

※因涉及著作權問題，本檔案暫時請勿公開

第一冊

憲法規範與政治實務中的聯邦憲法法院

作者：Christian Starck\*

譯者：楊子慧\*\*

---

\* 德國哥廷根大學公法學教授。

\*\* 德國哥廷根大學法學博士，輔仁大學法律學系助理教授。

## 導讀

本文主要係闡明憲法規範、聯邦憲法法院、國家權力與社會生活的實質連結性。憲法作為政治之法，身為憲法守護神的聯邦憲法法院並非自外於政治實務而運作，為了維護「憲法最高性」此一根本基礎，其必須透過憲法裁判，以對憲法之解釋及憲法續造與政治實務互動，俾達整合社會與國家基本共識的功能。

第一部分乃論述聯邦憲法法院的「法功能」於憲法規範的功能秩序中之地位：當基本法正亦於其實體法之規範上表達基本共識，則透過該法院所為的規範保護，經常有益及增強基本共識。首先闡明了憲法規範之意涵、基本架構與位階性。憲法最高性及憲法規範效力之確保，主要須透過聯邦憲法法院裁判對基本權利、國家機關權限、聯邦國家權限之區分與政黨特殊地位的保障以彰顯之。由基本法所賦予的制度上權限，使聯邦憲法法院同時具有憲法機關之地位，負有維護國家領導的憲法拘束使命。其對法規違憲審查效力之最終決定權雖造成與具民主正當性之國會多數的緊張關係，惟其由基本法直接導出的制度上正當性則使其裁判之憲法解釋具較高民主正當性，此乃為確保憲法最高性而致，然政治形成自由亦不得經由聯邦憲法法院對法規違憲審查之最終決定權而破滅。聯邦憲法法院必須服從被承認的法律解釋規則，不論是憲法解釋或憲法續造皆不得完美化不同之憲法原則，或於其中提出憲法預先規定的具體化結果。該法院必須放棄任何由基本權利之完美化而來的想法，而應盡量將基本權利理解為框架規範。聯邦憲法法院所為之裁判必須以理由暨合理性關聯為基礎，充分盡其論理義務。「聯邦憲法法院程序的法院形式」於該法院為憲法解釋及憲法續造之憲法裁判時的論理義務中始得窺見唯一的可能具體化，論理義務本身係聯邦憲法法院存在於憲法規範中的一項基本要素。

第二部分則以描述性理論分析聯邦憲法法院於政治實務中所擔負的整合功能，其係指透過裁判可促使社會基本共識的形塑。前提要件係聯邦憲法法院本身為政治實務的要素。經過觀察，其已對政治實務發生顯著的形塑影響，同時證明

該法院是此等實務的活動家(包括法官選舉之實務在內)。惟此等權力活動仍須在維護憲法最高性之原則下進行。

德國聯邦憲法法院成立五十年來所為之憲法裁判實務與基本權利釋義學，對於整個歐洲與其他地區國家之憲法法院建制及憲法學發展，產生了極深遠之影響，於我國法制亦然。本論文分別從規範性與描述性理論將德國聯邦憲法法院作定性，釐清其在憲法規範與政治實務運作中的角色定位，對於日後我國司法院大法官釋憲制度的憲法訴訟化極具參考價值。

本文作者 Christian Starck 教授乃享譽國際、名聞遐邇的德國憲法學者，其治學嚴謹、著作等身，且皆屬擲地有聲之作，其與我國法學界已持續三十年學術交流。其數篇重要論著亦曾譯成中文刊載於國內重要法學期刊及論叢，並已彙結收錄於《法學、憲法法院審判權與基本權利》一書出版(元照，2006年7月)。

## 目次

### 壹、憲法規範中的聯邦憲法法院

#### 一、憲法最高性

#### 二、憲法的功能秩序

##### (一)、憲法機關

##### (二)、聯邦憲法法院與立法及政府的關係

##### (三)、聯邦憲法法院與一般法院的關係

#### 三、聯邦國原則

##### (一)、各邦為獨立國家

##### (二)、各邦權限的保護

##### (三)、基本權作為中央集權化的操縱桿

#### 四、憲法解釋與憲法之續造

##### (一)、憲法解釋

##### (二)、憲法之續造

#### 五、憲法訴訟法：程序、裁判及其理由

### 貳、政治實務中的聯邦憲法法院

#### 一、政治實務與憲法規範

#### 二、透過聯邦憲法法院裁判的社會基本共識

#### 三、對外國的影響作用

#### 四、政黨

##### (一)、基本法第 21 條關於政黨資助的解釋

##### (二)、政黨對聯邦憲法法院的影響

## 壹、憲法規範中的聯邦憲法法院

### 一、憲法最高性

憲法規範，誠如其所確定的基本法，奠定、組織、引導及限制國家的統治權。國家權力的正當性及根據係源於基本權利及民主的自由思想<sup>1</sup>：「所有國家權力來自人民」（基本法第 20 條第 1 項第 1 句）。「德國人民信奉不可侵犯與不可讓與之人權為任何人類社會以及世界和平與正義的基礎」（基本法第 1 條第 2 項）。由此正當化的國家權力，係依據權力分立與聯邦國原則而組織（基本法第 20 條第 1 項，第 2 項第 2 句，第 3 項），並受到限制國家權力的基本權利之拘束（基本法第 1 條第 3 項）。此等奠基於憲法及由此建構出國家統治權的界限，係以可預見性為目的，並藉由保護義務（例如基本法第 1 條第 1 項第 2 句）、具體的憲法委託（例如基本法第 6 條第 1、第 4 與第 5 項）及一般憲法的基本國策規定（例如依據基本法第 20 條第 1 項、第 28 條第 1 項第 1 句的社會國原則）而補充。

建立統治權與限制統治權的憲法，一如所有的法，係以其拘束力（規範性）為目的，特別是不應僅藉由簡單多數決而得受操控--即使具備民主正當性--，此規範目的與基本法的民主正當性並不衝突。蓋基本法係 1949 年代議制的國民制定權（*pouvoir constituant*）行使下的產物<sup>2</sup>，拘束由其所創設的被制定權（*pouvoir constitué*），僅得經由基本法第 79 條以及於該條所規定的範圍內修改之。此種國家權力受憲法拘束者稱為立憲（憲政）主義，以德文言之，則係概念上以憲法優位於普通法律為內涵的憲法國家。

憲法最高性乃於 1803 年美國聯邦最高法院著名裁判 *Marbury v. Madison* 中首次被承認並獲得正當之依據，首席大法官 John Marshall 以 Alexander Hamilton 於「聯邦論」(*Federalist*)<sup>3</sup>所述之一段內容為出發點而寫道<sup>4</sup>：

<sup>1</sup> 就此詳見 Ch. Starck, *Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee*, in: HStR Bd. II (1987), § 29.

<sup>2</sup> Ch. Starck, in: H. von Mangoldt/F. Klein/Ch. Starck, *Bonner Grundgesetz*, Bd. I, 4. Aufl. 1999, Präambel Rdnr. 17 ff. 有詳細說明。

<sup>3</sup> *The Federalist* Nr. 78 (1788).

<sup>4</sup> *Marbury v. Madison* 2 Law Ed. U.S. 60, 73 (1803).

「憲法制約與其相悖之立法行為；抑或憲法僅得藉由一般之立法行為即得修改？此實明確至不容爭議。介於此二擇一之間的中間地帶係不存在。蓋若非憲法係一至高無上之法，其不得以任何普通立法行為變更，即是憲法與一般法律立於同等地位，並且，猶如其他立法行為一般，立法者被要求時即應變更。倘若上述前者屬實，則與憲法牴觸之任何立法行為即非法律，而若上述後者屬實，則成文憲法之存在，無非荒謬之嘗試，蓋人民係在限制一種本質上不容限制的權力」。

之所以於此處再次提出本段裁判文有其特別重要性，蓋該段裁判文係透過法官的法規違憲審查權，為憲法最高性的實際實踐陳述其論證基礎<sup>5</sup>。而基本法即基於此項傳統<sup>6</sup>，採納法規違憲審查（基本法第 93 條第 1 項第 2 款，第 100 條第 1 項），就此，若涉及國會所制頒之法律，則專屬於聯邦憲法法院裁判<sup>7</sup>。因此實際觀之，以下所有觀念已陳舊過時，即國會所制頒之法律由於民主的正當性，有權獲致主動有效的權利保護的功能，或者國會立法者被視為權利保護的真正闡釋者<sup>8</sup>。

憲法最高性不僅就作為有效保護權利之基礎產生作用，其亦為由憲法所確立聯邦國家的權限劃分保障。聯邦國即為支持憲法最高性的最重要明證。蓋透過更高位之法所規定的聯邦國家之權限劃分，不得藉由聯邦立法者的簡單多數決而被修改<sup>9</sup>，這對於各邦之國家功能的擁有者而言特別的明確。除了由聯邦憲法法院管轄的不同的聯邦與各邦之間爭議程序的法規違憲審

---

<sup>5</sup> 參閱 *J. Gough*, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford 1955, S. 2; *W. Brugger*, *Einführung in das öffentliche Recht der USA*, 1993, S. 9.

<sup>6</sup> *Ch. Starck*, *Vorrang der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit* (1986), in: *der.*, *Der demokratische Verfassungsstaat*, 1995, S. 33 f.; *P. Badura*, *Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht*, in: *HStR Bd. VII* (1992), § 160 Rdnr. 3 ff.

<sup>7</sup> 由各邦憲法法院管轄之邦法律不在此限。

<sup>8</sup> 此係威瑪時期之通說。參閱 *C. Schmitt*, *Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Verfassung*, in: *G. Anschütz/R. Thoma*, *HStR Bd. II*, 1932, S. 572, 586 f.; *G. Anschütz*, *Die Verfassung des Deutschen Reiches. Kommentar*, 14. Aufl. 1933, S. 514 ff.

<sup>9</sup> 見 *C. J. Friedrich*, *Der Verfassungsstaat der Neuzeit*, 1953, S. 258; *K. Loewenstein*, *Verfassungslehre*, 3. Aufl. 1975, S. 249 f.; *M. Bothe*, *Die Kompetenzstruktur des modernen Bundesstaates in rechtsvergleichender Sicht*, 1977, S. 133 ff.; *Th. Öhlinger*, in: *FS für Melichar*, 1983, S. 125, 135 f.; *R. Lhotta*, *Imperiale Verfassungsgerichtsbarkeit und Föderalismus. Das Judicial Committee of the Privy Council und der BNA Act*, 1995, S. 13 u. ö.

查（基本法第 93 條第 1 項第 2 款）可能性之外（基本法第 93 條第 1 項第 2 款之 1、第 3 款、第 4 款、第 84 條第 4 項），基本法確立了聯邦國家權限之劃分。

透過聯邦憲法法院<sup>10</sup>對於憲法最高性的保障，主要彰顯於基本權利與聯邦國家之權限區分，此外亦為機關爭議程序中機關權限之保障(基本法第 93 條第 1 項第 1 款)以及該程序的適用，以對抗政黨國家中不應過於被忽視之憲法的危害，該危害係導因於所有強大之政黨，或至少多數族群互相結合並且與政黨有關之憲法規定未受重視之故。倘若聯邦憲法法院未藉由在諸多訴訟程序中之機會，就關於政黨及其資助的錯誤及缺乏的必要規範加以責難，政黨法之憲法上的基礎將會透過違憲的實務運作而任意滋長（參見下述貳、四、(一)之例）。

總而言之，於紀念聯邦憲法法院成立 25 週年論文集(1976)之序所言者「憲法法院審判權得鞏固基本權利之效力，發展政黨國家之法制化以及制止聯邦主義之集中化掏空」時至今日仍得為繼續沿用的方針。

---

<sup>10</sup> H. Bethge, in: Th. Maunz/B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein/G. Ulsamer (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Loseblattsammlung (1998), Vorb. Rdnr. 3 ff. 有詳細說明; E.-W. Böckenförde, Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation, NJW 1999, S. 9, 10 f.

# 聯邦憲法法院與立法\*

作者：Fritz Ossenbühl

譯者：吳信華

---

\*關於本翻譯的完成，譯者要特別感謝德國慕尼黑大學法學院 Stefan Koriath 教授的 Kai Engelbrecht 及 Florian Erdle 二位助教，協助譯者解決諸多德文文句上之疑義，當然，所有文責仍由譯者自負。

## 導讀

在憲法上權力分立，以及考量違憲審查機制在國家功能中之定位下，違憲審查機關與立法者間，常即存在微妙的關聯性。尤其在違憲審查機構為維護憲法最高性而可審查具有民主正當性的立法者所制定法律的情形下，即註定二者間不可抹滅的緊張關係。舉其著例者如，常有質疑者即為何以大法官僅有間接之民主正當性，而可審查代表民意的立法者所通過之法律，甚至宣告無效？也因此「釋憲機關(德國之聯邦憲法法院及吾國之大法官)與立法(者)」此一議題，可供論述者甚多。於德國即曾有統計相關論文(尚不包含書籍)即超過三百篇，可知此一議題的重要性。<sup>11</sup>

本文作者 Fritz Ossenbühl 教授(德國波昂大學公法學教授--現已退休)對此一範圍廣泛的議題，在本文的處理上並非(實際上亦不可能)全面性地逐一陳述，而係就相關重點為綜合式地說明，尤其相關實務見解走向的簡評。其在文中首先介紹聯邦憲法法院與立法者均有具體化憲法抽象內涵的任務後，接續主要以下列數個面向為本文的討論重點：1. 在聯邦憲法法院與立法(者)二者間有如何不同之緊張及互動關係(包含聯邦憲法法院作為立法的審查及監督者，甚至替代立法者)；2. 聯邦憲法法院就其所可審查之法律，其審查範圍如何(對立法決定過程及立法決定審查的範圍)；3. 聯邦憲法法院的對法律的審查密度及深度如何(由聯邦憲法法院所衍生的三階理論如何適用)。就此三個議題均屬討論本文題不可或缺之重點，本文作者就此有深入--且亦為譯者所認為中肯---的見解，均值讀者再三品味，甚至對吾國相關制度及討論亦有可借鏡之處。尤其譯者就本文中所表示的一個看法：「聯邦憲法法院的民主正當性來自憲法權限的賦予，而不能自選舉民意的角度思考」深表贊同，並認為應可為吾國執著「有選舉方為民主」的看法，提出了不

---

<sup>11</sup>而較新較完整之討論可參閱：Badura/Scholz 二位教授所主編〈憲法審判權與立法〉(Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung)一書，則有 P. Kirchhof, Mahrenholz, H.H. Klein, Ossenbühl 等四位教授就此分別提出論文，當為研究此一議題不可或缺之參考資料。

同面向的思考，甚值吾人深思。

至於吾國，在大法官釋憲及保障人權功能漸為各界所肯定後，乃至在若干具敏感政治性的釋字中，「大法官與立法者」此一議題亦逐漸受到重視，且不乏相關討論，例如關於大法官的民主正當性、大法官解釋的效力、宣告模式(尤其「違憲定期失效」與立法者之關係)等，惜全面性就此討論的文獻尚付之闕如。少數詳盡者即為有關「立法裁量與司法審查」關係之探討(司法院大法官 89 年度學術研討會)，則有論文八篇(刊登於：憲政時代第 26 卷第 2 期(上)及第 3 期(下)，民國 89 年 10 月及 90 年 1 月，即甚具參考價值。

無論如何，Ossenbühl 本篇論文，精簡--但不失完整地--地就此一議題加以介紹，諸多論點亦值吾人深思，誠為探究違憲審查體制一篇不可多得、且可作為了解德國相關問題之入門專論。

## 目次

壹、憲法的維護與形塑作為立法者與聯邦憲法法院的共同任務

貳、聯邦憲法法院與立法者的緊張關係

- 一、 立法的倡議與義務
- 二、 聯邦憲法法院作為立法者的導師
- 三、 聯邦憲法法院作為替代立法者(預備立法者)
- 四、 聯邦憲法法院成為立法者的監督者
- 五、 聯邦憲法法院成為一般法秩序的威權闡釋者
- 六、 國際條約的同意法律
- 七、 修憲的審查

參、立法行為的憲法審查的對象

- 一、 法作為決策過程—程序與結果
- 二、 實質審查方案
- 三、 規範審查的棘手地位

肆、憲法基準、審查密度與立法的裁量空間

伍、結語

## 壹、憲法的維護與形塑作為立法者與聯邦憲法法院的共同任務

依基本法第 20 條第 3 項，立法受合憲秩序之拘束。而憲法拘束立法者，如同基本法第 1 條第 3 項對基本權利所明確表示者，乃作為「直接有效的法」，所有國家權力因此全面性地受憲法拘束，立法者自亦臣服於憲法之下。憲法相較於一般實定法而言具有優先性，並作為立法者的「模範」(Vor-Bild)，而指引其應作為的方向。憲法的最高性既作為憲法國家的表徵，則基本法乃賦予聯邦憲法法院有廣泛的審查權限。而聯邦憲法法院此一特有、且多樣化的權限乃為守護、照顧並形塑憲法，使法治國家成為「特別形象的憲法國家<sup>12</sup>」(Verfassungsstaat spezifischer Prägung)，對立法者的審查僅為其中，而或許亦為較重要的一環<sup>13</sup>。

就程序法上而言，有許多不同的途徑可使聯邦憲法法院對法律作合憲性的審查<sup>14</sup>。直接的途徑即為抽象法規審查及依據基本法第 100 條之具體法規審查程序（法官聲請），以及直接針對法律所提起的憲法訴願；然而如機關爭議以及聯邦與邦的爭議程序，復亦可能以憲法為基準而為法律的審查。

基本法不僅確立了一個在政治角力遊戲下，對於為權力而奮鬥的民主「遊戲規則」的規範秩序，甚且包含了一個對所有人類共同生活基本原則的基礎，以及傳統制度與價值判斷基本存續的保障，而此一傳統制度與傳統判斷，乃係作為賦予共同行為方式（Gemeinwesen）持續性與穩定性之基本共識，並且亦不會受到持續更換之政治多數所影響。就此而言，德意志聯邦共和國的憲法事實上即屬一種「基本法律」（"Grund-Gesetz"），而此一概念自初即將之引進，以避免使用憲法此一名詞。基本法架構了持續穩固的基礎，使立法者必須遵守而不得背離，就此加以監督即為聯邦憲法法院的首要任務。

聯邦憲法法院的設置作為對立法者的監督機制，因此乃為憲法國家一個邏輯上必然的結果，同時也是一個最偉大的成就。憲法國家要求憲法法律優先於政

---

<sup>12</sup> K. Stern, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, in: Festschrift für Martin Kriele, 1997, 411 (412); P. Badura, Die Verfassung im Ganzen der Rechtsordnung und die Verfassungskonkretisierung durch Gesetz, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. VII, 1992, § 163 Rn. 35.

<sup>13</sup> 請參閱 K. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 4. Auflage 1997, Rn.8.

<sup>14</sup> 請參閱 Schlaich (Fn.2), Rn.5.

治，立法者自己不能僅顧及其政治傾向與目的，而必須考量到對憲法規範及其內容上價值準則的維繫，加以承擔。國會因此不再是國家中唯一的承擔機關，而僅係於其決定有義務對其他機關有所「回應」(“Antwort”)。就此當然產生具有高度爭議性的緊張互動關係及架構上的基本問題，尤其特別是關於正當性、以及憲法的錯誤操作問題，而就此當亦無法僅藉由憲法法院的設立予以解決。

而聯邦憲法法院何以有此正當性，就人民所直接選舉代表所組成之國會所決定的法律加以審查，甚至予以改正<sup>15</sup>？此一問題總是時常，甚至重複地被提出。一般人常認知憲法審判權的「非民主性」(“demokratische Defizit”)，或至少相較於國民的代表—立法者—，具有較少的民主正當性。就此一民主正當性之不足而使聯邦憲法法院的控制任務乍視之下甚難一致。然而此一思考點存在著根本上的錯誤，聯邦憲法法院的正當性並非依照透過選舉行為所體現的民意(Volksnähe)而加以衡量，毋寧其作為立法者監督機關之正當性來自於憲法國家的邏輯：若政治乃受作為基本規範的憲法理性所拘束，而屬於憲法國家的本質與特徵，則必然存在一種機制，可透過對規範解釋與適用之實質正當程序，以具體落實此一拘束性，而也只有透過一個憲法法院審判權的存在，方能使憲法國家獲致實現。基本法所架構的憲法國家即使其第 92 條所規定之憲法法院審判權即取得制度上的正當性，同時亦藉此於制憲權力之面向上復獲致其正當性<sup>16</sup>。而聯邦憲法法院就其審查任務僅能在合於司法形式，並且係在一特別適用法律的程序中為之，亦同屬此一正當性之體現。欲以選舉行為或藉由此種選舉行為所探究之「民意」(Volksnähe)中以尋求聯邦憲法法院的正當性，毋寧乃是一種錯誤的思考。而此一憲法上的正當性，制度上乃由基本法自己所創設，而與經由選舉所產生的民主正當性，具有同等價值及重要性。而此一制度上的正當性，更經由聯邦憲法法院任

---

<sup>15</sup> 就此正當性問題的新近文獻，可參閱：*H.H. Klein, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung*, in: *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, Symposium aus Anlaß des 70. Geburtstages von Peter Lerche*, 1998, S.49ff., 61ff.

<sup>16</sup> 就不同的正當性的形式，請參閱：*F. Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz*, 1968, S.196ff.; *BVerfGE* 49, 89 (125); 68, 1 (88,109); 有批評者：*M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung*, 1993, S.276ff.

務本質上歸屬於「司法」（基本法第 92 條）而補充並形塑。亦即不僅存在具有獨立性而可為裁判之法官，同時其在裁判過程中適用法律之特性及方式，亦與政治的機制有所不同。

此種關於法官地位及裁判過程中特性的區別，同時即確立了立法者與聯邦憲法法院原則上的憲法關係。首先要強調的是，憲法的守護、照顧及形塑並非為憲法審判權所獨佔，而毋寧是整體國家權力的任務及義務，同時當然亦包含立法者。在涉及憲法的守護及形塑中，聯邦憲法法院與立法者不是處於一種對立關係，而是相互合作<sup>17</sup>。若聯邦憲法法院涉及到立法決定的審查，甚或可能對之須加以改正，則並不是因為該決定有意背離或傷害憲法，或聯邦憲法法院意欲為此，而是因為憲法的規範內容可能有不同意涵，即如同在任何法律中都可能存在的一樣。但於此情形中即涉及一個問題：誰有權就基本法的內容為準則性地最終決定？就此基本法將此最後決定權賦予聯邦憲法法院。此一權限分配符合憲法國家的邏輯，也因此與所謂「內在主權」（innere Souveränität）<sup>18</sup>或「權限的權限」（Kompetenz-Kompetenz）<sup>19</sup>實際上無法併為理解。

---

<sup>17</sup> 請參閱 P. Kirchhof, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, in: Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, Symposium aus Anlaß des 70. Geburtstages von Peter Lerche, 1998, S.9, 15.

<sup>18</sup> G. Püttner, Der schwierige Weg der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft in Berlin, 1984, S.573:「主權即為，何者對憲法解釋有決定權」（„Souverän ist, wer über die Verfassungsinterpretation entscheidet.“）

<sup>19</sup>請參閱 K. Hesse, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Festschrift für Hans Huber, 1981, S.261 (263); M. Brenner, Die neuartige Technizität des Verfassungsrechts und die Aufgabe der Verfassungsrechtsprechung, AöR 120 (1995), S.248 (257); Schlaich (Fn.2), Rn.13; P. Lerche, Die Verfassung in der Hand der Verfassungsgerichtsbarkeit?, Bay VBl. 1997, Heft 17, Beiheft S.VI f.;

J. Isensee, Die Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik, in: M. Piazzolo (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht, 1995, S.49 (57).

# 聯邦憲法法院和司法裁判（「專業法院」）

作者：Stefan Koriath\*

譯者：劉淑範\*\*

---

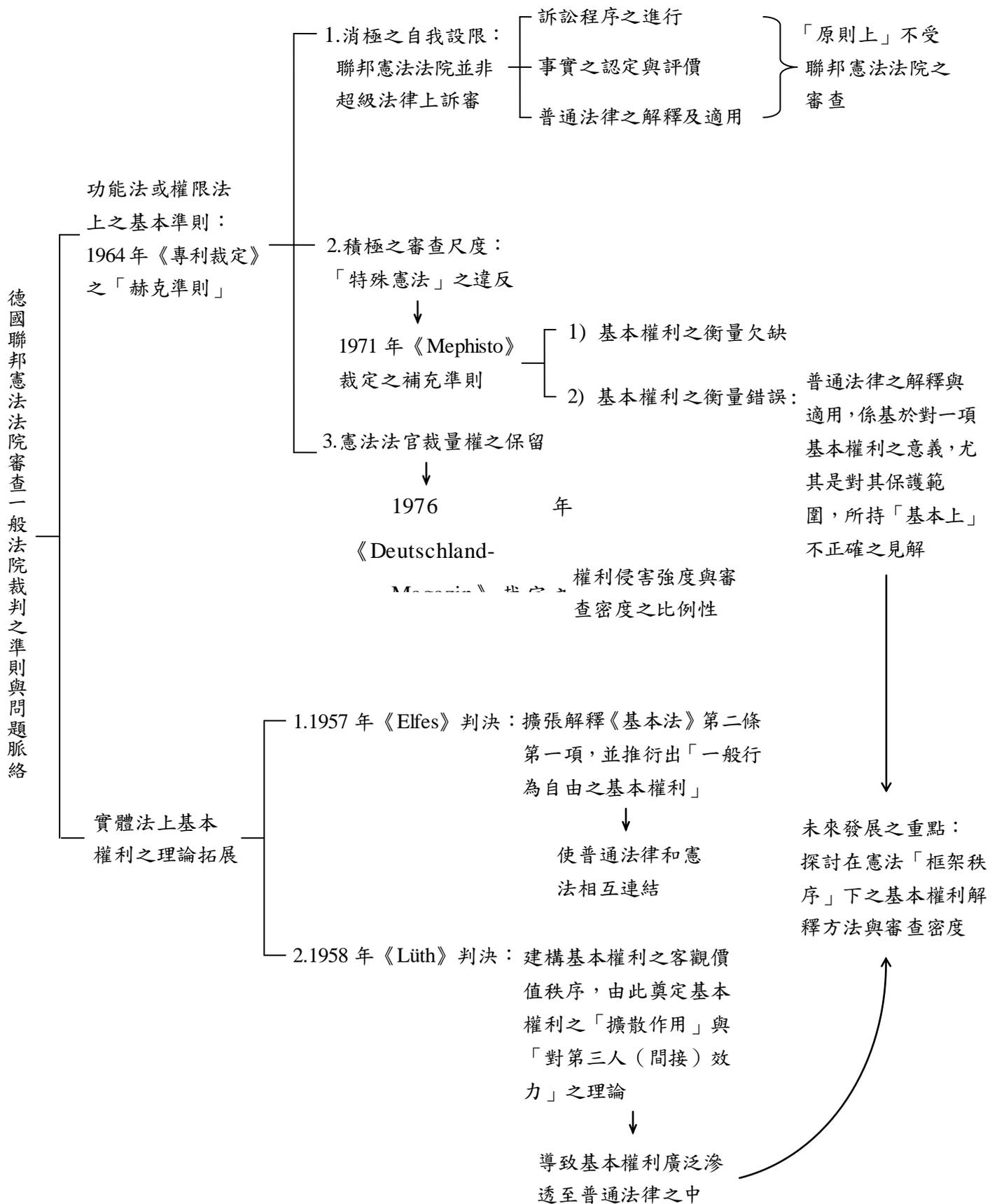
\* 作者現任德國慕尼黑大學 (Ludwig-Maximilians-Universität München) 法學院教授，專長為公法學、憲法史、國家學及教會法，著有《聯邦與各邦之財政平衡》(“Der Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern”)、《國家教會法概要》(“Grundzüge des Staatskirchenrechts”)、《聯邦憲法法院》(“Das Bundesverfassungsgericht”)等書。

\*\* 譯者現任中央研究院法律學研究所籌備處副研究員。

## 導讀

德國在遭受納粹政府極權統治踐踏人權之慘痛經驗後，《基本法》之起草者乃對基本權利之建構與司法權之重整，尤其是憲法審判權之擴增，賦予無比之重視。在《基本法》奠定之憲法根基上，今日德國之司法體制，不僅具有普通、勞動、行政、財稅與社會等多元分殊化之一般審判權，尚置有獨立之憲法審判權。1951年於德國西南方卡斯魯爾市(Karlsruhe)設立之聯邦憲法法院，其所掌有職權範圍之寬廣，儼然居於古今寰宇之冠。其中犖犖大者，除牽動司法權和立法權之關係至深之法律違憲審查外，尤以攸關人民基本權利之憲法訴願(Verfassungsbeschwerde)為最。後者之案件數量，每年平均高達四、五千件之多，在聯邦憲法法院之審判實務上，無論係就量抑或就質而言，皆獨占鰲頭。按依《基本法》第九十三條第一項第四款 a 及《聯邦憲法法院法》第九十條以下之規定，人民於其《基本法》上所保障之基本權利或準基本權利(grundrechtsgleiches Recht)受到公權力(öffentliche Gewalt)侵害時，得向聯邦憲法法院提起憲法訴願。準此，憲法訴願之標的本應囊括立法、行政及司法之所有公權力行為。惟因憲法訴願相對於一般訴訟救濟途徑係具「備位性質」(Subsidiarität)之故，在憲法訴願之案件中，對抗一般法院裁判之憲法訴願(Urteilsverfassungsbeschwerde)爰始終佔有首要之地位。於該類型之憲法訴願程序中，聯邦憲法法院亦應先審查一般法院裁判所依據之法律是否違憲，若是，則聯邦憲法法院僅為宣告法律違憲無效之裁判，而被指摘之一般法院裁判隨即失所附麗，無待乎法律適用之內容審查。此種情形，與直接以法律審查為標的之憲法訴願或政府機關提起之法律審查程序相較，實質上並無二致，其所涉及之問題領域，主要乃為憲法審判權與立法權間之關係。反之，一般法院裁判所依據之法律倘屬合憲，於茲之際，聯邦憲法法院則須進一步審查該裁判是否因解釋或適用法律錯誤，而致使人民之基本權利受到侵害。聯邦憲法法院一旦認定被指摘之一般法院裁判係屬抵觸基本權利，即應廢棄該裁判，並將案件發回管轄法院。此種以法院裁判本身作為審查標的之情形，方為對抗法院裁判之憲法訴願問題真正所在之處。

【導讀附圖】



## 目次

- 壹、 問題提要：部分任務重疊下之任務劃分
- 貳、 程序種類：對抗法院判決之憲法訴願
- 參、 對於審查權限之基本準則：「特殊憲法」之輕忽
  - 一、 事實之認定與評價
  - 二、 普通法律之解釋與適用
  - 三、 訴訟程序之審查
  - 四、 侵害強度之重要性
  - 五、 受涉基本權利之重要性
  - 六、 法官之恣意
- 肆、 發展之可能性

## 壹、問題提要：部分任務重疊下之任務劃分

1977年 *Fritz Ossenbühl*\* 發表探討〈憲法審判權與專業審判權〉之專文，其後備受各方重視。該文開端載有簡要之論斷，略以：就憲法法院審查國會法律而言，總是一再地造成「激烈之論爭」，反觀專業法院裁判職權與聯邦憲法法院審查權限相互之界分，則是「較不具爆炸性、較不轟動喧嘩」，相關討論「較不具煽動性」；於後者之情形，第三權「猶如處於自家人當中」；對於純屬法院職權之雙方加以區隔，係出自於合目的性之論據，並不涉及《基本法》功能秩序之根本問題<sup>20</sup>。此項功能性之觀點，稍後在 *Klaus Stern*\*\* 之論證中更獲得補充，氏云：憲法法院對其他法院之審查，「整體上係審慎保守的」<sup>21</sup>。

將近二十五年之後，上述二者之評估，僅有部分尙能繼續如此撰述。誠然，傳統上介於國會政治形成任務和憲法法院法律審查兩者間不可避免之直接對立關係，對於憲法審判權與其他司法裁判之屬性，並不存在，此點論證恆屬正確。然而，較之於往昔，憲法法院對於審級法院裁判之審查密度以及《基本法》中功能秩序彼此互有之間接關聯，卻是更形顯著。聯邦憲法法院愈是緊密地詮釋憲法，尤其是更細膩地填充基本權利之規範內涵，則審級法院所應適用之法規範，受之於聯邦憲法法院者愈是更多，反倒不是得自於立法者。憲法法院審查一般法院之結果可能導致，關於適用普通法律（譬如私法）之爭議，「不再是依循受到

---

\* 譯註：氏生於 1934 年 8 月 16 日，曾任德國波昂大學(Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn)法學院教授，現已退休，並有北萊因—西發利亞邦科學院(Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften)院士之榮銜，專長為公法學，著有《國家責任法》(“Staatshaftungsrecht”)等多書。

<sup>20</sup> *F. Ossenbühl, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit – Gedanken zur Wahrung der Verfahrensgrundrechte* -, in: Festschrift für H. P. Ipsen, 1977, S. 129 ff., 129.

\*\* 譯註：氏生於 1932 年 1 月 11 日，曾任德國科隆大學(Universität zu Köln)校長與法學院教授以及北萊因—西發利亞邦憲法法院法官，現已退休，並有北萊因—西發利亞邦科學院院士之榮銜，專長為公法學、國家法、歐洲法及行政學，著有《德意志聯邦共和國國家法全書》(“Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland”)五冊等諸多代表作，堪稱德國當代公法學之巨擘。

<sup>21</sup> *K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, § 44 II 3 f. (S. 962 ff.)*.

基本權利拘束之立法者所創設之法律予以裁判，而係藉由直接攫取基本權利之方式為之」<sup>22</sup>。此種國會與憲法法院共同造法之並行秩序，使立法者之活動空間受到限制，並危及普通法律之獨立性，進而貶低基本權利之價值。憲法法院之裁判保留，爰排擠基本權利之法律保留<sup>23</sup>。

姑不論聯邦憲法法院此種損及立法者、跨功能性之活動擴張，對於該院整體上係保守地審查專業法院裁判之評斷，當前幾乎無法期待獲得認同。在司法權內部醞釀逐漸尖銳化之論爭，此不僅肇因於聯邦憲法法院深入審查司法裁判之轟動案例，抑且係由喧騰一時之審級法院裁判所致。已有斷語謂之，聯邦憲法法院與審級法院之關係，「並不較其與立法者關係之複雜度為低」<sup>24</sup>。

職是，於司法審判權中，根本亦稱不上係不具權限劃分之爆炸力。聯邦憲法法院於九〇年代之諸多裁判，在法學（不僅只較狹隘之憲法學）議論上，重新引起對該院與其他法院關係之正視，尤其是更促使公眾輿論持續關注。觀念之轉變，幾乎到處皆可察覺。長久以來，聯邦憲法法院對法院裁判之司法審查，被認為是現代的、開明的、有助益的、對有直接適用效力之憲法係擔負責任的，並被視作一種導引，以及於必要之情況，對於其他法院在各個特別法律領域上專業化或固定化之裁判實務所做之修正，一言以蔽之，即是作為立基於基本權利之憲法國家的動力<sup>25</sup>。反觀今日，根據廣為流傳之評價，聯邦憲法法院則是篡奪其所未擁有之裁判權限<sup>26</sup>，此亦指或恰指在第三權之內。邇來，甚且有受涉之法官，對

---

<sup>22</sup> K. Hesse, Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel, in: JZ 1995, S. 265 ff., 268。關於基本權利指令之細節逐增和法律內涵之獨立性遞減兩者間關連之概述，參見 M. Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 37 ff., 55 f.

<sup>23</sup> 此乃 P. Lerche 之概念，參見氏著，Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 150。Jestaedt 於 Grundrechtsentfaltung (Fn. 3) 一書，S. 65 中言道：「基本權利之法律保留，係與立基於基本權利但對抗法律之保留，相互競合」。

<sup>24</sup> A. Voßkuhle, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/Chr. Starck, Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Bd. 3, 4. Aufl., 2001, Art. 93, Rn. 54.

<sup>25</sup> 參見 BVerfGE 43, 154 (167)，聯邦憲法法院謂：「基本權利係構成憲法中不可分離之部分；在《基本法》中，基本權利乃國家生活自由民主秩序之原本核心」。

<sup>26</sup> 另參見 A. Scherzberg, Wertkonflikte vor dem Bundesverfassungsgericht – zur Bewältigung politisch-moralischer Streitfragen im Verfassungsprozeß, in: DVBl. 1999, S. 356 ff.

聯邦憲法法院之裁判予以強烈之抨擊，直至九〇年代，此乃幾乎無法想像之事。  
聯邦層級之法院，更進而拒絕遵從聯邦憲法法院所做之憲法推論<sup>27</sup>。

---

<sup>27</sup> 譬如 BFH, NJW 1999, S. 3798，聯邦財稅法院此一裁判，拒採聯邦憲法法院於 BVerfGE 93, 121 (138)中所發展出之稅法上分半原則。

譯按：所謂「分半原則」(Halbteilungsgrundsatz)，係聯邦憲法法院第二審判庭 1995 年間一則裁判(BVerfGE 93, 121 [138])針對舊有之財產稅(Vermögenssteuer)所揭櫫之稅法主導原則，其乃源自於主筆該裁判之憲法法官(亦為著名之公法教授)Paul Kirchhof之理論。按氏根據基本法第十四條所保障之財產基本權利導引出「財產保護之課稅原則」(Prinzip eigentumsschonender Besteuerung)，進而並自此一憲法條文第二項第二句之規定詮釋出課稅負擔之上限。準乎於此，聯邦憲法法院乃揭示，納稅義務人之全部課稅負擔不得超過大約其收益之百分之五十，易言之，就私人所得財產公私雙方大約各分一半。財產稅係就私人整體財產所為之課稅，現今是否仍宜與所得稅及營業稅並存兼行，在德國租稅政策上早已爭辯多時且迭經修改，及至上開聯邦憲法法院之裁判公布，財產稅遂於 1997 年 1 月 1 日起完全廢除。惟事實上，聯邦憲法法院並未認為財產稅本身係屬違憲，其僅指摘「課稅標準價格」(Einheitswert)之適用不一有違平等原則。關於稅法上之「分半原則」，在稅法文獻上激起兩極化之論辯，而財稅法院則是堅拒採行此一原則。職是，某業者因被課徵超過百分之五十七之所得稅，其不服乃向財稅法院提起訴訟，終於 1999 年間被前揭聯邦財稅法院之判決駁回確定。該業者復又提起憲法訴願，延至邇近(2006 年 1 月 18 日)聯邦憲法法院第二審判庭始作成裁判(案號：2 BvR 2194/99)，其中將「分半原則」明予相對條件化。該院指陳，「分半原則」原係涉乎在所得稅之外另行課徵財產稅之情況，其並不適用於所得稅及營業稅，蓋自財產基本權利無法推斷出具有一般拘束力之百分之五十之絕對稅負上限；此外，立法者於形塑所得稅及營業稅之規定時，仍應遵守比例原則。關於此一裁判，參見 DVBl. 2006, S. 569 ff.

# 德國統一與聯邦憲法法院判決之關係

作者：Hans Meyer

譯者：陳春生

## 導讀

兩德統一過程，聯邦憲法法院扮演著重要角色。聯邦憲法法院有超過八十個以上的判決與德國統一有關，但只有一個判決是與統一過程本身相關。這些判決包括關於財產權之特別規定或其他民法上權利，如在前東德地區之租賃法，特別是關於徵收補償與未解決的財產權之相關法律問題。另一部分複雜問題是有關國家公務員之刑罰追訴問題，其或因於邊境觸犯殺人罪，或因從事特務工作，或者是關於當時東德大使之不受追訴保障之問題。再者，乃有關解約通知權與年金權利之問題，此部分主要與「公勤務(der öffentlichen Dienst)」相關，但不以此為限。本篇論文，乃針對聯邦憲法法院之判決中，本來是具較濃的憲法爭議，最後則牽涉最原始的政治議題。這些判決，直接或間接與德國統一有關。前者如第一次整體德國議會選舉的有關選舉罷免法爭議；後者如對於選罷法中關於有利於德東地區 PDS 黨的議員席位產生之基本席位條款之攻擊，因為依該條款將 PDS 黨之國會議員視為政黨，而非如德國議會之黨團(Fraktion)。另外國會對議員 Gysi 之處置，亦屬此一類型爭議。經由從屬管轄途徑，使直至九零年代後期屬邦憲法領域之有關 DDR 議題，亦得提出於聯邦憲法法院審理。以上相關判決，均為本文作者所論述的對象。

## 目次

### I 前言

### II 憲法爭議性

1. 事後追溯與特別之序幕
2. 統一過程或機關訴訟之問題
3. 對 SED/PDS 財產之無望的奮鬥
4. 選舉爭議
5. 國會法之爭議性

### III 憲法訴願

1. 統一過程之勞動與勤務關係
2. 統一過程之年金權與年金期待

## I 前言

聯邦憲法法院有超過八十個以上的判決與與德國統一有關，但只有一個判決<sup>28</sup>是與統一過程本身相關<sup>29</sup>。其全部包括關於財產權之特別規定或其他民法上權利如在前東德地區之租賃法，主要是關於徵收補償與未解決的財產權之相關法律問題。關於此部分在判決中是範圍最廣之各個議題，將於下文中由 Schmidt-Preuss 教授為文探討。第二部分複雜問題是有關國家公務員之刑罰追訴問題，其或因於邊境犯下殺人罪，或因從事特務工作，或者關於當時東德大使之不受追訴保障之問題。就此一部分，將由 Horst Dreier 教授於再下一篇論文中從過去問題之司法上解決角度論述之。另外兩群重要部份為有關解約通知權與年金權利之問題，此部分，依學術用語主要關於「公勤務(der öffentlichen Dienst)」，但不以此為限。法院之判決本來是較濃的憲法爭議，最後則是導致(牽涉)最原始的政治議題。這些判決，直接或間接與德國統一相關。前者(直接相關)如第一次整體德國議會選舉的有關選舉罷免法爭議；後者如對於選罷法中關於有利於德東地區 PDS 黨的議員席位產生之基本席位條款之攻擊，因為依該條款將 PDS 黨之國會議員視為政黨，而非在德國議會之黨團(Fraktion)。另外國會對議員 Gysi 之處置，亦屬此一類型爭議。經由從屬管轄途徑，使直至九零年代後期屬邦憲法領域之有關 DDR 議題，亦得提出於聯邦憲法法院審理。以上相關判決，均為本文以下所論述的對象。

吾人很難期待於兩德統一，或更確切的說，東德依基本法第二十三條加入西德的統一過程，能在法院判決中發現最重要的法行為與程序樣式的相關審查<sup>30</sup>。

---

<sup>28</sup> BVerfGE 82, 316.

<sup>29</sup> 這些訴訟之一小部分是純粹訴訟程序方面或有關暫時處分之申請或其再提起，或對聯邦憲法法院關於法官迴避或對訴訟費用之確定之異議等。

<sup>30</sup> 「再統一」是一個感性概念多於法律上概念。人們提及德意志聯邦共和國與德意志民主共和國只是統一，因為之前此二者並未統一。主要是聯邦憲法法院使用此一概念。事實上，在法律上只是德意志民主共和國之加入(Beitritt)聯邦德國。

每一判決所反映之性格，很明顯表現出，特別是在國家組織問題方面，常欠缺原告，其或因正面臨歷史性德國再統一之機會，沒有人敢於起訴。另一方面，其行為之結果也已可預見。主要地，只要牽涉眾多人，則可預見這些人將透過憲法訴願，請求法院為適當地遲延，且基於一貫的由憲法層面允許此種問題被提起，其終將形成對法院判決之爭議。

## II 憲法爭議性

### 1. 事後追溯與特別之序幕

於統一過程，在 1990 年中，西德與東德間已締結貨幣、經濟及社會同盟，在 1990 年底，因奇特的對國會法的違反而案件繫屬於法院，於 1992 年底法院方作成判決。當時黨團無所屬之 Wüppesahl<sup>31</sup>在第二次審查會前兩天，提出 60 個修正案，提案針對聯邦議會行政(部分因不被允許)不再依法定程序處理，且於會議前一天依其陳述，另有約 400 提案放置於大會議事廳既未分配，又未宣讀。

審查程序非常混亂下，宣讀程序在國會議員發言時間完畢後被切斷。

Wüppesahl 靜待著，直至依聯邦憲法法院法第 64 條 3 項規定期限將過前，提起機關訴訟。法院長達兩年思考如何處理，而國會議員也早就任期屆滿而退職。法院駁回其申請，而將以下數點爭議未解決地擱置著。亦即國會議員之政黨身分在訴訟係屬中是否因其退職而喪失<sup>32</sup>？個別國會議員之申請權限是否依照聯邦眾議院議事規則第 82 條 1 項為其憲法上身分之一部分？以及最後，法院是否可以基於當事人欠缺權利保護必要本應駁回機關訴訟，但因公益存在，得續行訴訟？

而權利保護必要因欠缺可回復性而被拒絕。

---

<sup>31</sup> 我們感謝法院最重要之關於個別國會議員地位之判決，即 BVerfGE 80, 188-240.

<sup>32</sup> BVerfGE 87, 207(208/209). (BVerfGE 4, 144(152)). 一個確定令人感覺沒興趣是很明顯的。亦即在 2000 年時法庭企圖對 1991 年所提起之機關訴訟作決定，法庭嘗試且發現，法院已於 1995 年於機關訴訟中，當對於提起訴訟時之政黨權利能力問題時，法院關於對於身分上權利認為已充分



# 前東德經濟之轉換與未決之財產問題

作者：Matthias Schmidt-Preuß

譯者：詹鎮榮

## 導讀

兩德統一在經濟體制上之意義，意味著前東德所採行的社會主義計畫經濟必須轉換為「自由--社會之市場經濟」體制。準此，私有所有權之保障，成為統一後德國經濟秩序之核心要素。惟在基本法之所有權秩序下，前東德人民被蘇聯佔領高權以及前東德政府不法徵收之土地，是否應獲返還或賠償，即為統一後德國最為棘手且尚未終局解決之憲法爭議。德國聯邦憲法法院雖然揭示：由於欠缺基本法第 14 條所有權保障之「被動正當性」，故德意志聯邦共和國無義務為「其他國家權力」所為之不法，負起賠償責任；但本於基本法所確立之法治國及社會國原則，統一後之德國仍無法坐視不管。在此範圍內，立法者對於賠償之方式及範圍，享有廣泛之政策形成自由。尤其東西區經濟條件之落差、東部投資環境之促進，以及國家整體財政能力等，更為立法者在建構相關之賠償法制時，應加以審酌之必要因素，俾在平等原則、信賴保護原則，以及溯及既往禁止原則等諸多行為拘束基準間，尋求合憲且得以衡平社會各方衝突利益之妥適解決方案。

國內探討此議題之相關中文文獻，並不多見。在近作中，張文郁教授於《輔大法學》第 23 期所發表之大作〈德國統一之法律問題〉，與本文論述內容最為貼近，值供參酌。

## 目次

### 壹、德國統一與經濟轉換程序

- 一、再度統一作為歷史之出發點
- 二、前東德經濟朝市場經濟轉換
- 三、轉換及未決之財產問題

### 貳、自由--社會之市場經濟作為經濟憲法上之目標規定

- 一、貨幣、經濟暨社會聯盟條約
- 二、自由--社會之經濟秩序的憲法原則

### 參、所有權保障與未決之財產問題

- 一、德意志聯邦共和國對於他人不法行為欠缺「被動正當性」
  - (一) 未決之財產問題
  - (二) 「被動正當性」及基本權之可歸屬性
- 二、合憲賠償之基準
  - (一) 法治國原則之作用效力
  - (二) 賠償與衡量
- 三、未決之財產問題以及溯及既往
  - (一) 溯及既往之學說
  - (二) 施行日與信賴

### 肆、轉換程序中及未決財產問題之平等疑義

- 一、平等原則之釋義學
- 二、在未決財產問題領域中之平等原則
  - (一) 返還排除對抗返還原則
  - (二) 衡平給付之必要性
  - (三) 「價差」(Wertschere) 問題
- 三、東西關係下之平等
- 四、貨幣與經濟政策上之彈性

### 伍、介於政治形成自由與憲法拘束間的轉換程序與未決之財產問題

- 一、政治形成特權與法律拘束
- 二、形成與判斷特權：以返還排除為例

### 陸、合社會之利益衡平作為憲法要求

- 一、矛盾調解與衝突解決
- 二、轉換程序中之衝突領域
  - (一) 返還或補償？
  - (二) 舊所有權人對抗投資人
  - (三) 所有權人對抗使用人

### 柒、評價

## 壹、德國統一與經濟轉換程序

### 一、再度統一作為歷史之出發點

1990年10月3日之歷史性日子，象徵著德國的再度統一。是故，1949年5月23日基本法前言之規定：「全德人民應以自由之自我決定方式，完成德國之統一與自由」，業已獲得實現。此等再度統一之要求，不僅只是一種政治方針上之意圖申明，而且更應被視為是直接有效之憲法上義務。聯邦憲法法院對此一再地揭示，並且尤其在基礎條約判決（Grundlagenvertrag-Urteil）<sup>33</sup>中加以強調。再度統一得以遂行，尤其應歸功於前東德人民的和平改革。在二加四條約（Zwei-plus-Vier-Vertrag）中，再度統一獲得必要之外交政策上的確保，並納入歐洲統一工程之中。就外觀上而言，依舊版基本法第二十三條規定，再度統一體現在將前東德納入基本法適用範圍之內。是以，國家統一業已完成。議會民主、社會之市場經濟，以及政治與經濟自由取代了社會主義之國家與社會秩序。此等**根本上的政治制度轉變**，如同與其不可分割之**經濟轉換程序**一般<sup>34</sup>，皆鮮有歷史上之先例。在此，「**轉換**」（Transformation）不應僅是被理解為1989/90年對市場經濟秩序為制度上與法律上前提要件之建制而已。毋寧更應及於「國際分工整合」之接續階段<sup>35</sup>。在此觀點下，轉換程序尚未完成，而是持續地屬於未來之任務。

### 二、前東德經濟朝市場經濟轉換

在現今開放市場之條件下，前東德經濟朝社會之市場經濟轉換，於前幾年內

---

<sup>33</sup> BVerfGE 36, 1 (17)：「再度統一為憲法上之要求」；就此請參閱 G. Ress, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band I: Grundlagen von Staat und Verfassung, 1987, § 11 Rn. 56.

<sup>34</sup> 就此參閱 BVerfGE 95, 267 (308 f.).

<sup>35</sup> 同此見解，參見 C. Lang/R. Pohl, Erfolg gegen Mißerfolg. Maßstäbe für die Beurteilung der wirtschaftlichen Entwicklung in Ostdeutschland, Deutschlands archiv 2000, S. 4 Fn. 1; 亦參見 A. Schüller/R. L. Weber, Deutsche Einheit: Wirtschaftspolitische Weichenstellungen zwischen politischer und marktwirtschaftlicher Rationalität, in: D. Cassel (Hrsg.), 50 Jahre Soziale Marktwirtschaft, 1998, S. 368 (380 ff.).

係為「史無前例的密集與迅速」<sup>36</sup>。在此，核心問題明顯地存在於**社會主義計畫經濟**於國際競爭中不具備競爭能力。誠如聯邦憲法法院肯切地指出，其「經營不善」(Mißwirtschaft)業已導致了「破產狀態」(Bankrottlage)<sup>37</sup>。在兩德協商之初，對於前東德人民財產尚期待有結餘，然其經濟之實際狀況卻隨即地顯露無遺。此反映在**信託機構的設立資產負債表**(Eröffnungsbilanz der Treuhandanstalt)上，亦即在結算上有**兩千零九十三億馬克之赤字**<sup>38</sup>。此等信託機構之任務在於，儘可能地將大約 8000 個前聯合企業以及人民所有的企業予以**民營化**<sup>39</sup>。在此之際，有不少則是涉及到將社會主義之中央管理經濟轉變為社會之市場經濟。然而，有鑑於前東德經濟以及東歐與中歐傳統銷售市場瓦解之事實上經濟狀況，轉換程序之成果將取決於現有聯邦各邦團結性的支持。截至 2000 年底，全部之**淨轉帳金額**(Netto-Transferleistungen)合計已達約一兆四千億馬克<sup>40</sup>。即使在未來，協助東部興建仍有必要，而且此在聯邦憲法法院<sup>41</sup>所要求財政衡平新秩序之框架內，業已受到討論。截至目前為止之轉帳，已經證明了**基礎建設**--電信網路、以及例如街道與鐵軌<sup>42</sup>--之修建，實為一難以估算之「轉換程序的贊助」<sup>43</sup>。在此範圍內，毫無疑問地係「以重大進展作為目的導向」。儘管如此，在**勞動市場**方面，調整之問題依舊嚴重。固然存有主動之勞動市場政策，惟新加入地區之失業率較之於舊有之聯邦各邦而言，總是高出於大約兩倍左右。在另外一方面，企業對於

<sup>36</sup> Jahresbericht 1999 der Bundesregierung zum Stand der Deutschen Einheit, BT-Drucks. 14/1825, S. 4.

<sup>37</sup> BVerfGE 84, 90 (131).

<sup>38</sup> 參見 M. Schmidt-Preuß, Treuhand-Verwaltung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX: Die Einheit Deutschlands – Festigung und Übergang –, 1997, § 219 Rn.71 及其附錄；截至 1994 年 12 月 31 日止，負債總額共計兩千五百六十四億馬克。

<sup>39</sup> 對此參見 M. Schmidt-Preuß, Treuhand-Verwaltung (前註 6), Rn.37 ff. 只有在次要與次次要之時，清算以及--作為最後手段的--關閉始列入考慮。

<sup>40</sup> 參見 Institut der deutschen Wirtschaft, „Zehn Jahre Aufbau Ost: Erfolge, Defizite und Reformbedarf“ (September 2000), S. 3.

<sup>41</sup> 參見 BVerfGE 101, 158 (236 ff.).

<sup>42</sup> 聯邦憲法法院對於 Berlin 到 Oebisfelde 段鐵路向南繞行至 Stendal 的促進加速法律計畫，認為憲法上並無異議。E 95, 1 (16, 23).

<sup>43</sup> Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 1999/2000, BT-Drcks. 14/2223；下一個引述亦出於該處。

設備投資與資金挹注，則有正面之成長<sup>44</sup>。即使統一後十年，經濟上之給付能力被估計才「約達到德國西部比較值的百分之六十」<sup>45</sup>。然而吾人有理由期待，自從再度統一以來即已開始之**補救程序**（Aufholprozeß），能在新加入的各邦中繼續發展。

---

<sup>44</sup> DIW, „Gesamtwirtschaftliche und unternehmerische Anpassungsfortschritte in Ostdeutschland, 19. Bericht“, Wochenbericht 23/99 (10. 6. 1999), S. 423.

<sup>45</sup> „Jahreswirtschaftsbericht 2000 der Bundesregierung“, Bundesministerium der Finanzen (Berlin, Januar 2000), S. 37.

## 憲法國家對歷史過往的克服

作者：Horst Dreier

譯者：江嘉琪

## 導讀

「Vergangenheitsbewältigung」，本文暫譯為「過往之克服」，堪稱德國歷史上最棘手的概念之一。「Vergangenheit」是過去、歷史過往；「Bewältigung」是處理、完成或克服。什麼樣的歷史過往會需要加以克服或完成？最初主要是納粹時期不光榮的歷史：大多數德國人成為納粹不義政權的幫凶、對歐洲國家發動的攻擊戰爭、集中營、對猶太人的屠殺；而後是在兩德分裂時期，東德政權的不義：對政治異議份子的迫害、對翻越柏林圍牆者的射殺、、、。過往的克服，除了對於這些歷史過往的掌握、處理與評價之外，亦包括透過這些過程，面對過去、接受過去、克服過去，甚或藉此對過往作一了結，泯除歷史仇恨恩怨。而不論對個人、社會或國家而言，過往的克服均是能夠放下歷史包袱而迎向未來的重要過程。本文以公職體系的重建、受害人的補償與對加害人的刑事訴追三方面的議題為主軸，對照比較二次戰後對於納粹政權與兩德統一後對於東德政權過往的法律克服手段及其界限。曾經在不義政權下任職的公務員，是否當然被排除在新秩序的公職體系之外？如何才能避免造成人才與行政機器的斷層？對於受政權迫害的人民，如何就其財產或非財產的損害進行補償？行政與刑事上的復權措施如何進行？對於加害人，得否以刑法加以追訴？如何方不違背罪刑法定原則，避免在實現正義的同時造成另一種不正義？凡此種種問題，在本文中均有就憲法與法律不同層次所進行的深入討論。

面對不堪的歷史過往，不同的國家與民族，有採取背離史實的自我蒙蔽方式者；有將之視為禁忌、刻意隱瞞不提者；有決定以集體遺忘的方式面對者。而德國，尤其是在西德，在知識菁英的帶領下，其所選擇的方式是面對歷史，使其成為重要的議題，以歷史、人權、法律的角度去檢視過往，嘗試進行補救；以歷史為鏡，防範舊事重演。法律或許不是克服歷史過往最適當的手段，法律面對如此複雜困難的歷史情境，也自然顯出其有限性，但德國兩次的克服過往的法律措施，對於由獨裁過渡到民主，曾對本國或外國施加過不義的國家而言，絕對是值得借鏡的經驗。

作者 Horst Dreier，1954 年生於 Hannover。於 Würzburg 完成基礎法學教育並取得大學任教資格後，曾任教於海德堡大學。現為 Würzburg 大學法學教授，擔任國家法、行政法與法哲學課程。其除學術專論外，並編有三冊之基本法註釋書（Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1 (Art. 1-19), 1996, 2. Aufl. 2004; Bd. 2 (Art. 20-82), 1998; Bd. 3 (Art. 83-146), 2000）、與 Peter Badura 教授合編德國聯邦憲法法院五十週年紀念論文集（„Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht“，2001，亦即本書）。其學術研究成果曾獲巴伐利亞邦、奧地利政府之獎勵，自 2001 年起為德國國家倫理委員會（der Nationale Ethikrat）委員。

## 目次

- 壹、 過往之克服之不可能性與不可避免性
- 貳、 1945 年與 1989 年之後的德國歷史過往的自我克服(Eigenbewältigung deutscher Vergangenheit)
- 參、 法律上過往之克服的主要課題
- 肆、 國家人事問題：繼續或不繼續，續任或解職？
  - 一、 1945 年後公職的重建
  - 二、 1989 年後東德國家人事之清算(Abwicklung)與過渡
  - 三、 小結
- 伍、 受害者(Opfer)：賠償(Wiedergutmachung)、補償(Entschädigung)、復權(Rehabilitation)
  - 一、 對於過往評價改變之容許性
  - 二、 1945 年後納粹政權不義之補償
  - 三、 前東德政權受害者之財產返還(Restitution)、損失補償(Entschädigung)與復權
- 陸、 加害人 (Die Täter)：刑法是過往之克服有效的工具嗎？
  - 一、 受法庭審判的納粹主義
  - 二、 東德政權不法的刑法克服
- 柒、 代結論

## 壹、 過往之克服之不可能性與不可避免性

關於「過往之克服」(Vergangenheitsbewältigung) 這個議題廣泛的政治上、歷史上、政治學上以及法律上的討論裡，大家少數有共識的項目之一，就是過往之克服這個概念很棘手，而且容易引起誤解。因為，很顯然地，克服(Bewältigung)，「就它固有的意義來看，我們克服一個任務，是首先面對這個任務，處理它，透過這個處理的過程(Bearbeitung)改變任務的型態，而最後終於完成任務」；這在面對過去的時候是不可能的：「往者已矣，無法被克服。」在時間的軌道上，我們沒辦法走回頭路，因此，為了不要佯裝不可能的事情為可能，甚或把歷史影響的徹底清除(die Suggestion endgültiger Entsorgung)和過往之克服—或和同樣被廣泛使用、性質相同的名稱「總結處理」(„Aufarbeitung“) —加以連結，有必要對此進行比較特殊的概念重新描述。本文引入的（法律上的）過往之克服 的論述，在這裡以及以下的論述中（僅僅）是認為，對於過去事件的規範性的評價 (Bewertung)、重新評價(Neuwertung)，可能的話甚至是改變評價(Umwertung)，在憲法的架構之下，即使不是絕對必要，也是可能的，因為憲法國的精神這麼要求。再次引述 Bernhard Schlink 的話：法「可以改變歷史過往的持續影響性，也可以確保過往的持續作用；它能夠使被審判的人民獲得平反、遭受的刑罰得到賠償、受損的事業得以補救、過去的徵收得以回復，但也可以讓過去的審判、刑罰、徵收、跟事業繼續維持。」凡此種種，都牽涉到下列的考量：在什麼範圍內重新評價與改變評價是可能的，或者甚至是必要的；此外，憲法國家在從事對於現在與未來具有具體效果的規範性的回顧時，其界限何在？

這些問題，是一個法治與憲法國家，在面對「不義國家」(„Unrechtsstaat“)的遺產，或者最好用不帶道德上自誇的說法，是面對前法治國(vor-rechtsstaatlich)體系的遺產時，所不能逃避的。它必須自己決定：先前秩序裡，哪些法律相關的決定，它要全部或一部承受，或繼續執行，哪些它要容忍，哪些它要主動或依申請加以排除；基於對過往的反思，它要進行或促成哪些新的法律建制，還有對於哪些法律規定或事實行為，它在規範上要重新歸類。在這裡，任何不作改變的決定，也跟有意識的評價性的轉變一樣，具有決定的作用，也因此更加凸顯出上述決定的不可避免性。

## 貳、 1945 年與 1989 年之後的德國歷史過往的自我克服(Eigenbewältigung deutscher Vergangenheit)

這類不可避免的問題，眾所周知，在二十世紀的德國歷史上，就有兩次被提出來，而且是以一種對個人生平與集體行為都十分根本而尖銳性的方式：第一次是在 1945 年，「第三帝國」(das „Dritte Reich“)瓦解之後；第二次是在蘇維埃帝國分裂，因此促成的德國統一之後，當時的統一是依據契約的協商，德意志民主共和國加入德意志聯邦共和國(Beitritt der DDR zur Bundesrepublik Deutschland)。引導本文以下比較性的平行分析呈現的，是這個雙重案件的獨特性 (die Einmaligkeit dieser Doppelung) 以及兩個案件同樣涉及的基本法法治國的相關秩序；本文的研究—先回應常見的告發式的譴責—並無意刻意忽視或弭平第三帝國

與前東德政權的差異。因為首先，進行比較並不代表是等同看待；邏輯上任何比較毋寧都是以差異為前提。其次，由於基本法，使得以下的研究能有更加具體而相同的標準出發點：本文所關注的問題正在於，在 1945 年與 1989 年之後，出現哪些在憲法國家對於歷史過往的克服，結構上可比較的問題，而儘管前者與後者皆是以基本法為中心的規範秩序，是否在過往之克服上能夠看出差異。在核心上具有同質性的並不是納粹政權與東德德國社會統一黨政權，而是以德意志聯邦共和國基本法的秩序為基礎所必須要解決的任務—兩次被提出來的憲法國家如何克服歷史過往的問題，在過去和現在具有同質性。

# 憲法的歐洲化

作者：Jochen Abr. Frowein

譯者：王服清

## 導讀

從納粹政權被解放出來的戰敗國-德國，在歐洲團結邁向一致性的發展過程中，比起其他任何歐洲的國家，其更能清楚地認識到此種的未來希望。1949 年的德國基本法之序言已經闡述：德意志的人民懷抱意志，在「聯盟的歐洲」當中，身為同為平等擁有權利的成員國，貢獻於世界的和平。基本法第 24 條第 1 項涉及到集體安全之體系，因而其是首度在憲法裏，採納聯盟的歐洲之思想規定，在此意義之下，德國的憲法首度被「歐洲化」。四十年之久，基本法之序言結合基本法第 24 條是對於聯邦立法者的授權基礎，其實踐 Hans Peter Ipsen 教授的闡述，基本法第 24 條第 1 項是「歐洲整合的握柄」(Integrationshebel)。

迄至 1992 年為止，德國是基於基本法第 24 條的授權條款，參與歐洲整合的工作。在 1992 年之後，雖然隨著接受基本法第 23 條成為新的授權基礎之清單目錄，但是該基本法第 23 條的意義並沒有足夠地被認識清楚。基本法第 23 條賦予德意志聯邦共和國義務，去參與歐盟的持續發展。由此所得到的推論是，法律透由得到聯邦參議院的同意，故聯邦「能夠」移轉國內的高權給歐盟體系。

同時，除了基本法第 23 條之外，在基本法內，特殊的歐共體憲法規範仍然有一連串之地亦可被發現。例如：依據基本法第 28 條第 1 項第 3 句之規定，在歐共體裏擁有歐共體成員國的國籍之人，在德國縣與鄉鎮的選舉之時，而該人依歐共體法之標準，也具有選舉權以及被選舉權。依基本法第 79 條第 3 項，將其導入地方自治的選舉權可能是憲法修改之所容許的客體。又有，在基本法第 88 條含有德意志聯邦銀行的任務與其權限移轉到歐洲中央銀行之規定。

對於將內國憲法予以歐洲化而言，一種特殊的例子是，歐洲聯盟以及內國的憲法訴訟結合一起。在具有廣泛的憲法法院保護之已成形的德國憲法裏，將成員國的國家憲法機關納入於持續性的歐洲聯盟程序當中，此種共同的參與也讓德國憲法法院有可能擁有審查歐洲憲法訴訟的權限。

在兩個層次上，基本權利的保護之歐洲化已經達成。在第一個層次，相對於歐共體的公權力，歐共體的基本權利則是利用歐洲法院來予以保護。在第二個層次上，歐洲人權公約的機關之判決是使得基本權利的保護予以歐洲化。

Jochen Abr. Frowein 作者最後所提出的結論是，德國憲法的歐洲化之發展將會繼續持續下去。歐洲化的日益強烈也導致德國憲法思維的改變。目前，在聯邦憲法法院的馬斯垂克判決裏對於歐洲憲法與基本法之間的關係，普遍的看法特別很喜歡使用「橋樑的例子」(Brückenbeispiel)。關於歐體條約，其透過得到聯邦參議院所同意的法律當作是橋樑，因此歐體法總是可以進入於德國法內部。歐盟理事會與歐洲議會負責法的制定，並且歐洲法院認為其法的制定是合乎權限，則德國的憲法必須承認其效力，因為德國基本法第 23 條為其提供了憲法的法基礎。

## 目次

壹、開端

貳、基本法第 23 條非完整認清的憲法革命

參、特殊的歐洲共同體憲法之規範

肆、歐洲聯盟的憲法訴訟程序作為成員國的憲法訴訟

伍、基本權利的保護之歐洲化

陸、結論

## 壹、開端

正當德國基本法「以下簡稱為基本法」被創設之時，對於德國而言，同時歐洲那當時也是希望，並且是到處各地被同意的目標。國家社會主義的政權蔑視人類，而且是罪惡的，因為該政權造成無數無辜的犧牲者。尤其從國家社會主義的政權被解放出來的戰敗國-德國，比起其他任何歐洲的國家，在歐洲團結邁向一致性的發展過程中，其更能清楚地認識到此一種的希望。

1949 年的基本法之序言已經闡述：德意志的人民懷抱意志，在「聯合的歐洲」(vereintes Europa)當中，身為同為平等擁有權利的成員國，貢獻於世界的和平。v.Mangoldt 是德國國會參議員的成員之一，他已在其評論裏，令人印象深刻地闡述基本法之序言該規定的背景。誠如他清楚地說出可行性的途徑。也就是說，其認為，利用某種途徑去決定「所創設之制度」(das Geschaffene)，而該被創設之制度向外有效地能夠被確保。何以該被創設之物必須能夠被維護，避免受到糾葛紛擾，是因為有鑑於以往，舊有的秩序往往成為該糾紛的祭品。「更可以理解的是，歐洲的廣大部份接受聯盟的歐洲是當今現代非常活躍的想法」<sup>46</sup>。

有益處的是，v. Mangoldt 透過「v」的大寫之方式，比起一開始在基本法序言的原文裏所揭示的歐洲，來得更為明確地強調聯盟的歐洲。以往基本法第 24 條的規定是授權移轉德國國家的高權到國際之間的機構，以及在相互集體安全的體系框架裏，去限制其高權，過去始終是一貫的。從一開始，不僅在基本法第 24 條第 1 項，而且也在第 2 項之規定關係到歐洲整合的發展。V. Mangoldt 甚至在

---

<sup>46</sup> 參閱 H. von Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, 1953, S. 31; 參見一般對於「國際的開放」之基本法判決於 K. Vogel, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, Tübingen 1964.

他的評論裏，其強調，除基本法序言之外，另外有基本法第 24 條第 1 項涉及到集體安全之體系，因而其是首度在憲法裏，採納聯盟的歐洲之思想規定，並且已成為「引導性的方針要點」(leitender Programmpunkt)<sup>47</sup>。在此意義之下，德國的憲法首度被「歐洲化」。

過去，當然無可懷疑的是，於基本法第 24 條的第 1 項以及第 2 項裏，二者皆含有對立法者的授權。就此，該規定，能夠“是明確的。可是關於基本法的序言一樣致力於參與歐洲的整合，因而建構起憲法的義務，其可能性似乎沒有一次真正地被考量過。在擬訂基本法序言之時，由 v. Mangoldt 所提出的法律見解為通說。據此的說法，基本法序言含有一般性質的信仰與陳述，但其卻不是法規範。如果依照聯邦憲法法院的見解，才有可能反駁通說的法律見解。其所作出的解釋是，亦可以從基本法序言結合其他基本法的規定，以往據此，推導出基本法對於德國再度統一的當為要求<sup>48</sup>。

四十年之久，基本法之序言結合基本法第 24 條是對於聯邦立法者的授權基礎，也是關於德國憲法的歐洲化之唯一陳述。就普遍地實踐 Hans Peter Ipsen 教授的闡述而言，基本法第 24 條第 1 項是「歐洲整合的握柄」(Integrationshebel)<sup>49</sup>。如以聯邦憲法法院的裁判為基礎，一直越來越清楚所呈現出來的是，於歐洲整合的體系，德意志聯邦共和國身為成員國，其必須要有強烈的「反射作用」(Rückwirkung)，到自己國內的憲法來。今日從歷史上來看，有趣的是，也只有 1967 年聯邦憲法法院的第二審判庭過去曾經真正地認為，「歐洲經濟共同體條約」(EWG-Vertrag)的第 189 條無意義。依此可推論出，假設歐洲經濟共同體依

---

<sup>47</sup> 參閱 von Mangoldt(Fn. 1), S. 31.

<sup>48</sup> 見 von Mangoldt(Fn. 1), S. 30.

<sup>49</sup> 參閱 H. P. Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 58, 以及同一作者, Die Bundesrepublik Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften, in: J. Isensee/P. Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts VII, 1992, § 181, S. 770.

該條(第 189 條)所公佈的「命令」(Verordnung)，在德意志聯邦共和國裏不具有直接的效力的話，則歐洲經濟共同體條約便馬上會失去其意義<sup>50</sup>。今日正已被理解的是，三個歐洲共同體在所有的成員國裏具有超國家的特性，並且三個歐洲共同體直接地有權限去制定法規範<sup>51</sup>。更何況不用說，1967 年聯邦憲法法院的第二審判庭之見解，無怪乎必定令人感到訝異。過去以往，該確定判決「1967 年聯邦憲法法院的第二審判庭之見解」一致地受到批判。總的來說，第二審判庭看來似乎認為，理論上是有可能，可以將共同體制度體系的價值核心除去。

---

<sup>50</sup> 見 BVerfGE 22, 134(152).

<sup>51</sup> 參閱 J. A. Frowein, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Bundesverfassungsgericht*, in: C. Starck(Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, 1976, 187(189).

# 聯邦憲法法院與歐洲法院之「合作關係」

作者： Jürgen Schwarze

譯者：程明修

## 導讀

眾所周知，歐洲法院在歐洲統合的進程上一直扮演著動力車頭的角色，但也因為各會員國的國家高權不斷地在整合的過程中，不斷地受到衝擊，使得各會員國的司法機關（透別是如德國的聯邦憲法法院）在主權的捍衛與統合的壓力間，不斷地與歐洲法院的權限發生磨合。也從彼此競爭衝突的關係逐漸找到一條「合作」之道。德國聯邦憲法法院在 1974 年的「只要 I」判決中，原本質疑歐體法中欠缺一部由議會所制定的基本權清單，但是德國的聯邦憲法法院反而比較適合提供保護基本法中基本權利的功能，也因此較為適合透過具體規範審查程序來決定歐體法的適用性。到了 1981 年的歐元判決中，承認國家高權的讓渡已經形成一種實質的憲法變更。1986 年的「只要 II」判決則承認，只要歐體尚未形成一套普遍有效，可以與基本法保障的效力等量齊觀的基本權保障體系，聯邦憲法法院就必須一直作為歐體派生法源適用性的審查機關。反之，在歐體基本權保護體系完備後，聯邦憲法法院才不再以具體規範審查的形式來承擔前置審查（Vorlage）的功能。在 1993 年的馬斯垂克判決中，則又承認聯邦憲法法院可以審查歐盟從事之法律行為是否遵行權界限。但是在此判決中也特別提出歐洲法院與聯邦憲法法院有關基本權保護上「合作關係」的概念。同時也主張德國聯邦憲法法院所從事的基本權保障並非僅僅針對德國自己的國家機關。歐洲法院在個案中雖也從事基本權的保障，但是聯邦憲法法院更確保一般性的基本權保障標準。也從這個判決，引發學界對於彼此在基本權保障上發展「合作關係」的一連串反省。

## 目次

### 壹、引言

### 貳、「只要 I 」判決引發的效應

### 參、聯邦憲法法院的「馬斯垂克」判決

### 肆、聯邦憲法法院判決的最新發展

### 伍、結語與展望

## 壹、引言

當今我國憲法在許多重要的部分已經受到加入歐盟之會員國之影響，一如相反地，在同時期，於歐盟中形成的法律與憲法狀態受到會員國一些共同的法律或憲法原則的重大影響一般。這種事實上之結合與雙方之交互影響現象，在歐盟以及各會員國所設置的最高司法審查機構中，恐怕也無法停歇。特別是憲法的具體內容，往往透過司法的法律解釋以及法律續造加以確定。特別是在基本權保護領域中，歐體會員國憲法秩序與歐洲憲法秩序的接合引發了一個問題，那就是會員國憲法法院與歐洲法院之間究竟處於什麼關係？

德國聯邦憲法法院在它所作成的「馬斯垂克」判決中，針對它與歐洲法院的關連性，發展出著名的「合作關係 (Kooperationsverhältnis)」概念。而這種概念，不論是在基本法的條文，或者是在共同體條約本身中，均未被明確地加以運用。

雖然歐洲法院與各會員國法院間的合作關係，是以共同體法，特別是有關先決裁判程序 (Vorabentscheidungsverfahren) 的規定作為根據。但是即使在共同體法的條文中，並未特別提及憲法法院一詞。反而只有在歐洲共同體條約第 234 條第 3 項中概略地提及 (最終審級的) 法院，而其所作成之裁判並不得再透過法律救濟的途徑加以撤銷。

如果說聯邦憲法法院在新近的裁判中，標示出聯邦憲法法院與歐洲法院的「合作關係」的標題有所貢獻的話，顯然並不是說在歐洲共同體條約第 234 條範圍內的合作概念中有一道嚴格的界限，特別是聯邦憲法法院 - 一如其他會員國之憲法法院般 - 對於歐洲法法院而言，尚非一道必經的前置程序 (Vorlageverfahren)。這樣的分析毋寧必須以更進一步的理解作為基礎，換言之，聯邦憲法法院的裁判與歐洲法院的裁判如何產生彼此之交互影響？特別是彼此間針對在歐洲大陸上，共同關切的基本權利保障事項如何進行彼此的合作關係。

對此，我們可以先追溯學者 J. Frowein 以聯邦憲法院前二十五年的判決作為素材所作的研究。即使 Frowein 所作的研究標題為「歐洲共同體法與聯邦憲法法院」，較之本文所討論的課題為廣，但是 Frowein 所作的研究實際上還是有關「歐洲法院的審判權與各會員國憲法法院審判權間的合作關係 [...]」。這種合作關係顯示，共同體與共同體的法律秩序並非漂浮在各會員國上的真空當中，它毋寧是透過與內國法之間緊密的交互影響與彼此滋養而逐漸成長。」相較於 Frowein 的觀點主要集中在針對「只要 I」判決的評論，本文則是針對這個判決在歐體法層面，以及在聯邦憲法法院的判決中所引發的效果進行討論。

因此本文一如標題所示，將研究的重心特別放在「馬斯垂克」判決的分析，以及聯邦憲法法院最近已經多少釐清聯邦憲法法院與歐洲法院間之「合作關係」輪廓的一些接續的判決之上。

## 貳、「只要 I」判決引發的效應

針對「只要 I」判決，Frowein 在當時提出質疑指出，難道聯邦憲法法院的判決在聯邦憲法法院與歐洲法院的合作關係上，沒有超過應該遵守的界限嗎？我們如果回顧歷史觀察，這個判決的確引發相當重大的體系爭議。但是在法政策上，這個判決卻也因為在歐洲基本權保障的重要與敏感領域中邁出了值得重視的一大步，而有相當大的貢獻。

相較於聯邦憲法法院於 1969 年時，明確地追隨歐洲法院的判決，而仍然將歐洲共同體法與內國法視為兩個彼此截然區分、獨立的法律秩序，同時以避免「內國審判權與跨國界審判權之間界限的模糊，以及在各個會國間造成不平等的權利保障」作為理由，拒絕透過德國法院的審判權補充或者改善歐洲經濟共同體的法律救濟體系；聯邦憲法法院在之後的「只要 I」判決中則是眾所皆知地不再理會前述的專責權限（Verantwortlichkeit）二分法。聯邦憲法法院亦聲明指出，只要直到歐洲議會制定並公布基本權清單之前，吾人也希望確保擁有類似基本法中的基本權保障時，就可以根據德國基本權的標準，賦予對抗派生歐體法

(subsidiärer Rechtsschutz) 的輔助性的權利保障。

當歐洲議會根據當時的歐體法(今日亦同)並無權限,在自己的職權範圍內,制訂公布共同體的基本權清單時,聯邦憲法法院的理由在實定法的基礎上益發令人感覺到是一種不切實際(utopisch)的大膽冒險行爲。換言之,-如同致力於歐洲基本權憲章的制定過程所浮現的問題一般-,這個問題相當複雜,而絕非如此簡單可以回答。

放棄以法院可以審查之高權行爲作為形式的歸屬基準,而進一步在聯邦憲法法院與歐洲法院間進行的嚴格權限劃分方式,以及法院所具備的審查權限,也應該要針對共同體的法律行爲(Rechtsakt)的看法,雖然很少根據聯邦憲法法院自己先前的標準在體系上進行說理,但是卻很明顯地造成共同體法層次上的基本權保障,在往後的時間裡,明顯地有了改善的現象。除了涉及的相關法院之外,最後也透過聯邦憲法法院的判決,讓廣大的公眾瞭解,共同體憲法中並不具有一份完整的基本權清單,同時若是不論及共同體中的基本自由(Grundfreiheit)的話,共同體憲法僅僅在若干個別條款中保障共同體市民的基本權或者類似基本權(grundrechtsgleiche Rechte)。

嗣後,在共同體中對於基本權的保障,眾所皆知地有了相當大幅度地改善。即使這中間直接的因果關係相當難以證明,這種改善的幅度特別也被歸功於是對於聯邦憲法法院批判性立場的回應。在歐洲議會、歐體理事會與執委會 1977 年 4 月的共同聲明中,強調在共同體中基本權的拘束力與應予遵守的態度。歐洲法院透過無數憲法與行政法中一般法律原則的形成,逐步發展出針對個人加以保障的判決。因此有人就說,有關歐洲基本權的保障,共同體是透過其被援引的時間都不算太短的一般原則作為背景,而在不成文的法官法上加以改良,而逐步地完成法典化的工作。

歐洲法院在 1979 年作成的奠基性的豪爾(Hauer)案判決中,更進一步地闡

釋法院法官自己進行法律創設（*Rechtsgewinnung*）的方法論。歐洲法院在他的判決中主要是以各會員國憲法秩序、國際上針對人權保障之條約、特別歐洲人權公約所承認與所保障的一般法律原則作為根據。這種處理方式今日則是透過歐盟條約第 6 條第 2 項明文在歐體條約中規定。因此我們可以明白，歐洲法院是將各國彼此共通的憲法傳統以及歐洲人權公約的基本原則視為它用以獲得回應的寶庫，使得它在進行評價性的法律比較途徑中，可以發展出適合於共同體的法官法規則。

## 作為其他國家憲法法院比較對象的聯邦憲法法院<sup>52</sup>

作者：Christian Tomuschat

譯者：吳志光

---

<sup>52</sup> 以下的論述主要是參考歐洲理事會的「威尼斯委員會」（正式名稱為「以法治促進民主委員會」），其資料庫「CODICES」所編輯的資料。所引的各國憲法法院裁判則以資料庫之編號為準。有關該委員會之資料可參閱歐洲理事會的「Ten Years of the Venice Commission」，CDL-INF (2000), 26.9.2000.

## 導讀

本文作者 Christian Tomuschat 教授係德國知名的國際法學者，目前任教於柏林洪堡大學（Humboldt-Universität zu Berlin），並擔任國際法及歐洲法研究所所長。Tomuschat 教授除著作等身外，亦積極參與國際人權事務，堪稱是學以致用型之學者。

Tomuschat 教授這篇文章主要內容在於憲法審判權的歷史發展、憲法審判權的組織、程序及權限，各主要國家憲法裁判的審查基準（包括政治問題、司法自制之實際運用），以及個別的重要議題、包括死刑、墮胎、廣電自由、歐洲整合等。其中關於憲法審判權的組織、程序及權限部分，係以歐陸集中式違憲審查制度，即單獨設置憲法法院的國家為介紹對象，並以德國聯邦憲法法院的制度為藍本，比較其他歐洲國家憲法法院的相關制度。尤其是在東歐民主轉型國家部分，當可發現在制度上明顯繼受自德國的軌跡。由於各國制度不乏有其特殊背景之處，故譯者亦在適當處以譯註方式說明之。而關於主要國家憲法裁判的審查基準及個別重要議題部分，除了歐陸之外，亦特別納入了美國聯邦最高法院的裁判，作為重要的比較對象。

與 Häberle 教授在「聯邦憲法法院作為一種憲法審判權獨立建制的模式」乙文（亦載於本論文集）中所持意見一致的是，Tomuschat 教授亦認為各國憲法裁判應不吝援引其他國家憲法裁判的研究成果（但亦同時指出援引的侷限性及可能的困難所在），畢竟「站在巨人的肩膀上，才能看的更遠」。而「工欲善其事，必先利其器」，關於此點，即有必要介紹 CODICES 資料庫。Tomuschat 教授在本文一開始（註釋 1）即表明其論述主要是參考歐洲理事會所屬的「威尼斯委員會」\*所編之憲法裁判資料庫「CODICES」。「CODICES」資料庫是「威尼

---

\* 譯按：「威尼斯委員會」由於設於義大利的威尼斯，所以簡稱為「威尼斯委員會」。其係由 1988 年時的義大利歐洲事務部長 Antonio La Pergola（亦為現任「威尼斯委員會」的主席）在歐洲理事會中的部長委員會所倡議，其目的在於透過歐洲理事會各會員國中經驗豐富的學者專家，幫助需要民主化的國家進行民主法治建設，主要是著眼於「鐵幕」已開始「鬆動」的東歐共產國家。

斯委員會「近年來最具實用價值的工作成果。CODICES 係 Digest of COntitutional CasES 全稱的縮寫。資料庫的主要內容是建構超過 3500 筆的各國憲法裁判的全文，除了東歐民主轉型國家外，主要尚包括德國、美國等違憲審查制度發達的國家，以及歐洲人權法院、歐洲法院的裁判，每年更新三次，並逐漸補充 1993 年以前的資料。CODICES 資料庫主要特色在於提供各國憲法裁判的英文或（及）法文版本，並依這兩種語文作為關鍵詞的索引工具，這自然有助於「歐洲憲法學」概念的成形及發展。再者，CODICES 資料庫原本只有提供磁片，後來提供光碟片，發展到現在成為免費的線上資料庫，透過網際網路無遠弗屆的影響力，CODICES 資料庫因此博得了「憲法裁判虛擬圖書館」的美名。而「威尼斯委員會」每年發行三次的重要出版品——「Bulletin on Constitutional Case-Law」便是整理 CODICES 資料庫的最新訊息為主要內容。

CODICES 資料庫最重要的意義在於提供一個憲法裁判訊息交換的平台，無須逐一搜尋各國相關資訊，即能「畢其功於一役」。尤其對東歐民主轉型國家剛萌芽的違憲審查制度而言，在缺乏現代立憲主義憲法學理傳統的情況下，其憲法法院得以因此及時吸收其他違憲審查制度「先進」國家憲法裁判的最新發展：尤其是歐洲人權法院裁判對東歐民主轉型國家原本即具有指導作用，而隨著東歐民主轉型國家先後申請並加入歐洲聯盟，歐洲法院裁判的影響力自然與日俱增。在憲法釋義學方面，德國聯邦憲法法院則具有不可忽視之地位。

最後，對於 CODICES 資料庫的貢獻，Tomuschat 教授即以「難以估計的成就」（unschätzbare Dienste）形容之。而前匈牙利憲法法院院長 László Sólyom 則認為就歐洲各國憲法法院的合作而言，這套資料庫已不可或缺的重要工具。而就

---

隨著 1989 年東歐的民主化浪潮，「威尼斯委員會」遂於 1990 年正式成立。而「威尼斯委員會」主要工作領域有以下四項：（1）憲政制度；（2）選舉與公民投票；（3）違憲審查制度；（4）研究發展與工作坊（Seminar）。憲政制度部分的建構隨著九十年代東歐民主轉型國家先後制定新憲法後，已逐漸變成監督其憲政實踐的工作，而違憲審查制度則特別成為「威尼斯委員會」的工作重點。「威尼斯委員會」的網址如下：[www.venice.coe.int](http://www.venice.coe.int)。關於「威尼斯委員會」工作成果之介紹，可參閱吳志光，法律的繼受與法律的整合——從歐洲人權保障機制與歐洲人權公約各會員國的交互影響談起，發表於「歐洲人權學術研討會」，中央研究院歐美研究所主辦，2004 年 10 月 13、14 日。

Tomuschat 教授這篇大作觀之，有了 CODICES 資料庫自然增色不少，本文註釋的援引便是最佳的答案。

## 目次

### 壹、前言

### 貳、憲法審判權的歷史

### 參、憲法審判權的組織及程序

#### 一、憲法法院的類型

#### 二、憲法法院之組成

- (一) 憲法法院法官之任用
- (二) 憲法法院法官人數
- (三) 憲法法院法官的資格
- (四) 憲法法院法官選任方式

### 肆、憲法法院的權限

#### 一、規範審查(Normenkontrolle)

- (一) 預防性(事先的)規範審查(Präventivkontrolle)
- (二) 抽象規範審查(Abstrakte Normenkontrolle)
- (三) 具體規範審查(Konkrete Normenkontrolle)
- (四) 規範審查之基準
- (五) 結論

#### 二、中央(聯邦)與地方(各邦)之權限爭議(Föderale Streitigkeiten)

#### 三、機關權限爭議(Organstreitigkeiten)

#### 四、政黨違憲審查制度(Parteiverbotsverfahren)

#### 五、憲法訴願(Verfassungsbeschwerde)

#### 六、其餘的程序

#### 七、總評

### 伍、重要的個別議題

#### 一、政治問題(Political Question)

#### 二、司法自制(Judicial self-restraint)

三、審查基準(Prüfungsmaßstäbe)

陸、憲法裁判之若干重點

一、生命權之保障/死刑

二、墮胎問題

三、廣電自由

四、歐洲整合(Die europäische Integration)

柒、結論：憲法法院間的對話—期望或實際？

## 壹、前言

德國聯邦憲法法院在透過德國基本法誕生後，於 1951 年 9 月 9 日就巴登 (Baden)、威騰堡—巴登 (Württemberg—Baden) 及威騰堡—霍亨索倫 (Württemberg—Hohenzollern)<sup>53</sup>等三個「西南諸邦」的合併爭議作成第一個裁判 (譯按：這三個邦均位於德國西南部，合併後改稱「巴登—威騰堡邦 (Baden—Württemberg)」)。當時歐洲只有另外一個憲法法院，即成立於 1920 年的奧地利憲法法院。1947 年 12 月 27 日公布，1948 年 1 月 1 日實施的義大利憲法雖然在德國基本法制定前一段時間即已決定設立憲法法院，但義大利憲法法院直到 1956 年才開始運作。此後憲法審判權在歐洲幾乎成為現代憲法一個不可或缺的部分。在歷經獨裁統治對其命運的影響後，西班牙於 1979 年、葡萄牙於 1982 年特別在其法秩序中設置憲法法院。在社會主義意識型態沒落後，中歐及東歐國家在 1989 年至 1991 年的民主轉型過程中亦紛紛走上同一條路。憲法審判權並非日耳曼—德意志法傳統的特色，而是經歷了一個非凡的榮景，且明顯符合當代的要求<sup>54</sup>。

憲法審判權提昇了一部憲法對法律及事實規範效力的狀態。每個具有憲法的國家為了確認其共同體制的基本秩序結構，一致認為國家統治權力應有法律拘束機制之基礎。但另一方面是否一部憲法如同其他每一部法律，原則上亦視為法規範，得以一般法律審查標準予以評價，或是憲法係一種政治宣示的性質，必須因應不同的歷史狀況而有不同的彈性，則存在著不同的觀點。當一個法官受到維護憲法的委託時，上述爭論則有了一個明確的答案。憲法的穩定性及可靠性因此較合目的性的衡量，具有更高的價值。國家的基

---

<sup>53</sup> BVerfGE 1,1.

<sup>54</sup> 廣泛地論述憲法審判權各個發展時間狀況的文獻可參閱：H. J. Faller, *Zur Entwicklung der nationalen Verfassungsgerichte in Europa*, EuGRZ 1986, S.42ff.; K.-G. Zierlein, *Die Bedeutung der Verfassungsprechung für die Bewahrung und Durchsetzung der Staatsverfassung*, EuGRZ 1991, S.301ff. 此外，尚可參閱 C.Strack/ A.Weber 主編的，「西歐國家憲法審判權」論文集，第一冊，1986 年出版，其中介紹了西歐民主先進國家的憲法審判權。

本秩序須透過歷史成爲一個克服不可預見及不尋常發展的靈活工具<sup>55</sup>。同時透過設置憲法審判權可以將權力由政治上的行政、立法兩權分配至司法權。一個擁有憲法法院的人民同時是對於憲法法院的信任，由其透過法院將法說出來（譯按：德文司法裁判一詞「*Rechtsprechung*」，其實是「法」與「說」兩詞的組合）。整體而言，一個政府體系透過憲法審判權的實施，而可能經歷一個深層的影響或轉變。法的力量將因此凌駕政治的動力，法官權力亦有所提昇，並成爲傳統政治權力外的一個權力因素<sup>56</sup>。

## 貳、憲法審判權的歷史

相對於行政而言，透過憲法審判權所形成的影響雖具有重大意義，但並無新鮮之處。因爲行政受到法律及法的拘束在多數西歐國家自十九世紀初已是一個正當公共秩序的自明之理。在憲法發展的過程中，逐步貫徹了人民爲維護其權利，對於政府及行政措施應有法律救濟的權利。除此之外，立法者亦須臣服於司法的控制。亦即立法機關應尊重憲法，以界定其權限而不逾越之。但自十九世紀到二十世紀瀰漫著一個思想，即政治權力應自行解釋及適用憲法。此種自我判斷將導致政治上的嚴重衝突，普魯士在 1860 年至 1863 年的憲法衝突即爲首例<sup>57</sup>。然而作爲國家廣義公務員的法官，若無審判權獨立的條件，自然並非釋憲者適當對象。

近代的憲法發展有實質的理由，至少在量的方面，增加不少可能的憲法爭議。傳統的憲法爭議主要集中在國會與政府間的爭議，在聯邦國尙包括聯

---

<sup>55</sup> 就此而言，富有啓發性的文獻可參閱 *M. García Pelayo, Der Status des Verfassungsgerichts*, in: A. López Pina (Hrsg.), *Spanisches Verfassungsrecht*, 1993, S.475ff. (478ff.).

<sup>56</sup> 對這種發展的批評參閱 *K. Chryssogonos, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung*, 1987, S.29ff.

<sup>57</sup> 參閱 *E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789 Bd. III, 3.Aufl.*, 1988, S.305-369; *D. Willoweit, Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Frankreich bis zur Teilung Deutschland*, 2.Aufl., 1992, S.245-248.

