五十三條第二項中所發現的解決方法應該是適合去應付因爲選舉區域擴張而造成的門檻條款之事實上尖銳化問題。藉由名單聯繫許可的限縮，乃係對那些並不互相競爭的政黨加以阻撓，蓋對於法定額數加以保留的意義能夠被破壞。對於門檻條款的緩和化應該因此而實質上導正。並不互相競爭的政黨間之名單聯繫應該是一項明確的徵兆，象徵著不管政黨所剩下的獨立性多少，其政治上的接近是存在的，並應該對這一種「接近」而來採取以下看法，即它也影響了國會的工作成果。從而也因此存在著一項辯護理由，即未達到法定額數的政黨，然而却和其名單聯繫夥伴共同獲得高於單一政黨要分配政黨代表所需票數時，不應該存在於國會之中。競爭條款也正對以下的政黨帶來好處，即其活動範圍尙未拓及全德國者。立法者不必須保證所有的政黨都能夠實現其實際上的名單聯繫；而應決定的只是，對這些政黨應有相同的機會開放。

2. 聯邦政府在程序I及II之中，成爲了請求相對人（按：即被告）。聯邦政府簡扼地陳述了也曾爲聯邦衆議院所持的觀點，並且否認對請求提起人及訴願提起人（各）有不平等之對待。依聯邦政府之意見，名單聯繫的規定甚至連小黨的組織可能性都擴張，以使其能獲得聯邦衆議院席次。若小黨們不能接受這名單聯繫規定或是無能力去接納使用，則其屬古典意義下之泡沫政黨；若其得以進入國會，將有損國會之決策程序之功能性。

在言辭審理過程中，機關權利爭議案之聲請人，德意志聯邦衆議院、聯邦政府及訴願人，均加強及補充其書面訴狀上的表達。

本庭也已經對於德意志民主共和國的國民會議及政府，暨那些在國民會議及德意志聯邦衆議院中擁有席次的政黨和政治性團體，在言辭審理過程中，給予了發表意見的機會。而包括左翼行動聯盟、基督教民主聯盟（CDU）、基督教社會聯盟（CSU）、德意志社會聯盟、民主社會主義黨以及德意志社會民主黨，暨新論組織（Neues Forum）、今日民主及和平人權組織——後三者已會組成聯盟九十（Bundis 90）——也都由其代表人表示了意見。這些政黨及選舉性團體已經簡要地對那些由原告或被告所做的論證加以承襲、引用。左翼行動聯盟及九〇聯盟組織的代表人特別強調對於在德意志民主共和國的新興政黨及人民運動團體而言，個別門檻條款之特別違憲之處，並基此而指出了，在德意志民主共和國邦議會選舉法中原定的門檻條款是限制較少的，蓋該法律讓給政黨編列「共同名單」之可能性。

## B — I I

於機關訴訟程序中所提及的請求，是符合基本法第九十三條第一項以及聯邦憲法法院法第十三條第五款、第六十三條 II，因而係合法提起。

請求提起人係政黨。他們能夠以提起機關訴訟的方式來對抗藉由選舉程序的正當形成，而對其憲法上地位之侵害。

政黨在選舉中所享有的機會平等權係從屬於政黨的憲法上地位。請求提起人發現其此項權利被選舉條約法案的規定所侵害。從而他們根據聯邦憲法法院法第六十四條來反對這種措施。這樣的措施向來判決可以是一項法律，當此項法律因違反上位階法律而侵害一相關人之權利時。

請求提起人反對以下之情形，即聯邦選舉法的效力，在選舉法第六條之門檻條款被保留之情況下，擴大到德意志民主共和國各邦的領域，以致更激烈了對平等之違反。他們進一步指摘，名單聯結之許可使政黨能夠不必去超越門檻條款的界限，即可能參與席次分配，但是請求提起人因不參與名單聯結以致在席次分配上仍然遭到排除——即使當他們結合起來時它們是事實上獲得更多的選票。上述聲明能夠顯現了對於機會平等權的侵害狀況。

聯邦眾議院及聯邦參議院在本件中能夠成爲請求相對人。聯邦眾議院曾通過了選舉法條約法案。聯邦參議院則於其憲法權限之範圍內，協力幫助上開法案之公布。於此，可以不必理會的是，上開法案是否如同參議院所認爲的，係屬須聯邦參議院通過才生效的法律。因爲不管如何，聯邦參議院的確以其同意——及對抗辯意見的忽視，而促進了該法案的實現。

## II、

本件中之憲法訴願，係符合基本法第九十三條第一項 a 款，以及聯邦憲法法院法第十三條 8 a 款以及第九十條以下，而被許可。訴願人——其聲明依合理之解釋於裁判主文 I 之明揭內容中——主張：其根據基本法第三十八條第一項而享有的權利，被——也遭到請求提起人指摘的——選舉法條約法案所

侵害。如此一項侵害，單對第2位憲法訴願人而言是關係到其為名單中候選人的地位，而對另兩名憲法訴願者而言，則是關係到其身為選民的地位。如此，則訴願人乃藉由該項法案而直接及即時地有了利害關係。

判決理由：請求及憲法訴願係有理由（按：即原告勝訴）。

## I、

在德意志聯邦眾議院的選舉中，由基本法第三十八條第一項第一款所保障的，在該次選舉中的平等選舉原則，是一直被聯邦憲法法院的持續裁判中，將其與平等之民主原則聯繫起來，而被理解成嚴格而形式的平等意義。上述的「平等」係經由基本法，創設了一項民主的秩序，這項秩序從而在選舉領域中，導致了所有國家人民的投票權是不可被侵犯的之此一結論，無論這些人民有那些既存的區別都相同適用，因此不允許選票價值不同，而且此項排除，原則上也適用在比例選舉中選票的效果價值上。

而尤其就政黨而言，乃是人民以組織性共同參與的方式，而參加選舉並為政治性行為的組合，所以依據在選舉領域上的形式化平等原則而言，是被理解為當然具有政黨及選舉性團體能有相同競爭機會的意義的。政黨在選舉事項上所擁有的、機會平等的權利，可以政黨在基本法二十一條一項與三十八條一項一款中，所限定的憲法上地位所導出，並能由以下意涵所導出，即應該具有被保障的組織自由及基於自由民主情形下的多數黨統治原則。如此一項結論，主宰了選舉的過程，以及選舉的事前準備措施。假使政黨並不能在原則上，以平等的法律條件從事選舉的競爭的話，民主就不能夠運作而發揮功

能了。若立法者以下述的方法來規範在選舉事項方面有關於政治性意志形成的領域。即政黨及選舉性團體的機會平等能夠被改變則對其形成空間應設置一項妥適的界限；而基本上，對於個別政黨及選舉團體的每個個別不同處理，在憲法上是遭受拒斥的。

根據政黨的形式選舉權平等與機會平等的原則，可以導出下述看法：即立法者在關於政治性組織的選舉權制度事項上，只有狹窄範圍的活動空間來作不同待遇規定。這種不同待遇規定在此是隨時需要一個令人信服的理由，來為其自己辯解的。做為一個在比例選舉制度當中，關於選舉權平等方面之差別處遇的充分辯護理由者，是可以從聯邦憲法法院在其裁判中對於由選舉而產生的人民代表團體功能性的保障之反覆強調，來加以觀察得知。比例選舉制度有一項獨特的原則，即選舉機關要在比例選舉制度中，盡可能地去描繪出合乎事實的選民政治意願。人民代表的分裂為許多小團體之事實，可以造成下述結果：即「穩定多數」的建立，就變得更困難或甚至被阻却了。就保障國會之權利能力與行為能力的需要性而言，立法者應因此而在比例選舉制度中，在於選票的效力價值上予以不同的評價。

為了達成這些目的的意思欲，立法者基本上是得以藉由一項門檻條款，來保障民意代表團體的功能性。從而，門檻條款百分之五的法定數額規定，一般是無可非議的。在早先，聯邦憲法法院已經強調過，門檻條款是否合於選舉平等原則，是不能一次就澈底地被概念化地評價出來的。一項選舉權的規定，可以在一個國家的某一個限定時點中被辯護為正當，而在另外一個國家的另外一個時點中被認為不正當；隨著對於上述之門檻條款的公布，也應該考量到，各邦的不同情形所可能的效力。依此，便可作如下之

確認：一項對於門檻條款之不同以往的評價，係可證實它是必要的——儘管只是短暫的必要——，倘若國家內部的狀況發生重大的變化，例如是在距選舉前不久，選舉法的空間適用範圍有了巨大的擴充，甚至於包括了政黨結構不同的地區。

若選舉法的立法者發現了在上述意義的特別情形，則它便必須加以考慮。在此，它基本上可以自由地放棄門檻條款的適用，即降低門檻條款規定的額數或採取其他的措施。若他堅持百分之五法定額數的限制條款是合宜的，但另一方面則想要緩和此項條款的影響，則他所決定採取的預期要有緩和效果的措施本身必須和憲法相符，尤其是滿足憲法上關於政黨的選舉權平等和機會平等的原則。一個用以緩和此項門檻條款效力的規定，並不能夠單獨地以下述理由來正當化，即此項規定係比起原先無此規定時之情形是扮演了降低原本不受限制之條款效力之角色。其實在憲法上，任何規定只能去保持其在政黨的選舉競爭上中立時才不會有違憲之嫌。此項中立也能要求立法者在門檻條款的事項方面，不可對於選舉競爭中經由法律規定而致之競爭秩序之破壞坐視不顧；競爭秩序之破壞可以構成前述意義下的「特別狀況」。

## II、

與系爭立法者措施相關的德意志聯邦衆議院第一次全德地區選舉，係處於特別的，而非經常重覆發生的情形下舉行，而選舉法立法者必須在限制條款的制訂上對此等特別狀況加以考慮。這次全德選舉之有異於其他選舉者在於，政黨及政治性團體必須讓自己在短期內適應一個擴大後的選舉區域，此外，參與此次選舉的政黨與政治性團體的一部份，只能僅僅自幾個月之前開始組織及從事政治性活動。

1. 聯邦選舉法在原德意志民主共和國所屬各邦加入後造成的適用領域上的擴充，可以導出下述結果：上述這些邦成爲聯邦選舉法規範意義下選舉地區的一部份（聯邦選舉法第二條第一項）。其後在德意志民主共和國和平革命之一年以後，舉辦了第一次全德選舉。在此一全德選舉區域的建立即間中，這兩個分離了四十年的領土統一了，而且決定把第一次全德選舉的日期定於三個月後。此一發展並未讓一些政黨有足夠的可能機會去使它的影響範圍也隨著新加入的選舉區域而擴展，並藉此有追求選票的成功希望。尤其是政黨在聯邦衆議院選舉之前，只有有限的機會在新加入的選舉區域之地方級或邦級選舉中以參與，也只能在此有限機會中製作選舉計劃及確定候選人名單。

a) 在此種起始的情勢下，在此次大選中的百分之五額數的限制條款，所加予迄今僅在德意志民主共和國境內活動的政黨的負擔，目前乃是不對等地遠強於加予只在德意志聯邦共和國境內活動的政黨所受負擔。根據聯邦衆議院德國統一委員會的論斷認爲，限制條款的保留，在其效力範圍內的德意志民主共和國領土中，導致了受到限制的政黨或政治性團體，必須達到在其現今的活動範圍內，於二次選舉中分得百分之二十三點七五以上的票數，才能夠使他們超越百分之五的門檻，以及隨之而能存在於聯邦衆議院之中。而與此相應的是，在德意志聯邦共和國境內的政黨，只必須在其現有的活動範圍內獲得第二次投票中略微超過百分之六的票數就可以了。

選舉立法者所考慮到的另一項更進一步的特別狀況乃是，除了「國家陣線」（die Nationalen Front）之外的政黨及政治性團體，僅只從德意志民主共和國的政治變革開始之後，才能夠從事其組

