

西德聯邦憲法法院

裁判選輯（一）

司 法 院 印 行

中華民國一〇九年十月修訂再版

例 言

- 一、本院為供實務上學術上之參考，特將西德聯邦憲法法院裁判，擇其具有參考價值者，譯成中文，編輯成冊。
- 二、本書定名為西德聯邦憲法法院裁判選輯(一)，係由翁大法官岳生就西德聯邦憲法法院發行之裁判選輯(ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS)，篩選其中西德聯邦憲法法院之判決九篇：(一)關於「確認社會主義帝國黨違憲」之判決；(二)關於「夫妻共同課稅是否違憲」之判決；(三)關於「呂特事件」之判決；(四)關於「職業自由(工作權)」之判決；(五)關於「立法者應受平等原則拘束」之判決；(六)關於「聯邦預算法之法規審查程序」之判決；(七)關於「刑罰執行留置受刑人書信是否侵害人民基本權利」之判決；(八)關於「學校法(開除學生)」之判決；(九)關於「一九八三年人口普查法」之判決，譯印而成。
- 三、本裁判選輯之翻譯，由本院委請院外精通德語及法學造詣相當之人士：劉孔中、陳麗娟、黃啟禎、蕭文生、張懿云、顏厥安、謝銘洋諸位先生小姐擔任，並請法學博士林信和先生擔任譯文之審查工作。
- 四、本裁判選輯，係由參事彭鳳至、秘書處第二科黃科長一鑫、賴秘書鈺蘭、谷雲祥、王蓉飛、劉夢蕾諸位同仁分任編校，始克付梓，併此附誌。

西德聯邦憲法法院裁判選輯（一）

目 錄

譯名：	譯 者	頁 次
一、關於「確認社會主義帝國黨違憲」之判決.....	劉孔中	1
二、關於「夫妻共同課稅是否違憲」之判決.....	陳麗娟	66
三、關於「呂特事件」之判決.....	黃啟禎	94
四、關於「職業自由（工作權）」之判決.....	蕭文生	120
五、關於「立法者應受平等原則拘束」之判決.....	張懿云	172
六、關於「聯邦預算法之法規審查程序」之判決.....	顏厥安 劉孔中	183
七、關於「刑罰執行留置受刑人書信是否侵害人民基本 權利」之判決.....	蕭文生	234
八、關於「學校法（開除學生）之判決」.....	謝銘洋	248
九、關於「一九八三年人口普查法」之判決.....	蕭文生	270

關於「確認社會主義帝國黨違憲」之判決

—聯邦憲法法院判決第二輯第一頁至第七十九頁

譯者：劉孔中

1. 離職法官之繼任者未於聯邦憲法法院法第五條第三項規定期間內經選任者，聯邦憲法法院之組織並非即當然不合法。
2. 基本法第廿一條第二項所謂之自由民主基本秩序係指，排除任何權力支配及恣意支配而立基於國民多數意志自決之法治國家的統治秩序。其基本原則包括：尊重基本法具體規定之人權，特別是人格生存及自由發展之權利，國民主權，權力分立，政府之負責性，行政之合法性，法院之獨立性，多黨制原則及一切政黨合憲地組織並推動反對活動之機會均等原則。
3. 對政黨而言，基本法第廿一條第二項是基本法第九條第二項之特別規定。
4. 基本法第廿一條第一項第一句及第二句以及第二項係可直接適用之法。該條第一項第三句禁止政黨組織原則上偏離民主原則之部份，亦同。
5. 政黨之內部秩序偏離民主組織原則，致使其僅能被視為原則上敵視民主之態度表示者—特別是其他情況亦證實該黨之此種態度者—則充足基本法第廿一條第二項之構成要件。
6. 政黨之解散聽任少數領導幹部之專斷者，相關之黨章規定或授權決議均因牴觸基本法第廿一條第一項第三句之強制規定而無效。
7. 政黨經確認為違憲者，其於聯邦及邦議會之議員席位亦隨之喪失。

第一庭於一九五二年十月廿三日對於聯邦政府聲請確認社會主義帝國黨 (Sozialistischen Reichspartei) 違憲一案做成判決。

判決主文

I

1. 社會主義帝國黨違憲。
2. 社會主義帝國黨應解散。
3. 不得成立社會主義帝國黨之代替組織或以現有之其他組織當成其代替組織繼續運作。
4. 聯邦及邦議會之議員經社會主義帝國黨之選舉推薦而當選者或於本判決宣示時隸屬社會主義帝國黨者，喪失其席位，並不得補選。

相關議會之法定人數隨喪失之席位遞減；議會決議之效力不因此而受影響。

5. 社會主義帝國黨之財產沒入德意志聯邦共和國供公益目的之用。

II

本判決第一段第二句及第三句由各邦內政部長（或委員）執行；內政部就此對於一切警察機關具有直接指揮權。

財產之沒入由聯邦內政部長執行之，其得請求各邦內政部長（或委員）協助。

III

故意違反本判決或為執行本判決所採取之措施者，依聯邦憲法法院法第四十七條及第四十二條之規定，處六月以上之徒刑。

判決理由

A

社會主義帝國黨(以下簡稱社帝黨)成立於一九四九年十月二日。前此曾有數次嚐試欲將早先之右派黨派之黨員政治地重新加以組織。其中之一導致德意志右派黨(Deutschen Rechtspartei)成立。一九四九年該黨內部發生爭執。此為社帝黨成立之直接原因。

於一九四九年八月之聯邦議會選舉中列名德意志右派黨名冊而被選舉出之聯邦議員佛力茲·多爾斯博士(Fritz Dorls)推動社帝黨成立。卸職少將奧圖·俄尼斯特·萊姆爾(Otto Ernst Remer)，基爾哈特·克魯格(Gerhard Krüger)博士，奧古斯特·芬克(August Finke)，伯恩哈特·基爾克(Bernhard Gerlicke)博士等人亦領導該黨之成立。彼等身為「創黨人」，對該黨之發展亦扮演特殊的角色。

該黨低薩克森邦(Niedersachsen)黨部曾向該區軍事政府申請許可。其間由於政黨許可之規定被取消，故未處理該申請。

社帝黨原先以一黨章草案為其組織之基準，該草案本於德意志右派黨之黨章，並於一九四九年十月二日之成立大會上被接納為臨時黨章。自一九五〇年八月一日起該黨開始討論由黨幹事會(Parteivorstand)基於創黨人委託所草擬並經一九五〇年七月廿九日幹事會議議決之黨章。該黨章於一九五一年七月七日在衛斯特切勒(Westercelle)舉行之黨大會上得到定案。據此，黨的重要機關包括黨主席、黨幹事會(五名幹事)、黨顧問會(Parteirat，廿一名顧問)及黨員大會。該黨下分為邦、縣及區黨部，由黨主席領導。該黨亦成立外圍組織(帝國陣線 Reichsfront，社帝黨婦聯會 SRP-Frauenbund 及帝國青年團 Reichsjugend)。該黨欲採登記社團(eingetragenen Vereins)之法

律形式；然而一直未辦理登記。僅黑森邦(Hessen)黨部登記為民法上的社團。

社帝黨之黨員早期多來自德意志右派黨，德意志右派黨的一些縣及區黨部甚至併入社帝黨。社帝黨自一九五〇年至一九五二年參加了許多邦議會的選舉及聯邦議會的補選。它主要在低薩克森邦·不萊梅(Bremen)及史列斯維希·赫爾斯坦邦(Schleswig-Holstein)獲得相當多的選票(例如在一九五一年五月的低薩克森邦議會選舉中獲得大約百分之十一的選票)，在低薩克森邦議會贏得一百五十八席中的十六席，在不萊梅邦議會則贏得一百席中的八席。它在聯邦議會有二位議員為代表：多爾斯博士及「佛蘭茲·里斯特博士」("Dr. Franz Richter"，實為：佛力茲·羅斯勒 Fritz Röbler)。後者因涉及刑案而辭去其職位。

社帝黨沒有自己的報紙。最初是以通知來維持黨員之聯絡。自一九五〇年三月每周發行的「社會政策及帝國統一之德意志帝國報」因財政困難，被迫於一九五〇年九月停刊。低薩克森邦黨部自一九五〇年一月每兩周發行之「德意志瞭望」，自一九五一年五月被黨周報「民族反對黨及德意志自我伸張之帝國報」取代。該報於一九五一年七月廿三日被軍事政府停刊九十天。一九五一年八月復由「德意志反對黨」一副題「德意志瞭望新編」一取而代之。該黨幹事會自一九五二年四月十日起發行「訊息」。

除了該黨自營之「德意志瞭望」及「訊息」之外，其餘周報均是由以各報之名為名之出版社發行，所有人為出版家漢斯·席普(Hans Siep)。名義上「德意志帝國報」之總主筆是多爾斯博士，「德意志瞭望」之發行人是多爾斯博士，主筆是沃夫岡·薩格(Wolfgang Sarg)，「帝國報」之代理主筆是庫特·考夫曼(Kurt Kaufmann)，「德意志反對黨」之主筆是漢斯·哈克(Hans Hake)，實際上的總主筆則是在除納粹化作業(Entnazifizierung)中被列為第三類而因此不得列名的克魯格博

士。「訊息」是由亞道夫·曼斯(Adolf Manns)負責。

此外一些邦黨部及縣黨部亦發行報刊；例如低薩克森邦黨部發行「低薩克森新聞」，漢堡發行「德意志的呼喚」，史列斯維希—赫爾斯坦邦發行「真相」，萊茵蘭德—卜發爾茲邦(Rheinland-Pfalz)發行「萊茵蘭德—卜發爾茲通訊」及「社帝黨信件」，諾德萊茵—西發稜邦(Nordrhein-Westfalen)及符騰堡—巴登邦(Württemberg-Baden)各發行「訊刊」，巴伐利亞邦(Bayern)發行「德意志帝國」，史塔德(Stade)縣黨部發行「訊信」，菲希塔縣黨部發行「南奧登堡前哨」。

在社帝黨內部尚流通由「佛蘭茲·里斯特博士」(實為佛力茲·羅斯勒)自負責任發行的「佛里信簡」。此外沃夫岡·薩格自一九五一年九月一日自行出版得到該黨推薦之青年報「號角」。

社帝黨於聯邦及各邦所從事之政治活動自始就與政府政策對立。社帝黨與聯邦政府之緊張關係於一九五〇年更形尖銳。該黨的攻擊不僅及於政府具體的、政治的目標選定，且日益及於聯邦政治意志形成的方式。在此爭執過程中，聯邦政府獲得以下的確信：社帝黨反對聯邦的憲法秩序。它透過一九五一年五月四日的決議做成「確認」：社帝黨依其目標及支持者之行為，特別是經由恐嚇選民之舉動，旨在破壞自由民主的基本程序(基本法第廿一條第二項)。聯邦政府同時認定帝國陣線依基本法第九條第二項應加以禁止，並表示要向聯邦憲法法院提出確認社帝黨違憲之聲請。

B

聯邦政府於一九五一年十一月十九日向聯邦憲法法院提出它在一九五一年五月四日決議中所宣稱之聲請。它主張：社帝黨之內部秩序不符合民主原則，而是基於領袖原則。社帝黨是德意志國家社會主義勞工黨的延續組織；它追求相同或類似的目標並企

圖消滅自由民主的基本秩序。聯邦政府為其主張提出了物證（自證黨刊物節錄之文字，該黨領導幹部之演講錄音）及人證。它聲請：

1. 確認社會主義帝國黨違憲。
2. 社會主義帝國黨及其一切所屬組織均應解散。
3. 禁止成立社會主義帝國黨或其所屬組織（特別是帝國陣線、帝國青年團及社帝黨婦聯會）之掩護或代替組織。
4. 社會主義帝國黨及其所屬組織之財產沒入於聯邦供公益目的之用。

社帝黨則聲請，

駁回聯邦政府之聲請。

它試圖在詳細的陳述中說明聯邦政府之聲請應不被允許。此外它認為此聲請不具理由。它否認聯邦政府所主張之真實，並對於其所自認之事實有所辯解。它為其主張亦提出物證及人證做為反證。

C

聯邦憲法法院依聯邦憲法法院法第四十五條之規定於一九五二年一月廿四日裁定訴訟程序之進行。

本院依聯邦憲法法院法第卅八條及四十七條之規定，以前述日期之裁定及嗣後增補之裁定命令搜索社帝黨及其邦黨部之辦事處以及個別幹部之住宅並扣押特定證據資料。

社帝黨於一九五二年六月廿五日以書狀聲請：指派迄今處理本案之二位律師為其言詞辯論之辯護人。此種代理是必要的，但它無資力負擔。本院以其有支出訴訟必要費用之能力駁回其聲請。

言詞辯論時聯邦政府之代理並無瑕疵。社帝黨最初由二位律師代理。於第三次言詞辯論期日結束時，它再度提出指派律師

的聲請。未待本院裁定，它自次日起即不再參與言詞辯論。本院復駁回此聲請，但給予社帝黨在場幹事充分提出聲請及說明之機會，並視其為證人加以詢問。該等幹事於第九次言詞辯論期日因拒絕證言被本院科以秩序罰(Ordnungsstrafen)之後，於調查證據將結束之前離去本院。於最後一次言詞辯論期日社帝黨律師之一復出庭，但僅聲明，依社帝黨之見解聯邦憲法法院之組織已不合法。

證據之調查係經訊問證人該黨幹事會幹事多爾斯博士、萊姆爾、克魯格博士、衛斯塔普伯爵(Graf Westarp)、黑勒(Heller)、卸任縣黨部主席威尼加(Wenninga)、記者威西曼(Wiechmann)及聯邦憲法保護局局長約翰(John)，並宣讀書證及播放萊姆爾及辛許(Hinsch)二人演講錄音。對於書證之真正性並無爭執。

言詞辯論終結後，聯邦憲法法院因聯邦政府之聲請，以一九五二年七月十五日之判決(刊於聯邦憲法法院判決第一輯第三四九頁)做成暫時命令(einstweilige Anordnung)，禁止社帝黨於本案判決宣示前從事指定之公開宣傳活動。

社帝黨執行幹事佛力茲及黑勒於一九五二年九月十六日提出書狀聲稱，幹事會於數月前基於「有關機關」之授權已將該黨解散。

D

1. 依聯邦憲法法院法第十四條第一項，第十三條第二款及基本法第廿一條第二項第二句之規定，本案由聯邦憲法法院管轄。聯邦憲法法院法第四十三條以下之規定應予適用。
2. 社帝黨關於本院組織不合法之異議不能成立。該異議並非因於最後一次言詞辯論期日始被提出而不可採。蓋聯邦憲法法院如同任何一個法院，於訴訟程序全程應依職權檢查其是否

合法組成。至於社帝黨是否因此種不合法組織並斟酌聯邦憲法法院法第十五條第二項第二句之規定而受有不利益，並無關宏旨。由於法院組織之規定主要並不在於保障訴訟當事人之利益，而是法治國家完善的司法制度，所以法院組織不合法一定是訴訟程序之重大瑕疵。

該異議亦無理由。固然至今未依聯邦憲法法院法第五條第三項之規定為第一庭自一九五二年一月離職之法官選任繼任者，但不可據以推論本院不得為裁判。該規定係針對負責選任聯邦憲法法院法官之機關；它們因而負有於法官離職時使聯邦憲法法院各庭儘快恢復完整組織以執行職務之義務。該規定之文字及目的均未要求本院於選任未於一個月期限內完成時停止執行職務。關於評議法定人數之規定（聯邦憲法法院法第十五條第二項第一句）於本案仍有適用（萊西納 Lechner 亦採相同見解，參閱新法學周刊 NJW 一九五二，八五四頁）。

至於若選任機關出於非客觀（例如政黨政治）之理由不當遲延甚至故意中止選任時，是否應另作解釋，可置而不論，蓋本庭確信此種事實至今並不存在。

E

在詳細檢查社帝黨是否違憲之前，有必要概述基本法對政黨一般採取何種態度。

第一次世界大戰之後的德國憲法很少提到政黨，儘管在實施議會政治制度及比例選舉法之後，民主的憲政生活主要由政黨來決定。其中理由很多，最終可以歸結到民主的意識型態：不願在自由個體及由個別意志整合而成，再交由「全體人民代表」一議員—於議會中表達的國民總意之間，再承認一些可能使政治意志形成過程變質的團體。

基本法放棄前述觀點，面對政治事實，明白承認政黨是國民

形成政治意志的媒體—即使不是唯一的媒體。

在憲法中規範政黨制度，必須面臨二種層面的難題。其中之一與民主理論的基本原則有關：任何一種政治方向—同樣意味著敵視民主的方向—都允許在政黨中伸張。再則是議會中特別的緊張關係：議員一方面是全體國民之代表，不受拘束，但另一方面却要服從黨的政策。在此首先觀察第一個問題層面。

在一個與德國憲法發展具相同經驗的自由民主國家，每個國民均享有表達政治意見及組成政治性團體之基本權利。而民主的本質亦在於以選舉及表決之行使，來自國民全體之國家權力。在現代民主的大眾國家，國民意志事實上不過是政黨中不同的政治行動主張。此二種基本信念可導出不得對政黨之形成及運作加以限制之原則性結論。

德國制憲者必須在澈底實踐前述結論，或自最近的歷史中吸取經驗而對政黨課予限制二者中做一選擇。他必須衡量，基於任何政治理念組成政黨之絕對自由是否應以承認民主重大原則為其限制；以民主之形式手段來消滅民主之政黨是否應被排除於政治生活之外。他同時必須考慮到政府以此方式排除反對黨之危險。

基本法第廿一條嘗試解決這項難題。它一方面確認政黨之組成不受限制，另一方面也保留防止政黨從事「違憲」活動之可能。為了排除此項可能遭到濫用之危險，它將是否違憲的問題交由聯邦憲法法院決定，並儘可能規定明確之違憲要件以為法院判斷之標準。

解釋基本法第廿一條時，應自其基本信念中個別地探求重要指標。在進一步確定「自由民主的基本秩序」之概念時，更是如此。鑑於政黨在民主國家之特殊意義，不可因其違反個別法規或甚至以合法手段與憲法之整體機制對抗，即將之排除於政治生活之外；無寧只有當其動搖自由民主憲法國家之最高基本價值時，方得為之。這些基本價值構成基本法視為國家整體秩序—「憲法

秩序」——最根本的自由民主的基本秩序。

根據基本法的憲政決定，此基本秩序係基於以下的假定：人生而為人即具有自己獨特之價值，自由與平等是國家生活永恆的基本價值。它因而是與價值判斷有關的秩序。它與集權國家否定人的尊嚴、自由及平等之獨斷支配力量正好相反。社帝黨關於「自由民主之基本秩序可以有不同形態」的想法，因為將自由民主的基本秩序之概念與其在民主國家所呈現之多種形式混淆，所以是錯誤的。

據前所述自由民主的基本秩序可定義為：排除任何權力支配及恣意支配而立基於國民多數意志自決及自由平等之法治國家的統治秩序。其基本原則包括：尊重基本法具體規定之人權，特別是人格生存及自由發展之權利，國民主權，權力分立，政府之負責性，行政之合法性，法院之獨立性，多黨制原則及一切政黨合憲地組織並推動反對活動之機會均等原則。

此亦說明基本法第廿一條與第九條第二項關係之關鍵部份。政黨在概念上亦屬於基本法第九條第二項所謂的「團體」（並參照刑法第九十條之一第三項），若符合該項規定之要件即應加以禁止，故亦應受行政機關之干涉。但是在具體個案會產生一些困難的解釋問題，尤其是吾人將基本法第九條第二項所使用的「憲法秩序」之概念與「自由民主的基本秩序」之概念兩相對照，並且依邏輯的方法僅從文字以求確定二者相互之關係時。令人滿意的解答只能從前述原則性的衡量中得出。因此若一個團體同時也是政黨，基於政黨始具有之特殊地位，則享有基本法第廿一條第二項之特殊權利。對政黨而言該項規定是基本法第九條第二項之特殊規定。後者在政治之領域只適用於非以政黨方式組織或運作之團體或政黨之附屬組織。

基本法第廿一條除第一項第四句以外均是可直接適用之法規範，縱然該條第三項將之進一步規定交由聯邦法律定之。該條

第二項明顯如此，特別是聯邦憲法法院法已據此制訂了詳細的規定。基本法第廿一條第一項第一、二句之具體拘束力鑑於其前述之原則性功能亦極明顯。第一項第三句雖然在政黨法才獲得詳細規定，但是它禁止政黨組織原則上偏離民主原則之部份，無論如何是可直接適用。至於政黨違反此項規定是否構成基本法第廿一條第二項所謂之違憲，仍有待回答。其答案存在於以下的考量之中：只有當政黨否認自由民主之最高原則，才能將之排除於政治生活之外。政黨之內部秩序若不符合民主原則，則足以使人懷疑它會將其內部之結構原則實現於國家，因而將會消滅自由民主基本秩序的要素之一——即國家意志之形成是政治力量自由競爭的結果——以利於權威體制。是否真是如此，有待逐案加以審查。政黨偏離民主組織原則達於僅能被視為原則上敵視民主之態度表示之程度者，特別是其他情況亦證實該黨之此種態度時，則充足基本法第廿一條第二項之構成要件。若只是「抽象地」確認政黨之內部秩序不符合民主之原則仍屬不充分。

吾人若斟酌在充分民主的政黨內亦經常討論應給予具開創及塑造意志之重要政治人物何種活動可能，則亦可獲得相同的解釋。對於這個問題，不能僅以「民主國家之政黨組織亦應民主」之類簡單提示一筆帶過。政黨做為國家政治生活之動態因素，特別是政治理念產生並發揮影響的場所，它若透過形式民主的黨章規定，在黨內過度限制重要的政治人物，無寧是違反其生存法則，活潑的政治生活因此會被扼殺，真正的政治家因此會被驅向政治的孤立，徒使黨幹部制度得利。至於民主國家本身最終會因此遭受何種危害，在此只需提醒：德意志國家社會主義勞工黨於一九三三年剝奪民主黨派之權利接著將它們消滅時，它們的行為態度。

此處討論之問題，變動不居。然而吾人不能假設基本法企圖破壞政黨內部民主秩序之自然發展及討論。

F

毫無疑問社帝黨是屬於向來所謂雖無統一方向但其一般之精神態度却構成德國政黨結構中一個特定方向之右派黨派。吾人區別政治方向若主要依其如何對待國家與個人之關係，則一切右派黨派之國家觀本質均是以超越個人之觀點置國家於個人之上——此與自由主義強調何人優先於國家之命題形成對比。二者最終的差異在於，前者認為個人是為了國家而存在，後者認為國家是為了個人而存在。不同政治方向在歷史的發展上呈現著寬廣的色譜，其中個人主義與超個人主義之理念曾多次交錯，新的思想亦從其他的意識型態範疇產生，一切右派黨派之共同點就是對國家思想的強調。

第一次世界大戰的結束對德國右派黨派的發展而言是一個重大停頓。在立憲君主制度下它們一向是代表國家的政黨，如今却覺得被趕到反對陣營。同時在支持它們的階層裏亦發生重大的社會變革。

當時多數保守人士集中在德意志國家人民黨(Deutschnationalen Volkspartei)。它推行實際的政策並且為了實現其政治目的。在帝國及各邦均偶爾參與政府之組成。到了威瑪共和末期，它產生分裂現象而轉向更極端的反對立場。

除了這種傳統的保守方向，亦發展出其他的右派反對團體。它們自始就不同程度地代表極端思想，不僅追求政治更新，更追求普遍的社會及精神更新。當其時那些早在帝制最後幾十年間已出現而追求人們慣稱為「保守派革命」(雨果·馮·霍夫曼史塔 Hugo von Hofmannsthal 之用語)之思潮——它有不同之根源——獲得伸張。它們反對唯物論及理性主義，試圖喚醒倫理的價值——有時帶有特定的基督教義色彩。「社會階層的國家組成」(ständischen Staatsaufbau)、「社會君主制」(sozialen

Monarchie)等主張亦被提出。「第三帝國」(被設想為更新倫理之帝國)的想法於是產生。它要排除自由民主國家中所謂的「政黨混亂」。具體觀之,這些主張是浪漫而不實際。它們不能發揮實際的效果,一方面也是因為在這些「知識分子」階層中找不到有力的政治領導人物。

更極端的團體急躁地鼓吹採取激烈的政治行動。在背後推動的是受戰爭經驗影響而形成的政治信念。它們受「泛德意志」思想洗禮,最終形成德意志優於其他一切種族之主張。戰爭的結果及其帶來的經濟凋蔽在許多年青人心中產生一種自始反對民主國家的強烈怨恨,因為他們認為那些代表國家的團體黨派要為戰爭失敗及其後果負責。關於「暗算」的流言(即德軍若不遭國內某些團體之暗算即不會戰敗—譯註)不難找到支持者,因為它迎合軍人的自我意識。他們聚集在不同的「義勇軍」,他們的情緒在政治暗殺中(被視為愛國壯舉加以慶祝)獲得解放及擴張。諸如「民主政黨國家的腐敗」、「猶太人在公共生活扮演的神秘角色」、「日耳曼民族的優越性」、「沒有生存空間的民族」之類的口號對多數不成熟的年青人有很大的影響。第一次世界大戰中的青年軍官成為這些團體的領袖。他們宣稱的理想是具有絕對純潔、同志愛及忠貞的男性領導。隨後產生許多彼此不一致的「祖國社」,其中國家社會主義者透過希特勒的個人魅力而獨樹一幟並組成政黨。在他的影響之下,「德意志國家社會主義勞工黨」自始就採取強烈反猶太的立場。從上而下嚴格領導之「領袖原則」——一方面借助軍事的想法,另一方面堅決唾棄公共生活的民主方式——亦起了決定性的作用。此外,該黨之風格以具有一些難以理解之理想為其特色,例如表現在將戰爭經歷神秘化、勳章意識、過度膨脹的榮譽概念以及對真正愛國情操的誤導等之上。文學的影響(奧斯華德·史賓勒 Oswald Spengler)及義大利法西斯主義之典範亦推波助瀾。該黨之附屬組織採嚴格的軍事型態,並以去除其

年青支持者——特別是失業工人——在社會所承受之屈辱感為目標。該黨及其組織的外表帶有強烈的浪漫情懷，這種效果因該黨有計畫地使用現代技術影響大眾更見提昇。

經濟危機及高失業率將對生存失望及失落的大眾——他們原本對政治不感興趣，或只是習慣地將票投給市民黨派——引向德意志國家社會主義勞工黨，它因此獲得第一次重大的選舉勝利。大家輕易就相信它有意含糊其詞的黨綱及曖昧的承諾——特別是經濟性質的承諾。它借著形式民主的手段成為強大的政治勢力之後，就清楚無比地顯露其真正本質。卑劣的人取得領導地位並在其所及範圍依領袖原則肆無忌憚地運用權力。政治的對手被有計劃地醜化，在「奪權」之後更被消滅；政治暗殺受到贊揚。

其他大多數的右派團體——尤其是大型的軍人協會「鋼盔」——眼見德意志國家社會主義勞工黨獲得成功，自己的影響力衰退，於是也變得更極端。表面上他們與國家社會主義者共處於「哈茲堡陣線」(Harzburger Front)，事實上却幫助後者單獨奪到政權。這在一九三三年也是以形式民主的途徑達成。不久，這些意識型態上的助手就被徹底出賣，他們的組織被強制解散。權威原則立於「授權法」之形式基礎完整地實現於全國。一切反對組織均被消滅。知名的反對人士遭到人身迫害，大多數被謀殺、「被清除」。在領導階層由於完全沒有控制，於是產生各種犯罪傾向，最後導致國家走向戰爭、走向全面崩潰。

總之，德意志國家社會主義勞工黨所建立的體系有以下之特色：絕對的國家論、種族論及服從領袖的統治制度。只有德意志國家社會主義勞工黨才是民族世界觀——總與血統、國土及榮譽有關——的代言人、「國家的保證人」。這個唯一的政黨以其精細設計由層層組織構成的政治體制，塑造並控制自由已被剝奪的國民。它依以下原則承認並貫徹「民族生存法則」的優先性：「有利於民族者為是；有害於民族者為非」及「個人微不足道，民族才是一

切」。此種體系的出發點及目標不再是以正義為依歸之法理念，而是名為法律，實為領袖恣意專斷。國家安全總署（秘密國家警察）挾其集中營及滅絕營等工具，成為領袖意志之主要代表人及執行人。隨著權力的絕對化，法秩序的有效性及不可侵犯性也就蕩然無存。無法無天、恣意專斷、迫害人的尊嚴、蔑視國際條約及其他自由民族的生存權利，造成了一個恐怖的統治。民族共同體、忠貞、英勇、自由意識、誠實及正直等字眼在此種是非顛倒的體系之下已不再具有真實的內容。

右派黨派之大體發展可總結如下：最初他們對國家是採理論式的、原則式的反對立場，而不是欲將其推翻。之後他們日趨極端，繼而由最極端的一派得勝。由於他們不顧一切地貫徹目標，終於給國家帶來大災難。

G

I

現代國家中以推翻現有秩序為目標的權力鬥爭，越來越不採取公開及直接暴力的手段，而採迂迴漸進的方式，促使其從內部瓦解。只有在政治勢力取得成功之後，才會公開並以暴力實踐牴觸憲法的目標。因此政黨當然不會清楚明確地聲明其違反憲法的目標。希特勒在一九三三年以前曾多次提出效忠聲明，並且當興登堡總統於一九三三年任命他為帝國總理時，他甚至對威瑪憲法宣誓，而德意志國家社會主義勞工黨的政綱語意含糊，以致難以認定其真正的目的。如希特勒的例子所顯示，一個違反憲法之政黨若其領導人物所為之正式聲明旨在掩護，而其政綱被有意「慎重」地處理，則社帝黨引為反證之政綱及效忠聲明不足以證明該黨的真正目的。

現代的革命類似「冷戰」係由無數分別觀之相當不重要且不

一定違反憲法的個別行動所組成。須將這些個別行動整體觀察，它們先削弱再推翻現有秩序之目的才會呈顯出來。社帝黨一再主張其他黨派亦有與其相同或類似之個別部份，因此與本案無關，相關證據之提出亦不需要。重要的不是部份本身，而是其出發之基本態度。個別部份之整體——領導人物及其支持者之言行——才能開啟吾人認識該黨本質及政綱背後意義之路。

社帝黨認為：「應區別政黨之目的及為達成該目的所採取之手段；控制這些手段僅僅是行政機關的職責，依基本法第廿一條第二項之規定朝此方向進行之證據調查是無關宏旨」。行政機關固然有獨立、與基本法第廿一條第二項程序無關之防止違憲事件之任務，但是這些事件同時也是認識該黨目的之標記；因此對本案而言，仍是十分重要。

基於對此事實及法律狀態之誤認，社帝黨一切的努力都在於貶低言論、信件及其他文書之證據力：著作人當時尚非黨員（例如辛許於社帝黨不萊梅大會發表競選演說時）或稍後被開除（例如因旗幟醜聞而被開除的區黨部負責人史密特 Schmidt），以及黨幹事會對證據文件無所悉（例如多爾斯博士從未讀過佛里信簡，參照第九頁），故不能為其負責。基本法第廿一條之構成要素不僅包括黨的目的，亦包括其「支持者」之行為。黨之所以要為其支持者之行為負責，是因為其支持者之行為反映黨的意圖，而黨亦可透過其影響力決定支持者之這項行為。所謂黨之支持者包括一切為社帝黨努力的人，不論他是否黨員。適用於支持者之部份，當然更適用於重要的黨員：聯邦議員羅斯勒。更何況搜索過程中在許多地方都搜到「佛里信簡」，而且該黨從未與「佛里信簡」或羅斯勒本人劃清界線——雖然揭發羅斯勒詐欺之刑事程序曾給該黨此種機會。

於言詞辯論程序，吾人足以從扣押證據資料所含大量內容類似之文書中得到許多典型例子。

這些例子因為是從社帝黨事先「準備好」的資料中產生，所以益見其重要性。社帝黨最遲於一九五一年五月四日聯邦政府作成決議之後，已預計要面臨聯邦憲法法院的訴訟及對其辦事處及文件之搜索、扣押。如果有不利於己之資料，在此情況下，它應該會加以毀滅。此可從黑森邦黨部第一主席偉伯(Weber)寫給黨部幹事長許溫(Schwing)的信獲得證實。於討論即將來臨的聯邦憲法法院訴訟之前景時，他寫到：「文件應做萬全準備，方不致不利於任何一個人」(一九五一年十一月十八日，證據文書編號第一〇三號)。社帝黨於言詞辯論程序中提出了本應由黨幹事長黑勒保管但却於搜索中未被找到之黨顧問會記錄，更證實了前述假設。此外，本案扣押到許多發給重要幹部文件之副本，其原本於搜索他們住處時却找不到。

由於這個情況普遍相同，這些例子必然可導出此結論：在其他的黨辦事處也將文件「準備好」，於搜索前將不利之資料銷毀。

於具體判斷證據時，不得不參考一九三三年到一九四五年的經驗。若證據調查出社帝黨之組織與行為與德意志國家社會主義勞工黨類似，則這些經驗可以使人了解在其他情況下或許難以認清之事件之意義。

粗淺觀察社帝黨之領導階層、組織結構、政綱及公開活動，即可推測它要重新恢復國家社會主義中極右主張。證據之調查證實了此推測。

II

(a)社帝黨之領導階層主要由以前的「老戰士」及活躍的國社份子組成。

對多爾斯博士、萊姆爾、克魯格博士、衛斯塔普伯爵及黑勒等證人之詢問，以及對檔案中心報告、社帝黨幹部書面履歷及資料之宣讀與討論，大致顯示以下的內容：

1. 黨之領導

黨幹事會：

多爾斯博士 第一主席：一九二九年起成為國社黨員，一九三九年擔任縣黨部領導及德意志勞動陣線俄爾維特(Erwitte)訓練中心暫時教師；

萊姆爾 第二主席：身為職業軍人，並未加入國社黨或其分支機構；

克魯格博士 一九二八年起成為國社黨員，一九二六年起成為先鋒隊(SA)隊員，一九四二年成為禁衛軍團長，國社學生領導，帝國署主任，市區黨部訓練中心主任；

衛斯塔普伯爵 一九三〇年加入希特勒青年團，一九三三年至一九三五年擔任禁衛軍。

黑勒 希特勒青年團團員，身為職業軍人並非國社黨員；

黨領導之部門負責人：

哈斯(Haas) 社帝黨總組織負責人，一九五二年年初因病退職：一九三〇年起成為國社黨員；

坤特博士(Quandt) 哈斯之繼任人：一九三一年起成為國社黨員；

曼斯 新聞處總主筆：一九二六年起成為國社黨員及先鋒隊隊員，市區總黨部領導。

馮·汪爾海姆女士 婦女及社會工作負責人：一九三二年加入國社婦女團；

史力波博士(Schrieber) 黨顧問會主席：一九三〇年起成為國社黨員。

黨顧問會(共廿一名顧問，其中包括邦黨部主席)：

馮·波特美爾(v. Bothmer) 一九三〇年起成為國社黨員，黨一般業務領導；

馬特海(Matthaei) 一九三二年起成為國社黨員，市區黨部

發言人，於「第三帝國」被任命為行政區首長；

多恩(Dorn) 一九二八年成為國社黨員；

芬克 低薩克森邦黨部第一主席：一九三一年起成為國社黨員及禁衛軍，帝國安全總署中校，一九三六年服役於武裝禁衛軍；

科普爾(Körper) 萊茵蘭德—西發爾茲邦黨部第一主席：一九二五年加入先鋒隊，一九二六年起成為國社黨員，市區黨部發言人，市區黨部主任，一九二九年加入禁衛軍，帝國安全總署中校；

佛爾斯特(Förster) 巴登邦黨部第一主席：國社黨地區領導；

史力波博士(參照前述) 一九三〇年起成為國社黨員；

卡波雷特(Cabolet) 一九三〇年起成為國社黨員，一九三二年加入先鋒隊，禁衛軍專任准將；

菲斯格(Festge) (黨部手冊「反對重新武裝之軍人」及社帝黨報刊文稿之作者)：一九二八年加入先鋒隊，一九二九年成為國社黨員，一九三〇年加入禁衛軍，一九三六年任職禁衛軍總部上尉參謀；

梅林(Mellin) 符騰堡邦黨部卸任第一主席：專任於德意志勞動陣線；

羅斯勒 嗣後才參加社帝黨之聯邦議員，為國社黨員及專任政治領導。

關於其他未被指出姓名之黨顧問及邦黨部主席之資料闕如。一些人(例如發克 Falck·偉伯)由於過於年輕，不可能會是國社黨員。

2. 低薩克森邦黨部之重要職位均由國社黨員擔任。

第二主席格勞里斯(Glorius) 一九三〇年起成為國社黨員，幹事會幹事托爾尼希特(Trauernicht) 一九三一年起成

為國社黨員及先鋒隊員，後擔任上尉及農民區黨部領導。馮·克勞特女士(Frau von Kloth)曾積極參與國社黨婦女團。關於其他幹事會幹事史圖耳曼(Stührmann)、海恩茲(Heinze，曾為警官)及內格蘇斯(Negrassus)並無進一步資料。

邦南部領導麥雅(Meyer)一九二八年加入國社黨，曾任帝國發言人、德意志基督徒領導及邦大教堂教長。

以上所述之多爾斯博士、衛斯塔普伯爵、史力波博士、芬克、卡波雷特及托爾尼希特同時亦是低薩克森邦議會議員。社帝黨議會黨團原有十六位議員之多，其餘十位之中有六位曾是國社黨員：拉伯勒(Rabeler)、候普(Hopp)、發迪克(Vahldiek)、卡維爾(Kewer)、歐斯特曼(Ostermann)及吉斯愛克(Giesecke)。至於嗣後與卡維爾一起退出社帝黨議會黨團之堵魯克(Druck)及阿爾特議員是否曾是國社黨員，無法確定。肯諾克(Knoke)及史拼爾(Springer)議員由於太年輕，不可能曾是國社黨員。

邦黨部發言人之中也有許多「老戰士」；除了低薩克邦上述之幹部以外，例如邦黨部發言人阿克曼(Ackermann)及威爾許(Wilsch)(他們履歷被發現)等都是。該黨之領導要求幹部及候選人回答一份詳細詢問其以前在國社黨內活動之問卷。阿克曼對此問題的回答如下(證據文書編號第九十六號)：

「中學畢業後接受三年演藝課程。在不同的舞臺從事工作。一九二九年加入國社黨。一九三四年至一九三七年於一所先鋒隊學校專任教官。一九三七年至電臺擔任新聞發言人及記者。戰爭期間擔任戰地記者，自一九四四年於軍人電台「烏蘇拉」(Ursula)擔任空中音樂會之負

責人及發言人。

釋放之後於姐夫之農場任職至一九五〇年。自一九五〇年三月失業。未接受除納粹化作業。」

威爾許的履歷中記載著(證據文書編號第一〇〇號):

「一九二九年加入國社黨及先鋒隊—積極且正式。一九二七年起成為國社黨杜易絲堡地方團團員,自三〇年六月起至戰爭結束始終從事演講宣傳的工作,三〇年至三一年在西發稜邦北部市區黨部;三一年至三八年在漢諾威—布朗史維格南部市區黨部;接著在不萊梅、格特斯、柏林等地。四三年自東戰場(曾任聯絡官)返國後,任職於宣傳部。

曾於福克—伍爾夫飛機工廠擔任一年經營主管……未接受亦從未想到要接受除納粹化作業……三十年來我一直為與民族結合之社會主義概念而奮鬥……」

邦議會候選人史波樂得(Sporleder)於一九五一年四月二日曾寫信給邦幹事會(證據文書編號第九十七號):

「政治活動:一九三〇年加入國社黨。曾任地方團領導、區法院院長、漢堡批發及對外貿易專業黨部負責人。」

3. 在其他邦黨部亦個別地搜索到類似的證據。漢堡黨部青年團負責人史當爾(Stange)在履歷上記載:

「我自一九二八年起積極參與政治。一九二八年至一九三〇年從事國社黨的青年活動。

一九三〇年至一九三四年全心投入先鋒隊運動。

自一九三五年起不再參與政治，因為我認為革命的政治目的已經達成，而我從未有過任何政治野心。

我是國社黨員，現在是將來也是。」

在諾德萊茵—西發稜邦黨部扣押到內含十份履歷之卷宗，其中多數是社帝黨縣黨部領導。言詞辯論中曾宣讀了三份具代表性的履歷。杜塞道夫縣領導格拉伯斯基 (Grabowski) 對其政治經歷之陳述 (證據文書編號第九十三號之二)：

「政治經歷：

一九二六年十月加入國社黨。黨員號碼四六四九七。

一九二七年擔任地方團領導及東普士皮爾加稜縣黨部專員。

一九三一年遷居拉斯特堡，擔任下列職務：

拉斯特堡地方團組織及宣傳領導。

一九四一年元旦擔任德意志勞動陣線縣組織領導及代理主席，管理墨默爾縣。」

某個縣黨部發言人 (證據文書編號第九十三號之三，簽名無法辨認) 寫到：

「一九〇五年二月七日出生於波宏。中學及師範預校畢業。

一九二〇年加入義勇軍艾爾哈特海軍第二團。為獲得忠貞勳章中最年輕的戰士。加入魯爾戰鬥。一九二三年六月卅日為躲避法國占領官署之逮捕離開魯爾區。

一九二三年加入國社黨，黨員號碼四五六；廿四年四月七日成為軍人。

一九三二年因叛亂案被停職，該案於一九三三年被撤銷。一九三四年九月晉升為中尉。

一九三七年旁聽二學期法律，一學期考古學。自一九三四年擔任第三帝國帝國議會議員，曾任帝國發言人、羅森堡訓練中心發言人、禁衛軍世界觀教育之發言人。

戰爭期間只服役於東戰場……最後的階級是中尉。」

帕得波縣黨部領導里特(Rieth)之陳述(證據文書編號第九十三號之六)：

「政治經歷：一九二八年加入希特勒青年團，一九三三年加入國社黨，於德意志勞動陣線巴登市區黨部專任部門領導，五〇年三月一日加入社帝黨。

曾得到國社黨勳章、希特勒青年團榮譽徽及國社黨十字勳章。」

- (b)對這些在言詞辯論被提出並且經宣讀證據文書證實之事實，社帝黨並無爭執。社帝黨主張證據調查只及於其幹部的小部份，因此不能從中獲得一般性的結論等等，不足採信。證據結果顯示黨領導階層之多數職位都是由國社黨員擔任。其他大量的文件亦證實社帝黨將「老戰士」視為其當然支持團體及

「領導人才儲備所」，而有系統地自其中拔取幹部擔任黨的關鍵職務。

一九五〇年初社帝黨成立不久之後的情形就是如此，例如克魯格博士曾委請羅他·卜法爾(Lothar Pfahl)成立綠娜堡縣黨部，後者於一九五〇年二月七日寫給前者的信中(證據文書編號第五〇號)予以拒絕，因為他曾是縣黨部領導，被拘禁至一九四八年，至今尚受到政治的限制，但是他強調願意從旁協助。在信的背面批示「接受」卜法爾加入綠娜堡縣黨部。

許多證據資料顯示，該黨基層機關曾將國社黨員之地址報給黨的領袖階層，它再轉交給各地有關黨務機關並令其與之聯絡。

黑勒就是出於黨員的建議而於一九五一年九月廿八日的信中(證據文書編號第五十六號)將數個地址轉給低薩克森邦黨部。該信最後一段的內容是：「請秘密處理這些地址並與之聯絡，因為這些人基於其以往之活動，顯然具有與我們類似的思想」。黑勒並於同日(證據文書編號第五十七號)將一地址通知黑森邦黨部。此信亦具有類似的內容。

于承(低薩克森邦)縣黨部主席克爾格(Kergel)(曾任先鋒隊團長)推薦布魯格(Brugger)博士(巴登邦)。總事務長黑勒一九五一年十月十三日以信件(證據文書編號第五十八號)將其地址轉交巴登邦黨部，並指示應與布魯格聯絡。黑勒在信上寫到：「吾人基於布魯格博士之過去可以假設它在思想上與我們處於相同的路線。」至於何謂過去或思想，可從以下信件往返之中得到了解。邦黨部主席佛爾斯特於一九五一年十月十六日寫信給布魯格：

「…你若能為我們效力並在工作崗位代表我們，我將至為高興。關於我們的目標相信不需要我詳述…」

布魯格於一九五一年十一月四日的回信（證據文書編號第五十八號之一）中却表示了嚴重懷疑。他承認自一九三〇年起即是國社黨員並專任先鋒隊隊長。信的原文是：

「我是『納粹』，因此極不便參與政治！…我若再出現於政治舞台，是非常不明智的！」

但是他願意「觀察該區的情況」。佛爾斯特回信說（一九五一年十二月十七日的信件，證據文書編號五十八號之二）：

「從你今年十一月四日的信中，我對你的情況及態度已有認知並能充分諒解。然而正是這封信告訴我，你必須為我們做些事情。請你找二、三個和我們具相同理念、堅定不移、有影響力且能組織瓦滋胡特縣黨部幹事會的志士。」

這些例子明白顯示，社帝黨於成立縣黨部時即致力將其交「老戰士」領導。

萊姆爾於一九五一年任命一個叫萊希（Reich）的人為區領導及一個名叫威西曼的大學生為區黨部幹事。當時二人均非社帝黨員，只是因為萊希於除納粹化作業中被列為第三類，而年輕的威西曼則因為一九四七年參加地下活動被英國高等軍事法庭判刑（證據文書編號第六二、六三號）。

低薩克森邦領導芬克特別關心舊國社黨員。他於一九五一年八月九日的信中（證據文書編號第六十四號）請區領導格里勞斯注意一位曾任國社黨市區黨部公務員問題專員之艾德勒（Edler），芬克認為他若有意加入社帝黨，可委其擔任邦黨邦公務員問題專員。

芬克於一九五〇年十二月七日寫給霍茲明德之賀爾伏爾特

(Herrfurth) 的信中(證據文書編號第六十七號)推薦一位住在賀爾德斯海姆的拉必烏斯博士(Rabius)，因為他曾是禁衛軍幹部，有能力統籌該城之縣黨部。

芬克於一九五一年三月七日寫信給坤特博士(證據文書編號第七十號)，推薦一位亦曾是禁衛軍的許特茲爾(Stötzer)擔任相同職務。

芬克於一九五一年八月廿四日寫信給專業黨部負責人候普(證據文書編號第六十八號)，推薦一位他從新恩加馬拘禁所認識的阿思靈(Assling)先生：「他在全面崩潰以前曾擔任某國社黨報主筆，他並未改變志節，至今仍是一位值得尊敬的人…」

芬克於一九五〇年十月廿五日(證據文書編號第七十一號)交給鹿特哈特(Luthardt)二個地址，其中一個是「戈培爾(宣傳部長)舊屬」並宣稱願共同努力之休靈(Schorin)。芬克建議與其聯絡。

芬克於一九五一年七月四日(證據文書編號第七十三號)向黑勒推薦一位極度積極的禁衛軍同志——但他在除納粹化作業中仍被分為第二類：他雖不能公開露面，但定能完成所交給他的每一件任務。

芬克於一九五一年七月十八日寫給菲斯格博士的信中聲稱(證據文書編號第六十一號)，萊姆爾在歌庭根認識並爭取到一位先鋒隊准將「或類似的人物」。他請菲斯格關照之。

芬克於一九五一年三月三日寫給候普的信(證據文書編號第七十四號)亦表示相同的態度。他向後者推薦一位不知姓名的希特勒青年團幹部擔任歐斯特霍茲縣黨部代表。

不僅芬克有此種想法，肯諾克於一九五一年八月十四日寫信給芬克(證據文書編號第六〇號)：

「我已為漢諾威找到新的縣領導：羅河(Lohel)同志。他

是位演說家，曾任北海希特勒青年團地區領導。我認識他已有多年，他是個優秀人才，對我們只有利而無害。」

一封發自西南部某幹部而在符騰堡邦黨部被扣押的信有以下的內容：

「簡言之：我認為諾德曼是在烏木組織黨部的適當人選。他願意毫無保留地貢獻——在一切公開場合亦是如此。一些關於他的資料：我估計他近四十歲，來自柏林，曾是先鋒隊的高級幹部，多年老戰士，長期擔任戈培爾的貼身侍官，對帝國署極為熟悉。要言之，他是個老人物。我保證等萊姆爾來的時候他起碼能找到五十名百分之百可靠的同志…」

這些信件除了對所推薦人員國社黨員之歷史有介紹之外，並無其他具體介紹。這段歷史完全足以使他們在未加入社帝黨之前即獲得黨的職位。

奧里希縣黨部存有十四份由證人威尼加所做的黨員大會記錄。威尼加本人於一九二八年曾任國社黨地方組織宣傳幹部，並組織了奧里希縣黨部。這些紀錄特別清楚地顯示整個縣黨部如何以吸收舊國社黨員的方式組成。威尼加每次召開黨員大會之前，總會先拜訪國社黨以前的地方組織幹部、先鋒隊幹部或他早先認識的熱心國社黨員，透過他們得到地址名冊，然後再特別邀請舊國社黨員——偶爾亦包括「鋼盔」協會會員。

社帝黨企圖透過指控威尼加神智不清、專擅獨斷、否認他曾擔任過縣幹事會主席、並指出他稍後已被開除等方式，逃避此種政黨宣傳的責任。這些辯解之辭並不足採，因為上述十四

份記錄是在邦黨部被發現，而社帝黨本身對此未曾表示異議。依社帝黨聲請而被當成證人訊問之威尼加（依刑事訴訟法第六〇條，未具結），絲毫沒有神智不清。他並且聲稱黨的領導階層曾將一枚黨印章交他使用，邦黨部幹事會均以其為主席而有聯絡——縱使未經公開任命。此外他也列名於邦黨部發言人之列。奧里希選區的驚人選舉結果（社帝黨只差六十五票）除了歸因於當地推出候選人托爾尼希特之聲望以外，顯然首要歸因於該證人發起的國社黨式的宣傳。

- (c)與社帝黨吸收積極國社黨員之努力相呼應的是一些國社黨員加入社帝黨的傾向。大量湧到黨辦事處的信件證實社帝黨正好對那些死守舊觀念的前國社黨員具有磁鐵般的吸引力。其中尤以社帝黨幹部對這些信件的反應方式最為重要。他們從未對這些頑固份子採取疏遠的態度，反而始終歡迎他們。

一位耶尼克（Jaenicke）於一九五一年一月十一日寫信給海德堡縣黨部領導階層（證據文書編號第四十八號）：

「我雖願意親自參與工作，但我仍受到除納粹法庭之拘束。我因為與約塞夫·G博士（Josef G.）熟識並與希斯（Heß）通信，而被列為除納粹作業中第二類。自一九二三年起即是國社黨員，該年六月被領袖派往東普魯士從事組織東普魯士的工作。後於佛拉托縣擔任選舉發言人。後於歌布士擔任地方團領導及先鋒隊領導，曾首先發動柏林先鋒隊開進勞習茲（Lausitz）。之後受G博士委託成立柏林第一個汽車俱樂部，為日後國社汽車團之前身。一九三〇年任先鋒隊少校，與布蘭德（Brandt）上尉共同領導國社飛行團。一九三三年任職於德意志技術協會，稍後我們將之改為德意志勞動陣線。一九三四年被徵召到帝國航空部擔任總飛行工程師，參與空軍建

軍……G 博士及希斯寫給我的信，係由史拜爾市警察交給除納粹法庭。曾獲金質黨章、戰功勳章及一、二、三級服務獎章。

我相信已將我的政治經歷向你詳細報告。我任職柏林德意志民族保護守衛團幹事時，亦曾獲金質榮譽獎針。我當然是上西比西亞及魯爾區的義勇軍戰士。」

一九五一年一月廿五日的回信（證據文書編號第四十八號之一）中有以下記載：

「閱讀了你的信，我們既感到高興又為你仍受到除納粹法庭之拘束而覺得遺憾。希望情況很快會有轉機，到時候我們會歡迎你加入我們的行列。

附上同志的問候。」

縣黨部於一九五一年三月廿七日寫信通知黨領導階層，耶尼克已積極在該地展開活動。（證據文書編號第四十八號之二）

一位來自沙彭本名叫赫曼貝金（Hermann Becking）的人於一九五一年十二月二日寫信給萊姆爾（證據文書編號第四十九號）：

「我曾是國社黨員，黨員號碼五六六七六六。一九三一年六月一日加入國社黨。於除納粹作業中被歸為第三類。你們若對此不介意，請即送詳細的宣傳資料給我，你們不要擔心。我絕非叛徒。我始終是堅定不移的國社黨員。茲再強調一次請寄宣傳資料給我。

附上德意志的問候。」

低薩克森邦黨部事務長海恩茲於一九五一年十二月十四日所寫的回信中（證據文書編號第四十九號之一），有一些典型的句子：

「自你來信中得知你有意積極獻身本黨之工作。帶著很大的興趣我得知你的經歷及思想。你顯然是本黨不可多得之人才。」

一位名為菲得希・馬克葛拉夫（Friedrich Markgraf）於一九五一年七月十三日寫給黑森邦黨部事務長許溫的信中，提出下列他「為之願再次介入政治鬥爭的要求」：

「…完全承認第三帝國的貢獻並與其傳統結合，共同應用最好的理想，…

叛徒、破壞分子及分離分子該死。解除他們現在占有的重要職位。將二種教會均排除於政治之外，特別是『黑色』方向之外……」

關於他的政治經歷，他寫到：

「最後我要特別指出，即使在達姆城的監獄我也一直為我身為國社黨員之榮譽而辯護，從未認為自己是『納粹』。自一九二九年加入禁衛軍，並曾擔任德意志勞動陣線部門負責人……」

這封信決不表示他認為社帝黨追求其他的政治目標，或是個民主政黨且不願與「第三帝國的傳統結合」。許溫於一九五一年七月廿八日的回信中（證據文書編號第五十一號之一）也

表示要到他的住處拜訪他。

一位來自巴德威爾頓的威利·雪曼(Willy Schürmann)於一九五一年五月廿七日寫給多爾斯博士的信中(證據文書編號第一二一號)更詳盡地說明他的國社黨理念。他首先祝社帝黨在低薩克森的選舉勝利「勝利萬歲」。接著說明在二十世紀只有符合基本自然法則且解救眾人的希特勒理想，才能建立一個真正民族結合的日耳曼邦聯。為了使這個理想永垂不朽，需要以下四項工作的配合：

- 「1. 種族保護法。
2. 將一切流著德意志血液的人納入帝國。
3. 領袖選擇原則(此是達成真正日耳曼民主的唯一要件，與猶太—資本主義—自由主義式的民主不同)。
4. 分給土地或提供服務…」

社帝黨也沒有排斥這個人。黑勒反而將這封信寄給黑森邦黨部，並請他們與之取得聯絡。許溫於是提議會談(證據文書編號第一二一號之一)，並請雪曼通知其他有興趣的人一起參加。

一位來自布金思的奧圖·史洛德(Otto Schröder)於六月十五日寫信給多爾斯博士(證據文書編號第四十七號)：

「…四五年全面崩潰之際，我因為是活躍份子而被法國人拘禁九個月。這並不是恥辱，而是光榮。直到今天我才真正了解國社黨的政策是正確的，於是自四六年起謹慎而連貫地在砲彈工廠的職工圈宣揚它的政策…」

黑勒對此事的決定也是轉給巴登邦黨部，並請他們與他聯絡。巴登邦黨部隨即任命史洛德擔任南巴登縣黨部領導。（佛爾斯特一九五一年七月十五日寫給史洛德的信，證據文書編號第四十七號之二）

此外仍有大量類似內容的書信。自其中可以得知，即使是舊國社黨員也將社帝黨視為國社黨之延續，只不過換了一個名稱。

在這些信件中從未有人表示或要求改變他們的觀點。無寧每個人都在吹噓自己國社黨的歷史。許多來函明白表示他們堅持未改以前的想法。

有一位奧古斯特·霍茲毫深（August Holzhausen）加入社帝黨，並表示願意組織艾恩貝克縣黨部。克魯格博士在一九五〇年十月廿五日寫給芬克的信中（證據文書編號第五十四號）提到了他：

「此外經由宣傳工作我們在畢斯卜洛德找到一位願在艾恩貝克縣建立社帝黨部的同志。他是奧古斯特·霍茲毫深，籍設該縣奧達深。他不僅有和你相同的名字而且具有相同的顏色，給人一個很好的印象…」

經克魯格博士證言證實，所謂「相同的顏色」是指禁衛軍軍籍。

馮·汪爾海姆女士於一九五一年十二月五日寫信給海恩茲（證據文書編號第二六二號）談及曼斯：

「自三二年起我就認識曼斯，我們在最初的鬥爭時期就已是同志。我至今仍欣賞他的觀點，而且他未變節！可惜他個性不堅強，不能作出典範！其間他固然有改善，但

是當布克堡的居民得知選舉期間他要調來當地時，他們立即上街喧鬧：他應該主持教徒大會而不是選舉大會。至今仍常有正直的人向我提起曼斯在蕭姆堡的表現會傷害到我們，因為他喝酒太多且亂搞男女關係…」

儘管他顯然有許多性格缺陷，然而他不僅被接受，而且更被委以一個重要的職位，只因為他「未變節」。曼斯是新聞處總主筆。

(d)固然也有一些反對重建國社主義的個別聲音，然而却只能在退黨聲明中才能聽到。由此可見，這些人無法在社帝黨立足。

共同參與建黨之基爾克於一九五〇年十月即退出社帝黨，他於一九五〇年十月十二日寫信給多爾斯博士（證據文書編號第一二二號）說明退黨的原因：

「…在此我要指出吸收里斯特博士及賀德勒（Hedler）對本黨路線具有何種意義。對我而言這完全證實了本黨恢復重建國社黨意識型態的傾向。而如你所知，數月以來我對此是堅決反對的。本黨至今的總體發展（包括上述事實）以及你與克魯格同志所領導的黨務工作，使我確信，這個傾向在將來也不會改變。如同任何一個政黨，社帝黨亦遵循一個明確的法則，只能也只會按此繼續發展。」

丹能堡縣黨部主席瓦特（Walter）——他曾率該黨部自德意志右派黨投向社帝黨——於一九五一年六月十八日的信上（證據文書編號第一二三號）亦有類似的內容：

「我在此宣佈立即退出社帝黨。理由：我不能再同意社帝

黨的政策，因為它逐漸採取一種我澈底反對的路線。社帝黨幾位重要的人物最近所發表的言論顯示，社帝黨不願維持當初承諾的路線。例如一位重要幹部二次主張：『我從不是民主人士將來也絕不會是』，這已充分顯示本黨將來的路線。我不願成為這類政客的馬前卒。」

高教堂區黨部主席盧茲歐 (Lützow) 於一九五一年十月廿日寫信給芬克 (證據文書編號第一二五號)：

「我一再指出的憂慮終於發生了。我們之中充斥著舊國社黨員，他們決定了我們。他們雖然對外宣稱不會重建國社黨，然而在心靈深處却是做此打算。他們比一九三三年以前被我們指責的政客更不會從歷史得到教訓。」

在社帝黨內也許有一些審慎的人對該黨恢復國社黨政策不無疑慮，但他們並無法改變該黨的整體面目。

- (e) 社帝黨為避免責任於是指出其他政黨也在吸收舊國社黨員。為此它提出一份由史列斯維希、赫爾斯坦邦「選舉聯盟」(包括基民黨、自由黨)所提的選舉聲明，其簽署人承認曾是國社黨人且向其他的舊國社黨人呼籲。

此項異議顯示社帝黨誤認了實際情況。它之所以受到指責並不是因為它照顧舊國社黨人，而是因為它偏偏聚集那些不知悔改、「忠貞不渝」的黨員，以保持並散播國社黨的主張，而不是為民主政治爭取有利的力量。

社帝黨主張它是希望先親自得到印象，然後再吸收能悔改並且開通的人為黨員，才與至今仍自稱為國社黨員之人士會談。然而經證據調查，並不足採信。

- (f) 對於社帝黨人事組織的證據資料只允許一種解釋：

在社帝黨聚集著活躍的舊國社黨人，其目的在於再度取得政治的影響力。他們若不主動加入社帝黨，社帝黨就會有組織地尋找並爭取他們。他們不僅是單純的黨員而且更是組織的骨幹。黨的基層是由早期未在政壇顯露頭角的人——許多是年青人——組成，依照社帝黨的結構，是不具有影響力。舊國社黨人占據黨中重要職務之程度已達於黨的政治及精神目標由他們決定，沒有人能反對他們。

III

- (a)與該黨人事組織相呼應的是，其機關面貌與國社黨類似，其內部秩序亦不符民主原則(基本法第廿一條第一項第三句)。政黨法的任務就在於詳細規定這些民主原則。在此只需指出一些原則：黨之組織必須是由下往上進行，黨員不得被排除於意見形成的過程之外。黨員原則上的等值性及加入與退出的自由應被確保。承諾絕對服從黨之領袖或要求此種承諾，都是牴觸民主原則——姑不論其刑事上的責任。
- (b)社帝黨於一九五〇年七月廿九日議決，應自該年八月一日實施之黨章，在聯邦政府的聲請上被稱為「舊」黨章。於社帝黨辦理登記時，由第一主席多爾斯博士親自以之為該黨黨章交給低薩克森邦選舉官員。稍後議決之低薩克森邦黨部章程第十四條明白表示依據此舊黨章(證據文書編號第六號)。一九五一年七月七日衛斯特切勒黨員大會中被議決為確定黨章之草案亦稱為「黨章修正案」。因此可見社帝黨本身亦將舊黨章視為有拘束力之黨章予以適用——多爾斯博士之證詞不足採信。

二個黨章均不符合民主原則

- (c) 1. 第一黨主席為該黨最高領導人，經黨顧問會選舉產生。顧問會之成員包括創黨人、第一主席、經第一主席提名而被選出之四位黨幹事以及邦黨員代表大會選出之邦黨部

主席。然而第一主席更可以徵召一定數目之黨員進入顧問會，使其掌握（連同創黨人及四位黨幹事）比邦黨部主席總數多一票的優勢。

2. 在衛斯特切勒黨員大會上，曾有人嚐試削弱此項規定，使創黨人當然顧問之任期由五年減為二年，及徵召來的顧問只有諮詢權而沒有投票權。即使如此，第一黨主席的優勢實質上並未削弱。姑且不論創黨人及直接依附第一主席之顧問縱使沒有特殊的投票權也具有相當大的影響力此一事實，各邦黨部主席仍依附於黨幹事會，因此同樣也依附於第一黨主席。他們雖由黨員代表大會選出，却須經黨幹事會認可。黨幹事會若對邦黨部主席之選舉有異議，就很難被推翻。除非經黨員代表大會四分之三代表出席且出席代表三分之二之同意，才能否決。事實上只要有四分之一支持黨主席之代表不出席，就使其無法否決幹事會之異議。一位違反黨主席意思而被選出的邦黨部主席也就無法任職。
3. 黨幹事會的影響力不僅及於各邦黨部主席且及於地區黨部。身為黨員代表之縣黨部主席，須經邦黨部幹事會認可，而邦黨部主席在三位選出之幹事之外又可徵召三位幹事，故他對幹事會有很大的支配力，如此產生之縣黨部主席又再選舉邦黨部主席。區黨部主席須經縣黨部幹事會之認可。黨章上此種認可及徵召制度，確保黨主席握有決定性的影響力。
4. 依據新黨章第四條的規定，可以不附理由拒絕入黨之聲請，因此是一種恣意限制。

第廿條賦予黨顧問會依其裁量逕行解散地方黨部的權利。於急迫之情況，其隸屬機關亦得行使這項權利，惟須事後得到其認可。解散某一地方黨部，該黨部之黨員全部喪失黨員資格。此種集體排除的作法不僅違反黨員資格權，同時也是消滅反對勢力的不當手段。

社帝黨主張其黨章與其他政黨之黨章並無重大差異，並不足採信。自其引為比較之社民黨及基民黨黨章中可以得到與其恰恰相反的內容。這些政黨之組織均是由下而上，黨員參與決定黨之組織及領導之權利亦獲得確保。其中沒有一個政黨採取類似的認可及徵召制度以限制黨員的影響力。

(d)在黨的實際運作中更可清楚發現黨章中黨組織之權威性格。

- 1.除了黨章賦予創黨人之特權之外，該黨還依國社黨之模式優待黨齡較高的黨員，他們不贊同將黨員一視同仁。因此在各個縣黨部都澈底實施黨員編號。一九五一年元旦以前加入社帝黨者，黨員編號上記有 A。一九五一年加入者，記有 B，一九五二年加入者，記有 C，以此類推，以便以年資區分黨員。「A 本身就是一種榮譽，就代表了什麼」。至於「『老幹部』的概念應有多寬」將來會再加以決定(證據文書編號第卅六號及一二六號之二)。
- 2.證據文書第一九〇號之一及第二六〇號顯示出黨章第四條之選擇制度有何效用。只有為黨奮鬥的人，才能成為社帝黨員。除納粹化法庭之工作人員，政治上受迫害之人，曾犯重罪之人以及參與四四年七月廿日刺殺希特勒行動之人均不得加入該黨。他們將國社黨暴力統治下被迫害者等同曾犯重罪之人，值得吾人注意。
- 3.根據黨章之規定只有依黨紀會程序才能開除黨員。大量被扣押的文書却證實此項規定未被遵守，其中更沒有找到一個證據證明曾有一次是依黨章進行開除程序。完全沒有這項權利的幹部經常隨意開除黨員(證據文書編號第廿一、廿二、廿三、廿三之一、廿九、卅三、卅三之一及卅五號)。通常開除是透過縣黨部幹事會做成，而由縣黨紀會主席副署之「假處分」為之。對此處分若有異議可向邦黨部申訴。一位前任縣黨部事務長那拉特(Narath)於提出申訴之後雖然宣佈自

動退黨，但是黨紀會程序依然進行。邦黨部黨紀會於一九五二年一月九日做成決議（證據文書第三十四號），宣佈該假處分「確定生效」。這完全是依照國社黨的程序：「於急迫之情況，黨魁徵得黨法庭主席之同意就可開除黨員。對此可提出申訴。申訴並無延期的效力。遇有申訴即須進行黨法庭程序，若法庭同意開除，應通知被告開除已確定。在開除確定前退黨者，黨法庭程序仍應繼續進行」（國社黨組織手冊，一九三七年第三版，第六、七頁）。在許多情形，集體開除黨員都是以解散他們所屬的地區黨部為手段。即使這種手段經常也不是依黨章規定由黨顧問會為之，而任由不具此種權利的幹部為之。例如候普就因為寧堡區黨部中有「反對派」而將之解散。在除去反對人士之後，他又重新成立寧堡黨部（證據文書第十二號及十二號之一）。此程序事後獲得黨顧問會追認（證據文書第十二號之二）。縣領導史密特亦以類似的方式解散潘恩地方黨部（證據文書第十三號）。低普霍茲縣黨部幹事會於一九五一年九月十四日決議解散蘇靈恩地方黨部（證據文書第十四號），因為該黨部一黨員曾違反指示發言，而且「有充分的理由可以假設，該黨部內一定還有相當黨員會從事類似的脫軌行為」。此種任意解散地方及縣黨部的情形多到連總事務長黑勒認為都有必要於一九五一年九月廿五日寫信指示（證據文書第十四號之二）邦黨部領導芬克：依黨章第廿五條之規定隸屬於黨顧問會之機關只得在急迫情況下才能解散地區黨部。不得濫用此項規定。

以下事件亦可顯示地區黨部如何被任意解散：因為邦黨部幹事摩根布特（Morgenbroth）被懷疑是共黨間諜，黨幹事克魯伯博士就將其所屬之畢勒菲縣黨部解散。縣黨部被解散後，其全體黨員包括所謂的共黨間諜摩根布特都喪失了黨員資格（證據文書第十七號及十七號之一）。

(e)從這些事件可以看出社帝黨採取的是由上而下的獨裁領導。大量書信亦顯示社帝黨是朝向採取絕對服從原則的政治團體發展(黨領導一九五〇年九月廿三日之通知—證據文書第一九〇號)。黨主席於一九五〇年十二月廿五日的信中(證據文書十一號)表明他的意向：依「軍官團原則」組織黨機關，並以幹部組織為準從事澈底的改革。邦黨部領導芬克於一九五一年六月廿八日寫信(證據文書第十一號之二)促請黨主席加強黨內部的整頓。巴登邦黨部領導佛爾斯特於一九五一年六月二日的信中(證據文書第一九一號)鼓吹絕對服從，認為即使因此要忍受不法，也是必要的。

幹部原則上經任命而非選舉產生。此正符合這種領導制度。大量證據顯示(證據文書第廿四號到第廿八號)，區黨部及縣黨部之主席都是由上面「派任」。即使事後依黨章補行選舉，這些被派任的幹部當然仍會當選。最具代表性的是海德堡地區黨部領導於一九五一年五月五日所寫的一封信(證據文書第廿號)：「茲委任你領導社帝黨海德堡縣黨部。下次黨員大會會表決通過這項任命。」

(f)社帝黨之外圍組織，例如「帝國陣線」、「帝國青年團」及「婦聯會」，均極明顯以國社黨為模範。帝國陣線依照先鋒隊及禁衛軍的構想及組織，是一個戰鬥及核心團體。領袖原則在其中表現得更強烈。帝國青年團甚至採用希特勒青年團的制服，唯一的區別是襯衫不採褐色改用灰綠色。婦聯會的任務與國社婦女團完全一樣。帝國陣線於成立後不久就解散，帝國青年團亦因黨內部之爭端而脫離社帝黨。鑑於這些外圍組織並未形成力量，因此無庸進一步再討論。

(g)根據於E所述社帝黨的組織採領袖原則、其黨章及其行為均嚴重抵觸民主原則等事實，再加上社帝黨明顯採取國社黨的組織型態，吾人必定可以得到以下結論：它於取得政權之後

也會將自己的組織結構適用於國家，因此會推翻民主自由的基本秩序。

社帝黨企圖說明它並未採取國社黨的領袖原則、黨章所含的權威特色不過是表現它所追求的「民主領導原則」。然而它的代表並未提出使人信服的說明，究竟此項領導原則之本質為何、與領袖原則又有何不同。因此給人的印象是，領導原則不過是不用「領袖」二字的領袖原則。

IV

社帝黨的黨綱來自黨領導階層所訂的「行動綱領」。其最重要的內容又另外以「政題」稱之。

其黨綱與國社黨極為類似，仍是繼續一些陳腔濫調，或是幾乎所有政黨都主張或早已是事實的政治主張，向不同的人民團體許下經常是烏托邦，且彼此相互矛盾的承諾（例如「堅決確保自我國農業獲取糧食」、「與民眾結合的社會主義」）。並未明白表示信仰民主。由於黨綱一般而言不具拘束力，所以很難從中看出社帝黨的真正目標。無寧必須參照領導幹部的言論才比較能看出。

特別引人注目的是對帝國思想的強調。帝國的理念對德意志民族而言具有一種特殊的感情內涵。它表達出德意志民族歷經慘痛歷史教訓之後對國家統一的渴望。社帝黨的帝國想法却與這個符合德意志最佳傳統的帝國理念不同。行動綱領的前言規定「對帝國忠貞」為所有黨員均應服從的最高法律。然而它所信仰的德意志帝國並不是歐洲國家中平等的一員此類可以接受的政治目標。進一步觀察顯示，社帝黨一如早期的國家主義者及國社主義對帝國自有其特殊的詮釋。依照國社黨的意識型態，帝國是「民族大空間所形成的秩序」，是一個「德意志民族組成的日耳曼國家」（希特勒，我的奮鬥，一九三三年，第十八版，第二六三頁）。這個「民族的」帝國「為了重新建立理性的中歐秩序基礎」

