

德國聯邦憲法法院裁判選輯(五)

司法院印行

中華民國八十三年九月

德國聯邦憲法法院裁判選輯(五)

施啟揚



例言

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

二、本書定名爲德國聯邦憲法法院裁判選輯(一)，係由翁大法官岳生就德國聯邦憲法法院之裁判中擇選十二篇：(一)關於「廣播電台」之判決；(二)關於「聯邦區域重劃」之判決；(三)關於「公務員之忠誠義務」之裁定；(四)關於「爲民間企業需用而進行土地重劃及土地徵收之合法性要件」之判決；(五)關於「藝術自由之界限(國旗污蔑案)」之裁定；(六)關於「藝術自由與刑法上之侮辱國家象徵罪」之判決；(七)關於「議員、黨團或議會團體依議事規則之表達請求權」之判決；(八)關於「公務員與法官之一般言論表達權」之裁定；(九)關於「軍人批評北約組織核子嚇阻戰略之意見自由」之判決；(十)關於稅捐之基礎扣除額」之裁判；(十一)關於「律師從事第二職業之許可標準」之裁定；(十二)關於「法院對不平等民事契約之內容審查之憲法要求」之裁定；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：陳清秀、周成瑜、林明鏘、蔡震榮、吳綺雲、林昱梅、李惠宗、洪家殷、蕭文生(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、本次編輯，爲了方便讀者，而作了中文綱目，每篇之綱目皆插入到標題之下。（原判決祇有分段而無綱目內容，此係由編者逐案逐段閱讀其精義後自行摘寫出來。）

五、本裁判選輯，由大法官書記處蔣處長次寧、林副處長錦芳、賴專門委員鈺蘭、廖榮茂、張桐銳、陳華、陳正玲、涂淑玲、谷雲祥、王蓉飛、劉夢奮諸位同仁分任編校，始克付梓，併此附誌。

德國聯邦憲法法院裁判選輯(五)

目錄

譯名：

譯者 頁次

一、關於「廣播電台」之判決	陳清秀	一
二、關於「聯邦區域重劃」之判決	周成瑜	五九
三、關於「公務員之忠誠義務」之裁定	林明鏘	九八
四、關於「爲民間企業需用而進行土地重劃及土地徵收之合法性要件」之判決	蔡震榮	一五二
五、關於「藝術自由之界限(國旗污蔑案)」之裁定	吳綺雲	一八二
六、關於「藝術自由與刑法上之侮辱國家象徵罪」之判決	林昱梅	二〇七
七、關於「議員、黨團或議會團體依議事規則之表達請求權」之判決	李惠宗	二二〇
八、關於「公務員與法官之一般言論表達權」之裁定	李惠宗	二六七
九、關於「軍人批評北約組織核子嚇阻戰略之意見自由」之判決	洪家殷	二七三
十、關於「稅捐的基礎扣除額」之裁判	陳清秀	三〇二
十一、關於「律師從事第二職業之許可標準」之裁定	蕭文生	三三三
十二、關於「法院對不平等民事契約之內容審查之憲法要求」之裁定	李惠宗	三七五

關於「廣播電台」之判決

——德國聯邦憲法法院一九六一年二月二十二日判決（載於聯邦憲法法院裁判集第十二冊，第二〇五頁至第二六四頁）

譯者：陳清秀

目錄

要旨

正文

理由

A、——I、戰前之歷史沿革

II、戰後之發展

III、戰後之立法

B、——I、憲法訴訟提起人之聲請

II、聯邦政府請求駁回聲請

III、言詞辯論

C、— I、聲請乃屬合法

II、程序之合併

D、— 系爭規定之合憲性

I、邦際協定第三條第一項

II、基本法第七十二條第七款所稱「郵政及電信事業」

III、基本法第七十二條第七款以外之其他規定

IV、聯邦之權限

V、北德廣播電臺對播放活動享有專屬權利

VI、系爭漢堡市之法律之合憲性

E、— I、聯邦設立德意志電視有限公司之舉為違憲

II、聯邦國原則

III、各邦得要求聯邦不得侵害其在廣播電視領域受基本法保障之自由

〈判決要旨〉

1. 在各邦間之邦際協定之「條約法律」，亦應在規範審查程序中接受憲法法院之審查。

2. 聯邦之機關如果「未遵守」邦法時，則亦屬於聯邦憲法法院法第七十六條第二款規定意義下之「未經適用」邦法。

3. (a) 基本法第七十三條第七款規定意義下之郵政及電信事業，僅包括——暫時不論廣播電台播送之接收——廣播電台之播送技術領域，但所謂播音技術除外。

(b) 基本法第七十三條第七款規定，並未賦予聯邦享有權限去規範廣播電台播送之舉辦機構的組織以及舉辦人。

4. 聯邦對於電信事業之立法權限（基本法第七十二條第七款）允許下述規定：亦即保留予聯邦他的權利設置及經營為廣播電台之目的而設之廣播電台設施。

5. 依據基本法之體系，聯邦之立法權限標示出其行政權限之最外部的界限。因此，基本法第八十七條第一項所稱「聯邦郵政局」並無法包括基本法第七十三條第七款所稱「郵政及電信事業」。

6. 聯邦郵政局負有義務在特許設置或經營廣播電台設施（FAG第二條）時以及在訂立有關此種設施之利用契約時，應僅斟酌播送技術之觀點，其離開此一領域之「各項負擔」，乃為法所不許。

7. (a) 依據德國法律的發展，舉辦廣播電台之播送，乃屬於一項公共的任務。如果國家以某種形式實現此項任務時（包括其使用私法的形式的情形），則構成基本法第三十條意義下之「國家的任務」。

(b) 依據基本法第三十條連結第八十三條以下規定由聯邦舉辦廣播電台的播送事務，並不能因為廣播電台之播送業務乃屬於「超越區域之」任務而被正當化，亦不能因為基本法已經允許聯邦舉辦「此種

「播送業務，對內可爲國家之代表並可照顧「具有持續性的傳統」，而被正當化。對此問題，從事物之本質導出聯邦並無任何權限。」

四

8. (a) 基本法第三十條規定適用於著重法律的以及「法律之外的」實現公共任務。

(b) 基本法第八章對於著重法律的行政以及「法律之外」的行政，均該當於基本法第三十條之意義下的「其他規定」。

9. 在聯邦及其構成員間以及在各邦間在憲政生活上所必要之協商談判之程序及方式，亦應符合聯邦友善行爲之要求。

10. 基本法第五條要求規定有關廣播電台演出節目之舉辦者之組織之法律，就其組成方式，規定一切可能的權力，對於該組織均有影響力，且對於整體節目亦可表示意見，並對於整體節目之內容作成有拘束力的指導原則，以擔保內容上的公正性，合乎事理以及相互的尊重之最低限度。

聯邦憲法法院第二審判庭依據一九六〇年十一月二十八日、二十九日及三十日之言詞辯論，於一九六一年二月二十八日作成判決。

在一九五五年二月十六日有關北德廣播電台之邦際協定第三條之憲法審查程序。

聲請人：漢堡自由及漢堡城之參議院，由其議長代表，代理人……；就下述問題進行憲法上爭議：聯邦政府於一九六〇年七月二十五日經由設立德國電視有限公司以及對於電視領域之其他處置，是否抵觸基本法第五條以及第三十條連結第八十七條第三項之規定以及違反聯邦友善行爲之義務

聲請人：爲了漢堡自由及漢堡城，其參議院由議長代表人，代理人……；爲了黑森邦，其邦政府，由邦總理代表，代理人……；

聲請之相對人：爲了德意志聯邦共和國，其聯邦政府，由聯邦內政部長代表，代理人……；
其他當事人：爲了尼德薩克森邦，其邦政府，由邦總理代表，代理人……；爲了布來梅自由漢斯城，其參議院，由其議長代表，代理人……。

判決主文

1. 有關一九五五年六月十日（法律行政公報，第一冊，第一九七頁）北德廣播電台之邦際協定之漢堡邦法律，在其涉及邦際協定第三條第一項的範圍內，對於北德廣播電台保留給予排他的權利設置並經營收音廣播電台及電視廣播電台之播送技術設施，因此於此情形，與基本法第七十三條第七款規定並不相符合，而無效。

在其他情形，本法律在涉及邦際協定第三條第一項的範圍內，仍然與基本法相符。

2. 聯邦設置德國電視有限公司違反基本法第三十條連結第八章之規定，並違反聯邦友善行爲之原則以及基本法第十五條規定。

判決理由

A、I I、

1. 廣播電台 (Rundfunk) (以下簡稱廣播電台) 的大眾傳播工具的歷史，在德國是開始於一九二三年在柏林的 Radio-Stunde 股份有限公司的第一次廣播。在此之前，無線電廣播電台尚僅屬於技術的實驗對象。其發展掌握在德國帝國郵政局手中，該局同時也促進設立私法上的區域性節目公司。此類節目公司的任務乃是製作廣播節目，該節目藉由郵政局的固有的設施予以接納並播送。

2. (a) 有關帝國郵政局與節目公司間的法律上關係，首先是於一九二六年三月統一的且廣泛的加以規定，亦即經由節目公司而由帝國郵政局所核發「為維持廣播電台之目的，德國帝國郵政局之廣播設施之利用之核准 (Genehmigung)」，並附加特定的條件 (印刷刊登於 Schuster, Archiv für das Post- und Fernmeldewesen 1 (1949), S. 309 [315f.])。此項規定乃是以聯邦與各邦間的妥協為基礎，而有意將權限問題擱置未予決定。

依據上述條件，節目表演的製作，乃是節目公司的任務。在新聞報導以及表演職務的執行上，節目公司應受附加於上述條件上的特別的準則的拘束。為監督有關政治觀點的播送，於各個節目公司均設置有一個監督委員會，其委員會成員部分由聯邦，部分由主管的邦政府所指定。就其節目的文化問題，則組成一個諮詢委員會，其成員由主管邦政府經聯邦內政部長之同意任命之。監督委員會以及諮詢委員會

的具體活動以及權限，同樣由附加於上述條件中的各項規定加以決定（參見RT ■/1924 Drucks. Nr. 2776..Schuster - aao. - S.330f.）。

播送設施的設置，乃是帝國郵政局的任務，就其經營，上述條件第四條第三項規定：其「經由德國帝國郵政局及其播送公司以下述方式共同進行，亦即德國帝國郵政局承擔技術性的經營，而播送公司則負責播送……」。

(b) 各個節目公司除拜耳的節目公司外，共同組成帝國廣播電台公司，以集中完成一系列的經濟上的、組織上的及法律上的任務。在一九二六年二月，帝國無線電台公司的營業持分百分之五十一，移轉予帝國郵政局。因此，帝國郵政局也支配個別的節目公司，該節目公司在給予「核准」之前負有義務將其股份資本的百分之十七移轉予帝國廣播電台公司。此等股份賦予多數的表決權；因此帝國郵政局在節目公司中可以行使全部表決權的百分之五十三點三。帝國郵政局對於帝國廣播電台公司及各節目公司的利益，從一九二六年六月起，是由廣播電台全權代表加以維護（參見Bredow, Vier Jahre deutscher Rundfunk, 1927, S.29ff.; Pohle - Der Rundfunk als Instrument der Politik, 1955, S.42ff.; Bausch, Der Rundfunk im politischen Kräftespiel der Weimarer Republik, 1956, S.55ff.）。

3. 在一九三二年，廣播電台的組織廣泛的被組成，並且繼續發展到「國家廣播電台」的方向。此種改革的原則是從「廣播電台的新規制的方針」（參見Pohle - aao. - S.124f.）所產生，此方針也是帝國與各邦間妥協的結果。當時私人尚對於帝國廣播電台公司以及各節目公司所掌握的持股，乃被移轉與帝

國與各邦，因此擴張了帝國廣播電台公司的任務範圍，並增強帝國與各邦對於各節目公司的影響力（有關一九三三年的改革，參見Pohle, aaO., S.118ff.; Bausch, aaO., S.85ff.）。

4. 在一九三三年，廣播電台成為國家社會主義的宣傳工具。其主管機關乃是帝國國民教育及宣傳部長，至於廣播電台的技術性事務，仍保留予聯邦郵政局。

II、

1. 在第二次世界大戰之後，首先乃被禁止由德國政府經營廣播電台。其被沒收的電台乃由佔領國經營。佔領國嗣後漸漸的將廣播電台交付德國人之手。各重要的佔領國所遂行的目標乃是在排除國家對於廣播電台的影響。經由軍政府的命令或各邦的法律（對此法令內容，佔領國採取根本的干預），在三個主要的佔領國區域，設置了公法的廣播電台營造物。此營造物擁有自治行政的權利，並且有一部分接受較狹窄的概略的法律監督。其節目製作的原則以及其任務、組織以及經營管理的規定，乃以確保該營造物與國家間的獨立性以及其政治的中立性為目標。此同樣適用於嗣後未經佔領國干預而由法律或邦際協定所設立的廣播電台營造物。

為使廣播電台完全的獨立於郵政局，各佔領國將帝國郵政局與帝國廣播電台公司的全部廣播電台的財產，移轉與新設立的無線電廣播電台營造物。廣播電台營造物乃成為所有播音及播送設施的所有人。而郵政局的權限乃重大的被加以限制。節目製作以及播音、播送技術乃屬於無線電廣播電台營造物的事物，至今也是如此。

2. 至今在德國仍存在新的公法的廣播電台營造物。在當時美國佔領區內（拜耳、黑森及南德的廣播電台，布來梅的廣播電台）的營造物，是經由邦法律加以設立，而在當時法國及英國佔領區域內（西南地區廣播電台，德國西北地區廣播電台）的營造物，則是以軍政府的命令加以設置。西南地區廣播電台的佔領性的基礎，基本上是在一九五二年，由巴登邦、萊茵蘭—法耳次邦以及符騰堡—霍爾邦所締結的邦際協定所取代。德國西北地區廣播電台則在一九五五年廢除。取而代之的，在Northern-Westfalian，根據邦法律，成立科隆西德廣播電台，在漢堡自由及漢斯城，尼德薩克森邦以及西里斯威希—霍爾斯坦邦，根據一九五五年二月十六日的邦際協定，成立北德的廣播電台。漢堡邦議會已於一九五五年六月十日經由法律（GVBl. IS. 197）就有關北德廣播電台的邦際協定加以批准。

該邦際協定第三條規定：

「(1) 北德廣播電台（簡稱NDR）的任務，乃是爲了公衆以文字、聲音及影像的方式，進行新聞報導及節目表演之特定的傳播。NDR保留排他的權利與義務，在尼德薩克森邦，西里斯威希—霍爾斯坦邦以及漢堡自由及漢斯城（播送地區），設置並經營收音廣播電台及電視電台所必要的設施以及供應有線廣播設施。

(2) NDR必須擔保其技術的設施以相同的價格的供應其播送地區」。

又一九四八年十月二日有關黑森邦的廣播電台之法律（GVBl. S. 123）第二條規定：「黑森邦的廣播電台的任務，乃是教育性的、教學性的、娛樂性的新聞報導與節目表演的散布。其以此目的獲得及經營廣播電台設施」。

薩爾蘭廣播電台以及自由柏林之播送者，乃是經由邦法律——同樣作為獨立的公法的營造物——加以建立。

3. 各個廣播電台營造物已經共同組成「德意志聯邦共和國之公法上廣播電台營造物之工作團體」(ARD)。其在電視領域內的共同工作乃是依據一九五三年三月二十七日所締結並於一九五六年五月二十四日生效的「電視契約」。其由各邦於一九五九年四月十七日所締結「第一個電視節目的合作協定」當為提供此等營造物的團體節目的法律上根據。

II、

在基本法施行之後，對於廣播電台機構，時而以聯邦立法的方式，時而以各邦間的協議或各邦與聯邦間的協議方式，嘗試進行新的規律。

1. 對於廣播電台的問題，尋求以聯邦法律加以規律的方式，首先仍無結果（參見完成有關在廣播電台領域之共通任務之法律的草案，BT 1/1949 Drucks. Nr. 4198）。最後獲得實現的一九六〇年十一月二十九日有關聯邦法的廣播電台營造物之設置之法律（BGBI. I S. 862），限於規定名稱為「德國之音」(Deutsche Welle)與「德國廣播電台」兩個公法上營造物的設置與法律關係的規律，此一電台對於外國以及德國與歐洲外國進行廣播播送。聯邦法的廣播電台營造物之一般規定（第二十三條到三十二條），包括有關安排播送，報導，反對說明，公告權利，政黨對於播送時段的請求權，播送的責任，告知義務，青少年保護與證明的確保等規定。

本法的政府草案 (BT III/1957 Drucks. 1434) 規定設立另一個名稱為「德國電視」的公法上營造物，且其播送作為第二個節目，使其電視經營者在整個德國及在歐洲地區的外國留下德國的廣泛形象。該營造物對於其播送之實施，首先應移轉予私法的團體（草案第二十二條）。其節目應由播送者加以傳播，該播送者已由聯邦郵政局依據聯邦政府之決議（包括漢堡及黑森邦在內）加以建立；此項郵政局固有的播送者也應由聯邦郵政局加以經營（參見草案第六十條之立法理由及聯邦政府的新聞及資訊官署之公告，第一四五號，一九五九年八月十二日，第一四七三頁及第一五一號，一九六〇年八月十六日，第一四九八頁）。

本草案包括廣播電台規費之規定，並準備廢棄佔領法的規定以及憲法施行前的邦法規定。現行廣播電台營造物之法律關係，除例外情形外，應依邦法加以規定（本草案第四十九條）。又其總則規定（本草案第一條到十一條）亦屬於對於一切廣播電台營造物具有拘束力的規定。此等規定基本上，符合目前僅適用於聯邦法的廣播電台營造物之總則規定（本法第二十三條到三十二條）。

2. 聯邦與各邦亦已致力於按照條約的規定廣播電台機構。在一九五五年，由聯邦與各邦的代表人所組成的委員會，完成一般的廣播電台契約以及三個附帶契約（短波、長波及電視契約）之草案。但此項草案未獲得聯邦政府之同意。因此並未導致契約之締結。

在一九五八年二月，聯邦政府計劃進行聯邦法律的規定，而就其內容多次與各邦的代表人進行討論。在一九六〇年各邦的政府首長組成一個委員會，擬與聯邦政府繼續進行協商。萊茵蘭—巴代爾茲以及

西里斯威斯霍爾斯坦的邦總理沃特麥爾及哈瑟（兩者均屬基督教民主聯盟），黑斯邦的總理金恩以及柏林市政委員克萊恩（兩者屬德國社會民主聯盟）均隸屬於此委員會成員。然而並未因此獲致聯邦政府與該委員會進行協商。自一九五九年六月起，隸屬於基督教民主聯盟與基督教社會聯盟的聯邦政府總理與成員間進行會談，該黨的眾議院議員有時也參加。協商的客體，特別是對於第二個電視節目的籌備，應否經由法律、邦際協定或行政協定加以規律。爲了經由聯邦與各邦籌備第二個電視節目，而成立有限責任公司的計劃，首先是在一九六〇年七月八日由聯邦總理與一部分屬於基督教民主聯盟及基督教社會聯盟的各邦總理進行討論。公司契約的內容乃是於一九六〇年七月十五日進一步協商的標的，該契約除聯邦政府的成員外，僅上述政黨的邦總理、部長及聯邦眾議院議員參與。該公司契約的簽名日期預定爲一九六〇年七月二十五日。

有關擬設立之有限責任公司，其隸屬於德國社會民主黨的各邦政府首長係由邦總理沃特麥爾告知，亦即經由一九六〇年七月十六日函件，邀請於一九六〇年七月二十二日參與協商，以討論於一九六〇年七月八日及七月十五日的協商結論。

各邦的政府首長，並非毫無保留的同意該項建議，而是提出相反的提議，而由邦總理沃特麥爾於一九六〇年七月二十二日以信件通知聯邦總理。聯邦總理乃於一九六〇年七月二十三日週六函覆表示擬設立公司之期限展延毋庸負責，但仍起草公司契約，而各邦於任何時期均可參加。

3. (a) 在一九六〇年七月二十五日由德意志聯邦共和國以聯邦總理爲代表，以及由聯邦部長薛佛設立

位於科隆的德國電視有限公司。登記總資本額二萬三千馬克中的一萬二千馬克由德意志聯邦共和國出資，另一萬一千馬克則由聯邦部長薛佛出資，後者所扮演的角色，乃是在各邦加入該公司之前，必須維護聯邦共和國之各邦的利益（該公司章程第六條）。聯邦部長薛佛負有義務在各邦與德意志聯邦共和國訂立有關參加上述公司之行政協定時，應將面額一千馬克之部分持股轉讓與各邦（章程第七條）。

在該公司設立之後，並沒有任何邦準備加入該公司，聯邦部長薛佛乃於一九六〇年八月二十五日將其持股轉讓與德意志聯邦共和國，到現在德國成為全部股份的所有人，同時，章程也被加以變更。章程第七條規定將部分持股轉讓予與德意志聯邦共和國就加入該公司訂立行政協定的各邦。此項行政協定到目前為止尚未成立。

(b) 該公司的任務乃是安排電視廣播電台的播送，對於廣播電台參加者在全部德國及外國傳達德國的廣泛的影像（章程第二條）。該公司負擔全部節目的惟一責任，如果不是自己製作節目，就是受其委託並由其自己負責的情況下，使用第三人製作節目（章程第四條）。該章程規定包括「形成節目的原則」，有關「德國之音」及「德國廣播電台」的營造物規定，「準用」之。廣告播送不得超過全部節目的百分之十（章程第三條）。

(c) 該公司的組織有股東大會、監察人及業務執行人員（章程第八條）。依據變更後章程第十條規定，監察人會由股東大會選出至少十人，至多十五人的成員。十人以下的成員由聯邦政府指定，每多一名成員，則由福音新教的教會，天主教的教會，在德國猶太人的中央參議會，僱主聯合會以及工會所指

定。而股東則負有義務選任被指定之人（章程第十條）。監察人會選任業務執行人員，並監督其業務執行。其並對於業務執行人員提供形成節目問題之諮詢，對其規定有關形成節目的準則，並監督其執行。另就特定的業務，必須經監察人會之同意（章程第十一條）。

業務執行人員擁有電台經理的頭銜，在法院內及法院外代表該公司。其執行公司的業務並包括節目的形成（章程第十五條）。

B、II、

漢堡自由及漢斯城以及黑森邦認為聯邦已經侵害其合憲的權利。漢堡自由及漢斯城依據基本法第九十三條第一項第三款以及聯邦憲法法院法第十三條第七款以及第六十八條以下聲請宣告：「聯邦政府侵害漢堡自由及漢斯城依據基本法第三十條所享有之權利，在此，聯邦政府

(a) 於一九六〇年七月二十五日為創設及製作電視節目而設立「德國電視有限責任公司」以及
(b) 準備以電視廣播電台自由使用的頻率，自己進行無線電廣播電台的播送，或者將使用此項頻率的權利，授與各邦的廣播電台營造物以外的其他節目主體」。

黑森邦則聲請確認：

「聯邦政府違反基本法第五條及第三十條連結第八十七條第三項，並違反從基本法的聯邦國家構造所產生親近各邦的行爲之義務，在此聯邦政府一九六〇年七月二十五日設立「德國電視有限責任公司」之公司，並採取由該公司進行電視播送的措施」。

漢堡自由及漢斯城的參議院並依據基本法第九十三條第一項第二款，聯邦憲法法院法第十三條第六款及第七十六條以下聲請確認：

「有關一九五五年二月十六日北德廣播電台之邦際協定第三條，與基本法第七十三條第七款相符合」。

聲請人就其聲請理由敘述如下：

1. 邦際協定第三條與基本法第七十三條第七款應屬相符合，蓋僅僅節目的傳送技術，而非傳送主體的組織以及節目的形成，是屬於「郵政及電報事業」(Post und Fernmeldewesen)。基本法第七十三條第七款及第五條，均不妨礙北德廣播電台獨占有關廣播電台播送的舉行。又在邦際協定第三條中規定「透過基本法第五條所要求的——北德廣播電台的下述排他的權利：建立並經營發出節目的播送者，應與基本法第七十三條第七款規定相符合。其由聯邦郵政局自己經營播送者，並不屬於電報事業的秩序範圍內」。

2. 由於設立上述公司，聯邦違背了聯邦友善行為的原則，而且也侵害各邦的權限（基本法第二十條連結第八十七條第三項）以及有效的邦法（一九四八年十月二日有關黑森邦的廣播電台的法律，法律公報第一二三頁）。又聯邦先前所為措施的性質及方式，亦與上述原則不符。

3. 聯邦經由設立系爭公司亦侵害聲請人基於基本法第五條規定所產生之權利。基本法第五條禁止國家統制或影響廣播電台。本件公司的設立也侵害聲請人的權利，因為對於播送主體的組織的法律保留被

置之度外。基本法第五條對於廣播電台自由的限制，要求一項法律上的規定，以擔保政治上中立的及獨立的廣播電台主體。廣播電台主體必須在公法上被組織，並使用為發出節目所必要的技術設施。因此，聯邦郵政局負有義務將可使用的廣播電台頻率分配予各邦的廣播電台營造物。

為支持其見解，漢堡自由及漢斯城的參議院並提出 *August, Mr. Meier, Meunier & Pöschel* 等教授的鑑定意見。

II、

聯邦政府請求將本件聲請駁回

1. 依據基本法第七十三條第七款規定，聯邦有權對於廣播電台整體加以規定。聯邦尤其有權限規定有助於確保基本法第五條所導出的各項原則。國際條約第三條抵觸基本法第五條，該第五條乃禁止廣播電台之領域的獨占。邦際協定第三條也因為其侵犯聯邦郵政局的行政權限而無效（基本法第八十七條第一項）。

2. 各邦的權利並未遭受侵害。執行廣播電台播送，並非公行政的任務。因此，設立本件公司並未該當於基本法第三十條，蓋該條乃把握單純的行政，而非把握國庫的行政。再者，聯邦基於「事物之本質」有權限設立本件公司。播送設施的設立，乃屬於聯邦郵政局的任務範圍（基本法第八十七條第二項）。

黑森邦的邦權利並未被侵害，蓋有關黑森邦廣播電台的法律，並未規定排他的權利，再者，此種排他的權利將抵觸基本法第五條規定且此種相應的規定——如果人們認為其有效——將變成聯邦權利。

聯邦並未違背聯邦友善行爲的原則，聯邦早已準備與各邦共同設立本件公司，而對於各邦開放參加僅於聯邦對於在本件公司内部自由的、公共的意見建立的程序，加以損害時，始違反基本法第五條。在此欠缺任何違反該條的支持點。

聯邦政府提出Scheuner, Hans Schneider及Spanner的鑑定意見。

III、

尼德薩克森邦政府以及布萊梅自由漢斯城的參議院在本件聯邦與邦的爭訟中，參加漢堡自由及漢斯城。

聯邦憲法法院對於本件繫屬的程序，經由一九六〇年十月五日及七日的決議合併共同辯論及裁判。在三詞辯論中，依據聲請人的證據聲明，傳喚本件公司的業務執行人員，聯邦總理官署的局長Mercker博士作為證人訊問下列問題：

1. 根據何種考量，決定在聯邦總理官署內設立進行電視播送的有限責任公司？
2. 聯邦司法部長薛佛以何種資格參加本件公司的設立？
3. 在設立會議決議紀錄上記載股東薛佛以自己名義，但爲了各邦，而承擔出資，具有何種意義？
4. 是否全部出資的半數以現金支付？
5. 股東薛佛的出資是否以預算款支應？

亦即從聯邦總理官署的個別計劃的第三〇〇項中支應？倘若否定，則從何種項目支應？

C、I-I、

本件聲請屬於第二審判庭的權限範圍；本件聲請乃屬合法。

1. 本件聲請，由漢堡自由及漢斯城以及黑森邦所提出聯邦與邦間之爭議，滿足基本法第九十三條第一項第三款及第十三條第七款，聯邦憲法法院法第六十八條及第六十九條連結第六十四條規定的前提，此亦適用於被指摘違反基本法第五條的情形（參見下述E III之說明）。

2. 又漢堡自由及漢斯城參議院的聲請，在抽象的規範審查的程序中（基本法第九十三條第一項第二款）乃屬合法。

(a) 聯邦憲法法院已經裁判：與對外關係的國家訂立各項條約的同意法律（基本法第五十九條第二項），所謂的條約法律，也應接受憲法法院在規範審查程序中的審查（聯邦憲法法院裁判集第一冊，第三九六頁（第四一〇頁）；第四冊，第一五七頁（第一六二頁）；另參見第六冊，第二九〇頁（第二九四頁以下）。在各邦間的邦際協定，也必須比照適用之。

漢堡邦議會經由參議院依據漢堡邦憲法第四十三條第三句規定同意批准邦際協定；本條約依據條約法第二條第一項規定：「具有法律效力的被公布」。本條約乃是基本法第九十三條第一項第二款意義的邦法。其實體法的内容乃從其所附加的邦際協定所產生（參見聯邦憲法法院裁判集第四冊，第一五七頁（第一六三頁））。然而在形式上乃是本法律，而非邦際協定本身作為憲法上審查的對象。漢堡自由及

漢斯城參議院的聲請，因此必須加以相應的變更解釋。

(b)條約法在涉及邦際協定第三條的範圍內，是否與基本法第七十三條第七款規定相符合，呈現意見紛歧。漢堡自由及漢斯城參議院認為該規定有效。反之，聯邦內政部長則於一九五五年三月二十二日以函件致本審判庭主張該條規定抵觸基本法及繼續有效的聯邦法。此種意見紛歧不僅是理論上的而且是具體的爭議性質。因此依據基本法第九十三條第一項第二款規定之聲請合法性前提，已經具備。

依據聯邦憲法法院法第七十六條第二款規定，聲請抽象的規範審查，亦即在聲請人聲明請求確認一個規範符合基本法的情形，僅於一個聯邦的機關……，以該法律不符合基本法……，而已經不加以適用時，始為法之所許。此項要求在此也已經具備。

聯邦政府固然認為：僅於擬進行審查的規範，未經其公權力執行機構加以適用時，始有釋憲之聲請權利存在；然而，由於聯邦政府不必執行邦際協定，因此已經排除聯邦政府已經「不適用」該條約的情形，資為抗辯。倘若對於聯邦憲法法院法第七十六條第二款採取此種解釋乃屬正確時，則此一規定勢將與基本法第九十三條第一項第二款規定不符，而毋須加以遵守。但上述聯邦政府所主張觀點並不正確。聯邦的機關並無權限對於邦法進行公權力之執行（參見Zeidler, DVBl. 1960, 573）。聯邦機關僅能逾越或「不予遵守」此種規範。在此，也明白的表示聯邦機關認為此種規範「不符合基本法或其他聯邦法」。此種「不予適用」的性質，即滿足聯邦憲法法院法第七十六條第二款規定釋憲聲請的合法性前提。

聯邦政府並未遵守邦際協定第三條第一項，其在漢堡自由及漢斯城的區域內，經由聯邦郵政局設置

播送設施，聯邦郵政局並指定德國電視有限公司進行播送。此種作法，如同聯邦內政部長一九五五年三月二十二日信函中所指出，係以邦際協定第三條第一項規定與基本法不符，因此無效之見解，作為基礎。亦即一個聯邦機關已經「不遵守」邦法，因此在聯邦憲法法院法第七十六條第二款規定的意義下，已經「不適用」邦法。

(c)雖然漢堡參議院已經提出邦際協定第三條第一項及第二項要求進行審查，然而在涉及該條約第三條第一項的範圍內，憲法上的審查僅限制於條約法。而依據該協定第三條第二項，北德廣播電台必須確保其技術性的設施在其播送區域以相同價值的方式進行供應。此一規定並不具有獨立的憲法上意義。

(d)然而與該參議院之聲請不同的，乃是本件不僅應審查邦際協定第三條第一項是否與基本法第七十三條第七款相符合。依據基本法第九十三條第一項第二款規定，聯邦憲法法院係對於邦法是否符合「基本法」進行裁判。此種憲法上審查應相應的予以擴張。

II、

漢堡自由及漢斯城的參議院不僅聲請抽象的規範審查（基本法第九十三條第一項第二款，聯邦憲法法院法第十三條第六款），而且也就聯邦與各邦之爭議提出聲請裁判（基本法第九十三條第一項第三款，聯邦憲法法院法第十三條第七款），並認為就此兩件聲請可於一個程序中進行裁判。反之，聯邦政府則表示反對。

固然，在此涉及不同的程序種類，而應適用不同的程序原則。縱然有此種差異，抽象的規範審查程

序以及聯邦與各邦間爭議之程序仍可合併共同辯論及裁判。聯邦憲法法院法第六十六條及第六十九條並非終局的規定程序何時可以加以合併。在此類規定中，毋寧是表示一個一般的原則，亦即其准許本院在其他情形，也可進行程序合併，只要其程序之合併合乎目的時。在其爭議基本上屬於同一的問題或彼此互相從屬的問題時，則要求程序的合併。本件即屬此種情形。本院在其他情形，即已超越聯邦憲法法院法第六十六條、六十九條規定，將向來不同種類的程序，彼此加以合併（參見聯邦憲法法院裁判集第十冊，第一八五頁）。

當然，此種程序的合併的前提，乃是對於任何程序種類的程序規定均已加以遵守。在此即已加以執行，亦即已經超過法律上所規定兩種程序種類的任何一種的要求。

D、

邦際協定第三條第一項保留北德廣播電台排他的權利，在尼德薩克森邦，西里斯威斯—霍爾斯坦邦及漢堡邦（播送區域）以文字、聲音及影像對於公眾進行傳播報導及演出，亦即舉辦廣播電台播送（獨占舉辦無線電廣播電台播送）。此一規定進一步賦予北德廣播電台排他的權利，在其播送區域，設立並經營為舉辦廣播電台播送所必要之收音廣播電台及電視廣播電台之設施（獨占有關播送設施之設立及經營）。

其涉及有關北德廣播電台之邦際協定之漢堡邦法律，在其涉及協定第三條第一項的範圍內，於此項規定承認北德廣播電台獨占播送設施之設立及經營的範圍內，與基本法並不相符合，因此無效。在其他

情形，該項規定與基本法相符合。

I、

1. 依據聯邦政府的觀點，邦際協定第三條第一項在全部範圍內均屬無效，蓋該規定與聯邦對於電報事業之規制之排他的立法權（基本法第七十三條第七款）並不相符合。

「郵政及電信事業」（Post- und Fernmeldewesen）的概念，在歷史上被建立。此概念與威瑪憲法第六條第七款及第八十八條第一項規定之「郵政及電報事業」（Post- und Telegraphenwesen）相符合，後者在內容上已經涵蓋廣播電台及——自其發生後——廣播電台。

帝國郵政局已經在其時期，對於節目公司為娛樂廣播電台之目的，所發給「核准」利用帝國郵政局之廣播電台播送設施，附加為確保播送節目之政治的公正性以及播送公司之組織上中立性之廣泛的負擔。從其核准的文義明顯的導出：帝國郵政局不僅在技術上而且在組織上層面進行支配，並對於無線電廣播電台的全部問題，行使在電報事業的領域的高權（廣播電台高權）（Scheuner，鑑定意見書，第四十五頁以下）。一九二八年有關電信設施之法律已經確立其法律根據，並將帝國對於廣播電台的干預措施納入法律上規範（Scheuner，鑑定意見書，第四十六頁）。

電信事業的概念，在其涵蓋廣播電台的範圍內，實際上無法分割成技術的、組織上的及節目的層面，蓋廣播電台本身，從立法者來看，係構成一個統一的整體。一個對於授權之有意義的規則，如欠缺對於廣播電台之組織及節目課予負擔，則將無實施可能性。

依據基本法第七十三條第七款規定之立法權限，亦涵蓋廣播電台整體。因此，基本法第五條為確保無線電廣播自由所包括的指導原則的法制化，乃歸屬於聯邦的權限。對於北德廣播電台承認獨占舉辦廣播電台的播送，乃牴觸基本法第五條。

2. 其經由邦際協定第三條第一項對於北德廣播電台所為有利的規定，如果如同聯邦政府所想像一般，廣泛的理解「電信事業」用語時，則將在全部的範圍內，與基本法第七十三條第七款規定不相符合。不僅是在邦際協定第三條第一項保留予北德廣播電台排他的權利設立並經營播送設施，而且其獨占舉辦廣播電台播送，亦均屬於下述領域，亦即其法律上規制，依聯邦政府的觀點，根據基本法第七十三條第七款規定，乃排他的歸屬於聯邦。

II、

1. 聯邦政府對於基本法第七十三條第七款規定之解釋，並不正確。「郵政及電信事業」僅涵蓋及於在排除所謂播音技術下的廣播電台之播送技術領域，而非涵蓋廣播電台整體。基本法第七十三條第七款規定尤其並未賦予聯邦下述權限：亦即規定舉辦廣播電台之組織及其舉辦者之內部的組織，或者頒布有關播送的規定。依基本法第五條規定為確保無線電廣播自由所要求的指導原則的法律上規範化，亦即不論在實體法上之點以及組織上之點（參見下E III段之說明），均屬於各邦的立法權限範圍；在例外情形，於聯邦應享有舉辦特別種類的廣播電台之播送的權限的範圍內，屬於聯邦立法權範圍（參見下述II 2及E I 5段之說明）。

2. (a) 依據基本法第七十三條第七款規定，聯邦對於「郵政及電信事業」擁有排他的立法權限。廣播電台或許只可以算入本款規定意義之電信事業中。基本法第七十三條第七款的草擬，追溯到早先的規定係將電報事業的向來任務附加劃歸郵政的範圍（參見一八四九年帝國憲法第四十一條以下；一八六七年北德聯邦憲法以及一八七一年帝國憲法第四條第十款；威瑪憲法第六條第七款）。亦即在基本法第七十三條第七款中，使用「郵政事業」係認為與「電信事業」之「新的」任務範圍相對立，係指郵政的「傳統的」業務部門。兩者均屬於基本法第八十七條第一項意義的「聯邦郵政」的範圍。

(b) 廣播電台（在此以及以下係指：收音廣播電台以及電視廣播電台）係為無線的傳播節目而使用電波，並經由播送者加以發射。此項廣播電台播送者乃是廣播設施以及電信設施（廣播設施法第一條第一項）；其均屬於基本法第七十三條第七款規定之電信事業。

在依照自然的文字理解以及一般的語言用法所進行的解釋，僅播送無線電廣播電台演出的技術上事情，係屬於電信事業的範圍。電信事業乃是一項技術上的、取向於傳播信號經過的概念。電信事業與電信設施亦即與技術上的設備有關聯，經由其輔助，信號被傳遞到遠處。此業經一九二八年有關電信設施之法律所證實，該法律規定，在此必須納入的範圍內，依其意旨及文義，限於規律廣播設施的設立及經營，亦即限於規律技術性的事情。在其政治上及文化上的意義難以測量的大眾傳播工具廣播電台，並不是電信事業的設備的一部分，而是其利用者。（參見Moser, DÖV 1954, 389(390)；Ladenann, JIR 8 (1957/1558), S.307(310)；另參見Haenel, Deutsches Staatsrecht, 1892, Bd. 1, S.415）。此種電信

技術的觀點，可能在廣播電台的早期，具有重要的以及塑造其本質的意義。然而，電信技術的設備——人們將廣播台視為整體——在十年來已經僅具有次要的、服務的功能。

(c) 如果依一般的習慣用語，電信事業僅涵蓋以傳遞訊息為目的的廣播技術上事件時，則導出所謂播音技術並不屬於電信事業之範圍。電信事業係藉由傳遞播送聲音及影像訊息，而從廣播播音電台到一個或數個播送者（經由執行或廣播電台之傳送）均包括在內；其因此包括播送之發射以及其接續之技術上過程到收送播送為止。

基本法第七十三條第七款意義下之電信事業，亦包括下述技術上前提，對於此種前提的規範乃是規律廣播電台播送者之經營經過以及其播送之收受所不可或缺者。對於播送者必須分配特定的波段範圍，而與其他播送者的頻率相調和。為避免交錯及干擾，播送者的地點及播送強度必須按照廣播技術的觀點加以確定。對於此種頻率及播送強度的遵守，必須加以監督。其必須採取注意措施使發射與接收播送不致於遭受其他電信設備及電力設施之干擾，並且其對於一般的廣播電台的運輸亦不致加以妨礙。此亦同樣適用於將聲音及影像訊息從播音室傳遞到播送者的線路及廣播電台運輸上。

此類事務乃屬於電信事業之範圍。在其適合於由法律加以規定的範圍內，只有聯邦才能加以規範。3. 又從基本法第七十三條第七款連結基本法的其他規定，也導出：只有廣播電台的播送技術才屬於電信事業的範圍。

(a) 基本法第五條第一項第二句規定「電台」的用語並意指「電台」為營造物。此固然並未排除基

本法的其他規定對於廣播電台的部分領域在其他具體的細節加以規範。然而在基本法第五條第二項第二句提及「廣播電台」，卻禁止承認電信事業的用語包含廣播電台整體。如果電信事業可以認為僅指廣播電台的部分領域時，則於此其僅可能牽涉到以傳遞節目演出為目的的領域，亦即涉及播送技術問題。

廣播電台與新聞及電影相近，乃屬於大眾傳播工具。基本法第五條第一項第二句在該句規定中明定此三種大眾傳播媒體。而聯邦的立法權限，則僅對於新聞及電影的一般法律關係加以明文規定（基本法第七十五條第二款）。至於廣播電台則並未於基本法第七十五條第二款規定中被提及。對於此等基本法的相關條文加以斟酌所為之解釋，實無法承認聯邦對於廣播電台整體享有排他的立法權限，雖然聯邦對於新聞及電影的一般法律關係也僅得頒布範圍性規定。

(b) 基本法在規律聯邦與各邦的立法權限時，乃是從各邦的權限的原則出發（聯邦憲法法院裁判集第十冊，第八十九頁尤其第一〇二頁）。聯邦只有在基本法賦予立法權的範圍內才享有立法權（基本法第七十條第一項）。因此，原則上聯邦的立法權，僅能根據基本法的明文規定加以支持。在聯邦的權限有疑義時，即不能為有利於聯邦權限的推定。基本法的體系性毋寧反而要求嚴格的詮釋基本法第七十三條以下規定。

再者，廣播電台在任何情形也都是一種文化的現象。在文化的事務根本上可以由國家加以管理及加以規律的範圍內（參見聯邦憲法法院第十冊第二十頁，第三十六頁以下），除了基本法的特別規定，為有利於聯邦之限制或例外之情形外，依照基本法的基本決定（基本法第三十條，第七十條以下以及第八

十三條以下）乃歸屬於各邦的範圍（參照聯邦憲法院裁判集第六冊，第三〇九頁，第三五四頁）。此種憲法的基本決定，在有效的權力分配之利益下，尤其也有利於聯邦制國家結構之決定，乃禁止在文化的事業領域，於欠缺充分明確的基本法上例外規定之下，承認聯邦享有權限。然而就此，並無此種例外規定。

◎基本法第八十七條第一項規定：聯邦郵政局在聯邦自己的行政範圍內進行運作。由此並無法推論出聯邦的立法權限範圍。此乃符合德國憲法上的原則，亦即聯邦的立法權範圍比聯邦行政權範圍更為廣泛（參見Scheunert的鑑定意見書，第四十八頁）。根據基本法的體系，聯邦的立法權乃標示出其行政權限的最外部界限（參見Krugel，聯邦與各邦在憲政構造中及行政規定中之廣播電台，一九六〇年第七十八頁；Zeidler，德國行政公報，一九六〇年，第五七三頁，五七九頁以下）。然而此並非意指：聯邦的行政權限應跟隨其立法權限，亦非反過來，由立法權跟隨行政權。從本件基本法第八十七條第一項規定聯邦郵政局的權限，並無法導出聯邦的立法權範圍。再者，基本法第七十三條第七款所定「郵政及電信事業」與基本法第八十七條第一項規定之「聯邦郵政局」乃意指相同的事務領域。「聯邦郵政局」的事務領域範圍，係從如何理解「郵政及電信事業」所導出。將廣播電台視為是聯邦郵政局的事務，並不正確。聯邦政府對於廣播電台的事務，除技術性問題外，並未使郵政及電信事業之聯邦部長主管，而是歸由聯邦內政部長主管。由此可見聯邦政府也認為其並非涉及電信事業之事務（參見一九五三年七月二十四日郵政行政法第一條，聯邦法律公報第一卷第六七六頁）。

4. 公共的利益要求廣播電台運輸的秩序，而此種秩序只能由聯邦才能有效的加以維持。此亦適用於廣播電台。播送者的波段的分配與界限，在廣播技術觀點下的設置地點及播送強度的規定，所謂線路技術，廣播運輸的監督，免於廣闊的及地方的干擾的保護以及國際協定的執行，均僅能依事物之狀態，統一的加以規定，以避免廣播電台運輸的混亂。

5. 電信事業用語的歷史的解釋，並未導出不同的結論。固然經由帝國郵政局的行政實踐，帝國機關從一九二六年到一九三三年初，對於廣播電台的播送與節目安排的實施機構，有不可或缺的影響。（參見Bass前揭文，第十一頁以下；Pohl前揭文，第二七頁以下之說明）。然而由此並無法推論出：基本法第七十三條第七款規定意義的電信事業，包含廣播電台整體。

(a) 廣播電台的法律上規定，直到一九三三年時期，仍未被制定。不論一九二四年三月八日廣播電台運輸保護命令（帝國法律公報第一卷，第二七三頁）——廣播電台命令——或者一九二七年十二月三日電報法律之修正法（帝國法律公報第一卷第三三一頁）（後者在公布新制定的電報法時以「電信設備法」之名稱加以規定），均未使用廣播電台之文字。對於此一修正法的立法理由（RT III/1924 Drucks. Nr. 3682），僅在對於廣播電台的接收設備之設置及經營徵收規費的部分，曾提及廣播電台。電報法律之修正的目的，依據其立法理由，乃是鑒於廣播技術的進步，而鞏固國家的廣播統治權利（前揭第五頁）。該法律在帝國眾議院中，於全部三次諮詢中，未經討論即被接受（RT III/1924, Verhandlungen Bd. 394 S. 11719及11732; Stenographischer Bericht über die 346. Sitzung am 24. November 1927）。

電信設備法的文義，僅就廣播技術問題的規定進行無偏袒的說明；由此規定並未提示：廣播電台整體應歸屬於威瑪帝國憲法第六條第七款及第八十八條第一項規定意義之郵政及電信事業。此亦同樣適用於該法律草案的立法理由。在一九一九年帝國憲法的註解書中，不論在第六條第七款或在第八十八條第一項規定中，均未提及廣播電台，更遑論在郵政及電信事業中提到。

(b)聯邦政府對於電信事業之概念的「歷史的形成」，並無法以法律的制定為依據，而只能以帝國郵政局及帝國內政部長直到一九三三年期間止的行政實務為依據。聯邦政府尤其主張下述觀點：規定電信事業的權限，包含對於基本法第五條的指導原則在法律上加以規定的權限。

藉由下述手段的輔助，不僅是帝國，而且各邦也獲得對於廣播電台進行播送的影響力，尤其自從一九二六年以來，為維護廣播電台（各項條件）的目的，而附加各項條件的「核准」利用聯邦郵政局的廣播電台播送設施，對於上述條件附加有關報導及表演的各項準則（下稱各項準則）以及有關監督委員會及諮詢委員會的規定（下稱各項條件）。

帝國及各邦對於舉行播送的干預，係以達成播送公司的政治上公正性，組織上的中立性以及廣播電台中自由表示意見（威瑪憲法第二一八條）的權利為目的，此種說法只有在一定條件下正確。對此，或許可以引用準則第一款，該款規定：「廣播電台並不服務於任何政黨。因此，其整體的報導以及演出勤務，應嚴格的超越黨派加以運作」（類似規定，有關一九二六年諮詢委員會之規定第十款以及一九三二年廣播電台之新規定的指導原則第一款c. *Porto*前揭文，第一二四頁以下亦有刊載）。此外，利用附

加各項條件實現國家干預措施及監督的體系，此種體系乃接近於一種檢查制度。

本件節目公司僅得散布下述政治上報導：該公司從某一「報導單位」（即圖書及出版之無線勤務股份有限公司，該公司之51%的股份掌握在帝國手中）所獲得之新聞報導（準則第二款）。只有非政治的以及地方性的報導才可以從其他單位獲得。其從報導單位或主管之邦政府所獲得之被稱為「負擔報導」的報導，必須無遲延的，未被遺漏的及未予變更的加以散布，亦即「負擔演出」（準則第三、五、七款）。對於經由報導單位所獲得的報導及演出的「進行經過」，必須由本件公司繼續的加以報導（準則第八款）。對於報導及演出勤務的監督委員會，其原則上由一位帝國的代表及兩位主管邦政府的代表所組成，乃是為決定一切與節目安排有關的政治問題而被設立（各項條件的第三條第一項）。本件節目公司負有義務對於其節目安排的一切政治性問題，與監督委員會聯絡，並等待其決定（有關監督委員會之規定第三款）。其節目必須持續的呈交其委員會各個構成員，重大的節目變更必須通知之。最後，只要其節目並非單純涉及文化、學術或國民教育的問題時，本委員會對於節目的任何部分，均擁有異議權利（上述規定第五款、第六款）。諮詢委員會也擁有類似的權限，其構成員係於聽取節目公司意見後，由主管邦政府取得帝國內政部長之同意後任命之。諮詢委員會乃是就有關文化、學術及國民教育之領域的演出，為共同參與節目的安排，而組成（條件第三條第二項）。諮詢委員會亦享有權利對於節目提出異議（有關諮詢委員會規定第七款）。

監督委員會及諮詢委員會早在一九二七年即被稱為「檢查機構」（Dercker 著，法學字典，第二冊

，一九二七年出版，第五四七頁，第五五〇頁以下）。其已被質疑此種行政實務作法是否符合威瑪憲法第一一八條所保護的意見表現自由。Hantzschel [Hdb DStR II 651(668)]認為監督委員會的檢查活動，只有在其因為廣播電台設施之經營，並非高權的，而是國庫的，以營利為取向的郵政行政部門，因此與威瑪憲法第一一八條規定相符。氏認為倘若廣播電台的經營應視為高權權利的延伸時，則廣播電台的檢查「無疑的是違憲的」（前揭，第六六八頁，註三十八）。但是在當時，與今日相比較，同樣是較少質疑帝國郵政局與節目公司間的法律關係從一九二六年開始是屬於公法的性質。

參見一九二六年十二月二日帝國內政部長對於帝國眾議院決議之書面答覆（RTM/1924 Drucks.Nr. 2776. Neugebauer，郵政與電報文集（五十三冊），一九二五年，第四十六頁，第四十七頁；同氏著，電信法暨廣播電台法，第三版，一九二九年，第六九九頁以下；同氏著，廣播電台法文集（第三冊），一九三〇年，第一五五頁，第一六六頁，第二〇三頁及第六二七頁，第六二八頁；Bredow前揭文，第二十頁；Freund著，德國廣播電台，一九三三年出版，第五十四頁；Schuster，郵政與電信事業文集，第一冊（一九四九年），第三〇九頁，第三二四頁；Liders著，論廣播電台立法權限，一九五三年，第十二頁以下；Peters著，聯邦對於廣播電台事業之權限，一九五四年，第六頁以下；Steinmetz著，聯邦郵政與廣播電台，一九五九年，第十一頁以下）。

在此，與廣播電台設施之共同經營間的公法上關係的根據，是否被視為是在於一項與負擔（各項條件）相連結的「核准」或「特許」（一九二四年廣播電台命令第一條，FAG第二條）處分中（採此種肯定看法的，包括聯邦內政部長，Neugebauer, Bredow, Freund 及 Schuster前揭文，另參見系爭條件第

四條第三項)；或者被認為僅是單純規律廣播電台設施之「利用」的其他性質的公法上法律關係(採此見解，如Dencker 前揭書以及Peters及Steinmetz前揭書)：並不重要。

同樣不重要的，帝國郵政局以及帝國內政部長의 行政事務是否與威瑪憲法第一一八條相符合，無論如何，在綜合評價藉由各項條件所要實現的「確保行政機關對於廣播電台演出的影響力」(Bredow前揭書，第二十頁)，並無法確定此種干預影響處置乃是以確保意見表示自由之基本人權包括在廣播電台領域的禁止檢查為目的。此同樣適用於帝國經由帝國廣播電台公司對於個別的節目公司所獲得的影響可能性(參見Bredow前揭書，第四十一頁以下)。此並不妨礙廣播電台在某種程度範圍內，可能達成政黨政治的中立性。

聯邦政府在其想要將電信事業的規定權限賦予聯邦得以法律規定基本法第五條對於廣播電台的指導原則的可能性時，不正確的引用到一九三三年為止的行政實務作法。

再者，帝國郵政局與聯邦內政部長對於廣播電台的行政實務的合憲性，在另一個觀點下亦有爭論。在一九二五年／一九二六年間廣播電台的新規定就如同一九三二年夏天的改革一般，乃是帝國與各邦間在帝國參議院及其委員會經過漫長的辯論的結果(參見Brecht, 前揭書，第四十頁以下及第九十一頁以下)。此該項辯論中，各邦爭執帝國規定廣播電台事業的權限；各邦尤其反對其固然並非由帝國郵政局而是由帝國內政部長出發的嘗試獲得對於節目安排的政治上影響。然而，帝國與各邦間的意見對立，並未獲得解決。人們達成妥協，對於各邦承認對於廣播電台播送的安排享有不小的影響力。然而各邦不論

在一九二六年或一九三二年均對於由帝國所行使的廣泛的權限加以爭執，並且強調根據其警察及文化高權，其應享有由自己規定廣播電台的權利（參見Bauch前揭書，第五十五頁，第一〇二頁以下及第一九九頁以下）。鑒於此種帝國與各邦間的意見對立，不得認為有在帝國權限意義下的「憲法的習慣法的補充」（Scheuner，鑑定意見書，第四十七頁即如此認為）。

最後應附帶說明的，「行政機關對於廣播電台的演出的影響」（Bredow前揭書）並非由帝國郵政部長及帝國郵政局爲之，而是由帝國內政部長及邦政府爲之。Schuster（前揭書，第三二〇頁）即很正確的強調在一九三三年之前及以後，「帝國郵政局與節目層面並無關係，而是僅就（廣播電台的）技術層面有關係」。此種情形亦符合：廣播電台法只有在其規律廣播電台的技術層面上問題的範圍內，被算入電信法中（參見Krause，論規定德意志聯邦共和國之廣播電台事業的權限，一九六〇年，第八十頁以下；尤其在該文所引用帝國郵政部長參事官Neugebauer博士所發表的意見）。

總之，並無法承認：直到一九三三年爲止，帝國郵政局，帝國內政部長及邦政府的行政實務，已經建立涵蓋廣播電台整體的電信事業法律概念，而已可能爲基本法的立法者所繼受。

(c) 在一九三三年到一九四五年的期間，必須不予考慮。在一九四五年到一九四九年廣播電台的發展，對於確立包含廣播電台整體的電信事業概念，並不可能有任何的貢獻。

(d) 基本法第七十三條第七款規定的制定歷史，證實電信事業並未包含廣播電台整體。從國會的參議院的辯論中，僅可以明顯的看出：一方面反對根據Herrnrichs的憲法大會的草案（報告，說明部

分，第三十二頁），將廣播電台的技術層面納入電信事業之中，而另一方面，就「文化的層面」，亦即播送的内容，應屬於各邦的事務。有關廣播電台事業的組織是否亦應歸屬於電信事業的問題，仍留待未決，對於播送技術過程的組織以及廣播電台播送安排的組織，並未加以區別。對於此一問題的更具體明確的答案，並無法從資料中看出。

有關制定歷史，參見公法年鑑第一冊（一九五一年）第四七六頁以下；國會參議院，權限劃分委員會，一九四八年九月二十二日第二次會議之議事錄，第四一八頁，第四四一五二頁；一九四八年十月六日第八次會議之議事錄，第三十一三十三頁；一九四八年十月十四日第十二次會議之議事錄，第三十七一四十頁；一九四九年一月五日第二十九次會議主要委員會之辯論，第三五一頁以下。

在國會參議院對於「文化的層面」亦即節目，不歸屬於電信事業範圍，而視為各邦的事務的情形下，可排除：國會將電信事業的概念涵蓋廣播電台整體納入基本法之中。其依據基本法第五條所要求及允許的法律上規定，主要涉及播送的内容，亦即以國會參議院的用語而言，乃涉及廣播電台的「文化的層面」。依其明確的意思，此種規定並無法列入電信事業之範圍。

6. 依據基本法第七十三條第七款規定，電信事業的規律權限，係限於播送技術的事務。

(a) 基於事物的關聯性（參見聯邦憲法法院裁判集第三冊，第四〇七頁，第四二二頁；第八冊，第一四三頁，第一四九頁），對於廣播電台的進一步的立法權並非歸屬於聯邦。不論播音技術或與廣播電台之播送安排相關聯的問題，均不適用下述情形，亦即其規律（在其可能及必要的範圍內）乃是對於廣

播電台之播送技術事務之規定的必要前提（參見聯邦憲法法院裁判集第三冊，第四〇七頁，第四二一頁）。播送技術與廣播電台播送之安排乃屬於可以分離分別規定的事務領域。在此範圍內，「廣播電台」並非僅可統一由聯邦加以有意義的規定之整體。

(b) 依據基本法第七十三條第七款規定，聯邦可以規定廣播電台的事務，也可以在法律上對於其「組織」加以立法。亦即聯邦享有權限對於廣播電台播送技術之設施的組織（主體）加以規定。在此可以對於下述問題不予決定：亦即聯邦的立法權是否直接從基本法第七十三條第七款導出，或者基於事物關聯性從此一規定導出或者——在涉及行政的範圍內——從基本法第八十三條以下規定導出。亦即聯邦可以例如經由法律規定，建立有權利能力的公法上營造物，而可以將有關廣播電台之聯邦固有設施的建築物及播送技術之經營移轉予該公法上營造物（基本法第八十七條第三項）。

然而，聯邦僅能對於此種營造物頒布組織上的規定，亦即限於播送設施之設立及技術上經營規定（但另參見下述Ⅲ 2 及 E I 5）。對於廣播電台播送之舉行及舉辦者之組織上規定，乃屬於邦立法者之事務。此種規定——依據基本法第五條——比有關播送設施之設置組織及技術上經營之規定，具有更大的意義。只要對於營造物，廣播電台播送之舉行以及播送設施之經營之組織性質的規定，合併加以頒布，則對於播送技術之事務的權限，基於事物關聯性，亦歸屬於邦立法者。

(c) 超越播送技術的事務範圍的廣播電台的規定權限，依基本法第七十三條第七款規定，並不因依據 F A G 第二條特許（Verteilung）廣播電台設施之設立及經營以及有關利用此種設施之契約，為維護

基本法第五條連結基本法第一條第三項規定，對於舉辦廣播電台播送之組織以及播送內容，必須連結某些負擔（各種條件）（參見有關廣播電台之法律的政府草案之立法理由，BT III/1957, Drucks. 1434），而因此將上述權限歸屬於聯邦。如果有關廣播電台之電信事業的權限，限於播送技術的事務時，則聯邦郵政局在作成此種特許及契約時，即有義務斟酌此種排他的播送技術的觀點（參見下述E I 4）。其脫離此一領域的各項「負擔」，應為法所不許。

7. (a) 聯邦對於電台事業的立法權可以容許規定保留予聯邦排他的權利設置並經營為廣播電台之目的之廣播電台設施。在一九二八年之電信設施法中所規定帝國的廣播電台特權，可以回溯到電報特權以及最後回溯到郵政特權。

參見一九九二年四月六日德國帝國之電報事業法第一條（帝國法律公報第四六七頁）以及一九〇八年三月七日對該法律之修正法（帝國法律公報第七十九頁）以及一九二四年廣播電台規則；詳請參見Krüger, 前揭書，第五頁以下。

基本法在此範圍內，對於帝國之向來的權限並未加以變更。亦即FAG第一條在其規定發生問題的範圍內，已成為聯邦法。

在此並未牴觸基本法第五條。蓋基本法第五條，乃有別於聲請人所認為者，其並不要求廣播電台之播送之舉辦，必須可以自由使用播送技術設施以及必須自己有經營該設施之可能性（參見下述E III）。

(b) 然而聯邦必須考慮親近聯邦之行為的原則（參見聯邦憲法法院裁判集第四冊，第一一五頁，第

一四〇頁；第六冊，第三〇九頁，第三六一頁以下；第八冊，第二二一頁，第二三八頁以下以及下述E II)。如果聯邦現在將以下述方式引用廣播電台特權行使規定電信事業的權限，亦即導致對於現有公法上廣播電台營造物，剝奪其自己所有的及由其所經營之播送設施的處分權時，則將違反上述親近聯邦行為之原則。同樣的應可適用於：在聯邦經由法律上之規定，對於此種營造物，取消其所利用之波段，而是聯邦在分配現在或將來可使用之頻率時，並未恰如其分的按照邦法律對於舉辦廣播電台播送者的規定加以斟酌時。

8. 依據基本法第七十三條第七款規定，對於廣播電台設施之設置與經營加以規範，亦歸屬於聯邦的權限。邦際協定第三條第一項在其對於北德廣播電台保留排他的權利設置並經營此種播送設施的範圍內，歸屬於此種聯邦之排他的立法權之領域。在此範圍內，邦際協定第三條第一項與基本法第七十三條第七款連結基本法第七十一條規定，並不相符合，因此無效。只要邦際協定第三條第一項對於北德廣播電台保留排他的權利舉辦廣播電台之播送時，則其規定即與基本法第七十三條第七款相符合。

邦際協定第三條第一項僅規定設置及經營播送設施以及舉辦播送活動，但並未規定其接收。因此，是否以及在何種範圍內，聯邦可以對於廣播電台之接收設施以及有關經營此種設施之規費，頒布規定，以及如何對於此種規費在法律上加以定性的問題，則仍然可能留待未解決。

III、

對於北德廣播電台承認享有排他的權利舉辦廣播電台之播送，並不牴觸根據基本法第七十三條第七

款以外之其他規定所可能產生之聯邦對於廣播電台的立法權限。

1. 此種其他規定可以加以考慮的，例如：基本法第二十一條第三項（政黨法），基本法第七十三條第一款（國防以及國民之保護），基本法第七十三條第九款（著作權），基本法第七十三條第十款（及其他國際的犯罪防制）及第七十四條第二十一款（及其他公海、沿海及內陸之船舶運輸，水路，氣象服務）以及第七十四條第二十二款（道路交通）等規定。然而，此類聯邦的權限僅允許規定節目的部分之點（尤其是將播送時段分配予各個政黨以及播送特定的報導），或者廣播電台的個別的法律問題（例如著作權法上問題）。聯邦的其他權限，可能基於事物的關聯性，可以從其有關例如國防、海關及聯邦刑事局之事務的權限導出。然而，所有此類聯邦的權限，即使全部一起加以把握，亦無法產生規律舉辦廣播電台播送之立法權限。亦即上述規定對於邦法律所規定北德廣播電台之獨占權利，並不受影響，並不妨礙其應遵守聯邦法律之個別規定的義務。在此情形，可以不考慮：在上述各項聯邦的立法權限，於何種範圍內，涉及排他的權限以及於何種範圍內，聯邦已經在其競合的立法權領域內行使其權限。

2. 至於聯邦對於外交的事務以及整體德國的問題的權限，是否亦僅允許規定節目的部分事項以及廣播電台的個別問題，或者是否其權限較為廣泛，並允許聯邦頒布有關此種廣播電台播送之廣泛的規定，該項播送係針對外國以及居住在德意志聯邦共和國以外之德國地區所為者，對於上述問題，可以不予決定。另外，聯邦由於其對於外交事務以及整體德國問題之權限，可否經由法律建立聯邦上級機關或公法的營造物，以舉辦廣播電台之播送業務？又可否在法律上對於此種機關或營造物規定基於基本法第五條

所產生對於廣播電台之舉辦及其舉辦者之其各項指導原則，亦可不予決定。蓋上述聯邦的廣泛權限，在本件程序中毋寧加以裁判，或許僅涉及專門絕大部分是為外國或在德意志聯邦共和國以外的德國所設定之播送的舉行及其舉辦者。

經由邦聯協定第三條第一項規定，保留給予北德廣播電台排他的權利為公共利益舉辦廣播電台的播送業務。因此——在不是唯一的情形，也是首先——應考量德意志聯邦共和國之公共利益。故其對於北德廣播電台所承認之獨占權利，不得與下述聯邦之權限牴觸；亦即其可能歸屬於聯邦規律尤其是為外國或德意志聯邦共和國以外地區之德國所設定之廣播電台播送之權限。

3. 從基本法第五條規定並無法導出聯邦之任何權限。基本法第五條並非權限規定，而只是拘束必須規範舉辦廣播電台播送業務之人。

IV、

與聯邦政府所持看法正相反，本院認為就事理而言，透過法律來規範那些以國家對內的展現此一跨區域性的任務為目的，亦即以國家在德意志聯邦共和國之人民面前的自我呈現為目的的廣播電視播放活動，並不在聯邦的權限之內。聯邦也不具有與此相當的行政權限。聯邦也無法依基本法第八十七條第三項之規定，為此一目的以法律設立一個聯邦高級官署或公法上之營造物（參見後述E I 6）。所以在此無庸探究本件是否涉及聯邦之專屬立法權，以及系爭邦際協定第三條第一項所定北德廣播電台對播放活動享有獨佔，是否逾越該項專屬立法權限。

V、

北德廣播電台對播放活動享有專屬權利，亦無牴觸基本法第五條之規定（參見後述E III）。

VI、

與系爭邦際協定第三條第一項有關的系爭漢堡市之法律中，關於將設置及經營廣播設施之專屬權利保留予北德廣播電台之部分，因違反基本法而無效；其他部分則無牴觸基本法之處。

E、II、

聯邦設立德意志電視有限公司之舉，違反基本法第三十條及第八十三條以下諸條之規定。由德國法上之發展以觀，廣播電視播放活動屬於公共任務，當國家欲從事此一任務時，不論係以何種形式為之，此一任務便成為「國家任務」。依基本法第三十條之規定，除基本法另有特別規定或明文准許外，國家任務之履行乃各邦之事務，而基本法就廣播電視播放活動並未授與聯邦任何特別的權限（參見後述5）。

1. (a) 做為我們憲法制度上聯邦國結構之基礎的基本法第三十條，是否涵蓋一切國家活動，容有爭議，惟此一權限規定至少涵蓋國家為履行公共任務所從事的活動，而不論係透過公法或私法之形式。倘不做此解釋，恐難符合基本法第三十條之精神，在非干預性的行政權活動之範圍日益擴展的情形下，尤為如此。也唯有此一解釋方能符合該條規定之立法原意。

參閱：公法年鑑（Jor）（一九五一年）第三一九五頁以下；制憲代表Jafetz博士之發言，載於一九四八年九月二十九日制憲會議第五次集會議事錄第一二四頁、第一二七頁以下及第一三五頁有關權限劃分委

員會之部分；同議事錄第一二九頁、第一三八頁及第一四五頁所載制憲代表 *Engel* 博士之闡述；另參閱一九四九年二月九日制憲會議第四十八次集會議事錄第六二六頁有關憲法起草委員會之部分。

(b) 從一九二六年以降，德國的廣播電視播放活動在傳統上屬於公行政之任務，將廣播電視納入公行政領域的關鍵因素，在於「廣播電視在昔日是第一級的出版工具和新聞事業，於今亦是如此」，並且「在政治領域會產生作用」（參閱 *Hans Schneider*，鑑定意見，第八頁）。雖然廣播電視部分節目可能被認為僅屬「個人的自由活動」而「和公共任務之間缺乏內在關聯」（參閱 *Schneider*，鑑定意見，第二十一頁），但此點向來在國家與廣播電視的法律關係上只扮演一個次要的角色。自廣播電視出現以來，將廣播電視播放活動納入公共任務之領域內的動機和正當理由，一直都是最廣義的新聞報導（參閱 *Engel Schneider* 前揭處）。

固然，在威瑪憲法時期，新聞播送係由私人團體所為，但此點並不影響前述之原則，蓋當時之所以會由私人團體經營廣播事業，並非基於播送活動屬於私經濟事務，而是因為帝國郵政總局受通貨膨脹之累，缺乏自行承擔此一任務所需之經費（參閱 *Bredow* 前揭處，第十二頁及第十九頁；*Bausch* 前揭處，第十九頁）。雖然未投入任何費用，帝國郵政總局仍然設法要在私廣播事業之機關中掌握多數的表決權，並在一九二六年達成此一目標（參閱前述 *A 12 b* 及 *Bredow* 前揭處，第二十九頁以下；*Pöhl* 前揭處，第二十九頁以下及第四十八頁以下；*Bausch* 前揭處，第三十一頁以下及第五十八頁）。一九三二年的改革將私人資本完全排除在外，一向由私人經營的帝國廣播機構及地區性廣播事業的所有股份，均移轉到

帝國及各邦手中（參閱前述 A I 3 及 *Pöhl* 前揭處，第一二四頁以下，*Bausch* 前揭處，第九十頁以下）。

在此種情況下，帝國所行使的權力是否符合帝國與各邦間權限分配之規定，以及帝國和各邦對廣播電視所施加的影響（參閱前述 D II 5）是否符合言論自由與禁止新聞檢查之規定（威瑪憲法第一一八條），便無足輕重。在此重要的是，國家對廣播電視的影響只能以下述觀點所生效應來看待；廣播電視播放活動不僅屬於公共領域，而且是公共任務的一部分。

一九三三年至一九四五年間之發展，此處暫不討論。一九四五年之後，設立公法上營造物做為廣播電視之播放主體，遂使廣播電視係屬公共任務的此一看法更加彰顯。一九六〇年十一月二十九日的聯邦法律設立兩個公法營造物，該法律之草案甚至還為第二組電視節目規定了設置此類營造物的法律基礎，由公法傳播營造物所履行之任務，乃屬公行政之領域（聯邦憲法法院裁判集第七卷第九十九頁（第一〇四頁））。

(c)總之可以確定的是，廣播電視在德國向來皆為公共機構，負有公共責任，當國家欲從事廣播電視工作時，不論係以何種形式為之，均屬履行公行政之任務。

同此結論的還有：漢堡邦高等行政法院一九五六年七月十日判決，載於 *Urt.* 一九五七年第六十七卷（第六十八頁）；*Isen*，廣播電視收費問題，一九五八年第二版，第四十頁以下；*Krause*，前揭處，第一

〇六頁以下；Kriger，前揭處，第十六頁及第七十八頁；Maurz，一九五七年巴伐利亞邦行政公報第四卷（第五頁）；Que-ritsch，JUR 第八卷（一九五七年／一九五八年）第三三九頁（第三四一頁以下）；Weber，載於：廣播電視在人民政治與精神生活中之地位，第六十七頁；Rieger，教會、國家與廣播電視，一九五八年第四十二頁以下。持不同見解的有：慕尼黑邦高等法院一九五七年十月二十四日判決，載於一九五八年之「第二二九八頁（第二二九九頁以下）」；«Golt. Novitsky» 紀念文集，一九五六年第三七五頁（第三八一頁）；Peters，前揭處，第三十三頁。

因而和聯邦政府所持見解相反，本院認為廣播電視播放活動既屬一項公行政任務，當為聯邦與各邦權限劃分界定（基本法第三十條）規範效力之所及，縱使如本件情形所示，國家係以私法形式為之，亦無不同。

2. 聯邦政府主張，公行政任務之履行如係以私法手段所為，則唯有在涉及法律之執行時，方屬基本法第三十條規範之對象。設立德意志電視有限公司既非執行法律，自無基本法第三十條之適用。

然而，基本法第三十條不僅規範在有法律依據之下履行公行政任務，對於「未有法律依據」而履行公行政任務，亦有適用。此乃由基本法第三十條與基本法第八章（基本法第八十三條至第九十一條）之相互關係，以及由該章所稱聯邦行政包含了未有法律依據之行政，必然得出的結論。

由於德國聯邦制度一項特色是將聯邦法律之頒布權與執行權加以區分，基本法第八十三條至第八十六條才會規定聯邦法律之執行問題。倘若其後諸條只涉及有法律依據之行政，第八章標題將「聯邦法

律之執行」與「聯邦行政」分列，恐將令人費解。基本法第八十七條至第九十條，特別是第八十七條第一項所列舉聯邦固有的行政事項，有不少情況是在「未有法律依據」下所爲，聯邦公路行政、聯邦街道行政及聯邦水路行政是如此，外交事務、聯邦鐵路及聯邦郵政亦無二致。基本法第八十七條第一項、第八十九條及第九十條之目的並不限於在聯邦執行聯邦法律之權限外，另外賦予聯邦維持一個聯邦固有之行政基層結構的權力（尤其參照就聯邦行政任務設有詳細規定的基本法第八十九條第二項第二句及第八十七b條第一項第二句），基本法第八十三條以下諸條也規範了非執行法律之聯邦行政。

持同一見解的還有：Jaffinet, DÖV一九四九年第111頁以下；Kewitsky，基本法之基本理念，一九五〇年第111頁；Peters, Erich Kaufmann紀念文集，一九五〇年第二八一頁（二九〇頁）；Hans Schönbauer，鑑定意見書，第十八頁以下及第三十六頁；持不同意見的有Kotjen，公法年鑑，第三卷（一九五四年）第六十七頁（第七十三頁、第七十八頁及第八十頁）。

未有法律依據之聯邦行政既然亦屬基本法第八章規範之對象，則基本法第三十條所定之原則對此種行政亦有適用，乃屬當然之結論，而同爲聯邦政府所肯認。因此，設立德意志電視有限公司一事雖非法律之執行，其合憲與否仍應以基本法第三十條爲判斷依據。

3. 聯邦政府認爲，基本法第三十條之原則——國家權限原則上歸屬各邦——在基本法第八章中僅於第八十三條再度出現，而在第八十三條中僅於執行法律之行政有所提及，因而各邦優先之原則（基本法第三十條）不適用於未有法律依據之行政，基本法第八章處理未有法律依據之行政的方式，可謂係基本

法第三十條所謂之「另有規定」。

惟關於基本法第八章和基本法第三十條之相互關係，不能只從基本法第八十三條之角度觀察。如前所述，基本法第八章規範之對象包括有法律依據以及未有法律依據之聯邦行政，第八章也為後者詳細地設了一項第三十條所稱的「另有規定」，因此第八章並非給未有法律依據之行政設了一個一般性的「另有規定」，致使此種行政被排除於第三十條所定各優先立法權適用範圍之外。

4. (a) 基本法第七十三條第七款之「郵政與電信事業」以及第八十七條第一項所稱「聯邦郵政」，係同一事項（參閱前述D II 3 c）。依第七十三條第七款之規定，聯邦得以法律對廣播電視播放設施之設立及經營此類設施，故聯邦設置用於傳送第二組電視節目之郵政專用電台（參閱前述A III 1），並未違反基本法第三十條及第八十三條以下諸條之規定。

(b) 廣播電視播放活動非屬基本法第七十三條第七款所稱之「郵政與電信事業」（參閱前述D II），對於廣播電視播放活動而言，規定「聯邦郵政」由聯邦依固有行政為之的基本法第八十七條第一項，並非基本法第三十條所稱之「另有規定」，因此德意志電視有限公司之設立，不僅非基本法第八十七條第一項所明定，亦無法透過事理之關連性（參閱前述D II 6）而為第八十七條第一項所涵蓋。

(c) 以法律規範郵政與電信事業之權限，並不包括將廣播電視播放活動與播放主體依基本法第五條之規定，在實體法和組織法上應遵循或得遵循之指導原則加以規範的權力（參閱前述D II，特別是3，5，與6，以及D III）。因此聯邦依聯邦與各邦財政平衡法第二條所為之特許，或簽訂關於利用聯邦（

郵政）專屬廣播電視設施之契約時，均不得附加超越有關播放技術本身以外之「負擔」。

依基本法第一條第三項之規定，聯邦亦不得享有更多額外的行政權限，於此聯邦政府之見解實不足採。蓋基本法第一條第三項非屬權限規定，猶如基本法第五條並非權限規定。聯邦與各邦有義務按照基本法所劃定之權限來維護基本權利，各邦則有權對「廣播電視自由」加以保障，因而聯邦只有在各邦不遵守基本法時才能進行干預。

(d) 廣播電視播放活動之立法與行政權限，係歸屬各邦；播放節目所需之技術設施的立法權限則在聯邦（但參閱前述 D II 6 與 7）。依基本法第八十七條第一項之規定，邦還享有與此相應的行政權力，特別是主管分配波段予各播放主體，但不論波段之分配或者簽訂關於利用聯邦專屬播放設施之契約，聯邦僅得就播放技術上之考量為之。聯邦與各邦在此方面所需建立、維持之合作關係，應恪守相互尊重友善之原則。同一原則亦適用於所謂「管線技術」方面之事務。

若聯邦收回現有廣播電視機構所使用之波段，而在分配現有或未來可供使用之頻道時，未依據各邦就廣播電視播放主體所設規定為充分考量時，便有違相互尊重友善之原則（參閱後述 II）。同理，如聯邦以握有廣播電視之特權為名而行使其行政權力，結果造成該等機構對其所有使用之播放設施之處分權遭受剝奪，則亦不符合相互尊重友善之原則。

5. 德意志電視有限公司之設立，並不因為基本法在第八十七條第一項就聯邦對於外交事務及全國性事務之行政權限設有明文，而符合基本法第三十條及第八十三條以下諸條之規定。

從此一角度而言，聯邦對廣播電視播放活動究竟有多大的行政權限，可暫置不論，按該行政權限絕不至大於立法權限（參閱前述D III 2），換言之，至多僅及於設立那些以外國或居住在德意志聯邦共和國境之外之德國人為唯一或主要對象的廣播電視播放機構。系爭德意志電視有限公司並非以此為唯一或主要目的，至為顯然。

6. (a) 由基本法第三十條及第八十三條以下諸條來看，亦不得以廣播電視播放活動係屬「跨區域性」之任務，或以基本法准許聯邦為國家之對內展現而從事播放活動為理由，辯稱德意志電視有限公司之設立具有合法依據。就此聯邦並無任何源自事理的行政或立法權限。

(b) 源自事理的權限係建立在「不成文的、以事物之本質為基礎、因而不需要帝國憲法明文承認的法命題之上。依據該命題，某些事務在本質上即屬聯邦自己最切身之事務，自始當然不為其他特別立法權限所涵蓋，因此得由聯邦，而且僅得由聯邦加以規範。」（Anschütz, HdbStR I, 367；參閱聯邦憲法法院裁判集第十一卷第八十九頁（第九十八頁以下）及第十一卷第六頁（第十七頁））現今如欲承認此種聯邦當然享有之權限，仍須以具備該等條件為前提；從事理所導出之肯定結論，必須在概念上是必然的，並且是在無其他妥適之解決方案下必須訴諸的解決之道（聯邦憲法法院裁判集第十一卷第八十九頁（第九十九頁））。