織工作及各種活動。相較而言，那些長年活動的政黨，是因此在其組織的、人事的及財政的活動基礎上稍稍較為完備的；但是它們的和其他政黨之共同合作程序計劃，也還是受到影響，而只有短暫的時間可供支配利用。

b) 這些不同的情形，並不能要此些政黨或政治性團體來負責，也不能要依其他任何理由歸咎於它們。它們其實是有其理由去改進行實定法的。一直到聯邦選舉法的適用空間擴充之前為止，在德意志聯邦共和國境內，只有政黨在現今法律效力範圍內被授權依據席次或領導地位去提出選舉人的推薦名單（聯邦選舉法第十八條）。在一九九〇年三月十八日舉行的德意志民主共和國國民議會選舉中，也僅有政黨及政治性團體具有在德意志民主共和國境內的候選人推薦權（一九九〇年二月二十日及三月十八日之德意志民主共和國之國民會議選舉法第八條一項；一九九〇年二月二十一日之政黨及其他政治性團體第五條二項）。一九九〇年八月二十九日的選舉條約代替了迄今在德意志民主共和國境內有效的選舉法規，也修正了聯邦選舉法在德意志聯邦共和國境內的效力，以因應德意志聯邦共和國選舉區域擴充的情況，並使政黨及政治性團體能在「與以往相異的組織起跑條件」下參與選舉；其次，也顧及了另一個重要的焦點，即政黨之機會平等的問題。

這些與以往相異的組織起跑條件也有其法律上的原因。根據早先生效的德意志民主共和國一九七五年十一月六日頒布的人民團體之組織及活動相關的行政命令規定：「人民團體需要國家的承認方可從事活動」（第二條一項）；「而此承認只有在當人民團體於其性質及目的設定上符合社會主義的社會制

度時才被保障」(第一條二項)。「政黨應該只存在於德意志民主共和國「國家陣線之內」(德意志民主共和國一九六八年四月六日憲法第三條二項)。上述成立及活動的禁止規定僅僅在不久之前才取消。

這些由於法律秩序而使然的相異情形，並不是「差別」，亦即選舉法立法者基於其中立義務而必須接受者，而是「不平等」，從而立法者便不應該對限制條款的存在坐視不顧。

2 與「新論組織」(Neues Forum)在言辭審理中所提的觀點相反的，本件中並不存在著選舉法立法者應特別考慮之特別情況——有關於統一條約第五條中所提及之任務的特別情況。根據該條文的規定，立法機關乃是「適合」在和德國統一的相關問題上，能夠去研究如何修正或補足基本法的規定之單位，特別是要去研究基本法第一四六條之適用與公民投票範圍的問題。因此，第十二屆德意志聯邦眾議院便不自成「制憲權行為」意義下的制憲或草擬憲法的國民大會。因此我們可不同這些任務是否排除掉適用門檻條款。

### III、

1. 關於以下論斷，即聯邦眾議院第一次全德地區選舉係面臨著特別情形，從而不允許在該全德選區的情形下繼續保留系爭之百分之五類數的限制條款，並不如此就完了。立法者已經藉由聯邦選舉法第五十三條二項來削弱了該門檻條款的影响。立法者希望能因此使下述情況成爲可能：「處在一個將由兩個德國組成的國家中的政黨，它們也還沒有藉由與另一個他藉國政黨聯合，而建立起爲此次全德地區選

舉的組織基礎者，能在此達成選舉名單的連結，並藉此使得選舉中第二次投票所得票數的總體影響能發生效力。

因此，上述規定應作如下檢查：是否此項規定，能夠把下述的特殊困難以憲法上無可非議的方法加以消除。而這項困難是：政黨及政治性團體所面臨的選舉區域擴張，以及因為選舉區域擴張而連帶激化的與選區有百分之五額數門檻條款的限制效力。

## 2. 此問題係遭到否定之答覆

a) 名單聯結之作成，是受到聯邦選舉法第五十三條二項所規定的「競爭條款」之限制的。該競爭條款旨在：即只有那種在除了柏林之外任何一邦都沒有彼此各自提出選舉名單的政黨，可以有機會實行其名單之聯結。由於競爭條款，造成了一項（互相相反的）該次選舉選票結果價值不等值的結果，此項不等值的結果發生於得到少於百分之五的選票的政黨提名單。從而它必須將之與「形式平等」之要求做一衡量。此平等要求——姑且不論所存在之對不同政黨之名單聯結之基本懷疑——已經未被滿足了，因為它並非以相同之方法來幫助所有政黨。

在未達門檻票數時仍能參與比例代表制下席次分配的機會，自始只有少數個別的小政黨。抽象言之，政黨名單聯結的機會是對所有的政黨及政治性團體開放的。但選舉法不是針對抽象的虛擬狀況，而是取向政治實情。我們若心存此事，則可能的政黨名單聯結之數目急遽減少。進一步地更可看出，居於優勢的政黨，基於聯邦選舉法第五十三條二項的基本思想對其之適用，乃在政黨比例代表名單的連結上

找不到夥伴，而這種情形，並不是出於政黨本身的計劃，或其他政黨的多變情況。另外，當其他政黨希望藉著選舉名單聯結來達成預定的成果——即克服限制條款的壓力——的同時，却發現原本可以有無限可能性的選舉名單聯結事項方面，乃由於競爭條款的生效，變成僅有兩個政黨能夠達成選舉名單的聯繫。這件事，即使政黨一般而言至少在德意志民主共和國或德意志聯邦共和國其中之一的領土的每一個邦都提出了比例代表制選舉的政黨候選人名單時，亦然。

若許多名單不能夠互相聯結，則只有這種政黨的聯繫才有可能成功；其至少有一個聯結夥伴在（按：此夥伴）地區（德意志民主共和國或德意志聯邦共和國）之中。擁有足夠的選舉潛力來利用，並且可以因而在此種情況下，彌補夥伴的弱點。能夠在由德國的兩個不同範圍而組合成的單一選舉區域中，而被列入考慮以做為小黨的名單聯繫夥伴的，在實際上只有那些被預期能在聯邦共和國境獲得值得重視高票的政黨而已。這少數的（三個）政黨，在選舉條約法案通過的該時點，便已經和它們在另一部份領土上的姐妹政黨完成或預告其融合的工作。在這種情況下，這些政黨在競爭條款的適用下做為其他政黨夥伴的可能性就被排除了，因為它們在每一個邦都提出了比例代表選舉制的政黨候選人名單。

因此，打一開始，便只有極小部份的政黨能因聯邦選舉法第五十三條之基本思想的適用，而真正得到一個實在的機會，去找一個能夠協助克服百分之五條款限制的夥伴。而這樣是侵害了政黨的機會平等權。

b) 縱此不論，事實上每一個名單的聯結都獨立地導致了對於機會平等權的抵觸——不論有沒有競

爭條款存在都一樣——，因為它加深了選票效果不平等的現象，而却沒有能夠提出充分而實質的理由。這是產生自下列的考量：

a.a) 下列是符合了比例選舉的制度，就如同它在聯邦選舉法中所形成的：即選舉中何人當選是由政黨開列的各邦（候選人）名單而決定。對這樣一份名單所作之投票依聯邦選舉法第六條六項——如不論該處進一步，但此處不擬討論之規定——，在分配席次上是不被考慮的，當一政黨之得票率不及門檻條款時。這種選票結果價值的不相同比重，是適用於所有的政黨，而絲毫沒有差異的，只要這些政黨不能克服該限制條款所豎起的門檻——即選區中既投票至少百分之五的數額——的話。

此等完全相同的限制條款效力乃對於向聯邦選舉委員會聲明其候選人名單聯繫的政黨們並不適用。此項聲明產生下述結果，即對於克服限制條款來說是有決定性作用的是對聯結名單所作之總投票數。依據既投票的總額為計算基準而來確定參與聯結的政黨們的政黨提名單。遵循著此種方式，那些曾經未達到在選舉區中獲得百分之五票數界限，並從而未能保留議會席次的政黨，乃能夠在席次的分配中被列入考慮。如果某個已締結名單聯結的政黨，獨立克服了門檻條款，則在名單聯結上的第二個政黨乃不必再對此做出貢獻。名單聯結因此不僅在結果上，而且在目的上也是如此：端賴此項名單是否經由向聯邦選委會之聲明而達成聯結，以形成門檻條款的不同效力。

在名單聯結之投票相較於在非名單聯繫上所得票數者的不同結果價值，與每次單一選票之不等值之現象是相吻合：每一個投下其選票給聯結名單者的選舉人，亦可藉其投票，而有助於在考量席次分配間

題時對他的名單所投之票能被計算到。他乃促使某一個名單能因此參與分配席次，即使是他並未對之投票者。由於這種選票的不同比重，是在如此根本的方式上和形式選舉權平等的原則相互矛盾，以致在這件事情上，找不到任何理由可供考量為隨之出現之「政黨機會不平等」做辯護。

bb) 於上述相對地，名單聯結，正如同德意志民主共和國的選舉法所瞭解、規定者，是不必然附隨著對選舉平等的如此抵觸的。「名單聯結」是一種爲了克服門檻條款而產生了一種單純的計算共同體，與此相反，名單之合併制度（*Listenvereinigung*）乃以堅強的合作型式爲前提。在這樣的合併情形下，更多的政黨或政治性團體共同開列了一份名單，這排定了不同政黨候選人之間穩固的排名次序，並提供給選民用作投票之考慮。因此門檻條款的平等效果恰好沒有被取消；爲克服門檻條款必須有足以克服門檻條款之票數才行。對於名單合併的准許，並未促使既投票的結果價值在門檻條款的所及之範圍之外有所不平等。對於名單合併（或：共同名單）的准許，只包括聯邦選舉法原則之一項例外：只有個別的政策或政治性團體能夠提出比例代表選舉的政黨候選人名單。而名單聯結的確極重視法律上的讓步，與此相對地在選舉權平等事項上打破了憲法原理，而此憲法原理是：對於所有比例代表選舉政黨候選人名單的限制障礙，應以一律平等的方式有效。

#### IV、

根據迄今所說，便不能導出下列結論：憲法制訂者有義務在第一次全德地區選舉中，完全地放棄門檻條款的規範。

1. a) 然而，門檻條款之限制就其於此總選舉區而言，並不能一般性加以放寬。也就是說，不應該繼續對於下述情況置之不理，該情況是：迄今之活動空間皆侷限於德意志民主共和國的各政黨，藉由選舉區域之擴張，發現了它們係與德意志聯邦共和國之政黨，處於比較上不平等的「起跑條件」。這些政黨爲了獲致確切選票數之確保，而在一定程度上，爲了此種情形之因應，必須致全力來爭取新的選民資源支持，這些新的選民在數量上乃是這些政黨迄今僅有的選舉區域——即德意志民主共和國境內——選舉權人的三又二分之一倍以上；相對於此的，這場可以比較的障礙賽所給予德意志聯邦共和國的政黨，是與其迄今之選舉區域中定居之選舉權人相較，不到三分之一的數額。此種不平等的起跑條件是——如同已經說明的部份——兩部原本獨立的選舉區域組成一個單一選舉區域的必然結果，而且就此是首先經由一項法律規範，也就是選舉條約的批准法案而產生的。

因此可以得出以下結論，即立法者依憲法之原意，不得以下列的方式來確定門檻條款，即此門檻正好聯接以系爭之「起跑」基礎；亦即以不平等之起跑點爲出發點採行了一項規則，這規則的目的在於，爲了國會能發揮功能之利益，要對選票的效力價值做不同的比重判斷。在本案中，——由於文中所提及的不平等出發處境——，不平等並未藉由門檻條款的運作而正當，却反而由於於門檻條款而加深了法律上的不平等。因爲：德意志民主共和國的政黨，必須能在其固有的選舉區域中，獲得較之德意志聯邦共和國的政黨所在其固有選舉區域中應獲得的、大得多的選票部分比例，以及相應的較大的選票效力，如此它們才能克服門檻條款的限制就此，舉例來說，若選舉區域有關的門檻條款的標準降低至大約百

分之一點二，則有如下效果：德意志民主共和國的政黨不必再在原先東德領土中獲得百分之五的選票來克服該項障礙。這些政黨乃因此就變得比較於在固有選舉區中滿足本案例提及之百分之五門檻條款而言，要較容易達成其結果。對此，德意志聯邦共和國的政黨早已只須獲得其固有選舉區域內選票的百分之一·六左右，即可參與席次的分配。此項不平等的存在於它們的關係，以及即使是門檻條款減低其類數到百分之一·二也一樣；它的毛病出在全選舉區只有一個單一門檻條款。

