

德國聯邦憲法法院裁判選輯(三)

司法院印行

中華民國八十二年六月

德國聯邦憲法法院裁判選輯(三)

林洋港





中華民國二十一年六月

德國聯邦憲法法院裁判選輯(三)

司法院印行

## 例言

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

二、本書定名爲德國聯邦憲法法院裁判選輯(一)，係由翁大法官岳生就德國聯邦憲法法院之判決中擇選十二篇：(一)關於「執業最高年齡限制之合憲性」之判決；(二)關於「謀殺罪無期徒刑之合憲性」之判決；(三)關於「特別捐之合憲性」之判決；(四)關於「縮減兒童金規定暨其計算方法之審查」之判決；(五)關於「北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法之合憲性」之判決；(六)關於「宗教自由——巴哈以教案」之判決；(七)關於「禁治產人一般人格權在租賃契約法上之保護／無公開表明之義務」之判決；(八)關於「集遊權並不保護蓄意破壞干擾之人」之判決；(九)關於「違憲搜索住所與營業場所」之判決；(十)關於「靜坐封鎖構成強制罪的要求」之判決；(十一)關於「法院審核職業有關之考試」之判決；(十二)關於「對資產所得課稅」之判決；譯印而成。

三、本裁判選輯中各篇，係由本院委請院外精通德語及法學造詣相當之人士：吳綺雲、吳從周、張嫻安、李惠宗、蔡明誠、李震山、張稚川、黃啟禎、蔡震榮、劉孔中（按篇名順序排名）諸位先生小姐翻譯，並請法學博士黃錦堂先生擔任譯文之審查工作。

四、本裁判選輯，由秘書處第二科黃科長一鑫、廖榮茂、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。

# 德國聯邦憲法法院裁判選輯(三)

## 目 錄

譯名：

譯 者 頁 次

一、關於「執業最高年齡限制之合憲性」之判決·····	吳綺雲·····	一
二、關於「謀殺罪無期徒刑之合憲性」之判決·····	吳從周·····	一九
三、關於「特別捐之合憲性」之判決·····	張嫻安·····	一〇五
四、關於「縮減兒童產規定暨其計算方法之審查」之判決·····	李惠宗·····	一二五
五、關於「北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法之合憲性」之判決·····	蔡明誠·····	一七七
六、關於「宗教自由—巴哈以教案」之判決·····	李震山·····	二二五
七、關於「禁治產人一般人格權在租賃契約法上之保護／無公 開表明之義務」之判決·····	吳綺雲·····	二四七
八、關於「集遊權並不保護蓄意破壞干擾之人」之判決·····	張稚川·····	二五三



九、關於「違憲搜索住所與營業場所」之判決·····	黃啟禎·····	二六三
十、關於「靜坐封鎖構成強制罪的要求」之判決·····	黃啟禎·····	二六九
十一、關於「法院審核職業有關之考試」之判決·····	蔡震榮·····	二七七
十二、關於「對資產所得課稅」之判決·····	劉孔中·····	二九三

## 關於「執業最高年齡限制之合憲性」之判決

——聯邦憲法法院判決集第九卷第三三八頁以下

譯者：吳綺雲

### 判決要旨

1. 如憲法訴願係針對一僅是就具體事件，重複法規範所含一般禁止規定之「執行處分」時，在當該憲法訴願僅是以該法規範本身違背基本權利為理由之情形，則即使聯邦憲法法院法第九十三條第二項所規定之期限已滿，亦屬合法。

2. 如提起憲法訴願係主張，一加予負擔之法規範，因其並沒有被擴展適用於其他相同之情況，因而違背平等原則時，則在當憲法上明確有經由宣告該加予負擔之法規範無效而獲致平等之可能時，則該憲法訴願亦不乏權利保護之利益。

3. 對一職業之經營所設之最高年齡限制係屬聯邦憲法法院判決第七輯第三七七頁以下所列判決意義下之主觀的許可要件。執業最高年齡限制所列之無工作能力的一般性推定，與職業自由對於個人人格自



由之意義並不相左。

4. 如對於執業最高年齡之限制允許有例外，則基本法第十二條第一項並無命令規定，在當確認申請人之個人的工作能力時，即必須要核發例外之許可。

一九五九年六月十六日第一法庭決議

——1 BvR 71/57——

本案件係關於助產士……不服聯邦行政法院一九五六年十一月二十二日之判決——檔案號碼 10 19834——所提之憲法訴願。

# 判決主文

本憲法訴願應予駁回。

理由：

A、

憲法訴願人於一九五一年二月十二日，其滿七十歲後，被禁止繼續執行助產士業務，並被提示，如

有違反，將處以刑罰。貝庫姆縣政府及市長針對訴願所爲之處分係根據一九三八年十二月二十一日公布施行之助產士法第五條（帝國法律公報第一輯第一八九三頁）以及一九三九年十二月十六日公布之該法第四施行細則第一條（帝國法律公報第一輯第二四五七頁）。助產士法第五條規定：

「帝國內政部得於聽取帝國助產士公會之意見後，訂定得充助產士之最高年齡限制。達於該所訂之最高年齡後即喪失其作爲助產士之資格及其開業之許可。」

助產士法第四施行細則第一條規定：

「助產士之執業最高年齡爲滿七十歲。」

憲法訴願人申請核發例外許可（第四施行細則第二條）亦沒有成功。

憲法訴願人曾提起行政訴訟；其訴在所有審級，最後是被聯邦行政法院於一九五六年十一月二十二日之判決——檔案號碼IC 19854——所駁回。本件憲法訴願係針對該判決所提起，其所持理由首先是，聯邦行政法院誤認，行政機關所爲行政處分所根據之規定是與基本法第二條第一項、第十二條第一項及第三條第一項相符合的。就此點，憲法訴願人申述如下：

職業自由係人格自由發展權之一部分。該權利僅能經由形式上的法律，而不能經由法規命令加以限制。訂定助產士執業之最高年齡限制，其目的亦不在於保護其他人之權利；因孕婦要求受到合規定之照顧及助產之權利，會因一年齡已滿七十歲之助產士而受到侵害，這並非可一般性地，而是僅能依個案預言。



同是普通幫助生產職業之事實，對於醫師卻有不同之規定，違反了基本法第三條第一項之規定。對於醫師並無執業最高年齡之限制，而對於此項（醫師與助產士）之不同規定，看不出有明顯客觀上的理由。如果人們是認為，身體上和精神上的能力，在滿七十歲後，會明顯地衰退，那麼對於助產士所訂之執業最高年齡的限制，同樣更應適用於醫師，因為，雖然在正常生產過程之情形，醫師與助產士之工作是相同的，但在複雜、麻煩之情形，正是須由醫師來處理，而這時醫師應負的責任更重得多。與聯邦行政法院見解不同的是，由助產士幫忙生產與由醫師幫忙生產，這二項事實，絕不會因醫師受有另一種的訓練，而就不同；因為這對其精神上及身體上之工作能力毫無影響。而此處主張之應對醫師和助產士同等看待，內容上不可能對醫生亦引進相同的執業最高年齡的限制；如果立法者對於醫師助產時之較高難度的工作，並不認為是有必要須設執業最高年齡的限制，且沒有人想到，醫師在達到一定年齡之後，即應禁止其從事該類醫師行為的話，那麼對於助產士所從事者乃是較簡單的工作，即更不應設執業最高年齡的限制。因此，聯邦憲法法院僅是確認，立法者因無將醫師與助產士同等看待，其行為已屬違憲，這是不夠的；聯邦憲法法院應更進而將現有對於助產士所設之執業最高年齡的限制廢除。人們不僅在事實上常優先利用一個比較具有經驗的，亦即年齡較大的助產士，而且，尤其是比起一個年青、較少經驗之醫師，人們也有理由常要先利用一較具有經驗、年齡較大之助產士。

如以上之請求不被准許，憲法訴願人作輔助性的主張，因其還是精力非常充沛，且是一個非常受歡迎的助產士，因此有依助產士法第四施行細則第二條，申請一例外許可之請求權。拒絕核發該項許可，

依其見解，乃是違憲的。

憲法訴願人放棄爲言詞辯論。

B、

本憲法訴願之提起是合法的。

憲法訴願人依其所提起憲法訴願之文句，雖然僅是針對聯邦行政法院於一九五六年十一月二十二日所作之判決，但依其事實，憲法訴願人亦在追求能廢棄前一、二審行政法院之判決以及行政機關所爲之裁決。針對該行政機關之裁決，憲法訴願人已向法院提起訴訟，且已用盡了法律途徑。

本憲法訴願並不因作爲助產士之資格及其開業之許可，於達到執業最高年齡時依法喪失，而爲不合法；亦即該法本身對於每一助產士，至少在其屆滿七十歲時，即已造成直接，現時之侵害，對於該侵害，憲法訴願人本應可於聯邦憲法法院法第九十三條第三項所規定之期限內提起憲法訴願，予以撤銷。主張一法律規範係屬違憲，因此是無效法律見解之人，——即使該法律規範包括對其基本權利造成直接且現時之侵害——，得等待，視該法律規範是否爲行政機關及法院當作有效處理，並對其加以適用，該人可針對該法律，亦可針對僅是將一般法律所規定之要求或禁止，於具體案件加以「重複」之行政機關的裁決，提起憲法訴願，予以撤銷。如果在這期間，針對一法律規範本身提起憲法訴願之期限已過，則針對執行該法律規範所爲之行政行爲所提起之憲法訴願的合法性，並不受影響（聯邦憲法法院判決第四輯第七頁起〔第十一頁〕）。



本憲法訴願就其以基本法第三條第一項作為請求判決對助產士所設之執業最高年齡係屬無效之基礎的範圍內，亦是合法的。此處並不欠缺權利保護之利益。雖然，一個除此之外是合乎憲法之規定，是否會因不將該規定擴大適用至其他，同類之情形，即變為違憲，是有疑問的；在此種情況下，也許應只能確認立法者不將該規定擴大適用至其他同類情形之不作為，是違憲的；用此方法並不能補救憲法訴願人所主張之所受之侵害。但是在具體之情形下，——與憲法訴願人所提之聲請相符合的——，應有可能經由宣告該現有之規定係屬無效之途徑，明確地達到憲法上的平等。

C、

本憲法訴願無理由。

I、

基本法第二條第一項在本案作憲法上之審查時，之所以不能考慮適用，其原因在於，該規定僅在不受特別基本權利保護之特定的生活領域範圍內，方得加以引用（參照聯邦憲法判決第一輯第二六四頁〔第二七三頁以下〕；第六輯第三十二頁〔第三十七頁以下〕以及——以相同法律見解為基礎的——聯邦憲法法院判決第七輯第三七七頁〔第三八六頁〕）。憲法訴願人主張其職業自由受到侵害；對此應是以基本法第十二條第一項為判斷之標準。

II、

但是亦無違背基本法第十二條第一項。

1. 基本法第十二條第一項生效後，所有舊有的，非經由形式法律，而是經由法規命令所公布的職業自由的規定都已失其效力，此種說法是不正確的。吾人不須去檢查，基本法第十二條第一項規定意義下之一般「法律」，是否與同法第十四條第一項之情形同（聯邦憲法法院判決第八輯第七十一頁以下（第七十九頁）），是指全部的法律規範；因爲，一個爲未來之立法所制定的形式立法的要求，絕對不能適用於制憲前之法律。此處應適用基本法第一二三條第一項之原則，而非例外（參考聯邦憲法法院判決第九輯第六十三頁（第七十頁），第七十三頁（第七十六頁），第二一三頁（第二二三頁））。唯有如此，才能保護聯邦及各邦之立法者，免去從事以下不能執行之工作，亦即爲了要譬如說經由形式立法程序制定必要之代替品，先要對於所有舊有的，不是以形式法律存在之規範之繼續有效性，加以審查；唯有如此，尤其是才能避免至制定完成該類新的規定之前這段時間之無法律之狀態。

對於助產士法第四施行細則之制定完成是否完全無瑕疵之點（參照關於一九五〇年五月九日公布施行之一柏林對於助產士執業年齡最高限制之行政命令之柏林高等行政法院之判決，載於判決第一輯第一六七頁），不必懷有質疑。如果第四施行細則之序言係依據助產士法第五條之授權，而該條規定，在設定執業最高年齡限制之前，須聽取帝國助產士公會之意見，那麼即使在該序言中並無明文地確認，也應該可推論出是已聽取了帝國助產士公會之意見。

2. 對助產士設定執業之最高年齡爲屆滿七十歲，在內容亦不違背基本法第十二條第一項。

a) 聯邦憲法法院已在其一九五二年四月三十日（載於聯邦憲法法院判決第一輯第二六四頁（第二七四頁以下）所作之判決中認定，對於個別之職業設定執業最高年齡之限制，並不違反基本法第十二條第一項之規定，但在該判決中，對此一問題並無再深入探討。該判決作為立論基礎之觀點，大部分是來自「葯局判決」（載於聯邦憲法法院判決第七輯第三七七頁）。依「葯局判決」之內容，一法律規定是否違背基本法第七二條第一項之規定，應視其是在限制職業經營或者限制職業選擇，且如係後者之情形，則視其限制之「階層」（Stufe）是在主觀或是客觀之許可要件上。

設定執業最高年齡限制之意義並非僅是對於職業經營為限制。對於設定執業最高年齡限制之效果，法律規定之措詞如何，並非決定之點；即使只是禁止繼續為職業活動，而非將其廣義意義下之「屬於一職業之資格」取消，亦非是單純對職業經營之侵害。對於某一職業活動，設定最高年齡限制，其所表示的，在憲法上，應是一許可的要件，亦即允許繼續得執業之要件。因為，職業選擇了自由不僅是指開始從事某一職業之決定，而是亦包括了一有特定職業之人，是否以及願意繼續從事該職業多久。因此，職業選擇自由之行使，不僅是在從事職業之前以及在從事職業之時，而且也是在作關於停止從事職業之決定之時（參照聯邦憲法法院判決第七輯第三七七頁（第四〇一頁））。

設定執業最高年齡之限制是對於職業選擇自由之主觀、而非客觀之許可要件「階層」（Stufe）所為之干預。對執業之最高年齡設限，其出發點乃是認為，人至一定年齡通常即不能再符合其所從事職業之要求。這特別是在甚至無一致之職業工作，及對職業工作亦無一致要求之公務員，都設定有服務最高年齡

之限制，最爲明顯（參照帝國法院民事判決第一〇四輯第五十八頁（第六十二頁以下））。此種設定執業最高年齡限制之規定，並不因其對於所有受牽連之人，有絕對的封鎖的效力，即是屬於繼續核發該職業許可之客觀要件（參照聯邦憲法法院判決第七輯第三七七頁（第四〇六頁、第四〇七頁））。這在判斷一規定是否屬於主觀許可要件或是客觀許可要件之問題上，並不是決定之點；而是應取決於履行該要件之法律上的歸類：如果是涉及應具備之個人之資格、能力，則都是屬於主觀許可要件。設定執業最高年齡限制所生之法律上的效果在於，如此即推定——得駁斥或不得加以駁斥——，該職業工作者從那時起，在所有其得執業之地方，亦即完全撇開該工作者自身以外之所有情況，缺乏從事該職業所必須之能力。

b) 對助產士所設執業最高年齡之限制，既屬主觀之許可要件，此種主觀要件之設定即應符合聯邦憲法法院判決輯第七輯第三七七頁判決中所列之限制。設定時，與其所追求的，能按照規定履行該職業工作之目的，不得逾越比例原則且——如在職業經營階層所設限制規定已適用的——在該設定要件本身不得已包含有過重、不能再期待，因而是違憲之負擔。在將助產士之執業最高年齡限定爲屆滿七十歲，則並無違反比例原則或違憲之負擔之情形。

就如同除了執業最高年齡限制之外，另外很多的，有部分亦是對助產士職業有重大影響，但在本案並沒有被提出作爲審查對象的一些規定所顯示的，立法者之出發點是認爲，助產士爲職業行爲時存在的危險性很大且隨時可能發生，因此採取廣泛的謹慎措施——亦包括爲確保助產士本身職業上能力之措施



——是不可避免的。聯邦憲法法院對此亦作相同之評估。對於母親及小孩的保護太重要且所可能發生的危險太大，因此，對於應具備持續且健全的身體上及精神上能力的高度要求，即使是經由訂定對於職業自由影響重大之規定，亦是公平合理的。對於助產士之能力必須明確地沒有質疑，讓每一位婦女都能百分之百地信任她們。立法者面對已存在之危險，得將任何法律上可能採取的預防措施，甚至皆可視為是健康政策所需要的。設定執業最高年齡限制僅是其中一措施而已。

這項侵害對於被牽涉之助產士雖有很大的影響，但並不逾越基本人權上所要求的比例原則及期待可能性之界限。吾人一般不僅是在對於公職人員所設之最高服務年齡限制，而且譬如在對於有關社會保險開始領年老金之規定的看法，其出發點乃是認為，職業工作者平均而言，在其七十歲時會體驗到能力減弱，此允許，在有些情況要求，以法律的方式予以休止。個別私人對老年所作的準備措施，特別是在人壽保險以及養老金保險，按照經驗，亦都是依照這個年齡；這證實了國家對於職業行為所作類似的限制的規定，其本身並不即已造成過重之負擔，因此是不可期待的，更何況執業最高年齡還是設定在七十歲屆滿之時。對此不能主張人民之（根據概率統計求得的）估計壽命已延長，來作為反駁的理由，因為尚未有與此相當的可確認職業上的工作能力可持續至更老的年齡，但是因基於現有的危險情況，使得在這個職業自由階層上，任何有期待之干預都是公平合理的，由此，經由設定執業最高年齡限制所為之干預即亦不逾越比例原則之界限。

對此也不能提出反駁的理由認為，因為助產士是屬一自由業，因此立法者對於助產士進行職業即應

負特別考慮的義務，尤其是，國家對一般或是至少對於此類之職業，在基本人權上有義務，能力之缺乏在個案上去證明，而不是如設定一般、有效的執業最高年齡限制，僅是以一概括性的推定，加以干預。

助產士職業——亦作爲「自由」業——之特徵在於，國家基於該職業係提供大眾生存的預備措施，因此即讓從事該自由業的人得以執業。正是在此種情形之下，國家亦得對被指定提供該生存預備措施之人所可能產生的危險，加以防範。這在當國家——如同在助產士法中——規定一種形式的強制使用時，更應如此；此時，立法者甚至負有某種程度之義務，對於因職業能力喪失極可能產生之危險，採取廣泛及有效之預備措施。對此，立法者如是以制定一依據經驗、平均之概括規定的方式，對於職業之能力並不是依個別之個人加以判斷，這與職業自由之意義是在爲每個個別個人人格之自由，並不衝突。帝國法院就公務員法範圍內所爲之判決（帝國法院民事判決第一〇四輯第五十八頁），亦得作爲此種概括規定方式並不侵犯職業自由基本權利之辯解理由。尤其是該法律規定——如在助產士法——容許在當助產士個人之能力尚足夠時，允許給予例外時，更是如此，雖然對該例外之核准並無請求權。

對此，不能不考慮到的是，這以概括方式所加之負擔被減輕且法律在對其加以負擔之干預的同時，相對地亦採取了同樣是概括式的獎勵措施。助產士法已經由建立受僱人之保險義務，對所有助產士——亦包括那些無受僱關係者——之老年作了預備之措施；經由此，在達到執業最高年齡時，生活上某種程度最低之需求即已獲得了保障。除此之外，法律更透過其他一連串之規定，譬如，每一懷孕者（以及每一醫師幫助生產者）皆有延請一助產士之義務、實施國定費用制度以及保證每年之最低收入，來獎勵該

職業及從事該職業之人。

如果以此綜合連貫之觀點來看執業最高年齡的限制，則吾人並不能確認，它逾越了合法限制職業自由規定之界限。

對執業最高年齡的限制並不逾越合法限制職業自由規定界限之點，亦不能在達到執業最高年齡時，不但喪失作為助產士之資格，亦終止其開業許可為理由加以反駁。因為開業許可所生之效果僅是表示一個被承認、有資格之助產士得獨立，亦即在一個機構之外，從事幫助生產之工作。在此，喪失被承認之資格即已包括了喪失開業許可之效力。開業許可如無被承認之資格，法律上即不能存在。

### III、

亦無違背基本法第三條第一項。

1. 制定法律規範之工作——因為待規範之關係從來不會是百分之百一致——亦總是包括了就何種事實，才應生在法律規範中所描述之法律結果的決定，換言之，在該所制定法律規範意義下，那些事實乃是「相同」的，因而應納入其構成要件之內。立法者在作有關那些事實應被視為是足夠「相同」，以便對其作相同規定之決定時，並非是完全自由的；立法者不得無視在該事件本身所存在之法以及深植於社會一般的正義觀念。尤其是在當有待規範之多種生活關係，因其係屬於一個而且是一之「生活領域」，亦即屬於一休戚相關社會生活之整體，而有很多相同之處，且通常在現行法中也已經作為一個單位，突出與其他者不同時，這項要求就表現特別明顯。因此，在這種情形下，比較上而言，容易去判斷，

平等原則所要求於立法者的是什麼。另外且是比較困難的是當被問到，一個爲一特定的生活領域已制定之規定，基於平等原則，是否應被採納適用於其他之生活領域。在此種情形，立法者原則上應有較大之活動自由的權利；關於平等之問題應更「寬宏大量」地，由一更高且更廣泛之角度去判斷。由此種角度觀點觀察，一些個別事件、日常事務等所具有，比較是「偶然」之平等，並不足夠；因爲與這些「偶然」之平等相對的是一些就其整體表徵其係另一生活領域的事實和情況。立法者不得自始即因平等原則，只去考慮在此二個生活領域相一致之處。他得，甚至是必須就每一領域之整體，及其個別內部之秩序加以評價，然後決定，是相同的部分或是不同的部分是主要的。

原則上，個個職業在法律上或傳統上鮮明表露出來之職業形象亦是個別獨立之生活領域。因此，國家對於職業所爲之規範，其程度及範圍首先皆應由個別職業本身之問題決定。如果這些規範與基本法第十二條第一項不違背，則在當可能會牽涉至其根深蒂固之另一種完全不同之職業形象時，平等原則很少會迫使該職業須與其他職業作局部的相同處理；因爲不如此的話，該職業結構上的作爲一個單位，可能會經由與其他職業相互間很難協調一致之個別的作相同的處理而受到破壞。尤其是在一個干預全部職業行爲——如限制執業最高年齡——且已因而涉及該職業整體結構之規範，亦得顧及每個個別職業之整個形象。這在適用於某種職業之規範對於他種職業之結構，因此二種結構在社會上及法律上有很大之不同，可能產生之影響愈深之情形，顯得愈明顯。唯有在即使以如此廣泛及「寬宏大量」之觀點考慮，仍強硬須有爲相同處理之義務時，在當立法者就一問題，對某一種職業規定與他種職業不同時，即可能違背



平等原則。但是通常辯解不同的處理是合憲的推定即是，有可能根本是錯的，先列「相同」之個別事件，以便然後才去審查，雖然在細節方面有這些相同之點，就整體而言，是否仍有足夠的不同的事實存在，以作為立法者不為相同處理之辯解理由。

2. 本案之情形即是如此。在審查執業最高年齡限制時，要與助產士職業能作有意義之比較者，在醫療職業中除醫生之職業外，其他之職業從一開始即不予考慮。醫生及助產士兩種職業雖然皆屬「自由業」；但是其結構是完全不一樣的。醫生職業之發展成作為一自由業已有一段很長時間；該職業之形象直至今天仍然受該發展過程根本上的影響。醫生職業之特徵在於在經濟方面，自己須負高程度之責任和風險，尤其在執行業務本身，亦須自己獨立負責。這個結構之個別之基礎，譬如社會上對其須具特別的學術上訓練之評估，可能亦不再具有其以往之意義，但是該職業形象之整體，直至今天，仍未改變。對執業設定最高年齡限制，而不引入實施養老之措施，是很不可能的；如此將會改變該職業之整個結構。

助產士職業形象與以上所述之醫生職業形象有很大之不同：該職業是在不久之前，透過訂立助產士法，才由營利事業法中分離出來，成為一「自由」業，且從一開始即表明要對其執業年齡加以設限。在執業期間以及由於喪失執業能力而不能執業之情形，其經濟上之風險，法律規定予以降低。助產士之執業受廣泛及徹底的監督，對助產士之工作有明確之規定；有一職務條例規定了原則，且其行為直至細節部分皆有義務注意遵守一官方助產士教科書內之規定。多次的考試以及定期參加在職進修課程，其目的在於監督及增進專業的知識。從事該職業之人，整體地受到持續性的監督及控制，而該監督及控制並不

僅涉及其職業之直接執行業務。

以上所述的與醫生職業之區別並非僅是漸進的。如果就個別之助產士限制執業最高年齡，無法判斷何時其工作能力是絕對不再足夠，那麼這項與助產士職業之整個結構相容之規定，與醫生職業之結構則是不合的；至少，比較符合至今為止之醫生職業形象的是，有關工作能力的減弱以及其所生之結果，由個別之醫生判斷。因為引進實施執業最高年齡之限制並不能維持僅限制醫生之幫助生產的工作；它應該要有更進一步、包括整個醫生職業之結論，因為，以同樣合乎邏輯的考慮，對於其他之醫生的日常事務，譬如手術，對於所有之專科醫生以及普通醫生，總而言之，就是對醫生這一職業就要全面引進實施執業最高年齡之限制。如果醫生從事幫助生產之職業工作時，顯不出相類似的危險，立法者可能，或甚至是必須容忍引進實施執業最高年齡限制之結果以及因此對醫生職業結構所作有條的改變，這點是毫無疑問的。只要還不是這種情形，而是立法者得假定，在醫生之職業，由於其特殊之結構，有有效之力量能阻止醫生去接任他已不能勝任之幫助生產的工作時，憲法上即無要求，要將助產士法中對執業最高年齡之限制亦適用於醫生，或是將對助產士所設執業最高年齡之限制又廢除。

立法者對於在幫助生產時所生危險所採行之預防措施，就對執業設定最高年齡而言，也可以僅限於助產士，因其本身觀之，係一有意義的立法措施。

助產士法整體所力求的是，最低程度的生產方面的幫忙。不僅是每一孕婦，而且是每一位醫生幫忙生產者，皆有義務延請一位助產士。這項規定符合助產士有隨時對於所有孕婦、即將生產之人、產婦及

新生兒，不分其需求，盡力提供援助之義務；在有不尋常之事件時，助產士依特別之規定，應負責及時地延請一適合的醫生。因而，經由助產士幫忙生產——與經由醫生幫忙生產不同——已成爲一般之常規，因此，非具有完全健全工作能力之助產士，就量而言，會是在幫助生產過程中，造成母親及小孩危險之主要來源。

如果法律以此方式對幫助生產作最低程度的保障，那麼嘗試對於助產士之工作能力亦作全面性的保障，也是合法的，而限制執業之最高年齡乃是一個方法。平等原則並不要求，或者是經由放棄執業最高年齡之設限，來限制該項保障，或者即使是經由將執業最高年齡之限制擴大到醫生之幫助生產工作上，對於幫助生產之預防措施可能會更完備，平等原則亦不要求將該項年齡之限制擴大到醫生之幫助生產的工作上。

因此，對執業最高年齡設限並不違背平等原則。

#### IV、

憲法訴願人斥責行政機關在作關於其申請核發執業最高年齡例外許可之決定時，已違背了憲法且聯邦行政法院並無將該決定加以更正，亦是無理由的。

助產士法第四施行細則給予行政機關關於核發執業最高年齡例外許可時有義務性的裁量權。該施行細則允許行政機關，在其作決定時，除申請人之個人工作能力外，亦得考慮其他公共利益之觀點。如此並不違背法治國家之原則，因爲所有法治國家原則所要求的，經由行政訴訟之審查，皆已符合。職業自由

之基本權亦沒有受到侵犯。如上已述，甚至如對執業最高年齡設限，而無任何可能可有例外許可時，該基本權亦不會受到侵犯。因此，在當允許有例外許可時，基本權亦不禁止，關於例外許可之核發，除了個別個人之工作能力外，還與其他公共利益之觀點共同決定。因而即使在憲法訴願人個人之工作能力毫無質疑仍繼續持續之情形，其所主張要求核發例外許可之請求權亦不存在。當聯邦行政法院證實第二審上訴法院判決中關於該項請求權並不存在之論述，認為具決定性者僅有行政機關之義務性裁量以及在本案毫無疑問之對公共利益之考量時，聯邦行政法院並沒有誤會職業自由之基本權利對為例外許可決定之意義。

唯有此點是聯邦憲法法院所應審查的。憲法訴願人似乎認為，對於行政機關之決定，在憲法訴願程序中有可能在如同在行政訴訟程序中相同之範圍內，加以審查。但聯邦憲法法院並非是行政訴訟的最終審，對於可能發生的裁量錯誤，可以如同行政法院般的加以廣泛的審查。如果對於行政機關裁量權的行使已有法院之審查在前，則聯邦憲法法院之管轄權——如同在僅針對法院判決所提起之憲法訴願——僅限於審查該法院之判決本身是否違背了基本法第三條第一項憲法上禁止專斷之原則。關於此點，並無可說明及可明顯看得出來的。



# 關於「謀殺罪無期徒刑之合憲性」之判決

## ——聯邦憲法法院判決集第四五卷第一八七頁以下

譯者：吳從周

目次（譯按：因本判決內容過於豐富，爲便於閱讀，特自加此目次）

判決要旨

判決主文

判決理由

A、本件爭點之所在與正反意見

I、刑法二二一條之立法演進史

II、邦法院主張刑法二二一條規定違憲之理由

III、聯邦政府及各邦政府表示之意見（依BVerfGG77條）

IV、聯邦最高法院各刑事庭表示之意見（依BVerfGG82條IV項）

V、被告之指謫與否認

VI、各邦政府曾作之調查統計資料

VII、言詞審理中各鑑定人之鑑定意見

VIII、憲法法院第一庭管轄本案之依據

B、憲法法院受理（*Verfassungsgericht* 之）陪審法院提案之理由

C、本判決主張不違憲之理由

I、聯邦最高法院向來主張不違憲之見解與制憲者之態度

II、聯邦憲法法院不採邦法院違憲主張之理由

III、無期徒刑之附條件釋放應有其成文法依據

IV、析論國家刑罰之意義與目的

V、對刑法二二一條、以殘暴手段及為掩飾另一犯罪行為（而殺人）兩構成要件要素，依比

例原則作限制解釋。

VI、刑法二二一條未抵觸QQ第三條第一項

VII、刑法二二一條未抵觸QQ第一九條第二項

判決要旨：

1. 對謀殺罪處以無期徒刑（刑法第二二一條第一項），根據下述原則之標準，係與基本法相一致的。  
2. 依照當今（研究成果）的認識情況來看，並無法確定：依行刑法規定以及考量今日赦免之實際情況（Gnadepaxis）而執行無期徒刑，將必然造成身心方面無法回復的損害，因而違反人性尊嚴（基本法第一條第一項）。

3. 被判處無期徒刑之受刑人，原則上仍應保有重新享有自由的機會，此乃合乎人性尊嚴的刑罰執行的前提要件。受刑人僅僅有被赦免的可能性還不夠；相對地，尚須依法治國原則（譯按：即判決理由（III 4 a）中申論的：法安定性原則與實質正義原則）之要求，以法律明定無期徒刑延緩執行（緩刑）之要件與適用之程序。

4. 依照刑法第二二一條第二項規定，作為謀殺罪構成要件的「以殘暴手段」及「為掩飾另一犯罪行為」而殺人，在根據憲法上比例原則作成限制解釋的情形下，並未牴觸基本法。

根據1977.3.22/23之詞審理，於1977.6.21作成之第一庭判決

— 1BvL 14/76 —

在該程序中，因Verden邦法院第九大刑事庭（陪審法院），在1976.3.5（3Ks 3/75）作成的緩刑與提案決議，而對1969.6.25的刑法第一次改革法（1975.12公布）中刑法典第二二一條的規定提案請求違憲審查。

判決主文：

倘若謀殺者係以殘暴手段或為掩飾另一犯罪行為而殺害他人，因而被判處無期徒刑，則1969.6.25刑法第一修正案（1975.7.2新公佈）中之第二一一條規定，依照（下述之）判決理由，係與基本法相一致的。

理由：

A、

本件程序審查之對象乃如下問題：對於一個以殘暴手段或為掩飾另一犯罪行為而實施殺人行為之謀殺者科以無期徒刑，是否與基本法相一致？

I、

1. 1969.6.25刑法第一次改革案（1975.7.2新公佈）中之刑法第二一一條規定：

§二一一條 謀殺（Mord）

(1) 謀殺者，處無期徒刑。

(2) 所謂謀殺者，係指



出於殺人狂，為滿足性慾、貪慾或其他卑鄙齷齪之動機，以殘暴或滅絕人性（heimtückisch oder grausam）或以致生公共危險之手段，為實行另一犯罪行為或為掩飾另一犯罪行為，而殺人者。

對該系爭（被指謫的）規定在憲法上之評斷有重要性者，係刑法第二一二條及二一三條之規定。在1975.7.2公佈之條文中，該二條之規定如下：

§111 條 故殺（Totschlag）

(1) 非謀殺而故意殺人者，按故殺，處五年以上之有期徒刑。

(2) 有特別重大情事存在者，得處無期徒刑。

§113 條 應予酌量減輕之情事（Minder Schwere Fall des Totschlages）

故殺，如係因受被害人自己或親屬之虐待或受重大侮辱而激怒，致當場惹起行為或有其他應予酌減之情事存在者，處六月以上五年以下有期徒刑。

2. 刑法二一一條在1871.5.15之帝國刑法典時代原本係作如下規定：

故意殺人者，若以謀慮之方式（mit Überlegung）實施其殺害行為時，構成謀殺而處死刑。

爾後，謀殺便指故意殺害及謀慮實施之殺害行為。法院判決認為謀慮（Überlegung）係指，行為人「足夠清晰地考量到為達成其目的所希望的殺害結果，（考量到）迫使其行為及阻止其行為之動機，以及（考量到）導致所希望的結果之必要行為」

是否作為區別謀殺與故殺之唯一判斷要素的謀慮，足以描繪出作為故殺最嚴重案型的謀殺之特徵，

這點從一開始就被認為尚有疑問的。儘管如此，一九〇九年（第二二二條）、一九一三年（第二八〇條）、一九一九年（第二八三條）、一九二七年（第二〇五條）以及一九三〇年（第二四五條）之刑法草案仍然堅持這項要素。一九一一年（第二五三條）草案僅以「慎重考慮」（Vorbetracht）這個概念來代替「謀慮」（Überlegung）。相反地一九二二年（第二一八條）及一九二五年（第二二一條）草案則放棄了謀慮這個標準，而且把每種非狹義的故殺、受囑託殺人（Tötung auf Verlangen）或殺嬰等故意殺害行為皆視為謀殺。

後來透過194194之帝國刑法典修正案第二條，謀殺的構成要件被重新規定。這項刑法第二二一條的新條文係根據一九三六年（第四〇五條）及一九三九年（第四一一條）之草案而來，而該二草案他方面則又根據以前瑞士刑法典而來。其規定如下：

# § 二一一條

(1) 謀殺者，處死刑。

(2) 所謂謀殺者，係指

出於殺人狂，為滿足性慾、貪慾或其他卑鄙醜惡之動機，

以殘暴或滅絕人性或以致生公共危險之手段，

為實行另一犯罪行為或為掩飾另一犯罪行為，

而殺人者。

(3) 例外情形下，科處死刑並不適當時 ( nicht angemessen )，得處無期徒刑。

嗣後，基本法第一〇二條廢除死刑，1953.8.4第三次刑法修正案第1條第1C款 ( Ntlg ) 為使刑法第二二一條第一項之刑度 ( Strafdrohung ) 與基本法相符，故修正該項，並刪除第三項。同時，重新規定刑法第二二一條故殺罪之處罰 ( 此點，參閱1952.9.29刑法第三次修正草案—刑法校正法 [ Strafrechtsbereinigungsgesetz ] 中，聯邦政府之理由 )。1969.6.25刑法第一次改革法第四條及第五條則以「自由刑」( Freiheitsstrafe ) 代替「徒刑」( Zuchthaus )。刑法第二二一條一項及二二二條因而維持其現行條文 ( derzeit gültige Fassung )。

## II、

Verden 邦法院—陪審法院—已延緩刑事訴訟程序，並依照基本法第一〇〇條第一項之規定向聯邦憲法法院請求判決如下問題：是否刑法第二二一條第一項規定謀殺者處無期徒刑是違憲的。

1. 公訴之提起及開始訴訟程序之裁定皆針對三十一歲擔任柏林市警長 ( Polizeimeister ) 的被告 Detlev R. 而進行，他於1973.5.13夜晚在 Nienburg/Weser 謀殺一三十一歲的吸毒者 Günter L.。到目前為止，陪審法院照主審程序的結果認定謀殺之被告有罪。陪審法院基本上認定事實如下：

被告長期以來一直販賣毒品。他曾在1976.3.3被 Verden 邦法院依販毒及逃稅 ( Steuerhinterziehung ) 二者具行為單一性 ( in Tateinheit )，判處有期徒刑五年六個月。

一九七二年四月底，被告透過一位土耳其人的介紹，在Nieburg認識了吸毒者Ganter L.，同時以現金交易之方式賣給Ganter L.嗎啡。因為被告想將毒品交易移往西德，所以便於幾天後，再度前往Nieburg並委託J代銷嗎啡。對此，J應繳付一〇〇〇馬克給被告。然而在一次警方對J住所的搜索中，大部分毒品皆被警方搜獲而收去保管（sichergestellt），因而J不再有毒品。為了迫使被告能不管那些尚未繳款的嗎啡而繼續供應他毒品，J乃在柏林打電話給被告，並恐嚇他若不繼續供應毒品將向警方檢舉他。於是被告決定前往Nieburg向J說情；希望以這種方式能阻止J以檢舉恐嚇他，同時不再被J繼續敲詐。對此，他為使J誤認為沒有危險，因而打電話給J，答應供應嗎啡。1973.5.13夜晚被告與該土耳其人共同前往Nieburg，並且在J之住所交給他被告原先所答應之嗎啡。J立刻準備要注射這位「柏林人的藥劑」（Berliner Tink）」。當該土耳其人與J一起走進廚房時，被告在客廳等著。而就在J背對著門坐在廚房要開始注射時，被告從背後走近因在注射而分心的J，在半公尺的距離外朝其頭部連開三槍，槍槍命中要害。Ganter L.當場死亡。

陪審法院將此等過程評價為係，為掩飾另一犯罪行為而以殘暴手段殺害。因而構成刑法第二二一條之謀殺。

2. 依陪審法院之觀點，在刑法第二二一條第一項有效之情況下，被告應判處無期徒刑；而在該規定無效之情況下，依尚須進行的科刑，則應考慮到最高一五年的有期徒刑（刑法第二八條第二項）。

3. 陪審法院認為此項應作（違憲）審查的規定與基本法第一條、有關聯的第二條第二條第二項第二

句與第十九條第二句、進而與第三條第一項之規定抵觸。其陳述之理由基本上如下：

a) 對行刑中（犯人）人格變化（*Persönlichkeitswandlungen*）的科學實証研究已証實如下的行刑經驗：長期剝奪自由將出現損害（犯人）人格的結果。

在一段十年、十五年、二〇年或甚至二五年的監禁期間之後，在每位受刑人身上實際上將到達一種狀況：隨著良善情緒逐漸減少、絕望（*Resignation*）、遲鈍以及冷漠（*Gleichgültigkeit*），造成一種人格變化，這種人格變化最後會以生活無能（*Lebensuntauglichkeit*）、辯稱無罪（*Unschuldssophisterei*）、不斷的幻想赦免以及經常性痴呆而告終。在大約二〇年左右的監獄居留後，受刑人除了身體與心靈的完全崩潰（*Wreck*）之外，一無所獲。因此，立法者已與行刑委員會一致地禁絕有期徒刑超過十五年的最高限度，因為較長的行刑期間既不能用以保護法益。亦不能在再社會的觀點下獲得支持。此種經由無期徒刑所導致的徹底將犯罪行為人排除於社會之外，以及因而毀滅其已受束縛的心理（的情形），違反了在本法第一條中所課予立法者應尊重人性尊嚴的義務，此種人性尊嚴是基於人的本質所應當享有的，即使是一般的犯人（也不例外）。

b) 無期徒刑造成了，完全排除行動自由（*Bewegungsfreiheit*），因而在禁止逾越基本法第十九條第二項之基本內容的要求下（*unter Überschreitung der Wesensgehaltssperre des Art. 19 Abs. 2 GG*）抵觸了基本法第二條第二項第二句所意涵的保障人身自由的後果。

c) 針對故意殺人的構成要件事實，立法者已規定了不同的法律效果。謀殺（刑法第二一一條）的

構成要件強制應判處無期徒刑，相對地，故殺（刑法第二一二條）的構成要件則開放給法官，得在量刑範圍內依據行為人的罪責及危險性裁量刑罰。對於相同受保護的法益，這樣不同的法律效果只有在如下情形，才可能在憲法上加以正當化：刑法第二一一條中規定的加重條件（Qualifizierung）不容反駁地會產生行為人較高的罪責與危險性。因為從法治國原則可以得出：被用以威嚇的刑罰應與行為的嚴重性及行為人的罪責處於適當的關係，這樣的結論。而在符合刑法第二一一條之構成要件的行為態樣與（相較於）刑法第二一二條之範圍內，此種罪責內涵的重大不同已導致法院判決在解釋上（dogmatisch）令人質疑的規避性嘗試（Umgehungsversuchen）。此外，這點與正義思想也不一致，不只是所謂的卑鄙齷齪的動機，就連刑法第二一一條其他的行為態樣也被法律強加（beizumessen）了一種擬制的罪責內涵，此種罪責內涵與行為人的人格上的罪責並不必然地一致。舉個醫生的例子來看，若醫生為其照顧之下病危的病人實施加工自殺，亦將因此同時充足「以殘暴手段殺害」這種型態的謀殺罪構成要件。因此，謀殺罪的客觀不法內涵並不必然大於故殺罪的客觀不法內涵。透過在個別構成要件中所內涵的裁量範圍，此多餘的（übrige）刑法應考慮到刑罰與罪責應適當（Die Strafe schuldangemessen sein müsse），這個法治國原理。絕對的無期徒刑的威嚇雖然只規定在謀殺罪（刑法第二一一條一項）及殘害人群罪（刑法第二二〇條第一項第一款），但至少在刑法第二一一條並無顯著的足以與刑法第二一二條區別的適當理由。由於欠缺裁量範圍，法官必須在某些情況下判處超過其自己感覺適當的刑罰，因此，此項刑罰規定牴觸了基本法第三條。

d) 較大部份的人及迄今為止的法院判決認為無期徒刑乃理所當然。儘管在大刑法委員會 (Großen Strafrechtskommission) 及學理上此種刑罰已被提出質疑，但立法者至今仍堅持之。然而既非人民意見亦非一般政策上的考量足以成為在憲法上維持此種違憲規定之重要理由：此種違憲規定將在長期尊嚴受忽視之情形下人格毀滅的犯人排除在社會共同體之外。

c) 無期徒刑的正當化理由亦無法從國家刑罰的目的得出。

聯邦憲法法院已將保護社會生活的基本價值視為刑法的任務。依照聯邦憲法法院的看法，除了威嚇與矯正之外，刑罰亦用以贖罪 (Sühne) 及應報 (Vergeltung) 不法犯行。

然而，從國家的刑罰體系可以清楚地得知：絕非為正義之緣故而施以刑罰（例如，在某些構成要件，未遂並無可罰性 (Straflosigkeit)；只在某些構成要件，過失才有可罰性 (Strafbarkeit) 等等）。黑格爾法哲學思想：「經由刑罰，犯人得以被尊為理性者 (den Verbrecher durch die Strafe als ein Vernünftiges (Zu)ehren)」，雖然是刑罰一個有意義的觀點 (Sinnaspekt)，但絕非是剝奪人的尊嚴以及終身將其排除於社會之外，這樣一種刑罰的基礎與憲法上正當化的理由。在一個被世俗化的 (sektularisierten) 及自由的社會中，為了贖罪及正義二者自身的緣故而加以運作，絕非刑法的任務。其既不符合今日對刑法的理解，也不符合道德上所承認的正義要求。因此，應報與贖罪二者實不足以成為無期徒刑的正當化理由。

刑法第二一一條第一項亦無法成為無期徒刑具威嚇作用的理由；蓋此種作用在經驗上是無法獲得証

明 (beweisbar)。

依照行刑法 (Strafvollzugsgesetz) 第二條規定，行刑的主要目的是再社會化。聯邦憲法法院在多數判決中亦強調，源自憲法基礎的再社會化應是執行自由刑的主要目的 (das herausragende Ziel) 因此，依刑法第二十一條之刑罰裁判 (Strafanspruch) 與以憲法為基礎的行刑目標是彼此矛盾的。赦免的實際情形 (Gnadenspraxis) 亦並不足以調和 (此種矛盾)。即使無期徒刑通常都並未服滿刑期，蓋大部的受刑人都因為一的確相當不同地運作著的——赦免的實際情形而提前釋放，但這仍不足以為此項依其內容與目的設定 (Zielsetzung) 乃係違憲的規定辯護。(合乎) 赦免的證據與否定赦免的證據並不受法官的審查。擁有赦免權者係依其自由裁量而作成判斷。這樣的赦免規定，缺乏足夠的可預測性 (Berechenbarkeit) 及可確定性，也缺乏在一個將保護自由與人性尊嚴視為最高目的的法治國秩序之下，足夠的法律保護，故不能為此種普遍地排除上述基本價值的刑罰規定辯護。

無期徒刑的說理通常係奠基在行為人的危險性上。保安處分的目的是對無期徒刑的執行而言，唯一合理且在憲法上重要的理由。但這種理由亦只有在如下情形才能必然地被正當化：當行為人在為保護社會不可或缺的标准下侵犯到受害人人性尊嚴時，因此，無期徒刑須以確定行為人已無可矯正性 (Unverbesserlichkeit) 為前提。而是否在一一個具體案件中，(犯人) 至生命結束為止，累犯之危險已可完全被確定，尚在未定之數。無論如何，大部分謀殺犯的累犯可能性是微乎其微的。因此，在個別案中須承認的保安處分的必要並不能成為，對所有謀殺者均適用的無期徒刑的理由。對被告而言，法院認為



無法確定：被告在長期行刑之後仍具危險性，以致大眾須長期被保障。因此，即使刑法第二二一條第一項含有裁量範圍——最高得處無期徒刑，陪審法院亦無法科處被告無期徒刑。

### III、

因為根據聯邦憲法法院第八二條第一項，第七七條之規定，聯邦憲法法院應給予聯邦以及邦的憲法機關表示意見的機會，所以聯邦政府透過聯邦司法部長，巴伐利亞邦政府（die Bayerische Staatsregierung）透過巴伐利亞邦總理，以及自由的與（加入）漢薩聯盟的漢堡市政府透過司法委員，表示了如下意見。

#### 1. 聯邦政府認為（上述）提出於法院之見解並不可採。

無論如何，刑法第二二一條規定，在其以無期徒刑威嚇殘暴殺人的範圍內，係與基本法相一致的。在嚴格解釋的情形下，這點也適用於「掩飾另一犯罪行為」這個構成要件要素。刑法第二二一條第二項的其他行為態樣，則可以不予考慮，因為它們對於（訴訟之）開頭程序而言，並不重要。

當立法者認為，基於特殊值得非難的動機而殺害他人的行為係如此嚴重，以致於科處唯一且無減輕可能性的無期徒刑仍被視為適當制裁時，他係遵守憲法上有意義且適當刑罰的要求的。在此種情形下，無期徒刑無論如何不是一種國家對於事實上明顯的罪責所作的（不合比例的（*unverhältnismäßig*））反應。當立法者在這種關聯上，對再社會化觀念的重視程度不及對有期徒刑的科處時，便無須再對其作憲法

上之指責。

「以殘暴手段殺害」這個概念已由法院判決所限制。此項構成要件要素只包含了：依外在行為情狀及行為人罪責，已顯示出一項可責的思想與行為，足以正當化對此犯罪行為，科以最高可能的刑罰，的這種行為態樣。就此而論，雖涉及者為一絕對的刑罰，但立法者並未逾越所賦予給他的立法空間（*Gestaltungsraum*），從而並未牴觸基本法第三條第一項。

在為掩飾另一犯罪行為而殺人的情形雖然可以考慮，該犯罪行為係在袒護自己與袒護他人的衝突狀態下所實施，因此，應有利於對其作成減刑的判決；儘管如此，但仍然可以透過限制解釋，根據有意義適當的刑罰這個標準，將該構成要件要素限制在：依照行為情狀、行為人的罪責與危險性，可以正當化對其科處最高刑罰的情形。這正是在（訴訟）開頭程序的被告的情形。

因為刑法第二一一條的刑度與有意義且適當的刑罰這個憲法要求相一致，所以在牽涉到維護比例原則，這個作為基本法第十九條第二項保障基本權利的基本內容之要素的範圍內，人身自由的基本權在其本質內涵上並未被侵犯。此外，在制憲會議上（*Parlamentarischen Rat*）對基本法第一〇二條的討論上，亦從未（*Zu keiner Zeit*）考慮對無期徒刑加以廢除。

新的刑法係依據人格權的核心意義而制定，並將犯罪行為為人的重新適應社會視為執行自由刑的主要任務。並防制（*entgegenzuwirken*）剝奪自由所可能造成的損害性後果。因此，這部法律（按：即新刑法）係將無期徒刑之執行包括在內的。準此以言，這種以達成再社會化思想為目標的刑罰執行，應

適當地創設赦免的要件，同時減輕被赦免人在重新適應社會上的困難。不過，至少在此種依據人性尊嚴執行刑罰的範圍內，受刑人並未被降格而成單純行刑的客體（Zum Objekt degradiert）。

在無期徒刑之執行可能導致不合理的嚴酷與不公平（Unbilligkeiten）的範圍內，赦免提供了矯正的可能性。近年來，幾乎所有各邦都自動地轉向，在某一段時間的監禁之後，以官方立場來審查赦免的問題。這種現象造成的實際結果係，除了少數對犯人作社會預測結果顯示為不良，而無法對這種安全上的風險負責的例外情形，幾乎每位無期徒刑的受刑人皆獲得提早釋放。

聯邦司法部已經對在何種要件下得延緩繼續執行無期徒刑這個問題，研擬了一段時間。因此，預計在第八次立法會議期間內可以通過一項合適的立法計劃。

2. 巴伐利亞邦總理亦認刑法第二一一條第一項之規定合憲。

a) 抵觸人性尊嚴的情形並不存在。

在Straubing及Aichach這兩個司法執行機關（監獄）中並未能較新地確定：無期徒刑必然會產生受刑人心靈毀滅的結果。

Straubing執行機關（監獄）已經告訴我們，無法特別地根據刑事執行的較新發展得知：無期徒刑可能導致人格崩潰或「心靈毀滅」。現代刑事執行提供了許多補償的可能性，這種可能性雖然不能排除損害的事實，然而在許多的情形下，卻可以開始提供受刑人熟練社會行爲的機會。因此，特別是長期受刑人（Inhaftierte），經由與執行人員良好的接觸，可在執行機關中獲得信任之地位，此種信任地位將帶

給他肯定與自尊。這種發展已經使得在約二十年監禁後被釋放的絕大多數無期徒刑受刑人，因而得以在一些調適的困難（*Umstellungsschwierigkeit*）之後，勝任在自由中的生活。只有在非常少數的案例中，有過負面的經歷。

而Aichach這個在巴伐利亞邦主管對女性執行無期徒刑的執行機關（監獄），它的女性心理學家們根據其二十年來對處於該監獄中十二、三十年的三三位婦女刑事執行的經驗，提出報告。心理學家們強調，這些婦女在判決之後，亦尋求其自我實現的可能性。當然，在執行中的行為可能不是一成不變的，然而不和諧及沮喪的狀態卻通常可以經由預定的措施加以防制。儘管有著許多的困難，但長期監禁並不是在對現行制度作麻木的戰鬥，而且也使得在往後的監禁期間中，能夠成為消化其罪責（*Schuldverarbeitung*）的新階段。

在被赦免之後，受刑人根據（上述）細心和廣泛的準備，毫無例外地証實其有適應社會之能力（*eingliederungsfähig*），甚至格外地表現其專業及通達人情的（*menschlich*）的工作能力。當然，受刑人也須與重大的困難博鬥，然而卻都能將其克服。另一方面而言，也就在這個時候，他們贏得了受人尊重的地位。

當然，被判處無期徒刑者的重大遭遇，是不應被輕視的。然而，概括化的及絕望式的觀察卻既不符合刑事執行的實際情形，亦不符合面臨此等遭遇者的成就。在Aichach執行機關（監獄）中的經驗已經顯示，在熬過無期徒刑時，問題不僅是由監禁所引起的（*haftbedingt*），而且通常是由先前已經存在的

受刑人生活管理上的困難性 (Lebensführungsschwierigkeiten) 所引起的。由此亦可得出對長期受刑人應採取特別措施的必要性。

b) 謀殺罪處無期徒刑，既未抵觸與基本法第二條第二項第二句相關聯的第十九條第二項，亦未抵觸平等原則。

因為故意殺人在非價內涵上 (Unwertgehalt) 與謀殺罪顯示出重大的區別，所以，不禁止立法者在刑法第二一一條中另設構成要件，以掌握此類特殊重大案件，並提高刑度以威嚇之。

法官在唯一絕對的刑度內，對謀殺罪科處較高於合乎其罪責之刑罰，這點或有不當。然在個案中不可避免的嚴苛，得經由具彈性的赦免實際情形 (Gnadenpraxis) 加以調和。

3. 自由的與 (加入) 漢薩聯盟的漢堡市政府司法委員，基本上以書狀說明 (Schriftsatz) 的方式，答覆判處無期徒刑的聯邦憲法法院第二庭所臚列的問題 (Fragenkatalog)。在該說明書狀上對無期徒刑提出了憲法上的質疑；不過卻強調，由於缺少足夠的認識內容，欲形成一項有保證的意見，並不可能，此外，他贊成當時將無期徒刑列入附條件釋放之規定中的那份專題研究草案 (Referentenentwurf)，不過卻應注意，我們必須再問：是否在目前刑法第二一一條的規定下 (Formulierung)，無期徒刑的唯一刑度得以被堅持。(詳細可參閱後述 A VI.3 的部分)

#### IV、

聯邦最高法院院長根據聯邦憲法法院法第八二條四項之規定，傳達了五個刑事庭對這個問題的意見。所有的刑庭在結論上皆一致認為，無期徒刑並不生任何憲法上之疑義。

1. 刑庭第一庭指出，制憲者在基本法第一〇二條廢除死刑時已明確地表示，他同意現行刑法第二二一條中無期徒刑這項剩餘的絕對必要的（*zwingende*）威嚇。除此之外，在所有歐洲國家（除了葡萄牙以外），無期徒刑皆被用以特別地威嚇加重條件的故意殺人行爲而作為唯一之法律效果，一如在德意志聯邦共和國。聯合國一般人權宣言及歐洲人權公約甚至連死刑都不反對。

謀殺（*Mord*）與故殺（*Totschlag*）間界定之困難性並不會導致刑法第二二一條之違憲性。而正好這個在開頭程序中擬加以判決之案件也未顯出此種困難性。

2. 刑庭第二庭則指出，邦法院之觀點將可能造成法定量刑範圍之移動（*Verschiebung*），以致刑度（*Strafmiveau*）會被普遍地減低。

無期徒刑並未抵觸人性尊嚴。因為，謀殺者以具有最嚴重罪責內涵的方式毀滅一個人的生命。如果在（邦法院的）提案決議中（*Vorlagebeschluss*）所描述的性格崩潰的結果事實上可能發生，則係可以透過一項尊重人性尊嚴的刑事執行加以防止的。

無期徒刑亦未破壞基本法第十九條第二項禁止影響基本權利之基本內容的規定。

同樣地，平等原則之違反亦無法看出。在必要且容許的對不法加以類型化（*Unrechtstypisierung*）的情形下，立法者已適當地評價過在刑法第二二一條第二項所描述的殺害行爲。至於在（邦法院的）提

案決議中所提及的醫生實施工自殺的例子則根本不符合謀殺罪構成要件。

4. 刑庭第三、第四及第五庭之見解則是，基本法第一〇二條在意義上很明確地就是：制憲者認為對謀殺罪處以無期徒刑是容許的。因此，留給單純立法者的便是，他要繼續科處或廢除無期徒刑？

依照構成要件地來界定謀殺或故殺，雖然有時會造成令人不滿意的結果；但並沒有憲法上的問題，反而只是一般立法上的問題而已。在刑法第二一一條第二項中所提出的，用以描述特殊可責的殺害行為方式的標準，並不是恣意的；特別是該條所無法掌握的刑法第二一二條第二項中所謂特別重大的殺人行爲，同樣地係以無期徒刑來加以科處。

## V、

開頭程序的被告指謫提案決議中所作的事實認定，同時否認曾殺害 *Candler*。此外，他還指出，不僅是刑法第二一一條第一項，而是根本整個無期徒刑就是違憲的，因為它完全剝奪了人身自由。這點依照基本法第十九條第二項規定，是不允許的。

## IV、

聯邦憲法法院曾在兩次已終結的憲法訴願程序中向邦政府發出一份詳盡的調查表，這份調查表回收了許多有關無期徒刑的科處、執行和影響以及各邦赦免的實際情形等內容豐富的資料。此等資料在本案之程序中亦可加以援用。據此可得如下結論：

1. 從一九四五年五月八日至一九七五年十二月三十一日間，德意志聯邦共和國共計有一九一五人被判處無期徒刑。其中約8%為男性。一九七二年至一九七五年的判決總數在四六個（一九七二年）到七六個（一九七三年）間。

以一九一五個受判決人的年齡來看，二一歲以下占46%，二一到二九歲占55%，三〇到三九歲占28.5%，四〇到四九歲占11.5%，五〇到五九歲占5.5%，六〇歲以上占1%。

犯罪行為人55%沒有前科，15%曾有一次前科，30%曾有兩次或兩次以上前科。

截至一九七五年十二月三十一日為止，聯邦共和國的監獄中尚有九七五位無期徒刑之受刑人，其中只有一位是監禁三〇年的。在一九四五年五月八日以前則無人受此種判決。

一九一五個受判決人中有一四〇人（占33%）死於獄中，其中有三八人（占27%）是自殺。

截至一九七五年十二月三十一日為止的七〇二個受赦免人中，再犯者約占5%，其中一人是謀殺罪，三人是其他殺人罪，其餘則皆因其他的犯罪行為。

按赦免的實際情形來看，從監禁到赦免釋放的期間，只有少數受刑人（即四八人）服刑少於其刑罰的十年；也只有少數受刑人（即二七人）服刑超過其刑罰的三〇年。大部分受赦免者皆在十五到二十五年的服刑期間。平均服刑期間約在二〇年。

2. 只有自由的與（加入）漢薩聯盟的漢堡市司法當局對無期徒刑提出憲法上之質疑。柏林市政府的司法委員至多只認為對所有的謀殺者一律適用唯一的無期徒刑，似容有疑義。其餘各邦則均不認為現有



之規定 (Rechtslage) 係違憲。黑森邦政府 (Die hessische Landesregierung) 則未對此問題表示意見。

3. 邦政府——除了漢堡及不萊梅市政府之外——根據其監獄行刑的經驗，對於無期徒刑執行的影響這個問題上，結論一致地認為，無法確定此種刑罰之執行通常會產生對受刑人人格上重大且永久的損害，此種監禁狀態可由受刑人個別不同地加以克服。關鍵全視受刑人之個性而定。此外，犯罪事實，監禁時之年齡，行為與罪責的消化 (Verarbeitung)，執行機關的結構以及刑罰執行的形態等亦皆具有重要性。藉由較新的刑罰執行形態，以各種方式及可能性鼓勵受刑人對外接觸 (Außenkontakten)，已使得受刑人足以保持其精神上的活動以及維護自身的個性 (Individualität)。相應於此地，從赦免的實情來看，此種 (赦免的) 經驗亦使得受刑人得以盼望將來提前被釋放，進而減輕其心理上之負擔。因此，少有例外地，即使在二〇年或更長的監禁期間之後被赦免的受刑人，也絕對有面對實際生活的能力，而且在克服了監禁的種種困難之後，更使其生活變得積極而且目標明確。雖然也有受刑人因為此種消極的監禁狀態而降低了其精神的活動性，以致於發生人格崩潰 (Personlichkeitsabbau) 的情形。(還有) 很多人因此提早衰老。但此種障礙有時在短期監禁也會發生。因此，正足以證明：此種人格變化非由於監禁，而是由於人格構造以及 (受刑的) 關係人 (Betroffenen) 先前之損害 (Vorschaden)。只有在先前已受有損害之受刑人以及在因年齡或疾病引起的崩潰的情形下，才可認為是一種真正的人格崩潰。而這情形即使在赦免後也無法有令人滿意的適應社會的能力。