本件並不具備前述要件。

(c) 無線電波能跨越邦與邦之界線而傳播，因此廣播電視節目之播送會產生一些吾人可稱之為「跨

區域性」的影響。不過此種物理上的「跨區域性」還不足以做為肯定聯邦當然權限之根據。

廣播電視之播送，尤其電視之播送，需耗費相當可觀之資金，因而目前播送中的第一組電視節目大部分係由所有廣播電視機構共同製作，獨力製作一套完整電視節目所需之經費，超出了個別廣播電視機構之財力。以此而言，吾人可以說電視之播送有其源自財務資金面的「跨區域性」。惟地方機構財力不足之事實，並不能做為聯邦在事理上當然具有權限之理由（參閱 Kotzen，文化之保存與聯邦，載於：國家學與行政學文集，一九五七年，第一八三頁（第一九一頁））。

某項任務（例如電視節目之播送）非由各邦（廣播電視播放機構）單獨為之，而係由諸邦（諸廣播電視播放機構）共同或依詳細之協議履行，此一事實亦無法導出聯邦當然享有權限。某項任務係由諸邦（諸廣播電視播放機構）共同或協調履行時，不論其合作之動機為何，均不足引為聯邦當然具有權限之理由。在聯邦國家中區別以下兩種情形之差異，是非常重要的：究竟是各邦之間達成協議，或者是聯邦得反於諸邦或個別邦之意思而就某事務行使立法與行政權。

(b)猶如從維護「延續一貫之傳統」之原則無法得出聯邦對廣播電視播放活動當然具有權限，從國家對內展現，亦即國家在德意志聯邦共和國之人民面前自我呈現的需要，也無法導出該等權限。提昇國家之自我呈現確有其必要，惟此一任務實難予以詳細之規定，許多文化機構與活動皆以國家對內之展現為目的，而終極言之，整個教育制度可以說就是在維護「延續一貫之傳統」。

透過廣播電視推動此一任務時，應有基本法關於聯邦與各邦權限劃分規定之適用。唯有在涉及聯邦

自身之事務，自始當然不屬各邦之權限，因而僅得由聯邦履行時，聯邦於事理上始有從事播放活動之權。本案並不具備此一要件，蓋從「國家對內之呈現」及「維護延續一貫之傳統」等任務之本質，在概念上並非必然導出該等任務之推動絕對必須由聯邦為之（參閱聯邦憲法法院裁判集第十一卷第八十九頁）（第九十八頁以下）。如考慮到聯邦為了達到「國家自我呈現」與維護傳統之目的，勢必對播送內容予以影響，而其影響程度須受基本法第五條之嚴格限制，則更可知無所謂聯邦當然播放權之可言。

(e) 基本法第一三五條第四項雖明定，為「聯邦之重大利益」之故，得不受同條第一項至第三項關於財產移轉之規定之限制（參閱聯邦憲法法院裁判集第十卷第二十頁（第三十六頁以下）），惟此一規定並不能用以支持聯邦政府之主張。基本法第一三五條第四項係規定聯邦於推動直接行政時得行使一項「特別權限」，不受基本法第八十七條第三項第一句（聯邦立法權限）之約束（參閱聯邦憲法法院裁判集第十卷第二十頁（第四十五頁）），其目的在使聯邦能就原本整體相關、對國家之自我呈現具有重要意義，而因戰亂遭受毀壞的收藏與圖書，重建其有機之脈絡，以克盡其對整個德國民族所擔負之原始任務（參閱聯邦憲法法院裁判集第十卷第二十頁（第四十七頁））。聯邦立法者唯有依據基本法第一三五條第四項所授予之權限，方可將日後普魯士文化資產之管理亦委由「普魯士文化資產」財團（一九五七年七月二十五日公佈施行之法律，登載於邦法律公報第一卷第八四一頁）負責（參閱聯邦憲法法院裁判集第十卷第二十頁（第四十五頁以下））。基本法第一三五條第四項乃一例外規定，倘若聯邦依基本法其他規定即能從事國家自我呈現及維護傳統之工作，第一三五條第四項將屬多餘。

綜上所述，德意志電視有限公司之設立乃基本法第三十條規範之所及，基本法就此並未設有任何該條所稱的「其他另有規定」而可得出有利於聯邦之結論，亦不容許做如此解釋，因此德意志電視有限公司之設立牴觸基本法第三十條及第八十三條以下諸條之規定。

II、

在德國聯邦制度上，聯邦與其成員之間，以及各成員相互間之憲法關係，受聯邦與各邦互負尊重友善之義務的不成文憲法原則所支配（參閱 *Sind*，君主聯邦國之不成文憲法，*Otto Meier* 紀念文集，一九一六年，第二四七頁以下）。聯邦憲法法院由此發展出一系列具體的法義務，在關於所謂水平的財政平衡之合憲性一案中，提出了一項準則：「聯邦國原則在本質不僅賦予權利，亦課予義務，其中一項義務乃財政較寬裕之邦於某限度內應協助財政較困難之邦」（聯邦憲法法院裁判集第一卷第一一七頁（第一三一頁））。此外，當法律要求聯邦與各邦間取得一致之協議時，該憲法原則會課予所有當事者較重的協力義務，甚至可使來自於當事者一方有礙達成協議的反對意見，在法律上被排除在考慮之外（聯邦憲法法院裁判集第一卷第二九九頁（第三一五頁以下））。各邦在決定提供耶誕禮物給公職人員時，須信守對聯邦體制之忠誠，顧及聯邦與各邦整體的財政結構（聯邦憲法法院裁判集第三卷第五十二頁（第五十七頁））。源自此一忠誠思想的法律界限，在立法權限之行使上益見明顯：「當某一邦之立法所產生之影響超越其邦境時，該邦立法者必須顧慮聯邦及其他諸邦之利益」（聯邦憲法法院裁判集第四卷第一一五頁（第一四〇頁））。另外，基於相互尊重友善之憲法上義務，各邦亦有義務尊重聯邦所簽署之國

際公約（聯邦憲法法院裁判集第六卷第三〇九頁（第三一八頁、第三六一頁以下））。而基於該忠誠義務，各邦對於侵犯聯邦專屬權限之鄉鎮市自治團體，必須透過自治監督進行干預（聯邦憲法法院裁判集第八卷第一二二頁（第一三八頁以下））。如前所述（參閱I 4 d與D II 7 b），在聯邦行使涉及廣播電視之權限一事上，相互尊重友善原則亦具有原則性的重要意義。

由本院以往裁判中可得知，在此一原則下，不但聯邦與各邦間互相負有超越聯邦國憲法明定之義務以外的額外具體義務，而且聯邦與各邦在行使基本法所賦予之權限時，須受到具體的限制。

由於本案之審理，相互尊重友善之憲法原則需要從另一個新的角度加以發揮：聯邦與各邦之間，以及各邦相互間在憲法生活上必須進行協商時，其協商之程序和方式亦須遵守相互尊重友善原則。各邦在德意志聯邦共和國中均有相同之憲法地位，各邦與聯邦往來時均得要求獲得相同之待遇。每當聯邦就某項涉及所有各邦之利害關係的憲法問題，竭力想達成具有憲法上意義之協議時，基於相互尊重友善之原則，聯邦不得採取各個擊破以造成強迫性勢態的手段，換言之，聯邦不得出於分化各邦之企圖，只設法與若干邦達成協議，再迫使其他邦不得不接受該協議結果。此一原則也禁止聯邦政府在涉及所有各邦之事務的協商上，基於黨派之考慮而對邦政府為差別待遇，特別是在含有濃厚政治性色彩的磋商中，僅徵詢親聯邦執政黨的邦政府之代表，而將親聯邦反對黨的邦政府之代表排除於外。在此處所述之種種情形下，聯邦或各邦隸屬某一政黨的政策決定者，有充分權利就其對於解決涉及聯邦與所有各邦之利害的問題所持之意見，先透過政治對話加以闡明澄清，互相協調，並且在聯邦和各邦進行協商的同時，達成探

取其他一致步伐的共識。惟聯邦與各邦之間，也就是各該政府及其發言人之間必須進行的協商，應遵守前述之原則。

一九五八年初，聯邦政府計劃一項針對廣播電視的聯邦立法，多年以來建立廣播電視制度新秩序之努力遂邁入一個新的階段。一九五九年，在一項聯邦法律草案經過各邦代表多次討論之後，各邦一致決定在一九六〇年設立一個四人委員會，由各邦政府推舉二位基督教民主聯盟黨員及二位社會民主黨黨員組成，負責代表各邦政府與聯邦政府進行協商。惟聯邦政府未曾讓該委員會參與協商，四名委員中僅有隸屬基督教民主聯盟的萊茵邦總理，曾參與由基督教民主聯盟及基督教社會聯盟之政策決定者與民意代表，其中包括聯邦政府之成員，所共同舉行的一連串會商，然而萊茵邦總理並非以委員之身份參與，而係以其所屬政黨之黨員之身份與會（參閱一九六〇年十一月十七日萊茵邦總理致聯邦部長Schmoeck博士函）。嗣後萊茵邦總理將該等會商所達成之協議通知四人委員會及其他邦政府。該等會商中形成了若干建議和計畫，但卻未被納入聯邦政府與各邦政府，以及與四人委員會間協商議題之內。其中舉凡大者，有一九六〇年七月八日在一次協商中首度出現的由聯邦與各邦共同設立一個有限公司以經營第二組電視節目的構想，以及同年七月十五日在另外一次僅由基督教民主聯盟及基督教社會聯盟參與的會商中所討論的一項預定在七月二十五日簽署的公司設立契約草案。由基督教民主聯盟所領導的部分邦政府，雖經萊茵邦總理於七月十六日行文函告而獲悉該等計畫，並且同時與其他各邦總理受萊茵邦總理之邀請於七月二十二日就該等計畫進行會商，惟聯邦政府仍有義務就其所擬議之計畫，和所有邦政府直接進行協商。

，聯邦政府竟怠於協商，自有違相互尊重友善之原則。

再者，系爭公司設立前之數日期間，聯邦政府對待各邦之方式，亦不符相互尊重友善原則。各邦總理直到七月二十二日才首次有機會針對由聯邦與各邦合設公司以經營第二組電視節目之計畫從事討論，此乃聯邦政府所明知。各邦總理，包括隸屬基督教民主聯盟及基督教社會聯盟之邦總理，並非毫無保留地接受聯邦政府之提議，他們還提出了相對建議。聯邦政府透過七月二十二日之公函而得知各邦總理商談之結論，但仍堅持前述公司設立契約按其原擬之形式在七月二十五日簽署。聯邦政府公函上之日期係七月二十三日，於七月二十四日午後五時自波昂發出，於七月二十五日午後四時十五分寄達相對人萊茵邦總理，因此在公函寄達之際，該公司設立契約業已完成公證（參閱萊茵邦總理一九六〇年十一月十七日函）。聯邦政府此一做法根本違反相互尊重友善之原則——縱使聯邦政府對於各邦或部分邦政府一再表示反對以致拖延了時程感到不滿，確有其理由。此處之重點不在於聯邦政府是否得認定其與各邦之協商已告破裂，而在沒有各邦參與的情形下，逕依其所確信合憲之途徑設立電視公司；重點乃在於邦政府既身為德意志聯邦共和國各邦之憲法機關，則當各邦就一項新計畫提出相對建議後，應可期待聯邦政府不以造成既成事實——而且是在過短之期間內造成事實——來予以回應。

系爭公司設立之方式亦有違相互尊重友善之義務。重點同樣不在於聯邦政府得否將其所認為無違憲之虞的設立系爭公司之計畫付諸實行。按在若干情況下，聯邦為各邦之利益設立一公司，除聯邦本身以外，另有一具備各邦「受託人」地位之股東參與其中，並非不可想像。但是當各邦顯然不願參與聯邦所

擬設立之有限公司，一如本案之情形所示，此時若聯邦自行爲各邦選任「受託人」，在該受託人之協助下反於各邦之意思而設立該公司，便違背相互尊重友善之原則。

聯邦政府一連串行爲在促成系爭公司誕生的設立行爲上達到了頂點，所以設立行爲包含了整個過程的違憲性，其所造成的情勢也因而不能做爲公司目的活動之合憲基礎。系爭公司之設立便是在此意義上違反了相互尊重友善之原則。

III、

在相互尊重友善之原則下，各邦是否，以及在如何程度內得要求聯邦不得蔑視共同的憲法秩序，損害各邦身爲聯邦成員所享有之利益，於此暫可不論。惟無論如何，基本法第五條——其內涵仍有待闡述——及該條所定廣播電視自由在憲法上之保障，對各邦境內整體的公共、政治與憲法生活實具有極爲重大之意義，因此各邦得要求聯邦不得侵害其在廣播電視領域受基本法保障之自由。各邦得於憲法爭訟中，依基本法第九十三條第一項第三款及聯邦憲法法院法第六十八條以下諸條之規定捍衛此種憲法上之地位。職此之故，在本件爭訟中針對聯邦設立系爭公司之舉牴觸基本法第五條一事予以指摘，亦爲法之所許。

基本法第五條所規範的不僅是國家應尊重個人不受妨礙地發表意見的自由空間，第五條第一項第二句尤其還保障從資訊之收集到新聞及意見之散播的整個出版活動能具備制度化之獨立性（聯邦憲法法院裁判集第十卷第一一八頁（第一二二頁））。國家直接或間接對出版活動之全部或一部加以規制或操縱

，將破壞此一憲法上之保障。唯有在衆多獨立於國家的報紙與雜誌相互競爭之情況下，來自國家之影響方不致於使出版界之自由形象產生質變，而能無傷於出版自由之保障。

欲明瞭基本法第五條對廣播電視具有何意義，不能不從前述該條之內涵爲觀照。姑不論廣播電視自有其特質，容後再述，廣播電視和出版同爲影響輿論、形成輿論所不可或缺之現代大眾傳播媒體。廣播電視不僅是形成輿論的「工具」，也是形成輿論的重要「因素」。廣播電視之參與形成輿論，絕不只是表現在新聞報導、政治評論，以及探討當前、過去或未來政治問題之系列節目。即如廣播劇、音樂節目、歌舞表演之轉播，甚至節目的舞台安排，也都有形成意見的作用。任何廣播電視節目都會因播送內容之選擇與組織而帶有特定的傾向，在涉及什麼節目不應播放、什麼訊息聽衆沒有知悉的需要、什麼內容可以在不影響輿論形成下予以忽略，以及節目應如何企劃與呈現等問題之決定時，尤爲如此。足見廣播電視與出版同屬不可或缺之現代大眾傳播媒體及形成輿論之因素，其地位絕不亞於出版，因此制度化的自由對廣播電視之重要性實不稍遜於出版。基本法第五條第一項第二句將「以廣播電視與影片從事報導之自由」與出版自由並列加以保障，即彰顯此一意旨。

本院前開論述尚未觸及廣播電視自由，特別是藉廣播電視報導訊息之自由應如何予以保障，方符合基本法第五條之規定。在此一問題上，廣播電視與出版相較所具備之特質，即具有重大意義。如謂報社、印刷廠和報紙本身均能以任意之數量創立與維持，固非事實，惟出版與廣播電視確有以下之差異：德國出版界擁有許多在傾向、政治色彩、基本立場上各不相同而互爲競爭的獨立報紙，但在廣播電視領域

，由於技術上之理由，以及廣播電視播放活動需要極為龐大之資金，相對上一直都只存在著很少數的廣播電視播放主體。鑒於廣播電視此一特殊情況，勢須採取特別的防範措施以實現並維護基本法第五條所保障之廣播電視自由。現有廣播電視機構所遵循的組織原則，即為達成此目的一個有效的方法：以法律設立一公法人來從事廣播電視播放活動，國家對該公法人不得施加任何影響，或充其量只能進行有限度的法律監督；公法人內部之合議機關係由各主要政治、信仰及社會團體之代表依適當之比例組成，對節目規劃有決策權或共同決策權的各股勢力，須接受合議機關之監督及糾正，以期符合法律所定使所有相關利益團體依適當之比例參與的原則。在目前的技術水準下，播放機構內部之平衡性如能獲得確保，廣播電視播放活動雖在一邦之內享有獨佔地位，亦不牴觸基本法第五條。但從事基本法第五條絕對導不出必須在一邦之內賦予廣播電視獨佔地位的結論。

惟衡諸基本法第五條之意旨，廣播電視自由之保障並不以採用邦廣播電視法所創設而由聯邦沿襲的方式為必要，尤其聯邦憲法未曾規定廣播電視播放活動只能由公法營造物為之。有權利能力之私法團體如在組織上能確保所有重要的社會力量皆有發言權，報導訊息之自由復能獲得保障，一如公法廣播電視機構，則亦可成為廣播電視之播放主體。舉例而言，為保障廣播電視之特殊目的，尤其維護其制度化之自由，以法律設立一特別形式之團體，具備前述各項要件，且與銀行、保險公司同受國家之監督，此種私法廣播電視機構之設立便無違憲之虞。

基本法第五條最低限度的要求是，此一形成意見之工具不得受國家或任何單一社會團體支配，因此

廣播電視播放主體內部組織之設計，必須讓相關勢力在其內部機關中擁有一定的影響力，對整體節目之策劃享有發言權，並且節目內容必須遵守若干準則，以確保最起碼的平衡性、客觀性及相互尊重。唯有將這些組織上及實質上之原則以法律加以明文規定，始能達成此一目的。

從基本法第五條得不出廣播電視播放主體必須同時為播放設施之所有權人或處分權人，且必定有權經營播放設施的結論。基本法第五條並不禁止國家之代表在「中立化」的播放主體之內部機關中，佔有適當比例之席位。但國家直接或間接操控經營廣播電視之機構或公司，則為基本法第五條所不許。

一九六〇年七月二十五日依公證契約所設立的德意志電視有限公司，係以「製作及播送能將德國之全貌介紹給國內外收視者的電視節目」為目的，其股東原先包括德意志聯邦共和國及聯邦部長 *Schäfer*。自從「代表德意志聯邦共和國各邦」出資的 *Schäfer* 部長退出後，德意志聯邦共和國成為唯一股東，該公司遂完全屬於國家所有，無異聯邦之工具，由聯邦政府及聯邦總理依其憲法上之權限掌控。此一事實不容吾人執設立契約，以及僅屬契約部分內容之公司章程之規定為由加以否認。縱使可認為該公司之機關，尤其監事會與執行業務之股東，在相對上能獨立執行職務，章程中涉及節目策劃之規定於目前也尚能符合基本法第五條保障廣播電視制度化自由之意旨，但關鍵仍在於公司法相關規定及該公司之章程均無法擔保該公司目前之組織形態不致於改變。猶如該章程已因股東 *Schäfer* 之退出而變更，將來亦隨時可能因其他原因而變更。「股東大會」可以決議將章程做任意之修改，亦可決議裁撤公司現有機關並設立新機關（包括相關的人事異動）。所以前述為維護廣播電視自由而須採取的組織上之防範措施及資

質上之準則，究係明定於法律中，抑或僅載於公司契約內，便有根本上的不同。
綜上所述，德意志電視有限公司之設立及存續，抵觸基本法第五條之規定。

關於「聯邦區域重劃」之判決

——聯邦憲法法院裁判集第十三卷第五十四頁以下

譯者：周成瑜

目錄

要旨

正文

理由

A、——I、事實

II、聯邦政府與國會就聯邦區域重劃之立場

III、黑森邦之聲請與聯邦政府之意見

IV、同鄉會之聲請

V、同鄉會提起憲法訴訟

VI、同鄉會理事長之聲請

VII、同鄉會理事長提起機關訴訟

B、I、

1. 聯邦政府之不作爲應歸責於聯邦

2. 黑森邦之聲請不應准許

II、同鄉會在機關訴訟中無當事人能力

III、同鄉會不得提起憲法訴訟

IV、同鄉會理事長之憲法訴訟不應准許

V、

1. 聯邦憲法法院主導程序

2. 個別國民於機關訴訟中無當事人能力

C、重新聯邦區域之義務對於主管之聯邦機關爲有拘束力之委託

〈判決要旨〉

1. 基本法第九十三條第一項第三款僅賦予聯邦憲法法院就聯邦與各邦間之憲法爭議爲裁判之權限；此等憲法爭議僅存在於聲請人向相對人提起自涉及雙方之實質憲法關係所生之請求權之情形。

2. 基本法第二十九條使聯邦區域之重劃爲專屬聯邦之事務；各邦作爲因聯邦之原因所應爲之調整之客體

，僅能被动地參與，此等參與對於已存在之各邦並不產生一種地位，使此各邦據而有向聯邦請求調整區域之請求權。

3. 忠於聯邦之原則乃在聯邦與各邦之法律關係內部，建立或限制其相互間之權利和義務，然而此原則在邦與邦間不會自動創設一個法律關係；雙方互相維持忠誠之法律關係，必須存在或藉協商建立。

4. 聯邦與各邦在國家各階層及各部份維護並創設會於基本法立法秩序之共同義務，僅與基本法之規定有關，而由該秩序得以在憲法爭議中產生邦與邦的請求權。至於基本法的規定，與遂行邦與各邦間的國家權力，或者實質決定聯邦與各邦內憲法的生活有關；而非關於聯邦機構組織作用之基本法之規定，亦非關於授權聯邦對於各邦單方採取行動的基本法之規定。

5. 為從事公民表決，依據基本法第二十九條第二項而組成的同鄉會與政黨不同，並非憲法生活的必需性機關；因此同鄉會在機關爭議中，無當事人能力。

6. (a) 根據基本法第二十九條第二項規定，公民請求表決係立法程序之先行程序且自成體系。立法程序於法律草案提出之時開始。

(b) 基本法第二十九條第三項公民表決之標的並非公民請願，而是該因聯邦立法者之決定而產生的區域調整法。對於政治問題之公民投票係指基本法第二十九條第二項及第三項所稱之公民表決及公民請願，至不相涉，因此並非公民立法程序之成份。

(c) 依基本法第二十九條第三項規定參與表決投票之公民並不參加聯邦機關重要之意思形成行動。

7. 根據基本法第二十九條第三項規定，參與公民表決之權利僅於聯邦立法者制定區域調整法後才會產生。是項權利與選舉權有所不同，因此，聯邦憲法法院第九十條第一項將基本法第三十八條列入其內之規定，不能藉類推適用的方法擴張及於參加公民表決之權利上，為追求此一權利之憲法異議亦不被賦予。

8. 根據德國憲法規定，在憲法法院管轄體系之內，個別之國民就機關爭議並無當事人能力。

聯邦憲法法院第二庭基於一九六一年四月十一日與十二日之言詞辯論於同年七月十一日之判決一案號 2BvG 2/58 - 2BvE 1/59

(案由) 關於聯邦政府根據基本法第二十九條第一項，第二項第三句，第六項第二句之規定，有提出聯邦地區調整法案之義務，就此問題作成判決。

(當事人)

1. 根據基本法第九十三條第一項第三款：聲請人：黑森邦，由黑森邦政府代表，代表人，黑森邦總理，

一代理人：……

相對人：德意志聯邦共和國，由聯邦政府代表。代表人：聯邦內政部長。

代理人：……

2. 根據基本法第九十三條第一項第一款，聲請人：

(1) 黑森—拿騷同鄉會 (Heimatkund Hessen-Nassau)，由第一主席代表WS，住址：……

(2)萊茵黑森協會 (Rheinhesenbund e.V.)，由第一主席代表 Σ ，地址……

代理人……

相對人：聯邦政府，由聯邦內政部長代表。

代理人……

3.根據聯邦憲法法院法第九十條：

異議人：1.黑森—拿騷同鄉會，由第一主席 Σ 代理。

2.萊茵黑森協會，由第一主席 Σ 代表，代理人……

4.根據聯邦憲法法院第九十條：

異議人：1. Σ ……

2. Σ ……

代理人……

5.根據基本法第九十三條第一項第一款：

聲請人：1. Σ ……

2. Σ ……

代理人……

相對人：聯邦政府，由內政部長代表，

代理人：……

判決主文

1. 各該程序均受本判決之拘束。
2. 各項聲請均不受准許，應予駁回。

判決理由

A、—I、

基本法第二十九條第一項要求，聯邦區域之調整依聯邦法律爲之。根據基本法第二十九條第六項規定，基本法公布後二年內應調整地區。由於基本法第二十九條始因佔領軍而延緩施行，以致前開三年之期間於一九五五年五月五日佔領軍政權結束時才開始。而一九四五年五月八日之後各邦重組之際，未依公民表決改變邦籍（Landesangehörigkeit）之地區，依據基本法第二十九條第二項規定應於一年以內由公民請願（Volksbegehren）作出改變邦籍之決定。此一年期間亦自一九五五年五月五日起算。共有八項公民請求已依一九五五年十二月二十三日之「根據基本法第二十九條第二項至第六項公民請願暨表決

調整聯邦地區法 (Gesetz über Volksbegehren und Volksentscheid bei Neugliederung des Bundesgebietes nach Art. 29 II bis DI des GG) 1 分別自一九五六年四月九日至四月二十二日以及一九五六年九月三日至九月十六日實施完畢。而且其中六項請願已達到基本法第二十九條第二項第二句之要求，即須有選民十分之一同意。在隸屬萊茵—發爾茲邦 (Rheinland-Pfalz) 的蒙他堡 (Montabaur) 和萊茵黑森 (Rheinhesen) 兩個行政區域內 (Regierungsbezirke)，公民同意將該區併入黑森邦的票數分別高達有權投票者之百分之廿二點一及百分之二〇點一。蒙他堡行政局的黑森—拿騷同鄉會 (Heimatbund Hessen-Nassau) 理事會以及萊茵黑森行政區的萊茵黑森協會 (Rheinhesenbund e.V.) 理事會依據公民請願法 (Volksbegehrengesetz) 第一條第三項聲請准予公民請願。

根據基本法第二十九條第六項規定，因德國其他地區加入聯邦而應重新釐定聯邦地區時，於其加入後兩年內就地區調整加以規定。薩爾邦 (Saarland) 在前述三年期間內經一九五六年十二月二十三日公布、一九五七年一月一日生效之聯邦法併入德意志聯邦共和國內。不過該邦根據薩爾條約 (Saarvertrag) 第一條及第三條直至一九五九年七月六日加入德國關稅暨貨幣區 (一九五九年六月三十日結束在薩爾邦之過渡時期之公告，載於聯邦法律公報第一卷第四〇一頁)。

II、

根據聯邦議會之請求 (一九五一年六月十三日決議，見國會第一會期速記報告第五九七頁以下；公報第二二二二號)，聯邦政府於一九五二年一月十五日召集了一個鑑定人委員會以便說明並規劃調整聯

邦地區。該委員會由已卸任之帝國總理路特博士 (Dr. Luther) 任主席。該會於一九五五年八月二十九日結束其工作，並向聯邦政府提出報告。該報告名稱爲：「聯邦區域之調整。聯邦政府指派之鑑定人委員會意見報告」。

聯邦上院於一九五五年六月二十日於諮議公民請願法之際根據漢堡 (Hamburg) 邦之申請，在巴伐利亞 (Bayern) 及黑森 (Hessen) 兩邦反對，巴登—伏登堡 (Baden-Württemberg) 邦棄權之情形下，做出下列決議 (上院第一四三次會議速記報告第一六七頁以下)：

聯邦上院認爲，聯邦地區重新調整唯有於德國統一之後方可爲之。

因此上院有義務指出，鑑於政治情勢，在日後立法程序中可能有必要審查，是否及於何等程度內應考慮統一問題而延後依基本法第二十九條調整聯邦地區。

第二屆聯邦眾議院議會法制暨憲法委員會 (一九五五年十月十四日第八十次會議紀錄第五頁) 以及內部行政事務委員會 (一九五五年十月十九日第四十七次會議簡要紀錄第十一頁) 否決聯邦上院之決議。

聯邦政府根據謝弗博士 (Dr. Schäfer) 司長於第三屆議會法律委員會 (一九五八年十二月三日第三十七次會議紀錄第十四頁) 所做之報告，對於該決議表示如下意見：

只要上院決議針對基本法第二十九條第一項所稱之重新調整 (不論有無公民請願)，則吾人可以指出，基本法第二十九條第六項第二句對於區域調整設有三年期間之規定，僅爲「應爲規定」。因此如有

重大理由，重新調整之三年期間亦得不經修憲而延展。至於必要之程度如何，將由聯邦政府在期間內審查。

一九五七年十二月十二日，聯邦內政部長對於國會議員韋爾伯博士（Dr. Werber）之質詢有如下答覆（國會第三會期速記報告第一六九頁）：

聯邦政府認為，目前不宜在既有之關係上就聯邦地區調整一事進行討論決定。準此，聯邦政府尤其必須考慮德國統一以及薩爾邦回歸等問題。……聯邦政府認為部份解決方案不能被允許……。

一九五八年一月十七日聯邦內政部長在第三屆國會內政委員會（第二次會議簡要記錄第十頁）表示：就重新調整一事，聯邦政府目前無意提出相關草案，此係尤其基於薩爾邦以及德國將來統一問題之考慮。若有重大緊急狀態出現，則絕無人會設法排除。無論如何，他不認為國民目前就重新調整有迫切利益。此外他本人目前也基於心理因素，認為重新調整並不適當。

最後，內政部憲法司司長謝佛博士於一九五八年十二月三日在第三屆國會法律委員會說明（第三十七次會議紀錄第十三頁以下；亦請參閱一九五九年一月二十一日法律委員會第四十二次會議紀錄第八頁）：

聯邦政府鑑於德國統一以及薩爾邦回歸德國等問題，認為目前不能主動提出聯邦地區調整案……。聯邦政府始終認為，提出調整案既不正确亦非聯邦政府之法律義務。

基本法第二十九條所規定之聯邦地區調整法，迄今既未由聯邦政府提出，亦未由其他有權提出法律

案之憲法機關提出。

III、

1. 黑森邦政府於一九五八年十月二十九日以聯邦政府爲相對人向聯邦憲法法院提出書面聲請。書狀於一九五八年十一月三日送達聯邦憲法法院，其內容爲：

請求聯邦憲法法院判決：德意志聯邦共和國違反基本法第二十九條第六項第二句結合合同條第二項第三句以及聯邦友善行爲之原則，蓋聯邦政府迄一九五八年五月五日止未於聯邦議會內提出調整聯邦地區法案。

言詞辯論時聲請之內容如下述：請求聯邦憲法法院判決：聯邦違反基本法第二十九條第六項第二句結合合同條第二項第三句以及聯邦友善行爲原則，蓋聯邦政府迄今爲止，未於聯邦議會中提出調整聯邦地區法案。

聯邦政府則請求駁回聲請。

2. 黑森邦政府認爲，根據基本法第二十九條第六項第二句結合合同條第二項第三句之規定，聯邦政府有義務於一九五八年五月五日以前向聯邦議會提出調整聯邦地區法案。

由於聯邦政府並未作爲，因此亦侵害對於黑森邦應作爲之義務。就聯邦與各邦依基本法第二十九條規定之程序範圍內之權利義務而生之爭議，黑森邦得向聯邦憲法法院請求作出判決。

黑森邦並不主張爲其利益而有特定之區域調整請求權，而主張調整爲各邦之基本權利。聯邦政府之

不作爲侵犯各邦之權利範疇，因爲基本法第二十九條第一項賦予各邦經由符合該條所訂之原則之區域調整以加強德意志聯邦共和國之聯邦體制。爲此各邦亦有請求遵守爲此而定之期間之權利。

在基本法規定的三分制聯邦國家（dreigliedriger Bundesstaat）之內，調整聯邦地區爲補充制訂憲法，是整個德意志聯邦共和國之任務。藉由第二十九條規定，聯邦以中央國家之身份被整個國家授權並對於整個國家負義務以聯邦法律履行此等任務。各邦則是聯邦憲法之守護者，經由訴訟途徑向聯邦憲法法院主張聯邦對於整個國家有此義務。如果各邦沒有這種法律途徑，則無異默示修改憲法，因爲基本法第二十九條未被貫徹執行。

聯邦政府有義務提出法律草案遂行調整區域之程序，乃源自聯邦忠誠原則。因爲調整未完成前，各邦包括那些區域乃未定之事。唯此將會造成不確定和不安，使法律制定困難，並阻礙各邦所有爲行政秩序所採取涉及區域之措施。

只要在基本法內主權者有法律義務，則推定其他法律人格之主觀資格也符合這種義務。對於聯邦與各邦之間的爭執，根據基本法第九十三條第一項第三款，只要對於聯邦違反涉及各邦利害關係之義務有不同意見即已構成；至於邦的主觀權利並非要件。鑒於黑森邦收受兩項請願要求區域歸併，因此該邦對於區域調整即有利害關係。各邦有向聯邦憲法法院爲請求之權利，只要各邦主張聯邦違反各觀憲法權利。

基本法第二十九條第六項第二句結合第二項第三句要求，聯邦政府在期限屆滿前適時向聯邦機關提

出調整區域法草案，俾使法律於期限內公佈。立憲沿革證明，期限規定爲強行法。第二十九條第六項第二句所以使用「應該」(soll)一字，目的在於防止由「必須」一字導出除斥期間。聯邦政府違反憲法賦予它的主動提案義務，並且因爲拒絕提出法律草案而違反基本法第二十九條之規定。

聯邦政府提出調整區域法草案之義務，源自於各該區域居民之自決權。在這些區域內居民已依基本法第二十九條第二項第一句及第二句遂行公民請願。該依基本法第二十九條第三項第二句於此等區域內應爲之公民表決以聯邦政府依第二十九條第二項第三句將對此等區域之邦籍之規定收入法律草案中一事爲前提。聯邦政府因此乃有義務於公民請願結束後立即提出法律草案。

聯邦政府不能以（未來）國家重新統一及薩爾邦回歸二者爲免除其主動提案義務之理由。蓋重劃之憲法命令在基本法第二十九條中係恰爲該由基本法所創設之秩序應繼續生效之過渡期間而存在。根據基本法第一四六條規定，基本法於生效之日起失其效力由德意志人民基於自由決定而制定，因此整個德國統一後之區域調整僅能依新憲法之規定爲之。在此之前基本法第二十九條有拘束力。至於政治上之合目的性之考慮並不能違抗憲法之命令。薩爾邦加入聯邦涉及德國部份地區加入問題，就此基本法第二十九條第六項第二句有特別規定，此與聯邦其他地區普遍重整之問題無關。

黑森邦政府提出「依據基本法第二十九條在中部萊茵地區(Mittelrheingebiet)區域調整地圖選集」以及由史奈德(Schneider)、雷謝(Lerche)兩位教授撰擬之法律意見書。

3. 聯邦政府針對，變更聲請提出抗辯並主張聲請不應准許，因爲聲請係爲提起基本法和聯邦憲法

院均無規定的隱藏性機關訴訟。聲請人並非指摘聯邦不作爲，而係指摘與聯邦不可等同看待之聯邦政府不作爲。創設法律純係聯邦立法程序之內部問題，並無對外之效力，特別是對於各邦而言。

聲請後不應准許，因爲爲聯邦與各邦爭議之前提的實質上之相互權利義務關係，在區域調整方面並不存在於聯邦和黑森邦之間。即使聯邦立法者就區域調整有立法義務，此義務也非相對於各邦而言，因此各邦亦無調整權。區域調整法並不影響黑森邦的法律利益。而經濟和政治利益尚不足以使黑森邦有請求權。此外，各邦之利益在調整之際自然互相對立。因此各邦利益亦不可由聯邦忠誠之觀點加以考慮。

基本法第二十九條第六項第二句之「應爲條文」並未構成嚴守期間之義務。對履行原則上應被承認而且爲聯邦政府認所正視之提出法律草案之義務一事，可以基於重大而且涉及一般利益之理由在認真檢討後擱置一旁。聯邦政府暫時擱置區域調整法之努力，因爲德國統一爲德國政策主要工作；要求集中各方力量達成目標。因此禁止在這一時刻將力量用於德國內部問題之上；此等問題雖不致於影響全局，但會引發重大爭議，以致削弱聯邦從事統一之工作。因此本案涉及國家政策何者優先必要的問題。這種必要性也業經聯邦上院於一九五五年六月二十四日議決承認；而上院是憲法機關，經此各邦可以依基本法第五十條參與聯邦之法。抑有進者，薩爾邦於一九五七年一月一日加入聯邦，其事對於調整措施極爲重要而且最有爭執的中部萊茵地區不僅製造了新關係，而且形式上也使區域調整的期間延展。兩年之特別期間於一九五九年七月六日薩爾邦結束過渡時期時才開始起算。

聯邦政府爲了支持其見解提出貝特曼 (Bettmann) 教授的法律意見書。

4.其他已認知黑森邦依據聯邦憲法法院法第六十九條結合第六十五條之規定提出聲請案之各邦均無參加黑森邦一造者，萊茵伐爾茲於一九五九年二月二十五日以書面宣示「參加聯邦政府一造」；是項參加已被本院於一九六一年四月一日以裁定不予許可。

IV、

1.一九五九年七月十日在蒙他堡和萊茵黑森兩行政區提出公民請願案的黑森—拿騷同鄉會和萊茵黑森協會，同樣也向聯邦憲法法院提出反對聯邦政府的聲請。彼等請求確認。

聯邦政府侵犯了蒙他堡（及萊茵黑森）地區居民本於基本法第二十九條第二項第二句實施公民表決之權利，蓋聯邦政府未於聯邦議會中提出區域調整法案。

聯邦政府則請求駁回前開聲明。

2.同鄉會主張之依據為，「蒙他堡和萊茵黑森之人民」於該區域舉行公民請願收效之後，受任經基本法第二十九條第三項第二句所規定之公民表決參與在區域調整立法中形成聯邦意志其事。該區人民是聯邦的初始憲法機關而非事後成立之憲法機關，與聯邦政府依基本法第二十九條第二項及第三項同在憲法法律關係之中，經此產生彼此互有之權利與義務。同鄉會實是由人民所實施之國家權力之傳聲筒，其憲法上之必要功能已被公民請願法第二條、十二條及二十四條所承認。在公民依據基本法第二十九條第二項，第三項調整區域創制程序方面，同鄉會之職責與政黨在選舉中應履行者相同。與政黨一樣，同鄉會在機關爭議中有訴訟權。同鄉會主張在憲法爭議程序中有該區人民享有之權利。唯彼等自己之憲法上之

身份也受到侵害，因為第二十九條必然以自由之政治性社團在第二十九條所規定之公民立法程序中有創制權為前提。不過，如果聯邦政府悍然拒絕同意公民立法程序，則履行這種職責將不可能。撇開僅涉及結束區域重整而為「應為條文」之第二十九條第六項不談，根據第二十九條第二項及第三項，聯邦政府無論如何均有義務於請願成功實施後在請願地區內，即刻主持區域調整。

3. 聯邦政府否認同鄉會在機關爭議中有當事人能力。憲法和公民請願法均未規定同鄉會有憲法上之地位。該法僅賦予其請求實施公民請願之權利。彼等亦不能以地區人民之代理人行事，因為他們並沒有受這種功能之付託，而且參與同鄉會的少數人以及由其所策動而為請願之少數人均與各地區之有投票權之居民不同。與政黨在機關爭議中有當事人能力之比較亦非正確，蓋政黨僅能就其自有之權利為機關爭議，而在區域調整中卻與同鄉會之組織，結構和功能無涉。縱使聯邦政府有主動提案義務，亦絕非相對於同鄉會。再者，同鄉會之聲請為時已遲，因為根據聲請人陳述，聲請人至遲於一九五三年十二月三日經由司長謝佛博士聲明已知悉彼等所指摘之立場。最後，鑒於聯邦憲法法院對於基本法第二十九條第二項所稱區域定義之見解（聯邦憲法法院判決集第五卷第五十六頁（第六十三頁以下）；第五卷第六十六頁（第六十八頁）以下），蒙他堡行政區之公民請願究竟是否被准許亦有疑問。此外，調整程序對於公民請願地區而言，亦已轉入一般（普通）的立法程序。聯邦政府在認真檢討之後，基於重大、普遍利益之原因，不認為此時有提出調整區域法案之義務。

V、

就同鄉會在機關爭議中無當事人能力之情形，同鄉會主張其聲請是憲法異議。聯邦政府認為這種憲法異議不應准許，因為同鄉會不能指摘其依聯邦憲法法院法第九十條第一項享有之權利受到侵害。

VI、

1. 同鄉會主席云（住於Dun）以及云（住於Sims）也以自己名義提出憲法異議。彼等請求確認：聯邦政府侵害基本法第二十九條第二項第二句賦予聲請人表決其邦籍之權利，緣聯邦政府未於聯邦議會中提出調整區域法草案。

聯邦政府依聯邦憲法法院法第九十四條第一項知悉聲請人提出憲法異議後，請求駁回異議之聲請。

2. 異議人主張基本法賦予彼等之決定邦籍之權利因聯邦政府不作爲受侵害。憲法異議之所以應受准許，乃係根據聯邦憲法法院法第九十條配合基本法第三十三條、第三十八條和第十七條之規定。對這種主張不能以聯邦憲法法院法第九十條並未明定當事人有權要求舉辦憲法所規定之公民表決一事來反駁。這項漏洞必須由聯邦憲法法院根據概括條款和法律基本思想以及學說慣例加以補充。就基本法據以爲基礎之封閉之法律系而言，如果人民依據成功之人民請願對於邦籍有爲公民表決之請求權，唯此權利卻無法律保障，此種情事實不能令人接受。聯邦政府之行爲侵害蒙他堡和萊茵黑森兩行政區有投票權之公民主觀的公法請求權，亦即請求舉辦基本法所規定的公民表決。有表決權的公民之權利不僅止於純參加公民表決，而且也參與其舉辦。因聯邦政府遲遲不作行動並宣稱，目前並無提出草案之理由，以致使已完

成之公民請願貶抑爲單純之請願行動（Petition），並侵害異議人在公民立法程序中表決之權利之本質。

3. 聯邦政府認為憲法異議不應准許且無理由。

異議人自身之權利不可能因聯邦政府不作爲而受侵害，因爲主動提案之作爲或不作爲並非向外針對第三人之主權行爲。憲法異議不允許公民個人介入憲法機關間之內部關係。無論如何，對於聯邦政府不作爲而依聯邦法院法第九十三條第二項提出憲法異議已超過期限。

如果將憲法異議另作解釋，認爲異議係針對聯邦立法者之不作爲，則應注意，聯邦立法者對於國民並無履行憲法第二十九條第一項和第六項所授予之立法職責。此種純粹之組織法律僅對領土劃分有形成效力，對國民則無第三人效力。

根據基本法第二十九條第三項請求舉行公民表決之權利並非聯邦憲法法院法第九十條第一項所保障之權利。雖然選舉之權利亦受基本法第三十八條之保護，但是自存在於選舉與其他由公民直接從事機關行爲(volksumittelbare Organschaftshandlungen)，比如公民請願、公民投票及全民普查等間之相似點並無法導出基本法第三十八條——憲法異議所保護之要求舉辦第二十九條第三項之公民表決之權利亦在第三十八條內。在依據基本法第二十九條第二項至第六項形成之特殊立法程序中舉辦公民請願乃繫於聯邦立法者之前行意志行爲，這種意志行爲不受選民影響作成。因此對此表決而言，在所有表決方式之外並無其他受基本權保護之請求權，例如強迫爲公民表決。憲法異議人所稱「漏洞」並非訴訟法之問題，而是實質基本權範圍擴張之問題，故聯邦憲法法院亦無法予以填補。

同鄉會理事長認為彼等以憲法異議方式提出聲請亦可視為對於聯邦政府提出機關訴訟，要求由此一法律觀點為審查。彼等認為，國民為作為最高憲法機關之公民全體之一部份，亦是憲法機關，因此可以向聯邦之其他憲法機關爭訟以保其機關權利。而所謂機關權利不僅包括選舉權，同時也包括基本法第二十九條第三項公民請願中之表決權。基本法第二十九條保障之自決權不僅屬於地區人民全體，也是有選舉權之公民之個別權利。由於聯邦政府未提出區域調整法案，以致於公民表決無法舉行；聲請人經由有效之公民請願而產生之表決權亦因之而受侵害。由於該以憲法異議方式所提出之聲請明白表示針對其他憲法機關，亦即聯邦政府，而聯邦政府就該聲請已表示立場並請求駁回，故機關訴訟之形式要件已然具備。

聯邦政府認為，公民個人絕非機關爭訟之當事人。聯邦憲法法院法第九十條第一項引用基本法第三十八條之結果毋寧為：憲法異議亦僅為防衛最重要之個別機關權利而存在。但是憲法異議與機關訴訟二者互不相容。聯邦憲法法院法第九十條就此點而言並不牴觸基本法第九十三條第一項第一款之規定。公民並非該條所稱之憲法機關。唯有基於憲法之組織範圍內之爭議方能藉機關爭訟處理。就公民主張個別權利一事，無論是自其消極身份或積極身份而來，以憲法異議為個別權利保護之方法係適當之法律手段。

1. 黑森邦之聲請雖以聯邦政府不提草案爲標的，但此提案並非發生於聯邦機關間之立法程序之部份，不是爭議之標的；而是依照黑森邦之見解，爲聯邦對於各邦應盡之義務之開端。如吾人認依基本法第二十九條各邦有權請求聯邦作爲，則聯邦政府並非因自己機關之不作爲而成爲被請求之對象，而是其不作爲應歸責於聯邦。依聲請人之看法聯邦僅能在調整區域程序之現階段由聯邦政府作爲而已。因此非與聯邦政府在聯邦組織範圍內之權利義務有關，而係關於聯邦相對於各邦之權利義務。就此而言，聯邦政府之不作爲可爲基本法第九十三條第一項第三款所稱之聯邦與各邦間之爭議之標的。

2. 不過聯邦不會因聯邦政府之不作爲爲侵害或直接危及黑森邦在基本法上之權利。根據聯邦憲法法院法第六十九條配合第六十四條之規定，黑森邦之聲請應不受准許。

(a) 根據聯邦憲法法院法第六十九條準用同法第六十四條關於機關爭議事件之規定，即使就聯邦與各邦間之爭議，聲請人亦須主張其權利係因相對人之作爲或不作爲爲受侵害或直接遭受威脅。相對於基本法第九十三條第一項第三款而言，這並非附加的，從而也非違憲的要件，而僅係將一般憲法規範轉爲特別之程序法而已。即使第九十三條第一項第三款只言及「就聯邦與邦之間就權利義務之爭議」，唯由歷史上之關聯（威瑪憲法第十九條）、所列舉之實例（由各邦執行聯邦法以及聯邦監督之實行）以及該與第九十三條第一項第四款（「其他公法爭議」），並第九十三條第一項第二款（於抽象規範監督程序中聯邦政府和各邦政府之特別聲請權）之體系關聯究得出結論，亦即：第九十三條第一項第三款僅就聯邦和各邦間憲法爭議使聯邦憲法法院作成判決。這種法律爭執不因聯邦與邦對於基本法某條解釋有歧見而

生，而僅於聲請人對於相對人因某種涵蓋雙方之實質憲法關係而提出請求權時才存在（參照聯邦憲法院判決集第二卷第一四三頁（第一五五頁，第一五九頁））。所有之聲請，就之聯邦憲法院於依基本法第九十三條第一項第三款所爲之程序中作出判決者，均有聯邦與邦之間的憲法關係爲基礎，經由這種關係始有可能以訴訟方式主張請求權（參照聯邦憲法院判決集第一卷第十四頁（第二十頁）；第三卷第五十二頁（第五十五頁）；第四卷第一一五頁（第一二二頁）；第六卷第三〇九頁（第三二三頁，第三三八頁）；第八卷第一二二頁（第一二八頁以下）；第十一卷第六頁（第十三頁）；一九六一年二月二十八日電視案之判決，CI，E III）。

(b) 在黑森邦與聯邦間並無法律關係可使黑森邦據以主張其有公佈區域調整法之請求權。聯邦既未侵犯邦之管轄領域，亦未忽視保障邦之權利之憲法規範。基本法第二十九條第一項第一句明文規定區域調整之對象僅爲聯邦地區，使區域調整成爲聯邦專屬之事務。正如基本法草案第二十九條之規定，區域調整「因聯邦原因」透過聯邦法執行。「一般編審委員會」雖將這幾個字刪除，但該條並不受影響（參照公法年鑑 31:1, 第二六二頁以下）。各邦並不介入前開程序。區域調整法甚至不必經作爲憲法機關的上院同意，經此機關各邦本可共同參與聯邦之立法和行政。尤其如果吾人同意黑森邦之主張，認爲區域調整法是補充立憲的行爲，則這種行爲須被視爲僅源自德意志民族之立法權（基本法前言）。但與整部基本法不同的是，它不受多數邦簽字之約束。聯邦應依基本法第二十九條第一項第二句先創造各邦，彼等爲聯邦制之憲法規定之下聯邦與各邦共同參與之前題。因此憲法賦予聯邦區域調整任務之條文並不

能創設聯邦與現有各邦之間的法律關係。區域調整並非為現有各邦之利益而規定，而是以整體利益為依歸，而且必須以上位階的整體觀點予以實現（第二十九條第一項）。從而區域調整也能排除現有之某邦或改變其領土，以致被改變之邦不再與維持現狀之邦雷同。由此亦導出各邦無權向聯邦請求調整區域。

這種法律狀況也僅對所有各邦相同。兩個地域之內有十分之一以上的選民經由公民請願表達加入黑森邦的願望，這一事實首先只是聯邦立法者的資料，立法者必須將這兩地域歸屬何邦於法律中作出規定。唯黑森邦無法由此而導出任何對抗聯邦之請求權。

(c) 基本法公佈時既有之邦，其間復依基本法規定改變或歸併者，正如本院於一九五一年十月二十三日判決所確定者（聯邦憲法法院判決集第一卷第十四頁（第五十一頁）），均為德意志聯邦國的合法成員。這些邦在聯邦國之秩序中，其地位不亞於區域調整之後成立之邦。存於基本法之聯邦憲法就各邦自由範圍（原則上基本法第三十條）以及其在形成聯邦意志（原則上基本法第五十條）所為之規定同樣適用於每一既存之邦。從而現存各邦之憲法地位不因未作區域調整而受影響。現存各邦是德意志聯邦共和國內不折不扣的成員國（參照聯邦憲法法院判決集第一卷第十四頁（第三十四頁）），此為聯邦憲法法院之判決所肯定，此處聯邦忠誠原則適用於目前組成情況之聯邦國所得結論相同。不過基本法就領土及人民之存續，甚至各邦之生存均交由聯邦權處置，其前提為在區域調整後之時間內須有變更憲法之法律。因此聯邦決定那些地區具有邦之地位。唯已存在之邦的地位不會因為其他某邦之領土現狀不受干預或所期望擴大本邦區域落空而受侵害。區域調整不會給既有之邦帶來新地位，而是視情形為基於聯邦憲法

決定之成員國之地位創設新邦。各邦是因聯邦原因而實施區域調整之對象，其被動參與不會使現存之邦有新地位，以致產生區域調整之請求權。

(d) 黑森邦據以主張的聯邦忠實原則建立或限制聯邦和各邦之間已存在之法律關係內部之權利義務（參閱一九六一年二月二十八日電視案判決，E II 第二段），卻不當然在兩者之間創設法律關係。在彼此之間互動的法律關係必須維持或經由協商而成立，而在此法律關係之內忠誠應受維護。本院關於權限爭議事件之判決一向援引聯邦忠誠原則（請參閱聯邦憲法法院判決第一卷第一一七頁〔第一三一頁〕；第三卷第五十二頁〔第五十七頁〕；第四卷第一一五頁〔第一四〇頁〕；一九六一年二月二十八日電視案判決，D II 7 b, E I 4 d），其次為關於影響法律結果之協議成立方面（參照聯邦憲法法院判決第一卷第二九九頁〔第三二五頁〕，再次為在維護聯邦與各邦共同義務以及在國家整體之各部份及各階層創設基本秩序方面（參閱聯邦憲法法院判決集第八卷第二二二頁〔第一三八頁以下〕），最後則在聯邦和各邦形成交涉以致在平等秩序之範圍內簽訂條約方面（電視判決E II）。

本案並無上開情形。尤其基本法第二十九條並非基本法秩序之成份，而此秩序係聯邦與各邦受任共同維持者。該條毋寧僅規定聯邦有權利和義務。以超越各邦之地位履行這些任務。就區域調整而言，聯邦對於現存各邦之關係無法遵守聯邦忠誠，因為本件事實不考慮對於既有各邦之利益之維護，甚至排除某邦。維護聯邦忠誠之前提要件則為彼此互有權利義務。由於聯邦國家係組合而成之國家，故聯邦和各邦在行使其擁有之國家權力時必須考慮其他部分之利益。唯區域調整是聯邦責任且正非為現存各邦之利

益，區域調整僅須以整體福祉為導向。由於區域調整之時刻與形式在第二十九條所規定之範圍內歸由主管之聯邦機關負責，各邦必須忍受因為其存續和領土面積均不確定而對各邦立法及行政工作帶來之困難。實現各邦對確定其領土存續之政治利益之適當手段並非向聯邦憲法法院起訴，而是影響聯邦機關之政治手段，尤其經由聯邦上院此一憲法機關可使各邦之政治利益在聯邦中發揮作用。第二十九條第二項第三句的出發點雖為，區域調整法案由聯邦政府提出，此由草案內容之複雜可得而知；然而提出草案卻非由聯邦政府所獨占；其他依據基本法得提法律案之憲法機關亦有權利提出區域調整法案（聯邦憲法法院判決集第五卷第三十四頁〔第四十頁〕）。

(e)即使黑森邦主張之三分制聯邦國理論亦不能支持其聲請。

聯邦憲法法院雖然在關於教會與國家訂約一案（*Konkordatsunfall*）之判決中認為，德意志聯邦共和國是聯邦國家，其組成份子為聯邦各邦（參照聯邦憲法法院判決集第六卷第三〇九頁〔第三四〇頁、第三六四頁〕）。不過這僅表示，聯邦國內部就聯邦和各邦間國家權限之劃分並無對外之效力。在國際法上德意志聯邦共和國係在內部行使國家權限之機關，對外為一整體而已。但卻不能因此而導出在中央國家與整體國家之間有差別。兩者是兩個不同的權利主體，亦是互有憲法上權利義務之主體。聯邦國家是整體國家。除此之外，別無特別之中央國家，而只有一個中央機關，在基本法適用區域內與所有其他成員國家之機關共同以聯邦國家形式履行國家職責。此種職責在單一國家中則由單一國家機關遂行。基本法僅規定聯邦機關與邦機關間權限劃分；而所謂聯邦係指由各邦集合而成之整體國家。基本法既未

區分中央國家和特別國家之機關，而就不屬於邦之任務，亦未在整體國家和中央國家之間爲區分。即使一九六一年二月二十八日之電視案判決第E II段涉及對於聯邦友善之義務部份，亦僅論及介於「整體國家及其成員間之全部憲法關係」，並認爲整體國家即爲聯邦，各成員國即係各邦。

聯邦國家之憲法包括幾個法律範圍：整體國家機關間之憲法範圍、整體國家與成員國間之法律範圍以及成員國之間法律範圍。憲法範圍是聯邦之內之機關爭議之活動場所，唯此聯邦不是不同於整體「國家」之中央「國家」，而僅是上層國家機關，其就成員國之關係同時代表聯邦國。在整體國家和成員國家之間之法律範圍以及在成員國彼此間之法律範圍因成員國結盟而創設，此結盟在概念上是聯邦國之前提要件。唯在這種上位國與成員國之間不能再有其他結盟，經此產生——所謂之整體國家。

如基本法言及聯邦相對於各邦，並特別將兩者稱爲是至聯邦憲法法院提出憲法爭議之當事人，則其所謂聯邦乃係上位國，其透過各邦對於聯邦國之聯結而發揮作用。這種上位國在原則上超乎各邦之上（參照聯邦憲法法院判決集第一卷第十四頁（第五十一頁））；僅在聯邦憲法未規範之範圍內存有相同位階。聯邦機關被賦予使整體權力高於成員國權力一事顯現之權限，尤其是國家機關管轄爭議之裁判權（參照基本法第七十九條、第二十四條）之權限。在聯邦國家秩序範圍內，聯邦機關原則上單獨受託維護整體憲法（參照基本法第二十八條第三項、第三十二條第三項，第三十七條，第九十一條第二項）；只有在聯邦憲法直接對邦憲法有拘束力地造成影響之極少情形下，各邦得視情形就其與中央機關之關係以整體憲法之守護人身份出現。

以聯邦爲中央國家對於德意志聯邦共和國作爲整體國家有義務爲區域調整之設計在基本法中並無根據。即使由實體憲法和涉及憲法法院管轄之訴訟法也無法推論出，各邦可以在無關自己權利而實施訴訟之際，對中央國家主張一假想之整體國家權利。

(f) 在電視判決案中（E III）所留下來的問題，即：邦對聯邦是否有透過憲法爭議去要求聯邦不漠視「共同憲法秩序」之權利。此一問題並非與基本法全部條文有關，在該判決中，此問題侷限於下述情形，亦即：各邦係聯邦國之成員國，其利益因這種漠視而受侵害。在基本法第二十九條之情形中，並無這種要件。不實施憲法賦予之調整區域任務不會對現存各邦恰好在憲法上之加入整體國家憲法一事上之法律利益造成侵害。各邦向聯邦請求重視共同憲法秩序之權利僅能在憲法秩序指實體憲法規範時存在；這種規範左右聯邦權力對於各邦內憲法生活之影響力，從而在聯邦權力與邦權力之間創出法律關係。就此基本法第二十九條並不屬之。該條就區域調整之組織行爲授權聯邦，且於行爲時不必考慮現存各邦之利益。若本院在關於黑森邦各鄉鎮公民投票之判決（聯邦憲法法院判決集第八卷第一二二頁（第一三八頁））中認爲，在聯邦國家中聯邦和各邦有義務在整體國家之各地區、各階層共同維護並形成基本法秩序，則這種義務僅僅與基本法的規定有關。而這些規定係就聯邦和各邦之間國家權力行使爲析離或在實體上決定聯邦和各邦的憲法生活，也就是既非與基本法中僅規範聯邦機關的組織上共同作用的條文，亦非與授權聯邦對於各邦單獨採取措施的條文。就此而言，電視案之判決所承認之各邦對於聯邦有尊重受基本法第五條第一項保障的廣播自由之請求權與關於黑森邦鄉鎮公民投票案之判決所承認之聯邦向各邦

請求禁止鄉鎮介入聯邦權限領域之請求權相似。基本法第五條第一項包含的廣播自由之保障乃對於各邦內整個公共的、政治的和憲法的生活極爲重要，其爲聯邦憲法影響邦憲法的一部份。由國家控制的聯邦廣播電台不僅將會影響中央機構之範圍，也會直接影響整個國家法秩序，從而影響各邦內之憲法秩序。在這種情形下，各邦有權利以訴訟方式要求聯邦維護共同之憲法秩序。反之，第二十九條並非共同憲法秩序規範。該條僅僅授權聯邦公權力採取決定邦的領土之機關行動，對於各邦始有共同憲法秩序之適用。自肯定各邦對於聯邦有維護廣播自由之請求權一事上無法得到各邦有區域調整之請求權。各邦並非對所有涉及聯邦機關適用或不適用基本法有爭議之情形均可向聯邦憲法法院爲請求，而僅就各邦權利義務有爭議時始得爲之。

II、

同鄉會不得根據基本法第九十三條第一項第一款提出關於機關爭議之聲請，因爲對這類憲法爭議程序同鄉會無當事人能力。

1. 根據基本法第九十三條第一項第一款規定，就機關爭議僅最高聯邦機關以及其他當事人有當事人能力。所謂其他當事人係指根據基本法或某最高聯邦機關組織規程享有權利者而言。此處所謂最高聯邦機關則指由基本法所設置及組織而明文規定於聯邦憲法法院法第六十三條之最高機關。聯邦憲法法院於聯邦憲法法院法第六十三條之列舉規定，僅另承認政黨爲憲法範圍內之其他「當事人」，根據基本法享有權利。此等將訴訟法上當事人之定義擴張之作法乃係得爲且有必要爲者外必須而且也可以，因爲政黨

是組成之單一體，沒有政黨則在現代之全民民主制度之中實施選舉以及配置最高公職均不可能。根據基本法第二十一條政黨係憲法結構及由憲法規範之憲法生活（聯邦憲法法院判決集第一卷第二〇八頁（第二二五頁））之整體構成部份，亦即為憲法上之必要機構。

2. 同鄉會既非最高聯邦機關，亦非其他根據基本法或一最高機關之組織規程享有自己之權利之當事人。就此，基本法中根本未有提及。同鄉會亦非憲法上必要之機構。因之，彼等主張與政黨地位相當並無理由。

(a) 選舉係屬必要，以便民主憲政得以運作。而在現代民衆民主制度下沒有政黨則民主憲政無從實行。根據第二十九條第二項及第三項之規定而為之公民請願和公民表決對於德意志聯邦之憲法之運作並非同等必要。此兩者僅係某特定地區內之有表決權之公民為表達該地區歸屬何邦而為之一次的——最後並不具決定性的——意見表達。

(b) 公民請願和公民表決不必有為達此目的而成立之特別結社亦可進行。公民請願及公民表決法在聯邦地區調整表決方面原則上只規定聲請人須有特定之人數在請求准許為公民請願之聲請書上連署。如果某社團之理事提出聲請並使人相信支持之會員已足法定連署人數，則依第二條第三項無庸提出簽名。唯有在這種情況下社團理事以聲請人之代理人身份也可根據第五條第三項之特別規定向聯邦憲法法院就駁回聲請提出異議。由適用範圍極為狹窄之該條特別規定，無法得出同鄉會在機關爭議中，可為當事人之結論。此處涉及特別之撤銷權，就此為聲請人之同鄉會並未被提及。此外，准許公民請願的權利因受

憲法保障，並由法律詳予規定。但這種權利，在體系上與所謂的發動立法程序沒有關聯。

(c)選舉行為與政黨有直接關係，但依第二十九條規定，公民請願以及公民表決投票之行爲則與同鄉會無關。選舉涉及挑選政黨所提名之候選人或者涉及同意政黨提出之政見。而公民請願和公民表決即僅對於某地區歸屬何邦之特殊問題表示贊成或反對。政黨直選介入選舉。就選舉建議權以及政黨候選人之選票值而言，吾人可稱之爲「政黨之選舉權」（聯邦憲法法院第四卷第二十七頁（第三十頁））；因此必須經由形成選舉權來保障參加競選之各政黨機會平等。凡此皆與同鄉會無關。公民並非決定贊成或反對同鄉會，此與選舉時贊成或反對政黨全然不同。同鄉會是自由結社，其目的在於就某件改變邦籍事件在公民請願和公民表決程序中，宣傳受憲法許可，但並非必要的公民意見。在提案或表決之機關行爲中同鄉會並不出現。尤其同鄉會是否可以如彼等在本案所主張者，有機會平等之請求權，無從看出。

(d)同鄉會與政黨亦因爲在機關爭議中，政黨僅爲主張其自身之權利有當事人能力而不同。政黨有權主張，在憲法爭議中因爲特別憲法地位而生之權利受到侵害（聯邦憲法法院判決集第四卷第二十七頁（第三十）頁以下。然而同鄉會卻無因草案未提以及公民表決受到耽擱而受侵害之，自有且受憲法保障之權利。

3.同鄉會之聲請權亦不因其主張「爲蒙他堡和萊茵黑森之人民」而有理由。機關爭議之聲請人原則上僅能主張自己之權利。爲他人權利參加訴訟，亦即以自己名義爲他人之權利而提起訴訟，根據聯邦憲法法院第六十四條規定僅於下述情形被許可爲之，亦即：聲請人亦可主張其所從屬之機關因爲相對人

之措施或不作為以致憲法賦予該機關之權利和義務受到侵害或直接受危害。因此，爲他人權利參加訴訟之聲請人僅能是最高之聯邦機關之部份，而依據基本法或最高機關之組織規程自享權利者。重要的是，機關之部份主張機關之權利時，該機關自身在聯邦憲法法院前亦有當事人能力。因此僅涉及組成的最高機關或組成的其他當事人，其在自身及爲自身在聯邦憲法法院前亦可以主張權利。只有形成之機關或其部份可因基本法或最高機關之組織規程「享有自己之權利」。如果依據基本法第二十條第二項第二句在選舉和投票中行使國家權力之聯邦人民被稱爲「最高聯邦機關」，則與基本法第九十三條第一項第一款所謂「最高聯邦機關」並不相同。關於聯邦人民或其部份並非一直存在有行為能力，而爲狹義之機關。概念所限制可作之單元。只有在這些狹義之機關中才有憲法規定的互相的權利和義務關係，並基於這種關係而會產生憲法爭議。由於「人民」本身不能出現於聯邦憲法法院之前，因此應該經由基本法或聯邦憲法法院法設置代理人。然而就連政黨都不具有這種代理權。「人民之權利」只有在公民依主動身份而生的主觀公法權利中才可以被理解。恰好爲保護這種權利而有憲法異議，就此聯邦憲法法院已於一九五四年七月二十日的變更見解之裁定中爲表示（聯邦憲法法院判決集第四冊第二十七頁（第三十頁））。

4. 聲請人援用利普案（Lippe-Fall）（聯邦憲法法院判決第四冊第二五〇頁）爲主張，並無理由。利普在納粹單一國的德國覆亡之後，在佔領軍統治下再度出現。利普的代表人曾與北萊茵西伐利亞邦協調利普加入該邦之事宜，當時主張，該邦未遵守利普加入該邦之前該邦所爲之承諾。因此涉及已消滅之

邦的權利對於欲接納之邦的權利之爭議。該案因此「在訴訟上類推適用聯邦憲法法院法第七十一條第一項第二款明白規定情形，亦即作爲『邦與邦間公法爭議』案件來處理（前揭判決，第二六七頁）」。聯邦憲法法院適用——早於威瑪時代國家理論發展出並經帝國國家法院承認的原則，判決舊利普邦地區的最高自治團體有主動合法地位以主張已經覆滅之邦之權利。唯對於公民請願作成表決之地區，根據第二十九條第三項卻從來不是自主有權之邦或其他種類之公法團體。即使公民請願遂行之後亦然。這些地區不過是實施公民投票的地區。憲法、法律和條約都不曾將地區或居民形成一個法律單一體而有對抗聯邦政府之權利。僅有公民可以行使投票權，對於該邦之歸屬作贊成或反對之表決。與利普相反者，此處並無以前亦無權利主體，對之主動合法代表人有尋覓之必要，以便在憲法爭議程序中主張請求權。此外，同鄉會是自由的結社組織，不具公法性質，因此不能與有公法性質的地區團體等同視之。而後者可以在利普案中具備聲請人身份。即使吾人假定經由在聲請中區分地區以及遂行公民請願，即足以決定該地區之民衆是權利主體，然也不能賦予此等民衆以實施公民表決之權利，因爲民衆根本還未變爲主動。迄目前爲止僅能確定者是，公民請願的少數人意欲促成公民投票並創造其要件。只有他們或者正確而言，爲了他們，公民請願的倡導者於法律納入規定後才有實施公民表決的權利。即使在真正的公民立法程序上，國家人民或者作爲其一份子的公民沒有公民表決權，如果公民請願成功並且由正式的立法者未將之變成法律；而是只有這群發動公民請願之公民才有這個權利。唯有在這種意義下，德意志帝國國家法院才判決普魯士的德意志國家人民黨爲「自由法」的請願案的主體，而在涉及普魯士公務員參與公民請願的

權利之程序中得主張合法地位（拉默斯、西蒙斯，第二冊第八十頁以下）。

5. 同鄉會亦不得以請求許可公民請願之聲請人身份依據第二十九條第二項主張在公民立法程序中有憲法功能，而擴張解釋基本法第九十三條第一項第一款確立之機關爭議之定義，承認同鄉會在憲法爭議程序中有當事人能力。如果同鄉會經由其提議介入聯邦的意志形成程序之內，則是憲法範圍內之當事人。然而聲請人誤認公民投票，亦即基本法第二十九條第二項和第三項所稱之公民請願和公民表決，彼此並無關聯以致不是公民立法程序中的成份。即使吾人承認就邦籍所爲之決定請求變更一事係法律之可能內容，如果請願並非由正式立法者毫不改變地接受（參照威瑪憲法第七十三條第三項），仍欠缺將此公民請願轉爲公民表決之必要。公民表決權在公民請願之上，將請願變成卅案或變爲法律，才能稱之爲公民立法程序。依據基本法第二十九條第二項至第四項之規定而爲之程序卻完全不同。表決地區之人民亦未介入聯邦立法者之意志形成程序內，而唯獨聯邦立法者有權公布區域調整法。第二項的公民請願是正式聯邦立法者之材料。立法者雖然必須將區域歸屬何邦的條文納入法律之中，但卻無需符合公民請願而形成法律。與威瑪憲法第十八條第一項相反，基本法第二十九條第一項根據區域調整之指導原則，並未規定「儘可能考慮參與民衆之意志」。依據第三項之規定，公民表決之標的不是公民請願，而是由聯邦立法者之至高無上之決定而產生之區域調整法。公民表決不僅在公民請願地區實施，而且特別在法律欲改變邦籍之地區內實施。因此公民表決較有全民表決之性質。不過公民表決也不是真正的全民表決，因爲該地區之民衆並未對於法律的命運做出終局決定。如果他們同意，則仍係由正式立法者制訂的法律。

這項法律與聯邦議會和上院的決議拘束力有關，而非因為地區民衆同意使然。僅透過公民表決拒絕制訂法律有法律效果，蓋正式立法者未配合公民表決而制訂的法律，被提交於全德人民表決。如果將第三項的公民表決視為公民請願，而公民請願又未被立法者接受，以致被提交予特別的聯邦立法者，即人民全體作出決定，則這個區域調整程序的階段充其量可稱之為人民立法程序。在目前關於公民請願地區內存在的區域調整程序之階段中，依第二十九條第二項所為之公民請願，其請願提案人依照第二十九條第一項至第四項規定之立法程序之形式，在立法程序中沒有憲法之地位。依據第二十九條第二項所為之公民請願，對於立法程序而言，是一個自成一體的先行程序，而此程序開始於草案提出。公民請願的內容對於法律或爾後之公民表決而言，並無實質關係。而是公民請願成立的事實只有形式意義，表示關於該區的條文必須納入法律，然後舉行公民表決，對於地區民衆做意見查考，既不會影響法律，也不會導致德意志人民為真正的公民表決。聯邦政府則不受影響，仍有憲法上進行程序之義務，以便地區民衆可以依據第二十九條第三項在「公民表決」中表示其對於邦籍的意見。

III、

該等同鄉會亦不得提起憲法異議。彼等雖認為，如果彼等機關之地位被否認，則聲請仍可視為憲法異議。這種見解並無理由。如果聲請是憲法異議，則其要件為：同鄉會根據聯邦憲法法院法第九十條第一項所稱之基本權或類似基本權之權利受公權力之侵害。同鄉會這種權利亦不因與聯邦政府提出聯邦地區調整法草案有關而存在。如果為公民請願登記或於公民表決時有投票權之公民的類似基本權之權利受

到侵害，則至多僅此等公民可以提出自身憲法異議；但同鄉會不能為維護其會員之利益而由自己提起憲法異議（參照聯邦憲法法院判決集第二卷第二九二頁（第三九四頁））。

IV、

有投票權之S及M即同鄉會之兩位理事長提起憲法異議不應准許，因為憑此異議不得主張聯邦憲法法院法第九十條第一項所列舉之權利受有侵害。異議人以基本法第十七條、第三十三條和第三十八條為主張之依據。

1. 基本法第十七條不會被侵害。設若將第七十九條第二項之公民請願視為向聯邦立法者所為之普通請願案而要求立法者制訂區域調整法時考慮民衆之期望，則聯邦政府不因其迄未提出草案而侵犯是項權利。普通請願法（Petitionsrecht）使被請求之機關有義務接受請願並為實質審查。若聯邦憲法法院在此之外另規定至少受理之方式應以書面通知請願人之義務（聯邦憲法法院判決集第二卷第二二五頁），則這種義務在公民請願程序亦已履行，因為聯邦政府已公布，基於重大原因，目前無法提出草案，並敘明理由。如果聯邦政府提出草案，必將就公民請願為實質審查。正如普通請願並無賦予符合請求人之意思之受理請求權，第二十九條第二項之公民請願亦未賦予考慮法律中之請求權或於一定期間內提出草案之主觀權利。即使如此，聯邦政府依照客觀的憲法仍有義務於相當期間內提出草案並將關於請願地區之規定納入其中。

2. 第三十三條之第三至第五項規定與第二十九條第二項的公民請願沒有關聯。如果異議人針對第一

項，則未認清該條規定僅保障所有德國人在任何一邦均享有相同之公民權，而非賦予請求主張任何公民權之權利。

3. 第三十八條僅與聯邦議會之選舉有關而且確定選舉法之原則。對於第三十八條包含之主觀權受侵害而提出憲法異議，首先僅於選舉法違反以普通、直接、自由和平等方式選舉或妨害選舉秘密時方被考慮。由於選舉人之選舉權不得用憲法規定以外之方式剝奪或縮減（聯邦憲法法院判決集第一卷第十四頁〔第三十三頁〕），「全民選舉應每隔一定期間舉行」（巴伐利亞邦憲法法院判決，刊於SGH、N.F. 11 II）等原則屬於民主國家之成文或不成文之客觀憲法，故可由第三十八條導出主觀權屆期之選舉應予舉行。異議人依第二十九條第三項主張之公民請願投票權，其本質與第三十八條所保障之選舉權不同。

以憲法異議方式抗議權利受侵害，被侵害之權利均詳列於憲法法院法第九十條第一項之中。聯邦立法者所以顯然未將第二十九條納入第九十條第一項之中，係因該條在用字遣詞方面避免有暗示主觀權之用語。不過投票權原則在此處亦應視為不成文的民主憲法，以致權利類似，從而將基本法第三十八條納入聯邦憲法法院法第九十條第一項一事必須解釋為，對其侵害公民投票權而言，得以憲法異議方式聲明不服。關於參加第二十九條之公民表決（不僅於公民請願之地區舉行），並無類似之要素以強制該項權利比照選舉權處理，並因此一理由而有憲法異議之權。此外聲請人依據第二十九條第二項和第三項之正面規定，公民請願區之公民有舉辦公民表決之權。目前這種權利並不存在。參加公民表決之權利須俟聯邦立法者議決區域調整法並將規範公民請願區之邦籍之條文納入該法之後，方得實施。然而目前並無此

一要件。事實上聲請人並非主張有舉行公民表決之權利，而係主張公布區域調整法之權利，以便於公民表決之際投票。這種要求公布法律之權利在本質上與要求舉辦期限屆至之選舉權利不同。聯邦憲法法院法第九十條第一項列舉之權利並無賦予公民公布區域調整法之主觀權利。該法與個人之法律地位無涉。

選舉人民代表與第二十九條第三項之公民表決之間有根本相異之處。定期舉行之議會全民選舉是民主制度之憲法上必要者；在選舉中人民決定人民代表之組成。反之，在聯邦區域調整方面，地區性之公民表決並非民主憲政所必須；根據第二十九條之積極規定在第二十九條第三項之公民表決中並非地區居民決定邦籍。重新調整聯邦地區係針對聯邦立法者而設立之任務。聯邦立法者之程序係立於主要地位而一如在選舉中——人民之行爲則否。未開始立法程序被聲請人視爲基本權受侵害。此立法程序並非公民表決之準備階段而係置於區域調整與選舉公告係選舉之準備不同。公民投票循此途徑僅能影響往後之程序。如果聯邦人民之一份子，即有選舉權之公民，選出聯邦議會之議員，則其意志就是決定；如果公民在公民表決時依第二十九條第三項投票，則非參加「聯邦機關」之有決定性的意志形成行爲。第二十九條第三項的公民表決位階低於聯邦立法者之決定。因此，由第二十九條第三項第二句之公民投票權不能導出與基本權相同的舉行公民投票之權利，而與由公民選舉權可以推知有與基本權相似之定期選舉權之情形不同。固然依第二十九條第三項第二句參加公民投票之權利屬於公民請願地區之居民因主動身份而有之權利，但這種權利於參加投票即已用盡，僅於立法者已發言後才得主張。由於基本法不認爲區域調整爲居民之事務，且未宣告居民之決定爲重要，因此對於公民請願地區之公民無庸提供與基本權相同

之表決權。

4. 異議人主張之「自決權」並未規定於德國聯邦法律之內。對於一九四五年五月八日之後未經公民表決權改變邦籍之地區居民而言，並無超過基本法之規範賦予這些居民就歸屬何邦有自由決定之權利。第二十九條清楚規定，處分邦之領域以致於規定居民邦籍之條文依德意志聯邦法律完全為聯邦立法者之事務。如果第二十九條第二項和第三項在狹窄之範圍內給予某特定地區公民機會，而就邦籍表示意見，則與客觀憲法條文，亦即規定立法程序進行有關，而與承認地區居民有主觀的自決權無關。並非一個對抗國家的自決權被承認，而是在國家內意志程序被規定，而將探詢地區居民意見以特殊方式安置在此程序之中。

V、

1. 同鄉會主席於言詞辯論時請求以機關爭議之觀點檢討彼等以憲法異議提出之聲請。程序法上此一請求沒有疑問。聯邦憲法法院主導程序，不僅得准許改變開始訴訟之請求，亦得本於同樣要件允許轉入他種訴訟。聯邦憲法法院甚至得依職權審查，是否某項請求雖於選定之訴訟種類不被准許，而仍可於其他訴訟種類中對之為實質判斷。聲請人自稱有聯邦機關之特性，其權利受聯邦機關即相對人侵害。該項權利與類似基本權的權利相同，其受侵害可於憲法異議中聲明不服。聯邦政府在憲法異議程序中，應以書面或口頭表示意見。聯邦政府已提出駁回之請求，這種請求僅能於機關爭議程序中被提出，於憲法異議程序中則否。因此須檢討者為，請求於機關爭議是否受允准。

2. 依據德國憲法，在聯邦憲法法院管轄體系中，個別國民就機關爭議並無當事人能力。機關爭訟之當事人能力取決於聲請人是否為基本法第九十三條第一項第一款以及聯邦憲法法院法第六十三條所稱之機關或機關之部份，而非取決於聲請人是否為任何一種意義的國家機關或機關部份。第九十三條第一項第一款之文句清楚指出，當事人之範圍在憲法訴訟中應儘可能加以限制。這種趨勢可由歷史沿革得到明證（參照蓋格，聯邦憲法法院法評釋大全，第六十三條評釋三，第二〇八頁）。