因此，這樣的一項門檻條款，乃正如其現今所規定之類數所能做到的，對於德意志民主共和國的政黨加予重擔，而侵害了它們的機會平等權。在對於以法律事實為由而產生的不同出發基礎上，此一門檻條款不再是中立地對待各個政黨，而毋寧說它所意味的乃是一項有利於德意志聯邦共和國政黨的干預行為。

b) 地區化的門檻條款在憲法上是沒有問題的：若此項條款一方面涉及了除柏林以外的固有的德意志聯邦共和國領域（西德），另一方面又涉及了除柏林以外的德意志民主共和國固有領域（東德），並且在上開兩個不同領域內，各自規定了不同的門檻類數。如下之不平等，亦即隨著國家統一的創設，德意志民主共和國的政黨乃參加了一個以人口而言是其固有選舉區大了百分之三百的選舉區域的爭論及競賽；相反地，德意志聯邦共和國政黨所遭遇的選舉區域的擴張，却只是（人口上）僅僅百分之二十七，以上的這種不平等情形在經由地區化之不同的門檻條款後，並不會成為選票效力價值加以不同計算的規則的出發點；這不平等並無法藉這種方式在法律上被突出而受到認可。相反地，它反倒是有時候對於政黨

——由它們各有關的不平等起點上——做出重要而不平等的要求，要它們同意交出機會平等權，選與此相應的也要求政黨交出其由選民而來的平等援助。以下因應上述情形的作法應是不會被反對的，亦即在此意義下的地區化門檻條款，依選舉權概念下所必需的形式思考方式，導致了於參與席次分配範疇內的選票，於德意志民主共和國領域內獲得較大的比重。並且，嚴格、形式的平等，就如其之滿足民主原則，也使得它能在此處既存的不平等的出發基礎上，僅藉著形式平等的建立，而在該特定相關地區中創立起來。下述情形，即——由於確切投票部份之中選票效力價值的獨立性——在此情形下，在某個選舉區必須獲得較他選區在此情形下所獲得之更多的票，便未導致平等之違反，只要——如同此處——該相關區域係根據平等之觀點而形成該項情況。

2. 單純將門檻條款地區化——不顧及其數額——在此當然仍不足以滿足機會平等的要求。它是沒有能力單獨對於伴隨著第一次全德大選而產生的相異的起始狀況，做出充份的平衡的。這些相異的起始狀況存在於，那些處於德意志民主共和國境內，而要參加此次選舉的政黨及政治性團體，如前所述地，於相當大的程度上，他們自己須於選舉競爭中——以多多少少可稱強力的措施——，不得不去動員其各項裝備設施來因應此等情況，他們自己可能是在德國國家統一陣線政黨獨裁的時期中創立起組織的，在其時候，因為獨裁的迫害及壓制，他們首次能夠開始在獨裁結束後進行組織化工作。而這項獨裁的壓制，也導致了在言辭審理中所提及的缺點——在其最後提及的編制工作上，對於所有在固有德意志聯邦共和國境內而要參加此次選舉的政黨與政治性團體，也有不利的影響。這不利必須加以平衡。為此，在於

一九九〇年二月二十日及同年三月十八日所通過的，德意志民主共和國的國民會議選舉法，以及一九九〇年七月二十二日所通過的德意志民主共和國邦議會選舉法中，提供了初步的平衡方式，即政黨比例名單的聯結。立法者爲了第十二屆德國聯邦衆議院的選舉，利用了此項可能性，他還與之相應地，在德意志民主共和國境內，於邦議會選舉中，在現行法律的前提下，允許政黨及政治性團體的政黨比例選舉之名單聯結，只要這些政黨、政治性團體或他們的他邦聯合團體在德意志民主共和國境內擁有席次的話；如此，歧視的因素乃被考慮到了，而對於那些於「德國統一戰線」統治時代所創立，而在德意志民主共和國境內活動的政黨及政治性團體來說，歧視在現今是頗不輕微的。但是另外未被提及的是，從即將來臨的聯邦衆議院選舉來看，這些政黨及政治性團體必須在很短的、選舉法所規定的期間內，努力去變更成其他的組織形式，由德意志民主共和國境內的政治性組織「名單聯結」，能在此全德選區中參選。

3. 對門檻條款正當化的目標，就其係如此的地區化，以及另外加上德意志民主共和國境內活動的政黨及政治性團體有政黨名單合併（共同）的機會以觀，是達到了。儘管經由這個方法，的確是在不平等的狀況下，阻却了小黨在國會之立足：不論是比起相關選舉區域內的統一型門檻條款，或者是比起有地區化門檻條款但卻沒有政黨名單合併（共同）制之情形。當此期間，如此一項適用於第十二屆聯邦衆議院選舉的規定——也只有它是本件裁判的題材——，還是存有十分有效的門檻效果。立法者也就是在這種情況之下，在考慮到這第一次全德地區的自由選舉的特殊條件，而將地區化的門檻條款定在百分之五。

以下；這也同樣是個關於立法者形成空間的問題，就如同和決定門檻條款是否應存在的問題一樣。立法者當然是在這方面——根據選舉權平等的理由——，被阻止在兩個相關選區的地區化門檻條款上做不同的規定。

D、在憲法訴願程序中對於原告有利的訴訟費用歸屬裁定係根據聯邦憲法法院法第三十四之a條二項而得出。

原告在機關訴訟程序中，已經藉由程序的準備及實行，對問題之基礎狀況的澄清做出貢獻，亦即關於第一次全德地區選舉有特殊憲法上效力。由此本庭例外地依聯邦憲法法院法第三十四之a條二項來裁定訴訟費用之歸屬。

E、根據本件判決得出了，立法者須創設一項新的選舉法規定。這當然須在極短時間辦理，因為立法者必須顧及，在新法規公布的時點以及聯邦選舉法的期限之間，必須有一段充裕時間保留給政黨及政治性團體，使其能適應新的規定。

聯邦衆議院、聯邦參議院及聯邦政府已在言辭審理程序中表明，他們準備隨著法庭對這項不公平規定的違憲裁判，而去及時在聯邦總統決定的大選日——一九九〇年十二月二日之前，對聯邦選舉法做一必要的修正。本庭亦同意此見解。故本庭於此時點不擬以根據聯邦憲法法院法第三十五條的命令頒布之方式，來為選舉準備工作之法律基礎加以決定。

F、此項裁判係一致通過。

以下係第二庭法官之簽名。

## 關於「色情與藝術之分際」之判決（敏稱巴哈案）

（譯者註：截至譯稿止，本判決尚未正式登載於聯邦憲法法院判決輯中原文  
取自 EUGRZ 期刊第十八卷第一、二期合刊本（第三十三頁至第四十頁）

譯者：蔡明誠

裁定要旨：

1. 色情小說得為基本法第五條第三項第一段所稱之藝術。
2. 著作顯足以道德上嚴重危害兒童或少年（危害少年書籍散布法——GJS——第六條第三款）時，將視為藝術創作之著作列為禁書者，亦以考量藝術自由為前提。
3. 危害少年書籍散布法第九條第二項規定於憲法上有所不足，蓋聯邦審查處陪審人員選任規定不完備。

裁定主文：

I、一九八五年七月十二日公布之危害少年書籍散布法（聯邦法律公報第一部，第一五〇二頁）第九條第二項規定，與基本法第五條第三項第一段以及法治國原則相抵觸。但其至新法律制定（最遲至一九九四年十二月三十一日止）前仍繼續適用。

II、一九八二年十一月四日聯邦審查處就危害少年書籍之決定——Nr. 3262 (Pr. 44 / 79) 及一九八三年十月十八日科隆行政法院判決——10K 276 / 83、一九八五年六月四日Nordrhein-Westfalen 邦高等法院判決——20A 146 / 84 以及一九八七年三月三日聯邦行政法院判決——BVerwG 1 C 27.85 侵害抗告人依基本法第五條第三項第一段規定之基本權利。此等判決廢棄之。就權利爭訟費用而聯邦行政法院所為判決，該程序以駁回。

III、Nordrhein-Westfalen 邦與聯邦德意志共和國應各支付抗告人必要墊支費用之一半。

理由：

A、抗告人不服將其所出版的小說：Josefine Mutzenbacher——維也納妓女自傳，歸入危害少年書籍名單。

I、凡道德上足以危害兒童及少年之書籍，依一九八五年七月十二日公布之危害少年書籍散布法（GJS）第一條第一項第一段規定，應歸入名單之中，尤其包含不道德、殘忍、煽惑暴力、犯罪或種族仇恨以及歌頌戰爭之書籍（危害少年書籍散布法第一條第一項第一段）。但如書籍係為藝術而作，依危

害少年書籍散布法第一條第二項第二款規定，該書籍有時則不歸入名單中。隨著納入名單之公告（危害少年書籍散布法第一條第一項第三段），即涉及依危害少年書籍散布法第二十一條刑事處罰之同法第三條至第五條規定。據此，禁書祇能陳列於既非兒童及少年所能接觸，亦非其所能觀看，而專提供成人之商店。此外，禁止為廣告（危害少年書籍散布法第五條）。

如有危害少年書籍散布法第六條所定情事之一者，未歸入名單，而生前述法律效果。同條第一款及第二款規定，包含刑法第一百三十一條及第一百八十四條所稱之書籍，第三款係指該顯然足以道德上嚴重危害兒童或少年者。

為法律之施行，設聯邦審查處（危害少年書籍散布法第八條第一項）。其由一位經聯邦少年、家庭、婦女暨健康部所任命之主席、各一位經任何邦政府所任命之陪審人員以及由聯邦部長所任命之其他陪審人員組成之（危害少年書籍散布法第九條第一項）。此其他（所謂團體）陪審人員係由下述團體之提議而產生，該團體有：

1. 藝術界，
2. 文學界，
3. 書商，
4. 出版業界，
5. 少年協會，

6. 少年福利團體，

7. 教師界，

8. 教會、猶太文化團體及其他公法團體之宗教團體。（危害少年書籍散布法第九條第二項）

聯邦審查處原則上僅因危害少年書籍散布法施行辦法（一九六二年八月廿三日新頒布，聯邦法律公報第一部，第五九七頁，最近一次經一九七八年五月五日命令修正，聯邦法律公報第一部，第六〇七頁——DVO）第二條所稱機關及部、局之告發而為決定（危害少年書籍散布法第十一條第二項第一段）。該法規定三種不同之組織。於危害少年書籍散布法第十八條第一項及第十八條之一第一項情形（依法院判決及內容相同書籍之歸入名單），單由主席為決定。於危害少年書籍散布法第十五條（暫列名單）及第十五條之一（於明顯案件之簡易程序）之情形，由主席及二位聯邦審查處其他人員組成三人委員會決定之。此外，即所謂十二人委員會所為之決定，該委員會係由主席、三位邦陪審人員及八位團體陪審人員組成之。至少有九位委員出席時，該委員會即具有決議能力。為歸入名單時，須有三分之二多數決，但至少要有七票（危害少年書籍散布法第九條第三項以及第十三條）。

II、1. 抗告人自一九七八年十一月以來，以袖珍本為前述小說之出版。其包含 K. H. Kramberg 之前言以及 Oswald Wiener 之「維也納人青春論集」。該著作未註明著作人，約在世紀更易時期發行於維也納；Felix Salten 被推定為著作人。一九六五年哥本哈根之 Dehli 出版社以德文發行該小說，共二卷，其經德國刑事法庭二件判決宣告為猥褻之後，一九六八年依危害少年書籍散布法第十八條第一

項規定，將該小說歸入禁書。一九六九年由德國 Rogner 與 Bernhard 出版社所發行之版本，因內容相同，於一九七〇年歸入名單之中。

2. (a) 一九七九年一月初，控告人請求該前述二種小說版本由名單中剔除，因為依目前觀點，該書籍爲藝術著作。隨著敗訴判決，聯邦審查處拒絕將之從名單中剔除，亦且將該袖珍本歸入名單。其指明該小說依危害少年書籍散布法第六條第二款及第三款規定顯然嚴重危害少年，因為其對任何其他人性關係並不加考慮，而著重於以嚴重惹人厭煩方式描繪女主角之性愛過程。兒童賈淫及雜交行爲予以正面評價，甚至說成無害且加以頌揚。依 M. 及 G. 教授鑑定書之結論，認爲該書籍非藝術著作。該小說不外是有關女主角性生活之「色情寫真集」及「賈淫錄」。色情及亂倫問題，不是藝術化之處理，而單爲激化誘惑力。