自由的與 (加入) 漢薩聯盟的漢堡市司法當局 (該當局也對來自 Schleswig-Holstein 和不萊梅市的男

性受刑人執行無期徒刑)，在此問題的意見表示上，較強調執行無期徒刑的負面效果。針對十年以上到無期徒刑的受刑人之調查可得知，一般對長期自由刑的影響，都作謹慎的表達，蓋因監禁所造成人格變化結果，實依執行階段與人格構造而有不同。一般人都把受刑人當作是生來怪癖的人（*gezeichnete Außenseiter*），因此，他們會有構築一個夢幻世界以及因此變成脫離現實世界（*Wirklichkeitsfremd*）的傾向。和已經嚴重到有障礙的其他共同受刑人相比，會使得他們經常擔心，自己也會遭到類似的損害。此外，長期地在行刑中習慣於一種被動的角色，會造成其面對實際生活的能力受到限制。在監禁之初，很多受刑人擔心會與其親戚朋友產生距離，因而造成孤立。對於監禁中限制的條件有激烈反應是常見的事，然自殺及侵略行為的出現或許不會比其他的長期受刑人來得多。但在約十年的監禁後，會隨著期望被赦免而重新出現焦慮不安。在此種狀況下，監禁的遙遙無期與各邦不同的赦免情況，將於某些案例中造成（受刑人）極端的心理負擔。一般而言，引人注意的與有神經障礙傾向的受刑人較人格穩定的受刑人，更令人擔憂其人格發生變化。此外，行刑的形態及行為人對犯罪事實的態度也是決定：是否監禁將使人格惡化至無法面對實際生活，的重要關鍵。即使其他的受刑人在二〇年的監禁之後仍可輕易地重新適應自由的生活，但在極端的案例中，羈押就已經（足夠）造成永久性的損害了。總之，前述的人格變化無須有重大不同的機率，就可能在過長期間的受刑人身上找到。

在言詞審理中，各鑑定人針對個別提出的不同問題表示見解。

1. 針對如下問題：執行無期徒刑造成之監禁上損害以及以適當措施防制的可能性與展望如何？Dr. P. H. Besser 教授（科隆大學法醫學研究所法心理學及法精神病學系主任）· Dr. H. Eisinger 退休之政府女主管（前法蘭克福女子監獄負責人）· Dr. H. D. Stark 所長（Hamburg-Fuhlsbüttel 行刑機關之負責人）以及 Dr. W. Rasch 教授（柏林自由大學法精神病學研究所所長）分別表示如下見解：

(a) Dr. Dr. Besser 教授，擔任北萊因—威斯特法倫邦（Nordrhein-Westfalen）赦免程序鑑定委員會委員，對一〇〇名被判處無期徒刑，而平均監禁期間已達十九至二〇年的受刑人作過研究，並且根據紀錄（Akten）追蹤其生活經歷後，認為：

評價受刑人是否因監禁而產生人格變化，其標準主要取決於受刑人被釋放後，面對社會的能力（Sozialtauglichkeit）而定。因此，從社會適應的結果加以判斷，才是最重要的。如果我們從這點出發，那麼在釋放後實際有效的適應結果，正可証明無期徒刑受刑人通常在人格上並不會受到損害。吾人自己得自北萊茵—威斯特法倫邦的這種經驗，亦可由其他的研究結果，（前述的）Sraubing 和 Aichah 這兩個執行機關（監獄）以及各邦政府所表示之意見，獲得佐証。雖然在零星個案中，似乎亦可得証人格崩潰的說法。但那是在監禁之前就已經存在著嚴重的社會適應障礙的少數例外情形。同樣的這種發展偏差也可較常地出現在長期的有期徒刑的受刑人身上。相反地，在很多案例中，經過二〇年或更長期間的監禁後，反而能轉而向善（ein Wende zum Guten）。因執行所造成的健康損害，同樣地也沒有發現。相反地

，平均而言，受刑人的健康反而比一般國民來得好。

刑之執行讓受刑人在受刑期間內，有提升其能力及興趣的各種可能性。如果有發展上偏差，那麼必在監禁的早期階段（*Frühstadium*）就已開始了。無論如何，（*Liepmann*所提出的）「三階段理論」（*Dreiphasentheorie*）（參閱下述C II 2a部分）並不適合於執行實際上各種不同的現象。

對於釋放後的受刑人而言，必然有各種的困難。但這些困難並非無法克服，相反地，它們可以藉由有意義的過渡執行（*Übergangsvollzug*），儘可能地事先加以避免。

（9）*Dr. Einsele*女士對二一〇位被判處無期徒刑，而監禁期間在十二至二十四年間之婦女的發展情形提出報告。氏表示意見如下：

較新研究的驚人結論謂：無期徒刑之執行並不會造成重大的人格損害；這恐怕係基於（研究）方法錯誤，研究者當時所處之地位以及其對人格損害之定義（不同）所得出。依照基本法的價值體系，即使受刑人能夠工作，而且不再犯罪，也不意味此種損害已經被排除。相反地，當受刑人由於監禁而得知其不再能過著個人——共同的生活，且將與周遭世界隔絕時，其人格就已經受到損害。因此，偶然零星（出現）的被稱為自我約束（*Selbstbeschränkung*）及謙虛（*Bescheidenheit*）的徵狀，就應該正確地評價為畫地自限（*Eingrenzung*），喪失現實性意義、靈活彈性與交際能力，人格喪失前的焦慮不安以及慣於被動。在法蘭克福（女性監獄中）觀察的婦女在其初期個性上就已幾乎無例外地具有早就發展出的赤字（*Defizite*），同時這些婦女幾乎都來自不良的家庭（關係），只有一位受過高等教育。這種原初狀態（

Ausgangssituation) 也符合於在監獄中發展的情形。概括言之，可以說較年長的婦女過早開始動脈硬化的過程且相對地劇烈加重。而較年輕的婦女，則在可能的人格重建與努力從事該行為之後，開始出現身心的障礙。在赦免階段，雖然起初會顯得活力充沛，但不久後就幾乎會明顯的降低。是否在監禁中所造成之損害是無法回復的，很難判斷，因為大多數被釋放的婦女經過時間都還不夠長。但總共只有四位婦女相當順利地渡過監禁，五位還算順利，而其餘十一位則並不順利且在該期間內受到損害。

(c) Dr. Stark 所長，以其對來自漢堡、不萊梅和舒來史維格—霍爾斯坦 (Schleswig-Holstein) 各邦總計七八名無期徒刑受刑人之經驗與認識，認為：

在整體制度下的每一個安排都會導致住院性損害 (Hospitalisierungsschaden)：指由長期住院院所產生的身心損害) 或 (自由) 喪失症候群 (Deprivationssyndrome)。總括言之，可以說對無期徒刑受刑人而言，世界與其個人的發展似乎都呈現停頓狀態。只剩下無望、無助與無所適從。幾年後，來臨的是平靜，卻也是絕望。受刑人或許適應了，然而這既非改邪歸正，亦非個性重建。當然在某些個案中，如此長期的刑罰可能亦意味著積極的重新開始與 (人格) 結構的改變 (Umstrukturierung)。然而，卻改變不了終身監禁通常所造成的人類心靈生活世界的損害。此種損害雖無法消除，但亦無法填補，即使在監禁後，得以用種種方法使人有生活能力，但損害終究殘留。

在五至七年後，多數無期徒刑受刑人就會達到適應執行與開始絕望的時點。沒有人能坐牢超過十年。十年後，受刑人將喪失行動的關聯，在執行中所完成的重建工作將受到危害，同時，也將失去主動合

作的意願。也沒有任何超過十年的執行計劃得以再被提出。因此，只有在具危險性的犯人，才應該執行超過十年的監禁。

行刑時間愈長，重新適應社會愈困難。若沒有謹慎的準備，幾乎不可能。受刑人必須逐漸地適應自由的生活。且常須持續一段長時間，直到能克服不安全感與心理障礙。

P Dr Rasch 教授，為其鑑定之準備，曾針對五三位在 Berlin-Tegel 監獄服刑之無期徒刑受刑人作過研究。結論如下：

氏分別對受刑人之身體傷害、心理症狀、智力減低與一般人格變化等各方面作研究。對此，受刑人係依據諸如測驗、對身體的檢查及其個人所作之陳述而被評斷。結果發現，受刑人之身體狀況相當地好。雖然有不少個人主觀的抱怨，但通常只是輕微性質的抗議。心理症狀則除有一個人之外，並未出現。在監禁過程中，智力遲鈍之症狀亦未出現。至於人格變化上，則須考慮到這整個是一個高度異常的團體。而且，通常該犯罪行為是在整個性格發展的最低潮實施的，因此還可加以改善。雖然受刑人並未顯得情感麻木，但卻可能有些退卻 (Rücknahme)，不過這顯然是可以扭轉的。又隨著時間經過，意志的沮喪會減輕。然而人格上仍殘留有神經失常、嚴重的不成熟、相當地本能、無紀律以及輕微的自我膨脹 (Ich-Starke)。根據結論是受 Großbritannien 的家庭辦公室 (Home Office in Großbritannien) 委託而提之鑑定的一部分，無論如何，該鑑定並不能確定在監禁期間內有任何心理的崩潰。

氏之鑑定與其他研究有所不同的原因，可能有幾種不同的解釋：在作為研究對象的受刑人中，沒有

人監禁時間超過十七年。亦可能是該謀殺者之團體成員已發生變化；或以前有更多的病人被判決。最後，（可能是）行刑條件大不同於以前。但嚴格的監禁條件會引起嚴的損害，而較輕微的監禁條件則有積極的影響。

<sup>2</sup> Dr. H. Müller-Dietz 教授（Saarbrücken 大學犯罪學研究所所長）及 Dr. G. Kaiser 教授（Freiburg 外國與國際刑法 Max-Planck—研究所所長）則針對如下問題擔任鑑定人：謀殺處無期徒刑之預防效果如何？

a) Dr. Müller-Dietz 教授主張，迄今為止根據經驗上對預防（效果）之研究結論，特別在關於無期徒刑方面，尚未獲得肯定的證明。雖然原則上可認為有某程度上之威嚇作用，但其範圍如何，則在相當程度上尚待解決。民衆對無期徒刑的看法，可能主要取決於主觀上對刑罰的衡量和社會意識中一般的自由評價；而較少根據法律規定和事實的應用。因此，人們正可以說，對無期徒刑的預防作用而言，社會化的過程，社會地位和潛在的犯人的性格結構，以及被處罰的機率與方式才是重要的。因此，被處罰的可能性與平等性較刑罰的嚴厲性更具影響力。一些研究更進一步認為，相較於假設的行為模式或社會群體的團體壓力，刑度（高低）的影響根本微不足道。此外，威嚇作用與其說是取決於客觀的被處罰的可能性與嚴厲性，毋寧說是取決於被處罰風險的衡量。而且，大部分故意殺人的行為都在情緒激動與衝突狀態下實施的。此種行為人只能有限地藉由刑罰威嚇來說明其犯罪動機。是否以及在何種範圍內，無期徒刑可以阻止有計劃地行動的行為人實施謀殺行為，這點在經驗上尚無法足以解釋。也許在行為人的考

慮上，刑度高低要件被發現和被處罰的風險來得少。因此，刑事訴追的加強比刑罰的高度有更大的預防作用。因為禁止殺人是被普遍承認的，所以，是否經由預防性的措施可以減少謀殺案件，這點似乎還有疑問。更確切地說，迄今為止根據經驗的研究結果，並無法推論出謀殺案件受到刑罰威嚇的重大影響。同樣地，目前也無法證明，赦免或有條件釋放的可能性減低了無期徒刑的預防作用。

b) Dr. Knecht 教授在目前現存的研究報告分析上，亦得出同樣的結論：實証經驗上的制裁研究發展得還不夠。氏對目前的研究狀況，總結如下：犯罪的預備主要是由個人的價值取向，主觀上對被發現與被處罰風險之估計，以及由潛在犯罪狀態的直接條件所決定。相對地，刑罰的嚴酷性則退居其次，特別是在所謂的理性犯罪人的身上。在重大的暴力案件上，並無法從一個特定的刑罰威嚇推論出可測定的威嚇效果。真正重要的，似乎應是社會中，整體預防體系的結構與強度。在數量增加的受刑人身上，較長的受刑期間無法導出較低的再犯率，因此也無法解釋，是否較長的受刑期間根本沒有預防的作用，或是否這種作用會因監禁的結果而被抵銷掉。

在謀殺的潛在犯罪人範圍內，無期徒刑的預防效果並無法確定。但這並不意味著，這種效果並不存在，而是說目前無法在經驗上加以確定。此外，也足以假定，無期徒刑的威嚇與科處對於一般人的法意識而言，仍具有重要性。對謀殺行為而言，無期徒刑的威嚇並沒有培養倫理道德（sittenbildende）的效力，它所具有的只是說明生命法益的高位階性，這樣一種規範闡明的（normverdeutlichende）作用而已。

c. Dr. H.-H. Jescheck 教授（Freiburg 外國與國際刑法 Max-Planck—研究所所長）· Dr. G. Arzi 教授



(Erlangen-Nürnberg 大學刑法、刑事訴訟法與犯罪學研究所主任 (Vorstand) 以及 G. Berrmann 法官 (依其在邦法院擔任陪審法院審判長的經驗) 和 G. Stalger 處長 (Leitende Ministerialrat) )，則針對如下問題擔任鑑定人：刑法第二二一條之構成要件的規定 (Ausgestaltung) 以及該條中唯一刑罰之規定有何疑問？

(a) Dr. Jeschek 教授陳述意見如下：

按照截至目前為止的判決見解，前述刑法第二二一條之構成要件，基本上對於界定謀殺與故殺在不法內涵與罪責內涵之差異上，堪稱妥適。惟尚有疑義者係，系爭的殘暴 (Heimtücke) (譯按：即刑法第211條第2項之「以殘暴之手段」殺人) 與掩飾意圖 (Verdeckungsabsicht) (譯按：即同條項之「為掩飾另一犯罪行為」而殺人) 二構成要件要素。

就「殘暴」這一要素而言，可能會有以下情形：僅管利用被害人無猜疑與無抵抗能力，也不能就認為係符合謀殺的特徵，因為「殘暴」有時並非代表狡猾詭詐 (Verschlagenheit)，而只是羸弱與無抵抗力者以武器對抗於殘忍與暴力而已。聯邦最高法院因而另行要求，須行為人有仇視之意圖 (eine feindselige Absicht) 始可構成殘暴。惟吾人則贊同文獻上通說之見解，對「殘暴」一要素應另行要求須有可責的信賴破壞 (verwerflichen Vertrauensbruch)，以便與無值得保護之信賴關係 (Kein schutzwürdiges Vertrauensverhältnis) 的情形相區別。如此，「殘暴」這一要素便足以界定謀殺與故殺在不法內涵與罪責內涵上之差異。

就「掩飾意圖」這一要素而言，則有疑問，蓋可能會發生袒護自己與袒護他人的並存情形（

situationsbedingte) 的案例。惟在此範圍內，可將此一謀殺的構成要件要素作限制解釋為：該殺人行爲須事先已被計劃。一如在選擇性草案 (Alternativ-Entwurfs... 譯按：係指在西德刑法修正過程中，由 J. Baumann 等十四人的教授團，針對一九六二年政府草案而提出的對立草案 (Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches)，作爲建議，供政府選擇之用者而言。) 第一〇〇條第二項第五款中曾建議者。實務判決雖未踏出這一步，然在法律上並未加以禁止。當前述二謀殺罪之構成要件要素作 (此種) 合憲性的解釋時，刑法第二一一條便符合平等原則的要求了。

倘吾人認爲此種合憲性解釋之嘗試並不充分時，則還是有可能從法律上另外要求，須有思想上之特殊可責性 (die besondere Verwerflichkeit der Gesinnung)，以作爲謀殺罪的實質罪責要素，這點同於文獻上之通說，但異於聯邦最高法院判決 (參閱：BGHS 9, 385)。刑法第二一一條的文義與立法史 (Entstehungsgeschichte) 可佐証此種解釋。因爲這牽涉到的是一項限制解釋，所以在憲法上並無疑義。有疑義的構成要件要素雖然應該長期地加以排除。但此處並無憲法上的問題，而是刑法修正的問題。

因爲刑法第二一一條之規定在合憲性解釋上並無可指謫，所以此種減刑規定上之缺失就並未牴觸平等原則，亦未牴觸比例原則。

此外，無期徒刑尚有助於廣義的一般預防 (Generalprävention)，蓋其乃社會控制 (Kontrolle) 的一部分，且爲社會大眾的法意識所要求。

b) Drai 教授作成如下結論：謀殺罪與故殺罪在不法內涵與罪責內涵上之差異，並非如此重大，

以致足以跳躍至無期徒刑。故殺罪——包括刑法第二一二條在內——處六個月以上十五年以下有期徒刑，容  
有廣泛的裁量範圍，恰與謀殺罪這種唯一刑度的刑罰（無期徒刑）形成對立。此外，有期徒刑尚有附條  
件緩刑之可能性。由上述所產生之鴻溝（Kluft），目前尚不足以被填補。即使在謀殺罪有應酌量減輕  
之情事時，亦無法求諸於刑法第二一二條，蓋聯邦最高法院並不承認須有特殊的可責性（die besondere  
Verwerflichkeit），作為謀殺罪附加的構成要件要素。同樣地，也不足以試著透過對謀殺罪構成要件要  
素作限制解釋，以便在個案中作成衡平的判決，蓋此處特別的「殘暴」和「掩飾意圖」二構成要件要素  
已過度僵硬呆板（zu Starr）。再者，刑度的廣泛差距也無法因此有所改變。而且，依刑法第二一二條第  
二項對故殺罪處無期徒刑，亦不足以填平此項差距；蓋此項規定在實務上甚少被使用。除此之外，亦不  
足以說明為何在刑法第二一二條預見了刑之加重（情事），但在刑法第二一一條卻未預見刑之減輕（情  
事）。最後，赦免之實際情況亦不足彌補此項鴻溝；蓋十五年之徒刑，十年後有緩刑之可能，與（無期  
徒刑）十五年至二〇年後有被赦免之希望，二者實有重大差別。

謀殺罪的構成要件要素，並不足以描繪故意殺人的加重情形。謀殺與無期徒刑的結合已使得立法者  
陷入如下的兩難困境：多數謀殺罪之構成要件要素造成了在應酌量減輕的情事下，構成要件不當地擴大  
。相反地，少數謀殺罪之構成要件要素則造成了過高評價該要素中所含有之不法或罪責升高（Unrechts-  
oder Schuldsteigerung）。是否吾人係將謀殺罪構成要件要素視為思想上的要素（Gesinnungsmerkmale）  
或一種特別不當的目的——手段關係的表達，這點若姑且存而不論，則該構成要件要素雖然可以說明謀殺

與故殺之區別，但卻無法說明（為何）刑度的大量升高。雖然我們並不否認謀殺罪之要素具有特別的不法內涵，但在毀滅人的生命所存有的不法（內涵）上，是幾乎沒有升高能力的（*Kaum steigerungsfähig*）。因此，是否這樣的行為（譯按：即謀殺行為）在僅僅犯人的罪責上內有如此多的修正（*Modifikationen*，譯按：係指罪責提升這麼多），以致得以正當化在刑度上的此種差異，恐怕是有疑問的。也因此，就在對謀殺罪的構成要件要素過高評價時，正是對人身法益的特別輕視，蓋只有在具備謀殺罪構成要件要素時，故意殺人行為才會被處以無期徒刑。因而，法官有理由儘可能地避開這項刑罰。

c) 邦法院審判長 *Beitrag* 法官則提出報告如下：法院通常依刑法第二二一條之個案（研究）法（*Kasustrik*）不難在個案中作成正確的判決結論。只有「殘暴」與「掩飾意圖」這兩個構成要件要素偶爾會有疑問。再加上，謀殺罪的唯一刑度在實務上的重要性比一般人所假定的要小得多；蓋在許多有疑問的案例中可透過對未遂犯或減輕責任能力者減刑的可能性，或者透過適用少年刑法的規定，來給予法官裁量的空間。惟法官還是有可能會在個案中陷入困難，因為根據聯邦最高法院的見解，並不承認須有特殊的可責任性，作為不成文的謀殺罪構成要件要素，而且在刑法第二二一條之要件符合的情形下，即使有其餘可考慮的減輕罪責的情形存在，行為人仍須受到謀殺罪的判決。這種結果是牴觸憲法上罪責原則（*Schuldprinzip*）的要求的。因此，相反於聯邦最高法院的判決，這點正足以說明應對刑法第二二一條作合憲性解釋為：謀殺罪之判決不僅須合乎規定的構成要件要素，而且，該行為尚須依其整體特徵（*Gesamtcharakter*），有特殊的可責任始可。此種限制解釋係合乎法條文義與憲法上要求的。

除此之外，依氏之見解，整個國家暫時還不能放棄無期徒刑這種刑罰。因為無期徒刑在整個法共同團體（Rechtsgemeinschaft）的意識中尚與謀殺緊密連結，而且將其廢除可能會被誤解為象徵著對人的生命的重視程度降低。

(d) Saab 處長（曾擔任過陪審法院審判長一段長時間）同樣亦指出，故殺罪的裁量空間與謀殺罪的唯一刑度有著天壤之別，且此種差距也不完全合乎犯罪學的現實。更確切地說，從故殺過渡為謀殺是持續進行著的，因此將其截然劃分為兩種刑度，在個案中是有問題的。但這並非反對無期徒刑，而是寧可贊成將有期徒刑的最高刑度提高為二〇年。

謀殺罪的構成要件可能有包括不屬於最嚴重案型的殺人行為之虞——這種危險通常係不會存在的。至少，氏檢視自一九四五年以來在巴登—瓦登堡（Baden-Württemberg）邦所有被判處無期徒刑的判決，並未發現有牴觸禁止過度刑罰（das Verbot übermäßigen Strafens）原則的案例。只有在「殘暴」這一要素上，有少數一些案例，人們認為：科以無期徒刑是不適當的。惟這種困難是可以透過，我們在聯邦最高法院純粹描述性定義之外，另外加上須有特殊可責的信賴破壞這一要素，來加以克服的。至於「掩飾意圖」這一要素則沒有疑問，如果係在欲掩飾的犯罪行為實施以前就已作成殺人決意，或該殺人行為係在欲掩飾的犯罪行為實施後違犯者。但如果係行為人在欲掩飾的犯罪行為實施當中或之後立刻因一時衝動（Sich hinreißen lassen）而加以殺害的情形，則我們應作比較不同地看待。不過這裏尚須考慮到，行為人係自己招致這種特殊情況，而且通常係欲掩飾重要的犯罪行為。故為了一致性的法律適用與刑罰裁量

上的利益，這項謀殺罪的構成要件中的概括條款恐怕尚有重大疑問。

在謀殺的情形下，若有一項一般的減刑規定將導致法院實務上，謀殺罪構成要件與法律效果（刑度）的相對化（有局限性）。亦即，一方面，該減刑規定會擴大適用到不具應酌量減輕之情事者。另一方面，在每個個案中，都會爭取這項規定的適用。因此，將造成對無期徒刑判決應負的責任會移轉到法院身上，雖然該責任應由立法者負擔較佳。除此之外，一項一般的減刑規定還將造成無期徒刑受到侵蝕（Erosion），蓋依經驗顯示，這項刑罰將會較少被使用。而這可能同時是廢除此項刑罰的宿命的第一步。

4. Dr. O. Triffterer 教授（Gießen 大學刑法、刑事訴訟法與國際刑法教授）與 Dr. H. Müller-Dietz 教授則針對如下問題擔任鑑定：對無期徒刑到受刑人赦免程序以及緩刑規定的優缺點如何？

a) Dr. Triffterer 教授主要強調現今運作中之赦免程序的缺點。長久以來，在赦免程序的開始上，受刑人多受制於赦免機關的工作進展（Tatig Werden）上，蓋主動提起會有被否決的危險，而且對再次重新申請設有事實上的禁止期間。因此，爲了受刑人的利益，實應創設規定法定的最低受刑期間。進一步的缺點是，赦免是由一群互相依賴的政治機關所決定。此外，赦免的決定經常被拖延。同時無權查閱之。對受刑人的評定是秘密進行的，以致於鑑定人無法提出批評。又按各邦的答覆來看，赦免的標準相當不一，但終究主要取決於須有積極的社會預測（the Positive Sozialprognose）。此外，赦免決定通常沒有說理或說理不足，而且不受法院審查。從整個現今赦免的實際情形，會產生有害於受刑人再社會化的不確定性。而所有的這些缺點已足以用來支持無期徒刑應設立緩刑規定（另請參閱 ZRP 1974, 15 頁以下）

）。透過思想教育的力量，這些緩刑的規定可另行促使受無期徒刑判決之受刑人再社會化，而且防制赦免程序變質（Denaturierung）。

（9）Dr. Miller-Dritz教授則認為，赦免程序具有彈性，且可廣泛個別化地加以決定。這裏並不涉及無期徒刑，亦與其一般預防效果無關。然而有缺陷的是，此種彈性同時也會帶給有關係（之受刑人）一種嚴重的不確定性，並增加實務的困難。這點主要顯示在各邦相當不一致的赦免實務上。再加上，不僅對赦免機關缺乏法律的約束，而且只有在赦免證據被撤銷時，才有法律救濟途徑，此外，赦免決定很容易在輿論的壓力下受到偏頗的影響。近來，赦免的實際情形竟然是用來矯正無期徒刑（的缺陷）。因此，赦免決定已過度發展成為預測（將來）的決定（Prognoseentscheidung），亦因而過度擔負了法院判決的功能。

這些缺點的重要性正說明了，在無期徒刑中的有條件釋放，尚須在法律上明文加以規定。但憲法所保障的赦免權仍不受影響。由獨立的執行法院管轄或許有助於實際（赦免）決定的客觀化。此外，亦可消弭刑法與行刑法間規範上的矛盾。由今日一般人所認識的赦免實際情形來看，無期徒刑的一般預防效果並不會因為一項規定可以緩刑的條文，而受到影響。但真正重要的是，經由這項法律規定，可使得提前被釋放的要件得以明晰。總之，一項法律規定雖不保證是完全的答案，但卻是刑事政策上較好的答案。

第一庭對本件程序之管轄，係根據依1976.6.28公佈之聯邦憲法法院法第十四條第五項規定組成之委員會所作之裁定。（譯按：聯邦憲法法院法第十四條第五項規定：「某案件應由那一庭管轄發生疑義時，應由正副院長及四名法官所組成的委員會裁定之。四名法官每庭各有兩名，以一事務年度為任期。裁定票數相同時，由主席決定之。」）

B、

（陪審法院之）提案應予受理：

1. 陪審法院向聯邦憲法法院提出問題，請求審查：是否刑法第二一一條第一項在「該條項規定：謀殺者，處無期徒刑」的範圍內，係違憲的？然而提案的理由不僅針對刑法第二一一條第一項規定之刑度；而且還指謫刑法第二一一條第二項謀殺罪構成要件規定不清（*unzulässigliche Umschreibung*）。謀殺罪與刑度較低的（五年以上十五年以下有期徒刑）故殺罪（刑法第二一二條）的界限劃分，在客觀上理由並不充分。

在刑法第二一一條這兩項的內在關聯上，刑法第二一一條第二項之謀殺罪構成要件亦應一併被提出，作為違憲審查之對象（參閱，聯邦憲法法院判決12,15[163]:27,1[5]:33,224[228]）然而這只在涉及「殘暴地」（*heimtückisch*）及「為掩飾另一犯罪行為」（*um eine andere Straftat zu verdecken*）這兩個構成要件要素的範圍內；因為根據提案決議（*Vorlagebeschlusses*）指出，只有這兩個要素才與（本訴訟程序的）開頭程序的決定有密切關連。而且這兩個要素亦毫無困難地可與刑法第二一一條第二項其餘之構



成要件要素分開。因此，提案決議所提出的問題在此範圍上應擴大。而陪審法也已清楚地表明（對該問題作成）判決的重要性。

2. 刑法第二一一條係後於憲法的法律（*nachkonstitutionelles Recht*），因而依基本法第一〇〇條之規定，應在規範審查程序中受聯邦憲法法院之審查。

雖然，本條規定的現行條文須回溯到1941.9.4公佈的帝國刑法典修正案，在該修正案中第一項規定謀殺罪之刑度，而第二項規定謀殺者之概念定義。然而，聯邦立法者已在其立法的過程中（*im Zuge seiner Gesetzgebung*）將整條規定納入其（立法）意思中（參閱聯邦憲法法院判決11.126 [131f.]；18.216 [219f.]；32.78 [82]；32.296 [299f.]；36.224 [227]）。

立法者曾兩次修改這項來自一九四一年的刑法第二一一條第一項的條文。（亦即）1953.8.4的第三次刑法修正案依基本法第一〇二條規定刪除死刑的規定，僅剩無期徒刑作為唯一的刑罰。1969.6.25刑法第一次改革案第五條第一項則以無期「自由刑」（*Freiheitsstrafe*）代替無期「徒刑」（*Zuchthausstrafe*）。

相反地，第二一一條第二項之文義則自1941.9.4公佈之刑法典以來，未曾修正過。然而，後於憲法的立法者（*der nachkonstitutionelle Gesetzgeber*）則已充分清晰地表示，他亦將刑法第二一一條第二項截至目前為止的規定列為其（立法）意思，而且——至少暫時地——加以堅持。在曾修正過的刑法第二一一條第一項與未曾修正過的第二項之間存有一項緊密的客觀上關聯。（亦即）其刑度若無謀殺罪要件之規定

，實無法適用。其實在刑法修正範圍內，亦曾有謀殺罪構成要件的新條文被討論與建議（參閱，一九六二年刑法典修正草案第一三三條，BTDrucks.V/650,35頁，理由在二七二頁以下；Baumann等人著，刑法典的選擇性草案——譯按：係指Baumann等人針對一九六二年政府刑法典草案而提出之對立草案，供政府選擇之參考用。分則部分，對人的犯罪行為，第一冊，Tübingen一九七〇年出版，十六頁以下（有關第一〇〇條規定））。然而立法者透過一九六九年以來刑法改革案對刑法分則的修正上，則始終對刑法第二一一條第二項之舊有文義，隻字未改。最後，整部刑法典則尚考慮到刑法改革法以及根據1974.3.2（1975.1.2新公佈）的刑法施行法第二三三條第一項的其餘修正規定。

C、

刑法第二一一條之規定，根據下述標準，在本案所審查的範圍內以及因此得出之限制解釋上，係與基本法相一致。

## I、

1.無期徒刑意味著對（受刑的）關係人基本權特別嚴重的侵犯。基本法第二條第二項第二句所保障不可侵犯的人身自由，經由這種位於現行刑法刑罰種類最頂端（an der Spitze des Strafen Katalogs）的無期徒刑，將會長久地受到剝奪。判決「終身的（徒刑）」（lebenslanglich）在嚴格字義上意味著，犯罪行為人將永久徹底地被排除於自由公民的社會之外。透過無期徒刑的執行，不僅源自基本法第二條第二

項第二句的基本權受到限制，而且——視個案情況而定——亦會涉及許多其他憲法所保障的基本權。這使得作憲法上質疑（*Fragestellung*）的重要性與意義得以清晰。

雖然，依基本法第二條第二項第三句之規定，人身自由之權利可經由法律加以干預（*eingegrenzt werden*）。然此種立法形成之自由（*Gestaltungsfreiheit*）在許多方面仍被憲法所限制。立法者在運用賦予給他的授權上，不僅須重視人性尊嚴之不可侵犯性（基本法第一條第一項）這個憲政秩序的最高原則；也須重視其他的憲法規範，特別是平等原則（基本法第三條第一項）以及法治與社會國家的要求（基本法第二〇條第一項）。因為人身自由是如此高位階的法益，以致只能根據特殊重大的理由加以限制，所以終身剝奪此種自由，便須亦根據比例原則的標準（*am Maßstabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes*）特別嚴格地加以審查。

惟在此等界限內，立法者仍有立法形成之空間。在現代社會中，從刑法扮演何種角色的觀點來看，無期徒刑提出了一連串法律與刑事政策的問題。立法者則有責任決定此等問題。他到目前為止，決定了對嚴重的犯罪保留無期徒刑。因此，聯邦憲法法院在（陪審法院）提案的範圍內，只能審查：立法者此種決定是與憲法一致？

2. 無期徒刑長久以來就一直是刑法制裁之核心主角（*Kernbestand*）。然而，與今日相比，它的重要性已因死刑居刑罰種類之首而不如從前。死刑（存廢）之爭使得在憲法上之容許性一般而言並未被提出質疑的無期徒刑（*das Lebenslanglich*），有被選擇之可能性。不過畢竟還是有一份並非不重要的

古老文獻，正確而詳盡地研究終身剝奪自由對人之人格上的影響與結果（參閱：M. Liepmann，論死刑，Berlin 1912，為第31期Deutschen Juristentag所作之鑑定報告（Gutachten）。死刑的擁護者間有一股相當受歡迎的論調：無期徒刑之執行無止盡地恐懼（Schrecken ohne Ende），比死刑之執行（恐懼而終（Ende mit Schrecken））更殘忍而不人道。嗣後，就在死刑之爭論逐漸平息之際，學說在約六〇年代末，重新開始研究終身剝奪自由的問題。此後，對最高刑罰的討論就不曾間斷過。對此，引人注意的是，最近十年在學術文獻上的研究一直較為活躍；相反地，法院判決則一直到Verden邦法院提出該問題提案之前，幾乎不曾對該問題進行過研究。刑事庭一直到最近還未曾進一步討論地假定無期徒刑在憲法上的可容許性。儘管係由Verden邦法院之提案決議所引發，但聯邦最高法院刑庭第一庭在最新的1976.7.13之判決，仍在一開頭就判示如下原則：「對謀殺者科處無期徒刑之處罰，與基本法相一致。這點亦符合一般人的法律觀與歷來之判決；本庭並無理由廢棄之。」被告針對刑法第二二一條被提出違憲質疑所提起之上訴，亦未曾有進一步闡明就被認為無理由。同樣地，所有在此等程序中被詢問的聯邦最高法院刑事庭，也一致認為無期徒刑與基本法係相一致，並無抵觸。

3. 在制憲會議（Parlamentarischen Rats）的協商討論上，並未明示地說明無期徒刑在憲法上的容許性。僅Seeborn議員（自由民主黨），在其主張廢除死刑但被主委員會（Hauptausschuss）否決的提案理由中，研究了自由刑並作如下說明（見制憲會議，主委員會之協商討論，五三四頁）：

、如果我要求廢除死刑並主張長時間的自由刑，那麼主要是因為自由刑有助於依現行法可免以死刑

之人，有機會在內心重新反省並改過自新。我們可以舉出許多例子，都正是因此而得以產生相當重要，對人類意義深遠的事物（*ganz Wesentliches, menschlich sehr Bedeutungsvolles*）。

在Wagner議員（社會民主黨）。於主委員會與制憲會議的大會上主張廢除死刑的提案討論中，同樣亦未對當時在刑法中已規定的其他處罰方式進行廣泛的研究（參閱前揭書，六六九頁以下，七四四及七五八頁；制憲會議，*StenBer.*，一八六頁以下）。儘管有著如此多紛歧的意見，但終究在納粹時代對死刑的濫用，才是真正決定基本法第一〇二條訂入廢止死刑規定的原因，因此，從單純廢除死刑的情況，並不能推論出，制憲者認為無期徒刑與基本法相一致。然而，從基本法原始條文的另一處，似可得出，制憲者係以無期徒刑的合憲性為出發點的暗示：亦即，經由1946.1.30公佈的管理委員會法（*Kontrollratsgesetz*）第一一條有關廢除德國刑法個別條文方面，當時自納粹時代以來一直有效的內亂與外患罪的處罰規定被廢除了。制憲會議起初不願在基本法中採取一個與之相應的替代規定（*Ersatzvorschrift*），蓋其以為此種刑法規定之公佈應讓諸將來單純的聯邦立法者為之。但最後制憲會議仍決定，將內亂與外患罪的處罰依據規定在基本法第一四三條，並定其刑度為無期徒刑或十年以上有期徒刑。這條規定一直1951.8.30公佈的刑法修正案生效前，都還有適用。惟尚未確定者係：這條規定是否享有憲法位階，抑或其僅涉及單純法律的刑罰規定，而制憲者只是因為認為有必要立即以刑法保護剛誕生中的德意志共和國對付內亂或外患，因而將其規定在基本法中？但無論如何，本條規定中無期徒刑的刑罰正足以說明，製憲者係容許無期徒刑的（*Dreher*教授同此結論，參閱、對無期徒刑，法官亦可以假釋（*Aussetzung des*

(Strafgesetze)——譯按：即西德一九六九年新刑法第五七條所謂之「餘刑之暫緩執行」嗎？載：Richard Lange教授紀念文集，Berlin-New York 一九七六年出版，三三三頁[三三八頁]；另請參閱Rohl教授，「論無期徒刑」，Berlin，一九六九年出版，一七四頁；Friedinghaus教授，「以憲法與犯罪統計學觀點看無期徒刑，刑法與政策，一九七二年，十六頁」。而幾乎沒有疑問的是：制憲者因此曾注意到了傳統上對終身剝奪自由的見解。

4. 然而，上述所確定的，仍無法用以決定此處所欲解決的憲法上疑問。對於基本法個別規定的解釋而言，立法史（Entstehungsgeschichte），制憲者的觀點與理由並非毫無條件地具有決定性意義。除此之外，我們還須理解自基本法生效以來，基本權的內容、功能與作用，以深化我們對這個問題的體驗。又對無期徒刑執行的效果作醫學的、心理學的與社會學的認識，亦有助於擴展（我們的視野）。但對無期徒刑在憲法上容許性的判斷而言，主要的評價因素在相當大的範圍是受到時間限制的（zeitbedingt）。新的認識會影響到，甚至轉變我們特別是依人性尊嚴與法治國原則這兩個標準，來評價此種刑罰。

## II、

1. 重視與保護人性尊嚴，係基本法的構成原則（Konstitutionsprinzipien）。自由的人格與尊嚴表現了合憲法秩序內最高的法價值（參閱，聯邦憲法法院判決6,32[41]:27,1[6]:30,173[93]:32,98[108]）。因此，國家的統治權在其所有表現型態上，負有尊重與保護人性尊嚴之義務。

「自由地自我決定與自我開展」這個目標，乃是作為一個精神的——道德的本質之人的概念為基礎。基本法並不將這種自由理解為一個孤立的、獨斷的（*selbstherrlich*）個人，而係將其理解為一個與社會連帶且受社會拘束的個人（參閱聯邦憲法法院判決 33,303 [334]）。這種自由必須考量到社會的拘束力，而非、在原則上係不受限制的。個人因而須忍受其行為自由上的這種限制，這種限制係立法者為維護與促進社會共同生活，在既存事實上所劃定的一般可期待的界限——惟仍須維持人格的獨立性。這點意味著，即使在社會中，原則上每個人都應該被承認為係具有自我價值的、權利平等的成員。因此，倘若使人成為純粹國家（刑罰）的客體，實係抵觸人性尊嚴的。人應永遠以其自身為目的（*der Mensch muß immer Zweck an sich selbst bleiben*）。這個原則係毫無限制地適用於所有的法領域的，因為作為一個人所具有的永恒的（*unverlierbare*）人性尊嚴就在於，他被承認為係一個得為自我負責的位格。

在對正義的實現作最高度要求的刑事司法領域內，基本法第一條第一項確定了有關刑罰本質的觀點以及罪與罰（*Schuld und Strafe*）的關係。『無罪責，無刑罰』（*nulla poena sine culpa*）這個原則有著憲法原則的位階（聯邦憲法法院判決 20,323 [331]）。每種刑罰須與犯罪事實之嚴重性與犯罪行為人之罪責（*Verschulden*）處於適當關係（聯邦憲法法院判決 6,389 [439]；9,167 [169]；20,323 [331]；25,269 [285]以下）。要求重視人性尊嚴，特別意味著，殘忍的、不合人道的以及凌辱的（*erniedrigende*）刑罰應予禁止（聯邦憲法法院判決 1,332 [348]；6,389 [439]）。犯罪行為人不得在違反憲法上對其社會價值權利與受重視權利（*sozialen Wert- und Leistungsanspruchs*）保護的情況下，成為純粹防制犯罪的對象。人的個人（

individuelle) 與社會 (soziale) 生存的根本條件應被維持。因此，從與基本法第一條第一項相關聯的社會國原則——這點特別在刑之執行有其適用——可以得出，國家有義務維持這種生存的最低限度 (Existenzminimum)，也就是根本地決定著一個具有人性尊嚴的存在者 (Dasein；或譯此在) 的最低限度。因此，如果國家必須為自己而強制地剝奪 (entkleiden) 一個人的自由，卻不給他至少有機會得以重新享有自由，那麼將與我們前面所理解的人性尊嚴相抵觸。

儘管如此，我們卻不可忽略了：人性尊嚴是不受支配的 (Unverfügbares)。然而，對這種要求尊重人性尊嚴所必須有的認識，卻不可與歷史的發展分開觀察。在整個刑事司法的歷史上，很清楚地顯示著：最殘酷的刑罰總會被較溫和的刑罰所取代，這種從較野蠻到較人道，從較簡單到較複雜的刑罰態樣上的前進步伐，是會繼續不斷的。因此，走仍然必須去走完的路 (noch zurückzulegen ist)，是可以被諒解的 (erkennbar)。亦因此，就只能根據今日 (一般人) 認識的情況 (jetzigen Stande der Erkenntnis) 來判決其符合人性尊嚴，而且不能要求其具有永恒的效力 (zeitlose Gültigkeit)。

2. 如果我們以這樣的 (上述的) 標準來審查無期徒刑的內容與效果，便可得出：並未有抵觸基本法第一條第一項之情形存在。

a) 邦法院主張牴觸人性尊嚴的理由，主要是強調在行刑中 (犯人) 人格變化的科學實証研究，以及行刑的經驗所証實的長期剝奪自由將出現損害 (犯人) 人格的結果：「在一段十年、十五年、二〇年或甚至二五年不等的監禁期間之後，在每位受刑人身上實際上將達到一種狀況：隨著良善情緒逐漸減少



、絕望、遲鈍以及冷漠，造成一種人格變化，這種性格變化最後會以無法面對實際生活，辯稱無罪，不斷的幻想赦免以及經常性「痴呆而告終」。

邦法院自己並未對此問題親自進行調查。如果我們檢視一下邦法院所引述的以及其他的有關文獻，便會發現實有重大疑問：是否對於其所主張的無期徒刑造成的損害結果，邦法院的引証，在方法上及客觀上確實穩固，而足以能夠得出對立法者立法衡量在憲法上之結論？特別令人注意的是：（在前述文獻中）比例上只有少數作者是根據自己的研究（而論述）。多數的主張最後都可以溯源到前述的一九二二年MLiepmann爲第三二期Deutschen Juristentag所作的鑑定報告（Gutachten）。（譯按：參見前述CI2部分）。

按Liepmann的見解（前揭文，一八四頁以下），終身監禁會經過三個發展階段（「三階段理論」（Dreiphasentheorie））。

在第一階段，高度的激動不安（Erregung）與強烈的沮喪消沈（Depression）更替出現的狀態，其囂其上。雖然判決（結果）會使得，在犯罪（Tat）、被發現（Entdeckung）和被判決有罪（Verurteilung）過程中承受高度緊張的被判無期徒刑者（Lebenslänglichen），獲得某程度的如釋重負。但是一當監獄大門在他們背後緊閉時，永久出現的思想上的嚴峻（Ernst des Gedankens）就開始震撼著他們。此種狀態需要以特別謹慎的態度執行，否則可能會造成受刑人精神力量的崩潰，以及嚴重違反紀律、具攻擊性，甚至造成有名的「監獄風暴」（Zuchthausknall）。但如果以正確的態度處理，約一至二

年後就會進入平靜。

按著係、第二階段，在該階段中，自我保存（的心理）經常成功地壓制監獄中破壞的力量」（前揭文，一八五頁）。沒有受刑人能忍受終身監禁的想法。所有的人把一切希望都寄託在這種狀態的暫時性中。每個人都渴望能再次地重新獲得自由。這種渴望能幫助他保持鎮靜和避免完全（*totale*）適應，同時保護他免於崩潰。同時，讓多數人能投入其最大心力，以便因表現良好而獲得赦免。在這種情況下，這些人學習著，甘心地服從監獄的規定，控制自己的性情，以及取得道德上的立足點（*ethisch Halt*）。

至於第三階段，*Liepmann*則謂（前揭文，一八六頁以下）：

「在二〇年的監禁處罰後，通常開始進入最憂鬱灰暗的第三階段。首先，隨著「良善情緒的逐漸流失」，這時會開始：消沈的絕望代替了愉悅的期望；失望損害了神經系統，懷疑自己患病的擔憂（*hypochondrische Befürchtungen*）日益加增，健康或許實際受到了損害；受刑人開始感覺繼續受刑是一種漫無目標的煎熬，認為自己是在遭受緩慢凌遲的死刑，因而猜忌、怨懟（*Verbitterung*）與對社會的仇恨取代了先前的信賴。然後，多數受刑人愈來愈「死寂而悲傷」，而且隨著逐漸消失的希望，愈來愈退卻，甚至彷彿變成隱居者，不再就醫，也不回答對其缺席理由的問題，「因為我這一生不再延續了（*nicht verlängern will*）」。接著，透過屠殺式的監禁，開始了內心生活殘忍的毀滅工作。人性中最根本的、亦是最良善的一切和受刑人的意志緩慢地，但終究必定會被扼殺。尊重他人的喜樂缺如了。極端困苦的生活開始並得勝了（*setzt*）。受刑人變得遲鈍而麻木不仁，機械化，最後崩潰。這正是成長中的精

神錯亂的溫床 (Nährboden)。」

Liepmann 的研究結果係根據廣泛的調查和對來自歐洲不同的國家，超過二〇〇〇名無期徒刑受刑人的資料作分析，以及其他科學工作者的嘗試著作 (Vorarbeiten) 而得出。因此，其鑑定報告之陳述，無疑地是一份相當可靠的 (gut fundierte) 對執行無期徒刑的監禁效果所作的研究。然而，尚須考慮者係，本世紀初執行監獄刑罰之情況 (譯按：Liepmann 該報告乃一九一二年所作) 與今日聯邦監獄執行之情況，實不可同日而語。即使大多數的監獄建築都是來自於當時的監獄，但真正重大不同的是，在監獄的日常生活中，對受刑人的對待態度 (Behandlung)。在此範圍內，雖然已從單純的「保安執行」(Verwahrverschluss) 演進化「治療執行」(Behandlungsvollzug)，而出現了基本的改變，但還有許多是可以再改善的。因此，Liepmann 的評斷——作成提案決議的作者們亦同——被認為太過悲觀主義，而且並非毫無困難地可以挪用到當今的情況來 (參閱：Röhl, 前揭書，一八五頁；Feige, 論無期徒刑之執行，載：Einsele, Feige, Müller-Dietz 合著，「無期徒刑之改革」一書，Stuttgart 一九七二年出版，一頁 (三頁) ) Dreher 教授 (前揭文，三三二頁以下) 亦強調，對以前研究的結果是否可以挪用到當今刑之執行的情況與效果，應持保留態度；氏甚至在其早期對此問題所發表的著作上 (ZsW 70 期，五四三頁 (五六二頁以下) )，即已明白地提出此見解。在新近文獻中，對無期徒刑執行的監禁效果所發表的看法，更是廣泛豐富，多彩多姿 (ein sehr breit Spektrum)。這些文獻包括從主張會發生嚴重的人格變化，到描述絕大多數的受刑人在經由赦免釋放後成功的再社會化等各種見解，不一而足。

第一種見解主張會發生嚴重的監禁傷害，其學者特別包括下列：

Einsele, 論無期徒刑，與 Müller-Dietz, 無期徒刑與有條件的釋放，二文同載於：Einsele, Feige, Müller-Dietz 合著，「無期徒刑的改革」一書，Stuttgart 一九七二年出版，二十五頁以下及三五頁〔七十六頁〕；Hanack, 無期徒刑，載：犯罪學的當代問題，H. E. Ehrhardt 和 H. Goppinger 主編，第十一冊（一九七四年），七二頁以下；Maurach, 德國刑法總則，第四版，Karlsruhe 一九七一年出版，八〇六頁；Otto, 剝奪自由後之性格變化、刑罰效果與對策，Berlin 一九六四年出版；Baumann, 刑法改革失敗乎？，Neuwied 和 Berlin 一九六九年出版，二〇頁和一二九頁以下；Roxin, 載：Baumann, 新刑法典草案，Frankfurt 一九六八年，八四頁以下；Otto, 生命刑，載 ZStW 八三期，三九頁（四八頁）；Triftner, 論聯邦共和國中「無期徒刑受刑人」之態度，ZRP 一九七〇年，十三頁（十五頁）；Welzel, 死刑爭論之我見，大刑法委員會會議紀錄，第十一冊，四七頁以下；Zipf, 新刑法中犯罪之法律效果，Jus 一九七四年，一三七頁（一三八頁）。

第二種見解承認，根據目前現有的研究結果，要對當今刑之執行的監禁效果作一確切可信的評斷，尚非可能；因此，欲作成判斷仍須進一步加以研究（作此等主張者有：Rohd, 前揭書，一二五頁，氏特別針對心理層面指出，對長期或無期徒刑評斷其會造成畸形效果（deformierende Wirkung），殊不可能，蓋此處涉及地刑之執行中最常被忽略掉的問題之；以及 Feige, 前揭書，四頁，氏則認為，有必要對殺人犯罪行為和無期徒刑受刑人之行為在科學上作進一步的研究認識）。這些學者係以特殊的標準考量到

，應致力於重視人性尊嚴的刑事執行，以及考量到，我們引用已超過五〇年以上的研究結果來對當今刑之執行的情況作判斷，似並不妥適。

不過上述二說，原則上仍肯定長期刑罰會產生監禁傷害，只不過對受刑人從什麼時點開始會有長期的人格損害，看法則相當紛歧。Ohm的文章指明為十三年的監禁期間（前揭書，九〇頁）。較普遍的說法則係十五年（如Einsele, Müller-Dietz, Trüffler），但亦有認為二〇年或二〇年以上的監禁期間，仍在受刑人可忍耐之範圍者（如Dreher, Rohl）。

最後是第三種見解認為，執行長期自由刑對受刑人面對實際生活能力的損害，通常並不會嚴重而長久到像持第一種見解的學者們根據過去的經驗所擔心的那樣。在最近一些研究結果的報告上（Bressi著，無期徒刑受刑人，（Lebenslänglicher）與受保安管束者，（Sicherungsverwahrter）社會預診（Social Prognose）的鑑定報告，JR一九七四年，一六五頁；Coerte，長期受刑人的經驗談，精神病學與神經病學的分析（Spektrum der Psychiatrie und Nervenheilkunde，一九七五年，五五頁以下）指出，透過適當的治療措施（Behandlungsmassnahme）絕對有可能防制長期受刑人嚴重的損害。另外，此說亦指出，在長期監禁後，被赦免而釋放的受刑人，其面對實際生活的能力，並未如此嚴重地減低到重大妨礙其得以成功地再社會化。

此外，在討論犯罪問題的歐洲會議上，歐洲委員會（das European Committee on Crime Problems des Europarats）於1975.8.13提出一份研究報告，對於長期自由刑受刑人的對待上作成了一項有廣泛科學根

據的結論。根據許多對此問題所作的專家鑑定報告，該委員會認為一般對長期由刑——因而亦包括無期徒刑——所發表的；所謂會對受刑人人格造成負面效果的見解，實際上並不可能。相反地，受刑人人格受損的開始與程度，應取決於更多在個案中相當重要的因素。因此，事實上長期監禁產生的負面效果，有相當高的機率係可以避免的。只要透過適當的措施，都可以有效地加以防制。

最近，也有兩篇針對執行無期徒刑是否造成監禁傷害的問題提出之專論（*Monographien*），最後結論卻各不相同。

一篇是Mechthild Goemann（無期徒刑受刑人之命運——被赦免之長期受刑人生活狀況與社會預斷之研究，*Berlin-New York* 一九七七年出版，*Kohl*大學博士論文）針對總共六六位長期受刑人，所作的深入研究。如同作者所言，我們從研究平均被監禁達二〇年之受刑人所受的影響，而獲得之經驗，與一般流行的、在新舊文獻中所主張的見解：一個人被剝奪自由超過二〇年，將造成受情緒與因之而生社會的束縛而無法矯正的性格缺陷。以及（適應的）彈性喪失，甚至導致「失去個性」（*Entpersönlichung*）的結果，並不一致。各種（受刑人）在幾十年之久的監禁後，因心靈的遲鈍造成無法面對實際生活的假設，只有在例外情況才會出現，常常只有監禁的早期階段會開始，但根本無須將其視為長期監禁的結果。此外，本文作者又調查了七〇年在長期間監禁後被赦免的犯罪行為人，並確定了，在其重新適應社會的過程中，並未出現無法克服的困難。

相反地，另一篇由Peter-Alexis Albrecht在其尚未出版的Göttinger大學博士論文中（；論釋放後無期

徒刑受刑人的社會狀況——監禁前、中、後之社會狀況的比較研究”，Cottingen，一九七六年），以共計八一位在尼薩克森邦（Niedersachsen）自1945.3.8，被判處無期徒刑，至1973.10.1被赦免並釋放之男性為例，所提出的結論則認為，超過十五年以上的監禁，從每個角度來看，都會損害到（受刑之）關係人日後的發展。長時間的監禁既不必要亦無意義；唯對社會生活的適應性有破壞性影響而已。

b) 在本案程序中所實施的證據調查，亦未獲致明確的結果。在言詞審理中，對於無期是否會引起（監禁上）損害？這一問題，實施專家鑑定的鑑定人所達成者，亦係類似我們在前述文獻中所見到的，相似又不一致的結論。

Dr. Dr. Bresser 和 Dr. Rasch 兩位教授——二人皆為精神病專家——儘管研究方法重大不同，但卻結論一致地表示，他們的研究無法證實：執行無期徒刑通常會造成受刑人的人格或健康，無法回復的損害。

Dr. Dr. Bresser 教授主要是在：面對社會的能力（*Sozialtaetigkeit*）的觀點下判斷（受刑人之）人格，然後在（前引的）Goemann（專論）的啟示下，評價實際有效的社會適應結果，以證明：無期徒刑受刑人在其人格上，通常不會受到損害。即使極長的監禁時間，也不必然會造成重大的人格減損（*Persönlich keitsbeeinträchtigung*）。

Dr. Rasch 教授在其研究的大多數受刑人中，也確認了：既無身體的長久損害，亦無精神崩潰、情感麻木——雖然有退卻（*Rücknahme*），但顯然是可扭轉的（*reversibel*）——更無精神病的症狀。

相反地，另外二位鑑定人 Dr. Ensele 女士及 Dr. Rasch 教授——二人對監獄行刑均有實務經驗——在重

要觀點上，則結論一致地表示，依他們的經驗與研究，在某段期間的監禁之後，便會出現身體上以及心靈——精神上的重大損害。

Dr. Engle女士以為，大多數被判處無期徒刑的女性，多未老先衰，且一部分罹患重病。終身的徒刑損害了大部分（受刑的）關係人，除非係特別強健的以及未曾受損地入獄的人。

Dr. Stark教授則確信，隨著監禁期間的增加，會加劇住院性損害（Hospitalisationschaden——譯按：係指由於長期住院所產生的身心損害；此當指由於長期監禁造成之損害）及（自由）喪失症候群（Deprivationsyndrome）。在五至七年的監禁後，多數無期徒刑的受刑人就會達到開始絕望的時點。沒有人能坐牢超過十年。

為何會有上述如此互相歧異的判斷結論，它的原因的尋找並非聯邦憲法法院的工作。或許是，如Dr. Dr. Bresser教授所指出的，是由於：人格（Persönlichkeit）或健康等決定性因素的定義不同，以及損害這一概念，因不同的觀點而解釋不一致所造成。亦或許是——如Dr. Engle女士所指出的——在對於無期徒刑受刑人發展情形的判斷上，太過根據單純主觀的解釋，而未以較可靠的方法，從監禁的第一天開始，持續地作縱斷面的研究（Längsschnittuntersuchungen）。又進一步言可能考慮的（原因）是，這些鑑定人的鑑定報告有經驗上根據的，按他們自己的說法，在比例上是很少的。因此，對於終身剝奪自由所造成的影響如何，就並沒有足夠的經驗可資依據，蓋通常提早釋放及這種提早釋放的渴望，都會對受刑人的發展有所影響。再者，各個執行機關（監獄）的不同監禁條件，也扮演著重要的



角色。

或許本來我們可以針對上述這兩種不同的見解，提出一些值得注意的觀點。但困難就在於，目前並沒有足夠可信的研究可資引證，以說明這兩種見解中的任何一者。所以至少在評價上，我們仍不能排除所有的情況，而一律認為，在一段依目前現有的了解尚無法具體指出的監禁期間之後，絕不會有一些案例可能發生令人擔憂的畸形的人格變化！

c) 在考慮到上述這種情況之下，憲法法院要作違憲審查就必須持審慎的態度（參閱，聯邦憲法院判決 37. 104 [118] - 43. 291 [347]）。雖然基本權的保護已經相對於立法者地移轉到聯邦憲法院身上。因此，憲法法院在審查時可不受立法者法律見解的拘束。但是，除非立法者的價值與事實判斷是可加以駁斥的——在此範圍內，憲法法院原則上可對其忽略不顧，否則立法者的這些立法判斷仍然具有重要意義。當然，在重大的基本權侵犯（是否存在）似乎仍有疑義時，這種有關事實評價的不明確性，是否應由基本權利的主體（Grundrechtsträger）來承擔，這似乎尚值得懷疑。然而，如果聯邦憲法院對於可能產生的監禁損害，否認其牴觸基本法第一條第一項所保障的人性尊嚴的不可侵犯性，那麼，其最主要的是根據下述重要理由：

aa) 無期徒刑的威嚇，在有意義的治療執行上，有其憲法上必要的補充地位。執行機關（監獄）對無期徒刑的受刑人負有任務，致力於促使其再社會化，維持其生活能力以及防制剝奪自由造成的損害性結果，與因此尤其可能產生的畸形的人格變化。這種任務是根源於憲法，從基本法第一條第一項所保

障的人性尊嚴的不可侵犯性所導出的行刑任務。如果這項執行機關的任務能以適當的標準加以完成，那麼將因此有助於防制對受刑人相當具威脅性的人格變化。

目前，在聯邦共和國，刑罰之執行已不再是單純的「保安執行」(Verwahrnehmung)，而是致力於幫助受刑人再社會化為目標的「治療執行」。這點也符合目前聯邦憲法法院對刑罰執行問題所著成之判決。聯邦憲法法院曾一再地強調，再社會化的要求在憲法上是符合一個重視人性尊嚴且受社會國原則拘束之社會的自我理解的(Selbstverständnis)。此種對犯罪行為人而言再社會化的利益，乃是源自於與基本法第一條相關之第二條第一項的規定，受刑人應保有機會，得於監禁期間屆滿後重新返回社會、適應社會(聯邦憲法法院判決三五卷，二〇二頁(二三五頁以下)；三六卷，一七四頁(一八八頁))。在可期待的範圍內，採取所有的法律措施，適當且必要地達成對受刑人上述的這種行刑目標，實係國家的任務所在。

如果我們從這點出發，認為，被判處無期徒刑的受刑人原則上也應該保有得重新獲得自由的機會，那麼，很合乎邏輯地，受刑人就應該被賦予得請求再社會化的權利，得以希望在長期的監禁之後能夠重新安排其自由生活(對此，參閱，聯邦憲法法院判決，四〇卷，二七六頁(二八四頁)，該判決涉及一位被判處無期徒刑的謀殺者)。因此，在這些情況下，刑罰執行機關應創設一些將來可釋放的要件，同時，減輕受刑人在社會中重新適應的困難。

1976.3.16公佈之行刑法(StVollzG)已考慮到這種合憲的刑罰執行的要求。該法第二條第一句便規

定，行刑之目的在於使受刑人有能力，將來在社會責任感中，能夠不再犯罪地過生活。依同法第二條第二句，執行刑罰有助於保護社會大眾不再進一步受害於犯罪行為。因此，在執行中的生活應儘可能地與社會大眾的生活關係相同，以防制剝奪自由造成的損害性結果。此外，執行刑罰亦應以幫助受刑人適應自由的生活為目標（行刑法第三條第一項至第三項）。在此，行刑法是將無期徒刑也包括在內的，而且該法之出發點認為，即使執行這種刑罰（即無期徒刑），其對犯人隔絕（*Isolieren*）的程度亦不得逾越自由刑的執行與受刑人處遇上所必要的範圍。受刑人應被如此地保持其生活能力，以便得以在獲釋出獄時能重新獨立過著正常的生活。除了第十三條第三項的休假規定（*Urlaubsregelung*）外，行刑法並未設有任何特別規定，將被判處無期徒刑的受刑人排除在法律賦予的請求權利或執行機關的給付義務之外。

因此，相對於迄今為止有效的服務規則與執行規定（*Dienst- und Vollzugsordnung*）而言，受刑人的地位已大大地改善。新的行刑法與執行目的的設定（*Existenz*）實可評價為，有重大貢獻於實現合乎人性尊嚴的行刑目標。職是之故，除了因為休假而須受到特別規定的限制外，無期徒刑受刑人幾乎完全享有與其他受刑人相同的執行處遇；這點，實有著特別的重要性。此外，如果行刑中之受刑人根據特殊情況，客觀上有產生令人擔憂的人格變化之虞，則依行刑法第三條第二項明示之文義，執行機關有任務另外採取適當的措施防制此種重大的損害。前述的鑑定人們在結論上也已一致地表示，這種適當措施的採取是可能的。特別是 *Stark* 教授，為行刑中可能採取的相應措施提供了詳細的建議；在該建議中氏強調，“無期徒刑所留下的痕跡與傷害，幾乎無法抹滅，但卻有補償之可能”。國家的任務，就在於授權執行