有權介入其他民族的歷史(一九三九年三月十六日公告，聯邦法律公報第一冊第四八五頁)。

克魯格曾寫過一篇名為「永遠擊不倒的帝國」之文章。清楚呈顯了這個帝國神話，以及它如何自威瑪共和反對人士的大量著作中被發展出來。所謂的帝國不是特定時空下具體的國家組成，而是貫穿德意志歷史之理念的神秘化身。其中含有一種屬於德意志民族的特別使命——它已在帝國成立之德意志歷史高峰上得到實現。因此而產生的使命感自然和「德意志種族」至上論結合。

社帝黨如同國社黨亦從這種極神秘的帝國想法得出極具體的結論。克魯格博士被扣押的筆記本上的第一次黨綱草案(證據文書第二二二號)提到帝國的歷史界限：「它不是由任意選出的歷史年代決定」社帝黨黨綱有以下的內容：「一切只能以德意志依據歷史、人類及種族法則得主張之帝國範圍為準。」羅斯勒在佛里信簡上寫到(證據文書第二二五號)：

「我們德國只能是一個，它是以戰爭爆發時它的人民最遠的聚居單位為界限，這對我們而言是十分清楚不需多言。」

根據黨綱，這個重新恢復的帝國應該「成為中歐自我秩序中最強大的因素，它若不被恢復，將不可能建立一個政治上能獨立生存的歐洲。只有這個秩序因素才能忠於中歐普遍存在的少數民族。」在此可清楚看出，社帝黨致力於德意志在歐洲的霸權地位，希特勒主張由德國統治的計劃又被採納。

V

如同透過社帝黨與國社黨在人事及組織的相似性，吾人亦可在該黨及其支持者的行為中看出，他們以動搖自由民主基本秩序為目的。

(a)幫助希特勒使德國墮落的同一批人又再度追求政治的領導權利。他們使用希特勒的方法並鼓吹導致德國滅亡的相同路線。

他們毫不懷疑地擁護希特勒。菲斯格於一九五一年七月十二日寫信給芬克（證據文書第一一九號）評斷一份寄給他的手稿：

「他的觀點在一些極重要的問題上與我們有重大差異。他代表一種模糊的和平主義：並且猛烈批評希特勒。這份文件會引起極大部份舊國社黨員的不滿。」

綠娜堡縣黨部事務長欣茲曼（Hinzmann）於一九五一年三月十六日（證據文書第一一六號）向低薩克森邦黨部報告一個由社帝黨為青年舉辦的大會經過：

「…做為討論引言人的自由德意志青年團代表對希特勒表示重大侮辱之後，立即被與會人士趕下講台…」

歌庭根縣黨部主席克姆爾（Krämer）於一九五一年九月九日寫給低薩克森邦黨部事務長的信中（證據文書第一二〇號）大言不慚地稱國社黨是社帝黨「偉大的前輩」。

(b)宣傳更是學習希特勒的理論—於「奪取政權」之前，宣傳是國社黨最大的黨務工作—：

精神層次要迎合聽眾之中最愚蠢的人—我的奮鬥，第一九七頁—；儘可能只注意大眾眾的感覺—第一九八頁—；在爭取真理的過程中，絕不可承認敵對的一方有任何一點道理，而是要片面主觀地只陳述自己的意見，並且儘可能以幾個口號「不斷加以重覆」—第一九八、二〇〇、二〇二頁—；不要害怕使用謊言，只要「配以絕對不移的片面固執」「並且煽動大眾情

緒性的及極端的想法」，「他們就會相信這些謊言」——第二〇一頁。

這些方法的本質就是濫用人民真正的感情，挑起厭惡，製造仇恨，掩飾德國困境的真正原因，並且將真正禍首的罪責推給那些盡全力復興德國的人士，大眾應該喪失他們批判的識別能力，以便服從社帝黨的領導。

- (c)「德國醒了」這句老口號，又出現在黨員大會的邀請函或傳單之上，或成為發言的題目（證據文書第一〇七號）。在外觀上社帝黨也和國社黨極類似。海報傳單採用紅色，會議堂擺滿徽章旗幟——黑鷹白邊紅底。縣黨部領導格勞里斯曾於一九五一年三月廿四日的通知上（證據文書第一五七號之一）明白向其所屬黨部推薦希特勒特別喜歡的「巴登維爾進行曲」。選舉演說之前都先會為陣亡戰士舉行追思禮，以莊嚴的聲音朗誦一首詩，樂隊伴以「我有一個同志」。一如當時的希特勒，他們要在聽眾之中引起「陣亡戰士代表社帝黨的政治理念」之類的印象。聽取了社帝黨二次群眾大會（辛許在布萊梅、萊姆爾在多不魯克）的錄音，可清楚看出二黨的宣傳在語言的處理上完全一致。訴諸群眾模糊的感覺，喚起摒棄批判思考的狂熱情緒，鼓吹禁不起理智考慮的響亮口號，甚至演說人的聲音、語氣及方式，乃至如癡如醉的大眾發出的狂烈掌聲，都是國社黨類似活動的翻版。
- (d)連所用的字彙都很類似。其他的政黨當初一直被希特勒蔑視為「體制政黨」，現在則被稱為「許可政黨」及「壟斷政黨」，政府被貶為「許可政權」；以前稱為「金錢政客」，現在稱為「癰三政客」，以前稱「十一月叛徒」，現在稱「國家叛徒」。
- (e)社帝黨與國社黨尚有一明顯的共同點，即推動所謂「殉道者」狂熱。社帝黨視所謂的「救國者」為殉道者。它所指的是七位在紐倫堡被判處死刑並於稍後被絞死的國社黨員——因為他們

對數萬人被殺害之事應該負責。言詞辯論程序中曾宣讀其中一位歐稜多夫 (Ohlendorf) 於「紐倫堡大審」所做的證詞 (國際軍事法庭審判主要戰犯，德文官方版本，第四冊，第三四四頁以下)。他承認在他直接命令下或部份他在場的情形下，超過九萬名無辜的男女老少，只因為具有猶太血統而被殘酷地處死。社帝黨的幹部竟然一律將這種「非人」和二次大戰陣亡戰士並稱為同社，而且以殉道者贊揚他們。羅斯勒在佛里信簡中寫到 (一九五一年六月廿日，證據文書第二〇三號)：

「在藍斯堡有七個德國志士必須走上絞台。儘管由聯軍批准的基本法已廢止死刑，他們仍在德國的土地上被處死！對此我們絕無意要美國人民為之負責。但是我們清楚地知道是那些人下令將他們在藍斯堡處死。」

在魯爾縣黨部的一份報告中 (證據文書第二〇四號) 有以下的內容：

「…對兩次世界大戰中陣亡的戰士、黑夜中被炸死，逃難中不幸死去的同胞，以及藍斯堡的七位同志進行追思之後…」

這與希特勒發給刺殺別格曼 (Bergmanns) 之兇手波騰帕 (Potempa) 支持的電報具有相同的含義。將殺人魔王與陣亡將士等同，顯示這個冒充是軍人魂唯一代表的政黨，絲毫不具備真正的軍人榮譽感。

- (f) 國社黨於第一次世界大戰之後不斷使用「暗算」的流言，以便把它所要推翻的國家形容成是建立在陰謀及出賣之上，並把德國的困境及經濟慘境之責任推給它—實際上這是戰敗的結

果。社帝黨為了達到相同目的，也散播關於第二次世界大戰的謊言。

以下這個例子特別清楚地顯示社帝黨的宣傳虛偽不實。希特勒以其背信及勒索的外交政策，使得全世界與德意志人民為敵，這是不爭的歷史事實。德國面臨這種強大壓力在戰爭中註定要失敗，希特勒以外行領導內行只是加速德國的潰敗。戰爭末期的每一個德國軍人基於親身經驗都知道由於物資的全面匱乏，戰線均被瓦解。然而社帝黨却散佈新的「暗算」流言：若沒有如卡那里斯(Canaris)、「七月廿日團體及其他反抗組織等」「國家叛徒」破壞最後的勝利，並在戰爭最後幾年陰謀促使德國早日瓦解，德國國防軍即使在一九四五年都能夠保持不敗。是這些叛徒使得德國足以改變戰爭結果的武器—噴射戰鬥機及報復武器(指各式飛彈—譯註)等一來不及被使用。

社帝黨的報刊一再詳細捏造此類的流言。「德意志反對黨」刊載了題為「報復武器被出賣」(一九五二年二月七日)及「被出賣的非洲軍團」等文章。更有一系列文章談及「紅色樂隊」。七月廿日事件則是談論不完的話題。戰敗的真正原因及希特勒的責任却絕口不提。這種重覆宣傳就是要令得不到可靠消息的讀者確信，到處都是叛徒及破壞者，他們才是失敗的原因，有時更是直接做出「出賣和戰敗有因果關係」的結論(證據文書第一六一號)。佛里信簡在一篇名為「我們必須戰敗嗎？」的文章亦表達了類似的主張(證據文書第一九三號)。在引用邱吉爾一段話之後，他寫到：

「這位英國戰爭首相的話公開承認，聯軍在物資人員上的優勢被德意志精神、我們的研究人員及發明家抵銷，以改西方民主國家，其東方盟國及「民主自由」戰友的勝利岌岌可危。

為了忠於事實，我們不得不承認物資及人員的優勢具有重要意義，但是正如外國也承認的是，『出賣』在某些場合確曾扮演決定戰爭的角色。這我們已從本信簡的文章中得知。」

一九五一年六月卅日的佛里信簡（證據文書第一九二號），有一段內容：

「十年前的六月廿一日，我們的祖國挾著歐洲—巨大亞洲最邊緣的文明小半島—撲向蘇聯，它幾乎可以勝利，但不幸的是我們被欺騙、被出賣，最後在一場我們不該輸的戰鬥中被擊敗。」

萊姆爾在多不魯克的演說中主張，在一九四四年七月廿日希特勒遭刺前後，部分東方戰線「因為叛變而瓦解」；諾曼帝登陸前四天，有人將武器自戰壕中偷走，以致登陸當天數千名德國士兵手無寸鐵被敵人的攻擊消滅。萊姆爾所寫的小冊子「一九四四年七月廿日」（證據文書第一一一號）也透過類似的影射要使人以為當時的事件共同導致戰爭的失敗。

在訴訟過程中，社帝黨的幹事會幹事不再堅持這項「暗算流言」。克魯格博士無視於證據調查的結果，否認社帝黨曾主張，戰爭失敗的唯一理由是德國人被出賣。他援引衛斯塔普伯爵發表於一九五二年五月廿日「訊息」上題為「在第一聲槍聲響起之前，我們就輸了」的文章為佐證。衛斯塔普伯爵認為，自俾斯麥垮台以後的外交政治漫無目的「幾乎是戰爭失敗的唯一理由：即使在第一次世界大戰期間確實發生的叛國行為也未能終局地決定戰爭的結果—縱然它是如此令人不恥且應加以嚴厲指責。」他接著評論第二次世界大戰：「在第一聲槍聲響起之

前，我們就又已經輸了，說明了一九三七至一九三九年的外交政策毫無方向可言。」

這項答辯却只證明，社帝黨幹事會幹事違背良知散播「暗算」的流言，就是為了要在人民的意識裏將它的「偉大前輩」——國社黨——對德國命運應負的責任推給國社黨的敵人。

- (g) 出於同樣的意圖，社帝黨的演說家在公開集會中指出，一九四五年只是國防軍投降。當時由多寧茲(Dönitz)領導的帝國政府並沒有投降，因此它依法仍然存在。社帝黨以著名的法律學家及歷史學家亦持相同見解做為辯解。然而學術上關於「只有國防軍無條件投降，政府並未投降」這項事實的討論，只能用來證明一個統一德國的連貫性。據此，聯軍係依據自己的占領軍權利而不是依據德國政府的委託在德國行使國家權力。事後新成立的德國政府所行使的國家權力，並不是來自聯軍的再委託，而是占領軍放棄統治後，重新恢復自由的德國固有之國家權力。從未有人認真主張過多寧茲的政府依法仍然存在。一般人無寧認為它從來就不是個合法的德國政府。這才是正確的見解。姑且不論希特勒以「領袖」身份所行使之一切權力是否合法，他絕對不能以一紙命令就決定他的繼任者。多寧茲所行使的領袖權也從未成為事實上的國家權力，因為他的政府只在全面瓦解的最後幾周於佛稜斯堡附近逐日縮小的德國領土上——特別是只在軍事事務範圍內——爭取過影響力。即使聯軍曾和所謂的多寧茲政府短暫談判此一事實，亦不能給予它任何國家法上的意義。更何況此一談判主要涉及軍事問題，而且因為這個政府的合法性不被承認而中斷。

- (h) 社帝黨亦有計劃地以其他方式貶抑聯邦的機關及其代表人。

根據萊姆爾答辯狀第四十九頁，他承認曾經說過：

「一直到一九三三年仍無法解決七百五十萬失業人口就業問題的政客及政黨要對為何會產生一九三三年情勢負責。如今同樣是這一批政客及政黨又要單獨決定我們的政治生活…我們不需要這些七十五歲以上的老傢伙…我們不需要隨著聯軍行李前來而趁德國戰敗坐收漁利的外來移民。」

「德意志瞭望」、「德意志反對黨」、「南奧登堡前哨」及內部通知（證據文書第一七四、一七五、一七六、一八一號）一再稱波昂的政治人物是「奉命行事、敗家子政客」、「無恥投機份子的股份有限公司」、「癩三政客」及「拼命吃飯的機會主義者」。例如一九五一年四月八日的「德意志瞭望」寫著（證據文書第一七四號）：

「阿德諾（Adenauer）不代表德國，舒馬赫（Schumacher）也不代表德國。他們是昨天的失敗者，却裝成今天的救星。

他們意味著外國勢力已重新將一個充滿恥辱的歷史再現。

昨日只會奉命行事的政客，今天却成為『解救者』勉強救回之威瑪共和所餘殘骸之代表人；做為奉命行事及敗家子政客，他們更是自己自願向一九三三年授權法投降而導致他們在道德及內政上全面崩潰的最好證人。」

萊姆爾及馮·波特美爾等社帝黨之主要發言人誣稱，聯邦政府已經為俄國攻擊時做好逃亡的準備，並且已在倫敦蓋好避難所。萊姆爾的辯解是，他不過是轉述一位外國記者馮維干德（v. Wiegand）的說法罷了。但是因為他本人並未放棄這個說

法，所以他一再大聲地指責聯邦政府懦弱、不負責。儘管萊姆爾及馮·波特美爾因此被判刑，但是社帝黨的訴訟代理人史力波博士仍試圖在訴訟過程中以遞交一份美聯社一九五二年一月十二日的聲明提出「真實證據」。然而正是這份聲明證明萊姆爾的說法不真實。該項聲明只指出，美國方面曾考慮，若蘇聯發動攻擊，則在西德重新設立軍事政府，將難民收容於難民營及將德國重要的政治人物自危急的地區遷出。這份聲明絲毫沒有不利於聯邦政府。

萊姆爾亦承認經常將波昂說成是「命令接收站」；但是他所謂的「出賣」，並非指法律意義下的叛國罪，而是指聯邦政府未充分照顧到聯邦的利益。雖然他自己必須有保留地承認，他在被抑禁期間及之後曾為美軍總部戰史部門工作，並曾得到「他的資料對該部門極具價值而他合作的意願也值得讚揚」之類的證書，他却多次在公開演講中恐嚇那些為建立歐洲防禦共同體而提供諮詢的德國將領，他要將他們醜化到「連狗都不願接受他們的麵包」之地步。

這些辱罵、蔑視及毀謗都和憲法保障的言論自由和真正的政治反對活動無關。而主要顯示了一種要從根動搖人民對聯邦代表人物的信心之意圖，進而使整體自由民主的基本秩序顯得有問題。希特勒亦是使用此種方法，摧毀民主及自由而建立獨裁。

- (i) 以下關於一份海德堡縣黨部傳單的信件往返，特別具代表性地顯示社帝黨基本上是否定民主，追求獨裁。這份傳單內有一些粗體印刷的字：「國家社會主義」、「民族共同體」、「人民的勝利」、「掌權」、「和平」、「社會主義政黨式的民主」，同時指出「過去一個巨大民主機制的失敗」已經造成一次獨裁者掌權。這對海德堡黨部黨員連茲而言尚不夠清楚。他誤以為社帝黨拒絕獨裁，於是大發怨言。克魯格博士曾對此於一九五

一年三月二日寫信給海德堡黨部所屬符騰堡—巴登邦黨部領導（證據文書第一五九號之一）：

「避免被視為新法西斯團體，是符合我們的利益……海德堡一位連茲同志對他檢呈給多爾斯博士的一份海德堡黨部海報的批評，也與之有關。多爾斯和我都認為這份傳單並沒有錯。其中一句批評獨裁的話是有必要的，因為現在存在著一個憲法法院。在這一點上，我們完全支持佛爾斯特。我請你以適當的方式——最好是口頭——向連茲說明，他和我們的觀點基本上沒有任何不同。凡是仔細閱讀過這份傳單的人都知道佛爾斯特與我們站在同一條線上，他不過採取策略上唯一可行的方法。」

他不可能再進一步明說，他們只是出於對聯邦憲法法院策略上的考慮，才繼續掩飾其最終的目的——獨裁。

一份維恩海姆黨部的傳單更清楚地拒絕多黨原則（證據文書第一六〇號）：

「我們被迫接受二種違反民族、違反本性的政治制度：人民民主及政黨民主。我們在第一次世界大戰之後就已將政黨民主實施在我們的國家形態上，但是它已清楚證明它無法為德意志民族創造一個合乎正義的生存秩序。它使德意志民族分裂為許多彼此鬥爭的團體，並且使國家的力量渙散。它代表眾人對眾人的鬥爭，是一種使德意志自我滅亡的體系。人民民主及政黨民主是一切德國人最急於恢復的真正法治國家的破壞者。」

海德堡黨部曾呼籲（證據文書第一六一號）：

「我們要拒絕西方的政黨民主及東歐地區的人民民主，追求由富於責任感，堪為典範的偉大人物所領導的真民主。」

史列斯維希—赫爾斯坦邦黨部於一九五一年十二月二日的通知(證據文書第一六二號)中指聯邦是一個「假民主的制度」。

邦黨部領導許木斯特(Schmüser)於一九五〇年十月卅日寫信給領導階層(證據文書第一六五號)：

「若我們被刪除於『國家敵人』名單之外，我將感到遺憾。正是現在我們要成為一切右派團體的凝聚點。」

史瓦層貝克區黨部領導於一九五一年一月十二日寫給許穆斯特的信(證據文書第一六四號)上亦有類似主張：

「親愛的許同志，史瓦層貝克黨部大多數是老戰士，我們不僅很難適應這種過度的民主，我們根本也不要適應，我們甚至堅決地拒絕這種民主。」

社帝黨的支持者覺得自己和現在的國家成強烈對立，並樂於成為國家的敵人。

- (j)為了使人民準備接受權威的「領袖國家」理念，它和其他一切政黨的鬥爭目的，就是要將它們排除於政治生活之外。它稱它們是「太監政黨和他們的奴才」、「占領軍的爪牙」(證據文書第一八八號)。雖然社帝黨也曾向占領軍聲請許可，它却繼續稱其他政黨是「許可政黨」。它要藉此指責這些民主政黨不是出自人民自由的決定，而是出於占領軍的授意，因此不是

民主正當的政黨。在建黨宣言中就已使用的「壟斷政黨」(證據文書第一七〇號)，其用意也在於此。根據符騰堡—巴登邦黨部第一號訊刊的報導，黨主席多爾斯博士在一九五〇年五月廿六日的演說中曾論及這些政黨的本質：

「他們由於占領軍在德國兩邊的安排，所以敢斷然對政治主張他們既感激又能以奸詐手段維護的壟斷。這些政黨不論執政或在野，他們都背離國家理想及帝國思想，並放棄獨立的政策。兩邊的政黨都完全依賴占領軍，而且必定會以條約同意的方式給予占領軍措施法律上的拘束力，即使它違反國際法而傷害德意志民族最重大的利益。」

其他的政黨既然將德意志民族重大的利益出賣給外國勢力，當然就不配存在。於是社帝黨才是唯一能實行真正德國政策的政黨。」這些攻擊不僅及於它每次批評的政黨，而是要將聯邦基石的多黨原則埋葬，並為獨裁制度準備單一政黨。

(k)與此配合的是對國家權力及聯邦的國家象徵的蔑視。

他們以煽動的方式鼓吹黑、白、紅三色旗代替聯邦國旗。聯邦國旗中的金色被貶稱為「土黃色」或如同納粹時代被貶為「芥茉」(證據文書第一八二號)。瓦勒地方黨部的社帝黨歌將聯邦國旗中的金色(德語亦為黃金—譯註)醜化為：

「然而德國人啊！這些肥胖的銀行走狗所享有的黃金，不會變成你們的工資。」

這種對聯邦國旗的挑釁，導致社帝黨的支持者甚至幹部一例如拍恩區黨部領導梅爾曼(Mehrmann)及波爾頌區黨部領

導史密特犯下許多侮辱國旗的罪行。雖然只要在刑事訴訟程序中證明被告與社帝黨有關聯，該黨領導階層就會對外聲明它與之無關，而且這些被告已被該黨開除。但是在向領導階層提出的報告中這些被告却受到袒護。他們雖然已被開除，但是該黨仍為他們選任下一審的辯護律師。史密特在黨人之間甚至得到「旗幟貴族」的名譽頭銜（證據文書第一八六號之四）。

此外社帝黨的幹部也經常觸犯刑法。目前正針對該黨一些領導人物之政治活動進行一連串的刑事程序。該黨幹部以想當然爾的態度估計，在可預見的未來仍會有其他黨員被判刑。因此為這些黨員的家庭組織了一個由中央領導的「同志互助會」。邦黨部領導芬克甚至認為這類訴訟會大量增加，於是督促選擇更多有經驗的法律人來協助這些訴訟（證據文書第二〇九號）。社帝黨之領導人士若被判刑，則被當成英雄予以表揚（證據文書第一六二、二一一、二一二號）。國社時代布朗許維格城行政首長之子克拉格斯（Klagges）被判刑後，邦黨部主席芬克即代表邦幹事會向他「正直的行為表示感謝與肯定」，並表示他不是第一個也不會是最後一個因為堅持社帝黨理念而入獄的志士。「他的獻身與勇氣值得我們法」（證據文書第二一四號）。

社帝黨整體觀點的另一個結果就是有系統地不服從官署的命令。照樣舉行被禁止的集會，只是選擇隱蔽處以避免警察干涉。在海德堡縣黨部的建議之下，一個類似的集會以「戰友」集會為掩護（證據文書第二一六號）。梅林不顧禁令仍要在符騰堡舉行集會，因此在海德堡向邦黨部領導佛爾斯特打聽他在此種集會是如何避免激怒警察，並且如何避免不利於在聯邦憲法法院的訴訟（證據文書第二一七號）。根據該黨內部報告：一九五一年十一月三日於艾根斯坦曾不顧禁令成功地舉行大會（證據文書第二一八號）—儘管開會後四十五分鐘就被強大的警

力解散；一九五一年十一月五日甚至正式地在一家餐館的倉庫舉行大會；一九五一年十一月六日亦在艾特林恩舉行大會，但是也在四十五分鐘之後就被警方解散。由於無法擺脫警方，於是想在一個臨時找到的處所繼續演說的嚐試亦歸失敗。

大量文書證明社帝黨決心抗拒禁令，並已針對此做好準備。邦黨部領導佛爾斯特曾在通知上寫到（證據文書第二一五號）：

「我們不怕任何恐嚇，不論是來自國家或來自紅色暴徒……進入地下繼續抵抗！」

低薩克森黨部組織領導史拼爾於一九五一年十一月廿三日曾聲稱（證據文書第二二〇號）：

「我對他們禁止社帝黨的看法是，他們禁止或不禁止我們，終極而言，其實是一樣的。無論如何我們必定會勝利。問題關鍵並不在於他們能不能禁止我們—不可能以法律手段禁止社帝黨—而是在於他們要不要禁止我們。我認為美國必定會要禁止我們，因為他視我們為重新武裝問題中唯一有異議的勢力。」

在梅林住處曾搜索到一份手寫的完整的偽裝計劃草案（證據文書第二二一號）—針對如果該黨被禁止的情況。根據這個計劃，所有黨部均應立即解散，再依秘密組織的方式把可靠的黨員編到各據點。個別的黨員只能認識據點領導，據點領導只能認識縣領導，只有縣領導才能知道邦領導的姓名。邦領導具有絕對的命令權。所有黨員均須宣誓絕對服從（證據文書第二二一號）。

(1)社帝黨也對政治對手實施精神上的恐嚇：

「一九五一年我們獲得以下的成果：給予那些自全面崩潰漁翁得利的小人及聯軍的傀儡驚慌震撼，並且叫他們明白一九四五年不是永遠，算帳的日子會比他們的估計來得更早」(佛里信簡一九五一年第三十五、六號第一頁)。

「他們沒有辦法禁止像社帝黨這樣組織良好，紀律嚴明的勢力。即使被禁止，它仍會進一步發展它的力量。到時候它會對波昂構成更大的威脅。果真頒布禁令，波昂就要倒楣了！」(證人威西曼對萊姆爾於接受訪問時所做陳述之證詞)。

「現在先使用一些詭計，以便將來獲得重大的支持」(辛許一九五一年九月廿八日於不萊梅的言論)。

(m)鑑於國社黨人對猶太同胞的集體滅絕行為，社帝黨重新鼓吹反猶太主義，特別值得重視。黨章第四條雖然規定吸收黨員不得因種族而有別—此顯然是顧慮到外界的意見。但是邦黨部領導許穆斯特的一份演講草稿却顯示該黨實際上是如何作想(證據文書第二五〇號)：「他們以為那些自鼻子就可辨認出的外國移民於一九四五年換上美軍或英軍制服蜂擁而來，就能掃除反猶太主義嗎？」顯然他本人也感覺到他在此必須掩飾他真實的想法，因此他把這句話刪掉。

儘管十分小心，社帝黨仍無法掩飾它反猶太的傾向。史列斯維希—赫爾史坦邦黨部新聞處於一九五一年十二月廿八日發表聲明(證據文書第二三七號)，批評以色列駐聯合國代表邪惡、野蠻並具有他的種族固有的狂妄自大。「德意志反對黨」

於一九五一年十二月六日報導（證據文書第二三八號）違法走私外匯的「勤勞的猶太教徒」。此篇報導不是因為外匯走私，而是因為當事人是猶太人之故。「南奧登堡前哨」特意強調卡爾·馬克思的父親是一位名叫馬多海（Mardochai）的猶太教師。史列斯維希—赫爾史坦邦黨部的一份通知（證據文書第二四六號）批評聯邦總理阿德諾博士和以色列談判賠償事宜，並聲稱這樣的一筆賠款無異為德國又帶來一個占領軍。

在社帝黨的報刊上經常有這類邪惡的言論。特別是佛里信簡。五一年第十四、十五號合刊（證據文書第二二九號）一篇名為「他叫皮爾曼 Perlman」的文章大肆攻擊「所謂美國的」代理總檢察長皮爾曼：

「這位煽動謀殺的人物名字倒是很奇特。他和摩根道 Morgenthau、列曼 Lehmann、巴魯赫 Baruch、克萊 Clay、法蘭佛特 Frankfurter 等一夥人，都是人類的罪犯，也特別是美國精神的破壞者。」

同一號信簡中還有一篇阿諾德（Arnold）所寫的文章：「猶太人的陰謀顛覆改變了歷史軌跡。」接著有一篇關於法蘭佛特—美國最高法院法官—的傳記，稱他是一位出生於維也納的「油」太復國主義者。五一年十六號信簡的第一篇文章—「世界理想主義者和神秘不可見的統治」，指出猶太人對羅斯福及杜魯門的影響。五一年第廿五、廿八及廿九號信簡（證據文書第二三一及二三二號）有一篇名為「紅色線索」的文章，其中大談猶太人對支配世界經濟及政治的人物之影響力。五一年第卅一號信簡專門有一篇文章討論坎普納（Kempner）及摩根道。坎普納主要因為是猶太人而被攻擊。在五一年第卅五、卅六號合刊中一篇名為「杜魯門的新奴才」（證據文書第二三四號）的

文章上，猶太人被說成無論在共產或民主集團都具舉足輕重的地位，猶太人並且在匈牙利及捷克革命中扮演決定性的角色。五一年第一號信簡（證據文書第二三五號）中一篇題為「猶太人世界策略的迷霧逐漸散開」的文章，也是採取相同的路線。

萊茵蘭德—十發爾茲通訊第七期中的一篇文章（證據文書第二三六號）所用之語氣及內容，使人想起國社黨最極端反猶太的煽動刊物「前鋒」。這篇文章有以下的內容：

「我真希望是一個在德國的猶太人，然而我只是一個難民，一個再度受到詛咒的德國人。…我若是一個在德國的猶太人，我就可以像他一樣在高級舒適的辦公室上班。我和他在一九四五年是一個德國行政機關的同事，之後他自願加入皮革協會又開了高級鞋店，而我被迫流落街頭。這是為什麼？我只不過是一個德國人罷了！

我飢寒交迫地在他的猶太鞋店外等候，前面還有一百三十個人……我不過是德國裏的一個德國人。我恨自己不是個猶太人！但是我們不可褻瀆上帝，他是正義的。先是有三萬名猶太人—其中一部份人還沒有鞋店—還來不及申報領取外國援助—我希望只要能遠遠地看這些援助包裹一眼就好了；—只是出於好奇！此外還有許多猶太社區在戰爭以前就比現在更富有，此外還有那些及時逃到外國的猶太公務員，他們在以色列領取退休金……」

一首在法蘭克佛縣黨部被扣押的歌曲（「喔！雅利安人至高無上」）也是如此。在此只需轉述第一段歌詞（證據文書第二四一號）：

「喔德國至高無上，然而你却無法保衛自己，因為有太多歪鼻子的人在吃你。猶太人從四面八方來到德國。

他們生下鵝鴿蛋，德國的幸福就完蛋。

堅持下去，堅持下去，堅持我們的忠貞。

即使現在，即使現在，猶太人霸佔我們的家園，

但是他們絕不會稱心如意。

堅持下去，堅持下去，直到世界認識猶禍。」

這些都充分證明社帝黨反猶太的立場。每一個能侮辱猶太人的機會都被他們故意利用。他們所歌頌的「藍斯堡七壯士」也因此換了新面目。他們不僅要舉出這些「殉道者」，並且把他們當成反猶太主義的力行者加以贊揚。他們駭人地顛倒倫理概念，將兇手說成無辜的被害者，將被害者殘存的家人說成是破壞人性的罪犯。

VI

自證據調查結果可以確認：

1. 社帝黨支持者的行為顯示，社帝黨蔑視重要的基本人權——特別是人的尊嚴！人追求自由發展的權利及法律之前人人平等的原則。他們重新恢復反猶太主義，就是有力的證據。
2. 社帝黨與其他民主政黨的鬥爭方式顯示，它不是以合法手段將其黨綱凸出於敵對政黨之上，它最終的目的是要將其他政黨完全排除於政治生活之外。換言之，它所鬥爭的對象不是那一個政黨，而是自由民主最基本的多黨原則。
3. 社帝黨的內部組織具有以下特色：按照領袖原則的精神建

立，亦即透過嚴格貫徹的認可及徵召制度。它可以任意拒絕入黨的聲請，並以強制解散地方黨部的方式開除黨員，此外它也經常任意、不依程序開除黨員。

4. 社帝黨無論在黨綱、觀念及整體風格上都和以前的國社黨非常類似。它的黨綱具有相同怪異的承諾，並且避而不談對民主的信仰。它的領導幹部的言論顯示，誇張而神秘的帝國思想、過度的使命意識，以及建立由德意志統治的「巨大空間」的目的，在它的觀念中復活。它的整體風格無論巨細，甚至在外觀特色上，都與國社黨完全一致。這表現在外圍組織的型態、宣傳的制度及方法，對所謂殉道者的崇拜，再度使用暗算的流言，有系統地貶損政府機關及其代表人以破壞政治生活，對它身為國家敵人的角色沾沾自喜，藐視國家的象徵，乃至於蔑視整體的國家法律秩序。

從社帝黨領導階層主要由舊國社黨人組成，該黨爭取舊國社黨人——不是因為不介意他們曾是國社黨人，而正是因為他們曾是國社黨人——為黨員，以及對希特勒的公開贊揚等事實中看得出，它是以國社黨的繼承組織自居。

5. 這些被確認的事實已充足基本法第廿一條第二項的構成要件。

在此不需贅述，社帝黨不尊重人權及打擊多黨制原則等事實亦充足此構成要件(參照E)。

社帝黨在黨綱、觀念及整體風格與國社黨具有本質類似性，亦充足此構成要件。今日我們回顧國社黨的發展，毫無疑問可以認定它若存在於現在必定是違反基本法第廿一條第二項。該黨所給我們的教訓，正是制定基本法的直接原因。縱使不能證明社帝黨和國社黨在方法及目的上每一個細節都完全一致，但是仍然可以適用在政治領域亦有效的「從形式推論到實質」的推論：一個政黨的觀念及重要形式若與一個違反憲法的政治運動本質類似，在它繼續運作的範圍內，它會試圖去實

現相同或類似的實質內涵。

在合併觀察社帝黨及前國社黨的類似性的同時，社帝黨之內部秩序已由證據調查證明違反民主原則，對基本法第廿一條第二項之適用，亦具有重大意義。從而，這種內部秩序只是目前社帝黨所致力建立之國家秩序體系的反映。

以上諸證據證明，自成立以來，社帝黨的目的就在於打擊並進而消滅自由民主的基本秩序。

H

1. 依基本法第廿一條第二項之規範意旨，社帝黨違憲。其法律效果依聯邦憲法法院法第四十六條第三項而定。該黨應被解散。

與此有關的是，該黨執行幹事黑勒於一九五二年九月十二日書面通知本庭該黨已自動解散一事，應具有何種意義。在聲請確認違憲的訴訟程序中，政黨若自動且有效地解散會對訴訟程序有何影響，自不待本庭決定。社帝黨係依黑勒通知上所陳述之方式自動解散，殆無疑問。然而此種解散方式在法律上完全不具有任何意義。至於有權解散之機關是否得依民法典社團法之規定將其權限移轉給其他機關隨時任意行使，在此可置而不論。依社團型態組織之政黨若有此種移轉內容之黨章規定或授權決議者，該規定及決議因違反基本法第廿一條第一項第三句之強制規定當然無效。關於政黨是否要解散此種重大問題，本應由多數黨員決定。若交給由少數幹部組成的權威層峯任意決定，則無法想像會有比此種黨的內部秩序更違反民主原則的內部秩序。即使此權威層峯事後取得黨員對其所做解散決定之同意，此決定亦不會因而生效。未經討論之「鼓掌通過」並不是民主的表決。因此不需要進一步了解社帝黨所謂自動解散之細節。

2. 聯邦憲法法院若確認一政黨違憲，則必須決定該黨議員能否保有議會席位此一問題。聯邦憲法法院確信此一問題的答案是否定的。以下的考慮具有決定性：

基本法審視政治現實，承認政黨協助人民形成政治意志之功能，詳如前述。因此在憲法本身（基本法第廿一條及第卅八條）可以看得出在議員既為全民代表又為某一特定政黨代表之雙重身份中存在著緊張關係。在理論上很難協調這兩條規定：一方面政黨似乎是人民形成政治意志的主要媒介，然而另一方面，通常要透過政黨才能當選的議員，却只能被視為全民的代表而不是他所屬政黨的대표。吾人若想到基本法第卅八條係自制憲者毫不懷疑即接受—未完全清楚認識到與基本法第廿一條不調和—之自由民主憲法中已經確立且習以為常的意識型態中產生，則可以緩和此種理論對立。然而此種自基本法實證規定而生之緊張狀態，必須以解釋加以解決。唯一的解決就是要確定，那一個原則在決定具體憲法問題之際比較重要。

依據E的說明，可將基本法第廿一條如此總結：該條第一項承認政黨協助人民形成政治意志，這就將政黨自政治社會範疇提升出，使其成為憲法制度。只有立基於自由民主基本秩序之政黨才能被「融合於」憲法體制之中。該條第二項證實了此種主張，它的意義在於確認，那些要推翻自由民主基本秩序的政黨不得參與人民政治意志之形成。單純自法治國家的考量就可確定，不是任何一個人，也不是政府，依任何一個程序就可法律地確認政黨的違憲性，而是只有聯邦憲法法院依有助於查明實質真相之程序方得為之。

聯邦憲法法院對關於基本法第廿一條第二項訴訟程序之判決若確認一個政黨—自始或自判決所認定之時點—因政治思想內容牴觸民主原則，而不具備參與人民形成政治意志之要件，則該判決之效力應該不只是將其組織機關解散。憲法法院的判

決無寧是要將此政治思想本身排除於政治意志形成的過程之外。該黨的主要代表人—議員—若能繼續在作成真正政治決定的場所代表它的理念並付諸表決，則不可能達到這個目標。正確了解下的基本法第廿一條必定會導出這個結論：一個違反憲法政黨的議員席位自判決宣示起即自然喪失。席位之喪失是政黨被確認為違憲之當然且直接的法律效果，不需要立法者明白之授權—例如聯邦憲法法院法第四十六條第三項規定政黨之解散。

基本法第卅八條並不會因為此種對基本法第廿一條之解釋而喪失其固有的意義。無寧由於違反憲法之政黨議員不得是「全民的代表」，它反而肯定這種解釋。基本法第卅八條禁止所謂命令委任制，這對法律上判斷以下事實極為重要：議員退黨而加入其他黨、全部棄權之聲明、辭職保證書及約定如何行使選民之委任。

選舉這些被排除之議員的選民並不會因席位喪失而受有不利，因為要求由違憲政黨之議員為代表本身就是違憲。

席位之喪失亦不抵觸基本法第十八條。若聯邦憲法法院宣告議員喪失其基本權利，則因為他失去被選舉資格，所以間接導致他喪失席位。基本權利之喪失係以當事人本人行為不當為要件，至於依據基本法第廿一條第二項違憲確認而導致之席位喪失，却與議員之個人行為無關，而是與政黨有關。法律效果當然隨要件之不同而有不同。若依基本法第十八條及聯邦憲法法院法第卅九條第二項之程序剝奪議員之被選舉資格，則他不僅失去席位，而且在除權期間不得再參加競選。確認政黨違憲則不影響個人將來之被選舉資格，只是剝奪其現在的席位。議員若在其所屬政黨之整體範圍內及個人行為上，均濫用其基本權利以求推翻自由民主的基本秩序，則可依基本法第十八條之程序剝奪其基本權利。

此外，席位之喪失是依據基本法第廿一條第二項所做確認之直接結果，故不需類推適用基本法第四十六條第三項及第四項等規定徵得聯邦議會之同意。只有在針對特定議員之個別訴訟程序中且議會利益優先於這項訴訟的情況，才需要議會之同意。本案旨在確認政黨之違憲性，故席位之喪失是法律上的效果，依其本質不應該需要議會的同意。

聯邦憲法法院承認，在聯邦憲法法院法草擬的階段，亦曾討論過關於席位喪失的問題。該法對此表示沈默，固然可以解釋為立法者不願此結果發生。然而如前所述，席位之喪失是直接依據基本法第廿一條。鑑於憲法之優越性，立法者的考量就無足輕重。

席位之喪失只限於聯邦議會及邦議會，因為固有意義下之人民政治意志之形成是在此進行。但是在區域公法組織，特別是鄉鎮自治組織，則不能直接依據基本法第廿一條，將違憲政黨之黨員排除於代表機關及選舉機關。因為在區域公法組織的層次並無真正的政治決定可言。它們無寧主要是行政任務的執行者。基於聯邦憲法法院之判決，應採取何種措施配合，則依當時或參酌該判決之原則而於將來才制訂之區域公法組織法規而定。

本案尚要決定，席位之喪失應及於社帝黨在聯邦議會及邦議會之那些議員？詳言之：議員必須在那個時點上和該黨有關聯，才會受到此法律效果的影響？根據證據調查的結果(G 結束部份)，社帝黨自始就具違憲性。故凡是基於該黨選舉推薦而當選之議員均喪失其席位，縱使他嗣後已解除與社帝黨之關係。此亦適用於那些雖非基於社帝黨選舉推薦而當選，但稍後加入該黨且於本判決宣示時仍隸屬該黨之議員。以下的考量足以正當化此種對席位喪失之區別：在第一種情況，該席位自始即帶有無法彌補的瑕疵，彼等議員係實質不當地進入議會。而

在後一種情況彼等議員不論形式或實質均屬正當地取得席位，但是稍後却為一個違反憲法的政黨行使該席位，因此他們若在判決宣示時仍屬於該黨，就必須喪失其席位；若他們已退出該黨，則席位之行使就不具有違憲的性質。如前所述，在此不必斟酌社帝黨所謂的自動解散。

席位之喪失後隨判決之宣示而生效。由於聯邦憲法法院只是一般性地決定席位喪失之法律效果，而不能就具體個案加以決定。所以由各有關選務機關依前述方針確定，係爭議員是否已喪失其席位。該等機關應特別仔細審查，在本判決宣示前退出社帝黨的議員，究竟是出於真意抑或只是為了掩飾。

隨著席位之喪失會產生何種結果，仍待進一步審查。法律至今並沒有規定這種結果。關於其他喪失席位之法律效果在此不能適用。有關之立法者應為將來規定自基本法第廿一條所生席位喪失之效果。這種規定只要是一般且非專門針對社帝黨，就可能於本次議會期間被制訂，在此種法律規定生效以前，聯邦憲法法院必須依據聯邦憲法法院法第卅五條規定席位喪失之效果。

應該規定席位喪失後不得補選。要遞補依邦選舉名冊(Landesliste)選舉出之議員也已經不可能，因為該名冊隨本案判決已被取消。基於法律及選舉技術上的原因，若要舉行補選或依聯邦憲法法院法第卅五條規定重新選舉，是不適當的。

席位之喪失必然導致相關議會的議員人數於新的法律制定之前及此次選期屆滿之前，因喪失而未補選之席位遞減。此亦適用於憲法或選舉法已明定議員人數之議會。依遞減後的議員人數所做之決議，其效力因此不受影響。

3. 不需對依附於社帝黨之組織—帝國陣線、帝國青年團及社帝黨婦女聯合會—另為特別之禁令。若它們是該黨之一部分，它的法律命運當然及於它們。若它們是獨立的組織，則不適

用基本法第廿一條第二項。它們若違反「憲法秩序」，行政機關可引用基本法第九條第二項之規定直接取締之。

4. 依據聯邦憲法法院法第四十六條第三項之規定，解散政黨時並應禁止成立代替組織。在本案判決宣示前已成立之組織，現在若以代替組織自居而繼續運作者視同新成立代替組織。即使任何一種有組織地散佈社帝黨思想之行為(例如以傳單、通知、演講)，都可視為一種代替組織。
5. 聯邦政府聲請依聯邦憲法法院法第四十六條第三項規定沒入社帝黨財產供聯邦公益目的之用，為有理由。此亦及於社帝黨在法律上或組織上獨立部份(邦黨部、縣黨部等等)之財產。
6. 本判決之效力自宣示即發生。警察機關應採取一切有助於本判決執行之措施，除了一般有效之法治國家原則—例如警察執行手段之適當性—之外，不受拘束。為了統一執行，茲依據聯邦憲法法院法第卅五條之規定，委託各邦內政部長執行判決主文第一段第二句及第三句；財產之沒入則由聯邦內政部長執行之。

關於「夫妻共同課稅是否違憲」之判決

—聯邦憲法法院判決第六輯第五十五頁以下

譯者：陳麗娟

1. 如果法院之提案，依照基本法第一〇〇條第一項及聯邦憲法法院法第八十條第一項規定，以當時有效的程序規定，即在一九五六年七月廿一日公布施行之聯邦憲法法院法修訂法生效前，向聯邦憲法法院送達，則聯邦憲法法院法第八十條第四項之規定並不適用。
2. 依照基本法第一〇〇條第一項向聯邦憲法法院提案之職權與義務關係到所有的裁判機關；這些裁判機關被稱為法院，並且是客觀獨立的在形式上有效的法律內委託予法院的任務。
3. 如果一個受基本法拘束之立法者，在其意志範圍內也採納那未被修正而繼續保留的規定，則在基本法公布後，一個被修正過的法律，其未被修正而繼續保留的規範，在聯邦憲法法院於一九五三年二月二十四日所作成的判決意義上，並不能被視為憲法制定前的法律。
4. 立法者的裁量，亦受到原則規範的限制；在這些原則規範中，明確的表達憲法立法者對於法制與社會秩序確定範圍的價值判斷。如果確定一個法律規定與這樣一個特別的原則規範相牴觸時，則在一般平等原則的觀點下（基本法第三條第一項），對於同樣的規定，則不再存在憲法上的審查。
5. 基本法第六條第一項不僅是一個為保障婚姻與家庭，特別的私法領域中典型的基本權利（klassisches Grundrecht），如同一個制度之保障；除此以外，而且同時也是一個原則的規範，亦即一個對於婚姻與家庭有關的私法和公法的全部領域具有

拘束力的價值判斷。

基本法第六條第一項規定禁止藉由國家妨碍的侵犯，對於婚姻與家庭造成利益上的損害；至少基本法第六條第一項在這範圍內，實際上是拘束立法者的憲法規定。夫妻經由合併確定所得稅稅額所造成的不利地位，即扮演著一個這樣妨碍侵犯的角色——參閱於一九五二年一月十七日公布施行之所得稅法第二十六條。

6. 婦女必須也像每一個男性國民一樣，有可能以均等的法律機會取得市場經濟的所得 (marktwirtschaftliches Einkommen) (收入)，即屬於婚女的平等權利。

一九五七年一月十七日第一法庭之決議——1BvL4/ 54——在程序上，因受慕尼黑財務法庭之委託，而作一九五二年一月十七日公布施行之所得稅法第二十六條的憲法上審查。

判決主文：

於一九五二年一月十七日公布施行之所得稅法第二十六條之規定，為無效。

理由：

A

依照一九五二年一月十七日公布施行之所得稅法第一條第一項之規定：所有之自然人皆有繳納所得稅之義務。依照一個累進方式形成的稅率表，對於所得稅計算的基礎是納稅義務人的總收入 (所得稅法第二條第一項)。

有子女的納稅義務人，可享受子女寬減額之權利 (所得稅法第二十七條)。如果不考慮有子女家屬的合併申報，則從個別課稅原則觀之，所得稅法第二十六條只是一個在程序上

(Zusammenveranlagung：合併申報)，為審核而設的例外規定：

『所得稅法第二十六條：

家屬之合併課稅：夫妻

1. 只要夫妻雙方有完全的納稅義務及並非持續的分開生活，夫妻將合併申報所得稅。這些前提要件，必須於合併課稅期間內，至少存在四個月。
2. 在夫妻合併申報所得稅時，將夫妻的所得合併計算。』

與此有關連的是一九五二年一月十七日公布施行之所得稅法施行細則第四十三條：

『所得稅法施行細則第四十三條：

關於夫妻的家屬合併課稅

在合併申報所得稅時，將妻子從事雇員工作 (nichtselbständiger Arbeit)，與其夫在不同的企業，所獲得的收入分開計算。

B

I

Deggendorf 財稅局的稅單 (Steuerbescheid)，依照一九五一年一月十七日公布施行之所得稅法第二十六條之規定，合併的計算住在 P 的夫妻 S，於一九五一年所得的稅額；夫為一個已經退休，領取退休金的公務員，而妻從她的零售商店賺取所得。

夫妻 S 因反對該稅單而提出異議；他們特別提出請求，反

對他們的合併申報所得稅。因為在稅率以累進方式形成的制度中，他們必須繳納在個別申報所得稅制度中更多的稅捐。

大體上，該異議違反了合併申報所得稅的制度。因此，財稅局認為此異議不成立，而予以駁回。夫妻 S 因不服財稅局的駁回而提出上訴。

慕尼黑財稅法院第二庭庭長援引一九五三年十二月二十一日財務法院 II 293/53 號之決議，依照律師法第二六四條第二項之規定延緩訴訟程序，直到有關於一九五一年公布施行的所得稅法第二十六條符合基本法的聯邦憲法法院判決。該法庭援引一九五四年二月二十五日所作成的判決，實現該號決議，並直接向聯邦憲法法院提出該案卷宗。

財稅法院採取此一見解，如果一九五一年公布施行之所得稅法第二十六條，因對於已婚的國民與未婚的國民，在納稅的平等地位上造成利益上的損害，則所得稅法第二十六條之規定抵觸基本法第三條第二項與基本法第六條第一項之規定，但符合基本法第三條第一項之規定，與從聯邦最高法院十一號民事判決所產生的關係相同。

II

聯邦憲法法院首先藉由提案卷宗的傳送，讓聯邦稅務法院了解，依照聯邦憲法法院法第八十二條第一項、第三項與第七十七條合併之規定，聯邦議會、聯邦參議院、聯邦政府和各邦政府以及兩造當事人，有機會對訴訟程序之開始陳述意見。

聯邦財政部長以聯邦政府之名義，已經陳述了意見，但沒有參加訴訟程序。夫妻 S 和 Degendorf 的財稅局同樣的都對此陳述了意見。

聯邦財政部長主要認為該提案是不合法的，因為一九五一年公布施行之所得稅法第二十六條符合一九三九年二月二十七日公

布施行之所得稅法第二十六條。因此，在聯邦憲法法院於一九五三年二月二十四日所作成判決的意義上，必須將所得稅法第二十六條視為在憲法制定前的法律（聯邦憲法法院判決 2, 124）。

而在這個案件上，聯邦財政部長自己也駁斥提案法院的法律見解：

因為家屬的合併課稅，對於丈夫與妻子採取同樣的方式，所以所得稅法第二十六條之規定並無牴觸基本法第三條第二項所規定的男女平等權利之原則。

基本法的違法性，也不能被溯及到違反基本法第六條第一項之規定。特別是在婚姻與家庭制度保障的意義上，只要一個綱要性的意義，但也要與基本法第六條第一項這一規定相配合；尤其其它不是作為基本法第三條第一項一般平等原則具體化之用，也不是強迫立法者，在處理已婚者的每個關係上，都和對未婚者完全一樣。而是要立法者形成將結婚的構成要件與有確定經濟作用的法律效果，連繫在一起。

如果夫妻的稅捐，會成為一個相當嚴重的負擔；以致於有大多數的人想要結婚，可是因為稅捐上的負擔，而阻礙了結婚的意願，則僅可能討論違背了基本法第六條第一項制度的保障。

事實上，藉由合併申報所得稅，立法者只從結婚而提高的經濟給付能力得到結論——一個反正必須被視為與所得稅法優惠家庭規定有關連的結論：

對於夫妻課稅的分類在第二類稅，藉此在夫妻合併申報所得稅時，夫妻一方的損失可以用另一方的所得來補償。

因為所得稅的區別藉著夫妻合併申報所得稅以事物本質所產生的客觀原因作為基礎，同時不牴觸基本法第三條第一項之規定。

對於所得稅計算的著眼點，在於經濟給付能力（wirtschaftliche Leistungsfähigkeit）稅捐的徵收（Steueropfer）應

該儘可能的讓所有的人都同樣的感受到稅捐的沉重負擔。因為在婚姻與家庭制度中，通常藉由夫妻雙方的所得來滿足共同生活的需要；而各別有所得的夫妻與夫妻中只有其中一人有所得，且二者有同樣高的所得，他們的經濟上給付能力(wirtschaftliche Leistungsfähigkeit)是一樣大。但這是唯一對稅法立法者具有決定性的作用。

如果對已婚者和對未婚者在課稅上作相同的處理，則意味著稅捐徵收的計算是依照經濟給付能力，支配全部所得稅法原則的一個任務。

夫妻的個別申報所得稅，將導致非常不公平的結果，亦即因為夫妻雙方獲得收入，而夫妻只須承擔一個較輕微的稅捐。

但是如果以夫妻和單身者作一比較，則不會產生牴觸基本法第三條第一項的結果。經濟上的給付能力是由於經由共同的處理家政(gemeinsame Wirtschaftsführung)，而可能節省的開支，在夫妻比在兩個單身、個別處理家政的人來得大。通常在膳食給養、住屋、房子的設備以及經常性住宅維護的費用中顯示出來——在較高的收入中，例如在一輛汽車或只有一間住宅的共同購置。

如果立法者不想要考慮夫妻這些比較大的納稅給付能力時，則將導致未婚者在利益上受到損害的結果。因為這些未婚者必須和已婚者一樣，承受同樣的稅捐負擔，雖然他們可以和其他的未婚者來共同的處理家政，但通常沒有節省的可能性。

最後，在合併的申報所得稅時，按照事物的本質，從各式各樣的家政共同生活中，正好選出婚姻是合理的。因為婚姻與家庭制度，扮演著自然的和法律加以保障共同生活的角色：對夫妻而言，藉依民法第一三五三條第一項所規定的義務，來達成婚姻的共同生活；對子女而言，藉父親的照顧權，特別是父親指定子女住所的權利(民法第一六二七條、第一六三一條)。

因此在這共同生活的情況下，源自於共同生活的一個由法律所規定的構成要件；相反的，所有其他為達到共同處理家政的共同生活，隨時都有可能解散。

如果要求立法者，在夫妻納稅的處理上，藉排除家屬合併課稅，而將結婚的事實置之不理，因此在最後的結果上，必須完全地顯示出牴觸基本法第六條第一項。最後，其他家政共同生活的課稅考慮，完全不同於婚姻與家庭對其他家政共同生活的課稅，將顯著的造成很多行政上的困擾，特別是在構成要件的審查上。

Deggendorf 的財稅局和聯邦財政部長一樣，都認為一九五一年公布施行的所得稅法第二十六條是合乎基本法的規定。但夫妻 S 贊同提案法院所採取的見解；此外，他們指出藉著對夫妻作不同的課稅處理，也牴觸了基本法第三條之規定，因為依照一九五一年公布施行之所得稅法施行細則第四十三條之規定，妻從事雇員工作（*nichtselbständiger Arbeit*）所獲得的收入，在合併申報所得稅時不予計算在內，而對於夫從事雇員工作中所獲得的收入，則計算在內。

聯邦財務法院在案卷退回中，函告有管轄權的第四庭，在向來的裁判（*ständiger Rechtsprechung*）中，承認所得稅法第二十六條是符合憲法的規定。

C

I

一個可藉聯邦憲法法院向聯邦財務法院移送案卷，而治癒的程序瑕疵，存在於直接向聯邦憲法法院移送案卷，而違反了一九五一年三月二十一日公布施行之聯邦憲法法院法第八十條之規定（比較聯邦憲法法院判決 2/124）。

雖然在提案送達後，在一九五六年七月二十一日公布施行之

聯邦憲法法院法修訂法規定法院的提案決議，向全部的高等聯邦法院移送(聯邦憲法法院法第八十條第四項)，但這並不是必要的，事後仍然把慕尼黑財務法院的提案，通知其他的高等聯邦法院。

雖然依照一般(訴訟法)的原則，新的(訴訟)規定亦適用於已繫屬的訴訟程序；這些處於新的法律規定生效的情形中，採取新的訴訟規定和依照新的訴訟規定繼續進行訴訟程序(聯邦憲法法院判決 1/4)。

然而這並不適用於就另一案件而產生新的法律，因為全部高等聯邦法院關於審問的規定，與導致提案法院從現在起直接向聯邦憲法法院提案之救濟途徑的新規定有密切的關連。由此得出結論，即當提案以當時適用的程序規定之方式，在法律變更生效前，送達聯邦憲法法院時，則不適用聯邦憲法法院法第八十條第四項之規定。

II

法院可以不經言詞審理而判決，因為並無有權利的當事人出席參加訴訟程序(比較聯邦憲法法院判決 2/213)。

III

慕尼黑財務法院的聲請是合法的。

1. 慕尼黑財務法院在基本法第一〇〇條第一項的意義中，是一個法院。

提案在基本法第一〇〇條第一項的意義上，不是在一九五三年十二月二十一日由庭長所作成的決議，而是在一九五四年二月二十五日由法庭所作成的判決；因為只有必須決定上訴的法院有提案權(比較聯邦憲法法院判決 1/80)。雖然法院有提案權，但不是引用基本法第一〇〇條第一項與聯邦憲法法院法

第八十條之規定，而是引用在這裏並不適用的律師法第二六四條之規定。然而這是無關緊要的，因為一個與基本法第一〇〇條第一項有明顯的關連，並不是必要的；而一九五四年二月二十五日的判決，在內容上已履行了聯邦憲法法院法第八十條第二項所規定的前提要件。

在一九五四年二月二十五日的法庭，由政府主管 W. 博士擔任審判長，行政專區顧問 W. 擔任有任用資格的陪席法官，以及由三名榮譽的陪席法官組成。這個法庭組織，符合在一九四八年五月十九日為財務審判權的重新組織而公布施行的巴伐利亞法律第二條第三項之規定。

儘管他們的特徵視為法院，但可能有牴觸巴伐利亞財務法院的特性，而在基本法的意義中，有被視為法院的疑慮，因為有任用資格的陪席法官，隨時有可能被撤回（第二條第四項第四句），而且因為審判長與有任用資格的陪席法官（固定的成員），在法律上視為財務行政官員（第二條第三項）。鑒於這些規定，令人懷疑，是否維護憲法上審判獨立原則與權力分立原則，且在基本法第十九條第四項救濟途徑的意義上，是否足夠保障到對巴伐利亞財務法院的法律救濟途徑。然而關係到法規審查聲請合法性之審查，這個問題則不須要裁判。

雖然依照基本法第一〇〇條第一項之規定，只有法院有提案權。但並不是這個意思，即在其中只有在基本法的意義中，實質上被視為法院的裁判機關，及它們的裁判作用，滿足基本法第十九條第四項法律救濟途徑的保障。在這裏與在基本法第一〇〇條第一項中，這個也以規定為依據的觀念「法院」有不同的意義，因為這兩個規範規定不同的目的。

基本法第十九條第四項必須保障憲法的任務與保障憲法政策上的任務，以及保障國民的權利保護；裁判機關在這個規定的意義中是否即為法院？所以在這個問題中，必須建立一個

嚴格的標準，如同在一九五五年十一月九日，由聯邦憲法法院所提出的標準一樣（聯邦憲法法院判決 4/331）。與此相反的是，基本法第一〇〇條第一項與裁判比較，規定立法者權威的維護，以及對憲法問題作一致裁判的保證（聯邦憲法法院判決 1/184, 2/124）。

這個憲法的目的與憲法政策上的目的要求，依照基本法第一〇〇條第一項向聯邦憲法法院提案的權限與義務，關係到所有的裁判機關，而這些裁判機關客觀的、獨立的以及在一個形式上有效的法律中，受法院任務之託付而為審判，並且被稱為法院。無庸置疑的，在這個意義中，無論如何巴伐利亞的財務法院是「法院」。因此，慕尼黑財務法院有提案權。

這也符合巴伐利亞憲法法院(Bayerischen Verfassungsgerichtshofs)，在它一九五四年十一月二十六日判決中，所採取的觀點（憲法法院判決 NF7 II/107）。在這個判決中，憲法法院對財稅法院之提案，解釋巴伐利亞法律規定，關於財務審判權是違憲的。依其見解，財務法院有任用資格的陪席法官，隨時有可能被提前的撤回。巴伐利亞憲法法院必須依照巴伐利亞憲法第九十二條之規定，審查提案的合法性，而其只是一個法官認為法律是違憲的，且有義務向憲法法院提起上訴。

巴伐利亞憲法法院同意提案的合法性。其根據是，客提案合法性的問題，依照巴伐利亞憲法第九十二條之規定是足夠的。如果提案的機關，在對它有效的法律規定內，被判定為有法院的性質，則沒有必要去審查，是否這些規定在這方面是符合憲法或違反憲法。

2. 在為審查而提出規定時，並不是關於憲法制定前的法律在一九五三年二月二十四日聯邦憲法法院所作判決的意義（聯邦憲法法院判決 2/124）；它也受到聯邦憲法法院的審查。

雖然所得稅法第二十六條的條文內容，從一九三九年起，已經是適用的法律。正如此處，在基本法中應比較所得稅法第二十六條之規定，然而所得稅法第二十六條不是扮演著憲法制定前法律的角色。因為聯邦法律的立法者一再重覆的討論，以及贊同夫妻合併申報所得稅保留之問題與所得稅法變更法律建議的關連性。

雖然從一九三四年十月十六日公布施行之所得稅法，和依照條文文句，從一九三九年（一九三九年二月二十七日新的所得稅法公布）到一九五一年的稅額確定年度，所得稅法第二十六條在內容上，都未被修改而繼續保留。此外，所得稅法却反覆的修改。對於一九五一年的稅額確定年度，即藉助一九五一年六月二十七日公布的為變更與簡化所得稅法和法人所得稅法的法律。

在一九五三年二月二十四日的判決中，發展出來的原則不能直接地適用於一個在基本法公布後，修訂的法律之規範。對於憲法制定前之規範，聯邦憲法法院審查權之否定乃在於其任務係在有根據的維護每個個別的法院，而不顧聯邦法律立法者與邦法律立法者決定法律的意思，且不適用該法律。因為依照法院的見解，它們抵觸基本法或抵觸聯邦法律和邦法律適用全聯邦的位階性（聯邦憲法法院判決 2/124）。

如果受基本法拘束的立法者，此處係指聯邦法律之立法者，也在他的意思範圍內採取每個規定，則無論如何不能認為這種想法是正確合理的，一個在基本法公布後，被修改的法律之未變更而繼續保留的規定，視其為憲法制定前的法律。是不是這樣的情形，必須每次加以查明。

在這裏，聯邦法律立法者的意思決定，產生以下的結果，即在立法的過程中已經詳細的討論所得稅法第二十六條，而無論如何在一九五一年六月二十七日修訂法律的討論中，明確的

拒絕法律的修訂：已經在一九五一年三月七日，在第一次為變更和簡化所得稅法與法人所得稅法的法律草案討論中，批評夫妻課稅的規定。

財政與稅務問題委員會(Der Ausschuß für Finanz- und Steuerfragen)建議採取至今仍在所得稅法施行細則第四十三條中所包含的規定，作為所得稅法第二十六條第三項。由基民黨(CDU)、基社黨(CSU)、自民黨(FDP)以及德意志黨(DP)等各黨團聲請，在第二次討論中，委員會的建議在詳細的討論後被拒絕。

為第三次的討論，許多黨團針對恢復委員會的提案，又重新提出聲請，而又產生一次重新與詳細的討論。最後它導致採取一個預備聲明。藉由預備聲明，所得稅法第二十六條包含了部分與所得稅法施行細則第四十三條一致的第三項規定。

與先前聯邦財政部長在聯邦議會的發言不同，在聯邦參議院調解委員會的上訴後，聯邦政府解釋它的意圖，亦即聯邦政府在未來，想要讓夫妻的個別課稅制度，保留在所得稅法施行細則第四十三條的情形中。接著在一九五一年六月二十一日第一五五次的會議中，又刪去所得稅法第二十六條第三項之規定。對於一九五一年仍保留在至今公布施行有效的所得稅法第二十六條與所得稅法施行細則第四十三條。

從此以後，聯邦法律立法者明確的認可所得稅法第二十六條之效力，所以這個規定就像新公布的規定一樣，受到聯邦憲法法院專屬駁回權之拘束。

D

一九五一年公布施行之所得稅法第二十六條牴觸基本法，慕尼黑財務法院的見解是成立的。

I

憲法審查權的標的不會有疑問，根本上抽象的多數人合併申報所得稅，或夫妻的合併申報所得稅，尤其是否與基本法一致，而是關於夫妻合併申報所得稅，在一九五一年所公布施行，以個別的納稅義務人累進課稅為根據的所得稅法範圍內，是否違憲。

可以不須要考慮憲法的問題，以多數住在一起、共同生活者的收入總額代替個人所得，作為課稅的根據，基本上可以選擇家屬的合併課稅；在維護個別課稅的原則下，可以採用按比例計算的稅率。在這裏，事實是決定性的因素，夫妻藉合併申報所得稅，在經濟結果上是比多數人更不利的，因為累進稅率是以個人的給付能力為目標——在此處，還增添共同債務人合併申報所得稅的連帶責任（一九三六年十二月一日公布施行之稅捐調整法第七條第二項與第三項之規定）。

在這個以個別課稅為原則的現代所得稅法制度中，合併申報所得稅的兩種情形（所得稅法第二十六條與第二十七條），產生不相稱的情形。從歷史的角度來看，這是關於一個原始的、一般的家屬合併課稅之殘餘部分。

在一八二〇年五月三十日，由於採用等級課稅，普魯士法律是第一個採用等級課稅的法律，在德國較有意義的範圍內，一個相當於目前的所得稅的稅捐。一般依照家庭的收支，產生稅捐的提高。一個詳細的與深入的財產關係，應該避免義務人，依照一個以不多的及容易明瞭的特徵，作為分類的根據，而被課稅（一八二〇年八月二十五日指示）。

戶主或獨立料理家務的家庭主婦，提供他們的家屬居住與生活贍養，都屬於家庭的財務支出。既不是處理自己的財務支出，又不是屬於被課稅的財務支出者，繳納他的等級稅一半的稅率作為「人稅（Personensteuer）」。

關於一個真正的家屬合併課稅，是將全部家屬當作一個整體來處理；既不是一八二〇年的法律，也不是一八五一年五月一日有關等級所得稅與分類的所得稅法施行法，包含了一個申報的義務。在課稅等級中，分類造成以估計為根據的結果（一八五一年法律第七條第一項）。

藉以後的立法，逐漸的從共同的課稅造成不同的家屬團體，已經在一八九一年六月二十四日公布施行之普魯士所得稅法中，事實上從舊的家屬合併課稅繼續保留的，只有夫妻課稅。在法律的文句中，也不是明確的表示出來，因為從現在起，在結果上仍然只是夫妻所得的合併計算（第十一條）。

在一九〇六年六月十九日公布施行的所得稅法對此也討論的十分明確（第十條）。「家屬（Haushaltung）」這個字不止一次被提到，更確切的說明，妻的所得也被算作是夫的所得。

一九二〇年三月二十九日所公布施行的帝國所得稅法，除了夫妻合併申報所得稅之規定外（第十六條），然而又規定一個未成年子女也有所得的有限制計算（第十七條）。但是它們實際上的意義是微不足道的，因為在未成年人最常見有所得的情形，即從事雇員的工作所得與獨立營業的工作（*nichtselbständiger und selbständiger Tätigkeit*）所得，不計算在合併申報所得稅內；又因為依照民法的規定，反正父親有權利直接使用子女的財產，亦即視為父親自己的所得。

最後，為修改一九二一年三月二十四日公布施行的所得稅法，也提出一個夫妻合併申報所得稅的限制：妻從事獨立營業的工作（*selbständiger Tätigkeit*）所得，與夫在不同的企業中雇員的工作（*nichtselbständiger Arbeit*）所得，從合併申報所得稅中分離出來，而就此部分的所得，單獨的申報妻的稅額（第十六條第一項與第九條）。這個規定仍繼續保留在一九二五年八月十日公布施行的所得稅法中（第二十二條第四項與第六條第一項）。

然而，納粹時代的稅務立法者，在一九三四年十月十六日公布施行的所得稅法中將這個合併申報所得稅的例外規定予以刪除，並將妻的全部收入，計算在合併申報所得稅中（第二十六條）。

依照當時帝國財政部次長的一次發言，這個措施致力於勞動市場政策上，視具體情況而作決定，將婦女從勞動市場排擠掉。在戰爭期間，必須追溯到婦女作為勞動力，婦女從事雇員工作的所得，在一九四一年十二月七日公布施行的所得稅法施行細則第十九條，從共同的課稅中取消，而一九二一年公布施行的所得稅法，部分規定又重新恢復效力。在這樣的法律情況下，關於夫妻合併申報所得稅的規定，繼續保留到一九五一年標準的課稅年度。

在一般的家屬合併課稅制度中，夫妻合併申報所得稅有其起源及根據。立法者在普遍的從家屬合併課稅原則，轉移到個別課稅原則以後，從它們的起源取消，而形成一個目前所得稅法違反制度的要素。

直到第一次世界大戰結束，不僅對於納稅義務人，就像對於國家一樣，合併申報所得稅在經濟上是無關緊要的。因為累進的稅率是非常適當的，以及稅率是相當低的。

一直到在直接稅，納稅公平（*Steuergerechtigkeit*）需要一個差距大的稅率累進等級之想法實施以後，以及在最高的與最低的稅率間，從等級產生一個顯著的緊張情形（*erheblichen Spannung*）以後，藉合併申報所得稅，形成夫妻可感受到的沈重的稅捐負擔。

藉更多的課稅等級即藉由在稅率所增加固定的、非累進的免稅所得部分，並不足以補償對於妻子（和對於子女）的稅捐負擔。這些寬減額只考慮到生存最低限度的提高。生存最低限度的提高與個別的納稅義務人對於其家屬的贍養義務相結合，而寬減

額也沒有變更累進的個別課稅原則。同時，對國家而言，與合併申報所得稅結合的更多稅捐負擔，成為提高國家財政收入的來源，而以前只是用作行政簡化之用。

II

這樣一個連繫婚姻，而加重夫妻稅捐負擔的規定，就像導致一九五一年公布施行的所得稅法第二十六條一樣，牴觸基本法第六條第一項之規定。

1. 基本法與威瑪帝國憲法第一三四條不同，基本法並不包含明確的規定，即依據那一種原則，國民須參與公共的負擔。然而無庸置疑的是，從基本法第三條第一項之規定，產生立法者受課稅公平原則拘束的結果。

依照聯邦憲法法院的判決，基本法第三條第一項「一個重要的部分」之意義，在於「並不是所有事實上的差別，都可以產生在法律上不同的處理，而只是這些事實上的不同，從公平及合目的性的考慮，也對法律有不同的意義。特別是立法者要決定的事物」(聯邦憲法法院判決 3/225)。然而立法者衡量它的界限，不僅在強制的禁止規定與一般平等原則的具體化(特別是基本法第三條第二項與第三項)，而也是在其他對於確定範圍，憲法立法者價值判斷所作明確的原則規定。

如果考慮這些原則規定，則首先要審查這個規定，是否與這些原則一致；如果是否定的，則在一般平等原則(基本法第三條第一項)的觀點下，對於這個審查已不再適用一般平等原則。

因此，慕尼黑財務法院將有關的基本法第三條第二項與基本法第六條第一項之規定，作為特別的審查標準。因為一九五一年公布施行的所得稅法第二十六條連繫婚姻的構成要件，特別是在基本法第六條第一項上，考量所得稅法第二十六條的合

憲性。

2. 基本法第六條第一項是一個價值判斷的原則規定。在國家法規的特別保障下，婚姻與家庭是每一個人共同生活的根本。共同生活的意義，不能用其他人的拘束力來作比較。

首先，在典型的基本權利意義，因為在納粹統治時期的經驗，典型的基本權利應該是藉由國家，作為婚姻與家庭特別私領域，防禦外在強制之用。背棄納粹主義的全國性（Allstaatlichkeit），為達到人類獨立與自我負責的目的，基本法也承認婚姻與家庭這個領域。

無可爭辯的是，憲法對婚姻與家庭的承認；同時也包括對婚姻與家庭兩者生活秩序的保障，並包含一個所謂的制度保障或措施保障，在這個特點中，憲法保障婚姻與家庭，僅在於它們重要的結構，以致於在這方面，憲法的法律作用力在法律的真實性，只存在於保障憲法上婚姻與家庭法的一個規範核心。

然而，基本法第六條第一項法律的作用，不是僅在於這些功能上。如同一系列的憲法規範一般——特別是這些規定國家與人民的關係，或規定共同生活的規範，基本法第六條第一項規定，實現更多互相拘束和互相移轉的功能。憲法裁判的任務是探究一個憲法規範的不同功能，特別是一個基本權利不同的功能。於此優先存在「一個最強的、擴展有關規範法律作用的解釋」（Thoma）。