邦與各邦間彼此的關係及權限劃分的爭議。但自從基本權及自由權在 1948 年 12 月 10 日世界人權宣言<sup>58</sup>的影響下，成為每部憲法不可或缺的一部分後，幾乎每一個現代法律案均有可能遭到侵害人民權利的指責。立法者對於其權限行使有更緊密的規範限制，不僅會增加立法工作的難度，有時亦導致無法進行。毫無疑問的是，基本權亦一旦剛好是—具有規範的效力，而在此純粹是一個法律層次的意義。但與每個法秩序的眾多規範相較，基本權的規範結構特別廣泛，故其亦特別不易掌握。然而其對整個國家的法秩序卻擁有廣泛的適用請求權。故每個憲法法院無可避免的為了維護基本權，而有一個進一步的政治裁量空間。由相關規範的文字本身不足以在個案裁判發展出必要的具體化。其持續需要某些附加的評價，這些評價是必須自某些先存理解 (Vorverständnis) 中產生。在此意味著一個明顯的結論，對於立法者的制度監督應透過一個憲法法院裁判之。

---

<sup>58</sup> 由聯合國大會第 217A(III)號決議所接受。

# 聯邦憲法法院及邦憲法法院

作者：Klaus Lange

譯者：陳耀祥

## 導讀

關於聯邦憲法法院及邦憲法法院之審判權交錯問題，因為聯邦憲法法院於1997年10月15日就邦憲法法院對於邦法院適用聯邦程序法規定之審查權問題所為之裁定，以及邦憲法法院審查聯邦實體法之適用問題持續地引用前述裁判，使得此項審判權交錯領域急遽擴增，當然，因此亦連帶產生許多爭議後果。不僅導致邦憲法法院需要法官與其他職員之強烈的人事要求，亦帶來程序基於適當謹慎之原因而過份冗長進行之危險。

為解決此種邦憲法法院擴張其審查可能之爭議後果，本文以聯邦憲法法院與黑森邦憲法法院之裁判作為研究之比較對象，認為前述之裁定承認邦憲法法院對於適用聯邦法之審查權限，除使得邦憲法法院之任務與影響增加之外，同時亦導致聯邦與邦憲法法院審判權相當大的相互交錯。此種雙重的憲法保障之模式，在現存如此廣泛之普通法院救濟的背景之下，是否毫無限制地需要或適合再創設如此強烈的憲法法院救濟，不無疑問。除雙重之憲法法院救濟所生之資源消耗之外，亦可能因為兩項法律救濟相互並存，兩項訴訟程序同時進行而產生歧異，導致妨礙憲法訴願人基本權利實現之結果。雖然，當邦憲法法院之裁判侵害基本法中之基本權利或相當於基本權利之權利時，聯邦憲法法院亦得以提起憲法訴願加以廢棄，但應儘可能地避免。實務上，基於邦憲法法院審判權完整性以及全聯邦基本權利判例實務一致性的利益考量，仍保留得分別向聯邦憲法法院與邦憲法法院請求救濟之觀點。本文主張，此項問題應該透過立法解決，亦即各邦應立法規定，於提起或可能提起聯邦憲法法院之憲法訴願時不得再向邦憲法法院提起憲法訴願。

## 目次

### 壹、聯邦憲法法院及邦憲法法院之基本關係

- 一、各邦憲法法院及其任務
- 二、聯邦憲法法院基本上承認邦憲法法院之自主性
- 三、聯邦及邦憲法法院審判權之限制

### 貳、聯邦法之適用作為聯邦憲法法院及邦憲法法院之審查對象

- 一、邦憲法法院審查權之開放
- 二、邦及聯邦基本權利之內容相同
  - (一) 重要性
  - (二) 內容相同及結果相同

### 參、基本法作為聯邦憲法法院及邦憲法法院之審查標準

- 一、內容相同之基本權
- 二、基本法作為邦憲法法院中間審查之標準
- 三、基本法規範置入邦憲法規定中

### 肆、結 論

## 壹、聯邦憲法法院及邦憲法法院之基本關係

### 一、各邦憲法法院及其任務

當基本法於 1949 年 5 月 24 日生效施行時，承襲如同威瑪共和時代中德意志帝國及其各邦之國家管轄傳統<sup>59</sup>，於拜揚邦與黑森邦業已建立邦憲法法院。拜揚邦憲法法院係依照 1947 年 7 月 22 日之立法而設立<sup>60</sup>；黑森邦憲法法院則根據 1947 年 12 月 12 日之法律而設置<sup>61</sup>。嗣後，除史列斯威悉-霍爾斯坦邦之外各邦皆設置邦憲法法院，部分稱為國家法院<sup>62</sup>，部分則名為憲法法院<sup>63</sup>或邦憲法法院<sup>64</sup>。史列斯威悉-霍爾斯坦邦則依據該邦憲法第 44 條規定而適用基本法第 99 條所賦予之可能性，將邦內有關憲法之爭議提請聯邦憲法法院裁決。

各邦憲法法院之任務與職權各有不同，而機關爭議（傳統上亦有少部分邦就稱為憲法爭議）與規範審查程序則屬於普遍得確定之核心事項。在機關爭議程序中邦憲法法院係審理有關邦最高機關或其他特定參與者之權利義務範圍所生之邦憲法疑義；而規範審查程序中則審理邦法是否抵觸邦憲法之問題。另外，許多邦設有以政府首長違憲有責而向邦憲法法院提起彈劾訴訟者，部分邦則有法律違憲訴訟或其他程序類型。又部分邦憲法法院於廣泛審理訴訟案件主要部分時，得

---

<sup>59</sup>參閱 R. Hoke, Verfassungsgerichtsbarkeit in den deutschen Ländern in der Tradition der deutschen Staatsgerichtsbarkeit, 收於 Chr. Starck/K. Stern 編, Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Teilbd. I, 1983, S. 25( 96ff. ); 另外 W. Fiedler, Die Entstehung der Landesverfassungsgerichtsbarkeit nach dem Zweiten Weltkrieg, 收於 Chr. Starck/K. Stern 編, 前揭書, S. 103 ( 126, Fn. 103 ) 亦指出, 在黑森邦憲法法院設立之初的政府提案理由書中載明: “ 邦憲法法院係屬於德國立憲與民主政治史中歷史最悠久之機關 ” ( 黑森邦議會第一屆, 出版品 I, 1947 年 3 月 9 日, 129 )

<sup>60</sup>拜揚邦立法公報, 147。

<sup>61</sup>黑森邦立法公報, 1948 年, 3。

<sup>62</sup>例如巴登-符騰堡邦、不萊梅邦、黑森邦及尼德薩克森邦。

<sup>63</sup>例如拜揚邦、柏林邦、北萊茵-威斯特伐倫邦、萊茵蘭-法茲邦、薩爾蘭邦、薩克森邦及圖林根邦。

<sup>64</sup>例如布蘭登堡邦、漢堡邦、梅克倫堡-霍爾波門邦及薩克森-安哈特邦。

附帶提起憲法訴願，此於黑森邦稱為基礎訴訟。設有此種審理邦公權力主體是否侵害邦憲法所規定基本權利之邦憲法訴願者，包括拜揚邦、柏林邦、布蘭登堡邦、黑森邦、萊茵蘭-法茲邦、薩爾蘭邦、薩克森邦、圖林根邦；對於此項制度設限者，則涵蓋梅克能堡-霍波門邦與薩克森-安哈特邦；而未設此項制度者，計有巴登-符騰堡邦、不萊梅邦、漢堡邦、尼德薩克森邦及北萊茵-威斯特伐倫邦（例外的是設有所謂的地方自治憲法訴願，就此，北萊茵-威斯特伐倫邦明文規定，而巴登-符騰堡邦則是事物種類而定）。

## 二、聯邦憲法法院基本上承認邦憲法法院之自主性

聯邦憲法法院明白地表示，在設立邦憲法法院之問題上必須尊重各邦之獨立自主。其指出，基本法所創設之聯邦體制國家中，聯邦與邦之憲法領域原則上相互獨立存在<sup>65</sup>。若基本法就各邦憲法無規範性規定時，則各邦得自行訂定其憲法與憲法法院制度。基本法第 100 條第 1 項及第 3 項雖規定各邦憲法法院制度之前提要件，惟其並不影響各邦有關邦憲法訴訟之規定，除非，各邦另有明文規定或其規定之架構與基本法不相容<sup>66</sup>。聯邦憲法法院於 1998 年 7 月 16 日之裁定<sup>67</sup>中強調此種觀點，依此，在各邦人民代表選舉當中，就選舉是否違反普遍性與平等性之問題，不得向聯邦憲法法院提起憲法訴願。在法釋義學上則出現此項結果，亦即聯邦憲法法院之判決改變立場，於適用基本法第 28 條第 1 項第 2 句及第 38 條第 1 項第 1 句之情形，不再適用基本法第 3 條第 1 句有關一般平等原則。在此，此種論證完全自動地<sup>68</sup>，當然地已經表示聯邦憲法法院迄今於其歷來之判決中皆

<sup>65</sup>BVerfGE, 4, 178 (189) 曾表示：“如德意志聯邦共和國如此強調以聯邦方式形成之國家，聯邦與各邦之憲法領域原則上互相獨立存在。此項原則亦適用於聯邦與各邦之憲法審判權。”亦請參閱 BVerfGE, 36, 342 (357); 60, 157 (209)。就此所有問題，參閱 K. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 4 Aufl. 1997, Rn.334 d.

<sup>66</sup>BVerfGE, 96, 345 (368 f.)。

<sup>67</sup>BVerfGE, 99, 1。

<sup>68</sup>就此請參閱 Chr. Lenz, Das BverfG zwischen Selbstentlastung und Selbstbelastung, NJW 1999, 34。

採取相反觀點<sup>69</sup>。事實上，幾乎不可否認地，當欠缺以一般平等原則為基礎所形成的，專屬於選舉權平等的特別保障時，則國家抵觸選舉權平等，即違反一般平等原則。各邦為選舉人民代表所適用之基本權的特別保障規定，或是基本法中與基本權相當之平等選舉權利優先於基本法第 3 條第 1 項適用係無法考慮，因為基本法就此所為之特別規定僅係針對聯邦眾議院之選舉而已。當選舉權平等不受基本法第 3 條第 1 句保障時，則第 28 條第 1 項第 2 句及第 38 條第 1 項第 1 句所特別提及的選舉平等亦不具有個別意義。故憲法上以明定選舉權平等之形式確立選舉之基本原則，係可能考量選舉權平等之基本重要性而採取之最佳方式。相對於選舉之直接性而將選舉權平等納入基本法第 3 條第 1 句之保護範圍，表示聯邦之基本權利保護亦適用於各邦選舉，基此，較易釐清，為何僅有平等而非「直接」在基本法中受到基本權利般之保障。

因此，聯邦憲法法院本質上亦再度基於聯邦及邦各自享有憲法空間之概念而支持本身之立場。基本法保障聯邦拘束之界限，具體而言，在於聯邦國原則，亦即聯邦及各邦為各自之憲法領域。各邦於受基本法第 28 條所定原則拘束之範圍內，在國家組織部分享有自主權。基於尊重各邦自主權，基本法並未賦予每各國民於邦選舉時，向聯邦憲法法院提起遵守選舉權原則之權利。就此，基本法賦予各邦透過行使自主組織權形成對於民意代表選舉權之主觀保護，並經由邦法院予以保障之空間<sup>70</sup>。

---

<sup>69</sup>參閱 BVerfGE, 99, 1 (8)。

<sup>70</sup>BVerfGE, 99, 1 (11 f.)。

# 聯邦憲法法院作為一種憲法審判權獨立建制的模式

作者：Peter Häberle

譯者：吳志光

## 導讀

本文作者 Peter Häberle 教授是德國知名的公法學者，著作等身，其亦致力於比較憲法之研究。由 Häberle 教授主編的「當代公法學年報」(Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart) 亦成爲德國比較憲法研究的代表性刊物。

本文以「聯邦憲法法院作爲一種憲法審判權獨立建制的模式」爲題，其內容主要是以集中式違憲審查制度爲主軸，而集中式違憲審查制度的核心即在於設立一個獨立建制的憲法審判權。作者將德國聯邦憲法法院視爲此種獨立建制憲法審判權的代表性產物。並以比較法的角度，論述德國聯邦憲法法院作爲其他採取集中式違憲審查制度國家典範的功能及特徵。其中作者提出了一個獨立建制的憲法審判權，應具有憲法機關之地位、民主正當性、公開原則、理性的從事審判工作、最低標準的權限範圍、以及其他特殊功能等要件，並廣泛援引了各國的相關的制度規範佐證之。最後作者亦不吝提出德國聯邦憲法法院的若干問題所在，頗有既是嘉勉，亦有鞭策之意味。

綜觀 Häberle 教授這篇文章，除具有比較法上的宏觀視野外，譯者在此亦嘗試整理作者若干具有代表性的論點：

- 一、東歐民主轉型國家採取集中式違憲審查制度在比較法上的意義：以德國、奧地利爲代表的憲法審判權制度，在西歐民主國家的「知音」有限(除義大利、西班牙及葡萄牙等少數國家)，但東歐民主轉型國家卻普遍予以繼受之。其固然有德國成功典範的影響，亦有走出極權統治陰影、建設法治國家之需求。就比較法上的意義而言，則是提供了集中式違憲審查制度豐富的研究課題\*。
- 二、對德國憲法訴訟種類及程序的檢討：作者對於德國憲法訴訟種類及程序亦提

---

\* 譯者近年來亦關注東歐民主轉型國家憲法審判權之研究，有興趣之讀者可參閱吳志光，東歐民主轉型國家憲法法院對法治國家建構之影響，收於同作者「比較違憲審查制度」，神州出版，2003年，第71—136頁；吳志光，繼受外國憲法釋義學的他山之石經驗—以東歐民主轉型國家爲例，憲政時代第30卷第1期，2004年7月，第45—88頁。

出若干檢討。其中值得一提的是，關於抽象規範審查權，作者頗不以爲然，認爲憲法法院不應介入政治部門的紛爭，並奉勸新興民主國家「少用爲妙」。對於國內部分對於大法官抽象規範審查權亦持質疑態度的學者而言，一個德國學者提出此言，應有「吾道不孤」之感。

三、歐洲整合與比較法解釋方法—歐洲憲法審判權發展的新課題：隨著歐洲整合的深化與廣化，歐洲人權法院、歐洲法院與歐洲各國法院間之互動影響亦日趨頻繁。其中歐洲各國憲法審判權與歐洲人權法院、歐洲法院間的「合作關係」如何建構，亦係作者所關切的議題。其特別念茲在茲的是期許德國聯邦憲法法院，甚至德國的國法學者不要固步自封，應勇於採取具有「歐洲視野」的比較法解釋方法，使得聯邦憲法法院的裁判能積極地植根於歐洲這個憲法詮釋的開放社會。作者最後感性地援引德國大文豪湯瑪斯曼的話，作爲一個「歐洲的德國」下的德國人，德國聯邦憲法法院若能達此目標，其只有感謝而已，頗有「大恩不言謝」之意。

## 目次

### 壹、獨立建制憲法審判權之觀點—空間與時間的比較法研究

#### 一、方法論的問題

#### 二、獨立建制憲法審判權作為歐洲憲法史的部分結果及成果

#### 三、獨立建制的憲法審判權之典型要素清單—七個特徵

#### 四、邁向憲法審判權憲法理論之道

### 貳、德國聯邦憲法法院的「典範」特徵

#### 一、「典範特徵」及模式問題的先決條件

#### 二、聯邦憲法法院個別的典範要素

### 參、個別的缺點及(改革的)問題

#### 一、對於比較法領域的保留，歐洲憲法審判權的缺點？

#### 二、抽象規範審查之商榷？

#### 三、憲法訴願的改革？

#### 四、德國國法學僅僅是聯邦憲法法院的「事後釋義者」(Postglossator)乎？

### 肆、結語

聯邦憲法法院作為一種制度，尤其是在基本權及法治國家，以及部分涉及聯邦主義(聯邦忠誠 *Bundestreue*)等問題的「創新」(*Erfindungen*)及發展為舉世所承認。其影響擴及歐洲以外的地區<sup>71</sup>，尤其是展現在非正式的諮詢功能方面，例如1996年南非的學者專家就南非憲政問題拜訪 Karlsruhe(譯按：聯邦憲法法院所在地)。歐洲各國憲法法院的固定聚會(第一次於1972年在 Dubrovnik 舉行，最近一次則在1999年在華沙舉行)則提供了比較法的研究題材及方法\*。從俄羅斯(1993)<sup>72</sup>到波蘭(1997)<sup>73</sup>，從斯洛維尼亞(Slowenien)(1991)<sup>74</sup>到喬治亞(Georgien)及蒙古(1992)等東歐民主轉型國家，紛紛在其憲法中創設了一個獨立建制的憲法審判權，而令人無法忽視的是，聯邦憲法法院在此有其作為典範的影響力，雖然美國聯邦最高法院或瑞士聯邦法院亦有憲法審判之功能，但在組織上卻無作為典範之影響力。故在此，須特別指出者，獨立建制的憲法審判權已可作為憲法國家現階段發展的「加冕」(*Krönung*)象徵，如同聯邦主義以及區域主義逐漸成為憲

---

<sup>71</sup> 代表性的著作：*M. Fromont*, *Das Bundesverfassungsgericht aus französischer Sicht*, DöV, 1999, S. 493ff. 在外國出版的外文文獻中，聯邦憲法法院一向占有特別的地位：例如 *J. Luther et al., a cura di, Esperienze di Giustizia Costituzionale*, t.1, 2000, S. 159ff.。進一步參見 *D.P. Kommers, Can German Constitutionalism Serve as a Model for the United States?* ZaöRV 58 (1998), S. 787ff. 相對的觀點 *H. Wilms, Die Vorbildfunktion des United States Supreme Court für das BVerG* NJW 1999, S. 1527ff.

\* 以德國聯邦憲法法院為首組織的歐洲憲法法院會議 (*Die Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte*)，定期邀集包括東歐民主轉型國家在內的各國憲法法院法官代表聚會 (每三年舉行一次，至今已舉行七次會議)，交換彼此的釋憲經驗，目前已有 33 個會員國。相關資訊可參見 [www.confcoconsteu.org](http://www.confcoconsteu.org)。而關於歐洲憲法法院會議的源起、目的、功能及組織簡介可參見 *Karl-Georg Zierlein, Entwicklung und Möglichkeiten einer Union: Die Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte*, in: FS Zeidler, 1987, S. 315-349. 最近一次歐洲憲法法院會議於 2002 年在比利時舉行，其中有關德語系國家 (德國、奧地利、列支敦士登及瑞士) 憲法裁判權行使的會議報告，可參見 *EuGRZ*, 2004, S. 1-57.

<sup>72</sup> 相關參考文獻如下：*T. Schweisfurth, Der Start der Verfassungsgerichtsbarkeit in Rußland*, *EuGRZ* 1992, S. 281ff.; *M. Hartwig, Verfassungsgerichtsbarkeit in Rußland*, *EuGRZ* 1996, S. 177ff.; *A. Nussberger, Die Grundrechte in der Rechtsprechung des russischen Verfassungsgerichts*, *EuGRZ* 1998, S. 105ff.; *A. Blankenagel, Costructung and Defending one's self: some Thoughts concerning the Institutional Identity of Constitutional Courts*, *Tel Aviv University Studies in Law*, Vol. 15(2000), S. 23(35ff.).

<sup>73</sup> 波蘭在 1989 年以前的資料參閱 (譯按：此處係指波蘭在 1989 年民主化之前，已於 1985 年成立憲法法庭的時代)：*L. Garlicki, Vier Jahre der Verfassungsgerichtsbarkeit in Polen (1985-1989)*, *JöR* 39 (1990), S. 285ff.; 較晚的資料：*J. Zakrzewska, L'Etat de Droit et Tribunal Constitutionnel en Pologne*, *JöR* 41 (1993), S. 15ff.

<sup>74</sup> 關於斯洛維尼亞的資訊：*I. Kristan, Verfassungsentwicklung in Slowenien*, *JöR* 42 (1999), S. 59ff. 以下關於東歐國家憲法的資訊，主要係摘自公法年報 (*Jahrbuch des öffentlichen Rechts*) 1995 年第 43 卷至 1998 年第 46 卷。非洲國家憲法資訊，係引自 *H. Baumann/M. Ebert (Hrsg.), Die Verfassungen der frankophonen und lusophonen Staaten des subsaharischen Afrikas*, 1997；拉丁美洲國家憲法的資訊，引自 *L. López Guerra/L. Aguiar (ed.), Las Constituciones de Iberoamerica*, 2. Aufl. 1998.

法國家成長的重點(就區域主義而言，英國與蘇格蘭、威爾斯的關係即為適例)。

為如同憲法審判權這樣的制度出版祝賀論文集，在德國已形成傳統<sup>75</sup>，祝賀論文集非意味著祝賀對象能免於批評<sup>76</sup>，儘管聯邦憲法法院近年來不時遭到一面倒的批評<sup>77</sup>。筆者在此寧可同意本祝賀論文集的基調，如同它架構的所明示者，毫無保留地「祝賀」聯邦憲法法院：作為德國憲政文化的一部分。就許多關於聯邦憲法法院作為一種「模範」或「模式」的論點而言：比較憲法學作為文化學(Kulturwissenschaft)指引著所有生活規範及制度的關聯性，以及彼此間的依附關係，而且此種研究亦將證實上述的論點<sup>78</sup>。

## 壹、獨立建制憲法審判權之觀點—空間與時間的比較法研究

### 一、方法論的問題

由於論述聯邦憲法法院憲法審判權與外國的比較，已涉及其他範疇，故本文尤其將優先討論方法論的基本課題。此一課題係筆者於近二十年來，就個人觀點所發展<sup>79</sup>，其重點如下：比較法研究在憲法國家部分可分為兩個層次(最後階段則

---

<sup>75</sup> 參閱 1976 年聯邦憲法法院祝賀論文集 (譯按：1979 年係聯邦憲法法院成立二十五周年)，由 C. Starck 主編兩卷。一個類似的祝賀論文集，例如巴伐利亞邦憲法法院成立五十周年祝賀論文集。關於此一論文集，參閱 P.Lerche, Die Verfassung in der Hand der Verfassungsgerichtsbarkeit? Bay VBl.1997,S.17ff.

<sup>76</sup> 部分的觀點參閱 A. Voßkuhle, Der Grundsatz der Verfassungsorganantreue und die Kritik am BVerfG NJW 1997,S.2216ff.;J. Limbach, Die Schmerzgrenze bei der Richterkritik, ZRP 1996,S.414ff.

<sup>77</sup> 參閱 R. Scholz, Karlsruhe im Zwielicht, Anmerkungen zu den wachsenden Zweifeln am BVerfG in FS Stern,1997,S1201ff. ; 以及 (毋寧是專題討論式的) H. H. Klein, Gedanken zur Verfassungsgerichtsbarkeit, ebd. S.1135ff., ; 以及 W. Knies, Auf dem Weg in den "verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat?", ebd. S1155ff. 亦可參閱 B. Guggenberger/ T. Würtenerger (Hrsg.), Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik?, Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit, 1998 ; 之後參閱 O. Depenheuer, Auf dem Weg in Unfehlbarkeit?, FS Kriele, 1997, S485ff.; 最近的批評參閱 von J. Isensee, Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland, in Colloquium für R. Novak: B.Wieser/ A.Stolz (Hrsg.), Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit an der Schwelle zum 21.Jahrhundert, 2000,S.15ff.

<sup>78</sup> 筆者此一理論之意義參閱：Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 1982, 2.Aulf.1998. 關於先例拘束原則(Stare decisis)的問題必須由其背景著手及進一步探討；參閱 T. Lundmark, Stare decisis vor dem Bundesverfassungsgericht, in:Rechtstheorie 28 (1997),S.315ff.

<sup>79</sup> P. Häberle, Verfassung als öffentlicher Prozess,1978, 3.Aulf.1998; 同作者，Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates, 1992.

有相互關聯)：時間的比較法研究(憲法史)，以及空間的比較法研究(比較文學)。在此尚涉及一種比較的文本分析，包括了文化學上敏感的本脈絡(Kontexte)的分析。其中除了成文的憲法脈絡外，(不成文)的憲法裁判研究亦為重點，憲法裁判的內容應進行解讀。除了成文及不成文憲法條文外，古典思想家的文獻—對於許多憲法脈絡具有拘束力—亦可作為「廣義的」憲法脈絡：古典思想家從亞里斯多德到康德。他們直接傳達法律脈絡附加及「原始的」內容(如同孟德斯鳩 1748 年關於權力分立的概念)。因此產生了所謂憲政實際(Verfassungswirklichkeit)的問題。除了權力限制、正當化及統一性(Einheitsstiftung)，國家機關的權限功能等古典的憲法功能外，亦有一新的功能：憲法的文化功能。依據此種憲法理解(Verfassungsverständnis)，憲法不僅是對法律人而言的法秩序，並因此依據舊的及新的文化規則予以解釋，還是在本質上對非法律人，對人民而言的中心思想(Leitfaden)。憲法不僅是法律脈絡或規範的作品，還是文化發展狀況的表達，民族文化自我呈現的方法，該民族文化遺產的鏡子(例如「集體的記憶」)及希望的基礎。活的憲法(lebende Verfassungen)作為開放社會(offene Gesellschaft)所有憲法解釋的成果，其形式及內容將超越文化的表達及傳達，成為文化的製造複製及繼承，以及文化「資訊」、經驗、結果、智慧流傳的儲藏室<sup>80</sup>。更深層的是文化的影響方式。在此最佳的形容是 H. Heller 援引 Goethe (哥德)的形象，憲法是「被塑造成為生命繼續發展的形式」(geprägte Form, die lebend sich entwickelt)。

全面性的文化比較若不可行，則可從許多憲法國家的憲法<sup>81</sup>得出憲法的理念形式，其具有各國實際情形的變化。此種多層次，但異中求同的過程亦適用於憲法審判權的創設。

---

<sup>80</sup> 在非法律的文化人類學及民族學的範疇，「憲法」一詞的概念，並非只是偶然使用於下列之著作：B. Malinowski, *Eine wissenschaftliche Theorie der Kultur* (1941), 1975, S. 142.

<sup>81</sup> 關於「文化的比較憲法」參閱筆者同名的論著：*Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Erstaufl. 1982, S. 33ff., 2. Aufl., 1998, S. 312ff.; 關於「比較憲法作為文化比較」亦可參閱 R. Wahl, FS Quaritsch, 2000, S. 163ff.

# 憲法判決實務的風格與方法

作者：Peter Lerche

譯者：陳顯武

## 導讀

Peter Lerche 長期為德國慕尼黑大學之公法學講座教授，並以處理公法學上之過度禁止 (Übermaßverbot)、比例原則 (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) 等問題而享有盛名。

於本文中，Lerche 以其相當洗鍊之德文筆法來行文，此遠非一般教科書平鋪直敘之表達方式所能比擬，從其優美之詞句，即可感受到作者高超之文字駕馭能力，因此翻譯之困難度大幅增加乃可想而知。有趣的是，作者行文之風格恰好與其所論德國聯邦憲法法院之風格，形成文本之相互指涉。

在本文之架構及內容中，Lerche 乃大量引用德國聯邦憲法法院之判決，來說明該法院之風格不可被公式化，實有其內在之思維理路。從而，對於德國聯邦憲法法院之理解必須是徹底地及全面地。在其文章、尤其是注釋中，Lerche 表現出此種徹底之判決研究取向，若非有數十年功力之精鍊與累積，實無法達到此等境界。職故，德國老一輩學者較能集釋義學之大成，而在年輕一輩學者中得以達到此等境界者，並不多見。

當然，Lerche 之研究途徑是一種典雅之途徑，而諸如 Robert Alexy 等新一輩學者則講究分析之途徑，及憲法學與分析哲學間之整合研究，兩者乃大相逕庭，故 Lerche 為反對 Alexy 基本權原則說之代表人物。Lerche 及 Alexy 之基本權爭論，可謂為德國基本權理論爭論之縮影。

亦有認為，既然請 Lerche 撰寫本文，而沒有出現 Alexy 此一方面之文章，似可推測後者並未受邀共襄盛舉，來參與本論文集之寫作，此不免有遺珠之憾。然而，若讀者能對此篇文章及此論文集中其他各篇精湛之文章予以仔細閱覽，則當能對於德國憲法法院學之理解得其方便之法門。

必須強調的是，譯作不能代替原作，譯作乃是對不諳德文者之導引，德文若佳則仍須閱讀原文，直接從原文來感受 Lerche 作品的奧妙之處。本導讀及翻譯雖有其貢獻，惟亦有其侷限。

## 目次

### 壹、處於風格與方法爭論中的聯邦憲法法院

### 貳、形成風格之要素

#### 一、法官在使用上將憲法當作一既有的、具有標準性質的規範體系

(一) 法是否一既有之法律？

(二) 憲法是否一標準？

(三) 缺乏標準之效果

#### 二、法官理解憲法為一整體意義之體系

#### 三、法官視著憲法為一待具體化之規範作品

(一) 導引|詮釋之中間理解

(二) 理解憲法為一外框或為一指揮事務之基本秩序

(三) 過度清晰之具體化？

#### 四、官視著憲法為一必須依時代而實現之規範作品

### 參、方法典型之部分

#### 一、權衡

(一) 概說

(二) 適用範圍

(三) 合理化之努力

(四) 在個別權衡中之規範內涵的解析？

(五) 控制強度

#### 二、特別涉及聯邦之解釋準則

(一) 由權能規範而來之嚴格解釋？

(二) 就聯邦體系紊亂之論證形態而言

#### 三、相對於憲法法院之其他憲法操作的方法上特殊性

#### 四、鑒於作為標準之憲法的方法上特殊性

(一) 一般之解釋規則

(二) 盡量使效果強大之解釋？

(三) 符合憲法之解釋

#### 五、國家實踐之重要性

#### 六、判決結果之考量；接近之命題

#### 七、憲法法院論證技術之問題

(一) 涵攝鏡頭

(二) 其他案件之共同判決

(三) 附帶意見

## 壹、處於風格與方法爭論中的聯邦憲法法院

在基本法底下之憲法訴訟建構後，聯邦憲法法院才發現其風格及方法的優先性。雖然德國憲法法院的傳統及外國的模式提供了重要的依據，然而，這種種並無法省卻法院獨自地尋求經由基本法所指示的特殊任務的克服之道。在此，有著一種另類選擇的廣大空間。學術界亦提出不同的選擇的可能性。大約在 **E. Kaufmann** 於 1950 年談及爲了法院判決之清晰所必要的「理性的簡單性」<sup>82</sup>，則有另一種基本的理解隱藏在此種看法背後作爲考量，例如，想要聯邦憲法法院較恰似作爲利益仲裁者的考量，或者強調法院功能之正常性之考量。

在憲法法院的實務歷經了數年之後，大概在法院自己的立場步伐也已經較清楚之後，國家學<sup>83</sup>就以非常不同方向的基礎研究的論文來加以回應，例如，**E. Forsthoff**<sup>84</sup>於 1959 年所著之論文或 **H. Ehmke**<sup>85</sup>於 1963 年所著之論文。在上述這些及一些其他的論文中已可見到威瑪時期方法論戰的廣度已經恰是經由延伸到憲法訴訟的存在、功能及影響<sup>86</sup>而被突破。然而以下兩點應如同以往予以肯定：一方面是特殊的憲法訴訟的風格及方法上的努力與憲法本身之基本理解緊密地相互結合<sup>87</sup>；另一方面即是此種一致性之基本理解在過去並不存在而現在也不存在。基於此，憲法訴訟經由這種爭辯及往後之爭辯，過去至今將會被一再地觸及，

<sup>82</sup> E. Kaufmann, Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 9 (1952), S. 1ff. (9).

<sup>83</sup> 關於聯邦憲法法院與國家學的關係，參見 Th. Oppermann 於本論文集，第一冊，S. 421ff.

<sup>84</sup> E. Forsthoff, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: H. Barion (Hrsg.), Festschrift für Carl Schmitt, 1959, S. 35ff.

<sup>85</sup> H. Ehmke, Prinzipien des Verfassungsinterpretation, in: VVDStRL 20 (1963), S. 53ff.

<sup>86</sup> 參見 B. Schlink, Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft, in: Der Staat 19 (1980), S. 73ff. 論文中之一部分收錄於 R. Dreier, F. Schwegmann (Hrsg.), Probleme der Verfassungsinterpretation. Dokumentation einer Kontroverse. Mit Einleitung von R. Dreier, 1976.

<sup>87</sup> 關於憲法解釋及憲法概念之連結，請參見 E.-W. Böckenförde, Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik, in: NJW 1976, S. 208ff., (209f.); Chr. Starck, Die Verfassungsauslegung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII, Normativität und Schutz der Verfassung – Internationale Beziehungen, 1992, § 164 Rn. 1. 其他觀點之最近評論，參見 M. Jestaedt, Wie das Recht, so die Auslegung. Die Rolle der Rechtstheorie bei der Suche nach der juristischen Auslegungslehre, in: ZÖ R 55 (2000), S. 133ff. (143 f.). 由美國觀點參見 D. Kommers, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, 2. Aufl. 1996, 尤其 I 2 以下。

但並不使得其必須面對一種極具優勢之觀點。話雖如此，這並不排除至少在結果上已超越很多陣營而形成之重要共通性。例如，聯邦憲法法院依通說將憲法理解成作為整個共同體的基本秩序，而此種看法可說是普遍被接受的<sup>88</sup>。

除此之外，亦有較特殊的有關風格與方法的討論。雖然這些討論最近似乎更密集地移轉到行政法領域<sup>89</sup>，但其中部分若干討論同時增加了交叉領域的標準的多樣性，這些標準聲稱，其在憲法法院認知過程中也應有其一定地位。但就此點而言，司法仍持保留態度。縱使「在方法選擇時，必然地會作出對解釋內容的先前決定」(D. Grimm)<sup>90</sup>，然則憲法法院的判決實務本身——即在建立某種風格之先前理解的範圍內<sup>91</sup>——給人的印象就是，憲法法院之判決實務在個案中自行選擇方法之細膩調整<sup>92</sup>。也就是說，相關選擇並非恣意，但使得實務仍保有某程度的彈性。至少，憲法司法由相關爭論之豐富得到生命力，但由此僅在某些領域被推往特定方向。憲法法院的判決實務，雖也接受許多個別的結論，諸如一些附帶的基本權利功能 (zusätzliche Grundrechtsfunktion)<sup>93</sup>，但由此並無法得出某種特定

---

<sup>88</sup> 關於此點，最近 G. F. Schuppert/Chr. Bumke, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung. Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des „einfachen“ Rechts, 2000, 尤其是 S. 58。然而，此觀點並不因在某種意義上的「部分憲法」(Teilverfassung)之概念所衍生的爭論而受思想上之阻礙。

<sup>89</sup> 參見 Chr. Möllers, Braucht das öffentliche Recht einen neuen Methoden- und Richtungsstreit? In: Verwaltungsarchiv 90 (1999), S. 187ff.

<sup>90</sup> D. Grimm, Methode als Machtfaktor, in: ders., Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, S. 347ff. (347f.以及之後)，在此特別強調其歷史性之前提要件；另參見 G. F. Schuppert, Self-restraints der Rechtsprechung – Überlegungen zur Kontrolldichte in der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: DVBl. 1988, S. 1191ff. (1194ff.).

<sup>91</sup> 對於一種不僅有關憲法理解的，而是更為廣泛的討論，參見例如 J. Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlage richterlicher Entscheidungspraxis, 2. Aufl. 1972.

<sup>92</sup> 在豐富的大部頭但仍特別使得憲法解釋更為活潑的法學企圖中，在此僅參見例如 R. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 3. Aufl. 1996; F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991; C.-W. Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. des von K. Larenz begründeten Lehrbuchs, 1995; W. Fikentscher, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung 1975-1977; M. Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung. Entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 2. Aufl. 1976; Fr. Müller, Juristische Methodik, 1977。更多其他文獻例如於 D. Looschelders/W. Roth, Juristische Methodik im prozess der Rechtsanwendung. Zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung, 1996.

<sup>93</sup> 關於此點，H. Dreier, Dimensionen der Grundrechte. Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten, 1993；更多其他（與基本權利面向有關）基本權理論之文獻，例如在 K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, Allgemeine Lehren der Grundrechte, 1994, S. 1678ff.

的、原則性的觀點。若避開經常被高估之所謂價值理論的特殊地位——關於價值理論本文後述還會觸及——則固定採取此種特定先前形塑（*Vorprägung*），例如經由整合論思想（*Integrationsgedanke*）<sup>94</sup>而做出之先前形塑，仍然屬於一種例外情況<sup>95</sup>。縱使是議論理論（*Diskurstheorie*）及系統理論（*Systemtheorie*），到目前為止，似乎沒有導致可觀察的風貌轉變；換言之，相關理論之影響所導致的改變並沒有實質地超越在法院判決本身中所顯現的觀點之法律續造。

如同被注意到者，沒有對憲法之統一的基本理解一事，同時有更深層的原因，最重要者為，能被認可之實質國家及社會理論自始即不受統治之基礎所拘束，亦即是建立在廣泛之基礎上<sup>96</sup>，因此該法院在形成風格之前理解及方法之一貫性這些問題上，亦不能依靠一個這樣的理論，或完全由於它被打入排除之列。

如此說來，雖然不應高估這種特性之影響力，惟風格及方法之問題對德國憲法審判權來說，仍然具有顯著之重要性。就此，憲法審判權看似須面對之原則性的（不過度強烈的）連續性要求已經談及<sup>97</sup>。為成為應用科學，法官亦須滿足包括性之要件，風格及方法之事物任意性必然減少聯邦憲法法院之權威性。

在權威性之觀點下顯現某種特性，三種部分地逆向之情況的配合是審判實務立場的特徵：法院之判決實踐在關於形成風格之前理解及原則性之方法的整體認識競爭中，一度形成明顯地最強大的及最重要的效力，其在實際上擁有最後的話語；再者，正是在此一層面，其同時面臨其權力之界限：在抽象中決定性地回答

---

<sup>94</sup> R. Smend 之整合理論的較一般的回應例如在於 *BverfGE* 62, 1 (45)。然而，價值判決本身不可以自然而然的被理解為整合性理論之產物（此點與 Forsthoff (註 3) 的見解不同)；參見 R. Dreier, *Dmensionen* (Fn. 12), S. 13ff.

<sup>95</sup> 此主張亦適用於例如在 G Leibholz 明顯之影響下的早期——而後續被大幅度地修正之——聯邦憲法法院的「政黨」路線（„parteienstaatliche“ Linie）。關於「政黨民主」（*Parteiendemokratie*）也參見 P. M. Huber 在本論文集第二冊，S. 609ff.

<sup>96</sup> 亦請參閱 Dreier, *Einleitung*(Fn.5), S.40.

<sup>97</sup> 最近 Jestaedt, *Auslegung*(Fn.6), S.136f.認為：「該經由解釋方法之選擇及適用所達到的解釋結果……自我連續地及再製地獲得證實。」

被轉向的此類問題，具體判決之拘束力亦為如此明確，此已超過了每一審判權之權能；第三，憲法審判實務伴隨其對於憲法之基本理解的見解，必然同時確定其固有的、著眼於憲法安定性的權能的射程：憲法所要求之權能的權能之部分。

此三方面關係到風格及方法之問題，於此「風格」(Stil)並非被理解為(在美學的、認識理論的或狀態論理學的關聯中之)單純的表達文化，而是憲法之原則性接受的種類與方式(不僅是在最初被假定者的意義下，亦是在始終不斷更新自我的、持續之看法的意義下之前理解)。對此，在工具之法獲得形式(方法)的獲得、結合、運用之意義下，結構上處理之規則顯出其重要地位<sup>98</sup>。

關於在此方向中憲法審判實務所進一步表明者，於下文中僅能就所選擇之方面加以說明。

## 貳、 形成風格之要素

### 一、 法官在使用上將憲法當作一既有的、具有標準性質的規範體系

#### (一) 法是否一既有之法律？

憲法法院判決雖然眾多，但皆具有一個共同的前提要件：照它們的自我理解，它們僅詮釋憲法而憲法在此構成一個在思想上先前認定已存在，並且具有優先地位之法律<sup>99</sup>。該法之特殊性不要被誇大，也不要被否定。雖然該法顯然指向

---

<sup>98</sup> 就此方面，與筆者在 *Stil, Methode, Ansicht*, in: DVBl. 1961, S.690ff.之見解相互呼應。

<sup>99</sup> 因此，憲法院認為自己是憲法之「詮釋者」(而詮釋者在此具有廣義)；詮釋必然以既定者為前提與限制(*K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, Rn. 77* 在此引用 *H. G. Gadamer*)。有關優先性地位，參看 *R. Wahl, Der Vorrang der Verfassung*,

「政治性」議題<sup>100</sup>，但此並非憲法之特徵。任何一種成文法平常就成為政治性決義之目標，同時就是此種決義的表現。隨著此性質出現基於意識型態而接近偏見之危機，但此亦非憲法詮釋的特徵，此危機在此只不過到達較高的（卻同時易被高估的）程度而已。然而，憲法法院的特徵在於，其標的—即憲法—來「調整及穩定」<sup>101</sup>政治過程。此更加凸顯憲法的性質在於憲法係一種標準；當然，不能由此而得來該標準之密度、認知的可能性、變遷的可能性等。

如此觀看憲法並不表示，著作接受許多角度，使憲法內容僅具有議題的（*topoi*）、迎人繼續思考的性質，著作也不企圖透過此種觀點大量拆除憲法的規範性質；著作例如不認為，以憲法為對象之尋找法律係一種全面流動的過程，且該過程隨時是開放性的；當然，如此激進地主張也確實很少見<sup>102</sup>。

## （二）憲法是否一標準？

在法院的眼中，憲法從是既有的、具有優先地位的；換言之，它是一種標準

---

in: *Der Stat* 20 (1981), S. 485ff.，在此也指出（486, 499ff.），一個廣泛的憲法司法得憲法之意義主要被集中於法律的、具有法院形式的領域。有關此議題，尤其也參看 *E. Benda* 及 *E. Klein*, *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*, 1991, Rn. 9ff. m. w. A.。

<sup>100</sup> 就此 *J. Isensee*, *Verfassungsrecht als „politisches Recht“*，in: *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band VII, *Normativität und Schutz der Verfassung – Internationale Beziehungen*, 1992, § 162。由系統理論提出建言者 *M. Schulte*, *Zur Lage und Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: *DVBf.* 1996, S. 1009ff. (1010ff.)。

<sup>101</sup> 詳細 *E.-W. Böckenförde*, *Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation*, in: *NJW* 1999, S. 9ff. (11f.)。

<sup>102</sup> 此爭論的共同標題係所謂開放性憲法（*offene Verfassung*）的概念—特別清楚例如 *Isensee*, *Verfassungsrecht* (Fn. 19), § 162 Rn. 48 或 *O. Depenheuer*, *Auf dem Weg in die Unfehlbarkeit? – Das Verfassungsbewußtsein der Bürger als Schranke der Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: *B. Zimske u.a.* (Hrsg.), *Staatsphilosophie und Rechtspolitik. Festschrift für M. Kriele*, 1997, S. 485ff. (499ff.) 後者反對 *P. Häberle*, *Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozess – ein Pluralismuskonzept*, in: *ders.*, *Verfassung als öffentlicher Prozess, Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, 2. Aufl. 1996, S. 121 ff.; *ders.*, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten – Ein Beitrag zur pluralistischen und prozessualen Verfassungsinterpretation*, in: *JZ* 1975, S. 297ff.，另也參看 *aaO* (*Verfassung als öffentlicher Prozess*, S. 155ff., 含有後論, S. 180f.)—該爭論之缺點在於著作們眼中的反對意見經常僅是一種被扭曲的意見，而反駁如此被扭曲的意見又太容易了。該問題領域最近整體性被釐清於 *M. Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*, 1999。

(Maßstab)。具體問題依此標準被量分寸。判決通常所適用的系統及語言也符合此比喻；雖然處理憲法偶爾讓人感到標準似乎不很穩定，但該系統及語言不使憲法之適用被分解成一種不斷創造憲法的過程<sup>103</sup>。

這並不是一件當然的事情。若一旦認定憲法係一種實定標準，則我們置身於多姿多才的一般性適用法律理論的洪水，而這些理論還會反面來質疑規範與規範的適用是否可分離。如此的困境不限於憲法法典，但其在憲法議題中特別容易找得到養份<sup>104</sup>。由外觀來看，憲法法院似乎沒有被如此之類的質疑加以干染。確實，憲政國家迫使憲法司法必須經由事務本質或經由規範理念而作出如此的區分<sup>105</sup>。因此，無論憲法法院是否在憲法政策上對個別憲法內容感到不滿，只要是該法院看出有如此的內容在，就必須接受它；這差點聽起來像是一種當然的道理。然而，尤其在議題允許不同推理模式時，塑造性造法以及接受既有的之間的界限有時變非常地薄<sup>106</sup>。不過，仍不能放棄此界限。假如有關派役聯邦防衛隊之判決沒有很幸運地經由相當大膽之推理而找到（非創造）<sup>107</sup>一種憲法內在的原則，即確認軍隊之使用必須合乎議會保留原則，那麼該判決必然要導出一種一面倒的結果；如此一來，該判決不可能達到（其的確所達到的）調解及安定政治的功效，也不可能獲得他人之廣泛讚美。可是，在找不到既有規範的前提之下，這一切的失望與批評變是必然要被承受的。因此，法院沒有（且不準）採取一種單純的、一般性的調解方案。依憲法法院過去所表達的意見，憲法「必須有助於國家之政

---

<sup>103</sup> 無論個案（替代役）得到何種評價，該問題浮現於 *Sondervorum Mahrenholz und Böckenförde* BVerfGE 69, 57 (62f.)。有關憲法變遷為詮釋問題，參看最近 *Chr. Walter, Hüter oder Wandler der Verfassung? Zur Rolle des Bundesverfassungsgerichts im Prozeß des Verfassungswandels*, in: AöR 125 (2000), S. 517ff.

<sup>104</sup> 參看此方面的引註於 *P. Lerche, Facetten der „Konkretisierung“ von Verfassungsrecht*, in: J. Koller u.a. (Hrsg.), *Einheit und Folgerichtigkeit im Juristischen Denken (Canaris-Symposium)*, 1998, S. 1ff. (13ff.)。最近有關規範究竟係既有的，抑或係該被創造的，參看 *Jestaedt, Grundrechtsentfaltung (Fn. 21)*, S. 148ff.

<sup>105</sup> *Lerche, aaO.*, S. 14 有引用 *C.-W. Canaris*。

<sup>106</sup> 就此最近 *H. Schultze-Fielitz, Das Bundesverfassungsgericht und die öffentliche Meinung*, in: *GF. Schuppert/Chr. Bumke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens*, 2000, S. 111ff. (142) 含引用 *H. Sendler*。

<sup>107</sup> *BVerfGE 90, 286 (383ff.)*。

治統一的任務」<sup>108</sup>；假如法院想採取一種一般性調解方案，法院尤其不能引用像前述觀點那樣的話而將該觀點當作其調解方案的基礎。經由諸如此類的陳述難以軟化憲法之既有形狀。若既有形狀表現憲法政治上之弱點，則修正此弱點的任務應歸於修憲之立法者，反而不應期待法院擔任該修憲立法者的任務。

若持著反對觀點，則尤其不能主張，真正詮釋憲法原本就等於參與憲政立法。雖然有一些具有分量的代表持著此種觀點<sup>109</sup>，且雖然此觀點來自一種長久的較一般的傳統，但此觀點所指的只可能是兩者具有相同的（更好：相似的<sup>110</sup>）效力，此觀點反而沒有指設判決之形成享有相同的創造自由；否則憲法為判斷標準的概念被放棄<sup>111</sup>。

---

<sup>108</sup> BVerfGE 62, 1 (45, 引用 *K. Hesse*)。法院要找尋一個核心規定（*zentrale Regelung* 依 *Habermas* 之意義，*J. Habermas*, Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School, in ders., *Die Einbeziehung des Anderen. Studium zur politischen Theorie*, 1999, S. 309ff. (321ff.)) 仍十分有限。

<sup>109</sup> 參看 *C. Schmitt*, *Der Hüter der Verfassung*, 1931, S. 36ff. (45)；現在尤其 *Böckenförde*, *Verfassungsgerichtsbarkeit* (Fn. 20), S. 12f.；更都資料（評述性）於 *H. Bethge*, in: *Th. Maunz ua.a* (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Stand Oktober 1998*, § 1 Rn. 48 以及 *H. Soell*, *Zur Methodik der Rechtsfindung des Bundesverfassungsgerichts (unter besonderer Berücksichtigung seiner bisherigen Entscheidungen auf arbeitsrechtlichem Gebiet)*, in *ZfA* 12 (1981), S. 509ff. (521)。有關真正憲法詮釋之問題最近 *Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung* (Fn. 21), 尤其 S. 363ff.。由比較法觀點例如 *A. v. Brünneck*, *Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien. Ein systematischer Verfassungsvergleich*, 1992, S. 170ff.

<sup>110</sup> BVerfGE 77, 84 (104) 強調，法院必須將立法權之行爲「與憲法本身予以對照，不能以憲法司法之判例爲依據」。

<sup>111</sup> 尤其 *Böckenförde* 不能爲這樣的效力當作理論依據。

# 不同意見書

作者：Gerd Roellecke

譯者：張永明

## 導讀

本文從現行法關於裁判不同意見書規定的演進切入，接著回顧歷史的發展，再旁述裁判附具理由的歷史發展，最後作主題的評論，讓讀者對德國不同意見書制度有深入的了解。作者花了很多的篇幅，進行歷史的分析與觀察，介紹日耳曼時代（日耳曼審判者程序）、羅馬德國皇帝統治時期（教會訴訟程序）、普魯士時期的司法體制（司法官僚體系），法官以及不同意見書在不同司法體制下的地位，對想要了解德國司法審判權發展歷史的讀者而言，本篇文章亦可以作為導讀的材料。

由於不同意見書的存廢，與裁判是否必須附具理由，有密切的關聯，因此本文亦就裁判應附具理由的理論基礎，作深入的探討。值得注意的是，作者認為，不同意見書與裁判應附具理由的制度目的之間，存在著某種的衝突，且不同意見書存在的價值，幾乎是乏善可陳，勉強列舉的話，應該是不同意見書提供法律論證的題材，豐富法律的辯論，但作者認為這點實際上只能當作是附屬的功能。

在作者的推論中，是否採行不同意見書制度，已接近是信仰的問題。事實上迄今德國的文獻，尚乏對不同意見書制度提出深思熟慮的批判。唯一被公認是實施不同意見書的目的，乃讓個別法官個人對具體裁判的觀點，能被大家所辨識。而在法官個人的見解被公開的情況下，法官必須為自己的見解負責，不能輕易地變更立場，這種自我拘束的效果，使得裁判的結果成為可以預見的，因此憲法法院公布不同意見書，實際上具有使憲法法院的裁判相對地穩定的效果。

通常不同意見書之所以存在，乃因案件具有政治重要性，因此不同意見書毋寧是與該憲法法官個人的治政觀點息息相關。然而，當為了刻意去維護司法威信，因而賦予法官平等的保障與崇高地位的同時，法官亦應愛惜羽毛，避免讓政

治性之決定成爲解決問題的模式，而應優先採用一般社會大眾可以接受的標準。職是之故，憲法法官固然有作成不同意見書之權力，但當其不同意見被公布之後，其本身即應受其自己先前所做決定的拘束，則賦予憲法法官作成不同意書的權力時，亦默示地課以作成不同意見書的法官自我拘束的義務。

如同德國情形，我國僅規定釋憲機關公布不同意見，詳參司法院大法官審理案件法第 17 條第 1 項規定：「大法官決議之解釋文，應附具解釋理由書，連同各大法官對該解釋之協同意見書或不同意見書，一併由司法院公布之，並通知本案聲請人及其關係人。」至於其他法院則無公布不同意見之制度，依據法院組織法第 106 條規定，裁判之評議意見，只能聲請閱覽，而不得抄錄、攝影或影印。

我國文獻有關不同意見書之探討，研討會部份，有法治斌主持，「憲法解釋中之協同與不同意見」學術研討會，[憲政時代](#)，88 年 7 月；期刊論文方面，有陳淑芳著，法院判決之不同意見書--德國法學界對此一問題之討論，政大法學評論，88 年 12 月、程春益著，論裁判解釋之不同意見，律師通訊，85 年 2 月；專書方面，則有劉鐵錚著，大法官會議不同意見書之理論與實際，三民書局，92 年 5 月。

## 目次

### 壹、現行法的演進

#### 一、形成的歷史

#### 二、實際的影響

### 貳、從王公貴族式到官僚式的司法裁判

### 參、法院判決附具理由

### 肆、不同意見書的可能性評估

#### 一、歷史發展的結果

#### 二、不同意見書的實務

#### 三、法官的被辨認可能性

在聯邦憲法法院之訴訟程序中實施不同意見書制度，有一段獨特的判決發展前史，而該段前史的發展，乍看之下與不同意見書並沒有關聯。因為直到聯邦憲法法院裁判彙編第 20 輯公布以前，聯邦憲法法院的判決與裁定均如德國司法傳統般地，採匿名的方式呈現，未曾發生過參與裁判作成的法官的姓名，被與判決一併公布出來的情形（譯按：公布不同意見與公布參與裁判作成法官的姓名不同，前者只見諸聯邦憲法法院法。）。1966 年 8 月 5 日作成的明鏡週刊判決<sup>112</sup>，被公布在彙編第 20 冊，藉此判決所有法官個人裁判的權力被公開出來。該憲法法庭對本案所作評議的整體結果，出現票數相同的情形。就此種情形，聯邦憲法法院法第 15 條第 4 項第 3 句（當時為第 2 項第 4 句）規定：「在票數相同時，無法確認是否牴觸憲法或其他聯邦法律。」聯邦憲法法院根據此規定，作成如下的判決書結論：「依據聯邦憲法法院法第 15 條第 2 項第 4 句規定，無法確認在適用刑法的實體規定時，有造成基本法第 5 條第 1 項第 2 句被侵害之現象。」因此，認為該案合憲的四位法官所為的衡量，即與認為該案違憲的另外四位法官所為的

衡量，同時被陳列出來<sup>113</sup>。在 1995 年 1 月 10 日的靜坐封鎖裁定中<sup>114</sup>，聯邦憲法法院甚至宣稱，一項依據聯邦憲法法院法第 15 條第 4 項第 3 句作成的裁判，對於「憲法上的問題，其本身...無法作成決定」。在所有四票對四票的裁判中，已不再是法律理由的陳述列舉，而是個別法官的自己表述。就此而言，我們可以說，明境週刊的判決是「邁向將不同意見書公布的重要一步。」<sup>115</sup>

另外的一步則為，從 1967 年 4 月 1 日的某項裁定開始，聯邦憲法法院第二庭在一項有關水道主管機關間（*Wasserstraßenbehörden*）的聯邦與邦的權限爭議中，曾將評議的表決結果公布<sup>116</sup>，但卻不尋常地未對選舉資格審查的諸多訴願案件作成裁判<sup>117</sup>。在 1967 年 5 月 23 日所作成，有關傳喚參加道路安全講習是否違憲的裁定<sup>118</sup>被公布之後，眾人已經知悉，關於第二庭是否公布裁判評議表決結果的實務，絕對不是沒有爭議的事。之所以會如此的理由，可以如下的字句說明：「該項裁判是在四票對三票的情況下作成，而決議是否將裁判評議表決的比數公開，亦是以相同的多數票數作成。」

就此 **Heyde**<sup>119</sup>認為：「從那個時候開始，我們可以在第二庭所作成的一切裁判的結尾處，找到關於這些裁判是如何被作成的資訊，究竟是全體一致通過，或

---

<sup>112</sup> BVerfGE 20, 162.

<sup>113</sup> BVerfGE 20, 162 (178 mit 185; 191 mit 209, 223 mit 226); 本文認為有道理的強烈反對見解，*Ch. Starck, Die Begründung mit Stimmgleichheit erlassener Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 收錄於：W. Fiedler/G. Ress (Hrsg.), *Verfassungsrecht und Völkerrecht. Gedächtnisschrift für Wilhelm Karl Geck*, 1989, S. 789.

<sup>114</sup> BVerfGE 92, 1(14); 就此 *G. Roellecke, Bio-Recht oder die Sanftmut von Gesäß-Protestieren*, NJW 1995 S. 1525 (1526 linke Spalte).

<sup>115</sup> W. Heyde, *Dissenting Opinions in der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit*, JöR 19 (1970) S.201 (214); *H. G. Rupp, Zur Frage der Dissenting Opinion*, 收錄於：K. D. Bracher/Ch. Dawson / W. Geiger/R. Smend (Hrsg.), *Die moderne Demokratie und ihr Recht, Festschrift für Gerhard Leibholz zum 65. Geburtstag*, 1966, Zweiter Band S. 531 (533); *G. Zöbele*, 收錄於：D. C. Umbach / Th. Clemens, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Mitarbeiterkommentar*, 1992, § 30 Rdnr. 18.

<sup>116</sup> BVerfGE 21, 312 (328) 但尚未始終如一，一方面參閱 BVerfGE 29, 34 (39)，以及另一方面 E 29, 39 (44)。

<sup>117</sup> 參閱 BVerfGE 21, 355 (356, 357, 358, 359); E 29, 18 (19, 20, 21)。

<sup>118</sup> BVerfGE 22, 21 (28)。

<sup>119</sup> *Heyde, Dissenting Opinions* (註 4), S. 215.

以某種的票數比例被作成。」但這句話已不再是正確，今日的第二庭僅偶而地公布裁判的表決結果，更精準地說：在第 99 與第 100 期的裁判彙編中，計有 23 篇裁判被公布，但其中只有 4 個案例的表決結果被公布出來。因此外界仍無從辨識聯邦憲法法院到底採行什麼樣的規則，特別的是，表決比例被公布與否，似乎不以案件是否具有政治或法律意義為斷。所以在關於聯邦就聯邦法律由邦執行時，是否有權頒布一般性的行政規則，此等具有政治重要性的裁判<sup>120</sup>，並未見表決的結果被公布出來。當表決結果的公布，成為宣告開始實施不同意見書實務的時候，則沉默地捨棄公布裁判的表決結果，即顯示聯邦憲法法院對於不同意見制度已然失去興趣。現在的問題是，就此現象我們應該高興還是憂慮，此問題的答案勢必是取決於不同意見書制度的意義。因此，本文首先應該調查現行規定的演進情形（壹），接著是裁判實務的結構轉變（貳），以及法院裁判附具理由的歷史（參），最後再作評論（肆）。

## 壹、現行法的演進

現行的法律規定，只有針對聯邦憲法法院的程序，才有明確地要求應作成不同意見書。1970 年 12 月 21 日通過的聯邦憲法法院法第 4 次修正案<sup>121</sup>，其存在應該具有鞏固聯邦憲法法院作為最高憲法機關的地位，以及改善其運作能力的作用<sup>122</sup>。此次修正在聯邦憲法法院法第 30 條有關裁判的評議與公布，增加了第 2 項規定，其內容如次：

「每位法官得在不同意見書中，寫下其在評議時，對於裁判或裁判理由所持的不同意見；不同意見書附隨在裁判之後公布。聯邦憲法法院的二個庭，得在其裁判中公布評議表決的比例。詳細內容由處務規則（*Geschäftsordnung*）定之。」

---

<sup>120</sup> BVerfGE 100, 249 (263) .

<sup>121</sup> BGBl. I. S. 1765.

聯邦憲法法院處務規則第 56 條之規定，包含有關於不同意見書的預告、作成、公布與刊行等程序。唯一的實體上界限，乃這些程序的內容必須與裁判具有關聯性。每位法官可以對裁判結果（不同意見書）或對裁判理由的構成（協同意見書），表示不同的看法。因此，一項單純的贊同，如「本人同意裁判的結果與裁判理由的構成」，即非屬不同意見書。同樣地，與法院必須進行裁判的案件無關的法律論述，亦非屬不同意見書。至於如何處置這些「無效的表決」，該法並未規定，亦無人能想像如此規定的存在。由於所有的法官都擁有同等的權力，因此不存在任何具有決定能力的層級。若由多數見解來判定，亦同樣不可想像，蓋不同意見書制度，本來就是想要讓少數有發言的機會（譯按：當不同意見書的存在用意，乃是讓裁判庭的少數亦有發言的機會時，無不意味司法所欲追求的真理，要非不存在，即不只有一個）。在這種情況下，沉默就成爲最好的選擇，而事實上吾人亦必須容許這種現象出現。

該法已將過去不明確的用語<sup>123</sup>加以澄清，「不一致的見解」（*Abweichende Meinung*）是針對內容、「不同意見」（*Sondervotum*）是針對訴訟程序上的形式。本文以下的探討，主要的對象是那種被當作不同意見書公布的不一致見解，而不是如同 1880 年 4 月 5 日通過的帝國法院（*Reichsgericht*）處務規則<sup>124</sup>第 15 條所規定，針對法院的檔案給予不一致見解的嘗試。

---

<sup>122</sup> 有關政府提案的理由，參閱 *BT Drucks. VI/388 S. 5.*

<sup>123</sup> *Heyde, Dissenting Opinions*（註 4）S. 201; *Rupp, Dissenting Opinion*（註 4）S. 531.

<sup>124</sup> *Zentralblatt für das Deutsche Reich* 1880 S. 190. 與本文相同見解者，亦有 *W. K. Geck, Sondervoten bei Landesverfassungsgerichten de lege ferenda*, 收錄於：*Ch. Starck / K. Stem*（Hrsg.），*Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Teilband I*, 1983, S. 315, 316 註 3.

# 憲法法院判決的作用與遵循

作者：Helmuth Schulze-Fielitz

譯者：張嘉尹

## 導讀

比較憲法上，德國聯邦憲法法院所擁有權限之多，殆為相近制度之中的佼佼者，由抽象規範審查、具體規範審查、憲法訴願乃至機關爭議等權限，所架構的是強大的憲法守護者，雖然具有法院的型態，但是仍得以被動的方式，履行其憲法機關的職責，為維護憲法規範性而奮鬥。作為國家權力的一環，屬於司法權的聯邦憲法法院發揮功能的條件與其它兩權不同，權威性的判決沒有強制力量作後盾，而有恃於其他國家機關以及人民的接受，其法的效力與事實的作用因此與是否受到普遍的遵循緊密相關。

本文分析憲法法院判決在社會面向與法律面向的廣泛作用，描述其實際並探查其成因，首先由德國聯邦憲法法院法第 31 條出發，考察憲法法院判決的法制度上的各種效力，質言之，該法第 31 條第 1 項就規定，所有聯邦與邦的憲法機關、所有的法院與行政機關都受到所有聯邦憲法法院判決的拘束，該法第 31 條第 2 項更賦予特定的聯邦憲法法院判決具有法律效力，在此設計下，下列問題的解決就刻不容緩：是否不只判決，連主要的判決理由都具有拘束力？主要的判決理由在何麼範圍內拘束著國會立法者？此外，在法律面向的效力之外，憲法法院判決也展開史無前例的事實拘束力。

由於個別憲法法院判決不只作用於程序當事人或是其他受拘束者，還能夠持續的形塑整個政治場域或事務領域，發揮廣泛的社會作用，決定性的影響意志形成的政治過程，並塑造一般政治公共領域以及國家法學領域中的討論。本文因此藉由分析四種類型的關鍵性判決，亦即憲法釋義學的、政治性原則的、在個別社會適用領域的以及尋求個案正義的關鍵性判決，來說明憲法法院判決所展開的強大形塑力。

然而聯邦憲法法院所發揮的作用卻比其個別判決作用的總和大，在其持續的判決實踐下，客觀的非規範性作用連結而成憲法生活中的制度，也使得個別有疑義判決得以貫徹。本文分析四種聯邦憲法法院作為憲法制度的作用，此類作用與

聯邦憲法法院對於政治過程的特定功能以及對於社會公眾的一般功能相關聯，也與聯邦憲法法院的示範功能與整合功能相關聯，並結晶在「憲法機關」概念上。當然作者也承認，這種作用難以在經驗上調查，在理論上又宛如後印象派的作品，然而要確切理解作為整體的聯邦憲法法院判決實務，也只好這般的逼近法學知識的極限。

由於聯邦憲法法院能否發揮其強大作用特別依賴於普遍的接受，在觀察上又發現，對於憲法法院判決的遵循意願看來時有降低的趨勢，本文最後就檢討憲法法院作用力的界限與危機。近二十年來，不但專業法院嘗試偏離聯邦憲法法院的判決，國會立法者沒有把儘速落實聯邦憲法法院判決當作優先目標，連國民以行動來間接偏離聯邦憲法法院的要求，作者認為其原因首先來自判決的內在，例如聯邦憲法法院的判決受到某種對於國會立法者的「父權主義」所形鑄，更糟的是聯邦憲法法院判決中旁論的氾濫，而且這些旁論看來卻像是具普遍性的憲法指令。常見的還有，聯邦憲法法院把自己當作「最高的初級法院」，過度介入專業法院的法律適用審查，結果專業法院就想規避聯邦憲法法院提出的指導方針，然而總體而言，並無法確認聯邦憲法法院的判決面臨任何特殊的接受危機，即使是在普遍層面上，此種據稱的接受危機有可能只是當前法律系統分殊化的表現形式而已。

我國在解嚴後，大法官解釋日益受到重視，對於憲法規範性的維護也更能發揮其功能，但是回顧起來，大法官解釋的效力，卻是由大法官自己在多號解釋中逐漸發展起來，在民主化之後，雖然大法官屢建其功，曾經釋字第 499 號解釋，阻遏國民大會的擴權自肥，又經釋字第 585 號解釋，終結立法院真調會的錯亂自恣，但是兩次也都遭致政治勢力強力反彈，但是總體而言，大法官的聲望與尊嚴仍日有進展，大法官解釋的內容，不但在法學界引起討論與（批判性的）共鳴，不少大法官解釋的作成，也成為社會上的矚目焦點，甚至成為政治力量（朝野雙方；中央與地方）對決的調停者，各界容或有對個別解釋不以為然者，但是對於此制度的存續與價值卻少有爭議，不知不覺中，大法官解釋制度也逐漸成為我國

憲法生活中的不可或缺，然而對於其作用與遵循，我國學界尚缺乏類似本文深度與廣度的研究，在司法改革的緩慢推進中，大法官制度的改革也是終極目標，如何在保存與改進之間得到平衡，恐怕是有識之士必須深思之處，他山之石可以攻錯，寄望學界未來有更多更深入的相關研究。

## 目次

### 壹、問題的提出：憲法法院判決的作用層面

- 一、憲法法院判決獨特的廣泛作用
- 二、透過憲法法院判決拘束者的遵循
- 三、個別憲法法院關鍵性判決的作用
- 四、作為制度的憲法法院在憲法生活中的作用

### 貳、憲法法院判決的拘束力

- 一、聯邦憲法法院法第 31 條的拘束力
  - (一) 憲法法院判決實務的判決形式
  - (二) 判決主要理由的客觀拘束性？
  - (三) 透過重複立法禁止對立法者的主觀拘束？
  - (四) 憲法法院判決的事實拘束力
- 二、聯邦憲法法院法第 31 條第 2 項的法律效力

### 參、憲法法院關鍵性判決的形塑力

- 一、憲法釋義學的關鍵性判決與其持續的發展
- 二、聯邦憲法法院的政治性原則判決
  - (一) 政治權力衝突的仲裁
  - (二) 憲法國危害的防禦
- 三、針對個別社會作用場域的關鍵性判決
  - (一) 憲法法院形塑秩序的場域
  - (二) 憲法法院自制的場域
- 四、尋找個案正義的判決

### 肆、聯邦憲法法院作為憲法生活制度的作用

- 一、聯邦憲法法院的政治作用
- 二、聯邦憲法法院的公眾作用

三、對相類制度的示範作用

四、對國家與社會的整合作用

伍、憲法法院作用力的界限與危機

一、對憲法法院判決欠缺遵循的表現形式

二、內在於判決而對於憲法法院遵循要求的危害

三、憲法法院判決的接受危機？

陸、結論

## 壹、問題的提出：憲法法院判決的作用層面

### 一、憲法法院判決獨特的廣泛作用

聯邦憲法法院判決的作用非常廣泛，其理由如下：首先，由於憲法具有優位性（基本法第 1 條第 3 項，第 20 條第 3 項），所以憲法法院對於憲法規範內容的解釋就不只具有個案效力，還包含對整體法秩序都有效的陳述。其次是基本法效力要求的擴張：從路特案<sup>125</sup>開始，整體法秩序（包含民法）實體上必須根據基本法的原則與價值決定來解釋，這些原則與價值也構成國家行為的動力與目標；從愛爾菲斯案<sup>126</sup>以來，憲法法院在程序上可以審查，每個國家行為是否與基本法暨其客觀綱領內容相容。再者，民主立法者亦受憲法、聯邦憲法法院對憲法的解釋（基本法第 1 條第 3 項）暨其與立法者往來的技術——憲法法院並不以具拘束性的確認法律違背憲法為足，往往還同時指示立法者如何排除違憲的狀態——所拘束，與此相結合的還有一個持續「憲法化」普通法律的過程<sup>127</sup>：由於憲法與普通法律的規制領域相互對應，原本單獨由政治透過法律所做的決定，基於法院的憲法解釋，逐漸看來像是對憲法本身或其高度抽象規範性原則的具體化。最後，由於憲法解釋方法通認的解釋標準之間欠缺安排優先順序的規則，解釋者就享有相當寬廣的決定空間<sup>128</sup>，常常給予聯邦憲法法院獨自「最後」發言的機會暨「解釋的權力」<sup>129</sup>。上述理由不但造成憲法法院判決在社會面向與法律面向具有相當廣泛的作用，同時也使得聯邦憲法法院作判決時必須預期這些效力作用，因此判決理由的形成不能只針對個案而發。

<sup>125</sup> BVerfGE 7, 198 (203 ff.) – Lüth.

<sup>126</sup> BVerfGE 7, 198 (203 ff.) – Elfes.

<sup>127</sup> 最近的文獻，參閱 G. F. Schuppert/C. Bumke, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000, S. 9 ff., pass.

<sup>128</sup> 只要參閱 H. Sendler, Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Rationalisierung der Entscheidungsfindung oder Camouflage der Dezision?, in: Ziemke u. a. (Hrsg.), Staatsphilosophie und Rechtspolitik. FS für Martin Kriele, 1997, S. 457 ff.; J. Isensee, Vom Ethos der Interpreten, in: H. Haller u. a. (Hrsg.), Staat und Recht. FS für Günther Winkler, 1997, S. 367 ff.

<sup>129</sup> 參閱 H. Simon, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (Hrsg.),

## 二、透過憲法法院判決拘束者的遵循

憲法法院判決隨其既判力的發生，首先強迫作為直接其受拘束的程序當事人遵循，在制度上，這些程序當事人主要是國家機關，亦即政府與行政機關、專業法院或是國會，其所為的決定不是被撤銷就是合憲性受到確認，所有這些國家機關都有義務遵循憲法法院的判決（參閱聯邦憲法法院法第 31 條第 1 項與第 2 項）。由此也產生了聯邦憲法法院與其他國家機關之間的獨特緊張關係，拘束力的範圍在細節上更有所爭議。作為程序當事人而提起憲法訴願的國民也受到憲法法院判決的拘束，至於一般國民，由於只具有守法的基本義務，因此僅受到具有法律效力的憲法法院判決所拘束（詳見貳）<sup>130</sup>。

## 三、個別憲法法院關鍵性判決的作用

個別憲法法院判決的作用不只在於程序當事人或是其他受拘束者的遵循，個別判決還能夠持續的形塑（或改變）整個政治場域或事務領域，並發揮廣泛的社會作用，亦即決定性的影響意志形成的政治過程，並因而得以塑造一般政治公共領域<sup>131</sup>以及國家法學<sup>132</sup>領域中的討論。聯邦憲法法院的歷史就遍佈著一連串這類突出而作用強大的關鍵性判決<sup>133</sup>（詳見參）

## 四、作為制度的憲法法院在憲法生活中的作用

---

HdbVerfR, 2. Aufl., § 34 Rn. 56.

<sup>130</sup> 例如 *K. Chryssogonos, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung*, 1987, S. 205 ff.

<sup>131</sup> 對此的一般性探討，參閱 *H. Schulze-Fielitz, Das Bundesverfassungsgericht und die öffentliche Meinung*, in: G. F. Schuppert/C. Bumke (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens*, 2000, S. 111 ff. (119 ff.)

<sup>132</sup> 參閱 *H. Schulze-Fielitz, Das Bundesverfassungsgericht* (Fn. 7), S. 117 ff.

<sup>133</sup> 關於憲法「關鍵概念」，參閱 *E. Denninger, Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe*, in: C. Broda u.a. (Hrsg.), *FS für Rudolf Wassermann*, 1985, S. 279 ff.

聯邦憲法法院的作用比起其個別判決作用的總合還大，在其持續的判決實踐下，客觀的非規範性作用就連結而成憲法生活中的制度<sup>134</sup>，此類作用也（同時）保障個別有疑義判決得以貫徹。以憲法訴訟法所規定的程序軌道來處理政治與社會的基本衝突，就鑄成了一個獨特而富有法治主義的聯邦德國憲法文化，此文化也在德國持續的支持民主憲法國的建設，此種透過聯邦憲法法院作為憲法機關的制度對憲法生活的獨特模塑，對於居民的基本共識產生了整合作用，在德意志聯邦共和國的界線外也具有模範功能（詳見肆）。

---

<sup>134</sup> 參閱 *E. Luetjohann, Nicht-normative Wirkungen des Bundesverfassungsgerichts, 1991, S. 19 ff., 27 ff.*

# 聯邦憲法法院與憲法學理論

作者：Thomas Oppermann

譯者：黃錦堂

## 導讀

憲法法院的法官人選，約得區分為由職業法官所產生與由學界產生，後者尤其係指憲法學乃至國際法學為主的學者。憲法學者精通憲法有關的各種理論。這些學者-法官們，甚至廣義而言在個別憲法訴訟中作為代理人或鑑定人的公法學者們，對聯邦憲法法院的裁判，產生如何之影響？這是本篇文章（表面）的提問，而背後尤在關懷，若憲法條文只是相當簡單而且有限，則聯邦憲法法院於個案裁判的解釋時，應如何借用憲法學的理论？以台灣例子而言，而這是譯者所願意指出者，就權力分立有關的爭議案件，當前國家權力集中程度與危害可能，以及權力分立的古典意涵在於防範權力過於集中所形成的獨裁危險，須否被嚴肅納入考量，而不是單純以簡單且有限的憲法條文當作依據？此外，就規制性的法律之違憲審查所涉及之基本人權與公共利益之衡量，須否考量整體社會的處境與發展階段、案件性質與急迫性高低等，而以一种促使國家能夠安然渡過困難（含有等待下一階段到來時之改良與精進之意義）的態度尋找結論，而不是機械僵化之文義推衍或外國月亮之單方期待？

作者詳細分析學者出身的憲法法院法官在（重大）個案的貢獻，並從威瑪時期開始討論，然後依序分析聯邦憲法法院各個時期的個別法官，而且介紹各自的學派背景、學術領域特長、法學方法論上的特色及於主要裁判中的見解貢獻。也因為如此，本篇文章可謂對聯邦憲法法院六十年來的裁判，也作了全面的回顧與整理——即使係以極為有限的篇幅。

作者憂心憲法解釋（學）變成機械而狹隘的操作，也質疑日趨龐大與綿密化的憲法裁判將不免遮掩憲法解釋所須的理論高度。本文可謂提出憲法學理論的學術範疇，指出其在憲法解釋（學）中的積極意義。

就我國文獻而言，主要涉及憲法解釋的理論與方法，約見：

1、張嘉尹，〈憲法解釋、憲法理論與「結果考量」——憲法解釋方法論的問題〉，

收錄於劉孔宗、陳新民主編，《憲法解釋之理論與實務》，第三輯上冊，頁 1

以下（2002年）；

- 2、張文貞、葉俊榮，〈邁向憲政主義—憲政體制的變遷與解釋〉，收錄於湯德宗主編，《憲法解釋之理論與實務》，第四輯，頁441以下（2005年）；
- 3、吳庚，〈社會變遷與憲法解釋〉，收錄於湯德宗主編，《憲法解釋之理論與實務》，第四輯，頁1以下（2005年）；
- 4、黃錦堂，〈行憲而不修憲的憲政法制政策與憲法解釋〉，宣讀於，第五屆「憲法解釋之理論與實務」學術研討會暨中央研究院憲改論壇—法政對話之四《2006年憲改議題之研究》，主辦單位：中研院法律學研究所籌備處，協辦單位：中研院政治學研究所籌備處，時間：2005年12月16日，地點：中研院學術活動中心第一會議室。

德文的相關文獻，約見：

- 1、Matthias Herdegen, Verfassungsinterpretation als methodische Disziplin, JZ, S. 873ff. (2004) .
- 2、Joachim Lege, Verfassungsänderung oder Verfassungsinterpretation?—Der Methodenstreit um die Abschaffung des Bayerischen Senats-- , DOEV, 283ff.(2000)
- 3、Die Methoden der Verfassungsinterpretation—Bestandsaufnahme und Kritik, NJW, S. 2089ff.(1976)

聯邦憲法法院與憲法學理論（Staatsrechtslehre）\*之關係，得有多重態樣。經

---

\* 「（譯案：此字若從字面而言，得直接翻譯為「國家法學」或「國家法理論」。詳言之，國家法一詞，在德國學界一般而言也可指稱憲法，舉例言之，Joern Ipsen 教授所著的憲法學教科書，第13版，2001年，便採用國家法之用詞；Alfred Ketz 博士的憲法著作，第13版，1996年，亦然。至於德文 Lehre 一詞，得直接譯為理論、學說、教義、信條、原理、定理等。就本篇文章的內容

由其依聯邦憲法法院法第 32 條的規定所賦予的判決特殊權威性，聯邦憲法法院直接地形成（gestalten）基本法之解釋，而且也因而形成其他立法的效力。只要德國法係受到聯邦憲法法院的審查，則其係以被聯邦憲法法院所理解的內容，加以生效。即使立法者也得經由憲法訴訟而被糾正。「憲法的內容乃係法官所指稱者」。（C. E. Hughes 所言）

相較之下，憲法理論之任務，卻與日俱增地更是成爲問題。隨者憲法訴訟的建立，學界知名人士的意見與鑑定書作爲形塑憲法與實定法之有效的理解的時代，已經結束。當然，只要尚有一部份的法領域尚未受到憲法訴訟的審查，則該領域中學界知名人士的意見與鑑定仍得有其影響力。但若發生爭論，而且當事人訴諸聯邦憲法法院，則理論的角色便只限於提出足以讓法院於法解釋時產生確信的論點。

當然，以上命題並非已經窮盡。聯邦憲法法院的判決此期間已經高達上百卷<sup>135</sup>，而成爲憲法理論在研究工作上無窮無盡的寶藏。但憲法理論於此也面臨一個墜落而變成「聯邦憲法法院解釋的科學」的危險<sup>136</sup>。當今憲法理論的一個重要任務，若其想避免如上的自我設限，在於固然理解到聯邦憲法法院的判決，但超越之而爲思考，並將難以令人信服的判決加以拒斥，而且發展出憲法的整體觀點——這種整體觀點從數百個各別判決的綿密地毯中，並不容易推導而出。以這種方式，著名的教科書，如 Peter Badura、Konrad Hesse 或是 Klaus Stern 所撰寫者，

---

與目的而言，Staatsrechtslehre 一詞得翻譯爲「憲法學理論」，其係關注憲法學，而且係關注理論面，從而與實定憲法之詮釋有別；其係以當代內外政、經、社、文、科技與法制等之變遷與憲法理論之應有推演等，作爲討論主題，從而與法哲學、國家學、正義理論、比較憲法學、政治學、歷史學、社會學等，關係密切。我國依學科的劃分與學者留學國的用詞或體系，似乎得翻譯爲憲法理論，Constitutional Theory，而且與政治理論密切相關，也與比較政治科目相近。）

<sup>135</sup> 本論文考量聯邦憲法法院官方的裁判彙編第 1 至 101 冊。

<sup>136</sup> 具有標示性的例子，長久以來，爲常被引用而且係以聯邦憲法法院判決的整理爲主的註釋書：G Leibholz/H.-J. Rinck/D. Hesselberger, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 7. Aufl. 1993ff.

即使以現今憲法訴訟的條件，對於現行德國憲法的理解，具有重要意義<sup>137</sup>。儘管這件事就聯邦憲法法院的引注作法十分不同而且在判決中難以檢證，學界之尋求一個「合於時代的整體的憲法理解」的努力與成果，並沒有喪失對聯邦憲法法院的影響力。

以一個直接的意義而言，聯邦憲法法院與憲法理論間之相互影響，最直接顯現在聯邦憲法法院與德國大學法學院間的人員的連結。其中最主要者，為憲法理論者出任聯邦憲法法院的法官。在前半個世紀，除了少數幾年之外，在聯邦憲法法院的法官中，總不間斷地有一位或多位係憲法學教授出身。從其法學者的背景與功能而論，這些被任命為憲法法院法官的教授們原本有可能充當外部觀察者，而對憲法解釋以及在一定程度內憲法政策的問題，從國家法的理論加以運送進入到憲法訴訟的實務當中。當然，於此也產生若干差別性，而這主要係植基於個別法官的人格特色。整體而言，若吾人對於聯邦憲法法院的判決加以翻閱，將可發現，這些「教授-法官」們在判決中明顯留下一些軌跡。這種之憲法理論對聯邦憲法法院的影響，在以下的章節中，將特別加以分析。

同屬於與聯邦憲法法院的直接對話者中，尚有相當多的憲法理論者係以案件申請人「(譯案：亦即原告)」或對造之代理人，或以其他類似的功能，而參與憲法訴訟程序。就這些人所提出的正反論述與後來法院所為判決之間的因果性，仍然鮮少或只是有限地被確認或推論出來<sup>138</sup>。例如，是否因為 Horst Ehmke，以致

---

<sup>137</sup> K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl. 1995; P. Badura, *Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, 2. Aufl. 1996; K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I-V, 1977-2000.

<sup>138</sup> 這個困難將更為加倍，原因在於，聯邦憲法法院在截至第 26 冊為止的裁判彙編中，出於當時的衡量，並不公布各該裁判庭的法官的姓名。就知名的憲法學學者如 G Dürig, H. Ehmke, H. P. Ipsen, H. Kruger 等之參與早年的裁判與否，吾人只能經由其他方面的資訊才能理解。--聯邦憲法法院甚至至第 20 冊為止，並不公布個案裁判的所有法官姓名的簽名。迄今為止，德國並不強調憲法法院的個案裁判的主筆法官的姓名，而與許多國家（例如歐盟）的作法不同。

於「明鏡週刊」對官方之搜索報社案所提起的憲法訴願儘管不獲成功，但在第一庭的判決中對於新聞自由卻有明白的保障的決定<sup>139</sup>？而 Dieter Blumenwitz 對於巴伐利亞邦政府成功提起「兩德基礎條約」的合憲性爭論並導出聯邦憲法法院第二庭於 1973 年的判決的貢獻，吾人又應予以多高的評價<sup>140</sup>？而一些教授如 Peter Badura、Peter Lerche 或 Fritz Offenbuehl 對聯邦憲法法院產生之影響？--此等經由程序之代理而與許多重要的憲法訴訟案共享名聲。儘管有許多必然的不明白性，但對於憲法學理論與聯邦憲法法院之此類直接對話為若干思考，仍有價值。

同屬於聯邦憲法法院與憲法理論之直接對話者，為學者所表示之學術意見而為聯邦憲法法院在判決中加以為贊成或反對之引述者。聯邦憲法法院在許多重要裁判中明白舉出其構成判決理由之相關引述的來源，而這與其他法院不同，尤其在盧森堡的歐盟法院「（譯案：歐盟法院的判決向來十分簡短，並不詳述裁判的原由與思索來源）」。

在進一步掌握聯邦憲法法院與憲法學之間的緊密的連貫性之前，有必要回憶聯邦憲法法院在其理由構成以及在該院的早期判決，係如何程度已經受到更早期德國憲法學理論的影響。

## I、威瑪時代的憲法學理論對於聯邦憲法法院的影響

對於聯邦憲法法院之於 1949 到 1951 年之間依基本法第 92 條以下的規定而被創設，以及聯邦憲法法院法於 1951 年 4 月 16 日之被公佈施行，憲法學理論均曾產生影響；而這影響得從聯邦憲法法院成立的歷史以及從一個更深刻的意義加以清楚看出。於此必然涉及若干在威瑪時代或甚至在 1919 年之前便已經有的具

<sup>139</sup> BVerfGE 20, 162ff. "Spiegel".

<sup>140</sup> BVerfGE 36, 1ff. "Grundvertrag".

思考性的重要憲法理論學者的思想結晶。

對於聯邦憲法法院的創設，而且係以一種相較於威瑪時代的國事法院（Staatsgerichtshof）有更為擴張的管轄內涵的態樣，在思想上加以點燃者，可謂係植基於 1848 年提出於制憲會議（Verfassungskonvent von Herrenchiemsee）的一份作品「巴伐利亞有關基本法創設的指導理念」。該作品主要係提及 Hans Nawiasky 的手稿<sup>141</sup>。Nawiasky 之該建議事實上旨在回應一個自 1945 年以來在主要政治家圈內廣為流傳的一項思考：在納粹的獨裁統治之後之德意志法治國之重建之諸多重要政策作為當中，創造一個由法官所組成的憲法守護者機關，應屬於其中一項。就此，美國最高法院的模範性當然發揮一定的功能，但另外一項值得注意的因素，則是若干值得注意的學界的見解，此等呼籲將威瑪時代的國事法院的內容進一步加以擴張而成立德國自己的憲法訴訟的體制。在 1948 與 1949 年的制憲過程中的國會委員會的討論，以及在後來就聯邦憲法法院法於 1951 年的審議過程中，由於前述這種基本見解已經獲得高度一致性的肯定，所以就一個擴大的憲法訴訟的體制之建立以作為「法治國的基石」（Grundpfeiler des Rechtsstaates）（F. Fleiner- Z. Giacometti 二位的用詞）的貫徹，並不需要另外更有劃時代的見解；細部的決定事項，從而原則上屬於憲法實務家與政治家的工作<sup>142</sup>。

以一個更深刻的意義而言在威瑪時代就已經流傳許多來自德國憲法理論圈內的作品，開啓了憲法訴訟之全面貫徹之途徑。首先，威瑪憲法第 108 條所創設的國事法院，已經意味著對於 1871 年帝國憲法所建立的「聯邦委員會」（Bundesrat）只針對特定的聯邦性質的憲法爭議案件的管轄權，踏出了相當擴張性的一步。對於憲法訴訟作為法治國建設的最後一著（Schlussstein），這種洞察力，在威瑪時代應得歸功於當時憲法學理論圈當中多位人士之由原先強調憲法實證

<sup>141</sup> 詳見 Stern (Fn. 3), Bd. II, S.330ff.

<sup>142</sup> Stern(見前揭註 7)提及 C. Schmid 曾發揮若干協力。但最重要的讓步係經由 G Zinn, W. Strauß

主義脫離而出，改而強調應進行一種「人文學」( geisteswissenschaftlich)上的轉換，此時期著名的憲法學理論學者主要有 Heinrich Triepel、Erich Kaufmann、Rudolf Smend 等，另外一個名家則為 Carl Schmitt<sup>143</sup>。當憲法與法律均系植基於一個涵蓋諸多基本價值的組合體 (ein Gefuege von Grundwerten)，則創設一個類如法院構造般的機關，以對於立法者與其他憲法機關的行為進行控制，而且係依照被實定化的標準而為之，係完全可以想像 (vorstellbar)，而且也係正當而得被如要求 (geboden)。於此，儘管原先對此抱持懷疑意見者，例如 Triepel，後來也因為改變想法而將「政治法」的一部份認為具有司法上之可審查性，而逐漸成為憲法訴訟的支持者<sup>144</sup>。上述這些威瑪時代的憲法學理論，以及出於希特勒政權的恣意統治的慘痛經驗，對於國會委員會 (Parlamentarischer Rat) 的政治家世代產生影響－彼等的法學教育絕大部分係在 1920 年時代完成。也因此，在德意志第二共和中乃完成聯邦憲法法院的創設，而該憲法法院相較於其先行者以及外國的比較立法例當中，在職掌上係獨一無二者<sup>145</sup>。零星意見曾警告這種由法官所組成的政府將不免忽略國民與議會的主權，但這畢竟屬於明確的少數派，而在往後的數十年中儘管偶爾因為聯邦憲法法院的判決有一定的疏失而曇花一現般地受到重視，但並不能成為代表性的見解<sup>146</sup>。

---

und Tb. Debler 等主要人物而完成。

<sup>143</sup> 詳見 E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. VI, 1981, S. 15ff.

<sup>144</sup> H. Triepel, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, VVDStRL 5 (1929), S. 2ff. 進一步關於 Triepel 於威瑪時期對於憲法訴訟的持續性肯定見解的分析，見 U.M. Gassner, *Heinrich Triepel*, 1999, S. 378ff. – 在同一次於 1928 年在維也納舉行的國家法學者年會中，H. Kelsen (當時為奧地利憲法法院法官) 撰文論述一個廣泛的憲法訴訟的邏輯性。

<sup>145</sup> 請參考 K. Schlaich, *das Bundesverfassungsgericht*, 4. Aufl. 1997, S. 1ff.

<sup>146</sup> 當時有力的質疑如 W. Weber 所提出者，見氏著 *Weimarer Verfassung und Bonner Grundgesetz*, 1949, 其見解係銜接到 C. Schmitt (例如 *Verfassungslehre*, 1928, S. 117ff.) 於威瑪時期所提出之擔憂憲法法院之過度承擔政治負荷的警告- 關於僅於一時間反對憲法法院擴張職權的文獻的彙整，見 *Stern* (前揭註釋 3)，Bd. II, S. 956f.

## 體制改革

作者：Rainer Wahl \*

譯者：蘇永欽

## 導讀

本文整理了有關聯邦憲法法院體制改革的各種意見，並從比較法、司法制度的特性、組織的產能效率、政治上的可行性以及歐洲化的外在環境等角度，對這些意見做出評價，是一篇宏觀的、法政策學的論文。讀者可以從這篇論文，看到德國憲法學者怎樣看自己的制度，以及他們在做制度選擇時會加入何種考量。

基本上作者發現儘管各界提出的改革建議琳琅滿目，涵蓋有關訴訟程序、法院組織、解釋方法、案件管理等面向，多數建議也都不能說沒有掌握問題癥結，但整體而言仍未蓄積有利於大幅改革的足夠動力。而已經成爲德國民主制度重要櫥窗的憲法法院，縱使確已呈現這樣那樣的功能失調，各法律領域的「高度」憲法化，也確已漸漸呈現「過度」憲法化的弊端，但德國模式的違憲審查在世人眼中的耀眼成就，仍使得任何典型特徵的改變看起來都會得不償失。所以內部經由憲法法院自覺的運作去微調，包括在釋憲方法和憲政關係上去省思如何回應社會的新發展，乃至把視野拓寬到其他國家和已經逐漸浮現的新歐洲體制，會比從外部法制進行調整，更值得考量。

本文認爲德國模式的主要獨特之處，就在其特設的憲法法院，一方面可對普通法院的裁判做違憲審查，從而讓民眾更能直接感受到憲法的溫暖，另一方面可藉規範審查與機關爭議的裁判而伸入政治領域，使十六位法官能屹立於權力的頂峰，猶如奧林匹克山上的神祇。然而硬幣的反面，則是自己陷入大大小小的衝突，憲法法官經常必須和一般法官與政治家們兩面作戰，稍不小心，就會從雲端重重跌落。案件負擔也是享受權力必須付出的代價，到目前爲止的各種組織和程序的調整，似乎都還不能清除法官桌上的小山。因此作者強調的制度「守常性」，以及內部的漸進改革，是不是過度樂觀，也都還有待觀察，但這篇文章確實把所有體制的問題都毫不隱諱的點了出來。

若和台灣的司法體制改革來做比較，這篇文章頗能彰顯兩地改革者在基本態度上的差異。不僅實務界，連德國學者在檢討司法制度時，也多能全面而客觀的掌握問題的背景、原因和各種細節，但在改革方案的選擇上，又都相當小心謹慎，

不僅投鼠忌器，而且願意丟掉追求純淨理想的學院身段，即使在穿透了制度表面的紗幕，看到潛藏的種種問題之後，仍會把現實政治的可欲性一併放在臺面上評量。和台灣推動司法改革者那種不計成本效益，若非大破大立，若不能教人「耳目一新」，即不算改革，反而在基本事實和制度選擇的認知上，經常抱以輕心，僅憑浮光掠影的理解，就大張旗鼓的推動全盤改革，適成強烈的對比。

作者為德國弗萊堡大學的教授，生於 1941 年，研究領域涵蓋憲法、行政法，環境法、基因科技法、憲法史等。

## 目次

### 壹、機構的改革

#### 一、憲法機構少見改革

#### 二、外部改革與內部改革

### 貳、從比較法看聯邦憲法法院典型特徵的改革需要

#### 一、德國司法違憲審查制度的典型特徵

#### 二、從比較法看各種程序種類的範圍

#### 三、司法違憲審查制度的多樣性與國家發展的守常性

### 參、外部改革

#### 一、司法違憲審查已經過度的批評

#### 二、各種機構改革建議

#### 三、有關程序種類的廢除或修改建議

##### （一）聯邦與邦的爭議及機關爭議

##### （二）具體法規審查

##### （三）抽象法規審查

##### （四）憲法訴願

#### 四、聯邦憲法法院的案件負擔與減壓問題

#### 五、法官遴選

#### 六、小結

### 肆、內部改革

#### 一、經由判決做成改革

#### 二、聯邦憲法法院為歐洲憲法法院整體架構的一環

\*作者要向學術助理 *K. Hölting, L.L.M.*女士為其多方協助致謝。

## 壹、機構的改革

### 一、憲法機構少見改革

成立 50 年的聯邦憲法法院被譽為聯邦共和國的中流砥柱，可說實至名歸。事實上兩年前在慶賀基本法施行 50 年時，*Michel Fromont* 一句：「聯邦憲法法院是基本法唯一全然創新的事物，它也是全世界最為人知的德國制度」<sup>147</sup>，已經為此定了調。然而畢竟沒有制度是完美無瑕的，因此即使聯邦憲法法院也不是沒有改革問題。在這樣一本雖非只為回顧、但少不了回顧的祝賀文集中，把歷年相關改革建議做一番彙整及檢驗，應該是恰當的。不過談到機構改革，首先就該對其必要性用合理而嚴格的標準加以檢驗，我們常見法院判決或判決系列受到批判，僅此即要推論改革需要，當然是不夠的。只有在必須動到機構的**典型特徵**時，才有改革可言<sup>148</sup>。改革不應該是家常便飯，它需要先有強大的挑戰，以及堅強的理由。

機構改革有特別高的門檻，因為改革在這裡有其特別規律，從而也有特別的難處。機構在行為期待上有高度的穩定作用，它形成了強固的組織結構，因此任何改革要求都會遭致立即可期待的反抗，要想克服這種機構先天的頑固抗力，改革就必須要有相當高的貫徹能力，掌握充分的知識，而且要能提出足夠急迫的理由--僅僅是合理的替代當然是不夠的。成功的機構改革需要(憲法)政策上的「運動」和一個對味的(政治)環境，**改革憲法機關**，當然又有加倍的需要，因為這些機構源於制憲者的決定，其改變需要經過複雜的修憲程序。所有聯邦的憲法機關對於機構調整都抱有高度排斥，過去 50 年，從聯邦議會、聯邦總統到聯邦政府，都沒有做過任何改變。基本法的修改一直屬於聯邦權限<sup>149</sup>，但在其他憲法國家，過去 50 年我們同樣看到憲法機關表現強烈的反改革，除了碰到國家劇烈轉

<sup>147</sup> 語見 *M. Fromont, Das Bundesverfassungsgericht aus französischer Sicht, DÖ V, 1999, S.493*

<sup>148</sup> 有關國家機關的改革及可改革性，若干原則性的思考可參紀念 Kurt Eichenberger 研討會記錄中的論文及發言，G Müller/R. Rhinow/G Schmid/R. Schweizer/L. Wildhaber (Hrsg.), *Zur Funktion des Rechts für die Reform staatlicher Institutionen, 1993*；特別是以下幾處：*D. Schindler, S.13ff., E.-W. Böckenförde, S.45ff.; J-F. Aubert, S.25ff.*

<sup>149</sup> 重要的憲法補充如有關軍隊及緊急狀態，亦屬聯邦權限，有關憲法修正的討論請參 *H. Hofmann, Die Entwicklung des Grundgesetzes nach 1949, in: HStR I, 1987, §7*

型，幾乎只有極少的例外。

## 二、外部改革與內部改革

從這個角度看，聯邦憲法法院的改革是否已具備必要的憲法政策「運動」，就大可懷疑。不論專業文獻，或在有爭議的裁判引起一陣討論之後，始終未見改革浪潮的湧現。聯邦憲法法院在過去 50 年當然還是經歷了可觀的變遷，但這些幾乎都不是，或最多只是小範圍的來自外界的力量。制度通常會阻隔中小程度的批判浪潮，不過一個成功的制度會把外部的批評至少部分的轉換為「自願」的自主改革，從而長期來看也就避免了外部改革。

藉助裁判和解釋傳統，自主改革對任何審判系統來說都是唯一尋求改變之道。因為即使修憲者也不能明定解釋方法與基本權解釋，諸如 *Lüth* 案這樣的里程碑判決，法院能決之，也只有法院能改之<sup>150</sup>。外部的批判只能發生間接影響，促成法院的自我批評的與自主改革。因此就主要問題而言，內部的改革（雖多源於外部的衝擊）才是司法違憲審查改革真正的選擇。

## 貳、從比較法看聯邦憲法法院典型特徵的改革需要

不同於單純的改變，改革必指一個機構的典型特徵作了新的定位，因此這裡有必要先把聯邦憲法法院的**基本構成要素**做一個概括的分析<sup>151</sup>，越是屬於典型的部分發生改變，越可說是重大的改革。這樣的改革建議，也越可以視為有意建構「另一種法院」。

### 一、德國司法違憲審查制度的典型特徵

基於國際比較及德國公法學的通說，以下幾個特徵堪稱德國聯邦憲法法院的典型：

---

<sup>150</sup> 法院可以運用的，從先理解、方法選擇、大幅擴展的基本權理論到個案內容判斷的存乎一心，堪稱裝備齊全的堡壘。

<sup>151</sup> 有關聯邦憲法法院的組織和程序，文獻已經多到無法勝數，此處僅以一段整理得最清楚的逐條釋義文字為代表：A. Voßkuhle, in: H. V. Mangoldt/F. Klein/Ch. Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. III, 2001, Art.93 Rn.206-211

(一) 首先是聯邦憲法法院的**機構獨特性**<sup>152</sup>，主要是就其並立於--或更正確的說「高於」--各專門法院而言。故聯邦憲法法院可歸類<sup>153</sup>於奧地利的專設違憲審查法院模式<sup>154</sup>，相對於把違憲審查功能併入聯邦法院而僅為最高聯邦法院的美國模式<sup>155</sup>，此一組織上的獨特性使聯邦憲法法院註定保有國家法院傳統上享有的兩種程序--機關爭議及聯邦與邦爭議。此一獨特地位也使得裁判憲法訴願的建制比較容易。

(二) 基於此一機構獨特性，聯邦憲法法院聯邦憲法法院遂能出類拔萃的在各種審判權中取得一個獨特的地位，並在學界普遍肯定下，如聯邦憲法法院法第 1 條所明定的，成為一個**憲法機關**，類此的地位在國際比較上很難找到，聯邦憲法法院因此明確的處於各憲法機關之間，而近距離的與政治部門周旋，在大家總是正面援引此一名稱的同時，這個獨特地位其實比想像中有更多問題<sup>156</sup>。

(三) 同樣得到普遍肯定的，是聯邦憲法法院**十分廣泛**--人們常說它有可想像的**最廣泛的權限**<sup>157</sup>，涵蓋了所有憲法所及的法律領域，而它也幾乎就每一種權限都盡力賦予生命。以下幾種程序的主要內涵特別值得一提，聯邦憲法法院裁決：

--憲法訴願，是一種與人民高度相關的程序，特別是以裁判為標的的裁判憲法訴願，足以深入全部法律秩序，以及各種審判權的行使<sup>158</sup>。

--機關爭議，是一種介入最高憲法機關之間個別政治爭議的程序。

---

<sup>152</sup> 就此請參 *P. Häberle, Das Bundesverfassungsgericht als Muster einer selbständigen Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: FS BVerfG 2001, Bd.1, S.311

<sup>153</sup> 有關最近已被普遍使用的二分法，可參 *E.-W. Böckenförde, Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation*, NJW 1999, S.9ff.; *J. Wieland*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Band 3, 2000, Art.93 Rn.26ff.; *Voßkuhle* (前揭註 5), Rn.14ff. (即集中與分散審查模式)

<sup>154</sup> 另有比利時、法國、希臘、義大利、利希頓斯坦、西班牙、波蘭、葡萄牙、土耳其、匈牙利、捷克及俄羅斯等，其憲法條文可參 *H. Dreier* 的彙整：[www.uni-wuerzburg.de/law/index.html](http://www.uni-wuerzburg.de/law/index.html)

<sup>155</sup> 另有澳大利亞、加拿大、印度、愛爾蘭、瑞士及丹麥、挪威等，憲法條文的查閱同前揭註。

<sup>156</sup> 對於把聯邦憲法法院定位為憲法機關有批評意見的，如 *F. Schoch/R. Wahl, Einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts in außenpolitischen Angelegenheiten*, in: FS Benda, 1995, S.265, 284, Fn.62; *Voßkuhle*, (前揭註 5), Art.93 Rn.28 (認為不是獨立的權限名稱)，Rn.19 (強調法院是司法權的一部分)；也可參照 *K. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht*, 4 Aufl., 1997, Rn. 30-35

<sup>157</sup> 唯一少的就是民眾訴訟，匈牙利卻因為有此一程序，造成憲法法院極大的負荷，因此這或許不能認為是缺憾，可參 *G Brunner, Die neue Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn*, in: FS Stern, 1997, S.1041 (1052, 1056).