公民雖係憲法機關，因為根據基本法第二十條第二項第二句規定，「人民」在選舉和投票時行使國家權利（參照聯邦憲法法院判決集第八卷第一〇四頁（第一一三頁以下）），不過卻非有組織、有行為能力之個體，不能為機關爭議之一造當事人。甚至基本法和聯邦憲法法院法均未授權有投票權之公民個人主張主動公民之權利。尤其此處無涉聯邦憲法法院法第六十四條之為他人權利之訴訟，因為按照第六十四條之積極規定並結合聯邦憲法法院法第六十三條，前開權利僅能於某一有當事人能力之機關部份以自己名義主張機關之權利之情形。

有選舉權及有投票權之公民係主動公民之部份，因此不能視為第九十三條第一項第一句所稱之最高機關，亦不能視為機關部份。不過這種公民卻非其他「當事人」，而依基本法享有自己之權利。由這層關係可知，「僅國家權利之所有人」在階段和功能方面與最高之聯邦機關相同者，尤其是擁有來自憲法範圍之權利者，才被列入考慮（蓋格，前揭第二〇八頁）。這種與最高聯邦機關地位相似之權利並未指明主動積極公民之地位。因此公民在機關爭訟中無當事人能力。即使以此觀點，同鄉會之理事提出聲請

不應准許，應予駁回。

3. 所有聲請不能准許、應予駁回。因為聲請人在所有可能之訴訟種類中如非為無當事人能力即為未被積極認為合法 (active legitimacy)。雖然基本法大力擴充聯邦憲法法院管轄權，不過卻不能認為，每個憲法爭議問題都可由對判決有興趣之人提交於聯邦憲法法院。聯邦憲法法院之管轄權毋寧已盡在基本法和聯邦憲法法院法之條文中。只有依此等條文認為聯邦憲法法院有管轄權，才允許聯邦憲法法院裁判（參照聯邦憲法法院判決集第一卷，第三九六頁〔第四〇八頁以下〕）。

並非相對於每個在客觀憲法中成立之義務均需有與其他當事人在憲法法院之前可以主張之請求權。在任何情形下毋寧均需要檢討，是否憲法條文創設有權利義務之法律關係或受聯邦憲法法院法第九十條保護之條文。只有如此，權利受侵害之人始得於憲法爭議程序或憲法異議程序中提出聲請。另一方面，不符此等要件而得於客觀程序中提出之情形，受有嚴格之限制。

因此某些憲法上之義務係不得由利害關係人使聯邦憲法法院確定者。但這種憲法上之義務之重要性不亞於以履行憲法法院程序為內容之義務。即使本案之聲請不被准許而應予以駁回，亦不致如聲請人所主張，亦即：憲法第二十九條被「修正」或該條會變為過時。本院毋寧已於一九五六年五月三十日之判決（聯邦憲法法院判決集第五卷第三十四頁〔第三十九頁〕）內確認，調整聯邦地區之義務對於主管之憲法機關係有拘束力之委任。由於整部基本法由其前言結合第一四六條以觀，係於統一前之過渡期間賦予國家活動之新秩序，而依第二十九條第六項期間規定：於基本法公布之後必須進行。另一方面，對於因

德國其他部份加入聯邦必須調整區域，則基本法設定特別期間。職是之故，憲法託付之普遍調整之任務將被執行而無庸考慮統一以及薩爾邦回歸之問題。基於這種理由，第二十九條並未過時，因為許多區域裡已依第二十九條第二項實施公民請願，從而在區域調整程序範圍內必須聽取當地居民關於邦籍之意見。

關於「公務員之忠誠義務」之裁定

——聯邦憲法法院裁判集第三十九卷第三百十四頁以下

譯者：林明鏘

要旨

主文

理由

A、——I、案由

II、相關法規條文

III、事實

IV、行政法院之聲請及其理由

V、邦及聯邦之憲法機關之意見

VI、原告之意見

B、聲請應受允許

I、開始程序仍未終結

II、行政法院之理由有其正確性

III、法規審查程序之對象為邦公務員法第九條第一項第二款

C、邦公務員法第九條第一項第二款與基本法及聯邦法相符合

I、公務員及法官應對憲法秩序盡力

1. 公務員之忠誠義務

2. 政治上之忠誠義務

3. 基本法之基本價值

4. 違反基本法第二十三條第五項所要求之忠誠義務者即為違反其職務上義務

5. 檢驗「隨時準備為自由民主之基本秩序盡力」之擔保

6. 法律規定可能抵觸憲法之情形

7. (a) 受忠誠義務拘束之公務員範圍

(b) 在公職中服務之僱員亦受拘束

(c) 就實習職務之判斷

II、僱主之決定自由

1. 政黨之禁止由聯邦憲法法院為之

2. 聯邦憲法法院過去就國民介入政黨活動之裁判並非係針對公務員而為

3. 基本法第三十三條第五項與第二十一條第二項之關係

Ⅲ、基本法對基本權利之保障

1. 言論自由之基本人權

(a) 言論自由與公務員之忠誠義務二者的關係：歷史沿革

(b) 基本法第三十三條第五項限制了第五條第二項

2. 其他亦受限制之基本權利

3. 基本法第三條第三項之禁止歧視原則與公務員之忠誠義務

4. 基本法第十二條所稱之「職業」

(a) 本條受第三十三條第五項之限制

(b) 公務員應提出隨時準備為自由民主之基本秩序盡力之擔保，其事並不違反基本法第十二條
IV、什列斯威－赫爾斯坦邦之法規是否合憲之問題

1. 國家有權決定是否將從事國家職務前之「實習期間」列入公務員關係

2. 關於從事法律自由業前之實習

1.公務員對於國家及憲法應負特別的政治上的忠誠義務，這是公務員體制長期流傳下來並值得重視的一個基本原則（基本法第三十三條第五項）（註一）。

2.公務員應負之忠誠義務，不僅在對國家及其現行有效的憲法秩序時應予以肯定，甚至在憲法修正變更時亦同，而且此種要求不限於口頭上的表達，特別當該公務員從事公務時，更須注意並實現現存憲法上及法令上的規定，且由法規的立法意旨去從事其職務。這政治上的忠誠義務要求遠超過僅對於國家或憲法保持一個形式上正確的，卻在其他方面係毫無關注、冷漠的、內心疏離的態度；毋寧其係特別要求公務員，明確地與抨擊、攻訐及謗誹國家、依憲法設置之機關、現行憲法秩序之團體和努力分離。因此，公務員係被期待其認識並承認國家及憲法作為一個高而積極的價值，並值得為此價值去辯護。在危機四伏之秋或嚴重衝突的情況，國家指示公務員應與其站在同一邊時，公務員政治上的忠誠義務會經受考驗。

3.對於違反忠誠義務之試用中之公務員及受訓中之公務員，通常係將其免職。對於違反此種職務上義務之終身職之公務員，則能經由正式的懲戒程序以判決給予撤職的處罰。

4.該求職者為其在任何時刻均會為自由民主的基本秩序辯護提供擔保，這是在進入公務員關係時，一個基於憲法要求（基本法第三十三條第五項規定）並經由普通法律具體化的法律上之前提要件。

5.該求職者無法提供該被要求之擔保的確信，係以其個性之判斷為基礎，此判斷同時包含一個預後在內並且係建立在有時改變的許多個因素及其評價之上。

6. 此由基本法第三十三條第五項所產生之法律情況適用於每一種公務員關係，例如非終身職之公務員關係、試用中的公務員關係、受訓中的公務員關係，以及終身職之公務員關係。

7. 雖然擔任公職的僱員比起公務員較少高層的要求，但是其對僱主亦負有誠實及認真履行職務上義務之責任；同樣地，擔任公職的僱員不可在其職務上抨擊國家及憲法秩序；其亦能因嚴重違反其職務義務而被無限期的免職；而且如果認為被免職之僱員不能或不願履行其與停止免職相關連之義務時，其免職之停止得被拒絕。

8. 參加或隸屬某一以破壞憲政為目的之政治上團體，此部分行為，亦得成為判斷候補公務員個性之重要的依據——至於該政治團體的違憲性是否經由聯邦憲法法院以判決加以確定，係另一個問題，與判斷無涉。

9. 該經由基本法第三十三條第五項規定所涵蓋之公務員法及懲戒法之法規是基本法第五條第二項規定意義下一般的法律規定（註二）。

10. 當此在公務員法上長期流傳下來之公務員體制的原則被實現時，要求求職的申請者提出保證任何時刻會為自由民主的基本秩序辯護，這並不抵觸基本法第十二條的規定（註三）。

11. 實習的成功結業不僅是在公務員關係中任公職的先決條件，亦是從事自由業工作的前提要件，而國家有自由可以對實習作一般地安排規劃，以致於其可在民事法上的任用關係或在公務員關係以外之特別的公法上的關係內完成。要是國家決定實習在公務員關係中被保存，那麼國家必須為那些從事公職以

外職業的人考慮，或是提供一個價值相同的、無歧視的實習，而此實習能在無任命進入公務員關係中被作成，或是在其公務員法的規定內制定一個例外規定，准許實習依意願在公務員關係之外完成。鑒於二級的法律培訓之旁之單級的培訓大量地增加，使得法律實習之法律上的統一規範可以想見，未來為所有法律人將其在第二次法律國家考試之前所作之實習，規定在非公務員關係之公法上的法律專業實習者關係內。

一九七五年五月二十二日第二法庭之裁決

—— 2 BvL 13/73 ——

在此程序中成為憲法審查對象者，係於一九七一年五月十日公布之什列斯威—霍斯坦邦(Schleswig-Holstein)之邦公務員法第九條第一項第二款規定(參見GVBl. S. 254)，與於一九七二年五月二十五日公布之什列斯威—霍斯坦之行政規定第二十五條第三項規定(參見GVBl. S. 91)共同適用，而依該等規定，惟當事人提出保證，其會在任何時刻為基本法意義內的自由民主基本秩序辯護，會配合基本法及聯邦律師法第七條第六款規定，始准許被任命為經過第一次國家考試及格準備擔任更高級職務的候補公務員，此等規定是否違憲——什列斯威—霍斯坦邦行政法院於一九七二年四月十日對此繫爭之點作了中止及事先裁定

(5 A 363/72) ——。

裁判主文

什列斯威—霍斯坦邦於一九七一年五月十日公布之邦公務員法第九條第一項第二款規定，符合基本法及其他聯邦法律規定。

理由

A、——I、

本件程序涉及一位已考過第一次國家考試的法科考生，因其不提供保證，願在任何時刻為基本法意義內的自由民主基本秩序辯護，以致於其申請在什列斯威—霍斯坦邦做候補公務員的實習被拒絕接受。

II、

一九七二年五月二十五日公布之什列斯威—霍斯坦邦有關法律人培訓之行政規定（JAO）第二十五條規定有如下全文：

(1) 通過第一次法律科國家考試者，應依申請被任命為候補公務員，並由此被接受進入實習。

(2) 邦高等法院院長在審閱考試卷宗後，決定是否接受該申請。如申請者不適合做候補公務員的實習或接受其實習顯得不值得時，該申請應被拒絕。該拒絕應被記入考試卷宗內。

(3) 候補公務員是得被駁回任命之公務員（參見邦公務員法第六條第一項第四款字母 a 規定）。
什列斯威——霍斯坦邦於一九七一年五月十日公布之邦公務員法第九條第一項規定（LBG——GVBl. S. 254）對於得撤回任命之公務員亦有適用；該條規定：

惟符合以下要件者始被准予任命成為公務員，進入公務員關係：

1. 在基本法第二一六條規定意義下之德國人（註四）。
2. 其提出保證，願在任何時刻為基本法意義內之自由民主基本秩序辯護。
3. 尚未達法定年齡的上限。

4. 具有為其職級所規定的先決條件，或雖缺乏此等規定，但具有其他的先決條件（職級申請者（Laufbahnbewerber））。

III、

原告在過去程序中已於一九七一年十月通過由司法考試局於什列斯威——霍斯坦邦的邦高等法院舉辦之第一次法律科的國家考試。一九七二年三月一日，其向邦高等法院院長申請任命成為候補公務員並接受實習。該邦高等法院院長於一九七二年七月十七日作成決定，拒絕該任命及接受原告之實習，理由是：申請者在其就讀基爾大學（Universität Kiel）期間曾參加法律紅色基本組織（die Rote Zelle juris）所舉辦的活動；這個組織遵循致力於破壞憲法的活動；因此，其無法提出如邦公務員法第九條規定之前提要件所作之要求，即擁護自由民主基本秩序的保證。

針對該邦高等法院院長所作之決定提出的異議，被司法部部長於一九七二年九月二十六日駁回。

因此，該申請人於一九七二年十月九日在什列斯威（Schleswig）的行政法院，針對什列斯威的邦高等法院院長提起訴訟，其訴之聲明係「請求廢棄按照一九七二年五月十九日——正確日期應為：二十五日——公布之什列斯威——霍斯坦邦有關法律人培訓之行政規定所作七月十七日及九月二十六日之決定，並在最早可能的時點任命原告為候補公務員及接受其實習。」其並稱：依照一九七二年五月二十五日制定公布的行政規定第二十五條規定，對為了法律實習之申請人適用之邦公務員法第九條第一項第二款規定，係抵觸基本法第十二條規定。該項實習不僅是爲了公職作準備，亦是爲了除公職外之職業作準備。對於以律師爲業之許可，舉例而言，僅能在申請人係以應用受刑事制裁的方式違反自由民主的基本秩序時始得被拒絕（參見聯邦律師法第七條第六款規定）。拒絕接受他，即原告，去做實習，這等於是剝奪基本法第十二條第一項規定保障之基本權利。惟基本法第十二條規定不容被侵犯（參見基本法第十八條規定）（註五）。

該邦高等法院院長請求駁回原告之訴，其理由爲：原告參加破壞憲政秩序之組織，即法律紅色基本組織的活動共四十次。其亦曾在基爾大學一九七一年學生議會之選舉中參與妨害選舉正確的活動，因在該次選舉中，原告被允許擔任選務人員，以致於五個人將一共二十四張經偽造的選票投入選票箱內；爲此，原告在法律紅色基本組織一九七一年二月二日所召開的會議中，尚受到公開的讚揚。

由邦政府任命之公益代理人於行政法院內提出其意見，認爲邦公務員法第九條第一項第二款規定係

一個主觀之許可要件，其並無抵觸基本法第十二條規定及聯邦憲法法院判決之疑義。

IV、

什列斯威——霍斯坦邦之行政法院中止其程序，並向聯邦憲法法院提出以下問題：

是否在什列斯威——霍斯坦邦於一九七一年五月十日公布之公務員法（參見GBI. S. 254）與一九七二年五月二十五日公布之有關法律人培訓之邦行政規定第二十五條第三項規定共同適用下所涉及之法規，依此按照邦公務員法第九條第一項數字第二之規定，通過考試之法律科考生，惟在其提出保證，願在任何時刻為基本法意義內之自由民主基本秩序辯護時，始准許被任命為候補公務員，此等規定係與基本法及聯邦律師法第七條第六款規定一致？

提出本件涉及憲法爭議問題的法庭闡述其理由如下：

1. 這個被提出問題之取決全在其決定上。雖然目前尚缺乏充分證據顯示，於原告參與法律紅色基本組織之活動期間，該組織有從事憲政秩序之破壞，但是此問題惟在經由極費時、廣泛的證據調查，以及花費數月時間由鑑定人鑑定後，始得查知。在現階段的程序中對原告而言係不可期待的，因為如果繁爭的法規是違憲的，它亦非視此而定。被提出的問題中據以決定的重要事實，亦不能經由考慮衡量而獲得解決，倘使參加破壞憲政秩序的團體未被法令明文禁止，則其不應受到指謫；因為一個這樣的保留，惟對政黨內的黨員資格始得適用。最後據以決定之重要事實的欠缺，亦非由於能拒絕申請者之可能性係因為其顯得不值得接受實習（參見什列斯威——霍斯坦邦有關法律人培訓之行政規定第二十五條第二項第二

句規定)；因爲這項構成事實亦尚不具備。

2. 繫爭的法規抵觸基本法：其違反基本法第十二條規定。因爲第二次法律科的國家考試亦是爲了除公職以外之律師、法律顧問及其他職業的工作所必需的，故此法律實習必須被當作基本法第十二條規定意義下之訓練地點。這個要求——申請實習者必須提出保證，其願在任何時刻爲自由民主的基本秩序辯護——意味著訓練地點自由選擇的限制。然而依照基本法第十九第一項第二句規定（註六），此限制需要在法律中就此規定指出明確的關係。因爲它在此範圍內所涉及者，並非由事件本身所產生之基本權利限制之單純的具體化，毋寧係牽涉到一個真正的限制，其既非爲了日後職業的接受而必須被實現，亦不是由培訓目的及培訓關係與職務關係之結合，客觀地予以正當化。繫爭法規既不具備基本法第十九條第一項第二句規定之明確的引用，即抵觸憲法。

繫爭法規亦抵觸基本法第十八條規定。依基本法第十八條規定，能剝奪基本法第十二條規定所保障之基本權利。因此，同樣地經由普通法律規定，不應導致相同的事實上失權之法律效果。然而繫爭的法規卻恰好造成這樣的結果。

最後，該繫爭法規亦與聯邦律師法第七條第六款規定不一致。依該條規定，惟當申請人以應受刑事制裁之方式破壞自由民主的基本秩序時，始能取消成爲律師之許可。該邦法規對於候補公務員之任命設置了較高的要求，緣由此等規定，等於規避了聯邦律師法第七條第六款之規定。

各邦及聯邦的憲法機關則持以下的意見：

1. 什列斯威—霍斯坦邦總理表示其意見如下：

允許本件釋憲案的提出是不無疑問的，一係因為本件提案實際上的審查對象是什列斯威—霍斯坦邦有關法律人培訓之行政規定第二十五條第三項規定，而依基本法第一〇〇條規定（註七），僅有正式的法律發生有無牴觸憲法之疑義時，始得向聯邦憲法法院提出；二係因為該邦行政法院尚未將其認為必要範圍內那些據以決定之重要事實予以查明；三係因為原告在這期間已被安置在布萊梅邦（Bremen）的司法職務上工作。

該繁爭的法規亦與基本法一致：什列斯威—霍斯坦邦公務員法第九條第一項第二句規定係被基本法第三十三條第五項規定涵蓋。該邦政府能在其管轄權範圍內及基於法定的授權，決定基於什列斯威—霍斯坦邦有關法律人培訓的行政規定第二十五條第三項規定之該條法律對於候補公務員之適用。在此範圍內，該邦法的規定體現了在基本法第十二條第一項第二句規定意義下一個受到許可的工作法規。這個為實習所規定之主觀的許可前提要件，係作為自由民主基本秩序的保護之用，亦即係為重要的公共利益而設，並且其因此而被正當化。這類僅係將基本權利的一個內在固有之界限予以具體化之限制，不受基本法第十九條第一項第二句規定之拘束。此外，什列斯威—霍斯坦邦有關法律人培訓之行政規定第二十五條第三項規定僅涉及為公職及與公職有關的工作，即以至法官職位之資格為前提，而設之法定的訓練過程。就此資格在經濟生活中亦被其他工作所要求而言，這並非基於國家的規定。在這方面，國家未曾予

以規範。因此，國家未負有義務安排一個爲這些其他工作並在其範圍內之特別的訓練過程，或調整爲公職及與公職有關的工作所設之法定的訓練，使之適合爲其他職業而言係較微不足道的要求。該邦法的規定未違反基本法第十八條規定，因爲其既未有基本法第十八條規定意義下之失權效果，亦未在內容上有相當於制裁的規定。最後，該邦法規亦未與聯邦律師法第七條第六款規定不一致；由於聯邦律師法明白地要求律師候補人必須具備至法官職位之資格（參見聯邦律師法第四條規定）。因而爲法官職位候補人所設之實習，亦與此有關連，並且該許可前提要件同樣一貫地對此實習適用。其間的區別是在於該許可係針對至律師工作而設的。爲律師工作所設的實習之許可前提要件，係依照聯邦律師法第七條第六款規定決定。至於這個許可前提要件較另一個許可前提要件嚴格，係源於不同事物的關係，在此，這些許可前提要件之適用係有理的，而非任意的或否則即有憲法上疑義的。

2. 什列斯威—霍斯坦邦議會僅曾簡短地對該邦公務員法第九條第一項第二款規定之合憲性發表意見。其認爲該條規定，不僅符合基本法第十二條第一項規定、基本法第十九條第一項第二句規定，亦符合基本法第十八條規定。

3. 尼德薩克森邦 (Niedersachsen) 的內政部長認爲該邦與什列斯威—霍斯坦邦法律一致的規定，係符合憲法。

4. 布萊梅邦司法與刑罰執行之市政委員已經通知，其已將原告於一九七三年四月二十六日任命爲法

院的候補公務員。他係從以下的確信出發而爲此任命：即由於國家的訓練壟斷及自由選舉職業的基本權利（參見基本法第十二條規定）要求，於法院候補公務員的任命上，那些爲終身職公務員適用之規定，在這方面應作限縮的解釋，並且無論如何不應作比在爲日後律師職業所設之許可更嚴格的要求。在所有情形下均是國家擁有訓練的壟斷，因此，應給與大學畢業生完成其訓練的機會，即使同時須暫時地建立候補公務員關係。

5. 聯邦內政部長及聯邦司法部長未爲聯邦政府就本案件發表任何意見。他們只是曾經通知兩份摘要，而由此摘要中得出之結果，係通過法律實習者各共有多少百分比從事公職、律師與公證人職業、私經濟行業中的法務工作及其他職業。

VI、

開始程序之原告曾進一步提出以下理由：

該法院除了應審查繫爭的邦法規是否符合基本法第十二條第一項規定、第十九條第一項第二句規定及基本法第十八條規定，尚應附帶審查其是否牴觸基本法第二十條規定所包含之法治國家的要求（註八）。在這個觀點下，每一個依法設置的審級都負有義務按照聯邦憲法法院的判決「去理解一個規定，如此以致於規定符合規範明晰性（Normklarheit）及公平性（Justizabgleich）之法治國家的基本原則。該規定必須在其前提要件及其內容上，以與其相關之關係人能認識該法律情況及依此調整其行爲之文字表達（參見聯邦憲法法院判決輯第二十冊，第七十三頁以下，在此參見第七十九頁 vgl. BVerfGE

21, 73ff. hier S. 79)」。惟當法規及隨之而來法治國家的義務，係針對國民外部的行為而設，並且因此使得個人以行為作為取向的權利與義務得依此確定時，始係符合法治國家的原則。如果法規不是以外部的行為作為取向，而是亦能介入個人的言論範疇，則相對於個人領域之國家權力分界上法規的特定政治功能會大大地減弱；然後一個不受政治干預的個人領域將可能不再存在。同樣地，個人的良心及信念範圍與其外在表現出的行為範圍必須予以區別。這在針對個人外在資格而設之基本法第三十三條第二項，及針對因每個政治上施加的影響而被剝奪之良心、信念與世界觀的範圍所設之基本法第三十三條第三項，亦均有規定（註九）。

如此就有兩個基本法上的結構原則——一方面係國家權力對公民關係而有的法律上標準，以及另一方面係國家權力對公民關係而有的政治上標準——二者相互立於原則與例外的關係狀態。該「為自由民主的基本秩序辯護」，依照基本法的法律秩序，並非成為候補公務員而設的許可構成要件要素；因為這個構成要件要素之欠缺，絕不等於一個不合法的行為；同樣地一個候補者不願擔保任何時刻均為自由民主的基本秩序辯護之完全合法的行為，亦能滿足該構成要件。由此可以得知，這個構成要件要素與基本法第九條第二項、基本法第十條第一項、基本法第十八條、基本法第二十一條第二項（註一〇）等例外規定中所含一致的構成要件要素，有相同的法律結構。這牽涉到一個出自個人行為之政治上評價範圍之構成要件要素，而此要素不符合基本法第二十條規定的要求。經由公務員關係之建立而產生之「忠誠關係」的概念，不應被解釋為公務員對國家的一個「被加強並且存在的」行為。公務員職務及忠誠關係

的內容，僅是該公務員負有特殊的義務，去注意在其執行職務時所現存的法規及職務上的指示；對公務員而言，對憲法忠誠乃意味著在基本法第二十條第三項規定意義內應受立法權與法律之限制的義務如是而已！反之，一個超乎此等對公職所課予之義務而存有之忠誠義務將違反基本法第三十三條第三項所規定的禁止歧視原則。如此之解釋，可能除此之外尚會支持所有的趨勢，使得憲法體系不再發揮其保護觀點及信念差異之合法性的作用，反倒變成不僅在政治權力，而且也對公民要求相同的特定道德價值。

B、

提案是允許的：

1. 該開始程序仍未完結。雖然原告在開始程序中，於此期間已在布萊梅邦被任命為法院候補公務員（Gerichtsreferendar），並且如果其行政訴訟獲致勝訴時，他是否會轉任什列斯威——霍斯坦邦實習的打算也尚未確定。但是原告仍在什列斯威（Schleswig）維持其對該邦高等法院院長所作決定提起之訴訟，並且無論如何其仍然有該拒絕是否違法的確定利益，即使因為原告已不再謀求在什列斯威——霍斯坦邦接受實習，該請求廢棄行政行為之訴訟的法律保護利益應已不存在。

2. 本件的提案法院曾詳盡地論述，基於那些理由使得這個被提出的問題對其裁判而言是非重要。這些論證是合理的並且無論如何係說得通的。

3. 法規審查程序之對象是僅在於什列斯威——霍斯坦邦之邦公務員法第九條第一項第二款規定之是否合憲的問題（參見基本法第一〇〇條第一項第二句規定）。這個問題對於本件提案的法院而言，僅係一

個在被法律規範包含下之規則適用的先決問題，並不改變聯邦憲法法院的管轄。

C、

什列斯威—霍斯坦邦之邦公務員法第九條第一項第二款規定，係符合基本法及其他聯邦法律規定。

I、

對於公務員及法官，要求其爲其已宣誓的憲法秩序辯護的原則，係屬於在基本法第三十三條第五項規定提到之原則，以及職業公務員制度與法官法上應注意的原則。

I. 自十八世紀末以來所認識的德國公務員體制之歷史（例如可以參照普魯士的一般邦法第二部分第十標題第一條以下規定〈vgl. z.B. Pr. Allg. Landrecht Teil II, Titel 10, 第1條 ff. 〉），未因憲法秩序的變遷而改變其特徵，即一個對於公務員而言係特別的拘束，而該拘束則係以與進入公務員關係結合並且承擔的忠誠義務爲基礎。在絕對的君主專治體制下，其是針對代表國家的君主個人，在君主立憲的體制下，則是針對受憲法拘束的君主，而該君主係立於政治上爭論的那邊並且使其公僕承擔公共福利的義務。在共和國體制下，此特別拘束仍然存在；公職要求對國家及憲法忠誠。其可以見到的表達方式存在於效忠的宣誓。隨著時間的進展，這特別的拘束由一個（概括的）義務產生許多不同具體的公務員義務，例如在現代的公務員法中被確定的義務，以及今日在聯邦公務員法（BBG）第五十二至第五十六條、第六十一條、第六十四條、第七十二條、第七十四條；公務員法綱要法（BRRG）第三十五至第三十九條、第四十四條；邦公務員法（LBG）第六十五至第六十八條、第七十七條、第八十

條、第八十八條、第九十條等規定中所包含之義務。基本法亦堅持公務員的那個傳統的忠誠義務，係職業公務員制度的一個長期流傳下來並且應予以重視的原則（參見基本法第三十三條第五項規定）；在基本法第三十三條第四項規定（職務及忠誠關係）及基本法第五條第三項第二句規定（對憲法忠誠）（註一一），均特別強調這個原則。堅持這個長期流傳下來原則之理由，係清楚地如下：現代「行政國家（Verwaltungsstaat）」具有多種多樣並且複雜的任務，社會政治制度的功能與團體、少數和個人人性尊嚴的生活機會，均係日復一日取決於這些任務適當、有效率、準確的履行，而一個完整、守法、對義務忠誠、由內在服膺國家及其憲政秩序的公務員主體，即是被安排來執行這些任務。如果公職人員不再值得信任，則社會及其國家會在關鍵緊要的情況中被出賣而喪失（參考文獻例如：拉邦，德意志帝國的國家法，一八七六年第三九五、四二二頁〈Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches, 1876 S. 395, 422〉；布雷姆，依德國國家法之公職之法律上的本質，集於德意志帝國的年報，一八八五年第二一八八頁以下〈Brehm, Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschen Staatsrecht, in Annalen des Deutschen Reiches, 1885, S. 288ff.〉；柯特根，德國的職業公務員制度及國會的民主，一九一八年第七九、一〇八頁以下〈Köttgen, Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie, 1928, S. 79, 108ff. u.ö.〉；蓋爾伯，新版的公法檔案，第十八卷，一九三〇年第一頁以下〈Gerber, Archiv für öffentliches Recht N.F. 18. Bd. 1930, S. 1ff.〉；耶利內克，公職的法律形式，集於安許次——托馬，德國國家法手冊，第二冊、第二十四頁〈W. Jellinek,

Rechtsformen des Staatsdienstes, in Anschütz-Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 2. Bd., S. 24)；丹尼斯，公務員的義務與權利，集於安許茨——托馬，德國國家法手冊，第二冊，第四十一頁（Daniels, Die Pflichten und Rechte des Beamten, in Anschütz-Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 2. Bd. S. 42）；次維爾訥，公務員的政治上的忠誠義務，一九五六年（Zimmer, Politische Treupflicht des Beamten, 1956）；伯特赫爾，公務員與軍人的政治上的忠誠義務及通訊和交換意見的基本權利，一九六七年（Böttcher, Die politische Treupflicht der Beamten und Soldaten und die Grundrechte der Kommunikation, 1967）。

2. 逐一由那概括的忠誠義務得出之所有的公務員之義務，在此不是單獨被決定的。無論如何政治上的忠誠義務屬於公務員忠誠義務的核心，這是以受到確定。惟此並非指負有義務，認同當時政府的目的或一個特定的政策而言。毋寧係指有義務去準備認同這個國家自由、民主、法治及社會國家的秩序。准許批評這個國家的表現，以求能主張現存關係的改變——在憲法的框架內，並且用憲法上規定的手段方法——這不會受到排斥的，只要在這範圍內不會使正是這個國家及其憲政的基礎成為問題。國家與社會能對一個不具批判性的公務員整體不感興趣。但是公務員對仍有效存在的國家——忽視其缺點——及現行有效的憲法上秩序予以肯定，承認它們是值得保護的，在此意義內仍然擁護它們並且積極的為其辯護，這些都是不可放棄的。做到這些的公務員已滿足對其要求之忠誠義務，並且由此基進出發，其亦能表達批評，以及支持致力追求現存關係的改變——在憲政秩序的框架內並符合憲法的方式為之。具決

定者是：忠誠義務要求肯定國家及其現行的憲法秩序，在其依修改憲法方式變更的範圍內亦同，並且這不僅僅是口頭上，而是特別在從事職務時，該公務員會注意並實現現存的憲法上的和法令上的規定，以及由此等法規的精神出發來執行其職務。政治上的忠誠義務——對國家及憲法忠誠——要求更多，對國家與憲法僅僅有形式上正確，在其他方面卻是缺乏興趣、冷漠、內在保持距離的立場和態度係不夠的，其特別要求公務員明確地與攻擊誹謗國家、其合乎憲法設置的機關及現行憲法秩序的團體及活動分離。公務員被期待的是其認識這個國家與其憲法，將它們當作一個高層肯定的價值並且承認，也認為這個價值值得被擁護。政治上的忠誠義務，在危機時刻和嚴重的衝突情形時會被證明是可靠的，此時，國家指示公務員站在其同一邊的立場。國家——在此更具體地說係指每一個符合憲法規定的政府，以及所有國民——必須能夠信任該公務員在其執行職務時已準備好為這個國家，為「他的」國家，負責，也能夠信任該公務員在他服務的國家內覺得與在家裡一樣——現在和任何時刻，並非僅在當他追求的改變經由符合憲法修正的方式被實現時始有此感覺。

3. 在基本法的適用下，公務員的長期流傳下來之忠誠義務保持一個特別的重要性，經由此憲法不是價值中立的，而係其決定極重要的基本價值，而使得忠誠義務受到憲法的保護並且憲法賦予國家防護它及保證它的任務（參見基本法第一條規定（註一二））。憲法對其威脅採取預防措施，其設立國家機關以特別的程序去抵禦對符合憲法規定秩序的攻擊，其制定一個防衛性的民主（基本法第二條第一項規定、基本法第九條第二項規定、基本法第十八條規定、基本法第二十條第四項規定、基本法第二十一條第

二項規定、基本法第七十九條第三項規定、基本法第九十一條規定、基本法第九十八條第二項規定（註一三）。欲服公職的申請人與在公職中服務的公民，如拒絕此自由、民主、法治及社會國家的秩序並與之抗爭，那麼憲法的這個基本決定會排除國家允許此人至公職服務或繼續留在公職中，蓋國家根據憲法行使的職責係取決於其公務員之自由、內在的受此現行憲法之拘束。該公務員不能同時在被組織化的政府中活動，又要求與此相結合之個人的安全與利益，以及意欲由此職位出發破壞其行動的基礎。自由民主的法治國家不能並且不允許交到其破壞者的手中。

4. 由以上已經說明的憲法的情況必定得出以下結論：一個違反其依基本法第三十三條第五項規定應負之忠誠義務的公務員，即係侵害其職務上義務。各公務員法將此具體化；聯邦公務員法第五十二條第二項為聯邦公務員規定：「公務員必須經由其整體行為表現出對在基本法意義下自由民主基本秩序之擁護，並且為其維繫辯護。」而且按聯邦公務員法第七十七條第二項規定，以下行為適用瀆職罪，如果退休公務員，或者是領有親屬扶養費用之公務員「從事反對基本法意義下之自由民主基本秩序的活動」或「參與致力於意圖損害德意志聯邦共和國的存在或安全」。一致的規定亦見於公務員法綱要法第三十五條第一項第三句與第四十五條第二項規定，以及邦公務員法（LBG）第六十五條第二項、第九十三條第二項第一款及第二款規定。試用中及受訓中的公務員犯此等瀆職罪者，一般會被免職（die Entlassung aus den Amt）。終身職之公務員、或有任職期間之公務員（得因此職務義務之違反，在正式的（懲戒程序中被判決撤職的處分）。

無論如何惟當基於一個已犯的具體瀆職行為，始有被處以撤職處分的可能。公務員缺乏任何時刻為自由民主基本秩序辯護之保證，並不當然就構成瀆職，而係當其被證實違反經由整體行為擁護在基本法意義下之自由民主基本秩序並為其持續辯護之職務義務時，始該當。在此須注意者，公務員忠誠義務的內容未完全涵蓋懲戒法上受制裁的公務員忠誠義務之違反，因為後者的構成要件尚有義務違反之重要性及明顯性之最低限度要求。另一方面，此義務之違反亦不限於積極主動之作為，而係在不作為時亦能構成，例如長官或職務長官對於在其負責範圍內之破壞憲政的陰謀故意忽視或任其發生即是。僅有確信及傳達有此信念，則並未構成違反公務員應負擔之忠誠義務；如果該公務員由其政治上的確信得出其敵對德意志聯邦共和國憲法秩序之態度、其職務義務履行之方式、與其同事之交往或在其政治確信下積極從事政治活動，那麼該構成要件即被逾越。

如退休公務員及較早領有扶養親屬費用之公務員曾從事破壞基本法意義下自由民主之基本秩序，或是如其曾致力參與意圖損害德意志聯邦共和國之存在及安全者，會被視為瀆職罪（「適用」瀆職罪之規定）。在此要求敵視方式之積極活動。意見的表達能夠，但不是必須具備此種敵視方式主動積極性之性格。只要意見的表達僅在於相信論點的說服力而批評現存的狀態，或改變現存的法律規範或在憲法中規定之憲法上的程序，則其尚未實現瀆職罪的構成要件要素。此種意見的表達可能至多僅違反由其相對於整體之職位及由考慮其職務上義務所產生之公務員在政治活動上應有節制之義務（聯邦公務員法第五十三條規定）。反之，貶抑蔑視自由民主的基本秩序、中傷誹謗憲法上的價值決定及制度功能、要求破壞

現行有效的法令規定，均可認為係煽動違反自由民主基本秩序之活動。

5. 由所述之憲法上要求公務員之忠誠義務得到一個更進一步的結論。如果該公務員依其個性僅適合公職——基本法第三十三條第二項規定意義內之能力（註一四），係任命進入公務員關係內之前提要件——當其任何時刻都準備為自由民主的基本秩序辯護，則在這個憲法觀點下必須要求，僅有那些亦願提供保證任何時刻準備為自由民主基本秩序辯護的候補者才能任命進入公務員關係。這亦是一個為進入公務員關係而依憲法所要求的（基本法第三十三條第五項規定）並且經由普通法予以具體化之法律上的前提要件，即申請人提出保證任何時刻為自由民主基本秩序辯護，就如同在德國法官法（第九條第二款規定）、聯邦公務員法（第七條第一項第二款規定）、公務員法綱要法（或譯為「公務員法基準法」）（第四條第一項第二款規定）以及邦法中相一致之規定。這些所論及公務員法規正巧其內容在上述第二點有更詳細的說明；並且這是所有用人機關的法律義務，認真看待此內容，以及適用它。

正巧因為終身職之公務員或有任職期間之公務員，若違反其忠誠義務，按公務員制度長期流傳下來的基本原則，惟有經由正式懲戒程序，始有可能被處以撤職處分，所以用人之機關必須注意不讓任何不願提出保證任何時刻為自由民主基本秩序辯護之人成為公務員。用人機關對於申請人亦有義務，採取根據憲法可能的預防措施，俾使用人機關不必被迫對於違反政治上忠誠義務之公務員開始懲戒程序。對此憲法上承認的手段係審查及決定，是否申請人的個性提供保證，其將在任何時刻為自由民主基本秩序辯護。

用人機關決定關於接受進入公務員關係之申請，惟其未負有義務，對其疑慮事前聽取申請人說明。在此決定上沒有「舉證責任」的問題，申請人既不必負擔舉證其提供所要求之保證，用人機關亦不必負擔舉證申請人未提供此項保證。「在憲法忠誠上之疑慮」，只在此有意義，即負責任用公務員之機關主管在其做決定時未被說服相信申請人提出保證願在任何時刻為自由民主基本秩序做辯護。這個確信係根據一個同時包含預測性在內之判斷做成的；此判斷只注重個案情況，並且總是以一個依各個情況變化之大量因素及其評價作為基礎。此事在這方面原則上並非係職務長官必須為公職就有關公務員之特別的才幹、能力或成就做決定。此係涉及一個關於公務員性格之預測的判斷而非僅僅是涉及各個判斷因素之確定（意見表達，參與示威、政治上的積極活動，隸屬任何團體、社團或政治上的黨派）。一個申請人可能欠缺服公職的才幹就是一例，即使他有特約的公務醫師開具的健康證明，但是只要例如他在用人機關判斷後被認為係不明理地好辯時，亦不能使其申請被接受。如果儘管有教育上的學習，然而申請人仍然沒有最低限度的與其他同學交往周旋的本事，則其亦欠缺擔任公職的能力。最後申請人亦可能有成就上的疑問發生，如果他——雖然有考試上取得之資格——但是不能滿足執業上的需要，及時採取決定（即決意將決定推開）。諸如此類的例子尚有許多。——關於申請人個性所要求作的判斷，許多都是取決於個人的印象。因此人事主管或機關的主管一向重視申請人的自我介紹，或是邀請申請人做一個介紹性的拜訪，而且如果有疑慮存在，是否申請人會提供保證任何時刻為自由民主基本秩序辯護時，就不僅如此而已。除此之外，亦不能對最後所述的情況做更多其他的要求。

假如拒絕申請的決定應該經由撤銷之訴予以撤銷，則申請人有人機關支持其做拒絕決定之各種情況的接受受告知請求權。相同的原則會適用於此撤銷之訴，即行政法院已為許多案件發展出來的原則：一個判斷（諸如考試成績、職務上的判斷等等）是法院審查的對象。在用人機關有足夠權限做判斷餘地的範圍內，法院的事後審查會受限於是否該部門係由一個不正確的事實情況出發，以及是否該部門就公務員法與憲法上得自由行動之範圍（基本法第三十三條第二項與第五項規定）做了錯誤的判斷。此外，拒絕申請決定的事後審查係受限於恣意審查（die Willkür-Kontrolle），因為在公務員法中並無接受進入公務員關係的請求權——基本法第三十三條第二項亦只談到，每一個德國人有「依其才幹、能力及專業成就擔任公職之同等權利」；對此，法院不得將該涉及的判斷以自己的判斷來代替。出於相同的理由，法院絕對不得宣告撤銷之訴之原告具有去擔任公職之權利（即不得不接受進入公職之申請的判決），而是至多撤銷該拒絕之決定，並且經由此方式迫使行政機關重新做關於接受申請進入公職之決定。

6. 如果僅是個案決定，是否申請人依其個性提出保證或不提出保證，任何時刻為自由民主基本秩序辯護，那麼假使一個法律一般性地強制規定，以個別具體的行為方式排除申請人任何時刻將都會主張擁護自由民主基本秩序的保證，則其顯然有憲法上的疑義。具決定性者係一個此類行為的評價與其他觀點的關聯性，而申請人依其個性提出或不提出任何時刻將為自由民主基本秩序辯護之保證的確信即立於此上。

7. (a) 這裡談到的由基本法第三十三條第五項規定產生之法律情況——公務員的忠誠義務及申請人的

審核，是否其提出任何時刻主張擁護自由民主基本秩序的保證——適用於各個公務員關係，如有任職期間之公務員關係、試用中之公務員關係、受訓中之公務員關係及終身職之公務員關係。該法律情況並未按公務員職責的種類而有區別。因為在這整體當中具有重大意義者，係每一位從事反對基本法意義下自由民主基本秩序活動之公務員，或每一位致力參與以損害破壞德意志聯邦共和國存在或安全為目的活動之公務員，其不僅會對其所負職務任務完成之方式造成危險，亦會在考慮到其環境、同事、職位、機關之影響下的可乘之機時，構成在其敵視憲法之政治上確信意義下的一個危險。

(b) 如同必須注意整體性的要求，在公職中服務的僱員 (die Angestellte in öffentlichen Dienst) 亦對其僱主負有忠誠及認真履行其職責之義務。同樣其不許攻擊國家及其憲法秩序。如這些在公職中服務的僱員有重大侵害此等職務義務之行爲時，其亦能無限期地被免職。而且如果考慮到這些僱員對與其僱用結合在一起的義務不能或不願履行時，相同地其僱用得被拒絕。

(c) 對實習而言，是否在公務員關係或在僱員關係中被完成都無關緊要，無論如何只是在考慮到行政實務內某種發展仍有以下須注意之處：任何將公職作為職業目標的人，則其該在三「階段」中充實自己以便擔任此種職務：他研究學習，他得到總是必要具備的基本教育——經由實習的結業俾勝任更高的職務——，他會被接受為試用中的公務員。職務長官在第二及第三階段有機會深入認識申請人，觀察他並且最後形成關於其個性之判斷。在此，何處行政機關能直接對候補者得到一個可信的印象，其重點必須係在於判斷的獲得，是否申請人提出或不提出該所必要的保證。惟此表示，一個在一定程度上「暫

時的「判斷對進入實習的接受已經足夠，所有用人機關不用進一步額外調查即得認識的情況均可作為判斷的基礎，例如由人事及刑事卷宗，或由一般即可得到的報告即可認識者，這些都是不必由其他（國家保護——）機關有系統地依相當的調查始得獲知的。最後所提的「調查」（Ermittlungen）僅能揭露一些行為方式，那些年青人在受教育及學習研究期間中表現出來的，源自經常的情緒起伏伴隨表態性的抗議，以及部分是來自環境與團體的反應，因此很少係自己就當作一個因素（在許多因素當中），由此或許能得到一個對判斷者而言有關個性的結論；然而在另一方面，此類調查卻會毒化政治的環境，不僅會妨礙關係人信任民主，亦會破壞自由國家的威信，在關係之外站在「收獲」的角度，並且在這方面形成一個危險，即當它累積後太容易有被濫用的可能。因此，為了用人機關的目的而要作此類的調查並累積其成果，這幾乎不符合在法治國家原則下固定之公權力干涉的比例要求。

II、

僱主之決定自由，在適用就公務員政治上忠誠義務有較詳細規定之公務員法上規定時，並不會受到基本法第二十一條規定之限制。

1. 基本法第二十一條第二項規定將有關一個政黨的合憲性或違憲性之決定保留給聯邦憲法法院。一個政黨可能實際上有反抗自由民主基本秩序之行動，或懷著損害國家安全的目的；雖然帶著這種論點的政黨得在政治上被控制，但是只要其未被聯邦憲法法院經由法定特別程序禁止之前，該政黨在其政治上的積極主動活動就不能受到法律上的阻礙。故而聯邦憲法法院所作之該判決，對於經由警察、行政及法

院針對該政黨所作之干涉上具有決定性的重要意義（參見聯邦憲法法院判決輯第五冊，第八十五頁（尤其第一四〇頁）；聯邦憲法法院判決輯第十二冊，第二九六頁，〔尤其第三〇四頁以下〕BVerfGE 5, 85[140]; 12, 296[304f.]）。。

2. 沒有組織及幹部為一個政黨工作，該政黨不能生存。直至其被聯邦憲法法院禁止之前，一個政黨都許可「存在」，因此即表示其組織與幹部的活動不許受到干擾或阻礙。何者在此經由憲法許可的，就不能再另立嗣後法律上不利益（制裁）的構成要件。故而刑法第九十條之一（StGB）——一個有組織之犯罪（ein Organisationsdelikt）——，就涉及政黨部份，因抵觸基本法第二十一條規定而被宣告為無效（參見聯邦憲法法院判決輯第十二冊，第二九六頁〔尤其第三〇五頁以下〕BVerfGE 12, 296[305f.]）。出於相同的理由，聯邦賠償法第六條第一項第二款規定（BEG）不適用於在被聯邦憲法法院禁止前僅擔任政黨幹部之人，因其代表該政黨，故在其為政黨目標所使用之一般受允許的方法均係合法的（參見聯邦憲法法院判決輯第十三冊，第四十六頁〔尤其第五十二頁以下〕；除此之外，參見聯邦憲法法院判決輯第十三冊，第一二三頁〔尤其第一二六頁〕；聯邦憲法法院判決輯第十七冊，第一五五頁以下〔BVerfGE 13, 46[52f.]; vgl. außerdem BVerfGE 13, 123[126]; 17, 155ff.〕）。反之，如果一個政黨的幹部努力追求之目標及所作宣傳之活動均係在該政黨要求的範圍內，則該政黨違憲之確定亦不以其幹部按刑法第八十條、八十一條規定因內亂罪被提起公訴並受有罪判決為前提（參見聯邦憲法法院判決輯第九冊，第一六二頁以下〔BVerfGE 9, 162ff.〕）。

如同由所有理由之關聯性產生出的這個判決，其只注意到在政治上積極活動之公民處於社會中的一般情況，並未針對身為公務員而立於特別法律上地位之公民來設想。在所引述裁判中衡量的對象根本就不是何者是公務員准許去做的，何者是公務員不准許去做的，以及何種結論是僱主准許由經認定非一個政黨幹部與支持者所做之正式活動之其他活動得出的。

3. 如前所述針對政黨活動自由的論證，其基礎係在於基本法第二十一條規定——因此公民為該政黨不受打擾及不受阻礙的正常運作所為之政黨正式的活動可以免受受到制裁——，反之，公務員對於自由民主國家係居於一種特別親密的關係，即對國家負有政治上的忠誠義務，故憲法上的原則在此處於一個另外的法律上關係。如果國家不願自己提出疑問，則國家在其自由民主上會需要為它及現行憲法秩序辯護、在危機與忠誠衝突的時刻為它防衛的公務員，而且在這當頭的時候其公務員會忠實地履行交付給他的任務，並使之與憲法的精神、憲法上的價值決定與要求，以及現行法令一致。

在基本法第三十三條第五項規定中實現之憲法決定，與基本法第二十一條第二項規定並無牴觸；基本法第三十三條第五項規定要求公務員主張擁護社會憲法規定的秩序，反之，基本法第二十一條第二項規定是讓公民有自由拒絕此種合憲的秩序並在政治上與其抗爭，只要他係在一個未受禁止的黨派內以一般允許的方法為之即可。公務員的特別義務並非鑑於政黨利益而設，尤其不是為了阻礙政黨的政治上積極活動，而係出於憲法國家的安全能免於受到來自公務員領域之危險的考慮。假設沒有公務員政治上忠誠義務的要求，則政黨特別的法律地位及其權能將會是在憲法規定方法外，致力改變或顛覆現行憲法秩

序之最理想的溫床。這不牽涉該公務員會因其隸屬一個政黨而受到不利益。這個問題毋寧係該公務員在其職務上是否有無違反該政治上忠誠之義務，以及該申請人是否就一個職務按他的個性提出任何時刻為自由民主基本秩序辯護之保證。這些問題都是該公務員及該申請人自己經由其行為予以回答。可能對於該申請人個性之判斷上非常重要的行為，其部分亦能是加入或從屬於一個政黨之行為，而該政黨係追求與憲法敵對的目標，——與此無關者，係是否該政黨之違憲性已無經由聯邦憲法法院判決確定。這將可能是恣意的，不僅剔除此個性判斷的要素，並強求僱主肯定一個公務員的憲法忠誠，惟因一個關於一個政黨違憲之聯邦憲法法院裁判尚未作出——此外，一個裁判係取決於聲請，而該聲請又係由申請人衡量決定，並且其很難僅為了能拒絕職務的申請者，或為了能對因為違反其政治上忠誠義務之公務員給予懲戒法上的干涉，就被提出。

被聯邦憲法法院保留有關一個政黨是否違憲的裁判迄今雖尚未發布的情況，不會妨礙該確信許可被獲得及被辯護，該政黨既係以追求破壞憲政為目標，則其應在政治上被制止。一個例如有計畫宣傳無產階級專政或肯定以暴力的方法顛覆合乎憲法秩序的政黨，當環境狀況可能許可時，會以破壞憲政作為其追尋目標，即使按照聯邦憲法法院法第四十三條規定（BVerfGG），聲請權人因為認為與該政黨有政治上的爭辯已經足夠，或認為能很有效地保護在基本法意義下的自由民主秩序，並不需要在形式上禁止該政黨，而寧願選擇不開始政黨禁止的程序，這對於政黨的屬性並無影響。因此，政府在其每年向國會及公眾所作的報告中提出有關破壞憲政之力量、團體及政黨的發展，這在憲法上並無疑義存在，並且亦係基

於政府應負政治上責任之要求。只要由此對一個政黨產生事實上的不利益（在吸收黨員及追隨者方面），則該政黨反之即不被基本法第二十一條規定保護。同樣地，間接由基本法第三十三條第五項規定為擔任公職及為繼續保留在公職服務而建立起來的界限所產生之事實上不利的影響，亦有適用。

III、

這個迄今被解釋的法律情況亦不抵觸基本法的基本權保障：

I. 在此處於重要地位之基本權利係思想自由權（基本法第五條第一項及第二項規定（註一五））。

(a) 思想自由與公務員忠誠義務間之關係有其歷史。它在威瑪時代有兩次具有重要意義——在第一次威瑪共和的時代，當它用於抵禦共產主義的積極擴張與極端右派團體的暴力行徑時，以及在第二次威瑪共和的時代，當德國國家社會勞工黨出現並且變得日益危險時。

一九二一年八月二十六日艾茲伯格 (Erzberger) 被謀殺、一九二二年六月四日舍德曼 (Scheidemann) 遭謀害未遂，一九二二年六月二十四日拉特瑙 (Rathenau) 被殺害。在這些事件發生之後，帝國政府立即建議帝國總統依威瑪憲法第四十八條規定 (WRV) 發布保護共和國的行政命令，該命令於一九二二年六月二十六日公布施行。同時共和政體維護法 (das Gesetz Zum Schutze der Republik) 在聯邦議會內被討論，雖然該法在一九二二年七月十八日三讀時係三〇三票對一〇二票，但仍以修改憲法的多數通過並且於一九二二年七月二十一日被簽署（參見帝國法律公報第一冊，第五八五頁〈RGBl. I S. 585〉）。同一天在聯邦刑事警察法 (Reichskriminalpolizeigesetz)、免刑法 (Straffreiheitsge-

tz)及關於維護共和政體準備採取之措施之法律 (ein Gesetz über die Bereitstellung von Mitteln zum Schutze der Republik) 的公布外，亦發布關於公務員維護共和政體義務之法律 (das Gesetz über die Pflichten der Beamten zum Schutze der Republik) (參見帝國法律公報第一冊，第五九〇頁 (GBI. I S. 590))。該法於一九〇七年五月十七日公布施行之聯邦公務員法 (Reichsbeamtengesetz) 插入以下第十條之一的規定：

聯邦公務員 (Reichsbeamte) 負有義務，在其從事職務時擁護主張根據憲法之共和政體的國權 (Staatsgewalt)。

在其身為共和政體之公務員時，不得從事一切與其職位相關連之事務。尤其禁止從事以下的活動：

1. 以其職務或其職位可得利用之設備濫用於致力變更根據憲法設置之共和政體之國家形式；
2. 在執行職務時或在濫用其職位下，於言論中清楚表示出對根據憲法設立之共和政體之國家形式、聯邦國旗或符合憲法規定聯邦政府或邦政府的蔑視，而適足已降低其在公眾輿論中的地位；
3. 在執行職務時或在濫用其職位下，使受其隸屬或指示之公務員 (Beamte)、僱員 (Angestellte) 及勞工 (Arbeiter)、學生 (Zöglinge oder Schüler) 對根據憲法設立之共和政體之國家形式或符合憲法規定的聯邦政府或邦政府產生蔑視貶抑；

4. 對於在職務上有隸屬關係之人員之職務上有前述第一款至第三款行為者，予以容忍。

此外，聯邦公務員亦禁止在公開場合充滿敵意或煽動地要求致力君主政體的恢復或反對共和政體的

存在，或是經由誹謗、辱罵或鄙視共和政體或支持在現存的聯邦政府或邦政府中任職之成員從事此類的努力。

而且一九三〇年普魯士邦的國家部決定：

按德國國家社會勞工黨及德國共產黨之發展，已可將此二個黨派視為組織 (Organisation)，而該組織之目標係以暴力顛覆現存的國家秩序。一個參加此類組織之公務員，為該組織活動或從事其他的支持，經由此方式，該公務員不僅違反由其公務員關係產生之特別的對國家忠誠之義務，並且係有責地犯下瀆職罪。因此，所有的公務員禁止參加這些組織，為其活動或從事其他的支持。

本部在此特別要求全部公務員認識此見解，並且指示，以後對於違反的每一個直接或間接的國家公務員，均會移付懲戒。

本部同時規定，下屬機關必須向主管的專業部長 (Fachminister) 報告每一件違反的情況。

(特別發表在一九三〇年七月九日普魯士邦司法部之一般處分內——I 10237——見於一九三〇年司法部公報，第二二〇頁 in Justizministerialblatt 1930, S. 220)。

在威瑪憲法的適用期間，通說關於思想自由與公務員忠誠義務間之關係，亦可見於普魯士邦的高等行政法院判決：

……機關首長 (Oberpräsident) 有權批准認可由地方議會選出之職務主管 (Amtsvorsteher)。……(所以) 機關首長不會被剝奪在由其就有關批准而採取之決定上，按自由合於義務的裁量考慮可能反對

批准認可該當選人的所有情況，尤其又係對以下情況加以衡量，是否該當選者從屬於一個以暴力顛覆破壞國家秩序爲目標的政黨，會使得其將在他執行職務期間從事其政黨目標實現之憂慮變成正當。如果機關首長已經批准認可，則他無權再就該由其批准之職務主管的留任作決定。關於這點，毋寧係僅能在懲戒程序中由懲戒法官作決定，……在本案中，被告僅需對其在職務上應負擔義務的違反，即其擁護共產黨一事，承擔責任。惟若情況是一個公務員擁護一個政黨，僅此尚不足以構成其職務上應負義務之違反，並且同樣亦不足以構成一個在職務內或職務外不足取之行爲。……僅因公務員擁護一個政黨，就對其課以懲戒法上的處罰，這是絕對被排除的。或許僅係當一個公務員已試圖達到經由積極的行動促進其擁護之政黨以暴力顛覆破壞現存國家秩序作爲政黨之目標時，始可能構成足以免職之瀆職行爲……（高等行政法院判決輯第七十七冊，第四九三頁〔尤其第四九四頁及其下一頁〕〈OVGE 77, 493 (494f.)〉）。

是否僅僅加入這一類的政黨已經可被視爲爲該政黨活動，得暫且擱置；因爲被告並未爭辯，自一九二〇年秋天獨立的德國社會民主黨（die Sozialdemokratische Partei Deutschlands）分裂以來，其不僅是黨員，而且還是德國聯合共產黨（die Vereinigte Kommunistische Partei Deutschlands）地方黨部K的第一主席，並且曾超越較狹的協會生命（Vereinsleben）之領域界限，在一九二一年三月薩克森邦（Sachsen）的鄉下於動盪不安的期間特別爲德國聯合共產黨活動，於一九二一年三月三十日清晨在其擔任車工工作的G.礦坑開始工作之際，勸誘那些願意工作的勞工開始全面罷工，一如根據普魯士邦內

政部長的官方調查確定之結果，被告曾大聲呼叫爲引起以暴力方式顛覆破壞現存的國家秩序（高等行政法院判決輯第七十八冊，第四四五頁〔尤其第四四六頁〕〈ONGE 78. 445 (446)〉）。

這是毋庸置疑的，直接參與尋求以不合法手段實現政黨目標的行爲，與擔任公職係不相符合。……有許多超越僅僅係擁護一個政黨之政治上活動的階段是可以想見的，此等無需直接參與違法的行爲，例如從加入該政黨及通常的捐獻，以至煽動地積極作用及居領導的政黨地位均屬之。究竟此類對一個努力達到以暴力顛覆現存國家秩序之政黨有利益的行爲，違反職務義務或一個公務員在職務外應爲之行爲到何種程度，需要個案予以決定，正如同一個公務員在許多其他的違犯上，例如在不服從、注意的違反、道德上令人生厭的生活作風及其他相類似者，均需個別確定懲戒處罰的界限一樣（高等行政法院判決輯第七十八冊，第四四八頁〔尤其第四四五頁〕〈ONGE 78. 448 (455)〉）。

一個公務員的工作關係（Arbeitsverhältnis），只要這個措詞根本上尚可適用，則其包括……不僅該公務員的工作，而且尚有該全部的個性（Persönlichkeit），以致於那些整體全部在職務內及職務外之行爲均與該工作關係相關。該公務員在其工作關係內持續地行動，以致於按該沒有工作關係准許阻礙自由言論的憲法規定，對該公務員僅得於當此言論停留在經由公務員關係所得出之限制範圍內時，始有適用（高等行政法院判決輯第七十七冊，第五一二頁〔尤其第五一八頁及其下一頁〕〈ONGE 77. 512 (518f.)〉）。

依此，由公務員關係所生之特別義務限制了思想自由。僅係政治上的觀點及觀點的擁護——即使其

涉及了一個破壞憲政之政黨及其計畫——仍不構成懲戒法上要予以制裁的義務違反。但是一個在「言論（Äußerung）」中表達出對破壞憲政政黨的支持，卻已經足以構成義務的違反（安許次，一九三三年威瑪的聯邦憲法，對憲法第一三〇條規定所作註釋1至3〈Anschütz, Weimarer Reichsverfassung 1933, Anm. 1 bis 3 zu Art. 130〉；漢次夏，自由言論之法律規定，集於安許次——湯馬，德國國家法手冊第二冊，第六七〇頁及其下一頁〈Hantzschel in Anschütz-Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 2. Bd., "Das Recht der freien Meinungsäußerung" S. 670f.〉；亦可參照漢次夏與貝爾納所撰文獻，載於一九三〇年的聯邦行政公報及普魯士邦的行政公報，第五〇九頁以下，第六六七頁以下（vgl. auch Hantzschel und Berner in Reichsverwaltungsblatt und Preussisches Verwaltungsblatt 1930, S. 509ff., 667ff.）。

相同的問題於基本法的適用下，在一九五〇年第一次具有重要意義：當時適用一九五〇年五月十七日於聯邦公布施行之德國公務員法第三條第二項規定：「在聯邦任職之人員必須經由其整體的行為擁護民主國家的思想。」聯邦政府對此於一九五〇年五月十九日作成以下的決議：

聯邦共和政體的敵人加強努力，逐漸破壞自由民主的基本秩序。任何參與此類的努力，均與公職的義務不相符合。所有直接或間接擔任聯邦公職之人員，按暫行的聯邦人事法（das vorläufige Bundespersonalgesetz）第二條規定，必須經由其整體的行為擁護民主的國家秩序。

凡任職聯邦職務之公務員、僱員或勞工參加反對自由民主國家秩序之組織或奮鬥，為其活動或做其

他的支持，以及凡特別接受委託或真正的針對共產的SED及所謂的「全國代表大會(Nationalkongress)」之第三次黨代表大會所做以暴力作為行為行動綱領之決議而工作活動之人，均係有責地嚴重的違反義務。

以下尤其屬於這些組織，對其支持係與職務義務不相符合：

1.——13.....

聯邦政府請求職務長官對於經由參與此類組織或奮鬥而違反其對聯邦共和政體所負忠誠義務之公務員、僱員及勞工，採取必要的措施。對於有過錯之人將絕不寬貸地立即予以撤除其聯邦職務，而且在終身職之公務員則導致正式懲戒程序的開始並同時暫時免除其職務及扣留其薪俸，在得撤回任命之公務員則導致撤回任命(Widerruf)，在僱員及勞工則導致無限期地解僱。

聯邦政府推薦各邦政府立即採取一致的措施。

(對此參照格雷瓦、舍爾納，在公職上之政治上的忠誠義務，集於耶利內克等人編著，德意志聯邦民法，法蘭克福，一九五一年出版，第九頁以下，第三十五頁以下，第六十五頁以下〈vgl. dazu H. Jellinek u.a., Grewe, Scheuner in Deutscher Bund für Bürgerrechte, Frankfurt/M., Politische Treupflicht im öffentlichen Dienst, 1951, S. 9ff., 35ff., 65ff.〉)。

一九七二年一月二十八日聯邦及各邦對於以下聯邦總理及各邦政府首長的決議取得一致看法：

依聯邦及各邦公務員法及對僱員與勞工有一致適用的規定，擔任公職者負有義務積極地主張擁護基

本法意義下之自由民主的基本秩序，並為其持續予以辯護。破壞憲政的努力構成此種義務的違反。擔任公職者身為與合乎憲法規定秩序抗爭的政黨或組織之成員——亦如同此類政黨及組織所為其他的支持促進活動——，都絕對會因此導致忠誠衝突（Loyalitätskonflikt）。若這會導致一個義務的違反，則必須個案予以決定僱主將取何種措施。

按所述的規定僱用人員進入公職，係以申請人提出保證其任何時刻為基本法意義下之自由民主的基本秩序辯護作為前提。若在此存有懷疑的理由，則原則上會使拒絕其申請成為正當。

（參照一九七二年二月三日第十五期公報，第一四二頁〈vgl. Bulletin Nr. 15 vom 3. Februar 1972, S. 142〉）。

此決議之適用保持至今係有爭論的：認為應經由法律規定取代此決議的觀點看法則尚未被實現。

(b) 按德意志聯邦共和國憲法規定：公務員享有基本權利之保護。雖然他在「國家內」擔任公職，並且因此對國家負有特別的義務，但是他同時亦是公民，得向國家主張其基本權利。在公務員身上，二個基本法的基本決定相碰在一起：一個對國家而言並非多餘的，並且係可以委以重任、信賴、肯定自由民主基本秩序的公務員主體之保證——如學者萊錫爾（Lerche）所言的「固定的憲法核心」（fixierte Verfassungssubstanz）」的部分（參照貝特曼——尼伯戴——蕭伊納編，基本權利，第四冊，第一個半冊，第四十四頁〈vgl. Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 4, 1. Halbband, S. 474〉）——以及個人權利自由的保證，在此尤其是言論自由之基本權利的保證。必須尋求的必要平衡

係在於，為維持公務員體制上不可免除之必要的公務員義務限制其享有之基本權利。這個在基本權利行使上所有可以想像情況下之準則的具體化，在此不需要被說明。正如前述的解釋，那個準則的具體化，在政治上的「言論」與公務員之義務無法協調此點上已經表露無遺。任何得評價為政治上的言論，惟當其未與基本法第三十三條第五項規定所要求的公務員之政治上的忠誠義務相牴觸時，始得經基本法第五條規定受到憲法上的保護。在具體情況中，該言論有無牴觸公務員政治上之忠誠義務，係按基本法第五條規定所建立之法律上界限，在此受到限制的範圍內予以解釋來決定（聯邦憲法法院判決輯第七冊，第一九八頁（尤其第二〇八頁以下）；聯邦憲法法院判決輯第二〇冊，第一六二頁（尤其第一七七頁）；聯邦憲法法院判決輯第二十一冊，第二七一頁（尤其二八一頁）〈BVerfGE 7, 198 (208ff.)〉：20, 162 (177)：21, 271 (281)〉。在此意義下，該等經由基本法第三十三條第五項規定涵蓋之公務員法及懲戒法上之規定，係屬基本法第五條第二項規定上之一般法律規定。

2. 同樣地，這不僅適用於基本法第二條第一項規定之基本權利，亦適用於基本法第八條第一項及第九條第一項規定（註一六）之基本權利，雖然在該等規定上缺乏明示的法律保留（ausdrücklicher Gesetzesvorbehalt）。但是在這些規定中已有「內在固有的限制（immanente Schranke）」（聯邦憲法法院判決輯第三冊，第二四八頁（尤其第二五三頁）；聯邦憲法法院判決輯第二〇冊，第二五二頁（尤其第二五五頁及其下一頁）；聯邦憲法法院判決輯第二十一冊，第九十二頁（尤其第九十二頁）；聯邦憲法法院判決輯第二十四冊，第三六七頁（尤其第三九六頁〈BVerfGE 3, 248 (253)〉：20, 351 (355f.)

〕：21, 92 [93]；24, 367 [396] 〕〕：「個人必須讓其行為自由受到這樣的限制，這些限制係立法者為照顧及促進社會共同生活，在已有事實之限度內所得出之一般預測，其亦係以個人之獨立自主的維護為前提而設的」（聯邦憲法法院判決輯第四冊，第七頁〔尤其第十六頁〕；聯邦憲法法院判決輯第三十三冊，第二〇三頁〔尤其第三三四頁〕〈BVerfGE 4.7 (16)；33, 303 [334] 〉）。

3. 按基本法第三條第三項規定（註一七），任何人尤其不得「因其政治見解而受歧視或享有特權。」基本法第二條第一項規定（註一八）之一的平等原則（*der allgemeine Gleichheitssatz*）經此被形式化，並且禁止以政治上的見解作為歧視或享特權的聯繫因素。然而這並不會侷限與公務員關係有密切聯繫的公務員忠誠義務及由其產生出之結果：

首先，與此無關者，係在基本法第三條第三項規定中之禁止，不只涉及僅僅一個政治確信的「享有（*haben*）」，而且亦涉及該政治見解的表達及活動；因為政治見解的表達與活動，明確地屬於特別的基本權利，即該等保護行為之個別的自由權利（如基本法第二條第一項；第四條；第五條；第八條；第九條等規定）（註一九）。假如基本法第三條第三項造成障礙時，這些個別的自由權利有其自己特有之界限上的說明，此界限或許無法維持並且由立法者予以實現。

除此之外，那個基本法第三條第三項予以形式化的禁止規定不是絕對地適用。這本來應該是清清楚楚的，凡一個屬於教會的學校在教師的使用上係根據其信仰作安排；或一個女子學校在主管的任命上讓女性的校長優先；或因為一個德國人在外國長大並且不能流利地掌握德語，所以因此就不僱用他，這

些都是允許的。故這些界限得用此理由來解釋，即基本法第三條第三項規定（「因為」）僅禁止該等「有目的」的歧視或特權，但是不禁止一個不利益或利益只是一個完全為其他目的所設規定的結果（例如為保護懷孕婦女或為保護合乎憲法之秩序而有之規定等等），或是經短暫地回歸至「事物之本質（die Natur der Sache）」（參照聯邦憲法法院判決輯第七冊，第一五五頁〔尤其第一七〇頁〕〈vgl. BVerfGE 7, 155 [170]〉）。

最後，一個憲法規定不許被孤立解釋；其毋寧必須由憲法的上下文義來被解釋（聯邦憲法法院判決輯第十九冊，第二〇六頁〔尤其第二二〇頁〕；聯邦憲法法院判決輯第三十冊，第一頁〔尤其第十九頁〕；聯邦憲法法院判決輯第三十三冊，第二十二頁〔尤其第二十九頁〕〈BVerfGE 19, 206 [220]；30, 1, [19]；33, 23 [29]〉）。在此關係中絕對排除同樣地由痛苦經驗借助於威瑪時代民主命運制定作為一個有戰鬥能力並能自衛之民主的憲法，因基本法第三條第三項規定致使這個國家聽其敵人的擺佈（參照聯邦憲法法院判決輯第三十冊，第一頁〔尤其第二十頁〕；聯邦憲法法院判決輯第二十八冊，第三十六頁〔尤其第四十九頁〕；聯邦憲法法院判決輯第三十二冊，第四十六頁〔尤其第四十九頁〕〈vgl. BVerfGE 30, 1, [20]；28, 36 [49]；13, 46 [49]〉）。

4. 按法院的確定判決，在基本法第十一條中「職業」的概念應作廣義的解釋；其亦包括公職在內（聯邦憲法法院判決輯第七冊，第二七七頁〔尤其第三九七頁及其下一頁〕；聯邦憲法法院判決輯第十一冊，第二十頁〔尤其第三十九頁〕；聯邦憲法法院判決輯第十六冊，第六頁〔尤其第二十一頁及其下一頁〕）。

頁〕；聯邦憲法法院判決輯第十七冊，第三七一頁〔尤其第三七〇頁〕〈BVerfGE 7, 377 [397f.] : 1, 30 [39] : 16, 6 [21f.] : 17, 371 [377]〉。這點是被堅持的。

(a)無論如何，基本法第十二條規定不僅在關於其所保障之職業選擇上，亦在關於執掌上，都受基本法第三十三條第五項規定之限制。「同樣地，職業的工作內容按有組織之社會的今日想法係必須首先留待國家去做者，其在基本法第十二條第一項規定中的意義是意味著，該等職業亦得由個人自由選擇，並且不許迫使任何人接受職業的選擇或禁止其做職業的選擇。沒有理由認為此基本權利「按其本質（*seinen Wesen nach*）」不適用於這樣的職業……然而對所有公職而言，基本法第三十三條仍是特別規定。此特別規定係源於事物的本質：工作崗位的數量（以及在此於模稜兩可的情況中對個人而言係職業選擇之事實上不能）於此係單獨由總是主管的公法人團體之有組織的權力（最廣義）來決定。這按此可能對個人而言之擇業自由之標準，曾經由任何人均在有同等能力時有相等擔任公職之權利（基本法第三十三條第二項規定），予以保證」（聯邦憲法法院判決輯第七冊，第三七七頁〔尤其第三九七頁及其下一頁〕〈BVerfGE 7, 377 [397f.]〉）。意欲於公法上的國家職務中作成之職業，其自由選擇之保證因而沒有主觀的請求權。

在另一方面，此職業自由基本權利不得由僱主隨意予以限制；所有的限制必須「源出於事物的本質。」不僅職業從事的種類及方式（「執業」〈*Berufsausübung*〉），尚且其開始（為工作而設立之許可，其同時涉及自由的職業選擇），均能按照由聯邦憲法法院發展出來的階段理論（*Stufentheorie*）

予以限制，尤其是經由其實現係取決於申請人之人的工作能力之主觀的許可前提要件，以及經由係獨立於申請人之工作能力而由公共福利的強制理由看來係必要之客觀的許可前提要件，來予以設限（聯邦憲法法院判決輯第七冊，第三七七頁〔尤其第四〇五頁以下〕（BVerfGE 7, 377 [405ff.]））。

(b) 對於至公職任公務員之許可的要求（保證他任何時刻為自由民主的基本秩序辯護）係屬於該主觀的許可前提要件；它存在於申請人的人上（在這個意義中即僅取決於他），是否他願意實現此前提要件，以及是否他有無滿足此前提要件。如上面詳細的論述，公共福利的強制理由已表露了該許可要求係「為憲法忠誠擔保（Gewähr für Verfassungstreue）」。「不願意自我放棄，至少不願在其作用能力（Funktionsfähigkeit）取決於公務員主體的範圍內陷入危險的國家，必須保障破壞憲政者無法侵入至公務員機構中。這個對國家而言很重要的保護，不能完全經由溫和的手段達成，諸如放棄許可的前提要件及滿足於在違反政治上忠誠義務的情況時能基於一個懲戒法上的判決給予撤職之可能。因此，如果該公務員法上長期流傳下來職業公務員制度上的原則被實現，要求申請人對一個職務提出保證任何時刻為自由民主基本秩序辯護，並且對於違反政治上忠誠義務之公務員予以懲戒法上撤職之制裁，這都不抵觸基本法第十二條的規定。政治口號或具誘惑力短語所謂對激進份子的「執業禁止（Berufsverbot）」，是根本不適當的，並且應該明顯地僅有喚起政治上情緒的作用。這個憲法及其具體化的公務員法之規定並未確立執業之禁止。它們只是擬定一個法律上允許的許可前提要件，其係在保護自由民主基本秩序上必要的，並且得由任何致力於國家職務之人在當他願意時予以實現。任何想為國家服務之人，不許有意地

非難及攻擊國家與其憲法秩序。

IV、

因此，即使什列斯威—霍斯坦邦公務員法第九條第一項第二款規定結合該邦有關法律人培訓之行政規定第二十五條第三項規定，要求欲被接受在公務員關係中完成實習之經過考試的法律候選人提出保證，其將在任何時刻爲基本法規定之自由民主基本秩序辯護，這仍將符合基本法的規定。

但是對此尚絕非確定，此在什列斯威—霍斯坦邦現行適用的法律情況，僅就在公務員關係中被完成之實習予以規定，即完全符合基本法。

1. 國家是否願意及願意如何安排與形成爲特定職業候補者所設之實習，這原則上是自由的。對大多數的職業，國家迄今已經放棄一個培訓的法律規定，並且已經自我設限於供不同種類的學校支配使用，以及信任一個學校培訓的成功結束與在職業及工作機構內一個更自由的訓練，會按照需要使適當的新手（Neuchwuchs）滿足。對於允許至一些職業工作，法律要求一定的考試，而未在實習期間規定一個法定的培訓；這留待諸如職業協會、企業等去處理。最後也有一些職業，在一定的考試之外亦由法律規定一個特別實際上培訓的完成。對於在公務員關係中被從事之國家職務的工作，一般是在法定的考試通過之外負有完成實習的義務，尤其該實習是爲了更進一步的培訓，但亦爲了挑選，特別是爲了申請人工作能力之證明而設的。這特別對要擔任更高職務適用。此實習目前一般仍位於第一次與第二次國家考試之間（所謂「候補官員期間」〈Referendarzeit〉）。

這個實習不是必須被如此安排，以致於該候補人員非處於公務員關係中。其亦可如此被規定，在一個私法的僱員關係中或在一個特別而非公務員關係之公法關係內被完成。選擇何種形式或允許那些形式併存，這是法律或國家機關權力的事情。國家決定一個在公務員關係內的實習——而這已經由什列斯威—霍斯坦邦做了，甚至不僅為國家職務的候補者，亦為在國家職務之外一個法律職業的候補者（邦政府認為對後者職業的實習未予以規定的看法，是不對的並且牴觸明確的實務上作法）——，於是在上面已經有的有關於允許的限制及有關於被許可者源自公務員關係之義務的說明，一貫地亦適用於作為公務員的候補人員。這個培訓關係的特性，最多得導至人們不考慮接受被培訓者進入公務員關係。

2. 該法律的實習不僅係為將從事國家職務而處在公務員關係中之人而設；其為實習亦係對於在國家職務之外的一些特定職業所作的法定要求（例如律師或公證人，該等必須具備「擔任法官職務能力」（*die Befähigung zum Richteramt*）等職業），或者其完成至少在現今社會及自由經濟中對於某些職業係屬於一個「結束的職業培訓」（*eine abgeschlossene Berufsausbildung*）」（例如私企業法律部門的主管，在私經濟團體或其他非國家機構中的法律人員）。

在一個這類的情況中，既不能依憲法要求國家為了申請人能得到一個自由職業之故，就必須對實習中等待進入公務員關係之人員的任命不予考慮，亦不能因為國家准許使一般化並讓實習佔優勢地為在公務員關係中之國家職務的新手設立，就支持國家，准許其對所有人，也對那些考慮國家職務之外法律職業的人，以法律明文規定為實習之繼續而接受進入公務員關係。後者的作法會牴觸基本法第十二

條規定。對於在自由經濟中的工作活動，凡涉及政治上的積極性者，惟有一般刑法的限制，以及按基本法第十八條規定而有的基本權利失權效之威脅；在其他方面適用職業自由之基本權利。此職業自由會受到限制——甚至在享有工作權利之重要關鍵的時刻——，當申請人在法定或事實上必要的實習都被排斥，只因爲此實習僅得在公務員關係中被完成並且該申請人欠缺爲此所必要的適當能力（即憲法忠誠的保證）。在基本法第十二條有關自由保障之規定方面，公共福利之有深刻影響及易明白的諸多理由對於這個限制並不能適用（參照聯邦憲法法院判決輯第三十三冊，第三〇三頁〔尤其第三二八頁〕〈vgl. BVerfGE 33, 303 [338]〉）。

綜上論結：國家有權就一個不僅是公務員關係中之國家職務，亦是一個自由職業之前提要件的實習之成功結業作一般的安排，以致於該實習在民法的僱傭關係中或在公務員關係外之特別的公法關係中（「專業實習者關係〈Praktikantenverhältnis〉」，如其已經部分地在單級的法律培訓上被規定）均可被完成。如果國家——如什列斯威—霍斯坦邦——顧及那些以當公務員爲職志之人的利益而決定一個保存在公務員關係中的實習，那麼國家必須爲那些考慮以國家職務以外的工作作職業之人，或者提供他們一個有同等價值、無歧視、在不必任命進入公務員關係中得被完成之實習，或者在其公務員法規定內制定一個例外規定，准許實習可依個人意願在公務員關係之外完成，如同迄今有時候爲那些不能被接受進入公務員關係之外國人而設之規定。如此亦可解決本件爲實習所設有關於允許之限制，與聯邦律師法第七條第六款規定抵觸之疑義。考慮到單級培訓在二級的法律培訓之外有增加的趨勢，使得法律實習之法律

上統一越有可能實現，未來得爲所有法律人制定在第二次法律國家考試之前在非公務員關係之公法上的培訓關係內（即法律專業實習者關係）做實際上培訓的規定。

如同一直爲公職以外職業之候補者安排之實習，在任何情形都未受到影響，被接受實習之候補人員如從事破壞憲政，其得無限期地被剝奪該實習。

一位申請人當他不提出保證任何時刻爲自由民主基本秩序辯護時，得被排除在公務員關係中完成的法律實習之外，這不必受到指責的。在憲法上要予以指謫者，係針對該邦也未就亦是國家職務之外其他職業之前提條件的實習提供一個方式，使該候補者得在未任命進入公務員關係中完成該實習，並且得藉此克服公務員法上的障礙。此牴觸憲法部分係在於一個不作爲，即在於一個規定補充之不作爲，只因該規定迄今僅就必須在公務員關係中完成之實習予以規範。而要由此得出必要的結論則係之立法者的任務。

本件判決在結果上係意見一致而被發布（註二〇）。

註一：以下有關基本法規定之譯文，主要係參考朱建民原譯，陳沖增譯，德意志聯邦共和國基本法，集於國民大會憲政研討委員會編印，世界各國憲法大全，第七冊，民國七十二年十二月初版，第111頁以下；原文規定則參考Grundgesetz, in Sartorius I Verfassung I und Verwaltungsgesetze der Bundes Republik, Stand bis 1. Juli 1993, S.1ff.