機關，以便其能完成採取此種措施之義務。至於這些在個案中應斟酌的措施，則是行刑的問題，此處我們無須進一步加以討論。

bb) 根據已成立的確證，所有無期徒刑的監禁上，很少有例外地：被判處無期徒刑之受刑人均經由赦免途徑獲得釋放——除了少數，犯人的社會預測（*Sozialprognose*）不良且基於公共安全的理由被要求再作繼續的行刑之外。如此一來，受刑人重大人格變化的危險便可獲得進一步重要的限制。在三〇年期間內，各邦已確定的赦免實際情況顯示，在七〇二位獲釋的受刑人中只有少數監禁期間少於十年（有四八位）。而且也只有少數監禁期間長達三〇年（有二十七位），始獲得赦免。大多數人的赦免，都在十五年至二十五年的監禁期間進行（關於此點，參閱，1973.10.26聯邦政府對基督教民主聯盟（CDU）之議員質詢時所作的回答——載 *BT Drucks 7/1171*，以及 *Albrecht* 著，在法律與赦免的緊張關係間，「無期徒刑受刑人」的社會整合（*soziale Reintegration*），載 *刑罰學與刑法改革月刊*〔*Mischkrim*〕一九七三年，一九八頁以下）。

最後應再說明者係，聯邦司法部長在對這個問題表示意見時指出，近年來，幾乎各邦都自動地轉向，以官方的立場在某段監禁期間之後，開始審查赦免的問題。他把這種趨向，歸因為係外界對無期徒刑不斷增加的批評以及西歐其他各國（普遍）運用赦免的緣故。

準此以解，近年來赦免的實際情形已根本地改變，而有利於被終身監禁的受刑人。在一九六四年，當時的司法部長 *Buckler* 博士答覆聯邦議會議員 *Pollenz* 博士的質詢時曾謂，至 1963.3.31 為止，聯邦監獄

中共計九〇二位無期徒刑受刑人。而各邦截至那時為止，整體而言只有在少數例外個案且只限於特殊情況，才赦免無期徒刑受刑人，特別是只有在，適用在那期間剛生效的少年法院法而未被判無期徒刑的受刑人的情況下，才加以赦免。當時計有十一位受刑人被赦免。爾後，依<sup>20</sup>教授的資料（前揭書，七四頁），至一九六五年為止，在巴伐利亞邦自1945.3.8以後被判刑的三〇〇位受刑人中，有四一位被赦免；在萊茵蘭——發耳次邦（Rheinland-Pfalz）的五九位受刑人，則只有二位被赦免，至於黑森邦（Hessen）則根本没人被赦免。儘管我們可能考慮到，截至一九六五年為止的赦免案件，是因為根本沒有監禁期間已足夠長的受刑人可供赦免，因此赦免頻率才如此低，但前引的最新的數字已足以清楚地顯示出，比起至一九六五年為止，現在實有大規模運用赦免的趨向。

d) 職是之故，當受刑人因持續的危險性而有必要繼續執行刑罰，且據之應禁止赦免時，實並未牴觸人性尊嚴。國家這個共同體並不被禁止，以剝奪自由的手段保障自己，以防止犯罪行為人對該共同體的危害。在此種情況下，剝奪自由究竟是一種保安處分的科處與執行，抑或係一種刑罰的科處與執行，這在憲法上已不再重要了。在確定犯罪行為人危險性的情況下，比例原則即應被重視，且在此種例外下，行刑法中的規定應作讓步（einzuhalten），這點是無須有進一步的說理的。

### III、

Vordem邦法院在提案決議中指謫：赦免權的主體係依其自由裁量作成決定；完全無法律規定赦免的

要件且受刑人亦無請求赦免之權利；根據聯邦憲法法院判決，對於赦免證據（*Gradeneweis*）的取決上，法院並無審查權（參閱聯邦憲法法院判決二五卷；三五二頁謂——（法院）對赦免決定不具法律顧問的性質（*keine Justitiarität von Gnadenentscheidungen*）；除非在撤回赦免證據的情形；聯邦憲法法院判決三〇卷，一一一頁；進一步可參閱：巴伐利亞邦憲法法院判決十八卷，一四〇頁；黑森邦刑事法院判決，載 *NW* 一九七四年，七九一頁）。

在上述這一點上，我們同意提案的邦法院的意見，亦即：依照當今的法律狀態，無期徒刑只能經由赦免的途徑獲得緩刑或釋放，這是否符合法治國原則，殊堪質疑。法治國原則要求釋放的實況應以法律明文化（*Verrechtlichung*）。

1. 赦免權屬於聯邦總統，在各邦則係總理，在薩爾邦（*Saarland*）則係部長會議，在各城邦則係邦政府（*Senaten*）所有。因而造成赦免權不同使用的情形。特別會造成：無期徒刑受刑人在被考慮赦免獲釋之前，須忍受各邦分別不同的監禁期間。根據各邦的答覆，自194538至19751231之間，各邦平均的服刑期間分別為：漢堡邦的十六年，柏林邦係十七又二分之一年，巴登-瓦登堡邦（*Baden-Württemberg*）約十八年，巴伐利亞邦、不萊梅邦（*Bremen*），黑森邦，低薩克森邦（*Niedersachsen*），薩爾邦（*Saarland*）及舒來史維格——霍爾斯坦邦 *Schlesing-Holstein* 在111至112年間；而萊茵蘭——發耳次邦（*Rheinland-Pfalz*）則約112年。這種不平等的情形，在不同邦的受刑人被安置在同一個監獄中時，更顯而易見。

2. Dr. Triffterer 與 Dr. Müller-Dietz 二位教授已在言詞審理中及他們發表的文章上，令人印象深刻地描述了赦免程序的缺點（參閱，前述的 A VII 4. 的部分）。

二位教授強調，這些缺點即使修改赦免程序，亦無法加以排除；因為只要我們堅持認為，赦免優先於法律（Gründe vor Recht ergehe），亦即，赦免不受特定法律標準的拘束，則這種源於事物本質（aus der Natur der Sache）而對赦免權訂立的詳盡的法律規定（rechtliche Fixierung），就只有在一定條件下才有可能。當今的赦免途徑事實上運作的方式，是一種帶有缺乏可預測性與監督之缺陷的緩刑釋放。因此，我們可以清楚地了解到，目前赦免的實際情形係處於一種途徑之上，這種途徑若按照赦免原本論理的出發點（dogmatischen Ausgangspunkt）來看，本來係應該被禁止的。

3. 但 Dreher 教授（前揭文，三三四頁以下）則特別指出，在言詞審理程序中同樣已被討論過的有關無期徒刑附條件緩刑之法律規定的缺點。如果在無期徒刑執行當中逾越了（Übergewechselt）犯人再社會化預測的刑罰制度（das System der Prognostikstrafe），且依犯人的危險性為繼續執行刑罰的依據，將因而抵觸責任刑罰（Schuldstrafe）的本質。進一步言之，附條件緩刑的法律規定將因而抵觸無期徒刑之刑事政策的觀念；因為這項概念係認為，在最嚴重的罪責下，社會預測是沒有意義的（而法院卻只能以犯人「再社會化之預測」為裁量之依據，決定宣告緩刑與否）。此外，在一段特定的最短監禁期間之後，按照規定的無期徒刑的釋放將會造成無期徒刑的變質（Denaturierung）。它的嚇阻作用也會變得比較小，同時，不能對日漸升高的謀殺和故殺致被判刑的案件，負起抑制的責任。在此等範圍內，可能的被害人

之利益損失要遠大於被判刑者。此外，（附條件緩刑的）法律規定的效果和因此而產生的請求釋放的權利，也可能會嚴重地被忽略。最後，法律規定無期徒刑可提前釋放，也可能與目前十五年的上限（Obergrenze）的有期徒刑相齟齬。人民的法感 *Rechtsgefühl* 與安定感將受到減損。接著會造成如下印象：本來是死刑，現在因為出現了後門，連無期徒刑也要被廢除。此外，還有與附條件緩刑相關聯的個案安排（*Einzelanstellung*）的問題，也完全無法解決。

基於以上這些質疑，Dreher 教授寧可認為，赦免權的規定足以勝任解決無期徒刑的難題。至於各邦並不一致的赦免實際情形，則可透過組成一個邦際的赦免委員會而有效地加以統一化。

4. a) 在審查無期徒刑的合憲性時，特別從基本法第一條第一項及法治國原則的觀點，可以發現：只有在受刑人保有具體的及原則上可實現的機會，可以在將來一定時點之後得以重新獲得自由，才是真正保證了合乎人性尊嚴的無期徒刑的執行；因為當受刑人不顧其人格的發展，而放棄了重新獲得自由的每一線希望時，人性尊嚴的精髓（*Keim*）將受到打擊。如果我們期望能夠根據對人性尊嚴的理解，使無期徒刑的執行可以完全被忍受，符合憲法上的要求，那麼僅有赦免的制度（*Institut der Begnadigung*）並不足以達成我們這種期望。這點我們可以同意鑑定人 Müller-Dieck 教授的觀點，他指出：大部份的赦免決定已變成一種根據犯人的危險性作再社會化預測的決定。這種赦免決定實因此履踐著根本不屬於赦免主體工作範圍內的任務。赦免（決定）係在不公開、不受司法形式保障的程序下發佈。雖然各邦的赦免實務，在赦免決定前有著極其謹慎的準備工作，但在程序上及釋放時點的確定上，仍存有重大的差異，並



未因這個理由而得以接受事後審查。

法治國原則係屬於一種直接拘束著立法者的指導理念（*Leitideen*）：這項原則源自於綜合觀察基本法第二〇條第三項有關於個別統治權的限制（*die Bindung der Einzelgewalten*）、第一九條第四項、第二八條第一項第一句等規定，以及基本法的整體概念（*Gesamtkonzeption*）而得出。雖然依照聯邦憲法法院判決（參閱，聯邦憲法法院判決七卷，八九頁（九二頁以下）；二五卷，二六九頁（二九〇頁）；二八卷，二六四頁（二七二頁）；三五卷，四一頁（四七頁）；*NW*一九七七年，八九二頁（八九三頁））之見解，這項原則並不含有對所有個案的每件事實明確而特定的憲法位階上的誠命或禁令（*Gebote oder Verbote*）；但相反地，此項憲法原則須要依客觀事實的需要加以具體化，以在整體上維護法治國的基要素與法治國性（*Rechtsstaatlichkeit*）。在本案系爭的事實上，所涉及者係要決定對受刑的關係人員有重大生存意義的問題，因此，不論依法安定性的原則，抑或實質正義的原則均要求：無期徒刑緩刑之要件與適用之程序應以法律加以規定。至於在個案中的安排（*Ausgestaltung*），則於憲法界限範圍內，應讓諸立法者有立法形成的自由（*Gestaltungsfreiheit*）。

b) 相對於此，還有一對附件條緩刑的法律規定的質疑，所未提及（*nichtdurchgreifen*）的問題。責任刑罰原則與附條件提前釋放制度之間的齟齬（*Widerspruch*），在刑法上已並非新鮮事。早在七八七一年帝國刑法典第二三條規定，就已經可以看見這種齟齬：如果被判處長期間自由刑的受刑人在監禁期間達四分之三後，得於一定條件下暫時獲得釋放。但無期徒刑受刑人排除其適用。然而，經過一百

年的演變，贊成將無期徒刑包括於得暫時釋放的規定中的意見增加了（參閱，*Rege*，前揭一四五頁）。惟對此所進行的討論則在一九三三年趨於停止。當一九五三年刑法第三次修正法，將暫時釋放制度放寬為在監禁期間達三分之二後，得附條件釋放時，無期徒刑並未被考慮包括在內。相反地，在當時及其後幾年，在大刑法委員會（*Großer Strafrechts kommission*）中甚至討論重新採用死刑（參閱，大刑法委員會會議紀錄，第十一冊，有關死刑的討論）。對無期徒刑受刑人附條件釋放的可能性完全加以忽略（參閱 *Rege*，前揭一四八頁）。準此，在一九五八至一九六二年刑法草案中只限制適用於有期徒刑得附條件釋放（*Aussetzung eines Strafrestes*..或即餘刑之暫緩執行（即緩刑））。其理由如下（一九六二年刑法草案，§七九條之立法理由，*BTDrucks. IV/650*）..

“雖然有些外國法將無期徒刑包括在適用範圍內。然而，這種釋放係牴觸草案本身的一般基本原則的。這種提前釋放的可能性係接納刑罰矯治的目的為理由，而以之為客觀刑法自明的規定（*Einrichtung*）。唯無期徒刑按其本質，並非根據此等目的，而係僅僅或至少更重要地係以犯人所應承擔的罪責的均衡（*Angleich der Schuld*）為根據的。無期徒刑的執行並無為將來的自由生活作準備的含義。因此，是否此種刑罰在個案中應予以縮短（而得以提前釋放）？這個問題並不取決於刑事政策上、法院審查上可令人接受的觀點，而只取決於保留給赦免權評斷時所作的考慮。”

對於這個問題，一直到一九六五年才被 *Ulrich*（“無期徒刑受刑人之命運”一文，載 *Maschke* 一九六五年，二五七頁（二六五頁））重新研究。此後，是否無期徒刑附條件釋放制度應施行，抑或僅保

留赦免制度？這個問題在第四及第五屆德意志聯邦議會的“刑法”及“刑法改革”這兩個特別委員會（*Sonderausschüsse*）中再度成為討論的焦點。特別委員會雖然不採一九六二年草案之理由；但亦同樣放棄在法律上規定無期徒刑的附條件釋放。因為該委員會認為，爲了給予受刑人一個真實的希望，以及恢復其能夠重新適應社會的能力，而在法律上規定無期徒刑的釋放，這原則上是不合乎期望的。儘管如此，在此種情形下特別委員會仍然主張赦免機關有唯一的管轄權利，因爲在公開廢除死刑之後如此短促的時間內，我們還無法“期望”——從法律的觀點來看可以說“確定”：無期（徒刑）不會真是無期（徒刑）吧！（*lebenslang doch nicht lebenslang sei*）（第五屆德意志聯邦議會，刑法改革法特別委員會，會議紀錄第二冊，二〇一九頁）。因此，這兩個委員會仍然與一九六二年刑法典草案一致地堅持，緩刑（譯按：即附條件釋放）制度只對有期徒刑有其適用（前揭會議紀錄）。

當一九六八年司法部長會議贊成將，允許無期徒刑受刑人在適當刑期後得重回自由生活的規定，訂明於法律時；似乎係希望修正特別委員會反對作法律規定的意見（前揭會議紀錄二五九三頁）。尤其是聯邦司法部的代表，在特別委員會中所提出的一份報告，更有助於說明這點（同前揭紀錄）。後來雖然委員會與其早先的決定不同，而決議將此問題按照一九六九年開議時各黨團（*Faktionen*）的意見重新討論（前揭，二五九九頁）。但最後該委員會仍舊堅持其原先的決定，而否決了在法律上作成明文規定。

刑法學者所提出之選擇性草案（*Alternativ-Entwurf*）——譯按：指在西德刑法修改過程中，由Baumann等十四人的教授團，針對一九六二年政府草案所提出的對立性草案，供政府修改時選擇之用）

已在第四八條第二項第二句中擬定，無期徒刑至少在監禁十五年後才能附條件釋放。行刑委員會亦在其有關：付保護管束之緩刑。(Strafaussetzung zur Bewahrung)這一論題的建議中研究無期徒刑的這一問題，並且作成如下建議(行刑委員會會議報導，第一冊，一九六七年，一五〇頁)：

“4. 本委員會建議：如果無期徒刑被包括在(附條件釋放的)法律中，那麼儘管可能仍有赦免決定，對無期徒刑受刑人實應以如下標準實行附條件釋放制度：

a) 當監禁期間已達20年時，才開始第一次審查附條件釋放的問題；

b) ……

1969.7.4第11次刑法改革法(BGBI. I冊·七十七頁)及1974.3.2刑法典施行法(BGBI. I冊·四六九頁)——此二法中公佈了，刑法總則全新的條文(Neufassung)及由執行法院施行的附條件緩刑制度的大部份新規定(Neubestattung)——仍然並未規定無期徒刑得附條件緩刑。因此，刑法第五七條只適用於有期徒刑之緩刑(參閱，Dietz，德國刑法，第三六版，一九七六年，五七條)(譯按：附條件釋放制度是否限定適用於有期徒刑？抑或亦可以適用於無期徒刑(終身自由刑)的問題，在西德刑法學者一直有爭論，迄至一九六九年西德刑法第五七條，仍規定附條件緩刑僅適用於有期徒刑。無期徒刑的釋放，並非附條件釋放制度所可適用，而應屬於刑罰赦免，如大赦與特赦的領域。

一直到一九七四年，聯邦司法部針對第十五次刑法修正法的專題研究草案(Referentenentwurf)中，這個問題才有了新的轉機。這份草案擬定：當刑罰執行了相當部分時間後——草案認為不得低於十二

至十五年——且得以通過試驗：是否受刑人除了此項刑罰執行之外，不會再有其他犯行時，則無期徒刑受刑人之刑罰執行，可因受刑人同意付保護管束而延緩（緩刑）。至於是否釋放，則由獨立的刑事執行庭（Strafvollstreckungskammer）來決定；法律救濟（上訴或抗告）則由公開審理的邦高等法院來判決。該草案的前言便指出：本草案主張在一定的要件下，可延緩無期徒刑的繼續執行。無期徒刑乃現行法最嚴重的刑罰，基於防衛社會大眾免受最嚴重犯行侵害之必需，該刑罰有必要繼續存在。只要這種刑罰有助於保護社會大眾，那麼它就不僅應科處，而且應執行。然而經驗顯示，即使在防衛社會的觀點下，也絕非所有的案件都需要去執行這種科處的刑罰，一直到生命結束（bis zum Lebensende）。在本案主要爭執的謀殺行為上，就有不少案例所涉及的不僅是因制度所引起的（situationsbedingte）犯行，而且涉及不會發生再犯危險的犯人人格。在這些社會預測顯示良好的案例中，繼續執行無期徒刑實無法在刑事政策上加上正當化。而且我們所獲得的這些經驗：長期持續不斷的剝奪自由，意味著格外的身心負擔，且將造成受刑人人格結構的嚴重減損；正足以證明，無論如何，應落實（無期徒刑）提前釋放的可能性。此外，如果一開始就阻絕了受刑人重回自由的每一線希望，那麼將不可能會有有意義的刑罰執行。更何況，迄今為止，絕不是每一位受刑人通常都停留在行刑中一直到生命結束。然而，現行制度中獨立的以及根據個案所作的赦免決定，並不能令人滿意地解決這個問題。國家辦事處及各邦政府辦事處（staats- und Senatskanzleien）的負責人在其1972.3.16的決議上就非常正確地指出：以一個統一的赦免實務來糾正現行法的缺失，實非赦免機關應作的工作。

因此，我們不能因為法律明文將無期徒刑提前釋放的可能性包含在內，而認為其違反了罪責原則。相反地，我們贊同行刑委員會所表示的看法（參閱，行刑委員會會議報導，第一冊，一九六七年，二一頁）：一項在論理上可能前後不一致地出現的法律規定，在刑事政策上卻可能是正確的。另外，Müller-Dietz教授亦在其聽審（Anhörung）中指出：所謂的緩刑釋放，在刑法與行刑法是重覆一致的。因為在刑法典中已經明白地表示，無期徒刑從法律的觀點（von Rechts wegen）絕不需要完全地加以執行的。前面所提及的，行刑法中以犯人再社會化為目的之規定，從現在起也對無期徒刑的受刑人有其意義。

另外一個問題是：是否提前釋放應以良好的社會預測以及某一段最低限度的監禁期間為唯一決定標準？這項對於目前存在的專題研究草案（Referentenentwurf）的質疑，並不足以嚴重到反對法律明文規定，因為對於無期徒刑受刑人的釋放，除了社會預測之外，我們可以在法律上明定其他的釋放標準。例如，我們可以著眼於：在規定釋放時點時考慮到謀殺行為的不法內涵與罪責內涵。這樣一種細分的可能性可以正確地評價每一個個案的特性。至於在此找到一項有意義的規定，則是刑事立法者的任務。

不過這樣可能還是會有另一項重大質疑：（如此地將無期徒刑的附條件釋放以法律明定）將可能減低無期徒刑的威嚇效果。關於這點，Dreier教授（前揭三三九頁）以及在言詞審理中Müller-Dietz教授已指出：現今的赦免實際情形，已經造成一般人民中廣泛流行著的見解，認為無期徒刑並非真如其名，實際上並未真的無期。最有名的是在行刑中流行的俗語：「無期徒刑也是暫時的」（Lebenslanglich ist auch vergänglich）。基於這種已廣泛流行的見解，對無期徒刑的釋放在法律上加以明定並不會產生特

別減損人民的法感與安全感。因此，以法律明文規定所造成的「侵蝕刑罰」（Erosion der Strafe）的效果並不會超過公開確定這種已廣泛存在的客觀狀態。

最後，我們認為，規定（Angestaltung）附條件釋放的困難性並不會大到值得重視；因為如果我們同樣地以法律規定，則在附條件赦免時亦會發生同樣的困難。

5. 基於前述的衡量，立法者負有一憲法上的義務去制定一項相應的法律規定。按照聯邦憲法法院的判決，我們應該給予立法者一段蒐集經驗的適當時間，以針對無期徒刑及其執行上的難題等這些正在發展中的綜合體（Komplex），因應解決之道。只有當立法者空有適當解決問題的足夠經驗，而仍疏於檢查與改善時，這項（無期徒刑附條件釋放的）法律規定的缺乏，才足以構成憲法法院干涉的理由（參閱聯邦憲法法院判決四三卷，二九一頁（三二一頁））。在此，我們應當賦予立法者有這樣的活動空間（Spielraum）。

#### IV、

當立法者將無期徒刑視為對最嚴重的殺人行爲的一種必要且適當的制裁時，那麼它就沒有牴觸憲法上有意義且適當刑罰的要求（Gebot des sinn- und maßvollen strafens）（參閱，聯邦憲法法院判決，二八卷，三八六頁（三九一頁））。

1. 聯邦憲法法院曾多次反覆地研究國家刑罰的意義與目的，對於學理中所主張的刑罰理論，原則上

並未表示意見。即使在系爭案件中，也沒有理由深入不同的刑罰理論；因為聯邦憲法法院並沒有任務從憲法的觀點，去為刑法學理中的理論爭執作決定。同樣地，立法者自一九六九年以來的刑法改革法，就不願對刑罰的目的表示意見，而且僅設置了不致因為學理上承認的理論而阻礙了其繼續發展的開放性的規定（參閱 BTDrucks V/4094，四頁以下，Dreher，德國刑法，三六版，一九七六年，德國刑法第三六條的註釋三及四，Laetner，德國刑法第一三條——立法者瑕疵給付？載：Wilhelm Gallas教授紀念文集，Berlin-New York 一九七三年出版，一一七頁，一二一頁，一三六頁）。惟現行法及德國法院判決實多追隨所謂的綜合理論（Vereinigungstheorie）——雖然置重點不同——，試著將所有的刑罰目的相互結合於一個相權衡的關係（ausgewogenes Verhältniss）。該理論係在憲法所賦予立法者立法形成的自由的範圍內，去承認個別的刑罰目的，去相互權衡並彼此調和個別的刑罰目的。準此，聯邦憲法法院在其判決中，已不祇強調罪責原則，而且也承認其他的刑罰目的。該院將保護社會生活的基本價值視為刑法的任務。將罪責均衡、預防、犯人的再社會化、贖罪以及應報不法犯行等，均視為適當刑罰制裁的目的（參閱，聯邦憲法法院判決，三二卷，九八頁〔一〇九頁〕；二八卷，二六四頁〔二七八頁〕）。

2. 提案之邦法院認為：根據聯邦憲法法院所承認的刑罰目的，無期徒刑並不具有正當化的理由。它並不具有立法者所假定的威嚇效果；它用來保護社會大眾對抗可能的累犯犯人，在大多數案例中實嫌多餘；同時它也侵犯了具有憲法基礎之請求再社會化的權利。又用以贖罪與應報而言，無期徒刑亦不妥適。這些觀點，並不能令人贊同。相反地，根據聯邦憲法法院所承認的，而且基本上符合通說所主張的



綜合理論的刑罰目的，來加以審查，我們可以得出：無期徒刑作為制裁最嚴重殺人行爲，以保護作為重要法益的生命的生命的手段，實達成了一項重要功能，而且不僅符合今日一般人民普遍存在的價值觀，同時也清楚地說明了人民思想教育中的非價判斷（Unwerturteil）。這種制裁絕不致於阻礙，無累犯危險的謀殺者將來的再社會化，而且也符合刑罰罪責均衡與贖罪的功能。因此，總而言之，無期徒刑對謀殺行爲並非無意義的刑罰。

a) 如果刑罰的最高目的在於防護社會免於有損社會行爲的侵害，並且保護社會生活的基本價值（普遍的一般預防，（"allgemeine Generalprävention"），那麼在此我們所必要進行的整體觀察，首先就應從被侵害法益的價值，以及侵害行爲損害社會的程度——也應與其他被處罰的行爲相比較——出發。每個個人的生命屬於最高的法益。國家對其有保護的義務，這種義務可從基本法第二條第二項第二句直接導出；亦可從基本法第一條第一項第二句明示的規定導出。如果立法者對於這種最高法益的特殊可責的侵害，以傳統的概念「謀殺」來加以界定（umschrieben），那麼我們——至少在出發點上——便不能在憲法上對其加以指謫。

當然，無期徒刑對謀殺行爲的一般預防效果，仍有著相當不同的評價（參閱，Rohl，前揭二〇一頁以下）。故對此——如同鑑定人一致地在有關的刑罰學及刑法文獻上所已說明的——我們應區別一般預防的消極觀與積極觀來加以探討。

aa) 一般預防的消極觀在習慣上得以，威嚇其他有違犯類似犯罪行爲之虞的人，這個「威嚇」概

念來加以說明（「特殊的一般預防」（*spezielle Generalprävention*）——參閱聯邦最高法院刑事判決二四卷，四〇頁（四四頁））。對此，鑑定人們一致地表示：對謀殺行為而言，無期徒刑的威嚇作用究可及於多大範圍的潛在犯人，並無法確定。的確，我們對這點相當缺乏特別的研究。而且，誠如言詞審理中所已陳述的，即使一般實證經驗上對威嚇問題有些許的研究，但因這些研究在方法上的可靠性（*Zuverlässigkeit*）、可普遍化程度（*Verallgemeinerungsfähigkeit*）及因而其（在訴訟上的）供述能力（*Aussagefähigkeit*），均須持保留態度。

當然，大部分的謀殺者犯罪，是出於衝突狀態（*Konfliktsituation*）。然而，僅從這點我們尚無法推論出：在這些案例中，刑罰威嚇係無作用的。因為即使是衝突中的犯人（*Konfliktäter*）也不必然是冒冒失失、不假思索或草率莽撞地以謀殺來克服眼前的困難。相反地，這些犯人必然是在考慮過各種消弭該衝突狀態的可能性，而沒有別的出路時，才實施謀殺計劃。就在這個潛在的謀殺者設法從他的狀態中找尋出路的階段，這種在一般人意識中對人的生命高度的（*lebendig*）評價，以及因此而對謀殺的評價（參閱下述的a部分），阻止了他的謀殺行為。此時，無期徒刑也直接在下述情形影響到他：為了避開這種刑罰，他試著找尋其他的解決途徑。惟應注意者，係衝動犯與情緒犯（*Trieb- und Affektäter*）的情況又不相同，因為這兩種人通常不會有上述這一類的考慮，與找尋其他的出路。但即使在此範圍內，我們——如同刑法實務家們針對這個問題所已指出的——仍不能——開始就設定刑罰威嚇完全不具作用。

bb) 一般預防的積極觀通常是，從維護與加強一般人對法秩序的存在力和執行力的信賴，這個角

度去理解（參閱，聯邦最高法院刑事判決，二四卷，四〇頁（四六頁）；二四卷，六四頁（六六頁））。執行法律以對抗犯罪違犯的不法，乃國家之任務；裨以證明在法律共同體中，法秩序的堅定不渝，並加強人民對法律的忠誠（*Rechtsstreue*）。對於此點，雖然迄今並無任何可靠有效的研究。而且，對於最嚴重的殺人犯罪而言，從特定的刑罰威嚇或刑罰實務得出的減低犯罪的作用，其機率根本也無法精確地加以指出。然而卻有著足夠可靠的根據，證明：無期徒刑的威嚇與科處，在教育一般人對人的生命形成法律意識，這個層次上，有著重大意義。

在被用以威嚇的刑罰的刑度上，立法者已表達了他對於以刑罰加以制裁的犯罪行為的非價判斷。透過這種非價判斷，他基本上有助於教育人民的法意識。亦即，正是像無期徒刑這樣嚴重的刑罰，特別適合於用以加強人民的意識，使其能認識到，人的生命係一極有價值且無可替代的法益，應受到特別的保護與普遍的重視及肯定。透過這種意識的思想教育，可整體普遍地提高人民，克制其危害人的生命的意願，特別是故意毀滅人的生命的意願。

基於上述理由，質疑無期徒刑對一般預防的目的而言並非必要的這種說法，實屬謬誤。雖然我們可以指出，當死刑尚被允許的時代，謀殺行為依然有人違犯；而且在某些不再承認死刑的國家，重罪（*Kapitalverbrechen*）亦沒有明顯升高。然而，（如果無期徒刑不應存在，則）實在還有一個以目前刑罰學上的研究成果仍無法解決的問題：究竟係三〇年抑或二五年抑或根本只要二〇年的有期自由刑，能夠達到足夠的一般預防效果？因此，在這種狀況下，如果立法者不僅侷限於一般預防的消極觀（參閱上述

的aa)部分)，而且也賦予無期徒刑前述的作用——在教育一般人法意識上有重大意義（這種意義無法從有期徒刑的威嚇得出），那麼他係持守了立法者立法形成之自由的分際的。

b) 以對個別犯人實施保安處分（Sicherung）為內容之消極的特別預防（negativen Spezialprevencion）的刑罰目的，可經由對犯人終身看管（Verwahrung）的方式圓滿達成。惟是否基於安全性為理由，而終身執行自由刑，通常應視犯人累犯的危險而定。這種危險，依照對各邦的調查顯示，謀殺者累犯的機率較低（約50%），而通常的累犯頻率則在50%至80%之間。就因為這種情況，似乎使得各邦另提出考量的理由，主張：僅僅保安目的並不能正當化對謀殺者，一概地科處無期徒刑。

然而，對所有的謀殺者一律判處無期徒刑，至少可以使我們能夠，不是一開始就將刑度和該刑度謀殺者應監禁的期間，取決於格外困難，而且也常常不確定的長期間的犯罪預測的結果。否則，一旦因為不適當的預測，使得有危險傾向的暴力犯人可以在有限期間的刑罰監禁之後，重新獲得自由，則危險豈非要更大得多。雖然我們不可以忽略了，這樣適用，會使得那些在某段監禁期之後，對社會大眾已無危險性而應可重獲自由的謀殺犯，也被判處無期徒刑。但至少，這種情形可由前述的（附條件的）釋放，加以修正。

c) 在考量到目前的赦免實務，以及緩刑程序被要求法律明文化的情況下，無期徒刑的科處，並未抵觸源自憲法的再社會化思想（積極的特別預防（positive Spezialprevencion））。被判處無期徒刑的謀殺犯，原則上享有在某段監禁期間後重新獲得自由的機會。這項在行刑法中所保障的再社會化的目標，係

會積極地影響到謀殺者的。因此，我們可以確認，謀殺者在將來釋放以後，仍有生活能力及重新適應社會的能力。只有對社會大眾仍具有危險的犯人，行刑的再社會化目標才無法起任何作用。但這並非被判處無期徒刑所致，而係因為相關受刑人特殊的人格關係所致，這些受刑人長期地排斥有成功希望的再社會化。

d) 至於最後所談的罪責均衡與贖罪的刑罰目的，如果謀殺者因其極端的不法內涵與罪責內涵，而被科以非常高的刑罰，則是符合目前刑罰制裁體系的。更何況，這樣的刑罰也與一般人的正義期待相吻合。準此，則立法者更可以邏輯一貫地，對於以特殊可責的謀殺方式毀滅人的生命的行為，處以這種最高的、隨時可任其使用的刑罰。

雖然刑罰的贖罪功能在「社會防衛」(„*defense sociale*“)思想佔居優勢的時代，仍存有激烈爭論。但如果立法者仍然繼續以之為一正當的刑罰目的，那麼他便可認為，以謀殺方式毀滅一個人生命的犯罪行為人，應承擔其嚴重的罪責，而且，他要重新回到社會，應以，由一段有提前獲釋機會的相當長的自由刑消化其罪責(*Schuldverbüßung*)，作為要件。

在外國所謂的(無期徒刑)不同地逐漸消失的發展，並未見繼續進行。在大多數已廢除死刑的國家，仍一如往昔地科處無期徒刑，作為對最嚴重犯罪的制裁。義大利憲法法院就曾在其1974.11.7/22的判決，明白地研究無期徒刑與義大利憲法第27條第3項的一致性。因此，刑罰的目的不僅係犯人的重新適應社會；威嚇——預防以及社會防衛——在不小範圍內係矯正——均為刑罰可被允許的理由。

1. 根據源自基本法第一條第一項及第二條第一項（人性尊嚴與人類自我負責）以及法治國原則的罪責原則，構成要件與法律效果——相較於正義理念——應適當地相互調和（參閱聯邦憲法法院判決二〇卷，三二三頁（三三一頁）；二五卷，二六九頁（二八六頁）；二七卷，十八頁（二九頁））。因此，該項被用以威嚇的刑罰，應與犯罪行為的嚴重性以及犯罪行為人罪責的程度，處於適當關係；被科處之刑罰不得逾越行為人之罪責。如果犯罪行為顯示出不同程度的罪責（Verschuldung）與嚴重性，那麼原則上，就應該讓法官有調整刑罰的可能性（參閱，巴伐利亞邦憲法法院判決，三卷，一〇九頁（一一四頁）；同此見解，Nipperdey，「人性尊嚴」，載：Neumann-Nipperdey-Scheuner 著，基本權，第二冊，Berlin 一九五四年出版，三三頁；Stree，犯罪效果與基本法，Tübingen 一九六〇年出版，一三頁）。一項牴觸憲法上比例原則的刑罰規定，係不能成為合憲秩序的一部分的（聯邦憲法法院判決六卷，三八九頁（四三九頁））。

2. 在這種關聯下，便出現了特別是本案的關鍵問題：是否對於每一種以殘暴手段殺人，以及為掩飾另一犯罪行為而殺人的情形，均處以唯一無期徒刑，係違反比例原則的？這個問題也特別有提出的必要，因為立法者除了謀殺罪（刑法第二二一條）及殘害人群罪（刑法第二二〇a 條第一項第一款）這兩種情形外，通常會預留一個裁量範圍，讓下判決的法院根據刑法第四六條所規定的量刑理由，在具體個案中決定適當的刑罰。提案的（Verden）邦法院便係因此而要求，對謀殺罪的刑罰科處，也應該有一定的

裁量範圍，使法官能夠在個案中，調和刑罰與犯罪行為的不法內涵和犯罪行為人的罪責；藉此使法官得以不被強迫去科處，他認為顯得不適當的過高刑罰（對此，參閱 *Sarstedt, Verh. DfT* [一九五五年] 四一期，第二冊，D43）。

雖然如此，不過這裏我們應注意到：絕對的刑罰有助於法安定性與犯罪行為人的平等處罰。根據經驗顯示，對類似案件（類似的犯罪要件）各個法院的量刑標準相差甚大。法官普遍而言都比立法者溫和，而且有時傾向於，儘可能在案件中避開適用最重的刑罰，而這些案件正係立法者本欲以最重的刑罰加以科處的。這種傾向愈大，法定的最低刑度就會愈來愈高（參閱 *Reich* 前揭一八七頁）。而對於像謀殺這樣嚴重的犯罪，力求能儘可能同樣地劃一適用，會因為已經形成的公式化（*Schematismus*），造成在個案中令人不能滿意的結果。因此，絕對科處這種嚴重的刑罰只有在如下情形，才不致發生憲法上的質疑：當法律已經讓諸法官，能夠將具體案件涵攝（*Subsumtion*）於抽象規範之下，而得出與憲法上比例原則相一致的刑罰時。如果我們——如同言詞審理中所已得出的——能考慮刑法總則的規定，以及經由對刑法第二一一條作合憲的限制解釋，等別是對以「殘暴的」手段和「為掩飾另一犯罪行為」這兩個謀殺罪要素作限制解釋，則上述不生憲法上質疑的指標，便能達成。

a) 在法律實效性上（*Rechtswirksamkeit*），刑法第二一一條第二項的情形科處無期徒刑的絕對性，要比第一眼看到的印象要小得多。立法者主要係透過刑法總則的規定，使得犯人人格與行為上的特殊

情狀，能被法官所考量。在此，我們可以舉出刑法第二〇條及二一條，有關無責任能力人不罰以及減輕責任能力人減輕其刑的規定；另外還有相關連的刑法第二三條第二項與四九條，有關謀殺未遂以及第二七條第二項第二句幫助犯減刑的規定。最後還有少年法院法的有關規定，特別係該法第一〇六條第一項。

依照刑法第二一條規定，減輕責任能力人有被減刑的可能性，這點特別對衝突犯（Konfliktster）有特殊重要性（參閱，聯邦最高法院刑事判決，八卷，一二四頁）。聯邦最高法院繼帝國法院的判決之後（帝國法院刑事判決57,76・73,121）針對舊刑法五一條規定，發展了「法學上的生病概念」（juristischen Krankheitsbegriff），這個概念係在最高法院刑事判決十四卷，三〇頁〔三三頁〕被詳盡地說明，而且作為將來持續判決的基礎。據此，不僅係醫學臨床上一精神病學意義上的精神疾病，會落入該判決規定使用的「精神活動疾病障礙」概念中，而且「所有各種有關智力活動（Verstandestätigkeit）的障礙，以及會減損一個正常的且精神上成熟的人，得以形成其意志的觀念與慾望的意志生活、感情生活和性生活的障礙」也都包括在「精神活動疾病障礙」這個概念中（故變態的性衝動也包括在內——參閱最高法院刑事判決二三卷，一七六頁）。雖然新刑法第二〇條用心靈上障礙（die seelischen Störungen），與舊法第五一條的規定用語不同；但判決基本上仍未改變。誠如Kreuzer（ZRP, 一九七〇年，五〇頁〔五一頁〕）所說的，一九七四年每個因為謀殺罪而被判刑的成年人，均被視為減輕罪責人。

b) 到目前為止，謀殺罪中以「殘暴的」手段和「為掩飾另一犯罪行為」這兩個要素，早在判決中被作限制解釋。



aa) 文獻上普遍一致地將，利用被害人無猜疑 (Arglosigkeit) 與無抵抗能力 (Wehrlosigkeit) 理解為「殘暴」概念——就外在 (客觀的) 行為面而言。帝國法院刑事判決七七卷，四一頁 (四四頁)；聯邦最高法院判決二卷，六〇 (六一頁)；三卷，一八三頁 (一八五頁)；六卷，一二〇頁 (一二一頁)；九卷，三八五頁 (三八九頁)；一卷，一三九頁 (一四三頁)；三卷，一一九頁 (一二〇頁)；另參見 Dreher，德國刑法，三六版，一九七六年，刑法第 111 條，Rdn. 6. Lackner，德國刑法，十版，一九七六年，第 111 條，Ann. 7a. 同此說 Lange，載：Leipziger 註釋書，九版，一九七四年，刑法 111 條，Rdn. 10. 氏將「殘暴」亦定義為係一個「畏懼公開格鬥，……有計劃地欺騙的行為」，經由這種行為「破壞或阻礙受害人的防衛」；不同見解 Eser，載：Schönke-Schröder，德國刑法註釋書，十八版，一九七六年，第 111 條，Rdn. 14. 氏將「殘暴」一要素只限制在「利用 (被害人) 無猜疑，而獲得較高的無抵抗能力的狀態」。

聯邦最高法院在其刑事判決十九卷，三二一頁 (三二二頁) 中明白地闡示：利用 (被害人) 無猜疑或「無抵抗能力 (Arg- oder Wehrlosigkeit)」並不足以構成殘暴行為，須兩要件同時並存 (無猜疑及「無抵抗能力 Arg- und Wehrlosigkeit」)，始足構成。

因此，如果被害人或已準備防衛的第三人因犯罪行為人的行為而並非十分安全，則利用被害人之無猜疑，就只能相對於可親自或借助第三人以抵抗對其生命之侵害的人 (譯按：亦即，須被害人無猜疑且亦無抵抗能力)。

至於主觀的行爲面，判決則要求：行爲人不僅須認識到（*kennen*）可利用被害人無猜疑且無抵抗能力的狀態，而且除此之外尚須意識到（*sich bewußt*），對被害人的無猜疑且無抵抗能力及犯罪之實施而言，此種狀態的重要性。因此在某些情形下，此要件便不具備，例如當行爲人因受到強烈的激怒，而無法認識到及意識到被害人這種無猜疑與無抵抗能力的事實時（聯邦最高法院判決一一卷，一三九頁（一四四頁））。

、殘暴”這個構成要件要素，進一步的重要限制爲：犯罪行爲人的侵害不僅須利用無猜疑與無抵抗能力，且須出於對被害人仇恨的心理傾向（*feindlichen Willensrichtung*）。因此，像謀與其無猜疑且無抵抗能力的家屬同死，以避免他們遭到想像中的污辱及經濟上的危難的自殺者，所爲之行爲，即非屬殘暴之行爲。又如開給垂死的病人足以致死的過量藥劑，以解除其痛苦之醫生，所爲之行爲，亦非刑法第二二一條第二項意義下的殘暴（*Lange*，載：*Leipziger* 註釋書，九版，刑法第二二一條，*Rdn.10*）。因此，提案的邦法院所提出，爲支持其主張：、殘暴，這個概念要素不足以界定謀殺與故殺的刑罰構成要件，所引用的例子（醫生爲病危的病人實施加工自殺），實與此並不相關。

在後來的判決中（聯邦最高法院刑事判決二〇卷，三〇一頁（三〇二頁）），聯邦最高法院對殘暴這個要件又再進一步加以限制，要求：行爲人此項仇恨的態度，須係暗藏的（*heimlich*）。因此，如果行爲人以公然仇恨的態度阻擋受害人之防衛，那麼即使被害人未顧慮到其生命所受之侵害，致行爲人將其殺害，仍非殘暴；除非他懷著殺人故意，以謀慮週詳的計劃誘騙被害人落入圈套，因而取得一項一直到

殺害行為實施時，仍然有利的殺害時機（聯邦最高法院刑事判決一二卷，七七頁（七九頁））。

bb) 至於「掩飾意圖」這個謀殺罪要素，立法者則自如下觀點出發：犯罪行為人所追求的這種目的，有特別的非難價值（*misbilligenswert*）。舉些典型的例子：爲了不被發現而殺害已擊斃人；爲了不被認出以便脫逃，殺害跟蹤的警察；爲了不因其尖叫而引起第三人注意，殺害被害人。

根據逾越構成要件不罪（*Aufhebung der Übertretungstatbestand*）原理，只有重罪（*Verbrechen*）及輕罪（*Vergehen*）可作爲被掩飾的犯罪行為。然而被掩飾的犯罪行為無需係謀殺者自己之犯罪行為，掩飾他人之犯罪亦屬已足（聯邦最高法院刑事判決九卷，一八〇頁）。

犯罪行為人爲掩飾另一犯罪行為，須有更進一步的行動。此項殺害須作爲行為人掩飾另一犯罪行為的手段，不得僅爲另一手段的結果。因此，如果行為人僅係將自己從跟蹤者面前撤退到安全的地方，便欠缺掩飾意圖。如果係藉意外事故脫逃，則無掩飾行動；如果意外事故被害人死亡，則其僅係一種可預見及可容許的結果，並未充足刑法第二一一條之構成要件（聯邦最高法院刑事判決七卷，一八七頁）。

爲掩飾另一犯罪行為而殺人，係根源於犯罪行為人的衝突狀態。基於袒護自己不應受罰的觀點，對其作溫和的評斷，在此似乎是容易理解的。然而，從另外一個角度思考：從犯罪行為人的行為，我們可以認識到的，不僅是他卑鄙的態度，也是高度的危險性。因此，此種犯罪行為的特徵實爲：以殺人作爲避免其犯行被揭露或保全其犯罪贓物的手段；亦即，以殺人達成法秩序所應非難的目的。犯罪行為人在這樣一種行為中，已顯露其特殊可責的態度（*Gesinnung*）。只要這些人命阻礙了他達到犯罪的目的，

他並不害怕犧牲他們。這種以犯罪行為追求的目的，已構成了脫離故殺的通常案型，而足以正當化以謀殺規定來嚴厲懲罰的狀態。一種過度自私的企圖，表現在這種犯人的態度上。再者，這一類犯人因其犯罪力量，實具有超乎常人的危險性。尤其在欲掩飾的犯罪，是一項在比例上微不足道之犯罪時，更是如此（參閱聯邦最高法院刑事判決十五卷，二九一頁）。因為在這些案例中，爲了追求私利而對人命的藐視，更爲顯然！

c) 適用如此解釋的刑法第二一一條規定，雖然在個別的邊界案例（*Grenzfällen*）中，仍會造成過度的嚴厲。然而法院認爲：此種情形與提案決議中所確定的殺人行爲無關。但總還是有一些案例，其實並不帶有犯罪行爲的特殊可責性這個要素（這個要素使得終身剝奪犯人自由仍合乎比例原則），卻仍被包括在該條規定之內。

不同於文獻上的重要見解，以及早期的判決（參閱Eser，前揭書，第二一一條·Rdn 6·Lange，前揭書，第二一一條·Rdn 3及該處進一步列舉之文獻·Wezel，德國刑法，十一版·Berlin一九六九年出版，二八四頁；EbSchmidt - DRZ一九四九年，二四一頁〔二四五頁〕·Jeschek，JZ一九五七年，三八六頁以下）聯邦最高法院曾特別審查：是否整體評價犯罪行爲，特別是犯罪行爲人的態度，而得出「特殊的可責性」這一要素，是不被允許的。結果聯邦最高法院認爲，這樣一個不成文的構成要件要素並不妥適，理由是：因為它會危及謀殺罪構成要件之清楚界限，也因而將危及國家共同體對作爲其最高法益的成員生命所應盡的特別保護。

因此，這裏剩下一個——但被反駁過——認為太過廣泛的謀殺構成要件（參閱 *R. G. Z.* 一九六八年，六二八頁）。對此，我們可以舉些例子看出：即使係因為犯罪行為人遭到被害人嚴重的侮辱，此種可原諒的內心強烈的激動促使行為人實施犯罪行為（聯邦最高法院刑事判決十一卷，一三九頁）；或者在可罰行為完成時或完成後立刻一時衝動地加以殺害，仍然被認為係謀殺，雖然在這些案例中，殺人念頭常常是突如其來地襲上犯罪行為人的心頭。還有，聯邦最高法院（聯邦最高法院刑事判決八卷，二一六頁）認為：以安眠藥殺害其子女的母親，單獨以這些藥餵食被害人或摻雜在食物中給被害人食用的例案，係構成殘暴。這點似乎也還值得懷疑。

因此，（聯邦最高法院）對刑法第二一一條及其個別的要素作如是解釋，並不具說服力。這條規定的文義與內涵，仍容許作更限制性的解釋，以確保：即使在邊界案例中，也不致科處不合比例的過高刑罰。這點在言詞審理中，*Dr. Teschke*、*Bertani* 及 *Stalger* 三位鑑定已詳盡地敘述過。也可由上述列舉的文獻獲得佐證。至於在個案中究應採何種途徑，則是單純法律解釋的問題，應由有權的刑事法院加以決定。而是否「殘暴」以及「為掩飾另一犯罪行為」這兩個謀殺要素，須作更進一步的限制解釋為：在前者應要求有可責的信賴破壞（*ein verwerflicher Vertrauensbruch*）；而在後者則應限於：謀殺行為已事先計劃，或者再普遍採用不成文的「犯罪行為的特殊可責性」（*besondere Verwerflichkeit der Tat*），或者甚至再尋求一個符合刑罰構成要件與絕對對刑法法律效果間比例原則的其他解釋，據之判決等情況下，才認定有掩飾意圖？則是對刑法規範的解釋有最終權限的聯邦最高法院的任務。在作成：符合刑法第二一

一條第二項文義，且使該條規定保有理性、不違反可認知的法律目的的意涵的這種解釋之下，我們應肯認此條項規定具有合憲性。

## VI、

相反於提案法院的見解，本案也不存有抵觸基本法第三條第一項的問題。

1. 立法者在制定實質內容的刑罰規範時，如何考量殺人行爲的不同的不法內涵與罪責內涵，基本上這是立法者可自行決定的工作。立法者僅在下列範圍內，受限於基本法第三條第一項規定：被選擇的構成要件規定與處罰效果須經客觀衡量而有充分的理由根據，且非恣意而爲。何種事實因素（*Sachverhaltsmomente*）如此重要，以致其不同性得以正當化立法者的不同處理，這通常須由立法者自己決定。至於立法者的這種決定空間（*Spielraum*），則應結束於：當不同處理該被規定事實，已不再符合根據正義理念的思考方式時，亦即，這種法律上的區別欠缺有說服力的理由時。

2. 對謀殺行爲的處罰比其他殺人行爲來得嚴厲，是有理由的，這點我們已可由前述的討論中得出。然而，不可否認的是：在刑法第二一一條第一項對謀殺罪的處罰，與刑法第二一二條第一項對故殺罪的處罰，二者間存有重大差距（*eine erhebliche Lücke klafft*）。前者處以唯一無期徒刑；相反地，後者則僅處以五年以上十五年以下有期徒刑，甚至尚可考慮到刑法第二一三條之減刑可能性。即使我們根據實際的監禁期間，得出從平均二〇年到通常最高十年的期間差距。至於有特別重大情事存在的故殺規定（

刑法第二一二條第二項——譯按：處無期徒刑）實際上並不能緩和此種差距，因為此項規定，就如同得自各邦的調查結果及言詞審理中所證實的，甚少被使用。然而，在前面已考慮過依比例原則之要求作成限制解釋的情形下（參閱前述〇〇的部分），如果從犯罪事實的嚴重性與犯罪行為人的罪責程度來看，就可以發現，殘暴與、掩飾意圖，這兩個謀殺構成要件，係明顯突出地重大於故殺的其他案型，因此實有理由在刑罰的效果上顯出重大不同。

如上所進一步詳述的，謀殺罪的要素、殘暴，可加以具體化及限制在：僅止於有特殊可責性的殺人案件。雖然五〇年代末，六〇年代初所提出之刑法典改革研究報告上，對謀殺罪的要件，係建議放棄、殘暴這一要素的；但其理由並非因為這一要件，會引起與故殺罪在界定程度上的疑義。相反地，當初所被提議的謀殺罪構成要件，本來就包括殘暴殺人在內。只有刑法學者所提之選擇性草案（*Alternativ-Entwurf*），在第一〇〇條第一項未將殘暴列為謀殺罪要件。

如果從類型學（*Typologie*）的觀點出發，更可毫無疑問地確定：為掩飾另一犯罪行為而殺人，係一種表現出犯罪行為人特別仇恨社會之態度的重大犯罪。刑法學者所提的選擇性草案，也在第一〇〇條第二項第五款中，將為掩飾另一犯罪行為而殺人列為特殊重大案件，但修正為：該殺人行為須基於犯罪行為之前已作成之決意而實施。如果是個案中，法律解釋上可能發生困難，那麼這在基本法第三條第一項下，係不重要的。

3. 儘管如此，仍不可否認：謀殺與故殺的區分，在1941/94的法律對刑法第二一二條加以修改以後

，是有疑問的：正如同Dr. Auzi教授在言詞審理程序中所廣泛陳述的。在當時條文中，刑法第二一一條可溯源於古老的規範的犯人類型理論（*Lehre vom normativen Tätertyp*）。據Maurach的看法，該新條文係爲了要試探法院判決對此種理論的反應而制定。然而，故意殺人的這種二分法是古老的。向來，一直是區分作爲特別嚴重型態的謀殺與作爲普通型態的故殺。這種二分法愈是古舊，到目前爲止這種區分型態愈是流動而有變化。然而（例如早在中世紀）——如同在今日法——根據特殊可責性與危險性，時而根據更多心理因素的考慮（參閱Maurach，前揭十九頁）。區分的方法一直是個很大困難。一直到今日仍無法找到令人滿意的答案。這點表現在，例如當選擇性草案（*Alternativentwurf*）——譯按：指Baumann等十四位教授團針對政府一九六二年刑法典草案所提出之對立性草案）中重新提出其他區分要素時，一九六二年刑法典草案便轉向結合謀慮（*Überlegung*）與少數數目前的要素（參閱§ 134、135條）。就因爲問題的多樣性，因此，找到一個各方面均令人滿意的規定，對立法者而言是一個困難的任務。

## VI、

最後，無期徒刑亦未違反基本法第十九條第二項規定（特別是有關保障人身自由基本權之基本內容）。

對此，並非取決於根據基本法第十九條第二項意義下之「侵害基本權之基本內容」，我們所理解到



者（參閱聯邦憲法法院判決二卷，二六六頁（二八五頁）；二三卷，一八〇頁（二一九頁）；二七卷，三四四頁（三五〇頁以下））。相反地，真正具有決定性作用的是：制憲會議的討論上，制憲者清楚地了解刑法上人身自由所受到的限制。無期徒刑係屬於制憲者所找到的傳統刑罰。在死刑廢除後（基本法第一〇二條），它位居刑罰種類（Strafenskalog）的頂端。我們既無法從與基本法第一〇二條及一〇四條相關連的第二條第二項第二句的立法史，亦無法從基本法第十九條第二項得出最微弱的線索證明：此種傳統的刑罰是值得懷疑的。這點，客觀上在基本法第一四三條的最初條文中，便可找到其留下的痕跡（Niederstufung）。如前所述地（Cf. 的部分），雖然我們無法藉此而找到無期徒刑在普遍在憲法上的允許，但卻可以特別地（speziell）從基本法第二條第二項第二句及第十九條第二項，導出其在憲法上的相容性（Verträglichkeit）。這點，在文獻上幾乎一致主張之見解的結論——雖然說理容有不同（參閱 Rohl，前揭一七二頁以下，以及該處所列舉之文獻）。

## Ⅶ、

如果在個案中因執行無期徒刑而侵害其他基本權，則關係人得循現有法律途徑，對此進行保衛。對此，聯邦憲法法院之判決曾提供無數案例，證明：受刑人如果需要的話，得以憲法訴願之方式實現其權利（參閱，例如聯邦憲法法院判決三三卷，一頁——刑之執行；三五卷，三〇〇頁——選舉權；四〇卷，二七六頁——St. Pauli 新聞；四一卷，三三九頁——有紅摩托車的明信片；四二卷，九五頁——妻子的

探訪權；四二卷，二二九頁——西裝的所有權）。

以下係法官簽名。

## 關於「特別捐之合憲性」之判決

——聯邦憲法法院判決集第六九卷第二二七頁以下

譯者：張嫻安

相關條文：歐洲條約第三十八條第一項；第一百七十七條；基本法第二條第一項；第七十二條；第七十四條第十一款，第十七款；第一百〇一條第一項第二句；第一百〇五條；第一百一十條；銷售基金法第一條；第二條；第十條。

判決要旨：

1. 特別捐僅於下列之情形始為合法，倘使其所為財政支應之任務係屬負擔特別捐義務集體之事理責任範圍。立法者應在相當時間後審查採用「特別捐」之立法手段的原來判斷是否予以維持。
2. 特別捐並未構成使租稅、規費、受益費及其他稅捐全然不合法之排除性構成要件。
3. 未依歐洲條約第一百七十七條之規定提請歐洲法院為判決之程序者，乃違反依法審判之原則（基本法第一百〇一條第一項第二句），倘使最終審之本案判決法院儘管認為一項有疑義的關於歐洲共體法

之問題仍然具有裁判重要性之情形，但未考慮提請裁判者；最終審之本案判決法院之裁判就為裁判有重要之問題有意悖離歐洲法院之判決者；或者在未有或尚未為最終地歐洲法院的判決時就裁判有重要性之問題採取一個歐洲法上可能的具明顯優勢地位學說的反對見解。

#### 事實部份：

本案裁判之標的乃是銷售基金法所採納之特別捐；此一特別捐由農、林、糧食業者繳納組成一銷售基金，使能推廣此些經濟業別產品之銷售及使用。

1. 訴願人經營一個大盤屠宰場。聯邦糧食及林業局依照銷售基金法第十條第三項第九款之規定就一九八〇年一月至四月及五月至八月二期分別課徵數額為一七三六馬克及一七六九·六馬克之、受益費。訴願無果後，復提起行政訴訟，行政法院再度駁回。訴願人不服於第二審上訴中主張，此一稅捐規定違背基本法及歐洲共同體法。聲請停止訴訟程序並且提請歐洲法院為裁判。高等行政法院又駁回此一上訴。聯邦行政法院就不受理第三審上訴所為之抗告復又以下述理由駁回之：基於聯邦行政法院，一九八四年五月十五日之判決（聯邦行政法院判例集第六十九卷，第二二七頁）已經判明依照銷售基金法所課徵之特別捐目前仍然符合歐洲共同體法。訴願人提起憲法訴願以為其基於基本法第二條、第三條、第十二條及第十四條皆受到侵害。此外，由於本法律案件未依歐洲條約第一百七十七條之規定提請歐洲法院

爲、先行裁判，其依法審判之權（基本法第一百〇一條第二句）亦受到侵害。

2. 23VL12/88 案號原審判決的原告爲一經承認之公益性殘障人工廠並且在其中經營花木剪修之園藝業。聯邦糧食及林業局向其徵收一九八四年之銷售基金受益費計四七六·一馬克。訴願經聯邦糧食局駁回。就此所爲之行政訴訟，經行政法院依基本法第一百條第一項之規定停止訴訟程序，提請聯邦憲法法院審查，銷售基金法第一條及第十條第四項是否符合基本法。

3. 23VL13/89 案號原審判決之原告經營一家大屠宰場以及一個肉品批發商。聯邦糧食林業局向其課徵一九八五年五月至八月的銷售基金受益費計一一八六七·八馬克。法律根據係銷售基金法第十條第三項第九款。原告於提起訴願無果後，復提起行政訴訟主張：銷售基金僅在推廣德國之農、林及糧食業。原告事業所屠宰之牲畜並非德國產品，行政法院依基本法第一〇〇條第一項之規定停止訴訟程序，提請聯邦憲法法院審查：銷售基金法第一條及第十條第三項第九款是否符合基本法。

聯邦憲法法院判決如下：一九七六年十一月八日公佈之銷售基金法第一條、第二條以及第十條第二項與三項第十款，——曾於一九八一年六月二十六日經由補貼裁減法第十五條修正——與林業有關部份，違反基本法第七十四條第十一款、第十七款與七十二條、第一百〇五條及第一百一十條而無效；至於銷售基金法第十條第三項第九款，第四項與基本法相符合。其餘部份駁回憲法訴願。

判決理由：

B:

提請程序之結論：銷售基金法第一條、第二條、第十條第二項與第三項第十款違背基本法第七十四條第十一款、第十七款與第七十二條、第一百〇五條及第一百一十條之規定，銷售基金法以及負擔稅捐義務之範圍與林業有關部份之規定無效。

銷售基金法第十條所規定之受益費——並非如其文字意義，其非財政法意義上之受益費，而實係特別捐之一種。特別捐必須符合特別的憲法上要求（I）。將林業亦納入負擔此一稅捐之義務之範圍，不能滿足憲法上之要求（II）。在銷售基金法之規定滿足特別捐之憲法上標準時，亦不違反基本權（III）。

## I、

1. 銷售基金法第十條所規定之稅捐在憲法上是為一種特別捐。為支應推廣農產品銷售及使用所建立之銷售基金之財政需求，所加諸於農業之負擔。此種特別捐因其由某一集體所特有之經濟活動而具有為此一集體有利之財政目的，從而與「稅」有所差異。特別捐並非為支應國家一般財政支出而獨立於國家給付行為，亦即並非共同負擔，而是設定一個針對負擔特別捐義務人有密切關聯性財政任務的財政義務。

銷售基金法上之「稅捐」並非受益費，因其並未滿足受益費在於補償國家花費之前提要件，其構成要件不在於自國家獲取利益，亦未將國家方面所為之成本負擔予以轉嫁。負擔之理論根據並不在於國家優先對農業提供給付，而是經由國家所組成之自助途徑以促進行銷。

2. 在基本法中之財政憲法乃以共同負擔由「稅」爲支應作爲出發點（參照聯邦憲法法院判例集第六十七卷第二五六頁以下；第七十八卷第二四九頁以下）。立法者甚至不可以基於其事物權限以特別捐之課徵獲取收入以滿足國家共同體之一般財政需求以及自此種捐款之所得應用於支應國家之一般性任務（聯邦憲法法院判例集第七十五卷第一〇八頁）。依照基本法第一百一十條第一項之規定稅課收入必須毫無例外地列入預算收入內。憲法上預算案完整性之原則不僅在財政經濟之功能上有其意義，而且預算同意權爲國會對政府監督之最主要的手段之一的狀況，更是如此；此一原則也實現了國民平等負擔公共義務之基本原則。此一完整性之原則乃以國家整體之財政資源置於國會及政府的預算計劃及預算裁決之下爲目標。如此方得保障國會於定期內就國家可支用之財政資源有一完整之概略認識並且因而了解國會責任之下的人民之租稅負擔。只有如此使收入及支出全然在計劃、監督及審計程序之下。準此，如立法者將收支循環建制於預算之外，即損及預算案完整之原則。

聯邦憲法法院亦注意及此而爲特別捐設定其合法性之限界（聯邦憲法法院判例集第五十五卷第二七四頁；第六十七卷第二五六頁）。於判決中所發展出之合法性標準即有助於防止對聯邦國家財政憲法之妨礙，以及對稅捐義務人之個人保障之必要性爲考量（聯邦憲法法院判例集第六十七卷第二五六頁（第二七六頁以下））。

a) 立法者僅於追求單純爲獲取資金以外之事理上目的始得採用特別捐之財政工具。在法律中必須就特別捐之課負及收入之運用爲規定之外，尚須表明對所規定事物領域中之創造性影響。涉及經濟法者