<sup>158</sup> 這使得憲法的司法保護和違憲審查進入日常生活，就此可參 *R. Wahl/F. Rottmann*, in: W. Conze/M. R. Lepsius (Hrsg.), Sozialgeschichte der Bundesrepublik Deutschland, 1983, S.339 (345ff.)

--法規審查，是讓聯邦憲法法院直接碰撞立法者的程序，而以經由民主程序產生的主要機關國會所產出的法律為其裁判標的。

--聯邦與邦的爭議，是一種以聯邦關係為內容的司法程序。

(四) 聯邦憲法法院不只有廣泛的管轄權，而且是一個「**做事的法院**」，經由大量案件的審理而做出的憲法解釋，不斷的擴大憲法的規範領域，並充實其內容，其結果就是最高位階的憲法內容不斷膨脹，判斷基準變得非常豐富，兩者都造成立法者形成空間的限縮，以及法制的不斷憲法化<sup>159</sup>。此一憲法（主要指基本權）浸潤「一般法」的理念，可說是德國法的特產<sup>160</sup>。很明顯的，這樣的上下位階關係會造成相當的含混，而且要付出一定的對價。

(五) 構成聯邦憲法法院特徵的，還不指示上述幾點，更重要的是它們相互間的**連結**。故德國司法違憲審查真正特別的，毋寧在於**機構獨特性與裁判憲法訴願及機關爭議程序的連結**。只有當機構的獨立配合裁判憲法訴願時，聯邦憲法法院才真正可以說是鶴立雞群<sup>161</sup>，所謂德國模式也才真正大幅超越了奧地利的司法違憲審查制度，而自成一格。聯邦憲法法院的另一特徵，即配合機關爭議與法規審查，也使它堂而皇之的將其審判權伸入本質上屬於**政治的領域**。相對的，聯邦憲法法院的案件負擔就不能說有何典型性，因為相當的最高審判機關中不難找到類似情況（詳參下參四節）。

---

<sup>159</sup> 有關憲法化的概念可參 *M. Schulte, Zur Lage und Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit*, DVBl. 1996, S.1009 (1014), 指涉的是過去稱之為法律受憲法制約的事實，就這些問題最近又有很詳細的整理，見於 *G. F. Schuppert/Ch. Bumke, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, 2000.

<sup>160</sup> 在德國使用的「一般法」(das einfache Recht) 概念，別的地方有沒有人用，或者能否想像，恐怕都是問題。

<sup>161</sup> 因為裁判憲法訴願的存在，各最高的專業法院才確定的低於聯邦憲法法院，因為它們必須接受這個真正的最高法院審查它們的裁判，而且有時真的就廢棄它們的裁判。唯有這樣以聯邦憲法法院相對於各專業終審法院有其獨立性為前提的程序，才使聯邦憲法法院坐穩審判體系的龍頭寶座。

# 由政治及社會科學角度看聯邦憲法法院

作者：Klaus von Beyme

譯者：葛祥林\*

---

\* 葛祥林（Georg Gesk）亥茨大學，法律學系助理教授

## 導讀

有關憲法法院之研究，經常嚴重偏向法義理學以及司法判決評論兩種方向之研究，較忽視憲法法院為獨立機構之經驗科學面向之研究。此恰好提供政治學及社會學研究憲法法院之機會及正當性。作者過去之相關研究使其由比較憲法之政治學背景分析德國憲法法院之特徵，並且依美俄兩國之相應制度說明德國制度以及德國相關研究之優缺點。

由政治學觀點的考察出發，則作者尤其解釋，德國多數分析注重憲法法院與國會間之關係。此方面可以看到，全面性之統計分析反而無法點出問題之所在，但若依照爭論之主題進行思維的追蹤與考查，則會發現，不少引起學界注意之憲法法院判決竟然宣告曾獲得議會一致同意而通過之法案為違憲。此強硬立場雖然惹來政黨之反彈以及對於憲法法院職權之質疑，但此種既有的制度始終依然能夠維持不變，此種現象無疑表現出憲法法院之獨立及其相對所獲得的尊重。

由社會學觀點的考察出發，則作者尤其指明，德國憲法法院之法官確實獨立審判，即無法由法官個人之社會背景或政黨關係而來預測其判決中所表現之風格及見解；此的確與美國最高法院法官之政治色彩以及俄國早期憲法法院法官之政治問題對其判決會造成影響有別。

由此得知，不同學科之觀照點確實不一，惟各種分析有其保貴之處，能夠提供讀者更全面性地瞭解憲法法院在現實中所扮演的角色與功能。在此應注意，社會學有關法官背景如何影響司法裁判之基本假設並無法獲得證實，此現象反而肯定歷任憲法法院法官之表現。另外，相關的社會學研究背後所隱藏之美國民主有關法官間接民主產生方式的訴求以及對於德國憲法法院法官以政黨比例遴選制度的批判，反而失去著立點。甚至可以由整體社會之立場將相關論點之矛頭反過來，即依此批判美式法官遴選制度造成法院包裹及由此而來對於權力制衡的負面影響。可見，社會學學者之研究，雖然表面上失敗，但是此種經驗性地成果卻在政治制度之規範性設計以及聯邦憲法法院獨立性之評價上顯得十分重要。

## 目次

壹、社會科學與憲法法院

貳、法官社會學、議決社會學以及公共輿論之外部效力

參、政治科學有關憲法法院與其他權利機構－尤其聯邦議會－間的關聯性

肆、結論

## 壹、社會科學與憲法法院

政治學甚少討論憲法法院。一般聯邦德國政治體系概論中，雖然必須提起憲法法院的制度，但大部分要到最後才輪得到它，且著作通常沒有先前進行實證研究。大部分敢觸及到此题目的政治科學的學者，同時也研究過法學。因此，當社會科學之學者過去關心憲法法院制度時，他們觀察到一個「憲法詮釋者的封閉世界」也就不值得大驚小怪<sup>162</sup>。法學者總是這麼主張，憲法法院被看成政治體系之核心行動者，「較可能屬於政治學及法學理論，而比較不屬於法律社會學」<sup>163</sup>。其實，由實證資料分析觀之，它應該也較不屬於公法學。然而，公法學理論中確有很多有關憲法法院在法體系及國家體系中之地位的規範性主張。

科學之分化導致，法律社會學、行政學以及從未得以有效展現其學術潛力的「法政治學」(Rechtspolitologie)皆關心完全不同面向，而這些面向只在整合性研究中得以聚集。如此學科之細分令人更感到訝異，畢竟制度上更加分化不同學科的美國確能夠更普遍地將法律及政治等觀點予以整合。背後的理由之一或許在於美國法學更加傾向於社會科學。美國普通法(Common Law)經常被認定為傾向於「社會工程」(social engineering)而較不善於嚴謹地、形式地進行規範性演繹。除此之外，課程內容之導向被法學專業訓練之組織型態予以強化。若學生想要進入排行榜前面的、貴的、好的法學院(管理學院亦同)來進行博士研究，則必須先前得到一個碩士，而他們得到此學位，多數是在社會科學領域。

憲法法院制度那麼地靠近政治，使德國同樣有人想結合法學及社會科學的方法。法學者所提起的問題<sup>164</sup>有如：憲法法院是否較屬於政治體系，還是較屬於法體系。因為私法及刑法等領域之學者有時否定法院判決，這些學者以為該判決之政治色彩太強烈，所以有時表示憲法法院有屬於政治體系之嫌疑。憲法法院被稱

---

<sup>162</sup> E. Blankenburg/H. Treiber, Die geschlossene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, JZ 1982, S. 534 ff.

<sup>163</sup> B.-O. Bryde, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Rechtssoziologie. In: J. Brand/D. Stempel (Hrsg.), Soziologie des Rechts. Festschrift für Erhard Blankenburg zum 60. Geburtstag, 2000, S. 491.

為「第三種議會」(Dritte Kammer)等言語上之污辱是法學者想出來的，不是社會科學之學者。憲法法院歸類至政治體系之嫌疑，原本也可以基於社會科學之本位主義而提出來。但此種論點事實上很少出現——其原因在於經驗性興趣(empirisches Interesse)之缺乏。發展較晚的科學(如政治學)都尋找其生存空間。因此，跟隨反對制度性—歷史性學派之「行為主義革命」而發生的學科科學化過程，絕大部分集中於選舉及政黨研究。其理由很簡單：其他臨近的、早已發展的科學部門都沒有核心地包含該領域。人家以為，幾百個政治學者那麼小的一個團體要和數千個法學者來競爭沒有希望。隨著民主制度之穩固階段，此過程於其他國家同樣地發生過。俄國政治學者之科學期刊“politiceskie issledovanija”在十年之民主制度研究中沒有一篇文章討論俄國極有趣，且現今甚至具有影響力之俄國憲法法院制度。因為俄國法學先前完全要服從政治，所以已崩潰之共產主義並沒有遺留一個可以與西方國家在質的方面共提併論的法學，而使此現象更令人驚訝。

可見，政治科學之所以不研究憲法法院的理由，只間接地可歸因於法學者在人數上之壓倒性優勢。這些缺失的主因在政治學者本身。公法學之研究早已對社會科學採取一種開放性的立場。法學者的引註習慣很廣(他們甚至引註自己所否定的文獻而解釋「另參閱歧路」)，此導致社會科學之有關文獻在法學論述中較詳細被判讀；政治學者反而不然，後者其實忘光如何專研法學素材。

當我們不再如孟德斯鳩學派(Montesquieu-Schule)以為，權力機構之間永久性地存在著一種平衡關係，故此科學的唯一任務在於批評該平衡關係的干擾，我們就發現，以社會科學的視野看憲法法院較為合適，這樣才能夠充分地掌握個別機構在建構民主之過程中所發揮的動力。Brun-Otto Bryde 提出了一個系統史的、較不屬於法學的問題：專業化的憲法法院是否在政治制度轉變的時期較為重要，但在民主成熟的、運作良好的時期，合憲性審查較妥當的模式，是否就由普通法

---

<sup>164</sup> Bryde, Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 2), S. 504.

院在一般業務以外隨手而作<sup>165</sup>。不論是否具有歷史意識的社會科學之學者（而在個別學科領域中，現今的學者未必具有此種意識！），這個問題到最後演變成制度改造的問題，即早在 1848 年德國憲法中所規範的德國及奧地利等國之系統類型能否改造成美國最高法院的類型，而此問題無法解答。引起此困境的盲點大概在於兩種制度模式之周邊條件的比較：美國建國之際，立憲者拒絕特別法庭，因為怕此是否到最後形成如英國絕對君權時期特別法庭之祕密審判或審判不公平等弊端。普通法因而必然選擇一般案件中就進行合司法審查（judicial review）的模式，且另也要求法官要在各州經由選舉而產生。與此不同，德國法院在功能上經過詳細地分化，並且由勞動法院至行政法院等各種法院皆依此分工而實現法治國的保障。況且已穩定之民主也未必永久穩定到要放棄民主初期政治過程的維護者，即不要放棄特別法院模式。至少在德國統一之際，此功能分化的模式再度實現其優良特徵。

每「晚人家一步」的憲法機構也太晚才於政治學之早期機構義理學中獲得其應有的地位與肯定。德國之政治科學一開始將其焦距相當集中於「威瑪」（Weimar），因此有時反而看不出「卡爾斯魯與波昂」（Karlsruhe 和 Bonn）之間的問題<sup>1</sup>，所以也只很單純地論及憲法法院為「憲法之維護者」。自從政治科學廣泛採取新的典範以來，即自 70 年代的政策分析以及自 80 年代的現代或後現代之「網絡分析」取代較早之影響分析起，學術界才檢討憲法法院傾向於自身塑造事務的現象。任何一種憲法機構想要擴大其版圖，為什麼法院要例外？美國最高法院自 *Marbury vs. Madison* 一案持繼地、成功地擴大其影響力，這甚至德國的教科書都知道。但學者以為歐陸法系不可能與此相提併論。比較法學萎縮了，且躲到國家科學院（Max-Planck-Institut）及許多研究中心去了，它反而未成為法學教育的一般成份。

---

<sup>165</sup> *Bryde, Verfassungsgerichtsbarkeit, (Fn. 2), S. 504.*

<sup>1</sup> 譯註 在此，地名所指的是機關所在地（聯邦憲法法院設置於 Karlsruhe、統一之前的聯邦政府設置於 Bonn）或制憲地點（雖然 1918 年所宣稱之德國共和國政府設置於柏林，但其制憲會議之開會地點在 Weimar）。

在此，政治科學就有進行比較「司法審查研究」之最佳著力點。至少四分之一政治科學之一般課程圍繞著比較系統之研究（*vergleichende Systemforschung*）。此指數只是冰山一角：除了教學以外，研究也以同樣的比例投入比較研究之中；就研究方法而言，此比較研究經常領先整個政治科學。這並不意味者政治科學勝過比較法學。矇看之下，第一本由一位女政治學者所提出來的跨國比較顯示，多數論各國之文章又是法學者所寫的。唯在美國可以寫這樣一本書而純粹請政治學者提供相關文章<sup>166</sup>。

憲法法院之政治性面向經常被探討，但學者在此將許多限制評價為傾向於政治性裁判的佐證<sup>167</sup>：裁判規範具相當程度的先前格式化的特徵。憲法法院僅反應——其不主動。論及合憲性時，裁判必須符合是非的形式。第二種標準正確。假如有憲法法院不符合此標準，則系統面臨危機，例如在初期之俄國憲法法院就發生過 *Zorkin* 院長在沒有被問的情況之下公開指出，憲法法院、議會以及公眾在政治上應有的分寸何在，並且說明，所謂合憲性是什麼；此時，該制度確實面臨了危機。若採取一種 *Luhmann* 式的義理學，即認為政治性決議顯現一種二元對立的標準，則第三種標準也是對的。實際上成為法者，大部分係一種多元性商談之妥協；故此，法要合乎是非的模式較不易。除此之外，我們甚至可以主張，憲法法院本身經常偏離是非的模式，尤甚在進行合憲性詮釋的裁判類型是如此，但不含蓋於判決主要理由內的反對見解及協同意見，因為其發揮一股長遠的影響力，所以也是如此。雖然不能否定上述批評有理，但政治決議及憲法法院決議間的差異中，差異大於共同點。若要否定此差異的存在，則必須將存在於組織團體、行政菁英、政黨委員會或反對運動的網羅中的、確看不見的相互影響予以排除。假如有人仍然想否定政治與司法等範疇之決議的差異性，他或許還可以由後現代國家觀論及國家僅係一個「媒介者」（*Mediator*），而在此觀點之下，任何國家機關的決議結構越來越接近。美國法院總是進行些「社會工程」。無論係刑事訴訟

---

<sup>166</sup> Ch. Landfried (Hrsg.), *Constitutional Review and Legislation. An International Comparison*. 1988.

<sup>167</sup> *Bryde, Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 2), S. 498.*

中之協商、訴訟經濟或保留條款等制度，這些都屬於政治性決議模式，但這些決議類型早已滲透了司法，且憲法法院與行政法院接受這類決議模式的速度比很多其他領域的法院還要快。自從主權國家之傲慢被解體以來，憲法機構都瞭解到，若想保有崇高的名譽，就必須與其他憲法機構維持一種良性互動，即表現出團隊精神。

社會科學對於憲法法院制度的興趣集中在下列領域；當然，社會科學在討論相關議題時也沒有排除法學者的參與：

廣義之社會科學所進行的首先是司法社會學及法官社會學。跟隨一個新的典範，即美國所謂量化社會選擇之研究法，社會學者漸漸分析爭議性判決中的多數與少數中之協調與結合。就美國而言，任何較大型的政治學系找得到一位像是 **Glendon Schubert** 那一類的學者，他一生終究專研此種問題。社會學有關憲法法院行為之外部效力的研究，大部分都分析憲法法院制度於公共輿論中之地位。由於僅偶爾所進行的民意測驗其實很無聊，所以相關學者近幾年另行研究人民對於司法判決的接受度；如此一來，不僅可以罵個別法官，整個研究另外得到一種系統理論的視野。

較狹義的政治科學尤其探討權力機構系統中之互動間。在此，學者大部分集中於憲法法院與議會之間的關係。

# 經由法律與法院裁決的訴訟決定：聯邦憲法法院之「訴訟法」

作者：Eckart Klein

譯者：徐筱菁

## 導讀

本文從法治國原則為基本觀點，來討論德國聯邦憲法法院進行憲法訴訟時，程序法規不足的原因、聯邦憲法法院面對法律漏洞所主張的自主權、以及作者對該法院違反該原則下所提出之批判。從而該文共分五章，第一章首先提出憲法訴訟法的母法，包括德國基本法以及德國聯邦憲法法院法，由於母法程序規定不全，以致聯邦憲法法院享有寬裕的解釋空間；第二章介紹聯邦憲法法院以及法學文獻中，贊成聯邦憲法法院在程序規範漏洞下具有主導性的理論，包括「程序自主」與「憲法訴訟法獨立性」兩種論述；第三章則從聯邦憲法法院法修訂沿革，來突顯立法者強調依法原則的立場；第四章為作者以聯邦憲法法院五個備受爭議的程序議題，批判聯邦憲法法院逾越程序決定裁量權的做法；第五章是簡潔有力的結論。

本篇為對德國聯邦憲法法院執行憲法訴訟法的檢討，此類議題於台灣尚未有詳細的討論，因為我國司法院大法官會議為職司憲法解釋的機關，憲法爭議是否司法化的問題未獲結論。司法院大法官會議審議程序所遵循的法律為「司法院大法官審理案件法」，共計卅五條條文，根據本法所制定之議事規則則為有卅條條文之「司法院大法官審理案件法施行細則」、以及有十九條條文之「憲法法庭審理規則」。相對於民事、刑事與行政訴訟法等程序規範，上述法規之規定明顯過於簡略，且多著墨於審理權的確認。該法中，立法者對於程序規範漏洞的補充，除搜索、扣押及調度司法警察規定準用刑事訴訟法、審理政黨違憲解散案件之程序準用行政訴訟法外，未如刑事或行政訴訟法採多處準用民事訴訟法的立法方式，以至於大法官會議對程序之決定不僅是享有裁量權，且觀乎上述兩個議事規則內容，亦逕自行使了自主權。我國人權理念已深植人心，法治發展日益堅固，從聲請大法官會議解釋的數量正在逐年增加，即可知社會對於憲法釋義的程序要求將更嚴格，因此，為大法官會議定位與制定良善的程序制度，實為踐行法治國家重要的一環。

作者 *Eckart Klein* 教授生於 1934 年，目前任教於德國波茲坦大學，曾為高等行政法院之法官。法學研究重點為憲法訴訟法、國際公法（尤其是國際人權法）、歐洲法。*Klein* 教授個人網頁為 [http://www.uni-potsdam.de/u/ls\\_klein/](http://www.uni-potsdam.de/u/ls_klein/)。

有關憲法訴訟法之華文文獻如下：胡肖华(2002)，宪法诉讼原论，北京：法律出版社；刘兆兴(1998)，德国联邦宪法法院总论，北京：法律出版社。德文文獻可參考：Benda, Ernst / Klein, Eckart: Verfassungsprozeßrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2001; Sachs, Michael, Verfassungsprozessrecht, München 2004; Fleury, Roland: Verfassungsprozessrecht, 6. Aufl., Neuwied 2004，內文皆詳附相關重要文獻。

## 目次

- 壹、 問題綜覽
- 貳、 聯邦憲法法院不具訴訟主導權
  - 一、 聯邦憲法法院之見解
  - 二、 憲法訴訟法功能暨「獨立性」論點
  - 三、 小結
- 參、 評述憲法訴訟法之法律性質
  - 一、 聯邦憲法法院法及其修訂
  - 二、 堅持由立法者規範之主張
    - (一) 減輕負擔
    - (二) 代理規定與抽籤程序
    - (三) 特別表決、投票行爲、卷宗送達、錄音與錄製無線電廣播
    - (四) 回復原狀
- 肆、 裁判之形成性效果
  - 一、 剩餘的和保留的裁量空間
  - 二、 範例解釋
    - (一) 以訴訟目的之定位
    - (二) 與職權擴張有關的爭議案例
    - (三) 不一致解釋與警告性判決
    - (四) 解除立法者之重複禁止
    - (五) 暫行命令與法官拒絕
- 伍、 結論

## 問題綜覽

聯邦憲法法院中一如其他每一個法院一所生的訴訟結束於一個法官的裁決。法治國家中—「依法而治，非依人而治」<sup>168</sup>—表示程序必須在一個受規範的「法律流程」<sup>169</sup>來進行，換言之，程序應該根據既存的法規，法規若不存在時，則應根據已知所發展出之規則為標準，以便使訴訟完成，並讓其中的當事人享有同等的機會去爭取其所主張的權利<sup>170</sup>。因之，基本法第 94 條第 2 項第 1 句規定：聯邦憲法法院之「憲章與程序」應有聯邦法律加以規範，雖然從條文中無法得知，這類程序規定所應具備的詳細程度。總之，聯邦憲法法院在行使該程序時所享有的餘裕空間，可以說得上是憲法訴訟很特別<sup>171</sup>的地方，應予提出，並在下文中簡短地加以說明。

首先可以發現到，基本法本身對憲法法院程序會產生直接和實質性的作用，相關條文乃指所謂訴訟基本權利（基本法第 101 條第 1 項第 2 句、第 103 條第 1 項），以及所延伸出去的條款。基本法雖然賦予了聯邦憲法法院一些權限<sup>172</sup>，但是這項規則卻同時將聲請聯邦憲法法院審理之權利與要件，做了前提式的要求，也就是說，必須先確定該判決是否為能夠獲得實體之判決。部分基本法的規定因而自己就確立了訴訟要件，更清楚的說法是：實體審查要件<sup>173</sup>，它代行了通常由訴訟法規定的事項。所以聯邦憲法法院認為，基本法為憲法訴訟法重要的一部分，是完全正確的說法<sup>174</sup>。

另一個特別的地方是，法律對於聯邦憲法法院訴訟程序的規定，其實是有漏洞的<sup>175</sup>，即沒有規定或者是僅有部分規定，例如有關聲請撤回之核可、

<sup>168</sup> US, *Marbury vs. Madison*, 1 Cranch 137 (1803): „government of law not of man”.

<sup>169</sup> 參閱 *W. Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht*, 1970, S. 8.

<sup>170</sup> 並非所有的憲法訴訟都存在該語意的「當事人」；於具體之規範審查程序中，只有涉及聯邦憲法法院法第 82 條第 2 項、第 77 條所謂之機關，才有當事人。

<sup>171</sup> *W. Geiger, Einige Besonderheiten im verfassungsgerichtlichen Prozeß*, 1981.

<sup>172</sup> 基本法第 18、21、41、61、93、99、100、126 條。

<sup>173</sup> 基本法第 126 條就此為一例外，其未就聲請權利自行規定；可參閱聯邦憲法法院法第 86 條第 1 及第 2 項。

<sup>174</sup> *BVerfGE* 67, 26 (34): 「憲法訴訟法，如同其於基本法與聯邦憲法法院法所建構的…」。

<sup>175</sup> 聯邦憲法法院一開始亦如此認為，*BVerfGE* 1, 108 (110); 33, 199 (204); 50, 381 (384); 就此 *K.*

調解、期間計算、合併和分割訴訟以及回復原狀等問題<sup>176</sup>。原因是，假如要將所有不同程序所需要的條文都納入的話，法規的內容量將會極為龐大<sup>177</sup>；從具有普通效力之規則而言，實在不適宜做細部的個別規定，否則有關聯邦憲法法院之法律真的會膨脹成法典。這種不宜躁進的顧慮，來自於第二個必須採保守立法行為的理由：基本法所認可下的憲法審判權，儘管具有重要的歷史典範<sup>178</sup>，但是仍然不斷在觸及新的領域，對此，個別性法律根本缺乏透徹規劃的經驗，因此立法者有意識地不去處理它，而將漏洞通通以準用民事訴訟法的方式來解決。除了一些簡單的、概要性的事務（公開性、法警、法院用語、評議與表決）以法院組織法專章的方式為適用上的解釋（聯邦憲法法院法第 17 條）外，其他事務則依憲法法院個別程序之特質，留給聯邦憲法法院自行決定規則的空間<sup>179</sup>。

第三個特點的觀點是：聯邦憲法法院具有憲法機關的地位<sup>180</sup>，因而該法院與所有其他法院--包括最高法院（基本法第 95 條）--不同。這個地位是由聯邦憲法法院在早期一個著名的再版紀念文中所賦予的<sup>181</sup>，雖然初期讓聯邦憲法法院取得與其他（聯邦）憲法機關同等的法律地位<sup>182</sup>，但更重要的是，聯邦憲法法院以前文論述之關聯性為由，從此一地位導引出議事規則自主（Geschäftsordnungsautonomie）的主張<sup>183</sup>。從本質而論，這種主張不曾真正地

---

*Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, 4. Aufl. 1997, Rn. 51; *M. Hund*, in: D.C. Umbach/T. Clemens (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch, 1992, Vor §§17ff., Rn. 7: 「程序規範之不完整性」。

<sup>176</sup> 惟有關聲請撤回者可參考第 52 條第 1 項、第 58 條，合併和分割訴訟參考聯邦憲法法院法第 66、69 條，回復原狀則參考第 93 條第 2 項之規定。

<sup>177</sup> 參閱 *H. Lechner/R. Zuck*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 1996, Vor §17 Rn. 1.

<sup>178</sup> 對此有 *Th. Schieder*, vom Reichskammergericht zum Bundesverfassungsgericht – das Problem der rechtlichen Kontrolle politischer Macht in der deutschen Geschichte, in: 25 Jahre Bundesverfassungsgericht 1951 – 1976, 1976, S. 21ff.; *U. Scheuner*, Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jahrhundert, in: C. Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. 1, 1976, S. 1ff.; *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 2000, S. 51f., 257f., 381f., 646ff.

<sup>179</sup> 參閱 Prof. Wahl 對此之詳細報告: BT-Sten.Ber. I. WP, 112. Sitzung, S. 4224; 進一步詳 *Hund* (Fn. 8), Rn. 3ff.

<sup>180</sup> 定義見 *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, S. 42; *H. Bethge*, in: T. Maunz/B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein/G. Ulsamer (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, §1 Rn. 16ff.

<sup>181</sup> JÖ R NF 6 (1957), S. 109ff.

<sup>182</sup> 詳細內容參閱 *E. Benda/E. Klein*, Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts, 2. Aufl. 2001, Rn. 99ff.

<sup>183</sup> *Benda/Klein* (Fn. 15), Rn. 104; 進一步詳閱 *R. Wand*, Fragen zu einer Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts, in: FS Gebh. Müller, 1970, S. 563ff.

出現過爭議；1950年政府之聯邦憲法法院法草案中即已明載，有關「程序及事務流程」，以法律未規定者為限，由聯邦憲法法院全會所通過之議事規則定之（第33條）<sup>184</sup>。這裡省略了立法程序之規定，其理由顯然是因為不需要規定<sup>185</sup>。法院起初並未使用此一被授予的權力<sup>186</sup>，不過終在1970年<sup>187</sup>第四次聯邦憲法法院法修正案中，展開議事規則的擬訂工作；聯邦憲法法院法第30條第2項於是允許特別表決的投票，此一表決應由聯邦憲法法院全會所決定之程序規則詳細規定之。議事規則在1975年由全會決議，並於聯邦法律公報中公佈<sup>188</sup>，十年後才--宣言式地--在聯邦憲法法院法（第1條第3項）中增訂了議事規則權限<sup>189</sup>。議事規則於第二篇中涵蓋了重要的、具有一般適用性質的「程序補充條款」（例如指定報告人、訴訟期限、送達、訴訟卷宗等），也包含了有關按照聯邦憲法法院法第81a條及第93b到93d條於法庭中或全會中的程序、有關普通名冊(allgemeiner Register)之進行、以及有關特別表決投票之特別條款。

議事規則在什麼地方逾越了基本法或聯邦憲法法院法所建立的框架並不明顯<sup>190</sup>，但根據基本法第94條第2項，是否可以存在一個無法律根據之「議事規則保留」<sup>191</sup>意義的程序法規定，其實是令人懷疑的。聯邦憲法法院只得在所建立的框架中行使其議事規則並制定權限，在此概念下，基本法本身並未授權制定議事規則（不過也並不排除）因而不是無意義的。聯邦憲法法院本質上與其他憲法機關不同，前者的程序規則都是經由法律定之，因此，從受程序拘束的角色來看，聯邦憲法法院肯定不是一般法院。

儘管法律上沒有爭議，聯邦憲法法院仍是受基本法限制的，這個原則一直存在著。基本法法條不僅是聯邦憲法法院訴訟時最重要的法律準則，且其

---

<sup>184</sup> BT-Drs. I/788.

<sup>185</sup> W. Geiger, Ergänzende Bemerkungen zum Bericht des Berichterstatters zur Stellung des Bundesverfassungsgerichts, JÖR NF 6 (1957), S. 138f.

<sup>186</sup> 理由詳閱 Th. Ritterspach, Die Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerechts, EuGRZ 1976, S. 57ff. (58).

<sup>187</sup> BGBl. 1970 I S. 1765.

<sup>188</sup> BGBl. 1975 I S. 2515.前身乃針對特別投票所定之程序規則：BGBl. 1971 I S. 99.

<sup>189</sup> BGBl. 1985 I S. 2226.

<sup>190</sup> 惟疑慮見 Hund (Fn. 8), Vor §§17ff., Rn. 12.

<sup>191</sup> 可參閱--有關法律與聯邦眾議院議事規則之關係--BVerfGE 92, 74 (79f.).

劃定了憲法訴訟的範圍，也就是說，基本法被視為最終的權威<sup>192</sup>。人們可以--從反對聯邦憲法法院的立場上<sup>193</sup>--懷疑這項原則在僅具普通法效力的憲法訴訟法之部分是否是正確的，但絕不可以因此解釋為，若普通法院不願意遵守聯邦憲法法院對於具體規範審查程序之許可要件的嚴格裁決，卻執意提送案件，普通法院就是違法了。雖然這些疑義中的「矛盾」尚未獲得解釋，但是普通法院提送案件因此還是不被允准而遭到駁回。其真正的原因是，聯邦憲法法院必須作出裁決，然而卻無（國家的）審查組織能夠對此裁決進一步加以監督；連反對聯邦憲法法院訴訟決定都尚無可用的法律救濟<sup>194</sup>。

聯邦憲法法院的強大地位、其解釋的權力以及授予它解釋可能性是毋庸置疑的，但聯邦憲法法院是否因此能夠成為「程序的主人」而具有程序自主權，完全是另外一個問題。

## 聯邦憲法法院判決的事實認定與社會現實\*

作者：Brun-Otto Bryde

譯者：李玉君

---

<sup>192</sup> BVerfGE 48, 40 (45); 70, 134 (136f.): 「聯邦憲法法院具有…最後的決定權」。此一職權並不適合涵蓋在「法律確認的(authentisch)」憲法解釋意義下，不過 *Bethge* (Fn. 13), §1 Rn. 44, 46 卻如此主張。

<sup>193</sup> BVerfGE 67, 26 (34).

<sup>194</sup> 不過可參閱對聯邦憲法法院確定費用裁定異議之可能措施 *Benda/Klein*, *Verfassungsprozeßrecht* (Fn. 15), Rn. 342。

\* 本文在挑選作者前乃僅以聯邦憲法法院法官做為選擇之對象。

## 導讀

本文之意旨主要在探討做爲憲法守護者的聯邦憲法法院與專業法院及立法者間的職權分工之問題，亦即做爲審查者之聯邦憲法法院相對於被審查者之專業法院與立法者係透過如何之審查方式，一方面不至於使之陷入侵越專業法院與立法者職權之境，而導致成爲「事實審法院」或「超級上訴審之法院」的角色，而另一方面又能擔負起「憲法守護者」之職責。

在如上之核心意涵下，本文作者乃潛在地以法院審判之下列步驟（即一般法律適用之步驟）：1）事實認定（確定具體的生活事實），2）法律的解釋（找到適合的法律條文），3）涵攝，4）法律效果之有無（認定有無違憲），做爲思考的脈絡，導引出聯邦憲法法院無可避免的必須面對不同種類的事實，亦即具體的事實與一般的事實，並指出其如何在不侵越專業法院與立法者權限之難題下，獲致這不同的事實以做爲審判之依據，另外文中也說明了社會現實如何影響法律的解釋，以及法官對憲法與法律的理解如何影響其對現實之認識。

據此，本文在架構上分成六大部分，第一部份乃問題總體性之鋪陳，文中指出憲法法院對於從事事實的認定持保留的態度，以免涉入專業法院之權限範圍，且其事實認定的方式也與其他法院不同，例如很少實施司法上證據調查的程序，反之卻對案件的經濟、社會與政治的關連倍感興趣，而以政治的、多元的方式從事事實的調查。最後也陳明憲法法院從事事實認定的強度直接影響到專業法院與立法者之權限，因之在法官的自我節制之要求下，彈性的使用論據，藉由區分事實調查的強度，來區分不同的審查密度，以保障基本法之意旨。

第二部分即承接作者在第一部分所提出之見解 - 憲法法院在事實認定上乃採自我節制之原則 - 用不同領域的訴訟程序說明縱使在做爲事實審法院時，聯邦憲法法院仍保持此一司法自制之態度，儘量迴避自己從事證據的調查與事實的

認定。而支持此一作為之觀點乃基於在多個審級中事實與法律素材分工準備之理性化論點。

第三部分旨在說明憲法法院以在事實認定與評價上的自我節制做為其與專業法院職權劃分的工具，具體言之，即基於事實與一般法律的錯誤所造成的基本權的侵害，應屬於專業法院審判權之範圍，而憲法法院所從事者為一「特殊憲法上」的審查，只有來自於對憲法的錯誤理解而致生的基本權侵害，方為憲法法院審查之範圍。然而此一確立聯邦憲法法院審查專業法院事實認定之界限，僅為原則性之標準，實際上審查的密度乃依權利侵害的強度來決定。聯邦憲法法院雖承受前審法院所為之事實認定，於必要時則會偏離其對事實的評價。此際，即為憲法法院自我節制原則之例外。

第四部分之重點在闡述在對立法者的關係上，事實調查與預測的審查強度乃做為法功能上憲法法院與立法者職權劃分之工具。作者於此以比例原則與平等原則做為審查標準為例，說明憲法法院基本上乃留予立法者對法律影響的形成與預測的空間，但憲法法院在認為必要時，則會彈性地運用解釋的方式，對立法者予以審查，使之在司法自制的要求下，仍擁有廣泛的監督可能性。

第五部分則主要在鋪陳現實對憲法解釋的影響，並以現今資訊科技與媒體的經濟科技狀況之發展為例，說明這兩者於現實中的發展如何賦予基本法第 2 條第 1 項以及基本法第 5 條新的內涵、如何經由解釋推導出資訊自我決定權與溝通的基本權之保障。當然，作者於後半段也闡明了在其他的案例中，現實對憲法法院之憲法解釋發生影響的界限，蓋憲法法院所接受者，經常是一個所謂規範性引導的現實圖像，而在這當中卻只有部分是經驗性的。

第六部分作者歸結全文之論述做一結論，認為聯邦憲法法院乃以案例相關、

實用主義的方式來從事審判，因此視情況而定，或委由其他法院，或自己從事實實的認定，亦即透過審查密度可變性的操作，來解決免於侵越專業法院與立法者職權之批判，與堅持憲法守護者角色之困境。

本文由於涉及到德國聯邦憲法法院在組織架構上與職權上的整體運作，以及作者對聯邦憲法法院在實務運作上之反省，因之若對聯邦憲法法院之運作無論在理論上或實務上沒有全盤之掌握，即會相對地增加對本文理解之困難度。這也是譯者在翻譯本文時所遭逢之困難。因此，建議讀者在閱讀本文時，可參考有關介紹德國聯邦憲法法院之文獻，如劉兆興，《德國聯邦憲法法院總論》，北京市：法律出版社，1998 第 1 版、楊子慧，〈德國憲法釋義學對我國憲法解釋之影響--以兩國憲法解釋(裁判)實務解釋基本權利功能為中心〉，《憲政時代》，第 30 卷第 1 期，民 93.07，頁 89-132。另外，在文中提到相關具體案例之處，讀者亦可參閱該當之裁判，以增加對本文之掌握度，有關此者司法院大法官書記處譯有，〈德國聯邦憲法法院裁判選輯〉，民國 81 年，司法院秘書處出版，可供參考；其他之參考文獻如：張志明，〈由美國聯邦最高法院與德國聯邦憲法法院墮胎判決論國家義務之不同觀點--憲法權利之消極性與積極性〉，《憲政時代》，第 28 卷第 1 期，民 91.07，頁 110-130、陳英淙，〈由德國聯邦憲法法院之判決(BVerfGE 88,203)探討墮胎合法化問題〉，《憲政時代》，第 28 卷第 1 期，民 91.07，頁 66-88、陳明修，〈德國聯邦憲法法院「歐洲貨幣判決(Euro-Beschlus)」簡介〉，《法務通訊》，第 1941 期，民 88.07.29，頁 3-4+6、吳信華，〈論法官聲請釋憲〉，《中正法學集刊》，第三期，2000 年 7 月、吳信華，〈[我國憲法訴訟制度之繼受德國--以「人民聲請釋憲」為中心](#)〉，《月旦法學雜誌》，2005 年 1 月。

## 目次

### 壹、聯邦憲法法院與現實

- 一、具體的事實與一般的社會、經濟資料
- 二、與事實交涉做爲方法論上的問題
  - (一) 證據調查程序
  - (二) 政治的與多元的事實調查
- 三、與事實交涉做爲職權的問題

### 貳、憲法法院做爲（自我節制的）事實審級

- 一、準刑法上的訴訟程序
- 二、國家法院的訴訟程序
  - (一) 國家機關之爭訟
  - (二) 選舉訴訟的審查
- 三、由於法律救濟途徑的縮減聯邦憲法法院做爲非意願的事實審級
  - (一) 透過法律擬定的計畫
  - (二) 庇護

### 參、專業法院與聯邦憲法法院之間的事實認定與評價

- 一、欠缺法律保護的補償
- 二、憲法在一般法律上的具體化

### 肆、聯邦憲法法院與立法者之間的事實與預測

- 一、監督者與行動者不同的觀點
- 二、審查的工具

伍、現實影響下的憲法解釋及其界限

陸、聯邦憲法法院與現實：結語

## 壹、聯邦憲法法院與現實

憲法乃個案於憲法訴訟中的實踐，此也意謂著在一定事實的狀況下，依循一定的生活事實與一定的社會、經濟的框架條件來具體化它。就此而言，聯邦憲法法院勢必需對事實進行調查與研究。

### 一、具體的事實與一般的社會、經濟資料

在這種情形下法院必須面對不同種類的事實。一方面涉及到具體的事實（德文為“*Einzel Tatsachen*”「個別的事實」，英文為“*adjudicative facts*”「判決的事實」），此關係到一定的人、事、物。另一方面法院即需致力於一般經濟與社會科學資料的研究（德文稱為“*generelle Tatsachen*”「一般的事實」，英文稱為“*legislative facts*”「立法的事實」）<sup>195</sup>，而此又分為兩個不同的課題：對於依據憲法去審查政治（特別是立法者）對社會的影響這種特別的憲法法官的任務，這類的一般資料為事實的一部份，而這即有關法官的具體化任務（例如，依據比例原則或平等原則去審查一個法律的實際影響）。因為這典型的涉及到法律在未來的影響，因此這類事實的認定經常含有預測的特性<sup>196</sup>。

此外，在一個更一般性的層面則存在著一些整體社會的社會、經濟資料以及法院對現實的想像，這些乃與法院判決的社會脈絡有關，並且影響了法律的解釋

---

<sup>195</sup> 即使不是完全相同之區分，對此二者仍可做比較，參閱 *K.J. Philippi, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, 1971, S. 7*，氏於其基礎的實證研究中區分了個別的事實（*Einzel Tatsachen*）與一般的事實（*generelle Tatsachen*）；相同見解請參閱 *F. Ossenbühl, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognosenentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: C. Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz – Festschrift aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Band 1, 1976, S. 464ff.*; *M. Rehbinder, Rechtssoziologie, 4. Aufl. 2000, S. 9*; *W. Kluth, Beweiserhebung und Beweiswürdigung durch das Bundesverfassungsgericht, NJW 1999, S. 3515*；對於美國去區分判決的（*adjudicative*）與立法的（*legislative*）事實，這在美國的訴訟法中當然有其重要性，但這在德國的訴訟法中卻無類似的情況，參閱：*J. Kokott, Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen bei der Inanspruchnahme von Grund- und Menschenrechten, 1993, S. 43ff.*

<sup>196</sup> 基本上來自於法院的判決為共同決定的判決：*BVerfGE 50, 290 (332)*；來自 *Ossenbühl* 文獻，*Kontrolle (Fn.1), S. 496ff.*

（例如，現代資訊科技對基本法第 2 條第 1 項解釋的影響）\*。

這是一種類型化的區分。另外，具體個案的實際狀況以及法規審查前既已存在的生活事實也都會影響法律的解釋，而且這甚至是一個普遍的途徑，在此於法官造法中現實對憲法的發展起了作用。相反的，法官對憲法與法律的理解也影響了（且限制了）他對現實的看法與觀點，正因為如此，這解釋了憲法法院為何不可能成為社會科學的研究機構（如同法官去評價過去發生的事情，但也不可能成為歷史學家一般）<sup>197</sup>。

---

\* 譯註：基本法第 2 條第 1 項係規定每一個人在不侵害他人的權利與抵觸合憲的秩序或合乎文明社會的風俗規定的範圍內，享有人格的自由發展權。

<sup>197</sup> M. Stolleis, Der Historiker als Richter – der Richter als Historiker, in: N. Frei/D.v.Laak/M.Stolleis (Hrsg.), *Geschichte vor Gericht*, 2000, S. 173ff.

# 聯邦與邦之爭議

作者：Peter Selmer

譯者：傅玲靜

## 導讀

德國採行聯邦國體制，承認聯邦及各邦之獨立自主性，各自基於基本法中確立之權限劃分，行使其職權。如有爭議發生，依德國基本法之設計，即由聯邦憲法法院進行審查。本文即針對德國基本法之規定，探討聯邦與邦間爭議之爭訟途徑。作者將問題集中於討論基本法第 93 條第 1 項第 3 款及第 4 款之規定，並與基本法第 93 條第 1 項第 2 款及第 2 款之 1 規定之事由相較，因後述二款規定之事項為關於聯邦憲法法院就聯邦法律或各邦法律進行之抽象規範審查，故本文作者將基本法第 93 條第 1 項第 3 款及第 4 款前半部分之規定稱為「真正之聯邦與邦之爭議」，而討論其適用上相關問題。因基本法第 93 條為本文論述之重要條文，為有助於讀者閱讀並了解本文，茲將本條規定之中譯文附錄如下：

「第 93 條

聯邦憲法法院審理下列案件：

- 一 聯邦最高行政機關、或其他享有獨立權利並依基本法或聯邦最高行政機關處務規程設置之當事人之權利義務範圍發生爭議時，解釋基本法；
  - 二 依聯邦政府、邦政府或聯邦眾議會議員三分之一之聲請，就聯邦法律或各邦法律在形式上及實質上有無抵觸基本法，或各邦法律與其他聯邦法律有無抵觸，所生之歧見或疑義；
    - 二之一 依聯邦參議院、邦政府或邦議會之聲請，就法律是否符合基本法第 72 條第 2 規定之要件，所生之歧見；
  - 三 就聯邦與各邦之權利義務，尤其關於各邦執行聯邦法律及聯邦行使監督時，所生之歧見；
  - 四 聯邦與各邦間、邦與邦間或一邦內所生之其他公法上爭議，而無其他法律救濟途徑；
    - 四之一 任何人主張其基本權利或其依第 20 條第 4 項、第 33、38、101、103 及 104 條所享之權利遭受公權力侵害而提起之憲法訴願；
    - 四之二 地方自治團體及地方自治團體聯合社團因第 28 條保障之自治權遭受法律侵害而提起之憲法訴願；該法律如係邦法，須為不得於邦憲法法院提起之訴願；
  - 五 其他依基本法規定之案件。
- 聯邦憲法法院亦審理聯邦法律指定之其他案件。」

長久以來，聯邦與邦之爭議並非聯邦憲法法院審查案件類型之大宗。作者觀察隨著聯邦內各邦利益之區隔及競爭，以及於歐洲聯盟統合中基本法第 23 條賦予邦藉由聯邦參議院參與歐洲聯盟事務之協力權，認為「再聯邦化」及「去聯邦化」之趨勢將導致基本法第 93 條第 1 項第 3 款規定之聯邦及邦之爭議案件可能逐漸增加。聯邦憲法法院於審查本款之事由時，須確定聲請案件是否具備一定之要件，即當事人須享有憲法上就聯邦與邦相互間關係之權利義務，並主張其因聲請相對人之行為或不行為，致其憲法所賦予之權利或課予之義務受侵害或有直接受侵害之虞。即一方面須涉及之法律關係為憲法上聯邦及邦相互間之法律關係，另一方面須聲請人具有聲請之權限，並具有權利保護之必要，聲請之案件始具備訴訟要件。至於基本法第 93 條第 1 項第 4 款前半部分規定之聯邦及邦之爭議，涉及聯邦與邦間已無其他法律救濟途徑可採之其他公法上爭議，基本上已與行政訴訟提供之救濟管道重疊，而僅剩有限之適用空間。依聯邦憲法法院之見解，僅於依實質憲法（如統一條約）建構之法律關係，始可謂其與憲法具有關聯性，而為另一種聯邦與邦之爭議類型。

然本文亦強調，聯邦與邦之爭議，在制度設計上亦可能以抽象規範審查之方式解決。而就法律規範產生之聯邦與邦之爭議，向來採取抽象規範審查程序（基本法第 93 條第 1 項第 2 款）解決，此亦壓縮了基本法第 93 條第 1 項第 3 款規定適用之空間。至於 1994 年增訂之基本法第 93 條第 1 項第 2 款之 1，規定經聯邦參議院、邦政府或邦議會聲請，聯邦憲法法院得審查「就法律是否符合基本法第 72 條第 2 項規定之要件所生之歧見」。關於本款規定究屬於聯邦與邦之爭議、抽象規範審查、抑或創設一全新之程序類型，學說上雖然仍有爭議，但依本文作者之見解，在訴訟上本款規定無疑地僅具有宣示之功能，僅為在聯邦領域內「建立等值之生活關係，或在整體國家利益下維護法律與經濟之統一」，聯邦立法者、邦、聯邦參議院應各自行使職權，聯邦憲法法院僅就是否有制定聯邦法律之必要性，保有審查之權限。

德國因採行聯邦國體制，對於聯邦與邦間憲法上之權限爭議，以特定之憲法訴訟類型解決之。我國雖非聯邦國家，然因中央與地方分權，地方自治亦為憲法強調之制度性保障，就於憲法上地方自治權限及中央權限所生之爭議，司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項規定之程序是否足以因應解決，不無深思之餘地。在立法上，我國目前正值強化違憲審查制度及憲法訴訟功能之際，參酌德國聯邦與邦權限爭議程序，反思我國「憲法訴訟法草案」之架構是否有助於健全我國地方自治制度之發展，亦為得進一步深思之課題。

## 目次

### 壹、概說及本文討論之範圍

### 貳、基本法第 93 條第 1 項第 3 款及第 4 款規定之聯邦與邦之爭議（聯邦憲法法院法第 13 條第 7 款以下、第 68 條至第 70 條、第 71 條及第 72 條）

#### 一、概說

#### 二、關於依聯邦憲法而成立之權利與義務之各種見解

##### （一）合於憲法之權利與義務

##### （二）聯邦國中特定之憲法關係

### 三、聲請權限及權利保護必要

參、基本法第 93 條第 1 項第 2 款之 1 及第 72 條第 2 項、第 75 條第 2 項規定之  
聯邦規範審查（聯邦憲法法院法第 13 條第 6 款之 1、第 76 條至第 79 條）

### 肆、結論

## 壹、概說及本文討論之範圍

就曾繫屬於聯邦憲法法院之全部案件總數觀之，聯邦憲法法院就聯邦與邦之爭議（基本法第 93 條第 1 項第 3 款及第 4 款）<sup>198</sup>真正行使職權而為裁判者，僅進行並審理過相當少數之案件，就此僅涉及數十件裁判而已<sup>199</sup>。尤其於聯邦憲法法院最初十年之裁判中，誠然其中涉及之案件皆為對於國家生活具有相當重要性之裁判<sup>200</sup>，然於最重要之裁判中，皆與聯邦內部之衝突較無關，而是形式上雖屬於聯邦與邦之爭議範圍，但為解決執政黨及反對黨所代表聯邦政策方向之爭議<sup>201</sup>。因此，亦無怪乎 *W. Leisner*<sup>202</sup>早於 1976 年即提出一論點，且此見解日後曾被

<sup>198</sup> 近年來關於聯邦與邦爭議之相關文獻，參閱 *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, 1980, S.995ff.; *W. Löwer*, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: J. Isensee / P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II: Demokratische Willensbildung – Die Staatsorgane des Bundes, 1987, § 56 Rn.27ff.; *K. Hesse*, Wandlungen der Bedeutung der Verfassungsgerichtsbarkeit für die bundesstaatliche Ordnung, in: W. Haller / A. Kölz / G. Müller / D. Thürer (Hrsg.), Im Dienst an der Gemeinschaft, Festschrift für D. Schindler zum 65. Geburtstag, 1989, S.723ff.; *E. Benda / E. Klein*, Lehrbuch des Verfassungsprozeßrechts, 1991, Rn.978 ff.; *C. Pestalozza*, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl. 1991, § 9; *K. Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, 4. Aufl. 1997, Rn.90ff.

<sup>199</sup> 至 1999 年 12 月 31 日止，曾繫屬於聯邦憲法法院之案件共計 127,171 件，其中 33 件涉及基本法第 93 條第 1 項第 3 款及第 84 條第 4 項第 2 句之聯邦與邦之爭議，73 件與基本法第 93 條第 1 項第 4 款規定之其他公法上爭議有關（包括該款所稱之聯邦與邦之爭議）。

<sup>200</sup> 參閱 BVerfGE 1, 14 (Südweststaat); 6, 309 (Reichskonkordat); 8, 122 (Volksbefragung über Atomwaffen); 12, 205 (Fernsehstreit); 81, 310 (Weisung im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung); 92, 203 (EG-Fernsehrichtlinie).

<sup>201</sup> 參閱 *Hesse*, Wandlungen (Fn.1), S.727 m. Fn.16; *H. Simon*, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: E. Benda / W. Maihofer / H.-J. Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band 2, 2. Aufl. 1995, § 34 Rn.20.

多次援用<sup>203</sup>、而至今仍得適用，即認為此處所稱之形式意義之聯邦與邦爭議，現今看來似為「實際上幾乎毫無意義之聯邦憲法法院權限」<sup>204</sup>。此本為憲法爭訟之傳統要素，*Th. Maunz*<sup>205</sup>一度亦明確地指稱其「至少對於德國法制發展為憲法爭訟之原型」<sup>206</sup>，然於憲法爭訟中卻已不具有重要性，實肇始於許多原因：

—毫無疑問地，首要原因在於雖然聯邦與邦之爭議為「德國聯邦主義於程序上之表徵」<sup>207</sup>，但自基本法生效以降，此聯邦主義已產生重大變化<sup>208</sup>。起因係依基本法原本所創設之聯邦與邦間、各邦水平間任務分配之原始概念（「分離制度」）（„Trennsystem“），並以中央集權、自我協調、合作及政策結合之方式呈現（「合作之聯邦制度」）（„kooperativer Föderalismus“），隨時間經過已逐漸喪失其影響力。隨著各邦於聯邦中實質上複數性及主體性之喪失，並自 1969 年以來已擴展至財政面向，且逐漸影響至國家整體（「參加之聯邦制度」）

（„Beteiligungsföderalismus“），總體說來，由往昔至今日可謂為聯邦制度之明顯虧空。而此虧空表現於聯邦與邦之爭議上是無法填補的。首先，基於原則上各邦忠誠執行法律<sup>209</sup>及由行政法院就適用法律所進行之廣泛審查<sup>210</sup>，聯邦監督權之行使（基本法第 84 條）及基本法第 84 條第 4 項第 2 句規定之程序，現今已不具有重要性<sup>211</sup>。此外，因各邦藉由聯邦參議院參與聯邦權限之行使（基本法第 50 條），以及此處論及之利益平衡之程序，常常使得真正之聯邦與邦爭議程序（譯按：即基本法第 93 條第 1 項第 3 款及第 4 款前半部分規定之程序）之進行亦顯得多餘

---

<sup>202</sup> 參閱 *W. Leisner*, Der Bund-Länder-Streit vor dem Bundesverfassungsgericht, in: C. Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Erster Band: Verfassungsgerichtsbarkeit, 1976, S.260ff. (287).

<sup>203</sup> 參閱 *Leisner* (Fn.5)以及 *F. Ossenbühl*, Föderalismus und Regionalismus in Europa, Landesbericht Bundesrepublik Deutschland, in: ders. (Hrsg.), Föderalismus und Regionalismus in Europa, 1990, S.117ff.(139); *Schlaich*, Bundesverfassungsgericht (Fn.1), Rn.96.

<sup>204</sup> 參閱：自 1976 年以降(包括裁定為不合法之聲請)僅有 BVerfGE 41, 291 (303ff.); 42, 103 (112ff.); 49, 10 (13ff.); 80, 74 (79ff.); 81, 310 (329ff.); 84, 25 (30ff.); 92, 203 (226ff.); 94, 297 (309ff.); 95, 250 (261ff.).

<sup>205</sup> 參閱 *T. Maunz*, in: ders. / B. Schmidt-Bleibtreu / F. Klein / G. Ulsamer (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1972, §13 Rn.43.

<sup>206</sup> 對此評價之批評，參閱 *K. Stern*, in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), 1950ff., Art. 93 (Zweitbearbeitung März 1982) Rn.329; 與上述意見相同者，參閱 *Löwer*, Zuständigkeiten (Fn.1), Rn.27; *Schlaich*, Bundesverfassungsgericht (Fn.1), Rn.95; *H. Bethge*, Deutsche Bundesstaatlichkeit und Europäische Union, in: R. Wendt / W. Höfling / U. Karpen / M. Oldiges, Staat, Wirtschaft, Steuern, Festschrift für K.H. Friauf zum 65. Geburtstag, 1996, S.55ff. (65).

<sup>207</sup> *Leisner*, Bund-Länder-Streit (Fn.5), S.262.

<sup>208</sup> 關於此及以下之論述，參閱 *P. Selmer*, Grundsätze der Finanzverfassung des vereinten Deutschlands, VVDStRL 52 (1993), S.10ff. (13ff.); *J. Isensee*, Der Föderalismus und der Verfassungsstaat der Gegenwart, AöR 115 (1990), S.248ff.皆有詳細說明。

<sup>209</sup> 參閱 *Benda / Klein*, Lehrbuch, (Fn.1) Rn.1013.

<sup>210</sup> 參閱 *Hesse*, Wandlungen (Fn.1), S.729 m. Fn.25; *Leisner*, Bund-Länder-Streit (Fn.5), S.287.

<sup>211</sup> 關於此程序之不具重要性，參閱 *S. Broß*, in: I.v. Münch / P. Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Band 3, 3. Aufl. 1996, Art.84 Rn.39; *Leisner*, Bund-Länder-Streit (Fn.5), S.287f.; *Hesse*, Wandlungen (Fn.1), S.729 m. Fn.25; *W. Blümel*, Verwaltungszuständigkeit, in: J. Isensee / P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV: Finanzverfassung – Bundesstaatliche Ordnung, 1990, § 101 Rn.41.

<sup>212</sup>。就此而言，「聯邦參議院之聯邦制度（Bundesratsföderalismus）導致程序上之聯邦制度（Prozeß-Föderalismus）成爲不必要的制度」<sup>213</sup>之誇大論點，至少現今於本質上（仍）爲適切的。關於本質上之再聯邦化（Reföderalisierung）（「分離」）（Entflechtung），於初期經過一連串徒勞之論證<sup>214</sup>，在短期內仍可能繼續討論<sup>215</sup>，以及關於與聯邦相對之邦個別利益政策上持續之極端化與區隔化，未來可能會成爲徹底地弱化前述論點之依據<sup>216</sup>。

—另一個可說明自本文開始即強調基本法第 93 條第 1 項第 3 款規定之聯邦與邦爭議適用範圍縮減之原因，爲自聯邦爭議而明顯傾向於抽象規範審查（基本法第 93 條第 1 項第 2 款）之現象<sup>217</sup>。透過粗略之觀察可能會認爲，此係肇因於聯邦憲法法院<sup>218</sup>早期開放於二個程序類型間選擇之可能性（此仍具有爭議<sup>219</sup>）。然並非必須此二者併存始可能產生偏傾之現象<sup>220</sup>，蓋僅僅提供一個可能性，即以特別規定之方式將對於立法所爲全面及系統之審查移轉由抽象規範審查爲之<sup>221</sup>，即可能自始將聯邦與邦之爭議排擠至邊緣地位，而在結果上也正是如此。因爲抽象規範審查所具之明顯特性（無須遵守期間、聲請人無須主張自己憲法上保障之權利或義務、於訴訟中得陳述意見者眾多、得附隨解決邦與邦關係之爭議問題、裁判效力之持續性）<sup>222</sup>，已導致向來就法律規範產生之聯邦與邦之爭議，通常即以抽象規範審查程序之形式解決。基本法第 93 條第 1 項第 2 款之 1 增訂之聯邦與邦之爭議程序亦繼續強化此程序類型（詳見本文、參）。

<sup>212</sup> 參閱 *Hesse, Wandlungen* (Fn.1), S.729; *Ossenbühl, Förderalismus* (Fn.6), S.139.

<sup>213</sup> *Leisner, Bund-Länder-Streit* (Fn.5), S.288.

<sup>214</sup> 參閱 *Selmer, Grundsätze* (Fn.11), S.14 ff.之詳細說明。

<sup>215</sup> 就此參閱本文肆之詳細說明。

<sup>216</sup> 就此之相關說明，參閱 *Benda / Klein, Lehrbuch* (Fn.1), Rn.1013 及 Rn.1001.

<sup>217</sup> 尤其適用於聯邦國中財政平衡之爭議：參閱 BVerfGE 39, 96; 72, 330; 86, 148; 101, 158.

<sup>218</sup> 參閱 BVerfGE 4, 115 (122f.); 7, 305 (310f.); 12, 205 (222f.); 20, 56 (95).

<sup>219</sup> 參閱 *Maunz, Bundesverfassungsgerichtsgesetz* (Fn.8), §68 Rn.5.

<sup>220</sup> 相同見解參閱 *Leisner, Bund-Länder-Streit* (Fn.5), S.266f.; *Löwer, Zuständigkeiten* (Fn.1), §56 Rn.29; *Hesse, Wandlungen* (Fn.1) Rn.728f.; *Benda / Klein, Lehrbuch* (Fn.1), Rn.1013; *Schlaich, Bundesverfassungsgericht* (Fn.1), Rn.96; *Stern, Staatsrecht* (Fn.1), S.1000.

<sup>221</sup> 傾向於採此見解者參閱 *U. Scheuner, Probleme und Verantwortung der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, DVBl. 1952, S.293 (295); *W. Geiger, Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951*, 1952, §13 Anm. 12.

<sup>222</sup> 關於各點，參閱 *Hesse, Wandlungen* (Fn.1), S.729 m. Fn.28; *Löwer, Zuständigkeiten* (Fn.1), §56 Rn.29; *Schlaich, Bundesverfassungsgericht* (Fn.1), Rn.96; *Benda / Klein, Lehrbuch* (Fn.1), Rn.1013.

# 機關爭議<sup>\*</sup>

作者：Jost Pietzcker

譯者：陳淑芳<sup>\*\*</sup>

---

<sup>\*</sup> Jost Pietzcker, Organstreit, in: Peter Badura / Horst Dreier (Hrsg.), FS f. 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Erster Band, S. 587 ff.

<sup>\*\*</sup> 世新大學法律學系專任副教授

## 導讀

### 作者簡介

Jost Pietzcker 教授出生於 1945 年，在杜賓根與柏林唸大學，1969 年 1 月與 1972 年 2 月通過第一次與第二次國家考試。1974 年在 O. Bachof 教授取得博士學位，1977 年在 O. Bachof 教授與 G. Dürig 教授通過升等論文。之前於 1975/1976 年曾在哈佛大學法學院作研究。自 1978 年起為波昂大學教授，並為波昂大學公法研究所比較法中心的主任。為 Knoxville 田納西州大學與芝加哥西北大學法學院的客座教授。所發表的文章係在憲法與行政法領域，重點領域是基本權利、行政法總論及行政訴訟法、建築法、政府採購法等。

### 內文簡介

德國對於聯邦機關間的機關爭議規定在基本法第 93 條第 1 項第 1 款與具體化此一規定的聯邦憲法法院法第 13 條第 5 款、第 63 條至第 67 條。一邦之內的機關爭議也可能透過基本法第 93 條第 1 項第 4 款第 3 種情況、第 99 條與聯邦憲法法院法第 71 條第 1 項第 3 款的規定由聯邦憲法法院管轄。總結上述的規定，在德國向聯邦憲法法院提起機關爭議的聲請共有三種類型：（一）最高聯邦機關或其他經基本法或最高國家機關之議事規則賦予自己權利（權限）的當事人認為其他國家機關的措施或不作為侵害其受憲法保障之權利（權限）時（基本法第 93 條第 1 項第 1 款、聯邦憲法法院法第 64 條第 1 項）；（二）機關之團體認為其所屬之機關受憲法保障之權利（權限）受到其他國家機關的侵害時。此種情況等於承認機關之團體得以其自己之名義為其所屬之機關爭訟，即承認訴訟擔當（聯邦憲法法院法第 64 條第 1 項）；（三）邦機關主張其他邦機關的措施或不作為，侵害其受邦憲法保障之權利（權限）時。惟此類只有當邦機關就其權利之受侵害

無其他救濟管道時，通常是指無法經由邦憲法法院獲得救濟時（基本法第 93 條第 1 項第 4 款第 3 種情況），或邦憲法明文規定此類的爭訟事件由聯邦憲法法院管轄時（基本法第 99 條）。我國類此之規定為司法院大法官審理案件法第五條第一項第一款。

作者在本文中整理了與檢討了聯邦憲法法院在過去五十年處理機關爭議事件的裁判見解。因為憲法爭訟法的規定不如民事訴訟法或刑事訴訟法來的詳細、明確，所以很多問題，包括提起機關爭議形式合法性要件，仍有待聯邦憲法法院的解釋與實務見解的形成。而本文除整體評價機關爭議存在的意義與其過去五十年在實務運作上的意義（本文壹、部分）外，也深入淺出地依照聯邦憲法法院裁判的見解整理出機關爭議的程序要件（本文貳、部分）。即（一）當事人能力：主張自己之權利而有當事人能力者，包括最高國家機關、政黨、機關之單位。作者在此也檢討了當事人能力喪失後，聲請程序是否繼續進行的問題。（二）聲請權能：作者在此整理出判斷是否具有聲請權能的三個重點，即必須侵害聲請人憲法上之地位，指責的必須是具有重要性、足以影響聲請人權利的措施，且必須涉及自己的地位。（三）訴訟擔當：目前聯邦憲法法院承認得為訴訟擔當人者，為黨團。（四）被指責的措施：得成為機關爭議聲請之客體者，有積極的作為（即措施），也有消極的不作為；得為立法行為、法規本身，亦得為執行行為。（五）聲請期間：依聯邦憲法法院法第 64 條第 3 項之規定，聲請人須在知悉措施或不作為後，六個月內提出聲請。但期間之認定在實務上並非毫無問題。（六）權利保護之必要：權利保護之必要是對所有訴訟程序皆適用的程序要件，機關爭議也須具備這個要件。機關爭議在適用此一要件時較特別的，是如果尚有政治上之爭議解決的可能性時，是否有權利保護之必要而可提出聲請。

## 目次

### 壹、基本問題

- 一、前例與並例
- 二、政治上與法律上的衝突
- 三、「毫無缺漏的法律救濟」
- 四、實務上的意義
- 五、憲法解釋與爭議裁判

### 貳、程序要件

- 一、當事人能力
  - (一) 最高聯邦機關
  - (二) 政黨
  - (三) 機關之單位
  - (四) 當事人能力的喪失
- 二、聲請權能
  - (一) 憲法上之地位
  - (二) 不具法律重要性之措施
  - (三) 涉及自己之地位
- 三、訴訟擔當
- 四、被指責的措施
- 五、聲請期間，聯邦憲法法院法第 64 條第 3 項
- 六、權利保護之必要

### 參、有關一邦之內機關爭議的裁判

## 壹、基本問題

### 一、前例與並例

基本法第 93 條第 1 項第 1 款之開啓在聯邦憲法法院的機關爭議程序遠遠超過在歷史上可與之比較的前例與在許多國家的規定。依威瑪憲法第 19 條之規定，只有在一邦之內的憲法爭議，與不同邦之間或帝國與一邦之間的非私法爭議，才可以由帝國法院(*Staatsgerichtshof*)來裁判。1871 年之帝國憲法第 76 條規定，一邦之內與不同邦之間的某些爭議得透過聯邦參議院來解決爭議。比較接近的是保羅教堂憲法第 126 條。該條規定帝國法院對於國家議院(*Staatshaus*)與國民議院(*Volkshaus*)或他們其中之一與帝國政府(*Reichsregierung*)之間的爭議，還有個別的邦的政府與民意代表機關有關邦憲法之解釋的爭議有管轄權。美國並沒有可提出於美國最高法院(*Supreme Court*)的機關爭議，但是並不排除偶而也會有聯邦憲法機關之間或之內的爭議問題在「通常」訴訟程序中被作成裁判<sup>223</sup>。在相對上較寬，但和德國聯邦相較範圍還是較有限的可能是在西班牙<sup>224</sup>與在義大利<sup>225</sup>的機關爭議，即使是在實務上不常發生。奧地利只有在與審計院和人民保護官(*Volksanwaltschaft*)的權限相關時才承認機關爭議<sup>226</sup>。瑞士的聯邦法院對於聯邦機關之間的憲法爭議並無權管轄<sup>227</sup>，同樣很少的是法國的憲法委員會(*Conseil Constitutionnel*)<sup>228</sup>。新的 1997 年波蘭憲法將機關爭議當作是純粹的權限爭議<sup>229</sup>。

相反地，最初的歐洲經濟共同體公約在第 173 條即已規定歐洲經濟共同體的

<sup>223</sup> 參考最近的 *Campbell vs. Clinton*, 203 F. 3d 19 (D. C. Cir. 2000)，在此是眾議院 26 位議員控告總統因為派兵對抗南斯拉夫聯邦共和國由於缺乏訴訟權能而被駁回的訴訟；參閱在 113 *Harvard Law Review* 2134 (2000)及其進一步援引對整個問題性的敘述。

<sup>224</sup> A. Weber, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Spanien, JÖ R 34 (1985), 245 (270).

<sup>225</sup> U. Stoy-Schnell, Das Bundesverfassungsgericht und die Corte Costituzionale, 1998, S. 58 ff.

<sup>226</sup> K. Korinek, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, in: Ch. Starck/A. Weber (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband I, 1986, S. 149 (161).

<sup>227</sup> 參閱 W. Haller 的敘述, in: Starck/Weber (Fn. 4), S. 179 (184-186, 198-200).

<sup>228</sup> S. M. Fromont, in: Starck/Weber (Fn. 4), S. 309 (323).

機關為維護共同體機關行為合法性之訴訟的可能性。根據歐洲法院一個擴張的裁判，此一可能性在經公約修改後也擴張到歐洲國會、審計院與歐洲中央銀行，同時此三個機關的訴訟可能性只限於維護自己的權利，而在此範圍內與德國的機關爭議相當（歐洲共同體設立公約第 230 條）。

## 二、政治上與法律上的衝突

藉由機關爭議的許可，將使具有高度政治關聯性的憲法問題交由聯邦憲法法院來裁判。由上述所提及之外國與歷史上的例子，都說明此一訴訟管道的開關，無論如何不是理所當然的。在大部分的情況下，憲法機關間這一類的爭議或與此相關的憲法解釋，都是由為當事人的憲法機關作出最終的決定。因此從某些觀點可以認為，基本法第 93 條第 1 項第 1 款是對於爭議，也可能是為解決政治上爭議，的進一步司法化。惟保羅教堂憲法第 126 條的例子卻說明，決定採取機關爭議無論如何絕對不是源自於較新的、尚未成熟之司法化的想像。由其他的觀點甚至可以認為，涉及具有政治內涵的機關爭議，原則上與其他聯邦憲法法院的裁判，例如在聯邦與各邦的爭議、在抽象與具體法規審查及有一部份也在憲法訴願的裁判，沒有什麼兩樣。在機關爭議程序中並不是對政治上的爭議作出裁判，而是答覆憲法上的問題。對於在此應被適用的條款而言，對於憲法的掌握並不是在基本上比其他情況來得不清楚或在此憲法可供法院適用者比其他情況來得少。

凡在機關爭議程序中向法院求助者，通常是在政治程序中居於下風者或對該爭議完全沒有適當的政治手段可以供他使用者；如果不是這種情況，則向法院求助將無利益存在，可能也無權利保護之必要。聲請例如是由反對黨的黨團於聯邦政府不提供檔案時提出，或由議員在聯邦眾議院議長不允許他發言或未被分派到任何一個委員會時提出。在當時實際的情況下，在政治上已不再有（適當的）貫

---

<sup>229</sup> 憲法第 189 條、第 199 條與 1997 年之憲法法院法第 53 條。

徹自己法律上主張的可能。則只剩下下列二者可供選擇：一為遷就現狀，並希望藉由多數與少數之互相影響或藉由憲法機關彼此之間持續相互依存而作適當的法律處理，二為開啓法院裁判的管道。後者就是准許機關爭議的方式。機關爭議因此有一部分可以被當作是保護少數的工具－亦即當政治上的少數就其法律上的主張已無法以其他方式貫徹時－，但更大部分被當作是確保憲法法規對抗當時一意孤行之強權立場的工具。就此觀點是法治國家的理由支持基本法在基本法第 93 條第 1 項第 1 款所作的決定。

### 三、「毫無缺漏的法律救濟」

聯邦憲法法院將機關爭議和基本法第 19 條第 4 項之核心的法律途徑的保障作了對比<sup>230</sup>。就價值而言，兩者並非完全相同；個人權利的保護是法治國家的基礎，相對地，機關爭議的可能性從法治國家的觀點雖然完全被期待，但卻不是必要非設不可的。若就聯邦憲法法院法第 63 條至 67 條係解釋基本法第 93 條第 1 項第 1 款的觀點，聯邦憲法法院法第 63 條至 67 條，比照基本法第 19 條第 4 項，已達到毫無缺漏確保憲法所賦予類似主觀權利之權限，透過法院予以貫徹的目的。毫無缺漏之法律救濟或則保護少數之目的規定左右了對於各別解釋疑義的回答。雖然此一廣泛的法院救濟經常同時是少數的保護，惟聯邦憲法法院在詳細界定之下，只在少數（通常是聯邦眾議院的黨團）以另一個機關為對造（諸如非主張機關多數的聯邦政府）主張其機關之權利而提起的訴訟程序中，才會使用保護少數的概念。在此意義下，也包含訴訟擔當的基本法第 93 條第 1 項第 1 款係有進一步保護少數的作用。相對於此的，聯邦憲法法院根據基本法第 93 條第 1 項第 4 款第 3 種情況、聯邦憲法法院法第 71 條第 1 項第 3 款對於各邦機關的爭訟擁有概括的管轄權限，則僅係以毫無缺漏之權限（權利）保護（無訴訟擔當）的要求作為其內容。

機關爭議在主觀權利保護的體系下似屬於異常的情況，因為主觀的權利與相對應的義務只存在於兩個權利主體之間（「最終歸屬點」），而非也存在於在同一主體內之兩個機關之間。此一法律形式的區別憲法及法律在許多領域都出於內容上的理由予以捨棄。凡是非如通常在行政中規定有上下層級原則的地方—且爭議按照系統亦即由最高層單方決定者—，法律皆承認類似賦予主觀權利及與其他機關相應義務對立的機關權限。此外法秩序也承認所謂的部分權利能力的團體（例如行政法院法第 61 條第 2 款）。機關爭訟的開啓因此既非在法邏輯上，亦非在內容—評價上，與一般所承認的法律基本原則相違背。

#### 四、實務上的意義

在聯邦憲法法院的裁判中，機關爭議的數量不但比憲法訴願少了很多，而且很明顯地也比法規審查的裁判來得少，但是卻比聯邦一邦一爭訟來得多。自從聯邦憲法法院開始運作以來（直到 1999 年底），法院共作出約 60 個機關爭訟的裁判<sup>231</sup>。稱得上是重要裁判的有針對資助政黨(Parteifinanzierung)（在第 24 冊與第 73 冊）、針對聯邦政府公開作業、針對聯邦財政部長緊急權限、針對解散聯邦眾議院、針對 Flick—調查委員會、針對整裝軍備(Nachrüstung)\*、針對國會之審查情報工作的預算、針對無黨團所屬議員之地位\*\*、針對在第一次全德國聯邦眾

---

<sup>230</sup> BVerfGE 60, 319 (326); 93, 195 (202).

<sup>231</sup> 直到 1990 年之詳細的統計資料可在 D. C. Umbach, in: D. C. Umbach/Th. Clemens (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Mitarbeiterkommentar, 1992, vor §§ 63 ff. Rn. 1 找到。因此直到 1990 年共有 82 件機關爭議程序繫屬，但其中卻有一部份未經裁判而了結者。

\* 譯註：BVerfGE 68, 1 ff. 本案是由聯邦眾議院綠黨(Die GRÜ NEN)的黨團針對聯邦政府所提起的聲請。該聲請請求確認聯邦政府同意在德意志聯邦共和國內駐紮的美國軍隊裝備核子中程飛彈未經聯邦眾議院特別法律的授權已侵害聯邦眾議院源自於基本法第 79 條第 1 項第 1 句、第 20 條第 3 項結合第 59 條第 2 項的權利。在本案聲請人是以自己之名義為聯邦眾議院爭訟（訴訟擔當）。本案聯邦憲法法院予以受理，但以無理由駁回。本案之裁判一般俗稱整裝軍備(Nachrüstung)—裁判。

\*\* 譯註：BVerfGE 80, 188 ff. 本案是由聯邦眾議院議員 Wüppesahl 針對聯邦眾議院、聯邦眾議院議長、聯邦眾議院綠黨(Die GRÜ NEN)黨團，後來又追加聯邦參議院，而提起的聲請。聲請人之前屬於綠黨(Die GRÜ NEN)黨團，並被綠黨(Die GRÜ NEN)黨團任命為內政委員會委員、法制委

議院選舉之 5% 一門檻條款與針對派遣聯邦國防軍(Bundeswehr)到國外<sup>\*\*\*</sup>所作成之裁判<sup>232</sup>。聲請案中約四分之一有理由的比例可能尚無法說明什麼。但有趣的是，約有三分之二的聲請案因不合法而被駁回。此點說明了合法性要件的重要性與點出合法性要件有不明確之處。令人詫異的是，依基本法第 93 條第 1 項第 4 款第 3 種情況所提起之根據邦法的機關爭訟案件當中，至今才兩件合法與只有一件有理由<sup>233</sup>。

機關爭議的裁判所涉及的首先是聯邦眾議院及聯邦眾議院與聯邦政府間的關係。若作整體的觀察，其相當程度地釐清了與強化了個別議員與少數黨團的權利，與對於聯邦眾議院與聯邦政府之間的權限作了可另人接受的界定。早先經常被提及的疑慮，即機關爭議有被濫用而成爲延續政治抗爭之其他工具的危險，基本上已被證明是毫無根據的。

---

員會召集人，並經聯邦眾議院之同意爲共同委員會之委員。聯邦眾議院議事規則許多條款規定的結果，造成無黨團所屬議員無參與委員會或院會運作的可能性。因此在聲請人退出綠黨(Die GRÜ NEN)黨團後，其先後喪失上述委員的身分。從而聲請人在退出黨團之後提出機關爭議的聲請，請求確認聯邦眾議院議事規則某些條款的規定、聲請相對人的特定行爲牴觸基本法代議民主、少數保護、平等原則與侵犯其受基本法第 38 條第 1 項保障之議員權利。聯邦憲法法院對本案作出部分有理由的裁判。本案之裁判一般俗稱 Wüppesahl-裁判。

<sup>\*\*\*</sup> 譯註：與此相關的裁判有 BVerfGE 88, 173 ff.; 89, 38 ff.; BVerfGE 90, 286 ff.其中 BVerfGE 90, 286ff.是針對三個聲請案所作成之裁判，即（一）社會民主黨(SPD)黨團與 228 位聯邦眾議院議員有關聯邦國防軍參與北大西洋公約組織(NATO)及西歐同盟(WEU)執行聯合國監督之前南斯拉夫共和國的行動；（二）自由民主黨(FDP)黨團與 55 位聯邦眾議院議員及（三）社會民主黨(SPD)黨團與 226 位聯邦眾議院議員有關德國軍隊參與執行聯合國所下達之禁止在 Bosnien-Herzegowina 領空飛行的命令，德國軍隊的參與及聯邦政府之同意參與是否應經聯邦眾議院同意所提出之聲請。

<sup>232</sup> 參考 K. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 4. Aufl. 1997, Rn. 80 處的概述。

<sup>233</sup> 直到 1993 年的部分請參見在 K.-G. Zierlein, Die Ersatzzuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts im landesverfassungsgerichtlichen Organstreitverfahren, AÖR 118 (1993), 66 (81 f.)處所提供的資料。

# 法規違憲審查

作者：Werner Heun\*

譯者：楊子慧\*\*

---

\* 德國哥廷根大學法學院公法學教授，哥廷根大學法學院國家學暨政治科學研究所所長。

\*\* 德國哥廷根大學法學博士，輔仁大學法律學系助理教授。

## 導讀

法規違憲審查是所有憲法法院審判權的基本核心。其意指以憲法為基準的法規審查及其相聯繫的廢棄專屬權，就此不僅以憲法最高性同時以權限上承認法官之法規審查權為前提要件。儘管有法官的廢棄專屬權，法規違憲審查並非消極的立法亦非功能的立法，而是彰顯一項特別的司法功能。

德國憲法訴訟法的特色在於，由特別的眾多訴訟程序發動以憲法為基準的法院之法規違憲審查。首先是脫離任何具體爭議而進行的抽象法規違憲審查。此等程序廣泛的審查客體以及毋須主觀涉入性則透過訴訟程序上限制少數憲法機關的訴請權能而調和。依據基本法第 100 條第 1 項的具體法規違憲審查，或稱法官訴請審查，每一法院有權同時有義務就其認為具有裁判重要關聯性的違憲法律向聯邦憲法法院訴請審查，此處明確表達了傳統德國法釋義學法律自始當然無效的思想。

數量上最重要者乃人民基本權利受侵害之憲法訴訟，此等有可能是罕見的針對法律直接訴請，或可能是間接的引致法律的審查。

其次，亦有其他為數不少得以啟動法規違憲審查的訴訟程序，如聯邦與各邦間之爭議、地方自治團體的自治保障受聯邦法或邦法侵害之憲法訴訟（Die kommunale Verfassungsbeschwerde）或是選舉審查訴訟。訴訟程序的多樣性允許聯邦憲法法院對於法律廣泛的進行審查並且有力的貫徹憲法最高性。

因法規違憲審查乃以特別的方式涉及立法與憲法法院審判權間的權限分配以及權力分立原則，故聯邦憲法法院審查權限制的問題日益激烈。鑑於憲法解釋方法的廣度與開放性以及聯邦憲法法院的最終決定權限，該法院歸根究底自己確定其審查的界限。不過，就此聯邦憲法法院認可立法者對於預測及事實確認的判斷空間，其依審查密度分有下列等級，由明顯性審查到可支持性審查最後到強烈內容審查。侵害的強度與涉及的法益之意涵支持審查密度的標準多方被採納，然此僅是實體法上的基準而非功能法的觀點。

原則上法規違憲審查之裁判類型乃在法規的無效宣告，惟其效果實際上已透

過聯邦憲法法院法第 79 條第 2 項法律效果規定而減弱。此外，即便沒有明確的憲法上或法律上的授權，聯邦憲法法院卻多樣地發展一系列的裁判類型，此亦同時舒緩無效理論的嚴格性。大多數情況法律並不會整體被宣告無效，而僅是部分無效，甚或某一條文的部分無效。再者，聯邦憲法法院特別發展出單純違憲之宣告，此等類型主要限於違反平等的授益排除之情況。反之，於警告性裁判，受審法規仍被認定為合憲，然立法者負有義務恢復合憲狀態或避免即將發生的違憲。

最後該法院尚得有拘束力的宣告—法律特定的解釋（合憲的解釋）或一法律特定的適用（量的部分無效）違憲因而無效。

總之，有極廣泛的法規違憲審查的配備可供聯邦憲法法院使用。

### 【作者簡介】

Werner Heun 教授，1953 年生，1991 年起任教德國哥廷根大學法學院，並任該校法學院國家學暨政治科學研究所所長迄今。曾於 1995-1996 年、2002-2004 年以及 2004-2005 年並任該校法學院院長。專長領域為國家學、政治思想史、憲法史、美國及德國憲法學、財政憲法、稅法及教會法。

迄今主要著書：

1. 民主中的多數決原則—基礎理論、結構與限制，1983 年。
2. 國家預算與國家領導—基本法的國會政府體制中的預算法，1989 年。
3. 美國政府體制中的預算法，1989 年
4. 憲法法院審判權的功能法界限，1992 年
5. H. Dreier 發行一套三冊基本法逐條釋義叢書之合著者，撰寫其中平等原則、軍事憲法、預算暨財政憲法，2004 年第 2 版。
6. 「基督教國家學百科辭典」，主要編撰發行人，2006 年。

（譯按：本導論及作者簡介由譯者敦請 Heun 教授親自執筆為之，由譯者翻譯而成。）

## 目次

### 壹、基礎理論

### 貳、依據基本法第 93 條第 1 項第 2 款及第 2 款 a、聯邦憲法法院法第 13 條第 6 款、第 76 條以下之抽象法規違憲審查

#### 一、與其他程序之關係

#### 二、程序要件

### 參、依據基本法第 93 條第 1 項第 5 款、第 100 條第 1 項、聯邦憲法法院法第 13 條第 11 款、第 80 條以下之具體法規違憲審查及其他法官訴請法律違憲審查

#### 一、程序之特性及目的

#### 二、訴請權人

#### 三、訴請客體

#### 四、訴請權及法院之訴請義務

#### 五、審查基準

### 肆、依據基本法第 93 條第 1 項第 4 款 a、聯邦憲法法院法第 13 條第 8 款 a、第 90 條以下之人民基本權利受侵害之憲法訴訟範圍內的法規違憲審查

#### 一、程序受理問題

#### 二、法規違憲審查及審查範圍

### 伍、其他法規違憲審查程序

### 陸、審查密度

### 柒、法規違憲審查之裁判類型

#### 一、基礎理論

#### 二、無效及量的部分無效

#### 三、單純違憲之宣告

#### 四、警告性裁判

#### 五、合憲解釋及質的部分無效

### 捌、結論

## 壹、基礎理論

憲法法院審判權，乃以憲法為審查基準的規範審查之意涵上透過法官的法規違憲審查以及其相聯繫之廢棄專屬權為核心。若無法規違憲審查則憲法法院審判權將不能有意義的實現其確保憲法之功能<sup>234</sup>。當下位法規範合法性之審查為司法尋常之任務範圍，並且法官就邦法律是否符合帝國法律之審查作為法規審查的歷史根源之一<sup>235</sup>幾乎沒有觸及立憲的憲法體制之核心<sup>236</sup>--蓋於此兩種情況，作為審查基準之法規的優位性不得被撤銷--，卻使得以憲法為審查基準之法規違憲審查立於憲法規範之中心。其一方面以憲法最高性為基礎<sup>237</sup>。另一方面則須權限上承認法官之法規審查權，此等並非絕對必要由憲法最高性而來<sup>238</sup>。毋寧，憲法之具體化於權力分立之體制下得完全託付予不同之權力以為獨立之決定及責任<sup>239</sup>。從 1803 年透過美國聯邦最高法院所承認的法官之法規審查權<sup>240</sup>出發，於現代憲法國家中法官之法規審查權作為對於法規效力之具有最終拘束性的決定已逐漸被貫徹<sup>241</sup>。基本法於第 1 條第 3 項、第 20 條第 3 項特別強調憲法最高性以及於第 93 條、第 100 條亦貫徹此等針對立法者之法院（決定）。此外，就行憲後之法律，基本法將具有最終拘束力之法規違憲審查裁判權限集中於獨一無二的中央法院<sup>242</sup>--聯邦憲法法院，並且於此範圍明確摒棄了一種分散型之法規違憲審查<sup>243</sup>。

<sup>234</sup> Vgl. E.-W. Böckenförde, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: ders., Staat, Nation, Europa, 1999, S. 157 ff. (160); 此外參閱 E. Friesenhahn, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, 1963, S. 7; H. Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in: BVerfG und GG Band I, 1976, S. 292 ff. (293).

<sup>235</sup> 參閱特別是 K. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 4. Aufl. 1997, Rn. 105; ders., Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981); 一項法院之審查特別規定在威瑪憲法第 13 條第 2 項。

<sup>236</sup> 就疑難問題參閱 F.-J. Peine, Normenkontrolle und konstitutionelles System, Der Staat 22 (1983), S. 521 ff.; 1871 年之帝國憲法將聯邦主義之爭議完全託付給政治的權力尤其是聯邦參議院; 參閱 U. Scheuner, Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jahrhundert, in: BVerfG und GG Band I, 1976, S. 1 ff. (36 ff.).

<sup>237</sup> R. Wahl, Vorrang der Verfassung, Der Staat 20 (1981), S. 485 ff.

<sup>238</sup> 此早已由 R. Thoma, Das richterliche Prüfungsrecht, AöR 43 (1992), S. 267 ff. 極精確地認知。

<sup>239</sup> 此乃法官之審查權早期批評者如 T. Jeffersons 迄今繼續產生影響之見解; 參閱與此相對的過於不容爭辯的主張最終拘束力之裁判的絕對必要性見於 Böckenförde, Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 1), S. 159.

<sup>240</sup> *Marbury v. Madison*, 5 U. S. (1 Cranch) 137 (1803); 就此參閱 W. Brugger, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1987, S. 5 ff.

<sup>241</sup> 概覽參閱 A. v. Brünneck, Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratie, 1992, S. 53 ff.

<sup>242</sup> 就此參閱 Schlaich, Bundesverfassungsgericht (Fn. 2), Rn. 109.

<sup>243</sup> 不同的法規違憲審查之美國模式參閱 W. Burnbam, Introduction to the Law and Legal System of the United States, 1995, S. 315 ff.; Y. Huh, Probleme der konkreten Normenkontrolle, 1971, S. 61 ff.; M. Cappelletti, The Judicial Process in Comparative Perspective, 1989, S. 133 ff.

憲法法院法規違憲審查之深遠意義，確保憲法之功能、以憲法為基準之審查以及與違憲之宣告相連結的關於法律效力之裁判已再三誘使法規違憲審查之裁判添附了其原本不應具有的憲法釋義學之特質<sup>244</sup>。法規違憲審查之裁判--儘管依據聯邦憲法法院法第31條第2項裁判的法律效力--釋義上既非消極立法<sup>245</sup>亦非依功能為立法<sup>246</sup>。憲法法院裁判格外既不是真正的憲法解釋更並非因此而為憲法之立法<sup>247</sup>。分派予該法院者係對於法律之效力的裁判權限，而非憲法內涵的確定。憲法之解釋僅僅是裁判理由之部分<sup>248</sup>。職是，法規違憲審查之裁判應不受約束的劃入司法裁判之功能<sup>249</sup>。甚至憲法法院於釋義上所創造者除了法官法之外別無其他<sup>250</sup>。

法規違憲審查裁判的作用範圍、憲法條文之開放性與其解釋方法以及聯邦憲法法院之最終裁判權限尖銳地提出於基本法的權力分立體系中法官的法規違憲審查的界限問題。該法院裁判之政治特質無可爭辯<sup>251</sup>，然而就界限之釋義上分類與確定則無關緊要，尤其是將區分政治與憲法<sup>252</sup>的政治問題學說套用在受基本法的審查基準嚴格拘束而形塑的德國憲法規範中是不可能的<sup>253</sup>。正因為

---

<sup>244</sup> 參閱以下亦以相同傾向 *Schlaich*, Bundesverfassungsgericht (Fn. 2), Rn. 110 f.

<sup>245</sup> 參閱 BGH VerwRspr. 9, 64 (70); Bay VGH, VerwRspr 9, 111 (112); 亦已見於 *H. Kelsen*, VVStRL 5 (1929), S. 54, 56, 87; 反之適切的 *K. Stern*, Staatsrecht II, 1980, S. 949. 有詳細說明; *ders.*, in: BK, Art. 93 (Zweitb. 1982), Rn. 200.

<sup>246</sup> 見 *C. Starck*, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, VVDStRL 34 (1976), S. 67 ff. (74); 類似見解 *C. Gusy*, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, 1985, S. 40: 實體的立法; 相反見解 *P. Badura*, Richterliches Prüfungsrecht und Wirtschaftspolitik, in: FS Fröhler, 1980, S. 321 ff. (328); *S. Detterbeck*, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht, 1995, S. 330.

<sup>247</sup> 見 *E.-W. Böckenförde*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, NJW 1976, S. 2089 ff. (2099); *ders.*, Grundrechts als Grundsatznormen, Der Staat 29 (1990), S. 1 ff. (22); *ders.*, Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 1), S. 167 以「依據影響作用」之細微差別，其當然使陳述仍有諸多疑問；類似見解 *G. Haverkate*, Verfassungslehre, 1992, S. 394; 該論點回溯至 *C. Schmitt*, Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, 1929, in: *ders.*, Verfassungsrechtliche Ansätze, 2. Aufl. 1973, S. 63 ff. (73 ff.); *ders.*, Der Hüter der Verfassung, 1931, S. 36 ff.

<sup>248</sup> 詳盡的 *W. Heun*, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1992, S. 58 ff.; 此外參閱 *U. Scheuner*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, DÖ V 1980, S. 473 ff. (477); *C. Gusy*, Richterrecht und Grundgesetz, DÖ V 1992, S. 461 (467).

<sup>249</sup> 特別是 見 *K. A. Bettermann*, Richterliche Normenkontrolle als negative Gesetzgebung? DVBl. 1982, S. 91 ff. (92); *Schlaich*, Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 2), S. 132.

<sup>250</sup> *Schlaich*, Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 2), S. 135.

<sup>251</sup> 參閱此處僅 *A. Rincken*, in: AK-GG 2. Aufl., 1983, Art. 93, Rn. 89 f.

<sup>252</sup> 就此參閱 *L. H. Tribe*, American Constitutional Law, 3. ed., Bd. I 2000, S. 365 ff.

<sup>253</sup> 參閱 *D. Murswiek*, Der Umfang der verfassungsgerichtlichen Kontrolle staatlicher Öffentlichkeitsarbeit, DÖ V 1982, S. 529 ff. (532); *Schlaich*, Bundesverfassungsgericht (Fn. 2), Rn. 469;

透過具有法院形式結構<sup>254</sup>的機關所為之法規違憲審查作為司法裁判功能之適格，因而容許劃定聯邦憲法法院的裁判及解釋權限的功能法界限<sup>255</sup>。特別是由此得出廢棄性裁判的原則上限制。除此之外，正是於法規違憲審查範圍亦適用者，乃聯邦憲法法院僅於法輿論的解釋關係之視域上裁判，再者進一步的關聯上依賴其他憲法機關及民主輿論的合致。此外訴請要件與欠缺的執行力則劃定了聯邦憲法法院根本的界限<sup>256</sup>。

憲法法院審判權乃以法官之法規違憲審查及其意涵為中心而建制，此彰顯於眾多得以啟動法規範之法院審查的訴訟程序途徑<sup>257</sup>：即使大部分重要的訴訟程序類型有其獨立的名稱，亦至少仍蘊涵法規違憲審查。於不同之訴訟程序類型中，聯邦憲法法院得有區別的過濾是否受理審查。惟關於法規效力之裁判及其影響作用卻是一致的--有兩項例外--。抽象法規違憲審查以及法官訴請法律違憲審查的程序名稱--後者亦使用具體法規違憲審查之名稱，已使得裁判客體於概念上得被辨識。於人民基本權利受侵害之憲法訴訟範圍內法律得直接為爭議客體或間接受審查。地方自治團體的自治保障受聯邦法或邦法侵害之憲法訴訟（Die kommunale Verfassungsbeschwerde）本係法規違憲審查的特別形式之一。法規違憲審查亦可能隨著機關爭議及聯邦與各邦間之爭議以及選舉審查而進行。

## 貳、依據基本法第93條第1項第2款及第2款a、聯邦憲法法院法第13條第6款、第76條以下之抽象法規違憲審查

---

Heun, Schranken (Fn. 15), S. 11 f. 有詳細說明；其他見解 R. Dolzer, Verfassungskonkretisierung durch das Bundesverfassungsgericht und durch politisch politische Verfassungsorgane, 1982, S. 20 ff.; K.-U. Meyn, Kontrolle als Verfassungsprinzip, 1982, S. 396 ff.

<sup>254</sup> 參閱 B.-O. Bryde, Verfassungsentwicklung 1982, S. 332 ff., Gusy, Gesetzgeber (Fn. 13), S. 119 ff.; K. Vogel, Das Bundesverfassungsgericht und die übrigen Verfassungsorganen, 1988, S. 97 ff.; Schlaich, Bundesverfassungsgericht (Fn. 4), Rn. 47 ff.

<sup>255</sup> 詳盡的 Heun, Schranken (Fn. 15), S. 12 ff.

<sup>256</sup> 參閱 W. Heun, Originak Intent und Wille des historischen Verfassungsgebers, AöR 116 (1991), S. 185 ff. (207 f.); 對公眾之棘手的關係如今亦有 H. Schulze-Fielitz, Das Bundesverfassungsgericht und die öffentliche Meinung, in: G. F. Schuppert/C. Bumke (Hrsg.), BVerfG und gesellschaftlicher Grundkonsens, 2000, S. 111 ff.

<sup>257</sup> 亦參閱 Schlaich, Bundesverfassungsgericht (Fn. 2), Rn. 112 ff.

## 一、與其他程序之關係

之所以稱為抽象法規違憲審查，乃由於法規之事後審查脫離每一具體爭議而進行：因而法規僅係程序之「抽象的」<sup>258</sup>客體。然而此處之概念性有點易受誤解，例如就聯邦憲法法院於法官訴請法律違憲審查之情況亦非附帶的於此等具體案件之裁判範圍內裁決，而係同樣僅抽象的對於法規之效力這一點為裁判。具體之法律爭議僅由訴請法院裁判。再者幾乎所有法規違憲審查之裁判，人民基本權利受侵害之憲法訴訟以及選舉審查程序之範圍內亦然，皆以具有一般拘束力而發佈，此乃與美國法創造的附帶法規違憲審查中，違憲之法規僅暫不適用有別<sup>259</sup>。因此直接針對法律提起之訴訟程序以原則性的法規違憲審查之概念概括更佳<sup>260</sup>。與其他程序類型之決定性差異毋寧在於訴請審查之要件，此等要求該法院，毋須顧及當事人關涉性以及訴請人利益而僅依據訴請之有效範圍而裁決<sup>261</sup>，以便該法院能進行由具體的法適用中「被抽象化的廣泛的事後審查」<sup>262</sup>。此外，雖然訴請啟動了程序，惟其乃發生一種客觀的，沒有對造的法規合憲性審查程序的結果<sup>263</sup>。由此該法院衍導出此時亦已例外的擴展<sup>264</sup>到人民基本權利受侵害之憲法訴訟程序的一種觀念，亦即該法院甚至在撤回訴訟後仍得為裁判<sup>265</sup>。

---

<sup>258</sup> 適格性初次見於 *E. Friesenhahn*, Die Staatsgerichtsbarkeit, HDStR II, S. 523 ff., (526); 亦參閱 *ders.*, Staatsgewalt und Rechtskontrolle 1932-1982, in: FS J. Broermann, 1982, S. 517 ff. (531).

<sup>259</sup> 參閱 *Schlaich*, Bundesverfassungsgericht (Fn. 2), Rn. 109.

<sup>260</sup> 就概念參閱 *E. Benda/E. Klein*, Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts, 1991, Rn. 642; *Detterbeck*, Streitgegenstand (Fn. 13), S. 320 ff.