基本法第三十三條第五項規定：有關公務法律，應充分斟酌職業公務員（Berufsbeamtentum）

法律地位之傳統原則而規定之。

註二：基本法第五條第二項規定：此等權利，應依一般法律規定，保護少年之法規及個譽之權利，加以限制。

註三：基本法第十二條規定：

一、所有德國人均有自由選擇其職業、工作地點及訓練地點之權利。職業之經營得由立法規定之。
二、任何人不得強制其爲特定之工作，但久經確認而所有之人均一律平等參加之強制性之公共服務，不在此限。

三、強迫勞動僅得於其人受法院判決剝奪自由之時行之。

註四：基本法第一一六條規定：

一、除法律另有規定外，本基本法所稱德國人民，係指具有德國國籍之人，或於一九三七年十二月三十一日以後以難民或被迫放逐者，而具有德國血統，或其配偶、後裔之資格准許進入前德國（Reich）領土之人。

二、前德國國民，一九三三年一月三十日至一九四五年五月八日期間，因政治、種族或宗教理由，被剝奪國籍者，及其後裔，得申請恢復其國籍。此等人如於一九四五年五月八日以後在德國設有住所，並未表示相反意思者，視爲未喪失其國籍。

註五：基本法第十八條規定：

凡濫用言論自由，尤其是出版自由（第五條第一項）、講學（第五條第三項）、集會自由（第八條）、結社自由（第九條）、書信、郵件與電訊秘密（第十條）、財產權（第十四條）、或庇護權（第十六條第二項），以攻擊自由、民主之基本秩序者，應剝奪此等基本權利。此等權利之剝奪及其範圍由聯邦憲法法院宣告之。

註六：基本法第十九條第一項規定：

依本基本法規定，凡基本權利得以立法或根據法律加以限制者，該法律應適用於一般人，不得僅適用於某個人。此外並應指明其所限制之基本權利及有關係文。

註七：基本法第一〇〇條規定：

一、法院如認為某一法律違憲，而該法律之效力與其判決有關者，應停止審判程序。如係違反邦憲法，應請有權受理憲法爭議之邦法院判決之；如係違反本基本法，應請聯邦憲法法院判決之。各邦法律違反基本法、或各邦法律牴觸聯邦法律時，亦同。

二、訴訟進行中如關於國際法規則是否構成聯邦法律之一部分，及其是否對個人產生直接權利義務（本基本法第二十五條）發生疑義時，法院應請聯邦憲法法院判決之。

三、某一邦憲法法院解釋本基本法時，如欲逸出聯邦憲法法院或他邦憲法法院享有之判決，該憲法法院應請聯邦憲法法院判決之。

基本法第二十五條規定：

國際法之一般規則構成聯邦法律之一部份。此等規則之效力在法律之上，並對聯邦領土內居民直接發生權利義務。

註八：基本法第二十條規定：

一、德意志聯邦共和國 (die Bundesrepublik Deutschland) 爲民主、社會聯邦國家。

二、所有國家權力來自人民。國家權力，由人民以選舉、及公民投票，並由彼此分立之立法，行政及司法機關行使之。

三、立法權應受憲法之限制，行政權與司法權應受立法權與法律之限制。

四、當其他救濟不可能時，所有德國人對於從事廢止此秩序之任何人均有反抗權利。

註九：基本法第三十三條第三項規定：

市民權 (bürgerliche Rechte) 與公民權 (staatsbürgerliche Rechte) 之享有，擔任公職之權利及因擔任公務而取得之權利，與宗教信仰無關。任何人不得因其信仰或不信仰某種宗教或哲學思想 (Weltanschauung) 而受歧視。

註一〇：基本法第九條第二項規定：

結社之目的或其活動與刑法抵觸或違反憲法秩序或國際協定之觀念者，應禁止之。

基本法第十條第一項規定：

書信秘密及郵件與電訊秘密不可侵犯。

基本法第二十一條第二項規定：

政黨依其目的及其黨員之行爲，意圖損害或廢除自由、民主之基本秩序，或意圖危害德意志聯邦共和國之存在者，爲違憲。其有無違憲問題由聯邦憲法法院決定之。

註一一：基本法第三十三條第四項規定：

國家主權 (hoheitrechtliche Befugnisse) 之行使，在通常情形下，應屬於公務員之固定職責，公務員依據公法服務、效忠。

基本法第五條第三項規定：

藝術與科學、研究與講學均屬自由，講學自由不得免除對憲法之忠誠。

註一二：基本法第一條規定：

一、人之尊嚴不可侵犯。尊重及保護此項尊嚴爲所有國家機關之義務。

二、因此，德意志人民承認不可侵犯與不可讓與之人權爲一切人類社會及世界和平與正義之基礎。

三、下列基本權利拘束立法、行政及司法而爲直接有效之法律。

註一三：基本法第二條第一項規定：

人人有自由發展其人格之權利，但以不侵害他人之權利或不違犯憲法秩序或道德規範爲限。

基本法第七十九條第三項規定：

本基本法之修正案凡影響聯邦之體制、各邦共同參與立法或第一條與第二十條之基本原則者，不得成立。

基本法第九十一條規定：

一、爲避免威脅聯邦或一邦自由民主基本秩序或存在之緊要危險，一邦得要求他邦警力及其他行政機關或聯邦邊境保衛隊之人力設備協助。

二、遭受緊急危險威脅之邦，如本身不擬或不能制止危險時，聯邦政府得將該邦之警察及他邦警力置於其指揮下並得指派聯邦邊境保衛隊單位。此種指揮於危險排除後應即撤銷或應聯邦參議院之請求而隨時撤銷。該種危險如擴及一邦以上，爲有效制止而有必要時，聯邦政府得指揮邦政府，在此情形，本項第一句及第二句規定不受影響。

基本法第九十八條第二項規定：

聯邦法官，如於職務上或非職務上違反基本法之原則或各邦之憲法秩序時，聯邦憲法法院經聯邦議會之請求，得以三分之二多數，判令其轉任或退休。如違反出於故意，得令其免職。

註一四：基本法第三十三條第二項規定：

所有德國人民應依其適當能力與專業成就 (Eignung, Befähigung, fachliche Leistung) 有擔任公職之同等權利。

註一五：基本法第五條第一項及第二項規定：

一、人人有以語言、文字及圖畫自由發表及傳布其意見之權利，並有自一般可以接近之來源接受知識而不受阻礙之權利。出版自由及廣播與電影之報導自由應保障之。檢查制度不得設置。二、此等權利，應依一般法律規定，保護少年之法規及個人名譽之權利，加以限制。

註一六：基本法第八條第一項規定：

所有德國人均有和平及不攜帶武器集會之權利，無須事前報告或許可。

基本法第九條第一項規定：

所有德國人均有結社之權利。

註一七：基本法第三條第三項規定：

任何人不得因性別、出身、種族、語言、籍貫、血統、信仰或宗教與政治見解而受歧視或享特權。

註一八：基本法第三條第一項規定：

法律之前人人平等。

註一九：基本法第四條規定：

一、信仰與良心之自由及宗教與思想 (Weltanschauliches Bekenntnis) 表達之自由不可侵犯。
二、宗教儀式應保障其不受妨礙。

三、任何人不得違背其良心迫其以戰鬥員之資格服戰爭勤務。其細則由聯邦法律定之。

基本法第八條規定：

一、所有德國人均有和平及不攜帶武器集會之權利，無須事前報告或許可。

二、露天集會之權利得以立法或根據法律限制之。

基本法第九條規定：

一、所有德國人均有結社之權利。

二、結社之目的或其活動與刑法抵觸或違反憲法秩序或國際協定之觀念者，應禁止之。

三、保護並改善勞動與經濟情況之結社權利，應保障任何人及任何職業均得享有。凡限制或妨礙此項權利為目的之約定概歸無效；為此而採取之措施均屬違法。依基本法第十二條 a，第

三十五條第二及第三項，第八十七條 a 第四項及第九十一條規定採取之措施，不得違反依第一句規定由結社來保護並改善勞動與經濟情況所導致之勞工運動 (Arbeitskampf)。

註二〇：本件判決係由聯邦憲法法院第二庭庭長 Seuffert 及其他憲法法院法官 Dr. Geiger, Dr. Rotmann, Dr. v. Schlabrendorff, Hirsch, Wand, Dr. Rupp, Dr. Rinck 共同決議作成。其中憲法法院法官 Seuffert, Wand 及 Dr. Rupp 三人有特別意見書，本文在此未再予以翻譯。

關於「爲民間企業需用而進行土地重劃以及土地徵收之 合法性要件」之判決

——聯邦憲法法院裁判集第七十四卷第二百六十四頁以下

譯者：蔡震榮

目錄

要旨

主文

理由

A、案由

I、

1.事實

2.聯邦行政法院之見解

3.其後之事實發展

II、憲法訴訟提起人之主張

III、

1. 巴登符登堡邦政府之主張

2. 其餘當事人之主張

IV、訴訟代理人

B、憲法訴訟有理由

I、基本法第十四條第三項爲判斷之標準

1. 企業土地重劃具有徵收之性質

2. 市區建築土地重劃之命令之性質

3. 基本法第十四條第二項爲評斷之依據

II、土地重劃命令不合基本法第十四條第三項之規定

1. 爲防止弱者受不利之危險，立法者須對徵收之目的等詳作規定

2. 比例原則法律之前人人平等原則及公共福祉之關聯性應在個案中受到遵守

(a) 爲改善地區經濟結構之目的而制定之法規之合憲性問題

(b) 聯邦建築法未對調查之程序及前提爲規定

(c) 聯邦建築法未對長期確保所追求之徵收目的爲預防措施

III、結論

1. 聯邦建築法不允許以爲創造工作位置並改善地區經濟結構爲目的的徵收。

2. 有利於一個私法組織企業的徵收並不因此而不准，因爲有利於一般福祉非源自於企業客體本身，而僅是企業行爲的間接結果。然而依基本法第十四條第三項第二句須一法律來清楚描述此僅間接被實施的徵收目的，確定基本的徵收前提及其調查以及規範確保所追求一般福祉之預防措施。

一九八七年三月二十四日之判決基於一九八六年十二月十六的言詞辯論

判決主文

I、

巴登符登堡邦土地重劃及住都局於一九八二年六月二十五日作成之土地重劃決定——一九一四號程序 I，巴登符登堡邦土地重劃及住都局於一九八二年十一月五日之聲明異議的決定，巴登符登堡邦行政法院一九八三年七月六日之判決以及聯邦行政法院一九八五年三月十四日的判決等觸犯了訴願人基本法第十四條第一項第一句所保障的基本人權。其將被撤銷。程序駁回至聯邦行政法院來決定有關的費用。

II、

巴登符登堡邦須負擔訴願人四分之三，聯邦政府負擔四分之一的所需費用。

理由

A、

憲法之訴係針對設定一個汽車檢驗場之一個企業土地重劃之命令。對此計劃所需之農地及森林地應在此方式下轉交至將來檢驗場經營者，朋馳股份有限公司（Osweiler-Benz）上。訴願人是土地重劃所及之地主。

I、

1. 一九八〇年Boxberg 及 Assaustadt 兩城市在其相互補充的都市計劃中頒佈了「特別地區檢驗場」，都市計劃法之條件在此確定下被開創出來，以使朋馳公司得以取得迄今供農地及森林地使用之六一四公頃作為汽車檢驗，測試等目的成為可能。被確定的檢驗場所四·五公里 x 一·二五公里的四方形地區。在橢圓形的彎道內應擁有二二二公頃的農地及一一四公頃的森林地。如同都市計劃有關徵收之准許須與都市計劃執行的關聯下才得以決定。

在都市計劃程序進行中，朋馳公司已經由巴登符登堡邦住都公司以及邦公益住都企業在都市計劃所及地區內取得相當的農地及其他地。因為達成一個完全自由買賣而獲取該土地，Boxberg及 Assaustadt

乃於一九八〇年在其都市計劃所稱的意圖中申請引入一個企業土地重劃程序來實現計劃中的「特別地區檢驗場」。基此所及之聯邦建築法及土地重劃法的規定如下：

聯邦建築法第一四四條 f

基於一個市區措施原因之土地重劃：

(1)市區建築措施而需農地及森林地時，城鄉經由較高行政官署之同意依土地重劃法第八十一條第一項規定，在相關人所失土地分佈於一個較大範圍的所有權者們或透過該市區建築措施可避免一般文化之不足時得申請引入一個土地重劃程序。土地重劃程序可在一個都市計劃尚未受法拘束時即可命令之。在此情形下都市計劃應在土地重劃計劃公佈前（土地重劃法第五十九條第一項）即已公佈之。城鄉在土地重劃法第八十八條的意義下是企業主。

(2)依土地重劃法第六十三條規定，若土地重劃計劃已公佈時，即可下令土地重劃計劃提前實施。

(3)依本法規定所准之徵收並不受土地重劃程序引入之影響。

土地重劃法第八十七條

基於特別動機而被允許大規模之農地的徵收，若相關人所失土地分佈於較大範圍的所有權者們或可避免企業所引起文化缺失時，則徵收局可申請一個土地重劃程序。農地損失分配的標準在農經職業代表

同意下規範之。

(2) ……(4)

聯邦建築法第八十五條

徵收之目的

(1) 依本法僅下述可徵收，

1. 符合都市計劃之決定而使用土地或準備這種使用，

2. 未建或少許建築之土地，非在都市計劃區域內，但在所建地區關聯中，尤其是填補建築空隙，符合建築法規而使用或供給建築使用。

3 ……5

(2) 不受影響的

1. 其他不同於第一項所稱目的之徵收目的，

2. ……

聯邦建築法第八十七條

准許徵收之條件

(1) 個案之徵收僅在，若一般福祉的要求下及在其他可期待方式下不能達到徵收目的時，始得爲之。

(2)徵收之前提，需申請人依第一〇〇條第一項及第三項在合宜之條件下無法以適當之其他土地自由買賣去取得欲徵收之土地時。申請人需證明，該土地將在合宜的期限內依既定目的使用之。

(3)基於準備建築之使用（第八十五條第一項第一款）或基於供給建築之使用（第八十五條第一項第二款）的目的而徵收一塊土地，僅在有利於城鄉時使得為之。

(4)……

2. B]登符登堡邦土地重劃局於一九八二年六月二十五日透過在此受訴之決議下令 Boxberg/Assassat兩城之土地重劃。土地重劃地區包括大約二二九〇公頃之範圍。在一致的地區界定下該決議將此依聯邦建築法第一四四條F及土地重劃法第八十七條第一項為實現檢驗場之一個市區土地重劃命令與一個依土地重劃法第一條及第三十七條之一般土地重劃以及依一個街道法之企業土地重劃聯結一起，為使經由計劃建築之B二九二及K二八四一所引起農地損失分佈於較大範圍之地主上。在市區建築的企業土地重劃理由中土地重劃局敘述一徵收將不存在，若參預人不欲交出由企業產生之土地損失時。由朋馳汽車公司已取得之農地足已，補償參預人若其無法在都市計劃範圍內取得土地亦可在其外取得同等價值之土地。此外基於一般福祉之徵收亦在准許之列。

訴願人之聲明異議及撤銷之訴沒有結果。其上訴亦遭聯邦行政法院駁回：因為存在著一個市區建築企業土地重劃命令之條件。在Boxberg及Assassat兩城依建築使用命令第十一條之特別地區所指令的檢驗場區有助於一個市區建築措施之實現。如同已在行政法院之法規審核所敘述般，一個公共的，市區

建築所設定之利益在於，一個大型檢驗場以其經營所引起之噪音及廢氣負擔應足夠遠離城區及城郊的住宅區。依該城設想轉交朋馳公司的檢驗場之狀況並不能排除接受一個市區建築措施。需求農地及森林地來實現檢驗場進而產生的土地損失應分佈於較大範圍義地主上。不管是否土地重劃程序參預人經由此在程序區域的新分配而遭土地及價值損失，此又非朋馳公司贏求土地所可期待時，亦適用之。

企業土地重劃命令依土地重劃法第八十七條第一項進而設定徵收許可之條件。該命令符合其要求。此外，縱若僅在幫助考量的範圍內，上級土地重劃官署作為程序命令機關亦有權決定。有關反對土地重劃法院觀點之問題並不存在都市計劃程序中，因為作為地區計劃主體之城鄉並不具有徵收的權限以及都市計劃並不直接干預人民之權利。聯邦建築法第八十五條以下是徵收權判斷的標準，因為所預定在企業土地重劃範圍內來實現市區建築措施之土地需求歸屬於聯邦建築法所規定之事物範圍。然而大型計劃之實現並非在個案徵收的途徑上，而是以企業土地重劃之工具相對於徵收較溫和及較合適之手段去致力之。此種程序以經由企業必然後果勝任的目的聯結了占有關係新分配的優點並主要地以保有土地占有及盡可能地保有農地生產基礎為目標。因此對於徵收法之審核即已足夠，若對於在土地重劃程序外已預定的市區措施此理由之徵收將被允許。此將予以肯定：

基於市區建築目的而被徵收，為的是合於都市計劃確定而使用一土地或準備此種使用時，則符合聯邦建築法第八十五條第一款之條件。檢驗場依建築使用命令第十一條之意義在 Boxberg 及 Assa-ment 兩城的都市計劃中被指定為特別地區。而且一般福祉也要求實現所計劃檢驗場之徵收。是否此已

顯示，一個市區建築計劃執行措施的好處，或是否一般福祉要求一個超越此，提昇的，公正客觀的公共利益，則非此所問；因為一個如此具有水準的利益不應被否認。

朋馳公司所設之試驗路段同時有助於私人利益並不違反此。私人意圖及經營雖以私經濟利獲為定位亦同時產生公共福祉利益。決定性在於，「有利於私人的」徵收之強制手段被設定在一個超個人，在公共使用的目的上，亦即設定在國家或城鄉所負之任務上。就此不但在一定地區內為維持及改善經濟結構之措施屬此且包括那些有助於對抗地區或部門的失業之干預。兩目標依邦及城鄉觀點可透過檢驗場之設而實現。如在土地重劃決議及在都市計劃中所展現般，在此地區所採之行動有助於克服在 *Witt-Lauder-Kreis* 範圍上的 *Boxberg* 及 *Assamstadt* 兩城長久以來之結構虛弱。另外創造新工作及新訓練位置亦與此設施有關。依中程發展所設定之展望數字在檢驗場及其所包括的輔助企業之完成的十年內將創造大約九百個新工作位置。訴訟當事人所指責之結構改善，城鄉僅允許以合於市場之手段去努力，則誤認了聯邦建築法第八十五條以下的干預授權並疏忽了當地的結構虛弱。對其克服則檢驗地帶之建設及保養是一個合宜的社會手段。是否結構虛弱可以其他方式以及不徵收加以對抗，則在此不以審核，因為一個個別有關之徵收不考慮。

並且朋馳公司以其為豐富經濟力之重要的企業提供了，所提供的「一般福祉」目的事實上亦可透過合於計劃之試驗路段設定及其長期經營而達成。此外，城鄉謹守透過合宜之計劃協定而確保，其意圖亦在實現後仍擔保一般福祉。

3. 以一九八五年十二月九日的公證文件Boxberg 及Assaustadt、朋馳公司以及巴登符登堡邦簽署了一個「目的確保的計劃協定」。其中，朋馳汽車公司有義務，其所接收的建築及營運場所之土地需合於都市計劃之確定長期的使用並在檢驗場開始使用後以及其新設及擴充的輔助工業本身十年內創造九〇〇至一〇〇〇個工作位置。進一步規定涉及到工作位置之細節，汽車公司應優先考慮給予Boxberg及Assaustadt內公司委託契約，並提供訓練位置創設一個基金會供給職業之教育。最後，參與者認同，在整體計劃「檢驗場」之委託契約大約價值一億馬克並應在Metz-Taubert地區給予。

II、

憲法之訴係針對土地重劃所命之決議，邦土地重劃及住都局之聲明異議以及行政法院（土地重劃法院）以及聯邦行政法院之判決。

憲法訴願人，職業及業餘農夫斥責其由基本法第十四條衍生的基本人權受到侵害。他們係土地重劃所及土地之所有權人。其土地泰半位在都市計劃有效範圍內並被要求作為檢驗場。憲法訴願人自一九七二年以來在計劃區域內管理那些遷出者的農場。因為農場建築仍存在，但經由檢驗設施之圍堵設限使其僅能經由隧道通行，基於此設定的「圍堵」狀態」他們斥責其人性尊嚴及人格發展的基本人權受到侵害。

受訴之決定基於聯邦建築法第一四四條並結合土地重劃法第八十七條並不足以符合基本法第十四條第二項之要求。有利於企業生存供養的徵收，有關於此聯邦憲法法院在能源經濟法模式已決定，指出，

有利於此種企業徵收權限之給予應與其所負的公共任務有相互關聯。由此模式事物狀況與法律狀況在此有根本的區別。國家並非透過相關已公佈之法律毫無誤解地表現出，一個技術性設備的設定如試驗路段有助於一般福祉。立法者亦疏忽了，創造一個合宜地，法律的工具，來確保公共利益之履行。土地重劃之強制手段並不合於國家的監督及主控權限。

聯邦建築法第一四四f結合了土地重劃法第八十七條以及聯邦建築法第八十五，八十七條並不滿足於憲法法院在纜車決定（*Bayerische Str.* 249）所展現經由立法者具體評定為徵收事物範圍之要求。這些規定並無包括法律上標進來區別那些得以在徵收途徑上貫徹的市區建築措施，以及這些不可能貫徹的措施。立法者所要求的是，是否它已足夠清楚地顯示，基於工業設置之目的而欲使用徵收之手段。是否這樣一種法律根本地被准許則不重要。經濟之發展迄今並無強制手段而開展。

基本法第十四條第三項禁止一種私人使用的徵收。這並非是工具，在私法規範內解決法主體間出現的問題，它並非解決私人間財產之轉移。試驗路段之建築所追求之目標，在使擴充朋馳公司收入成為可能。企業營利之利益不應被評定高於任一其他之利益。縱然學說認為一個徵收可以作為部門或地區結構政策，但仍需立法者之一個決定。總之，這須詳盡描述公共地區政策之目的——手段——體制。透過邦政府，透過邦議會多數通過以及透過一個地區計劃之調適並不足於作為大型計劃立足點之支撐。聯邦行政院之論證得以轉嫁至任一工業設備以及任一大型勤務供應上。若這點立於與基本法第十四條第三項第一句合一致，則在結構虛弱地區得以徵收或土地重劃之強制手段在任意方式下致力於一個工業及經濟企

業的設置政策。具體的意圖並非有助於一般福祉以及不會合於徵收法之意義。它僅是企業政策決定之結果，面對於迄今試驗程序而偏愛試驗路段。在試驗路段上創造若干工作位置僅是該意圖的間接結果。同樣地，進一步工業之設置亦非立於與試驗路段如朋馳公司在 *Uetersen* 所提供訓練位置一個徵收法的扼要關聯上。完全無法理解的是，為何一部份在試驗路段座落之土地在朋馳汽車公司不變更使用以及卻不再發放給原來之地主。徵收絕非是地主更換執行之工具。

聯邦行政法院所援引以致力於一般福祉目標的計劃為法律上之確保，僅及於公共利益之一部份而已。徵收受益者的範圍，國家監督及主控權限以及目的勿缺失之補救需立法者規定之。最後，透過高權的強制手段應確保，創造預計的新工作位置。

III、

1. 巴登符登堡邦政府認為憲法之訴無理由。

聯邦建築法第一四四條¹，土地重整法第八十七條以下，決定基本法第十四條第一項第二句所有權的內容及界限。土地重劃之徵收法上的評定應區別各種不同方式的土地重劃。進而區別一個土地重劃之命令及施行。任一這些階段包括了自有的干預及形成規範。土地重劃之命令被認為基本的行政處分。它啓開了形式之程序並特別地確定了土地重劃區域，依其理由執行對區域所屬土地之整體的行動。土地重劃的新形成在施行階段才完成之。

土地重劃法之外型是規範重劃。這同樣地如同市區建築之土地分攤 (*Umlegung*) 被視為內容及界限

之確定。企業土地重劃依聯邦行政法院及聯邦法庭 (Bundesgerichtshof) 之判決並無意味著徵收；之後僅在施行階段出現點的及個別的徵收構成要件。市區建築之土地重劃同樣地依聯邦建築法第一四四條被定義，因其以代替原則為準。聯邦憲法法院在此一種代替過程並不認為是徵收 (BVerfGE 42, 263)。雖然企業土地重劃首先有助於所發動的企業家及其意圖之利益，然而它如同規範重劃透過一個同時並存的私人利用及社會利用而表現出來，因為它應均衡地維護及促進農地及森林地有關的地主之利益並使之平衡。在上述的案件中尚添加，朋馳汽車公司必要地交出比其他參預者更多的土地面積。因此，企業土地重劃是一個純粹的「土地交換程序」。在判斷規範及企業土地重劃上一個明確劃分私用及他用的新分配違反了事實上關係。此外，作為土地所有者的「企業家」或最後受益者（在此為朋馳公司）參加土地重劃程序，並基於區域所屬地主之觀點沒有追求外來，他用的利益。依賴狀況之標準引出了同樣的結果，因為任一土地重劃應符合「社會團結之要求」。土地重劃確保一個所有地主參預其中的區域結構秩序及發展。就此須先假設，所發動的意圖符合社會義務之基本思想應包括在一個展現的公共利益內以及有助於現存區域結構之維持及發展。存在擔保不得加以懷疑，因為徵收特殊的分配關係透過代替原則仍保有之。

是否一個企業土地重劃之施行結果依土地重劃法第八十八條第四或第五款被定義為徵收，在此無法決定。聯邦行政法院的觀點，亦即，對於企業土地重劃應給予徵收之准許，已超出立法者創造了一個超出憲法命令外的合法前提之假設外。

邦政府補充，依基本法第十四條第三項所爲之徵收條件亦被符合。這些在充足地方方式下予以明文化。立法者無需指名確定意圖之一個目錄，有利於此即應准予徵收。一個法律的概括規定已足夠。必要的具體化得以在一個都市計劃的中間步驟並聯結所准許計劃內容之法律及命令的規定。因此該途徑指明了，都市計劃展現了一個整體計劃。一個階段式的具體化即是公正的。一個市區建築目的的徵收不因爲其合於聯邦建築法第八十五條之抽象條件而被准許的。同樣地僅在一個都市計劃中之一個意圖的證明是不足的。在個案中依聯邦建築法第八十七，八十八條之標準需加上一個徵收的必要性。一般福祉的一個較高理由在此以顧及相關地區貧困的經濟及社會結構爲由而呈現出。事實上，對整體地區的一個正面發展已在其間顯現出來。

聯邦行政法院正確地認爲有利於一個私法組織企業的徵收是被允許的。依聯邦憲法法院的判決（BVerfGE 66, 248 [257]）如此一種徵收將被允准，若一企業經由法律或基於一法律而被指定履行一般福祉之任務並因此而確保，其將執行一般福祉之使用。因此，有利於私人之徵收在進一步的狀況中並非不可能。雖然人們應認爲此一種徵收不被允許，若私人經濟並無著手執行生存照顧及履行公共任務之具體委託。此亦需一個公共的目的確保。但這種無需以法律之途徑；一公法上契約即已足夠如一九八五年十二月九日的計劃協定即是一個合宜的手段。

2. 在此程序參預的Boxberg及Assansstadt兩城以及朋馳公司均認爲憲法之訴無理由。他們的憲法評判基本上與巴登符登堡邦一致。他們一致認爲企業土地重劃來實現一個市區建築之措施爲一個被允許的

所有權內容及界限之確定。朋馳汽車公司提出更詳細的觀點，基於在土地重劃所准的代替（土地重劃法第六十八條）本身在施行階段不得加以徵收。

總之，其符合基本法第十四條第三項。徵收目的法律明文文化之要求將透過階段式的具體過程在計劃核准的徵收中而符合之。以實現檢驗場所致力於改善地區經濟結構亦足以作為有利於私人經濟企業徵收的理由。

IV、

言詞辯論中律師 Dr. Witt 為憲法訴願人之代言人。

給養，農業，環境及森林之部長由博士 Meise 及政府主管 (Regierungsdirktor) Jaeger 以及教授 Börsig 作為全權代表代表邦政府；律師 Dr. Nie 代表 Börsig 及 Kassanstadt 兩城以及朋馳公司發展部主管與其全權代表律師教授 Dr. Nie 代表朋馳汽車公司。

B、

憲法之訴為有理由的。在受訴的土地重劃決議中之企業土地重劃的命令具徵收的特質。邦土地重劃及住都局之決議與聲明異議決定以及土地重劃法院與聯邦行政法院的判決是以使用一些規定為準，其對於如此一個命令卻無法提供足夠的基礎。命令之決議及其所下之決定不合於基本法第十四條第三項第二句之意義的徵收合法性原理並因此觸犯了憲法訴願人基本法第十四條第一項第一句之基本人權。

I、

憲法評判之審核標準爲基本法第十四條第三項。

所進行程序並無理由審核，如何憲法上來評判一個規範土地重劃或一個土地分攤。得以探討的僅是依聯邦建築法第一四四f聯結土地重劃法第八十七條第一項的市區建築之企業土地重劃。如此之一種或許憲法上並不出現特殊之困難，若其僅爲了緩和狀況中土地取得之結果，使其毫無爭議擁有土地取得之權限。但在上述狀況中於土地重劃範圍內可使用之規定正好被引用爲土地取得的基礎。是否其因而足夠，將加以探討。市區建築之企業土地重劃在此不得被評判爲基本法第十四條第一項第二句意義之所有權的內容及界限確定。不如說它透過國家對個別所有權的行動而表現出來；它以完全或部份地具體法地位的除去爲目標，其透過基本法第十四條第一項第一句加以擔保。是否相關的地主無面積損失而取得一個等價之土地補償，對於憲法的定位則是不重要的。因此在此所論及的企業土地重劃僅在其滿足基本法第十四條第三項之條件時，才與所有權擔保合一致。

1. 一個市區建築的企業土地重劃首先供應一個存在公共利益內之意圖的實現，該意圖在相當範圍內干預農地狀況。其所追求之目的在於，取得企業主對此意圖所需之土地。但這是典型的徵收。此一種企業土地重劃並不因而喪失其徵收的資格，透過意圖所引起土地之損失將分配在一個較大範圍的所有權人上（聯邦建築法第一四四條第一項第一句，土地重劃法第八十七條第一項第一句）。透過這樣一種措施來緩和後果將不能排除他用干預。個別的土地所有人應——若非個別的相關人，則與其他人結合一個團體——忍受在他土地之上干預來實現一個與他利益或團體利益無關之意圖。

不同於此，反對邦政府觀點並非源自於個別土地之受制狀況及源自於面對結構改善措施而生的顧慮以及社會團結之義務。因此已誤認了，立法者有義務設定此種所有權人之義務，它依基本法第十四條第一項第二句確定所有權之內容及界限。並不存在任一法律規定，其負與所有權人義務，為實現在他入利益所在的目的而將他的土地與另一人交換。不如說，立法者在土地重劃法第八十七條第一項第一句中讓企業土地重劃正依一個徵收許可而定。因此，它合於憲法狀況而不“超越”已表明了，以企業土地重劃之途徑來取得土地所有權與基本法第十四條第二項意義的所有權之社會義務並不符合。

2. 在此所論之企業土地重劃亦導至基本法第十四條第一項第一句意義之所有權地位的喪失。土地重劃程序的參預人完全或部份喪失其土地並基本上在其土地被企業所需而失去後，依土地重劃法第八十八條第四與第五款取得一個等價的土地或一個損失補償。在其中存在著一個對個別所有權的行動使具體法律關係產生變動；所有權價值取代了具體所有權存在的地位。此亦表徵著徵收；因為基本法第十四條第一項第一句之所有權擔保確保個別所有權人擁有的具體存在。

在所進行程序備受爭議的市區建築土地重劃之命令卻非因而導入有關土地所有權人的所有權剝奪。它仍是憲法審核的標準對象。行政決定，其在狹義上先於徵收程序以及對有關依基本法第十四條第三項憲法上要求的徵收程序存在著拘束效力，須依此規定來衡量（比較BVerfGE 45,297 [319f.]；55,249 [264f.]）。依聯邦建築法第一四四條十聯結土地重劃法第八十七條第一項的市區建築土地重劃命令在此判決意義上呈現了「徵收法上的先效」，因為它最終地及對更進的程序有效地決定在要求他人所有權下

的意圖之實現。它展現了徵收法上的「計劃決定」並效力及至土地重劃計劃之執行規定，其重新規劃土地重劃區（土地重劃法第五十八，六十一條）。以其存在力依其理由而確定一個對此意圖必要的徵收之允許（基本的行政處分）；進一步的徵收步驟得以不再對抗意圖之不准。

如此一個徵收法上的先效並非已由企業土地重劃助其實現的都市計劃發展而成；因為此並非涉及有關一個徵收允許之有效證詞。聯邦行政法院在受訴的判決中正確地指出了城鄉計劃者的缺乏徵收權限。而且依聯邦行政法院的觀點都市計劃僅受制於聯邦建築法第六條第一項，第七條的市區建築考量命令，而非受制於徵收准許的現行原理。土地取得之問題因此正確地歸屬於土地重劃程序。由此單純法上之評判為出發點。

並且基本人權上亦要求一個充份的及有效的權利保護，憲法上的審核不應在計劃決定之具體施行後才開始（vgl. BVerfGE 45, 297 [333] im.w.N.）。相反的見解誤解了市區建築土地重劃命令的拘束特質。若其徵收法上的先效已達到，則應足夠，它僅潛在的及尚非實際的觸及私法秩序（vgl. dazu BVerfGE a.a.O., S. 319）。

3. 因為在此受訴的措施符合1)與2)所列之條件，它乃依基本法第十四條第三項來評斷。是否憲法訴願人在預見的土地補償中期待一個土地面積扣除與否，則不重要。在土地重劃決議所設定的及也由Börsing與Kasamsstadt在憲法之訴程序中所持之見解，一個徵收將已因此而不存在，因為朋馳公司在土地重劃區擁有足夠之土地，以讓所有參預者得到一個等價的土地補償，此說將讓基本法第十四條第一項第一

句確保個別所有權人現存具體狀況不列考慮 (BverfGE 38, 175 [181])。是否以及在何種範圍產生一個土地補償，是一個計劃決定執行的問題 (狹義的徵收程序，vgl. BverfGE 45, 297 [321f.])；其中僅涉及有關依基本法第十四條第二項第二句所命的補償之方式及程度。無土地面積扣除的等價土地補償因此對土地重劃的徵收法資格不具有任何意義。憲法上徵收條件因此不可替代 (vgl. BverfGE 38, 175 [185] ; 56, 249 [260f.])。

反對土地重劃徵收之特質而有利於試驗路段亦不得援引代替觀點的結果。雖然此種法機構在土地重劃法第六十八條找到了一法律上的具體化。以此規定立法者僅單單地追求，澄清以一土地結合之權利的命運之目的。而非對於在此受訴之企業土地重劃憲法定位賦與其意義。僅基本法第十四條第三項在此作為標準。而後，企業土地重劃徵收法上之地位基於他用才毫無問題。

縱使以聯邦憲法院之Contergan 裁判為支撐亦無法改變對此之評判 (BverfGE 42, 263)。憲法院並不將由一個私法的比較而生的要求轉變成法律所規定給付要求視為徵收，因為它缺乏有利於他人利益之典型權利剝奪 (vgl. BverfGE a.a.O., S. 299)。但如此一種卻存在此所論及的企業土地重劃。

II、

為實現都市計劃所指示的試驗路段的土地重劃命令不合於基本法第十四條第三項之規定。

1. 這卻與憲法訴願人意見相左卻不因而導出，有利於一個私人的徵收效果——透過作為企業主體之城鄉聯繫——產生了。

聯邦憲法法院對有利於私法組織的企業徵收准許之問題迄今尚未作最終的表明。然而它在對能源經濟法第十一條第一項的判決中認為，若透過或基於法律而將履行一個有助於福祉之任務指定給如此一個企業並因而確保，其導入一般使用時（BVerfGE 66,249 [257]），則此將得以允許。此種說法已足以認知，在判斷一徵收的合憲性並無給予受益者決定性的意義。勿寧說，基本法第十四條第三項要求一個合資格的徵收——一般福祉——，在法律的規定或以法律為基礎上應可找到其具體的型態（BVerfGE 24,367 [403f.]；38,175 [180]；56,249 [261f.]）。若此種透過基本法所預定及透過立法者充分確定的目標之徵收是必要的，依文獻切中的見解，是否它追求一個有利於私人或公共行政主體，則對於憲法上的判斷並非是決定性的（vgl. Papier in:Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art.14 Rdnr.499ff.）。

一 有利於私人的徵收，在其中，強制地將所有權由一公民轉交至另一，而其僅間接提供公共福祉並有極高度濫用之虞而加重弱者負擔，則產生憲法上特別的問題。在此，應提出，憲法所負與民主議會的立法者規劃所有權秩序之責任。這一如憲法法院已在纜車判決陳述般（BVerfGE 56,249 [261]）——法律上應確定，對於何種意圖，在何種條件下及對於何種目的才得以徵收。在有利於私人的徵收中不應忽視，此種——不同於一公共行政主體，其直接履行國家的任務並因此其行為受所有涉及之法律的拘束——基本上在使用法秩序賦與他的私法自治下追求自己的利益。是否以及對於何種意圖應准予此一一般徵收，立法者需明確地決定。亦應——有利於私人的徵收——擔保，可達到並長期確保措施之一般利益所在的目的；如此一般福祉才可要求徵收。若私人企業經營對象已屬之於一般承認生存照顧的範圍，如在交通或給養營

運之範圍，則這已足夠，若其已設定充分的預防措施，合於規定地履行自己所提出的「公共的」任務（BVerfGE 66, 248 [258]）。相對地若對一般福祉之使用非源自於企業對象本身，而是一如在此僅源自於企業行為的間接結果時，則光此種預防措施仍是不夠的。必須對僅間接被履行及因此不是從一開始即明顯的徵收目的之法律的具體化提出特別的要求。

2. 正好在此事務狀況下基本法第十四條第三項第二句要求一個如此清楚法律之徵收目的的描述，使有關徵收准許之決定不交至行政的手中。此外須一些不同的實質法及程序法上之規定來確保，在公共福祉——受徵收人——受益者的利益三角中於法律前顧及比例原則以及平等原則並特別仔細地受徵收必要性的審核。最後絕對必要的是，企業所追求行為之公共福祉關聯並非僅是事實的反射，而是應長期被擔保（vgl. BVerfGE 38, 175 [180]）。因此，受益私人之法律上預設的有效法拘束在公共福祉目的是必要的。

在此探討之措施並不能滿足這些條件。既不存在有對於所追求徵收目的的一個足夠充分之法律基礎(a)，亦不存在那些確定基本徵收條件及其調查程序之規定(b)，亦不存在確保徵收目的之足夠的法律預防措施。

a) 以在此所述的企業土地重劃應可達到改善區域的經濟結構。此攸關在一結構虛弱地區創造工作位置。

是否一法律規範，其足以在有利於一個可一般描述的目的下准許一徵收並符合充分確定的憲法要求

，則是值得懷疑的。然而此問題無需在此進一步探討，因為立法者迄今已解釋此種無差異性之目的非屬以徵收來達成之任務。聯邦行政法院之認為聯邦建築法規定已提供一個充分的徵收基礎之觀點，則不符合憲法的觀點。是否聯邦立法者對有關徵收來改善區域經濟結構之規定有權制定，則不重要。總之，在此所追求的徵收目的不得取之於聯邦建築法。若將這些規定視為足夠時，則——如同憲法訴願人切中表明般——得以在結構虛弱區有利於私企業主體並不於農業使用以企業土地重劃之方式來貫徹任一土地之強迫交換。

聯邦建築法第八十五條第一項指出依聯邦建築法可徵收之目的。在此考慮之列僅單單此規定的第一款：符合一個都市計劃確定使用或準備使用一土地之目標。在此規定中並無看到立法者可以改善區域經濟結構及在有利於私人來創造工作位置而決定一徵收。上述的都市計劃已因缺乏法律資格而不適合，替代此一種決定。尤其是建築指引計劃——如前所述——依專門法院一致的意見雖受此公正考量公共及私人間相互利益之命令的拘束，但卻非受徵收現行原理許可的拘束。它僅表明土地所准許使用的方式。但若在建築指引計劃的決議不顧及徵收法上的問題時，則它就無法固定公共福祉於基本法第十四條第三項第一句中。加上，也不允許城鄉行政代替立法者來確定允許的公共福祉任務之一徵收(BVerfGE 56, 249 (261 f.))。但若授與行政此種權限，則人們即可視一徵收為准許的，因為它有助於合於計劃地使用或準備此一種的使用一土地；則將確定個別徵收之目標掌握於城鄉章程制度者手中。

無可置疑的，建築指引計劃內容上充分地透過法律而表現出來。依聯邦建築法第一條第二項城鄉在

對於市區建築之發展及秩序的必要下可提出建築指引計劃。依聯邦行政法院的判決若建築指引計劃依城鄉計劃方案是必要時，則存在著該義務（vgl. BVerwG, DÖV 1971, S. 633）。計劃並不先有內容之預定。其依聯邦建築法第一條第四項需適應區域秩序（Raumordnung）及邦計劃（Landesplanung）的目標。這些目標是計劃過程之結果，其源自於那些粗略描述及部份相互矛盾的原理中（vgl. 區域秩序法第二條）。在聯邦建築法第一條第六項所擁有的計劃準則，其包括所有公共利益及因此同樣地包括相互衝突的利益，以及在聯邦建築法第一條第七項所規定的考量命令亦不能用來作為基本法第十四條第三項第一句意義下之一般福祉的具體化。任一公共利益對一徵收而言仍不足夠；自由確保的所有權功能（BVerfGE 24, 367 [389]）相反地要求一特別重要的，急迫的公共利益；僅與此符合時才允許剝奪私權（Papier in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, RdNr. 505 zu Art. 14 GG unter Hinweis auf Böhmer, BVerfGE 56, 266 [274] : abw. M.）。

在聯邦建築法第一條第六項第二句所論及的經濟，能源，水電供應以及農業及森林經濟之利益作為眾多計劃準則之一種僅具有計劃法上而非徵收法上的意義。同樣地，聯邦建築法第一條第六項第二句，依此農業或森林經濟所使用之面積僅在必要的範圍內得以預定及要求其他的使用方式，並無提供任何論證。雖然，計劃確定的城鄉基此規定有義務，將此利益以較高比重設定在其考量中；但由此卻不得導出，要求農業及森林經濟使用之面積在相當的範圍內作其他使用方式之都市計劃因而同時擁有一徵收的有效理由。

一般福祉之一個更進的法律之描述同樣地亦非由聯邦建築法第九條聯結一都市計劃可能內容之建築使用命令的規定顯示出。雖然無可否認的，城鄉的形成權限透過這些規範而受限；然而，一個法律的拘束計劃者於更進地可確定的，個別的公共福祉之目標並不因而形成那些所預定的多樣的並包括典型化的建築區描述之確定。建築使用命令第九及十一條有關工業區及其它特別區之規定並不擁有基本法第十四條第二項第二句所要求的法律基礎。建築使用命令第九條僅論及有助於業者安頓之工業區，第十一條論及僅有關那些「重大地區別於」第二至第十條所稱建築區的特別地區；第二項所敘述的使用方式並同樣地不符合以促進經濟結構為目的的營業設置之目標。

聯邦建築法第一四四條 f 的概念「市區建築措施」同樣地不能獨立地具體化徵收法上的公共福祉利益。此特別地由成立的歷史顯示出。VIIa 之部份（聯邦建築法第一四四條 a 至一四四條 f）於一九七六年以補充條款方式引入聯邦建築法。其中大部份毫不改變地接受了市區建築運輸法第六十四至七十條的內容（vgl. BTDruck. 7/2496 zu Nr. 62）。聯邦建築法第一四四條 f 取代了市區建築運輸法第七十條的位置。此規定了，城鄉依土地重劃法第八十七條第一項經由較高行政機關之同意，在符合土地重劃法第八十七條第一項的其他條件下，若對於一整頓或發展措施而需農地或森林地時，得以申請引入一土地重劃程序；其他方面，該規定基本上符合了現行聯邦建築法第一四四條 f 之規定。在發展措施中（市區建築法第一條第三項）係攸關那些以改善鄉區及住居結構為目標並因此歸屬市區建築有關可理解之概念的措施。不但在整頓亦在發展區域皆產生徵收的問題。整頓及發展措施主體基本上是城鄉。市區建築

運輸法第七十條的原本規定聯結土地重劃法第八十七條第一項因而顯出一個和諧的一致性：城鄉對於這些市區建築運輸法已解釋可准許徵收的措施得以申請企業土地重劃而無需使「徵收的其他准許」之間題取之於土地重劃法第八十七條第一項的構成要件前提上。納入聯邦建築法而產生的整頓及發展措施概念的分離以有利於「市區建築措施」之新概念打破了這種關聯性。但由此不得因而推論，徵收權可依聯邦建築法而擴充或——聯邦行政法已駁斥的——依土地重整法第八十七條第一項放棄徵收許可之條件。聯邦建築法第一四四條^f僅提示，一市區建築及一有關的土地重劃僅被准許來實現嚴格意義的土地整頓之措施。總之此規定亦如同聯邦建築法之其他規定並不符合一種為改善經濟結構及創造工作位置的徵收。就此應需立法者一個明確的決定，其超出純粹市區建築之利益外而接受經濟及一般結構政策的問題。對於如此一種決定之存在並無任何支撐點。聯邦建築法之規定有助於城鄉土地法上的發展（Art. 74 Nr. 18 GG -BayerGG 34, 139[144]）但非助於實現市區建築重要的任何措施。

同樣地，聯邦建築法第八十五條第一項第一款，第八十七條第三項與第八十九條所規定有利於城鄉之暫時的徵收亦不能導出，「促進區域的經濟結構」之目的已設定在聯邦建築法中。依聯邦建築法第八十九條城鄉有義務，轉售其所擁有之土地，若營求土地而追求的目的可得實現時。該規定的第二款規定了，土地依都市計劃目標及目的之標準並顧及更大範圍之人民而轉售給在適當時間內有計劃使用該土地之業主。最後，第三款規定，城鄉經由不同法型態，此外亦經由依房屋所有權法設定繼承建築權或權利，而得以履行其轉售義務。該條文僅在，若人們在土地及土壤之社會重分配中觀察其任務，才可理解。

因此，它處在帝國住居法，帝國家宅法，邦的土壤改良立法以及建地取得法的傳統中（Einzelheit bei Frey, Die Verfassungsmässigkeit der transitorischen Enteignung, 1983）。由徵收之此種法律上明文化方式不得因而推出，立法者亦欲允許為改善經濟結構的一種徵收。意即上述狀況亦適用之。若在此已選擇了土地重劃程序形式則絕無理由，將城鄉徵收來的土地轉變成「使用之準備」（聯邦建築法第八十五條第一，二款的交替使用）；可考慮地僅是一種土地直接的轉交至想要及有能力合乎計劃使用土地的朋馳汽車公司。城鄉Boxberg及Assensstadt僅透過聯邦建築法第一四四條f第一項第四句才可中間介入，就此城鄉是土地重劃法第八十八條意義的企業主體。

最後聯邦建築法第八十七條第一項並不包括在此所追求的徵收目標。在建築法的文獻中幾乎一致認為，聯邦建築法第八十七條第一項中的「一般福祉」概念與基本法第十四條第三項第一句中的相關概念符合或依附之（Schmidt-Assmann in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Bundesbaugesetz, Rdnr. 12 zu 87 BBAuG; Bruegelmann/Pohl, Bundesbaugesetz, ANn. 11b zu 87 BBAuG; Ernst/Hope, Das öffentliche Bau- und Bodenrecht, Raumplanungsrecht, 2. Aufl., Textziffer 645）。該規定單獨並無給予依聯邦建築法第八十五條以下之徵收權的具體界限。因此，「一般福祉」之認可將假設，「改善經濟結構」之目標在聯邦建築法之其他規定清楚地可找到明示。但如前所述卻非如此。

b) 聯邦建築法對在此所追求的目的並無規劃徵收，也指出了其調查必要前題及程序有關規定的缺失。雖然徵收機關在其市區建築目標設定中受都市計劃的約束。但因為建築指引計劃並非以其強制地實

現的要求爲定位，徵收機關應獨自地及不依賴地審核徵收前提之具備與否。在此爲改善經濟結構及創造工作位置以一都市計劃爲基礎所意圖的徵收應將其確定與其他的，市區建築外的利益一併考量；都市計劃本身彷彿可安排此考量。就此，聯邦建築法既非提出內容的預定，其亦無提供對於如此一個超出它範圍任務勝任的工具。對於轉變在此所追求之經濟及結構政策目標爲一具體意圖亦即爲公共福祉的現實化，則至少需法律的規定，其提供評斷個別相互矛盾利益的支撐點。它應確保，既非立法者本身直接地或一簡單地有資格的機關在一適當的程度亦在意圖必要性的審核下著手於所有公共福祉觀點及矛盾利益的整體考量。

在此不適當規定之使用對上述案件產生了憲法所有權擔保不能公正地實現：在建築指引程序機關——在規範審核中取得行政法院及在受訴的決定中取得聯邦行政法院之同意——是在此徵收條件不被審核爲初發點。依此，對都市計劃的論證僅包括有結構政策的考量及在聯邦建築法第一條第七項所規定公益及私益有計劃的衡量；涉及一個必要的土地營求則由土地重劃程序來處理。但在此程序中土地重劃機關認爲審核一個徵收是否准許則不必要的，因爲一個企業土地重整本身無法避免徵收及土地去除的。它僅在都市計劃中以結構政策考量爲支撐下才著手於一有關的審核。與此相反的，土地重劃法院認爲，雖然對於一徵收應有一些前提，但其准許非由土地重劃機關決定，而是相反地在都市計劃程序中決定之。依事務狀況城鄉在都市計劃中亦認爲有關徵收之准許受制於土地重劃機關，縱若此概念並不出現在建築計劃理由中。聯邦行政法院認爲一土地重劃僅在，若其實現在土地重劃程序外所准許的一徵收，才在允許之

列。就此，不得在建築指引程序，而是僅由土地重整機關決定之。這在土地重劃決議之幫助考量的基礎透過聯邦行政法院，其審核徵收之准許僅一依理由而非個案有關的亦非在必要性的觀點爲之，可看出。

○最後，聯邦建築法本身既未對在此所致力的徵收目的設定長期確保的預防措施，亦無對此確保措施創造相關的基礎。

聯邦建築法基本上認爲在計劃實現後，徵收目的亦將長期被達成暫時徵收的案件中（聯邦建築法第八十五條第一項第一款及第二款，第八十七條第三項）土地及土壤社會重分配的徵收目標，若城鄉依聯邦建築法第八十九條盡其轉售之義務時（比較聯邦建築法第一〇二條第一項第二款），則視爲已達到。法律並無規定對後申請人之拘束。不同於此地，由建築法第八十七條第二項第二句既不顯示，一個徵收申請人應使人相信地，在適當的期限內照預定的目的去使用土地，由建築法第八十九條第二項第一句亦不顯示，建築申請人在一暫時徵收中面對於城鄉應讓人相信，他在適當的期限內依都市計劃之確定中，土地將依他的目標及目的使用。這些規定應僅擔保，在被徵收土地上的建築意圖在可預見的時間內實現。確保徵收目的之規定，其超出狹義上之此種市區建築的利益，亦即意圖之單純實現之外，並不包括在聯邦建築法中。它們也不因此而是多餘的，因爲——如聯邦行政法院所認爲般——朋馳公司的經濟力提供擔保，公共福祉目標透過試驗路段合乎計劃的設定並透過其長期的經營事實上將可達到。如此一種對於私的徵收受益者「預支的信任」——其在個案中亦可能是合理的——包括就此所必要的前提應至少法律上有規定。

土地重劃法上的計劃協定無法取代此等就確保徵收目的所應爲而欠缺之法律規定，但若該協定已應在徵收中的措施之時間內呈現則排除於外，因爲它攸關其准許的一問題，亦即攸關其必要前題，它在此亦不可缺少的，在此一種協定所提出的最低要求應由立法者先規定之。立法者之任務乃是依基本法第十四條第三項第二句原則地規劃，那些義務在改善經濟結構與創造工作位置的狀況下應被履行，而得以合理解釋一徵收。介於聯邦建築法第一四四條¹與第八十五條以下間的功能關聯性並無法供給在此所議決的協定足夠的基礎。聯邦行政法院對此所定的考慮或許在上述所列意義中符合了市區建築的徵收，但在其中卻不能解決一超出意圖單純實現外之目的的長期確保之問題。這些規定並無提供對於更進目標的確保。

III、

總結如下：徵收目的之一個法律具體化的缺失，對於公共福祉現實性之缺乏立法者實質上及程序法上的規定以及確保徵收目的法律規定之遺落而強迫地導出，立法者不應准許爲改善經濟結構及創造工作位置之一徵收。受訴的決定沒有認知這些。由基本法第十四條第三項第二句所導出的立法一個明確決定之必要性不得以此論點，亦即對在此所追求徵收目標不存有規範式訂定之可行的途徑，而加以否認。雖然，在一個結構改善及工業設置法創造得以包括受爭議的意圖並同時符合憲法所有權擔保之要求的抽象一般規定可能會帶來相當的困難。然而，仍留給立法者——它認爲如此一種大型計劃有實施必要，以一般徵收法途徑爲之則不可行的——制定一個在此計劃中受限的法律之可能性。一個有關的立法程序可以透過

其在主管委員會諮詢，——通常公開的——聽證以及所預計的審察等過程而擔保問題之一個公正的審核，亦即審核是否徵收目的符合基本法第十四條第三項第一句之一般福祉及是否一徵收合於此目的。

關於「藝術自由之界限（國旗污蔑案）」之裁定

——聯邦憲法法院裁判集第八十一卷第二七八頁以下

譯者：吳綺雲

目錄

要旨

主文

理由

A、刑法第九十^a條條文

I、1 BvR 266/86

1. 事實及前審判決

2. 憲法訴訟提起人之主張

a) 聯邦法務部之意見

b) 黑森邦邦長之意見

II、1 BvR 913/87

1.事實及前審判決

2.憲法訴訟提起人之主張

3.黑森邦政府之意見

B、憲法訴訟有理由

I、聯邦憲法法院應介入之情形

II、前審判決不合憲法之要求

1.系爭照片具有為藝術活動之本質的要求

a)拼貼畫為圖畫藝術而受基本法第五條第三項第一句之保障

b)在第二件訴訟案之情形亦同

c)介紹功能的人享有藝術自由之基本權利

2.適用刑法第九十條之一第一項第二款之可能性

a)於個案中為法益之衡量

b)國家之標誌應受保護之情形

c)此等保護不能推至極端

3.對二訴訟提起人之判決並不符合憲法上之要求，就1 BvR 266/86 III

a) 高等法院之判決源於錯誤之解釋

aa) 對諷刺畫應有特別之評價標準

bb) 高等法院之判決為錯誤的評價

b) 區法院之判決不合基本法案第五條第三項第一句之要求

次就 1 BvR 913/87 而言

a) 前審法院之判決源於錯誤之判斷

aa) 地方法院之解釋為正確

bb) 地方法院對藝術自由不正確的設下界限

b) 區法院之判決為錯誤

〈裁定要旨〉

1. 藝術自由不僅有其不得侵犯第三人之基本權利的限制。它亦有可能與其他憲法所保障之權益發生衝突。

2. 基本法第五條第三項第一段之規定並不一般性地排除因以藝術性表達方式污辱聯邦旗幟，而依刑法第九十條之一第一項第二款之規定加以處罰。

一九九〇年三月七日第一庭裁定

——案號1 BvR 266/86和913/87——

本案件係關於J.K先生——代理人Friedrich Schmidt律師，Bernhard Gerth律師，Michael Roth律師和V.rike Halz律師，地址：Friedrichstrasse 17, Gießen——不服a)美因河畔法蘭克福高等法院一九八六年一月十七日之判決（案號2 Ss 124/83，b)基森（Gießen）區法院一九八二年十一月十九日之判決（案號51 Ls-7 Js 1169/82——1 BvR 266/86——，2.B先生——代理人Dr. Sebastian Cobler律師事務所由之承辦人Eberhard Kamp律師，地址：Eckenheimer Landstrasse 17, Frankfurt am Main 1——不服a)美因河畔法蘭克福高等法院一九八七年六月十日之裁定（案號5 Ss 8/84），g)達姆斯大（Darmstadt）地方法院一九八三年九月二十日之判決（案號2 Js 10855/82 Cs——1 Ns，c)米歇爾斯大（Michelstadt）區法院一九八三年四月十九日之判決（案號2 Js 10855/82 Cs——1 BvR 913/87，所提之憲法訴願。

判決主文

1.美因河畔法蘭克福高等法院一九八六年一月十七日之判決（案號2 Ss. 24/83）和基森區法院一九八三年十一月十九日之判決（案號51 Ls-7 Js 1169/82）侵害憲法訴願人①（即K先生）基於基本法

第五條第三項第一段受保障之基本權利。該些判決應予以廢棄。該案發回原區法院。

2. 美因河畔法蘭克福高等法院一九八七年六月十日之裁定（案號5 Ss 8/84）和達姆斯大地方法院一九八三年九月二十日之判決（案號2 Js 10855/82 Cs——1 Ns）及米歇爾斯大區法院一九八三年四月十九日之判決（案號2 Js 10855/82 Cs）侵害憲法訴願人2）（即B先生）基於基本法第五條第三項第一段受保障之基本權利。該些判決應予以廢棄。該案發回原區法院。

3. 黑森邦應償還憲法訴願人其支出之必要費用。

判決理由

A、

訴願人不服因污辱聯邦旗幟而受到處罰。判決處罰所根據之刑法條文規定如下：

第九十條之一

污辱國家及其象徵

(1) 公然於一集會或以散布文件之方式，為左列行為之一者，處三年以下有期徒刑或罰金：

1. 辱罵或惡意蔑視德意志聯邦共和國或其各邦或其合憲之秩序者。
2. 污辱德意志聯邦共和國或其各邦之象徵、旗幟、徽章或國歌者。

(2) ……

(3) ……

I、案號1 BvR 266/86案之訴訟程序

1. 訴願人係一書籍經銷公司之業務經理人。一九八一年和一九八二年間，該公司銷售了無數本一名爲「就請讓我身處和平吧！」的袖珍本書籍。該書是一本被稱作是屬「讀本」類，內容以漫畫和拼貼畫予以生動活潑化，集結反軍國主義散文和詩編印而成的書。書的前面封面是一骷髏頭，戴鋼盔的軍人。書的背面封面是由兩張攝影圖片組成的拼貼畫，它也是本案刑事訴訟的起因。該封面的下半部是一張黑白攝影照片，所描繪的是聯邦軍隊的發誓典禮，其中一位軍人手持一面開展的聯邦旗幟。它的背景可以看出是一個軍營的建築物。在軍營之前立有一個以聯邦旗幟裝飾而成的講台。在講台旁站有另一位軍人。該軍人和軍營間是一根升起旗幟的旗杆。該書背面封面的上半部則是一張彩色照片，背景即是上述軍營建築物的天空。上半部照片所描繪的是一個穿有襯衫和褲子的男人黏土雕像的膝蓋到臀部的部分。該男人雕像就像是一巨人，高聳在軍營屋頂之後。男人褲子的鈕扣蓋是被其右手以排尿的方式遮蓋住。在該手之後則噴出黃色的尿液。利用照片剪輯的方式，尿液就對準灑在封面下半部所描繪的開展的旗幟。旗幟下方的地面上則描繪出有一攤黃色的尿液。

區法院判處訴願人應科予九十日之罰金，以五十馬克折算一日。法院判定該書背面封面乃是有辱德意志聯邦共和國之象徵和旗幟，其理由爲，向聯邦旗幟噴灑尿液，依其形式和內涵，代表的是一種與嚴

重傷害名譽同等意義的污辱。對於訴願人是否得引用基本法第五條第三項第一段規定的問題，區法院之見解原文如下：

吾人姑且不論即使是藝術也並非是毫不受限制，而是有其法律之界限的。除此之外，本庭對於本案所描述之照片亦看不出任何一點其應被認為是基本法所保護的藝術的徵兆。雖然有可能會有一位教授依其主觀之評價，會在該照片中發現任何一點所謂的藝術，但是本庭並不受此一種評價之拘束。

高等法院駁回訴願人之越級上訴的理由如下：

本案系爭之拼貼畫由於其是蔑視聯邦旗幟的「圖像的塑造」，因此應被視為是一藝術作品。該項象徵對於國家秩序有高層次的價值。在區法院所確認事實之基礎上對本案所作的衡量所得的結果是，該拼貼畫所描繪的，是屬於一種特別惡意的詆毀。象徵德意志聯邦共和國及其自由、民主基本秩序的聯邦旗幟被貶低了。該旗幟所象徵的國家和其秩序的聲譽和形象，也因而受到嚴重的損害。該項詆毀之攻擊也並非是針對那些依該書題材所含理念，而對聯邦旗幟有所濫用之人，而是對準聯邦旗幟及其所象徵的國家性本身。這特別是因為在該封面中所描繪的是該旗幟在聯邦軍隊的一項旗幟宣誓儀式中的情形。在儀式中所涉及的是國家的一種表示，國家且以慶典之形式突顯出其所代表之意義。基於此緣故，不管吾人對該項公開的宣誓所持看法如何，在該種時機對聯邦旗幟的污辱，是對國家一種嚴重的輕蔑行為。該拼貼畫也會有很廣的影響力。以圖片的方式在一本書的封面為公開的誹謗所產生的影響，要遠比以散發傳單的方式來得長遠、持久。此時，個人的社會關聯性所導致的結果是，藝術自由的保證應該退縮。

2. 訴願人斥責其受基本法第五條第三項第一段和第二條第一項所保障之基本權利受到侵害。

訴願人之陳述如下：對刑法第九十條之一的解釋應顧慮到藝術優先的意義。吾人應該問：該具體的藝術自由的活動是否與其他同樣在憲法上受保護的法益產生衝突。但是，在基本法中，並沒有一條條又列有刑法九十條之一所保護之法益。雖然吾人可能會想到，將規定德意志聯邦共和國是一民主、法治和社會聯邦國家之規定解釋成是與基本法第五條第三項第一段衝突之憲法上的條文。但是，聯邦憲法法院已判定之見解是，藝術自由唯有可能因其他憲法上最高的基本價值而受到限制，且唯有在「最壞之情形」下，亦即在當德意志聯邦共和國之存在和其自由，民主之基本秩序受到危害時，方得加以設限。聯邦旗幟並不屬於最高的憲法價值。憲法本身僅規定了它的顏色。在一政治性藝術作品之範圍內利用聯邦旗幟，絕對不會意味著是對德意志聯邦共和國之存在及其基本秩序有直接和現存的危險。

此外，對系爭剪輯而成之照片作一正確之解釋得知，德意志聯邦共和國之象徵並沒有被污辱。照片中諷刺性的攻擊乃是針對聯邦軍隊的宣誓典禮，在該典禮中必然須利用到聯邦旗幟。由該書「就請讓我身處和平吧！」之整體關聯性可看出，其所為之批評乃是反對在德國公共生活的軍事化。依此觀點，系爭剪輯而成之照片是否符合刑法第九十條之一的構成要件都已可疑。

訴願人為了支持其申述，提出了一份 *Legal* 教授的法律鑑定意見。該鑑定所得的結論是，刑事法院是在對系爭拼貼畫多個可能的解釋中，採用了其中一個不考慮其上下文內容關係，結果是應受刑法處罰之解釋。如此的話，則原創作者本身對該作品所賦予之另一種可能的意義，亦即認為其所為之批評並非

是針對聯邦旗幟，而是針對他所認為對聯邦旗幟所作的濫用，至少與刑事法院之解釋同樣是可信的。除此之外，由於一個藝術作品所含之意義內容，並非是該藝術創作者單方的「訊息」，而是一種互相交流過程的結果，因此，還可想像有其他無數更多的解釋。它是隨著各個參與人之標準而改變。此外，法院還應考慮到，系爭之拼貼畫是一政治性的諷刺作品。它是在與扮演該旗幟宣誓典禮相同層次之層面上作出反應。將一事件在其應成為笑柄之層面予以表達，乃是漫畫和政治性諷刺作品的本質。任何將以諷刺作品方式損害國家之形象、象徵和其個別之表示作為刑罰之對象者，乃是剝奪政治性諷刺作品它影響效果的一主要部分，因而是破壞了藝術的自由。

3. 聯邦法務部也代表聯邦政府和黑森邦邦長，對於本案之憲法訴願表示了意見。

a) 聯邦法務部認為該訴願無理由：系爭之拼貼畫依聯邦憲法法院所確立之標準，是否應被視為是藝術，看來即已有疑問。該拼貼畫所涉及的並非是憲法上值得保護的一個藝術家個人人格的表達，而是一個看不出有藝術內容思想價值，傷風敗俗行爲的低級描繪。它純粹僅是爲了達到政治上效果而作。

即使吾人假定，系爭拼貼畫是一藝術作品，則被攻擊之（刑事法院）判決亦與藝術自由之保證並無違背。基本法第五條第三項第一段在遇有同樣是保護一種重要法益之其他憲法條文規定時，即有其限制。基本法第二十二條所提及之聯邦旗幟即是如此一種的法益。該規定之意義不僅是限於在確定代表德意志聯邦共和國之顏色。該旗幟還更被用來維護國家，加強國民之共同情感，是一重要的融合的工具。如果在一旗幟宣誓典禮中使用了該聯邦旗幟，則它同時即爲一法象徵的重要組成部分。經由該象徵即表達

出了願盡到保衛德意志聯邦共和國責任的決心。由基本法在其第二十二條承認國家象徵的必要性，即可得出藝術自由的界限，且在個案中並不需要特別之證據證明德意志聯邦共和國之存在或其自由秩序具體受到了危害。由於藝術自由這方面受到基本法第二十二條所保護法益之限制，因此刑事法庭法官於適用刑法第九十條之一第二款時，應加以衡量弄清楚，系爭之污辱行為是否嚴重到藝術之自由應該退縮。對於該項憲法上的要求，高等法院並沒有認識錯誤。

b) 黑森邦邦長亦認為被攻擊的（刑事法院）判決並沒有破壞藝術自由：系爭之拼貼畫超出了基本法第五條第三項第一段所規定的內在的界限。與之可能衝突之保護條款為基本法第二十二條。因該條之規定，聯邦旗幟有了憲法位階之地位。體現於聯邦旗幟上的是民主國家的威望形象。由於民主國家是仰賴於其國民之接納，因此即需要他們的尊重。將上述兩條文所保護之領域予以必要之衡量所得之結果是，在本案藝術自由應退縮。在將聯邦旗幟當作畫面描繪灑尿對象之時，不需要再有進一步的解釋，該旗幟即已直接受到貶低。系爭之拼貼照片，依其剪輯安排方式，乃是對國家象徵之聯邦旗幟之強烈攻擊。該項攻擊唯有經由刑法上之處罰方得予以阻擋。

II、案號1 BvR 913/87案之訴訟程序

1. 訴願人是一名為「同胞們！」——奧登瓦爾德（德國山區名）區的宣傳小冊「雜誌的編輯人員。在該雜誌一九八二年三月和四月出刊的第二十號版的第八頁中，刊載了漢堡檢察官為扣押「就請讓我身處和平吧！」一書的搜索行動的消息。但是在該消息報導中，該書的書名被更改為「就請讓我們身處和平

吧！」因爲它同時要作爲緊接下去的一篇原書作者V先生對該項官方行動評論文章的標題。該號雜誌的第十一頁的標題爲：「尋找犯罪者之蹤跡」，並加上以下之說明：「我們漢堡檢察處最受歡迎之有獎猜謎第一二三八六集」。在該頁上所刊登的是構成上述書背面封面拼貼畫的兩張照片。但它們只在該頁的左上角上相連著，以稍微傾斜的角度被印出來。在照片的邊緣印有虛線和剪刀的圖形，並要求（讀者）將該此照片剪下來。照片下並附有以下句子：

今日的標題口號是：爲了發現犯罪行爲人之蹤跡，我們就應該去追蹤它！

工作：請您手拿起剪刀和粘糊，並將下面的兩張很平常的照片用手製作成一張很低俗的污辱的圖片。

小小的幫忙：請您先想一想，這些照片所可能表示的意義是什麼！

在灑尿的男人那張照片的旁邊列有以下幾種可能表示的意義：

a) 是一張出自「小小消防隊員」系列中的照片？

b) 是部長先生正在試一種新的修面後用的香水？

c) 是一張出自「爲此我們需要萊茵—美因—多瑙運河？」小冊之宣傳照片？

在宣誓典禮那張照片旁邊則列有以下幾種選擇可能：

a) 在聯邦軍隊要依古老有風格之男主人方式練會泡茶？

b) 聯邦總統先生有一條新的擦鼻涕的手帕？

◎所有好的東西都從天上掉下來？

在該頁上最後註明有「很貴重的獎品」，並請（讀者）將答案寄至「漢堡區法院之檢察署」。

區法院判處訴願人污辱國家及其象徵，應科予三十日之罰金，以三十馬克折算一日；該雜誌將上述兩張照片併連剪輯刊登的方式，讓人會產生以爲它們本來即是屬於在一起，只是稍微有點「滑動」而已的印象。如此一來即會讓人想像成是一個男人向著聯邦旗幟灑尿的樣子。此種描繪依其形式和內容所表示出的是，對於國家及作爲其象徵的聯邦旗幟的一種醜陋的，特別粗魯和侮辱性的鄙視。如此不外證明聯邦旗幟只具有在其上灑尿之價值。在這同時，也呈現出國民對國家的不尊重。對藝術自由的保證也不足以否認此種描繪方式的違法性。即使吾人認爲，系爭照片剪輯成之拼貼畫應被看作成是一藝術作品，爲藝術活動之權利也應退縮至刑法第九十條之一之禁止規定之後。在此與藝術自由之保證發生衝突的乃是經由上述刑法規定受保障之國家形象和尊嚴的憲法價值。該兩種法益所包含的意義是德意志聯邦共和國之生存力和其合憲性之秩序以及對上述兩項認同所生之公共和平。很明顯地，在當代，國家、憲法和國家象徵遭受到不輕的攻擊。面對此種攻擊，吾人不能忘記，當初威瑪共和國即是由於受到持續對其存在之攻擊，特別是以對當時之（國家）象徵予以鄙視之方式表現出來的攻擊而淪亡的。國家對加予其之污辱沒有起而自我防衛，即會癱瘓人民盡義務之決心，且會導致聽天由命，失去對國家和憲法之信心。在此種考慮之下，刑法第九十條之一第一項之規定即成爲對藝術自由之保證的一種有效且合法之限制。在確定系爭照片剪輯成之拼貼畫的內容時，應就其描繪之客觀上的意義和其表達之方式二者加以區分。

該照片剪輯所表達思想內容之中心是對於在軍隊宣誓典禮中所使用之旗幟和經由該旗幟所象徵之德意志聯邦共和國之鄙視。它並非是譴責在德國公共生活中的軍事化。其所攻擊者很清楚地並不是那些所謂濫用聯邦旗幟的人，而是針對該旗幟本身。該照片剪輯成之拼貼畫並沒有含密碼式的諷刺的內容，而是很容易一看即明白。該畫的此種思想內容更藉助其表達之方式表現出來。向著聯邦旗幟灑尿是一種以強烈方式貶低的辱罵批評。經由該批評，聯邦旗幟被視為是特別值得鄙視的。該畫諷刺之方式並不用來誇大描繪真實生活中的一部分，而是用來加強誹謗性的攻擊。

地方法院以下述理由駁回訴願人之上訴：（訴願人）藉由剪輯兩張照片方式，描繪灑尿於聯邦旗幟之事，乃是以特別侮辱性，令人厭惡之方式蔑視了德意志聯邦共和國。不論依照訴願人之想法，該灑尿之事是針對聯邦旗幟或是宣誓典禮，即使它並非是刊登該照片之目的，而只是達到其目的的一種手段，都是造成對該旗幟和國家的一種污辱。訴願人之此種行為既不能以言論自由之基本權利，亦不能以藝術自由之保證作為辯解之理由。言論自由之基本權利由於其受到一般法律規定之限制，因此即已應該退縮。至於系爭照片剪輯成之拼貼畫是否是基本法第五條第三項規定意義下之一種藝術作品，吾人可暫且不談。但是即使藝術自由之保證也絕對不能作為該有辱刑法第九十條之一所保障法益行為辯解之理由。基本法第五條第三項之規定受到了基本法的價值秩序所定憲法內在的限制。經由刑法第九十條之一所保障之上層憲法價值乃是以德意志聯邦共和國之合憲性秩序為基礎的國家的威望形象和尊嚴。與其具有同層級地位的還有作為國家象徵的聯邦旗幟。它是我們自由、民主法治國的象徵，且對所有認同這個國家和

其憲法之人民具有融合團結的作用。對聯邦旗幟之污辱會動搖到國家在人民眼中之形象威望。藝術自由之保證相對於此應該退縮。

高等法院因覆審原審判決並沒有不利訴願人之法律錯誤存在，因此認為上訴無理由，而依刑事訴訟法第三百四十九條第二項之規定駁回之。

2. 訴願人斥責其受基本法第五條第一項和第三項所保障之基本權利受到了侵害：各審之刑事法庭將在刑法第九十條之一所規定，以一般法律保障之聯邦旗幟判定為具有限制基本法第五條第三項所保障藝術優先之憲法層次地位，此乃對該基本權利內容的判斷錯誤。同樣地，刑事法庭對基本法第五條第一項規定之內涵也是法律上評斷錯誤。此外，它們對被指控的照片剪輯成的拼貼畫也很明顯地作了錯誤的解釋。與（該書）評論之本文同，該拼貼畫很清楚地是針對宣誓典禮，而非聯邦旗幟本身。但是宣誓典禮則並不受刑法第九十條之一，當然即更談不上受憲法之保障了。

3. 黑森邦政府認為本件憲法訴願案無理由：將在本案互相衝突之憲法所保障之法益加以權衡之結果，藝術自由應退縮於對國家威望形象保護之後。系爭拼貼畫所涉及的是對象徵國家之聯邦旗幟的一種直接，且是以嚴重方式蔑視的攻擊。將該旗幟之照片作為灑尿之對象，此不需有進一步之解釋，所表示出的是一種侮辱、貶低。此種行為唯有以刑事判決才能加以處罰。倘使有涉及言論自由之保護範圍，由於基本法第五條第三項第一段之規定是屬一特別規定，因此其仍是決定性判準之基本權利。

B、

本憲法訴願有理由。受攻擊之判決侵害訴願人基於基本法第五條第三項第一段受保障之基本權利。

I、

在處理依訴願人所引用之藝術自由，以刑罰制裁一行爲時，聯邦憲法法院所審查的，不只是被指控之生活表現是否屬於該基本權利之保障範圍和在被攻擊之判決中是否原則上正確地認清了該基本權利之範圍，而是也審查法院是否根據藝術本身自有的結構特徵去判斷該作品（參見聯邦憲法法院判決第三十集第一七三頁以下（第一八八頁）），亦即是否用了「符合原作精神」之標準去判斷（參見聯邦憲法法院判決第七十五集第三六九頁（第三七六頁）；法學雜誌WV 1983. S.1194[1195]），且是否於該基礎上詳細適當地去限制了藝術之範圍（參見最新有關判決載於聯邦憲法法院判決第七十七集第二四〇頁以下（第二五一頁））。作此審查之原因一方面在於，聯邦憲法法院干涉權限之界限是針對其他法院之判決對憲法訴願人（權利）領域侵害之強烈程度，另一方面是由於所涉及之基本權利的特別意義（參照聯邦憲法法院判決第六十七集第二二三頁以下（第二二三頁））。這不能被誤解爲成是，本此特定之基本自由從一開始即享有比其他主觀之憲法權利較高之位階。決定提高審查強度之關鍵應是在於正討論中的基本權利的特點。就如同言論之表示一樣，藝術之活動是靠公眾之共鳴。該些人們交流之基本權利會與其他之憲法價值，特別是第三人之基本權利發生衝突，這是顯而易見的。此時，在適用爲其所設立一般法律規定時，要在互相衝突之保護法益間尋得一正確的平衡，雖然首先是其他各專業法院之任務。但在此處，一般法律之適用對憲法上所保障之地位會產生嚴重的反作用。在對一般法律規定和系爭言論或藝