因之即必須有創造經濟之內容；惟獨僅對市場行為有指導性者或者就國家干預為均衡性之稅捐法律係可歸屬於基本法第七十四條第十一款之權限範圍。在主張依照同法第七十四條第十七款之權限者，亦同此適用。

b) 針對一事物領域所創設之特別捐僅可對某一既存的同質性集體課以財政責任。此一集體須由一個先已存在的利益狀態或者經由特殊共同之事件而與一般大眾或其他集體有別。立法者並不得依據在法律及社會秩序中實質上尚未存在的觀點任意選擇集體，圖謀課徵特別捐。

集體同質性僅於負擔特別捐之義務人對其所為財政支應的任務有特殊之事物關聯性時，使特別捐有正當化之根據。負擔特別捐之集體與課征特別捐目的之間的關係必須較之於任何其他集體或一般納稅義務人為緊密。基於此種義務人與課征目的之間之事物關聯性，必須發生一個為了履行租稅以外捐課所為財政支應任務之集體責任。在一個並非由被設定負擔集體所應負擔特殊責任的任務乃係涉及一種公共事務，其僅可由一般大眾承擔，因此亦僅可由一般大眾所提供之資金，亦即主要是稅金予以支應。

c) 某一集體成員之非租稅負擔乃以特別捐所發生之負擔與特別捐所支援之優惠間有合理的聯結為前提。倘使課征特別捐之收入為負擔義務人之集體而運用，亦即集體有利，此時聯結即已實現。對他人有利（利他性）之特別捐——儘管在基本權方面可能有疑義——除非基於事物上之本質使負擔義務人為他人之利益出於重要之理由而為財政上之負擔有明確的正當化根據時，否則不被容許。然而對集體有利之特別捐運用並非謂：特別捐收入必須為每一個別之負擔義務人之特殊利益而運用。倘使其大部分（為整體



義務人而運用時，即爲已足）。

d) 特別捐僅於其支應之任務應由負擔義務人所承擔之事務責任時，始爲合法；此種任務原則上係臨時性者。倘使一項任務須長時間以課征特別捐之方式而獲得財政來源，則立法者應於相當時間後審查是否採取特別捐之立法手段之原來判斷應予維持，或者由於情事變更，尤其是財政目的或目標取向之去除，而予變更或廢止（聯邦憲法法院判例集第七十二卷第三三〇頁；第七十三卷第四〇頁）。

e) 就上述採行特別捐之必要的正當化理由整體言之，特別捐爲一特殊之立法工具，對稅而言爲一少數例外。由此例外之性質導衍而出特別捐之合法性標準須從嚴解釋及適用。此種標準適用於所有之特別捐類型。無論其財政目的係爲主要，或者次要目的者，皆然。

然而特別捐之例外構成要件性質並未構成使租稅、規費、受益費及其他稅捐爲不合法之排除性要件。在特殊前提要件下除了租稅、規費、受益費及特別捐之外，尚有其他之公課在憲法上仍爲可能（聯邦憲法法院判例集第七十五卷第一〇八頁；聯邦憲法法院第七十八卷第二四九頁）。

## II、

1. 基於基本法第七十四條第十七款與第七十四條第十一款之規定聯邦立法者有權制定銷售基金法。特別捐之課徵目的受限於支應農業經濟之廣告聯盟，其效果在獲取財政來源以外，尚及於拓展行銷以及農產品之使用。只要係爲獎助農、林業之原料者，聯邦之立法權限係根據「農」及林業生產之推廣權限」（基本法第七十四條第十七款）。倘使涉及糧食業之推廣時，則係爲農產品之營業上利用或貿易，並

非爲糧食之保金；在此種情形聯邦立法者係行使其經濟法之權限（第七十四條第十一款）

2. 對基金爲財政支援之特別捐義務人，其同質性乃因其係歐洲共同體內競爭者所共同之關涉性而來。此係自下述之考慮而產生：

a) 經由銷售基金法之特別捐制度，透過本國及外國市場之開發及維護以集中推廣德國之農、林、糧食業產品之銷售及使用銷售基金法第二條第一項與第十條第一項）。此種推廣之委託首先關係到德國大部份農產品銷售的歐洲共同市場（聯邦政府農業報告）。早在銷售基金法審議時糧農林委員會之書面報告就指出，德國農、林、糧食產品僅能經由共同市場中之協同努力才能維持銷售。由於共同市場之條件限制市場狀況已有根本之改變；因此推廣銷售之任務必須在歐洲經濟共同體之規定範圍內爲之。在大多數之共同市場會員國中皆有類似推廣銷售之制度存在。採行銷售基金以之作爲德國農產品之集中推廣，乃是對共市共同農業政策以及由此種政策所決定之農業生產者在歐洲共同市場中之競爭狀況所爲之反應。

銷售基金法之目標，保護及強化德國農業對於歐洲共市其他農業出口國之競爭力，也是今日銷售基金重要的正當化理由。以一種有效地促銷德國農產品方式將能對抗於一九九二年歐洲單一內部市場實現後之激烈競爭。與此看法相符合者，銷售基金與德國農業中央行銷公司（GMA）亦已見及在歐洲共同體內部市場中之決定性的挑戰。德國國會糧食、農、林委員會在一九八八年十二月七日專爲銷售基金所舉辦之公聽會即特別審查，是否鑒於共同市場爲了被視爲必要的銷售推廣其法律基礎已爲充份。

b) 就此一目的，農業及糧食業組成了一個同質性的，共同負擔財政支應義務之集體。幾乎所有農產品及大部份加工品皆由歐洲共同體農業特別法規所掌握。

依照歐洲條約第三十八條第一項之規定，共同市場涵蓋農業以及農產品之貿易。而農產品不僅指原料，與第一級加工有直接關聯性之農產品亦屬之。歐洲條約第三十九條至第四十一條與條約附錄二合併適用幾乎所有之農產品以及一大部份生活必需品之貨品。在此一基礎上今日整個農業及糧食皆隸於共同體法之前提要件下；構成了一個在歐洲法秩序之前已建構的集體。

c) 將園藝業亦納入銷售基金法（第十條第四項）下之特別捐義務人，並未違反同質性之要件。在歐洲法以及聯邦德國之法律及社會秩序下，園藝業均歸類於農業，因此與農業組成了一個既存的集體。糧食業與其他之原料業的事實上差異性，有鑒於銷售基金之財政目標，並不重要。

以銷售基金法之目標為取法之財政支應責任性乃使糧食業及其他原料生產業併同納入此一制度具有正當理由。銷售基金法之目標乃是致力於農產品市場之維護與開發，並非保障德國人民之糧食所需。由於銷售基金全然用於市場之維護與開發，因此財政支應之責任性乃關涉於此目標上，在歐洲法上成型的市場中，糧食業與園藝業同等的參與即建立了負擔義務人之同質性。

d) 以農業及糧食業之集體在銷售基金法上所規定之構成要件之型式並不具同質性之議論，並不能貫徹。

aa) 銷售基金任務之財政支應係由一具同質性的農產品原料生產者，使用者以及承銷人所為之。

德國農產品市場之開發及維護不僅由農業抑且由糧食業擔負財務責任，乃因其在同一生產鏈上之活動根本上係就德國農產品原料之產品為使用及行銷。有鑒於銷售之推廣，農業和糧食業乃組成了具有相同競爭目標的共同體，蓋因糧食業就德國原料在國內及國外銷售之媒介。

bb) 在銷售基金法將內國糧食業對外國原料為加工者亦納入其中之情形，尚符合實質性之要件。由此種經濟業別所擔任之開發德國產品市場之功能，通常就其所加工之原料是否全部、大部份或者僅少部份係德國農產品乙節而言，並不具重要性。就長期之銷售推廣而言，偶而自外國原料所製造之產品亦歸屬於德國之糧食業而且作為德國產品得以占有市場，無寧說是更具有決定性。銷售基金不僅在推廣德國之農產品，更在支持德國之整體糧食業，無論所加工品之原產地為何，其經濟上之給付能力對德國農業原料生產皆為有利。

cc) 甚且在個別案件中，德國糧食業在國內對外國之原料為加工工具以外國產品在市場行銷者，亦對同質性之要件不構成妨礙。

固然銷售基金及其財政支應全然是為推廣德國農業及糧食業產品之行銷為目的。然而立法者乃依社會典型之狀況建立其構成要件，就是在類型中掌握個別性，將具體性予以普通化，將歧異性大略化之。原則上皆依通例為之，但亦得就特殊情形採取特殊規定。無論如何就些許之小差異或僅在特殊情形下所出現之歧異性，以類型化之處理仍然合法。

憲法上所容許之類型化限界在本案中並未被逾越。通常德國糧食業並未明白指示出其對外國原料為

加工式行銷。因此立法者也不須就之為相應之不同構成要件之規定。

e) 最後，同質性之存在亦不因生產者、使用者或行銷者在同一市場中處於代理競爭之狀態中而有疑問。根本上每一經濟業別之銷售推廣皆掌握了處於彼此競爭中之營業。在本法目的所設定的抽象程度的基礎上相同的利益然而都受到獎助。單僅競爭之狀況並不能構成反對有競爭性之營業因具有同質性而應負擔特別捐之理由。

銷售基金並未追尋使個別生產業別取得競爭優勢而領先於其他替代性產業之目標。經由集中的銷售推廣將促進整體之農業及糧食業。此一推廣目標在基金投入能夠保障競爭中立之情形下，有利於所有之生產領域（銷售基金法第五條第五項）。

3. 反之，農業及林業即非就共同支應銷售基金而為負責之同質性集體。就林業而言，負擔特別捐義務人同質性設定之特徵——歐洲共同體之共同農業政策內之特殊競爭狀況——目前並不明顯；此外使林業亦負擔特別捐基於課征技術之原因，而失其依據。

a) 共同農業政策之原有構成要件乃是農業以及農業產品之貿易，而非林業（歐洲條約第三十八條）。一如既往林業並不在共同農業政策規定之範圍內。固然歐洲共同體執委會曾經因論及農業政策與林業之密切關聯性，而嘗試發展一共同的林業政策。但是歐洲條約第三十八條第一項並未將林業納入規範，同時亦未將木材列入本條第三項共同農業政策下特殊規定之農產品表列中，然此至多也僅准許共同農業政策可延伸至有助於改良農業結構之個別林業措施；歐洲條約第三十八條以下並未規定有一包攝的林

業政策基礎。

德國政府之林業政策較少以市場之維護為取向；其政策尤其著重於森林之保養以作為氣候、空氣及水、動植物世界乃至於人類回復健康之生態平衡空間。森林之經濟利用與環保之意義同等重要。佔有聯邦德國森林百分之五十八面積之國有式法人林地之經營管理，乃是為了森林之環境及回復功能，而非在保障林產品之銷售及使用。國家之林業政策與農業政策相反者乃係，與其在於林產品之營業及銷售可能性，無寧在於自然資源之貢獻能力。

是以農業及林業即依附在根本上不同的生產及市場條件下。國家對林業及農業市場之開發及維護之可能性以及功能及其推廣任務，在基礎上即不一致。二個集體並未有一共同的，因負擔義務人同質所由決定為銷售推廣基金成立之責任，而此一基金主要乃因反應歐洲共同體所導向之農業市場的設立而產生。

b) 職是之故，原來林業也不應納入銷售基金法之中；係僅基於課徵技術上之理由而竟被列入負擔義務人之範圍中。蓋於原來銷售基金法內容與土地有關之稅捐係基於土地稅之計算基礎以及統一價值而為課徵，由於此種關聯性基於行政技術上之理由未能將林業排除在外，是以農業及林業即共同為反應此銷售基金而被羅致。

倘使此種課徵技術之緣因曾為共同就農業及林業為課征對象作為理論上根據，然亦因銷售基金於23.3.1972之第三修正法而消滅。蓋於此一修正法乃將原來林業依評價法之統一價值之聯結規定代之以在構成要件中明定、由國內生產者所接受用來作為鋸開、刀切或者脫去外層樹皮之樹林為負擔之對象。（

銷售基金法第十條第三項第十款)。

4. 林業與農糧食業二者之間的不一致性並不使銷售基金法全部無效。除了林業以外之其餘之負擔義務人組成同質性之集體，此一集體能單獨達成銷售基金法之目標。

某一部份之集體經納入特別捐之義務人範圍係違憲時，倘使其餘部份之集體方面不能滿足同質性之要求或是其單獨不能達成特別捐之目的者，則特別捐負擔原則上即成為全部無效。個別規定之無效導致整體法規之無效，僅在於自法規之客觀意義上而言，其餘與憲法尚符合之規定並無獨立之意義時始發生。本案中農業及糧食業在無滋生疑義之林業時能滿足同質性之要件；在共同市場之競爭中追尋同樣的目標以及設定了統一的推廣需求。此種需求之實現依照銷售基金之組織及目標，甚而在捐費收入無林業之參與即短少百分之六時，仍然可能。因此同質性集體的憲法上前提要件僅僅要求將銷售基金法之部份廢棄。

然而銷售基金亦必須將其收入之集體有利運用限於剩餘之具有同質性之集體，是以林業之推廣活動即不須再加斟酌。

5. 銷售基金法並不因財政目的的失去或達成而為違憲。

銷售基金法之財政目的直至今日仍然存在。聯邦政府之農業報告指明在與歐洲共市會員國及第三國之糧食貿易，德國有嚴重的入超。聯邦政府之意見以為經由共市內部市場之實現，農業及糧食業之競爭在未來將愈趨激烈。此外，在大部份歐市會員國中皆有推廣某種農產品銷售之制度。維持並保全德國農

業及糧食業在共市中地位的任務可能由於德國及歐洲之當前發展，須要對推廣政策為額外之要求。而且即使歐市農業之超額生產亦無改於德國農業相對於其他國家農業之可值得推廣性。

原則上為臨時性之「銷售基金特別捐」之合憲審查亦証明了對於當前其財政支應之任務及目的。銷售基金法僅在其有關將林業亦列入負擔義務人部份始無效，而關於將林業所參與之組織法規條文即成空言。

### III、

此外，銷售基金法第十條對農業及糧食業所課徵之稅捐並未違背基本權。

1. 本法符合基本法第十四條之前提要件。違反財產權保障之情形僅在於下列之情形：相對人之金錢給付負擔已達到「過度」之程度並且使其財產關係為根本上之妨礙，因而此種金錢負擔有扼殺之後果（聯邦憲法法院判例集第七十卷，第二一九頁以下；第七十八卷第二三二頁以下）。本家中負擔大約係貨物之千分之三，顯然並無財產權之扼殺效果的情形。

2. 負擔特別捐之義務亦未對一般行為自由作為特殊型態時的經濟活動自由構成侵害（聯邦憲法法院判例集第三七卷第一頁以下）。

固然稅捐作為經濟政策之工具有形成性之效果，並且因之而觸及經濟活動自由之保護範疇，在一個改變中之經營市場中，對德國農業而言維護並開發其銷售及使用可能性乃是一個對企業活動自由為干預的正當化之經濟政策目標。立法者有權在經濟生活中為整飭及清除之干涉；在此關聯性中立法者得設定



金錢給付負擔（聯邦憲法判例集第七五卷第一〇八頁）銷售基金法及在其中包含之稅捐規定仍然在立法者所得形成之範圍中。對相對人所課負之稅捐——就其目的而言，並非不合比例。

### C：憲法訴願為無理由

I、憲法訴願人並未因原審裁判以及裁判之法律基礎、銷售基金法<sup>1</sup>第十條第三項第九款之規定而侵害其依基本法第二條第一項所規定之基本權。

1. 訴願人主張依照銷售基金法所課徵之稅捐並不符合聯邦憲法法院就特別捐之合憲性所發展出之準則乙節，其憲法訴願無理由。銷售基金法第十條第三項第九款與基本法相符（參照前述<sup>2</sup>）。

2. 訴願人指摘其因銷售基金法違背歐洲共同體法致使其依基本法第二條第一項所規定之基本權受到侵害時，其憲法訴願亦係無理由。聯邦憲法法院於憲法訴願之範圍內就是否一個普通法律之內國規範與高位階之歐洲共同體法規定不相符合以及其是否即因之必須失效的問題，並無管轄權；就此種規範抵觸乃由有管轄權之法院為包括之審查及准駁（聯邦憲法法院判例集第二十一卷第一四五頁）。

II、原審裁判亦未侵犯訴願人依照基本法第一百〇一條第一項第二句依法審判之憲法上請求權。

1.

a) 歐洲法院係基本法第一百〇一條第一項第二句所稱之法院（聯邦憲法法院第七十三卷第三三九

頁)。在此一作用中，歐洲法院必須維護及保障條約之統一解釋及適用（歐洲條約第一六四條、第一七三條、第一七七條）在彼此互相交錯及交互影響的各會員國法秩序以及共同體之法秩序架構內，共同體法之適用廣泛地委由各國法院爲之。歐洲條約第一百七十七條賦予歐洲法院在先行裁判程序中對於共同體法統一解釋以及保障統一解釋法規被尊重之任務。本條文在於保障共同體法於所有之會員國一直有同等的效果。

在此一基礎上內國法院以及歐洲法院各自分擔任務。各個內國法院對於繫屬之法律爭議皆有權爲裁判，亦即包含歐洲法於個別案件中之適用。倘使在個案之裁判中對於歐洲法之解釋有疑義或者須闡明歐洲法律上活動之效力時，歐洲法院相對於內國法院即須爲先行裁判。歐洲法院因之即提供了內國法院一個在共同體中統一解釋之法律標準；內國法院就繫屬個案之裁判乃適用此種歐洲法之準據以及其他相關之法規。

b) 最終審之內國法院在歐洲條約第一百七十七條第三項之前提要件下，應依職權提請歐洲法院爲裁判。此一依照歐洲條約之提請義務經由同意法依照基本法第二十四條第一項、第五十九條第二項所頒布之法律適用指令而成爲聯邦德國法秩序之一部，並且由法院予以遵守；個人在原來審判程序中之請求審判權利之保障因而得以証實，而且此義務亦強化了提案程序之開始。

依歐洲法院之判決內國最終審法院必須依照條約第一百七十七條第三項之規定遵守其提請裁判之義務，如果在其懸而未決之程序中涉及歐洲法之問題，、除非法院已確認所牽涉之問題對裁判並不重要，

問題已為歐洲法院解釋之標的或者已無明顯之懷疑歐洲法之正確適用已斟明顯者”。內國法院僅可在其確信其餘會員國之法院及歐洲法院皆為同等之確定，否認問題發生之合理的懷疑。僅在此種前提要件下，內國法院可以不將案件提請歐洲法院而自為裁判。此一見解與學界廣泛之通說以為：所提出之問題對任何有經驗之法學者皆很明顯而且理性上僅可能只有一個答案時，即無提請裁判之義務，相符合。歐洲法之問題於原審爭議中之裁判重大性與否僅由該爭議所繫屬之內國法院為判斷。

此外，所有內國之法院在其認為共同體機關之行爲有瑕疵時皆有義務提請裁判；內國法院不能就與之相關的法律效果為確認。

c) 依法審判之保証屬於德國憲法發展上已固定不移的永續狀態。依法審判之保障乃是一般法治國下客觀性誠令的特殊型態，並且確定了有審判權之法院先已決定，而非非臨時且擇人而委任。因此基本法第一百〇一條第二項第二句乃是保障司法機關免於受控制之影響（聯邦憲法法院判例集第十七卷二九四頁；二十五卷三三六頁）。

基本法第一百〇一條第二項第二句設定了請求依法審判之主體性權利。然而經由此一準基本權之保障亦未使聯邦憲法法院成爲一個對所有法院，涉及法院管轄權之程序上瑕疵皆必須為糾正的監督機關。無寧說聯邦憲法法院就基本法第一百〇一條第二項第二句之管轄權保障評價為法治國原則客觀性誠令的部份，此原則亦要求遵守，由高等專案法院監督管轄權規定之遵守，並且限制於審級層次的權限規定。聯邦憲法法院針對權限規範之解釋及適用，僅於此種解釋及適用在斟酌基本法之根本思想時，不再能夠

被理解而且明顯地無理由時，始行駁斥（聯邦憲法法院判例集第二十九卷第一九八頁）。

不依歐洲條約第一百七十七條之規定為提請程序之開始進行者，可能將歐洲法上須加以統一解釋之問題剝奪了請求歐洲法院依法為裁判之權利，並且因之影響了裁判之結果。如果同樣的法律在各會員國中為不同之解說，則於歐洲共同體所設定之法律秩序即不統一。職此之故，歐洲條約第一百七十七條即將歐洲法院在功能上亦列入會員國之審判權系統中，倘使基於法安定性及法律適用平等之緣故對於歐洲法之解釋及適用交由歐洲法院為之（聯邦憲法法院判例集第七十三卷第三三九頁）。聯邦憲法法院僅於此種管轄權之規則在顯然無理由之情形下被應用時，始加審查。單僅在此一監督準則下乃符合聯邦憲法法院之任務。

d) 尤其是在下列情形提請義務有明顯地無理由不行使的狀況，即最終審之本案判決法院儘管在其認為存在有歐洲法上問題而與裁判有重要性時，仍然對於提請裁判不予考慮，而且其自身就問題之正確答案已有存疑（對於提請義務之根本誤認）。下列情形亦係明顯無理由不行使提請之義務，即本案判決最終審之法院有意在與裁判有關之重要問題上悖離歐洲法院之判決而且不提請或不重新提請者（不為提請裁判之有意悖離，參閱聯邦憲法法院判例集第七十五卷第二二三頁。）倘使歐洲法上對裁判有重要性之問題，歐洲法院之對之尚未為判決者，或者對此問題可能未予完全回答者，或者似乎不盡可能由判決為繼續發展者，則僅於最終審之本案判決法院以無理由之方式逾越其在此類案件中必要地判斷範圍時，乃違背基本法第一百〇一條第一項第二句（判決之不完備）。特別在有關裁判重要之問題上對法院之見

解有明顯佔優勢地位之反對意見存在時，乃有此種情形。

2. 高等行政法院之判決並未因之違反基本法第一百〇一條第一項第二句之規定，蓋其依歐洲條約第一百七十七條第二項之規定有權提請歐洲法院爲裁判，但並未依歐洲條約第一百七十七條第三項之規定有義務提請裁判。高等行政法院之裁判得以針對不受理之救濟途徑爲抗告；是故歐洲條約第一百七十七條第三項之前提要件即不存在。憲法訴願人指摘之歐洲法問題設及行政法院法第一百三十七條第一項第一款所稱之可審查之聯邦法律（聯邦行政法院判例集第三十五卷第二七七頁）。歐洲共同體法中之法律問題本已在原則上爲行政法院法第一百三十二條第二項第一款所稱之者並且因而開啟第三審上訴之途徑，倘使已預見在未來的第三審程序中產生提請歐洲法院爲先行裁判之必要性。

3. 聯邦行政法院之裁定並未違背基本法第一百〇一條第二句之規定，蓋因聯邦行政法院經由第三審上訴之不受理決定，並因之不將案件提請歐洲法院裁判，並未剝奪訴願人依法審判之權。

聯邦行政法院否認了提請裁判之義務係有事理上之明顯理由。法院乃是以歐洲法院的有關判決爲基礎且就訴願人之論點爲解析。歐洲法上問題爲正確解釋之有理由的疑義並未如此之迫切致使不提請歐洲法院爲裁判成爲無可替代的主張。訴願人在其憲法訴願中僅主張，歐洲法院迄未就銷售基金法是否符合歐洲條約第三十條爲審查而且歐洲法院應將扭曲競爭之措施置於更加嚴格之審查下。從此項主張中並未見及訴願人對歐洲法之問題所提出之見解明顯優先於聯邦行政法院之法律見解。訴願人之主張並未能促使聯邦行政法院提請依照歐洲條約第一百七十七條所規定之先行裁判，尤其是訴願人純僅提及聯邦法院

在過去之判決中已經評為評斷者。

4. 訴願人基於基本法第一百〇一條第二句之基本權亦未因之而受侵害，蓋因歐洲共同體執委會已於一九八六年十月二十一日囑託聯邦政府依照歐洲條約第一百六十九條之規定就有關銷售基金法之問題表示意見。在此號文件中執委會曾表達其依照銷售基金法所課徵之費用可能侵犯歐洲條約乙節之見解。

即使以為從歐洲共同體執委會之意見中可以產生歐洲條約第一百七十七條第三項之提請裁判之義務，並且從而發生違背基本法第一百〇一條第二句之情形，然而此一主張亦不能使憲法訴願獲得勝訴之結果。歐洲共同體執委會係在聯邦行政法院為裁定後方始要求聯邦政府表示意見。聯邦行政法院在其為裁判時並未知悉可能執委會有反對之意見。因此聯邦行政法院並未逾越界限忽視法律或者錯誤適用因而致於違背基本法第一百〇一條第二句。

此外，執委員已於一九八七年六月十日停止對聯邦德國違背歐洲條約之程序，而且於另一文件中通知聯邦政府對於銷售基金法之調查結果未有違背歐洲條約第三十條之情事。

# 關於「縮減兒童金規定暨其計算方法之審查」之判決

——聯邦憲法法院判決集第八二卷第六〇頁以下

譯者說明：

譯者：李惠宗

本文所用簡稱如下

1. BVerfGE-Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts，聯邦憲法法院裁判集，簡稱：憲法判集
2. BGBl-Bundesgesetzblatt，聯邦法律公報，簡稱：法律公報
3. BKGG-Bundeskindergeldgesetz，聯邦兒童養育補助金法，簡稱兒金法。
4. Kindergeld，兒童養育補助金，本譯文簡稱「兒童金」。
5. Sozialgericht Trier，或譯為特里爾社會法院，唯鑒於國內對外國地名翻譯尚未臻於統一，本文保留其原文，稱為：Trier社會法院。
6. Sozialgericht Lüneburg，或譯為呂能堡社會法院，同理，本文稱為：Lüneburg社會法院。
7. Kinderfreibetrag，子女扶養寬減額，本文簡稱：子女寬減額。

8. 由於本案涉及子女寬減額及兒童金之計算，爲便於掌握起見，筆者特地製作一比較表，附之文前。  
9. 原文判決所涉多端，爲便於查考起見，本文另行依各該段落意旨編製一目錄，俾供索驥之便。唯不盡妥洽之處自在難免。

聯邦憲法法院判決集第八二卷第六〇——一〇五頁

## 目 錄

裁判要旨・審查標的案號及法規  
裁判主文

理 由

A 審查標的——兒童金縮減規定及年所得計算方法

I、1. 有關兒童金規定

2. 有關子女寬減額之規定

II、提付審查之各法院理由呈示



1. Tier社會法院

a) 事件背景

b) 法律見解

2. Luneburg社會法院

a) 事件背景

b) 法律見解

aa) 爭點

bb) 所得計算方法違憲

3. 聯邦社會法院

a) 事件背景

b) 法律見解

aa) 爭點

bb) 所得計算方法違憲

III、各有關機關立場

1. 聯邦少年，家庭及衛生部

2. 聯邦財稅法院

3. 聯邦社會法院

4. 納稅人協會

5. 天主教家庭問題行動團體

6. 德國基督教家庭聯盟

B 聯邦憲法法院對各法院見解之表示

I、對Trier社會法院

II、對Lüneburg社會法院

1. 有關兒金法第十一條第一項部分有理由

2. 有關兒金法第十一條第一項以外部分無理由

III、對聯邦社會法院

C 本裁定見解：兒金法第十條第二項違憲

I、兒金金之功能

II、兒金金縮減於其社會救助功能上不違憲

1. 兒金金具社會救助功能者，不違社會國原則

2. 憲法上家庭特別保護不妨礙兒金金縮減

a) 兒金金縮減未侵害家庭

b) 家庭促進與其他國家任務關係

3. 兒童金縮減人的範圍不違反平等原則

4. 基本法第三十三條不得作為審查標準

### III、兒金法違憲之處

1. 憲法法院對「交錯規範」之審查

2. 生存最低限度之免稅性

3. 家庭生存最低限度

a) 審查標準：基本法第三條第一項及第六條第一項

b) 子女扶養費用應自所得中扣除

c) 無其他特別之合理化事由

aa) 預算整頓之迫切性

bb) 社會政策之衡量

d) 生存最低限度金額之設定

4. 憲法法院自限於明顯性之審查

a) 兒童金換算成子女寬減額

b) 基本案型

- c) 生存最低限度之計算依據
- d) 各項款額之比較表及說明
- 5. 兒金法第十條第二項違憲之期間
- D 本裁定見解：兒金法第十一條第一項計算方法不違憲
  - I、本規定是否違憲之決定
  - II、1 兒金法上「損失」之意義
    - 2. a) 排除損失扣除之立法目標
    - b) 實際損失不得扣除係不平等處遇
  - 3. 本規定之合理化事由
    - a) 行政適可性
    - b) 行政經濟觀點
    - c) 另行解決方法
  - 4. 假設性稅額損失不必允以扣除
- III、配偶間損失扣除之禁止不違憲

子女寬減額暨兒童金各時期規定比較表

單位：馬克 DM 譯者製

	子女寬減額			兒 童 金					備 註
子女數	1	2	3 (含以上)	1	2	3	4	5 (含以上)	
1974年前	1200	1680	1800	—	25	60	60	70	雙軌制
1975年起	廢 止			50	70	120	120	120	兒童金提高取代 子女寬減額，不 繫乎父母所得。
1982年起	廢 止			50	100	220	240	240	
1983*年起	432	432	432	50	100	220	240	240	回復雙軌制
					80	200 180	220 200	220 200	兒童金第二個子 女以下依標準各 遞減20DM
						160	180 160	180 160	
				50	70	140	140	140	基數
1986年起	2484	2484	2484						
1990年起	3024	3024	3024						
* 本件系爭標的皆依 1983 年規定發生。432 馬克之子女寬減									
額係稅法規定，但該規定於本件程序上係與兒童金法一併									
受審查。									

聯邦憲法法院判決集第八二卷六〇——一〇五頁

裁判要旨：

1. 由數項個別法規所組成而被認為係違憲之法律情況基本上得依各該有關之規範提付憲法法院審查。  
2. 於所得稅上，應有一定數額免稅，以供家庭最低生活所需；只有逾此部分之所得始得加以課稅（與憲法判集四三卷一〇八頁不同）。

立法者如考慮到納稅給付能力之降低而予社會救助者，則該社會救助之額度應達到有相應之減輕負擔作用。

3. 聯邦兒童金法第十一條第一項所含損失扣除（Verlustabgleich）之除外規定，於作為兒童金給付標準的所得計算上，在憲法上並無疑問。

一九九〇年五月二十九日第一庭裁定

（案號）——1 BvL 20, 26, 184 und 4 / 86——

於本件程序上提付違憲審查之標的有：1. 聯邦兒童金法第十條第二項及第十一條於一九八二年十二月二〇日之一九八三年預算附帶法第十三條第二及第三款（法律公報，第一部，一八五七頁）上之規定——*Tris* 社會法院一九八四年六月七日（*S 2 Kg 14/83*）之中止暨理由呈示裁定（按：即裁定中止審判，申請具體的規範審查）——1 BvL 20/84——2. 聯邦兒童金法攢第十一條第一及第二項於一九八二年十二月二〇日之一九八三年預算附帶法第十三條第三款上之規定，該預算法嗣後經一九八三年十二月二日之一九八四年預算附帶法第二十八條（法律公報，第一部，一五三二頁）予以修正。——*Lüneburg* 社會法院一九八四年九月十四日（*S 7 Kg 11/84*）之中止暨理由呈示裁定（*Aussetzung- und Vorlage-beschluss*）——1 BvL 26/84——3. 聯邦兒童金法第十一條第一項於一九八二年十二月二〇日之一九八三年預算附帶法第十一條第一項（法律公報，第一部，一八五七頁）上之規定——聯邦社會法院一九八五年十二月十日之中止暨理由呈示裁定——1. BvL 4/86——。

### 裁判主文

聯邦兒童金法第十條第二項於一九八二年十二月二〇之經濟及商業振興暨聯邦預算減輕法第十三條第二款（一九八三年預算附帶法）（聯邦法律公報，第一部，一八五七頁）上之規定於一九八五年十二月三十一日前，與基本法第三條第一項連結第六條第一項之規定牴觸。

聯邦兒童金法第十一條第一項於一九八二年十二月二〇之一九八三年預算附帶法第十三條第三款（聯邦法律公報，第一部，一八五七頁）上之規定與基本法相符。

理由：

A、

理由呈示書論及一九八三年預算附帶法對所得較佳者予以縮減兒童金之規定及作為兒童金給付標準的所得計算方法是否合憲。

I、

1. 一九七四年底前，為了平衡一般人與子女之養育有關之負擔，兒童金與子女扶養寬減額於所得課稅上並行存在（所謂的子女或家庭負擔平衡雙軌制）。兒童金於此最後一次地自第二個子女起給予給付。其數額為每月二五馬克，對第三、第四個子女為每月六〇馬克，對其後之子女為七〇馬克。此種對第二個子女所給付之兒童金，對子女數二個以下的權利人則依其所得而定（依當時有效之聯邦兒童金法——BGG，以下簡稱兒童金法）。所得稅上之子女扶養寬減額對第一個子女為每年一二〇〇馬克，對第二個子女為一六八〇馬克，其次以下之子女為一八〇〇馬克（所得稅法第三十二條第二項第四款，一九六一年八月十五日之規定，法律公報，第一部，一二五三頁）。



一九七五年起，經由一九七四年八月五日之所得稅，家庭負擔平衡暨儲蓄促進修正法（所得稅修正法——EStRG）（法律公報，第一部，一七六九頁）之修正兒童金與稅法上子女寬減額之雙軌制，遂由一項單一的家庭負擔平衡而不繫以父母所得之分級的兒童金所取代，該兒童金自第一個子女起算，對第一個子女月支給五〇馬克，第二個子女七〇馬克，第三個以下為一二〇馬克（兒金法第十條於所得稅修正法第二條第九款上之規定）。所得稅法上之子女寬減額規定則被廢止——唯其他與子女有關之稅法上優惠除外。經多次修正，兒童金於一九八二年對第一個子女每月支給五〇馬克，第二個子女每月一〇〇馬克，第三個每月一二〇馬克，第四個及其以下為二四〇馬克（一九八二年一月二十一日公布之兒金法第十條，法律公報，第一部，十三頁）

自一九八二年十二月二〇日之經濟商業振興暨聯邦預算負擔減輕法（一九八三年預算附帶法）（法律公報，第一部，一八五七頁）起，又回復子女負擔平衡的雙軌制。一九八三年起，所得稅法復規定子女寬減額，其數額對每個應扶養之子女均只為四三二馬克。同時聯邦兒童金法亦有了本件裁定正予以審查之規定。其兒童金之數額迄今基本上無改變。唯卻繫之以權利人之年所得而定，即從第二個子女起，按等級地，對第二個子女縮至基數每月七〇馬克，第三個及以下子女每月至一四〇馬克。

聯邦兒童金法之相關規定於一九八三年預算附帶法上有如下之規定：

#### 第十條 兒童金之數額

(1) 兒童金對第一個子女月付五〇馬克，對第二個子女為一〇〇馬克，對第三個子女為一二〇馬克，

對第四個及其以下之子女月付二四〇馬克。

(2) 如領取權利人與其未長期分居配偶之年所得合計逾寬減額標準至少四八〇馬克者，則兒童金之數額對第二個及其以上之子女將依（本項）第四句所定之標準、分級地縮減至基數：對第二個子女，七〇馬克；對其下之各子女，一四〇馬克。就依第八條第二項所計算之兒童金之縮減，本項第一句基數尚應另縮減第八條第二項在分配時所許可的其他救助之數額。寬減額之數額為：已婚且未與配偶長期分居之受領權人，二五九二〇馬克；其他權利人，一八一二〇馬克；領取兒童金之權利人或無第八條第一項之適用而領取兒童金權利人之各該子女，每名為七八〇〇馬克。年所得逾此寬減額者，每逾四八〇馬克，兒童金遞減二〇馬克；對數名子女應減少兒童金之支給者，應於兒童金總額上計算為之。

# 第十一條 年所得（作為兒童金支給標準之年所得）

(1) 依本條第三或第四項於納稅年度內所獲致之積極收入（Positive Einkünfte）之總和，依所得稅法第二條第一及第二項規定，視為年所得。源於其他所得種類之損失及配偶之損失，不得扣除（Abzug）。

## (2) 以下項目應自所得中扣除：

1. 依本條第三或第四項之納稅年度已繳或應繳之所得稅及教會稅（Kirchensteuer）。
2. 於本條第三或第四項之納稅年度內，稅制上承認之之預備費用（Vorsorgeaufwendungen）。
3. 權利人或其未與之長期分居之配偶，於本條第三或第四項納稅年度內所已付或應行支付與下列人

之扶養費用 ( Unterhaltsleistung ) ..

a) 支付與依第十條第二項第三句寬減額未提高之子女者，但可扣除之數額以扶養判決或調解所確定之數額為限。

b) 依所得稅法第十條第一項第一款或第三十三條第一項之救濟金已經許可或行將許可者，所支付與其他人之扶養費用。

(3) 兒童金之給付應以給付當年之前一年作為課稅基礎之所得為標準。如該所得尚未確定，則只先給付其基數之部分 ( 第十條第二項第一句 ) ；一俟稅額確定，則可終局定其應行給付之兒童金數額。

(4) 受領權人在兒童金給付年度 ( Leistungsjahr ) 之前一年，如有理由令人信其該年度預估之所得微薄，不致於只領取基數之兒童金 ( 第十條第二項第一句 ) 者，該所得即得作為基礎，兒童金即得保留返還請求權，以高於基數之數額予以支付。一俟在給付年度所獲致之所得終局地確定，該兒童金之給付即隨之確定。於此，受領權人若不法逾領兒童金，即應歸還所逾領之數額。該歸還請求權 ( Erstattungsanspruch ) 得對抗正領取之兒童金請求權以迄該逾領部分完全還清為止；第二十三條第二項於此準用之。

兒金法第十一條第二項第二款及第三項嗣後經一九八三年十二月二日之一九八四年預算附帶法修正。兒金法第十一條第二項第二款經修正如下：

.....

2. 依本條第三或第四項之納稅年度，稅制上承認之預備費用 ( 可自所得中扣除 ) ，唯須該些費用依

所得稅法第十條係在可扣除的最高額度範圍內；唯至少預備總額或預備總款額（Vorsorgepauschale oder Vorsorge-Pauschbetrag）（可自所得中扣除）（所得稅法第十c條）。

.....

2. 自一九八六年課稅年度起，所得稅法上子女寬減額提高至二四八四馬克（所得稅法第三十二條第六項於一九八五年六月二十六日之1986/1988年減稅法上之規定，「法律公報，第一部，一一五三頁」）。自一九九〇年課稅年度起，該寬減額復次提高至三〇二四馬克（所得稅法第三十二條第六項於一九八八年七月二十五日之一九九〇年修正稅法上之規定，「法律公報，第一部，一〇九三頁」）。

## II、

理由呈示書係以一九八三及一九八四年兒童金被縮減的原告所提起的案件為基礎。

1. Tier社會法院之理由呈示書（1 BvL 20/84）

a) 初審原告已婚且於婚姻關係存續中於一九七七及一九八二年生有二子女並共同生活。原告於一九八二年四月以前一直領取兒童金每月總數為一五〇馬克。依原告一九八一年年所得之資料，兒童金發放單位計算出其一九八三年一月至四月每個月各逾領三〇馬克。該單位要求原告繳還逾領之兒童金，並確定其兒童金請求權自一九八三年五月起，每月為一二〇馬克。

原告提起異議無效，依原告於異議程序中所提出之所得稅單，夫妻合併估算結果，受理異議之機關

調查得知其所得依兒金法第十一條規定，於一九八一年係四六九九一。○六馬克，此一數額使兒童金縮減至基數，於所得之計算上，原告之房地租金於稅單上列為損失項目，數額達於一八〇三九馬克者，卻不准在所得中扣除。

原告對該兒童金縮減暨異議決定不服而起訴，要求兒童金應於一九八三年一月一日全額給付。

b) 社會法院中止該程序並將案件提付聯邦憲法法院。該院認為兒金法第十條第二項及第十一條於一九八三年預算附帶法上之規定與基本法抵觸。

（該院認為），該縮減規定違反基本法第三條第一項所包含的賦稅正義之要求，蓋此規定，相對於無子女之夫妻，將損害及具有相同收入之有子女之夫妻。納稅給付能力之因子女緣故而減低應如何予探知並顧及，立法者於此決定固有其形成自由（Gestaltungsfreiheit）。因此，立法者得將給付能力之降低，在稅法之外，透過單一的兒童金考慮予以彌補。立法者亦得於所得提高之情況下，減低該所得對必要需求滿足之可利用性（Nutzbarkeit）。依此，只要吾人從不同所得群中對各該父母加以比較，對所得較高者減縮其兒童金，於憲法上似不生問題。於帶有子女與未帶有子女之夫妻的比較上，兒童金之縮減即會令前者有所損失，蓋其可資支配使用之所得即被壓縮。此種不平等處遇不符合基本法第三條第一項規定，尤其是如兒童金之縮減只是旨在促進經濟商業景氣並減輕聯邦預算時，更是如此。

此外，兒童金之遞減亦違反基本法第三十三條第五項規定，該規定要求公務員不問其家族之大小得享有相同之待遇。既然，預算附帶法之法律狀態（Rechtszustand）不再符合此種要求，且聯邦政府對公

務員亦不願單方面地支給較高的兒童金，則合憲的解決方式只有對全體國民一體適用同一法律關係，亦即所有人民不問其家族大小，得依其所得層級享受幾乎相同之待遇。

不足夠的子女負擔補助 (Kinderausgleich) 會紊亂世代契約 (Generationvertrag)，蓋無子女之夫妻一方面在財政上對正在成長的下一代幾無貢獻，而該下一代嗣後卻必須負擔養老；另一方面，該夫妻卻比有多位子女的父母過著遠較高水準的生活，尤其是其能為其老年獲得更高的養老請求權。一對中等收入之夫妻養育二個子女，相對於無子女者，其額外負擔約達於四〇〇〇〇馬克。兒童金之削減因此係違反基本法第三條第一項、第六條及第二十條。此種由於兒童金縮減之侵害，亦無法經由一九八六年起子女寬減額之提高而予以除去。

## 2. Landung 社會法院之理由呈示書 (1 BvL 26/84)

a) 初審原告(女)係第二次結婚，並於該婚姻中於一九七三及一九七四年生有二子女。此外，其一九六八年在第一次已離婚的婚姻中所生之子女一人，亦在此家庭中生活。對該三位子女，伊至一九八三年底按月足領兒童金共三七〇馬克。

其後兒童金發放單位通知原告，自一九八四年元月起每月只能領取縮減的兒童金共二六〇馬克。就此，伊提出一九八二年夫妻合併估定之所得稅單，並依兒金法第十一條計算出伊及其夫之作爲兒童金計算標準的年所得係五三〇六三馬克，此一數額使兒童金縮減至基數。於(兒童金)年所得之計算時，其夫之房地租金(一九三六〇馬克)、稅務諮詢費(一〇馬克)及托兒所費用(一八〇〇馬克)之消極收入未能扣除，而該消極收入在稅單上卻使課稅所得降低了。經確定之所得稅達四九五四馬克，教會稅爲

一四三·四六馬克。

經提出異議無效後，原告起訴請求全額之兒童金。

該社會法院獲有稅捐機關之通知，上載，如該足心降低稅額之款項（二一七〇馬克）（上述 $19360+10+1800-21170$ 馬克——譯註）不存在者，則應納之所得稅為一二二五〇馬克，教會稅為八〇〇·一〇馬克。

b) 該社會法院將程序中止並提付聯邦憲法法院以裁決，兒金法第十一條規定是否與基本法相符，蓋該條規定排除損失之扣除（*Vermögensgleich*）（第一項），且稅法上得作為降低課稅額之費用，有一部分在兒童金法上卻不能同視（第二項第一款以下），對此卻又未在稅捐換算（*Steueranrechnung*）上規定一相當的扣除方法（第二項第一款）。

aa) 此一法律事點的判斷，繫乎兒金法第十一條是否合憲。如果對該條規定的憲法上疑義理由不成立者，則被告機關所得之計算即符合規定，該訴應予駁回。相反的，原告一九八四年即應受全額的兒童金之給付，縱使該七九五二·六四馬克的額外稅額（*Steuermehrbetrag*）亦視為降低所得而受到考慮，該額外稅額係原告及其夫依兒金法第十一條不得扣除，在稅的計算上卻得予扣除的損失及費用共二一七〇馬克所節省下來的款項（譯者按：七九五二·六四馬克係無損失扣除額（二一七〇馬克）之應繳稅款與有損失扣除額之應繳稅款之差額，即 $12250+800.10+954+14346-793246$ ）。（如該七九五二·六四馬克之額外稅額允為扣除，）則其作為兒童金計算標準的年所得即不會超過兒金法第十條第二項之寬減額。

bb) 兒金法第十一條所規定的所得計算方法違反基本法第三條第一項及第六條。

足以令所得降低的負擔，一方面在兒童金法上不能扣除使（兒童金計算標準之）所得降低，他方面只能在事實上產生的稅予以扣除，此係違反平等處遇之要求（*Gleiche Handlungsgebot*）。費用及損失在稅的優惠，經濟上會有一定效果，即該稅債費用上負擔的一部分轉換成資產的一部分。此節省下來的稅額即成為金錢資財，唯無論如何卻不能在納稅義務人的家計上予以支配使用而使其給付能力上不可否認地被減低了。此種款項作為所得之觀點，在兒童金法上，相對於該些雖全額繳納稅款而卻將其所得全用於消費目的的兒童金受領人而言，係侵害此類關係人。此種不平等的對待既不僅涉及個別化的措施，亦非於行政適正性（*Verwaltungspraktikabilität*）可予合理化者。

此之不平等待亦同時牴觸基本法第六條第一項所擔保之家庭保護，蓋立法者經由兒童金之縮減，使一家庭之收入於消費方面額外減少，而加重子女眾多者家庭之負擔，蓋該家庭無法將其一部分收入用於消費目的（*Konsumzweck*）。

### 3. 聯邦社會法院理由呈示書（1 BvL 4/86）

a) 初審原告已婚，於婚姻關係存續中分別於一九七四及一九七七年生有二子女。迄一九八三年二月止，伊定期為該於其家庭生活之二位子女領取兒童金，每月共一五〇馬克。兒童金發放單位嗣後計算出伊於一九八三年一月及二月各逾領三〇馬克，該單位要求伊歸還逾領部分，並確定自一九八三年三月起每個月只能領取一二〇馬克。



原告異議無效果。依其於異議程序中所提出之夫妻合併算定之一九八一年之所得稅單，其夫妻源於非獨立工作之所得有五九〇一四馬克，並有房地之租金損失二九二六五馬克。受理異議機關依兒金法第十一條第二項，從積極所得中，在得扣除情況下，算出其年所得為四八七五五·六八馬克，此足以導致兒童金縮減至基數。房地租金之損失則未予列入考慮。

原社會法院認為該兒童金之縮減係符合兒金法第十條第二項及第十一條之規定，而駁回該訴。

就此，原告獲准提起飛躍上訴（*Sprungrevision*）。

b) 聯邦社會法院將該程序中止並提付聯邦憲法法院，以確定聯邦兒童金法第十一條第一項在一九八二年十二月二〇日之一九八三年之預算附帶法第十三條上之規定，是否與基本法第三條第一項符合。

aa) 該法律爭點之判斷，繫乎兒金法第十一條第一項之有效性。如源於房地租金之消極所得應視為使所得減少，則原告之年所得即在寬減額之下，兒童金不得予以縮減，該訴亦應允許。否則，該訴應予駁回，蓋被告單位已依兒金法第十一條正確計算出其所得，並合法地適用兒金法第十條第二項之縮減規定。

#### bb) 兒金法第十一條抵觸基本法第三條第一項。

在兒童金受領權人只有一種所得情況下，使所得降低之各種情況，卻可能無限制地對作為標準的年所得額度有影響。於兒童金受領權人具有多種收入時，相反的，降低所得的情況在個別所得種類內可能會沒有；如其所得——依所得種類予以分類——係由積極與消極所得所組成，而依兒金法第十一條第一

項卻只有積極所得受到顧及。兒童金受領權人經濟處境上雖遠遜於只有一種收入之其他權利人，但因該其他權利人有使所得降低之情況，致其所得在兒金法第十條第二項寬減額之下，然而該兒童金受領權人無之，卻可能會被視為更具有給付能力。

如果吾人將給付能力界定為兒童金縮減之標準，則對上述二群的兒童金受領權人即會有違憲的不平等處遇的狀況存在。因只有單種收入之權利人可能由於有相當的損失常能獲得全額之兒童金，然而出於多種收入種類而有相同所得的權利人，由於損失扣除之禁止，有時只能領取縮減的兒童金。

此種不平等處遇吾人無法找出實質上令人信服的理由。雖然立法者意欲透過損失扣除之禁止以防止稅法上之補貼（Subventionierungen）在兒金法上發揮有利之影響，例如折舊（Abschreibung）對兒金法之影響。但此目標無由而達，蓋此些稅之優惠（Vergünstigung）總是在各別收入種類內發揮其影響而有「一定界限（Nullgrenze）」；此外，禁止以其他收入種類之損失為扣除者，不僅是因稅的補貼所造成的「不真正」（Kunstlich）的損失，而是實際損失亦不得扣除，例如營業費用亦在不得扣除之列。關於此種對有多種收入之權利人的加重不利，該法規所欲達成目標並不能合理化該規定。

其合憲性亦不能因立法者必須為行政透過概括性規定儘可能使年所得之查估易於進行而得到合理化。此地已逾越了容許的類型化之界限，因為與此有關的不公正（Härten）或不正義涉及到一大群人，且違反平等原則的強烈程度（Intensität）亦太大。全額領取與只能領取縮減至基數的兒童金，其間之差額，於四個子女的家庭，每年達於二五二〇馬克。即使對一中上所得家庭，此亦屬一筆大數目。如果立法

者，例如規定兒童法第十一條上不得爲稅上補貼之扣除，之外，卻允許無限制的損失扣除，行政程序亦不致有令人無法忍受的負擔。除所得稅單外，縱使於此必須更常涉及到兒童金受領權人的所得稅申報（Einkommensteuerklärung），但此種行政程序上的困難亦較少於爲數不少的人受到與該法律類型化有關之侵害，尤其，此類規定更不含有嚴苛的條款。

### III、

對以上理由呈示裁定，聯邦少年、家庭及衛生部以聯邦政府之名義表示了意見。此外，聯邦財稅法院的各別庭，納稅人協會聯邦總署，天主教家庭問題行動團體——亦即德國家庭協會，以及德國基督教家庭聯盟亦表示了意見，此外，對Triebs及Lüneburg社會法院的理由呈示書，聯邦社會法院第十庭亦表達了其見解。

1. 該聯邦部長認爲該憲法上的疑慮並無理由。聯邦憲法法院判決認爲，必要的扶養費之支出應予考慮，本件依此意義下之租稅正義所從事之審查並無不當。

立法者本得在不違反平等原則下，依所得之高低在兒童金縮減方面予以差別對待。所得愈高，則該所得對滿足必要需求的可利用性亦愈低，此一需求應於給付能力上予以考慮者。爲達預算整頓所必要之撙節開支，立法者在社會國的觀點下，本得要求所得較高者只領取縮減至一定程度的兒童金，以使所得較低者得領取未縮減的兒童金，此種所得較高者的範圍之界限同樣亦屬合憲。在一九八一會計年度對一個有二個子女的家庭，通常需其稅前所得達於稅前所得平均數的兩倍以上，才會只領取基數兒童金。

三個子女的家庭，須其稅前所得達於平均所得之25%，在四個子女的家庭，則達於31%，才會領取基數兒童金。此種比較特別具說服力（*ausagekräftig*），蓋逾93%的納稅義務人係勞工。

在立法裁量範圍內，兒金法第十一條第一及第二項規定業已確定作為標準之年所得。立法者藉此特別是追求二個目標：凡只是基於稅的優惠要件及補貼規定在計算上，而不是依實際經濟境況屬於兒金法第十條第一項之兒童金受領權人者，不得領取全額之兒童金；此外，凡因一定計劃所產生的稅法上有效的損失致其所得降低者，亦不得領取全額兒童金。

立法者本亦得只在一個粗略計算基礎的平面（*Raster*）上考慮法律規定的適可性（*Praktikabilität*）。依該提付審查的規定，重要的資料，一般皆得從所得稅單或薪資稅年扣除單上予以得知。兒童金發放單位在行政花費及其職員的訓練上，沒有必要去分析「不真正」的及「實際」的損失。兒金法第十一條第一及第二項規定依此乃屬一種合理的類型化。明顯的嚴苛情況並無有之。

2. 聯邦稅法院第四、八、九庭一致認為，如立法者認為在稅法上會導致所得降低的特徵，在社會救助上，如兒童金者，不致使所得降低、並不違憲。唯第八庭另持如下見解：稅法規定因子女之支出所為之稅負的減輕，在一九八六年有所不足，且依此該提付審查之規定，對所得已逾越兒童金縮減標準之納稅義務人而言，已經導致一項有違反平等原則之虞之侵害，同樣的，如果在所得的計算上，此些非源於稅法特別規定的損失，例如企業的通常累積損失（*Anlaufverluste*），倘不允許予以扣除，憲法上亦屬可疑。

3. 聯邦社會法院亦於1 BvL 418/6之程序之理由呈示裁定指出兒金法第十一條第一項有違憲之虞之處。

該庭肯定兒金法第十條第二項之合憲性。繫乎所得而定之兒童金縮減亦不違反社會國原則。社會救助之縮減至權利人最低生活限度係受許可者。基本法第六條第一項亦未受侵害。透過分級的、繫乎所得為斷之兒童金縮減所對家庭負擔減輕之差別待遇，雖屬特別方式，但仍符合一般正義思想。最後，亦無被承認的憲法原則，使父母得據以在經濟上像其子女最低生存限度一樣被置於免稅之地位。

4. 納稅人協會視一九八三及一九八四年之繫乎所得而定之兒童金縮減係違反基本法第三條第一項及第六條第一項，並認為兒金法第十一條第一及第二項計算規定亦屬違憲。該縮減之兒童金未將父母因子女關係所增加之負擔致稅上受到忽略的給付能力的降低考慮在內。甚至在有六個子女時，兒童金之總額尚達不到一適當的數額。

只要兒童金——假設縮減係合憲——係社會救助，則立法者於其規定上仍受平等原則之拘束；因此，只要其決定兒童金係以給付能力為斷，則其必須顧及所有對給付能力有重要影響的要素。因此，對損失、職業訓練費用（Berufsausbildungskosten）及非尋常的負擔之扣除禁止，係牴觸基本法第三條第一項及第六條第一項規定。立法者只是可以不必顧及稅的優惠在兒金法所產生的經濟及社會政策的形成效果。

5. 天主教家庭問題行動團體認為兒金法第十條第二項及第十一條第一及第二項係屬違憲。在實證研究上，對一個子女的月扶養費用係在四四〇馬克（最低需求）與五九〇馬克（通常需求）之間。如吾人將子女寬減額規定視為符合實際而以其低限四〇〇馬克為基礎，以平均稅率3%計算，將得出一個月每位子女的

負擔減輕額應是一四〇馬克。即使有三位子女的家庭，雖全額領取兒童金，在係爭年度內，其負擔仍未獲得完全之減輕。兒童金之縮減於此，與無子女之家相較，係對子女眾多家庭的差別待遇。

如果吾人即使視兒童金之縮減不違憲，無論如何兒童金法第十一條之所得意義應絕對必要地引進兒童金法第六條，由於兒童金之縮減繫之於經濟上的給付能力，稅法上的所得意義應絕對必要地引進兒童金法。

6. 德國基督教家庭聯盟亦採取相同的立場。其依據照顧兒童之費用及聯邦統計局對一九八四年初的經濟統計 (Wirtschaftszählung) 結果，估計出扶養一名子女月需五〇二馬克，並認為兒童金之縮減係違反憲法，因其未依租稅正義的基本原則將該些負擔考慮進去。

## B—I、

Trier 社會法院的理由呈示書在其針對兒童金法第十條第二項範圍內者，屬有理由。反之，涉及兒童金法第十一條之部分，則無理由。

依該法院見解，在所得的計算上，只有在該理由呈示裁定上提到的依所得稅法第七條之扣除 (Absetzungen)，才是應予顧及之扣除 (Abzug)。依該條之扣除在作為標準的所得計算上，可能只在房地租金的損失上會發生影響，以致於在此範圍內一開始只有兒童金法第十一條第一項所規定的損失扣除之禁止於本件訴訟上會有意義，並非在第二至第四項所包括的規定亦有意義。

就兒童金法第十一條第一項，該法院亦未指出，該項損失扣除之例外係違反何項憲法規範以及何由而生 (就此要求，請參閱憲法判集七九卷，二四〇頁 (二四三，二四四頁))。該理由呈示書只處理了兒

童金縮減的憲法上審查，至於原則上雖得爲兒童金之縮減，唯損失扣除之排除，特別是依所得稅法第七條作爲標準的所得計算扣除之排除是否違憲及何以違憲，該理由呈示書則未論及。

## II、

1. Lüneburg 社會法院之理由呈示書，在其將兒童金第十一條第一項提付審查部分，係有理由。該法院充分地指出，判決繫之以該規範的有效性，唯其認爲在該規定內之損失扣除之禁止並非全部，而是只有部分違憲，亦即兒童金計算時未被重視之損失，如在課稅時亦不得扣除者，則甚至由此而生的稅額（Steuerbetrag）亦不得於作爲兒童金縮減標準所得計算時加以扣除者，始屬違憲。該法院於此並非只針對經確定之房地租金之損失（一九三六〇馬克）而注意該假定的額外稅額之允許扣除在兒童金計算上所已發揮之影響，而是綜觀地同時將稅務諮詢費（一〇馬克）及托兒所費（一八〇〇馬克）計算在內。但是既然源於房地租金之損失形成導致七九五·六四馬克額外稅款之全體總收入的重要部分，則在理由呈示書上可以肯認的是，分散在損失額上的假定稅額如許爲扣除，將會在兒童金計算上對初審原告產生有利的影響。初審程序所接受之兒童金縮減至基數，依規定係於年所得逾五二二〇〇馬克時發生。而（原告）依兒金法第十一條所確定所得係五三〇六三馬克。如果允許其爲超過差額八六三馬克（譯按：53063-52200=863）爲額外扣除，兒童金就不致於被縮減。依據作爲標準的稅率，很明顯的是，該假定的所得稅及教會稅所據以計算之損失額一九三六〇馬克如許爲扣除，不僅已超過上開界限（譯按：八六三馬克）且得領取未減縮之兒童金。

2. 唯該理由呈示裁定未指出，在何種範圍內，其判決繫乎該稅務諮詢及托兒所費一八一〇馬克所算定假設稅之扣除為斷。針對兒金法第十一條第一項所提起之違憲疑問如成立者，則只要源於房地租金損失之准予扣除，即足以發給全額兒童金。額外扣除之允許於判決並不生影響。該理由呈示裁定認定該源於一八一〇馬克的假定稅款的扣除對其可能只有兒童金縮減之影響，並不允洽。

就兒金法第十一條第三及第四項規定，該理由呈示裁定內自始即未曾論及。因此該理由呈示書在兒金法第十一條第一項之外所提付審查部分係無理由。

聯邦社會法院所提理由呈示書之限定在兒金法第十一條第一項之審查係有理由，並無疑問。

## C

兒金法第十條第二項於一九八三年預算附帶法上之規定於一九八五年十二月三十一日前抵觸基本法第三條第一項連結第六條第一項之規定。

## I、

兒童金在透過一九七四年八月五日所得稅修正法之家庭負擔平衡新規定前，係唯一具有國家性的社會救助性質者。其規定，父母因照顧子女之支出，特別是經濟上之負擔，應部分予以平衡（請參憲法判集二三卷二八（三六）頁）二九卷七一（七九）頁有關一九六四年四月十四日之聯邦兒童金法（法律公報，第一部，二六五頁）；同參考，憲法判集一一卷一〇五（一一五）頁及二三卷二五八（二六三）頁



有關一九五四年一月十三日之兒童金法（法律公報，第一部，三三三頁）以及憲法判集二三卷一六三（一六八）頁有關一九六一年七月十八日之兒童金發放單位法（法律公報，第一部，一〇〇一頁）。

經由一九七四年所得稅修正法規定，以兒童金發放方式在單一制家庭負擔平衡的採用下，由於子女寬減額的廢除，兒童金對納稅義務人因扶養子女致給付能力降低在稅法上不復被顧及，額外具有平衡之功能（參憲法判集四三卷一〇八（一二三）頁）。此一功能未因立法者於一九八三年復在所得稅法上引入子女寬減額四三三馬克之規定而消失。此乃因該寬減額太低，很顯然無法適當平衡父母親因子女花費而導致的給付能力之降低。立法者亦不欲藉寬減額之規定而全部除去兒童金在稅上所具有減輕負擔之功能，只是退回至家庭負擔平衡的雙軌制而已。此可從一九八三年預算附帶法的政府草案理由上見之（BTDucks 9/2140，聯邦議會資料，第九任/2140號），其上明載（同上，六六頁）：

「為能較往昔更適切地考慮依給付能力課稅之原則，在家庭政策的觀點下，將引進一項於計算應課稅所得額時得予以扣除之子女寬減額。此項寬減額與依聯邦兒童金法之兒童金係同時併存。藉此，目前的子女負擔平衡得以雙軌制的形式更形強化。此種措施係屬在家庭合併計算分別申報制（Familien-splittings）引進前的一項過渡規定。」

