

德國聯邦憲法法院裁判選輯(四) 司法院印行

中華民國八十二年一月

德國聯邦憲法法院裁判選輯(四)

林洋港





## 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(四)，係由翁大法官岳生就德國聯邦憲法法院之判決中擇選十篇：(一)關於「手工藝業證照」之判決；(二)關於「強迫成人停留於教養機構或療養院」之判決；(三)關於「律師懲戒法院之組成」之判決；(四)關於「資訊自由權」之判決；(五)關於「大學組織」之判決；(六)關於「議員薪事」之判決；(七)關於「學校性教育案」之判決；(八)關於「國會保留(立法否決)」之判決；(九)關於「靜坐以封鎖軍事設施之處罰」之判決；(十)關於「雜誌報導中醫藥廣告」之判決；(十一)關於「政黨一般活動國家財務補助界限」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：黃錦堂、蕭文生、黃啓禎、蔡震榮、董保城、蔡志方、吳綺雲、許玉秀、李惠宗(按篇名順序排名)諸位先生女士翻譯，並請法學博士黃錦堂先生擔任譯文之分配及綜合審查工作。

四、本裁判選輯，由大法官書記處蔣處長次寧、梁副處長松雄、廖榮茂先生、谷雲祥先生、王蓉飛小姐諸位同仁分任編審、校對，始克付梓，併此附誌。

# 德國聯邦憲法法院裁判選輯(四)

## 目錄

譯名：

譯者 頁次

一、關於「手工藝業證照」之判決·····	黃錦堂·····一
二、關於「強迫成人停留於教養機構或療養院」之判決·····	蕭文生·····二六
三、關於「律師懲戒法院之組成」之判決·····	黃啓禎·····六三
四、關於「資訊自由權」之判決·····	黃錦堂·····八二
五、關於「大學組織」之判決·····	蔡震榮·····一〇〇
六、關於「議員薪事」之判決·····	董保城·····一五九
七、關於「學校性教育案」之判決·····	蔡志方·····二〇三
八、關於「國會保留（立法否決）」之判決·····	吳綺雲·····二三九
九、關於「靜坐以封鎖軍事設施之處罰」之判決·····	許玉秀·····二九一
十、關於「雜誌報導中醫藥廣告」之判決·····	蕭文生·····三三九
十一、關於「政黨一般活動國家財務補助界限」之判決·····	李惠宗·····三五五

## 關於「手工藝業證照」之判決

——聯邦憲法法院判決集第十三卷第九十七頁以下

譯者：黃錦堂

### 〈判決要旨〉

1. 關於手工藝業所需的能力證明之規定，係屬符合基本法之規範者。
2. 主觀許可要件也只有為求重要利益之保護時，才係為合理。而是否值得保護，不能只能一般性地加以承認，而是還必須考慮到共同價值，此等共同價值係首先產生於立法者於立法時所斟酌之特殊地經濟上、社會結構上及社會政策的目標，例如向來效率表現暨手工藝業效率能力的保持，以及就整體手工藝業經濟的生徒的地位的保全。

3. 立法者有權限去確定職業的圖像，並從而得在該項領域中限縮自由的職業選擇的範圍。立法者於此得類型化而且就專業化之發展傾向只須於一定程度範圍內考量。

4. 以下是合於基本法第十二條第一項的保護思想：對職業申請人根據手工藝業法第七條第二項及第八條



給予例外執業許可，當對他要求提出通過師傅級考試(Masterprüfung)的證明是太過份，而且不可期待時。

聯邦憲法法院第一庭西元一九六一年七月十七日判決

—案號IBVL 44/52—

本件是針對西元一九五三年九月十七日德國聯邦手工藝業法(Handwerksordnung)(載於該會聯邦法律公報第一輯第一四一一頁以下)的合憲性與否而發：本件是由位於漢諾瓦之邦行政法院於西元一九五五年六月二十二日決議提請作具體的規範審查而來。

## 判決主文

一九五三年九月十七日的手工藝業法第一條暨第七條第一項、第二項，係符合基本法之規定。

## 判決理由

A、—I、

根據手工藝業法第一條第一項，是只有已在手工藝業名冊上登記過的人，才能被許可獨立開業營業(Stehendes Gewerbe)。能夠被視為手工藝業而經營的行業，係於本法附表A中被列舉(第一條第二

項)。只有當通過其所擬經營的手工藝業裏師傅級考試(Meisterprüfung)的人，才被登記在手工藝業名冊內(第七條第一項)而有資格開業。該項考試旨在確定「應試人是否有資格獨立地掌管一家手工藝企業，以及按規定地去指導學徒」，以及他是否「能夠高明地完成於他所屬手工藝行業內常見的工作，以及具有必要的專業知識暨必要的企業經濟上、商業上與一般理論上的認知。」(第四十一條)

在例外情形下，於手工藝業名冊之外，存有雖未參加師傅級考試及格，但能證明其擁有相關手工藝行業獨立經營所必須的知識與能力，並擁有上級行政官署的例外許可之人(第七條第二項，第八條)。

## II、

起訴人係於一九三四年參加手工製錶業的學徒考試(Gesellenprüfung)，並從而以製錶為業。他請求上級行政官署根據第七條第二項而為例外許可之批准。他提出以下的事項，即他係誠然是因為其右肘及右腕關節的僵化，而處於不能完成於師傅級考試所需複雜工作的狀態。然而他一定有能力完成於手工製表業中一般存在的工作，而且有能力主持一家手工藝企業；這可由如下證明：起訴人於其父親在戰後開幕的店工作，而且其父親百分之七十無勞動能力，所以他是有若干年實際獨立地經營該家製錶店。他完成附帶的修繕任務，主持與相連鎖的手工藝企業間的關於鐘錶零售商店的買進及賣出，並且完成帳本簿記。由上所述，應足以說明，他擁有為合秩序的職業之執行而必要的知識及技巧。若吾人慮及他重病父親之隨時可能逝世乙事，則拒絕做成例外之許可，將使得他必須放棄此家手工藝企業，從而使得他去其辛苦持續建立的經濟上生活條件，而此一經濟上之生活條件，乃不僅是他及其家庭，尚有他母親生



活之所依賴者。

上級官署拒絕依據上述理由而給予例外的批准，它認為本案例非屬第七條第二項意義下的例外事例。而起訴人在戰後那些年中，有足夠的機會去參加師傳級考試。所以也必須令人懷疑，他是否擁有必要的商業的、企業經濟的以及理論上的知識。因起訴人之訴願徒勞無功，他乃採取行政訴訟途徑。

### III、

漢諾瓦邦行政法院根據基本法第一百條第一項而暫停此項程序，並對此請求聯邦憲法法院做出判決，究竟該項對於「能力證明」的規定（第一條暨第七條第一項、第二項）是否符合基本法。該法院主張一項依據紐倫堡高等行政法院所為判決而來之觀點，即對於手工藝業獨立經營之限制，係違反基本法第十二條第一項及第十九條第二項。

做為獨立的手工藝行業之例外許可的要件中之主觀要件的能力證明的要求，是誠然可以在手工藝業中獲得正當性的，蓋於此種行業中，不得法的經營是會給一般大眾或個別的市民帶來風險。但是阻止在專業上雖夠專精但其不完備之行爲並未危及大眾的人來獲得許可獨立執業或加入該種手工業部門，則不是有何公共利益。

手工藝業法區別手工藝業活動的不同種類，並非按照這些種類活動的重要性及其對大眾的風險。毋寧說它是使得所有在附A中所包括的營業，其獨立地執業須依賴其參加師傳級考試。如同本法的產生歷史中所出現的，立法者並不是由能防止因為不當執業而產生的風險此一觀點，而係期望實現經濟與職業

政策上的計劃。鑒於基本法在經濟政策上的中立，立法者確實是有寬闊的決策形成自由；然而在基本法第十九條第二項之中，卻可發現此種形成自由之不可錯亂而且嚴格的界限。自由選擇職業的基本權利會被下述而觸及核心內涵(Wesensgehalt)，亦即手工藝業法對於所有包括於附表A中的營業，同樣地要求於其專業上能力的證明。

該項手工藝業法中的許可要件的目的，不能以憲法上的特別規範或原則來正當化的。基本法既未明文也未有任意意義推論出下述規定，即藉由能力證明，而使促進或保護手工藝業成爲一項階級而且是中產階級成爲可能。

基本法不應該對參加考試的手工藝師傅的職業型態，視爲國家的、法律上的以及社會學上的事實，而逕以下述內容預定之，即手工藝業的獨立企業，在本質上就應依賴能力證明。德國手工藝業的歷史並未指出獨立執業之手工藝工匠的職業型態應和該工匠的能力緊密聯結乙事。

#### IV、

聯邦眾議院認爲該項安排考試的規範係屬合乎憲法。於手工藝業法中所追求的目的，正當化了聯邦憲法法院自藥房判決以來之標準，亦即以能力證明當作主觀許可要件之成立。手工藝業階級維持其於經濟生活中之特定功能一事，係存在著特別的公共利益。維持手工藝業的表現水準也應該是一項特別重要的公共福利的需求，因爲只有如此，對於最大部份的職業新生代的可靠的專業上的訓練才得以被保障。

聯邦經濟部長已經以聯邦政府的名義表達了意見。他堅持該些在手工藝業法中相關的規則是符合基



本法。鑒於手工藝業在總體國民經濟的架構下所應達成的任務，並且鑒於手工藝業在社會組織中的地位，從而對基於希望維持手工藝業的表現水準及表現能力的想法而爲的在手工藝業者獨立執業的許可上之限制，應屬正當。要求高的表現水平乙事上，也從下事而存在著公眾的利益：因爲個別手工藝業者的高水平表現應該可以合宜地保護消費者免於經濟上的不利益。此外目的尚有，藉由表現水準的維持，同時保障了新進人員的基本與專業上正當訓練的存在，此目的具有重大意義，特別是因爲工業需要大批曾在手工藝業內受過訓練的專業人員。最後，階級政策上的考量，也替立法者保障手工藝業的表現水準提供了辯護：維持手工藝業做爲中產階級的重要部份，也存在著由於它（手工藝業）在社會組織所帶來的平衡與穩定的效果，而產生一般的社會政策上利益（*allgemeines staatspolitisches Interesse*）。而手工藝業的生命力與其經濟上的意義卻是非常地仰賴於其表現水準而定。

巴伐利亞邦政府特別強調，鑒於「獨立之中產階級在社會上式微的明顯徵兆」，獨立執業的手工藝業者的意願——藉著個人的表現，來保障其自身的經濟上存在，及獲得社會的尊重——特別加以強化。一項妥當的手工藝業訓練管道仍應係必要，以期抵抗正在增加的、而且並非只在手工藝業裏存在的、危險的職業貶值看法。

V、

本項程序沒有憲法機關聲請爲參加人。

B、

本件訴之提起係合法。

於前述法院之判決中，產生一個問題，即第一條及第七條第一項、第二項是否符合基本法之規定。在此，下述之事乃是無關緊要的：是否該法院認為例外之許可之實質要件已經該當。該項安排考試所用的規範若係有效，則該法院只能夠在此要件該當的情況下准予撤銷之訴，於不該當的情況下法院則必須以無理由而駁回該訴。而倘若相反地，此規範係屬無效，則法院必須在所有情況下皆駁回該訴，然而須以下述為理由：即不應有批准例外許可的可能性。前審法院相信由於規範的有效及例外許可要件的不該當，應如同規範無效的情況下駁回該訴。然而該法院不應該當它在認為例外許可的要件不該當之時，基於表面上相同的結果，而把該規範的效力問題擱在一旁不加探討。因為它應要——不論是否只能二選一——對該訴之駁回是以該規範違憲為理由。只有當本判決的理由才能說明，該訴之駁回係植基於手工業者職業自由的無限制有效抑或是因為起訴人缺少資格證明，亦即，那項法律依據才算。在這種情況下，本件判決是基本法第一百條第一項所指稱的案型，完全取決於系爭法律的效力；就算不是如此，如同在一般情形中（聯邦憲法法院判例選輯，10,238[261]11,330[334c]）一般，該判決主文是依賴於該規範的有效或無效而定的。

C、

手工藝業法第一條及第七條第一項、第二項，係屬符合基本法之規定者。

I、



聯邦憲法法院已經在其藥房判決（聯邦憲法法院判決集 7, 377）中陳述了一些原則，聯邦憲法法院係依之以作為基本法第十二條第一項的詮釋之出發點。依此，職業自由的基本權利保障了個人下述權利：對任何一項工作，個人都可以相信它是適合自己做為「職業」來選擇；他應該對各項工作中感覺自己勝任的來自由地選取，也能夠在此基礎上建立他自己的生活方式。此一基本權利乃係全面的、於基本法第二條第一項中所確保的、關於人格自由發展之權利的特殊標記。儘管如此，它還是必須和公眾利益加以協調，此一公眾利益反對不加限制的執業自由。基本法第十二條第一項第二段中提供了立法者規範權能。而此項規範權能的界限，藥房判決是從該項基本權利的意義中推斷出來。由此而發展出來的「階層理論」（Stufentheorie）即是比例原則在對職業自由因為公共福利緣故所為限制時之嚴格適用的結果。此一階層理論是由以下觀點出發：亦即根據基本法的秩序，自由的人類性格是最高的法價值，亦即它從而也必須在職業選擇乙事上得到最大可能的自由保障，也就是說這項自由只有在為達成公共福利之所絕對必要的情況之限度內才能被限制。從此項原則性的自由之推定，產生了單純對執業的規則與職業選擇的限制此二者間的區別，而此項區別另一方面也就是職業許可的主觀與客觀要件的區別；它此外還產生了下述原則：即立法者之立法介入只有在「階層」的理由上才算是正當，而這項「階層」的理由會替個人的職業自由帶來最微小的限制。

做出許可一項對職業自由所具體設置的限制之判決，每每需要對互相對立的個人利益與整體利益加以斟酌。在此，當人必須從自由權原則上有優先性這一角度出發；法官原則上不應跳離那些引導立法者

做出認為以其觀點乃屬必要的自由限制之考量與價值判斷，除非當這些考量及價值判斷被證明就基本法的標準而言，的確確是站不住腳的時候。

## II、

就個人而言，對一項在手工藝業法附表A中所提及的手工藝行業，獨立地將之選定做為營業而加以開業的決定，乃是基本法第十二條第一項意義下的職業選擇行為(Akt der Berufswahl)。手工藝業的活動雖然也是能夠以非獨立營業的工作來做為職業而選取，然而根據手工藝業階級在歷史中所形成的結構，以其特有的名稱、特有的風險及特有的責任而為的手工藝業之經營，是有一項特別的、並且正是因為該手工藝業者的公共性觀點而獨特具有特徵的社會上重要性。手工藝業法已經證實了此一重要性；正是該種特殊性，所以手工藝業的獨立執業的開始是和其能力證明分開的。選擇職業的行為總是存在著不論它是否關係到迄今並非屬手工藝業的活動，是否一位已經是獨立執業的手工藝業者要選擇另外一種手工藝業，或者是否有人希望把他所學習的、且迄今係為非獨立的手工藝業從現在起改為獨立經營等等。

於藥房判決(聯邦憲法法院判決集73(71397))中聯邦憲法法院表示，個人的職業選擇自由，是不可以自始就被限制在固定的職業圖像，而毋寧是他原則上應該也可以選擇任何一種(可能的)非典型工作來做為職業。職業概念的此一廣義解釋，是由自由選擇職業的原則中所必然導出的。在此，吾人承認立法者有權對於特定的職業的圖像予以適當地圈定，以及從而使自由選擇職業的範圍在該領域中被限縮



也就是部份被排除。而職業圖像在法律上界定之界限將至何處，是不能一般回答；它取決於，是否立法者只宣告了一個由本已明確地上下相關聯的而且和其他工作明顯區分的「預定的」事實所產出之結果，抑或他並沒有充足的理由而專斷地強迫接受另一種規定。至於現行附表（手工藝業法附表A）在此等觀點下是沒有問題的乙事，將會另予說明。

### III、

能力證明的要求是一項主觀的許可要件：從事獨立手工業的行為，是和職業上的能力和表現分不開的，而能力和表現是個人能夠經由確定的就學管道——例外地可經由其他方法——而獲得，以及他原則上要在一項特定的考試中加以證明的。

而主觀的許可要件也是只爲了重要的社會共同利益的保護而獲得辯護的。因爲它也明顯地限制了——從原則上來看——個人的自由請求權，它阻擋了個人在被其選擇之職業中的活動起點，直到個人帶來了以下證明：他經歷了長時間必要的訓練，並通過了一項特定的考試。

於此值得保護的並非只有、絕對的、也就是說被一般承認的以及從各該共同體政策中獨立出來的社會價值（例如國民健康）而已。立法者也能夠利用職業規定（按：即立法、修法）乙事來達成社會利益，而此一意義下之規定並非被先設的，它毋寧是於其特定的經濟上、社會上及集體政策的觀念及目的之中才能產生，立法者自己將它們提升至重要社會利益的位階上。在此等情況下，聯邦憲法法院不能以如下理由指摘職業規則：此項規則所引爲依據的政策觀點尙無定論。本法院乃被限制只就下列審查：是

否系爭職業規則能否表現出如此高層次的社會共同利益，以致於其爲自由選擇職業之限制帶來辯護。聯邦憲法法院只有當立法者之觀點明顯地錯誤或和基本法的價值體系不相符合之時，才有權去拒斥立法者的見解。

#### IV、

此一受審查的手工藝業法規定，植基於下列基本觀點：就手工藝業表現水準及表現能力的維持，及就整體手工業經濟的接續的保全，是關係到重要的社會利益，因而手工藝業獨立執業的管道是不能對每個人都任意自由設置。手工藝業法的此一出發點，在憲法上是不能指摘的。以下詳述之。

1. 聯邦立法者已將手工藝業視爲一項國民經濟上不可或缺部門，以及視其爲中產階級的一個特別的重要部份。而和多數德意志聯邦共和國所屬各邦之憲法相一致的是（這些邦的憲法是將其對手工藝業的保護及要求明白列入其經濟政策的綱要中），聯邦立法者係將手工藝業視爲一個整體而來加以保護或要求；立法者同時希望藉由上述方式，對整體工商業職業新生代的訓練能加以確保。

依基督教民主聯盟、自由民主黨（F. D. P.）以及D.P.黨的黨團會議之中提出的手工藝業法草案之理由，本法條可和威瑪共和國末期所進行的努力相聯接，該努力旨在依威瑪憲法第一百六十四條頒訂防止手工藝界之小企業遭經濟上之強者之排擠或購併。該項規定乃係參考歐洲其他國家之立法趨勢，而此一趨勢乃是力求、爲了維持手工藝業的特點，加強經濟上的表現能力，以及最後地，青年的職業深造的緣故，而達成統一的手工藝法上的重新佈局以及聯結。

在該草案的第一次討論中，此項想法被提出於聯合內閣以及反對黨之議員之前。人門強調，它是因爲國民及國家的利益而去對手工藝業的表現能力及生活能力加以保障，且對手工藝業的高表現水準加以維持，並因而使手工藝業在總體經濟中所占的可觀比例不會降低，因爲只有如此，也才能同時保障高價值的工業產品存在。手工藝業必須藉由其工作場所及生產場所的維持而加以保護。於此場所中，資本與勞工在同一人之下結合爲一，以對抗資本主義的發展趨勢。

經濟政策委員會中的「手工藝業法次級委員會」贊同一項並非只限於特定手工藝業部門中要求能力證明的公共利益之存在；認爲只有如此才能夠爲了總體工商業經濟的緣故，而去擔保手工藝業的表現水準與表現能力，以及新生代的訓練。此項觀點被經濟政策委員會於其對法律草案的書面報告中予以同意。

在一九五三年三月二十六日，本法草案的第二次及第三次討論中，史圖克倫議員強調，鑒於手工藝業階級在經濟、社會及國家政策上的重大意義，一項手工藝業的秩序乃屬必要；師傳級考試擔保了手工藝業的表現水平以及國民經濟，並且同時表現了對消費者的保護。諾爾議員出於下述考量而認爲能力證明的要求正當：此項考試迫使學徒除了其技術上的訓練外，必須去理解經濟上的問題。氏認爲師傳級考試尤其是意味著「對於未來的獨立手工藝業工匠們的保護：免於他在經濟上不能有進展，因爲否則他太過於不重視企業經濟上的問題了。」

本法律得到除了德國共產黨(KPD)之外所有政黨的贊成而獲得通過。



2. 如同上述所指出的，立法者並非以不當執業對整體或個人造成的危險的防止為考量標準，此項危險存在於為數可觀的手工藝部門，例如建築手藝或汽機車機師與電子裝配技工的團體。引以為準的，毋寧說是維持及促進手工藝階級成為一健全、具表現能力的整體之利益。手工藝確實是由眾多的單一部門而組成，而其工作按照其整體的種類與意義而言也是十分不同，這些工作型態係按照其自己的變化——特別是按照經濟技術之發展的層級——而形成。儘管如此，手工藝本身仍表現為一個統一的社會團體，而該團體係被藉由歷史的發展、傳統、工作的典型特殊性、生活風格以及對於其他職業團體的職業隸屬的階級意識而清楚地區隔定位。而其特定的營業與就業組織也為其中產階級的工商業經濟中分配了一個獨特的社會定位。

3. 立法者所引以為做為在維持與促進手工藝時所存在的特定社會利益的考量，係保持在一個根據某本法係屬可能、而且單獨屬於立法裁量所規定的經濟、社會暨集體政策的框架內；它既不和基本法上之原則也不和憲法上的特定價值決定相矛盾；它能夠在另一方面運用吾人經濟與社會生活的事實與經驗來證明。

對此可以個別地於下論證：

a) 手工藝在經濟整體領域的內部占據了一個重要的空間；在其專業功能（於單件生產過程中貨物的製作、裝配及安裝、修繕的進行及個人學習的手工藝品之基礎勞務提供）上，它是在很廣泛的層面上所不可替代的。

手工藝業的營業額在一九五五年總計四千七百七十萬馬克；在七十五萬二千家的企業中有三百六十二萬員工來工作。估計在一九五九年，營業額會是六千六百萬馬克，而職工人數會是三百八十萬；而到了一九六〇年營業額將會到達七千八百萬馬克，且有四百萬職工。

手工藝業的產品及勞務只有在手工藝的工作技巧下才能合宜地產出最大部份。快速的科技發展並不一般性地排斥手工藝業的個人工作方式，它甚至對手工藝業開啓了重要的新領域（汽機車機器，電子裝配）。手工藝業的表現水準於此乃直接地及巨大地影響了國民經濟的整體成就。

b) 根據藉由維持盡可能多數獨立企業的方式而來達成中產階級之保護的經濟與社會政策觀點來看，手工藝業的促進是合乎邏輯的。

在手工藝行業中，中、小型企業是占大多數的，在這種企業中，企業主自己參與作業，並常常有家族親屬的幫助。在一九五六年，仍有百分之三十三點二的手工藝企業是一人企業；平均一家企業有五點四名員工；只有大約百分之十的企業雇用超過九名員工。而有一大部份的手工藝業員工係屬專業上未經訓練或仍屬在專業訓練階段的學習生。

手工藝業的工作之特性會引致如下結果：人們藉由專業表現而建立經濟上自主存在的意願，會比在其他工商業經濟領域中，要來得容易實現。因而，在此，個人的能力，亦即自己職業上之能力，就居於非常重要的地位；獨立企業開幕所需資本需求自然就會較小。從而，在中產階級的範圍內會不斷地產生新企業，在這些企業之中，屬於生產要素中的勞工和資本結合起來，而且業主能夠使個人的能力完全得

到發揮。以下二者之關係，即此種獨立手工藝業者獲得其自己的工作與工作產品，以及藉此反覆得到新活力的、以表現之強化的方式來有效地保持經濟上生活的意願等等的關係，勢必不會對於參與工作的人之工作信念沒有影響。總而言之，此一關係產生了——經濟地及心理地——社會穩定的重要元素，而社會穩定的強化是國家立法的正當目的。

c) 在手工藝業的企業中，有在整體工商業經濟的新生代之中最高的受訓部份比例（大約三分之二）。手工藝業由此提供給特別是工業如下的可能性，即以受過訓練的年輕手工業者來持續不斷地補充其技工群。工業對此有巨大規模地的使用，而工業界自己——尤其是小企業——對於此項任務卻只能不完美地、並且所費不貲地來承擔。在此種情況下，對於手工藝業而言，乃產生了一項影響遠遠逾越了其直接領域的功能，而且具有重大的總體經濟上的意義。

d) 手工藝業，表現在特別是“師傅”的形成，乃是在社會組織中以一個特別的團體的著稱，此一團體在長期的歷史發展中，發展了性格上的特徵，並且獲得了很高的評價；此一階級自古以來，即非常重視其職業聲望，並且特別強調地保護其社會的團體意識。立法者立法之時應該可以信賴人民、民間之此項公共意見上的支持——在他為維持及促進這一個職業階層的信譽以及要選擇措施之時。

#### V、

若立法者以維持及保養手工藝業高表現水準的理由為一項特別重要的社會利益，則下列問題仍然是最重要的，即是否相對於個人自由權利的此項社會利益能夠占有優先性，以及是否——隨著上開問題有

肯定答案——本法律並未逾越基本權利的限制。職業自由的基本權利之內容，乃在使個人在職業選取上必須在如下程度內擁有自由，只要是其和社會上值得保護的利益是相容的時；反過來說：職業選擇的限制，對個人來說，只有在該項限制是重大社會利益之保護的必要時機及範圍內才必須加以忍受。公共福利的必要性與市民的自由限制必須處於平衡的關係。這意味著——根據在藥房判決中所做出的原則之內容——，首先應該審查的是，立法者爲了其目標達成之故是否究竟必須去做出對職業自由選擇的限制而非只去做對於職業型態的規制；以及，是否立法者所採用的許可要件就社會共同價值的維護而言屬於顯而易見之不適當手段；在最後則是，是否該項許可要件，按照它所表示的，並未過度地與不可期待性地加負擔給當事人。在這些於上下文中處處提及的價值與權衡的問題上，立法者的觀點是不能夠被聯邦憲法法院來指摘的，只要吾人不能確信其係出於一項不正確的事實前提或是它和憲法矛盾。

1. 立法者對手工藝業之表現水平與表現能力之保障與促進一事本來是能聽任對於手工藝業企業業主的自由決定。若然則立法者是以下列觀點爲出發點，即：自由競爭已經將無表現水平或表現能力較差的人充分地加以排除，在此情形下即是透過「自我篩選」的方式，最具表現能力的人可以得到獨立性或者繼續保持獨立性。此項目的，本來也能夠藉由對經營之規制而獲得促進。而且本來也有可能，就職業的自由進出的管制是否加以開放的問題上，只讓有師傅稱號者才有資格成爲企業主，而這些人係已通過師傅級考試；而藉由上述，一人企業是否擁有高表現能力，就會被大眾所瞭解了。而正如同在早年之「小能力證明」一樣，職業新生代的訓練仍然是手工藝業師傅的專利品。對於那些手工藝業的技術上與企業



經濟上的深造，是手工藝業法上本來就賦予手工藝業同業協會與手工藝業公會的義務，這些深造的管道應該透過各式各樣的措施被繼續建立起來。

若吾人認為以上這些可能性並未充分地顯示給立法者，吾人也可認為其背後之理由是明白不會有錯的。因為執業規則——以及更多的，自由經濟的主體的競爭規定——將沒有例外地首先對那些已經具有獨立的職業上能力的人員有效。這些規定並非旨在對抗一項行業之中不具資格的人員的侵入。直到這些人員繼續被淘汰或是它們達到了值得追求的表現水平之前，不僅是顧客（經由有瑕疵的勞務），而且是手工藝業階級本身（經由對於事實上具表現能力的企業之排擠與妨礙，暨手工藝業勞力被視為一個整體而遭受到尊重之降低）都會蒙受重大傷害。對這種情形加以避免，正就是立法者的目的。當立法者因此相信，已經必須在職業選擇的階段中，設置自由的限制手段，以期阻止不適宜的人員進入此種行業之時，則他不能夠只原則上地阻止，而是要將之設立前提要件，此項要件即是要使這些措施處於合憲的界限內，特別是要保護比例原則。

2. 手工藝業法提出專業能力的證明做為獨立執業之許可的主觀要件。這項證明應該要透過一項確定的訓練，以及參加一項特定的考試而完成。它是——撇開在第四點之中所加以探討的特別情況不算——最輕微的、對於求職者在職業自由選擇的限制上之最小負擔的型式。於此，藥房判決中的論述乃於一切範圍上都得適用；依之，此等內容上的限制，在本案中係能夠證明為合理。手工藝業的合秩序執業，係以知識與能力為前提，而知識和能力，應該是只能透過理論與實際上的訓練而加以獲得的。當立法者

就其應獲得的必要知識與能力，以及種類與方法，加以個別地確定時，這乃是根據事物本質所產生的資格要件的形式化及具體化，因進入此等行業的管道，將變得只對那些已獲得爲了該職業活動之合秩序執行必需的能力證明者加以開放，從而申請人只能指望，他必需以理智的評估，來判斷將發生的事，而做出他自己應該如何完成該要件的決定。這尤其重要（有意義），當所涉及之職業（例如本件之手工藝業），其特點在於企業主在廣泛的層面上必須自己進行合力工作的行爲，從而它乃是以企業主的個人能力及知識爲決定性的出發點時。這一項對企業主要他證明自己擁有足夠的能力與知識的規定，是如此地能配合各個行業本身的特殊狀況，以致於該項系爭對自由權之限制規定對個人而言，幾乎是對其存在（影響）不生什麼感覺，尤其是當相較於對重要社會利益的保護而言。以上所述才是本件之決定性的部分，至於手工藝業的活動由於其多樣性以及其輕易的加入可能性已不斷地被許多人選擇做爲職業以及適用該規定當事人的數目很高，則不具決定地位。

3. 因上所述，立法者應該超越純粹執業規則的層次，而能夠——如同前面所探討中所明顯可知的——將他所採行的能力證明規定視爲一項原則上合適的手段。此處之手段的合用性暨對於職業自由選擇之法律介入的必要性的判斷，不得以下述理由被質疑，即職業許可的限制並未達成立法者目的之要求。固然，師傅級考試仍未保證一名師傅能經由專業的深造進修而跟得上其所屬手工業的發展腳步暨從而能持續地保持被追求的表现水平。然而此項考試卻至少保障了應考人透過理論與實際的訓練而獲得必要知識與能力，並且其能認識到持續進修之必要性，而且其能自己建立了進修的基礎。每一個入行的手工藝業

者能夠由於確定的表現層次，而充分地整體上保持獨立執業的手工藝業的高表現。

師傅級考試只保障了手工藝企業業主的能力，卻在被雇用的工人的職業能力問題上留下空白。然當此其時，手工藝企業的表現水平乃是決定性地仰賴於業主的專業能力：業主的活動，一般而言都保障了企業內成員的工作的品質。此外還有，尚未結束其訓練，可是打算獨立的非獨立手工藝業者，可以預見地，將會極爲努力地拓展其專業知識，並且充實其技術能力，一旦他瞭解他必須證明他在手工藝業中獨立執業之能力的話。

4. 於此可以發現一項不可期待的（按：即過度的）自由限制：即本法在其附表 A 之中將職業的選擇範圍限縮到於該表中所登錄出的手工藝部門，這項限制使得個人不可能去選擇在被確定的職業形態所概括的手工藝業活動以外的分科當做職業並從而而有相應之學成訓練。在特定——而且可能是合理地區隔開的——工作（例如裁縫業及機械手工業的內部）之中的人，若有心進行專業化，則應能夠要求對他有更高的訓練與測驗的設施或機會。

但是本法基於以下的觀點在憲法上不受上述指摘。立法者原則上應將職業圖像加以正當地確定下來，這是一個已經在藥房判決中表達出來的觀點。立法者所能夠操作的只是，將——在基於對職業中傳統及實際情況的注重——相類似的活動總括成某一種單一的職業單元。而於此他是否廣泛地滿足了職業的專業分工要求，則只能個別地加以評價。一般地說，吾人必須在此留給立法者一個某程度的決策空間（Spielraum）。立法者須做類型化的工作，並且應該在此項基礎上而以平均地（durchschnittlich）正當化

過的資格需要爲出發點；對即使是已廣泛散播開來的專業化趨勢，立法者只能在一定程度的界限之內加以考慮——當他意欲相對於純粹的「專業工人」而思保持手工藝業的全面特性時。若吾人相信此項規定整體而言，並不會導致對向來的與事實上存在於相關職業領域中的關係的扭曲，則一個一定程度的、於合理界限內對訓練暨考試要求的「要求」——如同立法者迄今在許多國家的訓練暨考試命令中所確定者——乃應被接受，尤其是當系爭的自由限制可透過新生代之就業機會以及社會聲譽之增加而得在一定意義上獲得平衡時。

從手工藝業法附表A中之考試中吾人可以得知，立法者於個別手工藝業部門的列舉上——此項列舉具有規範上之區別性以及總體性之意義——，保留了手工藝業的傳統形態，並且也適當地導致了手工藝業部門內部的專業化努力。對於系爭法律規定的憲法上的指摘從而不應被承認的。

5. 在該法律中之許可要件的知識與能力，依本庭見解並不是與妥善之職業活動之達成的目的無關的職業種類及規模；而且原則上所表現的形式訓練管道與考試，也並未過度地勞煩職業申請人。以下詳述之。

a) 由手工藝業工作的本質乃產生以下結果，即獨立執業的手工藝業者必須擁有對於材料及工作技術、暨其工作之技術聯繫面上的廣泛知識。在許多手工藝業的部門中，工作程序是一種持續的發展；而合乎潮流的造型以及時髦的塑造也是非常重要的。在現代的經濟生活中，一名手工藝業者是不能夠不具備企業經濟及商業交易上的知識而生存的。從而下述的事項是可以被正當化的，即在師傳級考試之中，



要求「必要的企業經濟上的，商業交易上的以及一般理論上的知識」（本法第四十一條）。以下這件事是自明之理（考試規定中也將它也規定了）：於此考試中，只要求應該有的知識領域之基礎的知識。

以上所述最後意味的是，當要求一名手工藝業者能夠「師傅級般地」（meisterhaft）完成在其所屬行業之中常見的工作時，那並不是不合比例的沈重要求。所謂「師傅級般地」並非意指該項專業能力必須遠遠超越一般手工藝業的水平。它並不要求不尋常的表現；而毋寧單只是要求職業申請人有能力去「獨立地」，依手工藝業的一般原則，而忠於原有精神地完成一件常見的工作。

如同師傅級考試的結果所證明的，本法所列之考試要求實際上有調整配合一般手工藝業的水平；就手工藝業的整體平均數而言，在一九五一年到一九五五年之中，只有百分之十三的考生被拒絕（未通過）。總之，本法所列之實際與理論考試的要求，可以由平均才智的人經由平均水準的努力而達成。

b) 本法所規定之訓練過程以及考試，在典型的情況下，並不會過度地煩勞職業申請人。於三至四年的見習期與至少三至五年的生徒期之後舉行的學徒考試（Gesellenprüfung）的原則上要求（本法第三十條、三十二條、三十四條），是立法者以平均而適當方式所作的一項決定。此項一般為十八年的完整學習期間的訓練目的是，使得學徒能夠具有於其所屬手工藝行業中常用的技巧與能力，並且擁有對於原料及輔助材料的價格、性質、處理與利用的專業知識（本法第三十二條第二項）。除了表現水平之外，學徒還需要有可觀的職業經驗，才能夠對於在其所屬手工藝行業中發生的工作，予以在上已述及之意義下的「師傅級般地」完成。一段三至五年的生徒期間，儘管如果加上這段時間之後整體的訓練過程會變

成二十二至二十三年之久，但並不是不適當地長。此外，存在著下述可能性，即職業學校的就學期間被列入算是生徒期間（本法第四十四條第三項第一段）；而其在生徒期間擔任獨立執業手工業工匠、作為工廠師傅（*Werkmeister*）或其他相應位子的時間，也可做為生徒時間（本法第四十四條第三項第二段）。最後，在例外的情況下，通過師傅級考試者，能夠完全不去經歷該項法定的訓練過程（本法第四十四條第四項）。

。該項在手工藝業中資本與勞力應該結合一起的原則，會造成以下結果，即一名自己不具師傅身分的企業家（*Unternehmer*），不得雇用師傅而去開設一家手工藝企業。這並不是過度的要求，而且不論該系爭法律是否在其他某些情況下存在著此種可能性；因為這種規定是植基於特殊狀況，並且是只有與該系爭法律整體的目的範圍內。

6. 若吾人終局地總體評價該系爭由立法者所加諸手工藝業為生的人的自由限制，則有一些觀點不能不列入考量，這些考量能使對自由權的限制的比重加以進一步降低；首先，在手工藝業，工匠也能夠不經過師傅級考試而在手工藝業以及工業中從事活動。即使撇開此點不談，該系爭法律甚至也特別開放了下述可能性，即職業申請人能夠在例外情況下，也可以用考試以外的方法，來產生其在手工藝行業中獨立執業所必須之知識與能力的證明（本法第七條第二項，第八條）。根據上所述及的原則，例外情況至少於以下的情況時是應該被採納的，即當對於職業申請人而言，逕以參加學徒學成考試的形式來做為其專業能力的證明係屬一過度而不可期待的重擔之時。於此，這種情況只可以在基於對個別情形的所有

狀況都加以評量後予以評價。例如說下列的情形就可以被視為一種特別複雜的因素，例如職業申請人必須籌措到親屬的生活費用，以致從而沒有能力去承擔學習技能所需的時間與金錢的耗費；另外，職業的有權期待者（Berufsanwärter）之年事漸高也能夠形成一個理由，使他可以免於考試，尤其是當他已經經歷過其他的訓練過程，而此種過程是如同在手工藝業法之中所規定者。只有下列這種行政上實際操作，即針對在於第七條第二項所適用下的那種免除參加師傅級考試乙事而充分考量到了特別沉重負擔的狀況者，才是取向於基本法第十二條第一項，並且是符合了該條項中的保護思想。

就繼續擴大例外情形是否滿足第七條第二項的目的與目標是否仍如前所述者，係在憲法上合宜者一事，於此不須加以討論。無論如何，手工藝業法的產生歷史已經指出了，對於例外批准之給予之可能性，應該不吝利用。這些例外情況不應該只依樣地就只被承認適用於那些被特別的、尤其是由戰時及戰後的各項關係而造成的理由所妨礙而不能參加師傅級考試的人；毋寧說是應該在例外批准的給予上，也要考慮給予下述職業申請人，即「有能力於手工藝業或工業中的相應的責任重大的職位上從事非獨立執業的活動者」，或是「完成其他的訓練過程以代替學習期、實習考試及實習期者」。於此，立法者乃為所有未能通過師傅級考試的人開啓了一條出路。而此一出路並不是目的本身，也不是對不受人歡迎的競爭的保護手段，而是一條正常情況下對一定條件之手工業從事之人擇優錄取的道路。無論如何，大規模的承認例外是不合於手工藝業法的目的——其目的為增大有表現能力的獨立手工藝業工匠之存在。一個對於例外情況之概念的廣泛詮釋，和該系爭法律的企圖（保持與促進手工藝業的表現水平與表現能力），

是沒有違背的，因為職業申請人在所有情況下，都必須證明其具有就手工藝業獨立執業之所要的知識與能力。

7. 總結而言：基本法第十二條第一項係以該有法律規定之必要性為前提。在基本法制定之制憲會議 (Parlamentarischer Rat) 的辯論中已指出，職業自由的原則，需要有法律的加以具體化。提出主觀許可要件的法律，正是對此的典型例子。當基本法第十二條第一項授權立法者制訂「規制」時，基本法即係明白地表達出，這樣的法律並非是在基本法第十九條意義下的「限制」（聯邦憲法法院判決集 7,377[403f.]）。從而，乃排除基本法第十九條第二項，以及同條文第一項第二段之適用。

## VI、

平等原則並未被下述狀況所侵害，即工業生產的成品中，有的係經手工藝的製造過程者，而其工人並未被要求具有能力證明。

若立法者有權以能力證明的形式來設立主觀的許可要件，則根據基本法第三條第一項，他並不負有義務因下述理由而平等地看待各項職業，亦即在個別的活動範圍或工作之間的外部平等性應該被確定。而毋寧說是，立法者能夠就職業規則的種類與規模，用多種措施，依照不同職業的生活領域間的特別關係，尤其是依照討論中之既存職業的社會性結構，而加以區別化（聯邦憲法法院判決集 9,338[350]）。根據這項標準來看，下述的情況是不能夠被評價為抵觸一般的平等原則，即：被工業化地經營的工作，係被自由地容許，但在手工藝業中，這些工作就須承受能力證明的規定。

手工藝企業不同於工業企業。手工藝業其中大部份係小企業。企業主個人在手工藝工作上的協力工作對手工藝企業而言是典型的狀況；因此，企業主的專業能力乃決定了手工藝業效率的價值。與此相反地，工業企業的企业主，一般而言，並不直接參與生產，而只是限縮於買賣交易或技術上的領導。此項結構上的區別使得下述之事顯得理由充分：即只有手工藝業的獨立執業取決於其個人能力暨知識的證明。



## 關於「強迫成人停留於教養機構或療養院」之判決

### ——聯邦憲法法院判決集第二十二卷第一百八十頁以下

#### 〈判決要旨〉

譯者：蕭文生

1. 社會國家原則賦予國家建立公平社會秩序之任務。但其並未表明立法者於完成此項目標時，只得規定利用行政上之措施；就此立法者亦得規定私人福利團體之協助。
2. 爲保障有效之法律執行所必要，聯邦得依基本法第八十四條第一項於其實質立法權限內規範地方自治官署之建立及程序。
3. 在基本法生效前授權頒布行政命令所公布之法律必須符合基本法第八十條第一項第二句之要件，若所頒布之行政命令應有助於其實現之實體權利於基本法生效後遭受重大修改時。
4. 聯邦從事資助任務時亦受到基本法第三十條及第八十三條之拘束。若基本法並未明示給與聯邦從事該項任務之行政管轄權時，則聯邦只有在該任務明顯地超越區域性時才得擁有行政管轄權。

5. 非基於保護公眾或保護當事人本身，而僅基於改正當事人之目的而強迫成人停留於教養機構或療養院乃是違憲的。

一九六七年四月十七日及十八日言詞辯論於一九六七年七月十八日所作之第二庭之判決——  
2BvF3,4,5,6,7,8/62·2BvR139,140,334,335/62——

本件訴訟程序旨在審查下列法律條文：

1. 審查一九六一年八月十一日公布之青少年福利法(BGBI. I S. 1205)第二條第二項——在其將青少年照顧亦包括情形下——，第五條第一項「也許」一詞，第五條第一項第六款、第二項及第三項第二句，第七條——在其要求資助之情況下——，第八條第三項及第九條第二項，第十二至第十六條，第十八條、第二十四條、第二十五條第一項及第二十七條第四項之合憲性。

2. 審查一九六一年六月三十日公布之聯邦社會救助法(BGBI. I S. 815)第八條第二項第二句，第十條第三項第二句及第四項，第七十三條第二項及第三項，第九十三條第二項第二句和第九十六條第一項第二及第三句、第二項第二句之合憲性。1. 2. 之訴訟聲請人：a) Hessen邦，Hessen邦政府，代理人：邦總理，訴訟代理人……；b) Freie Hansestadt Bremen·邦政府，代理人：邦總理，——訴訟代理人……；c) Freie Hansestadt Hamburg，邦政府，代理人：邦總理，——訴訟代理人……；d) Freie Hansestadt Bremen·邦政府，代理人：邦總理，——訴訟代理人……；e) Niedersachsens邦，邦政府，代理人：邦總理，——訴訟代理人……。

3. Dortmund, 代理人：市政府，Darmstadt, 市政府，Frankfurt(Main), 市政府，Herne, 市政府，訴訟代理人……針對(a)一九六一年八月十一日公布之青少年福利法(BGBI. I S. 1285)第五條第三項及第八條第三項(b)一九六一年六月三十日公布之社會救助法(BGBI. I S. 815)第十條第二句及第四項和第九十三條第一項第二句所提出之憲法訴訟。

### 判決主文

I、一九六一年八月十一日公布之青少年福利法(BGBI. I S. 1285)第十二條第一項及第二十四條無效。第二條第二項、第五條第一至第三項、第七條、第八條第三項、第九條第二項、第十二條第二項及第三項、第十三條至第十六條、第十八條、第二十五條第一項與第三十七條第四項皆符合基本法。

II、一九六一年六月三十日之社會救助法(BGBI. I S. 815)第七十二條第二項和第三項及第九十六條第一項第二句無效。第八條第二項第二句、第十條第三項第二句和第四項、第九十三條第一項第二句及第九十六條第一項第三句和第二項第二句符合基本法。

III、憲法訴訟駁回。

### 判決理由

## A、II、

第一次世界大戰後國家於青少年福利及教養範圍內之行爲乃由一九二二年七月九日之帝國青少年福利法 (RGBIS 63, 以下簡稱爲·RJWG) 及有關教養義務之命令 (一九二四年二月十三日·RGBIS 100, 以下簡稱爲·RFV) 和補充 RFV 有關公共教養要件、種類及程度之帝國原則 (一九二四年十一月四日·RGBIS 765) 在帝國法律方面加以規範。此些法律規範經多次修改在第二次世界大戰後仍然繼續有效。聯邦立法者重新規範了此兩項法律領域。

1. 一九五三年已修正過的帝國青少年福利法 (一九五三年八月二十八日·BGBlS 1035, 以下簡稱：第一次修改之法) 於一九六一年八月十一日經帝國青少年福利法修改與補充法 (BGBlS 1193, 以下稱：第二次修改之法) 修正並於當天以重新編排條文順序之方式以青少年福利法 (BGBlS 1205) 之名公布 (以下稱：JWG)。修正後之法律於一九六二年七月一日適用其基本重要之部份。

除將第一次修法時新組織青少年機關之任務加以擴充外，青少年福利法帶來了許多青少年權利實質之改變 (例如教養之權利)。其提出了公共之救助應支援及補充在家庭中開始的兒童教育的原則 (§ 3) 及同時規範了公共 (官方) 及自由 (私人) 青少年救助之關係 (§ § 5—9)。

2. 教養義務命令及帝國原則由一九六一年六月三十日制定、一九六二年六月一日生效之聯邦社會救助法 (BGBlS 815, 以下稱·BSHG) 所取代。聯邦社會救助法將至目前之教養法及個別特殊之規定 (例如肺結核救助、盲人救助及身體殘障救助) 整合成爲一項法律。相對於目前教養之概念，其在此將社

會救助之範圍廣泛地擴大（特別是在第三章：特別生活處境之救助）也強化了尋求救助者之地位，即承認其享有請求救助之請求權（§ 4）且只有在有限的範圍內才有償還費用之義務（§ 92）除實質之給付要件外，該法亦規範了公共救助與民間福利照顧間之關係（§§ 10, 93）。

## II、

在兩項法律立法過程中已有部份條文，特別是規範官方救助及民間團體間關係之條文，在憲法上有爭論。法律生效後總共有十項訴訟提出於聯邦憲法法院，其中有五項是針對青少年福利法之條文，另外五項則針對聯邦社會救助法之條文。每五項訴訟中各有三項乃基於邦政府（Hessen, Hamburg, Bremen及Niedersachsen）依聯邦憲法法院法第十三條第六款及基本法第九十三條第一項第二款（抽象之法規審查）之規定所提之聲請。各有兩項乃是非屬於縣管轄之城市（約同於省轄市，如Dortmund, Darmstadt, Frankfurt/Main及Herne）依聯邦憲法法院法第九十一條所提出之憲法訴訟。

在十項訴訟下有以下之聲明：

### 1. 有關青少年福利法：

（a）Hessen邦政府及Hamburg邦政府聲請確認，下列青少年福利法之條文違反基本法而無效：

I、第二條第二項——於其將青少年照顧亦包括情形下——及第五條第一項第六款和第二項違反基本法第七十條。

II、第五條第一項——也許一詞——、第五條第三項第二句、第七條——在其要求資助情況下——

及第八條第三項違反基本法第三十條、第七十條、第八十三條、第二十條第一項及第二十八條第一項及第二項。

III、第九條第二項及第二十四條違反基本法第八十條第二句。

IV、第十二至第十六條、第十八條及第三十七條第四項違反基本法第七十條。

V、第二十五條第一項違反基本法第八十三條。

Bremen邦政府提出了如Hessen邦政府於I、II之聲請。

2. Dortmund, Darmstadt, Frankfurt/Main及Herrn提出聲請確認..

I、爲修正及補充帝國青少年福利法於一九六一年八月十一日公布之青少年福利法(BGB. IS1193)第五條第三項及第八條第三項與基本法第二十八條及第二條、第三條、第四條、第六條、第三十條與第七十條不符合而無效。

II、判決德意志聯邦共和國補償訴訟費用。

2. 有關聯邦社會救助法..

a. Hessen邦政府及Hamburg邦政府聲請確認下列一九六一年六月三十日公布之聯邦社會救助法條文(BGBIS815)違反基本法而無效..

I、第八條第二項第二句、第十條第三項第二句和第四項及第九十三條第一項第二句違反基本法第三十條、第七十條、第八十三條、第二十條第一項及第二十八條第一句和第二十八條第

二項。

II、第七十三條第二及第三項違反基本法第二條第二項第二句及第十九條第二項和第二十條第一項及第二十八條第一項。

III、第九十六條第一項第二句及第三句和第二項第二句違反基本法第七十條。

Bremen邦政府提出，如Hessen邦政府於I、之聲請。

2. Dortmund, Darmstadt, Frankfurt/Main及Henne提出聲請。

I、確認一九六一年六月三十日公布之聯邦社會救助法(BGBIS815)第十條第三項第二句和第四項及第九十三條第一項第二句不符合基本法第二十八條及第二條、第三條、第四條、第三十條與第七十條而無效。

II、判決德意志聯邦共和國補償訴訟費用。

Niedersachsen邦政府加入Hessen邦政府所提出有關青少年福利法及聯邦社會救助法法規審查之聲請。

III、聲請人及提出訴訟之城市提出下列理由：

1. 有關青少年福利法：

a) 該法除規範關懷具危險性或已犯錯青少年之教養外，亦規範了不須有現實危險存在而具一般性幫助青少年身體上精神上及道德上利益任務之青少年照顧。聯邦就青少年照顧並無立法權限。基本法第七



十四條公共教養之概念並不包括青少年照顧。聯邦與各邦立法權限之分配與帝國青少年福利法頒佈時之情形並不相同。就此基本法亦依其一般之傾向將聯邦立法者之權限相較帝國立法者自威瑪憲法所得出之結果加以限縮。

即使認為基本法第七十四條第七款得將青少年福利之範圍涵括帝國青少年福利法所規範之領域，聯邦立法者亦不得將非屬於教養概念之新任務帶入其中。此類帝國青少年福利法並未包括全新的純粹的青少年照顧任務則在第五條第一項第六款（空閒時間之輔導、政治教育及國際交流）及第五條第二項（資助青少年團體之活動、訓練工作人員及設立和維持青少年之家）中規定。上述兩種情形乃涉及一般的幫助青少年之任務，而應予所謂的「教養」無關。此類深入文化領域內容之規範只屬於各邦之權限。

b) 創設民間團體優先權及在財政上給予保障的青少年福利法第五條第一項及第三項第二和第七句及第八條第三項，相對至今的法律有三項基本之改變：民間團體現在不再是在法律規範外而是在法律規範範圍內從事活動。相對地地方自治團體則被剝奪其本身照顧青少年之任務且必須資助從事該項任務之社團。最後公共青少年救助機關與民間團體間之關係不再是兄弟般的夥伴，相反地在完全錯認應以地域性作為青少年救助任務的原則下，鄉鎮本身之救助行為顯得如惡事般，而為儘可能有助於享有優先權之社團活動則應予以去除。

該項優先權規定並非必要，因相對於鄉鎮民間社團之工作至今為止並未受到不利益且如統計數字顯示其活動亦不斷地擴展。其具有國家級之性格。在此必須提出是否因此德意志聯邦共和國之憲法——即

使在很小的部份範圍內——被無聲無息地改變的問題。除此之外，基於下列理由該項規定不符合基本法

：  
a) 聯邦就此並無立法權限。基本法第七十四條第七款意義下之公共教養係僅指國家或地方自治團體所為官方的教養。因此聯邦立法者只限於頒布有關國家或鄉鎮團體所為青少年救助之規範。公共及民間青少年救助等級關係之規範及賦予民間團體特定法律定位並未包括在內。這些已不再是公共教養而是文化政策。

此外即使將教養之概念做最廣義的解釋，救助需要者亦僅屬於教養概念之客體。聯邦立法者卻基於有利於民間青少年救助團體之目的而規定了資助義務而超越了這個範圍。聯邦在教養領域內並不具有例如依基本法第七十四條第十三款有關學術研究或依第十四條第十七款有關農林業生產所擁有之資助權限。

最後聯邦以一方面宣佈鄉鎮及鄉鎮聯盟為公共青少年救助之主體，另一方面卻為了民間青少年救助賦予其限制及財政支持義務之方式確立了地方自治憲法，而這方面聯邦卻是缺乏權限的。基本法將鄉鎮歸屬於各邦並同時保障邦法律之特性。有關民間青少年救助優先之條文含有指示鄉鎮政策之方針且決定性地確立了鄉鎮的活動空間；因此其乃屬於地方自治憲法之範圍。此項單獨保留給邦立法者之領域，聯邦立法者不得依基本法第八十四條第一項及屬於其權限範圍內之事務規範而加以侵害。

b) 此外優先原則侵犯了各邦之行政高權(Art. 83及306G)。基本法第八十三條並非僅創設直接及間

接邦行政執行聯邦法律之義務，而亦是建立了一項專屬權。此項專屬權乃是針對聯邦而言，蓋聯邦只在基本法規定或允許之情況下才得以從事法律之執行。基本法第八十三條亦禁止聯邦透過其他方式來阻止各邦執行法律。保留不屬於行政活動之範圍或將聯邦法律所規定之任務移轉給社會團體則削減了各邦基於基本法第八十三條之權利。依青少年福利法之規定邦行政機關（間接）只能在民間青少年救助團體放棄本身之活動時，才能執行其所受委託之任務。其結果是邦行政機關為能實施基本法所保障之執行聯邦法律的權利，須先獲得社團之允許。此亦不符合各邦身為聯邦成員國之地位。

(3) 社會國原則亦被侵害(Art.20I及Art.28ISatz1GG)。依基本法之規定國家擁有及負擔社會教養之權利與義務。公共青少年救助乃是完成一項針對青少年而不是被視為對社會團體援助義務之社會國義務。聯邦不能從此處得出鄉鎮相對於民間社團負有責任之結果。因此該法之優先原則不過只是將基本法內含之國家行為補充性原則加以具體化之看法是無法接受的。

社會國家原則亦賦予各邦從事社會活動之權利(Art.28ISatz1GG)。基本法並未含有聯邦為有利於民間社團得以限制各邦該項權利之授權基礎。為有利於該團體所規定之輔助義務更是不符合社會國家條款。社會國家原則所內含各邦從事社會活動之權利包含了將國家之社會工作限制在國家機關而放任社會依其自身力量發展之權利。

如最後該優先原則亦不當地侵害了鄉鎮的自治權(Art.28I1GG)。青少年福利法不但侵害了鄉鎮之任務領域(§ 5 I、III Satz2)也侵害了鄉鎮事物自行執行之權利(§§ 7、8 III)，此兩項情形已侵

犯到自治之基本內涵。至少是違反了禁止過當原則。在青少年救助中所涉及的乃是鄉鎮傳統之任務，而優先原則卻侵害了該項任務之完成。鄉鎮不再依其鄉鎮自由權而為主管部門，而只擁有依聯邦法律所賦予，依各民間團體之活動而定之補充性權限。在民間團體從事救助活動時，實際上鄉鎮則被排除從事青少年工作。除此項任務限制外，鄉鎮就自治事務之自行負責執行權限亦受到侵害；鄉鎮於決定使用其經費時——此乃鄉鎮財政高權之一部份——則受到輔助義務強烈之限制而使得所謂財政自主不復存在。

本身直接教養之禁止及撥付鄉鎮預算給民間團體之法律義務觸及到地方自治之命脈。地方自治團體將被證明其無能力依地方之特性決定該項事物在自行負責下如何執行。聯邦就此不得給予指示，即使以法律之形式亦不允許。若鄉鎮及其居民於此問題上被剝奪自主決定之權利，則基本法第二十八條第二項之地方自治保障即失去意義。

(cc)基本權利亦受到侵害。民間優先於官方青少年救助之規定乃是基於托瑪斯自然法之補充性原則。該項學說在法律內被提升至具拘束力的法句。此違反了保障信仰及良心自由的基本法第四條。對植基於地方區域的鄉鎮青少年救助給予否定之評價與此是不相一致的。

除此之外該項輔助義務在結果上將導致財政較佳，特別是宗教團體占有優勢，而其已間接自國家給予教會之給付中(Art 740GG)獲得利益。團體本身支出愈高，依法律之意願則鄉鎮之資助亦應愈高。透過這樣的方式將導致強迫造成不同從事青少年救助團體間侵害平等要求之不平等待遇，更確切的說則是不利於各個宗教上之少數信仰。同時鄉鎮亦被強迫藉著其預算之投入，在各團體競爭時表達立場，因此

——違反其自由意志——去影響言論之形成。此項聯邦法律指揮地方自治團體政策之情形違反了基本法第二、第三及第四條之規定。當事人之自由決定權、平等權、信仰自由及父母之教育權亦將受到侵害，若鄉鎮依此方式被強迫不同地來處理社會的力量時。

c) 青少年福利法第九條第二項及第二十四條之規定並不符合基本法第八十條第一項第二句對授權法律之確定性所提出的要求。第九條第二項(JWG)之授權內容並未充分確定。不確定者為是否透過命令只得規定國家承認民間青少年救助主體之實質要件或是亦可規範承認所應依循之程序。何項實質承認要件得被提出亦不確定，因為保證其為有助於達成基本法目標之工作及保證合理客觀地使用經費，本就是提供給付之要件且依第九條第一項(JWG)之承認乃是附加要求的。在此情況下是無法預知該授權使用之傾向(請見BVerfGE 10,20[33])

依基本法第八十條第一項第二句而非依第一百二十九條第三項評斷之第二十四條(JWG)的授權內容及範圍亦完全不確定。聯邦政府是否基於保障青少年福利局同質量地完成任務之目的只得頒布實質規定或只有程序規定或皆可之問題並不清楚。此外該執行規定之可能內容亦無法預見，因青少年福利法常常以授予行政機關一般委託之方式即認為已經足夠。

d) 透過將青少年解釋成為鄉鎮及鄉鎮聯盟自治事項及賦予不屬於縣之城市及縣(市)設立青少年福利局義務之第十二條第一項及第二項(JWG)及與此有關緊接涉及青少年福利局之組織，特別是青少年福利委員會之組成及任務之條文，聯邦立法者再度以不允許之方式規定了地方自治憲法。一項任務是否由

鄉鎮依自治事項或依受指示拘束之委託事項加以執行乃是地方自治憲法之問題，因其直接牽涉到國家與鄉鎮間之關係。同樣地規定地方自治團體設立特定官署及其組織之條文亦侵害了地方自治團體之行政組織。

聯邦自基本法第八十四條第一項中並無法得出該項規範權限。雖然自該條文字面意義可以得出聯邦在該條文範圍內亦得就間接之邦行政（地方自治行政）之官署設立及程序加以規定之結果。但該項看法是無法接受的。官署設立及程序由聯邦法律加以規範乃是例外之情形，因此該條文之解釋必須嚴格（例外解釋從嚴）。此外其亦內含著來自聯邦國家結構上之限制。各邦之國家組織，例如將邦劃分成幾個政府行政區，聯邦政府必須加以承認。因鄉鎮及鄉鎮聯盟乃是各邦之基礎，因此地方自治憲法之規定亦屬於邦之國家組織。若邦無權制定地方自治憲法則其不可能自主地去規範其國家結構及行政組織。

即使基於基本法第八十四條第一項欲賦予聯邦得確定鄉鎮依何種方式來完成其所交付任務之權利，聯邦亦僅能規定該任務之完成須受指示之拘束，因為只有如此才能符合基本法第八十四條第一項保障法律執行一致之目的。以指示之方式視為自治事務已不再屬維護基本法第八十四條所承認聯邦之利益，而是不屬聯邦立法權限的邦行政方式的決定。

②第二十五條第一項(WVG)之規定不符合基本法第八十三條。該處所預設聯邦政府於青少年救助範圍內對救助努力之推動及資助乃是執行聯邦法律之行政行為，而該行為僅是各邦之職責（請見BVerfGE12,205—249[248]）。得使聯邦政府於跨區域行政行為擁有管轄權之情形並不存在。該所指

稱之任務並非絕對需要由聯邦來加以完成。聯邦並無一般的推動及資助權限。

## 2. 有關聯邦社會救助法：

a) 聯邦社會救助法第八條第二項第二句、第十條第三項第二句和第四項及第九十三條第一項第二句所規定且在財政觀點保障民間福利照顧主體優先權基於在青少年福利法中優先權相同理由為違憲。

b) 將基於缺乏內心力量而無法在社會過正常生活之人於一定條件下強迫安置於一定機構的第七十三條第二及第三項BStG侵犯了人身自由基本權利（基本法第二條第二項第二句）之本質內容。傳統上允許侵害人身自由之法規範皆是有助於公共利益（例如自由刑之科處）或保護當事人本身（如精神病患之安置）。但在聯邦社會救助法第七十三條第二項所規定之強迫安置公共利益相反地僅扮演著無關緊要之地位。儘可能使所有社會成員皆能過正常生活符合人性助人利益之觀點並不能合法化自由之剝奪。至少聯邦社會救助法第七十三條第二及第三項之規定違反了比例原則。

c) 第九十六條第一項第二和第三句及第二項第二句之條文（不屬於縣之城市為地方性救助主體之規定；聲明該項任務為地方自治行政事務；各邦得頒布實質指示之授權規定）乃屬地方自治憲法，因此聯邦在缺乏立法權限下如同青少年福利法相對應之條文為違憲。

聲請人引用了在立法程序中由Arnold, Kottgen所提出之鑑定書（民間青少年救助，優先或補充？Hamburg公法課程第7輯，一九六一，第一頁以下）來支持其看法。此外亦提出了L.R.及N教授之鑑定書。



## III、

聯邦政府認為該受非難之規定是合憲的且就此援引在立法程序中由 v.d. Heydt 教授所提出之鑑定書（民間青少年救助，優先或補充？Hamburg 公法課程第 7 輯，一九六一，第五十三頁以下）。此外在有關青少年福利法之程序提出了 B 教授（補充鑑定書亦在內）B 律師（補充鑑定書亦在內）及 S 教授，在有關於聯邦社會救助法之程序 U 及 F 教授之鑑定書。

聯邦政府之陳述詳細如下：

1. 有關青少年福利法：

a) 青少年照顧亦在基本法第七十四條第七款所使用公共教養之概念內。青少年教養及青少年照顧需要統一的規範。青少年——與成人不同——一直皆需要幫助，因其一直必須自一定之危險中被引導出來。抑制性的青少年教養與預防性之青少年照顧間並無清楚之界限。

b) aa) 依帝國青少年福利法第六條之規定資助在青少年福利領域內之自願行為早就屬青少年福利局之任務。就此認為該項行為亦間接有助於需要幫助之青少年的看法是有理由的。因此對於民間青少年救助團體之資助亦在公共教養之概念內。

bb) 並無侵害各邦之行政高權。此項青少年福利法並未將國家之任務移轉給民間青少年救助團體，而僅僅在資助其完成其自己賦予自己的任務。基本法第三十條及第八十三條本身並未賦予各邦行為之權力；該條文並未禁止聯邦就其擁有立法權限之任務，透過立法之方式將之非國家化。

cc) 社會國家原則要求關注建立公平之社會秩序，但並未規定該項目標只能透過官署直接照料需要救助者來達成；其亦並未給予各邦本身從事社會性活動之權利。此外公共救助主體並未免除其任務；公共救助主體仍是順利公平完成救助之最後負責者。

dd) 基本法第二十八條第二項之地方自治保障乃是針對國家而非針對社會。就國家及社會功能給予法律上界限決定乃是判斷直接及間接國家行為功能分配之前提。基本法第二十八條第二項因而不可能受到侵害。

ee) 青少年福利法第十二條第一項（青少年救助為自治事物）及第十三條至第十六條及第十八條（青少年福利局之組織，青少年福利委員會之組成參加等）並非違反基本法之地方自治憲法規定。雖然地方自治憲法乃屬於各邦之憲法秩序。但聯邦只有在無視於各邦其鄉鎮及鄉鎮聯盟之行政結構而行使基於基本法第八十四條第一項所擁有之規範權限時，例如以不合乎各邦地方自治憲法規定之方式規範地方自治官署之設立及工作方式，始有超越基本法第八十四條第一項之情形。但在此並非如此。

ff) 青少年福利法第五條第三項符合基本法第二條第一項及第六條第二項之規定；因其明白的確認不得違反享有受照顧權人之意願而將之轉送至民間青少年救助機構且青少年福利局在必要情形下須設立必要之機構。

青少年福利法第八條第三項並未違反基本法第二條、第三條、第四條、第六條及第二十條之規定。即使依其規定須考慮民間青少年救助團體本身之付出，但此並不表示須給予財力最強的團體最多之資助

。其並非僅依實際已支出之本身費用，而是依適當的有期待可能的本身付出而定。基於公平之理念本項規定乃是在追求阻止地方自治主體及民間團體所設立機構間品質出現差距之目標。

c) 青少年福利法第二十四條之授權規定在帝國青少年福利法時已存在（第十五條）且被視為立憲前之授權依基本法第一百二十九條之規定仍然繼續有效。青少年福利法第九條第二項之授權則符合基本法第八十條第一項第二句之要求。

d) 給予聯邦政府鼓勵及資助青少年救助範圍內活動之行政權限的青少年福利法第二十五條第一項並未違反基本法第三十條及第八十三條之規定。聯邦基於基本法第八十七條第三項第一句，至少依事物自然之理已享有鼓勵及資助青少年救助範圍內跨地域活動之權限。各邦之權利並不會因此而受到侵害。

## 2. 有關聯邦社會救助法：

a) 聯邦社會救助法第八條第二項第二句、第十條及第九十三條之規定完全包含於基本法第七十四條第七款之內。公共教養之概念須儘量廣義地加以解釋；因此並非只有該提供給付之種類及範圍——也就是說何者——而是與此無法分離的「如何」亦得加以規範。公共教養主體與民間，福利照顧團體間關係之規定亦屬於該項「如何」之規範。

b) 聯邦得在基本法第七十條以下所擁有之立法權限內，於規範一定之事務時制定觸及地方自治憲法之附隨規定。若符合客觀實質利益時，聯邦亦得將特定事務定為自治事務且頒布有關地方自治官署組織及程序之規定。

c) 視為機構制度的鄉鎮自治行政並未受到該被責難條文之妨礙。只有在法律範圍內——邦及聯邦法律——才給予並保障自治行政權之內涵。

d) 在聯邦社會救助法第三條第二項給予尋求幫助者選擇權之規定排除了對其基本權利，特別是基本法第四條之侵害。

b) 對聯邦社會救助法第七十三條第二項及第三項之責難亦是錯誤的。這類規定符合了如舊條文中在保護教育、安頓不願工作者（帝國教養義務命令第二十條，如今聯邦社會救助法第二十六條），依刑法第四十二c條及第四十二d所為之安置及依民法第一千八百三十八條所為安置中所指出的傳統法律存續狀態。其所規定之措施不但有助於公共利益亦保護當事人本身。該法律附有許多限制其適用之條件因此亦符合比例原則。法院之指示安置只有在特別重大危險時才有可能。將條文僅是十分節制地加以適用；自其生效後法院總共下達了二十六次指示安置，但其中只有十次加以執行。

#### IV、

聯邦憲法法院曾給予地方最高聯盟之聯邦協會及民間福利照顧聯盟發表意見之機會。

B、

憲法訴訟及導致共同審理及決定抽象法規審查程序之聲請是許可的。

C、—I、

法規審查程序之聲請人及提起訴訟之城市認為，青少年福利法第五條第一項和第三項第二句、第七

條及第八條第三項及聯邦社會救助法第八條第二項第二句、第十條第三項第二句和第四項及第九十三條第一項第二句以違憲之方式創設了不利於公共青少年救助及社會救助主體而有利於民間青少年救助及民間福利照顧團體之優先權。但這些條文是符合基本法的。

1. 青少年福利法及聯邦社會救助法——如同其前身一九二二年的帝國青少年福利法及一九二四年的教養義務命令——認為青少年救助及社會救助雖是國家之任務，但國家不論是在組織上或是財政上皆無法單獨充分地負擔此項救助。相反地需要國家及民間青少年和福利組織之共同努力。此項傳統且經幾年來證明可行的國家與民間團體間之合作應透過法律來加以確認及促進。

a) 依青少年福利法之規定青少年福利局之任務乃是推動、促進且必要時設立有助於青少年福利必要之機構及活動（第五條第一項）。在考慮各種不同教育基本方向下，其須致力於充分提供青少年福利所必須之機構及活動。若民間青少年救助團體現有之機構或活動或是其擴充或設立此類機構或活動相當合適時，則青少年福利局須不考慮自己本身設立機構或舉辦活動（第五條第三項第一句及第二句）。若有權接受教養者不願利用現有民間青少年救助團體時，因其與權利人所定之教育基本方向不符合（第三條）——例如在宗教觀點上——，則青少年福利局必須設法設立該必要之機構（第五條第三項第三句）。

從上述可以得出下列情形：青少年福利局必須首先審查，何種機構及活動依地域關係是青少年福利所必要及是否已充分地提供。青少年福利局只得在對民間青少年救助團體之推動或資助措施無法達成目

標時，才自己設立機構及舉辦活動；若民間團體無法提供適當的本身給付或該民間團體之機構依地方之需要被認為不充分時，例如其所表彰的「認知」在該鄉鎮乃屬少數，則亦屬於後者的情形。但一項欲使公共及私人青少年救助得在合理有意義下合作之法律並不能被認為其是欲透過青少年福利法第五條第三項第二句強迫關閉身為青少年福利局主體之鄉鎮或鄉鎮聯盟目前所存有的公共機構。只要青少年福利局能提供充分合適的機構，則不但無法要求其資助民間青少年救助團體設立新機構亦無法要求為有利於尚須設立新的民間機構而關閉現有的公共機構。合理使用財政經費及合作之原則亦禁止要求鄉鎮放棄以有限經費來擴充現有的本身機構而以明顯較多的花費來資助民間青少年救助團體設立新的機構。在民間青少年救助團體已擁有適宜之機構且其單獨已足以保障充分提供青少年福利所需機構時，則青少年福利局相反地不應將費用用在設立本身之機構而是使用在資助民間機構上（青少年福利法第五條第一項、第七條及第八條）。藉著不確定之法律概念「必要的」、「充分的」、「適合的」之使用，立法者欲保障在合乎各別地區性事務方式下及經濟合理使用公共及私人所準備之經費下提供青少年福利之機構及活動。該項法律目標之達成，依青少年福利法第五條第一項由青少年福利局擔負完全之責任。

b) 聯邦社會救助法第十條第二項之規定首先在確定社會救助主體——依第九十六條第一項之規定在地方法範圍內不屬於縣之城市及縣（市）——應與公法上之教會及宗教團體及民間福利照顧團體合作。其應給予民間照顧團體在社會救助範圍內適當的協助（第十條第三項第二句）。若在個案中民間，福利照顧團體能提供救助時，則社會救助主體應放棄執行本身之措施（第十條第四項）。其應致力

於充分提供社會救助之合適機構並在民間福利團體擁有合適之機構或擴充或設立適宜機構時，不應再設立屬於自己之新機構（第九十三條第一項）。順便一提的是上述最後之規定基本上早在一九二四年的教養義務令第五條第三項中即已存在。

與青少年福利法第五條第三項幾乎字面上完全一致的聯邦社會救助法條文亦並非追求給予民間福利照顧絕對地優先於公共社會救助之目的，而是欲保障長久以來在教養制度下通常且證明有效的公共社會救助主體及民間福利團體間之合作關係且在公共及私人經費互相配合使用下達成儘可能最大之成果。

○在提起訴訟城市及民間福利團體於言詞審理過程中所爲之陳述中可以看出，實務上是以此處所爲之解釋作爲根據來理解該兩項法律；因此以前所爲之合作仍繼續進行並無出現重大之困難。在這樣的法律解釋下，原告對於所謂民間青少年救助及福利照顧團體優先權憲法上之疑慮是沒有理由的。

2. 聯邦立法者依基本法第七十四條第七款之規定有權頒布上述列舉之青少年福利法及聯邦社會救助法之條文。

依照——所爲之解釋此類條文之目的乃在於透過公共及私人努力之合作配合以求得最佳之成果。各規範對象僅是公共社會救助及公共青少年救助主體，亦即在地方層次爲不屬於縣之城市及縣（市）。法律只賦予其義務法律根本沒有規範民間青少年救助及福利照顧主體之行爲；其工作之安排是完全自由的（青少年福利法第七條及聯邦社會福利法第十條第一項）。公共教養法所包含的不僅是包含負有該義務之公共主體所應提供之實質教養服務之規定亦包括了組織上之規定及其界限。此處被責難的兩法律條文



僅是在劃定公共青少年救助及社會救助主體及民間團體行為之界限。此類規定仍在基本法第七十四條第七項意義下之公共教養概念之內。

3. 此外聲請人主張這些條文侵害了各邦的行政高權。但這並非如此。因執行該類條文及最後負責提供幫助之同意與否皆掌握在鄉鎮及鄉鎮聯盟，其亦屬於邦行政之範疇。民間青少年救助及民間福利團體在法律範圍內並非以公行政機關所委託之主體而是以提供青少年救助及福利照顧之民間組織來從事活動。此處之情形並非以立法之形式將國家任務予以私人化。

4. 社會國家原則亦無受到侵害。基本法第二十條第一項宣示德意志聯邦共和國為社會聯邦國家，但自此亦僅能得出國家負有平衡社會對立及負責建立公平社會秩序之義務；國家主要是以立法方式試圖來完成此項目標。自社會國家原則絕不能得出立法者為實現該目標僅能採行官方措施。基本法第二十條第一項僅規定「何者」為目標，即公平之社會秩序；其並未規定「如何」，也就是說該採用何種方式來達成該目標。因此立法者享有規定透過民間福利組織之協助來實現該目標之自由。

除此之外不論依青少年福利法或依聯邦社會救助法所涉及的條文，只有公共青少年救助及社會救助主體才對需要幫助者負有義務。

國家於聯邦層次並無法主張社會活動之獨占，在邦的階段亦同。自基本法第二十八條第一項第一句亦無法得出其他的結果。該條文僅是限制各邦之立憲者；各邦憲法制度應符合基本法意義下之共和、民主及社會法治國。此僅是賦予各邦相對聯邦在制定其憲法時所應負之義務而已。

5. 該有關之條文亦符合基本法第二十八條第二項第一句保障自治行政之規定。

基本法第二十八條第二項第一句保障鄉鎮在法律範圍內得自行負責規範所有地方性事務之權。立法者不得取消該項權利且不得將自治事務行政移轉至國家官署。其亦不能透過將自治行政內容掏空，使之失去有效行為之可能及使之成爲只是表面存在之方式來限制地方自治權。但鄉鎮自治行政權並非其每一部份皆受到保障（BVerfGE 1 167[175]，依德意志帝國國家法院一九二九年十二月十日及十一日之判決爲由，Lantermers-Simons Band II，第107頁）。

若對鄉鎮自治行政之限制並未觸及其中心領域時，則該限制仍符合基本法第二十八條第二項第一句之規定（BVerfGE 1 167[175, 178]，7.358[364]，8.332[359]，9.268 [290]，11.266[274]，172[182]，21.117）。在確定何者屬於該項受憲法保障不受法律限制之領域時，必須考量歷史之發展及各種不同地方自治行政在歷史上曾出現之種類（BVerfGE 17 172[182]）。

a) 青少年福利法第五條第三項第二句及聯邦社會救助法第十條第四項和第九十三條第一項第二句規定在民間團體擁有合適之機構且已足以提供必要幫助下，公共青少年救助及社會救助主體必須放棄本身之措施或機構，並未侵犯自治行政之中心領域。

青少年救助及社會救助之任務範疇對今日鄉鎮自治行政之風貌有決定性之影響。但亦不能忽視早在一九二二年的帝國青少年福利法第一條第三項、第四條第一項及第六條已經假設了民間青少年救助之自願合作及規定了青少年福利局應對之加以支持及資助。但基於當時財政上之困難，履行帝國青少年福利

法第四條所定任務之義務，首先被暫時地加以免除（一九二四年二月十四日帝國青少年福利法生效命令第一條第四款，RGBLIS110）。在社會救助範圍內，一九二四年教養義務命令第五條第三項——與聯邦社會救助法第九十三條第一項第二句幾乎一致——指出若民間福利照顧已擁有足夠合適之機構時，則教養協會不應再新設本身之機構。

此些條文亦標劃出兩領域之範圍，因此也確立了今日鄉鎮自治行政之風貌。因此鄉鎮於青少年及社會救助領域內不須爲了有利於民間青少年救助及福利團體之行爲而接受法律限制之傳統屬於自治行政受保護之中心領域之說法是無法成立的。除此之外鄉鎮肩負著使官方及民間活動在兩項領域內實現必要行爲之整體責任。如上1之說明該項規定僅劃分鄉鎮及民間團體之任務，而該項劃分只是在保障合理的任務分配及將現有的公共及私人經費做最合乎經濟的使用。鄉鎮於進行所有計劃前應先確認是否及在何種範圍內民間團體能完成該項任務。另一方面民間團體亦不能期待鄉鎮資助其計劃，若該計劃乃基於建立聲譽之必要而設立本身機構，且該機構依其種類無法滿足地方需要或鄉鎮合適之機構已能充分提供救助而成爲不必要時。

在這點上青少年救助直到一九五三年絕非在所有的邦內皆完全屬於鄉鎮本身任務範圍之事實亦有其重要性。例如在普魯士教養教育乃屬於委託事物（一九二四年三月二十九日普魯士帝國青少年福利法施行法第一條，GS S180）。在巴伐利亞邦縣（市）及省轄市將指定由青少年福利局完成之任務視爲委託職權範圍內之事物而加以管理（一九二五年七月十日巴伐利亞邦青少年福利局法第一條第二項，

b) 幫助及提供財政資助之義務（青少年福利法第五條第一項和第三項第一句及第八條第三項）亦不侵犯自治行政之中心領域。

如上所述在帝國青少年福利法中即已賦予青少年福利局支持有助於青少年福利之民間活動及推動和資助民間機構及活動之義務。該受責難之條文並未完全排除青少年福利局本身之責任，亦對之並無加以重大的限制。其並非毫無條件地資助民間青少年照顧之機構及活動，而是只在認為必要且合適時才給予資助。在審查民間機構及活動合適與否時也必須考慮青少年福利法第九條第一項之規定，只有在民間青少年救助團體之工作有助於達成基本法所定之目標及保證合理公平、合目的且符合經濟要求使用經費時才得資助之。在此就資助民間青少年救助團體本身所提出之條件亦應適用於資助個別機構及活動。

法律對於所得提供資助之種類並無規定。鄉鎮則依合義務性之裁量來決定在個案中究竟提供金錢或給付物品或以其他方式——如提供必要之人員——來加以幫助相同的情形亦適用於準備用於資助民間青少年救助所編列預算經費之總額。第八條第二項及第三項僅規定在資助多數民間青少年救助團體間相同之措施及資助公共和民間青少年救助團體間相同措施時必須適用相同之原則及標準。即使青少年福利法第八條第三項接著規定在資助民間青少年救助團體之措施時必須考量其本身之支出，並不表示由鄉鎮所欲提供經費之額度必須與民間團體本身之支出處於固定之關係；也就是說鄉鎮所提供之經費並不須如提起訴訟城市之假設，即民間團體本身事實上之支出愈高則資助經費愈高。相反地鄉鎮資助民間團體之措

施只有在該團體依其條件及財力提供適當的本身給付時才予以考慮。在這邊鄉鎮亦擁有相當寬廣的決定空間。絕非不是強迫其不合理的使用預算經費。地方的財政高權亦不受到該些條文違憲地限制。青少年福利法並不影響公共青少年救助主體自由決定準備提供多少預算經費總額給予青少年救助——本身之措施及資助民間青少年救助措施——之權利。

c) 青少年福利法第七條及聯邦社會救助法第十條第三項第二句所規定公共青少年救助及社會救助主體支持、激勵民間活動及共同合作之義務則依上述之解釋亦無違反基本法第二十八條第二項第一句之可能。

聯邦社會救助法第八條第二項第二句之指示義務在憲法上亦無可非難。社會救助主體雖然必須對尋求建議者指出民間福利照顧團體亦提供相同的諮詢機會。但其仍得在社會事務上完全充分地行使其提供意見之行爲；特別是尋求建議者即使有項指示亦不妨礙其向社會救助主體要求給予建議。

6. 最後所謂的優先規定亦沒有侵害基本權利。因依青少年福利法第五條第三項第三句及第三條享有保護教養權人得拒絕利用民間團體之機構或活動，因此基本法第四條及第六條第二項並不會因爲青少年福利法之規定而受到侵害。聯邦社會救助法中相對應之規定亦無侵害基本法第四條，因依第三條之規定在幫助之內容上亦應於宗教觀點方面符合受幫助人之願望。

若將青少年福利法第八條第三項有關資助時須考量民間團體本身付出之規定作正確的解釋，則其既不違反基本法第四條亦不違反基本法第三條。

I、

部份之判決以 4 票對 3 票通過。

II、

法規審查程序之申請人亦對上述兩法律許多不同的組織規定加以責難。

1. 青少年福利法第十二條第一項規定，公共青少年救助依第四條及第五條爲鄉鎮及鄉鎮聯盟之自治行政事務。依聯邦社會救助法第九十六條第一項第二句相同的情形亦適用於爲社會救助主體之縣（市）及不屬於縣之城市。

各邦將聯邦法律視爲本身事務而加以實行時，則由其規定官署之組織及行政程序，除非具有聯邦參議院同意之聯邦法律有另外之規定（基本法第八十四條第一項）。青少年福利法及聯邦社會救助法皆以聯邦參議院同意之法律公佈。但即使在該項前提存在下，基本法第八十四條第一項仍是不允許聯邦立法者毫無限制地完全地確定鄉鎮應在何種活動範圍內執行法律，藉此來限制鄉鎮。基本法第八十四條之目的一般而言乃是在保障聯邦法律得以有效地執行。

基本法並未將地方自治之事劃歸給聯邦而是將其僅保留給各邦。在解釋基本法第八十四條第一項最後半句時亦須加以注意。在聯邦立法者將鄉鎮歸入執行聯邦法律時，其僅能涉及各別屬於聯邦立法者權限實質規範之附屬規定。若該附屬規定並非有效執行該法律實質規定所必要時，則是對各邦行政權限不法之侵害。在上述的情形將該任務規定爲自治行政事務並不能有助於實質規定之有效執行。將一項任務

定爲自治行政事務則排除了邦主管官署之專業監督而將其限制於法律監督。在此是很難主張此爲有效執行青少年福利法及聯邦社會救助法所必要。

所涉及的條文亦無法透過國家實務加以合法化。帝國青少年福利法聽任各邦決定是否將該任務視爲自治行政或委託事務而由鄉鎮執行。因此在普魯士教養教育以委託事務之方式加以執行。在巴伐利亞邦則將歸屬於青少年福利局之任務視爲委託活動領域由縣（市）及不屬於縣之城市執行。

青少年福利法第十二條第一項及聯邦社會救助法第九十六條第一項第二句因此而無效。  
本決定以4票對3票通過。

2. a) 青少年福利法第十二條第二項及第三項，第十三至第十六條及第十八條包含了有關青少年福利局組織和程序，特別是有關青少年福利委員會之組成及青少年福利局行政管理之規定。青少年福利法第三十七條第四項規定青少年福利局將其監護責任移轉給局裏公務員或雇員之情形並非屬於第十六條意義下之平常業務，該業務乃是由地方行政首長或青少年福利局主管單獨負責。