<sup>261</sup> *Schlaich*, Bundesverfassungsgericht (Fn. 2), Rn. 116.

<sup>262</sup> *H. Simon*, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1994, § 34, Rn. 24.

<sup>263</sup> 參閱 BVerfGE 1. 396 (414); *Söhn*, Normenkontrolle (Fn. 1), S. 295; *W. Löwer*, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: HStR II, 1987, § 56, Rn. 56.

<sup>264</sup> BVerfGE 98, 218 (242 f.).

<sup>265</sup> BVerfGE 1, 396 (414); 25, 308 (309); 77, 345; 87, 152 (153).

# 憲法訴願

作者：Christoph Gusy

譯者：石世豪

## 導讀

本文主要以法律制度史的角度，整理並介紹德國創設憲法訴願的歷史背景及該制度的發展歷程，並未依現行法規定逐一解說憲法訴願的當事人、程序及實體裁判要件等細節。相反的，本文卻以超越個案及法條解釋觀點的宏觀視野出發，使憲法訴願制度的歷史縱深及影響範疇得以全盤展現。

首段以「進退維谷」為題，述及憲法訴願在制憲過程中的相關爭議，隨後因各方著眼於其各種重要功能而終獲創立；憲法訴願「高奏凱歌」之後，卻因聲請件數過多、聯邦憲法法院因此過度負擔而威脅其功能之健全。有鑑於此，立法者及該院裁判實務上因而試圖自實體法或程序法觀點，設定各類前提要件以限制憲法訴願之受理，藉以減輕聯邦憲法法院負擔，使其集中於具有憲法上重要性或原則性意義的案件，期能充分發揮憲法訴願應有之制度功能。然而，憲法訴願應有之制度功能中，尤其，關於權利保護及動員國民以貫徹憲法二者，又恐將在如此不斷提高近用障礙的趨勢中遭到波及。

在上述導言之後，本文第二部分遂以「憲法訴願之功能」為題，依序介紹憲法訴願的權利保護功能、憲法法之續造及動員國民以貫徹憲法法等三種功能。大體而言，此三種功能分別涉及憲法的主觀（基本權）、客觀（法秩序）及政治（公共意見形成過程）三個面向，由於在個案層次上往往僅有權利保護功能成為注目焦點，易使人忽略憲法訴願一如其他違憲審查程序具有續造憲法（客觀秩序）之功能，甚至遮蓋其所應有的動員國民以「活化憲法」之政治功能。

本文第三部分以「聯邦憲法法院與憲法訴願」為題，說明該院自設立初期起

爭取其透過各種程序進行違憲審查之正當性，陷入上述「進退維谷」之後又為篩選憲法訴願以求其功能健全而費盡心思。在所謂「針對法規範之憲法訴願」類型中，「篩選」作用主要來自於所謂「補充性」之公式；由於聯邦憲法法院就「直接性」、「現時性」及「訴訟程序窮盡」等概念之適用，係以務實態度權衡諸如（非常之）權利救濟必要性、避免憲法訴願之濫用等觀點，因此，「補充性」公式未必得透過（聯邦憲法法院法之）法律明文規定充分解釋其中意涵。至於該院所處理聲請案件中佔絕大多數的「針對判決之憲法訴願」，則迫切需要以適當的篩選標準減輕負擔，一方面避免成為「超級上訴審」，另一方面也藉以集中資源於重要案件，強化其貫徹憲法法、填補權利保護漏洞之功能。就此，自實體法觀點出發者有如所謂「Schumann 公式」，在程序法上則有預審、一般公報、訴訟費用等近用障礙。在各種努力交互作用之下，憲法訴願聲請件數的增長趨勢雖已緩和，卻未達成顯著減量、讓該院得以專注於核心憲法問題之效果。

本文最後以「憲法訴願之未來」為結語，論及聯邦憲法法院與歐洲人權法院、歐洲法院、各邦憲法法院之間的分工合作關係，甚至旁及於美國聯邦最高法院之「訴訟文件移送命令」。其結論則認為：「重點不在於減少基本權保護，而在於其重新構思；不在於弱化憲法法之保護，而在於其改善」。

## 目次

壹、憲法訴願之進退維谷 9

貳、憲法訴願之功能 錯誤! 尚未定義書籤。

一、權利保護功能 錯誤! 尚未定義書籤。

二、憲法法之續造 錯誤! 尚未定義書籤。

三、動員國民以貫徹憲法法 錯誤! 尚未定義書籤。

參、聯邦憲法法院與憲法訴願：從自身地位之爭到自身功能健全之爭 錯誤!

尚未定義書籤。

一、針對法規範之憲法訴願 錯誤! 尚未定義書籤。

二、針對判決之憲法訴願 錯誤! 尚未定義書籤。

肆、憲法訴願之未來 錯誤! 尚未定義書籤。

## 壹、憲法訴願之進退維谷

憲法訴願並非自始即無爭議<sup>266</sup>。制憲會議\*時曾拒絕引進。稍早，於 Herrenchiemsee 草案第 98 條第 8 款中，曾有建議將基本法所保障基本權受侵害所提訴願的裁判納入聯邦憲法法院權限中，藉以「賦予基本權完整的主觀權利性質」<sup>267</sup>。當時已因此項憲法審判權限與一般訴訟程序保障之間關係的定位問題遭質疑，最後卻不了了之。或許正是基於此一觀點，促使制憲會議拒絕該建議，稍後引進憲法訴願的提案也因此遭拒絕<sup>268</sup>。在顯然倉促將就而非規畫十足的決議準備氣氛裡，多數認為：由專業法院\*或擬議中的最高審級聯邦法院--提供權利保護已足，並提出「太上司法審判（Überjuridifizierung）」及聯邦憲法法院過度負擔的警告。與此相對，少數當時即提出「法治國家之理由」、憲法訴願的補充性，以及，得將此一新工具限用於針對法律提起基本權之訴等，加以論證。

上述決議事實上僅止於推延問題，因為立法者卻同時獲得授權，將其他任務劃歸聯邦憲法法院（基本法第 93 條第 2 項）。關於聯邦憲法法院法第 90 條的審議，也因此而引發後續爭議。就此，以制憲會議論證為基礎的反對立場，與--專家所支

---

<sup>266</sup> 早期、歷史上不易比較的「先驅」相關描述，參：W. Boulanger, Die geschichtlichen Grundlagen der heutigen Verfassungsbeschwerde, diss. 1954; B. Schmidt-Bleibtreu, in: Th. Maunz/B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein/G. Ulsamer, BVerfGG Stand: Februar 1999, § 90 Rn 1f.; R. Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 2. A., 1988, Rn 107ff. 比較法：參：B. Schmidt-Bleibtreu, ebd., Rn 11ff.; R. Zuck, ebd., Rn 134ff. 關於德國各邦法，參：B. Schmidt-Bleibtreu, ebd., Rn 8 b ff.; R. Zuck, ebd., Rn 174ff.

\* 譯註：制憲會議（Parlamentarischer Rat）係由 65 名英、法、美軍佔領區邦議會代表所組成之委員會，其任務係與佔領軍政府共同議定基本法。該會議自 1948 年 9 月 1 日起第一次集會，其工作則至 1949 年 5 月 8 日以 53 票對 12 票通過基本法時告終；該會下設各專業委員會，對外則由主席代表該會。

<sup>267</sup> Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee, S. 89.

<sup>268</sup> 相關報導，參：JöR 1 (1951), S. 669ff.; H. Säcker, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Konvent von Herrenchiemsee, in: W. Fürst/R. Herzog/D. Umbach (Hrsg.), FS für W. Zeidler, Band I, 1987, S. 265 (zum Konvent in Herrenchiemsee); H. Laufer, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß, 1968, S. 81f. (zum Parlamentarischen Rat). Zur Einschätzung Zuck, Verfassungsbeschwerde (Fn. 1), Rn 120 (mit Fn.32).

\* 譯註：所謂專業法院（Fachgerichte），其字形為複數，對照基本法第 92 條將聯邦憲法法院、「依基本法規定之聯邦法院及各邦法院」分稱，而後二者均以複數形稱之，基本法第 95 條第 1 項則就五類審判權（普通、行政、財務、勞動、社會）之聯邦最高審級法院，分別定名為：聯邦最高法院、聯邦行政法院、聯邦財務法院、聯邦勞動法院及聯邦社會法院，即知其所指者係與聯邦憲法法院相對之其他就個別審判權「實施司法權」的法院而言（參照：基本法第 90 條規定）。

持的--聯邦政府、A. Arndt 及多位基督民主聯盟/基督社會聯盟及自由民主黨籍眾議員所持的贊成立場針鋒相對<sup>269</sup>。與此相對，僅設**針對法律之基本權之訴**的折衷提案，除聯邦參議院之外幾乎無贊成者。所爭議者即為**憲法訴願擴及行政與司法措施**。支持者再次援引基本權的意義與法治國家論證。論者以為：在專業法院中，基本權問題僅是眾多法律問題之一。依其見解，獨立分設審級的獨立程序，提供更高的基本權實現機會。法院提供的權利保護也被認為尚有漏洞。此外，民主論證也被援引：民主涉及動員國民使其積極參與憲法生活，以及，在憲法訴願程序中對拒絕其權利請求之裁判發揮具正當性的影響力。最後，基於避免拖延聯邦憲法法院設立等考慮，調停委員會<sup>\*\*</sup>因此並未召開。

此後，憲法訴願即高奏凱歌。掌管此項事務的第一憲法法庭（1. Senat），自始就負擔沉重；至於掌管其他程序類型的第二憲法法庭，則只有少數爭訟有待審理<sup>270</sup>。至 1999 年 12 月 31 日為止收件的 127171 件聲請案之中，122257 件（即 96.14%）是憲法訴願。此一趨勢到最近也未中斷。上述收件聲請案，集中於自始即備受爭議的針對法院裁判之訴願。當初被考慮當作替代方案的直接針對法律之「基本權之訴」，一直都僅是例外。

年度	憲法訴願總數	針對法院裁判之憲法訴願
1995:	5766	5432
1996:	5117	4929
1997:	4962	4675
1998:	4676	4415

<sup>269</sup> Entwürfe: BT-Drs. 1/788 (Bundesregierung), 1/328 (SPD); BR-Drs. 189/50 (Bundesrat). 關於立法程序: W. Geiger, Gesetz über das BVerfG 1952, S. 272ff.; Schmidt-Bleibtreu (Fn. 1), § 90 Rn 8ff.; Zuck (Fn. 1), Rn 121; W. Roemer, Das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, JZ 1951, S. 193.

<sup>\*\*</sup> 譯註: 調停委員會 (Vermittlungsausschuss) 係由聯邦眾議院及參議院代表所組成，就兩院意見相左之立法草案尋求共識，關於其組成，並請參照：基本法第 77 條第 2 項規定。

<sup>270</sup> 詳見：BVerfG Jahresstatistik 1999.

憲法訴願高奏凱歌，卻也危及其得以成功的基礎。首先，程序本身就因此受影響。大量聲請案明顯對照出 2.6% 的低通過率（1951 至 1999 年）。即使自 1995 以來，各年度受理裁判從未超過 3%。此外，在憲法法庭獲得通過的聲請案，其審理期間通常遠超過憲法訴願程序的平均期間。由此可以推導出失望論證：通過率如此低，國民在聯邦憲法法院頂多提出基本權有效保護之請求，實際上其努力卻大多通過無望，因此而體驗到失望經驗。若如此，則此程序即不合其所追求者。問題尚涉及另一面向：**憲法訴願之氾濫將危及違憲審查整體**。收件量龐大使法官勢必面對大量較不具憲法意義的個別問題，其工作能量因此而消耗，以致無充分時間留予其他重要任務<sup>271</sup>。如此也將使重大裁判的平均期間及時間壓力隨之提高，一併損及該院的裁判品質及正當化基礎。限制憲法訴願<sup>272</sup>，甚至予以廢除的各種訴求，也由此推導而來<sup>273</sup>。

聯邦憲法法院法第 90 條以下的修正歷程，可以說是試圖處理聯邦憲法法院過度負擔的歷史，在上述背景下並不令人驚訝<sup>274</sup>。歷次修正主要促成憲法訴願在程序法、管轄權方面獨立於其他程序類型之外。多數聲請案從憲法法庭管轄範圍移至預審法庭及受理程序之中<sup>275</sup>，甚至到一般公報之中<sup>276</sup>；小法庭（Kammern 聯邦

---

<sup>271</sup> 觀察結論，參：E.-W. Böckenförde, Die Überlastung des Bundesverfassungsgerichts, ZRP 1996, S. 281.

<sup>272</sup> 概述，參：Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Entlastung des Bundesverfassungsgerichts, 1997, S. 32ff.

<sup>273</sup> 針對判決之憲法訴願，大致以此觀點為衡量者，如：Voßkuhle, in: H. Von Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Band 3, 2001, Art. 93 Rn 166; 並參：P. Kauffmann, Die Abschaffung der Urteilsverfassungsbeschwerde, RuP 34 (1998), S. 31ff.; C. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. A., 1991, § 12 Rn 7; Zuck, Verfassungsbeschwerde (Fn. 1), Rn 263.

<sup>274</sup> 參：BundesG v. 21. 7. 1956, BGBI I 662; v. 3. 8. 1963, BGBI I 589; v. 21. 12. 1970, BGBI I 1765; v. 12. 12. 1985, BGBI I 2226; v. 11. 8. 1993, BGBI I 1473; Schmidt-Bleibtreu 所述 (Fn. 1), § 90 Rn 8ff.

<sup>275</sup> 就此，參：R. Uerpman, Annahme der Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung, in diesem Band S. 673ff.

<sup>276</sup> 就此，一方面為 W. Wand, Befugnisse der Gerichtsverwaltung und Aspekte der Vorprüfung im Verfassungsbeschwerdeverfahren, NJW 1984, S. 950; 另一方面則為 B. Schlink, Zugangshürden im Verfassungsbeschwerdeverfahren, NJW 1984, S. 89.

憲法法院法第 15 條 a) 而非憲法法庭之審理成爲常態；亦即：在聯邦憲法法院法第 93 條 a 第 2 項 a、第 93 條 c 的案件中，從有理由之審查到明顯性審查、事件重大意義等審查標準均已確立。憲法訴願納入基本法第 93 條第 1 項第 4 款 a 規定，同時也增訂基本法第 94 條第 2 項第 2 句，證實此一發展趨勢<sup>277</sup>。上述不同流程雖然可能阻止程序氾濫，無論如何卻不能扭轉趨勢。憲法訴願程序中的聲請氾濫，始終危及其自身成功基礎，亦即，法院之功能健全及程序效率。創設此制度之初即已依事理討論過的進退維谷，至今仍存在。其後所存在的憲法（訴訟）法之基本問題，也因此不斷被重新提及。

---

<sup>277</sup> BundesGv. 29. 1. 1969, BGBl I 1197. 針對此一規定在緊急狀態憲法範疇內強化基本法中民主法治基礎，詳參：H. Kutscher, Die Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts von 1951 bis 1969, in: T. Ritterspach/W. Geiger (Hrsg.), FS für G Müller, 1970, S. 161; R. Zuck, Zur Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht, DöV 1971, S. 256.

# 憲法訴願的受理之判決\*

作者: Robert Uerpmann

譯者: 王服清

---

\* 我要感謝 *Karin Uerpmann* 以及我的工作夥伴 *Natascha Schmidt*, 他們所提供的有價值之參考意見與評論.

## 導讀

自從 1963 年，憲法訴願需要作出受理訴願之判決。而在作出受理訴願判決之前，必須先進行先前審查程序。而其目的是在於，為了解除聯邦憲法法院的負擔。但是發生問題的是，是否有存在，沒有損害到作為權利救濟的手段之憲法訴願，而就能夠實現該解除聯邦憲法法院的負擔之目的。

Robert Uerpman 作者一開始先描述，自從五零年代，聯邦憲法法院的過度負擔慢慢地加重，而分析該負擔加重的情況過程，作為此文章的出發點。又因為負擔加重的情況之遠因，而導致受理程序之改革發展。正當聯邦憲法法院法在 1951 年生效之際，其並未為憲法訴願而去規定特別的限制。相反方向的發展是在於，直到自從 1985 年以來，聯邦憲法法院法第 93b 條予以擴大會議小組可以駁回憲法訴願之範圍。甚至於，如果憲法訴願是顯然地有理由，會議小組才能夠一致地允許憲法訴願。

聯邦憲法法院法雖然經歷多次的該法修改，儘管如此，如何解除聯邦憲法法院的負擔之討論並沒有因此就沉寂下來。在 1993 年的重要改革，其也不能夠阻止九零年代的中期，憲法訴願仍然被踴躍地提出之情況。

聯邦憲法法院應該如何處理受理程序，可以從司法判決的受理程序之反映，例如基礎狀況、許可憲法訴願的會議小組之決議以及不受理之判決等，可以得到瞭解。

雖然聯邦憲法法院很成功地經由在會議小組裏，便已經過濾出大量的憲法訴

願。但是，某種有理由的或有可能性地有理由之憲法訴願也有可能於受理程序裏就已經失敗。不能令尋求權利救濟者感到滿意的是，如果對於其敗訴的原因對其有所隱瞞，因為不受理之判決毫無說理地就被宣告出來。故有些原本具有理由的憲法訴願卻被判決不受理，則對於憲法訴願的提出者而言，個人的權利救濟便已出現失去功效的狀態。對於此種不受理判決，Robert Uerpmann 作者對其目錄清單更為精確的分析，示出不同的案例類群(暗藏性的允許、隨機之違憲確定的滿足與安定之功能、其他剩餘的案件等)。此外，歸因於不確定性的因素，藉由不具理由與具理由的憲法訴願，在受理憲法訴願的程序裏之判決情況仍然不足以被理解。

Robert Uerpmann 作者提出最後的評語是，只要未清處地知道存在有明顯比較好的系統之前，則所有的人將還是贊成保留現有的制度。尤其是，因為有效的法仍然受到受理憲法訴願的實務運作，持續地予以發展，其已經完全地開放不設限。

再者，不可以免除拋棄與專業的公開性之對話。就聯邦憲法法院的立場而言，專業的公開性之對話要件在於，以具備良好的資訊與公告之實務運作為前提。

## 目次

### 壹、聯邦憲法法院的過度負擔與解除負擔

- 一、負擔加重的情況
- 二、受理程序之發展
- 三、解除負擔之最近的討論

### 貳、司法判決的反映之受理程序

- 一、基礎
- 二、許可憲法訴願的會議小組之決議
- 三、不受理之判決

### 參、受理與理由

- 一、具有理由的憲法訴願之不受理
  - (一)、暗藏性的允許
  - (二)、「隨機之違憲確定」的滿足與安定之功能
  - (三)、其他剩餘的案件
- 二、在顯然的成功預期時之不受理 – 不確定性的因素

### 肆、最後的評語

## 壹、聯邦憲法法院的過度負擔與解除負擔

自從 1963 年，聯邦憲法法院法第 93a 條規定，憲法訴願需要作出受理訴願之判決。作出受理訴願之判決之前，所從事的先前審查程序之目的在於，為了解除聯邦憲法法院的負擔。然而有問題的是，是否有存在，長遠不變地並沒有損害到憲法訴願，其仍然作為權利救濟的手段，而便就可以實現此種解除聯邦憲法法院的負擔之目的功能。

### 一、負擔加重的情況

負擔加重的分析必須從聯邦憲法法院的過度負擔，作為出發點。自從五零年代，每年申請進入的數字已經超過五倍<sup>278</sup>。五零年代的後半葉，年平均的申請進入數量為 932 件<sup>279</sup>。迄至九零年代的後半葉，年平均的申請進入數量為 5181 件<sup>280</sup>。雖然在 1995 年<sup>281</sup>，從 5911 件的申請進入數量降到 1999 年的 4885 件，儘管如此，增加負擔的情況仍然很高。在 1999 年的 4885 件之申請進入數量，其中有 4729 件是有關憲法訴願的案件<sup>282</sup>。憲法訴願的案件佔全部案件的 96,8%<sup>283</sup>。如果人們計算一下訴訟程序的數字，則因此聯邦憲法法院存有過度負擔，首先便是憲法訴願的問題。一種核心有效的減緩負擔之方式並沒有被人視見。反倒是：不服各邦公權

<sup>278</sup> 參見負擔加重的情況，也存續的接受於 Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Entlastung des Bundesverfassungsgerichts, Bericht der Kommission, 1998, S. 21ff.

<sup>279</sup> 1955: 592; 1956: 805; 1957: 841; 1958: 1205; 1959: 1218; 依聯邦憲法法院的數據記載於 Bundesverfassungsgericht, Jahresstatistik 1999, S. 2.

<sup>280</sup> 1995: 5911; 1996: 5246; 1997: 5079; 1998: 4783; 1999: 4885; 依聯邦憲法法院的數據記載於 Bundesverfassungsgericht, Jahresstatistik 1999, S. 3.

<sup>281</sup> 就此的尖峰狀況，參見 Bericht der Kommission (Fn. 1), S. 27.

<sup>282</sup> Bundesverfassungsgericht, Jahresstatistik 1999, S. 10.

<sup>283</sup> 按照聯邦憲法法院的年度統計，另外其他的 85 案件是涉及到獨自申請暫時性的命令之情況。依其本質，此種的程序部份地一樣地也可以將其歸入於憲法訴願的領域。如此的情形可以參見例如聯邦憲法法院的第一審判庭之第一次會議小組，NJW 1999, 3477. 因此，憲法訴願所佔的百分比可能還會更高。以下所論及的程序，此種程序不予以考慮。

力的行為之憲法訴願迄今只有 12,5% ，其是來自於五個統一的新邦。這些新邦所佔的人口部份以 17,2% 的比例明顯地偏高<sup>284</sup>。如果將德東的憲法訴願運用德西的憲法訴願之程序來予以處理的話，則額外的憲法訴願負擔將是可以被預期得到<sup>285</sup>。

因此，聯邦憲法法院的工作負擔劇烈地增加。九零年代中期，已經有論及到所發出「來自於卡爾斯魯爾－聯邦憲法法院的所在地－之救命聲」(SOS aus Karlsruhe) 以及聯邦憲法法院瀕臨威脅性的衰落之危險<sup>286</sup>。依據學者 Böckenförde 的估算，每一位憲法法院的法官平均一工作日必須處理 47,5 個的案件<sup>287</sup>。聯邦憲法法院甚至總是在星期日也要工作。1999 年就曾經在一個週末日，一口氣就公佈了四個聯邦憲法法院的「會議小組」(Kammer)之判決<sup>288</sup>。聯邦憲法法院的工作負擔已經導致申請案件的進入聯邦憲法法院之後，其處理完畢的延滯。1999 年有 4885 個的案件之進入量，這其中只有 847 件已被處理完畢<sup>289</sup>。迄至 1997 年，延滯的案件已經達到 3409 件。又這些案件到 1997 年的年底還是仍然懸而未決。也是自從 1998 年才有稍微的改善。迄至 1999 年的年底，聯邦憲法法院要將延滯的案件降低到只剩 2870 件。可是，聯邦憲法法院如果要成功地持續將 1998 以及 1999 年的剩餘案件處理完畢，恐怕也需要花個十年的時間，才能完全地去縮減延滯而尚未處理完畢的案件數量<sup>290</sup>。因此某種和緩工作負擔的情況已經出現。解除工作負擔的警報雖然仍然言之過早，然而卻是沒有理由就草率地進行改革。無寧，所欲達成的是，解除

---

<sup>284</sup> 依據所公佈的資料而予以計算，記載於 Bundesverfassungsgericht, Jahresstatistik 1999, S. 17.

<sup>285</sup> 也參見 Bericht der Kommission (Fn. 1), S. 27f.

<sup>286</sup> 參見 H.-P. Schneider, SoS aus Karlsruhe – das Bundesverfassungsgericht vor dem Untergang?, NJW 1996, 2630.

<sup>287</sup> E.-W. Böckenförde, Überlastung des Bundesverfassungsgerichts, ZRP 1996, 281 (282); 在該篇文章裏也提出聯邦憲法法院耗弱的警告。

<sup>288</sup> BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats) NStZ 1999, 570; BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats) 2 BvR 1926/99 vom 24.10. 1999, <http://www.bverfg.de/>; BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats) NJW 2000, 1027; BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats) 2 BvR 1313/93 vom 11.7. 1999, <http://www.bverfg.de/>; 尚且參見以下 Fn. 47 所提出的聯邦憲法法院法之網路判決集。

<sup>289</sup> 計算的基礎記載於 Bundesverfassungsgericht, Jahresstatistik 1999, S. 8.

<sup>290</sup> 若是以 26,9% 的年平均之速度，欲要處理完畢剩餘的案件，就可能需要花上 10,7 年的時間；延滯未處理的案件也參見 Bericht der Kommission (Fn. 1), S. 22-26 以及 J. Wieland, Bundesverfassungsgericht am Scheideweg, in: Krit V 81 (1998), S. 171 (172f.).

聯邦憲法法院的工作負擔是被批判地觀察與評價。

## 二、受理程序之發展

正當聯邦憲法法院法在 1951 年生效之際<sup>291</sup>，除了聯邦憲法法院法第 90 條以下的規定之外，其並未為憲法訴願而去規定特別的限制<sup>292</sup>。過去，憲法訴願在基本法裏並未明文規定。就以今日的概念來看，仍舊有著適度的案件之進入量<sup>293</sup>，可是就在聯邦憲法法院法在 1951 年生效之若干年後，其已達到需要使得其為之改革的程度不久便已經顯現出來。1956 年<sup>294</sup>新納入第 91a 條進入聯邦憲法法院法，該新規定在兩審判庭之內，設立「三個委員會」(Dreierausschüsse)並且賦予其職權。「如果既不是釐清憲法的問題，憲法訴願的提出者因而有所期待聯邦憲法法院的判決，也不是因為拒絕憲法訴願的提出者去作出實質的聯邦憲法法院判決，對其因而發生重大而且不可避免的不利益」，則該三個委員會可以透過一致決的決議之方式，有權去駁回所提出的憲法訴願。

1963 年<sup>295</sup>的，也就是今日的受理程序取代了 1956 年的「駁回權」(Verwerfungsrecht)。在第 91a 條所規定的駁回權被第 93a 條所規定的受理程序而予以取代。1963 年的第 93a 條第 1 項迄今仍然保留著。依此，憲法訴願需要受理之判決。1956 年的三個委員會之駁回權在於，其有權一致的決議拒絕受理憲法訴願。過去，如果拒絕受理憲法訴願採用一致決的決議之限制方式，則受理的憲法訴願可能到今天還是會停留在審判庭。過去然而對於委員會以及審判庭的判決之標準

---

<sup>291</sup> 1951 年 3 月 12 日生效之聯邦憲法法院法，記載於 BGBl. I, 243.

<sup>292</sup> 就廣泛的法狀況之發展，參見 B. Schmidt – Bleibtreu/ K. Winter, in: T. Maunz/ B. Schmidt – Bleibtreu/F. Klein/G. Ulsamer, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 93a Rn. 1ff.

<sup>293</sup> 同上之書，參見 Fn. 2f.

<sup>294</sup> 1956 年 7 月 21 日生效之聯邦憲法法院法，記載於 BGBl. I, 662.

<sup>295</sup> 1963 年 8 月 3 日生效之聯邦憲法法院法，記載於 BGBl. I, 589.

是不同的。依據聯邦憲法法院法第 93a 條第 3 項之規定，三個委員會過去只能過濾出不被允許的或者顯然無理由的憲法訴願。自從 1956 年以來，依據其所著稱的標準，審判庭才必須要審查是否屬於澄清憲法的問題，因而去期待聯邦憲法法院作出實質判決，或者因為拒絕憲法訴願的提出者去作出實質的聯邦憲法法院判決，對其因而發生重大而且不可避免的不利益<sup>296</sup>。將第 93 條第 1 項第 4a 與 4b 號以及第 94 條第 2 項第 2 句納入於基本法<sup>297</sup>，藉此因而，在 1969 年憲法訴願與憲法訴願的限制於憲法的受理程序所規定，得到確立。在 1970 年對於委員會的駁回之標準微幅地予以修訂<sup>298</sup>。

在 1985 年有著較大地變革<sup>299</sup>。早期的「委員會」(Ausschüsse)被有組織性地提升地位為「會議小組」(Kammer)。因此自從 1985 年以來，在聯邦憲法法院法第 15a 條有會議小組之規定。對於會議小組的駁回理由，聯邦憲法法院法第 93b 條予以擴大其駁回範圍。其當中的會議小組只有在，如果可以預期審判庭也不會受理該憲法訴願的申請之情形時，就可以拒絕受理。因此，產生出針對會議小組與審判庭，二者同樣寬鬆的駁回標準。除此之外，自從 1985 年以來，因為聯邦憲法法院決定出重大的憲法問題在於，如果憲法訴願是顯然地有理由，會議小組能夠一致地允許憲法訴願。在 1993 年，憲法訴願的受理程序才又予以第一次的改革<sup>300</sup>。尤其原則上又回溯到 1956 年的聯邦憲法法院法之受理標準。1956 年的該受理標準在當時是受到新的理解，並且其是對於會議小組與審判庭完整地予以統一規定。自此之後，第一種的替代性不再是為人們所期待的澄清憲法之問題方式。無寧是，依據聯邦憲法法院法第 93a 條第 2 項第 a 款所規定的，聯邦憲法法院的實質判決須

<sup>296</sup> 1963 年 8 月 3 日生效之聯邦憲法法院法第 93a 條第 4 項(Fn. 18).

<sup>297</sup> 1969 年 1 月 29 日生效之聯邦憲法法院法，記載於 BGBl. I, 97.

<sup>298</sup> 1970 年 12 月 21 日生效之聯邦憲法法院法，記載於 BGBl. I, 1765.

<sup>299</sup> 1985 年 12 月 12 日生效之聯邦憲法法院法，記載於 BGBl. I, 2226.

<sup>300</sup> 1993 年 8 月 2 日生效之聯邦憲法法院法，記載於 BGBl. I, 1442; 就此，參見 E.Klein, Konzentration durch Entlastung?, NJW 1993, 2073ff.; C. Pestalozza, Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes, DWiR 1992, 426ff.; R. Zuck, Der Zugang zum BVerfG: Was läßt das 5. Änderungsgesetz zum Gesetz über das BVerfG von der Verfassungsbeschwerde noch übrig?, NJW

具有「憲法上的原則重要意義」(grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung)。

第二種的替代性將聯邦憲法法院法第 93a 條第 2 項第 b 款設定在，基本權利的實現之受理是否已經受到教示。聯邦憲法法院法指出，對於憲法訴願的提出者而言，可能存在有某種重大的不利益之情形。如此，對於憲法訴願的提出者而言，其之前就想到，第二種的替代性是具有重大而且不可避免的不利益。

# 暫時命令

作者：Friedrich Schoch

譯者：林明昕

## 導讀

本篇論文係一篇有關德國聯邦憲法法（*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*; BVerfGG）第三十二條之「暫時命令（*einstweilige Anordnung*）」的論文。在此，所謂的「暫時命令」，其內涵則約略相當於我國或德國民事訴訟法及行政訴訟法中的「假處分」制度。至於針對暫時命令作為德國聯邦憲法訴訟程序中之「暫時權利保護（*vorläufiger Rechtsschutz*）」的基本類型，本文主要所處理者，除該制度在憲法訴訟實務的意義（即適用廣度）及功能（文中「壹」之部分）外，厥稱暫時命令的「實體審查標準（*materieller Prüfungsmaßstab*）」（文中「貳」及「參」之部分）與「實體裁判要件（*Sachentscheidungs Voraussetzungen*）」（文中「肆、一」至「肆、五」之部分）等兩大問題範疇。蓋暫時命令程序，抑或任何形式的暫時權利保護程序者，本與本案訴訟程序同，原以聲請人之聲請合法（*zulässig*）並有理由（*begründet*），作為法院決定其聲請是否應予許可的基礎；因此，本文前開主要所處理的兩大問題，實係暫時命令制度中最重要之課題。只是依據德國法學發展的經驗，有關暫時權利保護之聲請的有（無）理由之問題，向來堪稱相關制度的爭點所在；因而本文在處理的順序上，先深入研討涉及聲請有（無）理由的「實體審查標準」之問題，至於涉及聲請合不合法，而爭議度較低的「實體裁判要件」，則僅作為附隨問題來處理。不過無論何者，本文通篇均以評釋聯邦憲法法院之相關審判實務的手法進行討論；其文獻援引豐盛，而彌足珍貴。

此外，本文之作者 *Friedrich Schoch*，原為德國當代公法學界中暫時權利保護制度研究的權威；本文之作，正可視為作者繼其 *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, 1988; *ders.*, *Grundfragen des verwaltungsgewaltigen vorläufigen Rechtsschutzes*, *VerwArch.* 82 (1991), 145 ff.; *ders.*, in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, Vorb. § 80 ff., § 123, § 47 Rn. 126 ff. [Stand: Apr. 2006] 等三篇創作以來又一次有關暫時權利保護制度的力作。雖然，這一份作品，與前三篇不同，非以行政爭訟程

序中的暫時權利保護為中心，而是專門論述憲法訴訟程序上的相關問題，惟鑑於暫時權利保護者，無論何種類型，抑或屬於何種本案訴訟程序的附屬程序，均有其功能與程序上的類似性，因此本文作者 *Schoch* 前揭所著的三篇有關行政爭訟程序之暫時權利保護問題的長篇論文，足以作為本文之重要參考文獻來處理。更何況 *Schoch* 之有關暫時權利保護制度的理論全部，其基礎正完全成形於前揭的三篇著作；為充分理解作者的思想體系，非同時研讀這三篇相關的著作不為功。

從而，依據上開的理解，有關本篇涉及憲法訴訟上之暫時權利保護制度的論文，其中心主旨，乃至於作者在本文中主要所將傳達的訊息，一言以蔽之，與作者的其他相關著作同，均在於打破德國傳統上以「利益衡量」作為暫時權利保護之主要實體審查標準的迷思，而力倡以本案勝訴希望之審查為目標的所謂「略式程序（*summarisches Verfahren*）」之思想。至於這種以「略式程序」作為暫時命令之主要實體審查方式的立論依據，則又盡在於暫時權利保護的功能性，尤其是「暫時止爭功能（*interimistische Befriedungsfunktion*）」的考慮。關於這一點，事實上作者本身在本文「伍」的「結論與展望」之部分，也已經同時強調；是吾人研讀本文之際，所不能輕易忽視的重點。

## 壹 憲法法院之暫時權利保護的功能與意義

依據聯邦憲法法院法第三十二條第一項之規定，聯邦憲法法院「為防止重大不利、阻止威脅性實力或因其他基於公共利益之重要理由而有迫切必要時，得就爭議案件，以暫時命令暫時性規制某一狀態」。由於此一規定<sup>301</sup>，聯邦憲法法院從此取得實證法律上之基礎，得一如同民事法院（民事訴訟法第九百二十條以下、第九百三十五條及第九百四十條等參照）或行政法院（行政法院法第四十七條第六項、第八十條以下及第一百二十三條等參照）般，在從法律爭議發生時起，並至終局本案裁判做成時止（萬一該裁判確有做成）的一段期間內，做成一種中間性解決方案，暫時性地維護法和平狀態，並令本案裁判同時還具有做成的實益與可能<sup>302</sup>。總之暫時命令制度的設置，在事實層面上，是基於「時間」要素之考慮而來者；至於在法律層面上，則又顧及到訴訟法制度的一項最主要的功能：確保並貫徹實體法的遂行。

---

<sup>301</sup> 有關聯邦憲法法院法第三十二條之制定史，參見：C. Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl. 1991, § 18 Rn. 2; J. Berkemann, in: D. C. Umbach/Th. Clemens, *BVerfGG Kommentar und Handbuch*, 1992, § 32 Rn. 1 ff.; N. Huber, *Die einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG am Beispiel der Verfassungsbeschwerde — Eine Kritik am Entscheidungsmodell des Bundesverfassungsgerichts*, 1999, S. 19 ff.。

<sup>302</sup> J. Berkemann, *Das „verdeckte“ summarische Verfahren der einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichts*, JZ 1993, 161.

## 一 緊急權利保護在國家實務上的意義

### (一) 聯邦憲法法院在暫時命令運用上的矛盾態度

依據一般訴訟法學上的認知，有關憲法法院與所謂專業法院間的暫時權利保護制度，其實在本質上具有結構上的相似性，以及重要內涵上的共通性。聯邦憲法法院不久前也的確將聯邦憲法法院法第三十二條第一項的暫時命令制度，稱爲一種「暫時權利保護的手段」，而認爲該制度「在憲法法院之訴訟程式中」也具有「阻止造成既成事實之功能」<sup>303</sup>。不過聯邦憲法法院這種可謂對於聯邦憲法法院法第三十二條第一項之訴訟程式法上規範意義的一種預測，另外卻又將因同一法院針對同一制度的其他不同表示與實務操作而大打折扣。

因爲聯邦憲法法院依據該法院對憲法法院之暫時命令的意義與功能的認知，不斷強調，這個暫時命令的制度僅能「非常保守地」加以運用<sup>304</sup>；蓋系爭訴訟案件之本案有無勝訴希望，在暫時命令程式中原則上不應加以考慮<sup>305</sup>，此外在暫時命令程式中所採取的措施，縱其暫時性，也將會引起影響深遠的結果<sup>306</sup>。總之，正由於法院的這種保守態度，聲請人依聯邦憲法法院法第三十二條所提出之聲請，其成功率在實際上非常地低落<sup>307</sup>。不過在此同時另需注意的是，這種所謂成功率低落的觀察，其實卻也只是單純就量的觀點切入所得出的結果。

### (二) 有關憲法法院緊急程式之適用廣度的事例

---

<sup>303</sup> BVerfG (1. Kammer des Zweiten Senats) DVBl. 1999, 163 (164); BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats) NVwZ-Beilage I 7/2000, 74.

<sup>304</sup> BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats) NJW 1999, 1951; BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats) NJW 2000, 1309.

<sup>305</sup> 有關對此一憲法審判實務之批判，參見下文參、一。

<sup>306</sup> 不過此一結果觀察，也適用在拒絕做成暫時措施的情形。

<sup>307</sup> 依據 *H. Lechner/R. Zuck*, BVerfGG 4. Aufl. 1996, § 32 Rn. 40 之觀察，成功率只大約高於百分之二左右。此一說法係依據 *Berkemann, Verfahren* (註 2), JZ 1993, 161 (167 ff.) 列舉二百七十九件聯邦憲法法院所公佈之裁判而計算出的結果；不過鑑於在這份資料中，小分庭 (Kammer) 之裁判案件未列入，所以相關之計算結果其實不具代表性。

事實上姑且不論這種法院對於暫時命令之聲請的審判結果，暫時命令程式之於聯邦憲法法院的意義，也可以另從質與內容的觀點來加以說明。在這一方面上，緊急程式非但不斷出現於聯邦憲法法院中「日常」的憲法訴願案件裏，甚至在具有高度政治意義的其他案件中，也有許多重要的緊急決定，伴隨出現。例如在若干有關外交政策的案件（重新武備與一般協約案、東西陣營條約案、基礎協約案，以及聯邦國防軍參與北大西洋公約組織空中預警聯盟案與參與聯合國出兵索馬利亞案等）中，聯邦憲法法院的緊急決定即具有超越專業領域的一般性高知名度<sup>308</sup>。而在內政領域中，聯邦憲法法院於八十年代也曾經同樣地做出若干受人矚目的緊急決定。在此，譬如人口普查法施行之停止<sup>309</sup>、聯邦境內中程飛彈部署之緊急決定<sup>310</sup>、因車諾比事件引發的原子能法施行停止案<sup>311</sup>、反對何內克訪問西德案<sup>312</sup>、聯邦政府對歐體傳播媒體規則之同意案<sup>313</sup>，以及 Schleswig-Holstein 邦地方選舉之外國人選舉權停止施行案<sup>314</sup>等，均為適例。

至於在九十年代以來，聯邦憲法法院更屢次以緊急程式處理有關東西德統一的法律問題。其中，諸如所謂的土地改革判決<sup>315</sup>、因第一次全德聯邦議會大選憲法

---

<sup>308</sup> 有關聯邦憲法法院相關裁判之列舉與評釋，見：*F. Schoch/R. Wahl, Die einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts in außenpolitischen Angelegenheiten*, in: E. Klein (Hrsg.), *Grundrechte, soziale Ordnung und verfassungsgerichtsbarkeit*, Festschrift für Ernst Benda zum 70. Geburtstag, 1995, S. 265 ff.。

<sup>309</sup> BVerfGE 64, 67.

<sup>310</sup> BVerfGE 66, 40（因憲法訴願不合法駁回緊急命令之聲請）。

<sup>311</sup> BVerfG (3. Kammer des Ersten Senats) Eu GRZ 1986, 388（基於憲法審判權備位性原則，以緊急命令聲請不合法為理由，駁回聲請）。

<sup>312</sup> BVerfG (1. Kammer des Zweitens Senats) NJW 1987, 3245（因在憲法訴願程式中基本法上之國家統一誠命欠缺非難性，而駁回緊急命令之聲請）。

<sup>313</sup> BVerfGE 80, 74（以聯邦政府必須具有的「歐洲統合政策上之行為空間」為由，駁回緊急命令之聲請）。

<sup>314</sup> BVerfGE 81, 53；反對見解，見：*J. Masing, Der Argument der fundamentalen Verfassungsnorm bei Erlass einer einstweiligen Anordnung*, NJW 1990, 1830 f.。

<sup>315</sup> BVerfGE 83, 162（因具有造成「德意志聯邦共和國外交政策上不利益之危險」之虞，而駁回緊急命令之聲請）。

法院免除有關聯邦選舉法上對於在國會無代表之政黨的簽署人數限制<sup>316</sup>，或是阻止聯邦政府所在地從波昂遷至柏林等案，均屬著名的事例<sup>317</sup>。此外，聯邦憲法法院也多次地利用重要的緊急決定處理有關位於德東區新邦的財產權問題，在此，例如投資優先案<sup>318</sup>、所謂土改土地之土地取得綱領之實施案<sup>319</sup>，以及財產法修正法案<sup>320</sup>等均是。

有關緊急程序與德國統一的關連性，由於人們偶或有將其視為一種事物當然之理之特殊性問題的可能，所以為了說明整個憲法法院中緊急程序問題的多樣性，本文將進一步將觀察的焦點移至「一般事件」類型來：這裡，依據聯邦憲法法院法第三十二條第一項所提出 — 但嗣後原則上遭到駁回命運 — 的緊急命令聲請，則集中在反對某特定修正法的案件中。例如針對孕婦與家庭救助法<sup>321</sup>、衛生制度法<sup>322</sup>、老人照顧保險<sup>323</sup>、薄薪就業關係新制法<sup>324</sup>及能源利用新制法<sup>325</sup>等所提出之緊急命令聲請均是；不過這些聲請，最後均無結果。相反地，依據聯邦憲法法院法第三十二條第一項所提出的聲請，而有聲請人所希望之結果者，則均涉及如依據海牙幼童誘拐協定之幼童取回案<sup>326</sup>、遣送出境停止執行案<sup>327</sup>，或 — 與八十年代

---

<sup>316</sup> BVerfGE 82, 353 (並見：D. Leipold, JZ 1991, 461 ff.持贊成見解之評釋)。

<sup>317</sup> BVerfGE 87, 107 (因波昂／柏林法當時仍懸宕未決，故不足以造成既成事實，而駁回緊急命令之聲請)。

<sup>318</sup> BVerfGE 88, 76 (為維護聲請人之經濟利益而停止投資優先決定)；就此，參見：M. Uechritz, „Gebremste Vorfahrt“? — Der Investitionsvorrang und der vorläufige Rechtsschutz vor dem Bundesverfassungsgericht, VIZ 1993, 142 ff. — BVerfGE 89, 113 (因為如今投資優先已具一般適用性，故拒絕再重覆做成暫時命令)。

<sup>319</sup> BVerfGE 94, 334 (因德東地區經濟迅速重建之公共利益及減輕聯邦財政負擔，而駁回緊急命令之聲請)。

<sup>320</sup> BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats) VIZ 2000, 592 (基於德東地區農林業迅速重建之公共利益考慮，拒絕做成暫時命令)。

<sup>321</sup> BVerfGE 86, 390.

<sup>322</sup> BVerfG (3. Kammer des Ersten Senats) NJW 1993, 1520 sowie NJW 1994, 785.

<sup>323</sup> BVerfGE 91, 320; BVerfG (1. Kammer des Zweiten Senats) EuGRZ 1995, 286.

<sup>324</sup> BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats) NJW 1999, 3036.

<sup>325</sup> BVerfG (1. Kammer des Zweiten Senats) NVwZ-RR 2000, 16 sowie NVwZ 2000, 789.

若干轟動一時之案件<sup>328</sup>結局不同的 — 集會禁止令（部分）廢棄案<sup>329</sup>等與行政或專業法院之（個案）決定或裁判有關的事件。

### （三）對於聯邦憲法法院實務批判性反思的必要

近年來，有關憲法法院法第三十二條之司法審判實務的案例已經相當足夠了。而聯邦憲法法院在解釋與續造此一條文時，也（幾乎）完全依據自己 — 將如後敘者 — 高度充滿法官實用主義的審判經驗來加以進行。在此，法院對於學術上相關的批判，（顯然）並無認知；或者，至少也未進行進一步的分析與反省。

在一本慶祝聯邦憲法法院成立五十週年的紀念論文中，人們期待者，首先或許是對於該法院之地位與貢獻的描述。不過在此同時，法院將來的發展路線如何，法院如何自我期許等，也應該是研究的重點；否則，對於憲法審判實務的發展又將有何意義呢？在聯邦憲法法院的週年慶中，一種「官式禮儀的報告」的確不需要。因此，本文在此將進行者，是為對於有關聯邦憲法法院法第三十二條之司法實務的批判性反思。首先，相對於其重要性，有關法院審判之實體審查標準如何建構，應該是研究的重心（下文貳與參）。此外，由於合法性問題與程序問題在實務中只扮演附隨的角色，所以在以下的討論中，也僅作附帶的觀察（下文肆）。

## 二 憲法法院之暫時權利保護的功能

---

<sup>326</sup> BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats) NJW 1999, 2174.

<sup>327</sup> BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats) NVwZ-Beilage I 7/2000, 74.

<sup>328</sup> BVerfGE 56, 244 — Brokdorf 案；E 71, 158 — Bitburg 軍人公墓案；E 72, 299 — Wackersdorf 案。

<sup>329</sup> BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats) NJW 1998, 3631 — NPD 黨示威案；BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats) DVBl. 2000, 1121 = NVwZ-RR 2000, 554 — 國家民主少年示威案；BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats) DVBl. 2000, 1605 = NJW 2000, 3053 — 右派極端團體示威案。相對地，由聯邦憲法法院確認由行政法院已以緊急決定停止禁止集會命之正當性者，則為 BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats) DVBl. 2000, 1593 = NJW 2000, 3051。

前開若干只是爲了觀察聯邦憲法法院法第三十二條第一項之適用範圍而由實務所選擇出來的法院實例（前文壹、一、（一））已經清楚地指出，憲法法院中之暫時命令可以非常高度地展現其實用的多樣性。在程序法中，緊急權利保護的確可以適用在聯邦憲法法院的所有訴訟程序類型<sup>330</sup>；而從國家權力分類的觀點出發，暫時命令非但可以適用於立法行爲上，另外也可以適用於執行權與司法權的各種措施中。聯邦憲法法院法第三十二條，因此可以說是唯一一條賦予聯邦憲法法院暫時「停止」立法、行政與司法，必要時並加以更正之規範權能的憲法訴訟法上之條文<sup>331</sup>。

不過，聯邦憲法法院在如何的前提要件下得以如此地介入政治運作過程，以及介入專業法院的審判，在聯邦憲法法院法第三十二條第一項條文的文句中，其實是看不出來的<sup>332</sup>。此外，又由於該條條文的立法史料與其體系上之位置，就此也不能得出太多的規範性內涵<sup>333</sup>，從而，唯有透過憲法法院上暫時權利保護的功能觀察，才能對於法律條文做出法學上正確的理解。

---

<sup>330</sup> 就此，參見下文肆、三。

<sup>331</sup> 有關暫時命令之受許可性內容，參見下文參、三、（二）。

<sup>332</sup> *H.-U. Erichsen, Die einstweilige Anordnung, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz — Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, 1976, S. 170 (172)* 批評：「此一條文文句簡單，令人失望，並且也導致許多問題無法解決。」

<sup>333</sup> 不過從聯邦憲法法院法第三十二條在整部聯邦憲法法院法中體系的位置，至少可以就該法條之適用範圍，提供若干法律上的說明；參見下文註 173 之說明。

## 各庭與三人小組

作者：Georg Hermes

譯者：陳愛娥

## 導讀

爲了使聯邦憲法法院各庭在因應日漸提高的憲法訴願件數中仍然可以維持其工作能量，三人小組有逐漸取代各庭的發展趨勢。相對於各庭，三人小組依其設計原本應該只具有從屬的、支持性與減輕負擔的功能；其應自限於「追隨執行」各庭的決定。這樣的基本角色定位，在各庭裁判能量有限，聲請憲法裁判的件數卻不斷提昇的情況下，會有如何的質變？Georg Hermes 在本文先是指出，聯邦憲法法院法對三人小組之組織、程序與決定權限的相關規範，俾以界定三人小組在法規範上的框架條件。之後，他指出三人小組（尤其是在憲法訴願與具體規範審查程序中）遠離各庭決定而獨立開展的路徑——在未連結各庭明確先例的情況下（雖然三人小組對各庭裁判多所引述，惟其所引述的各庭先例多屬一般原則性的論述）逕就憲法問題爲裁判。另一方面，在具體規範審查的程序裡，三人小組將程序合法性問題的答覆誤導到普通法律的審查上，因其以下述方式審查普通法院的裁判：普通法律是否提供普通法院其他，無須就憲法問題作出決定的解決方式。

## 目次

### 壹、三人小組的地位與功能

#### 一、組織與程序

#### 二、決定權限

##### (一)不受理憲法訴願

##### (二)憲法訴願有理由的決定

##### (三)確認法官審查聲請不合法

##### (四)暫時性權利保障

#### 三、三人小組從屬性的追隨執行功能

### 貳、缺乏足夠之各庭先例的小組裁判

#### 一、針對可疑之證據取得方法的三件小組裁判

#### 二、說理的欠缺與旁論

#### 三、參照一般原則

##### (一)憲法訴訟法：附具理由的要求

##### (二)比例原則

##### (三)「擴散」與「交互作用」

##### (四)有效的權利保障

##### (五)其他案例

### 參、作為法律審的三人小組

### 肆、「小組化」之無可避免

只消略觀聯邦憲法法院的統計<sup>334</sup>就會很清楚地顯示，三人小組如何讓人印象深刻地履行其減輕各庭負擔的任務，也同時指出，相較於各庭的裁判，三人小組裁判之凸顯的、日漸昇高的地位。三人小組在憲法法官的日常工作中雖然有其不可置疑的貢獻，然而，從學術上保持距離的角度來看，對此卻充斥懷疑。這主要是針對明顯可見的，聯邦憲法法院司法裁判的「小組化」(Verkammerung)<sup>335</sup>發展趨勢而發的。這個疑慮其實由來已久。二十五年前，在略觀當時還稱為「三人委員會」(Dreierausschüsse)的小組<sup>336</sup>之後，其程序操作方式與決定標準就被評為「程度有別的表面合理性」<sup>337</sup>。特別是各庭裁判與小組決定之間關係如何被認為是「棘手的」<sup>338</sup>，亦有發現三人小組逐漸取代各庭者<sup>339</sup>。三人小組及其前身的歷史根本就是聯邦憲法法院在日漸提高的憲法訴願件數中致力維持其工作能量之努力的歷史<sup>340</sup>，這項評價是正確的，有鑑於此，前述對各庭與小組之關係的疑慮大抵少所改變，在未經根本的改革前也很難期待有何變更。

## 壹、三人小組的地位與功能

假使要對各庭與三人小組之關係的發展作出評價，就需要一項標準。而它只能由聯邦憲法法院法就此一關係提供的預先規定中得出。這些預先規定首先可以

---

<sup>334</sup> 依據在<http://www.Bundesverfassungsgericht.de> 的網址下公布之 1999年年度統計，直到 1999 年底，由三人小組（包括先前的法官委員會）作成的憲法訴願決定計 100,031 件（各庭僅 3,845 件），其中，僅 1986 年初以後的時期就占了 53,217 件。

<sup>335</sup> 我是由聯邦憲法法院法官 U. Steiner 教授的口頭發言得到這個概念的。就此並參見 U. Steiner, Was Karlsruhe wirklich entscheidet, in: D. Klippel(Hrsg.), Colloguia für D. Schwab zum 65. Geburtstag, 2000, S. 95ff.

<sup>336</sup> 關於三人小組的（前期）歷史，可參見 M. Eichberger, in: D.C. Umbach/T. Clemens, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1992, § 15a Rn. 2ff.裡的概觀。

<sup>337</sup> H.F. Zacher, in: C. Starck(Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz I, 1976, S. 396 (431); 對先前之「預審委員會」的實務同樣持批判立場者：O. Bachof, Zur Verfassungsbeschwerde gegen Rechtsverordnungen und Satzungen, NJW 1968, 1065ff. (1065f.); C. Sailer, Verfassungsbeschwerde im Zwielficht, ZRP 1977, S. 303ff.

<sup>338</sup> 如是：E.G. Mahrenholz, Zur Funktionsfähigkeit des BVerfG ZRP 1997, S. 129ff. (129).

<sup>339</sup> W. Leisner, Ausforschungsbeschlagnahme, BB 1995, S. 525ff. (525); 對此表示贊同者：H. Sandler, Kammermusik II – Kammerrechtsprechung und gesetzlicher Richter, NJW 1995, S. 3291ff. (3292).

<sup>340</sup> Eichberger, BVerfG (Fn.3), § 15a Rn. 2; E.G. Mahrenholz, Kammerbeschlüsse – Nichtannahmegebühren – Neue Institute im Verfassungsbeschwerdeverfahren, in: W. Fürst/R. Herzog/D. Umbach, Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd. 2, 1987, S. 1361ff. (1361).

由與組織、程序相關的規整獲得，除此之外，也可以由該法賦予三人小組的決定權限中探尋。

## 一、組織與程序

關於三人小組在組織法上的地位，首先提供訊息的是聯邦憲法法院法第 2 條第 1 項，據此，聯邦憲法法院由兩庭組成。此處並未提及三人小組。如是，此項規定並不支持，視三人小組為嚴格組織法意義上之聯邦憲法法院構成部分的見解<sup>341</sup>。相應於此，1985 年<sup>342</sup>引進的聯邦憲法法院法第 15a 條規定，由各庭召集「多個」由三位法官組成的小組。也由各庭決議三人小組的組數與組成。然而，因小組是「作為聯邦憲法法院」而為決定<sup>343</sup>，因此，組織法上將三人小組歸屬「其」庭的意義就相對化了。此外，各庭也不可能違反小組成員的意願將程序移轉由自己管轄，乃至事後審查小組的決定。一旦該當的報告作成人（他扮演「濾網」或「轉轍器」的決定性角色）認定，該當程序「無需由庭決定」，因此將小組決定的草案交付小組其他兩位成員，並由彼等獲致同意時，該庭在決定程序中並無任何可得介入之處。組織法上只能藉由人員上的部分一致性來確保三人小組之聯繫於該庭，此外，因為聯邦憲法法院法第 15a 條第 1 項第 3 句規定，小組的組成至遲三年應有變動，藉此可以避免小組過度的獨立化。前此對小組成員配置失衡的批評<sup>344</sup>，就我所見，已因配置實務而逐漸沈寂。應公布三人小組的組成與事務分配的要求<sup>345</sup>，自 1991 年聯合庭的裁定（Plenarbeschluss）<sup>346</sup>以來，也已經獲得滿足<sup>347</sup>。

<sup>341</sup> 與此相應，將三人小組稱為「獨立的裁判機構」至少是不精確的；就此僅參見 *Eichberger, BVerfG (Fn.3), § 15a Rn. 6*；分別有理由與不受理之決定而為不同處理者：K. Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, 4. Aufl., 1997, Rn. 258, 260f.

<sup>342</sup> *Fünftes Gesetz zur Änderung des BVerfGG vom 12. 12. 1985 (BGBl. I. S. 2226)*.

<sup>343</sup> 僅參見 *Eichberger, BVerfG (Fn.3), § 15a Rn. 6*（含進一步的引註）。這是由聯邦憲法法院法第 93c 條推導出來的（但其僅適用於小組之有理由的決定），依該條第 1 項第 2 句的規定，三人小組的裁定與各庭的裁判處於相同地位。

<sup>344</sup> 關於與諸如「紅色小組」、「黑暗小組」或「地獄三人組」等概念相連結之責難，可參見 *Eichberger, BVerfG (Fn.3), § 15a Rn. 35* 的引述。

<sup>345</sup> 參見 *K. Schlaich, Bundesverfassungsgericht (Fn.8), Rn. 261a*.

<sup>346</sup> 就此： *Eichberger, BVerfG (Fn.3), § 15a Rn. 25*.

可以就三人小組之地位與功能提供進一步線索的是彼等應適用之程序規定：其審理非以言詞為之<sup>348</sup>，應以一致同意作成決定，只有在否決法官的審查聲請與認定憲法訴願有理由時須附具理由<sup>349</sup>，小組個別成員的不同理由不能以「協同意見」的形式被記載。無論是對歸屬不同庭的各組，或是對歸屬同庭的不同小組的爭執，法律均未規定有避免分歧裁判的程序。最後，只在例外的情況下，才會在官方核定的裁判彙編裡公布三人小組的裁定<sup>350</sup>。

## 二、決定權限

假使由組織與程序法上的規整就清楚顯示，三人小組並未具備（作為具體化過程之<sup>351</sup>）憲法解釋的必要前提手段的話，透過其有限的決定權限更可以確證此有限的角色。

### （一）不受理憲法訴願

三人小組最古老<sup>352</sup>，也是迄今最重要的<sup>353</sup>權限乃是：依據聯邦憲法法院法第 93b 條、第 93a 條第 2 項，基於憲法訴願並未具有原則性的憲法意義，且其受理未被視為貫徹基本權或等同基本權之權利所必要，而不受理憲法訴願。從 1994 年起，

---

<sup>347</sup> 參見 <http://www.Bundesverfassungsgericht.de>。

<sup>348</sup> 依據聯邦憲法法院法第 93b 條與第 93c 條所為的不受理與有理由決定，此可由同法第 93d 條第 1 項第 1 句推導出來；至於否准法官的審查聲請，則係依據聯邦憲法法院法第 81a 條第 1 句配合第 25 條第 2 項；並參見：G Ulsamer, in: T. Maunz u.a. (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Loseblattkommentar, Stand Oktober 1999, § 81a Rn. 4.

<sup>349</sup> 依聯邦憲法法院法第 93b 條所為之憲法訴願不受理決定得不附理由，此可由同法第 93d 條第 1 項第 2 句得出。

<sup>350</sup> 就此可參見聯邦憲法法院議事規則第 31 條第 3 項的規整，就我所見，似並未被運用過。

<sup>351</sup> 就此參見 K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, Rn. 60ff.

<sup>352</sup> 當「不能期待裁判有助於憲法問題的釐清，且訴願人並不致因拒為實體裁判而受嚴重、無可挽回之損害者」，「預審委員會」得藉由一致的決議而駁回憲法訴願的權限，是透過 1956 年 7 月 21 日第一次聯邦憲法法院法修正案（BGBl. I. S. 662）引進到第 91a 條第 2 項中。

第一庭嘗試具體化前述自 1993 年開始適用的受理要件<sup>354</sup>：只有當其提出的憲法問題不是可「毫不困難地」由基本法得到答案，也不是業經憲法裁判解答<sup>355</sup>，此外，其澄清非僅只有個案上的意義時，才具有原則性的憲法意義。而只有當被主張的侵害特別嚴重<sup>356</sup>，或者會影響到憲法訴願人的生存時，憲法訴願的受理才會被認定是貫徹（被主張受侵害之）憲法權利所必要者。

一方面是被提及之憲法問題的客觀意義，另一方面是主觀權利保障，立法者藉由這兩者來掌握憲法訴願眾所周知的雙重功能<sup>357</sup>。因為未在原則性的憲法意義或個人權利保障的意義兩項標準間作出決定，受理程序的性質也變得不穩定<sup>358</sup>。因此，三人小組普遍未受法律清楚規定之受理根據的拘束，自始就以合法性以及，案件勝訴可能性（質言之，憲法訴願有無理由）的高低為其決定標準<sup>359</sup>。與其職業上的自明之認識相應，作成報告的法官審查憲法訴願案件是否符合合法性要求以及，「實體上」勝訴的可能性<sup>360</sup>。各庭經數十年累積的眾多裁判而清楚開展的合法性要求以及，對於個別基本權的內容、作用與其界限的豐富先例，都構成法官日常工作的基礎以及，當下與未來表述受理前提的共通理解<sup>361</sup>。

---

<sup>353</sup> 在 1995 年到 1999 年之間，三人小組拒絕受領了 23,166 件憲法訴願。

<sup>354</sup> BVerfGE 90, 22 (24ff.).

<sup>355</sup> 參見 BVerfGE 90, 22 (24)。假使因情事改變而提及並額外主張案件重為審查的必要性時，可藉該問題在專業文獻上的激烈討論、司法裁判上的歧異審判證立其必要性。

<sup>356</sup> 假使此一基本權的侵害或者顯示出對基本權的一般性輕忽，或者因其作用可導致行使基本權上的阻礙，或者其植基於粗率誤解基本權保障的意義，或者「明顯地」違反法治國原則，即可認定此等情事的存在；BVerfGE 90, 22 (25)。

<sup>357</sup> Schlaich, Bundesverfassungsgericht(Fn.8), Rn. 263.

<sup>358</sup> Schlaich, Bundesverfassungsgericht(Fn.8), Rn. 265.

<sup>359</sup> 這適用於 1956 年第一次修正案 (Fn.19) 的聯邦憲法法院法第 91a 條第 2 項，以及 1963 年 8 月 3 日第三次修正案 (BGBl. I. S. 589) 的聯邦憲法法院法第 93a 條第 3 項所定標準，據此，「當其違反形式、不合法、遲延或係由顯無權利者所提起時」，應不受理；這也適用於 1970 年 12 月 21 日第四次修正案 (BGBl. I. 1765) 的規定方式（「如其不合法或基於其他理由顯無勝訴之望時」，不受理）；就此僅參見 Sailer, Verfassungsbeschwerde (Fn.4), S. 304ff.（含進一步引註）

<sup>360</sup> 例如 BVerfG MedR 1993, 232 (第一庭第一小組) —「閱覽醫院的紀錄」；BVerfG NVwZ 1998, 949 (第一庭第一小組) —「普世生命」；BVerfG JZ 1996, 1175 (第二庭第二小組)：「憲法訴願並無足夠的勝訴之望」；同此：BVerfG NJW 1996, 771 (第二庭第二小組)；BVerfG BB 1994, 850(851) (第二庭第二小組)：「.....無勝訴之望」；類此：BVerfG ZIP 1995, 101 (第二庭第二小組)；BVerfG NJW 1998, 1133 (第二庭第二小組)。

<sup>361</sup> 除了註 26 裡提及的規定方式外，1985 年修正案 (BGBl. I.-2226) 則保留先前的規定方式，只是將之前置於聯邦憲法法院法第 93b 條（「..... 如其不合法或基於其他理由顯無勝訴之望時」），最後

## （二）憲法訴願有理由的決定

這點無論如何都適用於三人小組從 1985 年起就享有的，認定憲法訴願有理由的權限，前提是：相關重要的憲法問題已經聯邦憲法法院裁判，並且基於先例，憲法訴願顯有理由<sup>362</sup>。三人小組為有理由決定的前提要件充分顯示了三人小組與各庭的關係：小組應自限於，將各庭的裁判適用到「情境相同的」案件上<sup>363</sup>。因此，小組有理由之決定為數可觀<sup>364</sup>的原因有二：或者是因為專業法院無視於憲法法院先前關於基本權之效力範圍與作用的清晰決定<sup>365</sup>，或者是小組超越其權限界限，在並無必要之先例的情況下答覆了「新的」憲法問題<sup>366</sup>。

---

自 1993 年以來適用的（BGBl. I-1442）規定方式（「如其具有原則性的憲法意義」，或者「其有助於貫徹第 90 條第 1 項所提及之權利；如憲法訴願人將因駁回聲請遭受特別重大的損害時，亦同」），並予參照。

<sup>362</sup> 參見聯邦憲法法院法第 93c 條第 1 項第 1 句；自 1985 年引進的，為有理由之決定的權限也存在於，「因憲法法院就相關重要的憲法問題已為裁判」，而憲法訴願「顯有理由時」。

<sup>363</sup> 如是（在引述舊聯邦憲法法院法第 93b 條第 2 項下）：*Mahrenholz, Kammerbeschlüsse* (Fn.7), S. 1364.

<sup>364</sup> 就 1986 年至 1990 年的期間，可參見 *G. Wöhrmann, Änderungs novelle zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz und weitere Reformüberlegungen*, in: D.C. Umbach/T. Clemens, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 1992, S. 131ff. (Rn. 29); 1995 年的統計顯示，小組的有理由決定計有 116 件（1996 年：100 件；1997 年：31 件；1998 年：68 件；1999 年：82 件）。

<sup>365</sup> Düsseldorf 邦高等法院為此提供了一個案例，該法院拒絕遵守，決定維持偵查中羈押時相關的基本權前提規定。參見 *BVerfG NJW* 1991, 2821（第二庭第三小組）；*BVerfG MJW* 1992, 2280（第二庭第三小組）；*BVerfG NSTZ* 1994, 553f.（第二庭第二小組）；就此並參閱 *M. Gehrlein, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Untersuchungshaft*, in: C.T. Ebenroth (Hrsg.), *Festschrift für Karlheinz Boujong*, 1996, S. 751ff.（758ff., 含頁 761 中的進一步引註）。

<sup>366</sup> *Sendler, Kammermusik II* (Fn.6), S. 3291 特別是考量到小組有理由的決定而指出，「或多或少無意識，或甚至有意識的，或多或少清楚的突破法制（甚至憲法）的危險」。

## 第二冊

### 基本權及其限制

作者：Klaus Stern

譯者：林三欽/張銀盛

#### 導讀：

基本權的構成要件與基本權的限制是基本權理論的基本構成部分，也是與基本權有關之違憲審查中，是否違憲之主要審查內容。一般而言，多以「基本權保護範圍」來積極標示出基本權規範所擔保的保護內容，以呈現基本權構成要件之內容。至於「基本權限制」則側重在消極地探討基本權的限制與其限制可能性。而一個清楚劃分基本權保護範圍及基本權限制，乃至於闡明「對基本權保護範圍之限制」所受之限制，是基本權釋義學最基本的工作。

此種以「基本權保護範圍、基本權限制與限制之限制」此一清楚之三個「分項（Kategorie）」來描述基本權內涵，有助於：基本權保護法益的維護與基本權所受公共利益的限制間之內在衡平。在此，基本權保護範圍的確認，具有優位性。所有針對基本權所為之國家措施或國家所容許之措施，都被視為對於該保護範圍的侵犯。而此一侵犯，在限制基本權上，須有其正當性，且須符合「限制之限制」的要求。在此觀點下，作者在本論文中，即依序就基本權保護範圍(壹)，特別強調法律保留(參)所為之基本權限制(貳)及基本權「限制之限制」(肆)等三個分項論述之。

壹、就基本權保護範圍一項，作者將基本權功能放在此一分項下探討。基本權除了主觀上作為基本權作為對抗國家之防禦權外，同時也是一個效力及於所有法領域之憲法基本決定的客觀法規範。此二者，即所謂的基本權的雙重或多重功能。而既使就基本權客觀法面向，在目的上與客觀內容上並未完全統一，但在提升基

本權意涵之法律效力的貢獻上，無庸置疑。又關於此一基本權的多重理解，皆以對於基本權規範的認識出發。而由基本權規範導出之基本權，也分配了詮釋基本權法則的命運。而此種詮釋除了要顧及法規範所確立之合憲權利之特別法益外，在結構上與方法上也應維持著：基於既有承認的基本原則與合於歷史傳統法規性的法解釋。

1. 基本權之事物上的保護範圍，常被簡化為包括自由權、平等權、特定制度保障與程序權等不同基本權利的權利目錄。自由權處理：被保護之特定行動或行為方式的要素；平等權則關注：國家組織以特定方式來顧及不同人與地位間的相互關係。針對平等權，自 1980 年聯邦憲法法院採用一個「新的」審查模式，即「當一個規範對象的群組與他規範對象的群組相比較下，被不同地對待，而即使有不平等對待之正當化事由，但兩個群組從性質與影響卻無不同者，仍被認為侵害基本法第 3 條第 1 項之規定」；又制度保障亦占有著對抗國家之特殊憲法保障，其內涵在於制度、組織架構與法的基本形體，如婚姻與家庭、私立學校、財產權與繼承權、德國國籍或（仍有爭議的）學術高等學院、自由的出版、自由的廣播、契約自由、社團、公司與勞動生活之結盟等；至於程序權，則是一個行為方式與制度性要素的結合，其擔保進入司法途徑（基本法第 19 條第 4 項）、法院之法的聽證（基本法第 103 條第 1 項）、一事不二罰（基本法第 103 條第 3 項）與罪刑法定主義（基本法第 103 條第 2 項）。此外，逮捕須在一定條件下始得為之（基本法第 104 條）。此一人民程序地位的擔保，則以法律確立（基本法第 101 條第 1 項）一個滿足特定要求之職務擔當人（基本法第 92, 97 條）的司法權存在為前提。
2. 基本權的保護範圍，還包括人的保護範圍。所有自然人皆為基本權主體；基本權利即為了實現其相對於國家有作為「人」的地位之意志，所被創設的。當然，在某個基本權未被納入自然基本權範圍前，原則上，是容許將基本權主體僅侷

限在獨立擁有國籍之人。又基本法就非擔保自然人之保護範圍且以「法形體 (Rechtsgebilde)」個別授權為限，將基本權利人擴大到包括自然人所組成之權利與無權利能力人 (第 19 條第 3 項)。但此類問題並不易確認，仍有待實務累積個案來得出。

3. 又所有基本權構成要件，原則上都同等重要，只是就個別基本權之保護範圍而言，有的顯得寬些，有的則窄一點；最寬的則是聯邦憲法法院將基本法第 2 條第 1 項理解為一般行動自由，而將之提升為所有未列舉自由之自由權依據。相類似的方式，如財產權泛指所有與財產價值有關之法律地位；基本法第 5 條第 1 項第 2 句之廣播自由則涵括所有相類似更進一步的技術發展；而住宅則進而延伸至營業場所。至於，將個別基本權之保護範圍作限縮解釋的，除了基本權規範之特別列舉的構成要件要素自我限縮，如基本法第 8 條第 1 項之「和平且不攜帶武器」或第 9 條第 3 項之勞動結社自由則限縮在以「工作與經濟條件之保護與促進」外，並不顯著。又晚近庇護權之保護範圍不再只侷限在「政治受迫者」，而是由第 16 之一條第 2 項及第 5 項來限制之。
4. 又基本權之保護範圍不得僅僅以指名特定保護法益，如人性尊嚴、生命、身體不可侵犯、藝術、經濟等，即獲得確定，而是須考量所有構成要件要素而從事精確解釋，始能確認「基本權的實質內容」。而此一解釋任務為所有基本權實務之首要工作。基本權保護範圍之確認，首先須就生活現實中，直接指出：那些部分是受基本權保護的，以及與何種基本權相關。而基本權保護範圍之廣泛形成深受基本權發展的歷史影響。1948/49 制憲委員會草擬了基本權一章，並強調其佔有憲法上的領導地位。而聯邦憲法法院則在其裁判中，如針對遷徙自由或透過新基本權的「發明」，如資訊自決權，來擴展基本權，並填補了基本法規範的漏洞。如同 P. Lerche 教授將基本權一章稱之為「德意志法律文化所賦予與形成之資產」，基本權為德意志共同體之價值體系的一部份。

貳、就基本權限制一項而言，關於基本權限制之核心判斷問題，至今仍欠缺一個清晰而被普遍承認的基本權限制概念。純粹由基本法的文意本身並無法得出一個限制體系。一個與基本法之規定與形式完全相符之限制體系或限制理論也難以掌握。而藉由區隔個別基本權之限制而謹慎編排的結構，也很難得出一個體系。所以，作者僅能作出以下的整理：

1. 對於基本權之限制體系僅得以以下基本理解出發：a) 所謂的絕對基本權並不存在，限制是基本權理論一個不可或缺的概念。基本權限制係作為不同利益與活動之個別基本權利人間衡平狀態以及顧及公共利益之「基本權協調與兼容需求性之表現」； b) 在威瑪時期，「基本權只有法律位階」乃至於「緊急命令」亦有解除基本權之權限的基本權理解被制憲委員會所否決。任何限制可能性都被認為同時有伴隨著「限制之限制」的必要。c) 學術上，只要是在語言運用上，對於基本權利設限者，都優先稱之為基本權的限制。而此一意義下的限制皆須有憲法上的基礎。以法律所為之限制，也必須為憲法規範所涵蓋，這包括法律保留的轉化，另一個重要的問題則是：歐盟法律之限制問題。
2. 基本權之限制須以基本法之規定為依據：a) 基本權內容並非不受限制的。甚而，即使是未有明文限制或限制可能性之規定之基本權，亦受限制； b) 基本權的內容，並非任由立法者所運用的。這與立法者受基本權拘束之概念相捍掙；c) 基本權並非將人類圖像（Menschenbild）視為一個隔離的個體，而是以存在於一個共同體人類的圖像為基礎。基本權之限制即為保護其他人、公共利益與國家的運作能力所不能避免的。基本權限制乃在處理高位階個人法律地位與以人與人間或共同體為條件之限制間的緊張關係。為了能正確地劃分，則要求基本權規定要有一個精細的積極面與消極面的界限。對此，首先應先剖析基本法本身之限制體系，其原則上以一個「儘管--但」模式建構之。而相對於一個廣泛的保護範圍，也大多明文規定三個國家權力有限制或限制保留之權限，特別是立法。有

時，某些基本權規定並無此一明文的限制規定，對此，則其限制可能性有著特殊的要求。

3. 憲法本身對於基本權保護範圍限制之表述，又可區分為：憲法之直接限制與憲法之間接限制。所謂憲法之直接限制，係指基本權保護範圍直接以憲法本身，不論是在基本權規定或其他憲法原則等準則限制之；而憲法之間接限制，則是指：授予國家權力，特別是立法者，限制之。基本權僅在被授權之機關行使其權限，不論是以法律、命令、自治規章、行政處分或裁判，始受到限制。而此一憲法之間接限制，則突顯出對於立法者授權的特殊意義，此即所謂的「法律保留」，其則以不同型態出現。
4. 立憲者針對基本權之直接限制的表述並未提供統一的用語。又修憲者在 1993 年基本法第 16 之一條第 2 項有意授權給立法者一個憲法之直接限制。基於庇護基本權，「特定或以法律特定國家之人到德國旅行，不得被遣返」。限制已經直接存在於基本權構成要件；而不得主張基本權者，在此範圍亦無基本權。此一狀況也類似集會自由，只有在和平與不攜帶武器之下，受到保障。這同時顯示出：保護範圍規定與限制規定間可能會相互糾葛。而另一個典型的憲法直接限制為基本法第 5 條第 2 項就個人名譽權對於言論自由、廣播自由與製片自由的限制。該條文甚至賦予民法與刑法上對於名譽保護之多樣法律規制的基礎。但同時作為憲法法益之名譽保護，則被認為是對於基本法第 5 條第 1 項之溝通自由的直接限制。然而，此一名譽保護的憲法地位並未受到聯邦憲法法院太多的關注。基本上，聯邦憲法法院以一般法律的限制程度，並借助交互影響理論來限縮名譽保護的範圍。又作為憲法之直接限制還包括基本法第 5 條第 3 項第 2 句所規定之憲法忠誠。忠誠條款在於防止威瑪時代以講台之學術批判為藉口，來從事「意不在批判，而是刻意忽略民主及其機制」之別有用心的政治活動之教席濫權經驗。若其陳述經常只能被歸為純粹慷慨激昂性質的言論，此類陳述根本就

不是學術理論，也因此不在基本法第 5 條第 3 項的保護範圍內。但此一觀點若從基本法第 5 條第 3 項第 1 句所為表述來看，並不正確，憲法忠誠條款應將講學活動強制建構在憲法的框架下。這包括在基本法第 33 條第 5 項所擔保之公職的憲法忠誠義務，以及基本法第 9 條第 2 項與第 18 條之限制個人及集體行為之憲法保護內容的範疇在內。而對於結社自由所為憲法之直接限制的明文規定，為基本法第 9 條第 2 項「其目的或活動抵觸刑事法律或違反合憲秩序或國際共同思想者，禁止結盟」之規定。

5. 「為實現公共利益」或「自由領域之理性衡平理由」對於個人所生之限制，基本法上的限制體系也必須涵蓋在其他憲法規定所表述的限制概念。這特別是指那些既不是憲法之直接限制，也不是以法律保留模式所受憲法之間接限制的基本權。但一個涵蓋所有基本權的「憲法固有限制」理論，既無法在憲法本文，亦非發展史所得以正當化之保障，而不被聯邦憲法法院所接受。對此，1970 年聯邦憲法法院所提出了之論證：「只有在與第三者之基本權及其他憲法層級所賦予並顧及憲法統一性及其所保障之整體價值秩序的法律價值衝突時，才能夠例外地也對於『不得受限制之基本權』在一定關係下限制之。」而其所產生之衝突，也只能透過對於憲法規定在具體關鍵問題上，賦予誰具有較高重要性之調查，來獲得解決。又一個較弱的規範也僅容許被限縮到至少其客觀基本價值內容應受尊重的範圍。爾後該衡量準則則被修正為：基本權或其他憲法所保障的法益間的衝突，應依「實踐調和」原則來解決。其要求：不得僅偏愛特定重複爭執之法律地位，導致其獲得最大的維護，而是要讓所有法律地位都能得到最體貼的衡平。此一論證確立了一個稱之為「衡平」與「實踐調和」的衝突解決程序。對此，實務上，對此論證模式則呈現出全然被接受的結果。一個聯邦憲法法院實証主義，也將無可避免。

6. 基本權釋義學上，應該可以再細膩一點操作。相對於任何普遍化，憲法法益的

衝突狀態，原則上要依不同狀況來處置。這也增加了抽象化的困難度。對此，仍有一些原理可尋：a) 無憲法直接或間接限制之基本權，僅容許在有其憲法法益上之正當性時，始得限制之。此一法益則可能在基本權規範或其他憲法規範所明定。難題則是在非基本權性質之憲法規範上值得保護法益的調查。聯邦憲法法院與文獻對此承認包括涉及國家運作能力與存續保障、某些明確或不明確指出之公共利益或公益價值、生態保護等許多法益；b) 基本法第 2 條第 1 項之「人格權之自由發展受其他人之權利的限制」，作為在基本權規範所包含之限制思想的一般規範模式。c) 至少在基本權衝突的問題上，呈現了一個方法上可靠的解決步驟：首先必須指出衝突權利之保護法益的正確內容；然後，提供一個從事過實踐調和、最體貼或適當衡平的解答。而當立法者未作出：「以一個基本權限縮其他人基本權價值」之一般性解答時，則應以達成合比例的衡平方式為之者，其必要的衡量基準為比例原則。

參、法律為基本權之「限制工具」。立法者被分配有限制基本權保障範圍之權限，在憲法上被稱之為「法律保留」。以基本權規範解釋上，從有事實上必要或至少容許以法律規制觀之，立法者對於基本權有形成空間。此類基本權形成或基本權具體化，對特定基本權保護法益的釐清，無可避免。若欠缺立法者的形成，將無法產生該當基本權的效力。

1. 關於基本權保護法益之實質填補，並非給予立法者不受限制的形成空間，其不得侵犯基本權的本質內容；亦必須遵受其他如權限規定與法治國原則，特別是比例原則等憲法的限制。而立法者也不得曲解立憲者所賦予的、歷史成長之個別基本權傳統表徵。又基本權必須以憲法（文意、體系與目的）解釋，調查出其保護法益之實質內涵。而立法者也必須隨時注意處理憲法概念上的基本權形成。總之，法律必須遵循憲法的基準，而不是憲法遵循法律的基準。對此，為了守護憲法之優位，立法者與憲法的關係，特別是與基本權的關係，為憲法法

院最重要也是最艱難的任務範圍，其也無可避免會引發生紛爭。

2. 立憲者本身對於預為法律保留之規範化規定，用語相當不統一。所有這些規定則有其共通點：立法者就依此被賦予限制基本權保護範圍之可能性與侵犯之正當化事由。針對憲法上之混亂的陳述方式，學說上設法予以類型化：a) 單法律保留純與絕對法律保留的區隔。其不同之處在於：關於所必要具備之「法律」的性質，聯邦法或邦法、形式法律或實質法律（法規命令、自治規章、習慣法）與以法律為基礎之限制容許性；b) 基本法之基本權內容的法律保留，未對法律為特別要求，而純粹以「保留」方式規範者，聯邦憲法法院稱之為「一般」或「單純」保留。其賦予了立法者一個概括的形成空間。這並不意味著立法者得任意為之，該當法律始終要伴隨著公共利益，學說與判決亦對於立法者設立了額外的限制，立法者則被課予嚴格尊重保護法益意義之義務，除了對此基本權保護範圍的特殊拘束外，還有一般「限制之限制」；c) 相對於單純法律保留，則是在許多事物上與命題上受有限制之「特殊的」或「絕對的」法律保留。在法律保留的規定上，此一類型為多數。其特徵在於：在基本權規定的基準上，立法者已受到更進一步特定方式的限制。所有絕對法律保留，立法者皆不得任意限制，而只能在預先規定之限制命題或限制目的的框架下為之。此外其也臣服於一般「限制之限制」；d) 關於限制之法律的定性，在一般情形下所使用「法律」一詞的概念，除基本法有特別規定外，不能作為應以何種性質之法律為之的依據。但在一般觀點上，保留則不只侷限在議會法律的意義上理解。法律保留亦得以非形式上、獲得充分授權（基本法第80條）依據之法規來轉化。又關於立憲前之習慣法，聯邦憲法法院至少承認在過渡法律上符合法律保留的意義。但新發展的習慣法則不予以考慮。又法律保留之法律，基本上，任何法規範皆屬之。但行政內部的法規，即所謂的「行政規則」則不包括在內。其可能具有內部法律的性質，但不符合法律保留的要求；e) 法律保留的主要功能在於：允許侵犯基本權的保護範

圍。法律作為執行權侵犯或切入基本權保護範圍之正當化基礎。就此點而言，法律保留與行政應為合法律行為之法治國保留緊密連結。古典的侵犯，在於其以侵犯為目的或意圖侵犯，而原則上以行政處分為之。在晚近，則關於可能非直接由國家權力所引起之範圍，包括只是可歸因於國家權力或由其所容許之非目的性、大多間接或事實上所出現的侵犯在內，亦要求提供基本權之保護。既使不是在對於權力規制的措施，也非普遍要求，國家行為之個別直接後果所生之負擔之範圍，基本權也都要受到保護。而在顧及基本權之保護功能，則或許得以--依性質與範圍之--事實上涉及之基本權主體，賦予基本權侵犯之意義。基本權侵犯是基本權釋義學第二個主要範疇。其首先必須憲法所容許，然後，須以一個合憲法律的基礎；f) 只有議會制訂之法律，始得成為另一個「作為基本權規範本身導出之基礎」的法律保留意義下之法律。由此，聯邦憲法法院創設了所謂重要性理論。其在1972年首次在第一庭針對基本法第12條作出如下論述：「基本法秩序容許立法者以法律明文授權，將其立法權委由他人為之。但若涉及到規制基本法第12條第1項之基本權範圍之侵犯，且影響到基本權主體生存機會之分配者，一個法治國家之議會民主，只有在立法者對於基礎決定自己負責下，一個依法律或以法律為基礎之基本權範圍侵犯之保留，始具意義。」「立法者負有在基礎規範之範圍內，特別是基本權行使的範圍，在國家為一定之規制時，自己為所有重要決定的義務。」又「何者為聯邦憲法法院所增添之『須具形式法律的法規範基礎』之範圍，僅得由個別事物範圍與所涉及規制強度之調查確認之」。至於何者為「重要」，聯邦憲法法院未曾為一般性的論述。大多使用「對於基本權實現重要」的方式。本文作者以為，此一權限應予以維持。而其正確的理論核心在於：在特定範圍內，不僅擴大了法律保留，也擴大了議會民主之法律保留的範圍。重要決定須經由人民代表的討論，有助於公開性與透明化。只是重要性理論的弱點在於：聯邦憲法法院無可避免地要承擔「重要」之解釋；g) 聯邦憲法法院將法律保留延伸到特別權力關係，接著基本權對之具有原則效力。對其所

爲之限制，須有憲法或法律上的正當性。

肆、立法者對於基本權限制，特別是法律保留，所爲之限制，十分清楚且細緻地形成。就此，被以「限制之限制」的概念表述。在體系上，規範「限制之限制」可區分爲：形式上的(基本法第19條第1項)與實質上的(基本法第19條第2項)「限制之限制」。而後者，也同時指向爾後受到相當重視的過度與不足禁止原則。限制基本權之法律的形式上限制，由基本法第19條第1項第1句之「個案法律與個人法律禁止」與基本法第19條第1項第2句之「應予指明條文」所組成。但此二規定在實務上，特別是聯邦憲法法院的判決，不具有太大意義，也沒有法律因此落空。但其在保障與警告功能上，有其意義。

1. 基本法第19條第1項的核心問題在於：在立法者可能藉由陳述方式，掩飾個案與個人相關法律結構之認識。對此，基本法第19條第1項第1句被限縮解釋爲：「禁止立法者從眾多相同性質之事實中，選出一個個案，恣意地將之列爲例外規定之對象。當事實屬於只能個別規定之案件性質及其所列事實之規定存在客觀理由時，基本法第19條第1項第1句並不排斥以個案法律規制之。」此一方針在晚近判決中被沿用，但總是附帶補充：「抽象一般陳述，不得作爲個案相關規定之掩飾」。基本法第19條第1項第1句的適用內容因此被強烈地限縮。而只有在特定明顯案件，才會被涵蓋進去。又基本法第19條第1項第1句對於所謂「措施法律」之阻擋，毫無幫助。聯邦憲法法院甚至還容許一個具體的徵收法，並在史坦達南環鐵路建設法案中解釋：「由基本法並無法推導出：法律概念僅容許爲一般性規制[...]。針對計畫，立法者以個別計畫爲之，並不必然侵犯到憲法保留給執行權或司法的功能[...]。在德國統一之重建框架下，立法者有必要運用更多具有一定效用與形式之措施法律。」

2. 基本法第 19 條第 1 項第 2 句之「應予指明條文」規定，比基本法第 19 條第 1 項第 1 句之規定還更強烈被聯邦憲法法院限縮其適用。當立法者在基本權範圍活動時，「應予指明條文」。其自始只具有警告與考慮功能。對此，聯邦憲法法院認為「未修正或很少重複迴避之已經生效限制基本權之法律，符合『應予指明條文』之規定。蓋此一要求，在目的上，只與對於迄今的法新的陌生的侵犯與侵犯可能性有關。」

3. 作為最重要的實質「限制之限制」，為立憲者在基本法第 19 條第 2 項所導入之基本權本質內容之保護。但一個本質內容涵意的定義，從未給過，而只是確認：「一個基本權不可侵犯之本質內容的存在，必須由每個基本權在基本權整體體系之特殊意義調查之」，已為滿足。學術著作，透過多方努力，來給予本質內容定義，其並尚未建構出通說的論述。唯一統一的只在於：本質內容保護的存在--也如同一直以來的解釋--已經在任何對於基本權本質攻擊的準備階段時，既以防禦了；而無一個基本權被真正地威脅到必須要引用基本法第 19 條第 2 項。

4. 比例原則發展成所有基本權限制之一般性「限制的制限」。法律保留，實務上，亦轉變成「合比例法律之保留」。在此框架下，比例原則亦成為基本權與憲法法益衡量之重要構成部分。比例原則的主要功能在於：立法者在基本權範圍內將此一法準則納入考量，特別是目的手段間的適當性，藉此擔保基本權不會透過法律保留的運用而被過分地限制。比例原則的內容也同時由學說與判決來獲得確定。如今可確定的是：本原則包含三個要素：

- 特定目的之手段適合性或妥當性
- 手段之不可或缺性或必要性，及
- 手段相對於相關法益之（狹義的）合比例性、適當性或均衡性，晚近則稱之為「期待可能性」

5. 針對手段達成目的之適合性或妥當性審查。原則上，聯邦憲法法院肯定其對於預測決定有關之事實認定有監督權限。但其也承認立法者依事物領域或多或少可能有評價特權（Einschätzungsprärogative）。也依在此方式發展出不同的審查層級：明顯審查（Evidenzkontrolle）、替代可能性審查（Vertretbarkeitskontrolle）嚴格審查（intensivierte Kontrolle）。針對必要性審查，聯邦憲法法院的陳述為：「必要」是指一個手段，立法者沒有其他，同樣有效，但基本權不被或較少感受得到限制之手段可以選擇。若同樣的結果可以對基本權範疇以較不嚴重侵犯的方式來達成，則不符合「必要性」要求。在必要性要素的審查上要求具體的案件形勢；就此點而言，則須採取一個個別化的行動。而立法者原則上則被強制要類型化。不可避免的，這導致立法者在手段使用上有形成空間，其最後也只能容許為一個明顯審查。比例原則最大的難題在於第三個要素：狹義的合比例(均衡性、適當性與期待可能性。聯邦憲法法院的判決對此亦有一個簡易形式：「一個措施對於基本權利人，不得產生過度負擔，對其，要非無期待可能」。此一第三要素之新的陳述轉化為：「就侵犯嚴重性、其正當化原因之價值與急迫性的整體衡量，還須注意期待可能性之形式。」個案重要性之確認，明顯的比抽象陳述之認識難，這意味著：在這兩者間，以不存在一個利益不適當地（不合宜地、不可期待地）轉嫁到另一個的負擔之情形，必須被衡量與理性衡平。即衡量必須依比例原則的基準為之。透過比例原則的輔助可以對基本權的限制正確地調配。可以達到實踐調和，使得兩方面都獲得最可能體貼的衡平。然而，此一原則在個案中的意義為何，則只能依案件相關之可比較利益的調查得知。無庸置疑的，由於聯邦憲法法院對於衡量，被賦予了說最後一句話的權限，其相同地也被課予了一個高度責任負擔。其富說服力地履行，也代表著其在最高國家機關間信賴資產的一部份，而但願這也可以在未來能獲得滿足。

## 目次

- 壹、 基本權之保護範圍
  - 一、 基本權的多重功能
  - 二、 基本權的客觀法面向
  - 三、 基本權的結構
  - 四、 保護範圍作為基本權之實質內容
- 貳、 基本權之限制
  - 一、 限制體系之問題
  - 二、 基本法作為所有基本權限制的基礎
  - 三、 憲法之直接限制與間接限制的區別
  - 四、 無保留基本權之憲法直接限制
- 參、 法律保留
  - 一、 法律僅遵憲法之基準
  - 二、 法律保留的類型
- 肆、 所謂「限制之限制」
  - 一、 「限制之限制」的思想與緣起
  - 二、 個案法律與個人法律禁止
  - 三、 應指明條文
  - 四、 基本權本質內容之保護
  - 五、 比例原則

儘管關於基本權的文獻豐沛，聯邦憲法法院的判決也涉略甚廣，但迄今仍對於許多基本權釋義學的問題難以解答。對此，就如同基本權規範所擔保的法律地位、法益及其限制間的關係即是一例。在 1976 年聯邦憲法法院二十五週年紀念論文集集中，就曾以〈〈基本權構成要件與基本權限制〉〉為題<sup>367</sup>，來探討此一課題。而以此一或相似的並列呈現課題已成為基本權理論之基本構成部分。聯邦憲法法院始終在其判決中迴避使用「基本權構成要件」<sup>368</sup>的概念，而是以「保護範圍<sup>369</sup>」、「效力範圍<sup>370</sup>」、「保護法益<sup>371</sup>」或「基本權的實質要素<sup>372</sup>」來表達；至於由 Friedrich Klein 首先提出之「限制」概念，則被普遍使用。<sup>373</sup>。但重要的是：保護範圍在於標示基本權規範所擔保的保護內容。其意義在於描述基本權的積極面向<sup>374</sup>。相對的則是消極面向的基本權限制與限制可能性<sup>375</sup>。此一基本權的消極面向在基本法中即以不同的方式表現之，如基本法第 5 條第 2 項之「限制 (Schranke)」、基本法第 14 條第 1 項第 2 句之「限制 (Beschränkung)」或基本法第 9 條第 3 項第 2 句、第 10 條第 2 項、第 11 條第 2 項、第 13 條第 7 項、第 17 之一條與第 19 條第 1 項第 1 句之「侷限 (Einschränkung)」。最常見的情況則是基本法以法律保留之形式，賦予立法機關權限來為基本權利劃定界限。只有在例外情形，執行權與法官無須法律的存在亦得行使限制權限 (第 13 條第 2 項至第 5 項、第 7 項與第 18 條)。

---

<sup>367</sup> M. Kloepfer, Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts - dargestellt am Beispiel der Menschenwürde, in: C. Svarck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe anlässlich des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. II, 1976, S. 405 ff.

<sup>368</sup> 例如 BVerfGE 74, 51 (63 f.); BVerfGE 56, 216 (235 f.) 亦相類似。

<sup>369</sup> 例如 BVerfGE 35, 202 (219); 69, 1 (33); 73, 261 (270); 80, 137 (154 f.); 84, 203 (209); 84, 372 (387 f.); 85, 1 (15); 85, 386 (397); 86, 122 (128); 87, 399 (406); BVerfG NVwZ 1999, 273.

<sup>370</sup> 例如 BVerfGE 64, 72 (81); 83, 130 (143); 88, 40 (46); 94, 49 (87); 94, 115 (132).

<sup>371</sup> 例如 BVerfGE 50, 290 (354, 363); 54, 148 (155); 94, 1 (9).

<sup>372</sup> BVerfGE 32, 54 (72); 85, 386 (397).

<sup>373</sup> 例如 BVerfGE 8, 274 (328); 32, 98 (107); 33, 1 (15); 52, 1 (28); 61, 1 (10); 77, 240 (253); 79, 174 (191); 83, 130 (139); 100, 226 (245).

<sup>374</sup> 請參閱 K. Stern/M. Sachs, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, § 96 IV 7; W. Höfling, Bauelemente einer Grundrechtsdogmatik des deutschsprachigen Raumes, in: A. Riklin/L. Wildhaber/H. Wille (Hrsg.), Kleinstaat und Menschenrechte. Festgabe für Gerard Batliner zum 65. Geburtstag, 1993, S. 343 (347).

<sup>375</sup> 請參閱 Stern/Sachs, Staatsrecht III/2 (前揭註 8), § 96 IV 7; Höfling, Bauelemente (前揭註 8), S.347.

但無論是基本權規範明文或經由其他憲法規範或憲法原則，限制權限之行使本身當然亦進一步地受到限制。此一觀點，被稱之為「限制之限制」<sup>376</sup>，其可具有形式的或--更重要的--實質的性格。

關於保護範圍與其限制間的關係，可為如下的論述。而對此，與 25 年前 M. Kloepfer 教授所論述「我國基本權秩序的基本結構」與「個人自由相對於國家權力之憲法保障的基本建構形式」之確認相同。也如同其以「基本權構成要件、基本權限制與限制之限制」之基本權解釋所為之另一個「易於理解的與可預測的」的涵攝模式之確認，也依然適用<sup>377</sup>。一個清楚的基本權保護範圍及其限制之劃分可能性，如同其限制之限制不僅是較正規基本權釋義學所為的論述，也對於基本權在立法與憲法審判範疇有其重大意義。而此一清楚之三個「分項 (Kategorie)」的描述，也對一方面基本權所保護法益之維護與另一方面其在公共利益面向下所受限制之內在衡平有所貢獻<sup>378</sup>。基本權保護範圍的確認在此有其原則上的優位性。所有對其所為之國家或國家所容許的措施都視為對於該範圍的侵犯<sup>379</sup>。此一侵犯僅能在基本權限制有其正當性且必須受到「限制之限制」的檢視。而此一位階關係亦被聯邦憲

---

<sup>376</sup> K. A. Bettmann, Grenzen der Grundrechte, 1968, S. 5; Kloepfer, Grundrechtstatbestand (前揭註 1), S. 406; H. Dreier, in: 同氏著 (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 1996, VOrb. n. 91; C. Starck, in: H. v Mangoldt/F Klein/C. Starck (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar Bd. 1, 4. Aufl. 1999, Art. 1

Rn.242; A. Bleckmann, Staatsrecht II - Die Grundrechte, 4. Aufl. 1997, S. 397; B. Pieroth/B. Schlink, Grundrechte. Staatsrecht II, 15. Aufl. 1999, Rn. 274; R. Eckhoff, Der Grundrechtseingriff 1992, S. 24; W. Höfling, Grundrechtstatbestand - Grundrechtsschranken - Grundrechtsschrankenschranken, in: Jura 1994, S. 169 (171).