(b) 對此不服所提之訴訟，不成立。行政法院指明：聯邦審查處爲闡明可能改變之社會倫理概念，所爲重新歸入名單之程序，並於十二人委員會組織中將小說列爲禁書，乃無可指責；依危害少年書籍散布法第十八條之一第一項剔除名單之拒絕後，將決定委由主席單獨管轄，或有矛盾之處。於本案，亦宜同意爲決定。僅爲多元化社會意見多樣光譜中具有影響之表達，始使依危害少年書籍散布法第一條第二項第二款規定少年保護利益，退居次要地位。

高等行政法院指明：危害少年書籍散布法第一條第二項第二款規定，僅能重申或擴大基本法第五條第三項第一段所保障之藝術保護，而非對之爲限制。書籍應視爲藝術著作。但於依基本法第六條第二項

及第一條第一項規定亦作爲憲法位階之少年保護利益之情形，藝術自由有其界限。此少年保護利益無疑因該小說而嚴重遭受侵害。該所描寫之行爲方式，尤其是兒童與其姊妹及雙親之性接觸，乃違反今日仍普遍妥當之價值標準。因此，排除透過藝術自由而予以正當化。

聯邦行政法院基本上認爲：聯邦審查處十二人委員會組織規定，不因不確定性，而爲無效。於有關基本權利規定之領域內，法治國原則並不禁止使用不確定法律概念與賦予聯邦部長於團體陪審人員任命時爲合於職務之行使某種範圍之裁量。經斟酌之組織及由其任命之陪審人員人數，有時並不須由法規爲個別之確定，因爲其存立及重要性或可能變動。

依高等行政法院未被指責而確認見解，聯邦審查處之評價便強制要求，該小說歸屬於危害少年書籍散布法第六條所稱之嚴重危害少年之書籍。如不考慮其是否爲藝術著作，將其列爲禁書亦符合於危害少年書籍散布法第一條第二項第二款規定。該規定具有如同基本法第五條第三項第一段之效力範圍。但於此，藝術自由應對於保護兒童及少年防止道德上危害之利益，有所退讓。此係基於憲法之基本價值，尤其係根據基本法第一條第一項及第六條第二項之規定。國家不能因憲法而不遵守對於任何可能依危害少年書籍散布法第一條第一項所稱之道德上危害之預防。然而於歸屬於危害少年書籍散布法第六條規定書籍之情形，却有所不同。縱使其宜列爲藝術，基本法第五條第三項第一款規定，與危害少年書籍散布法第三條至第五條規定之適用，不生衝突。當其僅限制藝術著作之效力範圍，並給予藝術交流利益之空間時，於屬於危害少年書籍散布法第六條之書籍情形，就正好是重大案件，其不適用完全排除對少年保護

。此種情事之違反基本法之價值秩序，大於列爲禁書所侵害之藝術自由。此外，危害少年書籍散布法第六條規定（不同於危害少年書籍散布法第一條第一項）不得附有藝術保留，亦適用之（在個案時，參照 NJW 1987，第一四三五頁〔一四三六頁〕涉及〔一四三〇頁以下〕）。

Ⅲ、1. 抗告人於其憲法訴願中指責，該受不服之判決侵害基本法第五條第三項第一段規定。不因描述女主角性愛經過，而將前述保護拒絕適用於列爲禁書之書籍。世界文學著作亦有以此等描述作爲對象。藝術與色情非相互排斥。就危害少年書籍散布法第六條所稱顯然嚴重危害少年書籍情事，藝術保護始終應退居次要地位之主張，並不正確。對於競合之法益（兒童及少年保護），業已欠缺必要之憲法位階；其既非源自基本法第一條第一項以及第二條第一項，亦非導出於基本法第六條第二項第一段之規定。縱使此或宜爲另外之評斷，救濟法院不得忽視該著作之藝術性質，並於必要時，須衡量該對立利益。兒童及少年保護利益，因該小說不是無疑義而受嚴重侵害。就某特定文章內容可能具體危害少年之見解，學術上理由是不充分。

立法者以憲法上不充分方式，規定聯邦審查處組織，尤其是所謂團體陪審人員任命；因此，該受不服之判決侵害基本法第二條第一項以及第二十條第二項及第三項之規定。危害少年書籍散布法第九條第二項規定，業被認爲過於不確定，因而無效。尤其因立法者就基本權利行使之實質問題，未爲充分規定，故其違反法治國原則。藉規定於多數考慮中之競選者與團體間之選擇；以及對其專業知識，由審查程序所證明之特別條件要求，於此欠缺其判斷標準。此外，含有非公法團體之世界觀及宗教團體之規定，

於國家中立義務違反情形下，排除有特定組織存在。總之，危害少年書籍散布法，於團體陪審人員之任命時，違反事實事項應有法律規定之要求，而放任予行政機關，從而亦給予事實上恣意任命之實務，大開方便之門。

他者，該法違反引註要求（基本法第十九條第一項第二段）及檢查禁止（基本法第五條第一項第三段）。

該受不服之判決違反基本法第二條第一項及第二十條第三項（法治國原則），第一百零三條第一項與第十九條第四項第一段之規定，因為其不但在危害少年問題上，而且於作為藝術之歸類方面，僅賦予聯邦審查處於訴訟上有限審查之評斷空間。

於違反法治國原則及第一百零三條第一項情形下，最後拒絕聯邦審查處所持有僅主張但未證明危害少年之少年心理學鑑定意見。鑑定人<sup>23</sup>教授業已持著先前具有見解。因此，其鑑定書不得作為裁判基礎。

2. 聯邦少年、家庭、婦女暨健康部於其以聯邦政府為名義所為之意見書中，限定聯邦審查處組織之問題。該法律規定，由憲法觀點，不宜受到指責。危害少年書籍散布法於斟酌素材之性質，規定所有實質之組織問題。就於各個團體中所為組織結構變更之適當反映，該法第九條第二項提供予以可能性。如該團體未預為合作之準備時，對具有參與能力機構之法律上確定，將不可避免導致無法預期之缺漏。基於法律基礎所為之任命，不宜受到恣意之指責。

聯邦審查處爲聯邦行政法院判決辯護，該對立之利益於此或有協調之可能。在立法者之創制自由中，其可選擇是否就聯邦審查處組織予以確定或另作具體化。對於參與所有僅可想像之組織，似不可能。聯邦部長之一定處分可能性，依憲法觀點，應可接受。

B、合法之憲法訴願有理由。該受不服之判決違反基本法第五條第三項第一段規定（I）。就團體陪審人員確定之規定，受到嚴厲之懷疑（危害少年書籍散布法第九條第二項）。但其予以過渡時期（II）。其餘之指責無理由（III）。

I、(a)列入禁書之書籍屬於基本法第五條第三項第一段之保護範圍。於此，有疑議者，因該著作稱之爲小說，並顯示受認可之藝術活動（一位作家）之成果，是否即肯定爲前述保護範圍。但該著作具有藝術上獨特結構特徵：其係自由創作形成之成果，於小說之文學形式上，表現出著作人之印象、經驗及幻想（參照 BVerfGE 30,173 頁〔一八八頁以下〕；六七、一一三頁〔一二六頁〕 EUGRZ 1984，四七四頁〔四七七頁〕）。基本之創作形式，於與環境相關之描述及維也納俗話之使用中，得被認爲是創作風俗之方式。此外，小說容許一系列爲藝術意圖推論之詮釋。因此，小說可能在發展中小說中，被認爲是種揶揄。再者，女主角使人意味著男人性幻想之化身，其作爲教育上之反映，其目的是兩性之厭抑。同時，亦經常意識到該諸模仿之因素。

(b)該小說可能同時被視爲色情，使之不具有藝術性質。就此情形，使人憶及聯邦憲法法院判決（

BVerfGE 30, 336 ( 350 ) ) 及受不服之聯邦行政法院判決 ( 判決書複印本第十四頁 ) 所引起疑議，無法消除。藝術與色情，正如聯邦最高法院於其 Henry Millers Opus Pistorum 之判決中所為正確見解 ( BGH, NJW 1990, 3026 頁 ( 3027 頁 ) )，兩者互不排除。毋寧是依聯邦憲法法院裁判集第六七卷，一一三頁 ( 一一六頁以下 ) EuGRZ 1984, 474 ( 477 ) 所建立之判斷標準，藉以判定藝術性質。其認定非繫於國家風格、水準及內容之控制或藝術著作效用之判斷 ( 參照 BVerfGE 75, 369 ( 377 ) EuGRZ 1988, 270 ( 271 ) ; 81, 278 ( 291 ) )。如此觀點至多於藝術自由是否應對競合法益，從憲法位階上有所讓步之問題檢驗時，始發生作用。

2. 藝術自由之無保留保障，原則上不排除因少年保護而列為禁書。藝術自由既不受基本法第二條第一項第二階段之三位一體規定，亦不受基本法第五條第二項所設限制，而劃下界限。但如其同位於憲法位階時，其適用於其他權利主體之基本權利，但亦適用於其他法益 ( BVerfGE 30, 173 ( 193 ) ; st. Rspr. )。防止道德上危害兒童及少年之保護，受憲法所保護利益之確保。

(a) 業已於直至目前之判決中，聯邦憲法法院認為，依基本法本身所持之價值，少年保護是具有重要地位之目標及重要之共同願望 ( 參照 BVerfGE 30, 336 ( 347 及 348 ) ; 77, 346 ( 356 ) EuGRZ 1988, 137 ( 139 ) )。

於基本法第五條第二項明示少年保護，尤其依據於基本法第六條第二項第一段規定之父母教養權，而享有憲法位階。此包括決定兒童教材之權限 ( BVerfGE 7, 320 ( 323 頁以下 ) )。危害少年書籍

散布法係與抗告人見解相反，旨在命予第三條至第五條之列為禁書之效果，而非在於國家檢查職務之行使，以削弱父母教養權之範圍。其目的毋寧是預防憲法所保障之父母教養權遭受破壞。危害少年書籍散布法第三條至第五條規定，應在於確保該對於兒童及少年發展有損害之兒童及少年書籍，僅經其父母之同意，始得接觸。一九七三年十一月廿三日第四次刑法修正法第五條第八款規定所包含之危害少年書籍散布法第二十一條第四項規定，係為保障父母得免於任何刑事處罰而為自由決定，從而原則上亦准將危害少年書籍散布法第六條所稱之書籍，交付予受其教養之人（參照前述：少年、家庭暨健康委員會對法草案之最後建議與報告· BT Drucks. 10 / 722, BT Drucks. 10 / 2546, S. 16 rechte Spalte）。

此外，依基本法第一條第一項以及第二條第一項規定，兒童及少年保護亦得位於憲法位階。兒童及少年享有基本權利規範所稱之其人格發展權利。其需要保護，並需要協助，以發展於社會團體中自我負責之人格（參照 BVerfGE 79, 51 [ 63 ] EuGRZ 1988, 529 [ 533 ]）。此正亦適用於防止性危險之保護及可能尊重人格權之性教育（參照 BVerfGE 47, 46 [ 72 頁以下 ] EuGRZ 1978, 57 [ 63 頁以下 ]）。此種論點，使國家有權避免兒童及少年，對於兩性看法及其人格發展，可能遭受不良之影響。

(b) 因未違憲，立法者准為如是論點，書籍（危害少年書籍散布法第一條第一項）可能有危害少年之影響。相反於抗告人之見解，其不考慮學術、經驗上之證據，而採取立法措施，即文學著作可能對於

兒童及少年造成損害。此種看法，毋寧是在於賦予其評價特權之範圍內。其理由及範圍，繫於各種不同因素。特別是尙未最後解決之實質領域性質，形成一個相當安定、有經驗支持之判決以及相關法益之意義，作為決定之標準。為準備一九七三年十一月廿三日刑法第四次修正法（4. StrRG）（BGBl. I. S. 1725）學術、經驗上詳論之現況報告指出，透過書籍而危害少年之可能性，縱使有強而有力之相反意見，但仍無法有充分證據補強之。該法之標準預備工作，業已於第六次選舉期完成（參照 BT Drucks. 7/80, S. 14）。當時就危害少年書籍散布法舊法第六條維持問題，實質上與刑法第一百八十四條（色情文學之散布）一併討論。雖然延請社會學、性學、精神病學、心理學、教育學、法醫學、犯罪學、神學、哲學、法學領域專家以及刑事警察、社會福利、少年輔助及教育界之實務工作者為廣泛之聽證，刑法修正特別委員會不能說毫無疑慮地澄清危害少年問題。再者，於所有不一致意見中，有相同評價者，就教材與心理發展之效用可能關聯，所為學術性意見之評斷，因欠缺有體系調查及長期研究，更加困難（參照前述：刑法修正特別委員會書面報告，BT Drucks. VI/3521, 1, 3, 58頁以下及65頁以下；就立法程序繼續發展，尤其參閱刑法修正特別委員會之報告與提議，BT Drucks. 7/514, 10頁以下及12頁以下）。