依聯邦社會救助法第九十六條第一項第三句各邦可以規定是否及至何種程度縣（市）得考慮依本法之規定賦予所屬之鄉鎮或鄉鎮聯盟執行該任務及就此得否下達指令；在此種情況下縣（市）將依行政訴訟法公布異議決定。聯邦社會救助法於第九十六條第二項第二句就有關跨區域性之社會救助主體亦有相同之授權。

b) 這些條文並無憲法上之疑慮。其中有一部份具宣示的作用，如聯邦社會救助法第九十六條第一

項第三句及第二項第二句對各邦之授權，一部份是聯邦依基本法第八十四條第一項在其實質規範公共教育立法權限範圍內得制定之附屬規定。該類條文皆是實質相關的且為保障有效法律執行所必要。特別是青少年福利法第十二條第二項——例如早在一九二二年的帝國青少年福利法第八條——規定縣（市）及不屬縣之城市設立青少年福利局之條文更不能加以責難。因此青少年福利法第五條第三項亦得規定青少年福利局為負擔該處所確定義務之主體。

本項決定以 6 票對 1 票通過。

### III、

1. 依青少年福利法第二條第二項公共青少年救助包含了所有有助於青少年福利（青少年照顧及青少年教養）之官方措施。在青少年救助法中青少年教養一般而言被理解為乃針對危險或已犯罪青少年之措施，而青少年照顧則指欲幫助所有青少年精神、身體及道德倫理福祉之措施，其並不以在個案中須存有危險性為必要（Friedeberg-Polligkeits所著帝國青少年福利法，第二版一九三〇年，重印一九五五年，第二條註釋 5，第 81 及 82 頁）。

依青少年福利法第五條第一項第六款之規定，青少年福利局之任務乃在推動、資助有關休閒幫助、政治教育及國際交流之機構及活動，甚且在必要時設立該機構或舉辦活動。青少年福利法第五條第二項賦予青少年福利局在維持青少年聯盟及其他青少年共同體合乎其章程存續下，資助其機構、活動及自我負責之行爲，特別是在第一項第六款所提範圍內之活動，除此之外給予其工作者之訓練及進修及設立和



維護青少年之家、休閒場所及訓練場所。

聲請人認為青少年福利法第二條第二項在其將公共青少年救助之任務亦包括青少年照顧之點上為無效，因青少年照顧並不屬於聯邦立法權限；相同的理由亦適用於青少年福利法第五條第一項第六款及第二項之規定，因其所涉及的僅是青少年照顧之措施。

該項指責並無法成立。基本法第七十四條第七款涵蓋了青少年福利法第二條第二項及第五條第一項第六款和第二項。基本法第七十四條第七款的公共教養概念在青少年福利領域內包含的不僅是狹義的青少年教養亦包括了青少年照顧。教養直接受到危險的青少年與幫助正常青少年間的界限是流動的。照顧青少年之措施，如資助青少年社團舉辦休閒活動、政治教育及國際交流活動、資助其工作者之訓練及進修、設立及維持青少年之家、休閒場所及訓練場所，雖然顯得不是對需要幫助者或遭受危險者之教養措施。但若我們想到部分年青人在適應社會時所遭遇之困難，而這些情形尚未導致其被認為遭受危險時，則可認為在一定情況下與其他年輕人在地方性的青少年之家在區域性或國際性方面青少年營地或青少年旅行的相聚可以幫助其度過適應之困難期，也因此能排除日後對青少年的危害而使將來的教養措施成為不必要。相同情形亦適用於政治教育之活動，其特別是讓年輕人明瞭，在民主制度下個人是無法與社會隔離的而是應積極地共同參與民主及其政治制度之形成。青少年教養與青少年照顧在實際對青少年工作上是如此緊密的相互關聯，因此單從事物關聯之觀點即必須將青少年照顧歸入基本法第七十四條第七款之公共教養概念內。本項決定以 4 票對 3 票通過。

2. a) 青少年福利法第九條第二項之授權條款亦是同樣有效。青少年福利法在第五條第四項列舉了民間青少年救助團體（青少年福利民間社團，青少年聯盟及其他青少年共同體；目的在資助青少年福利之人，教會及其他公法上之宗教團體）。民間團體只有在青少年福利法第九條第一項所提出之條件下始得享有法律中所規定公共青少年救助主體之資助；其必須提出其行為有助於完成基本法目標之工作及公平合理合乎目的及經濟性使用經費之保證且其被公眾所認可。青少年福利法第九條第二項授權聯邦政府在取得聯邦參議院同意下以行政命令確定承認民間青少年救助團體所應遵循之原則。雖然授權內容無法自第九條第二項得到完全充分之確定；但自先前列舉公共承認實質要件的第一項即可馬上推論出。因此青少年福利法第九條第一項須以最後句子部份之內容：「以及因此公共承認」之方式加以觀察。因公共承認要件之列舉及民間青少年救助團體之值得資助性乃是廣泛的，所以依青少年福利法第九條第二項之規定經由行政命令所確定之基本原則僅能有具體化在第一項已相當確定之實質要件的任務。就此亦可以得出，青少年福利法第九條第二項並未授權聯邦政府得規範承認之程序。本項決定為一致通過。

b) 相反地授權聯邦政府在聯邦參議院同意下為保障青少年福利局儘可能同樣地完成其任務之目的而得頒布執行規定的青少年福利法第二十四條則因違反基本法第八十條第一項第二句而無效。所謂執行規定乃被理解為行政命令。青少年福利法第二十四條並非先於憲法存在之法律，因此並非以基本法第一百二十九條第一項及第三項而是依基本法第八十條第一項第二句加以評斷。雖然青少年福利法第二十四條與帝國青少年福利法第十五條在字面上幾乎是一樣的。但兩項條文皆是需透過實體法才有其意義，而

基於授權規定所頒布之命令則應有助於執行該實體法。一九六一年八月十一日第二次修改的帝國青少年福利法(BGB1963)卻將青少年福利局之任務透過將資助民間青少年救助團體之機構及活動規定為義務任務之方式顯著地擴大；相同的亦適用於規定在青少年福利法第七及第八條之任務。新增添的是規範家庭監護及在家庭內保護十六歲以下青少年之第七章(第七十八及第七十九條)。第六十二條及第六十三條就民間自願教育輔助聯邦內統一之規定亦是一九六一年第二次修法時所新增的。最後青少年福利法亦改變了青少年適用個別條文時之年齡界限(第二十七條第一項、第六十四條及第七十五條第一項)。

透過在青少年福利法中對實質青少年法之更改使得青少年福利法第二十四條之授權有了相當強烈的意義轉變，其被視為在基本法生效後所制定之條文而因此須依基本法第八十條第一項第二句加以評斷。該項授權既非在內容方面亦非在範圍有充分的確定。自相當一般化的用語「保障青少年福利局儘可能相同地完成任務」並無法得出相關的訊息。授權之內容與範圍亦無法自參考其他青少年福利法相關之條文中充分地確定。青少年福利法共有八十九個條文。在此其中賦予青少年福利局之任務是如此多及不同，因此何項情形可以使用授權是不可能掌握的(BVerfGE114(60))。

本項決定以4票對3票通過。

3. 青少年福利法第二十五條第一項授權聯邦政府促進及資助青少年救助領域內之努力，若該行為已超越青少年福利局、邦青少年主管官署及最高邦機關之義務但卻對實現青少年救助任務有其重要性時。若聯邦政府僅促進青少年救助範圍內之努力則該行為依基本法第三十條之觀點並無涉及規定因此可以不

予重視。但是資助該努力則就是不同的情況。雖然聯邦政府可以亦透過向公眾為相關指示之宣告或建議私人捐助支持之方式來資助該努力。但在此處顯然並非指此類幫助。在青少年福利法第二十五條第一項所謂的資助主要係指分配聯邦預算經費之資助。依第二十五條第一項以提供預算經費方式資助青少年救助範圍內努力之聯邦政府行為因而實現了基本法第三十條意義下之國家任務。若基本法無其他條文規定或允許時，則國家任務之完成乃是各邦之事(BVerfGE12,205[246f])。因基本法對此並無明確地規定或允許之條文，因此可能涉及的僅為是否有其他默示允許的情形。

對所謂基本法第八十三條以下從屬法律之行政，聯邦憲法法院曾經指出只有在例外情形下才可認為基本法默示授權聯邦在基本法第八十六條以下所規定不屬於聯邦本身行政領域內為行政行為(BVerfGE11,6[17])。可以想像的為一項其目的根本無法透過一個邦之行政行為得以完成之法律。基本上可以認定基本法於第三十條及第八十三條以下所為之規定乃是假定聯邦法律得以毫無障礙完全地執行。只有在該項完全執行無法透過邦行政達成時，才可以認為基本法默示地允許其他規定，也就是說可將該項執行委付給聯邦。在個案中聯邦執行較合乎目的之情況並無法作為基本法默示允許其他情形之論點(BVerfGE aaO, S17,18)。

基本法第三十條適用於執行法律亦適用於不受法律約束之國家任務之完成(BVerfGE12,205[246])。基於事務自然之理所得出之權限乃依不成文的，依事物本質之理由，因而帝國憲法不需予以明示承認之法律文句，依此有些事物範圍依其本質顯現出帝國特有的、自始即無法與帝國加以分離之立法權限而由

帝國且只能由帝國加以規範(Anschütz, HdBdStRL, S.367; BVerfGE12,205[25],11,89[98],11,6[17]。從事物自然之理所得出之結論必須是概念上所必然且在排除其他可能合理之解決方案下，該項特定解決方式是絕對迫切必要的(BVerfGE11,89[99])。在青少年福利法第二十五條第一項之情形只有在聯邦政府對青少年救助範圍之資助對象，其任務乃是明顯地具跨區域性質的努力時，才算符合該項嚴格之前提要件。在此必須涉及的是依其種類為無法由一個邦單獨有效資助之努力。聯邦就青少年照顧範圍內努力之資助在下列情況下則為允許的，如設立影響範圍延伸至整個聯邦領土之中央機構、在涉及整體德國之任務及國際任務之情形。聯邦之權限絕不得延伸至資助區域或地方性之努力。除此之外聯邦政府於運用其資助權限時則須注意聯邦友善行為之基本原則。只有在如此解釋下——合憲——青少年福利法第二十五條第一項才符合基本法。

本項決定為一致通過。

#### IV、

聯邦社會救助法第三章「幫助特別生活狀況」中自第七十二至第七十四條為有關受危害人幫助之規定。依此規定應提供凡年滿十八歲但由於內心缺乏穩定性以致無法在社會上過正常生活而受到危害之人幫助。此項幫助應帶領受危害人邁向正常之生活，特別是使其習慣於有規律性之工作及必時時使其習慣於長居之住所。幫助之提供並不考慮其目前之收入或財產(第七十二條)。若其他方式之幫助仍非足夠時，則應建議受危害人前往特定之營造物、教養院或其他同類機構接受照顧(第七十三條第一項)。若

受危害人拒絕，則法院得指定其必須停留於合適的機構，若該受害人

1. 意志力特別薄弱或其性生活特別的毫無節制且

2. 無人教養或有無人教養之虞且

3. 只得於機構內提供有效幫助時（第七十三條第二項）。

第七十三條第三項爲程序法上之規定及授權該機構之首長得將該受危害之人暫時地安置於合適的家庭裏。安置的最長期限則並無規定。

指定受危害人停留於合適之機構乃是侵犯基本法第二條第二句人身自由之基本權利。該項安置發生於何處並非重要。即使強迫性把安置於公共教養院或家庭亦是侵害人身自由。依基本法第二條第二項第三句之規定此類侵害只得基於一項形式上之法律始得允許。本項前提和基本法第十九條第一項所要求的基本權利限制爲一般性而非只爲個案及指出受限制基本權利之條文號碼皆是具備的。基本法第一百零四條第二項之要求——只有法院始得剝奪自由——亦具備。但基本法第二條第二句之基本權利卻因聯邦社會法第七十三條第二項及第三項之條文在其本質內容受到侵害。

基本權利不可侵犯之本質內容究竟爲何，必須針對每一基本權利依其特別之意義於整體基本權利制度下得知。人身自由是如此重大的法益，因此只有在基於特別重大理由時才允許對之加以限制。屬於重大理由首要者爲實質刑法上及刑事訴訟法上之理由。此項對個人人身自由之侵害在保障公眾利益。屬於此的另有將具危害大眾之精神病患安置於特別的機構。此外具教養性質、保護當事人之侵害亦是允許的

，例如將精神耗弱而被宣告禁治產之人，基於防止其個人因其行為導致重大人身或經濟損失之目的，而將其安置於封閉的機構內(BVerfGE10,302)。

但在聯邦社會救助法第七十三條第二項及第三項所規定之安置並非涉及保護一般大眾亦非保護當事人。其所涉及的僅是當事人之「改善」。透過剝奪自由之方式使得當事人邁向正常之生活、習慣規律之工作及長期地久住一處。國家並無改善其國民之任務，且並無權利只基於改善之目的而剝奪國民之自由，當其享有自由時並不會受到危害或危害他人。因改善成人之目的並無法充當剝奪人身自由之重大理由，故聯邦社會福利法第七十三條第二項第三項侵害了人身自由基本權利之本質內容。

除此之外植基於法治國家原則之比例原則亦受到侵害。雖然受危害人既無從事犯罪行為、一般公眾秩序亦不因其行為受到明顯地破壞，但其仍就失去自由。該法提供了不定期留置之可能性。

最後該法對安置前提要件之描繪太不確定。就此其亦無法滿足在法治國家內對於授權公行政侵害人身自由條文所提出應具備之嚴格要件。

因此聯邦社會救助法第七十三條第二項及第三項違反基本法第二條第二項而無效。

本決定以 6 票對 1 票通過。

V、

提起诉訟城市要求償還其支付費用之申請並無法給予滿足。聯邦憲法法院法第三十四條第三項乃是例外規定。只有在特別不公平理由具備下，才考慮該項償還(BVerfGE14, 12,12[140])。該理由並不明顯可

見。

Henneka, Dr.Rupp, Dr.Leibholz, Dr.Geifer, Dr.Kutscher, Geller, Dr.Federer



## 關於「律師懲戒法院之組成」之判決

——聯邦憲法法院判決集第二十六卷第一八六頁以下

譯者：黃啓禎

### 〈判決要旨〉

1. 各地律師名譽法院均為國家性質的法院，渠等之設立皆係以國家之法律為依據，其人員之組成主要亦由國家之參與而產生。
2. 聯邦律師法有關聯邦普通法院任命具有律師身分者擔任律師庭之庭員的規定並未違反基本法第九十五條第二項。最高審級的各種聯邦法院任命名譽法官時不需有法官選拔委員會之參與。

一九六九年六月十一日第二法庭之決議

——2BvR518/66——

本案件係關於律師不服聯邦普通法院一九六六年七月十八日之裁定所提之憲法訴願

## 判決主文

本憲法訴願應予駁回。

## 判決理由：

A、—I、

訴願人係於伍茲堡區法院與地方法院登錄執業之律師。於一九六四年被班貝格律師公會區之名譽法院以違反職業義務為由科處申誡。巴伐利亞高等律師名譽法院於一九六五年以訴願人之上訴無理由予以駁回。

根據高等名譽法院的調查發現，訴願人在某一文件中表示，班貝格高等法院在某一假處分中所附具的理由，對每一位自由民主法秩序的捍衛者是一重大打擊；只須眼睛揉一下，翻閱檢視是否日期中的兩個年度數字有混淆之處；但卻改變不了最後作成之結果不禁令人錯扼的事實，即在理由欄中所寫的竟是一九三六年，而實際上則是一九六三年。高等名譽法院進而發現，訴願人曾於另一由伍茲堡陪審庭所審理的刑事程序中，對一現任的檢察官加以抨擊，斥責其所提的主張錯誤；並且表示，該檢察官要不是「基於對法律的重大無知而發言」，便是「根本不用大腦而大放厥辭」，或是「企圖誤導陪審團」。嗣後

又說：如果今天一個檢察官這樣講話且可以這樣講話的話，則離再度像羅南佛來斯勒(Roland Freier)在人民法院受審之日，已爲時不遠了。高等名譽法院認爲訴願人的這些言論已超越事務批評的界限，構成對班貝格高等法院的重大藐視，而且是對檢察官成員的過度貶抑。該法庭認爲此係對於律師職業義務上的重大違反（聯邦律師法第四十三條第二句）科處申誡應非過重。

訴願人不服高等名譽法院拒絕其上訴的裁定而向聯邦普通法院提起抗告。該法院律師法庭於一九六六年七月十八日一致以裁定駁回其抗告。

## II、

訴願人不服一九六六年八月十二日送達之聯邦普通法院之裁定與班貝格律師公會區名譽法院以及巴伐利亞名譽高等律師法院之裁判於一九六六年九月十二日提起憲法訴願。主張上述裁判違反基本法第一〇一條第一項第二句，一〇三條第二項以及第二、三、五與第十二條之規定，並且提出下列陳述：

### 1. 律師名譽法庭之裁判管轄權違憲。

a) 基本法僅允許就特定事務設立特別法院，並非對特定人群。因而，特別法院之設立，唯有當其專責事務權限之劃分結果，對每一位國民或某一部份的人民不會造成潛在的社會歧視時，方接受其裁判權之管轄。專責律師事務的裁判管轄權並未符合這些要求。但是，縱使不提出如此嚴格的要求的話，對於基本法第一〇一條第二項所指的特別事務領域，無論如何，我們亦須要求那是一個較為廣泛且互相關連的法領域。律師的職業權卻只是懲戒事務之一部。只要跟登錄事務有關（聯邦律師法第三七條以下）

，所牽涉便是司法行政處分的撤銷問題，應許其循行政訴訟途徑尋求救濟。對於設立專責律師事務的特別法院，則欠缺符合事實（客觀）的理由。

b) 因為國家對於名譽法院審判人員的組成之影響甚微，因此不得將地方名譽法院與高等名譽法院視為基本法九十二條所指之國家法院。蓋司法行政機關必須從律師公會理事會所提的名單中選任律師（事務）法庭的法官，而這些名單的名額卻只有應任命法官人數的一倍半。類似的規定雖然適用於某些法院之外行法官的任命，該等法院之國家性質則不容懷疑，例如：社會法院法官的任命（社會法院法第十三條以下）。但是，由公法上職業組織所設立的司法機關其組成則特別嚴格的要求須受國家之拘束，以避免形成一股特殊的權利。關於這一點在社會法院，其陪審員則由代表不同利益（彼此對立）的團體所建議，使彼此中立化，以使國家的職業法官能扮演天平指針的角色。相反的，名譽律師法庭則是由職業團體所選拔之名譽法官在二級事實審中比例上所佔數量過高，甚且由渠等擔任審判長的職務。

c) 地方名譽法院與高等名譽法院也欠缺基本法所要求的法官獨立性與中立性：在選拔事務與決議事務上（聯邦律師法第九十一條）律師法院的法官可能會面臨必須就其自身所參與之選拔的法律效果與公會會員大會之決議加以裁判的尷尬情形。

同樣地，地方名譽法院在登錄事務上（聯邦律師法第三十七條以下）。具有律師身分的名譽法官面對其潛在的競爭者，本身必然處在一種利益衝突的狀態。

縱使在懲戒事務方面，也因為組成地方名譽法院與高等名譽法院的法官成員中具有律師身分者過多

而無法期待其中立性。最令人擔心的應該是他們——有時鬆散、有時則明顯過於刻薄的——判決。各個法庭成員的個人形象、彼此之間的友誼或仇恨、同事間的流言蜚語、競爭的恐懼與嫉妒，諸如這些因素，在「同行機關」對同行成員進行判決時扮演舉足輕重的角色。因此地方名譽法院與高等名譽法院，在制度上均欠缺一個客觀司法審判應有的要件。

d) 這些缺失不會因為聯邦普通法院的律師（法）庭擔任最高審級而獲得補正。因為，有為數甚多的案件在高等名譽法院已是終審，所有的懲戒案件則均以高等名譽法院為最終之事實審。此外，聯邦最高法院的律師庭也存在違憲的疑慮。基本法第九十六條關於各個聯邦最高法院的列舉應該是周延完整的。雖然在該等法院之內得另設專庭，但是這些專庭的職業法官之工作分配必須是可以互相調換的。律師庭的庭長，也就是聯邦普通法院的院長則不符合這項要求，因此，律師庭應排除在聯邦特別法院之外。此外，必須指出的是律師庭的陪審員之任命並未有法官選拔委員會之參與而已違反其基本法第九十六條第二項第一句（舊）之要求。

2. 根據基本法第十二條第一項之規定，關於職業的執行只能以形式意義的法律加以規範。他（訴願人）並未違反任何一項法律上明白宣示的職業義務。該判決僅根據聯邦律師法第四十三條第二句之概括條款。既不符合基本法第十二條第一項的規定，也不符合基本法第一〇三條第二項明確性的要求。如果根據這條概括條款便得以所謂之「同業榮譽」為理由對律師的自由作過度限制的話，則亦違反基本法第二、三條與——如果涉及言論表達自由的話——第五條。而言論自由所牽涉的，是律師一直有合法的利

益而且必須加以執行的事務；如果他的言論被限制的界限比其他任一國民嚴格的話，他將無法達成這些任務。

3. 另外，地方名譽法院的審判長曾在本案訴訟程序中擔任相對人的訴訟代理人。訴願人在主要審判程序中指出他「同時擔任地方名譽法院之庭長與訴訟相對人的可疑雙重角色」。該律師卻仍然繼續執行其審判長之職務。

### III、

聯邦司法部長以及巴伐利亞邦法務部長均認為本憲法訴願無理由，且大體一致表達其意見如下：

1. 審理律師事務的名譽法院與高等名譽法院儘管律師有的高度參與仍不改其為國家之法院。基本法對於外行法官使用之範圍並未規定。憲法上只要求法院的人事應受國家之拘束。該項人事拘束可經由邦的法務部任命具有律師身分的名譽法官獲得確保。雖然名單須由律師公會建議，邦法務部則仍保留有選擇可能性。該等法院亦受邦法務部之監督。具有律師身分的成員亦具有法官獨立性應有的保障。

2. 對於聯邦普通法院律師庭之組成的質疑，亦為無理由。該庭的組成並未對聯邦普通法院的結構造成憲法上所不允許的改變；因為法庭的成員大多數係聯邦普通法院的職業法官，對於該庭具有律師身分成員的任命基本法並未要求須有法官選拔委員會的參與。從基本法第九十六條第二項第二句（舊）可以得知基本法第九十六條第二項（舊）僅針對與聯邦有職務關係的聯邦法官。

3. 訴願人之基本權利並未因為該判決係以聯邦律師法第四十三條第二項作為基礎而遭受侵害。

B、

本憲法訴願無理由，其形式合法性則無疑問。

I、

審理律師事務之名譽法院與基本法相符合，並未違反基本法第一〇一條。

1. 根據基本法第一〇一條第二項之規定，得以法律設立特別事務之法院。由此可知，特別法院不得為特定人群設立。聯邦之特別法院則不被允許，因為聯邦法院的範圍已於基本法第九十二條、第九十六條（舊）與九十六 a 條（舊）中完整加以規定（聯邦憲法法院裁判彙編第十卷，二〇〇頁（第二一二頁以下））。

a) 負責審理律師事務的地方名譽法院與高等名譽法院負有對特定事務，亦即律師的職業權利，概括抽象裁判的任務。正因為這些法院受限於審理律師職業權的事務，必然地同時也會受限於針對特定的人群——即限於對律師與申請登錄擔任律師的申請人——也就是說這樣的限制並未構成違反基本法第一〇一條第二項的理由。唯有當名譽法院僅係專為審理律師的法律案件而設立時，換句話說：例如它們僅管轄律師的民刑事案件時，方為違憲之特別法院。各級勞工法院與公務員懲戒法院——配合勞工法與公務員懲戒法之範圍——亦僅負責特定人群之審理。但我們不能便稱該等法院——基本法第九十六條第一項（舊）與九十六 a 條（舊）第四項有許可之要件——從基本法第一〇一條第二項之觀點有違憲之虞。因此，聯邦憲法法院也會經明白地把醫師職業法庭明確地稱之為「基本法第一〇一條第二項的特別法院」。

「（聯邦憲法法院裁判彙編第十八卷，第二四一頁（第二五七頁）；二十二卷四十二頁（四十七頁）」。同樣地，亦須適用於律師的名譽法院。

b) 訴願人認為基本法第九十二、九十六（舊）與九十六 a（舊）條並未規定律師庭，因此是不應許可的聯邦特別法院。

律師庭卻是聯邦普通法院的一部份，在組織上屬於聯邦普通法院，而且由其組成也可看出該法院之法庭。庭長係聯邦普通法院之院長或是按照法院組織法之規定由特定庭長代理；三位陪席法官均為聯邦普通法院之法官（聯邦律師法第一〇六條第二項）。此外，由三位律師以榮譽陪席法官之身分參與審判，並未因而使該法庭從聯邦普通法院分離，成為一特別法院。各聯邦法院法官的組成則交由立法者加以規範；對於特殊事務是否規定一種特殊的組成方式，尤其是名譽法官的參與，悉由立法者自由決定。

c) 為審理律師職業權之法律事務所設立之特別法院也與平等原則相符合，立法者並未逾越基本法三條第一項為其所設立之界限。

律師不僅是私益的代表，同時也是司法的獨立機關（律師法第一條）。因此，亦如一九五七年聯邦律師法政府草案的理由所說的（BTDrucks. III/120, Bismarck § 1, S. 4），律師是「接替法院與地檢署之地位：：此亦司法內部之地位使每一位律師在執業時負有深思熟慮之義務。所以不管是擔任民事訴訟代辦人或刑事辯護人的律師均不得有意識的幫助不法或增加判決的困難」。律師的這種特殊任務使得將他們——不同於大部份其他職業之成員——納入某種特別懲戒法一事顯得合法。為了適用這種懲戒法所設立



之特別法院，由其同業成員擔任具有專門知識之名譽法官參與審判並未違法，亦如在基本法中自行規定所設置之特別懲戒法院（基本法九十六a條第四項（舊））。

當然，律師名譽法院不僅審理懲戒事務，也負責司法行政機關對律師所作行政處分之合法性以及律師公會處分之合法性。但是，對此也可以提一個客觀的理由：為適用律師懲戒法所設立之名譽法院，不免令人想到，這種法院也可以用來審理此一領域中其他的法律爭議。

2. 基本法第九十二條要求，司法權應由國家之法院行使。各邦之法院雖然不須以直接國家機關之形式設立，縱使屬於公法團體之特別法院也可以是基本法第九十二條所指之「國家法院」（Vgl. BVerfGE 4, 74 [92]; 10, 200 [214]; 14, 56 [66]; 18, 241 [253]）。但是一個法院並不會因其係依據國家的法律所組成且為達成國家之任務便證明為「國家法院」。一如聯邦憲法法院在其一九六四年十一月二十四日對於萊蘭—伐爾茲醫事法院所作判決之理由（聯邦憲法法院裁判彙編第十八卷二四一頁（二五三頁）），一個由同業組織所組成之特別法院，唯有當其人事充分受到國家的支配時，包括國家參與法官的任命，方得將之視為國家法院；在任命名譽法院與職業法院之成員時尤其需要國家之參與，否則的話將會產生——不屬於民主國家的——階級法院之危險。

關於地方名譽法院如果清一色由律師所組成是否滿足基本法對國家法院之要求的問題可以不必討論。因為在地區名譽法院之上還有高等名譽法院擔任另一個事實審。但是，高等名譽法院皆係國家法院，所以無論如何已經符合基本法第十九條第四項的憲法要求。其設立乃根據國家法律，人員之組成大部份

亦有國家之參與。

高等名譽法院中來自律師界之法官係由邦法務部任命。這些人則從律師公會理事會所提之建議名單中產生。這份建議名單「至少必須包含超出所需律師數量的一半」（聯邦律師法一〇三條第二項第一句加上九四條第二項第二句與第四句）。不容懷疑的是這項規定使得司法行政機關僅得從律師公會所建議之律師名單中任命為高等名譽法院之法官。法律條文上不清楚的是，如果該份名單雖然在數量上符合聯邦律師法第九十四條第二項第4款的要求，但是其中卻沒有足夠讓法務部認為合適的人選時，法務部是否仍受該名單的拘束。由於聯邦律師法過去是在經歷冗長的立法努力後方才制定完成。律師界參與名譽法院的規模隨著不同的草案與每次的討論一次又一次的增加，在最後定案（稿）時，其影響程度又再度被增強。鑑於這種趨勢，聯邦律師法第九十四條第二項第二句應理解為，對於高等名譽法院法官的選拔應受到律師公會所提建議名單的終局拘束而且不得加以改變。由於建議名單之數量只須包含超過所需律師人數的一半，這樣的條文解釋或許會導致違憲。因為如此一來法務部在任命律師成員的空間上將會太狹小，將無法再確保國家於任命法官時的充分影響力。

此際，該條文容或以另一種意義予以合憲解釋。因為法務部有挑選的可能性，該法已以條文規定表示，律師公會所建議的名單必須超出所需的數量。但是，這份建議名單並不具有終局的與排他性建議的性質，致令法務部無論如何均須從該名單中任命。該法律僅定下建議的最低標準（「……至少必須包含……」）。意思是說，該名單是可以擴充的，因為，該項程序係以補足高等名譽法院所需法官員額為目

的，必要時亦得加以擴充。也就是說，根據聯邦律師法第九十四條第二項的意義，法務部有權於必要時——即當原始名單中沒有足夠適當的法官人選時——要求補充。這樣的解釋並無違背該條文之虞，方足以確保國家對高等名譽法院之組成有充分的影響。

此外，高等名譽法院的國家特色也已獲得維護。因為法務部有權決定高等名譽法院所需成員的名額（聯邦律師法第一〇三條第二項）。另外，法務部也有權決定那些成員來擔任高等名譽法院的院長與各庭庭長（聯邦律師法第一〇一條）。並監督該法院，後者之議事規則亦須得法務部之認可（聯邦律師法第一〇五條第二項）。

3. a) 基本法第二十條第二項規定，司法權應由有別於立法權與行政權之機關行使。因此，在組織上法院必須與行政機關分離，不允許司法機關與行政機關有太密切的人事交錯（聯邦憲法法院裁判彙編十四卷五十六頁（六十七頁以下）；十八卷二四一頁（二五四頁））各高等名譽法院均符合這項要求，他們在組織上與人事上均充分與律師公會的機關彼此分開。

他們都被設在各個高等法院（聯邦律師法第一〇〇條第一項）。所須費用則均來自國庫（聯邦律師法第一〇三條第四項）。高等名譽法院的成員在執行職務期間具有職業法官的地位（聯邦律師法第一〇一條第一項）。

名譽法院與律師公會人事上的交錯已特別由後述規定所排除，即高等名譽法院與聯邦律師庭的成員不得同時於律師公會理事會或是在律師公會擔任專職或兼職（聯邦律師法第一〇三條第二項，第一〇八

條第一項)。

當然，這些法官均來自律師界也必然是律師公會會員（聯邦律師法第六十條第一項），因此也是公會會員大會的成員（聯邦律師法第八十五條以下）。不過經由法官迴避的規定已避免了在公會成員身份與法官職務之間角色衝突的危險。聯邦普通法院律師庭曾經在一件關於某律師公會之會員大會決議效力的判決中決定，根據非訟事件法第六條第一項第一款與民事訴訟法第四十一條第六款之法理，應排除那些曾經參與做成決議的名譽法官審理此類案件（*NY* 一九六八，一五七）。以便能夠由未參與公會會員大會之選舉與決議的庭員（名譽法官）審理，如此一來便不得再之視為一種違憲的權力混合了。

b) 法官工作的本質在於它係由人與事均無利害關係之第三人所為（聯邦憲法法院裁判彙編三卷三七七頁（三八一）；四卷三三一頁（三四六）；十四卷五十六頁（六十九頁）；十八卷二四一頁（二五五頁））。

基本法第九十七條第一項所保障的法官的客觀中立係指他們只受法律的拘束而不受指令的干涉（聯邦憲法法院裁判彙編十四卷五十六頁（六十九頁））。聯邦律師法關於高等名譽法院的規定並未含有與此項保障相反的條文。

保障人事上獨立的基本法第九十七條第二項，根據該本文雖然僅針對「專職與依編制補實之法官」。但是，即使是對於名譽職的法官也必須保障其人事獨立的最低限度。也就是說，在他們任期結束之前只能根據法律上所規定之要件與法院之判決違反其意志加以免職（聯邦憲法裁判彙編十四卷五十六頁（

七〇頁）；十八卷二四一頁（二五五頁）。聯邦律師法均符合這些要求。高等名譽法院與聯邦普通法院律師庭中具有律師身份的成員任期均為四年（聯邦律師法第一〇三條第一項，第一〇七條第一項）。這項任期不至於短到令人懷疑其獨立性（聯邦憲法法院裁判彙編十八卷二四一頁（二五五頁））。聯邦律師法也保障這些法官唯有在法律上所各別規定的要件下經由法院判決方得於任期結束前提前加以免職（聯邦律師法第一〇三條第二項，第一〇九條第二項）。

各高等名譽法院雖然均由兩位高等法院之法官與三位律師所組成，且因而使得比例上占有多數的法官（指具有律師身份者）必然也是當事人的同行。具有隨時可被任命擔任職業法官之一般資格的律師，要勝任審理律師事務榮譽法院的工作是不容懷疑的。雖然，在擔任名譽法官期間他們仍繼續執行律師業務。但這正是一個在組織上按照身分所設立之名譽法院的要素。任何被任命擔任欲審理律師之身分與義務者，必須對於該職業之功能非常熟悉。也就是說，德國律師界普遍有一項誤解認為擔任一時的法官工作與正常的律師工作會產生利益衝突的危險，所以擔任榮譽職的律師必然會受到業務競爭之想法或其他人觀點的影響，從而在名譽法院有偏頗情形的可能性也許會比一般的法院高一點。不過，對於這類情形在法律上已經作了充分的防範。根據聯邦律師法第一一六條規定，懲戒案件適用刑事訴訟法關於法官之拒絕與迴避的規定。因而，在名譽法院的程序中被告有權以某一法官有偏頗之虞加以拒絕（刑事訴訟法第二四條），本案訴願人在其案件中也有權行使這項權利。在名譽法庭的其他程序中，特別是登錄案件，根據聯邦律師法第四十條第二項準用非訟事件法之規定。聯邦憲法法院已於一九六七年二月八日

裁定宣告非訟事件法第六條第二項第二句之條文無效（聯邦憲法法院裁判彙編二十一卷，一三九頁以下），因此在此類程序中亦得以偏頗之理由拒絕某一法官。

d) 關於在高等名譽法院係由具律師身分的名譽法官擔任庭長，而非由職業法官身分之庭員出任，從憲法的觀點，無可指摘。

基本法並未規定，在那些領域必須使用職業法官——指那些與聯邦或邦有職務關係且專任法官工作者而言。基本法將名譽職法官之進用委由立法者裁量為之。向來立法者均有考慮到他們，在很多法院甚且佔有比例上較多的名額（例如在商事庭、刑事陪審庭、小刑事庭、重大案件陪審庭）。當然，長久以來法律通常規定由職業法官擔任法庭庭長，不過這項原則卻常有例外。根據一八七八年生效之律師法規定設立之律師名譽法院即形成一項例外，該法院清一色由律師組成，但仍被視為一個誠實的法院（參照RGZ170,33[335]）。過去與現在的巴登與符騰堡的鄉鎮法院亦均由名譽法官所組成。在此看不出任何立法者對此必須加以改變的堅強理由。在由名譽法官擔任庭長的例外情形，當然必須保障他們不受該項職務過度的要求。因此聯邦憲法法院認為鄉鎮法院任命擁有特定法律知識者擔任外行法官的作法並不違憲（聯邦憲法法院裁判彙編第十四卷，五十六頁（七十二頁））。同樣地，在高等名譽法院如果由具備完整法學教育與經驗的名譽法官（本職為律師）擔任庭長，在憲法上亦無可指摘。

## II、

聯邦律師法關於任命律師擔任聯邦法院律師庭名譽法官的規定，並未違反基本法第九十二條第二項

。該法院任命名譽法官一事並不需要法官選拔委員會之參與。

a) 關於基本法第九十二條第二項中「法官」一語是否是指所有包括名譽職法官在內的聯邦法院法官或僅指職業法官之問題，無法從文意解釋得到答案。基本法以不同的意義使用「（聯邦）法官」的概念，基本法第七十九條第一項乃指所有行使司法權之人員——不管是職業法官或名譽法官，是聯邦法官或邦的法官。反之，基本法第九十六 a 條（舊）第四項——現在是基本法九十六條第四項——規定，聯邦對於聯邦法官（以別於邦的法官）之懲戒案件得設立聯邦懲戒法院，則僅限於聯邦的職業法官。基本法第九十六條第二項第一句（舊）僅規定「各聯邦法院的法官」，實無法得出該規定是否亦及於名譽職法官。若從該條文所處之位置與其制定之背景觀之，所得的結論反而是它僅及於職業法官而已。

b) 緊接著基本法第九十六條第二項第一句（舊）之規定的條文是：「其職務關係由特別的聯邦法訂之」。也就是說，基本法第九十六條第二項（舊）先決條件是那些由法官選拔委員會參與任命而與聯邦發生「職務關係」的法官，但是僅限於職業法官。因此基本法第九十六條第二項（舊）前後兩句是指法官選拔委員會所必須參與的要求，僅適用於職業法官之任命。

c) 條文制定之沿革可證明上述見解。

關於法官之任命方式是否與公務員一樣或由某一委員會決定的問題，是在一九四八年十一月十日制憲委員會的司法委員會第五次會議中討論基本法時才第一次被提出討論。參與聽證的科隆德意志高等法院院長 Ruscheweyh 博士建議「獨立與終身任用的法官，其任命不應自始由司法部長為之，而應在一定

的時間之後方才根據某一特別組成的法官選拔委員會之選擇加以任命」(一九四八年十一月十日憲法法院與司法委員會第五次會議會議記錄，第二頁)。社會民主黨之議員Selbet博士同樣也根據黑森邦憲法第一百二十七條之規定(該規定僅就職業法官而言)發言贊成法官以選拔方式產生，(前揭會議記錄，第八頁)。從Ruscheweyh的發言與上述黑森邦憲法之規定可以看出，制憲當時只想到職業法官之選拔。在後來的討論過程中便沒有再提及有關法官選拔之條文的範圍問題。

d) 一九六八年六月十八日基本法第十六次修正案對基本法九十六條(舊)的修正理由，在一九六七年二月二十日政府提案的官方理由中只寫著因為第二句「依照一般的觀點與基本法第九十八條第一項相比較並不具獨立之意義」。當時並未企圖改變憲法上的基礎，所以也未產生。鑑於近來名譽法官紛紛進入各聯邦法院的各法庭中之事實，制度上應該對之有一項明確的規定，而且也要顧及該等法院所需名譽法官名額共計一千三百五十位之驚人數字。

### III、

訴願人認為名譽法院根據聯邦律師法第四十三條第二項之概括條款對他所作的判決違反基本法第一〇三條第二項，第十二條第一項，第五條第一項。

1. 基本法第一〇三條第二項並不限於刑事罰，也包括——當然會因各法領域之性質而有某些限制——名譽法院的處罰與懲戒罰。這一點可以從基本法第一〇三條第二項不同於基本法第一〇三條第三項，直接使用處罰與可罰性的字眼。如果基本法的制定者有意將基本法第一〇三條第二項限制於刑事處罰的話，



很明顯地便不會只概括地使用處罰之字眼，而是——像基本法一〇三條第三項——規定爲「根據一般刑法法律」之處罰，也就是根據各種刑事法律（參照聯邦憲法法院裁判彙編第二十一卷，三七八頁（三八三頁）；第二十一卷，三九一頁（四〇〇頁））。將基本法第一〇三條第二項適用於懲戒罰也是很有意義的。儘管懲戒罰本身與刑事罰有很大的區別（參聯邦照憲法法院彙編二十一卷，三七八頁（三八四頁）；第二十一卷，三九一頁（四〇三頁）），但均爲對某一有責行爲之「高權性非難反應」，就此而言則兩者完全一致。縱使懲戒法的領域中基本法第一〇三條第二項也應使此類「高權性的反應」可得預見。

因此，沒有理由可供認定，基本法的制定者已將懲戒罰排除於基本法第一〇三條第二項之外，另一方面也沒有理由可資證明基本法制定者想要透過基本法第一〇三條第二項來改變懲戒法傳統的結構。懲戒法向來與刑法不同，並非各別規定犯罪構成要件與相關的處罰，而是以概括條款規定對於故意或過失違反職業義務之行爲科以法律上所規定懲戒罰。因此，概括條款是合法的，因爲要完全類舉與某一職業相關的義務是不可能的。個別立法在此——有別於一般的刑法——通常也沒有必要；因爲那是一種牽涉職業成員的規範，這種規範是從他們所擔任的任務產生，因此對他們自身而言，通常輕易便可看出。所以，規定律師任務與義務之關係的聯邦律師法四十三條第二項概括條款，對名譽法院所行使的處罰而言，乃一充分明確的基礎。

2. 聯邦律師法第四十三條第二句中規定，課予律師負有義務，在職務內與職務外應該有律師應有的尊重與信用。這項規定符合基本法第十二條第二項，它純粹是基本法第十二條第一項第二句所指的「執

行規定」，這種規定可以經由合理的公共福祉理由加以合法化。

3. 聯邦律師法第四十三條也沒有侵犯言論自由的基本權（基本法第五條第一項）。聯邦普通法院曾經表示（聯邦普通法院刑事判決彙編二十一卷，二〇六頁（二〇八頁））該項規定屬於為基本權利設限之基本法第五條第二項所指之一般法律。這個見解是正確的。

所謂的「一般法律」應解為係指所有為保護各種優位於言論自由活動之社會價值所制定的法律，而非為禁止言論而制定之法律（聯邦憲法法律裁判彙編七卷，一九八頁（二〇九頁））。聯邦律師法第四十三條課予律師言行應符合其身負司法機關任務的義務（聯邦律師法第一條）。因此該規定有助於司法之秩序之維護，它包括本質激烈的「為權利而戰」、與對司法機關彼此間原則上的尊重。因此，如果從聯邦律師第四十三條第二項中導出律師負有不得對其他司法機關實施與案件無關的貶抑性攻擊之職務義務時，並未侵犯言論自由之基本權利。

4. 高等名譽法院認為訴願人在前面所引述的言詞中已違反該項職務義務，因此給予申誡一次乙節係事實認定與責任判定之問題，原則上不歸聯邦憲法法院審查。且看不出高等名譽法院有擅斷之情勢。

#### IV、

本判決如下：

關於 I 2 之部份（聯邦律師法第九十四條第二項的解釋）以五票對三票。

關於 I 3（名譽職法官擔任庭長）以及關於 II 之部份（聯邦普通法院律師庭名譽職法官的選拔）

以六票對二票作成，其餘部份全票通過。

（署名）

## 關於「資訊自由權」之判決

### ——聯邦憲法法院判決集第二十七卷第七十一頁以下

譯者：黃錦堂

#### 〈判決要旨〉

1. 基本法第五條第一項一句所保障之不受阻礙地由一般大眾得接近之資訊來源接受知識的權利（資訊自由），係獨立且與言論自由及出版自由並立之基本權利。
2. 當某種資訊來源在技術上係適當且確定可以使一般大眾獲得一些資訊時，它就是（前面所稱的）一般大眾得接近者。它並不因法律上禁止其散佈所為之措施而喪失其此種特性。
3. 基本法第五條第一項一句之規定非僅保障積極獲得資訊之行爲，同時亦保障單純的接受資訊之行爲。
4. 本案之沒收處分，係在「資訊自由」與做為基本法第五條第二項意義下的防止危害憲法之一般法律的「刑法規定」二者間所為之利益衡量之結果。

一九六九年七月三日第一庭判決

——1BvR 46/69

於……先生針對Lüneburg邦法院於一九六四年五月二十一日之裁定——2cJs 4923/64——4AR5742/64——所提出之憲法訴願程序內所作成。

## 判決主文

Lüneburg邦法院於一九六四年五月二十一日裁定——2cJs 4923/64——侵害了訴願人源自基本法第

4AR 5742/64

五條第一項第一句之基本權利。該裁定應予撤銷，案件發回Lüneburg邦法院。

## 判決理由

A、——I、

1. 依據一九六一年五月二十四日之有關對違法刑法的或其他禁止散佈之規定之監督法律——BGBl.S.607——（以下稱監督法(Überwachungsgesetz—GÜV—)），當某刑事法律基於保護國家之理由而禁止上述物品輸入或散佈時，郵政及海關官署應確保這些對象（例如報紙、期刊、小冊子……等取得

資訊之工具，不被帶入該法律之地域（按：即西德）的效力範圍內。爲此一目的，郵政以及鐵路官署尤應挑揀出由東德而來之存有客觀根據違反基本法之所有郵件。這些官署並應進一步將有嫌疑之郵件送至有權開拆並搜索之海關總局。倘該郵件於海關總局仍有違反以保護國家爲由之刑法法律之嫌時，則海關總局應將該郵件呈送至檢察機關，而由檢察機關在必要時依刑事訴訟法之規定申請沒收該郵件。最後只有：在刑事法庭宣告沒收時，該郵件始被扣留下來不再寄送。沒收係一客觀的、非針對特定行爲人所規定之程序，而且通常沒收之對象也不僅是被指稱違反刑法之期刊的單一本冊，而應是該期刊整版沒收。

近年來有數以百萬計的期刊被沒收，其中大部分係由東德所印製。被沒收的除了特地爲了寄送至西德境內所印製之小冊子及期刊之外，還有報紙以及其他定期於東德出版之期刊。在一九六六年元月，於54883件受檢刊物中有53783件遭到扣留；在一九六七年元月，則於60988件受檢信件及38883件受檢印刷品中，有331843封信件及32506件印刷品遭到扣留（參閱刑法修正特別委員會第七十九次會議紀錄5Wp.頁一五九五）。

根據一九六八年六月二十五日第八次刑法修正法（BGBl.頁七四一）之一九六九年三月三十一日之版本（BGBl.頁二六九）第八條之規定，目前東德之報紙與期刊只要專供郵政報務之用或與商業有關者，就不再有沒收之列。

2. 訴願人於一九六四年以資訊之目的，由其友人以郵寄方式自東德寄送日報至Muenster。其中一份寄送品內夾有一九六四年五月八日的「來比錫人民報」一九六四年第126/1號。監督機關於

Braunschweig 依監督法之規定截獲該分郵件，並由當地之海關總局開拆且續交給 Braunschweig 的檢察機關後，檢察機關扣留了該郵件。訴願人於一九六四年六月初申請檢察機關發還被扣留之報紙，因為該報紙係以個人資訊所需為由而由其友人寄送給他。對此，檢察機關通知訴願人該件有問題之寄送品已為法院所沒收。訴願人立即要求給予該沒收裁定之副本，並於一九六四年九月收到 Braunschweig 邦法院沒收裁定副本，然而，該副本卻是有關於其他印刷品的。於訴願人對此點提出異議後，檢察機關通知訴願人曰：該份寄送予訴願人之「來比錫人民報」已由 Frankfurt 與 Lüneburg 之邦法院共同沒收。經申請後，訴願人始於一九六四年十二月三十一日收到 Lüneburg 邦法院之一九六四年五月二十一日裁定之副本。

3. 於該裁定中，Lüneburg 邦法院認為一九六四年五月八日之第一二六號「來比錫人民報」係因違反了聯邦憲法法院法第四十二條及四十七條，與刑法第一二八條、九十四條及九十一 a 條之規定而加以沒收。在裁定理由內尚有刑法第九十七條之規定也被稱為係被違反之刑法規範。該裁定於一九六四年六月十五日確定。

邦法院之理由在於該刊物係由德國社會統一黨 (SED) 於東德印制。要藉著該寄送品，由 SED 操縱非法活動的德國共產黨 (KPD) 推動之企圖，以便將現存於東德境內之暴力統治與專制制度引入聯邦德國（刑法修正法於一九五一年八月三十日之版本第八十八條第二項第六款）。該刊物係為於聯邦德國境內散佈而加以輸入。因此，已經違反了裁定主本內所列舉之刑法規定（聯邦憲法法院法第四十二條、第四十

七條、刑法第一二八條、第九十四條、第九十a條），亦因此而實現了刑法第八十六條及九十八條關於沒收之構成要件。

至於是否因為該報紙內的文章被認為有問題，抑或是是否因為這次未顧及到內容的寄送係由德國共產黨所推動，在裁定理由並未提及。該裁定係依事前印製的表格而作成的，該表格內僅填入了報紙之名稱及號碼，並且選擇性地SED的旁邊將被稱為創始人的EDGB-GDSE-DED。

在客觀程序中，邦法院之決定係依據刑事訴訟法第四三〇條以下之規定（現今已藉刑事訴訟法第四四〇條，由一九六八年五月二十四日之秩序違反法之施行法(Einführungsgesetzes zum Gesetz ueber Ordnungswidrigkeiten)——簡稱EGOWIG——第三條第十六款加以補充）發布之，因為根本沒有特定人可以訴追，尤其是對於在東德境內之寄件人。也沒有理由支持對聯邦德國（西德）境內之收件人有可罰性。由於寄件人無法在主審程序中被傳喚到場，而收件人也沒有權利要求交還於郵寄過程中被抽取出來的郵件，因此，刑事訴訟法第四三一條第二項意義下之沒收當事人並不存在。

## II、

訴願人於一九六五年元月二十二日向聯邦憲法法院提出憲法訴願，指責Lueneburg邦法院於一九六四年五月三十一日之裁定違反了基本法第二條第一項及第五條第一項之規定。

1. 訴願人提出理由認為邦法院疏於審查該報紙之內容是否敵視憲法的(verfassungsfeindlich)，且未審查寄件人是否藉該郵件之寄送推動其敵視憲法之企圖。而由單純形式上理由也可以發現法院並未考



應到資訊自由之基本權利。此項基本權利係爲了獲得一個「最大的政治上意見參與點」。因此，私人的刊物訂閱——內含敵視憲法內容者亦同——應是受允許的，正如同個人可藉廣播及電視的傳送而由東德獲得資訊一樣。所以亦應許可閱讀所有於東德境內出版之刊物。沒收所有報紙之行爲實已侵害以資訊爲目的之報紙之資訊自由。本案所涉者並非會造成無法控制其散佈的大量寄送。而遭沒收之刊物亦非特別爲於聯邦德國境內煽動所印製，「來比錫人民報」主要係一以於東德境內散布爲目的之地區性報紙而已。

2. 在他一九六五年二月二十二日送達至聯邦憲法法院之書狀中，訴願人明白指責其根據基本法第一〇三條第一項之法律上聽審之權利亦受到侵害，邦法院乃係以郵件寄送之收件人並不參與客觀沒收程序爲出發點，在這裏，邦法院否認了資訊自由之權利爲收件人創設了一種獨立於其他法律狀態的當事人地位。

### III、

聯邦司法部長曾爲聯邦政府發表其意見，其認爲這項從對基本法第一〇三條一項爲指責之憲法訴願不合法也無理由。

1. 訴願人對於其法律之聽審權受侵害之指責已太遲，因爲，它是在訴願期間經過之後才提出，而且無論從事實上或法律上的觀點來看，這裏均不涉及單純地對以前所已經提出過的意見作補充。

2. 此外，該憲法訴願也無理由。資訊自由之基本權利並未受到侵害。就刑事訴訟程序中印刷品之沒

收而言，這裏並非直接涉及自由的接受資訊之可能性的界限，而是特別涉及到自由的意見表達之界限。資訊自由僅間接地受到影響，因為一個因法律之確定力而被沒收之印刷品，並非基本法第五條第一項第一句意義下之「一般大眾得接近之資訊來源」。邦法院認定該報紙之輸入已違反刑法這一點，只能聽任聯邦憲法法院加以審查。而對此實未見支持之理由。因此訴願人事實上的主張：認為不論在內容上或依其散佈可能性看來，該報紙均未能推動任何與敵視憲法之企圖，正如同如下問題：本案所涉及者究為大量寄送或者個別寄送一樣，二者均不足以據以判斷本件訴訟。「來比錫人民報」係SED於來比錫地區之機關，其為東德境內較大的日報，並且一般而言僅有部分不重要的內容係屬地區新聞。它係在所有的蘇聯佔領區內之(Sowjetzonen)報紙中的「新德國」報之外，最廣泛地傳佈SED之政治思想，且屬於最常基於分化之目的而寄送至聯邦德國境內之報紙。

即使訴願人指責法律上聽審權利受到侵害這一點，被認為係合法的，至少它也是無理由的。訴願人不能被視為沒收程序之當事人，因為身為收件人的他對郵件並無所有權，亦無任何限定物權。倘若給予訴願人此種權利地位，且因此使之成為沒收程序之當事人時，則將因此使常由東德寄入之數以千計的大量寄送品於實務上遭遇無法解決的困難。而且，從憲法中也無法直接導出當事人的角色。因此，在沒收程序中，訴願人之基本法第五條第一項第一句之自由接受資訊之權利僅間接受影響。

B、

本件訴願僅部分合法

1. 訴願人對其基本法第一〇三條第一項之權利受侵害之指責已太遲。雖然憲法訴願內之事實陳述表明了：訴願人並未得到任何參與沒收程序之機會。然而這其中之陳述僅包含了報導沒收之事實上經過，並不能使我們認識到：訴願人自己認為經由該沒收程序之完成，已使其源自基本法第一〇三條第一項之權利受到侵害，並且將導致由聯邦憲法法院為審查。因為訴願人一開始係於期限屆滿後始對法律上聽審權利被拒絕提出指責，故此一事實不得再作為憲法訴願之客體(BVerfGE 1885 [89])。

2. 除此之外，本件憲法訴願合法，應予受理。訴願人因Lüneburg邦法院之沒收裁定而於法律上受到直接影響，因為該裁定將所有由東德輸入之報紙文件沒收，因而，延伸到了訴願人的樣本上。按照判決及學說之通說，身為收件人之訴願人對郵寄之內容並無所有權及限定物權，且相對於郵局也並不承認其對郵寄之內容擁有任何權利，這點並無疑義(參閱KMR, 刑事訴訟法逐條釋義，一九六六年第六版§ 431註22; Löwe-Rosenberg, 刑事訴訟法逐條釋義，一九六五年第二十一版，§ 431，註38，及其他論著)。訴願人以憲法訴願之方式主張該沒收行為侵害其基本法第五條第一項第一句所保障之權利地位，亦即資訊權。此種主張已滿足憲法訴願之許可要件(參閱BVerfGE 19, 206[215])，而於聯邦憲法法院判決時點上仍必需之不服狀態(Beschwer)(參BVerfGE 21,391[43])迄今仍存在，因為訴願人迄今尚未收到寄送予他之報紙。

而且，聯邦憲法法院法第九十條第二項中所表示之憲法訴願補充性原則，亦不阻礙本案受理之合法性。僅有沒收之當事人始被承認擁有法院判決及學說中被部分認可之依形式上法律確定力對沒收裁定加

以反駁之可能性（參閱 Löwe-Rosenberg，同前註，§ 411，註 3a 及 b，KMR，同前註，§ 431，註 3 及 § 458，註 3，及進一步之論述）。然而幾乎一致地認為應否定郵遞收件人擁有沒收當事人地位。因此，此種法律狀態係如此地有疑問，以致於我們無法指望訴願不採取此處被認為可能之法律救濟途徑（參閱 BVerfGE 17, 252[257]）。

C、—I、

本憲法訴願為有理由。

1. 對於遭沒收之報紙之制作及散佈已違反了邦法院於其裁定主文內所引法條一事，及對於該沒收命令一事，邦法院顯然未考慮到該報紙之制作者及散佈者的言論自由及出版自由。此點於憲法上暫且不去加以指責。雖然該裁定並未表明報紙文章中何者被視為係對憲法具有敵意，然而從裁定理由之關連性便可得知，邦法院之出發點在於：以制作及寄送報紙之方式，在違反聯邦憲法法院法第四十二條、第四十七條及刑法第一二八條，九十四條，九十一 a 條之下，推動由 SED 所操縱之從事非法活動的德國共產黨 (KPD) 的企圖。在這樣一種由被禁止的德國共產黨 (KPD) 有組織地聯合直接支持的情況下，因為有組織地推動的作用結果，限制言論與出版自由係可以允許的，並且在此等範圍內適用刑法規定，在憲法上也是無可指責（參 BVerfGE 25, 44[55ff.]）。倘若邦法院之裁定同時以僅於其理由中提及，但未於主文內提及的刑法第九十七條之規定（對國家機關之侮辱）為根據時，這點也無庸指責。在公開的言論爭辯中，任何受許可之對立情況下，攻擊之方式均可能引起無法容忍之效果（參 BVerfGE 4, 325[355ff.] 對於

刑法一八七a條〔政治人物之名譽保護〕合憲性之探討)。

2. 然而邦法院在下令沒收時並未考慮到報紙讀者及訂閱者受基本法第五條第一項第一句所保障之不受阻礙地由一般大眾得接近之資訊來源接受知識的權利(資訊自由)的放射作用(Ausstrahlungswirkung)。透過該刑事法院之沒收裁判，在該裁判阻礙了作為最重要的供給資訊方式之報紙管道的範圍內，該基本權利受到了影響。

在制定第八次刑法修正法時多次被主張的看法：認為加重訂閱東德報紙之困難並未影響到聯邦德國國民之基本權利(參閱Dr.Gradl, StenBer. 議員之意見，聯邦議會一九六八年五月二十九日會議，頁九五二七及Dr.Güdel及Dr.Schwarzhaupt議員於聯邦議會為刑法之修正而於一九六七年十一月八日召開之特別委員會內之意見，頁一六九八及一七〇一)，實忽略了訂閱報紙所涉及者係一雙面的交往過程(Kommunikationsvorgang)，此一交往過程於憲法層面上不單僅藉由言論表達及言論散佈自由保障，亦藉資訊自由加以保障。因此對此交往過程之侵害同時亦會侵害前舉二者(按：指言論自由與資訊自由)之範圍。

對於邦法院裁判有重要性之刑法規定(刑法第八十六條及第九十八條二項)，並未有應加以沒收之規定，反而係規定得由法院裁量沒收與否。依聯邦憲法法院之判決所示，作為一般性的、限制了基本法第五條第二項意義下之基本權的此一法律，應在資訊自由基本權的重要性之觀點來加以審視並解釋之，以期於任何情形下均能保護該基本權利之特別的價值內涵(參閱BVerfGE 7,198[208ff.]; 25, 44[55])

，邦法院於行使其裁量時應於資訊自由基本權所保護之利益與刑法所保護之法益間為利益衡量。為此，首先應進一步確定該基本權利之內容與效力範圍。

## II、

1. 德國之憲政史 (Verfassungsgeschichte) 直至一九四五年止尚未承認，不受阻礙地由一般大眾得接近之資訊來源接受知識這種獨立的基本權利。此種資訊自由於二次世界大戰後首先於各邦憲法內（參閱例如一九四六年十一月二十八日 Württemberg-Baden 邦憲法第八條；一九四六年十二月一日的 Hessen 邦憲法第十三條；一九四六年十二月二日的 Bayern 邦憲法第一一二條二項），然後於基本法內出現之。於基本法內對於資訊自由為獨立的憲法保障之理由乃肇因於國家社會主義政府實務下之資訊限制，國家言論之控制，對外國廣播之國家收聽禁令及學術與藝術禁令等經驗。

2. a) 在基本法秩序中，資訊自由係與言論自由及出版自由等價並立，其並非僅是單純自由的言論表達與散佈之權利的組成部分。此項言論自由之權利雖然係以保護經由他人接受意見為其內容；然而，此種保護卻僅係為了言論自由之緣故而保護意見表達者，至於意見接受者在此範圍內僅扮演著消極的角色。相反於此，資訊自由正是自身取得資訊之權利。另一方面，這種資訊自由權亦為以言論表達為首之言論形成之先決要件，因為只有全面性的，藉由充足的資訊來源而被加以注意之資訊，始能使得個人及社會 (Gemeinschaft) 之自由言論形成及表達成為可能。最後，自由的出版也將因此有助於減輕國民透過完整的資訊而形成言論並作出政治性決定之使命 (BVerfGE 20, 162[174])。

準此以解，有二個要素決定了基本法第五條第一項第一句所保障之資訊自由之本質。首先是資訊自由與基本法第二十條第一項之民主原則之關係：一個民主國家內不能沒有自由的且儘可能完善資訊化之公共言論。其次，資訊自由具備了一個個人權利的、由基本法第一條、第二條一項所導出的要素。儘可能地接受豐富的資訊來源以增加知識並開展其人格，實係人類之基本需求。此外，在現代化工業社會中，資訊的掌握對於個人的社會地位具有重要意義。資訊自由的基本權利正如同自由的言論表達的基本權利一樣，均係自由民主之最要條件之一（參BVerfGE 7,198[208]）。藉由資訊自由之助，國民得以居於建立起行使其人格上及政治上使命之必要條件，以使其於民主之名下得自我負責處理事務之地位。國民藉由逐漸增加之資訊自由得以認識政治上及其存在意義上之相互作用，並得以獲致結論；增長其共同負責及批評之自由。資訊特別是能夠使個人去了解其他人的言論，並相互加以衡量，進而消除偏見並喚醒其對其他思想者之理解。

在國際範圍內，資訊自由亦有其特別意義，此顯示在自一九四五年起，國際間亦努力對此自由以獨立的權利而加以保護。此後，於一九四六年十二月十四日之聯合國全體會議之決議中，資訊自由已被以一個包含了言論表達自由在內之廣泛意義而加以理解，而聯合國組織(UNO)的全體會議於一九四八年十二月十日之人權宣言第十九條內亦寫著：

任何人均擁有言論及表達之自由，尤其擁有不因其信念而受侵擾及藉由每種表達工具而不因限制的取得，接受及散佈資訊(Nachrichten)與思想之權利。

同樣地於一九五〇年十一月四日之人權及基本自由保護公約第十條第一項第一句及第二句中亦規定著：

任何人均享有要求自由言論表達之權利。此一權利包含了言論之自由與不受公官署之侵害及無分國界地接受(Empfang)與傳播資訊或理念之自由。

b) 基本法第五條第一項第一句之規定所保護的不僅是積極的取得資訊之行爲，其同樣地亦保護單純的接受資訊行爲。基本法所欲保障的乃係個人儘可能廣泛的接受(Unterrichtung)的權利。而「接受」亦可能不需接受人之助力，而藉由於接受人可察覺之範圍內即可觸及之資訊來源來達成因爲只有資訊之掌握始使得獨立之選擇成爲可能，而此種選擇可能性(Auswahlmöglichkeiten)之觀點亦正是所有資訊來源之基本要件，倘若藉由資訊自由並未能擔保個人均得接觸及資訊來源，則如此亦阻礙了個人於資訊自由下藉積極行爲加以選擇之權利。因此「接受」(sich unterrichten)一詞亦意指單純地接收資訊的思想過程。個人的此種「接受」只有於資訊藉由郵政途徑送至他時始存在。倘若通往此一途徑之路被截斷，則嗣後便無法反駁對於資訊自由之異議，同爲在此個人並未收到印刷品，故因此並未有任何「接受」的自由被侵害。接受的意思(Unterrichtungswille)在某些情形下應在收到郵遞之後才獲得實現，此乃此種權利之性質所在。

c) 在憲法上，資訊自由僅於資訊來源係一般大眾得接近之情況下始受到保障。在一般情況下，資訊來源只有於其在技術上係適當且確定使一般大眾（即指個別或不確定之人群）獲得一些資訊時，始爲



一般大眾得接近之資訊。因此，報紙或其他大眾傳播工具自然是一般大眾得接近之資訊來源，即使於其受到國家措施（例如沒收，進口禁令或限制）之影響而損及其一般大眾得接近之可能性時，亦不喪失其作為一般大眾可接近之資訊來源之特性。國家的此種相對於不受限制地接近資訊來源的限制措施，並不妨礙其一般大眾之得接近性（Allgemeinzugänglichkeit）（參閱 Herzog in Maunz-Dürig-Herzog 基本法逐條釋義，第五條，段號八十九以下；Lerche, Stichwort "Informationsfreiheit" in Evangelisches Staatslexikon, 1966, Sp. 785[786]）。真正重要的只有散佈資訊的客觀方式，而非國家之規定或處分。主張一般大眾之得接近性會因高權行為（Hoheitsakten）而受影響的這種觀點（Hamman, 基本法，一九六一年第二版，對第五條之註解 B5; Dürig, AöR, Bd81, S117[139]; vgl. auch BTDrucks, IV/2476 S34 und BTDrucks V/1319 S75），已違反了憲法上保障資訊自由之目的。應使個人能夠基於廣受信賴之資訊內容以形成其意見，於資訊內容之選擇上，個人不應受國家任何侵擾。鑒於資訊自由與民主原則間之關係，且鑒於資訊自由可確定於政治上預為個別國家機關為判斷，故基本權利應盡可能地免於受到國家機關之限制。然而，因為資訊自由這種新型的權利而顯得特別重要的之（此一權利之）形成史（Entstehungsgeschichte）亦指出：一般大眾得接近性僅能依客觀之標準衡量之。在憲法上對資訊自由加以保護正是對於納粹時代之資訊禁令與限制所作的反應，以保障不受限制地（在聯邦德國之權力統治範圍之外）從資訊來源接受知識，倘資訊來源於某地方係一般大眾得接近者（該地方亦可能位於聯邦德國之外），則一個具法律確定力的沒收裁定亦不能剝奪該資訊來源之一

般大眾得接近性之特性。

基本法第五條之法律體系也可以導出相同之結果。基本法第五條第二項所規定之「一般法律」之限制係與在第一項所規範之所有基本權利有關。倘若國家可以規定一般大眾得接近性，並可以循此方式任意限制基本權利之範圍時，則對於資訊自由而言，第二項之限制即可能會是完全多餘了。

即使一個一般大眾可接近之資訊來源成為郵件寄送物之內容時，也不喪失它這種特性。在一般大眾可接近性之問題上，著重點不應是單獨的本冊(Einzelexemplar)上，而應在於該期刊之整個版次上，如此始為基本法第五條第一項第一句之資訊來源。單獨本冊之取得不過是接受之自由之具體化而已。

### III、

1. 準上所述，與邦法院之沒收裁定有關之一九六四年五月八日的「來比錫人民報」第一二六號應視為係基本法第五條第一項第一句之一般大眾可接近的資訊來源，故沒收行為便侵害了訴願人之資訊自由。因為邦法院並未考慮到資訊自由之放射作用(Ausstrahlungswirkung)，所以沒收裁判應予廢棄。

2. 對於有關邦法院基於本判決所引述之資訊自由之意涵所為之衡量，法院特別必須考慮到下述幾點：

a) 於憲法上不得加以非議之推論（遭沒收之刊物違反刑法之規定）並非意味資訊權必須屈居次位。在刊物制作者與散佈者之言論與出版自由與刑法所保護的法益二者間所為之利益衡量，乃涉及一個造成危險源之積極行為。反之，若一般大眾接近資訊來源之管道已然開啓時，資訊自由才對該刊物產生作

用。對於具有求知欲望的國民之基本權利地位，應予一個特別的利益衡量，而僅有因資訊交流過程而生之危險，始有理由限制依基本法之觀念下係成年的，且有能力參與公共的意志形成之個人。

b) 不得以聯邦德國之出版品已報導了足夠的東德現狀與當地當權者之思想，作為壓制資訊自由之理由；因為，只有藉由直接的讀物，始能得到有關東德報紙內所含之事實報導及言論一個更詳盡的面貌。

倘若於沒收裁定之時間點上，某種例如第八次刑法修正法已然存在之情況下，亦不得一開始就對資訊自由加以抑制。關於資訊自由無論如何，只有當事實上一般大眾得接受知識之可能已經被開放時，自由的給予個別在接受途徑（有關郵政報業或商務）才能算是足夠。但此點並不然，因為東德迄今不再經由開放的途徑向西德寄送報紙（參閱一九六九年二月十二日聯邦政府公報 *BTDrucks V/3863*）。但是，事實上另外仍有以郵遞之簡便途徑而取得報紙之可能性，所以，國家對於報紙進口之「引導」(*Kanalisierung*)利益即無優位地位可言，因為所有國民均有實現其資訊利益之權利。

c) 依邦法院判決主文中所示，裁定係根據保障自由民主基本秩序之刑法規定。此點亦適用於刑法第一二八條，該條文雖係保障公共秩序；然在此其卻僅於保護憲法之觀點下始有適用，因為其係防止由被禁止組織的地下活動所引發之特殊危險。

就必需的衡量而言，著重點不應在於對個別訂閱者之影響所生之危險上，而應以該刊物仍大量地輸入德國為考量之出發點，且因此應審查於當前的關係中，於一般情形下是否已產生了一個危險結果。此

外，在已進行的程序中，所涉者應只有於東德境內具影響力的，針對地區性讀者的某些出版品，並非涉及專為於聯邦德國境內之煽動目的所制作之刊物。此二種情況應於其範圍及效果上分開加以處理。有關由東德進口刊物之限制之法律上許可及政治上合目的性之討論，本質上均針對由東德輸入之日報及其他週期性出版之印刷品而為之，對此會有見解多次主張應允許東德報紙以迄今為止之模式自由進口，只要其不是以潛藏之形式特別地作為分裂德國之工具而制成者，並不會對我們的基本秩序造成重大的危害。所以，昔時之聯邦司法部長 Jäger 博士於一九六〇年十月二十六日在聯邦議會內就簡化德國境內印刷品銷售之法律為第一次協商時為，曾以報紙交流之相互性(Gegenseitigkeit)為目標所為之有計劃的，持續性的限制行為加以辯護，並贊同對方的此種目標設定(Zielsetzung)(StenBer. der 67. Sitzung des Bundestags, S. 3175)。而認為「我們可以允許 SBZ 報紙及期刊於未對合憲之秩序產生事實上危險時於聯邦德國境內散佈。至於其缺乏真正的資訊價值以及其原始自主的煽動性，則顯示當時其並未真正的危險」(參閱 BTG 為刑法修正之特別委員會之紀錄，S. Wp. 頁七十九以下，一五〇，一五八，一六九；同前述之紀錄，第八十五次會議，頁一六九九)。

其後，邦法院對此論證加以深入之研究，而漢堡邦法院則以此(NJW 1967 S. 582 [584])拒絕對 SED 印刷品之沒收。

4) 倘若邦法院於衡量後並不認為國民之資訊自由具優位地位，則其最後應審查是否有特別的資訊利益(例如 BGHst 19, 245[256])促使法院限縮所有與報紙單冊有關之沒收行為，尤其是在於沒收要件

存立的情況下，尙得依法院之裁量而完全不予沒收。

3. 對於違反基本法第五條第一項第一句之指責，已因爲適用實質的沒收法律時有瑕疵，而導致系爭判決被撤銷。此外在此並未考慮到作爲審查標準的基本法第二條第一項（參閱 BVerfGE 11, 234[238]）。至於資訊自由之基本權是否需要一個特定的形成程序，例如設置對沒收裁判之進一步法律救濟，給予再審程序之可能性或根據相關規定（刑事訴訟法第四三一條二項、秩序違反法施行法第二條第十六點版本下之刑事訴訟法第四四〇條，第四三一條）依通說所主張的，讓關係人全面參與客觀沒收手續，則尙待確定。

## 關於「大學組織」之判決

——聯邦憲法法院判決集第三十五卷第七十九頁以下

譯者：蔡震榮

### 〈判決要旨〉

1. 基本法第五條第三項第一句擔保學者一個對抗國家干預而受保護的自由空間，其尤其包括以學術自我規定為根據的過程、行為以及尋求認知及其解釋以及傳遞之決定。

2. 基本法第五條第三項同時是一個介於學術與國家間規範價值決定的基本法規(Grundsatznorm)。

依之，國家於以公共資金所設定及給養之學術機構範圍內，應顧慮到以組織上適當的措施，使自由學術活動之基本權利在如下範圍內儘量不受侵害，即可能地顧及學術設施之其他正當任務與不同參與者之基本權利。

3. 由基本法第五條第三項的價值決定導出個別基本權利之主體(Grundrechtsträger)有權要求，為保護其基本權利所確保自由空間之不可缺的程度內，國家須為一定之措施包括組織方式上的國家措施，

當透過該措施才能使其自由學術活動成爲可能時。

4. 學術自由的擔保既非以德國大學傳承結構模式爲基礎，其亦非規定大學學術機構須合於一定的組織型態。

5. 「群組大學」(Gruppenuniversität)這種組織上的體系是合於基本法第五條第三項之規定。

6. 若國家在其形成自由權(Gestaltungsfreiheit)的範圍內對學術行政組織之形成，擬定及到大學成員個別群族之不同利益及功能時，則其應顧及到依基本法第五條第三項並聯結基本法第三條第一項大學教師之較高地位。

7. 組織法規應確保大學成員，尤其是大學教師，對自由學術活動之一個儘可能寬的空間；另一方面，該法規應擔保學術大學及其組織之功能維繫能力。

8. 若群組所組成的合議制機關(Kollegialorgane)決定直接有關研究與教學之問題時，應注意下列之原則：

a) 大學教師群應均勻地，亦即依區別特徵而集合一起，明顯的與其他群組加以區別。

b) 對直接與教學有關之決定，大學教師群應擁有特殊地位而具相當尺度的影響。若該群組擁有一半表決權時，則已滿足該要求。

c) 對直接涉及研究或大學教師任命之問題，教師群應保有一個主導，決定性之影響。

d) 對所有有關研究與教學問題之決定，排除非學術人員群組之無區別的參預。

根據一九七二年十二月五至七日之言詞辯論於一九七三年五月二十九日第一庭作成判決——JBRK 424/71:Z 325/72——

## 判決主文

### I、

於一九七一年十月二十六日對「下薩克森綜合大學法所訂定之前導法(Vorschaltgesetz)」，若屬下列情形，則不符合基本法第五條第三項第一句結合第三條第一項之規定。

1. 對於評議會(Senat)，院務委員會與系務委員會以及依該法第一條第二項數字4與5同時提出之大學教師群的機關，其與第二條第二項數字6至11列舉之大學所屬人員無區分的並列一起，

2. 在院務委員會及系務委員會（以及同等之機關）

a) 直接涉及教學問題，表決時大學教師一方與學術人員及學生代表另一方處於票數相同之情形，卻缺乏一個可能決定之規定。

b) 對直接涉及研究或大學教師任命案，大學教師代表僅擁有一半的表決權。

3. 在任命委員會(Berufungskommissionen)大學教師代表僅擁有一半的表決權。

### II、



一九七一年十月二十六日對下薩克森綜合大學法所訂定的前導法於上述 I 所列舉的範圍下，觸犯了基本法第五條第三項第一句結合第三條第一項訴訟申請人之基本權利。

### III、

其餘部分之憲法訴訟駁回之。

### IV、

下薩克森邦將補償訴訟申請人其所需費用之一半。

## 判決理由

A、憲法訴訟乃針對規範下薩克森學術大學，大學成員不同群組之參預自治行政之規定而來。

### I

下薩克森邦以此於一九七一年十月二十六日對下薩克森綜合大學法所訂定之前導法，適用至綜合大學法頒佈施行止，重新規劃了其學術大學之合議制機關(Kollegialorgane)，委員會(Kommission)及會議單位(Ausschussen)之組合，以及在這些機構中大學成員不同群組代表之參預及選舉程序。

而後，依適用至一九七二年元月三十一日前導法第八條第一項規定之選舉則依比例選舉的原則（第四條第二項第一句）執行之，重新組成大會（或選舉大會(Wahlkonvent)），評議會，行政會議(Verwaltungsausschuß)，院務委員會（較窄的院，部門會議(Abteilungskonferenz)）以及系務委員

會（較窄的部門，組(Sektion)，專科部門之集會(Kollegium der Fachabteilung)。組合這些同僚機關之成員包括大學教師，學術工作人員，學生及其他成員等代表（第二條第一項）。有關群組之歸屬採以下之規定：

第二條（§ 2）

合議制機關之成員

(1)……

(2)本法所稱的大學教師是

1. 正教授與副教授(auss. erordentliche Professoren)
2. 學術員與教授，部門主席及教授
3. 具公務員身分但非編制內之教授
4. 在泰半由公共資金資助之研究機構，於大學之外從事專任或專職之行爲，並至少每星期兩小時在大學授課之榮譽教授，編制外教授及私法性質之教授(Privatdozent)
5. 在大學中從事主要職務或主要職業之大學及學院教師，教師以及私法性質之教師
6. 主治大夫、總工程師、首席助教
7. 在大學勤務中有義務授課或教學活動之學院員(akademische Rate)、助理員(Studentenrate)、法官或類似之高級職務（相當於我國簡任）的公務員

8. 體能訓練機構之指導官或主管

9. 學院音樂指導官

10. 專任或專職之講師

11. 助理主管(Studienleiter)

(3) 本法規定之學術人員包括：

1. 學術助教、學術助教職位之管理員，全權代表之教師以及其他在研究與教學從事專任之公務員

2. 於邦勤務中從事專職於研究或教學之學術職員

3. 於邦勤務中以結業資格從事全職之學術助理

4. 並非在邦勤務中，但以結業資格並經由依本法第一條第二項數字4或5一個機關之同意，於大學中從事研究或教職全職行為之成員。

(4) 本法規定之其他成員是那些非大學教師或學術人員於大學工作之公務員，職員及勞工。

於本法第二條第五項之表決權規定如下：

(5) 所有成員擁有相同的表決權，若涉及

1. 研究計劃之聯繫

2. 課程供應之計劃

3. 對大學教師及學術人員之人事事宜的建議

4. 有關考試與課程規定之決議時，則其他成員僅擁有建議權。若合議制機關下考試決定時，僅大學教師及其他至少擁有由有關考試確定資格之成員有表決權。

(6) 成員於執行表決權時，不受其代表人群之指示與委託的拘束。若成員過半數出席時，則同僚機關有議決之能力（第三條第七項）。

合議制機關之組合所涉及所列程序之學術大學包括，Göttingen大學、Braunschweig、Clausthal以及Hannover等技術大學，Hannover獸醫學院以及下薩克森教育學院等，適用本法第三條第一至五項規定

a) 大會成員包括：

二十四位大學教師、二十四位學術人員、二十四位學生、十六位其他成員

b) 下薩克森教育學院由各部門產生成員如下：

三位大學教師、三位學術人員、三位學生、一位其他成員

c) 評議會成員包括：

八位大學教師、四位學術人員、四位學生、二位其他成員。

下薩克森教育學院評議會則與上述不同，每一群組比上述各組人員各多一倍所組成。

屬評議會尚包括：校長以及——若存在時——擁有建議權的副校長 (Konrektor)、前任校長 (Prorektor)、院長或系或專業部門主任以及行政主管 (Kanzler)。

d) 屬行政會議成員包括：

四位大學教師、二位學術人員、二位學生、一位其他成員。

校長及行政主管亦屬行政會議之成員

e) 屬院務委員會（以及依第一條第二項數字 4 同等之機關）成員包括：十二位大學教師、六位學術人員、三位學生、三位其他成員。

f) 屬系務委員會（以及依第一條第二項數字 5 同等之機關）成員包括：八位大學教師、四位學術人員、四位學生、二位其他成員。

若有選舉權之其他成員少於三十位時，則其中一位代表僅具諮詢權而已。若有選舉權之大學教師少於十五位時，則其在系務委員會之成員每組各減半。若院或系務委員會諮詢一個系，一個研究機構，或企劃單位(Betriebseinheit)之事件時，則該系或該機構擁有諮詢權之代表，縱使非屬這機關之成員仍列入計算（第三條第六條）。

每個合議制機關得設委員會及會議單位(Kommission und Ausschüsse)，其——並無擁有自我決定權——議決有關對同僚機關的建議，並原則上其組成份子應如同同僚機關之相同比例（第五條第一及二項）。任命委員會依第五條第三項是由大學教師、學術人員及學生等代表依 4：2：2 之比例所組成。在一定條件下，大學教師的代表擁有特別表決權（第五條第四項）。從事提供學科(Lehrangebot)及課程安排的教務委員會(Studienkommission)由教師、學術人員及學生等代表以 2：2：2：4 之比例組成

(第五條第五項)。在考試委員會中可對考試成績審核及評定之人員，僅那些經由相關考試至少取得資格之人可被任命(第五條第六項)。在前導法施行後仍適用之暫時的大學暨學院規章，與同僚機關中大學成員之表決參與權有所偏差，仍得保有對大學教師群組有利的規定：

Göttingen大學於一九六九年九月三十日制定而於一九七〇年二月十日及一九七〇年及十一月二十三日修改之過渡規章(Übergangsgesetz)。

Carolo-Wilhelmina zu Braunschweig技術大學於一九六八年三月二十八日制定而於一九六九年十月十三日、一九七〇年六月九日及一九七〇年十一月二十三日修改之暫時憲法：

Hannover技術大學於一九六八年三月二十八日制定而於一九六九年十月十三日、一九七〇年一月二十二日、一九七〇年六月九日及一九七〇年十一月二十三日修改之暫時憲法。

Hannover獸醫學院於一九六八年五月七日制定而於一九六九年十月十三日、一九七〇年六月九日及一九七〇年十一月二十三日修改之暫時憲法：

下薩克森教育學院於一九六九年四月十五日制定而於一九六九年十月十三日及一九七一年十月二十五日修改之暫時憲法。

若這些規章觸犯了前導法則無效(第七條第一項)。依第八條第一項所規定之學術大學同僚機關之選舉則已實施。

2. 在前導法中並沒有對合議制機關之權限重新規範。基此，暫時之大學憲法仍繼續適用(第七條第

三項)。仍保有效力之大學憲法的規定，依第七條第四項一直到下薩克森整體大學法頒佈前，——僅少數例外除外——有關同僚機關之組織、行政、以及創設、組合及任期之基本問題得不予改變之。

合議制機關之權限在有關大學憲法中規定並不一致。主要地是將下列任務，在各別大學之某些差異下分配予不同的機關：

a) 大會選校長並議決有關修改章程之申請。它對大學事宜之基本問題給予建議及專家意見，並議決那些由校長或由評議會所轉給它之整體大學的事件。

b) 評議會是大學最高決策機關，其基本上在學術領域內擁有有關一般行政事務以及大學整體之全權代表。它對大學預算事件擁有諮詢權。進而，評議會擁有聯繫眾多學院之職權，學系新設之申請權（技術大學 Braunschweig）以及對其他大學機關之疑問解答權（技術大學 Braunschweig, Hannover, 獸醫學院 Hannover）。在較少分支之大學中，它亦擁有本屬學院及學系之任務範圍之事件決定權。

c) 僅技術大學 Braunschweig, Hannover 及獸醫學院 Hannover 才有的行政委員會主要是負責大學一般行政進行中比較重要之事務。

a) 學系（及和它同位階的機關）是負責教學以及在 Göttingen 大學與 Hannover 獸醫學院也包括研究在內之事務。系務委員會 (Fachbereichsrat) 主要負責學術計劃及施行之聯繫，大學授課之完整及秩序的安排以及課程之提供；它負責學生的訓練，對課程以及學習與課表計劃提供建議性的準則。它議決有關考試與實習之規範，並對機構 (Institut) 與研究 (Seminar)（技術大學 Braunschweig, Clausthal,

Hannover)之設立、合併及解除有建議權。在Göttingen大學中系務委員會擁有任命建議權。

(c) 院務委員會(及與其同等之機關)基本上負責跨系之事宜及基本問題(例如學系教學形態及學術授課(akademischer Unterricht)、各系間之聯繫及合作(Koordination und Kooperation)及與其他院間之合作等基本問題)。在技術大學中,它參與決定有關講座(Lehrstühlen)、機構及其他會議(Gremien)之設立、變遷及廢止。進而在這些大學中,它負責研究事宜之規劃(Pflege)及教學與研究經費分配之參預事宜。院務委員會依其考試規則授與學位(博士及教授(Promotion und Habilitation)),並除Göttingen大學外,參預任命教授事宜。最後,它多委託處理各系之工作。