術作品之意義作任何個別錯誤解釋之時，即已可能錯誤地影響至所涉及基本權利之份量。由於此種在刑事訴訟程序發生之錯誤所可能招致之嚴重後果，因此，至少在那個地方，由聯邦憲法法院加強審查是不可避免的（相同之見解參照聯邦憲法法院判決第四十三集第一三〇頁以下〔第一三七頁〕）。此同樣也是有鑒於在對人們交流之基本權利，將憲法法院之審查限於一些原則性的問題所可能造成不利之效果之緣故。憲法訴訟願訴訟之目的不僅是在改正具體、個體之基本權利的侵害。憲法法院之判決在具體之個案外所蔓延而生之效果，正巧在上述這些基本權利之領域，由於其所保障之行爲公衆之關聯性，更具有重大之意義（參照聯邦憲法法院判決第四十二集第一四三頁以下〔第一五六頁〕——不同之意見）。鑒於在此處國家的干涉所可能產生的嚇阻作用，如果此種生活表現之自由不要被傷及到其實質，則就應該要有一特別有效的憲法上的審查（參照聯邦憲法法院判決第四十三集第一三〇頁以下〔第一三六頁〕）。

II、

以上述之審查標準衡量，被攻擊之（刑事）法院的判決並沒達到憲法上的要求。

在本案之兩件訴訟案件，訴願人之行爲皆應歸入於藝術自由之保護範圍⁽¹⁾此雖然並不是表示對聯邦旗幟的污辱即不能依刑法第九十條之一第一項第二款之規定加以處罰，因為該刑法規定乃是用於確保一憲法上所保障之法益⁽²⁾但對於此兩種互相衝突之憲法法益應作之權衡，則有一部分卻疏忽了，有一部分則是在作衡量時，以不是符合系爭藝術作品精神之理解作爲其基礎⁽³⁾。

1. 系爭之兩張被指控的照片符合聯邦憲法法院所認爲一藝術活動應有的本質的要求。

a) 在「就請讓我身處和平吧！」一書之背面封面所涉及的一張由照片所組成的拼貼畫。該拼貼畫因而即符合一種當今已是很普遍的圖畫藝術的形式，而不需要再去加以解釋，在該畫中所使用之照片，是否以及在何種範圍內是屬於藝術自由保護意義下之所謂「藝術」。除了這單純是形式上、類型上之角度外，還有內容上的一個面向。該作品是制作者經由將（多張）照片以不正確比例互相剪輯在一起之方式創造出來的，亦即經由將兩個生活事件，以一種圖畫似的，且同時是陌生化聯結之手法，創造出一種獨有的，能加以詮釋和需加以詮釋的思想內容。該作品之製作者透過自由創作性之塑造，表達出他對宣誓典禮之見解。其所作之拼貼畫因而同時符合聯邦憲法法院在 *Stöckel* 判決中所確立之有價值關聯的基本要求（參見聯邦憲法法院判決第三十集第一七三頁以下（第一八九頁））。該畫有傷風化之描繪內容並不會使它失去作為一藝術作品之特質。國家是不能去控制藝術之風格或水準的（參照聯邦憲法法院判決第七十五集第三六九頁以下（第三七七頁））。藝術家想要用他的作品去介紹、傳達一特定的見解這項事實，同樣地也不會使他即不受到基本法第五條第三項第一段規定之保障。一項意見——就如同在有主張之藝術是很普遍的一樣——是完全可以以藝術之形式表達出來的。在此種情形，由於基本法第五條第三項第一段之規定是屬於一特別規定，因此其仍是作為判準依據之基本權利（參照聯邦憲法法院判決第三十集第一七三頁以下（第二〇〇頁）；第七十五集第三六九頁以下（第三七七頁））。

b) 關於在（第二件訴願案）「有獎猜謎」中所使用之拼貼的藝術性質，亦適用以上所述之見解。雖然在該拼貼畫中的兩張照片是以稍微傾斜的角度併貼刊登，但這並不影響其作為藝術品的特質。而且

該兩張照片剪輯安排之形式也足夠顯示出其是，或是以何種方式屬於一起的。但是，該拼貼畫與其原來在書殼背面封面之描繪不同之處在於，前者是蘊藏在一針對國家之追訴行動之一諷刺作品內。雖然如此，但由於其本身仍然受到基本法第五條第三項第一段之保護，因而仍須受憲法上之審查。

c) 雖然兩件訴願案之訴願人皆非各該（照片）作品之原始創作人，但他們皆為藝術自由而抗爭。該（藝術自由）基本權利之人的適用範圍是也包括至使該藝術作品發生影響效果之人（法院一貫之見解，參見聯邦憲法法院判決第三十集第一七三頁（第一八九頁））。這表示，所有在藝術家與觀眾之間行使必不可缺之介紹功能的人，皆受到該基本權利的保護。那些協助商業性推銷該藝術作品之人——如本案之兩位訴願人——也應該被算作是屬於這一範圍內之人。

2. 雖然藝術自由是毫無保留的受到保障，但這並不一開始即排除得對本案訴願人依刑法第九十條之一第一項第二款之規定處以刑罰。

a) 基本法第五條第三項第一段規定之保證不僅有其不得侵犯第三人基本權利之限制。它亦有可能與各種形式之憲法規定發生衝突（參見聯邦憲法法院判決第三十集第一七三頁以下（第一九三頁））；

Lerche, BayWB. 1974.S.177[180 f. J.]。此乃因一個有秩序的人類共同生活的先決條件不僅是要人民相互間的體諒、公德心，而且也要有一個基本權利根本才能有效受到保障的正常運作的國家秩序。因此，有損憲法上所保障之秩序的藝術品，並不須當其直接危及國家或憲法之存在時，方得加以限制，而是在所有實行藝術自由與其他憲法上所保障之利益發生衝突之情形，皆應對該些互相衝突，但同時受到憲

法保障之利益，作一盡善盡美，合比例之平衡（參見聯邦憲法法院判決第七十七集第二四〇頁以下〔第二五三頁〕）。聯邦憲法法院在以前所作的一項判決中曾要求，如果藝術自由之保証應退縮，則要有對憲法之「最高的基本價值」有直接且現存之危險存在（參見聯邦憲法法院判決第三十三集第五十二頁以下〔第七十一頁〕）。這並不意謂著在少數極端的情況下，基本法第五條第三項第一段之規定應有絕對優先的地位。在這些情形下，藝術自由與其他憲法上所保障之利益間的衝突，應以就個案加以權衡的方式解決。但在作權衡時應注意的是，不能形式化地以一般性之目的，如「保護憲法」或是「刑事司法之良好運作」，作為對該毫無保留受保障之基本權利加以限制的辯解理由；而是應該依據個別之憲法規定，具體確實地找出在切合實際評價事實情況下，與履行基於基本法第五條第三項第一段規定所生權利發生衝突的憲法上所保障的法益（參見聯邦憲法法院判決第七十七集第二四〇頁以下〔判決要旨2.和第二百五頁〕）。

b) 對本案訴願人處以刑罰所依據的刑法第九十條之一第二款之規定，其所保護者乃是作為國家象徵的德意志聯邦共和國之旗幟。該項保護是在憲法上有根據的。但這既非是直接，亦非是只由基本法第二十二條之規定所得出的結論。該條文規範的內容僅限於在確定代表聯邦之顏色。但該基本法規定更進一步之意義在於，它以國家有為表達自我，而利用該象徵之權利。該種象徵之目的在喚起人民之國家情感（參見Würtenberger, JR 1979, S.311ff.HH. Krüger, Allgemeine Staatslehre, S.226）。基本法不僅承認此種由聯邦旗幟所散發之影響作用。作為一擁護自由之國家，德意志聯邦共和國更是有賴其

國民對在該旗幟所象徵之基本價值的認同。在此種意義下所保障之價值即表達在基本法第二十二條所規定之國家代表顏色上。它是代表自由、民主的基本秩序。

由以上所述之聯邦旗幟所具有之意義得出該與藝術自由發生衝突之刑法規範所保障的法益。如果該旗幟經由其所體現之國家主要目標是用來作為重要之融合（人民）之工具，則對它的污辱即可能損害到對國內安定所必要之國家的權威。由此同時得出的結論是，國家之標誌唯有在它是象徵基本性影響，塑造德意志聯邦共和國之事物的範圍內，才享有憲法上之保護。但是國家不得隨意創造其保護可能與基本法第五條第三項第一款規定發生衝突之象徵、標誌。

c) 然而有鑒於基本法第五條第三項第一段之規定，該項對象徵、標誌之保護並不得導致使得國家不能接受對它的批評，甚或不接受。因此，在個案中即需要對該互相衝突之憲法上法益作一權衡。

3. 對本案兩位訴願人之判決並不符合以上所述之憲法上的要求。

1 BvR 266/85

a) 雖然高等法院很正確地將該案訴願人之系爭行為歸入為藝術自由之保護範圍，而且也花費了足夠功夫去找出刑法規定上與其發生衝突之憲法上所保障的法益。但是，它對系爭拼貼畫之評斷，並非在各方面皆符合原作精神的^{aa)}；不可排除地，該錯誤的解釋已影響到其權衡之結果。

aa) 系爭之拼貼畫依其內容應歸類是屬漫畫、諷刺畫。對於該類藝術創作品如何作符合原作精神的解釋，帝國法院曾指出了至今仍有效的方法（帝國法院刑事判決第六十二集以下第一八三頁；聯邦憲

最高法院判決第七十五集第三六九頁以下（第三七七頁以下）。由於這類藝術特有的誇大，歪曲失真和陌生化的手法，因此在對其作法律上之判斷時，即有必要去除此「圖文並茂精選，諷刺性的假象」（參照前揭帝國法院刑事判決第一八四頁），以便能得知其真正的内容。然後，該實質之思想内容與其表達方式應分開予以審查它們是否應受非法之譴責。此乃因陌生化的手法本即是（這類藝術品）表達方式的特質，因此對其表達方式判斷之標準與評斷其中心思想内容之標準有所不同，且前者比較不嚴格（參照前揭聯邦憲法法院判決第三七八頁）。

高等法院之判決並不符合以上所述之判斷原則，因它對系爭拼貼畫之中心思想内容作了錯誤解釋。高等法院所持之立場是，系爭拼貼畫是「以對準聯邦旗幟灑尿之描繪方式，表達對該旗幟輕蔑感受之圖像塑造」（見該判決複印本第九頁）。該項詆毀之攻擊並非是針對那些依該書題材所含理念，而對聯邦旗幟有所濫用之人，而是對準聯邦旗幟及其所象徵的國家性本身。這特別是因為其所描繪的是，該旗幟在聯邦軍隊的一項旗幟宣誓儀式中的情形（見前揭判決第十二頁）。

上述高等法院之判決內容表示，系爭拼貼畫描繪之實質思想内容是對聯邦旗幟及其所象徵的國家的輕蔑。反之，它的表達方式是旗幟宣誓典禮。但是，一個觀察者單從該書之題目，或者也不管該題目，皆會不禁有一種不同解釋的想法。系爭之漫畫主要是具有反軍國主義，而且也僅就此點而言，是具反國策之傾向。它所針對的是國家的宣誓或軍人的發誓典禮，以此表達反對，如果不是反對，則是憎惡兵役（制度）。雖然在該畫中描繪了一個遭受污辱的國家的象徵、標誌，但是由此不應是國家性或是德意志

聯邦共和國憲法上之秩序整體受到了攻擊。針對國家攻擊的範圍只有在於它應對設立兵役制度負責，以及以在軍人發誓典禮上利用它的象徵、標誌的方式，來幫助它達到一特別的合法化。此種實質的思想內容則藉由一個對準在宣誓儀式中所利用的國家象徵灑尿的方式，以陌生化的手法表達出來。

4) 由於諷刺性陌生化手法之表達方式應有較其真正之內容更大的自由容間，高等法院對系爭漫畫之錯誤的解釋即導致違憲。雖然該法院明白表示，系爭拼貼畫之描繪，亦即不管其實質思想內容，是不能被容忍的。但是不能被排除的是，其對系爭拼貼畫之不符合（原作精神的理解，已對互相衝突之憲法法益間的權衡的結果，產生了影響。關鍵性之點在於，該法院如早先意識到被指控漫畫表達方式之特質，則可能會對該畫是否造成污辱之問題，有不同的判斷。）

5) 區法院之判決由於其從一開始即未將系爭拼貼畫歸入屬於藝術自由之保護範圍，因此即已不符合基本法第五條第三項第一段規定之要求。該判決附加之提示，指出藝術並非是毫無界限，而是應受到法律之限制，並不因而使該判決即不違憲。由這項「補充說明」甚至不能讓人看出該法院曾意識到，藝術自由之保護應唯有意法本身方得加以設定其界限（參見聯邦憲法法院判決第三十集第一七三頁以下（第一九三頁））。

1 BvR 913/87

a) 該被高等法院不附詳細理由所確認之地方法院的判決雖然對系爭拼貼畫作了符合原作精神的解釋(a)，但卻對藝術自由和與其發生衝突之憲法法益間的相互影響，判斷錯誤4)。

該地方法院之判決很對實地以系爭拼貼畫之反軍國主義之實質思想內容作爲它判斷的基礎。這顯示在判決中所指出的：即使依訴願人之想法，該灑尿之事不是針對聯邦旗幟，而是宣誓典禮，但灑尿確實是對中了聯邦旗幟；對聯邦旗幟和國家的蔑視，是作爲攻擊宣誓典禮的手段。這點並不因其接下去之說明而受到反駁。由此對於客觀觀看系爭拼貼畫的人而言，該典禮儀式所呈現的應是總合聯邦旗幟，經由該旗幟所象徵之國家秩序和效忠之宣誓爲一的整體事件；依該畫之思想內容，吾人不能分開說，灑尿之事不是針對聯邦旗幟，而是宣誓儀式，而該宣誓儀式又轉而是以聯邦旗幟作爲其象徵之連繫點在進行。由該法院駁回（訴願人）辯護之預備聲明之論述中也表示出，法院之見解不外是，儘管該畫之目標是反軍國主義，但國家以其作爲該宣誓典禮之主辦者的角色已受到攻擊，且爲此目的，貶低了它的象徵、標誌。

地方法院也考慮到的是系爭之拼貼畫是一項同樣是以陌生化手法對國家追訴行動攻擊的一部分。法院所持之立場是，經由該畫刊登之方式，表示贊同該所引用的別人的意見，且同意作爲代表自己的意見。雖然該「有獎猜謎」之目的與該刊登之拼貼畫之目的不同，後者在該案情形是用來說明畫成漫畫之事實，但上述法院之立場仍是合乎實際情況的。該拼貼畫之公開刊登不僅是反對檢察官之追訴措施，它的重印刊登加上其附加的文字說明所表現出的更同時是與該藝術家團結一致的一種行動。該雜誌之作者不僅使檢察處受到嘲笑，且在同時有目的地廣爲散播該拼貼畫，如此他即將該藝術家的思想內容變爲自有

的思想內容。

但是，地方法院對藝術自由所爲之界限則並不正確。雖然該法院以必要之方式突出表達，對該案訴願人之處以刑罰有利於維護憲法上所保障之法益。但它在解決互相衝突之憲法價值的問題時，卻沒有考慮到藝術自由保證它的散發影響效力。此項錯誤的根本所在在於，高等法院明文將受刑法第九十條之一第一項保障之法益置於藝術自由之上。此項有錯誤的理解所必然導致的結果是，該刑法規範保護之目的即成爲藝術自由不可逾越之界限。如此該法院從一開始即封鎖了依個案情形，在所發生衝突之保護法益間作一權衡之途徑。因此該法院認爲，只須說明該刑法規範所保護法益之重要意義，藝術自由必須退縮於其後即已足，而不須在考慮個案之情形下，作必要之權衡。

由於不能確定，該法院在本案如作一個案之權衡後，是否仍同樣會得到藝術自由應退縮於後之結論，因此該法院所爲之判決違憲。高等法院之裁定由於未認出地方法院上述判決之法律錯誤，因此亦屬違憲。

b) 區法院（之判決）雖沒有封鎖依個案情形作權衡之途徑，但它對系爭拼貼畫之解釋卻並不對實。該法院認爲該漫畫之實質思想內容爲對聯邦旗幟及其所象徵之國家的輕蔑。至於該畫中有對在德意志聯邦共和國公共生活的軍隊化作了譴責，該法院則明文予以否認。因此，該法院之判決亦犯了與高等法院判決相同的錯誤。同樣在此處也不能排除的是，如果區法院對系爭拼貼畫之實質思想內容作了正確的解釋，則在作個案之權衡後，可能會得出，不同的結論。

(共10卷)

Herzog, Henschel, Seidl, Grimm, Söllner,
Dieterich, Kühling, Seibert

關於「藝術自由與刑法上之侮辱國家象徵罪」之判決

——德國聯邦憲法法院裁判集八十一卷第二百九十八頁以下

譯者：林昱梅

目錄

主文

理由

A、提起憲法訴願之經過

I、本案事實

II、訴願人之主張

III、聯邦司法部長及巴伐利亞邦司法部之意見

1. 聯邦司法部長之見解

2. 巴伐利亞邦司法部之見解

B、聯邦憲法法院論證

I、關於基本法第五條第三項第一句之論證

II、關於基本法第一〇三條第二項之論證

BverfGE 81, 298

〈判決要旨〉

1. 基本法第五條第三項第一句之規定並不排除刑法第九十條之一第一項第二款所規定之侮辱德意志聯邦共和國國歌之處罰。
2. 只有國歌的第三段方受國家象徵之保護。

判決主文

1. 巴伐利亞邦最高法院於一九八七年八月三十一日作成之判決 (RReg. 5 St 153/87) 侵害憲法訴願人 (以下簡稱訴願人)，基本法第五條第三項第一句所保護的基本權利。
2. 原判決認為訴願人對德國國歌前兩段造成侮辱，亦損害訴願人受基本法第一〇三條第二項保護之權利。
3. 原判決應予廢棄，發回巴伐利亞邦最高法院。

4. 巴伐利亞邦對訴願人所支出之必要費用應予補償。

判決理由

A、提起憲法訴願之經過

對於因侮辱德意志聯邦共和國國歌而受刑罰科處之判決，訴願人表示不服。

I、本案事實

一九八六年八月底，於紐倫堡出刊的雜誌「喧嚷者」(Plarrer)刊載了下列文字（該雜誌之責任編輯即訴願人）：

八六年德國之歌

詞：無名氏 曲：約瑟夫·海頓

德意志，德意志 超越一切

地上鋪滿鈔票

凝聚暴力無情地鎮壓暴力份子

從貝多芬到柏格貝爾澤（註一）

從瓦克斯多夫（註二）到難民營

德意志 德意志 超越一切

你是世界上最美的生物區

德國的土耳其人，德國的美式火箭彈

德國的難吃大漢堡，德國的龐克音樂

應該在世界上保持

它美麗古老的聲音

德國的可樂，德國的偷窺秀

德國的馬克及德國的精子銀行

鼓舞我們一生去做崇高的事

虛偽及挫折及無鉛汽油

在充滿格子狀道路的德國土地上

讓我們舉杯

前仆後繼

沒有棍棒的驅使卻遍佈癌症及做愛用的潤滑霜

德意志，大顯身手

在德意志小廬內

母羊和牧羊犬在野合

在上述文字旁，有一小段文章，標題爲：「最佳流行排行榜，今日：八六年德國之歌」。此段文章係對「八六年德國之歌」之內容及遣詞用句作一番諷諷性的詮釋。

由於八六年德國之歌的發表，該雜誌出刊後，區法院即扣押該期雜誌。訴願人在此時機印製一個「出版宣言」，在紐倫堡的書局陳列。在該宣言中，訴願人重覆八六年德國之歌的內容，並在該宣言中敘述扣押的經過與事實，其後並予以評論。

區法院以訴願人二度違反（數罪併罰）侮辱國家象徵罪，科處（合併宣告）四個月有期徒刑。案經訴願人上訴，邦法院對其上訴以無理由駁回。邦法院認爲：「八六年德國之歌」中蓄意地，有目的地運用一些具有特殊意義的字眼與概念，這些字眼與概念描述德意志國家的本質特徵就是國家權力的野蠻暴行，且是個病態及原始性慾的國家。此種否定性概念的集合絕非偶然，而係一種表達的模式。該首歌的文字安排顯現其目的係在對德國國歌，連同德國本身加以侵害，並加以詆毀。而藝術自由的基本權並不能阻礙訴願人受刑罰科處。依照聯邦憲法法院向來所廣泛界定的藝術概念中可以得知，該首「八六年德國之歌」也可當作一種藝術，而享有基本權。但是藝術自由依照基本權衝突的理論，也可能會受限制。在這裡應考慮德意志聯邦共和國的存在及自由民主的基本秩序，其係在憲法上受某程度保護的法益。藝術自由僅在該法益受嚴重侵害時，才會退居次位。在本案中，該嚴重侵害的要件已被滿足。因爲，透

過否定性諷喻字眼的組合，已造成德國國家秩序遭受蓄意的侮辱及輕慢。該用語的目的在於使人民信仰國家，認同國家的感情受到輕慢及嘲諷。若人民的國家意識受到損害，則足以導致國家自由民主的基本秩序遭受侵害。透過廣泛的傳播方式，亦即，經由一個版數不算少的出版機構加以出版，並在紐倫堡各書局以「出版宣言」的方式加以闡明，是足以造成一個具大的，廣泛的影響效果的。

訴願人的第三審上訴亦遭巴伐利亞邦最高法院依刑事訴訟法第三四九條第二項之規定以一致認為第三審上訴顯無理由而予以駁回。

II、（訴願人之主張）

在憲法訴願中，訴願人指摘其受基本法第五條第三項第一句及第一〇三條第二項所保障的權利受到侵害。

訴願人認為，對於「一八六年德國之歌」的發表，其並未逾越藝術自由的內在限制。而這首「輕慢之歌」並沒有違反自由民主的基本秩序，因為吾人實在無法估計，大多數的德意志人民對於此一價值的信仰有多強。即使該信仰有一定的強度，則該首歌的發表是否就能使德意志人民的國家感情受到輕慢，亦大有疑問。因之訴願人認為該首歌的公開發表根本不會造成德意志人民的國家意識減弱，或危及自由民主的基本秩序。

因為德國國歌未達法律保留的要求，因此訴願人基本法第一〇三條第二項的權利亦遭受侵害。究竟國歌三段全部還是只有第三段才能視為國歌，已有爭議，而其是否具有法律地位亦不明確。刑法第九十

條之一本身係一空白刑法，法條內並未規定何者為德國的象徵、旗幟、徽章或德國的國歌。因之該條規定有參考其他法律規定之必要。在此，也必須像所有其他刑法的要求一樣，空白法規必須由法律來填補。而德國國歌是否確為國家的象徵，尚欠缺此種法律保留的明確性要求。

Ⅲ、（聯邦司法部長及巴伐利亞邦司法部之意見）

1. 聯邦司法部長站在國家的立場，認為憲法訴願無理由：因為聯邦總理艾德諾與聯邦總理霍以斯曾於一九五二年四月九日及一九五二年五月三日就國歌有過信件往返，由此可以確定，國歌已符合基本法第一〇三條第二款的明確性要求。由其信件往返的文義可以看出，德國國歌係由三段組成。現在所要區別的只是，基於國家的某種特殊因素，現在只演唱第二段。

訴願人受基本法第五條第三項第一句保障的藝術自由，亦未受到侵害。其所發表的「八六年德國之歌」是否屬於基本權意義下的藝術，尚有疑問。假設該首歌曲具有藝術的本質，則原判決亦不違反藝術自由的保障。

該首改編的國歌所描述的德國侵犯到人民的一般人格權，同時也侵犯到人民的感情。國歌與國旗具有同樣的象徵意義，現在卻淪為被嘲諷的客體。其動機、形式和表達的範圍是如此地嚴重，致使藝術自由必須退居次位。

2. 巴伐利亞邦司法部同樣也認為訴願人的權利並未遭受侵害，其認為：基本法第一〇三條第二項的違反並不存在。基於憲法對刑法規範的法明確性要求，刑法規範的具體規定，其適用範圍及效果必須可

以透過構成要件要素加以確定，並且可以經由解釋來加以闡明。如果一種概念藉由一般通常的解釋方法可認為該行為應予禁止，或可以預見到國家的反應，則此種概念的運用在憲法上是毫無疑問的。由此原則可以導出，把原國歌的三段都視為德國國歌，乃符合規範明確性的要求。

訴願人的藝術自由亦未受侵害。原審法院已經適切地指出，德意志聯邦共和國存在的危險及自由民主的基本秩序在個案中可能淩駕於藝術自由之上。而法院認為國歌改編的散布行為會影響人民的國家意識，也是毋庸置疑的。

B、（聯邦憲法法院論證）

訴願人之憲法訴願有理由。

原判決侵害訴願人受基本法第五條第三項第一句所保障的基本權利（於理由I中說明）。相反地，訴願人對原判決違反基本法第一三條第二項的指摘，只有在其所受之刑罰係基於侮辱德國國歌前兩段時，方屬有理。（於理由II中說明）。

I、（關於基本法第五條第三項第一句之論證）

1. 因為訴願人認為其所受的刑罰與藝術自由相違背，所以聯邦憲法法院不僅要審查原判決對於被主張的基本權利有無錯誤的解釋或適用，同時也要審查原判決對於普通法的解釋以及其個別部分是否與藝術自由相互矛盾（參考聯邦憲法法院判決BVerfGE 75, 396[376]; 77, 240[250f.]; 及 1 BvR 266/86, 1 BvR 913/87 = 判決）。

因此有待澄清的是，訴願人被指控的犯罪行為是否在藝術自由的保障領域內，而原判決在個案中，對於藝術自由的保障領域及其限制是否有正確的認識及判斷。

2. 使訴願人遭到刑罪科處的兩個行為，應歸入基本法第五條第三項第一句的保障領域內。

a) 德國國歌的改編係屬藝術自由基本權意義下的藝術。從形式上觀察，其滿足「詩」的類型要件，從實質上觀察，其亦符合與內容有關的藝術概念之定義。作者使用詩的形式語言，將其對特定生活過程的經驗與印象傳達出來，此生活過程可以總稱為「德國的日常生活」。因為若對藝術的概念過於限制，將與基本法第五條第三項第一句的自由保障相違背，故在憲法的適用及判斷上，並不以詩藝的「雅俗」作為取決的標準。

b) 該首歌的散布也透過藝術品的「效果領域」而受到藝術自由之保障。尚未確定的只是，傳單的散布是否也在藝術自由的保障範圍內。若在報紙上發表，則毫無疑問，因為此種方式單純只與歌曲的傳播有關。然而，用「出版宣言」的方式散布，就不那麼明確。藝術作品在此乃是置於另一個生活表達中，該表達乃係針對因歌曲之散布而受刑罰科處的一種未經異化的意見表達。因之，傳單的散布本身原則上只受基本法第五條第一項意見自由之保障。即使系爭歌曲在傳單上被引用，也無法改變此種情況，因為該傳單並非直接基於藝術作品的目的而散發，而只是就此次爭議事件之過程加以說明。藝術只是意見表達的附屬物，而不是扮演內容媒介的角色。

然而，吾人仍應將國家的此種干預行為與藝術自由的保障加以衡量。國家對訴願人科處刑罰不僅只

是與傳單或傳單內的意見表達有關。相反地，該刑罰乃係針對「八六年德國之歌」所為。是以，單從被指摘的對象來看，該刑罰亦涉及基本法第五條第三項第一句藝術自由的保障領域，而由基本權的個人效力來看，亦係如此。固然吾人可能會對藝術作品所涉及的訴願人的媒介功能深表懷疑。然而首應注意的是，在此並不涉及曼菲斯特判決所處理過的必要之媒介（參考BVerfGE 30, 173[189]）；此種藝術作品不應附屬於傳單來散布出去。而是否可以將間接的轉載行為理解為藝術自由之實現，在此根本不須作原則上之判斷，因為，以本案的特殊狀況，已經促使訴願人強制受到基本權的保護。必須考慮的只是，訴願人係以該傳單的方式來爭取藝術作品散布的自由。如果當時訴願人引用該藝術作品係為追求上述目的，則此行為亦能使藝術作品公諸於眾。在本案中，若國家的干預行為單純係為了阻撓該被廣為散布的藝術作品的話，則該責任編輯就成為藝術品的傳達者，在這個時候，基本法第五條第三項第一句之藝術自由應優先於意見自由而適用之。

由原判決以憲法為出發點的角度來看，雖屬無可指摘，但具有決定性的乃是邦法院所陳述的理由，因為巴伐利亞邦最高法院就訴願人之上訴未附進一步的理由即予以駁回。

3. 然而邦法院對於基本法第五條第三項第一句的保障領域卻未為適當的界定，其對系爭歌曲的判定亦未考慮藝術本身的結構特徵（參考BVerfGE 30, 173[188]）；同時，法院對於該首改編自國歌的歌曲所作的解釋，亦不符合原作精神，參考BVerfGE 75, 369[376]）。

就「八六年德國之歌」而言，顯然地係一種諷刺文學。然而邦法院卻不會努力去探求該首歌所欲傳

違的核心意旨，並且將之與作者所選擇的表達方式分開來觀察（參考RGSt 62, 183[184]-BVerfGE 75, 369 [377]）。法院毫不區別地將該首歌曲認為是否定的，有損名譽概念的大雜燴，而其所考慮到該首歌曲的文字說明，充其量也只是爲了證明這首荒謬可笑的歌應該被揚棄。此種解釋方式並未符合藝術作品本身的諷刺性內容，也侵犯到藝術自由的保障。

顯而易見地，藝術家的意圖乃是想要指出德國生活關係中表象與現實間的矛盾。而此一核心意旨乃以改編德國國歌作爲其表達的方式。在該首國歌的改編中，作者運用與德國國歌原文相近似的格律，語音，並將原文加以異化，而以一種將現實生活極度誇張及否定的描述方式將其理想化呈現出來。亦即，作者係用一種反諷的方式傳達其意念。而邦法院卻完全忽略該諷刺作品可能呈現的核心意旨——對於表象與現實間矛盾的遣責。因此邦法院必然會認為該首歌曲侮辱德國國歌及國家本身，而忘了去考慮此種生活現實的露骨表達並非與德國國歌及憲法秩序所代表的理想價值相對立。至少邦法院必須考慮到此種理解的可能性，而非單單僅依刑法上重要解釋即遽下判決（參考BVerfGE 67, 213[230]）。

4. 依照其原本錯誤的解釋基礎，邦法院並沒有充分考慮基本法第五條第二項第一句的要求，即對藝術自由與與之相衝突的憲法價值間劃定界限。

固然在原則上，刑法第九十條之一第一項第二款對侮辱國歌的可罰性與藝術自由並非背道而馳（於a論述）；然而法院卻是基於不符合原作精神且忽略藝術自由的解釋來科處刑罰，而法院在其他判決理由中，也不曾再加以論證，此外，此種諷刺性的表達方式也不必然要適用刑法規定來加以處罰（於b論

述)。

a) 如同國旗一樣，國歌也是經由刑法第九十條之一第一項第二款之規定以之為國家的象徵而加以保護。因此，此種對國歌的保障亦如國旗一樣具有憲法基礎。然而基於國家本身的因素，現在人們只有演唱國歌的第三段，故對國家象徵的保護自始也只及於第三段。

b) 撇開國歌只有有限的憲法保障效力不談，邦法院雖努力在藝術自由與同受憲法保障的相衝突法益間作一個案的利益衡量，以求得一個合理的平衡，但是，此種努力難免會觸礁，因為邦法院根本沒有依照必要的方法來解釋該首改編歌曲。如果這種情形沒有發生，那麼就不必去決定是否有必要在相碰觸的憲法法益間尋求平衡，因為，如理由3中所述，若對該首改編歌曲作符合原作精神的解釋，可能就會排除侮辱罪的成立。當然不可否認地，若認為諷刺的表達方式本身已經可認為「形式」上的侮辱，則即使吾人將核心內容與表達方式作出可以令人接受的解釋，也可能會被認定為侮辱。然而此種認定在本案中並不適用，因為從法院的判決理由中看不出法院會將該首歌曲的核心內容與其過分尖銳的表達分開觀察，而將該過分尖銳的表達認為係一種侮辱。

巴伐利亞邦最高法院認為邦法院的判決認事用法並無違誤，故其依據刑法第九十條之一第一項第二款之規定所為之判決同時亦不符合基本法第五條第三項第一句之要求。

II、（關於基本法第一〇三條第二項之論證）

1. 訴願人對於法院違反基本法第一〇三條第二項的指摘僅部分有理由。

在該條規定中所確立的法明確性原則課予立法者義務將刑罰構成要件加以具體化，以便讓刑罰構成要件的效果及適用範圍足以辨識並且可透過解釋加以確定（參考BVerfGE 75, 329[340f.].）。任何人皆能因此預見何種行為將受刑法處罰，此外也確保立法者自身得就可罰性，為抽象一般的規定。）

由於牽涉究竟那些歌詞才算是德國國歌的問題，因之只有在涉及國歌的第三段時，才會有法明確性的要求。由聯邦總理艾德諾及聯邦總統霍以斯在一九五二年的通信中並不明確，且令人無法辨識出只有第三段才能被解釋為國歌。但可確定的是，在國家的慶典中，只演唱國歌的第三段，而此亦為數十年來的慣行。故對於刑法第九十條之一第一項第二款的相對人而言，所謂「國歌」的概念意義就不能超過第三段。因此，根據污辱國歌前兩段所科處的刑罰，也就違反基本法第一〇三條第二項的法明確性原則。

（以下為法官簽名）
〔譯者註〕

一、柏格貝爾譯為有名的集中營。

二、瓦克斯多夫位於德國巴伐利亞邦，本有一核廢料處理中心，曾遭示威反對，現已廢棄。

關於「議員、黨團或議會團體依議事規則之表達請求權」之判決

——聯邦憲法法院裁判集第八十四卷第三〇四頁以下

目錄

譯者：李惠宗

要旨

主文

理由

A、爭點

I、爭議提起人之地位

1. 第一屆全德聯邦眾議院選舉之法律基礎

2. 爭議提起人之選舉結果

3. 爭議標的之法規

II、爭議提起人之聲明

1. 主位聲明：請求被承認為黨團；備位聲明：被賦與議會團體之權利

2. 聲明之理由

a) 聯邦眾議院具有被告適格

b) 議事規則第十條第一項第二句牴觸基本法第三十八條第一項與第二十一條第一項

3. 爭議相對人認為該聲明無理由

a) 程序不合法

b) 爭議提起人無權要求承認其為黨團

c) 議事規則第十條第一項第一句未侵害爭議提起人權利

d) 第二備位聲明不合法，其餘無理由

III、同時提起之他案另行處理

IV、本案經言詞辯論作成

B、本案判決程序上之理由：主位聲明及備位聲明只有部分合法

1. 本件屬基本法第九十三條第一項第一款之案件

2. 爭議提起人有當事人能力

3. 爭議提起人有提出機關爭議之權利

a) 議事規則之規定亦屬聯邦憲法法院法第六十四條第一項之措施

b) 爭議提起人主張權利受議事規則剝奪，應屬合法

c) 爭議提起人主張基本法第五十三 a 條之權利受到漠視，應屬合法

d) 爭議提起人主張在調查委員會有基本席次，應屬合法

e) 爭議提起人主張有與黨團相同之財務補助，應屬合法

f) 爭議提起人主張在憲法共同委員會有基本席次，不合法

4. 逾期提出之請求

5. 聲明中只有針對聯邦眾議院部分者為合法

C、本案判決實體上之理由

I、議員作為國民代表之性質

1. 議員係國民代表

a) 議員係國民全體代表

b) 議會有議事規則自主權

2. 聯邦眾議院分工原則

3. 協同平等原則

a) 各委員會係大會縮影

b) 議事規則第十二條第一項規定應屬合憲

4. 可予忽視之審查標準

a) 代議民主原則

b) 政黨機會平等原則

c) 選舉平等原則

II、主位聲明與第一備位聲明無理由

1. 聯邦眾議院無義務降低黨團最低人數

2. 聯邦眾議院無義務經由決議賦與爭議提起人以黨團之地位

III、第二備位聲明部分有理由

1. 爭點：議員協同平等原則

a) 議會團體之代表應具有提案、發言暨投票權

b) 黨團與議會團體沒有理由區分

c) 爭議提起人無權要求主席職位

2. 爭議提起人應有議會創制權

a) 創制權之本質

b) 議事規則之動議權

c) 限制大質詢之提出尚屬合憲

d) 提請決議動議權

3. 爭議提起人無議事規則動議權
4. 時事緊急質詢時數之限制尚屬合憲
5. 爭議提起人無權要求在調查委員會有完整會員權
6. 爭議提起人無權要求在兩院協商委員會有會員資格
7. 爭議提起人不得請求完全補助

- a) 爭議提起人有權請求補助
- b) 差別對待之合理化事由

IV、未判決之爭點

1. 爭議提起人無權參與共同委員會

- a) 共同委員會係一獨立機關

- b) 基本法第五十三 a 條明文依黨團之強度關係而定

- c) 共同委員會內議員席次之取得係優先適用黨團原則，而非依比例組成原則
2. 爭議提起人有權參與共同委員會

- a) 基本法第五十三 a 條之形成史

- b) 體系解釋

- c) 憲法規範文義

〈要旨〉

1. 聯邦眾議院所承認之議員團體於機關爭議上，就其依議事規則之請求權有當事人能力（聯邦憲法法院法第六十三條）。

2. 從基本法第三十八條第二句可以導出，議員有權請求以另外的方式組成黨團以利共同工作。

3. (a) 國會及各委員會組成之反映原則(Grundsatz der Spiegelbildlichkeit)要求，在國會及委員會組成時，無論如何亦應顧及不屬於黨團議員之議會團體，此議會團體或因同屬一黨或由於選舉聯盟(Mahlbündnis)已經結合在一起，且依委員會現有之規模以及依聯邦眾議院各該所適用之比例計算基礎，已獲有一個或數個席次之分配者。

(b) 議會團體在此一要件下，於某一委員會已獲有一席次者，其所屬議員與其他黨團議員相較，始未居於劣等之地位。

(c) 議會團體依此一標準得派員至聯邦眾議院之委員會者，聯邦眾議院應承認其為議會團體；其有權要求適當之物的及人的配備，一如黨團所擁有者。

4. 本判決並處理聯邦眾議院之議會團體得否參與基本法第五十三 a 條所規定之共同委員會(Gemeinsamer

Ausschuss)(註1)之問題。

主文

爭議提起人依其所屬議會團體成員之數目，若已有權在委員會內成爲代表，而聯邦衆議院卻未依聯邦衆議院議事規則第五十五條之規定，賦與其得要求加入次委員會(Unterausschüssen)(註1)之權利，亦未給與其「委員會內黨團」之權利者，即已侵害爭議提起人基本法第三十八條第一項第二句之權利。此外之聲請應與駁回。

理由

A、爭點

本件機關爭議涉及聯邦衆議院議員團體是否有權要求被視爲一黨團，以及就其議會團體之地位是否有議事規則上之配備給與請求權。

I、爭議提起人之地位

1 爭議提起人所屬議員係民主社會黨/左翼連線(Partei des Demokratischen Sozialismus/linke Liste)所提名之候選人而於一九九〇年十二月二日第十二屆聯邦衆議院選舉中當選爲議員。

此一選舉緣於德國統一，其法律依據係一九九〇年八月三日由德意志聯邦共和國與德意志民主共和國之代表所簽署之第一次全德聯邦眾議院選舉準備及施行條約（聯邦法律公報第二部第八十三頁）。經由該條約，聯邦選舉法第五十三條所規定之施行領域擴及五個新加入之邦及柏林，該條又規定，百分之五淘汰條款於第十二屆聯邦眾議院選舉中，一體適用於全德之選舉領域，唯同時並允許非競爭性政黨間之候選人名單結合（Listenverbundung）（註11）（其細節請參BVerfGE 82, 322[327]=EuGRZ 1990, 397[397f.1]）。

聯邦憲法法院於一九九〇年九月二十九日判決（BVerfGE 82, 322=EuGRZ 1990, 397）中宣告聯邦選舉法第五十三條第二句無效，並就淘汰條款之適用於全德選舉領域而宣告聯邦選舉法第六條第一句第一選項與基本法不符：聯邦憲法法院在該判決確認，聯邦眾議院與聯邦參議院因此等規定已侵害提起憲法訴願之政黨之源於基本法第二十一條第一項及第三十八條第一項之機會平等權（BVerfGE 82, 322[325ff.]=EuGRZ 1990, 397）。

因此經由一九九〇年十月八日（聯邦法律公報第一部第二二四一頁）之第十次聯邦選舉法暨政黨法修正法之規定，百分之五淘汰條款分離適用於原東、西德（各含東、西柏林）領域。

2. 民主社會黨／左翼連線之候選名單於一九九〇年十二月二日第十二屆聯邦眾議院選舉中，於前東德地區獲得百分之十一點一之第二選票，於前西德地區獲得百分之零點三之第二選票。（總計在全德地區獲得2.4%）。爭議提起人係民主社會黨／左翼連線之議員團體，其參與聯邦眾議院第十二屆選舉獲

有席次者。

3. 第十二屆聯邦眾議院於其一九九〇年十二月二十日第一次大會時，依基民黨／基社黨，社民黨及自民黨黨團之動議（參聯邦眾議院資料，第十二任期／第一號，BTDrucks. 12/1），決議接受聯邦眾議院於一九八〇年七月二日（聯邦法律公報，第一部，第二二三七頁）所公佈，最後於一九九〇年十一月十二日修正（聯邦法律公報，第一部，第二五五五頁）之議事規則。

爭議提起人之一，即議員G.S.博士以及九〇年代／綠黨聯盟之議員（參聯邦眾議院資料，第十二任期／第二號「新」）曾就聯邦眾議院議事規則第十條提出動議，請求為如下之修正：

「(1)黨團係指聯邦眾議院至少七名議員所組成之團體(註四)，該此議員須同屬一政黨或聯盟或屬於未在各邦間相互競爭而具有同一政治目標之政黨或聯盟，唯若依聯邦選舉法為候選人名單聯合(Listenvereinigung)(註五)者不在此限（聯邦眾議院資料，第十二任期／第五號）。

此動議經提交元老院(Aeltestenrat)。

在此一降低黨團最低人數(Fraktionensindestaerke)之修正動議被拒絕後，爭議提起人之議員於一九九一年二月十八日聲請：

「民主社會黨／左翼連線之議員應依聯邦眾議院議事規則第十條第一項第二句被承認為黨團。」（聯邦眾議院資料，第十二任期／第八十六號）

元老院一九九一年二月二十一日建議，就九〇年代／綠黨聯盟之八名議員所組成之團體，得依議事

規則第十條第四項予以承認為議會團體。就取得議會團體地位後之配備，該建議決定內容如下：

2. 有鑑於政黨之特別狀況及條件及第一次全德聯邦眾議院選舉（異黨間）候選人名單結合之允許暨考量德國統一之一次性情況，此第一次被承認之第十二任期議會團體獲得如下權利：

(a) 此團體得於每一專門委員會任命各一名正副委員。德意志聯邦眾議院於一九九一年一月二十日大會所決議之各該委員會委員人數應相對的提高（聯邦眾議院資料，第十二任期／第五十四號）。受此議會團體任命之委員享有提案、發言及投票權。

(b) 此議會團體得經由其成員參與調查籌備委員會（Enquete-Kommissionen）及各調查委員會（Untersuchungsausschüsse）（註十六）之運作。

(c) 此議會團體得派一員至三元老院為委員。

(d) 此議會團體享有法案提出、動議、決議動議以及大小質詢（Grosse und Kleine Anfragen）（註十七）之權。

(e) 此議會團體經聯邦眾議院至少三十四名議員之連署，得行使原係保留與黨團或聯邦眾議院百分之五以上議員之議事規則上之動議權以及請求並異議權。

此議會團體每年得請求尚待規定之時事緊急質詢時數（Aktuelle Stunden）。

此議會團體得依議事規則第六十二條第二項規定（註八），就其本身之草案有請求為期中報告之權。

(f) 此議會團體享有一定之發言時間：在德意志聯邦眾議院依其與其他黨團之人數比例，在元老院則依協議定之。

(g) 此議會團體主席所享有之議事規則上之權利，與其他德意志聯邦眾議院黨團主席所享有者同。

(h) 此議會團體就議會工作應獲有必要之財務、技術及人員上之支援。就此，應發給其基本數額之半數及依其人數而定之津貼，包括反對黨特別津貼 (besondere Zuschläge fuer die Opposition)：該團體並依其人數計算獲有特別基本數額 (Sondergrundbetrag) 並得就特別為黨團於新加入之邦的議會工作暨國際合作所支應之黨團津貼參與分配 (聯邦眾議院資料，第十二任期／第一四九號)。

在爭議提起人地位方面，元老院建議將德意志聯邦眾議院對九〇年代／綠黨聯盟法律地位之決議準用於民主社會黨 (聯邦眾議院資料，第十二任期／第一五〇號)。

就此建議決定，德意志聯邦眾議院於一九九一年二月二十一日第九次會議上，拒絕該降低黨團最低人數之動議並拒絕承認其具有議事規則第十條第一項第二句所規定之黨團地位，唯承認爭議提起人係議事規則第十條第四項所規定之議會團體而享有該建議決定 (聯邦眾議院資料，第十二任期／第一四九號) 上之各項權能 (Befugnissen)。

II、爭議提起人之聲明

1. 爭議提起人於一九九一年一月三日所提出主位聲明，請求被承認為黨團，備位聲明則請求獲得更

進一步之議會團體權利 (Gruppenrechte)。最後其聲請爲如下之確認：

第十二屆德意志聯邦衆議院於一九八〇年七月二日 (聯邦法律公報，第一部，一二三七頁) 公佈，最後於一九九〇年十一月三十日修正 (聯邦法律公報，第一部，二五五五頁) 之德意志聯邦衆議院議事規則第十條第一項第二句之規定已侵害爭議提起人之基本法第三十八條第一項以及第二十一條第一項之權利，該條文規定，黨團係聯邦衆議院至少百分之五同屬一黨或聯盟或屬於未在各邦間相互競爭並具有同一政治目標之政黨或聯盟之成員所組成之團體。爭議提起人應在全部的委員會、次委員會、各調查委員會、兩院協商委員會 (Vermittlungsausschuss) 以及調查籌備委員會擁有一基本席位 (Grundmandat)。

第一備位聲明 (1. HiTsantrag) ..

第十二屆德意志聯邦衆議院於一九九〇年十一月二十日第一次大會上，未承認爭議提起人依一九八〇年七月二日 (聯邦法律公報，第一部，一二三七頁) 公佈，最後於一九九〇年十一月三十日修正 (聯邦法律公報，第一部，二五五五頁) 之德意志聯邦衆議院議事規則第十條第一項第二句之規定係一黨團，已侵害爭議提起人源於基本法第三十八條第一項以及基本法第二十一條第一項之權利。爭議提起人應在全部的委員會、次委員會、各調查委員會、兩院協商委員會 (Vermittlungsausschuss) 以及調查籌備委員會擁有一基本席位 (Grundmandat)。

第二備位聲明：

第十二屆德意志聯邦眾議院於一九九一年二月二十一日大會決議並於一九九一年六月七日通過之一九九一年預算法上，剝奪爭議提起人依一九八〇年七月二日（聯邦法律公報，第一部，一二三七頁）公佈，最後於一九九〇年十一月三十日修正（聯邦法律公報，第一部，二五五五頁）之德意志聯邦眾議院議事規則第十條第四項之規定，作爲一團體所應享有之下列權利，已侵害爭議提起人源於基本法第三十八條第一項以及基本法第二十一條第一項之權利：

— 議事規則動議之提出以及議事規則上無最低連署名額限制之請求暨異議權。

— 無時數限制之時事緊急質詢權。

— 依議事規則第六十二條之期中報告權（Zwischenberichten），只要該報告非涉及自己之提案者。

— 要求記名表決之權。

— 要求大會即行表決之動議權。

— 請聯邦政府人員到院備詢之權。

— 賦與於下列各委員會以基本席位，該席次須擁有動議、發言及表決之權。

— 所有專門委員會。

— 所有次委員會。

— 各調查委員會。

— 調查籌備委員會。

—憲法共同委員會 (Gemeinsamer Verfassungsausschuss)。

—兩院協商委員會。

—推舉委員會正副主席之權。

—依基本法第五十二 a 條於共同委員會 (Gemeinsamer Ausschuss) 擁有一席位。

—在歐洲議會 (Europarat) 之大會擁有席位 (同時亦為西歐聯盟 Westeuropäisches Union-MEU 大會之代表)。

—得參加與北大西洋公約組織代表之合作。

—每月有 490,226 馬克之黨團基本補助。

以上主位聲明及第一備位聲明中請求賦與一基本席位以及第二備位聲明中所要求之權利，爭議提起人係於一九九一年六月二十一日之補充書狀內始行提出。

爭議提起人提起聲明之主要理由如下：

(a) 依基本法第九十三條第一項第一款及聯邦憲法法院法第六十三條以下規定，本件機關爭議應屬合法。爭議提起人主張其憲法上之地位因德意志聯邦眾議院議事規則之頒佈而受到侵害。由於其係指摘德意志聯邦眾議院議事規則之規定及其施行，德意志聯邦眾議院及其院長皆具有被告適格 (passivlegitimiert)。

(b) 所指摘之議事規則第十條第一項第二句牴觸基本法第三十八條第一項與第二十一條第一項規定

依基本法第四十條第一項第二句之規定，以何等方式規制其成員共同形成國會之意志及黨團於議會過程的形成具有何等職權固屬聯邦眾議院之事務。唯此聯邦眾議院議事規則之章程自治權（*autonomes Satzungsrecht*）仍應遵守基本法第三十八條第一項第二句之原則。在憲法上應特別注意的是，應顧及從民主原則所導出之議會少數保護原則以及基本上由聯邦憲法法院在選舉法上所發展出來的形式平等原則。由此可導出，議事規則不得侵犯議員於國會意志形成上政治觀點表達之平等權。同樣亦不得侵犯議員之組成黨團之權利。德意志聯邦眾議院議事規則已依國會內各黨團之實際的政治重要性就其權利為廣泛之規定。相對的，議員之得組織議會「團體」，只有在議事規則第十條第一項第四句提到，然而也只是個別例外（*auffuehren*）的提到既不屬於黨團亦不屬於議會團體之個別議員之權利。頗多之權利只保留給黨團。由於黨團依聯邦眾議院議事規則擁有極佳之權利，故如能被承認為黨團具有極重要之憲法意義。

聯邦憲法法院就不屬於任何黨團議員之法律地位所為判決之見解（BVerfGE 82, 322=GURZ 1990, 397.）於本件判決別具意義，該前判決係針對數名議員之組成不符合現行議事規則第十條第一項第一句所定之最低限額之情形。此一最低限額係依據（舊）聯邦選舉法第六條第六項所規定之百分之五淘汰條款所定。

在聯邦憲法法院就淘汰條款於第一屆全德聯邦眾議院選舉之適用為判決（BVerfGE 82, 322=EUGRZ

1990, 397) 之後，該判決內所要求之解決方案亦應貫徹至德意志聯邦眾議院之議事規則。否則的話，依候選人名單聯合之政黨議員——一如民主社會黨／左翼連線及九〇年代／綠黨聯盟之議員，與其他議員相較，無異於被降了級。

(四) 除此而外，議事規則第十條第一項第一句及第二句之規定亦與基本法第二十一條第一項不符。基本法第二十一條第一項不僅應保障國會之存續，國會黨團之功能亦在保障之列。此一原則亦適用於德意志聯邦眾議院之政黨在何種要件下，得組成黨團的問題上。在德國統一後特殊的情況下，重點式的在前東德地區活動的政黨及團體以及由其所推選進入德意志聯邦眾議院之議員，與其他在聯邦眾議院有代表之政黨及其議員相較，不得受到不平等之待遇。

(五) 某議會團體之人數如依基本法第五十三 a 條規定已達於在共同委員會 (Gemeinsamer Ausschuss) 得以請求一席位者，黨團最低人數之規定不得使此種議員團體之進入共同委員會受到排除。依黨團大小比例所為之席次分配程序，本來旨在保護議會少數，蓋依據多數選舉所為之分配很可能導致較小的反對黨團受到排除。因此，聯邦眾議院在黨團最低人數之規定上，有義務使其不高於在共同委員會可取得一席位所必要之最低人數。否則，聯邦眾議院之多數可能不顧該分配原則所擬保護之議會少數，而以調高黨團最低人數之方式，在共同委員會上操縱聯邦眾議院席次之總分配。既然爭議提起人依共同委員會之分配方式已取得一席次，其應被承認為一黨團。

3. 爭議相對人認為 爭議提起人之聲請部分不合法，其餘部分無理由。

(a) 在上揭 2. 指摘爭議相對人之部分，爭議相對人認為其不合法。爭議提起人之聲請無非反對爭議相對人上揭 1. 之措施而已。

(b) 爭議提起人無權在主位聲明據以要求依議事規則第十條第一項承認其具有黨團之地位。

aa) 從議員地位所導出之加入黨團之權利並未受到議事規則第十條第一項之侵害。黨團之組成權利牽涉到會員權 (Mitgliedschaftsrecht)，此會員權與憲法上已規定之基本法第四十條第一項第二句國會自治組織 (Selbstorganisation) (註九) 權限有層次的關係 (Ordnungszusammenhang)。議事規則制定者就黨團形成要件之規制權利並未受到基本法第二十一條第一項之限制。黨團形成之法源只有基本法第三十八條第一項第二句。黨團係聯邦眾議院之內在組織，具有國家機關之性質，此一屬性禁止將黨團與在國會內之政黨同視。

(iii) 國會就自治組織權利之進一步之形成餘地 (Gestaltungsspielraum) 亦未受到聯邦憲法法院一九九〇年九月二十九日之選舉法判決及其後之選舉法修正之限制。雖然，聯邦眾議院之議事規則委員會在一九六九年議事規則小改革時，就議事規則第十條第一項第一句之黨團最低人數規定，揭明其立法理由係爲了與選舉法上百分之五淘汰條款一致。但選舉法上淘汰條款與黨團限額本來就不應強制結合，蓋淘汰條款係選舉法，相反的，黨團或團體之形成規定係國會法。聯邦眾議院成員若未達於黨團最低人數者，得被承認爲一議會團體。此係一九九一年二月二十一日之決議，爭議提起人之源於議員地位所生之重要權能亦因此受到保障。

(c) 爭議相對人認為，爭議提起人在第一備位聲明中無異於主張，爭議相對人未依議事規則第十條第二項第二句表示同意，即已侵害其權利。唯此規定，依其文意、意義及目的旨在使不符合議事規則第十條第一項第一句性質或未達於最低人數之議員團體有形成黨團之機會。

(d) 爭議相對人認為第二備位聲明不合法，其餘無理由。

(ii) 爭議相對人認為該第二備位聲明不合法之理由係其主張基本法第二十一條第一項受到侵害。蓋此規定並未形成憲法上爭議提起人與爭議相對人就上揭1所直接牽涉的法律關係。爭議提起人在憲法上之地位，亦即其與德意志聯邦眾議院之關係，毋寧是依基本法第三十八條第一項之規定。

爭議相對人認為，源於基本法第三十八條第一項第二句作為國會議員之核心權利，已透過聯邦眾議院一九九一年二月二十一日之決議受到保障。爭議提起人並未合理的證明，其源於基本法第三十八條第一項第二句之權利，除一九九一年二月二十一日決議之外，亦由於未賦與其原本只保留與黨團之權利而受到侵害。爭議提起人依一九九一年二月二十一日決議b目第二款之規定，已被賦與一項與議事規則第五十六條第三項相等之權利（黨團代表得為各調查籌備委員會之委員）。於此範圍內，爭論提起人並無受到侵害之可言。在委員會成員數目方面，縱使爭議提起人已具有黨團地位，唯由於其未在各該委員會取得一席以上之席次，則在此範圍之內，其亦無被侵害之可言。此於就各該委員會主席之規定亦然，蓋此規定已將黨團在議會工作上所具有的意義，以憲法上無可置疑之方式列入考慮。爭議提起人雖未依議事規則第七十五、七十六條被賦與安全之提案權，其權利亦不至因此而受影響（註十）最後，透過就時事緊

急質詢權（一九九一年二月二十一日決議e目第二款）所為原則上之限制，只有在就該時事緊急質詢時問之規定上已屬濫用時，始涉及到權利之侵害。此一前提並不存在。

國會議事規則第二備位聲明中所要求依議事規則原本保留與黨團之權利之範圍內，爭議相對人認為無理由。就議事規則第六章保留與黨團之權利（會議日程、召集、會議之主持及秩序維護措施）而言，其根本上係組織法上之規定；此些規定不是牽涉到本來就是議事規則所應規制之議事效率問題，就是牽涉到聯邦眾議院依基本法第四十條第一項第二句有特別廣泛形成餘地之領域，要不就是各該規定之實現得以合乎實際之方式使之受一定限額之限制者。

議事規則第七章委員會所保留與黨團權利之規定，亦未侵害爭議提起人之源於基本法第三十八條第一項第二句之權利。該章將各次委員會之代表權保留與黨團（議事規則第五十五條第一項第二句，第三項第一句），此些規定已考慮到，各次委員會能成為大會之縮影。議事規則第六十條第二項及第三項，第六十一條第二項（會議之召集與委員會之開會規則）則規定了為確保議事效率所允許之限額（Quoren）。

又議事規則第八章所保留與黨團權利之規定（提案及討論），亦未侵害爭議提起人之源於基本法第三十八條第一項第二句之權利。該章規定，就第三讀會之法律案擬提出修正動議者，僅限於黨團或國會議員之百分之五始得為之，此一規定旨在避免國會之重複工作，切合實際（參議事規則第八十五條第一項第一句）。由於議事規則第八十九條（兩院協商委員會之召集）與同規則第七十五條第二項d目有密

切之關係，爭議提起人之動議權之限制之規定自然亦延伸至議事規則第八十九條（一九九一年二月二十一日決議第二款d目）。

其餘在議事規則第九、第十及第十二章所保留與黨團權利之規定，率為組織法上之事項，未將之賦與爭議提起人，亦與其源於基本法第三十八條第一項第二句之權利無涉。

III、同時提起之他案另行處理

與本件爭議提起人之聲明同時提起者，尚有在第十一屆德意志聯邦眾議院之民社黨團體（die Gruppe der PDS），其就議事規則權利之事項經本屆聯邦眾議院所處理者，亦提出之訴訟。本庭已依聯邦憲法法院法第六十六條，經由一九九一年五月七日裁定，將該聲明與本件機關爭議分別處理。

IV、本案經言詞辯論作成

一九九一年六月二十五日之言詞辯論，各黨團之代表及第十二屆德意志聯邦眾議院九〇年代／綠黨聯盟團體之代表，以及聯邦審計院之代表亦已出庭並與各政黨討論事實及法律狀況。爭議提起人特別就其在第二備位聲明所主張受領全部黨團基本補助之權利提出詳細之理由。

B、本案判決程序上之理由

主位聲明及備位聲明只有部分合法。

1. 基本法第九十三條第一項第一款及聯邦憲法法院法第十三條第五款設有向聯邦憲法法院請求救濟

之道；本件爭議確屬該規定下之憲法爭訟。

本件爭議係爭議提起人以主位聲明請求被承認為黨團，並以備位聲明請求被賦與議事規則上之諸權利。議員相互組成黨團之憲法上權源係基本法第三十八條第一項第二句之規定（BVerfGE 80, 188[218] = EuGRZ 1989, 288[295]）。同樣的，議員組成其他團體之權利亦源於基本法第三十八條第一項第二句之規定。因此，本件爭議之標的乃爭議提起人與聯邦眾議院之憲法上之關係，而聯邦眾議院就此正是有權規制該關係者（BVerfGE 80, 188[218] ff.）= EuGRZ 1989, 288[295] f.）。

2. 爭議提起人係一受聯邦眾議院依議事規則第十條第四項所承認之團體。此種團體就議事規則權利之爭議有當事人能力（聯邦憲法法院法第六十三條）。

3. 此團體具有提出機關爭議之權利（聯邦憲法法院法第六十四條第一項），只要其未被賦與黨團之地位以及附帶的亦未被賦與某些議事規則上之權利，或者只要其依基本法第五十三 a 條在共同委員會及在其他委員會席次之分配上受到漠視，或相較於其他黨團而言，獲得較少之財政上補助，即有提出機關爭議之權。唯除此之外，即乏提出爭議之權。

a) 本件爭議提起人團體在主位聲明及第一備位聲明中主張，聯邦眾議院因不承認其具有黨團之地位，已侵害基本法，特別是基本法第三十八條第一項第二句所賦與之權利，儘管民主社會黨／左翼連線在德意志聯邦眾議院之選舉中，於含東柏林之前東德地區，已經超越了百分之五淘汰條款。此舉有可能已侵犯其憲法上之權利。

本庭前曾論及，議事規則之規定——此指議事規則第十條第一項第一句——亦屬聯邦憲法法院第六十四條第一項所指之措施（參BVerfGE 80, 188[209]=EuGRZ 1989, 288 [293]）。同樣的，爭議提起人提出源於聯邦眾議院資料第十二任期／第八十六號之動議，以爭取聯邦眾議院依議事規則第十條第一項第二句之同意而受拒絕者亦同；此聯邦眾議院之同意，就某不符議事規則第十條第一項第一句要件之團體（指未達於聯邦眾議院議員百分之五之政黨）而言，對黨團地位之取得具有根本性（konstitutiv）之影響（蓋無此之同意即無黨團之地位）。

b) 爭議提起人在第二備位聲明主張，聯邦眾議院因一九九一年二月二十一日之決議（聯邦眾議院資料，第十二任期／第一五〇號連結第十二任期／第一四九號），已大量剝奪其議事規則上之權利。爭議提起人請求各該權利之給與作為額外之團體權（Zusätzliche Gruppenrechte）。相較於黨團而言，議會團體如只獲得較劣等之權能，有可能侵害此團體基本法第三十八條第一項第二句所規定之權利。

c) 同樣的，爭議提起人指摘其於依基本法第五十三 a 條共同委員會聯邦眾議院代表部分之選舉上，受到違憲之漠視，亦可能成立。

d) 此外，爭議提起人亦適切主張，其在憲法上，在調查委員會上應被賦與一具有動議、發言及投票權之基本席次，又其主張，在歐洲議會之德國代表的選舉上以及議員之派往北大西洋公約組織大會及議會聯盟上，應享有與其他黨團同樣之權利；唯此些權利聯邦眾議院於一九九一年二月二十一日之決議均予漠視。由此爭議提起人憲法上之權利，特別是基本法第三十八條第一項第二句之權利有可能受到侵

害。

e) 爭議提起人於涉及預算補助之聲明中主張，其基本法第三十八條第一項第二句之權利有可能受到侵害，蓋黨團原不問其大小，就其工作皆可獲得一基本補助，而爭議提起人卻只能獲得其半數。既然基本補助不分黨團之大小，則爭議提起人由於此一基本補助之減少，其請求相同之財務補助之權利即有可能受到侵害，蓋此一權利本來旨在實現依一九九一年二月二十一日決議所賦與爭議提起人之議事規則上之權利。

f) 唯爭議提起人除此以外之指摘，認為其在全部的專門委員會及在憲法共同委員會(Gemeinsamer Verfassungsausschuss)下被剝奪了一具有動議、發言及投票權之基本席次者，欠缺機關爭議之合法性。

就專門委員會而言，此乃因爭議提起人依一九九一年二月二十一日決議(第二款a目)已被賦與該權利，得就每一專門委員會各任命一名具有動議、發言及投票權之正副委員。就所謂的憲法共同委員會而言，爭議提起人並無權利受侵害之可言，蓋此種委員會尚未設置。基民黨／基社黨黨團曾於一九九一年五月十三日提出類此之動議，並於一九九一年五月十四日送達元老院。唯就此元老院尚未作成決定。

4. 就主位聲明及備位聲明之要求在所有的委員會、次委員會、調查委員會、兩院協商委員會及調查籌備委員會均得被賦與一基本席次之部分，亦即一不問爭議提起人人數多寡之基本議席之部分，其爭議並未在期限之內提出(聯邦憲法法院法第六十四條第三項)。爭議提起人以之主張，其應以黨團之地位

而被賦與此種基本議席。唯黨團是否得享有請求基本議席之權，議事規則第十二條，第五十七條第一項有終極性之規定。此議事規則經第十二屆德意志聯邦眾議院於一九九〇年十二月二十日制頒。作為黨團所得要求基本議席之權利應至遲於一九九一年六月二十一日以書面主張之。

相反的，第二備位聲明所主張之權利，亦是請求被賦與一基本議席，則牽涉到爭議提起人作為一議會團體之地位。於此，作為（提起爭議期限之）標準者乃是一九九一年二月二十一日之決議，透過該決議，爭議提起人作為議會團體始被承認並被賦與若干權能。

5. 聲明中針對爭議相對人2.部分具有程序上應屬合法。蓋所有聲明之爭議人只有德意志聯邦眾議院。各該受爭議提起人所指摘之措施及不作為均由其所作成。

C、本案判決實體上之理由

主位聲明及第一備位聲明無理由；第二備位聲明部分有理由。

I、（議員作為國民代表之性質）

1. a) 基本法第三十八條第一項第二句保障德意志聯邦眾議院議員作為國民代表機關，唯其係規定，議會整體為國民之代表，亦即以議員全體作為代表。唯此以所有成員有平等之協同權能（Mitwirkungsbezugnis）為要件（BVerfGE 80, 188[217 ff. =EuGRZ 1989, 288[295 f. J.]）。

b) 依基本法第四十條第二項規定，聯邦眾議院有制定議事規則之權，此一權能旨在使其得實現其任務。因此，就源於憲法地位之個別議員權利實行之種類及方式之規定乃屬聯邦眾議院之權限。特別是

，議員以何種方式協同形成國會意志，何些國會權能應保留與黨團，限額或議員團體以共同實行 (gemeinschaftliche Wahrnehmung) 以及黨團形成之要件，在在皆屬聯邦眾議院權限。

既然議員之權利只能以會員權 (Mitgliedschaftsrechte) 之形態而存在並實施，因此須互相歸屬，也須互相調整，因此，議事規則之規定必然也會限制到個別議員之權利。然而，——正是爲了國會代議能力 (Repräsentationsfähigkeit) 及功能之遂行 (Funktionstuechtigkeit) ——，個別議員共同形成聯邦眾議院之意志與決定之權利不得因此受到危害 (參BVerfGE 80, 188[218 f.] = EuGRZ 1989, 299[296])。

國會在決定就自主組織及就有秩序的議事進行需要何種規則，有一般而廣泛的裁量餘地，議事規則之受憲法審查即應以此爲基準。至其裁量之界限及限制何在，應依各該標的定之 (BVerfGE 80, 188[218] 附有詳細引註 = EuGRZ 1989, 288[296])。

2. 今日，聯邦眾議院工作之政治分工原則 (politisches Gliederungsprinzip) 落實在黨團上。在政黨民主之發展下，黨團已屬憲法生活必需之設置並爲政治意志形成之決定性要素。其組成係由受自由委託之議員所決定 (基本法第三十八條第一項第二句)。因此，聯邦眾議院在顧及議員權利之情況下，應在議事規則上規定黨團在國會議事上之權能 (BVerfGE 80, 188[219 f.] 附有詳細引註 = EuGRZ 1989, 288[296])。

德意志聯邦眾議院議員如何在議事規則第十條第一項所規定之在憲法上無可疵議的要件下，爲落實

自由委任而組成黨團，也是源於自由委任之權利，議員依此權利本得以其他方式為達共同工作而相互組織起來（，初非組成黨團不可）。當屬於同一黨之議員數目未達於議事規則所規定之最低人數時，此種狀況特別明顯。如果聯邦眾議院在議事規則自主之範圍內，賦與依此種基礎所組織之團體以一特別之地位，承認其為議會團體並賦與某些特定的國會權能，如議事規則第十條第四項所規定者然，則所有之議員當可要求，就國會政治意志之協同形成有同等之權利（BVerfGE 80, 188[218]附有詳細引註——EuGRZ 1983, 288[296]，聯邦眾議院就此應依同一標準為之。聯邦眾議院同時亦應將此種權能提升，使各該議會團體得以憲法所規定之方式將該種權能落實。

8. 在聯邦眾議院委員會之採委員制及相互合作的觀點下，一特定數目之聯邦眾議院議員之協同形成權以及組織權能係源於議員協同權能平等原則（Prinzip der gleichen Mitwirkungsbezugnis aller Abgeordneten），不問該些議員是否由於同屬一黨或因選舉聯盟之關係已組織起來者，此與一些議員之組成黨團或被承認為一團體無關。

a) 在德國的議會傳統下，委員會的工作具有特別的意義。聯邦眾議院之資訊採集、監督及調查任務的重要部分均賴委員會得實現，委員會即以此種方式透過國會亦被認為係國民之代表。有關議會意志形成之各個領域均依此運作，此所以原則上每一委員會均係大會之縮影，委員會之組成必須反映大會之組成之故（BVerfGE 80, 188[221 ff.]——EuGRZ 1983, 288[296 f.]）。

b) 源此，本庭認為議事規則第十二條第一項在憲法的觀點下無可指摘，本項乃規定委員會之組成

得依各黨團之人數多寡之比例定之。唯此對國會議員依議事規則第十條第四項組成團體之情形是否適用，本庭則持保留態度（前揭BVerfGE 222）。在此範圍內，國會及委員會組成之縮影原則（Grundsatz der Spiegelbildlichkeit）即要求在各委員會組成時亦應顧及不屬黨團之議員團體，此些團體或屬同一黨或因選舉聯盟而結合概可不問，唯須該團體依聯邦眾議院在各該委員會所適用之比例代表程序，在各委員會所定規模下，已經獲有一個或數席次。凡屬此種團體之議員，其權利不得低於屬於黨團之議員。

議員之團體已依此標準得推派其成員至聯邦眾議院委員會者，應由聯邦眾議院依議事規則第十條第四項承認其為議會團體。其有權在個別議員的權利之外，另行要求適當之物的及人的配備，一如黨團所領受者。

4. 與從基本法第三十八條第一項第二句及第四十條第一項規定所導出之標準不同的是，就本件爭議所提出聲明之裁判而言，以下之其他標準得不予重視：

a) 就眾議院議員團體之議事權利而言，代議民主原則並無超過基本法第三十八條第一項第二句之效力（BVerfGE 80, 188[221]=EuGRZ 1989, 288[296]）。同樣的，議會少數保護之民主原則亦然（同上，第二二〇頁）。

b) 政黨機會平等原則（基本法第二十一條第一項第一句連結第三十八條）對議員在國會內之地位沒有影響。國會黨團之承認為憲法生活所必要之設施雖係源於基本法第二十一條憲法對政黨之承認（

BVerfGE 70, 324[350] = EuGRZ 1986, 21[27], 唯此不影響黨團之形成係議員基於自由委託所作之決定 (BVerfGE 70, 324[362 f.] = EuGRZ 1986, 21[30 f.]; 80, 188[200] = EuGRZ 1989, 288[296]), 亦不影響聯邦眾議院就黨團最低人數之規定本有依議事規則自治之形成餘地 (見前揭 C, I, 1, b)。

◎ 基本法第三十八條第一項第一句選舉平等原則既與議員在國會之地位無關，亦與同一黨或同一候選人名單之議員所組成之議會團體地位無關；其適用領域僅限於選舉。相反的，所有國會議員在形式上完全平等之國會原則 (vgl. BVerfGE 40, 296[317 f.] = EuGRZ 1975, 518[525]; 80, 188[220 f.] = EuGRZ 1989, 288[296]) 卻以基本法第三十八條第一項第二句為法律基礎。聯邦眾議院固有規定黨團最低人數之權能，唯選舉法上之淘汰條款卻不得立即引伸至此種權能之上。縱使聯邦眾議院議事規則自一九六九年以來很明顯的係依據選舉法之淘汰條款以訂定百分之五之黨團最低人數 (聯邦眾議院資料，第五任期／第四〇〇八號，第二頁)，聯邦眾議院卻不因此而持有持續遵守之憲法義務。聯邦眾議院並非不得降低黨團最低人數至選舉法上淘汰條款限額之下，亦非不得強調選舉立法者之決定，必要時並提高黨團最低人數至可容許的範圍。

在數十年來的聯邦及各邦實務上，只要將黨團最低人數提高至所有議員的百分之五以上，即可能遭受到憲法上的質疑 (參 Trossmann, *Parlamentsrecht des Deutschen Bundestages*, 1977, 8210 608T, Rdn. 4; J. Delbrueck, in: *Bonner Kommentar*, Art. 53 a GG, Rdn. 9; R. Schick, *Der Gemeinsame Ausschuss*, in: *Schneider/Zeh [Hrsg.] Parlamentsrecht und Parlamentspraxis*, 1989, S. 1579,

Rdn. 21 m. w. N.)，由此可知，有關黨團最低人數之規定與選舉平等原則無關，而是與議員協同權能平等原則 (Grundsatz der gleichen Mitwirkungsdegnis der Abgeordneten) 有關 (基本法第三十八條第一項第二句)。(註十一)。

II、主位聲明與第一備位聲明無理由

主位聲明與第一備位聲明因此無理由。

第十二屆德意志聯邦眾議院並無義務在議事規則內透過黨團最低人數的降低或依議事規則第十條第一項第二句經由決議賦與爭議提起人以黨團之地位。

1. 聯邦眾議院一九九〇年十二月二十日決議接受議事規則第十條第一項第二句之規定，亦即須有百分之五聯邦眾議院成員始得成立黨團，此決議並未侵害爭議提起人之權利。縱使第一屆全德聯邦眾議院選舉係在特殊情況下所舉辦，聯邦眾議院並不因基本法第三十八條第一項第二句即負有義務，在議事規則規定上，就所有已超過地區化百分之五條款 (die regionalisierte 5 v.H.-Sperrklausel) 之政黨，不問其數目多寡，概賦與其黨團之地位。

聯邦眾議院已賦與爭議提起人頗廣泛的權利，此些權利依議事規則正是保留與黨團者。此種團體地位，益以在所有委員會具有投票權之會員權及提案權 (聯邦眾議院資料，第十二任期／第一四九號第二款 a 及 d 目) 已包括了議會工作之重點。一如聯邦眾議院資料，第十二任期／第一四九號建議第二項明顯表明的，聯邦眾議院已顧慮到第十二屆德意志聯邦眾議院選舉係在特殊情況下所舉行，此特殊情況係

指原東德加入西德之後不久即行大選而言 (BVerfGE 82, 322[339 ff.] = EuGRZ 1990, 397[401 f.].)