於此學術上尙未澄清之情況下，立法者有權評估危害狀況及危險，並決定其是否採取措施（參照 BVerfGE 49, 89 [131頁以下] EuGRZ 1978, 553 [564]）。附加對其決定予以正當化理由是，該與藝術自由競爭之法益，主要規定於基本法第六條第二項第一段，但於第二條第一項以及第

一條第一項之中，並占有相當高之位階。如係在學術現狀，以理性方式少年不可能受有危害時，立法者始捨棄其所屬之決定空間。依刑法第四次修正法諮詢結果，此事不能予以考慮。

3. 立法者如決定使兒童及少年保護與無保留保障藝術自由相比較時，危害少年書籍散布法於合憲性解釋所欲滿足之要求，係源自憲法。

(a) 法治國原則及民主要求，使立法者負有義務，就基本權利實現之標準規定，實質上由其本身為之，並不得將之委交於行政機關之行為及決定權（參照 BVerfGE 33, 125 [ 158 ]； 34, 52 [ 60 ]； 34, 165 [ 192 頁以下 ]； 45, 400 [ 417 ] EuGRZ 1977, 349 [ 353 ]； 47, 46 [ 78 頁以下 ] EuGRZ 1978, 57 [ 64 頁以下 ]； 49, 89 [ 127 ] EuGRZ 1978, 553 [ 563 ]）。立法者在何等程度下，須自行決定就有問題之生活領域所必要之指導準則，則依該基本權利關聯作為決定標準。如相互競合之基本法上自由權互涉一起，且各該界限互為流動，並難以認定者，則存在著如是義務。尤其是當相關基本權利依憲法文義，無保留予以保障，且該欲規範生活領域之規定，須決定及具體化其憲法內在限制之際，更有前述情形之適用。於此，立法者有義務，於任何情事，就對立之自由保障限制，於其對於該自由權行使有實質重要意義之程度內，而為自行決定（亦參照 BVerf GE 6, 32 [ 42 ]； 20, 150 [ 157 頁以下 ]； 80, 137 [ 161 ] EuGRZ 1989, 341 [ 347 頁以下 ]）。

(b) 依前述原則，立法者於危害少年書籍之範圍內，自行規定藝術自由與少年保護之均衡，其以危

害少年書籍散布法第一條第二項第二款形式而規範之。從其文義及體系地位觀之，固然可推論得出，藝術保留僅適用於根據危害少年書籍散布法第一條第一項第一段及第二條而列為禁書，且非包含依同法第六條，因未納入名單而生同法第三條至第五條效果之案件。但基本法第五條第三項第一段規定，要求為合憲性解釋，於危害少年書籍散布法第六條情事，亦涉及藝術保留（參照 BVerfGE 30, 336 [ 350 ]）。

儘管於學術上意見分歧衝突，仍容許立法者決定支持如下見解，即危害少年書籍散布法第一條第一項第二段所稱之書籍，原則上於道德足以危害兒童及少年。但考慮藝術自由時，立法者則不許規定，在特定種類時之特別危害之書籍始終享有少年保護，且毫無例外地，有優先地位。藝術自由與其他具有憲法位階之權利如陷入爭議時，毋寧是此兩者須以最適狀態之目標，而為相當均衡。於此情形，比例原則特別具有其意義（BVerfGE 30, 173 [ 199 ]）。此外，應注意者，藝術自由正如其本身由基本法第一條第一項價值觀所受影響一般，塑造出基本法之人性形象（參照 BVerfGE 30, 177 [ 193 及 195 ]）。因此，於營造所企求之協調時，應注意藝術自由於他方面，與協調之憲法法益之行使及效力範圍，有其界限（參照 BVerfGE 77, 240 [ 253 ]）。凡此必須衡量該對立之利益，且禁止其賦予一般性（與祇對特定種類書籍）之優先地位。

(c) 此種必要條件，未曾考量危害少年書籍散布法第三條至第五條規定，不是完全阻止該被列為嚴重危害少年之藝術著作之散布，而祇是於廣告及散布受有限制。參酌交易對此仍屬合法之形式，就書籍

之散布，對於成人亦予以相當大限制，並於列爲禁書時，不得不考慮藝術自由。因此，從憲法而言，尤其依基本法第五條第三項第一段之無保留之擔保，法律不準予以內容，使第一條第二項第二款之藝術特權，專保留予根據危害少年書籍散布法第一條第一項規定列爲禁書。此亦准許由基本法所要求之其他方向而爲解釋。文義及體系之爭議，不是如此朝向依基本法所拒絕之方向，以致於立法者之意旨，因合憲性解釋，轉變成反面觀點，因而有可能逾越解釋之界限（參照 BVerfGE 2, 266 [ 282 ] ; 8, 28 [ 34 ] ; 8, 210 [ 221 ] ）。

從資料（尤其參閱危害少年書籍散布法政府草案，BTDucks. I / 1101, 11頁）得知，立法者有意將基本法第五條第三項第一段規定所謂藝術條款（政府草案第一條第一項第二段第二款）一併考慮。於此意圖之結果，危害少年書籍散布法第六條規定如違反憲法者，則危害少年書籍散布法第一條第二項第二款規定，亦應適用於同法第六條之情形。藝術條款之包括危害少年書籍散布法第六條之效力，亦使之與前述後者規定之文義相一致。據此，危害少年書籍散布法第三條至第五條之限制，適用於第一款至第三款所稱之書籍，「而不需納入名單及公告」。因此，該解釋應相一致，危害少年書籍散布法第六條之適用要件，係根據危害少年書籍散布法第一條第一項規定，得將書籍納入名單中，如此無危害少年書籍散布法第一條第二項第二款所稱之障礙原因存在。藝術條款因其準用而處之體系地位，不強制反對危害少年書籍散布法第六條以及第一條第二項第二款規定之憲法所要求之解釋。法律規定爲如此之理解，以致於危害少年書籍散布法第六條所稱書籍時，亦涉及藝術保留。但於此等案件，不致於藝術之一般

性優先地位，而祇負有個案衡量之義務。

(d) 此外，危害少年書籍散布法第六條（尤其是第三款），不受到嚴厲之憲法上質疑。尤其此情形非源自確定性要求。

法律之規定，須如此被掌握，以致於關係人得具體認識其規範遵從性及法律狀態，使之得以從事其行爲（參照 BVerfGE 45, 400 [ 420 ] EuGRZ 1977, 349 [ 354 ] ; 58, 257 [ 278 ] EuGRZ 1982, 195 [ 200 ] ; 62, 169 [ 183 ] EuGRZ 1983, 42 [ 43 ] ）。藉著於基本權利所根據相關規定爲基礎之範圍，而被涉及之強度，提高確定性之要求。但不應推論出，規範根本不許提出解釋問題。如確定性要件得以傳統法律方法所解決者，毋寧是其要件已足夠（參照 BVerfGE 17, 67 [ 82 ] ）。

危害少年書籍散布法第六條經得起此等要求（參照 BVerfGE 11, 234 [ 238 ] ）。其構成要件（尤其是其第三款），如聯邦最高法院判決所示（特別參閱 BGHst 8, 80 [ 83 頁以下 ] ），經解釋而更如此具體化，以致於其本身足以符合基本法第一百零三條第二項規定之確定性要求。

4. 但於危害少年書籍散布法第六條之適用時，聯邦審查處及專業法院業已違反憲法。

(a) 該受不服之判決，不僅應審查其是否依據藝術自由之意義及效力範圍之原則上不正確觀點（參照 BVerfGE 18, 85 [ 92 頁以下 ] ）。於此，憲法上審查委託，毋寧是延伸至行政機關及專業法院之法律適用個案爲止。因爲其範圍特別依該受不服判決侵害相關基本權利之強度而決定之（參照 BVerf

GE 42, 143 [ 147 頁以下 ] EuGRZ 1976, 315 [ 315 頁以下 ] ; 66, 116 [ 131 ] EuGRZ 1984, 300 [ 301 頁以下 ] ) 。

導致更深入之憲法審查之持續侵害，不僅存在於受基本法第五條第三項第一段所保護行為之刑事法院處罰，亦毋寧是國家機關決定在超越具體案件之外，足以發展預防效果，即於未來案件，得減少準備，而主張相關基本權利時，如此侵害於國家機關之其他決定時，應被認定（參照：如 BVerfGE 43, 130 [ 135 頁以下 ] EuGRZ 1977, 109 [ 109 頁以下 ] ; 67, 213 [ 222 頁以下 ] EuGRZ 1984, 474 [ 476 ] ; 75, 369 [ 376 ] EuGRZ 1988, 270 [ 271 ] ; 77, 240 [ 250 頁以下 ] ) 。

於此，存在如此案件。因藝術著作亦可能甚至完全顯示性愛關係，故該受不服之判決足以減少藝術表達之準備，或至少顯然限縮所創造藝術著作之效力範圍。因此，其具有超越具體案件之重大效力範圍。

(b) 如前所示，該無保留而保障之藝術自由與兒童及少年保護之與前者行使相對立利益，須於個案中，使之協調一致。無任何法益始終對於他法益，屬於優先地位。此亦適用於危害少年書籍散布法第六條所定之書籍。同時，此僅於藝術自由之相對立利益為廣泛衡量後，始准予納入危害少年書籍名單之中，或受到危害少年書籍散布法第三條至第五條規定之限制。此不同於行政高等法院之見解，亦非導論出於聯邦憲法法院就時代倒錯列車之判決（BVerfGE 67, 213 [ 228 ] EuGRZ 1984, 474 [

478 〕)。雖於該處指出，競合法益（於該處：人格權）之無疑可確認為嚴重侵害，或許無法經由藝術自由加以正當化。但此並非意指，該認定如此嚴重侵害是否存在之審查是孤立，即不考慮著作之性質而進行審查（對此亦參照 *BVerfGE* 75, 369 [ 378 頁以下 ] *EUGRZ* 1988, 270 [ 272 〕）。如單獨參酌對立利益，且衝突之解決，專視經由藝術著作而可能受到侵害之嚴重程度而定時，該於其完成請求權所涉及與被威脅之法益，或可能因藝術自由之負擔，而不得被最適當考量。

於藝術自由與兒童及少年保護利益之衝突時，該憲法所要求之協調，却不能單依據先前合乎著作性質之解釋作為基礎（參照 *BGH*, *NJW* 1983, 1194 頁 [ 1195 〕），而達成之。藝術著作不僅得於美學而且於實在之層次，發展其效用。甚至於非通常情形，如不能推斷藝術著作之全部內涵時，正好兒童及少年成為常有之事。此不僅適用於個性不穩定、有危險傾向之少年，亦且適用於該藉著天賦或教養防止不良影響而被保護之兒童及少年。但此認識之結果，非始終給予少年保護利益屬於優先地位，毋寧是仍留有衡量之要求。

在兒童及少年保護方面，聯邦審查處及專業法院於憲法之可能範圍內，應設法弄清楚，該具體之書籍可能造成何種傷害。此不祇包括觀察於何種程度內，色情描寫物之接受，與此同時「完全一般流傳之黃色作色」之升高情形（採如此正確看法：*BGH*, *NJW* 1990, 3026 頁 [ 3028 〕）。此有時亦須有其效果之專家鑑定調查。於此時，聯邦審查處及專業法院應接受立法者之決定，即危害少年書籍散布法第一條第一項所稱書籍於兒童及少年之個性、道德發展（即於其人格之鑿成），足以侵害之。