3. 對於大學之研究單位(Seminar)、機構(Institut)、醫院及中央設施,前導法並未引入新的規定。雖然該法第七條第二項在確定範圍內對這些機構之行政與組織提出了暫時性大學法之規定,並授權文化部長,對其一般性組織,服務人員任用,解職及調任之建議程序以及主管之地位重新規定。然而該法規由於觸犯暫時性下薩克森憲法之第二十九條第一項及第三十四條第一項第二句(並無足夠的授權規定)而被下薩克森的國家法庭(Staatsgerichtshof)於一九七二年十二月二十日的判決中宣佈為無效。

## II、

訴訟申請人是從事於上述下薩克森邦學術大學之正教授,部門主管(Abteilungsvorsteher)與教授、學術員(wissenschaftliche Räte)與教授、編制外的教授(außerplanmäßige Professor)、大學教師或私法性教師(Privatdozenten)。



他們指責了前導法第二條第二項第七款與第十款，第二條第五項第一句，第三條，第五條第三項及第五項觸犯了其由基本法第五條第三項與第三十三條第五項衍生之基本人權。指責如下：

1. 經由這些干預的規定，前導法涉及了其作為大學教師之直接以及目前之法地位，並因此涉及了由基本法第五條第三項以及在其法地位上規定之職業公務員的傳承以來之基本原理衍生而來的基本人權。以受指責之第二條規定作其基礎，並以受指責之第五條有關委員會的組合而進一步發展的第三條所謂的平等比例規則(*Paritätsregelung*)確定了，大學教師在比較其他群組僅能在些微數目及不利之關係下，於學術自治行政的會議中代表。因此，這些規定改變了有權利者的範圍、組織的成員、以及決定了在這些會議中有關學術、研究與教學之事件。

2. a) 訴訟申請人由基本法第五條第三項所生的基本人權被侵犯，因為新的規定對學術自治之決定以違反效率公正的參與及資格之代表來擠壓他們，而有利於那些在學術研究與教學不具或不充分資格之學校成員。基本法第五條第三項自由權之擔保保障了訴訟申請人在學術、研究及教學的範圍內由外來表決(*Fremdbestimmung*)的自由。學術行政基於其與學術、研究與教學密不可分的聯結也一併受憲法之保障。雖然，個別大學教師們之研究及教學自由逐漸地表現出，其履行任務不僅是以個人，而且以大學共同體來實現之。這樣一種「集合的聯結」(*Kollektive Einbindung*)僅在其擔保那些具學術能力的大學教師在整體決策中擁有一定的責任及依學術標準作成決定下，才得以允許設立。反之，若大學教師在學術自治的組織中僅擁有超出少數的表決權，而與助教及學生在學術的問題上擁有相同的表決權，則這樣

一種在研究與教學內經由其他人的外來表決觸犯了基本法第五條第三項之基本人權。雖然，任何人擁有自由學術從事的基本人權；這卻不足以作為那些非獨立研究者及非學術教師，而從事其他功能之人員，對公法設施之大學，所經營的學術之參預決定的理由。在與主觀法上(Subjektiv-rechtlich)密不可分之意義關聯下，由基本法第五條第三項產生了基本人權機構性的特質。學者在大學中，有別於私法性教師，負擔特別之義務，由此顯示出大學中所有有關研究與教學需合作及聯繫之事宜有特別保護之必要。國家透過組織上措施確保了，學術、研究與教學於大學中得以自由發展。大學組織應起碼對教學之提供與研究擔保一個儘可能公正之合作與聯繫程序。一個對具有資格之學者，僅給予與其他所有成員具相同表決權之少數決定權的程序因此是不合理的；學術組織並非設定在學術事物範圍上，而是設定在群組或利益大學的原則上。否則，基此所組成之會議的學術公正之決定將不再被擔保。因此，期望大學教師可作為完整的團體來決定，並結合其他表決權確保之。表決權之規定，僅在決定會議中，大學教師擁有明顯的多數(eindeutige Mehrheit)或透過一個負面目錄(Negativkatalog)，亦即凡學術有關之決定擔保由大學教師負責，限制其他群組之參預決定，在憲法上才無可爭議。

在目前的人事結構上，於大學議決機關中擁有「同意大權方式」(eine Art Zustimmungsprärogative)之學術人員群組，亦不可與大學教師群組與學生群組以及非學術人員並列，因為僅一部分的學術人員符合獨立之研究及教學行為。助教的教學行為在很多狀況下是受指示的，並不符合基本法第五條第三項意義下的教學。它的狀況具執行的特質(Durchgangsscharakter)。對學術重

要之決定負全責的僅能由那些形式上可得確定資格的成員爲之。由學生對研究事宜行使參與決定權功能上是不公正的，因爲除少數例外外，學生並無參預大學之研究與勤務經營(Dienstleistungsbetrieb)的工作。同樣地，亦不可期待其行使對大學教師任命之學術公正的決定權。在現實上，學生的參預決定權是透過政治的學生組織，而大部分設定在政治性要求的貫徹上。

在個別上顯示出，大學教師對於系務及院務之決定擁有九分之四的表決權，不再能依大學之學術任務的觀點決定。而學生在任命(教授)委員會擁有表決權是違憲的，他們僅能在此擁有一個單純的聽證權，在利益上較合理的。大學教師特別的表決權之可能性並不能阻礙，在任命建議(Berufungsvorschlag)中大部分由非具有教授資格身分擔任之，在這種方式下將貶低大學建議權的價值，並強化了國家在學術領域內的影響。關於教務委員會(Studienkommission)非大學教師亦可相當地影響教學。而且在(選舉)大會(Konzi)中大學教師群組被壓制至僅擁有大致百分之廿七的少數表決權。在評議會中十九位有投票權成員同樣地僅六、七位具教授資格的大學教師。在學術重要的決定中例如院長僅擁有建議性的參預權，反觀其他成員卻擁有幾乎不受負面目錄(Negativkatalog)限制的表決權。此外，又將大約如講師(Lektoren)、高職位公務員納入大學教師群組中，在綜合大學的層面大約五分之一以及在個別系的範圍至少一半以上將大學教師所應有的席次落入這些大學成員中。這違反了，他們之中僅部分具學術基礎自我負責，並對此應以其他任用條件爲基礎之說。

b) 助教及學生在任命教授上的參與以及在人事事宜上限制教授的參預權是不符合由基本法第三十

三條第五項而生之訴訟申請人的基本人權。同樣地，它觸犯了基本法第三十三條第五項所保護傳承以來的的基本原則，大約如任命公務員教師、編制外教授或學術員及教授，需取得助教及學生參與其中的（選舉）大會之同意，亦即關於大學教師的人事事宜僅允許其所屬的上級機關決定之。更進地，非具教授資格者之外來決定的影響，干預了基本法第三十三條第五項作為大學教師公務員法之基礎結構原則下所保護大學教師的獨立性，缺乏獨立性之大學教師無法履行其在學術、研究與教學之任務。

### III、

依憲法法院法第七十七條、九十四條第四項，聯邦及下薩克森邦之憲法機關已給予下薩克森之邦政府及聯邦政府由訓練與學術部部長代表表達了意見。

#### 1. 下薩克森邦政府認為憲法之訴是被允許的，然而毫無理由的。

a) 基本法第五條第三項為了使學術在社會中具關鍵功能而保護學術之活動。因為學術之強化得靠國家之助，故，學術自由組織上確保之要求有其意義。這種由個別自由權強化之機構性擔保確保了學者在大學中對學術行政的影響力，為的是求其在學術認知利益上設定之活動得以能實現，並能藉此對抗外來影響的過重比例。但學生在大學中也可要求參與意志形成的過程（Willensbildungsprozeß），該項要求乃是依傳統的大學理念及學術自由文明歷史之發展而來，並依其為教師學術上之伙伴，基本法之意志而來。介於學術上的學習與研究間存在的學術自由觀，其並非是保護知識的擁有，而是保護贏求知識方法上的努力，並非是原則性的，而僅是程度上的差異而已。其並不改變，在不但是學生而且是大學教師

被貶低其學術活動的大眾大學中，伙伴實現的困難性。教授論文及博士論文之通過是恣意的；而且，高中會考也是在大學中學術工作的一個形式的資格證明而已。學術自由不允許僅設限於學術上教學與研究之保護在最狹義，最嚴格的實質意義上。如此並不違反學習者在大學學術認知過程中之較輕微的延續及責任。這個觀點僅對於個別形成的參預決定才是重要的。類似情形亦適用在，那些學術人員依其訓練利益與學生，依其教學與研究任務與具教授資格者共同參預學術的自治行政。因為非學術的大學成員在大學自治行政中諸多被涉及，並且，他們擁有對大學自治行政某些事件具意義之技術或行政的能力，其在前導法第二條第五項第二句規定參預學術行政，同時在受限的範圍內擁有較少的表決權乃合理之事。同樣地，大學中所有成員的參預決定憲法上並不禁止，縱然民主原則亦可能不會要求所有社會範圍的民主結構。

此外，具教授資格者的學術自由權透過迄今這種基本人權，在下層特權的參預權而受擔保不得被縮減，因為學術自由是針對主導的結構，而非針對這種主導(Hierarchie)的架構及固定。訴訟申請人僅以其個別職務上地位來要求基本人權之保護不得成立。倘若它僅攸關，保護大學教師個別學術活動之自由權以對抗學校機關的干預，則此是以，是否這種學校機關正逾越憲法給予它的界限為準，而非以，是否此干預以講座教授或以學生與成員之影響力為準。

基本法第五條第三項並不要求立法者對參預權固定在一一定的分配比例。誤用之危險是政治上，而非法律上的特質，並因此，僅能以政治意志形成之途為抗爭。

此外，下薩克森邦立法者並沒有誤認參與權的功能依賴性。例如，在研究經費之給予以及在研究案之計劃與聯繫的研究範圍內僅醫院、機構、研究單位及系(Abreitung)有影響力，在新規定仍保留之。由他們共同所指責的同僚機關僅負責教學事宜(Lehrbetrieb)，考試及考試規範的規定以及一般組織與行政之問題。教學事宜的規定對學習者，人格的涉及基本上較教學者要來得深；因此，學生不得僅作為訓練過程的客體。教學自由的擔保不得在遠離民主基本秩序的自由下作註釋。它應禁止國家，將大學視為一個理念、貫徹的工具而濫用；反之，其亦不准被利用，將學生置之於教學為管轄下的申辯理由。伙伴的同等權利也應伸展及於有關教學問題與有關教育條件之形成的參與決定。第二條第五項考試決定表決權的界限規定是合理的。學生在考試規則制定的參與，在此規則中限於課程計劃的參與是合理的。在任命教授程序中對申請者資格的評判，由該科系範圍內之講師或學術人員總比一個非科系具教授資格者較可靠。而且，學術上的資格僅是對任用具有意義的多數條件的一種條件而已。介於申請者的學術上與演繹性能力之考量學生的參與決定正合理解釋任用建議的擬定。此外，任用的最後決定權屬文化部長。而且，學生在一般組織上及行政上決定的參與並不違憲。學生在選舉大會較強烈的注重，符合了這個機關權限是相當遠離和學術範圍之關係。

b) 因為本件受非難的規定並不干預基本法第五條第三項所保護的學術自由，因此其指責不足為理由，因而不得認為其在違反職業公務員體系之傳承基本原則下，觸犯了該訴訟申請人作為大學教師之獨立性。

2. 聯邦教育及學術部長對於學術自由基本人權憲法歷史上之發展，由律師 Zwiener 博士提出一個專家評鑑 (Gutachten)，並此外限制其意見於，一般由基本法第五條第三項產生之同僚大學機關權限與組合上的基本原則上：

如聯邦憲法法院對於藝術範圍所確定般，基本法第五條第三項首先具一個客觀價值決定的基本規範；同時，該規定擔保了那些在此領域內從事者的個別自由權。這種雙重的觀點應是以憲法上評判為出發點。基本法第五條第三項對立法者在規範大學自治的參與時，是否及如何設限這問題的決定才最後由該基本人權個別與客觀法面的全面觀察顯現出來。基本法第五條第三項擔保那些欲從事或從事學術、研究及教學者一個不受外在左右的自由個別之範圍。在此自由範圍的另一邊才設置大學組織之權限因此雖然，基本法第五條第三項個別法上自由的擔保限制了大學機關的權限，但卻不得衍生出個個大學教師——也如同大學之其他成員——有權要求為機關中的個人成員或要求一定的機關組合。若其給予立法者憲法上的委託 (Aufträge)，則這僅得取之於有利自由學術之客觀價值決定。國家在大學範圍內對其組織權限的從事，需注意這種客觀價值決定。作為客觀秩序要素的它，在大學組織中具機構性的效用，並具如同先前已在學說發展出，一個在基本法第五條第三項所擁有機構性擔保之想法的類似效果，至於關於其內容則有其不同的觀點。在基本法第五條第三項設定了國家的義務，於其中在其所創的大學中，創設了並確保對於一個自由研究與教學前提要件。這種義務卻不得要求立法者受制於傳統的組織形式及成員的權利。由基本法第五條第三項並沒有顯示出對於一個確定參預決定規範的方案。然，國家負有義務，創造

大學中一個儘可能學術公正的組織，而對於大學機關組合之問題，准予以「專業知識」(Sachverstand)的標準——總之涉及有關學術重要之決定——扮演一個相當的角色。在此意義下的專業知識既不得與形式的有權亦不得與特別的專門知識(Eachwissen)劃上等號。勿寧說專業知識乃針對，大學成員在履行各別機關的任務時，是否與如何可提供重要決定性的觀點而定。學生基於其——以大學入學資格證明——判斷能力與其作為學習者的特殊利益狀況有能力，有效表明其獨自的觀點，並透過批評的問題而要求提出其他的專業知識。因此，依聯邦政府的觀點，學生在今日一般而言被視為有能力，在其學習過程中可獨自確定其重點並選課。因此，不得否認其對於教務形成，提供重大決定性觀點之能力。以擔保一個學術合宜之組織並非及於大學立法者應注意的所有標準。特別地，國家仍然有義務，在大學之內將憲法其他決定與學術自由之要求帶入一致中。大學不僅是學術的場所，而且也是——在逐漸增強之尺度——職業訓練的場所。而且，這種訓練任務是依附憲法之客觀價值決定而來（基本法第十二及二十條）。同樣地，由與訓練任務相關的必要性，若其在教務上負責訓練任務之轉換，則顯現出對於大學機關組成之規定的觀點。

除此之外，大學組織規範不僅有助於研究，教學與訓練在其特別需要之個別任務，並也有助於大學整體制度功能能力之維持，於其中這些任務在相互依存下聯合起來。功能能力之觀點，正因為以及若其擔保所述任務之履行，幾乎不亞於憲法位階。在此意義下參預決定之整合，也贏得法律上的內容。

最後，在大學組織中，關於個人地位與整體關係之注重的基本原則，應屬自由民主之本質。



若人們綜合這些法律重要的觀點，由此之聯結尚不得提出一個對於大學合憲性組織及對於參與決定問題之規範一個完成的解決方案(Rezept)。所有這些僅註記出標準值，其比重應屬政治負責的形成。由基本法第五條第三項的價值決定顯現出此命令，亦即「學術合宜性」(Wissenschaftsdaquens)在大學組織中作為指引，及在參與規範中的專業知識應作為一個標準的與區別的定理而受注重。因此在任何狀況下不准許，一個受期待之組織，基本上學術有關之事件不依公正之觀點決定，或超出機關的權限，並因此危害到限制個人的自由。特別地，在一機關中大部分成員，在專業知識觀點下並無以貢獻其力，來解決所欲解決任務之狀況。並在區分介於學習者與教學者的秩序下，特別是在學術重要事件下的評判能力，單純予以否認，是值得爭議的。但絕不可由基本法第五條第三項而稱，大學教師在所有機關中應確保而擁有明顯多數的代表權。

#### IV、

進而，西德校長會議以及大學教師與學術助教聯合會給與一般的意見。

1. 西德校長會議，由教授Mallmann及助理員(Assessor)Strauch提出一個專家評鑑，而指出，基於大學社團法人之特質，所有社團法人成員在自治行政的共同負責，是對於基本法第五條第三項時宜性理解的一個重要的基礎。

致力於學術進展以及公開地展現學術之問題狀況，程序方式與認知之自由，絕非是某些人的特權；其亦屬學習者所擁有。然而，在大學內對其研究與教學之組織，各依其成員之資格、功能及負責度，而

各別人員群之基本人權各具不同的重要性。然而，這樣一種功能差異的標準並非區別學生與其他成員之不同，因為大學中的學生多方面而言，並非僅是學習者而已。其區別應依公正之原則而定，如同其由西德校長會議於一九六八年一月六日於Godesberg所宣稱，於一九六八年五月二十二日及一九六八年五月二十九日所為之決定以及在一九七〇年五月十二日的「交替理論」(Alternativ-Thesen)所提供一般。依這些方案對功能關聯衡量其決定性之意義。

基本法第五條第三項之意義由公正法律性(Sachgesetzlichkeit)而來，其對於在大學組織形式所執行的學術事務，在功能公正的範圍內，雖對於教學與研究可以外來決定作其內容，但由事物觀之，應設定憲法保證的界限。公正法律性在說明，基本上僅主管之專業代表，在其專業領域內對於研究目標與教學內容，具有可靠的判斷能力，而且大學之內自由研究的前提，是那些在其專業領域內有判斷能力之學者志願的共同參與。因此，專業代表個別的參與(Initiative)具優位(Vorrang)。在專業代表原本參與，錯誤原本參與之補救，其成員的自我控制，其教師與研究團的自我補充，教學課程與研究設施的新設立，課程表與著重於訓練目標之個別教學活動之設定與形成等等的合作上，社團法人的參與具補充(Subsidiare)的任務。在原本參與的範圍內，亦即對於委託事項的履行，合宜的代表與組織學術教學與研究，不得給予指示，而僅得給予建議與提議(Anregungen)。

2. 在大學聯合會的委託下，Zachet教授提出了一份法律專家評鑑(Rechtsgutachten)。依其觀點，受非議的條文觸犯了訴訟申請人由基本法第三條第一項，第五條第三項，第三十三條第二、四及五項等

而生的基本人權。

基本法第五條第三項國家有義務，對於一個自由，相互補充之研究及教學創設機構，並經由由此而給予那些透過資格，獨立及成長可能性優異的學者法律上的基礎，並對於自由學術活動給予確保。在大學法律的形成中需注意大學的現實性。一個大學法，若其不阻止事實的發展，而毫不知覺挖空憲法所保護的地位時，則已違憲了。

基本法第五條第三項對於研究及教學禁止大學教師之外來決定透過其他的群組。基於介於組織之一方與大學公正決定及相關人之工作形態之另一方的相互依存以及基於研究與教學之相互關聯，這種禁止擴及至整個學術行政。同僚機關原本僅得以協調聯繫，僅在例外情形得以解決紛爭。原則上僅大學教師可被任命為這種同僚之決定。其之所以如此，不僅是基於其學術上的資格，而且是基於這些公務員大學教師是透過資格、任務與責任合理化之民主代表者。

依基本法第三條第一項與第三十三條第二項，大學成員之參預學術行政是依大學中活動的內容，依贏取成員的資格，依其目的，依經其於大學中所設定之拘束的方式與期間，依安全需要之尺度及依責任而定。每一群組依其類型化的正當性(Legitimation)而參與。視為學術最具資格的與對於一般利益信託之最佳主體，應屬公務員大學教授，尚優於副教授，榮譽教授及私法上教授，來利用該機構以進行其最主要之自由學術。同樣地，在掌理研究與教學機關中其亦應擁有多數。關於任命與任用建議之決定，僅能由本身亦具有此資格的人擔任之。否決權(Vetorechte)是不足夠的。學院的中級結構之參預決定則因

學術助教的助理功能及其個人的依賴度而設定其界限。他們無權來決定有關大學教師的資格；此外，在確定其參預權時，應顧及其不足的資格，特殊的任務，其經常是暫時之勤務關係的特點以及其依賴的地位。非學術人員應被排除對所有學術上的決定，學生應被排除對於研究與學者資格領域內之學術決定。雖然在學業(Studium)的範圍內其可能擁有參預決定權，但應嚴格限制之。在教學之組織中其不得參與之。

此外，由非大學教師與非公務員來替代外來決定(Fremdbestimmung)之公務員大學教師，觸犯了基本法第三十三條第四及第五項之規定。

### 3. 對於聯邦助教會議，Peter Haucke及Jürgen Lüthy提出一個法律專家評鑑：

基本法第五條第三項作為客觀機構性之擔保，確保學術社會體系的一個自由之結構以及面對其他，特別是政治與經濟之社會體系的獨立性。這個擔保負與國家義務，在學術公正的秩序原則下，設定學術機構的設施。學術特徵性之特點在於原則性未圓滿(Unvollendetheit)與公開，公開性的溝通與討論，以逐步增強的特殊化而增加其合作，以「合作性自治」(Kooperative Autonomie)與社會發生關係。機會均等及參與，動員化(Mobilität)、多元化、透明化、一般化(Universalismus)、同僚化來縮減支配權(Herrschaftsminderung)，以符合學術公正之秩序原則。

大學給予機會，在合作與組織之學術活動的範圍內，實現學術的自我決定。對大學手段之要求並非憲法所擔保。大學同僚機關僅在，在分工之學術事宜之範圍內對於多數學者基本人權之間，透過聯繫及

組織來解決衝突或基於缺失情況下作必要地優先的決定下，擁有決定的權限。

大學成員在決策會議中擁有質(qualitative)的代表(絕對多數)在基本法上並無規定。此外，三分之一的平等權，若比較大學教師與學生人數，顯然已對大學教師之表決價值本質上提高了。雖然，立法者在表決價值中應顧及不同之利益。然而，依較高或較低資格的學術上任務之評價，則因缺乏區別性應排除之。同樣地，指示的(Anweisungen)依賴度，並不改變其行為的學術性質。學生及非學術人員於學院自治行政中的參預決定也是公正的。雖然，在今日大眾大學中之學業(Gstudium)僅是大部分為知識的處方；然而，給予參預決定權可以期待以其之助來導引過時的學業改革與履行訓練委託事物，並使再度提供學習自由，調解升高的衝突以及從事學術演繹之任務成為可能。非學術成員的參與自由權，源自於基本法第二條第一項與第十二條第一項以及基於大學中學術工作需他們支助的事實而來。在專門知識上，參預決定並非是以專業知識，而是以組織上與行為上能力為前提，其並非強制地與大學教師之地位有關連。學生參預決定作為法律規定並不缺乏民主的正當性。參預決定是依經驗與停留期間之長短，經由對大學教師及學院中級結構之較高表決價值與學生數量之關係而分等級。這種代表性原則對於決策會議工作能力之維持是符合公正的。

而且，基本法第五條第三項並不擔保職務上之權利。大學教師僅能在基本法第五條第三項的觀點下，有效主張其憲法上的特殊地位(Sonderstatus)，因為其公務員地位經由自由確保之功能得以合理解釋。其轉形應去除那些非學術適宜之教育結構，並強化有利於其他大學成員的學術自由。如此，才不會觸

犯信賴保護之法治國基本原則。

V.

訴訟申請人及涉及人在憲法法院進行程序中，關於針對邦Baden-Württemberg, Hamburg, Hessen及Nordrhein-Westfalen之有關大學法之規定提起的憲法訴訟，被給予機會，在言詞辯論中就涉及基本法第五條第三項與第三十三條之問題範圍表達意見。

他們於一九七二年十二月五至七日言詞辯論已作說明：Götz教授，Rauschning博士與Sattler博士等為進行程序的訴訟申請人，Ekkehart Stein教授代表Niedersachsen邦政府，部會司長(Ministerialdirektor) Böning博士為聯邦政府教育與學術部之代表，Veit律師教授代表Baden-Württemberg邦之議會，Hoffmann教授代表漢堡邦之議會，Roelcke教授代表漢堡邦政府，Denninger教授代表Hessen邦政府，Salzwede教授代表Nordrhein-Westfalen邦政府，Doehring教授為IBvR 219/68程序(Baden-Württemberg大學法)的訴訟申請人以及Hans Schneider教授為其代理人，Gündlich律師博士為IBvR 79/70(漢堡大學法)程序的訴訟申請代理人，Blümel教授與Grabitz教授為IBvR 282/70(漢堡大學法)程序的訴訟申請代理人，Barthold律師為IBvR 174/71(Hessen大學法)程序的訴訟申請代理人，Hans-Heinrich Rupp教授為IBvR 398/70(Hessen大學法)程序的訴訟申請代理人，Redeker與Maassen律師博士為IBvR 572/70, IBvR 708/70, IBvR 791/70, IBvR 808/70, IBvR 120/71及IBvR 134/71(Nordrhein-Westfalen邦大

學法)訴訟程序中的訴訟申請代理人，Peter Schneider, Mallman教授與 Rotte博士代表西德校長會議，Zacher教授代表大學聯合會以及 Jürgen Lüthy代表聯邦助教會議。

進而，Bahr博士教授與 Senapius博士屬於提供資料之人員。

言詞辯論中受邀請的德國學生會聯合會(VDS)與德國學生會之工作聯盟(Arbeitsgemeinschaft)並無代理人。

B、

憲法之訴是被允許的

針對一個法律提起憲法之訴的許可條件，在於訴訟申請人自身可提出，一個基本人權現在與直接透過法律，而非經由一個執行行為才被觸犯。該條件在此呈現出來。

然而，在受非議的規定中，僅攸關純粹的組織規範。

若訴訟申請人基本人權地位之妨礙，是在這種方式組織規範之矛盾特徵下，僅單單透過由同僚機關所下的與可非難(anfechtbar)之決定才可想像時，則憲法之訴是不被允許的，因此，由訴訟申請人所稱基本人權的觸犯是不可能經由這個規範的。然而，訴訟申請人在一個對允許審核充足的方式下已證實了，由基本法第五條第三項及第三十三條第五項而生的基本人權保護，也可面對組織規範產生效力，並由此對於那些具教授資格者與講座教授們在學院自治行政會議中給予確定的參預決定權。若人們以此為出發點，則訴訟申請人經由下薩克森前導法受非難之規定，現今及直接被觸及。

雖然，在前導法頒佈前對其已透過其大學學院自治行政機關設定了法律上的限制。然而，該法律上的新規定不僅帶給該同僚機關一個與其不相關人員的調換(Umbesetzung)：勿寧說，該法產生大學自治行政組織一個結構上的改變，對於學術人員、學生及非學術（其他）服務人員等代表，視為其他功能及利益的代表，給予在同僚機關內對決策過程較強的影響可能性。

因此，受非議的組織規定，在學術行政之範圍內限制了訴訟申請人迄今團員的權限。大學教師在同僚機關選舉表決的比重，依前導法第二條第二項將更進（非教授資格者）的大學成員歸之於教授群以及經由設定及擴充學術人員，學生及其他成員的表決參與，大大被削減。大學教師在其整體（群組）表決比重的限制經由其他大學成員群組強烈的表決權也削弱了個別大學教師本身的參與權而不顧及，是否他的參與在一個同僚機關中作為他群組的代表或僅在大學自治行政中對機關的選舉給予表決權。

最後，訴訟申請人經由前導法現在情況也產生不滿：因為新的同僚機關已選舉出來。

C、

憲法之訴僅部分有理由

I、

1. 依新人道主義(Neuhumanismus)的理念，特別地Wilhelm von Humboldts，德國大學在緊密聯結研究與教學的標誌下，被理解為教學者與學習者一個「無企圖」(absichtslos)的共同體，個體以目的自由之學術在「寂寞與自由」(Einsamkeit und Freiheit)下從事，並應超出學術認知之外，去發



掘倫理的行為規範(ethische Handlungsnormen)。然而，在十九及二十世紀中卻產生了巨大的改變。研究的急劇膨脹，亦即在自然科學、醫學及技術的範圍，而要求以特別方式之機器、工具及設施的一個花費昂貴之器材，但也因此設置服務於此之專門人才。學術材料的增多與在所有領域內的進展特殊化，使個人已在其原本專業領域內產生困難，而強迫其群組的分工與合作。此外，學生人數不斷增加，因為大學學位總經常被視為社會晉升的手段。大學自我限制在一個純粹、目的自由之學術的場所，在面對逐漸技術組織化工業社會的要求，面對職業提升與社會解放增強學術訓練的重要性，面對現代大眾大學學習狀況的困難以及面對學術整合於社會範圍內的文明需要等等之下，而陷入於一個緊張關係中。

這些改變帶來了大學結構與組織上危機。合作的強制在所有學術內成為一個工作原則，使得傳統的院大部分不再充足，因為對增加的多種特殊學科他無法充足將其包括。本質上自治行政由講座教授所擁有的，迄今之教授大學(Ordinariuniversität)，在組織上既不能適應學生人數急劇上升，又對增加之任務與功能並無準備交由非講座教授，特別地交由學術助教處理。學院中級結構的擴大及其對學術整體程序逐漸增強之意義下，對其在自治行政中僅具些微的權限而呈現一個不協調的關係。在學生中，對一個考慮到學術與社會發展之學業改革之未能成功，乃強化了其訴求，以達到對學術行政的影響，及在其範圍內所進行的改革想法實際上得以提出。

德國大學危機與自本世紀六十年代的世界性運動對抗「已固定的價值標準」(etablierte Wertmaßstäbe)、「權威的社會制度」(autoritäre Gesellschaftssysteme)及「過時的統治結構」(überholte

Herrschaftsstrukturen)有關。這種反權威運動干預在德國大學上，並在個別群組面對這些機構，引發了強烈拒絕之行爲，甚至提升爲暴力的行動。

這個發展在六十年代初，演變成在自治行政的同僚機關中得依所有大學人員有效參與決定的要求。這個要求主要是由學生群組所導，但也有由助教群提出，並由一序列大學教師所贊同。更進地，則是依平等共同參預在三分之一平等權的形式上之要求（三分之一表決權乃大學教師、學術人員與學生之均分）。於其間在所有各邦中或已頒佈大學法或至少已準備好草案，其於個別中，對規範所有的差異或多或少已顧及到。

基於基本法第七十五條數字「修改授與聯邦權限，聯邦政府首度於聯邦議會第六屆選舉期間草擬了一個大學基準法草案，然而並未被通過。該草案也包括由教育與學術聯邦議會委員會於一九七二年六月十五日所修正基本上規定，大學成員之各群組參預自治行政，然而並無確定其代表數目之關係，因此保留各邦及大學，可試驗不同參預之方式的可能性。它僅給予一般的基本原則，其參預乃依各會議之任務及依其成員的功能而定，並且不准任何群組擁有一半以上的成員（第十六條第二及四項）。在研究、教授與副教授任用以及考試規則的訂定等問題，教授、副教授、學術人員以及學生應擁有代表的表決權。但在這些問題上，其在議決過程中參預的教授及副教授整體應擁有至少一半表決權的多數（第十七條第一及二項）時，該議決方得以成立。

有關大學改革激烈辯論過程中並非到處違反了這種嘗試，將基本法第五條第三項負與最不同方式之大學政治要求，爲的是對於大學範圍內，不欲適應這種要求之規範與過程視其爲違反憲法法規。因此，對於所提憲法訴訟之決定，以清楚地定義第五條第三項的憲法內容以及盡可能明白地確定立法者在大學範圍內的形成空間(Gestaltungsräum)。

基本法第五條第三項第一句解釋學術、研究與教學爲自由的。因此依字義與意義內涵提供了一個客觀的、學術、研究與教學對國家關係規範的，價值決定的基本法規，其與藝術範圍自由的擔保，並存於同一法規中。同時，該憲法規定對任何人在此範圍內從事，擔保了一個個別的自由權(Vgl. BVerfGE 30, 173[188]-Mephisto-für den Künstler)。

1. 在基本法第五條第三項所含之自由權視爲防禦權，保護學術活動對抗國家的干預，凡從事或欲從事學術者皆受保護(Vgl. BVerfGE 15, 256[263])。這種學者的自由空間基本上如同藝術家活動自由的擔保，同樣地毫無限制的受保護。在其中享有不受任何公權力干預的絕對自由。在此自由空間內，最主要是指在發掘知識，其解釋及傳播中之學術原本規定中所根據的過程，行爲方式及其決定。在學術、研究與教學從事的任何人——保留依基本法第五條第三項第二句的忠實義務——擁有防禦對學術認知取得與發掘過程之任何國家影響的權利。因此，使得研究與教學不受阻礙地設定在「尚未完全發掘及從未完全被發掘」(etwas noch nicht ganz Gefundenes und nie ganz Aufzufindendes)真理贏求的努力上，將學術解釋爲個別學者個人與自治責任不受國家外來決定的自由範圍。這同時也說明了，基本法第

五條第三項不欲保護對學術的某一個確定解釋或一個確定的學術理論。勿寧說，其自由的擔保延伸至任一學術活動，亦即及於所有依內容與形式被視為嚴謹有計劃的嘗試去發現真理的活動。這直接由任一學術認知之原則性的非閉鎖性而導出。

「學術」這個共同的上位概念表現出其和研究與教學的緊密關係。作為精神活動，並以方法的，系統的及可檢驗的方式贏求新認知為目的的研究，基於一再的新問題提出，助長了學術的進步；同時，它是擔保教學特點，亦即將研究所得的認知以學術為根基之傳遞，之必要條件。此外，在教學中所舉辦的學術對談再度使研究工作產生成果。

亦如同學術自由的歷史所證實，研究自由特別地包括研究結果的評價及其散播；教學自由特別地包括其內容，方法論上的原理及學術教學意見表達之權利 (Vgl. § 3 des Entwurfs eines Hochschulrahmengesetzes in der Fassung vom 15. Juni 1972-BTDrucks. VI/3506)。

2. 表現出基本人權有效力的一個原則性強化與作為對所有法範圍皆適用的憲法基本決定之一個客觀價值秩序化身於憲法基本人權規定中。而且，也在立法者——例如在持續性的國家活動範圍中——擁有較大形成自由權處，基本法的特殊價值決定限制了這種自由，「例如它禁止那些將違反制憲者在價值決定所表示之意志的區分，而令某一確定生活領域或生活關係給予特別的保護 (BVerfGE 17, 210 [217] Wohnungsbaupramien)。這樣一種價值決定也包括基本法第五條第三項。它是以此不但對於個人自我實現而且對於社會發展授與一個自由學術之決定性功能為基礎。這種價值決定不

但意謂著，拒絕國家對先前所稱之學術自我範圍的干預，勿寧說，它包含了國家的保護，一個被理解為自由學術理念與促成其實現的文化國，並付與國家正面地行為的義務，亦即保護地與供應地預防這種自由擔保被挖空。以此所下的要求顯現於兩方面的方向。

a) 國家提供人員，財政與組織上的財源，以成就並促進自由學術的保護與傳授於下一代。此意味著，它對於一個自由學術經營提供了具功能能力的的機構。這種供應因此具有特別的意義，因為若無有能力的國家提供一個合宜的組織及相當財政的資金，則今天在學術寬廣的範圍中，特別在自然科學中，將無法經營獨立的研究與學術的教學。現在，國家在這個學術經營中擁有一個事實上的獨占；在此，由基本法第五條第三項而生的基本自由之行使必須聯結在國家給付的參預上。

b) 在以公共資金所設置及所給養的學術經營中，意即在給付行政範圍中，國家得經由適當的組織性措施來照顧，自由學術活動的基本人權，在可能顧及學術設備中其他正當的任務與不同參與者基本人權下，保持不受侵犯。由此而顯示，在公共學術事務參預的範圍中，上述所描述學術活動的核心範圍，基本上應仍保留個別基本人權主體的自我決定權(Vgl. auch BVerfGE 3, 58 (151))。因此，基本法第五條第三項個人權經由進入於大學社團中並未被改變。此外，基本法第五條第三項之價值決定，增加了自由權在參預權方向的適用力(Geltungskraft)。這基於下述考慮而合理化，亦即一方面參預公共給付供應逐漸成為實現學術自由的必要條件，並且另一方面，依基本法的方案，若能使從事學術個別成員徹底的發展，則經由一個這種具功能的學術經營使得公眾的利益得以被履行。

由價值決定中對基本法第五條第三項基本人權的個別主體產生了，有權要求其基本人權所確保自由空間不欠缺的這種國家措施（也包括組織方式）的保護，該措施使其自由學術活動甚至才得以實現。若非如此，則價值決定的基本法規將使其保護效能廣泛地被剝奪。

面對公權力，得以貫徹價值決定之基本法規的注意之個別基本人權主體權限，屬之於個人基本人權之內容，其效力因而被增強。

### III、

然而，學術自由擔保既非以德國大學傳統以來的結構模式為基礎，其亦非甚至規定在大學內學術經營一個確定的組織型式。它給予立法者，在所指示的界限內依其裁量規範大學的組織，並使其適應現今社會與學術社會學的狀況。

1. 迄今，聯邦憲法法院並無動機，亦即來決定近二十年來諸多爭議的問題，是否「德國大學基本人權」(Grundrecht der deutschen Universität)可在學術自由的憲法擔保中找到 (Vgl. BVerfGE 15, 256[264])。該問題在此不涉及，因為這樣一個「基本人權」的主要內容，亦即「學院式的」(akademischen)自治行政，意味著，研究與教學直接有關的範圍，事實上已毫無爭議，而在大學法中被承認，並在大部分各邦憲法中表明地被擔保。

甚若人們於基本法第五條第三項中找到了學院式自治行政的擔保，立法者仍不受拘束，倘若其已注意到上述所列之原則，仍可發展大學自治行政的另一種模式。一個合憲的大學組織之標準僅得以，是否

「自由」學術透過此組織，可能及不被危害地得以經營爲準。若是如此，則學院式自治行政的個別規則立法者得以處置，它不僅有權且亦有義務，依時間之需要，在大學中設置學術經營(Wissenschaftsbetrieb)。

2. 基本法第五條第三項之憲法歷史背景並沒有給予這種理解一個證明，亦即在此規定中，大學自治行政的一個確定組織視爲合憲的被假設，並以機構性而加以擔保。

德國大學自中世紀成立以來，一直表現出由教授與學生組成社團(Korporation)的特徵，其——不涉及其對封建主，城市或教堂之依賴——自己事務透過自己的機關(院、評議會、校長)自我管理。當十八與十九世紀大學歸之於國家營造物(Staatsanstalten)時，情況並無改變。這種具獨立社團與國家營造物的雙重性格，讓其國家之大學行政與學院式的自治行政明顯地相互存在。兩者範圍劃分之一般觀點，乃依較高的授課事宜與依國家在學術保護領域內的任務而定。然而，主導原則維持不變，亦即學術性的研究與教學在內容與方法上應儘可能不受國家權力的影響。Wilhelm von Humboldt學術自治方案的這種理解，贏得了一個新的基礎。國家應侷限大學「外在事務」的規劃，亦即在一概國家預算範圍內的資助，並侷限在一個一般注重國家政策的基本路線，而施以確保行政施行的監督。

介於國家大學行政與學院式的自治行政間的關係並非無緊張關係。然而，學術自由之原則一直穩定的作爲大學事宜結構性的原則：甚至於一八一九年，追隨Karlsbader議決，基於一般政治動機而強化國家於大學中的影響力所制定的(聯邦)大學法中，規定了新引入由邦君主所派的金權代表監督人

(Kuratoren)，執行其國家監督時，不得直接干預學術的或教學的方法。

於十九世紀期間普遍設立的文化部執行國家之大學高權(staatliche Universitätshoheit)，其面對於具國家營造物特質的大學可隨時加以矯正。從未產生疑問的，國家——有時經由其立法者——也可與傳統形態偏差，得規定學院式自治行政的個別情況。事實上，在十九世紀前半段中，在顧及國家進一步自由化的要求下，已完成了重大的改變。在Humboldt的時期對大學教授的選擇與任命尚握於國家手中；Humboldt認為研究者自由的擔保從院的行業思想(Zunftdenken)而來的。由他所設定的柏林大學既沒有擁有規章自治權，亦沒有擁有真正的自治行政；迄至一八三八年以來，才給與大學至少對於任用教授的建議權。

若法蘭克福帝國憲法(第一五二條)與追隨其後的二八五〇年普魯士憲法(第二十條)接納了該原理：「學術與其教學是自由的」，則學術自由的一般信念不再是所有學術活動的一個本質原則(Wesensprinzip)。因此，學院式的自由在大學中被承認為學術經營的客觀原則；在大學行政組織的觀點下，國家所保有的大學高權未被觸及。

威瑪帝國憲法(WRV)第一四二條具一個較強機構性的引用。由此顯示，自由擔保之地位並非存於「個人」的章節中，而是立於「教育與學校」章節的頂點上；此外，標榜著「國家對其保護，並參預其中」的附加語。然而，這些實質內容僅指出，一個作為學術文化自治所稱之原則應以威瑪憲法第一四二條來確保其憲法的效力。當時，在國家法理論中，聯結了普魯士憲法有關條文的解釋，甚至提出了此種



見解，亦即學術自由對公務員大學教師僅在公務員法規範的範圍內擔保之(Vgl. Anschütz, Die Verfassungs-Urkunde für den Preussischen Staat, Berlin 1912, Erster Band, Art. 20 Anm. 4 S. 376; derselbe, Die Verfassung des Deutschen Reichs, Art. 142 Anm. 1 in den Auflagen 1-9[später aufgegeben], Thoma, Verwaltungsrechtliche Abhandlungen, Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Preussischen Obergerichtspräsidenten, 1925, S. 216f.)。針對於此，Rudolf Smend (VVDSTRL 41[928], S. 44[56ff])成功地以「德國大學的基本人權」來貫徹其學術自由的理念。然而，在這理念代表人中並無就此憲法之擔保，從學院式自治行政人員結構的意義上理解出一個定論(Aussage)＊。

同樣地亦少取之於基本法第五條第三項的內涵，亦即學術自由應定位在德國大學一定的結構上。這樣的想法並未被探討過。僅學術自由作為個人自由權被探討過，探討重點在於，對這種個人自由之濫用，特別的是教學自由，國家保護的可能性與必要性(DÖHR NF, Bd. 1, S. 89ff)。

此外，早於基本法制憲者，在一九四五年後的各邦憲法，在學術自由外，特別地表明或提到擔保大學一個自治行政權。這種自治行政權的擔保出現於學術自由擔保之外，作為一個附加之擔保。

#### IV、

在大學事宜組織上形成的領域內，仍留給立法者一個寬廣空間來實現其大學政策的理念。然而，這種形成自由權得受基本法第五條第三項與受此規定中所含的價值決定的確定與限制。在此憲法上觀點來

評判大學法上組織法規，是否以及在何種程度下它有利於或妨礙了個別學者之研究與教學自由的本人權或「自由學術」機構的功能能力。

介於單純規範教育及同僚議決機關組合的組織上法規，與研究及教學自由從事的妨礙間之直接因果關聯，並非是相當明晰的。在這些之議決事實上可能限制學術自由，並在萬不得已情況下，從這些機關不斷違憲的實務而得以准許對其組織違憲性由其結果而斷定時，則得以加以指責。然而卻不得忽略，基本人權僅透過參與由國家已提供寬廣的給付設施(Leistungssapparat)中，意即透過個人納入於大學的學術經營中，才得以有效的被使用，而提供給個人基本人權實現之可能性是直接依賴這個設施(Apparat)的組織型式。但因此，這個經由基本人權主體共同合作形式化的學術過程之自由內涵，基本上全部受其組織之型態所影響。不僅個別機關形式上諮詢與決策程序，而且其決定的內容，將透過其共同組合至少傾向於，在一個一般質的意義上事先被確定並附以結果，亦即，這些機關的決定得各依其在基本法第五條第三項所保護自由範圍內之職權而產生效力。因此，一個有效基本人權保護，要求適切的組織法上的預防措施。

雖然在此，國家對其大學學術經營的組織，應對於每一個學者研究與教學行為之自由以任一可達到的尺度實現之。但這並非意味著，國家得以忽視那些大學亦應滿足之其他得以保護之利益與需求。大學不僅有保護純粹學術之任務；特別地，它亦履行對一定職業訓練場所的功能。這些功能相互交錯；他們已無法分離而單獨處理；因為訓練也應是一個學術的訓練。此外，教育與訓練功能在現今的大眾大學中

，不再設定在「純粹學術」的標準上，如同 Wilhelm von Humboldt 之想像並符合其時代之要求。今天的大學優先考慮盡可能教育大量的專業人才，以符合逐漸學術化職業實務之要求。因此，大學不僅是爲學術原有規定所執行之個別研究與教育過程提供場所，而且也是一個公共被控制之教育與研究政策的對象與手段。大學中學術組織之形成應顧及這些不同方式的功能。

更進地，不同的大學成員、學者、其成員與學生以及其餘的服務人員等之利益應相互一致與協調。他們所有應——有條件地經由與其他基本人權主體共同合作，並顧及大學訓練之目的——贊同這些限制。

在衝突權利與利益的緊張範圍中，個人的學術自由依其自然不得直接與毫無限制的實施。雖然，其上述所稱的核心範圍經常是不得侵犯。然而，國家負有義務，在由眾多基本人權主體請求之合作與顧及其他重要共同體利益之自然界限下，以任何可達到的目標來實現學術活動的自由。在引用自由學術之憲法擔保下，單以個別學者需要而設定大學組織之要求，比那些從學術原本特性及原本規範——如前所述——並不提供強迫性「學術固有」組織原則要來得不重要。

因此，立法者在基本法第五條第三項之價值決定基本法規的觀點下，並不受任何限制，若其必須決定一個不影響大學成員自由學術活動之組織上規則時，勿寧說僅能這樣決定，大學一般事件應由誰與在何種方式與態度予以解決。在此特別地，關於大學成員參預之規定，在寬廣的範圍內設定在合目的性的觀點上。

反之，在視為學術重要，意即直接涉及研究與教學的那些事件範圍內，立法者的形成自由權受到限制。在考慮下薩克森邦學術大學先所述同僚機關之權限下，特別地將下列事件視為學術重要之事件，學術意圖之計劃，亦即研究計劃，課程表與教學供應計劃之提供，學術工作之聯繫，亦即研究意圖與教學供應之相互一致，研究企圖與教學任務之和諧，進而，有關研究意圖與教學活動組織上之保護與執行之確保，特別是其合乎預算之保護包括資金之給予，學術設施與工作群組的設立與安排，對學術共同任務參與關係的確定，學業與考試規定之確定與執行。最後，對於大學教師及其學術人員人事決定之事件也包括在內。

2. 基本法第五條第三項之價值決定基本法規，在下述兩種不同觀點對於這種學術重要的組織範圍，設立了立法者形成自由權的界限：

a) 在正面的觀點下，基於基本法第五條第三項而來之基本人權主體，透過大學適當之自由結構，如同在顧及大學之任務與大學中不同從事之基本人權主體之利益下可能時，於其學術活動中諸多的自由受到擔保。

b) 由負面觀之，基本法第五條第三項禁止立法者，組織上如此地造就這樣一個學術經營，亦即引發了功能能力之危險或妨礙了成員學術活動中所須的自由空間。然而，基於組織法規矛盾的情形，不可能從一開始即排除那些損及功能或對自由學術活動具妨礙性的錯誤決定。另一個依專業知識及經驗極佳組成之會議於個案中——總是基於某種理由——亦可能作出侵害上述之核心範圍的決定。然而，立法者

應設定所有必要的與適當的組織上預防措施，在可能與可期待的範圍內來排除這種錯誤決定之危險。

## V、

現代的大學法，也包括現在要評判的下薩克森前導法，揚棄傳統教授大學而選擇「群組大學」(Gruppenuniversität)的組織型式。這種組織體系乃以此為出發點，亦即大學之事件視為教學者與學習者的社團(Körperschaft)，原則是所有成員參與諮詢與決策權限(如同西德校長會議於一九六八年五月二十二日之決定)。因此，立法者結合了這在現代大眾大學類型化之現有的群組區分，並依其不同功能與利益，將大學成員，一般劃分為四群組：大學教師、學術成員、學生與其他(非學術)成員。並給予這些群組選出之代表，在大學同僚議決機關的表決權。

1. 群組大學的這種模式是與基本法第五條第三項的價值決定合一致的。其並非從一開始即「學術外的」(Wissenschaftsfremd)，因為所有大學成員的參與權，倘非必要地導入一個違反學術自由所設定「反制過制」中(Verfremdungsprozeß)。群組大學作為大學中群組衝突解決之工具，但也基於大學行政較佳決策之發現的目的，作為利用整合個別群組專業知識的手段，這種想法是適切的。是否因此而找到大學組織最合目的的形式，憲法法院不必就此決定。

a) 學術人員的參與權，其同樣如同大學教師，其學術活動亦享有基本法第五條第三項之自由權，無需進一步說明。是否學生擁有參與學院式自治行政之一個憲法擔保的請求權，無需在此作決定。倘若他們參與了研究與學術性教學，則亦應擁有基本法第五條第三項的權利，因此針對其在學術行政的參與

權，並不存有憲法上的疑問。縱係大學生主動參與學術過程，比例上僅是一小部分而已，但在大學的學習中已設定了這種參與。大學生畢竟非中小學生，並非是學術傳遞的單純客體，而是他們應是獨立地，在大學學術探討合作參與的成員。因此，學生的參與不得一般地視其為「學術外的」(wissenschaftsfremd)。此外，他們是經由大學履行其訓練的方式而直接被涉及。最後，為平衡與抵銷大學生在大學中作為職業與生活機會之中間者而產生社會的依賴性，基本上有合理理由對大學所提供的任務之履行給予其一個參與權。

b) 同樣地，非學術(其他)服務人員參與大學自治行政依其原則，亦甚少違背憲法所擔保的自由學術。這類人員並不從事基本法第五條第三項所保護的活動，但卻無足夠理由，一般地將其排除於參與之外。非學術人員群組屬於那些具有利於大學組織領域實務知識的專業人員。在此關聯上應顧及，大學的學術活動在漸增的範圍內，需這些非學術人員的支助，以對於研究工作與教學活動的實施創造一個技術上或行政合宜的條件，並也負其有關之責任。

另外一個問題在於，是否有關學術行政確定事件之決定，不得依基本法第五條第三項排除這個群組及群組內作一個區別。

2. 若基本法第五條第三項提出學術自由之原則，則其因而給予，在大學從事學術，並信任地付與研究與教學給養的大學教師們一個突出的地位。就此，對大學教師概念之理解得依目前大學結構，並利用迄今一般的，也包括下薩克森前導法使用的術語，並獨立於學院式之研究者與教師公務員法規定的限制

外，大學教師乃基於教授資格(Habilitation)或一個其他資格證明，而得以信任其在研究與教學作為一個學術科系獨立的代表。

大學教師基於其基本教育(Vorbildung)，在研究與教學大抵長年從事與經驗，於大學中首先被視為學術的設施。依其職位與委託事物，他們對於大學功能能力與學術上的位階負較高的責任；他們是依其在研究與教學的地位及其功能以及依其系所之組織或參與組織而負有義務，並因此特別地與學術事物緊密相連。依大學目前的結構，他們是學術生命決策功能之所有人(Mitstaber)。基於他們規則地較長地屬大學成員，因此，透過大學機關長期性有效之決定，他們比學術人員與學生之群組更受其決定較強烈的波及。

若國家在其形成自由權範圍內，顧及大學成員個別群組不同利益與功能，而架構學術行政之組織，則國家應注意到大學教師的特別地位。這要求基本法第五條第三項之價值決定並聯結一般平等原則，其禁止，對那些依其規範生活關係之方式存於不同狀況的群組，並無充分理由將其隸屬於同一規定下，亦即在不合於正義情感下不同事物作等同處理(Vgl. BVerfGE 17, 337 [354], 30, 297 [333])。在此，欲作公正的區分，則應以基本法第三十三條第二項及第四項作為基礎。因此，立法者對於大學教師之群組應注意到，在顧及大學的任務與目的下，儘可能給予他們自由，以便於完成其學術所託事務。它應透過適當組織上的措施來確保，儘可能排除那些透過其他群組之作用所產生對自由學術活動之干擾與阻礙。

當然，在大學議決機關的參與是關係到公共學術行政的參與。這種參與權僅能在合作與協調義務，

亦即給予大學機構學術性生命一個秩序，的基礎下才得以實現。而且，這種參與權僅得透過學術自由才得予正當化；他們不得轉變成干預其他成員法律上，特別是基本人權所保障地位的權限。學術自由非專屬所有大學教師全面性的權利，而擔保其超越其他成員之自由地位的全面處置權。大學教師於大學中亦受「拘束」，並應——有條件透過與其他基本人權主體共同合作並顧及大學之目的——受到限制。

因此，並非每個大學教師，在群組合作設立之學術行政的機關中，得要求席次及表決權。勿寧說，立法者得限制該會議的範圍以維持其工作能力，並且替代這天生的會員地位而引入代表性原則(Representationsprinzip)，這也適用於大學教師。學術行政議決機關包括太多成員可能會妨礙其功能能力，並因此危及學術自由。因此，在現代的大眾大學中，代表性的自治行政型式並非是學術外的。但，個別大學教師，在關於其專業領域重要問題的諮詢時，應在適當的型式下給予尊重。在此關聯上，由西德校長會議正確提出的要求屬於此，亦即，在學術重要事件的範圍中，以大學教師個別自我參與為優先，並原則上社團法人性質的參與是次要的，僅在這為協調自我參與或為補充錯誤自我參與的例子有其必要時，才得以成立。

3. 雖然，立法者對於各群組代表在群組大學議決機關表決比重之分配基本上是自由的，但它應顧及大學教師群組的特殊地位，以及設計必要的預防措施來保護大學教師之自由學術活動。

在此不得輕視，由群組大學方案中對於大學功能能力與大學教師之自由學術活動，可能顯示若干之危險。對其評判得注意下列之事：基於一個強制性大學改革長時期延遲，對此之產生教授大學亦應負共



同責任，而產生了介於大學教授及其他經常被視為「下位特權」(unterprivilegiert)之群組間，在大學生活的現實狀況，非常強烈的利益衝突。「群組大學」透過群組型態(Gruppentypik)更清楚顯示這種利益對立，並甚至在此情況下將其固定。這種多方個人利益，在一個大學中的一個大的組織出現，在此一般上並無形式的程序加以比較，這種經由類型區分而成法律上被形式化的群組，在其於決策會議中諮詢與作成決定前，顯已經常步入明顯的對立情形。因此，利益之對立被擴大與強化；甚至，可能在政策上被強調以群組區分，來促進社會地位與依賴區分的意識。在這種方式下，群組之團結(Gruppensolidarisierung)與黨派之組成(Fraktionsbildung)經常是理念的比學術為準的目標設定較為有利。確定地，在大學範圍中存在著群組間的利益衝突，但在群組之內亦存有必須解決及克服之利益衝突。因此，不可避免的得適用理念的與政策的影響力。但應防止，有關研究與教學問題在學術行政議決機關之決定上，學術之專業知識不得過度使用。

因此，是否於學術行政個別決定中所描述的危險，已具體使一個有關學者產生負面的影響，並非是重要的。這樣一種以結果為準的觀點，對於那些自由發展，已在學術考量與計劃的學習課程中，取得學者人格上所要求文明創作之認知過程的特殊行為與準備之人的自由擔保，是不公平的。因此，對於由不同群組所組成大學會議，為防止此種危險，應注意到確保形式上的組織。

4. 然而，所有這些考慮，仍不得由此憲法上的命令引導出，大學教師之代表應在大學自治行政會議一般上擁有一個「明顯的多數」(eindeutige Mehrheit)。在這種範圍內來限制立法的形式自由權，依

上面已敘述憲法觀點下是不合理的。對立法者的限制僅得基於基本法第五條第三項價值決定並結合一般的平等原則，才得以實施。

如上所述，基本法第五條第三項的作用力(*Ausstrahlungswirkung*)限於組織法規的範圍與研究及教學直接有關的事件。在此需與大學其他目的，特別是其訓練功能，一併加以考量。因此，研究與教學不得視為一個一致的，無區別的綜合體。它緊密聯結在大學的學術經營中並不意味著，在這個寬廣的領域上為排除那些對自由活動的危害，總是必要地以相同的預防措施來處理個別大學群組之表決比重。

a) 在教學範圍中，不僅大學教師，而且學術人員也履行重要的功能。雖然，在現代大眾大學中，他們依各院、系並非總是接受了相同，但卻接受相當數量與質量重要部分的教學任務。在決定有關教學直接涉及的問題，應給予他們在一個合理直接參與的尺度內，表達其專業知識與專業利益。

教學之事件亦直接涉及學生利益之範圍。因此，在此範圍內，若能顧及與調和教學者與學習者的經驗與論證，才得以多方面地作出公正的決定。學生代表對這些問題的參與其他在憲法中是毫無爭議的。

反之，非學術服務人員群組則在上述提及的觀點下（資格、功能、責任與相關性），無以合理解釋其在有關教學問題一個毫無區別的參預決定。

在此被設定的範圍內，立法者應確保，具有特別地位的大學教師在教學領域內，保有相當決定性的影響。

b) 在直接涉及研究的事件中，參預決定權群組合宜之分配應依一個較嚴謹的標準作為評判。研究

之決定是以綜觀有關各別領域研究之情況——也包括國際的範圍——，顧及一般社會之需要有關個別研究計劃的急迫性，以及觀察個別研究领域技術上，財政上與人員上主要的可能性作為前提要件。這種決定所聯結的責任，若其攸關現代研究所需高花費的昂貴特別設施，攸關研究機構之設置或擴充及類似情況時，則特別地清楚。對這種與其他具專業知識者共同參與決定之適格(Eignung)，則不得排除學術人員於外。但在任何狀況下，並不適用於非學術人員。大部分學生並不符合參與有關研究問題之必要條件。然而，卻不得排除，他們依其訓練狀況及其資格對這種決定可能提供某些貢獻。在這種情況下，若立法者給予學生群組確定的共同參與權，主要是因為研究問題之決定可能產生對教學影響，則在憲法上是無可非議的。

但，基本法第五條第三項聯結第二條第一項的價值決定要求，對有關直接涉及研究之問題之決定，大學教師群組得保有一個有決定性的影響力(ein ausschlaggebender Einfluss)。基於其學術學術上資格、功能與責任，大學教師在此特別範圍內，面對其他群組，應能貫徹之。

其決定透過非客觀的動機而被影響之可能性，在一個類型化的規範中必須忍受之。

c) 對有關研究與教學某些個別範圍中決定之群組影響，在「學術適當性」(Wissenschaftsadaquanz)的觀點下，確實地尚更進一步的區分是可行的，例如，在入學許可之問題，在學業規定之頒佈中，在考試事宜中，在教授資格審核程序中等等(Vgl. Mallmann-Strauch, aaO, S. 61 ff)。由基本法第五條第三項的價值決定，對於組織範圍，僅能引導出那些給予立法者對個別規範之

形成餘地的一般原則。屬於這些原則也可能包括這命題，亦即考試決定僅能由那些本身至少具經考試確定資格之人員評定之。然而，在此不進一步探討；因為，前導法包括了這原則(Vgl. § 5 Abs. 6)。

總之，對大學教師任用程序，基於這個過程對現今德國大學結構之重大意義，應提出特別的要求。這種選任程序確定了大學內自由研究與教學的真實主體(eigentlichen Träger)，因此特別地與學術自由之擔保緊密相連。在對於大學中學術經營主要負責之基本人權主體的選舉中，非客觀的影響可能對學術教學與研究之自由行使帶來了直接的危害。然而，關於教授之任命決定，最後落在有權責的部長或其他的有權責之國家官署上。但這符合一般的經驗，亦即在任用實務中，給予大學建議權最大之意義，因為國家機關，如同在言詞辯論中被證明般，幾乎沒有使用「強制」(Oktroi)的可能性。

在此，非學術服務人員的參與決定從一開始即不列入考慮(Vgl. § 2 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 Vorschalt G)。基本上，學生亦缺乏對任命考慮中學者品質之一個專門知識的判斷。然而，這並非意味著，他們因此完全地被排除於參與與參與決定之外。他們可提供，例如由上課所得的原本資訊與印象於決策過程中。除此之外，他們亦受決定之直接涉及。因此，學生之參與決定權憲法上是適當的，並符合程序透明化的需要。同樣地才得以真正地適用於學術人員。然而，在任命事件中，大學教師群組應擁有決定性的影響；因此，在此可比照研究範圍的適用情形。

d) 這個在「群組大學」體系作為保護大學教師自由學術活動所必需的組織上確保措施，應基於其實效性而經由同樣地源自於基本法第五條第三項之價值決定並聯結基本法第三條第一項引導出的命令加

以補充，使大學教師群組能均勻的給合起來。若立法者使群組屬性(Gruppenzugehörigkeit)成爲一個組織原則時，則他應對於群組之確定保有清楚的構成特質；否則，由群組組織產生的比例將是恣意而爲的。若群組，如同在「群組大學」之狀況般，依預定類型化之利益狀況法律上予以完形，則群組特質正好由此不同之利益狀況顯示出來。但若一個群組並非均勻的被組合起來，則對它而言不再存在類型化的利益狀況。因此，與其他群組的界限劃分缺乏了足夠客觀的理由。若准許立法者，將那些——他們在一般意義上亦屬大學授課者——並不符合上述大學教師類型的人員納入大學教師群組中，則無疑替他們打開大門，擠壓原有大學教師在群組組合中量與資的影響力，並因此以迂迴途徑將其表決比重滲入同僚機關中。

5. 原則上，立法者之形成自由權聽任其自由處置，亦即它欲透過何種組織上措施來履行前述考量的要求，擁有自由裁量權。因此，它亦有權採取一個符合群組大學組織原則之類型化的考慮方式。這提供了組織上形式與程序法上形成可能性之一個寬的幅度，對此個別之探討非屬憲法法院之事物。然而，對於同僚機關之議決僅擁有單純事後的審核與監督權限，例如侷限於合法性審核之法律監督或法律途徑之給予，並不足以，創造學者對此工作從一開始所需之自由範疇。

## VI、

若人們依這些標準來審查下薩克森前導法受非議的法條時，則顯示出，立法者對於學術自由保護之必要性確保預防措施在所提供的範圍內僅部分合乎要求。

前導法主要地僅擁有有關同僚機關，委員會與會議(Ausschüsse)組合之規定以及大學成員中有表決權者的參與因此，這些規定應結合那些規定於有關大學的暫時憲法及規章中，並依前導法第七條第四項在同僚機關權責之基本問題上暫時不被改變之權限法規，共同地加以評判。

1. 受非議之規定是與一九五五年八月五日實施的人員代表法合一致的。該聯邦法在八十三條至九十四條中僅擁有對各邦立法機關的基準規定(Rahmenvorschriften)，其給予邦立法者在相關的內容上對於一個原有客觀法形態寬的空間。因此，其並不明顯觸犯這些基準規定。

2. 符合了德國之傳統，下薩克森立法者並沒有將由公共資金資助的學術經營置之於國家固有的行政之下，而是讓其仍屬大學的自治大學。這樣一種自治行政，就如同前導法將其多次以同僚機關，委員會與會議表現出來，當然地產生對參與者一個強烈負擔。但卻不可忽視，亦即在危機與過渡情況下，這種負擔也透過學生代表的經常更替而增強，並且，在機關中決定結果的意義經常不是處在對所使用時間與力量的一個適當的關係上，如同訴訟申請代表人在言詞辯論中所敘述般(vgl. auch den Bericht der Expertenkommission des Regierenden Bürgermeisters von Berlin zur Untersuchungen der Auswirkung des Berliner Universitätsgesetzes vom 15. Juli 1972, Drucks 6/586 des Abgeordnetenhauses von Berlin-Mitteilungen des Präsidenten-Nr 29)。但，在現今的時間點上，無法以必要的確保加以確定，群組代表在這些同僚機關中的這種負擔是如此的強烈，而導致在一定範圍內這些機關功能盡失，因此基於憲法而產生採干預的動機；此外，自治行為的法規中留給同僚機關，

爲減輕負擔，可將進行中的任務移轉至主席上或行政機關上的活動空間。

在有關大學中之憲法與規章的權責規定，有部分非真正嚴謹地理解那些有進一步解釋能力的概括條款之使用。但在這些規定所提供之合憲性解釋中已足夠擔保了，學術大學之機關並不侵入個別學者所保有，不受公權力任何干預的自由領域中，以及個別學者在諮詢其科系領域內有關之重要問題時，在適當的形式下得以說明之（vgl. § 3 Abs 6 VorschaltG）。更進地，權責規範之字義允許一個合憲性解釋，在此意義下，大學教師，雖在自由學術活動核心範圍外，仍保有原始參與的權限。

3. 立法者在其自身允許的方式下，組合了所有四個群組代表於其中之大學自治行爲的全部機關。若針對非學術人員之一個相同的參與提出質疑，則經由該法第二條第五項第二句之負面目錄可將他們，就直接有關研究與教學之事件，排除於決定之外之處置。第二條第五項第二句當然並不包括上述所給予概念解釋意義下的全部範圍。然而，卻是可能的，第二條第五項第二句數字1至4所使用的概念可如此寬的解釋，而能將所有直接與研究及教學有關的事件包括在內。這種寬的解釋在考慮到基本法第五條第三項之價值決定是憲法上所提供的。針對這一群組代表僅具諮詢之參與是無可非議的。

進而，立法者並非同等或機械性地依群組成員數量之多寡來決定群組之參與，而是對其參與依質量、功能、責任，在大學中時間之長短與相關性在此方式下作區分而劃分等級，對大學教師之群組在這些機關中之意志形成，應擔保其超乎數量關係上之比重，而享有優勢的影響。

對不同議決機關之給合與對這些機關權責之分配的進一步區別是可確定的。明顯地，它是以此原則

為基礎，亦即應創造大學教師群組如此大的比重，而能解決學術較重要所涉及之決定。這些區別指出了在各別會議中縱的權責分配與其不同的組合（比較，大約如對於遠離學術事件的大會權責與對於直接涉及學術與教學事件的系務權責與其相當的機關）。此外，透過第二條第五項第二句的負面目錄可作為橫的區分。

為求得對大學教師自由保護的完整圖像，亦應將此考量納入其中，亦即其享有勤務上的優先權（Vorrrechte）（基本上終身任用之薪俸（Emeritierung），不得調任及自由勤務時間），並給予他們機會，對同僚機關不利於他們的多數決，不但可請求國家的法律監督，而是可申請憲法法院之憲之訴。

4. 然而，所涉及的規範由各方面觀之仍稍嫌不足。

a) 憲法上可指責的是依前導法第二條第二項大學教師群組的組合。在此，立法者觸犯了均勻群組組合之命令。在數字1至11中，由講座教授一直到講師與在大學中從事學業主管（Studienleiter）之教學人員等各具完全不同的資格，功能與責任卻集合而成「大學教師」之群組。明顯地，立法者是以此為出發點，即這些人員的教學行為，對這個群組具有重要的定理。但，這在面對學術成員之群組時絕非是合適的區分表徵（第二條第三項）；因為在這個群組中，亦設定有那些可獨立從事教學活動之學術人力（Vgl. Z.B. *in* 6 der Neuen Ordnung zur Regelung der Dienstverhältnisse der wissenschaftlichen Assistenten vom 27. Oktober 1972, Nds. MinBl. S 1602[1603]）。對於大學教師的概念則以上述（比較CV 2）所稱之特徵為決定性的標準。就此，對這個群組的描述，立法者享



有處分的餘地；取得大學授課資格(Habilitation)並非歸屬這一群組必要的條件。於第二條第二項數字1至5所列舉的教授與教師普遍地符合所要求的特徵。反之，於數字6至11所列之學術人員並非一般地符合之。在其中的若干可能在所述的意義上符合了大學教師之圖像。反之，而其他所述的人員群組或多或少是受講座教授、機構或醫院主管所拘束；某些亦較少寬廣地，功能上歸屬於大學之學術經營下；屬他們所負擔之學術工作範圍一部分受強烈地限制。其所及之教學行為在一個強烈特殊化的科系中，從一個或多或少複習性的上課，一直至職業成就的教育。在此，立法者共同組合了一個群組，於其中獨立的學者與受大學教師拘束長期被指示之人，與過渡時期教學兼任者，與對整個科系負責的學者等與那些僅從事支助或補充功能者聯合而為一群組。

是否在均勻的群組組成觀點下，也可針對第二條第三項數字1至4之學術成員群組組合提出憲法上的質疑，無須在此作決定，因為訴訟申請人基本人權之地位非經由這個群組之組合而直接受涉及。

可視為質疑處，則為剛入學之大學生在有關學術上研究與教學問題的議決會議中參與決定，尤其因為意見形成過程之基於缺乏專業知識與經驗而花費過多時間，使得議決機能的工作能力受到質疑。可列入考慮，則對學生的選擇大約依其大學學期數而設定某些的限制。總之，在學生團體中的區別供應(Differenzierungsgebot)並非強迫地由憲法法規中引導出來。

b) 依所列的審核標準，僅那些決定直接涉及有關研究與教學問題的會議，才對於同僚機關表決比重的評判列入考慮 (§ 3 in Verbindung mit § 2 Abs 5 VorschaltG)。因此，大會（選舉大會）與行

政會議非屬此處所提之類型考慮之列。

大會主要是負責那些，所有大學成員在相同方式下被觸及之社團法人的事件。其涉及社團法人(Körperschaft)「大學」之基本結構，不直接涉及由其所引導的學術工作。對於這些，主要地大會僅表現整體大學成員意見，而提出（非拘束性）的意見(Stellungnahmen)與建議(Empfehlungen)。在立法者所設定由不同群組參預之機關形成的關係中，在憲法上是毫無爭議的。

同樣地也適用於，那些主要是負責大學一般行政比較重要進行中事務的行政會議。

c) 評議會(Senat)本質上比大會更強烈參預原本的學術行政，並因此站在與個別學者工作的一個較緊密的關係上。雖然，其行政行為顯然地亦受整體社團及其訴求決定。然而，他亦負責直接涉及有關研究與教學之問題。但，對此較強烈的學術相關性，前導法的表決比重亦已顧及到。若人們基於前導法第二條第五項第二句負面目錄之考量，而將非學術人員之群組排除於評議會表決關係的評判外時，則大學教師代表與依前導法第四條第九項由具專任大學教師被選出的校長，擁有了十七票中的九票。

d) 不同於綜合大學的機關，院與系務層面之決策會議在相當大的範圍內，直接影響到個別大學教師學術活動的形成。因此，院務委員會與系務委員會（以及同位階的機關）之參預決定規範，需符合乎上面所述原則之一個表決比重的確定權責。若人們亦非學術人員不列入考慮之列時，則在兩者會議中，大學教師群組擁有百分之五十的表決權，反之，學術人員與學生群組各占百分之二十五。這個規範已顧及到大學教師的特殊地位，排除這個群組擁有過半數之表決權，並使其擁有決定性的影響力。儘管如此

，對此表決比重在兩觀點下憲法上值得非議的：

2a) 設若該議決機關須決定直接涉及教學有關之問題時，立法者面對那些危害功能能力，基於群組特殊理由而設定表決相同的狀況，並無採取預防措施。如前所述，在群組大學中於昇高的範圍中得顧慮到，介於大學教師之一方與學生及學術成員之另一方間的利益對峙，將基於學術外來的理由而導入兩極化之中。亦即，缺乏維繫自治行政功能之必要的最起碼同意，而導入群組間一個完全的意見差異性，使會議之組合成為「決策兩難」(Entscheidungs-Patt)之情況(比較上述柏林專家委員會之報導，頁14以下)。立法者應嚴謹地接受該危害，並不得因而信賴，在這些狀況下終究基於互相表明之一般義務，一個決定將透過一方或雙方的妥協得以成立。勿寧說，它應衡量這可能性，亦即，一個這種議決機關的成員僅單以其原有的群組成員而設立其表決之行爲，並至少在個別事件中，不欲超出群組外而聯合一起。在這些事件中使議決機關成為功能癱瘓，其並同時，對那些處理直接涉及有關教學問題，產生對不得與學術機關功能能力分開成長之學術活動自由的影響。因此，立法者應設定組織上的預防措施來防止這種危害的發生。

這並非是憲法法院之事物，個別地規定立法者，透過何種組織上措施來排除這類危險的根源。因為它並無負有義務，制定一個大學自治行為確定的組織模式，因此，可有各種法律上補充的可能性，例如，表決正反相同會議中主席之決定，負有義務以改變過的表決比重或國家的參預作為仲裁人及一般利益之代表等成立重新諮詢(vgl. BVerfGE 15,256[264f.];33,303[341f.])。

出雖然，學術大學內，研究的重心，位於前導法沒有解釋的機構（醫院）及研究單位（Seminar）中。然而，依有關大學之憲法與規章，院務與系務議決機關（以及相當的部門）擁有對研究事件之權責（vgl. Göttingen § 35-Fachbereich; TU Braunschweig § 54; TU Clausthal § 55 und TU Hannover § 45-jeweils die engere Fakultät; TH Hannover § 64-Fachabteilung; PH Niedersachsen § 23-Abteilungskonferenz）。關於這些問題的決定，立法者並非如憲法上所命令般，授與大學教師群組一個決定性的影響力；因為其不得違反其他群組聯合抗議而貫徹之。在此亦非屬聯邦憲法法院之事物來規定立法者，用何種方式確保其實施。在此，有多種組織上可能性列入考慮，例如它可從一開始或在一個重覆的表決中，在這些會議中給予大學教師群組表決之多數，或設定一個這樣的規定，對會議中這類問題議決之表決，需以大學教師之質的多數（如  $2/3$ 、 $3/4$  等）始得以通過。

對於這類議決機關之決定任命事件適用於如同有關研究事件決定之規定。

（c）憲法之訴進而針對任命委員會與委員會之組合，對教學供應與課程制定之推薦（教務委員會—§ 5 Abs 5）而來。依前導法規定的委員會與會議僅議決關於，應由主管之同僚機關決定事項的推薦而已。原有的決定權該委員會與會議並不擁有之（§ 5 Abs 2）。

（aa）因此，任命委員會並不決定有關呈送主管邦部長之大學任命建議，而是提供推薦於大學主管提出任命建議書的議決機關。然而，任命委員會之組合如同前述決定有關任命事件之議決機關，在憲法上同樣地值得爭議的。

任命委員會是由大學教師、學術人員與學生等代表以 4：2：2 之關係所組成。此外，前導法第五條第四項規定，在任命委員會代表的大學教師擁有一個在任命程序中的特別影響力。若一個任命委員會之任命建議在委員會中，找不出大學教師多數的同意時，則將建議呈送至部長的主管同僚機關負有義務，若該建議在這同僚機關亦無法找出大學教師多數建議時，呈送部長在任命委員會中，大學教師多數的建議作為進一步的投票。然而在大學教師位置的占有中這種大學教師少數的保障(Minderheitenschutz)作為確保學術觀點的預防措施仍不足夠。依上述說明在這些事件中擁有一個特別意義之評判的大學教師們，不得僅被授與單單一個少數的投票權。反之，不得指責，任命委員會僅擁有推薦權。在任命程序的實務中，其建議幾乎擁有一個決定性的意義；因為任命委員會主要地擁有，對申請者審核與選擇的任務。因此，其推薦至多僅是一個提議而已。在任命程序中，任命委員會得到何種強烈地位，則由下述顯示出來，亦即特殊投票權並非大學教師代表在決定大學任命建議的同僚機關中，擁有壓倒性多數，而是在任命委員會中擁有多數。這清楚的顯示，立法者亦正可賦與那些在委員會代表之具判斷能力的大學教師們何種的比重。因此，立法者應給予大學教師群組，自身在委員會的推薦中貫徹其理解之可能性，而不應僅擁有少數的投票權。

b) 對憲法上所命之教務委員會組成的要求，則需不同的評判。學生較強烈的參與符合了立法者的意圖，亦即以此委員會，使學生自身為準的參與了學術訓練之改革，而贏取了一個組織上的開端。這樣一種規範的合目的性(Zweckmassigkeit)並非隸屬憲法法院的判斷之下。在憲法上是無可非議的，因

爲委員會僅擁有對主管同僚機關的推薦權，而該機關隨時可對此推薦作出偏差的決定。雖然，訴訟申請人代表在言詞辯論中，指出了這委員會推薦事實上所占的大比重。然而，其意義不得與任命委員會推薦相互比較。就此，一個特別地緊密的交錯關係存在於委員會推薦與主管同僚機關之決定找尋間。這樣一種緊密關係——除其他方式的內容外——無法得以一般的確定。因此，其應足夠，在此決定的議決機關中，設定了爲確保「學術公正」(wissenschaftsgerecht)決定之所命的預定措施。

## VII、

訴訟申請人以基本法第三十三條爲支撐所爲的指責是無理由的。

設若由基本法第三十三條第五項可導出公務員大學教師之個人權(individualrechte)，但這僅關係到，立法者需注重有關大學教師公務員法上狀況之傳承原則。對於人事事宜，特別地對於總規定於大學法而非公務員法之教授與教師任命與任用的學院式自治行政之參與並不屬於此。

這類大學機關的參與，前導法不作規定，因爲其雖爲共同組成，但卻非重新決定學院式自治行政決策會議的權責。因此，憲法上指責的對象並非是公務員大學教師在大學人事事宜的參與，而是針對在那些措施中，非具質要求會議之參與情況。設若基於欠缺的專業知識與不足之責任，特別是這些會議中學生成員，而提出這樣一種質疑時，訴訟申請人就此主要係針對其自由學術活動的保護而少及於職業公務員體系的確保。尤其，該指責指出了一個與基本法第五條第三項所保護範圍的內在關係，而經由參與決定規範所允許非具大學授課資格者之影響，干預了大學教師之獨立性，無此獨立性大學教師無法在學術

、研究與教學上履行其任務，並其亦為保護大學教師公務員之基本的結構要素。在此，對大學教師勤務法上狀況，由學術自治引出了憲法上結果作為一個事物原則。因此，對此所設定憲法上問題僅能以基本法第五條第三項為審核標準，而對於依基本法第三十三條第五項之評定則無法讓其納入其中。

此外，訴訟申請人如何由基本法第三十三條第五項引出超越於此之權利，而其已在基本法第五條第三項擔保中，則是不清楚的。

相同的適用在，若訴訟申請人在言詞辯論中，針對基於基本法第三十三條第二項與第四項而受非難的規範提出了憲法上的爭議，則這些規範如何擔保個人之權利(zu Art. 33 Abs4 GG vgl. BVerfGE 6, 376[385])讓其處於擱置未決之狀態。

由基本法第三十三條第二項、第四項與第五項整體觀之所設定的法基本原則並聯合基本法第五條第三項之價值決定，則不可因而得出立法者憲法上的拘束，得以基本上對於大學教師人事問題之處置或特殊地在任命事件上，排除非公務員人員與特別是學生在學術大學自治行政機關中的參與。

D、

1. 對此所處的法律狀況，不得依憲法法院法第九十五條第三項第一句而解釋其受責難的法規為無效。立法者須決定，在那種途徑下它欲除去被確定的憲法觸犯。憲法法院應侷限於確定，下薩克森立法者在判決命題中明顯的範圍內，觸犯了基本法第五條第三項聯結第三條第一項之規定，並因此侵犯了訴訟申請人的基本人權。

2. 有關必要費用給付的決定依憲法法院法第三十四條第四次規定處理。因爲憲法之訴僅部分有理由，因此得給付訴訟費用的一半。償付義務者爲下薩克森邦，因爲其立法機關制定了違憲的規定。



## 關於「議員薪事」之判決

——聯邦憲法法院判決集第四十卷第二九六頁以下

譯者：董保城

### 〈判決要旨〉

1. 基本法第四十八條第三項所提之補償金，原先用意是提供議員特殊支出補償金，現在已成爲國庫支付議員及其家屬的生活費用，因擔任議員職務之報酬金。

議員並非「公務員」，他是接受人民之委託而行使公職，是「人民的代表」，受到「自由委任」託負，獲得之給付已非單純「支出費用補償金」，而是從國庫獲得他的一份收入。

2. a) 從平等權規範得出，所有的議員都應領取相同的支出費用補償金。議員是否個別花費不同精力從事議員職務，或是個別支出互不相同或其職業收入互異等因素均與領取支出補償金無關。

b) 議員之費用計算方法，應考慮沒有職業收入者及因議員公職而損失全部或部分收入者，無論爲

何，費用均應足以提供議員之生活所需，且符合議員職務之重要性。

3. 議員、生活費用，具有所得之性質，應與其他人相同，並繳交所得稅。若按照實際狀況，因議員工作相關之特殊支出發給之補償金才以免稅處理。

4. a) 公務員擔任議員之有關規定實體法上乃屬於議員身份之法規，無論將這些法規劃分議員費用法或是公務員法內。

b) 公務員若當選為議員，繼續領取薪俸或因退休而領退休金，自始至今，在議員法內均屬於一種特權。

c) 這項特權在議員法規定「議員可獲得適宜之生活費」時即已喪失。否則，本特權違反基本法的平等原則。

5. 基本法第四十八條第三項與第三十八條第一項之法規設計是希望議員避免從僱傭契約，或是不必償還性質的類似顧問契約關係中取得費用收入，而使議員因此在國會中會代表付費的雇主，企業或是財團組織的利益，並為之效力。這種收入與議員應有的超然立場及其他議員收入應與之相同的情況均不符合。

6. 根據民主法治原則（基本法第二〇條），國會內之意見形成過程，包括決定支出補償金之多寡，及與議員地位相稱之支付費用規定，均應使民眾得知，並公開討論決定。

以上為一九七五年十一月五日第二庭判決結束係根據一九七五年六月十八日言詞審理作成之

— 2 BVR 193/74 —

憲法訴願人工程碩士×××委託人：

Dr. Horst Lechner 及 Dr. Arno Waltes 律師

住址：Saarbrücken 3, Bahnhofstraße 45-

訴願人針對薩爾邦議會 1978 年 6 月 20 日（薩爾邦官方公告第 517 頁）薩爾邦法律第 970 號第 3 條第 1 項字母 C 及第 13 條第 1 項第 4 號提起憲法訴願

### 判決主文：

1. 薩爾邦議會一九七三年六月二十（薩爾邦官方公告第五一七頁）薩爾邦法律第九七〇號第五、六、九條及第十三條第一項第一到四號，第十六條第一項第二句均與基本法不符。

2. 薩爾邦應支付本憲法訴願人應得之報酬費用。

### 判決理由：

A、— I、

本憲法訴願乃針對薩爾邦議會議員之身份及財務支付條文。該訴願案於一九七五年一月二十一日部份判決中 (BVerfGE 38, 326ff) 遭到駁回，因其內容針對一九七三年六月二十日薩爾邦議會之薩爾邦法令

第九七〇號第三條第1項字母C——在下文內稱邦議會法——（薩爾邦官方公告第五一七頁）。該憲法訴願之內容細節，將在下面章節本判決理由之>I和>II內陳述。

在接下來審查憲法訴願人提出之邦議會第十三條第一項第四號以及與之有關之其他條文是否符合憲法精神問題，憲法法院根據一九七五年一月二十一日部份判決理由之〇I三曾約傳憲法訴願人，薩爾邦議會及薩爾邦內政部長以直接關係人身份接受言辭審理，此外亦請聯邦議會、聯邦參議會、聯邦政府、其他各邦邦議會，巴伐利亞邦議會及在聯邦議會之各政黨以書面及至言詞審理就下列問題發表意見：聯邦議會議員及各邦議會議員需要多少精力放在議會及選區上？聯邦議會及各邦議會成員歷年來的職業比例情形如何？尤其是公務員所佔比例為何？議員因議員職位所獲得之收入為何？有多少議員除因議員職務的收入，還有兼差之收入？議員的地位自十九世紀末至今有何種改變，改變多少？特別是提供議員一合宜，保障其獨立立場之議員補償金——意義上有何改變？金額上的增加從其免稅特權，公務員特權及停職停薪補償費的有關條例，養老保險及其他類似條例上，特別是從平等權，及傳統上之職業公務員原則來看，有何影響？聯邦議會與邦議會議員有那些明顯差異？在上述考量下，對邦議會法第三條第一字母B及第五、六、九、十三、十四及第十六條等規定有何見解？