<sup>377</sup> Kloepfer, Grundrechtstatbestand (前揭註 1), S.405, 407.

<sup>378</sup> 請參閱 Starck (前揭註 10), Art. 1 Kn.229; Dreier (前揭註 10), VOrb. Rn. 79.

<sup>379</sup> Stern/Sachs, Staatsrecht III /2 (前揭註 8), § 78 有詳細說明; P. Lerche, Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff, in: J. Isensee/P Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V Allgemeine Grundrechtslehren, 2. Aufl. 2000, § 121 Rn.45 ff; H. Bethge/B. Weber-Dürler, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57 (1998), S. 7 ff./S. 57 ff; Eckhoff, Grundrechtseingriff (前揭註 10); W. Roth, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum, 1994, S. 7 ff.; H. D. Jarass, Bausteine einer Grundrechtsdogmatik, in: AöR 120 (1995), S. 362ff.; M. Albers, Faktische Grundrechtsbeeinträchtigung als Schutzbereichsproblem, in: DVBl. 1996, S. 233 (233).

法法院所多次明確地採用。<sup>380</sup>

在此觀點下，本論文首先就基本權保護範圍(壹)，然後特別強調法律保留(參)所為之基本權限制(貳)，最後則「限制之限制」(肆)。

## 壹、 基本權之保護範圍

### 一、 基本權的多重功能

在一則聯邦憲法法院早期所為有關基本權利的重要判決中，聯邦憲法法院對於基本權作了如下的定義：「基本權首先是作為保障個人自由領域免於受到公權力之侵犯；在此一認知下，基本權係對抗國家之防禦權。此可由基本權理念之歷史發展，乃至於各國接納基本權成為其憲法一部份內容之歷程推論之。基本法之基本權的意涵亦是如此。」<sup>381</sup>而關於此一定義，在參與決議判決(Mitbestimmungsurteil)<sup>382</sup>中幾乎逐字地重述。當然，法院甚早就認識到，基本權之權利內容不僅侷限在此一範圍。在其第一次墮胎判決既有精闢的論述：「依歷來聯邦憲法法院之裁判觀之，基本權規範並不僅是基本權對抗國家之主觀防禦權，也同時是一個效力及於所有法領域之憲法基本決定的客觀價值秩序。其亦提供立法、行政、司法之方針與啓示（指示）<sup>383</sup>。由於對於價值概念的多方指摘，早即有人<sup>384</sup>，但無論如何，在七零年代末期，改以「客觀法內容」<sup>385</sup>來替代價值秩序的稱謂。

<sup>380</sup>最明顯在 BVerfGE 32, 54 (72); 85, 386 (397). 在 BVerfGE 7, 198 (208 f.); 54, 129 (137); 61, 1 (11); 93, 266 (294) 亦同時也關注到基本法第 5 條第 1 項之所謂的「重要性」理論。

<sup>381</sup> BVerfGE 7, 198 (204 f.).

<sup>382</sup> BVerfGE 50, 290 (337 f.) - 共同決議判決; 此外 BVerfGE 21, 362 (371 f.); 33, 303 (329); 35, 79 (112f.); 39, 1 (41); 61, 82 (100f); 68, 193 (205).

<sup>383</sup> BVerfGE 39, 1 (41).

<sup>384</sup> 請參閱 BVerfGE 20, 162 (175).

<sup>385</sup> 請參閱 BVerfGE 53, 30 (57); 56, 54 (73); 92, 365 (394f); BVerfG NJW 1981, 1655 (1656); BVerfG

今日所謂的基本權的雙重或多重功能已為學界所接受<sup>386</sup>，且成為基本權學理不再質疑的構成部分，這也成為其他歐洲國家憲法<sup>387</sup>，包括歐盟法在內的一部份<sup>388</sup>。而前文所述之基本權客觀法面向，既使在目的上與客觀內容上並未完全統一，但其無疑地提升了基本權意涵的法律效力。

## 二、 基本權的客觀法面向

當然，將聯邦憲法法院視為基本權保護內容的發明者，是一個錯誤的推論。相對於「主觀法面向」所具有的多國根源，特別是英國及法國法的權利啓蒙，也同時強烈影響美國權利保障書<sup>389</sup>，所扮演的關鍵性角色，「客觀法面向」則與德國法的基本權理解緊密結合<sup>390</sup>。

---

Eu GRZ 1987, 353.

<sup>386</sup> 請參閱 *K. Stern/M. Sachs*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, § 69 有詳細說明; *Dreier* (前揭註 10), Vorb. Rn. 43 ff.; *D. Murswiek*, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar 2. Aufl. 1999, Art.2 Rn. 14 ff.; *Starck* (前揭註 10), Art. 1 Rn. 147ff.; *I. v. Münch*, in: 同氏著/P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar Bd. 1, 5. Aufl. 2000, Vorb. Art 1-19 Rn. 17 ff.; *P. Badura*, Staatsrecht: systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1996, C 17; *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn.279ff.; *T. Maunz/R. Zippelius*, Deutsches Staatsrech, 30. Aufl. 1998, § 18 II; *Jarass*, Bausteine (前揭註 13), S.347 ff.; 近期詳盡說明 *C.-Y. Chang (張嘉尹)*, Zur Begründung und Problematik der objektiven Dimension der Grundrechte, 1999, S.26 ff.

<sup>387</sup> 請參閱 *Stern/Sachs*, Staatsrecht III/1 (前揭註 20), § 69 I 2; 同氏著, Die Ausstrahlungswirkung des Grundgesetzes auf ausländische Verfassungen, in: Bundesministerium des Innern (Hrsg.). Bewahrung und Herausforderung, 1999, S. 249 (254) 有詳細說明。關於憲法院判決，請參閱 Österreichischer Verfassungsgerichtshof, VfSlg 12501/1990; spanisches Verfassungsgericht, Eu GRZ 1985, 611 (614 ff.); italienischer Verfassungsgerichtshof, Eu GRZ 1975, 162 (164); ungarisches Verfassungsgericht, in: G Brunner/L. Solyom, Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn: Analysen und Entscheidungssammlung 1990-1993, 1995, S. 256 (262f.), S.412 (416f.); polnischer Verfassungsgerichtshof vom 28. 5. 1997, in: G Brunner/L. L. Garlick Verfassungsgerichtsbarkeit in Polen: Analysen und Entscheidungssammlung 1986-1997, 1999, S.273 (276).

<sup>388</sup> *A. Bleckmann*, Europarecht, 6. Aufl. 1997, Rn.762ff.; *A. Epiney*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, 1999, Art.28 EGV Rn.47 ff.; *P. Szczekalla*, Grundfreiheitliche Schutzpflichten - eine „neue“ Funktion der Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts, in: DVBl. 1998, S. 219 ff.

<sup>389</sup> 請參閱 *Strm/Sachs*, Staatsrecht III/1 (前揭註 20), § 59 IV

<sup>390</sup> 基礎文獻如 *R. Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, S. 163; *U. Scheuner*, Die Auslegung verfassungsrechtlicher Leitgrundsätze, 1952, S. 23, 38 ff.; 同氏著, Berufsständische Versorgungsrichtlinien und Grundgesetz, 1954, S. 30 ff.; *J. M. Wintrich*, Zur Problematik der Grundrechte,

儘管有此一思想史根源，聯邦憲法法院無疑承擔著法實務對於客觀法內容的引導角色。而受到瑞士國家學的協助，在國家社會主義時期荒廢且揚棄的德國基本權釋義學的旗幟才得以繼續高揚<sup>391</sup>。此一基本權的多重理解則皆以源自基本權規範之認識為其出發點。基本權規範乃指包含基本權之法則；由此種規範導出基本權，也分配了法則詮釋的命運。而此種詮釋也一直要顧及到法規範所確立之合憲權利之特別法益；但在結構上與方法上則仍一直維持著：基於特定被承認之基本原則與富有歷史傳統之法規性的法解釋<sup>392</sup>。

---

1957; 同氏著, Die Bedeutung der "Menschenwürde" für die Anwendung des Rechts, in: BayVBl. 1957, S. 137ff.; F. Klein, in: H. v Mangoldt/F Klein (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 1957, Vorbem. A VI 4; G Dürig Die Menschenauffassung des Grundgesetzes, in: JR 1952, S. 259 ff.; 同氏著, in: T Maunz/G Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar Art. 1 (1958), An. 5 ff.

<sup>391</sup> 請參閱 H. Huber, Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, in: ZSchwR 55 n.F (1936), S. 1 a (152a); Z. Giacometti, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, 1941, S. 162f; 同氏著, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1949, S. 242ff; 同氏著, Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit, in: ZSchwR 74 n.F (1955), S. 149 (163).

<sup>392</sup> 請參閱相近見解如 Steru/Sachs, Staatsrecht III/2 (前揭註 8), § 95 有詳細說明; C. Starck, Die Verfassungsauslegung, in: J. Isensee/P Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII: Normativität und Schutz der Verfassung - Internationale Beziehungen, 1992, § 164.

基本權利：防禦權與客觀之基本原則規範  
客觀之基本權利內涵，尤其保護義務及形成私法之效力

作者：Hans D. Jarass

譯者：李建良\*

壹、起始基礎 .....	59
一、所謂基本權利之雙重性質 .....	59
二、個別之自由基本權 .....	60
貳、自由基本權客觀內涵之作用範疇 .....	錯誤! 尙未定義書籤。
一、提供對抗第三人之保護 .....	錯誤! 尙未定義書籤。
二、擴散至私法 .....	錯誤! 尙未定義書籤。
(一) 擴散至私法解釋及適用之作用 .....	錯誤! 尙未定義書籤。
(二) 私法之立法與私法之適用 .....	錯誤! 尙未定義書籤。
(三) 附論：擴散至公法之作用? .....	錯誤! 尙未定義書籤。
三、給付與分享 .....	錯誤! 尙未定義書籤。
四、滋有疑義之子領域 .....	錯誤! 尙未定義書籤。
(一) 不公平對待 .....	錯誤! 尙未定義書籤。
(二) 程序 .....	錯誤! 尙未定義書籤。
參、共通性問題 .....	錯誤! 尙未定義書籤。
一、主觀權利之性質及裁量空間 .....	錯誤! 尙未定義書籤。
(一) 學說與司法裁判中之主觀權利 .....	錯誤! 尙未定義書籤。
(二) 支持主觀權利性質之理由 .....	錯誤! 尙未定義書籤。
(三) 裁量空間 .....	錯誤! 尙未定義書籤。
二、關於概念上之名稱，尤其是保護義務 .....	錯誤! 尙未定義書籤。
肆、對於平等權、給付權及保護基本權之重要性 .....	錯誤! 尙未定義書籤。

---

\* 中央研究院法律學研究所籌備處副研究員。

- 一、平等基本權 .....錯誤! 尙未定義書籤。
- 二、給付暨保護基本權 .....錯誤! 尙未定義書籤。

聯邦憲法法院五十年，在德國是一段史無前例之成果豐碩史篇，沒有一個法院，也沒有一個國家機關，像聯邦憲法法院一樣，作了如此多正面之改變，又同時獲得公眾之肯定。的確，有一些再好不過的聯邦憲法法院裁判，也有一些裁判受到公眾強烈批評<sup>393</sup>。不過，整體而言，法院的表現可謂無與倫比。

上述實況主要歸功於聯邦憲法法院有關基本權利之裁判。法院一開始即自許為「基本權利法院」(Grundrechte-Gericht)。法院成功地賦予基本權利在德國實務上之意義，這層意義在設立法院之初恐怕還無人可以預見。基本權利重重地改變了公法，甚至也在私法上展現出明顯之作用，促使德國躋身於國際上較具基本權利份量的國家之林。

聯邦憲法法院在諸多面向上擴增且強化了基本權利之意涵。在此觀點上，法院所提出最具貢獻之釋義學上工具，厥為將基本權利理解為所謂「客觀之基本原則規範」(objektive Grundsatznormen)，並延續迄今<sup>394</sup>。此項取徑之成果是如此地豐碩，乍看之下，著實令人驚訝。因為此項取徑並不容易理解，而且被以多種方式賦予意涵。甚至在概念上之稱語亦極富變化，就連聯邦憲法法院之裁判，也是如此<sup>395</sup>。不過，基本上完全反對客觀基本權內涵之聲浪，已經少之又少<sup>396</sup>。此一內涵被看成是「基本權知識之基本立足點」(Grundstand des Grundrechtswissens)<sup>397</sup>，同時被列為「基本權釋義學之主宰性議題」(beherrschendes Thema der Grundrechtsdogmatik)<sup>398</sup>。在國際比較上，此一概念(Figur)亦展現出若干特殊之點。有些國家也有類此基本權利之理解，其中尤多受到德國討論之影響者<sup>399</sup>。但也有基本權文化同樣相當活絡的國家，在引介此種觀念時，遭逢理解上之重大困頓。甚且有若干功能上相近之概念(funktional verwandte Figuren)，受到完全不同之處理<sup>400</sup>。在此背景之下，實有必要以聯邦憲法法院新近之裁判為基礎，對於客觀之基本權內涵，重新作一番反思。

<sup>393</sup> 此二裁判群組，並非完全一致。

<sup>394</sup> 類似之評價參見 R. Alexy, Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, in: Staat 29 (1990), S. 49 (49).

<sup>395</sup> 關於術語上的問題，參見 K. Stern/M. Sachs, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, S. 918 ff.; Alexy, Grundrechte (Fn. 2), S. 51, sowie unten III 2.

<sup>396</sup> 惟仍有反對者，例如 W. Cremer, Der sogenannte objektiv-rechtliche Gehalt der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: W. Erbguth/F. Müller/V. Neumann (Hrsg.), Rechtstheorie und Rechtsdogmatik im Austausch, Gedächtnisschrift für Bernd Jeand'Heur, 1999, S. 59 ff.

<sup>397</sup> E.-W. Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, in: Der Staat 29 (1990), S. 1 (1).

<sup>398</sup> G. Manssen, Staatsrecht I, 1995, Rn. 46.

<sup>399</sup> 參見 Stern/Sachs, Staatsrecht III/2 (Fn. 3), S. 891 ff.

<sup>400</sup> 在美國，就此部分，被引導至平等原則領域的優惠性待遇(Affirmative action)以及基本權利的實踐由國會為之，而非各州。

## 壹、起始基礎

### 一、所謂基本權利之雙重性質

聯邦憲法法院關於客觀基本權利內涵之詳述，傳統上係以如下之方式表達，即基本權利具有雙重性質(ein doppelter Charakter)。早在一九五八年之呂特(Lüth)裁判中已然確立：「無疑地，基本權利主要旨在確保個人之自由領域免於遭受公權力之干預(…)。然而，同樣正確的是，基本法(…)在本基本權利章中同時建立一客觀之價值秩序，於此正彰顯出對基本權利規範作用之原則性強化」<sup>401</sup>。在此關聯中，法院提及「以基本權之權利內涵作為客觀之規範」<sup>402</sup>。與此幾近類似之表述，更早見諸於一九五七年有關夫妻課稅之裁判中<sup>403</sup>。

客觀基本權利內涵之論點，散見於聯邦憲法法院數量眾多之裁判中，可謂形塑出法院對基本權利之整體裁判見解。此點尤可藉助新近三則有關雙重性質之表述方式予以描繪：於一九九七年之一則裁判中，法院將「從基本權利衍生之對抗國家干預之防禦權」與「從基本權利客觀意涵導出之保護義務」併立呈現<sup>404</sup>。於一九九五年之一則裁判中，法院確認：「自由權(…)不單防止國家權力干預個人所享有之自由領域。同時課予國家保護及防衛此一自由領域之義務。基本權利之客觀內涵即在此種保護義務中衍發而出」<sup>405</sup>。於一九九四年之一則裁判中，雙重性質之表述方式則例外地以相反之順序呈現：「基本法第五條第三項第一句宣示學術、研究及講學為自由。據此，非僅為學術之領域揭示一種客觀之基本原則規範(…)。更是作為一種防禦權，確保每一個從事學術工作者免於國家之限制」<sup>406</sup>。

在用語上，令人側目者，乃聯邦憲法法院大量地使用形容詞「客觀之」。法院稱「客觀之基本原則規範」(objektive Grundsatznorm)<sup>407</sup>、「客觀之規範」(objektive Norm)<sup>408</sup>、「客觀之內涵」(objektiver Gehalt)<sup>409</sup>、「客觀之基本決定」(objektive Grundentscheidung)<sup>410</sup>、「客觀之價值決定」(objektive Wertentscheidung)<sup>411</sup>、「客觀之意涵」(objektive Bedeutung)<sup>412</sup>及「客觀之秩序」(objektive Ordnung)<sup>413</sup>。至於形容詞「客觀法上」(objektiv-rechtlich)一詞，則鮮少使用。此點與聯邦憲法法院向來避免以「主

<sup>401</sup> BVerfGE 7, 198 (204 f.).

<sup>402</sup> BVerfGE 7, 198 (205).

<sup>403</sup> BVerfGE 6, 55 (72).

<sup>404</sup> BVerfGE 96, 56 (64).

<sup>405</sup> BVerfGE 92, 26 (46).

<sup>406</sup> BVerfGE 90, 1 (11) 徵引 E 15, 256 (263).

<sup>407</sup> BVerfGE 80, 124 (133); 90, 1 (11). BVerfGE 39, 1 (47); 77, 170 (215)稱之為「價值決定之基本原則規範」。

<sup>408</sup> BVerfGE 7, 198 (205); 33, 303 (330); 84, 192 (195).

<sup>409</sup> BVerfGE 53, 30 (57); 85, 191 (212); 92, 26 (46); 97, 169 (176); 98, 365 (395).

<sup>410</sup> BVerfGE 81, 242 (254); 85, 191 (213). E 89, 214 (229)稱之為「憲法上之基本決定」(verfassungsrechtliche Grundentscheidung)。

<sup>411</sup> BVerfGE 7, 198 (205); 94, 268 (285).

<sup>412</sup> BVerfGE 96, 56 (64).

<sup>413</sup> BVerfGE 98, 365 (395).

觀權利上」(subjektiv-rechtlich)指稱傳統基本權內涵之作法，相互呼應。法院通常稱以「對抗國家干預之主觀防禦權」<sup>414</sup>，亦簡稱為「主觀之防禦權」、或僅稱之為「防禦權」<sup>415</sup>，或保護「個人受保障之自由領域免於國家權力之干預」<sup>416</sup>。

## 二、個別之自由基本權

雙重性質之表述方式，亦即將防禦內涵擴張之方式，尤其適合用於自由基本權之上，即原始目的在建立防禦功能之基本權利上。因此之故，以下乃先針對此等權利之領域，探討客觀之基本權利內涵。至於平等權及給付基本權，容後再論<sup>417</sup>。聯邦憲法法院幾乎對所有之自由基本權皆賦予客觀內涵，縱使其實際上之各該作用顯有差異。在各種不同之重要性上，有部分係出於各該基本權利之特性，有部分毋寧只是出於偶然。

於具體個案中，法院指出，基本法第一條第一項第二句有關人性尊嚴之基本權利具有雙重性質<sup>418</sup>。基本法第二條第一項之一般行為自由蘊含有「客觀法上之規範」(objektiv-rechtliche Vorgaben)<sup>419</sup>。基本法第二條第二項第一句暨第一條第一項之一般人格權非僅旨在保護免受「直接之國家干預」，尚且表現出一種「客觀之規範」<sup>420</sup>。基本法第二條第二項第一句之生命及身體完整性之權利，除具有防禦功能外，並孕含有價值決定之基本原則規範<sup>421</sup>。基本法第二條第二項第二句之人身自由權作為基本原則規範，構成一項客觀之價值決定<sup>422</sup>。信仰自由含有一種個人之防禦權，並在客觀意義上，保障積極從事信仰活動之空間<sup>423</sup>。在言論自由之領域，係以「客觀原則」(objektives Prinzip)構築之<sup>424</sup>。類似情形亦見於出版自由<sup>425</sup>及廣播電視自由<sup>426</sup>。藝術自由含有價值決定之基本原則規範<sup>427</sup>，基本法第五條第三項之學術自由，亦同<sup>428</sup>。此外，在基本法第六條第一項之婚姻及家庭基本權中，存有價值決定之基本原則規範<sup>429</sup>。基本法第六條第二項之父母親權非但保障父母決定之自由，對於國家而言，亦是一種保護義務，即「促進並挹助父母得以在事實條件之下」照顧其子女<sup>430</sup>。基本法第七條第四項之私人興學自由包藏有「在防禦性質之外請求國家補

<sup>414</sup> BVerfGE 96, 56 (64).

<sup>415</sup> BVerfGE 80, 124 (133), 90, 1 (11).

<sup>416</sup> BVerfGE 92, 26 (36).類似用語早已見諸於呂特(Lüth)裁判：BVerfGE 7, 198 (204).

<sup>417</sup> 參見下述 IV.

<sup>418</sup> BVerfGE 49, 89 (142); 另外，E 88, 203 (251).

<sup>419</sup> BVerfGE 89, 214 (231).此點可能僅侷限於私法自治之部分領域。

<sup>420</sup> BVerfGE 84, 192 (194 f.); 96, 56 (64).

<sup>421</sup> BVerfGE 77, 170 (214); 類似見解 E. 46, 160 (164); 53, 30 (57); 56, 54 (73); 85, 191 (212).

<sup>422</sup> BVerfGE 10, 302 (322).

<sup>423</sup> BVerfGE 41, 29 (49); 惟並未使用「客觀上」或類似用語。

<sup>424</sup> BVerfGE 57, 295 (319 f.).

<sup>425</sup> BVerfGE 66, 116 (135); 80, 124 (133).

<sup>426</sup> BVerfGE 57, 295 (320); 74, 297 (323).

<sup>427</sup> BVerfGE 30, 173 (188); 36, 321 (330 f.).

<sup>428</sup> BVerfGE 35, 79 (112); 88, 129 (136); 90, 1 (11); 93, 85 (95); 94, 268 (285).

<sup>429</sup> BVerfGE 6, 55 (72 f.); 62, 323 (329); 76, 1 (49); 80, 81 (92 f.).

<sup>430</sup> BVerfGE 99, 216 (234).

助之權利」<sup>431</sup>。基本法第八條之集會自由含有一項憲法上之基本決定<sup>432</sup>。基本法第九條第三項之結盟自由，其首要是一種自由權，但同時也具有客觀之內涵<sup>433</sup>。防禦權及客觀之原則，存於基本法第十條之信函、通信及通訊秘密之基本權利之中<sup>434</sup>。基本法第十二條第一項之職業自由，包含有「客觀之內涵」<sup>435</sup>。基本法第十三條所保障之住宅不受侵犯，呈現出一種價值決定<sup>436</sup>。

於若干之自由基本權，聯邦憲法法院迄今尚未確認其具有客觀內涵或類似之內容。譬如基本法第九條之結社自由，特別還有基本法第十四條之財產權保障<sup>437</sup>。不過，在學說上，此等基本權利之客觀意涵，屢屢被賦與<sup>438</sup>。最後可資確定的是，聯邦憲法法院從未正面地認為，基本權利欠缺客觀之內涵<sup>439</sup>。

---

<sup>431</sup> B VerfGE 90, 107 (115).

<sup>432</sup> B VerfGE 69, 315 (343).

<sup>433</sup> B VerfGE 92, 365 (393 f.); 此點並非十分清楚。

<sup>434</sup> B VerfGE 67, 157 (185).

<sup>435</sup> B VerfGE 92, 26 (46); 97, 169 (176).

<sup>436</sup> B VerfGE 18, 121 (132).

<sup>437</sup> 對於基本法第十四條之論述(B VerfGE 79, 174 [198])與基本法第二條第二項之論述(B VerfGE 79, 174 [201 f.])，其間存有值得注意之差異，可資參照。不過，於基本法第十四條第一項，制度性保障具有類似、但顯然極為有限之功能；參見 *H. D. Jarass*, in: *同作者/B. Pieroth*, *Grundgesetz-Kommentar*, 5. Aufl., 2000, Art. 14 Rn. 4. 制度性保障之概念，基本上應可歸入客觀之基本權利內涵。

<sup>438</sup> 例如 *H. Bauer*, in: *H. Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. I, 1996, Art. 9 Rn. 59 f.; *J. Wieland*, ebd. Art. 14 Rn. 145 ff.

<sup>439</sup> *Böckenförde*, *Grundrechte* (Fn. 5), S. 7.

# 基本權利的個人關聯性與法人的基本權利保護

作者：Wolfgang Rüdner

譯者：蔡震榮

## 本文導讀

擔保法人基本權的最終理由並非是此種組織上之利益，而是創設或建立該組織之自然人的利益。保護法人基本權應較能夠確保人性尊嚴與自然人之自由形成。法人是個人實施基本權之媒介，其所有超個人基本權之功能應可回溯至個人基本權上。

基本法第 19 條第 3 項並非設定在技術性意義上的『貫徹』上。它不以隱藏在法人之後自然人的基本權所保障之權利為準。依基本法第 19 條第 3 項其本身承認了法人之基本權。

基本法第 19 條第 3 項不僅適用在法人上。民法對其他社團在不同標準下也擔保其有能力作為權利義務的主體，以及在司法程序上能有效的主張。這尤其適用在主動與被動部分權利能力自由的貿易公司（尤其兩合公司），但也適用在不具權利能力的社團，尤其是政黨更受特別的保障。

何種基本權可使用在法人上的問題，若涉及自然人格之保護以及自我指控強制之保護時，也不會適用在法人上，人性尊嚴也不能適用，其他應視情況是否專屬於自然人而定。

基本法承認本國法人的基本權能力。多數意見仍採，外國法人不得為基本權主體。對於歐洲共同體成員國的國民與在歐洲共同體成員國家內的法人，若已達

到歐洲共同體成員國的同等地位，應適用與本國人相同之規定。

法人實質上的地位僅是很少透過基本法第 19 條第 3 項規定來影響的。一方面，它們存在於強調基本權的法秩序中，另一方面，它們的存在與活動絕非是由基本法第 19 條第 3 項擔保之。在法人（或部分權利能力的社團）的介入下人類行為之法律上可能性絕非經由基本法第 19 條第 3 項而創設或擴充的。

導讀 .....	62
壹、前言 .....	64
貳、基本原則 .....	64
參、基本法第 19 條第 3 項與個別基本權之關係 .....	錯誤！尚未定義書籤。
一、依個別基本權而來的集體基本權之實施 .....	錯誤！尚未定義書籤。
二、基本法第 19 條第 3 項之意義 .....	錯誤！尚未定義書籤。
三、法人之活動範圍與權力能力的相對性 .....	錯誤！尚未定義書籤。
四、法人的個別基本權之使用 .....	錯誤！尚未定義書籤。
肆、無基本權能力的法人 .....	錯誤！尚未定義書籤。
一、基本原則 .....	錯誤！尚未定義書籤。
二、外國法人與歐聯成員 .....	錯誤！尚未定義書籤。
三、公法人與隸屬於一定國家下的私法人 .....	錯誤！尚未定義書籤。
伍、結論 .....	錯誤！尚未定義書籤。

## 壹、前言

基本法視人性尊嚴與不可觸犯的與不可剝奪的人權與個人基本權，如基本法第 1 條所指出，是處在一緊密的關聯下。基本權是以個人與自然人觀點下去設計。但基本法不僅擔保傳統的結社與團結自由(*Vereins- und Koalitionsfreiheit*) (基本法第 9 條) 並給予政黨一特殊的型態 (基本法第 21 條)，而且在基本法第 19 條第 3 項明文規定國內法人基本權之適用。憲法承認人民之結社與組團體之自由，其若屬個人應保有的，則一現代自由國家應忍受甚至提供此種保障。因此，基本法追隨先前法國大革命所表徵法秩序的德國傳統，「道德人」(*moralische Personen*) 不保有基本權<sup>440</sup>。然而，有利於法人的一般憲法明文規定<sup>441</sup>，在基本法制定前之德國卻未出現。法人基本權是否適用於威瑪帝國憲法時代當時尚有爭議<sup>442</sup>。基本法對早期的意見爭議在基本法第 19 條第 3 項即以作出決定。

## 貳、基本原則

在基本法第 19 條第 3 項與在不受限地承認結社與團結自由以及承認政治性黨

---

<sup>440</sup> 有關歷史的發展，*H. Bethge*，依基本法第 19 條第 3 項的擁有基本權利者，1985，S. 21f；*A. Beckmann*，*Staatsrecht II*，3. Aufl. 1989，S. 98f；*S. Maser*，*Die Geltung der Grundrechte für juristische Personen und teilrechtsfähige Verbände*，1964，S. 4ff.；*K. Stern/ M. Sachs*，*Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*，Bd. III/1，1988，S. 1089ff.；*H. Dreier*，in: *ders.* (Hrsg.)，*Grundgesetz-Kommentar*，Bd.1，1996，Art. 19III Rn. 1ff.；*P.M. Huber*，in: *H.v. Mangoldt/ F.Klein/C.Starck.* (Hrsg.)，*Grundgesetz- Kommentar*，Bd.1.，4. Aufl.，1999，Art. 19I Rn. 220ff.

<sup>441</sup> 有關個別確定參閱，*A.v. Mutius*，in: *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*，Art.19 Abs.3(Zweitbearbeitung 1975)，Rn.1ff.；*K.-H. Ladeur*，in: *Alternativkommentar zum Grundgesetz*，Bd.1.2. Aufl. 1989，Art.19 Abs.3 Rn.6；*Stern/ Sachs*，*Das Staatsrecht III/1*(Fn.1)，S.1091ff.

<sup>442</sup> 贊同者 *L.Gerhard*，*Handkommentar zur Verfassung des Deutschen Reichs*，1932，S.444，但在 S.446 卻否認平等原則之適用；*F.Giese*，*Die Verfassung des Deutschen Reichs*，1931，S.244；*GLiebold*，*Die Gleichheit vor dem Gesetz*，1925，S. 84f.，關於平等原則；*F.Poetzsch-Heffter*，*Handkommentar der Reichsverfassung*，3. Aufl. 1928，S.430；持否定者 *C.Schmitt*，*Verfassungslehre*，1928，S.173；*ders.*，*Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung*，in: *G. Anschütz/R.Thoma*(Hrsg.)，*Handbuch des Deutschen Staatsrechts*，Bd.II，1932，S.572(594)；*F.Stier-Somlo*，*Gleichheit vor dem Gesetz*，in: *H.C.Nipperdey*(Hrsg.)，*Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*，Bd.I，

派下，否決了族群敵對的情況。基本法不僅視人類為面對於國家的個人。它承認，給予族群與共同體提供了保護與支撐，並且，對於難以貫徹國家公權力之處也承認此種保護之必要<sup>443</sup>。

學說與司法判決正確地強調，擔保法人基本權的最終理由並非是此種組織上之利益，而是創設或建立該組織之自然人的利益<sup>444</sup>。保護法人基本權應較能夠確保人性尊嚴與自然人之自由形成<sup>445</sup>。自然人之保護則立於優先考慮<sup>446</sup>。法人是個人實施基本權之媒介，其所有超個人基本權之功能應可回溯至個人基本權上<sup>447</sup>。法人之組織基於（創設）成員私法自制所創設，是在此一基礎下行動。組織本身並無寬廣的自我決定權<sup>448</sup>。法人的基本權能力如同其存在般，具有輔助性之功能。然後，以此來解釋基本法第 19 條第 3 項。一再強調此觀點的憲法法院<sup>449</sup>，尤其是對匿名的大型組織審查密度持保守態度<sup>450</sup>。

此種回溯到人性尊嚴以及人格自由發展的基本原則是獨立於，是否以所謂的『貫徹理論』隱藏在法人之後的自然人的基本權的強調或，是否將基本權典型的危險狀況視為標準<sup>451</sup>。聯邦憲法法院經常提到『貫徹』（Durchgriff）<sup>452</sup>，但卻也以基本權典型的危險狀況為準<sup>453</sup>。它提到『貫徹』這個字總是加上引號，特別是在論

---

1929, S.158(159f.), zum Gleichheitssatz。

<sup>443</sup> J. Isensee, Anwendung der Grundrechte auf juristische Personen, in: J. Isensee/ P.Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V: Allgemeine Grundrechtslehre, 1992( 2. durchges. Aufl. 2000), § 118 Rn.78ff., 其指出，基本法也擔保了社會強力組織的基本權，然而若基於強制性公共福祉理由必要下，仍得對此社會強權加以限制。

<sup>444</sup> G. Dürig, in: T.Maunz/ G. Dürig (Hrsg.), Grundgesetz- Kommentar, Art.19 Abs.3(1977), Rn.1, 此強調有理。

<sup>445</sup> BVerfGE 61, 82(100f.)。

<sup>446</sup> Isensee, Anwendung(Fn.4), Rn.4。

<sup>447</sup> Isensee, Anwendung(Fn.4), Rn.5f。

<sup>448</sup> Dazu Isensee, Anwendung(Fn.4), Rn.12。

<sup>449</sup> BVerfGE 61, 82(100f.)。

<sup>450</sup> So BVerfGE 99, 367(388ff.) 有關平等權，職業自由以及所有權。依個人關係標準反對此解釋 Isensee, Anwendung(Fn.4), Rn.75。

<sup>451</sup> 有關「此理論」 Dreier (Fn.1), Art.19 Abs.3, Rn.226ff。

<sup>452</sup> BVerfGE 21, 362(369); 68, 193 (205); 75, 192 (196)。

<sup>453</sup> BVerfGE 45, 63 (79); 61, 82(102)。關於設定在基本權典型的危險狀況下 Dreier (Fn.1), Art.19 Abs.3, Rn.21 有更多註解。

及『貫徹』到隱藏在法人之後的自然人具有重大意義以及有必要之情形下<sup>454</sup>，明顯地，此之一個貫徹並非是指技術上之意義<sup>455</sup>。此明顯地，顯現在聯邦憲法法院使用了以透視（沒有引號）（*Durchblick*）來替代『貫徹』的決定中，否則同樣地也可使用『貫徹』，並以先前司法判決『貫徹』為根據<sup>456</sup>。使用透視這個字，如法院所認為般，較民法上技術性概念使用的『貫徹』更為貼切<sup>457</sup>。

聯邦憲法法院並沒有誤認，承認法人本身之基本權以及介於法人基本權與隱藏在法人之後的自然人基本權間的差異。法院不得持此種觀點，亦即，只有在干預法人基本權之同時，也干預了隱藏在法人之後的自然人基本權，才屬重要。然而，貫徹概念之思考對聯邦憲法法院而言並不陌生，就如司法判決對公營事業自我控股公司所為之判決顯示出<sup>458</sup>。對此否認其有基本權，因為他們是與隱藏他們之後公法人為同一體<sup>459</sup>。

---

<sup>454</sup> BVerfGE 75, 192 (196) 繼續引用該爭議之司法判決。

<sup>455</sup> 憲法法院司法判決正確地評價參閱 *E.Schmidt-Aßmann*, Zur Bedeutung der Privatrechtsform für den Grundrechtsstatus gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen, in: Festschrift für *Hubert Niederländer*, 1991, S. 383(387f.)。

<sup>456</sup> BVerfGE 61, 82(101)並以 BVerfGE 21, 362 (369)為根據。

<sup>457</sup> *Isensee*, Anwendung(Fn.4), Rn.5。

<sup>458</sup> 比較下列參之三。

<sup>459</sup> BVerfGE 45, 63 (79f)；針對此提出批評 *B. Pieroth*, Die Grundrechtsberechtigung gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen, in: NW VBl.1992, S.85ff.

# 人的生命與尊嚴

作者：Michael Kloepfer\*

譯者：李震山

## 導讀

作者在聯邦憲法法院成立二十五週年慶論文中，曾撰寫「聯邦憲法法院有關基本權利構成要件及基本權利限制 – 以人性尊嚴為例」一文，經過二十五年後，他仍重申前論文之主要觀點，即基本法第二條第一項第一句所保障的生命權，依同條同項第三句得以法律干預之。既然生命權之干預都適用「法律保留」，何以基本法第一條第一項的人性尊嚴保障卻明文規定不可侵犯(unantastbar)，他不表贊同。因此在本篇論文中，作者將生命權與人性尊嚴保護法益、保護範圍、保護主體、干預之要件與理由分別依學說、聯邦憲法法院實務及其個人見解深入分析，仍認為生命權與人性尊嚴基本權利的保障與限制有其一致性。作者一再強調，縱然有以下理由：1.雖然基本法第一條第一項明定，人性尊嚴不可侵犯；2.縱然透過基本法第七十九條第三項有關修憲界限之規定，再度強化人性尊嚴保護的重要意義；3.即使聯邦憲法法院將人性尊嚴列為最高價值之基本權利，人性尊嚴仍不應是絕對無例外的不得以法律明文限制之。他仍然堅持他的主張合乎基本權利保護體系解釋之一致性，才能有彈性的衡平相關法益外，也才能為保護人性尊嚴預留空間，特別是適用在生殖醫學與基因科技範圍上，從而提升未來實踐之可行性。

## 目次

---

\* 非常感謝我的助理先生 Matthias Rossi 博士極有助益的協力。

- 壹、 二十五年後個人的開場白
- 貳、 導言
- 參、 生命與尊嚴合屬生命內容
- 肆、 人的生命與尊嚴之法律保護
- 伍、 人性尊嚴與生命基本權間之基本權一致性？
- 陸、 限制基本法第一條第一項、第二項及第二條之將來性

## 壹、 二十五年後個人的開場白

某人與 K 先生重逢，與之招呼說：「您根本都沒變！」。K 先生回應「噢！」且面色黯然。(出自 B. Brecht 之作品；再見)

Brecht 的看法在很多方面或許是過時，但在這裏肯定不是。當我將聯邦憲法法院成立二十五時所寫的論文<sup>460</sup>，與現在所寫的論文題目範圍作個比較，確定當時與今天所選的題目，皆還正確，也就使我想起 Brecht 那美麗的故事。我過去的基本論點，係闡述生命為憲法最高價值。所以在整體基本權利秩序下，對生命之限制，必須約制在限制最小範圍內。生命基本權既然處於法律限制保留之下，人性尊嚴亦無不同。人性尊嚴之限制不會少於生命，迄今我仍持這樣的觀點。

我不知道，我是否在上述認知下，應如同 K 先生一樣臉色黯然，或者至少應有一點黯然，不過，我也自有懷疑，尤其是著眼於我可能減弱的學習能力。或許我沒有從我的同仁對我過去那篇論文的批評文章<sup>461</sup>中學習，縱然那些批評或許

---

<sup>460</sup> M. Kloepfer, Grundrechtstatbestand und Grunderchtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – dargestellt am Beispiel der Menschenwürde, in: C. Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 2, 1976, S.405ff.

<sup>461</sup> 例如 K. Stern/M. Sachs, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, § 58 II 3 a (S.23f.); W. Höfling, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 1996, Art.1 Rn.11 有詳細說明。

較充滿感性或者太世界觀？問題關鍵在於，整個世界在過去二十五年已有明顯變化，何以我的論述仍堅持不變？世界的變化包括兩德統一、社會主義集團之解體、去國家化及再整合、政黨國家的強化、密集的歐洲化、全球化、不願受規制及憎惡外國人、企業大合併及破紀錄的失業率、環境保護增強及串連、「沒有什麼不可以」及愛滋病蔓延、尤其是醫學快速進展及科技徹底變革、特別是生物科技與資訊科技以及科學的形成 – 在如此變化下，我的論點仍應不變嗎？經由基因科技以至複製人、經由生殖醫學、經由蒐尋科技及資訊科技，以及經由幾乎無界限的縱容，難到不應將人性尊嚴保護推向極致嗎？我還是不贊成應改變看法，我仍維持應限制基本法第一條第一項的見解（譯按：人性尊嚴應可限制）。法律保留，使生命權減少並遠離傷害，人性尊嚴亦作如是觀。

基於此種確信，決定撰寫這篇紀念論文，希望比起從前，不會與出版者所擬之主題，離題太遠。

## 貳、導言

以「人的生命與尊嚴」作為聯邦憲法法院紀念論文之題目，可有不同方式之理解。例如從法院判決，可分為生命權及人性尊嚴不可侵害兩部分評述。然而，若將「人之生命」與「人的尊嚴」分成兩部分分別論述(*additive Darstellung*)，就無法完全涵蓋題旨之範圍，並非將人的生命與尊嚴先後分別論述，而是將兩者當成一體處理，毋寧是本論文最為緊要者，因此，題目用的是「與」字，不是理解為先後，而是理解為結合。

## 參、生命與尊嚴合屬生命內容

對題目的理解，首先涉及實際生命內涵的客觀觀察，聯邦憲法法院對此議題範圍已處理過，或許在未來還會處理。特別醒目的就是有關墮胎法律行為之判決案<sup>462</sup>。於此便問到，胎兒已具生命本質，是否承認其有人性尊嚴。此即清楚顯示，將基本法第二條第二項第一句所保障人的「生命」，與由基本法第一條第一項所保障人的「尊嚴」，結合成關係客體。人亦是本題目處理共同取向點，而生命與尊嚴並非人可任意處置之法益，而是構成人的本質。一個人的生命或尊嚴沒有保障，在憲法上是無法想像的。在憲法意涵下，人的存在究竟始於何時，終於何點，或該時間限制是固定的或流動的，無論如何皆屬現實的問題，且從法律觀點言，該等問題同時發生在生命與尊嚴上，不能分開回答。由基因科技所產製的胚胎是否有人性尊嚴<sup>463</sup>；孩子是否包含在財產損害之概念<sup>464</sup>；死亡協助是否被允許，或者在何種要件下有可能被允許，或者根本被禁止；為救其他的人，可否許可一個人的死亡，例如：以「終極營救射擊」<sup>465</sup>（譯按：例如為營救遭挾持之人質，一槍將挾持者擊斃，以射殺為目的之射擊），例如將床位合理分配給急救站或捐贈器官給病患（提供器官之病患是否確實死亡，往往不被正視），以上問題始終涉及生命與尊嚴，因為它都關係到人<sup>466</sup>。

在這些介於人性尊嚴與生命基本權的所有關聯性上，不能輕忽的是，生命法益與人的尊嚴在基本權聯結意涵上，並非經常是平行的且同時皆需強烈保護的，換言之，必是在交互影響下形成交錯的基本權利競合。反之，彼此也可能處於基本權利衝突下。此種衝突出現在多個基本權利主體，例如一個人的生命對抗

---

<sup>462</sup> BVerfGE 39, 1ff.; 88, 203ff.

<sup>463</sup> 可參照之文獻；例如 R. Lukes/R. Scholz(Hrsg.), *Rechtsfragen der Gentechnologie*, 1986; W. Graf Vitzthum, *Gentechnik und Grundgesetz*, in: *Festschrift für Günter Dürig*, 1990, S.185ff.

<sup>464</sup> 於此，聯邦憲法法院二庭有相互矛盾的見解，BVerfGE 88, 203(296)（第二庭），BVerfGE 96,375ff（第一庭）；另請參閱 T. Brandner, *Das Bundesverfassungsgericht und der Dissens über die Divergenz*, in: *Humboldt Forum Recht* 1998, Beitrag 1 (<http://www.humboldt-forum-recht.de/1-1998/Text.html>).

<sup>465</sup> 例如：P. Kunig, *Grundrechtlicher Schutz des Lebens*, in: *Jura* 1991, S.415(422).

<sup>466</sup> 文中所提問題之時代性，就反映在德國聯邦眾議院設置「現代醫學立法與倫理」調查委員會。其致力於涉及生殖醫學、胚胎保護、基因診療及複製人，以及有目的干預人類遺傳特質及對有同意能力人之研究。參考 BT-Drs. 14/3011.

另一個人的尊嚴（例如於未經同意之器官摘取。譯按：以該器官救助或延續另一生命），對此，基本權利釋義上並無特殊性，它必須依儘可能周延衡平原則，以獲得法益衡平之解決<sup>467</sup>。在雙方基本權利主體之基本權利，就所稱法益間予以最適化後，當然會有所修正並先作出決定，但人性尊嚴若是具有不可限制性（依通說是如此，但有問題<sup>468</sup>），前述衡平審酌原則上就無法展開。從必要的相對性之正確認知言，即使是人性尊嚴，在嵌入憲法價值世界內，自不得以人性尊嚴優先（*per-se-Vorrang*）為出發點。

當生命與尊嚴法益在一個人或同一個人中產生衝突時，就形成一特殊狀況，例如很有尊嚴的活著，似乎已不可能，因此表示或至少以言語表示結束生命之意願，藉以獲取人的尊嚴。就此種基本權潛在矛盾，似乎只有以限縮基本權利競合意義解決之。以下將就此展開論述。

---

<sup>467</sup> 基本上參考 *P. Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht*, 1. Aufl. 1961, S.164ff.

<sup>468</sup> 參照 *Kloepfer, Grundrechtstatbestand* (Fn.1), S.411ff.

# 人格保護與資訊自決權

作者：弗立德漢·胡玢 (Friedhelm Hufen)

譯者：翁曉玲\*

## 目次

### 壹、導言

- 一、令人印象深刻的「人格自由發展」歷程
- 二、人類學上的鏈環：人類圖像、領域理論和黃金法則
- 三、本文目的

### 貳、人格保護—隱私保護

- 一、出發點—體系位置
- 二、個別的保護範圍與保護領域
- 三、侵害定義的問題
- 四、限制

### 參、資訊自決權利

- 一、出發點
- 二、資訊自決權—回應新興科技的挑戰
- 三、反應

### 肆、發展自由 — 一般行為自由

- 一、出發點：自由的發展
- 二、一般行為自由的發展
- 三、限制

### 伍、展望

---

\* 本文譯者現為國立清華大學通識教育中心暨科技法律研究所副教授，德國慕尼黑大學法學博士

## 導讀

本篇文章「人格保護與資訊自決權」係由德國著名公法學者胡玠教授所執筆。此項法律議題，對我國公法學界而言，其實並不陌生，近年來不時常見相關的法律著述，但無論係就研究的深度或是廣度上來看，似仍不如德國公法學界的發展，尤其是在法院實務所累積的案件量上更是無法比擬，僅以德國聯邦憲法法院裁判為例，聯邦憲法法院迄今作成相關主題的判決早已堆積如山。在面對如此大量的憲法法院判決之時，胡玠教授摒棄傳統地依時間排序的方式去進行各項判決的分析，而是綜觀人格權保護相關的憲法法院判決，宏觀地研究分析聯邦憲法法院對於該項基本權利所勾勒出的基本架構、未來發展的遠景與在過去 50 年歲月中曾經為人格和人格發展自由保護和解決個人與團體之間的緊張關係付出的努力。

本文研究觀察的角度乃是由內而外，主要分成三大部分：首先討論人格權與隱私領域的保護（第貳章）、其次討論資訊自決權的憲法上基礎與面對新興科技的回應（第參章）、最後則是探討人格發展自由，亦即一般行為自由的保護（第肆章）。

在德國基本法中，其實向來欠缺一項如同美國法上的隱私保護或獨處權之隱私基本權規定。然而，此並不表示人格與個人隱私因而不受基本法之保護；相反的，聯邦憲法法院很早即根據基本法第 2 條第 1 項連同第 1 條之規定發展出一般人格權，將隱私、自決和個人名譽納於其保護傘下。不僅如此，聯邦憲法法院更進一步研究其標準與界限，其提出「領域理論」，將個人的生活領域區分為私密領域、個人領域和社會領域，並分別受到程度不同的保護。胡玠教授於文章中列舉了許多著名的案例作為說明，且提及「領域」劃分的說法恐流於僵化的問題，最後於第二章後段部分則指出了比例原則才是領域理論真正的重心。

資訊自決概念的興起，其實是新興科技所帶來的資訊危害。聯邦憲法法院於

此並無意發展一項全新的權利或者是全新的基本權利；對於外部侵害的檢驗標準，自始至終仍是一般人格權。因此，立基於一般人格權的資訊自決權，其主要保護的內涵即是個人資訊決定自由，每個人都有權知道並決定有關個人資料儲存目的、內容、地點及傳送。胡玠教授於此提出了「愈、愈、愈」比較公式，亦即：資料越是涉及私密領域或是特別的信賴關係，則比例原則的檢驗就應愈加地嚴格。

至於有關一般行為發展自由，胡玠教授則提出了一項個人自由最高指導原則，即是：「個人的自由止於他人自由的界限」。一般行為自由固然受到基本法第 2 條第 1 項之保護，但亦受到法律限制。為避免此項基本權利受到不當的限制，胡玠教授認為應機動的運用比例原則，以限制國家限縮基本權利的權限。

對於聯邦憲法法院過去 50 年來在人格權保護與資訊自決所做的耕耘，胡玠教授基本上給予肯定。他認為，聯邦憲法法院一方面已克服了從最深層的人格核心乃至最外圍的發展自由等種種限制問題；另一方面，其做成的判決內容多能反映出社會發展現狀，至少判決提供了足夠的觀點，在無須扭曲法條的情形下，可面對基本權利發展之新興挑戰。

## 壹、導言

### 一、令人印象深刻的「人格自由發展」歷程

德國基本法第 2 條第 1 項前段簡要地規定：「人人皆有人格自由發展的權利。」如果我們回顧 50 年來對於此項基本權的解釋為：「基本法第 2 條第 1 項是一般性的規範公式，其重要性完全退居於其他特別自由權之後，也因此它並未具有獨立的規範內容。」或許將無人會懷疑，相對於其他特別自由權保障，此項規定具有抽象性、一般性與立即明顯之補充性。

當然，聯邦憲法法院的判決並非如此容易解釋。聯邦憲法法院雖然一再強調基本法第 2 條第 1 項僅是補充其他的特別基本權，<sup>469</sup>但亦從一開始就指明，基本法第 2 條第 1 項的規定，除保障「已明文列舉」之自由權外，亦保障那些構成獨立的人格保護基本權和一般行為自由等「未明文列舉」的基本權利。若有人認為其乃「攔截（防漏）的基本權」（Auffanggrundrecht），則只說對了部分。雖然在基本法第 2 條第 1 項的規範羅網中，實際上僅有那些無法定位在特別基本權利情形者才會劃歸於此。然而，剩餘的基本權利內容仍有許多面向，此使得基本法第 2 條第 1 項規定在聯邦憲法法院的主導下有著令人驚奇之發展。純就「人格保護」與「人格發展」的關鍵詞來看，從字面上即發展出意想不到的多樣化，從私密領域保護乃至森林中騎馬、從資料保護乃至餵養鴿子、從基因確認的認識乃至未來一般傳播與資訊憲法的藍圖等。幾乎無一事項是不適用於此項條文範疇之中（只要不考慮個別基本權利的話）。

此等發展緣由其實不難理解：一方面是聯邦憲法法院清楚保守的態度，其將「原來人格保護的主要基本權利」——基本法第 1 條之人性尊嚴保障，運用於解

---

<sup>469</sup>此看法首見於聯邦憲法法院判決：BVerfGE 6, 32 (37);之後陸續見於 BVerfGE 13, 290 (296); 79, 292 (304); 85, 219 (223)等聯邦憲法法院判決。

決人格權保護的核心案件上。另一方面，法院很早即瞭解，基本法第 2 條第 1 項之抽象及一般性的條文內容提供給憲法裁判一個寬廣的空間，使其可個別地且彈性地因應現代法治國家中多元的社會、經濟及技術的發展和挑戰。基本法第 2 條第 1 項因而被解釋成爲「萬能武器」(Alzweckwaffe)，依此解釋，未經制憲者先前決定之事項，即可經由法院繼續發展並適用於新的問題上。抽象化乃是制憲者於面對歷史發展的多元化之時明智的自我節制，此顯示出聯邦憲法法院於 50 年代之際，即握有果斷處理並且發展成今日適用案例之廣度與深度的機會。此無關乎「不合法」的法官法(das unerlaubte Richterrecht)。其原因在於，人格發展之保護雖受到許多新興發展之危害，但也因在基本權利的庇護下，新的保障內涵不斷形成，因而更促進了人格發展之保護。經常討論的「資訊自決的基本權」，在此即是一項適例。

## 二、人類學上的鍊環：人類圖像、領域理論和黃金法則

另外，憲法本文高度的抽象性和各式各樣的新舊適用問題，本會使得涉及基本法第 2 條第 1 項的判決發展成爲一個僅依照字母排序去分類先例的「案例法」(case law)的遊戲園地。

然而，面對多元化和所有方法論上的批評（部分是有理的批評），聯邦憲法法院於解釋基本法第 2 條第 1 項規定時，早就採用有效的案件交叉方法，—— 正如今日每位學生所熟習的『限制體系』一樣 ——，去建立此項基本權利的條文輪廓和理論架構。比較重要的，是人類學上的基本論述，其確立了差不多所有與基本法第 2 條第 1 項有關之判決背景，即是：人性圖像、領域理論和『黃金法則』(die Goldene Regel) —— 個人之自由止於他人自由的界限。

聯邦憲法法院初次在投資扶助判決中(Investitionshilfe-Urteil<sup>470</sup>)所提出並且 X 備

---

<sup>470</sup> BVerfGE 4, 7;相關的有 BVerfGE 8, 274 (329); 27, 1 (7); 27, 344 (351); 33, 303 (334); 50, 290 (353);

受嘲笑的「憲法的人性圖像」概念，以很簡單的將自由和社會拘束二分法的觀點，不僅束縛了整體社會哲學，同時亦使基本權的保護和基本權的限制進入了緊張的局面：基本法重視人的個體性，並且表明人格自由乃具最高價值<sup>471</sup>；人絕不是受國家照顧和監護的「社會客體」。但另一方面，人也不是孤立的個體：猶如羅賓遜身處在自我發展的孤島上。人是受到拘束的，並且對於團體和環境負有社會責任。在個案中的緊張關係變化越強，則投資扶助判決中所指的『人性圖像公式』(Menschenbild-Formel)就越難以解決具體的疑難案件。『基本法中的人性圖像』，迄今對於人格權和人格發展自由的詮釋，提供了一項固定卻又彈性的人類學的框架。

個人化和社會化的緊張關係，不久之後因「領域理論」(Sphärentheorie)的出現，而得以在聯邦憲法法院的判決中具體說明。相較於人性圖像，領域理論更為複雜、多變且爭議較多，但是大致上較為生動，因而具有說服力：每個人都會面臨不同的隱私領域，因此亦有不同的、從內至外環繞人格為主的保護需求。絕對不得侵犯的私密領域，乃人格核心，與社會接觸的其他隱私領域，則為核心之外環。更外圍的範圍，則是社會領域 — 其界限直到當今公開表演的演藝人員或是參與政治活動的領域。<sup>472</sup>此等概念的貢獻和其明顯的危險即是，地理界限大致清楚且容易記住：一件事情倘若越與內部的私密領域、家庭、住所等範圍有關，則越強調個人權利，同時國家對之侵害（干涉）的正當性要求亦越高 — 但此等侵害亦止於最內在的核心，因為於此範圍內不允許任何的侵害。又個人倘若勇於對外在社會敞開自我、與其他人的交流和接觸越多，則社會要求資訊和公開的請求權則越強，並且國家和私人的侵害亦越容易正當化。

至於聯邦憲法法院本身是否始終堅守領域理論的問題，於此暫不討論。另外，針對「領域」及其相關限制架構欠缺明確界限和法條應用性的批評，亦擬於它處

---

56, 37 (49)。

<sup>471</sup> BVerfGE 7, 377 (405)。

<sup>472</sup> 關於此項基礎 BVerfGE 27, 1 ff.; 27, 344 (350); 32, 373 (379); 34, 205 (262); 34, 238 (245)。

再深入探討。無論如何可確定的是，領域理論作為限制體系並且作為比例原則之架構，乃係一項具有說服力的屏障，此有助於防止判決瓦解成為純脆「個案法」(Fallrecht)。

在基本法第 2 條第 1 項兩項句子的緊張氛圍中，確立了一項重要的康德黃金法則，即是：個人的自由止於他人自由的界限。Herrenchimsee 草案的當時起草條文謂，「人人均有在符合法規限制與善良風俗之範圍內，從事一切不傷害他人行為之活動自由。」<sup>473</sup>眾所周知的，此項草案條文並未成為憲法規定。然而，聯邦憲法法院卻明顯的從一開始即將此草案條文視為法律，並於詮釋「合憲性秩序」時，同時將法律保留建置於本項規定之中。此外，聯邦憲法法院也致力於對該項基本權利的運用可能性、其與一般基本權學理的適用關係、以及在面對各式各樣案件中發展出具有說服力的判決實務等事項之研究。

### 三、本文目的

本文之意義，並非在於廣泛的評論和評價聯邦憲法法院對於基本法第 2 條第 1 項所做判決。更不是單純地按年代順序來排列案例。相反地，本文嘗試研究聯邦憲法法院裁判中基本權利的基本架構與其未來發展的立場，並且於文章中亦將就聯邦憲法法院為保護人格和其發展自由，以及為解決個人與團體緊張關係所做的努力進行評析。至於觀察角度，則是由內而外，首先討論人格權與隱私領域保護（本文第二章），其次是資訊自決（本文第三章），最後則是人格發展自由保護（一般行為自由）（於本文第四章）。

---

<sup>473</sup> W. Matz, Abschnitt I: Die Grundrechte, in: K-B. v. Doemming/ R. W. Füsslein/ W. Matz, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, in: JöR 1 n.F. (1951), S.41 (54)。

# 聯邦憲法法院判決中的平等原則與歧視禁止\*

作者：Juliane Kokott

譯者：李惠宗

## 導讀

聯邦憲法法院對於以平等原則作為規範審查標準時，起初只是以「法律規定」是否考慮到不相關的因素，是所謂「恣意禁止原則」作為審查的標的，至於事實上是否產生不平等，不再審查範圍內。此種規範審查是最寬鬆的。平等原則不只是適用在自然人的比較上，對於國家對待其他公法人團體，亦有適用。德國加入歐盟，因為德國的產品標準比歐盟的標準要高，故國內人民受到不利益的結果，亦受平等原則的審查。

聯邦憲法法院從原先只是適用「恣意禁止原則」，但後來加上違反比例原則的審查，於是在平等原則的審查上，慢慢取向於類似美國的二重基準說。在一般平等原則的審查上，聯邦憲法法院採取較為寬鬆的標準，在以其他因素為差別對待基準的法律規定上，就採取較為嚴格的審查標準。後來聯邦憲法法院也考慮到，如果因為法律規定的結果，「對於基本權的保障會產生不利的效應」，是所謂「事實上的不平等」，在個案上應該考慮到是否有合理化此種不平等的法律效果的事由，否則亦屬違反平等原則。

基本法第 3 條第 2 項（男女平等）及第 3 項所規定的特別平等（不得因出身、種族、語言、籍貫、血統、信仰、宗教或政治見解而差別待遇），司法審查的密度應比一般平等要求更高。基本法第 3 條第 2 項有關「婦女保護及促進」與同條第 3 項之「不得因身體殘障而受歧視之禁止」，不只是消極地要求不得違反平等原則，更要求國家應採取積極的促進措施。

其他基本法的所特別規定的價值，如果能夠合理化差別對待，尚非違反平

---

本文所處理的聯邦憲法法院判決係自第 40 冊開始（1975）。文獻只有部分選擇性的運用。

【譯註：本文註腳多所引用前後文頁次的論述，經本譯文查證後已標注其所引用之適當段落。】

等原則，例如基本法第 6 條有規定，婚姻及家庭的特別保護以及非婚生子女的保護，準此在其他相配套的措施，亦應形成相對應的法律效果，在所得稅法上，不可因為結婚之後，反而在課稅的負擔上更重；對於子女的扶養支出，亦不得視為個人之消費。

至於違反平等原則的法律規定，聯邦憲法法院並沒有一律宣示其為立刻失效，而只是會宣告與基本法第 3 條不符而已。法律違憲無效之宣告，只有一種情形，為尊重基本法第 3 條，聯邦憲法法院很確定地認為，立法者在無效的宣告之後，仍然會選擇相同的版本加以規定。但實證上，該被宣告違反平等原則之規定，在判決要旨的範圍內，其他法院以及行政機關不會再加以援用。此外，違反被宣告與基本法第 3 條不符之規定者，亦不得被處罰。對於違反平等原則的立法，聯邦憲法法院亦會直接明白宣示應採取何種具體措施。但基本法第 3 條第 1 項不能要求「不法的平等」（*Gleichheit im Unrecht*）。

本文認為，聯邦憲法法院在恣意禁止的審查標準下，頗具成果，但在特別平等的嚴格審查標準下，被宣告違反平等原則法規反而不多。

## 目次

### 壹、一般平等原則 —— 權利主體與相對人

- 一、不只是對基本權主體有效
- 二、對本國人歧視的可適用性？

### 貳、基本法第 3 條第 1 項範圍內的審查密度

- 一、評價的開放性
- 二、從恣意禁止之公式到違反比例的不平等對待之禁止

### 參、目錄的形成

- 一、基本原則
- 二、與個人有關的區別
  - （一）與個人有關的區別其範圍的分級
  - （二）與個人因素相關的區別之例證與反例證
  - （三）審查標準的修正/效應
- 三、與事件有關的區別

#### 四、在受到基本權保護領域的效果

- (一) 一般行為自由（基本法第 2 條第 1 項）
- (二) 婚姻與家庭之保護（基本法第 6 條第 1 項）
- (三) 職業自由、考試（基本法第 12 條第 1 項）
- (四) 有效的權利保護(基本法第 19 條第 4 項)
- (五) 他基本權

#### 五、立法的審查、特殊領域

- (一) 稅法
- (二) 規定日期規則（Stichtagsregelung）
- (三) 大量事件的類型化

#### 六、司法審查

- (一) 法院判決是否違反恣意禁止
- (二) 一般目錄的影響
- (三) 法院程序：訴訟上的武器平等

#### 七、就與其他國家的關係採取較低的審查密度

#### 八、國家保護給付事項採取較輕的審查密度

#### 肆、男女平等權（基本法第 3 條第 2、3 項）

- 一、權利主體、相對人
- 二、基本法第 3 條第 2 與第 3 項的關係
- 三、婦女之保護與促進（基本法第 3 條第 2 項）
  - (一) 社會實態的列入考慮
  - (二) 積極措施
  - (三) 對積極措施的審查密度
  - (四) 基本法第 3 條第 2 項第 2 句

#### 四、歧視禁止（基本法第 3 條第 3 項與第 3 條第 2 項之舊解釋）

- (一) 連結禁止的嚴格審查
- (二) 男性所受到的劣待
- (三) 基於何要素的劣待（基本法第 3 條第 3 項）

#### 伍、基本法第 3 條第 3 項所涉其他歧視禁止

- 一、籍貫

二、信仰、宗教或政治觀點

三、身體殘障

陸、進一步的特別平等原則

一、婚姻及家庭之保護(基本法第 6 條第 1 項)

二、非婚生子女之相同地位（基本法第 6 條第 5 項）

柒、違反平等原則/歧視禁止的法律效果

捌、結論

## 導論

平等原則與歧視禁止較之於其他基本權，與時間與文化有較密切關係，故聯邦憲法法院的判決往往能夠反映出社會歷史<sup>474</sup>。以下本文首先要論述一般平等原則，其次論及男女平等。進一步要討論特別歧視禁止。其中，本文將特別置意聯邦憲法法院所適用的審查標準。

### 一般平等原則 —— 權利主體與相對人

憲法法院審查的標的在規範上僅以法律上，而非以事實上的不平等為其標的<sup>475</sup>。

#### 一、不只是對基本權主體有效

平等原則不只是對自然人有效，依基本法第 19 條第 3 項，對法人亦有效力——作為法治國要求的一種呈現——在高權主體相互間亦有效力<sup>476</sup>。有關公法法人或公營造物間之規則，立法者亦受到平等原則之拘束，縱使此些公法上法人不能援引基本權，亦同。在平等原則中，一般法律原則係從一般正義原則中所導引出來的；因此，平等原則客觀上在高權國家組織的關係中，亦有效力<sup>477</sup>。

#### 二、對本國人歧視的可適用性？

平等原則僅在要求特定一個行政主體，而不是要求多個互相獨立的行政主體的平等對待<sup>478</sup>。請求平等對待的權利，只是賦予個人有權請求在權限分配體制下有具體管轄權的機關，故不同的邦機關與基本法第 3 條第 1 項無涉<sup>479</sup>。

平等原則在歐洲共同體法與德國法的共同影響下，在某些情形下，會產生所

---

<sup>474</sup> 此一面向有所闡述的是 *J. A. Frowein*, Die Überwindung von Diskriminierung als Staatsauftrag in Art. 3 Abs. 3 GG, in: F. Ruland/B. Baron v. Maydell/H.-J. Papier (Hrsg.), *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats*, Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag, 1991, S. 157 ff.

<sup>475</sup> BVerfGE 92, 26 (51) – Zweiregister; 針對事實平等觀念，請參 *C. Starck*, Die Anwendung des Gleichheitssatzes, in: C. Link (Hrsg.), *Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat*, Symposium zum 80. Geburtstag von Gerhard Leibholz, 1982, S. 51 (56 f.).

<sup>476</sup> BVerfGE 83, 363 (393).

<sup>477</sup> BVerfGE 76, 130 (139); 亦請見 E 41, 1(13); 請見肆、一有關鄉鎮的論述。

<sup>478</sup> BVerfGE 79, 127 (158).

謂本國人歧視的問題。例如外國啤酒商自 1987 年以來進口「非純啤酒」到德國銷售<sup>480</sup>，相對的，自始即在德國境內產製（生產並銷售）的啤酒商，必須遵守德國純度的要求<sup>481</sup>。這會產生一個結果，只有從事進出口業務的人可以引據歐洲共同體條約的貨物進出自由（Warenverkehrsfreiheit）。對一直在國內從事製售的人而言，國內法（此係指純度要求）是較嚴格的，此時他們可以主張基本法第 3 條第 1 項而認為，國內法係屬違反平等原則嗎？或有見解認為，此種國內歧視並非完全地可歸因於同一高權主體，而是要歸因於歐洲法與德國法共同作用的結果。但相反的見解認為，根據聯邦憲法法院的觀念，特別是在馬斯垂克判決<sup>482</sup>，歐洲共同體法之所以在德國的發生效力，正係援引德國的適用命令所致（，故此情形亦應適用平等原則）。

該同一——德國——的高權主體，應該為其國內法之效力及歐洲共同體法在德國所發生之效力負責。因此基本法第 3 條第 1 項也包括所謂的本國人歧視<sup>483</sup>。整個德國法律制度要適應歐洲標準，為避免其間可能產生不希望發生的效果，人們應該在歐洲共同體法的效力中，能夠理解基本法第 3 條第 1 項意義下差別充分的理由。

### 基本法第 3 條第 1 項範圍內的審查密度

#### 一、評價的開放性

法理上應該區別符合要件與不符合要件的事實與行為方式，亦即法向來要求應予區別。因此一般平等原則不是要求形式上的各事實、行為方式及群族的平等對待，而是取向於正義思想的區別標準的適用<sup>484</sup>。然而此種取向於正義的標

---

<sup>479</sup> BVerfGE 76, 1 (73); 52, 42 (57 f.); 51, 43 (58 f.).

<sup>480</sup> EuGH, Rs. 178/84, Slg. 1987, 1227 – Reinheitsgebot für Bier.

<sup>481</sup> 一個在德國生產以及出口的啤酒商，推定上也能夠就其停留在德國境內銷售的啤酒，而主張貨物進出自由，因為透過事實被強制必須針對國內外的產銷環境而創造出不同的產品時，此種貨物進出自由將會受到侵害。

<sup>482</sup> BVerfGE 89, 155 ff.

<sup>483</sup> 相同見解，L. Osterlob, in: M. Sachs (Hrsg.), Gundgesetz-Kommentar, 2. Aufl., 1999, Art.3 Rn. 71; 有關歐洲共同體法的法律狀況，請參 A. v. Bogdandy, in: E. Grabitz/M.Hilf (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 6 EGV (1994), Rn. 52-54.

<sup>484</sup> 例證請參 BVerfGE 83, 89 (107 f.); 53, 313 (329); 53, 164 (179); 52, 1 (28); 50, 177 (186); 50, 386 (392).

準並不存在。在一定範圍內，儘管正義的基礎規範應作為一種原則，應與文化與時代無關，但一般平等原則仍僅具有空洞的內容<sup>485</sup>。這也就是平等原則的脈絡上特別的拘束性以及歧視禁止，在具體的案型呈現上，卻常與時代及文化有密切關係的理由。

聯邦憲法法院特別強調，事物領域上差別對待基準有精確化的必要，這也是因為平等原則具有開放性結構的關係。「至於[……]平等原則的適用，在事理上是否站得住腳或不相關因素作為差別對待基準因此被認為係屬恣意的，不能抽象的以及一般化確認，而應經常將具體事實所應適用規範的特性納入考慮。平等的規範上要求，因此必須考慮所擬規範的事物領域的細節。平等原則要求，一項法律所採取的不同的對待，必須有一個理性或具有說服力的理由作為支撐。」

486

## 二、從恣意禁止之公式到違反比例的不平等對待之禁止

一直到 1980 年 10 月 7 日第一庭的基本原則<sup>487</sup>結論出爐之前，聯邦憲法法院向來毫無例外地以恣意公式來說明違反平等原則的要件。依此一公式，只有「對於法律上差別對待或平等對待的事由，無法找到一個理性的，從事物本質所導引出來或本質上具有說服力的理由時，亦即該規定必須被稱之為恣意時，才算是違反平等原則。」<sup>488</sup>因此，恣意的確定沒有主觀歸責事由，「而是以客觀的意義而被理解；具有決定性的是，某一措施與特定情況的關係上，具有支配性的事實上及明顯的不適當性。」<sup>489</sup>

具有直接民主正當性的立法者，就平等原則之價值開放性的填補有優先的權力<sup>490</sup>。聯邦憲法法院不可以審查的，特別是立法者是否選擇了最適當的解決方

---

<sup>485</sup> 請參 *Osterlob* (Fn 10), Art. 3 Rn. 1-7; BVerfGE 48, 185 (199) – *Hirsch* 大法官的不同意見書。

<sup>486</sup> BVerfGE 75, 108 (157); 亦請見 E 93, 319 (349); 93, 121 (134).

<sup>487</sup> BVerfGE 55, 72 (88 ff.); 就此請參 *M. Sachs*, Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes – Willkürverbot und sog. Neue Formel, in: JuS 1997, S. 124 ff.

<sup>488</sup> *Osterlob*(Fn.10), Art. 3 Rn. 8; 亦請見 BVerfGE 55, 114 (128); 52, 277 (280 f.); 52, 256 (262); 51, 295 (301); 51, 257 (268); 51, 115 (123); 51, 60 (76); 51, 43 (59); 51, 1 (37); 50, 386 (292); 50, 142(162); 50, 57 (77).

<sup>489</sup> BVerfGE 69, 161 (169).

<sup>490</sup> BVerfGE 55, 261 (269 f.).

案，立法者僅必須謹守恣意禁止的最外圍的界限，且不可以採取明顯不合乎事理或者明顯不合乎正義的區別。價值開放的問題應以功能的法律上予以解決<sup>491</sup>。「（法律如果）違背立法者自己所建構的事物法則性而構成體系違反<sup>492</sup>，可以認為係屬平等原則的違反，亦屬非有必要<sup>493</sup>。由於行政機關僅能在法律所授權的範圍內制定法規命令（基本法第 80 條第 1 項），故當賦予法規命令制頒者較小的形成餘地時，體系上的形成自由，亦可委由具有規範創制權限的行政機關為之。」<sup>494</sup>

此種觀點與美國憲法解釋所使用的取向於程序的原則若合符節<sup>495</sup>。因此此種審查原則上乃屬合理性審查（*Plausibilitätsprüfung*）（“rational basis test”）。只有在「可懷疑」的分類上，一如在基本法第 3 條第 3 項所包含的要素，才使用較為嚴格的審查<sup>496</sup>。

但此一充滿公式的聯邦憲法法院自我限制，卻常與越來越多自由權領域的具有區別性的判決相左<sup>497</sup>。自 1980 年第一庭補充了恣意公式，該判決認為，立法者「當受規制的事實與存在於事物本質的法則性與取向於正義的思想觀察方法的不平等，已經超越了賦予立法者的形成自由，就等於是超越了界限[……]——其結果就是違反基本法第 3 條第 1 項。當受規範的人群，與其他人相較受到不同的對待，而各該人群中並沒有種類或其他重要性有何不同，而能夠合理化此種

---

<sup>491</sup> *Osterlob*(Fn.10), Art. 3 Rn. 10.

<sup>492</sup> 案例請參 BVerfGE 67, 70 (84 f.).

<sup>493</sup> 案例請參 BVerfGE 66, 214 (224); 61, 138 (148 f.).

<sup>494</sup> BVerfGE 69, 150 (160); 58, 68 (79)。

<sup>495</sup> 請參 *W. Brugger*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1987, S. 363ff.; *J. H. Ely*, Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review, 1980; U.S.S. Ct., U.S. v. *Calolene Products Co.*, 304 U. S. 144, 152-153, Fn. 4 (1938).

<sup>496</sup> 請參 *J. Kokott*, The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law, Civil and Common Law Approaches with Special Reference to the American and Germany Legal System, 1998, S. 105-123.

<sup>497</sup> *R. Herzog*, in: T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.), *Gundgestz-Kommentar*, Anhang Art. 3 (1994), Rn. 6; 有關與美國最高法院平等保護判決之比較，請參 *R. Maaß*, Die neuere Rechtsprechung des BVerfG zum allgemeinen Gleichheitssatz – Ein Neuanatz?, in: *NVwZ* 1988, S. 14 (17 f.).

不公平的對待時，亦屬違反平等原則。」<sup>498</sup>

聯邦憲法法院在判斷（法律）是否違反平等原則的標準，已經不再使用明顯性標準，而是使用更精細的衡量<sup>499</sup>。此一所謂由第一庭所發展出來，並由第二庭所承繼的新公式，意味著重要的權力及功能已由立法者轉向聯邦憲法法院，因為較之以往，後者可以用相當高密度的標準修正立法者並限制立法裁量。聯邦憲法法院對於凡是發生違反基本法第 3 條第 1 項而受指摘的事件（法律），已設下一個更銳利的審查標準。

依據基本法第 3 條第 1 項一致性的恣意標準範圍的任務，就產生一個——幾乎可以定義的——案型目錄，據此，不同的審查標準就有適用的餘地。「一般平等原則可以根據規制標的與區別標識判斷立法者有不同的界限，從單純恣意禁止到嚴格的比例性的要求。此種分級的要求係源自基本法第 3 條第 1 項的文義與意旨，以及其他憲法規範合併觀察所產生的意義關聯。」<sup>500</sup>「在憲法法院上，分級的審查密度符合立法者不同廣度的形成餘地。」<sup>501</sup>

---

<sup>498</sup> BVerfGE 93, 386 (397); 55, 72 (88).

<sup>499</sup> 不同意見，請參 *Osterlob* (Fn.10), Art. 3 Rn. 12.

<sup>500</sup> BVerfGE 92, 53 (68); 廣泛論述，請參 E 90, 46 (56); 89, 15 (22 f.); 就此例如 *B.-O. Bryde*, *Der allgemeine Gleichheitssatz*, in: *Jura* 1999, S. 36 ff.

<sup>501</sup> BVerfGE 91, 389 (401); 89, 69 (89).

# 政治意見論爭的自由與界限

作者：Hans Peter Bull\*

譯者：江嘉琪

## 本文導讀

言論自由在現代民主社會中的重要性是不言自明的。沒有言論自由，公共事務的討論不可能活絡、多元的意見氛圍不可能存在、公共意見也不可能形成。受言論自由所保障者，不僅是政治性、嚴肅性、文化性的意見表達，娛樂性、八卦聳動的報導、商業性言論等等被認為對於民主社會的公共意見形成沒有直接助益的言論，亦在受保障之列，已是學說與實務普遍的見解。但不可諱言的，政治意見的論爭，尤其是選戰期間政治立場對立意見的兩極化、對政治對手的批評攻訐、受攻訐者動輒對批評者誹謗的指控、新聞媒體對政治人物的報導評論等等，每每最讓人深刻反省言論自由在此領域中的保護領域與其界限的問題。

政治意見的論爭是應該被鼓勵的，只有在不同意見的論戰當中，才能夠對政策的優劣性進行深入的討論，但若言論逸離了客觀的政策辯論，淪為對政治人物個人的人身攻擊或謾罵批評、惡意詆毀時，是否還受言論自由的保障？若採取如德國聯邦憲法法院的基本態度，認為政治意見的論爭，相較於私人的意見表達，可以也必須忍受較為粗暴的言語使用，便可能主張參與政治活動者，本就要有會陷入口水戰、泥淖戰的心理準備，可能會遭受最無禮而令人不悅的攻擊詆毀；但即使持這樣「對言論自由友善」的見解，亦絕非主張政治意見論爭可以為所欲為，仍然必須面對其意見表達的界限何在、事實陳述與價值判斷如何區分、是否適用不同評價標準等等問題。而擴張言論自由保護傘的同時，也要考慮其對民主政治衍生的後果：是否因此會讓參與政治活動者產生自己名譽權、隱私權不被法律所保護的疑慮？過度放任與政策面辯論無關的人身攻擊言論，是否反而可能讓衷心思考政策，但不喜口水戰的正派人士對政治卻步，因而產生民主的反淘汰效果？凡此種種提問，均是探討政治意見論爭之自由與界限時所不能不思考的問題，而本文對此提供了基礎的思考方向與反省。

---

\* 本文初稿之完成，蒙 *Andreas Dressel* 先生提供寶貴協助，謹此致謝。

面對台灣的政治實況，「爆料」幾乎成爲全民運動。尤其接近選舉時期，政治人物之間無所不用其極的「抹紅」、「抹黃」、「抹黑」，對政治對手的人身攻擊包裝於似假或真的事實陳述中，致使焦點模糊，造成政治人物隔空放話、發毒誓，完全不見客觀政策辯論的局面。而不論是面對政治對手的攻訐或新聞媒體的批評，政治人物提起刑法誹謗罪或民事損害賠償之訴者，仍不罕見。在此情形，法院應以何種標準對於意見論爭之自由與界限形成最後判斷，本文應有高度之參考價值。

作者 Hans Peter Bull，1936 年生，1956 至 1960 年間於漢堡、馬堡及柏林受法學教育，1963 年取得博士學位。1972 取得大學任教資格後，1973 年起至 1978 年任教於漢堡大學。其後至 1983 年間擔任聯邦資料保護專門事務委員(Bundesbeauftragter für den Datenschutz)，對資料保護法制之建立與研究有重要貢獻。1983 至 1988 年重回漢堡大學擔任公法教授，而於 1988 接任 Schleswig-Holstein 邦內政部長一職，後於 1995 年返回漢堡大學任教至今。作者爲國際行政學研究機構德國分部(Die Deutsche Sektion des Internationalen Instituts für Verwaltungswissenschaften)主席，亦爲 Nordrhein-Westfalen 邦政府「公職改革」委員會主席，曾在 2003 年爲該邦公務員法制改革提出若干建議。

作者研究領域包含國家法、行政法、行政學、警察法、公務員法與資料保護法制。重要著作有：Allgemeines Verwaltungsrecht. Ein Lehrbuch, 6. Auflage 2000；Kommentierung von Art. 35 I und Art. 83 ff. in: Kommentar zum Grundgesetz, Reihe Alternativ-Kommentare, 3. Auflage 2001；Recht der Verwaltungsorganisation und des Verwaltungshandelns, in: Wolfgang Hoffmann-Riem / Hans Joachim Koch (Hrsg.), Hamburgisches Staats- und Verwaltungsrecht, 2. Auflage 1998 等。

## 目次

- |    |               |
|----|---------------|
| 壹、 | 自由權--民主的前提與產物 |
| 貳、 | 基本法中的規範基礎     |
| 一、 | 對於政治論爭自由的基本決定 |
| 二、 | 「意見論爭」--理想與現實 |
| 三、 | 憲法的任務         |

參、 聯邦憲法法院在憲法上的建構

- 一、 「歐洲的德國國家民主黨」案件裁定
- 二、 言論自由裁判的其他要素
  - (一) 內容與形式的區別
  - (二) 自我表述的權利
- 三、 「一般法律規定」作為意見自由的限制
- 四、 事實陳述與價值判斷
- 五、 諷刺作品的界限？
- 六、 聯邦憲法法院的意義審查 (Sinn-Prüfung)

肆、 對於憲法法院判斷公式的批判

- 一、 原則性爭論或個別批判？
- 二、 推定原則(Vermutungsregel)與「政治」意見的價值
- 三、 反擊理論(Die Lehre vom Gegenschlag)與知名人士的新聞評論地位  
(die publizistische Position Prominenter)
- 四、 謾罵 („Schmähekritik“)

伍、 對民主的危害？

- 一、 政治氛圍與政治積極份子的情況
- 二、 政治文化的淪喪？

三、以「公平協定」(Fairneßabkommen)加以彌補？

四、對於徵召政治人物產生的後果

陸、 跨越國界一瞥

柒、 結論與展望

## 自由權--民主的前提與產物

在聯邦憲法法院的判決中，沒有其他任何句子像關於自由的意見表達基本權這段文句這麼常被引述：意見表達基本權「有直接建構自由民主的國家秩序的作用」<sup>502</sup>。當一個像這樣的表達方式這麼公式性地被套用的時候，也就存在著它不再能夠真正被理解的危險。這個陳述的普及性，當然不會讓我們不再持續地重新提出問題，以探究這樣的文句對於當今出現的衝突的意義。一段時間以來所觀察到的政治文化的改變，更促使我們對於這個如此具備「基本教義」色彩的句子重新進行思考。

聯邦憲法法院的這句名言結合了基本權兩個不同面向的意義要素：一方面是做為個人基本權的性格--「根本是最重要的人權之一」；另一方面是它對於整體秩序的功能，也就是它的行使產生的「客觀的」、國家組織的作用，而這個權利的行使同時（「某程度來說」）可以稱作是「根本是任何自由權的基礎」。這樣的雙重意義是對於言論自由的理解轉變的結果。言論自由最初是「自由主義的產物」<sup>503</sup>，它早在威瑪共和時期就不被視為純粹的個人權利，我們對它的理解，是把它對社會大眾的作用一併加以考慮的。

「透過憲法對言論表達自由的保障不再單純是為了個人的緣故，而且是伴隨更高、更深的目標，想要透過對個人思想自由的保障，達到保護並促進國民全體思想發展的結果。維繫新的思維與思考方向發展空間，對人類力量在思想與文化生活所有領域的開展是不可或缺的；民間的思想潮流

<sup>502</sup> 參 BVerfGE 7, 198 (208); 同見解已見於 E 5, 85 (134 f., 205), 又 E 20, 56 (97); 28, 36 (48); 28, 55 (63); 33, 1 (15); 35, 202 (222); 42, 163 (169); 59, 231 (266); 74, 297 (338); 93, 266 (292 f.)等判決亦同。

<sup>503</sup> 見 K. Häntzschel, Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: G Anschütz/ R. Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. II, 1932, S. 651 (652).

不受阻擋，而且人民對於國家權力的監督不受到妨礙，對於立基於統治者和被統治者間相互信賴的現代民族國家是極其重要的，正因如此，威瑪憲法提出意見表達自由原則，認為是國家與社會生活最重要的基礎之一」<sup>504</sup>。

這個闡述--以一種語句上略做修改的形式--也可以表現出聯邦憲法法院對於基本法第 5 條的見解。這項見解做為**國家理論**(*Staatstheoretische*)對於基本權作用的確認，直接可以讓人明白：沒有言論自由就沒有政治的論爭，也就沒有民主；言論受壓抑的地方，進行統治的便不是人民，而是不具正當性的當權者<sup>505</sup>。但若是做為**歷史性的**(*historische*)陳述，言論自由做為「任何自由的基礎」的這番話語便是有疑問的。對於絕對的市民統治而言，自由與民主乃是一步步爭取得來的。在這過程中，出版自由做為一般言論自由的根源，自然是扮演了重要的角色，但其他的自由權，像是保護人民不受任意的逮捕以及非法課稅制度的廢除，也被認為是自由運動中重要的進展。**Georg Jellinek** 認為良心自由是現代意義下首要的自由<sup>506</sup>。眾所周知，基本權利最初並不是被當作革命運動的直接成果被引進德國的，而是一種由貴族所「給予」(*gewährt*)、且帶有許多保留的權利。言論自由產生的時代，還是「市民相對於國家權力仍被當作臣民(*Untertanen*)，而且沒有資格說『我們就是國家』(„Der Staat, das sind wir“)的時代」<sup>507</sup>。此外，憲法對於言論自由的保障在現實上並未普遍地創造一種自由的、多元的意見氛圍。把政治理解為利益與意見的「論爭」(*Kampf*)，即使在今天的德國也還不是一般社會共識。反而是長期以來對於和諧的追求及對當權者的信賴，阻礙了大家對於民主的意見論爭這個理想的接受度。聯邦憲法法院所強調的，就是言論自由與意見之論爭，這也是它自呂特案判決 (*Lüth-Entscheidung*) 以來一貫的態度，但德國社會大眾對此的反應反而是避免衝突，甚至許多法院在關於人格權訴訟爭議的判決中，也是持這樣的態度<sup>508</sup>。

## 基本法中的規範基礎

### 對於政治論爭自由的基本決定

<sup>504</sup> *Häntzschel, Meinungsäußerung* (Fn. 2).

<sup>505</sup> 此為 *Benjamin Nathan Cardozo* 的名言，這句話在呂特案判決中被引用，但原文卻是在跟言論自由問題沒有關連的上下文中出現。*Cardozo* 法官在一個關於判處殺人犯死刑的判決中提到言論自由，認為言論自由是「母體，也幾乎是其他各種形式的自由不可或缺的條件」(*the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom*)。

<sup>506</sup> 參 *R. Schnur* (Hrsg.), 於 *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrecht*, 1964, 一書中，接續 *G. Jellinek, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*, ebd., S. 1 ff. 引述的憲法史的討論。

<sup>507</sup> *Häntzschel, Meinungsäußerung* (Fn. 2).

<sup>508</sup> *R. Dahrendorf* 提到在德國歷史上「對衝突的壓抑」。「衝突即自由」；「但在歷史上這並非德國人對自由的想像」(見 *Gesellschaft und Demokratie in Deutschland*, 1968, S. 172, [ 174 ] )。

宣誓基本權對民主的重要性還不表示對具體衝突的法律判斷有什麼幫助。因為與言論自由以及有助於言論自由的媒體自由相對立的，通常還有其他對社會具有同等重要性或受憲法個人基本權所保障的地位。審判實務與學說上相當不吝給予言論自由「重要」(„gewichtig“)及「高階」(„hochrangig“)的頭銜<sup>509</sup>。

聯邦憲法法院堅決而全面地保障言論自由<sup>510</sup>。「每個人都應該能夠自由地表達他所想的東西」<sup>511</sup>。即便惡意或是愚蠢的表達--至少原則上--也包含在言論自由的範圍內。聯邦憲法法院明白地允許「尖銳而過份的意見」，而因此也允許對於政治對手的侮辱，只要它還在「謾罵」(Schmähdiskussion)的概念所指稱的界限內的話。只有在其他人個人感情受傷(「遭受詆毀」(„diffamiert“) )才有所謂謾罵存在，若是因為具爭議性的意見表達而引發就事論事的討論(Sachdiskussion)，並不構成謾罵<sup>512</sup>。是否構成謾罵，要視提出言語攻擊的人的動機而定<sup>513</sup>。參與政治意見論爭的人表達意見時不必字斟句酌；他們可以「大放厥詞」(„austeilen“) ，但也要「逆來順受」(„einstecken“) 。依據俗語「粗木得用粗楔子楔」(„Auf einen groben Klotz gehört ein grober Keil“) ，譯按：意指以粗暴對待粗暴)原則，聯邦憲法法院容許對挑釁的攻擊提出「反擊」<sup>514</sup>。對於競爭關係中的政黨和政治性團體的想法和態度的價值判斷，相較於對於私人的言論表達，聯邦憲法法院明白地容許一種「比較粗暴的語言使用」(„robusteren Sprachgebrauch“) <sup>515</sup>，也就是以政黨的代表人物是具備強壯的

<sup>509</sup> 參閱 H. Bethge 在 Die Demonstrationsfreiheit - ein mißverstandenes Grundrecht, in: ZBR 1988, S.205ff.一文中對於基本法第 8 條的論述。

<sup>510</sup> 參閱特別是 D. Grimm, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: NJW 1995, S. 1697ff.一文的論述；同作者 „Wir machen das Meinungsklima nicht“, in: ZRP 1994, S. 276ff.，以及 R. Mackerpang 的專論，Ehrenschaft im Verfassungsstaat, 1990(尤其是 S. 65ff.); G. Nolte, Beleidigungsschutz in der freiheitlichen Demokratie, 1992(尤其是 S. 19ff.)，及 R. Stark, Ehrenschaft in Deutschland, 1996; 此外請參閱關於基本法第 5 條第 1 項之註釋，例如 H. Schulze-Fielitz, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 1996, Art. 5 I, II; R. Herzog, in: T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 5 Abs. 1, 2(1992), 尤其是 Rn. 47e 以及 277ff.此外概括性的論著見：R. Scholz/ K. Konrad, Meinungsfreiheit und allgemeines Persönlichkeitsrecht, in: AöR 123(1998), S. 60ff.(Fn. 1 中有進一步說明); N. Kiesel, Die Liquidierung des Ehrenschaftes durch das Bundesverfassungsgericht, in: NVwZ 1992, S. 1129f., 以及 M. Knauff, Ehrenschaft am Wendepunkt? – Eine Zwischenbilanz, in: Verwaltungsrundschau 2000, S. 37ff. 許多批評性的意見中，特別值得一提的是：M. Kriele, Ehrenschaft und Meinungsfreiheit, in: NJW 1994, S. 1897ff, 以及同作者，„Die demokratische Weltrevolution und andere Beiträge“, 1997, S. 313ff.; J. Isensee, Grundrecht auf Ehre, in: Staatsphilosophie und Rechtspolitik. Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag, 1997, S. 5ff.; F. Ossenbühl, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz, in: Bitburger Gespräche, Jahrbuch 1999, S. 73ff.; H. Otto, Ehrenschaft in der politischen Auseinandersetzung, in: JR 1983, S. 1ff.; 同作者，Ehrenschaft und Meinungsfreiheit, in: Jura 1997, S. 139ff.; W. Schmitt Glaeser, Meinungsfreiheit und Ehrenschaft, in: JZ 1983, S. 95ff.; 同作者，Meinungsfreiheit, Ehrenschaft und Toleranzgebot, in: NJW 1996, S. 873ff.; P. J. Tettinger, Der Schutz der persönlichen Ehre im freien Meinungskampf, in: JZ 1983, S. 317ff.

<sup>511</sup> BVerfGE 42, 163(170f.); 61, 1(7).

<sup>512</sup> BVerfGE 54, 129(137); 82, 272(284).

<sup>513</sup> 對此的批評意見，見 Scholz/ Konrad, Meinungsfreiheit (Fn. 9), S. 90ff.

<sup>514</sup> 參閱聯邦憲法法院在 Schmid 對「明鏡週刊」一案中已經提出的見解，BVerfGE 12, 113(125ff.)；此外，E 24, 278(282f., 286); 42, 163(170); 68, 226(231); 82, 236(260)。也請參照 T. Lenckner, in: A. Schönke/ H. Schröder (Hrsg.), StGB-Kommentar, 25. Aufl. 1997, § 185 Rn. 248 und § 139 Rn. 16 以及 BGH NJW 1974, 1762f.

<sup>515</sup> BVerfGE 69, 257(270).

身體與堅強的心理狀態為前提，簡單來講就是：皮要厚，禁得起對手的污衊。

早在呂特案判決(Lüth-Urteil)中，聯邦憲法法院就已經確立，在「實質涉及社會大眾」的事件中，要推定言論自由的優越性<sup>516</sup>。此一「推定原則」(„Vermutungsformel“) 在許多爭議案件中，透過司法判決而持續更新<sup>517</sup>。在此原則下，對於「社會大眾的政治、經濟、社會及文化需求的關懷」<sup>518</sup>是與「私人的」討論，特別是「在經濟性交易往來中」<sup>519</sup>對於「一己私利目的的追求」相對照。

透過集會遊行自由與結社自由（基本法第 8 條與第 9 條），使言論自由獲得「側翼保護」(„Flankenschutz“) 。此處要注意的是，憲法所保障的集會遊行不僅是集體的意見表達。集會遊行應該要讓人留下深刻印象；集會遊行不僅是「思想的溝通」，還要產生「經由人群本身的出現與表現，讓人創造傳達信念並留下印象的效果」<sup>520</sup>。(和平的) 集會遊行以及政治性社團與政黨的積極的廣告不僅是政治鬥爭的一部份，也是個人的言論自由。

尤其是集會遊行自由，在與最近極右派遊行示威的討論關連中，又成為受矚目的焦點<sup>521</sup>。聯邦憲法法院在這個也涉及到意見論爭的自由與界限的關連性中，又再次強調了基本法第 8 條的重要性<sup>522</sup>。如果每次極右派貫徹遊行示威的意圖，都會遭遇左派政治光譜、不排除使用暴力的人士的反制行動，這會存在一個風險，就是被反制的基本權主體自由權的實現，長期而言會受到阻礙。基本法固然要實現一個可以為法治國與民主制度防禦危險的秩序；但基本法本身要求要使用法治國家的手段。對於來自「右派」的、對法治國秩序的威脅，「左派」的暴力並不是憲法上可以接受的答案。

此外，在個人基本權中也更加強化對政黨自由的保障。聯邦憲法法院依基本法第 21 條第 2 項之規定，對違憲政黨的禁止擁有專屬權限(Verbotsmonopol)，這是對政黨的保障，也擴展了憲法上對政黨黨員和支持者的行為方式的保護範圍<sup>523</sup>。

在 1949 年後的幾十年裡，從憲法的基礎規定、法律層次的貫徹（例如：集會遊行法與政黨法）以及司法判決中形塑出一套「在憲法國的民主中政治鬥爭的法秩序」

---

<sup>516</sup> BVerfGE 7, 198 (208)（此外，在這第一個判決中其實僅僅幾乎是附帶在一子句中提及，被許多強調基本權的「價值內涵」的文句所包圍）。

<sup>517</sup> 例如：BVerfGE 54, 129 (139); 60, 234 (241)參照 BGHZ 65, 325 (331f.)。

<sup>518</sup> BVerfGE 25, 256 (264)。

<sup>519</sup> BVerfGE 7, 198 (212); 61, 1 (11); 66, 116 (139)。

<sup>520</sup> U. K. Preuß, Nötigung durch Demonstration? Zur Dogmatik des Art. 8 GG in: H.-E. Böttcher (Hrsg.), Recht, Justiz, Kritik. Festschrift für Richard Schmid, 1985, S. 419 (425)。

<sup>521</sup> 參照 H. P. Bull, Grenzen des grundrechtlichen Schutzes für rechtsextremistische Demonstrationen, 2000。

<sup>522</sup> BVerfGE NJW 2000, 3053。

<sup>523</sup> BVerfGE 12, 296 (305ff.); 61, 1 (12); 但也請參照 E 25, 44 (57, 59)：若有人透過意見表達，想要維繫已遭禁止的政黨在組織上的團結，基本法第 5 條第 1 項的保障必須退讓。

<sup>524</sup>。在這秩序裡，政治活動者，尤其是政治時事觀察家與評論人的自由，享有前所未見的高位階。對於其他法益的保護，特別是因此受到攻訐、侮辱或嘲弄的人的人格權，在全面保障言論自由的努力下，（不是絕對，但是經常）要做退讓。

---

<sup>524</sup> 這是 *G Heinemann*, *Die Rechtsordnung des politischen Kampfes*, in: *NJW* 1962, S. 889ff. 一文中的表達方式；同作者，*Plädoyer für den Rechtsstaat*, 1969, S. 23ff.；此外，*R. Wassermann*, *Zur Rechtsordnung des politischen Kampfes in der verfassungsrechtlichen Demokratie*, in: *JZ* 1984, S. 263 (264).