對於藝術自由之權衡而言，危害描述於何種程度納入藝術概念，實有其意義。藝術自由亦包括危害少年、特別是以暴力及性為主題與依藝術家本人所選用描述方式而為之改作及加工。其得愈早請求優先地位，該危害少年之描述物愈多構成藝術性質，並歸入藝術著作之整體概念中（參照 *Beverly* 30, 173 (195 )）。就著作之危害少年段落是否納入藝術概念之審查，必須有合乎著作性質之解釋。

再者，就個案衡量藝術自由與少年保護利益之份量決定，亦得使於公眾享有聲譽之著作被列為禁書。於評論及學術上所獲得之回響及價值評估，得產生評斷之論點，以決定藝術自由是否應賦予優先地位。

該由基本法第五條第三項第一段所推論出之審查要求，不僅拘束聯邦審查處，亦且拘束法院。據此為標準之評價之事後審查，係屬可能且必要。法院因其透過賦予聯邦審查處祇有限事後審查之評斷空間之情形，不得削減其審查列為禁書是否與藝術自由相符合之範圍。此或許與直接由基本法第五條第三項第一段規定導出之要求，以使憲法位階之對立利益之協調情形，不儘相符。

因此，並非意指聯邦審查處根本未保留有評斷空間。不同於憲法訴願之見解，此問題於此未予決定，因為聯邦行政法院及行政高等法院於受不服之判決中，既未就少年之危害，亦非於書籍係為藝術之間題，而針對聯邦審查處之評斷空間。

(c) 該受不服之判決未對憲法之要求作出正當之評價。聯邦行政法院審查危害少年書籍散布法第六條之構成要件，並肯認之，但未就基本法第五條第三項第一段所要求為整體衡量。此限制於就可能對於

藝術自由或兒童及少年保護，具有根據危害少年書籍散布法第一條第一項及第六條爲列入或不列入禁書效果之相對立情形。但由於憲法之緣故，應藉前述由專業法院於個案所爲填補之觀點，以衡量該對立之利益，並回答該決定性問題，即該著作之效力範圍，是否應受危害少年書籍散布法第三條至第五條所定之限制。

行政高等法院亦審查危害少年書籍散布法第六條之構成要件，但未斟酌所要求之藝術自由之對立利益。

因行政法院及聯邦審查處判決就其保護範圍之確認，繫於非藝術之特徵，故該判決業已違反基本法第五條第三項第一段規定。

5. 據此，整個判決應予廢棄。依前述憲法原則之衡量，將有何結果，仍未確定，且保留予聯邦審查處決定之。

II、聯邦審查處組織之法律規定，不符合憲法要求之指責，亦有理由。

1. 聯邦審查處之組織，但非因「私人」參與決定之觀點，而受到指責。

(a) 基於危害少年書籍散布法第九條第二項所稱範圍之陪審人員，在其行使職務時，非爲私人，而是由聯邦部長隨著任命而賦予之職位承受者。由部長任命而作爲對國會負責之政府成員，同時使之達成民主正當化。

因聯邦審查處成員依危害少年書籍散布法第一百十條規定，不受指示之拘束，故不侵害民主原則。

賦予聯邦審查處之任務，依種類及範圍，非屬如此政治作用範圍，以「非內閣」觀點（參照 B Verige 9, 268 [ 281 頁以下 ] ），而有所疑義。

(b) 非於公法勤務及忠誠關係之人之委託決定權限，亦不違反基本法第三十三條第四項規定。一方面，於此非涉及主權之持續行使，而是公共任務之有限期之實行。他方面，社會團體代表人之參與，於此儘可能以某種程度遠離國家及基於多元意見形成，而為有關新聞及藝術自由之決定之觀點，加以正當化。此思想於危害少年書籍散布法第九條第二項規定中，發現憲法上相當安排。

準此，國家行政不得以個自獨裁所建構之官僚機構，要求確定該列為禁書決定之價值標準，毋寧是其提供一個法庭，調查對立之價值觀及針對完全特定之著作，基於討論，而為決定。團體代表人之參與，於此正得以藝術自由之利益，確保蒐集所有作為列為禁書決定標準之觀點、調查就此所蘊涵之價值及使之均衡。

(c) 有關危害少年書籍散布法第九條第二項規定，任命團體代表人參與聯邦審查處決定之範圍選擇，不生疑義。

尤其相對於宗教團體（危害少年書籍散布法第九條第二項第八款），有關世界觀之團體不予考慮，乃不應遭受指責。此不違反平等原理。教會於少年照顧之工作，負有其各宗教背景之義務，固然正確。但因教會從來特別致力於兒童及少年照料，故特令教會參與聯邦審查處之事務。針對少年保護，此不以同樣方式，適用於有關世界觀之團體。

此外，政黨及工會不得選派團體陪審人員，不得加以指責。於聯邦審查處，有別於廣播電視委員會，其不涉及重要社會力之控制，而是特別有資格評斷書籍之危害少年性質或藝術意義之團體之參與。

立法者亦未有專業範圍，而基於該範圍，得在為決定時預先提供基本重要論點，且不考慮以憲法異議方式為之。於危害少年書籍散布法第九條第二項之創設時，仍留予其創制空間。於此，其亦應注意者，隨著日漸擴大，審查團體之功能愈變質。其超越該創制空間及不考慮有意義之組合之標誌，未被認識。

(d) 應參與之團體，亦於危害少年書籍散布法第九條第二項充分確定之界限。

如前(1. 3. d.)所述，解釋問題得以傳統法律方法加以解決時，即符合確定性要求。此經由危害少年書籍散布法第九條第二項規定之列舉，得以保障。於藝術與文學領域間有某種程序之重疊存在，固然有此可能；但如同直至目前實務見解所示，由此衍生之界限問題，有解決之可能。

2. 但國會立法者本身，不對聯邦審查處組織之實質問題，加以規定，亦不為符合基本法第八十條第一項第一段規定要求之法規性命令授權。

(a) 實質論(參照前揭1. 3. a.)不僅回答特定標的是否必須法律加以規定，毋寧是該規定於個案時須適用程度如何，予以決定性標準(參照BVerfGE 34, 165 [192]；49, 89 [127及129]；EuGRZ 1978, 553 [563]；57, 295 [327]；EuGRZ 1981, 295 [303])。此衍生義務，在於規定與競合自由權相界限，於個案在內容上之適用法律之行政，並且至何種程度，准予限制基本法第五條第三項第一段規定所涉及及列為禁書決定自由之範圍(另參照BVerfGE 6, 32

[ 42 ] ; 20, 150 [ 157 ] ; 80, 137 [ 161 ] EuGRZ 1989, 341 [ 347 頁以下 ] )。於行政程序宜標示競合自由權界限之設置，亦歸屬於立法者在其實質指導準則中所規定之內容。於此，必須預為提供程序規範，該規範應取向於其任務，且同時足以實現之（參照 BVerfGE 53, 30 [ 65 ] EuGRZ 1980, 57 [ 66 ] ; 65, 76 [ 94 ] EuGRZ 1984, 35 [ 37 ]，各其所示參考書）。藉相當程序規定而實現基本權利之要求，在此首先針對立法者（BVerfGE 73, 280 [ 296 ] EuGRZ 1987, 28 [ 32 ]）。行政程序直接對於基本法所保護地位產生影響時，該程序規定於其利益內，須以法規形式確定之。於此情形，該事並不充分具備。

(b) 但立法者未對團體陪審人員為資格審查，不應受到指責，其參與之目的，旨在提出專業界之觀點。因此，欠缺深切影響之理由，要求各個團體陪審人員，超越團體歸屬之資格證明。

為建立所有利益之最具可能廣泛概觀之目的，相互輝映見解交換之強制，藉足以確保有受列為祭書威脅著作之自由請求權（基本法第五條第三項第一段）方式，由立法者保障之。加重多數之要求（危害少年書籍散布法第十三條）確保不因少數見解，即被通過，且意見分歧時，必須有明顯多數者，始可能列入祭書。

該原則透過危害少年書籍散布法第九條第三項規定之法定人數，為有效之補充。其確保少數保護，同時保障無任何競合利益之單方面被忽視。有人（如浮現眼前之抗告人）因一位或二位團體陪審人員之持續缺席，欲對聯邦審查處活動提出質疑時，如將之交付若干少數團體陪審人員之手，或許阻礙憲法中

所確立兒童及少年之法律保護。他方面，於受威脅之基本法第五條第三項第一段所定自由權之利益中，藉著危害少年書籍散布法第九條第三項第二段以及第十三條規定確保，因逐漸減少之會員人數，將減弱該被保留票數之份量。如僅九位委員出席者，不須有三分之二，而是有七票贊成列為禁書；否則，此不允許發生。

(c)但選舉團體陪審人員之程序，法律上規定不甚充分。法規形式所定之程序，須斟酌所有於列為禁書決定中所應注意觀點之最可能廣泛調查趣向。因此，立法者須詳細規定，基於危害少年書籍散布法第九條第二項就陪審人員選派之團體所考量之人合團體與聯合會。再者，其應規定如何選舉各陪審人員。於此所須企求者，為至少傾向於完全涵蓋該參與團體之意見。

危害少年書籍散布法不包括如是規定，亦未具備充分規定法規性命令授權之形式。對於法規性命令制定者之授權，未涉及選舉程序。此尤其亦適用於祇涉及聯邦審查處程序但未於陪審人員選舉上讓步之危害少年書籍散布法第二十三條規定。

3.但直至新規定為止，最遲至一九九四年底，此瑕疵應予容忍。

此符合聯邦憲法法院判決，經由其判決，不致於合憲情形比現今遑少之情況。此不排除將現行規定，不祇視為與基本法不一致，而且甚至視為無效。因此可能產生如是結果，即聯邦審查處根本上不再能從事兒童及少年保護活動。為防止人格發展危害之基本法所定兒童及少年保護，儘管現行法有瑕疵，仍必須使現行法律狀態暫時存續其效力。他方面，此狀態如難以預測長期存續效力者，則與列為禁書所涉

及之自由權，尤其是基於基本法第五條第三項第一段所保障者，相互牴觸。

四年應認為是相當期間。因兩德統一所牽聯問題，特別強烈要求立法者之情形，固然應予考慮。但此涉及在可綜覽概觀領域之組織決定，而該決定似乎不需太長準備工作。

Ⅲ、其餘指責無理由。

1. 引註要求（基本法第十九條第一項第二段）未被侵害。其祇適用於依立法者明示授權而准予限制之基本權利（參照 BVerfGE 21, 92 [ 93 ]；24, 367 [ 396 頁以上 ]；64, 72 [ 79 頁以下 ] EuGRZ 1983, 648 [ Rsprber. Nr. 27 ]）。但依基本法第五條第三項第一段所生之基本權利，不屬之。

2. 就聯邦審查處在於侵害基本法第二條第一項以及第二十條第三項、第十九條第四項第一段與第一百零三條第一項之情形，被賦予評斷空間，為之落空。於此受不服之判決，聯邦行政法院及行政高等法院即未涉及少年危害之評斷，亦未涉及基本法第五條第三項第一段所生自由範圍之標示，而係根據聯邦審查處之評價特權。

3. 袖珍本書籍之列為禁書，亦不違反基本法第五條第一項第三段所定之檢查禁止。憲法僅禁止事前檢查。其中行政機關程序之預先介入，應理解為於其決議前，該著作不准予發行（參照 BVerfGE 33, 52 [ 71 頁以下 ]）。法律未規定此程序，法律祇包含壓制措施之授權基礎。事實上該袖珍本書籍於公表後四年，始被列入禁書。由於危害少年書籍散布法第十八條之一規定，此措施之可能性業已於一九七

八年該小說發行時不加以考慮者，祇導致逐漸升高之威脅性壓制國家行為之可預見性，但似乎賦予其先發生效力之預防特性（參 BVerfG，前揭判決，七三頁）。

參與決定之法官：Herzog 院長，Henschel, Seidl, Grimm, Söllner, Dieterich, Kühling, Seibert.

抗告人之代理人：Hans-Jürgen P. Groh 律師、Wentzelstr. 9, 2000/Hamburg 60 與 Sieghart Ott 律師、Kurfürstenstr. 22, 8000 München 40.