如果聯邦眾議院依現行規定維持黨團最低人數，並依議事規則第十條第四項之規定，賦與爭議提起人以議會團體地位，藉此將第十二屆德意志聯邦眾議院選舉之特殊情況表達出來，即無違反基本法第三十八條第一項第二句之議員協同等權。

2. 此無異於爭議提起人以第一備位聲明所請求之依議事規則第十條第一項第二句承認其為黨團。議事規則第十條第一項第二句本在規定同一黨或雖不同黨但屬於具有同一政治目標但未在各邦相互競爭政黨之議員之組成，聯邦眾議院承認爭議提起人為黨團之義務，是否已因該此些議員既非同黨亦不屬具有同一政治目標但未在各邦相互競爭政黨之議員相互間的結盟案型即可予以否定，吾人尚無法確定。唯無論如何，聯邦眾議院並無義務降低黨團最低人數，其理由對依議事規則第十條第一項第二句要求承認某一團體具有黨團地位之事例亦同樣適用。

III、第二備位聲明部份有理由

第二備位聲明部份有理由。依議事規則第十條第四項規定，爭議提起人在議會團體之形成上，被剝奪了就議事規則在各委員會為代表之權利，此種權利原係依其人數多寡，在議員平等權的觀點下，由基本法第三十八條第一項第二句所賦與者。除此而外，爭議提起人之議會團體地位之形成已符合基本法第三十八條第一項第二句之憲法上要求。

1. 爭議提起人在各專門委員會之代表會員權涉及到議員協同權 (Mitwirkungsbezugnis) 之平等原

則，已如上述（c、I、3、b）。

a) 聯邦眾議院一九九一年二月二十一日之決議，在第二款 a 目之下規定，在各專門委員會裡，議會團體之代表應具有提案、發言暨投票權，此一決議在此範圍內尚符合上開原則。

b) 只要符合前揭（c、I、3、b）要件（註十二），議會團體之委員會成員即可被賦與在議事規則第七章所規定「委員會內黨團」之權利。此乃由於依議事規則第十二條第一句規定，一黨團得僅以一名成員在一委員會為代表，因而形成「委員會內黨團」。依上開委員會內會員平等原則，沒有理由強加區分，該成員究由一黨團或由一議會團體所推派至委員會者。

在上開要件下，從議員協同權平等原則更可導出，議會團體應依其要求在各次委員會有代表（聯邦眾議院議事規則第五十五條第三項（註十三））。

c) 唯爭議提起人沒有權利要求委員會主席或副主席職位之給與。主席之職務雖須為聯邦眾議院之會員，其本身卻非特殊的會員權，因此並不受基本法賦與聯邦眾議院任務平等原則之拘束（BVerfGE 80, 188[217 f.] = EuGRZ 1989, 288[295 f.]）。如議事規則限制此一職位給與黨團之代表，亦只是涉及委員會主席須負特別領導權能之人事選取上之預先決定。此尚在聯邦眾議院議事規則自主的範圍內。

2. 議會創制權（parlamentarisches Initiativrecht）之實行亦屬議員基本法第三十八條第一項第二句所規定之權利（BVerfGE 80, 188[218 f.] = EuGRZ 1989, 288[295 f.]）。本此，爭議提起人有提出法律草案、動議、大小質詢以及決議動議之權（聯邦眾議院之決議第二款 d 目），聯邦眾議院已將爭

議提起人之創制權與黨團之創制權廣泛地予以相互調整 (angehören)；事實上，就第一屆全德聯邦眾議院選舉，聯邦眾議院在平衡政黨係居於特殊情況與條件之下參與選舉，並注意到候選人名單聯合 (Listenvereinigung) 之允許，以及考量到德國統一的一次性之後，亦已如是行之。因此，在此不需剝奪爭議提起人之上開創制權是否妥當以及在何程度內始合乎基本法要求另作裁定。

a) 依法律創制之本質 (Wesen der Gesetzesinitiative)，創制者無論如何得要求立法機關就其提議審查。該機關應就之討論並決議 (BVerfGE 1, 144[153])。提案人應有機會就其提案陳述一般意見 (allgemeine Aussprache)。在議會做成結論以前應使正反意見有並陳之機會。如果議事規則賦與議員團體如是之創制權，則該規則不得將該權利與付諸公開討論之權利分離，否則的話，提案提出人亦無法迫使其他議員參與辯論。進行公開辯論後始得為決議之原則使聯邦眾議院作為代議機關的特性彰顯出來 (基本法第四十二條第二項)。議會程序所保障之意見爭執 (Auseinandersetzung) 及尋求決定 (Entscheidungssuche) 之公開性是民主議會主義 (demokratisches Parlamentarismus) 之根本要素 (參BVerfGE 70, 324[355] = EuGRZ 1986, 21[28])。

在三詞辯論程序上，聯邦眾議院之代表，Helmut Spetz議員以及Winfried Spetz議員暨聯邦眾議院之全權代理人 Ipsen 教授已就本庭所提問題陳明，聯邦眾議院係依上開原則進行。由此可以導出，爭議相對人一九九一年二月二十一日之決議第一款 e 目之解釋應為：爭議提起人應具有黨團之權限，以要求其法律案提付討論。其憲法上之請求權無論如何不得予以漠視。

b) 此一結論——假設有一相當的憲法上請求權——亦適用於爭議提起人議事規則上之動議權（議事規則第七十五條第一項 d 目）。至於動議案何時得到聯邦眾議院受理，對爭議提起人以及對黨團而言，應根據議事規則法上的既有的情況，以相同的方式，依據相關的議事規則第二十，二十三條定之。議事規則第二十條第四項文義上並未限於此係黨團的要求或規定以聯邦眾議院成員百分之五為要件，而是只提到「動議提出人（Antragsteller）」（註十四）。與元老院之建議決定的理由相反，聯邦眾議院之決議就此並未有所改變。

c) 同樣的，上開決議第二款 e 目就提出大質詢（Grosse Anfrage）予以限制之規定並未侵害爭議提起人憲法上之權利。就此，於言詞辯論已獲致結論，議事規則第一〇一條第三句，第一〇二條第二句本條規定一般保留與黨團或與一定數目議員之權利——就他人大質詢之受理亦同——，唯對爭議提起人自己之大質詢權卻不應予以剝奪。此從大質詢之意義即可導出，蓋議事規則就之異於小質詢有所規定，旨在確保國會對政府制衡機能的有效性。

e) 提請決議動議案之受理已在議事規則第七十五條第二項 c 目有所規定，唯只具有附屬的性質（akzessorische Natur）（議事規則第八十八條第一項及第二項第一句）。

3. 爭議提起人除此而外所請求之不受聯邦眾議院決議第二款 e 目之限制之權利，例如得提出議事規則動議權（Geschäftsordnungsanträge）或依據議事規則請求（geschäftsforderungsmaessige Verlangen）之權利，卻不得與聯邦眾議院本得規定議事規則一般規定之權利相對抗。蓋爭議提起人此些權利既與

其協同權沒有必要的關聯，亦非屬直接源於基本法上權能之結果權（*Folgerrechte aus Befugnissen*），此種權限係聯邦眾議院上開決議第一款d目所賦與的。該此權利涉及聯邦眾議院之議事過程，並使議員權利帶有成員之拘束關係（*mitgliedschaftliche Gebundenheit*）（*BVerfGE 80, 188[218 f.] = EuGRZ 1989, 288[295 f.]*）。聯邦眾議院為議事順利起見，得限定黨團或百分之五以上之議員始得行使之。此特別是對爭議提起人所主張之下列權利有效，要求記名投票（議事規則第五十二條第二項），聲請將動議在大會即刻付諸表決（議事規則第八十條第二項第一句，第八十一條第一項第二句，第八十四條第一項b目），聲請政府人員列席（議事規則第四十二條），以及要求依議事規則第六十二條第二項作期中報告，唯須該期中報告未涉及自己之提案（參聯邦眾議院一九九一年二月二十一日決議第二款e目）。

4. 透過聯邦眾議院一九九一年二月二十一日決議（第二款e目），爭議提起人只獲得一項權利，即每年得要求一項時數尚待規定之時事緊急質詢權（*Aktuellen Stunden*），爭議提起人之此項權利不因之而受侵害。

時事緊急質詢權（參議事規則第一〇六條連結附件五）旨在實現聯邦眾議院之任務，就待處理的問題提付公開的辯論（基本法第四十二條第一項：*BVerfGE 80, 188[218]*）。特別是鑒於大會可供使用的鐘點數有限的情況下，此種國會辯論方式之如何進一步規定是議事規則的任務。請求無限制的時事緊急質詢權與請求與——成員人數較多之——黨團平等對待均非憲法所要求。

一如爭議相對人就1在言詞辯論中所陳述的，有關一九九一年二月二十一日決議第二款。目所涉及爭議提起人之規定，以及迄至目前尚無時事緊急質詢年度最高時數限制之情事，乃是由於首先實務上尚無經驗，特別是就國會的時間負擔而言，因此最高時數之限制可能成為多餘。在此背景下，並鑒於迄至目前為止爭議提起人亦未觸及最高時數之限制之事實，一九九一年二月二十一日之決議在憲法上並無疑義。相反的，爭議提起人若陳明，其必須就時事緊急質詢時數「節約」的使用其動議，如此亦未無不同之結果，蓋可以預計的是，聯邦眾議院會將爭議提起人迄至某一時點為止所已使用之時事緊急質詢時數作為最高鐘點數予以確定，並由此減少其在時事緊急質詢時數上繼續提出動議的可能性。一如爭議相對人之代理人就1在言詞辯論針對本庭所為詢問所可同意的陳述，在超過已經使用時事緊急質詢時數者，仍有一適當之時數可供當年之餘之使用。

此外，此結論對一般議事規則之適用亦為有效，亦即此應公正並忠實地針對議員、議會團體以及黨團加以適用。本庭就此亦曾多次在議事規則不同規定之領域有所強調（*Byerlye* 1, 14[149]:80, 188[219] = *EuGRZ* 1989, 288[296]。聯邦眾議院之代理人就本原則亦在言詞辯論中有所強調：Bon[議員，氏係基民黨／基社黨黨團之國會議事領導人，其就此強調，議事規則之適用旨在整合聯邦眾議院各個代表團體，而不是去分化他們]）。

5. 爭議提起人基本上並未被賦與憲法上之權利藉以要求在調查籌備委員會或調查委員會具有完整之會員權。此種權利，依本庭之上開c、1、3之見解，毋寧是應依各該委員會成員之數目而定。再者，

要求在其內給與基本議席之權利，亦缺乏憲法基礎；爭議提起人在此尤其不能主張，其重點上係由新加入的五個邦所選舉出來者。蓋德意志聯邦眾議院議員全體並無差別，皆為國民之代表（基本法第三十八條第二項第二句）。

然而，「協同權（Mitwirkung）」在前揭各委員會（聯邦眾議院決議第二款b目）卻包括質詢及動議權（參一九九一年六月六日元老院之決議）。

6. 同理，爭議提起人亦無要求在兩院協商委員會擁有會員資格；依聯邦眾議院及聯邦參議院共同之議事規則第一條規定，依聯邦共和國邦之數目，兩個機關各得推派十六名成員進入此委員會。

同樣的，包括聯邦眾議院議員作為歐洲議會大會之代表之選舉以及對議員之派往北大西洋公約組織之大會與議會間之大會（interparlamentarische Konferenz），爭議提起人亦無請求權。基本法第三十八條第一項第二句是否包括前揭最後兩項國際組織之大會，在此即毋庸裁判。

7. 爭議提起人作為議會團體，其請求與黨團完全一樣之補助，而非減半補助，無理由。

a) 爭議提起人作為議會團體固得要求適當之物的及人的補助（參上揭c、I、3、b），唯此項補助透過預算為之即為已足，此項補助係由一項依議員人數所計算之基本數額以及反對黨特別津貼所組成。基本數額之補助以黨團補助之半計算，爭議相對人得依據一項類型化的觀點設定，議會團體在議會之工作任務一般而言較輕於黨團。爭議提起人之提出論證，其係只有十七名議員之議會團體，為了使其工作人員在各個超過其議員人數之委員會得以具說服力之動議受到肯定，特別仰賴議會外之學術支援，

唯此一論證並不成立。憲法上並未要求，經由較高額之預算補助就議員為數較少之爭議相對人1所需之學術支援，予以補償，蓋其議員人數較少係由選民所決定。

b) 爭議相對人就1亦得依據類型化的觀點，對受承認之議會團體相互間在基本數額上予以平等對待，一如其對黨團方面亦給予一相同之基數。就此，此議會團體九〇年代／綠黨聯盟得獲得與爭議提起人相同的基數補助，吾人無法導出較有利於爭議提起人之結論。議會團體或黨團不同大小的均衡經常係透過議員津貼為之。

IV、未判決之爭點

緣本庭各法官有平等表決權，本庭茲無法確認(註十五)，聯邦眾議院一九九一年二月二十一日決議是否違反基本法第五十三 a 條之規定(註十六)，因該決議未賦與爭議提起人權利，使其得以聯邦眾議院代表之身分進入共同委員會。

1. 依本庭四位形成本判決之理由法官之見解，爭議提起人並無權利要求，在由聯邦眾議院議員出任之共同委員會成員的選定上(基本法第五十三 a 條)亦應受到顧及，(使其亦有機會進入共同委員會)。此乃由於基本法第五十三 a 條第一項第二句本來即規定，(推選入共同委員會之)聯邦眾議院議員應「依各黨團之強度關係而定」。

a) 共同委員會並非聯邦眾議院所設置之委員會，而是一獨立之聯邦機關。本庭雖在前文(c、I、3、b)就在聯邦眾議院委員會擁有席次之憲法上理由有所鋪陳，但爭議提起人並非聯邦眾議院之黨

團，就其在由聯邦眾議院推選成員之共同委員會內是否應有代表之問題，前揭之理由無法適用。

b) 基本法第五十三 a 條第二句明文規定，聯邦眾議院議員應依黨團之強度關係而定。就黨團之意義而言——此在憲法他處並無規定——基本法第五十三 a 條接受了國會法上通用的要件所形成之意義。黨團意義之進一步規定——包括最低人數之規定——則保留與國會立法。該意義——一如其他憲法意義——在內容上固有一定程度的不確定。唯就議會的傳統而言，此非意味著聯邦眾議院得在個案上任意規定。

引進基本法第五十三 a 條之當時，德意志聯邦眾議院議事規則就黨團最低人數規定為十五人。儘管在當時各黨大小不同，所有黨團及在聯邦眾議院內之代表議會團體在議席的分配上皆有機會，修憲立法者在引進基本法第五十三 a 條時，亦不能保證當時在共同委員會的二十二個席次中——依當時所適用之計算程序——各個具有黨團強度之議員團體皆能得到一席次。修憲立法者亦無法忽視，聯邦眾議院在議事規則自治 (Geschäftsordnungsautonomie) 範圍內，亦得就黨團最低人數定得更高，並因此使未達於此黨團最低人數之議員團體無法進入共同委員會，即使此些團體依比例計算的席次分配在共同委員會已可獲得一席次者，亦同。唯無論如何此在憲法上並無疑義，只要黨團最低人數之規定仍在憲法所給與立法者的裁量範圍內。修憲立法者就此於立法諮詢 (Gesetzesberatung) 時，獲有一確信，共同委員會應將聯邦眾議院之共同組成反映出來，唯只能將在聯邦眾議院內具有代表黨團之強度關係 (Stärkeverhältnisse) 表現出來。

c) 憲法就在共同委員會內議員席次之取得係優先適用黨團原則，而非依比例組成原則；憲法並非將比例性求諸於聯邦眾議院議員之整體，而係求諸於黨團。此一決定符合共同委員會之功能，亦即在一特別緊張情況（Spannungslage），議會工作仍然得以最大的可能持續下去。黨團能將議員之意見與意志，甚至國會之意見與意志組織起來，整合不同的政治意見，使之形成能令人接受並付諸實行之單元，而形成國會意志。黨團較諸於其他政治團體更有使共同委員會穩定及貫徹實行之能力，蓋共同委員會依憲法之設計係一於戰時得取代聯邦眾議院與聯邦參議院重要功能之機關。為能發揮共同委員會之功能，憲法上並不繫諸於將聯邦眾議院內各個政治團體完全反映出來。

此外，基本法第五十三 a 條在共同委員會由聯邦參議院各邦派遣成員之部分，亦放棄了一項縮影式的（spiegelbildlich）代表方式，此種縮影式的代表原是儘可能接近各邦在聯邦參議院選票數（基本法第五十一條第二項）。唯無論如何，為考量緊急國會（Notparlament）之應變能力，此種具有限制之比例應予容忍。

2. 相反的，依另四位法官之意見，就共同委員會之成長，其中由三十二名聯邦眾議院議員代表之部分，爭議提起人有權請求分配一定之席次。

此些法官認為，共同委員會固為一獨立憲法機關，唯前開就聯邦眾議院對該委員會席次分配之憲法上說理，並不具說服力。依此之見解，基本法第五十三 a 條就聯邦眾議院之代席次之以「依黨團之強度關係」（entsprechend dem Staerkeverhaeltnis der Fraktionen）之文字而使用黨團之意義，乃有意

將所有在聯邦眾議院存在之各種政治群系 (politische Formationen) 列入比例計算之過程。此種從基本法第五十三 a 條之形成史 (a)，從其體系關係以及意義與目的 (Sinn und Zweck) (b) 所獲致之解釋結論既未與憲法規範的文義 (c) 抵觸，其亦不致因衡量及評價觀點 (Abwägungs- und Wertungsgeschichtspunkte) (d) 而受到動搖。

(a) 基本法第五十三 a 條之草案顯示，「依黨團之強度關係」而定之席位分配規定，旨在保障少數以免聯邦眾議院多數之寡口 (Majorisierung)，而非爲了排除此些雖已達於比例限額 (Verhaeltnissquorum) 而仍在黨團最低人數之下之團體。

(d) 推選聯邦眾議院議員以進入共同委員會，依一九六七年六月十三日政府草案所定，須經聯邦眾議院三分之二之多數決行之（聯邦眾議院資料，第五任期／第一八七九號，第二頁）。此項已形成法律之意旨可以回溯自法律委員會之建議（聯邦眾議院資料，第五任期／第二八七三號，第二十五頁），此建議係依據自民黨黨團 (EDP-Fraktion) 之動議而爲，該黨團要求，所有在聯邦眾議院既存之政治力量 (politische Kräfte) 應依其強度關係在共同委員會亦有相當之代表（聯邦眾議院資料，第五任期／第二二三〇號，第二頁）。在一九六七年十一月九日暨十六日之法律及內政委員會之資訊會議上，亦一致同意，共同委員會之組成應該是聯邦眾議院內政治代表及力量關係之反映（參Bernhardt, Ellwein 以及Evers 等教授之意見，載於一九六七年十一月九日法律及內政委員會資訊會議記錄，第二十五，第三十四，第六十一頁）。

此目標亦在基本法第五十三 a 條條文的形成上見之。

則就此，一九六七／一九六八年修憲立法者可直接援引黨團意義，蓋自一九五二年以來，欲成立一黨團只需十五名議員，依當時議會實況，實無法想像低於該定額之政治團體仍能在共同委員會取得一席次。相反的，當時即已預料到，即使是一黨團，但亦有可能無法達到獲致一席次所必要之限額。此乃因為當時只有二十二名議員的基準數額而其中即有十一名邦代表之故。

一九六九年議事規則委員會第一次討論到是否提高形成黨團所必要之最低人數（參一九六九年一月二十三日議事規則事務委員會第十七次會議簡要記錄）。此後，黨團最低人數已提高為聯邦眾議院議員人數之百分之五，聯邦眾議院內已無未能組成黨團而依聯邦眾議院所選擇之計算程序卻能在共同委員會獲有一席次之團體。

b) 憲法規定解釋之體系上關聯及其意義與目的得自共同委員會作為憲法機關之特別功能探悉。

aa) 依基本法第一一五 e 條第一項規定，共同委員會於戰時得自行決定，就其職務履行之要件是否存在；此即共同委員會開始行使聯邦眾議院及聯邦參議院權利之情況。依基本法第一一五 a 條第二項規定，共同委員會甚至亦有權在一定的要件下，自行確定戰時狀況是否存在。依此，共同委員會依基本法第一一五 c 條規定，即有本屬各邦之立法權限（第一項）；此外，其亦有規定詳細的干預權，得就基本法第十四條第一項及第一〇四條第二項及第三項的基本權保障進行限制，最後，為防衛現時或直接威脅之攻擊所必要者，其尚得規定聯邦各邦行政及財政事務，不受基本法第八章、第八 a 章及第十章之限

制。

b) 基本法第五十二 a 條第一項第一句至第三句之規定，在結構上亦彰顯了共同委員會此項重要之任務與職權。就該任務與職權而言，作為標準的是聯邦及民主的憲法原則。前一原則係要求聯邦的各成員國皆能有所參與，因此，在聯邦參議院只有十六席的情況下，另外的分配之作爲顧及各邦代表一開始就被排除了。就聯邦衆議院席次之分配，民主原則則要求一項民主代表的合法性（demokratisch-representative Legitimation）。既然聯邦衆議院係直接的國民代議機關（BVerfGE 80, 188[217] = EuGRZ 1989, 288[295]），此原則乃繫之於院內的政治力量關係是否得在共同委員會內聯邦衆議院席次的分配上再度反映出來。此一規定之所以用強度關係之意義表達出來，其規範目標旨在要求，每個在聯邦衆議院內存在，依據共同的政黨屬性或依據一個政黨聯盟爲了行動一致所結成之團體，皆可理解爲基本法第五十二 a 條意義下所指稱之黨團。

c) 因此，與議事規則上使用黨團（Fraktion）意義相反的，以此種格式「依黨團之強度關係」所表現出來的意義，具有一項獨立的憲法規範意義。就此不可忽視的是，議事規則有一項完全不同的規範標的。相反的，如果人們賦與議事規則上所指黨團——在何種界限上皆然——在基本法第五十二 a 條之解釋上有優先地位，則聯邦衆議院本身即不再有意義，它毋寧只是——就此前四位形成本判決法官亦持同樣見解——聯邦衆議院之黨團在共同委員會爲代表而已。此意味著，將賦與黨團以代表之意義，唯此種意義卻是黨團原先所不得擁有者，蓋聯邦衆議院本係由議員，而非由黨團組成（基本法第三十八條

第一項第一句)。

前四位形成本判決法官之見解使共同委員會之組成，在黨團強度方面，往往繫乎議事規則制定者之經常可以變更之目的衡量而定，此見解不但使議事規則制定者得經常變更目的衡量，抑且爲其開啓了操縱可能性，使議事規則制定者得在個案黨團之承認上，規定那些議會團體所無法符合的要件（議事規則第十條第一項第二句），此與民主原則甚難調合。

③單純根據此一字眼「黨團」及從語言上亦具有拘束性的規範一致性 (Regelungseinheit) 的「黨團間的強度關係」意義的萃選，尚不能使前開規範目標及修憲立法者的規範意志並基本法第五十三 a 條體系關聯合理化。「強度關係」與「黨團間」之意義正好透過其語言上之連結，說明了本規定具有特殊的規範意含 (spezifische normative Aussage)。

④一如四位形成本判決法官所述，衡量及評價觀點，與前述解釋結果相對的，不具重要性。首先，它只是主張，黨團比其他達於共同委員會比例限額之政治團體更有能力維持共同委員會之穩定及貫徹實行之能力。唯吾人對（各政治團體之）政治目標理念內容之評價只能各依其在聯邦眾議院所獲致之席次爲準，越此之評價即與民主原則的形式平等不符。此一觀點倘若在共同委員會席次分配規定上已列入考慮者，則共同委員會內之聯邦眾議院名額之分配依據多數決爲之，乃屬前後一貫。

本判決由下列法官作成：副院長 Mahrenholz, Boeckenfoerde, Klein, Grasshof, Krüis, Franssen, Kirchhof, Winter。

爭議提起人（民主社會黨 PDS）之全權代理人：Klaus Dammann博士律師及Kotliger律師，址設：Cremon 11, 2000 Hamburg 1.

第一及第二爭議相對人（聯邦眾議院及聯邦參議院）之全權代理人：Knut Ipsen 雙博士教授，址設：Nevelstr. 59, 4630 Bochum 1.

—註一 共同委員會係聯邦眾議院與聯邦參議院分別派員組成，其詳參註十六。

—註二 聯邦眾議院議事規則第五十五條第一項規定：就工作準備事項，各委員會得就其一部分人員賦與一定任務另行設置次委員會，但若有其成員三分之一反對者，不得設置之。於特殊情況，各黨團亦得提名聯邦眾議院之不屬於該委員會之成員擔任次委員會之委員。

—註三 候選人名單結合（Listenverbindung）依聯邦選舉法第七條規定係指同一黨間各邦候選人名單之結合，該條明顯排除異黨間的候選人名單之聯合（Listenvereinigung）。該條規定：(1)同一黨間之各邦候選人名單，如未有特別聲明，視為已經結合。(2)已結合之候選人名單就席次之分配，與其他候選人名單的關係上，視為一候選人名單。(3)依候選人名單結合分配之席次應就各該參與結合之邦候選人名單依第六條第二項分配之。第六條第四、第五項於此準用之。就此請參Schreiber, Handbuch des Wahlrechts: zum Deutschen Bundestag, 4. Aufl., 1990, & 7.

—註四 聯邦衆議院議事規則第十條第一項原規定須有聯邦衆議院議員百分之五以上之政黨始得成立黨團。東西德統一後，聯邦衆議院議員人數增加爲六六二人，以百分之五計算，須擁三十四席議員之政黨始得成立黨團。

—註五 參註3。

—註六 基本法第四十四條第一項規定：聯邦衆議院有權，依四分之一議員之請求有義務設置調查委員會（Untersuchungsausschuss），以公開辯論方式調查證據。調查得不公開之。聯邦衆議院議事規則第五十六條第一項第一句則規定：聯邦衆議院爲準備就一牽涉廣泛並情事重大之問題作決定時，得設置調查籌備委員會（Enquete-Kommission）。調查委員會之成員須爲聯邦衆議院議員；調查籌備委員會因非聯邦衆議院組織之一部分，其成員則不限於議員。

—註七 聯邦衆議院對聯邦政府之質詢分爲大質詢、小質詢與口頭質詢。大質詢依議事規則（12.11.1990, BGBl. I S. 2555）規定須由黨團或百分之五議員向聯邦衆議院院長提出，院長以書面向聯邦政府提出之，並得限期答覆，就該答覆得列入聯邦衆議院議事日程並付公開討論（第七十五、七十六與一〇〇條以下）。小質詢亦應由黨團或百分之五議員向院長提出，聯邦政府應於十四日內以書面答覆，唯小質詢不得列入議事日程（第七十五條第三項，第一〇四條）。口頭質詢任一議員即可行之（第一〇五條）。

—註八 議事規則第六十二條第二項規定：建議草案提出於委員會後十週，黨團或百分之五之聯邦

衆議院議員得要求，該委員會透過主席或報告人向聯邦衆議院就該所咨詢之狀況提出報告。如其爲如是請求，該報告應列入聯邦衆議院之議事日程 (Tagesordnung)。

—註九 基本法第四十條第一項規定：聯邦衆議院自行選舉院長、副院長及議事秘書 (Schriftführer)。議事規則自行制定之。

—註十 聯邦衆議院議事規則第七十五條係規定得列入議事日程之提案，例如法律案 (第一項 a 目)，大質詢 (第一項 f 目)，委員會之期中報告 (第一項 1 目)，凡此皆屬聯邦衆議院之重要職權。第七十六條則規定上揭提案須由黨團或百分之五之聯邦衆議院議員始得提起之。

—註十一 基本法第三十八條第一項第一句規定：德意志聯邦衆議院議員之選舉依普通、直接、自由、平等及無記名方法行之。第二句則規定：議員係全體國民之代表，其行使職權不受委任與指示之拘束，只依良知行事。

—註十二 此指該議會團體依各委員會所適用之比例代表計算方式，在各委員會所規定之規範下，已經獲得一個或數席次者。凡屬此種議會團體之議員，其權利不得低於屬於黨團之議員。議員團體已依此標準得推派其成員至聯邦衆議院委員會者，應由聯邦衆議院依議事規則第十條第四項承認其爲議會團體。

—註十三 議事規則第五十五條第三項規定：各在次委員會爲代表之黨團要求至少有一名其成員在該次委員會爲代表。此外，第十二條之基本原則亦適用之。

—註十四 議事規則第二十條第四項規定：提案載於衆議院資料六個會議週後，依提案人之請求，該提案須列入下次會議之日程。

—註十五 本庭有八位法官參與判決。就此問題，由於各有四位法官持完全相反之見解，故本判決並未就此問題作出結論，只是將兩個意見並呈。

—註十六 基本法第五十三 a 條規定：共同委員會之三分之二由聯邦衆議院之議員，三分之一由聯邦參議院之成員共同組成。議員應由聯邦衆議院依各黨團強度規定之；議員不得爲聯邦政府之成員。各邦由其所指定之聯邦參議院成員代表之；此些成員不受指示所拘束。共同委員會之組成及議事程序由議事規則定之，該議事規則應由聯邦衆議院制定，經聯邦參議院同意。

關於「公務員與法官之一般言論表達權」之裁定

——聯邦憲法法院（第二庭第三分庭）裁定，載於ZmE一九八九年，第九十三頁以下（編者按：此篇很短，故不另加以中文綱目。）

譯者：李惠宗

〈判決事實〉

就一般政治問題，公務員與法官在公共場合只能有節制地表達其意見，以免公眾對其公務執行之超越黨派、公正、以公共利益為取向之信任產生損害。（編輯要旨）

判決主文

本憲法訴願標的係前審聯邦行政法院之判決（載於NJW 1988, 1747, 1748），憲法訴願人，一名法官與一名檢察官，其一曾在某報紙刊登廣告受到公務員懲戒，該判決乃在審查其是否符合基本法，特別

是否符合言論表達自由權（基本法第五條第一項）者，該廣告以「呂北克（Luebeck）邦法院有二十五名法官與檢察官反對飛彈基地的設置」為標題。由於明顯無勝訴希望，本（兩件）憲法訴願不予受理。

判決理由

憲法訴願人是否已「違反勤務義務（Dienstpflichten）」，首先是一般法律的解釋與適用之問題。此問題之解答應由該管轄之行政法院為之。聯邦憲法法院只審查各該級行政法院就此所為之解釋是否侵害特別憲法權利（spezifisches Verfassungsrecht）（參BVerfGE 18, 85[92]＝NJW 1964, 1715; BVerfGE 62, 189[192]＝NJW 1983, 809）。在本兩件擬予裁判之案件，憲法訴願人之基本權或準基本權（grundrechtsgleiche Rechte）並未受到侵害。

1. 首先，聯邦行政法院作為基礎之審查標準乃屬有效，該標準很明顯的是聯邦行政法院依據聯邦憲法法院判決（特別請參照BVerfGE 39, 334[366 f.]＝NJW 1975, 1641 以及聯邦憲法法院〔預審委員會〕一九八三年八月三十日，載於NJW 一九八三，二六九一）所發展出來的。聯邦行政法院適切地肯認，公務員以及法官亦屬於為國家服勤務之人，其雖具特別義務地位（besondere Pflichtenstellung），在此範圍內仍得享有基本權之保護。在此之義務範圍涉及兩項憲法基本決定：一方面是國家所不可或缺

並由其所構成之公務員體制 (Beamtenverhältnis) 以及獨立的司法體制 (Richteramt) 之保障，另一方面公務員與法官個人之自由權，特別是意見表達自由亦應予以保障，唯此二者應相互協調，亦即為維持公務員與法官體制功能之完整，在無損於公務員與法官身分之情況下，始得以其不可或缺之義務限制其基本權之實現。只有符合基本法第三十三條第五項（註一）而得被視為政治意見之行爲才會受到基本法第五條第一項之保護。什勒斯維悉，霍爾斯坦邦 (Schleswig-Holstein) 一九七九年五月十日之公務員法第六十五條第三項，第六十六條第三句 (GVBl. S. 301) 以及一九七二年四月十九日公佈之德意志法官法第三十九條（聯邦法律公報，第一部，第七一二頁）之規定，與前開職業公務員身分與法官獨立原則相符，係基本法第五條第二項所稱之一般法律。在此些法律所規定之行爲義務必須在具體案例上依此基本原則判斷，亦即基本法第五條第一項之法律上之合理限制應在意見表達自由基本權之觀點下予以解釋。個案上乃意味著：

a) 職業公務員體制係以專業知識、專業才能及忠誠義務之履行所賴以建立者，其旨在保障穩定之行政，相對於形成國家生活之政治力量而言，其並旨在形成一平衡性之要素 (ausgleichender Faktor) (參 BVerfGE 7, 155[162] = NJW 1957, 1795; BVerfGE 11, 203[216 f.] = NJW 1960, 1445)。公務員必須超越黨派，公正地執行任務，於其職務的遂行上，應以公共福祉爲念，亦即應爲每一合憲之政府，而非爲一特定之政黨或團體提供服務；職務的遂行，無論在勤務內或勤務外皆得被要求注意其職業所必要之（人民之）尊重與信賴。其勤務行爲必須依循事實 (Sachrichtigkeit)、法律信賴、正義、客

觀性 (Objektivität) 以及公共福祉。此些義務乃形成國民對民主法治國行政事務信賴之基礎。就一般政治問題，公務員在公共場合只能有節制地發表其意見，以免公眾對其公務執行之超越黨派、公正、以公共利益為取向之信任產生損害。倘若其政治意見表達令人產生印象，以為其職務之執行未忠於其僱主，亦未對一般人保持中立，即不得行使之。由加諸於職業公務員身分 (Berufsbearbeitung) 之忠誠義務 (Treuepflicht) 原則可以導出，公務員之意見表達自由在職務之所必要範圍內應有所限制。

9. 同樣的，此對法官亦同有適用。基本法課予身為職權管理者 (Amtswalter) 的法官以一項義務，亦即只可依據事實，合理衡量當事人並公眾 (Allgemeinheit) 之各種權利與利益而為裁判，唯此義務卻以其個人之獨立性、中立性及 (與某些情事) 保持距離 (Distanz) 為要件 (參 BVerfGE 21, 139 [145f.] = NJW 1967, 1123; BVerfGE 46, 34 [37] = NJW 1978, 37; BVerfGE 52, 131 [154, 156 f., 161] = NJW 1979, 1925)。此種特點——特別是能在其他觀點下評定 (anerkennen) 其他人權利之能力——才會使法官得免於不當之影響而將其專業知識帶入裁判過程，透過一客觀公正辯論，透過毫無成見之雙方訴訟資料之運用與評價，透過無私的法律適用以及透過其他針對訴訟兩造加諸於其上之訴訟程序上具體義務之符合 (BVerfGE 52, 131 [156 f.] = NJW 1979, 1925)，而保障訴訟兩造在法庭之前的平等。在此特別需要其個人以及事實觀點上的審理獨立，此為基本法第九十七條所保障者。此外，若個人之認知與職務上之聲望有可能陷入衝突者，則該認知之表達在一定程序上即有節制之必要 (參 BVerfGE 39, 334 [366] f. = NJW 1975, 1641)。法院判決之能贏得確信 (Ueberzeugungskraft) 不只是繫於判決理

由之法學上的素質，在程度上亦非常仰賴國民對法官之信任。此一信任特別來自於法官之外在與內在的獨立（*äussere und innere Unabhängigkeit*）及其中立，並對現實的政治爭議上保持明顯可以被青認的距離。如果法官之對政治問題之意見表達易於動搖此種信任，即會損及基本法上法官之形象（*Richterbild*）。

c) 聯邦行政法院在本二件受指摘之裁判中已將所有此些憲法旨意考量在列。其作為基礎之審查標準並未以不受許可之方式限制到憲法訴願人之意見自由。此些判決毋寧已考慮到透過基本法第三十三條第五項所保障之公務員與法官身分之基本原則，此些原則在必要的程度上可合理限制職務外之政治意見表達自由。聯邦行政法院之見解在此是合理且適當，因此也是憲法上無可指摘的，特別是其認為，如果為了強調某一職務擁有者在某政治爭議上之意見，並由於職務之介入使之能更有效地表達出該職務擁有者之政治上見解，則憲法對法官職務所塑造之聲譽及國民對之信賴即已被利用，並已被當作一種賭注，此已違反勤務義務。在此些案型上的確有此種危險存在，亦即（人民對）法官之獨立性與對檢察官之公共利益取向信任會受到損害。

2. 聯邦行政法院依據上開標準認為憲法訴願人之受懲誡係正當之見解亦不至侵害（憲法訴願人）特別之憲法權利（*spezifisches Verfassungsrecht*）。聯邦行政法院就該事實情況之涵攝（*Subsuntion*），並未在各該相關之審查標準下曲解基本法第五條第一項之意義及射程。在此範圍內之衡量因此是可以接受，無論如何亦非恣意，因此與基本法第三條第二項符合。

(就法官意見自由之問題尚可參照Jager, NJM 1988, 1694.)

— 註一 基本法第三十三條第五項規定：服公勤務者之權利應依職業公務身分原則定之。

關於「軍人批評北約組織核子嚇阻戰略之意見自由」之判決

——聯邦憲法法院第二庭，一九九二年七月十日之裁判，載於EuGRZ
一九九三年，第二十八頁以下

目錄

主文

理由

I、事件背景

1. 「軍人皆屬潛在的謀殺者」論點之源始

2. 法院就此一論點所進行之訴訟及對其判決之反應

3. 訴願人之背景

4. 法蘭克福聯邦法院一九八九年十月二十日之判決

5. 訴願人被付懲戒程序

6. 軍事勤務法庭程序

譯者：洪家殷

7. 聯邦行政法院軍事懲誡庭之程序

- a) 對所審查之內容不得斷章取義
- b) 非刑法意義下之謀殺者

c) 判決依據

- (1) 違反軍人法第十條第六項及第十七條第一項
- (2) 違反軍人法第十二條第二項
- (3) 違反軍人法第十七條第二項

(4) 瀆職罪

II、訴願人及聯邦政府之意見

1. 訴願人主張其意見自由基本權及平等權受到侵害

- a) 只有一般法律可以限制意見自由
- b) 得限制意見自由之理由
- c) 懲誡不合比例原則
- d) 未使基本權價值內含受到保障
- e) 軍事懲誡庭錯誤地解釋該新聞啓事
- f) 原判決違反平等原則

2. 聯邦政府之意見

a) 軍人法得限制軍人意見自由

b) 懲誡未侵害意見表達自由

c) 懲誡未違反平等原則

d) 核子戰略未違反國際法

III、聯邦憲法法院，對本案裁定之理由

(原判決違反基本法第二條第一項連結法治國原則以及第五條第一項)

1. 法院對一般法律之解釋及適用原則上不受聯邦憲法法院審查

a) 保障意見自由之目的

b) 紀律法上處分係對意見表達自由之限制

c) 聯邦行政法院之判決未注意憲法上之要求

d) 基於錯誤理解之判決

e) 軍人仍有克制其言論之義務

2. 訴願人可以援引上揭理由

3. 必要花費賠償裁定係依聯邦憲法法院法第三十四 a 條第二項規定。

判決主文

1. 聯邦行政法院一九九一年九月二十七日之判決 2 Mo 22.91 侵害了訴願人基本法第五條第一項第一句之基本權利，該判決廢棄，本案由聯邦行政法院重行審理。

2. 德意志聯邦共和國應補償訴願人必要之費用。

判決理由

訴願人爲四十九歲之職業軍人，對於聯邦行政法院——第二兵役庭——一九九二年九月二十七日之判決提起憲法訴願，由於該判決以其職務上之過錯，將其從少校降級爲上尉。

I、

1. 自一九八三年以來，法蘭克福的斐特烈——艾伯特學校在每年第二次世界大戰爆發的那一天，均舉行「和平日」活動，在活動中，會提出阻止戰爭的各種不同觀點，並予以討論。一九八四年八月三十一日以「維持和平——確保和平」之主題下，舉行此種「和平日」，重點在於——完全反應當時大眾間之重大爭議，關於「北約組織雙重決議」之實施，在西歐已開始裝設美國中距離武器，其主體並得攜帶核子彈頭——以「和平政策之核子要素」爲主題。針對此主題，舉辦了由和平運動之代表及聯邦國防軍

之年輕軍人參與之討論會。

此討論會以電視影片開場，——有關美國及蘇聯核子武器之概觀後——以核子武器投射在中歐，以及因此存在有關可能交戰之軍事戰略思考，加以討論。在聯邦國防部代表郝普特曼W.，於說明北約組織和平政策之理念及其任務之影片，確信核子嚇阻可以防止戰爭之後，法蘭克福「醫生防止核子戰爭」協會的共同創始人A博士，論及有關核子戰爭之可能性，及因此連帶而生對市民之集體屠殺。其次，其陳述，在戰爭中，人們如同軍人必須作某些事情，而這些事情對他們而言，在「平常」生活中根本無法想像，也就是必須殺死其他人——包括軍人及平民——，在某種情況下甚至是集體的。因此，軍人係處於此種狀況，其必須經由訓練，學會命令及服從原則，藉此在必要時得以抑制其本能上之殺人障礙。對於命令反射式地執行，不考慮到有此後果，即經由謀殺武器科技之支持，有可能以按紐使得無可計數的人毫無分別地被屠殺。此在必要時，必須被描述為一種謀殺。在此種關係上，和平活動之代表宣稱：「任何軍人是潛在的謀殺者」——且指向年輕軍人——「你也是一樣，W先生」。在進一步的討論過程中，A博士說明，當他提到任何軍人是潛在的謀殺者時，係指關於軍人的訓練，即經由訓練，使其可能以謀殺的集體屠殺手段作戰，從邏輯上而言，必須說成是「謀殺的技巧」。在此關係上，其提到，「在聯邦國防軍之中，有十五個月之長的謀殺訓練，特別是在最初的三個月」。

2. 在對A博士提出因為上述表達而進行之刑事程序中，W上尉及聯邦國防部長作為共同原告而參與，法蘭克福初級法院——陪審法庭——在一九八六年九月四日判決被告罰金，因為以侮辱方式煽惑國民

。被告不服上訴，由法蘭克福地方法院在一九八七年十二月八日廢棄初級法院之判決，並宣告無罪（NJW 1988, S. 2083ff.），此判決在大眾間引起重大及長期之爭議（參閱Dau 刑法上對聯邦國防軍尊嚴之保護 NJW 1988, 2650 ff.）經檢察官及聯邦國防部長為共同原告，提起上訴，由法蘭克福高等法院在一九八八年十二月二日廢棄被上訴之判決，並且發回地方法院另一個刑事庭，重新調查事實及裁判（NJW. 1989, S. 1367ff.）。根據新的調查，法蘭克福地方法院第二十九大刑事法庭，在一九八九年十月二十日同樣地廢棄初級法院一九八六年九月四日之判決，並宣告A博士無罪（StV 1990, 73ff.）。依據判決之內容，煽惑國民罪（刑法第一百三十條）之構成要件並未構成，因為被告之表達並未滿足該條要件之侵害其他人之人性尊嚴。相對地，侮辱罪（刑法第一百八十五條）之構成要件被實現，蓋共同原告W及聯邦國防軍被視為是一個機構。針對任何一個個別聯邦國防軍軍人之表達，由於顧慮到最高法院的裁判，故無法確認對於集體之侮辱及因此而合乎構成要件之侮辱。但被告之表達最後仍是不得被刑罰的，因其——注意到基本法第五條意見自由之特別意義，在政治上之相互地討論——乃是維護其合法之利益（刑法第一百九十三條）。

這個一再被描述為「軍人判決」之裁判，立即在大眾間引起強烈的反應，尤其是聯邦國防軍之軍人。因此，當時的聯邦國防部長斯托爾騰格博士，在一九八九年十月二十二日之「星期天世界」報告，發表了以下聲明：

「此判決是全然不可思議的且無法執行的，雖然顯然係廢棄個別事件，而且主審法官業已在訴訟開

始時聲明，此裁判絕非是描述軍人爲潛在謀殺者之特權書，然而在大衆間卻了解爲就是一種特權書。基於對於我們軍人及數百萬以前軍人所負之責任，絕對無法忍受此種事情。」

此外，聯邦國防部長接著在一九八九年十月二十四日的「聯邦國防軍觀點」刊物上，作了以下公開聲明：

「儘管此判決，我確信：誰描述軍人是潛在謀殺者，就是對和平產生懷疑。其損害了當時聯邦國防軍約五十萬服役及數百萬以前軍人之人性尊嚴。此與我國人對於我國聯邦國防軍所防衛社會中之和平共同生活無關。因此，我判斷此種不尊重人性之表達，應受刑罰。令人遺憾的，法蘭克福地方法院對於現行法之解釋……此種破壞名譽之表達卻不受刑罰。我必須強調，對於我們國家服役中軍人之名譽，應有效地保護，即藉由最高法院之裁判，或者在必要時，藉由修正當時可能不夠圓滿之法律，聯邦國防軍之軍人絕非潛在的謀殺者，毋寧說他只是盡其義務，在緊急時其曾投入自己的生命以防衛所有人的和平及自由，包括醫生及法官。」

3. 在一九八九年十一月四日星期六，「達姆斯訊息工作團」於波昂——巴登戈德斯貝舉辦「第六屆哈特貝格座談會」，以「形成介於東西間信賴之措施」爲主題之討論會。此工作團在一九八三年源自於「北約組織——雙重決議」之公開討論，由少數軍人所創立，結合當時約二百三十個軍人及聯邦國防軍之平民支持者，其並批評聯邦國防軍內部意見之形成，其他也針對防衛及安全政策，部隊之民主化以及對「第三世界」交運武器之問題等議題。

在討論會開始之前，一個「達姆斯特訊息」的成員，針對一九八九年十月二十八日「法蘭克福展望」報上所刊載的法蘭克福地方法院刑事庭主席口頭上之判決理由及聲明，認為工作團有必要提出本身的立場，並草擬出一份文件，接著在薩爾地區傳閱簽名，以參與有關該判決之討論；此聲明其後並向新聞媒體散佈。此由總數二十一個軍官所簽名之新聞聲明，具有以下之內容：

「我們達姆斯特訊息工作團之軍人，向法蘭克福地方法院第二十九大刑事庭一九八九年十月二十日所謂的「軍人判決」致敬。

一方面，意見的抗爭是我們社會的生活要素；另一方面，我們認為「所有軍人是潛在的謀殺者」的陳述，在內容上是正確的。

根本且仍然一直有效之核子嚇阻戰略，會使我們良心不安，因為當它失效時，必然會造成大量毫無分別之屠殺。

相對於聯邦國防部長，我們認為，對於判決及其理由不同的討論，不論是在聯邦國防軍之外部或內部，都是必要的。

我們穿制服國民之尊嚴不需要特別地保護！

訴願人本身為「達姆斯特訊息」工作團之成員，但由於職業上之原因未能參與「第六屆哈特貝格座談會」，在一九八九年十一月六日，由工作團中之成員以電話告知有關預備之新聞聲明，而了解到其內

容及所意圖之散佈。因爲其同意此項活動，並認爲內容係「適當地表達」，其同意以其名字及職級作爲聲明之簽名者。對此，其涉及到在聯邦國防軍中引起「對該判決與以前不同之討論」。

此聲明在該活動後——於一九八九年十一月七日實施——向波昂約二百家新聞媒體發送，並附有工作團新聞發言人所寫的說明，要求修正現行發射核子武器之北約組織戰略，也寄給所有聯邦衆議院議員。

在科隆的市政通告及波昂社民黨國會新聞服務處也報導了有關「達姆斯特訊息」的聲明。

4. 在大衆間造成爭議之法蘭克福地方法院一九八九年十月二十日之判決，由於國家檢察官及共同被告之不服，由法蘭克福高等法院在一九九一年三月十一日廢棄，並由地方法院重行審理（NJW 1991.S. 2023ff.）；地方法院之法律見解固然未被責難，在對並不存有煽惑國民罪之構成要件，但是——涉及侮辱之非難——被指責之判決對於刑法第一百九十三條之說明並不夠充分，尤其是在判決中，對介於名譽保護及意見自由之基本權利間之權衡亦不足夠。

5. 基於新聞聲明上之簽名，對於訴願人提起紀律程序。

第十三裝甲步兵旅的指揮官於一九九〇年四月十八日，以職務上之過錯，對於訴願人施以處罰。當第五裝甲師指揮官在一九九〇年六月一日，對於訴願人進行紀律法院程序時，訴願人對原先之處罰所提出之訴願程序被暫停。

6. 在此紀律法律程序中，軍事法院第四庭在一九九一年二月二十二日，判決訴願人因為職務上之過錯，停止升級十二個月，並且在六個月期間每月減俸二十分之一；同時廢棄在單純紀律程中所給予之處罰。該庭認為，在新聞聲明中之簽名，係有意的抵觸忠誠職務之義務（軍人法第七條）以及身為軍官在職務外，保持抑制表達之義務，而此係達到身為長官獲得信賴所必要的（軍人法第十條第六項），此外，故意的損害同志關係之義務（軍人法第十二條第二句）及職務範圍外尊重及信賴維護之義務（軍人法第十七條第二項第二句）。

訴願人對此判決——基於無罪之目的——以及軍事紀律檢察官——限於紀律範圍內以降級為目的——皆提起上訴。

7. 對於一九九一年九月二十七日被指責之判決，聯邦行政法院第二兵役庭駁回訴願人之聲請，並基於職務上之過錯，將其降為上尉——合乎軍事紀律檢察官之請求。

法院評估，訴願人在新聞聲明上之簽名，為依照軍人法第十條第六項，第十二條第二句，第十七條第一項，第二項第二句之職務過錯。

a) 因為「達姆斯特訊息」工作團一九八九年十一月七日之新聞聲明，已經是確定要散佈的，所以簽名者必須對其客觀之聲明內容負責。為了適當地掌握及評估此表達，不允許由結論中割裂出個別的段落及文句，並單獨地觀察。因此，法庭從該說明中，解釋表達之目的及目標，而此係訴願人依據其他上訴審理中之辯詞而受拘束。準此，在聲明的第三段中所包含之內容（「根本且仍然一直有效之核子嚇阻

戰略，會使我們良心不安，因為當其失效時，必然會造成大量毫無分別之屠殺。」顯出爲中心文句。軍人由此了解其拒絕核子武器之初次發射，且已給予對於由北約組織所持之核子嚇阻戰略良心不安的印象，以使聲明之相對人了解到，其在道德及倫理上不負責任的核子武發射於此戰略上疏失時之憂慮，以及其會激起適當地批評意見形成。聲明中之第一段及第四段，針對一九八九年十月二十日法蘭克福地方法院之判決，得歸類爲政治上之聲明，並追求一定之目的。本此觀點，訴願人之辯詞可以理解爲，其藉由聲明有助於關於地方法院判決之討論之實現，且將反抗依其意見被提出之判決譴責。關於A博士無罪之討論，尤其此項文句所激起：「任何軍人是潛在謀殺者」。此文句在新聞聲明第二段第二部分被採納，並以「所有軍人是潛在的謀殺者」被重複。因此，訴願人認爲該文句「在內容上是正確的」，在其表達內容上已適當聲明，其在呼籲中反對核子嚇阻戰略，第三段中特別在底下劃線，以便在意見形成之過程中發現並特別注意及傾聽。

因此，其藉由特別是針對德意志聯邦共和國人民之「訊息」，使其考慮到關於北約組織之戰略，以及對此問題之討論，即法蘭克福地方法院所探討的，此亦已在聯邦國防軍內推動，其已藉由其表示，認爲「所有軍人是潛在的謀殺者」在內容上是正確的，無論如何，在客觀上且根本就是視爲是所有聯邦國防軍之軍人。

b) 與訴願人之答辯相同，法庭並不將「謀殺者」之概念了解爲刑法第二百十一條之法律上定義，而是依據此種解釋，即已在法蘭克福地方法院對被告所已承認的，當作是對於一個人價值之描寫，其在

倫理／道理上以高度不正當之方式作爲。「潛在的」意義依照一般及解釋（暫定，德語及外來語之正確寫法，第十九版，一九八六年，第五四一頁），「可能的，有可能性之狀態」。

◎倘若訴願人歡迎「軍人判決」，並提出「意見之抗爭」，其有關「核子擴散戰略」之「良心不安」已經顯示出來，此外，「相對於聯邦國防部長，我們認爲，對於判決及其理由不同的討論，不論是在聯邦國防軍之外部或內部，都是必要的。」以及拒絕對聯邦國防軍軍人「尊嚴之特別保護」，其說是與紀律法上無關的，且軍事檢察官之控訴中正確地以此非違反義務。藉此其在新聞說明中，經由「此表達在內容上是正確的」，根本就是將聯邦國防軍之軍人當作「所有軍人是潛在的謀殺者」，而且其以之爲可能之謀殺者，也已具有倫理／道德無價值之判斷，其作爲一個軍人已不尊重聯邦國防軍及其軍人地位及任務，如同其依基本法及軍人法上所規定的，並在很多方面有責地違反了其職務上之義務。

(1)新聞聲明上之簽名，違反了軍人法第十條第六項及第十七條第一項之軍人義務。依軍人法第十條第六項，軍官及士兵於其職務內外之表達應受抑制，此爲獲得上級信賴所必要的。依照軍人法第十七條第一項，軍人必須遵守紀律，因此其應對長官忠誠並在軍事機構中自制地適應且服從。任何長官及軍人固然不被禁止，自由表達其意見。但是如果他不願意損害到他的威信（對下級而言）及其忠誠（對上級長官而言），則須審慎地、克制地且客觀地提出其看法。闡明基本法第五條第一項基本人權之意義及其特別價值內容之範圍，係開始於依軍人法第十條第六項之表達抑制，及依基本法第十七條第一項在「意見抗爭」中之維持紀律，藉由意見之宣示，與以此對職務之干擾，聯邦國防軍之功能性遭受妨礙。

如此就是這種情形，當由於表達，長官將不再能毫無限制地執行其領導、訓練及教育任務，下級顯出忠誠有問題，當士兵因此不再享有信賴，其會正確的、不偏地、客觀地履行其職務。

經由其在職稱下之表示，以及公開地散播特定之聲明，其認為「所有軍人是潛在謀殺者」之言論，在內容上正確，訴願人已經是不客觀地、審慎地及抑制地表達，而是以廣告式地及流行小說方式地宣示一個單方面地如同毫無區別的政治意見表達，此也且根本就是以損害尊嚴及中傷的方式，攻擊及羞辱聯邦國防軍的軍人，此在聯邦國防軍的內部，對職務之推行激起了無益的情緒，且在聯邦國防軍得被煽動地濫用。

「所有軍人……」之論斷是單方面地而且是無差異地；其也是廣告式的及流行小說式的，此種表達認為聯邦國防軍之軍人為正確的，因為其拒絕所有在核子擴散戰略中被迫以核子武器所為集體毫無區別地屠殺。訴願人應該知悉，在防衛之狀況下如果發生此種情形，也只有很少部分的軍人，會直接或間接地從事核子武器之發射。此種表達以其方式，也不足以具體地討論有關法蘭克福「軍人判決」。因此，其以「所有」軍人有此可能，在倫理及道德上高度非難之行爲，以說明「成為無良心謀殺者之狀態及可能性」，其也是且根本就是顯示出對聯邦國防軍的軍人為中傷的、情緒化的且「偽善的」效果的煽惑。其簡直就是在討論問題上「火上加油」，且挑起了聯邦國軍上級、同級及下級軍人間之矛盾，此已藉由政治動機的努力而被強化，且藉由嚴重地責任感，扭曲了其職務上之意義及正確性。聯邦國防軍之軍人並不是「軍國主義者」，而是民主國家之國民，其要求身為上級及下級，以重視及尊敬而對其本身良知

判斷。此種「認爲是正確的」一般表達，得以在聯邦國防軍煽惑性地被誤爲「所有軍人是潛在的謀殺者」。在新聞聲明中採納此種內容，其是如此或類似長期以來的和平主義者，這些人拒絕任何的軍事防衛，在有關德意志聯邦共和國之防衛組織之討論，尤其是對於作爲國家權力一部分之聯邦國防軍及其軍人，只因爲其存在而被中傷及侮辱。因此，訴願人認爲所聲明之——有爭論性——表達「所有軍人是潛在的謀殺者」在內容上爲正確，他已經拒絕了依據基本法及倫理／道德對於軍隊之地位及任務之要求，此爲基本法及軍人法指派給任何軍人的。

其藉由新聞聲明所追求之目標已經達成，已不需要再採納先前之說明。甚至因此在闡明依基本法第五條第一項自由意見表達之基本權利之特別意義及範圍，亦已不再是必要的，蓋此種表達之適用，已逾越了基本法第十條第六條、第十七條第一項之界限。

(2) 訴願人已藉由被告發文句之簽名，不僅僅是相互間之認許，而忽視對其他觀點之考慮及尊重，且也傷害了聯邦國防軍其他同志之價值及尊嚴，且因此抵觸了依據軍人法第十二條第二句對於同志關係之義務。軍人法第十二條第二句係在防止此種行爲，即在客觀上而言，危害到軍隊之團結，彼此間之信賴及意願，與相互間之投入。聯邦國防軍之團結，在本質上乃立基於同志關係，因爲職務上之任務，要求相互之信賴及確信，與無條件的得以彼此互相依賴。一個軍人若有損害其同志之尊嚴及價值之權利，將背棄此種相互間之信賴，且干擾了因此而來之職務上團結以及最後部隊之投入。上級長官由於此種行爲，同時也摧毀了其威信。在聯邦國防軍之軍事體制內，對於服從有特別之需要，只是其係建立在確

信及信賴之上，因此若違反了同志關係之義務，將高度地危害部隊中之團結及功能性。由訴願人所簽名之聲明，表現出嚴重之毀謗及不容許之誣蔑，依據此聲明，其他的軍人在道德上已不及格。因此，聲明之簽名者，已向其同志拒絕了其職務上之倫理，其身爲軍人已在「工作氣氛」中加入毒氣，其權威發生問題，且深深地干擾了彼此間之信賴，以及在急迫與危險時互相予以協助之準備。因爲這並非取決於，是否以及那一個聯邦國防軍的軍人，由於被訴願人描寫爲「潛在的謀殺者」之倫理／道德上無價值之判斷而受傷害，或是感覺到被侵害，此毋寧是在於，此種文句適當地干擾了訴願人之同志之尊嚴及價值，違反了軍人法第十二條第二句之職務義務。藉由此項規定以保護同志之尊嚴，儘管刑法第一百八十五條已有保護人性尊嚴之一般性法益；因爲在紀律法上——不同於刑事法——並不是在應付對一般人所保證法益之保護，而是以維持秩序化職務運作，以及因此而來之軍隊功能性爲目的，刑事法院判決對於大多數人之侵害能力在此不予考慮。訴願人不得主張刑法第一百九十三條爲辯護理由；因爲此規定並不存在於紀律法，且不得類推適用，因爲在合理的範圍內所表達出正當批評，不得違反對於上級及下級之職務義務。從被告發的文句中所顯示出之有關同志之倫理／道德無價值之判斷，依據基本法第五條第一項中之權利及意義，並無法證明是正確的。

(3) 此外，訴願人也由於文句之簽名，違反了基本法第十七條第二項第二句之義務，即不服勤務時，其在職務上之軍營及設施外之行爲，不得嚴重地侵害聯邦國防軍之威嚴，以及在其職務上之地位所必要之尊重與信賴。當一個軍人之行爲，在客觀上已適當地引起上述之效果時，即已足夠；不需要具體

侵害之證實。由於訴願人對於被指責文句之內容表示同意，此已適當地對聯邦國防軍之威嚴及其本身之職務，嚴重地提出質疑。當訴願人作為聯邦國防軍之「內部一分子」，有需去判斷，此整體上且簡短地描繪所有軍人為潛在謀殺者是「內容上正確的」，且其因此必然也視聯邦國防軍為潛在的謀殺部隊，那麼一個理性的、客觀的有價值的觀察者，必然由於此種情形，對於德意志聯邦共和國部隊之倫理／道德之看法，獲得負面之結論。其必然由此推論，即聯邦國防軍並未有責任去感受基本法之價值秩序、公益、人性尊嚴及正義，而是軍人在誤解之服從中，成為在道德上高度被非難之殺人者。訴願人之主張，乃是降低了一般社會對上級、同級及下級軍人之評價，其貶抑了其在職業上之自知及道德上之完整性，尤其是撤除了或使其職務上之防衛義務不穩固，且侮辱了聯邦國防軍有責地對抗國家社會主義不合法政權之模範。由於訴願人此種表示，已持續地且嚴重地傷害同級及下級對其地位所要求之尊重，以及上級對其所需要之信賴，而這些即使在基本法第五條第一項中，亦不被認為是正確的。

(4) 由於訴願人有責地違反了軍人法第十條第六項，第十二條第二句，第十七條第一項，第二項第二句之職務義務，其已觸犯了軍人法第二十三條第一項之職務過錯。

此種職務過錯，依其特性來衡量，是很嚴重的。由於同意內容上「所有軍人是潛在的謀殺者」之陳訴，訴願人已損害了聯邦國防軍之委託，且以持續之方式，干涉聯邦國防軍之軍人，關於其職務之意義與倫理／道德上之正當。聯邦國防軍是民主的部隊，尤其是擔當法治國家之防衛，其致力於和平之要求及侵略之禁止。作為行政之一部，聯邦國防軍受到法律及法，同時也受到國際法一般原則之拘束。軍人

被加諸倫理／道德上無價值之判斷，成爲「潛在的謀殺者」，乃是有爭論的及挑撥的，其以任何一個聯邦國防軍之軍人，在履行其職務上之義務時，在職務上被當作是高度地不夠資格。而這些在此法律地位上之軍人，必然會產生懷疑，是否其已正確地掌握了由基本法及軍人法所規定其職務上之意義及服務。此懷疑尤其會發生在此種具有連長職位之軍官，甚至是如同訴願人之校級軍官。軍人之職級越高，因其所擁有之上級權能越形廣泛，在此例中將越加惡劣，由於其在表達中簽名，就如同在「達姆斯特特訊息」之聲明中所包含的，且在其職務上所造成之拒絕將更形嚴重。

在評價其職務過錯時，違背同志關係也具有相當之份量，因爲訴願人將軍人之同志性與「謀殺可能性」同等看待，已侮辱到同志關係，並在倫理／道德之無價值判斷上，加以中傷。

訴願人身爲軍官，對於其行爲之整體評價，尚未達到無法負荷之地步，以致於對於法庭而言，剝奪其職務關係並不成問題。鑒於職務過錯之特性及嚴重，在責任上之效果及程度，訴願人不得再保留校級軍官之職等。由於其作爲軍人所提出之關於聯邦國防軍地位及委託，在倫理及道德上之無價值判斷，使得對其職等之撤除爲無可避免的。但是此種情形得只侷限於職等。在此仍須顧慮到，訴願人長期以來在職務期間之優良表現，以及已證明在職位、活動力及義務感所獲得職務上之表揚。

對於程序上之中止，訴願人基於在新聞聲明上二十一個簽名者紀律法上訴追之不同手冊之指示所要求的，並無理由。其得以暫不處理，是否是由於顧慮到平等處理之憲法原則以及正當程序之權利，而視爲程序阻礙，當聲明簽名者之所有人中只有個人被課以紀律法之程序，以達到懲一儆百之目的。但後者

之情形並不恰當，倘若並無兩個其他方式之案件已經有確定力的被決定，則應一直存有紀律法院懲罰之可能性，且鑒於目前法庭之裁判，對於提起官署亦得有此原因，對於其他「達姆斯特訊息」工作團新聞聲明之簽名者，立即予以考慮。

II、

1. 藉由其憲法訴願，訴願人本於基本法第五條第一項及第三條第一項基本權利之侵害，提出反駁。

a) 該判決因此已抵觸了基本法第五條第一項，因為屬於基本法第五條第二項意義之法律，係指只有可以適用於每個人之法律規定，才得設定實現自由運作之範圍。此意味著，軍人之意見表達只有如此才會涉及紀律法，當其——本案在此並非如此——依照一般法律也是，亦即依照刑法典且尤其是依照刑法第一百八十五條，是被禁止的。對此，在基本法第五條第二項意義之一般法律，並未提到軍人法之特別職務秩序規定，因為其在此根本不涉及對任何人有效之一般法律；因此，軍人法適用在新聞聲明之簽名者，違背了基本法第五條第一項。

b) 除此之外，軍人法規定對意見自由之限制也只有如此才是合法的，即在個案中，此對於高度社會利益之確保，尤其是避免職務運作之干擾，對於聯邦國防軍功能性之保證，或防止聯邦國防軍防衛委託之危險，所必要的。只有當具體的效力被確認，即鑒於意見自由之基本權利價值設定之意義，在憲法上被證實為正確時，基本權利對受益者必須退讓給其他方面之權利者。在所指責之判決中缺乏此種具體之確認。既未發生對聯邦國防軍關於其功能性或其防衛委託之具體危險，亦無對於其職務運作上之具體

干擾。其對於由基本法第五條所生之基本權利之限制並不充分，當所指責之判決只是針對此種想像上之可能性，即有時可能會在聯邦國防軍之領域內發生干擾。以此禁止特定之意見及從事紀律法上之懲罰，並不能充分。其次，此種表達並不會引致該當之干擾。此由訴願人所簽名之聲明，在此既非單方面的，亦非輕率地予以評價；此——關於在核子武器之發射上，被強調對軍人在倫理／道德上評價為潛在謀殺者——對於有偏見之地位，在一般公開之討論中徹底的被散佈；其甚至在此發現其反應，即此問題，是否以及在何種條件下，核子武器之發射，在戰爭國際法得成為合法的，甚至在專業知識中亦有爭論。再者，聯邦國防部之行政及法律整體部門，以西方核子戰略「有彈性之回應」本身為違反國際法的。此說明了在法律上呈現出，一個遵循北約組織之戰略而執行之核子武器發射，得被視為刑法第二百一十一條意義之殺人者。基此背景，相對地仍有很多訴願人和緩之意見表達，絕不得被評價為非事實之宣示。因此，不得被說成是危害聯邦國防軍。

c) 此外，兵役法庭所施予之紀律上措施也是不合比例的，而且基此觀點也違反了基本法第五條第一項之規定。甚至當由此出發，即在軍人之權利關係中，公務主管被允許，以公開之意見表達為違反義務，而加以禁止，而該意見表達會破壞聯邦國防軍之功能性，因此藉由此種確認，並不拘束其得採取任何制裁，以貫徹前述之禁止。此意見表達之意義，其所顯示出之危險狀態與所規定之制裁之間，必須存有經過衡量之關係，且不容許國家之過度反應。因為，在另一方面，可能制裁之高度，會使得意見自由表達之風險為無法承受的。然而，在訴願人之情形中，被處罰之降級，甚至將訴願人意見之表達視為職

務過錯，超出習慣上對於軍人在大眾間違背職務之意見表達所被處罰之範圍；其遠遠地逾越了類似情況在一般刑法領域中，對於可刑罰表達所適用之限度。因此，由於此種過度制裁之嚇阻效力，已打擊到出於基本法第五條核心之基本權利。

d) 實質上，聯邦行政法院此外並未注意到，限制基本權利運作之法律，在此方面必須如此看待及解釋基本權利之意義，即基本權利之特別價值內容，無論如何必須被維護。此乃取決於，在解釋限制意見自由之軍人法規範時，對於其在政治上論辯之公開批評之容許性上，並未被允許置於較高的要求；此在所指責之判決中被忽視。

e) 法院對於在新聞聲明中所包含之表達，最後並未採取與基本法第五條第一項一致之方式，而有瑕疵地解釋。代之以聲明所要求之整體判斷，法院對於紀律上之評價，只針對聲明之部分，其包括此句「所有軍人是潛在的謀殺者」。因此，此部分之聲明被孤立且未考慮到聲明間之關聯而被評價，法院直接得到職務過錯之確認。法院對於聲明之解釋，也未充分地考慮到整體狀況，那個部分之聲明應被指明。大眾間之政治氣氛，在新聞聲明之時點，對於法蘭克福地方法院所謂「軍人判決」存有過度之批評。在大眾之批評中，很多係有瑕疵地評論該判決，對於像任何人從此可以不受刑罰地稱呼軍人為謀殺者。事實上，「潛在的謀殺者」概念，對於在法蘭克福程序中被告之醫生，也只有在與核子集體屠殺手段之發射相關連時，才有適用，也只有在此情形，才得宣示無罪。因此，藉由新聞聲明，簽名者已經指出此在公開討論中並未被充分考慮到觀點，而且藉此將有助於不同之公開討論；對此，尤其是簽名者對於最

近以核子大量屠殺武器之發射，作爲基礎之雙方軍事陣營之軍事戰略，所引起良心不安之危險，迄今在此背景上於公開討論時被推動，應該再度激起公衆之良知。對於同志或聯邦國防軍之侮辱或貶抑，並不適當地存立於簽名者之意志。毋寧說其目的在於，對於核子鬥爭中，軍人幾乎無法承擔之問題，於聯邦國防軍之內外以及尤其是在負起對聯邦國防軍責任之政治家，使其知悉，討論並得糾正缺失。所有這些情形，對於訴願人意見表達是重要的，但所指責之判決並未或仍未充分地重視。

倘若聯邦行政法院論及，此聲明「而且也根本就是以損害尊嚴及中傷之方式干擾及侮辱聯邦國防軍之軍人」，也是對於聲明不容許之解釋。此聲明在整體關連上是在闡明，所有的軍人，但並不特別指明是聯邦國防軍之軍人。如果指所有的軍人，則因此其得免於侮辱，因爲其——合乎在刑法中對於人群侮辱能力所發展出之裁判——缺乏對於侵害尊嚴之紀律法理解所必要之個別性。在刑法只存在侮辱，當此有問題之人身範圍充分地被界限及確定，也必須同時適用於紀律法上對於侵害尊嚴之評價，軍人法在此不得對於聯邦國防軍樹立特別的尊嚴保護，此種情形會進一步地限制自由意見表達之基本權利，而此只有在刑法第一百八十五條才有可能。訴願人本身也是軍人，因此也不願軍人團體如此地被侮辱。

最後，依據軍人法之規定，因此並不得限制基本法第五條第一項之基本權利，因爲此規定抵觸了基本法第十九條第一項第二句之引用要求。由兵役法庭所引用之規定，不得限制基本法第五條之基本權利。

f) 紀律法院之判決也抵觸了基本法第三條第一項之規定，此被施行之降級紀律措施逾越了在類似

案件中對於紀律過錯懲罰之程度。對此，此項措施並不只是——如同以上所述的——對於出自基本法第五條第一項之基本權利不成比例之干預，而且同時也違反了基本法第三條第一項之平等處理原則。因為，不論在一般刑法或是在特別紀律法之領域，對於公開之評論之意見表達，迄今皆未處以類似之制裁。

2. 聯邦政府，由聯邦國防部長代表，主張憲法訴願為無理由。

聯邦行政法院確認，訴願人由於在一九八九年九月七日之新聞聲明中簽名，已違反了其軍人之義務且因此被施以紀律法上之降級，並未侵害到基本權利。

a) 所適用軍人法之規定與憲法相符。其涉及有關確保部隊功能性之利益及履行，所賦與之防衛委託之規定，且因此依照基本法第五條第二項及第十七 a 條第一項之規定，其得對軍人意見自由之運作設定界限。

b) 兵役法庭對於新聞聲明簽名之紀律法院懲罰，在結果並未違反基本法第五條第一項自由意見表達之基本權利。對此可以保留，是否聯邦行政法院在其判決中已適當地認知基本法第五條第二項第一句之意義及範疇，當其涉及訴願人表達之正確地內容。在此有疑義地顯示出，是否法院得以限制於，在新聞聲明第三段所包含部分（根本且仍然一直有效之核子嚇阻戰略會使我們良心不安，因為當它失效時，必然會造成大量毫無分別之屠殺）引出作為中心文句，以及紀律措施在本質上係以此部分文句之評價「……我認為此文句——所有軍人是潛在的謀殺者——在內容上是正確的」作為理由說明。在結果上，被指責之判決並未誤解意見自由之保護。法蘭克福地方法院之無罪宣示，已經在大眾間，尤其是在部隊

中激起了否定、憤怒及情緒上之驚愕。在聯邦國防軍中，關於「殺人引句」及其法律性質之討論一直持續著。此固然是自由意見表達基本權利之表示，即軍人對此問題尋求答案，而此答案直接觸及其職業及憲法委託之意義了解。因為任何有助於意見形成之公開表達皆具此種意義，以便引起注意，尤其是安全政策，特別是軍人團體「達姆斯特訊息」工作團所被給予的，關於今日對於其位置之描寫，各種過度刺激所使用強烈的、招貼式的、偶而也有煽動性之描述。即使在敏感的領域如安全及防衛政策，也必須維護自由意見表達之基本權利，因為持續地精神上之討論，使得意見之抗爭為可能，此為我們國家秩序之生活要素。此在大眾之間及聯邦國防軍內有關「殺人引句」之討論，的確已造成情緒上強烈之浮動。新聞聲明之簽名者及訴願人，必須知悉且顧慮到此點。對於此種探討，已在聯邦國防軍之內外引起對於法蘭克福判決及其理由之不同討論，其必然是清楚的，即任何與「所有軍人是潛在的謀殺者」主張在表達上之一致，將在部隊中進一步地造成情緒化及兩極化。一個自由民主法治國家只有此時才得正確地在防衛中投入部隊，當已滿足憲法對於投入之要件，且與倫理相符合。當有人對此以「所有軍人是潛在的謀殺者」表達作為政治鼓動之手段時，將偏離容忍、體諒及紀律之界限。其在此不得主張自由意見表達之基本權利。

基本法第十九條第一項第二句之引用要求並未被違反，因為此規範在基本法第五條第二項之意義中，並不適用於「一般法律」。

不同於訴願人之見解，意見表達自由並不受功能確定之界限，當此種表達實際上已在聯邦國防軍

之功能性發生影響，已危及防衛委託之履行時。毋寧說紀律之違反此時業已存在，當軍人有責地使一個毫無偏見地觀察者造成此種印象，即該軍人已違反義務地行爲，而且其實上也是如此，在其觀察上是客觀地違反義務。軍人之行爲是否合乎義務或違反義務，必須在行爲之時業可確認的，且不得直到此時再判斷，即是否由於知悉此種行爲，對於職務之運作，聯邦國防軍具體運作之能力或防衛之委託，發生干擾。其他的解釋在屬於憲法層次之聯邦國防軍防衛委託並不正確。因此，其已足以認爲違反紀律義務，當意見表達以獨特之方式適當地嚴重危害到紀律，同志關係及軍人之尊重與信賴價值，且因此最後使得部隊之防衛準備成爲問題。

◎ 訴願人反對之紀律措施之程度，基於禁止過度之觀點及牴觸平等處理則所提出之顧慮，同樣地並無理由。聯邦行政法院對於降級之考慮是合理的，在事實上是可執行的，而且此界限係法院本於行爲及責任之適當反應之要求，爲憲法義務所劃的。此種訴願人該當之財務上損失，乃是其本身職務上過錯行爲後果。

① 訴願人所持見解，國防部之行政及法律部門認爲「彈性的反應」之西方核子戰略爲違反國際法，是不恰當的。毋寧說現行之聯邦戰略，與在武裝衝突時有效的國際法原則相一致。核子武器之發射，在對於武裝侵略之個別或集體自衛之天賦權利運作上，是受容許的。是否發射核子武器，有時也可能是違反國際法的問題，必須依個案之狀況及此種情形來判斷，即是否基於被判斷之發射之具體狀況，尤其是關於其他平民之直接影響，牴觸到國際法。

III、

容許之憲法訴願在實質上顯然有理由（聯邦憲法法院法第九十二b條第二項一句）；所指責之裁判侵害了訴願人由基本法第二條第一項結合法治國家原則（基本法第二十條第三項）及基本法第五條第一項第一句之基本權利。

1. 程序之形成，構成要件之確認及評價，所謂單純法律之解釋及個案中之適用，原則上只有事實屬於一般有管轄權法院而免於聯邦憲法法院之審查；只有在法院違反特定的憲法時，聯邦憲法法院得基於憲法訴願加以干預（Vgl. BVerfGE 18, 85[92]；62, 189[192]）。當裁判以單純法律來衡量，在客觀上有瑕疵時，特定憲法並非即已被違背；必須此瑕疵是根本不尊重基本權利。

a) 基本法第五條第一項在保護意見自由，以及與意見自由有密切關連之個人人格發展之利益，而且也在於民主程序之利益。任何人尤其是在公開之討論，主要在政治上之意見抗爭，有權以過度誇張及極端之方式表達批評。軍人也有適用，但具有某些限制。因為在軍事職務要求之範圍內（參照軍人法第六條第二句），以及維持聯邦國防軍功能性之目的，依照基本法第十七a條第一項之規定，也允許對於軍人意見表達自由之基本權利，以法律為其基礎之義務所限制（Vgl. BVerfGE 44, 197[202]）。為聯邦行政法院紀律法處罰依據之軍人法規定，屬於基本法第五條第二項意義之一般法律，此規定並不得因為意見之內容而禁止該特定意見，而是在執行基本法第十七a條第一項意見表達自由之限制，為了藉此確保聯邦國防軍之功能性及所受防衛委託之履行。基本法第十九條第一項第二句之引用要求，並不適用於

基本法第五條第二項意義之一般法律 (Vgl. BVerfGE 28, 288[289ff.])。

對此，軍人之意見表達自由並非因此而遭受限制，當實際上已被確認對聯邦國防軍之功能性產生影響時。如此則已充足，當軍人之行為是合乎此種形態，其嚴重危及基於相互尊重之同志關係以及軍人之尊重與信賴價值之紀律，而且因此最後使得部隊之防衛準備發生問題 (Vgl. BVerfGE 44, 197[203])。因為軍人是否違反了其紀律義務，必須其本身在行為之時已經是可知悉的；不可依據事後之發展加以判斷，尤其是取決於，是否由於行為之進一步了解後來所發生之具體干擾。不過其並不阻止，「損害」之瑕疵在職務過錯之評價上，考慮予以減輕。

b) 軍人意見之紀律法處罰，係干預基本法第五條第一項第一句之保護領域；除了干涉個人意見自由外，紀律措施之採行及該當之紀律法院判決，除了個案之外，也對軍人間意見自由之基本權利之運作，產生普遍重大之影響。此種意見表達之法官評價，係依據基本法第十七 a 條禁止軍人且除此以外仍得被處以紀律上之處罰，因此，該裁判係直接以對意見自由基本權利之干預合法性之基礎。但是法官對於意見表達內容之了解業已確定，基於此種了解建立之法律上評價，有關由基本法第五條第一項基本權利之有效範圍。基本權利自由保證之功能因此要求公正的，法治國家的程序 (基本法第二條第一項結合第二十二條第三項)，即法官調查表達之內容必須由其聲明之全部文句，客觀地及實質地基於發生當時之團體的、社會的及政治的事件之背景，而且在其裁判之理由說明中告知，其係以此種方式獲得評估。

專業法院之判決將違反此原則，當意見表達之個別部分在彼此相關連之充分重視，不再是可理解地

給予強化的及強加上去的說明，且其屈從於此種紀律法上之評價及處罰之說明。

◎此憲法上之優位並未為聯邦行政法院在其一九九一年九月二十七日之判決中所遵守。

兵役法庭主要適當地由此出發，即——爲了得以對新聞聲明之內容正確地了解及評價——文章之個別段落及文句並非由整體中割裂，且任何部分皆允許被觀察。法庭在此確認，在文章中所包含表達之第三段（根本且仍然一直有效之核子嚇阻戰略會使我們良心不安，因為當它失效時，必然會造成大量毫無分別之屠殺）爲中心文句，據此而涉及聲明之其他段落；藉由在新聞聲明第二段後半段所採納之內容「所有軍人是潛在謀殺者」，聲明之簽名者強調其在聲明第三段中反對核子戰略之訴求，以便在意見形成之過程中找到特別的注意及聽察。

兵役法庭正確地由此出發，即在解釋聲明與其個別之構成部分時，已顧慮到此想法之有關目的及目的，此想法與簽名者互相關連。此由兵役法庭對於新聞聲明第二段所包含之文句「其次，我們認爲此表達——所有軍人是潛在的謀殺者——在內容上是正確的」之內容進一步處理之意義，但是在新聞聲明關連之充分重視，是不再可理解地強化及因此被加上去之意義。固然不能去指責，當專業法院在個別的文章部分，考慮到特定文字之選擇及根據此所生之對外效力，在紀律法之評價上賦與特別的、獨立的份量，如同所謂「謀殺引句」。然而法院基於並不充分之聲明內容之考慮，對於兵役法庭所認爲中心文句及所涉及範圍之不充分討論，以及對於「潛在殺人者」概念之強化解釋可以得到此種理解，訴願人已聲明其在聯邦國防軍中之同志爲「失去良心謀殺者之可能性」。此意義將形成法庭進一步確認之基礎，即

訴願人之聲明係對其同志具中傷的、情緒化的及偽善的效力之宣傳，藉此，訴願人拒絕部隊依據基本法之地位與任務，以及基本法與軍人法對任何軍人提出之倫理／道德之要求，且以其在聯邦國防軍中之同志在道德上不夠資格，誹謗他們，否認他們職務上之倫理，中傷聯邦國防軍感受對抗國家社會主義不合法權防衛活動之義務，且藉此嚴重地傷害聯邦國防軍之威望以及他們本身職務上之威望。特別是此顯示出在情緒上被加上色彩之概念，並未自由地解釋，即法庭賦與「達姆斯特訊息」新聞聲明一個強化的及被加上去的內容，因此成為紀律法評價及處罰之基礎，此不符合基本法第五條第一項第一句之規定。

d) 對於訴願人之判決，有關職務過錯之確認，責任輕重之評價及降級紀律措施之採行所涉及者，係基於對「達姆斯特訊息」聲明之錯誤意義。但此並不排除，兵役法庭於免除錯誤意義後，作成其他對訴願人行爲之紀律法評價。

e) 無礙於現存之說明，軍人之義務得以——特別是基於重視要求顧慮到其他同志之感覺——審慎地、容忍地、客觀地表達其意見 (Vgl. BVerfGE 28, 36 [47])，尤其是在個案會導致於，軍人藉由採用特定概念之意見表達，此特別是充滿情緒的——且甚至在內容上適用——得導致重大誤解及錯誤解釋，必須祛除。在此範圍內，軍人之意見表達自由須遵守——不同於並非在特別義務中存在之基本權利主體——基於以基本法第十七 a 條為基礎，依據軍人法個別規定之標準所提高之限制。因此，兵役法庭在進一步之程序中必須注意到，「潛在的謀殺者」概念之適用，以及「所有軍人是潛在的謀殺者」文句之內容上同意，經由軍人主要在當時之情形，以及考慮到法蘭克福地方法院之判決在聯邦國防軍隊伍中所引

起之情緒，對於職務過錯構成要件之證明。而此是否依照訴願人情形之整體狀況可以被滿足，兵役法庭必須判斷。

2. 因為判決已經抵觸基本法第二條第一項結合法治國家原則（基本法第二十條第三項）及基本法第五條第一項第一句而不存在，由訴願人所提出之其他指摘無庸再議。

3. 本裁判有關之必要解釋依據聯邦憲法法院法第三十四 a 條第二項。

本裁判不得被請求撤銷。

參與裁判之法官：Klein, Grobhof, Kirchhof.