# 媒體、報業自由、廣播電視憲法

作者：Martin Bullinger

譯者：石世豪

## 本文導讀

德國聯邦基本法第五條之規範內涵大致與我國憲法第十一條相當，其條文結構及規範功能卻更為複雜而細緻；其中，與個人意見表達自由、資訊獲取自由所涉層面不同而又關係極為密切之媒體自由，尤其，與美國憲法大不相同而富含歐洲公共傳統之廣播電視自由，更經德國聯邦憲法法院之補充而極具特色。本文整理德國聯邦憲法法院歷次關於廣播電視裁判之核心見解，並以報業自由及電子媒體之新興傳播型態加以對照，再分別從規範面及事實面針對該院所謂廣播電視之「特殊狀況（Sondersituation）」提出批判。

首段概論本文論述之主旨所在：介紹德國聯邦基本法上媒體自由之三大支柱，亦即：報業自由、廣播電視自由、電影自由之後，隨即點明廣播電視自由特別受聯邦憲法法院重視，其重要性及規範內涵之建構發展亦已遠超過其餘二者。至於標示廣播電視自由特殊規範內涵之客觀保障面向，作者則認為不符世界潮流而有隨歐洲層級相關裁判見解重新調整之必要。

本文第二部分係將個人主義式之報業自由與側重「手段性」之廣播電視自由相互對照，藉以開展德國廣播電視憲法所涉及之不同層次規範面向。雖然，報業自由及廣播電視自由均被聯邦憲法法院認為有助於促進民主國家所不可或缺之「意見形成」，但該院關於廣播電視自由之闡釋觀點卻與報業自由大不相同。其間

之主要關鍵即在於：關於市場機制能否防止「意見強權」扭曲「意見形成」之問題，釋憲者對於報業及廣播電視兩者顯然異其判斷，並因此而分別給予不同之評價。就此，本文不僅闡述其論理基礎，亦就其歷史成因有所說明，對於不易取得相關德文資料的中文讀者而言極有幫助。

隨著通訊傳播科技發展及國際經濟貿易情勢轉變，聯邦憲法法院堅守廣播電視自由乃「手段性自由」之立場不免遭遇各方挑戰。從各邦陸續開放私人申請設立廣播電視電台，到該院發展出「二元體制」並賦予公共廣播電視「存續及發展保障」，德國廣播電視憲法締建時之事實關係已發生根本變化。本文質疑聯邦憲法法院「以廣播電視為中心之觀點」不免過時，甚至連多次透過憲法爭訟維護其廣播電視立法權限之各邦，紛紛改循政治協商途徑認真面對市場經濟之全面衝擊。因此，本文自第三部分開始，即分別就網際網路、電磁訊號傳輸通路「匯流」等科技發展及其應用之各種現象，反覆對照、比較其與傳統廣播電視之異同，藉以凸顯聯邦憲法法院歷來據以建構廣播電視憲法之「特殊狀況」不再，並指出報業自由之（個人自由權）保障模式更適於處理新興媒體相關問題。

針對電信與廣播電視間之區別及其彼此關係，此一涉及聯邦與各邦立法權限爭議而促成第一號「（廣播）電視判決」的重要問題，本文特別在第三部分末節中述及電信產業私有化及開放競爭之發展近況，再次強調市場經濟體制下不可違逆的營利趨勢，藉此襯托出廣播電視之「文化」面向維繫不易。本文第四部分緊接此一論述方向，將聯邦憲法法院所建構之「二元體制」進一步二分為「全球市場 — 私經濟」與「本國文化 — 公共」兩個面向，並將原本共通適用於兩者之促進意見多元任務限縮於後者，前者則仿照報業自由容許業者各謀私利、僅「就結果而論」有助於多元意見之形成為已足。至於在全球（市場）經濟化威脅下彌足珍貴之本國多元文化空間，本文建議由公共廣播電視電台擔負起促進節目品質良性競爭之「示範作用」，並以獎助及稅捐優惠等財務誘因吸引私營廣播電視參與製播「文

化上深具價值」之節目頻道。

本文第五部分之結論與展望，則回應第一部分概論所揭示之自由化、歐洲化（及「向世界開放」）觀點，以聯邦憲法法院於一九九八年針對 Bayern 邦私營廣播電視電台之判決已展開「寧靜之局部轉型」為始，佐以歐洲人權公約及歐洲聯盟近年裁判見解之比較觀察，認為廣播電視自由終將納入報業自由、電影自由、意見表達自由或職業自由等「一般」自由權之光譜中，其「手段性」面向則由公共廣播電視發揚光大。

## 目次

壹、概論	99
貳、服膺民族國家之手段性廣播電視自由作為向世界開放之自利性報業自由之對照模式	101
一、廣播電視自由為民族之憲法國所徵用	101
二、依變動後之事實關係或認知進行調適	錯誤！尚未定義書籤。
參、從電視國家到全球「電子」資訊社會 — 一項結構性分析	錯誤！尚未定義書籤。
一、網際網路作為全球資訊社會之行動中心	錯誤！尚未定義書籤。
二、其他多功能之「電子」散布管道與散布方式	錯誤！尚未定義書籤。
三、在多樣化數位服務中之古典廣播電視	錯誤！尚未定義書籤。
四、電信之全球（市場）經濟化	錯誤！尚未定義書籤。
肆、在全球「電子」服務之外以憲法確保本國文化廣播電視	錯誤！尚未定義書籤。

一、本國文化廣播電視作為本國節目大眾媒介之憲法特殊規範架構	錯誤！尚未定義書籤。
二、私經濟形態之廣播電視在功能及財務觀點上與本國文化廣播電視之區分	錯誤！尚未定義書籤。
三、與私經濟形態之廣播電視功能相符之法律拘束	錯誤！尚未定義書籤。
(一) 從均衡性之維護到開放性之維護	錯誤！尚未定義書籤。
(二) 內容之拘束	錯誤！尚未定義書籤。
(三) 財務來源限制	錯誤！尚未定義書籤。
四、以示範作用及財務誘因建立文化上之標準	錯誤！尚未定義書籤。
(一) 示範作用	錯誤！尚未定義書籤。
(二) 財務誘因	錯誤！尚未定義書籤。
伍、廣播電視自由在憲法上轉入自由權範疇之先聲	錯誤！尚未定義書籤。
一、寧靜之局部轉型	錯誤！尚未定義書籤。
(一) 節目自由作為廣播電視自由之核心兼及於商業電台	錯誤！尚未定義書籤。
(二) 私營廣播電視電台之經濟利益受憲法保護	錯誤！尚未定義書籤。
二、銜接歐洲裁判實務	錯誤！尚未定義書籤。
(一) 廣播電視自由作為個人意見表達自由部分之人權法上定性	錯誤！尚未定義書籤。
(二) 共同體法上之服務自由兼及於廣播電視	錯誤！尚未定義書籤。
三、展望	錯誤！尚未定義書籤。

## 壹、概論

報業自由、廣播電視自由與電影自由，在基本法上並列為所謂的「媒體自由」（參照：基本法第 5 條第 1 項第 2 句）。在聯邦憲法法院的裁判實務上，上述自由卻各有不同的份量。電影自由幾乎未被討論；其保護範圍--應理解為具有發展上的開放性--並不限於傳統戲院放映的電影，也包括從影像檔案中個別點選、自動傳輸到家用螢光幕上的電影（所謂「家庭電影院」\*）。向世界開放、個人主觀權利式的報業自由依舊延續；卻已失去其作為媒體自由之標竿的重要性，並未進一步發展、形成類似「電子」報業之類的自由。廣播電視自由則成為主要的注目焦點；彷彿是開放、民主的憲政國家中，意見及公眾意志賴以均衡形成的主要支柱。基此，（聯邦憲法法院）\*也使其擴及上述個別點選電影之類的各種新型「電子」服務。如此深具發展價值的「廣播電視自由」，與電影自由及報業自由恰成對比：其首要不在於個人主觀權利式、對抗國家干預的防禦權，而被視為自治\*\*、非自利性、以促進本國意見多元為務的客觀保障。

針對上述不對稱的裁判見解，該院已經採取一系列初步、審慎的調整；此等調整，可能促使廣播電視自由從本國的手段性義務--與公眾意見表達自由、報業自由、電影自由及職業自由一起--演變為向世界開放之資訊社會的支撐性要素。廣播電視自由對於民主憲政國家中政治及文化之意見形成的特殊意義，也將以改變之後的形式繼續發揚光大。總之，德國（特有）的廣播電視裁判見解，終將與歐洲層級之裁判見解重新接軌\*\*\*。

---

\* 譯註：依 Bullinger 之意，此即透過有線電視或直播衛星既有傳輸管道，甚至，以寬頻線纜鏈結線上資料庫（online databank）等方式所傳送，而訂戶以家用電視收看的按次付費電影節目。

\* 譯註：為使文句通順起見，特別就原作者引述式語句嵌入「聯邦憲法法院」等字，因作者於相關段落中所述，正係該院於實務上所採見解；以下亦同。

\*\* 譯註：此處係指公共廣播電視電台（Rundfunkanstalt）循其「內部多元」模式所建立的自治架構。

\*\*\* 譯註：歐洲聯盟之前身歐洲經濟共同體（EWG）、歐洲共同體（EG），原無直接針對廣播電視立法之權限，其裁判機關歐洲法院（EuGH）亦無針對廣播電視事務之管轄權，毋寧係自其就跨國境經濟事務之立法權及管轄權，兼及於廣播電視之經濟面向。自執委會於 1984 年公布綠皮書「電視無疆界（Fernsehen ohne Grenzen）」（KOM (84) 300），並進而於 1989 年正視通過電視指令（FsRL），將「內部市場」目標引進原屬文化事務的廣播電視領域之後，歐洲聯盟在廣播電視領域內之立法權及管轄權隨之強化。另一方面，歐洲人權公約（EMRK）架構下之歐洲人權法院（EuMRG），亦係

## 貳、服膺民族國家之手段性廣播電視自由作為向世界開放之自利性報業自由之對照模式

### 一、廣播電視自由為民族之憲法國所徵用

（聯邦憲法法院認為，）在開放的民主體制中，報業及廣播電視之自由應為意見多元保留空間，並促進個人及公共意見之形成<sup>525</sup>。在 1973 年 6 月 5 日作成的 *Lebach* 判決中，廣播電視自由仍被認為「本質上與報業自由並無不同」<sup>526</sup>。針對此二項自由在民主體制中之功能，該院指出兩者有其根本上之差異<sup>527</sup>。報業自由在略有保留之前提下承襲其自由主義傳統，被認為全然屬於個人自由，對社會而言此項自由本身固然有其風險，就結果而論卻有助於意見多元。相較之下，該院自 1987 年 *Baden-Württemberg* 判決以來即明白揭示廣播電視自由為「手段性自由」，享有此項自由之主體應為確保民族國家內部之意見多元「服務」<sup>528</sup>。倘若顧及該院於五十年前開始裁判實務時，當時報業的實際狀態如何不同於廣播電視，則上述區別二者而分別作不同處理之方式雖然可以理解，（由於當時情況不免隨時代演進而變化）卻無法長久予以正當化：

報紙、雜誌、書籍、傳單及其他出版品\*，在政治方向上大量而相對易於複製

---

本文此處所稱之歐洲層級裁判機關。

<sup>525</sup> BVerfGE 12, 205 (260ff.); 90, 60 (87ff., 90). 詳見：*M. Bullinger*, Freedom of expression and information: an essential element of democracy, in: *Human Rights Law Journal (HRLJ)* 1985, S. 339ff. (Bericht für das 6. Internationale Kolloquium über Menschenrechte in Sevilla).

<sup>526</sup> BVerfGE 35, 202 (222). 相較於廣播、報業、電影及戲院，該院僅視電視為危及人格權的特別高密度威脅，並未將廣播電視全部混為一談 (226ff.)

<sup>527</sup> 就此，參閱：*M. Bullinger*, in: *M. Löffler/E. Wenzel/K. Sedelmeier (Hrsg.)*, *Presserecht*, 4. Aufl. 1997, § 1 LPG Rn. 30.

<sup>528</sup> BVerfGE 74, 297 (323); 87, 181 (197ff.)

\* 譯註：德語地區所稱之報業（*die Presse*），無論自其財務基礎、從業人員之專業背景及經營等方面而言，自十五世紀活字版印刷術發明以來，即與印刷（*Drucker*）、出版（*Verlag*）、郵務（*Post*）及通訊（*Korrespondenz*）等業密不可分；如不論傳播內容之獲取、編輯與及時性（*Aktualität*）等因素而純就技術層面觀之，報紙、雜誌等定期出版品與書籍並無明顯不同，但一般而言，將書籍與報紙（*Zeitung*）、雜誌（*Zeitschrift*）等同視之而納入（大眾）媒體產業者，並不多見。

之多元，使其縱有諸多風險而仍然可以期待，依照**報業自由**之古典自由主義指導形象，最好透過個人、私營及私經濟的散布自由，持續促成自由之意見形成<sup>529</sup>；亦即：在已採取有效預防措施防止危及多元之供給者集中化範圍內，透過**國家不干涉**此一向世界開放的社會（**weltoffene Gesellschaft**）之傳播<sup>530</sup>（，即足以促成自由之意見形成）。報業自由並非透過報業內之行動者履行國家控制下創造多元之憲法義務，藉以促進廣泛之民主意見形成。**就結果而論**，多元毋寧係寄望於原則上不受拘束之報業自由（促其實現）；所謂賦予報業「公共任務」應係誤解<sup>531</sup>。

聯邦憲法法院於 1961 年首次作成重大之電視判決時，發現**廣播電視**領域內已存在一個自 1926 年以來即為「公行政傳統任務」一環之機構。在特別具有意見影響力的電視領域內，當時僅有一個唯一的跨區域頻道。該頻道係由各邦公共廣播電視電台工作共同體（ARD）播出\*。此一工作共同體於其播送範圍內，擁有利用稀有的地表電波頻率播送廣播電視節目之排他權利。公共廣播電視電台在僅用以確保自由之低度國家監督之下，由各廣播電視諮議會（Rundfunkräte）中之社會各方勢力代表控制，俾使意見多元得以均衡呈現。帝國廣播電視在威瑪憲法架構下發展為重要的整體國家之支配工具一環<sup>532</sup>，（戰後）在佔領軍施壓之下轉為邦際共治（föderalisiert）\*\*，且依 BBC 的典範配置以廣泛之自治權（Autonomie）\*\*\*，而

<sup>529</sup> 參閱：BVerfGE 12, 205 (261). 由 W. Hoffmann-Riem (Regulierung der dualen Rundfunkordnung. Grundfragen, 2000, S. 117)所標誌之「懷疑基調」，似可解釋何以該院未賦予報業自由邁入「電子」報業之發展空間。

<sup>530</sup> 關於具強烈經濟意涵之「世界社會（Weltgesellschaft）」發展及其與民族之憲法國間之緊張關係，參：U. Fabio, Der Verfassungsstaat in der Weltwirtschaftsgesellschaft, Vortrag an der Universität Freiburg i.Br. am 29. 6. 2000（引自其手稿）。

<sup>531</sup> 詳參：M. Bullinger, Presserecht (Fn. 3), § 3 LPG Rn. 17f., 21.

\* 譯註：德國公共廣播電視之組織，主要係由俗稱「第一電視台（das erste Fernsehen）」之各邦公共廣播電視電台工作共同體（ARD）、「德國第二電視台（ZDF）」及各邦公共廣播電視電台所構成。

<sup>532</sup> 就此，參：M. Bullinger, Freiheit von Presse, Rundfunk, Film, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VI: Freiheitsrechte, 1989, § 142 Rn. 87ff.; R. Ricker-P. Schiwy, Rundfunkverfassungsrecht, 1997, S. 1ff. 關於國家支配資訊技術並透過資訊技術支配之一般說明，參：M. Bullinger, Neue Informationstechniken – neue Aufgaben des Rechts im Staat der Informationsgesellschaft, in: M. Klopfer (Hrsg.), Technikentwicklung und Technikrechtsentwicklung, 2000 (Bd. 1 der Schriften zum Technikrecht), S. 149 (151ff.)

\*\* 譯註：德國於第二次世界大戰戰敗投降後，由英、法、美、蘇四強分區佔領，無線電波頻率之管理權及廣播電台均由佔領軍接管，並轉型為供佔領軍及其眷屬收聽之軍事電台，以及，供德國民眾

未將其私有化<sup>533</sup>。

---

收聽之佔領軍政府電台。其後，經德國代表 Hans Bredow 等與西方佔領軍漫長協商，終於決定仿照英國 BBC 模式建制公共廣播電台：在英軍佔領區內設立西北德意志電台（NWDR），在美軍佔領區內分設巴伐利亞電台（BR）、黑森電台（HR）、布萊梅廣播（RB）、南德意志電台（SR），在法軍佔領區內設立西南德意志電台（SWF）。蘇軍佔領區內則未循西方佔領區前例，仍將廣播電視電台置於政府直接控制之下。

\*\*\* 譯註：德國公共廣播電視電台之「自治權」，除於行政組織法上之「自我管理（Selbstverwaltung）」面向之外，尚有將社會各團體納入其組織中之「內部多元」面向。本文於本段中所提及之「廣播電視諮議會中之社會各方勢力代表控制」，即指由各種社會團體各自循內部民主程序推派代表參與廣播電視諮議會，共同監督公共廣播電視電台之運作。

<sup>533</sup> 詳細說明，參：H. Bausch, Rundfunkpolitik nach 1945, Erster Teil, 1980.

## 「資訊秩序」之發展

作者：Thomas Vesting (德國法蘭克福大學教授)

譯者：林昱梅

### 本文導讀

本文旨在探討資訊之概念，以及德國聯邦憲法法院解決媒體秩序的階層式秩序模式的侷限性，最後建議為因應網路時代的變動，聯邦憲法法院應改變其由國家主導的階層秩序模式的判決觀點。

語言學、哲學、社會學或傳播學等各個學術領域對於「資訊」的概念，並未形成一致的看法，但至少資訊的無體性、自我指涉性及事件性是共通的趨勢。本文提及系統理論，認為資訊是自我指涉的溝通網路中持續進行溝通的成分。因此，資訊是狹義的，溝通是廣義的，尚包括傳達與理解。作者特別引用差異理論，特別是貝特森(Gregory Bateson)的資訊概念，指出資訊是一種「製造差異的差異」。

相對於系統理論的資訊概念，法學的「資訊」概念相當不確定，資訊法的範圍及資訊秩序的意義並不統一。資料保護法中的「資訊」概念雖較為具體，但仍會陷入一個循環：資訊是由資料組成的，而資料是含有相對穩定資訊的資訊。

聯邦憲法法院的「資訊」概念，並非是自我指涉與自我產生的，而是目的論的，爲了獲得認知而使用的。若想從聯邦憲法法院的判決中，建立資訊秩序，必須審慎釐清「資訊」的概念。在廣電法的判決中，聯邦憲法法院的階層模式，將廣電法的媒體列爲介於國家與私人的位階，係爲了國家整體的意志形成，爲了在意見自由下形成公眾意見的聯繫及監督機構。此種以國家爲中心的階層想法，將媒體的角色認爲是政治性的，其處於國家之下，爲意見及政治多元而存在。但是，媒體並非只有單方面的政治性功能，其娛樂功能及收視率的競爭不容忽視。在有關電信法的判決中，聯邦憲法法院區別廣電節目「內容」與「技術」，認爲相對於廣電節目內容而言，技術只有下位的服務功能。電信技術的服務功能是爲了實現廣電自由。然而，新的網路技術發展，可以提供多媒體需求及多元網路服務，甚至已超越傳統的廣電節目。故聯邦憲法法院原先的階層式秩序模式，已不合時宜。

本文強調，資訊秩序並非以整合爲出發點，因爲新的網路邏輯並非整合的邏輯，網路的發展是非中央化的，並不是以國家爲整體或以國家爲中心所發展出來的。爲了因應新的網路經濟的變動，資訊秩序不能再依傳統的法釋義學，以原先的「階層模式」去架構。未來廣電法與電信法必須以合作關係出發，聯邦憲法法院必須改變傳統的政治上的階層秩序模式，在差異理論的資訊概念基礎下，建立新的資訊秩序。

## 目次

### 壹、資訊之概念

#### 一、學術現況與特別的系統理論之討論

#### 二、晚近法學文獻對於「資訊」及「資訊秩序」概念之總覽

#### 三、聯邦憲法法院的資訊概念

### 貳、未來的媒體秩序——一個「資訊秩序」?網路時代階層式秩序模式的界限

#### 一、中間思考

#### 二、本文所追求目標之具體化

#### 三、聯邦憲法法院以國家為中心的廣電判決

##### (一)形成模式的基本想法

##### (二)什麼是「政治終點」後的意見多元

### (三)電信的服務功能

參、從國家主導的廣電法到動態的資訊與網路經濟市場之法

一、聯邦憲法法院的方向問題及其原因

二、聯邦憲法法院改變判決觀點的必要性

## 壹、資訊之概念

### 一、學術現況與特別的系統理論之討論

就目前的學術光景而言，實難以形成一個能夠求得一致，或甚至是通用的資訊概念。現今人文學科被極高度專業化與個人化的概念、主題及理論所影響，然而如此並不會使法學的外部整合更容易些。儘管此議題的討論相當不完整，但是從語言學、(語言)哲學、社會學、傳播學及資訊理論的研究中，可以觀察出一共同的趨勢，就是強調資訊的無體性、自我指涉性(*selbstreferentialität*)及事件性。此外，其也強調資訊的內涵或意義係取決於理解的過程，而此乃是與資訊與溝通的聯結有關。後者並不意謂著資訊的接收者必須是人。在大多數較新的理論中，例如「發送者」、「接收者」、「理解」、「傳達」等概念，起初尚不須被直接的精神力所理解。其理由特別在於，當今資訊的製造、傳達及處理，不再受限於人們所說的或所寫的語言，而正大量轉由資訊處理器(電腦)來進行之<sup>534</sup>。

認為資訊具有無體性及自我指涉性的看法，當然不是新的。在語言哲學的變遷前，也就是自 *de Saussure* 以來，在語言學上對指涉者(*signifiant*)與被指涉者(*signifié*)予以嚴格區分，已是普遍的事<sup>535</sup>。因此，在語言學上，語言符號與其所蘊藏對被指涉者的資訊間的連結，其自主性及自我指涉性一直被強調著，亦即，符號僅能憑藉著另一個符號(而不是符號以外者)來指涉，而此大部分係以語言哲學或符號學上的討論為出發點<sup>536</sup>。在控制論的資訊理論(*die kybernetische Informationstheorie*)中，資訊在今日通常被當作是單純的無體物來理解，作為一種

---

<sup>534</sup> 亦請參考 *T. Vesting, Zur Zukunft und Konstruktion des Medien- und Telekommunikationsrecht in den hybriden Beziehungsnetzwerken der „Informationsgesellschaft“*, 出版中，原稿第 6 頁有進一步之引證。

<sup>535</sup> 參 *F. de Saussure, Grundfragen der allgemeinen Sprachwissenschaft* (1907), 1967.

<sup>536</sup> 就此請參 *J. Simon, Philosophie des Zeichens*, 1989.

意涵——依 Norbert Wiener 著名的公式——其不能與物質或能量相混淆<sup>537</sup>。所以資訊不是屬於一種可以由感官察覺的可經驗的物體。依現今的多數說，資訊甚至不是在自然的指涉關係中與世界的事物相交錯著。資訊固然指涉自然界或社會的事物，但其意義已如 Hobbes 所明示<sup>538</sup>，係取決於語義學上的意義範圍，在現代社會中，其原則上具有人為的特性，也就是說，其實際上是，而且也永遠只是當代的約定俗成。此正與現代自由社會已跳脫自然界中被賦予符號者與符號間他定 (fremdbestimmt) 的穩定狀態有關。在此背景下，資訊——如系統理論所言——才能被稱作是自我指涉的自主溝通網絡中持續溝通的成分。資訊可回溯至其前提的資訊/溝通，以便在其自我運行的網絡中，達成進一步的資訊/溝通(溝通的自我再製)。

依此種理論結構，資訊是狹義的，溝通是廣義的概念，本文延用此種語法<sup>539</sup>。除了資訊以外，溝通的概念尚包含傳達與理解。從溝通的獨立性、自我關聯與自我製造來看，資訊就像是一同進行的溝通的他人指涉(Fremdreferenz)；依 Gregory Bateson 的看法，資訊是一種差異，此差異在後來的事件中製造差異(一個差異製造另一個差異)<sup>540</sup>：若一個刑事警察經由一整合的資訊，獲悉他迄今傾向於認定為嫌疑犯之人，已經連續幾年與米蘭國際模特兒舞台中的年輕小姐們有不停變換的關係，那麼他對於嫌疑犯與離奇失蹤的妻子間的關係將會有與以前不同的判斷。在 Bateson 的公式中，思想運動並非以整體，而是以差異(Differenz)起始或結束，而該差異可以作為進一步產生差異的出發點，使得差異的活動原則上能無止境地持續著。換言之，較新的討論導出一個差異理論上的資訊概念。資訊概念的整體分裂成兩種差異。資訊並非如 Karl Steinbuch(其在法律文獻中常被引用)所指，是在一

---

<sup>537</sup> Norbert Wiener 的公式為：「資訊是資訊，不是物質或能量。」

<sup>538</sup> 就此時間較近的 K.-H.Laduer, *Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation*, 2000, S. 20 f.

<sup>539</sup> 為此辯護者亦參考 E. Schmidt -Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 1988, S. 236。

<sup>540</sup> G Bateson, *Steps to an Ecology of Mind*, 1972, S. 489.

個既有共同符號庫的前提下<sup>541</sup>，由一個發送者對一個接收者傳達訊號，而是一種過程，在此過程中，一方面資訊**製造**的過程與另一方面資訊**處理**的過程必須嚴格區分，而且不以一個穩定的共同符號庫作為前提。

資訊概念只能納入時間因素被理解，亦即只能是運行的。資訊是一種介於過去與未來的過程，同時也是現在，一個時間河流裏的事件，在進行理解中被實現的溝通序列的一瞬間。因此，今日的資訊概念通常與新穎、驚奇、事件性與瞬間性及受矚目性相連結<sup>542</sup>。此由個別的眼光來看正特別明顯：在一個無法擋住資訊潮流的環境下，資訊必須呈現新穎或驚奇的價值，使其得以被紀錄下來，或被記在腦海裏。此種新穎性的拘束又陷入一個非常狹隘的意義：即使如「資訊財」(Informationsgut)之字眼意謂著一種穩定的跨越時空的同一性，資訊除了作為驚奇及與時點連結的事件以外，仍非穩定的事物。在法學的討論中廣為流傳的本體論之用語<sup>543</sup>，不能無視於資訊作為社會溝通的要素，是一個蛻變的產物，也因此不能移轉。因為資訊既非從「讓與」者手中消失，亦非到達「取得」者手中，故資訊無從轉讓。資訊的「取得」係透過理解的過程，例如經由他人所為的一個語言上的傳達，亦即，一項資訊的意涵可作為進一步選擇的出發點，因而毫無止境地連結成的溝通帶得以繼續延伸。

資訊概念的雙重差異，也使得在社會溝通的過程中，並非任何差異皆能製造差異一事，能被顧及到。如前所述，在溝通中，理解是最重要的。在資訊、傳達與理解三者中，理解是成功溝通的條件(而非結果)。只有理解才能使溝通連結成一個整體。對於此種過程，Maturana 進一步說明道，溝通的現象並非取決於「何

---

<sup>541</sup> K. Steinbuch, Die informierte Gesellschaft, 1968, S. 29.

<sup>542</sup> 對於資訊的事件性質僅參 N. Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 1001; G. Franck, Ökonomie der Aufmerksamkeit, 1998, 特別是 S. 49 ff., 195.

<sup>543</sup> 例如 J. N. Druey, Information als Gegenstand des Rechts, 1995, S. 5f.

者被傳達，而是取決於在接收者身上所發生者」<sup>544</sup>；Maturana 指出，此與「被傳送的資訊」關聯甚少。如同詮釋學也強調的，理解的特殊重要性，其更深層的理由在於，理解的過程若不從原則上多數的有意義的指示可能性中予以選擇，即無法想像，而任何一個意義的實現，皆指向另一個此刻尚未成為現實的實現可能性。因此，在社會溝通的進行中，永遠必須考量多義性，因此，在今日可能只有呈現新穎的資訊才能形成差異，只有新穎才能使一項傳達成爲資訊。

## 職業自由與工作基本自由

作者：Otto Depenheuer

譯者：李惠宗

---

<sup>544</sup> H. Maturana, Der Baum der Erkenntnis, 1987, S. 210, 212.

## 導讀

德國基本法第 12 條明文規定職業自由，在時序進入全球化的世紀，會有什麼不同的面貌，本文針對聯邦憲法法院的判決傾向提出其屬於自由主義的看法。聯邦憲法法院認為，基本法第 12 條保障了一個具有一致性的職業自由。早期的勞資雙方對立的情況，已成為過去。

聯邦憲法法院早期於 1958 年的「藥房判決」，從自由主義的觀點，解讀其職業自由的觀念就是「營業自由」，國家縱使可以限制，但必須符合比例原則，因此也從比例原則導引出「三階說理論」。三階說中所謂三個階段係指：「職業執行自由之限制」、「職業選擇之主觀許可要件」及「職業選擇之客觀許可要件」三個階段，越屬於前階段的營業權事項，人民權利越小化，相對地，國家干預的權限越大，司法審查的密度相對地受到限縮。

當立法者只規定純粹之執行規則，不涉及到職業選擇自由，只是詳盡地確定屬於該職業之成員應依何種形式與種類來完成其職業行為時，立法者是最自由的。屬於「職業執行」之活動包括，營業方式、營業時間、個人執行業務之方式。職業選擇之主觀許可要件，係指自然人或法人在選擇進入職業市場所應具備，而由職業申請人所可能完成之屬人要件，此種主觀的許可要件只有為保護「重要的社會共同利益」始可合理化。「主觀許可要件」，包括個人的知識能力、年齡、體能上之要件、資力。所謂「職業選擇之客觀許可要件」係指「個人對該要件之成就完全沒有影響力」之要件。以此種要件作為限制進入職業市場之條件，「嚴重地違反基本人權之意義」，只有為防禦對於重大公眾法益構成可證明的及顯然非常嚴重的危險時，才能合法化對職業選擇自由之侵害」，以職業之「客觀許可要件」為進入職業市場之條件，例如以防止惡性競爭為要件、以促進一定市場機能為要件。

但此種屬於自由主義的見解，在後來的判決並沒有獲得一貫性的維持，而是反其道而行，採取保守的見解，甚至聯邦憲法法院認為立法者可以形成「職業形象」，透過立法可以規定，什麼職業應該具有什麼樣態，於是就會產生「新職業」禁止的效果。這樣的結果，作者 Otto Depenheuer 認為，無法適應全球化、資訊化及數位化時代的新勞動市場。作者期盼聯邦憲法法院能夠重拾職業自由所應具有的自由主義的精神，邁向新時代。而事實上聯邦憲法法院也有若干判決漸漸朝該一方向邁進，值得贊同。

## 目次

### 壹、全球化時代下的職業自由

#### 一、職業自由與經濟憲法

##### (一) 國家福祉之基礎

##### (二) 「要求商業化基本權」的激情

#### 二、聯邦憲法法院判決中的基本法第 12 條

### 貳、自由保障的基礎

#### 一、透過工作的自我實現

#### 二、生活的創造及維持

#### 三、自由市場的憲法因素

### 參、保護領域

#### 一、職業自由：多樣化下的一致性

#### 二、職業之意義

##### (一) 職業自由在職業形象下的緊身夾克

##### (二) 具有突破職業形象的潛能的職業自由

##### (三) 判決的變遷：從職業形象到職業自由

#### 三、客觀法規範上職業自由的涵

##### (一) (受僱) 勞工的基本自由

##### (二) 特別的：企業參決

##### (三) 基本權的保護義務

### 肆、干預界限

#### 一、從階層說到引導性的標尺

##### (一) 藥房判決的三階理論

##### (二) 個案上決定

##### (三) 藥房判決在釋義學上的不明確

##### (四) 憲法法院的規範審查密度

(五) 干預漩渦

二、職業活動的實施

三、經濟監督

四、市場引導

(一) 直接行為引導

(二) 間接引導

五、強制入會制度 (Verkammerung)

伍、變動中的基本權

## 壹、全球化時代下的職業自由

全球化的競爭、數位化、生化及資訊社會標示著人類進入第二十一世紀，此一世紀性的發展，根本地改變了職業自由的保障領域，同時也涉及在釋義學的輪廓及其具體化於平穩的西德福利社會的時代已發展並獲得穩定的基本權，但此其時也，此一基本權的自由潛能卻反而越來越被埋沒了。沒有其他基本權像職業自由一樣，因為職業自由的經濟基本條件有了根本性的改變，而這樣的經濟基本條件也同時面臨新的規範挑戰，一如在解除國家管制、政府組織精減及私有化<sup>545</sup>的浪潮下，其法律上應有的解答已呼之欲出。事實上，從本質來看，自由之保障仍然是「全球化相容性」(Globalisierungskompatibilität)的主軸，因為只有符合全球化相容性，才能夠使事實上的調適與彈性、創新與職業活動，獲得經濟上的成果，全球化相容性同時也對於職業自由的意涵，要求法律上能在釋義學獲得解決，並適時地回應現代化及取向於將來的要求。在基本法中所規定的經濟憲法中，自由之保障經常需要在其理念上獲得確認，並在其釋義學上藉由具體化以獲得(再度的)生命力(Re(Vitalisierung))，此種生命力才能，也應該引導此一基本權的實質意涵及政治評價的再生。

### 一、職業自由與經濟憲法

#### (一) 國家福祉之基礎

除了財產權保障外，職業自由係居於基本法上雄心所建構出來的經濟憲法的核心。雖然早期聯邦憲法法院的討論認為，基本法對於「經濟政策係保持中立的」<sup>546</sup>。但觀諸「自由市場經濟」與「中央計畫經濟」的基本選擇之間，基本法上所保護的職業自由確實是有一個憲法的方向：中央計畫經濟使得國家支配著整個國民經濟，以職業活動的選擇及執行的觀點來看，職業自由並未廣泛地<sup>547</sup>，時間上也沒有毫無限制地被實現<sup>548</sup>。除了財產權保障外，職業自由毋寧

---

<sup>545</sup> 有關私有化及解除管制：L. Osterlob und H. Bauer, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 204 ff./S. 243ff.; M. Schmidt-Preuß und U. Di Fabio, Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), S. 160 ff./S.235 ff.; H.-H. Trute, Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, in: DVBl. 1996, S. 950 ff.

<sup>546</sup> BVerfGE 4, 7 (17 f.).

<sup>547</sup> 有關基本法第 12 條作為自由市場的存續保障的制度面向：P. A. Windel, Über Privatrecht mit Verfassungsrang und Grundrechtswirkungen auf der Ebene einfachen Orivatrecht, in Der Staat 37 (1998), S. 385 (405); W. Thieme, Berufsfreiheit und Verwaltungsmonopole, in JZ 1961, S. 280 (281) m.w.N.有關

才能實現經濟上的基本意義：即自由之擁有者可以自行決定職業選擇機會與風險上，此種自由合理化了市場上的競爭，使私人可以取得財產，並保障了可以避免被操縱（*über Steuern*）社會的國度。

市民在職業上創造價值的舉動，廣義上對於國家亦具有基本意義：因為自由的國家不能僅依靠倫理而活，也要依賴國家本身所不能夠創造的經濟上要件。透過工作，人民獲得財物上的資財，國家則透過租稅制度，分享了個人的所得，租稅因此係提供國家實現公眾福祉任務的物質上基礎。因此工作、職業及受教育，基本上構成了人民自由、平等及社會安全的基礎<sup>549</sup>。

以去集權化為基礎的基本權所創造出來的價值，在歷史上，不只是經濟且成果上已呈現出競合模式；在全球化的經濟秩序中，職業自由已經變成個人以及社會調適的條件。全球化的過程中，基本法第 12 條已變成政治活動的中心點，對於現代分工社會，（職業自由所應具有）自由潛能（*Freiheitpotentiale*）具有特別重要的意義：基本法第 12 條的規定保障了個人能夠從事其自認為適合其自己的「職業」，亦即為其自己創造了謀取生活之基礎<sup>550</sup>。

## （二）「要求商業化基本權」的激情

要求商業化的基本權，在歷史的觀點上，常常引起政治上的激情：基本法第 12 條為自由經濟體制奠定了基礎，其中心取向即是以獲取利潤為其內在邏輯。經濟就是將所有的生產過程完全控制在成本-效益的觀點上：商品、服務、利益及購買力。凡缺乏市場價值者，經濟上即乏人問津。在誤認獨立的社會體制中的欠缺自律性（*Eigengesetzlichkeit*）的情況下，首先強調利潤取向的經濟，會蒙受到商業化以及不人道的譴責，而此種譴責透過似乎是獨立工作者可以針對受僱者主張的特權，而與基本法第 12 條有關。

---

自由權的存續保障：U. Scheuner, Grundrechtsinterpretation und Wirtschaftsordnung, in DÖV 1956, S. 65 (66); O. Bachof, Freiheit des Berufs, in: K. A. Bettermann/H. C. Nipperdey/U. Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. III/1, 1958, S. 155 (165). 有關基本法第 12 條作為對於自由經濟秩序的基本決定：H. C. Nipperdey, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland, 1954, S. 10, 12; R. Scholz, Grenzen staatlicher Aktivität unter der gesetzlichen Wirtschaftsverfassung, in: D. Duwendag (Hrsg.), Der Staatssektor in der sozialen Marktwirtschaft, 1976, S. 113 (125); G. Manssen, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl., 1999, Art. 12, Rn. 29.

<sup>548</sup> 有關證明此一規則的例外，請參：BVerfGE 25, 1 (25); 30, 292 (320, 332 f.); 39, 210 (235).

<sup>549</sup> O. Depenheuer, Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, VVDStRL 55 (1996), S. 90 (109 ff.)

儘管理論上此種單方面觀點是可以質疑，也姑不論憲法上職業自由的保障，其規範領域的實證分析應列入考慮，亦即所有人在社會的次體制( *gesellschaftlichen Subsysteme* ) 下，沒有收到先行給付，不會將其特定的給付提供出來：經濟體制需要法律制度，而法律制度需要政治體制。在此範圍內，此一透過職業自由所保護的自由市場經濟，既是一項經濟條件，也同時與社會國家正相反：如果沒有能賺取利潤的工作能力，就無法獲得私人或國家的社會給付。此種交錯的緊張關係，無法抽象的，也無法在短時間性的被消除，而是需要適時透過具有民主正當性的立法者予以具體化。因此，基本法第 12 條不只是以維護勞動生活者人性尊嚴為目標的社會國家政策的中心點，同時也涉及在全球化的比較下，首先應如何創造關於投資、創業以及如何創造對職位有利基本條件的政策的核心。基本法第 12 條不論以往或現在，其政治議題皆無可避免地涉及到經濟上如何正確定位的問題，此一問題常以特別方式引發政治上的激辯。隨著勞資意識型態對立的終結，在政治上以及憲法上，經濟秩序及職業自由的問題，無可避免地必須從本質上加以討論。現今諸多努力，例如促進資訊市場新建構，只是對於動態自由選擇的一個政治反應，這些自由選擇已成爲職業自由基本權的基礎，聯邦憲法法院在最近的判決中亦一再適當地予以強化，並屢屢強調自由選擇的重要。

## 二、 聯邦憲法法院判決中的基本法第 12 條

在基本法第 12 條規範的特別領域上，歷史上勞資雙方的意識型態的鬥爭，並不令人驚訝，亦即企業資方以及受僱勞工必然處於互相對立的狀態。在政治意識型態的背景下，是可以理解的，聯邦憲法法院並未在此一鬥爭中偏向任何一方，以免危及一般已經獲得認可並超越政治立場的權威性( *Autorität* )。然而在憲法釋義學上，幾乎尚未令人信服的是，聯邦憲法法院認爲——因此憲法法院本身亦同樣無法令人信服——「基本法在經濟政策上是保持中立的」<sup>551</sup>。此種中立性假設的結果，聯邦憲法法院在大部分有關規制職業規範的審查上——從所有實務判決上來看——，係採取最保守的態度。聯邦憲法法院在將近五十年的判決中，並未就基本法第 12 條本質上屬於自由權的性質加以發揚並強調，卻也未因此被認爲有

---

<sup>550</sup> BVerfGE 50, 290 (362) – Mitbestimmung-Urteil; 7, 377 (397) – Apotheken-Urteil.

<sup>551</sup> BVerfGE 4, 7 (17 f.0; 7, 377 (400); 12, 341 (347); 14, 19 (23); 21, 73 (78); 25, 1 (19 f.); 30, 292 (317 ff.); 50, 290 (336 ff.).

何不當：但有一位敏銳的觀察家早在 1965 年即已斷言說：「(職業自由)已經從自由的旋律變成絕望的通俗劇」<sup>552</sup>，另有學者於 1994 年撰文訴說「想想基本權」<sup>553</sup>。

就此，聯邦憲法法院首先藉由自由法治國家之高亢情緒以震聳啓聵之聲響充實了職業自由的內涵，並爆開威權專制國家結構。聯邦憲法法院第一個革命性的判決（即藥房判決），就當時很普遍的職業活動許可限制，即「客觀需要」的限制要件，予以摒棄。該藥房判決<sup>554</sup>強而有力地將職業市場導向自由化。但很快地，聯邦憲法法院喪失其勇氣：在具有指標性意義的藥房判決之後，卻小心翼翼地手工藝判決走回頭路<sup>555</sup>。聯邦憲法法院很快地將「職業形象」（Berufsbild）的釋義學說，完全交給職業市場的立法規制加以形成。就此聯邦憲法法院幾乎沒有強調職業自由獨特的重要性，反而謹慎地取向於政治權力關係及輿論的反應。由於聯邦憲法法院對於基本法第 12 條具有自由本質的潛能沒有使其完全發揮出來，於是作為一種補償的是，職業自由基本權另一方面提供聯邦憲法法院一項機會，以使國家組織法上基本決定，例如法律保留原則<sup>556</sup>以及有效保護權利之擔保<sup>557</sup>能夠獲得貫徹。

但最近幾年來，一股新鮮的風從 Karlsruhe 吹送過來：透過全球化的勝利列車，克服了經濟憲法上的文本（Kontext）意識型態的爭議問題後，近年來聯邦憲法法院在政治上以及憲法上，不用冒險地被認為係加入意識型態戰局之一方，已再度強調基本權應具有自由保障的內涵。歐盟法上的規定及全球化，促使職業基本權的釋義學有新的意涵，職業自由的輪廓，在最近期間已在部分領域很明顯地獲得承認，但其創新及解放的潛能（Emanzipationspotential）尚未完全顯示出來。基本法第 12 條在憲法法院的判決上重新獲得生命力是令人欣慰的，此一新生命本然上應是如此，而不是只為了適應不可避免的狀態：職業自由需要此種能賦予基礎，並揭示其界限、方向及範圍的指導性觀念。就此，聯邦憲法法院作了如下之準備。

---

<sup>552</sup> H. H. Rupp, Das Grundrecht der Berufsfreiheit, in : NJW 1965, S. 933 ff.

<sup>553</sup> F. Hufen, Berufsfreiheit – Erinnerung an ein Grundrecht, in NJW 1994, S. 2913 ff.; 亦請參 P. J. Tettinger, Verfassungsrecht und Wirtschaftsordnung, In: DVBl. 1999, S. 679 (684).

<sup>554</sup> BVerfGE 7, 377 ff.

<sup>555</sup> BVerfGE 13, 97 ff.

<sup>556</sup> BVerfGE 76, 171 (184 ff.)

<sup>557</sup> BVerfGE 84, 34 (45 ff.); 84 59 ff.; 85, 36 ff.

# 所有權與繼承權之保障

作者：Matthias Herdegen

譯者：蔡維音

## 導讀

「財產權」這個概念在我國釋憲實務上、人民的訴求中、法律論述中，是非常頻繁地被援用的，這也可以作為財產性權利之保護已廣泛為我國國民法律感情所認同、接受的一個表徵。但是詳細解讀德國憲法學上相關的論述後，會深刻認識到，我國對憲法上財產權保障的釋義學建構與德國憲法學上之 Eigentumsgarantie 之間，其差距之大超乎一般想像。

首先，譯者必須先對「所有權保障」之概念做一說明，德國法上之 Eigentum 意為「所有權」，其 Eigentumsgarantie 乃是「所有權保障」，與「具有財產價值之權利」並不完全重合，與「財產」本身更有差異。此「所有」必需有一個對象，亦即一存續之 Bestand，所有權之保護結構乃連結於此對象上。因而「徵收」、「補償」也都是以此對象之「所有權」受到剝奪作為連結點。反觀我國憲法，乃採取「財產權」之用語，並非「所有權」。大法官解釋對於「財產權」之保護領域，亦做非常寬鬆的認定，因而在對照上必然產生很大的差距，讀者不可不先審慎認知此狀況。

德國憲法學對於所有權保障之範圍，當然也不限於物上所有權，無體財產權、債權均可成為所有權之客體。惟在金錢上，則耗費了相當長久的猶豫與論爭，才敢稍有突破。若不先了解德國憲法釋義學對「所有權」的界定方式，驟然用我國憲法之「財產權」去比擬，必然會產生很大的理解障礙。舉例而言，「法定貨幣五

千元」在我國學界似乎極少有人會懷疑其是否為財產權之保護領域所涵蓋，但在德國法上，這是極大問題。因為要如何想像一個存在於五千元之上的所有權，首先只能透過對於紙鈔的物權或是一個具體化對特定人可主張的債權來想像，然而一個公法上的金錢負擔，例如說透過行政罰課予之五千元罰鍰，乃是存在於債務人「整體財產上之負擔」，難以鎖定究竟「所有權」之侵害在何處？受到剝奪的「客體」在哪裡？文中就此有許多細密的論述，這些討論是從一個廣泛的「財產權＝財產價值」理解所無法想像的，必須要回到德國憲法上以「所有權保障」為出發點的釋義學建構才能掌握討論之脈絡。

而「繼承權」在此更是一個微妙的存在，由篇名中即可看出，繼承權並非當然為「所有權」保障所涵括。繼承權與所有權之間饒富意味的關連可由對於遺產稅之相關論述得到一初步的輪廓。

其次，則是內容要旨的概略介紹。本篇文章對「所有權保障」的切入乃分由四方面進行，其一，「保護領域」乃是論及近年來所有權之保護內涵受到經濟層面、政治層面、社會層面之各種衝擊，導致保護領域結構上的許多衝擊與變動，如存在於金錢上之財產權利與社會給付請求權納入所有權保護領域之問題、營業許可是否享有基本權保護問題、承租人權利「所有權化」之問題，以及歐洲統合、兩德統一所衍生出之相關問題。其二，「侵害」論及徵收與內容規定、界限規定之區分基準，以及這三者之間立法形成與司法審查的相互作用；其三，「所有權限制的界限」論及所有權保護乃是一個層級化的保護結構，分別與所有權所具有之「人格自由保障」或是其負有之「社會性拘束」有消長關係，另關於財產稅捐在如何之範圍內始不逾越憲法界限以及個案中如何防範所有權人不合比例的負擔有相關論述；最後論及「轉折中之所有權」，以時代變遷中物上高權與使用權的衝突為中心來闡述所有權內涵的變動，此部份論及之「網絡」使用權並非指涉網際網路，而是涵括具體管線建設（如電力、電信管線）或是抽象的基礎組織結構（郵政遞

送架構)，這些可能涉及人民基礎生存需求的「網絡」，是否可由第三人來主張使用權，以及這些網絡設施所有權人本身之自益性維護的問題。

最後，作者提出所有權釋義學面臨之最重大的挑戰之一，乃是「所有權之消失」。因為市場關係的變動，消費市場上越來越短的產品使用週期，使得「使用」、「占有」相對於「所有」之重要性日益增加（例如「取得所有不如租用」的想法），這些都是對於「所有權保障」在法律面的重大衝擊，也是德國聯邦憲法法院必須接受之艱難未來任務。

我國憲法對於自身「財產權」保護領域與結構的理解，也到了一個需要徹底釐清檢討的時機，釋字第 609 號解釋對於「財產權」做了前所未有的廣泛認定，即使是向來認可我國憲法上寬鬆界定的幾位大法官，也提出了指摘（參見同號解釋之意見書）。釐清「財產權」在我國憲法釋義學上之結構，同時借鏡德國法上之經驗與衝擊，重新反省與建構合乎我國實況與規範需求的理解，乃是今後憲法學之要務之一。

## 目次

### 壹、保護領域

- 一、財產之保護
- 二、社會保險法上之請求權
- 三、由核能利用「下車」
- 四、承租人之占有權
- 五、貨幣交換
- 六、再統一過程中地域性與時間性的問題

### 貳、侵害：徵收與內容規定、界限規定之區分

### 參、所有權限制的界限

- 一、所有權保護的層次
- 二、課稅之侵害強度
  - (一) 對財產資產的寬容
  - (二) 半分原則作為稅法之結構原則？
- 三、法律上對個案中免於不可期待之負擔之防範措施

### 肆、轉折中之所有權：衝突中之使用權與物上高權

較諸於其他基本權利，基本法第 14 條所有權保障之發展受到社會、科技與經濟變遷更深的影響。聯邦憲法法院的所有權判決，於其第一個四分之一個世紀<sup>558</sup>以及第二個四分之一個世紀，都反映出社會與政治周邊條件的流動。基本法第 14 條較近期的判決於其豐富多姿的衣摺中，不僅蘊藏了在保護領域與概念類型上的新輪廓，並演變出其時代史上的意義：從法律面上對再統一的克服到歐洲經濟與貨幣同盟的實現。

法院實務判決中也自行觸及了若干關於憲法操控政治選項之尚屬開放性的討論，例如稅收對財產干預之界限。經濟、科技與學術在所有權釋義學上的進步也帶動了其他有現實意義的原則性問題，在此涵括了對於網絡結構處分權之保護，以及專屬獨佔性知識在所有權上之確立—主要是關於 DNA 序列之專利。在另一方面，則是支配權的分裂—其使得處分權出現了割裂。承租人權利在基本權層次上的提升可能成爲今後這類所有權發展的典型例證。關鍵語「所有權的消失」<sup>559</sup>多方反映出這個觀點：在此，國家法理論不只要面對物上支配的被「分解化」，其也要面對非實體之所有權地位的極度成長，而成爲對於貨幣、勞務、思想市場的支配工具。

## 壹、保護領域

### 一、財產之保護

由所有權作爲保護對象之定義這點來看，自來重點就是置於以下權利之存續上：亦即具體的、透過立法者在普通法的層次所確立之受保護的具有財產價值之權利。這種觀點也長期將判決實務導向於<sup>560</sup>認爲：財產本身非屬基本法第 14 條之

<sup>558</sup> 參見 C. Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe anlässlich des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, 1976.

<sup>559</sup> J. Rifkin, Access. Das Verschwinden des Eigentums, 2000.

<sup>560</sup> W. Leisner, Steuer- und Eigentumschwelle – die Einheitswert-Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts, in NJW 1995, S. 2591(2594, dort Fn. 48) 也同樣指出此因果關係。

保護領域<sup>561</sup>。這背後的意涵與其說是對基本法第 14 條第 1 項之保護領域的限制，毋寧說，這是將與所有權相關的負擔限縮在於：對於個別財產物所為、對象上可確定的干預之上。聯邦憲法法院的這個基準，由第二庭在關於財產稅的判決<sup>562</sup>上首度予以突破，惟第一庭在另一方則仍然堅持著早前判決之嚴格路線<sup>563</sup>。

第二庭之財產稅判決將處分權與用益權限視為人格發展在財產法領域的表現，而將其置於基本法第 14 條的保護之下<sup>564</sup>。然而判決理由中並沒有把這個重點十分精確地表達出來。雖然在此判決中，作為被保護的自由權也提到了一般行為自由（基本法第 2 條第 1 項），但第二庭似乎將在財產法領域中對抗稅收課徵的所有權保護，認定為特定之基本權利。Böckenförde 法官之特別投票中也如此指陳了第二庭的這個判決<sup>565</sup>。著眼於個人可能透過金錢給付義務被自治體課予義務的現實，將憲法之所有權保障延伸到財產保護上，較諸嚴格限制於對象物上的觀點，是較為公平<sup>566</sup>。嚴格見解稍早亦曾就此有所讓步，亦即承認：所謂的「扼殺性稅捐」可能構成對所有權的侵犯<sup>567</sup>。對此立場第一庭亦始終同樣堅持<sup>568</sup>，但卻沒有同時解決「扼殺性」稅捐對所有權保護帶來之釋義學上的破綻。

較諸於財產稅判決，第二庭在所謂歐元判決<sup>569</sup>中將人格形成自由與財產保護的關連性強調得更為清楚，其並補充：所有權保障原則上也涵括具有金錢價值的債權<sup>570</sup>，此陳述首先與傳統之所有權保護之理解並無扞格<sup>571</sup>。

然而第二庭接著做出重要的闡明，其確認「物上所有權與金錢所有權之等價

---

<sup>561</sup> 只需參照 BVerfGE 45, 272(296); 65, 196(209); 74, 129(148).

<sup>562</sup> BVerfGE 93, 121 ff.

<sup>563</sup> BVerfGE 95, 267(300).

<sup>564</sup> BVerfGE 93, 121(137).

<sup>565</sup> BVerfGE 93, 121(153).

<sup>566</sup> 同樣見解亦見於 H.-W. Arndt/A. Schumacher, Die verfassungsrechtlich zulässige Höhe der Steuerlast – Fingerzeig des BVerfG an den Gesetzgeber?, in: NJW 1995, S. 2603(2604). 同樣贊同見解：Leisner, Steuer- und Eigentumschwende(Fn. 3), S. 2594.

<sup>567</sup> BVerfGE 14, 221(241); 19, 119(129).

<sup>568</sup> BVerfGE 95, 267(300).

<sup>569</sup> BVerfGE 97, 350ff.

<sup>570</sup> BVerfGE 97, 350(371).

<sup>571</sup> 參見 BVerfGE 69, 272(300); 70, 278(285).

性（中略）亦是基本法第 14 條之功能基礎之一」<sup>572</sup>。此項對於物上所有權與金錢所有權之等價性的告白實則並不如其表象有時所顯示地那麼具有革命性，因為金錢所有權若不是對法定支付工具之物上所有權，就是對於金錢給付債權之所有權<sup>573</sup>。至此，至今仍由第一庭所支持之財產與具有財產價值之法律地位之對立性已無法維持<sup>574</sup>。其對於財產之所有權保護的排拒基本上忽視了「單純」之金錢財產所有之無限的交換價值。將所有權保護限縮於在對象上可確定的價值，這是在觀念上固執於一個尚未導入現代金錢經濟的時期。將財產劃出所有權保護之外是多麼地不堪一擊，如果把法定支付工具具體化成爲一種可對象化的利用價值之時（如家畜或金幣），就會變得明顯。此老舊之「財產不享有所有權保障」的教條，其終究只能藉由所有權人的這種無意義的自由而繼續存在：將其被強制課予之財產上犧牲的實質，透過法定支付工具在對象上具體化出來。

第二庭最終更精確地表達：「錢是印製出來的自由，其可以自由地被交換成各種對象物」<sup>575</sup>。藉此，金錢作爲建構物上財產權之基礎的這種內在潛能乃獲得決定性的重要性。當然金錢的價值是以特殊的方式關連並依附於共同體的，因爲其本質上也是透過基本權人之行爲、特別是透過價格、薪資、利息、經濟預測與評估所建立的<sup>576</sup>。然而此限制只涉及保護強度的問題，而無關於金錢所有權是否屬於保護領域之問題。

---

<sup>572</sup> BVerfGE 97, 350(371).

<sup>573</sup> 同樣見解見於 *P. Kirchhof, Das Geldeigentum*, in: *Festschrift für Walter Leisner*, 1999, S. 635(638ff.).

<sup>574</sup> 參見 BVerfGE 95, 267(300).

<sup>575</sup> BVerfGE 97, 350(371); 更進一步 *Kirchhof, Geldeigentum* (Fn. 16), S. 641 ff. 財產作爲保障個人人格自由之重要性也已一般性地在 BVerfGE 93, 121(141) 中提及。

<sup>576</sup> BVerfGE 97, 350(371); 不過這些因素仍須在國家之貨幣高權與財政政策的框架下被加以考慮。

# 勞工團結自由、團體協商與參與決定

*Bodo Pieroth\**

譯者：國立臺灣大學法律學院

助理教授 林明昕

## 導讀

本篇論文係一篇處理德國聯邦憲法，即基本法（Grundgesetz; GG）中有關「勞工團結自由、團體協商與參與決定（Koalitionsfreiheit, Tarifautonomie und Mitbestimmung）」等三項基本權利之保障的論文。就此，實證法上的依據為基本法第九條第三項；而其保障內容之發展，主要則為聯邦憲法法院長期以來相關的裁判例。雖然，基本法第九條第三項的規定為：「任何人及任何職業為維護與促進勞動與經濟條件而結社之權利，均受保障。任何限制或嘗試阻撓此一權利之協議，無效；而以此為目的之措施，違法。依據第十二條之一、第三十五條第二項及第三項、第八十七條之一第四項及第九十一條所為之措施，不得以對抗為維護與促進勞動與經濟條件而由第一句所稱之團體所為之勞工抗爭為目的」，不過作者著眼於聯邦憲法法院的裁判例，主要所處理者，則為以下三大問題點：

- 有關勞工團結自由、團體協商與參與決定等問題，在 1949 年至 1951 年間，如何被規範？尤其是當時的制憲議會，藉由基本法第九條第三項之制定，企圖達到什麼目的？（文中「貳」之部分）
- 在前開議題領域中的法律基礎，經由聯邦憲法法院的司法實務運作後，有何發展？尤其是該法院從基本法第九條第三項的規定中獲取出哪些新的意義？（文中「參」與「肆」之部分）

---

\* 本文作者衷心感謝作者之前學術助理 *Claudia Erwin* 法官參與本論文之撰作。

- 針對勞動與經濟條件如何藉由勞資協議方式維持與促進之既成與未來的問題上，憲法因聯邦憲法法院之努力所達成的規範現狀究竟為何？（文中「伍」之部分）

在這篇論文中，作者對於聯邦憲法法院針對系爭三項勞工權利之解釋方法，雖然輒有基於法釋義學角度的批評與懷疑，不過面對法院基於勞資和諧關係之考慮所做的努力，尤其是有關這三項基本權利之「保護範圍 (Schutzbereich)」與「限制」的具體構成與形塑，則持肯定與支持的態度。事實上，有關聯邦憲法法院如何從在文句上其實幾乎完全超自威瑪憲法相關條文之基本法第九條第三項的規定，發展前開勞工團結自由、團體協商與參與決定等三項基本權利的保護範圍（文中「參」之部分）與限制（文中「肆」之部分），以配合勞動社會在戰後所歷經的快速變遷，也是在本篇論文中最主要的內容。不過除此以外，在文中最後「伍、結語」之部分，作者對於德國現行團體協商制度的嚴厲批評，也值得吾人引為借鏡。

## 壹、導言

成立五十週年的這個理由，不僅值得慶祝，而且也有必要作個回顧。因此，相對於兩年前，由於基本法施行已經五十年，所以該法的貢獻如何，被提出來討論<sup>577</sup>，如今聯邦憲法法院成立亦屆五十年，當然也有討論其貢獻究竟如何的必要。而當有關法規範之貢獻如何被問及時，一般人所理解者，係指該法規範在社會現實中如何發揮其作用的問題；不過，當聯邦憲法法院之貢獻為何的問題被提出時，則該問題雖與前開有關法規範之貢獻如何的問題不甚一致，但其內涵仍具有相當程度的共通性：蓋鑑於聯邦憲法法院廣泛的權限，及其裁判對於國家與社會的重大影響力，美國學者 *Charles H. Hughes* 的名句：「憲法者，即法官所言者」，隨著基本法的施行愈久，即使在大西洋的這岸邊，也愈顯現出其正確性。

有關聯邦憲法法院在其涉及「勞工團結自由、團體協商與參與決定」議題之裁判中所作成的貢獻，主要表現在與基本法第九條第三項有關的從前與現今之法律基礎的比較上，並且同時得以下列三大問題之提問方式，來加以說明：

---

<sup>577</sup> 參見：B. Pieroth (Hrsg.), *Verfassungsrecht und soziale Wirklichkeit in Wechselwirkung*, 2000。

- 有關勞工團結自由、團體協商與參與決定等問題，在 1949 年至 1951 年間，如何被規範？尤其是當時的制憲議會，藉由基本法第九條第三項之制定，企圖達到什麼目的？（下文「貳」）
- 在前開議題領域中的法律基礎，經由聯邦憲法法院的司法實務運作後，有何發展？尤其是該法院從基本法第九條第三項的規定中獲取出哪些新的意義？（下文「參」與「肆」）
- 針對勞動與經濟條件如何藉由勞資協議方式維持與促進之既成與未來的問題上，憲法因聯邦憲法法院之努力所達成的規範現狀究竟為何？（下文「伍」）

## 貳、原始的規範內涵

有關團體協商與參與決定的議題，最初在制憲會議中，原來並無討論<sup>578</sup>。相對地，在有關勞工團結自由的問題上，基本法第九條第三項第一句及第二句之規定，則是幾乎文義不變地抄襲威瑪憲法第一百五十九條的文句。不過在此，所謂「勞工團結 (Koalition)」的概念，則無論是當時或現在，從未出現在威瑪憲法或基本法所使用的文字中。蓋在 1919 年的當時，即有意避免使用「勞工團結」的概念，而可能造成憲法上具有保障罷工權之意義的誤解<sup>579</sup>。從而在當時制定的威瑪憲法第一百五十九條中，既不承認勞工抗爭自由，亦無有關「勞工團結之實力手段」的規定<sup>580</sup>；換言之，這種嗣後始由聯邦憲法法院所肯定的團體性之行爲自由，在當時並不爲憲法所承認。

正好在這個問題點上，在制定基本法的制憲議會中，是爲爭議之所在。在基本法中，就罷工權問題作原則性的承認，在當時甚至是爲多數意見。不過保守派的議員卻有意在同時規定此一原則之相對限制，尤其是排除政治性罷工，以及罷工權不適用於公務人員等的情況下，始贊成罷工權的問題。此外，有關是否將工會指定爲具有罷工權資格者的問題，當時也頗具爭議<sup>581</sup>。從而，當時的 SPD 黨團

<sup>578</sup> 參見：W. Matz, Abschnitt I: Die Grundrechte, in: K.-B. v. Doemming/R. W. Fülllein/W. Matz, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, in: JöR 1 n. F. (1951), S. 116-125。

<sup>579</sup> 參見：G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl. 1933, S. 733。

<sup>580</sup> 參見：Anschütz, Verfassung (註 3), S. 733。

<sup>581</sup> 參見：Matz, Grundrechte (註 2), S. 120。

同意刪除有關罷工權的規定，以避免相對應的限制同時入憲，而反而具有憲法上之效力<sup>582</sup>。除此之外，在當時制憲議會的審議中具有爭議的，只有是否同時將強制加入工會之行為明文列舉為基本法第九條第三項第二句所稱的違法及無效之行為與約定的問題而已。不過後來這項提議，並未獲得審議通過，其實並非出於否定勞工之消極團結自由的用意；蓋當時的考慮，毋寧是制憲議會的大多數議員不想如此明顯地對工會表現不信任的態度。

由制憲議會就威瑪憲法第一百五十九條所抄襲的特殊結社自由，只有在其對抗方向為「社會暴力」<sup>583</sup>的一點上，與威瑪憲法第一百二十四條第一項及第一百三十三條第一項所規範的一般結社自由有所區別。至於針對勞工問題，事實上具有進一步規範與未來取向性質的規定，則在威瑪憲法第一百六十五條第一項中：

「勞工及雇員有權主張，在社會中，與資方平等參與有關薪資與勞動條件之決定，及生產力之總體經濟發展。勞資雙方之組織與協議，為憲法所承認。」

在此即是保障勞資雙方共同決定，亦即透過團體協約之締結，約定薪資與勞動條件，以及「國民經濟與國家生活之參與決定權」<sup>584</sup>的規定。至於威瑪憲法第一百六十五條第一項的第二句，則在於界清工會與經由同條第二項至第六項所新設立之各種勞工與經濟諮議會間的關係。換言之，有關締結任何團體協約的權利，仍保留在工會的手中<sup>585</sup>。不過這項權利，事實上直至該條項制定前，始爭取而得來的。

一直到第一次世界大戰時，大約在 1890 年左右始形成的團體協約制度，無論是在其法律上之效力與貫徹力等方面，本來是相當地不確定<sup>586</sup>。雖然在此之前，許多具有社會政策傾向的經濟學家，已經長久致力於勞動市場團體式協約之秩序與穩定功能的宣傳，並且有關強化團體協約議題的社會政策性討論，在二十世紀

---

<sup>582</sup> 參見：*Matz, Grundrechte* (註 2), S. 123。

<sup>583</sup> *Anschütz, Verfassung* (註 3), S. 731；*Anschütz* 在文中從威瑪憲法制定的史料中摘引了 *Sinzheimer* 的用語，但卻無同時加註，此一用語係「基本權利通常所未具有的防禦方向」。

<sup>584</sup> *Anschütz, Verfassung* (註 3), S. 744。

<sup>585</sup> 參見：*Anschütz, Verfassung* (註 3), S. 746。

<sup>586</sup> 詳見：*J. Englberger, Tariautonomie im Deutschen Reich, 1955, S. 45ff.*；而 *M. Dreschers, Die Entwicklung des Rechts des Tarifvertrags in Deutschland, 1944, S. 57*，則指出其法律基礎「混亂，且在論理上不甚清楚」。

剛開始之際，也已熱烈進行<sup>587</sup>。此外，1965年12月5日所通過的有關祖國勞動力之法律（Gesetz über den vaterländischen Hilfsdienst）<sup>588</sup>，更在戰爭經濟需求的壓力下，決定了國家對於勞工團體的承認。不過，一種毫無限制性的勞工團結自由，卻直至1918年11月12日由國民代表大會之宣言所展開的革命<sup>589</sup>中，始被承認。

有關勞工之勞動條件，應經由勞資雙方，抑或雙方之代表團體，以團體協約方式加以確立的原則，終於在1918年11月15日，由工會與資方團體雙方之最高組織的領導人合議通過（所謂的Stinnes-Legien合約，或稱：有關中央勞動聯盟之組成的合約）<sup>590</sup>。這個有關勞動市場秩序之團體協商的基本決定，結果也經由國家方面，首先以由國民代表大會在1918年12月23日所發布，並且對於團體協約之直接與強制力（不可變更性），以及一般拘束力之可能性，亦均有所規定的團體協約命令（Tarifvertragsverordnung）<sup>591</sup>，其次再由前開的威瑪憲法條文，加以進一步地確定與承認。

從而，由於上述歷史的發展，在基本法中，如威瑪憲法第一百六十五條第一項第二句般，肯認勞工團體及其協約權之存在，對於當時的制憲議會而言，顯然已無必要了。因此，正有如Stinnes與Legien二人直接在革命後所確立的路線，縱使在1945年後，有關勞工團體規範勞動與經濟條件之問題，也完全依循威瑪時代的法律基礎而進行。在此，尤其是1918年的團體協約命令，更是以不同的理由為基礎，重新加以適用<sup>592</sup>。至於團體協約法（Tarifvertragsgesetz）的最初規範內容，則是由經濟領域聯盟的經濟諮議會制定而成，並且在基本法公布前，即已於1949年4月9日生效<sup>593</sup>。就此，制憲議會雖然在威瑪憲法第一百六十五條無替代性地失效後，亦無表示任何意見。而此一事實，則如後文將再述及者，已經由聯邦憲法法院解釋為一種有意的沈默。

---

<sup>587</sup> 例見：1909年第29屆德國法曹協會（Deutscher Juristentag）在Bd. 5, S. 834所提出之要求。

<sup>588</sup> RGBI. S. 1333; zur Einordnung vgl. W. Frotzcher/B. Pieroth, Verfassungsgeschichte, 2. Aufl. 1999, Rn. 461.

<sup>589</sup> 參見：A. Hueck/H. C. Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 2, Halbb. 1, 7. Aufl. 1967, S. 188。

<sup>590</sup> 參見：G. D. Feldman/I. Steinisch, Industrie und Gewerkschaften 1918-1924: die überforderte Zentralarbeitsgemeinschaft, 1985, S. 135 ff.。

<sup>591</sup> RGBI. I S. 1456; 詳見：Englberger, Tarifautonomie (註 10), S. 140 ff.。

<sup>592</sup> 相關實務見解，見：Dreschers, Entwicklung (註 10), S. 96。

<sup>593</sup> WiGBI. S. 55.

## 德國人與外國人：

### 聯邦憲法法院判決中之國籍權、外國人權以及政治庇護權

作者：Rolf Grawert

譯者：程明修

（德國敏斯特大學法學博士，東吳大學法律系專任副教授）

#### 導讀

眾所周知，基本法區分德國人與外國人，藉以突顯出個人與制度上之法律地位：當基本法上之人權將任何人都納入憲法共同體中，德國人權利與公民權則將外國人排除在外，但另一方面這些人享有特別之要求庇護之權利；基本法上制憲權與組織化之國家權力所歸屬之主體，德國人民，包括所有之德國人，而所有在此生活之外國人，則屬於德國居民，同時也隸屬於其經濟與文化社會；亦即原則上只有德國人承擔國家意志之形成，但德意志聯邦之政治系統也包含歐體公民之超國家的選舉權。

國民與外國人之區分，在國家之存在上乃先於憲法，並且肇因於國際法。在國際法中，制憲者藉由實證地（positiv）建立國民與人民以定義其主權地位。相對於其他國家，特別是歐洲國家，基本法對於此一基本區分，僅予不完全之表達。基本法中對於德國人之定義，規定為過渡與終結規定 – 基本法第 116 條，而不是民主共和組織之引導性規定，而且其本身只規定了所謂之其他德國人，至於德國國民之規定，則委諸法律上之傳統狀態以及普通法律之立法者。儘管如此，基於其對於共同體以及其憲政秩序之建構性的重要性，德國人資格、國籍以及人民乃是憲法概念，其核心內容乃是預先給定的，從而享有憲法之優位性；基本權與公民權之構成要件，以及基本法第 20 條與第 28 條之國家基本規定，乃以此為出發點。

#### 目次

##### 壹、德意志人民作為憲法問題

##### 一、繼續存在問題

##### 二、分裂問題

##### 三、德國之歐洲化

四、移民與整合

五、結構均衡

貳、德國國民與身份上之德國人

一、德國人之憲法概念

二、國籍之結構特徵

三、德國國籍之獲得與喪失

四、國籍與國家繼承

參、國籍、公民、歐盟公民

一、公民之概念

二、國籍請求權？

三、國籍之結合權與結果權

四、民主之公民權與公民義務

五、國籍與歐盟公民

肆、外國人法與政治庇護法

一、外國人之概念

二、外國人之基本權地位

三、入境、停留、遣送

四、政治迫害與庇護

## 壹、德意志人民作為憲法問題

基本法區分德國人與外國人，藉以標示突顯個人與制度上之法律地位：不同於基本法上之人權係將任何人都納入憲法共同體中，德國人權利與公民權則是將外國人排除在外，但另一方面卻也特別提供這些人享有要求庇護之權利。作為基本法上制憲權與被組織化之國家權力歸屬主體之德意志國民，包括所有之德國人；但是相反地，包括所有在此地生活之外國人，均屬於德國居民，同時也隸屬於德國之經濟與文化社會。雖然原則上只有德國人才承擔國家意志形成的責任，但德意志聯邦共和國之政治系統卻又包含歐體公民之超國界的選舉權<sup>594</sup>。

國民與外國人之區分，在國家之存在上乃先於憲法，並且肇因於國際法。在國際法的領域內，制憲者藉由實定法(positiv)規定擁有國籍之國民與人民的方式，而以主權者的地位定義其個別之地位。相對於其他國家，特別是歐洲國家的憲法<sup>595</sup>，基本法對於此一基本區分，表述得並不完全。基本法中對於德國人之定義，是一種過渡性與終結性之規定 – 基本法第 116 條，而無庸導入德意志民主共和國（按：即前東德）之組織<sup>596</sup>，而且其本身只規定了所謂之其他德國人，至於德國國民之規定，則委諸法律上之傳統狀態以及普通法律之立法者定之。儘管如此，基於其對於共同體以及其憲政秩序之建構性的重要性，德國人資格、國籍以及人民仍是憲法概念，其核心內容乃是先驗預定的，從而享有憲法之優位性；並自此發展出基本權與公民權之構成要件，以及基本法第 20 條與第 28 條之國家基本規定。

因此，那些有必要確定之憲法概念之確定與具體化，亦屬聯邦憲法法院之任務。實際上且符合期待地，憲法法院不僅在其他原因案件的過程中，並且也不斷地在國家與社會發展之關鍵時刻，承擔此一任務，遂使其得以對於德國人與外國人之整體法律地位，不僅徹底地，而且在其後續作用上，有體系地描繪其輪廓。

早在憲法法院判決集之第一冊，就已討論了一項呈現國籍法歷史面向之爭議，亦即一方面關於由納粹政權所強制授予德國國籍之有效性<sup>597</sup>，以及另一方面關於居住在南史列威西（Südschleswig）之少數丹麥人的選舉權訴訟爭議<sup>598</sup>；於第

<sup>594</sup> 歐洲共同體條約第 19 條，基本法第 28 條第 1 項第 3 句。

<sup>595</sup> 芬蘭政府形式第 4 條；葡萄牙憲法第 4 條，第 12 條以下；瑞典憲法第 2 章第 7 條，第 20 條；西班牙憲法第 11 條以下；惟幾乎所有歐洲國家都將國籍委由立法者來界定。

<sup>596</sup> 與此不同者為先於基本法所制定之巴伐利亞邦憲法：第 6 條以下。

<sup>597</sup> BVerfGE 1, 322 f.

<sup>598</sup> BVerfGE 1, 208 ff.

一百冊則可以查到整合原德意志民主共和國居民，進入聯邦共和國年金體系之問題<sup>599</sup>，以及對外國廣播之逾越界限審查是否符合基本權<sup>600</sup>。在這之間，亦即 1951 年與 1999 年之間，國籍法、外國人法以及庇護法上之理解，具有不同之重要性。但特別是在這之間，卻也已經出現了決定性地塑造德意志聯邦之存在與發展之原則性判決。

### 一、德國存續之問題

在憲法裁判的第一個十年，德意志帝國之繼續存續問題以及其與德意志聯邦共和國之關係，乃居於核心地位，且在國籍法上也有其重要性；至於德國統一問題、由基本法所建構國家之民族問題，要到 1973 年關於基礎條約之爭議，才支配德國司法，至於外來移民與政治庇護則幾乎完全尚未被提及。

1951 年，聯邦憲法法院成立之第一年，其第一庭就已處理到了德國存續之問題。當時一個入籍德國之人（*ein deutscher Volkszugehöriger*）針對其所面臨被遣送至奧地利 – 當地並屬於受蘇聯統治之佔領區 – 之威脅，於異議程序中主張其於帝國兼併受保護國 *Bömen* 與 *Mähren* 之後，依據帝國法之規定所強加授予之德國國籍。審判庭因此必須決定，涉及到因為違反國際法之併吞而被強制授予之德國國籍，是否有效？以及是否對於德意志聯邦共和國繼續有效，而得依據基本法第 16 條第 2 項主張免於遣送之保障？聯邦憲法法院第一庭選擇了繼續有效之立場。其理由在於，首先，德國之立法者於國家法與國際法上，得為此項授予行為；其次，捷克斯拉夫共和國對於被強制入籍之德裔捷克斯拉夫國民，於 1945 年溯及既往地剝奪了其捷克斯拉夫國籍；最後，自 1945 年之崩潰以來，當初以強制方式入籍之人皆持續地聲明其意願，願以德國國民身分而被對待。因此基於當事人意志之考慮，同時也「對於因強制方式而入籍之德意志人，為其德國國籍之承認，創造了一個國際法上無懈可擊的基礎」<sup>601</sup>。在此，聯邦憲法法院第一庭乃是默示地以 1871 年之德意志帝國繼續存在為其出發點。

直到 1953 年之公務員判決<sup>602</sup>以及 1957 年之軍人判決<sup>603</sup>，第一庭才明確 – 反

<sup>599</sup> BVerfGE 100, 1 ff.; 100, 59 ff.; 100, 104 ff.; 100, 138 ff.

<sup>600</sup> BVerfGE 100, 313 ff.

<sup>601</sup> BVerfGE 1, 322 (326 ff.) (緊急程序 E 1, 74 [75])。與納粹之併吞相類似者，BVerfGE 2, 98 (99); 4, 322 (329); 就此，無注釋書，請參閱 *B. Ziemke, Die deutsche Staatsangehörigkeit nach dem Grundgesetz, 1995, S. 71 ff.*; *K. Hailbronner / G Renner, Staatsangehörigkeitsrecht, 3. Aufl. 2000, Einl. Rn. 7 ff.*

<sup>602</sup> BVerfGE 3, 58 ff.

<sup>603</sup> BVerfGE 6, 132 ff.

對凱爾森與那維亞斯基之見解 – 且以表現主義式的語彙，支持當時之通說<sup>604</sup>，亦即認為 1945 年之「國家災難」，「並未觸及」國家之「存在」，因此「新民主國」可以接續「國家社會主義國」<sup>605</sup>以及由其續造之法律秩序：「新國家」與舊國家是同一的，因為第一庭將之視為與國家形式的轉變無關之「中性法人」<sup>606</sup>，其「也能經得起革命性之憲法變遷」<sup>607</sup>。

基於前述理由，擁有國籍者之人民地位亦因此繼續存在。不過，此一概念首先必須克服在國家社會主義統治下，經由 1935 年 9 月 15 日之帝國公民法（*Reichsbürgergesetz*）所造成之扭曲<sup>608</sup>。相反地，大部份關於集體入籍之法律仍然不受影響。對此，第一庭於 1962 年進一步提出一個具有典範性質的理由<sup>609</sup>：由於若干在 1933 年與 1945 年間所制定法律之有效性，於投降後有所爭議，基於法安定性，依據這些法律所取得之德國國籍，遂有予以澄清之必要。1955 年 2 月 22 日之國籍問題處理法<sup>610</sup>即旨在澄清此一問題，依其規定，確定了法與國籍延續之原則 – 也包括 1943 年之領袖命令所涉及之「德裔外國人」<sup>611</sup> – ，並為法院所承認。第二庭隨後對於此一原則予以限制，蓋其對於依據 1941 年之帝國公民法所發布之第 11 號命令<sup>612</sup>中，基於種族理由而剝奪德國國籍，拒絕予以承認；其理由在於，此乃「明顯」且到達「無可忍受程度」地違背「基本之正義原則」<sup>613</sup>。顯然，著名之賴特布魯赫公式<sup>614</sup>在此無待進一步補充地發生呼籲性的作用，蓋第二庭在此並未費力地針對系爭命令是否合憲地制定發布與是否與國際法相符進行審查。

---

<sup>604</sup> 關於此一延續性與創建性問題之深入討論，請參閱 *H. Nawiasky, Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 1950, S. 3 ff.*

<sup>605</sup> BVerfGE 3, 58 (88 f.); 第 101 頁：「國家社會主義國」；其他，第 114 頁：「由納粹黨統治之國家」；第 121 頁：「國家災難」；第 134 頁：「新民主國」；第 138 頁：「在新國家中」。

<sup>606</sup> BVerfGE 3, 58 (116).

<sup>607</sup> BVerfGE 3, 58 (116); 6, 132 (153).

<sup>608</sup> RGBl. I S. 1146.

<sup>609</sup> BVerfGE 14, 142 (151).

<sup>610</sup> BGBl. I S. 65.

<sup>611</sup>

<sup>612</sup> 1941 年 11 月 25 日發布之命令（RGBl. I S. 772）。

<sup>613</sup> BVerfGE 23, 98 (106 f.)，援引第一庭：BVerfGE 3, 225 (232)，且援引 Radbruch 公式；此外，請參閱 BVerfGE 54, 53 (67 f.)。

<sup>614</sup> *G Radbruch, Fünf Minuten Rechtsphilosophie, in: ders., Rechtsphilosophie. Studienausgabe 1999, S. 209 (210). BVerfGE 95, 96 (133 ff.)* – 涉及 Egon Krenz。

# 職業公務員制度

## --憲法規定與憲政實態

作者：**Helmut Lecheler**（德國柏林自由大學教授）

譯者：林明鏘

### 本文導讀

德國現代之職業公務員制度，即全職、專業、階層性、公正性執行公權力之人事制度，源於中古世紀之邦國制度，而現代化之公務員制度則可追溯 1805 年拜耳邦（**Bayern**）之公務員法。此種有數百年歷史之所謂「傳統公務員制度」（*hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums*），雖經歷威瑪時代及納粹時代的嚴苛挑戰與破壞，惟透過第二次世界大戰後制定的波昂基本法，使得職業公務員制度浴火重生，維繫其制度的命脈之外，並見諸於基本法第 33 條第 5 項之明文規定<sup>615</sup>將其改頭換面，再重新形塑，該職業公務員制度使得二次世界大戰後德國快速有效從瓦礫中重建，今日列為世界強國之林，實功不可沒，德國職業公務員制度建立至今，世人原則上均肯認共存在之價值與功能。

此種維繫德國公行政效率、廉潔運作的職業公務員制度，因為隨著二十世紀末、二十一世紀客觀環境的重大變化，例如，政府因兩德統一後財政負擔龐大赤字，國營事業電信、郵政及鐵路民營化的時代浪潮，以及追求更高效率及彈性的實際需求，而正面臨另一波更嚴酷的考驗與轉變壓力，尤其是基本法第 33 條第 4 項，有關「行使公權力原則上應委由公務人員行使」的規定<sup>616</sup>，更是面臨著不合時代需求之諸多批評。

為降低政府之財政赤字，德國將聯邦電信、鐵路及郵政民營化之後，數十萬公務人員之身分及權利義務關係，產生了劇烈的變化<sup>617</sup>，基本法第 33 條第 4 項之功能保留條款，更面臨著轉型與改變，對此，聯邦議會除大幅修正聯邦公務員基

---

<sup>615</sup> 基本法第 33 條第 5 項規定：「公務員法（制度）應斟酌傳統職業公務員制度之基本原則加以規範。」

<sup>616</sup> 基本法第 33 條第 4 項規定：「公權力之行使（*hoheitsrechtliche Befugnisse*）視為經常性之任務，原則上應委由公務員（*Angehörigen des öffentlichen Dienstes*）行使，公務員乃處於一種公法上之勤務與忠誠關係。」本項即學術界所俗稱之「功能保留」（*Funktionsvorbehalt*）條款。Vgl. *U.Battis*, *Öffentliches Dienstrecht von A-Z*, 5Aufl. 1999.S.17.（*Einleitung*）。

<sup>617</sup> 截至 1997 年 6 月 30 日為止，德國共計有 173 萬公務員與法官，247 萬職員及 78 萬技工與工友，其中 20.9% 係部份工時職位。Vgl. *U.Battis*, *Öffentliches Dienstrecht von A-Z*, 5Aufl. 1999.S.16.

本法與聯邦公務員法以茲因應外，並且大幅增訂憲法（基本法）第 80 條第 2 項<sup>618</sup>、第 87 條<sup>619</sup>、第 87 條之 4<sup>620</sup>、第 87 條之 5<sup>621</sup>、第 87 條之 6<sup>622</sup>、第 143 條之 1<sup>623</sup>及之 2<sup>624</sup>等規定，藉以暫時迴避或過渡性連結基本法第 33 條第 4 項及第 5 項之傳統職業公務員制度基本要求與內容。而此種修法或修憲之規定與種種措施，例如：聯邦鐵路公務人員之職位改置（Zuweisung）、聯邦郵政與電信之行政委託（Beleihung）、飛航安全管制人員之民營化…等措施，是否與傳統職業公務員制度之本質相互吻合？在聯邦法律中引進「在私人機構服務之公務員概念」（例如：聯邦郵政及電信公務員），創設「有服務時間性公務員」及「部分工時公務員」新制度，是否亦與傳統公務員制度背道而馳？不僅在聯邦議會討論中有正反不同意見，在聯邦行政法院及憲法法院判決中，亦可以明顯感受到違憲審查及兼顧客觀環境變化需求之不易兼籌並顧。

本文作者 Prof. Lecheler 長期以來即以維護「職業公務員制度」著稱，十餘年來，跟隨著兩德統一、國營事業民營化之過程，職業公務員制度面臨程度不一的大幅修正與轉變，為文評析甚多。本篇論文亦保持其一貫學術批判之立場，嚴格檢視職業公務員制度之歷史演變（壹及貳）外，並針對波昂基本法第 33 條第 4 項及第 5 項之「職業公務員制度」之內容、任務、法律關係（參及肆）詳加闡述，多方面引證法院判決及聯邦立法之變化，使得讀者能夠對於德國職業公務員制度有一定深度之理解外。

最後，作者 Prof. Lecheler 則憂心忡忡地論及職業公務員制度可能面臨的內部體系崩解的危機，包含公務人員服勤務於私人機構，公務員不再是「永業」文官，而係如私部門之勞工般係「定有服務期限」的受僱人，甚至於也不再永遠是「全

---

<sup>618</sup> 基本法第 80 條第二項規定：「聯邦政府與聯邦部會關於使用郵政機構設施及電信機構設施之費用及原則，使用聯邦鐵路機構及其設施之費用收取原則，關於鐵路之興建與經營等法律與法規命令，例外地應經聯邦參議院之同意。」

<sup>619</sup> 基本法第 87 條係規定聯邦自主行政之範圍，包含外交、聯邦財物行政、聯邦水利與水道、聯邦反恐組織之警察行政…等。

<sup>620</sup> 基本法第 87 條之 4 規定：「（1）飛航管制行政室為聯邦自主行政。其組織係採公法或私法型態，由法律另定之。」（2）前項法律應經聯邦參議院之同意，聯邦得將飛航管制委託各邦行政為之。」

<sup>621</sup> 基本法第 87 條之 5 係規定聯邦鐵路行政。其中與職業公務員制度較相關者，例如其第 3 項規定：「聯邦鐵路將轉變成為私法型態之經濟企業體。其仍屬聯邦財產，該經濟企業體之活動包含鐵道知性見、維持及營運活動在內。依本條第 2 項規定，將聯邦股權轉讓於私人企業時，應有法律之依據，該企業經濟體股權之多數仍保留由聯邦擁有。」

<sup>622</sup> 基本法第 87 條之 6 規定聯邦郵政與電信制度之任務。其相關於職業公務員制度者，包含第 2 項及第 3 項規定，第 2 項規定為：「第一項所稱之提供服務係指：由德國聯邦郵政特殊財產（Sondervermögen）所組成之企業及其他私法上之提供者所提供之私經濟活動（第一句）。」第 3 項規定為：「聯邦以聯邦公法上直接營造物之法律型態，行使有關依聯邦法律所定，基於德國聯邦郵政特殊財產組成企業之個別任務，不受第 2 項第 2 句規定之影響。」

<sup>623</sup> 基本法第 143 條之 1 規定有關聯邦鐵路事務之聯邦管轄權。其最重要者為第 1 項第 1 句：「關於聯邦鐵路由聯邦自我行政轉換成為經濟企業體之所有事項，專屬聯邦之立法權。」

<sup>624</sup> 基本法第 143 條之 2 係規定有關郵政改革之原則，其中與職業公務員制度直接相關者為其第 3 項規定，其規定為：「在德國聯邦郵政服務之聯邦公務員，將保障其法律地位，並對私法企業之機關首長負責執行職務。該企業行使機關首長之職權。其他細節由聯邦法律定之。」

職」公務員，行政機關為節省國庫之龐大負擔，大量以「部份工時職位」取代「全時專職」之職位，例如：中小學教師職位，如此劇烈之制度改革，是否已終將傳統職業公務員制度之核心內涵與價值，例如：全時、專職、永業、公正及功能保留原則，全部加以改變了？甚至於嘗試放寬政務職之範圍，擴大及於常務高階文官，是否改革過頭，嚴重傷及職業公務員制度之中立性及公正性？此種一波波的文官改革，有些雖因受到文官體系的強烈反彈，而改弦更張或胎死腹中，但是，德國面臨著經濟低成長率，高失業率及績效追求的壓力，仍未改變，如何追求制度性之突破，尤其是文官制度如何調整因應，仍是 21 世紀德國人的智慧考驗。

Prof. Lecheler 在本文中娓娓道來，評析此種困境與解套方法，語重心長，令人動容。反觀我國文官制度，亦面臨著相同客觀條件及環境劇烈改變，而公務員制度跟不上改革的腳步的批評，例如：憲法第 85 條規定，公務員應經國家考試及格，造成國家晉用公務員來源及方式的嚴重限制；憲法第 83 條規定，使公務員受到法律之保障，不易調職及淘汰；憲法增修條文中第 10 條第 4 項規定，將公營事業民營化以後，使公營事業公務員全部喪失公務員資格，結算公務員年資<sup>625</sup>；政務職公務員的範圍及人數逐漸增加…等都可以看到與德國相類似之制度變革與變革之壓力，我國如何借用德國文官制度改革的步驟與方法，避免重蹈德國之覆轍，是閱讀本篇論文可以作為隨處反省我國處境的契機。隨著論文所引出之議題及證立，均有供我國參考斟酌之處，彌足珍貴，亦盡在此種制度的反省，德國人解決問題之智慧與經驗，值得我們借鏡。

## 目次

### 本文導讀

#### 壹、制度起源

#### 貳、威瑪時代

#### 參、波昂基本法下新的開始

##### 一、制度的持續性：公務員法律關係之休止符

##### 二、基本法第三十三條第五項規定有限度的溯及支撐

#### 肆、基本法下職業公務員制度之輪廓內容

##### 一、職業公務員制度之特殊任務

##### 二、服公職之管道

---

<sup>625</sup> 例如：我國郵政及電信民營化（法人化），均透過特別法之方式，結算郵政及電信公務人員之年資，使其喪失公務人員身分，轉依私法上之法律關係從事郵政與電信服務工作。此種作法與德國明

- 三、職業公務員制度內涵之輪廓
- 四、緊張的公務員關係
- 五、內部的崩解現象？
- 伍、多方面的解體？一條往新型態職業公務員制度的道路？
  - 一、在私人機構服務的公務員
  - 二、有時間性之公務員
  - 三、部份工時公務員
- 陸、結語

## 職業公務員制度

### --憲法規定與憲政實態

德國職業公務員制度從過去迄今，均屬有關替國家服勤務者之特殊樣態制度。職業公務員制度乃係由國家之任務發展衍生出其制度結構。職業公務員制度為完成其國家任務而建構之制度，所以職業公務員制度必須以國家任務之達成及履行為目的，來形塑其法律上之內容。以上的諸多事項在憲法上雖不具爭議性，不過，在憲政實態上，一般性之法律規定是否吻合前揭之共識，無論如何是我們必須進一步加以質疑探究的。

### 壹、制度起源

職業公務員制度之源起，可追溯到國家（邦國）建立之伊始<sup>626</sup>。職務公務員制度乃源自王侯或地域諸侯之任命官吏及頒授頭銜法律<sup>627</sup>，這種任命性之法律可以追溯到中古世紀的階級國家（諸侯）（*Ständestaat*）；原始我們所稱之「職位」（*Amt*），並非指國王之佣人僕役，相反的，公務員僅是王國內的一位僕役，其不代表國家的任何旨意，也不是行政的一環，而且也不代表「政府」...，當初並未區分王國內之僕役與職位這兩個不同之概念<sup>628</sup>，現代政治下的行政組織概念，在當時（中古世紀）是不存在的。

---

文規定於憲法上保障郵政人員之公務員身分，有極明顯之不同。

<sup>626</sup> 於此請參閱 *H. Lecheler*, in: *K.H. Friant/W.Höfling* 編著之 *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 33 Rn. 8.

<sup>627</sup> 參閱 *E. W. Böckenförde*, *Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung*, 1964, S. 33. 相同的見解 *W. Schick*, *Die Konkurrentenklage des europäischen Beamtenrechts-Vorbild für das deutsche Recht*, in: *DVBl.* 1975, S. 741ff.

<sup>628</sup> *L.v. Stein*, *Die Verwaltungslehre*, Teil 1, Abteilung 1 (Die vollziehende Gewalt), 新刷二版，1869, 1962, S. 210；於此併請參閱 *C. Heyland*, *Deutsches Beamtenrecht* 1938. S. 4f.

在逐漸由邦聯國家轉型為絕對國家之際，以及逐漸同時建構起領土主權之際，此種情形於初期階段，並未有任何改變（即國王僕役與職位概念並未區分），公務員制度的演變係逐步漸進而來，而且並非順順利利，無任何障礙阻撓般的進行著。這種演變係由「統治階層理論」（Regalien theorie）所演繹出來的<sup>629</sup>，統治階級剛開始及其演進係由皇室而來，這種階級的特色是表現在其與國家統治權力之具體特殊關係上。這種具體特殊關係意味著：針對某一特定標的及其主要的部份享有一種得以轉讓之統治高權，而這種統治高權之內容並沒有詳盡地加以明文者。在各邦領主範圍內的這些統治階層，依據不同的權利頭銜（或經由頒予、抵押、繼承、血統等方式），而獲得一系列的統治權力，歷史的演進更強化了法治階層的地位。依據西菲里斯和約（westfälische Frieden）<sup>630</sup>終局地將階級建構成為地方領主高權之構成部分，地方領主享有自己的統治高權，地方高權僅僅在某些並非涉及於統治階層之權限部份，讓予國家高權行使。

從憲法上之回顧與今日可以比較之結論大致吻合此一觀點。拜耳邦（Bayern）在當時成為走向一個現代職業之稅務制度道路上的領先者。在 1805 年 1 月 1 日發布之國家重要施政方案（Hauptlandespragmatik）時，業已創設出一個突破階層式的現代公務員法<sup>631</sup>。其法律特徵為創設公法性質之勤務關係，經由此種公法上之勤務關係，任用並授予其終身之職位，以及公務員享有俸給及照顧請求權，而該特徵目前業已成為「照顧原則」（Alimentationsprinzip）之指針<sup>632</sup>。

權力分立制度以及與其相關的職位（官職）制度，迄至今日總是成為職業公務員制度之基本要素，不斷受到提出與討論<sup>633</sup>，職業公務員制度經由此種權力分立及官職制度之架構，對於實現行政之法治國家，獲取並增長其核心價值及重要性<sup>634</sup>。

綜上所述，現代意義下公務員制度，業已與傳統歷史專制政體下之法律原則相互脫勾；而毋寧是在現代國家，其為達成國家任務之要求，而產生之新形貌制度<sup>635</sup>。

## 貳、威瑪時代

<sup>629</sup> 於此請參閱 P.Badura, Das Verwaltung,monopol,1963 S.52ff.

<sup>630</sup> 對此請參閱 A.Randelzhofer, Die Bedeutung des West fälischen Friedens, 在:J.Isensee/H.Lecheler 編著之 Walter Leisner 祝賀論文集,S.3ff.

<sup>631</sup> 對此請參閱 R.Summer,Bayerische und Beamtentum ,收於 Verfassung als Verantwortung und Verpflichtung,祝賀拜揚邦憲法法院成立五十週年論文集,1997,S.259 ( 259f.)

<sup>632</sup> 進一步的論證在 Summer, Verfassung ( Fn.6) .

<sup>633</sup> 對此請參閱 H.Gerber,Entwicklung und Reform des Beamtenrechts, VVDStRL7 ( 1932) ,S.2 ( 9) ; J.Isensee,Ö ffentlicher Dienst,在 E.Benda/W.Maihofer/H-J Vogel 編著,Handbuch des Verfassungsrechts, 第二冊,2Aufl.1999, 32 Rn.15ff.

<sup>634</sup> 進一步的討論請參閱 D.Merten, Das Berufsbeamtentum als Element der deutschen Rechtsstaatlichkeit,在 H.Lüder 編著之 Staat und Verwaltung,Speyer 高等文官行政學院成立五十週年論文集, Speyer 高等文官學院論文集第 122 冊,1997,S.145ff.

<sup>635</sup> Gerber 作如此之表示，Entwicklung ( Fn.8) S.4.

雖然建立公務員制度係屬法治國家之基本要素（此點在威瑪時代亦無爭論），但走在威瑪之帝國憲法中，並未對公務員制度有所規範（國家組織法中未加以著墨）。威瑪憲法第 129 條至第 131 條僅僅是「相當無選擇性地將公務員法之基本原則加以並列而已」<sup>636</sup>，其實質內容與現行有效（即威瑪時代現行有效之）帝國法律及各邦法律，幾乎並無不同，但是這些基本原則總是高懸於憲法之上，從而成為帝國立法及各邦立法之指針，提供其程序並限定立法者立法之範疇。在威瑪時代，業已由個別公務員關係之保護，轉化完成為在憲法層次上之保障，在區別國家之政治上及法律上之功能範疇下，職業公務員制度被指定為承擔法律功能範疇之任務。公務員制度之憲政組織上的制度保障，其目的在於確保公務員在國家生涯中能確實履行其法律功能之任務，而使公務員免受政治上之影響，得以保障其獨立性<sup>637</sup>。

在「第三帝國」時期（即納粹掌權時代），德國國家法之崩破，無可避免地亦波及於公務員制度。職業公務員制度乃係為國家服務為目的，其建構原則有激進般地重大改變：將法律工具化，取消權力分立制度、引進領袖原則，將各邦統一化、縮減基本權利及其他等等之作為，結果造成國家公務員制度僅僅（在當時）成為該政權之公務員而已<sup>638</sup>。

經由國家社會主義成為國家意識形態，這種國家組織的重大變革也導致公務員法律關係的深遠改變。此一法律關係之改變，尤其是在 1933 年 4 月 7 日公布之冷酷無恥法律<sup>639</sup>，明文宣示：「恢復職業公務員制度」可得證之。依該法律第 1 條規定：「縱使依現行有效之法律規定，現職公務員雖未具備免職之要件，亦得依本法下述規定予以免職。」依該條之規定，當時之公務員若非具亞利安血統者，原則上即應強制退休，除非有同條第 2 項之例外情形，同時也要求公務員對納粹社會國家為政治上之忠誠效忠。其在該法第 4 條中明定：「凡公務員若未能隨時義無反顧地為社會國家，在政治活動上效忠者，應予以免職。」更得以貫徹納粹主義的意識型態。

在 1937 年 1 月 26 日公布之德國公務員法<sup>640</sup>，消除了各邦的獨立性，並使得一向與聯邦不同的邦公務員法融入聯邦法中，即融入國家社會主義之國家中。自該法生效以後，所有公務員均成為帝國公務員，而無邦公務員存在之餘地。

<sup>636</sup> GAnschütz, 正確地如此表示, Die Verfassung des deutschen Reiches, 13. Aufl. 1930, Art. 129 Anm. 2.