編著註：參見歐洲人權法院 Müller 對 Schweiz 案之判決，EuGRZ 1988, 543。歐洲人權法院判決（EuGRZ）於猥褻油畫扣押與於藝術家或展覽者之判決中，不認為歐洲人權及基本自由保護公約（EMRK）第十條規定侵犯藝術表達自由。

譯者註：

1. BVerfGE "Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (聯邦憲法法院判決)"
2. EuGRZ "Europäische Grundrechte-Zeitschrift (歐洲基本權利雜誌)"
3. BTDrucks. "Drucksachen des Deutschen Bundestages (聯邦眾議會刊物)"

- 4 NJW.. Neue Juristische Wochenschrift (新法律週刊)
- 5 BGBI. I S. 1725.. Bundesgesetzblatt. Teil I Seite 1725 (聯邦法律公報，第一部，第一二五頁)
- 6 StRG.. Das Vierte Gesetz zur Reform des Strafrechts (刑法第四次修正法)
- 7 str...streitig (有爭議)
- 8 Rspr...Rechtsprechung (法說判決)
- 9 BGHSt.. Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (聯邦最高法院刑事判決)
- 10 BGH.. Bundesgerichtshof (聯邦最高法院)
- 11 EGMR.. Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (歐洲人權法院判決)
- 12 MRK.. Konvention v. 4. 11. 1950 zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (一九五〇年十一月四日人權及基本自由保護公約)

## 關於「示威者拘留」之判決

(譯者註：截至譯稿止，本判決尚未正式登載於聯邦憲法法院判決輯中，原文取自 EUGENZ 第十八卷第一、二期合刊本第四十一頁至第四十四頁)

譯者：張懿云

“德國基本法對於法官在裁定警方遇到大規模的群眾示威活動時，是否可以採取拘留手段，所做的基本要求”

1. 根據基本法一百零四條第二項第一句的規定，當法院的程序在對於許可或是繼續限制個人自由權利做出判決時，必須在開始限制個人自由之前，給予當事人一切法治國家所能提供的保障，且其必須符合法律形式的程序 (Justizformigen-Verfahren)。即使是在有必要加快審理速度的情形，亦只能簡化或縮短審判的程序，但絲毫不得危害到審判的獨立性與符合法律形式的程序的公平性。

2. 基本法一百零三條第一項保障人民依法有當庭陳述意見的權利 (即人民有請求依法審判的權利，*rechtliches Gehör*)。任何一位第三者若欲轉述陳述的內容時，必須事先獲得被轉述人的信賴或是表示願意遵守法治國家所稱客觀陳述的義務。而被轉述人亦須被告知，他的陳述內容乃至聲明均將以自己的名義被轉述。

判決主文：

哈瑙 (Hanau) 地方法院於一九八八年三月十九日所爲之第 20 X 64 / 88 L 號判決，已經侵犯了基本法第二條第二項第二句與第一百零四條第二項第一句連用，以及第一百零三條第一項所賦予訴願人之權利，因此該判決無效。

黑森邦 (Hessen) 必須負擔人訴訟所支出之必要費用。

判決理由：

A、

本憲法訴訟乃是關於法官對警察動用拘留權 (polizeilichen Gewahrsam) 的裁定。

I、

警方對於在本案所指稱之時間允許動用拘留權，其主要乃是根據黑森邦於一九七二年一月二十六日所制定 (GVBl. I, S. 24)，一九七四年九月四日修訂 (GVBl. I, S. 36) 的「公共安全秩序法」(des Hessische Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung, — HSOG —) 第四十六條第一項之規定。該條文之規定：

(一) 執行警員遇到下列狀況時，得行使拘留權：

1. 執勤警員處於非自由意志之狀態而欲排除現時之危害，以拯救個人身體、生命安全時，或  
 2. 爲防止直接即將發生之犯罪行爲（刑法第十一條第一項第五款之犯罪行爲），亦包括雖僅只處以罰鍰，但是也會對公共安全及社會秩序造成重大危害之行爲，而爲必要之措施。

(二).....

黑森邦公共安全秩序法第四十七條對於法院的管轄權，以及拘留之法律程序做了以下的規定：

“任何之拘留均需立即取得拘留地該管地方法院之許可方得爲之。該地方法院法官之判決爲最終之判決。一旦被拘留人獲得釋放，該拘留許可亦應立即失效。”

## II、

1. 西元一九八八年三月十九日在哈瑙地方曾發生一場一萬五千人參加的大型示威活動。警方根據以往處理類似示威活動的經驗，事先在哈瑙城周圍的道路上設置了檢查哨，以檢查往示威的群眾。而本案的訴願人即在當天受到警方的盤查。警方在盤查時發現訴願人在一九八三至一九八五年間，曾有四次因爲涉嫌在示威活動中有犯罪行爲而受到偵查，但尚未結案的記錄。其中三次曾受到警方的暫時留置，另一次則被警方拘留。

警方在確定訴願人的身份以及上述的法院記錄之後，（但據訴願人的說法，警方並未告知他上述的法院記錄。）即在當天上午十一時四十分拘留了訴願人。警方在拘留錄上填寫的拘留理由是“身份查證”（*personalienüberprüfung*）。訴願人曾有法律所保障之陳述意見的機會，但訴願人表示不願多說

任何話。而警方在另外一份隨被拘留人所檢送單據的拘留理由欄中又加註了：「多次因破壞社會安寧在案」（Systembekannt wegen Landfriedensbruchs）的字樣。

訴願人在被警方拘留後，隨即被監禁在位於美茵河畔一處叫做彌漢（Mühlheim / Main）地方的黑森邦保安警察隊部。警方也立即向法院申請拘留許可。

2 同一天，哈瑙的地方法院立刻裁決此項拘留合法。許可的理由是根據執勤警察單位在申請書上的敘述，亦即訴願人之所以在去參加示威活動的路上被攔下，乃是因為警方根據訴願人已往的法院紀錄和當天對整體的印象所做的研判，認為訴願人很可能會參與非和平的行動。因此，警方在一張事先印好的表格上圈選了此次的拘留行動是「必要的」（erforderlich），以便阻止訴願人觸犯刑法第一百二十五條所規定之違法行爲。表格上同時載明了，執勤的警察單位曾對訴願人進行偵訊（Anhörung， rechtliches Gehör），但是訴願人當時引用了刑事訴訟法第五十五條的規定，拒絕回答任何問題。地方法院在裁定拘留許可時亦同時規定警方必須在當天下午十八時釋放訴願人；而警方亦已依照地方法院的指示辦理。

### III、

訴願人向聯邦法院提出憲法訴訟，指稱哈瑙地方法院的裁判侵犯了聯邦基本法第二條第一項與第七十二條、第七十四條第一款、第三十一條之連用，以及第八條、第二十條第三項、第一百零三條第一項和第一百零四條第一項等諸條文所賦與的基本權利和其他與基本權相類似的權利。訴願人一共列舉了以

下的理由：

1. 由於黑森邦的立法者並沒有制定「公共秩序法」的程序訴訟法，因此哈瑙地方法院根據黑森邦公共安全秩序法第四十七條第二句的規定所做拘留合法的裁判，基本上違反了基本法中有關立法權限（*die Gesetzgebungskompetenzen*）的規定。邦的立法者根本不得制定任何對非訟事件（*die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*）和刑事訴訟法中所保障的訴願管道做出任何限制的法律，因為在這種情況下，只有聯邦的法律規定才是最終的圭臬。

2. 哈瑙地方法院的法官應該傳喚訴願人親自到庭說明。僅由警方製作筆錄再轉交給地方法院的做法，並不足以滿足聽證（*Gehör*）的要求。只有面對面的個人偵訊（*persönliche Anhörung*）才可以讓法官從當事人的答辯資料中，得到較為完整的認識，而且也較能夠對於一切條件是否均符合公共安全及秩序法第四十六條所規定之拘留要件，做出較正確的裁定。在本案例中，地方法院僅依警方單方面的陳述即裁定拘留合法。警方亦未告知訴願人移送的資料內容。假使訴願人能親自到庭說明，他至少可以答辯「無犯罪前科」。而且很可能爲了跑這一趟法院，訴願人便會擔誤了趕赴示威地點的時間，進而省掉了警方對訴願人採用拘留手段的必要性。

3. 此外，地方法院的裁定也侵犯了聯邦基本法第二條第一項及第八條條文所賦予訴願人的基本權利。光憑一項揣測、懷疑某人會觸犯刑法第十一條第一項第五條所定的犯罪行爲，即做出限制個人自由的拘留裁定，這是不公平的；僅憑一項揣測，懷疑某一位參加示威活動的人會採取非公平的手段，即剝奪他

參加示威活動的權利，這也是非常不公平的。

#### IV

黑森邦政府、聯邦行政法院和聯邦最高法院對本憲法訴願案的意見。

1. 黑森邦政府認為該邦公共安全秩序法第四十七條的規定並未違憲，因為聯邦行政法院組織法第四十條第一項第二句的規定，即授權各邦的立法者去決定地方法院法官的管轄權。

但是從憲法的角度來看，在本案中，訴願人被拘留的實際過程的確還有值得進一步推敲的地方。

根據基本法中特別強調個人自由權利的第二條第二項第二句的文字，並沒有“口頭聽證”(mündliche Anhörung)的強制規定。但在執行黑森邦公共安全秩序法第四十七條有關限制個人自由權利的條文時，則必須注意不得違反該法第四十八條第一項，有關拘留最長時間不得超過從拘留日起算至第二天結束的規定。至於“個人聽證”(personliche Anhörung)的強制規定，一般則只出現在聯邦或是各邦有關限制個人自由的法律中，而且是在對較長時間的拘留才會做出此類的強制規定。

然而，基本法第一百零四條第二項第一句的條文也要求法官在審理有關限制個人自由的案件時，應重視個人的自由權，以做出恰如其分的判決。此一條文不僅要求限制個人自由的形式程序要合法，它同時也要求法官獨立而廣泛地審核限制個人自由的要件。對個人自由限制越大的判決需要越仔細的查證。至於查證義務的廣度與深度則必須視事件緊迫的程度以及已知事實材料的多寡和可信度而定。在本案中，地方法院法官的裁定過程並未符合上述的要求。

2. 聯邦行政法院與聯邦最高法院均認為，在本案例中引起爭議的黑森邦「公共安全及秩序法」的相關條文並未違憲。

B、

本憲法訴訟願予受理。儘管本案的訴願人早在提出本憲法訴訟案之前的一九八八年三月十九日傍晚即已獲得釋放，但是針對此項因法院判決所引發之憲法訴訟案，憲法法院仍有提供法律保護的必要。

只要個人找不出另外的途徑以對抗限制個人自由的高權行為（*Hohheitsakt*）時（此乃憲法所保障的權利），憲法法院就認為有繼續提供法律保護的必要。（*BVerfGE 10, 302 [308]*；*74, 102 [115]*；*76, 363 [381]* *EUGRE 1987, 549 [554]*）。個人的自由權經由基本法第二條第二項第二句「不可侵犯性的保證」（*die Garantie ihrer Unverletzlichkeit*）和第一百零四條第二項第一句的「法官保留」（*Richervorbehalt*）已有特別的保障。

在一個所謂：由於執行的方式（*Art*）與持續的時間（*Dauer*）而致侵害個人自由的憲法審查案，如果個人無法真正享有憲法上的權利的話，那麼有關實體及程序上的保障都將形同具文。

C、

本憲法訴訟願案的理由是充分的。儘管本案例中，地方法院所做之裁判，乃是根據合於憲法規定有關規範警察行使拘留權之法定程序而為之；但在實際執行時，却未符合基本法第二條第二項第二句與第一百零四條第二項條文連用，以及第一百零三條第一項的要求。

## I、

1. 在本案中，哈瑙地方法院依據黑森邦公共安全秩序法第四十七條第一句及第四十七條第二句所做之拘留裁決以及所為最終判決之裁判，並未違反基本法第七十四條第一款與第七十二條第一項的規定。

按照基本法第七十四條第一款的規定，聯邦得依此條文所賦予它的「競合權限」（*konkurrierende kompetenz*），對行政法院的組織與運作做詳盡、最終的規定。（*BVerfGE* 20, 238 [ 248 ]；29, 125 [ 137 ]；37, 91 [ 198 ]）。然而，只要聯邦法律做出有利於邦立法者的法律保留時，在這種情況下，即使聯邦在針對某一特定對象享有競合的立法權限，邦的法律仍是合法的。（*BVerfGE* 20, 238 [ 251 ]；29, 125 [ 137 ]）。行政法院組織法第四十條第一項第二句的條文，即是為邦的立法者提供一種將本質上不屬於憲法層次，而是屬於邦法律層次的公法訴訟案件交由其他法院審理的可能性。黑森邦公共安全秩序法第四十七條第一句的條文即是屬於這種情況。