依照這個原則，基本法第六條第一項規定的一個解釋指出，它不僅包含一個承認，也有當作制度保障的作用；此外，並且同時也是扮演一個原則規定的角色，亦即對婚姻與家庭全部範圍中有關的公法與私法一個有拘束力的價值判斷。依照基本法第六條第一項的文句，藉著國家法則（staatliche Ordnung）根本上給予婚姻與家庭特別的保障。這廣泛的闡述已經明確的表明這個規定的特徵，並且也作為對婚姻與家庭有

關的全部法律之原則規範。社會法治國家的指導原則和在憲法基本權利部分所編入的規範，也只是考慮這個意義。

發展史證實基本法第六條第一項的規定為有關制度保障廣泛的含義，基本上它採納威瑪帝國憲法第一一九條第一項和第二項的內容：

「婚姻是在憲法特別保障下為家庭生活和民族繁衍及維持的基礎，且是以兩性的平等權利為根據。家庭的清潔保持(Reinerhaltung)、健康與社會促進，是國家與鄉、鎮(Gemeinden)的任務；子女多的家庭，有均衡的照顧請求權」。

在這較寬的法律含義內，保障的規定也明確的關係到其他對於婚姻與家庭有關的私法和公法。

雖然與威瑪帝國憲法第一一九條相比，在基本法第六條第一項中，有較簡短的闡述，而與威瑪帝國憲法不同的是，並沒有說明基本法的立法者想要將保障規範的作用範圍，限制在形成婚姻與家庭法律制度的規範：在 Herrenchiemsee 草案中，並沒有規定與威瑪帝國憲法第一一九條相符合的規定。如同基民黨(CDU)黨團的國會議員所作第一個闡述的建議一樣，概括的對婚姻與家庭之保障規定在一個原則中：

「婚姻為男女持續共同生活之合法形式，從婚姻發展出的家屬，如同從婚姻與家庭的從屬關係產生的權利與義務一樣，都受到憲法的特別保障」。(原則委員會第二十四次會議)。

首先，這個建議符合聯合國人權公約草案的內容，家庭

是社會自然的與根本的要素，家庭有受保障的權利。在商議的過程中，基民黨(CDU)黨團一再的指出，對婚姻與家庭的保障也已經存在於威瑪帝國憲法中了。從來都沒有反覆的討論對婚姻與家庭的保障，憲法上的保障只關係到婚姻與家庭法的規範核心，也應該意味著少於威瑪帝國憲法的類似規定(平行規定：Parallelbestimmung)。

因為基本法第六條第一項，本質上扮演著一個制度保障的角色。此外，只有綱要原則的性質，所以基本法第六條第一項規定對稅法而言，沒有客觀上的法律意義。在國會顧問的一般編輯委員會，關係到聯邦財政部長所發表的意見中，聯邦財政部長的見解，不能證明是正確的。

關於一個對當時基本法第七條 a 的說明，其原文如下：

- 「(1)婚姻為男女持續的共同生活之一種合法形式，以婚姻而產生的家庭，如同從婚姻與家庭之從屬關係所產生的權利與義務一樣，都受到憲法的特別保障。
- (2)每個母親對於共同生活的保障與照顧，有相同的請求權。
- (3)非婚生子女與婚生子女相同，對於他們的身體、精神和社會發展，藉立法取得平等的條件」。(國會顧問印刷品第三四〇號)

一般編輯委員會的說明，如同在國會顧問印刷品第三七〇號於一九四八年十二月十三日出版的說明一樣：

「對基本法第七條 a 的說明：

如果婚姻與家庭受到國家法則(staatlichen Ordnung)的保障，則從婚姻與家庭產生的權利，同時也受到保障，如

果將婚姻認為是這樣持續共同生活的一種合法形式，而受到特別的保障，則不須要對男女持續共同生活的一種合法形式加以指示。這個條款只有綱要性的意義，原則上它只是對立法者提出準則，此外，對法律適用的法院只有解釋法規的性質，因此所謂牴觸原則，在基本權利部分僅指牴觸直接適用的法律」。

然而更正此說明（見國會顧問印刷品第三九四號，一九四八年十二月十八日第三項），與其更正的文句出現在基本法草案的印刷版本中。具有決定性的文句如下：

「基本法第七條 a 第三項只有綱要性的意義」。

聯邦財政部長針對國會議員 Greve 博士在國會顧問主要委員會中所作的闡述，廣泛地提出其見解的依據。除參與立法者個人，關於一個規範的內容和意義，對其解釋不能作為標準之個人意見以外，本質上對於符合基本法第六條第一項的草案規定，國會議員附帶的意見指出，草案雖然對這個規定法律上的效果範圍懷疑，可是並沒有形成一個確定的意見。

基本法第六條第一項的發展史，產生以下的結果，與符合威瑪帝國憲法的規定不同，依照憲法立法者的意思，對於婚姻與家庭保障規定的作用範圍，不應該加以限制；基本法第六條第一項的發展史證明，從條文解釋可推知規定的作用而作為價值判斷的原則規範。

3. 對於立法者判斷自由在法律上的界限，產生基本法第六條第一項作為一個價值判斷之原則規範如此作用的結果。

如同每個憲法規範一樣，基本法第六條第一項只是於這方面，在其條文內容足以確定時，立法者考量一個下級規範，在

實際上有拘束力的法律。在這裏從保障的觀念中，產生明確的標準，按照字義保障的觀念意旨，保障利益的促進，妨害或損害的防禦以及特別是國家放棄自己妨害的干擾。

在基本法第六條第一項對於婚姻與家庭確定的國家法則之特別保障，包含兩方面不同的意義：

積極方面：對國家而言，有義務不僅是防止婚姻與家庭受到其他力量而造成利益上的損害，而且也是藉適當的措施來促進婚姻與家庭。

消極方面：禁止國家損害婚姻，或在其他情況下造成婚姻的損害。

尚無法確定，在基本法第六條第一項積極的保障作用履行時，為考量一個下級規範，這些情況是否也是可預料的。在這些情況中，它的條文內容是足以確定的。但無論如何，基本法第六條第一項明確的禁止一消極的一藉由國家自己妨碍的干擾，對婚姻與家庭造成利益上的損害，在這方面也是實際上的憲法權利。

無需證明的是，基本法第六條第一項也不禁止在作用中當作原則規範，而連繫結婚的構成要件，有確定經濟作用的法律效果。如同聯邦財政部長所擔心的一樣，一方面基本法第六條第一項不是與贊同結婚對立，而是與結婚的不利相對立。在這個觀點下，如果引用優待的稅法規定是無須考慮憲法的規定。再者，清清楚楚的是，婚姻可能是以經濟的法律效果為出發點，就生活領域所規定的性質而言，是一致的。特別適用在家屬相互間的關係上與適用在贈與的管理上，在這方面社會法治國家採取以前的大家庭之照顧義務、死者的扶養義務或無給付能力的扶養義務。

此外，不能從基本法第六條第一項得出結論，一些這樣只是在一定的情形下，有偶然從屬效果的規定抵觸憲法，而造成

加重婚姻負擔的作用。

4. 對於一九五一年公布施行的所得稅法第二十六條在憲法上的評價，無論如何基本法第六條第一項的作用，是作為實際的保障規範之標準；因為屬於所得稅夫妻合併申報所得稅原則牴觸了個別課稅原則。雖然，對於已婚者不利，而扮演著一個妨碍干擾婚姻的角色。反對這個結論，而提出的抗辯則缺乏根據。

對此合併申報所得稅不能證明是正確的，合併申報所得稅不是以婚姻為出發點，而是以（表面上）藉共同的處理家務而達到節省的目的，以及一個藉此提高的給付能力作為出發點，以致於在夫妻的提高課稅下，僅關於一個不是自己所願意的從屬效果。在全部其他的所得稅法中，視為給付能力的要素，在生活狀況中並不考慮節省的可能。這個觀點與體系是不一樣的，但特別是不符合夫妻的提高課稅，只是一個不是自己所願意的從屬效果。因為合併申報所得稅不只是在法律原則上受婚姻之拘束，而藉由所主張的效果提高課稅，才是這個規定真正的主要目的。

如果提高的給付能力是以共同的處理家政（gemeinsamer Haushaltsführung）為根據，是真正的出發點，則婚姻的家政共同生活就可以不是唯一被課稅的，特別是因為婚姻的家政共同生活，絕非以市場經濟收入之多數人家政共同生活的典型情形。

例如在一九五〇年時，總共有一千二百六十萬多數人的家政共同生活，而有五百七十萬個家政共同生活多於僅有一個所得稅關係人（協助的家屬（mithelfende Familienmitglieder）沒有計算在內），不考慮在其夫企業裏幫助的妻子，有職業的且與其夫在同一個自己家政共同生活的妻子之數目，總計在這一年只有七十四萬。不只一次，在一個家政共同生活中，有獨

立的市場經濟所得的多數人同時發生的每七個例子裏，以妻的市場活動為基礎。聯邦財政部長認為，放棄夫妻合併申報所得稅，並不意味著與未婚者作比較是不公平的，因為在所有的情況下，對於未婚者並不存在多數人共同料理家務的可能性。

聯邦財稅法院的判決，明確的證明婚姻的因果關係。對於合併申報所得稅被認為不是共同的處理家政。這個被一九五三年七月二日判決駁回的兩個有職業之夫妻（兩者是不同企業的經理），違反了合併申報所得稅的抗辯。雖然夫妻沒有改變並持續的維持兩人在結婚以前，已經存在的相距約十公里的家政共同生活。

聯邦財稅法院在它的判決中闡明，夫妻有可能個別申報所得稅，但只有當分離不僅延伸到家務和料理家務上，而且延伸到婚姻生活。

依照聯邦財稅法院的判決，在所得稅法第二十六條第一項第一句的意義中，持續的分離只出現在拒絕婚姻的共同生活，也出現在一個桌子與床的分離時。聯邦財稅法院贊同帝國財稅法院長久以來在其判決中所反映出來的所得稅準則：「如果分離延伸到婚姻生活、家務和料理家務上時，且夫妻打算長期的維持分離，則在所得稅法第二十六條的意義中，是夫妻持續的分離生活」。

連接合併申報所得稅納稅壓力（Steuerdrucks）的強化，並非肇基在婚姻的特性中，而是依照所得稅法的本質。因為清清楚楚的是，在一個純粹的稅法規定中，是以一個婚姻狀態為出發點，而不是在於事物本身的性質，如同一些在親屬法或確定的照顧權領域一樣。

如果在所得稅法中，應該將婚姻與家庭視為出發點而承認婚姻與家庭不僅是當作兩夫妻與其子女的總和，而且也是當作一個位階較高的整體，則最多可以作為改善夫妻納稅的根據。

不可理解的是，正如根據課稅的規定，有較高的道德評價，應該能夠對一對夫妻納稅的弊病提出證明。

更進一步的嘗試，證明連接合併申報所得稅對夫妻造成利益上的損害。考慮這個只獲得一個市場經濟的所得，特別是考慮到子女眾多的夫妻，及在基本法第六條第一項的觀點下，合併申報所得稅真正地要求，即所謂的妻子重回家庭的必要性。

合併申報所得稅的廢除，意味著一個家庭受到不公平的利益損害。家庭主婦或母親不從事於一個市場經濟的工作或不能從事於一個市場經濟的工作。

令人難以理解的是，只有一個有所得者的家庭與夫妻雙方都有所得的家庭作比較，在利益上只有一個有所得者的家庭，應該是受到不公平的損害。因為如果採取這種利益上的損害，則只有一個所得者的家庭，同樣地與每個納稅人相比，在於它必須比單獨賺錢的戶長負擔較少數人的費用。從享受優待的大多數有兩份獨立所得的夫妻，其受到較高的課稅，因此不能消除這種利益上的損害。

如果想從社會國家的觀念、被負擔多數人費用之戶長保障的觀點及從夫特別情形的婚姻與家庭保障之觀點來考慮，已經有不同的方法被公開的討論（如寬減額的提高和分別課稅的採用）。

合併申報所得稅是不恰當的，因為它增加了夫妻一部分的負擔，而沒有利用其他的部分。考慮子女多的家庭須要夫妻合併申報所得稅。因此，從夫妻合併申報所得稅中所增加負擔的費用，有利於子女多的家庭，應該採用此一方式。

如果了解這樣的異議，除了依照適用的共同生活原則這種應用的審查是不可能的以外，則結果和理由完全一樣。一般國家的財政須要這些收入，但是國家的財政需要從未適當的證明一個違憲的課稅。

合併申報所得稅應該用作「妻子重返家庭」的目的，即所謂的教育效果(Edukationseffekt)；制止妻子工作，以連接提高納稅的負擔。在這裏沒有憲法上的疑慮，課稅除達到國家財政收入的效果以外，還要追求其他的目的。然而只適用於此限制中，從屬目的本身在憲法上是中性的，追求無須考慮憲法的納稅，在夫妻合併申報所得稅的情形中，一方面利用教育效果，以證明一個以其他理由違憲的規定是正確的；另一方面教育目的關係到一個已經被憲法判決重新界定的領域，在此領域中，普通法的立法者不再能夠採取完全自由的價值判斷：不僅從基本法第六條第一項，而且也從基本法第三條第二項和第三項產生這樣的結果。

如上所作的說明，在典型的基本權利意義中，基本法第六條第一項承認對婚姻與家庭達到專門私領域的自由，符合我們憲法的一個主導思想，亦即符合所有公權利在它們影響對於自由個體原則上的限制之可能性。從這個思想產生一般私人生活形成的領域避免國家影響的承諾（聯邦憲法法院判決 5/85）。

決定妻子是否致力於家務(Haushalt)，是否在職業上幫助其夫或是否賺取自己市場經濟的所得，都屬於夫妻個人決定自由的內容。為證明夫妻合併申報所得稅正確所援引之目的，有職業的妻子重返家庭，是符合婚姻結構最好方式的一個明確觀念。

在基本法第六條第一項中，婚姻與家庭保障的命令規定關係到每個婚姻與家庭，符合今天在聯邦共和法律上所規範的民法中婚姻與家庭制度，在這個範圍中，由夫妻自己決定私領域的形成。立法者不可以直接強制夫妻接受一個確定輪廓的私領域，但如果這樣的直接強制是違憲的規定，則同一目的也可能是不適當的而宣布措施為合法。該措施如同合併申報所得稅一樣，應該間接的作為這個目的。

所謂的教育效果不適合證明合併申報所得稅是正確的，同樣的得到男女平等權利原則的結論(基本法第三條第二項與第三項)。基本法源於平等權利符合婚姻與家庭的保障(比較聯邦憲法法院判決 3/225)，所以立法也不可以違反這兩個原則。

婦女必須有可能像每個男性國民一樣，有法律上的均等機會取得市場經濟的所得，這也屬於婦女的平等權利。從一開始即評價婦女有所得的經濟活動為被破壞婚姻，不僅違反原則，而且也抵觸基本法第三條第二項的意義。制止妻子的市場經濟活動，而證明合併申報所得稅是正確的，這樣的法律目的(Zweckrichtung)是不恰當的。

5. 由上得出結論，一九五一年公布施行之所得稅法第二十六條形成侵犯已婚者的一個利益上不利的例外規定，且增加婚姻的負擔，而抵觸基本法第六條第一項的價值判斷。

因此不須要審查，一九五一年公布施行之所得稅法第二十六條是否也在其他的憲法觀點下是違憲的，特別是因為抵觸基本法第三條之規定。在這樣的關連中，客觀的连接一九五一年公布施行的所得稅法第二十六條與一九五一年公布施行的所得稅法施行細則第四十三條，而提出一系列的問題，如同上面所敘述的一九五一年所得稅法發展史中指出的，依照立法者的意思，這個關連形成一個夫妻課稅全部規定本質上的構成部分。

依照所得收入的方式，在已婚者的團體中造成不公平。因為，只有當妻子是工資的受領者(Lohnempfängerin)時，則個別申報所得稅；在妻子有其他的所得方式時，則合併申報所得稅(基本法第三條第一項抵觸的問題)。

此外，依照性別在規定中有一個不平等的待遇(ungleiche Behandlung)：只有當妻子是工資的受領者時，則分別申報所得稅；當夫是工資的受領者時，則合併申報所得稅(基本法第三條第二項與第三項抵觸的問題)。更進一步的是，顧慮到可

能主張牴觸一九五一年公布施行的所得稅法第五十一條授權規定的合憲性。如同懷疑在一九五一年公布施行的所得稅法施行細則第四十三條，是否遵守授權的範圍。

然而，所有這些觀點可能不被討論，因為一九五一年公布施行的所得稅法第二十六條已經因牴觸基本法第六條第一項之規定而無效，且一九五一年公布施行的所得稅法施行細則第四十三條是沒有依據的。

鑒於這個結果，為證明合併申報所得稅而採用的行政技術上的考慮可能不是標準的，例如，與其他的家政共同生活（Haushaltsgemeinschaften）作比較，婚姻共同生活可以比較容易理解，在夫妻有納稅操縱阻碍的可能性。

與基本法第六條第一項之規定作比較，依照它們的性質，行政技術上的考慮作為法律上的論據，是不恰當的。因為，憲法價值的優越性，禁止立法者在侵害這種評價下，作合目的性的考慮。

可是沒有討論到的是，這些行政技術上的觀點必須是無關緊要的，在審查稅法時，基本法第三條第一項是唯一的標準；以及審查稅法與一般的納稅公平原則相一致。

此外，在夫妻間，僅一個假藉民法所得分配而規避納稅義務——尤其是從資本財產（Kapitalvermögen）——特別的法律規定應該加以制止，而絕不扮演一個藉基本法第六條第一項所禁止的夫妻與家庭，在利益上造成損害的角色。

III

一九五一年公布施行的所得稅法第二十六條仍然是牴觸基本法第六條第一項，因此是無效。

雖然在這個情形中，即在夫妻一方得利而一方受到損失同時發生時，合併申報所得稅也能對納稅義務人，產生有利的

效果。但必須根本的討論到無效之宣告，因為一九五一年公布施行的所得稅法第二十六條是一個可能只是全部有效或全部無效的一體規定(einheitliche Vorschrift)，而不同於立即救助法(Soforthilfegesetzes)第六十九條第二項之規定(聯邦憲法法院判決 4/331)。

關於「呂特事件」之判決

——聯邦憲法法院判決第七輯第一九八頁以下

譯者：黃啟禎

1. 基本權利主要是人民對抗國家的防衛權；但在基本法的各個基本權利規定裡也體現一種客觀的價值秩序（Wertordnung），被視為是憲法上的基本決定，有效適用於各法律領域。
2. 基本權利間接透過私法上的規定在民事法中擴展其法律內涵。此一內涵主要是指具有強制性格的規定，它對法官而言，透過概括條款特別容易實踐。
3. 民事法官如果沒認清基本權利對民事法的影響，可能會因其判決而侵害基本權利（聯邦憲法法院法第九〇條）。聯邦憲法法院對於此種民事法庭的判決，祇審核其是否有此類侵害基本權利的情事，而不過問法律上的瑕疵。
4. 民事法上的規定也是基本法第五條第二項所稱的「一般法律」，因而得限制意見表達自由的基本權利。
5. 表意自由這一項基本權利對於自由民主國家具有特殊的意義，「一般法律」的解釋，須從此一角度出發。
6. 基本法第五條所保護的基本權利，不僅是某種意見的表達而已，而且也包括透過意見表達的精神活動。
7. 一個含有呼籲杯葛的意見表達未必違反民法第八二六條所稱的善良風俗；在權衡個案的所有情況下，也有可能經由表意自由在憲法上找到阻却違法的理由。

一九五八年元月十五日第一庭判決

—1 BvR 400/51—

本案件係關於漢堡市新聞處長 Erich L. 不服漢堡地方法院

一九五一年十一月二十二日的判決，所提之憲法訴願——檔案號碼 15.0.87/51——。

判決主文：

漢堡地方法院一九五一年十一月二十二日判決——案號 15.0.87/51—侵害憲法訴願人源自基本法第五條第一項第一句的基本權利，應予廢棄。案件發回漢堡地方法院。

理由：

A

憲法訴願人——當時的漢堡市新聞處長——於一九五〇年九月二十日，為了慶祝「德國電影週」，在開幕典禮上，以漢堡新聞協會會長的身份，向在座的電影出租業者與電影生產業者的致詞時，說了以下的話：

「德國電影在第三帝國時代喪失了它的道德名聲之後，現在却有一個人非常不適合來擔任重振德國電影聲譽的工作：這個人就是「猶太人，吉斯」這部電影的劇本作者與導演！選上他當德國電影的代表，將對整個世界有不可估計的損害，這個損害，我們希望能夠避免。他在漢堡被無罪釋放，祇是形式上的。判決的理由已是一項道德上的譴責。在此，我們要求電影出租業者與戲院老板，要有一種態度，也就是風格，雖然不易做到，却值得付出一點代價。這種風格也是我期待所有德國電影的。用電影來證明此種風格，並透過想像、視覺上的大膽作風與工作上的穩健提出證明，那麼，這種電影便會獲得各種的協助，而達到它生存所需要的「贏得德國觀眾與國際觀眾的成果」。

Domnick 製片股份有限公司當時正好根據 Veit Harlan 的劇本，並由其導演正在拍攝「不朽的愛人」這部片子，該公司針對上述談話，要求憲法訴願人就此說明，他是以甚麼身份發表前述反對 Harlan 的聲明。憲法訴願人於一九五〇年十月二十七日，以「公開信」交給新聞界，書面回答此問題如下：

「陪審法庭並未反對，Veit Harlan 在希特勒帝國時代，有一段很長的時間是納粹電影的第一號導演，而且透過他導演的『猶太人，吉斯』這部片子，使他成為納粹煽動謀殺猶太人的重要人物之一……。或許在國內、國外有些商業界人士，不反對 Harlan 的復出。但是，德國在世界上的道德形像却不能重新葬送在這些只顧賺錢的人的手上。因為 Harlan 的復出必定又會撕開那些尚未癒合的傷口，並重新引起已逐漸消退的那些有害於德國重建的不信任。根據這些理由，挺身反對這位有失體面的德國電影代表，抗議之外，也須杯葛，這不僅是所有正直德國人的權利，甚至也是他們的義務。」

「Domnick 製片股份有限公司」與「公爵影業股份有限公司」（後者係「不朽的愛人」一片在西德境內的發行公司）曾向漢堡地方法院聲請假處分，並對「憲法訴願人」為下列處分：

1. 禁止他要求所有西德戲院老板與影片出租業者不得接受「不朽的愛人」。
2. 禁止他要求西德觀眾不要前去觀賞此片。

漢堡高等法院駁回「憲法訴願人」不服地方法院判決的上訴。

由於「憲法訴願人」的聲請，上述二影業公司被限期起訴。漢堡地院於一九五一年十一月二十二日對其控告做了下列

的判決：

「為避免被法院科處罰金或拘役，被告不得

1. 要求西德境內戲院老板及影片出租業者不去接納①生產的或②在西德境內有權發行的這部影片『不朽的愛人』。
2. 要求西德觀眾不去觀賞該影片。

訴願費用由被告承擔。

本判決經提供擔保十一萬馬克後得實施假執行。」

地方法院認定「憲法訴願人」的言論是一種違背善良風俗的杯葛呼籲。其目標乃在阻止 Harlan 再度以「具有代表性電影的創作者」的身份出現。憲法訴願人要求的目的實際上是要 Harlan 從此徹底地從正常的製片行列中消失，因為每一部此類的電影都可透過導演的技巧而成為具有代表性的影片。但因 Harlan 曾參與拍攝「猶太人，吉斯」這部影片的刑事訴訟已經判決確定，無罪釋放，而且根據這個判決，他的執業行為也不再受到「除納粹化」程序的限制，憲法訴願人的舉動顯然已違反「德意志民族的民主法律理念與民主道德理念」。憲法訴願人的責任不在於他發表了拒絕 Harlan 復出的言論，而在於他要求社會大眾經由某種行為使得 Harlan——影片的演出及 Harlan 以電影導演身份的復出一事成為不可能。這種杯葛的呼籲也涉及到提出控告的影業公司；因為如果生產中的影片沒有銷路的話，將遭受一筆可觀的財產損失。民法第八二六條所定侵權行為的客觀構成要件已經該當，不作為請求權亦已產生。

憲法訴願人不服該判決，向漢堡高等法院提起上訴。同時他也提起憲法訴願，請求除去對其表意自由基本權利的侵害

(基本法第五條第一項第一句)。他對於 Harlan 與相關影業公司的行為所作政治上及道德上的批評，是有資格的，因為基本法第五條不僅保障不具效果意圖的言論自由，也保障該言語所生作用的自由。他的言論是一價值判斷。該法院審查其內容正確及公道與否是不對的，關鍵在於它在法律上是否是允許的。在此正好是允許的，自由的基本權利，具有社會的色彩(特性)，而且具有「主觀公權」得經由精神上的舉動共同參與輿論的決定及「人民到國家輿論由下到上的形成」。本項權利的界限僅在於「一般法律」上(基本法第五條第二項)。意見表達若是涉及公共的、政治上的生活時，所謂的「一般法律」僅指公法上的規定，而不含民法上侵權行為的規範。相反地，其他民法領域裡的侵權行為，則可透過公法領域裡的憲法加以合法化。基本權利是主觀上的權利，具有憲法位階，對於民事法律有「阻却違法」的優位性。

聯邦司法部長，漢堡市政府及兩家影業公司均有發表意見的機會。市政府已通知將提起憲法訴願。兩家影業公司則認為地院的判決允當。

在言詞審理中，憲法訴願人與兩影業公司均由訴訟代理人代理出庭。

漢堡地院 15 Q 35/50 與 15 O 87/51 的卷宗以及漢堡參審法庭第一庭一九五〇年四月二十九日的判決——

(50) 16/50

14Ks 8/49

——均係本院言詞審理的對象。

B—I

本憲法訴願應予受理；聯邦憲法法院法第九十條第二項第二句的適用要件成立。

II

憲法訴願人稱，地方法院已因其判決而侵害了他源自基本法第五條第一項第一句的表達自由的基本權利。

1. 地方法院的判決係司法權以特別的表達方式的公權利行為。如果在判決時應尊重某一基本權利的話，則有可能因其內容而侵害到憲法訴願人的這項權利。

地院判決禁止憲法訴願人，發表要求他人同意他關於 Harlan 復出這件事的觀點，並以行動對付其影片等。客觀上，這是對憲法訴願人言論自由的一種限制。地方法院對其判決所持的理由是憲法訴願人的言論對原告已構成民法第八二六條的侵權行為。而後者本於民法上的規定有權請求對方不作為。因為地院這個判決，使得原先地院所認定的原告的民事請求權變成了限制憲法訴願人表意自由的公權力行使。當所適用的民事法規內容上因為受到基本權利規範的影響，而使得所適用的民事法規無法再合理化該判決時，上述公權力的行使才可能侵害到憲法訴願人源自基本法第五條第一項第一句的基本權利。

關於基本權利的規範是否影響民法，以及在個案上應如何處理這些影響的原則問題，頗有爭議(最新的意見請參閱 Heinrich Lehmann 紀念文集，一九五六年，第一五七頁以下)。兩個極端的意見中，有一方傾向於基本權利僅針對國家而言的論點，另一方則認為各個基本權利或某些基本權利以及它們當中最重要的一個基本權利，在私法生活領域內，也對每一個人都有適用。聯邦憲法法院到目前為止的判決裡，均未接受上述兩種極端的看法；聯邦勞工法院在一九五七年五月十日的判決裡——新法學週刊(NJW)一九五七年，第一六八八頁——引用本院一九五七年元月十七日及二十三日二個判決所作的推論有失偏差。即使現在也沒有必要對基本權利的所謂

「第三效果」作通盤性的討論。為了要達成符合本案事物本質的結果，下列便已足夠：

毫無疑問的，各項基本權利最重要的是要保障個人的自由領域免於公權力的侵害；它們是民眾對抗國家的防禦權。這可從基本權利理念在人文史上的發展以及歷史上將各基本權利納入各國的憲法內的過程看得出來。基本法的各個基本權利同樣具有這種意義，將基本權利一章往前擺就是要強調人及其尊嚴相對於國家權力的優位性。與此互相對應的是立法者把維護這些權利的特別救濟方法——憲法訴願——僅限於針對公權力的行為。

但是，同樣正確的是，基本法並無意成為價值中立的體系（秩序）（BVerfGE 2, 1 [12]; 5, 85 [134 ff., 197 ff.]; 6, 32 [40 f.]），也已在它的基本權利章中建立起一套客觀的價值秩序，且對基本權利的效力做了原則性的強化（Klein-v. Mangoldt，波昂基本法，Vorbem. B III 4 vor Art. 1 S. 93）。這個以人格及人性尊嚴能在社會共同體中自由發展作中心點的價值體系必須視為憲法上的基本決定，有效適用各法律領域；立法、行政、司法均由此獲得了方針與動力。自然地，它也會影響民事法律；沒有任何的民事法規可以抵觸它，每一規定均須依照它的精神來解釋。直接透過私法領域內各項規定的媒介，基本權利的法內涵成了客觀規範，在私法中伸展開來。正如同新法須與基本權利的價值體系協調一致，既有的舊法在內涵上也須配合這個價值體系一般。像這種私人間根據受基本權利影響的民事法律行為規範的權利義務爭議，在實體上及訴訟程序上，仍然維持其為民事法上的法律爭訟。儘管民法的解釋須依循公法——憲法——，所做的解釋及適用則仍是民事法。

基本權利價值標準的影響，最主要在於私法中的強行規定及廣義的公共秩序的一部分，亦即各項以公共福祉為理由，也

對個人間的法律關係的形成有拘束力並禁止私人意志支配的種種原則。這些規定從其目的看來，和公法有很近的關連，補充性的附加到後者上。這更會使憲法的影響達到相當大的程度。提供給司法來實踐這個影響的，最主要以「概括條款」為主，這些條款，譬如民法第八二六條，指導大家尋找民法以外，甚至一開始就是法外的標準，如「善良風俗」，以判斷人類的行為。因為在判斷這些社會強制規定在個案中的要求時，首先必須從價值觀念的整體出發，它是一個民族在其精神文化發展的特定時段所形成而訂定於其憲法之中。因此，把這些「概括條款」稱為基本權利進入民法的「入口處」是很正確的(Dürig in Neumann-Nipperdey- Scheuner, Die Grundrechte, Band II S. 525)。

根據憲法的要求，法官須審查他所適用的各項實體民法規定，是否依照上述的方式受到基本權利的影響；如是，則在解釋及適用這些規定時，必須注意因此所生的修正。這就是民事法官也受基本權利拘束的意義(基本法第一條第三項)。遺漏這些標準或判決未注意這些憲法對民事法規範的影響，所違背的不只客觀的憲法，從而誤認基本權利規範的內涵(客觀的規範)，更以公權力主體透過其判決侵犯了這項基本權利，這時民眾有憲法上的請求權要求司法權尊重這項基本權利。不服這樣的判決——無損民事訴訟糾正法律瑕疵的審級——得經由憲法訴願的途徑，向聯邦憲法法院訴請救濟。

憲法法院必須審查，普通法院對於基本權利在民法領域的影響程度與效力的判斷是否妥當。從中也界定了審查的範圍：憲法法院的工作，不在於通盤審查普通法院民事法官的判決是否有法律瑕疵。憲法法院祇須判斷基本權利對民事法的「幅射作用」，並使憲法條文的價值內涵在此發生作用。憲法訴願制度的意義在於對所有立法權、行政權、司法權的行為的「基

本權利符合性」均能加以審查（聯邦憲法法院法第九十條）。聯邦憲法法院的任務不是作為民事法院的上訴審或「超級上訴審級」，它却不可撤下這些判決的審查工作，或坐視已經顯露出來的基本權利規範及標準的錯誤見解不管。

2. 基本權利與私法關係的問題，在表意自由（基本法第五條）這項基本權利上似乎與其他情形有所不同。這項基本權利——就像威瑪憲法一樣（第一一八條）——基本法僅在「一般法律」的框框內加以保障（第五條第二項）。在還沒探究那些法律是這裡所指的「一般法律」之前，容或提出這樣的見解，憲法自己在此，自始便把這項基本權利的適用範圍限定在一般法律的框框內，其範圍的大小則留給法院透過對這些法律的解釋來決定。這些解釋的結果，若構成基本權利的限制，亦必須接受，且對此不能因此而視為基本權利的「侵害」。

然而，這並非特別列出一般法律的意義所在。從表意自由的基本人權是人類的個性在社會中最直接的表達這點來看，它是最重要的人權之一（一七八九年人權宣言第十一條）。它對於一個自由民主的國家秩序而言，是有建設性功能的，因為它能促成經常性的思想交換及民主生活不可或缺的意見討論（BVerfGE 5, 85 [205]）。在某種意義上，它是每一種自由的根本，這個泉源幾乎是「所有其他各種自由不可或缺的條件」（Cardozo）。

從表意自由對自由民主國家的根本意義而言，假如認為本憲法體系的立場是在透過一般法律來（且經由解釋這些法律的法院判決強制性地）削減此一基本權利，那就錯了。在這裏原則上反而適用前面大略提到有關基本權與私法體系兩者關係的理由：在看待一般法律限制這項基本權利的作用時，應顧及這項基本權利的意義，其解釋亦須兼顧這項權利的特殊內涵，在一個自由民主的社會裡它必須能成為各個生活領域，特別是公

共生活中可以自由談論的一種期待，且受到絕對的保護。這項基本權利與「一般法律」之間的相互關係不應理解為這項基本權利的效力受到「一般法律」的單方限制；反而是有一種交互作用（Wechselwirkung）存在，也就是「一般法律」雖然照字面上來看是對這項基本權利加以限制，但另一方面，這項基本權利在自由民主國家裡具有確立價值的意義，上述法律的解釋須本於這項認識進行，這樣一來，原來它們要限制這項基本人權的作用自然又受到了限制。

聯邦憲法法院係透過憲法訴願的法律制度，負有維護各項基本權利的使命，因此當各法院因適用一般法律而進入基本權利的領域時，可能在個案上不當限制這項基本權利的請求權時，它須擁有法律上的可能性來審查各法院的判決。聯邦憲法法院的職權應該是，使這項基本權利能對各種包括民事法院在內的公權力機關發揮效力，並建立憲法上所期待的，在這項基本權利與「一般法律」之間彼此抗爭、制衡與限制的平衡。

3. 「一般」法律的概念過去自始便有爭議。究竟這個觀念是否僅係導因於一九一九年威瑪憲法第一一八條編纂上的錯誤所鑄成，在此姑且不論（參閱 Häntzschel im Handbuch des deutschen Staatsrechts, 1932, Band II S. 658）。而在該部憲法適用期間就已將它解釋為所有「並非專為禁止某種言論或針對某項言論的表達」的法律，而是各種「不針對特定言論，完全是為保護法益」的法律，它們所保護的共同生活價值優先於表意的自由（內容一致的各種說法整理在 Klein-v. Mangoldt，前揭書，第二五〇頁以下，以及德語系國家法教授協會出版物系列，第四冊，一九二八，第六項以下，特別是第十八頁以下，五十一頁以下）。基本法的解釋者亦同意此看法（參照 Ridder 在 Neumann- Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band II S. 282：「所有不是抑制純粹表意的純粹精神作用的法

律」)。

「一般法律」的概念若作此解釋，那麼本項基本權利保護的意義總括而言便是：認為本項基本權利所保護的祇是某一言論的表達，而不及於該言論中所存在或所意圖的作用的見解是不能接受的。表意自由的意義正是在於「對週遭環境的精神影響」，「以促成全體意見的形成與共識」(Häntzschel, Hdb. DStR II, S. 655)。因此，凡是以某種精神影響，亦即以企圖說服他人為目的的價值判斷，均受到基本法第五條第一項第一句該項基本權利的保護；這項基本權利所保護的，主要著眼於表意人表達其價值判斷以影響他人的言論。將(受保護的)言論與其(不受保護的)言論的作用(影響)分離開來是荒謬的。

如此所理解這類的言論表達，亦即在純粹精神作用的範圍內，是自由的；但是如果因為它而侵害了他人某一項受法律保護的法益，且其保護優位於表意自由時，表意人苟藉此意見表達實施侵害，則這種侵害將不被允許。因此「利益的權衡」是必要的；如果表意自由的活動所侵害他人應受保護的利益位階較高時，則言論表達的權利應退居第二。至於這些他人的利益是否較高，應本於個案的所有情況加以判斷。

4. 依此見解，把民法的各種規範認定為基本法第五條第二項所指的「一般法律」反無疑慮存在。如果這種看法迄今尚未在一般的文獻上出現，只能說是過去大家只看到基本權利在國家與民眾間的作用而已，以致過去總認為這種有限制性質的一般法律僅指規範國家行為與個人之間關係的法律，也就是各種公法性質的法律而已。但是如果表意自由這項基本權利也進入私法領域，且其重要性在於可向其他人主張表達意見的權利時，那麼在另一方面，只要(私法規範)所保護的是較高的法益，則這些必要時也可以限制本項基本權利的私法規範的反作用，也須受到尊重。認為對表意自由這項基本權利設

限，若是沒有相關的刑事規定的頒佈，光是保護名譽或其他人格重要法益的民法規定是不夠的看法，是沒理由的。

憲法訴願人耽心限制言論自由會對每個人產生限制過緊的危險，民眾不再能夠經由其意見影響公眾，公開討論社會重大的問題，這項不可或缺的自由再也不受保障。這個危險，事實上是存在的（參照 Ernst Helle, Der Schutz der persönlichen Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht, 1957, S. 65, 83-85, 153）。為排除這個危險，却没有必要把民法從一般法律的行列中完全剔除。此處只須堅守此項基本權利的自由內涵即可。最重要的是在天平上須衡量一下，這項基本權利的行使不是以私人吵鬧為目的，主要應該是在促成輿論的形成，所以言論的某些作用固然無可避免的是在私法領域中，但這並非言論本來的目的。在此，目的與手段之間的比例關係也就變得很重要。如果直接針對「私人法益保護」的言論，越不是私人的（尤其是在經濟往來中及以追求私益為目的的言論），而是參與涉及重大的公共問題必要的意見交換時，則私法益的保護可以且越須退居次要。

結果是：民庭推事根據民事法律上的「一般法律」達成限制言論自由之結果的判決，也會侵害基本法第五條第一項的基本權利。民庭推事也必須權衡這項基本權利的意義與「一般法律」所保護法益的價值。這祇能就個案綜合通盤狀況下判斷。不正確的權衡，便會侵害這項基本權利而構成向聯邦憲法法院提起憲法訴願的理由。

III

根據上面各項陳述對本案的判斷得出，憲法訴願人的指控是有理由的。在此憲法法院審查的對象是地方法院判決的內容，也就是判決主文及判決理由。如果地院的判決——接續漢堡高等

法院在假處分程序中的判決理由——是根據民法第八二三條第一項，是否仍有憲法上的疑慮，本院（聯邦憲法法院）無法完全下判斷，因為不能輕易主張地方法院已採納了高等法院的見解成為自己的意見。因此所生的問題可參閱 Helle 的論述，前揭書，第七十五頁以下（特別是第八十三至第八十五頁）。

1. 在言詞審理時曾討論過，本院是否受地院判決所依據的事實認定的拘束。光指出聯邦憲法法院法第二十六條關於本院之前的程序，適用「實質真實發現原則」是不足以回答這項問題的；因為此處繫爭的公權力行為，是在一種適用「便宜處分原則」的手續下達成的。但這問題不須在此做原則性的決定。外觀的事實，特別是憲法訴願人談話原文的內容是沒有爭議的；另外也沒有爭議的是憲法訴願人係以私人身份，而非漢堡邦的代表人發表談話的。而在解釋該項言論方面，地方法院將它視為一種「杯葛的要求」，而且是針對這些影業公司的看法是可以採納的。憲法訴願人對此也沒有異議。如果地院認定，憲法訴願人想要阻止「Harlan 以代表性電影的創作者復出」，則這項言論的目標所達到的是甚麼便有疑問；從此言論的原文字句上來看，認為該言論「實際上會導致」把 Harlan 完全從正常的電影製作排擠出去的結論是否離譜，自然有疑問，但因這對本判決不具意義，不予探討。

就法律上的判斷而言，本院認為「杯葛」並非明確的法律概念，此類用語通常被用於描述某種侵權（違反風俗）的行為。在過去的判決中便曾正確的指出（特別是 RGZ 155, 257 [276 f.]），並沒有明確的違反風俗的杯葛的構成要件，所依據的一直是某種行為在當時的具體情況下，是否應視為「違反風俗」。基於同樣的理由來接納地方法院的說法，也是沒疑問的；因為它尚未對於這個判斷的法律後果說出重點。我們必須擺脫「杯葛」這個觀念的影響力，綜合所有伴隨的情況來看待

憲法訴願人的行為。

2. 地方法院對憲法訴願人的判決是根據民法第八二六條。它認為根據該條的規定，憲法訴願人的行為已違反了善良風俗，違反德意志民族「民主的法律與善良風俗觀念」，因此構成侵權行為，因為看不出有阻卻違法的理由。這種情形，權利被以違反善良風俗的方法所侵害的人不一定要與受害人同一人。

按照前面 II 4. 的說法，民法第八二六條原則上在保護所有的權利與法益免受違反風俗行為的侵害。應視為基本法第五條第二項所說的「一般法律」。因此，本院的審查侷限於地方法院在適用這項概括條款時是否正確認識到表意自由這項基本權利的意義及影響範圍，與是否已對 Harlan 與影業公司的利益權衡過兩個問題上。

民法第八二六條提出「善良風俗」作標準。但它並不是一些既定而且不變的純粹風俗原則，而且「正直人」的觀念，這些觀念在歷史上是會變動的，因此也會——在某些程度內——受到法的強制或禁止的影響。法官必須個案調查社會上所要求的與所禁止的東西，依事物本質，並依照基本法第一條第三項之規定，遵守憲法在基本權利章中的各項原則性的價值判斷與秩序原則。基本法第五條第一項第一句的基本權利與限制其行使的各種權利與法益間的權衡，在此必須在這個價值秩序同時也是價值命令的範圍內為之。

對於判斷一項杯葛的要求是否違反風俗的問題，應先審查其言論的動機、目的；進而再看看憲法訴人在追求其目標時，是否已逾越必要的範圍而侵害到 Harlan 與相關影業公司的利益。

- (a) 導致憲法訴願人發表言論的動機，很肯定地與違反風俗一事無關連。憲法訴願人並未追求半點個人經濟上的利益；明白的說，他既未與控告的影業公司，也未與 Harlan 有競爭

關係。地方法院已在其假處分程序的判決中，確認言詞審理中並未有半點有力觀點以證明憲法訴願人有「基於私利或卑鄙的動機」而行為的地方。這點未為各造所反對。

- (b)正如憲法訴願人所言，其言論的目標是要把 Harlan 從代表身份除去；他想阻止 Harlan 再度被推選為代表德國電影的創作者，從而產生德國電影的復興與 Harlan 個人息息相關的假像。法院不必去判斷這個目標客觀上是否公正，只須判斷，憲法訴願人所選擇的表達方式在法律上是否允當。

憲法訴願人的言論必須從政治上與文化政策上的企圖來觀察。他是顧慮到 Harlan 的復出會——特別是在國外——被說成德國文化生活與納粹德國時代並無兩樣；一如當年，所以 Harlan 在現在又再度成為代表德國電影的導演。對德意志民族而言，這個擔憂，涉及到一個很重大的問題，也是這個民族的道德態度及此一態度在世界上的影響的問題。再沒有比納粹殘暴迫害猶太人更能損害德意志民族的形象了。因此，讓世人明白德意志民族已從過去的態度徹底轉變了，而且不是基於政治上投機的理由來譴責過去，乃是經由自己內心的反省而獲得的認識，關係重大。

憲法訴願人的顧慮不是事後才形成的，乃針對當時他看到的情況而生。這已在後來得到了證明，例如在瑞士，有人想放映「不朽的愛人」這部片子，引起強烈的抗議，甚至導致在國民會議中質詢及參議院中要求發表官方的立場（參閱 Neue Zeitung Nr. 70 vom 22./23. März 1952 und Neue Zürcher Zeitung, Fernausgabe Nr. 327 vom 28. November 1951）；這部電影很明顯地，不是因為它的內容，而是因為 Harlan 的參與才遭到拒絕，結果因為這些強硬的抗議就沒放映了。同樣地，在德國許多城市，也是基於同樣的理由而示威反對該片的放映。憲法訴願人看到了 Harlan 的復出會不

利於德國的發展與德國在世界上的形象。因此——照他的看法——他想要阻止這個醞釀階段的發展。

地方法院同意憲法訴願人關於 Harlan 復出所做的言論，却指控他要求社會大眾以行動促使 Harlan 不可能復出。這個區別忽略了憲法訴願人並沒有逾越大家允許他發表一項關於拒絕 Harlan 復出的意見這項價值判斷所包含的範圍。因為這項要求大眾不去接受 Harlan 的影片或不去觀覽的呼籲，自行會對 Harlan 的復出產生負面評價的效果。憲法訴願人的真正願望，是要自始就將國家社會主義（納粹）影響德國電影的危險加以排除；因此，他打擊 Harlan 的復出在結論上是正確的。Harlan 在這裡被看成是某種被憲法訴願人所拒絕的文化政策發展的代表人物。允許對這個發展加以攻擊的話，在某種程度上，必會造成一種對 Harlan 私人範疇的侵害。

憲法訴願人因為他個人與所有關係猶 / 德事物的特殊親密友誼，有資格在社會大眾中發表他的看法。當時他已經因為致力重建和猶太民族間的真正內部和平而聞名。他曾在基督一猶太合作協會工作過；在此之前不久，他在廣播與新聞界中開啟了「與以色列友好」的行動，這在德國與國外曾受到熱烈的討論，並且收到無數贊同的意見。可以體會，他耽心所有這些努力可能會因 Harlan 的復出受到影響而一筆勾銷。但他可能也會認為社會大眾正在等待他對此發表談話，特別是在「德國電影週」這種場合，他必然要談到當前熱門的電影話題，而即將上演 Harlan 的第一部新片在同業中必然會被認定是一件重要的事件。憲法訴願人可能會察覺到，他在這件事情上已不能回避。由此得知，對他而言，他的言論不容解釋成一種沒有原因和未受挑釁的攻擊行動，而是一種可以理解的防禦反應。

在這種場合，要顧慮到 Harlan 職業上的利益與他工作所在的影片公司的利益是沒道理的。這件事早在該影業公司決定要重新起用 Harlan 時就應該慎重考慮了。如果這時他們沒有顧慮到本案的道德問題，那麼就不能把憲法訴願人剛好碰上這個問題點的行為說成是「違反風俗」而斷送他的表意自由。因此，使得這項保障自由民主社會能夠公開討論具有普遍意義與嚴肅內涵話題的表意自由的基本權利所擁有的價值，將受到明顯的貶抑。如果是為了公共福祉的重大問題已形成了一項輿論，這時私人利益，特別是個人的經濟利益便須退居其後。這些利益並非因此便不受到保護了；因為基本權利的價值正在於每一個人都可以享用它。任何人只要覺得被他人的公開言論傷害到，同樣可以在大眾之前加以反駁。唯有在同享自由的情況下所發表的言論相互辯論，才能形成代表各個社會成員意見的輿論。憲法訴願人曾經正確指出，在公開場合本於嚴肅的動機去反對某種物品的銷售或販賣的組織形態，原則上是許可的，即使是這類言論表達所產生的作用可能會導致經濟企業體停頓，喪失勞動缺額及其他類似後果。這種言論不會因為這種可能發生的後果便受到法院的禁止——但是被攻擊人隨時可以自由地透過自己的言論防衛自己。

據此地方法院提出了基本法第二條。它認為，Harlan 得重新開始從事他當電影導演的職業，因為他被依軍事管制委員會第十號法律所控告的違反人道罪行已經陪審法庭宣判無罪，並在「除納粹化程序」裡歸類為「已解除顧慮」，電影事業的最高機構(Spio)也解除了所有對他的工作限制。當然第二條只能對抗公權力；同時在條文中表達了德意志民族的道德觀，而導出「不管是誰」擅意限制這項基本權利，便違反善良風俗。這點是正確的，基本法第二條也屬於基本權

利的價值體系，能夠影響違反善良風俗的觀念。儘管如此，在此並未正確認清第二條的意義。代表公權力的國家始終只能在法律的限度內干涉 Harlan，這是無庸費言的。這點却無法導出各個民眾能對 Harlan 採取甚麼行動或發表甚麼言論。因為關鍵在於各個民眾都是這些相同的基本權利的主體。在一個大團體的共同生活中，難免經常會發生個體之間利益與權利的衝突，所以須視各個需要保護的程度來調和與權衡這些互相對抗的權利。這種權衡的結果所產生對個人自由發展可能性的限制，必須加以忍受。任何人都不能夠倚仗基本法第二條所稱絕對受保護的地位，而對所有針對此地位的攻擊，「不管它來自何人」，一概視為不法或違反善良風俗（參閱 H. Lehmann, MDR 1952, S.298）。漢堡高等法院在假處分程序中的論點：「因為國家（對某些措施）沒有這項權利，所以每個民眾也不能有這項權利」，是錯誤的，因為它會把原本不相干的事物帶進一種較多與較少的單純關係。

地方法院的理由也可以解釋成，它認為憲法訴願人的言論已侵害了 Harlan 藝術人格權的核心，人類自由最終不可侵犯的領域（BVerfGE 6, 32 [41]），這個侵害不因憲法訴願人的任何重大利益而阻卻其違法性，就因為他已侵犯了 Harlan 的人性尊嚴而因此必然地違反善良風俗。這麼廣大的推論却不是本案已確定的具體事實所能允許的。當然，如果要——超出言論的原文之外——苟同地方法院的見解，認為在此——要求成功時，Harlan 被完全排除於電影導演之外後，如果還有從事其他藝術活動的可能性——也是電影事業——存在時，便談不上是全部毀滅了他做為藝術家與身為人的生機。這樣的看法未免太高估了這項言論侵害的強度。這樣的言論根本不會直接且有效的限制 Harlan 做為藝術家與為人的發展自由。憲法訴願人根本沒有以強制手段強

制實現他的要求；他只能向聽到他演說的人呼籲責任意識與道德態度，而且聽憑他們的意志自由來決定是否要聽從他的話。他或許對漢堡市提供電影經濟補助一事有影響力，譬如威脅取銷或拒絕這類補助或許對電影製片業者會有某種程度的壓力，這些他並沒有做。

- (c)憲法訴願人的相對人在本院言詞審理時特別強調，憲法訴願人在這項杯葛要求所動用的手段本身即已違反善良風俗了。也就是說憲法訴願人所提出的客觀上不實的主張，認為Harlan只是形式上被陪審法庭無罪開釋而已，判決理由就已是一項道德上的譴責了。這項指控如果是合法的，是否會造成像地方法院的判決所說的廣大的禁止，姑且不談。地方法院本身的看法，認為使用違反風俗的手段，有可能構成禁止使用這些手段進行杯葛要求的阻卻違法事由，却絕不是禁止進行杯葛要求的阻卻違法事由。這時不能認定，憲法訴願人已因參審法庭的認定，而須對某項違反風俗的行為負責了。

從陪審法庭判決的內容，可以看出：該判決描述Harlan的生平，特別是他當電影導演的經過，自一九三三年起開始之後很快被升為「特別導演」(Harlan自己在他的作品「我與國家社會主義的關係」中如此稱呼他自己的地位，第二十一頁)。該判決也描述了「猶太人，吉斯」一片形成的過程，以及Harlan以導演及共同編劇人的身份參與該片的細節。它認為這部影片有「很明顯的反猶太傾向」，綜合這部電影拍攝過程與第一次放映當時的所有狀況，認為這部影片因受了反猷太意識輿論的潮流性影響，也成了迫害猶太人的共同原因之一，因此在客觀的觀點上認定其為「攻擊行為」，一如法院判決對於軍事管制委員會法律第十號所稱「違反人道罪行」的概念所要求的一樣。因為是劇本的合著者與導演，客觀上屬於攻擊行為人，而且也知悉這部電影

所追求的企圖以及這部片子可能產生的影響，該判決遂認定，他已因參與創作這部電影，「從客觀與主觀的觀點已該當了違反人道罪行的構成要件」。儘管如此還是判決他無罪釋放，因為有所謂的強制性緊急避難（刑法第五十二條）這項阻却責任事由存在。其詳情如下：

「根據證據調查結果顯示，Harlan 並未爭取參與『猶太人，吉斯』這部片子的拍製，反而是奉宣傳部長戈培爾（Goebbels）所發佈的命令去做的。要判斷戈培爾（Goebbels）如果知悉 Harlan 明示的或隱藏的拒絕時，會如何處置的問題，首先必須弄清楚法院已明的事實，一九三九年十一月德國和波蘭已處於戰爭狀態，而且存在著擴大與其他國家戰爭的可能性。戈培爾身為宣傳部長視其自己為領袖希特勒的將軍，把在其宣傳部裡工作的公務員與所有隸屬於宣傳部以下的人員，也包括電影生產者，導演、演員等，則全部視為服從其命令的士兵。自從戰爭開始，凡是不執行戈培爾所下的命令者，將會被視為對作戰命令的拒絕，不須討論就會被其上司科處最嚴厲的刑罰，也有可能是死刑。遇有這種情形發生，戈培爾都施展其無人性的手段貫徹他的企圖，以自始排除公開拒絕的可能性。此外，這些所舉的案例都在證明戈培爾的行徑是多麼不可預測與危險。事實進而顯示，身為宣傳部長的戈培爾，幾年來也看到了，德國人與德國城市如何受到這場無意義戰爭的摧殘，幾百萬無辜的民眾如何受到納粹政權慘無人道的折磨與凌辱，甚至謀害，而戈培爾仍想藉著他的宣傳替所有的惡行辯護，可知這個宣傳部長是何等的喪心病狂。在納粹的暴政下；甚至連相當數目的重要人物與受民眾極度尊

敬的人物也被免除重要職務，在集中營裡被殺害，被迫自殺或被槍決，而且很多情形連法律的假象都不顧了。所有這些事實均足證明戈培爾一如其他納粹掌權者，為貫徹自己的意志，從不猶豫使用各種殘酷的手段。當一九三八年戈培爾規定各影業公司各拍攝一部反猶太電影時，便有計劃的貫徹納粹黨綱所規定的反猶太理念。一九三九年反猶太的宣傳，依照當時的掌權者的觀念應具有更大的價值，因為他們把世界上的猶太人視為歐洲的敵人與最強的敵手，就像經常從希特勒的演講裡聽到的一樣。執行戈培爾所發佈的規定因此更增其意義。這件事照他的觀點甚至具有國策的價值。戈培爾因為這裡所舉的這些理由更有勁地使用最嚴厲的手段來執行他的命令。關於『猶太人，吉斯』這部片子，戈培爾本人更受到演員反抗該片的計劃而極度激怒。對他而言，他的意志面對任何反抗時，都應該以專制的方式貫徹下去。斟酌所有這些情況，至少無法排除下列情事發生的可能性，即對 Harlan 而言，如果公開或暗地裡反抗，被戈培爾發覺便有生命和身體的危險。此外，陪審法庭甚至認為，按照『戈培爾的性格』，這項生命的威脅當時是非常嚴重的，更有甚者，一九三九年與一九四〇年間戈培爾與 Harlan 兩人的關係曾極度緊張。關於這點，在所有傳訊過的大批證人當中，沒有一個人能肯定的說出會對 Harlan 產生甚麼後果。但是，他們均一致同意，戈培爾會以某種方式讓 Harlan 感受到他恐怖的力量。究竟戈培爾是否會把這個拒絕作戰命令的抗命者 Harlan 送交特別法院審判或把他送到集中營裡虐待，或者是否會隨便找一個與製片計劃無關的藉口將 Harlan 視為政治上的反對者，破壞者或是其他罪行而動用類似的措

施，這些對法律上的判斷並不具有意義。Harlan 當時所受的危險是一種現在的危險，自不待言，因為，不執行戈培爾的命令，只要戈培爾一察覺到 Harlan 真正意圖的話，其後果隨時就會發生。」

再來應調查，Harlan 當時是否基於其他動機參與該影片。按照陪審法庭的見解，無法證明這些動機。該法院繼續說到：「前面說過，公開拒絕參與『猶太人，吉斯』這部片子的拍攝，對 Harlan 而言，意味一種嚴重的威脅與生命的危險。但應進一步調查，他當時有那些可能性可以躲避這項危險且不必參與這部片子的拍攝。被告主張，他已用盡了一切當時可嘗試的行動去迴避戈培爾的命令。」

本法院無法反駁被告關於他已嘗試過所有的躲避行動的主張，譬如在戈培爾面前把劇本批評得體無完膚，解說演出的人不合格，提出自己還有一部片子『Pedro 應該上吊』急著要拍，以及戲劇『愛格涅斯，柏腦兒』的新計劃，最後自願報名去從軍。被告所主張的這些躲避行動，一般說來，都是藝術工作上的抗議行為，他的態度也可以從一個導演害怕去拍一部根據不好的劇本的低劣電影的擔憂上找到。儘管如此，本法院還是無法完全排除，所有 Harlan 的這些舉措都是基於內心反對該項電影計劃所採取的。因此，應該再調查另一個問題，是否 Harlan 在這些他所主張的躲避行動之外還有出現其他躲避的可能。本法院無法證明這類的可能性」。

然後，判決便詳細陳述，當 Harlan 受命拍攝這部片子時，已沒有機會來推卸這項工作，破壞該電影或大幅降低其反猶太人的內容；他向法院證明他已嘗試了所有能做的努力，這點該判決說明如下：

「被告以依照其藝術工作者能力的方式完成這部影片，不能因此科以刑事罪名。若說根據 Metzger-Möller 的劇本或 Dr. Brauers 所拍成的電影很少觀眾要看，或許還符合事實。在這種一片反猶太的電影潮流下無法像 Harlan 所拍的片子那樣受歡迎，也是符合邏輯且具說服力的。在此應考慮到，這種在藝術上評價不高的作品可能會嚴重危及他大導演的聲譽。陪審法庭則持這樣的觀點，認為一個藝術工作者——不管出於自願或強迫去達成使命——根本沒辦法決定，他拍的是一部好的，有吸引力的或是壞的電影。電影賣座的結果好壞，一直是與它藝術上的才華成正比」。

最後該判決做成這樣的結論：

「綜上論結，Harlan 的行為在主觀及客觀觀點上雖已該當違反人道罪行的構成要件，但同意他有刑法第五十二條的阻卻責任事由」。

照此，陪審法庭並未提出證明 Harlan 有緊急避難原因的具體事實；它把 Harlan 在這方面提出於法院的辯護主張評價之後，做成結論，堅決認為，拒絕參與拍片對 Harlan 而言，有身體與生命的危險；這種危險從一般歷史文獻上所獲知有關戈培爾各種的性格特徵來看，甚至是非常可能發生的。

憲法訴願人把陪審法庭的思維邏輯綜合評價為「形式的無罪釋放」與一項「道德上的譴責」。憲法訴願人想要說的，很顯然地是本案的無罪釋放，不是因為已經證明他無罪；事實上判決理由已對 Harlan 做了很重的指控，因為他是那部

作品的關鍵人物，這作品被認為有反人道罪行的特徵，他已知道這部片子可能影響對待猶太人的態度；該法庭宣佈他無罪釋放，只因為無法駁倒他是被迫參與拍片的主張。

如果憲法訴願人把他得自陪審法庭判決內容的印象，總結成「形式上的無罪釋放」與「道德上的譴責」等語，依本院的見解，尚未逾越社會大眾討論一項嚴肅話題所允許的界限。如果地方法院在這點上要求憲法訴願人這樣一個非法律人，要有「受過刑法教育的讀者」的謹慎，不去使用「形式上無罪釋放」的用語，因為這句話只能在欠缺可罰性的客觀要件下才允許，這是對自由民主社會言論自由一項無法令人接受的限制。憲法訴願人所選用的用語並不是一些可以證明其真實性或不真實性的主張；特別是「形式上的無罪釋放」一語並無明確的法律構成要件。它只是對整個判決內容的綜合性評價，這應該是可以的。因為它形式上既未違反，內容上也未與指陳的具體事實脫節多少，並不會引起聽眾與讀者的誤解；會引起錯誤的情形是譬如無緣無故主張一個被宣告無罪釋放的人，說他「已被判罪」了。尤其 Harlan 的無罪釋放已是大群廣眾與特別是電影界所週知的事實，這件事在此有其意義。同樣為眾所週知的是，Harlan 曾經是「猶太人，吉斯」這部電影的導演。因此可證，該判決所指的不是已經證明 Harlan 並未透過電影參與迫害猶太人那種意義的完全「無罪」，所以，這項無罪釋放一定是根據另一種大約等於「形式上」的觀點。因此，憲法訴願人的言論不能與那些利用散佈概括描述某一具體事實而非其對象所能輕易正確瞭解的言語，進行杯葛的要求的情形相提並論。

- (d) 憲法訴願人在新聞協會致詞及公開信所採用的方式，並未逾越當時的情形所能允許的範圍。Domnick 製片股份有限公司在憲法訴願人致詞後，寄給他的信中強調，他一直有心要

達到以前德國電影的藝術水準。該公司就是在這種努力「追求高度藝術水準電影」的情形下才將 Harlan 的參與列入考慮的。產生的結果是，該公司答應付與 Harlan 的參與很高的片酬，自然而然的，他們也會在廣告中把 Harlan 的參與做相當的強調。因此 Harlan 在社會中享有盛名，與來自他自己本身的加功關係不大。電影這種大眾娛樂工具幾乎同時在海內外便可擁有數百萬的觀眾，並讓所有參與製作的人，特別是演員與導演，很迅速地便會在極廣的大眾中出名。但是誰要以這種方式在大眾面前出現，而且與其中某位參與者的名聲相連結的話，就須忍受對此事的公開批評；而且，如果使用某一個名字並指出他過去藝術上的成就就會對社會大眾產生更大影響的話，那麼防止這個影響所採取的防範措施的方式就應該更急切更激烈。因此，憲法訴願人在製片者與電影出租業者之前所作的批評以及公開信所選擇的方式也就無可厚非了。此外，後者也是因為 Domnick 製片股份有限公司向電影事業的最高機構公開他們的信件才做的。最後，一份對於本案周延的通盤考量，絕不可漏掉下面的考慮：憲法訴願人基於正當的動機以喚起其聽眾的道德感，並呼籲他們要有一種無可指摘的道德態度。這點在一般的民族通念中是不會被誤解的。憲法訴願人可以指出，他對 Harlan 復出的評判與國內國外在社會上受尊重人的態度是一致的。這種說法是有證據的；只要參考一九五二年二月八日在德國大學報第三號上面，由哥廷根（Göttinger）大學四十八位教授所發表的立場聲明，或是參考前面提過的新蘇黎世報上所刊登的文章。而最特別的是國會議員 Dr. Schmid-Tübingen 於一九五二年二月二十九日在德國眾議院第一九七次會議所發表的下列聲明（會議紀錄第八四七四頁）：

「目前在波昂正放映一部電影『茵夢湖』(Immensee)，它就是各位都知道的以導演『猶太人，吉斯』出名的 Veit Harlan 的作品。可以在德國放映這個人的粗劣作品供人欣賞，這是一件丟臉的事情。有人認為沒有法律可以禁止播放這個人的影片。話是沒錯，而且就是眾議院也無法阻止其放映。但是我相信，如果在這座民主殿堂裡有抗議行動出現的話，那是在維護公理，德國國會必須是我國真正容忍(異己)的守護者與宣告者，偏偏在它的所在地，放映一個至少間接協助創造 Auschwitz 瓦斯大屠殺的群眾心理先決條件的人所拍攝的片子」。

會議紀錄上對此寫到「左派與各執政黨都鼓掌」，德意志民族的民意機構對此所發表的觀點，對判斷憲法訴願人的行為而言是不容忽視的。這些觀點使得我們看不出憲法訴願人的言談中，有違背「理智、合情合理思考的民眾的觀點」的地方。

IV

本於上述各種考量，本院確信，地方法院在判斷憲法訴願人的行為時，已誤解了基本權利與他人的私人利益衝突時，所具有的特殊意義，關於這點，表意自由的基本權利也不例外。地方法院的判決，所根據的已偏離了基本權利的各項標準，且因此侵害了憲法訴願人源自基本法第五條第一項第一句的基本權利。所以該項判決應予廢棄。

關於「職業自由（工作權）」之判決

——聯邦憲法法院判決第七輯第三百七十七頁

譯者：蕭文生

1. 基本法第十二條第一項並未宣示營業自由為社會及經濟秩序的客觀原則，而是保障個人將每一類受允許之行為當作職業而加以從事之基本權利，即使此項行為與傳統或法律上所定義的「職業概念」不盡相同。
2. 基本法第十二條第一項“職業”的概念基本上亦包含了只保留給國家從事之行為以及受國家約束的職業。但在基本法第三十三條對於公職有而且可以做廣泛地特別規定。
3. 當一項行為可在自主與非自主的形式下被從事時，且兩種形式皆有其社會的重要性，即可認為對職業依自主或非自主形式而從事之選擇或是從一種形式過渡到另一種形式之選擇為基本法第十二條第一項所謂的“職業之選擇”。
4. 立法者依基本法第十二條第一項第二句擁有的規範權限，其內容及範圍已可依照考量基本人權之意義及其在社會生活上之重要性之解釋，加以深入合理的確定，並不需要再推溯到對於實質內容之限制（基本法第十九條第二項）。
5. 依基本法第十二條第一項第二句之規範權限擴及到職業之從事與職業之選擇，但兩者在程度上却不相同。該規範權限乃是針對職業之從事而定，因此也只有在此觀點下才能對職業選擇自由加以限制。愈是單純地只針對職業之從事所做的規範，內容上愈是自由；愈是影響到職業選擇時，則規範內容愈是被嚴格地加以限制。
6. 基本人權應保護個人自由，對公共利益之保護在充分的法律

保留下加以保障。為使上述兩種要求達到平衡之必要性下，對立法者之侵犯依下列基本原理有不同的要求：

- (a)只要經過合理的公眾利益考慮，認為合乎目的，則可以限制營業從事之自由。基本人權之保護僅限於防護自身之違憲，例如因為過分沈重及無預測可能之負擔。
 - (b)職業選擇自由只有在為保護特別重要之公眾法益迫切要求下才能加以限制。假如此類侵害無法避免，則立法者應選擇對於基本人權限制最少之侵害形式。
 - (c)假如職業選擇之自由是透過提出一定之前提做為開始職業之要件時，則可分為主觀的和客觀的前提要件：對主觀前提要件而言（特別是指基本及能力教育），適用比例原則，其意義在於這些前提要件與其所追求，依正常職業行為完成之目的，不能有失衡的情形。在證明有客觀前提要件之必要性時，必須有特別嚴謹的要求。一般而言，只有在為防護一項受到可證明且顯然嚴重危險的重大公共法益時，才能將此項措施合法化。
 - (d)依基本法第十二條第一項第二句之規範必須始終地在對於職業選擇自由最少侵害之“階段”下作出。立法者只有在顯然可證明其所擔心之危險不能（合憲的）依前一階段之方法有效防止時，才能採取下一階段之方法。
7. 聯邦憲法法院審查立法者是否對於規範權限所含之限制加以注意；當職業選擇自由經由客觀前提要件加以限制時，亦審查此項侵害是否為保護重大法益迫切所必要。
8. 在藥房法領域內合乎現今憲法狀況的只有營業所設置自由，被理解為客觀限制不存在之許可。

一九五八年六月十一日 第一庭判決——1 BvR 596/56—訴訟程序為藥師 Karl-Heinz R. 對上巴伐利亞邦政府於一九五六年十一月二十九日—Nr. II/11-5090/114—以及一九五七年六月十二

日—Nr. II/11-5090/121—所做決定提起之憲法訴訟。

主文：

上巴伐利亞邦政府於一九五六年十一月二十九日——Nr. II/11-5090/114——以及一九五七年六月十二日——Nr. II/11-5090/121——（訴願決定）所做的決定侵害到訴訟提起人依基本法第十二條第一項所享受的基本人權，因法加以撤銷。

一九五二年六月十六日頒定，一九五五年十二月十日最新的巴伐利亞邦藥房法第三條第一項為無效。

理由：

A.