兒童金除具有稅上減輕負擔功能外，併具有一般社會救助的性質，因其尚另外規定旨在減輕因子女所生之負擔（參憲法判集四五卷一四〇（一二一）頁）。兒童金在法律上係規定於社會法典第一部（Art. 1）第十八條——總則——所列舉的社會救助項下（同上，第二十五條第一項）。

吾人不可能將兒童金在量上劃分以符合上述兩項功能。立法者就此既無明文規定，吾人亦不能從法條規定間接導出兒童金應至何一數額作為稅上的負擔之減輕，而將其餘額作為純粹的社會救助。兒金法第十條第二項之縮減規定因此不但應審查兒童金作為社會救助是否得繫之以父母親所得以為斷；抑且亦應審查該縮減之兒童金是否能充分發揮其稅上減輕負擔之功能，及在此範圍內現存的缺失在憲法上是否得予指摘。

## II、

如果兒童金只涉及社會救助的性質，則兒金法第十條第二項即無憲法上之疑義。

1. 該規定不違反基本法第二十條第一項所確立之社會國原則。此一原則雖賦予立法者一形成任務（*Gestaltungsauftrag*）（參憲法判集一卷九七（一〇五）頁）。但鑒於範圍廣大及不特定性，吾人難以從中得知，社會救濟應於何一特定之範圍予以支給。絕對必要的只是國家應為其市民創造一種具人性尊嚴生存所必要的最低條件。此一必要的最低條件明顯地並未受到兒童金縮減所侵害，蓋一如聯邦政府於立法說明所載，兒童金減縮僅涉及所得明顯超過平均水準的家庭。在此範圍內並不涉及前揭之最低條件。立法者得決定，社會救助在顧及現有的手段及其他同級的國家任務情況下，在何範圍內得予及應予支給（憲法判集四〇卷一二一（一三三）頁）。就此立法者有更進一步的形成空間（參憲法判集五九卷二三一（二六三）頁附有更詳細引證）。

## 2. 基本法第六條第一項亦不能阻止立法者規定兒童金之縮減。

a) 婚姻及家庭不得受國家措施之侵害，此一在基本權利規範中含有的誠命，在國家給付及給予利益保障範圍內亦屬有效（參憲法判集二八卷三三四（三四七）頁）。此兒童縮減規定，很明顯地，並未在此意義下侵害了家庭。未有子女之人沒有更強的請求權，蓋無子女者根本不得領取兒童金。

因養育子女未能從事職業活動之家庭成員，相對於無子女者於老人保險上固可能較不利，如「*Sozialversicherungsrecht*」基礎之「世代契約」有所欠缺之故，雖然兒童（日後長大成人）對「得於養老保險中倖免於難」者係屬要件（譯按：此係戲言，意指欲享有養老保險，須有兒童日後成人為其支付制度上必要之給付）（聯邦部長 *Bismarck* 如是言，聯邦議會記錄，第十一任，第十一議期，一九八七年五月八日，速記報導六三五頁）。兒童金作為社會救濟卻並未規定對養老給付制度在結構上的欠缺至少應部分地予以平衡。其母寧旨在減低現在因納稅及扶養子女所造成的經濟上的負擔，實與是否不必個人養育子女卻可能獲得較高的養老請求無關。兒童金之縮減因此與老人保險制度無實質關係，因此亦不得在此制度觀點下視其係違反基本法第六條第一項而侵害家庭。

b) 兒童金之縮減在作為一般社會救濟的功能上，同樣符合基本法第六條第一項所課予國家透過適當措施以促進婚姻及家庭之義務（參憲法判集六卷五五（七六）頁）五五卷一一四（一二六）頁。立

法者以何種方式實現加諸其上之保護義務，係其形成自由（參憲法判集一一卷一〇五〔一二六〕頁；一二卷一〔六〕頁；三九卷三一六〔三二六〕頁；四三卷一〇八〔一二三〕以下〕頁；四八卷三四六〔三六六〕頁。雖然從基本法第六條第一項連結社會國原則，吾人可導出國家對家庭負擔平衡的一般義務，但如是之社會平衡（*Sozialer Ausgleich*）究應在何範圍及以何方式來決定，卻不能從而獲知。基本法第六條第一項尚不能導出（人民）對國家有為一定給付之具體請求權（參憲法判集三九卷三一六〔三二六〕頁）。此亦不涉及到國家應對每個家庭的負擔應予平衡或一定要減輕各扶養義務人之負擔（憲法判集四三卷一〇八〔一二一〕頁；七五卷三四八〔三六〇〕頁附有更詳細引證）。

基本法第六條亦不能導出，國家應無視於其他公共福祉而只資助家庭。國家之透過金錢給付所為之家庭資助應在個人得理性地向社會請求的觀念下行之。立法者必須於預算經濟（*Haushaltswirtschaft*）上，在公共利益下，同時顧及家庭資助及其他共同利益，在此同時，尤其應注意功能遂行能力（*Funktionsfähigkeit*）及整體的平等性（*Gleichgewicht*）。依此些原則，在國家為兒童所為的給付（參憲法判集四三卷一〇八〔一二一以下〕頁）總體觀察下，吾人不能認定國家對家庭之資助明顯的不適當且不足以達到基本法第六條第一項之促進要求。

3. 與縮減規定有關之人的範圍限定在兒童金受領權人，並不違反基本法第三條第一項規定。

兒金法第十條第二項之兒童金減縮繫之以受領權人及與其未長期分居之配偶之所得而定。此一社會救助限制之標準極其合理。既然兒童金旨在部分地平衡父母扶養子女之負擔，特別是經濟負擔，自得依

受領人因子女關係對家庭所產生之經濟負擔之不同等級予以差別待遇，在一定所得額以上，立法者得考慮，在子女扶養費外尚有甚多可供家庭支用時，就不必藉由一般租稅手段所支給之社會救助使其財稅上負擔減輕。同時，不僅考慮受領權人所得（就此請參見金法第三條有關受領權人規定），抑且將受領權人及其未長期分居之配偶之總合所得列入考慮，原則上亦屬合理。蓋共同生活之夫妻經濟上同源，且形成一個需求共同體（Bedarfgemeinschaft），該共同體得由兒童金共同有利於其負擔之減輕。

立法者規定兒金法第十條第二項第三句之寬減額界限（Freibetrag）並未違反恣意禁止。一如聯邦少年、家庭及衛生部長依照數據例證其立場所為之說明：在一九八一會計年度，一個有二名子女的家庭，通常其稅前所得（Bruttoarbeitslohn）須達於平均稅前所得三一四五七馬克的兩倍才會只領取基數兒童金。於三個子女的家庭須達252%，四個子女的家庭須達313%。

4. *Tier* 社會法院於其理由呈示書所特別引據之基本法第三十三條第五項規定並不適於作為兒童金規定的審查標準（*Prüfungsmaßstab*）。

此一憲法規範雖然規定，公務員依其公務及薪資等級，得不問其家庭大小而享有幾乎相同的待遇（憲法判集四四卷二四九（二六七）頁），卻不能從中導出任何依聯邦兒童金法所為兒童金發放對各個家庭皆適用之規定。

### III、

唯兒金法第十條第二項於憲法上仍有得指摘之處，蓋該縮減之兒童金迄於一九八五年十二月三十一日前並未以合憲之方式發揮其功能，亦即未將納稅義務人因扶養子女之故所導致的給付能力之降低列入考慮。即使其後因子女寬減額大幅提高而應有不同評價，但此對於在此之前存在的法律情況（*Rechtslage*），亦即理由呈示書的初審程序及其提付審查之部分，並無影響。

1. 前揭規定缺失（*Regelungsdefizit*）導致該提付審查規範的違憲性，縱使其不單由於兒童金法而發生，而是因該法與所得稅法共同作用而產生亦然。立法者得自由決定，對於子女關係所致之給付能力的降低在稅法上予以考慮，或不此之圖，而在社會法上藉由就此足夠的兒童金之給付予以考慮，抑或將稅法上的減輕負擔與兒童金的充足發給予以相互連絡（參憲法判集四三卷一〇八（一二三以下）頁；六一卷三一九（三五四）頁）。立法者可能只在稅法上顧及。如果立法者在消除憲法缺失上選擇此條道路，則該提付審查之有關兒童金縮減規定可能會繼續有效，蓋兒童金尚因此具有一般社會救助功能且該縮減規定在此範圍內憲法上並無疑義。源於多數個別規定之共同作用而被認為違憲的法律情況及在此狀況下，憲法上現存的缺陷會透過一個或另一個個別規定之改善而獲消除，但此一法律情況基本上得依各該有關之規範而提付審查。於此種規範交錯（*Normengeflecht*）情況下，往往——如初審程序——只有共同作用的個別規範對裁判具有重要關係。在這種情況下，如果吾人認為，他處既有修正之規定，則該個別規範應得繼續有效，而忽略該由各有關規範所共同形成之違憲法律情況之確認者，則憲法法院的審查在一定程度上即會受限制，此與基本法第一〇〇條第一項之基本思想不符；此一論證對各有關的個別

規範皆可適用。立法者亦可能會以該受指摘的規範終局地繼續有效的方式以除去憲法上的缺陷，但這只會導致聯邦憲法法院不宣告該規範無效而只確認其與憲法之不合致性而已。

然而，一項規範是否違憲不因該規範客體適合使立法者經由修正——亦或首先經由另一規範的創設——即能除去違憲狀況即屬違憲。毋寧是該規範客觀地被認為有助於已經錯誤地陷於違憲的規範目標（*Regelungsziel*）。本案即屬此種情形。不僅從立法資料，而且從第一個子女開始即有兒童金之規定的同時，子女寬減額已在稅法上刪除的情況來看，吾人無疑地可得知，自一九七五年起——或者說，自一九八六年較高的標準額被規定時起——兒童金之規定係針對因扶養子女致納稅給付能力的降低（所給予之補助）（亦參憲法判集六一卷三一九（三五四）頁）。

2. 憲法上判斷的出發點係此一原則，即納稅義務人之所得如於符合人性尊嚴的生存的最低要件之獲致係屬必要者，國家應予免稅。此憲法上要求乃源自基本法第一條第一項連結第二十條第一項之社會國原則。國家依該些憲法規範負有義務，於必要時，透過社會救助予生活無依之市民以此最低（生活）要件（參憲法判集四〇卷一二一（一三三）頁），同樣地，國家不得剝奪人民自己賺取之所得以至生存最低限度（*Existenzminimum*）數額——下文稱為生存最低限度。

吾人可從上開憲法規範，此外亦可從基本法第六條第一項得出，對一個家庭的課稅，生存最低限度應為全體家庭成員免稅。此不問個人係如何被課稅，亦不問家庭成員如何被認定為納稅義務人。例如父母帶著尚未能自行賺錢的子女，縱使只有個別的家庭成員獲有所得，且對其後之家庭成員負有法定扶養

義務，生存最低限度額度應為全體家庭免稅。因為國家如果剝奪納稅義務人對家庭成員扶養所需憑藉，國家依社會國原則所產生之憲法義務，甚至尚應支給該家庭成員以相當的數額。如果國家相反地以合憲的方式將資助委予市民，就不會有下列矛盾產生，亦即國家一方面以課稅方式全部或部分剝奪該市民（扶養子女）所必要憑藉，他方面卻必須另資助該（受扶養）需求者。

3. 家庭生存最低限度的免稅性對超過生存最低限度所得之課稅也產生影響。生存最低限度不只令納稅義務人於稅的扣除後仍然保有。立法者亦僅得就逾此之所得加以課稅，蓋如其不然，帶有需要扶養子女的家庭相對於其他家庭，相對於無子女之夫妻及無子女之單身者，即會受到侵害。

a) 因此，審查標準係基本法第三條第一項，同時，基本法第六條第一項所包含之對家庭保護的基本原則亦應一併注意（參憲法判集十三卷二九〇（二九六以下，二九八）頁；一七五卷三四八（三五七—頁））。

國家對規範對象之團體，相對於其他團體而言，如係差等處遇時，即違反一般平等原則，縱使此二規範對象，其種類及重要性均無差異，而能合理化該不平待遇者亦然（參憲法判集五五卷七七（八八—頁；陸續的判決）。稅法領域上，課稅應依經濟給付能力定之。此於所得稅法上尤其重要，蓋該法係依各納稅義務人之給付能力而定（參憲法判集六一卷三一九（三四三以下）頁附有詳細引證）。對納稅義務人而言，此一因扶養義務不可避免之特別負擔降低其給付能力，故而，依平等原則立法者應不得予以漠視（參上次憲法判集六八卷一四三（一五二以下）頁）。



子女之扶養費用原則上亦非私人領域之花費，蓋私人花費依所得稅法第十二條第一款基本原則係視為生活的一般費用而不得扣除；吾人毋寧應注意到該扶養費用降低了稅上的給付能力。於子女扶養，此一給付能力原則的具體化另外要從基本法第一條第一項及第六條第一項的憲法基本決定導出。國家既承認人性尊嚴係最高的法價值（*Rechtswert*）（參憲法判集四五卷一八七〔二二七〕頁）並將婚姻及家庭置於國家的特別保護，則自不得將子女與私人需求的滿足同視，更不得謀取對子女扶養而言所不可或缺之憑藉，一如對私人需求滿足之財物憑藉者然。立法者應以有利於兒童之方式顧及父母之決定並不得在稅法上以對待其他生活花費之可避免性（*Vermeidbarkeit*）的相同方式，對父母主張扶養子女之可避免性。

b) 國家於納稅給付能力判斷上，應依額度將納稅義務人之子女扶養費用於得課稅之所得中扣除，蓋在該所得內，此一扶養費用對子女之生存最低限度之保障係屬必要者。

此亦可間接地從家庭生存最低限度應予免稅的要求導出（見上文C II）。只要是該家庭所得係為維持符合人性尊嚴生存之最低要件所必要者，則該所得——不問該家庭之社會地位如何——即非屬可任意處分之部分，從而不得成為稅上給付能力之基礎。對無子女者及有子女之納稅義務人如依同一稅表（*Tarif*）課稅，在子女扶養費用不得至少在生存最低限度的額度內予以扣除情況下，則後者相對前者，即受有侵害；蓋其較之於無子女之夫妻或單身者將因此負擔較高的稅額，因其於相同的起徵所得（*Ausgangseinkommen*）與無子女者一樣，負擔同樣的稅額，雖然其所得在子女生存最低限度之額度內已

經付出，從而在此範圍內亦無法再自由支配使用。

將子女扶養費用至少在生存最低限度額度上予以除外之要求係符合立法者不得就必要扶養費用的賦稅設定不切實際界限之原則（參憲法判集六六卷二一四（二二三）頁，六八卷一四三（一五三）頁）。此外，公機關本應提供兒童之一般促進給付（Forderungsfähigkeit），並不因此而受影響，特別是兒童之作爲學校、教育及訓練制度的主體時爲然（就此參憲法判集四三卷一〇八（一二一）頁）。如父母本須自行有償地張羅該些設施或於市場經濟上自行覓置，則此些促進給付對其扶養花費較少於實際費用者，自有一定貢獻。至於生存最低限度如何在稅上予以考慮此一問題與促進給付的事實與範圍並無關聯。

國家在個別觀點下，在稅法（所謂的兒童添加品 *Kindesadditive*）及其他法律給予帶有需扶養子女的父母以若干相類似之給付，同樣有減輕負擔之作用。這些規定卻不涉及兒童的一般基本需求。唯如兒童之特別需求已經獲得補償或納稅義務人相類似之花費已獲考慮，例如依所得稅法第三十三 a 條第二項之教育基本額（*Ausbildungsbeträge*），此一費用即不得額外地再列入一般扶養費用範圍內。唯此類逐點的減輕負擔並不免除立法者考慮因子女一般花費致稅上給付能力降低之義務。

c) 對帶有需扶養子女之納稅義務人於課稅時忽略其生存最低限度之不公平等處遇，其得以合理化之特別理由，吾人尚未見之。亦無特別情事由之而生並導致非縮減兒童金不可。

aa) 預算整頓迫切性（*Dringlichkeit*）之作爲合理化事由並不足採。國家財政上之需要不足以合理化一項違憲之稅（憲法判集六卷五五（八〇）頁）。縱使國家依賴節節措施，亦必須注意負擔之公平

分配。

bb) 對帶有需扶養子女納稅義務人生存最低限度於課稅時有所忽略之規定，亦不能以社會政策的衡量（*Sozialpolitische Erwägungen*）而得到合理化。縱該規定只是涉及所得逾平均水準之納稅義務人者，亦然。

兒童金之縮減及連帶而來的稅上負擔減輕功能之降低，於所得較高時固可較輕易承受，唯此種狀況於以基本法第三條第一項規定作為審查標準時，並無決定性意義。此種審查範圍可分為「垂直的」與「水平的」租稅正義（*Vertikale und horizontale Steuergerechtigkeit*）兩個方向。在垂直的方向，所得較高者之課稅與所得較低者之稅負相較，必須符合正義之要求。在水平方向，必須是相同給付能力之納稅義務人有相同之稅負（就此請參D. Birk, *Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernorm*，（書名：給付能力原則之作爲稅法規範標準），一九八三，一六五，一七〇頁）。

相對於相同所得而無子女的納稅義務人，亦即在水平層面上，帶有需扶養子女的納稅義務人之稅上額外負擔無法透過前揭的狀態予以合理化。如其不然，只要所得夠高，則稅上不平等的處遇在水平層面上即應予忍受，則依給付能力課稅之要求即形同具文。兒童金縮減就在與無子女者的對照下，顯示出其缺乏實質的合理化事由，因其與基本法第六條第一項之保護要求背道而馳，此一要求使國家對家庭負有促進義務並禁止國家對家庭的各種侵害。

水平租稅正義的破壞不得以垂直租稅正義予以合法化。立法者只得同時慮及直接源於基本法第三條

第一項之水平平等課稅原則，而對所得較高者課以較高的稅。立法者，亦得例如透過稅率的提高及（或）累進稅率的強化以彌補因允許較高的子女寬減額而導致之稅源短缺。唯其卻不得對所得較高而帶有需扶養子女者課予較相同等級所得而無子女者更高額的稅。

既然在憲法所要求範圍內，給付能力之降低應許其於賦稅估算基礎上為費用之扣除，則在採累進稅率之所得稅制度上，其負擔之減輕亦應為累進式的。有子女者之稅捐於累進式減輕負擔之子女寬減額經由單一的可從稅債扣除之免稅額（*Entlastungsbetrag*）——或經由單一之兒童金——取代後，較之於無子女者，其負擔不僅僅是呈直線式的，而是因稅的累進呈累進式的加重，此種情形於兒童生存最低限度之稅負未能經由免稅額受到平衡時為然。

憲法上所要求的兒童生存最低限度之標準額無論如何仍讓諸立法者自由，以深刻地考慮社會觀點，同時並對特別的較高所得者課以較高的稅負。

d) 生存最低限度得於課稅時基於適可性理由以固定的款額予以考慮，此一款額依憲法意旨不必強行地依據年齡群予以分類。唯該款額應儘可能地於全部情況中皆能符合相當的需求。既然生存最低限度可能隨地區會有所異同，立法者於此範圍內不得設定一個下限或一平均值，以致不能適用大部分的情形。

另一方面，吾人既不能從基本法第三條第一項，亦不能從第六條第一項導出，立法者應注意民法上扶養請求權，此一請求權通常係依父母之生活地位所定之全額的子女扶養給付（參最高法院，Z<sub>1</sub> 一九八〇，一六八六（一六八九）頁；一九八三，一四二九頁）。而依個人狀況所為個別之免稅額的估定

亦不可行，蓋此將使課稅程序變得無比困難。再者，實質上亦非要求因兒童開支應免稅的部分須取法乎民法上的扶養（規定）並進而最後規定依個別家庭的社會地位定之（亦參憲法判集四三卷一〇八（一二一，一二三）頁。）此地應注意的是，國家對有受扶養權之兒童應放棄對其扶養費之課稅——唯扶養超過生存最低限度仍為憲法所許可（所得稅法第二條第一項第七款）第二十二條第一款第二句），並因此將父母之淨所得未經縮減地留予該作為需求暨供給共同體（Bedarf- und Versorgungsgemeinschaft）之家庭。

4. 鑒於兒童金具有減輕負擔之功能，則於審查依兒金法第十條第二項被縮減之兒童金對該些憲法上最低要求是否合理時，聯邦憲法院必須自限於明顯性審查（Evidenzkontrolle）。一如在其他立法者實現基本權義務，亦待於事實關係判斷之情形者然（參例如憲法判集四四卷二四九（二六七頁；七七卷一七〇（二二四以下頁；七七卷三八一（四〇五）頁），憲法院只能非難各有關規定，其立法者若不是根本未注意作為標準的義務即是明顯注意不足。本案之初審程序標的，依迄於一九八五年十二月三十一日當時之法律情況，即屬後者。

a) 既然在此期間內，稅之減輕一方面係透過子女寬減額四三二馬克，另方面卻透過兒童金，則對兒金法第十條第二項縮減規定之審查，此被縮減之兒童金即應換算成假設的子女寬減額，並與所得稅上所規定的寬減額合計，而與生存最低限度的款額相互比對。其他對子女的稅上優惠，因其既非為基本需要而定，則不能為相同之考慮。此於因兒童之故致給養總額（Versorgepauschale）提高時亦同有適用。此一給養總額係於系爭期間依一九八四年一月二十四日所得稅法第十條第三項規定所賦予勞工者。此些

稅上優惠旨在慮及依所得稅法第十條第一項第二、三款（保險費暨房屋貸款）之給養費用並未包含在生存最低限度所總括的基本需求內，就此雖無必要之證據，亦同。此外，此一稅之優惠只對勞工有效，對其他納稅義務人則不適用之。

在將兒童金換算成假定寬減額時，於有數個子女之家庭，縱使兒童金有劃分等級，此項寬減額亦不得對個別子女特別地或不同地計算。此種分級方法既非經稅法規定亦不符合兒童金規定之體系。蓋兒童金雖依子女之順序以定數額。但各該等級之數額並非為各該子女而發給，而係整體之兒童金用之於減輕家庭負擔並使所有子女同霑利益。此尤其於兒童金法第十二條第四項所強調，該條規定，為受領權人之全部子女所發給之兒童金應平均分配其數額，該平均數額視為發予每一子女之數額（參 *Wickendhausen* *Krebs* - *Bundeskindergeldgesetz* [書名：聯邦兒童金法]，§ 12 *Rdnr* 26 附有立法理由）。同樣的，依兒童金法第十條第二項第四句所為之兒童金縮減，亦應於發給該數名子女之兒童金總數上計算之，從而可見立法者之單一觀察方式。爰是，依相同的觀察方式，對第一個子女的較少額之兒童金亦同受影響，雖然此之作為標準之兒童金法第十條第一項本身並非受審查之標的。

b) 慮及一般案型的計算方法得以受領權人對第一位子女（兒童金對之未縮減者）亦得獲有兒童金之案型為基本。在此些案型裡，依兒童金法第十一條計算出之未長期分居之夫妻年所得如達於四二〇〇馬克；於其他受領權人達三四二〇〇馬克時，兒童金始依兒童金法第十條第二項之寬減額規定予以縮減。稅率之計算應將兒童金法第十一條第二項第一款已扣除之所得稅額列入計算以（正確）算出上揭年所得。

就該所得額度，依系爭年度作為標準之所得稅表（法律公報，第一部，一九八〇年，一三八八頁），對本長期分居夫妻而言，其子女寬減額之得扣除已節省寬減額三〇%以上之稅負。於單身者，此種比率顯然地更高。於子女數較多及（或）所得較高之家庭，一直至最高稅率五六%時，稅負節省之比例還會更高。

c) 兒童生存最低限度之計算得根據統計上已知之標準基數或通常已確定之一般需求給付標準定之（參憲法判集四四卷二四九（二七四）頁）。

此所涉及之生存最低限度之計算，其關鍵意義在於社會救助之給付，此社會救助正是用以保障生存最低限度，並應定期調查有關消費事項並依時調整日益升高之生活扶養費用（參憲法判集六六卷二一四（二二四）頁）。就全聯邦視為一致而接受之比較表，吾人必須依各邦不同的及按年齡而劃分等級的社會救助標準值（Regelsätze）求出一平均值；另外，對已平均發給的社會救助所支給的附加給付（Zuschlag）亦應估算在內。

聯邦暨邦之薪資委員會一九八四年一月三十日有一項依據一九八三年一月一日生效繫爭所得而定之兒童金之減縮規定，在薪資法上影響之報告，該報告包括子女全十八歲為止之總結計算（以下簡稱薪資委員會報導BK-Bericht），該報告係聯邦內政部所委託調查，並由德國基督教家庭協會於本程序中，對其立場說明所加以引用者。對此報告之結果於程序上未有人提起異議亦無其他疑義。依該報告，對一兒童之社會救助總額於一九八二年平均月達三一八馬克，整年即為三八一六馬克。對系爭年度一九八三及一

九八四年因生活扶養費之提高，數額當即更高。依德國基督教家庭協會之非正式統計，就此範圍達於每月三八二馬克。此種公式化之計算，於此毋庸贅述。

除薪委會報告之外，尚有聯邦統計局之有關一位子女一般生活扶養之需要及家庭對一子女之事實上平均支出之詳細計算，此種比較計算深具啟發性。第一個由少年輔育專家所賴之以計算，對第一個子女由母親或其他親屬扶養至十八歲為止之需求圖表（Bedarfschema）的計算方法所算出來的扶養費在一九八二年每月係三九〇馬克。依聯邦總計局於當年對有二位子女之家庭經濟計算所為之調查，平均生活扶養費用達於每月四七〇馬克（就此亦參憲法判集六一卷三二九三三九頁所引述 Rheinland-Pfalz 邦政府之資料，此一資料估計當時家庭撫育一名子女平均月費五〇〇馬克）。

d) 下表即為上揭各項年花費之比較：



各項應加以比較數額綜覽表

子女數	2	3	4	5	6	7
依兒金法第十條第二項 之全年兒童金總數	1440	3120	4800	6480	8160	9840
換算成稅寬減額(30%) <sup>1</sup>	5664	11696	17728	23760	29792	35824
換算成稅寬減額(40%) <sup>1</sup>	4464	9096	13728	18360	22992	27624
換算成稅寬減額(56%) <sup>1</sup>	3436	6867	10300	13730	17166	20595
1982年平均予兒童之社會 求助 <sup>2</sup> (乘以兒童數計)	7632	11448	15264	19080	22896	26712
1983年平均年扶養花費 <sup>2</sup> (乘以兒童數計)						
a)一般生活關係所需	9360	14040	18720	23400	28080	32760
b)一般平均花費	11280	16920	22560	28200	33840	39480

說明：1)每年，將每個兒童 432 馬克之寬減額計入。

2)依 1984 年聯邦暨薪資委員會報告資料。

由表中數據可以得知，該假設之子女寬減額，以稅率三〇%計算時，已達於受領權人帶有三名子女時之社會救助額（依一九八二年情況計算），此與提付審查之法律情況相當。而該三〇%稅率只是各該所得課徵之下限而已。在所得餘款（Einkommenspitze）以四〇%課稅時，假定之寬減額才在六名子女時，有相同之社會救助，而此一四〇%之課稅，於納稅義務人中佔有很大數量。稅率愈高，子女寬減額即愈低於社會救助給付，最後於（較早）最高稅率五六%時，每況愈下。

縱使此種機械式觀察欠缺必要的精確性，唯其顯示出縮減之兒童金與子女寬減額合起來，依系爭年度的法律情況，如對納稅義務人之帶有子女者，將其子女生存最低限度額度上給付能力的降低納入考慮，在在顯示出子女寬減額在核心上有所不足。與此有關連之相關納稅義務人之核心部分受不平等處遇不得以下列情形予以合理化，亦即，就大量現象（Massenerscheinungen）之規定，一般化的規定容有必要，因此而生的個別嚴苛或不正義之案型應予容忍（參憲法判集七九卷八七一（一〇〇）頁附有詳細引證）。因一方面，此應予容忍之案型只在數量極少的人受有不利且違反平等原則之情形並不非常集中時始得有效（憲法判集六三卷一一九（一二八）頁）。本案欠缺此項要件，蓋光是在應考慮稅率下限之相關人已為數不少。另一方面，立法者本可避免此種因兒童金之發給而導致的稅負上不利的不平等處遇，其避免方法乃是如從前之規定（即一九七四年以前，參All——譯註），在稅法上予以生存最低限度額之子女寬減額。

5. 由此而確定之兒金法第十條第二項之違憲性只限於（一九七五年起）至一九八五年十二月三十一

日爲止之期間。自一九八六年一月一日起稅法上子女寬減額已提高，係新的法律情況。兒金法第一百二十條第二項連結自該時起已提高之子女寬減額之是否合憲，未在理由呈示書中提付審查，於初審程序上亦不以之爲裁判基礎。

兒金法第十條第二項之規定亦不得於上揭期間予以宣告無效，而是只得宣告其與基本法不合而已。立法者固負有義務於上開尚未具存續力（*Bestandigkeit*）之情形除去相關納稅義務人之侵害。唯其仍有自由，或經由兒金法第十條第二項之刪除，或修改稅法或藉由另一種平衡規定以爲法律之變更。

D

兒金法第十一條第一項於1983年預算附帶法上之規定與基本法相符。

I、

本條規定之是否合憲，不能因作爲其基礎之兒金法第十條第二項依係爭年度存在之法律情況被宣告爲違反基本法第三條第一項而獲得解決。蓋一方面，兒金法第十一條第一項係對較後的時期生效，就該時期，兒金法第十條第二項之合憲性與否尚未受到審查與確定。另一方面，如果立法者於改正時，保留兒金法第十條第二項不動而在稅法上修正或以採取其他平衡規定，則兒金法第十一條第一項對過去仍有一定意義。

然而，該縮減規定可能涉及兒童金只作爲純粹的社會救助，因在兒童金保有對稅負具有平衡之功能

之範圍內，即完全不得受縮減（參上述C目）。

## II、

各該呈示法院一致地認為，兒金法第十一條第一項規定之損失與所得稅法上個別收入種類之損失，同係得與積極所得相抵者（所得稅法上所謂的水平損失平衡，參Bismuth/Falk, EStG, § 2 Rdnr. 14, 15），唯與所得稅法不一樣的是，內在於同一收入種類之損失，如不能經由水平的損失平衡予以抵消者，亦不得與其他種類之收入相平衡。本院對該兩種規定之審查係以其規定內容為審查對象。如准為垂直的損失平衡將會違反該規定的明確文義及意義內涵，可能並因此——縱使憲法如是要求——不能採取規範合憲性解釋。

立法者規定異種所得種類間不得為損失之扣除，而只將兒童金受領權人之積極所得視為作為標準之所得，縱受領權人於有積極所得之同時尚有其他種類之消極結果時，亦同。唯該消極結果如係實際損失時——經濟上看起來，其得支配之總所得即較少。此種不同的生活實態之法律上相同處應依基本法第三條第一項標準予以評價。

## 2.

a) 立法者之急要目標乃在阻止稅負之外，已採取之補貼措施在社會救助上發生影響。此目標見之於聯邦議會教育及經濟委員會有關聯邦教育促進法第二十一條於該法一九八一年七月三十一日之第七次修正規定（法律公報，第一部，六二五頁）——7. BaföGÄndG——之報告（聯邦議會資料，第九任期

六〇三號，二三頁），該規定，依一九八三年預算附帶法案之理由（聯邦議會資料，第九任期，二一四〇號，八六頁）係兒金法第十一條所明白援引者。此種假設之損失不得予以平衡，基本上尚符合事理。此種對於家庭生活水準具有決定性的經濟情況不會因這些損失而受到侵害，這些損失如在稅法上予以承認，究其實係一種補貼（Subvention）。兒童金受領權人之所得依稅的促進構成要件及補貼規定，只是計算上，而不是實際上受減少者，在社會觀點下，自不必與該些其所得實際較少及因此無法支配該實際損失額度款項之受領權人同視而予以相同之保護。

此於依據所得稅法第七b條提高之扣除額之房地租金損失亦同有適用，此條扣除額於兒金法第十一條第一項之適用上別有實務上意義。立法者在教育促進法第二十一條上，將所得稅法第七b條之扣除從損失平衡禁止中予以除外。就此作為基準所考量的是，因教育費用本來就負擔頗重的父母，未能在教育促進或居住改善間（應）有所選擇，尤其是帶有子女之家庭更需要家庭住居之改善。（聯邦議會資料，第九任期，四一〇號一一頁）。因此，依一九八三年預算附帶法案，兒金法第十一條本即排除（Abzug）所得稅法第七b條之扣除（Absetzung）（聯邦議會資料，第九任期，二一四〇號，二八頁）。立法者如將所得稅法第七條所禁止之扣除予以除外，而允以假設損失自所得中扣除，縱然得以社會政策之考量予以合理化，卻不能因此而導出，立法者必須依憲法採取此種例外規定。此種義務既不源於基本法第三條第一項，亦與第六條第一項無涉。將部分積極所得投入住宅的取得或裝修固使得家庭之現時金錢的活動空間因之縮小。但此（暫時性的）生活水準之降低，並非起因於所得稅法第七b條之稅上的折

舊損失 (Abschreibungsverlust) 。蓋並無相當於該額度之價值減少。因此，將所有假設損失自損失平衡中予以排除係合理的。

b) 相反的，對源於其他所得種類之實際損失禁止其從所得中扣除，不得以相同方式為同一解釋。此種實際損失與假設的損失不同，會實際減低所得，並導致在經濟的觀察上整體的收入少於積極收入之總和。

此種經濟情況的不同，不得以兒童金受領權人能分離該帶來損失之所得種類並加以衡量而根本置之不顧。在很多的案群上，受領權人雖能以可期待之方式從事選擇：放棄帶來損失之活動抑或滿足於縮減之兒童金。這對以圖利為目的之活動並不適用，而只適用於追求稅上或其他利益的活動，或多多少少是源於業餘嗜好所從事的無利可圖的活動。兒童金受領權人所繼續從事之職業活動，若已長期無積極所得可期者，亦屬此類（不以圖利為目的之活動——譯註）。

尚有其他情況，損失係源於職業活動，但不可歸責於兒童金受領權人，而是由外部經濟情勢而產生，且非兒童金受領權人事先得預見者。如將來尚有積極收入可期者，縱使早先之損失已因某行為而發生，在此種情況下，該職業活動的繼續進行也不會造成受領權人之負擔。無論如何，上揭各情況，損失扣除之有意排除並無合理事由。

聯邦社會法院於其呈示理由書中已指出，只要兒童法第十條第一項禁止源於異種收入之損失自所得中予以扣除，而依現時見解，不必允以扣除損失卻得在同一所得內扣除，則該項規定即含有對消極所得

之不平待遇。對此種差別待遇情理上亦無具說服力之理由。

3. 縱然兒金法第十一條第一項所引起平等與差別之疑問，對之亦無充分實質上之理由，但此規定仍然得繼續有效，蓋立法者得將行政適可性作為決定性之理由。於聯邦教育促進法第七次修正之立法程序上，對類似規定之教育促進法第二十一條第一項即有所強調：該規定雖不能令人十分滿意，但基於適可性理由卻可以合理化（參聯邦議會資料，第九任期六〇三號，二三，二四頁以下）。此種考量明顯地係一九八三年預算附帶法賴以為基礎者。

a) 立法者固得將行政實務需要列入考慮，此於大量現象之規制上可合理化一項不平等之處遇。然而此亦有其界限。行政經濟之觀點通常只在小部分及特殊情況下才可允許採取不平等措施，否則整個團體可能負擔更重致逾越憲法許可之範圍。唯只要負擔輕微，則適可性之理由亦可合理化該較大群體之利益（請參憲法判集四四卷二八三（二八八）頁）。

b) 依該些原則，兒金法第十一條第一項之標準所為損失扣除之除外於憲法上應屬許可。

立法者在社會政策上，於發給提高之兒童金時，將不值得重視之損失予以排除，其目標法律上應屬許可。立法者可能認為一項詳盡地包含各項有問題案型之規定對目標之達成係屬期待不可能，蓋此可能需要一筆不合比例原則之行政花費。假定的及實際的損失之相互計算如需要由兒童金機關為經濟及稅上之調查及評定，則該機關須配備以充分之人員及物上之設備。此外，一項實際損失依據上開標準是否具有社會必要性之問題，尚須在個案上予以認定。由此而造成的行政花費可能會將縮減規定所欲達成之效

果之核心部分破壞殆盡，尤其應注意的是，爲了達到急速必要的預算整頓目的，一項迅速而可立即掌握的法律規定誠有必要。在此情況下，立法者所創造出一項不必有不成比例的行政花費之簡易程序，同時其效果上亦無重大之缺陷者，原則上應屬許可（參憲法判集二九卷四〇二（四一一）頁）。

只要立法者排除不同所得種類間之損失扣除，伊即得規定，在與此有關的情形上，具有上開標準之損失不必允以扣除的構成要件。只有兒童金受領權人從其他所得種類能獲致超過平均所得之情形才被列入。此類情況下，損失往往是不存在於以營利爲目的之職業活動，而是源於稅上優惠的充分利用或源於允許於兒童金發給時得忽略損失的其他情況。此外，帶有兩個子女的家庭，其減領兒童金者最高每年達三六〇馬克（每月三〇馬克），此與重要部分距離尚遠。

基於類似的衡量，在同一收入種類內允許損失扣除是合理的。立法者如不能將不值得重視的損失亦在此範圍內只透過程序的施行而具體地予以確定，則將有不成比例之花費。另一方面，立法者不必因此放棄垂直損失扣除之禁止，因藉此至少可部分地實現其規制目標。未受有不值得重視損失之兒童金受領權人不會因此受有任何損失，因其得請求全額兒童金之權利不受影響。此規定不合理之處只在於透過水平損失扣除之兒童金受領權人，雖事實上不是全部值得資助，卻仍享有全額兒童金。但鑒於行政花費之節省，此種情形得予以容忍。

c) 關於依所得稅法第七〇條提高之扣除額——如前開情形所顯示的——此扣除額實務上係兒金法第十一條第一項的大部分案型所涉及的，立法者即得在不必有太多行政花費情況下採取一合理之解決。



譬如說，立法者得賦予稅捐稽徵人員任務，於兒童金受領權人之所得稅估定時，開具一張有關依所得稅法第七條是否得予扣除或在何種額度內稅上允予扣除之證明單予兒童金機關以代兒童金受領人之提出。此種規定應不至涉及全部的不值得重視的損失。如立法者不願在這些情況下予以區別，亦屬其形成自由。

4. 因此，立法者依兒金法第一十條第一項如將該些損失規定為不許可扣除，亦與 *James* 社會法院於理由呈示書所持之見解相反的，其並不負有義務，至少對源自該些損失之假設稅額允其自所得中予以扣除。蓋兒童金受領權人事實上並未承受此稅上負擔。因此其社會需要性亦未受侵害。

### III、

配偶間損失扣除之禁止亦不違反基本法第三條第一項（連結第六條第一項）。既然兒童金法上之社會需要性係依整個家庭可以支配的所得而定，立法者即必須於對兒童金縮減作為標準之所得計算時，不單只考慮到兒童金受領權人之積極收入，而是要顧及夫妻總合的收入，蓋該夫妻既未長期分居，復於生活實際上亦共同挹注。作為生活與經濟共同體之婚姻，其保護亦不必在積極所得外，原則上尚須顧及配偶之消極收入。既然單親的兒童金受領權人依立法者之決定，只得在同種收入種類內，從積極收入中扣除消極收入，則將配偶之源於異種收入之損失從兒童金受領權人之積極收入中予以排除其扣除，亦屬前後一貫。此種損失扣除之禁止於此些情形並非旨在杯葛已婚之兒童金受領權人，並對其婚姻加以差別對待，而是與對單親之兒童金受領權人同一處理而已。

對於配偶之消極收入，在同一收入種類內與兒童金受領權人之積極收入並存之情況，兒童金法第十一條第一項第二句之規定仍受以基本法第三條第一項為標準之審查。兒童金受領權人得以自己之損失與其積極收入相扣抵，不問其係單親或已婚。已婚之兒童金受領權人不會因配偶之積極收入算入其部分而受損害，蓋作為社會需要性標準的家庭所得乃因此種所得而提高了。配偶之消極所得乃與兒童金受領權人之消極所得同一處理。此種消極所得如源於假設之損失，則其在社會法上即無足輕重。如其有實際損失，依上揭標準具有社會保護必要性者，則此種個案極少之損失扣除禁止情形，可透過行政適可性觀點亦予以理化，蓋兒童金發放單位無法不花費不合比例的行政鉅費去認定該應予承認實際損失之申報。

大法官

Herzog

Henschel

Seidl

Grimm

Sellner

Dietrich

Kühling

Seibert

# 關於「北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法之合憲性」之判決

## ——聯邦憲法法院判決集第八三卷第二三八頁以下

譯者：蔡明誠

相關條文：基本法第三條第一項、第二項，第五條第一項第二段，第九條；西德廣播電視法（WDR-Gesetz）第三條第三項、第七項、第八項、第九項，第十三條第一項第四款，第十五條，第二十七條以下，第三十三條第二項，第四十七條；北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法（NRW-RG）第三條第一項第一款，第六條第二項，第七條第二項第三款，第十一條，第十二條第三項，第二十三條以下，第五十五條。

### 判決要旨

1. a) 基本法第五條第一項第二款規定，使國家負有保障屬於二元廣播電視秩序中公法的廣播電視之基本供給義務。

b) 就前項對公法的廣播電視所生之存立及發展保障界限，產生其於基本法第五條第一項所保護傳播程序範圍內應實現之功能。

c) 公法的廣播電視之存立及發展保障，亦及於藉未來可能承受傳統廣播電視功能之新技術所生新服務。

2. a) 在二元廣播電視秩序中，立法者於憲法上不嚴格區分公法與私營的廣播電視主辦人。「嚴守模式」(Modell-konsistenz)義務，非產生於基本法。

b) 立法者開放業者合作或其他共同節目主體者，其須確保公法的廣播電視得以完整實現該基本供給之委託。此尤其以節目片段得以區分且其主體可歸責者為要件。

c) 關於廣播電視模式之決定，須由立法者本身為之。其不得授予由廣播電視主辦人為該決定之合意。就公法與私營的廣播電視主辦人間法律規定其開放之合作可能性，設有界限。

d) 含有主要涉及節目內容之印刷著作公表如作為支援性之周邊活動，而得納入廣播電視任務範圍者，該公表為廣播電視自由所涵蓋。

3. a) 於二元廣播電視秩序中，根據憲法，對私營廣播電視，准許但不被要求所為節目廣度及平衡多元性之確保，於此比公法廣播電視要求更少。

b) 意見多元性是私營廣播電視申請人許可之合理選擇的基準。在此範圍，立法者應斟酌編輯從業人員對節目形成及責任之分擔（北萊茵－威斯特法倫邦廣播電視法第七條第二項第三款）。

c) 就公法與私營的廣播電視間播送容量之分配，立法者須預先充分規定其基準。

4. a) 以北萊茵—威斯特法倫地方廣播電視「兩柱模式」(Zwei-Säulen-Modell) 為基礎之目的，在憲法上應無可指摘。此模式原則上以確保地方廣播電視自由為已足。

b) 於私營廣播電視內在多元組織時，立法者應確定，何種社會力及團體准許參與廣播電視活動。社會重要團體之法定歸類，如係在確保平衡多元性意義下，為合理之選擇時，在憲法上應無可指摘。

c) 北萊茵—威斯特法倫鄉鎮參與地方廣播電視之主辦人共同體及經營團體，不違反廣播電視非國營之要求 (Gebot der Staatsfreiheit)。

5. a) 廣播電視監督委員會不應為組織化利益或意見之代表，而是為保障廣播電視意見之多樣性。

b) 立法者在監督委員會之組成時，享有廣泛之形成自由。基本法第五條第一項第二段規定僅要求，該委員會之組織以確保廣播電視自由為已足。

BVerfG, Urtv.52, 1991-1 BvF 1/85, 1/88

## 事實

規範審查程序中所為判決之標的，係指北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法之規定（一九八五年三月十九日「科隆西德」廣播電視法〔WDR-Gesetz〕〔GVBl.237〕。一九八八年一月十一日公告〔

GVBl.27] · 一九九〇年三月七日最近一次修正 [GVBl.138] · 及一九八七年一月十九日北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法 [NRWRundfunk-NRWVG] [GVBl.22] · 一九九〇年一月十一日公告 [GVBl.138] · 於此涉及下列所有規定：

- (1) WDR公法廣播電視公營造物之存立及發展保障 (WDR法第三條第三項、第七項至第九項及第三十三條、第四十七條) 包括參與私營主辦人共同體之可能性 (NRWVG第六條第二項)；
- (2) 邦內私營廣播電視之許可及組織 (NRWVG第三條、第七條、第十一條及第十二條)；
- (3) 地方廣播電視之所謂兩柱模式 (NRWVG第二十三條至第三十條)；
- (4) 廣播電視委員會之組織 (WDR法第十五條、NRWVG第五十五條 [舊NRWVG第五十一條])；
- (5) 學校廣播電視之規定 (WDR法第三條第四項、第十三條第一項第四款、第二十七條至第二十九條)。

隸屬基民黨 (CDU) 及基社黨 (CSU) 黨團與自由民主黨 (FDP) 黨團之二百三十六位德國眾議院議員，依基本法第九十三條第一項第二款、聯邦憲法法院第十三條第六款、第七十六條第一款規定，聲請宣告部分西德廣播電視法 (WDR-Gesetz) 無效。隸屬基民黨及基社黨黨團之二百十五位德國眾議院議員聲請宣告邦廣播電視法規定無效。該等聲請係個別針對西德廣播電視法第三條第三項、第七項、第八項及第九項、第十三條第一項第四款、第十五條、第二十七條至第二十九條、第三十三條第二項、第四十七條與北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第三條、第六條第二項、第七條第二項第三款、第十一條

、第十二條第三項、第二十三條至第三十條及第五十五條。聲請人特別指摘其違反基本法第三條、第五條及第二十條。聯邦憲法法院判決，西德廣播電視法第三條第三項、第七項、第八項及第九項、第十三條第一項第四款、第十五條、第二十七條至第二十九條、第三十三條第二項、第四十七條與北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第六條第二項、第七條第二項第三款、第十一條、第十二條第三項、第二十三條至第三十條、第五十五條（部分依據判決理由）與基本法合致，北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第三條第一項第一款與基本法第五條第一項第二款抵觸而無效。

理由

B、

「科隆西德廣播電視」法（WDR-Gesetz）與北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法（NRWR-undfunkG-NRWG）之遭受攻擊之規定，在本質上（若干在合憲性解釋）與基本法合致。僅北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第三條第一項規定違反基本法第五條第一項第二款。

## I、

如聯邦憲法法院向來判決所主張者，基本法第五條第一項第二款規定之廣播電視自由，係一種服務性之自由（eine dienende Freiheit）。其有助於自由個人及公共意見形成，且係在於廣泛的且非限制於單

純報導或政治意見媒介之意義下。自由意見形成，發生於傳播過程中。一方面，其係以表達及散布意見之自由為要件，他方面，係以知悉、瞭解已表達意見之自由為要件。當基本法第五條第一項保障作為基本權利之意見表達、意見散布及資訊自由時，其在憲法上同時試圖保護該等自由之程序（參照 BVerfGE 57,295[317 f.]-NJW 1981,1774）。廣播電視係意見形成之憲法保護程序的「媒介與因素」（參照 BVerfGE 12,205[206]-NJW 1961,547）。鑑於其顯著的傳播意義，自由意見形成僅在廣播電視自由、廣泛及真實提供資訊時，始得順利進行。因此，在現代大眾傳播條件下，廣播電視媒介功能之基本權利保護，構成基本法第五條第一項規範目的達成之不可或缺要件。

如將基本法第五條第一項第二款規定理解為竭力防止國家影響及其他加諸廣播電視之社會力時，廣播電視自由具有服務性格之見解，似有不當。廣播電視自由之基本權利，固然發揮其保護作用，且首先係針對國家而來。此外，惟其須有實定法規（eine positive Ordnung），不但確保廣播電視不受各社會團體如國家一般之干預，而且保障在社會整體上具有重要性之論題與意見多元性之接納及再現。為此目的，須有以廣播電視自由為任務且足以在規範整體上保障基本法第五條第一項之實體、組織及程序的規定（參照 BVerfGE 57,295[320]-NJW 1981,1774）。此等法規如何個別制定，係屬立法者決定之事。基本法既不規定一種特定模式，亦不強制維持一次即作選擇之模式。基於憲法之緣故，毋寧祇視自由及廣泛報導保障而定。

立法者如決定公法與私營主辦人相互併存之二元廣播電視秩序者，其因而須設法在經由所有主辦人



整體要求之結果上，實現報導平衡多元性之憲法要求。在二元體系中，憲法亦不允許，就公法上公營造物所負擔均衡義務之要求，私營主辦人於此卻受到免除。因為有鑑於對公法上主辦人所要求之均衡，如為私營領域之任何限縮或單一化，將可能導致整體要求之失衡及無法達成基本法第五條第一項所定之目的（參照 BVerfGE 57,29[324]-NJW 1981,1774）。

但立法者允許為憲法上不應指摘之私營廣播電視許可者，於此如未受排除時，則不取決於以高標準造成私營廣播電視節目籌設困難之要件（參照 BVerfGE 73,118[157]-NJW 1987,239）。在此關聯中，亦容許其考量由私營廣播電視廣告收入所生節目形成的效果，並如主要依賴付費之公法廣播電視公營造物一般，亦增加其在前揭範圍內實現基本法第五條第一項第二款所定要求之困難。此等區分，使私營廣播電視與公法廣播電視就節目提供之尺度及平衡多元性之確保，不具有相同程度要求，乃具有正當理由。但此種減輕負擔之方式，祇限於能有效確保公法廣播電視不受損害而履行民衆所必要之基本給付時，始在無持續危害基本法第五條第一項第二款規範目的情形下，得以採行之（參照 BVerfGE 73,118[157]-NJW 1987,239）。

基本給付之概念，在此既非指公法廣播電視所為的限制或可能無法有效對私營廣播電視要求所為限制之最低度給付，其亦非在於該主管資訊、教育及娛樂節目提供意義下，為公法與私營主辦人間之界限區分及任務分工。其毋寧是須確保公法廣播電視公營造物對所有民衆，提供具有廣泛且在典型廣播電視委託（Rundfunkauftrag）所完全涵蓋領域中之資訊節目，並於此節目提供範圍內，以憲法所要求方式

，形成意見多元性（參照BVerfGE 74,297 [325 f.] NJW 1987,2987）。

立法者就二元廣播電視秩序決定者，鑑於仍經常受限的效力範圍、節目多元性及私營廣播電視尺度，因而其負有義務，藉著對公法廣播電視之必要的技術、組織、人事及財務要件之保障，以確保民衆之基本給付（參照BVerfGE 73,118 [158 f.] NJW 1987,239）。將公法廣播電視在節目化、財務及技術考慮下，如限制於現有發展狀態，則似與前述保障義務相牴觸。毋寧是基本給付委託在現存條件下，於二元體系中，如公法廣播電視不僅在其現有狀態中，而且在其將來發展中受到保障時，始得以實現（參照BVerfGE 74,294 [350 f.] NJW 1987,2987）。

## II、

西德廣播電視規定——西德廣播電視存立及發展保障法（WDRG法第三條第三項、第八項至第九項以及第三十三條第二項、第四十七條），與基本法合致。在限制解釋時，北萊茵——威斯特法倫邦廣播電視法第六條第二項規定，亦與基本法合致。

1. a) 西德廣播電視法第三條第三項第一款之概括條款，在所要求之狹義理解時，不生憲法上疑義。

廣播電視自由規範之立法權限，是否亦包括賦予西德廣播電視所有經濟活動可能性之權利，於此仍懸而未決，因法律未包含如此許可。該規定毋寧是組成西德廣播電視之一般存立及發展保障在各種不同其他法律規定所構成與具體化之法律基礎。對於如同一九八七年四月一日、三日廣播電視制度新法規之邦際協約（Rundfunkstaatsvertrag）前言中所稱之此等保障，在憲法上不生疑義。反之，當私營主辦人

不能完全履行基本法第五條第一項第二款所定之典型廣播電視委託時，前揭保障在二元廣播電視體系中，則是憲法所要求者（參照 BVerfGE 73,118 [155 ff.] - NJW 1987,239）。在此亦未由聲請人提出異議之條件下，該應廣泛為民衆提供的基本給付，係屬公法廣播電視之責任。此種存立及發展保障，在此不外係指使民衆基本給付成為可能之要件之確保。

鑑於廣播電視制度（尤其是廣播電視技術）之快速發展，如採行現有狀態之保障，似將不足以確保基本給付任務之實行。因此，該項保障不得限制於陸地上播送之傳統技術。除此之外，如其他播送形式之間世或排斥者，此種新播送形式之利用亦為基本給付保障所包含。此種情形亦適用於公法上公營造物就新公衆利益或新形式及內容所必須保留之節目提供。基本給付之概念，在對象及時間上係開放及動態的，僅受拘束於廣播電視在基本法第五條第一項所保護傳播過程範圍內所應實現之功能。因此，該涉及基本給付之存立及發展的保障，僅衍生自廣播電視之功能。總之，在二元體系中，公法廣播電視之法定存立及發展保障，如為其任務所承擔者，其亦具有憲法基礎。

於此範圍內，該受攻擊之規定予以維持。西德廣播電視法第三條第三項第一款之概括條款規定，該處所謂參與活動可能性，僅「於其任務履行時」，始歸屬於西德廣播電視。因此，在存立及發展保障時，前揭規定即成為其構成要件及對之所為限制。

西德廣播電視所應履行之任務，於法律中，亦相當清楚及確定的規定。西德廣播電視法第三條第三項之任務概念，首先準用西德廣播電視法第三條第一項規定。就此方面，執照費法之傳統形式廣播電視

定義所稱之廣播電視營運，委託予西德廣播電視。之後，於西德廣播電視法第四條及第五條第四項、第五項規定中，前述委託則獲有內容上之安排。於此，尤其西德廣播電視法第四條第一項第一款規定，起決定性之作用。該規定包含如此規範性之預先規定，其概括及創設的節目委託，並於為西德廣播電視之任何措施或決定時，因而應遵守之。

準此，西德廣播電視係將廣播電視作為自由意見形成過程之媒介及因素及作為公共事務，營運及散布之。藉著借用聯邦憲法法院判決之措詞，立法者特別強調廣播電視自由作為一種有助於意見形成之自由，所受到拘束之特別條件。因此，在法律層面上為清楚表示，廣播電視自由之任何主張，須有用於保障自由及廣泛意見形成之任務。其將被當作對於公眾之責任關係。公法主辦人的自己利益亦在針對存立保障及發展之限度內，如以有益於公眾而受信託拘束方式呈現並予以正當化者，如此始留發展之餘地。

此外，就公眾利益之義務，表現於西德廣播電視法第四條第一項第二款有關委託播放領域意義之政治、世界觀及社會力量與團體為任務履行保障之規定中。但其同時亦確保廣播電視委託之實行本身，仍保留於公營物之手中，並未委付於社會上重要之力量及團體。社會之監督，毋寧正可反面解為使獨立廣播電視在意見形成自由之利益中，能勝任其任務之完全負責之實行。

此項義務，在客體上由西德廣播電視法第四條第二項為較詳細規定。於此，以西德廣播電視之資訊任務，則居次要之地位：於其播送時，須就國際及國內在所有重要生活領域中發生事件一廣泛之概述。但節目不偏限於此，而是除資訊之外，尚有教育及娛樂之服務。其須提供文化、藝術及諮詢之節目。最

後，西德廣播電視依西德廣播電視法第四條第三項規定，宜考量播送區域之地區性劃分與文化多元性。有鑑於私營主辦人營收增加或競爭，西德廣播電視由特定節目領域撤退，或某個別領域之忽視或偏愛，則與前述規定，似不相符合。

此具有廣泛規模之節目委託，就內容及意見多元性之觀點，於西德廣播電視法第五條第四項及第五項規定中予以補充之。此再次依據聯邦憲法院見解所用之措詞，應確保廣播電視不因片面或忽視少數利益之節目，而扭曲意見形成之過程。

總而言之，西德廣播電視法第四條及第五條第四項、第五項規定表示公法廣播電視基於憲法之緣故，在二元體系基本給付之觀點下，必須足以符合如此要求。此等規定確立西德廣播電視於西德廣播電視法第三條第三項所創設權限之實行時，其應遵從之功能性條件。西德廣播電視法第三條第三項之存立及發展保障，以前揭方式而受到基本給付任務之拘束，並由其而予以合法化及界限。藉此阻止聲請人所提出之危險之發生，即依西德廣播電視法第三條第三項規定，西德廣播電視可能變成爲準私營的大企業，使該企業成爲主要單純追求經濟目的，並因而二元廣播電視秩序可能發生錯誤。

b) 依據西德廣播電視法第三條第三項第二款規定而准許西德廣播電視藉著新技術，特別是提供新服務者，於憲法上不生疑義。廣播電視之憲法上概念，未爲窮盡之定義。其內容毋寧在基本法第五條第一項第二款所保護之社會領域中的事實變更時，得隨之轉變。廣播電視自由在急速技術變遷條件下，如應保持其規範效力者，則在廣播電視之規定時，其不僅得與業已增列技術相銜接。否則基本法上之保障

，或許無法及於廣播電視如帶有新技術時可能要實現的功能。因此，為自由個人及公共意見形成之保障，亦於西德廣播電視法第三條第二項第二款之新服務時，須具備基本法第五條第一項第二款規定之保護效力（參照BVerfGE 74,294 [350 f.] - NJW 1987, 2987）。

但新的服務對於意見形成之意義，現今比較微不足道。此亦欠缺其不久將來除傳統廣播電視外或許可能出現的有意義之論據。因此，基本給付之必要性，亦於新服務領域中，暫且不予以考慮（參照BVerfGE 74,294 [353] - NJW 1987, 2987）。但因為新服務之基本給付概念，不是無意義。鑑於媒介技術快速之進步，就西德廣播電視法第三條第二項第二款所定方式之類似廣播電視的傳播服務，未來可能承受傳統廣播電視之功能者，自不得將之排除。必要時，公法廣播電視須適應此種情勢，否則可能存在著危險，即其有朝一日或許不再可能完全實行其任務，並因而可能錯失典型之廣播電視委託。

西德廣播電視僅於法律對其所委託任務之範圍內，准許主張於此所創設之參與活動可能性的情形，當然亦適用於西德廣播電視法第三條第三項第二款之規定。西德廣播電視法第三條第三項之存立及發展保障，決不可能使公法上公營造物獲取任何超越前揭任務範圍的界限之權限。立法者藉著指明公營造物之任務，就此亦充分表明之。尤其是透過西德廣播電視所為新技術之任何請求，係以作為自由意見形成過程之媒介及因素之廣播電視，正巧亦以藉著該請求而加以促進其功能為要件。

立法者於西德廣播電視法第三條第八項及第四十七條、第三條第九項及第四十七條與於北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第六條第二項規定中，已開放西德廣播電視與第三人合作之可能性，亦與基本法

合致。

2. a) 西德廣播電視法第三條第八項之規定，涉及廣播電視創作之製作與利用。節目製作作為廣播電視自由請求之必要條件，而納入基本法第五條第一項第二款之保護範圍。此不僅適用於西德廣播電視之自己創作，而且亦適用於委託創作、共同創作及節目製作企業之參與。但廣播電視自己創作、與他企業合作及參與創作之再利用，亦為基本法第五條第一項第二款之保護範圍所涵蓋。其卻非直接涉及基本法第五條第一項第二款所稱廣播電視之報導。但其作為一種除公法廣播電視公營造物外之財源形式，係歸屬於廣播電視自由而以其於憲法上作為前提要件之功能，是否得以符合其所依賴之財政標準條件（*Rahmenbedingen*）。立法者負有安排此標準條件之義務（參照 BVerfGE 74,297 [324f., 342, 347] - NJW 1987,2987）。

立法者於西德廣播電視法第三條第八項及第四十七條所為之安排，足以符合基本法第五條第一項第二款之要求。此等規定已相當清楚及明確就三元體係中公法廣播電視所負任務予以規範。在此限度內，西德廣播電視法第三條第八項第二款對於禁止任何單純或僅優先追求經濟利用目的之規定，首先具有其意義。該規定所授與之權限如有用於公營造物任務者，始准許行使之。經濟活動之參與，在此情形下，不成為本身目的，而是以廣播電視委託為先決條件。

就節目委託義務之履行，透過西德廣播電視法第四十七條之準用，而對於西德廣播電視參與經濟企業情形，再次單獨強調之。如屬於其法定任務者，始准許其為如此參與。聲請人之假定，認為西德廣播

電視法第四十七條第一項第一款第一目規定，僅回溯準用於依西德廣播電視法第三條第三項、第八項及第九項所創設參與可能性，並因而可能始終發展出無界限之效力的想法，是不正確。然而此等權限，歸入公法公營造物之功能範圍。其有助於基本法第五條第一項第二款作為要件且於西德廣播電視法中詳為規定之公營造物任務之履行。但此卻無法改變，在此有參與活動可能性時，其不涉及除節目委託外之其他獨立任務。因此，祇有節目委託，對於西德廣播電視法第四十七條第一項第一款第一目規定有決定性之影響。

於此種解釋時，亦就西德廣播電視法第三條第八項及第四十七條准許強大企業結合體之產生，且多媒體之集中及合併無法阻止之憂慮，並無理由存在。授與西德廣播電視之權限，通常仍使之負有照料，足以符合基本法給付要求之提供節目義務之履行。基於公法上目的拘束所生之西德廣播電視解決方案，不能造成前述結果。因廣播電視自由於此限度內不生漏洞，此透過卡特爾法所可能發生補救之問題，得對之不再過問。

b) 西德廣播電視法第三條第九項之規定，涉及西德廣播電視在節目營運及散布範圍內與其他企業合作或參與。有別於以節目之準備及利用為標的之西德廣播電視法第三條第八項規定者，西德廣播電視法第三條第九項之授權，直接涉及廣播電視營運之核心領域。