<sup>637</sup> 參閱 Gerber, Entwicklung (Fn. 8) S. 2ff 有進一步詳細說明；關於在基本法下與制度保障之銜接請參閱 R. Naumann, Die Berufsbeamten und die Staatskrisen, VVDStRL 13 (1955), S. 89ff.

<sup>638</sup> 對此進一步之討論請參閱 Naumann, Berufsbeamten (Fn. 12), S. 104ff.; 也參閱 M. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, 第三冊, (1914-1945), 1999, S. 360ff.

<sup>639</sup> 帝國法律公報 I, 1933, S. 175.

<sup>640</sup> 帝國法律公報 I, S. 39.

## 聯邦憲法法院判決中之宗教自由與國家教會法

作者：Martin Heckel

譯者：張永明

### 本文導讀

德國為以基督宗教立國的國家，政教關係向來和諧，因此聯邦憲法法院關於宗教紛爭所作成的裁判，在一開始並未受到重視，但隨著多元化社會的形成，傳統的天主教與基督教兩大教會逐漸無法維持唯我獨尊的地位，此時因教會地位的改變以及人民宗教信仰的變異產生的紛爭，已無法再透過本身亦處質變中的政教關係獲得平息，而有賴司法機關的裁判始能解決，自此聯邦憲法法院逐漸取得德國國家教會法發展的主導權。

由於德國在過去有一段為時相當久的政教合一歷史，在一九一九年的威瑪帝國憲法即有教會法律地位的規定，而當時人權的保障被設計成為國家方針條款的性質，因此在 1949 年重新制憲制定基本法時，即面臨教會地位與人民宗教自由如何規定的問題，幾經討論，最後以及現行的決議，乃維持威瑪教會條款在基本法繼續發揮效力。形成德國教會（理論上不只是傳統的教會，當新的與外來的宗教符合規定要件時）享有憲法獨特保障的地位，甚至比另外一個在基本法上亦具特殊地位的人民團體--政黨，有過之而無不及。

基於如此的背景，強調個人主義的聯邦憲法法院，在其所作成的宗教裁判中，即在強調個人宗教自由保障的同時，亦致力賦予國家教會法新的制度性意義，不僅不受限於傳統個人與制度對立的見解，反而倡導制度性保障的最終目的，乃落實個人的宗教自由。

聯邦憲法法院歷來的宗教訴訟，處理諸多備受矚目的棘手問題：如不信仰或退出原來信仰的消極宗教自由，與積極宗教自由如何調和？雖然聯邦憲法法院未在理論上主張何者享有優先地位，但裁判的結果對具體個案卻有指明的效果。另如宗教團體自主決定權「宗教自治」的範圍如何界定？政教分離後的國家法如何對宗教團體適用？對宗教事務應保持中立的國家，是否對於宗教事務的歸屬，有絕對的決定權。再者如，為落實宗教自由的保障，給予宗教團體自由發展的空間，對於基本權人與宗教團體的宗教性自我理解，國家必須予以尊重並作為判斷的準據，但當宗教性的自我理解與第三人的權利或公共福祉陷入衝突或互相牴觸時，哪一方負有寬容、退讓的義務？最後如，在多元化社會形成之後，國家如何實現宗教平等？外來的與新的宗教必須異於傳統的宗教，才有存在與發展的空間，則在政教關係非政教對立，而是親密的合作關係下，文化國家與社會國家的獎助，如何在不傷害多數國民的情感下，讓外來的與新的宗教分享？以上例舉的問題，處處均考驗聯邦憲法法院的智慧。

我國歷來關於宗教訴訟的司法裁判，多數屬於刑法上詐欺案件是否成立的判斷，但在講究人權保障的今日，刑罰已不足以作為解決宗教紛爭的準據，因此宗教詐欺訴訟不宜歸屬為真正的宗教訴訟案例，則在如此的見解下，我國的宗教訴訟案例並不多見，司法院大法官釋字第 490 號與第 573 號解釋，可謂是我國宗教訴訟裁判的代表。

我國關於宗教自由的研究，已逐漸受到碩士班研究生的喜愛，越來越多的碩士論文以宗教自由的法律問題為題材。在學者的研究部分，近來以許育典教授的專論「宗教自由與宗教法」2005年5月，元照出版社，最具代表性。此外，本文譯者亦曾以宗教法律議題，進行兩次國科會補助的研究計畫：「地方政府之宗教行政與宗教立法」，計劃編號 NSC 91-2414-H-156-001；「我國與德國宗教訴訟之分析與比較，兼論日、美、英、法現況」，計劃編號 NSC 93-2414-H-156-001。以上均

含有我國宗教自由研究的文獻，可供查閱參考。

## 目次

### 壹、聯邦憲法法院對國家教會法發展之意義

- 一、釋憲機關主導宗教法領域的發展
- 二、初期階段因政教友好關係導致宗教訴訟不盛行

### 貳、俗世化國家的多元化框架規定

- 一、國家教會法為俗世國家法
- 二、不容挑戰的憲法優越原則
- 三、國家教會法作為調和的規範
- 四、國家教會法作為世俗性的框架法
- 五、國家不得介入宗教內涵
- 六、融入在國家文化政策的宗教傳統
- 七、強調個人主義與走出機構優先性的迷失
- 八、確保宗教團體在符合國家法的整體框架內發展自我
- 九、結論

### 參、威瑪時期國家教會法的意義轉變？

- 一、何謂意義轉變
- 二、兼顧傳統與創新
- 三、威瑪憲法教會條款的作用與事實環境的改變
- 四、國家教會條款的正確解釋
- 五、貌似轉變但實質上並非轉變
- 六、不輕言是轉變

七、立法者的區分權限

八、法官造法的問題

肆、關於宗教自由

一、廣泛的宗教自由保障

二、宗教自由被解釋為整體的基本權

三、對宗教與世界觀的平等保障

四、宗教自由的制度性保障

五、消極的宗教自由

六、世俗憲法的宗教概念與其解釋

七、宗教性的自我理解與定義宗教的權限問題

八、宗教自由的放射作用

九、宗教自由保障的補充性格

十、宗教自由的界限

伍、關於宗教團體的自主決定權

一、宗教自由對機構的保障

二、宗教團體的宗教自由

三、宗教團體的自己事務

四、宗教團體對於自己事務的自我理解

五、對於大眾有效的法律界限

六、界限法律的定義

七、宗教平等

八、國家與教會的分離

九、國家的宗教中立義務

## 壹、聯邦憲法法院對國家教會法發展之意義

### 一、釋憲機關主導宗教法領域的發展

在過去的數十年間，聯邦憲法法院的判決已鞏固其在國家教會法上的**領導地位**（Führungsrolle），即使是面對學說與實務的發展，亦不惶多讓。其**晚近的努力**，亦如同其歷來所締造的權威地位般，值得注意。而基本法於此亦（如同聯邦憲法法院對其所作的解釋般，具有同樣的實用性。）<sup>641</sup>：直至戰後的第二十年，以及基本法公布後的第十六年，聯邦憲法法院以其在 1965 年所作成關於教堂稅及宗教自由之判決<sup>642</sup>，才開始獲得重視。在此之前於 1957 年 3 月 26 日作成之宗教協定判決（Konkordatsurteil），則已如同稀落的鼓聲般，早就被淡忘掉了。自此國家教會法的司法判決，整體而言，筆直地、逐漸濃厚地，同時配合於各該時點上出現的機會，朝連貫性與實務取向的原則持續發展。

令人驚訝與喜悅的是，聯邦憲法法院的判決未呈現出被理論沉重負載以致無法開展的現象，尤其是能擺脫意識形態的束縛。但當在探究具體個案必須權衡文化與宗教政治的立場時，其卻又立即鑽入如下原則的深層領域：如中立性（Neutralität）與平等（Parität），憲法作為整體秩序的統一性、傳統在今日的有限效力、個人主義的優先性與個人融入體制的事實、分離（Trennung）與聯結（Verbindung）、隸屬（Subordination）與合作（Kooperation）等等。其實早在宗教協定的判決中，國家的主權與憲法的優先性已經被強調與確認，連帶地，國家宗

---

<sup>641</sup> R. Smend, Das Bundesverfassungsgericht (1962), 載於氏著, Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. Aufl. 1968, S. 581 (582) --聯邦憲法法院在宗教法上的貢獻, 此處僅能作幾項概要性的描述, 其餘部份請參考內容豐富的手冊、註釋與期刊文獻。一般性的介紹, 請參 K. Hesse, Die Entwicklung des Staatskirchenrechts seit 1945, 載於: JöR 10 n. F. (1961), S. 3 ff.; A. Hollerbach, Das Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (I), 載於: AöR 92 (1967), S. 99 ff.; (II), 載於 AöR 106 (1981), S. 216 ff.; K.-H. Kästner, Die Entwicklung des Staatskirchenrechts seit 1961, 載於: JöR 27 n. F. (1978), S. 239 ff.; 同氏著, Das Grundrecht auf Religions- und Weltanschauungsfreiheit in der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung, 載於 AöR 123 (1998), S. 408 ff.

<sup>642</sup> BVerfGE 19, 129 ff.; 19, 206 ff.; 19, 242 ff.; 19, 253 ff.; 19, 268 ff.; 19, 282 ff.; 19, 288 f.

教契約的合法性以及基督教取向的國家學校（國民義務學校），亦已被認同<sup>643</sup>。自此之後宗教自由的問題<sup>644</sup>，以及宗教團體的自主決定權（*Selbstbestimmungsrecht*）等問題<sup>645</sup>，即被越來越明確地闡明，並釐清其相對之間的法律關係。在個案中，宗教的自我理解（*Selbstverständnis*）<sup>646</sup>被發現具有根本性的地位，而宗教自由保障的放射性影響，亦發展成爲一般的法律秩序。在尋求衡平地解決基本權的限制問題時，強烈地強調自由的意義，已遭致反對的聲浪；以致其只能在錯亂與搖擺不定的疑慮過程中獲得勝利<sup>647</sup>，尤其是當對抗主義（*Antagonismen*）在這種多元社會的宗教社會學領域中持續成長時，其永遠是一個備受矚目的議題。一些明顯的案例<sup>648</sup>更彰顯出在國家的宗教中立法與宗教團體以信仰決定取向的法律秩序之間，不僅存在有深度的本質上差異，亦有相互的關聯性。

國家教會法的司法裁判從高深莫測的理論中，一方面歸納出現實的堅實基礎，另一方面歸納出應嚴格地受憲法規範的拘束。司法裁判已深刻地刻劃出此法律領域的特別輪廓，但同時又不受制於已成爲專家特殊領域，因而存有疑慮的隔離區，反而將之併入憲法的整體秩序中。國家教會法的未來議題，將是其與文化憲法<sup>649</sup>以及社會法的關係，因爲宗教團體與逐漸龐大中的文化國與社會國，在文化與社會領域正多方面地交鋒，且在越來越多的層面上，宗教團體被納入國家的文化與社會整體責任體系（*Gesamtverantwortung*）與框架結構（*Rahmgestaltung*）中。

---

<sup>643</sup> BVerfGE 6, 309 ( 330 ff., 339 f. ) .

<sup>644</sup> BVerfGE 12, 1 ( 4 ); 19, 129 ( 132 ); 24, 236 ff.; 30, 415 ff.; 32, 98 ff.; 33, 23 ff.; 35, 366 ff.; 44, 37 ff.; 44, 59 ff.; 46, 266 ff.; 49, 375 ff.; 83, 341 ff.; 93, 1 ff.

<sup>645</sup> BVerfGE 18, 385 ff.; 42, 312 ff.; 46, 73 ff.; 53, 366 ff.; 70, 138 ff.; 83, 341 ff.

<sup>646</sup> BVerfGE 24, 236 ( 247 ff., 245, 251 ) ,自此成爲不變的司法見解; 53, 366 ( 401 ) ; 66, 1 ( 22 ) ; 83, 341 ( 356 ) .

<sup>647</sup> BVerfGE 42, 312 ( 334 ff. ) ; 53, 366 ( 401 ff. ) ; 66, 1 ( 20,22 ) ; 70, 138 ( 166 ) ; 72, 278 ( 289 ) ; 83, 341 ( 354 ff. ) . 亦參註 117 至 120.

<sup>648</sup> BVerfGE 30, 415 ( 422, 424 ff. ) : 教會會員的資格只有依據有效的，以及以三位一體方式執行的宗教洗禮始爲有效，而該洗禮對於國家在宗教稅法的程序上亦具有法律重要性。

<sup>649</sup> 就此關於學校法的裁判，見諸 BVerfGE 41, 29 ff.; 41, 65 ff.; 41, 88 ff.; 52, 223 ff.; 74, 244 ff. 亦參考註 27, 73, 74, 91.

# 法 治 國

作者 Philip Kunig

譯者 盛子龍

## 導 讀

按本文作者在德國向來就是以研究法治國原則著名的權威，本篇主要是以德  
國基本法下法治國在規範上的基礎為出發點，並結合聯邦憲法法院歷來重要判決  
對它的闡明及續造，以解析德國法治國規範模式的特徵及內容，並點出在未來發  
展上，特別是在面臨歐盟或其他類似國際性組織的結構中如何使法治國原則內化  
的問題。

在本文中，「法治國」(Rechtsstaat)是作為類型概念，也就是在一般國家學的  
意義下來理解。另「法治國體」(Rechtsstaatlichkeit)則是在總括的法治國理解意  
義下使用，也就是係將其作為有關法治國規範的集合概念來使用。至於「法治國  
原則」(Rechtsstaatprinzip)，則是將其理解為一個獨立的、可供涵攝操作的，可以  
具體化的在基本法秩序下的保障。

全文共分為幾個重點：

首先作者指出在德國基本法的規範中，法治國體係屬於在憲法秩序中的本質  
要素。基於德國憲政歷史的經驗及不斷自我的反省，為了確保這個本質要素的存  
續，尤其是可以免於來自修憲者、公職人員及社會力的侵襲而變質，並確保其未  
來也能在歐洲不斷整合的過程中繼續保有法治國體的核心價值，德國法治國規範  
模式透過許多機制，例如修憲界限的劃定等，建構起一個在規範上具有對內及對  
外自我防衛能力的規範網絡，實為德國法治國模式一大特色。

其次，作者以聯邦憲法法院歷來重要判決為基礎，重點式的描繪出德國法治  
國規範模式的個別要素，也就是以正義的維護或創造作為國家目的之規定、法秩  
序的建構與依法行政原則的確保、國家權力的分力制衡與各個權力核心領域的保  
障、法的安定性以及對法的信賴保護作為其論述的重心。

最終作者把目光投向法治國體在未來作為國際關係調和利益並建構法秩序的  
建構形式的可能，也強調德國法治國規範模式與他國法治國規範模式對話的重要  
性，發人深省。

對於德國公法不熟悉的讀者，閱讀此篇文章，可以建立起對德國法治國的概  
觀及理解。至於對於德國公法釋義學比較、甚至於非常熟悉的讀者而言，則本文  
許多論述自然是過於簡要。不過，依譯者淺見，本文作者提出的幾個觀點亦十分

發人深省。尤其是其在德國法治國模式的論述上表現出來的反省與強調與他國法治國模式對話的必要與開放性。蓋我國公法學受德國公法學影響深遠，對於原本具有開放性的憲法價值秩序，大量援引德國法治國原則的個別要素以為填補。尤其是在大法官解釋中，許多德國法治國下的個別要素，成為我國司法審查的準則，對公法學的躍進有極大的貢獻。不過這個繼受的過程，不少是未經詳細論證，甚至於與憲法文本及其體系脈絡脫勾，僅單純的利用「法治國原則」這根魔杖，便使之成為我國法治國的應有內涵。至於這些要素究竟是作為法治國不可或缺之要素，亦即如有欠缺，便不夠資格列入法治國之林，或是屬於在德國特殊的歷史環境及國民情結下，或是基本法的權力分立模式下的特殊產物，則少有較深入論述。在台灣公法學已經日漸蓬勃的今天，譯者期待我國憲法學研究者能有更多本土型「法治國」證立的研究。

## 目次

- 壹、概念的先行釐清與規範的基礎
- 貳、法治國體作為基本法所應維護的本質要素
  - 一、對修憲採自我防衛的法治國
  - 二、對服公職人員自我防衛的法治國
  - 三、對政黨及其他社會力量自我防衛的法治國
  - 四、法治國體作為社會的任務
  - 五、在歐洲整合中必須維護的德國的法治國體
  - 六、在國際社會中加以維護的法治國體
- 參、法治國體的個別特徵
  - 一、在法治國之正義
  - 二、法秩序的建構與依法行政
  - 三、權力保留
  - 四、法的安定性及對法的信賴
- 肆、在國際的脈絡下的法治國體
- 伍、結論

## 壹、概念的先行釐清與規範的基礎

基本法的條文共計在三處提及法治國。一直以來在基本法第 28 條第 1 項第 1 句規定下，聯邦憲法即要求各邦的憲法秩序必須合乎其設定的原則，其中包括在基本法意義下的法治國。這同時顯示出，依照制憲者的構想德意志聯邦共和國整體而言應稱之為法治國<sup>650</sup>。另外，在基本法第 23 條第 1 項第 1 句規定（自 1992 年 12 月 21 日修憲以來）及第 16 條第 2 項第 2 句規定中，法治國也以形容詞的形式出現。在前述第一個規定中，所強調實現一個整合的歐洲的目標與民主的、法治國的、社會國的及聯邦的原則、輔助的原則及與基本法保障相當的基本權保障之原則聯結在一起。基本法第 23 條第 1 項第 1 句明顯想到的是作為德國規範上立國基礎的基本法第 20 條第 1 項。除此之外還有一個到目前為止在古今的歷史中，在原則之層次上作用，事後則以書面將之確立的指導思想（即補充性），最後還有一個聯邦憲法法院在有關基本法第 24 條第 1 項的判決中的一個核心論點（在基本法新增訂的第 23 條生效以前），也就是—以基本法基本權保護的水準作為在歐洲進行整合後續時，內國應尊重的準則的論點。不過似乎有違背以聯盟方式結合的歐洲的建構理念。想使其只受到在德國就國家機關所設想出來的法治國原則之拘束而且依據基本法第 16 條第 2 項第 2 句的法治國原則，只提出一個最低限度的要求，在此特別是就刑事法院之程序之要求。基本法加以維護而想要看到被尊重的，其基於基本權的理由被提昇為將德國國民引渡到外國的刑事法院接受審判的許可要件。「最低限度」、「維護」、「原則」：上述觀點被提出來，其將在後續討論一扮演決定性的角色。

不僅是基本法第 28 條第 1 項第 1 句，針對各邦憲法秩序所提出之要求以及在基本法第 23 條第 1 項第 1 句及第 16 條第 2 項第 2 句所表達出來的期望行為均是以一套在某程度上已知的法治國概念的內容為前提。它們還是有共通之處，其就法治國原則在聯邦憲法之效力沒有採取任何要求，其毋方是以其具有如此效力為前提。因此由這些對聯邦法規定只是做了一個下列事項的確認，亦即基本法包含法治國之原則，而基本法的制定者則確定德意志聯邦共和國依照一般國家學、歷史經驗、比較法以及國家科學的認知夠資格被稱為一個法治國。

基於上述規範上檢定的結果，有一個重要的問題仍有待釐清，這就是，是否在德國的憲法秩序中包含有一個特別的、超越法治國所要求的個別保障的，居指導性的法治國原則，而且它與基本法中各自單獨看起來均應稱之為法治國的而在其共同運作下，足以將當前之法秩序稱之為一個法治國的相關規定又是處於何種關係。上述問題一再被提出來討論<sup>651</sup>。答案的紛歧也證實了德國法學領域內的不

<sup>650</sup> 有關制憲當時的思想就此可參考 C.-F. Menger, *Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im bonner Grundgesetz*, 1953, S. 3ff.

<sup>651</sup> 比較早期的意見爭議在 P.Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip*, 1986, S. 60 ff. 中有敘述；就那裡對他人提

同方式。在此涉及到的並不是一個純理論性的問題或是只具有法釋義學意義的問題<sup>652</sup>，正如法釋義學及實務不應相互對抗一般。主張在基本法法治國的個別保障之外還存有一個獨自的法治國原則的論者與主張應優先或只應探求法治國思想在實證法上的建構的論者，二者對於許多法律問題的答案在結果上都是一樣 — 它留下空間，而對於其是否有能力可以在規範上對於法律適用者，主要是職掌憲法審判者所享有的餘地畫定界限，而能對作為法治國中心要求的法律明確性有所貢獻，也有不同的看法<sup>653</sup>。

---

出的批判表達同意，不過對其建議的構想斷然拒絕，K.Sobota, *Das Prinzip Rechtsstaat*, 1997, S. 399ff.; 再次對 Sobota 構想之一明白的稱之為「重新建構嘗試」, P.Kunig, *Rezension*, in : *AöR* 123(1998), S. 486 ff.; 對這些觀點具代表性之敘述例如 E.Schmidt-Aßmann, in : J.Isensee/P.Kirchhof(Hrsg.), *Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 1: *Grundlagen von Staat und Verfassung*, 1987 ( unveränderte 2.Aufl. 1995 ), § 24 Rn. 7ff.; 詳細說明之概觀參閱 C.Görsch, *Die Inhalt des Rechtsstaatprinzips*, in : *JuS* 1997, S. 988 ( I 特別是 991f. ); 對各種意見最新的廣泛敘述, C.Calliess, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, 2001, S. 49ff. ( 打字稿 ); 另見 H.A.Wolff, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz*, 2002, S.247f.

<sup>652</sup> H.Maurer, *Staatsrecht*, 1999, § 8 Rn. 3 卻如是理解。

<sup>653</sup> 參閱例如 Schmidt-Aßmann, *Rechtsstaat* (Fn. 2), 以及 U.Battis/C.Gusy, *Einführung in das Staatsrecht*, 4. Aufl., 1999, Rn. 198. ( 當然 ) 不是 Sobota 所想的一般, 見 Sobota, 就此請參閱 Kunig, (Fn. 2), S. 487f.

# 比例原則

作者：**Bernhard Schlink**

譯者：張文郁

## 導讀

比例原則乃是屬於憲法位階，而在各法律領域，包括立法、行政與司法，皆被廣泛應用之基本原則。在行政法上，特別是干涉行政，具有極重要之作用，我國憲法第 23 條即將比例原則作為限制立法者干涉侵犯人民基本權之界限，因而比例原則和基本權之保障具有密切之關係。德國通說將比例原則細分為三個下位概念，亦即適當性、必要性和狹義之比例原則(又稱為利益衡量原則)，並據以說明手段與目的應具備之關係。我國行政程序法第 7 條並將之明文化，使行政機關於執行行政任務時，能確實遵行。我國行政法院 83 判字第 2291 號判決在行政程序法制定施行前，即曾於判決中說明比例原則之概念：「就中所稱比例原則，係淵源於憲法上法治國家思想之一般法律原則之一種，具憲法層次之效力，故該原則拘束行政、立法及司法等行為。因而，行政機關於選擇達成行政目的之手段時，其所作成之行政處分必須符合比例原則，換言之，除該行政處分須最適合於行政目的之要求，並不得逾越必要之範圍外，尚須與所欲達成之行政目的間保持一定之比例，始足當之。否則，即屬濫用權力之違法。」。此段陳述幾乎已詳盡說明比例原則之內涵，並指出比例原則之遵守乃是依法行政原則之要求。比例原則又稱之為過度禁止原則，雖言過度禁止，實則包括不足之禁止，蓋不足亦不符比例之要求，就此，以我國憲法第 23 條之用語「必要」最能表現其精神。

由於比例原則之內涵並非明確，目的及手段是否合法，其何時違反適當性、必要性或狹義比例原則，必須依個案判斷，此時，不論行政機關或法院，皆須要進行評價或衡量，而評價與衡量是否正確適當，缺乏客觀一致之認定標準，終究

係主觀之價值判斷，由於立法者賦予司法審查之權限，故法院之評價與衡量通常可取代行政之評價與衡量，而作為最終之判斷。

作者於本文中，先說明比例原則之理論基礎，並嘗試對於比例原則之內涵，和其與司法審查之關係，進行闡釋，並說明平等原則在此所應扮演或已扮演之角色。由於作者長期對於基本權和國家法研究甚深且勤，於本文中並從法律經濟分析之觀點闡釋評價與衡量，故應可讓讀者於閱讀本文後，對於比例原則獲得相當深入之認識。

## 壹、發展

比例原則具有相當驚人之發展過程。直至 50 年代中期，比例原則唯獨在行政法領域，特別是在警察法發生作用，並僅要求目的之合法、達成目的之方法須適當且必要<sup>654</sup>。今日，比例原則不僅支配憲法和行政法整體，並確立於民法、刑法領域而且對歐洲法發生影響<sup>655</sup>。比例原則在狹義比例原則部份之要素被擴張，而超越目的之合法、方法須適當且必要等要素之外，該原則要求，國家追求之目的和使人民因此承受負擔之方法相互間應依據價值、等級(Rang)、重量(Gewicht)、意義(Bedeutung)、重要性(Wichtigkeit)、質量(Qualität)、或強度而處於正確之比例。比例原則之顯而易見(Evidenz)具有更深涵意，比例原則雖亦被稱為過度禁止，但亦包括不足禁止(Untermaßverbot)，人民得據此應對國家之作爲，或國家本應管制卻無所作爲之情形。

---

<sup>654</sup> L. Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981, S. 6 ff.; 至 1933 為止亦請參照 B. Remmert, Verfassungs- und verwaltungsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbots, 1995, S. 14 ff., 165.

<sup>655</sup> 對於憲法和行政法之比例原則特別請參照 P. Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 2. Aufl., 1999, S. VII ff.; 在民法，基本的，C. -W. Canaris, 基本權之作用和比例原則在法官之應用和私法之續造，in: JuS 1989, S. 161 ff.; 在刑法例如 H.-H. Kühne, Strafprozeßrecht, 5. Aufl., 1999, S. 172 f.; K. Kruis/G. Cassardt, Verfassungsrechtliche Leitsätze zum Vollzug von Straf- und Untersuchungshaft, in: NStZ 1995, S. 521 ff. und S. 574 ff.; 一方面 H.-J. Rudolphi, in: ders./ E. Horn u. a., Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. I, vor § 1 (1997), Rn. 12 ff., 對於承認比例原則之詳細說明且在另一方面 I. Appel, Verfassung und Strafe, 1998, S. 314 ff., 對於應用於實體刑法持保留見解之詳細說明；在歐體法特別是 E. Pache, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Gerichte der

比例原則之發展應歸功於聯邦憲法法院。其將比例原則作為管制立法、行政、司法之最重要要素。其對於基本權之判例完全係比例原則之判例；基本權之法律保留成為法律合乎比例之保留，如同比例原則之要求適用於干涉性之法律，比例原則之要求亦適用於行政和司法依據法律所為之干涉行為。聯邦行政法院對於組織法之判例亦一再成為比例原則之判例；機關之間關於組織和任務之衝突環繞於，機關在執行其職務時是否需要從他機關處獲得什麼，以及應提供或容忍此要求之他機關是否僅在危害其自身任務執行之情況下始能提供或容忍之問題<sup>656</sup>。聯邦憲法法院藉由其具有第三效力之判例將比例原則導入民法<sup>657</sup>，且在刑法領域其將比例原則作為刑事訴訟之干涉、是否給予刑罰或給予何種刑罰、以及刑罰執行措施之標準<sup>658</sup>。在歐洲法領域，聯邦憲法法院亦藉由其堅持尊重基本權而為比例原則之承認奠立基礎<sup>659</sup>。

聯邦憲法法院並未詳細表明其努力建立之比例原則應如何適用。其對於比例原則之法律基礎之說明並非充分；對此聯邦憲法法院指引至其早期針對基本權和法治國原則所為之裁判，而在稍後之裁判則將該原則理解為某程度上係自明之理（*in sich stehen*）之法律原則<sup>660</sup>。聯邦憲法法院已對於比例原則之典型要素，亦即目的之合法性、手段之適當性和必要性，以及關於狹義比例原則之要素進行補充，

---

Europäischen Gemeinschaft, in: NVwZ 1999, S. 1033 ff.

<sup>656</sup> 關於聯邦憲法法院裁判之說明，參照註 11。

<sup>657</sup> 參照 BVerfGE 89, 214 (229 f.) - Bürgerschaft; 81, 242 (253 ff.) - Handelsvertreter; 25, 256(263) - Blinkfüer; 7, 198 (205 ff.) - Lüth.

<sup>658</sup> 對於刑事訴訟之干涉之比例原則，參照 BVerfGE 100, 313 (388 ff.); 67, 157 (173); 44, 353 (373); 42, 212 (220)，關於刑罰 90, 145 (172 f.) - Cannabis; 88, 203 (258) - Schwangerschaftsabbruch; 73, 206 (253 f.) - Sitzblockade; 45, 187 (260 f.) - lebenslange Freiheitsstrafe - 而關於刑罰執行之條件與措施 89, 315 (323); 57, 170 (177); 49, 24 (58 ff.) - Kontaktsperre.

<sup>659</sup> 參照 BVerfGE 89, 155(174 f.) - Maastricht; 73, 339 (387) - Solange II; 37, 271 (285) - Solange I。

<sup>660</sup> 相關之聯邦憲法法院裁判由 K. Stern 整理與介紹，對於過度禁止之形成與導出，in: P. Badura/R. Scholz (Hrsg.), Festschrift Peter Lerche, 1993, S. 165 (171 ff.)。奠立基礎的乃是在藥劑師判決中作為比例原則裁判之基本權裁判，在該聯邦憲法法院之判決中所提出之階段理論亦回溯地被當作是「因公共福祉所要求之干涉情形，比例原則嚴格適用之結果」(BVerfGE 13, 97 [104] - 能力證明)。在藥劑師判決自身當然尚未提及比例原則；聯邦憲法法院係從「基本法第十二條第一項之一般意義」(7, 377 [379])，「憲法之基本觀點及其為先決要件之人類形象」(402 f.)以及「基本人權篇章之整體趨勢[... ]發展出階段理論，此等[... ]，乃是昔日意義'空洞'之基本權所未能認識者」(403 f.)，聯邦憲法法院在針對「立法者之干涉[... ]，本於憲法〔而存在〕之區別要求下(405 f.)，提出以適

但並未從法律面和方法面說明理由。聯邦憲法法院亦使用和過度禁止相對之不足禁止概念，其適用此概念似乎像是對於不足概念之確定不須要方法，而且其禁止亦不須正當性。

這可能有兩點理由。其一為聯邦憲法法院創設比例原則之適用並不須詳細之辯證(Ausweis)，或是因其為自明之理，或是由於聯邦憲法法院欲將或已將證明之任務留給憲法學界。其二可能是其適用在法律面和方法面無法辯證，而僅能於過去和現在被規定(gesetzt werden)。隨後將繼續針對此項規定與憲法之相符性(Vereinbarkeit)以及比例原則是否僅以令人驚奇之方式迅速獲得為其規定，而已改變憲法權力結構之地位或其中之地位等等提出問題。

# 法治國家的訴訟法

( Rechtsstaatliches Prozeßrecht ) \*

作者：Hartmut Maurer

譯者：吳信華

## 導讀

本文「法治國家的訴訟法」(Rechtsstaatliches Prozessrecht)主要在於探究在法治國家中，訴訟法、甚至是人民的訴訟權，所應有之內涵。

而首先要說明的是，德文的“Recht”一詞，兼含有「權利」與「法」之涵義，而為加以區別，德文原文中即常冠以“subjektive“(主觀的)與“objektive“(客觀的)，前者即指「權利」，而後者即指「法規範」而言，因之國內即習譯為「主觀權利」與「客觀法(規範)」。而本文所指之“Prozessrecht“，係採廣義，即主觀權利與客觀法，均為本文所探究之課題，故於翻譯上即視其情形而翻為「法(規範)」或「權利」，而亦請讀者自此二方面加以了解。

在此前提下，讀者因此或許較可理解作者鋪陳此一文章之架構。作者在本文第壹部份首先提及整體法架構之分類(實體法與訴訟法，或實體法、執行法及審查法)，而依此說明訴訟法在國家法體系下之地位，並提及訴訟法之應有目的。而後作者--如同一般德國憲法釋義學之論述--主要就訴訟法於憲法上之基礎及依據，尤其是第 19 條第 4 項之對於權利救濟之重要地位，\* 而開展討論諸多憲法原則對訴訟法之重要性，並在第貳部份詳加論述由基本法第 19 條第 4 項權利保護保障條款之意涵及

---

\*關於本翻譯的完成，譯者要特別感謝德國慕尼黑大學法學院 Stefan Koriath 教授的 Kai Engelbrecht 及 Florian Erdle 二位助教，協助譯者解決諸多德文文句上之疑義，當然，所有文責仍由譯者自負。

\* 德國基本法第 19 條第 4 項第 1 句之規定為：「任何人於其權利為國家公權力侵害者，享有法律救濟途徑。」

於憲法上的架構，蓋於德國論及訴訟法(權)，均係以此憲法上之具體基礎而為後續相關開展。而後於第參部份作者即詳加闡釋基本法第 19 條第 4 項之規範內容，包含各種要件等(公權力，權利，任何人，訴訟救濟，有實效性的權利保障，限制)。第肆部份則由權利的角度論述司法保障請求權之基礎及內涵。第伍部份則以客觀法規範的角度論及各種訴訟程序上的原則，包含法定法定、法律上聽審請求權、訴訟上武器平等及公平程序原則等。全文中並穿插德國聯邦憲法法院相關判決及理論上之相關重要爭點，作者並於若干處提出其個人見解。

而譯者以為，讀者閱讀本文，除可藉此對德國權利救濟保障制度有基礎的瞭解外，其後一個重要的省思應該是此一主題對吾國的參考。吾國權利保護保障之架構雖然與德國在憲法層次之規範中略有不同，然憲法第 16 條訴訟權的保障內容，在法治國家的大纛下當應為相同考量，尤其以吾國公法學繼受德國甚深，彼邦相關理論確可為吾國參考。例如--原文所多次強調訴訟法應有的內涵--法定法官、法律上聽審、公平審判程序、訴訟上武器平等及有實效性的權利保護等，均應屬訴訟法(權)的重要內涵，並已為吾國學理及大法官諸多釋字所明確承認，本文所揭示的論點及思維，確可為吾國法制為重要的啟發，而為日後更深入的基礎。

本文作者 Hartmut Maurer 教授，為前 Konstanz 大學公法學教授(現已退休)，國內對之應不陌生，其所著行政法學總論(Allgemeines Verwaltungsrecht)教科書(現為 2005 年第 15 版--國內元照出版公司有中譯本，高家偉譯，2002 年 9 月)，內容精采詳實，不因其所使用之文句淺顯易懂而失其份量，不論於德國或台灣，均可謂係行政法教科書之聖經，甚且亦為國內學子初學法學德文不可或缺之必備入門典範。而 Maurer 教授另一本大作「國家法」(Staatsrecht I, 4. Aufl. 2005, C.H.Beck Verlag)亦可為相同評價。在關於德國基本法上「訴訟法」(並與基本法第 19 第 4 項「權利保護保障」)文獻汗牛充棟，議題甚為廣泛之情形下，本文作者 Maurer 教授秉持其一貫

洗練的文字、明確的架構、以及精確的論點討論此一議題，而不致予人空泛或無內容的感受，確屬不易，實為一篇值得再三閱讀賞析之經典佳作。

## 目次

### 壹. 法基礎

#### 一. 訴訟法

#### 二. 憲法規定

##### (一). 個別規定

##### (二). 一般憲法原則

### 貳. 基本法第十九條第四項權利保障之一般意義

#### 一. 歷史沿革

#### 二. 基本法第十九條第四項權利保障憲法釋義上之架構

### 參. 基本法第十九條第四項之規範內容

#### 一. 公權力

##### (一). 行政權

##### (二). 立法權

##### (三). 司法權

#### 二. 權利

#### 三. 任何人

#### 四. 救濟途徑

#### 五. 有實效性的權利保障

#### 六. 權利保障的限制

### 肆. 司法保障請求權

#### 一. 基礎

二. 內容

伍. 程序原則

一. 概述

二. 法定法官

三. 法律上聽審請求權

(一). 意義

(二). 內容

(三). 界限

(四). 侵害

四. 所謂「訴訟上的武器平等」

五. 公平程序原則

陸. 結論

## 壹. 法基礎

### 一. 訴訟法

就法一詞而言，可區分為諸多不同面向。首先基本上可分為實體法（*materielles Recht*）與訴訟法（*Prozeßrecht*）<sup>661</sup>。若吾人為更進一步之區別，則更可區分實體法——亦即確立國民相互間及國家與國民間之權利義務。執行法（*Vollzugsrecht*）——亦即確立此等權利義務之轉換及實現，及審查法（*Kontrollrecht*）——亦即用以保障前述實體法及執行法規範之注意實現。此種審查或則藉由獨立之法院在特別的法庭訴訟程序中，或亦可藉由其他機構（例如行政機關、國會調查委員會或仲裁機構）為之。而法院的審查則更經由訴訟法而為細部規定，此亦及本文所欲討論之內容。而執行法——即如同訴訟法——為一程序法（*Verfahrensrecht*），惟同時——如同實體法——亦為法院審查之對象<sup>662</sup>。

訴訟法之架構可由不同要素確立之。首先應注意的是，訴訟法首要乃係為實現貫徹實體法而設，也因此必須依循著實體法之架構及情狀。如此的一個影響層次當然並非單方面的，因為實體法的多樣性亦係經由訴訟法而形成或具體化，因之在實體法及訴訟法間存在著相互影響（*Wechselwirkung*）<sup>663</sup>。其次，訴訟法乃是由各該所欲追求之訴訟目的所形塑。於文獻中亦常提及有下列可能的訴訟目的<sup>664</sup>：主觀權利的保護、客觀法秩序的維護、藉由具有法效力之裁判而建立法的平和性、藉由在個案中具有拘束力之法之確認以保障法安定性、法一致性的維護，以及最後經由（最高審級）法院而為法之續造。此等諸多不同的訴訟目的彼此間

---

<sup>661</sup> 參閱 *D. Lorenz, Verwaltungsprozeßrecht, 2000, § 1 Rn. 1 f.; L. Rosenberg/K. H. Schwab/P. Gottwald, Zivilprozeßrecht, 15. Aufl. 1993, S. 4 f.; W. Zöllner, Materielles Recht und Prozeßrecht, in: AcP 190 (1990), S. 471 ff.*

<sup>662</sup> 就實體法、執行法與審查法之三分法不僅適用於公法領域（例如實體上之建築計畫法，建築程序法，行政訴訟法），且若不加以嚴格要求的話，亦適用於民事法領域，例如契約雙方當事人依民法相關規定（實體法）而終止契約（執行法），就此衍生之爭議即由民事法院審查之（訴訟法）。典型之執行法規定例如基本法第 84 條第 1 項、第 85 條第 1 項所衍生之法律。參閱 *H. Maurer, Staatsrecht, 1999, § 18 Rn. 10; J. Ipsen, Staatsrecht, 12. Aufl. 2000, Rn. 521*，氏於此稱之為「法適用法」（*“Rechtsanwendungsrecht”*）。

<sup>663</sup> 就此請參閱 *Zöllner, Recht (Fn. 1), S. 471 ff.*，氏以民事法及民事訴訟法之觀點多次提及「意義上之一致性（*Sinneinheit*）」。

<sup>664</sup> 就此——以民事訴訟法之觀點——請參閱 *Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht (Fn. 1), S. 2 f.; W. Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl. 1974, S. 1 ff.; R. Stürmer, Prozeßzweck und*

並不相互排斥，反而形成互補。因此，個人權利的保護同時亦係為維護客觀法規範之用；反之，客觀法規範的控制亦有助於主觀權利的保護。然而，何種訴訟目的居於核心地位，並因此而確定訴訟法的首要內容，對訴訟法的形成而言具有重要地意義。因此，若訴訟法欲正確落實其功能，則必須滿足法治國家之各項要求。而法治國家原則所要求者不僅為存在著法院審判權可就權利上爭執加以裁決，甚且該法院審判權更應在法治國家的各種面向下受規制。固然，在法治國家下人民存有各種權利，然在爭議案件中，該等權利本身亦不可能由人民自行以強制之方式加以實現，而必須由國家作為一個衡平，架構一個有實效性的權利保護體系，並創設出一個合於程序要件的正確裁判。國家權力的獨占、人民的平和義務以及法院的權利保護因此存在著密不可分的關聯性<sup>665</sup>。

## 二. 憲法規定

### (一). 個別規定

基本法上特別或直接涉及訴訟法之規定僅有少數，然相較於其他憲法，例如早期的德國憲法及其他外國憲法，則仍屬有較多規定。首先法院審判權被承認為係一種除立法及司法外的一個獨立的國家權力（基本法第 20 條第 2 項，第 92 條），而同時並受現行法，尤其是基本權利的拘束（基本法第 1 條第 3 項，第 20 條第 3 項及第 97 條第 1 項）。司法特別獨立規定於基本法的第九章，並有關於聯邦法院組織及權限之相關規定（基本法第 92 條以下），以及關於法官之法律地位，特別是其職務上及個人之獨立性（基本法第 97 條、98 條），以及相關根本之程序原則（基本法第 101 條第 1 項第 2 句之法定法官，第 103 條第 1 項之法律上聽審）。基本法第 92 條之一般法官保留，則係由一特別的、預防性的權利保護所規範之法官保留（基本法第 13 條，第 104 條）以及特別的法律救濟途徑的保留（基本法第 14

---

Verfassung, in: Festschrift für Gottfried Baumgärtl, 1990, S. 545 ff.

<sup>665</sup> 就此請參閱 BVerfGE 54, 277(292); 81, 347(356); J. Isensee, Grundvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung, in: ders./P. Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V: Allgemeine Grundrechtslehren, 1992, § 115 Rn. 109 ff.; K. Stern/M. Sachs, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S. 537 ff. 均有詳細說明。

條第 3 項第 4 句，第 34 條第 3 句) 所補充。

# 國家刑罰權之界限

作著：Edzard Schmidt-Jortzig

譯者：葛祥林\*

## 導讀

作著 Schmidt-Jortzig 在其「國家刑罰權之界限」一文以德國聯邦憲法法院五十年下來的一連串判決的說詞來詮釋該法院關於國家刑罰權的基本態度以及其經由相關判決所發揮的具體作為。作著能夠如此進行表示，他十分瞭解聯邦憲法法院為數不少之相關判決的內容，該瞭解之細膩令讀者感到佩服。Schmidt-Jortzig 在其詮釋相關判決中首先重新檢視，刑罰權在傳統及現代主權概念下的定位為何；他尤其詳論刑罰可否成為一個新興的、具憲法地位的且可成為給付請求權基礎的安全權利。依聯邦憲法法院的觀點，國家確實具有提供安全的義務，但因為該義務不是為了單一個人而存在，所以與此義務相對所存在的也不是一種新興的基本權（即安全權），該義務反而實現國家本身的存在意義。在全球面臨反恐政策的今日，有人能夠明白地主張國家保障安全的憲法地位何在，刑罰（即刑事實體法和刑事程序法等）因而應遵守那些標準，此為一可喜可駕之事。

Schmidt-Jortzig 在同一個思想脈絡中也指出，聯邦憲法法院在實現人民安全方面所列出的種種手段中，刑法僅構成多種手段中的一個，刑罰因而又稱不上最後手段（*ultima ratio*）、又非必然為最有效克制犯罪的方法；其相對於別的手段的唯一優點在於立法者明白地確認社會不予以容忍相關行為的評價，即立法者指直接經由民意而創造不同犯罪防止措施中的優先順序。可見，Schmidt-Jortzig 依德國聯邦憲法法院判決引文而解構許多刑法學界根深柢固的理論與看法；憲法法院之所以能夠如此地將刑法學界之傳統自我理解予以修正以及將相關論點除圖騰化，其

主要理由在於憲法法院必須依據一個超越狹義刑法領域的現實將刑罰本身之存在以及將刑罰之合理性等問題予以回答並經由此答案進而確認刑罰在國家政策以及在整體社會中的定位。

在國家刑罰權之具體界限而言，Schmidt-Jortzig 指出雙方面的理由架構，兩者皆使國家刑罰權遭遇到違憲解釋中之限縮：其一為基本權利之保護請求權，尤其是人性尊嚴、人身自由以及平等價值；其二為其他於憲法規範所肯定的客觀立場，尤其是民主及法治國等兩種原則。作著指出，人性尊嚴之遵重在刑罰權的場域中發揮非常具體形塑規則的功能，使立法者必須面對犯罪嫌疑人以及面對犯罪人，並且思考，這些人在制度創造中所應獲得的遵重何在；平等原則所導出來的權利濫用禁止又能夠保障，不同受刑人不得基於制度或基於制度運作而遭到不平等待遇。除此之外，Schmidt-Jortzig 也指出，聯邦憲法法院在那幾個基本權（刑事訴訟之正當程序保障、營業自由等）否認，該基本權在具體系爭個案中得以限制國家刑罰權。雖然其他的客觀憲法立場不屬於基本權範圍，但其仍屬憲法所肯定的及憲法所保障的價值。因此，這些客觀憲法立場當然有可能在價值競合中限制國家刑罰權，但此種限制並不是必然的，反而同樣必須在具體個案中經過憲法法院的評價而定。具體言之，聯邦憲法法院經常以議會調查委員會法制為客體。可是，Schmidt-Jortzig 後續強調，德國聯邦憲法法院在此議題通常不討論民主與刑罰權之間的競合關係，唯一的例外出現在一個限制憲法法院本身之功能的判決：該法院否定憲法法院的監督權可以審核議會調查委員會的決議。易言之，依德國憲法實務而言，憲法法院不但尊重議會之調查權，該法院也全然尊重調查權之行使所產生的結果。可見，憲法法院拒絕思考，議會調查委員會的結果與司法判決是否形成相互競合的問題；若用一種反面解釋的推理，則可以看出來，憲法法院間接地肯定，議會調查權優先於司法之調查權，所以才要毫無保留地肯定相關調查權所形成的報告。

---

\* 葛祥林（Georg Gesk）亥茨大學，法律學系助理教授

在歐洲不斷增強區域化趨勢之際，Schmidt-Jortzig 當然也不會漏掉超國家法（supranationales Recht）對於德國刑罰權的影響。在此尤其要注意到國際公法文獻所列出的訴訟基本權經由歐洲人權法院之判決對於德國國內法所發揮的影響力。除此之外，作著也指出國際刑事法庭對於德國刑罰權的衝擊：該法院之成立及運作使得部分刑罰權直接被轉移至超國家的司法機構，部分相關職權又要直接經由德國的刑事司法予以實現，使德國刑罰權部分失去其最高無上的地位，反而此方面變成更高層級關係中的一環。可惜，由於相關制度發展及制度續造才正開始了，所以 Schmidt-Jortzig 此方面可以參考的判決不多，使相關問題與見解仍待未來研究的補充。

## 目次

壹、以刑罰權為國家之基本配備，刑事司法為核心任務

一、以刑罰為安全保障之手段

（一）以刑罰來貫徹遵守法律之合適性

（二）使用刑罰法律之條件

二、對實務中執行之效果

（一）有無以刑法為基礎之安全的權利？

（二）以不可否定之功能需求為憲法主題？

貳、以當事人基本權利之保護請求權為界限

一、立法措施

（一）對於人性尊嚴之尊重（基本法第 1 條第 1 項）

（二）個別的自由與平等權利

二、法院的、檢察官的及行政的個別行為

參、基於客觀憲法立場之界限

一、塑造憲法之基本決議

（一）民主原則

（二）法治國原則

二、制度化之憲法設計

肆、基於超國家拘束之界限

在刑罰權、刑事追訴、刑事程序以及刑事執行等領域，聯邦憲法法院之工作理所當然地使得前述主權功能（*Hoheitsfunktion*）更加被納入憲法之框架中。原則性言之，此領域傳統上被認定係屬於國家主權固有的、可以自行支配的範圍，但在此領域中確實要完全地貫徹基本法第一條第三項以及第二十條第三項等規定。

## 壹、以刑罰權為國家之基本配備，刑事司法為核心任務

日今大家當然共認，國家之所以成為國家，很重要一部分係因為國家保障「內部安全」(innere Sicherheit)，即打擊刑事犯罪、有效保護法益以及克制私人暴力。此因而成為國家核心目的(「國家目的」(Staatszweck))之一。同時，此目的亦成為具體憲政國家之明文的「〔國家〕功能目標」(Staatsziel)；國家應經由特定任務達到此「國家任務」(Staatsaufgabe)。在全球化時代中有相當多個別國家之績效項目似乎已顯得過時或可或缺。然而，經由國家之「權力壟斷」(Gewaltmonopol)以及經由國家之法院制度來保障生命無恐無懼、一貫地防制保障和平共存的規範被侵犯以及有效地排除私人制裁，這些事項既不過時又不可或缺。同樣地沒人原則性地懷疑，保障相關事項時，是否可以透過刑罰手段來制裁侵犯規範的行為。為了貫徹及維護一般人孝忠法律，國家可以採取刑罰手段之訴求與權力；如此的刑罰主權(刑罰權)在基本法中簡單被當成一個前提要件。此前題似乎太過於平凡，所以不必(再度)被明文規範。個別條文也僅涉及之，例如基本法第四十四條第二項、第四十六條第二項、第七十四條第一項第一款、第九十六條第二項第一句及第五項或第一百零三條第二項及第三項。

聯邦憲法法院似乎認同此一觀點：「從古以來，經由刑罰事務來保障「法和平」(Rechtsfrieden)屬於國家權力之重要任務。刑事案件之偵破、行為人之追查、行為人罪責之確認以及其處罰都屬於刑罰事務機關之業務範圍；為此，有關機關必須在法定條件下提起刑事訴訟、必須進行該訴訟以及必須執行所科處之刑罰」<sup>666</sup>。在他處，聯邦憲法法院主張，「重大犯罪行為之偵查〔係〕法治國共同體的核心任務」<sup>667</sup>。由此形成「國家保護公民安全以及公民信賴國家機關效能等義務」，為此必須「貫徹國家之刑罰權」<sup>668</sup>。「依此，有關刑事訴訟之提起和進行的保障也規則性地〔包括〕在國家之憲法義務內」<sup>669</sup>。

<sup>666</sup> BVerfGE 51, 324 (343)。另行參照 V. Götz, Innere Sicherheit, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III: Das Handeln des Staates, §79 Rn. 2f., 7ff.

<sup>667</sup> BVerfGE 29, 189 (194); 33, 367 (383); 34, 238 (248f.); 38, 105 (116); 44, 353 (374); 77, 65 (76).

<sup>668</sup> BVerfGE 46, 214 (223); 49, 24 (54); 51, 324 (343f.).

<sup>669</sup> BVerfGE 51, 324 (344).

## 一、以刑罰為安全保障之手段

因此，保障其人民不受違法性攻擊在憲法上不僅成爲一種「先驗之基本義務」（*apriorische Grundverpflichtung*），同時也成爲十分被肯定之國家任務。

### （一） 以刑罰來貫徹遵守法律之合適性

安全保障不可能純粹以刑罰而達成。強化共同意識及普遍要遵守法律之意願、廣泛地澄清社會衝突之條件及進行相關諮商、防治犯罪行爲之源由及引導人家採取自我保護措施或在私法上施行一嚴格之損害調解制度，此等措施如同刑罰也可以或甚至更加可以保障安全。〔何種措施最佳，應〕以各所遇見之情狀、所侵犯之規範及特殊之事實損害（*Sachverhaltsmißstand*）爲決定性因素。在此前提之下，當然也可以考慮到對於侵犯法律採取嚴格的、刑罰的制裁，即考慮到採取刑事偵查、刑事訴訟、刑事裁判、行刑（*Strafvollstreckung*）及刑事執行（*Strafvollzug*）等手段，且依此保障安全；而在法治國中所謂「安全」，係指法秩序之不予以受損（*Unversehrtheit der Rechtsordnung*），即係指法規範之遵守（基於此，刑罰助於法益保護，此一般性的公試當然是對的，然而，該公試這樣仍太過於概括）。可是，除非科處刑罰有其相應效果，刑法才可能貫徹及維護法律之遵守。因此，**刑罰**之目的以及其最主要所實現的就是預防：一般預防及特別預防，而聯邦憲法法院就非常顯著地指出了這一點<sup>670</sup>，其次，刑法當然也要導致罪責之調解和恕罪以及犯罪之抑制和報應。<sup>671</sup>

除此之外，刑罰還導致兩種其他的效果。第一種效果是來自於「保護一般民眾」（*Schutz der Allgemeinheit*）（刑事執行法（*StVollzG*）第二條第二句）觀點的非常原始的、幾乎粗暴的單純結果，即當受判決人被囚禁監獄或經由其他刑罰而目的性地被吸收時，他就再不能損及任何潛在被害人。如此的投攝性思想一方面理所當然是對的，但其另一方面就是同樣短視的。任何一個執行中的犯罪行爲人早晚重新獲得自由，而當他的囚禁只是一種消極管理，但卻沒有導致什麼其他有意義的事情，則該犯罪行爲人的危險性或許更大了。因此，若以爲刑罰之目的在於實質上防止現實

<sup>670</sup> BVerfGE 22, 125 (132); 45, 187 (253ff.).

<sup>671</sup> BVerfGE 20, 323 (331).

中重新犯罪，那麼如此的觀點僅限期內有道理，但對此觀點的基本評價一定就比較差。 — 除此之外，處罰行為人總是讓被害人得到某種安慰。國家科處刑罰而藉此似乎公開地、給大家看地將被害人之損害放在眼裡，國家以一種不可能被誤解的方式與加害人對立，且藉此表示同情被害人。這在心理上是很重要一點，雖然這點在學界的辯論中似乎被忽略了些，但對於市民而言、對於國家在其老百姓間的合理性而言，這點應該扮演一個重要的角色。

## 租稅課徵權及其界限\*

作者：Klaus Vogel

譯者：張永明

### 導讀

租稅義務為公法上之金錢給付義務，國家的租稅權限不僅涉及人民的財產權，亦與其他的自由權利有密切的關聯。探討租稅問題時，不可或忘的名言，乃「金錢係被雕塑成形的自由」，因此國家租稅權限的行使，必須以受憲法保障的基本權為界限。歷來德國聯邦憲法法院關於國家租稅權的裁判，可以區分為三個時期，每個時期均有不同的任務，且均有乙位聯邦憲法法院的法官作為主導人物，即早期的 **Dr. Erna Scheffler** 中期的 **Dr. Karl Haager** 與晚期的 **Prof. Dr. Kirchhof**。

租稅法律規定在受基本權的拘束下，必須以人性尊嚴的維護、各項自由基本權與平等權的保護等，作為審查其是否合憲的準據，除非是當個別的租稅法律不具行為的控制性，而純粹是正當地分配國家負債的性質。在人性尊嚴的保障作為課徵租稅的界限下，租稅法律的制定必須兼顧人民維持生存最低條件的金錢需求；而自由基本權作為租稅課徵的界限，乃應將租稅法律之制定，視為是對各該自由基本權的干預，必須在公眾財政利益與私人的利益間尋求調和，以課稅對人民的財產權造成的干預為例，當沒有更明確的區分準據時，人民財產的半數可以作為國家課稅的上限。至於平等權作為課徵租稅的界限，主要是量能課稅原則如何操作，就此德國聯邦憲法法院發展出一個適用平等原則的「新公式」，當沒有具重要意義的差異性存在時，即不應被不平等的處置。而且平等原則不僅是在制定租稅法律時，應該遵守的憲法規定，當實際上的實施結果違反平等原則時，亦導致形式上平等的法律規定違憲失效。

---

\* 本論文主要是處理聯邦憲法法院的判決，文獻的引用只侷限在一小部分的範圍內。

此外，法治國原則與憲法上立法權限的規定，亦構成租稅立法與課徵權限的行使界限。在法治國原則的遵守上，主要涉及租稅法律的溯及效力問題，基本上只有所謂的「不真正溯及既往」的租稅法律，始為憲法所許可。至於租稅事務的立法權限規定，係以基本法的聯邦與邦立法分權，以及租稅憲法條文的租稅目錄規定為準據，違反租稅立法權限之租稅法律，將因違憲而無效。

國內以司法院大法官的稅法釋憲文作為寫作對象者，可以葛克昌教授為代表，其論文集「稅法基本問題 -- 財政憲法篇」，2005年，8月，元照出版社，收錄有關於司法院大法官的稅法釋字所撰寫的評釋文章，讀者可以從其文章對我國稅法相關的釋憲文有基礎的認識。

## 目次

壹、稅賦義務即是金錢給付義務

貳、基本權作為租稅課徵權的界限

一、人性尊嚴的保障

二、各項自由基本權

三、各項平等基本權

參、在基本權的秩序以外的課徵租稅界限

一、法治國原則

二、憲法上的權限規定作為租稅權的界限

## 壹、稅賦義務即是金錢給付義務

租稅是被高權性地強迫負擔的金錢給付義務，而金錢則是「被鑄造成形的自由」<sup>672</sup>。因此較精確的說法乃：當國民擁有對於金錢的處分權限時，其即獲得了行動的可能性，以及因此產生的自由。國民可以用金錢換取形形色色的物資與服務，他可以將所換得的東西，再度供各種不同的目的使用；他可以將之占為己有，亦可以博愛眾生。他可以利用金錢清償債務，也可以為了獲利的目的而投資，或者在稍後的時點再度使用它。他也可以把它保存起來，延緩作成如何使用金錢之決定<sup>673</sup>。職是之故，當剝奪對於金錢的掌控權，縱使是部份地剝奪，亦限制了其行動的可能性，以及其自由。

因此，租稅的課徵乃以減少自由為目標，但在過去相當長的一段時間裏，聯邦憲法法院並未清楚地認識這項簡單的事實，在基本權上所具有之意義，雖然其已經將稅務上之「金錢給付義務之負擔」<sup>674</sup>，視為是一種從事特定作為與繳納稅捐之義務，以及在此意義中，將稅賦義務視為是一項對一般行動自由的干預，因而其要求課徵行為應符合程序法上之要求<sup>675</sup>。聯邦憲法法院偶而也以個別的自由權作為檢視租稅法律的準據，但較常使用的標準，仍是平等原則。在那些案例中，聯邦憲法法院並未將履行租稅義務所為之金錢交付，對基本權人而言，究竟具有何種之一般性意義乙事，視為是一項應予探究的問題。一直到其所作成之關於最低生存標準的判決，聯邦憲法法院才不再僅以單純支付義務之負擔，解釋租稅法律「限制自由的效力」，轉而將之視為是一種對「一般行動自由的財產法上與職業領域面向的」廣泛干

<sup>672</sup> BVerfGE 97, 350 (371)。該院於此將一句「流行的名言」據為己有，該名言的出處我無法確認，我猜測，那應該是出在經濟學教科書的傳統。

<sup>673</sup> 如參：W. Ehrlicher, *Geldtheorie und Geldpolitik*, 收錄於：W. Albers (Hrsg.), *Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft*, Bd. 3, 1981, S. 374 (379)；O. Issing, *Einführung in die Geldpolitik*, 1998, S. 1ff.；T. Parsons, *On the Concept of Political Power*, 引述自同作者，*Sociological Theory and Modern Society*, 1967, S. 297 (307)；N. Luhmann, *Grundrechte als Institution*, 1965, S. 108ff.；同作者，*Die Wirtschaft der Gesellschaft*, 1988, S. 14 f., 194 ff.

<sup>674</sup> BVerfGE 4, 7 (17)，多次重複提及。

<sup>675</sup> BVerfGE 9, 3 (11 f.)；19, 206 (216)。

預<sup>676</sup>。

於此聯邦憲法法院採取了正確的方法：首次在確定租稅權限的憲法界限時，優先去分析被涉及對象，即金錢（但只是暗示性地），以及以租稅剝奪金錢後的影響情形。直到關於實施歐元的判決中，聯邦憲法法院始明確地闡述這種分析的概念。聯邦憲法法院如同本論文在一開始所引述地，以簡單的幾個字總結其分析結果：金錢乃「被鑄造成形的自由」。聯邦憲法法院以同樣的見解為裁判基礎的情形，不僅顯現於上述的最低生存標準的判決，在見諸關於歐元的判決，以及即將述及的關於財產稅的判決上<sup>677</sup>。

雖然許多撰寫國家法的作家，尤其在討論基本法第 14 條時，即假定在此意義下的金錢，具有憲法上的面向；但精確地以此方式探討金錢此項概念者，首推英年早逝的 **Dieter Suhr**。**Suhr** 主要從國民的觀點，去探討金錢對於自由、平等、財產與社會國的本質所具有的憲法意義<sup>678</sup>。此外，金錢亦是實現其他受基本法保障的自由工具，有時候甚至是不可或缺的工具<sup>679</sup>。例如自由的新聞業（基本法第 5 條第 1 項）、團體締約的自由（基本法第 9 條第 3 項），以及職業的自由（基本法第 12 條第 1 項）等，若無金錢實在是無法想像。而其他的自由基本權，則保障在受其保護的自由行動的範圍內，得予運用金錢，如文化自由（基本法第 4 條第 1 項）、私立學校自由（基本法第 7 條第 4 項），或者結社自由（基本法第 9 條第 1 項）。甚至是藝術自由（基本法第 5 條第 3 項）在其「作用領域內」（*Wirkbereich*），亦保障基本權人

---

<sup>676</sup> BVerfGE 87, 153 (169) .

<sup>677</sup> 以不同的方式表述者，見 BVerfGE 93, 121 (137) .

<sup>678</sup> *D. Suhr, Die Geldordnung aus verfassungsrechtlicher Sicht*, 收錄於：J. Starbatty (Hrsg.), *Geldordnung und Geldpolitik in einer freiheitlichen Gesellschaft*, 1982, S. 91 (104 ff.) . 亦見同作者，*Geld ohne Mehrwert, Entlastung der Marktwirtschaft von monetären Transaktionskosten*, 1983. 亦見 *R. Schmidt, Geld und Währung*, 收錄於：J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III : *Das Handeln des Staates*, 2. Aufl., 1996, § 82, 邊碼 4; 同作者，*Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil*, 1990, S. 348 ff.

<sup>679</sup> *K. Vogel, Der Finanz- und Steuerstaat*, 收錄於：J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I : *Grundlagen von Staat und Verfassung*, 2. Aufl. 1995, § 27, 邊碼 18; 同作者/*Waldhoff*, 收錄於：*Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 基本法第 104a 條至第 115 條的序文 (1997) (= *dies, Grundlagen des Finanzverfassungsrechts*, 1999), 邊碼 284.

運用金錢的權利<sup>680</sup>。至於金錢如何建立或強化國家的權力，以及較大的金錢財富亦如何建立或強化私人的權力<sup>681</sup>等問題，於此即不予深入探討。

關於「金錢」的概念如何去理解，以及如何去界定，其是否被局限在有接受義務<sup>682</sup>的支付工具上，或者是以物的形態（硬幣與紙幣）出現者<sup>683</sup>，以及其是否亦包括在銀行的視覺性存款（所謂的帳簿或週轉金），如其他短期的金錢投資，以及已被允諾的貸款等<sup>684</sup>，則視各該主題論點的設定而定<sup>685</sup>。因此在探究國家租稅義務的影響效力問題時，必須將所有構成租稅的來源計算在內，換言之，在此意義下的「金錢」，乃指各種類型的給付能力。

---

<sup>680</sup> 無論如何是在極端情況下才有；就此問題在 BVerfGE 31, 229 (240) 中則未作表示。

<sup>681</sup> Vogel, Finanz- und Steuerstaat (註 8), 邊碼 25 ff.

<sup>682</sup> F. G Knapp, Staatliche Theorie des Geldes, 4. Aufl. 1923. 相同的還有：F. A. Mann, The Legal Aspect of Money, 4. Aufl. 1982, S. 5 ff., 14 ff.; W. Fikentscher, Schuldrecht, 8. Aufl. 1997, 邊碼 217.

<sup>683</sup> A. Nußbaum, Das Geld, 1925, S. 6, 14 ff.; M. Wolff, Das Geld, 收錄於：V. Ehrenberg (Hrsg.), Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. IV/1, 1917, S. 563 (573 ff.); C.-W. Canaris, 收錄於：H. Staub (Begr.), Handelsgesetzbuch, Großkommentar, Bd. 3, 2. Halbbd., 3. Aufl. 1978, Anh. Nach § 357 Anm. 153.

<sup>684</sup> K. Duden, Der Gestaltwandel des Geldes und seine rechtlichen Folgen, 1968; B. v. Maydell, Geldschuld und Geldwert, 1974; K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1 : Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, S. 164; D. Medicus, Schuldrecht I. Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 1999, 邊碼 58; J. Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 1983, S. 194 ff.; 以及在前述註 2 中所引述主要是經濟學類的作者。

<sup>685</sup> Schmidt, Geld (註 7), 邊碼 2; 同作者 Wirtschaftsrecht (註 7), S. 347 f.; Vogel, Finanz- und Steuerstaat (註 8), 邊碼 9.

# 民主與選舉

作者：Martin Morlok

譯者：蕭文生

## 導讀

本文自人民主權的觀點，說明德國基本法所設計的民主制度以及實現民主必要的選舉制度所涉及的問題。

作者首先介紹憲法上人民主權的意義及範圍，希望透過人民主權在事物、人事及時間領域內的意義與作用得出不同的民主合法（正當性）的方式及來源並更進一步得出國家機關行使的國家權力，在人民主權觀點下，皆具有派生性格因而受到各種不同的限制，例如禁止自我合法化、有限的統治、責任政治等，以確保人民主權的存在。

接著說明人民主權在基本法上具體表現的方式，亦即代議民主所涉及的各项爭議，例如人民主權的享有者是否包括外國人，人民多元意見的要求以及實現人民主權時所需的各項組織及程序之規定。最後簡要比較直接民主與間接民主的相對利弊作為制度選擇之參考。

本文最後，亦是最核心的問題在處理實現代議民主最關鍵的設計--選舉制度，尤其是比例選制與多數選制在基本法的地位問題。作者以平等選舉原則為出發點，挑戰德國聯邦憲法法院向來所認為比例選制與多數選舉在憲法上的等價性，批評此項二分法的不當，並且自充分實現人民相同影響國家權力運作的人民主權觀點，認為比例選制應是較符合基本法代議民主的選制設計。

本文提供了人民主權論理更精細的說明以及直接民主與間接民主的利弊分析，

就我國現行推行公投法制應有一定程度的啓發。此外，對於多數及比例選制的說明，亦可提供我國將來實施單一選區兩票制時的參考。

作者為 Hagen 大學公法學、法理學及法社會學教授並兼任德國及歐洲政黨法研究所所長。

## 目次

### 壹、作為民主基礎及選擇依據的人民主權

- 一、導論
- 二、基本法民主原則的要素

### 貳、人民主權的面像

- 一、人民主權作為價值或原則？
- 二、人民主權的三項領域
- 三、所有政治統治權的派生性格

### 參、人民主權觀點下基本法的代議民主

- 一、人民主權的主體：何者係人民？
- 二、人民係多元化之團體
- 三、透過組織及程序形塑人民主權
- 四、直接民主

### 肆、選舉法規中代議民主的設計

- 一、選舉原則作為保護及實現人民主權的工具
- 二、平等選舉原則特別之處
- 三、平等選舉、選制與制度選擇
- 四、多數及比例選制二分法的批評
- 五、選舉平等一致性釋義學的基本特徵

## 民主與選舉

### 壹、作為民主基礎及選擇依據的人民主權

#### 一、導論

民主原則與選舉法原理構成基本法設計德國政治秩序的核心要素，兩者之間相互緊密關聯：無選舉即無民主，另一方面，民主的具體形式主要由選舉法的內容來共同決定。

民主原則建構了政治體系的組織以及組織內進行的決定程序，許多基本法的規定皆有助於形成民主的具體內容。因此此類規範須在民主原則的背景下加以解釋，就此點而言，具有廣泛的體系意義。選舉涉及民主必要的制度面，選舉構成了程序工作的核心要素，藉由此項程序民主，特別是強調議會的民主，顯現出來並產生效力<sup>686</sup>。尤其是在議會民主，選舉係核心的程序，選舉產生了擁有政治決定權限重要的組織--人民代表，自人民代表產生民主正當性鏈的其他分枝<sup>687</sup>。

「民主與選舉」以這樣的用語來說明政治秩序之基礎及其法律上的設計，兩者在人民主權上有共同的基礎，甚至是兩者的基本及功能歸屬的原則。藉由闡明民主原則與選舉法理及人民主權的關係，不但使得基本法政治合法性的基礎及必要性變得明顯，事實上產生國家權力合法性的重要方法亦同。以下因而將從民主與選舉基礎的人民主權來觀察兩者，以便來研究既存的釋義學以及特別是與此有關的聯邦憲法法院判決。此處主要並非涉及聯邦憲法法院判決更詳細的研究或個別的批評，而是對人民主權、民主與選舉在憲法學層次的整體關聯加以觀察<sup>688</sup>。藉此研究憲法制度及程序過程基礎內在的合理性，在簡短說明基本法民主概念的要素後，應介紹人民主權之理論（貳），以便在此項基礎上說明基本法上民主的個別看法（參），選舉法規的設計及與之相關的聯邦憲法法院判決作為人民主權特別重要的表徵，最後將詳細加以研究（肆）。

<sup>686</sup> 聯邦憲法法院認為選舉係代議民主最原始及最重要的表現形式，BVerfGE 3,19(26).

<sup>687</sup> 就此，BVerfGE 47, 253(275); 52, 95(130); 77, 1(40); 68, 1(88f.); 93, 97(66f.).

<sup>688</sup> 有關憲法理論之觀點及任務，M. Morlok, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988.

## 二、基本法民主原則的要素

民主原則可藉由三項特性加以描述：其基於人民主權（一），人民主權藉由政治程序中組織及程序的具體規定來實現（二），（三）自由之確保。

（一）作為基本原則的人民主權在憲法上透過不同的法制度及相關釋義學上的角色具體構成，透過此項形成方式才使得人民主權在各別法秩序內獲得實現。但人民主權之實現及有效不應限於此項法律化及制度的形式，此項想法係不可放棄的。雖然個別規範有助於實現人民主權的意識亦是重要的，但不得因而排擠或掩蓋此項原則。

強調此事之原因在於，人民主權在釋義學上超乎意料之外地很少被研究且在法理論及法院判決中僅占有邊緣地帶的地位<sup>689</sup>。當然此項法律上人民主權的保障在例行的判決及在所謂的棘手案例是無法放棄的，在強大壓力下，可推測將是不足的：僅有人民全體才能提供人民主權的保障。

（二）人民主權一般的結構透過民主及選舉在憲法及一般法律上的設計表現出來，選舉呈現出在民主國家內意志形成的決定性行為，透過此項行為，國家權力來源者的人民確定代議的憲法機關<sup>690</sup>。選舉係議會民主制度下核心的決定程序，藉由選舉所產生的人事變動，組成作為最重要政治決定組織之國會。議會民主內最決定性的組織在考量人民主權下，係人民的代議機關。作為最重要的政治組織則是政黨：政黨係專為政治而生--特別是由國會所確定的政治，且在此項功能上無可放棄<sup>691</sup>。選舉及其法律上的設計直接決定，人民如何行使其形成權，人民的意志如何在制度性的組織中表現出來。因此選舉法規對於人民意志的實現以及政治統治合法正當性的基礎具

<sup>689</sup> H. A. Stöcker, Der Binnen- und der Außenaspekt der Volkssouveränität, in: Der Staat 30(1991), S. 259(265), 認為如同後母式地處理人民主權；聯邦憲法法院僅在兩個判決的主文中提及人民主權之概念，BVerfGE 2, 1(1), Leitsatz 2; 83, 60(60), Leitsätze 1, 2.

<sup>690</sup> BVerfGE 20, 56(113); 29, 154(164f.).

有特別的重要性。

(三) 基本法民主概念及人民主權兩項因素作為形成組織及程序規定的基礎，此處特別是選舉法規，會繼續地說明。在此處必須加以排除的是基本法民主概念的第三要素，亦即自由之保障。依基本法的民主不僅存在於透過組織及程序來實現人民主權，此時多數決扮演重要的角色，亦在確保政治程序之自由<sup>692</sup>，甚至在確保自由地位，其禁止政治上的多數，甚至主權整體對之加以侵害。對於傳統上稱為「多數暴力」的預防<sup>693</sup>，係在設計民主時，憲法最重要的任務之一<sup>694</sup>。自由之保障在民主以及對民主是如何的重要，此可自所謂的「實際存在社會主義」的政治程序觀察中得知，在該主義下人民的權利乃是一項請求，政治秩序本身甚至以人民民主來表示。也許在世界歷史上以不幸的方式，此項主義忽略了，甚至輕率的忽視人民主權亦須有適當的組織及程序，才能事實上有效實現。就此而言，權利的限制是不可放棄的，民主創設的權利亦同。同樣不可放棄的是，保障自由領域不受民主權力之侵害。此保障一方面必須由作成決定的民主規定本身加以包括，以便使得穩定的多數無法將此保障廢除且使得民主決定的作成成為無與倫比的行爲。此外，亦涉及到政治上實質自由權的地位，以便使得多數統治能夠爲人所接受及承認且使多數支持之人亦將忍受改變本身意見且轉換至少數的立場，而不用擔心必須承擔權利損失的風險<sup>695</sup>。

民主係一項複雜的過程，由組織、相對組織、授權、限制、程序及實質法律地位所組成的綜合體。認知民主的複雜性將產生一項擔心，相對於

---

<sup>691</sup> 有關政黨之問題，請見本書， P.M. Huber , S. 609ff.

<sup>692</sup> 就此，請見本書 H.P. Bull , S. 163ff.

<sup>693</sup> J. S. Mill , On Liberty(1859) , Chapter I , Introductory(Penguin Classics 1985 , p.62) ; ein weiterer klassischer Zeuge für diese Gefahr ist A. de Tocqueville , De la démocratie en Amérique(1835/1840) , 2. Bd. , IV. Teil , 6. und 7. Kapitel zur „egalitären Tyrannei“ ; s. a. J. Madison , The Federalist(1788) , Nr.48.

<sup>694</sup> 參閱，做爲民主概念要素的政治自由觀點， H. Dreier , in : ders.(Hrsg.) , Grundgesetz-Kommentar , Bd. II , 1998 , Art. 20(Demokratie) Rn. 58 , 62.參閱，強調多數統治之可限制性亦屬民主之核心， G Sartori , Demokratietheorie , 1962 , S. 40ff.

太粗糙的簡化必須時時謹記在心。政治上多數對於少數權利干預可能性的平衡，以具有組織性的反對黨以及基本上不得侵害權利之方式，在此必須加以排除。此處應積極地致力於民主中介結構的複雜性對於人民的影響。

---

<sup>695</sup> 參閱，有關此項觀點，H. Kelsen，*Vom Wesen und Wert der Demokratie*，2. Aufl. 1929，Nachdr. 1963，S. 8.

# 民主政治中之政黨

作者：彼得 M 胡伯

譯者：陳耀祥

## 導讀

政黨與國家間之間的雙面性地位，係民主政治當中非常特別之問題。如同本文中所言，德國之政黨立法、學說及聯邦憲法法院對於基本法第二十一條有關政黨國家之基本決定在實踐上有所歧異。特別是規範結構有欠明確，導致關於政黨之營利行為、媒體參與及政黨財產等問題仍未釐清，有違法治國家當中明確性之要求，而且可能讓政黨陷入違法。故本文認為，政黨扮演國民意志形成之傳輸角色，整理、聚集、衡平社會意見並加以轉換成政治綱領等之憲法委託，唯有在政黨深厚地根植於社會當中以及獲取必要之信賴時，方能履行。從五十年來聯邦憲法法院有關政黨法之判例觀之，政黨國家之基本決定僅完成一半，應該賦予政黨明確定義之權限範圍，以限制其行為及阻止可能發生某些弊端。

若除廣播電視法以外仍有法官造法者，就僅有政黨法而已。若非來自卡爾斯魯爾（譯者註：德國聯邦憲法法院所在地）之指示，殊難想像有現今之形貌，因為在此領域並無認真積極推動立法或制定法典之力量。此由基本法第二十一條第三項之立法委託幾乎歷經二十年方得完成，政黨法之原始版本條文於一九六七年七月二十八日生效，即已足以證明。

## I. 基本法中之政黨國家

### 1. 民主原則與政黨國家

基於源自於威瑪時代國家法學，受到 Leibholz 影響之‘政黨國家’概念，聯邦憲法法院亦於其裁判選集第一卷中認為，如同其於一九五二年四月五日關於 Thoma 案中所確認者，當今，任何民主皆無可避免地成為政黨國家，蓋任何憲法規定，所有最高立法權及統治權擁有者係由國民選舉，或由國民所選舉產生之國家機關選舉或經由其他同意權所產生，而非與生俱來及能夠終身享有時，當任何其領導人代表作為不同競選職務之競爭者之團體自由地由社會加以形成“。

基本法之代議體制中，民主與國民主權不應僅是表現為形式上之歸責假定而已，而是具有憲法效力之形塑原則，因此，如同聯邦憲法法院於歷來判決中所指出者，首先需要先於法律之明確前提條件，

### 2. 作為結果之政黨的組織地位

在此背景之下相當一致地，政黨於聯邦憲法法院之裁判中長期以來被視為，選舉準備組織“，履行其於憲法生活內部範圍中之組織功能，係憲法中為實現憲法生活所不可或缺之制度。一九九二年該院更進一步，於其最初裁判之任務基礎下，就國家對於政黨之運用獨立自主、一般性之基本財務補助之容許性如此地論述其理由，亦即政黨於國民政治意志形成中之協助絕對不侷限於直接之選舉準備而已，而應更廣泛地擴張：，由組織觀點而言，此（筆者註：選舉準備）

充其量僅構成其任務之某一獨立部分而已；專業內容上，參與選舉在政黨日常實務中係持續不斷：選舉及其結果讓政黨…，國民對其政策之反應及期待國民對其支持。僅能單純形式地區別政黨之競選行為與其他行為。此項基於憲法上所指示之政黨協助國民政治意思形成之任務所為之區別，…專業上之正當性。

## II. 憲法架構中政黨之雙面地位

### 1. 概論

相較於一八七一年帝國憲法及威瑪憲法之法律情況，基本法中政黨之協助委託的組織意義正好具有革命性的一面。因此，在學術界針對政黨財務提出警告之印象下，法院相當迅速地對於自己之勇氣產生疑慮，故再三強調政黨應奠基於社會、政黨與社會連結之必要性及政黨免於國家干預等，就不足為奇了。在此情形之下，關於政黨之圖像至今仍一直擺盪於兩者之間，一方面是根植於社會領域之結社，另一方面是扮演著與最高憲法機關相同視野而參與國家政治決策過程之角色。如聯邦憲法法院所指出，”基本法第二十一條雖將政黨提升至憲法制度之等級，但政黨並不屬於國家最高機關。相反地，政黨是自由組成，根植於社會政治領域之團體[...]。本來在政黨法中謹慎處理之情況，卻因為”作為憲法制度而非國家機關”之二分法而更形困難。政黨法處於憲法（基本法第二十一條）、行政法總論、結社及公司法之交接點，所以係在一個無法輕易洞測、不同價值交錯之法領域當中進行解釋，故關於其適用亦有相當大之不確定性。

蓋政黨並非基本法所創設，而是如同婚姻、家庭、教會及新聞媒體等先於基本法而存在。基本法保障政黨免於國家干預，不僅保護政黨獨立於國家之外，也維護政黨屬於自由組成，根植於社會政治領域之團體的性格。作為”國民之結社”（政黨法第二條第一項），政黨也如同其他結社一般，具有免於國家干預及享有基本權利的一面。若政黨擔負著協助委託（基本法第二十一條第一項及政黨法第一條），則亦被視為是憲法上之特別委託，是在憲法架構上具有完全特別權利義務的必要制度。在此，比較不像基本權利所保障之自決的自由空間，而是更近乎國家機關之”職權”。總而言之，政黨帶有完全多變的法律地位，似乎得以在兩種不同角色當中任意變換。

## 2. 介乎職權與自由權間之實體的法律地位

政黨與其他私法主體——也包括其黨員——之間所存在之法律關係原則上與其他私法上之結社並無差異。對於其機關所為之瑕疵行為並無職務責任請求權（基本法第三十四條及民法第八三九條）；針對政黨理事會之責任亦適用一般民法規定，包括相關之求償權及資訊提供請求權。相對地，就政黨內部秩序（基本法第二十一條第一項第三句及政黨法第六條等）、入黨及開除黨籍（基本法第二十一條第一項第二句及政黨法第十條第一項及第四項）等問題，則與公法上之要求重疊，對於開除黨籍事件之救濟又由民事法院管轄。而政黨之雙面性格確實在政黨與國家之公法關係當中發揮相當大之作用。

### a) 國家之部分財務補助

aa) 當如通說所言，國家並無事先慎重規定政黨財務之義務時，則其普通法之規定——現行之政黨法第十八條等——應為基本法第二十一條中憲法委託之具體化。五十年以來，聯邦憲法法院原則上對於國家“是否”得以補償競選經費為由補助政黨財務，業以零落鬆散之說理表示其疑慮：選舉是公共任務，故“國家給予承擔選舉任務之政黨財務補助”亦應許可。如此觀之，政黨獲得競選經費補償係因履行其組織上功能，而不是因為基本法第二十一條之協助委託所致。此由聯邦憲法法院之判決觀之即可證明。關於政黨財務之規定經常一開始就考量基本法第二十一條，而且同時強調政黨在國家組織中之定位。猶如晚近之見解，基於政黨之概括的協助委託，其可以接受一般性、經費上獨立於國家之外的財務收入，例如在政黨法第十八條第三項第三款所規範之捐助部分中所發現者，此種理解可以完全適用。

# 處在多數決與少數保護之緊張領域的國會法\*

作者：Hans-Peter Schneider

譯者：陳淑芳\*\*

導讀

作者簡介

Hans-Peter Schneider 教授出生於 1937 年，在弗萊堡大學與慕尼黑大學唸法律學與政治學。1962 年 12 月與 1969 年 11 月通過第一次與第二次國家考試。1965 年在 G. W. Leibniz 教授取得博士學位。1966 年至 1972 年在弗萊堡大學擔任學術助教。1972 年於弗萊堡大學在 K. Hesse 教授通過升等論文。1972 年至 1974 年在漢堡大學與杜賓根大學教書，1975 年被聘為漢諾威大學國家法與行政法的教授。1980 年冬季學期曾為芝加哥大學法學院的客座教授。自 1986 年起為漢諾威大學憲法當代史研究所的所長，1992 年起為漢諾威德國聯邦主義研究機構協會的執行長。1994 年獲頒雅典柏拉圖大學榮譽博士頭銜，1995 年至 1996 年為 the Western Cape 與 Stellenbosch 大學的客座教授。曾為許多邦憲法法院的成員(Bremen: 1979-1991; Sachsen :1993-2005; Niedersachsen: 1987-)，並多次擔任德國政府部門專門委員會的成員與外國政府部門的顧問。

內文簡介

作者一開始即在標題及前言的第一段點出國會法的任務在於保護國會之少數與調和多數與少數在議會內之衝突，並依德國聯邦憲法法院在過去 50 年期間所處理過涉及國會法議題分門別類加以論述，即包括：國會之地位與任務，國會之內部秩序，議員之地位，黨團、政團與委員會，國會調查及少數權與反對黨。作者在論述時，

---

\* Hans-Peter Schneider , Das Parlamentsrecht im Spannungsfeld von Mehrheitsentscheidung und Minderheitenschutz, in: Peter Badura / Horst Dreier (Hrsg.), FS f. 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Zweiter Band, S. 627 ff.

\*\* 世新大學法律學系專任副教授

時而介紹法院的觀點，時而介紹學說實務對於法院觀點之批評，也不時地表達自己對各種議題的看法，而完整呈現涉及國會法議題在這 50 年來在學說與實務上的發展。

在前言中，作者除了指出國會法之任務外，也點出國會法法規開放、具有彈性，不完整且大多由國會慣例形成的特徵，以德國聯邦為例，並大多規定在聯邦議會議事規則裡。原則上作者肯定法院過去 50 年來對於國會法形成與再造的貢獻。

在第二章中，作者論述國會的「雙重性質」一為「德國人民代表」與「最高聯邦機關」，並談及國會立法與監督行政此兩項任務，以及政府在國會內隨時發言權、議員之詢問權及質詢權，法院對這些問題的看法。

在第三章中，作者主要是介紹法院對於規範國會內部秩序之議事規則的看法。包括其法律性質為自治規章，得規範之內容與事項，得限制個別議員權利之程度，及其解釋與適用時應遵守之原則。

在第四章中，作者首先指出法院所處理有關議員地位之案件可以分成三種案件群，與議員之法律地位存在於自由、平等及公共上，並依序論述法院對於議員自由性、平等性與公共性的看法。關於議員之權利作者依議員在議會內及在議會外之權利分別加以論述。最後談及法院所作成有關國會法裁判中被批評最多之對於國會議員報酬權之看法。

在第五章中，作者分別論及：(一) 黨團，包括黨團之意義、其權利義務、其具有訴訟上之當事人能力、黨團間機會之平等、黨團與政黨之關係及黨團資助等；(二) 政團，包括政團產生之背景因素及其所帶來之問題、可賦予政團之權利；(三) 委員會，包括委員會之意義、組成，小黨團、無黨團屬性議員或政團被排除加入委員會是否合憲的問題，政團在委員會內之地位等。

在第六章中，作者論述法院對於國會法領域影響與形成最多的國會調查程序。包括國會調查之意義，對於少數權的保護與由少數決定調查的對象。並由推論理論得出調查委員會仍是在行使國會之職權，故其調查權限之範圍應受國會職權範圍之限制。而關於強制權之問題，是在探討調查委員會依基本法第 44 條第 1 項之證據調查權其範圍有多廣的問題。最後探討以私人領域與國會內部領域作為調查對象之問題，及在調查程序中對於私人權益與國會議員地位如何確保之問題。

在第七章中，作者分別針對少數權與反對黨加以論述，並認為法院對於此一問題之立場並不明確，且始終在三個定點之間來回地搖擺。在此作者介紹法院對於少數權意義之看法，指出法院已注意到反對黨在議會政府體制內之重要意義，即在國會多數與政府結合後，過去由國會整體以監督政府的任務今天已落在反對黨的身上。

## 目次

### 壹、前言

- 一、國會法之任務
- 二、國會法之特徵
- 三、曾繫屬於聯邦憲法法院之國會爭議案件
- 四、聯邦憲法法院對於國會法發展之貢獻

### 貳、國會之地位與任務

- 一、國會為人民代表之涵義
- 二、國會之任務
- 三、政府在國會內之隨時發言權與議員之詢問權、質詢權

### 參、國會之內部秩序

- 一、內部國會法之法律性質
- 二、議事規則得規定之內容與事項
- 三、議事規則不得剝奪議員源自於基本法第 38 條第 1 項之權利
- 四、解釋與適用議事規則之原則

#### 肆、議員之地位

- 一、至今涉及議員地位與權利之案件類型
- 二、議員之地位存在於自由、平等與公共上
  - (一) 議員地位之自由性
  - (二) 議員地位之平等性
  - (三) 議員地位之公眾性
- 三、議員之權利
  - (一) 議員在議會內之權限
  - (二) 議員在議會外之地位與權利
- 四、議員之報酬權
  - (一) 不得作差別對待
  - (二) 對法院裁判見解之批評
  - (三) 法院對其見解之修正

#### 伍、黨團、政團與委員會

- 一、黨團
- 二、政團
- 三、委員會

#### 陸、國會調查

- 一、國會調查之意義
- 二、推論理論－調查委員會仍係行使國會之職權
- 三、強制權
- 四、以私人及國會內部領域作為調查之對象

#### 柒、少數權與反對黨

- 一、少數權
- 二、反對黨

#### 捌、結論

## 壹、前言

一、「確信只有誰使用其自由權，與社會的強者能衡量弱者之福祉時，才是自由的」這一句出自於瑞士新聯邦憲法前言（依照作家 *Adolf Muschg* 的建議）的話不僅對於個人之於國家的關係及國家最重要之任務具有意義；其也可以用在民意代表機關及其成員的身上。自由委任以實際上之行使此一自由作為前提要件，有如國會的力量主要是取決於國會提供其少數在政治上得以施展的空間。或者如在大不列顛常說的：國會具有的價值始終和其反對黨一樣多。國會的意志形成在有秩序的軌道上進行與不輕易讓它取決於當時多數的好惡，關照此點者，主要就是國會法<sup>696</sup>。在國家之內沒有任何其他的地方，亦即權力與法如此充滿緊張的相遇在一起如在國會意見與決定的對抗實務上。在此不僅是政治抗爭，而且特別也是民主統治正當性的「競技場」內，國會法的任務首要的就是確保多數雖然最後可以貫徹其意思，但是少數始終仍有責任，可以由它來控制多數與多數必須合理正當地面對它——也就是必須顧慮到在一方面是多數原則與另一方面是必要之少數保護之間合理的平衡。說透徹一點，甚至可以贊同同樣在盎格魯撒克遜思想中流傳的看法，依此看法整個國會法唯獨且只是為保護少數免於國會多數的獨裁而存在<sup>697</sup>。

二、國會法的特徵在於，其有極大的開放性與彈性，具有不完整性，只有部分以文字加以確定下來，其餘部分皆以經歷幾十年成長且主要由國會實務所形成的協議及慣例作為其基礎（所謂國會慣例<sup>698</sup>）。此得以包含大部分之國會法的德國聯邦議

---

<sup>696</sup> 這個概念是取自於英美的用語，”parliamentary law”或”general parliamentary law”的用語自從十七世紀以來就常被用來指國會程序的規則或慣例（“rules of order”）。*Thomas Jefferson* 向來都用”parliamentary branch of the law”（參考 *H. M. Robert, Robert’s Rules of Order, newly revised by S. C. Robert, 9<sup>th</sup> edition, ed. by H. M. Robert III, W.J. Evans and J.W. Cleary, 1990, p. XXVI*）。對於德國長期以來居於領導地位的著作是 *J. Hatschek, Das Parlamentsrecht des Deutschen Reiches, 1915*；參考最近的 *N. Achterberg, Parlamentsrecht, 1984*；*H.-P. Schneider/ W. Zeh (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland. Ein Handbuch 1989*。

<sup>697</sup> Cf. *Robert, Rules (Fn.1), p.53*,關於在一致性決定時，期限或提案支持表決的拋棄：“Action in this manner is in accord to the principle that rules are designed for the protection of the minority and generally need not be strictly enforced when there is no minority to protect”。

<sup>698</sup> 參考 *H. Schulze-Fielitz, Parlamentsbrauch, Gewohnheitsrecht, Observanz, in: Schneider/Zeh, Parlamentsrecht (Fn. 1), § 11*。

會議事規則(BT-GO)<sup>699</sup>為例，只要未違背基本法的規定，在個別情況下得以聯邦議會成員在場三分之二的多數，在不修改條文的情況下，偏離議事規則的規定（參考聯邦議會議事規則第 126 條）。對於議事規則的解釋有疑義時，首先也是國會自己的事：在會議中首先由主持會議的議長或當時的委員會主席，與此外之選舉審查、豁免權及議事規則委員會決定之，其解釋之結果經議長、委員會、黨團或議事規則委員會成員四分之一之要求，必須提交聯邦議會之大會去作決定（參考聯邦議會議事規則第 127 條）。藉著這種方式國會法可以在沒有大的騷動中務實地適應當時的需要與再造；因此在某種程度上始終處在「流動中」。

三、然而在作為整體之國會與其部分機關或則其成員之間，或在他們自己之間的爭議卻一再地在增加中，且情況是這一方或那一方的某些權限或管轄權受到侵害或至少受到影響，而且尤其是當該職權有憲法基礎作為依據時（所謂內部的一機關爭議）。如果此種通常肇因於政治上之衝突的「侵犯」無法在國會之內，於不尋求法院的情況下加以清除時，則對於「因最高聯邦機關[這裡：德國聯邦議會]或其他經基本法或在最高聯邦機關議事規則[這裡：聯邦議會議事規則]內賦予自己權利的當事人[這裡諸如：黨團、委員會或個別議員也是]，其權利與義務範圍之爭議所引起之有關解釋基本法」的裁判有所謂的聯邦憲法法院前的機關爭議程序可以利用（參考基本法第 93 條第 1 項第 1 款，聯邦憲法法院法第 13 條第 5 款，第 63 條以下）<sup>700</sup>。從 1951 年起直到目前為止在聯邦層級總共有 54 個機關爭議程序<sup>701</sup>繫屬於法院，其中有 48 個在這期間已經終結。在已終結的案件中如果扣除要不是聯邦議會或其機關完全沒有參與者（8 件），就是政黨為聲請人者（13 件），則剩下的仍然還有 27 個直接與國會相關的程序，這其中有 17 個是在聯邦議會之內的內部的一機關爭議程序與

<sup>699</sup> 1980 年 7 月 2 日公布之條文(BGBl. I S. 1237)，最後一次修訂公布於 1998 年 2 月 12 日(BGBl. I S. 428)，第十四屆德國聯邦議會在其 1998 年 10 月 26 日第一次會議中繼受之。專門針對德國聯邦議會議事規則之逐條釋義的書籍：H. Troßmann, *Parlamentsrecht des Deutschen Bundestages. Kommentar zur Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages unter Berücksichtigung des Verfassungsrechts*, 1977; H. G. Ritzel/J. Bücker/H. J. Schreiner(Hrsg.), *Handbuch für die Parlamentarische Praxis – mit Kommentar zur Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages*, 1980 ff. (7. Erg. Lfg. 1990).

<sup>700</sup> 在所有有自己之憲法法院可資利用的邦（Schleswig-Holsteins 除外），對於各個邦議會在邦的層級皆有類似的程序存在（就此參考 C. Starck/K. Stern [Hrsg.], *Landesverfassungsgerichtsbarkeit*, 3 Bde., 1983）。

10 個在聯邦議會圈子之外（以聯邦政府、聯邦參議院或聯邦總統作為聲請對造）之機關間－機關爭議程序。基於此一背景因素似乎也可以概括地將機關爭議以「國會爭議」表示之。

四、聯邦憲法法院，更具體地說：其第二庭，亦即在過去其存在的 50 年間有許多的機會去參與形成與繼續發展國會法。在某些案件中，其甚至激起改革的思索與作成國會議事規則制定者事後加以遵循的裁判。此例如對於聯邦議會內之辯論重要的「發言與反發言」的原則，就是在法院於其「發言時間－判決」內有相應的指示之後，才納入聯邦議會議事規則第 28 條第 1 項第 2 句的規定<sup>702</sup>。如最近另一個針對相同課題的判決所顯示出者，整體說來法院也始終意識到國會法作為國會少數保護規範的特殊性質，與一再地使此一作用發生效力<sup>703</sup>。此外法院也試著以收回自己的審查權限與行使「司法之自我約束(judicial self-restraint)」的方式，考慮許多具有「高度政治」性，尤其是在聯邦議會之內或其部分機關之間及與其他憲法機關之間的機關爭議程序<sup>704</sup>。另外沒有任何一個程序類型－在與提出聲請的總數相較之下一像涉及國會的機關爭議程序這樣，有這麼多不同意見書的提出，而此一事實說明了在具體事件中相對於正確結果的歧見在第二庭之內也必須接受的程度<sup>705</sup>。最後如果針對法院過去主要必須處理之國會法的題材加以觀察的話，則映入眼簾的基本上有六個課題，此六個課題是下面要進一步加以闡述者：1. 整體國會的地位與任務，2. 其內部秩序，3. 個別議員之法律地位，尤其是與 4. 黨團、政團及委員會的關係，5. 調查程序，與 6. 少數保護與反對黨權利的一般問題。

---

<sup>701</sup> 不包括依基本法第 99 條，聯邦憲法法院法第 13 條第 10 款，第 73 條以下之邦機關爭議程序。

<sup>702</sup> 關於針對個別議員的秩序措施（例如禁止參與會議），參考 BVerfGE 10, 4 (11 ff.)：「國會的本質及基本任務，即有一個發言與反發言的討論殿堂，是此類措施的界限」。

<sup>703</sup> 此諸如在 BVerfGE 96, 264 (285)內所說的，「個別議員之發言時間如果作太少的分配，以至於無法適度地對於辯論的議題發表意見時」，是「與公平、忠誠的適用議事規則[...]不符」的（並引用 BVerfGE 1, 144 [149]; 80, 188 [219]; 84, 304 [332]）。

<sup>704</sup> 參考 BVerfGE 10, 4 (19)：「每一個國會之內部秩序的規則，其特徵在於具有某種彈性。在形成這些秩序時，國會有較大的自由」。相類似的還有 BVerfGE 80, 188 (220)：裁判要旨 3c 所言：「國會為了其自我的組織與為了維持符合秩序的議事流程，在決定其需要那些規則時，有極大的形成空間」（稍後相關者 BVerfGE 84, 304 [322]）。

<sup>705</sup> 整體參考 C. Gusy, Der Bundestag als Wahlorgan, Gesetzgeber und Prozeßpartei im Verhältnis zum

# 內閣政體下之國政領導

作者：Rupert Scholz

譯者：詹鎮榮

## 導讀

德國基本法中所規範之聯邦政府體制，為內閣制。且相較於威瑪憲法，更著重於政府穩定性之設計。在此等理念支配之下，基本法建構了嚴格的代議式國會民主、總理民主、強勢聯邦政府、合作國會主義，以及建設性不信任投票等相關配套機制。本文作者除了從憲法規範角度，論述內閣政體下國會與聯邦政府間分配國政領導權限之應然面外，更回顧修憲史，探討若干內閣制結構問題--例如多數決選舉制度、在野黨地位保障、國會黨團等--入憲之可行性。此外，本文亦從憲政實際出發，檢討聯邦眾議院、聯邦政府，以及聯邦參議院三憲法機關間在政治現實上合作與拉距之操作情形。尤其包含聯邦政府對於法律提案內容之事實上控制權造成聯邦眾議院立法權之弱化、各種政黨會談形式之「聯合政府會議」架空聯邦政府首長之政策形成權，以及聯邦參議院權限擴張造成聯邦與邦政治責任區隔上之模糊等。綜上分析，作者認為基本法並未對內閣政體及其下之國政領導有封閉及詳盡之規定，毋寧容任給現實政治力有廣泛之操作空間。在此脈絡下，聯邦憲法法院歷來對於涉及內閣政體下國政領導之事件，亦採取極度自我抑制之一貫立場，僅就憲法上具重要性之問題為個別、原則性之審查而已。德國基本法所規定內閣政體下之國政領導，應可被視為是一個多元、開放之政治歷程。其不僅受憲法之規範，更高度受到憲政實際所影響。縱此，基本法中所揭示之民主國原則、國會民主原則、政黨國家原則、權力分立原則，以及聯邦國原則，仍為國政領導之憲政現實架構起憲法規範控制之基準。

與本文議題相關之中文文獻為數不少，惟多數係以我國中央政府體制之憲改工程為關切主軸。內容上對於德國聯邦政府體制作較大比例介紹者，略有李建良，〈政黨比例代表制與選舉平等原則：以德國聯邦眾議院選舉制度為中心〉，歐美研究第二

---

Bundesverfassungsgericht, in: Schneider/Zeh, Parlamentsrecht (Fn. 1), § 60.