1. 訴訟提起人自一九四〇年即已是被核准開業的藥師從戰場上回歸後在蘇俄佔領區，他首先是一間藥房的管理人，後來成為該藥房之國家承租人。一九五五年他離開這個佔領區，從那時起在 Traunstein 一家藥房裏充當雇員。一九五六年七月他向上巴伐利亞政府申請，准許他在 Traunreut 開設一間新的藥房。訴訟提起人之申請基於一九五二年六月十六日，最新修定於一九五五年十二月十日巴伐利亞邦的藥房法，經由一九五六年十一月二十九日之決定被拒絕，其訴願在一九五七年六月十二日被駁回。
2. 誰想要設立新的藥房或已關閉的重新開業或是承受一個已存在的藥房，依藥房法之規定需要許可（第一條第二項）。營業許可發給之前提要件是“開業之核准”；除此之外申請人必須是基本法第一一六條所稱之德國人，且在一定期間內為核准開業之藥師。最後他必須具有對他個人信賴及能力的一定要求（第二條第一項）。

依第三條第一項對於藥房之新設有更多的要件，如下：(1) 對新設藥房之營業許可只有在下列情形下才能發給，當(a)新設

之藥房為保障人民醫藥之供給且對公眾有益時，(b)可以假設，其經濟上之基礎可被保障，且其他鄰近藥房的經濟基礎不會因其而連一個依規定的藥房營業所必須之條件都無法保證。

為使藥物平均供給，在許可上得附與在一定地方設立藥房之負擔。

3. 上巴伐利亞政府於一九五六年十一月二十九日所做的決定，其拒絕訴訟提請人申請之理由不僅依據藥房法第三條第一項字母 a，也依據第三條第一項字母 b：

申請建立之藥房並不符合公眾利益。在 Traunreut 大約有六千人需要藥物供給，為此目的現存的一間藥房已經相當足夠了。從照顧公眾健康考慮，只有在需要供給的大的移入區才准許其他的藥房設立。一間經濟情況較差的藥房，就經驗上而言，較會有藥物在沒有醫生之處方下即交付和在販賣麻醉劑時交付不合法過多劑量之傾向。除此之外新設藥房之經濟基礎將無法保障，因為一間藥房基本上必須至少擁有七至八千居民做為他工作效能之保障。為申請人之利益，必須防止他設立一個無法生存的藥房。最後已存在藥房之經濟基礎會因新的許可而受到連正常藥房營業所需之條件都無法受到保護之侵害。此項情形來自經由財政當局所證實一個已存在藥房的銷售額，在另一個新藥房成立後，依照經驗而言將會減少百分之四十。

在一九五七年六月十二日的訴願決定中，政府陳述如下：依藥房法之規定「需求」並不加以審查。即使沒有任何需求存在，公共利益可能在設立一間新藥房下被承認，因為是否設立之決定僅從照顧公眾健康以及人民健康之觀點加以確定。公眾利益於一個無法生存的藥房及已存在藥房之生存遭受危險時，得到其界限。

經由此項法律上之規定基本法第十二條的實質內容並沒有受到侵害。每一個藥劑師都可以買下或是租下任何在巴伐利亞

邦超過一千三百間藥房中的一家，或是在加入合夥後主持該藥房。他有新藥房營業許可發給之法律請求權，只要此間藥房有生存能力，且不會危及現存藥房之生存；此項規定絕非保護已設立藥房目前之銷售額。每一間新設立的藥房總免不了導致鄰近藥房銷售額之減少。此項規定寧可說是為防止已設立藥房之生存能力經由新設立之藥房加以危害。在 Traunreut 和其四周藥房之密度如同邦其他區一樣，不允許再設立藥房。此乃對人民健康負責之國家監督官署的責任與義務，對於其他藥房設立之申請，首先在國家其他區域內於居民人數以及可供使用的藥房之間建立一個相類似的比例下加以控制。

4. 藉由憲法訴訟，訴訟提起人指摘一九五六年十一月二十九日的決定和一九五七年六月十二日的訴願決定。他認為藥房法第三條第一項——支持這兩個決定之條文——因為違反基本法第十二條和第二條應為無效。他請求對於他所提出的憲法訴訟在用盡一切訴訟程序之前加以審理，聯邦憲法法院認可此項申請。
5. 巴伐利亞邦總理轉達一份內政部的聲明。此項聲明認為一九五五年十二月十日頒訂之藥房法第三條第一項並未違反基本法第十二條第一項。此項憲法規定並不排除在法律上對於職業許可加以規定，而是基於規範職業從事之觀點下加以允許。除此之外依第三條第一項透過行政實務之解釋可以認為，每一間新設的藥房基本上皆有公共利益存在，因為藥房之新設原則上可以改善對人民之供養和促進良性的競爭。但是立足於新設藥房之公共利益只有在第三條第一項字母 b 所稱一個合理藥房營業前提要件存在下，才被此法所承認。就此而言具體化和限制了基本上被承認的公共利益。只有能顯示出工作效能有保障的新設藥房及不因其之設立而危害到其他已設立藥房之生存時，才能說有公共利益存在。第三條第

一項字母 b 也只注意到保護人民的健康。因此在一九五六年三月二十九日內政部公告中——III 8 5426 G 7——以第三條第一項並不在使藥劑師遠離競爭或允諾其他利益，對於一個鄰近藥劑師針對另一藥房遷移所有的異議權加以否認。在 b 所提及的客觀營業許可前提要件乃是為了維護藥房工作效能所必要。許多營業的規定使得藥劑師們無法只依照商業的觀點來執業。因此必須有眾多的營業資金供使用以及保障能持續地擁有一定的商業範圍。營業規定之遵守不可能只單獨經由官署的監督加以強迫；相反地必須在發給營業許可之前審查，是否將設立的新藥房有能力持續地貫徹合理依規定的藥物供養。

對於第三條第一項所提出前提要件太不確定以及將營業許可之拒絕實際上付諸於無法審查的行政裁量之疑慮，是沒有理由的。法律條文毫無例外地都包含了不確定之法律概念，因此行政法院對於前提要件之存在與否可以全面地加以審查。一般經驗法則得出，屬於一個藥房的經濟基礎應符合法律所定之最低要求。雖然有第三條第一項藥劑師們仍擁有足夠其他的活動空間；事實指出從一九五六年五月三十日至一九五七年七月一日，在邦平均水準以七千二百八十二個居民擁有一個藥房下，發出了四十六張營業許可給新的藥房，只有六家新設藥房被拒絕；同一期間內發出六十四張營業許可給已存在之藥房。此項條文在保護個人主動精神上被證實為合適的操控方法，它阻止藥房不正常地增加，並鼓勵申請人轉向到藥房仍嫌不足的地區。營業自由之保護並不高於維護和照顧屬於立法者任務的人民健康之保護；此項保護實現了憲法的社會委託。立法者在其政策形成可能範圍內不僅限於危險之防衛，更可以採取促進人民健康之積極措施。藥房法即是追求這兩項目標。

相反地訴訟提起人認為，公眾並非藉由限制藥房之數目，

而是只能且必須依靠藥房營業規則藥劑師專門職業法規以及嚴格的官署檢查加以保護；並非藥房本身，而是不稱職的藥劑師危害人民的健康。此外內容上無法進一步加以界定的公共利益概念導致了「需要」的審查。第三條第一項實務上之運作與以前個人特許制很難加以區別；依一九一三年六月二十七日關於藥房本質之國王規章，在藥房招標時亦審查公共利益。與之相反地，新規定缺乏個人特許制保障實際上每個藥劑師—即使是晚些—不需要約定給與前佔有人或其繼承人不合理的要求，都可能成為藥房所有人的優點。依巴伐利亞邦的制度藥房是可以販賣及繼承的。依第二條第一項字母 g，營業許可之前提要件乃是對於藥房空間有處分權；此項規定導致已存在藥房之新取得人，特別是將可觀的商業價值計算在內時，得支付高的價金。在取得已存在藥房時，經由過高的價金要求可能會危及正常藥物之供給，而這項危險正是限制藥房數目所想避免的。

此外第三條第一項字母 a 所稱之公共利益並非如巴伐利亞邦政府所言，經由第三條第一項字母 b 加以具體化；相反地除第三條第一項字母 b 外，第三條第一項字母 a 亦是獨立的，因此只有兩項規定之前提要件皆存在時，才准許發給營業許可。聯邦政府在其對基本法第十二條第一項之解釋意見中發表了看法。在結果上它贊同巴伐利亞邦邦部會的說明。

6. 訴訟提起人，巴伐利亞邦邦政府及聯邦政府出席了言詞審理過程。聯邦憲法法院為使自己對於藥房及藥物本質之情況，特別是對於官署營業所設置控制之結果以及曾在美國佔領區所實施無限制的營業所設置自由之結果，還有藥房的經濟關係及在藥房之外藥物流通之情形有個概括的認識，聽取了下列鑑定人之陳述：聯邦內政部官員 Dr. Danner；巴伐利亞邦內政部官員 Knies；來自 Fürth 的經濟碩士 Lauer；Prof. Dr. Schlemmer；巴伐利亞邦邦藥劑師會執行長；來自 München

的政府藥物主管官員 Dr. Weidenbach。

關於瑞士境內藥房之情況有兩位鑑定人加以陳述：位於 Bern 的瑞士公民健康局主管 Dr. med. A. Sauter；瑞士藥劑師公會秘書 Dr. Bider。此外也宣讀了一份在言詞審理時無法出席來自阿姆斯特丹，為 Federation Internationale Pharmaceutique 主任秘書 Dr. Birza 所做有關荷蘭境內藥房情況的書面鑑定。

B

I

允許提出憲法訴訟。

訴訟提起人以上巴伐利亞政府之行政處分所依據的藥房法第三條第一項無效為理由請求救濟。行政機關沒有法律依據阻止他選擇職業之自由，也因此侵害到他依據基本法第十二條第一項和第二條第一項所享受的基本人權。應審查的是藥房法第三條第一項是否與基本法相符合。若不符合，則該行政處分即侵害到基本法第十二條第一項；此項法律規範將被解釋為無效（聯邦憲法法院法第九十五條第三項）。在規範有效情況下，仍須審查是否合憲地加以解釋或法律之適用是否侵害到基本人權。

II

如果巴伐利亞邦立法者對於一九五五年十二月十日所公布之法律並非在其職權範圍內，而該法第三條第一項保有經由此法律而被當為指摘理由的內容時，則此項憲法訴訟不用審查一九五五年十二月十日公布的藥房法第三條第一項之實質合憲性即告成立。依基本法第七十四條 11. 號 (BVerfGE 5, 25) 藥房設置之法律屬於聯邦的競合立法權限。當一九五五年十二月十日修訂法公

布時，形式上一九五三年一月十三日公布，一九五三年七月四日和一九五四年八月十日修改之聯邦停止藥房設立法仍然有效，此項法律排除邦在藥房法領域內之立法權限。此項法律卻在一九五六年五月三十日經由憲法法院判決為無效（BVerfGE 5, 25）。

無效確定之效力及於從前，對於邦與聯邦之間立法權限分配而言，一項被解釋為無效的聯邦法律不能產生依基本法第七十二條第一項所規定之禁止效果。因此藥房停止設立法並沒有將邦的立法權限加以排除，所以巴伐利亞邦的邦立法者有權公布一九五五年十二月十日之修訂法。

III

藥房法第三條必須在法律整個架構上加以觀察。這又必須基於藥房法之歷史發展才能加以明瞭。

1. 被視為藥房製藥室所有人的藥劑師，在藥房內一必要時使用自己負擔責任的助手—親自準備及交付藥物，在中古時代後期即已成為獨立的而與醫生明顯不同的職業。國王 Friedrich 二世於十三世紀中葉在 Liber Augustalis 第十三章中確定，藥物應非經由醫生而是由藥劑師加以製造：「藥劑師依自己之費用在醫生監督下，依照成份規則製造藥物。若他不宣誓所有的藥物都是依照前述之規則沒有任何欺瞞而加以製造，則不應准許他設立經營藥房。」

藥物之交付從一開始而言，就顯然較屬於藥劑師行為之結果或相關之行為，藥劑師並不像商人是從現存的儲貨中取出藥物，而是依手工之方法，逐次按照要求而製造和交付。因為藥劑師基於其國家或城市的特權而享有獨佔的地位（Urdang-Dieckmann 所著“德國藥學史導論”一九五四年，五十九頁以下），藥品之價格在很早以前即是由官方加以規定；上述 Friedrichs 二世的立法中即已含有此種價格規定。另一方面無

法單單依靠生產藥物而生存的藥劑師，允許他們更進一步販賣其他為保護藥劑師而禁止其他商人銷售的貨物，例如糖香料含有酒精之飲料、酒、煙、咖啡以及巧克力；在此要特別指出的是，這項對藥劑師有利的保留並非因為這些物品中有一些在醫藥中被使用，而是主要目的在於保證藥劑師的生計（Urdang-Dieckmann 前揭書六十四頁）。直到十七世紀末期藥劑師的獨佔權才逐漸地被限制只在藥物方面（較晚期：§§ 456, 458 II 8 PrALR; § 13 der preuß. Revid. ApothO vom 11. Oktober 1801 - Koch, ALR, 6. Ausg., Bd. 3, S. 889）藥劑師從事職業的法律基礎來自官方保護競爭的特權，但也受到較嚴格職業義務之要求以及官方嚴格的監督。在給與特權時依常情可能對於地方上之需要加以注意。藥房本身即是一種基於私法上處分權對營業所使用的營業之想法，在一開始就是盛行的觀念。官方的藥劑師幾乎很難被證明（有關在 Braunschweig 暫時性的國有化，參照 Urdang-Dieckmann 前揭書六十三頁）。到十八世紀末期法律上對職業之處理並沒有顯著特別之處，因為大部份的營業行為都是基於特權，特別的許可或身份上的關係才能從事。對藥劑師而言並不適用強迫入會的情形。

2. 十九世紀初由於社會政策變革結果所產生的營業自由，在所有德意志國家慢慢地實現，但對於藥劑師此項職業並沒有影響。總體而言，由於職業的「危險性」及對人民健康的重要性，對藥劑師及其營業場所仍保留了特許的義務。帝國營業法並不適用於藥房的設立與遷移，並非因為藥房之營運非營業，而是藥房之法律需要一個特別的法律規範（BVerfGE 5, 25 [30]）。營業法將此項事務首先委由邦立法者立法規定，而只要求核准開業藥劑師個人資格之證明。這項核准其前提為藥劑師的專門職業訓練，而此訓練—與上述—所顯示的發展相符合—則大體上依其自身的任務範圍即藥物之製造。到十

七世紀末期一直缺乏學術上的基本訓練及一個有規則的理論教育；此項職業具有手工業的性質。在巴伐利亞邦於一五九五年的紹令中已要求通過筆試、口試及實習考試，而此項考試由醫生加以驗收（Urdang-Dieckmann 前揭書六十九頁）。在普魯士從一七二五年開始第一級藥師則必須有藥物學方面的大學教育，但對第二級藥劑師而言，即只能在小城市開設藥房者，則只需要五年學徒及六年助手經驗即可。一直到了相對地十分晚的十九世紀由於藥物學發展之結果才產生了大學教育之必要性。為進入大學就讀所需的高中畢業考試一般而言更晚即第一次世界大戰後才開始實施（Wankmüller 所著一百五十年巴伐利亞藥劑師之教育訓練，PharmZtg. 1957, 1019 ff.）。

在十九世紀邦法律對藥房皆當作營業加以處理，所有人需要營業之許可。舊有的特權及土地物權作為行號營運的法律基礎繼續存在；藥房被視為「工廠」可以自由地販賣及繼承，在法律上將經營權與土地結合在一起。在十九世紀中慢慢出現了一種為藥劑師個人所產生的個人特許方式，在其退離後回到國家手中，並且重新再發給。由官署確定的新特許人必須承受土地及設備。新的授與乃基於特定的原則，特別是必須注意到經營權利人的年限（與公務人員年限相符）；排除了藥房的自由販賣與繼承，但大部份都存在著所謂的「寡婦權」。個人特許制在國家對於營業許可加以規範之制度下，在一定意義下是往職業自由之路跨了一步，即在某種程度上鬆脫了藥房與少數特權及土地物權所有人的關聯並使得每個核准開業的藥劑師基本上有相同的機會成為一個自主的藥房所有人。當然機會之實現是取決於官署的裁量，藥劑師並沒有權利要求發給營業許可。此項制度一直施行到十九世紀末；只有在個人特許下才發給新的特許。

3. 綜合上述發展所得的法律狀態及一九一三年關於藥房制度之命令，在巴伐利亞邦基本上是個人特許制，但不准販賣及繼承；新的藥房在「需要」時設立，此「需要」沒有法院的審查而依行政機關之裁量加以確定；新的和空出來的舊藥房基本上依照申請人權利資格之年限而發給。對於是否及在何處應設立新藥房純屬官署之事物，藥劑師只能予以誘因。購進一間已存在藥房之人必須承受土地及存貨—在某些情況下依官署所定之官價—，特別商業上之價值並不估算在內，在此種制度外，古老的土地物權繼續存在；在販賣時其價格—即使是將特別商業上之價值計算在內—由雙方自由決定。
4. 在此種法律狀態下於巴伐利亞邦—與其他美國佔領區下的其他邦相同—在一九四八年與一九四九年轉換時期裏，美國軍事政府頒布了營業自由之指令。此項指令導致了完全的職業自由。詳情如下（一九四九年五月二十日巴伐利亞邦內政部之決議—Staatsanzeiger Nr. 21—）：每一個核准開業之藥劑師皆能設立新的藥房。雖然仍需要官方的「許可」，但只要個人資格及營業場所和設備符合藥房營業辦法之規定，則有權要求發給。行政官署只保留審查這些前提要件之權。官署被剝奪對於藥房之數目及地方分配之任何影響力。更進一步的結果則是藥房的繼承性及販賣性。
5. 針對毫無限制的營業所設置自由巴伐利亞邦政府提出了質疑；相同地來自同業圈內也有反對的意見。邦政府試著透過與軍事政府之商談，想將藥房從營業自由中剔除。當此項嚐試沒有成功後，邦政府在一九四九年將巴伐利亞邦藥房法草案準備完成。此項草案與一九五〇年由德國藥劑師公會所提出的「法蘭克福草案」相同，並非建議回到個人特許制，而是從一個被控制的營業所設置自由原則出發—針對絕對的營業所設置自由而言乃是一種十分強調國家影響且只願對現存藥

房保有商業性的倒退趨勢——設立新藥房的主動權並非由確定「需要」的官署，而是由個別的藥劑師掌握。新設立的藥房需要許可，當必要性（依居民之數目與密度）被證明時以及可以擔保藥房長期性合乎法律規定無瑕疵供給藥物需要時，則此項許可必須發給。營業許可應親自發給藥劑師，其應有場所及設備之處分權；藥房應可繼承、販賣和出租。

6. 一九五二年六月十六日的巴伐利亞邦藥房法基本結構與「法蘭克福草案」相符合。如巴伐利亞邦代理人於言詞審理時指出，「此法欲在自由與國家導控兩者之間保持正確的中間線」。基本的出發點認為藥房為經濟上之「企業」（第一條）而可以繼承、販賣及出租。雖然此項觀點並不像在「法蘭克福草案」中明示出來；自由使用在藥房營業所內體現的經濟上價值——特別是藥房自由繼承、販賣、取得之可能性——被藥劑師們認為是巴伐利亞邦法律的一項重大進步。巴伐利亞邦的規定有下列特點：(a)欲自主地經營藥房始終皆需要營業許可；此項許可是屬人性質，即隨所有人死亡而消滅；基本上對許可有法律上的請求權。但許可之發給只針對確定的藥房行號。(b)當申請人欲繼續經營一間現存的藥房且已取得對於營業所之處分權，則他可即刻獲得營業許可；既不審查是否此行號為「需要」也不審查是否它的經濟基礎被保障或是否申請人在財政上有經營之能力。(c)若申請人有意設立新的藥房，則必須有更多客觀的前提要件存在，而其存在與則須由行政官署在營業許可發給前加以確定：新設立之藥房須符合公共利益且新設立之藥房和鄰近現存藥房的經濟基礎必須可預計地能加以保障。法律請求權之實現取決於行政官署之決定，而此決定在某種情況下並擴及到在多數申請人中，誰最能擔保無缺點經營藥房之問題。(d)在藥房新設的情況下，官署可透過否定（拒絕許可）之決定間接控制藥房的地區性分配；特別是並沒有—

如公開招標制度—保留給官署在特定地區設立新藥房形式上的主動權利。

法律只規定新藥房在一特定的地點(在鄉鎮之內)設立的負擔；但此項規定卻因法律上之疑問在實務上並沒有加以適用。如此的法律狀態在言詞審理中清楚地表現出來；特別是依第二條第一項後半句(在字母 g 後)和其適用第三條第一項指示之規定可以得出，此處所指出的前提要件只適用新將設立的藥房。

7. 整項法律之中心則是規定新設藥房前提要件的第三條。依照該規定原始之措辭，當地區性的條件無法提供無缺點且有效能的藥房經營而顯現出正常之藥物供給和公眾健康之維護受到威脅時，行政官署可以拒絕營業之許可。此項溫和的措辭(顯然是考慮到當時軍事政府所有之異議權而選擇的)在一九五五年十二月經由在此處加以審查的措辭所代替，此項新措辭限制了官署的裁量權同時也有限制營業所設置自由的傾向。

從這之後形式上存在一個帶著許可保留的新藥房設立之禁止。例外地發給許可的前提要件概括而言是同時滿足兩項獨立的條件。第一項表明(用 a 表示)如果新藥房之成立乃為確保居民藥物之供給有公共利益時，則准許新藥房成立。這似乎也意味著新藥房之成立只有在為確保居民藥物供給必要下才應被允許，換句話說當現存的藥房無法充分供應居民需要時。當我們考慮到其出現之歷史時，則此種解釋更容易理解。在第三條原始的措辭中即已表示對居民正常的藥物供給是不允許過多的藥房存在。對於藥物供給沒有必要的藥房設立應加以拒絕(藥房法政府草案之理由說明)。一九五五年第三條之修改乃是基於至此時之條文並無法有效地阻止沒有必要藥房設立之觀點。一九五五年十月十二日於巴伐利亞邦邦議會所提出的議案稱：所謂否定地需求審查……並不符合實際上的情勢，因為經由否

定的規範只能在相對地很少的情況下阻止完全多餘的藥房設立。藥房在公共健康制度下所擁有的特殊地位禁止存在過多的藥房。

此項目標只能經由積極地肯定地審查新設藥房之必要性來達成。在邦議會與參議會討論中充斥著同樣的觀點。一九五七年八月十日巴伐利亞邦總理之信函以及在言詞審理時巴伐利亞邦代理人却代表另一種符合在巴伐利亞邦行政實務上一直所採取的第三條解釋。依其陳述前提要件審查之重點卻在於(b)：當新的以及鄰近現存藥房之基礎不受危害時，則基本上可認為新藥房之設立有公共利益；並不需要證明一個新設立的藥房有特別的（積極的）公共利益存在。除非(b)的前提要件存在，基本上公共利益皆會被承認。

第三條禁止之原則在如此解釋下將經由對於禁止之例外的前提要件存在之假設而減弱。(a)與(b)表面上看起來不同以及重複提出之要求發展出一項統一相互連貫之規則。因此只在(a)提出的終結觀點（保障居民之藥物供給）對(b)亦有影響。因此該審查的是，是否新設和鄰近現存的藥房之經濟基礎可以如此地被保障，即所有的藥房在可預見的未來內皆能顯示其可以正常地經營，如同為保障居民藥物供給合理化所要求一般。只有在此要件被否認時，才允許（必須）拒絕許可。在經撤銷的上巴伐利亞政府決定理由中的部份陳述，引起了是否第三條如此的解釋在巴伐利亞邦實際上行政機關決定理由中一致採用的疑問，然而在此可以將此問題擱下不談。

IV

藥房法第三條第一項是否與基本法第十二條第一項相一致之問題，以幾項對於此條憲法條文意義基本的考慮為前提。

1. 第十二條第一項保護人民在現代化分工社會特別重要領域內

的自由：它擔保個人從事他認為是職業之每項行為的權利，也就是當作生活之基礎。在此涉及到一項基本人權，而不是一如威瑪憲法第一五一條第三項—當作社會經濟秩序之客觀原則而所做營業自由之宣示。對於個人之保障超過只保障自主地從事營業之自由。此項基本人權乃針對工作—有經濟上意義的，被個人視為職業而加以保護；也就是說工作與人格關係整體而言在個人為生命之任務與生活之基礎從事一定的行為，透過此行為同時也對社會整個成就有所貢獻時，才能算是完全詳盡地完成。因此基本人權對於所有社會上之階層皆有其意義；被視為「職業」的工作對所有的人而言有著相同的價值和尊嚴。

2. 「職業」之概念從基本人權此項觀點出發應加以擴大解釋。它包括了不只是特定的、傳統的甚至法律上規定的職業典型，也包含了個人自由選擇非典型的（允許的）工作，從這些非典型的工作中可能又會產生新的固定的職業典型（基本上相同，BVerwGE 2, 89 [92]; 4, 250 [254 f.]）。即使是在目前組織下共同生活體的觀念下基本上必屬於國家保留的行為，而以此行為做為內容的職業，在第十二條第一項意義下，個人亦可自由地將其當為職業加以選擇，強迫或禁止個人選擇是不被允許的。沒有理由如同聯邦行政法院一樣，認為基本人權依其本質並不適用這些職業（BVerwGE 2, 85 [86]; 4, 250 [254]）。但基本法第三十三條對於所有被視為「公務」的職業給與特別的規定和規範可能性。其來自事情之本質：工作位置之數量（於極端的案例下在某種情況下個人職業選擇事實上是不可能的）只得由每一個主管的公法人依其組織權（廣義的）加以確定。對於個人職業選擇自由可能的標準判斷則透過在相同能力下（基本法第三十三條第二項）皆有相同的機會擔任所有的公務員之規定加以保障。受國家約制的職業是可能且實際上

存在許多不同的形態。但也受到第十二條第一項之規範。此類職業在帶有一定公法上負擔的自由業以及純粹直接屬於國家組織的職業兩者之間應定性於何處，則依在此處欲達成公共任務之性質及重要性而定。一項職業愈是經由公法上的限制和負擔而與「公務」愈接近時，則依基本法第三十三條所定的特別規定實際上愈能限制依第十二條第一項所產生的基本人權效力。立法者的規範設計可能性在此不須更進一步的探查，因為巴伐利亞的規定—與一般德國藥房之狀況相一致—雖然帶有一定公法上之限制，依其結構而言仍屬於營業性之法規。

第十二條第一項並不區別自主與非自主從事的職業；依賴性的工作（非獨立性的）亦可視為職業加以選擇，而且事實上此類職業在現代社會中也愈來愈多。當一項行為可在自主與非自主的形式下從事時，且兩種形式皆有其社會重要性時，即可認為對職業依自主或非自主形式而從事之選擇或是從一種形式過渡到另一種形式之選擇為基本法第十二條第一項所謂的職業選擇。此項情形適用於藥劑師此種職業：

自主的藥劑師經營一個他經濟上生存基礎的企業，非自主的藥劑師服務於如此的企業裏；依一般之觀念以及屬於此項職業的成員之評斷，在藥劑師此類行業中存在不同的職業；對於一類職業的歸屬並不只是進入另一類職業的先前準備或是必經階段。因此對於聯邦行政法院在評斷一個受僱人行為轉換到一個自主藥劑師的行為時，將之認為是職業之選擇而受基本法第十二條第一項保護之結果是應加以同意的。

3. 從上列所提第十二條第一項一般的意義可以得出一般立法者依第十二條第一項第二句所有規範權限內容及範圍的決定性觀點。

(a)假如在憲法上只對第十二條第一項確定為營業自由原則，

則應明顯地表示此項原則只在一般法律保留下加以實現，即營業自由—如同威瑪憲法—依法律之標準加以保障。立法者雖受此原則之拘束，但在他一般經濟政策制定範圍內仍舊可以規定對他而言合理且希望出現的例外情形。由於現代經濟關係之複雜，限制前自由主義時代產生的完全營業自由原則之傾向漸漸地被加強地主張。在憲法上對此種傾向是無法加以拒斥的。當我們從此處涉及一項個人真正之基本人權，而此基本人權依其意義與人格權之發展有極密切之關係，也因此對於每個人生命過程之塑造實際上有重大意義—相對於只是防護公權力偶爾的個別侵害之基本人權—的觀點來看，則立法者的裁量權應較相當地狹小。有效地保障基本人權之下要求對於一項法律上之侵害應有一個緊密的界限加以限制。當然首先必須確定的是，立法者裁量權只能基於保護基本人權之理由加以限縮。基本法在經濟政策上是中立的，立法者可以推行對他而言合理的經濟政策，只要他注意到基本法，特別是基本人權之規定(BVerfGE 4, 7 [17 f.])。一項基於第十二條第一項第二句公布之法律並不因為與其他國家經濟政策相牴觸或是與基於一定經濟理論所產生特定的一般經濟政策不相符合，即可在憲法上對其加以責難；更不需說明的是因為在法律上所顯現的經濟政策觀點不為法官所同意。對於立法者之限制只能從基本人權—正確的解釋—本身得出。實際上之困難在於如何在基本上屬於立法者經濟、社會、職業政策之自由裁量權與個人相對於立法者有憲法上請求權的自由之保護之間取得和諧。

- (b)若從憲法條文本身判斷立法者對於基本人權保護之範圍之侵害可能，則依第十二條第一項之字眼可能表示，侵害只應允許在職業從事方面，而對於規範職業選擇之法規是

加以禁止的。然而這卻非此項條文之意義。因為職業之從事與選擇兩個概念並無法做如此的分離，即每一個只是表現一定時間性的職業生活而與另一個不會重疊；也就是說一項職業行為之著手，同時是職業從事之開始也表現出職業的選擇；相同地在不斷地職業從事中所明白表示出保有職業的意念和最後自由地完全終止職業之從事，也是一項職業選擇行為。從不同觀點來看，此兩種概念包括了職業行為一致的整體性（參照 Über 所著職業自由 Hamburg 1952）。因此欲剝奪立法者對於職業選擇自由任何侵害之解釋應是不正確的；此種解釋並不符合生活上的實際狀況，因此也不能導致法律上已存在明顯的結果。一項基本上是顯示出為規範職業從事規則之法律，當它間接也影響到職業選擇自由時，基本上仍是允許的。此項情形特別是在對職業之著手之前提要件，即職業從事之開始，加以確定時發生，換句話說當職業從事之開始依許可而定時。基本法對於許可的規範並不完全欲以排除，可以從基於第七十四條十九款對於特定職業需要許可的立法權限中得到證明。從本條制定之歷史過程中亦顯示，一項對於許可限制的授權基本是加以避免的，但另一方面却不願對許多現存的許可限制，一般性地解釋為違法（Mangoldt 於一九四八年九月二十九日、十一月十九日在基本問題委員會第五次及第二十三次會議）。基本法之創設者並沒有成功地對於此問題加以實質與概念上完全的解釋；他僅選擇了在營業法中盛行的對於營業「選擇」與「從事」加以區別的用語，其他規範則有意地留給法律來加以規範。基本法第十二條第一項第二句之規範權限依上述所發展出的意義下擴及到職業之從事及職業之選擇，在法院的判決及文獻中廣泛地被接受（Hamel DVBl. 1958 S. 37，及其所舉出的例證）。聯邦最高

法院和聯邦行政法院都主張，立法者可以對於一定之職業之著手依是否有許可而定，而此許可又依是否實現一定前提要件而定(BVerwGE 4, 167 [169]; 4, 250 [255]; BGHSt. 4, 385 [391]; 7, 394 [399])。因此第十二條第一項乃是一項統一的基本人權(職業自由)，其意義為第二句的規範保留包括了職業從事及職業選擇。但這不表示立法者對於每階段職業行為的權限範圍都可以是相同的。因為一直必須對於第十二條第一項文字上特別顯示出的憲法意念，即職業選擇是自由的，而職業之從事是可以加以規範的，加以注意。因此只有一項解釋可符合上述所言，其主張在這兩個階段的規範權限並非具有相同的客觀強度，也就是說當立法者愈是侵害到職業選擇自由時，則他應受到更大的限制。此項解釋符合憲法的基本理念及它所假設為前提的人類概念(BVerfGE 2, 1 [12]; 4, 7 [15 f.]; 6, 32 [40])。職業之選擇應為一種自主權，一種自由意志決定的行為；它應儘量不要受到公權力的侵害。經由職業之從事個人直接加入了社會的生活；在此處個人可能會因他人及整體之利益而受到限制。總體而言可以得出：規範之權限包括了職業之從事及職業之選擇。但此項權限乃來自職業從事，因此也只有在此觀點下才能侵害職業選擇之自由。當愈純粹只是從事規則時，則內容上愈是可以自由；當愈是影響到職業選擇時，則應愈嚴格地加以限制。

- (c)就一個在適用範圍如此普遍特定權限之內容而言，首先必須對於「規範」這個概念之意義——特別是關係到職業選擇自由時——加以解釋。整體而言在此並不表示立法者相對其他一般的法律保留擁有更大的裁量空間，也不表示立法者可以對整個職業法的領域做廣泛的規範，對於基本人權之內容可以做基本的確認(如 Scheuner 一九五六年所著，“手工

業法與職業自由”二十一、二十七及三十一頁；Ipsen 一九五七年所著“藥房之設立與基本法十二條”四十一頁）。在此種觀點下，由於基本人權之內容完全交由立法者的裁量加以決定，而立法者另一方面又受到基本人權之限制（基本法第一條第三項），使得基本人權之價值大為減低。這也不符合此項基本人權之意義，也與在第十二條第一項中特別強調的職業選擇「自由」不相符合；此外亦與整個基本人權章節之傾向相牴觸，此傾向如同聯邦憲法法院在一九五七年一月十六日之判決，指出以前所謂空洞的基本人權已經不再存在了。相反地在此處應適用在一九五八年一月十五日判決中（BVerfGE 7, 198 [208 f.]）所發展出的基本原則。當立法者向基本人權所保護的領域進逼時，他必須將基本人權在社會秩序上之意義作為規範之出發點。不是立法者可以自由地確定基本人權之內容，而是相反地從基本人權之含義中得出對立法裁量權內容之限制。在第十二條第一項中也存在著一個對於具體重要的生活領域清楚地實質上基本法的價值判斷；因此立法者在此處並不像如在適用一般的平等原則時自由，一般平等原則提示一項對所有公權力皆適用的一般法律通則，其具體化乃由立法者在考慮每一個可以適用之公平正義觀點，為每一特定之生活關係而加以確定。

另一方面「規範」決非表示立法者無論如何不得對基本人權加以限制。每一個規範本身都含有可以看得見的界限。但此項表達方式「規範」—乃是制憲者有意地不使用在其他基本法條文中所出現的「限制」或約束—指出，較詳盡的界限規定寧由內部，即是依基本人權本質所得出之界限來產生，而不是由立法者透過限制來對於基本人權實質上之內容加以規定，即基於自然地外部合理之意義推論所得出之適用

領域來加以限制。

- (d)基本人權應保護個人自由，法律保留則應保障公共的利益受到充分的保護。愈是個人自由選擇職業之權利出現問題時，則個人對於自由之請求如上所述愈是強烈；因完全自由的職業從事對公眾所產生的不利與危險愈大時，則對公眾之保護愈是迫切。當設法使兩種要求——在社會法治國家下皆合法的一儘可能有效地公平實現時，則唯有透過仔細考量相互對立和有時甚至互相牴觸的利益，才能找到解決之道。當依基本法整個觀點可以確定自由的人格權是最高的價值時，在職業選擇時亦應保障最大的自由時，則可以得出此項自由權只有在為公眾福祉不可缺少時才能加以限制。由於憲法之原因，因此對於立法者之侵害存在一個不同處理的要求，概括而言此原則可陳述如下：

只要經過理智的共同利益之考慮顯示出合目的性時，則職業從事之自由可以透過規則加以限制。相反地對於職業選擇自由之限制，只在為保護特別重要的公共法益而迫切地要求時，才能採行，也就是說：法益之保護在經由詳盡考慮後應優先於個人自由請求權時，且此項保護不能依照其他方法，即對於職業選擇不加以或較少限制之法，加以保障時。假如對於職業選擇自由之侵害可以證明是無法避免時，則立法者始終皆應選擇對於基本人權限制最少之侵害方式。對於規範之範圍因此可以說得出了許多「階段」：

當立法者只是規定純粹之從事規則，不涉及到職業選擇自由時，而只是詳盡地確定屬於該職業之成員應依何種形式與種類來完成其職業行為時，立法者是最自由的。此處合目的性之觀點可以得到很大的適用；為防止對公眾之不利益與危險，可依此觀點來考慮，應給與職業成員何種負擔。支助一項職業因而使其成員達成更高的社會總成就之想法，在

某種意義上亦可合法化對職業從事自由加以限制之規定。基本人權之保護只限制在防禦條文本身違憲，例如因為過份沈重和無預測可能之法律上負擔。除此例外情形，在此處可能成問題職業自由之侵害對基本人權之主體而言並不深切，因為他已著手該項職業，且從事之權限並不受到影響。相反地一項將職業行為之著手取決於一定前提要件之成就而因此影響到職業選擇自由之規則，只在透過該規則對一個優先於個人自由的重大公眾法益加以保護時，才能合法化。在此明顯地於——在判決及文獻中很久以前即慢慢提出的（見 Scheuner 前揭書第二十五頁和其佐證）——其是否與主觀的前提要件相關，特別是基本教育或訓練，或是與職業候選人個人資格能力無關，而因此對它沒有任何影響力之客觀許可條件兩者之間有所不同。

職業著手之主觀前提規範於職業概象法律秩序中的一部份；它使得依一定方式——通常是形式上的一而有資格的申請人可自由地進入其職業。從事情之本身可以得到如此限制之合法理由；其理由為：許多職業要求特定的經由理論及實務訓練才能得到的技術性知識和技能（廣義的），因此若從事此項職業而沒有這樣的知識時，則或是不可能或是不合適或是將會對公眾產生危險。立法者只對於從已存在生活關係中所產生的要求加以具體化及形式化；當個人欲依規定從事某項職業時，在已規定好的形式上之訓練結構下，只被期待依事物之本質從事基本上必須做的事情。此種自由之限制被證明是防止可能之不利益及危險之適當方法；此項自由之限制也因此而非不公平，因對於所有的職業候選人皆適用且事先所有的職業候選人亦知曉，因此每個人在做職業選擇之前即可判斷，他是否可以完成所要求的前提要件。此例原則在此適用如下之意義，即所規定之主觀前提要件相對一項追求

職業行為合理依規定完成之目的不允許不成比例。

在對職業許可提出客觀條件時就不相同了。個人對條件之成就是完全沒有影響力的。此項限制嚴重地違反基本人權之意義，因為甚至對於雖然已將所有前提要件完成而實際上已採取了職業的選擇或將採取選擇之人，仍然可以排除他取得職業之許可。基本教育和訓練愈長久愈專業化，對於此項教育之選擇同時也是具體職業選擇之情形愈是明顯，則此種自由之限制愈是影響重大，也因此愈是難以接受。因為首先透過一個有專業及道德能力之申請人所做職業的從事對於公眾會有何種直接的不利益並不是很清楚，因此常常無法對於職業選擇自由之限制與所追求目的兩者之間的關係做一個很清楚地說明。與事實無關之動機加入的危險也特別大；特別是對於職業許可之限制乃是對於已從事此種職業之人提供競爭保護之推測是很明顯的，而此動機依一般之看法是絕對不能合法化對自由選擇權利之侵害，經由選擇此種最嚴重也最激烈之方法來阻止專業上道德上完全適合的申請人從事一項職業將對一排除與平等原則可能的衝突一個人之自由請求權嚴重地加以侵害。從此可以得出，對於自由如此限制之必要性的證明應有特別嚴格的要求；一般而言，只有為防禦對於重大公眾法益構成可證明的及顯然非常嚴重的危險時，才能合法化對職業選擇自由之侵害；促進其他公眾利益之目的，如經由限制成員之數目對一項職業社會聲譽加以關照並不足夠，即使如此之目標可以合法化其他立法者之措施。立法者依第十二條第一項第二句之規定必須總是在對於侵害職業選擇自由最少的「階段」中採取規範，只能在所憂慮的危險無法藉由前一階段的方法（合憲的）做有效地防止時，且此項情形很顯然地表示出來時，才能採取下一階段的措施。

4. 聯邦最高法院和聯邦行政法院也想為立法者找出認定客觀許

可前提要件的限制；他們皆只引用了基本法第十九條第二項之規定，然而對該條之解釋並不相一致（Hamel DVBl. 1958 S. 37 [38]，和其所指出之判決）。從此處所採取之觀點來看，可以將是否從禁止侵害基本人權實質內容出發對於第十二條第一項第二句之規範立法者有更多的限制和如何更進一步規範之事，暫時擱下。因為從上面之說明已可得出，一項在社會生活範圍內考慮到基本人權之意義和重要性之解釋，即可導出一個對立法者規範權限合理的限制。

5. 從基本人權之考慮出發而產生對規範權限之限制，乃是實質上的憲法要求，此項要求主要是針對立法者而發。而由聯邦憲法法院來監督是否加以遵守。當對於職業選擇自由之限制採用最後的階段（客觀之許可前提要件）有所質疎時，則聯邦憲法法院首先審查是否一項重大公眾法益遭受危險及是否此項法律規範真能防禦此項危險。再進一步必須審查，此項侵害是否為保護該項法益急切的需要，換句話說，是否立法者採取更前一階段的規範可能無法保護此項法益。

對於最後所言及的審查方向有人加以反對，認為已經超出了一個法院的權限：法院無法判斷，是否一項特定的立法者措施是被要求的，因為它無法知道，是否還有其他相同有效的方法存在，是否對立法者而言是可以實現的；只有在認清整個需要規範的生活關係及立法政策之可能性時，才能通觀全貌。此項觀點，特別是想將聯邦憲法法院之審查權加以嚴格限制之實際上考慮，有時在理論上依如下的論點加以建構：法院透過如此廣的審查權會侵犯到立法者之領域，因此違反了權力分立的原則。

聯邦憲法法院無法同意此項觀點。相對立法者而言，本院被賦予對基本人權加以保護之任務。當從一項基本人權之解釋得出對於立法者之限制時，本法院必須能監督立法者是否遵守

此項限制；當不願使基本人權實際上大部份被架空以及欲對於基本法所賦予它的功能依原來之意義從事時，則不允許聯邦憲法法院逃避它的任務。

在此種關聯下常被提出之要求，即立法者必須能在多種相同適合的方法中加以選擇，對於此處特別引起質疑之問題並不相干。在通常的基本人權事件中，即在本身並不含有階段性保護範圍的基本人權，才注意到此項要求(BVerfGE 2, 266)。

此處立法者當然在許多相同適合的法律措施中—在一定界限內—可以自由地選擇，因為所有的措施都是對於相同的基本人權，在它一致的，非自身有階段性的內容上加以採取。但當涉及到一個本身含有較弱及較強自由保護領域之基本人權時，無論如何必須在憲法上能加以審查，是否自由受到最強保護階段的規範前提要件存在；換句話說，必須可以加以審查，是否採行前一階段法定之措施並不足夠，是否實際上之侵害是急迫地被要求的。當欲使立法者在屬於不同階段而一樣適合的方法中自由選擇時，則實際上可能導致，對於基本人權限制最大的侵害，因為其十分有效的效果和對於目標之完成特別適合，最常被採取，而且必須不加以審查而接受。對基本法第十二條第一項最欲長久有效保護的自由領域，在此情況下則無法再加以保障。

聯邦最高法院和聯邦行政法院亦得出相同的基本觀點。他們因此也認為，基本法第十二條第一項之基本人權之最嚴重侵害，即客觀許可前提要件之採行，是否為急迫所需，乃是法院之任務必須加以審查。

不過他們是依據其他不同法律構思之基礎來加以審查。聯邦憲法法院並不能贊成此項基礎。特別是對於一聯邦行政法院認為一涉及一個無法避免的法律上措施之必要性，因為其對於基本人權實質侵害之允許有決定性之影響時，才必須加以審

查 (BVerwGE 2, 85 [87]; 4, 167 [171 f.])。因為依基本法第十九條第二項本文，明顯地表示基本人權之實質內容絕不允許加以侵害。在何種前提下如此的侵害例外地能被允許的問題是多餘的。聯邦最高法院的觀點 (BGHSt 4, 375 [377]; DÖV 1955 S. 729 [730])，聯邦憲法法院亦不能同意，因為此項觀點會動搖基本人權的實質內容 (在 Klein-v. Mangoldt, Anm. V 4 d zu Art. 19 GG - S. 557 ff. - 之陳述)。在此必須處理之問題與其他不同的出發點並無關係。唯一決定性的乃在於：兩個聯邦高等法院皆理所當然地認為有權限審查，是否對於基本法第十二條第一項所保護個人自由權領域如此質量上嚴重的侵害是急切的需要，無法避免及必要的。此種審查是可以貫徹實行的。然而法院對於法律規範之目標及目的只是一般性標題性的表示，對於作為完成此項任務方法的自由限制之侵害只要顯示出並非完全不適即可之說法，並無法滿意。相反地對於被審查的法律其內容以及對於法律形成有重大關係的立法者考量必須逐項地加以分析。這當然以法院—必要時藉由鑑定人之幫助—對於該法律欲規範之生活關係儘可能有全盤的了解為前提。此項情況恰巧可經由下列事實加以實現，即對於一個做為法律規範對象而至今在概念上仍無確定範圍的相當大領域的生活關係，在各別明顯地可以掌握的事實情況下加以分析，且將此生活關係在排除主觀價值判斷下，法院亦能對其加以判斷。對於立法者規範依據之假設性因果關係演變之判斷，依其性質亦屬於一個法院可以完成的任務。當然在聯邦憲法法院審查時，立法者之判斷考量及經驗之依據一直都有相當大的重要性；在無法使立法者之判斷考慮及經驗之依據不能成立時，則必須接受其為正確之假設。另一方面基於保護基本人權之義務，禁止法院對於立法者合法地追求另一項非基本人權保護目標之說法馬上加以承認，也禁止接受立法者的措施為對基本人權無可避免之限制的

說法。與聯邦最高法院及聯邦行政法院相同，巴伐利亞邦邦憲法法院也認為在巴伐利亞邦憲法第九十八條範圍內，有權亦有能力審查，是否透過法律所做基本人權之限制為急迫所必需(VGH n.F. 9 II 158 [177 f.] 和此處所提及之其他判決)。最後可以指出，早在德意志帝國時代的國家法院在其判斷緊急命令之效力時，即已對於相類似的問題加以審查，例如此項緊急命令是否“急迫”且“必要”，是否對於地方自治權如此大的限制是急迫且必要的，是否一個不尋常的緊急狀態存在(Lammers-Simons I 267 [272 f.], 276 [284 f.], 398 [404]; II 51 [57 ff.], 69)。

如果目前已認為法院為保護人民之自由，在一定情況下對於法律之必要性可以加以審查乃是法律上之要求且實際上可能時，則更不能排除聯邦憲法法院之審查權限；因為相對於立法者之基本人權保護—特別是經由憲法訴訟制度—乃委託聯邦憲法法院執行，且由於其為憲法機關和負責憲法問題之法院的一般地位，在其對於立法權限不合法侵害加以指摘時，較其他法院將受到較少的非難。

V

依巴伐利亞邦內政部之解釋，藥房法第三條第一項之目的乃在於預防無限制增加的藥房避免藥物供養情形惡化，因此依健康政策之理由限制新藥房之設立。如此的想法—不論何種制度—於所有在結果上欲限制藥房數目規範之理由中重複出現(聯邦藥房制度法草案理由，BT III/1957 Drucks. 35 S. 10)。巴伐利亞邦的代理人在言詞審理中指出，第三條—與以前的規則相同—只有保持正常的藥師水準同時對人民健康有所貢獻之意義與目的。更詳細而言則提出下列的考量：大體上而言，新設立藥房的自由開放將導致藥房急速地增加；一個不平均的藥房分配也會因此而產生，因為新的藥房會聚集在大城市，而在大城市中又將在市中心

凝集；在一個地方藥房急速的增加會產生激烈的競爭而導致許多藥房經濟上之工作能力顯然減弱之後果；這些藥房恐怕無法善盡其法律上之義務，例如關於保有存貨、藥單義務、貨物檢查、遵守一定價格、聘請合格之人員及保持長久的工作準備等，在此情形上亦存在為提高其銷售額而忽略這些義務之危險；販賣地點之增加經由廣告在居民之間將喚起藥物過多的印象，因此促使了所謂的「藥片癮」；這些都將損及居民正常的藥物供給，因此也傷害了一再進一步的過程中——人民的健康。一種從一開始即能有效應付此項危險之發展的方法就是對於藥房的數目做一定的限制，透過此限制來保障藥房經濟上的工作效能，使其能履行他的法律義務。

人民的健康是一項重大的法益，對於它的保護可以合法化對個人自由之限制，這是沒有爭論的；正常的藥物供給對人民健康之保護是不可缺少的，這也是沒有爭論的。藥物之供給可被視為正常，當它能保障在正常情況下，也在不十分離譜的例外狀況下提供居民足夠的藥物以及無缺失之品質，同時亦能對藥物之濫用儘可能地加以預防。在此可以假設，巴伐利亞的立法者透過他的規則也已注意到此項目標，雖然在理由中無法不一只在間接關係存在的一表示出保護該行業職業政策上的想法及藥房此項「機構」傳統的意義。所以在此決定性的問題是，廢除巴伐利亞邦藥房法的營業自由限制後是否很明顯地會依上述之說明加以演變，使得正常藥物之供給受到干擾而必須擔憂人民之健康將遭受危害。

聯邦憲法法院無法確信此種危險之威脅。首先法院不能忽略在其他與聯邦德國有相同文明國家內所存在的營業所設置完全自由，而却不因此有基於藥物供養缺乏而導致危害人民健康之說辭的事實。當然環境在許多關係上是個別地有所不同。但到處——歐洲亦同——都將受過學術訓練的藥劑師視為特別的行業，賦予嚴格

的職業義務，將藥房當為「製藥工作室」，必須具有規定之設備及採用國家確定之價錢（藥物公價）。人民之使用習慣並沒有顯著的不同；為有利於從製藥工業完成已包裝好的產品到處皆廢除了依藥方製藥之規定，在藥材店與其他販賣場所處處皆存在某種程度上之競爭。

特別是瑞士的例子對法院而言是相當有啟發性的，瑞士的藥房制度—至少在德語區—與德國特別有許多相同之處。兩位瑞士之鑑定人對於瑞士藥房制度之每項缺失皆做了詳盡的說明，當然這些缺失有些是與國家地形的特質相連在一起的。若對於他們的說明整體上認為相當值得重視，則營業所設置自由在瑞士可能造成人民健康危險之傷害或是於未來必須擔憂此事之說法，則不能成立。特別是從鑑定人 Dr. Sauter 的說明中法院得到如此之印象。Dr. Sauter 在官方的職位是瑞士公民健康官署之負責人，也因此特別有能力來判斷是否人民健康遭受危險威脅的發展過程。在言詞審理中所宣讀一九四九年十二月三十一日 Federation Internationale Pharmaceutique 的信函，其比較了營業所設置自由及限制此自由之國家，得出兩種制度皆是可能的，而且一類決非比另一類一定較優越之結果，因此至少從中可以推論出，依據此做鑑定之國際委員會之觀點並非營業所設置自由此項制度，當然已內含了導致破壞居民正常藥物供養因而損害人民健康之傾向。在此必須再審查是否在德國，特別是在巴伐利亞邦，有特別之理由存在，而能期待出現不同的發展。

所有此類預測之觀點，即是假設經由營業所設置自由之實施會導致藥房數目急速的增加；常被提出的如「無邊際的」、「無拘束的」、「無限制的」增加。依證據調查之結果，對聯邦憲法法院而言情形如下：

1. 營業所設置自由當然會帶來藥房增加的結果。此事本身是絕無疑問的。主管的巴伐利亞邦官署也認為，即使在繼續適用

藥房法—特別是在巴伐利亞邦政府所主張第三條之解釋下一之情況下，仍會導出藥房數目之增加超過人民供給所必要數目之結果。基本上甚至認為，每個新藥房之設立皆是改善居民藥物之供給。主管官署還援引寬大的許可實務以說明第三條對於職業著手自由之限制乃是微不足道的，例如從一九五六年五月三十日至一九五七年七月一日，十三個月裏在巴伐利亞邦內共發出四十六張新設藥房之營業許可，只拒絕六件新設立的申請。

自此則依對於增加規模如何判斷而定；於美國佔領區內，在短暫時間內所實施營業所設置自由得出之數目，依一般之判斷是沒有證據力的。一方面依經驗對一項至今仍存在職業限制的行業而言，在開放之初期一定是有熱鬧擁擠的現象，另一方面因為在戰爭中及結束初期並沒有藥房設立，因此在實施營業所設置自由之時存在著強烈不尋常的補充需要而且一九四五年特別是經由接納被驅逐者之措施使得居民之人數急速大量地增加。最後一般經濟之起飛也促進了新藥房之設立，事後也被認為在經濟上是合理的。巴伐利亞邦在這段期間內共有四百三十六間—相對以前七百六十八的水準—新藥房設立；其中有半數是所謂的「難民藥房」，這類藥房皆是透過「負擔分配之資金」而比較容易，更多的是才可能成立。雖然在藥房法生效後仍有非少數的藥房設立，但對於藥房數目之轉換則無法確定。巴伐利亞邦官署認為在邦平均水準下差不多七千至八千個居民擁有一個藥房是最適當的（藥房法實行公告第三條，一九五二年七月十五日，國家公報第三十號）。一九五五年十二月三十一日巴伐利亞邦（在結束營業所設置自由階段時間後）七千二百八十二位居民擁有一間藥房。今天在巴伐利亞邦依鑑定人 Prof. Dr. Schlemmer 較保守之判斷，藥房數目及由其供養的居民之間存在一項「可以接受的關係」。這也符合了雖然有許多新設

立的藥房，但卻無法確認其設立乃經濟上錯誤之說法。藥房倒閉是沒有出現的，在例外情形下才發生瀕臨破產之情況。

在此可以肯定地的認為，即使是營業所設置自由繼續存在，藥房之數目之增加不會以相同之規模保持下去；此種結果可以從營業所設置自由最後兩年內申請數目顯著減少之情形得出。因此並沒有證據顯示在廢除行政官署控制權後會有藥房「無盡地」增加產生。相反地在職業成員之決定中經濟上的考慮扮演決定性的角色。藥劑師將很難負起設立新藥房的責任，當行政官署基於藥劑師的利益，保護設立一間可以生存的藥房時（在受指責之政府決定中將之認為是行政之任務）。他至少能因此而指望，在經濟可能界限上設立的藥房經由行政官署，至少於其他藥房出現前，在即將遷入的地區內受到保護。在營業所設置自由下，藥劑師必須自己單獨判斷，此行號在經濟上的機會，也必須考慮到其他的藥劑師很可能也在相同的地點設立營業所。這要求謹慎的評估及市場的分析。另一方面藥師有許多各式各樣的機會利用其行業代表（藥劑師協會與藥劑師公會）及官署專門性的建議。由一些鑑定人所提出，不顧及所有經濟上之謹慎與理智的藥劑師「開辦之樂趣」，顯然是不可能的。此項情形是以一定程度的「經濟盲目」為前提，而此情形整體而言，既不在藥師此項行業亦不在其他種營業人身上出現，因為可以毫不猶豫地指望其具有判斷一間商店建立機會之能力——即使是在缺乏經濟基本理論教育下——。不過也有許多鑑定人指出，藥劑師（平均而言）缺乏經濟上判斷的能力。一個確定之結論建立在如此一般判斷下是多麼地脆弱，可以清楚地從剛好相反意見的巴伐利亞邦內政部之意見得出，其將在一九五六年、一九五七年所發給之數目就申請人一般而言，事實上經濟上對新設藥房之可能性皆能正確判斷之證據。為什麼在目前所採取的許可制度下，此項正確經濟上之判斷可以導致提出

申請之決定，而在營業所設置自由下無法確定設立新藥房之決定，這項情形是令人難以理解的。另外—不考慮個別地方的或屬人關係之情形—還有一些一般的環境因素使得在設立自由情況下藥房將會無限增加之事無法顯示出可能之結果：

- (a)當將從一九四八年起藥房數目顯著增加之事實認為是在整體而言一項快速經濟繁榮過程之結果，則在此項發展中猛烈的先前速度緩和下來時，在此項職業成員經濟理智觀點下，設立之數目應會減少。在藥房銷售額增加上所反映出一般性的繁榮景氣，至今仍能導致對新設立藥房之展望有非常樂觀之判斷。因為專業性之機構對景氣之發展經常性地加以報導，因此藥劑師會忽視繁榮減緩徵兆一事，是無法令人接受的。
- (b)藥房之設立需要許多投資。依鑑定人之預估，一間新設立的藥房至少需要投資五萬馬克（依此處特別專精的鑑定人Lauer的看法甚至需要七萬兩千至七萬五千馬克）。在藥房開業之前，行政官署必須對藥房加以驗查（藥房法第十二條第二項），因此對於規定藥房設備應具有之陳設及器具之條文是無法規避的。鑑定人繼續指出，一間藥房只能在預估有十五萬至二十萬馬克之銷售額下，才有設立之可能；在補充需要飽和後，如此程度之銷售額只有在例外情況下，才能加以保障。從此處可以得出，在設立一所新藥房時有多大的風險必須加以考慮。許多的藥劑師將會考慮，是否寧可選擇一個不是很好待遇的雇員職位。
- (c)職業後繼者的情況也指出了藥房設立數目之自然界限。在藥劑師此項職業中並沒有局外人；但另一方面對於藥劑師之訓練並沒有特別地培養另外一項職業，如藥房負責人、藥房合作者或是工業藥劑師。因此相當地容易理解數據上之發展。目前依鑑定人一致的判斷存在著後繼者缺乏的情

形，特別是缺乏已被准許開業的藥劑師，因此尋找必需的共事者人數(即使是超過一般薪資)或是在死亡事件突然發生時保障營運暫時維持，是相當地困難。此外也指出，女性大學生顯然佔多數，且比例不斷地升高；依經驗顯示，相對其他男性大學生而言，女性大學生成為自主的藥房所有人的情形，佔了相當小的比例。目前一年約有一千名許可的藥劑師開始進入該項職業，雖然可以滿足自然的新需要，但因為藥品工業及公家機關吸收了一部份人員和一大部份女性藥師結婚後退出，整體而言可以估算出後繼者情況之惡化(Drost 一九五七年在 Bad Wiessee 於德國藥劑師會議上之說明)。於如此事實情況下，在可預見之未來是無法接受後繼者將有值得重視之比例無法從事該項職業及經由所謂「過多」的人力，會廣泛地導致經濟上不理智設立傾向之看法。深一層而言，營業所設置法律上之規範以及由此所產生該項職業之展望，對後繼者情況之發展有重大的影響。如同在瑞士之情形，並沒有證據支持，長時間之後新進者不會與實際上之需要相符合。

2. 我們可以從在自由營業所設置下在大城市比鄉下或小城市會出現較多藥房的事實出發；此項事實是一種自然的無可憂慮的現象；其有明顯的理由。在大城市中一直都存有許多超過一般水平的銷售額之大藥房，因此一間新設藥房吸收一部份銷售額之機會相對而言較大或至少是有此種機會；在城市定居的人口比鄉村定居之人口增加的快。由於機動化之結果，經由上班族之來來往往及旅遊交通所導致的交通流動量不斷地增加。此項情形導致了，即使在巴伐利亞邦藥房法生效後對於城市所發給的營業許可也遠超過於鄉村地區。依鑑定人 Dr. Weidenbach 提供之資料，例如在一定期間內於上巴伐利亞所發給的四十件營業許可中，單單在慕尼黑就有二十五件，

其餘的又有一部份是在居民迅速增加的城市中。這也顯示，前往都市之傾向，依官署之判斷也沒有什麼值得憂慮的，至今也沒有認為已達到無法承受之程度，大體而言也可肯定地認為國民之健康並沒有受到傷害。追隨符合居民之流動，可以即刻證明為正確之決定；在此營業所設置自由比藥房遷移取決於行政官署裁量之制甚至更能適應居民人口密度的變化。一個已達一定程度飽和之都市內會有毫無計劃地新設藥房之假設，是無法成立的。上述會提及的經濟上考慮會阻礙此項發展，而使得申請人轉到供養仍然不足的地區；特別是幾乎沒有一個藥劑師會放棄在鄉下一定程度安全穩定之生活，而將其藥局遷移到都市。此外向城市擁擠的慢化現象亦也被觀察得知。

在瑞士亦可確定在大都市中心聚集許多藥房。依兩個鑑定人之判斷在郊區仍也存在足夠的藥房；相同地在鄉間居民的供養也被充分地保障，或許例外情形只存在於偏僻且具有稀少居民的山谷中，而此項地勢在德國幾乎找不到可以相提並論的地方。聯邦憲法法院並無法發現，經由在大城市中藥房之聚集，將會對正常供給產生破壞的徵兆，特別是在鄉村內較稀疏的藥房網路已經由日益改善的交通狀況加以平衡。若欲認為在國家境內一個不完全平等的藥房分配會危害到正常的照顧供給時，則巴伐利亞邦藥房法之規則並非足夠；合於邏輯的是必須要求重回到由官署自身決定，在何處設立藥房的個人特許制度。

3. 當於可預見之未來藥房無限制增加的危險—即是只於一個地方—並不存在時，則基於此項情勢所產生的憂慮則失去意義。有可能成為問題的是，是否因營業所設置自由相伴產生藥房急速之增加，造成了一項在保持現今規則下—雖然依目前的經驗顯示，此項規則也已導致及繼續造成不是不足道的藥房增加—不會發生的一般性危險狀態。在此處所假設的危

險法院認為是過於高估的。

(a)有人主張，許多藥房之經營能力在不正常藥房增加下，會減少到使其無法履行法律上規定之義務。即使完全不論藥劑師法律上之義務並非固定不變且在未來並非不可更改——在其他關係仍會提及——，也很難發現一個客觀的標準來判斷，究竟什麼時候已經達到了此項危險界限。遷入地區之最低人口數和依企業管理原則所得出的平均獲利率之界限，在此都已被證明為不適合。最低人口數已因許多地方之居民流動性強，特別是大城市與工業區附近，而無法再認為有依以往意義所謂藥房確定之「遷入地區」之存在，成為一項不可靠之標準。鑑定人藥物顧問 Dr. Weidenbach 也指出，在巴伐利亞邦依為標準的七至八千居民已包含了一個相當的安全差距，從此點可以間接地確認，在其他國家顯然以較少的最低居民人口數來作計算之標準（例如在法國，依鄉鎮之大小從兩千至三千居民）。

一般企業管理上獲利率之估計，在此項關係上，對法院而言，依其事物之本質只能提供一般的看法。每一間藥房之狀況依許多不同的因素而定，而這些因素中又有一部份根本無法用數目字的方式來加以評價（個人之特點、藥師家庭及其他特別的經濟關係疾病保險額之比例、將營業範圍擴及至慣常販賣物品之可能性）。因此無法將一特定之銷售額度認為是危險的界限，而未達此項銷售額之藥房即沒有能力履行其法律上之義務；實務上顯示，低於此項銷售額的藥房中仍有可觀的數目繼續存在，也皆能善盡他們的義務。當然對於每個藥房而言，皆有一個最低的生存界限，在無法達到此最低生存界限時，客觀上是絕對沒有能力再去履行為使藥房正常營業所做的法律規定。一般而言是很難去期待，設立或繼續經營一間從沒有達到此項銷售界限的藥房。不允許立法

者價據藥劑師個別可能的，於經濟上完全不理智之決定，將之作為一般許可限制之基礎。作為一般常規的應是藥劑師於經濟上考慮時，會對個案之因素充分地注意，因此一般而言只有在銷售額明顯地超過「絕對的危險界限」時，才可能設立藥房。

最後也無法一般性地認為，獨自工作的藥劑師客觀上無法確切地善盡其法律上之義務。這些與佔非常多數的「個人—行業」（依 Drost 之說明約百分之五十，依鑑定人 Prof. Dr. Schlemmer 的估計，在巴伐利亞邦至少三分之一）顯然不合，在他們之中，絕大多數都沒有可以引起指責的情形。

個人—藥房一直佔有相當多的數目，特別是在個人許可制度下（一九三六年在巴伐利亞邦，八百三十一個藥房中有三百七十三間）。巴伐利亞邦的藥房法也應導致它的增加，當一依內政府之說明與現行實務相符—只要新設和已存在之藥房仍有履行正常藥房營業能力時，則新設藥房將一直被允許。「個人—藥房」的存在，至今從沒有被認為將對居民之健康產生危險；相反地有人認為此乃個人特許制之優點及引導性營業所設置自由可稱讚之處，即基於藥物供養之利益，使依位置關係只有「個人—藥房」可能的鄉下地區亦有開設藥房之機會。這項情形即出現在訴訟提起人適用巴伐利亞邦藥房法時，行政官署基於居民藥物正常供給之利益，提供訴訟提起人承受一間約有五萬五千馬克銷售額之鄉間藥房的機會。此外只要在一處有許多「個人—藥房」並存，則對於「個人—藥房」大部份之疑慮則就不存在了。在此「個人—藥房」亦能與其他藥房享有順序性的調和，藥師們能有足夠的休閒時間及必要的休假（經由短暫的關門或代理）。「個人—藥房」急速增加值得憂慮的危險只能從兩方面產生：首先營業所設置自由可能勸誘「個人—藥房」在目

前「單人一藥房」已陷入經濟困難或是剛好還勉強能生存的地區設立。在此處更應適用上面所提經濟上的考慮，因為——如同所有鑑定人一致的說明——在鄉下或小城市設立藥房的傾向已經很小，也因此對於設立可能性愈是值得懷疑的，設立的傾向則愈小。另外一項危險可能在新藥房將現存的大藥房壓迫成「個人一藥房」時產生。此項發展，並不能——如上所說——經由藥房法第三條加以排除。

如果將藥房法第三條第一項字母b解釋為鄰近藥房之經濟基礎只在下列情形下才視為受到侵害，即其經濟基礎被壓迫至「個人一藥房」通常水準之下時，則人民可以假設，法律對於在將來應只有「個人一藥房」存在之情況加以忍受。但此項法律並不應如此加以解釋。此已可從下列得出，即許可官署相當廣泛地依靠特別含有安全因素之原則數目——如上所提——，當依此項基礎允許時，則會有許多不同大小的藥房依地區之位置和藥師個人之幹練並存著。也可以說一間現存大藥房之經濟基礎於第三條第一項字母b意義下，當其銷售額因其他新設立之藥房「顯著」地減少時——沒有一個相符合一般費用降低之可能——，即可能已受到侵害，而不須其被壓低到接近「個人一藥房」一般銷售額的水準時，才認為受到侵害。即使藥房法第三條第一項字母b對於現在藥房生存之保護不僅只是在使其維持「個人一藥房」的水準，但新藥房允許設立在與現存大藥房必然有競爭的地區也是有可能的，因此隨時間的經過，由許多「個人一藥房」取代一間或少數大藥房之情形亦是有可能出現的。基於巴伐利亞邦法律之觀點，「個人一藥房」是絕對無法加以指責的。

在此亦不能忽視，現代化的發展使得單獨工作的藥劑師較易完成其職業義務：為有利於出售已包裝好工業化的藥物產品所對於依藥單製造藥物之要求減少的情形（依鑑定人

指出，依藥單製藥之情形平均而言只佔銷售額的百分之十，有人甚至認為「依藥單製藥」的情形幾乎完全消失了，例如Kranzfelder一九五七年在Bad Wiessee德國藥師節上之發言），對藥劑師而言表示著可觀的時間節省。因此，如所有鑑定之表示，對其所交付藥物保有無缺點狀況的審查義務在實際上不再占有重要的地位。經由現代化交通工具容易到達其他藥房及批發商分貨處之情形，使得小商號之所有人擁有一處簡單合理的儲貨地點；依巴伐利亞之法律因此不必再規定一特定系列之藥物，藥師只必須保有保障一個正常藥物供給所必須之藥物的相符合數量。

- (b)聯邦憲法法院無法確信，營業所設置自由將帶來對藥劑師職業道德如行政機關所憂慮的一般性傷害。競爭本身的變為激烈可能帶來逃避對銷售額有不良影響的法律規定之誘惑。但從此處並不使得國家—當它基於公益理由對於一項職業賦予導致成本增加的負擔時—成為該項職業如此意義下的「債務人」，即它必須保障該職業成員的最低收入。如此之負擔存在於許多職業中；每一個從事該項職業的人，都必須在為其職業機會做一般經濟上的估算時，將此項負擔考慮進去。

在藥劑師此項職業中，相對於忽視職業義務之誘惑的反對力量特別有效，特別是傳統上相當崇高，經由嚴謹教育所培養的及對於後繼者所傳達該行業之職業道德，而這些是藥劑師們社會上聲望之根據。這些將經由在巴伐利亞邦長時間中斷而已再重新設立的專門職業法院加以維持和有效地保護。即使是在沒有專門職業法院的時代，特別是在營業所設置自由的時期，大體上而言在巴伐利亞邦並沒有任何有關職業道德嚴重低落的公開譴責存在。固然有違反職業義務的情形發生，但此項情形發生在每種職業上，也無法證實此

種違反情況在藥劑師此項職業中特別頻繁或甚至可認為已達到危害人民健康的程度。鑑定人 Prof. Dr. Schlemmer 總結地指出，在目前並無法確認有特別的缺失存在，鑑定人 Dr. Danner 又指出，即使在瀕臨破產的藥房也無法察覺違反義務之情形有顯著的增加。相同的情形也出現在瑞士，雖然嚴格地來說在瑞士並沒有所謂的專門職業法院。

立法者引用此方面的憂慮作為限制職業進入的動機是無法令人信服的。

(aa) 其他自由業也存在著職業道德低落之相同危險，雖然如此卻不認為對營業所設置之限制是必要的，特別不在醫生此項職業，雖然不被允許辦保險診病的職業成員被限制於只能診治相對而言非常少沒有保險的一部份人民。在醫生與藥劑師之間針對此點嘗試去指出其有顯著之區別的努力，是無法令人信服的：藥劑師為保護在其行號中所重大投資之業務上財產價值，相對基本上以投入個人能力而工作且經濟上較易移動的醫生，較難決定放棄一間毫無盈利的行號，相反地寧可用不正常之方法繼續經營下去。此項觀點並非毫無任何理由；但對醫生而言，特別是老醫生，放棄開業和重回一種依賴之情況（只要仍是可行）絕不是一項容易的決定，他首先可能試著藉由不正常之方法，提高自己之收入來設法逃避此項決定。另一方面可以說一位對自己行業之義務加以侵害之醫生，相對藥劑師而言，對人民健康所產生之危險更大更直接；最後專門職業法院以及一般的刑法、責任法之嚇阻和教育效果，基本上對此兩種職業是相同的。

(bb) 對於職業義務之違反並不全全一定是經濟陷於困境的結果；職業成員常常在受保障的工作職位上，基於利

潤之追求而違反其義務。此類事件必導致個人受到處罰，在一定情況下更應將該犯罪人排除在此項職業之外。但它並不能作為拒絕一個道德上毫無缺失之申請進入該職業的理由。

- (cc) 當立法者真的憂慮，在藥房銷售額減少至某種由經驗得知之程度下，藥劑師將會面臨違反其職業義務的危險，則他必然地須對現存藥房之經濟發展經常地加以監督，且特別是在每一個營業許可新發給之前，於繼承及出賣藥房時審查，是否所要求的最低銷售額仍受到保障，是否申請人自己在財政上仍有能力。但如此的審查卻只發生在新設立的情形，而且甚至審查一項只基於預定銷售額估計所產生相當不確定的基礎。因此訴訟提起人能有理由認為下列之情形無意義，即行政官署拒絕他在由他選擇的地方設立藥房，卻建議他承受一間現存的藥房，而此藥房顯示出較訴訟提起人所計劃藥房預定達到的銷售額為少，總之是一個行政官署認為仍是遠離危險界限的銷售額。

4. 在營業所設置自由下所期待之藥房增加而導致藥物供應過剩、傷害人民健康之危險，是無法用事實證明的。戰後藥物之使用到處都是增加的。鑑定人將此歸諸於一般日常生活習慣的改變，大多數人民生活水準的提高及與經由製藥工業所產生藥物大量供應相關連醫療方法之轉變。雖然如此在德國並沒有產生至危險程度的「藥片癮」。在人們相信可以確定有象徵表示過量使用藥物的瑞士，鑑定人 Dr. Sauter 明白表示，此項情形決非因藥劑師營業所設置自由所造成。當他繼續認為，此種情形乃是經由太多的販賣場所（藥房、藥材店及其他商店）所促成，則很明顯地限制其他販賣場所之數目應較限制有交付藥物自然獨佔權的藥房數目為優先（一九五八年三月二

十一日聯邦最高法院之裁定)。

VI

由立法者在藥劑師營業所設置自由下所擔憂的危險，如上所述並無法顯示出其可支持對職業自由做最劇烈的限制——在維持現行藥物及藥房法規下——，即禁止一個完全有資格能力之申請人經營自主的藥房事業。如此之結果亦可間接經由下列說明得到證實：立法者對依其認為應導致藥劑師營業所設置自由限制之危險，在此危險事實上相當具體時，仍無法有效地加以防止，雖然他可以採取就人民藥物供給範圍之職業從事而言，仍停留在純屬職業從事和職業許可主觀前提要件之規定，而不侵害到依基本法第十二條第一項基本人權最欲保護之領域。

1. 不正常或不合規定之藥物交付，販賣有缺失及傷害性的藥物以及與藥物濫用相關的危險，不允許一直到了藥房才開始加以防止；因為在目前經濟關係下藥房並非原本的也非基本的危險源。

(a) 依歷史之發展——在 III 1. 已提出——藥劑師行為之重點首先是在製造藥物，而藥物之交付只是行為的結果或兼職。與幾乎在所有自然科學革命性發現相接連的經濟發展，促使——在學術上相當傑出之藥劑師協助下——在十九世紀出現了重要的工業化製藥。(Kalthoff 於一九五三年在“製藥工業”第二號所著之“藥劑師於製藥工業”第四十三頁以下)。在今天所到達的境況已導致了藥房結構之變化：除了剩餘很少一部份藥物由藥房生產外，皆移轉到工業生產。因此自古以來伴隨藥房地位所產生的危險也移轉至他處，同時在範圍上也有重大的擴展。雖然如此，並沒有一項可以有效防止人民健康遭受此種危險之法律規定。相對其他營利事業而言，製藥工業並沒有擁有特別的地位。製藥工業是

依經濟上之觀點加以工作的事業，也受到一般有效地企業管理上合理性之約束，並試著經由經濟上獲利率地位之保障，來履行生產、經營及需要特別花費之研究財政上相當大的需求（Laar“製藥工業”一九五四年第二號第三十七頁以下）。