薩爾邦議會、德國聯邦議會及巴登——符騰堡邦議會分別以書面說明立場：

#### 1. 薩爾邦議會

a) 主要見解如下：目前尚未終結的審理乃違法不當；因為聯邦憲法法院本身即受制於訴願者在憲法

訴願狀中所提的法律條文內容，無權作超出該法範圍之決定，或審視此法及其他邦議會法令是否有違憲情事。該法之第一段即完全劃規邦議員法律地位，此點無法作為憲法訴願程序之撤銷對象，而為機關訴訟事項，不屬於聯邦憲法法院審理範圍。畢竟訴願申請人並未參加上次邦議員選舉，並無保障個人利益之需要及提起憲法訴願權利。

b) 邦議員之費用採預估及大致補償其損失方式，此等費用並非薪俸。目的是保障邦議員在面對國家及各政黨時能保持獨立超然立場，完成他們自由委任的議員任務。在政治社會方面若逢改變，亦不致影響造成法律失效或更動，最多僅促使立法者重行審查法律狀況而修法。此外聯邦議員與各邦議員亦有所不同。邦議員除執行議員職務外，仍保有原來的職業；他們領取的費用以其本質與作用來看，乃補償基於執行職務，造成之開銷。

本身為公務員的議員，可獲得退休金乃基於基本法第一三七條第一項及邦立法者對所有邦公務員與屬於邦之社團、機構和基金會採行之選舉限制——以互不相容法規形式——這種退休金保障即為此一參選限制之補償。國家對退休公務員負有提供生活費的義務，此點為基本法第三十三條第五項之公務員待遇原則。因此憲法提供保障，議員除本身可取得補償性質之費用外，還可因與其議員任務不相容之工作獲得其他補助，例如因無法擔任公職需停職停薪而獲補償，或以退休金其他方式保障生活。

雖然公務員擔任議員時有權獲生活保障或其他津貼，並於議員任期屆滿時可重返公職，但此舉並非意味其他不同職業的議員也應有類似相關規定。薩爾邦目前針對各行各業規定之法律狀況並無不當差異

情形。

在邦議會法所規定之邦議員費用係一種補償性質，因此不符合稅法所得定義，不算是個人收入。邦之立法者則有必要決定此費用是否免稅，或是如何免稅。目前費用屬免稅，若徵稅，將促使議員傾向往專職議員發展，因為兼職的經濟效益會降低。

若某議員除了議員費用外，仍有其他來自國庫的收入，除非這些收入均以「同一種原由」支付，否則不需計算扣除。

薩爾邦邦議會法內對議員費用有明確規定，議員其他因公或因職而取得之收入金額不高並非重要收入。

## 2. 德國聯邦議會：

國會議員的法律地位原則上便與所有公職人員的法律地位不同。議員的特色至今仍是自由委任式；代表全體人民。德國的民主政治精神在基本法第三十八條之代議制表露無遺。憲法的代議制之原則在基本法第二十一條所賦予各黨重要地位之規定也不會改變。儘管在憲法上賦予各政黨之地位影響到自由委任之運作，但仍不能視為直接民主。由此得知議員在憲法上的地位也未改變。不同的是隨著議員職務上的需要，工作有增減，以及國會議員的職業比例因時代而改變。議員不似過去僅來自社會某些階層，而是來自各行各業。雖然國會議員的工作廣泛但仍不應視為一種職業，因為這不是一份長期的工作，不足以做為維持基本生活的一技之長。至今絕大部份的議員仍從事原有的職業工作，尤其是地方政府的各邦

邦議會議員。雖然基本法第四八條第二項稱議員之「公職」，國會議員也享有退休保險制度，但這些仍不足以將議員之職當做近似公務員之職。基本法第四八條第二項採用公職一詞乃是一種極為廣義的用法，而退休保險則是爲了保障議員能獨立執行職務而具有的補償性質行爲。

稱爲補償金之議員費用乃基於補償其收入損失的原則發給，儘管近來由於議員社會地位較過去改善很多，在計算時也較從前更爲寬裕，然而議員費用仍屬補償性質，不容改變。尤其是補償金絕非薪水。目前德國聯邦議會議員獲得之配置收入從他們長時間的工作及能力要求而言，與公務員相當的職等相比，其報酬並不合宜；因此，聯邦議會議員以其工作能力換得的配備所得僅爲一種補償性質，並未逾越此一範圍。議員的基本費用乃出於技術上原因比照聯邦部長支薪等級，不足以認定此爲其收入的法律依據。退休金制度乃基於議員社會地位及保障獨立執行任務的補償性措施。今天此種補償費不足以平衡議員各方面之支出；補償也包括議員因擔任議員期間而無法從事他業可能造成的損失。但此點並非個別計算，而是大致整體地估算，大部份議員無法借議員費用安養家計，換句話說，這筆補償金乃爲平衡各方面支出，似爲其收入，但仍不足以稱爲公務員薪水或是薪俸。

議員補償金制度由議會法規定；公務員於擔任議員期間仍繼續支領退休金，這項規定是公務員法的重點項目，而公務員法對議員及國會關係亦劃分得很清楚。基本法第一三七條第一項規定，公職與議員職不相容，公職人員可能受到參選議員的限制，而給付規定則基於該法所定。此點雖然憲法上並未規定出，卻爲憲法所容許。憲法有關公務員的規定並無這方面的禁令；基本法第三條第一項也無顧慮。雖然

近年來聯邦議會及各邦議會議員內的公務員有增加趨勢，但這不應看做是由於公務員比其他職業人士享有更優惠的經濟條件之故。立法者在處理這項規定倒是並未採強制專擅的方式。

從基本法第三條第一項觀點來看，雖然公職人員可以轉任議員，但是此規定卻不應適用其他行業擔任議員時，亦補償他們停職停薪之一般損失。因為每種行業從各種角度來看，都是差異極大。這種情形即使是透過補償金也無法改變。議員進入議會時，每人的過去收入都不同，他們面對個人的職業風險也各有不同。基本上議員獲得的補償性費用只是用來保障他們維持超然立場的基本費用。

根據聯邦議會的見解，議員獲得的費用一向是大概補償性的支給，因此依目前所得稅法不徵稅，此點並不違憲；尤其是這項規定並不違背平等原則。議員的費用是否應課稅是在立法人的權限內，現在這個問題由於牽涉很廣，已成立一個專責委員會調查研究。

聯邦議員費用外的收入方面，參加歐洲共同體代表大會的議員除車費補助外，每天支領一八三馬克，參加德國聯邦郵電部行政委員會的議員每月支領四五〇馬克及每日、包括住宿日費六十八馬克，開會期間支領五十馬克。

### 3. 巴登—符騰堡邦邦議會

邦議會議員的工作絕無法稱為一項全職的職業。邦議員除擔任議員外，大部份都從事一項職業以維生計。所有邦內並無其他職業的邦議會議員僅佔百分之十五以下。這個數字並未包括公職人員在內，因為他們之所以未繼續從事公職，並非議員職務過重，而是出於法律上不容許之故。各邦議會也透過一連



串組織上的措施，有時也以補償因停職停薪而造成損失之方式，避免邦議員職務成爲全職，邦議員成爲職業議員。議員基本費用，在幅員較廣的各邦每個月可支一、五〇〇—二、五五〇馬克，城邦議員每個月支一、〇〇〇—一、三五〇馬克。這筆數字不高，一般議員若不再從事其他職業，將無法依賴這筆費用安養家庭。尤其是這筆基本費用還需支付選區花費、政黨及議會黨團會費（每月最高達八〇〇馬克）以及參選基金。邦會議員所獲費用即非薪俸，亦非報酬僅爲補償性質之費用。

各邦有關法官及公務員因工作與議員職不相容禁止在工作期間擔任議員，轉而允許提早退休並領取退休金，這些規定與公務員基準法第三十三條第一項及德國法官法第七十一第一項相符合。且這些規定從基本法第一三七條第一項審查乃屬合理範圍。若其他議員由於工作繁忙，無法從事原有職業，則停職停薪補償條例可設法彌補其損失。

由於邦議員的費用屬於補償其支出性質，憲法未要求課稅。從法律政治的觀點來看也不宜課稅；因爲此舉可能造成職業議員興起，對有意從事議員工作的人來說，如果他在本身職業能賺得更高收入，進入議會工作對他反而將是一種損失。

關於議員補償性費用以外的其他收入，無法詳加調查得知。

4. 巴伐利亞、黑森邦、下薩克森邦、北萊茵—西伐利亞邦、萊茵蘭—法爾茨邦各邦議會及柏林議會、巴伐利亞參議會，除因各邦特殊個別的法律外，在議員費用條例方面均採行巴登—符騰堡邦的法律。

5. 漢堡城邦的議會提出如下說明：根據聯邦憲法法院判決原則，漢堡邦的議員歲費條例並非報酬，

而是一種支出補償費。議員每月獲支出補償金一、〇〇〇馬克，每日會費二五馬克以及因參加開會而造成的薪資損失補償金；漢堡議會及各委員會開會時間通常都是下午十六點以後，儘量避免議員因此影響其職業需要。議員的費用法律有明文規定，數額從一九七一年至今未變。此金額並未與公務員或部長調薪同步增加。議員日後任期屆滿亦不得要求領取退休金。整體來說，漢堡議會的議員並未支領報酬，議員維持生計與家計的主要經濟來源仍仰賴其職業收入。漢堡可說在議員費用上仍採取傳統的補償支出方式。根據漢堡邦法律，若不得兼任議員之職時，議員可經主管同意以留職停薪休假方式擔任之。

6. 德國基督教民主黨以附上 Hans. H. Klein 教授之審核意見書提出如下說明：議員所獲得之費用無論是否議會或是聯邦議會均不能稱為薪俸或公職薪水，這筆費用用來補償議員在執行執務產生的一些支出，補償某些非物質之付出，以及由於擔任議員時無法或部份無法從事職業而造成之損失，由此才可保障他們的生活。根據基本法第四十八條第三項第一句提供議員補償支出費的法到現在還沒有改變。

雖然憲法上並未規定某一公職或工作與議員不相容，即應提供補償費用，但應法予許在這些與議員職相衝突的職業可因停職而獲得補償金或退休金，條件是獲得之補償不應造成與其他職業議員有不當的過份差異。

所有原本職業基於工作契約的議員，根據憲法或法律的規定，有權在他議員任期屆滿後返回原任工作。由於議會成員是來自社會不同階層及各行各業，此一人民代表性對於議會組成有很大意義，因此也有必要以特別的措施來保障由於擔任議員影響到生計的情況，使議員於任期屆滿後能順利返回原有職業。

。這種情況則考慮以補償性給付達到目的。

對於一九六八年五月三日議員費用法第一條所規定支出補償金，是否應課稅的問題，在憲法上既未禁止，亦未明定。若將議員所得之費用課稅，則需考慮到不能因課稅一事而影響到日後議員代表可能不具來自各行各業及各階層的代表性，因為過重的負擔可能造成某些職業人士不願意參與競選議員。

一九七五年六月十八日訴願代表透過其委託人以及所屬議會政黨代表在言辭審理中對書面意見曾以補充說明。

B、

根據一九七五年一月二十一日所作部份判決，本案符合憲法訴願的要件。即令薩爾邦議會提出異議，本案仍將繼續審理。

1. 訴願人以提出憲法訴願方式的法律途徑乃屬合法。訴願人自始至今都不是爲了他第五屆立法任期的邦議員身份地位而爭訟——如果他在任期內爲議員地位問題訴訟，即屬於機關訴訟，應由行政法院審理——他的目的是針對法律規定，與他是否參選第六屆薩爾邦議員及當選後的權益有關。雖然他在提起訴願之際仍是薩爾邦議會議員，但他所提的訴願內容尚無法適用他本人，時至今日，在最後審理之時，他仍非以目前的議員身份訴訟，而是以可能參加下屆薩爾邦議員選舉的候選人身份提出訴願。由於他身爲退職的議員無法將他認爲不公平的退休條例以機關訴訟方式獲致解決，他更無法以一名尚未進入議會的參選身份，要求對適用於新任議員的條例進行機關訴訟。

2. 在這項法律審理程序中，法院也會對邦議會法未在訴願中提及的法條，加以審查，以確定其他法律是否與基本法精神相符。這種擴大審查某些法規是否合乎憲法的作法，絕非憲法訴願的特點，還更合於機關訴訟的特徵。這些法規審查後有時會導致修改部份憲法。只要審查某一法規是否合乎憲法精神，這種可能性便會一再發生，無論是機關訴訟、抽象或具體之法規審理程序或是憲法訴願程序，即審查一般法律直接間接是否符合憲法精神。審查訴願人所提的法規是否違憲，不可避免常會連帶審查其他相關法規，尤其是所提內容與某些法規有明顯連帶關係，若這些法規違憲，也會影響到所審查法規亦違憲的決定。

\* 在一九七五年一月二十五日判決內牽涉的法條即為如此情況。

3. 訴願人多年來為薩爾邦議會議員。他之所以提出憲法訴願，是爲了澄清他若繼續參選，是否能在議會享有較好的法律地位。結果由於在競選期，該法規尚未完成是否違憲之審理程序，在此情況下，他放棄再度競選的決定。他在法庭上明確表示，如果當時正在爭訟未定的訴訟能獲勝，他將參選下次薩爾邦議員選舉。在此情況下，可知訴願人仍然與他所提的訴願內容有直接關係。因此訴願人法律保障需求即使在作判決時亦存在。

C、

遭到質疑的邦議會法第十三條第一項第四號違反基本法；即違反第四十八條第三項第一句與規範性之平等原則。邦議會法第五、六、九、與第十三條第一項、第二項，第十四條以及第十六條第一項第二

句等與質疑之法條有關，也經審理後發現與基本法不符。

## I、

邦議會法與德國聯邦議會和其他各邦之相關法律相同，均以傳統觀念詮釋議員之法律地位及應得之財務分配。這種議員法律地位雖然未全盤改變，但已與過去意義不同。聯邦憲法法院以前便已提過：「在許多邦的民主發展已從自由代表方式轉而為政黨民主，隨著政治與社會現勢需要議員支出補償似乎也有了轉變。」

議員隨著時代變遷，已無過去一樣的代表地位，支出補償金保障議員超然立場的意義也逐漸消逝。支出補償金在某些邦內已逐漸成為議員擔任職務之報酬，有如公職薪餉薪俸一般。」（聯邦憲法法院判決第四卷第一四四（一五一）頁）「議員的工作在聯邦議員方面已經是一種需要全天候工作的職位；因此議員也可基於此一觀點而要求正式支薪，以養家活口……。議員的費用現在以部長級薪為標準，領取一定之百分比數額，已說明「支出補償金」從單單的「補償性質」成為一種「支付行為」。補償金的做法更進一步延伸至退休金給付則更明顯說明其作用的改變。雖然有人將此稱為「在議員職務結束後給予額外保護其獨立立場」之作用，而引進退休金制度，事實上退休金在今日也是附加在他的報酬之內」。（聯邦憲法法院判決第三二卷第一五七（一六四）頁以下）

整件事可做出如下結論：

1. 在現代每個人達到十八歲法定成年年齡，即有權競選擔任議員。一般而言不應要求一名議員在任

職期間應忍受他本人及家庭應面臨職業上降低收入或經濟退縮狀況。過去以選舉地方士紳擔任議員，其財力及經濟地位不受議員事務影響，在現代這種情形也逐漸減少。今天的議員工作範圍較過去廣泛，一名議員絕不可能以一個星期四十小時的工作時數來完成他的工作。他在國會參加議員全體大會、各委員會、各政黨黨團及各黨派內會議、在選區內還有各種活動與工作，還有選舉事宜，極為忙碌。儘管理論上他有權自由決定如何在這三種範圍內活動，甚至可以怠惰不完成他的工作，但是實際上基於各種原因一名議員不可能閒著無事。以此計算，照專家在言詞審理時的說明，一名聯邦議員，如果還想行有餘力從事部份原有職業，每週需工作八十小時到一二〇小時，邦議員則每週需工作六十到一〇〇小時。此外不可忘了：現在沒有人會參加競選，準備四年後就放棄不再做。他們每隔一段時間就會準備重新競選聯邦議員或邦議員，期望盡一切力量取得政黨與選民的信任以贏得選舉。這種心態也是各議會及政黨樂見其成之事。因此有相當多的議員一連好幾屆都參選並當選為議員。在一個像德國如此經濟及工業制度均相當複雜的國家，其議會民主有賴於政黨正常運作，才能保持法治國、自由及多元化社會。國會民主制度也要求議員全力投入，不只是把議員職當做一個可兼職的榮譽工作，一個議員若要行有餘力從事他的職業，勢必要有其優厚的條件方可。此點亦符合現代議員的形象。有些議員在議會或黨團，負有特殊任務或職位，他的職業自然也就無暇兼顧。畢竟一名議員的超然立場不再受到國家的影響，而是受到政黨的影響，尤其會受到社會有影響力的團體危及。

此種情況的轉變也影響到議員支出補償金的性質：在開始時，議員費用完全只是因擔任議員職務而

有特殊開銷之補償金——起初連收入停止後都不予以補償——到後來，尤其是一九五〇年以後，補償金的種類也逐漸增多。其中基本補償金曾多次隨著公務員加薪而調整；在大部份的邦內，退休公務員亦支領普通職業議員之停職停薪補償金；聯邦與地方政府計算補償金從單項計算法過渡到合併計算開支之際，開銷暴漲情形也很普遍。（例如旅行支出、辦公室開銷及每日日費的合併計算法）；除了議員「正常」費用外，還有特別補償金給議會議長、副議長、委員會主席，各邦議會的黨團主席、書記、在某些邦還加上在野黨團領袖；議員在連選連任，未上任時之過渡期也需要開銷；最後還有退休金、殘障人士及遺留家眷照顧之生活費。結果是，本來只是用來貼補議員支出的補償金，到後來是從國庫支出給議員及其家庭的生活費，做為議員全天性工作的報酬。原本為榮譽位置的補償金，現在成為為議會工作的酬金。雖然如此，議員仍然不是「公務員」，而是——基於選民對他的信任——擔任一份公職，他是「自由委任」制度下的主體，「全體人民的代表」，所獲得的不只是單純的支出補償金，他從國庫獲得他的收入。這種情況至少是聯邦議員的情況。各邦議員是否全部如此在此不得而知。但從下列提出之各項，可知根據薩爾邦議會之議會法，也適用該邦之議員。

2. 薩爾邦議會議員主要補償金是根據邦議會法第十一條，一九七五年一月邦議會首長指出補償金額為二〇三九·八〇馬克（月費），免稅，——對根據第五條退休之公務員來說，——至少為可領取退休金時薪水的百分之六十，——對公務機關的雇員——同樣的可領取他們停職時薪水的百分之六十，——對非公務機關的人士，——可依邦議會法第十三條停職無收入補償金，聘雇及獨立開業者每月最多一〇〇〇馬克。無

議會內特殊職務的議員每月通常可領三〇〇〇馬克。此外，在議會內使用電話免費，坐車免費，三五〇馬克每月辦公室費用，每月自行開車之議員車資五〇馬克，書記二五〇馬克，副議長及黨團主席四五〇馬克，每名議員每月計十次從家中至議會來回每公里補助〇・四馬克，開會則每日至少四〇馬克之會費。由於薩爾邦的佔地有限，交通良好，議員不需有兩處居所，而上述的計算相當寬容，議員一家每月淨得可超過三〇〇〇馬克。這筆錢已可稱薩爾邦提供邦議員的全額生活費。

## II、

1. 基本法第四八條第三項的發展，如上述逐漸形成的必要轉變，使它有了一層新的意義。基本法要求為議員提供一種「合宜且保障超然立場的補償金」是爲了使議員在議會行使職權期間，享有足夠的基本生活保障。同時也要顧及議員職重大責任及繁重公務，及憲法賦予之重要地位而提供相當的保障。在計算其酬勞時要考慮議員決策自由，放棄或部份放棄原職業以專心從事議員工作的犧牲，讓議員能心無旁顧。因此生活費是基於考慮議員完全或部份放棄其他工作，所仰賴生活之收入，另外也是提供無論基於何種原因無職業收入者生活之費用，且應符合議員之身份。這筆支出補償金純粹是生活保障金，不用來做其他開支，例如支援黨團、政黨、或是分擔選舉經費。依據基本法第四八條第三項對議員提供以保障其超然立場之合宜生活費用在現代是來自國庫的全額生活補助費。

2. 補償金絕非意味必需因此而完成某種工作義務——議員不必完成法律上規定的工作，只需在擔任議員職時能保持獨立超然的立場——；補償金也不是公務員領取的新俸——前面已解釋議員不是公務員——，不



屬於憲法保障的職業公務員原則範圍（基本法第三三條第五項）；補償金與這些原則毫無關係。也和公務員薪俸法的規定毫無關係。補償金與傳統公務員薪俸的級制架構並不類似，也不受其左右，例如不直接、間接為某公務員薪俸之百分之多少設定數字。因為如果這麼做來計算補償金的多寡，意義已不在於只是一種「形式上的技術方法」，而是有意使議會不再公開討論調整補償金的事宜，避免當作是一件獨立的政治問題在公眾前決定。如果把補償金的等級與公務員薪俸調整方式相結合，如此每次補償金的調整都需受制於公務員薪俸的調整。偏偏就是這一點有違憲法所規定議會應獨立自主地決定出「保障超然獨立立場的合宜補償金」（公務員之合宜薪俸條件與之不同，不應該相提並論）。即使是聯邦薪津條例第六十條，也不應適用於議員費用。

3. a) 基本法的民主理念原則上是反對特權的民主理念。雖然平等權並非要求個人及重要團體絕對平等；立法者在作客觀考量後也容許一些差別待遇的存在。平等權究竟在規範那些內容時可出現一些差別待遇，則分別視個別需要而定。在選舉權方面，從歷史上民主平等發展的過程來看，基本法第三八條第一項第一句之聯邦議會選舉法及第二八條第一項第二句關於各邦、縣與鄉(Gemeinden)均與憲法上的精神相符，即每個人民都有權利平等參與。狹義上說包括選舉權與被選舉權，也包括執行議員職務之權利。在選舉法與議會法範圍內，對於議員的身份地位，個人差異，基本法均一視同仁並未賦予任何特權。議會內所有議員在法律上平等。這種憲法上平等規範即由基本法的平等權表現出來。此一意義即為每一個人，無論來自何種社會階層，出身何處，受過何種教育或財產多寡，均有機會擔任會議議員。平等權

也意味著，每一名議員，無論從事之議員工作有多有少，個人開銷及職業收入互不相同，所領取之補償金額均相同。(Vgl. Maunz in Maunz-Dürig-Herzog, GG, 1973, Art. 48, Randnote 17)。法定的平等權只有對議會議長及副議長出於迫切性理由可為例外。他們所領取之補償金，由於他們身為國家（邦內）最高制憲機關的最高職位而與他人不同。

由上述平等權得來之補償金，乃具生活費用性質，也從上述理由，所有項目互異、個別或總計合併提供給個別議員的財務補助，只要不是專業用途，尤其不是和議員職務有關之開銷，一律不得申請列為補償金計算。因此日後將有一連串日費、開會費用、停職停薪補助、合併計算補助及其他類似的費用，以及出於議會內不同職務而衍生之議員等級收入，今後一律全部取消。

b) 基本法第四八條第三項第一句與基本法第三八條第一項第二句，以及在計算議員補償金架構數額時應考慮之法定平等原則，基本上與議員是否保有本身職業及收入一事無關。然而，在無損於基本法第四八條第一項及第二項下，前述之法條卻制定出限制，不允許議員基於在議會代表某些雇主、企業或大集團，為之爭取利益，受雇於這些人或團體，以顧問或類似頭銜之名義，且不需在公司服務即領取薪水報酬。這一類性質的收入，與議員獨立超然的立場及議員間財務應平等的原則均相違背。

有關符合基本法第四八條第三項第一句所衍生之原則的詳細規定，應由立法機構進一步決定。

### III、

薩爾邦憲法並沒有規範出有關議員補償金的規定。薩爾邦在此點係以基本法第四八條第三項為主的

原則及其所發展之第二八條第一項第一句爲依據。基本法第四八條第三項以符合條文內之原則精神，其內容原則尙可由立法機構更進一步加以具體化，此法乃屬民主原則之基本，於基本法第二八條第一項列爲各邦立憲之基本原則；也就是說，各邦議會法的規定有必要以基本法之規定爲準則。然而，此點會對於規定邦議員補償金之邦憲法內容有何影響，並非本文探討內容。

#### IV、

根據上述理由，本訴訟程序所審理之邦法律結果如下：

邦議會法第五條到第九條有密切關連的邦議會法第三條第一項字母 a 和 b 本身並無違憲的問題。該規定內容包括限制公務機關之法官、公務員及雇員之參選權，係依據基本法第一三七條第一項。

規定並非禁止他們參選，只是禁止他們於擔任議員期間仍繼續從事法官、公務員或公務機關之雇員。該法之範圍包括一邦內、鄉鎮社區內、社區協會或是其他由邦監督團體、機構或公法基金會之所有法官、公務員及雇員，不論他們是何職務、職務有多重要或何種工作。雖然有時在上述各機構單位有些工作極不可能引起行政與立法因利益衝突而互相糾纏不清的危險。估且不論上述這點，基本法第一三七條第一項之條文（聯邦、各邦及鄉鎮公務員之參選權）其用字似乎顯示立法者在訂立條文之時，只提及公務機關的一部份任職者，即在這些職位上，若同時擔任議員及該職，即將因違反權力分立原則而陷於利益矛盾——因必需受到選舉限制。由於在法條內所提及的職位人選要想區別工作並不會危及權力分立或工作可能危及權力分立，是很不容易的事，立法者需在基本法第一三七條第一項所賦予的最大限度範圍

內自行決定。此處至少並未明顯的逾越界限。我們甚至可以質疑，目前在聯邦及各邦內議會現任及退休之公務員數字急劇增加（議會公務員化）如果這種情形繼續下去，是否意味基本法中要求實體法上權力分立的原則便達不到了。

2. 邦議會法第三條第一項1 a和b所提及之法官與公務員需依據邦議會法第五條準備就任選舉新職時即提出退休。根據邦議會法第六條第一項，他在退休的當月仍領取全額薪水，從次月起便以議會議員身份領取每月公務員退休金。如果這份退休金尚不及正常退休領取全薪之百分之六十的金額，法官及公務員當事人便會獲得議會補足達到全薪百分之六十的差額。這項規定也在審理中列為審查的對象，因為根據法律之架構，邦議會法第九條適用雇員之規定，以及邦議會法第十三條第一項有關停職停薪補償金的規定都受制於該規定。

a) 與公務員擔任議員有關之規定，無論是屬於法律地位、議員歲費用或公務員法中所規定，在實體法上是屬於議員身份地位權利。公務員當選為議會議員，可保有原來薪俸，或是退休領取退休金，自始至終都是與議員職位相關的特權。

這項特權不屬於職業公務員的傳統上習慣的原則（基本法第三十三條第五項）；事實上還與歷來的公務員法相違背。所謂公務員的關係，是意味公務員——以其一生之力——有義務為其上級工作。相對的，他的上級機關便提供他及家人一生的生活保障。

公務員如果有辦公能力，但不上班，還照領薪水，而且也不必加班補足過去未做工作，這種情況

只有在休假、在職訓練及短時間的請假才有可能。法律上對於每一種怠於職務的行為都會以扣薪作為處置。特殊的休假只有留職停薪還可行。而且公務員法還規定如果要兼職必需申請獲主管的批准，以避免公務員原應全力服務公職，最後兼職工作喧賓奪主，無法完成應作工作。退休領取退休金，在公務員法是應到達退休年齡，或是因身體緣故無法再執行公務而言。因此一名公務員如果身體健康，不論出自那一原因，未能補做他沒有完成之公務，在他未達退休年齡前，都沒有理由支領全薪或是退休金。根據職業公務員傳統原則所定之規則，即將擔任會議議員之公務員，不再擔任本身公職，應為議員期間申請留職停薪，或是停止他公務員之權利及義務。而擔任議員之公務員享有一特權，一旦該議員合宜地取得生活費用，即沒有權利再獲得議員法內的特權。此外，此一特權與法律上的平等權不符合，平等權也適用議員法。這種情況也適用於未受到法律限制參選之議員他們到目前為止在議會擔任工作，未執行原有公務，卻領取全額之薪俸。薩爾邦未受到邦議員法第三條第1 b)項所提及之聯邦公務員及軍人即屬此類。

b) 邦議會法第六條第二項及三項明確指出，邦議會法第五條及第六條第一項的規定並未包括與公務員法有關的內容，僅是針對議員的生活費用而言。因為邦議會法第六條第二項與第三項並沒有單單讓公務員只是領取退休金，而是提供他差額，使他至少可獲得原薪百分之六十的生活費。（未及百分之六十的薪水由議會補足差額），此外如果薩爾邦退休金單位不發給公務員退休金，薩爾邦會發給公務員主管這筆費用。現在法律將退休金也列為議員生活費的部份來源，已違反平等原則。因為此一部份的生活費

用並非人人均可享有。尤其所獲得的退休金比例從百分之六十到百分之七十五都有。而原薪的多寡也各不相同。更何況聯邦公務員及軍人可獲全薪，其議員生活費基本上已比其他議員優厚。

由此可得知，邦議會法第五條及第六條與基本法不相符合。

3. 邦議會法第九條是規劃有關公務員擔任議員之法律地位問題，它的內容，從它的第一項第一句可看出，是儘可能使公務機關之雇員亦與公務員享有相同權利。本法條並無意義，因為與之有關之上述邦議會法第五條與第六條已經為違憲。前面2 b)所提也同樣適用於對此條文的說明。根據邦議會法第九條規定，公務機關的雇員於擔任議員期間，可獲得原公務機關之部份薪水，而這種情況是在工作契約書中完全沒有註明的：如果他們根據公務員法的原則有權獲得生活保障——公務員法當然是指年老退休或殘障時之生活保障——在這種條件下可獲百分之六十到百分之七十五之原薪數目，或是如果他們根據公務員法不能獲得一般的生活保障，則獲得離職時原薪之百分之六十做為生活費。結果原公務機關付費，並非基於工作契約，而是基於邦議會法第九條之時，則根據邦議會法第九條第三項此費用將由邦預算支付給原公務機關。在這方面實體法上有關議員部份生活費用之取得方式，違反法律上之平等權，也違反憲法，因為並非每個人的計算方式均相同，而是在享有優惠待遇的議員中，由他們原薪之等級來計算百分比，或根據他們與原機關有無養老保險工作契約來決定議員期間之生活費用。

4. a) 根據法律架構，邦議會法第十三條第一補助停職無收入之規定，也為補助議員一部份生活費用之法律。立法機構的目的，明顯是在這方面使私人企業之雇員及勞工和獨立經營者均能比照公務機關之

雇員待遇，而公務機關雇員待遇又與公務員本身相近。

同樣的，在邦議會法第十三條一項到第三項內容也出現明顯、且無正當理由的差別待遇，不單是在法條內所提及的人彼此有差別待遇，就是在這些人與公務機關內的雇員也有差別：職業為工人的議員一旦放棄原職且提出證明，即可獲全額補償金；職業為雇員的議員，可獲得實得原薪的一半做為留職停薪補償金——同樣也應提出證明，不以口說無憑方式——條件是原薪的一半不得超過邦議會法第十三條第二項由大會主席團所制定之最高限額；而不在公務機關也不在私人機構工作的議員其停職收入補償金則根據邦議會法第十三條第二項，由議會主席團制定一概括性數字。前述的最高數字與概括性數目，根據邦議會行政部門表示，目前數目為一、〇〇〇馬克。由這兩個最高數額之限制做為留職停薪補償費，給邦議會法第十三條第一項第二號和第三號提及之對象，這樣的作法是儘量在議員生活費部份作一種公平的處置。但是仍不能完全修正該法違反平等權的作法。

b) 薩爾邦立法者根據邦議會法第三條第一項字母C之內容將主管級公務員的補償金當做是留職停薪補償金，即與邦議會法第六條第二項，第九條第一項關於退休金及類似報酬之規定相近。邦議會法第十三條第一項第四號卻以雙重觀點限制此補償金，即補償金為「原納稅薪金之百分之六十，但最高不得超過聯邦公務員薪俸法B項三級百分之六十之金額，且包括補貼津貼費」。

從法律上的觀點來看，受雇私人機構的議員可獲得「原職薪俸的一半」(§ 13 Abs. 1 Nr. 2 LTG)，主管級的公務員可獲得需納稅的原薪的百分之六十，而且這筆金額還可不受補償金最高限額的限制，

即根據邦議會法第十三條第一項第二號及第三號聯邦公務員薪俸法B三級薪的百分之六十限制。這些情形法理上站不住腳，也說不過去。有人辯稱，這些議員由於「不相容法令」之規定被迫放棄原職，而其他議員卻有機會繼續兼差，應得較合理之補償，但薩爾邦議會以符合平等原則，應提供全體議員統一完整之補償金，因此上述辯稱沒有理由成立。

適用於邦議會法第三條第一項字母C之議員，其補償金計算法也無法從適用公務機關雇員之計算法來解釋。姑且不論第九條第一項第一句及與之相關的第五條、第六條第二項及第九條第二項均為違憲條文，這些議員他們依原薪領取的補償金也沒有百分之六十的限制，也沒有受到至少以聯邦公務員薪俸法薪俸B項的第三級薪之限制計算。

公務機關雇員若未依公務員法訂立之工作契約而享有養老保險權利，雖然在擔任議員時可領取原薪之百分之六十，但也沒有最高額限制，由此可知根據邦議會法第十三條第一項第四號所稱對於補償金予以特別絕對的限制，以便和加上地方補助之薪俸第三級金額相當；這根本沒有什麼道理可言。據邦議會法第三條第一項字母C之高級公務員通常都有一份厚實的薪水，憲法訴願申請人本身即如此。儘管邦議會立法者設法阻撓議員補償的這種發展，同時也制止議員在就任前由議會負擔之短期加薪，然而上述法律間的差異無法解決議員所受待遇彼此不符合平等原則的問題。由於邦議會法第十三條第一項第四號確屬違憲，已不需要再針對議員之補償金是否根據此條文以其職位未給付一事，作成決定；或是針對立法者何以未制定法條協助議員使其任期屆滿後，仍保有本身職業事，再作任何判決。



c) 除此之外，邦議會法第十三條第二項所規定第一項第二號補償金之最高限額，和第一項第三號統籌計算費之限額，以及邦議會法第十四條所規定提供給議員「其他項目補償金」的最高額限制，均由議會主席團商議決定，此在憲法上頗有爭議。這樣做等於是將議員最重要的財務收入規定私下處理，不經由公眾控制知悉。在行使議會民主的國家裡，議會在處理和議員身份地位有關的財務規定及其高額限制方面，皆以議會內部程序自行處理，此乃不可避免的事。但是正是在這種事件上，應以民主及法治原則（基本法第三二條）處理，使民眾可透視整個決策過程，並得知結果。因為這是唯一有效的控制。議會民主是建立在人民信任的基礎上；如果政治決策不容許人民知悉追蹤與了解，也就沒有獲得人民信任的可能性。

5. 根據邦議會法第十六條第一項第二句，該法第十一條到十四條之議員補償金免稅。免稅規定違反憲法規範法律前人人平等之基本原則。

a) 因此，邦議會立法機構是否有權決定議員某些收入免稅，在此應不予討論。即使將此一規定視為實體法上屬於議員法，單一的邦法若與單一聯邦法內容符合，該法是否與基本法第三二條相符而有效，也仍是個問題，——這個問題在 1974 年 1 月 19 日 (BVerfGE 36,342[357,367]) 的訴願判決中也沒有提出一個結論。此外，補償留職停薪在該收入本身應繳稅的情形下，究竟如何能免稅，也仍是一個問題。

b) 到目前为止，議員費用免納稅乃基於傳統的觀念，將議員補償金視為議員因行使職務產生各項支出與留職停薪之補償金。自從議員之費用已逐漸演進成為生活費作用，即從國庫支付，以保障議員在議

會擔任職務期間能維持其獨立超然地位及提供家人經濟來源，應屬一種收入。這份收入必需根據人人平等原則予以課稅。某種收入強制享有免稅特權，不符合基本法第三條第一項的原則。此特權也不得從基本法第四八條第三項第一句及第三八條第一項第二句引導得出。只有真正客觀合宜、因議員職而產生之開銷才可獲補償，得免稅優待。這種補償在計算實際金額時，可能採取一種合併計算的方式。有關補償的規定以及所得稅法不得忽略憲法上的限制。因此重點並不在於某一種收入是否可根據所得稅法，在形式上即為免稅之開銷補償金；如果所得稅法將議員大部份的收入均視為免稅的補償金，即違反憲法的原則。

6. a) 由以上分析，邦議會法第五，六，九條及第十三條第一項及第二項，第十四條與第十六條第一項第二句不符合基本法原則。憲法訴訟當事人所攻擊的邦議會法第十三條第一項第四號，必需在憲法院判決主文中作出決議。此條文，一如前述，與法律上規範之平等權不符。由於邦議會法第五，六，九條及第十三條第一項第一號到第三號，第十六條第一項第二句也與基本法不符，根據聯邦憲法法院法第七八條第二句針對法律違憲之憲法訴訟程序，應對此條文在判決本文中作出決定。（另一方面，聯邦憲法法院法第九五條第一項第一句並未要求在判決主文中應指出基本法那些條文與訴訟提出之法條相抵觸；通常在決定中只需指出判決理由即足。）在有關邦議會法受到攻擊的條文及其他相關條文所作出之決定中，憲法法院在判決主文中僅指出這些條文確實違反憲法精神。法院在此無法宣佈這些條文無效，否則的話，也等於將這批基於邦議會法的效力而選入議會的議員之法律基礎部份抽空。而這些議員也必需

在實體法重新規劃前，依賴目前法律所安排之收入來保障他們的超然立場。但是邦議會會有義務即刻修改條文，以便在下一任議員上任時生效適用，不應使目前已違憲的條文繼續延用到下一屆議員身上。憲法院這項決定對其他議會將有何影響，將由其他議會自行作決定。

b) 在修訂新條文時，應注意可能會發生一個人領兩份國庫薪水的事件：一份是議員補償金，另一份是大學教授薪水、副部長或部長的薪水。在這種情況下，國家對議員生活費的照顧責任並不應包括以雙份薪水為之提供合宜生活費。無論如何，對這些情況，沒有理由不以公務員適用之原則來處理，並使議員獲得另一種特權。（參閱，聯邦憲法法院判決第三二卷一五七（一六六）頁）。否則將違反基本法的平等原則。

c) 此外，在修改條文時，也要考慮到，是否需根據憲法情況也修改或增加一些關於過渡時期的補助費用及養老金條例（例如國庫支付兩份養老金的情況），或是考慮制定有關過渡時期的條文（例如退出議會的議員其原本法律地位與新的法律地位互相均衡）或便於退出議會議員之法律地位而對其採取某些保留權利的方式。

V、

薩爾邦根據聯邦憲法法院法第三四條第四項，（確有違憲行為），應補償訴願案當事人必要之金額。

VI、

這項決定結果乃以六票贊同，一票反對獲通過。

(反對) W Seuffert

Dr.Rupp

Dr.Geiger

Dr.Rinck

Wand

Dr.Rottmann

Hirsch

以下為憲法法院法官，副主席Seuffert對於第二委員會一九七五年十一月五日判決所提之不同意書

。2 BVR 193/74-

A，

1. 本判決主文內並沒有指出究竟是基本法那一條或那些條文受到侵犯，發生牴觸；根據聯邦憲法法院法第九五條第一項第一句，應在判決書中指明此點。由於到目前為止憲法法院幾乎都能做到這一點，因此我認為，這次也應在判決主文中指明。（參見Leholz-Rupprecht Anm.3 zu § 95 BVerfGG；Geiger Anm.3 zu § 95 BVerfGG；wohl and bei Lechner, Anm a zu § 95 Absl.BVerfGG 80 vorausgesetzt。如果能明確告知違憲者——在此為立法機構——其違憲條文原因，他們在修改法條時便

可有所依據；如果憲法法院在判決內也指出某種憲法情況將會帶來何種影響，將便於日後制憲者修憲方向，將其認為無法執行的條文加以修改。同時明確指明何者為抵觸條文將成為判決的重點，根據聯邦憲法法院法第三一條第二項即負有法律效力，可在法律公告上公諸大眾；尤其是將此點納入判決主文中，使違憲決定明確取得法律效力。根據聯邦憲法法院法第三一條第一項，便可用來詮釋相關之基本法。若僅將違憲決定列入判決主文內，日後引用時必需重新依個別案例來審查判決的原則。若在判決主文中指出抵觸基本法的條文，則法院案例具體明確，人們亦較能接受，這些優點不言而喻。

聯邦憲法法院法第九五條第一項第一句是一項強制性條文。但在某些案件中，可能並不適宜或並不需要列出受侵犯的基本法條條。（反正並沒有硬性規定判決主文中採取的違憲認定必需在說明文中一再重覆說明才可令人接受。）總之，本判決並無前述理由，也沒有提出合理理由。也就是說沒有理由將憲法法院一向採納的聯邦憲法法院法第九五條第一項第一句的詮釋在此放棄不提。如果憲法法院並無重大理由，逕自以判決理由方式解說基本法受到侵害，而不在主文內指出受侵犯的條文，如此將破壞聯邦憲法法院法第九五條第一句的意義。

此法並非規範性條文，只是如前所述，有良好客觀存在理由。尤其是法律與處分所抵觸的是一般憲法原則——如本案多處所顯示的——則更顯示出重要性。發生抵觸時必需特別指出其法律原則是取自基本法那些條文而來；如果是引自不同的法條，聯邦憲法法院則更是依慣例十分謹慎，詳細分別指明（有違第三一條與第三一條；違反第三一條及相關之第三一條）。立法者在基本法內的活動空間，尤其是面對基本權利，

一如過去法院判決方向（不需要個別指明），主要是由於法律係根據基本法個別條文的範圍及觀點制定出來的。聯邦憲法法院必需詳加描述立法者此一活動空間，並予以尊重；方式便是明確的透過判決主文，對基本法條文明確解釋，使立法者了解自己立法的空間。如果放棄判決主文的作用，便有法院判決與成文憲法造成過份脫節的危險。另一個不容忽視的危險——也許本判決理由對這點危險並未察覺——即具有決定性影響基本法與普通一般法律間相互關係，此點當事人及立法者，應了解卻不了解。

我個人對本案的法律條文爭議上，認為這些條文的確有理由被宣佈與基本法不符合，且可確認有違基本法第三條第一項。

2. 本判決在其判決理由書中指出，邦議會法第十三條第二項與第十四條不相容，但是並未把此一見解列入判決主文內，因為根據法院見解（我也支持此見解），聯邦憲法法院法第七八條第二句不准許判決文列入此見解。根據聯邦憲法法院法第三一條第二項第三句，如果法院宣佈某條法律觸犯基本法，應將該判決主文公佈在聯邦法律公告上。由此推出，如果法院宣佈某法律與基本法相抵觸，但是又不將此點列入判決書主文內，則其見解仍沒有法律效力。因此，針對邦議會法第十三條第二項及第十四條在判決理由內的敘述，固然有因法院考量及解釋的重要性，但是卻無法律拘束力。

根據聯邦憲法法院法第七八條第二句，邦議會法第十六條第一項第二句也無法列入判決書主文視為抵觸基本法。邦議會立法者無法制定有關議員收入課稅之規定；如果針對邦議會法第十六條第一項第二句，指其違反基本法，其抵觸之基本法並非第三條第一項，而是出於其他原因（基本法第七二條）。

邦議會法第十六條第一項第二句本身並不屬於一九七五年一月二一日在部份判決中所指定予以保留的規定之一，另外，也不需為處理憲法訴訟案的條文而對此條文做出任何判決。

是否可在處理程序中對本案有爭議的條文及對判決所提理由提出立場，將在下面說明。

B、

判決認為（判決理由中C II 2），議員在法律上並不需提供義務工作，議員的職位並不需要完成職務上的責任，因此議員補償金並非議員基於「勞資法」而獲得的報酬。（我們也可以假定，一份基於工作報酬而定的工作合約或其他類似的法律關係合約不被接受。）這個基本了解事實上需一再清楚說明。基本法不但不容許這樣的事發生，（基本法第三八條第一項第二句的「自由委任」；對各邦議會代表的自由委任權乃明定在基本法第二八條第一項，此法不得遭受侵犯），基本法也禁止任何人與議會簽訂任何形式的契約，要求其履行某種工作。議員的工作所需要之獨立、道德及政治上的要求也不受到影響；在基本法第三八條第二項第二句強調議員的先決條件便是良知，且議員每次是否能連選連任，完全應由所屬黨派及選民重新決定。

但是判決理由中又禁止將議員之補償金從法律觀點看做是工作報酬或薪水，不認為補償金「具有酬勞或薪俸性質」，並非「為議會服務獲得之報酬」，也不是「在議會工作後的收入」，以上都是判決理由內C I中所提。令人不解的是，判決理由怎能認為議員補償金完全沒有「勞資法」的性質（C I 2），而另一方面又將其劃分為（C I）公務員薪水之薪俸加以評估，另外也令人不解的是，為什麼判決理

由在議員補償金上認為其爲薪俸，或類薪俸，雖然這筆補償金並沒有實質上的法律效力，而根據基本法，這筆「保障議員超然立場之合宜」補償金也必需是包括收入性質。如此便傾向將議員一職視爲特殊公務員生涯，而納入公務機關體系，企圖以公務員法來處理。這樣根本違反議員職特殊的法律基礎及條件。自由委任的主體——與其他支領工作薪俸、薪金或報酬者不可相提並論——其工作不可計算爲做了多少小時公務，處理多少卷宗、事務或是做了那些類似的工作。（這些在判決理由書中多少隱而未言。）同樣的議員補償金計算方式也無法根據公務工作來計算。日後議員補償金也不應根據工作的份量與品質計算（聯邦憲法法院判決第四卷第一四四（一五〇）頁）。自由委任的意義在於接受委任的議員行使國民民主權（基本法第二〇條第二項），他不受任何阻撓或指示，對自己負責，根據他的良知——首要指政治良知——有自由權利，去做所有他認爲應當做的事務。保障這些自由權，也就是保障他行使議員工作時，能廣泛的盡一己之力，這也就是提供議員「保障其獨立超然、合宜」之補償金的意義。而議員的決定自由權在行使職權時不得因補償金的限制有所影響，議員的決定也不得與補償金有關係。（如果議員之日費及開會費不是統籌計算，而是實報實銷，則難免會受影響。）

C、

以上所述各項矛盾，造成判決中有許多錯誤判決。

1. 判決理由認爲，「生活費用」及「完整之生活費用」兩種觀念可用在議員補償金的意義上，因此認爲基本法第四八條第三項第一句准許國庫支付給所有議員完整的生活費用（判決理由之C II），也同



意薩爾邦可自政府國庫中支付邦議員完整的生活費用。(理由書中C I 2)此一見解很難令人接受。

a) 生活費用的定義一詞——正確的說法是「合宜的生活費用」，因為不這麼補充，這個詞便沒有足夠意義——這個詞本身是屬於公務員法及公務權利(特別是公家機關)，公務權利來自公務員法。如果不將工作本身加以評估劃分等級，無法使用生活費用的定義，因生活費乃基於工作。當然每一個公務員拿的生活費都不同，因為生活費乃根據公務員的義務、績效及責任而劃分。生活費用相對的便是提供全力工作的義務(參考比較：判決理由之C I V 2 a)；此點並不適用於議員。原則上議員有權從事兼職工作。判決認為薩爾邦議會議員獲得的是完整的生活費用，如果判決是根據上述原則做成的話，那麼判決本身便包含了評估議員工作及評估議員費用，且以公務員工作或其他工作，以及公務員薪俸及其他形式薪俸做為比較標準。但是聯邦憲法法院並沒有機會做如此判決，此也並非其權限範圍。此外，判決內也沒有指出領薪的相對義務——即要求議員全天工作的法律權利。如果把完整的生活費用單是視為「足夠的生存基礎」(參見判決理由之C II 1)，也會發生同樣的結果。如果「足夠」乃意味不得超過某一上限，如此便無法達到適合議員生活之費用標準，也沒有什麼意義。如果其意是指「鑑於議員工作績效提供之足夠費用」，這樣一來又是對議員工作的一種評估行爲。

此外，薩爾邦議會無論是在意見上或實際上，都承擔提供薩爾邦議員「完整的生活費用」；在此也沒有詳加研究在判決理由C I 2所提之項目個別職位究竟妥不妥當。

b) 判決內還有一件更令人擔憂的事件(判決理由C II 1)，就是說，基本法保障每一名議員都能從

國庫獲得完整的生活費用，目的是，即使是沒有收入或是收入停止的議員也能因其議員之職而能獲得符合其職的生活費用。如此一來便產生了職業政客，至少是議員的職業隨之產生，他沒有義務必需完成某些工作，但是他必需付出全部的精力；他從基本法規定中獲得自由權，可自行決定要做什麼來完成議員任務，他也可以做所有可能的兼職工作。在政治上有反對意見，理由可說不言而喻：在議員選舉時，已不是要找一位人民喉舌的代言人，而是公開招募某一職位人選。此外，某些邦（像薩爾邦）認為應將議會議員的職務安排得使他們無法去從事規模較大的兼差工作。

在這方面的問題，某些人民代表團體（如巴伐利亞邦議會）特別要求其人民代表需來自某些自由業，以具備人民之代表性，這類團體在判決理由中也並未提及。

「合宜地保障議員超然獨立立場」在現代是指平等選舉權、平等權進入議會，這正是意味議會中會有「職業政客」且不容受到歧視。這也是基本法反對議會皆由士紳名望組成的一種立場（在德意志帝國憲法一八七一——一九〇六年間則明文規定不得發給議員補償金，以防止職業政客的出現，同時這也是反對普通選舉的一種利器——Hatschek, *Parlamentsrecht* 1915, S.611）。這項保障，並無意使得無業之士（靠他人收入或失業金渡日）由於此一職位即可獲得全額生活費用。這項保障也無意促使議員成為基本法下的一種機構，而且其條件又不宜視針對一種職業。除此之外，判決理由所稱「一份足夠的生存基礎，且符合該職的重要性，也考慮到該職所負有的責任及重擔，以及符合該職等級的需要」（判決理由C II 1）這樣的內容不應抽象的規定，應該具體的提出判決，先由立法者處理，並明列出重要的內容，

而且負起政治責任。要談到保障議員立場獨立，議員由於擔任此職而造成必需減少其他工作，此時則以補償金補償其收入；議員本身並無權要求獲得完整的生活費用。

2. 本案判決內（判決理由C II 3 a）認為某些議員在議會擔任特殊職位或有特別功能，所獲得之報酬一律有異於一般議員補償金，是一種「議員等級費用」且認為這種酬金是基本法規定每名議員費用均相同的一項例外，需有重大理由。而此特殊酬勞僅適用於議會議長及副議長。

但是前述的酬勞並非基於議員之職，而是基於議會本身選舉及指派行為之基礎。擔任議會特別職務或工作的議員，已不能像擔任議員般的自由行使職權。他們在議會有義務參加開會，處理日常事務；議會也可以委任特殊任務給他們，他們必需執行，而且要負相對的責任。這些義務本身都有法律上的意義。他們之獲得報酬，乃與基本法第三條第一項所定之議員補償金不能相提並論。其報酬可能是為其工作或物質支出，也可以僅因其擔任某議會組織之職。其法源無論是基礎或是法理都是根據其他法條。因此這些特殊的報酬，並非因議員行使自由委任職而起，而是議會內部的額外任命，並不應列入「議員補償金」一律平等這種見解裡處理。這筆酬勞不應與基本法規定的議員補償金「視同仁」。判決理由C III 3 a，及C I 1與2中都這麼做。基本法事實上並沒有指出議會應如何補償由議會自行選出的擔任各職的代表。

同樣的，議會若委託議員擔任特殊任務出差或是請議員代表議會前往其他團體等，都應予以補償。如果像在判決理由中一樣疏忽了此處所描述的差別，那麼議會選出的部長等也應比照一般議員支付

費用。此點顯然並不可行；在這些職位的工作，其責任及報酬均與一般議員本身受到人民委任之職不同。

3. 判決理由中認為（CIV 6 b），一名議員若擔任可停職留薪之公職（部長、大學教師及包括邦議會之聯邦公務員），如此議員便領有兩份具生活費性質的收入，判決理由也認為，如果對該議員採用的原則與「目前公務員法所規定之原則不符」，即為一種不符合平等原則的公務機關當然不可能有義務對同一人提供兩份合宜的生活費用。如果「合宜的生活費用」是完整的薪金，那麼議員並沒有權利要求此一生活費（與判決理由所述不同）公務員轉任議員在原任機關停職者也同樣沒有權利獲此生活費（參見判決理由CIV 2 a）。如果把議員補償金與其他公務機關發放之薪水兩者各適用之公務員法規則相互計算，根本就是把不可比較之事物混合並論。基本法第三條第一項適用於議員的部份乃指出，所有議員補償金金額的相同，並不依據過去或目前的收入來計算。重點在於，公務機關的薪水是否於當事人擔任議員後仍發放，而可視為議員部份補償金（判決理由CIV 2 a及b, 3, 以及CIV 2）或是當事人擔任議員後不影響與原任相關的關係（例如已友付之退休金，可相容之職位或工作）。這類公務機關之各種薪金也需加以分別；否則議員補償金法令便無法分辨額外收入是來自公家或其他機構。按照基本法第3條第1項規範，基本法所要求的議員補償金一律平等，若想達到，議員補償金制定方式，絕不可受制於其他收入，即不得與其他收入共同計算，尤其不得將公務員，薪水與其他類薪水混為一談。也就是說議員補償金不得引用公務員法條例處置。

關於公務員在其僱用關係內負有工作義務者，於進入議會，依議會處理慣例，為保持其獨立立場及使其能優先處理議員職務，得獲請假或停職，包括再調整薪水適用新職，諸如此類所適用的公務員法條例，並非本判決的處理對象。其決定應取決於分別適用各狀況之工作法。（如此，有關傳統的公務員法便與判決理由之C IV 2 a 內容相違）到目前為止在公務機關工作的公務員，若擔任議員而並非1949年後領退休金，則絕大部份請假領全薪，而私人機關（參見Maunz in Maunz Dirig-Herzog, Randziffer 10 zu brrt 48 GG）如果繼續下去，想要公務員轉任議員卻又不享特權，是很難的。判決理由之C IV 2 a 指出這項特權無法以傳統的公務員原則解釋，此乃合理看法。

此外，連在公務員法內也沒有針對多項收入同時發放時，彼此應如何合併計算，或停止某些收入，或裁減那些收入的原則，更不用說基本法沒有明定了。

曾擔任議員者領取退休金或其他費用，無論其根據何種法令，這筆錢不得視為（議員收入之附屬收入），也不是本判決的處理項目。

4. 判決理由之C II 2 認為，如果議員補償金不應以當公務員時薪水的百分數來計算，這麼做乃違憲行為。

這種計算方式在私法及公法上協議及規定上都可（例如退休金及生活補給，也有其他情況），為了將計算之，薪金合法化——如根據判決理由C I 所推論出的假設——但是這種計算方式在判決理由之C II 2 開頭便不予考慮。然而C IV 6 b 內要求將議員費用納入公務員條例處理，C II 2 卻禁止議員費用之計

算根據公務員薪俸，這兩者乃相互矛盾。事實上，公務員薪水與議員補償金兩者有很大差異，而這個差異與議員費用如何訂定，是否「依某薪俸比照」或是「比照加薪法」，根本上均毫無關係。對此點有持正反意見之說；這些理由大都針對公務員的薪水是否應與其他機構的薪水相提並論，而且這種處理程序是否在政治上可行。基本法無論如何並未對此提出立場；憲法上也沒有附予議會自行決定的權利。立法機構的決定彼此互有影響，而且許多決定都與議員本身有關，此乃不可避免之事。但是這個處理程序如果宣稱其避免在公眾面前討論補償金多寡，乃不合理之事。

以下分別針對邦議會法受到審查的規則，逐一說明：

1. 一九七五年一月二十一日在部份判決中已指出邦議會法第三條第一項與b)合乎憲法。無論是根據本判決所指之基本法第一三七條第一項或是根據我所提特別意見而作成一九七五年一月二十一日判決之基礎，這些法條都是可行的。

2. 邦議會法第五條被宣佈為違憲，對此我不表贊同。如果公務員或法官退休時也對他們財務上的權利已制定完成才沒有問題。但是這卻不適用邦議會法第五條第二句，而且對其他情況有關財務上的規定已明確得知（6 Abs. 2 Satz 1 ITG）有退休金，邦議會法第六條才會制定財務上的規定。（此退休金並非原有的退休金，而是——§ 6 Abs. 2 Satz 2——大幅改善的報酬）。如果邦議會法第五條只是指出邦議會法第三條第一項所指的當事人不需完成他的工作，那麼，這只是將邦議會法第三條第一項符合憲法的判決加以實現。該規定因而屬於邦議會法第七條與第八條的純粹工作法規的範圍，這些工作法規在

一九七五年一月二十一日部份判決中，指爲有待審查而予以保留，但是現在在沒有特別宣判下已經不再受質疑。

3. 邦議會法第六條、第九條及第十三條第一乃違憲法條：違反基本法第三條第一項。

上述法條應從基本法第三條第一項及第四八條第三項（判決理由之C III）加以審查。

基本法第四八條第三項雖然沒有要求要提供議員「完整之生活費用」，但是現代議員在執行職務時所面對的負擔通常需要「一合宜且保障獨立立場的補償金」，以做爲某種收入保障。聯邦議會及表明態度的許多邦議會也都肯定此觀點。因此從前使用的支出費用補償金用語也不再適用，這種字眼好似議員並沒有獲得什麼委任職，——只是爲他擔任此職時產生的一些花費或是最多也把停職當做「開支」，提供一些補償。由於只是補償性質，根本也談不上是一份額外的收入。（附帶一提，停職停薪補償，辦公室特殊開支等費用在議員費用法的確是戰後才出現的項目）。尤其是一般的議員補償金已不像過去是大概開支的補償，而是爲保障議員獨立地位提供的收入所得特別是議員也有一些特支費，在薩爾邦議員也一樣享有此報酬。

至目前爲止結論與判決理由之C II 相符。此處我們所提的並不是一件自基本法頒佈以來才出現的事件，這是議會民主制度在早期便有的狀況，而且基本法在制定初即明瞭此點：由基本法第四八條第三項條文已不再僅稱「支出費用補償金」一點便可明瞭。

保障議員獨立地位需花費多少的關鍵在於議員爲其職位需花多少時間以及繼而使他需減少多少其他

兼職就業的機會。此項標準要由各邦立法者自行評估。基本法第三條一項——在此主要指平等被選舉權以及平等不受阻撓行使委任權——要求所有議員的補償金均相同（判決理由之C II 3 a）。補償金的標準也必需適用每一個人，因此必需統籌合併計算出數字。如果——像聯邦議會很明顯的——議員的工作使議員花去全部精力去完成，如此若要再兼差，勢必需花費非常人的力氣，像這種情況，議員費用計算便應有足夠理由以完全的生活費為其基礎。

（判決理由中所提之完整生活費用）

另一方面無法以個別的議員在那些工作上受到收入影響以及是出於實際或是法定原因來做為補償金發放標準，（判決理由之C II 3 a 如是指出）。如果除了一般性——無論足夠與否——的基本歲費還有其他的議員補償金，如此便違反基本法第三條第一項的原則（判決理由之C IV 2 a 及 b，C IV 4 a）此處其他補償金包括根據議員原有收入或是單項收入，或是僅針對特定職業之議員設定之大概性數字。如果這些額外的補償金彼此差別不多，更顯示出有違平等原則，如判決理由之C IV 2 到 4 針對邦議會法第六條第九條及第十三條第一項所提內容。

判決理由之C IV 2 a 指出，公務員法無法適用議員補償金平等計算的方式；尤其是基本法第一三七條第一項規劃對從事議員的公務員比其他職業想擔任議員條件還更嚴格。

下面再解說為何違憲的條文不能宣佈無效（判決理由之C IV 6 a）。

E、



1. 一九七五年一月二一日的部份判決中指出（聯邦憲法法院判決第三八卷三二六（三三五）），邦議會法第三條第一項a)與b)，第五條到第九條以及第十三條第一項第一號與第三號及第十四條應予以審查，因為這些法條內規定與憲法訴願人提出違反基本法第三條第一項的案件乃為類似狀況。訴願案內容與邦議會法第三、六、九條及第十三條第一項第一到三號均有關連無庸置疑；這些條文包括與邦議會法第十三條第一項第四號類似規則，其內容有必要根據基本法第三條第一項加以審查，而後才可對邦議會法第十三條第一項第四號做出判決。同樣的，對邦議會法第三條第一項a)及b)，與其相關之第三條第一項c)也是同樣方式處理；這些法條是邦議會法第五條到第九條之基礎法條。

另一方面，如果將邦議會法第十三條第一項棄之不論，其第二項也隨之沒有意義。在邦議會法第十四條所規劃之「其他補償金」，其內容與邦議會法第五條到第九條及第十三條所規劃之狀況及其彼此間關係，均無關連。因此，在本次審理便沒有必要，也不可能就邦議會法第十三條第二項及第十四條提及之程序，審查其是否根據法院對民主的了解，符合基本法精神。一如判決所說，就此點無法做出判決。但是，如果法院在判決時提出一些與判決本文無關又無益的因素及考慮，對判決將是一件十分危險的事。

此外，法院也無法針對邦議會法第十六條第一項第二句做出任何判決而收在判決理由內。判決理由在審查邦議會法第六、九條及第十三條第一項是否符合基本法第三條第一項及第四八條第三項時，並非著眼在這些條文所規劃的補償金應該根據薩爾邦立法者之見解，認為免稅部份應納稅。——判決沒這麼做

是對的，因為這些條文本身已經違憲，不必談免稅與否。接下來在這方面邦議會法第十六條第一項第二句的違憲與否的問題也不便考慮。法院判決後對議員費用的納稅有何影響與此法條的內容無關。

## 2. 對此事我有如下見解：

a) 根據判決（C IV 4 c），邦議會法第十三條第二項與第十四條之程序有違民主法治原則。

我無意根據基本法第二〇條（此與基本法第二八條第一項第一句有關）之民主原則或是根據基本法其他條文指出，一個議會議員費用規則應以何種執行條例讓其內部各組織應用，或是議會應如何來制定擔任內部特別職務的報酬。基本法並沒有要求議會內所有決定過程巨細靡遺地應「呈現在公眾面前」（根本也不行）；而一個邦議會法在第十三條第二項及第十四條規定的程序將造成結果「無法由大眾控制」，使得人民的信任在違反基本法的民主運作下成為不可能，這種說法也不正確。

只要有心想知道邦議會法第十三條第二項及第十四條內容的人，都可以很容易獲得資料；直接詢問邦議會是最簡單的方式，也可以翻閱法條或是議會紀錄，依本判決理由內的說法，顯然是將人民與議會的關係看得十分籠統，認為議會不可信任，總是設法將討論結果「避開大眾的控制」（從另一角度來看這樣也有其原因，例如有必要多次審查的規則或是某些為個案而訂定之不重要的法條，這些都增加議會工作，使其無法專心處理重大法案。姑且不論將決定事項交給龐大的組織本身並非唯一符合民主原則的方式，但是一個制度良好的議會仍比任何其他種類的機構更能維持民主制度。

有關於法治國家的原則，如果要以類似的觀點讚美判決的過程，結果會很奇特。

我無法認為邦議會法第十三條第二項及第十四條無違憲之情事。是否有其他法令可以設定議員補償金，目前不得而知；但在薩爾邦並沒有。

b) 有關納稅義務之事（判決理由之C IV 5 a）立法者是否可自議員法中決定議員某些收入免納稅，此點必需解決。如邦立法者若使議員享有某些免稅特權，根據判決理由之C IV 5 b，將與基本法第三條第一項不符合。不只是所得稅，免稅規定違憲，任何其他賦予此種特權的規定都是違憲的。

邦立法機構並沒有權限處理所得稅規則問題，此點並無疑問，因為聯邦擁有完全的權限（Art 105 Abs 2, 72 Abs 1 GG）。議員費用的免稅條件乃全國一致（§ 3 Nr 12 Satz 1 EstG）。邦立法機構如果想在議員費用的納稅義務方面制定法律，只能夠制定符合聯邦法條之法律，且以實現聯邦之條件為主，也就是將議員費用在邦法內定為支出費用補償金，並在預算中列出。也許邦立法機構在邦議會法第十六條第一項第二句中只是表明將實現聯邦訂立之條件。如果將議員費用描述為「停職停薪補償金」（§ 13 LTG）或是「其他補償金」（§ 14 LTG）——而薩爾邦認為可如此描述（在言詞審理時其他邦議會給付停職停薪補償金之與薩爾邦議會的見解不同）——，其條文是否符合所得稅法第三條第十二第一句，尚需看如何對該聯邦條文解釋。停職停薪補償金（根據所得稅法第二四條第一號有繳稅義務）雖與其他免稅的支出費用補償金並列，但卻例外不享受免稅的優待（參見所得稅法第三條第十二號）。

另外可考慮的是，本判決使得所得稅法第三條第十二號第一句不適用議員補償金上，在該所得稅法上的支出費用補償金是指如果開支沒有免稅優待，就可以當成是廣告費用；如此實際上為收入的補償金

便不適用所得稅法了。（參見Peters-Hermann, Ann 13a zu § 3 EStG）。而此點也適用議員補償金。本判決認定議員補償金若超出雜項開支補償費之範圍，即為收入，根據基本法也實屬收入。

像這類對議員費用的特殊稅法不能見容於基本法第三條第一項（判決理由之C IV 5 b也如是見解），因為沒有足夠理由證實該基本法條已獲實現。即使基本法稱議員應獲得合宜之獨立地位保障，也不足做為特權的理由。議員補償金採取費用一致的原則也不是問題，雖然此原則要求所有的議員收入應相同，但是並未表示這筆收入在稅收方面比起其他應納稅的收入可享有特權。

立法機構願就公職之報酬課稅問題，重行規劃處理，此乃另一面的問題，並非上述陳述的著眼點。

# 關於「學校性教育案」之判決

——聯邦憲法法院判決集第四十七卷第四十六頁以下

譯者：蔡志方

## 〈判決要旨〉

1. 個人的性教育，首先是屬於基本法第六條第二項意義上之父母的自然教育權事項；唯國家基於其教育的付託（*Erziehungs- und Bildungsauftrag*）（基本法第七條第一項），有權在學校裡實施性教育。

2. 學校的性教育，對於此一領域內之不同的價值觀，必須持開放的態度，而且只要父母之自然的教育權與其宗教的或世界觀的確信，對於性的領域具有重要性，即必須一般地加以考慮。學校尤其不得對青少年作任何灌輸意識型態的嘗試。

3. 於遵守此等原則之下，性教育作為超越科別的課程，無需獲得父母的同意。

4. 然而，父母對於學校性教育的內容及教學法上的（*methodisch-didaktisch*）途徑，有請求及時提供

消息的權利。

5. 法律保留課予立法者自行決定是否在學校實施性教育的義務。

此對於只單純的介紹生物學及其他事實方面的知識，無適用。

I、因一九六六年十二月九日漢堡學校法（GVBLIS257）第二十八條及一九七三年四月十二日漢堡學校組織法（GVBLIS91）第二條第一項第一句及第二句的合憲性審查程序——聯邦行政院一九七四年九月十五日之中止及申請審查決議（BVerwG III C 873）——IBvL 1/75—：II、對於 1. 市法務主任 A 博士；2. 其太太 A；3. 其女兒 A——由 1. 2. 訴訟原告代理——告巴登——符騰堡邦高等行政法院一九七五年三月四日裁定（IX 1416/74）的程序

—IBvL 1/75—

一九七七年十二月二十一日第一庭判決如下：

—1 BvL 1/75, 1 BvR 147/75—。

## 判決主文

1. 自由及漢撒市漢堡一九六六年十二月九日的學校法（漢堡法律及命令公報LS257）第二十八條及一九七三年第四月十二日學校組織法（漢堡法律及命令公報LS91）第二條第一項第一句與第二句，於

該規定根據一九七〇年自由與漢撒市漢堡學校性教育的實施方針，將性教育的採行委予教育官署的範圍內，與基本法不合，並且無效。

2. 訴訟原告 1. 的憲法訴訟駁回；其餘的憲法訴訟不予受理。

## 判決理由

A、

此等為採取共同裁判而合併的程序，涉及在公立學校採行及實施性知識課程的問題。

I、

1. 聯邦行政法院——第七庭——在案號 1 BvL 1/75 的規範審查程序，請求聯邦憲法法院對於一九六六年十二月九日的漢堡學校法（法律及命令公報 I S 257）第二十八條及一九七三年四月十二日學校組織法（法律及命令公報 I S 91）第二條第一項第一句與第二句，於該規定根據一九七〇年自由與漢撒市漢堡學校性教育的實施方針，將性教育的採行委予教育官署範圍，是否符合基本法加予裁判。

上述規定，在為供審查而提出的版本規定如下：

### 學校法第二十八條

該管官署於斟酌自治行政的原則下，領導、管理及監督所有國家的教育事業。

學校組織法第二條第一項第一句及第二句

該管官署於斟酌本法所確立之自治行政的原則下，領導及監督國家的教育事業。該管官署規定學校的任命教師與教育委任，並一般地或在個別情形，對於學校有指令的權力。

2. 本件申請審查之案件所根據的事實如下：

a) 一九六八年十月三日，文化部長的常設會議決議「在學校實施性教育的建議」（德意志聯邦共和國文化部長常設會議決議集，第二版，第一卷，第六五九號決議；以下簡稱：XNN建議），在此建議中，此一教育的任務及實施，扼要地描述如下：

性教育首先是父母的任務。學校基於其教育之付託有義務在此一任務上，予以協助。

當在父母家中所進行的性教育，係於私人的空間裡執行，在學校所為的性教育，則係處於公法秩序範圍之內。此意謂著，雖然它在追求相同的目標，但學校內的性教育較諸父母家中的性教育則有不同的前提與方式。

在學校中，女學生與男學生對於人類的性特徵問題，應該獲得實質上具有理由說明的知識。此種知識應該讓他（她）們有可能在此一領域內一齊瞭解，以適當的語言加以表達，而且即使就困難而且不尋常的現象，也可以形成一個判斷。

學校的性教育，應有助於使年輕人認識作為丈夫與太太的任務，發展他（她）們的價值觀與良心，並理解合乎道德之決定的必要性。

學校的性教育，必須以學術的方式奠定其基礎，並講究方法地予以思考。



當在父母家中所爲的性教育，被當作個人的教育加以執行時，而在學校實施的性教育，通常則涉及班級或團體的教育。此種教育欲獲致完全的效用，必須以個人的教育爲基礎，並予以繼續與補充。因此，父母的家庭與學校在性教育的合作是必要的。

爲了彼此協調父母家庭與學校間的性教育，應給予父母有機會在父母的聚會裡，討論其經驗與問題。學校的性教育適用何種準則，課程計畫上的論題爲何，應及時告知父母；父母因而有可能事先與其子女談論此等問題。

在第一個六學年，孩子們應被教導人類繁殖之生物學上的基本知識（生育、懷孕、出生），青春期生理與心理的變化，以及月經與遺精。

直到第九或第十學年結束，在課堂上應——避免巨細靡遺的目標設定——處理以下的問題：

人類的生育、懷孕及出生，成長中青年的性問題（如兩性間彼此的行爲舉止、過早的性行爲、手淫）、性與家庭生活的社會與法律的基礎（例如訂婚、結婚、父母的權利與義務、婚生與非婚生子女的權利），人類性活動的社會倫理問題及爲保護青少年之刑法的規定與不正當性行爲（如避孕、雜交、賣淫、同性戀、強姦、墮胎、誘姦、傳播性疾病、性慾的犯罪）

直到第十三學年結束，以及職業學校，應深入處理上述的論題，尤其是在不正常的人類性行爲影響之下，人類性慾的倫理、法律及社會的問題……。

學校的性教育並非與特定的課程結合，而是在不同的課程科目及課程以外的學校活動中實施。應注

意的是，課程與學校性教育的其它努力的貢獻之間，應彼此調整，以使上述為不同年齡與年級而設的課程目標得以達成。

並非所有課程均同樣地有助於性教育……。

為性教育所必需之教學內容，應收納在個別的課程計畫之中。

b) 根據此一建議，一九七〇年漢堡的教育官署頒布了「自由與漢撒市漢堡學校性教育的實施方針」。

於草擬此一方針時，除了漢堡市議會以外，尚有為數不少的團體參加，唯該等團體只具有諮詢的功能。教育官署的代表團同意了方針的第三草案。然而，很清楚的是，在市議會的辯論中，所有的黨團均贊同該方針（第七屆議會，大會議事錄，第五冊，一九七二年七月五日第七十次會議，頁三七〇三以下（三七〇七））。唯市議會本身並未積極活動。此一方針只作為單行本（自由及漢撒市漢堡，教育官署，一九七〇年），分發給學校、家長及督學。

在本方針的「前言」裡指出，儘管就性的基本問題有強烈的不同意見，唯在一個多元的社會中，仍有廣泛的共識，對於教育目標應當加以表達：

首先，它是用以培養自由的、成熟的及有責任感的人。對此，性教育必須提供一個重要的貢獻。

其次，必須透過性的肯認，介紹年輕人一個幸福及充實之人生的基礎。此一目標不只包括一個以對於人類繁殖的性本能提供適當的及積極的資訊，並且亦包含對婚姻與家庭之意義的提昇。

第三點，具有絕對重要性的是，如何的判斷可以獲知人類的性慾與繁殖無關聯。性作爲樂趣與生活樂悅的泉源之一，今日亦必須在年輕人的教育中明白地加以承認。絕大部份只著重在防護或壓抑之消極目標的性教育，已經不能滿足我們這時代的要求。

第四點，如同對於每一種學校的教育一般，經由提供資訊與討論，而指出了爲使人類有可能共同生活所必須的界限。學校在其教育工作上，不只以年輕人的未來與其個人的可能性爲導向，而他亦必須注意，它本身也是彼等社會秩序的一部份，此種秩序使人類的共同生活裡，在特定的界限內，個人的自由發展成爲可能。

上述教育目標可以如是說明：教育成爲一個具有責任感的性行爲，應使年輕人有能力意識到他現在與未來的生活，並以自由的決定自行形成。作爲榜樣的，並非道德上的自由放任者，也非在兩性關係上極端拘謹的及性的壓抑。所要追求的是，一種性被承認及肯認是人類生存的重要成份，而無傷於困難與可能之麻煩的生活方式。

接著又說：

如同一個製造恐懼的性教育，減少人類性行爲問題的無痛苦，也是同樣的令人懷疑。在性的領域，決定的自由與性的消費行爲並不具有同樣的意義，而是一個包括性的動力以及將它安排到個人的、社會的與生育的生活關係全部裡來的一種有意識的生活方式。在這裡也經常再成爲內在與外在的衝突。因此，年輕人必須被告知，如同在很多其它生活領域一樣，在性生活方式的領域裡，同樣有極不同種類的衝

突可能。發展一種對於現行規範的批判性認識，是重要的。

學校性教育在一個由現行法所標識出來的空間內實施。在所有自由與學生討論以及與個別的教師討論，均受它的拘束。

性教育的實施被說明爲：

學校性教育在特性上，有別於在父母家中所爲的性教育。當在父母家中所實施的個人教育，一般而言，強烈地建立在模範者的作用下，而在學校裡，則主要地在於解說與未來實際情況有關的資訊介紹與觀念和思想定位的合理澄清。兩種教育形式各有其特別的強度，但亦各有其弱點。因此，兩者必須彼此互補。因而，父母的家庭與學校的相互提供消息，是不可避免的。

爲各個別年級所訂定的題目，絕不可以作完全的陳述與徹底的說明。這在多方面涉及應以入門可以瞭解的方法加以介紹的人類性的複雜關係的多種情況。此種入門的介紹應逐步的，並隨年齡而改變方式實施。此外，青少年心理學的臨床經驗，也贊同早一點開始這種實質的資訊。在青春前期以前年齡階段的孩子，較其稍後，可以較不會羞怯的迴避此種實質的知識。因此，對於性教育尤其有適用的是：「寧可早了一年，也不要晚了一個小時」（*Lieber ein Jahr zu früh als eine stunde zu spät* 1）。

因爲性教育並非課程裡的科目，而係課程的原則，因此必須多數課程科目對此一教育任務提供貢獻。對於教育實務，發生了困難的問題。必須期待的是，爲不同的年級與學校種類，可以發現對於各科的合作完全適當的方式。對於較高年級，爲了合作亦可以在學校之外，延聘專家（如醫生、心理學家、法

學家)。

該方針在第一部分，自行將KMK的建議逐字重述。在第二部份，則在此之外，包含有學校性教育的各別年級與學校種類之教材的說明，以及講學與方法的指引。在該處其中論及：

父母對於學校性教育的內容、方式與目標有請求被告知的權利。這不表示，學校在其活動須取得個別父母的同意。重要的是，父母基於及時的及充分的資訊，可以引導這些措施，使它對他們而言，顯得似乎是正確的。在課堂上所使用的教學與學習手段，對父母而言，應當也是可以供其使用的。

學校可以邀請專家，例如醫生及心理學家，至家長會議，指示家長適當的文獻，也是更好的。

(c) 基礎案程序 (Ausgangsverfahren) 的原告，為二名前就讀於漢堡公立學校之學童的父母，主張根據此一方針在其子女之學校實施的性教育欠缺法律的基礎，而告違法，並違法的侵害其父母權。

其要求教育官署於教導孩子性問題時，應限於適當的提供關於人類繁殖的性本能，以及提昇婚姻與家庭的意義。因其努力未能成功，而向漢堡地方行政法院提起不作爲之訴，其請求該院於一九七二年四月二十五日的判決 (DöV 1973 S. 54)，以漢堡各學校之性教育因只能根據形式的邦法律才能予以實施，故屬於違法爲由，而裁判其勝訴。漢堡學校法第二十八條對於採取性教育未能提供充分的法律基礎。

此一判決基於被告的上訴，漢堡高等行政法院以一九七三年一月三日之裁判 (DöV 1973 S.574=Hamburgisches Justizverwaltungsblatt 1972/1973 S.274)，予以撤銷。其判決理由謂：漢堡

的邦法律爲性教育的採取，已提供了充分的法律基礎。學校法第二十八條以法律所允許的方式，將課程的較詳盡規定與形態賦與該管官署。據此，課程的客體以及因此相關的教育目標的規定，乃屬於該管官署的事務。基於此一基礎而制頒的性教育方針，與較高位階法律與牴觸。它尤其不侵害原告的基本權利。

對於邦高等行政法院的判決，爲原告的父母向聯邦行政法院提起上訴。

3. 聯邦行政法院根據基本法第一百條第一項，聯邦憲法法院法第八十條以下，將上述法律問題向聯邦憲法法院提出，請求裁判。爲審查而提出的法律規定，其有效性基於下述考慮應予以否定：

基本法第二十條第三項的法治國家原則與基本法第二十條第二項第一句所確立的民主原則，根據基本法第二十八條第一項第一句對於各邦憲法秩序亦具有拘束力，課予立法者有義務在與基本權利有重大關係的領域，自行作重要的決定，而勿將之委予行政權。這對於教育事業的規定，亦有適用，其重要的特徵，立法者應自行加以確定。由基本法第七條第一項，並不能產生教育行政有權在無法律基礎之下，規定教育事業。然而，國家對學校之監督的概念，包括國家對學校統治權的全部，並賦與邦作爲教育高權主體，在教育與課程目標內容的確立及課程材料的規定時，也有廣泛的形成自由，但並未宣示行政可以無議會之參與，而有權執行此種權限。在基本法的效力之下，從傳統上將教育的關係歸類到「特別權力關係」或從習慣法中，也很少能正確地導出教育關係是屬於法律外的空間，而它可以由教育行政加以填補。

教育上的目標，尤其在如同這裡發生爭議的性教育領域，特別強烈地涉及到由基本法第六條第二項第一句所保護的父母教育權，乃屬於教育事業上的重要決定，而其確立在重點上完全保留予立法者。在這裡發生問題的性教育，立法者應在重點上確立教育的目標，就性教育是否作為超越科目的課程原則，被告教育官署的方針如何訂定，或者作為與科目相結合的課程，而其實施具有選擇或免除可能性，自行作一基本的決定。再者，法律的規定應進一步確保學校性教育對於此一領域中不同的價值觀，保持開放的態度，並且不要導致對學生單方面的灌輸意識形態。不過一個無漏洞之教育關係的法律規定，既不必要，在教育の本質上，也並非甚有意義，因此，基於——在某些情況下，亦為概括條款式的——授權制頒法規命令及行政規則，以填補法律在要點上與有時由法規命令予以填補而確定的教育目標，是不可放棄的。

然而，學校法第二十八條及學校組織法第二條第一項第一句，並未提供充分的法律基礎。對於教學與教育目標在內容上的決定，一般地被委予教育行政機關。就為審查而提出的法律規定，作一個合憲性的解釋，如同地方行政法院對學校法第二十八條所已進行的，與學校組織法第二條第一項第二句的明文及由此明確可以認識到的漢堡立法者的意思相抵觸，並因此而成為不可能。在一個過渡的時期範圍內，可以採取不需要法律的規定，並且使性教育方針繼續有效的過渡性解決方法，本庭認為不應被允許。它因為被告在方針裡廣泛加以規定的性課程的新穎性，而告不正當。

a) 自由及漢堡市的參議會並不認同聯邦行政法院對漢堡市學校性教育合憲性的懷疑。採行性教育

並不需要一個法律加以規定。學校法第二十八條及學校組織法第二條對於採行及實施性教育，乃係一充分的法律基礎。雖然在「特別權力關係」的情形，有許多目前為止由行政所規定的規則，是必要的，基於已變更的法律見解，應當將此等規則吸收到法律當中，或者以明文的法律授權加以確保。然而，不能由此導出教育目標務必由立法者確立。此種要求只有在它涉及個人為法律所保護之範圍的侵害時，始屬正當。唯對學生的課程教導與教育，乃是可以給年輕人帶來利益的國家給付，因此，它不屬於受全面法律保留支配的侵害行政。鑒於「各邦在確立教育原則及課程對象所享有的廣泛形成自由」（BVerfGE 34,165<181>hess.Förderstufe），在漢堡學校實施的性教育侵害到學生或其父母的權利，是無法想像的。

同樣，一個抵觸民主原則也是鮮能認識到的。聯邦行政法院的見解未顧及根據自由及漢撒市漢堡的憲法第五十六條、一九五二年七月三十日公布的行政官署法第七條以下漢堡代表團的特性。根據該法，在專業性官署代表團由官署所派遣的參（事）議員及十五位市民成員（市民代表）共同組成；——正亦如參（事）議員一般，根據憲法第三十四條——，這些也是由市議會從具有被選為市議員的自由與漢撒市漢堡居民中選出。依據該法第九條第一項及其它規定，在作重要性的決定時，他也參與。基於此一方式，性教育方針亦有民眾貢獻其間。

b) 其餘各邦的政府，基於聯邦憲法法院的徵詢，已就在各該邦頒布的有關性知識課程的規定為通報。除了巴登——符騰堡邦以外，所有聯邦的各邦已基於一九六八年十月三日的文化部長會議的建議，頒



布自己的性知識課程方針，並開始實施。在巴登—符騰堡邦，其文化部長僅限於在一九六九年一月二十日的通報中（文化與課程，巴登—符騰堡邦文化部公報，頁一三七），公布了KMK的建議，而指示學校可以根據此一建議，在自願的基礎上，實施性課程。在巴登—符騰堡邦之學校性教育的最終局的方針，迄今尚未頒布。沒有一邦實施專業特別的性課程，而是如同KMK所建議的，完全採行超越科目的性知識課程。