基本法於前揭領域內不排除合作。立法者在憲法上既非單獨准許公法或單獨私營廣播電視之選擇，如其決定採行二元廣播電視體系時，其亦非必須嚴格劃分該兩種領域。立法者對於模式嚴守之義務，非



衍生自基本法。廣播電視與新聞嚴格區分之要求，亦非由該原則推論得知。「新聞業權力分立」原則，不具有憲法位階（參照 BVerfGE 73,118[175]-NJW 1987,239）。基於憲法之緣故，於此僅依賴廣播電視得以實現其個別及公共意見形成之服務功能而定。

因此，尚難預言，該透過西德廣播電視法第三條第九項規定所可能產生之合作，憲法上或許無問題。可能產生共同節目之主體，不祇是於其組織、財政及經濟形式上，有所區別。其毋寧亦負有不同的而且甚至部分反方向的預定目的之義務，因為不能排除透過合作而規避或削弱各該拘束及義務之危險。在結果上，此可能導致一種不再充分符合基本法第五條第一項第二款所定要求之廣播電視體系。基本法第五條第一項所定之自由意見形成，於二元廣播電視體系之現時發展狀態時，係視公法廣播電視是否完整實行其基本給付任務而定（參照 BVerfGE 73,118 [157 ff.]-NJW 1987,239; BVerfGE 74,297 [323ff.]-NJW 1987,2987）。因此，立法者如開放主辦人合作或其他共同節目主體之可能性者，其同時必須擔憂，公法廣播電視之節目委託，不採此種方式，而與其他有特別傾向性的或商業性的方向相重疊，並且最後成為空洞不實。

但北萊茵—威斯特法倫邦立法者足以面對此等危險。其於西德廣播電視法第三條第九項第一款中，再次準用西德廣播電視法第四十七條之規定。此外，其在西德廣播電視法第三條第九項第二款中，已涉及該法第五條。由此而使合作及參與可能性受到有限度保留。如適用於西德廣播電視之節目原則確實不受影響者，其祇准許行使法定權限。如西德廣播電視法第五條準用時所明確表示，僅公營造物之於西德

廣播電視法第五條第四項第一款所稱自己全部節目者，始作爲標準條件，而加以考慮之。西德廣播電視所負責之可能產生共同節目部分，因此須納入如此標準條件中，以致於西德廣播電視之整個節目，始終完全符合西德廣播電視法第五條之內容上要求。

但如此要件之遵守，僅於西德廣播電視就整個節目爲有限度且可期待參與者，始予以確保及審查之。祇於如此具有明確性格之整個節目部分時，公法廣播電視之委託及責任，始得以維護及確保。西德廣播電視如主張西德廣播電視法第三條第九項之可能性者，則就整個節目之符合前揭情形所爲分段處理，即合於憲法所要求。但此並非即認爲，該由西德廣播電視所應負責之節目部分本身，或許足以完全符合基於西德廣播電視法第五條所生之平衡多元性要求。此非表示公營造物整個節目之縮小形像，毋寧是整個節目，亦於必要時斟酌可歸責之合作部分，而須就該作爲節目委託及節目原則之標準條件，予以保持，並保障於對象及意見上之多元性。

新聞自由不受西德廣播電視法第三條第九項以及第四十七條規定之合作權限影響。於此尚有問題留待解決者，立法者在廣播電視制度設置時，於何等範圍須考量新聞之利益。該等規定如明定節目內容上法律拘束者，西德廣播電視祇受該規定規範。此種拘束於可能產生共同節目之構思及實行時，固然須加以尊重，且於此限度內，其就欲參與如此共同節目之新聞企業，有追溯效力。但此不祇是保留接受或拒絕與公法廣播電視合作之自由。其毋寧亦於自願所爲合作時，不受公法之拘束。在此情形下，新聞自由之侵害，至多如新聞業指明，爲維持其經濟存在基礎及新聞業發展可能性，而與西德廣播電視合作者，

或許始可能予以考慮之。此時新聞業並不存在於如此事實的強制狀態中。

c) 北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第六條第二項規定，於所要求之限制解釋時，不生憲法上之疑義。基本法第五條第一項第二款不阻止立法者亦規定公法與私營廣播電視主辦人混合之形式。其組成權限，非限制於不同廣播電視模式間之選擇。其如尊重意見形成自由之要求時，毋寧是該不同廣播電視模式亦得相互組合，或將某一模式個別要素納入其他模式中。

由聯邦憲法法院第五件廣播電視判決（BVerfGE 74, 297 - NJW 1987, 2987），無其他情事可引用之。如北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第六條第二項所給予可能之合作，於該處不生爭議。聯邦憲法法院毋寧已證實巴登—符騰堡之立法者，其可准許追求公法與私營廣播電視繼續區分之目標的看法，基於憲法之緣故，不予以維持，而開啟二元體系之雙邊部門廣闊合作之可能性（參照BVerfGE 74, 297/349 - NJW 1987, 2987）。但不能從而反面推論，謂兩者間之合作係違憲。立法者毋寧亦在此觀點下，享有創制自由。

經由西德廣播電視參與私營主辦人共同體，不發生廣播電視轉交予國家，因為西德廣播電視本身須非國營組織，且於主辦人共同體中，亦不能擺脫此種組織形式之拘束。但不因其參與，而引起社會片面影響，因為西德廣播電視係內部多數所組成，且於合作中，亦不得解除此種組成型態。

於北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第六條第二項所開放之合作可能性，亦不使私營廣播電視受限於較高程度而造成困難或甚至不可能之條件。由公法及私營成員所設置主辦人共同體之組織，須有雙方

自願合意，不存在法律強制之合意，但亦無事實上強制狀態。尤其是私營主辦人共同體之播送企業的吸收，非視公法參與而為決定。西德廣播電視得以參與共同體之私營主辦人，毋寧在無西德廣播電視時，經濟及組織上亦必須足以實施該符合被認定的新聞工作原則之廣播電視活動（北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第五條第一項）。因公法上合夥人加入時，始具備許可要件之私營主辦人，顯不予以考慮之。

在現行合作中，北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第六條第二項分派予西德廣播電視少數席位。因此，北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第六條第二項有關禁止成員占優勢影響節目之規定，對之更為加重。西德廣播電視法第四十七條第二項規定，對於參與其他企業時，使西德廣播電視負有確保經營之必要影響義務，設有普通規定，因北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第六條第二項之特別規範，而排除適用於私營主辦人共同體參與之情形。鑑於此種預防措施，使西德廣播電視可能保留其事實上優勢，如此不可能導致私營廣播電視受到壓制。

西德廣播電視因與私營主辦人共同體合作，可能發生規避其對人民基本給付義務之危險，立法者於北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第六條第二項規定中，透過該適用於西德廣播電視之法律規定之準用，充分對抗之。但如兩個部門之節目配額相互劃分界限，且雙方主體之一係可歸責者，始保障及監督公法廣播電視遵守法律拘束。因此，此種界限的劃分，正如西德廣播電視法第三條第九項情形一般，如有主張北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第六條第二項之可能性者，即合於憲法之要求。

但北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第六條第二項之授權不可太廣，以致於公法廣播電視公營造物

與私營主辦人共同體可能就二元模式轉變為合作模式之合意，於此模式中雙方雖可能予以區分，但其僅於共同節目之形式中營運廣播電視。廣播電視模式之決定，係屬立法者不鬆手且准許給與廣播電視主辦人合意，對基本權利實現之重要問題（參照BVerfGE 57,295 [324] = NJW 1981,1774）。北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第六條第二項規定之合作可能性，就此設有其限制。

3. 西德廣播電視法第三十二條第二項准許西德廣播電視主要以廣告收入為經費來源之規定，不違反基本法。

廣播電視自由之憲法上保障，亦及於按公法廣播電視是否履行其基於憲法所負任務而定之經費拘束（參照BVerfGE 74,297 [324 f., 342] = NJW 1987,2987）。基本法第五條第一項第一款規定，使立法者負有義務照顧憲法所保護的節目要求，而有充足經費，否則該禁止國家影響節目之廣播電視自由，可能透過經費措施而被規避。反之，基本權利之保護，不及於各別經費的種類。祇於使廣播電視在經費上得有履行其憲法委託者，方有其決定性。此種提供經費之義務各有多大範圍，尤其是立法者就非屬基本給付之節目經費是否及在何等範圍必須考量（就此參照BVerfGE 74,297 [344] = NJW 1987,2987）。者，於此不須作決定。

立法者選擇何種經費方式，係其政策決定之原則性事務。如於廣播電視秩序之規定時，僅在廣播電視有助於自由的個人及公共意見形成之功能受有危害之處，方終止其形成之自由。但各別的經費方式，不能免除如此危險。當經費係由執照費或預算方法提供，因而開啟其對節目製作之政治影響時，廣告費

來源將使商業利益影響節目。混合式經費來源，對之足以放寬片面的依賴，且強化廣播電視主辦人之節目的形成自由。因此，無論如何基本法與之不是對立。

立法者如決定採取二元廣播電視秩序者，亦適用之。關於廣播電視經費來源，在公法廣播電視不是阻止其基本給付任務之履行，就是私營廣播電視或許受到對其造成重大困難或甚至不可能的條件拘束之處，其形成自由之界限始存在於二元體系中。

此主要靠廣告收入情形，可能與公法廣播電視（無論如何在現有條件下）在二元體系中所負擔基本給付任務，不相一致。此產生自經費種類就節目形成所具有之追溯效力。基於廣告觀點所求之經濟而言，廣播電視節目首先充作爲廣告播送環境。廣播電視廣告是否及在何等範圍內可以送達其收受人者，就廣告之經濟而言，係視節目範圍之吸引力而定。此係依開機數量而測定之。依賴廣告收入之廣播電視主辦人須就此加以考慮，且其節目規劃強烈對準開機數量。但因此，就公法廣播電視節目形成所爲之基本給付任務之要求，將遭受危害（參照 *BVerfGE* 73,118 [155 f.] - *NJW* 1987,239）。且其係以執照費收入制度作爲基礎。

在廣告經費之背面，何處是各別之界限，其或許不再與二元體系中公法廣播電視之委託相互一致的問題，於此不須爲判決。總之，西德廣播電視法第三十三條第二項之規定，未達到受批判之地步。依西德廣播電視法第三十三條第二款規定，西德廣播電視應優先以執照費，而其次才以其他三種法律所定的來源，作爲經費。於其現行法中，西德廣播電視法第三十三條第二項第二款亦包括廣播廣告之最

高限額。就此而言，該規定準用於廣播電視邦際協定（*Rundfunkstaatsvertrag*），其規定有些亦適用於西德廣播電視。有關廣播電視廣告方式之較詳細規定，在此期間，已與廣播電視邦際協定相互一致，而規定於西德廣播電視法第六條之一。

最後，依西德廣播電視法第三十三條第二項第一款規定，廣告財源之開闢，仍受西德廣播電視之法定任務所拘束。對於西德廣播電視法第三條第一項及以第四條、第五條所具體化之公營造物任務之準用，確定西德廣播電視於廣告收入情形下所應遵守之外在條件。尤其於此再次強調公營造物在所有活動領域中受到功能性之拘束。此種拘束或許已抑制西德廣播電視中廣播電視廣告為經濟及企業動機之無限制擴張。

公法廣播電視有限度參與廣告收入，嚴重造成私營廣播電視活動的困難或甚至使之不可能活動的情形，不是明顯的。反之，如言詞協商所產生結果一般，私營主辦人已在比較短之時間後，可能獲得利潤或不久將來對之可有所期待。公法廣播電視中廣告對新聞之經濟狀況具有追溯效力，亦不違反基本法第五條第一項之規定（參照 *BVerfGE* 74,297 [335]-*NJW* 1987,2987）。如保障公法廣播電視公營造物專為履行公營造物任務而主張其籌措經費方法者，基本法為保護其他媒介主體，而不要求其他限制。

4. 西德廣播電視法第三條第七項就准許西德廣播電視公表含有主要涉及節目內容之印刷著作之規定，亦與基本法合致。

公法廣播電視公營造物雖得不依據新聞自由之基本權利（參照 *BVerfGE* 59,231 [255]-*NJW*

1982,1447BVerfGE 78,101 [102f.]-NJW 1988,1715),但西德廣播電視公表含有主要涉及節目內容之印刷著作的權限，於廣播電視自由中獲得其憲法基礎。對西德廣播電視於印刷著作發行時，不是利用廣播電視媒介，而是使用新聞（Presse）媒介之觀點，並無反對意見。然而基本法第五條第一項第二款之不同自由領域界限，係視所選擇之散布工具而定。惟此非意味著，一種特定媒介之利用，而僅始終可能歸屬於基本法第一項第二款所規定唯一保障的保護領域之中。此種媒介納入特定基本權利的構成要件，亦不應推論得出，其他媒介納入前揭相同基本權利構成要件情形，或將永遠被排除在外。一種如此排斥關係最多祇能推論出的「新聞工作分權」原則，如前所述，其不具有憲法之位階。

就西德廣播電視法第三條第七項所賦予權限之憲法上判斷，毋寧決定於其是否及何等範圍有助於確保西德廣播電視於廣播電視自由服務功能中有其根據的為任務之履行。

該主要含有涉及節目內容之印刷著作公表，如作為一種單獨支持之周邊活動，而納入前揭任務範圍者，則其為廣播電視自由所涵蓋。

新聞出版社所經營之節目雜誌如不是根本沒有，便是祇以不充分方式就公法廣播電視之節目供應，提出有關資訊者，始將如此辯解，不予以考慮。毋寧在此將不加排除者，即於此種重大缺乏狀態產生前，業已發生唯有透過公營造物自己所屬節目雜誌之情形，始加以考量之資訊需求。資訊如為必要之發行，係為觀眾獲取公營造物之活動及節目供應的充分知識者，則最後亦不得阻止其透過資訊之適當裝飾及呈現而努力促使公眾之注意。儘管如此，定期收到節目，當然必須不斷出版節目雜誌，方能達成。此或



許不再涉及公營造物整個節目，而是包含新聞報導或一般娛樂性節目之編輯部分，可能在廣播電視自由中，不具有憲法基礎。

此外，有關節目資訊限制之必要性，乃排除印刷著作之經濟目的。其或許優先或甚至單純以經費來源為目的者，其發行亦可能不再由公營造物之資訊任務及廣播電視自由所涵蓋。該符合此等要求之公法廣播電視節目雜誌，可能引起新聞之經濟存在基礎危險的情形，不是可以預見。對於新聞自由可能侵害之其他論點，不是顯而易見。尤其就節目資訊單獨散布，而非對付廣播電視之憲法請求權，屬於新聞出版社。

總之，於西德廣播電視法第三條第七項解釋時，如考慮前揭要求者，該規定則依據憲法不應受到指摘。首先在充分明瞭下，賦予西德廣播電視權限之界限，產生西德廣播電視法第三條第七項第二段所包含之必要條款。一方面，法定節目委託之履行如不再受到確保者，其始准予主張此種權限。他方面，透過必要條款而澄清，以執行節目委託之標準及義務，亦對西德廣播電視節目雜誌之內容形態具有拘束力。因此，公表如此雜誌之權限，仍包含在於節目之委託。經由此種雜誌所要求有關西德廣播電視節目供應之廣泛及合格之資訊，而作為前提要件。

此等要求，依西德廣播電視法第三條第七項第二段之用語，而印刷著作須具有「主要」涉及節目內容時，如該用語為合憲解釋及明確規定者，則無論如何不從寬為之。可理解者，其不許西德廣播電視忽視必要定期提供節目介紹。其僅准許者，即在超越狹義的節目預告外，要求及以足夠吸引人的安排來

表現有關節目活動之基礎及標準條件、節目企劃、結構、經營或公營造物人事之資訊。

### III、

邦廣播電視法於第一條第一項、第十二條第三項及第七條第二項第三款規定中，對私營廣播電視之許可及營運所定之要求，與基本法合致。反之，北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第三條有關頻率分配規定，違反基本法第五條第一項第二款。

1. 北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第十一條及第十二條第三項對私營廣播電視之節目要求，依憲法不應予以指摘。基本法第五條第一項第二款之廣播電視自由，不授權予其主體為任意行使。其作為服務性自由，主要不在於廣播電視主辦人之利益，而是在於自由個人及公共意見形成之利益，而所為之保障。因此，立法者負有義務，以確保該目的達成之方式，創制廣播電視秩序。在節目法觀點中推論可得，於整個節目不但必須適當表現出對象之多元性而且是意見多元性。此種對整個節目之要求，不考慮立法者是否決定採行公法或私營廣播電視體系。

其他情事亦非推論自聲請人所主張之「模式嚴守」原則。基本法未預先規定廣播電視秩序之模式，而祇是預定一項目標：廣播電視制度之自由化。廣播電視必須能履行其為自由個人及公共意見形成之任務。此項任務，不受模式之約束。任何其所考慮廣播電視之組織形式，與基本法合致。立法者之創制自由，非竭力表示該含有連鎖強制為模式嚴守之模式選擇，毋寧是立法者一旦於此無偏離基本法第五條第一項之目標時，得任意組合其模式。準此，對私營供應者亦准予規定內部多數之標準者，聯邦憲法法院

就此並未質疑（參照BVerfGE 57,295[325]-NJW 1981,1774; BVerfGE 73,118[171]-NJW 1987,239）。

但此目標得在不同體系中，以不同手段而達成之。在公法與私營供應者相互競爭之二元體系中，如能有效確保廣播電視無論如何在不受損害情形下履行有關要求者，私營廣播電視中就節目供應廣度及平衡多元性之保障，未如公法廣播電視，為相同程度要求時，憲法上顯示有其正當理由。但亦僅有非重大的不平衡性，始得以容忍之（參照BVerfGE 73,118[158 f.]-NJW 1987,239）。

然而此等原則，不容許為此推論，即立法者將必須降低對私營廣播電視主辦人在對象及意見上多元性之要求。尤其不能由下薩克森判決（Niedersachsen-Urteil）推測，出私營主辦人祇須承擔平衡多元性之「基本標準」。據此，毋寧如此基本標準，祇足以針對進行中而為監督，而非對私營主辦人之許可（參照BVerfGE 73,118[159 f.]-NJW 1987,239）。毋寧是鑑於平衡多元性之無限制地適用於公法廣播電視之要求，而在私營供應者方面所為放寬，將可能導致僅在基本法第五條第一項之規範目標下的狹窄界限內始可容忍者，致整個節目平衡之扭曲。其就立法者對私營廣播電視如未排除採較高標準要求者，則將造成其營運困難，為此所定之原則，具有憲法上正當理由，但卻亦有其界限（參照BVerfGE 73,118[157]-NJW 1987,239）。立法者如未逾越該界限時，其得自由規定對私營主辦人之節目要求。

北萊茵—威斯特法倫邦之立法者或許可能有逾越界限之情形，不是顯而易見。其對私營主辦人之節目要求，雖較高於其他有些邦，但不同於對西德廣播電視之要求。立法者不但於西德廣播電視法第四條，而且在北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第十一條規定中，係以不考慮廣播電視營運之法規範及主體

，而其是自由意見形成過程之媒介及因素與公共事務為出發點（西德廣播電視法第四條第一項第一款及北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第十一條第一段）。就西德廣播電視而言，其節目具有資訊、教育及娛樂服務且提供文化、藝術及諮詢功能，於所有生活領域中國際及國內事件作廣泛的概述之任務，於前揭情形，係相互關聯（西德廣播電視法第四條第二項）。反之，私營主辦人共同體祇依據該節目類別，有助於提供教育、諮詢及娛樂服務且符合廣播電視之文化委託之廣泛資訊與自由個人及公共意見形成（北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第十一條第二段）。此外，當私營主辦人祇負有於所有完全節目中同時呈現北萊茵—威斯特法倫邦之公共事件義務時，西德廣播電視應考慮播送領域內之地區劃分及文化多元性（西德廣播電視法第四條第三項、北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第十一條第三段）。

對西德廣播電視法第五條及北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第十二條之節目原則，亦適用之。當西德廣播電視須以儘最大可能的廣度及完整方式，表達現有意見、世界觀、學術及藝術趨勢之多元性時，對私營完全節目之相關義務，限制在於再現意見之多元性（西德廣播電視法第五條第四項及北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第十二條第三項）。西德廣播電視應確保在播送領域內重要的社會力，有發言之機會；邦廣播電視法對此，擴及於重要的政治、世界觀及社會之力量與團體（西德廣播電視法第五條第四項第二款、北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第十二條第三項第三款）。

因而使私營供應者所可能承擔對其造成重大困難或甚至不可能營運及散布廣播電視之狀況，不是顯而易見。雖北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第十一條及第十二條第三項要求之履行，請求私營供應者

在一定範圍內，捨棄吸引大眾之播送。由於廣告收入依賴開機數量，不排除如此將減少其利潤。但此等限制，不可太廣，以致於威脅到私營廣播電視之營運，完全無法獲利。於決定主辦人如何想實現該節目預期目標時，法律使其有更進一步的自由。此既不規定節目方案，亦不預定節目分配份量，毋寧是使主辦人自由決定如何在數量及時間上對具有大眾吸引力與其他播送予以分配。因此，法律強制完全節目之主辦人，祇捨棄單純娛樂性節目與片面的資訊及教育播送。但仍加以估算其價格及成本，使得企業在財源上仍有所收益。

2. 北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第七條第二項第三款第二半段之許可規定，不違反基本法。立法者准許在多數申請人中作選擇，另外並視編輯參與程度（「內部廣播電視自由」）而定。

北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第七條規定，包括一些標準，依此等標準，邦廣播電視公營造物在具備許可要件之聲請人人數超過可支配的播送容量之案件中，應為其許可決定。此問題之規定，依憲法判決，屬於立法者本身應該決定之廣播電視制度的實定法規。依據於電視第三件判決中所發展之原則，接近使用私營廣播電視既不許委由運氣或能力的自由活動，亦不許交由執行者之無羈束裁量。於此透過可能使播送時間的分配，而在緊急時按比例縮減之體系，加以考慮平等原則。此如不充分時，或立法者已決定一種祇授權給與主辦人完全節目之體系時，其應明定保障申請人，平等機會之選擇原則。機會實現之程度，須由客觀合理及個別可期待之基準而確定之（參照BVerfGE 57,295[327]-NJW 1981,1774）。

北萊茵—威斯特法倫邦之規定，足以符合前揭要求。但此尚未得出結果，認為該規範使私營廣播電視主辦人之義務具有法律依據。雖然聲請人在其行為選擇時，法律上仍不受限制，而且可私自決定其是否及如何想要參與節目形成之編輯工作。但該規定拘束邦廣播電視公營造物，且在此情形下，絕對足以在行為決定上影響私營廣播電視之供應者。因此，其須就基本法第五條第二項第二款之標準有所衡量。

前述情形於此已充分予以尊重。聲請人認為違憲之「內部廣播電視自由」之選擇基準，係一種階段式順序之最後階段。在前奏階段如尚不能作出決定者，始得實現之。在與聯邦憲法法院所確立選擇原則合致時，法律首先影響聲請人間之合意（北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第七條第一項）。僅如此借助於廣播電視邦公營造物所為合意不成立者，北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第七條第二項之優先規定始發生。於此，立法者之指導性觀點為意見多元性：完全節目優先於部分節目（第一段）；在完全節目之多數供應者中，對該節目可期待具有更大的意見多元性之供應者，應准許其具有優先地位（第二段）。法律將節目方案、主辦人共同體組織以及有助於意見多元性之組織規定，當作支持論據（第三段第一半段）。更是在此種關聯下，編輯工作參與程度亦應予以斟酌之（第三段第二半段）。

意見多元性係憲法判決所稱之合理的選擇基準。廣播電視自由有助於自由及廣泛的意見形成。廣播電視如作為最重要資訊來源之一及意見形成的重要因素，而以儘最大可能廣度及完整方式考慮意見多數性者，前揭情形始得達成。立法者如按節目所可期待的意見多元性程度，作為多數申請人間授權之選擇者，其因而亦贊同在私營廣播電視中接近於平衡多元性之規範目標。

立法者容許將編輯從業人員參與節目形成及分擔節目責任，亦視為確保多元性要求之適當方法。此種參與及分擔，依立法者之概念，既非從事參與或民主之策略，亦不應使某社會團體提升對廣播電視之影響力。聲請人就此有所誤會。立法者亦在私營廣播電視情形，合法決定一種內部多數的模式。在此立法者的概念中，有別於新聞業，對於流行廣播電視無適用之餘地。主辦人毋寧原則上須在其節目中平衡表現所有現時風尚。組織法上，此項要求有一個相應的事例，即依北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第六條第一項第一款規定，許可祇授與主辦人共同體。在主辦人共同體內，須排除成員之決定性影響（北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第六條第一項第二款）。主辦人共同體依北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第五條第一項第三款規定，須能實現符合經認可的新聞工作原則之廣播電視營運。北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第十三條對編輯從業人員擔保其在主辦人全部責任範圍內任務及以自己新聞工作責任下勞動契約之履行。

經由節目形成及責任之其他編輯工作參與，在勞動分工之企業內，廣播電視對直接履行廣播電視作為意見形成媒介及因素之委託的職業團體，應予以強化。因此，在編輯工作參與時，此不涉及外在影響力之授與，而係涉及於基本法第五條第一項第二款所保護功能之實行時有內部參與決定。其不在於職業中自我實現利益或其主觀意見實行，而係為其仲介功能之實行，始將之授與編輯從業人員。

在此種認識時，由於規定中所設定擴張趨勢，其最終與其說危害，不如說有益於廣播電視自由，由此亦不得提出作為反對該規定之理由。此編輯工作參與，仍回溯受多元性要求之約束。因此，其不許導

致危害廣播電視自由之極大化，而祇是產生促進廣播電視自由之最適狀態（Optimierung）。該不再為客觀廣播電視自由而祇是為主觀編輯自由之參與形式，或許不具有廣播電視邦公營造物之優先決定的正當理由，因此亦無法改善申請人之許可機會。基於此種理由，多數申請人對於廣播電視授權之競爭，亦不使之無限制升高。在廣播電視主辦人不享有任意節目形成自由之私營廣播電視的內部多數模式中，此種參與決定可能性之考量，作為選擇基準，如其係為確保多元性而非為編輯從業人員自己利益時，即屬可期待。

由於其非強制性格及編輯工作參與內在限制，該規範亦不欠缺法治國所要求之確定性。雖該規定對授權之申請人須預期其何等編輯工作參與程度，以改善其許可機會，但此卻產生其所處之競爭狀態。不定性係可容忍者，因北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第七條第二項第三款規定，無論如何應設有上限，除此而外，編輯工作參與或許不再有益於平衡多元性要求。

3. 北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第三條第一項第一款之播送容量配置之規定，與基本法不合致。其侵害基本法第五條第一項第二款所生廣播電視非國營之要求。

聯邦憲法法院從頭開始即於其廣播電視判決中，強調基本法第五條第一項第二款之廣播電視自由，首先意指報導之非國營（參照 BVerfGE 12, 205 [262 f.]—NTW 1961, 547）。此要件係涉及於意見形成時作為媒介及因素之廣播電視功能。此不應受國家之影響。反之，基本法第五條第一項第二款不阻止國家確定前述功能實行之標準條件（Rahmenbedingungen）。基本法反而使其負有義務，以適當方式安排及確



保廣播電視自由（參照BVerfGE 57,295 [320]-NJW 1981,1774）。此外，此係以廣播電視營運許可規定及私營申請人選擇基準為前提要件（參照BVerfGE 57,295 [326 f.] -NJW 1981,1774; BVerfGE 73,118 [153 f.] -NJW 1987,239）。但於此情形，立法者不許授與國家影響節目之選擇，內容及形成（參照BVerfGE 73,118 [182 f.] -NJW 1987,239）。北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第三條第一項第一款之法律規定，違反前述要求。雖對節目形成之直接影響，不是與播送容量配置相結合。其毋寧決定公法與私營主辦人於整個節目中所可能實現之分配數量。但廣播電視自由不僅防護國家直接干預節目，而且亦防止間接影響節目（參照BVerfGE 73,118 [183]-NJW 1987,239）。此種影響之危險，依據北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第三條第一項第一款之規定，無法排除之。其產生播送容量之持續短缺，由此得出結論，即邦政府於配置決定時，不可處分大量的頻率。通常毋寧係涉及個別成為自由的頻率分配。但在此情況下，邦政府不單抽象作出頻率或通路之公法或私人利用的決定，而是同時在成為自由的播送可能性及其節目供應之具體申請人間作出選擇。本質上，於此通常涉及西德廣播電視之附加節目供應與私營節目間之選擇。在此決定時，邦政府僅受北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第三條第二項有關私營主辦人最低限度分配規定拘束。此外，其得自由為之。如此不足以有效排除國家干預節目之危險。

邦議會首要委員會同意之要件，不足以排除憲法之質疑。基本法第五條第一項第二款所生廣播電視非國營之原則，不僅涉及行政，而且亦涉及立法（參照BVerfGE 73,118 [182]-NJW 1987,239）。同時立法者係國家權力之部分，且其本身受公共批判及監督。因此本質上又依賴媒介自由而定，故亦不許授與

議會及其所屬機關影響廣播電視主辦人之節目。準此，不再視北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第三條是否亦違反法律保留原則問題而定。

但此非意指，邦政府在此領域內不許有任何作為。邦政府或邦廣播電視公營造物所應作具體的配置決定，且依據之基準的合乎法律保留及一般性之確定者，基於憲法之緣故，或許毋寧對之不是予以拒絕，而是甚至為其所要求。

#### IV、

對地方性廣播電視之北萊茵—威斯特法倫邦規定（北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第二十三條至第三十條），與基本法合致。

1. 原則上對於地方性廣播電視與邦範圍內的廣播電視並無所不同者，憲法亦適用之；其法律上須如此安排，以致於其可以有助於自由個人及公共意見形成之憲法上目標。此項目標亦於地方性領域內，要求在播送領域內之全部供應時意見之平衡多元性，故立法者就此應加以考慮（參照 BVerfGE 73,118 [177]-NJW 1987,239）。但為此規定時，其必須考慮地方領域之特殊性。尤其是地方性新聞紙出版社通常具有獨占地位的情形，即屬之。此必須有特別預防措施，對抗多元媒介優勢意見霸力之發生（參照 BVerfGE 73,118 [177]-NJW 1987,239）。立法者如何個別履行該項任務，係其政策決定事務。在其基本決定之法律建構時，其享有更進一步的創制自由。於法律規定忽視基本法第五條第一項第二款之強制要求，或不足以有效確保廣播電視之服務功能之處，前述創制自由始告終止。在一種二元體系中，立法者

反正不許將私營廣播電視，寄望於造成其營運重大困難或甚至不可能之要件。

2. 北萊茵—威斯特法倫地方性廣播電視之「兩柱模式」，原則上與前揭要求合致。

聯邦憲法法院判決不似聲請人主張一般，應加以引用，即邦立法者必須依巴登—符騰堡邦媒介法第二十二條規定作為模範，明定地方性廣播電視。如法院在巴登—符騰堡裁定中所為表示，巴登—符騰堡邦媒介法第二十二條之解決方案或許對於地區及地方廣播電視，係屬唯一可行之道，因而成為法則者（參照 BVerfGE 74,297 [328 f.] - NJW 1987,2987）。此項確認則顯然涉及由巴登—符騰堡立法者所提供之私營地方性廣播電視許可之二種途徑（巴登—符騰堡媒介法第二十條第一項，第二十二條），然而其根本不可以此種解決方案，限縮立法者之創制自由。

此外，從前述裁定不能推論出，在地方領域內，公法與私營主辦人須始終相互競爭。平衡多元性之要求，得以各種不同方法實現者，於此亦適用之。至少在地區性頻率短缺及有限的地方廣告市場時，地方性廣播電視之內部多數的組織，亦屬之。如前所述，基本法不要求「模式嚴守」。如先前所確認者，私營權利主體與內部多數的組織間毋寧是絕對合致（參照 BVerfGE 57,295 [325] - NJW 1981,1774）。

以北萊茵—威斯特法倫立法者所選擇「兩柱模式」作為基礎之目標，憲法上不應予以指摘。此種模式有助於三項目的，即如同於公法廣播電視時，將地方私營廣播電視許可受類似多元性及節目要求之拘束、阻止地區性新聞紙出版社優勢意見霸力於地方領域內升高之危險與透過廣告支助的地方性廣播電視之許可，不危害地方新聞業之經濟基礎。此種嘗試之結果，將廣播電視營運分成二個主體，即主管新聞

工作方面的主辦人共同體（Veranstaltergemeinschaft）與主管經濟及技術方面之經營團體（Betriebsgesellschaft）。

北萊茵—威斯特法倫「兩柱模式」係列舉規定廣播電視權利人範圍及賦予其部分特定功能者，原則上亦足以有效確保地方領域內廣播電視自由。一方面，經由主辦人共同體之組織，就節目中平衡表現現有播送領域內意見多元性，加以考慮，他方面避免新聞業與廣播電視業雙重獨占所生優勢意見的霸力。經由經營團體之組織，地方新聞業對其經濟上存在基礎維持之利益，加以斟酌，因新聞紙出版社藉此擁有優先接近利用廣播電視經營之權利，控制其廣告財源及參與分享利潤。

於主辦人共同體與經營團體間功能區分與主辦人共同體組織之中，亦存在著廣播電視自由不合乎比例之限制。廣播電視得以營運之秩序標準的決定，應視為廣播電視之安排（Ausgestaltung），而非限制。在安排時，立法者享有繼續的決定自由。

於廣播電視內部多數的組織時，立法者須確定何種社會力或人合團體准許參與廣播電視之營運。如其明定地方重要的社會力及團體之類別，一旦選擇係屬平衡多元性保障意義下所為時，此於憲法上則不應予以指摘。就此情形，北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第二十六條以憲法上不受質疑的方式予以考慮之。一方面，立法者業已考量地方領域之重要社會力，且補充其他代表非協會化的特定組織之人民團體或特定社會事務，或祇根據其個人能力而加入主辦人共同體之成員。於此，立法者在組織主辦人共同體時，因地方新聞紙出版社依北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第二十六條第一項第十二款規定得任命

爲代表，故是否准許轉讓與地方新聞紙出版社之問題，仍未解決。就地方廣播營運所爲再派任權或甚至自由存取權，非源自基本法第五條第一項第二款之規定。

立法者亦不負有義務，使經營團體獲得對地方性廣播電視節目內容有較大影響力。負責新聞工作方面的主辦人共同體與主管經濟及技術方面的經營團體間之功能區分，正具有透過新聞工作上獨立於新聞業的廣播電視之創立，以阻止多元媒介意見霸力及同時受到新聞業對有限的地方廣告市場之排擠的意義。但此種憲法上不應受指摘之目的，而不得透過新聞紙出版社之增強對於廣播電視節目影響力情形，遭到破壞。經營團體之經費支助義務，如給與其對節目形成之正當利益者，此則在北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第二十八條及第二十九條中已充分加以考慮。

立法者依據憲法不負有降低對地方性廣播電視之節目要求之義務。雖於地方領域內，依適用於邦範圍內廣播電視之方式而爲基本供給，既非必要，亦非可能（參照 BVerfGE 74,297 [327] NJW 1987,2987），但地方性廣播電視亦係爲自由個人及公共意見形成。此係以地方性意見多樣內容，隨時以儘最大可能廣度及多元性，而反覆再現於節目，作爲其前提要件（參照 BVerfGE 74,297 [327] NJW 1987,2987）。於一種二元廣播電視秩序中，廣播電視委託如爲公法公營造物完整履行時，立法者得微不足道的放寬對於私營廣播電視之前揭要求。但因立法者於地方領域內未規定主辦人二元原則，而係採整合模式，故於此欠缺該放寬之要件。同時立法者亦准許規定，節目應呈現播送地區內之公共事件，且包括資訊、教育、諮詢及娛樂之重要部分（北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第二十四條第一項第二款）。最多僅於

造成私營地方性廣播電視營運重大困難或完全遭受阻礙者，此種要求之降低始可能加以考量。但尤其是藉著由第三人所購得之標準節目（北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第三十條），而得以履行北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第二十四條第一項第二款或是第二條之要求情形，對此尚未有其論據。

同時，北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第二十四條第四項所生主辦人共同體為地區團體之外來節目提供特定時段的播送時間之義務，不違反基本法第五條第一項第二款規定。藉此可能性，立法者欲授與該不派任主辦人共同體代表之地方團體，尤其是其具文化目標者，得以有限度的擁有地方廣播。因此，原則上節目要求之題材廣度及意見多元性，得以擴大。北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第二十四條第五項足夠預防節目要求所可能產生之不平衡性。此外，法律在主辦人共同體可能強制其節目，應始終符合平衡性的監督時，卻未規定團體播送之結算。外來節目此時以新聞工作觀點而言，通常係無可指摘者，故不侵害其憲法上合法性。鑑於此等節目之有限範圍，立法者亦係以此種瑕疵透過主辦人共同體，而不致於造成私營廣播電視營運的重大困難或甚至不可能營運者，為其出發點。同時在平等觀點下，因該規定不受私營廣播電視比公法廣播電視更嚴格的要求，而有別於邦範圍內廣播電視係屬地方性廣播電視之要求，故該規定不應予以指摘。但對此種區別，由於各種不同公民階層，並不欠缺一種合於事實之理由。

立法者由於不牴觸憲法，為地方廣播電視之營運，給與經營團體有廣告收入。附有地方領域內廣播電視之人民在邦範圍內之節目的特別基本供給，是可能產生國家經費支助義務者，既不明確被要求，亦

非可能實現（參照BVerfGE 74,297 [327] NJW 1987,2987）。一種節目原則與經費來源方式之結合，係如北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第二十四條所規定，合格的節目要求以至少按比例的執照費支持為條件者，此非依據基本法。立法者是否及在何種要件下准許私營廣播電視參與分享執照費收入之問題，於此不應作決定。

最後，對主辦人共同體與經營團體關係之法律安排，造成私營地方性廣播電視處於重大困難或甚至事實上不能營運條件之情形，不是顯而易知。但由聲請人所主張之模式功能性的能力，或許可能就其合憲性，可提出質疑。如私營廣播電視之經營僅依據法律之結構，可能判定為不具經濟性，以致於權利人祇在於承受損失時始得行使其權利者，此亦可能違反基本法第五條第一項第二款。

目前為止就「兩柱模式」之經驗，不許為如下推論，即其合乎功能，或依據其法律結構，造成不可期待的經濟危險。在口頭協商時（在一九八九年六月與九月間締結招標程序時），四十六個播送地區中有二十一個授與權利，且其中有十五個進行播送。法律效力領域內出版社如其協會於口頭協商時所表示，亦欲於其餘播送地區，參與經營團體。鑑於無優先地位的結構及模式之比較短暫的試驗期，一種終局之判斷，仍屬不可能。隨著時間之變遷，如得證實地方廣播電視在實存法律條件下，不發生作用或經濟得以維持者，立法者於此時將負有修正邦廣播電視法之義務。

3. 鄉鎮依北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第二十六條第一項第四款、第二項第四款第二段規定，享有任命主辦人共同體會員大會之二位無受指示拘束之人員，且依北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第

二十九條第六項規定，擁有最高百分之二十五對於經營團體之資本及選擇權參與之權利，不違反基本法第五條第一項第二款所生廣播電視非國營原則。

廣播電視非國營，意指國家既非本身為廣播電視主辦人，亦不許對其獨立的主辦人節目取得特定影響力。於此鄉鎮亦歸屬於國家權力（參照 BVerfGE 73,118 [191]-NJW 1987,239）。反之，在廣播電視公營造物之監督委員會中，國家代表如在有限度數量內發生作用者，聯邦憲法法院將之認為合法（參照 BVerfGE 12,205 [263]-NJW 1961,547）。

與前述相比較，依北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第二十六條第二項第二款第二段規定，縣議會、直轄市議會或代表大會對於主辦人共同體之派任權，憲法上不應予的指摘。主辦人共同體依北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第二十五條第一項規定，係節目之主辦人，且單獨承擔責任。但此非即稱，其本身在新聞工作上應製作節目。節目之形成，毋寧係由總編輯及編輯從業人員所為。反之，主辦人共同體組成社團之會員大會，另依北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第二十七條規定其負擔訂定章程之任務、決定編輯從業人員之聘任及解職、制定經濟及職務計畫、決定節目企劃之原則性問題、監督節目委託之履行與確立節目方案。會員大會之功能，因此亦與公法廣播電視中之廣播電視委員會及邦廣播電視公營造物之廣播電視委員會之功能相似。由於任務一致性，私營地方性廣播電視之主辦人共同體中鄉鎮之限額，與國家於廣播電視委員會的限額相同處理時，似有正當理由。對鄉鎮代表限定為二名，在主辦人共同體中不必憂慮其具有特定影響力。



在廣播電視非國營觀點下，地方自治團體對經營團體之參與，實不生疑義。法律排除經營團體為節目之形成。其祇經由技術及財政的配備及總編輯人選的共同決定，始能影響節目。因此，在此情形下，地方自治團體為少數參與，對主辦人所造成政治壓力之危險，似乎微乎其微。鄉鎮之少數參與，具有其合乎事實的正當理由，即其有對抗廣播電視營運之優勢商業利益危險，而且有助於廣播電視中地方利益，產生相當有效的作用。

此外，北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第二十九條第六項規定，亦不違反基本法第五條第一項第二款。立法者如決定採行地方性廣播電視之內部多數的組織者，其應規定該於營運時共同發生作用之社會力及團體。於此情形下，對節目不具有直接影響，而祇是為廣播電視營運之經濟及技術上要件預作準備的經營團體組織在憲法上要求情形，比適用於主辦人共同體所為要求較少。其僅不准危害廣播電視之自由，且另外須屬合理。此等判定基準，使立法者既不負責祇保留地區新聞紙出版社為經營團體，亦不阻止其創設地方自治團體成為會員之可能性。

4. 北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第三十條第一項規定中所授與西德廣播電視為地方性廣播電視製作標準節目之可能性，不違反基本法第五條第一項第二款。藉著標準節目之可能性，立法者為減輕地方廣播電視主辦人散布符合北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第二十四條第一項及第二項所定要求之節目，以及因而提高其於公眾接納能力與擴張其財政基礎之負擔。對西德廣播電視供應如此標準節目或參與此種節目之權利，在該已與北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第六條第二項有關之考慮情形，適用之。

1. 基本法第五條第一項第二款對監督委員會組織之要求，予以維持。

適合組織的預防措施，於作為基礎的秩序模式範圍內係為確保廣播電視不委交於一個或個別社會團體，且該所考量之力量得於全部供應中有發言機會，如此亦屬於基本法第五條第一項第二款給與立法者所制定之廣播電視制度的實定法規（參照BVerfGE 57,295 [325]-NJW 1981,1774）。聯邦憲法法院自其初次為廣播電視判決以來，一直認為公法廣播電視之公營造物內部由社會重要團體代表所組成的監督委員會，具有為在組織上確保廣播電視自由之合憲可能性（參照BVerfGE 12,205 [261 ff.]-NJW 1961,547）。就私營廣播電視供應者之外在組成的類似監督委員會，亦適用之（參照BVerfGE 73,118 [171]-NJW 1987,239）。

但主要由協會化組織的社會重要團體組成監督委員會，不是意指交由其為節目之形成，或甚至使其成為廣播電視自由基本權利之主體（但於此有相反意見，BVerfGE 31,314 [337]-NJW 1971,1739）。社會中組織而成之監督委員會，毋寧是公共利益之代言人。其應對節目形成有決定作用之人員及委員會，監督所有重要的政治、世界觀及社會之力量及團體於整個節目中得有適當發言的機會，不可片面為某一政黨、團體、利益團體、教派或世界觀，與於報導時應適當且公平考量有關之人員、團體或單位之見解（參照BVerfGE 60,53 [63 ff.]-NJW 1982,1451）。

因此，不考慮大多數成員，依其出身係屬利益代表之情形。監督委員會之任務，不是在於節目中其

組織利益之代表，或甚至利益宣告。於協會化的組織利益時，該結合毋寧祇以獲得公眾代言人身分之方法，而其獨立於國家機關，且從各種不同社會領域引進經驗。因此，監督委員會之成員不得將節目針對由其派任的組織之特別見解及目的而製作，且不得以此方式推動其所欲達成之企圖。委員會之多元化組織，毋寧正是抗制片面的影響及節目形成之危險，且保障於所有生活領域中的觀點及活動多元性，在節目中表現出來（參照BVerfGE 60,53[66]-NJW 1982,1451）。

此項功能要求一種合理的、原則上考慮現存多元性之規定、有決定性作用之社會力的份量與代表機關之有效影響的確保（參照BVerfGE 57,295[325]-NJW 1981,1774）。何者是個別歸屬於社會的重要力量，非源自基本法第五條第一項第二款。因此，立法者之事務，原則上應決定監督委員會如得以組成，在此即享有其寬廣的形成空間。此所包含權限，為具體化的社會重要之判斷基準、調查依此所考慮之力量、確認所歸屬之團體與在此情形下選擇及衡量有派任權的主體。此時，基本法第五條第一項第二款規定之內涵，祇限定於由立法者所明定之委員會組織，必須足以確保廣播電視自由之範圍。在此界限內，立法者於其決定中，經由廣播電視自由，而不再受到限制。

但立法者之創制權限，不是於基本法第三條第一項就邦政府如何闡明恣意之界限，始告終止。立法者如為社會重要力量之廣播電視監督者，其因而介入協會化利益代表之條件，其就公共利益對監督委員會成員負有義務，由此而不能排除該條件。選擇式的招募原則與附有負擔的職務，情勢上相互矛盾。該作為利益團體代表而被派任於監督委員會，但卻不生特定利益作用之人員，被要求扮演歧異化的角色，

其在法律上充其量處於促進、而非擔保的地位。

雖廣播電視理事會及委員會成員之法定指示及委託的獨立性，賦予該欲為利益獨立之決定者，享有一種暫時不可侵的地位。但其在特別觀點下可能阻止非自願的利益拘束，及整體利益之觀察。因在此情況下，廣播電視理事會中之行為，至少部分仍留由利益決定，故一種片面的粗糙組成之監督委員會不足以確保廣播電視之意見多元性，因而亦無法履行基本法第五條第一項第二款之要求。反之，處於重大變形之門檻下，該可比較的團體之上下代表，依廣播電視自由，不應予指摘。

此外，公共利益與協會化組織利益之總體不一致者，屬於協會化利益代表之條件。毋寧有種利益，係毫無協會化或祇很困難予以組織化。基於此項理由，協會代表，經常祇是一種確保公共利益之不完全手段。立法者如借助於社會重要的力量，決定廣播電視之監督者，其則不受基本法第五條第一項第二款之強制，而放棄較不重要的力量或阻礙協會化組織的利益。反之，如有既不是沒有，就是弱勢組織的利益之代表共同參與其中者，此則將採行對抗協會代表中多元性之限縮及監督委員會轉交於政黨。

西德廣播電視法第十五條及北萊茵—威斯特法倫邦廣播電視法第五十五條符合前述之要求。北萊茵—威斯特法倫立法者，非以單純形式，實現由重要的社會團體代表組成廣播電視理事會及委員會之原則。此毋寧祇占有四個席位之較大者（「協會席位」）。一群會員由邦議會選舉而生（「國家席位」），其他由不同文化領域所組成（「文化席位」），另外應代表老年人、殘障者、外國人之弱勢組織的團體（「人民代表」）。立法者透過此種混合原則，正欲抗制於協會化組成專屬代表之利益所存在的危險。

特別「文化席位」之設置，在法律草案中，因為廣播電視任務所考量領域之接近事理，而具有正當理由。與「協會席位」成員不同者，「文化席位」之成員，非以其團體或機構代表身分而獲選進入廣播電視理事會，而是其作為特定領域之成員而取得。但於此，其係具有任命權之團體或機構。

新聞紙出版社、被驅逐者及婦女協會之不考慮情形，如同社會合夥代表之衡量，並不違反基本法第五條第一項第二款。廣播電視片面委交於一個社會團體之危險，並不存在。同時，亦不見利益多樣性之重大扭曲。有關婦女協會，亦適用之。雖立法者未考量婦女協會，但要求在選舉或派任監督委員會成員時，予以適當考慮。基於基本法第五條第一項第二款觀點，此不再多考慮之。其他代表形式是否可能有效實現立法者之目標，聯邦憲法法院不應裁判之。

2. 基本法第三條亦未受侵害。但立法者始終，亦在廣播電視立法時，受一般平等原則之拘束。雖此不限制特定監督系統之由基本法第五條第一項第二款所放任的選擇自由。如立法者借助於社會重要團體而為有益於監督之決定者，其並未賦予重要的判定基準。但其要求立法者同等適用於由其選擇的基準，且無正當理由不得捨棄。因在廣播電視理事會組成時，此涉及成為問題的人合團體，故適用於下列情形，即如一群受規人與其他受規人相比較，而為不同處理時，雖在兩種團體間不存在如此種類及份量之區別，而其能對於不平等待遇，予以正常論據者，始侵害基本法第三條第一項（參照 BVerfGE 55, 72 [88]-NJW 1981, 271）。

雖立法者亦有廣大的形式空間，但非逗留。尤其此藉著社會重要之概念，與其發現而非給與之社會

構成要件。因此，立法者如在廣播電視監督委員會組織時，已委交重要的力量或顯具有代表性的團體者，則屬具有違反平等性之強大憑徵。但仍須經常審查，該委交的正當化理由，是否來自廣播電視監督之事務。

西德廣播電視之廣播電視理事會中，新聞紙出版社之不考慮，不違反基本法第三條第一項。雖其如於西德廣播電視法第十五條第四項所考慮新聞工作者之相同領域內，從事活動；同時，其以特殊方式涉及於廣播電視情形，亦屬適當。但此種關聯性，正好透過新聞與廣播電視間競爭狀態以及多數新聞紙出版社參與私營廣播電視企業，而具有成立的理由。此將新聞紙出版社，由被考慮的團體區分出來。因此，基於廣播電視自由觀點，使其不得參與西德廣播電視之節目監督，即不違反事理。

又於被驅逐者的協會之不考慮情形，不違反平等性。立法者毋寧肯認，被驅逐者於戰後四十五年重返德國社會。現今被驅逐者主要不再是由其實際狀況可加認定的人民團體，而祇是透過其地理來源及有關文化特性，而與其他人民團體相區別。驅逐及喪失家園，就被驅逐者之第二代及第三代而言，通常變得如此無足輕重，以致於歧異化不失有其正當理由。

同時，該應劃歸社會合夥者之代表的衡量，不違反平等原則。僱用人與受僱人方面應各別歸納於何種委員會成員之問題，於此尚未解決。因為縱使僱用人方面存在著一定程度的歧視，此或許不違反事理。不平等待遇須予以正當化的事理，在此為廣播電視，而非勞動生活。此賦予立法者有較大的創制自由。如於對立的利益時，考慮某一方，卻委交他方者，始可能不具有正當的理由。

「文化席位」之成員，不可立即認為是受僱人代表。此或許係以納入從業人員方面代表領域為前提要件，然而在「文化席位」時，此不涉及從業人員，亦非於文化領域從業人員之社會團體代表，而係涉及於由組織及團體設立所獲得之文化事實上權能。又經由此種組織，卻未重視從業人員的利益。在九個有派任權之組織中，僅有四個為工會而設，一個屬於企業界，其餘係屬於自由職業或非代表從業人員利益為目的之機構的職業總會。

基本法第三條第二項規定，不受侵害。該規定於廣播電視監督委員會中是否應特別考慮婦女利益之問題，於此仍尚待解決。因為縱使如此要求或許可能由基本法第三條第二項推論而得，則立法者之事務，宜決定其將如何實行之。於此，立法者認為依據西德廣播電視法第十五條第一項及北萊茵——威斯特法倫邦廣播電視法第五十五條第一項第二款規定，在委員會之組織時，業已相當完整考量婦女之利益。此等規定始終不足以實現所追求目標之情形，不是顯而易見。

3. 基本法第九條之侵害，不在考慮之內。基本法第九條第一項之保護範圍，不受廣播電視監督委員會組織之影響。有人是否在前揭基本權利中祇見到組織自由結合與其目的及組織形式之自由決定的擔保，或有人是否反正視為追求結社目的之自由活動的保障，皆在所不問。總之，基本權利不包括廣播電視監督委員會中之活動。如自第二件電視判決以來一再強調者，因不涉及利益代表，反而利益團體毋寧祇是作為確保廣播電視獨立性機關的組成基礎，而於此委員會中，始終不是追求該結社目的。

對基本法第九條第三項之規定，亦適用之。為確保及促進勞動及經濟條件之目的，此種特別結社權

，應予保障。但此非屬廣播電視理事會活動之標的，其任務毋寧在於廣播電視主辦人之監督，尤其是針對節目爲之。依基本法第九條第三項所組成的社團，如就此亦包括在內者，則此無法改變廣播電視理事會中之其所屬代表，不應代表社團的利益，而是公共的利益。

## VI、

在合憲性解釋時，西德廣播電視之學校廣電委員會之規定（西德廣播電視法第三條第四項、第十三條第一項第四款、第二十七條至第二十九條），與基本法合致。

一方面，具有西德廣播電視法第三條第四項所稱學校特性之教育播送，係指廣播電視播送，其於此限度內分享基本法第五條第一項第二款之廣播電視自由。因此，原則上其不受國家之監督。他方面，其具有依基本法第七條第一項規定，受國家監督的學校之重要特徵。於教育播送時，雖欠缺從傳統上屬於學校概念的空間觀點所爲共同教授活動，然而依據教育播送及隨之所爲成績及成果監督，仍有取得學校結業及國家認可的證書之可能性。因此，國家具有播送的教育品質監督及要求考試等值之合法利益。因此，廣播電視非國營與國家之學校監督，須適當衡量之。

爲達成此目的，是否祇有教育播送普遍受拘束於依西德廣播電視法第三條第四項第二款所定之國家教學準則，以及依西德廣播電視法第二十八條第一項第二款規定必須許可所有教育播送與依西德廣播電視法第二十九條第二項第二款規定須經邦政府代表同意之特別公營造物的機關，此問題尚未解決。在合憲性解釋時，無論如何使該規定與基本法第五條第一項第二款合致。於西德廣播電視法第三條第四項所



稱教育播送之情形，該合乎基本法第七條第一項規定之國家參與意見的利益，係根據西德廣播電視教育節目之參與，導致經認可的學校結業之事實。因此，教育準則之拘束、播送許可之保留與政府代表於此限度內所有之否決權，在於不再涉及國立教育制度的教育活動等值與由其促成之考試及結業的確保之處，須有其憲法上之界限。

譯者註：

<sup>1</sup> BVerfGE = Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (聯邦憲法法院判決)

<sup>2</sup> NJW = Neue Juristische Wochenschrift (新法律週刊)

## 關於「宗教自由——巴哈以教案」之判決

——聯邦憲法法院判決集第八三卷第三四一頁以下

譯者：李震山

### 判決要旨

1. 僅是由於一個團體自我主張或自認爲信奉某宗教，或屬於某一宗教團體，並不足以作爲一個宗教團體及其成員，據以要求受到基本法第四條第一項及第二項保障之理由。毋寧尚需要根據實際上宗教以及宗教團體有關之精神內涵與外在表現形式。此類爭議案件之審酌與決定，國家機關有義務先適用國家法規範處理之，最後才由法院審理決定之。

2.

a) 基本法第四條第一項以及第二項所稱之宗教自由，亦包括宗教結社自由，而宗教自由係由基本法第四條，以及基本法第一四〇條所提及的威瑪憲法之教會條款（Weimarer Kirchenartikel），兩者聯結所產生。

b) 宗教結社自由所保障之內涵，包括因共同信仰而結合並組織成宗教團體之自由。然而，此並不表示，要求特定法律形式，譬如，需要是一具權利能力之結社，或法人之其他形式。宗教結社自由所保障者為，得以各種形式合法存在之可能性，包括參與一般法律事務往來之可能性。

判決主文：

位於斯圖佳特 (Stuttgart) 之邦高等普通法院，一九八六年一月二十七日之判決 (8 W 252/85)，位於杜賓根 (Tübingen) 之邦普通法院一九八五年五月八日之判決 (5 T 34/84 FCG)，以及杜賓根區法院一九八三年十二月八日及一九八四年一月二日之判決 (CReg II 922/83)，皆侵害基本法第四條第一項與第二項所保障訴願人之基本權利。上述判決皆撤銷，案件發回區法院。

巴登——伍登堡邦 (Baden-Württemberg) 應償付訴願者必要之費用。

判決理由

A、

本憲法訴願之主題為，於解釋及適用民法結社權規定時，對於被理解並組織成宗教團體之分支團體

，有關其宗教結社之特質應加以審酌，於此，基本法第四條第一項及第二項所能及的範圍有多大，為問題之所在。

## I、

巴哈以宗教團體之信仰取向，係源自伊斯蘭什葉教派，許多國家皆有它的存在。其依層級區分之，目前並由新選出成員組成「國際正義之家」領導之，設址於以色列之海法（Haifa）。國家中若有許多地區性組織，每年將由全體成員，以間接方式選出九人國家精神委員會。該團體在西德登記為社團，在其他國家，該團體則以適合各該國家之社團或團體法，而有其法律上形式。在地區層級之領導機關，係從地區團體之信徒中，一樣選出九個人組成精神委員，負責處理地區事務。

## II、

1. 第二訴願時，訴願人係委員會主席，第三次與第四次訴願時，訴願人係第一次訴願人外之其他委員會之成員。一九八三年二月十四日第二次訴願時之訴願人，以委員會主席之名義，於杜賓根區法院，將第一次訴願之訴願人登記於社團名冊中。該社團所據以成立之章程中，有以下重要條文：

### 第二條：社團之目的

I、在杜賓根成立之巴哈以教精神委員會，其目的係依巴哈以教之教義及行政原則，處理杜賓根巴哈以教團所有事務，其事務詳見章程後之附錄……

II、精神委員會力求使巴哈以教，符合稅務通則中節稅目的一章中所稱之完全直接的、公益的、慈善的及宗教的目的。

III、精神委員會之作爲皆係無私的，並不追求個別經濟利益目的。

第三條：成員資格之形成。

I、.....

II、精神委員會之成員，係由巴哈以教區中有選舉權者，就其中之人，依簡單多數之秘密選舉產生之，任期一年，任期最長至其接替者產生止，選舉於每年四月二十一日於巴哈以教區年會中舉行之。細節規定於第十條。

III、.....

第四條：成員資格之中止

I、有下列情形之一者，中止其成員資格

因任期屆滿且精神委員會重新選舉，

由於退出教會，

由於遭開除會籍

因遷出杜賓根巴哈以教區

II、開除精神委員會委員之權，屬於德國巴哈以教全國精神委員會。

## 第五條：補選

I、精神委員會成員退出者，由精神委員會以補選爲目的，依規定召集巴哈以教區補選特別會議。精神委員會成員數額未減至五人以下者，仍有其議決能力。

II、退出成員逾四人者，精神委員會則不再有議決能力，補選應在全國精神委員會之監督下進行。

## 第九條：會員大會

I、.....

II、所有以下會議之召開，由委員會主席或因故而由副主席，或委員會成員三人以非固定形式（書面、電話或口頭），向精神委員會秘書申請舉行之，或由委員會事先議決確認.....

III、.....

IV、.....

## 第十一條：全國精神委員會

I、全德所有精神委員之上級組織，爲登記爲德國社團之巴哈以教全國精神委員會。

該委員會決定：

a) 及 b) .....

c) 地區精神委員會之管轄權限

d) 至 f) .....

## 第十三條：章程變更

1、.....