一個地位崇高的製藥工業本身並不會帶來對於人民健康之危險或是僅帶來極輕微而不被立法者注意之危險，此項觀點可能是正確的（Laar 前揭文）。這項情形也應適用於「地位崇高」的藥劑師。決定性的問題應取決於如何來應付由於個人不可靠及客觀上不適合之企業滲入所產生的危險，以及為保持企業獲利率不惜任何代價，而將藥物只視為工業產品且將人民健康之觀點加以忽視所產生之危險。聯邦內政部在一九五一年一月三十日在聯邦議會回答一個質詢時指出了如下的危險：生產所有在藥房交付之藥物達百分之八十的德國製藥工業擁有相當高的技術水準；但在這些重要的公司外，在此領域內仍有許多中小型工廠存在，對於他們的產品仍須在衛生及專業觀點上加以監督（聯邦議會公報一九四九年，第一屆，第一八六六號）。但卻沒有法律規定此種監督。在製藥工業上班並不取決於個人可靠性以及企業主專門知識之審查，亦不審查是否有合適的工作地點存在——而這些是對於相對而言範圍縮小許多的藥房製藥，基於健康之保護，一直認為是必須的前提要件。

如果在此已存有對於國民健康潛在日益增加的危險，則此危險更將因目前缺乏一個有效審查在市面上流通藥物之機會而升高。因戰時經濟於一九四三年二月十一日所頒布有關成藥製造之命令（RGBl. I S. 99），具有禁止製造新成藥之效果。且在第四條授權帝國內政部部长，在取得帝國經濟部部長同意後，可以允許禁止的例外情形；此項命令法律上之

效力有爭執。且在實務上不再被嚴格地適用，為鑑定人參事 Dr. Danner 和 Prof. Dr. Schlemmer 所證實。一九五六年五月十二日由內政部長提出之藥房法草案中之「暫定理由」只限制地指出，此命令中並不含有基於何種前提要件下一個例外的許可必須發給或拒絕的條文。

製造人對其生產之藥物也沒有說明的義務，這如鑑定人 Prof. Dr. Schlemmer 指出是藥房立法中最大的缺失(Blanke 一九五七年在 Bad Wiessee 的德國藥師會上之說明；“製藥工業”一九五四年第二號第四十二頁以及 Urdang-Dieckmann 前揭書第九十三頁)；在藥房內對許多藥物之審查因此實際上是不可能的。最後德國藥典保障所使用之材料應具有無瑕疵之品質與性能的條文，對工業製造的藥物以及特製品並沒有拘束力。

對於因藥物製造場所產生變化所導致的新危險源，亦可在不侵害到相關職業的職業選擇自由下採取法律上之防衛措施。

- (b)如上所指出藥物使用增加的原因大部份應在生活環境及生活習慣的改變中找尋，即因戰爭、營養不良、房荒所引起身體及精神上之傷害。由於工作步調加快所引起身體及精神上的耗損，藥物本身某種程度之改變，最後經由醫療保險制度所增強的社會健康保養。當除這些原因以外為仍憂慮日益增加的販賣藥物場所亦能促使「藥片癮」成長時，亦不允許忽視藥物之販賣不僅侷限於藥房這項事實。除了一九二九年十二月十日鴉片法之特別規定—RGrBl. I S. 215 和規範需藥單義務一九四一年三月十三日之行政命令—RGrBl. I S. 136 及規定必須在藥房才能販賣之貨物一九〇一年十月二十二日之行政命令—RGrBl. S. 380—外，藥物亦允許在藥房以外的場所出售。

如鑑定人 Prof. Dr. Schlemmer 指出，此項情形於可觀之範圍內出現（Kranzfelder 一九五七年於 Bad Wiessee 在德國藥劑師會上之說明）。依德國工商會議之調查，一般交易觀念認為藥物之販賣基本上屬於藥材店之概念要素；因此一間藥材店必須除了各種藥材、藥草、可自由販賣之藥物、包紮的材料、化學藥品外，仍要擁有衛生用品，更進一步的是（在鄉下地區）動物的藥品。在此也要指出，在規範零售業職業從事之法律生效後，日常生活用品店內所謂的「藥物架」亦有顯著地增加。由於聯邦最高法院之判決（BGHZ 23, 184），藥物生產者最近轉向生產含有明顯治療能力材料之「預防性藥物」—只要不使用具藥單義務之材料—，而此項藥物則應可在藥材店或其他販賣處所自由地販賣（一九五七年於 Bad Wiessee 之德國藥劑師會議上由德國藥師代表所組成之工作小組於其大會上所接受的建議第二號“藥物法與藥物之流動”第五頁；Blanke 前揭文第二十二頁；藥物報一九五八年第二百三十四頁；新預防性藥物之自由販賣 s. Marcetius NJW 1957, 939）。

特別是因為一九〇一年十月二十二日所公布的藥物命令有許多解釋上存疑之處，導致了「藥房義務」之界定具有相當大的不確定性。聯邦最高法院在上面已提出的判決中指出，此項存疑存在已久並補充（第一八九頁）：不清楚、無系統且一部份專有名詞充滿矛盾的藥物命令規定，依本庭之確信是無法從該命令之架構得出對於在此須加以判斷之問題的解釋基本原則。此項命令部份修修補補的性質……幾乎無法從系統上或技巧上得到結論。

除鴉片法之保護效力及（不足夠的）特定藥物經由藥單和藥房義務加以保障外，特別常常被濫用的藥物也能經由任意增加的販賣處所自由地出售，而沒有任何階段—生產中，

經由批發商繼續交付之過程或零售商販賣時—有法律保障一項預防性的健康保護。在此處也缺少一項特別的保護效果，而此種效果在將藥物之交付只限制在藥房時已經可以從下列事實產生，即藥劑師在被允許開設藥房之前，必須接受詳盡的多年的實務及學術上的訓練。

在藥房之外可隨意增加之販賣場所自由出售藥物之情形，可以因為在這些地方原則上能不受限制地允許對大眾做廣告，對醫藥的使用產生持久的影響。一九四一年九月二十九日公布的廣告於藥物領域之警察命令(RGBI. I S. 587)其法律上之效力被否認(BGHSt 5, 12; 8, 360 以及 BVerwG in VerwRSpr. 7, 349)；從此處產生的法律不確定狀況導致了聯邦製藥工會所有的理事會在一九五三年三月四日本身公佈了適用所屬企業的廣告方針，因為「除了該項警察命令之適用可疑外，……此項命令亦無法阻止錯誤及失策的出現和擴大(製藥工業一九五三年第二號，第四十七頁至四十九頁)。即使是認為該命令有效，廣告仍在相當廣的範圍內被允許。因為除了可以引導錯誤及一定形式的廣告不被允許外，只有對於須要藥單的藥物和一些特別列舉的藥物加以限制。隨著製藥工業之廣告可能性帶來對人民健康之危險，可以從「製藥工業」雜誌一九五四年第二號第四十一頁的說明中得出：與人民敏感度或密集砲火式吹噓相關之事，製藥工業在多數他們的廣告中並不詢及公眾之意見；只要一個非專業之廣告播出，首先即在醫生方面遭遇困難，則大部份歸咎於在醫藥管理上不成問題之藥物，其結果造成醫藥保險機關之負擔。在此有些地方並非妥當且試圖經由錯誤之說明來利用無知的情形而可能導致健康的損害，這是當然無法否認的。」

依帝國營業規則第五十六條第二項第九號之規定，為防止藥物之濫用，禁止在流動攤販上出售藥物。所允許的是

用自由交易所決定的訂購藥物之尋訪。此項也一同藥物法「暫定理由」中所提及—導致了可觀的弊病。

2. 藥房制度本身範圍內也可能於製造藥物和藥物流通過程中，對於人民健康產生危險，而可經由依基本法第十二條第一項第二句制定有關職業從事之法律規定深入且廣泛地加以排除或減低，而不須影響到職業自由基本人權最欲保護的領域。
 - (a) 首先可以想到的是在巴伐利亞邦經由一九五七年七月十五日之法律 (GVBl. S. 162) 重新再探行的專門職業法院。藥房職業地位的一致性，藥房內之共事者與工業藥師亦在內（在許多藥劑師公會選舉規則中明示出：一九五四年一月二十九日醫師、牙醫、藥劑師、獸醫萊因—法耳斯邦關於其公會之邦法律第三施行法第十六條；巴伐利亞邦藥劑師公會選舉規則第四條第一項最後一句），可以藉由法院之幫助，將不可信賴之因素在其損害性，此處特別是危及健康的行為時，干涉其職業從事之方式，甚至有時將此行為解釋為「無職業上尊嚴」。此項措施—與營業所設置自由之限制不同—才能針對真正的危險源，而不論此項危險是來自一個自主的或非自主的藥劑師。一個真正有效的專門職業法院也可以在承受或重新開設藥房時對違反該職業的行為加以防止，例如當藥師在籌措財政上資金關係上同意接受某項約束，而此項約束與無缺失的藥物製造及交付不合時。
 - (b) 經由職業從事之規則立法者不僅可以阻止同一人管理，甚至還可以防止取得或佔有數間藥房，只要基於人民健康之保護要求藥劑師須自己管理自己的藥房以及藥房本身基本上不因另外的行政或租金費用而增加負擔。當基於健康保護之理由而應將藥物販賣處之增加加以減緩時，可以再進一步，依基本法第十二條第一項第二句之規定法律將藥物之販賣基本上完全保留給藥房 (BGHZ 22, 167 [174-178,

180])；積極的教育訓練，基本上販賣限制在傳統屬於該行業之貨物，以及禁止經營多家商號，已可阻止「無限制」的行號增加。一方面為保持職業上的可靠性應限制藥劑師開設藥房的數目，另一方面卻允許在藥房之外可以出售適用於人和動物之藥物，而其範圍之大又足以危及許多藥房特別是於鄉間藥房的生存，此是沒有道理的。(Kranzfelder 一九五七年於 Bad Wiessee 在德國藥師會上之談話，前揭文第三十八頁)；因為依立法者的觀點，藥房生存之危機應可危及正常藥物之供養，也因此而危及國民的健康。

- (c)基於保護藥房生存所要求之經濟上特別負擔，可經由立法者加以減輕。不過基本上和聯邦行政法院相同(BVerwGE 4, 167 [174 f.])要求每一位申請或設立新藥房者必須事先就將此種經濟上之重要性預估在內。除此之外，於目前的交通狀況下，經由批發商可以在沒有特別困難及許多時間損失下，購置幾乎所有的藥物—稀有之藥物亦在內，因此諸貨處所的安排可以更靈活的加以設計。此外在不違反基本法下，亦能賦予批發商在周末或星期假日對於藥房之特別需要亦應服務之義務。
- (d)在符合現今藥物制度發展下，藥劑師之審查義務在不危及居民情況下可以加以限制。目前所存形式上之義務實際上只在極小之範圍內被履行。Kalthoff 於一九五四年第二十三號第四百八十八頁德國藥劑師報針對此事時曾提到：「在此涉及的是基於技術時代的發展，在藥房這項領域也是無法避免的。此僅就下述之急迫需要可以得出，即唯有透過藥物工業化之製造才根本能滿足十年來一直增加的居民需要之趨勢。對許多與現代化製藥研究發展相關連的化學上複雜、合成及高度有效之藥物材料、製藥上之處理、分析的檢查，需要一些技術上之前提要件，如每個藥劑師所知這

些在公眾的藥房之實驗室裏是沒有的，且在此處也——從純經濟上之原因已可得出——不可能實現的。客觀觀察下，每一位藥劑師也必須承認，如此之發展絕不會對經濟上之形成有不利的影響」。

依以前普魯士藥房經營規則第三十(a)條規定外面包裝具有「機關包裝」印記的成藥（特殊藥品）只允許在包裝沒有打開下才能交付。巴伐利亞邦的藥房管理辦法廢棄此類條文，但依其第十八條之規定，藥劑師必須在所有的成品中做抽查式的檢驗，以確認藥物之品質，特別是確定沒有解體、變色、氣化、或其他改變的情形出現。此種抽查式的檢驗既無法可望認真地實行也無法真正有效阻止對人民健康所產危險。在此只有加強監督藥物製造過程與藥物批發商才能有所改善，也因此藥劑師對成藥之審查義務僅侷限於在他自己所持有下的時間內。在沒有任何說明義務下是無法期待要求藥劑師做完全的審查。

3. 對目前有關適用所有藥劑師的存貨保持及審查義務之規定所產生經濟上和個人上負擔之減輕，將對一直重複提出「個人—藥房」在鄉間或小城市之困難產生特別的影響。如上已指出（V 3），即使是在遵守藥房法第三條下，許多此類的藥房一直都存在著，同樣地目前從此處也不用擔心——因為目前的交通狀況——會出現對居民嚴重供養不足的情形。立法者可以減輕此類藥房之負擔，特別是人員上的考慮。是否可期待製藥學之候選人為使其訓練更為完備，特別是基於經濟上之考慮，在授予核准開業許可之前，必須在「個人—藥房」有一段工作經驗之問題，可以暫時擱下。為使在一個地方獨自工作的藥劑師有可能擁有適合其經濟狀況並基於健康保護利益下不可缺少的休息，也許可以建立一項更廣泛的代理可能性。因此對下列之建議應是幾乎沒有任何疑慮的，即當真正有需要

時一如上所提於鄉間一面臨考試的助理人員應可暫時性的，且在通知有關的醫師下亦可長時間的加以代理。

4. 上述所指立法上可能措施的指示並非表示聯邦憲法法院想給予立法者一般性立法上的建議；這並不是它的任務。但為了能勝任儘可能有效地保護基本人權之義務；法院必須表明，對職業選擇自由基本人權最欲保護之範圍必須一直到有下列情形時才可考慮加以限制，即當一項經由上述措施欲防止的危險不能經由其他的，基於理智考量後可能的且不限制或非同程度限制基本人權之法律規定，加以防止或減輕時。由於在藥房法領域內使用最強烈手段的許可限制是德國的傳統，而同時如上所述依基本法第十二條之規定事先必須用盡其他法律上之可能性，因此更顯得有必要加以表明。立法者是否願意採取上述所提出之措施，將選擇何種措施和將依何種順序加以實現則當然是立法者之事。法院只是限制在指出已經於公開討論（至少在鑑定人圈子中）中出現，甚至已有部份已被採行，如上所說在整個環境中顯示可能的措施。

因為在此領域之立法權限部份屬於各邦，部份屬於邦與聯邦之競合立法權，巴伐利亞邦的立法者當然不能因為在此所提出的可能性，只能在當聯邦使用其立法權時才会有有效的改正，但由於缺乏如此的一項聯邦提案，邦立法者被迫強烈地侵害基本人權的領域。此種的提示相對於職業自由之基本人權是不被允許的。基本法第十二條第一項在關於職業從事法律上之規定並不區分聯邦與邦法律。聯邦憲法上基本人權之一體適用相對聯邦立法如同邦立法受到相同的保護。聯邦和各邦不允許經由援引其缺乏此項或其他措施之立法權限，使其對基本人權更強烈之侵害成為可能。相反地當涉及既屬聯邦又屬各邦法律之國民基本人權保護時，則聯邦與各邦的立法者將被視為一體加以處理。

VII

聯邦憲法法院在此項程序中並沒有決定，何種經營制度對藥房而言在法律政策上較為優先，只是對於巴伐利亞邦立法者事實上所採用的制度是否符合基本法加以決定。法院必須對此問題加以否定之回答；依法院之確信目前只有營業所設置自由一理解為客觀之許可限制不存在一符合憲法之狀況，這也是聯邦行政法院所採取的基本立場（BVerwGE 4, 167）。繼續要求經營藥房需要許可且此許可取決於是否滿足一定的主觀前提要件（如藥房法第二條第一項）是當然之事，也從前述之說明可以得出。

聯邦憲法法院知道許多藥劑師們拒絕營業所設置自由。大體上就此項立場而言，行業地位之保護，保有傳統水準之主張對職業政策之考量有決定性的作用。但當依基本法第十二條第一項基本人權最欲保護之領域出現問題時，則這些觀點必須退卻一完全不論對於出身相同的後進者施以職業封鎖是一項在職業政策及行業道德觀點下值得疑慮之措施。如此行業政策上之考量一般地無法認為有理由；由於上述的說明（IV 3 和 VI）此項考量可以合法化在基本人權保護的其他階段裏所採取之法律規定。

藥房法、藥物法和藥物價格法處於一個無法分離的關係，因此無法將藥房法單獨規定而不同時將其他的法律領域重新規定，此項主張已被反覆地提出，鑑定人 Prof. Dr. Schlemmer 亦是。客觀上及法律政策上此項主張應是正確的。聯邦憲法法院不能對於一項違反基本人權之侵害暫時地允許或允許至立法者使用基於其裁量的其他可能性時。

如上所述藥房法第三條第一項為違憲。因此上巴伐利亞政府基此條文所為之處分侵害到訴訟提起人基於基本法第十二條第一項所享有之基本人權，並且應加以撤銷。同時於判決中宣

佈藥房法第三條第一項為無效—也包括與第一句處於無法分離的第二句—(聯邦憲法法院法第九十五條第二項和第三項第二句)。

關於「立法者應受平等原則拘束」之判決

——聯邦憲法法院判決第九輯第二九一頁以下一
九五九年五月二十日

譯者：張懿云

本程序乃係聯邦憲法法院對巴登—伍騰堡邦(Baden-Württemberg)一九五六年二月六日的消防法第三十八條第二項第一句的憲法審查(見法律公報，第十九頁)。

1. 將(1 BvL 1/58) (1 BvL 7/58) 此二程序，予以合併審判。
2. 巴登—伍騰堡邦一九五六年二月六日所制定的消防法(Feuerwehrgesetzes)中，第三十八條第二項第一句無效。

判決理由：

I

1. 巴登—伍騰堡邦於一九五六年二月六日公布了消防法。依該法之定義，所謂「消防隊」係指「鄉、鎮(Gemeinde)的一項公益的、緊急救護的設備，其不具有法人的性質」。各鄉、鎮必須以自己的經費，設置、裝備並維持一個有效率的消防隊。鄉、鎮的消防隊可以是一支志願的或職業的消防隊；對於一些特別容易引起火災或爆炸等的企業及單位，甚至得(können)責以自費設立工廠消防隊(Werkfeuerwehr)之義務。

志願的消防隊是由年滿十八歲、身體健康且擁有完全公民權利的當地居民，在志願參加的基礎上所組成。如果自由登記的人數不足，則鄉、鎮得徵召鄉鎮內所有「適合擔任消防工作」的男子為「義務的消防隊員」(Pflichtfeuerwehrmänner)。

但若由於個人或職業上的原因而無法期待勝任此消防勤務時，則可免之。原則上，此項義務直至受徵召人年滿六十歲時為止。

依該法第七章(「經費的籌措」)，第三十八條關於徵收「消防分攤金」(Feuerwehrbeitrags)的規定：

第三十八條

- (1)各鄉、鎮得依自己所制定通過的自治章程(Satzung)，徵收消防分攤金。所得的款項必須繳入鄉、鎮的經費中且只能作為消防之用。
 - (2)有義務繳納消防分攤金的人係指，所有年滿十八歲至六十歲，並且在當年會計年度開始時、居住在此鄉、鎮內的男子。至於同時擁有數個居所之人，以與其消防關係最密切的鄉鎮，為繳納消防費用的依據。
 - (3)下列之人，不須繳納消防費用：凡隸屬於鄉、鎮消防隊，或任何一個登記有案的工廠消防隊，或曾經在這方面至少有二十五年以上貢獻的人，或是經過內政部許可的處理意外事件或急救組織的成員。
 - (4)每年所收的費用介於三至一百馬克之間。繳費時間在每年會計年度開始之時。收費的高低則依繳費義務人受消防保護的程度以及收入、財產的多寡而定。
 - (5)本法未規定者，以符合立法原意之精神，適用帝國租稅通則(Reichsabgabenordnung)之規定。程序上則按社區稅捐(Gemeindeabgaben)的規定辦理。
2. 在司徒加特的行政法院(Verwaltungsgericht Stuttgart)及貝本豪森的高等行政法院(Verwaltungsgerichtshof Bebenhausen)尚有一些行政爭訟程序懸而未決：一群因戰爭而殘障的人(Schwerkriegsbeschädigte)就鄉、鎮對他們這些人徵收消防費用的裁決，提出異議。這二個法院乃依基本法第一百條第一

項之規定，停止訴訟程序並申請聯邦憲法法院解釋，消防法第三十八條第二項第一句之規定，是否合憲。

3. 但（巴登—伍騰堡邦）邦政府認為，消防法第三十八條第二項並未違背基本法的精神。

司徒加特高等行政法院（Verwaltungsgerichtshofs Stuttgart）的院長表示：本高等法院認為從前伍騰堡的邦法律中，關於徵收消防稅（Feuerwehrabgabe）的規定，並未違憲。但由於目前這個消防法的制定，使得履行消防勤務的義務（Feuerwehrdienstpflicht）和繳交消防稅的義務（Feuerwehrabgabepflicht），這二者在法律上的關連，變得格外重要。因此欲對現行法予以評價時當有別於從前。

4. 由於沒有當事人參加審判程序，故可不須舉行言詞辯論而為判決。

II

提案的法院請求憲法法院審查、消防法第三十八條第二項第一句之規定是否合憲。提案照准。這個憲法解釋也同時適用於司徒加特的行政法院所申請的，要求對同法第三十八條第二項為憲法解釋。對該條文的解釋，會嚴重影響到法院的判決，因該規定一旦無效的話，則鄉、鎮徵收消防費之裁決，將同時失其法律依據。

III

消防法第三十八條第二項第一句的規定和基本法第三條第一項的精神不符（違憲）。

1. 要評定一個法律是否違反平等原則，必須先弄清楚，對於這個新制定的法律，是要賦予他什麼樣的任務，以及在解決問題的過程當中，其係採取何種法律手段。比方說，在具體的

法律規定之下，對一些特定事實的處理是「公平的」或「不公平的」；以及將此特定的事實列入法律構成要件或據此做成判斷，是「正確」或「不正確」的等等。惟有如此，才能判斷其特徵是否足以辯認而且「正確」，換句話說，就是要注意公平的要求(der Forderungen der Gerechtigkeit)。

就本案而言，訴訟當事人間對上述這個問題的看法並不相同。

司徒加特的行政法院認為，以前的消防稅乃是基於「對不能履行消防勤務之人所收的一種替代金(Ersatzgeldes)」。

而現行消防法則將消防稅看成是一種消防分攤金(Feuerwehrbeitrag)，而很清楚的脫離替代稅的理念。法院一直懸而未決的是，該把這個消防費用當做是一種「附帶目的的稅捐」(zweckbedingte Steuer)或當成是一種「法律意義上的分攤金」(Beitrag im Rechtssinne)來處理。若是前者。則純粹屬於事實問題，對不能履行消防勤務之人可做為課稅的客體；若屬後者，則與其他分攤金類似的情形一樣，被認為違反了平等原則(Gleichheitssatz)。參與訴訟的城市則主張，此費用乃是「依年齡和性別所收的一種限制性的個人稅(beschränkte Personalsteuer)」。

貝本豪森的高等行政法院則認為，此消防費用，「不能也不該是對不能履行消防勤務之人所收的一種替代金」。其乃是法律意義上的分攤金(Beitrag im Rechtssinne)，而非目的受限制的個人稅(zweckgebundene Personalsteuer)，無論如何皆已違平等原則了。

邦政府在開始時會很清楚的表示，本法把消防費用視為是「付款義務人做為鄉、鎮內消防之用的一種真正的分攤金」。之後又加以闡述：關於鄉、鎮規定的付費義務(Beitragspflichtigen)是合法的，因「此消防費用乃是對無法勝

任勤務之人所收的一種替代給付(Ersatzleistung)」；這個法律條文是清楚且前後一貫的。「因為徵收此消防費用的基本出發點是為了要給從事消防工作者作為補貼之用」。因此不能認為其有違平等原則，相反地，此消防費用還應具有法的地位。

2. 當初制定這個規定的背景因素已經不清楚了。

只知當時邦政府草案的理由書(見Landtag von Baden-Württemberg, 1. Wahlperiode 1952 bis 1956, Verzeichnis der Beilagen Bd. 111 Beil. 1055)，第三十八條中已經提到了最關鍵的第二項，而且更在以後的法律中成為正式的條文(見第一三二一頁)。該條文的規定是：

(1)這個消防費用取代了至目前為止有效的消防稅的地位。至於是否徵收，則由各鄉、鎮自行決定。

(2)之所以要創設這種「付費義務」(Beitragspflicht)的基本構想是：如果各鄉、鎮成立自己的消防隊的話，對於有義務從事消防勤務的男性居民，多少都增加了一份保障，基此，他們應依自己受消防保護的程度以及收入、財產的狀況，付出合理的金錢給付(Geldleistung)。原則上，只有確實履行消防勤務之人或年滿二十五歲、雖無法被納入消防隊員但却積極參與社區服務之人，才可免繳上述的費用。縱使依法律規定可免除消防勤務，並不等於同時也免除了繳費的義務。至於其他救難組織的積極成員，在繳費規定方面也可比照消防人員的情況辦理。至於哪些組織或在什麼條件之下，其成員可免除繳費義務，則委由內政部另以法規命令(Rechtsverordnung)定之。……

在邦議會第八十七次會議，第二次諮詢會議討論此立法草案時(見Protokollband 5, 第四二三五頁以下)，採納了另一種見解。依該提案者的意見應是(見上述，第四二四二頁)，「制定一個規則，使其至少能與自治團體的及其他的稅

法相配合，並使所有雖然不在消防隊上，但却享受到消防利益之人，負有相同的責任」。若依此見解，則這個政府的提案「已經不再是關於稅法意義上所稱的真正的受益金了，而只是一種消防義務的抵償而已，事實上、這種從事消防工作的義務，目前在許多鄉、鎮已經不存在了。」這樣的規定將會造成很不公平的現象，因其不管當事人享受消防利益程度的高低，皆使其負擔相同的責任。又在邦議會第八十九次會議，第三次諮詢會議時，政府代表指出（見上述，第四三二六～二七頁），這個政府的草案乃是「從現有的法律基礎出發」，把「消防稅」視為是對無法擔任消防勤務之人所收的一種抵償金(Entgelt)。若根據第二次的諮詢會議的意見，則會使一個(合法的)受益金變成一個(不合法的，蓋此立法權限不屬地方而屬於聯邦)個人稅。但此又與第二次諮詢會議的提案者所強調的正好相反（見上述，第四三八三頁），依其建議，此乃是自治團體稅法上所稱的「分攤金」，其不僅在法律上沒有瑕疵，而且符合社會公平的要求。在這個規定上，政府的見解又回到原來。

3. 至此，這個法律概念從立法方面來看並不清楚，由於有多種歧義，故必須審查是否合憲。

首先，若把「消防費用」視為稅法意義上所稱的分攤金的話，則使用這樣的稱呼，不但是要避免和從前的法律規定混淆，並欲借此突顯「其受消防保護的利益」，使之做為收費衡量的標準以及作為其所收取費用之使用限制。故依邦政府的意見，本法旨在創設一個「真正的分攤金」。

若如此，則此消防費用很明顯的違反了平等原則。

通常所謂分攤金的含義（包括租稅通則第一條第一項所稱的，§ 1 Abs. 1 AO）係指：「公共設施或活動的使用費或參加費」（BVerfGE 7, 244 [254 f.]）。決定的標準是看有無對待給付

(Gegenleistung)：公共團體(das Gemeinwesen)提供特別的設施以供使用，任何從其中得到特別經濟上的好處的人，就應該對此設施及維修付費。在文獻上經常提到的「傳統」的定義是一八九三年七月十四日制定公布的普魯士自治團體稅法第九條，做了以下的說明：

「鄉、鎮基於公共利益的要求，為了籌措設立及維修的各項經費，對於因舉辦活動而特別受到經濟上好處的地主及營業商號等、可以酌收費用。至於收費的高低則依享受到多少利益而定」。

這個對待給付的想法，主要是為了平衡受益和負擔。而這也正是「稅法上所稱的受益金」合法性的基礎。因此其必須依一定的法律形式，尤其是必須對繳費義務人的範圍、收費的標準加以規定。只有那些從鄉、鎮的設施中、享受到特別利益的人，才有付費義務；在消防的情形，最主要的是建築物的所有人，然後大約是承租人以及在土地上耕作的佃戶(Pächter)。在此觀點下，把付費義務限制在年滿十八至六十歲的男子，是不合理的。這樣的規定太恣意隨便了。令人無法了解的是，為什麼同樣擁有價值很高的房地產的婦女及法人就沒有付費義務；而沒有房產但有數位男性家屬的家庭、却得繳費。邦政府顯然並未忽略這種現象，它想藉繳納分攤金來平衡受益者所受到的利益，於此可見，鄉、鎮不以徵召人力來從事消防工作為主，而希望以收費來維持消防隊救災防火的工作。但僅依此，並不能使徵收(稅法意義上的)分攤金的規定合理化。就法律觀點而言，要決定是否有特殊的利益，乃取決於此特定的一群人能否合乎目的使用公共設施。(BVerfG，見上述，第255頁以下)。此外，在立法理由中曾經提到，凡是有義務履

行消防勤務的男子，都可以因為消防隊的存在而獲得利益，故此，他們所繳交的費用亦與「他們受消防保護的利益」(ihrem Interesse am Brandschutz)相配合。可見，在這裏已經把：免除個人的消防勤務的好處和由於消防隊之存在而得享受消防保障的好處、混合在一起了。但很明顯的是，這些人並不因有了消防隊而得到有別於其他人的特別利益；消防隊並非因為這些有義務服消防勤務之人的要求而設立的，它是用來保障那些有可能遭受火災危害的事物，因此事實上只有那些房地產的擁有者才是真正的受益人，而且也只有他們才應該繳付設立消防隊的費用。

關於消防費用(Feuerwehrbeitrag)這個概念，用了一個法律上很不清楚的字眼——「替代金」(Ersatzgeld)——來說明，而且把它稱之為一種特殊的稅(Abgabe eigener Art)，其特徵乃是：用繳費來抵償個人應服消防勤務的義務。因此依邦政府的說法，消防費用應該是一種消防勤務義務的抵償。既然繳費是用來抵償服消防勤務的義務，因此繳費的人就可不必受徵召了。這個付費義務的主要想法是，在自願的基礎，不能履行消防勤務，但其却屬於「有義務服消防勤務的男子」。所以此服勤義務同時也是一種刺激，使之能夠自動去登記。

根據提案法院的闡述，這個所謂的替代金只能看做是用來抵償服消防勤務之用的。按這樣子的解釋，只有年滿十八至六十歲的男子，才有被徵收消防費用的可能，因為只有這些人才有義務積極參與消防工作 (§ 12 Abs. 1 Satz 2 § 11 Abs. 1 und 2, § 14 Abs. 1 Buchst. a des Feuerwehrgesetzes)。但這樣的規定違反了稅法上所保障的平等原則及公平原則。另外，使這些人，尤其是因身體的殘障或其他類似理由，而無法經常履行此消防勤務者的家屬，使仍有付費義務 (§ 11 Abs. 2, § 14 Abs. 1 Buchst. B)。在這裏必須要指出的一點是，用什麼樣的法律

專門術語 (die Terminologie des Gesetzes)，來定義這些人的範圍，也增加了立法上的困難；因為在第十一條第三項中，稱這些人為「無能力服勤務」(dienstunfähig)，而事實上只是被評價為「不配服勤務」(dienstunwürdig)而已，免除這些人的付費義務是沒有道理的。

邦政府並且試圖對於適齡但無能力服勤務以及「由於年紀較大，因生理上的關係而無法服勤者」之間，在關於付費義務上做一個「基本的區分」，但這樣的做法，令人難以信服。如果那些因「自然的事實」(natürlichen Gegebenheiten，指超出年齡限制者)的人，都可免除付費義務，那麼那些因為生理狀況不適合擔任消防勤務的人，就更有理由免除付費義務。無論如何，應該比照整個巴登—伍騰堡邦從前的法律規定，對於那些因作戰而殘障者 (Schwerkriegsbeschädigte)，免其繳費義務。

原則上，此消防費用就是一種一般的個人稅。而只有在這個費用和消防的服勤義務沒有法律上直接的關連的情況下，才可以被理解為是一種稅金 (Abgabe)。依照邦政府的說法，此服勤義務僅僅是這個稅金的內部理由 (innere Begründung) 而已。這一項收費的名稱如何和為了達成消防目的而徵收費用 (die Zweckbindung des Aufkommens) 這件事情上，並沒有違背稅捐的性質。(BVerfGE 7, 244 [254 f.])；要確定目的稅 (Zwecksteuern) 和持續繳付的分攤金 (laufenden Beiträgen) 間的界限，眾所皆知是很困難的。

消防費用取代了舊法的消防稅 (請比較立法草案的理由 (1))，曾經在法院判決中，亦將其視為「個人稅」來處理 (尤其是在一九五四年十二月十五日，司徒加特高等行政法院的一個沒有公布的判決，Nr. 2 S. 73/54)；巴伐利亞邦的高等行政法院 (Bayerische Verwaltungsgerichtshof) 亦曾把邦中的一個鄉鎮

所創設的類似的「消防保護稅」(Feuerschutzabgabe)視為個人稅(Personalsteuer)。

但是邦政府並不想把消防費用當成是一種稅金(Steuer)。邦政府代表在第三次諮詢會議時就曾經對此加以警告：不要把消防費用當做是一種稅金，因為在這件事情上，邦並沒有立法的權限。先不管此觀點是否正確，仍然很值得推敲的，因為此費用本來就不是基本法第一〇五條第二項第二款所稱的，因收入或財產所徵收的稅金，縱使依消防法第三十八條第四項，在確定收費標準時已經「衡量」了義務人的收入多寡及財產狀況、亦同。(請比較巴伐利亞邦高等行政法院的判決，見上述，第八十頁以下)但對此並不須要做最後的定奪，因為即使把消防費用視為是稅金(Steuer)，也已經違反了公平原則。因為基於消防的目的所徵收的一般個人稅，其對象却只限於年滿十八至六十歲的男性居民才有繳費義務，很顯然已經違反了稅法所保障的平等原則了。對於沒有參與消防勤務的這些人，只有以「享受到消防利益」的理由，才能對之徵收消防費用。但這個利益基本上應該存在於每個居民的身上。所以這個基於消防目的所徵收的個人稅，基本上必須對鄉、鎮內所有的居民徵收才對——此又不同於(稅法上所稱的)受益金，後者只有在因為消防的存在而受到特別利益的人，才有付費義務。(請比較巴伐利亞高等行政法院判決，見上述，第八十二頁)。

4. 故消防法第三十八條第二項第一句，關於收費對象的範圍的規定，不論從哪一種意義來解釋此消防費用，都已經違反了平等原則。若視為稅法上所稱的「分攤金」的話，則收費對象僅限於因消防而受有特別利益的人；若視為替代金的話，則只能對有義務服消防勤務的人收取；若視為一般個人稅的話，則不該只是對年滿十八至六十歲的男性居民徵收而已。

這個規定顯然無效，因為聯邦憲法法院無法對此條文，

做出合乎公平原則的解釋。——在開始訴訟程序的客體的限制下——可以確定的是，將那些因作戰而殘障之人列入收費對象，是違憲的。因為至少必須先確定該如何處理其餘那些沒有服消防勤務義務的人，以及那些有服勤義務、但屬於超額部份人員的繳費問題。而上述的這些問題，首先都得先弄清楚消防費用的法律性質。因此對於立法者最重要的是，他們應該先確定，究竟要賦予消防費用什麼樣的法律地位，以及如何達到公平的原則。這個判決也會連帶的關係到，第三十八條這個條文的其餘部份在法律上是否站得住腳。可是這個部份的衡量，却不是憲法法院可以預先加以干預的。因為只要在基本法第三條第一項的保障範圍內（法律之前、一律平等），立法者可以根據各種可能性行使其形成自由（Gestaltungsfreiheit）。（BVerfGE 8, 28 [37]）。

關於「聯邦預算法之法規審查程序」之判決

——聯邦憲法法院判決第廿輯第五十六頁至第一一九頁

譯者：顏厥安、劉孔中

1. 聯邦預算法(基本法第一一〇條第二項)不僅確定預算案所包含之數額，而且同時同意預算案分配之款項，亦即授權政府將此款項支出於預算案指定之目的上。此種授權規定係基本法第九十三條第一項第二款及聯邦憲法法院法第七十六條所謂之法律，因此得依法規審查程序審查其合憲性。
2. 基本法制定者既建立自由民主的基本秩序，亦即贊成一個人民自由開放形成意見及意志之過程。此過程必須由人民而至國家機關，不可反其道由國家機關而至人民。國家機關原則上不得參與此過程(基本法第二十條第二項、第二十一條)。
3. 國家機關對此過程之介入，只有依據可在憲法上將之正當化的特殊原因，才符合基本法。
4. 若自聯邦預算補助政黨在政治意見及意志形成範圍內所從事之一切活動，則牴觸由人民自由開放形成意見及意志再及於國家機關之民主原則。
5. 基本法第二十一條以憲法的效力確認政黨之結構是自由競爭、自力發展而獨立於國家之外，故禁止將對於政黨財務持續性的補助變成國家的任務。

第二庭對於一九六五年三月十八日議決(聯邦法律公報Ⅱ，第一九三頁)之一九六五會計年度聯邦預算法第六個別計劃第二章第六一二項撥款三千八百萬馬克供政黨履行基本法第

二十一條所規定任務之部份是否違憲一案，經過一九六六年四月十九、二十、二十一日言詞辯論，作成判決。聲請人：黑森邦政府，由邦總理代理。訴訟代理人：律師……

判決主文

一九六五年三月十八日議決（聯邦法律公報Ⅱ，第一九三頁）之一九六五會計年度聯邦預算法第一條於授權聯邦內政部長依預算案第六個別計劃第二章第六一二項為基本法第二十一條之政黨任務支出三千八百萬馬克之部份，無效。

判決理由

A I

自聯邦預算補助政黨，首次規定於一九五九會計年度之聯邦預算案基於聯邦議會預算委員會的建議，第六個別計劃—屬內政部業務範圍—第二章第六二〇項規定五百萬馬克供「補助政黨之政治教育工作」之用。

對此款規定之說明是：

此款項應用以支持政黨履行其參與德國人民政治教育之任務：……

此款項可以轉用於下一年度。它暫時被凍結，只有得到預算委員會的同意才能支用。預算委員會於一九六〇年二月十日第一〇七次會議一致決議：

1. 第二章第六二〇項應供一九五九會計年度支用。該款項依各政黨在聯邦議會席位之比例分配給各在聯邦議會得有席位之政黨。
2. 分得之款匯入各政黨聯邦中央黨部之特別帳戶，由各黨二位

負責代表書面向聯邦政府證實收到供聯邦預算指定使用目的之用之款項。各黨支用該款項時自行負責，內政部不須指示特別的支用方針。各政黨最遲應於會計年度結束後六月內向聯邦審計署署長提出關於如何使用該款項之書面報告。

一九六〇年及一九六一會計年度之聯邦預算案亦為相同之目的提供相同金額之款項。其分配方式與一九五九年相同。

一九六二會計年度之聯邦預算案於內政部業務第二章第六一二項總共提撥二千萬馬克。除了第六一二項之一為「政治教育、工作特別款」提供五百萬馬克之外，第六一二項之二首次為「供政黨履行依基本法第二十一條所負任務之用特別款」提供一千五百萬馬克。以上款項只受聯邦審計署署長查核。第六一二項之一對款項之分配有以下之說明：

該款項依各政黨在聯邦議會席位之比例分配給各個在聯邦議會得有席位之政黨。

第六一二項之二新編款項劃有限制記號。聯邦議會預算委員會於一九六二年六月廿九日第三十四次會議決議，為第六一二項之二採取與第六一二項之一相同的分配比例。因此預算案第六個別計劃第二章第六一二項之二二千萬馬克均依上述程序分配給各個在聯邦議會得有席位之政黨。

一九六三年預算案刪除第六一二項之一（政治教育工作特別款），同時將「供政黨履行依基本法第二十一條所負任務之用特別款」由一千五百萬提高到二千萬馬克（第六個別計劃第二章第六一二項）。對第六一二項有以下的說明：

四個在聯邦議會得有席位之政黨各得該款百分之五，其餘金額則依其席位比例分配給此四個在聯邦議會得有席位之政黨。

一九六四會計年度之聯邦預算案將「供政黨履行依基本法第二十一條所負任務之用特別款」（第六個別計劃第二章第六

一二項)提高為三千八百萬馬克。該款項依然只受聯邦審計署署長查核。並將一九六三年預算案之說明補交為：

據此屬於各政黨之款項，於收到聲請後支付。聲請可限於該款項之部份。

一九六四年所做的規定，在一九六五會計年度預算案再度出現。一九六六會計年度之聯邦預算案也有相同規定。

II

黑森邦政府一律師為其訴訟代理人，依抽象的法規審查程序(基本法第九十三條第一項第二款，聯邦憲法法院法第七十六條)請求確認：

一九六五年三月十八日議決(聯邦法律公報II，第一九三頁)之一九六五會計年度聯邦預算法第一條違反基本法第三十條、第二十一條第一項第一句併同第二十條第一項、第二十一條第一項第二句及第三句以及第三條第一項，並且於第六個別計劃第二章第六一二項撥款三千八百萬馬克供政黨履行基本法第二十一條所規定任務之部份為無效。

(a)聲請人主張預算法構成實質法律，因此可以接受法規審查之程序。他並且提出一份由B教授所寫關於「聯邦預算案—補助政黨之項目—可接受法規審查程序之審查」之鑑定書。該鑑定書認為：經過法律確認的預算案，縱使僅將之解釋為形式意義的法律，仍應視為基本法第九十三條第一項第二款所謂之聯邦法律，因此可在法規審查程序中加以審查。至少預算案不須再經其他法律即一般地授權行政機關提供給付—例如為政黨提供特別款—之部份具有實質法律之性質，它也因此是基本法第九十三條第一項第二款所謂之「聯邦法律」。聯邦憲法法院對預算案進行法規審查之權限不受聯邦審計署審計權限(基本法第一一四條第二項)之限制。邦政府依據基本法第

九十三條第一項第二款提起法規審查訴訟之權限，就關於聯邦預算案之部份，亦不受聯邦及邦之預算應獨立之原則（基本法第一〇九條）的影響。

此外，聲請人強調聯邦憲法法院一九五八年六月二十四日之判決（聯邦憲法法院判決第八輯第五十一頁）並未對因聲請而引發之法律問題裁判。目前的聲請不同於當時程序之處在於質問：在政黨之請求權未經規範國家補助種類及範圍之政黨法承認之情況下，是否可以在預算案支出項下提供政黨國家補助？此外聯邦憲法法院並不受其一九五八年六月二十四日判決理由——包括主要理由——之拘束。

聲請人又主張：預算法賦予行政機關之支出授權具有法規效力，它並不因為預算案之個別計劃及項目之組織。若反其道而行，將喪失自由。政黨應自發直接且自由地履行基本法第二十一條賦予它們的任務。只有基於基本法第二十一條第三項——受到嚴格限制，只能用來進一步規範基本法第二十一條第一及第二項所提到的問題——特別的授權，才可以以國家機關組織並影響政黨。

基本法第二十一條第三項之憲法條款並未被實現。特別是基本法第二十一條第一項第四句要求政黨提出其資金來源之報告的規定，立法者尚未予以實現。不可利用此種憲法要求未被實現之狀況，而以政黨促進「公益」之行為為由，將其納入國家預算計劃之中。至於什麼是有益於「公益」，基本法第二十一條正是以下列方法決定：保證政黨不受國家操縱之自由，並要求政黨提出特定公開之報告以減輕財力雄厚之捐助人對政黨的壓力。憲法藉此預留適當的手段以節制社會上優勢力量隱藏之政治影響力。總之，禁止不在法律上執行提出報告之要求，以及將任意的國家補助與匿名之大額捐款「混淆」。此種國家補助之方式就構成對於政黨功能之干涉。

在以國家名義進行補助之前，必須先在一個有系統規範基本法第二十一條第三項所包含一切問題，並以確保政黨自由為目的之政黨法要求政黨公開財務狀況。只有在此種政黨法的範圍內才能決定，是否能在維護政黨自由的條件下，給予政黨行使其自由權所必須，且不致破壞競爭的資金。為了利於政黨，亦可以其基於選舉權限（基本法第卅八條第三項）而為選舉準備機關之身分，為其支付特定之組織選舉之費用，並同時限制選舉經費。給予有限度的國家補助可以不抵觸基本法第二十一條之原則，只要指定補助之目的—並規定提出報告之義務—，並且是為了實現超越黨派、促進一般國家利益之任務—不是目未依基本法第八十二條之程序公布，即可避免法規審查程序之控制。以簡單形式公佈預算案是基於憲法習慣法的慣例。即使在預算年度結束後，仍然可以確認立法機關是否以合憲的方式透過預算法授權政府支出。

- (b) 黑森邦政府為他的聲請提出以下的理由：以一項既不能授予各政黨請求權，又未能在法律上確保支用目的及對支用控制之預算項目，為補助各政黨而提撥國家資金，是違反憲法的。這種補助的形式會造成各政黨將其組織與長期的國家補助配合，因而導致各政黨對國家官署制度之依賴。聯邦議會多數黨派得以於對其有利之時機刪除這項補助而剝奪其他政黨的生存基礎。聯邦政府—預算案僅授權其為支出給付，並未強制其一定要為支出給付—也可以凍結此項在法律上不受拘束之補助—例如透過暫時停止支付的方式—而不發給各政黨。

基本法第二十一條既賦予人民組織政黨之自由，並確保政黨參與政治意志形成之自由權利，則此自由權利即禁止有組織的國家權利介入政治意志的形成過程。國家權力不具有政治上的塑造自由，例如基於「客觀理由」干涉基本法第二十一條

之自由權利，或自行決定政黨之可欲性及其「公共的任務」。至目前為止所採行之國家補助形態，不能以政黨履行重要的憲法功能為由加以正當化。在團結組織的情形亦是如此，縱然沒有人認為有必要補助它們。與基本法第九條比較即顯示，基本法第二十一條將單純之結社權（基本法第九條第一項）透過團結組織自由權（基本法第九條第三項）——它也保障立法職權——提升為參與政治意志形成之自由權。政黨有權利去影響國家的官署制度，並以民主機關之身分參與國家權為了加強政黨的組織——而該任務依其本質亦可由其他機關完成。例如對國家政治的教育工作或地方政治教育之補助。

然而預算案為政黨所撥之款項，既不受上述具體使用目的之限制，亦缺少對組黨自由，黨內的民主秩序及政黨活動自由提供充分保障。各政黨中央對國家補助的絕對支配力會破壞至今已受重大危害之政黨內部民主結構，並將之改造為管理式的支配體系。此外有必要在法律上確保，受公共資金補助的政黨特別不受國家權力代表人之干涉、檢查及控制。只有制定政黨法才能避免這些危險，並解決以下的難題：依據基本法第一一四條之規定，若對使用目的沒有控制，則不可動用公共資金；但是國家機關所為之控制又與政黨自由不符。

最後，將國家補助只限於對在聯邦議會獲有席位之政黨，是侵害一切政黨機會平等地爭取選票的權利。政黨做為經常的選舉準備機關，若值得國家補助，則應被平等對待。若將國家資金當成選舉勝利之獎金按比例分給「獲有席位之政黨」，則絕對是不公平。此種分配只是有助於維持現狀，違反應確保一切政黨贏得將來選舉勝利之機會此一民主原則。

但是對於議會黨團在聯邦議會之工作，可以以國家資金依其席位多寡補助之。因為黨團有自己的權利，是議會的一部份，其財政之籌措屬於國家機關財政之一部份，與國家對政黨

的補助無關。此外亦可給予國會議員身為憲法機關所應得之津貼。

2. 本院已依據聯邦憲法法院法第七十七條之規定，給予聯邦議會、聯邦參政院、聯邦政府及各邦政府陳述意見之機會。

(a) (aa) 聯邦議會之法律顧問某教授主張：

黑森邦政府之聲請為無理由，因為聯邦憲法法院已經在早先同樣是他聲請的法規審查程序中對他現在所提的法律問題作出裁判。聯邦憲法法院第二庭於一九五八年六月廿四日（聯邦憲法法院判決第八輯第五十一頁）關於政黨捐款可否得到稅捐減免的判決中，原則上已承認國家對政黨的財政補助是合於憲法。黑森邦政府做為聲請人在本案主要希望確認，自國家資金對政黨的任何一種補助均牴觸基本法第二十一條。但是聯邦憲法法院在判決理由中揚棄此種見解，並且確認基本法並未禁止國家對政黨之任何直接或間接的財務補助。聯邦憲法法院在其一九六一年三月十五日的判決中（聯邦憲法法院判決第十二輯，第二七六「二八〇」頁）認定此問題已經「被判決過」。相同之聲請人在本案不過是將相同的法律問題換一個面貌重新提出於聯邦憲法法院。

一九五八年六月廿四日判決之主旨雖然只對稅法規定之違憲性做裁判。但是依據聯邦憲法法院法第三十一條第一項之規定，判決對一切憲法機關有拘束力之部分亦包括其主要的理由。目前黑森邦政府之聲請是以一九五八年六月廿四日判決所不採之法律理由再度提起相同的法律問題。根據憲法法院訴訟法之一般原則，只有當生活關係或一般法律見解發生基本改變時，才能再度受理由相同聲請人重覆提出之聲請。然

而本案並不充分此要件。

黑森邦政府的聲請更因為只是針對一九六五年預算案個別計劃中的一項，所以為無理由。個別計劃中之個別項目並與基本法第九十三條第一項第二款所謂之「聯邦法律」。法規審查程序旨在確認，法規是否有效或無效。法規審查程序之客體就只能是本身自明之法律。黑森邦政府之聲請係以對所謂契約法(Vertragsgesetzen)之法規審查為範本。在契約法的情形，法規審查程序之客體是契約中本身自明的一項規定。然而預算法並不是核准一項實質法規或對一般大眾有拘束力的規範，它不過是確認預算案。此項確認即使與被當成法律附件之預算案一併觀察，仍不具有任何本身自明之法規。預算案是單純的數字表及預計收入及支出之對列表。預算案經確認後所具有之法律意義並不是自預算法產生，而是自憲法與帝國預算法特別是第三十條之整體關聯產生。立法機關對於預算項目額度及目的之決議並非可依憲法衡量之法規，亦非機關法領域之法規，而只是帝國預算法第三十條之前提事實狀態。若與此規定有關，則可以提起憲法訴訟，但是此事實狀態及其產生之過程不得成為法規審查程序之對象。

縱使將預算法視為「機關法領域」之法律，但是預算案必須具備法律之形式才能成為法規審查程序之客體。未被當成法律加以公佈之法規並非法律。預算之整體計劃只是預算法的附件。預算案之個別計劃、項目及其目的之指定均不具備法律形式，因此不得成為法規審查程序之客體。

此外基本法第九十三條第一項第二款及聯邦憲法

法院第七十六條所謂之法律，並不包括預算法此種附有時限的法律，預算法及預算案也因此不得為法規審查程序之客體。預算法至一九六五年十二月卅一日即不再具有法的效力。法規審查之客體不是立法的行為而是法規本身。因此，如果是針對已失效之法律進行法規審查程序，無異是準「嗣後法規審查」，應不予受理。至於一九六五年預算案第六個別計劃第二章第六一二項之支出雖然可以轉用於下一年度，但是預算法及其包含之預算案之效力原則上只有一年。

(bb) 聯邦議會之法律顧問接著主張，國家對政黨直接而部分的補助原則上並不發生憲法上的疑問。

不可逕以「任何一種形式的國家對政黨之補助若未指定目的，即當然違憲」為理由，指責預算撥款給政黨之項目。否則就等於一種程序上所不允許的預防性法規審查 (präventiven Normenkontrolle)。不得因為立法者未經明白授予規範政黨財務之權限，就主張國家完全不得補助政黨財務。關鍵在於，基本法並未以清楚之條文明白禁止對政黨的補助。基本法第廿十一條第一項第四句關於提出報告之要求並不排除國家給與政黨補助。政黨也必須就國家之補助提出公開的報告。政黨提出報告之義務並不因預算案有關於補助之記載即可免除。

國家對政黨補助之違憲性只能間接從民主的憲法秩序中得出。然而憲法法院在這個領域必須尊重憲法機關之塑造自由，它自己不得實現一個憲政上的理念。只有當明顯違反憲法原則 (例如侵犯毫無爭議的民主核心範圍) 時，它才能限制那些塑造政治的機關。此時憲法法院亦必須斟酌這些國家政治機關行為中所表

現之一般的法確信。然而聯邦立法者、許多邦及在聯邦議會獲有席位之政黨一致的法確信認為，只有基於絕對清楚的理由及憲法法院裁判上必須具備之明確性時，才能論斷國家對政黨補助之違憲性。聯邦憲法法院已在一九五八年六月廿四日的判決中明白宣示，以國家資金一般性地補助政黨—不限於選舉準備費用—是合於憲法。在國家的政治機關多年以此判決為行為標準之後，現在不能認為國家對政黨之補助明顯違反憲法。

反對國家對政黨補助之理由主要是基於憲政及社會學的考慮。然而國家對政黨的財務補助旨在促使政黨有能力履行其身為「憲法機構」所負之任務。提供補助並不會使政黨受到國家的干涉及控制，或妨礙政黨獨立於國家之外履行其憲法任務。正是因為沒有指定補助之使用目的，各政黨才有將此資金使用於其任務上之自由。若將補助限於選舉之準備費用，亦絕不可行，蓋正如聲請人所假設，政黨一直處於準備選舉之狀況。總之，並不存在所謂對國家機關之依賴性。政府面對此一如此強調政治之支出項目，有義務提出支出。議會多數黨若濫權刪除預算項目，受影響之政黨可以提起憲法訴訟。一項補助項目縱使獲得法律之確保亦不一定就能免於被合憲地刪除。此外此種法律既無必要亦不合於目的。若政黨能夠不必長期依賴國家補助，無寧是比較可取。

此外關於對資金使用之控制會使政黨受到國家影響之憂慮，亦屬多餘。預算控制只是檢查行政機關是否合於目的地支出預算資金。政黨之自由絲毫不會受到此種控制之限制。政黨只須以支出憑據向聯邦審計

署署長證明支出是合於目的。在此它們不會受到干涉性的控制。

- (cc) 此外聯邦議會之代理律師主張：國家原則上可以補助政黨，而且目前的補助形式亦合於憲法。自國家資金所給予政黨之補助並不危害到政黨對國家的獨立性，或甚至民主本身。固然廣泛的國家補助可能會威脅到政黨的內部民主秩序，以及導致黨員數目之萎縮。但是在聯邦議會得有席位之政黨均認為國家不可以完全補助政黨之財務。政黨仍應為滿足其財務需要而努力。因此國家之補助不得超過政黨自己的財務收入。目前國家對政黨財務之補助符合此項原則。政黨中央官僚制度之支配地位並不會因此被強化。國家的補助無寧是奠定政黨工作的財務基礎。政黨內部意志形成的過程已被選舉法關於選擇候選人之規定分散到地方，並在其他地方亦獲得充分的法律保障。

國家對政黨的補助符合政黨以自由的社會組織參與人民形成政治意志過程之原則。不得因為政黨基於基本法第二十一條所賦予之憲法地位而與「遠離國家」的社會組織有別，即認為不得自預算資金貼補政黨。政黨之獨立地位不會因為國家補助特定部份的政黨工作並放棄對資金運用之控制而受到危害。以公共資金部份補助政黨的工作可使政黨免於對經濟企業及大型團體在財務上的依賴。只是一般性地促使政黨儘量多爭取黨員並僅就黨費維持財務，是無法確保政黨財務獨立。必須由政黨自行決定是否要成為一個黨員政黨。另一方面，依基本法第二十一條第一項第四句履行公開財務來源之義務，亦不能消除政黨依賴民間捐助人之危險。縱然基本法第二十一條第一項第四句未

考慮到國家補助的可能性，然而政黨財務之明確性最能表現在預算案所規定的補助之上。基本法第二十一條第三項所賦予立法者之囑託包括下列義務：以不危害政黨的憲法地位之方式滿足政黨無可爭辯的財務需要。

基本法第二十一條之保證不僅保護政黨之自由，更授權並同時命令國家確保政黨財務獨立於捐助人及其他「融資人」之外。根據在聯邦議會得有席位政黨之一致見解，應該很快就會通過政黨法；其中將規範對政黨之補助及其他自基本法第二十一條所產生的問題。然而缺乏政黨法之規定並不會使預算法同意對政黨部份補助之部份違反憲法。

- (b) (aa) 聯邦政府於言詞辯論以科長為代理表示，預算法是否為基本法第九十三條第一項第二項及聯邦憲法法院法第七十六條所謂之「法律」頗有疑問。自基本法第一一四條第二項就可產生是否應允許此種法規審查程序之疑問。因為聯邦審計署在審計的範圍亦會檢查預算之編列及支用是否符合基本法，因此基本法是否承認聯邦憲法法院有權進行部分與此審計職權相衝突之法規審查，值得懷疑。此外，邦政府之聲請權應依基本法第一〇九條之觀點特別加以檢查。針對預算編列之法規審查訴訟亦必然針對預算的措施，故邦政府可透過法規審查之方法介入聯邦之預算。於此必須注意，各邦於基本法第一〇九條遭破壞時為維護其權利，已有聯邦與邦之訴訟可資運用。

- (bb) 自預算撥款補助政黨，符合憲法。

基本法並未禁止國家對政黨之補助。自基本法第二十一條第一項第一句無法得出此種禁令。政黨憲法

功能之重點可以正當化，以國家補助促使政黨獨立履行其任務之行為。

基本法第二十一條第一項第二句所保障之組織政黨之自由並不會受到國家對現有政黨補助之影響。固然成立新黨之實質上的機會也許會減少。然而這不是基本法第二十一條第一項第二句的問題，而是與政黨機會均等原則有關。此亦適用於聲請人所指出的危險：濫權處理財務補助對政黨生存之危害。

國家對政黨的補助並不會造成抵觸政黨內部民主要求（基本法第二十一條第一項第三句）之「領袖制度」。令人不解的是，為何只有國家的補助才會產生濫權的危險，而私人的捐助則不會？況且政黨的內部秩序係依據必須符合民主自由秩序之黨章及黨綱。

政黨機會均等之原則亦未遭到破壞。以上次選舉結果為準分配補助，無寧是合理的。然而必須避免補助不真實或反對自由民主基本秩序之新黨成立。因此才提議只補助在上次選舉得票超過百分之五的政黨。

在議會下次討論政黨法時將會考慮分配比例以及國家補助之限制等問題。聯邦政府認為有必要在政黨法規定財務問題。僅依據預算法而給予政黨補助，是暫時的緊急措施。

- (c) 巴伐利亞、諾德萊茵—西發稜、萊茵蘭德—卜發爾茲及薩蘭等邦政府均一致反對黑森邦政府的聲請。諾德萊茵—西發稜邦常務次長於言詞辯論中主張，原則上國家可以直接補助政黨。僅以預算法核准補助金額，並只分配給在聯邦議會得有席位之政黨，並無不當。

基本法第二十一條並未禁止以公共資金補助政黨，補助亦不會影響成立政黨之自由。充其量只是減少新成立

政黨爭取支持者並對抗較有力政黨的宣傳費用之機會。政黨在政治意志形成的領域之行為自由亦不受影響。由於係依固定比例，非常一般性指定之目的分配補助，並且不附有條件及任務，所以政黨不會受到國家單位任意衡量之為難。依構成要件而確定之國家補助絕對不比經常帶有政治期待的私人捐款危險。自基本法第二十一條第一項第四句無法推論出，憲法要將政黨緊緊綁在由財力雄厚捐助人所提供原則上可疑的捐款上。該規定想透過公開原則限制可疑財務影響所生之危險。關於國家的部分補助將增強政黨高層人物之影響力並危害黨內部民主之疑慮，並無根據。無論是對公共或私人來源的資金之處置，均依政黨之黨章及組織而定。高層幹部濫用資金之可能性本身並不能成為禁止提供國家資金的理由。此種資金在黨費及捐助之外是為了滿足政黨必要的支出。透過對政黨的部份補助以確保國家根本的多黨制度能夠發揮功能，是一項正當的國家任務。只有當國家對政黨提供全部或過度的補助，以致政黨放棄黨費或使得黨員資格因可以獲得經濟利益而變得有吸引力時，才會產生憲法上的疑慮。然而目前國家補助的規模只不過是憲法上無疑問的部分補助。

為了維持議會成為一個能發揮功能的國家機關並防止憲法生活受影響，有必要將國家補助限於獲有席位之政黨。能夠在選舉中獲得基本選票以上並參與國家政治意志形成之政黨，對國家而言，比議會以外之少數黨具有更重要之功能。關於國家對政黨補助之客觀規定，若不願引起小黨林立，則必須制定此種限制，而由立法者依裁量決定此種限制。

巴登—符騰堡及史列斯維希—赫爾斯坦邦政府亦持相同的法律見解。

3. 聯邦憲法法院於本訴訟程序曾給予德國社會民主黨、德國基督民主聯盟、基督社會聯盟、自由民主黨、全德意志黨、巴伐利亞黨、德意志和平聯盟及德國國家民主黨陳述意見之機會。

(a) 社會民主黨之代理人某律師指出，基本法並未禁止提供政黨國家補助。基於憲政理由自然有必要在政黨法規定國家對政黨補助的條件。國家補助不得超過政黨的自有資金。補助更必須與超黨派之目的結合—例如為了國民之教育工作。政治的教育工作並不比政黨之選舉準備工作難以界定。此外，對政黨的公共補助必須尊重機會均等原則。審議政黨法時將檢討，是否只補助在上次選舉得票超過百分之五的政黨。基於機會均等原則之觀點應降低此限制。

國家對政黨財政生存之照顧原則上並未干涉到政黨之自由及獨立。國家對政黨的金錢補助與對電視播送時間之分配一樣，均不構成干涉。若基本法第二十條及第二十一條要確保政治意志形成過程免於國家機關之強制及影響，則國家對政黨之補助並不會因此被禁止。自預算資金提供政黨公開且指定目的之補助，是政黨在政治意志形成上所具有之任務及憲法功能的結果。政黨之此種功能亦應不受來自社會資金之影響。提出報告之要求由於不能使捐款人之政治利益及條件獲得公開，所以不能提供充分的保障。

國家之補助並不妨礙成立政黨之自由；只是補助之方式可能違反平等原則。關於國家補助會危害黨內部意志形成之民主過程，並使黨的領導階層對下級黨機關取得優勢之憂慮，亦是多餘。預算法對於補助之規定並不會使政黨受到行政機關的影響。依現行法政府不能依其裁量凍結資金。預算之控制亦不構成對政黨的控制。

總而言之，若國家之補助用在黨內政治教育之上，則

有助於政治意志形成之自由。政治教育是形成政治意志之前提，它應喚醒民眾批判的意識及參與政黨內意志形成之意願。基本法第二十一條關於黨內應民主地形成意志之要求，不可能在一個人事、事物均由少數德高望重人士決定之純粹選民政黨實現。因此基本法第二十一條要求政黨採取黨員政黨之形式。若政黨是政治意志形成之固有媒介，沒有政黨就無法組成民主的國家組織，故不能禁止國家以財務確保政黨自由而獨立的運作。

- (b)德國基督民主聯盟—以某教授及某律師為代理人，懷疑聲請之正確性。預算法是議會及政府所協議之計算性及規劃之措施；它與其他法規有重大不同。將法規審查程序限於對實質法規範之審查，是符合訴訟種類之經濟性。機關訴訟及聯邦與邦之訴訟才是質難預算法的適當程序。

國家對政黨的補助客觀上符合基本法。基本法第二十一條對此關鍵問題並無指示。自提出報告之要求(基本法第二十一條第一項第四句)無法得出國家不得補助政黨之禁令。對國家補助政黨的批評主要是出於政治的而不是憲法的懷疑。只要憲法在此沒有設定特定限制，立法者自有其自由。

聯邦關於補助政黨之立法是基於基本法第二十一條。所授予聯邦之立法囑託並不是基本法第七十三條以下所謂之事務職權，而是授權在一個憲法機關的領域從事補充性的規定。聯邦得規定其自身之機關領域及政黨所屬「政治憲法」之領域。客觀上是否允許國家對政黨補助，關鍵在於憲法是否禁止此種措施，而不是憲法是否明白授權立法者。

國家補助並不危害政黨對國家之自由及獨立性。儘管國家機關不得介入政黨之產生、運作及組織，但是政黨的政治目標及行動却與國家政策密切關聯，並且不受公共資金補

助之影響。民主國家做為政治的效力單位是受到政黨的塑造。政黨雖然有別於國家官署之制度性組織，但是基本法第二十一條「參與政治意志形成」之規定却勾勒出制度的及社會的要素在生活共同體交纏的過程。對民主代議制度之有效性而言，政黨不斷在議會及人民之間扮演媒介人，並且不斷匯集人民意志並將之表達，是非常重要的。雖然全面對政黨補助有害於代議制度之可信度，但是基本法第二十一條第一項第二句及第三句以為前提之黨的內部自由，並不會受到一個與政黨自有資金成適當比例，並且沒有條件限制及使用控制的國家補助的影響，正如同提供廣播事業國家補助並不會侵害廣播自由。亦不必害怕財政部長違反國會對支出所訂之條件，凍結撥款進而影響政黨之財務行為。預算查核對資金使用進行概括性及計算性的審查同樣亦無損政黨之自由。

反之，若政黨支出與其財務狀況之間長期存在差距，則會對政黨造成損害。基於政黨諸如為議會選舉提出候選人、為「對抗的政治討論」凝聚政治見解、對國家機關進行控制、與選民建立資訊聯繫及平衡不同團體之利益等長期任務，自會產生疑問：若在任務及財力之間缺少適當的比例，如何能發揮這些功能？特別在與強大團體交涉時，政黨需要具備充分的組織力量。

立法措施若影響到政黨的結構，並不當然就構成對政黨自由自我決定之侵害。此可見於選舉法之不同規定。此亦適用於自上世紀即流傳，至今仍慣行之不同形式的國家補助，特別是支付議員交通費及津貼。自社會主義的政黨成立以後，此種國家補助就已符合平等要求，並且未侵害議員的獨立性及政黨的內部結構。於支付議會黨團費用之情形亦同。

反之，鑑於政黨結構因歷史及社會原因而有不同，故

政黨機會均等及自由之原則禁止國家對政黨的補助以有相當固定黨員數目之政黨，或以認同並依賴社會利益團體之政黨為限。

德國人民基於特殊理由對政黨多採保留觀望的態度，再加上費用上漲，所以個人捐助不足以滿足政黨之需要。政黨若以私人捐助支付其必要費用，則可能受到捐助人之政治影響。然而國家補助却充滿公開性，並且經適當的規範亦不會導致政黨對國家的依賴性。許多西方民主國家所採行的國家補助顯示，自公共資金提供政黨有限度的補助，在政治上雖然尚有爭論，但從未遭到嚴肅的憲法疑問。

只有當國家補助之種類及範圍影響到政黨做為民主選民團體之結構時，才會牴觸基本法第二十一條。國家的補助並不會將政黨之內部結構轉變為違反黨內民主之中央領導制度。此外，是可以找出一個不影響機會均等之分配標準。審議政黨法時可討論，是否也要補助那些在上次選舉得票率低於百分之五的政黨。

- (c) 基督社會聯盟—某律師為代理人，亦認為現行對政黨補助之理由、種類及範圍均合於憲法。如同對團體之補助不妨礙其獨立性，對政黨之補助亦不會危及政黨之獨立性。沒有一個政黨會因為一個既無條件亦無負擔之財務補助就改變其政策。限定資金必須用於政治教育之用，必徒勞無功，因為政黨的政治教育工作無法與他的宣傳工作區分。議會多數黨不得以法律或政治理由任意修改預算以危害其他政黨之生存。關於國家補助會將政黨與國家體制混淆的憂慮是不切實際。政黨對民間捐助人之依賴可能更危險，只有授予政黨公共資金才能加以節制。自預算撥款補助可以幫助政黨完成其固有之任務，並使其免於將大部份精力花費在籌款上。

此種補助並未侵害自由組黨之原則。若害怕國家補助

會破壞政黨的民主秩序，亦是不切實際。國家對政黨的補助亦不會鞏固現有的多數黨派。上次選舉的結果是分配公共資金合法的標準。政黨於聯邦議會參與工作，即證明它值得補助。

- (d)自由民主黨—以某律師為代理人—同意基督民主聯盟之陳述並補充地指出，政黨運作之絕大部分均是政治教育工作。此外他特別強調：

關於國家對政黨的補助問題，由於缺乏相關規定，所以不能就憲法地判斷，而只能以政治地判斷。提出財務報告之要求係來自歷史的經驗教訓。它要避免匿名捐助人於一九三三年以前主要支持極端黨派、損害維護國家的政黨之行為再度發生，並揭發此種不當的影響。基本法第二十一條並未要求政黨只能從黨員所繳黨費維持財務。黨費亦不足以維持政黨能夠運作。因此政黨若沒有國家的補助將會依賴那些以捐款使政黨為其特殊利益服務之民間捐助人。反之，公開，每一位黨員均知的國家補充却能強化政黨的自由與獨立，而不會破壞政黨的內部民主結構。當然分配時應遵守平等原則。補助只限於三個在聯邦議會得有席位之古典政黨是合於事實需要。它們代表三種不同的國家政治理念，即基督民主、社會民主及自由民主三種理念。

- (e)基督民主聯盟、基督社會聯盟及自由民主黨提出一份由 W 教授所寫，名為「關於以公共資金補助政黨的問題」的鑑定書以支持它們的觀點。

- (f)德意志和平聯盟透過其代理人某律師主張：

自預算撥款補助政黨並無不可。因為政黨是憲法生活必要的成份，不得坐視其因財務理由而無法完成任務。憲法甚至要求，政黨應獲得使其完成所負任務之補助。

國家對政黨的補助若違反自由組黨、機會均等以及政

黨之組織應民主等要求，則可能不被允許。組黨之自由不僅確保組黨行動之本身，而且要確保新政黨能得到真正的機會。這特別適用於以代表已存在於人民之間，但迄今未能在議會被表達之反對意見為目標的新黨。不能以國家必須避免補助敵視憲法之政黨等貶抑性論證，將具有此種特色之小黨排除於國家補助之外。只有依基本法第二十一條第二項之程序才能確定一個政黨是否違憲。目前只補助在聯邦議會獲有席位之政黨此一形式，至少因為抵觸機會均等原則而違憲。「百分之五」條款本身對公平競爭之介入尚可接受，但一旦與將小黨排除於國家補助之外結合，則不能接受。議會政黨之競爭優勢會因此擴大，以致機會均等原則無法維持。

然而可以立法方式避免違反憲法。它必須以此原則為準：由每個國民決定要給那個或那些政黨「政黨捐助」，即使在私人捐助的情形亦會產生政黨「除民主化」之危險，此與國家對政黨之補助無關。一般性地禁止國家補助亦不能有效防止此種危險。國家資金公開補助反而能避免個別政黨更危險地依賴利益團體及組織。

全德意志黨、巴伐利亞及德國國家民主黨均放棄於本案陳述意見。他們已在由他們提起的機關訴訟中表達了法律見解，本院對此曾於一九六六年七月十九日做成判決。

III

社民黨之聯邦總務長，基民聯盟之代表某教授，自民黨之代表某某，基社聯盟之邦總務長某博士，已出席做為證人，他們已對於下列事項發言：在一九六二年聯邦預算第六個別計劃第二章第六一二之一項中所編列之政治教育工作特別款。五百萬馬克之使用情形；關於其各自所屬政黨如何將政治教育工作與其它特殊工作區分；關於其政黨在一九六二、一九六四與一九六五年的收

入（包括有價勞務）與支出；關於國家補助與政黨其它收入的關係；關於其政黨為一九五七、一九六一及一九六五年之聯邦議會競選的額外收支情形。

各政黨在一九六二、一九六四年由聯邦及各邦預算所獲補助，這筆款項與其它收入的關係（不考慮有價勞務）及支出的情形，可經由各黨總務長口頭及書面資料，在下列表中一窺究竟：