只要邦政府對聯邦行政法院的提請審查程序表示意見，則絕大部分持反對必須立法者在細節上確定學校的教育目標的法律見解。

。) 基礎案程序的原告，就其彼處所說明的立場，必須被駁回。應加以補充說明的是：自由及漢撒市漢堡的參議員認為對學生的教導與教育是為年輕人的利益而實施的國家給付，並因此不受法律保留的約束，這是不恰當的。教育義務的存在，早就可以由其中產生。根據較正確的觀點，教育關係同時由給付行政與干預行政的要素所共同組成。在漢堡所實施的性教育，似乎一再地以明顯的方式，侵害了父母與學生的權利。此外，應被提出來的問題是，是否在學校性教育在根本上，自願並不是最自由的解決方式，此對於我國而言，如果在漢堡實施之方式的學校性教育根本尚不應該實施，則最好保持猶豫。透過代表團的中介，民主原則似乎未充分地被考慮。在民主國家唯一的立法者，似乎就是議會。此外，代表團非直接被選出，且亦只能提供建議。

4. 一九六六年十二月九日的漢堡學校法為「一九七七年十月十七日的自由與漢撒市漢堡學校法」（

GVBl. S. 237) 所廢止，並在一九七七年十月二十五日失效。新法在第二條就學校的教育付託及第五條就性教育明白地加以規定。此等條文規定：

## § 5

### 性教育

- (1) 性教育屬於學校的任務。
  - (2) 透過性教育，學生依其年齡被告訴有關性的問題。性教育必須就此領域多元不同的價值觀，保持開放的態度。它不可以流於單方面的施以影響力。
  - (3) 性教育應在多種學科課程中（超科目的）實施。
  - (4) 有教育權利的人，必須被及時地告知性教育的目標、內容與方式。
  - (5) 對於課程的內容及範圍以及其分配至各年級與科目的細節，由該管官署規定。
- 該法第四十六條亦給予學校組織法第二條第一項一個新的版本。

## II、

1. BvR 147/75 憲法訴訟程序的訴訟原告 1.) 與 2.) 爲一九七四年彼時爲十歲，在 Weinheim 高級文科中學就讀的未成年女訴訟原告 3.) 的父母。該父母在查閱其女兒的學校課本時，確認為五年級而定的生物課本「動物」，第一冊（一九七三年，第二版，Ernst Klett出版社，Stuttgart），第三一之號（哺乳動物的繁殖），第三一 a. 2 圖表，有一牡馬下與一牝馬交配的相片：在第八 b（小孩）在

「交配與受孕」篇，含有下述文字之生產過程的描述：

交配與受孕。小孩如何發育。如同我們所知道的，必須有兩個生殖細胞結合，一個女性的卵細胞和一男性精子。小孩的發育可能發生於男人與女人身體的結合。在結合時，男人將變硬的陰莖插入女性的陰道，而精子在陰道裡射出。這種精子的傳遞，人們稱之為交配。精子透過它的尾巴越過子宮游向輸卵管。如果它與一顆成熟的卵結合，則精子細胞的頭與中體即穿入卵細胞，並與它混合。於是兩個細胞核結合為一，而含有父親與母親的遺傳因子。這種過程，人們稱它為交配。

訴訟原告1.（與2.）在該中學校長室請求免除其女兒在生物課程範圍所授性知識課程。該中學對此予以拒絕。反之，該父母則轉向地方行政法院，申請發布一假命令，命令巴登—符騰堡邦在本案程序具有既判力地終結以前，暫時停止在Weinheim高級文科中學五年級L班講授性知識課程，並為該課程使用生物課本「動物」，第一冊。其等陳述的理由為，性教育課程與一九六九年一月二十日文化部長的公告相牴觸，根據該公告，性知識教育自由參加，此外，亦缺少法律的基礎，並侵害基本法第六條第二項所保障之父母的教育權，以及基本法第一條與第二條所保護的父母與子女間的私生活和父母的性尊嚴。地方行政法院駁回此一訴之聲明。

巴登—符騰堡邦高等行政法院卻不受理向他提起的訴訟，因為原告並未釋明命令的請求。該院在理由中提到，對於適當的過渡時期，在學校性教育領域之內，欠缺法律基礎仍舊可以被忍受，——如同在這裡——，教導人類之繁殖的基本生物學的實質資訊，而與社會倫理道德關係完全分開，則為基本法第七條

第二項所已經訂定之國家的教育付託所直接涵蘊。因此，申請人也不能基於其父母的教育權（基本法第六條第二項）或基於保護父母與子女間的私生活（基本法第二條第一項）及為維護父母的人性尊嚴（基本法第一條），有效地主張其請求。文化部長已以一七九五年公告澄清，生物學在此範圍內並非自由選修的科目。

2. 訴訟原告對於邦高等行政法院的裁定，已提起憲法訴訟。在該訴訟所附帶請求頒布假命令為聯邦憲法法院所駁回（BVerfGE 40,7）。

就訴的理由，訴訟原告提到，由學校實施的性宣傳教育，表現成一種為基本法第七條第一項所未涵括，而對其父母的教育權（基本法第六條第二項）、其家庭私生活（基本法第二條第一項）及其人性尊嚴（基本法第一條第一項）的一種侵害。在中學低年級的性知識課程及對於女訴訟原告<sup>3</sup>此種年齡，導致一種孩子無可彌補之發展的損害，尤其是導致一個過早的性行為與一個因此而生的家庭約束的前提鬆弛。

經由性教育的採行，國家以不被允許的方式侵犯父母之自然的教育權。儘管國家由基本法第七條第一項所生的監督權，它亦必須尊重父母對其子女教育之完整計畫的責任，而且對於性問題觀點的多元化，必須如同與一個有秩序的國家教育制度相配合，持開放的態度。眼前的規定，正如性教育不再容許人民為憲法所保障的自由空間，所表現的這種對家庭私生活的侵害，在形式上與實質上均牴觸基本法第二條第一項。

對孩子的性宣傳教育的開始，違反家庭的意思，或不顧及孩子的成熟度，即因為過早性生活所帶來的損害，而侵害孩子的人性尊嚴。再者，強制的性宣傳教育亦因只有父母有權決定教導的時點與種類，而違反父母的尊嚴。基於此等原因，各邦最多只能開設選修的性知識課程。然而，如果一如 Weinheim，涉及到超越科目的性知識課程，則允許自由免除，即屬不可能。

最後，也存在一個對基本法第四條的違反；因為學校性教育也同時表現為對良心自由權的侵害。任課教師的倫理道德觀尤其絕非常常涵蘊孩子及其父母的觀點，因此，強迫孩子參加學校的性知識課程，諸如在強迫的性教育課程，未適當地考慮到孩子及其父母所存在的貞操觀念，也就因而常牴觸良心自由。

3. 巴登—符騰堡邦文化部長認為，訴訟原告 3.) 修讀之性知識論題的課程，並無逾越學校的權限，因此，學校的教育付託亦未與父母的教育權相牴觸。一個對人性尊嚴的侵犯並不存在。在一個合乎規定的生物課程，偶而提到性的問題，也不侵犯個人的私生活。

B、

聯邦行政法院與訴訟原告 1.) 的憲法訴訟是合法的，而訴訟原告 2.) 與 3.) 的憲法訴訟卻是不合法的。

聯邦行政法院就為供審查而提出的規定之決定之重要性，對於授權該管官署採行性教育的限制，已充分說明。

對於提請審查的合法性，從該提請審查的規定就提出的版本中間已告失效或被修正，而且目前在漢堡的性教育基於一個特別法律基礎，亦不產生深入重大的懷疑。因此，基礎案的程序畢竟尚未終結。

## II、

### 1. 訴訟原告 1.) 的憲法訴訟是合法的。

a) 假命令的暫行權利保護程序對於本案程序而言，形成一個獨立的程序。因最終審的裁判，已使聯邦憲法法院法第九十條第二項意義上的法律救濟途徑已經窮盡。憲法訴訟之補充性的觀點，如不需要進一步的澄清事實，如暫行程序及本案程序所要裁判的法律問題為同一，並因此不能將訴諸聯邦憲法法院的本案程序算作是可以免的，則即不能導出其它的判斷（BVerfGE 42, 163 (167f.)）。此處的情形正是如此。

b) 單單只要訴訟原告在聯邦憲法法院法第九十三條第一項所規定期限後，才指摘違反基本法第九十條第一項第二句與第一百零三條第一項，則此種實體的指摘即非合法；因其與及時提起的指摘間，不存在直接的法律上關聯。此種關聯只有鑒於在嗣後的指摘基本法第四條的違反，才存在。

### 2. 反之，訴訟原告 2.) 與 3.) 的憲法訴訟，是不合法的。

a) 女訴訟原告 2.) 的憲法訴訟，因其非作為輔佐人而被允許的婚姻配偶，而提出的。一個不屬於聯邦憲法法院法第二十二條第一項第一句所規定範圍之人的代理人，其訴訟行為在法律上無效。

b) 訴訟原告 3.) 所提起的憲法訴訟，因未窮盡法律救濟途徑，而告不合法（聯邦憲法法院第九十

條第二項）（參見BVerfGE 16,124(187)）。相對於其父母，訴訟原告1.）與2.），其迄至目前，均未曾向該管專屬法院尋求權利保護。

C、

I、

性教育作為學校教育的付託，長久以來即為被分析的客體。

有兩種見解相對立：

其中一種看法，代表這種見解，即孩子的性宣傳教育與教育，依事物的本質，本來就是國家被剝奪處分權，而歸屬於父母之私人的教育範圍。國家由於學校採行性教育，而逾越公的教育與私的教育之界限，而父母未依其自己的性倫理價值觀教育其子女，因此亦懈怠了父母的自然權利。

另一說指出，教育成具有責任感之性的性行為，是全體教育的一個重要部分。因此，學校基於其自己的教育付託，有義務在這種任務上加以協力，此尤以很多父母未充分遵守其對其子女性教育義務，以及甚至希望將此義務轉與學校時為然。

由此可以得知，對於學校性教育的必要性與意義、可能性與界限、任務與目標，在學術與實務上會存在著多方的不同意見，而且今日仍舊存在（就此，請參見Gamm/Koch編，Bilanz der Sexualpädagogik, Frankfurt / New York 1977）。

不過澄清與學校性教育相關聯，而呈現的很多有疑問的問題，如教育方法論上的、心理學上的、醫

學上的、社會政策上的，甚至倫理與道德性質方面的問題，並非聯邦憲法法院的任務；本院無寧限於回答在本程序裡所發生的憲法問題。

1. 對於憲法的判斷，首先具有重要性的是，在被呈現出來的課程材料方面，下列法律事實上的區別：

性社會學與性的特質、人類行為模式、社會結構與道德間的相互關係（參見H.Schelsky, *Soziologie der Sexualität* 第二十一版，漢堡，一九七七年）。在該處顯示出在人類性活動上，生物的與文化的層面不可分的滲透關係。認識人類性的特質，其本身可以被看作是同居、家庭與社會之間，作一個有責任意識之行爲的前提。因此，每一個理性之性教育的基礎，首先就是知識的傳播。

a) 在此涉及到一個從人類性特質領域內，發生之純粹的，尤其是生物的，但是也包括社會的與其它種類的事實方面的資訊。根據KMK的建議，在學校裡，「如女學生與男學生對於人類的性特質，應獲得一個實質有理由說明的知識」。這種知識應該使他（她）們有可能就此領域一齊來瞭解，以適當的語言加以表達，並且——即使是對於困難與不尋常的現象——作「判斷」。在KMK之建議的「課程目標」一節，提到這種在課堂裡應該被處理的最重要的論題。它始於人類的生育、懷孕及出生，以至於為保護年輕人對抗性犯罪的刑法規定。這主要涉及那些與該等被提出的課堂材料有極密切關係的事實，例如生物課的老師，與哺乳類的課題連接，而將人類的課題教予學生。在此，重點即在於在各該課程，從性的領域將生物的與其它的層面結成關係。如果這些說明不加以評價，則它及涉及一些自明之理及正常的事



物。這些平淡的知識傳播，就足以阻止孩子們對知識的需求導向無法控制的軌道上，而以不切實際的方式去滿足。它亦有助於防止孩子們免於性的危險（誘姦幼童、裸露狂、性疾病等）。

b) 自我性教育建立在性的領域裡事實與過程的認知。對此，在NAC的建議裡說到：「學校的性教育應有助於使年輕人認識其作為丈夫與妻子的責任，發展其價值觀與良心，並深入體會合於道德之決定的必要性」。因此，在較高年級被實施一種所謂：「對人類極有幫助的討論，此與同居與婚姻的倫理的、社會的、心理的、衛生保健的與經濟方面的問題」。

這種以及類似的目標的確立，可以各邦就性教育所頒方針與公告中發現其表示。這一點將轉借上述(AI2b)重述的漢堡方針。性教育應該使性的領域內，合乎道德決定與依道德而決定的行為方式有可能。其最終目標應該——如同全部教育的目標——是自由的、能意識到其責任的成熟人類，在這領域內具有決定所必要的判斷力，同時亦意識到其同居關係的拘束。基於這個理由，性教育對於瞭解人類與社會的夥伴關係，尤其是在婚姻與家庭關係的瞭解，發展並強化責任感。

被稱作是性教育的進一步目標者，乃是使年輕人清楚，其自我實現，在包括性的驅動力及將它安排到個人與社會生活的整體下，需要一個有意識的生活方式。被追求的生活方式，乃是一種承認並肯定，性是人類存在本質的一個成份，而非減少困難與衝突的痛苦。最後，性教育並非只是在於除去無認識與無知，而是也意識到個人私生活價值被當作必要的自由空間。

c) 主要是從性的領域與固有的性教育中，對於生物事實的普遍性之知識傳播間的區別，在文獻與

在裁判實務上是被承認的（參見Scholzen, RdJB 1974, S.216 ff.; Stümmer, Grundlagen der Sexualpädagogik in der Schule, in: Sexualerziehung im Unterricht an weiterführenden Schulen, herausgegeben von Robert Burger, Freiburg-Basel-Wien, 1970, S.195; Brauburger, RdJB 1973, S.248 ff.; Stober, DöV 1973, S.554; Scarbath, Geschlechtererziehung, Heidelberg 1969, S.83; Kentler, RdJB 1975, S.301; Jessen, NJW 1973, S.1340 ff.; 並參見 OVG Berlin, NJW 1973, S.819(820)）。在此，其出發點乃是固有意義上的性教育可以與單純的就此領域之資訊的傳播分開。歐洲人權法院在其一九七六年十二月七日就丹麥公立學校的強迫性性教育判決中（EuGRZ 1976, S.478(486)），卻懷疑這種區別可以嚴格實施。再者，這種知識的傳播，在教師方面，並不排除若干蔓延到宗教或世界觀上的評價。因為在此涉及「一個對事實的判斷容易導致價值判斷的領域」。這種危險事實上就常在身邊。然而，人們可以以一個限於對性領域事實之知識傳播的課程，基本上是可行的為出發點。不過尤其在衡量孩子的年齡與成熟度時，教育上正確的演出、為教育的目的而被提出之素材的恰當性，是有問題的。正在此一節骨眼上，很明顯的危險乃是在純粹的知識傳播之外，侵犯了孩子之人格的養成。唯此可透過以明確的材料限制與論題限制的明晰方針，予以預防。

2. 回答在這些關聯性上所被提出來之憲法問題的審查基準，主要是基本法第六條第二項第一句（父母的教育權）、第七條第一項（國家的教育付託）與第二條第一項（孩子的人格權）。

a) 基本法第六條第二項，將孩子的照顧與教育稱為「父母之自然的權利，並且是最先課予父母的

義務」，對於其實現，國家的社會必須加以監督。父母對於「照顧及教育其子女的權利與義務，必須依其自己的想法自由地，除了基本法第七條以外，優先於其他教育主體去形成。父母自由地決定如何使這種父母的責任成為正當的，為基本法所保障，只要這種干涉非由基本法第六條第二項第二句意義上的國家社會的監督官署所涵括的，就不受國家的干涉（BVerfGE 31,194(204)併同 BVerfGE 4,52(57); 7,320(323); 24,119(138,143 f.)）。

KMK建議對於父母在性之領域的教育權問題，只簡要地說道：「性教育首先是父母的任務」。事實上這為個人的性教育絕大部分屬於父母——家庭的——範圍，並屬於基本法第六條第二項意義上之父母的自然權利，提供了重要的（贊成）理由。性問題的傳授，最自然的是在家庭受保護的及安全保障的氣氛下實施。通常孩子在家庭裡蒐集到他（她）們的第一次自己的性經驗。因此，只有這個領域裡，這個「解說」也能實施，而父母以對他們而言，是必要的教育措施，才顯得自然。當另外的孩子出生之際或與姐妹一齊長大，就以完全自然的方式，在這領域產生了很多問題。此外，性教育經由個別家庭之不同的生活方式與社會生活觀念，持續地形成。父母的家庭因此顯示成為自然的「學習設施」（參見 Stoberjaas, S.556 f.）。

此外，不可忽略的是，性的經驗原則上是在私人可以信賴的範圍內發生。根據傳統的看法，羞恥心禁止將人類的性活動推向眾目睽睽之下。因此，國家亦尊重婚姻生活的隱私。侵犯私生活和孩子身上，正可以引發其對父母可能的偏見，並產生家庭的緊張關係。也有一種見解，認為只有父母可以提供性教

育的基本看法，因為只有父母為孩子身體的幸福、其精神與個性的教育負責。性教育同樣屬於「照料孩子的人格」之概念中（參見Maunz-Durig-Scholz, Grundgesetz, Art 6 Rdn 24）。最後，必須指出者，乃是性行為與宗教或世界觀間之緊密的聯結。偶而宗教被視為是確立與形成性道德最重要的社會因素（參見Schelsky前揭書，頁五一、九四）。代表一個嚴格之性倫理的父母，將為其子女在這意義上自我教育立下最重大的價值，並尋求阻止學校違背其所預先訂定的教育目標。

b) 如果人們由此出發，則首先必須要問，是否國家根本上或在何等範圍內，可以在學校內實施性教育。KMK為此提到：「學校基於其教育之付託，有義務在性教育時提供協助」。國家的教育付託其聯邦憲法上的基礎，乃是基本法第七條第一項（參見BVerfGE 34, 165 (181 f.) - Hess. Forderstufe）。正如聯邦憲法法院所曾經提過的（上揭，頁一八二），基本法第七條第一項所規定之國家的教育監督，即包括為確保教育制度為所有年輕人，依其能力，開放符合今日社會生活之教育可能性的目的，而計劃與組織教育機構。不只學校的組織性分類，而且教育過程與課程目標之內容的確立，均屬於這種國家的形成範圍。因此，國家在學校裡，原則上可以獨立於（學生之）父母之外，追求其自己的教育目標。一般的付託學校以教育孩子，並非立於父母權之後，而是與之並駕齊驅。既非父母的權利，也非國家所受的教育付託，具有絕對的優越性。不同於偶而在文獻上所代表之看法的是，學校所受的教學與教育的付託，並不限於只教導知識的素材。這種基本法第七條第一項所預先確立之國家的付託，無寧亦具有將孩子們教育成一個具有自我負責的社會成員之內容。因此，學校的任務亦存在於教養的領域。然而，——誠

如前面已談過的——，很多人贊成父母的家，乃個人性教育最好的場所。不過在它方面，也必須斟酌性的特質，在多方面顯示其與社會有關。性行為乃一般（大眾）行為的一部份。因此，不可以阻止國家將性教育當作年輕人之整體教育的重要部分加以思考。警告及防護孩子免於性的危險，亦屬於這一領域。

基於所有這一些理由，對於國家將人類之性活動的論題，作為學校課程的事項，原則上並無憲法上的懷疑被提出來。首先，只要這只關係事實與過程的教導，不涉及價值評斷地加以呈現，換言之，完全與每一個性倫理關係無關時，就有此適用。然而，如同 *NYN* 之建議為較高年級所設定的，固有的性教育原則上落在國家的教育高權之下；因此，一個對於施予孩子性教育之教育上正當的付託，國家是不可以被爭辯的。——如上所述——，此從國家一般的教育付託裡產生。在此範圍內，性教育是整體教育的一部分，而落在教育的範圍之內。——首先姑不管它可以從父母權中產生的此一涵意——，國家原則上亦有權決定教學方法與課程型態的教學上問題（例如為超越科目的或為特別科目的課程）。

在此，不能不注意的是，學校的性教育從其事物的本質上來看，與父母的性教育是不同種類的。對此 *NYN* 明白指出。學校有可能有通常父母家中所沒有的課程。父母家中的教育，一再的是個人的、個別的與直接的。父母的模範與家庭生活的方式，在此具有重大意義。在學校裡，年輕人可以被提供一般而言，是較專業的、奠定科學基礎的資訊，以及多方面的談論。因此，學校的協助可以給與有價值之補充的幫助，並補充父母家中的性教育。

c) 還有，孩子從基本法第二條第一項所衍生的權利，也為學校的性教育所波及。

基本法將人類的隱私範圍與性的範圍，當作其為基本法第二條第一項併同第一條第一項之憲法所保障的私人生活範圍的一部分。基本法此一規定確保人類有權自己決定對性的觀念。他可以建立其對性活動的關係，而且是否及在何等界限裡，並以何等目標，願意接受第三人就此一觀點所施的影響，原則上由自己去作判斷。唯如人類對性的關係，立於憲法的保障之下，則這種從基本法第二條第一項併同第一條第一項所產生的權利，年輕人亦應享有之。其私生活範圍可能由於學校中實施之性教育的種類與方式，而大受波及。年輕人並非只是父母與國家教育的客體。他無寧自始的，並隨其年齡的增長，常以逐漸增強的量度，成為一個為基本法第二條第一項併同第一條第一項所保護的人格體。經驗教導我們，正因年輕人在性的領域，因受到教育方法上錯誤的教育措施，心靈上受到損傷，而其發展可能受到嚴重的傷害。

3. 總之，可以得知，學校的性教育在一個完全特別的量度裡，與父母從基本法第六條第二項所產生的權利及孩子依基本法第二條第一項所產生的人格權，跟基本法第七條第一項所規定的國家所受的教育付託間，處於一種緊張的關係。

正如聯邦憲法法院在 *Försterhof* 案的判決所說的（參見上揭，頁一八二以下），不可以從確保父母若干在學校的世界觀教育方面之權利的根本法第七條第二項與第五項推出，基本法此一條文只當作特別法，與父母之權利的作用範圍相隔絕，而在教育事業加以規定。基本法已經在所有範圍內，加強教育在個人權利的因素，而且只要是教育係在學校裡實施，即賦與父母較強的影響力，而這在基本法第六條

第二項第一句，已被密化到成爲基本權利式加以保障的地位。以養成孩子人格爲目標之父母與學校的共同教育任務，不要被割裂爲個別的部分。它們無寧是一個有意義，而彼此有關係，共同影響後予以履行的任務。

如果人們仔細一點評估N.N.的建議與漢堡的（學校實施性教育）方針，則將很清楚得知，國家在學校裡，就性領域內，並非只追求孩子們補充的或支援的課程而已，而是一個非常廣泛的性教育。在此必須確認的是，學校不可以爲自己能夠爲所欲爲地在所有及每一方面教導孩子們，否則，將可能因此將父母的整體教育計劃加以破壞。國家有義務在學校裡尊重父母對其子女教育之整體計劃的責任，且對於教育問題中看法的多元性，只要其與已經被規範的國家教育制度相調和時，就要持開放的態度（參見前揭，頁一八三）。

在作法律上評斷從上述緊張關係所生的衝突時，其出發點必須是，性教育原則上在父母的領域，較在學校的層面能獲得較大的親和性。

a) 只要它只涉及到上面所描述之意義下，與評價無關之事實的報導，則這種報導就落在國家所受之教育付託的範疇內；由於這裡只涉及單純的知識教導，亦即典型上屬於學校的任務，而且通常對於學校，較諸對於父母家中更爲適當。職此之故，在此領域內，國家的決定權就完全可應付裕如；基於父母權的影響措施，原則上就必須被排除。不過在此仍應顧及孩子們的人格權。因此，這種教導措施必須在教師原則上已獲得的心理狀態與成熟度的資訊後，才能實施。

b) 在學校裡之固有的性教育，必須在學校與父母家之間獲得一個平衡，每一個教育主體均可依其被賦與之權利的尺度為要求，並提出批評，但對於他方讓步。因此，性教育必須盡可能在父母與學校間的協調下作計劃及實施。

KKK的建議規定，應該給予父母有機會在家長會議中討論其經驗與問題。父母基於基本法第六條第二項，有權請求及時的，並廣泛的被提供對性教育的內容與方法論——教學方法之上途徑的資訊，以使他們有可能對於將在學校裡處理的論題，在他們自己的看法與確信之意義下，影響其子女，並使其依基本法優先被賦與之個人的教育權發揮作用。

然而，在學校性教育的形成時，基於基本法第六條第二項，父母的共同決定權，應予以否定。這是基於下列的考慮：基本法第六條第二項所規定的基本權利，係一個個人的權利，個別屬於每一父母的部分。這不能以多數決方式加以執行。在一個多元的社會，事實上學校不可能斟酌每一個父母的希望，並且在確立教學目標及擬定課程計畫，以及在課程的形成時，予以考慮。學校既不能為每一個個別的孩子或隨便那一小群的孩子，提供課程的解決方案，父母也不需要為利於一個代表多數父母的看法，而放棄其個別的教育權。只要是超越純粹之知識傳授的範圍，在性教育上，一個與一個班所有父母就該班每一個孩子的人格，而進行投票的共同參與，實際上幾乎是無法想像的。因此，在這一領域裡，父母不能無限制的訴諸其基於基本法第六條第二項所規定的權利。其在實行其基本權利時，受到其他想法之人與之有衝突的基本權利限制（參見BVerfGE 28,243<260 f>41,29 <50>）。



不過，父母可以基於基本法的那些規定（第四條、第三條第三項、第三十三條第三項第二句），要求執行性教育時被要求的克制與容忍。學校不得以贊成或拒絕一定的性行為為目標，嘗試對學生灌輸意識形態。只要它涉及性的領域，學校即必須尊重孩子們的羞恥心，並普遍的顧及父母之宗教與世界觀的確信。如果偶而在個案裡逾越這個界線，則首先是該管教育官署有義務介入，並為遵守憲法所確立的界限，而加以處置；此外，父母在此一情形時，可以引導必要的步驟。

鑒於父母教育權的優越性，學校性教育需要附有免除可能性，而需得父母的同意的考慮是較容易瞭解的（參見Stöber, aaO, s.558; Konsequenzen für das Schulwesen aus der Struktur unserer Gesellschaft, in: Die Pädagogische Provinz, 1961, S.641 <663>; Holzapfel, Grundsätze, Bestrebungen und Entwicklungsstand der Sexualerziehung in den Schulen von Nordrhein-Westfalen, in: Mitteilungshefte der andersarbeitsgemeinschaft zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten, 1970, Heft 50, S.6 ff.; Verdross法官在 一九七六年十二月七日歐洲人權法院判決的不同意見（EuGRZ 1976, s.488 ff.））。

一個相類似的問題，也可能在學生之基本權利的觀點下產生。因為一個據有上面所描述的，依憲法被要求退讓與容忍之性問題的課程，被授與時，憲法上並不要求需得父母或較高年級學生的同意。在它方面，一個免除的可能性將嚴重地使一個超越科目的性教育加重困難，正如今日在所有各邦主要是在生物學、歷史、德文、宗教、藝術等科目所已呈現的。正因這種課程的型式，最適合避免缺點，因為這

課程非只集中在性的論題上，也非只是一個教師的事務。如果性教育被當作特別的教學科目或特別的課程單位，則這個法律狀態是否將被另作評價，在此不予置評。在這種情形下，應該作一個適合於父母從基本法第六條第二項第一句所產生的基本權利與可能之良心衝突的規定，首先是立法者的任務。

## II、

聯邦憲法法院至目前為止，有三個判決特別致力於學校關係裡的法律保留：BVerfGE 34,165 (1992 f.) - hess.Förderstufe; BVerfGE 41, 251 (259 f.) - Speyer-Kolleg; BVerfGE 45,400 (417 f.) - Neuordnung der gymnasialen Oberstufe Hessen。在Oberstufe的決議裡，訴諸前二個提到的裁判，而為綜合的確認：

基本法的法治國家原則與民主原則，課予立法者自行為教育事務上之重要決定的義務，而非將之委予教育行政（……）。這特別適用於基本權利之行使的領域，公開於國家形成之外的權利領域……。

這一判例，儘管受到一些批評，今日在學校法上，總能作為基本原則，而加予貫徹（參見其它諸如BVerfGE 41,251 (259)裁判裡所陳述的法院裁判與最近Oppermann, Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentages Bd. I, Gutachten, G 48 ff; Starck, NJW 1976, S. 1375; Kisker, NJW 1977, S.1313; Pieske, DVBl. 1977, S.673 等文獻）。

將此一法律見解看作是具有劃時代性之進步的是，法律保留從其已被取而代之的公式之拘束（自由與財產的侵害）中解脫出來，並從它的民主的——法治國家的功能面，移置到一個新的基礎上，而可以基

於此一基礎重新確立此一法律制度之範圍與射程。批判尤其是針對以「重要的」(wesentlich)此一概念，描述保留予立法者為決定的界定方法(Abgrenzung)(參見 Kisker, Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentages Bd. II, Sitzungsberichte M 82; Pieske 掲，頁六十七)。在第五十一屆德國法學家年會上，在綜合討論(參見上掲，M 108(下)及M 115)指出，「重要的」(wesentlich)首先應該被當作啓迪學的概念(heuristischer Begriff)，而非教義論的文章，予以瞭解，尤其是在一個議會民主制度的國家制度裡，實際上是重要的事務，則屬於議會，被當作是一個蓋念上是自明之理，而加以說出。在細節上為界定時，人們以較大程度的謹慎從事，並注意一個正可能對教育關係造成尷尬的結果之廣泛法律化的危險。這一個措施是否重要，並因此必須只保留予議會本身，或者至少只能基於一個內容上明確之議會的授權而行使，首先普遍的以基本法為導向。這裡基本權利的保護，導出一個重要的觀點。大部分的基本權利條款並未規定侵害只能透過法律或基於一個法律為之，才被允許。此外，透過議會的中介，其確保也符合依傳統之保留理論的傾向，而不必因此區分侵害與給付。因此，在基本權利領域上，「重要的」通常表示，對於基本權利的實現是重要的」(參見 BVerfGE 34,165 (1992) - hess.Förderstufe; 40,237 (248 f) - Rechtsschutzverfahren im Strafvollzug; 41,251 (260 f) - Speyer-Kolleg)。

在教育關係裡，基本權利的重要關聯性，也扮演著重要的角色。在國家教育的付託(基本法第七條第二項)與父母的權利(基本法第六條第二項)以及孩子的人格權(基本法第二條第二項)間的界線，

常常是流動的，並且難以識別。其識別對於基本權利的行使，具有多方面之基準性的意義。

### III、

人們如果依據這一些原則（CI及II），來審查爲控制而被提出來的漢堡邦法的規定，則其結果乃是，學校法第二十八條及學校組織法第二條第二項第一句及第二句，因違反基本法的民主原則與法治國家原則，只要此等規定依一九七〇年自由及漢撒市漢堡學校性教育方針，將性教育之採取的決定，委予教育官署，而歸於無效。

1. 學校法第二十八條與學校組織法第二條第一項第二句的條文與意義內涵，與基本法第七條第一項「學校監督」的概念相結合，及回溯到威瑪憲法第一四四條第一句所爲的解釋。依這一概念的歷史解釋，則在這裡應被瞭解爲國家組織、計劃、領導與監督教育事業之權限的全部。從幾乎逐字重複出現在學校組織法第二條第二項第一句之學校法第二十八條的字義，即可得知，學校官署被移轉以廣泛的行政權限。它在學校法與學校組織法規定的範圍內，可以爲一切爲確保一個能發揮功能的教育事業所必需的行政行爲。其目標在於規定擬授課程之種類與內容的措施，亦屬於教育領域的活動。對此教育官署可以自由裁量爲決定。可以作爲出發點者，乃是該被提出之規定的此種解釋，符合漢堡立法者在一九六六年（學校法）與立法者在一九七三年（學校組織法）的意思。學校之教學與教育目標所涉者，將爲學校組織法第二條第一項第二句明白地加以證實。提請審查的法院即持此一種解釋，自由及漢撒市漢堡的參議院，其看法亦同。因此，教育官署有權對學校的科目之教育目標與學習內容，爲所有的重要性決定。這

幾乎要適用到既非自由與漢撒市漢堡的憲法，也非這二個漢堡的教育法，在目前的基準時點對教育付託與學校教育目標的規定所包涵的。其餘方面，課程目標由文化部長在無特別的法律基礎下，所頒布的教學計劃所操縱，這亦符合教育事業的傳統。

2. 因此，教育官署似乎根據一九七〇年性教育方針，採取性教育亦屬有權限。然而，這將與本判決理由C II部分所述意義下之基本法上的民主原則及法治國家原則不符。此等原則依基本法第二十八條第一項規定，對於各邦的憲法秩序亦有拘束力。性教育依據一九七〇年性教育方針，併同Art. 6建議，在完全之特別範圍下，處於父母之自然的教育權（基本法第六條第二項）、孩子其人格自由發展的權利及其私生活的保護（基本法第二條第一項），甚至於基本法第七條第一項所規定的國家教育的付託間的緊張關係下，已如C I一節所述者。對於是否一個如此的教育計劃應該在學校實施之問題的決定，在高的範圍內，涉及一個與基本權利有重大關係的領域，並且對於前述基本權利的行使，具有重大關係。因此，這涉及到一個立法者必須自為決定之重大的決定，而他不能將之委託予教育官署。

3. 法律的保留亦不因在草擬漢堡性教育方針時，在專業官署所組成的代表團，除有參（事）議員外，尚有議會所選出的市民屬於這代表團，參與該方針的草擬，且已舉行一個黨團表示同意的議會辯論，而被說明其充分性。法律保留的原則限制了一定的事物領域，此等事物領域的規定，基於民主法治國家之秩序的理由，原則上課立法者以義務。彼時自由與漢撒市漢堡市議會既非作為立法者而運作，也非代表團的協力可以取代立法的行為。

4. 正如提請審查之法院所正確說明的，對於這似乎滿足法律保留原則之該待審規定，亦未留予限制的合憲性解釋的空間，因為每一合憲性解釋之界限，均在於似乎與規定的文字及意義相牴牾（參見 BVerfGE 18,97 (11)）。這裡的情形似乎就是如此。

5. 然而，這並不表示所有型態之性教育的模式，如同漢堡方針所確立的，因憲法之故，均必須以形式意義的法律加以規定（參見 BVerfGE 41,251 (265) Speyer-Kolleg）。首先所進行的，無寧是學校的性教育透過一個議會附有充分明確性的引導性決定，加以描繪。在法律之固定具拘束力的目標確定，及以此為導向之課程的實施，宜予以持保守態度。必須經常加以審究的確認，乃為了使其教學上的責任能夠正當，是否它賦與教學方法的自由，留有足夠的空間，是否教師在教學時仍被留有餘地。教學與學習的方法，其細節原則上不必保留以法律加以規定，有時這種細節根本無從規範，且課程的型態必須為適應情況所設的條件，而予以開放。Niehues 於其在第五十一屆德國法學家年會的評論中，正確第說道：「規定標準的學習目標，並確定達成這目標最合乎目的的課程方法，並不是議會的任務」。這無寧是教育官署的任務，而最後的細節，則託付予班級上課的教師。在此，作為標準的，必然是基本權利的關聯性。只有那些對於上述無法避免的緊張關係裡，在實施基本權利的時候是重要的事，才受法律保留的支配。下列事項總屬於重要的事項：在基礎點上教育目標的確定（總學習目標）（Globale Lernziele）、性教育是否被當作超越科目的課程原則、或者作為附有選擇或免除可能性的特別專業科目的問題、對於在性的領域中多方面可能的價值觀，要求退讓及容忍與開放、此外，提供父母資訊的義務（參見前述

C 13 b)。

IV、

訴訟原告 1.) 的憲法訴訟無理由。

如果人們從上述 C 11 節對於課程材料所作法律事實的區別，則訴訟原告所指摘的課程，不屬於固有的性教育的成份。無寧這只涉及在通常在生物課程範圍內客觀性知識基本事實的傳播，此基於巴登—符騰堡邦父母顧問委員會同意，而由教育部所頒之一九七一年六月十八日之暫行性的教學計劃（Kultus und Unterricht 1971, S. 1081 (1129)），而實施者。在此所使用之生物教科書，並不包括訴訟原告所指摘，超過純粹中性知識之傳播的圖片與文字說明。因此，該課程材料為基本法第七條第一項所規定之國家的教育付託所完全涵蓋。如果這種從人類性領域的生物學事項之傳播，限於必需的材料範圍，意識型態上持容忍的態度，並允許父母填補其享有之個人的教育權空間內，國家就維持於其被賦與的教育付託範圍內。在執行這個課程時，一個侵害父母從基本法第六條第二項所產生的父母基本權利，只有當因此與向孩子灌輸意識形態相結合時，才被考慮。就此並不存在足以支持的論點。顯然地，無寧只涉及在人類性的領域就生物學的事項，以合於事實的、依年齡的種類與方式，而為知識的傳播，並不因此而為孩子的性行為確立一定的規範或建議。如果學校既存的動機，而無世界觀的背景，使學生得知實質的性知識資訊，則其在其統一的課程與教育付託範圍內處理。因此，其並不侵害基本法第六條第二項所保護的父母權。在此，同樣也少有牴觸基本法第四條。訴訟原告亦無免除其女兒此一課程的請求

權。

只要他懷疑課程教學方法上的適當性，則不須就此再進一步深入探究，因為此一問題不屬於聯邦憲法法院審查權限所及的範圍。在憲法上可能是重要的之最外部的界線（參見 BVerfGE 34,165 (1985) - hess. Forderstufe），透過生物課程的形態，以訴訟原告所指摘的方式，很顯然地沒有被逾越。

訴訟原告只要主張，在巴登—符騰堡邦對於性教育欠缺法律的規定，則其實疑並非強而有力。如果正如本案的情形，只是在生物的課程範圍內，介紹人類之繁殖的生物學上實質的資訊，則如前所述，這並不涉及最近認為它需要一個特別之法律基礎的性教育。

（簽名）

Dr. Benda                      Dr. Haager                      Dr. Böhrner

Dr. Simon                      Dr. Faller                      Dr. Hesse

Dr. Kratzenstein                      Dr. Niemeyer



## 關於「國會保留（立法否決）」之判決

### ——聯邦憲法法院判決集第四十九卷第八十九頁以下

譯者：吳綺雲

#### 〈判決要旨〉

1. 由國會民主之原則不得導出國會及其決定較之其他公權力之優先性來作爲一掩蓋所有具體權限分配之解釋原則。
2. 贊成或反對在德國主權領域和平利用核能之法律容許性的規範上的基本決定，由於其對人民之特別是自由、平等領域和一般生活關係所產生之深遠廣泛的影響，以及與此必然有關的該規範的形式和規定的強度，因此是屬於一種法律保留原則意義下之基本且重要之決定。對此有權作決定的只有立法者。
3. 如果立法者已作了一決定，而作該決定之基礎由於後來新的、在立法當時尚不能預見之發展而受到決定性的動搖，此時立法者基於憲法有義務去審查原來之決定在改變後之情勢下是否仍應維持。
4. 在一種不可避免不確知之情況，立法者與政府最先有政治上之責任，在其個別權限範圍內作成他們認

爲合目的性的決定。在此種事實情況下，不是法院之任務，以其估算去代替有權作該決定之政治機關，因爲就此方面而言缺乏法律之標準。

5. 核能法第七條第二項第三款所作向將來開放之規定方式目的在於達到機動性的基本權利的保護。該條文幫助儘可能地去實現各該當時核能法第一條第二款所保護之目的。

6. 要求立法者鑒於其保護之義務去制定一百分之百絕對排除因核准科技設施及其營運所可能產生對於基本權利造成危害之規定，則是對人類認知能力的判斷錯誤，且如此將會進而排除任何國家對於科技利用之許可。就此點而言，爲社會秩序之形成，於估算時應根據實際之理性即可。在此實際理性範圍界限之外所存在的不確知性是不可擺脫的，就此點而言，應作爲社會相當之負擔而由所有人民來承擔。

一九七八年八月八日第二庭裁定

—2BVL 8/77—

本程序係因北萊茵——威斯特法倫邦高等行政法院於一九七七年八月十八日（VfLA 338/74）作成之中止程序和移請裁判之決議，針對一九五九年十二月二十三日公布（聯邦法律公報第一輯第八一四頁），並於一九七六年十月三十一日修正公布（聯邦法律公報第一輯第三〇五三頁）之關於和平利用核能及防止其所致危害法第七條之規定，就該規定可以核准所謂高速增殖反應爐型之核能廠部分，審查其合憲性。

## 判決主文

一九五九年十二月二十三日公布（聯邦法律公報第一輯第八一四頁），並於一九七六年十月三十一日修正公布（聯邦法律公報第一輯第三〇五三頁）之關於和平利用核能及防止其所致危害法（簡稱核能法），其第七條第一項及第二項之規定，就關於核准所謂高速增殖反應爐型（Schnellen Brüter）之核能廠部分，與基本法並無牴觸。

## 判決理由

A、

1. 北萊茵——威斯特法倫邦（Nordrhein-Westfalen）之勞工、健康及社會部與經濟、中產階級及交通部曾於一九七二年十二月十八日以裁決（Bescheid）核發給予埃森（Essen）的“Schnell-Brüter”核能有限公司，在克雷夫（Kleve）縣境內之卡爾卡——霍內不爾（Kalkar-Hönnepe）處設置一高速增殖反應爐建築型的核能廠的第一個部分許可。在該裁決中載明，關於該核能廠設置地點之合適性即因此而決定了；同時，對於該核能廠的基本的設計規劃的特徵——除一些有更進一步詳細描述的限制外——也予以核可。該核能廠的設計規劃如下：它是以一快速鈉冷卻的反應爐建造。該反應爐之核心係由一內部的分裂區以及一包圍該區之增殖區組成。在分裂區內是以鈾鈔之混合氧化物作為核燃燒之原料。在增殖區內則是使

用不會分裂，但會轉變為鈾的濃縮的U二三八同位素的鈾氧化物作為增殖原料。在反應爐中經由核子分裂程序所產生之熱能源會經由在一密閉主冷卻系統中的流體鈉透過中間熱交換器傳到在副冷卻系統中的流體鈉。由副冷卻系統中之鈉所接收到之熱能源會傳到在蒸氣發生器中之給水。給水在蒸氣發生器中蒸發，其所產生之過熱的水蒸氣發動一渦輪發電機，然後產生大約三百兆瓦的電力。

原告係於離上述計劃興蓋核能廠預定地約一公里處從事農業經營，他於一九七三年二月向杜塞道夫(Düsseldorf)地方行政法院提起撤銷訴訟，請求撤銷第一個部分許可。法院依行政法院法第六十五條之規定，命“Schnell-Brüter”核能有限公司參加訴訟程序。一九七三年十月三十日地方行政法院以訴無理由，判決駁回其訴。

2. 北萊茵——威斯特法倫邦高等行政法院第七法庭於一九七七年八月十八日以裁定停止上訴程序，並依基本法第一百條第一項之規定，就一九五九年十二月二十三日公布（聯邦法律公報第一輯第八一四頁），且於一九七六年十月三十一日修正公布（聯邦法律公報第一輯第三〇五三頁）之關於和平使用核能及防止其所致危險法（簡稱核能法）第七條規定，就關於核准所謂高速增殖反應爐型核能廠部分是否合乎基本法之問題移請聯邦憲法法院裁判。

核能法第七條規定：

#### 設施之核准

(1) 凡為生產、加工、處理、分裂核子燃料或為清理已受放射之核子燃料，設立、經營或其他擁有

之固定設施，或該設施或其經營有重大變更者，均應申請許可。

(2)前項許可之申請非具有左列之要件不得核准：

- 1.無足以會對申請人及負責設施設立、領導管理和監督經營人之可靠性和對負責設施設立、領導管理和監督經營人爲此應具備之必要專業知識產生懷疑之事實存在。
- 2.保證經營設施之其他人應具備關於安全營運設施、可能發生之危險和應採行之安全措施之必要知識。

3.對因設立及營運設施所生之損害已依當時之學術和科技水準採行必要之預防措施。

4.已爲履行法定損害賠償義務作好必要之預防措施。

5.保證對第三人之干擾行爲或其他影響已採行必要之保護措施。

6.不與主要之公共利益，尤其是在保持水、空氣以及土壤之潔淨及設施設置地點方面相對立。

(3)依第一項之關閉一設施，對一永遠關閉設施作安全包體或拆除設施或設施之部分，均應申請許可。第二項按其意義亦有其適用。但計劃採行之措施已爲依第一項申請許可或依第十九條第三項所爲命令之客體者，無須依第一段之規定申請許可。

(4)許可程序中，所有與其職權範圍有關之聯邦、各邦、各縣市和其他區域社團之機關皆應參與。許可機關與參與之聯邦機關之一意見不一致時，許可機關應取得主管核能科技安全和游離輻射防護聯邦部長之指示。此外，許可程序依一九七四年三月十五日公布施行之聯邦公害防治法

(Bundes-Immissionsschutzgesetz)第八條，第十條第一項至第四項，第六項至第八項和第十八項之原則，以法規命令規定之。

(5)設置地點可變之設施準用第一項，第二項和第四項之規定。但於第四項第三段所稱之法規命令中得預先規定，得不須將計劃公告並公開展覽申請文件，因此即不生公聽異議之問題。

(6)由一經核准之設施所散發對其他土地所生之影響依其意義適用聯邦公害防治法第十四條之規定。

依移請聯邦憲法法院裁判之法院的見解，上述條文依其當時之內容，就關於核准高速增殖反應爐型核能廠之部分違背了權力分立原則（基本法第二十條第二段），國會民主原則（基本法第二十條第一項和第二項）和法治國原則（基本法第二十條第三項）。

a) 政治上的主要決定依權力分立之原則本應由國會本身自己作成，且將其具體化於一形式的法律。但國會應只限於作成「重要」之決定。何種決定方才應被視為是重要的，需要更進一步的規定。所謂「重要」之決定應依個別所牽涉到之生活領域，人民之法律地位和規範客體之特質而定。判斷一決定之重要性的標準應是人民可能直接受到影響之基本權利的實現，該規範對一般公眾之意義，在與基本權利有重大關係領域之特徵所具政治的爭議性以及國家行為強烈的程度。同時，依法律保留所附之原則，受牽涉人民之基本權利的保護的問題愈大，該規範對一般公眾之意義愈重大，所呈現出之政治的爭議範圍愈廣泛及國家所使用行為干涉之程度愈強烈，則國會所作之主要決定即須更具體。

b) 核能法第七條之規定並無達到上述之標準。雖然立法者就和平使用核能之問題帶核能法中作了主要之決定，但是國會在核能法第七條所表示出的更進一步決定中，就給予行政機關亦有可能核准高速增殖反應爐型之核能廠上，即對於讓予行政機關得規範之範圍，規定得不夠明確。依該規定給予行政行為得自由塑造之範圍對於公眾，尤其是對於為防核能之危險，而得要求國家保護其生命及身體不可侵犯性之基本權利（基本法第二條第二項第一段）的個別人民而言，具有特殊重大、廣泛之意義。在這裡是一個高度受到危害、關係基本權利重大之領域有待規範，因此，也就需要比現行條文更具體之規定。否則，核能法第一條第二款及第三款所定之目的——防護核能之危險——在未來是否也有可能實現，將完全操於行政機關手中。

2a) 隨著高速增殖反應爐型核能廠之建立所可能產生之結果影響、危險以及不可逆轉之壓力是如此的大，以致於應由立法者單獨為此負起責任。首先應考慮的是，高速增殖反應爐第一次必須以在熱流的反應爐中所產生的鈾去裝載。因為這個原因，鈾的可支配性，亦即為增殖反應爐第一次燃燒原料裝備，去累積和貯放鈾，即被認為是供給政策上之必要。此外更加上，由熱流反應爐所產生之鈾在加入高速增殖反應爐之前，須自己燒完之燃燒元素再加工。但是決定再加工及因此隨之而來的「燃燒原料循環」卻是同時即拒絕不再加工而最終貯放在熱流反應爐已燒完之燃燒元素。將來如果自高速增殖反應爐亦產生燃燒棒，則將再度產生如何處置它下落的問題。之後如果某種原因，譬如在政治或經濟上的例外情形，這些燃燒棒不能供給一新的加工，則吾人會被強迫要將大量，具有半衰期二四三九〇年的高度放射性

的鈾二三九作最終的貯放，且要將這種終局貯放的知識也流傳給下一代。反之，如果這些燃燒元素再拿去加工之設施，則除了進出輕水型反應爐的燃燒元素的運輸之外，還必須考慮到在高速增殖反應爐和再加工設施之間會有無數次運輸含鈾的燃燒元素。

㈢ 本庭承認，當把以上所述之可能發生過程之部分提出來討論時，核能法都個別有相關的條文供適用。特別是由核能法第三條、第四條、第六條和第九條a，看起來好似已有一個無漏洞國家的防禦危險的圖像。但是決定的卻不僅在此。關鍵決定點是在於，假如引進增殖反應爐科技，運用個別在法律所規定之監督結構、程序，則會越來越有變成是一種行政機關對由其自身所主導，但卻是由立法者手中輕輕滑溜出去的單純反應的危險。當以興建高速增殖反應爐方式第一次引入特地針對生產鈾之科技且隨之而引起的問題已達全國性的規模，則這些監督的結構、程序是否仍有能力去履行它的任務，應受到質疑。因為鈾愈高程度地發展成一種行為客體——一個隨著核能廠數目的增多會增長的問題；因為在高速增殖反應爐所產生之鈾必須輸送到另一反應爐去再利用，很有可能即因此即要被迫去興建新的核能廠——，則愈容易為無數之第三人抓用。同樣也要擔憂的是勒索以及占用鈾去非法製造原子彈——即使在技術上並不是容易可以做的。為了對抗這些危險，採行監督的預防措施是必要的，這些措施在必要的人力需求方面及在應籌措的資金方面皆大大地超過至目前所認識的安全措施。是否可以期待人民忍受這些結果，更進一步是否能保證繼續維持人民之自由，這些都是因興建高速增殖反應爐所產生，至今尚未獲得解答的一些進一步的問題。依現行法律狀態，核能法第七條並沒有科以核發許可證之行政機關有顧及以



上只是暗示提到的強制和依賴性的義務。行政機關最多可以經由行使賦予它的裁量權，將以上所述之可能性列爲其作決定之課題。但如此的話，基於上面所提到的考量，法律之規定還不符合足夠明確之要求。（因建核能廠）所可能產生的強制是如此不能估計，且對個別人民之生存所可能造成嚴重之侵犯，又是如此不能預見，所以，對於這些強制是否應予容忍的問題，應只有由比現行法律狀態更爲具體之形式的法律去決定。唯有藉由在核能法之許可法規中作更詳細之規定，立法者方能符合法規應具足夠明確性之法治國要求。

cc) 如果立法者於訂定核能法當時即認識因核准高速增殖反應爐所可能發生之強制，則它更應該以它的認識爲基礎，將法規訂定得更詳細。反之，如果它當時並無對該強制有所認識，則它更應該將往後的發展完全委託給行政，因爲在核能法和防禦危險法領域，就將期待的發生過程，不得允許立法者有錯誤預斷。

dd) 說在本案所涉及之高速增殖反應爐型三〇〇只是該建築型的一樣機而已，這點則不是具決定性的。核能法第七條由於其無做更詳細的規定，即允許行政引入連帶會發生以上所述之可能的依賴性的增殖反應爐的科技，因如此即已是抵觸憲法的。但如果是如此的話，則行政依該條文所作的究竟僅是核准一樣機的設置，它包含是對目前核能政策轉折的決定或至少使其成爲可能，或者是在將高速增殖反應爐引進作爲商業用之範圍內核准一結果計劃的設置，則不是決定點所在。本法庭對不足夠明確之核能法第七條的條文應放棄作合憲性的解釋；否則，將由司法去確定該法條之規範內涵。因此，這個有待作的

決定應保留給立法者。最後，鑒於因引進增殖反應爐科技，期待會導致巨大改變之核能經濟上和安全政策上之轉折，以及製造不能挽回事實的危險，本庭之見解認為，此種違憲之狀態即使在一過渡時間亦不能容忍。

## II、

1. 聯邦內政部以聯邦政府之名義表示了意見。它認為北萊茵——威斯特法倫邦高等行政法院將該問題（移請聯邦憲法法院裁判，並無理由。

(a) 該高等行政法院之立論理由乃是建立在將「重要性理論」(“Wesentlichkeitslehre”) 過度擴張至一般法律保留 (allgemeinen Gesetzesvorbehalt) 的基礎上。依聯邦內政部之意見，在核能法第七條中沒有明文提及高速增殖反應爐型之核能廠，並無關係。由核能法之官方立法理由中顯示，立法者依其想法，是已有將高速增殖反應爐型核能廠包括在該條文之適用範圍內之意思，而且該意思也以一般描述之方式，足夠明顯地表達出來了。如此，其已達到對國會立法責任之要求。

(b) 除此之外，聯邦內政部亦認為，移請聯邦憲法法院裁判之高等行政法院基本上錯佔了增殖反應爐技術的可能產生的結果影響及強制約束性。

高速增殖反應爐技術的使用特別並不意謂著是基本上完全新的，或是另一種的燃料循環，而僅是該緊閉循環系統內一漸次的改變。增殖反應爐正因為它基本上是使用了相同的物質——鈾及鈾——，也原則上是運用了相同的重複回收後使再生的技術，因此很適合地配用於輕水反應爐——燃料循環系統內。在整個

的燃料循環過程中，純形式的鈾僅產生於最後洗滌鈾和產生新燃料粒間的極短的階段。依照聯邦政府所設計計劃的整體合一且空間集中的廢料中心，重複回收後再生以及燃燒力之產生將會在廢料中心內很近之距離內發生，以致在廢料中心之外，不會出現純鈾。目前在我國營運或正在興建中的輕水反應爐型之核能廠的總發電能量為二萬兆瓦。這些核能廠每年共約製造了三千六百公斤可分裂的鈾。在卡爾卡所興建的高速增殖反應爐型三〇〇的核能廠，在其整個燃料循環系統中所產生的鈾的量則帶三千至四千公斤。

此外，對於由高速增殖反應爐燃燒所產生的具放射性之廢棄物的最終貯藏，則沒有再生其他基本上新的問題。如果還有其他個別問題，則可與廢棄物終極貯藏場之興建一併解決。

至於有關勢必要增加更多運輸的問題，由於計劃中的廢料中心包括了燃燒完燃料之貯藏所、重複回收後使再生之設施、廢棄物處理設施、鈾燃料粒之製造以及終極貯藏所，如此即可保證上述各設施之間的運輸過程將會限制到最少。外部之運輸有由核能廠將燃燒完之燃料運至總燃料貯藏所及新製造成的燃料的運進。此外尚有自然鈾以及為燃料供給所必需的濃縮鈾的運進。因在卡爾卡興建高速增殖反應爐型之核能廠因此增加的放射性物質的運輸成本極為微小。在將來，目前已在營運中的核能廠，其為供給和貯藏所為運輸之次數仍是占主要部分。

鈾因其毒性以及個別同位素可運用作成核子武器所生之風險是有限制且是可掌握的。依照聯邦政府廢料中心之構想，燃料循環在輕水反應爐型核能廠就已經可設計成，無控制的去存取鈾幾乎是不可能的。

。在燃料循環中心之外則僅利用鈾鈔之混合氧化物，該氧化物因其所含極微量之可分裂之物質，因此並不適合製成炸彈。要製成炸彈先將鈾及鈔分離。但分離的化學程序以及該物質的危險性是需要實際之知識。而該知識是不能由教科書中獲知的。因此，由恐怖分子團體製造核子武器之危險很小。更且，動力反應堆僅產生一種鈔混合物，它由於含高鈔同位素部分，因此只是有有限的適合於製造炸彈。即使該物質仍不能完全排除可製成原子彈，但其需裝置之引燃技術仍是複雜，而且需要高度發展之核能技術，也因此，恐怖分子要製造原子彈實際上是幾乎不可能的。雖然即使鈔不使用於製成爆炸性武器，也因其毒性，如落入恐怖分子手中，仍是一種危險物質，但是吾人仍是有可能以採組織上及技術上措施之方法，防止任何未經准許之存取，有效地保護該物質。要達到該目的，並不需要一個全面的警察國家（totalen Polizeistaates）」，以令人難以忍受之方式限制人民之自由權利。現行整合統一的安全及保護系統並沒有對人民之自由權利進行上述性質的干預也足夠且有作用，即可反駁以上需「全面的警察國家」的看法。

(c)最後，移請聯邦憲法法院裁判之高等行政法院錯誤地忽略了在現行法上有一種策略手段，國會和政府可以之有效地掌握在和平使用核能領域方面的發展。

國會之立法者已對有關高速增殖反應爐之興建和營運作了很多具有基本重大意義的決定。這些立法決定相互補充且表明了德國國會對將高速增殖反應爐加入電力供給行列願負所有國會立法的責任。由於核能法中關於原子爐，就其技術部分，故意以開放之措詞規定下來，加上在制定核能法當時，關於高速

增殖反應爐基本的結構特徵、功能、作用原理以及其對原子爐之進一步發展所具之意義，已爲人所詳知，據此應可推斷，立法者已將高速增殖反應爐包含於其關於和平使用核能之決定之內。立法者在往後多次的核能法修訂中，至今仍無一次有意限制核能法第七條對於原子爐之技術採開放規定方式之構想，反而更進一步幫高速增殖反應爐列入聯邦政府之研究計劃之內，更證明且表明了該項決定。爲貫徹執行核能法之保護目的，立法者已建立起一套預防性禁止的許可保留作爲其決定性的策略。尤其是立法者在核能法第七條動用了對技術安全法被證明是有效的系統，即是在立法規定之門檻之下，以法規命令、行政規則及準則等建構一毫無漏洞保護要求之系統之方式加以具體化。除此之外，立法者也藉由批准簽署歐洲核子共同體條約、限制核子武器條約之方式，使德意志聯邦共和國加入國際監督系統之內受約束，其目的在於經由一種及時發覺無權留用的制度，防止核子燃料的濫用。

此外不能忽視的是，國會對於和平使用核能，連帶地也對於高速增殖反應爐之興建，不僅在專法的制定方面，也在預算方面有所關心。直至目前爲止，爲了研究發展高速增殖反應爐已花費了公款約三十億馬克。另外，德國國會更在無數的委員會會議和國會的辯論中，對核能的和平使用進行了討論。只要國會認爲有必要變更及補充的，它也都採取了必要的措施。這由核能法自一九五九年以來已經多次被修訂之事，表現出來。

由移請聯邦憲法法院裁判之高等行政法院對於國會及行政機關利用法律所規定的監督手段，是否保證尚能對核能的發展爲負責任地掌握的問題所提出的論述中，聯邦內政部認爲不能看出其所依據的是何

些事實。由核能法第三條至第十九條規定的整個系統，行政機關有可能，亦有義務，藉由採取預防性的監督措施，依照一個很明晰的範本，負責任地掌握因和平使用核能及高速增殖反應爐技術所帶來的危險。此外，國會尤其能根據聯邦政府所提無數關於和平使用核能的報告以及能源計劃，藉由相當的立法行為，按照其意願，影響將來之發展，且以此可隨時履行其政治的主導任務。

關於高等行政法院認為核能法第七條規定得不夠明確的部分，吾人應注意的是，我們不能絕對地禁止立法者使用不確定法律概念，且正是在核能法所應規定之內容，立法者根本不能放棄使用該種概念。對於一個核能廠所應遵守的技術安全上的要求以及所允許對周遭環境之影響是不可能的詳細且毫無漏洞地以法律規定，因為如此的話，吾人將是交給國會一項即非它專業所能勝任，在內容上它亦不能負責之任務。此外，如此一種的辦法也會由於立法程序的緩慢而使得在核能安全技術方面，要去對部分快速發展的學術及科技水準作必要的適應，造成困難。在上述條件之下，如果立法者在法律之層次，僅是以使用概括條款、不確定法律概念及法規授權來確定立法目標為已足，而將該確定的目標的落實交由行政機關，在專業學術之基礎上，並參考非官方的科技規範，以訂定法規命令、行政規則及準則之方式完成，則此既合於法治國之要求，亦符合權立分立原則。

應同意高等行政法院一點的是，鈇由於其所具之危險性，是屬於一種特別需要安全措施的產品。但在德意志聯邦共和國，為保證鈇受到必要保護，已利用在這方面國際性的建議，發展了一套整合統一的安全及保護的方法制度。依該制度「營運者方面」的預防性的基本安全保護是由個別的鈇的持有者負責

，並有負責公共安全機關所應採的保護措施作為補充。該項整合統一的安全及保護制度以其所採之預防措施並不需要，亦不會引起對無關第三人自由的消極的影響。在有具體危險威嚇及有必要採取警察通緝及其他鎮壓措施之情形，則其所必須採取之行動，是與在發生譬如恐怖分子挾持人質或是盜竊其他危險物品事件時所應採取之措施，在質與量上是相當的。依至目前為止國內、外所獲得之經驗可以說，即使要保證比較多量的鈈的安全，現有法律也是足夠了。如果鑒於國內安全，一般之局面必須廣泛予以改變，到那時則大概不僅是只為保護核能設施及核能物質，而是所有會因第三人之干擾措施或其他無權的影響受到危及之物體皆要採取補充之措施。但這時所牽涉的已不是特別的核能法的一種現象，而是有關保障德國內部及外部安全的一個一般性的問題。

d)即使如果吾人同意北萊茵——威斯特法倫邦高等行政法院之見解，認為如果也將核能法第七條適用於商業用之高速增殖反應爐時，則該條文即不能符合由權力分立、國會民主及法治國之憲法原則所衍生出來之要求，那也有必要且有可能作一符合憲法之解釋說，核能法第七條至少對於興建及營運一個樣機（Prototyp）是准許的。這尚不表示是到了目前能源政策的轉捩點，亦非將其導入一不可回頭的發展，變成「鈈經濟」的發展。它的作用僅僅是在於，為求這類型原子爐安全技术上的更求完美，搜集更進一步的經驗，至於關於這類型原子爐一般引進的問題，則是以後才決定。核能法第七條亦不會因作了上述符合憲法之解釋而失其意義，因為建立及擴建一個為和平目的使用而攫取核能之工業的主要基礎仍舊保存，只是對於將來將高速增殖反應爐應用於商業用途上需要一個補充的立法上的決定。

2. 北萊茵——威斯特法倫邦政府和原來訴訟之被告遞送了一份共同的聲明。

a) 高等行政法院移請聯邦憲法法院裁判之決議中，其立論理由異常地不確定且某些部分自相矛盾。

高等行政法院認為高速增殖反應爐亦包含於核能法第七條第一項之適用範圍之內，並以之為出發點，這是正確的。立法者故意地選擇了「凡為生產……核子燃料之設施字眼的不確定法律概念，亦即該規定並不限適用於特定的原子爐類型。如由核能法官方立法理由中可證明的，這其中從一開始也就將生產鈾二三九之原子爐，亦即正是高速增殖反應爐考慮進去了。依此，核能法第二條第一項第一款 a 將鈾二三九和鈾二四一算入該法意義下的核子燃料。立法者立法後之行爲也明確地顯示，高速增殖反應爐型之核能廠依其意思應準用核能法第七條之一般性規定。如果高等行政法院現在認為，國會在訂定核能法第七條，授予行政機關自定規範之範圍，其中在讓行政機關亦有權核准高速增殖反應爐之核能廠部分，規定得不夠明確，那麼高等行政法院的立論理由所導致的結論即是，一個而且是同一的核准要件雖然對某一種原子爐類型而言，規定得可算足夠明確，但同時對於另一種類型之原子爐卻規定得不明確。此種例外，一般想法即顯得是不可能的。核能法第七條第二項所用以詳細規範（核能廠）核准要件之不確定法律概念，雖然應各隨特定的原子爐類型予以適用，但這並不改變其所涉及的是同一的法律要件特徵。該條文規範性之明確性不能僅因其在具體事件必須適用於不同的事實，而有不一致的判斷。唯一值得討論的是，鑒於高速增殖反應爐之特殊性，核能法第七條第二項之個別的核准要件是違憲的，或是相反



地，由於這種的特殊性，基本法強制應規定附加的核准要件。可是在高等行政法院移請聯邦憲法法院裁判之決議中，並沒有包含此種的論斷。在該決議中，既沒有說明核能法第七條第二項之一個或另一個要件是違憲的，由其內容亦看不出立法者依憲法應再附加何些規定。高等行政法院認為關於因核准高速增殖反應爐擔心帶來的某些特定的強制後果，是否應予以忍受之問題，僅能由比現行法律狀態更具體之形式的法律解決。由上述高等行政法院之見解亦無法顯示，其所認為目前法律狀態之不明確性究竟是在那裡。同樣地，由高等行政法院接下來的意見，認為唯有透過在核能法本身所包含之核准法規中作一確切的規定，立法者方能符合法治國原則的要求的足夠的明確性的看法，亦無法看出，其所指之不明確性何在。依照高等行政法院移請聯邦憲法法院裁判之決議的全部措詞，國會應被督促，為擔心會造成的所謂「鈾經濟」的後果，擔負起直接政治上的責任。但為何這僅能經由核能法之補充修訂方有可能，由決議之措詞亦無法看出。政治上責任之承擔譬如說亦可以在預算上為高速增殖反應爐提供獎助資金之方式為之。

高等行政法院移請聯邦憲法法院裁判之決議所依據之真正之理，在決議文句間明白表示出來的即是，高等行政法院認為該問題是屬於全國性的，而該問題依其確信，乃是隨著第一次的引進專為生產製造鈾的技術所引起的。依其見解，目前對於該危險之真實性只可能作一些模糊的推測。但是，高等行政法院由這不能理清的不確定所得出的結論似乎是錯誤的。在此所牽涉的不是法規範明確性，而是立法者承擔不能完全估計的公共風險的政治責任的問題。即使吾人成功地將核能法第七條之要件更明確地規定，

仍不能排除有發生高等行政法院所擔心危險——如果它是真實的——的可能。鈾科技所帶來的全國性問題依舊如一。事實上高等行政法院所指摘的是，立法者以在核能法第七條所規定之要件下，核准高速增殖反應爐之設置，其立法決定太過草率，此並未盡其對鈾科技所可能想像發生，但不能進一步驗證的危險所應預防之責任。對於國會所作的評斷，認為它關於鈾科技所生之危險並未獲知全貌，因此，在這方面它的動機並不足夠明確，這對於立法者而言，意謂著是一種政治的審查，吾人是可以予以正視。但是，這在憲法上之意義並不重大。即使我們同意高等行政法院之看法，認為立法者在核能法第七條中規定表示高速增殖反應爐是可以被核准設立的，此對於該科技所可能產生的後果完全沒有足夠考慮過，即使如此，憲法上唯一重要的，該法條規定要件的明確性，並不會因此而受到質疑。

b) 雖然高等行政法院移請聯邦憲法法院裁判決議中欲說明核能法第七條因法規明確性不足而違憲之論述本身並不具說服力，但似乎也適合在此探討一些更進一步的觀點。

aa) 高等行政法院移請聯邦憲法法院裁判之決議對於為興建核能廠之許可，憲法上基於法治國及民主之觀點，所要求的法律授權的明確性，要求地太過分了。有鑑於核准一核能廠所生之學術上及技術上問題之多樣性及複雜性，使用核能法第七條第二項所出現之不確定法律概念乃是絕對不可避免的，正是在這個領域，立法者必須考慮到學術知識上之特別快速的繼續發展，使用不確定法律概念就更不可避免。特別是由於該項學術之如此快速發展，立法之程序自然無法隨時經由修訂之方式跟上，因此如核能法第七條第二項第三款所規定，以個別當時之學術及科技水準所必須有的對於損害之預防為標準，即是

恰當的。基於上述關係，加上該條及明確所表示之目的，核准之行政機關及行政法院——不可避免地再借助專家之鑑定——即可能獲得比在核能法本身再如何詳細規定皆無法達到之更確切及更能反映現代之標準。除此之外不能忽略的是，核能法第七條第二項本身對於核能廠所生危險所爲之保護規定還會透過國家應承擔放射性廢棄物中程及終局貯藏責任之規定，以及歐洲核子共同體條約和特別是用以保護核子燃料，以防止濫用之限制核子武器條約中之監督的規定予以補充及強化。立法者已部分在國內層次，部分在國與國之層次，建立了一套規範及限制行政機關與核子燃料有關措施之整個形式法律規定之分佈網。如由多次的核能法修訂中所顯示的，立法者對它在這個領域所應負的責任是有自覺的，絕不會任由行政機關在該領域依其本身裁量行事。

至於明確性原則之關於民主的部分，吾人不能忽略的是，德國聯邦國會皆隨時注意、掌握在核能之使用領域方面之發展——包括與高速增殖反應爐有關之問題——，以便在有需要時，有能力介入干涉，予以糾正。

b) 對於高等行政法院移請聯邦憲法法院裁判之決議中全盤反對聯邦憲法法院之所謂預測判決，拒絕給予立法者有試驗高速增殖反應爐權限之點，也不能同意。在給予立法者預測自由時雖然要審慎，但不能完全不給予其預測自由，否則立法者在對於公共福利重要之領域將會被責爲太僵化，此與其所被付託之民主的形成委託並不符合。在本案之情形，立法者可例外地要求一預測之空間。高速增殖反應爐科技之發展與利用具有特別高度之公共利益，這是因爲高速增殖反應爐與一般原子爐不同者，它幾乎不

受自然鈾短缺之影響，如此即提供了可以無限期，幾乎無限量供應經濟上所需能源之機會。有鑑於（高速增殖反應爐）在學術上及技術上之高度複雜性，立法者在此種情況下如果是以先設置樣機、有限的營運且置於不斷的監督下之方式爲之，是恰當的。如立法者即使在通過該法律之後，仍不斷地聽取有關問題之報告且深入加以研究分析，則更恰當。如此立法者即掌握住其發展之情形，以後在有必要時即能介入干涉，予以糾正。反而是移請聯邦憲法法院裁判之法院所提醒的大規模的「可能不可收拾之損害」絕對不會發生，這是因爲該法院所提及之危險——吾人假定其是真實的——依其本身之估計也是要在一個密集利用及推廣鈾經濟後才生之結果。設置且以相當少量之核燃料營運一座或二座樣機絕不會導致此種結果。在此處所產生之極少量的鈾是可掌握的，不致產生所擔心對全民眾造成重大之影響，亦不至於到會有所擔心的，必須限制人民自由的地步。在此種情況下，絕對應該給予立法者——假定對核能法第七條第二項之是否足夠明確有質疑——有最低限度之預測空間，使已依核能法第七條第二項核准之樣機得以設置完成且開始營運，以便在所獲得經驗的基礎上，德國國會適當時機能對關於繼續維持或取消該核准要件之問題作一負責任之決定。

c) 但是即使吾人得到的結論是，核能法第七條第就其有關高速增殖反應爐部分，由於欠缺明確性是無效的，過渡性地繼續維持該條文——與高等行政法院見解不同——不僅是容許，而且還是必要的。如果吾人讓較嚴格之明確性的要求亦對過去適用該法律之事件生效，那麼已花費之超過十億元的公共投資費用即變爲無用的浪費。同時，能源經濟上迫切需要的先進原子爐科技將會倒退好幾年。

### 3. 原訴訟之原告認為核能法第七條第一項和第二項之規定違憲。

a) 依該原告之見解，鈾經濟所產生的影響遠超過高等行政法院移請聯邦憲法法院裁判之決議中所認定的。對於決議之其他部分，原告則基本上同意。

經濟上有意義地營運增殖反應爐一定須有的要件是要有一個核能設施系統，包括增殖原子爐，再處理之設施、燃料廠以及所附屬的中間貯藏和運輸設備。這個增殖反應爐系統需要加工處理及運輸大量的鈾。如果正在卡爾卡興建中之高速增殖反應爐型三〇〇在第一次的鈾裝載中尚能以約八百五十公斤的可分裂的鈾為已足，那麼在西元二〇二五年，一二〇個正在營運中增殖反應爐，以實際運轉時間為三年作基礎，則需估計會有約二千噸的原子爐——鈾。該數字是如果人們由一個聯邦內政部所委託之研究作為出發點得到的。該研究是預測在西元二〇二五年安置的火力發電力有四千億瓦特，其中百分之九十是來自核能發電廠。

鈾是一種特別危險的重金屬，它的化學毒性遠超過它的放射性。鈾一旦產生，則實際上幾乎不可能再被消滅，因此必須自生物圈中隱藏起來數千年。此外，鈾作為原子分裂物含有很高的能量。以今天的製造武器技術，只要五公斤的鈾即已足夠製成一顆具有長崎爆炸力的原子彈（*Little Boy*）。與至今為止的官方說法不同，即使是民用的原子爐所產生的鈾也適合作為爆炸原料。以公開可獲得之書籍資料和隨時皆可能與許多核能物理、核能科技和工程方面專家之交流為基礎，要設計一個簡單的爆炸裝置對於一個普通聰明的人而言是有可能的。尤其是含有百分之二十至百分之三十鈾量的增殖反應爐的燃料很適

合非法地去獲取製炸彈用的鈾。由混合之鈾中要去分離出鈾所必需採取之化學程序步驟並不複雜，而且是一般都熟悉的。在一個具有約一百二十反應爐的增殖反應爐系統每年約有差不多三十萬公斤新的燃料必須由工廠運至反應爐。在這運輸過程中會有無數將鈾偷偷留用之機會。

增殖反應爐之燃料的再加工處理會有一些重大的問題。至今為止，全世界尚未有為增殖反應爐燃料再加工處理之樣機。僅有的只是一些實驗室標準之實驗設施在營運。由至目前為止在輕水反應爐燃料的再加工處理的失敗，光是將來計劃中為再加工處理增殖反應爐之燃料所興建之大型設施的技術上風險即可很清楚地看出。至目前為止，世界上沒有任何一座為加工處理一般原子爐所生燃料之設施是即使運作幾年而全無毛病的。在再加工處理設施發生重大意外事件可能會給全中歐地區帶來長時期可怕、悲慘的結果。除此之外應估計的是，每一個營運年度，每一大型加工處理設施由於其所散發出之核素擴散範圍廣大，在中歐地區將會增加好幾百個癌症事件。

鈾燃料大技術性的製造生產既尚未試驗，對於核子廢料如何安全的清理亦尚未弄清楚知道。德國在Salzstockert計劃興建的核能廢料貯藏所由於很多原因值得懷疑。在引進增殖反應爐及隨之而來的核能的擴建之時應擔憂的是，核子廢料之貯藏將會執行地倉卒草率且沒有經充分長時間的研究。

增殖反應爐由於其需很高的安全花費，經濟上僅能以最多到二十億瓦特之一大型單位設置，在其運作時將會逐步地向四周環境散發出很多的餘熱，此將會給河川帶來很重大的負擔。如計劃中的電力量擴增，則也可預期會帶來長期的氣候的變化。一個鈾經濟除了會有上述技術上及生態上之結果外，也會對

政治及社會制度，尤其是自由民主之社會秩序造成持久的影響。除了爲保護具危險性的核子及鈾設施所採取空間、機器及建築技術上之保護措施外，預防性地對人員的監督，尤其是對工作人員及其親友，會愈來愈重要。監督的範圍由個人資料的掌握及日常生活的監督直到對生活習慣的直接限制。可以預期的是，由核能領域對安全的要求也會擴展到其他的工業領域。受監督和控制的人數將會因此增加很多，所需的警力系統會相對地擴大。萬一鈾被利用作爲勒索行動之工具——這是絕對不能排除的——則爲保護生命，勢必要採取警察措施，限制政治上之自由，限制之程度亦將波及國家之民主結構，這其中在將來勢必是那些多年來沒有被發覺在一設施中工作，然後突然出擊的無政府主義者特別危險。

隨著一個國家增殖反應爐系統的擴建，基於企業管理之理由也將會導引至核能設施的出口，因此而造成鈾循環。這將會陷無原子彈之國家於製造原子彈之狀態。這種情形即使在國際安全措施幾乎完滿實施成功之時仍不能避免。但是，核子武器之增多會增加發生限制性洲際核子戰爭之機會。鈾經濟之擴展也將會進而導致德國本身不能再自保，因爲即使常規性的武器都有能力摧毀再堅固的核能設施的混凝土屏障。此外，鈾經濟也會使受過訓練之破壞組織有能力，在鈾經濟循環較易侵入之地區引發爆炸，以造成內部政治之顛覆狀態。

最後應考慮到鈾經濟在德國對於生活方式方面所產生之一般效應。如果——如計劃中的——原始能源之需要約百分之六十皆由核能電力提供，那麼這將會在公共及私人生活、工業上貨物生產、服務業方面、交通系統和訓練及資格之要求產生效應。吾人不能排除之後會實行一些大型科技設施應配合之行爲

模型。此時，一個民主國民的政治美德將會被認為是有阻礙的，而被排除。藝術上之創造力、自我負責性、冒險經歷之能力以及想像力將被壓制且可能會引起大量心理上之障礙。但是心理上有障礙之專家對於中心科技而言意謂的是高度的安全上的風險，如此，在那方面即必須要更加強安全的要求，而這又會引起更大心理上的負擔。一個惡性循環會開始，永無止境。如此將會長遠地改變人類的生活。

一個鈈經濟所引起之結果效應即使是僅在對一個高速增殖反應爐作決定時，也要視為是很重大的。這不能分隔單獨去觀察，而將其降低為是僅對一項試驗要去作決定。它表示的是，確認朝鈈經濟之方向繼續擴充核子能，因為設置及營運該樣機之時將會造成強迫去設置更多的增殖反應爐，且興建及營運該樣機的決定是一個轉折點，在作該決定時應該就已經要考慮到鈈經濟所造成的長期的結果。

b) 核能法第七條第二項第三款違反基本法第二條第二項和法治國原則、民主原則以及權力分立原則。

如果充足的能源供給也是一種珍貴的社會財物的話，則依基本法之價值秩序，如此一種對於作為最高權利所有物的人的生命，憲法的基本決定都對之產生懷疑的科技系統，即不應給予許可。與輕水型反應爐不同，在高速增殖反應爐引人重視的是，它所具強大爆炸潛力的特殊危險性。萬一，吾人完全不能排除這個可能性，由於一意外事件，在反應爐內的放射性溢出，則會造成全國性規模的災難。如果是高速增殖反應爐型三百的發生如此之意外事件，則須估計僅是經由呼吸到鈈的關係會產生超過四萬件的肺癌，遠超過一萬件的骨癌以及超過一千件的遺傳上的損害。除此之外，有一大片土地將會被污染且一段



長時間皆不適合人居住。由於有此種可能發生的危險，因此立法者有責任確定必要預防措施的程度以及可允許的風險的界限。這個義務立法者並沒有履行。核能法第七條第二項第三款被如何地不同的解釋，也表現在到目前為止就該條文所作的內容互相矛盾的多項行政法院的判決中。關於預防措施的必要性，是否僅須評估損害發生之可能性或者連損害之結果亦須一併評估——如果是的話，如何評估——以及是否某些特定的損害結果應完全排除——如果是的話，又是那些——，核能法對此並沒有規定。以致在營運者以及公眾對生產電力能源的利益一方面，和另一方面民眾的維護生命和健康的利益之間所應作的基本的衡量，則委諸於行政機關。是行政機關而非立法者在決定人民的生命和健康是應保護至何種程度。

此外，基於能源政策以及能源經濟上的理由，也完全沒有立即擴建和繼續發展高速增殖反應爐的必要性。因為在往後幾年，極有可能所需的電力會比現在所假定的要少得多，即使不須設置高速增殖反應爐也能夠供應所期待的電力需求。但是如果一種或同種之財物可以經由多種的方式生產，且經由其中一種的生產方式對民眾所產生的風險會減少很多時，此時立法者即應設法利用較安全的方式使之生產。這尤其是在當涉及如生命和健康之基本權利時，有其適用。立法者應該確保，唯有在當不可能利用其他的生產方法且又不可能放棄所涉及的財物時，才能回頭利用那些較具危險性的生產方法。如果多種的生產方式皆與民眾的生命和健康的風險有關，則應作一衡量，而有權作此衡量決定者唯有立法者。

4. 原訴訟之受命參加人參考引用之弗利茲·奧森比爾教授所提出的鑑定書，認為他當時有效適用的核能法第七條與基本法並無抵觸。

a) 如果移請聯邦憲法法院裁判之法院假定，給予僅是一個試驗設施的在卡爾卡興建的高速增殖反應爐型三百許可的話，即是意謂著增殖反應爐科技的引入，那麼就是由錯誤的事實要件出發。聯邦眾議院以及聯邦政府已經反覆很明白地表示過，在卡爾卡的興建及營運高速增殖反應爐還不是表示是作了決定，要將此種反應爐型引進市場，而只是用來作為對在這個世紀末才特作的這麼一個政治決定，經由必要經驗的收集作準備的。僅是對於一種新的反應爐型的試驗並非——對此移請聯邦憲法法院裁判之法院也從沒主張過——是聯邦憲法法院所作的「重要性判決」意義下的「重要的政治決定」，該種決定在關於和平使用核能並不缺乏國會已作決定之情形下，亦不能由行政機關依其自身之權限作成。

此外，移請聯邦憲法法院裁判之法院也沒有認清楚，即使商業性地引進多數的高速增殖反應爐，在關於鈾的爆發與下落方面，與繼續使用傳統的反應爐相較，量上的情況並不會有重大的不同。因此該法院所表達之憂慮，認為經由高速增殖反應爐導致的「鈾經濟」和「鈾市場」以及連帶產生的結果效力，將會帶來危險和強制，這是在憲法上不具重大意義的。在一個具一千三百兆瓦特電力的傳統核能廠大約一年燃起二百二十公斤的鈾，而一個具同等電力的高速增殖反應爐，依增殖頻率而定，一年至多僅產生二百公斤的鈾。但它也可以設計成是消耗鈾的。因此如果有一天，只還需要很少程度或甚至不再需要透過核能廠生產電力時，可能經由高速增殖反應爐降低或者甚至耗盡鈾的貯存量。因為基於德國人觀點，即使沒有引進高速增殖反應爐，也不會放棄再處理的工作，因此，移請聯邦憲法法院裁判之法院所擔憂的「鈾經濟」，與高速增殖反應爐無關，是不可避免的。在再處理來自輕水反應爐燒盡的燃燒要素時也

會得到可分裂的鈾，而這些所得到鈾基於安全及經濟的理由勢必又再去供應給核能廠，或者是高速增殖反應爐或者是輕水型反應爐，以生產能源。此時說在高速增殖反應爐的燃燒要素所含的鈾成分較高，是不重要的，因為，在輕水型反應爐的燃燒原料中的鈾的成分就已經高到任何無權的去持有都必須要確實地被防止。

b) 高等行政法院認為有違憲之疑的重點在於認為現行核能法第七條的規定太不明確了。但是吾人如果正確地了解它移請聯邦憲法法院裁判的決議，則這項質疑只是針對核能法第七條的第二項，尤其是該項下第三至第六款的規定方式。在該決議中，高等行政法院並沒有說出立法者應該「更具體地」先規定什麼；對此，該決議連提出一個方向說明都沒有。簡而言之，高等行政法院所擔憂的在於，鈾在增殖反應爐的範圍內會發展變為一種交易的客體，由此引發對於德國內部安全各種各樣的危險。但是在這中間該法院忽略了，核能法第七條規定僅是針對固定的核能設施的設置及其營運，也就是所有在這保護範圍以外的事件，根本不在該條文規定之內，這特別是指被高等行政法院看作是具有特別危險性的鈾的運輸以及放射性廢料的利用和清除。這兩個問題在核能法第四條和第九條之一有特別的規定，它們卻不是核能法第七條規定的課題。所以如果將該類的危險劃歸於核能法第七條，然後由此得結論，認為該法條規定得太不明確，因為它對一些有必要加以規範的問題並沒有具體地加以規定，而這些問題卻正好是該法在其他別的條文有明確規定的，那這種見解就不對了。鑒於核能法規範的體系系統，吾人在此種情形下，即使允許的話，也只能指責那個有關的特別條文的不確定性，而不能去指責那些在規範的意圖及規

範的課題上根本就不應規定那些被認為有問題的的條文。在法的系統性上，移請聯邦憲法法院裁判的法院即是將它的憂慮放錯位置了。由於該法院關於結果效力和強制的憂慮並不屬於核能法第七條規範的課題，因此尖刻地說，它的這些憂慮在有關核准高速增殖反應爐設置的程序上是無關重要的。依移請聯邦憲法法院裁判之決議的內容說明亦看不出移請的法院另一方面有指責全部核能法不確定性的意思。由於高等行政法院是由對核能法第七條作了錯誤解釋作出發，因此，它的移請聯邦憲法法院裁判是無理由的。

但是如果吾人撇開這些不談，由譬如說核能法第七條第二項第三款至第五款的規定是否足夠明確之問題出發，那當然不容爭議的是，吾人是可以設想該條文是可以為更具體的規定。那這不是決定之點。決定之點是在於，如此作的話，由事件本身而言是否也合目的性，尤其是，憲法上立法者是否有將該要件規定得更具體的義務。立法者並沒有此義務。特別是基於生活關係的多種多樣及快速的變遷，有理由支持一個儘可能具有彈性的立法方式。在此，立法者為使其所意欲的安全要求與核技之發展能掛勾，除了引致到依個別當時之學術和科技水準外，別無他法。如果對此立法者卻依現在科技之發展狀態規範性地確定對於安全的要求，則不僅是不適當的，而且正好與該規定之目的相違背。藉由參與個別當時之學術和科技水準使核能設施之安全水準能跟上科技之進步。一個立法者，如果他是以此種方式努力試圖去跟上科技之發展，而且是為加強安全的利益著想的，吾人即很難去指責他。基於此理由，吾人如依由聯邦憲法法院判決所發展出的判斷法律概念明確性的標準去衡量核能法第七條第二項，則該條文是符合憲

法上的要求的。

c) 核能法第七條第二項是否因其將允許證之核發置於行政機關之裁量權之下而與基本法第十二條及第十四條之規定有所抵觸的問題，不須更進一步的審查。因為姑且不論上述的基本權利條文的侵犯只能是基於設施設置人之觀點才有可能，而不是基於一個欲撤銷已核發允許證的第三人之觀點，如果吾人認為有必要，核能法第七條由於其條文字句已容許有解釋的空間，因此要作一合憲性的解釋是可行的。

d) 即使吾人假定核能法第七條在由移請聯邦憲法法院裁判之法院所主張之範圍內的違憲性，也尚不因此即確定該法條在目前能被認為是牴觸憲法且能被宣告無效。這是依聯邦憲法法院關於立法者之錯誤預斷所作之判決得來的。依該些判決之見解，由於事後方認出的錯誤預斷而被證明有牴觸憲法的法律保留其效力，但需立法上的更正。

e) 最後，原來程序之受命參加人尚指出，如果吾人亦與移請聯邦憲法法院裁判之法院意見相同，認為核能法第七條是違憲時，會造成那些影響效果，且由此還接著認為，即使暫時維持該條文之效力亦是不可能的。高速增殖反應爐型三〇〇計劃的全面停擺將會使德國落後其他有高速增殖反應爐的大工業國家很多。這對整個德國反應爐工業的國際競爭能力有很不好的影響。此外，杯葛高速增殖反應爐的建造進度不可避免地還意謂著是德國、荷蘭與比利時間十多年來在高速增殖反應爐發展領域進行的合作的結束，且由於德國的落後太多，不可能再作技術經驗的交換，與法國自一九七四年所保持的緊密合作也不可能再繼續下去。此外，在杯葛高速增殖反應爐型三〇〇後，聯邦政府和各政黨皆認為必要的，德國

長期來看不依賴進口能源供給的選擇亦不再存在。最後，爲了高速增殖反應爐型三〇〇，直至目前爲止已支出了將近十二億馬克。如照計劃建造完全，直至一九八三年還應再支出十七億馬克，這其中聯邦應分攤十一億一千萬元。反之，如果該計劃停擺，聯邦還要再增加二億馬克的費用。在這種情形下，財政上的負擔幾乎是雙倍的高。但是即使僅是拖延該計劃，一個月也需大大地增加十至十五億馬克的費用，而這些費用的絕大部分仍需聯邦來負擔。

5. 聯邦行政法院第七庭告知，雖然它目前尚沒有關於高速增殖反應爐複雜科技必要的知識，能夠稍微地準確去判斷移請聯邦憲法裁判的法院所提出之憲法上的問題，但是它仍是質疑移請聯邦憲法裁判的法院的見解。

如果高速增殖反應爐真的只是作爲一個試驗模型，對未來之繼續作爲商業之用不具有先例之作用且不再產生比它所消耗的更多的鈾，那這就已產生疑問，究竟這移請裁判的問題是否具作決定的重要性了。再加上在營運所申請設置的設施時有可能正可以收集一些經驗，利用這些經驗可以克服高等行政法院所擔憂的危險。本庭更進一步認爲有問題的是，立法者是否有義務隨時去理解及掌握持續變遷的科技發展的認知水準。至少同樣可想像的是，有管轄權限的法院——在必要情況經由合憲解釋之方式——對於會帶來完全不可預見和不可承受之危險之設施之許可予以禁止。如果在進一步的了解事實後，證實移請聯邦憲法法院裁判之法院所擔憂之危險而沒有去防止，則聯邦行政法院可將核能法第七條第二項第三款解釋成是，該條文所規定之「依當時學術及科技水準防止因設置和營運設施所生危險之必要預防措施」

目前並沒有做到，因此不應核發許可証。由於核能法第七條第二項第三款之規定提供有防禦之可能，因此很難看得出來，究竟在何種程度內高等行政法院所假定立法者之錯誤預斷會發生。本庭認為，在進一步說明事實後絕不是不可能得到一結論，即是本案所申請設立之設施並沒有顯示高等行政法院所擔憂之危險，因此是可以允許設立的。有可能核能法第七條之要件在後續之計劃，由於它可能取決於不再可概觀和不再是可操縱之發展而不再足夠，但這也不會導致該法會與憲法有所抵觸，而只是對該類設施之繼續設置不應給予許可而已。

B、

I、

移請聯邦憲法法院裁判之移請決議是合法的（聯邦憲法法院判決第四十七輯，第一四六頁以下）。但關於移請裁判問題之範圍則需作一澄清：雖然高等行政法院對移請裁判之問題並沒有明白限制針對核能法第七條之個別那一項之規定，但由決議主文中的「只要」以及移請決議的理由可得知。應審查其合憲性的只有核能法第七條第一項和第二項。此外，由於開始之法律爭議僅係針對該兩項條文之效力，因此即使非高等行政法院之意思，移請裁判之問題也只能限於此兩項條文。

II、

核能法第七條第一項和第二項之規定與基本法並無抵觸。

1. a) 基本法並沒有給予國會在作基本之決定時有絕對的優先地位。經由權力分立的權限分配，它的

權限有其界限。對於一些深遠廣泛——尤其是政策性——的決定，基本法將作成該些決定的權限交給其他最高的國家機關，譬如政治路線之決定（基本法第六十五條）、聯邦眾議院之解散（同法第六十八條）、立法緊急狀態之宣布（同法第八十一條）或重要外交之決定，如外交關係之建立與中斷，是由總理作決定。聯邦眾議院對該些決定不同意時，仍保有其監督之權限；它在有些情況可選出新的總理，由此導致推翻現有聯邦政府之結果；它可行使它的預算的權限——但基本法就是沒有賦予它對這些問題作決定的權限。基本法所欲達成的國家權力分配與平衡之具體秩序，不能發生由民主原則錯誤地導出一種無所不包的國會保留的權力一元化的情形。單純由國會之成員是直接由人民選出這點並不能得出其他國家權力之機構和運作即缺乏民主之合法性之結論。立法、行政和司法權力之機關的組織上和運作上的民主合法性來自制憲者在基本法第二十條第二項所作之決定。國會議員所具直接人事上民主之合法性也並不可簡單地即導出國會的決定獨占權。在基本法第二十條第二項和第三項制憲權力也使得行政成爲是憲法直接的機構和功能；爲組成政府之程序也同時賦予行政一基本法第二十條第二項意義下間接人事上民主之合法性（參考Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, S. 187 ff., 199; Böckenförde und Grawert, AöR Bd. 95 [1970], 51 ff., 251, 但這排除「由國會民主之原則去引導出國會及其決定較之其他權力之優先性來作爲一掩蓋所有具體權限分配之解釋原則。即使一個問題在政治上是有爭議這件事實亦不能改變由憲法所分配之決定權限

b) 在本案情形所涉及的是制定法規範之領域，亦即一個基本法對其有作權限分配之領域。在此依



一般法律保留之原則，行政對於人民之自由和平等領域有重大涉及時須有法律之依據。

2. 核能法第七條第一項和第二項之規定並無違背法律保留之原則。

a) 法律保留原則雖在憲法中並無明文規定，但由基本法第二十條第三項導出有該規則之適用（聯邦憲法法院判決第四十輯第二三七頁（第二四八頁））。對該原則之理解這幾年來特別是對於其亦含有民主成分之認知，而有了轉變（參考 Jesch, Gesetz und Verwaltung, 1961, S. 205f.; Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungrechtslehre, 1965, S. 104 ff.; ders. JZ 1977, S. 266 ff.; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, S. 208 ff.; ders. Gutachten B Zum 50. Deutschen Juristentag, 1974, S. 155 ff.; Stern, Das staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1977, S. 637 ff.; Kisker, NJW, 1977, S. 1313 ff.; List, DVBl. 1978, S. 12 ff.; Niehues, Schul- und Prüfungsrecht, 1976, S. 37 ff.）。今日依判決實務之通說，——擺脫「侵犯」之特徵——，在基本的規範的領域，特別是基本權行使之領域，在國家之規範可行之範圍內，立法者有義務親身作成所有重要之決定（聯邦憲法法院判決第三十四輯第一六五頁（第一九二頁以下）；第四十輯第二三七頁（第二四九頁）；第四十一輯第二五一頁（第二六〇頁）；第四十五輯第四〇〇頁（第四一七頁以下）；第四十七輯第四十六頁（第七十八頁以下）；第四十八輯第二一〇頁（第二二一頁））。基本法第八十條第一項和第五十九條第二項第一句前半段以及特別法律保留原則皆是由上述一般法律保留原則而來。

依上述一般法律保留原則國家行爲在那些領域需要在形式法律上有法律之依據，只能由個別之事務領域以及已計劃或已決定訂定之法規的強度去查知。此時，憲法上之評估標準最重要的是由基本法上之原則，尤其是由基本法所承認並確保之基本權中去得知。

吾人亦是按同樣的標準來判斷立法者是否如憲法上之法律保留原則更進一步所要求的（聯邦憲法院判決第三十四輯第一六五頁（第一九二頁）），對於移請審查之法規範，在應規範法律領域之重要規範基礎皆要親身確定，而不將其委諸行政之行爲。

b) 贊成或反對在德國主權領域和平使用核能之法律上容許性的規範上的基本決定由於其對人民之特別是自由及平等領域方面和一般生活關係所產生之深遠廣泛的影響，以及與此必然有關的該規範的形式和規定的強度，因此是屬於一種法律保留原則意義下之基本且重要之決定。對此有權作決定的只有立法者。

核能法第七條第一項規定行政機關之核准（核能）設施的規定亦須同樣地由立法者決定。行政機關核准或不核准該類設施之行爲可能深遠地涉及人民的基本權領域。對於想要營運該類設施者，事屬當然；但行政機關此種行爲也可能涉及其他人。

立法者在核能法中對核能之使用所作之決定亦包括了高速增殖反應爐在內。雖然核能法第七條第一項並未指出個別的反應爐的類型，但由該法很明顯可看出，高速增殖反應爐亦在該法條之適用範圍之內。這由核能法第二條第一項第1 a款可得知，該條款將鉀二三九列入是屬該法意義下之原子燃燒原料，

且由核能法第七條之官方立法理由亦可證實此點。立法理由中指稱：

第七條意義下之設施包括：

1. ....