行政法院組織法第四十條第一項第二句的規定，不僅受權邦的立法者，由他來指定審理該條文所規範訴訟案件的該管法院，同時也規定由該指定之法院做最終之判決。因此在此項權限範圍內，邦的立法者可以指定地方法院做單獨，而且也是最終的判決。據此而論，黑森邦公共安全秩序法第四十七條第二句的規定並未抵觸基本法有關立法權限劃分的規定。

2. 黑森邦公共安全秩序法第四十七條第二句有關排除上訴可能性的規定並未抵觸基本法第四十九條第四項的精神，因為此所謂得請求法院救濟的保障（*die Garantie eines Gerichtsschutzes*）並不

包括保證審級制度（Instanzenzug）在內。（參考 BVerfGE 11, 232〔233〕；實務上的通說，最近一次判決 BVerfGE 78, 88〔99〕）。

根據一般法治國家的原則與聯邦憲法法院長久以來的實務經驗，沒有任何的判決會得出法律訴訟程序一定非得經過兩級法院審理不可的結論。（BVerfGE 4, 79〔94 f.〕）。同樣地，爲了發揮保障個人自由的功能，基本法第二條第二項不僅沒有強制立法者爲審理限制個人自由的訴訟程序制定一套多級的審判程序，反而爲立法者保留了自行設計審判程序的空間。如果遇到了立法者只提出一級一審制的情況，憲法對於該審判程序的設計，自然會有更嚴格的要求，以期能發掘事實的真相。

3. 從基本法第一百零四條的規定來看，黑森邦的公共安全秩序法並無違法之虞，因爲該條文並未就法官在裁定拘留是否合法的程序做出更詳盡的規定，因此該法之規定仍未超出非訟事件法的規範之外。——而此亦符合了歷年來法院及學說上的見解——。（Vgl. BVerfGE 1, 229〔233〕；BGHZ 5, 46〔51〕；VG Freiburg, Beschluss vom 22. Dezember 1950, DVBl. 1951, S. 313〔315 f.〕；Dürig；Grundgesetz, Kommentar, Stand：1958, Ant. 104 Rdnr. 31；H. J. Wolff, Das Verfahren bei Freiheitsentziehungen, DÖV 1951, S. 313〔315〕）。另外，有關類推適用程序法上的規定與基本法第一百零四條並不衝突，因爲這和類推適用實體法中有關限制個人自由的授權基礎有所不同。基本法第一百零四條第一項有關類推適用之禁止（Analogieverbot），其主要的目的是爲了保護當事人免於受不可預見之對個人自由的侵犯，而基本法第一百零四條第二

項之目的則側重在法官審查的保證（*die Gewährleistung richterlicher Kontrolle*）。只要能夠達到憲法上相同的目的，這一種保障事實上也可經由類推適用其他有關法官審判程序的規定。（*Vgl. BVerfGE 10, 302 [ 329 ] ; 29, 183 [ 197 ]*）。

基本法第一百零四條第二項第一句規定，當法院訴訟程序在對於「許可」或是「繼續」限制個人自由權利做出判決時，必須在開始限制個人自由之前，給予當事人一切法治國家所能提供的保障，且其必須符合法律形式的程序。即使是在有必要加快審判速度的情況，亦只能簡化或縮短審判的程序，但絲毫不得危害到審判的獨立性與符合法律形式的程序的公平性。因此，為了符合上述的立法精神，立法者乃依據基本法第一百零四條第二項第四句的委任立法（*Gesetzgebungsauftrag*）制定了一套審判程序，以規定在當時的情況下是否可以限制個人的自由。

類推適用非訟事件法所造成的結果是，非訟事件法第十二條有關職權調查的基本原則（*Grundsatz der Amtsvermittlung*）亦同樣適用於黑森邦公共安全秩序法第四十七條有關法官裁判（*richterliche Entscheidung*）的規定。如此一來，憲法中對於法院審判程序所要求的形式要件才算齊全了。針對法官在極短的時間內，必須做出拘留與否的裁判；再加上最長只能拘留四十八小時的規定（*Vgl. § 48 Abs. 1 HSOG*），憲法並未要求另外設計一套詳細、固定格式的審判程序。為了讓警方有排除危害的能力，以便應付，例如：整救失去自由意志的人（*Willenslosen Persons*）或是維持大規模示威活動秩序的情況，因此法官在處理有關警察採取拘留手段的審判過程中也必須具有彈性。從憲法本身對有

必要加快審理程序的規定（Art 104, Abs. 2. Satz 2 und 3），使得法官對於查證案情所能支配的時間受到限制，而且按照法條的規定，法官最遲必須在拘留的第二天結束之前做出裁判，也正因為如此，當法官在研判是否有可預見的危害，以便做出是否拘留的裁判時，他也只能根據在短時間所收集到的事實資料來做判斷。因此，只要非訟事件法第十二條有關職權調查的基本原則符合了憲法第一百零四條的精神，則該基本原則已滿足了前述所提之要求。在這種考慮之下，黑森邦的公共安全秩序法第四十七條就沒有必要一一去規定，在什麼樣的條件之下必須舉行個人的偵訊（*persönliche Anhörung*）。

## II.

1. 假使法官在根據非訟事件法第十二條的規定進行調查時，只是查證警方單方面所提供的資料而據以認定有限制個人自由之必要；這樣的做法，縱使在較緊急的情況下，依然是不符合基本法第一百零四條的規定的。根據基本法第一百零四條第二項的規定，法官在審理有關限制個人自由的案件時，必須秉持獨立審判的精神，並且必須對拘留之必要性加以裁判，以便阻止當事人做出犯罪的行爲。由於該法官的判決是決定性的（*konstitutiv*），而非只是關於許可或確認等暫時性的行政裁決（HStR VI, §130 Rdnr. 25；Dürig, a. a. o. Art. 104 GG. Rdnr. 25；E. Gralitz, *Freiheit der Person*），因此法官在審理此類案件時，必須親自對該剝奪個人自由行爲是合法的，這一事實加以確認。而判斷是否會對基本權造成侵害的困難之處，尤其是在於必須深入的考查該剝奪個人自由的措施是否必要。至於一般查證的方法有翻閱檔案，收集證物，執勤人員的報告以及對當事人的個人偵訊等

等。

2. 本案中，地方法院所做的裁判不符合憲法上的要求。

a) 判決中是以，爲了阻止訴願人可能直接且即將違反刑法第一百二十五條所列之「破壞社會安寧罪」爲理由，來說明拘留的必要性。儘管此一理由符合黑森邦公共安全秩序法第四十六條第一項第二款的犯罪構成要件，而且從憲法第一百零四條第一項第一句來看，這個有關限制個人自由的法律授權，亦無不妥。此外，如果訴願人真是有計劃的參與非和平的集會，以破壞社會安寧秩序，則其亦不再受基本法第八條第一項之保護。（Vgl. BVerfGE 69, 315 [ 359 f ] EuGRZ 1985, 450 [ 461 f ] ; 73, 206 [ 248 ] EuGRZ 1986, 619 [ 630 ] ）。但是從法院實際所掌握的證據來看，其並不足以支持訴願人有「破壞社會安寧之虞」的推測。

b) 地方法院對本案做出判決時，完全只根據警方所附送的資料；然而警方亦只是根據訴願人已往的記錄和當天對其整體的印象，即認爲訴願人很可能會參與非和平的活動，進而在其至示威的途中予以拘捕。法院並未以自身對此情況的瞭解來做爲裁定的判斷基礎。此外，地方法院在審理過程中不但沒有提及其他可能有助於發掘事實的途徑，而且也沒有對警方所提供的資料做進一步的分析與評估。不僅如此，由於地方法院並未傳喚訴願人到庭陳述，因此它並沒有真正瞭解訴願人的個人狀況及其意圖。依此看來，地方法院根本未做到發掘事實真相（*Patsachenermittlung*）的工作。根據基本法第二條第二項第二句和第一百零四條所規定的查證義務（*Aufklärungspflicht*），地方法院至少必須盡到親自

瞭解警方的資料和訴願人的說辭，以便根據黑森邦公共安全秩序法第四十六條的規定，就危害發生之可能性做出符合比例原則的裁判和防範。

其次，地方法院所使用的裁決表格（*Beschlussformular*）也不符合法治國家對法院在裁定有關限制個人自由時的要求。此一表格將黑森邦公共安全秩序法第四十六條第一項第二句所規定的不可或缺的構成要件降格成爲只是一種必要的標準而已（*Maßstabe des Erforderlichen*），明顯地減低了判定是否符合比例原則的要求。此外，該表格上還印著“此拘留是根據黑森邦公共安全秩序法第四十七條規定，並經法院許可所進行的”的字樣。基本上，有關對個人自由做出限制的裁判應該不僅只是一項決定性，而且必須是一項不事先受警察機關影響的獨立審判。根據基本法第一百零四條第二項第一句條文的規定，在限制個人自由的案件中，承辦法官必須對其所做，允許限制個人自由的裁判負責。

### III.

地方法院的判決同時侵犯了訴願人依法有陳述意見的權利。（或請求依法審判的權利）

1. 基本法第一百零三條第一項的條文賦予當事人對事實、證據和法律狀況（*Rechtslage*）進行陳述之權（vgl. *BVerfGE* 60, 175 [210] *EUGRZ* 1982, 160 [170] ; 64, 135 [143] *EUGRZ* 1983, 538 [540]）。並且法庭有義務聽取當事人的陳述，並做爲判決時的參考（vgl. *BVerfGE* 60, 247 [249] *EUGRZ* 1982, 483 [R. sprber. Nr. 21] ; 70, 288 [293] *EUGRZ* 1986, 333 [R. sprber. Nr. 33]）。法官聆聽當事人的陳述可提供當事人機

會去影響法官，以做出有利於自己的判決。因此就一般而言，在判決前讓當事人當庭陳述是有意義的（BVerfGE 9, 89 [ 96 ]）。除非它破壞了聽證的目的（vgl. BVerfGE 9, 89 [ 98 ]； 57, 346 [ 358 f ] EUGRZ 1981, 469 [ 471 ]），或是該判決將會因聽證的舉行而變得太遲了（vgl. BVerfGE 65, 227 [ 233 f ]）。

基本法第一百零三條第一項的規定，保障人民有當庭陳述意見的權利。任何一位第三者若欲轉述陳述的內容時，必須事先獲得被轉述人的信賴或是表示願意遵守法治國家所稱客觀陳述的義務。而被轉述人亦須被告知，他的陳述內容乃至聲明均將以他自己的名義被轉述。在正常的情況下，凡是遇到沒有時間急迫性的案件，當事人應做的當庭陳述是不可以由警察機關轉述的，而且這些機關的手段、措施在法院審判的過程中亦應當再加以審查。即使是在時間緊急的狀況下，當事人亦須被告知，他的陳述內容是要轉述於法庭的，如此才符合基本法第一百零三條的規定。

2. 在本案中，假使訴願人知曉他的陳述內容將會被轉述給法庭，並且知道他的陳述將會對該案的判決產生影響，那麼在程序上才完全符合基本法第一百零三條第一項的規定。但是，在地方法院的判決書上，却只證實了訴願人曾接受警方的偵訊，至於訴願人在當時是否曾有對法院審判程序乃至判決結果產生影響力的機會，則未有明確的交待。

#### IV、

訴訟費用請依照憲法法院組織法第三十四條之a)第二項辦理。

三十四

承辦法官：Böckenforde (審判長) 、 Klein, Grafhof, Kruis, Franßen, Kirch, Winter.  
訴訟代理人： R. A. Michael Hofferber und Ulrich Koch,  
住址： Schumannstr, 6000 Frankfurter Am Main \ 1 .

中華民國八十年十二月

德國聯邦憲法法院裁判選輯(二)

版權所有  
翻印必究

編輯者：司 法 院 秘 書 處  
發行者：司 法 院 秘 書 處

台北市重慶南路一段一二四號  
電話：三一八一八七〇  
印刷者：君宇文具印刷有限公司

地址：台北市莊敬路481巷29號之三  
電話：七二三八三六九  
七二二七四六六