	一九六二	一九六四
(社民黨)		
政府補助	九五七四一四四馬克	一七七八八九五八馬克
其它收入	一九七四四九五〇馬克	二七〇五三四七五馬克
支出	二四三三七八三三馬克	四四〇二六四六二馬克
(基民聯盟)		
政府補助	一〇九七〇〇〇〇馬克	一七九四〇〇〇〇馬克
其它收入	一七三五〇〇〇〇馬克	一七四二〇〇〇〇馬克
支出	二六四五〇〇〇〇馬克	三三四三〇〇〇〇馬克
(基社聯盟)		
政府補助	三〇一六五一一馬克	五八八五八九三馬克
其它收入	無資料	無資料
支出（不包括地方支部）	二三五六二〇一馬克	四七七八一五三馬克
(自民黨)		
政府補助	三八五八四五四馬克	七五八三三八二馬克
其它收入	九二三九五七一馬克	九五九四四七一馬克
支出	一二一九五四六〇馬克	一四七五五八三〇馬克

基民聯盟總務長關於支出所列數據較之上表所列各高出八百萬馬克，他指出，一個政黨的財務基礎及狀況只有以四年為期加以觀察才能正確掌握，因每四年各重要政治活動即重複一次，因此為了聯邦議會選舉他將一九六二及六四年的支出各提高八百萬

馬克，這筆款項在上列表中並未包括。

出席證人並提供過去三次聯邦議會選舉的收支情形，得出下列收支狀況表：

(社民黨)		一九五七	一九六一	一九六五
收入		七五〇八一〇〇馬克	一三一六六八四二馬克	一二一二〇二八四馬克
支出		九七〇五四八四馬克	一五八四七九七五馬克	二九一五七二七六馬克
(基民聯盟)				
收入		一八一六〇〇〇〇馬克	二三六八二〇〇〇馬克	二〇四五〇〇〇〇馬克
支出		一八五〇〇〇〇〇馬克	二五〇〇〇〇〇〇馬克	三三五〇〇〇〇〇馬克
(基社聯盟)				
收入		二〇六七三六四馬克	二八九九四六二馬克	一八四一四三八馬克
支出		一六〇一三六八馬克	一一六四三〇〇馬克	三四三七六二八馬克
(自民黨)				
收入		無資料	無資料	無資料
支出		一〇〇〇〇〇〇〇馬克	一四五〇〇〇〇〇馬克	一七二〇〇〇〇〇馬克

證人們並強調，上列數字部分乃經估算而得，因為各下級組織之資料並未能完整提供，金額大小亦只能相對的比較，因為各黨之會計方法並不完全相同。

B

聲請人之聲請成立

1. 一九五八年六月二十四日，本院第二庭之判決理由（見聯邦憲法法院判決八輯第五一頁以下）曾對黑森邦政府的見解（國家對政黨任何直接或間接補助皆為基本法所禁止）提出相反意見，認為不僅為選舉，也應允許為參選政黨提供政府資助。今天本項聲請的成立並不與上述判決理由矛盾。一九五八年六月二十四日之判決並未針對相同標的審查，此一標的應在法規審查程序中決定。法規審查之標的既非聲請本身，亦非

聲請人之聲請原因或法律見解。其標的應為獨立於主觀法或法律見解以外之問題：某一特定法規是否有效，亦即是否存在著某一客觀法，以及法官對此所為之確認。(聯邦憲法法院判決第一輯第二〇八頁〔第二一九頁以下〕，第三九六頁〔第四〇六頁以下，第四一四頁〕)。僅僅鑒於此一確認，法規審查的判決可發揮相當於實質既判力的效力。此等既判力的效力僅涉及判決主文，而與在理由中所包含的判決元素無涉，即使判決理由可據以探究判決主文的意義。

聯邦憲法法院之既判力與其它法院相同(聯邦憲法法院判決第四輯第三十一頁〔第三十八頁〕)。法規審查程序與其它程序的不同點在於前者透過一個客觀的程序，以上級規範為尺度來檢驗下級規範是否有效。但法規審查程序之特殊性並不能使其既判力超出一般的範圍，而使一個較早判決的判決元素亦有拘束力。本項程序亦可不問：若是法院欲對同一規範有效性再次審理(其有效性在過去的審查中曾被肯定)則應以生活關係或一般法律見解發生重大改變為前提(見巴伐利亞憲法法院判決第五輯第一六六頁〔第一八三頁以下〕；第八輯第五十九頁〔第六十三頁〕；第十一輯第一二七頁〔第一四〇頁〕；第十五輯第十九頁〔第三四頁〕；第十七輯第一頁以下)。因為本項審查乃有關一項在一九六五年聯邦預算法中的規範，而五八年六月二十四日的判決乃關於一項稅法規定的有效性。

聯邦憲法法院應尊重五八年六月二十四日判決的既判力(聯邦憲法法院判決第八輯第五十一頁)，但此並未與本項聲請的成立牴觸—此點聯邦議會所並未忽視，雖然聯邦憲法法院在一九六一年三月十五日的決議中(聯邦憲法法院判決第十二輯第二七六頁〔第二八〇頁〕)接納了五八年六月二十四日判決的說明(Ausführungen)，並且認為所處理的問題已獲得解決。

五八年六月二十四日判決依據聯邦憲法法院法第三十一

條第一項所具有的拘束力(Bindungswirkung)也並不影響本項聲請的成立，此等拘束力並不及於聯邦憲法法院(聯邦憲法法院判決第四輯第三十一頁〔第三十八頁〕)。拘束力的範圍包括五八年六月二十四日的判決之主文及理由(聯邦憲法法院判決第一輯第十五頁〔第三十七頁〕；第十九輯第三七七頁〔第三九一頁以下〕)。並不包括判決之說明(Ausführungen)，其謂：由國家補助參選政黨是允許的。僅僅下述由聲請人所提出的見解遭到駁回：因為基本法禁止國家以直接或間接方式補助政黨財政，所以某項稅法規定為無效。當年由法院所提出的說明，仍然可以支持一篇確認該法規為有效判決主文。五八年六月二十四日判決仍然判定該法規為無效，因為該法規牴觸了政黨機會平等的基本原則。

有謂：聯邦憲法法院對於由同一聲請人提出的同一憲法問題，僅能在提出新觀點，生活關係或一般法律見解發生重大改變的前提下方能接受聲請。這種程序法的原則其實是不存在的。由聯邦憲法法院第九十六條、第四十一條亦無法導出此等原則，這兩個條文旨在規範，何時對同一事項，由同一當事人可重覆提出聲請。由聯邦議會提出之巴伐利亞邦憲法法院裁判資料旨在探討，何時涉及同一規範(此規範的效力在過去的裁判中已被肯定)之聲請可以重覆提出。

聯邦憲法法院的司法實務亦不支持這個由聯邦議會所提出的程序法原則，在一九五一年五月四日對於「第二次重劃疆界法」第十條的判決(聯邦憲法法院判決第一輯第十四頁，及第一輯第八十九頁)以及對於一九五一年所制定有關基本法第一百三十一條之人之法律第十四條第二項、第十七條之判決(聯邦憲法法院判決第一輯第一六七頁，及第七輯第三〇五頁)乃針對一個已被肯定有效的規範，是否准予再提出聲請。依聯邦議會的意見，存在的這個程序法基本原則，乃兩項元素的結

合：實質既判力（對同一聲請人聲請權之限制）與聯邦憲法法院第三十一條第一項所規定的拘束力（聲請權受到限制乃因為判決理由中的法律問題前此已獲得裁判）。一個特定聲請人在法規審查程序中使用聲請權，依據上述看法，只要超越了一般既判力的範圍，這個聲請即對憲法訴訟法為新聲請，我們並無理由阻止聲請人對同一法律問題仍持同一見解，但針對新的事項而在聯邦憲法法院提起新訴訟。重覆提出的聲請在特定條件下是否能准許成立，我們僅問，其聲請的標的是否曾在過去的憲法爭訟中獲得裁判。黑森邦政府當年提出要求法規審查的聲請，已在五八年六月二十四日的判決中獲得裁判，但其標的僅為某稅法中某一規定的有效與否，該規定將應課稅所得中對政黨的捐助列為免稅額。

2. 本項聲請亦不因聲請標的缺乏了抽象法規審查對象所必須之法規性質而不成立。透過一九六五年聯邦預算法第一條以及第六個別計劃第二章第六一二項，授權聯邦內政部長可支出三千八百萬馬克，以作為政黨為完成依據基本法第二十一條所負任務之特別補助款。這個授權條款即為基本法第九十三條第一項第二款，聯邦憲法法院法第七十六條所稱之法律，因此即可為法規審查之標的，以檢驗其是否符合基本法。

(a)聯邦憲法法院曾多次判決，上述法規中所稱之法律包括了任一項法律中的所有規定，且毋需考量其是否具有傳統意義下的法規性質。「聯邦法律」這個用語應儘量擴充其範圍，使法規審查的標的範圍能擴大（聯邦憲法法院判決第一輯第三九六頁〔第四一〇頁〕；第二輯第三〇七頁〔第三一二頁〕；第四輯第一五七頁〔第一六二頁〕）。本院亦曾在抽象法規審查程序中審查有關設立一個基金會及一個聯邦官署的法規，並且無人質疑此等聲請的可成立性（聯邦憲法院判決第十輯第二十頁〔第三十五頁〕；第十四輯第一九七頁〔第二〇九

頁))，本院曾確認，憲法審查的可成立性乃來自於法規形成的選擇，此項審查乃相對於法律而規定(聯邦憲法法院判決第十二輯第三五四頁〔第三六一頁〕)。

- (b)基本法第一一〇條第二項第一句，表明了預算計劃應由法律確認。基本法第一一一條授權聯邦政府，當預算年度將屆滿而下一年度之預算計劃尚未通過時，可以儘量接近本年度預算之方式支出。基本法第一一二條則規定，預算之超支或不合計劃之支出，應得到聯邦財政部長的同意。由這二條基本法的規定(此二條在威瑪憲法中並無前例)可知，所有政府支出必須經預算法的確認。由基本法第一一一條，第一一二條的脈絡與第一一〇條第二項可得知預算法並不只「確認」，同時並含有對預算計劃支出款項的「批准」，亦即對政府依預算計劃之目的支出款項的授權。基本法第一一一條，第一一二條的授權，補充了預算法對支出的授權。由基本法第一一〇條第二項的文義，特別是從第三句、第四句可得知一個公正無偏的意義，即預算法並不只「確認」，同時更對支出款項「批准」(第三句：支出在正常情形下只對一年批准。第四句：在聯邦預算法中不允許有超出一個會計年度的規定)。(參見 Böckenförde, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, 1964 年，107 頁以下；Maunz (-Dürig), Grundgesetz, Rdnrn. 9 und 10 zu Art. 110 GG; Hettlage, VVdStRL, Heft 14 (1956) 11 頁；同作者，Grundfragen einer Neuordnung des Deutschen Finanzrechts, in: Finanzwissenschaft und Finanzpolitik—Erwin Schoettle gewidmet—, 1964 年 77 頁 (91)；Haenel, Studien zum Deutschen Staatsrecht, II. Teil, 1. Heft: Die organisatorische Entwicklung der Deutschen Reichsverfassung, 1880 年，314 頁以下 (328))。

聯邦預算法並不僅確認一個包含於預算計劃中，不

具法律性質的支付工具，亦不僅創設一個事實狀態，如拉班氏、孟格氏所稱。(Laband, Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preußischen Verfassungsurkunde, 1871 年，13 頁；同作者，Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. III, 2. Abteilung, 1882 年，339 頁以下；Menger, VVdStRL, Heft 15 (1957), 11 頁以下) 此二氏認為預算必先預設了其它規範，預算的法律意義亦只有透過這些規範，尤其是帝國預算規則第三十條，才能達成，帝國預算規則第三十條規定，已受批准的款項只能為載明於預算計劃中的目的(當此一目的仍持續存在)，並在同一會計年度中支出。由帝國預算規則第三十條的文義觀之，此等款項已受批准。此一規則僅規範了此已受批准款項之支用方式。預算法與預算計劃聯結成一個整體。計劃中各項的類目與目的規定，皆由預算法第一條獲得法律意義，這個法律規定包括了一個依項目、目的支出款項的授權。(參見 Böckenförde 前揭書；Jesch, Gesetz und Verwaltung 1961 年，172 頁，185 頁以下，227 頁)

這個授權創設了機關法範圍的職權與責任。如果沒有預算法及預算計劃，這些將不存在，至少不以現在這種方式存在。(參見 H. H. Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965 年，26 頁以下) 聯邦內政部長依照一九六五年預算法第一條，以及預算計畫第六個別計劃第二章第六一二項獲得授權，可針對特定目的支出款項，這個授權是一種法規範，可接受上級規範——即基本法——的審查，以確定是否有效。(見基本法第九十三條，第一項，第二款)(參見 H. H. Rupp, NJW 1966 年，1097 頁)

我們毋須追問，它的效力是否僅及於國會與政府之間，它是形式意義或實質意義的法律。因為無論如何，它是

基本法第九十三條第一項第二款所稱之「法律」。

- (c)預算計劃中包括了總體計劃與個別計劃(帝國預算規則第五條)。其中僅總體計劃做為一九六五年預算法的附件。對正式的預算而言，在總體計劃中亦列明了個別計劃，以及個別計劃各章的終算額，這些終算額劃分為收入、人事支出、事務支出、一般性支出以及單次支出，各章中的項目及其目的都於聯邦法律公報中公佈。

在總體計劃中為個別計劃或其各章列明的金額為終算額，終算額乃由各細目總結而得。對支用這些金額的授權只有透過對各細目撥款狀況及其目的規定的觀察才能明白，預算計劃中的各項包括了對各種支出可批准性的實質決定。公佈的各章終預算額應被了解為對各項撥款的指示，又預算法中的許多規定，亦與預算計劃中的各項有關聯(見一九六五年預算法第四條、第七條、第十一條)。由此亦可得知預算法與預算計劃乃合而為一整體。基本法第一一〇條第二項第一句亦要求對於各別計劃應該做法律確認。

多年來的實務並不把全部預算計劃公佈，乃因如果公佈了所有各章各項，將導致公佈文書過份龐大。這種做法是合理的。由此事實，並鑒於預算法(雖經基本法的新規定)迄今仍然保留相當傳統的形式，難謂下述對基本法第八十二條第一項的解釋為無理：經法律確認的個別計劃在聯邦法律公報的公佈是可預見的，因為預算法及總體計劃指示並關聯於個別計劃，個別計劃雖在公佈文書之外，大眾仍可查閱知悉。這種對個別計劃的作法已滿足了基本法第八十二條第一項所稱之「公佈」，而依據傳統且迄今仍為實務採行的見解，認為所有個別計劃在預算法生效時亦一併生效。(參見Heckel, HdbDStR Bd. 2, 1932年, 392頁〔404頁〕)。

- (d)一九六五年預算法及包含其中的預算計劃雖有期限，但並不

影響聲請的成立。第六一二項的撥款是可轉讓的，因此一九六五年的預算法仍可對下一個會計年度發生作用。在一九六六年預算法公佈前，對各政黨的補助仍奠基於一項依基本法第一一一條第一項對聯邦政府的授權，此項授權乃關聯於在一九六五年預算法中所批准的款項，這項批准亦對下一年度發生效力。另外，一九六五年預算法的影響力一直持續到依基本法一一四條詳為規定的各項程序——審計報告、審計檢查、聯邦議會及聯邦上議院解除聯邦政府之義務——完成為止。如果一項提請法規審查的聲請，其可成立性繫於作為其對象的法律（含有傳統意義的法規範）是否仍對外有法效力（見聯邦憲法法院判決第五輯第二十五頁〔第二十八頁〕），那麼如預算法這類的規範在國家機關的範圍內，只要它仍對國家機關發生影響，就可提出審查其是否合憲的聲請。對預算法而言，直到聯邦議會與聯邦上議院解除聯邦政府的負擔為止。

3. 依據基本法第一〇九條，聯邦與各邦其預算相互獨立。由此規定仍難謂下述見解為無理由（與聯邦內政部長見解不同）；邦政府可對聯邦預算法提出法規審查的聲請。

聯邦與各邦的預算法不僅須符合基本法一〇九條，更當遵守所有基本法的規定。如果聯邦政府或某一邦政府，針對某一邦或聯邦之預算法提出抽象法規審查的聲請，此等聲請尚難謂侵犯邦或聯邦的自主權。如此的審查並不牴觸基本法第一〇九條。這條規定並未否認這個程序的可成立性。

在本項程序中，黑森邦政府的聲請並非反對聯邦預算的某一措施，其聲請乃在質疑一九六五年預算法中對聯邦內政部長的一項授權是否符合基本法。這項規定授權內政部長可對政黨為協助其完成基本法第二十一條之任務提供補助。抽象法規審查程序乃一項獨立於主觀授權之外的客觀程序，目的為保護

憲法，它以基本法為準則審查其他法規（聯邦憲法法院判決第一輯第二〇八頁〔第二一九頁以下〕；第三九六頁〔第四〇七、第四一四頁〕）。適格的聲請人依憲法規定僅為聯邦政府、各邦政府、或三分之一的聯邦議會議員。黑森邦政府的聲請主張，某項聯邦法規與基本法不合，因此為無效，有謂：此主張對該項聲請的成立而言仍為不足。但由下列三方面皆不能得出此一看法：聯邦預算法的特殊性；待檢驗的授權其效力及於聯邦憲法機關；聯邦預算法的規定亦可做為聯邦與邦爭議訴訟的原因（基本法第九十三條第一項第二款；聯邦憲法法院法第七十六條第一項）。依基本法第九十三條第一項第二款提出之法規審查程序之前，並不需要有另外一個程序。（聯邦憲法法院判決第八輯第一〇四頁〔第一一〇頁〕）。基本法第九十三條第一項第二款的法規審查程序與第三款的聯邦與邦爭議，乃為分別相互獨立的兩種訴訟，兩種訴訟聲請的可成立性亦分別由相關規定決定。

4. 經由基本法第一一四條第二項及聯邦審計署法（一九五〇年十一月二十七日聯邦法律公報第一輯第七六五頁）賦予聯邦審計署的審計權，並不與憲法法規審查程序衝突。這項職權並不影響聲請的成立，並不影響在抽象法規審查程序中依基本法審查預算法。審計工作之目的、觀點、標準及標的皆與憲法審查不同。審計署為聯邦議會及上議院做準備工作，以審查聯邦財政部的決算報告（基本法第一一四條第一項）。立法部門依據審計報告議決聯邦政府的義務解除（基本法第一一四條第二項第二句）。審計檢查雖然在形式的計算控制與實質的行政控制外尚有「憲法控制」，但這僅在檢查行政部門是否遵照預算計劃及其附件執行（帝國預算規則第九十六條第一項第一款）。預算法及預算計劃並非審計檢查的對象而是其準繩。對預算法的規定是否合憲的審查已逾越了審計署依基本法第一

一四條第二項所擁有的職權。即使審計署指出預算內容或其運用違憲，此等指責亦無礙於預算法規定的有效性。

C

聲請人之聲請為有理由。

I

本院一九五八年六月二十四日的判決說明中曾指出，政黨之首要工作乃為競選而作準備，其財務亦首應為此目的支出。因為舉行選舉乃一公共任務，而政黨為完成此一工作乃由憲法賦予特殊任務，所以不僅為選舉，也應為參選政黨提供國家補助（聯邦憲法法院判決第八輯第五十一頁〔第六十三頁〕；第十二輯第二七六頁〔第二八〇頁〕）。本院的這個說明可能事實上業已被聯邦及各邦立法機關了解為：由預算中補助政黨從事政治活動於憲法並無不合。

基於對黑森邦政府聲請的處理，本院相信，由預算中對政黨補助從事活動，以協助政治意見與意志的形成，乃與基本法第二十一條、第二十條第二項不合。一九六五年聯邦預算計劃第六個別計劃第二章第六一二項即為此等補助而作之撥款。該項之目的聲稱：「為基本法第二十一條之政黨任務特別款」。依此各政黨可為其全部政治活動獲得補助。此點與基本法不合。因此一九六五年聯邦預算法第一條在下列範圍內無效：授權內政部長可對政黨補助三千八百萬馬克。但政黨為促進國民政治意志的形成而參與議會選舉，其競選支出可由預算中獲得適當補助。

II

1. 基本法的立法者創設了一個自由民主的基本程序，由此並支持一個國民意見與意志形成的自由、公開過程。由此點出

發，則對政黨全部政治活動的補助與憲法不合。

- (a)基本法第五條所保障的意見自由表達、出版報刊、廣播、電視及電影的自由權可謂對自由、民主的國家秩序具有首要的建構作用(聯邦憲法法院判決第五輯第八十五頁[第一三四頁以下、第二〇五頁];第七輯第一九八頁[第二〇八頁];第十二輯第一一三頁[第一二五頁])。基本法第五條亦保障公共意見的自由形成(聯邦憲法法院判決第八輯第一〇四頁[第一一二頁])。由這項意見自由表達的基本人權可導出另一項權利，即自由從事政治活動(聯邦憲法法院判決第五輯第八十五頁[第一三四頁以下])。意見自由、集會結社自由與請願權保障了人民意志形成的自由。此外基本法第二十一條、第三十八條與第二十八條更加強保障了人民意見與意志形成的自由。在輿論中表達出來的目標取向、政治信念及時事觀點可被稱之為「人民政治意志形成的先導形態」。(參考聯邦憲法法院判決第八輯第一〇四頁[第一一三頁])。在民主的國度中，應特別注意促使人民意志的形成能自由、公開，且不受拘束(參見聯邦憲法法院判決第九輯第一六二頁[第一六五頁];及政黨法委員會的報告「政黨之法秩序」第二版，一九五八年[以下簡稱「報告」]第七十頁)。人民這個持續性的意見與意志形成過程將滙集於國會的改選之中，這個選舉乃為國家中意志形成決定性的活動(聯邦憲法法院判決第十四輯，第一二一頁[第一三二頁])。人民意志的形成與國家意志透過國家機關的形成應予區別。基本法第二十一條第一項為人民意志的形成，第二十條第二項為國家意志的形成(聯邦憲法法院判決第八輯第一〇四頁[第一一三頁])。(只有當人民自己身為憲法或創造機關而經由選舉及投票自己行使國家權力)，此時人民意志的表達與國家意志的形成才合而為一(參見聯邦憲法法院判決第八輯第一〇四

頁〔第一一三頁〕)。

人民並不僅透過選舉與投票表達他們的政治意志。人民對政治意志形成的參與權並不限於選舉中的投票，更包括對於持續性的政治意見形成過程發揮影響，亦即形成「輿論」(參見聯邦憲法法院判決第八輯第五十一頁〔第六十八頁〕)。輿論(其形成，此處不予詳論，可參見聯邦憲法法院判決第八輯第一〇四頁〔第一一三頁〕；第十二輯第一一三頁〔第一二五頁〕；第十二輯第二〇五頁〔第二六〇頁〕)影響國家機關的決定。此外團體、協會及社會中各種結合皆嘗試影響政府施政及立法機關的決議以照顧其成員的利益。其中最主要的即為政黨。政黨在兩次選舉之間藉由所謂人民意見的傳達影響憲法機關的決定，特別是國會的決議。他們亦影響了國家意志的形成(參見聯邦憲法法院判決第三輯第十九頁〔第二十六頁〕；第五輯第八十五頁〔第一三四頁〕；第十四輯第一二一頁〔第一三三頁〕)。除了政黨——其內部秩序需符合民主的基本原則——人民亦在選舉之間對憲法機關的決定發揮影響力。在事實元素與複雜之意見及意志形成過程的媒體之間，有多樣性的關聯、依附性與影響行動在發揮作用。

人民意志的形成與國家意志的形成乃以多種方式交叉存在。在一個民主制度中，則必須由人民到國家機關而形成意志，而不可反其道由國家機關到人民。國家機關乃透過人民在選舉中滙集之政治意志而產生(基本法第二十條第二項)。這表示，基本上國家機關禁止參加人民政治意見與意志形成的過程，這個過程必須保持「非國家性」(staatsfrei)。民主的一項基本原則即為人民對於國家機關的意見與意志，能自由、公開的形成，立法機關、政府或行政機關對這個過程的干涉若要與此一原則相容，必須特別根據

憲法加以正當化。

可被允許影響方式例如，由合於憲法的選舉權，可對人民意志形成發揮影響，此外毋須懷疑的是，政府與立法部門的公眾工作，他們在各自職權範圍內公開陳述、討論他們的政策、措施、計劃，以及未來待決定的問題。

(b)憲法中人民免於國家機關干涉，意見與意志的自由形成，更特別規範了政黨與憲法機關的關係。

(aa) 在政黨與最高憲法機關的財務關係方面，首應注意，國家並無義務滿足政黨之財務需要。對於政黨實際上所擁有的，對於人民意見與意志形成過程之影響可能性，國家也並無義務透過財務或其他措施去替代它。(參見聯邦憲法法院判決第八輯第五十一頁〔第六十五、第六十八頁〕；第十四輯第一二一頁〔第一三四頁〕)。

即令我們認為政黨影響人民政治意志的形成，政黨發揮憲法機關的功能(聯邦憲法法院判決第四輯，第廿七頁〔第三十頁以下〕；第五輯〔第一三四頁〕；第六輯第三六七頁〔第三七二、第三七五頁〕)甚至政黨本身就是國家或憲法機關(如喬治·耶林內克所稱之創設機關)，也無法導出國家應以財力支持政黨(聯邦憲法法院判決第一輯第二〇八頁〔第二二五頁〕；第十二輯第二七六頁〔第二八〇頁〕)。基本法第二十一條承認政黨為人民政治意志形成的必要憲政工具，並將其提升到憲政制度這一層次(聯邦憲法法院判決第十一輯第二六六頁〔第二七三頁〕；關於現代民主制度中政黨之地位見 Leibholz, Der Strukturwandel der modernen Demokratie, in: Strukturprobleme der modernen Demokratie 一九五八年七九頁以下)。然而政黨並不屬

於最高國家機關（聯邦憲法法院判決第一輯第二〇八頁〔第二二五頁〕；並參見第十三輯第五四頁〔第八一、第九五頁〕）。政黨乃發源於社會、政治領域，自由形成的團體（聯邦憲法法院判決第一輯第二〇八頁〔第二二四頁〕；第三輯第三八三項〔第三九三頁〕），他們對人民政治意志的形成發揮作用，並影響已制度化的國家領域。因為他們自己並不屬於這個領域，所以國家並無財務補助之義務。

- (bb) 政黨主要透過參與選舉來影響人民政治意志的形成，而選舉若無政黨則無法實施（聯邦憲法法院判決第四輯第二十七頁〔第三十頁〕；第八輯第五十一頁〔第六三頁〕；第十二輯第二七六頁〔第二八〇頁〕；第十三輯第五四頁〔八一頁〕；第十四輯第一二一頁〔第一三二頁〕）。此外政黨亦是個人與國家的中間人（Hesse, VVDStRL, 第十七冊〔一九五九〕十九頁），兩次選舉間人民意志的實踐工具，即人民之「傳聲筒」（聯邦憲法法院判決第一輯第二〇八頁〔第二二四頁〕）。只要政黨還支持政府，他就聯繫着人民與政治領導，並維持其正常。少數黨建立政治之反對力量，並使其發揮影響力。他們以媒介者的身分參與輿論形成的過程。他們蒐集有關於政治權力與其運作的意見、利益及目標，整合形塑它們，並嘗試使其在國家意志形成的過程中實現（參見聯邦憲法法院判決第八輯第一〇四頁〔第一一三頁〕以及 Hesse 前揭書廿五頁）。在現代的大眾民主制中，何人擔任最高國家官署，政黨發揮了決定性的影響（聯邦憲法法院判決第十三輯第五四頁〔第八一頁〕）。他們透過對國家制度及官署體系的影響，特別是透過對國會及政府決議或措施的影響，對國家

意志的形成發揮作用。

因為政黨有上述的活動內容，加上憲法保障人民免於國家干涉，自由公開地形成意見與意志，所以憲法禁止政黨成為國家制度的固定物，禁止政黨附着於組織化的國家。

以政府經費補助政黨全部或大部份財務，這種作法依據通說是與基本法不合的。而每年每月定期透過國家財力對政黨的全部政治活動做部分補助，雖不會使政黨成為國家機關的附屬物，却使政黨與這個領域交錯，政黨將因此對國家的資助負責。透過如此的補助，國家機關的影響力將及於人民意見與意志的形成。這種影響缺乏了憲政的正當性。一九六五年預算法中對政黨的補助因而是違憲的，因為其未能顯示，如此的補助是否侵犯了政黨依基本法第二十一條享有的自由或是違反了政黨公平競爭的原則。

- (1)雖然基本法第二十一條承認政黨為人民政治意志形成不可或缺的憲政制度，且提升其至憲政體制這一層次，但仍無法正當化國家對政黨所有政治活動的補助。因為原則上民主的意見與意志形成過程必須免於國家干涉，所以即使憲法接納了政黨對此一過程的影響，却不能認可憲法機關透過對政黨財務補助來影響此一過程。
- (2)有謂：若無國家補助，政黨便無法完成任務。此說亦無由合法化國家對政黨所有政治活動的補助。這種看法隱隱質疑了公民組織團體並維護其生存的能力與準備，缺乏此等能力則人民無法表達意見亦無法做出政治決定(參見聯邦憲法法院判決第一輯第二〇八頁〔第二二四頁〕)。若真是如此，則作為民主國家秩序前提的基礎就動搖了，而事實上人民是一直具有此等能力的一雖然由

於歷史因素或當前社會、經濟及政治的狀況，的確有部分公民對政黨反感或毫無興趣。政黨若未能在一九五九年獲得國家部分財務補助，也不會陷於無力達成使命的狀況。憲法並未減低政黨因選戰失利而需自行籌措財源的風險。自由民主的制度承擔了如下的責任，即政治意志的形成乃繫於公民的判斷力與活動。

- (3) 國會議員及國會黨團由預算中支領津貼及補助，並不能使我們認為應允許國家每年對政黨的所有政治活動提供補助。國會議員乃帶職在身（基本法第四十八條第二項第一句），津貼可保障其決定的自由—包括對立於其所屬黨團與政黨的決定自由，並使其能自由行使民意代表基於憲法所擁有的權利義務（基本法第三十八條第一項第二句，第四十八條第三項第一句）。津貼權屬於實質之國會權。津貼乃透過「自由、代議之民主政體」原則而合法化（聯邦憲法法院判決第四輯第一四四頁〔第一五〇頁以下〕）。一八五〇年一月卅一日生效的普魯士憲法第八十五條即規定了國會議員應支領津貼，同一時代的其他邦憲及一八四九年的法蘭克福帝國憲法第九十五條亦有相同規定。一八七一年帝國憲法第三十二條的津貼禁止規定乃是十九世紀下半葉代議民主主義國家法的一項退步，而平行於廢除此項禁止規定的努力之外（此一努力至一九〇六年方獲成功）（參見聯邦憲法法院判決第四輯第一四四頁〔第一五〇頁〕）並無對國家是否應補助政黨的爭論，因為此一做法與傳統的代議民主主義無關。

而所謂國會黨團亦在其國會工作的範圍內獲得國家經費補助，此點亦與系爭論題無關（參見例如一九六五年聯邦預算計畫第二個別計畫第一章第三〇一項「對

聯邦議會黨團之補助〔辦公、研究助理、助理〕」。黨團乃聯邦議會的一部分，且為常設性之部門，此為聯邦議會議事規則所承認，並賦與其特定權利。黨團為「憲法生活」不可或缺之機構，所謂憲法生活亦即依據憲法與議事規則，聯邦議會所從事的活動。黨團能將國會工作流程之技術層面適度地予以操縱並減輕其負擔（聯邦憲法法院判決第一輯第二〇八頁〔第二二九頁〕，第三五一頁〔第三五九頁〕；第二輯第一四三頁〔第一六〇、第一六七頁〕，第三四七頁〔第三六五項〕；第十輯，第四頁〔第十四頁〕）。正因為黨團為聯邦議會常設性之部門，而並不因為他是政黨的一部分，法律才賦與其機關爭議之訴的聲請權。因其為聯邦議會之一部門，黨團亦附屬於組織化的國家。正因如此，國家可對黨團補助。

有謂：黨團與政黨關係密切，而政黨亦主要地透過黨團及所屬之國會議員對國家決策施加影響，亦即對何人出任最高國家官員（聯邦憲法法院判決第十三輯第五四頁〔第八一頁〕）以及對國會及政府的決議發生影響（參見聯邦憲法法院判決第三輯第十九頁〔第廿六頁〕；第十四輯第一二一頁〔第一三三頁〕以及「報告」第六十八頁）。這個看法是正確的，但並未改變黨團屬於國家組織領域而非為政黨之一部這個事實（參見聯邦憲法法院判決第一輯第二〇八頁〔第二二五頁〕）。

但是如果國會批准對黨團的補助，其額度超過黨團所需，其中隱藏了對政黨的補助，則是一種違反憲法的權利濫用。

- (4)有謂：若國家補助政黨所有政治活動，則政黨能夠較已往更獨立於與任務無關的財源之外以完成其所負之任務。此說亦難以正當化國家應補助政黨所有政治活

動。(聯邦憲法法院判決第十二輯第二七六頁〔第二八〇頁〕；第十一輯第二三九頁〔第二四三頁〕)。

基本法第二十一條保障了政黨免於國家干涉的自由，但並不禁止財力雄厚之個人、企業或團體對政黨施加影響。基本法第二十一條第一項第四句要求政黨財務公開，這個規定即表明基本法既未允許亦未禁止具有巨大財力之私人施展對政黨的影響，而僅將其視為事實上存在的，政治利益代表的形式（參見聯邦憲法法院判決第五輯第八十五頁〔第二三三頁以下〕以及第十二輯第一一三頁〔第一二五頁〕），並要求捐款公開為之。依憲法之義並未區分與任務無關或與任務相關的財務捐助。從憲法的觀點出發是無法將捐款者所施之影響力區分為合理合法亦或是有礙政治意志之自由形成。區分資力雄厚者的影響為與任務相關亦或無關，並與違反其任務的壓力對抗，此乃政黨之責任（參見 Hesse 前揭書，二九頁）。憲法並不保障政黨免受此等壓力。我們亦不應誤認，認為所有高額捐款皆嘗試影響政黨的決定。

立憲者之所以要求政黨財務公開，其目的為「設立一個預防措施，使公眾能知悉政黨之財源，並了解何人立於政治團體之後」（見立憲議員 Wagner 與 Zinn 的書面理由，印刷物第八九七號，其內容於一九四九年五月八日經立憲議會決議列為基本法第二十一條第一項第四句〔StenBer. 226 頁〕；又參見 von Doemming-Füßlein-Matz, JöR, N.F. 第一輯一九五一年二〇七頁）。基本法希望透過此一規定防止下述的危險，即匿名捐款者以其資本力量「透過對政黨財務的影響操縱輿論，且間接發展成巨大的政治權力」（H. Heller, Staatslehre 一九三四年一三七頁），並攫取對國家意志形成的影響力。此一憲

法規定的目的即在於使選民知悉政治意志形成的過程，並了解那些團體、協會或私人，以其自身利益的立場透過捐款影響政黨。財力雄厚的捐款者通過捐款可提高政黨的競爭機會，藉此他們即強化了自身的政治力量。憲法並要求這些捐款能公開，受輿論的控制。同時需保障政黨的公平競爭機會(參見「報告」第一八一頁)。但至此立法者尚未完成憲法所賦託之任務。

- (5)政黨負有公開其財力來源的義務，此乃為確保其能履行憲法所賦予之功能，亦即參與影響人民自由公開形成其政治意志。團體、協會及各種社會上之結社並未擁有類此的憲法任務。對於這些結社基本法亦未承諾給予補助。所以認為國家在廣泛範圍內補助社會上各類結社、協會或團體，這個看法亦不能正當化國家對政黨持續補助。這些結社固然在所涉及之利益範圍內亦參與政治意見的形成並影響國家機關的決定。但是這種對國家或政黨自由表見其團體利益的自由，乃是透過基本法第九條對結社所保障活動自由的一部分。他們並非如政黨是所謂「創設機關」(Radbruch, HdbDStR 第一冊一九三〇年二八五頁以下〔二八八頁〕；聯邦憲法法院判決第一輯第二〇八頁〔二二四頁〕；參見第十七輯第一五五頁〔一六六頁〕)。若經有關機關評估認為有值得補助之經濟、社會或文化目的，則這些團體可獲財力支援。這種補助並未違反下述原則，即民主之意見形成應由人民自由公開且不受國家干涉來完成。相反地，一九六五年預算法中對政黨之補助則違反了此一原則。所以可允許對社會上各類團體、結社補助，並無法導出亦可允許對政黨補助。

2. 由國家對政黨所有政治活動持續性的補助，這種做法立憲者

心目中的政黨形象不合，而立憲者乃依此形象制定基本法第二十一條。這個規定希望能消除存在於實際政治及書面憲法之間的緊張（此尤以威瑪共和時期為甚）（參見聯邦憲法法院判決第一輯第二〇八頁「第二二五頁」）。基本法並不想改變政黨的傳統結構，亦即政黨乃是以自身力量發揮影響力及自由競爭的團體。基本法並禁止使政黨的財力穩定成為國家之任務。

- a. 威瑪共和已被稱之為政黨國家（參見聯邦憲法法院判決第一輯第二〇八頁〔第二三頁以下〕）。雖然威瑪憲法並未明確承認政黨之任務，但其透過比例代表制（第十七條、第二十二條）預先承認政黨「組織了選民的意志表達」（H. Heller 前揭書二四七頁）。「因為整個系統乃以政黨贏得選舉為基礎」（Triepel, Die Staatsverfassung und die politischen Parteien 第二版一九三〇年廿五頁）。德意志帝國之國家最高法院賦予政黨在憲法爭訟中之政黨能力，因為在近代的憲法中人民代表的產生乃以政黨的存在為前提，而選舉的進行亦不能沒有政黨（一九二七年十二月十七日之判決，Lammers-Simons，第一輯第三三九頁〔第三三四頁以下〕；第三四一頁〔第三四五頁以下〕；第三九八頁〔第四〇二頁以下〕；又見聯邦憲法法院判決第一輯第二〇八頁〔第二二四頁〕）。對政黨能力的承認乃是「基於憲法建立政黨國家之結果」（Friesenhahn, HdbDStR，第二冊一九三二年，五二三頁〔五三七頁〕）。但政黨「就其內在本質而言仍為自由創設，基於經常性自由宣傳的組織」（Max Weber, Staatssoziologie, hrsg. von J. Winckelmann 編，一九五六年，五十頁以下；又見同作者 Wirtschaft und Gesellschaft 一九二二年，一六七頁）。而國家對政黨預防性的補助則從未被認真考慮過（參見 Eschenburg, Probleme der modernen Parteifinanzierung，

一九六一年，十一頁以下)。因為政黨自由在法律上或事實上屬於結社自由，因此政黨自籌其組織與活動經費乃為自明之理。

- b. 在國社黨執政時期，政黨遭禁止、摧殘或解散。亦禁止組織新黨。國家社會主義德意志工人黨就等於人民；他要求人民團結成一個具有政治上意志與行動力的整體，他認為自身是「人民唯一的意志表達者」(參見 E. R. Huber, *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*, 一九三七/三九年，二九三頁以下)。國社黨被認為是憲法生活中之公法團體，乃在制度上與國家聯結，國家機關應為其服務，他並可命令國家(參見聯邦憲法法院判決第三輯第五十八頁)。
- c. 立憲者透過基本法第廿一條的規定，決定性地拋棄了國社黨的統治系統，而將政黨的法律地位安置於新創立的國會民主制中(基本法第二十一條第一項第一句與第二句)。立憲者從國社黨的發展史，其由資力雄厚之企業獲得補助以及一九三三年政黨體制的全盤崩潰等歷史經驗獲得教訓，從而對政黨設立預防措施，以確保自由民主制度。為此目的而設之規定並不僅止於基本法第二十一條第二項關於違憲政黨的規定，更包括黨內體制應符合民主基本原則(基本法第二十一條第一項第三句)以及政黨應公開其財力來源(基本法第二十一條第一項第四句)。立憲者僅為了確保民主自由的基本秩序時，才對政黨自由做了這些限制。對立憲者而言，自由且獨立於國家的政黨體制一直是其理想，正如在威瑪憲法下所發展出來的一般。

觀之基本法的立法史，並無從認為憲法放棄了政黨傳統上自由、獨立更生的形象，亦無從主張國家應為政黨的生存保障負起長期補助的責任。

根據一九四八年八月二十日制憲會議第一分委員會的

報告，「已一致認為基本法不應忽視政黨的實際狀況。政黨即使無法作為法律上的機關，他亦是國家公共生活的重要成分」(第一分委員會會議紀錄：基本原則問題，二一七頁；又見同紀錄，八三至九三頁，一七九至一八二頁)。制憲大會採取了此一看法。立憲者透過「政黨條款」將政黨國家之實際狀況成文法化，並設置了必要的保障措施以抵禦對民主之危害，同時又使政黨成為獨立於國家機關之外的自由組織。議員施密特博士解釋：「政黨並非國家機關；但他是國家生活重要之決定因素……」(一九四八年九月八日大會第二次會議，StenBer. 十五頁)。議員孟擇爾博士在三讀時亦發言認為：「有幾點我們特別感到歡迎，即政黨第一次在憲法中被提及；大家承認了政黨在政治生活中實際具有的影響力並給予其合法的保障。此保障並配合了對政黨民主化發展的監督可能性，而避免導向過於偏狹的政治生活。因此我們在大會二讀時投票贊成一項聲請，此聲請希望政黨應負有公開其財務的義務，如此可使每一個德國人民知道，政黨從何處籌措經費。」(一九四九年五月八日，大會第十次會議，StenBer. 二〇三頁以下)。

- d. 政黨應在公開的多黨體制下形成；政黨應以自己的力量發展；政黨應受基本法第二十一條第一項第三句、第四句所負義務的拘束，在自由民主的基本秩序中(基本法第二十一條第二項)，參與人民政治意志的形成。這些都是立憲者心目中的政黨形象。立憲者認為政黨應自由，獨立於國家之外，這個法在基本法第二十一條，特別是第一項第二句至第四句充分地顯露出來。立憲者的想法之所以對基本法第二十一條的解釋特別重要，乃因其源自於特定的歷史經驗，立憲者欲設立防範措施，以防止災難性的歷史重演。基本法第二十一條必須透過歷史來了解，它乃是對威瑪共和及國社黨執政時

期，政黨體制惡化的一種反應措施。此規定希望透過對政黨非民主化的防止，以確保自由民主之秩序。它禁止政黨與憲法機關聯結，為了確保政黨體制的自由，亦禁止國家負起長期補助政黨的任務。政黨若長期接受國家資助，則與立憲者所預設，並在基本法第二十一條規定的政黨形象不合。由此可知，若法規規定對政黨一切政治活動進行補助，則此法規為違憲。

3. 一九六五年聯邦預算法中，國家對政黨財政補助的規定與下述憲法規範牴觸，因此為無效：第一，政治意見及意志的形成應不受國家干預（基本法第二十條第二項、第二十一條第一項第一句）；第二，基本法第二十一條第一項確認政黨結構應為自力更生且獨立於國家之外。至於此預算法的規定是否牴觸了黨內民主的規定（基本法第二十一條第一項第三句）則可不問。

III

為了「政治教育工作」之目的，亦不允許國家補助政黨。證據調查已顯示，在政黨一般性的工作與政黨之政治教育工作中很難劃清界線。

社民黨的總務長固然提出標準，從事務及組織上區分政黨的一般性工作與政治教育工作。但他亦指出，這兩個工作範圍的區別最終仍繫於政黨的善意。基民聯盟、基社聯盟及自民黨的總務長則一致表明，無法清楚地劃分政黨一般性工作與政治教育工作。除了社民黨的代表外，其餘各黨的代表亦持相同意見。

事實上政治教育工作與政黨的一般宣傳活動在政治實務中乃是交錯重疊的。今天沒有一個政黨會放棄參與一般國家問題的討論，或放棄對選民宣傳其解決方案。因此對政治教育工作的補助亦使全部政治活動受益。基於這個理由，由預算對政黨之政治教

育工作進行補助乃與憲法不合。

IV

依據基本法第二十一條及第二十條第二項，國家對政黨之全部政治活動持續地補助是不被允許的。但基於政黨自由及政黨機會平等之原則，對其參選之合理費用給與補貼並不違反憲法。在此範圍內則涉及一九五八年六月廿四日的判決（聯邦憲法法院判決第八輯第五十一頁）。

國會選舉乃為民主國家中意志形成的關鑑性活動。在立憲者所決心採行的代議民主制中，選舉必須定期舉行，以給予人民（國家權力乃由人民而來）表達意志的機會。選舉的舉行，乃為國家機關必須遵守的義務。國家機關應進行準備工作，設立必要之機構，撥出必須之款項。

若無政黨則在現代大眾民主制中選舉就無法進行（聯邦憲法法院判決第八輯第五十一頁〔六十三頁〕；第十三輯，第五十四頁〔第八十二頁〕）。公民主要透過選舉評估一個政黨其黨綱的價值，以及其對國家意志形成的影響力（聯邦憲法法院判決第三輯第十九頁〔第二十六頁〕；第十三輯，第五十四頁〔第八十三頁〕；第十四輯，第一二一頁〔第一三三頁〕）。若各不同政黨不能在選戰中陳述其黨綱及目標，則公民亦無從做出有意義的決定。只有透過選戰，許多選民才投入選舉並做出決定。本院曾多次強調，政黨主要是一個準備選舉的組織（聯邦憲法法院判決；第八輯第五十一頁〔第六十三頁〕；第十二輯第二百七十六頁〔第二八〇頁〕），政黨對人民政治意志的形成並主要地透過國會選舉施予影響（聯邦憲法法院判決第四輯第廿七頁〔第卅頁〕；第八輯第五十一頁〔第六十三頁〕）。基因於此，本院在過去的判決中賦此參選政黨機關爭議之訴權，並在此範圍內護衛政黨相對於憲法機關的特殊憲法地位（聯邦憲法法院判決第四輯第廿七頁〔第三十頁〕）；

第七輯第九十九頁〔第一〇三頁〕；第十三輯第一頁〔第九頁以下〕。但也只有在涉及政黨有關選舉的權利方面，才賦予其此等機關爭議之訴權。

政黨影響人民政治意志的形成，但並不獨佔其影響力。政黨以外的其他公民，更重要的，其他各種協會、團體及結社亦對意見與意志形成的過程施與影響。由基本法第二十一條、第三十八條以及聯邦選舉法（均屬實質憲法的一部分）中可觀察而知，對於人民意志的形成而言，政黨透過國會選舉而擁有優於其他協會的地位。即使政黨的活動並不限於參加國會選舉，此一透過基本法第二十一條所賦予之任務亦有優先而獨特的意義，因為對於國家民主秩序的運作而言，選舉是關鍵而不可缺少的。

選戰乃為意見與意志形成過程的高峰。選戰可由此過程中獨立區分出來。政黨在選戰中的活動亦與其他活動不同。選戰的展開表示投票日已近；因此選戰在時間上可確定。為了選戰而支出的費用亦可由支用項目中確定。政黨為選舉而支出的費用亦可與其他支出劃分。在證據調查中，四個在聯邦議會擁有席次的政黨，其總務長亦提供了各自所屬政黨一九五七、一九六一、及一九六五年參與選舉的收支資料，由此亦可證明，這類支出是可以分別接受調查的。

由政黨對選舉的特殊意義觀之，似乎顯示國家對政黨適宜的參選經費予以補助，就憲法而言乃是正當的。因此立法者是否應該對選戰經費給予補助，就是一個憲政問題，而不能由法院來決定。

2. 聯邦對於有關問題的立法權，其規範基礎在基本法第二十一條第三項。

我們毋須決定聯邦依基本法第二十一條第三項所享有之立法權其範圍到底多大。基本法第二十一條第一項第四句（直接）第一句及第三句（間接）已將政黨之財務關係列為同條第

三項的規範對象。由基本法第二十一條第一項第四句及第三項的脈絡觀之，我們不能認為對政黨財務的立法權僅及於政黨之財務公開義務。

3. 可准予補助的支出，僅限于與選戰事務直接相關的費用。政黨為維持其組織的經常性開銷，以及不直接涉及選戰的活動支出，皆不允許接受補助。在確定政黨為選舉所支出的費用範圍時，必須將無償提供給政黨的有價勞務排除在外。這屬於自由、自立更生政黨的本質，政黨所屬的議員、黨員與附從者提供勞務而不索取報償。

關於估定政黨參與費用這個問題，我們認為可補助的僅限於在各該當時之政治經濟、社會關係下，政黨對具政綱及目標做適當宣傳以需之費用。另外就是與其他參選政黨競爭辯論所需費用。每一政黨自認所需之必要費用並不能作為依據。立法者應致力於訂出客觀之標準。

若是立法者制定一個規範，其中規定僅有一定百分比的競選必需費用與以補助，其它交其政黨自籌，此等作法亦難謂為與憲法不合。

4. 若立法者決定補助政黨之選戰費用，他亦必須遵守基本法第二十一條，維護政黨之自由（聯邦憲法法院判決第九輯，第一六二頁〔第一六五頁〕；第十二輯第二九六頁〔第三〇五頁〕；第十四輯第一二一頁〔第一三三頁〕；第十七輯第一五五頁〔第一六六頁〕）。除此之外，立法者亦應注意，經費之「分配原則」不得抵觸政黨機會平等的基本原則。這個原則並不僅應用在狹義的選舉權（聯邦憲法法院判決第一輯第二〇八頁〔第二四二、第二五五頁〕；第六輯第八十四頁〔第九十頁〕），在選舉準備（例如選舉意見的批准，參見聯邦憲法法院判決第三輯第十九頁〔第二十六頁以下〕；第三輯第三八三頁〔第三九三頁〕；第四輯第三七五頁〔第三八二頁以下〕），在政黨贏取

捐款的範圍(聯邦憲法法院判決第六輯第二七三頁〔第二八〇頁〕;第八輯第五十一頁〔第六十四頁以下〕),或其透過廣播的宣傳(聯邦憲法法院判決第七輯第九十九頁〔第一〇七頁以下〕;第十四輯第一二一頁〔第一三二頁以下〕)。此外,機會平等的原則尚適用於投票前所有的領域(參見聯邦憲法法院判決第八輯第五十一頁〔第六十四頁以下,第六十八頁〕;第十四輯第一二一頁〔第一三二頁〕)。因此也包括對於參選經費補助之規範。這個原則在所有上述領域應嚴格地、形式地被了解。所以立法者在創立有關規範時,其創設自由應受到較大的限制。對於政黨的任何差別待遇,若是缺乏特別而極為必要的理由,則基於憲法為無效(聯邦憲法法院判決第八輯第五十一頁〔第六十四頁以下〕;第十四輯第一二一頁〔第一三三頁〕)。

關於此等事項應該或能夠創立何種規範,這並非法院的工作。本院只基於長久以來的判決見解指出立法者在機會平等的原則下,其創設自由所受到的限制。

- a. 由於政黨參與聯邦議會選舉之合宜費用可獲聯邦補助,那些享有國家經費給付決定權的人可以決定:「僅」有曾參選的政黨可獲補助。但另一方面嚴格形式意義的機會平等原則却強調「所有」曾參選政黨皆應補助。若自始僅分配給在議會中有席次的政黨,則違反了此一原則。但此一原則並不禁止差別待遇,若有特別而必要的理由,仍准許差別待遇。其中一個可接受的理由是,立法者為了防止選票或政黨的過度分化。

可以預見的,對參選經費的補助有助未來建立新的政黨。這對於經憲法法院所接受的「百分之五條款」而言是一個對立的發展(聯邦憲法法院判決第一輯第二〇八頁〔第二四八,第二五六頁〕;第四輯第卅一頁〔第四〇頁〕;第四輯

第一四二頁〔第一四三頁〕；第四輯第三七五頁〔第三八〇頁〕；第五輯第七十七頁〔第八十三頁〕；第六輯第八十四頁〔第九十二頁〕下〕；第十四輯第一二一頁〔第一三五頁〕。但立法者仍然可以設法避免選舉中選票分化及侏儒政黨的出現，並且為此目的對參選費用之補助設限。當然對參選經費的補助是不能僅決定於該黨是否獲得了百分之五的選票。如果採用這個標準將使「百分之五條款」的作用倍增，而使新黨不可能進入國會。另一方面聯邦選舉法對新黨參選的規定仍不足以防止小團體僅因能獲得國家補助而投入選舉。因此立法者對參選經費的補助可以該黨獲得一定比例之選票為標準。但此一比例必須遠低於百分之五。百分之五乃為獲得議會席次之最低得票要求。

- b. 對各政黨參選經費給與不同額度的補助，這種差別待遇在一定的程度下並不違反政黨機會平等原則。聯邦憲法法院會對各政黨選戰宣傳廣播時間的分配作出判決，在此可作為參考點（聯邦憲法法院判決第十四輯第一二一頁〔第一三四頁以下〕）。政黨可依其大小、政黨實力與領導能力區分，亦即依照其重要性。參與選舉的方式，尤其是宣傳工具及花費皆與該黨的大小、實力相當。機會平等原則並不期望透過國家的措施來消除各政黨的差距（參見聯邦憲法法院判決第八輯第五十一頁〔第六十七頁〕；第十四輯第一二一頁〔第一三四頁〕）。如果不顧及各黨的重要性，人事、理念及物質上的潛力，一律給予相同補助，則違反了補助參選經費的意義。如此做就扭曲了實際上的競爭狀況。另一方面立法者亦應注意，毋讓各黨事實上所擁有的不同競爭機會更加尖銳化（參見聯邦憲法法院判決第八輯第五十一頁〔第六十七頁〕）。若立法者欲補助參選費用，則應顧及各黨過去所形成的關係來進行資助。對於尚未在聯邦議會擁有席次的政黨，則應考慮

這些政黨迄今從未獲得補助。作為立法基礎的分配模式應顧及未來將成立並參選的政黨。至於是否應考慮其他不違反機會平等原則的差別待遇，並進而導致對費用分配的修正，則是立法者應加以檢查的。

關於「型罰執行留置受刑人書信是否侵害人民基本權利」之判決

——聯邦憲法法院判決第三十三輯第一頁以下

譯者：蕭文生

1. 受刑人之基本人權也只能經由法律或依據法律加以限制。
2. 然而沒有法律基礎之受刑人基本人權侵害必須在一段過渡時期內加以忍受。
3. 只有在為完成一項由基本法價值規範所涵蓋與公眾有關之目的所不可缺少時，才考慮限制受刑人之基本人權。
4. 找出一個既考慮受刑人言論自由又顧及正常而有意義之刑罰執行所不可缺少之必要條件的界限，則將是刑罰執行法的任務。

一九七二年三月十四第二庭之決議—2 BvR 41/71—於 Gerhard P 先生針對 Celle 高等法院於一九六八年三月八日—5 VAs 12/68—之判決所提起之憲法訴訟程序。

判決主文：

1. 一九六八年三月八日 Celle 高等法院所為之判決—5 VAs 12/68—侵害到訴訟提起人依基本法第五條第一項第一句所享有的基本人權。此項判決予以撤銷，本案發回 Celle 高等法院。
2. 下薩克森邦應賠償訴訟提起人必要之費用。

理由：

A—I

對受刑人信件之監視與批示規定在一九六一年十二月一日職務與執行規則—DVollzO—第一百四十七號以下，在前述的案件中適用一九六六年一月一日生效的第三十三次德國各邦法務部長會議中所通過之決議。

職務和執行規則第一百五十三號第一項規定：

書信來往之監視(1)機關負責人監視受刑人書信之來往。他或由他指定的服務人員閱讀寫給受刑人或由受刑人發出的信件。

第一百五十五號規定信件之留置：

信件留置：當可從信件內容引起損害刑罰執行之目標、營造物之安全與秩序或破壞公共秩序之虞時，營造物負責人留置該信件。相同的情形適用於違反第一百五十一號第四項規定之信件，受刑人嚐試寄出超過允許的「期限信件」及「特別信件」，受刑人為其他目的，而非其所提出之目的，所寄出之「特別信件」及由不允許與受刑人有書信來往之人所發出或寄給此人之信件。風景畫片之遞送與刑罰之嚴肅性不相符合或顯示出有可能破壞營造物之秩序時，亦將留置。

(2)營造物負責人可以將含有侮辱，其他可罰的或破壞風俗言論之信件加以留置。相同地亦適用顯然含有不實說明之信件或討論犯罪行為或討論與受刑人無關的營造物內情形之信件。

(3)……

II

訴訟提起人為一受刑人。他是在 Celle 的監獄中服刑。一九六七年他與 "Aktion Notwende e.V." (處所漢諾威) 有了接觸。此機構也照護受刑人。機構的成員 K. Wolfenbüttel 女士負責對訴訟提起人之照料保護。一九六七年十二月二十四日他寫了一封

提及前任負責人 Dr. St. 私人之事，以及依其觀點監獄負責人變換的決定性背景之信給 K. Wolfenbüttel 女士。在此信中他對 Dr. St. 之意見相當地貶抑：當他 (Dr. St.) 承諾些什麼時，每一位小的公務員都可以把它取消，這也是他為什麼真正無法被尊重的原因。他自己本身也曾經歷如此的事件，因此，他本人 (譯按：指本件聲請人) 的觀感如下：當時他認為這位懦弱的主管，如非稻草人便是虛偽或險詐的。此外經由營造物內公務人員對聖誕包裹之檢查，使得訴訟提起人有聖誕包裹被拿空的議論；每一位公務員皆欲證明其存在之理由也欲設法得到其渴望之工作位置，此點是可以理解的，但這也不能因此而說明，他必須破壞受刑人聖誕節愉快的氣氛，除非是由於濫用職權惡意刁難。Dr. St. 在其告別演說中將可得到熱烈的喝采，當他能大聲地說出：「我把上級官員甩出去了。」當時他卻坐在新任邦首席檢察官 Dr. H. 之旁。當 Dr. H. 表示大家共同組成一個群體時，他必須應想到一個屠夫，這個屠夫也能藉著如此的說辭「小子，我們組成一個共同體」而使激動的小牛平靜下來。

一九六七年十二月二十七日主管部門之負責人將此信留置，因為此信含有侮辱性的言論且還討論與受刑人自身無關的營造物關係。其法律基礎為職務與執行規則第一百五十五號第二項。一九六八年一月三日營造物負責人確認此項決定。針對此決定即刻提出之訴願於一九六八年一月十六日由 Celle 高等法院首席檢察官予以駁回。因此訴訟提起人依法院組織法施行法 (EGGVG) 第二十三條以下之規定提出申請要求法院加以裁判。首席檢察官發表意見時指出，在此期間內書信中無可指責的部份已允許寄出。經由一九六八年三月八日的裁定，Celle 高等法院駁回此項聲請，且拒絕訴訟提起人適用訴訟救助法。即使一項特別的刑罰執行法並不存在，訴訟提起人亦不能主張基本法第五條：從刑罰執行之目的與本質可以得出受刑人之基本人權大體而言將被加以

限制或根本失去效力，此乃基於刑罰目的而定的營造物關係本質必有之結果。此項限制乃基於依基本法之規定允許一項自由刑判決而產生；在此判決之外並不再需要一項特別的法律規定。聯邦憲法法院在一九六三年一月二十九日的函件及一九六三年三月七日的判決中—1 BvR 701/62—中贊成此種法律見解。從此種法律狀況而言，營造物負責人檢查受刑人書信來往之權利即來自刑罰執行之目的，剝奪自由執行之保證和營造物內秩序之維護。依此合法檢查之一九六七年十二月二十四日的信件，於其可指責之部份含有對於前任營造物負責人、上級官員及首席檢察官侮辱性之言論。當營造物負責人適用職務與執行規則第一百五十五號第二項之規定責難該信件部份內容時，他並沒有客觀上或目的上違反使用他所有的裁量權 (§ 28 Abs. 3 EGGVG)，因為至少從正當防衛或緊急救助之觀點可以合法化此項責難。言論自由之基本人權於涉及到侵害個人名譽時應加以限制（基本法第五條第二項）。

III

訴訟提起人藉由其憲法訴訟對基本法第一條第二項、第五條第一項、第十條、第十九條第一項、第二十條第三項及第一百零三條第一項所受之侵害加以異議。監獄公務人員所執行受刑人書信來往之檢查侵害到基本法第十條所保障的書信秘密。此外以書信含有侮辱性言論或談論營造物情形為理由而將之留置，也違反了基本法第五條第一項。受刑人亦應享有基本人權，且只能經由一如基本法第十九條第一項指出一舉出每項受限制之基本人權及條文之法律加以限制。如此一項法律卻不存在。因為司法受法及法律和基本人權之約束（基本法第二十條第三項，第一條第三項），Celle 高等法院之裁判乃是違憲。除此之外此項判決亦違反了基本人權公約。

IV

以聯邦政府之名義，法務部長對包含訴訟提起人之訴訟在內的一系列憲法訴訟發表了意見。他在此僅就被指摘之問題發表一般性的看法，而不涉及詳細的憲法訴訟的許可其成立之理由。與刑罰有關的憲法訴訟特別是涉及基本法第五條第一項和第十條第一項是否受到侵害之問題。基於一項法律基礎才允許對該基本人權加以侵害（基本法第五條第二項和第十條第二項）。一項對於在刑罰執行範圍內之基本人權侵害有明顯描述之法律尚未存在。法律上所規定的只有，誰應接受刑罰之執行及經由誰來執行刑罰（刑事訴訟法第四百四十九條，第四百五十一條）。借助這些條文立法者默示目前在刑罰執行上通常之自由限制。若認為基本法對上述所提基本人權之限制普遍地——即使在刑罰執行關係下保留有規範性的侵害授權，雖然如此仍無法從在此所談及基本人權限制缺乏一項特別刑罰執行法上總體規則的情形，推論出此項限制已可僅因此而視為違憲。對制憲者而言，如此一項刑罰執行法上的總體法規並無法馬上在基本法生效後實現，是很明顯的。也無法假定，立憲者直到此項法規公布前欲禁止每一項自由刑之執行和其必然與基本法第二條第二項第二句（人身自由）不同的基本人權相連之侵害。相反地在憲法上承認為刑罰之目的所做的自由剝奪。接下來也只有如下的解釋才能顯示出合乎邏輯，即將在刑罰執行中所必要及允許基本人權侵害加以法律上的確定視為憲法賦予立法者的委託，在刑罰執行立法可能範圍內合法地適應憲法情勢之改變。在法院判決使得基本人權之保障在刑罰執行中範圍受到過大侵害的情形明顯化後，此項任務之必要性才全面地顯現出來，但聯邦的立法者卻至今仍未能完成該項任務。當立法者給予實體刑法之改革，相對刑罰執行法新規範之事優先權時，並非有裁量上的錯誤。刑罰執行法草案之工作正全力進行中。刑罰執行

委員會已書面提出他們的建議和基本原則。於本(這個)立法任期內就會將刑罰執行法草案轉交給立法機關。在這段期間內應還可對目前的法律現狀加以忍受。但無論如何在缺乏一個法律基礎下決不能導致受刑人基本人權之保護，由於缺乏明白確定界限的法律上侵害之授權，受到超過憲法許可範圍的限制。

在刑罰執行範圍內也只有有在為完成刑罰之目標與目的所要求下，才允許限制基本人權。此乃基於基本人權立足的基本法價值決定所得出之結果。在此項決定中，只有在為實現國家團體對自由刑刑罰執行之請求權利時，才得對基本人權加以侵害。國家團體此項請求權經由基本法承認自由刑—基本法第二條第二項第二句和第一百零四條之規定—表達出來。從此處所產生的刑法追訴和刑罰執行之侵害乃為保護公眾(BVerfGE 22, 180 [219])。

當羈押之目的在刑事訴訟法條文中規定時，卻缺乏一項法律條款規定自由刑之目的。一項一般性自由刑目的之規定因通常之見解應有多項目的且至今仍無法建立對於這些目的順序一致看法，增加了制定的困難。刑罰之本質被理解為經由使邪惡之人痛苦的一種報復(BVerfGE 22, 125 [132])。實務上常從目標與目的的多數性出發。例如 Hamm 高等法院認為，刑罰之目的乃在於使違法者遭受自由之制奪，此項剝奪如同一個持續的強烈的對於邪惡的懲罰，也因此完成處罰、嚇阻、報復、贖罪和感化的目標(NJW 1967 S. 2024)。

依新的觀點—與聯邦法務部刑罰執行委員會之建議及基本原則中所表達出之見解相同—刑罰執行之目的應是獨立的且因此獨立於刑罰之意義與本質之外而加以確定。因此刑罰執行之目標應是使受有罪判決之人再加入法律共同生活體中。刑罰之執行應使得受有罪判決之人有能力在法律生活共同體中過著合法之生活；它應幫助他們找到對社會的責任。就執行之目的例外地將法律生活共同體之保障優先於受有罪判決之人時，應將執行做合乎人性

尊嚴及基於執行目標做有意義的設計。此項觀點將在刑罰執行改革的過程中導致在刑罰執行領域內刑罰目的之修正，即在刑罰執行中保護大眾的任務應主要透過使有罪之人重新加入社會之措施來完成。因此為使刑罰執行有其意義，刑罰目的中的報復與贖罪只要它超出了自由剝奪和重新加入社會目的所必需，則不能再加以考慮。相同地也適用於嚇阻之想法，只要它基本上在以使受有罪判決之人重新加入社會為目的的刑罰執行設計中尚能占有一席之地。在此所呈現出執行任務順序的結果，在正常情況下是以加入一個法律生活共同體為優先做為出發點，但因在刑罰執行中各式各樣情況皆可能出現，並無法輾轉適用於所有刑罰執行中的極端例子，而此情形須在一項一般性目的的規定中加以包括。刑罰執行法在此項情形之規定亦應對極端的情況加以評價；藉以使刑罰執行之目的規定完全地顯現出來。只要如此的法律不存在，則刑罰執行之目的只能依不同之情況特別地查明和比較在此受影響的受刑人基本人權後得出。依此對於因含有侮辱內容信件所為之信件檢查及責難應為下列之闡述：對於信件之責難影響到當事人表示及散佈其意見的可能性。因此也觸及了基於基本法第五條第一項第一句的基本人權（言論發表自由）。在此不須對於基本法第五條第一項第一句是否只是保護有價值判斷意見的言論，還是更進一步地保護事實傳達之爭議詳細地考慮（Herzog 於 Maunz-Dürig-Herzog 所著基本法評釋第五條註解第五十頁以下），因為每一封受責難的信件中，至少皆有一部份含有價值判斷的意見。此外對基本法第十條第一項之侵害亦考慮在內。雖然在刑罰執行中與羈押中不同，並不存在因有調查事實真相困難之虞而侵害基本法第十條第一項之必要性。但至少因為侮辱之危險，基本上仍存在此種侵害之必要性。侮辱性的信件可以加以留置，當經由它的繼續傳送對自由刑刑罰之執行產生實際上的危險時。在此必須將當作刑罰目標報復及嚇阻不同的觀點加以排除。此外也必須注

意，是否此項責難真正適合且有助於「重新加入社會」的執行目標，是否基本法第五條第一項第一句的價值決定不應導致用其他方法而不用留置信件之手段來完成執行的任務。

B

憲法訴訟被允許且為有理由。

I

受刑人的基本人權也只能經由法律或依據法律加以限制。

1. 在基本法第一百零四條第一項和第二項，第二條第二項第二句及第三句中以一個經由法官依據刑法之適用及考慮相關程序法上條文所做成的刑事判決所造成有期或無期自由剝奪之可能性為當然之理，作為其先決條件。相反地並沒有一第一百零四條第一項第二句中的禁止虐待為例外—對自由刑刑罰執行之種類及方法有基本上的看法。就涉及到基本人權之限制時，當然是由相關的條文加以決定，而此限制只有經由法律或依據法律才被允許（前面所提基本法第十條第二項第一句和第五條第二項）。立法者基此理由，對於目前大部份只經由行政規則加以規範的刑罰執行領域有義務公佈一項相符合的法律本是很明顯的結論，但在基本法公布生效後卻暫時地沒有在判決及學說上出現。相反地回溯到「特別權力關係」的法律概念，而將此理解為受刑人基本人權一種獨立的隱含的限制；基於憲法之觀點並不認為刑罰執行法是必要的（Schüler-Springorum 所著「刑罰執行之過渡期」一九六九年第五十九頁及 Müller-Dietz 所著「刑罰執行法之立法和刑罰執行之改革」一九七〇年第八十六頁以下）。
2. 追溯此項觀點只能如此解釋，即傳統上將刑罰執行之設計視

為特別權力關係的一種，而允許在其中對受刑人的人權在相當不確定性情況下加以相對化。

基本法是一項將自由之保護及人類尊嚴視為所有法律的最高目的的價值規範；基本法上對人類的形象塑造卻不是一個專斷的個人主義而是一個位於群體及有各種不同義務的人格(BVerfGE 12, 45 [51]; 28, 175 [189])。在基本法第一條第三項，基本人權被宣示為直接拘束立法、行政及司法。若在刑罰執行時可任意或依裁量限制基本人權，則顯然違反了基本人權對於國家權力廣泛的拘束力。只有在為完成一項由基本法價值規範所涵蓋而與公眾有關之目的所不可缺少時，且在由憲法事先規定的形式下，才能考慮對基本人權加以限制。受刑人之基本人權只能經由法律或依據法律加以限制，不過卻無法放棄一儘可能詳盡地限制——一般條款。

由現今訴訟提起人指責拒絕其觀看一份報紙之允許，因此所提起的憲法訴訟，而經由主管的法官委員會依聯邦憲法法院法第九十三條之一(§ 93a)於一九六三年三月七日所做不附理由的裁定並不妨礙本判決；因此種的裁定並沒有拘束力(BVerfGE 23, 191 [206 ff.])。

II

主管營造物之官員所為訴訟提起人之信件之檢查，並未違反基本法第十條第一項。

1. 書信秘密之基本人權保護個人相互間書信來往時，不受公權力知悉其內容。由主管的營造物官員對受刑人寄給不在監獄內收信人信件所為的檢查，含有對屬於受刑人基本人權之書信秘密的侵害。
2. 依基本法第十條第二項第一句書信秘密之限制只能依據法律加以規定。訴訟提起人之信件乃是基於職務和執行規則而被

留置。此項職務和執行規則乃是各邦法務部長的約定協議，屬於行政規則。因此它並不符合基本法第十條第二項第一句的要求，也非依據一項法律。刑罰執行法目前並未存在，現今有的只是聯邦法務部長向聯邦政府提出的有關自由刑之執行及改善和保障剝奪自由措施的法律草案。

3. 但目前尚無法確定有違反基本法第十條第一項的情形。立憲者在基本法公布時——特別是從基本法第二條第二項第一句和第一百零四條第一項及第二項可以得出一——就已經注意到刑罰執行向來的情形，且沒有任何情況顯示，立憲者認為在基本法生效後，立法者必須馬上公布刑罰執行法。相反地經由基本法所創造的價值規範賦予立法者於適當時間內將刑罰執行予以法律規定之任務。在判斷是否此項時間在這段期間內已經過和經由立法者而導致基本法之侵害可否確定的問題時，必須也考慮到，一直到最近為止仍常有許多觀點藉由「特別權力關係」的法律概念指出，受刑人之基本人權已因刑罰執行之關係一般地受到限制；此處所涉及的是一項不須在形式法律上明白顯示出的隱含的限制。反對這項傳統觀點的見解，即基本法乃是一項客觀的價值規範，擁有無所不包的基本人權保護，此種保護的實現乃是全體國家權力之義務，對於一定人群經由法律本身限制基本人權之保護是不被允許的，此項見解漸漸地流行。