關於「稅捐的基礎扣除額」之裁判

——聯邦憲法法院一九九二年九月二十五日第二審判庭決定，載於BGG
 四一九九二年，第二十頁以下。

譯者：陳清秀

目錄

要旨

主文

理由

A、事實

I、

1. 所得稅所涉及之對象

(a) 學說之發展

(b) 立法沿革

2. 所得稅法第三十二條之一

II、前審法院之聲請

III、聯邦財政部長等之意見

B、薩爾邦法院之聲請一部合法

C、所得稅法第三十二條之一第一項第二句與基本法不符

D、立法者應限期制定新法

〈判決要旨〉

一、所得稅的稅捐義務人在就其所得，在履行所得稅的稅捐債務之後，必須仍然擁有的支應其必要的生活費以及（依基本法第六條第一項規定保護婚姻及家庭的考量下）其家庭所必要的生活費所需要的收入（最低限度的生存）。

二、在稅捐上照顧最低生存權所需金額，取決於一般的經濟上關係以及在法律社會所承認的最低生活需要。稅捐立法者至少必須留給所得者其所獲得的收入，以供其給予需要者為滿足其生存所必需的需要使用。

三、在立法的類型化過程中，為尊重最低限度的生存，原則上對於稅捐的負擔分配，應儘最大可能在一切的情形，均滿足生存所必需的需要。亦即並沒有任何稅捐義務人因為其所得被課稅的結果，導致需經由請求國家給付（補助）才能滿足其生存所必需的需要。

判決主文

一、在一九八八年七月二十五日制定適用於一九九一年的「一九九〇年稅捐改革法」（聯邦法律公報 I，第一〇九三頁）之中，所得稅法第三十二條之一第一項第二句連結所得稅法第三十八條之三的規定，以及在一九七七年十一月四日制定的減輕稅負及獎勵投資法第一條第四之一款第二目（聯邦法律公報 I，第一九六五頁）規定之中，所得稅法第三十二條第八項規定，均與基本法抵觸。

又分別適用於一九七八年至一九八四年，一九八六年，一九八八年的所得稅法第三十二條之一第一項第一句規定亦與基本法相抵觸。

二、立法者有義務制定新的規定，至遲於一九九六年一月一日生效。在新的規定生效之前，上述違憲的規定仍得繼續適用。但自一九九三年的課稅年度開始，應有效擔保在所得稅的課徵上，對於稅捐義務人留給其為滿足根據本件裁判所示原則所決定的生存所必需的需要所需之收益。

判決理由（全文）

A、本件聲請案（案號：28VL 8/91 及 2 BVL 5/91）涉及下述問題：亦即對於課稅年度從一九七八年到一九八四年度，在所得稅率中所納入基礎扣除額——在一九七八年度到一九八〇年度包括一般的稅率扣除額（2 BVL 91）——以及在課稅年度一九八六年及一九八八年度（2 BVL 5/91）就其額度

，是否與基本法相符。第2 BvL 14/91 號聲請案則以課稅年度一九九一年度的基礎扣除及小孩扣除額為標的。

I、

一、德國所得稅在傳統上僅對於可支配的所得課稅，而且對於支應生存的需要所必要的收入，以某種或其他方式免稅。

(1)早在十九世紀，一般的所得稅理論即已發展出下述的基本思想：亦即所得首先是為確保所得者及其家庭的生存需要，而後才作為課稅之用（Muthard 著，課稅的理論與政策，一八三四年出版，第四五一頁以下）。其後，尤其是社會政策學派的代表，要求生活所必要的需要，應免徵所得稅。國家的課稅權利，祇有在個人的所得，超過為維持其生活、其健康以及勞動力所必要的需要的部分，才能開始。但此項標準並不是「按照其身份地位的生活費」，而是為了生存所簡單必需的所得金額。最低限度生存的免稅最後也可彌補窮困國民遭受間接稅的課徵所產生沉重的負擔（詳請參見A. Wengert 著，財政學，第二部分，第二版，一八九〇年，第四〇二頁以下；Möller 著，基礎財政學，一八九四年，第一八〇頁以下；Schaffter 著，稅捐總論，一八九五年，第二七七頁以下；Schäfer 著，國家學的簡明辭典，第三冊，第四版，一九二六年，第九一一頁）。

因此，此等對於稅法上的所得構成要件的準備工作，均承認至少在立法政策上有必要使最低限度的生存部分不列入課稅範圍（參見Eustling 著，普魯士的直接稅，第四冊，稅捐理論之基礎，一九〇二年

，第一一〇頁、一一頁以下；Schanz著，所得概念與所得稅法，財政文集，第十三冊，一八九六年，第一頁以下；同氏著，私經濟的所得概念，財政文集，第三十九冊，第二半冊，一九二二年，第一〇七頁以下）。

(2)對於德國所得稅的發展首先具有特殊意義的是普魯士的租稅立法。在西元一八五一年開始，即對於年所得超過一千塔勒(Taler)的全體的居住者徵收所謂典型的所得稅，到一八七三年更進一步擴張就一四〇塔勒的最低限度生存需要免稅（八七三年五月二十五日之法律，法律彙編，第二一三頁，第八段）。一八九一年六月二十四日普魯士所得稅法（法律彙編，第一七五頁）允許一般性的考慮特別根本的損害稅捐義務人的給付能力的各種經濟上狀況（第十九條），並使租稅負擔的稅率從所得九百馬克開始起算（第十七條）。

在帝國所得稅法上，首先依據一九二〇年三月二十九日制定的所得稅法第二十條（帝國法律公報第三五九頁）規定，對於稅捐義務人給予一千五百馬克免稅，並對於每位扶養親屬給予五百馬克（在所得一萬馬克以下者，到七百馬克）免稅。之後在一九二二年三月二十四日的法律修訂條文雖有不同的規定（帝國法律公報第三一三頁），而到一九二五年八月十日的所得稅法（帝國法律公報第一冊，第一八九頁）則又回復到所得的最低生存限度的扣除額。如果稅捐義務人的收入低於一千一百帝國馬克時，則不核定其所得稅；其與稅捐義務人共同被核定課稅的家屬成員，適用較高的扣除額（第五十條第一、二頁）。此外，從所得中扣除六百帝國馬克，此項扣除金額在所得超過一萬帝國馬克時即被取消（第五十二

條第一項第一款)。

自從一九五八年以後，生存所必要最低限度生活需要是以基礎扣除額的方式加以承認，此項基礎扣除額是在所得稅率零的領域加以處理。在一九五八年到一九七四年的課稅年度，基礎扣除額為一千六百八十馬克，在合併課稅的情形，則應加倍。在一九七五年到一九七七年，基礎扣除額為三千零二十九馬克，在合併課稅的情形，則為六千零五十八馬克。

2. (a) 所得稅法第三十二條之一規定於一九七七年十一月四日之減輕稅負及獎勵投資法第一條第五款，其內容如下：

(1) 所得稅率應按照課稅所得加以衡量。除第三十二條之二，第三十四條及第三十四條之二保留規定外，其稅負如下：

① 課稅所得在三千三百二十九馬克以下者，為0；

② 課稅所得從三千三百二十九馬克到二萬六千零一十九馬克以下者，為 $0.22x-726$ 。

③ 課稅所得從一萬六千零二十馬克到四萬七千九百九十九馬克以下者，為 $[(-49.2y+505.3)y+3.077]y+2,792$ 。

④ 課稅所得從四萬八千馬克到十三萬零十九馬克以下者，為 $[(0.12-6.07)Z+4800]Z+16200$ 。

⑤ 課稅所得從十三萬零二十馬克以上者，為 $0.56x-12,742$ 。

「X」為去掉尾數使成為整數的課稅所得。「y」是整數的課稅所得中超過一萬六千馬克部分的萬

分之一。「Z」是整數的課稅所得中超過四萬八千馬克的部分的萬分之一。……

(5) 在依據第二十六條、二十六條之二規定被合併課徵所得稅的配偶，其所得稅負除第三十二條之二、第三十四條及第三十四條之二保留規定外，為合併課稅所得之半數依第一項至第三項所產生稅額的兩倍（分割程序）。

嗣後，所得稅法第三十二條之一第一項第二句第一款規定的基礎扣除額數次提高：在一九七九年及一九八〇年度提高為三千六百九十馬克（一九七八年十一月三十日制定之一九七九年稅捐變更法（聯邦法律公報 I，第一八四九頁））；在一九八一年度到一九八五年度提高為四千二百一十二馬克（一九八〇年八月十六日制定一九八一年減輕稅負法（聯邦法律公報 I，一三八一頁））；在課稅年度一九八六年到一九八七年提高為四千五百三十六馬克（一九八五年六月二十六日制定一九八六年至一九八八年之減低稅負法（聯邦法律公報 I，第二一五三頁））；在一九八八年到一九八九年課稅年度則提高為四千七百五十二馬克（一九八七年七月十四日制定之一九八八年稅捐減低及擴張法（聯邦法律公報 I，第一六二九頁））。從一九九〇年起根據一九八八年七月二十五日制定之一九九〇年稅捐改革法（聯邦法律公報 I，第一〇九三頁），基礎扣除額為五千六百十六馬克。

對於被合併課徵所得稅的夫妻，則為各該金額的兩倍。

(b) 在課稅所得的計算上，於課稅年度一九七八年到一九八〇年，依據所得稅法第三十二條第八項規定，應考慮一般的扣除額。第三十二條第八項於一九七七年十一月四日制定的稅負減輕及獎勵投資法

第一條第五款（聯邦法律公報 I，第一九六五頁）的規定中，其內容如下：

「(8) 一般的扣除額為五百一十馬克。在其所得稅負應依第三十二條之一第五項或第六項加以計算的稅捐義務人，其一般的扣除額加倍計算之」。

(c) 在課稅年度一九九一年度，小孩扣除額為三千零二十四馬克（在一九八八年七月二十五日制定之一九九〇年稅捐改革法（聯邦法律公報 I，第一〇九三頁）中之所得稅法第三十二條第六項）。

II、

1. 明斯特財務法院以及下薩克森聯邦財務法院的聲請案

(a) 在明斯特財務法院繫屬的訴訟程序的原告已婚，而且和她的丈夫共同被核定所得稅，此夫妻有四個小孩。原告丈夫在系爭一九七八年到一九八四年度獲得營業所得，原告則為其丈夫之企業之受僱人而獲得非獨立的勞動所得。此外，這對夫妻也獲得資本財產的收益以及租賃收益。其應課稅的所得在各個系爭年度均超過十萬馬克。原告在聲明異議於基本上被駁回之後，乃提起財務法院的訴訟程序，要求所得稅的核定應斟酌較高的基礎扣除額。

在下薩克森聯邦財務法院的繫屬訴訟程序的原告，是一對夫妻。其於系爭一九八六年及一九八八年度被合併課徵所得稅。原告夫獲得營業所得，原告妻則獲得非獨立的勞動所得。其應課稅所得在一九八六年度為十一萬零八百三十五馬克，一九八八年度為十二萬六千四百一十四馬克。原告於訴訟程序中聲請將一九八六年及一九八八年度所得稅減低核定為下述金額：亦即應承認合計一萬六千馬克的基礎扣除額

。其根據爲社會救助的原則（不含較高需要的附加費），附帶考量對於適當的居住（七十平方公尺）基礎金額爲每月五百六十馬克以及七十馬克的暖氣費用。

(b) 此財務法院停止上述訴訟程序並將下述問題提請聯邦憲法法院裁判，亦即一九七八年到一九八四年度，一九八六年度以及一九八八年度，其各年度關於基礎扣除額的基準規定（就一九七八年度到一九八〇年度的課稅年度，並包括一般的扣除額），是否與基本法相符合。

(1) 依財務法院的觀點，其聲請進行審查的規定，牴觸基本法第一條第一項連結基本法第二十條之社會國家原則，並牴觸第三條第一項及第六條第一項規定，蓋就一九七八年度到一九八〇年度之基礎扣除額包含一般的稅率扣除額，並不足以使稅捐義務人的最低限度生存需要免於課稅。在對於家庭課稅的情形，應使全體家庭成員的最低限度生存需要免於課稅。

又過低的基礎扣除額，在稅捐義務人爲履行其所得稅債務，縱然不需要侵害其所得滿足最低限度生存的部分，仍屬違憲。憲法上基礎扣除額的確立，不僅以使稅捐義務人在扣除稅捐之後仍可維持最低限度的生存爲前提，而且立法者僅能就超過最低限度生存的所得加以課稅。當然，立法者並不妨就提高扣除額所產生的稅收損失，經由對於課稅所得超過最低限度生存需要的部分，提高課稅，以資彌補。

(2) 對於免徵所得稅的最低生存需要的衡量標準，乃是社會救助的給付。就此必須從各邦不同的社會救助規定中探求其平均水準。此項金額必須提高到平均所給予的繼續性的以及一次性的生活費補助，蓋其依規定並未被償還。

①明斯特財務法院調查聯邦平均水準（在通常規定標準之外）的社會救助給付，係藉助於聯邦統計局對於家庭生計類型一（低所得的年金及社會救助受領人的兩人家庭生計）的家庭生活費支出的報告以及藉助於社會救助機關對於繼續性的以及一次性的家庭生活費補助給付的報告。

財務法院為算出溫水所需費用，而將聯邦統計局所報告有關家庭生計類型一的兩人家庭生活費就中央暖氣設備以及溫水所需平均支出，減少約百分之十八，因為此部分已經被通常規定標準（Regelsatz）所涵蓋。

財務法院考量有關生活費的一次性給付，係經由對於各個通常規定標準附加百分之十七·五的方式為之。此項附加金額符合下述最低的百分比（去掉百分之〇·一的尾數，該百分比是從社會救助機關於爭年度就一次性給付所為繼續性及一次性救助與就繼續性給付之救助間之比例得出。其最低百分比的選擇應平衡其於所適用之統計報告中所含有的不確定性。因此對於生活費的繼續性救助的報告也包含住宿費用，雖然一次性的救助也涵蓋滿足特別需要的各項給付。）

根據上述方式所求得的社會救助法上最低限度生存需要，與所得稅法規定應維持最低度生存的金額相比較，財務法院達成下述推論結論：在一九七八年到一九八四年所得稅法上於基礎扣除額以及一般的稅率扣除的規定，與基本法規規定不符，因為其對於為創造有尊嚴的人類最低限度生存前提所必要的所得，未給予免稅。

依據聲請法院的觀點，在計算稅基時所應考量的扣除金額不必納入比較，此類扣除金額例如所得特

別的扣除金額（所得稅法第13條第3項，到一九八九年有效適用之同法，第19條第3項第4項，所得稅法第二十條第4項），特別支出的規定（所得稅法第十條到第十條之三）或對於異常負擔之滿足特別需要的扣除可能性（所得稅法第三十三條，三十三條之一第三項，三十三條之二及三十三條之三）。此類規定並非爲了使最低生存需要免於課稅之目的而設。同理，在計算社會救助法上最低限度生存需要之際，此類爲滿足相對的特別需要的各種給付，也不納入考慮。

再者，對於憲法上所要求基礎扣除額的金額而言，特定所得免稅以及其他需要的構成要件事實在稅捐上予以促進，也並無意義。私人財產的讓與利益不予課稅以及依所得稅法第三條到第三條之三規定各種移轉給付免稅，均僅於特定範圍的人有利，其所追求目的與足以確保所得稅的最低限度生存的目的有別。又依據住宅建築津貼法之獎助給付以及依據所得稅法第七條之二規定提高減除金額，同樣也不是在確保生存的基本需要。且其僅能由所有權人或稅捐義務人於可資比較的法律地位上加以享用，而非由承租人或無償的利用者加以享用。

又依據住宅資金法所爲給付，依據所得稅法第三條第五十八款規定爲免稅，在判斷免稅的最低限度生存時，也不應納入考慮。因爲具有超過平均水準所得的稅捐義務人，其最低限度生存需要也不應納入課稅，但其原則上並未獲得住宅資金。再者，國家應首先讓國民自己創造有尊嚴的生存，因此，國家無法正當化稅捐侵害維持生存所必要的所得部分，再讓稅捐義務人享有國家的移轉給付請求權。

②尼德薩克森財務法院援引拉恩（Lorenz）教授一九八四年的計算（所得稅之基礎規定的改革

草案，明斯特學術研討會，第Ⅱ冊，一九八五年，第七十一頁），依其計算，社會救助給付，單身者爲九、三六〇馬克，夫妻爲六、五一六馬克。此項計算係根據達母城的狀況爲之，但財務法院認爲具有全國平均的代表性。財務法院從此一計算中認爲單身者至少應有壹萬馬克的基礎扣除額，夫妻則至少應有壹萬陸仟馬克的基礎扣除額加以減除。

2. 薩爾邦財務法院的聲請案

(1) 本件訴訟程序的原告已婚，並與其妻合併被課徵所得稅。此夫妻有二個小孩。原告有非獨立的勞動所得。就一九九一年度被發給稅捐等級Ⅲ的薪資稅票，其上註記：「兩個小孩扣除額」。

在減低薪資稅的訴訟程序中，原告主張標準的薪資稅額表與基本法第三條第一項以及第六條第一項規定不合，蓋基礎扣除額，小孩扣除額以及從小孩補助金（*Kindergeld*）中所算出的「擬制的小孩扣除額」的總額，低於必要的家庭最低限度生存。此種家庭最低限度生存與現行法所給予的減免（基礎扣除額、小孩扣除額、小孩補助金）兩者間的差額，必須納入薪資稅票的其他扣除額。

原告就其自己及其配偶的家庭最低限度生存的計算，係以平均的社會救助給付爲基礎，就此除了通常規定標準之外，也將住宿的費用以及平均被要求的一次性救助一併算入；就小孩的最低限度生存，原告考慮針對系爭年度的狀況所推算的金額，此項金額爲作爲一九八二年的「一般平均的生活費支出」，於小孩補助金裁判（聯邦憲法法院裁判集第八十二冊，第60頁，第96頁）的概觀中業已獲得證實。其聲

明異議並無效果。

在一九九二年五月，原告於本件訴訟程序中提出其訴之聲明，請求確認在異議決定所把握下的系爭行政處分，乃屬違法。

(2)財務法院將訴訟程序停止並聲請聯邦憲法法院裁判下述問題：亦即所得稅法第三十二條之一第一項第二句第一款，第五項（合併課稅夫妻的基礎扣除額）以及同法第三十二條第六項第二句（小孩扣除額）連結第三十八條之三（薪資稅額表）各自於一九九一年課稅年度所適用之內容，是否與基本法相符合。

①本件提請審查的基礎扣除額以及小孩扣除額的規定，在所述範圍內，祇觸基本法第一條第一項連結第二十條第一項以及祇觸基本法第三條第一項及第六條第一項規定，亦即其基礎扣除額及小孩扣除額——在一併算入擬制的小孩扣除額下——就其金額並不足以使稅捐義務人及其家庭的最低限度生存免於課稅。立法者有義務在薪資稅扣繳程序中，使基礎扣除額及小孩扣除額各自均對應於已上昇的生活費，於此其應可使用專家對於整體經濟發展的鑑定預測。

②為算出社會救助法上夫妻的最低限度生存金額，財務法院取向於其他兩個聲請法院的計算方式，根據一九九〇年的狀況預測其結果，並附帶納入杜塞多夫社會局領域的研究作為比較。依此，平均最低的社會法上最低需要為一萬七千一百三十三馬克，明顯高於當時基礎扣除額之一萬一千二百三十二馬克。

③其適用於一九九一年度的小孩扣除額三、〇三四馬克，依財務法院之見解，並不符合聯邦憲法法院在小孩補助金裁判（聯邦憲法法院裁判集第八十二冊第六十頁）中所表示的憲法上要求。如果人們將原告所取得的小孩補助金，以稅率百分之三十為基礎，換算為擬制的小孩扣除額時，則每位小孩的扣除額為五千六百四十馬克。然而一個小孩的年平均支出，按照原告的計算，估計需要六千七百二十九馬克。

III、

對於上述聲請案決定，聯邦財政部長以聯邦政府名義以及聯邦財務法院之個別的審判庭已經表示其意見。針對下薩克森聯邦財務法院的聲請案，威因森（路耳）財政局也已經表示其意見。

1. 依聯邦政府觀點，本件在訴訟程序中所被斟酌的基礎扣除額，並不違憲，蓋其於扣除稅款之後所可處置的原告收入，仍將遠超過原聲請法院所認為必要的最低限度生存金額。

(a) 違反基本法第一條於憲法上所保障的一般行為自由以及社會國家原則，僅於下述情形始得有效主張：亦即本件訴訟程序之原告因課稅結果，保有低於維持其必要的生活費所需要之所得時。

(b) 就社會救助法上最低限度生存金額的計算上，依提出聲請法院的見解，應建立基礎扣除額的基準，而聯邦政府則取向於明斯特財務法院的計算，並對於個別的計算因素表示意見，並提出自己的計算。其中就住宅費用係藉助於住宅金額抽樣估計，而暖氣設備費用則按租金百分之二十五估計；其一次性給付作為通常規定標準之附加金加以考慮，亦即一九七八年到一九八四年以百分之十五計算，於一九八

六年到一九八八年及一九九一年以百分之二十計算。聯邦政府的計算結果，導致比明斯特財務法院所提出的觀點更高的金額。

(c)經由基礎扣除額——於一九七八年到一九八〇年包括一般的稅率扣除額——於系爭年度中，各自將所得的一部分劃入免稅範圍，此金額超過社會救助的平均的通常規定標準。關於其超過上述部分而屬於基本需要的社會救助給付，所得稅法的立法者可能以下述觀點作為出發點：亦即其未曾經由基礎扣除額所斟酌的特定關係人的需要，原則上可經由免稅的可自由支配的財務資金加以支應。

例如依所得稅法第三條及第三條之二規定免稅的收入，其經由扣除額免稅的所得部分以及終身養老金，關於超過其收益持分的金額，係除了基礎扣除額之外，應典型的算入稅捐上最低限度生存金額。

(d)聯邦政府進一步質疑認為因提高基礎扣除額所產生稅收損失部分，非經重大提高所得稅率，在財政上無法忍受。基礎扣除額每提高一〇八馬克／二一六馬克（基礎表／分割表），依聯邦政府之計算，在一九九一年度於開始稅率百分之十九的情形，將導致減少稅收七億七千萬馬克。而提高邊際稅率以及提高最高稅率則不予考慮，因為此種作法損害稅捐義務人的工作意願以及在歐洲共同體市場內德國經濟的營業競爭能力。

(e)小孩負擔的調整在系爭一九九一年度，符合聯邦憲法法院的要求。兩個小孩扣除額合計六千零四十八馬克以及小孩補助金二千四百四十馬克已經以充分的金額滿足系爭年度最低限度生存需要。

2. (a)聯邦財務法院第八審判庭認為本件聲請案不合法，因為有關本件訴訟原告所已獲得的所得金額

，於系爭案件中，並非以基礎扣除額或小孩扣除額是否足以使稅捐義務人或其家庭維持確保生存的所得為準。

(b) 依據聯邦財務法院第三、四、六、十審判庭之見解，於系爭年度之基礎扣除額規定，並未對於本件訴訟原告之基本權利加以侵害，因為只有在課稅結果導致剝奪稅捐義務人為確保其生存需要所必須之所得的部分時，才可認為違憲。

(c) 雖然，聯邦財務法院第四審判庭認為適用於一九九一年之小孩扣除額，根據聯邦憲法法院所作成小孩補助金的裁判，應屬違憲；但是同院第三、六、十審判庭則認為小孩扣除額在連結小孩補助金的關係上，乃符合聯邦憲法法院所表示之要求。第六審判庭並認為最低限度生存的計算，如以一九八二年就兩個小孩的「一般平均費用支出」（參見聯邦憲法法院裁判集八十二冊，六〇頁，九十六頁，*COB* 1990, 218(282)）為基礎，並不正確。毋寧是應以平均的社會救助給付為出發點。

B、

本件薩爾蘭財務法院的聲請案，就小孩扣除額部分並不合法，其餘部分聲請案合法。

1. 在本件訴訟程度中所涉及的裁判，係以被認為違憲的規範的有效性為準，而其合憲性對於法律爭訟的結果為重大決定性依據的，則依據基本法第一〇〇條第一項的規範審查程序乃為法之所許且屬必要。本件聲請法院必須在其聲請決定的理由中（聯邦憲法法院法第八十條第二項第一句）載明在何種程度範圍內，此項聲請的合法性前提已經具備（參見聯邦憲法法院裁判集八十一冊，第二七五頁，第二七六

頁以下)。

2. 明斯特財務法院以及厄德薩克森財務法院的聲請案符合此項要求。而薩爾蘭財務法院的聲請案就小孩扣除額部分，並未滿足此一要求；其聲請決定的理由，並無法充分明白的看出在什麼程度範圍內，法院的裁判係以提請審查的規範的有效性為準。

本件財務法院與聯邦憲法法院的判例（聯邦憲法法院裁判集第八十二冊，第六十頁，第八十七頁以下），EuGRZ 1990.218 (226f) 相同，均認為小孩的扶養費支出，在夫妻的所得課稅上，為生存必要的範圍內，於稅捐上應不予課稅。

其因扶養義務所給予稅捐上減免負擔，財務法院係就系爭年度所得稅法第三十二條第六項第二句所定小孩扣除額以及次擬制的小孩扣除額所換算的小孩補助金兩者合併計算。就兩個小孩的最低限度生存需要，財務法院則是根據小孩的平均的一般的每年扶養費支出加以計算，而非就小孩的平均的社會救助給付加以計算。而後者則是惟一建立憲法上所要求稅捐上減輕負擔的標準（聯邦憲法法院裁判集第八十二冊，第六十頁，第九十三頁以下—EuGRZ 1990.218, 228f.）。準此，從其聲請決定中，尚無法看出對於本件訴訟程序的原告而言，考量其對於兩個小孩的扶養義務所給予的稅捐上減輕負擔，並無法充分的使原告的最低限度生存需要免於課稅。

再者，財務法院在將小孩補助金換算為小孩扣除額時，並非以本件訴原告的邊際稅率為基礎，而是以稅率百分之三十為基礎。在此範圍內，亦無法從本件聲請決定中看出：從可能不充分的稅捐上減輕負

擔，在其他情形，對於本件訴訟程序所應作成的裁判，將產生何種作用。

C、

所得稅法第三十二條之一第一項第二句，於課稅年度一九七八年到一九八四年，一九八六年，一九八八年及一九九一年所適用之內容——就課稅年度一九七八年到一九八〇年連結所得稅法第三十二條第八項規定——與憲法對所得稅的最低限度生存保障之擔保不符。

I、

1. 本件程序並無必要決定：根據何種標準以及如何個別情形——各自按其稅目及稅捐客體以可能的方式加以區分——決定國家課稅權力在憲法上的界限。稅法在其限制自由的效力上，無論如何，應依據基本法第二條第一項規定加以衡量。於此情形，必須斟酌：稅法干預一般的行動自由，亦即干預在財產法上以及職業領域上的人格發展自由（基本法第十四條第一項，第十二條第一項）。亦即稅法不應具有「絞死的效力」。其受保護的自由權僅於下述的範圍內始得以限制：讓基本權主體（稅捐義務人）獲得原則上由私人利用所得之物以及原則上享有對於所創造具有財產價值的法律地位的處分權的方式，在經濟上領域遂行其活動的核心存在。由此導出：應接受所得稅課稅的稅捐義務人，在就其所得履行所得稅稅捐債務之後，必須仍然保有足夠的所得以支應其必要的生活費以及——在考量基本法第六條第一項之下——其家庭生活費需要（最低限度生存）。

2. 生存所必要的需要，構成所得稅侵害的憲法上下限。然而此並非意指：每個稅捐義務人必須預先

給予按照最低限度生存所衡量的扣除額免稅。立法者以何種方式將上述憲法上的指標納入考量，乃由立法者決定。

立法者當時尋求滿足將必然的私人支出從課稅衡量基礎中扣除，使最低限度生存必要的需要，於稅率表中所表現之基礎扣除額免課所得稅，並透過累進稅率，使具有高所得者負擔較高的所得稅。在此種規範體系中，稅率以及稅基在其憲法上的妥當性交互作用。

在立法者於稅率表中規定基礎扣除額，並透過稅率的形成，隨著所得的增加，而提高稅捐義務人的稅負的情形（參照聯邦憲法法院裁判集八十二冊，第六十頁，第九十頁以下 II EuGRZ 1990, 218, 227）下，立法者可自由的以前後一貫的形成經過（參照聯邦憲法法院裁判集第八十四冊，第二三九頁，第二七一頁 II EuGRZ 1990, 229 (231)，規定稅率的累進，使適當的已經量化的最低限度生存的減輕負擔效果，首先就所有的稅捐義務人加以考量，並逐步加以補償。對應於上述說明的提示，已於一九七一年稅捐改革委員會的鑑定意見（第一冊，邊碼六五三註一）中提到。決定的基準，乃是超越最低限度生存的所得部分，仍留給稅捐義務人適當的金額，亦即稅率累進並非不考慮低所得與高所得之關係的垂直平等之跳躍式的。在相同的給付能力下，稅捐義務人之平等負擔（水平的平等），在此——與稅捐義務人有小孩及無小孩間之比較不同——並未創設任何附加的憲法上要求（聯邦憲法法院裁判集第八十二冊，第六十頁，第八十九頁以下 II EuGRZ 1990, 28, 226f.）。

3. 在稅捐上所給予免稅的最低限度生存金額，乃取決於一般經濟上狀況以及在法律社會中所承認的最

低限度的需要。對此加以估計乃屬立法者的任務。然而，在立法者於社會救助法中已經決定最低限度的需要時，亦即國家對於無資力國民於社會國家照顧保護的範圍內，透過國家給付給了滿足上述最低限度需要的情況下（參照聯邦憲法法院裁判集第四十冊，第一二二頁，第一三三頁—EUGRZ 1975, 469, 470），則所得稅所應給予最低限度生存金額即不應低於此項金額。稅捐立法者對於所得者就其收益至少應保留為滿足其生存必要的需要而給予需要者自由使用公共資源。

(a) 準此，所得稅的最低限度生存的數額，乃是社會救助法上所承認的最低限度需要，此需要一般經由對於每位需要者給予必要的生活費補助而獲得滿足。此項生活費補助，擔保每日生活的必要的基本需要（聯邦社會救助法第十一條第一項），除了主管邦機關或地方社會救助主體所核定的法規（聯邦社會救助法第二十二條第三項）規定者外，包括住宿以及暖氣設備給付（法規命令第三條第一、二項）以及考慮附加的基本需要而為繼續性給付所未能滿足的一次性救助。聯邦社會救助法第二十三條第四項第1項規定為滿足營業活動的支出需要但也增進自己救助的意志者，也算入社會救助法上最低限度需要。此種進一步的需要。透過營業支出（必要經費或營業支出）的扣除可能性，並無法獲得滿足。此項費用支出如係營業活動所導致且經證明主要與私人生活領域並無關連時，則准予扣除。對之，聯邦社會救助法第二十三條第四項第一款規定之再一步的需要，乃因以獲利活動為條件所提高的私人生活需要的滿足（參照德國公共的及私人的照顧保護團體編，聯邦社會救助法第二十三條、第二十四條規定之進一步需要及聯邦社會救助法第七十九條、第八十一條規定之所得界限，一九九一年，第二二三頁）。在立法

者已經履行其對於老人所得的公正課稅義務（聯邦憲法院裁判集第五十四冊，第十一頁，第三十四頁以下——EuGRZ 1980, 426, 426）的情形下，此種進一步需要的斟酌，得限制於營利活動者。

(b) 社會法承認個別需要者依其個別情形之狀況的個人需要。對於生活費的繼續性救助係依地區性的法規加以決定，就其他部分——在保留相當性之下——則按照居住及暖氣設備的各自實際支出加以衡量。反之，所得稅法規定，立法者規定確保生存的——有別於確保營業的——支出係以適用於所有的所得稅納稅義務人的統一金額方式為之。此種變成粗糙的減輕大量程序發展的類型化，在憲法上並無可非難（參見聯邦憲法院裁判集第八十二冊，第六十頁，第九十一頁以下——EuGRZ 1990, 218, 227f.；同裁判集，第八十五冊，第二六四頁，第二一七頁——EuGRZ 1993, 153, 168）。在此種類型化的範圍內，最低限度生存需要，原則上應以下述方式加以衡量：亦即儘可能在一切情形滿足生存所必要的需要，亦即並無任何的稅捐義務人因其所得被課稅結果，導致其生存所必要的需要，必須透過請求國家給付始能獲得滿足。反之，倘若——如同現在的住宅市場——對於生存所必要的支出有重大的價格差異存在時，則統一的平均價格把握不同的需要群體並不切實際。在此種特殊情形，立法者不妨在衡量基礎扣除額時，於其同時提供適當的社會給付例如住宅補助金，以補充的填補個別情形的需要的情形下，取向於一個較低的價格。除此之外，從憲法來看，似不排除稅捐立法者——如同營業的費用支出——個別的或與群體有關的把握需要。

(c) 國家的特別的財政需要以及預算調整的急迫性，可能促使立法者審查在整體法秩序下的向來的

各項需要構成要件，然而並不適當對於違憲的課稅加以正當化（參見聯邦憲法法院裁判集第八十二冊，第六十頁，第八十九頁¹¹EuGG 1990, 218, 226）。正如同在成長中的國家財政需要，以及相應提高的稅捐負擔，立法者應擔保公正的分配負擔。立法者也可以透過減少或取消憲法上所不要求的稅捐減免或優惠的方式，相當程度的達成上述目的。

II、

本件提出審查的基礎扣除額以及一般的稅率扣除額的規定，並未滿足憲法上的要求：不得以所得稅侵害確保生存的費用支出。

1. 就一九七八年度到一九八〇年度，所得稅立法者透過基礎扣除額及一般的稅率扣除額（所得稅法第三十二條第八項）減輕所得的稅捐負擔。此項扣除額，經由一九七七年十一月四日減輕稅負及獎勵投資法律（聯邦法律公報第一部分第一九六五頁）根據調解委員會的建議，取代提高基礎扣除額，而作為補充的一般的減輕稅負手段以達成嗣後納入稅率改革的目標，而被導入（參見BThucks, 8/900, 905, 974, 992, 1029, 1067）。

2. 最低限度生存可以——即使只是近似的——按照社會救助給付的標準加以決定。明斯特財務法院以及聯邦政府於此範圍內已經提出詳細的計算，然而其計算並未考慮營利活動者的進一步需要。其對於個別的爭訟年度，在社會法上所承認的需要，從下述表中所記載即可明瞭：

類別	1	2		3		4		5	6
年度	每年平均 年身的 常平均	住宅的 費用支出	聯邦政府	暖氣設備的 費用支出	聯邦政府	一對於 性生 給活 付費 的平均的	聯邦政府	合1 計到 4的	除(稅 扣基) 稅後 淨扣 扣除
		明法 院特 財 濟3私 計)人 算的家 經計	明法 院特 財 明中 濟% 金所 的租 2% 費 用	明法 院特 財 明中 濟% 金所 的租 2% 費 用	明法 院特 財 明中 濟% 金所 的租 2% 費 用	明法 院特 財 明中 濟% 金所 的租 2% 費 用	明法 院特 財 明中 濟% 金所 的租 2% 費 用	明法 院特 財 明中 濟% 金所 的租 2% 費 用	明法 院特 財 明中 濟% 金所 的租 2% 費 用
1978	3,480	1,328	2,340	78	588	609	522	1) 5,495 2) 6,930	3,810
1979	3,564	1,456	2,412	120	603	623	534	1) 5,763 2) 7,113	4,200
1980	3,708	1,573	2,532	134	633	648	556	1) 6,063 2) 7,429	4,200
1981	3,936	1,666	2,640	167	660	688	590	1) 6,457 2) 7,826	4,212
1982	4,056	1,789	2,772	158	693	709	608	1) 6,712 2) 8,129	4,212
1983	4,140	1,949	2,928	182	732	724	621	1) 6,995 2) 8,421	4,212
1984	4,272	2,092	3,036	190	759	747	640	1) 7,301 2) 8,707	4,212
1986	4,272	5) 2,244	3,348	5) 231	837	5) 827	945	1) 8,030 2) 9,859	4,536
1988	4,272	5) 2,436	3,516	5) 177	879	5) 865	988	1) 8,422 2) 10,327	4,752
1991	4,272	5) 3,001	3,948	5) 180	987	5) 982	1,135	1) 9,639 2) 11,686	5,616
1992	4,272	5) 3,157	4,153	183	1,038	1,052	1,203	1) 10,405 2) 12,407	5,616

- (1)：明斯特財務法院。
- (2)：聯邦政府。
- (3)：兩個人的家庭生計所求得金額的50%。
- (4)：單身的家庭生計的平均租金。
- (5)：根據明斯特財務法院的計算方法所估計，來源：1991年統計年鑑，表21.1。
- (6)：1990年價格加上4%，有關低所得的年金及社會救助受領人之兩人家庭生計的住宅租金之價格索引，來源：聯邦統計局編，1992年經濟與統計，表格部分，第437頁。
- (7)：1990年價格加上4.8%，有關低所得的年金及社會救助受領人之兩人家庭生計的能源價格索引，來源：聯邦統計局編，1992年經濟與統計，表格部分，第437頁。
- (8)：包括新的聯邦各邦，來源：1992年德國公共及私人的照顧保護團體的通訊：第245頁。
- (9)：1991年價格加上5.2%，有關住宅租金的價格索引，參見上述6)。
- (10)：1991年價格加上1.6%，有關能源的價格索引，參見上述7)。

上述數據係依據謹慎的估計住宅需要、暖氣設備費用及對於生活費的一次性給付為基礎。

倘若對於營利活動者的進一步需要，被納入社會救助法上的最低限度需要的計算之中，而且對應於最低的、以其他方式估計的金額（就此參見Knopp/Fichtner著，聯邦社會救助法，第六版，一九八八年第二十三章邊碼第十七到第二十段；Schellhorn/Jirasek/Seipp著，聯邦社會救助法註解書，第十二

版，一九八五年第二十三章邊碼第二十一段），按各個通常金額的百分之二十五估計，則產生下需要估計數額：

1	年 度	1978	1979	1980	1981	1982	1983	1984	1986	1988	1991	1992
2	不考慮福利活動者的進步需要平均的社會救助給付（上述總額的百分之十）	135,495	5,763	6,063	6,457	6,712	6,995	7,391	8,030	8,422	9,839	10,405
3	福利活動者的進一步需要金額（通常金額的22%）	236,530	7,113	7,429	7,825	8,129	8,421	8,707	9,565	10,327	11,686	12,407
4	平均的社會救助需要（2及3的合計）	136,365	6,654	6,990	7,441	7,726	8,030	8,369	9,212	9,658	11,256	11,908
5	基礎扣除額（包括稅務扣除額）	237,800	8,004	8,356	8,810	9,143	9,456	9,775	11,040	11,563	13,105	13,910
		3,810	4,200	4,200	4,212	4,212	4,212	4,212	4,536	4,752	5,616	5,616

(1)：明斯特財務法院。

(2)：聯邦政府。

上述對照表指出：其平均的社會救助需要，均明顯的超過基礎扣除額。就一九九二年度，各依其計算方法，分別產生有關單身的平均的社會救助需要金額，從大約一萬二千馬克到大約一萬四千馬克。

3. 基礎扣除額的不足部分，並無法以下述方式加以平衡：亦即所得稅法以其他構成要件，為滿足特別的需要的特別支出或公共給付，以減輕所得稅負擔。

立法者對於免稅的給付或免稅所得部分，只有在其構成要件係把握確保生存的支出以及其減免負擔係普遍性的給予的情形，始得算入一般性的對於每位稅捐義務人的最低限度生存的類型化的免稅範圍。憲法上要求為滿足確保生存的支出所必要的所得部分免於課稅，尤其並未因下述情形而被滿足：亦即某些個別群體的稅捐義務人，就特別的收入或所得構成要件被減輕負擔，此種減輕負擔並非普遍性的，而是在特別的前提要件下才可達成。

依據上述標準，根據聯邦教育促進法所為給付以及其他給付，而其目前依所得稅法第三條到第三條之二在全部的範圍內免稅，並不計入最低限度生存需要免稅的範圍，蓋上開給付係為滿足特殊的需要而設或僅是個別的群體的稅捐義務人獲得減輕稅負而已。依據其目的設定，所得稅法第三條到第三條之二的免稅構成要件所涉及的給付，並非為滿足稅捐義務人的維持生存所必要的需要，而是為滿足其他的構成要件前提。依現行法規規定，住宅補助金固然亦用於滿足一般的生存必要的需要，然而其僅滿足一部分的住宅需要的費用支出，而且由於其從屬於特別的所得暨房租界限，故並非給予全體的稅捐義務人享受。因此，住宅補助金的免稅，並未滿足對於生存必要的需要所為「一般性」的稅捐上減免的要求。

又其他聯邦政府認為可算入的稅捐上減免——農林業所得扣除額、勞工概算扣除額、儲蓄扣除額、老年人所得的減免——僅是對於特定群體稅捐義務人優惠，並用以達成其他與滿足生存所必要需要並無

關聯的目的。又此類減免稅負並未滿足對於任何典型的最低限度生存的人民，普遍的（一般性的）給予稅捐上免除的要求。

因此，基礎扣除額以及一般的稅率扣除額的規定，並不符合最低限度生存需要免除所得稅的憲法上要求。其規定乃屬違憲。

本件進行審查的基礎扣除額以及一般的稅率扣除額規定的違憲性，除所得稅法第三十二條第八項規定，適用於一九七八年到一九八〇年課稅年度的內容（一般的稅率扣除額）外，尚包括同法第三十二條之一第一項第二句適用於各該年度的內容。當時規定的基礎扣除額，乃是以適用累進稅率，其累進過程是連貫的對於一切所得均有效力的扣除額為前提，因此，基礎扣除額與稅率相互為條件。倘若違憲性僅對於下列所得稅納稅義務人具有法律效果，亦即該納稅義務人於履行稅捐債務之後，已未能保留滿足其最低限度生存的所得時，則法律將不完備，並將導致並非平等的負擔上漲，而是違反平等的累進差距，於此範圍內，當非立法者所意欲。因此，基礎扣除額的不充分，使所得稅法第三十二條之一第一項第二句規定因其整體效力而整體違憲。

4. 聯邦憲法法院法對於違憲的法律效果，並非毫無例外的規定其規範無效，而亦容許單純的宣告違憲（同法第三十一條第二項，第七十九條第一項）。此種情形，在無效宣告將導致合憲的秩序比違憲的規範更受妨礙時，則更被要求（參見聯邦憲法法院裁判集第三十三冊，第三〇三頁，第三〇五頁，第三四七頁以下）。又在立法者擁有數種排除違憲狀態可能性時，也被提示作成單純的不符合憲法的宣告（

參見聯邦憲法法院裁判集第二十八冊，第三二七頁，第二四二頁以下；第六十一冊，第四十三頁，第六十八頁＝EuGRZ 1982, 559（判例報導第30號），第六十一冊，第三一九頁，第三五六頁＝EuGRZ 1982, 458, 463；第七十三冊，第四十頁，第一〇一頁以下＝EuGRZ 1986, 393, 409；第七十八冊，第三五〇頁，第三六二頁＝EuGRZ 1988, 562, 566；第八十二冊，第六十頁，第九十七頁＝EuGRZ 1990, 218, 229）。

一個無效宣告將導致在制定新的規範之前，根本無法課稅。再者，立法者也擁有數種排除違憲的可能性。立法者將必須決定應如何估計稅捐上最低限度生存需要金額有多少。於此，立法者可能——在憲法的界限範圍內——除了稅捐及財政政策的衡量之外，也必須考慮社會的及家庭政策的要求；再者，立法者可能安排累進稅率方式為：充分的基礎扣除額的減輕稅負效果，逐步反映在較高所得提高累進的稅負上。

5.(1)倘若規範被宣告與基本法不相符合時，則原則上即具有下述效果：該規範在主文所及的範圍內，法院及行政機關不得再加以適用（聯邦憲法法院裁判集第七十三冊，第四十頁，第一〇一頁＝EuGRZ 1986, 393, 409）。本件聲請法院必須進一步再停止其訴訟程序，直到立法者制定符合憲法的規定取代違憲的規範為止（參見聯邦憲法法院裁判集第二十八冊，第三二四頁，第三六二頁以下）。立法者所負擔重建合憲的法律狀態的義務，原則上包括全部被宣告違憲所涉及的期間以及至少把握所有根據違憲規範所作成尚未確定的裁判。

(2) 所得稅法第三十二條之一第一項第二句的違憲性，依上述原則，原將導致下述效果：對於本件聲請案所涉及的期間所作成尚可爭執的課稅處分，應予廢棄。然而鑑於稅法與預算法的特殊性以及案件的特質，此種結論並未被提出。

① 從可靠的財政及預算計畫的觀點以及相應的財政及預算經濟的觀點，阻止新規範的溯及生效（參見聯邦憲法法院裁判集第七十二冊，第三三〇頁，第四二二頁）。所得稅作為現在的所得於一定期間的反覆負擔，係為支應每年預算年度的國家財政需要。如同所得稅係對於稅捐義務人各個年度所得加以課徵（所得稅法第二條第七項），所得稅的收入也構成各個年度的公共預算。如果現在對於數個年度的大量稅務案件加以翻案並且一部分溯及處理時，則早先預算年度的預算總額並不能溯及生效的重新衡量，而只能以現在國家預算的負擔，對於當時的稅捐債務人以將來的稅款繳納者減輕負擔。有關收支的年度平衡的預算法上原則，或許將因不尋常金額的退稅請求權，而構成現在預算負擔而成為問題。國家的財政計劃或許將受到傷害；再者，除非稅捐暫時大幅調高，否則國家的財政行為能力將受到威脅。

因此，預算款項的溯及生效重分配將不符合期間性預算計畫以及預算同意的需要（基本法第一一〇條第二項，參照聯邦憲法法院裁判集第八十一冊第三六三頁，第三八五頁），也不符合所得稅法透過分享稅捐義務人的現在所得以滿足公共預算的當前需要的任務。故對於稅捐上最低限度生存需要所為違憲的衡量，依據憲法並不必溯及生效的加以排除。只要立法者於將來作成新的規範，並以之為其財政計畫的基礎時，即為已足。

②又溯及生效的修正，也不是給予稅捐義務人生存所必要之所得的基礎扣除額的目的所要求。最低限度生存需要的免稅，以滿足現在的需要爲目的；因此，稅捐上的減免如果不是在時間上緊接著各個需要而被給與時，即無法達成其目的。倘若扣除額金額過低時，固然此種重大的違憲產生下述結果：低所得的稅捐義務人，被課予侵害最低限度生存的稅捐負擔時，則如其不想低於最低限度生存，則另一方面必須滿足確保其生存的費用支出。但在緊急狀態，稅捐義務人應可請求社會救助。在立法者僅對於將來規定最低限度生存的適當的稅捐減免負擔的情形，鑑於上述重大的公共利益，上述情況應可忍受；當然此種規定對於當前的需要必須持續的加以調整。

③倘若立法者不顧上述情況，仍然決定制定——即使在一定界限範圍內——溯及生效的新規定時，則就法律形式上已經終結的以及尚繫屬中的程序加以區別，對於一般的每個所得稅事件的基礎的各項構成要件以及基礎扣除額的構成要件而言，勢將難以符合事理要求。其個別的稅捐事件是否已經終局的加以裁判，多數並非繫於稅捐義務人的權利救濟，而是繫於行政機關的行爲。此尤其適用於在稅捐經保留事後審查加以核定或——如同現在很多憲法上有爭議的案件——根據有組織的大量異議所促成的聯邦財政部長的行政指示，所暫時作成課稅處分的情形。

④縱然到目前爲止對於免稅的最低限度生存所爲不符合憲法的衡量，僅須向將來修正，但並不因此喪失本件聲請案的裁判重要性或可能發生的憲法訴願的權利保護必要。新的規定是否將有利於本件訴訟程序的原告或可能發生的憲法訴願人，乃應由立法者決定之事。

D、

在制定新的規定之前，被宣告違憲的規範仍可繼續適用。然而立法者有義務從課稅年度一九九六年起，以合憲的規定取代違憲的規定。此一期間應儘可能為所得課稅之目的，對於減低收益或自收益中全部或部分加以扣除的各個構成要件，為維持最低限度生存，就全部收益完全加以考慮以及公平負擔的目標，進行審查。同時，立法者在中期財政計畫的範圍內，對於所要求新的規定所發生的預算經濟上作用，可以加以考慮。

其就2.的進一步指示，乃是根據下述的衡量：就其所把握的稅捐義務人，必須立即且在所要求的範圍內，個別的或一般的減輕其負擔。（本文譯自EuGG 1993, S.20~28）。

關於「律師從事第二職業之許可標準」之裁定

——聯邦憲法法院第一庭一九九二年十一月四日之裁定

1 BvR 79/85，載於EuGRZ一九九三年，第七頁以下

譯者：蕭文生

目錄

要旨

主文

理由

A、諸憲法訴訟涉及律師業與其他職業不相容之原則

I、法律規定

1. 取得為律師之許可之程序

(a) 要件與程序

(b) 拒絕、撤銷及撤回許可之理由

2. 不相容規定之發展沿革及其立論根據

3. 律師之形象在聯邦律師法中之規定

4. 聯邦最高（普通）法院對不相容規定所設下之具體標準

II、案例事實

1. 第一憲法訴訟提起人因所任之大學學術助理工作不具「高尚地位」而被拒發為律師之申請

2. 第二憲法訴訟提起人於所任之大學職員工作外並得校長有限度之同意於正常工作時間外兼任

律師

3. 第三憲法訴訟提起人為一合作社協會之職員並對理事會提供法律諮詢。彼申請為顧問律師

4. 第四憲法訴訟提起人為一防止不正競爭之中心之職員

5. 第五憲法訴訟提起人為多家公司之業務執行人與股東

6. 第六憲法訴訟提起人為律師及一保險仲介公司之單獨業務執行人

7. 第七憲法訴訟提起人為律師及人合公司之業務執行人

III、諸憲法訴訟提起人之理由

1. 第一憲法訴訟提起人主張受有財務上之損失。比例原則未被遵守。基本法第三條第一項受到

侵害

2. 第二憲法訴訟提起人主張立法者應自行決定不相容之內涵而不可任由法院越俎代庖

3. 第三憲法訴訟提起人主張其本於基本法第十二條第一項與第三條第一項的保障之基本權利受

到侵害

4. 第四……（同上）

5. 第五憲法訴訟提起人就聯邦律師法之規定質疑其法律基礎

6. 第六憲法訴訟提起人主張其本於……（如3.）

7. 第七憲法訴訟提起人指摘聯邦律師法之內容不明確

IV、聯邦政府以及相關團體之意見

1. 聯邦法務部長之意見

2. 聯邦律師公會之意見

3. 德國律師協會之意見

4. 自由律師聯盟之看法

5. 各地方律師公會及司法行政機關分別爲其決定爲辯護

B、除第一及第三提起人之憲法訴訟外，其餘均於本質上受到准許。

C、除第二件訴訟外，其餘均有理由

I、

1. 不相容之規定爲對於基本法第十二條第一項所保障之擇業自由之侵害。此外，立法者應留意律師市場上激烈之競爭情勢。

2. 規範不相容之規定須足夠明確

(a) 聯邦律師法之相關規定在此有未足處

(b) 將為律師之許可繫諸同時從事之職業是否與律師業之形象相容一事上

3. 就之聯邦律師法條文並未違憲

(a) 此等規定使司法有能力運作

(b) 不相容之規定是否有必要及對申請職業者有期待可能性

II、

1. 聯邦最高（普通）法院認為第二憲法訴訟提起人之主業與律師職業不相容一事有聯邦律師法上之依據。

2. 就執行律師職業不可或缺之行爲餘地：申請律師職業者應有值得一提及不僅偶而爲之之諮詢與代理行爲之活動空間。

3. 第二憲法訴訟提起人爲任公職之大學職員，其與國家關係之遠近足以影響律師作爲自由業之形象。

III、

在其他程序中，聯邦最高（普通）法院所適用之不相容原則違反基本法第十二條第一項

1. 以「高尚地位」作爲給予律師許可之標準有疑問

2. 提供法律諮詢之職員之行爲與律師之形象不相容之見解有疑問

3. 律師活動與營利活動原則上不相容之原則不存在

4. 除涉及第二憲法訴訟提起人者外，其餘之裁判均因侵犯其本法第十二條第一項而必須被廢棄

〈要旨〉

1. 聯邦律師法 (BRAO) 中有關於申請者之第二職業與律師職業或爲律師之形象不相容之情事則其爲律師之許可將被拒絕、撤銷或撤回之條文。(§ 7 Nr. 8 BRAO, § 17 Nr. 2 BRAO a.F., 14 III Nr. 9 BRAO n.F.)。並不違反基本法第十二條第一項。

2. 就法院判決要求第二職業須留給執行律師業務足夠的行爲空間而言，在憲法上並無可責難之處。相同的情形亦適用在公職行爲，只要因此等行爲使得公眾產生律師必要的獨立性受到妨害之印象。

3. 惟若法院以第二職業並非具有「崇高之地位」而認其爲不相容之理由時，則職業選擇自由即受到過當的限制。

4. 爲律師之許可，亦不得僅因申請人之第二職業爲職員 (Angestellter) 而有義務接受不受專業法規 (standesrechtlich) 拘束之雇主的委託而對第三人提供法律諮詢，即加以拒絕。

5. 商業—營利性行爲僅於以利益衝突之危險明白顯現或申請人並無充分的時間來執行律師業務之情形始

能構成排除律師職業之理由。

主文

I、

1. 聯邦最高（普通）法院在一九八四年十一月五日之判決—AnwZ (B) 26/84—與一九八四年五月二十九日下薩克林邦在車雷之審理律師事件之名譽法院（Ehrengerichtshof fuer Rechtsanwaltliche）之裁定—EGH 8/84（II/16）—侵害了第一訴訟提起人受基本法第十二條第一項所保障的基本權利，該兩項裁判應予廢棄。原案發回下薩克森邦於車雷的審理律師事件之名譽法院。其餘的憲法訴訟駁回。

2. 聯邦最高（普通）法院一九八九年二月十三日之判決—AnwZ (B) 62/89—及一九八八年十月七日下午薩克森邦於車雷審理律師事件之名譽法院的判決—EGH 9/88—侵害了第三訴訟提起人基本法第十二條第一項所保障之基本權利，該兩項判決應予以廢棄。原案退回下薩克森邦於車雷的審理律師事件之名譽法院。其餘之憲法訴訟駁回。

3. 一九八九年十二月四日聯邦最高法院之判決—AnwZ (B) 43/89—及一九八九年五月八日黑森邦（Hessen）審理律師事件之名譽法院的判決—EGH 14/87—侵害了第四訴訟提起人基本法第十二條第一項所保

障的基本權利，該兩項判決應予廢棄。原案退回黑森邦審理律師事件之名譽法院。

4. 一九九〇年七月三日聯邦最高法院之判決—AnwZ 89 22/30及一九九〇年一月二十二日下薩克森邦於車雷審理律師事件之名譽法院的判決—EGH 8/89 (11/13) 及一九八九年六月十日Oldenburg高等法院 (Oberlandesgericht) 院長之處分，侵害了第五訴訟提起人基本法第十二條第一項所保障的基本權利，其應予以廢棄。原案退回聯邦最高法院審理有關費用之問題。

5. 一九九一年三月二十五日聯邦最高法院判決—AnwZ 90 44/30—、一九九〇年一月二十七日巴登—符騰堡邦 (Baden-Württemberg) 審理律師事件之名譽法院的判決—EGH 6/89 (11/25) —以及一九八九年七月二十一日該邦法務、聯邦及歐洲事務部之處分—P 30 /Matern, Volker—侵害了第六訴訟提起人基本法第十二條第一項所保障之基本權利，其應予廢棄。原案退回聯邦最高法院審理有關費用的問題。

6. 一九九〇年十二月七日聯邦最高法院之判決—AnwZ 90 51/30—、一九九〇年四月二十三日下薩克森邦於車雷審理律師事件之名譽法院的判決—EGH 1/89 (11/24) —及一九八九年十一月十四日車雷高等法院院長之處分—10887—侵害了第七訴訟提起人基本法第十二條第一項所保障之基本權利，其應予廢棄。原案退回聯邦最高法院俾便就費用負擔為裁判。

II、

第二訴訟提起人所提之憲法訴訟駁回。

III、

德意志聯邦共和國須補助第一、第三、第四、第五、第六及第七訴訟提起人必要支出之半數；訴訟提起人1)、3)、5)及7)必要費用的一半由下薩克森邦、訴訟提起人4)必要費用的一半由黑森邦及訴訟提起人6)必要費用之一半由巴登—符騰堡邦負擔。

判決理由：（全文）

A、

本憲法訴訟涉及由法院判決所發展出之律師業與其他職業活動不相容之基本原則。

I、

1. a) 只有獲得律師許可者始得執行律師業務。各邦法務行政機關決定此項申請時，必須事先取得具有地方專責律師公會理事會之鑑定書（聯邦律師法第八條第二項），且在鑑定書中主張特定的拒絕理由時受其拘束。在此情況下邦法務行政機關必須停止是否許可之決定且送交給申請者該份鑑定書（§ 91 Satz 1 BRAO）。申請人必須在一個月內申請管轄的名譽法院決定。若該申請仍無結果時，申請人得立即提出異議（§ 421 BRAO）而由聯邦最高法院（律師事務庭）加以決定。

於事後出現拒絕理由時，邦法務行政機關得撤銷原先的許可；唯自一九八九年十二月三日修改律師及專利律師法（BGBI. I S. 2135）生效後在此類案件中乃是撤回該項許可。當事人及地區律師公會理事

會必須事先加以詢問 (§ 16I, II BRAO)。所涉及的律師亦得在一個月內向名譽法院提出判決之申請；此項申請具有停止執行之效力 (§ 16 IV, V BRAO)。對於名譽法院之判決可利用立即異議之法律方式提出不服 (§ 42 I BRAO)。

b) 具有合理化拒絕許可之理由於 § 7 BRAO、撤銷及撤回的理由則在 §§ 14及15 BRAO 中列舉出來。兩類規定中皆有律師業與其他職業行為不相容之規定。聯邦律師法第七條第八款為：律師許可之拒絕

1. 至 7.

8. 申請者從事與律師職業或律師業形象不相容之行為時，

9. 及 10.

相同的特徵對經許可之撤銷及撤回亦有重大之意義。對本訴訟程序具有決定性的聯邦律師法舊條文中第十五條第二款為：

基於其他理由之撤銷許可

律師許可得加以撤銷，

1.

2. 律師從事與律師職業或律師業形象不相容之行為時。

此項“得”之規定在一九八九年十二月十三日修改律師及專利律師法後 (BGBl I S. 2135) 已有所改變成為具強制力的撤回構成要件。該條文目前為：

§ 14 許可之撤銷及撤回

(1) …

(2) 律師許可須加以撤回，

1. 至 8. …

9. 律師從事與律師職業或律師業形象不相容之行爲時，但撤回對當事人而言乃是不可期待的不利益時，不在此限。依一致的觀點此項新的規定並未減少對既存者之保護。雖然現在撤回是強制性的，但同時規定的不利益條款卻也符合舊法時在裁量決定範圍內所爲期待可能性之審查。

2. 該具有爭議性的不相容規定具有長久的傳統。早在一八七八年的律師法 (RBG1. S. 177) 第五條第四款已規定，申請人若擔任公職或從事依法律或律師公會理事會鑑定書認爲與律師職業或律師業尊嚴不相容之行爲時，必須拒絕給予許可。併入帝國法院的名譽法院兩個庭在其許多的判決中發展出不同之類型。對律師職業及尊嚴兩項特徵在實際上並無差別上的待遇。一九三六年二月二十一日之帝國律師法廣泛地限制進入律師業之許可 (RBG1. I S. 107)，自職業不相容的理由導引出許可之限制似乎是不必要的 (Noack) 帝國律師法，2. Aufl. § 15 Abs. 18e)。替代的是規定了撤銷之理由，其與昔日的法律情形相連接，且允許帝國法院延續其判決。

一九四五年後新成立各邦的立法導致了極度不同的法律差異 (詳見，BTDrucks. 111/120, S. 44f.)。一九五九年八月一日的聯邦律師法 (RBG1. I S. 565) 則應克服此項分裂且以自一八七八年律師法以

來傳統有效的原則爲出發點（BTDruks. 111/120, S.47）在政府草案的立法理由中就律師職業與其他行爲不相容的情況下有如下的說明（BTDruks. 111/120 S.56f.）…

律師許可之拒絕

如同在IV 1的引言中詳細地說明，本草案係以自由律師之原則爲出發點。本草案保障了職業自由之基本權利。唯個人之自由權利亦必須順應公共利益之要求（基本法第二條第一項）。在行使個人職業自由時不得侵害第三人之權，特別是不能危及公共利益。若基於生活經驗可認爲在具體個案時申請人從事職業時將危及公共利益，則必須事先預防該項危險。若國家於特定案件中要求尋求法律保護者必須由律師代理出庭時，則國家亦負有義務使只有適當且可靠的律師才能執行律師業務。因此在時間過程中逐漸形成律師的職業形象，要求申請者不僅需具備專業條件亦必須擁有特定的個人品格。若此類條件不存在且因此擔心對公共利益產生危害時，則阻止申請者從事該項業務在憲法上是合法且必要的。

…

第八款

此處所規定的拒絕理由早在1878年七月一日的律師法中（§5 Nr.4）已有規定。基於個案可能的多樣性亦僅能一般地描述，換句話說若申請人從事與律師職業或律師業形象不相容之行爲時，不得給予律師許可。

在個案審查時必須依自一般律師職業形象中所獲得的標準而定。律師必須在爲顧問及代理行爲時獨

立及客觀。若申請人欲保有某項職業，且該項職業將耗費其所有工作力及必須受他人嚴格指令拘束時，則就得成爲任何尋找法律保護者皆可能求助對象之律師而言，不再有執行業務之可能。律師的職業稱謂在該情形下僅是內容空洞的頭銜而已。基於類似的觀點亦可得出所謂顧問律師（Syndikusanwalt）的界限。所謂的顧問律師係指與特別之僱主處於僱傭或聘用關係之律師。欲同時成爲律師及法律顧問之申請人，在其身爲法律顧問時仍是執行法律事務，如在法律事件上給予其僱主建議及幫助；此項行爲若僅從專業的觀點來看與律師的顧問行爲幾乎是相同的。其法律顧問之地位亦得相對其僱主具有獨立自我負責的特性。唯若僅爲一家企業工作時，並不符合自一般尋求法律保護公衆眼光，律師在司法制度內必須具有的職業形象。只有在法律顧問實際上及法律上，除在該企業工作爲，亦得作爲自由律師提供尋求法律保護者顧問及代理行爲時，才可能擁有律師之職業形象。若此條件不存在時，則必須拒絕申請者律師許可之申請。基於相同的觀點亦得判斷是否給予會計師或稅務顧問律師許可的問題。此類行爲本質上是彼此相容的，在個案中則依申請人是否能及有意願除其他業務外，實際上亦能執行律師業務而定。若其能正常地履行兩項職業之義務，則並無反對給予許可的理由（最後一次重要的名譽法院的判決，一九三四年 I HC I R. 10. EGH. Bd. 28. S. 12ff.）。在此類案例中申請者於獲得律師許可後，除律師職稱外亦得同時使用其他職業的稱謂。

與律師職業不相容的行爲如違反國家秩序、善良風俗及司法制度之行爲。在特定條件下在某企業內從事工作亦可能屬之，若該企業規避一九三五年十二月十三日防止濫用法律顧問法給予尋找法律保護者

建議諮詢時 (BtBl. I S. 1478)。

行為有害律師業之形象時，亦得成為拒絕之理由。兩項基本的特徵（與職業及與律師業形象不相容）常常是相互交錯的。例如申請者於獲得律師許可後仍欲繼續作為其他事業之代理人或旅行推銷員時，則其與律師職業及律師業之形象不相容。

3. 在聯邦律師法第一章中對於律師的職業形象有相當一般化的描述 (§ 1-3 BRAO)。在立法理由中對律師之地位有下列的敘述 (BDrucks. II/120, S. 48f.) ..

律師只有在能自由執行業務時，始能完成其任務 (Gheist, 自由律師, S. 50ff.)，基於其在司法制度內特別的地位，其與國家處於公法上之僱傭關係時乃是不相容的。

……自由業之本質並不僅限於其成員與國家或委託人間不存在依賴關係。相反地自由業之特質最主要的其成員不得受到利潤追求所支配。(Feuchtwagner, 自由業, S. 17ff.)。因此完成其職業道德上任務的律師作為或不作為乃是基於實現法律之意圖。此項確定對其他職業族群而言並無任何價值判斷的成份。強調自由業本質之所以重要乃是因為個人所負擔專業法規之義務正是自由業之特徵。因此律師執業時不得從事競爭，不得以低價傾銷之方式或參與自訴訟中所獲得之利益。自此亦當然浮現其與商業行為之界限。因此自消極方面來看，此項確定亦可證明律師之行為並非商業行為。

聯邦律師法第四十六條賦予法律顧問律師特別的職業義務，自此可得出除律師職業外從事受指令拘束之行為與司法制度內獨立機關法律地位及自由律師原則乃是相容的。依賴性的行為不須受專門職業義

務之拘束且可擁有較多的工作時間及勞動力。律師得成為副業來從事，就此之理由如下（8TDrucks. III /120, S. 77）：

自法律顧問律師此項制度在現代經濟生活中形成且確立且許可的問題不再是只有負面的結果後，目前所涉及的問題僅在於如何來相互界定法律顧問律師的兩項任務範圍。法律顧問律師在其身為法律顧問為其僱主工作時，其並不符合一般公眾所擁有的律師職業形象。自司法制度獨立自主機關所導出的律師職業形象對法律顧問律師而言僅在於其在僱傭關係外執行律師業務之行爲。相反地在其作為法律顧問為其僱主工作時，並不具有典型的確立律師形象自由執業之基本特徵。（見，對§ 2的說明）。就法律顧問律師雙重身份不同任務範圍之區別，特別是在基於正常司法制度運作利益考量下，尤其在其代表出庭時必須加以保持，因此不得允許法律顧問律師以律師身份代替其僱主在法院或仲裁法院出庭。此限制適用於所有訴訟種類及所有法律救濟途徑。相反地亦不得剝奪法律顧問律師於無律師強制的程序時，例如以公司之理事或職員代替其僱主出庭；但在此類案件中其不得以律師之身份出現。

4. 聯邦最高法院以帝國法院內名譽法院之判決為出發點，發展出特定職業行為之特徵，在其成就時將一般地導致與律師職業不相容之結果。

a) 律師業務不得僅在下班後執行。將律師視為第二職業僅在申請人在法律上及實際上除主要職業外，仍於值得重視即使是有有限範圍內而非偶而執行律師業務時始得許可（BGHZ 33, 266 [268]）。依個人工作能力之不同，一位全職的法律顧問亦可能配合律師職業的要求，惟其必須在一般上班時間時

可以找到、遵守無法改變的法院庭期及能在緊急內個案中執行其業務（BGHZ 71, 138 [140f.]）。時間上衝突之情形，正如同具有許多業務之律師，是無害的（詳見，Pfeifer, in: Fs. f. Walter Oppenhoff, S. 249 [254ff.]）。

9 在公務機關具有長期職位且獲得律師許可者並非完全不可能。但僅在兩項不同職業同時從事時，不危及司法制度之利益下始有可能。若存在具體的利益衝突可能，則在公務機關內之長期職位自始與律師職業不相容（BGHZ 36, 71 [76f.]）。就此所必須採取的個別考量則不僅必須顧及所從事行為之種類亦須衡量任用機關的重要性及任務範圍。以純學術為目標的工作一般而言並不會造成給予許可的阻礙，但在申請者職務上可能獲得未來當事人的資料時，則司法制度之利益通常將受到危害。除此之外基於司法制度利益之考量必須避免在大眾中造成在公務中重要的職位得帶給律師獲取利益可能的印象（BGHZ 66, 283 [387f.]，更詳細者見Pfeifer，前揭書，第一六九頁以下）。

10 除此之外律師許可僅在第二職業具有較高地位時始得給予。其理由乃是基於帝國法院內名譽法院之判決（一九三〇年六月二十八日之判決，EGH XXIV, 16），其要求作為司法制度機關的律師必須具有對內及對外的獨立性及律師業形象之保護（BGHZ 35, 119 [122f.]；BGH, EGVII, S. 36, 40f.）。唯有具有較高地位者始能經常在工作時間外有足夠的自由及不需常常與其長官相互協調即可使用該時間（BGH, EGE XIV, S. 48, 50.）。雖然不要求頂尖的職位，但依其重要性及責任屬於較附屬性的職員地位時則是不足夠的。依法院之見解要求一項整體的評價，此時取決於許多可能的間接證明，例如代理權之

授與、解約期限之長短、薪資之額度及對其他從業人員之指示權限（詳細請見，Feuerich，聯邦律師法·2. Aufh. § 7 Rdnr. 122ff. 及 Pfeifer, in: Fs. f. Walter Oppenhoff, S. 249 [263f.]）。

② 除此之外與律師職業不相容的乃是受僱人員之行爲，若依僱傭或勞動契約負有提供第三人法律諮詢之義務，而僱主勿須負擔律師專門職業義務時。惟法律顧問必須給予其僱主本身、同事或關係事業之子公司法律諮詢服務一事並非阻礙許可的授予。但若此項顧問行爲擴充至他人時，聯盟及社團成員亦在內（BGHZ 40, 282 [285f.]），則將出現雙重身份，其並不符合律師之職業形象，使尋求法律保護公眾之期望落空且將危及法律安定，蓋對他人而言責任的分離並非一直皆是明顯易見的（BGH, BRAK-Mitt. 1988, S. 271f.）。

③ 最後聯邦最高法院提出所有並非行政性質而係具有營利特質之商業行爲爲阻礙許可之基本原則。商業營利之想法必須完全遠離律師職業（BGHZ 40, 194 [196]；Pfeifer，前揭書，第二六六頁）。律師與商人最大之基本差別在於，其並非以追求利潤意圖及考慮不同顧客群之需要爲行爲決定性的準則（BGHZ 72, 282 [287.]）。所涉及之當事人是否本身以營利行爲出現或使同事爲該行爲並非重要；同事之行爲必須得歸屬於當事人。此項他人行爲可歸屬之想法導致了即使法人之機關（理事會成員及執行業務者），不管其內部任務如何分配，只要該事業從事商業行爲時，基本上則不給予律師許可（BGHZ 72, 282 [284f.]；BRAK-Mitt 1987, S. 89f.）。

1. 訴訟提起人 1) 在哥廷根大學擔任學術助理。其每個月之工作時間自開始的三十個小時在訴訟程序進行期間則減至少十個小時。整理專題討論課程學生之報告、整理試卷及間或代替教授授課皆屬其任務。其在通過第二次國家考試後申請律師許可。在布朗斯威的律師公會則主張適用 § 12. 3 BRAO 之拒絕理由。訴訟提起人乃受任命所拘束且並非從事地位較高的行為。

其向審理律師事件之名譽法院所提出之決定申請被駁回。訴訟提起人爲學術助理人員其行為並非獨立自主且自我負責的，因此受到指令所拘束。此與作爲司法制度機關的律師地位並不相容。短暫的工作時（當時每月尚有三十小時）並無關。立即的訴訟並無效果，聯邦最高法院認爲，作爲受時間限制、僱傭關係當事人一方的大學學術助理人員（在期間僅剩十小時），因其不具有較高之地位，故不能給予律師許可。大學並不會給予訴訟提起人有關其所欲從事的律師業務任何指示，並非重要。

基於上述情形，訴訟提起人放棄在學術上之副業後，其依申請獲得了律師許可。

2. 訴訟提起人 2) 在漢諾威大學作爲每個禮拜工作時間有二十個小時的職員。其依薪級 II. o. B 敘薪。依大學的組織架構其乃屬得代理校長之專業職員。屬於其任務者有在接收、管理財產及歸類程序中提供法律上之協助（處理個案中異議事件、參與訴訟）；依個別指令參與人事訴訟案件。在其任務範圍內得有權簽字。其發布處分及異議決定。大學校長依 § 12. 1 BzG 及下薩克森邦公務員法第七十三條准許其得在正常上班時間外每週執行二十八小時的律師業務。該許可中限制不得參與任何針對漢諾威大學及下薩克森邦之訴訟，且其在工作時必須優先遵行庭期。

律師公會理事會拒絕訴訟提起人之許可申請並主張適用§ 7 Mr. 8 BRAO 的拒絕理由。在兼業許可中所包含的限制強烈限制訴訟提起人律師業務之執行。同時 § 46 BRAO 亦阻止授予許可。基於此項情形訴訟提起人重新提出修正後的兼業許可，其中將“優先”兩字去除。名譽法院則確認所主張的拒絕理由並不存在。在大學所從事之行爲與律師職業及律師業形象乃是相容的。

在律師公會所提出的立即訴訟中，聯邦最高法院廢棄了受到責難的名譽法院判決。因訴訟提起人擔任公職將危及司法制度之利益。大學在漢諾威市之公共生活中扮演極重要的角色。訴訟提起人執行高權任務且對外代表大學。此將對尋求法律保護之公眾引起職位得被利用以促進私人利益之印象。在此單純可能發生之印象即爲已足。除此之外其職員之工作亦不容許其仍能在必要的範圍內執行律師業務。

3. 訴訟提起人 3) 乃是合作社協會的職員，且與其他四位法律人共同負責法務部門。其有義務提供其直屬機關理事會法律上之諮詢。擁有約一千名合作社社員的合作社協會依章程之規定負有全面照顧及提供諮詢給社員之任務。

訴訟提起人申請法律顧問律師之許可並且附上其僱主之證明文件，其中指出給予其事實上及法律上最大可能獨立性之保障。律師公會理事會則主張適用 § 7 Nr. 8 BRAO 的拒絕理由。訴訟提起人執行不受律師專業法規拘束的僱主所委託的法律諮詢行爲。其缺少了突顯律師職業形象的自我負責性格。

名譽法院沿用此看法並將訴訟提起人之請求法院爲裁判之申請駁回。(蓋) 訴訟提起人乃依賴其僱主，而其僱主並不受律師專業義務之限制。在是否接受當事人之決定時，訴訟提起人在必須提供協會成

身法律諮詢時並非自由。

就此所提出的立即訴訟遭聯邦最高法院駁回。訴訟提起人之行為違背了律師作為獨立顧問及代理人在所有法律事務時之職業形象。其缺少了突顯律師職業形象的自我負責特性。訴訟提起人在諮詢行為時是否必須遵守指令並非重要；無論如何在法律諮詢時並非由其負擔起責任而係合作社協會。此項協會內部的顧問工作與法律顧問律師之行為基本上是不同的，其所為的諮詢服務僅是針對僱主而並非是針對第三人。

4. 訴訟提起人4)在一防止不正競爭之中心任職。其最主要的工作在於提出有關競爭法構成要件的鑑定書、為檢察機關或公法人提供意見。就競爭中心之成員預定實施及已實施的廣告措施則由其審查合法性問題。其應儘量使競爭法上之糾紛在法院外解決；若無法達成，則其須接受委任為訴訟時之代理人。

其申請律師許可的理由特別為，迄今為止其僱主所有相同的工作人員皆已獲得為律師之許可。惟律師公會理事會則主張適用§ 7 Nr. 3 BRAO的拒絕理由。訴訟提起人所從事者乃不具特別權限、非地位較高之行為。其不具有機關之地位且在業務執行內並不具有突出的地位。

名譽法院駁回其許可決定之申請。其不具有地位較高職位且僅作為職員提供中心成員法律意見，其缺少就該諮詢行為任何自我負責之可能；其亦不負擔任何責任風險。

立即的訴訟亦無效果。依聯邦最高法院之見解其與律師職業不相容之處在於，訴訟提起人在不受律師專業義務拘束的僱主下從事非獨立自主的給予法律建議之行為。其是否具有較高的地位並非重要。在

其主張已有十六位競爭中心之工作人員已獲得律師許可之事，則得不予以評論，因任何人皆無權主張錯誤的重覆出現。

5. 訴訟提起人 5) 最初在一九七〇年 *Osnabrock* 地方法院獲得律師許可。他於其後轉至 *Heide* 地方法院（一九七五年至一九八〇年）及法蘭克福（梅茵河）法院（一九八〇年至一九八八年）。一九八八年四月其向 *Osnabrock* 地方法院重新申請許可。在此期間邦法務行政機關獲悉其不只在一家建築顧問有限公司執行業務，另在許多屬於自己的公司內執行業務，雖然如此其仍獲得許可。訴訟提起人乃是三家資合公司之單獨執行業務者。除此之外他以個人無限責任身份參與五家人合公司，最後其尚擁有兩合公司責任股東之股份。

一九八九年六月二十日 *Oldenburg* 高等法院院長決定依 § 15 Nr. 2 BRAO a.F. 撤銷其律師許可。公司業務單獨執行者之地位與律師職業形象並不相容，訴訟提起人以追求營利利潤之形象出現。其究竟是本身親自經營或藉助他人幫忙業務並非重要，其完全責任並不因此受到影響。身為單獨的業務執行者必須將公司商業營利行為之結果歸屬於自己。

名譽法院駁回了請求為法院裁判之申請且就受責難判決之理由提出看法：訴訟提起人不得主張信賴保護之理由，不可期待的困難亦不得見。

立即的訴訟亦無效果，聯邦最高法院認為，一九八九年十二月十三日依律師及專利律師修改法加以修正的聯邦律師法對訴訟提起人並無有利的改變。在無裁量瑕疵下許可被撤銷，依新的法律規定存在撤

回之理由，律師以營利行為主體方式出現從事非法律專業行為者，與律師職業形象不相容。律師為法人之法定代理人時，其行為必須依公司的業務行為為出發點。若其經營商業時，其行為將大部份由追求利潤之目標所主導。法代或組織上之代理人行為則因此突顯出其商業營利之特性。