2. ....

3. 分裂原子燃燒原料或生產鈾二三九或.....之反應爐 (BTDrucks III/759, S. 22)

由此首先即提到高速增殖反應爐，一九五九年人們即已認識它對將來反應爐發展所具之重要意義。只有它是為分裂和製造鈾二三九而設置的。反之，在輕水型反應爐鈾二三九只是扮演一種不可避免的連合產品的角色。因此，移請聯邦憲法法院裁判之法院、學者論著（參考Kriminich, Atomrecht 1974, S. 79; Mandelartz, JA 1977, S. 577; Wagner/ Ziegler, atw 1977, S. 625; Büdenbender, ET 1977, S. 711）以及所有在本案訴訟中所提之意見皆是以核能法第七條亦允許核發許可證予高速增殖反應爐為出發點的。

立法者依憲法並無如移請聯邦憲法法院裁判之法院似乎所主張的，有義務在核能法中加入一規定，其內容是它（立法者）已有準備忍受在移請裁判決議中提及的「因興建高速增殖反應爐可能帶來的在目前尚無法更進一步確認之效果影響、危險及不可逆轉之強制」。立法者負政治責任並承擔它所作決定的一切結果。立法者在憲法上並無義務就此在各個的法律條文中表示出來，並以此方式證明它所考慮到的是那些後果。正如吾人不能在道路交通法中無法找到一條文可以認出立法者亦願意忍受道路交通所生

之風險及後果爲理由，認爲道路交通安全法即是違憲的。

但是如果如上所述，所涉及之問題已在一形式的法律中有所規定，就此已符合一般法律保留之原則，則剩下的即是要去審查，立法者是否也符合了憲法上法律保留原則之更進一步的要求，對移請審查之規範的重要部分已親自確定而不是委由行政行爲去決定（參考聯邦憲法法院判決第三十四輯第一六五頁（第一九二頁以下））。在此直接相關的問題即是，核能法第七條內容上是否規定得足以符合憲法上對於核准高速增殖反應爐授權依據明確性之要求。這個問題的答案應是肯定的。

立法者在核能法第一條已對核能之使用作了基本的決定，同時鑑於儘最大可能保護防止核能之危險之絕對必要性以法律規定了利用的界限。在該界限內，立法者於核能法第七條第一項及第二項規定了有關核准之所有重要和基本的問題。它以法規確定了核能法第七條第一項意義下之設施，包括高速增殖反應爐，得設置、營運、占有或爲重大改變之要件；且這些規定，如以下還要加以說明的，也具足夠的明確性。

由此已符合目前由法律保留原則所引伸出的憲法上的要求。

c) 但這還並未說明，是否以及何時立法者關於高速增殖反應爐設置和營運之法律要件必須重新再作決定。如果立法者（已對某事項）作了決定，而作該決定的基礎由於後來新的，在立法當時尚不能預見之發展而受到決定性的動搖，此時立法者基於憲法有義務去審查，原來的決定在改變後的情勢下是否仍應維持。

如果立法者至目前為止就有關增殖反應爐技術的利用和它可能產生的效果影響，譬如說最終處理的問題，認為還無必要重新去檢討，這在憲法上是不能苛責的。在卡爾卡計劃興建的高速增殖反應爐所牽涉的只是這類建築類型的一種樣機。就如同聯邦政府再次強調的，它的興建和營運並不即已意謂著決定大型科技地利用高速增殖反應爐（參考 *BTDrucks. 7/3871, S. 17*）。高速增殖反應爐型三〇〇只是為這最早在九十年代才待作的決定先幫忙作準備。從高速增殖反應爐尚未發生高等行政法院所提及的效果影響，這點是沒有爭議的。即使它產生的鈾比它所消耗的鈾更多時，這些量比起目前已在營運的輕水型反應爐所產生的鈾，就所擔心的影響效果而言是沒有增加很多。此外，高速增殖反應爐在其核心含有大約九百公斤的鈾，而每年大約有三分之一的燃燒元素爲了加工處理被放出去，再製造之後再加入新的。在燃燒元素內大約含有與每年由兩個輕水反應爐型 *Biblis (1200MWE)* 所放出的同量的鈾量。

移請聯邦憲法法院裁判之法院是否就將來可能的發展作符合事實的評估，亦即是否——萬一高速增殖反應爐有一天真的被大型科技地利用——在某時候必須去考慮該法院所認為不能排除的影響效果和強制，在今天尚不能預見。就此點產生懷疑是有可能的，因爲譬如說有可能會有合適且符合法治國的方法去預防自由的生活秩序所擔憂的危害，高等行政法院自己的出發點亦是它估計的正確性目前不能確定。對這個問題作一證據調查將不會有決定性進一步的幫助。證據之調查也許能夠爲估計某些高等行政法院所考慮可能不能排除的結果影響的因素提供一些事實上的根據。但是，高等行政法院所擔憂的本質上是與一般性的將來可能發生的政治上發展有關：爲此缺乏一個經由證據的調查能夠提供法官確信此一個或

另一個方向理由的一般承認的認知程序。

要在將來才能證實這個贊成利用增殖反應爐的決定是否會帶來更多的好處或更多的損害。在這種不可避免不確知的情況，立法者與政府最先有政治上的責任，在其個別權限之範圍內作成他們認為合目的性的決定。在此種事實情況下，不是法院的任務，以其估算去代替有權作該決定之政治機關。因為為此缺乏法律的標準。

在一個對於高等行政法院所擔憂之危險會不會發生有可能產生理智懷疑的情形下，國家機關，包括立法者有義務，本於其憲法上為大眾謀福利之義務，尤其是由基本法第一條第二句所衍生之所有國家權力保護人性尊嚴之客觀義務，竭盡所能，以儘早認出可能的危險，並有必要、合憲性之方法去預防。如果在將來有跡象顯示高速增殖反應爐型之核能廠有可能發生此種危險時——如上所述，此之預估首先是屬於政治之國家機關的責任範圍——則立法者有義務重新採取行動。

立法者對於這項任務是自知的，這表現在核能法及輻射線防護法之規定，包括自一九五九年以來譬如說在交通法、水利法、山林法、建築法、食品及藥物法中的相關規定以及在德國主權範圍內可以適用之國際公法的法規和國際組織的規定（參考Winters, Atom-und Strahlenschutzrecht, 1978, S. 11 ff, 106 ff.），它們所針對的係建立一廣泛及相互交錯之法規結構，在依目前之認知程度可能發生之危險範圍內，去確保對和平利用核能，包括輻射物質和電離化輻射線之利用的無漏洞的高權控制和監督。德國國會定期地，特別是根據聯邦政府的報告去了解和研究該問題。有關的官方和由官方所獎勵的研究

和發展計劃，譬如在核能安全性和最終處理方面，證明在這領域所作努力的認真性。

立法者明顯的表明它目前堅持核准高速增殖反應爐的決定。到目前為止聯邦眾議院已獲悉並同意列名包括發展高速增殖反應爐的聯邦政府的核能計劃。在過去幾年它已批准同意大約三十億馬克為高速增殖反應爐的發展。此外，在過去政府和反對黨亦再次重申，對核能的保留選擇權亦包括在高速增殖反應爐方面繼續作研究和發展之工作（參考 BTDrucks. 8/1357, S. 9; BTDrucks. 8/1394[neu], S. 6）。

### 3. 核能法第七條第一項和第二項亦無違背憲法上所要求法律的足夠明確性。

核能法第一項和第二項運用了很大範圍的不確定法律概念。依法院判決之一貫見解，使用不確定法律概念原則上在憲法上是毫無問題的（參考聯邦憲法法院判決第二十一輯第七十三頁（第七十九頁）；第三十一輯第二五五頁（第二六四頁）；第三十七輯第一三二頁（第一四二頁））。至於在個別情況應符合那些明確性要求的問題則應顧慮到個別規範客體的特殊性以及規範的強度（參考聯邦憲法法院判決第四十八輯第二一〇頁（第二二一頁以下））。尤其是在各種多樣的事實時（參考聯邦憲法法院判決第十一輯第二三四頁（第二三七頁）；第二十一輯第一頁（第四頁）；第二十八輯第一七五頁（第一八三頁），或是可以預期事實關係將會快速改變時，（聯邦憲法法院判決第八輯第二七四頁（第三二六頁）；第十四輯第二四五頁（第二五一頁））明確性的要求即較低。依此標準得出以下結論：

a) 就明確性要求之原則而言，核能法第七條第一項是無可反對的。該項原則的要求特別是並沒有加予立法者有就應予許可的反應爐類型有逐一列舉的義務。就這一點而言，移請聯邦憲法法院裁判之法

院對核能法第七條第一項亦無質疑。該法院要求應更詳盡作法律上預先規定的只是針對核能法第七條的第二項。

b) 在核能法第七條第二項所含之規定符合明確性之原則。

譬如「可靠性」和「必要之知識」等概念長久以來即已被使用在經濟行政法方面的法律中（參考營業條例第三十五條第一項、餐館法第四條第一項第一款及手工業條例第八條第一項）。雖然在每個新的事務領域這些概念有必要須作新的具體化，但這些概念長久傳統以來已由立法、行政執行及司法具體化，以致對它法治國的足夠明確性已無可懷疑。核能法第七條第二項第四款至第六款之規定亦是如此。

核能法第七條第二項第三款之規定亦夠明確。這項規定是屬於技術安全法之領域。如果立法者有意在這領域為防止個人或大眾之危害而作法律上之規定，則他會面臨特殊的困難，而這困難出在所欲規範客體之本質（參考 Breuer, AöR Bd. 101[1976], S. 46 ff.; Plischka, Technisches Sicherheitsrecht, 1969; Schäfer, Das Recht der Regeln der Technik, Diss. Köln 1965）。即使在一些科技之認知和發展情況看起來目前暫且已經結束之少數情形，由於科技問題和程序之多層次性和分歧性的問題，立法者在通常情形下亦不可能就個別設施或物件所應符合之所有安全科技方面的要求一一規定細節。在由於快速的科技發展而須經常考慮到新發展的領域如和平利用核能方面，還要加上一點即是，立法者即使真的有一次作了詳細的規定，也必須經常不斷的調整至個別最新的情況。

為了要使學術和科技之知識及發展藉由訂立一個可趕上發展步伐之法規，使其產生法律之拘束力，



立法者原則上有幾種可能的方法可使用。雖然這些方法中有其差別，但它們有一共同點即是：由於使用不確定法律概念的結果，使得要具有拘束力的去具體化學術和科技之發展和要經常不斷地去配合學術和科技發展的困難或多或少被移到行政——如引起法律爭議時——則被移到司法的層次。行政機關和法院必須去填補規範層次中規定不足之處。

法律可以，譬如說在關於科技的工作工具法（機器保護法，一九六八年六月二十四日公布）第三條第一項，引用「一般承認的技術規則」。在此種方式的連結法律和技術的情形，行政機關和法院可以只局限於去查明技術實務者間之絕大多數的見解，以之來確定個別的科技的工作工具是否可以上市使用。但是這種解決方式的短處在於，法律規定以一般所承認之規則為標準常常會落後於進一步欲再努力追求的科技發展之後。

這項缺點如果法律將其標準提高至「當時之技術水準」即可避免（譬如聯邦公害防治法（BImSchG）第五條第一款之規定）。由此，許可或命令的法律標準即移到科技發展之前端，因為對於當時之科技水準，僅是一般的承認和實務上的證明不是決定性的。但以此種「當時之科技水準」之公式使得行政機關和法院對於作為標準之事實的確定和判斷變為更困難。它們爲了要查知那些是科技上所必要、合適、相當和可避免的，即必須要參與加入技術者間的不同意見的爭議（參考Breuer, *AöR* Bd. 101[1976], S. 68）。

核能法第七條第二項第三款則是還要更進一步，將標準定在「當時學術和技術之水準」上。由於此

項標準亦還要參考到當時的學術水準，立法者即是以此施加更大的壓力，要使法律上之規定要符合趕上學術和科技之發展。它必須要採取依最新的學術知識認為必要的防患損害的預防措施。如果該些措施在技術上尚不能實行，則不得發給許可證；亦即該些必要的措施是不會因科技上在目前之是否可行而受到限制的（BVerwG, DVBl. 1972, S. 680; Lecheler, ZRP 1977, S. 243; 亦參考 VG Freiburg, NJW 1977, S. 1647）。

但是這個標準的公式比起上述「當時之技術水準」之公式要給行政機關帶來更多認知上的困難。它們通常受困於意見不同，互相矛盾的專家鑑定書間而不能就學術上的爭議提出見解。在此吾人可暫時不去解決，在為估計將來損害發生之可能性去判斷技術之規範和標準時，鑒於基本法第十九條第四項之規定，法官審查義務之界限究竟在那裡，以及是否可以限制法院僅去審查在科學和技術的確認和判斷，於知識不足和不確定時，其是否遵守了由此產生的「頻帶寬度」（Bandbreite）的界限（參考 BVerwG, DVBl. 1978, S. 591[594]）。

當立法者面對它在一項法規中是否要使用不確定法律概念或詳細規定其細節之問題時，它有形成的空間（聯邦憲法法院裁判第二十一輯第七十三頁（第七十九頁）），這時實際上運用的考慮也得影響其決定。在核能法第七條第二項第三款之情形有很好的理由支持它使用在該條文中所含的不確定法律概念。核能法第七條第二項第三款作向將來開放之規定方式，目的在於達到機動性的基本權利的保護。該條文幫助儘可能地去實現各該當時核能法第一條第二款所保護之目的。反之，以訂定僵硬規範之方式來以

法律確定某一安全標準，如果這還做得到的話，這反而會阻礙而不會增進科技的繼續發展和依各該繼續發展之情形，對基本權利作適當的保護。這將是退步，有損於安全。如果吾人認為立法者正有義務如此做，即是誤解了明確性原則。雖然明確性的要求也應有助於保證法律的安定性，但這卻不是在每一規範標的皆須同樣程度的實行。在有某種程度之法律不安定的情形，其經由行政之法規命令、行政實務和司法判決在經過一段時間之後，在某種範圍內尚可減低時，吾人絕對要加以容忍，否則立法者將被迫或者去訂定不切實際之法規，或者完全放棄去制定一法規，而這兩者終究要由基本權利之保護付出代價。

此項考慮在核能法第七條第二項第三款範圍應列入考慮在內之所謂剩餘風險(Restrisiko)也有其適用。該項條文，如以下還要詳述的，不容忍因設置或營運一設施所生之剩餘損害(Restschaden)，但當未來損害發生的可能性以最後之安全並不能排除時，則允許核發給予許可證。該法就關於那些剩餘風險對核發一許可證尚允許被容許，本身並未加以規定；有某些的風險範圍是授權由法規命令加以規定（參核能法第十條至第十二條）。如此關於在個案情形，被容許或不被容許風險的形式和特別是其範圍規模，立法者係委由行政，或者是以根據相關授權依據訂定法規命令的方式，或者是在關於一設施作個案決定時去作決定；關於去查知該些風險的程序，法律本身亦無作進一步的規定。有鑑於明確性的要求其主要憲法上的功能是在於劃分立法與行政之行爲範圍，就這點而言，核能法第七條第二項之規定基於其規範標的的特殊性，在憲法上並無重大可質疑之處。

在此不須再就個別的基本原則和概念詳細解說，對作一憲法上的判斷，由核能法第一條第二款和第

三款的保護目的以及在同法第七條第二項所規定與其相結合的防禦危險和預防損害的原則——也可以在核能法第十條至第十二條所規定相關授權依據之意義及目的得到證實——足夠明白的顯示出，立法者基本上是將設置及營運特有的每一種形式的損害、危險及風險納入考慮之內，以及在核發許可時所容許忍受損害結果發生之可能性應儘可能的減低；而且是所遭到的損害形式和損害結果愈重大，所容許忍受損害結果發生的可能性應儘可能的再減低（參考（BVerwG, DÖV. 1974, S. 207 ff.; BVerwG, DVBl. 1978, S. 591 ff. mit Anm. Breuer; VG Karlsruhe, DVBl. 1978, S. 856 ff.）。尤其是立法者藉由以當時之學術及科技水準為連繫點之方式在規範上確定了行政應儘可能作到防禦危險和預防風險之原則。反之，立法者在憲法上並無義務去規定可能的風險形式、風險因素、去查知這些風險的程序和容忍之程度。這反而是會對該法的保護目的和預防原則且亦會對憲法上權益的保護不利。一個設施風險的確定，除了通常地方的環境外，還取決於很多的因素和其結果關聯，譬如從計算方法、設施之穩固性和耐壓強度、材料和設備之易生損害性、技術程序之易生故障性直到人的行為的估算。立法者對於一些足夠顯示恆常發生的特定的風險形式或因素，譬如特定的輻射線負荷的形式、允許容忍的最高限等加以規定在某種程度是可想像的。但這其中的很多因素是隨著學術、科技和技術的發展而不斷發展，且隨時在改變。要對一個具體風險加以判斷是要考慮到所有風險因素的結果關聯和阻擋這些結果的可能預防措施。以科技的發展，譬如以多次且互相獨立的安全預防措施和隨時繼續的監督來對付一個比較上來說是恆常發生的風險因素，則每一個別因素的影響會一次比一次改變。唯有隨時不斷地調整判斷風險標

準之情況，適合個別最新的知識水準，才可能符合儘最大可能的防禦危險和預防風險的原則。將這項判斷交由比起立法者擁有更多作必要調整所需法律上行爲方式之行政部門去做，其目的亦是在達成權益保護之機動化。此時，行政部門應考慮所有學術及科技上認爲正當之知識且不任意專斷地行事，這是不需要特別強調的。在此種風險判斷所仍存在，不可避免的不可確定的程度是由人類經驗知識之本質所引起的。如果法律在此種事實情況保留給行政有一自己判斷的範圍，這與憲法上明確性之要求並無違背。

4. 核能法第七條第一項和第二項之規定並不違背基本權利和客觀法上，由基本法秩序所導引出之保護義務。

a) 由核能法第七條第二項所規定核發給予核能法第七條第一項意義下之設施所應符合之要件——與與其相當之核能法第十七條關於許可之內容限制、附帶規定、撤回及廢止之規定同——與核能法第一條第二款和第三款所規定之保護目的一起觀之即可看出，並不是這許可條文本本身，而是最多在行政機關對個案作成之決定才有可能傷害第三人之基本權利。尤其是核能法第七條第二項第三款所規定的，對於因設置和營運設施所生之損害應採行依當時之學術及科技水準必要之措施，很清楚地表明一點：在解釋該條文時，不論吾人應如何去確定預防、損害以及與其相關的危險或剩餘風險的概念，由憲法之觀點而言，當一設施之設置或營運會造成侵害基本權利之損害時，法律即排除核發給予許可證。就這方面而言，立法者絕對不容忍任何基於基本法第二條第二項第一句之基本權利或其他基本權利之眼光會被視爲是基本權利侵害的設施特有的剩餘或最小的損害。因爲否則的話，由於此類之損害係涉及及完全新形式之基

本權利的限制，核能法應如其在該法第十二條第二項依同條第一項第一句第四款對於人身不可侵犯之本權加以限制一樣，依基本法第十九條第一項第二句之規定，明文地限制相關的基本權利。

以上所述也同樣適用於高等行政法院所認為不能排除的朝向採取與目前基本法的自由法治國憲法秩序抵觸之全面的監督和安全預防措施之點。核能法之規定並沒有授權去採取如此之措施。因此，基此觀點並不能斷定核能法第七條第一項或第二項之規定造成基本權利的侵害。

b) 可是，在並不能完全百分之百排除將來因設置或營運一設施而產生損害時，核能法第七條第一項和第二項仍允許核發許可證。這此點而言，如上已述，該條文是容忍剩餘風險。在以此種方式規定之法規吾人不能以指出未來損害之風險在目前不即已是一損害，因此不侵害基本權利之點，解決其違憲之問題。即使一個在其執行過程中會帶來不算不重大基本權利危害之法規，其本身即已可能與基本法有所抵觸。依聯邦憲法法院一貫之見解，基本權利之保障其所含之意義不僅是在給予個人有對公權力有主觀的防禦權，而是同時表現憲法之客觀法上的價值決定，它對所有法規之範圍皆有其適用且作為立法、行政和司法之準則（參考聯邦憲法法院判決第七輯第一九八頁（第二〇五頁）；第三十五輯第七十九頁（第一一四頁）；第三十九輯第一頁（第四十一頁以下））；此在基本法第一條第一項第二句之規定中表現得最清楚，依該規定，所有國家之權力有義務尊重並保護人性之尊嚴。由此可產生憲法上之保護義務，要求法規制定之方式亦須去阻止對基本權利造成侵害之危險。至於基於憲法是否以及何時有此一種制定方式之要求，以及它的內容為何，取決於可能發生的危險的種類，遠近和程度規模，該憲法上所保護

法益之位階以及現已存在之法規。

立法者對於在和平利用核能上可能發生之重大危險也是很清楚意識到了，此點尤其是表現在核能法第一條第二款和第三款所確定之該法的保護目的上。以該後果之種類和嚴重性應該是在有略微發生該類後果之可能性時，即也會對立法者具體地科予保護之義務。但是即使吾人假定，就增殖反應爐科技而言，在目前用最後之安全尚不能排除此一略微的可能性，也不能確定核能法第七條第一項和第二項之規定在目前有違背此一保護之義務。

如果立法者要對因設置或營運一設施或因一科技之進行將來發生損害之可能性作一估計，則它有很大程度應依賴由觀察過去實際上發生之事件所推論得到在將來同類事件以同樣過程發生之頻率度的結論；若在這方面缺乏足夠的經驗基礎，則它應將其限於由模擬之過程所推得之結論。此類之經驗知識，即使它本身已凝聚成自然科學法則之形式，但只要人類之經驗尚未結束，那它就一直仍是不具完全確信性，而是經由每一新的經驗可修正且就這點而言，只是隨時處於不容辯駁可能的錯誤的最新狀態中的近似知識而已。如果吾人要求立法者有鑒於其保護之義務，去制定一可以百分之百排除因核准科技設施及其營運所可能產生對於基本權利造成危害之規定，則是對人類認知能力之界限判斷錯誤，且如此的話將會進而排除任何國家對於科技利用的許可。就此點來說，為社會秩序之形成，於估計時應該根據實際之理性即可。

至於有關於生命、健康及物之損害，立法者已經由在核能法第一條第二款和第七條第二項所訂定

之儘可能的防禦危險及預防風險之原則確立了一標準，唯有在當依當時之學術和科技水準顯示事實上已排除該類損害事實會發生之時，才允許核發許可證（參考Breuer, DVBl, 1978, S. 829 ff.; 835 f.）。在這個實際理性範圍界限之外所存在的不確知性，其發生之原因在於人類認知能力之界限；這不確知性應不可擺脫地且就這點而言，應作為社會相當的負擔由所有人民來承擔。以現行核能法之訂定方式，就這點而言，不能確認立法者有違背保護之義務。

至於有關依高等行政法院和其他部分嚴重關切之大眾的見解，鑒於德國之自由法治的生活秩序、其內部及外部之安全和特別是鑒於基本權利之保障，會遭致之政治上的結果影響和強制之點，以上所述（參考BIRG）亦有其適用。

（在核能法第七條第二項中承認有拒發許可證之裁量權與基本法第十二條第一項和第十四條第一項並無違背。

當初核能法之政府草案第七條第二項是規定：「當……時，應核發給予許可證」（參考BT-Drucks. III/759 S.5）。該條文是因聯邦參議院之關係才修改成現行條文之內容。聯邦參議院認為，由於核能法律在正式立法後將踏入新的領域，因此有必要給予核發許可證之行政機關，在依其義務為裁量之界限範圍之內，有一較大之空間（BT-Drucks. 244/58[Beschluss], S. 6）。聯邦政府和聯邦眾議院在考慮到核能法第七條第一項意義下之設施的特殊性質及其新穎性後，同意了聯邦參議院的修正案。在此種特殊情形下，如果這是依今日認知之水準，特殊的，尚未可預見的，因此在許可要件中沒有被



考慮進去之情況所必需的，則給予行政機關有拒發許可證之可能是站得住腳的（參考 BT-Drucks. III /759 S.59）。

有鑒於核能法第七條第二項之條文規定及上述之訂定的歷史，一般通說是認為，依該條文並無請求核發許可證之法律請求權，而是只有一無瑕疵裁量行使之請求權（參考 Fischerhof, Deutsches Atomgesetz und Strahlenschutzgesetz, Kommentar, 1962, 7 RdNr. 25; Mattern-Raisch, Atomgesetz, Kommentar, 1961, § 7 RdNr. 14; Scharnhop, DVBl. 1975, S. 157; Breuer, NJW 1977, S. 1125; Kimminich a. a. O., S.79, 107 ff; Winters, DöV 1978, S.299; Wagner/Nobbe, NJW 1978, S. 1031; Schmieder, Atomanlagengenehmigung und Bestandsschutz von Atomanlagen bei nachrückender Industriean siedlung, 1977, S. 6; Hansmann, Die Umwelt-verträglichkeitsprüfung im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren, im: Fünftes Deutsches Atomrechts-Symposium, 1977, S. 95; a. A. Mahlmann, Ermessen, Beurteilungsspielraum und Beweislastverteilung im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren, im: Erstes Deutsches Atomrechts-Symposium, 1973, S. 269 ff; ihm folgend Schmitt Glaeser, Der Landkreis 1976, S. 443）。

核能法第七條第二項之條文是一預防的具允許保留之禁止(BT-Drucks. III /759, S. 19, Mahlmann a. a. O., S. 270; Lecheler, ZRP 1977, S. 244; Kimminich a. a. O., S. 78; Beenetz,

Die Umweltverträglichkeitsprüfung im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren, in: Fünftes Deutsches Atomrechts-Symposium, 1977, S.112)。依照目前之法院判決，在運用此法制時，對於核發許可證應符合那些要件或基於那些原因得拒發許可證，皆由該法條本身得出。立法者有義務自己就國家侵害可能性所未設限之法律範圍去劃出界限。它不得將此委諸行政機關之裁量。因一許可之保留而涉及其基本權利之人民，如法律上無拒絕之理由存在時，應有請求核發許可證之法律請求權（聯邦憲法法院判決第八輯第七十一頁（第七十六頁）；第二十輯第一五〇頁（第一五八頁）；第三十四輯第一六五頁（第二〇〇頁）；第四十一輯第三七八頁（第三九九頁）；第四十六輯第一二〇頁（第一五七頁））。這些判決在沒有被誤解爲是對行政法院上裁量權之侵犯的範圍內，是獲得大部分學者論著之贊同的（參考Friauf, Jus 1962, S. 424/425; Ossenbühl, DoV 1968, S. 624; Müller, DöV 1969, S. 125; Bettermann, DVBl. 1973, S.186; Dellian, DVBl. 1969, S. 304/305. Ablehnend dagegen: Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. I, 1974, Bd. I, 1974, § 48IIa)4)。

核能法第七條第二項之承認給予裁量空間在憲法上也無可指摘。核能法在很多方面占有一特殊的位置。這表現在譬如說依歐洲核子條約第八十六條之規定，特殊的可分裂之原料是屬社會所有，締約國、人民或企業則只有利用及消費的權利（歐洲核子條約第八十七條）。此種因歐洲核子條約第八十六條亦在德國法制生效之公共財產的形式開放給予高權力就此種原料原則上有較合法侵犯及限制私人財產更寬廣之範圍。如此對待這種可分裂原料之理由在於簽約當時無法了解，因使用這種可分裂原料才產生之風

險和危險；此種風險與危險之形式和規模程度相對於所有至目前因利用私人財產所生之危險都是新的。因此，立法者就此種可能發生之危險及其可掌握性，得基於憲法先（暫且）估計學術上、科技上及工業上之認識和經驗皆尚不足，而將此種原料適用一特別的規定。核能法的此種特殊的地位及其理由使它有理由在特定條件之下不適用在其他法律領域所承認之原則。在本案則具有此種例外情形。雖然立法者，如果它使用預防性具許可保留之禁止這種法制，在核能法領域，基於法律保留原則也有親自確定一般許可要件之義務。但是，如果立法者已如在核能法第七條第二項如此做了，則基於依核能法第七條第一項應經允許之設施所具高度潛在之危險，在憲法上即不應加以苛責它特別小心的行事，另外給予行政有一拒發許可之裁量權，以便使其在萬一特殊及沒有預見之情況有必要時，有拒發一本來應核發許可之可能性。這尤其是在當立法者——姑且不論本來就沒有——完全自由之裁量（參考聯邦憲法法院判決第十八輯第三五三頁（第三六三頁））——將賦予許可之行政機關裁量之範圍經由核能法第一條，特別是經由對保護目的之規定已足夠明確劃定時，更應如此。如此也同時保證，對申請人在核能法之許可程序中因給予裁量所生之法律不安定性保持在法治國之可容忍的界限內。

最後，也是支持如此一種有限制的裁量的憲法容許性的論點是，基於在利用核能法第七條意義下之設施時可能發生之超越國界的風險，將來有可能會有特殊形式之國際間的合作。沒有如此的一種裁量，則鑒於所針對應予以預防之危險的種類和規模程度以及相關之經驗水準對該類危險之掌握控制站不住腳時，即可能以此種方式妨礙國際合作之成立、安排或執行。

III、

本判決在主文部分無異議通過作成。

## 關於「靜坐以封鎖軍事設施之處罰」之判決

——聯邦憲法法院判決集第七十三卷第二百零六頁以下

譯者：許玉秀

### 〈判決要旨〉

1. 德國刑法第二四〇條規定處罰實施強暴方法的強制行為，已符合源自基本法第一〇三條第二項的明確性原則。未使用暴力而以逗留於車道的方式，封鎖通往軍事設施的通路這種靜坐示威，被法院認為屬於刑法第二四〇條的強暴方法。由於表決時正反票數相同，因而無法認定法院的見解違反源自基本法第一〇三條第二項的禁止類推原則。

2. 憲法並未規定，參與這種靜坐示威不予處罰。但是根據憲法、刑法第二四〇條可以如此解釋和適用，即肯定暴力概念可以擴張及於這種靜坐示威，並非即表示這種靜坐示威已具有違法性。

刑事法庭斟酌各該情況，判定前述方式的靜坐示威，構成刑法第二四〇條第二項，由於表決時正反票數相同，因而無法認定根據憲法原則上這個判決應受指摘。

一九八六年十一月十一日第一庭判決

根據一九八六年七月十五和十六日的言詞審理

——IBvR 713/83, 921, 1190/84, 333, 248, 306, 497/85——

憲法訴願訴願人：1. M先生 2. O先生——訴願代理人（略），針對兩個判決訴願 3. S先生——訴願代理人（略），針對三個判決訴願 4. G先生——訴願代理人（略），針對兩個判決訴願 5. H先生——訴願代理人（略），針對兩個判決訴願 6. W先生——訴願代理人（略），針對兩個判決訴願 7. L先生——訴願代理人（略），針對三個判決訴願 8. S女士 9. S女士——訴願代理人（略），針對六個判決訴願。

## 判決主文

I、一九八四年七月十八日新烏爾姆(Neu-Ulm)地方法院判決(2Cs141s 23383/83)及一九八五年一月二十八日巴伐利亞邦最高法院裁定(5 St 373/84)侵犯了第六位訴願人根據基本法上法治國原則應享有的基本法第二條第一項的基本人權。判決撤銷，該案件發回新烏爾姆地方法院更審。

II、其他訴願人的憲法訴願駁回。

## 判決理由

A、

訴願人對於參與在軍事設施前表示反對增加軍備的靜坐封鎖，被判定構成強制罪，表示不服。

I、

1. 一九七九年十二月十二日，北約會員國外交暨國防部長會議在布魯賽爾通過一項雙重決議，根據這個決議，一方面須在某些特定的歐洲國家，安置配有核子彈頭的中程飛彈，另一方面必須支持美蘇關於中程核子飛彈的限武談判。一九八三年十一月中旬，長達兩年的日內瓦軍備管制談判證實失敗之後，在德國，開始按原訂計畫安置一百零八個潘興二號飛彈的發射裝置，以及九十六個固定於地面的推進器（詳見BVERAGE 66, 39ff.）。

北約這個「雙重決議」在國會內外引起爭議。批評者認為，本來就很危險的核武競賽，將因為中程飛彈的安置，而形成危險的發展趨勢。這些中程飛彈具備有作用不穩定的易變品質，這種品質的易變特性，因為科技和人力的極限，而更形提高。由於具有高度的目標準確性、很短的飛行和預警時間，以及破壞敵人防衛系統的能力，這種飛彈適於作為第一波的攻擊武器，但因為安置在蘇聯領土的射程範圍內，在緊急狀況時，可能誘導蘇聯的預防性攻擊，使得飛彈安置區成為箭靶而受到特別的威脅。

2. 無數和平運動組織和支持者參加了反核武的抗議行動。他們舉辦示威遊行、站崗、進行絕食、舉

行彌撒、舉辦簽名以及全國性的群眾活動，例如一九八一年秋天的波昂和平示威遊行、一九八三年十月的南德萬人鏈活動，以及一九八三年復活節大遊行。

在這些抗議活動被證實失效之後，在軍事設施前封鎖道路的示威行動逐漸增加，在這些示威行動中，參與者盡力地避免各種各樣的暴力行為。然而在示威者將這些行動理解為「非暴力的象徵性封鎖」的同時，這些活動卻在許多訴訟程序中，被判定為施強暴方法的強制，而依下面的規定予以起訴：

#### 刑法第二四〇條

(1) 違法地以強暴或以可感受的惡害威脅使人作為、容忍或不作為者，處三年以下有期徒刑或科罰金。情節特別嚴重者，處六月以上五年以下有期徒刑。

(2) 為某種特定目的而施強暴或以惡害威脅達於卑劣之程度者，其行為違法。

(3) 未遂犯罰之。

將封鎖鎖判定為強制，和一個過去的判決有關，該判決將刑法規定中強暴的概念，逐步予以擴張：起初法院偏好限於行為人身體力量的施展，後來較傾向於對被害人身體所造成的作用，而最後則概括地包含造成強制效果的要素，這種要素聯邦最高法院早在一九六九年抗議車票票價上漲的雷普勒案 (Laeppe-Urteil) BGHSt. 23, 46 中，即已研究出來。在該案中，被告走上電車車軌逼使司機停車，法院認為實施強暴的強制，包括心理強制的行為（參考下面 B II 38，頁二二九以下）。



1. 靜坐封鎖，也就是受到處罰而成為憲法訴願對象的靜坐封鎖，發生於一九八一年中到一九八四年初之間。在所有的事件中，通往軍事設施的道路，被許多佔據車道的示威者堵住，這些示威者在警察要求他們離去而無效之後，毫無抵抗地被警察拖走，當時沒有任何的暴力行動，而靜坐封鎖的方式、時間的久暫以及因而所造成的阻礙倒是各不相同。

a) 八三年第一庭七一一號案件 (IBvR 713/83) 涉及一九八一年七月十三日發生於大恩史丁根 (Goesgtingen) 市的封鎖行動，這個封鎖行動屬於第一波的封鎖行動，在那個城市，當時早已安置了美製長矛飛彈。第一和第二位訴願人這兩個學生以及其他十一個某和平組織的成員，在事先公開宣佈之後，在通往艾伯哈特—芬克營區 (Eberhard-Finck-Kaserne) 的道路上，離大門約七公尺處，坐滿整個車道，展開無限期的抗爭行動，他們將彼此互相鏈住，並且鎖定在街道兩旁的柱子上。營區指揮官要求他們離去不果，改由側門進出。示威者與在場記者舉行一場記者說明會，同時和士兵們討論，並且繼續他們的活動到第二天，指揮官所召請來的警察，最後在要求示威者清場無效之後，剪斷鐵鏈並將示威者扛到路邊。

洛伊特林根 (Reutlingen) 簡易法院的少年參審法庭，宣告這些被控集體強制的訴願人無罪，杜賓根地方法院則判處他們日額二十馬克罰金三十天，斯圖加特高等法院駁回他們的上訴。

b) 八四年第一庭九一一號 (IBvR 321/84) 案件涉及一個發生在大恩史丁根，而同樣事先已通知警察及營區指揮官的行動，並且是在一個安置短程核子飛彈的特種彈藥庫前面。這個計畫在一九八二

年八月一日至八日舉行，有七百名參加者的行動，在籌備期間曾經在各相關的團體中，進行非暴力行動方式的訓練。第三位訴願人是一所大學的學術工作者，他在一九八二年八月二日兩度參加輪班式的靜坐行動，靜坐者以每班十到五十人成橫列坐在唯一的通道上。警察共分十六批抬走示威者，聯邦軍隊進出的交通工具，在警察清場時，每次皆耽擱十到二十分鐘之後，方才能繼續前進。

敏新根(Münster)簡易法院以集體強制罪判處訴願人日額二十馬克罰金二十天，杜賓根地方法院駁回訴願人的上訴，斯圖加特高等法院駁回其再上訴。

。八四年第一庭一一九〇號和八五年第一庭11111號(1BvR 1190/84, 333/85)案件涉及針對北約雙重決議三周年所進行的靜坐封鎖行動。這個靜坐封鎖行動於事先通知警察和美軍之後，於一九八二年十二月十二日星期日，在通往斯圖加特外興根(Vaihingen)駐歐美軍指揮中心Pach-Barracks的道路上進行。大約有二百五十名參與者，他們打算在早上八點到下午五點之間的每個整點時，由三十人或更多人組成密集的人群，阻塞道路十二分鐘，而這條道路是保留給青年聯盟的半數人的，他們要在該處從十點到十二點進行一場已報備的反示威。第四和第五位訴願人，一個學生和一個勞工法庭的法官，參加了九點和十二點的街道封鎖行動，他們在警察解散命令發佈後五分鐘被抬離現場。在整個活動過程中，大約有一百五十輛德國警車或美軍憲兵座車遭到短暫的阻擋，其中還有一位計程車司機。另外有一條通往營區的通路可資利用，但被關閉了。

斯圖加特簡易法院判定訴願人無罪，其地方法院則分別以集體強制未遂和強制既遂罪，判處他們日

額十馬克的罰金十天，和日額八十馬克的罰金八天。斯圖加特高等法院引用一個已經公佈而有進一步說明理由的裁定駁回上訴，這個裁定同樣關於在斯圖加特外興根市的一個靜坐封鎖行動(GTW 1984, S. 1909)。

d) 八五年第一庭二四八號(1BvR 248/85)是一個於一九八三年四月三日復活節星期日，發生於新烏爾姆美軍營區前面的示威案件。第六位訴願人是一位社會教育工作者，他和大約二百名參加者一起，在一段無法確定時間長短的時段裡，在大門口坐了短短幾分鐘，直到警察發佈三次解散命令後清理道路時為止。美軍方面的主管軍官在示威活動之前，已採取應變措施，並建議不要使用大門，因而沒有車輛受到阻擋。新烏爾姆簡易法院以集體強制未遂罪判處訴願人日額二十五馬克罰金八天(詳見A II 2b, 頁二一五以下)，巴伐利亞邦最高法院駁回了上訴。

e) 八五年第一庭二〇六號及四九七號(1BvR 306/85, 497/85)案件涉及自從一九八三年秋天以來，定期由和平運動成員，在穆特朗根(Mutlangen)美軍軍事基地前面進行的封鎖活動。這個美軍基地被預定用來安置中程飛彈，而且當時只有一條通路可用，當基地車輛想進出時，示威者坐著或者身體緊密地靠著擋在車道上，直到警察發佈解散命令後，將他們驅離為止。第七位訴願人是一個縣政府官員，在一九八三年十二月十一日將近晚上七點半，和大約七十個人一起參加了這種活動，活動持續大約十五分鐘，阻擋了一個由五輛美軍軍車所組成的車隊。第九個訴願人是一個女會計，她在一九八三年十二月十二日，也就是雙重決議四周年時，和另位十三個人，在將近九點四十五分的時候，參加了一個相

同的活動，阻擋一輛美軍軍車約十五分鐘之久。第八個訴願人是一個女雕刻家，於一九八四年二月七日晚上十點三十七分，和另外九個人，共同阻擋一個由兩輛美軍軍車所組成的車隊，使得美軍軍車在五到十分鐘之後才能繼續前進。

史瓦本的格敏特(Schwäbisch Gmünd)簡易法院以強制罪判處所有的訴願人罰金，其中第七位訴願人日額七十五馬克二十天，第八位訴願人日額二十馬克二十天，第九位訴願人日額二十馬克二十五天。艾爾汪根(Ellwangen)地方法院駁回訴願人的上訴，而斯圖加特高等法院也駁回了再上訴，對於第七位訴願人的判決，高等法院敘述理由比較詳盡。

2. a) 斯圖加特高等法院刑事庭在判決理由中附和聯邦最高法院在雷普勒一案的見解，認為以身體阻塞道路也屬於施以強暴方法的強制行爲。早在過去所公佈關於斯圖加特外興根靜坐封鎖的裁定中(ZfW 1984, 頁1909)，刑事庭第一庭即已指明，有其他通往營區的通道和道路僅僅被堵塞十二分鐘，以及部分參與封鎖者在幾分鐘之後已被警察驅離，都無法改變上述的認定，參與封鎖者不能主張基本法第五條和第八條示威自由的基本人權。固然，一場集會不會因為符合刑法第二四〇條強暴的構成要件要素，即因而具備基本法第八條第一項「非和平」的意義，因為基本法上「非和平」的意思，是「暴力活動」，但是，集會自由是「法律保留」下的產物，未經報備而由警察機關各別解散的示威活動，不在集會法所依據的合憲性的界限之內。只要示威自由這個基本人權同時包含一個價值判斷，在審查第二四〇條第二項的卑劣性(Verwerflichkeit)時，即必須注意在權衡利益時，價值判斷在法律上的重要性。強暴的構

成要件要素雖然隱含卑劣性，倒似乎還有作另一種認定的餘地，而利益的權衡——正如在裁定中進一步指出來的——在斯圖加特外興根封鎖案中，卻完全無法提出確實的理由，將實施強暴造成對其他人決定自由的強制認定為不卑劣。就這種利益的權衡而言，抗爭行動究竟有何目的，並不重要，因為法院無權對言論的內涵，評價為比較值得或比較不值得保護。

刑事庭第三庭在參與穆特朗根靜坐封鎖的第七位訴願人的上訴案件中同樣認為，評價透過抗爭活動所應該喚起社會大眾注意的思想內涵，並非法院的任務，同時認為將封鎖行動認定為強制，和集會自由的基本人權既不衝突，也和認為封鎖所造成的阻礙如此輕微不應被認為是強暴的考量不相違背。固然每一個人都有容忍社會一般性干擾的義務，包括由和平的示威活動所造成的典型的阻礙，只要示威者所追求的是一個示威活動所要達到的社會上通常的目的，但是當示威者旨在侵害未參與者自由的意志活動，並且正好想藉著有意造成的阻礙，使社會大眾注意他們的訴求時，則逾越了可以被許可的界限，這樣的行為是強制性的強暴，而應該被認定是卑劣的。相反地，不容否認的，相對輕微的強暴形態，以及強制所追求的目的，例外地可使強制行為顯得可以被容許。訴願人的各個行為都是自從一九八三年秋天以來長期行動的一部分，這個行動嚴重干擾了美軍的勤務。訴願者的動機，可能就其本身而言，是值得贊同的，但並不能使他有權賦予他自己的意見特別的力量，以便廣泛地侵犯第三人的權利。基本法上固有的公眾意見形成過程自由原則，使每個人有許多其他的機會公開發表他的主張。

b) 巴伐利亞邦最高法院採取與簡易法院相反的見解，以無異議通過的裁定，未附理由駁回第六位

訴願人的上訴。

簡易法院依其認定，詳述訴願人參與新烏爾姆的靜坐封鎖行動，訴願人依其所述應用心理上的強暴，和其他人共同以身體使車輛無法進出。訴願人的行為故意且違法，他知道並且希望藉由他個人和共同示威者的行為，能發生所描述的強制作用，這種針對所要追求的目的而使用暴力，應該被視為具備刑法第二四〇條第二項「卑劣」的意義。所追求的目的，即急迫地向民眾指出核子武器及安置潘興二號飛彈的危險和後果，是值得尊敬的，而且就其本身而言並不卑劣，但是並非達成這個目的的所有手段都是許可的。使用暴力作為勸服人的手段，以及作為指出合理且令人尊敬的訴求的工具，是不合法的，並且因而侵犯他人的權利，是無法予以容忍的，也不能藉著基本法第五、第八和第二條基本人權的規定而阻卻違法，使用暴力的範圍和程度及因而造成的強制作用，以及訴願人的動機，在量刑時都應該予以斟酌。

3. 所有的訴願人針對有罪判決提出憲法訴願，他們全都指摘判決違反基本法第一〇三條第二項，並進一步指出——部分認為主要——和基本法第五和第八條的基本人權相抵觸，有幾個則認為違反平等原則。

這些訴願人特別提出來，他們是在一個關係基本的共同利益的問題上面，針對繼續擴充核武軍備所形成無法預見的風險，進行完全非暴力的抗議，和雷普勒一案中反對漲價的靜坐封鎖行動不同的是，在這裡並非以有效地使交通癱瘓作為壓力手段，就具體的實力關係而言，事先通知的封鎖行動，自始無法妨礙軍事勤務，即便只是暫時的妨礙。訴願人毋寧是想要以象徵性的行為，用他們的身體擋在路上，毫

不抵抗且無助地面對居於優勢的軍事機器，以便向政界人士呼籲，並且明白示範相對於擴軍政策，民眾擁有物理上的優勢，至於表達對交通工具駕駛人輕微的阻礙在這裏應該被容忍的主張，卻並非真正的目的所在。有幾個訴願人認為，一個這種良知的呼喚，可能被認定為是抵觸集會法或違反交通條例的違規行為，但是如果被當作以強暴的方法實施卑劣的強制而入罪，則不僅僅是一種令人無法容忍的不道德，而且在法律上有瑕疵並違背比例原則。

他們並認為刑法第二四〇條中強暴的概念，已逐漸被法院擴張並予以「精神化」。聯邦最高法院固然認為不必包含身體力量的要素，但始終要求一定程度的身體作用力，如果從今以後以具備透過心理上的壓力造成強制作用的要素為已足，並且將以消極行為侵害他人的行動自由解釋為「強暴」，則和「強暴」的字義既不相符，也不符合立法者為求符合憲法的價值判斷，而不將每一種對意志決定自由所造成的強制效果均加以處罰的意旨，同時也和著刑法規定概括的行為態樣，將因暴力概念的擴張而失去行為態樣的原意這種想法不一致，最新的法院見解，並非依據一貫的，已確立的最高法院的判例而來，這種見解違反基本法第一〇三條第二項，因為根據該規定，將刑法規範適用在一個它的字義所無法涵蓋的事實上面，是不合法的。

如果仍然要以擴張的暴力概念作為判決依據，那麼判斷違法性時，必須特別謹慎，立法者對於所要處罰的行為，只作了部分的定義，而在刑法第二四〇條第二項，將可罰與不可罰的界線，委由倫理的規範來決定，從而產生欠缺明確性這樣的憲法上的問題，以致於形成這樣的結論：以強暴造成的強制，應

該限於最狹義的情況（行爲人以身體的力量影響被害人的身體）。以公告週知非暴力的靜坐封鎖這種象徵性的手段，對抗人類有史以來最致命的武器，無論如何不能視爲「卑劣」，而示威者所追求的目標，比起短時間阻撓軍方交通工具，具有較高的價值。無論如何不可能一方面將暴力概念精神化，同時他方面認爲使用暴力即具有違法性，這形同違法地廢除刑法第二四〇條第二項。根據判例見解，只有當一個行爲沾上了倫理上高度乖違而且在社會上高度無法容忍這樣的污點時，方才能被定位爲「卑劣」，而判斷的標準，以一般的判斷所無法容許的程度爲準，對於藉著和平運動進行封鎖的倫理評價，卻正好是有爭議的，由於無數的參與者，無可爭議的在道德上無可疵議，並且許多沒沒無聞的參與者，都是絕對忠誠、絕大部分有良好的知識和熱心的公民，他們都是本於良知良能而行動，因此他們的封鎖行動不可能是卑劣的，比起設置中程飛彈，非暴力的封鎖更不可能是卑劣而不被容許的，正如第六位訴願人所主張的，設置中程飛彈危及生命權，而且是違憲的，此外，是被大部分的民眾所排斥的。

法院將靜坐封鎖認定爲強制，似乎誤解了基本法第五條和第八條的適用範圍，這兩個條文保障了人民對政治意見和政治意志形成過程發揮影響力的權利。並非每個和法律接觸的行爲，皆自動導致不和平的集會，並因而卸除基本法的保護，這兩個高層次的基本人權所體現的價值判斷，是解釋限制基本法適用範圍的規定時的依據，同時是在檢驗「卑劣性」而作利益衡量時必須加以考慮的，因而得出示威自由優先，以及相對於短時間象徵性阻撓軍務交通，以身體語言表達意見優先的結論。示威地點的選擇和示威活動的形態，是意見表達自由權的重要成分，因而對個別交通群眾前進自由所造成必然的但輕微的限制



制，是實現基本人權這個有意義的行為所無法避免的效果，而應該被容忍，彼此互相衝突的利益，必須根據同等重要原則加以協調，使得所有關係人中沒有人能毫無限制地享受他的自由。根據平等原則，在其他的案例中，靜坐示威不可避免地只能被當作違反秩序的行為處理，並且對參與所謂名人封鎖和釀酒業卡車封鎖的人，也不能進行刑事追訴。

### III、

對上述的憲法訴願，聯邦司法部代表聯邦政府、巴伐利亞邦內閣總理和巴登—符騰堡邦司法部長皆提出意見書，對於第一個判決，還有聯邦最高法院各刑事庭、警察同業工會以及四個從事衝突與和平研究的研究機構表示了意見。

1. 聯邦最高法院院長，傳達了主審該訴案件刑事庭對於適用刑法第二四〇條和該條文符合基本法的意見：

a) 根據刑事第一庭的看法——和刑事第五庭一樣，刑事第一庭在此之前也未曾處理過類似的法律問題——，判決所詮釋的暴力概念，完全決定於行為人的行為對被強制者的影響，已符合基本法第一〇三條第二項明確性的要求，使用強暴的手段，已具備強制的卑劣性，以限縮暴力概念或承認示威目的的方式，使根據聯邦最高法院判決具有刑法第二四〇條強暴意義的行為方式阻卻違法，不符合法治國原則。

b) 刑事第二庭援引至今的判決，特別是雷普勒一案(BGHSt 23, 46)，對於這個判決的效力，刑

事第二庭甫於一九八六年四月二十四日作成的裁定中(NJW1986, 頁1883)予以說明。將「暴力」解釋為施展物理的力量對被害人造成強制作用的定義，刑事庭也在其他關於性行為的強制案例中，加以採用。當強暴（或脅迫）的手段加上所欲追求的目標，根據一般的判斷，在倫理上無法被容許時，即可視為刑法第二四〇條第二項卑劣的強制，毫無疑問地，刑法第二四〇條符合刑法構成要件明確性的要求，基本法的保障所具有的優先性，在必要的情況下，則可藉著合憲的解釋予以兼顧。

c) 刑事第三庭則援引它自己在干擾教授上課強制案的判決(NJW1982, 頁189)。另一個關於飛機封鎖案（大示威）的判決，也對刑法中其他規定的暴力概念有所說明(BGHSt32, 165)，但對於為了大動視聽所採取的示威行動，以暴力侵害他人活動和行為自由時，是否必然可依刑法第二四〇條予以處罰，或者只有附加其他條件時才可以處罰，則並未表明立場。

d) 最後刑事第四庭在一九六九年一個關於強盜罪的判決中，也處理了暴力概念的問題(BGHSt3, 126)。只要往後在駁回上訴的判決中應適用刑法第二四〇條，刑事第四庭即以第二庭對雷普勒案的判決為依據，關於該規定和基本法是否不相矛盾的問題，則未表示意見。

2. 聯邦司法部認為，看不出來受指摘的判決有違憲之處，巴伐利亞邦內閣總理針對第一、第二和第六位訴願人的訴願所提的書面意見，以及巴登—符騰堡邦司法部長對在該邦內進行的活動所表示的意見，同樣認為這些憲法訴願是無理由的。

a) 根據他們一致的見解，刑法第二四〇條的規定，從基本法第一〇三條第二項所衍生的要求來看

，是沒有問題的，而且從法院所作成和最高法院判決一致的解釋來看，也是一樣的，憲法並未禁止使用不確定的、需要進一步評價的概念。卑劣性的概念，如巴登—符騰堡邦司法部長所主張的，固然進一步地使法院有權評價，究竟是否符合構成要件的強制行為已然違法，但是刑法第二四〇條的適用界限，已由刑事判決予以具體化了，因此明確性原則已儘可能被顧及了。

根據司法部的看法，這種看法主要是由巴伐利亞邦內閣總理所提出來的，暴力概念的核心要素，是施展物理上的力量以達到對被害人的強制效果，這種強制效果的強度，必須在個案中各別衡量，施展身體的力量——即便是些微的力量——這個要素，是心理支配過程的誘因，它確保了不超越文義解釋的界限，如果認為這和一般所理解的暴力概念不一致，是難以理解的。

將心理的和物理的強暴等置，根據聯邦司法部的意見，就保護自由意志活動的立法目的而言，是合法的，也和目前實務和文獻上的通說見解一致，縱然有部分從刑法的觀點所提出來的激烈批評，這個判決也不能被指為違憲，就基本法而言，不可能作成一個確定的暴力概念的判決。以對被害人進行身體的強制作用為準，而不是以行為人的攻擊行為為準，是許多種詮釋途徑中的一種，確定這種詮釋方法，是為了能涵蓋一切同樣應罰的情況，這種解釋並非被禁止的類推，因為暴力的概念不僅決定於行為人的行為，而且也決定於行為對被害人的影響。

b) 根據上述釋憲機關一致的見解，受指摘的判決也不違反基本法第五和第八條的規定，憲法不容許將訴願人所進行的靜坐封鎖行為視為合法。

巴伐利亞邦內閣總理認為，上述的基本人權，並未賦予權利人在行使其意見和示威自由時，以暴力影響別人的權利，聯邦憲法法院曾經在下洛克多夫裁定(Brokdorf-Beschln 6)中，明白地強調，在示威中使用暴力的人，不能主張基本法第八條的權利。基本人權和刑法第二四〇條之間的轉換效果，不容許在示威的例子，對暴力概念採取限縮的解釋，因為根據判決的見解，使用暴力並非確保基本法第五和第八條所保障的自由權的必要手段。

聯邦司法部同樣強調，基本法第五和第八條，僅僅保護精神層次的爭論，但不保護強暴的行為。爲了抗議核子軍備而在軍事設施之前從事靜坐封鎖，是否可視爲基本法第八條第一項的「和平」集會，已屬可疑。固然，判決所認定的刑法上暴力的概念，不可以絕對地視同憲法上不和平的概念，但是，在集會的領域，心理的強制可以是一種行爲，這種行爲不屬於合法的精神上的意見對抗。不過，這個問題最後可能擱置不決，因爲處罰強制行爲，根據基本法第八條第二項的法律保留，無論如何都是合法的。刑法第二四〇條第一項的規定，在於保護意志決定和意志形成的自由，因而不是爲對抗集會自由而設的，而且符合聯邦憲法法院在下洛克多夫裁定中，針對限制集會自由的規定所提出來的要件。

根據巴登—符騰堡邦司法部的看法，卑劣性的規定使法院在衡量利益時，能顧及基本法第五和第八條對基本人權的擔保，基本法第八條並非因爲欠缺和平這個檢驗標準即被排除適用，這一點斯圖加特高等法院在一些個判決中已明白地予以指出來。藉著強暴的強制方法，使阻礙交通成爲群眾活動的目標和目的，並藉而提高示威效果的權利，是無法從一般法規權限內所保障的或屬於基本法第五和第八條法律

保留下的基本人權引申出來的。如果藉著封鎖車道，具體地使駕駛受到無法抗拒的強制而停車，則因而使用的強暴手段，即便在示威自由基本人權的考慮下，也絕對是違法的，只有在特別的個案，才可能例外地不具有卑劣性。即便進一步考慮到，示威者想要將公眾的利益放到一個重要的並且和他們有重要利害關係的問題上面，在衡量利益時，也不能主張他們行使基本人權，優先於相對人受基本法第二條第一項保障的法律地位。在代議民主制度之中，公共事務的決定權，操縱在根據憲法和法律合法設置並且經由民主的意思形成過程所授權的機關之手，因此，如果刑事法庭將卑劣性的判斷，依抗議行為的實質目的而定，將和代議民主制度不符。

c) 在所提出的意見中進一步指出，就針對專業法庭的判決，憲法法院只能就該判決是否違反特別的憲法規定加以審核而言，在具體個案適用法律規定上面，在憲法上也是無可挑剔的。

根據聯邦司法部的見解，刑事法庭適用卑劣性條款時，正確地注意到，訴願人行動的直接目的，在於封鎖被涉及的軍事設施，這並非只是實現基本人權所必然造成的負擔，也不是就活動的目的而言，無法避免而無害的負擔，而是有計劃地侵害至少是等價的第三人的法益，因此訴願人的集會自由，不能優先於透過他們的集會自由而受侵害的駕駛人的權利，由於刑事法庭對於訴願人的訴求未予置評，理所當然地可以不予重視，另一方面而言，法院本應注意到，訴願人的集會違反報備義務，而因此是和法秩序相抵觸的強制手段，最後，即便刑事法庭不認為這些靜坐封鎖屬於輕微不法，也是無可疵議的。固然，根據高位階的集會自由，可能可以推論出，一個實際上只是象徵性侵害到他人意志自由的行為，不應該

被視為刑法第二四〇條第二項意義下的「卑劣的」行為，而因此不應受刑罰制裁，但是訴願人的靜坐封鎖，卻絕對不具有這種象徵性的性質。

根據巴伐利亞邦內閣總理的意見，在大恩史丁根參與鎖鏈行動以及在新烏爾姆參加封鎖的訴願人，以他們的身體擋住管區入口通道，已施展了物理的力量，對那些想要出入管區的人造成一種強制效果，即便只是心理上的強制效果。這種強制效果因參與者的數量，而且在第一種情形，因為鎖鏈行為而更形提昇，行動的象徵性特徵、事先公布行動和他們的政治動機，皆無法改變他們使用暴力的事實，動機可能無論如何在違法性的判斷上具有意義，卑劣性卻絕對在實施暴力時已存在。無論如何，對第三人實施強制，或者是阻止前進，或者為其他犯罪行為，根據一般的看法，在倫理上已達高度無法容許的程度，這個認定也適用於和平示威的情形，因為其實還有各種其他實現意見表達自由和示威自由的方式存在。

巴登—符騰堡邦司法部進一步指出，對於參加大恩史丁根鎖鏈行動、斯圖加特外興根和穆特朗根封鎖行動的第一位、第二位、第四位和第五位以及第七位訴願人的判決，看不出來違反了特別的憲法規定，法律的適用，遵守了由判決所發展出來，在憲法上毫無疑義的標準。就暴力的要素必須決定於所實施的心理強制究竟具有多大的力量而言，法院並未犯錯，法院根據聯邦最高法院判例所作成的判決，在法官法，是站得住腳的，這一點同樣適用於卑劣性的審查，使用強暴的手段，原則上已包含了卑劣性，並且如果一個行為顯然高度地不值得容許，以致它因為社會上無法予以容忍，而具有應罰的不法時，即應肯定它具有卑劣性。

d) 對第一個判決所提出的意見中，最後還指出來，核子飛彈的設置，就憲法的基本決定權而言，是一種軍事上的自我防衛，針對合法的軍備政策，基本法第二十條第四項意義下的抵抗權是不存在的。

3. 警察同業工會認為，無論就警察的利益、示威者的利益或相對人的利益而言，由憲法法院對強制罪構成要件的界限加以澄清，是迫切需要的，由於暴力概念的擴張和適用卑劣性條款的搖擺不定，可以想像對訴願人依強制罪加以處罰是事先不能預見的，在較新的判例中所擴張的暴力概念，需要根據憲法的要件加以檢核，這些憲法的要件是定罪科刑時，供法官進一步闡釋法律的依據，在這些要件上，正如基本法第一〇三條第二項所顯示的，應該以特別嚴格的標準，處理法規之間的適用關係。帝國法院的概念架構，和刑法第二四〇條第一項的文義，尚稱一致，據此，無論如何，只有當行為人攻擊被害人的身體，並且因而使用了大量的身體力量（毆打），或者——廣義來說——使用了科技設施（鎗彈）時，才有暴力存在，如果欠缺這種機械性的作用，則只有當被害人各部分的身體功能個別地暫時喪失時，例如非暴力地使用麻醉劑或拘禁或有意地引起神經休克，方才能認為有實施暴力，反之，如果不是喪失行動能力，只是無法以一定的方式（開車或搭電車）或向特定的方向繼續前進，則沒有施暴，單純侵害神經系統，同樣不足以受處罰。回復傳統的暴力概念，不會使得目前應該合乎刑法第二四〇條規定的構成要件，被解釋為合法，只是不會依強制罪加以處罰，但是仍然可以依據集會法和道路交通條例予以制裁。

受質疑的判決並沒有充分注意到基本法第五條第一項和第八條第一項的基本人權。封鎖營區出入口，毫無疑問地是基本法第八條和集會法上的集會：參加的人是一起來的，以便共同藉著示威對公共事務

作出表白，他們的行為方式，不會因為法院將之視為「強暴」，就變成不和平的行為。由於詮釋限制基本人權的規範之前，應該先弄清楚被限制的基本人權，因此訴願人共同表達意見的權利，必須和刑法第二四〇條所保護的軍務人員的行動自由一起被考量，對這兩種法益予以適當定位的標準，在實務上毫無疑問地可自合法的示威活動引申出來，在合法的示威活動中，不容置疑的，交通群眾將被迫改換路線，或者不開車到特定區域，只有當例如不相干的第三人的行動自由暫時完全受到拘束，而他無法步行到他的住所或步行去上班，或者無法以交通工具抵達特定的市區時，方才逾越了合法的界限。這種標準也適用於未報備的示威活動，未報備的示威活動也是集會法意義下的集會，只是參加集會的人可能依集會法第十八條第三項之規定遭驅離，可能被命令轉移場地以及被命令解散，只要主管機關沒有採取驅散參與者的干預措施，主張基本法第八條的權利是合法的，這麼一來參與封鎖行為也可能不構成強制罪，此外，被限制的基本人權仍有特價值判斷的意義，也必須反映在當有牴觸規範即應科處的制裁上面。

4. 四個與和平及衝突研究有關的研究機構當中，漢堡的和平研究和安全政策研究所，寄送了對於核子武器進行憲法評論的論文，黑森的和平暨衝突研究基金會和史丹堡和平政策研究所，更進一步對設置飛彈的憲法問題、國防政策問題和軍事科技問題表示了意見。在所有聯邦憲法法院關於擴充軍備的判決之前(BVerfGE 66, 39, 特別是88, 1)完成的論文中，皆對擴充軍備的合憲性提出質疑，最後提到的兩個研究所和貝格后夫衝突研究基金會(Berghof-Stiftung)，同樣對議會民主制度中，人民不服從的象徵性行動的問題，提出了意見，他們一致警告不該將這種行動認定為以卑劣的強暴手段實施強制，否則為



了剷除暴力和尋求各種解決衝突的不同途徑所費的心力，將付諸流水。

意見中提到，在議會民主政治中，也存在著一些爭議點，是少數認為無法妥協或者不能票決的，在德國，人民的不服從行動，主要是針對一些多數人的決定，少數人害怕這些決定將帶來不幸的、無法挽救的後果，因此多數會主張有權採取嚇阻的策略，這種嚇阻的策略，在失靈的時候，勢必將德國這個有生存能力的工業社會引向末路。面對這種衝突狀況，少數會基於良心的理由，覺得有反抗的義務，因此必須有一個提出警訊和說服多數的途徑，而使得社會其他生存所必要的功能，不致因為這個衝突而癱瘓，這裏所指的不是對國家機關實施無法抵抗的強制，而是將衝突的課題搬上舞台，使它不再不爲人所知。人民不服從的反抗行動和法秩序之間的衝突將受到限制，行動的政治理由和使行動能夠被掌握的過程說明，都是爲了這個目的而存在的，如此一來才不是一場混亂的行動，而是有規劃的行動，它的過程經常也都是和國家機關事先討論過的。自我約束採取非暴力的行爲，是行動被認定爲人民的不服從的決定性要素，自我約束所以受到尊敬，因為它符合自由民主基本秩序的利益。如果爲了能適用刑法第二四〇條而指摘這種使用心理強制手段的行動，那麼區分破壞性與非破壞性行動這種對共同生活非常重要的界限將遭到混淆。在這裏提出「心理上的強暴」也是不適當的，因為被挑戰的人的意志自由實際上並未受到侵害，正確的說法是，不可能有人民不服從的基本人權，政治智慧和對有良知的公民的尊重，均要求我們要自制和容忍，比起刑事訴追這種僵化的過度反應，自制和容忍對於社會而言是比較不危險的。

#### IV、

一九八六年七月十五和十六日言詞審理程序中表示意見的有：

爲訴願人辯護的是Däubler教授和Grünwald教授，Hemeyer律師，Leyrer律師，Niepel律師及Schmid律師，第七位訴願人自己；爲聯邦政府辯護的是司法部長Engelhard，司法部司長Bülow和Schneider，司法部參事Kammerloher；爲巴伐利亞邦政府辯護的是該邦司法部長Lang和Isensee教授；爲巴登—符騰堡邦司法部辯護的是司法部長Eyrich；爲警察同業工會辯護的是工會理事長Schróder和工會秘書Heyn；以專家身分發言的是Callies教授和已退休的地方法院院長Trondler博士。

B、

第六位訴願人的憲法訴願是合法的並且是有理由的，它的靜坐封鎖地點在新烏爾姆，其他合法的憲法訴願應予駁回，因爲正反票數相同，無法認定與基本法有抵觸之處（聯邦憲法法院法第十五條第三項第三句）。

I、

在判決和文獻上，對於本案這種靜坐示威的認定，不僅在憲法上，特別是在刑法上，一向有爭議。這種行動的特色在於：沒有任何暴力行爲，以停留在車道的方式，封鎖軍事設施的出入口，並且大部分事先將這種行動公告周知，而且所有參與者對警察的干預行動完全不予抵抗。這種示威行爲在合法解散之後，無論如何皆可當作違反秩序的行爲，亦即違反集會法和交通條例的違規行爲予以處罰，這顯然是無可置疑的。許多刑事法庭根據聯邦最高法院雷普勒案(BGHSt 23, 46)，將這種示威行爲認定爲實施

強暴手段的卑劣性強制（參照 OLG Stuttgart, NJW 1984, 頁 1909, 此外特別是 KG, NJW 1985, 頁 209, OLG Düsseldorf, NJW 1986, 頁 942, BayObLG, JZ 1986, 頁 404），部分法院則宣告無罪或停止訴訟程序（參照判決要覽的引據 Leb, KJ 1984, 頁 2024, Frankenberg, KJ 1985, 頁 301）。科隆高等法院最後追隨聯邦最高法院在另一個判決 (BGHSt 32, 165) 中的說明，而提出這樣的問題：爲了大動視聽而採取阻礙他人行動和行爲自由的示威行爲，是否無論如何是刑法第二四〇條第二項的違法行爲，或者在個案中，視特別情況可能欠缺卑劣性（NSSt 1986, 頁 30, 在短時間的阻撓時，持保守的立場 OLG Koblenz, NJW 1985, 頁 2433, OLG Zweibrücken, NJW 1986, 頁 1055 關於警察改道的情形）。聯邦最高法院因而在受指摘的判決宣告之後，在一九八六年四月二十四日作成的裁定中 (NJW 1986, 頁 1883) 明白指出，雷普勒一案的事實，基本上和有爭議的這種靜坐封鎖不同，示威者的目的自始即在於造成被他們所引起的交通阻塞這個事實，並非絕對是認定爲刑法第二四〇條第二項卑劣性的充分條件。在文獻上，雷普勒案的判決已引起批評，雖然將靜坐封鎖認定爲強制，除了一些質疑之外，仍獲得贊同，但是對這個判決的批評，最近逐漸增加，將消極的反抗定位爲強暴行爲以及評價爲卑劣，皆受到質疑，部分還論及憲法的觀點以及「人民不服從」的問題：

## 關於人民不服的討論

### II、

在系爭的這些判決中，法院依刑法第二四〇條，論訴願人以強制罪，只要這個規定處罰實施強暴手

段的強制行為，憲法法院即必須審查，刑法第二四〇條的規定，是否滿足刑罰的規定應具備明確性的要求，這個明確性的要求是自基本法第一〇三條第二項引申出來的。判決中對暴力概念的擴張解釋，根據四個法官的意見，並未逾越基本法為刑法的解釋所設定的界線，相反地根據另外四位法官的意見，如果法院將刑法第二四〇條暴力概念適用於本案的這種行為，則和基本法第一〇三條第二項所衍生的類推禁止原則有違。

1. 基本法第一〇三條第二項保證只有在行為前法律已有處罰之規定時，才能處罰犯罪。聯邦憲法法院在無數判決中討論這個憲法規範，並且早就明白指出，這個規範的意義，並非完全在於禁止適用習慣法或禁止溯及既往（BVerfGE 14, 174[185]·刑事判決），往後的判決即指出，基本法第一〇三條第二項包含立法上重要的明確性原則，以及和明確性原則互相呼應、針對判決而存在的禁止類推適用原則。由於基本法第一〇三條第二項，會在一個案例中，因為刑法規範被解釋錯誤，而受到破壞，聯邦憲法法院綜合迄今判決所依據的基本原則作成結論如下（BVerfGE 71, 108[104ff.]·亦參照BVerfGE 47, 109[123ff.]·64, 389[393ff.]）：

基本法第一〇三條第二項賦予立法者在此處不擬討論的禁止溯及既往原則之外，具體描述犯罪構成要件的義務，使犯罪構成要件的效果和適用範圍易於被了解，並且可以藉著解釋而十分清楚。這個義務具有雙重目的，一方面為了使受規範的對象獲得法治國原則的保護：任何人理應有機會事先預見那一種行為是被禁止的以及是受處罰的，另一方面並且因而確定，可罰與否由立法者決定。由此可知，基本法

第一〇三條第二項包含一項嚴格的法律保留，這項法律保留禁止行政權和司法權自行決定犯罪的成立要件。

刑罰的規定因此必須符合所說的明確程度，卻不禁止使用那些在特別限度內需要法官闡明的概念，即便在刑法領域內，立法者也有必要注意生活的多面性，而基於刑法規範的一般性和抽象性，在邊緣案例中，對於一個行為是否符合法定構成要件可能產生疑問，這也是難免的，但無論如何，通常情況下，受規範的主體必須能依據法律規定預見行為是否構成犯罪，而在邊緣情況，受規範的主體至少因而能認識受處罰的風險。根據上述的理由，刑罰規定的明確性，對受規範的主體而言，主要是指法定構成要件應該使用易於辨識和理解的用語。

根據判例的見解，法律規定明確性的要求，排除對習慣法的適用和類推適用，這裡的類推，不是狹義的技術性意義的類推，被排除的，毋寧是超越法定制裁規範內涵以外的法律「適用」。基本法第一〇三條第二項，為刑罰規範的解釋，定下了憲法的限制，由於法律規定的解釋對象無論如何只能是法律條文，因此決定性的標準是：法律所具有的可能的文義，是合法的司法解釋的外部界限。如果如上所述，基本法第一〇三條第二項要求刑罰對受規範的主體必須具有可辨識性和可預見性，則必然意味著，文義依人民的觀點而定。

由此引申而來的是：立法者必須決定，是否以及在什麼範圍內，他要以刑法的手段，防衛一個他認為具有保護重要性和必要性的特定法益，法院則不可修正立法者的決定，如果依據超越法律文義所能辨