現在聯邦政府亦已考慮到在此處所得基本人權之認識，並重新展開與刑法改革相關的刑罰執行法的準備工作（暫時性專門負責單位所提草案中之理由第七頁）。一九六七年聯邦政府設立一個委員會，其任務為擬定刑罰執行法草案。一九七一年二月三日提出該項草案。目前最終的政府草案正在進行中。因此聯邦政府並不負遲延責任，反應了主張特有的隱含的基本人權限制的特別權力關係學說遭受逐漸增加的反對之情形。

在此情況下也必須對於受刑人基本人權之侵害而沒有法律上依據之情形，於一定的過渡時期內加以忍受，直到立法者能公布一項符合目前對基本人權看法及確定描述侵害構成要件的刑罰執行法。然而此項期限必須加以限制。在此一與 BVerfGE 15, 337 (352) 和 25, 167 (185, 188) 同一認為比較適合且客觀上較合理的聯接點而加以考慮的是此次立法任期結束之時。因而一直到一九七三年秋天前，目前存在而與現今對憲法因而一直到一九七三年秋天前，目前存在而與現今對憲法看法不相符合的狀態還能加以忍受。

4. 當然這也不表示在這段期間內允許對受刑人之基本人權任意地加以侵害。相反地主管的官署及法院—如同至目前為止—必須於每一項具體的侵害時審查，是否在允許的方式下—不論至今仍沒有刑罰執行法—對受刑人的基本人權加以侵害。只有在此侵害為維護刑罰執行且正常地實施不可缺少時，才能加以侵害。在此也必須考慮刑罰執行之意義及目的。

因此對於上列的案件得出如下結論：受刑人與外界不受干擾的接觸將因信件之檢查受到阻礙。此項不受干擾的接觸意味著對自由刑之執行存在潛伏的危險。它將因此對於刑罰之目的及意義產生質疑。受刑人可以透過書信與其同謀者討論逃亡計劃和準備其逃亡或是計劃其他犯罪活動。逃亡和犯罪活動之危險對受刑人信件之檢查加以合法化。與此相對不能以受刑人之信件極少含有逃亡計劃加以反對。現存的檢查恰好就是阻止使用信件的接觸來準備逃亡或犯罪。

III

相反地信件因其部份含有侮辱性內容而被留置之事違反了訴訟提起人言論自由的基本人權。

1. 執行營造物負責人所責難訴訟提起人所寫書信中的段落是牽

涉到基本法第五條第一項意義下的以文字所為之意見表達。

(a)價值判斷，即對事實、行為之本質或環境做評價性的觀察屬於基本法第五條第一項第一句意義下的「意見」。此種價值判斷必是主觀的。它是否正確或錯誤，情緒性或理性的建立，並非扮演著決定性的角色。訴訟提起人信件中被責難的段落表達了他對於營造物和司法領域內不同之人的看法。它含有價值判斷，因此為基本法第五條第一項意義下的意見表達。

(b)此種意見表達不能因為基本法第五條第一項只保護「有價值」的意見，即具有一定道德品質之意見的考量而拒絕其受基本法第五條第一項之保護。依基本法第五條第一項本文並不含有此種限制。此種限制亦違反它的意義。由它所保障的言論自由權是自由民主當然的組成部份(BVerfGE 5, 85 [134 f.]; 7, 198 [208]; 12, 113 [125]; 20, 56 [97])。從此處得出該項權利無所不包的特質。它應包含所有的意見。依該意見道德上之品質而得出的區分將對此項無所不包的保護在相當大的程度上與以相對化。無視於有價值與無價值意見的區分係相當困難，甚至常常是不可能的，在基於多數組成和自由民主觀念下的國家組織裏，每項意見，即使是與大多數的想法相偏離，都是值得保護的。基此理由對於他人或特定事件或關係所為貶抑性的價值判斷只要不侵犯基本法第五條第二項中任何一種界限，都受基本法第五條第一項第一句之保護。

2. 目前並不存在一項做為基本法第五條第二項意義下的「一般法律」，而在一定情況下可以合法化留置具有侮辱內容的信件或討論與受刑人無關的營造物情形的信件之刑罰執行法。為維持刑罰執行且正常地實施，此種措施也並非不能免除。一個有意義的自由刑之執行並不強迫要求切斷受刑人就營造物

關係或營造物內之人——當然大都是貶抑且充滿敵意的一對信件來往之人說出他的看法之機會。營造物秩序之維持當然是一個合法的理由以禁止反抗營造物內秩序為目的的受刑人行為。營造物的秩序以限制自由為其前提，此與供使用的地方之狹窄，受刑人必要親近的共同生活體和不可缺少的監視相關連。對外寄出的信件在通常情況下，嚴格而言並無法破壞此種秩序。其他受刑人並無法接觸到正本。對該信件可能的談論或副本的四處傳遞並不受到是否該信件受到檢查之事實而有所影響。受刑人若相互談及他們的信件時，可以確定即是談論被留置的信件內容。若新聞界握有此類信件——在此特別值得注意的是描述營造物內真正的或被誤認的弊端——則刑罰執行機關必須對於在一定情況下針對其所提出的指責加以說明。身為國家機關不能基於一個無法經由事實證明的營造物秩序遭受危險的提示，而從一開始就剝奪於刑罰執行範圍內公開討論其具體的措施。因此不能一般地以信件討論到與受刑人表面上無關的營造物關係或含有否定性的價值判斷為理由，而基於營造物秩序之指示加以留置。找出一個既考慮受刑人言論自由又顧及正常有意義之刑罰執行所不可缺少之必要條件的界限，則將是刑罰執行法的任務。

3. 訴訟提起人之信件亦不能基於侮辱之觀點，基於考量基本法第五條第二項因個人名譽所加之界限，而加以留置。該條項之用語雖不同於「一般法律」和「保護青少年之法規」之用語而無法主張依法律保留而有所限制，但從此處也不能得出，個人名譽之權利在缺乏法律的具體化情況下，可經由國家對表達意見之人提出異議。如此的解釋違反目前通說對基本人權之見解，即基本上只有基於法律才能侵害自由權。因此惟有在法律上加以規範時，個人名譽權才能成為一項允許限制言論自由的界限。此項情形於刑法範圍內經由刑法第一百八十

五條以下之規定，配合刑事訴訟法第三百七十四條以下之規定；在民法範圍內經由民法第八百二十三條以下及撤回和不作為之訴權加以實現。從這些條文中受侮辱者可以得出該如何阻止此項侮辱及如何能在刑法及民法上控告侮辱者。並沒有任何一項法律允許國家機關，只基於其檢查而得知信件含有侮辱性之內容，進而因該內容即加以留置，實則該檢查卻是特別為阻止受刑人逃亡或犯罪活動所採取的。即使此項侮辱針對司法人員—只要法律上沒有其他的規定—仍必須適用上述的情形。他們亦只擁有依目前法律之規定對抗此項侮辱之權利。

於判決和學說中所提及的正當防衛與緊急救助的見解並無法改變此項結果；因為營造物負責人檢查信件之職權並不能立即與為保護第三人之名譽而採取行動的權利相連接在一起。國家機關不允許藉由其地位，在沒有特別授權下，侵入人民基本人權保護的領域。

IV

因 Celle 高等法院並未注意及此所說明的適用在刑罰執行中基本人權之基本原則，且誤認個人名譽權利界限的意義，必須撤銷該裁定，並將此案發回 Celle 高等法院重新審判。

V

本判決以六票對兩票通過。

關於「學校法」（開除學生）之判決

——聯邦憲法法院判決第五十八輯第二百五十七頁以下

譯者：謝銘洋

1. 立法者於何等範圍內有義務自行規定學生因成績不足而退學之要件。
2. (a)立法者得授權制定命令者，以法規性命令規範學生之升級。
(b)於授權規範中就授權之內容及範圍以「升級」之概念加以描述，即已滿足法治國家明確性之要求。

一九八一年十月二十日第一庭決議

—1 BvR 640/80—

本案係關於 R 先生對：①黑森邦高等行政法院 (Hessischen Verwaltungsgerichtshofs) 一九八〇年五月十三日之裁定——VI TH 515/80——，②法蘭克福行政法院一九八〇年三月十八日之裁定——V/1 - H 532/80——，③法蘭克福市長一九八〇年二月七日就異議所為之決定——2.1 BVW - 18/79/2002——所提之憲法訴訟。

判決主文：

本件憲法訴訟駁回。

理由：

A

本憲法訴訟之客體主要為：法律保留是否，以及在何等範圍

內，適用於學生升級與因成績不足而退學之規定。

I

1. 訴訟提起人生於一九六一年，自一九七一～七二學年開始於法蘭克福上中學，於一九七三～七四學年其因多科成績不及格而重讀六年級。一九七四～七五學年結束時，訴訟提起人又因成績不及格無法升級(八年級)。由於連續兩次無法升級，訴訟提起人乃同時被勒令退學。就此訴訟提起人提出異議，但被駁回。在行政爭訟過程中，訴訟提起人由於成績有所改善(他繼續上學)而於一九七五年～七六學年例外地得予重讀。嗣後訴訟人即得以升級。

一九七八～七九學年其成績再度退步，是以學校乃任其前半學年之成績單上註明其有留級和被退學之虞，此外學校亦通知其父母，該生多次無故曠課。一九七八～七九學年結束時訴訟提起人因化學不及格，德文、英文、拉丁文以及重修之化學成績不足，共計五科未達及格標準，無法升到十一年級，並於九七九年八月一日(因第三次留級)被勒令退學。

2. 訴訟提起人就此提出異議。另外並請求行政法院依據行政法院法第一二三條為暫時命令，准許其暫時在十一年級上課。該請求被駁回確定。法蘭克福市長於一九八〇年二月七日亦以訴訟提起人之異議無理由而以決定駁回之，同時勒令訴訟提起人立即退學。
3. 訴訟提起人乃提起行政訴訟並主張，留級和退學欠缺必要之法律依據。該訴訟案件迄未判決。

同時訴訟提起人並請求行政法院停止執行之效力。一九八〇年三月十八日行政法院附理由裁定駁回訴訟提起人之請求，其認為訴訟提起人被退學非無足夠之法律依據，且訴訟提起人之基本權利並未受到侵犯。其謂：依黑森邦之學校行政法

(hessischen Schulverwaltungsgesetzes) 第四十四條第四項第四款之規定，文化部長(Kultusminister)有權頒佈關於學生退學要件之學校規則。且依該授權，文化部長已於一九七七年三月三十日頒佈一般教育學校至十年級之升級規則(ABl. S. 195)。是以退學及立即執行之命令均屬有效。訴訟提起人因已是第三次無法升級，其已喪失繼續就讀之可能性，而且其已成年並已完成法律所規定之義務教育。是以訴訟提起人請求停止執行之效力，顯無理由。

訴訟提起人不服該裁定所為之抗告亦經黑森邦高等行政法院於一九八〇年五月十三日未具其他理由裁定駁回。

II

訴訟提起人遂就市長所為立即執行之命令、行政法院之裁定及黑森邦高等行政法院之裁定提起行政訴訟。其所指摘者特別為其依基本法第二條第一項、第三條第一項和第三項，第六條第二項，第十二條第一項及第十九條第四項之基本權利受到侵害。

其陳述之理由主要為：

異議決定中所為立即執行之命令，無論形式或實質均屬違法。一九七七年三月三十日之升級規則，特別是其中所規定之留級三次即應退學之規定，欠缺充分之法律依據。黑森邦於一九六九年五月三十日所制定之學校行政法——GVBl. I S. 88——第四十四條第三項（現依一九七八年四月四日所修訂公布之規定為第四十四條第四項第四款——GVBl. I S. 232——）雖授權文化部長得頒佈學校規則，其中亦包含退學之規定；然而此種有關學校制度之授權，觀諸聯邦憲法法院及聯邦行政法院就法律保留所為之判決，並不充分；蓋多次留級後之強制退學，依其特性應屬立法者自為規定之事項。授權之規定，依基本法第八十條第一項第二句及第二十八條第一項，至少應使依其所頒之命令之內容及範

圍得以預見。一九六九年之學校行政法第四十四條第三項及一九七八年之學校行政法第四十四條第四項第四款之規定，與前述要求並不相符。

此外，行政法院就訴訟結果之判斷亦有違誤。德文及英文之評分——訴訟提起人之書面報告平均分數達三·五——乃忽視了一般有效之評分原則，特別是忽視訴訟提起人之口試成績。主科化學及副科化學分為二個獨立之科目來評分，亦屬違法。益有進者，學校並未適時地且充分地將訴訟提起人之成績通知其教養權利人(Erzziehungsberechtigten)。就此學校乃違反基本法第二條、第六條第二項及第十二條之規定。此外，成績較訴訟提起人差之學生反而得以升級亦有違平等原則(基本法第三條第一項)。

III

黑森邦之總理認為本憲法訴訟並無理由，因無論係所指摘之裁判本身或係做為裁判基礎之升級規則均無憲法上之問題。其認為一九七七年三月三十日之升級規則係依據一九六九年五月三十日(GVBl. I S. 88)之學校行政法(SchVG)第四十四條第三項而制定，該規定賦予文化部長發布一般學校規則之權限，而該種規則包含關於入學、轉學、退學、開除、升級、考試及其他教學上之決定與措施之規定。固然有關因留級而結束其與學校間之關係之規定會直接影響到學生之社會地位及其基本權利，因而應由立法者自己就其中之重要事項為決定；惟依聯邦憲法法院所發展出之重要性理論(Wesentlichkeitstheorie)，立法者只要為基本之決定即可，細節則得委由法規性命令規範之。升級規則所規範之事項，依其種類及意義皆非議會保留(Parlamentsvorbehalt)之範疇，而得由法規性命令規範之。是以其認為重要者乃立法者應如何明確地對法規性命令之制定者預先設定法律制定之藍圖(Rechtsetzungsprogramm)，以使重要之問題有足夠之法律保留。

此明確性原則乃法律保留之必然結果。本案涉及邦之法規性命令，是以基本法第八十條第一項第二句並無直接或間接適用之餘地。黑森邦之憲法第一〇七條及第一一八條已將對各邦均有拘束力之憲法上之權力分立原則加以具體化，是以基本法第八十條第一項第二句之適用不得違反基本法第二十八條所規定之一致性原則（Homogenitätsprinzip）。

其認為縱使邦之立法者應注意基本法第八十條第一項第二句之要求，學校法第四十四條第三項就有關升級與因留級而退學之事項所規定之授權亦無疑義。依授權而制定之規範，其目的、內容及範圍之探求係經由規範本身之文義解釋，其與其他規定、法律規範所欲追求之目的，以及其與充分之明確性在意義上之關連為之。對於所欲規範之事項，只須在授權之法規中提及之即可；蓋其與其他事項之必要區別由事物之本質即可得知。進一步之授權明確性則可由學校之任務，及其有義務促進並保護個別與全體學生之福利得知。不適當之學生應離開學校，乃屬學校法規中有強制性之部分。有關升級之規定屬於傳統之規範範疇，而於授權之規範本身毋須進一步加以具體化。

其認為倘升學規則所依據之授權不足以應付多變之需求，亦與依該授權而頒之法令無關。由於該種與上位階之憲法原則之不一致係因時間之經過，法治國家對授權明確性之要求逐漸轉變所致，是以其認為應有一段過渡時期，直至立法者有能力依所變更之見解調整為止。倘升學規則因其所依據之授權規範違憲而被廢止。且無任何代替措施，必會造成該邦學校制度上之重大困擾。況且制定新規定，由於法律之新發展產生之許多尚待解決之問題，亦需要一段較長之時間。是以其認為，為使國家之學校事業有運作能力，必須接受該被指摘之升級規則為一過渡時期之法規。

B

本件訴訟提起人得提起憲法訴訟。

固然本件訴訟係針對暫時法律保護程序中依據行政法院法第八十條第五項所為之裁判而提起，訴訟提起人仍得向行政法院提起主訴訟程序(Hauptsacheverfahren)，其救濟途徑尚未窮盡。惟縱使考慮到憲法訴訟之輔助性原則(Grundsatzes der Subsidiarität)，亦應例外地准予提起憲法訴訟，倘該判決不涉及其他事實之調查，且符合聯邦憲法法院法第九十條第二項之規定而毋庸考慮法律途徑須窮盡之要求(聯邦憲法法院判決第五十三卷，三十頁〔要旨第二點及第五十三頁以下〕)。本案即屬此種例外之情形。本案之核心問題在於：法律保留對留級與退學有何種意義及效果，此具有憲法上之重大意義。其他之事實調查並無必要。訴訟提起人已成年且其進一步之教育主要取決於本案判決。對其而言，等待主訴訟程序之判決確定，將造成時間上無可彌補之損失。鑒於該情事，縱使在憲法訴訟之輔助性觀點下，亦不得要求訴訟提起人先進行行政法院之主訴訟程序。

C

本件憲法訴訟並無理由。

I

訴訟提起人主張一九七七年三月三十日之升級規則之適用有誤，且其成績不及格亦非正確，特別是德文及英文之書面證明。其陳述顯無憲法上之依據。學校成績之評鑒本即為教學任務，就此，被指摘之異議決定及行政法院判決顯無憲法上之重大違誤。其並未違反恣意禁止(Willkürverbot)(基本法第三條第一項)之規定。

是以本憲法訴訟顯無理由。

II

訴訟提起人首先主張其留級及因而從中學被開除，欠缺足夠之法律依據，因此侵犯其依基本法第二條第一項、第十二條第一項及法治國家原則所保障之基本權利。該項指摘並無助於本件憲法訴訟。

1. 該中學就訴訟提起人之留級所為之決定及要求其於一九七九年八月一日離開學校，係依據黑森邦文化部長於一九七七年三月三十日（ABl. S. 195）所公布之一般教育學校至第十年級之升級規則辦理之。該規則係根據黑森邦於一九六九年五月三十日所公布之公立學校之管理與行政以及學校監督法（簡稱學校行政法——SchVG——）第四十四條所規定之授權（GVBl. I S. 88）。
2. 該法律規定之有關係文為：

(a)學校行政法：

第四十四條 學校規則

- (1)學校規則規範學校與學生及教養權利人間之關係，於職業學校亦規範學校與教師及僱主間之關係，並使其了解其權利與義務，學校規則之內容與範圍係依學校之任務及其義務而定，其義務在於促進並保障個別及全體學生之福利。
- (2)學校規則中主要包括下列規定：
 - ①學生之入學、轉學、退學及開除；
 - ②參與學校之課程及學校之活動；
 - ③曠課及休學；
 - ④升級、考試及其他教學上之決定與措施；
 - ⑤學生代表；
 - ⑥校刊及學生刊物在校內之銷售；

⑦保健、意外防治及學生救濟；

⑧教育及秩序措施。

(3)一般教育規則由文化部長頒佈之。補充性之教育規則得由各校頒佈之。

學校行政法第四十四條嗣後被重新修訂，目前依一九七八年四月四日公布之新法，其內容為(GVBl. I S. 232)：

(1)～(3)……

(4)文化部長有權頒佈學校規則，於學校規則中主要應規定：

①～②……

③升級、鑒定級別、跳級、畢業及其他學校之決定與措施；

④轉學、退學、開除；

⑤～⑧……

(5)～(7)……

新舊兩法就授權規範，升級與開除均有相同之規定。依其文句所指稱之規範客體限於「退學」、「開除」及「升級」。

(b)升級規則：

(I)一般規定

①～②……

③升級之原則

③之①……

③之②……

③之③下列情形應准升級：

①學生之所有學科至少均達及格之標準；

②或不及格之成績得以彌補之；

③或當升級會議認為該生在下一年級將會有較好之表現，或者是受到較多之鼓勵；

④或基於其他教育上之正當理由（例如：一直就讀於國外學校之學生）。

依③及④所為之決定應附理由，理由應載明於升級會議之紀錄上。

③之④……

③之⑤……

③之⑥各種學校及各個年級就不及格成績之彌補（③之③

⑥）應依第二章之特別規定為之。

③之⑦～③之⑨……

④～⑧……

(II) 個別規定

①～②……

③就職業學校（職業學校分部）及中學（中學分部）之個別規定。

升級會議於彌補不及格之成績時應注意下列準則：

③之①一學科之分數低於「及格」（“ausreichend”）者，須有其他學科之分數為「滿意」（“befriedigend”）或更佳者，始能彌補之。

③之②德文、第一外國語、第二外國語（僅於中學或中學分部）及數學中有兩科不及格者，原則上不得升級。

③之③對欲取得與古典語文學制相當之中學畢業證書者，於第九及第十年級時，前項③之②之第二外國語係指希臘文。

③之④於③之②及③之③所列之學科中有一科低於「及格」者，倘被認定於其他③之②及③之③所列之學科中之一科或數科有特殊能力及強烈之工作意願，亦得升級。成績為「滿意」者，有時亦得做為有特殊能力及強烈之工作意願之表現。

③之⑤於同一年級兩次無法升級之學生，或於相同學制或相同分部相接續之兩個年級，或於其迄今之求學期間中第三次無法升級之學生，均不屬(I)③之⑨所稱之重讀某一年級之學生，且亦均不得進入相同學制下之其他學校(學校分部)。

適用本規定時，為履行上全天課之義務，所涉之學生應另就讀於與原先所讀之學制不同之學校(學校分部)。

③之⑥所有依③之⑤必須離開學校(學校分部)之學生，其教養權利人，學生已成年者則為其自己，應即時與校長或老師討論學生受其他學校教育或職業教育之可能性。

有關③之⑤規定之例外，在非因天資不足或學生欠缺學習意願而再度留級之情形，由主管之學校監督機構決定之。

④……

III

1. 迄今憲法法院有四個判決特別與學校關係中之法律保留有關(BVerfGE 34, 165 [192 f] ——hess. Förderstufe; 41, 251 [259 f.] - Speyer-Kolleg; 45, 400 [417 f.] - hess. Oberstufenreform; 47, 46 [78 f.] - Sexualkunde)。這些判決揭示一個原則，即：依基本法之法治國家原則及民主原則，立法者有義務自己決定學校制度中之重要事項，而不得委由學校行政單位為之(議會保留——就其基本之說明，參考BVerfGE 40, 237 [249])。該見解嗣後被貫徹於學校法之原則中。當然，何者為重要而屬議會保留之範圍仍有爭論(參考BVerfGE 51, 268 [290])，就此聯邦憲法法院於「性教育學科」(Sexualkunde)之判決(BVerfGE 47, 46 [79 f.])中闡述如下：

「一項措施是否重要而應為議會本身所保留，或僅得依內容明確之議會授權為之，首先取決於基本法之規定。就此，基本權利之保障係考慮之重點。大多數基本權利之條文規定，侵犯人民之權利只能經由法律或依據法律為之。此外，如果不考慮侵犯(Eingriffen)與給付(Leistungen)之區別，經由議會之介入而為之保障亦與傳統之保留學說相符。是以在基本權利之領域所謂之『重要』通常係指『就基本權利之實現上重要者』(參考 BVerfGE 34, 165 [192]——hess. Förderstufe; 40, 237 [248 f.]——刑事執行之法律保護程序; 41, 251 [260 f.] - Speyer-Kolleg)。

基本權利之重要性(Grundrechtsrelevanz)於學校關係中亦相當重要。國家之教育任務(基本法第七條第一項)與親權(基本法第六條第二項)以及小孩之人格權(基本法第二條第一項)間之界限並不清楚，且難以確定。其界限之確定對於基本權利之行使有重大之意義。是以其為立法者之任務。」

該判決為聯邦行政法院及其他行政法院所採。聯邦行政法院明白表示贊同聯邦憲法法院之判決，認為依基本法中之法治國家原則及民主原則，立法者有義務自己為教育制度上之重要決定，而不得委由學校行政單位為之(參考 BVerwGE 47, 201 [203]——一週五天(Fünftagewoche); 56, 155 [157]——留級; 57, 360 [363]——性教育學科)。相同之見解亦見於巴伐利亞邦之憲法法院(Bayerischen Verfassungsgerichtshofs)最近於一九八〇年三月二十七日(BayVerfGH 33, 33)及一九八一年五月二十七日(BayVBl. 1981, S. 495)所為之兩個判

決。該二判決涉及巴伐利亞邦一般學校規則中所規定之學生違反義務之效果之有效性(詳參巴登——烏爾騰堡邦(Baden-Württemberg)高等行政法院一九七五年十月十六日及一九七六年四月七日之判決-SPE-II C II S. 11 及 S. 15, 以及在 BVerfGE 41, 251 [259] 之判決)。

2. 在多方致力於將法律保留在學校法中具體化過程，有兩個明顯之方向，其同時亦顯露出昔日關於法律保留之爭執：其一為就學校制度進行法治國家所要求之「法律化」(Vergesetzlichung)，並祛除至今法治國家就學校關係規範上之缺失(就此參考 Niehues 著之學校法及考試法，NJW-Schriftenreihe, Heft 27, 1976, S. 37; 同作者 DVBl. 1980, S. 465; Oppermann, Verhandlungen des 51. DJT, Bd. I, 1976, Gutachten C, S. 48 ff.; Ossenbühl DÖV 1977, S. 801 及 DÖV 1980, S. 545 [549 ff.])。反之，另一派則認為應維護憲法上所保障之行政權自主性，且為求文化行政上所必要之彈性而反對過度擴張「法律化」(就此參考 Falckenberg, BayVBl. 1978, S. 166; Nevermann, VerwArch 71 [1980], S. 241 [254 ff.]; Pieske, DVBl. 1979, S. 329; Kopp, DÖV 1979, S. 890)。上述二種見解——其出發點雖不同——均致力於在學校制度上尋求行政與立法在規範權限上之實際區分標準。

將法律保留貫徹於學校制度之努力，因德國法學會議(des Deutschen Juristentages)學校法委員會之報告及該委員會所提出而於一九八一年公布之邦學校法草案，而暫時告一段落，其同時亦為未來之發展提出解決之方針(Schule im Rechtsstaat, 德國法學會議出版, Bd. I, 1981)。該委員會於制定邦學校法之草案時，曾參考許多判決及文獻。其並以聯邦憲法法院之判決為基礎而獲得下述之結論。即：何者應由法律規範之，何者得依法律之授權由法規性命令規範之，在學校法之

各別規範領域應考慮其個別之特殊性，並無一定之答案（參考委員會報告 S.47f.）。該見解將會導致各個領域有不同範圍及不同程度之規定。

3. 倘鑒於教師之教育自由、學校應有之彈性以及議會所面臨之過度負荷，而強調就學校制度過度法治化或法律化之危險，會使大多數人於評論時忽略事實上之關係及法律上之現狀。實則依基本法第二十條第一項及第三條之要求，於學校法中就國家之侵犯與給付以法律明定，並不會對學生、教師及父母之自由權造成不當之限制。反而係學校為求圓滿，而藉文化行政所為之高度官僚化及管束，經常會對關係人之權利造成鉅大而無法收拾之傷害，其自基本權利之觀點而言頗有疑義（參考 H. H. Rupp, VVDStRL 23 [1966], S. 275）。

實則此所涉者，並不完全為是否可予規範化之問題，而是其究屬立法者或行政機關，議會或文化部長之權限之問題。此問題之答案早已存在於憲法上之基本決定中，而不能以學校之教育自由受威脅云云，即賦予行政在法律上有自主之自由空間。論及有關教育自由之規定時，其對基本權利之保障功能與自由空間之排他功能經常被誤認。憲法要求議會為重要之決定，並非限制教師之教育自由空間，反而係保障之。經由具體之法律規定，許多行政上之規定、詳盡之規範及個別之干預可能即成多餘。事實上，基本法於一九四九年即已要求朝法治國家發展，此種發展在過去及今後之學校教育中，均有待加強。因此，於學校法中實現法律保留只會使立法者於設計學校關係時善盡其憲法上之義務。

IV

1. 學生因成績不足而退學或不能升級，皆屬其基本權利之範圍。有疑義者乃：其究屬基本法第十二條第一項或基本法第

二條第一項所保障之範圍。通說認為該兩種措施均侵犯到學生依基本法第十二條第一項所保障之職業選擇自由及教育場所選擇自由。在此，將所有之教育制度歸入基本法第十二條第一項之保障範圍，主要係根據憲法規範中對自由選擇教育場所之保障(參考 Heckel/Seipp, Schulrechtskunde, 5. Aufl., 1976, S. 44 [Tz. 4.21] 及 S. 301 [Tz. 27.2]; 同時參考 BVerfGE 41, 251 [260 f.]; OVG Münster, NJW 1976, S. 725)。惟基本法第十二條第一項之適用範圍是否及於全部一般教育學校，不無疑問。特別是那些不提供職業特別教育之學校，是否亦應被視為基本法第十二條第一項意義下之教育場所(在 BVerfGE 34, 165 [195] - hess. Förderstufe 之判決中就此問題並未解決; 另外參考 BVerwGE 16, 241)。再者，有問題者為：在小學或在較高等之學校被留級一次，是否必然會增加學生求職上之困難，且因此而減少其自由選擇職業之機會。然而無論如何，留級牽涉到學生依基本法第十二條第一項所保障之基本權利，該項基本權利賦予學生得儘可能不受妨礙地發展其人格及其天賦與才能之權利(參考 BVerfGE 45, 400 [417] 及 BVerwGE 47, 201 [206])。

聯邦憲法法院之判決就該爭議問題至今尚未有定論。在 BVerfGE 41, 251 (260 f.) - Speyer-Kolleg——之判決中明示，基本法第十二條第一項只適用於第二個教育階段(des Zweiten Bildungswegs)之學校機構。其理由在於：這些學校機構為許多職業提供法律所規定之(且按職業別所為之特殊之)預備教育(同上判決; [262])。同樣地聯邦行政法院在 BVerwGE 56, 155 (158) 判決中對留級之問題亦未解決。

(a)吾人於衡量所有之見解後，必然會將一般教育中較高等之學校(中學)中之退學與單純無法升入高一年級加以區分：強制學生退學，特別是當其使學生不能就讀其他所有各種學

校，會影響到當事人進一步之教育與生活途徑，以及其社會地位。通常會因而阻礙其從事特定之職業，並減少其自由選擇職業之機會。另一重要之理由為：中學屬基本法第十二條第一項意義下之教育場所（見 OVG Münster, NJW 1976, S. 725 [726] 附有許多其他參考文獻）。該有力之見解對高年級改制（Oberstufenreform）後之中學，其係針對未來之職業目標提早實施專業化之教育者，亦應有適用。是以退學乃屬學生依基本法第十二條第一項，得自由選擇職業及教育場所之基本權利範圍。反之，在此意義下基本法第二條第一項則退居為補充性之規定（參考 BVerfGE 13, 290 [296]; st. Rspr.）。

(b) 學生單純無法升入高一年級，在憲法上應有不同之評價。其並不影響自由選擇教育場所之權利。聯邦行政法院於 BVerwGE 56, 155 (158) 判決中所稱，無法升級會影響生計上及職業上之機會，並不能完全令人接受。留級，通常係教育上之措施，且充分地考慮到——因某些原因而經常——負荷過重之學生之利益，同時也對其未來之發展及教育有絕對正面之影響。然而無論如何，留級總是會影響其人格之發展，因而影響其依基本法第二條第一項之基本權利。

(c) 因此，該兩種學校措施均因影響到所涉學生基本權利之行使，而與基本權利有重大關係。在此毋庸詳述其可能涉及親權之問題（基本法第六條第二項）；蓋本案訴訟提起人業已成年。因本案涉及有關基本權利行使之界限問題，其規範應——如聯邦行政法院所明揭（BVerwGE 56, 155 [159]）——以「法條」為之。惟該規則究應以形式之法律為之，或得依符合憲法要求之法律授權而以法規命令為之，端視前述議會保留之範圍而定。

2. 議會之規範保留範圍，係依規範相對人之基本權利受影響之深度而定。該深度可能因學校法之規範領域不同及案型之不

同而有異，因此需藉助判決所發展出之有關重要性之特徵而為特別之判斷，檢視何者為議會所保留及何者得經由法律之授權委由法規性命令者為之。

V

1. 強制退學，特別是如本案之情形，使學生不能進入其他學校就讀，對所涉學生未來之職業上及生活上之出路而言，乃一強烈之措施。強制退學通常必然會阻斷或至少嚴重妨礙其所欲從事之職業，且因而減少其自由選擇職業之機會。因此憲法上之法律保留（議會保留）原則要求立法者就強制退學之重要規定自為規範，其中包括：強制退學與開除之要件，為該等措施之主管機關以及其所應依循程序之原則。這些要求在德國法學會議學校法委員會之建議中亦被考慮及之（參考邦學校法律之草案第四十五條，前揭書，S. 86 f. 及 S. 247 f.）。反之，授權規範中只提到所欲規範之對象（在此：退學／結束學校關係），而將其他所有細節委由法規性命令為之，並不符合上述之要求（參考 Lerche 所著之巴伐利亞學校法及法律保留，受巴伐利亞之教學與文化部之委託所著之法律意見書，München, 1981, S. 94 ff.）。
2. (a) 不能升入高一年級（而無退學之直接效果）屬影響甚小之措施。雖然通常當事人之教育時間會延長一年；然該學生仍留在學校且進而能就讀所選擇之教育類別。如上所述，留級為教育之措施，且對未來生活上及教育上之出路於某些情形下有正面影響。此外，要求立法者必須就升級／留級之前提及實際運用上所必要之明確性自為規範，亦屬過苛。且憲法上鑒於規範對象之多樣性及複雜性，並考慮教育措施應有之彈性，並未為如此之要求。

就現行學校法之規定觀之，此見解與迄今之立法實務

亦相符合。一般而言，法律僅止於提及其所欲規範之對象(在此：升級/留級)，或為進一步確定其內容而就一般成績標準、學校之教育任務或學生之學習進度為規定。除柏林之規定以外(一九八〇年八月二十日公布之柏林學校法第二十七條——GVBl. S. 2104)，目前授權頒佈升級規則之法規範多少均會詳細規定：學生唯有當其達成該年級之學習目標(Klassenziel)，才得以升級。至於在個案中所應具備之前提要件，則留待被授權之文化部長規定之。唯有從根據命令所頒佈之評分規定(升級與考試規則)，始能得知學生何時得或不得升級。

德國法學會議之學校法委員會在其學校法草案中，就其規範對象之法規化有相當詳盡之規定(第五十四條以下；前揭書，九十頁以下)，此點與前所述並無矛盾。將這些規定納入學校法中，或許是適當的且合乎目的性的。惟問題在於：此是否為憲法所要求者。自憲法中並無法推論出如此廣泛之義務。

- (b)倘教育過程中之升級要件委由命令規定之，且嗣後於憲法上並無爭議，則出現另一問題：法治國家對法律授權之內容及範圍有何要求。

基本法第八十條第一項第二句要求授權之內容，目的及範圍應於法律中規定之。議會不得將其做為立法團體之責任以下述之方式讓與他人，即：未考慮立法權與行政權之界限，即將其立法權之一部分讓與行政權，而該兩種權限依其目的及計劃原應詳為界定，以使人民自授權中即可得知且得預見何者為法所許(BVerfGE 1, 14 [60]; 7, 282 [301]; 23, 62 [72 f.]; 41, 251 [265 f.])。雖基本法第八十條第一項不能直接適用於邦立法上，惟該項自法治國家及民主之憲法體系中所導出之原則，對邦立法亦有拘束力(BVerfGE 7, 244 [253];

41, 251 [266])。依聯邦憲法法院之判決，該原則雖不要求於授權時以極度精確之文句表達之；惟該授權依憲法之規定應足夠明確。是以一授權規範倘能依一般有效之解釋方法，經由解釋而得知其具有基本法第八十條第一項所要求之明確性，則衡諸就該規定所發展出之法律原則，其亦符合憲法上之要求。為了解釋授權之內容、目的及範圍——正如同解釋法律之規定——得考慮該規範與其他規定在意義上之關聯，以及該法律規範整體所欲追求之目的（參閱 BVerfGE 7, 267 [272 f.]; 7, 282 [291]; 8, 274 [307]）。該規範之立法沿革亦得列入考慮（參考 BVerfGE 1, 117 [127, 134 f.]）。

至於詳而言之，應具備何種明確性之要求，則端視各個規範客體之特性及措施之強度而定（參閱 BVerfGE 41, 251 [265 f.]; 48, 210 [221 f.]）。特別是對複雜之事實關係（BVerfGE 11, 234 [237]; 21, 1 [4]; 28, 175 [183]），或可預期該事實關係立即會發生變動（BVerfGE 8, 274 [326]），其要求之程度就較低，是以在界定立法與行政之權限時就有足夠之空間去尋出一適當且合乎現狀之答案。進而應考慮者乃：要求充分之明確性，可對由民主及法治國家原則中所導出之法律保留原則進行必要之補充及具體化。是以法律保留原則應依憲法上之民主與法治原則及其解釋，經由判決闡明之。授權規範之明確性應與被授權之規範與基本權利之關涉性相符。倘被授權之規範嚴重涉及當事人之法律地位，則較之基本權利之行使較無關之規範，應對授權之明確性有較高程度之要求。

升級制度基於多年之實際運作，已成定制，其係以成績為基礎，且視學生是否已達各個教育目標而定。在法律之授權中，經由其對成績與升級間之關係所為之一般性敘述，並無法得知其進一步之具體內容；除非立法者自己就前提要

件，亦即升級所必要之成績加以規定。然而鑒於升級與基本權利之關連性較低，以及對所欲規範對象無法綜觀，是以法治國家並不要求立法者就升級所必要之成績自為規定，且如此之規範基於教育上之原因亦以有相當之彈性為宜（參閱 Lerche，前揭書，第一〇〇頁以下）。是以倘立法者規定設置升級，並授權命令制定者依該一般性概念「升級」頒佈詳細之要件，即已該當法治國家就明確性所為之要求。

VI

1. 依此標準審度被指摘之黑森邦學校行政法之規定，可得出如下之結論：有關因成績不足而退學之規定並未充分考慮法治國家所要求之法律保留。

一九六九年五月三十日之黑森邦學校行政法第四十四條第三項及第二項第一款，以及其於一九七八年四月四日之修訂法第四十四條第四項第四款只規定下列文字「退學、開除」，而未進一步規定該規範對象之內容，此點鑒於前述之強制退學與基本權利之重大關涉性，顯有不足。就因成績不足而強制退學之規定言，其概括地授權予行政機關，並無充足之法律基礎。是以將訴訟提起人開除，欠缺基本法第十二條第一項及憲法上之法律保留原則所要求之法律基礎。

2. 反之，一九六九年五月三十日之黑森邦學校行政法第四十四條第三項及第二項第四款，以及其於一九七八年四月四日之修訂法第四十四條第四項第三款所規定之授權頒佈升級之規範，於憲法上並無可議之處，蓋升級制度係基於多年運用而成之定制，且視各個教育目標是否已達而定，毋庸特別強調升級之成績限制。依學校行政法第四十四條第三項（第四十四條第四項）之授權所頒之學校規則乃法規性命令，就此，訴訟提起人亦未置疑。

VII

訴訟提起人之退學所適用之規定雖有形式上之瑕疵，然仍應容忍其有一過渡時期，以使立法者有機會制定合於法律形式之規範。

被指摘之規定並非因其內容違反基本法之規定而違憲，而係因其依目前對憲法之理解欠缺必要之法律形式。

1. 聯邦憲法法院在有關憲法解釋變更之類似案件中，曾多次例外地承認過渡時期之必要性，以避免國家機關喪失其功能，而發生比現狀更不符合憲法秩序之情形（參閱 BVerfGE 33, 1 [12 f.]; 33, 303 [347]; 51, 268 [288 ff.]）。

聯邦行政法院於其一九七八年七月十四日之判決（BVerwGE 56, 155 [161 f.]）中，亦承續其向來之判決（BVerwGE 41, 261 [266]; 42, 296 [301 f.]; 48, 305 [312 f.]），就該判決中所被指摘之升級規則，承認其過渡時期之必要性。同樣地，巴伐利亞邦憲法法院於上述一九八一年五月二十七日關於法律保留之判決（BayVBl. 1981, S. 495）中亦宣示：該邦之一般學校規則中，因法律形式欠缺而被指摘之規定，至一九八二年十二月三十一日（巴伐利亞邦本次立法會期之終了）為止仍有適用，以避免無規範之狀態。

依聯邦憲法法院在 Speyer-Kolleg 之判決（BVerfGE 41, 251 [266 f.]）所揭示之原則，於過渡時期內仍繼續有效之規範，並非即可當成毫無憲法上疑慮之規範般地加以適用。於立法者建立合憲性狀態之前，官署及法院干預憲法所保障之地位之權限應減低至「於具體案件中，為有秩序地維持正常功能之運作，所不可或缺者」。在此所特別應檢查者乃：是否無更溫和之措施來保障該功能。

2. 倘以該原則為出發點，則對本案應有不同之判斷。在

前述案件中係開除一位已完成第二階段教育(Zweiten Bildungswegs)且即將參加畢業考試之學生。行政法院已回復部分之延緩效力(aufschiebende Wirkung)，該效力通常與異議(Widerspruch)相結合，是以該訴訟提起人已合法地參加畢業考試。其嗣後不作為之訴，係特別針對考試及格與否之認定。第一審言詞審理時，距開除已有一年，因而已對該訴訟提起人產生深刻之影響，此為附期限之秩序性措施所具有之效果。此等情事均支持該案所為之判決，即：拒絕認定訴訟提起人考試及格，並非維持一個功能正常之授課所不可或缺者。

反之，本案重要之處在於：黑森邦之升級規則中關於學生因再度留級而退學之規定對全黑森邦均有適用。是以其無效對維持國家機構正常功能之運作有何影響，不能僅依本案之特殊情事即為判斷(參考 BVerfGE 48, 29 [38 f.])。該規定排除經常任意重讀某一年級之可能性。且為中學欲維持其學校功能之運作，所不可或缺者。學校為履行其憲法上之義務且為保障其他學生之權利，於立法者尚未為新規範之前應有方法使不適合學習之學生退學。

該措施依本案之情事觀之，並無不當。依被指摘之判決中所確認之事實，訴訟提起人自其於一九七一年就讀中學以來已有三次無法升級。一九七四～七五學年結束時，由於其於兩個年級連續無法升級，是以乃依黑森邦之升級規則被退學，嗣後例外地獲准重讀一次。鑒於其嗣後之成績仍不及格，顯見其無法適應學校之教育。該措施對其亦屬可期待；蓋訴訟提起人亦指出，其不能達到中學之要求。依該確定之情事，並無考慮其他較溫和措施，例如複查，之餘地。

3. 訴訟提起人被退學時，黑森邦升級規則中有疑義之規定仍繼續有效；蓋使立法者有機會制定符合法律保留要求之規範之

過渡時期尚未屆滿。雖因憲法解釋之變更，已如前述，而使學校關係應符合法治國家建構之討論早已開始，然而該討論目前仍未結束。同樣之情形亦存在於本案之重要類型，即：留級及因成績不足而退學。對其規範上之要求，判決與文獻中之意見仍有分歧。

衡量所有之觀點，包括考慮個案之情事，特別是訴訟提起人之權利，該被指摘之黑森邦升級規則中之規定仍應過渡性地繼續適用。惟黑森邦之立法者有義務，立即就因成績不足而退學，創設充分符合法律保留要求之法律基礎。

關於「一九八三年人口普查法」之判決

——聯邦憲法法院判決第六十五輯第一頁以下

譯者：蕭文生

1. 在現代化資料處理狀況下，基本法第二條第一項和第一條第一項的一般人格權包括了個人保護其本人資料不受無限制地提取、儲存、使用 and 繼續傳送。就此方面基本權利保障個人，基本上自我決定透露或使用其個人資料之權利。
2. 只於為重大公共利益時才允許限制資訊自決權。此項限制需要一項合乎憲法的法律基礎，而此項法律基礎必須符合規範明確性之法治國家的要求。此外立法者於該規範中必須注意到比例原則。他必須也在組織上及程序上採取預防措施，以防止人格權受到侵害之危險。
3. 憲法上對此類限制必須在一為依個人化，非匿名方式提取及處理，另一為統計目的而選定涉及人身之資料加以區別。

於為統計目的所做的資料提取並無法要求一項資料嚴密且具體的目的限制。於資訊系統內所為之資料提取及處理，為求其均衡起見也必須面對相當之限制。

4. 一九八三年人口普查法之提取項目（第二條第一款至第七款、第三條至第五條），並不導致與人類尊嚴不相符合、人格的登記化及目錄化；它也符合了規範明確化和比例原則之要求。然而為保障資訊自決權，於資料提取之實施及組織仍需要補充程序法上的預防措施。
5. 在一九八三年人口普查法第九條第一至第三項所規定的傳送規則（報到登記之校正為其中之一）侵害了一般人格權。為學術目的所做之轉送（一九八三年人口普查法第九條第四項）與

基本法相符合。

第一庭基於一九八三年十月十八、十九日之言詞審理，就 (a) Günther Frhr. v. M. 先生—1 BvR 209/83—；(b) 1. Dr. Gisela W. 女士，2. Maja St 女士—(1)之代理人 Maja Stadler-Euler 律師，Neuer Wall 46 Hamburg 36；(2)之代理人 Dr. Gisela Wild 律師 Neuer Wall 46, Hamburg 3 - 1 BvR 269/83—(c) Dr. Ulrich M. 教授先生—1 BvR 362 / 83—；(d) 1. Dr. Klaus B. 教授先生，2. Dr. Dr. Adalbert P. 教授先生；3. Dr. Wilhelm St. 教授先生，4. Vera W. 女士—1. 2. 4. 之代理人 Dr. Wilhelm Steinmüller 教授，Alwinenstraße 36, Bremen 1，1. 3. 4. 之代理人 Dr. Dr. Adalbert Podlech 教授，Vorm Heiligen Kreuz 2, Weiterstadt 3—1 BvR 420/83 —；(e) 1. Dr. Peter H 先生，2. Peter B 先生，3. Helmut F 先生，4. Hartmut G 先生，5. Irmgard M 女士，6. Claus-Henning O 先生，7. Wolf St. 先生，8. Jürgen St. 先生，9. Michael W. 先生，10. Sabine W 女士，11. Irene B 女士，12. Rita B 女士，13. Wolfgang D 先生，14. Anneliese H 女士，15. Otto J 先生，16. Jutta K 女士，17. Marita M 女士，18. Jürgen R 先生，19. Regula Sch 女士，20. Petra Sch 女士，21. Silvia Z. 女士—2. 至 21. 代理人：Dr. Peter Hauck 律師，Barfußertor 25, Marburg/Lahn - 1 BvR 440/83—；(g) Wasilia F 女士，代理人：Dr. Sebastian Cobler 律師，Altkönigstraße 7, Frankfurt/Main - 1 BvR 484/83 —直接針對一九八二年三月二十五日之人口、職業、住宅、工作場所調查法(一九八三年人口普查法)所提起之憲法訴訟，於一九八三年十二月十五日所為之判決。

主文：

1. 一九八二年三月二十五日（聯邦法律公報 I、第三六九頁）有關人口、職業、住宅及工作場所調查法（一九八三年人口普查法）第二條第一號至第七號及第三條至第五條符合基本法；但立法者必須依判決理由之標準，注意到補充人口普查時組織及程序上之規定。
2. 一九八三年人口普查法第九條第一至第三項不符合基本法第二條第一項和第一條第一項且無效。
3. 訴訟提起人基於基本法第二條第一項和第一條第一項所享受之基本權利，乃經由一九八三年人口普查法於第一號及第二號所指出之範圍內受到侵害。
除此之外，駁回憲法訴訟。
4. 聯邦德國必須補償訴訟提起人必要之費用。

判決理由：

A

憲法訴訟乃直接針對一九八二年三月二十五日（聯邦法律公報 I 第三六九頁）有關人口、職業、住宅、工作場所調查之法律（一九八三年人口普查法）—VZG 1983—。經由該法所規定之資料提取乃在使國家能獲取必要的資料，以使國家之行為能合理及合乎國家的法律及義務，但却在忠誠之國民引起不安。部份可經由對於此項調查之範圍及使用目的缺乏瞭解而且並沒有及時地表示出資料提供義務人可靠說明之必要性，雖然一般普遍之意識經由自一九五六年至一九六二年微縮—提取所導致自動化資料處理之發展已有相當地改變，來加以解釋（比較 BVerfGE 27, 1）。現代化資料處理之可能性只有專業人員才能完全清楚，且當立法者

只要求必要及有價值之資料時，在國民中可能會引起無法控制的個人人格登記之恐懼。特別是也有鑑定人確信，雖然在立法機關一九八三年之人口普查法乃是一致通過，但在有關資料提取之規定及尤其是有關資料使用之規定，並沒有完全滿足憲法上之要求，要助長了不安。因為對該事項只存有不完備的憲法法院判決，許多針對一九八三年人口普查法所提出之憲法訴訟，促使聯邦憲法法院廣泛地審查資料保護在憲法上之基礎。一九八三年四月十三日所發布之暫時命令(EuGRZ 1983, S. 171 = BVerfGE 64, 67)，提供了此項審查之前提要件。

I

1. 一九八三年人口普查法第一條至第八條規定提取之項目及實行；第九條特別規定所提取資料之使用及轉送。重要之條文為：

第一條

- (1)依一九八三年四月二十七日之狀況，實施人民及職業之調查且涉及建築物與住宅統計上之問題及非農業性工作場所及企業之調查(工作場所之調查)。
- (2)至(3)……………

第二條 人民及職業之調查包含：

- (1)姓和名，住址，電話，性別，出生年月日，家庭狀況，法律上宗教團體之歸屬或不歸屬，國籍；
- (2)住所之使用，視為唯一住所，主要住所或居所；
- (3)重要生活費用之來源；
- (4)從事營業行為，身為家庭主婦，學生或大學生；
- (5)所學習之職業及實際職業教育之期限，一般學校之最高畢業文憑，在職業學校或大學最高之文憑，及最後畢業是何主修科目；

- (6)就業者及學生和大學生，其工作場所及就學處之名稱及地址，上班及上學最主要使用之交通工具及所花費之時間；
- (7)就業者，企業內之部門，職業上之地位，執行之業務，工作時間，農業及非農業之兼職；
- (8)於營造物內，為營造物所規範之人，員工或員工眷屬範圍之特徵。

第三條

- (1)於附有住居空間及經常有人居住的建物統計上之問卷包括了，住址，種類，建築年份及所有人或是用益權人，或是對於用益權或地上權具有交付、讓與或轉讓請求權之人。
- (2)住宅統計上之問題包括：
 - 1.種類，大小，設備和使用目的，暖氣及加熱能源之種類及建造日期，居住關係，經由社會住宅建築經費所補助之住宅，房間之數目及其使用；
 - 2.除此之外於出租之住宅，每月租金之額度；
 - 3.除此之外在空屋，其無人居住之時間。

第四條 工作場所之調查包括：

- 1.於所有非農業之工作場所及企業
 - (a)工作場所及企業之名稱，標記，住址，電話及談話處之數目，登記之種類，從事業務之種類及任務範圍之種類；開業時間，新設備或遷移之資料，於營造物之工作場所，官署或社會保險或教堂，協會或其他組織之機構之負責單位。
 - (b)依性別，企業內地位，從業人員之數目，兼職員工之數目及依照性別外籍工人之數目。
 - (c)上一年度薪水及工資之毛額數目。
- 2.除主事務所及唯一登記事務所外
 - (a)於手工業名冊之公司登記。

(b)企業之法律形態。

3.在主事務所，特別附加為每一分支事務所依第一號和第三號之資料。

(a)名稱，標記，地址，業務之種類或任務範圍之種類

(b)從業人員之數目。

(c)上一年度薪水及工資之毛額數目。

第五條(1)資料提供義務人為：

1.於人口及職業調查：所有成年人或有自行獨立家計之未成年人，未成年及殘障之家庭成員亦在內；共同生活體，營造物或類似機構之人員，就資料提供義務人本身之情形所必要，機關負責人亦在內；

2.於建物統計上之問題：於第三條第一項所指出之人，其代理人或建物管理人；

3.於住宅統計上之問題：住宅所有人或其代理人，和依第一號與第二號之資料提供義務人；

4.於工作場所之調查：工作場所和企業之所有人或負責人。

(2)針對資料提供之要求所提出之訴願或撤銷之訴願無停止執行之效力。

第六條

(1)為實施一九八三年之人口普查法可以指定義務調查員。

(2)每一滿十八歲至六十五歲之德國人皆有義務承接此項無報酬之調查行為。只有基於健康或其他重大理由，無法期待從事該行為時才得以免除該義務。

(3)只要為完成調查目的所必要及於資料提供義務人同意下，調查人有權利及義務自己登錄。

第七條

(1)聯邦，各邦，鄉鎮、鄉鎮協會及其他公法人於提取機構要求下，有義務提供其人員從事調查行為。

(2)與生活必需行為相關之公務不許因此項義務而中斷。

第九條

- (1)依第二條第一及第二款所得人口調查之資料可與報到登記冊上之資料比較，並作為校正之用。基於此項資料所得之知識不能用來針對個別資料提供義務人採取措施。
- (2)只要為合法完成其職權範圍內之任務所必要，可將有關依第二條至第四條所包括之構成要件所為無記名之個別資料，依一九八〇年三月十四日之聯邦統計法第十一條第三項之規定（聯邦法律公報 I 第二八九頁），由聯邦及各邦統計局轉送給具有專門職權的聯邦及各邦最高官署。只要此項轉送為實行由專門負責之最高聯邦及各邦官署所交付之任務所必要，除第二條第一號法律上歸屬或不歸屬宗教團體之特徵及依第四條第一款字母 c 和第四條第三款字母 c 所包括之構成要件外，第一項亦適用於轉送給由專門負責之最高聯邦及各邦官署所指定之官署、其他公共或非公共機關。第一項第二句相同地加以適用。
- (3)為區域計劃、測量活動、鄉鎮計劃及環境保護之目的，除第二條第一款法律上歸屬或不歸屬宗教團體及依第四條第一號字母 c 和第四條第三號字母 c 之特徵外，各邦統計局可將鄉鎮或鄉鎮協會所負責之資料提供義務人之依第二條至第四條所包含之構成要件，在無記名下將必要之各別資料轉送給鄉鎮或鄉鎮協會。為自身統計上之處理，鄉鎮及鄉鎮協會可從邦之統計局獲得有關依第二條至第四條所包含構成要件之各別資料之使用。第一項第二句適用之。
- (4)為學術上之目的，聯邦及各邦統計局，除第二條第一號法律上之歸屬或不歸屬宗教團體及依第四條第一款字母 c 和第四條第三款字母 c 之特徵外，於不附姓名及地址情況下，可將有關依第二條至第四條所包括之構成要件之必要

各別資料轉送給公務員或於公務上負有特別義務之人。

- (5)依第二項至第四項所轉送之資料，受領人只允許為轉送所定之目的加以使用。
- (6)有關依第二條第一款所得法律上歸屬或不歸屬宗教團體，其依年齡和性別加以分類，有關依第四條第一款字母b所得之構成要件，其依工作場所和企業所從事之行為加以分類及有關依第四條第三款字母b所得之構成要件，其個別資料於統計上之結果可由聯邦各邦統計局加以公開。
- (7)聯邦統計法第十一條亦適用受領個別資料轉送機構之工作人員。
- (8)當聯邦統計局自身無法或就一定範圍內無法實行時，基於指示各邦統計局為聯邦之目的轉送經過附加處理之個別資料給聯邦統計局。

此外一九八〇年三月十四日之聯邦統計法(BStatG)亦適用於依所規定人口普查之類別所為統計上之提取。特別是第十條有關資料提供義務及第十一條有關保守秘密具有重要性：

第十條

- (1)只要答覆之義務非明示地加以免除，所有私法上之自然人及法人，人合公司，公法團體、公共營造物及公法上之財團，聯邦、各邦、鄉鎮及鄉鎮協會之官署及其他公共機關，及由其所監督之公法團體、公共營造物及公法上財團皆有回答依規定所指示之問題的義務。
- (2)被詢問人提供資料之義務及專對基於執行聯邦統計由官方所委託之機構及人員為之。
- (3)回答須真實、完全、適時及不需任何費用。
- (4)若規定表格之填寫由被詢問人為之，則於該表格上回答問題。若於表格上有規定資料之正確性則經由簽名加以證明。

第十一條

- (1)受委託執行聯邦統計之公務員及對公務員有特別義務之人對於聯邦統計所為涉及人身和事物關係之個別資料，只要法律沒有其他規定下，必須加以保密，但當事人於個案中對轉送或公開其所給予之個別資料明示加以同意者，不在此限。受委託執行聯邦及邦統計之機構及人員並不適用一九七六年三月十六日公佈，一九七九年十一月二十六日修正（BGBl. I S. 1953）之租稅通則第九十三條、九十七條一〇五條第一項，第一一一條第五項及第一〇五條第一項和第一一六條第一項（BGBl. I S. 613）。
- (2)於建立聯邦統計之必要範圍內，允許受委託執行聯邦統計之機構及人員個別資料之轉送。
- (3)只有規範統計之法令允許於說明受領人範圍及使用目的之種類下傳送個別資料且於問卷上加以明示時，聯邦統計局、邦統計局及其他提取之機構及官署基於請求有權利及義務，轉送統計上之個別資料給予專門負責之聯邦各邦最高官署，及由其所指定之機構和其他公務員及對公務負有特別義務之人。於此項法令及問卷上也必須說明，是否此傳送於列舉或不列舉姓名或姓名與住址下加以允許。基於此項資料所得之認識不能以之對當事人採取任何措施。
- (4)依第三項受領個別資料轉送者亦適用第一項之保密義務。
- (5)聯邦及各邦統計局可將無法再歸屬資料提供義務人或當事人之匿名個別資料加以轉送。
- (6)多數資料提供義務人資料之總結非本法所謂之個別資料。
- (7)當其知識於統計領域內為聯邦之目的，為完成任務不再必要時，提供證明資料提供義務人及其他當事人同一性之資料特別是姓名與住址必須加以註銷。資料提供義務人之姓名與住址應與其他資料相隔離，且於特別密封下加以保

存。

只要沒有其他特別之規定，此外亦適用一九七七年一月二十七日公佈，最近經由一九八〇年八月十六日社會法典第二章第三十六條—行政程序—予以修正之聯邦資料保護法(BDSG)及各邦之資料保護法。最重要的是第五條和第十三條BDSG。

第五條 資料秘密

- (1)第一條第二項或該處所舉出之機構及人員所委託從事處理資料之人員禁止未受允許將涉及人身保護之資料為一非個別合法完成任務所屬之目的，加以處理、公開，使人了解或其他使用。
- (2)此類人員於開始其行為時，依第一項之標準負其義務。此項義務於其行為結束時仍繼續存在。

第十三條 對當事人之告知

- (1)基於申請須告知當事人有關其人身所被儲存之資料。在申請時應詳細指明應告知之涉及人身之資料。儲存資料之機構確定該程序，特別是基於合義務之裁量確定資料告知之形式。
- (2)……
- (3)中止資料之告知，當
 1. 此告知危及合法完成該資料儲存機關權限內之任務。
 2. 此項告知危及公共秩序或安全或帶給聯邦或邦之福利不利益。
 3. 依法令或其本質，特別是因為涉及第三人重大合法之利益，必須對於涉及人身之資料或其儲存之事實加以保密時。
 4. ……
- (4)……

2. 在第八會期因費用之爭論導致人口普查法草案遭到挫敗後，聯邦政府於一九八一年初重新提出基本上並沒有改變的人口普查法草案。理由裏有如下之陳述（聯邦議會公報第九會期第四五一件第七頁以下（BTDrucks. 9/451, S. 7 ff.））：

人口、職業和工作場所之調查構成統計記錄部分之中心。有關居民最新之狀況，其空間之分配，及依社會及人口流動之特徵所有之關聯和其經濟活動之資料，對聯邦、各邦、鄉鎮社會、經濟政策之決定乃是不可缺少之基礎。於不同之法令中皆涉及到調查之結果。黨派、團體協約之當事人、經濟或職業協會、學術界及其他公眾生活重要之團體皆依賴此項調查結果。此外它也是繼續發展統計之出發點及法定抽查試樣基準提取之選擇基礎。於一九七〇年五月二十七日所作最後一次調查結果業已過時。聯邦、各邦和鄉鎮，還有許多社會及經濟性的組織認為於即將來臨的年度裏其工作將受到相當不良之影響及擔心錯誤的計劃與投資。為減輕資料提供義務人之負擔及最少花費之故，為現實化所提取之資料，只限於絕對必要者。

從人口及職業調查可以於地區結構中獲得居民多樣性的結構概像。就許多行政目的而言，其結果乃是一種基礎。單就居民人數而言，例如對各邦於聯邦參議會之票數，聯邦議會選舉區之劃分，財稅分配，鄉鎮議會之大小及其他許多事情皆有重大意義。在巴伐利亞邦就有百個法令提及居民數。經由住址資料和登記冊之比較，可使於人口普查範圍內所得出及基於該調查所繼續統計出之人口數與登記冊之內容在相當大之程度上相一致。

有關建物統計上之問題，首先是於整個聯邦內有關區域及都市計劃之評價時所需及當作法定建物繼續性統計之基礎。住宅統計上之問題乃是為了於詳細劃分區域下能獲得住宅情況之範圍及結構。它應提供正確估算住宅情況之基本指示，例如居

住之證明，空屋之資料及房租之負擔。這些資料也是法定住宅經常性統計之基礎。

當為領域調查的工作場所調查包含了除農業外之所有經濟領域。基於專業及地區之分類，它提供了工作場所及企業之數目及大小及其法律形式之概況。其結果尤其是對於空間規則，邦和區域計劃，結構政策，工作市場政策和交通政策而言，是一項相當有價值之資料基礎。

聯邦政府草案第九條第一項所規定之登記冊之校正，只適用於姓、名、出生年月日、家庭狀態及住址。依第三項對鄉鎮或鄉鎮協會資料轉送附帶了一項條件，即應於章程中規定其要件且保證此項資料只能為統計上之使用。

聯邦政府贊成由聯邦參議會所建議一九八三年人口普查法第九條第一項更擴大的範圍(BTDrucks 9/451, S. 14 f.): 依此於登記之校正，只有電話號碼，法律上歸屬或不歸屬宗教團體及國籍被排除。

地方性最高的協會建議刪除草案第九條第三項資料保護章程之必要性。相反地於委員會討論時有人反對，對有章程必要之敏感資料，雖於日益減少的問卷項裏，仍能廣泛地提取。在各別之鄉鎮中並沒指出負責處理資料之機構，因此資料之使用並無法保障只為統計之目的。統計秘密必須儘可能地保持，且應避免所有能引起懷疑其遵守之情況。於此項問題上特別敏感之人民，其信賴之保護是必要的。絕無任何嫌疑使之有濫用可能性之產生，亦符合地方行政機關之利益。

當時聯合政府之黨團贊成此項觀點，並且以多數決決定，向聯邦會議推薦支持政府草案中第九條第三項之措辭(資料保護章程之必要性)。於大會表決時，CDU/CSU之黨團也投了同意票(BTDrucks. 9/1068, S. 17)。聯邦議會於一九八三年人口普查法第二讀及第三讀中也贊成內政委員會此項討論結果。

聯邦參議會要求加入一九八三年人口普查法第五條第二項，如前所述乃是針對提供資料之要求所提起之訴願及撤銷之訴，並不具停止執行之效力。理由為：與人口普查相連之花費只有在儘短時間內能提出完全之結果下才能合法化。當法律救濟具有停止執行之效力時，將危及此項目標。立即執行命令之前提要件可能有時在個案中無法完全足夠地加以證明。此項不確定性可由法律本身就法律救濟具有停止執行之效力來加以排除。

此外聯邦參議會認為將所有依第二條第1款及第2款（一九八三年人口普查法）所得之資料記載於登記冊之校正內，乃是必要的。所持理由為教會認為，有關宗教團體歸屬統計數字之審查是急迫需要的。官方統計，登記冊及教會本身所調查的數目之間存有差異。此項問題之解決以登記冊之校正為前提。為儘可能準確地得到有關外國人佔總人口比例之結果，於該登記冊之校正中亦應有國籍此項特徵。因電話並未記載於登記冊，因此校正是多餘的。此項特徵卻也不須明示地加以排除。除電話此項特徵外，一九八三年人口普查法第二條第一及第二號所提出之特徵對登記冊之正確性與人口普查結果之正確性及完全性而言，有幾乎相同之意義，因此於校正中亦應加以相同之處理。

聯邦參議會更建議後來成為法律，具相當廣泛意義之用語的一九八三年人口普查法第九條第三項第二句。章程之必要性及有關轉達個別資料之限制須加以刪除。所持理由為，鄉鎮在沒有章程下亦能遵守、注意關於統計資料保密之法令及經由組織上之措施亦能保障該項之遵守。法律條文也規定得很清楚，只有為統計之目的，才能使用該個別資料。

鄉鎮對資料之需要涉及到所有於一九八三年人口普查法第二條至第四條所提及之特徵，因此對鄉鎮之轉送亦不應加以區

分。

調解委員會同意聯邦參議會之見解（BTDrucks. 9/1350）。

聯邦議會一致同意調解委員會之建議；聯邦參議會亦一致決意同意該項法律。

II

訴訟提起人責難其基於基本法第二條第一項和第一條第一項，第四條第一項，第五條第一項，第十三條，第十九條第四項之基本權利受到侵害及違反法治國家原則（基本法第二十條第三項）。其陳述基本上如下：

基於基本法第二條第一項之一般人格權和第一條第一項，對人口普查而言，應得出匿名之要求。此項要求，聯邦憲法法院於其一九六九年七月十六日有關代表統計合憲性之判決中加以確定（BVerfGE 27, 1 -Mikrozensus），且在當時之微縮技術下被視為存在。基本法上匿名性之規定，要求在所提取之資料與可個人化之人員或人群間不能有任何關連產生。有效匿名及嚴格限制使用之資料絕不能反饋到個人身上。若相反地此項匿名性不能或不能完全地加以保證，則有關個人或人群資料之調查，可以任意地為陌生之目的加以使用。由此個人之自決權將可能被剝奪及成為他人意志行使及控制之對象。在人口普查資料並非匿名，且在所有個案中皆涉及到人身。即使是在沒有名字下，亦是同樣之情形。依可靠之技術水準，表面上無法破壞之匿名，今天已可經由簡單的數學程序重新擬人化。特別容易的是經由家務識別號碼和為實行人口普查卻沒有法律基礎所為之普查名單之助，所為之同一性之重造。

自微縮一判決後，資料提取及處理之技術前提已有根本上之改變。邦統計機構發展成為邦資料中心，許多特別的行政機關採用具有自身人員特徵的自我資料庫；在鄉鎮方面，登記冊逐漸

演變成包含廣泛資料的居民資料庫，而此些資料基本上任何國家機關皆可調借。此項情形導致了人口普查之資料於同一計算機，在相同之程序下，經由相同之人員加以處理，就如同為其他國家作用之資料之結果。因此傳統之保障已不足以有效地保護資訊。大量儲存之資料由任意多數之機構借調，且經常使用之可能性是存在的。此外許多可能不確定之人口普查資料接受者基本上是使用自己的資料庫。此資料庫提供了與人口普查資料可能相關的附加資訊，經由此同一性重建之界限將被繼續地降低。基於此改變中的技術條件，使得建立每個人廣泛且仔細的概像—人格之剖面圖—且甚至在個人隱私範圍內亦成為可能；國民將成為“透明人”。缺少匿名性不但只意味著即將到來調查及評價實務之缺失，也顯示出一九八三年人口普查法本身之缺失。

該法因對許多特定重要之問題並沒有表示意見，在應用時將處於與聯邦憲法法院所提出的，“基本要求”(Wesentlichkeitsgebot)相衝突之困境。提取之目的及項目須在法條上加以規定。人口普查法本身在有關調查過程之問題，只藉由不重要的句子加以規定，且對於影響基本權利之措施的形式也沒有加以規定。基於憲法上之要求，國民應更進一步被告知其本身資料之處理，特別是資料之轉送；蓋否則基於刑法第二〇三條所規定視為告訴乃論罪之刑罰構成要件對統計秘密無法有效地加以保護。

所規定之提取在此方式下並非必要且牴觸了禁止過份原則。基於經驗性社會研究及新統計方法之進步，一九八三年人口普查法，依其種類及範圍所為之強迫提取，在方法上已經不合時宜。以自願之提取為目標，能經由基本上較少之花費及顯著減少之侵害得到更好的結果。除此之外，該問卷可以即刻改為對當事人較無影響，尤其今天已發展出匿名資料提取之工具，該項工具在私人事務上造成更少之侵害。在具名的資料轉送給鄉鎮下，特別是

在小鄉鎮所引起無法控制的副效果，可在某種情況下以統計官員以前就資料處理有限之可能性加以解釋。當時鄉鎮必須自己從事統計上之評價。就此之必要性在今天卻已不存在了。

依訴訟提起人之觀點，特別是針對一九八三年人口普查法第九條，有憲法上之疑慮。依第一項所為之登記冊校正已因聯邦缺乏此項立法權限而違憲。在本身不斷發展之資料處理技術條件下，憲法上權限之分配有了新的功能。從此項功能可以導出憲法上對於特定資料儲存分散化之要求，而此項要求本身即為資料保護之要素。一九八三年人口普查法第九條第一項於違憲方式下，結合了統計與行政執行。負責調查之人員，其無可避免地得以觀看受訪人之全部資料，處於雙重角色：其既為地方的“偵察員”，又為聯邦統計之執行人。在一項純報到法之調查中，資料之匿名是不必要的，在一項純統計之調查，根本不須調查個人資料。立法者嘗試於一項綜合的，既為匿名又為個人的調查中，完成兩項目的，將危及基於統計目的所要求之匿名性。在不斷改變的技術環境下，其使得安全官署能有直接獲得所有資料之機會下，統計與報到制度兩者間功能上截然之區分，在憲法上之意義日漸增加。法律上所規定之資料提供義務與登記冊校正之結合導致了自我責難之要求，因此也違背法治國家原則。一九八三年人口普查法第九條第一項第二句之不利益禁止，相反地提供了不足的保護；就此與合法性原則有所矛盾。

一九八三年人口普查法第九條第二項至第四項之轉送規定違反了憲法上明確性之要求。接受資料轉送人員之範圍及所轉送資料得使用之目的，都規定得不夠明確。對於接受人之範圍只做功能性的描述，導致了人民從法律本身無法得知誰為接受人。依一九八三年人口普查法第九條第二項和第三項所轉送之資料的使用目的，規定得如此不明確，在法律上並無法完全加以確認。一九八三年人口普查法第九條第四項學術上之目的也只是乍看之下

明確。基於通說相當廣泛的學術概念，資料亦可轉送給勞工或社會行政官署、聯邦刑事局和憲法保護官署的學術工作人員。受訪者既不知統計目的之外的其他提取目的，也不知法律上允許資料轉送之範圍；除此之外也無法確定許多可能的接受資料者。因此一九八三年人口普查法第九條第二項第三句及第三項第三句資料轉送之不利益禁止也是不明確。因為許多可能的使用目的尚未確定，實際上所有之資料皆可能單獨或相結合而導致不利益。對受訪者而言，這是無法預見的。

宗教歸屬性之問題，因統計與行政執行之混雜，違反了基於基本法第四條第一項之基本權利。經由基本法第五條第一項所保障的言論自由也受到侵害。一定事實不加以告知之自由亦屬於言論自由。一九八三年人口普查法違反了基本法第十三條。此條於是否由國家機關進入住所或房屋所有人被迫開門之情形，並沒有加以區別。

最後基本法第十九條第四項法律保護之保障受到侵害。在第一審開始進行之前，一九八三年人口普查法第五條第二項之規定使得資料之登錄與儲存成為可能。此外因為接受人範圍及轉送資料可能使用目的之不確定，剝奪了人民對於每一項有關，何人、何處、何項資料，依何種方式及為何種目的而使用之概況的了解。被繼續轉送的資料在途中連接著錯綜複雜且日漸增加的網狀系統，因此亦不再能抑止其流通。因此法律保護之保障亦成為空談。