6. 訴訟提起人6)自一九八六年起曾任一股份有限公司之法務部門主管。他於一九八二年二月獲得律師許可。他與其他兩位律師共同執行律師業務。自一九八三年起其乃是一家各種保險之證明、仲介及處理的保險仲介有限公司之單獨執行業務者。

當律師公會知悉此事後即著手開始撤銷其許可，邦法務行政機關則據此作出該受提起人指摘之處分。名譽法院駁回判決許可之申請，立即訴訟亦無效果。聯邦最高法院主張其對商業營利行為向來的判決並重覆指出商業營利之想法與律師職業絕對分離的前提。撤銷許可將帶來不可期待的不利益之論點並不存在。

7. 訴訟提起人7)自一九五三年起即在其家族所屬之鋼鐵加工企業內工作，自一九五六年起為法律顧問。他於一九五七年獲得律師許可。自此其與另一位律師及公證人合夥執行律師業務。一九六六年其成為家族事業的無限責任股東。於該人合公司專換成以有限公司為股東之兩合公司 (GmbH & Co KG) 後，其成為兩位負責執行業務者之一。其所負責的業務為人事、社會和法律問題以及控制投資。

當高等法院院長於一九八九年知悉訴訟提起人企業上之行為後，即撤銷該律師許可並以 § 15 Nr. 2 BRAO a.F. 為依據申請名譽法院判決亦無結果。立即訴訟亦被駁回。聯邦最高法院指出其主張營利行為與

律師職業形象不相容的向來判決。其更進一步指出，雖然律師職業形象自許多年來已逐漸在改變，但對於營業行為之禁止卻無影響。

四、

1. 訴訟提起人 1) 在其所提起之憲法訴訟內指摘所有在許可及名譽法院之程序中所為之決定。就法律保護要件而言，其主張遲來的律師許可將影響其對於專門職業保險機構的給付請求權及使其獲得公證人許可的時間延後。此導致了其財政上之損失。其必須放棄在大學的兼職。在其父親事務所做為共同工作者得獲得之利潤必須獲得律師許可後始有可能，因此其保留了主張損害賠償及結果除去請求權之權利。

訴訟提起人主張許可之拒絕不當地限制了其選擇職業之自由，在其案件中，基於保護司法制度之功能及獨立且有效能的律師職業形象，依 § 7 Nr. 8 BRAO 來拒絕給予許可乃是不適合且沒有必要的。依比例原則而言，應給予附負擔之許可，而律師公會得對其給予監督即可。

除此之外訴訟提起人亦認為基本法第三條第一項受到侵害。聯邦最高法院所依據者乃是以律師許可為副業的判決內容。而其卻以追求此項許可做為主要職業，因此該項拒絕對其而言在經濟及職業觀點上是受到不同的嚴重不利益。

2. 訴訟提起人 2) 攻擊使名譽法院之決定被廢棄之聯邦最高法院裁判。§ 7 Nr. 8 BRAO 是否符合明確性之要求是有疑問的。立法者必須親自規定不可兼任條文之基本內容。自憲法之觀點，法院不得代替立法者為基本的決定亦不得超出法律之外對職業自由之基本權利加以限制。依 § 7 Nr. 8 及 § 46 BRAO 律師

行爲及雇員行爲（亦包含公職在內）之並存是可能的。許可之拒絕對保護司法制度之利益是不必要的。可能的利益衝突已由刑法第三五六條、§ 45 Nr. 1-3. § 46 BRAO及律師專業法規的基本原則充分地加以規範。無論如何僅是存在利益衝突的可能並不能合法化對職業選擇自由之限制。

最後聯邦最高法院之判決亦侵害了法定的聽證程序，若聯邦最高法院允許其能將契約上工作義務時間上的彈性更加詳細說明時，則對其有利的判決將不會完全被排除。

3. 訴訟提起人3) 提起憲法訴訟責難所有在許可及名譽法院程序中所爲之決定並責難其基本法第十二條第一項及第三條所保障基本權利所受之侵害。

律師許可之拒絕並無任何法律基礎。§ 7 Nr. 8 BRAO 並不符合法治國家所要求的明確性原則。雖然立法者在基本法第十二條第一項範圍內得確立職業之形象並提出許可之要件，但卻必須本身親自制定該許可標準。此項任務立法者不得移轉至司法機關。即使法院有權具體化不確定法律概念，在上述案件中法院則超越了法律所規定的界限。聯邦律師法並不排除在雇員關係中的法律顧問行爲。第二職業僅在其將危及顧問及代理行爲之自由及獨立性且危及律師做爲司法制度機關之地位時，始與律師職業不相容。在他的案件中並不存在此種情形。

除此之外在法、律顧問律師及給予第三人法律諮詢的雇員間並無存在得以於處理律師許可時給予差別待遇的不同情事。相同的情形亦適用於其他在承租人協會、消費者保護團體及其他組織內以從事法律諮詢行爲作爲副業之律師。

4. 訴訟提起人4) 責難所有在先行程序中對其不利之判決，並主張及基於基本法第十二條第一項及第三條第一項之基本權利受到侵害。其並不責難該法律規範是否違憲，而是攻擊該規範在判決中的解釋及適用。

拒絕給予律師許可乃是對於職業選擇自由嚴重的侵害，因此只有在保護重大公共利益始許可。因此導出必須嚴格適用§ 7 Nr. 3 BRAO之義務。在具體化此項規範時，聯邦最高法院應考慮律師職業形象的改變。僅因律師許可申請者職業上之地位所為概括一般的許可拒絕，則不在§ 7 Nr. 3 BRAO正確的適用範圍內。其雇員之行爲與法律顧問律師之行爲並無區別。其僅提供其僱主法律諮詢且其具體僱員行爲之規劃並不限制律師業務之執行且不受指令之拘束。

除此之外此項許可拒絕乃是恣意的，因至今爲止所有在競爭中心相同的雇員皆獲得法律顧問律師之許可。

5. 訴訟提起人5) 針對其律師許可之撤銷提起憲法訴訟。（其主張爲）：§ Nr. 2 BRAO a.F.之法律基礎並非充分地確定。自該規定中並無明白得出其身爲多數事業單獨業務執行者與律師職業形象不相容之結果。

6. 訴訟提起人6) 主張其基於基本法第十二條第一項及第三條第一項之基本權利受到侵害。

撤銷其許可之行爲缺乏一項充分明確的法律基礎。§ 15 BRAO a.F.欠缺法律保留原則下必須具備的明確的不兼任規定之內容。受攻擊判決中對於該規定之解釋及適用亦通不過基本法第十二條第一項標準

的考驗。在其個案中得合法化許可拒絕的具體公共利益並不存在。其在不同的辦公地點獨立自由地從事兩項職業，因此尋求法律保護之大眾並不會受到誤導。其在實際上及時間上亦得高品質地執行律師的業務。

7. 訴訟提起人¹⁾亦就撤銷處分及名譽法院之判決提出憲法訴訟。其特別是對於造成名譽法院判決中許多矛盾之處的限制職業選擇自由，§ 15 Nr. 2 BRAG. a. F. 規定的不明確性提出責難。藉由歷史解釋之方式來具體化概括條款內的方法忽視了因法院外經濟諮詢行為日益增加所突顯出律師職業形象的轉變。許多重要事業及協會的理事皆擁有律師許可，此不但不會減損反而會增加律師的形象。

在解釋及適用該規範時，並未注意到許可之撤銷對於保護特別重要的公共利益既非必要亦非可預測的。公共利益的侵害必須具體地加以證明而不是抽象概括地依僵硬的類型加以推測。若其涉及不相容行為的混合時，並不需要侵害職業選擇之自由，限制職業行為的行使方式即為已足。

訴訟提起人同時責難恣意的差別待遇。在其為業務執行者公司之行為在判決是否相容時，將之歸屬於訴訟提起人，雖然其對外並未表現出來；在法律顧問律師時，相同的事業行為之歸屬並未予以考慮。保護企業權及作為律師自由業行為的基本法第十四條亦受到侵害，許可之撤銷剝奪了其繼續服務基本顧客的機會。

IV、

1. 聯邦法務部長以聯邦政府之名義就訴訟提起人¹⁾及⁵⁾之訴訟程序提出意見。其就彼等所提憲法訴

訟之理由作出辯駁。

（聯邦法務部長：）基本法第十二條第一項之職業自由雖包含了選擇多項職業並得同時兼為之權利，但立法者亦有規範職業秩序之權限。就此立法者亦有權制定有助於明確釐清職業形象的不得兼任規定。對於在選擇第二職業時法律所規定的不可兼任性應採取較其他客觀許可限制較低的要求。§ 7 Nr. 8 BRAO 及 § 15 Nr. 2 BRAO a.F. 之規定乃符合此項要求。法律規定亦是充分明確內。律師的職業形象得自 § 1-3 及 § 343ff. BRAO 的規範關係中導出。名譽法院之判決亦充分具體化此項規定。聯邦法務部認為該受指摘之判決是正確的。就較高地位之要求乃是基於作為司法制度機關，自我負責及獨立之律師職業形象且有助於保障自由律師的原則。營利的經濟行為將使得尋求法律保護之公眾對於律師基本的獨立性產生質疑。以商人身份參與經濟生活的律師將無可避免地被視為商人律師或律師商人。即使其個人行為完全正直無瑕疵，但其獨立性卻不免乏人懷疑。此將危及國民對於司法制度的信賴。比例原則在此是受到遵守的。

2. 聯邦律師公會對所有的訴訟皆表示意見。其肯認 § 7 Nr. 8 BRAO 以及 § 15 Nr. 2 BRAO a.F. 之合憲性。此等條文乃是充分明確的。概括條款之具體化可依傳統的解釋方法來完成。與律師職業不相容之行為乃是使人對法律所規定之職業形象產生質疑的行為或在公眾中引起律師許可申請者受到特別律師的限制及責任印象之行為，雖然其在實際上並非如此。

該公會僅在 1) 的憲法訴訟中指出了憲法上的疑慮。（聯邦律師公會：）惟較高地位乃表明顧問律師

不可缺少之特徵。從屬之雇員行為將妨害做為司法制度機關律師之獨立性及為律師之形象。只有較高地位者始能在工作時間外毋需獲得雇主之同意自由執行業務且不僅是偶而執行律師業務。學術助手之行爲並不見有較高地位之特徵。此處適用之結果如同完全地阻絕職業的從事且無法通過基本法第十二條第一項之考驗。自種類及範圍的觀點，學術助手的行為皆僅具有附屬之意義，正因為如此其並不阻礙自由獨立地執行律師業務。問卷結果顯示，大多數的地區性律師公會在明顯低於每週四十小時的學術助手行為時，皆不會拒絕給予許可。

在2)的憲法訴訟中並無憲法之疑慮。在地區性內相當重要的國家機關工作，其於相當廣的範圍內執行高權任務並因此面對相當多數之人群。此如§ 7 Nr. 10 BVerfGG所指出與獨立於國家及自由顧問者之律師形象並不相容。

就訴訟提起人3)及4)的訴訟，聯邦律師公會強調調立法皆可透過不相容之規定來處理有關義務及負責之不明確性。與聯邦最高法院之判決同，其亦擔心尋求法律保護之公眾依其所有傳統的律師職業形象無法認識或理解，提供法律諮詢之雇員並無法如同自由業的律師自我負責地執行業務及負擔行為的結果。

有關律師行為與商業——營利行為不相容之判決在憲法上是沒有問題的。其僅認為利潤追求的想法必須完全遠離律師職業的要求應加以降溫；於現行有效的專業法規及聯邦律師法有關執行業務規範的界限內，得追求某程度之利潤。但同時執行律師業務及從事商業——營利行為將導致律師職業形象的破壞。此類職業的結合將帶給公眾極大的失望。律師一方面在其專業領域內所必須受的限制及另一方面在營利活

動中所受限制之不同對公眾而言是很難認清且理解的。此項情形將導致在兩項不同職業領域活動的律師形象產生分裂而使得公眾不再信任他。特別是在商業——營利行為明顯地為第二項職業之特徵且具有典型的律師任務時，此項不信任將更加明顯。

3. 德國律師協會認為所有之憲法訴訟——第二件除外——皆有理由。

(德國律師協會...) § 7 Nr. 8 BRAO, § 15 Nr. 2 BRAO a.F. 及 § 14 III Nr. 9 BRAO n.F. 符合明確性之要求且透過法院之判決已充分地闡明。唯由於所涉及的乃是客觀的許可限制，因此必須嚴格地加以解釋。值得質疑的是該處以傳統的律師職業形象為出發點，其卻在律師界內外有不同的看法且隨著時間有重大的改變。如同 § 46 BRAO 所指出，從事不受指示拘束之行為基本上符合律師的職業形象。唯要求律師業完全不准加入任何營利之觀點乃是一種純想像，其與事實不符且在今日的競爭條件下失去意義。商業行為及自由業依其本質不能互為主業及副業同時從事之論點是沒有理由的。不同類型的結合及角色的變換在職業生活中是常見的，尤其在律師界更是流行的。所謂引起尋求法律保護公眾的混淆是無法證明的。僅是理論上利益衝突之可能並不得合法化律師職業的禁止。不同活動領域之區隔可透過嚴格的職業行使規定來達成。

憲法上特別有問題的是較高地位之特徵，聯邦最高法院僅以申請律師許可者組織法上之地位為準，而放棄去確定是否真正存在衝突之情形。此將帶給職業新鮮人重大的不利益。只有基於該行為具體之內容始能判斷是否危及到司法制度功能之發揮。在訴訟提起人¹⁾的案件中並無此項情形。學術助手之行為

甚至有助於律師職業的形象。

就(3)及(4)的憲法訴訟德國律師協會亦採取相同的看法。訴訟提起人基於雇主之委託提供第三人法律諮詢並無可責難之處。其仍可執行律師業務，律師職業上之獨立性並沒有受到限制。在其他程序中受到責難判決之理由則過於一般化且不符合比例原則。

德國律師協會認為憲法訴訟提起人²⁾憲法上之疑慮是沒有理由的。雖然聯邦最高法院以雇員工作時間範圍為標準的看法不足採，但其第二項論點是有理由的。長期在公務機關且間或行使高權功能之行爲排除了律師職業的許可。

任何高權行爲皆與§ 3 BzO所規定之律師獨立性不相容。其將引起公眾錯誤且傷害律師職業形象之印象。

4.對於第一憲法訴訟提起人之程序，自由律師聯盟亦提出其看法。其認為憲法訴訟有理由。法院在適用§ 7 Nr. 8 BzO時，並沒有正確認識職業選擇自由之意義，許可禁止之目的僅能是爲了保障司法制度之運作且必須以事實上雇員關係之內容為準。就訴訟提起人而言，除身為學術助手外，顯然地仍能獨立地執行律師業務。學術助手之行爲是否得視為較高地位之行爲是無所謂的。此項特徵僅是令人想起過時的社會階級偏見。

5.地區性的律師公會及法務行政機關則防禦其受到責難的決定。

B、憲法訴訟基本上應被許可。

不應被許可的是訴訟提起人1)及3)對於高等法院院長停止決定所提出之訴訟，因其並非涉及實質之決定。邦法務行政機關雖依§81 BRAO之規定必須對於律師許可之申請作決定，唯有有管轄權的律師公會理事會提出含有§7 Nr.8 BRAO拒絕理由之鑑定書時，其必須依§9 BRAO之規定停止許可程序之進行。判斷此項拒絕理由是否存在乃是名譽法院之權限。透過聯邦憲法法院來撤銷該停止決定對訴訟提起人而言並無帶來任何利益，因其並無法更進一步獲得所想要的律師許可。就此而言，需要在名譽法院進行的程序中獲得勝訴。

除此之外並無任何許可上之疑慮。訴訟提起人1)法律保護之利益並不因其在此期間內已依申請獲得律師許可而消滅。申請人在重大遲延後始獲得許可，而且是因為訴訟提起人放棄其在大學學術性助手之第二職業後，其職業上之不利益因而產生。因此其擁有確認此項律師許可拒絕為違法之利益。其明示地保留了主張結果除去及損害賠償請求權之權利。

C、訴訟提起人1)及3)至7)的憲法訴訟基本上是有理由的，但訴訟提起人2)的憲法訴訟則無效果。

I、

1. 律師許可之拒絕及撤回乃是侵害基本法第十二條第一項所保障的職業選擇自由。此項自由基本上

亦包含選擇多項職業且同時從事之權利 (BVerfGE 21, 173 (179))。若基於排除特定職業行為結合之目的而限制該自由時，則僅能依法律或基於法律為之且只能為保護特別重大的公共利益及符合比例原則。

法定限制職業選擇自由明確性之要求及比例原則所植基的觀點則依職業選擇自由受到何種程度之侵害而定。其得依侵害之方式及目的而定。聯邦憲法法院認為侵害程度之確定得依該項職業禁止究為主觀或客觀前提要件而定。職業的從事若依申請人個人之特質及能力而定時，此項自由之限制相較與個人條件無涉的許可要件而言則較為輕微 (BVerfGE 7, 377 (406f.))。所謂的不相容規定並無法一般地依上述區別特徵來加以分類，因其得同時擁有主觀及客觀之因素。此項區別就不相容規定對申請者之影響亦無任何意義。在評價此項不得兼任規定時，最重要的是依職業禁止將帶給申請者何種經濟後果及其必須花費多少費用來越過此項門檻 (BVerfGE 21, 173 (181.f.))。

欲選擇律師職業者必須考慮律師市場內特別的條件。在該市場內存在相當激烈的競爭情勢，該情形又因職業新鮮人數目之增加、在歐體內的設立自由及其他職業團體（特別是會計師及稅務顧問）的法律諮詢行為日益激烈（數目及詳情，Winters，律師市場 Der Rechtsanwaltsmarkt, Koeln 1990, S. 10, ff.）。基於此項因素對許多律師新鮮人而言，從事第二項職業是保障生活不可缺少的，一直必須到其擁有足夠的客戶來源或已有必的知名度時，才有可能放棄。因此不可兼任之規定在此影響特別重大。德國律師協會在其意見中亦明確地指出此項情況。

2. 規定律師職業與其他職業活動不相容之條文必須充分明確。立法者至少必須明確地表示基本想法

及立法目的 (BVerfGE 17, 306 [314])。該規定愈能提供侵害基本權利所保障的範圍之基礎時，則此項要求更強烈 (BVerfGE 83, 130 [145] = EuGRZ 1991, 33 [37])。受規範者必須能夠知悉，其職業的從事須依何種條件而定。解釋及適用的問題雖然勿須完全排除，但在重大侵害職業選擇自由時，卻必須要求能透過傳統的法學方法獲致明確的結果。在受責難的判決中所引用的法律基礎——§ 7 Nr. 8 BRAO, § 15 Nr. 2 BRAO a.F. 及 § 14 II Nr. 9 BRO n.F.——只有與立法理由緊密相連在一起解釋時，才能符合上述要求。

a) 上述所提及的條文並未詳細地描述與律師業務執行或律師業形象不相容的第二項職業的構成要件前提。因此自其並無法直接得出立法者追求何項目標，若其認為特定的第二職業與律師職業不相容時。同樣地亦並未表明其所指究竟為何種職業及法務行政機關及名譽法院在許可決定時究應遵循何項標準。此項歷史原因所造成的不明確性，若無法依其他解釋方式得到釐清，則其在憲法上是值得非難的。但此項可能是存在的。

自政府草案明確的立法理由中可以得出，該備受爭議的規定乃是以一八七八年七月一日律師中相同的規定以及至一九三三年帝國法院就此所為之判決為出發點。立法者亦明白內容必須加以調整。在立法理由中強調職業自由之基本權利僅在申請者執行其業務將危及司法制度或尋求法律保護者之利益時，始能加以限制，換句話說始能拒絕給予許可 (BTDruks III/120, S. 56zu § 19)。基於可能案例之多樣性並無法給予一項完全的定義，而是在個案中為必要之審查。判斷時最重要的是依律師——依其一般之職業

形象——是否於顧問或代理行為時，能獨立客觀地執行業務（a.a.o., S.57 Zu Nr.8）。自立法理由中所列舉之例子可以得出立法者認為建立典型的類型是有可能的。例如需要全部勞動力且受嚴格指令拘束之行為與律師職業不相符合，因其無法有足夠的空間來從事顧問及代理行為，使得律師此項職業名稱成為內容空洞的頭銜。除此之外，尚有違反國家法令、善良風俗及司法制度利益之行為作為例子（a.a.O., S.58）。

在聯邦律師法第一章中可發現此項觀點。在第一章中特別強調顯示律師職業形象特徵獨立性及專業性之重要（§1及§31 BtAG）。因第二職業之範圍及任務危及或妨害該資格及誠實正直之可能是顯而易見的。於自始即可預見之案例，該有爭議的規定應賦予法務行政機關拒絕或剝奪該項許可之權限。因此項目標得自法律本身及其立法理由中明確獲知，故該規定於此限度內乃是充分確定的。明確指出與律師職業行為不相容行為特徵的工作，立法者得賦予司法機關為之。

b) 較有疑問者為，律師許可亦應依該同時從事之職業是否與「律師之形象」相容而定一事。自立法史中並無法明確得知其究竟何指。此處並無法以一八七八年律師法上之評價為出發點。當時之規定為律師業尊嚴，這其中專門職業政策之觀點扮演重要角色。唯適用基本法時，並非如此（BVerfGE 76,171 [189] = EuGR 1987,594 [599f.]）。

政府草案的理由指出為任何事業行為而任出差（Reisender）代理人之行為為例子（BTDrucks. III/120, S.58）。但其卻無助於說明此項問題。一方面其僅證明不相容之結果可自律師職業及律師業之形象中導

出，而兩者卻無法明確的區分；在另一方面，此處為何及基於何種條件下涉及律師業之形象並未說明。此等例子顯然地可自在一九五九年尚有相當明確輪廓傳統的職業形象觀點中加以了解，但基於社會強烈之變化，此項觀點已有了重大的轉變（參見Paul, in: Koetz/Paul/Pedamon/Zander, *Anwalttsberuf im Wandel*, 1982, S. 11ff.）。德國律師協會及自由律師聯盟在其意見中亦指出此項轉變。

唯若並非孤立地看待此項構成要件，而是將之視為補充及強化上述構成要件的另一項選擇時，則其仍具有充分得確定之內容。專業及誠實正直的問題並非僅針對個別之申請者及其將來的當事人，亦包括律師業整體。大眾對律師業之形象可能因個別律師執業的情形受到影響。其亦可能影響到基於司法制度功能運作所必要的對律師的信賴基礎。在此意義下，政府草案理由中要求律師行為必須考量其對於公眾之意義（BTDucks. III/120, S. 49 Zu § 1）。自此可以得出，在判斷律師職業是否與其他行為相容時，不得僅依個別申請者之誠實正直及其職業特殊情況而定。即使在個案中給予其正面之評價，仍必須再考慮，從事第二項職業是否會使得尋求法律保護之公眾產生合理懷疑律師之獨立性及專業性，因而使得律師業形象整體而言受到傷害。

由法院判決在此情況下所發展出的重要類型為公職中的雇員關係。政府草案理由中一般地亦認為，若律師依賴國家時，則不論依何種方式皆將違反自由律師之原則（a.a.O., S. 49 Zu § 2）。在該法律的特別規定中可以找到此項評價之體現（§ 7 Nr. 10 及 § 47 BRAO）。另依立法者之意，§ 7 Nr. 8 BRAO 則得補充該規定（a.a.O., S. 78 Zu § 59）。即使公職行為不去考慮具體個案時之種類及範圍得完全與律師

職業相區隔，則其僅能依受國家拘束之行爲一般地給予尋求法律保護之公眾之印象來加以解釋。此處事實上首要涉及的是自由律師之職業形象，而因此亦涉及到律師業之形象。在此情況下，此項構成要件特徵亦得被視爲充分明確。

3. 在上述所指出的範圍內，自憲法之觀點，該具爭議性之條文並無問題（§ 7 Nr. 8 BRAO, § 15 Nr. 2 BRAO a.F. 及 § 14 III Nr. 9 BRAO n.F.）。

律師公會及名譽法院所爲的解釋及適用符合比例原則。

a) 該項規範之目的在於保障律師之專業性、誠實正直及足夠的行爲空間，及保護律師業必要的信賴基礎（上述 2 a 及 2 b）。其乃有助於司法制度之正常運作，即重大的公共利益。

就此其亦是適當的。若自始且一般地得排除受不同職業義務拘束之行爲同時行使之可能，則能較須不時控制職業行使之專業監督更能有效地阻止利益衝突及義務違反。整體職業形象透過不相容原則得較透過多數職業行使之規範更易明確清楚。大眾對於職業形象之要求及期待則有更明確的依據，其觀點則較不易受到誤導所影響。

b) 較難回答的乃是，該有爭議的不相容條款是否必要且對於申請者是否乃是可期待的。此以法律目的無法依其他相同有效卻較少侵害的措施來達成爲前提；除此之外申請者之利益不得明顯地較司法及律師業之利益爲更重的考量。在回答此項問題時必須注意，立法者亦僅規定了概括條款。立法者首先僅認爲職業之結合將危害司法制度，因此嚴格的區分是必要的。在此類案件中限制當事人職業選擇自由對

其而言是可期待的。此項規定是否過度影響該自由，則依法院如何來具體化此項概括條款而定。因此在解釋及適用該條文時必須特別注意比例原則。該原則要求在發展典型的不相容規定時必須相當謹慎保留。

II、

1. 聯邦最高法院就訴訟提起人(2)在Hennover大學的職業行為基於兩項理由認為與律師職業不相容。首先訴訟提起人因副業許可中強烈地限制使其無法於必要的範圍內執行律師業務。此外其與重要的公法團體間的關係將使得尋求法律保護的產生過於接近國家及利益衝突危險之印象。如同上述所言(128及129b)，此兩項拒絕理由皆可在§ 7 Nr. 8 BRAO中找到足夠的法律基礎。法律之解釋及適用基本上屬法院之權限，聯邦憲法法院僅在相當有限的範圍內始得加以審查(BVerfGE 15, 86[92f.])。

僅在訴訟提起人之職業選擇自由受到過度之限制時，始有憲法訴訟上改正之必要。唯其卻無法確定。

2. 就執行律師業務不可缺少的法律及事實上行為空間，聯邦最高法院在其一貫的判決中則依申請者是否能擁有足夠值得重視的且非偶而之顧問及代理行為而定(BGHZ 33, 266[268], Pfeiffer, Jn: Es.f. Walter Oppenhoff, S. 249[254f.])。此項具體化之原則乃自法律的目的中導出，乃是保障律師專業性及獨立性的最低要求。其是適當且必要地排除純「下班」律師的出現且阻止律師的職業名稱成為空洞的頭銜。期待可能性則得自當事人已擔任且時間上受到限制的主要職業，因此一般而言禁止其律師業務。

之執行對其打擊並不會太大。

訴訟提起人²⁾在大學僅上半天班。不得僅以有兼職行為來合法化律師許可之拒絕。聯邦最高法院就此並未以時間上之負擔做為決定性的論點，而是依兼業許可受到強烈限制，因而無法在足夠的範圍內執行律師業務為定。就此訴訟提起人責難程序上之處理；其認為事實並未足夠明確地釐清。此項責難是否得足以作為理由要求且迫使作成憲法上之審查，在此可不用加以討論。受責難的判決基於其他理由所作成，而該理由是可以接受的。

3. 訴訟提起人²⁾乃是在大學中服公職的雇員。其對外代表該公法人團體且從事高權任務。基此產生了與國家緊密之關係，此關係依聯邦最高法院之判決原則上與自由律師之職業形象不相容且影響到律師業在大眾中的形象。

此項判決是妥當有助於達成法律之目的，防止不受國家影響的自由律師職業形象因律師兼任類似公務員之職務受到損害。為達成此項目標有必要明確區隔不同職業的範圍，因專業監督方式並無法有效地排除依賴關係或至少在公眾眼中並無法相同有效。對當事人而言，職業選擇自由之限制僅在該不相容原則適用時並非僵硬不變下才有期待可能。公職的專業分類相當廣、多樣的形式及服務內容則必須不同地加以評價。聯邦最高法院的判決乃是公平合理的，若其依雇用的公法人團體之任務範圍種類及重要性作判斷。至少在尋求法律保護公眾的眼中，律師獨立性可能因為受國家拘束而受到妨害。此並非不適當的。

具體個案中該原則之適用乃是法院的權限。在訴訟提起人(2)的案件中大方的決定亦是可能的，例如下薩克森邦名譽法院的判決；聯邦最高法院卻提出個案中許多依其觀點得禁止律師許可之因素。自憲法之觀點此不得加以責難。

III、

其他訴訟中受責難的判決皆是以聯邦最高法院所發展出且在相同條文適用的不相容原則為基礎。此項原則過度地限制職業自由，與基本法第十二條第一項並不符合。若立法者願採納判決之價值判斷，其亦必須制定更詳細不同的規定。

1. 訴訟提起人1)被拒絕給予律師許可的理由僅是其在學術上的助手行為並非具有較高地位之行為。在此情況下，行為之種類已非重要，因其乃是長期的且其對外表現之形式乃是助手行為之展現。基於許多理由，此項認定在憲法上是無法維持的。

較高地位之特徵過於不明確，因此無法符合限制職業行使規定必須遵守的法治國家規範明確性的要求。聯邦最高法院欲將所有依其重要性及責任屬於附屬工作之行為排除；但其卻沒有成功地賦予此概念明確的典型輪廓。雖然應依終止期間之長短、薪資額度、代理權及指示權來考慮，但基於職業及經濟生活之多樣及多變性，實際上不可能有效地判斷及評價此類論點。具體案件的決定對申請者而言是無法預見的。

特別不明確的是，藉由較高地位之特徵來達成何種法律目的。律師業之社會聲望並非此處所指，蓋

僅是職業上之利益不得合法化對職業自由之限制（BVerfGE 76,171[189]—EuGRZ 1987,594 [600]）。

聯邦最高法院在其先前的判決中曾指出，該特徵所涉及的乃是保障律師之獨立性（BGrZ 35, 119 [122f.]）。及考慮律師典型法律上之行為自由（BGr, EGEXIV, S.49[50]）。受責難之判決並未依循此項原則；訴訟提起人(1)的獨立性及行為自由顯然地並不會因為其在大學微不足道的行為而受到妨害。基於何種公共利益得限制訴訟提起人之職業選擇自由並不明確。

若回到聯邦最高法院先前之判決，其認為較高地位要求的目的在於保障律師業務執行的自由及獨立性，則依此理由所為職業選擇自由之限制違反了比例原則。在第二職業中擁有較高地位之條件並非適當的手段來完成該項目的。並無任何一般的經驗原則或相同的公衆意見認為領導階級之受僱人相較於從屬的僱員較少受到職業上之拘束或較少產生利益衝突。相反地立法者認為領導階級的受僱人與僱主的事業目標強烈地結合在一起（§5 III BGrVG）且需要僱主特別之信賴（§ 14 KSchG）。從屬的職務及僱員關係雖可同樣出現相當強的拘束及依賴性，但僅依等級的特徵卻無法正確掌握。

2. 訴訟提起人3)及4)被拒絕律師許可之理由為，其乃是以僱員身份提供法律諮詢。此類法律諮詢工作並非一般地不允許，但此處諮詢關係卻存在於其雇主及雇主其其聯盟和協會的成員間。因此訴訟提起人與尋求法律保護者間並無自我負責之關係，此與律師之職業形象不相容。

上述理由已因此項限制自由之侵害的法律基礎乃是值得質疑的而有憲法上之疑慮。立法者在§5a BGrG中規定，法律顧問之行為並非一般地與律師職業不相容。自立法理由中可以得出，立法者明確地認

知到依賴性之僱傭關係與律師職業形象並不相容，但——與在公職服務不同——職業從事之禁止是不必要的。在法律顧問律師所具有的雙重身份領域內作明顯的區分，基於正常司法制度運作之利益乃是不可缺少的，但其應透過職業行使之規定來達成（BTDrucks. III/120.S.77）。與律師職業不相容的顧問僱員行為的例子如該行為乃在為規避法律顧問法（Rechtsberatungsgesetz）之事業內所為，即從事受禁止的法律顧問行為。在此處所涉及之案件中並沒有出現這樣的情形。相反地在判決中與律師職業的不相容性卻以訴訟提起人不僅給予其雇主及同事，還給予相當廣泛的協會及聯盟成員法律諮詢為理由。在法律中及其立法理由中並無法找到正是該項因素對於許可律師職業有重要決定性意義之依據。

有關法律基礎之問題得不加以討論。即使採取與聯邦最高法院相同之意見，則司法制度之利益將受認為到強烈影響，若許多尋求法律保護者由不具獨立性的法律顧問提供諮詢；但僅因為法律顧問提供諮詢之行爲亦擴及其僱主協會及聯盟之成員即禁止其執行律師義務，則違反了比例原則。法院認為該案具有特別危險之因素，即相同人員在職業行為責任的分裂對局外人而言並非一直皆是足夠明確且將明顯地危及法律安定性及產生混淆的形式（BGH, BRK-Mitt. 1988, S.27[272]）。僅依此項危害並不能合法化職業許可之禁止。若立法者欲阻止不同顧問行為之結合及混淆，則其不會以亦提供協會及聯盟成員法律諮詢作為必要限制職業從事的論點，雖然其認為在法律顧問律師原則上利用職業行使上之規定即已足夠。透過職業義務之負擔亦能獲得明確劃分不同顧問行為之結果，而得避免對職業選擇自由之侵害。除此之外，當事人相對於法律顧問律師在§46BAG下至少受到無可期待的巨大不利益。

3. 在訴訟提起人 5), 6) 及 7) 的案件中應特別地對個案做詳細的審查，因自多年來其已是具有兩項職業，即律師及營利事業之代表。受責難之判決並未探求是否有依據支持利益衝突或職業義務違反之情形。撤回律師許可之原因僅在於，營利行為基本上與律師職業行為不相容且公司機關必須負擔事業之目標；僱傭或公司契約之特性、助手之存在及至今為止所有的職業實務皆是不重要的。此項理由在憲法上是不足採的。

律師及營利行為基本上不相容之原則，在聯邦律師法中並未顯現出來。除此之外亦無論點支持立法者相信律師業之形像會受到經濟行為之危害。雖然立法理由中強調，律師不得受利潤之追求所支配；但其更進一步指出，此項理由乃因為自其得產生職業義務所以才顯得重要；因此律師不得從事競爭、不得針對同業為低價競爭及不得參與訴訟程序中所獲得之利益 (BfDrucks. Nr. 120, S. 49zu § 2)。自此並無法得出從事第二項職業必須負擔之義務，亦無法得出受不同義務拘束的職業是否相容。

惟聯邦最高法院之看法是正確的，律師之獨立性及誠實正直及其依法及依當事人利益行為之原則有可能因第二項職業行為具有強烈營利之特徵而受到危害。特別是在得利用其在顧問行為時所獲得之資訊於商業行為時，利益衝突之情形相當明顯 (稅務顧問之例子，BVerfGE 21, 173 [182])。防禦此項危險乃是基於司法制度之利益及律師業之形象所必要且亦是該受爭議的職業選擇限制規定明確的目的。唯若聯邦最高法院自此導出，營利之觀點必須完全不得介入律師業之原則 (BGHZ 40, 194 [196])，及一九九一年三月二十五日在 1 BvR 772/91 程序中之決定，[S. 9. des Urdrucks]，且基於此項理由無視任務內容及工作條件將任何營利事業之機關皆排除律師許可之授予時，則違反了比例原則。

以不得再從事任何營利行為為前提做為許可執行律師業務前提之規定，無論如何皆是適當地作為一

項全面排除利益衝突之方法。但如此廣泛的職業選擇自由卻是不必要的。在幾乎無法一目了然、多樣的商業行為中亦有許多職業行為可以毫無困難地與律師業務相區隔，至少可藉由職業行為行使之規定。法院之任務則在於考慮營利行為對於司法制度可能帶來之危險且各依其發生的或然率歸納出不同的職業類別。除申請人必須擁有足夠的時間來執行值得重視而非偶而的顧問及代理行為外（上述Ⅱ2），只有利益衝突所帶來之危險明顯表示出來且無法以職業行為行使之規範加以排除時，職業選擇之限制才是必要且可期待的。相反地一般性的職業許可禁止是不適當的。

4. 因訴訟提起人1), 3), 4), 5), 6)及7)由於沒有獲得律師許可或許可被撤銷，其在基本法第十二條第一項所保障的基本權利受到侵害，因此所有合法提起訴訟受到責難的判決必須加以廢棄。在1 BvR 79/85 的程序中僅需要再對訴訟提起人之確認之訴加以決定，在1 BvR 442/89及1 BvR 238/90的程序中必須重新對於律師許可之申請加以決定。在1 BvR 1258/90, 1 BvR 772/91及1 BvR 909/91的程序中不僅是法院判決而是作為法院判決基礎的法務行政機關撤銷處分亦一併加以廢棄（BVerfGE 84, 1 = EuGRZ 1991, S. 116）。名譽法院之任務僅在決定上述程序之費用。

參與本裁判之法官：Herzog院長，Hensel, Seidl, Grimm, Soellner, Dieterich, Kuehling, Seibert
 訴訟提起人2)之代理人：Werner Wissel律師，Koenigsstraße 55 3000 Hannover 1. - 訴訟提起人3)及6)的代理人：Dr. Hartmut Hiddemann, Goetz Bahemann, Dr. Michael Kleinle Cosack 及 Jutta Wolf律師，Guenterstraße 31, 7800 Freiburg.

訴訟提起人7)的代理人：Dr. Harald Weber教授，Universitätsstraße 25 4800 Bielefeld 1.

關於「法院對不平等民事契約之內容審查之憲法要求之」裁定

聯邦憲法法院第一庭一九九三年十月十九日裁定——1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89載於EuGRZ 一九九三年，第五百七七頁以下。

譯者：李惠宗

〔譯者說明：原判決無註釋，本譯文之註釋由譯者鑑於研究需要所查閱附加。目錄之附增亦同。人名地名除已一致通用者外，鑑於國內翻譯未臻統一，保留原文；法學雜誌與判決集保留原名，俾供查索〕。

目錄

要旨

主文

理由

A、爭點

I、事件背景

1. 信用貸款契約實務

2. 類似案件與日俱增

a) 下級審法院對契約內容審查之法律依據

b) 聯邦最高法院第三、九庭之見解

c) 聯邦最高法院第十一庭之見解

II、本案構成事實

1. 第一憲法訴願案——1 BvR 567/89

a) 本案構成事實背景

b) 民事訴訟過程

c) 訴願人提起憲法訴願之理由

2. 第二憲法訴願案——1 BvR 104/89

a) 本案構成事實背景

b) 民事訴訟過程

c) 訴願人提起憲法訴願之理由

III、各機構立場

1. 聯邦政府

a) 聯邦最高法院排除民法第三百十條之適用之判決及第二庭之判決不生憲法問題

b) 第一憲法訴願案之聯邦最高法院判決違反社會國原則

2. 銀行專業協會

3. 德國銀行聯邦協會

a) 私法自治與社會國原則未受違反

b) 補充意見

4. 德國儲蓄銀行及轉帳銀行協會

5. 消費者協會研究小組

a) 全家責任之後果

b) 年輕人之一般人格權

B、本件憲法訴願程序合法之理由

C、第一憲法訴願有理由，第二憲法訴願無理由

I、基本權規定對民事法一般條款具體化之意義

II、第一憲法訴願有理由

1. 訴願人未享受到該受擔保貸款之經濟上利益

2. a) 私法自治係一般行為自由，必要時得加以限制

b) 基本權地位相互衝突之解決

c) 民法一般條款之關鍵性意義

3. 訴願人居於劣下之談判地位

III、第二憲法訴願無理由

〈裁判要旨〉

民事法院必須置意於基本法第二條第一項所規定私人自治之基本權保障，特別是概括條款之具體化及其適用尤然，例如在民法第一百三十八條及第二百四十二條。如契約係課以當事人一方以反乎常理之負擔並係由於契約締結關係結構上不平等等所致者，則法院對該契約內容有審查義務。

判決主文

1. 聯邦最高法院一九八九年三月十六日之判決——IXR 171/88——侵害本件第一憲法訴願人之基本法第二條第一項之基本權。該判決應予廢棄。本案發回聯邦最高法院。

其餘憲法訴願應與駁回。

聯邦德意志共和國必須賠償本件第一憲法訴願人必要之費用。

2. 本件第二法訴願人之憲法訴願應予駁回。

理由

A、（爭點）

本二件憲法訴願牽涉到民事法院在憲法上於何範圍內有義務，應審查保證契約內容，若該契約係由信用貸款人之無收入或財產之家庭成員與銀行間所簽定，因而承擔高度之風險者。

I、（事件背景）

1. 銀行契約法並無特別之立法。與銀行間之契約因此係依民法上之契約法以及一般交易條款而定，金融機構依此些法律幾乎對其服務給付有完全而一致之規定。在信用貸款實務上，金融機構通常使用廣泛而一致的定型化契約（Formularverträge）。各金融機構聯明所隸屬之中央信用委員（zentraler Kreditausschuss）亦協調此定型化契約之形成。

在擔保實務上，金融機構就消費信用貸款（Konsumkredit）及企業信用貸款（Geschäftskredit）通常係與中產階級企業簽定而令其家庭成員保證。各該家庭成員之收入及財產狀況則多不予審查。此些保證契約之目的並不只是專為擴張責任範圍，而是亦欲防止脫產（Vermögensverschlebung），並促使

貸款人透過其親屬之加入保證而產生一休戚與共的經營 (sorgfältiger Wirtschaften) (德國銀行聯邦聯盟之立場)。

2. 洎自大約十年以來，民事法院一直在處理與日俱增的年輕成年人陷入無法避免的債務過度負擔的案件中，蓋雖然他們收入不豐，仍為其配偶或父母就高額之銀行信用貸款為擔保。

a) 各審級法院 (Instanzengerichte) 對前揭契約實務為廣泛之內容審查。首先，各該法院引據民法第一百二十八條第一項²。杜塞爾多夫 (ZIP 1984, S. 166)、法蘭克福 (ZIP 1984, S. 1465) 以及科隆 (ZIP 1987, S. 363) 之高等邦法院及漢堡邦法院 (WM 1985, S. 1465) 認為，此種不顧收入與財產之有無而將責任擴張至無營業經驗之配偶及其他家庭成員上之行爲，係違反善良風俗 (sittenwidrig)。呂北克 (Luebeck) 邦法院 (NMW 1987, S. 959) 甚至指責此種一開始即可肯認必超過債務人每月禁止扣押財產數額 (Pfändungsfreibeträge) 之債務已違反善良風俗。司徒加特 (Stuttgart) 邦高等法院 (NMW 1988, S. 833) 不引據民法第一百二十八條而以民法第三百一十條⁵為準據。此法院認為，該民法第三百一十條規定具有超越其文義之意義，其旨在保護個人之尋求希望與幸福之不可讓渡之基本人權。如果契約債權人一開始便知悉該一連帶責任 (Mithaftung) 必然導致無可回避的過度債務時，該契約義務須因此而無效。

其他邦高等法院則將依據闡明與顧慮義務 (Aufklärungs- und Rücksichtungspflichten) (對此種契約為內容之審查)，此種義務係源於民法第二百四十二條⁶，而於契約簽定前即已存在 (請參閱

Canaris, Bankvertragsrecht, 3. Aufl., Bd. 1 Rdnr. 100 ff. 所列之判決一覽：Roth, in: Münchener Kommentar zum BGB, Rdnr. 217) o. Celle (城市名) 邦高等法院 (M 1988, S. 1436 [1438]) 及 Hamm (城市名) 邦高等法院 (NJW-RR 1993, S. 113) 則駁回對連帶責任家屬之請求付款之訴，蓋該些起訴銀行違反說明義務 (Hinweispflichten)，未以應有的方式消除誤會，應負損害賠償責任。

9 唯此些下級法院對契約內容之審查被聯邦最高法院第九民事庭駁回 (BGHZ 106, 269; 107, 92; ZIP 1989, S. 629 f.; NJW 1991, S. 2015 ff. und BB 1992, S. 387 ff.)。第三民事庭基本上亦贊同第九民事庭之見解 (ZIP 1989, S. 487 ff.)。(聯邦最高法院認為) 保證契約不能因事先可預見會導致債務之過度負擔即視為違反善良風俗。對完全行為能力人而言，契約形成自由包括法律上的權力 (Rechtsmacht)，該完全行為能力人得據此承受只有在特別有利的情況下才須加履行之義務。保證人未具有營業經驗不得引為加重金融機構之說明及諮詢之義務之理由。一般而言，完全行為能力人沒有經特別說明亦知悉，保證之表示係具有風險之行為。銀行因此得確定，承受保證義務之人應認識其行為之效力範圍並會以自我責任估量風險。唯如果銀行因其自己行為以及一項銀行在保證開始已認識之錯誤，致保證責任風險提高者，則又另當別論。

此一 (聯邦最高法院) 判決在學術文獻上獲有一些部分保留之贊同意見 (Medicus, ZIP 1989, S. 817 ff.; Renbein, JR 1989, S. 268 ff.; 尚能還有 H. P. Westermann, JZ 1989, S. 746 f.)。所有此些文獻皆指出，此一不容爭辯的聯邦最高法院之論點已使得個案面面俱到的總體評價不可或缺)。但大

部分文獻則持反對之意見 (DerJeder, in: Festschrift fuer Baemann und Weitnauer, 1990, S. 121 ff.; Gruen, NJW 1991, S. 925.; H. Honse11, JZ 1989, S. 495 ff.; Reifner, ZIP 1990, S. 427 ff.; Reinicke/Tiedtke, ZIP 1989, S. 613 ff.; Tiedtke, ZIP 1990, S. 413 ff.)。雖有一些上級審法院表示不贊同 (Osarbrueck邦法院NJW-RR 1990, S. 306; Muenster邦法院NJW 1990, S. 1668)。此些批評主要認為，聯邦最高法院太過拘泥而未按(類型)區分以實行法律之內容審查，如此已忽略憲法的基本決定 (Grundentscheidungen der Verfassung)。

◎此期間，主管銀行法審理之聯邦最高法院第十一庭對該判決有所修正 (NJW 1991, S. 923, und ZIP 1993, S. 26)。該庭依據聯邦憲法法院判決之見解 (BVerfGE 81, 242)認為，在契約平等 (Vertragsparität) 受到干擾時，法官應有義務對保證契約內容依民法一般條款與以審查。對於銀行與配偶或父母親所負之連帶責任在一定的要件下，有可能係違反善良風俗。

II、(本案構成事實)

1. BVR 567/89案件

a) 訴願人之父親前經營房屋仲介；其亦建築房屋並出售。一九八二年其向C市儲蓄銀行請求將其信用貸款限額加倍，亦即從五〇、〇〇〇馬克提高至一〇〇、〇〇〇馬克。該儲蓄銀行要求擔保，當時二十一歲的訴願人在一九八二年十一月二十九日簽下事先已印就的保證書 (Bürgschaftsurkunde)，保證金額達一〇〇、〇〇〇馬克，並包括對從屬給付之保證，此外，該保證書上並載明：

1. 茲擔保所有既存與將來發生之儲蓄銀行對主債務人之附條件與期限之請求權。

2.

3. 本保證係以自己為債務人之方式放棄先訴抗辯權 (Verzicht auf die Einrede der Vorauslage)。
。保證人放棄得撤銷以及得抵充之異議權，亦放棄主債務消滅時效之抗辯權。保證人對（保證債務）實施的種類及時點或其他擔保的放棄沒有任何權利。本儲蓄銀行並無義務在向保證人請求之前應先向其他擔保求償。

信用貸款額度因此一保證契約而獲得提高。訴願人就其父親之信用帳戶 (Kreditkonto) 獲有一簽名權 (Zeichnungsrecht)，但其本身並無財產。其未受過職業訓練，常處於失業狀態中，在簽署保證契約時，在一魚工廠工作，每月賺取淨值一一五〇馬克。

一九八四年十月訴願人之父親將房屋仲介業務移交給伊後，逕自經營船舶貨運。該市儲蓄銀行給與融資一百三十萬馬克以購買船隻。一九八六年十二月市儲蓄銀行終止該尚未清償之信用貸款（大約二百四十萬馬克），並通知欲對之行使保證請求權。

b) 訴願人首先訴請確認該保證無效。在該市儲蓄銀行提出反訴 (Widerklage) 請求一〇〇・〇〇〇馬克連同利息之支付之後，原審程序 (Ausgangsverfahren) 兩造聲明該確認之訴已終結。邦法院以本件訴願所指摘之判決允許該反訴。

訴願人提起上訴，邦高等法院變更邦法院之判決並駁回該反訴 (WM 1988, S. 1436 [1438]).. (邦

高等法院)認為市儲蓄銀行在締約(過失)可歸責性的觀點下，負有義務，解除訴願人保證責任，因其違反告知義務(Auskunftspflichten)。雖然債權人不必一般性的闡明保證之風險。但如果債權人因其行為可預見會令保證人產生錯誤，則屬例外。同樣的，如果作為債權人之金融機構對於可預見無經營商業能力之保證人會低估保證責任之種類及範圍，並因而影響保證人之意思決定，亦例外應負闡明義務。邦高等法院認為本案即屬之。調查證據後，邦高等法院確認，市儲蓄銀行之代理人在保證書簽定時，按保證書之意義說：「請在此簽名，您不會因此負有很大的義務，我需要這個作為我的檔案」。藉此，該代理人已將訴願人實際的風險根本性的加以美化而低估之。邦高等法院認為，保證人未經過實際的估算後即承受該保證。

聯邦最高法院則廢棄該邦高等法院之判決，並以本訴願所指摘之判決將訴願人之上訴發回邦法院(1989. S. 629 f.)，其認為：保證係單方面負負擔之法律行為，就此種行為債權人通常既無闡明義務，亦無探知保證人知悉情況(Wissensstand)之義務。滿十八歲及依法律具有完全行為能力之人即使無特別的法律交易的經驗亦知悉，保證的意思表示係具有責任風險者。保證人之期待不會受到保證的求償不足以構成交易之基礎。市儲蓄銀行之代理人並無任何作為足以對此種估計產生影響。為保證意思表示時，主債務人尚屬殷實可靠，銀行行員之此種告知亦屬適當。其父親生意之發展及其將來之責任風險，聯邦最高法院認為應由作為保證人之訴願人自行注意。何時會解除契約已經載明於保證契約。

c) 訴願人提起憲法訴願，主張其基本法第一條第一項及第二條第一項之基本權連結社會國原則已

受到侵害。邦法院與聯邦最高法院已經違反在這些基本權規定下所建立起來的國家的保護照顧義務（Schutz und Fürsorgepflichten）。

訴願人主張，從基本法第一條第一項可以導出，國家對個人有保護義務，使其免於物質上的困境（materielle Not）。如果人被強迫在經濟上生活於某種條件下而將之變成標的物（Objekt），即已侵害其人性尊嚴。從基本法第二條第一項可以導出，契約自由不得導致權利之濫用；此特別在保護不獨立之契約一方，以防止市場具有獨占地位之非社會行爲（unsoziales Verhalten marktbeherrschender Unternehmen）。法院必須拒絕承認此些契約，蓋此些契約如此強烈的將訂約之一方之物質上行動自由（materielle Bewegungsfreiheit）與以限制，以致於其無法以合乎人性尊嚴之方式生活。

保證債務一〇〇、〇〇〇馬克，年利率八·五%，則一年的利息負擔即高達八五〇〇馬克，亦即每月爲七〇八馬克。爲清償這些利息，訴願人依現行民事訴訟法第八百五十 c 條 8 所定不可扣押之財產數額表，必須每月淨賺大約一八〇〇馬克。訴願人尚未達到此種收入。簽定保證契約時，其得扣押之所得係四百一十馬克七十分尼。一九九一年十月起，其須單獨扶養一兒子；其賴社會救助金及兒童養育補助金爲生。迄至一九九二年一月保證債務已高達一六〇、〇〇〇馬克，吾人無法期待其何時可解除此種拘束。

GZ 1 BvR 1044/89^{案註}

a) 訴願人於一九七九年向起訴銀行擔保一項其夫所獲得之「保險借貸（Versicherungsdarlehen）」

「此一信用貸款總數高達三〇、〇〇〇馬克。簽定保證契約時，訴願人並無收入亦無財產。其係一家庭主婦，從一九七一年至一九七八年間照顧兩個小孩。一俟其夫就利息遲延給付時，銀行即於一九八八年通知該借款已到期。當時債務總額達於三二、一四〇・三一馬克。其夫將其人壽保險之買回權值（Rueckkaufwert der Lebensversicherung）賣掉，該筆債務降至一六、二七四・〇一馬克。該銀行就此數額之債務起訴向訴願人求償。

b) 邦法院以本訴願所指摘之判決允許該訴，其認為：該保證係有效並無疑問。民法第三百一十條無適用之餘地，蓋將來到期之拘束，其數額有多高及如何無法清償，並非將來財產之讓與。該保證契約亦不至於依民法第一百二十八條而無效。接受該保證時訴願人並未被排除，在該信用貸款應清償前有工作能力或有其他收入。其夫失業時，已可接手家事與小孩之照顧。長久的無給付能力亦不至於導致保證契約之違反善良風俗。銀行應無違反諮詢義務。

訴願人上訴至邦高等法院，邦高等法院持同樣的理由以本件訴願所指摘之判決駁回該上訴。

c) 訴願人提起憲法訴願主張，其基本法第一條及第二條之基本權已受到侵害。（訴願人主張）該銀行甚為清楚，保證人帶有兩個小孩，在可預見的將來並無工作能力。現在雖可期待其有工作能力，但其卻完全無法自保證債務中解脫出來。然而，此一債務雖有定期支付，仍然節節高升。由此而生之對將來前景的毀滅已經違反憲法。

III、（各機構立場）

1. 聯邦司法部代理聯邦政府認為，基本上法院必須在衡量個案的各種情況後，決定一保證契約是否有效，甚至該契約會導致終身之債務過度負擔亦然。法院此時應顧及基本權。在此範圍內，對現繫屬於聯邦憲法法院之此二案件應有不同之評價。

a) 直接排除民法第三百十條的適用，亦排除該條的類推適用之聯邦最高法院的判決在憲法上不生問題。聯邦最高法院第三庭對民法第一百三十八條之解釋與適用 (ZIP 1989, S. 487) 亦無可指摘。雖然文獻上已經肯定，如果締約之一方負有極高的拘束性而且在締約之初即已明顯可以預見其永遠無法清償，則此一法律交易即已違反善良風俗。唯如果主債務人與連帶債務人之所得足夠，且兩者共同生活於一個婚姻或類似關係下，則此一要件即不存在。此一論點至少於維持共同生活之借貸是有效的。

至於因嗣後給付發生困難之交易即認定為違反善良風俗則有未當。蓋持此見解之判決將會導致對財力薄弱之人的部分宣告禁治產 (Teilentmündigung) 亦且將限制其取得信用貸款之自由。保護財務陷於困窘之人之合乎人性尊嚴之生存首先應求諸於強制執行之保護規定 (民事訴訟法第八百一十一條以下，八百五十條以下)。唯此些規定對長久陷於給付不能者容有不適當之處；因此在破產法改革時即有人建議，在一定要件下，免除債務人其餘之債務。契約法上的解決方案並非所應有者。

b) 相反的，在 1. BvR 567/89 一案上所指摘之判決則違反基本法第二條第一項所保障之行爲自由以及違反基本法第二十條第一項所揭櫫之社會國原則 (Sozialstaatsprinzip)。法院應考慮將該保證契約依民法第一百三十八條第一項宣告無效。

只限於就其父親之房屋中介生意所定之信用貸款擔保對第一訴願人沒有直接利益。市儲蓄銀行對該保證契約之利益應不值得加以保障。該訴願人在簽訂保證契約伊始只有些許短期內沒有保障之收入，此外並無其他財產。很明顯的，她在可預見的將來，如無特別有利的情況，即無法清償已到期之利息債務。因此，市儲蓄銀行幾無可以掌握之利益可言。相反的，訴願人卻因該保證契約而蒙受極嚴重之不利：一方面從可期待的所得狀況，他方面從禁止扣押界限來看，可以預見的是，她終其一生絕無法維持自己生計，更無法從該主債務中解放出來。

2. 銀行專業協會 (Der Bankenfachverband) 為該受指摘之聯邦最高法院判決辯護。如果只依還款比率與其他義務之合計超過所規定的生存最低限度即規定一項可容許之負債客觀界限，將會導致信用貸款容易被拒絕，此一信用貸款卻往往為創業或甚至為職業上之汽車修理所必要者。(銀行專業協會認為) 此違反信用貸款人之利益，亦且沒有必要，因信用貸款與人基於經濟上的理由必須顧及債務人的給付能力。如果事實上一旦學說上所質疑的案例真的存在，如簽約時(保證人)沒有還款希望且已為信用貸款人所已知者，則透過民法第一百二十八條及其他類似規定的適用可加以解決。此外，立法者透過扣押禁止保護條款之規定已確保了人性尊嚴並顧及了社會國的要求。

3. 德國銀行聯邦協會 (Der Bundesverband deutscher Banken) 同樣認為爭爭之判決合憲。

a) 私法自治和社會國原則在系爭的判決裡並未受到忽視。擬為信用貸款之人可以自己判斷其負擔能力之界限，基本上亦必須承擔其自己行為責任之效果。這並不排除在特殊的案型上(例如債務人特別

無經驗，毫無還款能力或每月究竟負擔多少並不清楚）有民法第一百二十八條之適用。此外，從該判決所發展出來的旨在保護信用貸款人之諮詢及闡明義務、交易基礎障礙（Stoerung der Geschaeftsgrundlage）之基本原則以及歸責制度（Institut des Verschuldens）亦可提供進一步的法律上解決。聯邦最高法院之判決認為依個案審查而不至於阻止經濟有意義及依利益關係而定之信用貸款之取得頗有問題。債務過度負擔發生於各式各樣的事實，故一般條款會比一項固定的界限更易適用。在一般條款的具體化時應注意社會國原則。

保證並非毫無選擇或只是例行公式。消費性信用貸款（Konsumentenkrediten）即往往無其他擔保措施可供使用。擔保實務上只接受具有價值之擔保，長期處於無財產之保證對銀行固無利益；唯卻不至於導至該保證契約無效。第二人作為保證人或共同債務人是適當的，此於後者透過該信用貸款在經濟上亦獲有利益者尤然。信用貸款之給與常常恃夫妻共同收入而定。由此可以導出，夫妻雙方必須對該筆貸款之返還擔保。

b) 在補充意見書上該協會並說明，信用經濟界所組成之尖端協會（Spitzenverbände）更建議，各該新入會之金融機構應比現在更嚴格審查，在具體的個案上透過無財產和所得的保證或連帶債務人的擔保事實上是否有必要，及經濟上是否有意義。其認為如果保證人在保證之後將會有自己之所得（創業〔Existenzgründung〕、學業結束、重新找到工作），應視為有清償希望。此外，擔保契約亦屬適當，如負責人在可預見的時期內自己亦額外地自該筆借款獲益者（特別係為一共同有利之標的或為一共同經營

之企業所爲之貸款)。保證亦旨在防止脫產 (Vermögensverschiebung)。最後，將配偶列入保證人會使貸款人更經心並更努力向目標邁進，亦在考慮之列。

在個別銀行短期間所作抽樣顯示，此些銀行於創業上有不同的誘導。信用貸款家屬成員，尤其是配偶被列入保證人之比例往往大約在百分之三十五至四十之間。但有一銀行指出，個別公司、手工藝企業以及小商店的建立大約有百分之九十的貸款是透過配偶的保證而作成。(金融機構)往往被請求實施獎勵創業 (Gründung selbständige Existenz) 之方案。爲此所設置的(金融)機構在其獎勵方針 (Bewerderungslinien) 上多半有規定，信用貸款須透過配偶的連帶債務作成。

4. 德國儲蓄銀行及轉帳銀行協會認爲，基本法第一條所保障之人性尊嚴之基本權乃賦與個人決定，其自己是否及在何範圍接受財務上之風險。即使該人過度要求其財務(負擔)關係亦同。超過禁止扣押規定界限之保護只有在特別的個案上才有之。

5. 消費者協會研究小組 (Arbeitsgemeinschaft) 則認爲該兩項憲法訴願有理由。類似的案型經常有之。至少金融機構經常忽視擔保風險。保證人之無收入通常會導致當事人在憲法訴願中所描述的出路及希望的毀滅。這種案型特別是在前東德地區日益增加。此外，該協會亦援引兩份鑑定報告書。

a) 其中之一是牽涉到「全家責任 (Familienhaftung)」的結果，特別是指婦女之(負連帶)責任者而言。德國實務上有一現像，已婚之人之獲得信用貸款，無不被要求其配偶應簽名者。信用貸款人無法抗拒「第二簽名」之要求，否則無法獲得信用貸款。該聯邦最高法院之判決支持實務作法。此對已離

婚而須照顧小孩之婦女特別艱辛。主要賺錢之人依據該判決除負有維持生活義務之外，尚須償還該貸款債務。這益使其從事工作沒有利益，因其只能保留禁止扣押財產之部分。如果其停止工作或只打黑工（Schwarzarbeit），則其妻即無法維持生計。而在民事法上其妻卻對全部債務負返還之責。如果其妻為不必仰賴社會救濟而從事工作，則銀行即刻會就其所得進行薪資扣押（Lohnpfändung）。

憲法上的問題於是會彰顯出來，蓋極強而有力、事實上及法律上以卡特爾方式聯合的有組織之企業，在制度上將會以危及婚姻家庭制度與侵害平等原則之方式利用契約自由。銀行係立法者在金融業法（KWG—Kreditwesengesetz）第一條第一項第二款賦與在信用借貸領域具有獨占地位之金融機構，唯立法者在限制競爭防止法（GWB = Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen，亦即卡特爾法 Kartellgesetz）第一百零二條第一項第一款將銀行從一般卡特爾禁止予以除外。由此可導出，金融業有遵守憲法之特別責任。

b) 第二份鑑定報告書則特別討論到年輕的成年人因對銀行信用貸款的連帶責任所造成的過度債務負擔。（此鑑定報告書認為）該聯邦最高法院判決漠視當事人之一般人格權。一般而言，剛成年之人法律交易經驗很少。只有在成年之後，其方可能收集有關信用交易及擔保責任之經驗，並發展行為之方式的表格上簽名，即陷入如此高的債務負擔，以致於其自己經濟上生存之建立終其一身無以為之。其個人在財務及社會方面之自我決定（Selbstbestimmung）將因此而喪失。

銀行界常用之擔保條款範圍在實務上包括所有主債務之衍增，此些是無經驗之保證人無法逆料的。首先，保證人毋寧會被強調，不至於會被行使保證求償。依據嚴格的單務契約性之解釋（Dogma strenger Einseitigkeit）保證關係尚未能課予金融機構以義務，將所有最重要的關於主債務發展的資訊告知保證人。在銀行的其他表格中，有關保證的任意保護規定（dispositive Schutznormen）往往也都被約定為不生效力。由此乃產生保護的漏洞，此與基本法第一條及第二條不符。

6. 第一憲法訴願人之初審原告認為，該憲法訴願應無理由。該原告認為訴願之目標是一項對契約自由、成年人法律行為責任以及亦是對法治國原則令人無法忍受之侵害。

B、（程序合法之理由）

此二件憲法訴願基本上應屬合法。部分不合法者只有第一訴願人憲法訴願之針對邦法院判決部分。此一部分欠缺法律保護利益。邦法院判決訴願人應給付，但此判決已經邦高等法院有利於訴願人予以變更。聯邦最高法院雖嗣後於市儲蓄銀行之上訴又將該第一審判決回復；但為除去其法律效果，只要針對該上訴審判決（提出憲法訴願）即為已足。如果該案件被發回原邦法院，其後的法律保護利益才需要列入考慮。但此已不可能。聯邦憲法法院必須首先審查該受指摘之聯邦最高法院判決。如果該第三審上訴被廢棄，首先邦高等法院判決應被回復。既然訴願人就邦高等法院判決未提出訴願，亦未指摘之，因此即無發回邦法院之餘地。

C、（第一憲法訴願有理由，第二憲法訴願無理由）

第一訴願人之憲法訴願在合法之範圍內亦有理由。相反的，第二訴願人之憲法訴願則無理由。

I、（基本權規定對民法一般條款之意義）

兩件憲法訴願皆針對民事法院之判決。所指摘者並非各判決所引用之法律依據；此此作為準據之民法規定無可指摘。兩位訴願人之指摘毋寧牽涉到一般條款的解釋與適用，這些一般條款，尤其是民法第一百三十八條以及第二百四十二條，要求民事法院就債務法上之契約為內容審查。在該些一般條款具體化時，私法自治之基本權保障以及一般人格權均應予顧及，此乃初審民事法院所漠視者。此一理由就基本權對民法一般條款之具體化之意義有適當之理解。

基本法在基本權一章內包含了對所有法領域的憲法上基本決定（Grundscheidungen）。此些基本決定透過在各個法領域直接支配的規定為媒介而發展開來，並在民法一般條款之解釋上具有特別意義（參BVerfGE 7, 198 [205 f.]; 42, 143 [148] = EuGRZ 1976, 315）。在此，民法第一百三十八條以及第二百四十二條完全一般性的指向善良風俗、交易習慣以及誠信原則，此些一般條款要求法院首先以憲法上基本決定的價值觀點為標準予以具體化。因此，民事法院在憲法上有義務在一般條款之解釋與適用時，將基本權視為「方針」（Richtlinien）。倘若民事法院對此漠視並因此作出對訴訟一造不利之判決，即已對其基本權造成侵害（BVerfGE 7, 198 [206 f.]，持續有類此判決）。

唯基本上聯邦憲法法院亦不必對一般法律之解釋與適用予以審查。聯邦憲法法院只是應注意確保一般法院應顧及基本權規範及其標準。因此，聯邦憲法法院不能僅因其本身在是否違反基本權地位的判斷

時另有所強調而擬為不同判決時，即駁回具有既判力之民事判決。聯邦憲法法院必須予以糾正之界限乃在於，當該受指摘之裁判係依據原則上不正確之基本權見解，特別是有關保護範圍，而生有解釋上之問題，並因此在其具體的案例上的實質意義有重大影響者（BVerfGE 18, 85 [93]; 42, 143 [149] = EUGRZ 1976, 315[316]; 持續有類此判決）。準此，聯邦最高法院對第一訴願人之案例所為之判決即無不應存在（II）。相反的，聯邦最高法院就第二訴願人案例所為之判決原則上尚不至於漠視基本權之意義（III）。

II、（第一憲法訴願有理由）

1. 聯邦最高法院必須予以評價之保證契約有別於一般信用擔保契約。第一訴願人接受一異常高之風險而卻未享受到該受擔保貸款之經濟上利益。該保證人幾乎放棄所有民法上任意性之保護規定，而以自己責任之方式擔保其父之企業風險，其擔保範圍遠超乎其經濟關係（wirtschaftliches Verhältniss）。洎自簽約時起，該金融機構即無視於訴願人在該責任案例上，可預見地終其一生無法以己力自該擔保債務中解脫。就此一狀況，契約締結之要件及理由之問題不禁產生，尤其是當事人的闡明（Parteiwo rttrag）。訴願人在事實審時即已主張，市儲蓄銀行違反契約前之注意義務（vorvertragliche Ruecksichtspflichten），並充分利用其交易上之無經驗以遂行其利益。此為邦高等法院所採。

與此相對的，聯邦最高法院未發動對該保證契約內容之審查。締約雙方事實上是否以及在何範圍內有就契約之締結及其內容為決定之自由，聯邦最高法院並未注意及之。此乃因其對基本權所保障之私法

自治有所誤解之故。

2. a) 依聯邦憲法法院歷來判決，個人依其自由意志為法律關係之形成係屬一般行為自由之一部分（參BVerfGE 8, 274 [328]; 72, 155 [170]）。基本法第二條第一項保障私法自治作為「個人在法律生活層面之自我決定」(Erichsen, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, S. 1210, Rdnr. 58)。

私法自治必要時應予限制並需要一法律上之規定。私法規定因此係由一相互間須互相協調之規定及形成方法 (Gestaltungsmittel) 不同之制度所組成，唯此些規定及形成方法必須與憲法秩序協調乃可。此並非意味著私法自治賦與立法者得任意形成 (Disposition) 致使基本權之保障落空。立法者毋寧在應予形成之規定上受到基本權客觀法律意旨之拘束。立法者必須為個人之法律生活開啓一適當之活動空間。依其規範標的，私法自治在必要時尚仰賴國家之介入。其保障必須同時顧及司法現實並課與立法者義務，以提出法律交易形成方法以供始用，此一法律交易形成方法在法律上應具有拘束力，並在爭議的案件上得形成可貫徹之法律地位 (Rechtsposition)。

b) 立法者在形成私法規定的義務上面臨一如何與實務取得協調之問題。民事交易上，基本權主體係以平等之地位參與，其各有不同之利益，往往並具有相反之目標。既然民事交易當事人皆享有基本法第二條第一項之保護，並得平等地援引私法自治的基本權保障，則不得只使較強之一方之權利獲得伸張，相互衝突之基本權地位應視為相互影響 (Wechselwirkung) 並應相互限制，以使所有當事人之基本權

皆盡可能地發揮效用。

契約法上，合理的利益平衡源自於契約當事人合致之意思。雙方相互拘束並因此而實現其個人之行為自由（Handlungsfreiheit）。契約之一方如果具有強大之地位，以致事實上其得在契約內容單方面作決定，則對他方當事人而言，此無異為一突異令人無法接受之決定（Fremdestimmung）（參BVerfGE 81, 242 [255]—EuGRZ 1990, 190 [193]）。然而法律並不能就所有狀況皆有所規定，因此談判平等（Verhandlungsgleichgewicht）即不免多多少少受侵害。然基於法安定性之理由，契約不至於因談判平等之受到影響即生問題或者應予修正。唯如果牽涉到某一類之案型，即契約一方結構上明顯低下且契約之結果對該劣下之一方顯失公平者，則民法法規即應對之有所反映並使之有修正之可能。此種要求乃源自於私法自治之基本權保障（基本法第一條第一項）以及社會國原則（基本法第二十條第一項，第二十八條第一項）。

◎現行契約法符合此些要求。民法立法者即使已對交易上較弱勢的一方創造出不同的保護規定，仍然是從形式平等私法交易模式出發，但帝國法院已放棄此種觀察方式並將之蛻回（Zurueckverwandeln）至「社會責任之實質道德（materiale Ethik sozialer Verantwortung）」（Wieacker, Industrie gesellschaft und Privatrechtsordnung, 1974, S. 24）。今日見解較一致的是，契約自由只就力量關係相近當事人之案型上適合作為適當利益平衡之媒介，亦且此種就受到干擾契約平等所為之平衡正是現行民法法之主要任務（參Limbach, Das Rechtsverständnis in der Vertragslehre, JuS 1985, S. 10

ff. 附有詳細引證。最後請參 Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 1993, S. 216 ff.)。民法大部分規定已表明出此種任務之意旨 (Hoern, Kompensation Gestörter Vertragsparitæet, 1982)。

在此種情況下，民法一般條款具有關鍵性之意義。民法第一百三十八條第二項 9 文意特別清楚地表明此點。類型上必然導致契約一方之談判劣等地位者屬之，契約一方之無經驗者亦屬之。如果契約強勢之一方充分利用此種弱點，彰彰然遂行一己之利益，則該契約應屬無效。民法第一百三十八條第一項一般性地規定契約因違反善良風俗而無效。法律效果有所不同的是第二百四十二條，民法學界一致地認為，誠實信用原則是契約形成力量 (vertraglicher Gestaltungsmacht) 的內在界限，並足以建構法院對契約內容審查之權限 (最後請參 Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, S. 70 ff.; Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 1993, S. 249 f.)。就內容審查之要件及密度 (Intensitæet) 在法學文獻上雖然有所爭議。唯現行法上無論如何已經保持了此一制度而足以就結構上對契約平等之障礙有所匡正，此已符合憲法之要求。

對民事法院而言，由此可導出，在一般條款之解釋與適用上，其有義務注意到，契約不得作為突異令人無法接受之決定 (Freundbestimmung) 之媒介。一般而言，如果契約當事人約定一項可受允許之約定，廣泛的內容審查即屬多餘。但如果契約內容對於締約一方加以非比尋常之負擔而在利益的平衡上顯不適當者，則法院不得認為「契約就是契約」即為已足。法院毋寧必須敘明該約定是否是結構上談判強

度 (Verhan lungstaerke) 不平等的結果，或必要時，法院是否須在現行民法法一般條款的範圍內與以匡正。民事法院如何進行其程序並應獲致如何之結果，首先是一般法的問題，憲法在此容許其有廣泛之裁量餘地。法院若完全無視於受到紊亂的契約平等或擬以不適當方法解決之時，即已違反此基本權保障。

3. 受指摘之聯邦最高法院判決即屬違反此種基本權保障。聯邦最高法院認為，具爭議性之保證之意思表示係一通常契約，而以相當之利益及可逆見之風險而簽定。第一訴願人所舉用以證明其弱勢談判地位之論證均被聯邦最高法院駁回，理由是其已成年，必須已能自己確認其所決定之風險。此理由尚有不

足。

訴願人以該具有爭議之保證契約所承擔之責任風險異常之高，且——如前所述——並無自己之利益。此外，此一高度風險卻被嚴重的漠視。該保證金額只對主債務標明一最高限額；高額的費用及信用貸款利息應列入計算，其計算基礎沒有在保證契約內予以表明。尤其其所被擔保之交易均乏最高限額之約定。此外，值得注意的是，有關保證保護規定均被排除，由此明顯的表示出，訴願人實際上一如其父親之共有人負擔該債務。此種風險之意義及範圍甚至連交易上有經驗的人都難以估計；對只有二十一歲而未受過正規職業教育之訴願人而言，此些風險是無法預見的。

契約一方當事人居於如此劣下之地位主要還須視該契約以何種方式成立，以及特別是地位高超之他方契約當事人有何作為。聯邦最高法院就此仍然否認金融機構有任何之闡明及提示義務。甚至銀行行員

另外以「您不會有甚麼大責任的」催逼，聯邦最高法院亦認為並非嚴重之事。與邦高等法院所為確認相反的，聯邦最高法院認為這只是暫時殷實可靠之告知，不至於對訴願人之談判地位產生影響。這在此問題上是不公平的，且基本上亦非屬私法自治之基本權保障，故該判決無再存在之餘地。一般人格權是否因此受侵害，則尚有討論之餘地。

Ⅲ、（第二憲法訴願無理由）

第二訴願人案型所牽涉的不是一高度並難以預見之企業風險。此一保證牽涉一消費信用貸款，如果吾人顧及家庭生活之維持所需之購置，則其額度並即不至於過高。本案信用貸款人係訴願人之夫，故可認為該訴願人本身亦直接享有該筆貸款之利益。依該受指摘判決之確認，契約締結之附隨情況亦不至於令人懷疑，訴願人是否受脅迫而為保證之意表示，或有其他方式致其決定自由受到妨害。金融機構在此亦無違背諮詢義務。銀行雖然將貸款之給予繫之於保證，但依邦法院之確認，此並不違反告知義務（*Auskunfts Pflicht*），特別是銀行亦未美化該責任風險。

在事實的判斷上，邦法院深入地處理民法第一百三十八條以及第二百四十二條之一般條款。邦法院並未漠視私法自治之基本權保障。邦法院以及邦高等法院雖然拒絕以訴願人無自己之收入及財產即將該保證契約單獨宣告無效。唯就信用貸款的種類及額度而言，此在憲法上尚無可苛責。

同樣的，此亦無一般人格權之侵害可言。在信用貸款或保證契約簽定時，一方將無可避免的陷入超額債務負擔中，是否即牽涉，以及在如何範圍內才牽涉到此一由判決所發展出來的無名自由權（*unbenanntes Freiheitsrecht*）

ntes Freiheitsrecht) (此指一般人格權)，尚有疑問。此種危險是否存在無法從事實審法院所確認的事實中獲悉，在本憲法訴訟中亦未見有充分之陳述。

本裁定作成法官：院長 Herzog, Henschel, Seidl, Grimm, Soellner, Dieterich, Kuehling, Seibert
第一訴訟人之全權代理人：Ernst-August Bach 律師、址設：Leonardtstrasse 8, 38175 Hannover、第二訴訟人之全權代理人：Thomas W. R. Blumenthal 律師、址設：Wedeler Landstrasse 14, 22559 Hamburg

註：

- 1 迄截稿為止尚未收錄於聯邦憲法法院判決集內。
- 2 德國民法第一百二十八條第一項規定：法律行為違反善良風俗者無效。
- 3 ZIP係一法學雜誌，1980年第一至7期名為 Insolvenzrecht, 1980年第8期更名為 Zeitschrift fuer Insolvenzspraxis, 故簡稱 ZIP, 唯自1983年四月起更名為 Zeitschrift fuer Wirtschaftsrecht, 簡稱不變，主要刊載民商事有關論文及判決。
- 4 係一法學雜誌，全名為 Wertpapier-Mitteilungen, Teil 4: Zeitschrift fuer Wirtschafts- und Bankrecht.
- 5 德國民法第三百一十條規定：當事人之一方因契約而負擔讓與其將來之財產或其將來財產之一部，或就此負擔設定用益權之義務者，其契約無效。

6 德國民法第二百四十二條規定：債務人應斟酌交易習慣，依誠實信用方法而為給付。

7 德國銀行實務上有一轉帳帳戶，稱為Girokonto，戶頭所有人得透過此一帳戶進行支付或收取他人經由銀行轉來之款項。提款卡之進出亦透過此一帳戶進行，故此種帳戶具有信用帳戶之意義。聯邦憲法法院此所謂之信用帳戶諒係指轉帳帳戶而言。轉帳帳戶所有人得授權他人使用該戶頭以進行款項之進出，被授權人因此在此戶頭有簽名領取款項之權。從本判決上文觀察，此之簽名權應指此種簽名權而言。

8 德國民事訴訟法第八百五十條係規定不得扣押之工資所得數額。

9 德國民法第一百三十八條第二項規定：法律行為係乘他人急迫、輕率或無經驗，利用給付，使其對自己或第三人為財產上利益之約定或給與者，若其財產上之利益超過給付之價值甚鉅，依當時情形顯失公平者，其法律行為無效。

中華民國八十三年九月

德國聯邦憲法法院裁判選輯(五)

版權
所有
必究

編輯者：司法院法官書記處

發行者：司法院秘書處

台北市重慶南路一段一二四號
電話：三六一八五七七（總機代表號）

印刷者：文瑞印刷文具公司

台北市重慶南路一段九五號
電話：（〇二）三一七三四七