識的解釋，可能得出某個行為應該受處罰的結論，則不可以讓風險歸於人民，在刑罰規範的文義所無法涵蓋的情形，法院因而必須為無罪宣告，如果因為基於明確性的要求而儘可能具體限制刑罰規範的界限，以致於特別是陳年舊案，被排除在刑法的適用範圍之外，也是一樣的，即使行為在類似的情況之下可能是值得處罰的。如此一來，立法者必須遵守諾言，他有義務決定是否任由可能屬於有處罰漏洞的情況存在，或者制定新的規定，而法院無論如何被基本法第一〇三條第二項禁止作這種決定。

上述的判決應該被依循，在文獻上，除了一些這裏所不感興趣的細節之外，它也普遍被接受（參照Krahl, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht [Art. 103 Abs. 2 GG], 1986, S. 220ff.及引據。）倒是應該注意，這個判決有變成字面宣判（Verbalbekenntnis）的危險，因為它傾向於對違反明確性原則和類推禁止原則的可能性，在個案中採取太寬鬆的判斷標準（Krahl, aaO. 頁412）。

2. 依基本法第一〇三條第二項的標準檢驗刑法第二四〇條，在適用所提到的基本原則的情況下，首先得出的結論是，無論如何，由立法者對各種暴力方式加以規範是無可質疑的。

強制罪構成要件所保護的利益，顯然是意志決定自由和意志形成自由（參閱Eser, 前揭書，ss 240 Rdnr.1），立法者因此並未處罰每一種對自由的強制作用，而是從人與人之間相互施加壓力的各種可能情況當中，掘取那些以特定手段加以強制而具有社會侵害性的情形：即實施暴力，或以可感受的惡害加以威脅。為了解決爭訟的案件，沒有必要深入探討這兩種構成要件行為彼此之間並非完全沒有爭議的

關係（有關的批評特別參考 Sommer，前揭書），無論如何，立法者針對暴力手段，將現在的侵害科以刑罰，而威脅則是指單純通知未來惡害的情形，這是可以辨識出來的。在這裡立法者對暴力的概念使用一個語言上易於理解的要素，這個要素也出現在許多其他的刑罰規定之中，對這樣的一個要素，固然可以毫無限制地作任何解釋，但是它的效果，藉著根據字義和立法目的而作的解釋，可以達到使人民充分了解的程度。

憲法上對強制罪構成要件的認定也是很重要的，根據憲法上的認定，依法律規定，實施暴力手段的強制，如果是違法的，才應該構成犯罪，一九四三年進一步確定違法性時，同時擴張威脅的方式（原來是：以犯罪或輕微的違法行為加以威脅），而在刑法第二四〇條第二項增列了一項規定，根據該規定，一個犯罪行為的應罰性，並非單單存在於所使用的手段上面，而是來自於手段和目的之間不應該被容許的結合關係，根據經由一九五三年八月四日通過的第三次刑法修正法（BGBl. 頁 735）所修正過的規定，如果使用暴力或以惡害威脅，就所欲達到的目的而言，可視為是卑劣的，則該行為是違法的。對卑劣性的認定，根據聯邦最高法院的判例，依社會倫理的評價而定，如果一個行為，根據一般的判斷，在倫理上不應予以容許的程度，高到呈現出應罰的不法的狀況時，即認定為具有卑劣性（參照 BGHSt 17, 328[332] 18, 389[391] 19, 263[268] BGH, VRS 40, 104[107] 同樣的 OLG Koblenz, NJW 1985, 頁 2432[2433] · OLG Köln, NStZ 1986, 頁 30[32] 及 BayObLG, JZ 1986, 頁 404[405] 關於本案所審理的靜坐封鎖一案）。為了避免作非法律的評價，文獻上曾嘗試偏重於以社會上無法忍受的觀點，作為認定

依據（參閱 Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, 頁 327）。

對於卑劣性的概念一向可能的理解是：不可以誤以為，根據刑法第二四〇條第二項卑劣性的規定，決定個案中什麼是強制的行為應該予以處罰，主要應由法官予以裁量，如此一來會形成一種危險，即作為處罰依據的，不再是立法者在行為之前所訂定的衝突規則，而是法官在行為之後所察覺的應罰性，由此之故，文獻上即懷疑，就針對基本法第一〇三條第二項所作成的判決而言，這個規定是否已夠明確（參閱 Schäfer, 前揭書, Rdmr. 60 的引證）？這個疑點透過聯邦最高法院聯合刑事庭的陳述而被揭露出來，在這個判決中，刑事庭將適用刑法第二四〇條時，立法者的評價權明白地賦予法官 (BGHSt 2, 194195f.)。引起爭議的卑劣性規定，不論它的刑法定位如何，是對構成要件的一種修正，它藉著以其他要素描述強制行為而限制可罰性，並且適用這個規定因而對行為人發生有利的效果，但是這些就這個疑點而言卻無關緊要，因為這個限制取決於各個案件的情況，因此是和刑法第三十四條緊急避難或第一九三條主張正當利益時利益衡量類似的情況，這個限制避開了一種可以事先確定的規範性的描述方式，在這樣的情形下，如果立法者以語言上能理解而有特價值判斷的概念為已足，並且授權法官在個案中運用這種概念，在憲法上是無可指摘的（參閱 Schäfer, 前揭書, Rdmr. 65; Eser, 前揭書, Rdmr. 18）。

3. 正如由二十八位刑法教授所發起，在給聯邦憲法法院的請願書中，對刑法第二四〇條所提出的憲法上根本的質疑一樣，從任何一方面來看，憲法上有疑問的，不是立法者所判定的規範性規則，而是法官對這些規則的詮釋。



a) 刑法第二四〇條實施強暴手段的效果，隨著時間的發展，逐漸被法院以被批評為將暴力概念「精神化」或「反物質化」的方式加以散播，如此一來，應該已經符合了充分處罰應罰行為並避免可能的處罰漏洞的需求，下面的例子足以為證，例如為示警而鳴槍（RGSt60157; 66,353），以具有威脅性的人群阻塞道路（RGSt45, 153），關門（RGSt69, 327），狡詐地使用麻醉劑（BGHStI, 145），在高速公路上開車推擠（BGHStI9, 263）以及最後，干擾大學上課（BGH, NJW 1982, 頁189）和靜坐封鎖（BGHSt23, 46）。

暴力的概念主要依三個步驟擴張，這三個步驟無論如何無法彼此精確地區分（問題概況參閱Blei, Die Auflösung des Strafrechtlichen Gewaltbegriffs, JA 1970, 頁19; Schäfer, 前揭書, Rdmt. 7ff; Keller, Die neue Entwicklung des strafrechtlichen Gewaltbegriffs in der Rechtsprechung, Jus 1984, 頁109ff.）。帝國法院對於強暴原始的理解是：藉著行為人身體力量的施展，以克制被採取或被期待的抵抗（參照RGSt56, 87關於強盜案，以及RGSt64, 113關於妨害風化的犯罪），在帝國法院採取行為人施展力量這個的確很低要件之後，聯邦最高法院進一步認為，對被害人造成影響是決定性的條件，只要行為人藉著身體的動作，使得被攻擊者實際的或被期待中的抵抗，因為對於他的身體直接發生作用的手段，而中斷或被防止，不問行為人所施展的身體力量強大或微弱，都已構成強暴（BGHStI, 145關於陰險地使用麻醉劑一案）。最後，聯邦最高法院在第三個步驟上，概括地以對意志決定自由或意志形成自由造成侵害性的強制作用，作為判斷依據（BGHStI8, 102——群眾罷工，·19, 263——高速公路上的開車推擠——也參照BGHSt23, 126——持鎗相向）。最擴張的是二九六九年的

雷普勒案(BGHS23, 46(33f))。在該案中，抗議者以在電車車道靜坐封鎖的方式抗議票價上漲，自此而後，行為人施展身體力量的要件和對被害人身體造成影響作用的要件，都失去了決定性的意義，只要行為人施以微弱的身體力量，造成一個僅僅是心理的受支配狀況，並因而對被強制者形成無法抵抗的強制，即為已足。

法院在系爭的這些判決中採取這個判決的見解，將在軍事設施的出入口，未使用暴力，而以坐在或滯留於車道的方式封鎖進出口的示威者，判定為以強暴而實施強制行為。根據斯圖加特高等法院刑事第一庭的見解，參加斯圖加特外興根靜坐封鎖行動的示威者，使用強制性的暴力，滯留在車道上一些個時候，以致於全部車道被堵塞，而駕駛人被迫停車，透過群眾的身體力量，對車輛駕駛人已造成無法抵抗的強制，使得車輛駕駛人在一個公眾交通道路上受阻而無法繼續前進(NJW1984, 頁1909[910])。這個解釋，根據斯圖加特高等法院第三庭的見解，不僅符合刑法第二四〇條的字義，也符合該規定的內涵，就保護的目的而言，一個出於強制意圖的身體封鎖行為，至少和一個直接的、出於強制目的的身體攻擊行為，應該受相同的評價，因為這種身體封鎖行為，在被強制者不屈服的情況下，必要的時候，會導致行為人和被害人直接的衝突，而且只有在被強制者採取相對的暴力時才能被壓制下去，如果被強制者基於良心的理由，或者至少因為害怕刑法上的後果，而沒有對行為人採取壓制性的相對暴力，則一種由人所造成的封鎖，也會在被強制者的精神上造成影響，因此一條人鏈可能形成一個障礙，以致於基於身體和精神機能的交互作用，在這裡也能產生由封鎖者的身體力量所逼迫出來的行為方式。新烏爾姆簡易法

院同時發現了一種強迫停車的效果，因為如果被強制者繼續前進，勢必危及示威者，而將使自己構成犯罪，此外，下面的認定也已足夠了：第六位訴願人，在參與新烏爾姆的靜坐封鎖行動時，即以實施心理上的強暴開始，他藉著身體的投入，和其他的示威者共同使車輛的進出成為不可能。巴伐利亞邦最高法院以駁回上訴肯定了這項見解。後來關於靜坐封鎖的判決（NJW 88, 頁 401）指出，相對於過去的判決，從今天的判決可以看出相當程度的改變，因為強暴的概念擴張了，並且重點移轉到發生在被害人身上的強制作用，這種見解，顧及人與人之間的強制作用當中，那種很細膩的和很細微的作用方式，並且注意到，引起被害人心理上的壓抑，和身體的強制一樣，可以發揮相同的作用。

和在對立法者所制定的規範性的規定進行憲法上的評價時不同，法庭本身對於上述的詮釋，沒有一致的看法。

22) 根據四個支持判決的法官的意見，法院對暴力概念的擴張，和基本法第一〇三條第二項是相符的，因為這種擴張並未逾越合理解釋的界限，這些法官附和迄今的判決結論，這種判決結論特別是在註釋書中，除了一些質疑之外，獲得贊同（參閱如 Eser，前揭書 Vorbem. 234 Rdnr. 6ff.; Schäfer，前揭書，Rdnr. 28ff.; Dreher/Tröndle, StGB, 42. Aufl, 1985, 240 Rdnr. 3f.），並且在言詞審理時，被 Tröndle 教授加以闡述和支持。

藉著擴張暴力的概念，強制罪的規定所要保護的意志決定和意志形成自由，面對固然是很細微的但是和動用身體的力量具有類似效果的應罰的強制作用，也會受到比較有效的保護。這種擴張被維持在可

能的文義所標示出來的界限之內，這個界限是由法官的解釋所形成的。因為強暴的概念並不完全清楚，因此還可以進一步加以解釋，它不僅僅被使用在各種不同的意義，例如其他語言使用不同的字眼，或者表示粗暴地運用力量(violence)，或者描述支配力(pouvoir, power)，最後或者隱喻特別強烈的或激烈的事態(例如有力的言語)，甚至在一開始所提到的意義上，不僅僅物理力量的使用被描述為強暴，而且一般導致他人被強迫行事的不法措施，也會被描述為強暴(Duden, 德語大字典, 1977, Bd. 3, 頁1027)。如果施加在被害人本身無法迴避的強制作用，包括行為人一些身體力量的投入，即便是極其微弱的身體力量的投入(例如滯留在被封鎖的通道上形成一個肉身柵欄)，則依照字義來設定界限的解釋方法，將無論如何會被遵守。在這個前提之下，即便根據已擴張的解釋，將強暴的手段理解成現在施予可以感受的惡害，對於刑法第二四〇條的第二種行為方式，也具有完全獨立的補充作用，刑法第二四〇條的第二種行為方式，是以這種惡害進行未來的威脅。

根據四位法官的看法，如果類推禁止原則的雙重目的被顧慮到了，也就不存在憲法上的疑義了。固然可能在邊緣情況，是否一個行為和法律構成要件合致，會有疑問，但是受處罰的風險，對國民而言，至少根據文獻上所承認的判決，是可以事先預見的(就它的意義參照BVerfGE 4, 245[233]; 28, 175[183]; 37, 201[208]; 26, 41[42]; 57, 250[282])，而訴願人自己並未主張他們不會想到會被處罰。就類推禁止原則另一個規定目的，即確保立法者的職責而言，對強暴概念的擴張解釋也無不符合之處，因為立法者藉著使用「暴力活動」的概念，類似於在其他刑法規定所使用的(參照刑法第一一三條第二

項第二款，第一二四條以下）一樣，應該可以為強制罪的規定確立一個比較限縮的適用範圍，但是立法者並沒有利用所述的判決見解變更的機會，採取修法行動，而滿足於將第二項的卑劣性條款，當作對已擴張的強暴概念的修正要件。

相對地，另外四位法官則贊成批評意見，而認為擴張強暴的概念，違反類推禁止原則（其詳參閱 Calles，前揭書，頁 1593ff.；Wolter，前揭書，頁 246ff.，兩位皆有詳細引據；另外 Kaufmann，前揭書以及 Giehring，前揭書，頁 517 以下）。根據這些法官的看法，本案中的這種靜坐示威，也並非合法，他們已違反現行集會法和交通條例的規定，但不能以刑法第二四〇條強制性的強暴行為歸責於參加示威的人，他們除了一些刑法上不重要的預備行為（站到空的車道並滯留其上）之外，毋寧完全是被動地，且恰好是非暴力地行為。事實上，在系爭的這些判決中，並未確認受阻礙的駕駛人感覺到暴力的強制，這些駕駛人依照警察及其主管的指揮而停車或基於對現行價值秩序的尊重而停車，由於對現行價值秩序的尊重，使得駕駛人沒有強行開車而危害示威人，並且使他們正好因為示威人採取沒有防衛的和沒有暴力的手段，而免於受到示威人的強制。

如果以決定預見可能性的法律公佈時點為準，則將暴力概念擴及於這種行為，對國民而言，已不是事先可以預見的。無論如何，帝國法院在一九二一年還明白指出，現行德國法，依照習慣上的用語，至今所理解的強暴，僅僅是使用身體力量以排除抵抗（RGSt 56, 87(88)）。大刑法修正委員會也認為，就對特定個人實施強暴的概念而言，依照使用語言所連帶的想像，強暴指的並非輕微力量的施展，強暴的概

念，不可以擴張到和這種習慣用語顯得不相符合的程度（一九六〇年刑法修正草案，頁114）。相反地，聯邦最高法院轉向一種解釋，就這種解釋而言，在一九四五年以前會需要一個當時合法但違反法治國原則的類推，以便使犯罪行為人承受不利益，而在雷普勒案，聯邦最高法院甚至將以心理上受支配的方式引起無法逃避的強制作用，定位為強暴（BGHSt3,46541）。聯邦最高法院的立場隨即引起批評，一個對國民的預見可能性很重要，並且對警力的投入而言值得期許的確定的法律見解，卻因而無從形成，而比不上不足的是，聯邦最高法院在強姦案件，對強暴的概念所提出的要件，要嚴格得多：將人關閉在一個閉鎖的空間，還不足以構成使用暴力的程度（NJW1981, 頁2204）。

根據四位法官的觀點，特別是從刑法第二四〇條的體系結構，可以得知將強暴概念擴張到本案這種靜坐示威，已逾越合法解釋的界限。正如已經提到的，我們可以正確地辨識出來，立法者並沒有對每一種影響意志決定和意志形成自由的強制作用科處刑罰，而只規定處罰特定數量的強制手段。對於立法者而言，如果引起無法逃避的強制作用這個條件已經足夠，那麼就可以不需要將各種強制手段一一羅列，因為強制的效果，已可從「強制」的概念得出來。此外，正如同帝國法院曾經指出來的（RGSt64,113），將強暴的概念「精神化」，會混淆了它和「以可感受的惡害威脅」之間的界限，使得主要的脅迫方式可以納入強暴的行為方式之中，而使得在條文中明白規定的兩種手段，失去他們各自獨立的意義。但如果立法者認為，為了限制可罰範圍，只有一定限額內特定的強制手段是必要的，那麼基本法第一〇三條第二項會要求他堅守這個決定。如果適用法律時應該任由漏洞存在的話，無視於構成要件要素的文義，並

且爲了刑罰的目的使立法者所規定的可罰界限蕩然無存，藉以填補漏洞，不可能是判決的職責，此外這將導出難以令人理解的結論，即實際上，每一種示威造成的交通阻塞和類似的群眾集結，即便的確是合法的集會，依構成要件的規定，必定都會被認爲是強制規定中的強暴。

在系爭的這些判決中，所處理的並不是如何抗制利己的犯罪行爲，而是生活領域中的刑事訴追，而生活領域內的秩序，特別倚賴立法者負責任的決定，因此嚴格遵守類推禁止原則，更有其必要。參與靜坐封鎖的人，了解這是針對具有高度政治性爭議問題進行爭論的一部分，無論如何，他們的行爲可能可以如此認定：使爭論在無暴力的情況下進行，並且使暴力和非暴力的界限保有清晰的輪廓，是一種高度的公共利益，如果將和平靜坐封鎖所造成的心理上的強制，如同身體暴力舉動所造成的強制，當作強暴處理，那麼其他所正確指摘的概念混淆的情況，是政府機關自己所促成的。如果真發生了概念混淆的情況，那麼無論如何必須由立法者負起責任，確定立法者的責任，是類推禁止原則兩個目的中的一個，類推禁止原則，將規範犯罪構成要件的職權，嚴格保留給立法者，並且在這層意義上，類推禁止原則不僅建立在可預見性這個法治國的要求上面，而且同時建立在民主原則以及從民主原則所引申出來特別的立法責任上面，並且更進一步地，建立在分權原則和分權原則所要達到的國家權力自制的目標上面，同樣最後建立在下面這種思想上面，即用以保護個人自由的刑法，必須保有必要的不周密性（參閱：Münch, GG, 2Afl., 1983, Art. 1036 Rdnr.17）。

根據法庭一致的看法，憲法不許可不制裁本案的這種靜坐示威，但是，對刑法第二四〇條合憲的解釋和適用是，在強暴概念已遭擴張的情況下，肯定具備強制性的強暴，並不表示同時肯定具有違法性，在考慮各種情狀時，更應考慮被立法者當作修正要素加以規定的第二項卑劣性條款，由於這一點在判斷新烏爾姆的靜坐封鎖時，被置而不論，因此必須准許第六位訴願人的憲法訴願。在其他的案子中，根據四位法官的見解，對刑法第二四〇條的合憲解釋和適用，同樣會使得受攻擊的判決遭到廢棄，因為本案中的這些行為，在考慮到各種情狀，包括示威者所追循的抗議目的之後，只要沒有其他特別的情事發生，通常不會被認為是卑劣的。但根據支持判決的另外四位法官的見解，判斷對於具備卑劣性具有決定性的事實，是刑事法庭的職責，而在刑事法庭就系爭的案例所作成的判決中，無法看出任何因為對基本法根本上有正確見解所造成的錯誤。

1. 如果立法者已將本案例中這種靜坐示威，規定為違反秩序，或者也規定為刑事的不法，那麼在憲法上是無可質疑的。

a) 訴願人將他們的行動理解為，以象徵性的行為集體表達意見，亦即理解為，就反對危及生命的核子軍備競賽而言，固然是無力的，但是可引起注意的抗議，並且因而是集會自由基本人權的實踐（這一點參照 BVerfGE 69, 315 [343]）。並不因為他們被認定為以強暴手段實施強制而被科處刑罰，他們的靜坐封鎖即因而被排除在基本法的適用範圍之外，基本法第八條固然只保障「和平」集會的權利（這一點參照 BVerfGE 69, 頁 359f.），憲法上不和平的概念，卻不能和判決所發展出來刑法上廣義的暴力概



念等置，相反地已可認為，憲法將不和平評價為和使用武器一樣，亦即明顯地指具有一些危險性的外部行為，例如暴力舉動或對人或物的攻擊性暴行，並且基本法的適用與否，並非決定於對第三人的阻礙是立意使然或只是受到容忍而已。無論如何，就基本法第八條第二項廣義的法律保留而言，沒有必要對和平的概念作狹義的理解，並且沒有必要因而一開始就這樣限制基本人權的保障範圍，致使法律保留完全失去功能（相同意見參閱 Herzog, in Maunz/Dürig, GG, 1981, Art 8 Rdnr. 58ff; Hoffmann-Riem in Wassermann [Hrsg.], GG [Reihe Alternativkommentare], Art. 8 Rdnr. 17f; V. Münch, GG, 3. Aufl., Art 8 Rdnr. 19; Erichsen, Zu den Grenzen der Demonstrationfreiheit, Verw. Arch. Bd. 64, S. 197[200]; Rinke, aaO, S. 47; Preuß, aaO, S. 429 aaO, S. 533f; Schwäbe, Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit, 1975, S. 118ff.)。只要參加的人限於消極的抵抗，並且保持和平狀態，文獻上多數也會認為，靜坐封鎖可以認定為基本法第八條的集會，如此一來就趨於一致了，就是集會法，也只會將有暴力活動的集會，或者暴動的集會，當作是不和平的（第五條第三款、第十三條第一項第二款）。

援引基本法第八條，並不能因而使訴願人的靜坐封鎖被認定為合法，上述基本法第八條第二項明白規定，立法者可以對戶外集會的基本人權加以限制，在這個法律權限內，立法者對於有計劃的交通阻塞，也可以立法予以制裁，無論如何，集會法第十五條的規定，屬於限制基本人權的限制，而且是憲法所許可的限制，根據該條的規定，一個集會在直接危及公共安全時，可以被解散（這一點參照

BVerfGE 69, 113 (32 f.)，如果在許可的範圍內，根據符合集會自由的基本意義適用集會法第十五條，則對本案這種例子予以解散，也是合法的。在這裏可以認為，集會自由原則上包括自我決定集會的方式和地點(BVerfGE 69, 113 (32))，並且因而包括共同使用供大眾使用的街道的權利。訴願人也很正確地指出來，任何集會自由權，無可避免地和一些阻礙性的強制效果密不可分，因為在集會地點的第三人，由於示威者身體的滯留，必然會受到推擠。這種阻礙和強制效果，卻只有當他們是社會相當的附帶效果和合法示威密不可分時，以及即便課以可期待的負擔仍無法避免時，方才能依基本法第八條阻卻違法，如果對第三人的阻礙，不僅僅是被容忍的附帶效果，而是有意提高對示威訴求的注意，即欠缺這種前提要件。聯邦最高法院已在雷普勒一案中，中肯地指出來，憲法固然為群眾的影響行動開啓廣大的迴旋空間，但是沒有人有權藉著有計畫的和有意的阻礙，以提高公眾的注意(BGHSt 23, 46 (56 f.))，倒反而使得警察有權制止干擾的人並解散集會，以便當阻礙已超越輕微的程度時，維護被阻礙的第三人的權利。無論如何，有了這種合法的解散，在本案的情形，也採取了這種合法的解散，即不能再引基本法第八條，作為進行靜坐封鎖的一種阻卻違法事由。

b) 也不能根據人民不服從的觀點，將靜坐封鎖評價為對國民權利合法的實踐。

不同於對不法制度的抵抗權，人民或市民的不服從，被理解為人民對個別重要的官方決定的反抗，以便透過示威的、旗幟鮮明的抗議，甚至引起側目的違規行為，對一個被認為是會帶來劫難的，並且和倫理乖違的決定，作出回應（參閱“Evangelische Kirche und freiheitliche Demokratie”備忘錄，

1985, 頁211) 和平暨衝突研究機構的意見，以及學說見解則指出，採取這種行動的動機，只能是具有重要普遍意義的事務，特別只能是爲防止對社會的嚴重危害。本案的這些情況，並不是對抗議原因予以實際的阻止，尤其不是在有效癱瘓國家的機能，而只是爲公眾意見形成過程製造戲劇性的效果，行動的特徵始終是，無論如何非暴力的並且因而在排除對其他人的一切風險的情況下，表現不服從，而且在公共層面上並因而在原則上是可以掌握的，此外，在顧及到各種情況之下，就實際上必須完全吻合的意義而言，時間和地點的選擇，都是適當的。

聯邦最高法院在雷普勒一案中，以和民主法治國基本原則不符爲由，拒絕對這種行動表示尊重(BGHSt23, 41[56ff])。這個見解在文獻上受到支持，理由是人民不服從是對法律的破壞，違反維持內國和平的義務，抵觸法律之前人人平等的原則，並且漠視爲一個民主社會而設計的多數決原則(參閱Karpen, 前揭書, 附詳細引證；進一步參閱Lensee, 前揭書；Doehring, 前揭書；Engelhard, 前揭書)。相反地，和平暨衝突研究機構則指出，人民不服從的構想，是在比較成熟的英美民主制度中，因爲認識到民主的意見形成過程是一種試誤過程而不完美，從而發展出來的。上面提到的「基督教會與自由民主」備忘錄，在另一個事例上，對於人民和公務員服從法律的倫理有重要的說明(頁21, 241)。這個備忘錄提出警告，認爲人民不服從行動所具有的嚴肅性和挑戰性，應該藉著指出議會政府體制和它的多數決具有法定性和合法性，而加以排除，即便這種行動是違法的，並且應受制裁，也應該認真地將他們當作是對民主決策內涵和方式的質問(前揭頁23)。

在本案的關係上，沒有進一步研究這個難題的必要。根據四位法官的意見，人民不服從的行動是否必須遵守上述嚴格的前提要件這個問題，對於決定那一種制裁方式是適當的，以及是否一個強制行為應該被認定為卑劣的（參照下面 III 2. part）①這兩件事，是很重要的，但這絕不足以使有計畫且有意造成交通阻塞的靜坐封鎖合法化，也不足以阻止政府機關將他們視為違反秩序或犯罪，而當人民不服從的行動和阻礙交通一樣，侵害到第三人的權利時，至少這個問題是不可能被考慮的，第三人在這裏，在他的自我決定權受到侵害的情況下，被利用作為迫使公眾注意的工具。此外關於根據人民不服從的倡導者的意見，象徵性地抵觸法規的決心，屬於人民不服從的本質，以及不服從將被定義為非法而有受相當制裁的風險的行為包括在內，以作為對公眾意見形成過程發揮影響的手段這些觀點，皆不必予以理會。就上述的目的而言，引用人民不服從的觀點，作為抵觸法律的阻卻違法事由，顯然是荒謬的，還好，在言詞審理程序中，訴願人也沒有嘗試這麼做。

2. 立法者藉著刑法第二四〇條第二項的卑劣性條款，對不適當的制裁採取預防措施這個觀點，對於進一步審查受指摘的判決，是有幫助的。這個立法者的特別設計——只要刑法第二四〇條被適用在有爭議的這種靜坐封鎖——也具有憲法上的重要性。

註①：頁 327-328

a) 藉著以卑劣性條款修正構成要件的方式，立法者將強制罪的處罰範圍限制在某些行為上面，即針對行為人所設定的目的而使用暴力或以惡害相脅，應認定為卑劣的這種行為。這個條款是比例原則的

表現，它排斥過度的制裁，並且和責任與刑罰相當原則一致。靜坐示威的參與者，也可以主張這些憲法上的基本原則，其中，究竟依據基本法第八條或第二條第一項作為檢驗標準，則無關緊要。當以有擾亂分子為由而發布解散命令，而因為示威被合法解散，以致於集會自由的特別基本人權對那些擾亂分子不適用的時，如果引用基本法第二條第一項作為檢驗標準，仍然受憲法上禁止不合比例原則的制裁的保護（亦參照 BVerfGE 19, 206 [215f. 225]）。

聯邦憲法法院早在過去的判決中，將責任與刑罰相當原則，認定為國家機關的憲法義務。此後，從基本法的一般原則引伸出，所規定的制裁必須和行為的嚴重程度以及行為人的責任成相當的比例（BVerfGE 6, 389 [439]，刑事判決），如此一來，責任原則在限制刑罰的作用上，和禁止過度原則（*Übermaßverbot*）互相配合（BVerfGE 50, 205 [215]）。因此聯邦憲法法院重覆地審查，是否以及在什麼前提下，量刑和這個過度禁止原則一致，或者量刑是否違反憲法上有意義及適度量刑的原則（參照 BVerfGE 45, 187 [253ff.], 64, 261 [270f.]）。

只要立法者讓法官在量刑的時候，可以在相當的刑度內，科處相當於罪責的刑罰，通常已足以避免違反比例原則的制裁。例如可以從這裡著手：使犯罪構成要件精確描述確實應罰的不法，並且讓刑罰完全決定於個案中個人責任的輕重程度。但是，如果犯罪構成要件寬鬆的規定，將使得某些行為方式受處罰，而對這些行為方式而言，所規定的制裁，依種類和高度，似乎是不相當的，那麼即使有科處較輕刑罰的機會，也是不夠的。在以強制罪構成要件保護意志決定和意志形成自由時，立法者也正好注意到這

種危險，強制罪構成要件在它的適用幅度上，包括某些差異極大的行為方式，從嚴重的刑事不法到合法的阻礙行為，這種阻礙行為，只有藉助於第二項的卑劣性條款，才能被排除在刑法第二四〇條的適用範圍之外，在刑法第二四〇條強暴手段的適用範圍因為暴力概念的擴張，而和一九四三年新修正的脅迫手段類似，都具有修正的必要性的情況下，爲了確保有意義的並且適度的刑罰，第二項這個條款具有高度的重要性。

但是如果立法者根據憲法上的命令或禁止規定，增訂了一項限制可罰性的修正規定，則受法律拘束的法官，不可以對這個規定視而不見（亦參照 BVerfGE 49, 304[320]）。如果法院認定參加靜坐封鎖的人已實施了強制性強暴的構成要件，同時將隱含的效果評價爲違法，因而實際上使得卑劣性條款落空，就是無視於規定的存在。聯邦最高法院在雷普勒一案中(BGHSt 23, 46[54])認爲，刑法第二四〇條第二項，因爲第一項構成要件的擴張，才有存在的必要，第一項的擴張只關係到脅迫的手段，在使用強暴手段時，只有特別的情狀才能排除卑劣性的判斷。但是，這個隱含效果的見解，卻似乎只有當強暴手段，是在帝國法院過去的判決所理解的意義下被實施，而因此實行了一個犯罪行為，並且這個犯罪行為在任何情況下皆能被視爲違法的情況下，才能被主張，如果暴力概念相反地被「反物質化」，而擴及於心理上的強制作用，則欠缺任何內在的理由，在適用刑罰規範時，對法律上作爲修正要素加以規定的卑劣性條款視而不見，正好在有這種擴張的情況下，才有必要和在脅迫手段上面一樣，作顧及各種可能情況的考量。如果法官認爲可以將一個相當的行為認定爲強暴，同時因爲強暴手段無論如何都是卑劣的並且因而

含有違法性，因此足以肯定卑劣性的存在，那麼一個具體的犯罪行為所需要的接近事實的評價，將在被許可的狀況下，被字義的抽象化所取代。

這個見解如今也被聯邦最高法院在一九八六年四月二十四日為阻止雷普案判決的裁定中加以採用。根據聯邦最高法院的見解，刑法第二四〇條第二項卑劣性條款表現一種認知，即在個案中，法律所保護的自由空間的界限，只有當強制手段和強制目的結合在一起時，才可能出現，因此，在掌握一切對手段與目的關係重要的事實和關係之後，有必要對相關的權利、法益和利益，根據他們在各該情況中的份量，加以權衡，這也適用於行為人只施展微弱的力量，而使心理上受支配的狀況繼續存在的例子，如此一來，示威者一開始即打算造成由他所引起的交通阻塞這個事實，並非始終是判斷卑劣性的一個充分條件。聯邦最高法院這個見解可以贊同，同時，在暴力概念擴張適用於本案這種靜坐示威時，卑劣性條款不僅在單純適用法律的領域內，可以被援用，而且基於憲法上的理由，必須被援用（亦參閱Egert，前揭書，Vorbereden 234ff. Rdmr. 10; Brohm，前揭書，頁505; Kostaras，前揭書，頁173。還有Wolter，前揭書，頁247和249。另外Janknecht，Verfassungs-und strafrechtliche Fragen zu "Sitzstreiks"，GA 1969，頁33[37]）。

在關於新烏爾姆行動的判決，就第六位訴願人的案子，沒有這種對刑法第二四〇條的合憲解釋和適用，正好在本案中應該有必要進一步審查，參與靜坐示威的人是否卑劣地行為。根據刑事法庭的認定，訴願人直到警察清場時，只在營區大門口前坐了短短幾分鐘，有一輛車當時的確沒有受到阻擋，因為主

管的美軍軍官，在示威之前，已採取交通應變措施，並且建議不要使用大門。在量刑的時候，法庭自己指出，暴力的使用屬於最低的程度，並且對於營區的活動沒有造成任何可以感受到的限制，訴願人迫切要向民眾指出核子軍備和裝置飛彈的危險和後果的目的，值得尊敬，而且就其本身而言並不卑劣。即使如此，法院還是只以「爲所追求的目標而使用強暴的手段是卑劣的」這樣的說明作爲交待，它將使用強暴的手段，評價爲——固然不是明白地，但結論上還是——間接證明了違法性。法院確實深入探究了進一步的事實（在復活節的星期日舉行，因而是在勤務較少的日子舉行，行動時間很短並且強度很低，事先有公布周知、有藉其他出入口迴避的可能性並因而只造成強制改道的效果，而且主要是對那些有特別裝備的人，以他們爲抗議對象），但不是在審查卑劣性條款時，而是在量刑時，方才加以考慮。因爲基於這些理由，對第六位訴願人的刑事判決和駁回他的上訴的判決，都必須被廢棄，是故深入訴願人所提出的其他指摘即屬多餘。

b) 在幾個被其他訴願人所指摘的判決中，固然同樣提到強暴手段隱含違法性的意義，但並非以此爲科刑的依據，因爲法院另外在討論其他進一步的事實時，適用卑劣性條款，雖然在幾個案例中，可能並沒有表示得如我們所期待的那樣清楚。其他的判決，可能因此從憲法上來看，只能以其他的理由提出異議，從而基於正反票數相同之故，無法認定有牴觸基本法之處。

a) 如果適用卑劣性條款時，依所許可的方式以進一步的事實爲依據，則根據四個法官的看法，對於示威者所追求的目標，即不能不予聞問。固然，在權衡強暴手段和所追求的目標時，取決於強制的



後果，亦即取決於靜坐封鎖所引起的阻礙，但是這些強制效果不能被隔離單獨觀察，因為他們無論如何不可能單獨發生，而只是達到真正的示威目的之前，不獨立的中間步驟，亦即是直接的強制目的（迫使對意見的表達提高注意）和遠程目的（抗議被認定為危險的擴充核子軍備）的不獨立的中間步驟。不同於某些系爭判決所持的見解，本庭認為，法院不能以他們不可以評價意見為由，甚至也不評估這個遠程目的，在這裏，這個問題和爭辨是否侵害意見自由，並無根本的不同，即使在爭論意見自由是否受到侵害時，法官也無權判斷所表達的意見是否正確，然而，在爭執激烈的情形，根據判決一向所持的見解，意見自由更加重要，對於私下直接對私人法益所發表的言論，例如在經濟交易中和追求利己的目標時所發表的言論，意見自由愈不重要，而對於與公眾權益有重要關係的問題，因為意見爭執而發表言論時，意見自由愈重要（*Bverage* 66, 116[139]附詳細引證）。這一點，在決定強制行為是否卑劣而不被容許的時候，也必須有其適用，而且要予以適用才對。在這裡，如果法官無視於利己的行為與以公益為取向的行為之間重要的差異，即違反與卑劣性條款有必然連帶關係的比例原則和責任與刑罰相當原則。如果立法者將刑法第二四〇條第二項的可罰性，取決於倫理上的評價，則對於作這種評價最重要的事實依據之一的行為真正的誘因和唯一的動機，法官在作具體裁量時，即不能予以忽視。

如果依所許可的方式，在顧及一切事實的情況下，也將示威的目的納入考量，則根據這四位法官的意見，如果遵守比例原則而合憲地適用刑法第二四〇條，只要沒有更嚴重的事實（例如阻礙救護車通行，圍堵第三人或其他特別強烈的阻撓）發生，刑事法庭通常不可以將本案的這種行為認定為卑劣的強制

，如果並且只要對於人民的不服從遵守了上述嚴格的要件，而且如果卑劣性條款依照基本法第八條的基本精神予以解釋和適用，無論如何結論必須相同。這裏所要判斷的靜坐封鎖不同於基於犯罪動機的強制行爲，從下面的特徵已可突顯出來，一如所述的，參與靜坐的人，並非爲自己的利益而行爲，而且暴力的手段——只要這些行動的確可以被認定爲使用強暴手段的強制——維持在最底線的程度，有人還特意在相關團體中，訓練非暴力的技能。進一步的特徵是，這些行動以具有重要的、普遍性意義的事務爲對象，而不是以純粹團體特殊的或經濟上的利益爲對象；他們在事先向大眾宣佈之後才展開；參加的人想要在公眾意見形成過程，透過象徵性的行爲，依語言所具有的真正意義，表達他們的立場，而不像在邊界進行卡車封鎖和在法蘭克福佔據戲院的情形，想要對有決定權的人，造成有效的強制效果；並且他們毫無抵抗地任由警察對他們採取干預措施。如果具備了這些要件，而且交通阻礙所持續的時間和阻礙的程度，保持在可以忍受的界限之內，若想要認定靜坐封鎖不僅可依法解散，甚至是卑劣的強制而不被許可，則單單依據有意以阻礙作爲抗議手段而不是將阻礙當作純粹是無法避免、應被容忍的附帶效果這個事實，是不夠的（亦參照 BGHSt 18, 369[369]關於超車時的阻礙）。因此，根據四位法官的意見，所有憲法訴願應發回刑事法庭更審，以便刑事法庭能針對他們有義務審查的問題，是否只存在一般情況，或者是否因爲特別的事實存在例外地應肯定具有卑劣性，作補充說明。

然而遭指摘的判決並沒有被廢棄，因爲這些判決，根據贊成判決的其他法官的見解，在憲法上無可指摘。這些法官依據判決一向所持見解認爲，對於沒有憲法疑義的一般法律規定的解釋和適用，

基本上是一般有管轄權的法院的職掌，而憲法法官只能就解釋上的錯誤加以審查，這種錯誤必須是由於對基本權利的意義有著根本上不正確的見解所致，而且必須在他們實質的意義上，對於解決具體的法律衝突，具有一些重要性（參照BverfGE 18, 85[92]；42, 143[148]；66, 116[131]）。基於已經討論過的理由，如果刑事法庭在將強暴的概念擴及於本案這種靜坐示威時，絲毫沒有審查卑劣性條款，並認為強暴手段足以據以間接認定具有卑劣性，固然已犯了這種憲法上重要的錯誤，適用卑劣性條款所連帶要作的事實評估，卻是專業法庭具體斷案時所被賦予的典型任務，以此而言，聯邦憲法法院不能規定刑事法庭必須作某種特定的考量。

根據這四位法官的觀點，刑事法庭在受指摘的判決中對事實所作的評價，看不出有憲法上重要的瑕疵，是否刑事法庭對卑劣性條款的適用，在某個或其他案例中，曾經導致它的正確性值得爭議的結論，可以置而不論，因為這還不足以促成憲法法官的介入。無論如何，刑事法官在審查卑劣性條款時，從憲法的角度來看，並沒有盡到評估示威的遠程目標的義務。但在量刑時有顧及遠程目標和行為動機的情形下，比例原則和責任與刑罰相當原則毋寧也已被充分地遵守了，正如同在受指摘的判決中已經做到而且導致低度的量刑一樣。

#### IV、

經過一切考量之後，只有第六位訴願人的憲法訴願被准許，其他的訴願則無功而返，因為表決時正反票數相同，既不能在審查基本法第一〇三條第二項的標準時，也不能在解釋卑劣性條款的適用時，認

定有抵觸基本法之處，而且看不出有其他侵害基本人權的情形。

(簽名) Dr. Herzog Dr. Simon Dr. Hesse Dr. Katzenstein Dr. Niemeyer Dr. Heu  
ßner Dr. Henschel Dr. Seidl

## 關於「雜誌報導中醫藥廣告禁止」之判決

——聯邦憲法法院判決集第八十五卷第二百四十八頁以下

譯者：蕭文生

### 〈判決要旨〉

就醫師對雜誌中有關其職業行為之報導加以協助、參與以促成報導，法院認為除非先經其審查及許可否則即毫無例外解釋該報導違反醫師醫療行為禁止廣告，此種法院見解不當地(unverhältnismäßig)限制了基於基本法第十二條第一項第一句及第五條第一項第一句之基本權利。

### 判決主文

一九九〇年十一月十五日Karlsruhe高等法院之判決——4u53/89——侵害上訴人依基本法第十二條第一項第一句及第五條第一項第一句之基本權利。該判決予以廢棄。

該案發回原高等法院。

Baden-Württemberg須支付上訴人訴訟之必要之費用。

## 判決理由

A、本件系爭之二審判決責成上訴人放棄讓書刊以帶有不適當廣告性質之報導來報導其醫療行為。

### I、

1. 各邦之職業法規大抵基本上規定醫生不得從事任何廣告行為。在巴伐利亞邦有關醫療行為之廣告規定於醫師法(BO)第二十一條，該法乃基於一九五七年七月十五日公布(BayGVBl. S. 162)。一九七七年十一月二十四日修正之醫師、牙醫師、獸醫及藥師職業代理及專門職業法院法第十五及十九條(BayGVBl. S. 687)所公布且經巴伐利亞邦之許可於一九七八年一月一日生效。

該條文如下：

### 第二十一條（廣告及頌揚）

(1) 醫師不得為任何廣告及頌揚之行爲特別不符合職業身份者，

a) 促使或允許公開的陳述謝意或頌揚

b) ……

(2) 和 (3)

(4) 醫生不得容許製作具廣告性質涉及其醫療行為之報導或攝影報導及其姓名或住址加以公開發表。

(5)  
……

此外亦適用一九六五年七月十一日(BGBl. I. S. 604)公布，一九七八年十月十八日修正之醫療領域廣告法(BGBl. I. S. 1677)規定(HWG)。

#### 第十一條

除在專業領域外，醫療用品、程序、治療方法，對象或以其他方式，不得使用下列方式為廣告

1. 及 2.
3. 重描述病歷及指出該描述之處
4. 透過圖像顯示出穿著專業服裝之人或從事醫療行為、從事醫療事業或藥物經營者從事其職業行為。
5. 至 10.
11. 透過第三人之言論，特別是謝意、讚美或建議之信函或指出該類言論之指示。

12. 至 14.

2. 上訴人因其有關醫療行為錯誤、批評學校醫學教育治療癌症方法之著作及積極推動死亡幫助之努力在社會公眾中享有盛名。另一方面上訴人之醫院使用“Suprefact”該項藥物來治療罹患癌症之病人亦是公眾討論批評之對象。

在一九八八年十二月十四日及二十一日所出版的“Bild der Frau”雜誌第五十一期及五十二期中有二篇有關上訴人及其醫院之報導，標題為：癌症——所有醫生皆放棄了……

婦女們陳述·Hackethal救了我們。及

Hackethal的祕密·病人乃是我最好的朋友。

Stern雜誌於一九八七年十一月五日第四十六期中有關上訴人之一篇報導中，第一部份對上訴人強烈之批評乃導致本件訴訟序標的，即前述兩項報導之產生。

Stern的報導附有「Chiemsee狂熱之人」的標題及如下的附標題：

1. 責難·Hackethal使用危險且不负責任之癌症治療法。
2. 責難·Hackethal將癌症患者視為實驗用的兔子。
3. 責難·若Hackethal宣稱其在幾個月內治癒八十個病人，則其乃是說謊。

上訴人所自稱的療效在該文章中依據許多案例被視為有瑕疵之治療。該雜誌以「偉大妄想之記錄」——Julius Hackethal Eubios醫院日記——為標題，預告其續集。在一九八七年十一月十二日出版的第四十七期中出現了上訴人昔日女助手有關於其在醫院所為之觀察及經驗日記式之記錄。許多事故在該記錄中皆被描繪成駭人聽聞。根據許多例子她指出上訴人相當負面的人格形象。上訴人之治療方法，特別是在癌症治療時使用「Suprefact」，被視為不可靠及可疑的。

相反地在「Bild der Frau」雜誌一九八七年十二月十四日之文章除簡短的報導引言外，包含了特別是毫無限制地稱讚上訴人及其治療方法之病患直接陳述之意見。每一病人之照片皆登在雜誌上。此外上訴人亦有四張照片刊登在雜誌上，有些顯示上訴人身著職業服裝且與病人交談。一九八七年十二月二十



一口的第二篇文章描述「使用Suprefact治療癌症患者及上訴人醫院設備及氣氛之情形。本篇文章亦對上訴人相當有利。此外另有四位病人——皆附照片——表示讚揚使用Suprefact之治療效果。

"Bild der Frau"雜誌兩篇文章之作者在先行的程序中曾以證人身份證明該文章乃是基於報章對於上訴人批評性之報導而生，Stem的報導亦在內。編輯會議則託付作者作調查研究。在上訴人同意下，作者曾於上訴人之醫院內居住多日並且和其病患交談。上訴人並未要求其出示原稿亦未表示保留其許可權。上述兩件行為亦非慣常且作者亦不會加以接受。先行程序之原告——防止不正競爭之團體——向上訴人提出不作為請求權，因"Bild der Frau"雜誌上之兩篇文章乃是涉及違反專門職業法規範之廣告性報導。

3. 邦法院駁回告訴，其認為該兩篇文章並非編輯所製作之廣告而是編輯報導。

邦高等法院更改第一審之判決並判決被告：

不得對於透過以其身著專業服裝且／或正在行使其醫生職業之照片，讚揚其所主持醫院之服務或設備且／或病人講述其病歷且感謝或稱頌其在醫院之治療及醫療效果，如下列所描述之情形……，於報章中就其本身且／或在其所主持醫院之醫療停留期間作廣告行為者加以容忍。

其理由基本上如下：

被告認為該容忍不作為之請求缺乏確定性而不足採信。所謂容忍係指有意識地不介入一項事件，容忍之人——若其願意——則能對是否不介入加以影響。因此其必為法律意義下之行爲。若其不作為被請

求，則就此所爲之聲請應充分地確定。該項聲請並不因爲其不就此明白表示上訴人所允許者爲何即缺乏確定性。不作爲請求權之標的係僅指何者上訴人不得爲之。告訴侵害者何者爲其所該爲，並非受侵害人之事。

即使社會大眾需要大量資訊是顯而易見的，但兩篇文章的評斷業已超過資訊之必要內容而顯示出對於上訴人有利之不適當之廣告性質。該文章應含有指出何者爲上訴人醫院及其設備之優點及醫療效果之有利基本觀點。除此之外，其進一步使人透過提供給讀者許多有利之描述將上訴人之批評者塑造爲撒謊者。它促成了使人擁有在病患及時至上訴人處就醫，上訴人皆有能力的將每一位癌症患者治癒的印象。總而言之，上訴人顯得幾乎是所謂的神奇治療者。

此項廣告效果亦歸屬於上訴人。參與競爭者在給予報章資訊時必須負責基於該資訊所爲之新聞報導應無競爭法上值得非難之廣告效果產生。在上訴人允許上述證人進入其醫院並允許其採訪病患後，上訴人基本上即有義務在該項新聞報導公開前加以審查。依證人之證詞上訴人並未作此要求。

對上訴人醫院及醫療效果之介紹及病患之採訪違反了第二十一條第一項第a款及第四項BO，此外因該兩篇文章具有病患病歷之資料及用圖像表示上訴人身著醫師之專業服裝、從事醫療之行爲及病人就上訴人之醫療行爲所發表之稱讚言論，上訴人亦違反了第十一條第三款、第四款及第十一款HWG之規定。

即使一方面就上訴人之言論自由權及社會大眾需要資訊之利益和另一方面上訴人所應注意之廣告限

制間加以考量，上訴人之行為仍顯示出是違反競爭法的。雖然上訴人得對許多非難加以防衛是必須加以認可的，但其卻不應具有獲得在不受批評方式下，以被其他醫生放棄病患之救助者及行善者而被讚頌值得保護之利益。

## II、

上訴人以其基於基本法第三條第一項和法治國家之要求、第五條第一項第一句、第十二條第一項及第二條第一項之基本權利受到侵害為理由提起憲法訴訟。

其對於該受非難之兩項新聞報導之內容及意向並未施以任何影響。在Stern的報導出現後，上訴人曾要求該雜誌之編輯部門派遣記者實際當場來了解正確之事實。但該項請求卻被拒絕。當Bild der Zeit雜誌之記者請求在其醫院四處參觀時，上訴人並未拒絕該項請求，因為若不如此，上訴人則恐有其必須隱瞞某些事實或Stern斷言大概是正確的印象產生。

該項判決上訴人不得容忍他人依一定方式為有關上訴人之報導之判決違反了基本法第三條第一項及第二十條第三項之規定。依該判決主文之字面意義，則其所指稱的乃是一項不可能的給付，因上訴人不可能在事先即能判斷是否報章將刊印一篇具廣告性質之文章。若該報章已出版，則上訴人無法再對其採取任何行動。事實上對高等法院而言，在此乃涉及一項禁止文字及圖像記者得毫無阻礙地接觸上訴人，若可預見，該記者將對其作正面有利之報導。因高等法院所為之要求是無法實現的，在此基本上乃是一項將明顯無理由之請求透過掩飾真正所要的而使之顯得有理由的嘗試。此乃是一項違反平等及法治國家

原則之恣意措施。該項被責難之判決亦違反了基本法第十二條第一項及第二條第一項意義下之職業行使及一般行為自由。禁止醫生為廣告行為只有在其乃針對違反該職業身份地位之廣告時，憲法上才能得到承認。若是涉及醫師不得容忍特定具廣告性質出版品之第二十二條第四項BO規定時，聯邦憲法法院就此限制只在其針對報紙廣告及廣告單時才認為不符合比例原則。相對地醫師書籍出版品基本上已不在醫療廣告禁止之列。若是涉及雜誌編輯部門之評論性報導，則更無法使醫師就此負責任。此項情形至少在該報導並非由醫師促使而是基於編輯部門自主決定時應該適用。

就此點而言邦高等法院之判決亦違反了基本法第五條第一項第一句。該判決僅因該醫師之談話對象為尋找資料的新聞記者，限制了醫師應有之言論自由。特別是在醫師陷入公眾激烈評論之砲火時及雜誌之讀者想知道該醫師對此類批評之看法時，其言論自由更不能加以限制。至少在此種情況下醫師也不能也被剝奪給予記者資訊及給予記者參觀醫院和與已表示願意接受記者採訪病患之商談機會。

### III、

Baden-Württemberg邦之法務部認為該受責難之判決是有憲法上之疑義。高等法院乃是以大眾對於上訴人及其醫療行為方式有強烈資訊需要為出發點。因此高等法院確認上訴人乃是基於報導之目的而允許新聞記者在醫院停留，故先行程序之標的並非商業廣告而是編輯報導，而此乃是屬於基本法第五條第一項第二句所保護之新聞自由。在這種情況下，基於作為客觀原則新聞自由之考量，是否得賦予上訴人就報紙之報導在其公開發行前，審查該報導是否在競爭法上有值得非難之廣告效果的義務，在憲法上

是值得懷疑的。先行程序之上訴人認為憲法訴訟是無理由的。

B、

憲法訴訟有理由。該受非難之判決侵害了上訴人基於基本法第十二條第一項第一句及第五條第一項第一句之基本權利。

I、

1. 審查該被責難判決之憲法依據首要的是基本法第十二條第一項。高等法院並非因上訴人本身之言論，而是因兩篇受上訴人協助所寫成有關其醫療行為之報導，對上訴人判決。該判決以創設醫師職業義務之法律條文為依據。因此首先乃依職業自由之基本權利加以判斷。

基本法第十二條第一項第一句保障職業從事之自由。非只有職業實務本身，所有與職業行使有關及有助於職業行使之行為皆在保護之內。基本權利主體對外職業行使之體現及宣傳接受其服務之廣告亦屬於有關職業行為之範圍。對此加以限制之國家措施乃是對職業從事自由之侵害(BVerfGE 60, 215[229]=EuGRZ 1982, 406[407]; 71, 162 [173])。

高等法院之判決即是此類侵害。該判決賦予上訴人不得允許任何透過其個人為醫療行為時之照片或身著醫療服裝或以稱讚方式來介紹其醫院及病人讚美及感謝言論之方式，以畫刊報導為自己本身或醫院醫療方法做廣告之義務。

2. 侵害職業從事自由依基本法第十二條第一項第二句需要一項法律基礎，而該法律本身亦須符合限

制基本權利之法律憲法上之要求。

高等法院認為該項侵害乃本於第二十一條第一項款BO，第十一條第三、四及十一款HWG及不正競爭防止法第一條之規定。這些條文皆是憲法上無可疑慮規範職業從事之規定。此早已由聯邦憲法法院加以確定（§ 1UWG: BVerfGE32, 311; 317; § 21I及IV BO, BVerfGE71, 162173ff; § 11HWG BVerfGE9, 213221f）。第二十一條第一項BON廣告禁止只在並非禁止所有而僅禁止違反職業形象之廣告下才被視為合憲（BVerfGE 71, 162174）。第二十一條第四項BON之容忍禁止在涉及基於醫師之利益而為商業性廣告而醫師在可預期方式下得阻止該報導之案例至少是被認為合憲的（BVerfGEaaO, S. 175）。

相反地聯邦憲法法院對醫師於第三人發表對其有廣告上效應，但基本上屬於報導有關大眾關心之醫學問題及對此意見之報導究應何種義務並未加以回答。上述之案例所涉及的即是本項問題。該案例乃有關上訴人允許作者參觀醫院、同意其拍攝照片及與病患交談及該對上訴人有利報導而具廣告效力之編輯文章。在此所涉及的並非對此類型未明示規定條文本身是否合憲之問題而是該條文解釋及適用是否合憲的問題。

3. 法律之解釋及適用為專門法院之任務，聯邦法院——除違反恣意禁止情形外——只能審查其是否因對基本法有關意義有基本上不正確之看法，特別是基本權利保護領域之範圍，而導致解釋錯誤之情形。若專門法院對該法規範之解釋並沒有充分考慮基本權利之適用範圍或其解釋之結果導致不合乎比例原

則地限制基本權利之自由時，則屬上述之情形(BVerfGE 18, 85[92f, 96]; 33, 125[168])。

a) 高等法院將該具爭議性之報導視為對上訴人有利之不當廣告。就此所涉及的乃是依專門職業及競爭法規所為有關事實構成要件之判斷，此項判斷乃專屬專門法院之權限且聯邦憲法法院不加以審查(BVerfGE 18, 85[92])。憲法上只考慮是否上訴人所負阻止此類報導之義務侵害其職業從事之自由。高等法院自法律條文中得出此項義務。其判決上訴人不得容忍。而此項容忍乃是針對第三人之行為。被判決不得容忍時，其結果必須對第三人採取某種行動。容忍禁止創設了行為義務。此項義務可自第二十一條BO中得出，依此項條文醫師不得允許或容忍致謝或讚揚之出版品，製作公開具廣告性質有關其醫療行為而具有其姓名或住址之文字及圖片報導。而第十一條HWG卻僅禁止醫生本身為廣告。其僅創設了不作為義務而非作為義務。雖然如此高等法院仍認為此止項條文為容忍禁止且就此引用了聯邦最高法院之判決。

基於阻止透過媒體之介入所導致規避廣告禁止之意圖，聯邦最高法院自相關之條文及不正競爭防止法第一條得出一項標準，任何參與競爭之人，若其提供媒體資訊時必須就基於該項資訊所為之報導負責其不得有受禁止之廣告效果出現。基於此項理由，若依該項資訊之種類及內容或基於接受人方面之因素考量，無法完全排除該項報導具有廣告性質之可能性時，基本上提供資訊者有責任在此類報導發表前加以審查(BGH, GRUR 1964, S. 392ff; GRUR 1967, S. 362ff; GRUR 1987, S. 241ff)。

以該等判決為依據高等法院認為基於第二十一條BO及第十一條HWG和不正競爭防止法第一條醫師

有義務就因其給予停留、採訪及攝影許可而製作之媒體報導保留其允許公開之權。若此項義務存在時，則就當然可以導出當媒體不同意此項允許保留時，其須必棄在報導過程中之任何參與行為。高等法院之判決並未對此項職業義務之限制，基於期待可能性之觀點留下其他空間。

g) 職業從事自由之限制只有在其有助於合理之公共利益且對受限制人而言不過度或仍在可期待範圍內，始符合基本法第十二條第一項之規定(BVerfGE 7, 377[405f.]; 71, 183[196f.]; 77, 308[332])。

aa) 法律上之容忍禁止乃基於公共利益之合理考量。醫師不得容忍透過第三人出版具廣告性質刊物之義務，目的乃在保障醫師之廣告禁止(BVerfGE 71, 162[175])。該項禁止不得因醫師透過第三者如病患或新聞記者來為對醫師本身而言屬於廣告禁止之行為而加以規避。容忍禁止所針對之廣告禁止及所賦予廣告禁止之意義其應是避免醫師之職業形象遭受歪曲。若醫師使用一般商業平常慣用的廣告方法時，該項歪曲則可能出現(BVerfGE 33, 126[170])。除該項目的外另外考慮的是全民健康之利益(BVerfGE, 71, 162[174])。醫師職業之從事不應依經濟成效之標準而是應依醫學上之必要性為依歸。廣告禁止乃在預防健康政策中不希望出現的醫生職業商業化。此項目的合法化該項廣告禁止——因其乃是預防規避——亦合理化所謂的容忍禁止。

bb) 高等法院自容忍禁止所得出只有在保留公開允許權下才許可其報導之義務，就達成此項保障目的而言是適當的。若報章之報導事先必須經過醫師審查及同意手稿後才得發行作為醫師得參與該項報導之前提時，則不當廣告之文章發生之機會自始即可顯著地減少。



cc) 在無許可保留下禁止醫師參與媒體報導仍得被認為保障廣告禁止所必要。對醫師職業從事自由較少限制且能相同達成法律目的之方法並不明顯地存在。雖然廣告禁止及由其所導出之容忍禁止所欲預防醫師職業形象之歪曲及醫師職業商業化之危險，自始在編輯文章中就比在商業廣告中為小。但是不容否認的是，編輯式的表達方法僅在於掩飾該文章的廣告性質。若參與該項出版物之醫師僅因該文章以編輯文章方式出現即可免除負擔任何責任時，則無法以相同的程度來阻止廣告禁止之規避。特別是當醫師只須提醒媒體廣告禁止之事時，則缺乏相同有效的保護，至少媒體在違反此項禁止時並無受到制裁之虞。

dd) 但對上訴人而言，此種職業從事自由之限制是無法期待的。限制基本權利措施之期待可能性得自對該限制之程度及合法化理由間考量之結果(BVerfGE 77, 308[332])。高等法院對該項考量之必要性，雖無認識上之錯誤，但卻不適當地給予保障廣告禁止較職業從事自由基本權利優先之順序。

容忍禁止所維護之人民健康乃是高層次的公共法益，其自得合法化明顯對職業自由之侵害(BVerfGE 17, 269[276])。由高等法院所適用的條文並非直接欲防止特定的健康危害，而僅在欲防止病患之不安全感，阻止長期而言對人民醫療供養有否定影響的醫師職業形象。在此情況下由廣告禁止所得出之容忍禁止才與健康之維護有所牽連。透過此種形式，容忍禁止已遠離該項法益，且至少無法主張原則上該項法益皆必須優先職業從事自由考量。

雖然上訴人並非在其職業從事之中心領域，即醫療行為本身受到限制，而是屬醫師行為週邊範圍的

公共形象受到影響。但在這個範圍內該項限制對醫師而言是相當重大的。依高等法院之判決，上訴人只得在一定條件下始得與新聞界接觸，惟此條件對新聞業基本上是無法接受的。上訴人因此不只是喪失一般地給與新聞業知悉其職業行為之機會。此外即使其欲就先前的報紙文章加以反駁時，亦無法參與報導之過程。

在高等法院之判決中並未對導致上訴人應參與該項具爭議性報導之具體情況作充分的考量。在判斷是否參與該報導時，依廣告禁止之觀點必須取決於該報導乃基於醫師之主動且為其利益或是新聞業請求且基於其讀者之利益；另外可在是否允許該項參與扮演角色的乃是，該醫師是否因此首度成為報導之目標或是其基於先前、大部分對其個人及醫療方法採批判性言論而決定參與報導之完成。至少在上述最後一種情況下，避免廣告效果若被視為高於防衛對其醫療行為之侵害時，則是對於醫師職業從事自由加以無可期待之限制。

這就是本案例之情形。上訴人因其醫療方式成為報章上強烈攻擊之目標。因此其要求對他特別嚴詞批評的雜誌編輯部門親自現場來製作其醫療行為之報導。但此項請求卻無任何結果。之後其基於另外一家雜誌社工作人員之詢問，答應提供這項機會。若只有在該雜誌社同意其得審查及許可原稿下，上訴人始得提供此項機會，則鑑於通常新聞業將會拒絕其編輯報導須再受外來之允許始得發表之情形，上訴人將完全失去改正大眾眼中有關其職業行為形象之機會。該項損失較在有關醫學問題廣泛討論下，對上訴人有利之報導將造成危害人民健康之危險更為嚴重。

## II、

該受責難之判決亦侵害到上訴人基於基本法第五條第一項第一句之言論自由基本權利。

雖然上訴人並不被禁止發表言論。相反地其只被賦予阻止該被責難報導之任務。侵害其基本權利之理由在於，上訴人只能在拒絕參與任何雜誌報導或將其參與取決於原稿事先的出示及許可與否下始能履行其義務。在此情況下上訴人則無法自主地決定面對新聞業時是否發表言論。若該項在發表前必須徵求其許可而須出示原稿之條件被新聞業拒絕時，則其面對新聞業時不得發表任何言論，甚至不考慮其他更詳細之因素。即使上訴人先前受到公開的抨擊而該項言論有助於防衛自己時，該項禁止仍有適用。

當然言論自由只在一般法律界限內加以保障，而第二十一條BO、第十一條IMG及不正競爭防止法第一條亦屬於一般法律(BVerfGE7,198[208])。高等法院就須在容忍禁止所保護之法益及上訴人言論自由間利益義下加以解釋(BVerfGE7,162[175])。但自一般法律所得出言論自由之界限則需在該項基本權做衡量並無不正確之看法。但該項考量過程在憲法上卻並非毫無瑕疵。高等法院將雜誌之言論歸屬於上訴人本身之言論。在上訴人有關其醫療行為之言論與報紙編輯就相同標的物之報導間卻存在不同之處。新聞業於其報導領域內得刊載對上訴人之看法，而該項看法基於廣告禁止之理由不得由上訴人自行發表。若醫師明顯地將新聞業作為其職業上自我展現之工具時，則就是另外的情形。但本案卻無跡像顯示為該項情形。因此在上訴人這方面並非在新聞業有關其之言論而是在賦予其言論自由限制及就新聞審查及許可義務所促進的人民健康間加以衡量。此項衡量並不導致與在基本法第十二條範圍內所為考量不同之

之結果。

參與本判決之法官：院長 Herzog, Henschel, Seidl, Grimm, Sölnner, Dieterich, Kühling, Seibert。

上訴人之代理人：RAe Prof. Dr. Karl Egbert Wenzel, Klaus Sedelmeier, Joachim von Strobl-Albeg, Dr. Waldemar Gerner, Imelda Thaler-Nölle, Eva Löhrner, Königstr. 1 A, 7000 Stuttgart 10

## 關於「政黨一般活動國家財務補助界限」之判決

——聯邦憲法法院第二庭一九九二年四月九日判決··案號··2Bv1E  
2/89

譯者：李惠宗

### 〈判決要旨〉

1.基本法作為前提而規定的政黨獨立於國家外(*Staatsfreiheit*) (原則)不單要求保障政黨超然於國家之獨立性，抑且要求政黨應證明其性質係自由形成，且係根源於社會政治領域的團體(參BVerfGE 20, 56[101])。

2.茲與本庭以前見解相反，國家在憲法上，對政黨受基本法所委託從事之一般活動得給與財務補助。唯(政黨)獨立於國家外原則僅允許政黨之一般活動自國家獲得部分補助。透過國家財務補助如使政黨喪失努力以尋求其黨員及支持該黨之市民之主動財務支援者，即已因此違反政黨獨立國家外原則。

a)此種對政黨(一般活動)之國家財務補助總額不得逾其自有財源之總數(*selbsterwirtschafteten*)

Einnahmen，參政黨法第二十四條第二項第一至第四款及第八條）（相對上限 relative Obergrenze）。

b) 一九八九至一九九二年間各政黨自公庫所獲得之財物數額，如現時情況無重大改變，應認為足夠。源於此種補助之財物價值一年間之數額即為國家，亦即聯邦及各邦，所得共同予以補助之總額 (absolute Obergrenze)。

c) 政黨選舉成果、黨費收入數額及其所獲得的損獻幅度各有其重要性，個別上應由立法者規定成標準，據此國家財源乃可據以分配予政黨。

3. 政黨法第二十二 a 條第二項所規定之機會均衡津貼 (Chancenausgleich) 與源於基本法第二十一條第一項及第三條第一項之政黨政治競爭機會平等權 (Chancengleichheit) 不符 (部分與 BVerfGE 73, 40 = EuGRZ 1986, 393 不同)。

4. 黨費及政黨捐獻之可容許的稅之優惠有憲法上之界限，此界限之範圍乃在於稅之優惠不得重大地改變各政黨間現有的競爭狀態。如大多數納稅義務人均能以同一方式利用該稅之優惠者，即未違反該界限。

5. 對法人所為之政黨捐獻予以稅之優惠，就市民之政治意志形成平等參與權而言，會根本引起憲法上的疑慮。

6. 政黨法第二十五條第二項所謂的（政黨財務）公告界限 (Publizitätsgrenze) 限定在四〇、〇〇〇馬克

以上（始公告捐獻者名址）已違反基本法第二十一條第一項第四句之規定。

\* 本判決迄未編入聯邦憲法法院裁判集內，俟本判決約於半年後編入該集內，本人即予另行通知該裁判集卷次。

## 判決主文

德意志聯邦眾議院(Bundestag)及聯邦參議院(Bundesrat)經由以下規定已侵害了爭議提出人基本法第二十一條第一項及第三條第一項之權利：

a) 根據一九八八年十二月二十二日政黨法暨其他法律第五次修正法之第一條第一項d目所制定之政黨法第十八條第六項第一句之規定，政黨就聯邦議會選舉，依政黨法第十八條第一項第二句之規定，於競選經費總額外，額外的尚獲得一筆補助基數(Sockelbetrag)。

b) 根據上開法律之第一條第四款a目所制定之政黨法第二十二條第二項之機會均衡津貼規定，

c) 根據上開修正法第一條第七款所包含政黨法第二十五條第二項之規定，政黨捐獻金於一曆年(Rechnungsjahr會計年度)內逾四〇、〇〇〇馬克者，始須將捐獻者姓名住址予以公佈在會計報告書(Rechenschaftsbericht)上，以及

d) 根據上開修正法第四條第一款及第五條第一款於所得稅法第十b條及法人稅第九條第三款b目所爲之規定，黨費(Mitgliedsbeiträge)暨政黨捐獻(Spenden an politische Parteien)於每會計年度內

，得至六〇、〇〇〇馬克範圍內——於夫妻共同申報者，得至一二〇、〇〇〇馬克——予以扣除。

## 理 由

### A、（事實）

本件機關爭議涉及該根據政黨法暨其他法律第五次修正法於一九八九年一月一日生效之新規定，是否因其違背基本法第一項及第三條第一項之規定，侵害爭議提起人憲法上之權利。此等新規定變更了機會均衡津貼之計算方法（政黨法第二十二 a 條第二項）、引進了補助基數之新規定（政黨法第十八條第六項）、提高了政黨捐獻公告的金額上限（政黨法第二十五條第二項）及提高了黨費及政黨捐獻稅法上扣除額之上限。

### I、（系爭法律規定）

經由一九八八年十二月二十二日政黨法暨其他法律第五次修正法（BGBl. I S. 2615—以下簡稱第五修正法，*ÄndG*），立法者變更、制定了新規定，並補充有關政黨財務之一系列規定。此一修正基本上係因聯邦憲法院一九八六年七月十四日判決（BVerfGE 73, 40 = EuGRZ 1986, 393）所促成，該判決宣告，以促進國家政治為目的（zur Förderung staatspolitischer Zwecke）支出，得於稅法上扣除之規定係部分違憲。

以下即為本件爭議程序所擬審查對象之第五修正法之規定：



1. 根據第五修正法第一條第一款 d 目，政黨法上引進了補助基數之規定（政黨法第十八條第六項），此補助基數依政黨法第十八條第一項第二句與競選經費總額（Wahlkampfkostenpauschale）合併計算，而屬國家補助政黨競選經費之一部分。

於一九八九年三月三日所公告之政黨法第十八條（BGBl. I S. 327）而與本件程序有關者，有如下規定：

（第一項） 參與聯邦眾議院選舉而提出候選人名單之政黨，其適當競選（angemessener Wahlkampf）之必要費用應予補助。（應予補助之）競選經費指該次聯邦眾議院選舉每一有投票權人五馬克之總額（Wahlkampfkostenpauschale，競選費用補助總額）及依（本條）第六項規定之補助基數（Sockelbetrag）。

（第六項） 於選區（Wahlgebiet，——原指西德地區，東西德統一後，東、西德各屬——Wahlgebiet，譯註）獲得有效之第二選票至少百分之二之政黨，就聯邦眾議院選舉，除第一項之（競選經費補助）總額外，額外的尚可領得第一項所確定數額之百分之六的補助基數。此一補助基數不得逾政黨所獲之競選經費補助總額（本條第三項）百分之八十。

（第七項） 獲自公庫之適當競選費之補助總額，不得逾各政黨依第二十四條第二項第一至第五款及第八款，聯邦眾議院補助選舉費用後之第二會計年度及在該年度前三個會計年度之總收入（Gesamteinnahmen）。逾此之補助額得自下一次補助中扣除。

政黨法第三十九條第二項過渡條款(Übergangsvorschrift)(第五修正法)第一條第九款規定，政黨法第十八條第六款所指之第十二任期德意志眾議院之選舉補助基數為百分之三(而非一般的百分之六——譯註)。

2. 透過政黨法第二十二 a 條第二項新規定，第五修正法第一條第四款 a 目變更了自一九八四年以來已適用之機會均衡津貼之計算方法。此外，此一出自國庫而付與政黨之機會均衡津貼尚應均衡因黨費及捐獻的稅之優惠所造成之政黨間之競爭混亂(參 BVerfGE 73, 40[78,89] = EuGRZ 1986, 393[403, 406])。依政黨法第二十二 a 條第二項機會均衡津貼的新規定，首先機會均衡津貼有一項特別的計算方法，亦即，就黨費而言，以黨員數目為準，就捐獻而言，以所獲得的有效第二選票數為準；然後，該依據上開二種計算方法所得之算數上數額——尚須在政黨競選經費應補助總額百分之十以下——(始為機會均衡津貼)，而受給付。

政黨法第二十二 a 條於一九八九年三月二日政黨法(BGBL. I S. 327)公告時，規定如下：

#### 機會均衡津貼之計算及支付

- (第一項) 政黨在每年十二月三十一日(決算日)之前最後一次舉行之聯邦眾議院選舉結果中，在選區獲得所投有效第二選票達百分之零點五者，每年將獲得一筆以機會均衡津貼為名之補助金。
- (第二項) 就決算日(Schlußtag)前最後一次聯邦眾議院選舉在選區獲得有效第二選票至少百分之五之政黨，可先獲得(兩項)基準數額(Ausgangsbetrag)，該(兩項)基準數額係指財務報表(本

法第二十四條) 中所列黨費之百分之四十除以同表上所列黨員人數所得商數，以及政黨捐獻之百分之四十除以政黨有效第二選票之數目所得之商數。各該基準數額之最高值再乘以第一項所稱之黨員數目或(及)所獲有效第二選票之數目。依第二句計算所得結果(基準數額各乘以黨員數及選票數)與第一句所稱之百分之四十黨費收入及捐獻收入總額之差額相加再除以二即可求出應給予各政黨機會均衡津貼。此一數額不得逾上屆選舉結果各該有權獲得競選經費補助之政黨所獲補助總額之百分之十。

(第三項) 機會均衡津貼數額由聯邦眾議院院長確定，並於決算日次年度六十日內支付之。

(第四項) 聯邦眾議院議長將以書面通知各政黨其數額。

(第五項) 機會均衡津貼首次於一九八四會計年度支付之。

(第六項) 第十八條第八項規定於機會均衡津貼之結構及額度之變更準用之。

在機會均衡津貼新的計算方面，根據第五修正法第一條第五款b目，政黨法第二十三條第二項第二句賦予政黨理事會(Parteivorstand)一項義務，將迄至會計年度終止前有繳納黨費義務之黨員數目於會計報告書上亦予以載明(亦參第五修正法第一條第六款上政黨法第二十四條第六項)。

政黨法第二十七條第一項就會計報告書上之黨費及捐獻之意義有新的規定(第五修正法第一條第八款)：

本法第二十四條第一項第一款所稱之黨費及其類似定期入款，僅指黨員依黨章規定應繳付之金錢款

項。除此而外之給付，特別是入黨費(Aufnahmegebühren)、特別分擔金(Sonderumlagen)、募捐款(Sammlungen)、應視為捐獻。

政黨法第三十九條第一項(第五修正法第一條第九款)對新的機會均衡津貼有如下之過渡規定(Übergangsregelung)(施行法規定)；就一九八七及一九八八會計年度，各政黨得依舊政黨法第二十二條第二項請求支付(機會均衡津貼)(唯不得逾所領取競選經費補助之百分之十)，相對於依舊法之給付，新的機會均衡津貼計算模式將減少給付之數額。

3. 第五修正法第一條第七款修正了政黨法第二十五條第二項規定；此一規定本賦予政黨義務，就捐給該政黨或其某一或多個區域黨部之獻金，其價值於會計年度超過二〇、〇〇〇馬克者，應於財務報表上公告其姓名、住址及總額。此一所謂的公告界限，其後調高為四〇、〇〇〇馬克。

4. 此外，第五修正法就所得稅法及法人稅法在黨費及政黨捐獻之稅法上得扣除額上亦有了新規定。此規定特別將得扣除額調高至六〇、〇〇〇馬克，於夫妻合併申報(Zusammenveranlagung)則調高一二〇、〇〇〇馬克。

a) 第五修正法對所得稅法第十b條有如下修正：

稅法上優惠之目的

(1) 作為慈善、教會、信仰、學術及作為特別值得促進而受肯認與公共利益有關之目的所為之支出，得至收入總額百分之五或至總營業額及在該會計年度所支出之薪資(Löhne und Gehälter)總額

之千分之二，視為特別支出(Sonderausgaben)而予以扣除。對學術及作為特別值得促進而受肯認之文化目的，此百分之五之百分比得再提高百分之五。

(2) 黨費及捐獻予政黨法第二條所指之政黨得至六〇、〇〇〇馬克，於夫妻共同申報，得至一二〇、〇〇〇馬克於會計年度（申報所得稅時）予以扣除。唯作為特別支出而得扣除者，僅限於該款項依第三十四 g 條無減免稅者。捐獻予一政黨或其一個或多個地方黨部，其價值總額於一會計年度逾四〇、〇〇〇馬克者，限於依政黨法第二十五條第二項於會計報告書上已公告者，始得予以扣除。

(3) 除提供利用及勞務外，具經濟價值(Wirtschaftsgüter)之資助，亦視為本規定之支出。具經濟價值之物於直接資助之前，已不屬於企業財產者，則於計算（該企業）支出額度時，不得超估該物自不屬於該企業時所確定之價值。其餘情況，支出之額度依該資助之經濟物總價值定之。

所得稅法第五十二條第十三 b 項的過渡條款（第五修正法第四條第三款 a 目）有規定，黨費及捐獻之得扣除額的新規定，自一九八九年納稅年度(Veranlagungszeitraum)起始予適用。

b) 第五修正法第五條第一款對法人稅法第九條第三款有如下之修正：  
得扣除之費用亦包括：

3. (第三款) 保留第八條第三項規定

a) 作為慈善、教會、信仰、學術及作為特別值得促進而受肯認與公共利益有關之目的地所為之支出，得

至收入總額百分之五或至總營業額及在該會計年度所支出之薪資總額之千分之二，視為特別支出而予以扣除。對學術及作為特別值得促進而受肯認之文化目的，此百分之五之百分比得再提高百分之五。

b) 捐獻於政黨法第二條意義下之政黨得至六〇、〇〇〇馬克，予以扣除。捐獻予一政黨或其一個或多個地方黨部，其價值總額於一會計年度逾四〇、〇〇〇馬克者，限於依政黨法第二十五條第二項於會計報告書上已公告者，始得予以扣除。

c) 限於以下情況，黨費及對不具政黨性質之團體所為捐助，於會計年度至一、二〇〇馬克額度亦得予以扣除：

aa) 該團體之目的唯在透過自己的提名名單以參加聯邦、各邦或地方基層選舉，對政治意志之形成共同協力者。

bb) 在聯邦、各邦或地方基層之團體於各該上一屆選舉至少擁有一席位或已向主管選務機關(Wahlbehörde)或選舉主管官署(Wahlorgan)表明，其將以自己之提名名單參加聯邦、各邦或地方基層之各該下一屆選舉者。

如該團體未參加各該選舉者，則限於至選舉日前所給付之黨費及捐獻始得予扣除。黨費及捐獻予協會(Verein)者，限於該協會以自己提名名單參與下一屆選舉者，始得再行扣除。此之得扣除額限於選舉該年所已給付之黨費及捐獻。

a 目至 c 目及所得稅法第十 d 條所指支出之扣除前的所有收入，視為本規定意義下之所得。

具經濟價值物品之捐助，除提供利用及勞務給付之外，視為本規定之支出。支出之價值依所得稅法第六條第一項第四款第一句及第二句估定之。

法人稅法第九條第三款之新規定，依法人稅法第五十四條第五項（第五修正法第五條第二款第 a 目）於一九八九申報年度始行適用。

## II、（爭議提起人之理由摘述——譯註）

爭議提起人，即聯邦性之政黨、綠黨，於其一九八九年六月二十六日呈送聯邦憲法法院所具之書面內聲請：

聯邦憲法法院應確認，聯邦眾議院及參議院因一九八八年十二月二十二日政黨法暨其他法律第五修正法(BGBI, I S. 2615)違反基本法第二十一條及第三條規定，因該法，

1. 於其第一條第四款，依政黨法第二十二 a 條之規定，變更機會均衡津貼，並就捐獻及黨費之機會均衡津貼規定分離計算方法，

2. 透過其第一條第一款 d 目，導入補助基數之規定，卻未區分何些政黨其政治活動領域係在全聯邦地區，何些政黨並非如此，

3. 透過第一條第七款規定，政黨捐獻公告之上限額調高至四〇、〇〇〇馬克。

4. 透過第四條第一款及第五條第一款規定，黨費及政黨捐獻之稅法上得扣除額調高至六〇、〇〇〇馬

克或一二〇、〇〇〇馬克。

爭議提起人重要理由如下：

系爭規定之制頒損害其基本法第二十一條第一項所保障之憲法上政黨之地位，並損害其根據憲法而來的獨立於國家外之特性。

1. 透過機會均衡津貼之新規定，將違反爭議提起人獨立於國家外之請求權，違反民主透明性要求 (Transparenzgebot) 及違反其機會平等請求權。

a) 政黨獨立於國家外之特性，將因政黨法第二十二 a 條第二項對黨費規定一項特別的機均衡津貼而受到侵害。雖然黨費與捐獻在稅法上受到補助，黨費之受國家補助之功能卻異乎捐獻。決定是否成為一政黨成員時，黨費之可扣除性肯定是無關的。個人透過財務捐輸所發揮的影響並非因黨費而是因捐獻而發生。黨費之額度只是一種標誌，黨費對於政治參與的象徵性毋寧大於獲取政治影響之希望。唯無論如何，黨費之捐輸係促進市民之個別參與政黨，而為民主意志形成過程及政黨獨立於國家外所不可或缺的。稅法因此要獎勵一項社會及政治上無限制的值得追求之行爲。機會均衡津貼於此領域上因此係不合理的。蓋此易破壞政黨機制 (Parteiapparate) 與其成員間的依從性關係，並減低忠誠黨員對其財務上之意義，從而亦降低其對政黨政策之意義。因此也易使政黨在大部分之範圍受到國家照顧，從而阻礙由下而上之意志形成過程。

b) 此外，機會均衡津貼並侵害源於基本法第二十條之透明性要求。如此，有關政黨財務規定之增



修，立法過程即會缺乏公眾必要的參與。又，政黨法第二十二 a 條第二項之新規定本在平衡政黨間不同的機會，使過度受益之政黨減少其受益程度，但因每一政黨均可獲得國家補助，結果與第二補助基數無異，恰與其所擬表達之意向相左。此外，機會均衡津貼新規定使政黨全部及個別政黨所獲得給付之額度，遠在其黨員所繳付之黨費之上，此將切斷政黨之參與下屆選舉，甚至會與公共捐獻疏離。現在，政黨財務在不小的範圍，透過簿記上及統計上措施會受到影響。唯吾人無法可信地確認一政黨的實際黨員數目。因此，政黨法第二十二 a 條第二項連結第二十四條第六項只將有繳費義務之黨員作為參考數值(Bezugsgröße)考慮在內，是頗有疑問的。

c) 政黨法第二十二 a 條第二項未顧及無繳納黨費義務之黨員，已侵害了爭議提起人之機會平等權。雖然，這些黨員確實未獲得稅捐上的利益，但就黨員機會均衡津貼而言，政黨強度的觀點應列入考慮範圍內。此外，有繳付黨費義務之黨員但未繳付黨費者，與這些依章程免除黨費義務者不同，於機會均衡津貼計算上同等處理是不合理的。

最後，爭議提起人機會平等權亦會因上開規定受侵害，蓋於法律諮詢(Gesetzberatung)時已知爭議提起人與其他政黨相反，其黨團成員之黨費被視為捐獻，此款項約達於爭議提起人捐獻總收入額之百分之五十。

2. 依政黨法第十八條第六項所新引進之補助基數(Sockelbetrag)應屬合憲。雖然此補助基數意義上不能歸類為競選經費補助，但此基數卻是一項受容許國家資助政黨之財源。此規定已正確注意到，對所

有政黨而言，競選已成一持久性任務，且較之以往，與其他政黨任務更難以區別。

因為補助基數擬以同樣數額支給所有有請求權之政黨，此外亦支給這些只在地區活動的政黨，如此卻侵害爭議提起人機會平等請求權。一個有功能的政黨組織，花費額度係與區域的空間大小有密切的關係，在此區域上，政黨施展其活動並向該地市民訴求。一政黨依其章程，其活動領域唯限於某一邦或有意忽略某特定區域者之固定費用，一定較之，例如爭議提起人，之在整個聯邦活動所耗費的要來得少。

只將補助基數給付給這些得到選區獲得有效第二選票至少百分之二之政黨，亦屬違憲。補助基數給予之要件在此範圍內不得高於千分之五，此比例係聯邦憲法法院就競選經費補助總額認為可作為請求要件許可的比例。

3. 在政黨法第二十五條第二項所謂公告界限之規定調高到現行的四〇、〇〇〇馬克，違反基本法第二十一條第一項第四句之規定。鑒於現存的不同政黨結構單一公告界限無法透過憲法要求的目標而受到合理化。尤其要注意的是：與聯邦性政黨不同，在地域性黨部上，透過二〇、〇〇〇馬克的政黨捐獻即會有相當大的影響力。