III

聯邦憲法法院對當人、聯邦及各邦資料保護委託人提出基本上涉及下列之問題：一九八三年人口普查法之目的說明及從法律認識該目的之可能性；資料目的限制原則在憲法上之意義；為行政執行所為統計資料轉送之允許；經由立法者對一九八三年人口

普查法作更詳盡執行規定之必要性；作為完全提取之人口普查是否符合比例原則；在完全提取下，較輕微執行方法之可能性；當依一九八三年人口普查法第九條之資料轉送基於憲法上之理由不應被允許時，人口普查對國家之價值。

針對訴訟提起人及聯邦憲法法院所提出之問題，聯政內政部，此外 Baden-Württemberg 邦政府、巴伐利亞邦政府、漢堡自由漢斯市之市政府、下薩克森邦政府、北萊茵 - 威斯特法倫邦政府，萊茵 - 法耳次邦政府和斯勒斯唯益 - 霍爾斯坦邦政府皆發表了看法。此外聯邦資料保護委託人，Baden-Württemberg 邦資料保護委託人、巴伐利亞邦資料保護委託人、柏林市資料保護委託人、自由漢斯市布萊梅市資料保護委託人、漢堡市資料保護委託人、黑森邦資料保護委託人、北萊茵 - 威斯特法倫邦資料保護委託人和萊茵 - 法耳次邦資料保護委員會皆表示其意見。

1. 除了自由漢斯市漢堡市政府外，聯邦與所提及的邦政府皆認為一九八三年人口普查法與基本法相符合，並認為憲法訴訟為無理由。

依一九八三年人口普查法所定之資料提供義務，調查之實施及所提取資料之處理和使用乃經由統計上之法律目的加以確定。藉由統計上之提取使得一些資料之使用與人口普查目的不同之其他目的相結合（一九八三年人口普查法第九條）。

作為廣泛資訊來源的統計結果，對於社會及經濟狀況及其發展之觀察，和決定、措施、計劃之準備與控制是不可缺少的。官方統計之項目一直在擴大且也必須配合事實上之需要。基此乃重視一個由國家、社會及經濟所展現自我緊密的、多樣使用可能的及相當調和的統計上整體印象。聯邦自始也提供詳細區域劃分之數目，其中某些數目各邦也有很大的興趣。聯邦對於區域化結果之自我需要增加，其中如在共同任務“區域經濟結構之改善”範圍內（基本法第九十一(a)條第一項第二款）

之區域結構政策，為土地規劃、地域性之工作市場、社會、教育和交通政策。具有錯綜複雜任務的統計法是無法將所有提取之目的或甚至將提取之項目在法條或立法理由中加以說明。此項情形亦適用於在此遭受抨擊的一九八三年人口普查法。本法乃在資料保護委託人參與下，謹慎且具批評性地加以討論。本法於問卷項目上之範圍遠小於一九七〇年之人口普查法且並未包含影響私人生活，不可觸及領域之問題。

一九七〇年人口普查亦包含有關登記冊校正及轉送規定之條文。一九八三年人口普查法第九條將聯邦統計法第十一條所預示之範圍詳以充實。依此資料之轉送只允許為統計—計劃之目的，相反地對執行目的之使用則明示地禁止。聯邦統計法與一九八三年人口普查法中特殊領域之資料保護規定明顯地超越聯邦資料保護法之規定，且顯示立法者就因人口普查之目的所告知之個別資料，其特別需要保護之情形有極大的敏感性。就有關規定之遵守亦有保障，特別是經由聯邦資料保護委託人及為聯邦統計局監督機關之聯邦內政部之控制。相對於微縮判決之時代，監督及保障由統計局所使用電子資料處理設備之工具，其有效性亦有重大的提昇。

憲法上的審查標準為基於基本法第二條第一項之一般人格權與第一條第一項。一般人格權之侵害或危害並沒有產生。和團體相聯結及涉及群體的人格內含著社會關聯，此點排除了，就個人自我描述而言，全然基於基本上廣泛的個人自決權所採之出發點，國家並不自始即被禁止設法得到涉及個人之資料及規範其使用。立法者可在個人利益，保留或匿名，及大眾對資訊之利益間加以考量。在考量時必須加以注意，就國家行為之合計劃性而言人口普查乃是先決條件。依基本法第二十條第一項及第二十八條第一項第一句國家乃是社會國家並有義務為生存之供養。政府與議會對資訊之利益在憲法上是合法的，因為

否則依實際生活狀況為依據之立法不可能存在。相同地情形也適用在資料處理之措施上。社會國家之合法性當然並不合法化每一項方法。相反地統計上之提取以匿名性充分受到保障為前提。聯邦憲法法院並不認為憲法上要求絕對的，可以說是數學上的匿名性（BVerfGE 27, 1 [7]）。在所提及判決中認為有足夠的預防措施仍是有效之法令，且經由各種法律上及技術上之安全保障加以強化。依此對從事資料處理之統計官員所要求之匿名性也與聯邦統計法第十一條的匿名概念有所區別。此項規定對個別資料之轉送以該資料不能再歸列至資料提供義務人為前提。此項如此高的匿名界限，只在統計官員於此前提下仍得以任意轉送個別資料下才有意義。

一九八三年人口普查法亦符合比例原則。於判斷錯綜複雜之事實狀況時，立法者擁有判斷餘地及評價之空間，依此且擁有決定之優先權。與平等原則之前提要件相似，於應用比例原則時，立法者於確定優先權及手段之選擇時，亦應有相同之自由空間。唯有經由法官之節制，才能應付就每一項法律之有意義或無意義之政治上爭端帶至憲法法院審查之危險。聯邦憲法法院曾多次對於法律規範合目的性之問題，以相當節制之態度，依立法者是否依其觀點可以認為此項措施適合達成該目標來加以判斷。有關必要性之問題，聯邦憲法法院也賦予立法者廣泛的裁量領域。此判決顧及到每一項預估皆具有一定程度不確定之事實，而當有關之事務愈是廣泛及複雜，則此程度愈是加深。最重要的是立法者盡量利用一切其所能掌握之知識來源，就如同於一九八三年的人口普查法中所發生一樣。

在考量時也必須注意，雖然一九八三年人口普查法侵犯到每一居民之私人領域，但此項侵犯卻很輕微，蓋此項提取並未包含涉及個人隱私之資料且這些問題即使是累積起來亦不會對人格領域產生重大之侵害。產生人格剖面圖之危險並不存在，

因為表格式之項目已將此排除在外，且就此而言，除統計局之機構外並不存在資料的聯盟。針對資料之濫用已採取有之預防措施。本法亦注意到自動化資料處理技術進步所提升之資料相連可能性及國民日益增加對該問題之認識。經由較以前調查為少的問題範圍，放棄觸及個人隱私之問題及如同於聯邦及各邦資料保護法的一九八三年人口普查法本身廣泛資料保護之規定，此外藉由針對資料濫用所採取其他結構性之預防措施顯現出立法者之考慮。受委託統計及資料處理之機關亦不能自始即假定其有違法之行為。相反地必須認為其遵守資料保護之法規和法律上所保護之統計秘密。針對濫用之法律規定及預防措施並非於資料提取時即加以要求，而是在儲存和進一步加以使用時。

可接受性之觀點得在比例原則審查範圍內加以注意。求得國民之理解乃立法者於代議制民主下該遵守之事。為此可能要求解釋、討論，甚至也有具情緒、感覺、害怕之爭論，此種情形在個案中可能存在於值得加以重視的居民範圍內。此項情形特別是議會的立法過程，其與許多經由人民、團體和協會之影響可能相連在一起，且保障在公開下找尋決定，也因此建立了取得人民信賴所必要之透明性。當人民不利用對其所提供之機會或其意見、想法和觀點為少數時，則透過民主合法化之立法者依規定和顧及實質憲法上之規範所制定之法律，其有效性不能取決於是否一般且由每一個人加以同意。

只在相當之資料可以從其他資料庫獲得時，例如從登記冊、健康和退休保險、勞工行政機關、土地機關和地價稅機關之資料庫，才有可能放棄人口普查。這些資料庫卻具有相當多之錯誤。就工作場所調查而言，目前於其他資料庫或登記冊並沒有相等價之資料。其他則必須注意法令上資料保護之界限，例如稅務秘密。使用來自不同資料庫及登記冊資料之前提乃是

採用一致的人員識別資料。這無疑是使個別國民整個人格登記與目錄化之決定性步驟。基於資料保護及其所欲保護之人格權的觀點，人口普查及其他統計獨立於現有之行政資訊，自主地實行且不依賴與行政資料之連絡乃是不可缺少的。

就抽查試樣之方法，聯邦政府認為對個別國民而言，其是否於抽查範圍或全部調查範圍內被詢問，終究是不重要的。雖然即使將抽查視為較輕微之方法，它也不能與人口普查等量齊觀，因為它只提供了不完全的結果。許多法律並不取決於大概，而是準確的居民數目。即使依經驗的社會研究方法所為之抽查亦不能代替人口普查，因官方的統計與經驗的社會研究有不同之任務，而此項任務將會影響統計之方法。就官方統計而言，在許多情況下需要精細分明之資料，而此只能在全部調查下才能獲得。因此基於自由意志所為之人口普查亦非實際可行的代替方法。於人口普查時所要求可靠基本資料證明之準確性，依實際經驗所得，在自由調查下之參加比率是無法達到的。完全調查與抽查之組合亦以存在一項適合且可靠的選擇標準為前提。在一九七〇年的人口普查即是此項情形；當時將一九六八年的建物及住宅調查當為選擇之標準。就一九八三年人口普查法而言，並不存在此項前提。此外在完全調查與抽查組合下，對國民並沒有產生顯著的負擔減輕。

從基本法中並無法得出合法為一定行政目的所提取之資料永遠地與此項使用目標連結在一起而因此絕不能為其他使用目的利用該資料之絕對基本原則。此項情形亦適用於統計資料。統計一直是登記，但卻對將被登記之關係毫無影響。它並非一定供特定個別目的之用，而是提供未來計劃及行為必要資訊之整體目的之用。其因法律上資料保護和憲法上一般人格權之原因受到限制。就資料之使用而言，國家需要一定之彈性。若國家接受經由僵硬之目的規定所限制之彈性，則它無法對於新

的，通常是無法預見的問題加以反應。國家合法所得之轉送資料在憲法觀點上來看，並不始終和在所有領域內受到原來使用關聯之限制。基本法第三十五條第一項原則上亦可提供為其他使用目的所為涉及人身之資料轉送形式上之根據。聯邦憲法法院亦認為職務與法律協助之義務足夠作為形式上之依據且只提出比例原則之要求來對其加以限制 (BVerfGE 27, 344 [352])。轉送是否更進一步要求一項明確的法律基礎，則可暫時擱下；因為無論如何一般之規定，如聯邦資料保護法第十條第一項第一句及行政手續法 (VwVfG) 第五條第二項第二句，已足為此種法律基礎。目的限制原則由目的限制學說之代表過份地高估其價值。依意見調查之結果，國家協助之接受者認為重複的資料提取乃是一種煩擾，而寧可採取行政內部之資料交換。此項情形與再一次直接的資料提取相較，在禁止過份意義下，意味著較輕微之方法。因此聯邦及各邦資料保護法之立法者也總是放棄一般性目的背離之禁止而採取比例原則所指出之方法來加以代替。只有具特別職業或公務秘密之資料才優先適用目的限制之原則 (聯邦資料保護法第十條第一項第二句，BDSG)；另外則於個別法令所規定之特殊案例 (例如報到法通則法—MRRG—第三條，第十八條第二及第三項)。

對統計資料之轉送，立法者採取了超過一般資料保護法所要求的預防措施。聯邦統計法第十一條 (BStatG) 詳細之規定，明顯地指出立法者已意識到經由統計所提取之資料的特別需要保護性，在兩方面它考慮到比例原則之憲法要求。一方面在聯邦統計法本身即有完全之規定，其保障資料之轉送只限制在不可避免之必要情況下。另一方面就個別統計法規之公佈提出了通則規定，其欲達到在個別統計法規中，依各別統計提取之標的及特性，在資料提供義務人之利益與公共利益間相互協調及帶來均衡之效果。此項情形出現在一九八三年人口普查法

所預定之人口普查。它不只如同其他一般資料保護法之條文所規定顯著地限制資料轉送之可能性，更同時改善了聯邦統計法為保護統計資料所具有之安全網。

一九八三年人口普查法第九條第一項明確地指出了轉送之目的(登記冊之校正)。該條文更進一步列舉指出報到官署可以獲得的資料。只有依有關報到法之規定得以儲存之資料，才將基於統計所提取之資料開放給登記冊校正之用。若此種登記冊之校正不被允許，則除此之外為審查及校正登記冊必須實施更廣泛、獨立的、花費大的，給與國民額外負擔之調查。住所之概念已經由報到法通則法第十二條第二項及邦報到法相當之規定重新加以定義。此乃為經常繼續統計居民人口數之可靠度的基本前提。居民狀態與登記冊之銜接乃基於一九八〇年三月十四日最新之居民遷移及居民階層狀態統計法(BGBI. I S. 308)；該法第四條所要求的遷移統計建立在登記官署的報到、遷出及遷移之資料上。若沒有登記冊之校正將使目前存在於居民狀態與登記冊上之差異更加擴大。為能確定住所，報到官署必須向每一居民發問，其是否擁有多數的住所。於此種事實及法律狀況下，一九八三年人口普查法第九條第一項所提及之資料轉送則非侵害個人私人領域的目的背離。

只要在其中基於原來之使用關係認為是資料之聯絡，相同之情形也適用於一九八三年人口普查法第九條第二項至第四項。這些規定將資料之轉送或取決於聯邦及邦最高官署其任務完成之合法性(一九八三年人口普查法第九條第二項)或列出每一使用目的，統計上所提取之資料只可為此目的而使用(一九八三年人口普查法第九條第三項及第四項)。此外依接受人及轉送之原因，在此自始即排除某些特定資料之轉送。在該處所採取之等級差別待遇，特別顯示出立法者是多麼地認為有義務來遵守比例原則。一九八三年人口普查法第九條第二項乃

經由聯邦及各邦資料保護委託人之參與，詳細討論後成立的。該條相對以前適用之程序及一般的資料保護法，大大地限制了資料之轉送且針對濫用之情形加以保障。例如德國聯邦郵局於引進新的技術及設計未來的網路時，就得依賴不具名的個別資料轉送。特別重要的是依一九八三年人口普查法第九條第二項於聯邦土地規劃、建築制度、城市建設部的土地規劃、建築和住屋政策，為現實及複雜的評價所為的資料轉送。學術及研究對人口普查資料之使用（一九八三年人口普查法第九條第四項），基於資料保護之利益，在與資料保護委託人意見不同下，由聯邦議會內政委員會做更嚴格的限制規定。惟有在聯邦統計法第十一條第三項意義下的接受人範圍內，即公務員或對公務負有特別義務者，才允許對之轉送。

一九八三年人口普查法第九條之合憲性並不因為應提供行政執行之用之資料於附有罰鍰的資料提供義務下加以收取而有所改變。強制性的自我責難當然觸及人類之尊嚴；但立法者在衡量當事人之利益後為滿足國家合理資訊需求所規定的資料提供義務人乃是基本法第二條第一項合憲秩序之一部分，而在憲法上是沒有疑慮的。違憲之強迫必須是經由自我的供述，提供了刑事法上追訴或相當之制裁的前提要件。一九八三年人口普查法第九條已注意到此項觀點。依一九八三年人口普查法第九條第一項，於登記冊之校正時，並不涉及到可使得可罰行為被揭發的資料。就登記法上之違反，適用一九八三年人口普查法第一項第二句嚴格之不利益禁止。為揭發可罰行為必須再加入其他的事實。在一九八三年人口普查法第九條第二項至第四項的適用範圍裏，也規定只能為統計—計劃及學術上之目的使用資料。並不允許為執行措施而使用（一九八三年人口普查法第九條第二項第三句及第三項第三句）。就此另有依聯邦統計法第十一條第一項及第四項和一九八三年人口普查法第九條第七

項之保密義務。於資料轉送下，亦不致產生透過合法之方法發現可罰行為或其他違法之可能性。此外基本法第二條第一項之基本權利對自我責難並未要求提供毫無漏洞之保護。若涉及到實現合理資訊需求的資料提供時，則立法者有權，相互考量不同當事人之利益。其在此可考慮，為公共之利益，國家依賴國民之資料。因為登記冊之校正只限於一九八三年人口普查法第二項第一及第二號的少數資料且一九八三年人口普查法第九條第一項第二句規定不利益之禁止，一九八三年人口普查法第五條第一項毫無限制的資料提供義務與聯邦統計法第十條在憲法上並無法加以責難。當直接由一九八三年人口普查法第二條第一號及第二號之資料所認識的少數構成要件已足以導致刑法上之制裁時，由憲法法院認為是憲法上之要求的評價禁止，可在此意義下將一九八三年人口普查法第九條做合憲的解釋。

經由聯邦憲法法院所發展的“基本理論”所顯現的法律保留要求是被履行的。在需要法律上之規定時，一九八三年人口普查法或於實施該法時必須運用之法律，聯邦統計法、聯邦資料保護法和作為補充之用的聯邦行政手續法皆含有此種規定。除此之外所必要之規定可採取行政規則的方式。立法者之自制乃是為了被“規範泛濫”所壓迫國民的利益。就聯邦有義務公布此種規定而言，一基本上為實施聯邦法律所需行政程序上之規定乃是各邦的職權—聯邦已充分履行其義務。除此之外，基本上是立法者之事，於其政策形成自由之範圍內決定何者應視為“基本”。

對完全調查而言並無較輕微的實施方法。人口普查以詢問所有的資料提供義務人及其回答就可信度乃完整性可加以審查為前提。可信度之控制具有極大的意義。在一九七〇年最後一次的人口普查中，舉例而言僅在司徒加特(Stuttgart)一地就有大約十萬份重新詢問之必要。完整且正確的提取以調查員將整

個鄉鎮領域走遍為前提。經由郵寄的問卷，並無法送至每一資料提供義務人，因為發信之地址須以現有的登記冊為準，而其一般而言是有錯誤的。所有問卷之收回也是無法加以保障的。當然調查員只將問卷分發而建立收件人名單之情形也是可以想像的。而後國民可將此問卷交給調查單位。一九八〇年奧地利共和國的人口普查即是規定此種方式。在沒有調查員及調查單位下，此項程序亦無法維持。因交出問卷之遲誤常使得調查期限無法確切地保持。由漢堡市所採取所謂的“外套問卷”也不是比較輕微的實施方法。在此項程序中，調查員亦可得知資料提供義務人之資料。主要的優點僅在於形式上將名字與住址和其他資料分離。在結果上並不導致有利人民的資料保護。

2. 相對地自由漢斯市漢堡市之市政府對一九八三年人口普查法表示了憲法上之疑慮：一九八三年人口普查法於憲法上基本的問題在於是否保障由人民所得資料之匿名性的懷疑。即使於個別的問題不干涉個人生活形成之不可侵犯之範圍時，仍存有基本的問題，亦即此項資料是否經由匿名性喪失對人格關係之評價力，且此項匿名性被充分地保障。直接或間接證明為同一身份之可能性在人民與法律的文獻中引起很多的疑慮。統計上提取之匿名保障不僅是法治國家之要求，同時也是依靠人民完全信賴參加的調查能有成果所不可缺少之前提要件。

一九八三年人口普查法第九條第一項的登記冊校正是有問題的，因其規定了登記與統計上目的之結合。一九八三年人口普查法第九條第一項第二句不利益禁止之內容是值得懷疑的。

3. 聯邦資料保護委託人及所提及的各邦資料保護委託人針對一九八三年人口普查法提出了不同的憲法上的疑慮。有些人認為，經由合憲的解釋及合於憲法解釋的法律執行可以考慮到該法之情形。另外有人認為所指責的規定為違憲。

IV

於言詞審理時，訴訟提起人發表其意見。

聯政內政部部长 Zimmermann 博士，Dr. Badura 教授及聯邦統計局副局長 Hamer 博士為聯邦政府發表了意見；依聯邦政府之申請，除此之外也聽取了 Dr. Seegmüller 教授的意見。巴伐利亞邦政府，邦內政部部长 Dr. Hillermeier 和部內主管官員 Dr. Giehl 自由漢斯市漢堡市政府官員 Leithäuser，下薩克森邦政府，內政部部长 Dr. Möcklinghoff，北萊茵—威斯特法倫邦政府部長會議主管 Dr. Rombach，萊茵—法耳次邦政府，政務次長 Prof Dr. Rudolf，為斯勒斯唯益—霍爾斯坦邦政府，內政部部长 Claussen 發表了其意見。此外聯邦資料保護委託人 Dr. Baumann，巴登-符騰堡邦邦資料保護委託人 Dr. Leuze 女士，巴伐利亞邦邦資料保護委託人 Dr. Stollreither 自由漢斯市布萊梅市市資料保護人 Bülesbach，漢堡市資料保護委託人 Schapper，黑森邦邦資料保護委託人 Prof. Dr. Simitis，北萊茵—威斯特法倫邦邦資料保護委託人 Dr. Weyer 和萊茵—法耳次邦資料保護委員會其負責人，於邦議會為主管的 Becker 皆發表其意見。

B

原則上憲法訴訟是被允許的。

適用所有人之法規範，依歷來之判決，個別之國民只有其基本權利經由此項規定自身、目前、且直接受到影響時，才可直接提起憲法訴訟 (BVerfGE 40, 141 [156]; 43, 291 [385]; 50, 290 [319]; 58, 81 [104]; 59, 1 [17f.]; 60, 360 [370])。

I

訴訟提起人並非自身受到該法律所有條文之影響。

依一九八三年人口普查法第二條第八號是否歸屬某一營造物之特性的問題並不影響到任何一個訴訟提起人，因為他們既非營造物之成員亦非營造物負責人而具資料提供之義務（一九八三年人口普查法第五條第一項第一號）。就這方面而言，所有憲法訴訟皆是不被允許的。

有關一九八三年人口普查法第三條第一項建物統計之問題，只有建物所有人及與其有相同地位者才具資料提供之義務（一九八三年人口普查法第五條第一項第二號）。就此依訴之聲明只有(a)的訴訟提起人為自有住宅之所有人而受到影響。依一九八三年人口普查法第四條的工作場所調查，只有工作場所或企業的所有人或負責人才具提供資料之義務（一九八三年人口普查法第五條第一項第四號）。此項規定只涉及到(b)之訴訟提起律師和(e) 1. 到(e) 4.，(e) 7. 到(e) 9. 的訴訟提起之律師。其他的憲法訴訟，只要其是針對一九八三年人口普查法第三條第一項及第四條所提起，則為不允許。

II

就訴訟提起人經由一九八三年人口普查法自身受到影響而論，則直接且目前之影響性也存在。

不過依聯邦憲法法院之判決，當所指責條文之實施仍需行政機關特別的執行行為時，則直接的影響性並不存在。因為一般而言，此項執行行為始侵害到國民之權利領域；針對此項侵害所提供的訴訟途徑也可能審查該行為所適用之法律的合憲性（BVerfGE 58, 81 [104]; vgl. BVerfGE 59, 1 [17]; 60, 360 [369 f.]）。

為實施一九八三年人口普查法需要提供資料之要求，經由此項要求才可能影響到訴訟提起人之權利領域（比較一九八三年人口普查法第五條第二項）。針對此項執行行為應於行政法院提起訴訟。但此項情形卻不妨害憲法訴訟之許可。

聯邦憲法法院於特殊之案例下，如該法迫使受規範人於當前採取事後無法再修正之決定或目前已造成事後法律執行不能彌補之處分時(BVerfGE 60, 360 [372] m. w. N.)，例外地允許在執行行為開始前，直接針對該法提出憲法訴訟。直接針對一九八三年人口普查法所提起之憲法訴訟亦例外地於執行行為開始前加以允許。

針對所有國民，該法須於很短之期間內加以實施。問卷應從一九八三年四月十八日起分發且至一九八三年五月初重新收集。為求得行政法院暫時性之保護，只能在大約二個禮拜內加以進行。在這段非常有限的時間內法院並無法將此問題做如此之處理，而使得聯邦憲法法院可以期待獲得對該問題基本上之解釋。雖然如此針對依行政法院法第八十條第五項、第一二三條，第一四六條第一項之程序所為之拒絕判決仍允許提起憲法訴訟。(vgl. BVerfGE 51, 130 [138ff.]; 53, 30 [49, 52]; 54, 173 [190])。資料告知之要求於行政訴訟被撤銷後，當然可考慮依聯邦憲法法院法第九十條第二項於用盡所有訴訟途徑之前取得憲法法院之判決(vgl. BVerfGE 59, 1 [19 f.])。

但聯邦憲法法院可能必須與許多，有可能相互矛盾的行政法院判決相爭論。除此之外經由某些法院給與當事人暫時性之法律保護，一些法院不給與保護下，將可能面臨法律不安定性之危險。於此情況下，指示國民基本上先向專門法院提起訴訟的補充原則，卻正好適得其反：它不再減輕聯邦憲法法院之負擔且不再傳達專門法院對該案件之觀點，而是導致客觀及時間上特別強的判決壓力。於此種事實下，訴提起人可以例外地藉著憲法訴訟直接責難該項法律。

C

憲法訴訟—就其受允許下一部份有理由。

I

訴訟提起人經由一九八三年人口普查法第五條第一項之規定直接負有資料通知義務，而於一九八三年人口普查法第二條至第四條負有提出詳細事實之負擔下，其基於基本法第四條、第五條及第十三條之基本權利並未因此而受到侵害。

1. 有關法律上歸屬或不歸屬宗教團體真實資料提供之義務（一九八三年人口普查法第五條第一項第一號及聯邦統計法第十條第三項）並不侵害訴訟提起人信仰自由之基本權利（基本法第四條第一項）。不只是承認宗教信仰之權利，就其宗教信仰保持沈默之權，例如經由基本法第一四〇條和威瑪憲法第一三六條第三項特別加以承認，亦屬於信仰自由。此消極的信仰自由卻經由威瑪憲法第一三六條第三項第二句之保留被加以限制，即當權利和義務取決於該歸屬性時或法定之統計調查要求下，此項保留允許官署調查宗教團體之歸屬性。於此存在此種允許之例外情形，因其乃涉及為聯邦目的所為的法定統計調查（基本法第七十三條第十一號）。

就判斷聯邦權限而言，最重要的是，是否該提取係供完成聯邦任務之用。依法律草案之立法理由此項前提是存在的，因就宗教歸屬所為調查之結果，提供了聯邦及各邦舉止重要的資料（vgl. BTDrucks. 9/451, S. 9）。此外國家實務上亦必須加以注意，其於查明職權規範之範圍時有重大之意義（vgl. BVerfGE 41, 205 [220]）。依此在聯邦統計之項目中亦可顧及各邦統計上之要求，因為聯邦與各邦的立法、行政及計劃權限在許多方面相互牽連。依目前國家實務於人口普查時，不只適用威瑪憲法也適用基本法，要求歸屬或不歸屬宗教團體之資料。因此相當之問題已在一九五〇年七月二十七日人口普查法第五條第一項及附件一第一章（BGBl. I S. 335），一九六一

年四月十三日人口普查法第三條第一號字母 a 和第六條第一號 (BGBl. I S. 437), 和一九六九年四月十四日人口普查法第二條第一號和第五條第一號中加以規定, 在此種事實下, 聯邦有權於法律上規定宗教團體歸屬或不歸屬性之提取。

2. 一九八三年人口普查法之條文也不違反住宅不可侵犯之基本人權 (基本法第十三條第一項)。

此項基本權利並不因一如一些訴訟提起人所云一依一九八三年人口普查法第三條第二項和第五條第一項第三號之規定, 訴訟提起人被強迫公開其私人居住關係而受到侵害。基本法第十三條住所之意義乃單指場所的私人領域 (BVerfGE 32, 54 [72])。此基本權利規定, 公權利基本上禁止進入住宅或禁止違反住宅所有人之意願停留於住宅內。例如於住宅內裝置接聽器或其使用屬於上述禁止之情形, 但蒐集和提取資料因可不進入住宅或不於住宅內停留, 故不屬之。此並不在基本法第十三條保護之內。依一九八三年人口普查法第四條第二項和第五條第一項第三號所規定住宅統計問題之通知義務並不與強迫進入義務人住宅內或強迫停留於住宅內相連在一起。

3. 依一九八三年人口普查法第二條至第四條個別指出之事實以確定提供資料之義務亦不違反言論發表自由之基本權利 (基本法第五條第一項第一句)。

基於基本法第五條第一項所保障不說出自己言論之自由 (消極的言論自由); 亦保護事實之調查、轉送和儲存, 因此基本法針對資訊侵害之保護只透過基本法第五條第一項加以保障之說明, 並無法加以贊同。如此的保護在經由第三人或秘密觀察所為資訊侵害之資料調查時, 自始即失效。當事人本身就統計上之調查提供資料時, 在此也缺乏所謂的言論發表。

就可視為言論之發表而受基本權利規定保護而言, 最基本的要素乃是於思論討論之範圍內所為之意見、態度和看法; 該

發表之價值、正確性、理智性並無足輕重。事實之通知嚴格上來說並非言論之發表，因其缺乏該些要素。只有是形成受基本法第五條第一項整體保障的意見的前提下，它才受到言論發表自由基本權利之保護(BVerfGE 61, 1 [8 f.])。相反地於統計調查範圍內之資料，如一九八三年人口普查法之提取資料，乃是單純的事實通知，與意見之形成並不相關。

II

審查之標準主要是基本法第二條第一項和第一條第一項所保護之一般人格權。

1. (a)基本法秩序之中心點乃是人之價值及其尊嚴，人身為自由社會之成員於自由的自決權下活動。基本法第二條第一項和第一條第一項所保障之一般人格權—除了特別的自由保障外—提供了對它的保護，此項權利正也基於現代化之發展及伴隨而來對人格新的危險而贏得其重要性(BVerfGE 54, 148 [153])。至今經由判決所為之具體化並未完全確定人格權之內容。它也包括了一如同在 BVerfGE 54, 148 [155] 於繼續以前之判決下(BVerfGE 27, 1 [6]; 27, 344 [350 f.]; 32, 373 [379]; 35, 202 [220]; 44, 353 [372 f.]) 所指出—基於自決之想法所得出之個人權限，即基本上人自己決定，何時和於何種界限內公開個人生活之事實(此外 vgl. BVerfGE 56, 37 [41 ff.]; 63, 131 [142f.])。

於目前及未來自動化資料處理條件下，此項權利須特別加以保護。它特別是因為在決定過程中不再像以前一樣必須求助於用手所整理的資料卡及卷宗，而是今天藉由自動化資料處理之幫助可將特定或可特別人之個人或物之關係的個別資料(涉及人身之資料[聯邦資料保護法第二條第一

項))，於技術上毫無限制地加以儲存，且隨時不論距離之遠近可在秒速下加以提取，而受到危害。更進一步——特別是在建立綜合的資訊系統下——它可能與其他資料之收集組合成部份或相當完全的人格圖像，而該當事人卻無法對於其正確性及使用做足夠的控制。就此可以使得經由公眾關心之精神上壓力對個人之行為產生影響的認識及影響措施之可能性在至今仍不確知的方式下加以擴展。

但個人之自決權以——即使是在現代資訊處理技術條件下——個人對將要採取之作為或不作為有自由決定權，更包括了自我實際上對該決定能採取一定態度之可能性為前提。誰無法很正確地對在其社會環境一定領域內，何種與其有關的資訊被公開之情形有概括的認識，且誰也無法在某一程度內預估其可能資訊來往之夥伴，則其經由自決權所擁有決定或計劃的自由可能受到基本上之妨礙。一個國民無法知道，誰、何事、何時、何種情況下其被知曉的社會秩序和使該社會秩序成為可能之法秩序與資訊自決權是不相符合的。誰也不確定其偏離的行為方式是否隨時會被記錄且被視為一種資訊長期地加以儲存。使用或繼續傳送，將試著不經由此行為方式引人注意。若可預估，例如參加集會或國民創制會被官署登記且經由此可能產生風險時，則可能放棄行使相符合的基本權利(基本法第八條、第九條)。此不僅妨害個人發展之機會，也妨害到公共利益，因為自決權是一個基於其國民之行為及參加能力所建立自由民主之公共團體的基本作用之前提。

由此可以得出：人格之自由發展於現今資料處理條件下，以保護個人人身之資料不受無限制的提取、儲存、使用及轉送為前提。基本法第二條第一項和第一條第一項包含此項保護。該基本權利於此方面保障個人基本上自己決定其人

身資料透露及使用之權利。

- (b) 資訊自決權並非毫無限制地加以保障。個人對其資料並無所謂絕對、無法加以限制的控制權；相反地它是在社會團體內發展，依賴聯絡交往的人格。即使是涉及人身之資料亦是社會事實之寫照，因此並不能只是歸屬於當事人所有。基本法，如聯邦憲法法院多次判決強調指出，於個人—團體間之緊張關係做了個人團體關聯及團體制約之決定 (BVerfGE 4, 7 [15]; 8, 274 [329]; 27, 1 [7]; 27, 344 [351 f.]; 33, 303 [334]; 50, 290 [353]; 56, 37 [49])。因此基本上個人必須在重大公共利益下對其資訊自決權之限制加以忍受。

此項限制依基本法第二條第一項之規定一如在聯邦統計法第六條第一項也加以承認—需要一項(合憲的)法律基礎，於該法律內限制之前提及範圍明確且對國民而言是可辨認的，藉以符合法治國家規範明確性之要求 (BVerfGE 45, 400 [420] m. w. N.)。此外立法者於規範中必須注意到比例原則。此項被賦予憲法位階的基本原則已可從基本權利本身得出，其乃是國民相對於國家一般自由請求權之表達，而只允許由公權力在為保護公共利益必要之程度內加以限制 (BVerfGE 19, 342 [348]; st. Rspr.)。因上述所提及經由自動化資料處理之使用所產生之危險，立法者必須採取比以前更多防止人格權遭受侵害之危險的組織上及程序上的預防措施 (vgl. BVerfGE 53, 30 [65]; 63, 131 [143])。

2. 訴訟提起人並未給與充分討論資訊自決權之誘因。所需決定的只是該權利對國家要求國民提供涉及人身資料之侵害的作用。在此不能只針對資料之種類而定。決定性乃在於其實用性及使用可能性。此一方面依該提取所追求之目的，另一方面依資訊技術本身之處理及結合可能性而定。經由此一項本身而言無關緊要之資料可能會得到新的價值；就此點而言，

於自動化資料處理前提下不再有所謂“不重要”的資料存在。

資料何種情況下是敏感的，並不能只依其是否觸及隱私而定。相反地為確定一項資料其人格權上之意義必須認識其使用之關聯：當要求提供資料之目的及結合與使用可能性明確化後，才能回答合法限制資訊自決權的問題。在此必須區分個人化但非依匿名方式加以提取及處理涉及人身之資料(a)，和為統計目的所為之資料(b)。

(a)涉及人身之資料的強迫收取並非毫無限制地允許是至今早已被承認，特別是當這些資料為行政執行目的加以使用時(例如於對社會福利之徵稅及許可時)。就此而言，立法者為保障當事人已規定依憲法上所要求方針的各種措施(例如聯邦與各邦資料保護法之規定；稅通則 AO—第三十條及第三十一條；社會法第一章第三十五條—SGB I—和第十章第六十七條至八十六條)。資訊自決權與比例原則之關聯，及基於憲法於程序法上採取預防措施之義務，強迫立法者制定此類規範之範圍須依所提取資料之種類、範圍及使用可能性和濫用之危險而定(vgl. BVerfGE 49, 89 [142]; 53, 30 [61])。於排除無期待可能之隱私資料和自我責難下，重大之公共利益在一般情況下只存在與社會有關聯的資料上。依目前知識與經驗水準，下列之措施顯得特別重要：

強迫提供涉及人身之資料以立法者於特定範圍內且詳盡確定使用目的，並且該資料對該目的而言為適合且必須為前提。因此為不確定或尚未能確定之目的將非匿名之資料收集儲存是不合前述所言的。所有為完成其任務而收集涉及人身資料之單位也必須於為完成該項目標時，自我限制採取最輕微的必要手段。

資料之使用限制於法定目的之內。基於自動化資料處理之危險，保護經由轉送和利用禁止所產生的目的背離已是

必要。作為更廣程序上保護的預防措施，基本上為解釋、告知及解答義務。

由於在自動化資料處理條件下，國民對於資料之使用及儲存並無法檢視且基於經由及時預防所為之優先法律保護之利益，對有效保護資訊自決權而言；獨立的資料保護委託人之參與則特別的重要。

(b)為統計之目的所為資料之收取與處理具有在憲法上判斷不可忽略的特別之處。

(aa) 統計對於就基本法之原則及方針負有義務的國家政策有重大意義。若不將經濟及社會之發展視為一項無法改變的命運，而是應視為一項持續的任務時，即需要就經濟的、生態的和社會的關聯有廣泛的、繼續的及現今的資訊。有關資料之理解及藉由自動化資料處理所提供之幫助所獲得的資料為統計加以使用之可能性存在時，其建立了遵循社會國家原則的國家政策所不可缺少的行為基礎(vgl. BVerfGE 27, 1 [9])。基於統計之目的所為資料之提取並無法要求一項嚴謹和具體的資料目的限制。依其統計上之加工，資料應使用於各種不同，並非一開始即可確定的任務上，這乃統計之本質；就此亦有儲存的需要。具體目的確定之要求以及嚴格禁止依儲存方式收集涉及人身之資料只能適用於非統計目的之資料收取，而非適用在提供其他更進一步統計上之研究及經由居民人口數及社會結構可靠之確認所為政治上計劃程序正確性之資訊基礎的人口普查。若國家不應毫無準備地來應付工業社會的發展，則人口普查須為許多目的加以提取及處理且依貯藏之方式收集及儲存資料。就統計上加以篩選的資料而言，轉送及使用之禁止也可能是違反目的的。

(bb) 若在統計上使用及關聯可能之多樣性依其事物之本質自始即無法加以確定，則在資訊系統內為求得平衡必須對資訊之收取與處理採取相當之限制。處理之前提要必須加以明確的定義規定，其保障個人有關之資料於自動化提取及處理之前提下不僅是資訊客體缺乏確定，任何時間皆可確認及實現的目的限制及資料多功能的使用性，此兩者強化了具體化憲法上所保障資訊自決權之資料保護法所應阻止及限制的傾向。因為自始即缺乏依目的所為限制資訊規則之界限，人口普查本身即帶有在微縮一判決（BVerfGE 27, 1 [6]）已指出的個人人格敵意登記化與目錄化危險的傾向。因此在為統計目的所為資料之收取及處理時，為保護具提供資料義務國民之人格權，必須提出特別的要求。

儘管統計目的資料之收取與處理有多種功能之性格，但其前提乃是其只是當作完成公共任務之助力。它也不能要求每一項資料。即使是在為統計目的所需之個別資料提取時，立法者在規定資料提供義務時就必須審查，是否該項義務特別地就當事人而言能引起社會歸類之危險（例如毒癮者、受過刑罰者、精神病態、妨害社會者）且是否提取之目標也能不經由匿名的調查加以完成。此項，例如於一九八三年人口普查法第二條第八號所規定之提取構成要件應是此情形，依其規定於營造物範圍內，人民與職業調查包含了全體人員歸屬性或全體歸屬人員之範圍或生活於同一營造物內人員之特性。此項提取應提供營造物預留之根據（BTDrucks. 9/451, S. 9）。如此之目標——不論社會標記化之危險——亦可在有涉及人身之資料下達成。課予營造物負責人於人口普查期限內，依一九八三年人口普

查法第二條第八號所規定之特徵，於與個人毫無任何關連下，告知合乎數量之保留的義務即已足夠。一九八三年人口普查法第二條第八號涉及人身之提取構成要件因此自始即違反了經由基本法第二條第一項和第一條第一項所保護之人格權。

為保障資訊自決權於資料收取及處理之實行及組織上更進一步需要特別的預防措施，因為在提取階段一部份也在儲存時一資料仍是可以個人化的；同時消除之規定對於當為輔助資料（證明同一性之標誌）所被要求且能容易造成反匿名化之資料例如姓名、住址、識別號碼和計數者名冊，是必要的（聯邦統計法第十一條第七項第一句）。對統計上提取特別重要的是對外有效的隔離規範。只要涉及人身之資料尚存在或仍可能建立，就資訊自決權之保護而言一對提取程序中亦同一為統計目的所提取之個別資料其嚴密的保密是無法放棄的（統計秘密）；此情形相同地也適用於儘早（事實上）匿名化之要求，同時附有對反匿名化的預防措施。

直到由資訊自決權所要求及法律上加以保障的統計隔絕經由資料匿名化及資料保密，就其於一定時間限制內仍可指出涉及人身之資料而言，才開啟了國家機關得以獲知為其計劃任務所必要資訊之門。只有在此前提下才能並可以期待國民告知，對其而言為強迫性，所要求之資訊。若為統計目的所提取之涉及人身之資料可以違反當事人意願或在當事人不知情下被轉送，則不僅是於不許可之範圍下限制憲法上所保障之資訊自決權，也危害到由基本法本身在第七十三條第十一款規定且值得保護的官方統計。就官方統計

之功能而言，所提取資料之詳細及正確性具有儘可能高的水準是必要的。此項目標只有在具有資料提供義務之國民對為統計目的所提取資料之隔絕性有必要之信任，而產生樂意提供真實資料下才能完成（如在一九五〇年聯邦政府對人口普查法之立法草案之說明；BTDrucks. I/982, S. 20 zu § 10）。一項不追求經由公開資料處理過程及嚴格隔離而建立此項信賴之國家實務，在長遠來看會導致日益衰退的合作意願，因為出現了不信任的情形。因為國家之強制只能有限地有效實施，超越國民利益之國家行為也許在短期內顯示出是有利的；長期而言會導致資料詳細性和範圍之減少（BTDrucks. I/982）。當高度工業化社會典型的環境綜合複雜化日益增加，只能藉由可靠之統計加以分類且加以選擇國家之措施時，則官方統計之危險乃是對社會國家政策的一項重要前提提出了疑問。若就此只能經由統計之隔絕來保障國家之任務“計劃”，則資料保密及儘早匿名化之原則不只是為保護個人資訊自決權而由基本法加以要求，對統計本身而言也是其構成之要素。

- (cc) 若所提出之要求能有效地被考慮，則純為統計目的所為之資料提取，依目前知識及經驗之水準在憲法上是毫無疑問的。當所提取之資料經過匿名化及統計上之加工後（聯邦統計法第十一條第五項及第六項），由統計局提供給國家機關或其他單位使用時，並未顯著可以得出國民之人格權會受到影響。

特別有問題的是出現在既非匿名化又非經統計上之加工，而仍涉及人身之資料之轉送。為統計目的之提取也包含了有關個別國民之個別資料，此對統計目

的並非必要且一被詢問之國民必須也能認識—只是當為提取程序之輔助工具。所有這些資料皆可依明示的法律授權轉送，只要該轉送經由其他官署加以統計上之加工且為保護人格權所要求之預防措施保障，特別是統計秘密及儘早匿名化之要求，經由組織及程序上可靠地加以保障，如同聯邦與各邦統計局所為一般。為統計目的提取，但既非匿名化或非經統計上加工之資料，其為行政執行之目的所做之轉送則相反地可能在不允許之方式下侵害資訊自由權 (vgl. C IV 1)。

III

基本上一九八三年人口普查法之提取項目符合上述所提出憲法上之要求。所審查之對象為第二條至第四條和第五條第一項，然是否將營造物所屬人員或營造物人員歸屬性之問題除外（第二條第八號和第五條第一項第一號第二半句）。這些條文與基於基本法第二條第一項和第一條第一項的一般人格權於下列標準下相符合，即若立法者注意到補充至今仍缺少的保障基本權利的組織及程序上之規定且就此保障憲法對一九八三年人口普查法所為之完全提取所提出之要求。

1. 一九八三年人口普查法於罰鍰之威脅下（一九八三年人口普查法第十四條和聯邦統計法第十條），在第五條課予訴訟提起人告知一九八三年人口普查法第二條第一至第七號，第三和第四條所稱提取構成要件之義務。經由此侵害到基本法第二條第一項和第一條第一項所保障之人格權。所提取之資料亦應能為未來，於提取時尚未能預見之任務而利用。資料提供義務人必須忍受此項資訊之侵害。這乃是重大公共利益之結果且滿足了規範明確性及比例原則之要求。

(a)一九八三年人口普查法之提取項目並不導致與人類尊嚴不

相符合，全部或部份人格之登記化與目錄化。依政府草案之理由（BTDrucks. 9/451, S. 7 ff.）人民、住宅、職業、工作場所之調查乃提供居民最新情況、其空間之分配，及其依地理及社會上之特徵所為之關聯和其經濟上活動之資料，在結果上只是提供“除人化”的陳述。

該提取項目雖能描繪出個別之生活領域，例如國民之居住領域，但非其人格。相反之情形只適於當所提取之資料與現存於官署，一部份相當敏感之資訊可以毫無限制地連合或甚至經由統一的人員標誌或其他規則上之特徵使得此種資訊聯繫成為可能時；因為經由收集個人生活或人員資料所造成人格廣泛的登記化及規格化而產生國民人格之剖面圖，即使於匿名的統計提取下亦是不被允許的（BVerfGE 27, 1 [6]）。此種資訊之聯合—完全之描述—已與聯邦統計法第十一條相違背，其甚至對在委託實行聯邦統計之人員與機關間，非匿名化個別資料之轉送，只在為建立聯邦統計所必要下，才加以允許（聯邦統計法第十一條第二項）。

由於一九八三年人口普查法所提取之資料或其聯合與在統計局現存資訊所為之聚集，也不能製作與人類尊嚴不相符合的人格部份描繪。首先資料之處理與使用必須在標示為人民、職業、住宅和工作場所調查所表現出及法律確定之調查目的內運作；另一方面適用在官方統計上一般課予義務之原則，即個人資料之加工必須始終導致一項結構性—匿名—的形式，使得在結果上涉及人格之概象也不允許在部份描繪形式下產生。

- (b)一九八三年人口普查法提取之項目也滿足規範明確性之要求。當法律之目的可從法條本身和其他資料而看清楚時，則該法律是相當足夠確定的（BVerfGE 27, 1 [8]）。在此當法律之目的可從法條本身與其欲規範之生活領域兩者相關

下得知時，則已足夠(vgl. BVerfGE 62, 169 [183 f.])。一九八三年人口普查法對其所欲提取特徵之說明滿足了此項要求；國民可以認識他應被詢問有關何種社會結構之基本構成要件。主要的目的可以從提取之種類—人口、職業、住宅和工作場所調查—提取之項目和法律資料足夠明顯的察知。就一個別法定之義務，立法者並不需要也在條文本身解釋其自體之目的。顧及為統計目的所為資料提取之特性，特別是人口普查，此項情形特別地加以適用；在此基於目標之多樣性，將個別目的加以表格排列是不可能的。

- (c)就其為審查對象而言，一九八三年人口普查法之提取項目亦符合比例原則。依此一項措施就為達成其所追求之目的來看，必須適合且必要。與此相伴的侵害，依其強度，相對該事物之重要性及國民必須忍受的損失，不能不成比例(vgl. BVerfGE 27, 344 [352 f.]; st. Rspr.)。

一九八三年人口普查法應提供國家未來計劃及行為所必需之資訊。作為國家行為合計劃性之先決條件(vgl. BVerfGE 27, 1 [7])，一九八三年人口普查法有助於一項明確的，為完成合法國家任務所追求的目的。

藉由人口普查所使用之方式，即完全提取，和一九八三年人口普查法第二條第一號至第七號和第三條、第四條的問題目錄，聯邦共和國完成基於一九七三年十一月二十二日歐洲共同體議會為使一般人口普查法同步化所頒布之方針所規定之義務—73/403/EWG - (ABLEG Nr. L 347，一九七三年十二月十七日第五十頁)。為完成所追求之目的，該提取方式及項目是適合且必要的，且對資料提供義務人是可期待的。

- (aa) 當立法者認為，基於毫無例外地自由意願所為抽查之提取或完全和抽查提取之聯合無法代替完全提取的人

口普查時，此為目前所不能加以責難的。就完全提取而言，此種另外的選擇帶有許多錯誤的來源。除此之外此項選擇以關於所有居民之可靠資料為前提，而其目前卻只能提供定期的人口普查。

此項評價乃基於目前的知識及經驗水準。在未來決定調查前，立法者必須重新討論已達到的方法討論水平以確定，是否及在何種程度內，傳統資料之提取及處理方法仍能加以維持。官方統計及社會研究之方法一直繼續在發展。立法者不允許忽略該項發展。他必須經由徹底利用其所擁有的知識來源盡可能且可靠地估計一項法律不可預知的影響(BVerfGE 50, 290 [334])；在日後若顯示出錯誤的預估時，他有義務加以改正(vgl. BVerfGE 50, 290 [335])。立法者能基於情勢之改變，改善一項原來合憲之規則(vgl. BVerfGE 56, 54 [78 f.] m. w. N.)。相同地他必須在規定統計上之提取時，借助可使用之資料來審查，是否完全提取雖然在這段期間內統計及社會學方法進步地發展仍是比乎比例的。就此而言，單純指出人口普查一直都是以完全提取之方式加以實施的理由是不充分的。

於此意義下聯邦議會於一九八二年十二月十五日決議，請求聯邦政府就有關實行國民及經濟生活代表統計之法律加以解釋(BTDrucks. 9/2261, S. 3)。

1. 該法於何種範圍內可因該項提取客觀上必要性之減低或消失而可廢棄該項提取。
2. 依該法律，於何種範圍內可經由較少之花費和相同或更好之調查方法來代替該項提取。

在此亦應評價經驗性社會研究新的知識及外國統計提取之經驗，且若此經驗基於其他之系統亦應審查

其是否適用於聯邦共和國。

如同從許多資料保護委託人之意見中可以得出，最近在國內及國外討論是否完全提取可以廢棄，此項討論立法者必須密切注意。但目前並無確切的結果顯示完全提取的方法現在已不符合比例原則。

- (bb) 自行政機關現存的資料庫中承受所有的資料，就所規定的完全提取而言，也不是另一項合法的選擇。因為使用來自不同登記冊和資料庫之資料，以採取技術、組織、法律上之措施，使得特定人或機關有關之資料能聚集在一起為前提。此種措施，例如即實施統一的、適用所有登記冊和資料庫之人員標記或其代替物。但此卻正好是將個別國民整個人格登記化及目錄化的決定性步驟。就此而言，現存資料間的組合亦非較輕微損害的方法。
- (cc) 於選舉和投票時常見的，仿照通訊投票且為此而做匿名的提取方式，一般而言亦非所預見之調查的代替方式。

居民、建物、住宅和工作場所完全且地區性正確的確定，以將整個鄉鎮領域走遍為前提。利用問卷郵寄之方式並無法通知到每一資料提供義務人。因為就此必須追溯到現存於登記冊上之住址，而此住址一般而言無法完全反應出調查期限內之情形。

相對於目前所規定人口普查之程序卻存在較輕微損害之方法，即調查員只分發問卷且建立一項住址目錄，其中記明收到問卷資料提供義務人之姓名及住址的資料。資料提供義務人爾後可將已填好的問卷，裝在封閉的信封裏交付給調查員或交給或寄回調查機構。此項提取方法可避免調查員獲知涉及國民人身資

料之危險。另一方面也注意到為擁有完全且正確之提取必須走遍整個鄉鎮的情形且使不確定的情形經由詢問加以解釋之情形成為可能。

一九八三年人口普查法第五條第一項和聯邦統計法第十條第二項及第三項允許此種提取方式。依聯邦統計法第十條第二項資料提供之義務乃是相對於受官方委託實行聯邦統計的機構及人員。依聯邦統計法第十條第三條，回答乃是於不需任何花費及郵費下告知。就此而言，資料提供義務可藉由郵寄之方法履行；國民有權將人口普查之問卷裝於封閉的信封裏不需任何花費及郵費下，寄給調查機構。另外一項解釋即可能導致一九八三年人口普查法之提取方式不符合比例原則且因此侵害到基於基本法第二條第一項和第一條第一項之一般人格權。

(dd) 為完成人口普查之目的，一九八三年人口普查法第二條第一號至第七號和第三條及第四條之提取構成要件整體而言是必要的。人口普查應提供一項社會和經濟多樣並列的統計全貌。就此源自所有調查部份——人民、職業、建物、住宅和工作場所調查之資料的互相聯合是必要的。一九八三年人口普查法的提取要件一般而言是作為許多，並沒有完全能指出的目的之用，但各別之特徵却不允許孤立地看待。因為只有與其他特徵相組合——依各別問題而定——才能完成聯邦政府於其意見說明時所詳細指出多樣個別之目的。因此資料正好需要其整體性。

2. 同時為保障資訊自決權仍需補充資料提取時實施及組織程序法上之預防措施。經由一九八三年人口普查法所規定之提取只有部份滿足憲法上之要求（C II 2 b bb）。雖然聯邦統計法

第十一條經由有關統計秘密之規定已注意到資訊自決權之保護。只要聯邦統計之目的不再需要該資料時，聯邦統計法第十一條第七項第一句也規定了有助於證明身份同一性質資料之消除。一直到此時刻，依該條第二句之規定，應將姓名及住址與其他資料分離，且在特別密封下加以保管。這些條文卻仍不足保障人口普查時，資料提取及處理所應符合的憲法上條件。相反地立法者為保護資訊自決權必須超越此範圍注意到必要的安全預防措施。他並不需要自身規定所有之事，但卻必須注意到必要之事的規定。詳細而言要求如下保障基本權利之措施：

- (a)解釋及教導義務。雖然資料提供義務人不需要自己和另一家計歸屬在一起而是只要他願意根據自己的家計問卷接受調查；因為一九八三年人口普查法第五條第一項規定，基本上每一國民皆有親身提供資料之義務。在此國民亦有權利一如上所述一將已填寫好之調查問卷裝在密閉的信封裏交付給調查員、交給或交由郵寄方式寄給調查機關。在有爭議種類之大量提取時，此些權利就國民而言卻是相當難以辨認且直到利用解釋之方法才能得知法律上之規定；所規定之提取實施寧可說是偏離此方向。因此立法者必須保障國民可以書面式地接受有關這些權利的教導。就特別之資料（如電話號碼）只在自由意願下加以提取的，也必須清楚地使人能辨別出來。
- (b)有助於證明為同一性之特徵（特別是姓名、住址、識別號碼及調查員目錄號碼）必須儘可能於儘早的時間內加以消除且到這時刻前將之與其他資料分離密封式地加以保存。具保護基本權利功能的聯邦統計法第十一條第七項不允許僅聽任行政機關之裁量。同時經由資料保護委託人有效的控制也是必要的。有意義的是清楚地教導資料提供義務人，何種特徵只

是提取之輔助工具(一九八三年二月二十一日微縮處理法第五條)。

- (c)當已填好的問卷打開著交付時，相對於國民的調查員則有察看該資料之機會。因此為儘可能避免利益之衝突應採取某些措施。雖然保護之必要性已廣泛經由已填好問卷之交付可依所指出各種不同的可能性加以注意。但這在大量之提取，約六十萬調查員(vgl. BTDrucks. 9/451, S. 10)下，並不足以提供資訊自決權有效之保護。因此資料保護委託人在其一九八三年三月二十二日之討論中即合理地指出，放棄使用無法排除就其職務上之行為有利益衝突之調查員。作為更進一步之措施，要求調查員不應投入其住宅附近之工作—此點聯邦內政部及資訊保護委託人之意見相同—，以免在鄰居關係下，提供資料之樂意(準備)受到影響之規定。
- (d)最後立法者必須注意問卷之內容應與法律相符合。因此自始即以家計來包含所有資料提供義務人是不被允許的，雖然一九八三年人口普查法第五條基本上規定每一國民有親身提供資料之義務。問卷中之個別問題也不允許超出法律所許可之範圍。如何在問卷中保障該要求之履行，須由立法者決定。就此立法者有許多可能性，也包括了授權經由行政規則來確定問卷之內容。

IV

1. 為統計目的所為之提取，但尚未匿名化，即尚涉及人身之資料—如已指出(C II 2 b cc)—可經由法律明示之授權繼續轉送，只要此項轉送經由其他官署做了統計上之加工且當在此為保障人格權所要求的預防措施，特別是統計秘密與匿名化之要求，能如同在聯邦與各邦統計局般，依相同之方式可靠地加以保障。若相反地涉及人身，尚未匿名化之資料，其為

統計之目的而提取且依法律之規定乃是為行政執行之目的而轉送時(目的背離)，則是在不合法之方式下侵害到資訊自決權。在此可以不決定，當立法者明確規定此項轉送時，是否此項資料之直接轉送，一般而言與統計和執行分離之原則不符合而須加以指謫。在此也不必對於是否允許，為統計之目的本身所為涉及人身資料之提取同時亦為特定行政執行目的所為涉及人身資料之提取在不同之問卷加以實施(聯合提取)之問題做全的討論。從為統計目的所提取資料之直接轉送和聯合提取兩者已非毫無疑問，因為具有不同要求的兩種不同目的之聯合使得國民因其無法概略地認識自動化資料處理之可能性，在相當大的程度內覺得不安全且因此可能危害到為統計目的所要求資料的可靠性及適合性。除此之外須注意到不同的前提要件：為統計目的所為之提取及使用適用統計秘密、匿名化之要求和利益之禁止；相反地在為行政目的所為之提取並非或非同樣地適用此情形；就統計而言，證明為同一性之特徵(如姓名及住址)只是當為輔助工具，但一般而言其對於為行政執行目的所為之提取卻是基本的構成部份。就此而言處理統計資料收集之調查機構同時也被使用於其他的提取目的，而單就此目的本身很難合法化一項如此的機構。在兩種提取形式下也要注意法律保護程序可能相互分離。

一項仍然欲同時達成兩種目的之規則，而當它將不符之事隱藏式地加以聯合在一起，於為完成其所預見之目的下仍是不適合的且違憲的。於此情形下，在一調查內將統計與行政執行之目的加以聯合，不僅能導致該規範之不確定及不完全性，而且更進一步引起不符合比例原則之結果。與單純只為統計目的所為之資料提取不同，在此被轉送資料之嚴謹且具體之目的限制是不可或缺的(C II 2 a)。就此規範明確性之要求則特別的重要。國民必須能夠自法律規範中得知其資料不僅只使用於統

計之目的，其人身資料為何種行政執行之具體目的之使用及其必要性，和其使用在保護自我責難之範圍下，只能在該目的內加以使用。

2. 為統計目的所為之人口普查與一九八三年第九條第一項之登記冊校正之聯合並不符合憲法上之要求。

(a)與訴訟提起人之意見相反，聯邦並不缺少規範登記冊校正的權限；依基本法第七十五條第五號存在該權限。

聯邦之綱要立法權限(基本法第七十五條)，依聯邦憲法法院向來之判決，允許聯邦就立法題材之個別部份亦能制定完整之規則，只要邦立法者對整個題材尚留有足夠的規範空間，而此空間邦立法者基於自身之決議可以充實時(vgl. BVerfGE 43, 291 [343])。因一九八三年人口普查法第九條第一項第一句只賦予登記冊校正之可能性，邦立法者可以就依一九八三年人口普查法第二條第一號及第二號人口普查資料之校正，其是否及如何進行加以確定，他仍留有足夠之規範空間，而此空間他可基於自己的決議來充實，而非必須加以充實。是否需要基本法第七十二條第二項意義下之登記冊校正之聯邦法規，其決定乃是取決於聯邦立法者之裁量(vgl. BVerfGE 33, 224 [229]; st. Rspr.)。依無法責難的立法者之估計，就登記冊之校正而言，為保障法律及經濟之統一性(基本法第七十二條第二項第三號)，需要聯邦法規；因為登記冊之校正，特別是鑑於一九八〇年八月十六日報到法綱要立法(MRRG)第十二條第二項，應於所有聯邦之各邦中，同時且於相同範圍內實施。因為聯邦已依基本法第七十五條第五號擁有規範登記冊校正之權限，因此可以將聯邦從基本法第七十三條第十一號是否亦擁有該規範之權限的問題，擱下不談。

(b)一九八三年人口普查法第九條第一項卻侵害了基本法第二

條第一項和第一條第一項所保障的資訊自決權，因為該項規定具有聯合相互不符合事物之傾向，因此並不適合完成其所追求之目的，其內容不夠明確且因此並非完全清楚其對國民之影響。

一九八三年人口普查法第九條第一項第一句允許鄉鎮將來自提取文獻之特定資料與登記冊相比較且為校正之目的加以使用。一九八三年人口普查之被選擇出的個人資料可能不僅使用於統計上之目的，而是另外地為沒有具體目的的限制相符的行政執行而使用。雖然基於法律之規定，依一九八三年人口普查法第二條第一號及第二號所提取之資料不僅只是為統計之目的，而是另外地為登記冊之校正而提取；但由於報到官署之任務，其一面依報到法綱要立法(MRRG)第四章之標準及各邦相當之法律規定將資料轉送，而使得該資為何種具體目的，由何官署加以使用無法預估。此導致了兩種提取之目的（統計—登記冊之校正）並不只是相互妨害，而甚至是相互排除之結果；因為統計之有效性要求嚴守統計秘密，而此項要求一如報到法綱要立法廣泛的轉送規則指出一與報到官署之任務（報到法綱要立法第一條第三項）不符合。

經由同時追求兩種目的將會如何危及建立統計上現存事物登記中心部份的官方統計功能（聯邦政府於一九八二年人口普查法草案中之立法理由[BTDruk. 9/451, S. 7, A I]），立法者亦已注意到；因為立法者於第九條第一項第二句明確地禁止，使用基於統計上個別資料所得出之知識對個別資料提供義務人採取任何措施。此項不利益之禁止允諾的比它能夠給予的還多。經由統計及執行之聯合對統計功能及當事人保護所產生的漏洞並無法加以彌補。文字上承受聯邦統計法第十一條第三項第二句之禁止和以統計保密方式加以

處理，當資料只為統計目的轉送時，固然保障了足夠之保護。但若有在有關登記冊校正之法條內加以承受則提高了整個規則之不明確性且導致了具有提供資料義務之國民無法再清楚此項規定之影響。對當事人而言是無法知曉其統計上之資料依報到法規之標準於廣泛的範圍下可能轉送至其他官署或公家機關，而這些單位卻無法確認該資料統計上之來源且無法注意到不利益之禁止。就此而言不利益之禁止（一九八三年人口普查法第九條第一項第二句）並無法完成其任務；同時它也違背了規範明確性的要求（C II 1 b）。

3. 一九八三年人口普查法第九條第二項亦違反了基本法第二條第一項和第一條第一項。該項規定允許涉及人身之個別資料轉送至專門負責之聯邦及各邦最高官署和由其所指示之機構，只要該接受單位為合法完成其職權內之任務而需要該涉及人身之資料時。這已超出聯邦統計法第十一條第五項及第六項之範圍，因該資料只缺乏姓名，依一九八三年人口普查法第九條第二項第二句也缺乏歸屬或不歸屬宗教團體之資料下，能被轉送，且爾後在沒有任何困難下能將該資料與當事人連結在一起。是否允許轉送只為統計之目的或也為行政執行，並無法從此條文中得知。將轉送只限制在統計目的下，因缺乏規範明確性而失敗。如此出現了為行政執行目的加以使用之可能性。即使當基於統計之目的所收取涉及人身之資料轉至行政執行之目的或本身為合法之統計收取和本身合法的行政執行目的收取之聯合不應自始即認為其侵害人格權，一九八三年人口普查法第九條第二項卻已侵害到國民的資訊自決權，因為從條文中既不能清楚地理解該條文究竟是否規定為行政目的可為轉送，也不能指出如同於非匿名化資料時所要求般在此究竟涉及何種具體、定義清楚之目的。當已缺乏一項明確的目的規定時，則無法再得知是否此項轉送仍保

持在為完成目的所必要的界限內。

4. 一九八三年人口普查法第九條第三項相同地也違反基本法第二條第一項和第一條第一項。

(a) 一九八三年人口普查法第九條第三項第一句使得藉鄉鎮之助所提取涉及人身之資料在不具姓名下，於鄉鎮領域內提供特定行政目的之用成為可能。為區域計劃、測量、鄉鎮計劃和環境保護之目的，可將有關依一九八三年人口普查法第二條至第四條所包含之構成要件的必要（涉及人身）個別資料—依一九八三年人口普查法第四條第一號字母 C 和第四條第三號字母 C 所要求之資料與法律上歸屬或不歸屬宗教團體之特徵除外—加以轉送。在此期間該資料基於何種具體目的被轉送，特別是否只為統計或也為行政執行之目的，並無法有效足夠地認清。如鄉鎮層次的區域計劃乃是基於地面使用計劃及從該使用計劃所得出的建築計劃。這些皆是鄉鎮計劃之構成部份，也涉及到在每一計劃區內預定之土地，有關其受允許建築使用之種類及範圍特別及明確的規定，因而相對個別國民而言乃是一項行政決定。為測量活動及環境保護之目的所轉送之涉及人身之資料亦能由轉送接受人不只是使用在統計而是也能在行政執行之目的。因此在內政委員會之探訪團體“統計”鑑於聯邦政府草案之討論曾明確地指出“為測量活動之目的”的形式即不僅只是意味著為鄉鎮計劃所為統計上之加工，而是注意到邦測量官署考慮到資料之校正和現存不動產登記冊之改善（一九七九年五月八日“統計”採訪團第四次會議之簡錄第十四頁）。此外於鄉鎮領域內，環境保護及測量活動追求較少統計上，而寧可說是追求行政執行上之目的；就此而言，巴伐利亞邦資料保護委託人於一九七九年五月三十一日在聯邦議會之內政委員會表示的意見中已明白地加以指出。

一九八三年人口普查法第九條第三項第一句已因為該條文既不能明白地指出所傳送之涉及人身之資料亦能為行政執行之目的加以使用亦不能指出究竟是涉及何項具體且定義明確之目的而侵害到基本法第二條第一項及第一條第一項所保護之一般人格權。由於所規定目的之不明確性，聯邦及各邦統計局也無法確定，是否為完成個別不同之目的，傳送給鄉鎮或其協會—實際上一匿名的個別資料是不足夠的（聯邦統計法第十一條第五項）。

- (b)一九八三年人口普查法第九條第三項第二句亦侵害到資訊自決權。為自己統計上之加工，鄉鎮及鄉鎮協會依本條文可以使用依一九八三年人口普查法第二條至第四條所包括之構成要件，甚至包括了姓名。

雖然此項規定限制在鄉鎮領域內涉及人身個別資料之使用於統計上之加工。但卻沒有注意到，為保障國民的資訊自決權，更進一步在處理涉及人身之資料時，於統計局外也需要一機構，其如同在聯邦及各邦統計局內般保證目的之限制。此項保證乃因為在許多鄉鎮並不現存負責統計處理之機構，因此純為統計目的所規定之資料使用並無法視為已獲充分的保障而特別加以要求。另外仍要考慮與聯邦統計相反，鄉鎮並沒有法律加以規定且因此並非自始即與其他任務相隔離。因此有關依一九八三年人口普查法第二條至第四條所包含構成要件之涉及人身資料的流動，於鄉鎮或其協會內只經由使用之界限「統計上之加工」不足夠地加以阻止。此項用語是如此的不確定，它可為包括許多不同的活動而使用。於鄉鎮範圍內統計上使用之界限是流動的：其中不僅是包括了傳統的圖表也包括了為計劃目的所為之特殊加工，而此計劃目的在涉及小空間的關連時—因為鄉鎮具有特別多的補充知識—很容易就違反了反匿名化之界限。鄉鎮統計在今天大都

被了解為城市之發展或城市發展之研究。當資料恰好是涉及到小團體時一如在鄉鎮領域內—立法者必須注意到保障所規定目的限制組織上的預防措施。就此而言，鄉鎮統計與鄉鎮及其協會其他任務領域之分離（資訊的權力分立）是不可缺少的。因一九八三年人口普查法第九條第三項第二句允許為統計上之加工可將涉及人身之個別資料轉送給鄉鎮和其協會，卻沒有如同在聯邦和邦統計局般保障統計目的之目的限制，因此該規定與基本法第二條第一項和第一條第一項不相符合。

5. 相對地一九八三年人口普查法第九條第四項並未侵害到一般人格權。該條文允許為學術上之目的轉送特別之個別資料給公務員或對公務具有特別義務者。該轉送必須保持在為學術目的所必要之限制內；姓名與住址根本就不允許轉送。此規定乃基於大部份研究領域並不須要直接涉及人身之資料的認識；因為學術工作者一般而言並非對個人有興趣，而是對具有一定特徵之個人有興趣。因為一九八三年人口普查法第九條第四項之轉送接受人一般而言，幾乎不具有補充的知識，因此依目前知識及程序之水準並不能認為，在依一九八三年人口普查法第九條第四項處理資料時，資訊自決權之保護因憲法之故，要求超過經由聯邦資料保護法第五條，聯邦統計法第十一條第五項，一九八三年人口普查法第九條第五項和聯邦及各邦資料保護委託人之監督所保障之保護，而須更進一步的預防措施。

V

訴訟提起人基於基本法第十九條第四項之基本權利並未受到侵害。

1. 基本法第十九條第四項並不只是保障請求法院判決形式上之

權利及可能性，而也保障法律保護之有效性；國民具有事實上有效法院控制之根本請求權(BVerfGE 53, 115 [127 f.]; st. Rspr.)。若一九八三年人口普查法阻止國民知道，誰、何處、何種涉及其人身之資料，於何種方式下為何種目的所使用，則可說其法律保護在憲法上而言是不足的。因此基本法第十九條第四項正賦予聯邦及各邦統計局將涉及人身資料之轉送作記錄之義務，而使得國民依聯邦資料保護法第十三條和各邦資料保護法相當之規定得知其資料轉送之情形，且對此能選擇法律途徑。

2. 一九八三年人口普查法第五條第二項，其排除了針對告知資料之要求所提起法律救濟之停止效力，亦與基本法第十九條第四項相符合。

法律訴訟途徑之保障亦具有於儘可能下排除無法彌補之決定的任務，如經由國家措施立即執行所可能產生的(BVerfGE 35, 263 [274]; 51, 268 [284]; 53, 30 [67 f.])。從此項原則上之保障同時可以得出憲法上之要求，即儘可能阻止經由立即執行所造成以後即使於法官審查下應視為違法，無法再恢復原狀之事實(vgl. BVerfGE 35, 382 [401 f.]; 37, 150 [153])。另一方面基本法第十九條第四項並不絕對保障在行政訴訟中法律救濟之停止執行效力。重大利益可以合法化，基於公眾利益將不可延遲之措施及時的實施，而將個人法律保護之請求權暫時擱置在一邊(BVerfGE 51, 268 [284])。

於人口普查完整之提取，特別是作為資訊基礎對涉及區域之決定是不可缺少的，因而排除了針對資料提供之要求所提起訴願及撤銷之訴之停止效力之時間。沒有一九八三年人口普查法第五條第二項人口普查之目標將受到危害。人口普查之特殊狀況，其依賴於定期內收到完整之資料，合法化了將個別國民之法律保護請求暫時擱置於一旁。

VI

1. 因一九八三年人口普查法第九條第一項至第三項與基本法不相符合，且侵害到訴訟提起人基於基本法第二條第一項和第一條第一項之基本權利，這些規定依聯邦憲法法院法第九十五條第三項第一句必須解釋為無效。例外地允許不為無效解釋之原因並不存在。
2. 有關費用補償之決定乃基於聯邦憲法法院法第三十四條第三項和第四項。

因訴訟提起人給與完全審查該法律之誘因且導致了基本上之指責，費用之補償就如同該憲法訴訟無結果般加以規定，此是合法的。