II、章程變更需經巴哈以教德國全國精神委員會之同意，其需於社團名冊上登記後生效。

## 第十四條：解散

I、精神委員會得於有以下情形時解散之，

a) 在為解散目的而召開之會員大會中，由委員會成員決議以絕對多數通過者。

b) 由全國精神委員會多數議決通過。

II、精神委員會解散後之財產，應讓渡予德國巴哈以教全國精神委員會，而以直接、完全公益、慈善及宗教目的運用之。

2. 區法院於登記過程中，提示形式上及實質上之法律疑義，並命為補正。第一次訴願之訴願人尤其缺乏必要法律自主性，因為他在處境上，一方面屬於地方教區，他方面又屬於全國精神委員會，訴願人主張，世界性巴哈以教團之組織架構，係根據神的創建行為，非其個人所能變更。因為根據巴哈以教之憲法，所有司法管轄權皆歸屬於依選舉所產生的法人社團，然必需獲得權利能力，以便未來得以從事法律事務。區法院於一九八三年十二月八日議決駁回其申請，一九八三年十二月二十二日再申請，一九八四年一月二日議決再駁回其申請。

3. 訴願人立即對區法院一九八三年十二月八日及一九八四年一月二日之議決，提出第二次至第四次

之訴願，邦法院則於一九八五年五月八日，以訴願無理由駁回之，並認為所附具之社團章程，違反民法第三十七條第一項，亦與社團自治原則有所牴觸。

章程第九條第二項針對會員大會召開要件之規定，不合民法第三十七條第一項所要求保護少數之原則。民法要求，申請召開會員大會之人數，應合乎分配比例確定之，如此才亦能顧及社團人數未來之變更。社團之成員數額可減至五人，只要不影響議決能力，在此種情形下，章程第九條第二項所規定之數額三名，已不符合最低限度之成員人數。

尤其是章程之規定，致令一社團在組織法上仰賴第三者，因而與社團自主及自治行政之原則有違。依章程第四條第二項、第十一條第一項、第十三條第二項、第十四條第一項以及其他條文，一方面將賦予非社團成員之全國精神委員會對社員之開除、章程之更改、社團之解散以及其他社團重要事項，有決定權。另一方面，依章程第三條第二項及第四條第一項，巴哈以教區經由選舉決定成員資格之取得及期限，社團組織受到此類廣泛外來影響，應非容許。

4. Stuttgart 邦高等普通法院，對訴願人針對第二次至第四次訴願不服立即再提之其他訴願，亦於一九八六年一月二十七日（OLGZ 1968s.257）以訴願無理由加以駁回之。理由係，章程第九條第二項侵害民法第三十七條第一項之規定，因為成員人數之可能更動並未確定，造成因少數之要求即可召集會員大會。此外，章程違反社團自主與自治行政原則。（社團自治）依章程第十四條第一項，全國精神委員會得解散社團，此點牴觸民法第四十一條之規定，因為將解散權利託付予外部第三者，在違反社員之



意願下亦可解散社團，此非合法。至於認可這些個別規定之判決（KG, DJ 1936 S. 1948, OLG Karlsruhe, JW 1936 S. 3266, OLG Stuttgart, Das Recht 1936, Sp. 15），皆為國家社會主義時代之產物，作為理由之說服力不足。章程第三條第二項及第四條第一句規定，委員由巴哈以教區選舉，已抵觸民法第三十八條及第五十八條第一款之規定。甚至在章程中對新委員加入之形式，以及接受宣告形式皆可任意為規定，並在特定要件下拘束委員會。然而，原則上應讓社團自由決定其是否應接受任何人為成員，除非某個人無疑的對該社團成立具重要性，而有義務接受其為委員。除個別規定外，章程整體形象顯現出受到強烈的外來影響，致令社團要為本身行為負責幾已不可能，因而，依第四條第二項（成員開除）、第十一條第一項（管轄權限決定權）、第十三條第二項（章程修改之許可保留）及第十四條第二項（社團解散後財產移轉給全國精神委員會），皆突顯全國精神委員會之干預權限，該章程已放棄社團自治，與有效之結社權不相符合。

### III、

憲法訴願係針對邦高等普通法院及邦普通法院之議決，以及從憲法訴願文件之客觀解釋，亦針對區法院之兩次決議，不服而提起。訴願人亦附上教授Friedrich Müller博士之意見書，並持以下主要之主張：

1. 憲法訴願應被容許。必要的權利保護利益已具備。登記申請之駁回，係根據對章程第九條第二項之指摘，訴願人對此並無意見並已修正該項規定。訴願人以新修正之章程再申請，卻遭邦高等普通法院

再針對其他章程規定，拒絕之，其顯然並未為新的事況審查。

2. 邦高等普通法院對民法中之結社權為不正確之解釋，並誤解基本法第四條第一項第二項、第四〇條，以及威瑪憲法第一三七條第三、第四項之特別內容及效果。

a) 將社團之解散權賦予第三者，並不妨礙民法第四十一條第一項之規定，邦高等普通法院之見解有背於此。縱然會員大會解散權，第三者之介入解散亦有其效力。從巴哈以教區選舉社團委員及因社員遷出所為之新選舉之章程規定，皆與民法第三十八條及第五十八條規定一致。

基於民法第二十五條及第四十條，國家將規定章程之權交由社團依其意思自行規定之。從民法之規定，亦不會衍生出對全國精神委員會以下權限之疑慮；開除地區精神委員會之委員（章程第四條第二項），決定其管轄權（章程第十一條第一項。）以及針對於第十三條第二項所規定章程變更許可義務，及精神委員會於解散後財產移轉給全國精神委員會（第十四條第二項）。總之，邦高等普通法院所指摘之章程規定，並未許可外在第三者對訴願人於第一次訴願中產生不法影響，至於巴哈以教宗教團體層級架構之約束，在該宗教原理原則下係強制的，其乃基於神之啟示。

b) 否定權利能力一節，已侵害基本法第四條第一項、第二項保障訴願人（第一次）之基本權利，並與基本法第一四〇條及威瑪憲法第一三七條第三項及第四項有所牴觸。這些憲法條文之保障亦及於宗教團體之組織架構，且包涵教區領導組織爭取權利能力之權。於此，對巴哈以教本身具有決定性的自我理解，就非常必要，要求權利能力者，為地方教區之領導組織，而非教區本身。基本法於第一四〇條與

威瑪憲法第一三七條第二項至第五項，賦予宗教團體對於本身之法律形態有原則上之選擇權。縱若巴哈以教所爭取之公法人地位遭到拒絕後，仍應依民法賦予訴願人（第一次）權利能力。縱然邦高等普通法院對結社權之解釋適用於非宗教社團，但訴願人（第一次）基於其宗教目標追求，及受到嚴格遵守全國及國際巴哈以教規章之影響，應有別於其他社團，因而不適用該項解釋。

訴願人（第二次至第四次）皆為訴願人（第一次）所屬委員會之成員，基本法第四條第二項保障他們從事宗教團體（領導）活動之權受到侵害。

#### IV、

針對此憲法訴願，聯邦司法部長及Baden-Württemberg邦之司法、聯邦事務、歐洲事務部皆表示意見，兩者都認為該憲法訴願為無理由。

1. 聯邦司法部長說明：從基本法第四條第二項及第一四〇條，以及威瑪憲法第一三七條第三項，並不能衍生出訴願人（第一次）直接基於巴哈以教之信仰內容，而有要求權利能力之請求權。基本法第四條第二項係要求國家尊重信仰以及保護宗教活動，但非可創設權利以適合個別宗教團體之每個信仰內容之規定。問題卻在於，是否威瑪憲法第一三七條第三項根本上即包括訴願人（第一次）權利能力之取得。威瑪憲法第一三七條第四項，並不能直接適用於僅為宗教團體之次級組織之訴願人（第一次），其乃是對此領域之明確規定。當然，精神委員會僅得依民法一般規定取得其權利能力。除非將威瑪憲法第一三七條第四項，宗教團體之登記視為社團而為極少之要求，因此，並不能用以取得權利能力。法院在針

對訴願人（第一次）申請案之判決中，對基本法第一四〇條及威瑪憲法第一三七條第三項、第四項之意義及效力並無誤認。

2. 依 Baden-Württemberg 邦司法、聯邦事務、歐洲事務部部長之見解，巴哈以教之章程不僅牴觸強行法之個別規定，在其整體上，亦嚴重違反民法所揭示之社團自主型式，因為訴願人（第一次）受到重大外來影響，因此，邦高等普通法院之判決合乎民法中有關結社權之規定，無可非議之處。至於所提及相關憲法之顧慮亦無問題。訴願人至今亦未提出有說服力之陳述，說明巴哈以教信仰詳細組織規定之必要，此點，邦高等普通法院認定與民法規定不符。其實不難理解，教義賦予組織架構在形式上有特定彈性。

B、

#### 本憲法訴願應受理之

1. 訴願人（第一次）有權提起憲法訴願。作為人合社團，不受限於權利能力之有無，均得主張其基本權利可能受侵害（參照，BVerfGE 3,383[391]）。憲法訴訟正處理之問題，為訴願人（第一次）申請社團登記，及對權利能力之要求遭到拒絕，是否未曾侵害基本法第四條第一項及第二項所保障其之基本權利。

訴願人（第一次）主張，其申請社團登記因為遭到拒絕而成為不可能，實已侵害其從事宗教活動之自由。而其所以如此組織該教團，主要係為符合巴哈以教信仰內容上強制預定之內在組織。關於此點，

已涉及宗教自由基本權之保障範圍，訴願人（第一次）所提之意見，亦有足夠事實證明，就其陳述，已涉及宗教自由之事實及生活範圍，亦可能對基本人權保障之內容形成侵害。

2. 訴願人（第二次至第四次）認為，拒絕訴願人（第一次）之登記，已使得他們在他們之信仰團體範圍內，依所獲得之神的啟示之拘束下，去組織並進行宗教活動幾乎已經不可能，就此主張，已可能足以侵害基本法第四條第一項與第二項基本權利，此亦為一個別基本權利。訴願人（第三次及第四次）此刻不再屬地區精神委員會，原本已存在之利益不應在一客觀判決中使其失去。事實狀況之改變，對憲法訴願之影響，應斟酌每個具體個案之公權力干預之型態，並應考慮所主張憲法權保障之意義，以及憲法訴願程序之目的後加以決定。（*Byette* 76,1 [38]-*Engel* 1987,49[459]）就前述案件，除考慮所提出之憲法權問題之基本意義外，亦應考量訴願人（第三次及第四次）再獲選為地區精神委員會成員之可能，以及重新申請社團登記之其他法院程序之可能。（參考 *Byette* 121,139[143]）。

3. 憲法訴訟人權利救濟需求並不因而缺乏，因為邦高等普通法院判決之依據，訴願人亦不表示反對，易言之，章程第九條第二項有關會員大會之召開未能保障民法第三十七條第一項所要求之少數保護。其所涉及之問題顯然在專業法院程序上並非重要。訴願人已針對此點修改其章程，然而，在章程修改後重新公開進行之程序，竟然是無成功的希望，此實非訴願人等所可期待的。

C、

憲法訴願為有理由。

法院之判決中，針對基本法第四條第一項及第二項、第一四〇條，以及威瑪憲法第一三七條第二項與第四項所保障宗教結社自由之意義，以及對民法結社權等之解釋並非正確，因而侵害訴願人之基本權利。

## I、

Tübinger 巴哈以教之地區精神委員會及巴哈以教區之信徒，皆應享有基本法第四條第一項及第二項之基本權利，甚至不僅要讓社團能自我肯認為宗教，以及為宗教團體，亦不僅要讓它及其成員有權主張基本法第四條第一項及第二項自由之保障。尚且在實際上，應依精神內容及外在表現形式，對待它如宗教及宗教團體。國家機關以及法院在爭議案件之審酌與判斷時，皆有義務適用國家法規章之規則，且不能無限制的行使決定權，反之，要依據憲法所認為或給予之要件，基本權利保障之意義與目的行事。就前述案例已無需辭費，因為巴哈以教信仰的性質，依實際生活現實，文化傳統及一般理解，甚至宗教科學理解，顯然即為宗教，亦是巴哈以教團體。

## II、

基本法第四條第一項及第二項所稱之宗教自由亦包括宗教結社自由，除該規定外，尚經由基本法第一四〇條，以及相關聯之威瑪憲法之教會條款，衍生宗教自由。

1. 基本法第四條第一項及第二項，並未明確規定宗教結社自由，其特別所欲保障者為，信仰自由、

良心自由、宗教與哲學見解自由，以及宗教活動之自由。從聯邦憲法法院之判決中理解，基本法第四條所保障之宗教自由是廣義的。（Vgl. BVerfGE 24,236[244ff.]）制憲者之動機係針對納粹政權迫害宗教之經驗，因此認為宗教自由非指特定部分之自由，而係全部加以保障，因此，在經百年歷史演變之結果，且由威瑪憲法加以肯認之宗教自由權，自不得在此時遭到排除，而此處所稱之宗教自由，係指信仰自由、良心自由，包括見解自由、私人的或公共的宗教儀式自由，以及宗教結社自由。（Vgl. 威瑪憲法第一三五條、一三六條、一三七條第二項，及 G. Anschütz, Die Religionsfreiheit, in: Anschütz/Thoma (Hrsg.) HDSr, Bd.2, 1932, § 106, S.681ff.）

此可證諸憲法條文產生之歷史，從原則委員會提案以迄國會委員諮詢，現行基本法第四條都包含在內。在審查委員會之一讀會中，宗教結社自由明白列於第一項第二句。（宗教結社自由與哲學結社應予承認）直到審查會一九四九年五月四日第四讀會中，接受了將威瑪憲法中教會協議納入基本法後，才以該句之規定多餘為由，將之刪除，因為威瑪憲法第一三七條第二項已成爲基本法內容之部分。（V. Doemming/Fußglein/Matz, 基本法條文制定史，JoR, W.F., Bd.1, S.73ff.; Parl, Rat, HA-Prot, 57, Sitzung am 4.5.1949, S.745）基此，依國會委員會之意旨，宗教結社自由應保留，並由憲法保障之。這種結果與制憲者之意旨或許是對立，後者係爲了避免雙重保障而將宗教結社自由從基本法第四條抽離，適足以剝奪基本權利保障宗教自由之屬性。儘管如此，基本法第四條第一項及第二項，對宗教結社自由之保障，基於與基本法第一四〇條，威瑪憲法第一三七條第二項之關係，在其規範內容上皆有涵蓋。

2. 宗教結社自由的保障內容上，包括相同信仰者共同結合成一宗教社團並組織之自由。宗教社團在意義上即表示共同信仰者之結合應合於結合地之國家法規，並非僅止於精神上共同儀式而已。宗教社團組成之可能性，開啟得由人之結合並組織以實現共同宗教目的之途徑，且賦予該組織法律架構，藉以參與一般法律事務往來，然而，共非要求具備特定法律形式，譬如，有權利能力之社團或其他法人之形式，其同受保障者，係得以任何法律形式存在之可能性，同時得參與一般法律事務之往來。

基本法第一四〇條，以及威瑪憲法第一三七條第四項亦開啟宗教結社之可能性，並保障其能依民法一般規定獲得權利能力。這些規定原則上係針對每個人，但同時亦及於宗教團體。因此，宗教社團或其分支，因為宗教上特殊組織之理由，雖致力於獲得一特別法律形式卻不可得，並無關緊要，終究，宗教結社自由所要求者為宗教結社之自我認識，主要是植基於基本法第四條第一句，不得侵害受保障之信仰自由與見解自由之範圍內，且為使基本法第四條第二項所維護之宗教活動得以實現，此種理念，於解釋或適用相關法律時，譬如民法結社權之適用與解釋時，應特別注意。（Vgl. BVerfGE 53,366 (40) h.w.N. -EuGRZ 1980,295 (301)）蓋其意義不僅在於，為宗教社團形成空間以開創積極權利，並使完全發揮。在強制規定之運用上，於有必要時，其解釋空間上應利用有利於宗教社團者，反之，不能導致疏忽法律事務往來之安全性上不容推諉的顧慮，同時也不能疏忽其他人的權利。若一宗教社團因顧及其內部組織，而可能在不可期待下，整個排除或可能形成不易參與一般法律事務往來之結果，此則與宗教結社自由相互違背。



## III、

法院所爲之判決，不符前述宗教結社自由之規範內容。民法結社權允許在內部組織中可有特別需求，即因宗教結社之個別性質，將宗教社團區分，或使之與宗教社團間有特別關聯。由於巴哈以教並未具公法社團之法律形式，（下述1），有關其地區精神委員會，從基本法第四條第一項、第二項言，亦屬合憲。（下述2）

1. 巴哈以教團之特質，並不合於基本法第一四〇條及威瑪憲法第一三七條第五項所稱公法團體之要求，若依公法組織形式，會引發問題，因爲在「公法團體」範圍內，威瑪憲法第一三七條第五項之聯結規定僅有標示意義，而巴哈以教義規定之階級組織，在該項意義之下，將無法實現其組織。就以羅馬天主教會爲例，其階級組織結構即指明，在未損及國家權力下運作，因此，地區主教只在聽取其教區教士之意見後，則可自行決定新設或裁撤教區，亦不必經由教士組成委員會或教士選出之委員會同意之必要。（Can.515, § 2 i.V.m.Can.127, § 1 und 2 CIC）訴願人曾提出，依各邦文化部長會議有關對巴哈以教之介紹，以及詢問黑森邦文化部的結果，卻承認巴哈以教團爲公法團體，實不可能。一九八六年巴哈以教在西德僅有約四仟至五仟名成員，並分屬於五十個巴哈以教地區教團。然而在此種情況下，拒絕承認巴哈以教團爲公法團體，依威瑪憲法第一三七條第五項之標準下，似有法律上瑕疵或根本即爲濫權，有關此點，則未提及。至於是否巴哈以教團可能獲得公法團體之性質，以至不損及基本法第四條第一項及第二項之自由請求權，或者是否就保留其所選擇之法律形式，似尚未決定。

2. 對於巴哈以教地區精神委員會之內部組織，應特別顧及其信仰條件上之需求，而將之視為宗教社團以及宗教團體之分支機構。這在民法結社權範圍內是可能做到，並且憲法上亦如此要求。

a) 法院所認為與自立及自治行政（社團自治）原則不合之章程規定，譬如，成員之產生（第三條第二項）、成員資格中止（第四條第二項）以及社團之解散（第十四條第一項）等，皆不涉及結社權中有關法律事務往來之安全與明確利益而對外生影響之事件之任何規定，亦未涉及任何法律關係之規定，（委員之任命及除名，其代理權，社團財產之責任，社團解散之清算等）其所涉及者，僅是社團之內部組織。

b) 遭法院非難之章程規定，與結社權中有關社團內部組織之規定並無不符，民法第四十一條社團解散由會員大會議決之規定並未被排除，而是由巴哈以教全國精神委員會之解散權彌補之。有關成員資格構成之方法與形式，民法第五十八條同樣有解散可能性之規定，民法第三十三條有關章程變更之規定並非絕對。（民法第四十條）有關社團任務之區分則無法律規定。

c) 法院申論前述章程規定之不合法，亦僅從其不符合結社權所強調之社團自治原則。然而，社團自治原則在民法之結社權中並未明白確立，而是經由整體規定之判例與學說中所獲致，易言之，社團之組成與組織，以及社團事務之進行，應以成員之意旨為依歸，並將之視為要件。其目的在於保持類似私法自治，而社團之特質之維護，主要是經由社員組成之團體為意思之決定與執行。（KG, OLGZ 1974, S. 38 f. 387 JRG RK-Stiefen, 12. Aufl., Rdmn. 31 f. vor § 21, § 25 Rdnr. 1; Staudinger-Coing, 12. Aufl.,

Vorbern zu § § 21-54, Rdnr. 38; AK-Öst, § 25 Rdnr. 15 f.; vgl. auch Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I/2, 1983, S. 189f. ) 若賦予所設機構有權設立合自己目的之組織，且自由決定，而不牴觸強制性規定或相當性機構之本質時，則已合乎自治原則。在判決中提及，自治亦可藉章程限制自我行政中運作，自治施行亦存在於此種限制之中。若此類規定被判為違法，亦即是對自治之限制與削弱。（Vgl. KG, OLGZ 1974, S. 385 [387]; Ditz, 2, Fs. für Herschel, 1982, S. 55 [73 ff.]; a.A. Flume, aa.O., S. 194ff.）

在判決中及文獻中所理解之社團自治原則，係受到兩個在內容上非必要平行之趨勢所影響，一則，是藉由成員之自由決定組成或組織社團，以保障自治，其中亦包括採用層級式組織團體。另則，藉著使個人意思決定幾乎完全不能恣意，以保障成員及社團之自決。在上述兩趨勢之解釋與適用上，並未相互排斥，甚至有空間顧及其體個案，即斟酌相關社團之特質及其目的取向，以取得調和。設立有層級之團體，其內又設下級團體（不論具權利能力或不具權利能力）隸屬於上級團體，只要其亦執行自身之任務，亦不喪失社團特質。（Reichert/Dannecker/Kühr, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, 4. Aufl. 1987, Rdnrn. 2098ff.; Soergel-Hadding, Rdnrn. 53 vor § 21; BGHZ 90, S. 331.）

d) 宗教社團具有由宗教分支團體組成之特質，經過觀察許多信仰有關宗教團體之層級式內部組織，大都性質相近。社團為宗教團體之部分，或是與宗教團體有特別聯繫，乃是期望與宗教團體之層級相契合。而此並非能立即以自立，自治行政為核心之外來規定加以約制。

aa) 一個宗教社團組成及組織之自治，得在社團目的下為之，使宗教社團成為宗教團體之部分，

並合乎宗教法所定之結構。此種自我作為之秩序目的，就宗教社團言，正即是顯示在它的共同信仰內之成員宗教上自決，不能反而判定其係拋棄社團自決。於社團之自決與自治之界限不僅是在一特定觀點下獲得，譬如，從宗教法上要求之層級秩序中得到，甚至還要超越此範圍。因此，社團主要不再僅是依成員之意思，尚且有僅賴社團內之行政單位，或者需要單憑他人特殊財力之支援。（Vgl. KG, OLGZ 1974, S. 38 [390] BayObLGZ 1979, S. 303 [308 ff.]）。

社團法准許宗教社團作為宗教團體之分支組織之，因此，對有關自治性之解散權，開除權或作為權之限制等規定，不能從外在將之視為與社團自治不符之外來規定，何況其要在一大型宗教團體既存宗教法關係上，以確保其秩序為職志並以之為界限，例如，保持其教義之認同，以及基本信仰條件之生活方式義務。限制上層階級之干預權，縱者僅係要求教職上的一種型式，或者要求適當之司法權，其已保有社團自治及自決之足夠狀況。

bb) 準此，法院針對國家精神委員會，依章程上所規定之影響狀況，以及針對地區精神委員會之作為與成員資格，概括的從外表認為該等章程係不合法之社團外來規定，此外，法院又針對宗教聯結階級或組織之宗教團體部分之宗教社團性質，以及針對宗教自由基本意義中社團自治原則之解釋與適用，都有所誤解。法院將國家精神委員會視為一外來，有其他目的及利益，而行事有重要影響之特定組織，卻未注意到宗教法所關係之一致性與共同性，同樣以此觀點對待由巴哈以教地區信徒選舉所選出之地區精神委員會成員。就宗教法關係言，此種以外在其他規定制約社團，因而放棄其自決之情形，所在多有

。其實，此種因社團目的組成委員會之方式，作為階級式領導層級以處理地區性巴哈以教之事務，（章程前言及第二條第一項）與其宗教目的之實現相契合。

e) 於社團解散後，社團之財產由國家精神委員會擁有，亦不能認為即是不合法之外來影響。（章程第十四條第一項及第二項）此章程規定之目的，並非致使國家精神委員會利用其解散權以介入別人之財產，藉以增加本身財產。此已說明，依章程並無助於提昇累積財力之目的，社團之財源純係由自由捐獻而來，此外，社團明確受限於公益之法律關係。（章程第二條第二項及第三項）。

#### IV、

上述判決侵害訴願人基本法第四條第一項與第二項，以及威瑪憲法第一三七條第二項及第三項，連同基本法第一四〇條所規定之基本權利，在該判決中，對地區精神委員會為宗教團體之分支，以及宗教社團之性質，在解釋及適用社團自治之意義上並未充分注意。該判決應予撤銷，該案發回區法院重為判決。必需再審酌者為，在章程中未對國家精神委員會之解散權及開除權有所限制一節，是否依社團之目的以及章程之前言，就可為足夠之限制，（如前述III 2. d) aa) 所述之意義），或者是否需要在章程中再為明確規定。

判決所需之費用依聯邦憲法法院法第三十四 a 條第二項規定辦理。

參與判決之法官計有：副院長Mahrenholz, Beckenförde, Klein, Graßhof, Krüis, Franßen, Kirchhof,

Winter。

訴願人之全權代理人：律師 Michael Uechritz 博士，Hans Schlar mann 博士，住址：Birkenwaldstr.  
149, 7000 Stuttgart 1。

關於「禁治產人一般人格權在租賃契約法上之保護／無公開表明之義務」之判決

——聯邦憲法法院一九九一年六月十一日判決，截至譯稿完成時尚未登載於聯邦憲法法院判決集，原稿譯自 ENGRN 期刊一九九一年第二九二頁以下

譯者：吳綺雲

判決要旨：

《法院未就所涉及之利益作充分之考量即據以判斷，禁治產人於訂立租賃契約時有公開表明其係受禁治產宣告之義務時，即侵害到該禁治產人之「人格權」》

判決主文：

《雷根斯堡 (Regensburg) 地方法院一九九〇年一月二十三日判決——檔案號碼 S 377/89——侵害

憲法訴願人依基本法第二條第一項及第一條第一項所生之基本權利，應予廢棄。案件發回地方法院。

爲假處分之聲請因而獲得了結。

巴伐利亞邦（Der Freistaat Bayern）應補償憲法訴願人支出之必要費用。」

理由：

本件憲法訴願所涉及者乃是一受禁治產宣告之成年人於訂立承租住屋之租賃契約時，是否必須公開表明其係受禁治產宣告之問題。

## I、

1. 自一九六三年因精神耗弱受禁治產宣告之憲法訴願人與原告訂立了一住宅之租賃契約，契約上稱承租人者爲憲法訴願人本人，並附加一句、由雷根斯堡青年救濟院代理——其監護人，契約上並有憲法訴願人本人之簽名以及該監護人之一代理人的簽章。原告因憲法訴願人之受禁治產宣告及該救濟社團之作爲監護人之地位於訂立契約時被隱瞞而終止了租賃契約。而且，憲法訴願人其後之行爲亦不可期待與其繼續該租賃關係。由於原告另外所主張，其本身有使用該住屋之需要，因此區法院判決憲法訴願人應撤離。



2. 憲法訴願人提起上訴，為地方法院所駁回。雖然原告本身使用該承租住屋之需要並不存在，但是其被惡意詐欺，因此具有結束契約之正當利益（民法第五六四條之二第一項）。憲法訴願人之監護人於被詢及其自身之角色時，亦故意不言及憲法訴願人之受禁治產宣告之事。原告對於應將受禁治產宣告公開表明之事原本應具有值得受保護之利益；因為對於一無行為能力之承租人，要對其執行依責任而定之損害賠償請求權是很很難，甚至是不可能的。雖然因為缺乏與民法第一〇四條第三款相當之規定，受禁治產之宣告並不排除須負責任。但是，受禁治產宣告可能成為推定適用民法第八二七條第一句、第二七六條第一項第三句之理由。終止契約之可能性在其須有一可歸責之行爲作為前提要件之情形下，亦受到很大的限制。

針對關於契約當事人之公開表明之義務並不存有憲法上之質疑，尤其是並不基於聯邦憲法法院一九八八年三月九日所作之判決（刊載於聯邦憲法法院判決第七十八輯第七十七頁以下），該判決僅是解釋了將禁治產宣告公開的揭示乃是與一般人格權不符合的。

3. 憲法訴願人提起憲法訴願最主要指責的乃是其資訊的自決權（基本法第二條第一項及第一條第一項）受到侵害，地方法院誤認了該權利之意義及其效果。地方法院雖然簡短的提及有關的聯邦憲法法院之判決，但基於一不切要的反轉的結論，誤認了在當經由民事法院判決，可能與缺少將受禁治產之宣告暴露相連結時，亦涉及該基本權利所保護之範圍。所以，地方法院並不注重對於受禁治產宣告之保密，而片面地將出租人的利益列於優先考慮之地位。

4. 依聯邦司法部長之見解，地方法院沒有弄清楚，基本權利會，以及以何種方式影響民法規定之解釋及適用。因此，缺乏憲法上所要求的，在雙方契約當事人受基本權利所保護之利益間作一權衡，而在本案，經此權衡應會得到的結果是，憲法訴願人之利益是占優勢的。

巴伐利亞司法部認為，地方法院已切要地認清了資訊自決權發揮的效果，且亦已將其與上述之聯邦憲法法院判決及其對於本案事實之意義加以論述剖析。依照應作的利益權衡，不能自始即剝奪出租人探聽關於其未來之承租人的權利。

原告對於地方法院之判決提出抗辯。

## II、

本件憲法訴願有理由。地方法院的判決違背了源自基本法第二條第一項及第一條第一項所保障之憲法訴願人的一般人格權。

1. 該基本權包括了個人自己決定關於是否暴露與使用其個人資料的權利，這其中包括了受禁治產之宣告及受禁治產宣告之情況（資訊自決權，參照聯邦憲法法院判決第六十五輯第一頁以下）。

以上受保障之一般人格權其所保護者並不僅是在防禦受到國家直接的侵犯。它作為一客觀的法規範也擴展其法律內容至私法及以此特質擴展至私法規定之解釋及適用。法官應依憲法之要求去審查，在個案情形，適用民法規定之結果是否涉及基本權利。如果涉及了基本權利，則法官應將該規定配合基本權利之觀點去解釋及適用（參閱聯邦憲法法院判決第七輯第一九八頁以下；第八十一輯第四十頁以下）。

如果法官不用此標準，而在爲判決時忽略了此項憲法上對私法之影響，則他在誤認基本權法規範（作爲客觀的法規範）之時，不僅違背了客觀的憲法，他作爲公權力之主體，更因他所爲的判決侵犯了人民的基本權利（參照聯邦憲法法院判決第七輯第一九八頁以下〔第二〇六頁以下〕）。

2. 地方法院判決在設定該項標準時，並不妥當，因爲法院並沒有充分考慮到，在假定憲法訴願人於訂立租賃契約時，有公開表明其係受禁治產宣告義務之時，已侵犯到憲法訴願人之人格權。不只是公開將禁治產宣告揭示，如地方法院唯一引據的聯邦憲法法院判決第七十八輯第七十七頁之判決所顯示的，會侵犯到一般人格權，而是連對一契約之他方當事人有公開表明之義務，亦會限制該基本權利。雖然，該資訊自決權並非是毫無保留受保障；它在涉及第三人之權利時會受到限制（基本法第二條第一項）。但這不能被誤認爲是，當涉及他人之權利時，該資訊自決權自始即應後退，而是應就所涉及之利益——在民法上判斷之範圍內——互相加以權衡考量。

在本案，作上述之權衡考量時，應顧慮到憲法訴願人將其禁治產宣告之事保密之利益。受禁治產宣告所影響者，不僅是在法律行爲上受限制。它更涉及該受禁治產宣告人之整體。將受禁治產宣告之事公開表明會帶來社會上烙印之危險，且會使社會國原則所主導的幫助社會再生之措施更困難（參照聯邦憲法法院判決第七十八輯第七十七頁以下〔第八十七頁〕）。如依地方法院結論之見解，憲法訴願人無須審查其契約之他方當事人對於公開其禁治產宣告之事有無值得保護之利益，都必須公開表明其係受禁治產宣告的，則會使憲法訴願人幾乎不可能租到房子。因爲一個出租人一般而言會假定一個受禁治產宣告人即是不可信賴之契約當事人，因此點即會害怕與其建立契約上之拘束關係。這個影響深遠且對憲法訴願

人不利之後果絕對應一併考量且應與出租人由財產權受保障所衍生之利益加以對照。

在作上述之權衡考量時，應顧慮到憲法訴願人這一方，他僅係因精神耗弱而被宣告為禁治產，因此在他的行為能力上僅是受到限制（民法第一一四條）。禁治產之宣告並沒有，如地方法院所錯誤認定的，使憲法訴願人成為無行為能力人，因為要成為無行為能力人，必須憲法訴願人是要因精神病而被宣告禁治產（民法第一〇四條第三款）。地方法院就已經沒有從這個出發點出發去考量，而且沒有認清，在本案之法律情況，有關是否有公開表明之義務應另外判斷。雖然對於精神耗弱人也有可能因精神活動因病受阻，而缺乏自由意志決定力之情形存在，且在該情況依其本質並非是暫時性時（所謂自然性之無行為能力），會造成民法第一〇四條第二款之無行為能力。但是，在因精神耗弱而被宣告禁治產之人，並不能立即推斷其有上述精神活動因病受阻之情形。從法律上之規定將禁治產之宣告區分為是因精神病（民法第一〇四條第三款）以及是因包括精神耗弱等其他之原因（第一一四條），並且各自有不同之法律結果，即明顯表示立法者對於精神耗弱之人，並不典型的即認為其是自然性的無行為能力。將憲法訴願人視同為無行為能力人的這項錯誤的解釋，使得地方法院誤置了考量利益的重心。當憲法訴願人僅是行為能力受限，而非無行為能力時，原告基於所有權受保障所衍生的權利受牽涉者即較小。出租人之利益首先在於訂立一個有效的租賃契約，以及由該契約所生的付租金的義務。在本案，此項利益即使無將承租人受禁治產宣告之事公開表明亦不會受到危害，因為憲法訴願人之監護人已經同意該租賃契約，且已更進一步說明，願為其付租金。而且，在一僅是因精神耗弱而被宣告為禁治產之人，因並不推定其為無責任能力，因此，對於出租人而言，其所須承受的可能發生的風險亦較小。

關於「集遊權並不保護蓄意破壞干擾之人」之判決

——聯邦憲法法院一九九一年六月十一日判決，截至譯稿完成時尚未登載於聯邦憲法法院判決集，原稿譯自EUGEN  
期刊一九九一年第三六一頁以下

譯者：張稚川

### 判決要旨

1. 基本法第八條的保護並不伸及於那些並非意圖參與，而係意圖妨害集會的人們。
2. 一行爲究竟評價爲具有參與抑或妨害之意圖，能夠由聯邦憲法法院，根據基本法第八條的揭示原則來加以審查。

判決主文：

判決理由：

A、

此項憲法訴願係針對以下事項而提出：即訴願人被警察禁止進入一場公開集會的會場。

I、

1. 於一九八七年十一月二十五日，於弗來堡的一家飯店中，舉行了一場共和黨（Republikaner）（按：德國極右翼政黨）的公開集會。而這場集會的保護措施係應由事先被委派在會場的警務人員予以負責。到了這場集會預定的開始時刻十九時三十分，有十個人位處於集會場所內。參與者的數目在二十時以前增高至二十四人。而在集會場地之前另停留著八個人——訴願人也在這八個人之間。這八個人的團體人數繼續擴大，到了二十時三十分，已經達到了四十個人。在十九時三十分至二十時之間的時段中，這些人之中一名進行分發一張傳單，在該傳單中曾做如下攻擊：「禁止偽裝成『共和黨人』的舊納粹黨人Schönhuber氏（按：為Republikaner黨之黨魁）登場！」另有少數的人也嘗試伴隨以下叫喊，而到達集會場地：「納粹應該被趕走！」，「這些事在我們的歷史上已經有過一次了，它在這兒應該被阻

止！」然而這樣的嘗試卻因警務人員而落空，警務人員根據集會負責人的請求，而在前庭阻止上開團體的成員進入該集會的會場。訴願人自己也是迄至二十時為止，皆被警方的口頭命令所阻止，而不得進入集會場所。最後警方指揮官終因集會負責人的請求，而請在前庭內的人群離去，並警告若不離去，將被警方驅趕。這些人——包括訴願人——並未遵行上開命令，而後遂被推回飯店的入口處。於二十時零七分驅離行動完畢。

訴願人於其訴中要求判以以下之裁定：對訴願人所下的警方口頭命令應屬違法。

2. 地方行政法院駁回該訴。訴願人關於其所請求裁決的合法訴之利益並不存在，這不僅從若不驅離發生事情將難以恢復原狀的觀點是如此，而且從警方有可能再犯的風險的觀點來加以檢證亦然。警方的措施並未對訴願人有所歧視。以日後可能產生相類似事件的可能性來論斷，不能被接受的。

訴願人的上訴被高等行政法院駁回。此繼續確認違法的訴訟的聲請是合法被提出，因為其訴之利益必須基於警方日後重覆再犯風險、（*Wiederholungsgefahr*）的觀點而被贊同。然而該項起訴仍應屬不具理由而應予以駁回。警方阻止訴願人進入該項集會的命令應係合法者。該項命令的法律基礎係存在於治安一般條款（巴登——符騰堡邦警察法第一條及第三條）之中。警察主管機關應該在一項以妨害公共集會之合秩序進行為目的的干擾即將發生的當口，進行干預並排除干擾。

警方依下述事件而發動是正當的：即訴願人已試圖妨害該項集會的合秩序進行。自警方於其進行干預的決定性時點之觀點，乃發現即依現述的嚴格標準下，所有的徵兆都顯示著，訴願人並不是要參與該

項集會，而是懷有干擾的意圖而欲入內，以期妨害該項集會。然而當訴願人依其在集會處的前庭之舉止，可以被辨認其具妨害的目的時，他應不屬此項集會的參與者，而是潛在的干擾者。從而訴願人乃不具進入的權利，而是應被警方阻止加入該項集會，並且應被排除出該片廣場。至於其他方面的適用可能，亦即當這名潛在的干擾者在另一方面也應被視為是（對立）集會的參與者之情形，在前述之系爭案例中是無庸多加解釋的。並無任何集會是由那些處於前庭的人們組成的；因這些人，如同訴願人自己所陳述的，並非基於從事共同的意見之形成或表達的目的而前來的。

聯邦最高法院駁回了該單獨根據行政法院法第一三二條第二項第一款規定之上訴許可理由而提起的對訴訟不許可提起的訴願。此項訴願之提起，係以在上訴法院所未確認的事實為基礎，而並未從而導引出任何法律上在上訴程序中具有決定性的重大意義，並從而需要解釋的疑難點。

## II、

1. 訴願人抨擊基本法第八條第一項及第一〇三條第一項遭受違反。

地方行政法院忽視了其法律上的聽證權，並且對於訴願人依據基本法第八條第一項而享有的基本權利認識錯誤，而使地方行政法院否定了訴訟利益之存在。

憲法訴願人並作如下主張：高等行政法院對於警察造成的危害之估計，只單獨地依一般治安條款做要求，而未考量到依據基本法第八條第一項所為的特別要求。根據高等行政法院之觀點，認為訴願人應



該被排除在基本法第八條第一項的保護範圍之外。然而這樣的理解將導致，在基本權利之保障上所要求的，於推估判斷的領域內已被加強的要求，未能被履行。尤其是高等行政法院竟對基本法第八條第一項的保護範圍認識錯誤。高等行政法院的法律上論證不外是：特定人所為尖銳反對的意見表達，暨要求官署停止該項集會的要求，可間接證明希望進入的觀衆之妨害意圖。然而潛在的參與人卻只有當他們「武裝」著或是明顯地於其意圖上被辨識為不友善的時才得被拒絕入內；「不友善的意圖」於此指者在該集會中進行強烈辯論的目的。

除此之外，高等行政法院牴觸了基本法第一〇三條第一項，因它忽視了訴願人提出的重要事實，而且就此並未在言辭審理中加以表示其意見，並且未對訴願人聲請的證據進行調查。

2. 巴登——符騰堡邦的司法暨聯邦暨歐洲事務部長視系爭憲法訴願為不合法，他們違反了聯邦最高法院於一九九〇年五月十五日所做判決。故於此乃不符合根據聯邦憲法法院法第九十二條暨第九十條第一項所產生的理由及證實的要求。此外系爭憲法訴願至少應被判決為無理由而加以駁回。

B、

## I、

1. 系爭憲法訴願在其對地方行政法院判決提起一事上，是不合法。這是因其缺少訴之利益。憲法訴願人在高等行政法院承認憲法訴願人在從警方有重複再犯之風險的觀點上，對被請求的裁決有值得保護

的利益，並且訴願人所提之訴乃被視為許可之後，已不再因此地方法院判決而有提起憲法訴願之必要。如下的論點，即地方行政法院對於這樣的訴之利益仍依權利恢復的觀點而予以否認，且高等行政法院就此並未詳細檢討，是與此毫不相關，因為憲法訴願人於系爭事實中，就其欲受憲法法院審查的目的而言，該目的在本質上已被達成。

2. 除此之外的系爭憲法訴願是合法提起。但訴願人所抨擊的，高等行政法院違反了訴願人在法律上被聽證的請求權，此一主張仍然違反了由聯邦憲法法院法第九十條第二項所導出的憲法訴願之附屬性此一原則（*Der Grundsatz der Subsidiarität*）。該項原則要求，憲法訴願人基於嚴格意義的窮盡法律救濟途徑之要求，必須已經利用了所有程序可能性來以期使獲得現時已作成的違憲行為能被導正。這也意味著，被聲稱的基本權利之違反，應該在與該違反最近的程序中加以主張。從而違反基本法第一〇三條第一項的違反依行政法院法第一一二條第三項第三句應作為程序瑕疵，從而應該早在不許可提起的訴願（*Nichtzulassungsbeschwerde*）中加以主張。而這是憲法訴願人所錯失的。

## II、

在憲法訴願是合法被提起的範圍而言，其於實質上並無任何效果。訴願人根據基本法第八條所享有的基本權利並未被侵害。上開被抨擊的裁判並未觸及系爭基本權利的保護領域。

1. 基本法第八條保障全體德國人之下述權利：和平且無武裝地集會。這項基本權利的保障並非單獨

只限於對既有集會的參與，而是也涵蓋了集合（Sich-Versammeln）的全部過程。這尤其是指加入一項事先已集合好或正集結中的集會而言。我們須作這種解釋，否則集會自由就含有危險，即藉由國家的措施，在集會好準備階段，就侵害了基本權利的實行。集會自由的基本權利不僅是保護那些對集會的目的或在集會中發表的意見贊同的參與者免於國家侵犯，尚且也對那些持批評或排斥立場甚或欲在集會中表達的人們加以保護。

然而基本法第八條的保護卻將停止，當行為的目的不在期望參與——這也包括批評——集會，而係在期望妨害集會之時。和平且無武裝地集會之權利，乃是根據基本法而來保障共同生活體之意見形成與意見表達的利益。它應使得出席者得不受國家阻礙的，計劃或自發的溝通，暨溝通結果的明白傳播成為可能實現的結果。這項權利也保護每一個希望參與的德國人。雖然參與也許並不能對集會的目的帶來助益，甚至也有可能帶來異議及抗議。但是參與者渴求著熱情，在集會存續中另外再吸收意見，或單獨以溝通的方式追求不一致的目的。一人若對一項集會企圖以其影響而妨害集會之目的，則其是不能夠引用基本法第八條的。這也適用於，和他一起去爭吵的人。這種多數人合力作為的情況，當該等合力作為的目的只在阻止一項集會時，是不能夠為其帶來集會自由的享受的。

藉著國家行為而來拒絕特定人加入集會，若因該特定人乃不欲參與，卻係欲破壞集會時，是未觸及基本法第八條的保護範圍的。根據這項理由，我們從集會自由的基本權利並不能得出任何國家行為的標準，依據之我們應該貫徹由集會遊行法第二條第二項而產生的對於集會之帶妨害意圖的干擾的禁止。這

類干擾的人的集會毋寧是，仍然受著經由其他自由權利與基本權利中恣意禁止二者之協調下的基本權利保護。

2. 地方行政法院的如下假設並非牴觸憲法，其假設係警方有充分的理由形成其觀點，即訴願人並非希望參與集會，而係欲夥同他人來共同妨害集會。

a) 該項事實認定，係地方行政法院假設理由之所在，而且其對於集會法與警察法規定標準之法律上評價原則上乃係該法院之事務，非屬聯邦憲法法院的監督之內。然而聯邦憲法法院必須去審查，是否於詮釋與適用該項單一的權利時，已經對於基本權利的影響做了充分的重視。於前述系爭案例中，需要一項更為加強的監督，檢驗是否該由法院所做成的事實認定，確能獲致訴願人意欲破壞集會之此一結論。對於先前提及的舉止，究竟評價為參與抑或妨害，也同時決定了該項行為是否屬於集會自由的保護範圍，基本權利保護只有在聯邦憲法法院就該評價能從基本權利的觀點加以審查（Überprüfen）時，才得以確保。此是長久以來所在決定基本法第五條所定的保護範圍的判決中所依據的評價上所被承認的，其同時也必須在基本法第八條的適用上準用之。

b) 然而此項擴大的檢證，並不產生以下結論，即憲法訴願人的舉止是未經考量地被排除在基本法第八條的保護之外。

高等行政法院是否就在集會場所內的叫喊，在當場分發的傳單及憲法訴願人對警方負責人之表達等內容，有過判斷錯誤，或其判斷在判決理由中是否被不正當地記載，在本件憲法訴願中提起人並未足

夠具體地陳述，亦非已可辨明。法院所確定的憲法訴願人等之言行並非只是單純的對該集會之批評。於其中，毋寧更明白地是，由這樣的批評中已可確定了逾越的目的，即其是以外部的干擾來阻止上述活動的繼續發展。在系爭判決中被提及的，那些停留在集會場所之前的人們，其意見及意思之證明，應該可以恰當地排除下述看法：他們是希望和集會參與者從事辯論式的討論。從而不僅從單純基本權利的角度，亦且從憲法為根據上都不能指摘高等行政法院根據系爭認定而得出的結論：即警方能夠根據集結人群的舉止推論出其當然係以妨害之目的來干擾活動。

訴願人對此提出反對理由，認為這由警方和高等行政法院毫無例外都認定十分嚴重的叫喊是在警方展開驅離行動中才開始的，警方根據叫喊而下的禁止進入的命令是從而不能夠被正當化的。然而此項異議對該向訴願人所頒下的口頭禁令，並不能產生影響，該禁令只是上一審訴訟程序的客體。由於這項命令，訴願人一直到二十時為止不能參觀該項活動。無論憲法訴願人所指摘的判決所認定的要件事實如何，這些有爭論的言詞在警方作成口頭禁令之前均已發生。而且無論如何，涉及本件憲法訴願人個人的以及由三人一所單獨訴請確認違法的口頭禁令是在這些叫喊之後才作成的。

根據對系爭判決之檢證，所從而發生的結論是，憲法訴願人的行為並不應處於基本法第八條第一項的保護範圍內。該行為乃從而不能抵觸該項基本權利。

## 關於「違憲搜索住所與營業場所」之判決

——聯邦憲法法院一九九〇年六月二十三日判決，截至譯稿完成時尚未登載於聯邦憲法法院判決集，原稿譯自新司法周刊一九九一年第六九〇頁以下

譯者：黃啟禎

相關條文：

基本法第三條第一項，第十三條第一項；刑事訴訟法第一〇二條；外國人法第四十七之a條第一項。

事實：

憲法訴願人不服某一偵查程序中對其住所與營業場所為之搜索。該搜索的發生肇因於證人對刑事警察供稱在某一廣告上有這樣的內容：「菲律賓人／南美洲人／波蘭人／，正派與便宜的國際婚姻仲介，

NTS提供免費資訊，郵政信箱1331號，7800弗萊堡。R明白表示，他即不知道NTS這家事務所，也不清楚該事務所在做些什麼。檢察官以違反外國人法第42之3條為由開啟調查程序。調查結果顯示，在上述廣告中所在之信箱號碼是訴願人為其已登記之個人公司而設，該公司的營業目的登載為古老音樂作品之郵購業務。此外，由刑警所製作的筆錄僅指出訴願人的住所與電話號碼以及一些從刑警專業觀點無關緊要的事項。刑警從已經查證的事實推論訴願人的地址就是信箱的地址有助於本案的了解。不排除具體的行為參與，因此，檢察官便把訴願人列為偵查中的被告並向區法院提出搜索其住所與營業所之申請。區法院於一九八七年十一月二十日以裁定下令搜索訴願人的住所及營業所與相關處所、包含其私家轎車以及其他現時由其使用之住所與營業所或是任何他所擁有的其他房子，並扣押所發現的證物。所附的理由是、根據現有的證人供詞與警察截至目前的調查；訴願人可能涉嫌在其他公司之外，有經營或曾經驗、NTS事務所。該事務所係以媒介外國人給德國人當配偶為目的。在搜索過程並未查扣到任何證物。之前所提出的抗告被地方法院於一九八八年二月二十三日以裁定由訴願人負擔費用加以駁回。搜索行為已告終結，不存在再發的危險。同樣地，即未主張也看不出該搜索命令已帶給或可能會再帶給訴願人嚴重的後果。究竟法官是否恣意有瑕疵的下達搜索命令，這點可在搜索結束後提出確認之訴加以救濟，在此不予討論。此種情形並不存在。

憲法訴願勝訴。

理由：

1. .... c) 針對區法院於一九八七年十一月二十日之裁定於地方法院一九八八年二月二十三日之抗告裁定所提之憲法訴願是合法的。

至於區法院於一九八七年十一月二十日下達之搜索令是否已完全結束或是否還有顧慮會再有進一步的搜索行動，並不重要。甚至縱使因地方法院之裁定而認定該搜索令已經完結，對憲法訴願而言仍然存有權力保護之必要性。聯邦憲法法院在許多搜索程序已結束而結果嚴重並重大違反人權的案件中均認為，如果當事人在依通常情形的時間內，受到繫爭公權力之直接侵害，無法獲得聯邦憲法法院的裁判時，仍然繼續存在憲法訴願之權力保護必要性。否則，訴願人之基本權利保障將會受到無法想像的減損。（參照 BVerfGE 34,165[180]-NJW 1973,133;BVerfGE 41,29 [43]-NJW 1976,947;BVerfGE 49,151 f.-NJW 1978,2235;BVerfGE;NJW 1990,1033）。因此聯邦憲法法院對於提起憲法訴願時搜索已終結的案件，經常也都同意有權利保護的必要性（BVerfGE 20,162 [173]-NJW 1966,1603;BVerfGE 42,212[218]-NJW 1976,1735;也參照 BVerfGE 49,329 [343]-NJW 1979,154）。

2. 如果憲法訴願符合形式要件則大部份是明顯有理由的（聯邦憲法法院法第九三之b條第二項第一款）。

a) 聯邦憲法法院一再重複判決認定，搜索根據其性質，通常已經嚴重侵犯基本權利對當事人所保



障的生活領域，特別是緣自基本法第十三條的基本權利。因此，它也像其命令一樣自始受到比例原則的拘束。尤其是各個干預行為必須與涉嫌的程度維持一定相當的關係（BVerfGE 20,162 [186 f.] NJW 1966,1603; BVerfGE 42,212 [219 f.] NJW 1976,1735; BVerfGE 59,95[97]）。更進一步闡明法院依照刑事訴訟法所下達的搜索命令，如果在客觀上找不到充分並具有說服力的理由時，便違反基本法第三條第一項，以致其結果是在專業的評價時無法再為支配基本法的思想所理解，便不由得產生恣意的結論（參照 BVerfGE 59,95[97] 附有其他之證明）。

弗萊堡區法院於一九八七年十一月二十日所為之裁定不符合這些要求。

足以阻卻區法院之搜索令違法的嫌疑並不存在。能確定的只是訴願人是某一信箱的所有人，其號碼與另一信箱的號碼相一致，該信箱則出現在某報於某日所出版的廣告上，該廣告則提供菲律賓婦女與其他外國婦女之婚姻媒介，而以該信箱為通訊地址。既看不出訴願人與該廣告所謂之事務所有具體的關係，證人又也根本無法證明該事務所非法引進外國婦女進入西德，更不用談其他的理由了。

根據上述的說明，本案無法令人接受而且客觀上是恣意的，區法院在它的裁定理由中提到，根據現有的證人供詞，訴願人嚴重涉嫌外國人法第四七條，第四七條之條之犯行。繫爭的裁定因而侵害訴願人緣自基本法第十三條第一項的基本權利與他請求作成一項可以體會而且非恣意的裁判之基本權力（基本法第三條第一項）。

b) 地方法院認為針對區法院於一九八七年十一月二十日之裁定所提之抗告須以某種特殊的權利保

護必要性之存在為條件，這點從憲法的觀點雖然不應予以駁斥（BVerfGE 49,329[327]-NJW 1979,154）。地方法院卻把抗告中這一種針對法官恣意有瑕疵的行為部份擱置不談，因為這種情形在此不存在。但是區法院之裁定是不含恣意的認定，基於區法院的搜索令與扣押令本身有明顯的瑕疵是無法令人接受的而且在客觀上是恣意的。地方法院的裁判便是建立在該項恣意的評價上；因為該裁決引述最高法院的判決，根據該判決對於已經結束的搜索如有恣意的情形則允許對某一搜索令提起抗告。

c) 因為本憲法訴願係針對弗萊堡區法院與地方法院的裁定，由於該等裁定違反基本法第十三條第一項與第三條第一項，已符合實質的要件，便沒有必要對繫爭的裁定是否也違反其他基本權利條文加以裁判。

d) 相反地，如果憲法訴願係針對弗萊堡地方法院對於不符一九八七年十二月一日所執行之搜索的抗告駁回之裁定的話，則訴願不具充分勝訴的希望。該地方法院可能會在解釋與適用法律時認為訴訟途徑不存在。

編者註：Zur gerichtlichen Überprüfung der richterlichen Anordnung einer Kontrollstelle 參照 BGH, NJW 1989,1170。

## 關於「靜坐封鎖構成強制罪的要求」之判決

——聯邦憲法法院一九九〇年七月二十六日判決，截至譯稿完成時尚未登載於聯邦憲法法院判決集，原稿譯自新司法周刊一九九一年第六九三頁以

譯者：黃啟禎

基本法第二條第一項，第二十條第三項，第一〇一條第一項，第一〇三條第二項；刑法第一二一條，二四〇條。

事實：

憲法訴願人在一九八六年九月十二日參加了一項在慕尼黑市瑪麗亞廣場的傳單活動。他帶著一購物袋，裡面裝有某一傳單的影印本，從中再交給另外兩個人，當後者原有的傳單分送完給路人之後。傳單的內容呼籲大家參與在Munachen舉行的「反對集體毀滅性核子武器的非暴力靜坐封鎖」。封鎖的日期

是一九八六年九月十七、十八兩天以及十月五日。詳細活動過程載明於傳單中：「……在非暴力封鎖的前提下，我們設想參加者在車道上以站或坐阻止軍車的進出，但絕不對人或物質實施暴力的行為。也不對警察採取主動的反抗……」。

訴願人並未參與在Mutlangen所進行的封鎖。是否有其他人因為被請求而參與散發傳單，在原来的訴訟程序中無法確定。區法院針對訴願人被控涉嫌觸犯刑法第一一一條所定共同與他人散發煽惑犯罪（意指刑法第二四〇條的強制罪）之文件的罪行，宣告無罪釋放。檢察官不服此項判決所提之上訴被地方法院認為無理由而予以駁回。檢察官不服再上訴，巴伐利亞高等法院將地方法院的判決廢棄，認定訴願人公開呼籲犯罪的行為有罪，將案件發回地方法院。在該判決中有提到這樣的理由：刑事法庭將傳單中所要求去實施的暴力行為的可責性加以否決是不正確的。當然，強制性暴力的認定，原則上並非即指行為有違法性。在此尚須單獨另外審查刑法第二四〇條第二項的可責性條款（按：違法性條款）。刑法第二四〇條第一項之行為的應刑罰性，唯有在斟酌個案中所有與手段目的關係密切相關的情況後，認為具有可非難性時方才構成。這點可從傳單的內容，也是訴願人所意願的，而且在事實上已經發生的封鎖行動看出已符合上述情形。如果直接所意欲或所同意的效果——在本案亦即阻礙他人的繼續通行與因此所引起社會大眾對特定政治意見的注目——與暴力的使用產生關連而認為具有可非難性時，其所追求的遠程目標——例如保障和平與自由——亦無法對此再加以改變。行為人所追求的或所同意的行為直接效果應當優先於存在動機中的遠程目標中。憲法訴願勝訴。

理由：

本憲法訴願的理由是合法的。

1. 訴願人不服巴伐利亞高等法院對於刑法第二四〇條第二項之可非難性條款的認定部分，是否應把基本法第五條第一項第一款與第八條納入考量以作為審查的標準不予討論（參照 BVerfGE 69,315 [343]-NJW 1985,2395; BVerfGE 73,206 [253]-NJW 1987,43）。為防止類似本案案件受到不合比例原則的制裁，乃經由基本法第二條第一項提供憲法上的保護（參照 BVerfGE 73,206 [253]-NJW 1987,43）。這項基本權利已受到繫爭裁判的侵害。

a) 如果刑事法院根據所謂的、擴充的暴力概念（參照 BGHSt 23,46-NJW 1969,1770 以及在 BVerfGE 73,206 [239ff.] 中的附註-NJW 1987,43）認定強制罪的構成要件並在刑法第二四〇條第二項違法性審查的範圍內賦予使用暴力情況證據的意義，便違反基本法第二條第一項加上法治國家原則。暴力的概念已經變質且延伸到心理的強制作用，任何內在的理由，也不得不顧在適用刑法規範時法律上所規定之可非難性條款的補正作用。進一步言，廣泛權衡斟酌具體個案的全盤狀況是不可或缺的（參照 BVerfGE 73,206 [247,253ff.]-NJW 1987,73-; 另外 BVerfGE 76,21 [216ff.]-NJW 1988,693）。

很顯然的我們不可能在可非難性的審查中將應考量的情況抽離個案且周延的加以總合。因此這項審查的範圍幅度同樣會受到個案特性的影響並由其決定。當然可以從聯邦憲法法院於一九八六年十一月

十一日所作的判決與後來的裁判中得知一系列的觀點，在審查這一類封鎖行動的可非難性時，縱使並非每一個個案均有其適用，但對典型的、經常發生的案件具有重要性。根據這些觀點通常要考量的參考情況是：封鎖當天所擬進行的勤務，行動的長短與強度，事先的公告，經由其他出入口迴避可能性與相關人員和抗爭對象的關係（參照BVerfGE 73,206 [257]-NJW 1987,73;BVerfGE 76,211 [217]-NJW 1988,693）。此外，有時候也視示威者的人數或被封鎖的運輸的緊迫性與其他的勤務交通而定。是否也需對遠程目標與其他示威者的行為動機在可非難性審查時一併加以考量，範圍多大，聯邦憲法法院為顧及判斷的周延性把它留給刑事法院（參照BVerfGE 73,206 [260f.]-NJW 1987,73）。

根據具體事實的情況管轄的刑事法院有權在審查刑法第二四〇條第二項時決定那些觀點可以選擇且具有何種地位，而且原則上不受憲法法院的事後審查。聯邦憲法法院對於刑法第二四〇條第二項的解釋與適用只能審查是否患有根據對基本權利意義上正確觀點的瑕疵，而且在實質意義上成為具體的法律爭議。尤其是，主審刑事法官對於刑法第二四〇條第二項的適用如有導致其「正確性」容有爭議的結果時則基本權利尚不發生效力（參照BVerfGE 18,85 [92f.]-NJW 1964,1715;BVerfGE 73,206 [260]-NJW 1987,43的其他附註）。

另一方面這並不表示聯邦憲法法院對類似本案之案件，只能在刑事法院明確表示係以暴力使用的推斷性意義做為違法性的基礎時，因而拒絕任何其他情況的考量才有審查權。刑法第二四〇條第二項之可非難性條款保障人權的功能（參照BVerfGE 73,206 [253 ff.]-NJW 1987,43）也可以加以忽視，如果刑事

法院雖然在審查可非難性時已指出全盤考量的必要性，卻從繫爭的裁判中無法獲知是否已有這樣的考量之理由，以及具體的個案是根據那些特殊情況而認定暴力使用的違法性。因此，從憲法的角度看來，如果法院對暴力使用的可非難性只是以一個抽離具體事實的抽象案情做理由仍是不夠充足的。這點尤其對於繫爭裁判在認知聯邦憲法法院（BVerfGE 73,206-NJW 1987,43）與最高法院的新裁判（NJW 1986,1883;1988,1739）之後，仍然不充分的方式表示理由時有其適用（參照 BVerfGE 76,211 [218f.]-NJW 1988,693）。

b) 繫爭的第三審判決縱使在受限的審查範圍下也經不起憲法上的檢驗。

雖然巴伐利亞高等法院正確指出可非難性的判斷並作為行為違法性之理由的目的手段關係，在刑法第二四〇條第二款的範圍內需要一個單獨的審查。尤其是，該法院對於應遵守的審查程序表示之理由，特別是認為一定要考量所有個案有目的的手段關係的重要情況與關連性之見解，均值得加以肯定。但是，該判決卻無法令人認識到該法院在事實上也遵守了這項審查程序。該法院直接銜接其對刑法第二四〇條第二項之意義，內容與可非難性審查的幅度所為的抽象陳述認定，訴願人所意欲的封鎖行動應具有可非難性。這項認定不是基於在過程上就已發生的具體事實，全盤斟酌所有重要情況作成的。因此可能會把本來應該在後來的其他裁判理由中才出現的結果就已經預先講出來了。

這種情形卻沒有發生。巴伐利亞高等法院銜接上述的認定之後進而關注在使用暴力所意欲的直接結果之外，是否能夠按照刑法第二四〇條第二項，且到何種程度，對其他的後續影響（遠程目標）加以考

量。在這個關係上該法院附帶指出，所意欲的杯葛行動與暴力使用相互關連認為有可非難性。這項證明卻未在判決中提出。所為之陳述並無法讓人看出有從憲法的立場對可非難性作周延的審查。

雖然巴伐利亞高等法院在它的考量中有把不同的強制目標與具體的事實建立起特定的關係。這些被認為有可非難性，直接所意欲的效果也就是「嚴重妨害他人進出與因此引起社會大眾對於特定政治意見的關注」。但是卻因此沒有達成依照刑法第二四〇條第二項之考量中所追求的具體化程度。這裡所講的杯葛行動一直會有阻礙他人與引起社會注目的結果。就是因為根據擴張的刑法上的暴力概念通常會符合刑法第二四〇條第一項的構成要件，在審查刑法第二四〇條第二項的可非難性時必須考慮到參加封鎖者的基本權力保護。對這項保護幅度的審查光是考慮到基本權利上所保障的第三人利益是否受到侵害，雖然必要的，但是還不足夠。從憲法的角度還必須要看這個侵害在考慮到影響個案之各種具體情況後，有何重要性而定。巴伐利亞高等法院並未進行這樣充分的具體審查。

進而該法院根據本案的事實欠缺權衡的要素。雖然有提到舉辦人與訴願人的企圖，只是要封鎖眾多營區出入口中的一個。這個情況卻沒有被納入具體行為關係的權衡中。該法院反而只是針對舉辦人與訴願人的企圖，以便說明，一個這樣的企圖絕對無法減輕杯葛行動的可非難性。因此該法院並未對於封鎖者只是要強制駕駛繞道的企圖，視為按照刑法第二四〇條第二項必要的權衡中有利於訴願人的一種觀點，加以斟酌。這項有計劃之封鎖行動的特性，反而自始被從應權衡的重要觀點中剔除。

因為繫爭的裁判無法令人看出有經過符合憲法要求的可非難性審查，它最後只根據強制性暴力的認



定。巴伐利亞最高法院有沒有違反其自己的陳述，而從暴力使用的推論意義出發，因可以不予討論。該法院並未充分考量憲法上對根據所謂的擴張性暴力概念，解釋與適用刑法第二四〇條時的要求。另外，也沒辦法看出因暴力而成立違法強制，只是根據訴願人在傳單上所表達的觀念與企圖。縱使在刑法第一一條的情形，對所追求的目標使用暴力的可非難性，也只能在廣泛權衡所有相關狀況後加以確認，或者自然須從要求的文字與呼籲人的目的中產生。