4. 依所得稅法第十b條及法人稅法第九條第三項有關政黨捐獻在六〇、〇〇〇馬克，夫妻共同申報時為一二〇、〇〇〇馬克可以為稅法上扣除之規定，侵害了爭議提起人機會平等之權利。

在一九八六年七月四日判決(BVerfGE 73, 40[84] = EuGRZ 1986, 393[404]KE, 聯邦憲法法院)宣告依應稅人所得一定百分比而定之稅上優惠之規定，與市民政治參與平等權不符。與聯邦憲法法院前

見解相反，（本庭茲認為）此種違反平等態樣亦不能透過機會平衡津貼而治癒。現在以六〇、〇〇〇馬克，夫妻共同申報時為一二〇、〇〇〇馬克的政黨捐獻免稅限額亦不合理，蓋其有利於所得較高市民。該得扣除額在德國勞工平均淨所得的兩倍以上。此不但侵害市民平等權基本原則。另一方面亦已侵害了政黨之機會平等。因政黨依其黨綱(Program)向不同的社會階層以不同的範圍為訴求，尤其爭議提起人之群眾基礎集中在低收入階層。對這些中低收入所得者，此一系爭稅上優惠無論如何無法激起其捐獻意願。一如這裡，如果透過稅之優惠足以激發所得豐厚者之捐獻者，則對其他國民階層亦應有相應的附加措施(fränkende Maßnahmen)(以資平衡)。此種措施尚未之見。

### III、（爭議對造之理由摘述——譯註）

聯邦眾議院與德國社會民主黨(SPD)於本件爭議程序答辯如下：

1. 聯邦眾議院認為爭議之提起原則上應許可，但無理由：

a) 機會均衡津貼新規定既不抵觸政黨獨立於國家外之原則，亦不侵害機會平等權。蓋此規定毋寧更接近聯邦憲法法院已肯認為合憲之舊規定(BVerfGE 73, 40 = EUGRZ 1986, 393)。就支付予政黨之機會均衡津貼，一九八九年有一項旁證豐富，各依新、舊法計算而已被肯認的對比，由此可證明此機會均衡津貼規定之實際功能。如果在機會均衡津貼之計算上完全不顧黨費而只集中在政黨捐獻上，則將產生真空，導致吸力作用(Sogwirkung)，導向高額的黨費。蓋捐獻人總是會想將款項轉化成黨費而帶給各政黨利益。相反的，現行規定相較於捐獻均衡津貼(Spendenausgleich)而言，此黨費均衡津貼會減少

，而可排除這種操縱。

此外，機會均衡津貼亦不致導致過度的國家財政支出(Staatsfinanzierungsquote)，因依(政黨法)第十八條第七句，此津貼與聯邦憲法法院的判決(參 BVerfGE 73, 40 [87] = EuGRZ 1986, 393[405])符合，政黨財務不致附加在國家上。

依政黨法第二十二 a 條第三句新規定算數上之額度之建立，並非係為擴張機會均衡津貼之支付總額才被引進的。

政黨法第二十二 a 條第二項第四句最高限額之規定，旨在防止藉由黨費或捐獻收入名目之蓄意改變，以達機會均衡津貼大幅度提高之目的。此種裁減規定(Kappungsvorschrift)並非機會均衡津貼計算之補充，而是其整體之構成部分(Bestandteil)。沒有此種規定，新規定整體在憲法許可性上無法合理化。在此，最高限額與競選經費補助相結合而顯得適切，此一結合對機會均衡津貼而言，並非一項異素(fremd Bezugnahme)，蓋競選經費補助之額度直接繫於政黨依其選票可辨識的政治強度(politische Stärke)。各政黨相互間政治強度的關係，對憲法上所要求的機會平等是否存在，正是一項決定性判決標準。

對所謂機會均衡津貼的操縱可能性之進一步異議，尤其可加以反駁的是，機會均衡津貼之計算，係依據一項政黨個別變數的獨立體系而定，此種變數每種本身都會對機會均衡津貼計算結果產生影響。理論上值得顧慮的操縱只是影響一政黨的之變數(Variablen)。從事此操縱亦伴有一定風險，即一政黨可

能在機會均衡津貼計算上變成標準政黨(Maß stabpartei)(所謂標準政黨，指黨費及捐獻之百分之四十數額分別除以黨員數及第二選票數後所得數額，在各政黨比較中最高者，變成標準政黨後，可領取之機會均衡津貼總在其可領取之最低限，參以下圖表——譯註)。

機會均衡津貼的新規定，在政黨獨立於國家外特性觀點下，亦不值得憂慮，蓋雖然有依據黨費而計算的第二個參考數值(Berücksichtigung)，但因有政黨法第十八條第七項之百分之五十界限，政黨羅致自有財源的意向不致於缺少。

至於最後的問題，亦即政黨法第二十二 a 條第二項下，於政黨捐獻及黨費交付時，得平均節稅百分之四十之規定是否合乎實際(realtätsgerecht)，儘管聯邦憲法法院曾於一九八六年七月十四日判決(BVerfGE 73, 40[94] = EuGRZ 1986, 393[407])中，就此會要求(審查)，唯此平均稅率的特別審查迄今尚未作成。聯邦財政部在捐獻方面認為，透過所得稅法第三十四條之引進，約有百分之五十的稅上優惠得被利用，蓋可以說，每年捐獻超過一、一〇〇馬克與政黨的人係屬所得最高的納稅群(Steuergruppe)。所得稅率依財政部就一九九一年前西德租稅地區統計，達於百分之二十六，此兩項稅率就機會均衡津貼之計算時，加以平均，則可以得到百分之三十八之數字。因此可以顯示出，百分之四十之總額稅率對捐獻暨黨費均衡津貼之計算而言，並非明顯恣意(willkürlich)，而是完全在立法者形成餘地(Gestaltungsspielraum)的範圍內。

g) 就補助基數(規定)而言，立法者並未忽略政黨的一般基本財務，而是將不詳細但明顯可確定

出來的政黨競選固定費用，列入考慮。迄今為止的競選經費總額及其預支費用(Abschlagsbeträgen)的支付即朝此方向規定。此外，聯邦憲法法院於一九六八年十二月三日判決中亦指出，可支給政黨一定的「基本數額」(Grundbetrag)。(參 BVerfGE 24, 300[346])。

補助基數以同樣的額度亦支給只在地方層面競選之各政黨，並未違反政黨機會平等基本原則。補助基數之主旨乃在平衡小黨在市民訴求上較差之機會，因此，這些小黨就每票而言，可獲得比大黨相對較多的金額。因為補助基數係以參加聯邦眾議院選舉為要件，如有政黨只提出一份邦名單(Landesliste)，則依德意志選舉法，此已足夠，不必在憲法上再依據政黨活動領域另加以差別待遇。

就補助基數之發給所規定之百分之二條款同樣是合憲的。蓋補助基數的支給應只是用以支應長期的競選活動之準備及持續性的選民訴求(Wahleransprache)。因此設定比競選經費補助總額更高的限制(Quorum)，乃屬合理。德國的歷史經驗顯出，政黨對政治意志形成的協同作用之持續性只有在競選中獲得百分之一以上第二選票之小政黨才會存在，政黨之得票率在此之下者，基本數額——依其政治地位而定——之支給恐有遠超過其花費之虞。此外，第二選票百分之二之限制，亦不妨阻新政黨之成立，而只是會防止對所謂的空殼政黨(Parteihuisen)的財務資助而已。

c) 對個別捐獻者之公告界限提高至四〇、〇〇〇馬克並未牴觸基本法第二十一條第一項第四句之規定。聯邦憲法法院於一九六八年曾認為二〇、〇〇〇馬克的公告界限係合憲(BVerfGE 24, 300)，鑑於生活標準費用在一九六八年至一九八三年間已經加倍，且政黨捐獻入款於一九六八年至一九八八年期

間已經成長為三倍之事實，此一規定係屬合理，此種捐獻公告界限提高亦有助於行政單純化及費用節省。

a) 所得稅法第十b條第二項及法人稅法第九條第三款b目之黨費及捐獻稅上扣除額之提高亦不違反政黨機會平等。爭議提起人原疑懼，因其主要係向中低收入階層訴求，會因該規定而受侵害，唯過去數年的政黨捐獻收入之發展，已消除了爭議提起人之疑慮(Befürchtung)。

政黨捐獻之大額係中小額及中額捐獻所集聚，此外，費用之支出係以促進國家政治進步的目的者，得至一〇〇、〇〇〇馬克額度為稅上扣除，聯邦憲法法院本身亦已肯認為合憲（參BVerfGE 73, 74[84] = EngRZ 1986, 383[404]）。本系爭規定尚且低於此一數額。

## 2. 社民黨認為此爭議之提起亦屬無理由

一九八四年首度引進的機會均衡津貼，原則上已經證明係適當，第一年施行的結果亦曾緊急修正計算模式(Berechnungsmodus)。一九八四及一九八五年間，相對之下，政黨收入最少的社民黨並未獲得機會均衡津貼之支付，因其本身已變成標準政黨(Maßstabspartei)。然而相對而言，獲得最多政黨捐獻收入之政黨卻得到最多的機會均衡津貼。這是因為現在將黨費與政黨成員數目(Mitgliedstärke)的關係考慮進去之故。黨費之列入考慮在機會均衡津貼上，從稅法體系上看，係屬必要。理論上，捐獻及黨費分離的操縱可能性固無法排除，但在實際上不可能實現。

單從一九六八年起幾乎是成長七倍的聯邦政黨的財政收入即可證明，四〇、〇〇〇馬克的捐獻在

一九八四年遠遠低於二〇、〇〇〇馬克的捐獻在一九六八年的特殊重要性。

此外，聯邦憲法法院於其判決中亦將政黨視為一整體而非依其個別的分支機構層次予以差別對待。此種差別對待，尤其因為政黨內部財務的多樣化及千差萬別，幾乎不可能實現。

補助基數之發給繫乎所獲得第二選票的百分之二之限額係合理的，蓋經驗上顯示，只有這些在競選中獲得第二選票逾千分之五之政黨才能顯示出其有相對較高的花費並持續有選民訴求，這種固定費用基本數額對擁有百分之七點五以上選票的政黨，即無甚差別。

#### IV、（憲法法院所調查之證據——譯註）

本庭自聯邦眾議院獲得有關一九八七、一九八八、一九八九會計年度依據舊法及新法之機會均衡津貼計算方法，此外，本庭於機會均衡津貼之計算，對依政黨法第二十二 a 條第二項發生系爭問題而成為標準政黨之政黨（指綠黨而言——譯註），亦調查其黨費平均數額及黨員而身為公職人員暨議員之特別捐（Amtsund Mandatsträgerabgaben），及其一九八六至一九八九年會計年度之小額捐獻收入數額。

於言詞辯論時，除爭議程序之兩造外，本庭亦給予依第十二屆德國眾議院選舉結果有權請求競選經費補助之政黨之代理人以發言機會。本庭並詢及邦級以下的黨務分支組織之預算等級（Grö ß enordnung）。

#### B、（憲法法院理由論述——譯註）

本件爭議之提起合法並有理由。



I、（補助基數違憲之理由——譯註）

爭議之對造在政黨法第十八條第六項上規定，政黨至少須在選區獲有第二選票百分之二以上者，始得在競選經費補助範圍內獲得補助基數，已侵害爭議提起人之基本法第二十一條第一項之權利並違反政黨應獨立於國家外之原則。政黨應獨立於國家外之原則包括政黨應持久地植基於社會並由此與國家保持一定距離。上揭規定對符合法定請求要件之政黨給予國家財源(Mittel)，在範圍上，不顧及政黨應致力於透過黨員及捐獻者以努力尋求財源之政策，亦不顧及選舉結果，與基本法不符。

唯爭議提起人認為其所指摘之政黨法第十八條第六項規定與政黨獨立於國家外原則相符。然而，爭議提起人就本原則所作解釋既與本庭以前見解相左，亦與本庭現所發展之見解不符。本庭不受爭議提起人法律上見解(rechtliche Würdigung)之拘束。亦不妨礙本庭針對政黨法第十八條第六項所提出之聲請予以許可，蓋此規定與政黨獨立於國家外原則不相符合。

補助基數規定已被爭議提起人以合法方式提出作為本件機關爭議之客體，且對政黨在憲法上地位甚為重要的政黨獨立於國家外原則，亦予政黨在機關爭議上一項爭議提起權(trügefähiges Recht)。（參BVerfGE 73, 40[66, 84ff.] = EuGRZ 1986, 393[399, 404ff.]）。

1. 依基本法第二十一條第一項第一句規定，政黨協力於國民政治意志之形成，唯就國民政治意志之形成而言，其並未享有獨占地位。除政黨外，其他個別市民及聯盟(Verbände)、團體及協會，亦在意見及意志形成過程上共同發揮影響力。唯基本法第二十一條合理化了政黨在選舉法上被提高之地位。政

黨因此不只是選舉準備組織(Wahlvorbereitungsorganisationen)，其在此功能下，對民主秩序而言實係不可或缺。又政黨尤其被期望能有組織地，共同結合市民，而以進入國家機關參與意志形成為目標，並自動地成為一政治行動團體單位(Handlungseinheit)，使市民可能對國家事務產生有效的影響。政黨有義務形成政治目標，並將該目標宣達於市民及協力使社會上及關於個別市民之問題被認識，並提出以及尋求相應的解決方法。在國家政治意志形成過程中國家機關對國民間之極為重要之回饋(Rückkoppelung)作用亦屬政黨職責。此種回饋並非只表現在定期往復的議會選舉行為上。國民意志之形成及國家機關意志之形成完成於多樣化且日復一日由政黨共同形成的相互作用(Wechselwirkung)之上，政治方案及國家組織的行為影響及國民的意志形成，甚且亦係意見形成的客體(參BVerfGE20, 56[14]; 44, 125[139f.] = EuGRZ 1977, 191 [Rsprber. Nr.8]; 73, 40[85]附詳細引證 = EuGRZ 1986, 393[405])。

基本法第二十一條已明顯將政黨之上揭民主意志形成及在國事決定過程中的角色明顯標出，為使其正確運作，政黨必須一方面向其黨員訴求，以向內發展持續效力(standiger Wirksamkeit)，藉以促使政黨內部的意志形成。如此才會符合憲法所要求的，政黨內部秩序必須合乎民主基本原則之規定(基本法第二十一條第一項第三句)。他方面，政黨亦必須多向外活動，在與其他政黨的競爭及其他公共意見形成具有日益影響力的設施上及團體上，試圖使市民信賴其政策的正確性。以上這些皆與聯邦及邦國會及地方代表的選舉有直接關係。

2. 與本庭以前見解相反的，國家憲法上不妨給予政黨財務上支助以支應其受基本法所委託的活動。

a) 政黨一般政治活動係在競選活動之外，亦有在競選活動上者，唯選舉需要特別的準備，如選舉方案之擬定、選舉廣告之設置及選舉活動之遂行（參 BVerfGE 24, 300[348f.]），所有這些活動無非係以宣達市民其政治上目標並贏得其贊同，亦即以協力國民政治意志的形成（基本法第二十一條第一項第二句）為目的。如果政黨不注意收集國民現有意向、利益及致力何事，而後評估並進行取捨以供市民選擇，則此目的即無由而達，再如果政黨不嘗試實現市民意志並使之對國家機關發揮效能，則此種目的亦有欠缺（參 BVerfGE 44, 125[145f.] = EuGRZ 1977, 191 [Respreber. Nr. 8]）。蓋國民特別是透過政黨在選舉上對最高的國家機關之決定取得影響。

基本法第二十一條第一項第一句賦與政黨對國民政治意志的形成予以協力之任務，且不限於直接的選舉準備。從組織觀點來看，無論如何這只是其任務的當然部分；實質內容上，選舉之參與使政黨保有持續效力（ständige Wirkamkeit）而不致中斷。選舉及其結果給政黨一項啓示，即從選舉結果中政黨可獲知市民對其政策有何回響及對之有何期許。只有在極少數情況下，政黨之競選活動得與其他活動劃分。

如果吾人欲將此種（競選活動）與憲法上所賦予之國民政治意志協力任務強加劃分，將會欠缺實質理由。因此，與本庭以前判決相反（參第一次判決 BVerfGE 20, 56[113ff.]），本庭茲認為，憲法上並不要求吾人尋求國家對政黨在競選經費補助上之界限何在。

b) 長久以來國家資助政黨財務實際上一直存在，此基本上亦是由聯邦憲法法院所承認。本庭在憲法上並未對競選經費總額(Pauschalierung der Wahlkampfkosten)亦未對預支的費用有所非難(參 BVerfGE 24, 300[335ff.] 73, 40[116] = EuGRZ 1986, 393[408])。競選經費補助，依其範圍及功能，已發展成政黨財務基礎之一部分(參 BVerfGE 73, 40[116] = EuGRZ 1986, 393[413])——法官 Böckenförde 不同意見書)。本件程序所審查之所謂的補助基數(政黨法第十八條第六項)的規定，只是使競選經費補助之性質更清晰的呈現出來而已。

3. 唯政黨獨立於國家外之憲法原則，只允許政黨一般活動得自國家獲得補助。此原則禁止——儘管在自由民主的政治過程，國民意志形成與國家機關意志形成會有交叉的部分——國家在政黨的意志形成介入影響力並因此而影響整個政治意志形成過程。(參 BVerfGE 73, 40[87] = EuGRZ 1986, 393[405])。又，國家不論以何種種類及方式為財務的支給，都一定會帶來間接影響的危險。基本法規定作為要件的政黨獨立於國家外之特性，不只要求政黨應保持獨立於國家外，抑且要求政黨之性格應係自由源於社會一般政治領域所形成的團體(參 BVerfGE 20, 56[101])。政黨必須不只政治上，連經濟上及組織上都應取向於市民之同意及支持。個別政黨不得因公共資財的補助而使其在選民群中尋求足夠支持的努力見奪(參 BVerfGE 73, 40[86] m.w.N. = EuGRZ 1986, 393 [405])。

如果因透過補助使政黨不必再向其黨員及支持者主動尋求財務支持者，則政黨獨立於國家外之原則將因財務補助的支給而受到違反。如果此點受到忽略，則政黨就有與社會根源脫節之危險(參

BVerfGE 73, 40[88] = EuGRZ 1986, 393 [406]。

政黨在民主國家結構中，只有當其領導階層及其所支配之組織與其黨員基礎與選民全體未曾疏離，才有可能實現協力於國民政治意志形成之任務。此種狀況不會因國家限制對某些特定行為之財務補助——例如很明顯的選舉準備經費不予補助——而受到妨礙，反而因透過財務支援以使政治過程開放，政黨可以競爭並使政黨領導階層獲得社會基礎的支持(Rückbindung)，參 Grimm 所著，Die Parteien，收於 Benda/Maihofer / Vogel 合編：Handbuch des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1983，第 352 頁）。如果政黨所需財務大部分或甚至全部皆由公款支應，則政黨在憲法上即屬以不能令人忍受的方式依附於國家了（參 BVerfGE 20, 56[102]；73, 40[86] = EuGRZ 1986, 393 [405]）。

鑒於政黨對民主國家政治意志形成過程的不可或缺性(Unentbehrlichkeit)，如果充分的自有財源在現代民主的條件下顯得不足時，國家是否可以節制對政黨的財務支助，此點毋需再作決定；蓋長久以來，國家一直在相當的範圍內予政黨公款的資助。唯無論如何，只要不違反憲法上所保障的國民政治意志形成過程的公開性（參 BVerfGE 73, 40[86] 附詳細论证 = EuGRZ 1986, 393 [405]），則基本法並未限制立法者就政黨因其憲法地位所被賦予任務之遂行，予以財務補助。

4. 從政黨獨立於國家外原則可以導出一般國家資助政黨財政的範圍以及補助分配的一定標準，這些標準同時也將機會平等原則（此就見於上文 II、1.）考慮在內。此些標準依基本法第二十一條第三項不

只對聯邦政府有效，即連各邦依基本法第七十一條被授權制頒法律時，亦應遵循。此些標準一方面涉及相對上限(die relative Obergrenze)，亦即可以流入政黨的國家資財的限度<sup>a)</sup>——有關於政黨總收入——，另一方面則關於國家財政資助政黨的總額的絕對上限<sup>b)</sup>，最後關係到國家資財流入政黨而可據以分配的參考數值(Bezugswert)<sup>c)</sup>。

a) 任何受國家資助的政黨財務都必須防止政黨以憲法上無法令人忍受的方式依賴於國家。政黨之自有財源必須優先於國家資助。因此政黨獨立於國家外之原則只允許國家財源於相對上限的額度內流入政黨，此額度依其自有財源與直接受領國家財源的關係定之。即國家對政黨資助總額不得超過政黨自籌的收入總額（參政黨法第二十四條第二項第一至第四及第八款）。此一收入總額應將信用貸款(Krediten)的部分予以排除，否則，政黨透過其預算經濟而不恃其政治績效，即可影響國家補助之幅度。

在計算國家資財補助政黨財務最高限額時——此政黨既與國會黨團(Parlamentsfraktion)不同，亦與所謂的親政黨的基金會(partenarischen Stiftungen)不同（參BVerfGE 73, 1[31ff.] = EuGRZ 1987, 221 [Respreber. Nr. 25]; 80, 188[219f.] = EuGRZ 1989, 288[296]）——，應將直接從國庫流入政黨的所有資財全部計算在內。相反的，此種計算並不要求把各種優惠都視為國家所資助的政黨財務，此類優惠係指政黨從黨費及平均所得收入者亦可能有之的小額捐獻的稅上優惠間接流入政黨的益處（——就此，見下文III）。此種益處的量(Großordnung)，特別就捐獻而言，實難以估算。此種稅利的量並

非直接利於政黨本身而是只利於捐獻者。縱使捐助者對政黨捐獻很少注意到就之會有稅制上之利益，政黨之受捐獻成果仍只依其實際所獲得之數額計算。

b) 透過政黨自有收入之額度以限定國家補助政黨財務之範圍，除了自公庫可能獲得資助外，將促使政黨致力於從市民方面另行尋求財務支持。此即政黨獨立於國家外原則所要求的，政黨應在社會中尋得其根源。綜上所述，政黨自有財源應優先於國家補助。由此，不只是國家資助政黨之總額不得逾其自有財源之總數，抑且，這些自有收入之增加，不至於立刻導致國家對政黨所資助之幅度亦隨之水漲船高。國家財務資助範圍必須限于能維持並發揮政黨功能所必要者為限，且須係政黨所不能自籌者。政黨用以遂行憲法及政黨法所賦予任務之財務需要，必須取決於供利用之收入範圍(Einnahmerahmen)。國家對政黨之資助，在公款的節省使用要求下，不可多於其遂行任務之需費，蓋該公款基本上係由人民稅捐所組成。如果市民認為，政黨無非從公庫自謀利益而已，則必導致政黨聲望的低落，最後必損及其欲遂行之憲法所賦予任務之能力。

依此標準，在過去年間從公庫流向政黨的財務補助幅度，如現時狀況無重大變更，應視為已足夠。就此，一方面涉及及到一九八九年至一九九二年間之機會均衡津貼的補助，另一方面涉及及一九九〇年聯邦眾議院選舉以競選經費補助之方式所為之補助——包括政黨法第十八條第六項，第三十九條第二項之補助基數，此補助基數係立法者用以取代競選經費補助總額之提高而引進者——，並涉及上屆各邦眾議會選舉及一九八九年歐洲議會選舉所實際獲得之補助。今年的競選經費補助應按各選舉期間長短比例計算

之。此種源於這些補助的一年平均數額——在前提要件不變的情況下——，即構成國家——亦即聯邦及各邦——總和用以補助之總數額（絕對上限，absolute Obergrenze）。只要在 Brandenburg, Macklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt 及 Thüringen（以上為前東德之邦名，譯註）各邦競選經費補助於上一屆邦議會選舉低於其他聯邦領域（指前西德地區——譯註）通常每選舉人五馬克之數額者，則在確定絕對上限額時，得以通常之五馬克數額為準。

儘管國家資助的政黨財務額有一實證法律基礎，立法者仍得在物價水準有變更時，就國家補助之絕對上限額的必要調整而規定出對政黨實現其任務有重要關係的物價發展指數(Index)。同樣的，立法者亦得在情況已否有重要改變，得否允許國家補助額之提高之問題上，利用獨立的專家指數(der Rat unabhängiger Sachverständiger)。因為類似於議員薪水(Bezüge)及其他政治公職人員薪資(Inhaber)的規定，立法過程在此（國家財務補助）領域通常亦缺乏一種透過客觀指數可以加以掌握的相對政治利益的正確要素。

c) 補助政黨之資財如何分配之標準(Maßstab)，得自憲法中探知。自公庫領有金錢補助是否將帶給政黨下述危險：政黨與其黨員團體及支持其政策之市民群體部分疏離或與之脫節，或透過財務分配使政黨對國家產生依賴性，國家從而可取得對政黨之影響，正如對機會平等之保障，主要亦繫乎國家補助係依何標準而定。

如果政黨在選票數、黨員數及所募得之捐款數上所獲致之成果具有重要性而應由立法者據此制定成



分配標準的話，則亦應考慮如何透過財源之種類以鞏固政黨社會根源。國家財務補助制度如不至於剝奪政黨對謀取國民之認同及支援——亦含財務上的支援——之主動努力，則此制度即可使政黨在受期許及受要求下，在政治意志形成過程中，會將國民（意見）列入考慮。符合此種意旨之國家補助制度，即可用以決定政黨是否可獲得國家給付、應在何範圍給付以及在何範圍內，依法律規定仍保留予市民（而不支付予政黨）。上揭三項標準（選票數、黨員數及所募捐款數）以適當方式相互連結之分配比率（Verteilungsschlüssel），即會符合儘可能地不影響到政黨為獲得更多選票之內部結構及策略之自我決定權之要求。黨員基礎深厚之政黨，其主要財務基礎在於其廣大的黨費及黨員捐獻，其在競選時，除種子選民（Stammwähler）外，更可開發新的選民層（Wählerschichten），唯除此種政黨外，必定還有其他政黨在薄弱的黨員基礎上致力於政治影響力及選舉結果者。

唯只要政黨黨費及捐獻收入（立法時）已被顧及，為不侵害政黨的機會平等及市民對政治意志形成的平等參與權，則無論如何得與相對上限（上文a）規定不同，而只顧及捐助的暈（Großordnung），亦即，所有政黨不問該捐獻之政治目標為何，都應將該捐獻公告，並使有平均所得之人亦得為捐獻。唯就黨費及捐獻予以稅上優惠仍有憲法上之界限（下文III、2.），應注意及之。

綜上所論，如從機會平等原則出發，可以說：為使國會發揮運作功能，防止選票的過度分散而引進之在憲法上原則上已無疑義之選舉法規，例如門檻條款（Sperrklausel）、連署名額（Unterschriftengrenzen）等規定，已阻礙了新黨及小黨之參與政治競爭，並已損及競爭之誠實性

(Offenheit)。如果競選經費的補助又繫乎政黨是否可進入其擬欲參選之國會，則上揭影響會更形強化，本庭茲決定，立法者雖可規定將此費用之補助繫乎政黨致力於選舉結果及因此獲有足以證明其有足以實現政治綱領之最低選票之鄭重性(Ernsthaftigkeit)。唯這種最低選票部分，無論如何必須遠在百分之五的界限下（參BVerfGE20, 56[117f.]）。於國家補助政黨制度上，亦應有同樣的考慮。

如果國家衡量其資助政黨之多寡不只是依據其選舉結果，而且也是依據其黨費獲取之多寡及捐獻之收入額而定，則會較有利該些已進入國會之政黨。該些國會政黨與受阻於門檻條款之政黨相較，在將來的選舉中已先有較多的機會，以向選民召告其政治目標。立法者必須考量這些在議會具有席位、因國家設立門檻條款所篩選出來的政黨，其捐獻收入所潛在形成之有利之處，是否尚需要均衡津貼？蓋均衡津貼會受到很多因素的影響，例如，已經達到最低選票標準卻未獲得議席之政黨，其選舉結果若作為標準，則就整體應分配與政黨之資財而言，相對上會被賦予更重要的地位。無論如何，鑒於政黨獨立於國家外之原則，不得使政黨自公庫所獲得之財源，與自有收入相較而言，竟占大部分。

5. a) 依此種標準審查，政黨法第十八條第六項之規定承受不了憲法上之審查。立法者由此已違反政黨獨立於國家外之原則，也因此而同時侵害爭議提起人之基本法第二十一條所保障之憲法上地位（參BVerfGE73, 40[66]）。此乃因為補助基數——儘管立法者視其為競選費用補助之構成部份——基本上，不以各該有權領取該基數之政黨在選票、黨費抑或捐獻上所獲致之成果為要件。此不繫乎成果的政黨基本財源，即欠缺憲法上政黨獨立於國家外原則之保障所擬實現之目的：政黨應確保其社會根源，並積

極地取向於市民(Bürger)及選民(Wähler)。唯本判決一方面並不涉及給予在選區內至少獲得百分之二有效第二選票之政黨補助基數之法律，另一方面亦不涉及透過政黨法第十八條第六項第二句及第七項的雙重裁剪界限(Kappungsgrenze)使補助基數有上限額限制之規定。先不論此些(裁剪界限)規定本身明顯可能會有違憲之慮，但有時只牽涉到一問題，即該(補助基數)規定憲法瑕疵上的效力只會受到限制但不能將之治癒之問題。

b) 政黨法第十八條第六項補助基數規定，依政黨機會平等標準之審查即屬多餘(基本法第二十一條第一項連結基本法第三條第一項)。蓋既然國家補助之政黨基本財務，總體上已屬違憲，且在此基礎上可以確定政黨法第十八條第六項侵害了爭議提起人憲法上之地位，則爭議提起人並無值得保護之利益，以將其所指摘置於違反政黨機會平等原則觀點下的該規定之規範構成部分(Regelungsbestandteile)——包括至少在全選區與部分選區從事競選之平等處遇之規定——，再一次地置於特別的憲法審查之下。

## II、(機會均衡津貼違憲之理由——譯註)

一九八八年第五修正法第一條第四款a目規定上之政黨法第二十二a條第二項之機會均衡津貼規定，侵害了爭議提起人之源於基本法第二十一條第一項與第三條第一項之政治競爭機會平等權(1)。此憲法上之瑕疵不只存在於機會均衡津貼之個別規範構成部分，且存在於該規定草案整體。

黨費均衡津貼規定係屬違憲(2.a)；此外，機會均衡津貼無法達成其所設定之均衡目標(2.b)。最

後引起憲法疑義的係黨費與指獻收入（名目），政黨可將之任意相互轉換（2.c）。

如果一九八八年所制定之機會均衡津貼新規定之違憲性係源於原來一九八三年十二月二十二日之政黨法暨其他法律修正法上之政黨法第二十二 a 條第二項的瑕疵，則本庭即不堅持一九八六年七月十四日判決（BVerfGE 73, 40 = EuGRZ 1986, 393）所持見解。

1. 國家支給各政黨以不同額度之機會均衡津貼已影響了政黨間的競爭態勢。在一九八七至一九九〇年會計年度期間，根據政黨法第二十二 a 條第二項新規定及政黨法第三十九條第一項過渡條款，機會均衡津貼支付予有權領取之政黨者，共達九仟六百六十萬馬克。對各政黨之補助，以一九八九年為例，有一仟零一十萬馬克補助予社民黨（SPD），八百一十萬馬克補助予基民黨（CDU），二百四十萬馬克補助予基社黨（CSU），一百四十萬馬克補助予自民黨（FDP），而爭議提起人（綠黨）則未獲分毫（就此，請參一九九一年九月二日聯邦眾議院議長有關各政黨一九八九年會計報告書之報告，載於 BTDrucks. 12/1100, S.5）。

因而，首先要依政黨機會平等之觀點來審查作為機會均衡津貼計算標準的政黨法第二十二 a 條第二項規定。

a) 政黨機會平等權利源於組黨自由及多黨制原則對於民主自由之意義。此不只在過程本身有效，即連選舉準備及政黨於捐獻之取得及國家對政黨財務補助之給予事項之競爭，亦為有效。

機會平等原則與普通及平等選舉之基本原則關係極為密切，此之基本原則透過民主原則亦可得其概

念。因此，與透過普通與平等原則所確保的選舉處遇一樣。在此領域，平等應是嚴格及形式的 (strikt und formal) 的平等。亦即政黨機會平等原則應被嚴格適用。公權力之行使若以足以改變政黨機會之方式干預到政黨競爭，則該公權力之裁量即有特別之界限，特別是立法者不得紊亂現有的競爭態勢。機會平等原則一方面並不要求以產生競爭平等為目標地去均衡目前存在之差異，另一方面，此原則應防止立法者透過財務補助以加深目前存在的競爭機會事實上之不平等。(本院陸續判決：參最後 BVerfGE 73, 40[89] = 78, 350[358]—各有詳細引證 = EuGRZ 1988, 562[564])。

q) 政黨法第二十二 a 條第二項有意以不同額度支給各該政黨機會均衡津貼，會影響現存的政黨間競爭態勢。此種支給因此需要一個在嚴格平等原則前站得住腳的合理化事由。

機會均衡津貼之所以被引進政黨法，旨在均衡國家對黨費及捐獻稅收的放棄所產生之政黨競爭紊亂 (參一九八三年十一月二十九日聯邦眾議院內部委員會對政黨財務規定律法草案之報告，BTDrucks, 10/697, S 8f; 連結聯邦總統所任命之政黨財務新規定之專家委員會 (Sachverständigen-Kommission) 之報告，一九八三年，第 302 頁；再參 BVerfGE 73, 40[86, 88] = EuGRZ 1986, 393[405])。一九八八年第五修正法第一條第四款 a 目所修正之政黨法第二十二 a 條第三項亦未變更此目標。

如機會均衡津貼在此範圍內果屬必要且適於均衡憲法上之令人難以忍受之競爭紊亂 (亦請參 BVerfGE 73, 40[86f, 89] = EuGRZ 1986, 393[405f])，則依政黨法第二十二 a 條所採取之對政黨不同幅度的國家補助，始與在此應予適用之嚴格平等相符。

2. 政黨法第二十二 a 條第二項在一九八八年之第五修正法上之規定，有諸多方面均不合乎憲法上形式平等原則之要求。

a) 爲了給黨費多但相對地捐獻少的政黨以有利之給付分配，新政黨法第二十二 a 條第二項機會均衡津貼規定，就國家對黨費及捐獻之稅捐上之放棄，導入了機會均衡津貼的分離計算方法，此種給付分配，就該制度所設定之目標而言，相較於當時的法律狀況，是較合理的。（參聯邦眾議院議長一九八八年三月十四日依政黨法第二十三條第五項，有關會計報告及政黨財務發展之報告，BTDrucke, 11/2007, S. 6854, 6856）。然而，黨費的機會均衡津貼誠屬不必；蓋黨費的交付可爲稅的扣除之規定，不至於產生競爭之紊亂乃至須以機會均衡津貼加以平衡。

(1) 因此，依聯邦憲法法院判決，黨費及捐獻的稅上優惠（規定）會有憲法上的疑問，蓋此規定有利於所得較高者，也因此優惠了典型上係向高所得群訴求之政黨（就此，參 III、1.）。倘此規定已達到一規模而易於嚴重地改變政黨間既有的競爭態勢者，即已違反政黨機會平等原則。（參 BVerfGE 52, 63 [91] = EuGRZ 1979, 432 [439]）。

倒不是黨員眾多也因此黨費豐沛的政黨的高額間接稅利——以絕對值而言——能說明由國家所造成或至少是由國家所加深之政黨間競爭紊亂，而是政黨就其黨員數而言，已獲取過度的間接稅利者，才足以說明國家如何造成政黨間的競爭紊亂。且限於有過度的間接稅利的情況，才須加以平衡，也才可以合

理化機會均衡津貼規定。機會均衡津貼的形成史亦證明，立法者並非要平衡個別政黨不同的黨費及捐獻收入，而是平衡稅法規定的不平等及因該規定所導致的依政黨選舉結果而定之不同稅利，蓋該稅利係國家（對一定數額的黨費及捐獻准予為稅之扣除）所放棄稅收而間接使政黨蒙利者。（參專家委員會對政黨財務新規定建議之報告書，一九八三年第二〇四頁以下及聯邦眾議院內政委員會一九八三年十一月二十九日報告，如前揭BTDucks. 10/687，第八頁以下）。

就黨費予以稅上優惠，類型上原不必予以均衡。依專家委員會於其政黨財務新規定報告上之調查（前揭書第一一三頁），德國境內之政黨——雖方式有不同——，其黨費係依所得等級而定，於一九八六年每月平均二·〇五馬克至一九八一年調高至每月五·九〇馬克。從各政黨一九八七年至一九八九年的會計報告書可以得知，聯邦性政黨每月平均黨費，基社黨在一九八七年時為六·五一馬克，爭議提起人政黨侵害（綠黨）在一九八九年時，為一二·五三馬克。第十一任聯邦眾議院的代表政黨所提出之資料，於本件程序上，更進一步證實了上開數據。黨費因此遠在每年一、二〇〇馬克上限額之下，於夫妻合併申報則達在二、四〇〇馬克之下，且依所得稅法第三十四 g 條規定，黨費及捐獻並可在以給付的稅款中最高扣除至百分之五十。（就此，參BVerfGE 73, 40 [75] = EuGRZ 1986, 393 [402]）。既然稅的減免在所得稅法第三十四 g 條適用上，原則上對每一個有納稅義務之黨費繳納者而言——不問其個別的 upper 稅率（Grenzsteuersatz）為何——皆同樣，且平均年黨費亦未高至一定的量（Größ enordnung）而特別有利於所得較豐的國民群，則對黨費的稅上優惠，即不需要機會均衡津貼加以平衡。

(2) 然而無繳納所得稅義務之黨費繳納人即無法享有所得稅法第三十四 g 條之單一的稅的減免。不問黨員族群之大小，此種所得稅法第三十四 g 條優惠之排除，尚不致於導致政黨間之競爭混亂而須政黨法第二十二 a 條的機會均衡津貼加以平衡。唯只要政黨法第二十二 a 條所規定之黨費均衡津貼 (Beitragsausgleich) 目的是在平衡各政黨間因黨員數與平均黨費額度的關係上可能產生之間接稅利，則該規定即不必顧及個別黨費繳納者之如何節稅。在此，該規定即以所繳黨費平均節稅百分之四十為基礎（就此，參 BVerfGE 73, 40 [90ff.] = EuGRZ 1986, 393 [406f.]）。政黨法第二十二 a 條的機會均衡津貼，自始即非旨在使擁有平均數以上未享受節稅利益之黨員之政黨獲益以資平衡。蓋此之機會均衡津貼是否係憲法所要求，誠屬可疑。

(3) 如果國家在黨費上放棄稅收，不致於產生政黨法第二十二 a 條得加以平衡的問題——此在言詞辯論業經德意志聯邦眾議院之代理人所肯認——，則政黨法第二十二 a 條仍然將黨費納入考慮，即屬不合理，即使爭議對造（之眾議院）對上述 1. 提出答辯，認為機會均衡津貼若只限於捐獻，政黨將會操縱，大量地將捐獻收入變成黨費收入，亦同。立法者在政黨法第二十七條第一項，特別是在機會均衡津貼之計算公式上係以政黨捐獻及黨費可以在事實上及法律上截然劃分為基礎。雖然政黨法第二十七條第一項黨費及捐獻的立法定義仍允許政黨透過類似黨章的規定，將該二者之收入，幅度不小地在名目上轉換（詳細請參下文 a）。唯這並不能對該規定之違反政黨機會平等予以合理化，蓋已如上述，雖需加以平衡的情況不存在，政黨法第二十二 a 條的機會均衡津貼所分配予政黨之數額仍以足以影響政黨競爭態



勢。

b) 如上 a) 1 所述，機會均衡津貼應該均衡的是，政黨間在黨費及捐獻上間接所享有之稅利，亦即只要這些稅利在其黨員及選舉結果的關係上顯得不合比例時，才應加不平衡。唯政黨法第二十二 a 條規定並不適於達成機會均衡津貼所設定的均衡目標。蓋依其計算過程，現存的差異不會因該規定而受到均衡，反而會產生政黨間新的不平等，此規定因此違反政黨機會平等原則。

(1) 此規定之無由達成目標，尤其係因各該政黨所能領取之均衡津貼之幅度，係依所謂的基準數額 (Ausgangsbetrag) (政黨法第二十二 a 條第二項第一句及第二句) 的最高值與其他政黨的基準數額之距離而定。依政黨法第二十二 a 條第二項第一句，適宜成為標準政黨之政黨，其最高的基準數額與其他政黨的基準相較，若絕對距離越大者，則其所失去的津貼額也越多，唯其黨費及捐獻收入上之間接稅利卻依然不變。甚至在政黨法第二十二 a 條第二項第四句規定機會均衡津貼之支給，必須在競選經費補助額百分之十的情況下，各政黨之會計年度所能領取的機會均衡津貼都已經超過間接流入政黨的稅利總額——更何況是沒有此界限時。此一結果與旨在平衡間接流入各政黨過度稅利之機會均衡津貼目標不符。此外，旨在防止此種結果之政黨法第二十二 a 條第二項第四句之百分之十之裁減界限，在其本身方面亦屬違憲，將於下文 (3) 部分予以論述。

(2) 應予指摘之政黨法第二十二 a 條第二項的機會均衡津貼之計算，事實上不足以不平衡利益 (Vorteilsausgleich)，其得以一九九〇年會計年度的機會均衡津貼之計算為例加以說明。

一九九〇年之機會均衡津貼一覽表係由聯邦眾議院行政部門所提出，該表確認了由爭議提起人在言詞辯論所呈交，並經其他程序參與人繼續參與之計算，直至僅餘一些與判決無關緊要之歧異。如下表：

一九九〇年根據會計報告書所為之機會均等津貼之計算

表一

政 黨	黨費40%之數額 ，以馬克計	有繳付黨 費義務之 黨員數目	起始數額A 第二欄除以 第三欄	第四欄之最高額 乘以第三欄之黨 員數	第五欄與第二欄 間之差額	政黨捐獻之40% 之數額	1990年聯邦眾 議院選舉之第 二選舉數
1	2	3	4	5	6	7	8
基民黨 CDU	33,502,798.00	653,446	51.2710	41,369,208.85	7,866,410.85	29,361,575.60	13,277,691
基社黨 CSU	6,152,891.20	186,198	33.0449	11,788,065.04	5,635,173.84	14,518,886.80	3,302,980
自民黨 FDP	4,224,944.40	66,735	63.3093	—	—	9,181,398.00	3,956,052
社民黨 SPD	51,621,434.00	919,129	56.1634	58,189,413.60	6,567,979.60	14,613,625.60	13,355,171
綠 黨*Grüne	4,153,382.58	39,907	104.0765	2,526,484.24	-1,626,898.34	4,189,049.54	1,778,195
(譯註1)共和黨*Rep	543,543.73	16,729	32.4911	1,059,101.28	515,557.55	710,358.74	871,773
(譯註2)灰 黨*	34,013.60	1,524	22.3185	96,483.37	62,469.77	79,813.95	311,333
(譯註3)生民黨*ÖDP	70,951.76	4,090	17.3476	258,935.04	187,983.28	452,038.92	191,306

\*此些政黨所獲有效第二選票低於5%

譯註1：共和黨原文為Republikaner，係右派激進政黨。

譯註2：灰黨係由一老人保護組織所支持。原文為Die Grauen = Initiiert vom Senioren -Schutzbund "Graue Panther" e.V. ("SSB-GP")。

譯註3：生民黨係生態民主黨之簡稱，原文為Ökologisch-Demokratische Partei = ÖDP

政 黨	起始數額 B第七欄 除以第八 欄	第九欄之最高額 乘以第八欄選票 數	第十欄與第七欄 間之差額	第六欄與第十 欄之和除以 2	最高額應予補償 之競選費用（含 競選經費補助總 額及補助基數）	機會均衡津貼＝ 第十二欄之數額 ，但以不超過第 十三欄為限	確 認
1	9	10	11	12	13	14	
基民黨	2. 2113	58, 364, 746. 33	29, 003, 170. 73	18, 434, 790. 79	10, 069, 066. 83	10, 069, 066. 83	（略）
基社黨	4. 3957	—	—	2, 817, 586. 92	3, 589, 473. 79	2, 817, 586. 92	
自民黨	2. 3208	17, 389, 617. 78	8, 208, 219. 78	4, 104, 109. 89	4, 013, 710. 72	4, 013, 710. 72	（略）
社民黨	1. 0942	58, 705, 325. 16	44, 091, 699. 56	25, 329, 839. 58	10, 119, 398. 00	10, 110, 398. 00	（略）
綠 黨	2. 3558	7, 816, 411. 76	3, 627, 362. 22	1, 000, 231. 94	2, 079, 214. 52	1, 000, 231. 94	
共和黨	0. 8148	3, 832, 052. 58	3, 121, 693. 84	1, 818, 625. 70	1, 019, 350. 00	1, 019, 350. 00	（略）
灰 黨	0. 2564	1, 368, 526. 47	1, 288, 712. 52	675, 591. 75	202, 242. 57	202, 242. 57	（略）
生民黨	2. 3629	840, 923. 78	388, 884. 86	288, 434. 07	124, 272. 78	124, 242. 78	（略）

在上表中第十一欄所計算出來的捐獻均衡津貼數目，對社民黨而言，超過其因捐獻事實上間接獲得之稅利（第七欄）的百分之三百。尤其是所計算出來的，對所有有權獲得均衡津貼之政黨，其捐獻均衡津貼約達一千六百六十萬馬克，比依第七欄所分得之稅利還多。高額捐獻均衡津貼的原因是在作為標準政黨的基社黨的基準數額，在一九九〇年達於四、三九五七點，幾乎為其次政黨的兩倍，蓋其有明顯遠逾平均水準的政黨捐獻收入；因此，在出發點上真正取決於相對上最高的基社黨稅利的捐獻均衡津貼並不能合理化旨在平衡各政黨相互間過度的稅利的立法目的。依政黨法第二十二 a 條第二項計算出來均衡津貼數額，接近流入政黨的全部稅利，或完全如一九九〇年發生之狀況（第十一欄）遠超過該稅利數額。

雖然透過政黨法第二十二 a 條第二項第三句數學上之平均，依政黨法第二十二 a 條第二項計算出來的均衡津貼數額會降低，最後並不得高於政黨法第二十二 a 條第二項第四句之競選經費補助的百分之十，唯確定機會均衡津貼數額之計算過程，依標準政黨相對上最高稅利，雖可以按比例計算出的其他政黨的機會均衡津貼，卻無法充分地確認事實上流入各政黨之稅利數額。

(3) 以捐獻及黨費之稅利來計算均衡津貼數額的算數上方法的形成，是否會根本地引起憲法上的疑慮，尚不確定；此種計算步驟本來就會有一結果，不是原始的計算過程（政黨法第二十二 a 條第二項第一及第二句），尤其是百分之四十稅利的採納，不符合政黨法第二十二 a 條之規範目標，就是其後減半的裁剪(häufige Kürzung)（政黨法第二十二 a 條第二項第三句）會扭曲一項原先本身係正確的計算

。但無論如何，應支給的機會均衡津貼數額限制到只爲各政黨每年所能領取之競選經費補助之百分之十（政黨法第二十二 a 條第二項），對機會均衡津貼之計算而言係不合理的，因此也是違反平等的。蓋給予一政黨之均衡津貼係以平衡流入其他政黨的相對過度的稅利爲目的，其與旨在限制機會均衡津貼之多過去四年的聯邦眾議院選舉競選經費之間，並無合理而可以被肯認之關聯。

政黨法第二十二 a 條第二項第四句規定的另一項瑕疵，其已經導致百分之十裁剪界限違憲者，乃在於其公式化的機會均衡津貼限制到最高僅爲競選經費補助額之百分之十，必然違反機會平等。此種限制把機會均衡津貼與競選經費補助同視，而不顧依政黨法第二十二條第二項第一句至第三句所計算出來的，旨在平衡不同稅利的機會均衡津貼數額在各政黨相互關係上究佔何種份量。依上開一覽表，基民黨（CDU）於一九九〇會計年度得自機會均衡津貼之給付幾乎不少於社民黨（SPD），雖然如表中第十二欄所示，後者社民黨本來可以多得大約七百萬馬克之均衡津貼。

此外，表中機會均衡津貼計算方法亦明白顯示出裁剪界限（Kappungsgrenze）實際作用。雖有算數上之平均，在八個有權受領機會均衡津貼之政黨裡，就有六個必須依政黨法第二十二 a 條第二項第四句被縮減至最高限額；此牽涉到一項決不可忽視的數目——例如對社民黨從二千五百三十二萬九千馬克縮減至一千零一十萬馬克。結果，政黨法第二十二 a 條第二項第四句之適用，對擁有截然不同之黨費暨捐獻收入之政黨而言，會導致機會均衡津貼取代原來取決於各政黨之假設的稅利的均衡津貼，到頭來只是帶給政黨競選經費補助直線式的提高百分之十而已。這種方式的機會均衡津貼不但不能平衡因國家稅收

之放棄所帶來的競爭混亂，反而帶來新的不平等。

(4) 一九九〇年的機會均衡津貼計算方法在黨費均衡津貼(Betragsausgleich)觀點下，顯示出此一政黨財務工具無法達到該規定所設定之目標。爭議提起人在黨費方面，特別由於在表中登錄數額頗高的所謂的議員特捐(Mandatsrägerabgaben)(表列第四欄)，使其遠遠的已經達到了最高的基準數額。唯其並非因此而成為其他政黨之均衡津貼請求權所賴以爲計算基礎之標準政黨，蓋其於一九九〇年十二月所舉行之第十二屆聯邦眾議院選舉只獲得百分之四點八的第二選票(政黨法第二十二 a 條第二項第四句)。暫不論政黨法第二十二 a 條第二項第一句的規定頗有疑問，依此規定，一九九〇年十二月選舉結果於機會均衡津貼之計算上，對一九八九以及一九九〇會計年度是具有決定性的，蓋爭議提起人只要多得百分之零點二選票——在其他計算參數(Berechnungsparameter)不變的情況下——黨費均衡津貼將會完全改觀。

如果爭議提起人於一九九〇年變成標準政黨，則第一表中第六欄的黨費均衡津貼之數目，不需要政黨之黨費收入及其假設的間接稅利有變更，即會從現在的二千零八十三萬馬克躍升爲九千六百萬馬克(第二表第二欄)，幾近五倍。黨費均衡津貼之數目在此領域也只是稍低於整體稅利之下而已(第一表及第二表之第二欄)。黨費均衡津貼雖巨幅成長，但能領到之數額卻只有些許升高，其結果，所有政黨，除綠黨(標準政黨)外，都得到了依政黨法第二十二條第二項第四句縮減到競選經費補助百分之十的機會均衡津貼(第二表第十四欄)。此二者——黨費均衡津貼在選舉結果有些微改變的情況下就變成四倍

，以及機會均衡津貼數額仍然保持不變——證明了機會均衡津貼計算方法有內在矛盾性(innere Widersprüchlichkeit)，也顯示了此系爭規範在平衡政黨間不同稅利的不適當性(Ungeeignetheit)。結果很明顯：政黨法第三十二條第二項所計算出來的機會均衡津貼之補助，由於無法達成所擬追求之均衡目的，會在政黨間造成了競爭的混亂。



一九九〇根據會計報告書所為機會均衡津貼之計算  
(假設綠黨之基準數額成為標準政黨之計算)

政黨	黨費40%之數額 ，以馬克計	有繳付黨費 義務之黨員 數目	起始數額A 第二欄除以 第三欄	第四欄的最 高額乘以第 三欄黨員數	第五欄與第 二欄間之差 額	第七至第十一欄 數據與表一同
1	2	3	4	5	6	
基民黨	33,502,798.00	653,446	51.2710	68,008,372	34,505,574	
基社黨	6,152,891.20	186,198	33.0449	19,378,836	13,225,945	
自民黨	4,224,944.40	66,735	63.3093	6,945,945	2,720,601	
社民黨	51,621,434.00	919,129	56.1634	95,659,729	44,038,295	
綠 黨	4,153,382.58	39,907	104.0765	—	—	
共和黨	543,543.73	16,729	32.4911	1,741,096	1,197,552	
灰 黨	34,013.60	1,524	22.3186	158,613	121,599	
生民黨	70,951.76	4,090	17.3476	425,673	354,721	
總 數	100,303,950.00				96,164,287	

政 黨	第六欄與第十一欄之和 除以 2	最高額：競選費用補助額之10%	機會均衡津貼	
1	12	13	14	
基民黨	31,754,372	10,069,066.83	10,069,066.83	(略)
基社黨	6,612,973	3,589,473.79	3,589,473.79	(略)
自民黨	5,464,410	4,013,710.72	4,013,710.72	(略)
社民黨	44,064,997	10,119,398.00	10,119,398.00	(略)
綠 黨	1,813,681	2,079,241.52	1,813,681.00	
共和黨	2,159,623	1,019,350.00	1,019,350.00	(略)
灰 黨	705,156	202,242.57	202,242.57	(略)
生民黨	371,803	124,727.78	124,727.78	(略)

5) 針對此規定，聯邦眾議院已加以考慮，在一九八八年第五修正法上修正之機會均衡津貼，雖遠較舊法更適宜合理分配黨員多而捐獻少之政黨之機會均衡津貼，但此對上開機會均衡津貼之瑕疵並無影響。此外，此瑕疵特別在一九九〇會計年度之機會均衡津貼之分配上發生，但其實不只限於該會計年度，蓋其原因倒不在於當年一次性的黨費收入或選舉結果，而是由於政黨法第二十二 a 條第二項的法定計算模式本身有以致之。

6) 最後，政黨法第二十二 a 條第二項之機會均衡津貼計算方法在憲法上是否亦應予指摘，尚未決定，蓋該規定於捐獻均衡津貼上，將政黨全部的捐獻收入列入考慮，甚且包括國家未對之放棄稅捐者，此人正是需要均衡之人。

最後，政黨法第二十二 a 條第二項連結第二十七條第一項之規定，在某種程度上易使政黨將黨費及捐獻收入之名目互為轉換，此種機會均衡津貼亦會引起憲法上之疑義。

1) 雖然政黨法第二十七條第一項上黨費及捐獻的立法定義，在法治國的觀點下，已屬充分（參 BVerfGE 78, 205[212] 附詳細引證 = EuGRZ 1989, 41[43]），唯政黨法第二十七條第一項之立法定義只是形式地將黨員之金錢給付繫以定期性（Regelmäßigkeit）以及依章程之理由歸類為黨費或捐獻，但政黨卻可左右某種金錢給付是否登載為黨費（政黨法第二十四條第一款）或捐獻（政黨法第二十四條第四款）。特別是所謂的議員特捐（Mandaträgerabgaben）更可顯示出，政黨得透過章程上繳付義務之規定，將其身為公職人員或議員之黨員所應繳付之款項列為黨費收入。相反的，類此章程上規定之給付

，卻可視為捐獻。這裏所牽涉到的數目，為數不小；爭議提起人列出，其一九八九年議員特捐之收入達於其捐獻收入總額的百分之五十。詢據本件爭議中之第十一屆聯邦眾議院之代表政黨，其現在幾乎皆將議員特捐完全登載為黨費收入。基民黨、基社黨、社民黨於一九八九年時，議員特捐部份佔整體收入之百分之十八至百分之二十九之間。透過類似的黨費表(Beitragstafel)規定，政黨亦得將其黨員之財務上捐獻，在一定額度上，於捐獻及黨費收入間相互轉換。

(2)如果政黨利用此種形成可能性(Gestaltungsmöglichkeit)，則必定影響到機會均衡津貼之計算。於此，如有為數頗大之參考數值出現時，例如議員特捐之情況，則一定會影響到機會均衡津貼之計算。此與本制度之功能不合，儘管將來機會均衡津貼之不可預測性，此種不可預測性尤其可以追溯到，在政黨的會計報告書的提出後，其計算才會定期在各標準年度後一年實現。但何政黨係典型的捐獻及黨費多的政黨，乃人所共知的；政黨在此即得調整捐獻或黨費之收入，以便自機會均衡津貼獲得一項有利於己之補助。

此明顯地違反政黨法第二十二 a 第二項所欲達到之目標。唯該規定雖可確認有瑕疵，但此種依政黨法第二十七條第一項使機會均衡津貼計算有可能受到影響，是否會使政黨法第二十二 a 條第二項因同一理由而被視為違憲，尚不能確定。

### III、(稅上優惠之規定違反機會平等——譯註)

爭議對造聯邦眾議院在所得稅法第十 b 條及法人稅法第九條第三款 b 目上規定，黨費及政黨捐獻得

於每會計年度至總額六〇、〇〇〇馬克，於夫妻共同申報者，得至一二〇、〇〇〇馬克爲扣除，已違反源於基本法第二十一條連結第三條第一項之政黨機會平等原則，並因而侵害爭議提起人。

1. 如果政黨本來即可自所得較高之納稅義務人身上獲得較多資助，因國家又對政黨捐獻予以稅上優惠使該些政黨更受到優惠，則國家即會紊亂政黨間原有的競爭態勢（參 BVerfGE 8, 51[65ff.] 24, 300[357ff.] 52, 63[88f.] = EuGRZ 1979, 432[439f.] = 73, 40[89] = EuGRZ 1986, 393[406]）。就未能因國家給付而受到有效平衡的黨費及政黨捐獻所予之稅上優惠，其憲法上受許可之界限乃在於其不得嚴重影響政黨間現有的競爭態勢。如果大部份納稅義務人均能以同一方式利用此種稅之優惠，則該規定即不致逾越此界限（參 BVerfGE 52, 63[91]）。

系爭規定已逾越此界限。很明顯的，平均的所得人不能充分利用此一有稅法效力，即六〇、〇〇〇馬克的捐獻額度——於夫妻共同申報時，爲一二〇、〇〇〇馬克。唯相反的，卻有人得以更大的額度或許是全部額度或根本係以一法人之參與人身份，在與法人稅法第九條第三款 b 連結下，重複地利用此優惠額度。就此，又有同樣額度的稅之減免，亦即所得較高之納稅義務人，其原依較高稅率納稅，因國家放棄稅收關係，相較之下，比中低收入而有相同數額之政治捐獻者，從國家處獲得更多的捐獻參與 (Spendenbeteiligung)。

就政黨之機會均衡津貼而言，此意味著，以其黨綱向所得較高者，特別是向有企業活動的國民以特別方式爲訴求之政黨，得因所得稅法第十條第二項第一句及法人稅法第九條第三款 b 目之規定，較之其

他政黨受到更大的優惠。較之於其成員大部分係中低收入者之政黨，此些規定以更不平等的方式，過度地優惠了間接因政黨稅收的放棄而受惠之政黨。立法者對此並沒有忽略。爲了平衡因系爭稅法上規定所產生之競爭紊亂，其亦——例如透過一九八三年十二月二十二日政黨法暨其他法律修正法——在政黨法第二十二 a 條上規定了所謂的機會均衡津貼，本庭基本上亦於一九八六年七月十四日之判決遵循其立法意旨。唯政黨法第二十二 a 條所規定的機會均衡津貼，卻不能以憲法所要求的方式平衡因國家稅收放棄致受損之政黨，並且係違憲的。因此，在所得稅法第十條第二項第一句及法人稅法第九條第三款 b 目所採之規定，即已孤立無援(*isoliert*)，因此而違反政黨機會平等原則。

2. 與本庭一九八六年七月十四日判決（參 BVerfGE 73, 40 EuGRZ 1986, 393）之立足點不同，但與其時 Böckenförde 法官所提出，而由 Mahrenholz 法官附署之不同意見書一致（同 S. 103ff, 117 = EuGRZ 1986, 410ff. 414），本庭茲認爲，由法人所給付之捐獻上稅之優惠及對自然人高額捐獻上稅之優惠，縱使得有效地平衡由此所導致的競爭紊亂，在市民參與政治意志形成平等權的觀點下，仍屬違憲。

政黨捐獻亦含法人所爲之捐獻，依德意志聯邦共和國法律，在額度上亦無限制。政治意志形成過程所可能產生之危險，已由基本法第二十一條第一項第四句擬予防止，該規定要求各政黨應公佈其財產來源。另一問題是，國家是否得在稅法上補助政黨。問題之解答標準，本庭認爲，一在於政黨機會平等權，另一在市民參與政治意志形成平等權。此二者俱源於平等原則並與民主原則相連結，應以嚴格之平等

視之（參 BVerfGE 8, 51[68f.] 24, 300[360f.] 52, 63[88] = EuGRZ 1979, 432[439] 73, 40[71] = EuGRZ 1986, 393[401]）。此一出發點已確切無疑。

就中，首先會產生由法人稅法第一條第一款所指之法人、人合團體（Personenvereinigung）及資合團體（Vermögensmassen）（以下簡稱法人）所為之政黨捐獻，應不得在稅上予以優惠。對法人捐獻予以稅之優惠，會使居於各該法人背後之自然人從國家獲得一項其他市民所沒有之額外機會，而對政治意志形成有所影響——也因此使其他納稅人增加負擔。既然此種不平等等鑒於平等原則之形式特性（formale Charakter），需要一堅強之理由始得合理化，但此種合理化事由明顯地並不存在，法人稅法第九條第三款 b 目因此係違憲的。同法同條款 c 目亦同樣違憲。

b) (1) 所得稅法第十 b 條第二項所許可之黨費及政黨捐獻得至每會計年度六〇、〇〇〇馬克——於夫妻合併申報，得至一二〇、〇〇〇馬克——於報稅時扣除，於憲法上並不合理。蓋在現行稅法採累進稅制（progressive Steuertarif）情況下，高所得之市民較諸低所得之市民透過捐助，對政治意志形成的影響力方面，會得到更多的稅上優惠。前者相對後者而言，節省了一項絕對的或相對的稅款，其政治意向（politische Meinung）也可以說會受到優遇。此種透過法律，依所得高低以定對政治意志形成影響力所為稅法上不同之處遇，不符合形式平等之基本原則，蓋平等原則應支配著整個自由民主秩序下政治性權利之實現（BVerfGE 8, 51[69]）。

所得稅法第十 b 條第二項所定之數額，很明顯地超過年平均收入，因此尤其超過大部分捐獻人可供

使用於捐獻之所得部分。僅有少數市民得完全利用此一法律所規定之幅度。對自然人之政治捐獻所予稅法上之優惠，僅於該捐獻在平均所得人收入之能力所及之範圍內，始無憲法上之疑慮。

(2) 該一九八三年十二月二十日（第五修正法）（BGBl. I S. 1577）之所得稅法第三十四 g 條，對捐獻所給予稅之減免（Steuerermäßigung）限制在一定範圍而不依其稅率而定，乃符合憲法要求（參 BVerfGE 73, 40 [75f.] = EuGRZ 1986, 393 [402]）。立法者亦有理由足信於該規定首次施行之一九八四申報年度，一、二〇〇%、四〇〇馬克之黨費及捐獻額度對平均收入者而言，係可達到的。立法者亦得依此而採取最有可能的稅上優惠措施。依平均所得之提高而調高所得稅法第三十四 g 條第二句所定數額，亦屬前後一貫而不至違反憲法對各該所得人要求的平等。

此所得稅法第三十四 g 條因此亦屬合理，蓋在此基礎上，受益的黨費繳交人、捐獻人只限於有繳納所得稅義務之人。一般而言，無收入之人或收入微薄之人不會從事捐獻，若立法者由此出發，則就此仍可類型化。限于有繳納所得稅義務之人始得享有所得稅法第三十四 g 條之利益，在（平等權）嚴格性觀點下，亦不至於導致對無繳納所得稅義務之人之政治意志形成平等參與權的重大侵害。蓋透過此之規定的捐獻所生政治影響亦不致過高。立法者之規定已表現出適切之觀念，即政黨——以及在所得稅法第三十四 g 條第一句第二款所指之團體（Vereine）——就其任務之遂行，需要有黨員基礎及其財務支援。鑒於政黨對國家的民主秩序功能的發揮具有不可或缺性，立法者在決定以何種方式在租稅上促進國民之參與時，如果像透過所得稅法第三十四 g 條情形，既未對政黨之機會平等權亦未對市民意志形成平等參與權



造成侵害，則不應予以苛責。最後，應注意的是，政黨愈是能從黨費及小額捐款於其財務獲得滿足，愈不至於陷入依賴大捐款人之危險中。此亦可合理說明對政黨捐獻上稅之優惠，應以大部分市民能支付的額度為準。

c) 依此意旨，各該管國家機關必須審查現行稅法施行迄今之適用情形。嚴格的平等原則應禁止對以法人為中介(*Zwischenhaltung*)之政治捐獻予以稅之優惠，此種稅之優惠很可能是減免法人的稅捐或減免對該法人給付之自然人之稅捐。該管機關必須透過有效的防範措施及制裁使人注意此類稅之減免係應禁止的。此特別係指依聯邦財政法院一九五二年五月十七日之鑑定報告(BStBl. III 1952 S. 228)所為之實務作法，該實務作法允許對職業公會(*Berufsverbänden*)之將一部分收入陸續輸捐予政黨，予以免稅。稅捐稽征法第五十五條第一項第一款亦有同樣的禁止規定，即不准法人將其資財使用於支持或促進政黨，且依政黨法第二十五條第一項第二款亦已禁止對以促進國家政治為名之捐獻作為企業支出(*Betriebsausgaben*)或廣告費用(*Werbungskosten*)之名目加以扣除(所得稅法第四條第六項，第九條第五項，法人稅法第八條)。最後，立法者必須審查對捐獻所予過度慷慨之稅之優惠，包括法人對該些透過流入於己之資財以促進某一政黨為目的而影響政治意志形成之政治外圍組織(*Organisationen des politischen Vorfeldes*)之政治捐獻所給予之稅之優惠，是否會侵害到市民的政治意志形成之平等參與權。蓋政黨之機會平等亦可能因此同受影響。

#### IV (政治捐獻金公告界限違憲之理由——譯註)

最後，爭議之對造在政黨法第二十五條第二項上規定，對捐予政黨或其一個或多個地區黨部之獻金，應將捐獻者之姓名、住址及捐款額度一併公告在會計報告書上之上限金額提高至四〇、〇〇〇馬克，已經違反基本法第二十一條第四句之規定。爭議對造亦由此侵害了爭議提起人之憲法上政黨之地位，此地位之保護亦是基本法第二十一條第四句所規定的會計報告書提出義務（Rechenschaftslegungspflicht）的目的（參BVerfGE24, 300[332f.]）。基本法欲防止公告界限提高至超過二〇、〇〇〇馬克以上——無論如何，就當時而言。

1. 依基本法第二十一條第一項第四句，政黨有義務就其財務之來源、利用以及財產狀況予以公告周知。本規定之文義乃指應儘可能地（möglichst）完全的（vollständig）公告，然而，基本法第二十一條第三項所賦予立法者之規制權限（Regelungsbefugnis），亦令該公告義務受有一定限制，此牽涉到公告之形式、入款之種類暨額度。此種限制必須完全與本規定之意義與目的（Sinn und Zweck）相符合始可。

基本法第二十一條第一項第四句之規定考慮到，政黨之意志形成極易受到大筆捐獻之個人或組織之影響。此種政治與經濟利益之結合（Verflechtung）應予公告周知。選民應知悉決定政黨政策之力量何在，並有可能審查政黨之政綱與該擬透過財務支援影響政黨者之行動是否一致（BVerfGE24, 300[356]；其他亦請見BVerfGE20, 56[106]；52, 63[86f.] = EuGRZ 1979, 432[438]）。政黨內部秩序應透過公告的義務以防止不民主之影響（參Brockmann議員於議會之諮詢時所提準動議——後由v. Doemming-Fußlein-Matz, JöR n. F., Bd. 1[1951]，第110七頁所複述），且應注意令「公眾能知

悉政黨的財務來源，並因此而可知曉，究竟是誰居於各政治團體之幕後」(基本法第二十一條第二項第四句原立法條文之書面立法理由，此係由Wagner及Zinn議員於議會諮詢所提動議(Drs. 897)，其後由v. Doerning-Fuβlein-Matz所複述，同上)。其後之立法理由亦屬一致(參聯邦內政部所設置之政黨法委員會，"Rechtliche Ordnung des Parteiwesens(書名)"，2. Aufl, 1958, 第一八〇頁以下)；就公告義務之修正，政黨法政府草案之立法理由亦同，BTDrucks III/1509, S. 28)。公告義務亦應同時有助於政黨在政治競爭上之機會平等(政黨法委員會報告，前揭書，第一八一頁並依BVerfGE 20, 56[106])。基本法第二十一條第一項第四句修正時，透過一九八三年十二月二十一日之第三十五次基本法修正法(BGBI, I S. 1481)，修憲之立法者即以此目標為出發點。為了使此規定更能實現該目標，公告義務之範圍更擴及於政黨之資金及財產之運用(參聯邦眾議院內政委員會對政黨財務新規制法案之報告書，BTDrucks. 10/697, S. 4 unter II. 1. b)聯邦總統所任命之政黨財務新規劃專家委員會之報告書(一九八三，第一八二頁)。(譯按：基本法第二十一條第一項第四句在一九七六年八月二十三日第三十四次以前修正法上原只規定：政黨應就其資產(Mittel)之來源公告之，其後第三十五次修正為就其資產之來源、使用及財產狀況公告之。增加了資產使用及財產狀況應公告之規定)。

2. 如果立法者，在政黨法第二十五條第二項只規定，政黨就其源於捐獻之收入來源以及在此範圍只依捐獻額度對政黨有重要影響之捐獻給予公告，則於憲法上尚無可指摘(參BVerfGE 24, 300[356])。立法者亦得規定，黨費之特別收入無論如何不得達於對黨內意志形成有重大影響之範圍。

除了金錢給付外，只要不是基於章程規定作為黨員應定期繳納之款項（參政黨法第二十七條第一項）而具有金錢價值者，例如免費的物力上的、人力上的或現存組織結構上的各種捐輸，都應視為捐獻。立法者在此範圍亦已注意及之，政黨法第二十六條第一項即規定，所有自外流入之金錢及具金錢價值之給付皆視為政黨之入款，包括通常具拘束力之（債務）免除（Freistellung）以及極為明顯透過其他人為某一政黨所申請之活動及措施之採行等。政黨法第二十六條第二項補充規定：具經濟價值之物不以金錢狀態呈現者，應視為具有通常交易所應具有之相同或相近之給付價值。此種給付之金錢價值——單獨或與同一人其他種類之給付合併計算——在一年內，在基本法第二十一條第四句立法目的觀點下，如已達於值得批評的界限者，則政黨法第二十五條第二項要求政黨應就其資產來源公告之規定，即需要有一合乎憲法之解釋（verfassungskonforme Auslegung），亦即應將提供給付者之姓名、住址及其總額應於受惠政黨的會計報告書公告之。

3. 為確實達致基本法第二十一條第四句之目的，亦即使選民知悉何人擬透過金錢價值的捐輸或財務給付對政黨之政策產生影響，吾人必須無論如何使這類會對政治產生影響的捐輸來源予以公告（參BVerfGE 24, 300[356]）。此一界限規定在這裡雖有一定估計餘地（Einschätzungsspielraum），唯立法者負有義務，在估計此界限時，應特別顧及實際（Praktikabilität）的觀點。當然，立法者必須特別注意基本法第二十一條第一項第四句的公告要求所要求之目的。於此牽涉到，要把金錢或具金錢價值的捐輸對於政治意志形成的過程的可能影響公開，因此，立法者亦必須考慮到，捐獻予某一政黨之基層組織

及捐予小政黨時，會有何影響。

a) 基本法第二十一條第一項第四句之文義及意旨，應不致使立法者於預估捐獻所可能產生之政治影響時，只考慮到整體政黨(Gesamtpartei)。在一九八八年十一月二十一日聯邦眾議院內政委員會及政黨法暨其他法律修正法案之專家委員會公共聽證會上，大部分專家亦認為，捐獻之對政黨分支組織，特別是地方基層的分支組織的獨立性，必須於公告界限的規定上加以考慮（特別是專家Wegmann博士教授，聯邦眾議院內政委員會第三十六次會議之速記紀錄，第五頁以下；第一六二頁及一二二頁及其作為該紀錄附件之書面意見，同上，第一三八頁以下；Seibert(教授)亦同，同上，第九頁以下；Schneider(教授)，同上第一四、一〇一頁以下以及v. Arnim(教授)，同上，第三六頁)。因此，本庭一九六八年十二月三日判決(BVerfGE 24, 30[356])所持見解，認為只有對整體政黨有重要影響之捐獻始須依憲法予以公告，應予變更。

另一方面，最小的政黨團體境遇，憲法上並不要求予以顧及。公告義務旨在使政治影響力公開。支配政治影響力之政黨常有一明顯的財務需要。相反的，若此些政黨之財務需要少到捐獻者可以使該政黨或其基層組織透過比例上很少的捐獻，即可使其在政治上順服，則該政黨絕對沒有重要的影響。

b) 綜上所論，憲法無法忍受的是，政黨法第二十五條第二項的公告界限提高到超過二〇、〇〇〇馬克。公告界限受許可額度之標準乃在於對一政黨，包括其分支組織之政治意志形成的影響。依此審查，基本法第二十一條第一項第在一九八八年十二月二十二日修正法第一條第七款規定上，係與基本法第

第二十一條第一項第一項第四句不相符合。透過金錢給付或具金錢價值二〇、〇〇〇馬克的捐輸，在今日的情況下，即使不是在聯邦或邦層面，至少在地方性以及鄉鎮層次上，依各該政黨之基層組織之預算數額來看，會有一項不小的政治影響（參專家Kasch博士教授，同上第一一六頁以下，第一四一頁以下之說明）。自一九六八年十二月三日本庭判決(BVerfGE 24, 300)以來，金錢及提供予政黨使用之財務捐獻之數額，其公告上限，已從以前認為合理的二〇、〇〇〇馬克數額提高為二倍，此其間並無情事變更而可使其免於憲法上之疑慮。蓋吾人如顧及上揭的情況（對小黨會有一定影響——譯註）透過二〇、〇〇〇馬克捐獻，依其情形，即使在今日，對政黨之政策還是具重要之影響。就此，立法者應不得忽略。

4. 就基本法第二十一條第一項第一項第四句之保護意思(Schutzgedanken)而言，只要讓選民得悉政黨資產之實際來源，即為已足。此為立法者應注意及之者。此外，政黨法第二十五條第一項第二句第五款亦以此目標而規定有小額界限(Beschränkung), 亦即政黨不得接受逾一、〇〇〇馬克而使用匿名(Strohmann)捐獻（政黨法第二十七條第三項）——憲法上尚無疑問。如果捐獻之價值逾一、〇〇〇馬克，則必須政黨實際認識該人，始得接受該筆捐款。捐款款逾二〇、〇〇〇馬克者，依憲法（意旨）即必須將捐獻者的姓名公告在會計報告書上。會計報告書亦應在此觀點下予以審查（參政黨法第二十三條第二項）。

然而，吾人不能排除，透過該現行（政黨）法之規定，基本法第二十一條第一項第四句所規定之公告義務有受到規避(Umgehung)的可能。如果金錢或具金錢價值之捐獻交予接受人以供任意使用，而捐

獻者在政黨不受其希望及意願拘束下仍繼續捐輸者，則政黨既不必受政黨法第二十五條第一項第二句第五款（本款規定：政黨不得接受匿名捐款——譯註）之限制而得接受該捐款，亦不必依政黨法第二十五條第二項負有義務將該捐獻之相當額度之原始來源公告出來。果有如是情況，憲法上雖不能加以指摘。唯吾人尚不能完全排除虛偽交易（Scheingeschäften）之可能性，此於會計報告書之審查亦應同樣注意。

最後，捐獻予議員（Mandatsträger）或候選人，特別是用以資助其從事競選活動之獻金，雖然不是直接的有利於該政黨，卻可促進其政治活動。立法者亦可預見有此情況（參議員法第四十四 a 條第二項第三款連結一九八六年十二月十八日公告之聯邦眾議院議員議事規則（Verhaltensregeln）第四條，BGBl. 1987, I S. 147）（聯邦法律〈公報使用Geschäftsordnung〉字——譯註）。只要此類（捐予議員個人之）捐獻依規定地不斷流入政黨，政黨法第二十五條第一項第二句第五款即有適用；亦即實際的捐獻者並捐獻額度應由該政黨於會計報告書上予以公告。否則，所接受之捐獻應轉致聯邦眾議院主席團（Präsidium）（參政黨法第二十五條第三項）。

如接受者運用所捐予其本身之獻金以支應自己政治目的之財務需要，例如作為「其個人」競選活動之財源，則該個人以政治活動所支持之政黨，大部分亦均藉利益。只有當捐獻於會計年度內逾一〇、〇〇〇馬克價值而流向聯邦眾議院議員並依議事規則第四條第二項而公告者，捐獻者才會被接受者及聯邦眾議院議長所認識。就此，議事規則（請特別參考第四條第一、第三項及第八條）及各邦法相類似之規定，即使是從視為對政黨要求的基本法第二十一條第四句之公告要求來看，基本上亦已足夠。唯如果捐

予議員之獻金，將被接受者以有利於政黨加以運用而依各該規定標準達於應在會計報告書上公告其來源之數額者，則依保障議員獨立性之基本法第三十八條第一項第二句，在基本法第二十一條第一項第四句觀點下，即會要求更應將捐獻者予以公告。透過金錢或具金錢價值之捐獻對政黨意志形成所具有之影響，基本法第二十一條第一項第四句要求應予公開使公眾周知，此種影響透過對議員相當之捐獻亦同樣能達到，不問捐獻者是否知悉該議員究屬何政黨。蓋政治層面上，議員在國會及在地方代表上對政黨之政治意志形成擁有相當之影響。只要立法者在此範圍內沒有另外規定，議員法第四十四 a 條第二項第三款連結議事規則第四條第二項即應為如下合乎憲法之解釋，亦即對聯邦眾議院成員之金錢或其他具有金錢價值之捐獻而用以供其政治活動使用者，只要於會計年度內逾二〇、〇〇〇馬克價值——在轉交之後——及未在政黨會計報告書公告其來源者，即應向聯邦眾議院議長陳明後公告之。對邦議會成員之捐獻亦同。

5. 所有欲使基本法第二十一條第一項第四句規定完全合乎目的之努力，都必定會有一定界限。蓋透過金錢或具金錢價值之捐獻，對國民政治意志形成過程所產生之影響力，經由公告使公眾周知，最後使該影響中立之目的，往往只能接近而不能完全地達到。最後，具財力之利益（團體）者所可能產生之合理及不合理之影響，政黨有責任予以劃分並抵拒該利益者所施加予其身之壓力（參 BVerfGE 20, 56[105]，<sup>117</sup>據 K. Hesse，VVDStRL 17[1959]，第二九頁；BVerfGE 32, 63[87]亦同）。政黨如何將其責任之種類及方式合理化，係政黨聲譽的重要部分，此同時也是民主國家聲望之所在。



C、（各該違憲規定之效力——譯註）

爭議對造人已在裁判主文所揭示之範圍內違反基本原則。依聯邦憲法法院第六十七條第一句規定，聯邦憲法法院只能爲本項確認。於規範是否有效之決定，在機關爭議程序上，憲法法院無權決定（BVerfGE 24, 300[351附詳細引證）。唯其毋寧使立法者負有義務，將該確認為違憲之狀態予以終止，同時應予注意的是：

1. 在新規定制頒以前，至遲於一九九三年年底，現存法律狀況之瑕疵部份尚可忍受。經由憲法法院之裁判而造成之法律狀態，不得比目前的狀態更不符合憲法，此爲聯邦憲法法院歷來判決意旨（BVerfGE 130, [154]）。如果沒有另一取代辦法立即將國家支給政黨——包括間接、直接的——之財務所探規定予以變更，則會剝奪政黨基本財務之重要基礎，同樣的，基於現行法律基礎所爲之給付，亦不必予以追回。

2. a) 迄至過渡時期屆至前，現行稅法上及有關機會均衡津貼之規定仍得予以適用。唯政黨法第十八條第六項立即喪失效力。蓋補助基數之發給，作爲一項與政黨政治績效原則上無關的給付，不只與憲法上的政黨獨立於國家外之基本原則不符，……如本判決前所論述者，抑且明顯逾越本庭前判決只允許對適當競選之必要費用予以補償之範圍。

b) 政黨法第二十條所規定，在各該下一屆聯邦眾議院選舉的補助額上之預支費用補助（Abschlagszahlung），在新規定制頒前視爲終局的給付，亦即不必在將來的政黨財務規定上列入考慮

。此預支費用之補助應視為以過渡方式作為政黨一般活動的財務資助之一種，因此可以保留予政黨，此點係合理的，蓋該補助於現在而言——除了機會均衡津貼外——係國家補助政黨財務的唯一形式。在支付的額度上，可聽任立法者從政黨法第十八條第一項在每選舉人六·五馬克之總額出發，以平衡補助基數之失效。

c) 同樣的，將來一般性的，由國家補充政黨自有財源之範圍，職司的立法者必須亦在過渡時期注意到與政黨在地方層面上相互競爭的選舉共同體 (Wählergemeinschaften) 之狀況。唯限於其局部的政治目標，憲法上當無法要求地方選舉團體 (kommunale Wählervereinigung) 與政黨同視 (參 BVerfGE 78, 350 [388f.] = EuGRZ 1988, 562 [564])，但同樣的亦不能忽略國家 (部分) 補助政黨之一般活動亦應及於其地方政治活動。

3. 政黨法第二十五條第二項於其與基本法第一項第四句不相符合，在此期間內，亦不得暫時繼續適用。既然在一九八八年十二月二十二日修正法生效前有效的 (舊) 政黨法第二十五條第二項在憲法上不生問題，則該規定自即日起應視為標準而被適用，亦即，政黨必須將每年超過二〇、〇〇〇馬克之捐獻於財務報告上公告之。

D、(判決作成法官暨各造代理人——譯註)

本判決經全體一致通過。

本判決經由以下法官作成：副院長 Mahrenholz, Böckenforde, Klein, Grafhof, Kruis,

Kirchhof, Winter, Sommer.

爭議提起人（綠黨）之全權代理人：Uwe Gunther博士律師，住：Brandenburger Str. 40, 4800 Bielefeld.

第二爭議對造人（德意志聯邦眾議院）之全權代理人：Georg Resch博士教授，薩蘭邦大學歐洲研究所(Europäinstitut der Universität des Saarlandes), 6600 Saarbrücken 1以及 Hans-Peter Schneider博士教授，住：Echternfeld 16, 3000 Hannover 51.

附錄：譯者之符號說明

1. 本譯文沿用原判決文獻引註簡稱，以便讀者查考，其簡稱及全名如下：

(\*) BVerfGE = Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts，即聯邦憲法法院裁判集。

(2) BGBl. = Bundesgesetzblatt，聯邦法律公報。

(3) BTDrucks. = Drucksachen des Deutschen Bundestages，（一九四九年起），德意志聯邦眾議院資料集。

(4) JöR Nf. = Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart Nf.（現代公法年鑑新編，自一九五二年起）。

(5) EuGRZ = Europäische Grundrechte-Zeitschrift（自一九七四年一月起），歐洲人權雜

誌。

公報。

(6) BStBl. I-III = Bundessteuerblatt, Teil I-III (自一九五一年起迄一九六七年)，聯邦稅

2. 原文內出現之人名、邦名、書名，爲避免分歧起見，保留原文不譯出。

3. 爲求信譯並能達意，文中以（ ）加註若干字眼，於必要時並說明係譯註。

4. 爲便於查考，譯者按各段主旨編製小標題附之各主要段落之前，並另作一目錄附之文前。

中華民國八十二年六月

德國聯邦憲法法院裁判選輯(四)

版權  
所有  
必究

編輯者：司法院大法官書記處  
發行者：司法院秘書處

台北市重慶南路一段一二四號  
電話：三一八一七〇

印刷者：百世昌有限公司

地址：和平東路三段三八二巷二弄二十七號  
電話：三〇二五九〇九