最後，繫爭的判決必須根據聯邦憲法法院法第九十五條第二項加以廢棄，案件發回巴伐利亞高等法院。

2. 巴伐利亞高等法院對經過計劃之封鎖行動所追求的遠程目標認為沒有斟酌的必要，並不違反基本法第一〇三條第二項。雖然基本法第一〇三條第二項之類推禁止規定不應以狹隘技術性意義加以理解；已排除的反而是任何逾越實定法上制裁規範內容的法律適用（參照 BVerfGE 73, 206 [23] NJW 1987, 43）。刑法第二四〇條第二項的解釋如果會導致該可非難性條款不再能實踐其有利於行為人做為調整構成要件之補救措施功能時，便因而與基本法第一〇三條第二項不相符合。如果近程目標與遠程目標之間被加以區別，而強制的目的之考慮僅及於所強迫的行為時，可非難性條款並未因而便喪失其確保基本權利的功能。如果因斟酌的強制目的被侷限於所強迫的行為上，尚無法看出是否憲法所要求的權衡自始便無法貫徹；這點就刑法第一一一條與第二四〇條間的特殊關係而言，以及在此無法迴避之強制非難性的「主觀化」，情形相同。

3. 同樣的也沒有違反基本法第一〇一條第一項第二款。儘管高等法院的見解與最高法院的裁判或他高等法院的裁判相左時，而不將案件提交最高法院，會構成違反合法法官的保障（法院組織法第二一條第二項）。基本法第一〇一條第一項第二款並未提供針對單純程序瑕疵的保障（參照 BVerfGE 29,166[172]）；反而只有在高等法院恣意違反其提交義務時，才考慮是否違反基本權利的問題（參照 BVerfGE 42,237 [241]-NJW 1976,2128 的其他附註；67,90[94f.]-NJW 1984,2147）。這樣的觀點在本案中並未被具體提出也看不出來。

編者按：以上所節錄的聯邦憲法法院判決也請參考 Schmitt Glaeser 的評論文章，JR 1991,16.（關於示威時刑法第二四〇條的適用問題，Janknecht,NJW 1986,2411；Baumann,NJW 1987,36；Meurer,JR 1988,49；亦參考 OLG stuttgart,NJW 1991,993.（在本期中）

關於「法院審核職業有關之考試」之判決

——聯邦憲法法院一九九一年四月十七日第一庭判決，截至譯稿完成時尚未登載於聯邦憲法法院判決集中，原稿譯自新司法周刊一九九一年第二〇〇五頁以下

譯者：蔡震榮

相關條文：

基本法第二條第一項，第三條第一項，第十二條第一項，第三十三條第二項；下薩克森邦法律人訓練規章第七十九條

判決要旨：

1. 依基本法第十二條第一項職業有關之考試程序應在有效地保護職業自由之基本人權下進行之。因此，應考人應有權，有效地針對結業成績提出異議。反之，不得對爭議之考試成績要求召開第二級行政機關完全地重新評分。

2. 行政法院對考試機關評定餘地（*Bewertungsspielraum*）之判決僅在攸關考試特別的評定下，才合於基本法第十九條第四項之規定。反之，介於主考官與應考人間專業意見的差異並非完全排除法院的審核。

3. 由基本法第十二條第一項可以導出，對於職業有關考試之一般評定原則是：一個適當的及以前後一貫有足夠論證所設定的解答不得被評定為錯誤的。

#### 案件事實：

第一位訴訟提起人（*IBvR 419/81*）於一九七五年十月卅一日在下薩克森的邦法務考試局，以結業成績、中等（*befriedigend*）（六·三·八分），通過了第二次法律的國家考試。針對這個考試決定他以考試三部分每部分皆偏低被評分爲由，而提出聲明異議（*Widerspruch*）。主考官對其書面報告（*Aktenvortrag*）認爲不切題與不充足而僅評爲六分，因爲他們不認同他的法律見解，雖然此見解在文獻上是適當的。對於律師的考試對談部分，雖然他皆切題地回答所有問題以及一位主考官甚至多次讚、好

”，但他卻僅獲“中上分數”（八分）。對其家庭作業，由於主考官搞不清作業的困難度而設定了不被允許的判斷基準，而僅給予“及格分數”（ausreichend）（四分）。雖然他對所選擇的表現形式以極佳理由加以論述以及由他所辯護的法律觀點完全適當的，但主考官卻對其事物報告的架構不滿意以及批評其對各類法律問題的解析為太過於膚淺，不充足與矛盾。邦法務考試局收集了個別主考官的意見；他們堅持其評分並對訴訟提起人之批評以更詳細說明加以反駁。於是，邦法務考試局駁回聲明異議。在事由中它接納了主考官所提的意見。因為並無根據顯示，主考官在其評分時以錯誤事實為出發點，違背一般有效的評分準則或引用了不客觀之論述，因此考試成績的更正不在考慮之內。行政法院駁回其訴。它以考試機關擁有判斷餘地作為理由。值得爭議的是仍隸屬於有權主考官的教育學術評價。對此，法院僅得審核，是否主考官以錯誤事實為出發點，觸犯一般有效的評分準則或引用不客觀的論述。依訴訟提起人個別的指責評價後，行政法院得出結論，亦即考試機關並沒有超越其判斷餘地的界限。上訴及不准許的申訴不成立。

第二位訴訟提起人（I. B. R. 23383）於一九七八年二月七日第二次沒有通過第一次法律的國家考試。對其家庭作業他僅獲得四分，對其筆試平均獲四點一六分以及口試得三分，因此總成績在四分（及格）之下。訴訟提起人以聲明異議指責其家庭作業評分過低。在主考官評分中的衆多指正說明與論斷是不正確或明顯錯誤的。尤其兩位批考官將他就民法八一八條第三項差額理論（Saldo-Theorie）及其論證關聯的敘述評為“多方觀點過於粗淺且錯誤連連”，此乃他們沒有認知法學爭論的狀況以及沒有注意到

他所列的參考書目。此聲明異議的提出是針對家庭作業的兩位批考官而來。兩位批考官詳細地對訴方所提出多處的指責予以說明並大體上駁斥其說。當然，他們減弱了訴方對豐富法律上敘述的批評。並同意訴方所提民法八一八條第三項占重要地位，但其所引用的主題、差額理論，在此關聯上卻不合於通常的術語，並且總而言之，其問題點並沒有充足深入的探討。是故在結果上仍維持及格（四分）為評分。明顯地其作業是多處不充足與太過草率。法務考試局主席駁回其聲明異議。基本上，一個擁有考試成績判斷的考試決定不得被改變；僅在其決定觸犯了必要的判斷標準，或程序規定存在時，更正之事才列入考慮。如此的錯誤在此並無法確定。在批考官重新檢閱並就聲明異議理由取得認知而仍維持原評分之後，對聲明異議機關而言意見與批考官一致，因此，……並不存在著更改該作業評分的理由。

行政法院駁回其訴。其決定為合法的，因為家庭作業之評分在結果上不得反駁之。它是以考試機關的判斷餘地為出發點，其在行政法救濟途徑僅准許一個有限的審核。雖然，專業問題之審核——不合於通說——並非全然被剝奪，但，在補充評定理解中所加的更正批示並無顯示出可能影響結果的批改過失。因此，聲明異議過程並無可非議之處。上訴與及不准許的申述不成立。

#### 憲法訴願遭到駁回

理由：憲法之訴是合法提起，但其理由不足。

I、主管的法務考試局之行政程序的進行在憲法上是無可非議的。訴方針對所獲得考試成績的抗議，其非議僅及於概括的錯誤審核，但非及於所獲考試成績的一個全面重新評分。就此，並沒有存在任何合憲性問題。

1. 對於職業許可，以考試之形式要求一定預備教育與訓練以及所需能力之證明的法規干預了職業選擇的自由，並因此應滿足基本法第十二條第一項的要求。這也適用於第一次與第二次法律的國家考試（Vgl. BVerfGE 37, 342[352]; 79, 212[218] = NVwZ 1989, 645）。在如此一種考試的成績要求與標準，依此來評定所提出的成績，需要一個法律的基礎；考試的界限依其方式及水準不得是不適當，不必要的或不可期待的（Vgl. BVerfGE 80, 1[24] = NVwZ 1989, 850）。基本人權之保障也透過程序之形態而生效；依此，基本人權不僅影響全部實質法，而且也影響那些對基本人權保障有意義的程序法（Vgl. BVerfGE 53, 30[65] = NJW 1980, 759）。

2. 對訴方而言，本件爭點並非攸關考試程序；他們所責難是涉及到成績評定的程序。他們要求，在聲明異議途徑上，針對主考官之令人爭議的解說以及其依此評定的分數得以提出其非難，藉以透過聲明異議機關以達到一個有效的審核。

就是否以及何種程度在行政程序上被要求基本人權之擔保，這問題一方面依其對基本人權干預的方式及強度而定，他方面則依透過法院的審核基本人權保障至何種程度被擔保而定。由這兩種觀點對於職業有關結業成績之評定可得知：基本人權之程序擔保在此範圍內也是必要的。這種考試強烈地干預職業

選擇的自由，因為考試的結果關係到是否可從事一定的職業以及可選擇何種的業務。法院的審核觸及了此是否可從事職業之界限問題，因為評定的過程是由衆多在行政訴訟程序非常困難與部分甚至無法掌握的不可預測因素（比較下述的Höf及c.）。主考官主觀印象與其專業特徵的偶發性影響給分的標準。因此，評定程序應擔保在可能的客觀性與公正性的範圍內爲之（Guhl, Prüfungen im Rechtsstaat, 1978, S.49f; Bryde, DÖV 1981, 193[203f]）。這種必要的規則關係到對主考官的選擇，其數量及其相互的關係，尤其在評定出現差異時。此外，當事人能有效提出其觀點，這件事是不可放棄的而且於其他法治國家是作爲基本人權程序擔保的核心。此意謂著，當事人應及時被知會有關程序的狀況以及官署在作個案決定時他們所提的意見應受擔保。

在作爲起點程序的國家考試中應考人經常是在考試成績公佈時才知曉了其成績在個別中係如何被評定與何種評價是作爲評分標準的。一直到聲明異議程序中他才被給予提出意見和批評的機會。因此，這種法律救濟應是這樣的形成，亦即所提出的異議加以審核並審慎評估。

3. 管轄的法務考試局在聲明異議程序中已盡其審核的義務。訴方可查閱口試記錄與筆試批改註解等考試卷宗。他就此所提的異議亦送至參閱的主考官以檢視及再作修正。而他們就此亦詳盡加以解釋並提出，爲何他們認爲訴方的指責——尤其在結果上——是不當的理由。而最後的聲明異議機關參考了這些意見並加以接受。因此，主考官本身已有參與於其決定的審核中是不值得懷疑的。在行政程序中，一個經由他個中立機關之審查在憲法上是無此必要的。



然而，聲明異議機關並非獨自地對訴方考試成績重新加以評定。他們僅審核，是否所提具重要性的評定錯誤足以認知，並已達不可接受的結果。這種局限在總括的合法性審核與行政訴訟法第六十八條第一項第一句，即聲明異議機關基本上立於目前決定機關之位並擁有不受限制的決定權之規定有所差異。但這並非毫無例外。依行政訴訟法第六十八條第一項第二句若該法律視其（行政處分）為特殊案件時，則取消其審核。各邦法律亦可能擁有這種例外的規定（BVerfGE 35, 65[73] = NJW 1973, 1683）。在此受理之案件中行政法院將屬本案判決標準的法律訓練規則（Justizausbildungsgesetzungen）作如下解釋亦即在與行政訴訟法第六十八條第一項第一句差異的國家考試中，聲明異議並非對考試成績重新評定，而應僅是對其錯誤審核而已。這種單純法律的解釋基本上是專業法庭之事，以及憲法法院僅在狹窄的界線內可加以審核（Vgl. BVerfGE 18, 85[92] = NJW 1964, 1715）。

下薩克森邦的上述法律訓練規則可視其為法規命令，而創設了行政訴訟法第六十八條第一項第二句意義下的例外規定，因為在下薩克森的公務員法第廿一條第二項第一、二句中的命令授權提供一個足夠法律基礎。雖然，該授權規定並非擁有程序法上的讓步；然而，它卻不強迫對授權範圍給予一個限縮的解釋。由立法者的沈默中絕不可認為，制定命令者不得對考試法上的聲明異議程序之行政訴訟法第六十八條第一項第一句基本原則加以限制。在1970年修訂的下薩克森的公務員法中幾乎符合了一致的觀點，亦即考試之決定依其本質法律上僅得在其界線控制，因此僅得有限的審核（Vgl. die Nachw. bei Hummel, Gerichtsschutz gegen Prüfungsbewertungen, 1969, S.21f.）。

在此，若基本法上職業自由的程序保護強迫地要求（*zwingend gebieten*）在聲明異議程序中對考試成績一個完全的重新評定時，則制命令者與立法者乃逾越其形成空間（*Gestaltungssraum*）。但由基本法第十二條第一項卻不可能導出一個如此寬廣的程序擔保。在行政程序中從未有一個訴訟程序是不可缺的。有決定性的僅在於，關係人得及時與有效地指出所謂的錯誤與法律缺失，並因此達到對存疑或已下的決定之深思。而下薩克森與漢堡的法律及其使用之訓練規則在聲明異議程序中已達到此要求。

II、若訴方指責，行政法院也僅得對考試決定進行一個有限的審核，則這個批評點是恰當的。司法對考試法的評定餘地並非完全與基本法第十九條第四項合一致的（比較下列1與2）。基本人權所要求的修正，並非幫助而使憲法訴訟成功到如此寬的範圍（下列3）。

1. 基本法第十九條第四項的程序基本人權擔保了，那些有效表示自其自身權利受公權力侵害的人之法律途徑。因此，不僅是擔保進入法庭之門，此外也擔保法律保護的有效性。人民擁有一個事實上有效的法律審核之權利（*Vgl. BVerfGE 35, 382[410f.] = NJW 1974, 227, st.Rspr.*）。由此可知基本上法院有義務，在法律上及事實上觀點完全地審核受非議的行政處分。這排除那些在行政程序中所下的原則上之確定與評價在外（*Vgl. BVerfGE 15, 275[282] = NJW 1963, 803; BVerfGE 61, 82[110f.] = NJW 1982, 2173; BVerfGE 78, 214[226] = NJW 1989, 666*）。

然而，受保護的法地位本身非由基本法第十九條第四項顯示出，而是以此為前提要件（BVerfGE 78,214[226] = NJW 1989, 666; BVerfGE 83, 182[194f.] = NJW 1991,2010[in diesem Heft]）。但，法律途徑的安排與法院審核的強度應有效地助於適當的與合宜的貫徹實質法之目的（Vgl. BVerfGE 60,253[269] = NJW 1982, 2425）。若受非議的行政處分是根據不確定法概念之使用而來，則其具體化屬法院的事務，對行政機關的適用，法院擁有不受限制的審核權；有關行政裁量受限審核的規定對於不確定法概念的解釋與使用並不適用（Vgl. BVerfGE 7, 129[154] = NJW 1957, 1757; BVerfGE 64, 261[279] = NJW 1984, 33）。

然而，不確定法概念由於所規劃的內容高度複雜性或特別的活動性而如此模糊不清，以及對行政決定如同親身體驗般瞭解並加以具體化是如此的困難，而使法院的審核觸及到司法功能的界線。在這些狀況下於不違反法治國原理應准予法適用機關擁有一個有限決定自由空間（Vgl. BVerfGE 54, 173[197] = NJW 1980, 2693; BVerfGE 61, 82[114] = NJW 1982,2173; BVerfGE 83,130[148] = NJW 1990, 2010[in diesem Heft]; Schmidt = A/Gmann, in: Maunz-Dürig, GG, Art. 19 IV Rdnr.184 m.w.Nachw.）。然而，該問題無需在此深入探討。總之，作為被非難之決定對象的職業入門考試之評定適用於特殊狀況。

2. 限制進入職業的國家考試依其性質必須有複雜的評定，其在考試程序的整體關聯中應顧及所有應考人機會之平等（Art. 31 GG），以及並非立即讓個別的應考人分離地在稍後的行政爭議程序中予以處置（a）。由此顯示出一個考試法上的評定餘地（Bewertungsspielraum）（9）。然而，此僅限於考試

特別的評價，亦即不及於所有以考試為對象之專業問題（c）。

a) 在一個職業入門考試中的成績評定是主考官一個法律上受拘束的決定。這個依基本法第十二條第一項干預職業選擇自由的決定僅根據法律及在比例原則的範圍內才受准許的。這不單單適用於有關考試及格或不及格的決定。此外，若法律規定，經由分等級來評定及格的考試，則在此方式下亦強烈地影響就業的機會；找到一個合適的工作位置及事實上從事所選擇的職業等可能性大多賴其所得分數而定。因此，這種考試的決定亦應就基本法第十二條第一項與聯結第三條第一項之標準加以衡量（Vgl. BVerfGE 37, 342[352f.]）。雖然考試決定有這麼大的意義與基本人權之關聯性，但迄今為止，有關的評定準則（Bewertungskriterien）在法律上卻規定不清楚。在所有的法律訓練規則中作業配置的方式僅題目式粗略地予以分類。其所規定給分級別介於「不及格」（„ungenügend“）與「極佳」（„sehr gut“）間移動——每一級別間經由分數值再予以劃出中間級別——，以及並非在原本意義上加以定義，而僅極為一般的敘述：通常以成績的、有用性與合於平均的要求作為評語（§ 21 Nr. 1a AO, § 14 HgbAO, nahe zu wortgleich § 14 Nr. 1a Gs. BVerfGE 37, 342[344f.]）。

這類法規定的操縱能力是受到限制。行政法院迄今並未發展出——明顯地——較少抽象程度的一般評定準則。但縱使其已發生，亦應將重要的評定步驟立於與案件有關上，因為在問題中心，訓練前提要件與考試狀況中所依賴的主要考量在一般規則中是太過於不充足而無法被掌握。

為使法院之審核不是從一開始即不可行，因此，單單准許考試機關一個評定餘地是不夠的。但，須

添加一個重要的情況：主考官應在其評價的判定中，以其考試實務的過程在可比較的考試中所發展並可一般適用之評估與經驗作為出發點。考試規定的分數定義甚至明確地要求設定在平均的成績上。但及格的界線，亦即不及格成績的標準亦不得無顧及平均的結果而確定（zu einer ähnlichen Problematik bei Prüfungen im Antwort-Wahlverfahren vgl. BVerfGE 80, 1126ff. = NVwZ 1989, 850）。因此，考試分數不得視為各自分離，而應在一個透過主考官個人經驗與想法所及之相關體系中找出。但另一方面，因為考試決定之基礎的複雜考量並無法有規則地被理解，這將使得司法之審查在此範圍內有可能導致標準被變形。在個別應考人所提的行政法院訴訟中，法院對於同類應考人之整體作為標準的評定準則——縱係專家的幫助——亦無法發現之以使之被適用於僅大致上可以被重塑的考試情況中。因此，法院應發展自己的評定準則，並設定在主考官的地位上。

b) 因此，此不僅攸關法適用實務上困難，而且主要地涉及一個憲法上問題。依左右考試法之機會平等原則，對於同類應考人間，應儘可能適用那些同類的考試條件與評定準則（BVerfGE 37, 342[352f.]；79, 212[218] = NVwZ 1989, 645）。但若個別的應考人在行政訴訟程序致力於要求超出此同類範圍的一個獨立評定的機會，則將與此原則不一致。這將深切地影響了所有同類應考人之同等的評斷。此同等的評斷僅在下列條件中才可實現，即：考試機關在考試特別的評價中擁有一個決定餘地，並因此限制了法院之審核。

本件被提起訴訟之判決亦是以上述觀點出發，而且該判決在理由中亦援引到聯邦行政法院長年以來

固定的判決理由。早在其對於考試法判斷餘地的第一個重要的判決中（BVerfGE 8, 27[273] = NJW 1959, 1842），聯邦行政法院以下述對任一評分所設之原則性前提要件來當作其判決之理由見解：考試成績不得將個案分離而得出，應由其他同類應考人之成績間的專業比較而顯示出；一考生之分數乃是經由以同類考生成績比較為基礎之經驗評價的結果。在稍後的聯邦憲法法院判決中亦突顯出，給分應架構在對其他應考人成績間的一個、理性與公正的關係上\*（Buehholz 421 O. Nr. 104, S. 150 mw.Nachw.）。此外，司法判決設定在一個、高度屬人性之專業判斷的強烈主觀要素上以及在一個考試情況事後執行的困難性上。雖然這些觀點本身並非有決定性的，但卻突顯了本基本問題的部分外觀。反之，以無特殊化專業理解則無法執行之專業評價為基礎的考試分數則並不重要的。由此而產生之法院審核的困難可以專業鑑定者之助予以克服，並使考試問題與行政訴訟程序之諸多其他對象無顯著差別。

c) 考試法上評定餘地的界線由其憲法上之正當性（Legitimation）顯示出。它同時確定了基本法第十九條第四項所要求行政法院審核的範圍。僅考試特殊的評價——經常地與專業判斷不可分離結在一起——仍屬考試機關的最終決定權。但這種價值問題之回答亦非完全除去審核。評定餘地有其界線，其遵守在基本法第十九條第四項的觀點上是指：訴訟上是可對之審核的。這種法院所擁有的審核在職業有關的考試中，為了達成對於職業自由一個相當有效的保護，其應是目的取向的、適當的與適度的（vgl. BVerfGE 60, 253[269] = NJW 1982, 2425）。

依行政法院之判決，此類判決之意見也為本件被上述之判決所追隨：若考試機關犯了程序上錯誤，

誤認所適用之法律，以一個非正確事實為出發點，觸犯一般評定準則或引用非公正的論點時（Vgl. die Zusammenfassung bei Niehues, Schul- und PrüfungsR., 2. Aufl. RdNr. 473; Seebass, NVwZ 1985, 521[526] m. w. Nachw.），則逾越了評定餘地，因此須由法院加以指正。上述這個聯結在裁量決定中審核事項的公式是如此抽象，以致於由它尚無法看出審核的密度（Kontrolltiefe）。主要地是取決於：在何種條件下一般有效評定準則得被視為被觸犯以及基於何種特徵被認定行政機關有作了不公正的衡量。就此，聯邦行政法院發展一些準則，其對於那些僅得以專業鑑定家之助才得回答之專業特殊問題排除法院之審核，依之，不應有如下的一般有效的評分原則，它禁止將正確的視為錯誤的與將適當的評定為不適當的（BVerfG, Buchholz 421.0 Nr. 121, S. 195; Seebass, NVwZ 1985, 521[527]）。依之，唯一尚剩餘的恣意審核，將侷限在極端的案例中，亦即在其中，一個評定縱無對專業特殊衡量進一步探討亦屬可行。只有當一個判斷是架構在這樣一個明顯的與立於任一理性範圍外的學術專業的錯誤評估，以致於其結果應迫使法官認為完全不可行的時，才應是逾越了恣意界線（BVerfG - Buchholz 421.0 Nr. 121, S. 195 = DöV 1980, 380 = bay. VBl. 1980, 503）。

總之，若談到攸關限制職業入門的考試，則像上段這麼寬廣的法院審核的撤退是不合於基本法第九條第四項之規定。毋寧，應以有助於職業入門限制之考試的目的為出發點，並應依基本法第十二條第一項嚴守在比例原則的範圍內為之（Vgl. BVerfGE 80, 1[24ff.] = NVwZ 1989, 850）。第一次與第二次法律的國家考試旨在禁止那些未達專業基本要求的應考人進入其所致力的職業。該目的決定了對其資格證

明的範圍，而且也決定了那些對其的評定（BVerfGE 80, 1126 ff. = NJW 1989, 850）。基此，凡是切題的回答與合宜的解題，原則上不得被評定為錯誤的與予以不及格。若基於考試問題之特質致解題之正確性或合宜性無法清楚可確定時，亦即當其判斷容許有不同觀點的空間時，雖然主考官擁有一個評定餘地，但另一方面也應承認應考人有一個合適的解答餘地。一個適當的以及以相當論點自始至終一致詳加論証之解題不得被評為錯誤的。這是由基本法第十二條第二項引出對於職業有關考試之一般評定準則。

同樣地，聯邦行政法院——正確地——認為有必要進行之恣意審核（Willkürkontrolle），不得以其若無專業鑑定為不能有效實行為理由而被限制。下述之審查是不符合於恣意審查原則的，亦即審查是否主考官一個學術專業假設的錯誤（已是強烈到）、迫使法官認為完全不可行。勿寧說，一個恣意的錯誤評估，若專業者應視其為不可行時，則已產生。雖然原則上這類審查法院僅能藉專家之協助來判斷，但單單實務上困難並無充足理由，來限制第十九條第四項所擔保的權利保障。

一個包括了上述之專業標準在內之考試分數的審核，並非給予行政法院無法解決的任務，也非迫使它代替考試機關的角色。一個法院的糾正，僅在若評定錯誤可能已影響到給分情形時才列入考慮。這樣一個因果審核對行政法院而言，經常與考試法上程序錯誤有關聯（BVerfGE 48, 305 = Buchholz 421.0 Nr. 45 = NJW 1975, 1898）。若錯誤的根源無法排除時，法院基本上不得代為成績評定，而是僅得撤銷考試決定。這衍生出，有權的主考官應重新作出一個無錯誤的評定。端依錯誤的方式，也有可能給予應考人一個重考的機會。



3. 雖然行政法院們在本件程序中以一個較微弱審核義務為出發點，依本院審理結果，受評擊的決定不必撤銷。行政法院主要援引聯邦行政法院判決之一個寬廣考試法上的判斷餘地，高等法院與聯邦行政法院甚至單以此為準。而高等行政法院所指責的第一審理由卻指出，縱使一個較嚴格審核標準亦無法導致撤銷原考試之決定。

a) 第二位訴訟提起人最後尚專注於一個爭議點上：評分人在其家庭作業中敘述之指責，此作業與民法八一八條第三項的差額理論有關。雖然其家庭作業中之論點符合一般的觀點，主考官卻從一開始即評定其為錯誤的。這種專業問題，若其不能排除主考官可能影響到分數之評定，則事實上法院應審核之。但這樣一種因果關聯，事實審法官並未確定出來。

在聲明異議程序中，批考官評分人已就訴方所提及其多方面觀點過於草率之批評加以緩和。他們在其整體評定上仍堅持，該家庭作業整體言之多處過於粗糙及不清楚，並多處缺乏理由說明。基此理由原本之第一位批考官甚至懷疑，是否該作業尚能給予及格之評定。在聲明異議程序中兩位批考官依重新評定仍認為及格（四分）的分數適當的，因此，訴方就差額理論之辯護的指責並不成立。在此事情狀況下行政法院之見解很清楚：原本批改的錯誤並未影響到分數。與此相反的觀點並不明顯。因此，一個重新對分數探討而予以訴方一個有利的結果應予以排除。

b) 在第一位訴訟提起人的案件中，由第一審判決之理由可以得知：即使採較嚴之審核標準，其申述亦是毫無希望的。

訴方對其書面報告被評以「中等」（六分）提出指責，而認為其自己是採了少數說為準所致；基此理由主考官卻評其為錯誤與不完整。就此，行政法院正確的指出，其所主張之原因並非有理，因為訴方書面報告被評為「中等」（*gut befriedigend*），則已表示主考官對其說明並非整體評為錯誤與不完整。而且，少數說亦可能是錯誤與不完整的說明與使用。

訴方亦對口試成績「中上」（*Vollbefriedigend*）（八分）評分加以指責。他以他全部問題正確的回答並其中一位主考官多次「讚美」為由而要求得「佳」之評分。在此是攸關純粹評分的問題，行政法院正確地將其視為考試法上的評定餘地（而駁回其訴求）。

而訴方所提有關家庭作業之問題，行政法院就此特別仔細地加以探究。訴方不欲接受的指責與眉批，主要地涉及到考試法上評定餘地中有關困難度與說明方式之評判。所有其他訴方所非議的指責則對評分並不重要。上訴法院就有助於整個事件所設定之理由，由憲法觀之是無所爭議的。因此，上述審法院無需就案件形態之個別狀況去探討。判決中援引考試法上判斷餘地現行判例，此僅涉及是否得基於判決差異性而准許上訴之問題或法律問題之基本意義，而不得充當憲法訴願理由。

Ⅲ、若訴方欲引用更進一步的基本人權法規時，則基此無法引出任一可附屬之觀點。依憲法訴願的目標，在此基本法第十二條第一項優於基本法第二條第一項與基本法第三十三條第二項而適用。

## 關於「對資產所得課稅」之判決

——聯邦憲法法院一九九一年六月二十七日判決，截至譯稿完成時尚未登載於聯邦憲法法院判決集，原稿譯自新司法周刊一九九一年第二一二九頁以下

譯者：劉孔中

相關條文：

基本法第一條第一項，第二條第一項，第三條第一項，第十四條；所得稅法第二條第一項第五款，第二〇條第一項第八款；租稅通則（*Abgabenordnung*）第三〇條、三〇條之一，第三一條。

判決要旨：

1. 平等原則要求稅法在法律上及事實上使納稅義務人負擔相同。因此平等課稅含有規範上稅捐義務平等，以及在稅捐徵收之執行上的平等二要素。由此可知，應將實質的稅法置於一個原則上亦能在事實結果確保負擔平等之規範領域之中。

2. 稅捐之確定繫於納稅義務人之申報者，係對納稅義務要求較高之稅捐誠實性。因此立法者必須以充分的、能確保租稅負擔平等之控制方式補強此稅捐誠實性。在估算程序，需要以查核原則（*Verifikation sprinzip*）補充申報原則（*Deklaration sprinzip*）。

3. 從憲法角度來看，立法者不可以基於總體經濟之原因，放棄對納稅義務人於估算程序所為申報之控制。

4. 稽徵規定在結構上抵觸課稅客體，以致課稅請求權鮮能實現者，且此結果可歸責於立法者，因此所生之不平衡會導致實質稅捐規範之違憲性。

聯邦憲法法院一九九一年六月二七日判決。

事實部分：本案第二部分之訴訟當事人於一九八一年為財政局罰金及罰鍰事務處主管。另一造當事人是一對夫妻。依據所得稅法第二六條之二之規定，應共同就一九八一年估算期間繳納所得稅。在該年度，除了先生非獨立工作之收入以外，該夫妻尚自資產獲得所得。其中包括已扣繳稅捐（*Kapitalertragssteuerabzug*）之資產所得及不為本國資產所得稅所及之資產所得（自附固定利息之有價證券及自儲蓄而

生之利息）。不被直接稅（*Quellensteuer*）所及之資產所得共計二七四五馬克，其中一二二九馬克歸第一部分之當事人，一五一六馬克歸第二部分之當事人。這些資產所得多以所申報之額度為課稅之基礎。

當事人主張，對自附固定利息之有價證券及儲蓄所得之資產之課稅實踐牴觸平等原則。其以此理由所採取之法律救濟並未發生作用。巴登一符騰堡財務法院於一九八六年六月五日以判決駁回其訴訟（財務法院裁判集一九八六年，第四五一頁）：固然財政機關對於對存放於金融機關之儲蓄及附固定利息之有價證券之利息所得課稅時，其調查及稽徵實踐嚴重破壞稅捐上負擔分配之均衡。但是此項執行上的缺點並不足以動搖所得稅法第二十條之課稅請求權。

聯邦財務法院於一九八九年六月二十日以裁判（聯邦財務法院裁判集第一五六冊，第五四三頁；聯邦稅務公報II，一九八九年，第八三六頁；新法學周刊一九八九年，第二四一七頁）駁回當事人之上訴。固然依據在系爭年度有效之法規並未能充分確保利息所得之掌握。而且依據聯邦審計處（*Bundesrechnungshof*）之調查顯示，相當大部分應納稅之利息所得未依規定申報及課稅，有關之憲法機關在憲法上有義務，採取適當措施以有效掌握前述資產所得。但政府及國會以何種方式完成其義務，原則上是由其自行決定。受影響之國民並沒有可以以訴訟請求某特定救濟之主觀權利。

針對聯邦財務法院判決所提起之憲法訴訟應予駁回。

理由部分：B可以提起憲法訴訟。蓋係針對構成當事人繳納義務之稅單及財務法院之判決。

當事人認為，就其資產所得課稅所適用之一九七九年所得稅法第二十條第一項第八款規定，主要不過確立一切私人資產所得在所得稅法上之負擔應該平等。但此項規定在實際效果上，因為所規定之稽徵程序全然不足，導致明顯的不平等，亦即視納稅義務人是否按規定申報其資產所得或匿不申報而有不同。立法者有意容忍此項“加重違法”的不執行法律。因此而生之負擔不均應可歸責於立法者。進而導致該法全體不能適用。此項主張涉及基本法第三條第一項擔保內容做為稅法上負擔平等之擔保，因此足以使當事人所主張之基本權利受侵害乙事顯得有可能。

C、此憲法訴訟無理由。固然在一九八一年對私人資產之估算期間，按規定申報其利息所得之納稅義務人比隱匿所得而且因為稽徵程序瑕疵未被徵稅之納稅義務人，受有重大不平等的負擔。但是當事人依據基本法第三條第一項之基本權利尚未受到此項不平等之侵害。

## I、

1.平等原則要求稅法，在法律上及事實上使納稅義務人負擔平等。但在負擔結果上，若因為稽徵程序之法律構造而使得原則上已失去平等，則法律上的課稅基礎可能違憲，侵害納稅義務人之課稅平等基本權利。

a) 基本法第三條第一項之平等原則應針對個別領域加以適用（參照聯邦憲法法院裁判集第七五冊，第一〇八頁（一五七頁），新法學周刊一九八七年，第三一一五頁；聯邦憲法法院裁判集第七六冊，

第二五六頁（三三九頁），新法學周刊一九八八年，第一〇一五頁，新行政法雜誌一九八八年，第三二九頁；聯邦憲法法院裁判集第七八冊，第二四九頁（二八七頁），新法學周刊一九八八年，第二五二九頁。在稅法領域有效的是：無論課稅的目的——以財政工具支付國家預算——或稅收之使用，均不能為課稅負擔提供銜結點或界線。課稅平等原則只能自稅捐之特性明顯得出其輪廓：稅捐是個公共負擔（*Gemeinlast*），及於每一個本國人，每一個國民均應以此提供一般國家任務之財務需要。國家賦予個人交出其部分財產之義務——國家並沒有提供個別的對待給付。其中所蘊含對納稅義務人之財產及權利領域之侵害，所以能夠被正當化，正是因為負擔分配之平等。公共負擔與其他國家侵害之區別亦在此。基於憲法的考慮，在稅法上，無論是構成稅捐之規定，以及其應用之規定，均應特別仔細考慮儘可能使納稅義務人負擔平等此一原則（參照聯邦憲法法院裁判集第三五冊，第三二四頁（三三五頁））。

b) 稅法上負擔平等原則是基於一個長久的規範傳統。自十八世紀末葉以來一直被要求而且逐步實現的課稅平等——是國民平等原則之流露——在於確保，稅捐負擔應平等分配於所有的國家成員，不可有任何法律的或事實的例外。其基礎觀念是，國民的法律平等原則要求法律對國家一切居民應同樣適用，任何階級或個人均不可逃避（*Otto Dann*，平等，收錄於 *Brunner-Conze-Koselleck*，歷史的基本概念，第二冊，一九七五年，第一〇一四頁（一〇二四頁以下））。根據法國一七八九年人權及市民權宣言第十三條規定，為維持公共權力及支付行政費用所不可避免之必要的“共同負擔：應視國民之財產狀況由其公平承擔”。一八一八年巴伐利亞憲法於課稅之普遍性強調平等原則，不容許例外，並確保所有居

民之負擔平等：“對帝國一切居民而言，承擔國家負擔是普遍的，任何階級不能例外，亦不考慮從前特殊的豁免”（巴伐利亞王國一八一八年憲法，第四節，第十三條，巴伐利亞王國法律公報，一八一八年，第一〇一欄）。一八一八年巴登憲法第八條規定稅捐負擔平等原則；所有巴登國民“應一律承擔公共負擔”並廢止一切稅捐豁免（國家與政府公報，一八一八年，第一〇一頁）。一八五〇年普魯士憲法（第一〇一條，普魯士法律彙編，一八五〇年，第十七頁）廢止一切優惠，禁止未來租稅之優惠。此項特權之禁止亦證實，稅法欲克服以前存在的平等，亦即欲建立負擔平等。

威瑪帝國憲法第一三四條承繼此項發展，並且針對稅法建構一個特殊的。使威瑪帝國憲法第一〇九條之一般平等原則清楚呈現的平等原則：“全體國民應一律依照法律就其實力承擔一切的公共負擔。”在當時，法律之前平等經常被理解成，僅是內在法理之平等適用法律（*Rechtsanwendungsgleichheit*）之要求（參照Gerhard Anschütz，普魯士憲法文件，第一冊，一九一二年，第三條，說明三），法律制定上之平等（*Rechtsetzungsgleichheit*）才逐漸被承認為法律之前平等之第二個內含（H. Triepel，黃金資產法及優先股Gold bilanzenverordnung und Vorzugsaktien，一九二四年，第二六頁以下；H. Aldag，帝國憲法中之法律之前平等，一九二五年，第四頁以下；G. Leibholz，法律之前平等，第一版（一九二五年），第三十頁以下；E. Kaufmann，帝國憲法第一〇九條意義下之法律之前平等，德國國家法學者協會會刊，第三冊（一九二七年），第二頁以下）。威瑪帝國憲法第一三四條與一〇九條協同要求，以立法及執法建立負擔平等原則。一九一九年十二月十三日頒布之帝國租稅通則（帝國法律



公報，第一九九三頁，帝國租稅通則第一條第一項第一句）及一九七七年租稅通則第三條第一項第一句隨之將負擔平等規定為稅捐構成要件之形成要素：金錢給付只有在是由受法律據以為給付義務之構成要件所及之人全體承擔時，才是稅捐。

c) 自儘可能使一切納稅義務人負擔平等之要求得出：立法者固然在選擇稅捐客體及決定稅率時，有相當大的決定空間。但是他在進一步具體規定這些最初構成要件時，應依循環負擔平等原則，前後一貫地將其所做的負擔決定轉化。原則上會將稅捐多在計算基準（Bemessungsgrundlage）上明確化、可計算化，以致只要適用稅率即可計算出稅捐債務。其次稽徵程序確保每個計算基準儘可能完整，稅捐原則上可因此被平等徵收（參照租稅通則第八五條）。在受到平等及合法原則塑造的稅捐債之關係中，債權人合法徵收稅捐之義務與債務人合法納稅之義務是相對應的。

因此課稅平等有二個要件，規範上稅捐義務之平等以及稅捐徵收上之平等。立法者在權力分立的憲法秩序範圍內規定平等負擔分配之準則，並且使執行法律之財務機關負有義務將此課稅率則依循嚴格之合法性原則（Legalität，參照聯邦憲法法院裁判集第十三冊，第三一八頁（三三八頁），新法學周刊，一九六二年，第四四二頁）轉化之，並以此確保負擔平等。基本法第三條第一項禁止原則上錯失負擔結果平等之稅捐稽徵規定。由此可知，應將實質的稅法置於一個原則上亦能在事實結果確保負擔平等之規範領域之中。

d) 稅捐負擔平等因此要求，實體的稅法應儘可能在自身包含對其規定可被規律實踐之擔保。準此

，立法者應調和課稅之構成要件及與其對應之稽徵規定。稽徵規定若導致原則上無法實現平等的負擔結果，則實體稅捐規範將無法確保，納稅義務人是依據平等的負擔分配承受負擔；此反而是違反平等的負擔分配之開始。

然而並不是由於稅捐稽徵執行上缺陷而一再可能且確實產生之負擔不平等就是違反平等的負擔分配。但是稽徵規定在結構上牴觸課稅客體，以致課稅請求權鮮能實現者，且此結果可歸責於立法者，因此所生之不平等等會導致實質稅捐規範之違憲性。此項在稽徵程序中所含之負擔結果之重大不平等，若是出於稽徵程序規定，或是出於立法者在制定稽徵程序時明知並且有意容忍之行政規章（*Verwaltungsvorschriften*），則均可歸責於立法者。此外，立法者必須知道——即使是事後——係爭稅捐在稽徵方式及細部的稽徵程序規定，在結構上均無法達成憲法要求之負擔結果平等之目的，才可歸責。立法者於事後才知道此項結構性的稽徵缺陷，則他在憲法上有義務於適當期限內排除此缺陷。

e) 因此只有在前述要件下之不平等導致稅捐負擔之基礎實質稅捐規範違憲時，納稅義務人所主張之因為稽徵規定而使得原則上無法實現稅捐負擔結果平等之批評，才能言之成理。若前述要件有可能存在，則在窮盡法律途徑後可以提起憲法訴訟。

2. 稅捐負擔因為稽徵規定極度排除對於稅捐申報之控制，而必須幾乎完全依靠納稅義務人之申報意願者，則不再及於一切人，因此也使稅捐平等落空。

此種課稅方式在結果上使得稅捐負擔之基礎似乎只在於納稅義務人之納稅意願。如同聯邦憲法法院

已在拒絕服兵役之承認訴訟指出，在對大眾意義重大而且使個人負擔之公共義務，平等原則不允許法律規定只因爲某人宣稱不願履行法定義務而將他免於此項義務。若有此種規定，立法者即是以違反平等之方式容忍對公共義務之違反（參照聯邦憲法法院裁判集，第四八冊，第一二七頁（一六八頁以下），新法學周刊，一九七八年，一二四五頁）。構成公共負擔之規定若讓隱匿之義務人原則上不必負擔，亦是如此。

法律規定若欲確保稅捐請求權之貫徹、防止稅捐減少，必須考慮具體生活領域及個別租稅客體特性。稅捐若不是在其起源即徵收，而其確定繫於納稅義務人之申報，係對納稅義務人要求較高之稅捐誠實性。因此立法者必須以充分的、能確保租稅負擔平等之控制方式補強此稅捐誠實性。在估算程序，需要以查核原則補充申報原則。

3. 從憲法角度來看，立法者亦不可以基於總體經濟之原因，放棄對納稅義務人於估算程序所爲申報之控制。對資產所得亦是相同。縱使資本市場上有一部分人習慣於以不申報即可免除所得稅法上之負擔，這也是法治國家不能容忍的弊端。

原則上立法者以選擇符合其經濟政策目標之稅捐客體，範圍及稽徵手段之方式，使稅法能斟酌整體經濟均衡之要求。此外，稅捐可以在憲法界線內成爲經濟引導之正當工具；因此稅法容許引導經濟之規定（參照聯邦憲法法院裁判集，第三六冊，第六六頁（七〇頁以下），新法學周刊，一九七三年，第二〇九九頁）。

然而以可以說是「不完全法規」(lex imperfecta)之實質稅捐規範追求整體經濟之效益，卻非正當之工具。實質稅法基於憲法是——如同在Cibic已說明——依靠將其實現之法律措施。因此即使相對於資本市場之要求，仍應堅持將一切稅捐義務人負擔平等之實質請求擴張為執法應前後一致之義務。此外，若頑強拒絕納稅之行爲原則上被容忍，而只有在特殊情形才以稅法及刑法之制裁加以禁止，資本市場及整體經濟之法治國家基礎將遭到破壞。

## II、

本案當事人基於基本法第三條第一項之基本權利在目前尚未受到係爭稅單及裁判據以爲基礎之關於私人資產所得課稅規定之侵害。然而在一九八一年徵收期間之利息所得課稅已存在結構性的稽徵缺陷。憲法所要求之負擔結果平等，原則上已在當時落空。但是當時——如現在——能使此項稽徵缺陷導致實質租稅規範違憲之其他要件是否存在，可置而不論。因爲即使是如此，本憲法訴訟亦不能勝訴，蓋就過渡期間而言，現行法律狀況尚應該被容忍。

1. 無論如何，在一九八一年之估算期間，對於私人資產所得之課稅存在著重大不平等，因爲此項課稅請求權鮮能被實現。

a) 立法者雖然以一九七九年所得稅法第二條第一項第五款，第二十條第一項第八款及其相關的事後規定，創造一個要求對利息平等課稅之課稅構成要件；它及於自未經其他構成要件課稅之一切資本請求權而生之利息，凡是有此項收入之人均爲納稅義務人。

b) 但是此項稅捐請求權之實現卻顯示重大缺陷。立法者未以就源扣繳之方式對資產所得課稅；在估算之現實中，資產所得之真實稅捐負擔原則上是繫於納稅義務人是否申報或隱匿其私人利息所得。他若隱匿，只有在極少例外的情形才會被追究責任。其收入在此範圍免於納稅。

本庭根據言詞審理、對雙方立場之評估及對學說之考慮認為，比較申報與未申報但可課稅之資產所得顯示，起碼有一半之收入未被課稅。

aa) 聯邦審計處對應納稅但卻未申報也不受資產所得扣繳之收入做過最仔細的檢查。它在一九八五年十月一日（聯邦議會印刷品，10/4367，第八九頁以下）預算及經濟執行說明中得到結論：對此項資產所得之課稅極為不完整。它在其調查——亦包括一九八一年之估算期間——中確認，在已經檢查之財稅機關之申報率是百分之三點七至百分之四七點七。它估計未依規定申報之附固定利息之資產所得共有一七〇億馬克。與申報之資產所得相同。每年稅捐短收超過六〇億馬克。

bb) 根據德國聯邦銀行之估計，亦只有約應納稅資產所得之半數被課稅。

cc) 巴登——符騰堡邦財務法院在準備程序（*Ausgangsverfahren*）之判決中估計，約有百分之四十應申報納稅之私人利息所得未申報，違法逃避課稅但可課稅之私人利息所得約有一五〇億馬克。

dd) 此項估計基本上得到聯邦財務法院，有權表示意見之機關之意見及文獻之證實。聯邦政府在一九八八年基於社會民主黨（SPD）之質詢而做的答覆中證實，資產所得未向財稅機關申報之範圍，與其他收入種類不能相比（聯邦議會印刷品 11/2282，第一二頁）。一九九〇年租稅改革法亦以許多稅

捐債務人未依規定爲其利息收入納稅爲理由（聯邦議會印刷品，100/88，第二一〇七頁）。聯邦政府在一九九〇年租稅改革估計，經由引進百分之十的直接稅，將多掌握一〇〇億馬克左右之資產所得（參照聯邦議會印刷品11/2282，第二頁）。對於私人利息所得不平等之掌握亦是制定“免刑及申報法”（Strafbefreiungs-Erklärungsgesetz）之原因。未依規定爲其私人利息所得繳納稅捐之人據此容易回復其稅捐誠實性（聯邦議會印刷品，100/88，第四一三頁）。依據該法補爲申報之數量證實，相當大範圍之資產所得未依規定納稅。依據聯邦政府之說明，至一九九〇年十二月三十一日共有超過七十五萬人補報自二十四億馬克以上資產而得之收入。此項數字不包括納稅義務人未特別指出稅捐減免之申報數額。

凡是在本案提出意見之各邦均批評，相對於其他所得種類，在掌握私人資產所得上，發生明顯而重大之瑕疵。其規定使得大部分的資產所得無法在所得稅法上被掌握，是德國稅法上絕無僅有的法律狀況。

學說亦強烈批評，大部分應納稅之利息所得於所得課稅時未經申報（參照 Bräutigam，德國稅法〔DStR〕，一九八四年，第四九八頁〔四九九頁〕；Brucke，企業顧問〔BB〕，一九九〇年，第三九一頁；Friebe，德國租稅雜誌〔DStZ〕，一九八三年，第九一頁〔九四頁〕；V. Hippel 法律政策雜誌〔ZRP〕，一九八八年，第八一頁；Hofschmidt，Krivysch 一九八九年，第一〇二頁〔一〇五頁〕；Kessler，FinRdsch，一九九〇年，第二十七頁；Lang，FinRdsch，一九八九年，第三四九頁〔三五〇頁〕；Morsbach，企業〔DB〕，一九九〇年，第六九頁；Rehm，稅制與經濟〔StW〕，一九八四年，第二三〇頁〔二三三頁以下〕。其對於未申報之估計因爲事實狀況難以得知而有不同，但在核心陳述部

分卻是一致。基於聯邦審計處一九八五年對預算及經濟執行之說明〔聯邦議會印刷品・10/4367・第八九頁以下〕，估計只有百分之十五至三十之應納稅資產所得按規定繳納（參照V. Hippel，企業顧問，一九九〇年，第一九五頁；法律政策雜誌，一九八八年，第八一頁；Grußklos, Wieda，一九八九年，第一頁〔六頁〕；Jedner，在企業顧問，一九八四，第二七冊之附冊，第六頁；Bilschöfer，德國稅法，一九八四年，第四九八頁〔五〇三頁〕；Reich，稅制與經濟，一九八四年，第二三〇頁〔二三三頁〕；Eriebe，德國租稅雜誌，一九八三年，第九一頁〔九四頁〕）。

其他人以未被掌握但應納稅之資產所得部分說明掌握上之瑕疵。有的人依據巴登—符騰堡邦財務法院之認定，估計未被掌握但應納稅之資產所得為百分之四十左右（Neckes，德國租稅雜誌，一九八九年，第八頁〔十三頁〕）。有的人估計百分之四十至八十五應納稅之資產所得未被掌握（Jennemann，稅制與經濟，一九九〇年，第七七頁；V. Hugo，企業顧問，一九九〇年，第一〇一一頁；Streck，德國稅務顧問年會，一九八四年，第一〇九頁〔一一〇頁註四並提到Neumark〕；Gies-Wittmann，企業顧問，一九八九年，第三三〇頁〔三三一頁〕；Megner，企業顧問，一九八一年，附冊一，第十六頁；Müller，德國稅法，一九八八年，第七〇〇頁）。也有人估計未課稅之利息所得計有六七〇億馬克（Rehm，稅制與經濟，一九八四年，第二三三〇頁〔二三三三頁〕）。因此產生國家稅收之減少在五十三億至一五〇億之間（視其認定稅基而定）（Albers, FinArch，第四六冊〔一九八八年〕，第一七二頁〔一七六頁；Ehrenforth，企業顧問，一九九〇年，第二二八三頁〕）。

2. 此項在一九八一年即可確定之稽徵缺陷主要是導因於一九七九年之銀行規則 (Bankengesetz) - 它妨礙對資產所得進行有效的調查及控制，而成爲結構性的執行障礙。

a) 特別是由於禁止提供供控制之通知 (銀行規則第三號)，稅務機關被剝奪了最有效澄清事實關係之工具之一。此項禁令使稅務機關無法接近銀行顧客之帳戶，因此亦無法接近一個原本可得知資產所得收取人之重要領域，資產所得收取人也因此可大量免除逃漏稅被發現之危險。此項銀行規則之規定甚至被部分人理解爲，財稅機關即使具有合理動機亦不得要求提供供控制之通知 (Herter, 論銀行在其顧客納稅上之協力, Mitwirkung der Banken bei der Besteuerung von Bankkunden, 一九八四年, 第一六六頁; 亦參照 Tipke-Kruse, 租稅通則及財務法院法 (AO und FGO), 第十三版, 一九九一年五月, § 102, 說明六, Bilsdorfer, 德國稅法, 一九八四年, 第四九八頁 (五〇四頁))。

b) 儘管銀行規則強調金融機構與顧客間之信賴關係，卻不限制稅捐通則第九十三條以下所規定之金融機構之個別通知義務；但其規定之整體內容卻創造了一個原則上妨礙有效調查資產收入之環境。不萊梅、漢堡、北萊茵—西發梭及史列斯維希—赫爾斯坦邦所提之意見亦證實此事。在言詞審理時，二位企業稽核師 (Betriebsprüfer) Kleine 及 Teske 認爲，財稅機關本身並沒有充分利用銀行規則所留給他們的調查機會，而是一般地認爲其在私人資產收入之調查上受到阻礙。銀行規則第一號亦特別導致此項行爲，它規定應斟酌金融機關及客戶間之特殊信賴關係以及對租稅申報完整性及正確性之一般信賴 (參照 Tipke-Kruse, 說明六, Herter, 第一一六頁以下)。



c) 憲法並未要求銀行規則此種對稅捐調查之限制。聯邦憲法法院在關於資料保護之基本人權裁判指明，提供供控制之通知及通知義務並不牴觸銀行及銀行客戶之基本權利。

基本法第二條第一項、第一條第一項及第十四條所擔保之資料保護之基本權利在於對抗無限制的收集、儲存、使用或提供他人個別或可個別化的資料（聯邦憲法法院裁判集，第六五冊，第一頁（四三頁），新法學周刊，一九八四年，第四一九頁；聯邦憲法法院裁判集，第六七冊，第一〇〇頁（一四三頁），新法學周刊，一九八四年，第二二七一頁）。此項擔保只有爲了重大的公衆利益，並遵守比例原則，才能由法律或依據法律加以限制；此限制不得超過爲保護公共利益所不可或缺之範圍。

目前稅法所規定之通知及報告義務以及授權要求提供供調查之通知（租稅通則第九三條第一項，一九四條第三項，第二〇八條第一項）均滿足前述要件，而且在法律上被充分確定、符合比例原則。

至於掌握私人財力資本及其所得資料，做爲不具有特殊人格內含、市場上明顯之取得過程，是否受到憲法上資料保護之保障，而置而不論；但是無論如何，要求公開稅法上重大數據之重大公衆利益可以正當化前述資料取得，即在此範圍內限制資料保護之基本權利。國家租稅請求權——亦以刑法強制——是來自於國民參與國家生活、享受到國家社會之保護、秩序及給付。因此可以使其負擔維持國家生活之財政負擔之一部分。依比例平等之標準衡量負擔分配，就需要可以使課稅平等之資料數據。據此可以正當化納稅義務人之公開義務——但是其具體規定仍應依前述憲法標準檢視之（參照聯邦憲法法院裁判集，第六七冊，第一〇〇頁（一四三頁），新法學周刊，一九八四年，第二二七一頁）。

鑑於自動化資料處理之危險，一個——比公務救濟更確定的——防止透過將資料提供他人而使目的變質之保護及使用禁令是有必要的（聯邦憲法法院裁判集，第六五冊，第一頁（四六頁），新法學周刊，一九八四年，第四一九頁）。租稅通則第三〇條滿足了此項要求，相對於廣泛的公開義務，它保障稅捐祕密。此規定保障納稅義務人及其他負有通知義務之人之維持祕密的私人利益。它同時追求以下的目的：透過特別對公務上守祕之信賴保障，提高人民公開其稅捐事實之意願，加速稅捐程序、完整掌握稅捐來源、確保合法、特別也是平等的課稅。此項植基於法治國家原則及平等處遇原則之公共利益之重要性是超過確保稅收之單純財政上的利益（聯邦憲法法院裁判集，第六七冊，第一〇〇頁（一四〇頁），新法學周刊，一九八四年，第二二七一頁）。

經由在法律上具體規定稅捐祕密，立法者已採取充分的安全措施防止濫用所提供之資料、租稅通則第三〇、三一條之規定——部分被吸收為刑法第三五五條之處罰要件——不僅排除將通知義務人所提供資料無權公開或使用，它們也考慮到這些資料在自動資料處理之條件下所遭遇到的特殊危害（參照租稅通則第三〇條第二項第三款，第四項）。

此外，縱使銀行規則所引發之稅捐調查上之限制，在例外情形有其必要，但是這不能改變因此產生之原則上負擔不平等此一事實。為避免此不平等，立法者必須採用其他的稽徵方式及其他的直接稅。

3. 一九七九年之銀行規則是一種行政規定，立法者在頒布一九七七年租稅通則及一九七九年所得稅法時明知並有意容忍之。自租稅通則之發生歷史及討論可清楚看得出，立法者當時已知道此銀行規則，

並想保持其作為，只是因為此實踐而不去明白以法律規定金融機關相同不變之個別通知義務與銀行規則保護金融機關與其客戶信賴關係之一般準則間之關係。

4. a) 立法者將就於銀行規則之此項效果，是基於整體經濟之考慮，避免資本投資人將其資本抽出本國。但是因此而忍受的稅收重大減少及負擔結果之不平等，基於上述考慮（C13）是無法以整體經濟之理由加以正當化。

b) 從憲法角度而言，立法者是可以將資產所得之課稅以整體經濟對資本之要求為基準，進而加以區分。考量整體經濟均衡之要求，雖然只有在國家預算（Haushaltswirtschaft）上是憲法的義務（基本法第一〇九條第二項），但是立法者在其裁量空間仍然可以出於公共利益之觀察而為之，並且與其他的目的標相互比較。因此在課稅時考量收入種類。資產之貨幣依賴性（Geldabhängigkeit）及因此而升高的通貨膨脹可能性，在憲法上特別不會有疑義。此際，資本形成可以做為老年供養（Altersversorgung）（參照聯邦憲法法院裁判集，第五〇冊，第五七（八六）頁；新法學周刊，一九七九年，第一一五一頁）或其他確保生存供養基礎而另外加以衡量。立法者亦可以在一切資產之源頭——不論其投資形式及簿記技術上之考量——對其課稅，並且使其負擔以線性級律（linearen Satz）將可扣減之支出及累進稅率之平均值類型化之明確稅捐（Definitivsteuer），以掌握依其質不屬於特定個人且地緣上不受拘束之營業基礎（Erwerbsgrundlage）：財稅資本（Finanzkapital）。然而如此一來，必須以可觀之免稅額（Freibetrag）考慮小額儲蓄人大概低於平均值之稅率。此類法律之限制、評價及衡量可能導致資產所得

應繳納明確的直接稅，然後立法者依據一九九〇年所得稅法第四三條之一測量此項稅捐。

5. 至於立法者是否於一九八一年即應該知道，資產所得課稅之規定原則上就無法達成以徵收規定確保負擔結果平等之目標，可置而不論。即使答案是肯定的，現在亦無法確認本案當事人課稅平等之基本權利已受到侵害；因為稽徵規定不足而引發之平等之違反——依據聯邦憲法法院對憲法狀況之澄清——在過渡時期內尚可容忍。

a) 但是立法者現在無論如何必須認知到此項稽徵上的缺陷。一九九〇年的租稅改革法本身亦認識到當時稅捐徵收不妥之處。該法針對一直未繳納資產所得稅之資產引進直接稅——但是只有百分之十——並將銀行規則之重要內容採為租稅通則第三〇條之一。此外該法對在一九九〇年十二月三十一日以前補為申報之案件不予追訴，並且免除至當時尚未繳納之資產所得稅。然而直接稅只適用半年就被一九九〇年租稅改革法修正法取消。追訴及稅捐之免除——依據言詞審理時所提供之結果可以估計——對稅捐短少之整體範圍之效力，雖然不是不重大，但亦絕非充分。所剩下的新規定只有租稅通則第三〇條之一。結果只是讓妨礙確保租稅負擔結果平等之障礙益形鞏固。因此立法者明顯有重新修改之責任。

b) 在一九八一年之估算期間內，造成對於資產所得課稅不平等的主要原因是有關稽徵程序之規定。實質課稅之基礎本身（一九七九年所得稅法第二條第一項第五款，第二十條第一項第八款）符合基本法第三條第一項之要求。該項規定基於構成稅捐義務之法律規範亦負有擔保負擔結果平等之功能，以及該規定依據OTI之要件不足以作為稅捐徵收有效基礎等觀點，在憲法上有其缺點。財務法院的裁判認為

本案當事人所批評的稽徵缺點，在法律適用平等的觀點下，對於稅捐義務而言並不重大，因為只有要求合法的平等，卻沒有要求不合法平等之權利。然而在此並未涉及不合法的平等。無寧是在前述要件下，對負擔平等之抵觸對於徵稅之實體法基礎產生影響。納稅義務人只可以此為理由援引基本法第三條第一項抵抗該實體法規定。到目前為止，此項法律狀況並未被認識到。因此有理由在一段過渡時間之內容忍目前的法律，並且給立法者一個機會，在適當期間之內適應現在已澄清的憲法狀況。

聯邦憲法法院在類似的案件以不同的憲法解釋承認此項過渡時間之必要性（參照聯邦憲法法院裁判集，第五八冊，第二五七頁（二八〇頁）；新法學周刊，一九八二年，第九二二頁；新行政法雜誌，一九八二年，第二四二頁）。它在此正當化的基礎特別是法治國家繼續性原則（*Kontinuitätsgebot*）。依據所得稅法的想法，一九七九年所得稅法第二條第一項第五款及第二十條第一項第八款之規定依據稅法上規定之構成要件在憲法上並無疑義，應該作為稅捐義務之法律基礎而繼續存在。然而課稅平等原則使立法者有義務在適當期限內——最遲在一九九三年一月一日——以充分的法律措施確保將來的課稅平等。立法者若不履行此項修正的憲法委任，則所述實質稅捐規範本身就會違憲。它因此將不能為徵稅法律基礎。財務法院由於本身不能有拘束力地確認法律的此類憲法瑕疵，故應依照基本法第一〇〇條第一項將稅捐規範違憲性的問題轉交聯邦憲法法院。

由此可知，本案當事人應容忍一九七九年所得稅法第二十條第一項第八款對其於一九八一年估算期間所獲得之資產所得課稅，儘管稽徵程序不充分。

中華民國八十一年六月

德國聯邦憲法法院裁判選輯(三)

\*\*\*\*\*  
版 權 所 有  
翻 印 必 究  
\*\*\*\*\*

編輯者：司 法 院 秘 二 科  
發行者：司 法 院 秘 書 處

台北市重慶南路一段一二四號  
印刷者：文滙印刷資訊處理有限公司

地址：台北市環河南路二段二一號  
電話：三 〇 二 一 一 七 〇