十九卷第二期，1999年6月，頁105-169；陳淑芬，〈聯合政府之形成因素及其所帶來之法律問題〉，收錄於氏著，《民主與法治》，2004年11月，頁37-89；葉陽明，《德國憲政秩序》，2005年6月，五南出版；劉書彬，〈聯邦參議院在德國「府際關係」互動中的運作與功能〉，人文及社會科學集刊第十四卷第二期，2002年6月，頁233-260。

## 目次

### 壹、基本法中之內閣制

- 一、概述--憲法及憲政實際
- 二、從威瑪憲法到基本法
- 三、憲法上之座標系

### 貳、法治國家民主中的國會與政府

- 一、聯邦眾議院為最高之正當性、創設，以及立法機關
- 二、聯邦政府為最為之執行權機關

### 參、政黨國家與聯邦國家民主中的國會與政府

- 一、政黨國家以及國會與政府間之合作結構
- 二、內閣政體下聯邦國家之補充與重疊

### 肆、結論與附論

- 一、結論：內閣政體下之國政領導為一廣泛開放之程序
- 二、附論：社會之個別責任對抗內閣政體？

## 壹、基本法中之內閣制

### 一、概述--憲法及憲政實際

德意志聯邦共和國之政府體制，抑或基本法之政體為內閣制，係不具爭議性的<sup>706</sup>。然而，基本法並未明文使用此概念。即便是聯邦憲法法院，亦僅相當罕見地始

---

<sup>706</sup> 詳細及後續內容，尤其參閱 *E.-W. Böckenförde*, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, in: J. Isensee/P. Kirchhoh (Hrsg.), *Handbuch des Staatesrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I: *Grundlagen von Staat und Verfassung*, 2. Aufl. 1995, § 22; *H. H. Klein*, *Aufgaben des Bundestages*, in: J. Isensee/P. Kirchhoh (Hrsg.), *Handbuch des Staatesrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II: *Demokratische Willensbildung – Die Staatsorgane des Bundes*, 1987, § 40; *M. Schröder*, *Aufgaben der Bundesregierung*, 同出處, § 50; 同氏著, *Bildung, Bestand und parlamentarische Verantwortung der Bundesregierung*, 同出處, § 51; 同氏著, *Die Bereiche der Regierung und der Verwaltung*, in: J. Isensee/P. Kirchhoh (Hrsg.), *Handbuch des Staatesrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III: *Das Handeln des Staates*, 1988, § 67; *P. Badura*, *Die parlamentarische Demokratie*, in: J. Isensee/P. Kirchhoh (Hrsg.), *Handbuch des Staatesrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I: *Grundlagen von Staat und Verfassung*, 2. Aufl. 1995, § 23; 同氏著, *Parlamentarismus und parteienstaatliche Demokratie*, in: *Festschrift für Karl Michaelis*, 1972, S. 9 ff.; 同氏著, *Das politische Amt des Ministers*, in: *Festschrift für Helmut Quaritsch*, 2000, S. 295 ff.; 同氏著, *Staatsrecht*, 2. Aufl. 1996, S. 376 ff.; *S. Magiera*, *Parlament und Staatsleitung in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes*, 1979; *K. v. Beyme*, *Repräsentation und parlamentarisches Regierungssystem*, in: *PVS 6* (1965), S. 145 ff.; *K. Stern*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 939 ff.; *H. Apel*, *Der deutsche Parlamentarismus*, 1968; *H.-P. Schneider*, *Das parlamentarische System*, in: *E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel* (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I, 2. Aufl. 1994, § 13; 同氏著, *Entscheidungsdefizite der Parlamente*, in: *AÖR 105* (1980), S. 4 ff.; 同氏著, *Die parlamentarische Opposition im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 1973; *H. P. Schneider/W. Zeh* (Hrsg.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland*, 1989; *H. Schambeck*, *Grundprobleme des parlamentarischen Regierungssystems*, in: *Festschrift für Walter Leisner zum 70. Geburtstag*, 1999, S. 449 ff.; *M. Schmidt-Preuß*, *Gestaltungskräfte im parlamentarischen Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland*, 同出處, S. 464 ff.; *K. D. Bracher*, *Die Kanzlerdemokratie*, in: *R. Löwenthal/H.-P. Schwarz* (Hrsg.), *Die zweite Republik*, 1974, S. 179 ff.; *D. Grimm*, *Aktuelle Tendenzen in der Aufteilung gesetzgeberischer Funktionen zwischen Parlament und Regierung*, in: *ZParl. 1* (1970), S. 448 ff.; *K. Kröger*, *Die Ministerverantwortlichkeit in der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland*, 1972; *F. Glum*, *Das parlamentarische Regierungssystem in Deutschland, Großbritannien und Frankreich*, 2. Aufl. 1965; *W. Mößle*, *Regierungsfunktionen des Parlaments*, 1986; *R. Scholz*, *Krise der parteienstaatlichen Demokratie?*, 1983; 同氏著, *Parlamentarische Demokratie – Garantie politischer Stabilität und demokratischer Legitimität*, in: *Festschrift für Hans Klein zum 65. Geburtstag*, Bd. 1: *Politisch Lied*, 1996, S. 171 ff.; *W. Frotscher*, *Regierung als Rechtsbegriff*, 1975; *W. Kewenig*, *Staatsrechtliche Probleme parlamentarischer Mitregierung am Beispiel der Bundestagsausschüsse*, 1970; *G. Leibholz*, *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 3. Aufl. 1967; *E. Friesenhahn/K. J. Partsch*, *Parlament und Regierung im modernen Staat*, *VVDStRL 16* (1958), S. 9 ff./74 ff.; *T. Oppermann/H. Meyer*, *Das parlamentarische Regierungssystem des Grundgesetzes*, *VVDStRL 33* (1975), S. 8 ff./69 ff.; *R. Dolzer/M. Sachs*, *Das parlamentarische Regierungssystem und der Bundesrat – Entwicklungsstand und Reformbedarf*, *VVDStRL 58* (1999), S. 7 ff./39 ff.; *K. Hesse/G. Kafka*, *Die verfassungsrechtliche Stellung der Parteien im modernen Staat*, *VVDStRL 17* (1959), S. 11 ff./53 ff.; *M. Stolleis/H. Schäffer/R. Rhinow*, *Parteienstaatlichkeit – Krisensymptome des demokratischen Verfassungsstaats?*, *VVDStRL 44* (1986), S. 7 ff./46 ff./84 ff.; *M. Oldiges*, *Die Regierung als Kollegium*, 1983; *H. Rausch*, *Bundestag und Bundesregierung*, 4. Aufl. 1976; *D. Rauschnig*, *Das parlamentarische Regierungssystem des Grundgesetzes in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in: *C. Starck* (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des*

明白採用內閣制用語來表達<sup>707</sup>。對此，*D. Rauschnig* 業已在其發表於《聯邦憲法法院成立二十五週年誌慶論文集》中一篇有關於內閣政體之文章加以確認<sup>708</sup>；並且在此之後，**聯邦憲法法院**本質上也僅限於以內閣制之特定部分觀點為論證<sup>709</sup>。凡此種種，皆是從一項不具爭議且明確之命題所由生：亦即基本法已明白地將內閣制設定為德意志聯邦共和國之基本架構<sup>710</sup>。在 1983 年 2 月 16 日一項關於依基本法第 68 條規定解散聯邦眾議院之裁判中，**聯邦憲法法院**即已指出：「基本法已規定了內閣制；較之於威瑪憲法，基本法中之內閣制係受到更強烈地形塑，並且同時以增加政府穩定性作為規劃指標<sup>711</sup>。」**聯邦憲法法院**在個案中作了如是之揭示，但除此之外同時也強調，正好在第 68 條所規定解散程序之關連性下，「具體化聯邦憲法之權限並非單獨由聯邦憲法法院所享有，毋寧亦歸屬於其他之最高憲法機關<sup>712</sup>。」於此，「既已存在之價值、基本決定、原則，以及憲法規範，應受到維繫<sup>713</sup>。」該法院並且更進一步言道：「憲法作為法律之基本秩序，於具體化時，相關最高憲法機關之間對於受討論事實在憲法以及憲政政策上之判斷以及評價，應具備高度之一致性；而且一個持續之穩定機制係不可或缺的。對此而言，國會暨政府多數之政治抗爭及法律爭議實務本身，並不充分<sup>714</sup>。」藉由此等--首先僅涉及到基本法第 68 條所規定程序之--解釋，**聯邦憲法法院**根本上對內閣制作了非常原則性之表達：亦即基本法意義下之內閣制，不僅由基本法本身以條文加以規範，而且極具重要的是，亦經由**憲政實際之政治現實**而獲得體現與具體化。其雖應遵守基本法之相關規定，但另一方面，在此等規定之間以及之內，卻得以填補自我發展及形成之空間。正由於奠基於此等

---

Bundesverfassungsgerichts, Bd. II, 1976, S. 214 ff.; *U. Scheuner*, Das parlamentarische Regierungssystem in der Bundesrepublik, in: DÖ V 1957, S. 633 ff.; 同氏著，*Entwicklungslinien des parlamentarischen Regierungssystems der Gegenwart*, in: Festschrift für Adolf Arndt, 1969, S. 385 ff.; *H. Seiger*, Organisatorische Grundlagen des parlamentarischen Regierungssystems, 1973; *D. Sternberger*, Gewaltenteilung und parlamentarische Regierung in der Bundesrepublik Deutschland, in: PVS 1 (1960), S. 22 ff.; *W. Graf Vitzthum*, Parlament und Planung, 1978; *U. F. H. Rühl*, Das „freie Mandat“: Elemente einer Interpretations- und Problemgeschichte, in: Der Staat 39 (2000), S. 23 ff.

<sup>707</sup> 尤其參閱 BVerfGE 2, 1 (10); 9, 268 (281); 27, 44 (56); 62, 1 (40 ff.); 67, 100 (129 ff.).

<sup>708</sup> *Rauschnig*, Regierungssystem (註 1), S. 215 ff.

<sup>709</sup> 指引請參閱註 2。

<sup>710</sup> 指引請參閱註 2。

<sup>711</sup> 參閱 BVerfGE 62, 1 (40).

<sup>712</sup> 參閱 BVerfGE 62, 1 (39).

<sup>713</sup> 參閱 BVerfGE 62, 1 (39).

<sup>714</sup> 參閱 BVerfGE 62, 1 (39).

見解之上，**聯邦憲法法院**--正確地--藉由對基本法中內閣制作較為一般性陳述之方式，達成了相當地自我抑制。原則上，其陳述限於對基本法之個別憲法規範作具體、且對爭議具有重要性之解釋。此等個別之憲法規範，則是屬於建構完整內閣制憲法秩序之整體規範環鍊的一部分。**聯邦憲法法院**的第二個重要裁判，則是 1984 年 7 月 17 日有關於基本法第 44 條國會調查權之解釋<sup>715</sup>。在此裁判中，**聯邦憲法法院**首先重申舊旨，謂：「基本法業已規範了內閣制；較之於威瑪憲法，基本法中之內閣制係受到更強烈地形塑，並且同時以增加政府穩定性作為規劃指標<sup>716</sup>。」隨即則繼續表示：「原則上，內閣制亦透過國會之監督功能而獲得展現。有鑑於尤其基於國會在直接之採取行動以及法律適用之執行權領域內欠缺干預可能性所導致之政府強勢地位，屬於基本法重要組織原則之一，而且在政治力之分配、三權交錯，以及由此所生國家權力均衡方面富具意義之權力分立原則，正提供了一種基本法之解釋，亦即國會之監督可能是**有效的**<sup>717</sup>。」易言之，**聯邦憲法法院**再次地自我限制在僅對內閣制作出非常一般性之表達，並且--結論上正確地--聚焦在對具體系爭具有重要性之基本法第 44 條規定上。總而言之，基本法中之內閣制為一**部份開放之體制**<sup>718</sup>。基本法對其雖已建構出若干根本的以及精確的座標，然而，在此等座標之實踐化過程中，政治上以及尤其是憲政上之實際，則是享有更高之位階。是以，(即便是)內閣政體中之**國政領導** (Staatsleitung) 天生就描述著一個根本性的政治上構成要件或機制，其在法規範上僅能有限度地被加以定義或剖析。

---

<sup>715</sup> 參閱 BVerfGE 67, 100 ff.

<sup>716</sup> 參閱 BVerfGE 67, 100 (129 f.).

<sup>717</sup> 參閱 BVerfGE 67, 100 (130).

## 外交關係與國防政策

作者：Rüdiger Wolfrum

譯者：周元浙

### 導讀

本文作者 Rüdiger Wolfrum 教授係德國著名的國際法學者，現擔任海德堡馬克斯普朗克外國公法及國際法研究所所長、國際海洋法法庭庭長，相關著作甚豐，並積極參與國際事務，誠屬學以致用型之學者。

本文以「外交關係與國防政策」為題，內容上區分二大部分，首先壹、導論部分，提出現實面外交關係形成方式之多樣性，又聯邦國防軍在國際上之行動，所衍生釐清國防政策概念之難題，擬藉由基本法相關之規定，特別是聯邦與各邦、聯邦政府與國會間權限之分配推衍出形成外交關係之限制，並強調兼顧時潮所趨即歐洲法對於國內法之影響，國內事務日趨明顯歐洲化或國際化之傾向，所導致傳統上內政與外交政策之界線模糊，有多數的外交政策無可避免地須國內程序予以決定之現象。聯邦憲法法院對此之態度饒富重要意義。如何維護政府外交政策之行爲能力，要求整體國家行爲之正當性及受基本權之拘束，即是一項值得探討之重要課題。其次，貳、基本法權限分配外交權力的行使部分，主要以基本法之相關規定為主軸延伸至歐洲法或國際法，佐以學界、尤其是剖析聯邦憲法法院相關裁判之觀點深入探討行政、立法及司法間在面對外交關係與國防政策交織複雜的互動分際之相關重要議題，有聯邦與各邦；特別是多面向之行政權與立法權間分際，則以較多的篇幅區分原則性問題、締結國際條約、成立或者加入國際組織及國際組織決定的國內轉化、繼續發展國際法條約，包含繼續發展國際組織功能、具國際法效力之單方國家行爲、繼續發展歐洲聯盟等方面之合作；另從聯邦政府及聯邦參議院繼續發展歐洲聯盟之合作；外交權力的實

---

<sup>718</sup> 針對基本法第 68 條亦明白表示者，請參閱 BVerfGE 62, 1 (38).

體法上拘束；聯邦憲法法院對外交權力的監督等延伸探討；最後提出結論與展望。

綜觀本文之主要論點有：

- 一、呼應德國參與發展歐洲共同體等國際事務，尤其是在屬於各邦的管轄權或涉及各邦利益方面，基本法已明顯強化各邦在形成外交關係上的參與。
- 二、行使外交權力原則上屬於政府與行政領域。立法權監督之方式除了國會一般政策性監督之外，尚包含在締結國際條約、參與國際組織，如將國際組織決定之國內轉化、參與歐洲聯盟的立法行為及確定緊急狀態等情形。但仍然受到相當的限制，特別是聯邦眾議院在國際法條約之提問、討論等準備階段的影響力是顯然不足的。
- 三、關於歐洲措施之事項重點涉及各邦專屬立法權限時，應由聯邦參議院所指定之各邦代表代表德國履行，雖然各邦藉此能維護其對於聯邦的權利，但未顧及邦議會方面的權限損失，係以損失民主正當性而換得保障聯邦原則。
- 四、外交權力之行使原則上仍受基本權之拘束，由於當事國的利益及國家共同體的利益之追求，並不存在同樣基本權的拘束，如同處理國內事實關係方面。其適用的基礎是基本法對於國際合作之承認，如基本法第 23 及 24 條所規定者即是。
- 五、聯邦憲法法院雖強調外交權力非不受管轄之高權行為，對外交權力之審查責成一項司法的自制。但其實踐上卻鮮具說服力。事實上是朝承認不受法院管轄的高權行為之方向發展。
- 六、聯邦憲法法院僅開啓歐洲聯盟的繼續發展及聯邦國防軍的國外動用上具有擴大國會參與化的意義。但聯邦國防軍在國際維和體系範圍的國外動用是行使外交權力的問題，故應由其所涉相關規定整體觀察。更進一步導出，實質上主導國家在外交政策的決定必須經由國會同意來共同負責。

本文之議題在德國是相當重要且複雜的問題。作者卻能有條理地勾勒問題，簡潔扼要地討論，所呈現之結論亦極具意義。本文雖然是以德國法為背景之研究，但相對於我國尚未發達之該主題領域，應有啟發與借鏡之價值。

## 目次

- 壹、導論：外交關係與國防政策之形成方式
- 貳、基本法權限分配外交權力的行使
  - 一、聯邦與各邦間之權限分配
  - 二、行政權與立法權間之權限分配
    - (一) 原則
    - (二) 行政權與立法權締結國際條約之合作
    - (三) 行政權與立法權在成立或者加入國際組織及國際組織決定的國內轉化之合作
      - 1. 行政權與立法權在成立或者加入國際組織之合作
      - 2. 行政權與立法權在國際組織決定的國內轉化之合作
    - (四) 行政權與立法權在繼續發展國際法條約，包含繼續發展國際組織功能之合作
    - (五) 行政權與立法權關於具國際法效力之單方國家行爲之合作
    - (六) 行政權與立法權在繼續發展歐洲聯盟之合作
  - 三、聯邦政府與聯邦參議院在繼續發展歐洲聯盟之合作
  - 四、外交權力的實體法上拘束
  - 五、聯邦憲法法院對外交權力的監督
  - 六、結論與展望

## 壹、導論：外交關係與國防政策之形成方式

外交關係是透過不同國際法之行爲方式而實現，亦即經由締結條約、參與條約或政策規劃性的會議（例如：1993 年世界人權會議）、國際組織之合作，透過其他國際法上意義重大之行爲（單方法律行爲）及參與國際整合共同體特別是歐洲聯盟之發展。國家實施上述行爲方式是外交權力之表徵。外交權力之概念<sup>719</sup>係不能以其在國家權力分立學說中具有獨特一席之地而成爲國家任務獨立之類型<sup>720</sup>，而是涵蓋一個或數個國家組織之憲法權限，形成對其他國家，或者參與在國際組織，包含歐洲聯盟之外交關係<sup>721</sup>。外交關係之形成，卻不僅實現於合乎國際法形式之行爲，也及於未盡符合法規範之行爲<sup>722</sup>。

形成外交關係之不同國際法行爲方式是多樣化的，基本法並未如斯地呼應規範反映，明白規定者僅有國際法條約（基本法第 59 條第 1 項第 2 句及第 2 項），整合條約（基本法第 24 條），及參與歐洲聯盟之發展（基本法第 23 條）。國際法與憲法之彼此分離，肇因於傳統上視國際條約爲形成外交關係之重要決定性工具，而其他形成方式的國內重要關聯，是在後來才被注意到。尙可指出者是，聯邦憲法法院曾多次清楚地表達，除了締結國際條約外，實施其他國際法上之形成方式也受憲法之拘束。

---

<sup>719</sup> 本概念似首次於 A. Haanel, Deutsches Staatsrecht, 1892, Bd. 1, V. Kapitel: Die auswärtige Gewalt, S. 531 所使用。

<sup>720</sup> 批評已見於 H. Mosler, Die völkerrechtliche Wirkung bundesstaatlicher Verfassungen, in: Festschrift für Richard Thoma, 1950, S. 129 (149); W. Grewe, Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik, VVDStRL 12 (1954), S. 129 (130); 同作者, Auswärtige Gewalt, in: J. Iseensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III: Das Handeln des Staates, 1988, § 77 Rn. 4 ff.

<sup>721</sup> 就此請參照 H. Mosler, Die auswärtige Gewalt im verfassungssystem der Bundesrepublik Deutschland, in: Völkerrechtliche und staatsrechtliche Abhandlungen. Festschrift für Carl Bilfinger, 1954, S. 243 (246); C. Tomuschat, Stichwort Auswärtige Gewalt, in: R. Scheyhing/W. Krawietz/K. F. Röhl 以及其他等等 (Hrsg.), Ergänzbares Lexikon des Rechts, Nr. 5/30; G. Püttner/G. Kretschmer, Die Staatsorganisation, 2. Aufl. 1993, S. 269; R. Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, 2. Aufl. 1994, S. 142; J. Kokott, Kontrolle der auswärtigen Gewalt, Begleitaufratz zur Staatsrechtslehrertagung 1996 in Dresden, in: DVBl. 1996, S. 937 ff.; R. Wolfrum, Kontrolle der auswärtigen Gewalt, VVDStRL 56 (1997), S. 38 (39).

<sup>722</sup> O. Rojahn, in: I. v. Münch/P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 1995, Art. 32 Rn. 3.

在此觀察聯邦國防軍部隊在北大西洋公約組織(NATO)範圍或者在接受聯合國(UNO)委託之動用，「國防政策」概念的釐清更顯得是一項難題<sup>723</sup>。

以聯邦與各邦，或者聯邦政府與聯邦眾議院及聯邦政府與聯邦參議院間憲法上的權限分配觀點產生憲法上外交關係形成的限制規定。此外，基本法包含了行使外交權力實體法上拘束之規定。此由基本法第23至26條及基本權所產生。在評估憲法上外交權力的權限分配及其實體法拘束之同時，必須顧慮到歐洲法及國際法對於國內法秩序所興起的重要意義。傳統上屬於國家內部事務的規定範圍，將歐洲化或者國際化。特別應注意到，因歐洲法及國際法規範使得各個國家增加享有權利及負擔義務<sup>724</sup>。因而導致傳統上內政與外交政策的區別，變為交融而界線不明，以及外交政策始終大規模地成為國內決定程序的對象。此種發展呈現增強要求整體國家行為的國家正當性與該行為受基本權及必要性拘束間之緊張關係，而維護政府外交政策之行為能力。

以下應指出，在關於本文一開始時所概略地描述對於行使外交權力的國際法形成方式或者在參與北大西洋公約組織或聯合國授權之軍事行動時聯邦憲法法院理出有何規定或者限制，及其對此具有何重要性。

## 貳、基本法權限分配外交權力的行使

### 一、聯邦與各邦間之權限分配

聯邦與各邦間關於形成外交關係之權限分配，憲法法院實務上在近二十五年來

---

<sup>723</sup> 聯邦政府鑒於歐洲聯盟(EU)在安全政策上的角色而寬廣地定義國防政策。由聯邦政府的觀點，在歐洲聯盟發展共同安全政策時，內容上特別涉及降低歐洲聯盟及其成員國領土整合及政治上獨立性之風險。此亦包含了劃定限制一項擴張區域性衝突危機、對抗恐怖主義的威脅及大量毀滅性威脅等措施；歐洲聯盟及其成員國經濟上的穩定，連同考慮到對抗威脅歐洲聯盟及其成員國交流與能源的措施；歐洲聯盟及其成員國民主的基礎(就此請參照 BT-Drs. 13/10106, S. 2 f.)。

<sup>724</sup> 就此請參照 *Wolfrum, Kontrolle* (Fn. 3), S. 40 ff.; *C. Tomuschat, Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen*, VVDStRL 36 (1978), S. 7 (32).

也僅偶然零星地成爲議題<sup>725</sup>。聯邦與各邦在外交權力範圍中權限分配的中心規範，基本法第32條第1項規定，對其他國家(解釋上作爲國際法主體)關係之維持，原則上爲聯邦之事務，合乎所有聯邦國家的理解<sup>726</sup>。基本法的特殊性在於，涉及某邦特殊情況之條約，應於締結前儘早諮商該邦(基本法第32條第2項)，或者各邦在其立法權限內，經聯邦政府之核可，得與外國締結條約(基本法第32條第3項)。有爭議的是，聯邦是否也能夠與外國簽訂屬於各邦，而不屬於聯邦立法權限的條約。就這點而言倒是Bernhardt<sup>727</sup>的預測經證明是正確的，關於上述問題經由1957年林道(市)協定(die Lindauer Absprache)<sup>728</sup> \* 廣泛地在理論範圍內被參照<sup>729</sup>。

直到新訂的基本法第23條生效前，各邦在歐盟立法行爲的參與權並未明文規定在基本法。各邦應否參與，則受聯邦憲法法院的裁判所認爲有基本法第70條第1項連結第24條第1項及尊重聯邦行爲((Bundesfreundliche Verhalten)的憲法原則之支配影響<sup>730</sup>。資訊調整及關於聯邦與各邦之協調係規定於1957年3月25日羅馬條約\*的批准

<sup>725</sup> BVerfGE 92, 203 ff.; 亦請參見聯邦參議院對於聯邦政府所提有關北大西洋公約國家及其他平時參與作爲合作關係國家之軍隊法律地位以及附加議定書(Gesetz zum PfP-Truppenstatut)之法案意見(BT-Drs. 13/9972, S. 20 f.); 有關此問題，請參照 K. Stern, Auswärtige Gewalt und Lindauer Abkommen, in: J. Ipsen/H.-W. Rengeling/J. M. Mössner/A. Weber (Hrsg.), Verfassungsrecht im Wandel: Wiedervereinigung Deutschlands, Deutschland in der Europäischen Union, Verfassungsstaat und Föderalismus; zum 180jährigen Bestehen der Carl Heymanns Verlag KG, 1995, S. 251 ff.

<sup>726</sup> 就此請參照 W. Rudolf, Bundesstaat und Völkerrecht, in: AVR 27 (1989), S. 1 (21); V. Zellweger, Völkerrecht und Bundesstaat, 1992, S. 64 ff., 74; Stern, Auswärtige Gewalt (Fn. 7), S. 252 f.

<sup>727</sup> R. Bernhardt, Bundesverfassungsgericht und völkerrechtliche Verträge, in: C. Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. II, 1976, S. 154 (182).

<sup>728</sup> 通常稱之爲 „Lindauer Abkommen“; 收錄於: ZaöRV 20 (1959/60), S. 116 f. 關於歷程及法律性質，請參照 Stern, Auswärtige Gewalt (Fn. 7), S. 258 及 259 f.

\* 譯按：林道協定要求，聯邦政府在代表德國與他國締結屬於各邦專屬立法權限事項之條約時，尤其如：文化協定，應尊重各邦立場，並顧及各邦利益。具體步驟是：各邦於締約前，及時與聯邦共同參與締約的籌備作業，又正式締約前，聯邦宜取得各邦對條約文的同意。此外，無論條約是否觸及各邦專屬立法權事項，只要該條約涉及各邦的基本權益，則聯邦政府應將條約內容及時知會各邦。並爲合力處理締約後續事宜，各邦推派全權代表，共同組成「常設性條約專責委員會」。該組織應發揮與聯邦政府共同商定攸關各邦權益的國際法條約內容的功能，藉此，各邦政府取得參與及決定性地影響聯邦締約權行使的良機。引自：葉陽明，德國憲政秩序，台北：五南圖書出版公司，2005年6月初版一刷，頁125, 126。

<sup>729</sup> 就此請參照 Rudolf, Bundesstaat (Fn. 8), S. 18.

<sup>730</sup> BVerfGE 92, 203 (230).

\* 譯按：1957年3月25日歐洲煤鋼共同體的成員國於羅馬簽署了建立歐洲經濟共同體條約(Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft)及建立歐洲原子能共同體條約(Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft)，一般稱此二條約爲羅馬條約(Römische Verträge)，並於

法第2條或者統一歐洲行爲法之批准法(EEAG) 第2條<sup>731\*\*</sup>。基本法第23條第4至6項體現承接了上述規定。前述基本法第23條第4至6項的規定包含那一些聯邦政府參與繼續發展歐洲共同體在屬於各邦的管轄權或涉及各邦利益的範圍情形。其次，這些理解作爲基本法第32條第3項之補充規定<sup>732</sup>，導致明顯的強化各邦在形成外交關係上的參與。各邦的權限經由基本法第24條第1a項得到進一步的補充。據此各邦於其相關行政權限範圍內，得將主權移轉於周邊國際組織<sup>733</sup>。此項移轉行爲須經聯邦政府之同意。

---

1958年1月1日正式生效。請參見，陳麗娟，歐洲共同體法導論，台北：五南圖書出版公司，2005年6月二版一刷，頁6。

<sup>731</sup> 就此請參照 BVerfGE 92, 203 (232 ff.).

\*\* 譯按：本條係規定，聯邦政府在對屬於各邦專屬立法權範圍或攸關各邦基本利益的歐體決議表示同意之前，必須徵詢聯邦參議院的立場，並在歐體層面的談判中顧及此立場。

<sup>732</sup> Stern, Auswärtige Gewalt (Fn. 7), S. 267.

<sup>733</sup> 就此而言亦涉及基本法第32條第3項的特別規定。

## 「聯邦國 – 現狀與展望」

孫迺翊、張桐銳

### 導讀

對於國內憲法學界與憲政理論發展而言，「聯邦國」是既熟悉又相當陌生的名詞。相較於民主國原則、法治國原則或甚至社會國原則，在我國憲法中均能找到相呼應的憲法規範與立憲意旨，並已累積不少大法官憲法解釋補充其內涵，聯邦國原則仍只停留在若干西方國家的憲政發展經驗，無法從我國單一國家型態的憲法獲得相互印證的理解，也欠缺本土實踐經驗。事實上，採行聯邦制度的國家，如美國與德國，其聯邦制度的具體內容、聯邦與各邦（各州）權力分配架構均有相當大的差異，無法一概而論，再加上繁複而細膩的權限劃分規定，凡此種種均增添聯邦制度理解上的困難。有鑑於此，想要認識聯邦國原則，宜從特定國家著手，從該國聯邦國家型態的歷史發展、憲法規範以及影響未來發展的外部因素等不同角度加以觀察，才能一窺聯邦體制的其中一種風貌，在此基礎上，也才能更進一步掌握其他國家不同風貌的聯邦體制。

本篇「聯邦國 – 現狀與展望」由德國國家學與憲法學大師 J. Isensee 執筆，其所介紹之德國聯邦制度，並不僅侷限在基本法的相關規定與解釋，而是分成三大層次加以探討。首先是從德國的聯邦制度本身談起，其次才將焦點放在基本法第 20 條 1 項的聯邦國原則與權限劃分規定的解釋問題。第三個層次，則在歐盟整合的脈絡下，探討其對德國聯邦制度的影響及其未來的展望。

在第一部份，作者以聯邦制度本身為出發點，在聯邦制度之下國家權力是分散在一個中央政府與數個地方政府之間，聯邦國的各個組成員 – 包括聯邦政府與各邦政府 – 各自保有其部分的「國家性」，但對外則以總體國家的形式出現，因此，

需要有一套明確的遊戲規則以為依據，各該成員才能清楚地知其行動界限所在，而對於聯邦體制而言，憲法即具有設定遊戲規則的功能，甚至聯邦與各邦之關係應為憲法保留事項。聯邦體制的成員之間如有權限爭議，則需要客觀獨立的機關加以裁決，在此基本法承繼 Kelsen 的理念，賦予聯邦憲法法院解決聯邦制度爭議的權限。而透過聯邦憲法法院的判決以及歷次修憲，聯邦與邦之間也呈現權限劃分比重遞移的現象：1992 年及 1994 年修憲以前較傾向中央聯邦政府，甚至歐盟整合強化了中央集權傾向，修憲之後雖然帶來轉變的契機，但數十年的運作經驗在一時片刻之間難有重大轉變，聯邦主義的復興並未到來。惟作者也指出，在德國聯邦體制的運作實務上，聯邦憲法法院所能發揮的影響力事實上相當有限，因為當聯邦與各邦產生權限爭議時，雙方均偏好將法律問題作政治解決，很少向聯邦憲法法院提起訴訟，只有在雙方就某項法律內容無法達成妥協時，才以聯邦制度權限爭議的型態提起訴訟，反之，在經濟的動機下，如果雙方能夠達成妥協，即使有逾越權限之疑義，也會跳過不加以爭執，現實運作的結果甚至迫使聯邦憲法法院放棄其原先所堅持的「混和財政禁止原則」，在此正凸顯出基本法在聯邦體制上的規範弱點，尤其財政體質不佳常以其在聯邦參議院中的同意票，與聯邦政府換取各項補助，而聯邦挾其財政上龐大的影響力，亦樂於扮演贊助者的角色。在這些交換關係中，基本法中權限劃分的規定均被雙方有意忽視，即使聯邦憲法法院有意改正此種違憲情形，在欠缺訴訟爭議的情形下，也苦無發聲的機會。類此違憲狀態，並未引起公眾輿論的注意，即使在德國，一般民眾對聯邦國體制的認識遠不及於民主原則或基本權利的保障，顯示聯邦體制並未深植於公民的憲法意識之中。

第二部分主要涉及基本法中聯邦國原則與其他相關具體規定之間如何解釋與適用。作者在此特別強調，聯邦國原則絕非僅是權限規定的總和而已，毋寧將相關規範內容加以整合，凝聚為具有獨立內涵的規範圖像。而具備整合性內涵的聯邦國原則，受到基本法第 79 條第 3 項之保護，為立法者修憲時不可變更之基本原則，它與基本法其他具體的權限規定修正或是互補的作用，聯邦憲法法院並將權限條款放到聯邦國原則的關連脈絡下加以解釋，以避免產生見樹不見林的解釋結果。此外，聯邦國原則所導出的次級原則，例如合作互助的原則、採取對聯邦體制友善行為之要

求等，也進一步調整了聯邦與邦之間的權力關係。

在解決了聯邦國原則與相關權限規範的解釋關連性之後，作者進一步闡釋聯邦國原則的幾項基本結構要素：首先聯邦國是由聯邦與邦所組成，基本法雖然不排除聯邦國的成員重新組合的可能性，但嚴格的形式程序要件使得邦的重組不容易實現，如此不僅保障了聯邦國的穩定性，其實也確保各邦的存續不受聯邦任意干擾或因財政困難而受影響。而在國際法上，聯邦國對外僅有一個主權國家，這點與單一國家並無不同；但內部關係上，憲法將部分主權分別劃歸給聯邦與各邦來行使，從國家學的觀點來看，聯邦與邦各自均享有不完整的「國家性」，二者相互補充、相互合作，而聯邦與各邦雖各有其獨立性，但又相互組合成為總體國家。就此以觀，權限規定是聯邦體制的基石，在孟德斯鳩三權分立的架構下，聯邦國體制又分別就行政、立法與司法作了水平的權限劃分，它規定了聯邦與各邦彼此之間的行動空間與行動自由，也同時保護各邦的存續不因財政因素而受到影響。聯邦憲法法院要求聯邦與邦均應遵守權限規定，同時雙方在行使其權限時，也應互相顧及對方。基本法第 72 條第 2 項雖然賦予聯邦較為積極的立法權限，在此範圍內降低了補充性原則的適用。但基本法第 23 條第 1 項第 1 句明文揭示了補充性原則，雖然該條指涉的是歐盟與聯邦國之間的關係，但觀諸基本法相關規定，補充性原則同樣是聯邦國體制運作的正當性基礎。

一般來說，聯邦國的目的在於促進整合，但更重要的是，聯邦國體制保障了地域在文化上、歷史上的特殊性與多樣性，在走向歐盟整合的趨勢中，這樣的任務更形重要。另一方面，兩德統一後地域性的差異比過去所遇到的情形更為明顯與深刻，如何克服這項挑戰，也提供聯邦體制新的正當性基礎。至於聯邦國體制未來的發展，基本法第 79 條第 3 項設定了修憲的界限，亦即不得更動聯邦體制。惟在歐盟整合的過程中，是否連帶地削弱邦的重要性、逐漸降低聯邦體制的價值，則值得長期注意觀察。

第三部分更進一步探討在國家部分權力逐漸讓渡到歐盟超國家(supranational)

組織的過程中，是否連帶影響聯邦與各邦的權力關係，而在主權國家之外，另行架構超國家組織，是否可能產生矮化邦的「國家性」的結果，均牽動未來聯邦制度的發展。關於歐洲整合所帶來對於聯邦制度的影響，作者透過歐體、聯邦與各邦三者之關係來加以分析。這三者之關係，作者稱之為「跛足之三方關係」。

透過「三方關係」此一概念，作者指出了德國與歐盟之關係與一般之外交關係上之差異。雖然超國家組織對於其會員國之內部組織並不介入，蓋組織高權屬於會員國保留之權力，從而超國家組織必定是「邦盲」。然而，各邦卻是直接受共同體法所拘束，在歐體與會員國之往來關係中，並非如傳統的外交關係，只能透過單一之機關，而是越來越具有內部關係之性質。歐體組織基於條約法之授權，可以分別越過聯邦或政府，而與各邦或行政機關直接往來。

所謂「跛足」，係用以表達，各邦雖屬三方關係之一，但其僅具有附屬地位，其與歐盟之關係原則上仍係以聯邦為其中介。首先，各邦如有違反共同體法之行爲，係由聯邦對歐體負責；聯邦對於歐盟也必須負責，其所能支配之財源符合共同體法來加以運用，不論其屬聯邦或各邦之權限。在這裡所產生之問題是，聯邦固然要對各邦之行爲負責，但卻欠缺足夠之監督權限。在間接執行歐體法之情形，亦即在聯邦立法以落實歐體所頒布之方針規定時，聯邦依基本法第 84 或 85 條之規定，有權監督各邦執行該項立法，尙不成問題。但在歐體法直接執行之情形，則存有規範上之漏洞。作者指出，此一問題可透過基本法第 83 條以下規定之類推適用來解決，亦即歐體法之執行亦如聯邦法之執行，解釋為各邦之固有事項，從而聯邦可對其行使基本法第 84 條第 2 至 5 項之監督權限。至於聯邦是否得強制各邦，依據歐體法來編列其預算，則有所爭議。聯邦與各邦都享有固有之預算決定權，在預算之決定上，相互獨立。聯邦依其立法權限，雖然可以規定聯邦與邦在預算法上之共同原則，但不能作細節規定，特別是不能與各邦之預算獨立性相牴觸。

與負責問題相連結者為求償問題，亦即聯邦為各邦之行爲向歐盟負責後，可否向該邦求償？在各式各樣的解決方案中，作者認為，值得考慮的是基本法第 104 a 條第 5 項第 1 句後段之規定。此一規定之基本原則在於，必須履行特定任務之主體，就必須承擔因該任務之執行所生之支出。此一原則應可擴張，適用於歐體法所定任務之履行上。

各邦在三方關係中之附屬地位，亦表現於對於歐體事務之參與權限上。對此，依基本法第 23 條第 2 項第 1 句之規定，各邦乃「透過聯邦參議院」以參與歐盟之事務。基於此一規定，各邦在歐盟事務之參與上，僅具有附屬之地位。雖然基本法第 23 條第 6 項規定，德國在歐盟中所享有權利之行使，如涉及各邦專屬之立法權限，應委由聯邦參議院所任命之各邦代表來行使，但其並非個別邦之代表，而是代表各邦整體，其利益應被整合進聯邦之整體國家責任中。故各邦在參與歐盟事務上之附屬地位，並不因此一規定而有所不同。對於各邦在歐體事務上之權限不足，作者指出，聯邦憲法法院試圖透過對於聯邦權限之行使加以指示，來予以平衡。其基礎乃是聯邦忠誠原則，亦即聯邦與各邦在執行職務時，必須考慮到聯邦之整體利益與各邦之利益。聯邦作為各邦在參與歐盟事務上之代言人，必須考慮到各邦之利益。

關於歐體事務之參與，作者也提到，各邦基於其有「次要對外政策」權之主張，與超國家之機構直接往來，設置各邦自己之辦事處。此一狀況，在憲法上受到批評，認為其與聯邦在外交事務上之壟斷權限相牴觸。惟作者認為，聯邦在外交事務上之壟斷權限，限於法律形式之行爲，如締結條約、外交往來及加入國際組織等等，各邦建立非正式之對外關係，並不牴觸聯邦之外交權。

最後，作者指出，關於歐洲整合與聯邦制度之關連性，內國法聯邦制度之組織形式與行爲模式，可以作為超國家聯邦制度之典範。

## 目次

### 壹、基本法作為聯邦國憲法

- 一、聯邦國家制定憲法的需求性
- 二、憲法保留
- 三、國家實務上的憲法詮釋
- 四、聯邦憲法法院對於聯邦國體制發展的有限影響力
- 五、正當性難題
- 六、基本法聯邦主義規範效力的弱點

### 貳、聯邦國作為憲法原則

- 一、基本法第 20 條第 1 項聯邦國原則與概念作為詮釋問題
- 二、聯邦國原則作為解釋的對象與工具
- 三、聯邦國原則的結構要素
  - 〈一〉聯邦與邦劃分
  - 〈二〉聯邦國的穩定性
  - 〈三〉兩個層次的「國家」
  - 〈四〉權限劃分是聯邦秩序之基石
  - 〈五〉聯邦制度下的權力平衡與補充性原則
    1. 各邦參與立法
    2. 基本法第 72 條第 2 項補充性原則之阻礙(Subsidiariätsbarriere)
    3. 以補充性原則加以正當化
- 四、聯邦國的目的
- 五、聯邦國的發展界限
  - (一) 立法者修憲之禁止
  - (二) 融合權力(Integrationsgewalt)之界限

### 參、德意志聯邦國在歐盟中之發展

- 一、聯邦國結構中之排斥作用
  - (一) 各邦過度之整合犧牲
  - (二) 補救問題
- 二、歐盟之「邦盲」
- 三、各邦之歐洲義務
  - (一) 直接受共同體法拘束
  - (二) 共同體機關到達各邦單位之直接入口
- 四、共同體法之執行在聯邦憲法下之後續問題
  - (一) 聯邦為其各邦所負之共同體法責任
  - (二) 「跛足的」三方關係
  - (三) 聯邦之監督權限
    1. 聯邦監督措施
    2. 聯邦法上對於歐洲法上預算紀律之基本原則
  - (四) 聯邦之求償

五、各邦在歐盟中之代表

(一) 各邦透過聯邦之間接隸屬地位 – 參議院-聯邦主義

(二) 聯邦作為各邦之歐洲-事務代表

(三) 各邦之「副歐洲政策」

六、跨越層級之聯邦主義理念

## 壹、基本法作為聯邦國憲法

### 一、聯邦國家制定憲法的需求性

德國的國體採聯邦國家制度，她與世界上其他聯邦國家一樣具有某些一般性的特徵，這些特徵一方面形成了概念上的共通性，另一方面也構成了聯邦國與單一國的區別：將國家的單一性(die staatliche Einheit)分散在一個中央層級的法人與數個地域性法人(Gebietskörperschaft)之間，而各該地域性法人均具備國家性質(Staatsqualität)。但就其組成結構而言，德國聯邦制度是獨一無二的。德國聯邦制度並未遵循聯邦主義<sup>734</sup>一般性的定律，也沒有適用通用性的組織架構。在德國聯邦制度毋寧就是指依其起源、地理位置、組成與人民形成的國家。在此它被定位成一種長久以來深植當地的國家形式。它無法脫離現實基礎，提升到一般性、抽象性的雲端層次。但這並不表示聯邦國制度是從現實狀況所產生。它毋寧是實定法的產物。它的基礎就是憲法。依據基本法之規定，德意志聯邦共和國為聯邦國家。

比起單一國，聯邦國必須仰賴更多的法律規範。在此是連結到現代國家的模式，也就是現代國家被理解為一個決定單位與法秩序單位(Entscheidungs- und Rechtseinheit)。另一方面，透過法律的特別保障，須使國家在政府交織(duplex regimen)的複雜條件下還能保有其單一性。在此必須考慮到行動層次的區分與其同時交疊(Synchronisierung)，聯邦國的形塑既須確保各邦之獨立性又須確保彼此之間的團結，既有聯邦國要素又有單一國要素。為達此目的，必須將國家權力打散成不同的權限分配在聯邦與邦之間。因為所有國家功能，包括立法權，都須遵守權限分配規定，因此需要比一般法律更高位階的法工具。就此以觀，只有憲法作為一國最高位階之規範才足以勝任。比起民主原則、法治國原則甚至社會國原則，聯邦國家是非常需要憲法明確規範。

---

<sup>734</sup> 以下聯邦主義的概念被理解為聯邦國，以及中央集權(Unitarismus)的對立概念。除此之外，「聯邦主義」還有社會哲學上與國際法上的意義。關此參見 E. Deuerlein, *Föderalismus*, 1972; R. Kosellek, *Bund, Bündnis, Föderalismus, Bundesstaat*, in: O. Brunner/W. Conze/R. Kosellek (Herg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. I, 1972 (Nachdruck 1979), S. 213 ff. 關於憲法裁判與國家法學中聯邦主義以及聯邦

聯邦國制度的問題在於基本法所規定的重要規範架構。其中直接或間接相關條文就占了基本法半數以上，其規範密度高、詳細並具有技術性，就憲法規範簡約的特徵而言，這是相當少見的。然而規範密度越高，越常有修正的需要。基本法中有關聯邦國之相關規定即歷經多次修正。有人計算過，到 1997 年為止，43 次修正中至少有 35 次修正是直接涉及聯邦國架構<sup>735</sup>。其憲法上目的是為了重新分配權限；1990 年以前權限分配的重點傾向聯邦，1990 年之後則經常傾向於各邦。

基本法作為「聯邦國憲法」，具有兩層意義。首先是單一國(Zentralstaat)意義下的「聯邦」憲法，它規範了國家機關的組成，其次，是聯邦與各邦聯繫意義下的「聯邦」憲法。一方面，基本法規範了聯邦政府作為國家一部分的基本秩序 (Die teilstaatliche Grundordnung)，這些規定只適用於聯邦政府，而聯邦政府與各邦政府是並存的，另一方面基本法也規範了聯邦政府作為國家總體(Gesamtstaat)的基本秩序，這部分規定則為聯邦與各邦建構國家法上的共同基礎，聯邦憲法之效力並優先於各邦憲法<sup>736</sup>。涉及國家總體的憲法規範內容包括權限劃分以及最高主權 (Kompetenz-Kompetenz)、聯邦之調整權(Ingerenzrecht)、憲法同質性之維繫以及基本權利之保障。依據憲法規定，聯邦政府一方面與各邦政府並立，與各邦政府同為國家的一部分，另一方面，聯邦政府也是統合其成員的國家總體<sup>737</sup>。後者的功能則須特別仰賴聯邦憲法法院，就聯邦與邦之間的權限爭議加以判斷。

國家權力分配會導致摩擦與衝突。對聯邦國家而言，常有權限爭議。以聯邦國家「結盟」因素(Das bündische Element)而言，它會希望這些爭議不是以武力，而是以不具爭議的方式來決定，不是透過上位權力的獨斷，而是由一個雙方均承認的中

---

國家之用語，參見 *E. Sarcevic, Das Bundesstaatsprinzip, 2000, S. 6 ff.* 其中尚有許多進一步的線索。

<sup>735</sup> So *A. Bauer/M. Jestaedt, Das Grundgesetz im Wortlaut, 1997, S. 34.* 1998 年與 2000 年最近三次修正則未觸及聯邦國原則。

<sup>736</sup> 參見 *H. Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1929), S. 30 (81 f.)*. 關於基本法具備單一國憲法與維繫聯邦國家總體性之雙重功能，參見 *J. Isensee, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz*, in: *J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV: Finanzverfassung — Bundesstaatliche Ordnung, 2. Aufl. 1999, § 98 Rn. 84, 227.*

<sup>737</sup> 基本法維繫聯邦國總體性的功能未必以 *H. Kelsen* 三階聯邦國家理論的為前提。但後者為聯邦國的建構提供理論基礎。聯邦憲法法院判決 (E 13, 54 [78]) 以及學說通說見解很早以來及採用 *Kelsen* 的理論。〈參見 *W. Rudolf, Die Bundesstaatlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in: *C. Starck [Hrsg.], Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25jährigen*

立權威來決定。基於聯邦國的國家性，國內產生的爭議不應影響其作為一個和平的單位與決定的單位。然而德國歷史上，1871年帝國憲法中的參議院(Bundesrat)是一個解決聯邦制度爭端的政治機制<sup>738</sup>。而依照憲法學說，卻是希望將聯邦國的爭議，最後歸由一個保障法官獨立性與司法審查權限的法院來裁決。「無論哪裡有爭議，都需要一個客觀的機構，將權限角力放到和平的途徑上，同時也需要一個論壇，將權限爭議當作法律問題來探討，並當作法律問題來判斷。而這就是憲法法院。因為各邦侵犯聯邦的權限，或是聯邦侵犯各邦的權限，都是違反憲法的行為，危害到聯邦與各邦、帝國與各邦所構成一個整體相互連結的聯邦憲法」<sup>739</sup>。依 Hans Kelsen 的見解，違憲審查權在聯邦國體制最有意義，就如同其政治理念須論及憲法法院才算完整<sup>740</sup>。聯邦主義提供德國聯邦憲法法院的歷史根源，甚至可以回溯至舊帝國的根源深處<sup>741</sup>。它為聯邦憲法法院提供正當性基礎。因為「在聯邦國家中聯邦與邦的關係在法律上不能模糊不清」<sup>742</sup>。今日，聯邦憲法法院對聯邦國體制的意義，受其對民主原則、法治國原則所具意義的影響，尤其是關於基本權利的保障。而違憲審查權最終仍歸屬於聯邦的權限<sup>743</sup>。

---

Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. II, 1976, S. 233 [ 236ff ] ) .

<sup>738</sup> 在基本法規範下，後續也影響了聯邦參議院的權限，當聯邦政府或邦政府有違誤時，聯邦參議院應判斷該邦在執行基本法時有無違憲之情形(Art. 84 Abs. 4 Satz 1 GG)。不過這只是一個前置程序，最終的決定權仍在聯邦憲法法院(Art. 84 Abs. 4 Satz 2 GG)。

<sup>739</sup> Kelsen, *Wesen* (Fn. 3), S. 82 — ohne die Hervorhebung im Text.

<sup>740</sup> Kelsen, *Wesen* (Fn. 3), S. 81

<sup>741</sup> 參見 W. Löwer, *Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II: Demokratische Willensbildung — Die Staatsorgane des Bundes, 2. Aufl., 1998, § 56 Rn.27; K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II, 1980, S. 995 f. Überblick über die Genese: U. Scheuner, *Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jahrhundert*, in: C. Starck (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. I, 1976, S. 1 (2, 9 ff., passim).

<sup>742</sup> BVerfGE 11, 6 (13).

<sup>743</sup> W. Leisner, *Der Bund — Länder — Streit vor dem Bundesverfassungsgericht*, in: C. Starck (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. I, 1976, S. 260 (262); K. Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, 4. Aufl., 1997, S. 72 f.

# 財政憲法、稅捐國家與聯邦調配 (Finanzverfassung, Steuerstaat und föderaler Ausgleich)

Joachim Wieland 著

黃俊杰譯

## 導讀

財政憲法規範，構成聯邦國家秩序之基石。財政憲法應該維護將國民經濟之收益，適當地分配給聯邦及其成員之財政秩序。此種分配係維持聯邦國家運作能力之必要前提，因為，各聯邦國成員只有在充分財政配置之基礎上，才能發揮其獨特之國家性。

財政憲法應作為確保聯邦與各邦獨立國家性之秩序功能及意義，在效力上並非劣於基本法之其他部分。聯邦憲法法院把財政憲法之法律性質，視為與其他憲法規定具有得司法審查之性質，而財政憲法係作為聯邦國家成員間政治合作與爭執所預先設計「規範與形式」之框架秩序。

稅捐國家要求國家負有義務，應優先以稅捐收入，支應一般國家任務之需求即以稅捐作為國家主要之財政來源，而由基本法第 105 條和第 106 條之規定，要求普通立法者應斟酌聯邦國家憲法結構多次憲法修改之基礎，讓立法者在採用稅捐與特別公課時審慎行使選擇權。故立法者並非可自由經由非稅公課代替稅捐之方式，來滿足一般性財政需求。特別公課，僅被允許於嚴格權限範圍內來徵收：蓋稅捐之負擔平等，並不允許透過非稅公課之課徵而加以排除；因此，特別公課之課徵，係以一種特殊歸屬基礎作為前提。相對於稅捐而言，特別公課之課徵，屬於罕見之例外情形。

關於財政憲法之相關規定，係應理解作為聯邦國家財政收入多層級體系劃分之基礎。在此體系內，基本法以不同的、相互配套及互相關連之層級來規範財政收入之劃分。每一個層級均被賦予明確之劃分目的與調配目的，如此得出憲法上財政調配之規範結構，而這些結構本身完全是靈活且可調整的。聯邦國家財政劃分之目的，係解釋財政憲法規範之準則，聯邦與各邦同樣履行憲法所賦予之任務，藉由此種方式才能真正形成聯邦與各邦國家性之自主地位，並且能夠發揮履行任務之獨立性與自己責任。

不過，關於財政憲法規範、稅捐國原則與聯邦國家財政劃分基本原則之闡釋。

最後，仍然必須偏勞聯邦憲法法院成員扮演重要之角色。

## 目次

### 壹. 導論

### 貳. 財政憲法之規範內涵

- 一. 財政憲法作為框架秩序
- 二. 財政憲法作為立法指標
- 三. 基準法之概念

### 參. 稅捐國家

- 一. 概念發展史
- 二. 裁判意見分歧
- 三. 特別公課與其他公課
- 四. 誘導性公課

### 肆. 聯邦國家之財政劃分

- 一. 符合任務之財政配置
  - (一) 垂直之稅捐收益分配
  - (二) 水平之稅捐收益分配
  - (三) 銷售稅應得部分之補充
  - (四) 財政調配
  - (五) 聯邦補充分配
  - (六) 其他調配因素
- 二. 基準法
- 三. 批判性之評價
- 四. 立法者義務

## 壹. 導論

基本法之財政憲法規範，構成聯邦國家秩序之基石。財政憲法應該維護將國民經濟之收益，適當地分配給聯邦及其成員之財政秩序<sup>744</sup>。此種分配係維持聯邦國家運作能力之必要前提，因為，各聯邦國成員只有在充分財政配置之基礎上，才能發揮其獨特之國家性<sup>745</sup>。聯邦國家之憲法並未規定聯邦與各邦之財政請求權，蓋可能存在部分聯邦國成員於整體可供使用之財政財源上，產生無秩序攫取財源之危險。倘若在較有利之情況下，聯邦與各邦在財源分配上可能會取得一致，可是並不能以無理由之歧視來排除財政較困窘者。反之，於較不利之情況下，聯邦與各邦為潛在之收益來源將產生競爭，則可能容易造成人民負擔之超載。

為防止該危險，財政憲法需要更進一步具體化，而此等係受到整體歷史發展之影響。關於該歷史發展，特別應注意從帝國時期轉折至威瑪共和時期之情形：在 1871 年帝國憲法時期，關於帝國財政之規範，仍然侷限於 5 條簡短之條文規定，其係涉及關稅與稅捐之權限<sup>746</sup>；威瑪憲法則對於公課<sup>747</sup>及其行政<sup>748</sup>之立法，能夠予以較詳細之權限規定，且附帶地規範帝國預算法之基本特徵<sup>749</sup>。而從 1949 年開始，基本法在其第十章才有完整之財政憲法<sup>750</sup>，惟當時財政憲法之制訂，不僅在制憲會議，且對當時各佔領國而言，亦極具爭議性<sup>751</sup>。此外，兩項根本性之改革，說明財政憲法日益增長之重要性：即 1955 年 11 月 23 日財政憲法法律增加稅捐分配之規定<sup>752</sup>，並且，1969 年之財政改革與預算改革<sup>753</sup>，係針對所謂 Troeger 委員會於 1964 年之建議

<sup>744</sup> BVerfGE 55, 274 (300); R. Wendt, Finanzhoheit und Finanzausgleich, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV: Finanzverfassung-Bundesstaatliche Ordnung, 2. Aufl. 1999, § 104 Rn. 1-5; K. Vogel, Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes, ebd., § 87 Rn. 11f.

<sup>745</sup> BVerfGE 72, 300 (388); Wendt, Finanzhoheit (Fn.1), § 104 Rn. 3.

<sup>746</sup> Art. 69 bis 73 und 35 bis 39 RV.

<sup>747</sup> Art. 8 und 11 WRV.

<sup>748</sup> Art. 83 und 84 WRV.

<sup>749</sup> Art. 85 bis 87 WRV; 關於威瑪憲法財政憲法上之規範，參見 O. Bühler, die Zuständigkeitsverteilung auf dem Gebiete des Finanzwesens, in: G. Anschütz/R. Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 2, 1930, S. 321 (326ff.); A. Hensel, Der Finanzausgleich im Bundesstaat in seiner staatsrechtlichen Bedeutung, 1992, S. 176ff.; 關於概述性之說明，參見 K. Vogel/C. Waldhoff, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Vorbem. Zu Art. 104a-115 (1997), Rn. 143ff.

<sup>750</sup> Art. 105 bis 115 GG i.d.F vom 23. Mai 1949.

<sup>751</sup> 參見 1948 年 11 月 22 日與 1949 年 3 月 2 日之同盟國備忘錄，刊登於 E. R. Huber, Quellen zum Staatsrecht der Neuzeit, Bd. 2, 1951, S. 208ff. und 210ff.; R. Mußgung, Zustandekommen des Grundgesetzes und Entsteher der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I: Grundlagen von Staat und Verfassung, 2. Aufl. 1995, § 6 Rn. 78ff.; H. Höpker-Aschoff, Das Finanz- und Steuersystem des Bonner Grundgesetzes, in: AöR 75 (1949), S. 306ff.

<sup>752</sup> BGBl. I S. 817; 對此參見 Vogel/Waldhoff (Fn.6), Vorbem. Zu Art. 104a-115 Rn. 203ff.

<sup>753</sup> Vom 12. Mai 1969, BGBl. I S. 357, 359.

而製訂<sup>754</sup>。

由於討論焦點完全集中於財政憲法構造之具體化，因此，關於財政憲法之解釋，20年來一直倍受關注。自1949年以降之30年間，聯邦與各邦儘管有不少爭論，但始終在財政財源之分配取得一致，惟面對日益增多之公共財政短缺，所形成之僵局，則已多次向聯邦憲法法院籲請解決<sup>755</sup>。直到1976年學者 **Friauf** 強調指出，除立法權限分配之問題以外，聯邦憲法法院幾乎沒有從聯邦與各邦間關係之觀點進行思考，且亦未將預算憲法作為憲法裁判之對象<sup>756</sup>。不過，這些產生根本性之變化，即財政憲法已經慢慢從邊緣地帶位移至司法裁判之核心，尤其是在聯邦憲法法院之第二庭。因此，本文首先將澄清財政憲法之規範性內涵（II）、稅捐國家之問題，特別是關於非稅公課之容許性，係現今憲法裁判之焦點（III）、以及聯邦國家之財政劃分（IV）。

## 貳. 財政憲法之規範內涵

### 一. 財政憲法作為框架秩序

在聯邦憲法法院針對財政憲法進行解釋之前，首先必須確定，在財政憲法本質領域內之法律問題，是否可透過法院之裁判形式來加以理解。在文獻上之討論，學者 **Friauf**<sup>757</sup> 與學者 **Lerche**<sup>758</sup> 早就對基本法第109條第2項或者基本法第107條第2項第1句之可司法性表示懷疑<sup>759</sup>。隨後，學者 **Fischer-Menshausen**<sup>760</sup> 與學者 **Ossenbühl**<sup>761</sup> 也支持此一看法，也就是說財政憲法之問題在一定範圍內係擺脫法院

<sup>754</sup> 財政改革委員會（*Kommission für die Finanzreform*），*Gutachten über die Finanzreform in der Bundesrepublik Deutschland*, 1966；相關文獻，參見 *Vogel/Waldhoff* (Fn.6)，*Vorbem. Zu Art. 104a-115 Rn.211ff.*；*H. Hofmann*, *Die Entwicklung des Grundgesetzes nach 1949*, in: *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I: *Grundlagen von Staat und Verfassung*, 2. Aufl. 1995, § 7 Rn.62 (65ff.)。

<sup>755</sup> 關於此一發展，參見 *Vogel*, *Grundzüge* (Fn.1)，§87 Rn.6ff。

<sup>756</sup> *K. H. Friauf*, *Die Finanzverfassung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in: *C. Starck* (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. II, 1976, S.300 (301ff.)。

<sup>757</sup> *K. H. Friauf*, *Öffentlicher Haushalt und Wirtschaft*, *VVDStRL 27* (1969), S.1 (38)。

<sup>758</sup> *P. Lerche*, *Finanzausgleich und Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse*, in: *Festschrift für Friedrich Berber*, 1973, S.299 (314)。

<sup>759</sup> 並參 *R. Schmidt*, *Wirtschaftspolitik und Verfassung*, 1971, S.154ff., 以及 *K. Vogel*, *Steuerrecht und Wirtschaftslenkung. Ein Überblick*, in: *JbFSt 1968/69*, S.235ff。

<sup>760</sup> *H. Fischer-Menshausen*, *Unbestimmte Rechtsbegriffe in der bundesstaatlichen Finanzverfassung*, in: *Schriften des Vereins für Socialpolitik n.F. 96-1*, 1978, S.235ff。

<sup>761</sup> *F. Ossenbühl*, *Verfassungsrechtliche Grundfragen des Länderfinanzausgleichs gem. Art.107 II GG*, 1984, S.92ff.；*同氏*著，*Yur Justitiabilität der Finanzverfassung*, in: *Festschrift für Karl Carstens*, 1985, S.734 (752f.)。

之審查。

就此，聯邦憲法法院總是把財政憲法之法律性質，視為與其他憲法規定具有得司法審查之性質<sup>762</sup>。此問題於 1986 年關於各邦財政調配之判決中，獲得澄清<sup>763</sup>。聯邦憲法法院第二庭在該裁判指出，由財政憲法之秩序功能得知，財政憲法規範之法效性並未減低。不過，就法律規定之合憲性而論，憲法法院之判決，在論證上尚不足於說明作為合理結論之妥協係如何得到。與此相對地，財政憲法之規範，亦非國際法領域中所謂「柔性法」(soft law) 可相互比擬的。第二庭強調財政憲法如同基本法之其他規定，係具有法律拘束力之「地位、程序規定與行為框架」。財政憲法係作為聯邦國家成員間政治合作與爭執所預先設計「規範與形式」之框架秩序<sup>764</sup>。惟第二庭亦強調，財政憲法之規範設計，就內容明確性而言，如同國家與國民間之規範，並非在一切領域均為相同標準<sup>765</sup>。該判決援引學者 **Fischer-Menshausen** 之見解<sup>766</sup>，來說明財政憲法之不確定概念、判斷餘地與決定餘地，而聯邦憲法法院「僅遵循具有拘束力法規範」之範圍加以審查。藉此，財政憲法係作為政治運作過程中具有拘束性界限之框架秩序，惟在該界限內仍賦予得依其特有規範與條件來發展之政治空間<sup>767</sup>。

## 二. 財政憲法作為立法指標

觀察聯邦憲法法院第二庭在最近 10 年之發展，似已偏離財政憲法作為框架秩序之理解<sup>768</sup>。第二庭傾向將從財政憲法推導出立法者之廣泛指標，而非侷限於聯邦憲法法院所理解之法定指標。如此，似將改變立法與憲法裁判間之關係。

第二庭代言人 **Paul Kirchhof** 法官首先將聯邦憲法法院第二庭新的裁判基礎，在發表之學術文獻中，定位在財政憲法與稅捐法之問題。**Kirchhof** 從各種自由權利中，尤其是從基本法第 14 條第 2 項第 2 句中推導出課稅權，並且在基本法中發現重要稅捐法秩序之構成部分。就此，可計算出憲法內所設置不同之所得、財產存續與財產使用之可負擔性，而此等從各種明確之稅捐用語亦可得知<sup>769</sup>。

<sup>762</sup> Siehe schon BverfGE 39, 96 (109); 41, 291 (311); 55, 274 (301) .

<sup>763</sup> BverfGE 72, 330 (388ff.); 參閱 *S. Koriath* 之文章, *Der Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern*, 1997, S.64 (76ff.); *Vogel, Grundzüge* (Fn.1) ,§87 Rn. 120ff.

<sup>764</sup> BverfGE 72, 330 (388f.) .

<sup>765</sup> BverfGE 72, 330 (389) .

<sup>766</sup> *Fischer-Menshausen, Rechtsbegriffe* (Fn.17) , S.136 und 138–146.

<sup>767</sup> BverfGE 72, 330 (388ff.) unter Verweis auf BverfGE 67, 256 (288f.) .

<sup>768</sup> *Vogel/Waldhoff* (Fn.6), Vorbem. Yu Art. 104a – 115 Rn.640; *H.-G Henneke, Öffentliches Finanzwesen, Finanzverfassung*, 1990, S.52.

<sup>769</sup> *P. Kirchhof, Steuergerechtigkeit und sozialstaatliche Geldleistungen*, in :JZ 1982, S.305(308); Kirchhof

聯邦憲法法院第二庭，在其所謂課稅標準價格裁定<sup>770</sup>，採納 **Kirchhof** 之重要核心思想，並且，該指標特別從憲法推論，將財產稅加上其他收益稅，在其應有收益稅捐總體負擔之範圍內，係應以收入扣除成本、費用之餘額，依類型化之觀察法，使歸於私有及官方之部分，保留接近半數<sup>771</sup>。而前所述基本法第 106 條第 2 項第 2 款之財產稅，亦被評定為應有收益稅<sup>772</sup>。

**Böckenförde** 法官在其關於財產稅裁定之不同意見書中，批評第二庭侵犯立法者之權限領域，且忽視憲法法院對於立法者應負司法自制之責任，並導致基本法在立法者與憲法法院間已確立權力分立關係之變遷<sup>773</sup>。對此，**Böckenförde** 法官提醒，聯邦憲法法院並非係作為立法者之引導者，而是事後依聲請作為監督者之法院<sup>774</sup>。而聯邦憲法法院第一庭，則明確地未跟隨第二庭新的裁判觀點<sup>775</sup>。至於，文獻上之看法，則是不一致的：有些學者認為，當立法者無法履行其法定職責時<sup>776</sup>，贊同採取裁判積極主義，然而，其他學者則贊同 **Böckenförde** 不同意見書之見解<sup>777</sup>。

### 三. 基準法之概念

在另一方面，1999 年 11 月 11 日第二庭關於財政調配之判決<sup>778</sup>，則偏離財政憲法作為框架秩序之傳統理解，而以基準法之概念來加以闡明。本判決認為聯邦國家之財政收益分配，係透過基本法之財政憲法作為基本方針而加以確定，立法者則被

---

已經在其眾多出版品加以闡述，例如參見氏著，Besteuerung und Eigentum, VVDStRL 39 (1980), S.213ff.; 同氏著，Staatliche Einnahmen, in: J. Isensee/ P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschl, Bd. IV: Finanzverfassung-Bundesstaatliche Ordnung, 2. Aufl. 1999, § 88; 同氏著，Besteuerungsgewalt und Grundgesetz, 1973; 同氏著，Die Kunst der Steuergesetzgebung, in: NJW 1987, S.3217ff.

<sup>770</sup> BverfGE 93, 121ff. Und E 93, 165ff.

<sup>771</sup> BverfGE 93, 121 (Leitsatz 3).

<sup>772</sup> BverfGE 93, 121 (136ff.).

<sup>773</sup> BverfGE 93, 149 (151ff.) - *Böckenförde* 不同意見書。

<sup>774</sup> BverfGE 93, 149 (152) - *Böckenförde* 不同意見書。

<sup>775</sup> BverfGE 95, 267 (300).

<sup>776</sup> J.Lang, Zur Rechtsreform des Steuerrechts, in: Festschrift für Martin Kriele, 1977, S.965 (966); 相同主張者 W. Kahrs, Einheitswertsteuern in Zeiten des Steuerchaos, in: KJ 29 (1996), S.127ff.; W. Leisner, Steuer- und Eigentums-wende- die Einheitswertbeschlüsse des Bundesverfassungsgerichts, in: NJW 1995, S.2591ff.

<sup>777</sup> H. -P. Bull, Vom Eigentums- zum Vermögensschutz-Ein Irrweg, in: NJW 1996, S.281ff.; H. -W. Arndt/ A. Schuhmacher, Die verfassungsrechtlich zulässige Höhe der Steuerlast, in: NJW 1995, S.2603ff.; 此外也參閱 J. Wieland, Der Vermögensteuerbeschuß, in: B. Guggenberger/ T. Württenberger (Hrsg.), Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik, 1998, S.173ff.

<sup>778</sup> BverfGE 101, 158ff.; 參見判決內容以及 IV 以下基準法之概念。

授權就憲法基準予以具體化與補充<sup>779</sup>。依照第二庭之觀點，財政憲法本身並無直接可實施之基準；但是，財政憲法使立法者負有義務，「透過可適用、一般性、立法者自我拘束之法律上基準，來具體化與補充憲法之指標」<sup>780</sup>。

在基準法之概念內，也明確地放棄財政憲法作為框架秩序之理解，而保留「無成文規定之規範賦予及確定，與有限度之開放空間」之區分<sup>781</sup>。裁判庭想要透過立法者之自我責任，以防止規範成為政治力不受拘束之空間<sup>782</sup>。第二庭認為在財政調配方面，憲法本身並未指明法定之規制，而是設計法律制定基準之中間階段，以作為立法者具體化與補充財政憲法之拘束內涵。立法者有責任遵守基本法第 20 條第 3 項之合憲秩序，而不是去注意以前的法律，立法者應該從事釋義學之說理，而非由判決中得出答案<sup>783</sup>。惟第二庭關於捨棄財政憲法作為框架秩序之理解是否係有助益的，則是啓人疑竇的。蓋稅捐法秩序在憲法中重要之特徵既非已被陳列，且只要立法者不朝向基本法第 79 條關於修憲法律設定之途徑，則立法者對於財政憲法亦非負有義務來具體化與補充。於此，期待聯邦憲法法院未來能夠再一次意識到財政憲法作為框架秩序解釋之優越性。

---

<sup>779</sup> BverfGE 101, 158 (214) .

<sup>780</sup> BverfGE 101, 158 (215) .

<sup>781</sup> 有關看法引自 *E. -W. Bökenförde, Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft*, in : 同氏著，*Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, S.11 (22f.) .

<sup>782</sup> BverfGE 101, 158 (218) .

<sup>783</sup> 對此較近期之文獻，參閱 *J. Wieland, Das Konyepgesetyes yum Finanzausgleich*, in : DVBl. 2000,

# 地方自治保障

作者：Eberhard Schmidt-Aßmann

譯者：徐筱菁

## 導讀

本文的宗旨在於解釋德國基本法第 28 條第 2 項，彙整與分析德國聯邦憲法法院歷年對此條之意見，闡明該條地方自治保障的範圍。本文首先以確定地方自治的功能（壹），界定出地方在政治中民主的象徵與行政中組織的地位。接著在第二章（貳）指出解釋德國基本法第 28 條第 2 項時，需注意的三個限制。第三章（參）為本文的重點，作者整理德國聯邦憲法法院的看法，透過完整闡述地方自治中有關法律主體、法律制度與財政高權之重要議題，將抽象簡要的德國基本法第 28 條第 2 項具體化，確立地方自治保障的憲法基礎與應有範圍。

我國有關地方制度法的討論，多參考德國與日本的理論與經驗。本文對於我國探討地方自治問題的啟發是，保障地方自治之不僅應由憲法作為根據，憲法透過地方自治保障所彰顯的民主與分權，也必須特別落實在國土空間改造、中央與地方權限劃分、財政收支劃分法的討論中。

作者 Eberhard Schmidt-Aßmann 教授出生於 1938 年，目前任教於德國海德堡大學，並兼任巴登烏騰堡邦行政法院法官等職。Schmidt-Aßmann 教授在德國公法學界享有盛名，專攻領域為國家法與行政法、地方法、規劃法…等等。個人網頁為<http://www.schmidt-assmann.uni-hd.de/>。

有關地方自治法之最新中文文獻可參照：蔡茂寅(2003)，地方自治之理論與地方制度法，臺北市：學林文化；蔡秀卿(2003)，地方自治法理論，臺北市：學林文化；張正修(2003)，地方制度法理論與實用，共三冊，臺北市：學林文化；黃錦堂(2000)，地方制度法基本問題之研究，臺北市：翰蘆。德國關於地方自治

---

S.1310（1313所列文獻）；也參閱 IV 部分說明。

保障之重要法律文獻已多至不勝枚舉，入門文獻檢索可參見 Gern, Alfons, Deutsches Kommunalrecht, Aufl. 3, Baden-Baden 2003。

## 目次大綱

壹、	地方自治的功能
一、	前期
二、	「拉斯泰德」判決與「外國人選舉權」判決
三、	地方行政之雙重功能
貳、	解釋基本法第 28 條第 2 項的三個參考點
一、	非屬干預私人權利之權限
二、	地方法之越權原則
三、	地方自治作為行政
參、	基本法第 28 條第 2 項之法規意涵
一、	法律主體保證
二、	法律制度保證
三、	特論：財政高權

## 地方自治的功能

欲解釋基本法第 28 條第 2 項，須從地方自治之**功能**開始。新近憲法法院的判決，主要在釐清基本法第 28 條第 1 項與第 20 條第 1 至 3 項之結構性決定文本中，所指出關於地方自治功能的**特殊表徵**，以及彙整根據該表徵所應呈現之自治保證的**獨立性**條文與意義。

### 前期

若想辛苦地刻劃出早期判決的重點，應該從威瑪帝國憲法第 127 條第 2 項所發展出之理論著手<sup>784</sup>，從而需要即時證明，基本法之自治保證，有必要從其憲法體系上地位之變更來解釋<sup>785</sup>。首先，地方自治團體是合作社型所設立之社團，其可被視為是相對於國家之一種處於「基本權利類推」地位的看法<sup>786</sup>，必須加以否認。事實上，如同晚近判決扼要所闡述者，鄉鎮為公行政的主體，而自為「國家」的一小部份<sup>787</sup>。

確切而論，也就是地方自治之政治性民主功能。1957 年 10 月 17 日之決議對此有更詳盡的說明<sup>788</sup>：「地方憲章與地方實務之發展，自國家社會主義政權瓦解後的趨勢是，鄉鎮市民自治權之理念，於官僚權威因素式微後，再度回升生效。」此點於 1960 年 8 月 12 日決議中，更加地深入探討<sup>789</sup>：「地方自治--如今日所理解者--依其

---

<sup>784</sup> BVerGE 167 (174f.); 23, 353 (365); W. Weber, Selbstverwaltungskörperschaften in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: C. Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. II, 1976, S. 331 (332ff.); P. J. Tettinger, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 4. Aufl. 2000, Art. 28 Rn. 128 有詳細說明。

<sup>785</sup> 早期解釋典範參閱 K. Lange, Die Entwicklung des kommunalen Selbstverwaltungsgedankens und seine Bedeutung in der Gegenwart, in: Festschrift für Werner Weber, 1974, S. 851ff.; 近期論述為 A. Bovenschulte, Gemeinverbände als Organisationsform kommunaler Selbstverwaltung, 2000, S. 23ff.。

<sup>786</sup> H. Dreier, in: der. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 1998, Art. 28 Rn. 79.

<sup>787</sup> BVerfGE 73, 118 (191).

<sup>788</sup> BVerfGE 7, 155 (167).

<sup>789</sup> BVerfGE 11, 266 (275ff.).

性質與內涵，乃參與者為其自身事務所從事之活動，這類活動將在地鄉鎮中鄉民生氣蓬勃的力量，與自主的態度實踐家鄉之公共任務聯繫在一起，其目的在於增進住民之福祉，並維護其歷史與家鄉的獨特性。」

此將地方自治連結到憲法決定之民主觀點，進一步地於 1979 年 7 月 24 日判決中，從憲法內文予以確認。法院很適切地不從基本法，而是直接從施萊斯維希--赫爾史坦邦章程來認定之。惟此觀點，如明文所表示的，亦適用於基本法<sup>790</sup>：邦憲法制定者，如同基本法，已對基於自治團體「所建構之民主作出決定；這些憲法決定，即人民主權原則、代議民主原則、以及民主選舉程序，應不僅適用於邦層次，亦應適用於下層單位、鄉鎮、鄉鎮社團」。是故，地方自治不再只是一個憲法所保障之行政原則，而是本身即為憲法結構決定之構成部分。

在先期憲法法院判決和 1979 年 7 月 24 日決議之間，還有許多關於地方自治功能的重要文獻論述，特別是 *Ulrich Scheuner* 所創述之「地方自治新定義」<sup>791</sup>。兩判決之間精確的功能性定義，可由此處之概念加以定位：「民主國家的鄉鎮已經不能再從另一個政治原則--整體的國家行政--來解釋，這是威瑪共和時期尚未能理解的。當時人--此時期末仍有論述提及--感懷鄉鎮由紳士治理的遺風，甚至推測民主之集權趨勢將成為自治的死對頭。」（頁 8）此必然發展之全新認識的特徵是，*Scheuner* 繼續論道：「同時強化與正當化此一狀態的做法是，藉由選舉鄉鎮之行政首長，來顯示地方行政政治基礎的獨立性。如此一來，地域性團體之廣泛職權，將皆歸鄉鎮所有居民所屬，並完成了一個真正的政治共識形成過程，因為選舉決定了鄉鎮中行政領導的政治問題。」（頁 10）

## 「拉斯泰德」判決與「外國人選舉權」判決

<sup>790</sup> BVerfGE 52, 95(11 ff.)並參閱 *C. v. Unruh, Gebiet und Gebietskörperschaften als*

*Organisationsgrundlagen nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland*, in: DVBl. 1975, S. 1ff.

<sup>791</sup> *U. Scheuner, Zur Neubestimmung der kommunalen Selbstverwaltung*, in: AfK 12 (1973), S. 1ff. ;

收錄於 *H. Hill, Die politisch-demokratische Funktion der kommunalen Selbstverwaltung nach der Reform*, 1987.

地方自治有個根深蒂固的觀念，可以從第二庭兩個判決中所顯現之相互關聯的認知中看出來，這兩個判決是 1988 年 11 月 23 日之「Rastede」-Entscheidung（拉斯泰德判決）以及 1990 年 10 月 31 日針對外國人地方選舉權之判決<sup>792</sup>。

—「拉斯泰德案」放棄了早先解釋地方自治的說法，即從行政角度來考量，認為地方自治具有技術性的效能，取而代之的是，強調市民群體的「自我－管理」<sup>793</sup>。法院很明確地指出這種行政的特殊性質<sup>794</sup>：「立憲者對於是否允許聯邦層級具備直接民主之要素，持以保留的態度，卻主張在地區性鄉鎮層級中，輔之以設立具有實在責任的自治機關，透過這個自治機關，讓市民能夠真正地參與公共事務。」地區性共同體的事務，也就是基本法第 28 條第 2 項第 1 句之核心要件。由此可確定，這些事務「就是鄉鎮居民，如字面上所述，共同的事務，它們應由一起生活及居住在同一行政區域之鄉鎮中的人們來決定。」（頁 151）。

—有關施萊斯維希--赫爾史坦地方選舉中，外國人權利之判決中，法院將民主之行政事務的形式，跟基本法第 20 條第 2 項之合法性確認體系(Legitimationssystem) 結合在一起<sup>795</sup>，「鄉鎮以及縣市自身為構造之一部分，如同他們也是國家團體一般」（頁 54）。鄉鎮—以及類似的各邦縣市—為具有廣泛職權的行政主體，其成員並非源於特別組員性質，而僅是按照居所設籍之區域，其團體之高權領域來界定。判決中認為，地方區域團體於民主國家結構中所具備的特殊地位，是由基本法「國家結構中，民主之合法性確認基礎統一性」所導出（頁 55）；基本法第 20 條第 2 項以及第 28 條第 1 項第 1 句中之國家層級是指聯邦與各邦，其組成是奠基於民主原則，此句諭告了基本法第 28 條第 1 項第 2 句對鄉鎮和縣市性質的規定；選舉地方代表團

<sup>792</sup> 兩判決之關聯性參閱 *E. Schmidt-Aßmann*, *Kommunale Selbstverwaltung „nach Rastede“ – Funktion und Dogmatik des Art. 28 Abs. 2 GG in der neueren Rechtsprechung –*, in: *Festschrift für Horst Sandler*, 1991, S. 121 (123ff.).

<sup>793</sup> 判決之精闢分析見 *F. Schoch*, *Zur Situation der kommunalen Selbstverwaltung nach der Rastede-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, in: *VerwArch.* 81 (1990), S. 18ff.; *T. Clemens*, *Kommunale Selbstverwaltung und institutionelle Garantie: Neue verfassungsrechtliche Vorgaben durch das BVerfG* in: *NVwZ* 1990, S. 834ff.

<sup>794</sup> BVerfGE 79, 127 (150).

體，其實並非在強化「成員參與制度」的權限，而是在提供民主合法性的確認意義。

---

<sup>795</sup> BVerfGE 83, 37ff.

# 歐洲化社會國的社會安全體系

作者：Rainer Pitschas

譯者：李玉君

## 導讀

本文之意旨主要在探討社會國在面臨社會框架條件發生所謂「顛覆性的變動」之際，應如何回應與持存，而此中聯邦憲法法院又扮演了或應扮演如何之角色的問題。在此主軸下，作者首先闡明了基本法中社會國原則與法治國及民主原則所呈現之緊張關係的重要背景架構，質言之，社會國之內涵需在法治國與民主國之框架中實踐與落實，而法治國與民主國也受到社會國原則之拘束。在此三者交互運作下，社會國之具體落實則成為憲法對立法者之委託。具體言之，基於社會國原則，國家有照顧人民最低生活保障之義務，至於如何實踐，立法者則享有形成自由，否則將違反民主原則。此外，在尊重法治國原則下，社會國基於社會連帶思想進行資源重分配時，也需考量到人民之自由權，「備位性之社會國」思想於焉而生。

其次，作者也論及社會國原則（或社會國家目標）與基本權之緊張與互補關係，主張基本權除原先的防禦權之性質外，在若干之基本權中更應含有參與權與促進權之性質。於前述之架構下，作者於文中穿插地論述聯邦憲法法院在具體問題的審判上所持之見解，以彰顯其在社會國實踐的歷程中所扮演的角色。

最後，作者指出在社會框架條件，如家庭結構、人口老化、經濟衰退，尤其是歐洲整合所帶來之「去區域化」等遽變下，社會安全體系對本身之存續與保障需求之變動應有所因應，而備位性的社會國思想，亦即強化人民的社會保障之自我責任，即為對此問題最好之回覆。作者於此也重申立法者在變動的社會國中其社會政策的選擇裁量權與聯邦憲法法院在此中所應具備之調控功能，並指出可做為其判決審查之基準。

據此，本文在架構上共分成六大部分，第一部份旨在說明社會國原則與法治國思想之緊張關係，並指出社會國必須在人民之自由權與平等權的調和下方可實現。而此二者之調和，即是在尊重個人基本權（自由權）與法治國要求之下，強調社會的自我責任（備位性社會國），唯有當個人無風險的預護能力時，社會國的社會連帶責任才應凸顯。

第二部分首先闡明了社會國原則要求國家對人民有基本照顧的義務與保障，然如何實現則留由立法者之形成自由。此即所謂「開放的」國家目標之規範，否則社會國原則將與民主原則相矛盾。此外，「社會的」民主亦需在法治國的形式下實現，如此方符合基本法之規定。社會國原則、民主原則與法治國原則乃架構起基本法之立國原則。因此，民主國家需透過一定的程序與機制方有能力掌握社會政策之真正重點。

繼之，作者論述社會國家目標為一持續性的具體化委託，此一實現的程序觀點涉及到基本權之範疇，同時也影響到社會基本權之成立。亦即社會國原則與基本權間存在著一個緊張與互補之複雜關係。聯邦憲法法院從基本法第 3 條平等原則與其他條文之規定推展出社會平等之要求，進而將此一理解運用在社會給付之上，如對家庭歧視之平衡、女性獨立之社會保障、禁止對身心障礙者之歧視。此亦顯示，吾人對此等權利之理解不應再停留在傳統之防禦權上，而應將其視為一參與權或促進權，方為的當。另則，基於對財產權之保障（基本法第 14 條）與社會給付、社會給付期待請求權本質之理解，作者認為此條文做為具體的期待權之存續保障，是不適宜的。反之，作者主張年金的薪資替代功能可透過基本法第 12 條第 1 項職業自由而獲得確保。而基本法第 2 條第 1 項（一般的行為自由的基本權）則可做為界定社會保險法中保費義務負擔範圍之基準。

至於，聯邦憲法法院對社會安全具體問題之處理乃依循「動態的基本權保障」之前提做裁判。據此，聯邦憲法法院認為，社會平衡之給付應在目標明確下方可提供。積極的社會國必須透過社會保險與社會行政的現代化去促進與強化人民的主動

性。行政被要求的是去反思社會國家對公共利益之委託，而個人對社會安全的自我責任之強化乃歸屬於此反思之內涵中。聯邦憲法法院在社會安全的具體「社會的實現」上，扮演了平衡社會對立，與實現社會正義之角色。

第三部分主要在闡述社會國之實現有賴制度性的保障。此意謂：社會保障體系需在組織、功能與程序方式上擁有最好之前提，方可實現憲法之保障委託。聯邦憲法法院從基本權聯結社會國原則與基本法第 109 條第 2 項之規定推導出設置社會安全體系的責任、任務與義務。而整個社會安全體系之內涵共可歸納為：預護方案、社會救助、促進與補償體系，以及其他補充體系。其中，在社會保險方面（預護方案之核心），作者認為社會保險根植於自由自治之國民對風險預護之自我責任與自我發展，因此在組織上個人的自治也限定了由國家組織的「社會保險」形式。是以，作者並不贊同聯邦憲法法院主張社會保險組織政策的中立性（法定組織自由選擇原則）之見解。

第四部分則在鋪陳歐洲整合之影響（去區域化）、德國以及歐洲的社會老化等結構性因素，在在均使社會安全體系之社會框架條件發生巨大之變遷。社會國此際正處於所謂的顛覆性的變動中。在此變動中依作者之見解，備位性的社會國思想正是針對此問題之回覆，亦即強化個人的風險預護，促進保障提供的競爭。這可從德國如何解決年金問題或健保問題之方式上，顯現出來。聯邦憲法法院應有識於此，於判決中清楚顯示出對社會國改變需求的調整能力，而且其判決基準也應著眼於社會保障體系之現代化。

第五部分指出在社會國所處之變動中，聯邦憲法法院肯定了立法者對社會政策的選擇裁量權。而社會平等之要求亦反回來拘束法院之審查，自 70 年代以來法院有利於社會平等之要求，不利於個人請求權之裁判，即為此一現象之展現。

最後，作者主張除最低生活保障外，憲法既無法確保一具體請求權之存續，也不保障國民或社會團體一定的保護之期待。基本法第 14 條乃為私人社會保障之保護

規範，而基本法第 2 條第 1 項則為一自我保障方案之存續信賴的判決基準。

第六部分作者則綜納全文之重要內容做一扼要之鋪陳，並於文末強調「備位性的社會國」理念之時代意義，並以其做為國家回應社會變遷之最佳途徑。

由於本文之縱深所涉及者相當廣泛，不僅基本法之立國原則、社會給付相關之基本權規範以及社會立法之權限與組織規定均在其中，甚至整個社會安全體系之內涵與個別體系在具體落實中所產生的問題，以及聯邦憲法法院在裁判實務歷程中所持之見解，其對社會立法所產生之影響等等...均成為本文內容複雜性之來源。此外，也由於作者在這篇文章之寫作風格，經常使用相當抽象且冗長的句子來表達複雜之概念，這也加深了對本文理解之困難性。這也是譯者在翻譯本文時所遭逢之困難。因此，建議讀者於閱讀本文時，平行地多參考相關之文獻，以增加對本文之掌握度。首先，在德國社會國家背景知識方面，可參閱文光，《德國社會市場經濟的發展》，遠流出版，1992 年，與 Franz-Xaver Kaufmann 著，施世駿 譯，《德國福利國家的挑戰》，五南出版，2002 年。針對法治國與社會國原則關係之論述，陳愛娥，〈自由—平等—博愛—社會國原則與法治國原則的交互作用〉，《台大法學論叢》，第 26 卷第 2 期，1997.1，頁 121-141、陳英鈴，〈「自由法治國」與「社會法治國」的制度選擇〉，《臺灣本土法學》，第 4 期，1999.10，頁 87-99，兩篇期刊論文可做為不錯之參考。其次，文中有關社會安全制度與個別體系，如健康保險、年金制度相關問題之論述，可參考：郭明政，《社會安全制度與社會法》，翰蘆經銷，1997、李玉君，〈德國健康保險組織體制之探討〉，《歐美研究》，第 30 卷第 3 期，2000.9，頁 41-88、孫迺翊，〈從社會保險之財務處理方式論世代負擔之公平性問題〉，收錄於《翁岳生教授祝壽論文集，當代公法新論（下）》，元照出版，2002 年，頁 465-496。至於，文中所提到之聯邦憲法法院之具體判決，讀者可參考：司法院大法官書記處所翻譯之《德國聯邦憲法裁判選輯》，民國 81 年，司法院秘書處出版，或是上德國聯邦憲法法院之網站直接閱讀德文相關裁判之內容。

# 目次

- 壹、介於自我責任與社會連帶的社會安全
  - 一、備位性社會國的社會自我責任
  - 二、藉由保險與財產聚積的個人預防措施
  - 三、無預護能力與社會國的社會連帶責任
  
- 貳、社會團結的風險預護做為規範性的形成委託
  - 一、社會國要素做為實質的憲法與國家原則
  - 二、社會國要素做為「開放的」國家目標之規範
  - 三、社會國與民主的緊張關係
  - 四、社會的社會國自我責任
  - 五、社會國家目標的基本權關連
    - (一) 社會國原則的實體上之適用方式
    - (二) 社會基本權與參與權
    - (三) 社會國的家庭保障
    - (四) 社會的平等
    - (五) 財產權保障的不妥適性
    - (六) 職業自由的保障與基本法第 2 條第 1 項之基準性功能
    - (七) 在開放社會憲法中的社會動態的基本權保障
  - 六、社會的國家目標之程序規範
    - (一) 社會的平衡給付之目標明確性
    - (二) 人民義務的強化
    - (三) 社會保險與社會行政的現代化
  - 七、社會連帶的風險預護與聯邦憲法法院的調控功能
  
- 參、社會國實現之制度性基礎

- 一、社會國做為制度性的結構
- 二、社會國的制度性保障
- 三、社會安全體系的網絡
  - (一) 預護方案
  - (二) 預護的最低保障功能
  - (三) 稅收支應的救助與促進體系或補償體系
  - (四) 補充體系
- 四、專題：社會保險
  - (一) 權限的基本問題
  - (二) 法定的年金保險做為「基礎體系」
- 五、社會國的組織政策中立性

#### 肆、在社會國界限的社會保障體系

- 一、社會框架條件的變遷
- 二、社會保障體系的變動需求
- 三、往「新的社會市場經濟」出發

#### 伍、社會國變動的動態性做為憲法判決的考驗

- 一、立法者的選擇裁量與聯邦憲法法院的自我限制
- 二、聯邦憲法法院判決之彈性化潛力
- 三、判決基準之審查需求
  - (一) 基本法第 14 條第 1 項第 1 句做為私人社會保障的保護規範
  - (二) 基本法第 2 條第 1 項做為「備用基準」

#### 陸、結論與展望

## 壹、介於自我責任與社會連帶的社會安全

在德國，傳統的、受民族國家影響的「社會國」長期奠定了確保社會存續的社會工程之基石。對於社會國概念之理解，其乃依據過去的經驗所得，而未來亦將如此被持續地堅持著，其內涵應為：(人民之)自由(權)與平等(權)得以在富裕中與確保所有的生活困境之消弭中獲得實現<sup>796</sup>。

聯邦憲法法院之判決，其訴求自始即以促進此規範性的社會理想圖像之落實為己任，並已做出了相當的貢獻。聯邦憲法法院引領著德國社會安全(體系)建構之走向，它影響深遠地、既支持又修正地伴隨著其成長，並且共同形塑著社會安全之內涵<sup>797</sup>。在此，聯邦憲法法院之判決在其各個階段中，一直強調與社會國家目標<sup>798</sup>相繫的憲法對所有的國家權限擁有形塑的指示力，鑑於聯邦國中民主、法治國家之責任，(國家應)避免無限制的自由所帶來的負面影響並應落實以理性方式將平等向前推展至其應有的程度<sup>799</sup>。正如聯邦憲法法院一再強調者，特別是立法者於此，有義務去具體化上述之憲法委託<sup>800</sup>，使其介於個人自由之保障與社會國秩序之要求此兩者間，在一種無法消融且根本的緊張狀態下得以獲得調和<sup>801</sup>。

### 一、 備位性社會國中的社會自我責任

<sup>796</sup> H.F. Zacher, Das soziale Staatsziel, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I: Grundlagen von Staat und Verfassung, 1987, § 25 Rn.19ff., 22ff.

<sup>797</sup> 相關的判決 H.-J. Papier 在 Der Einfluß des Verfassungsrechts auf das Sozialrecht 一文中提供了一個相當好的概觀。該文載於: B. v. Maydell 與 F. Ruland (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 2.Aufl., 1996, S. 73ff.; 有關聯邦憲法法院裁判對社會國原則之闡述，請進一步參閱 Zacher，註一前揭文中有關判決報告之詳細說明，Rn. 76 註釋 312, Rn. 108 註釋 440; 此外，請參閱 O. Depenheuer, Das soziale Staatsziel und die Angleichung der Lebensverhältnisse in Ost und West, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IX: Die Einheit Deutschlands – Festigung und Übergang, 1997, § 204 Rn. 28ff., 55ff., 63ff., 75ff., 78ff.; V. Neumann, Sozialstaatsprinzip und Grundrechtsdogmatik, in: DVBl. 1997, S. 92ff.; F. E. Schnapp, Was können wir über das Sozialstaatsprinzip wissen?, in: JuS 1988, S. 873ff.

<sup>798</sup> 就此 Zacher, Staatsziel (Fn.1), Rn. 1, 3.

<sup>799</sup> BVerfGE, 5, 85(206).

<sup>800</sup> BVerfGE, 1, 97(105); 聯邦憲法法院向來之見解，請參閱 BVerfGE 43, 213(226); 50, 57(108); 53, 164(184); 65, 182(193); 69, 272(314); 70, 278(288); 75, 348(359 以下); 82, 60(80); 100, 271(284).

<sup>801</sup> BVerfGE 10, 354(371); 類似見解見 BVerfGE 18, 257(267); 請亦參閱 BVerfGE 29, 221(235); 44,

立於此緊張關係之核心點，首推針對個人因疾病、殘障、年老、死亡、失業或照護需求等「生命中遭逢之變故」(Wechselfälle des Lebens)，伴隨之所得或生計的喪失，抑或個人因而增加特別支出時，(而由國家所提供)的社會保障<sup>802</sup>。針對此類**社會風險**(soziale Risiken)之保障，這首先且特別是人民自身向來之事務。縱使在社會福利國家完善化作為憲法核心內容之時代已然退卻，然而，人民基本自由權之確保以及在基本法中所確立的社會秩序的理念—個人權利義務、風險意識下自我生活之安排與生存之保障儘可能沒有國家或第三人之介入而自我負責—卻依舊存續著。同時，社會法治國乃以此作為出發點：每一個人民均擁有如此的可能性且被如此指引著，依自己之力為自己與家人賺取必要之生活費用而不致成為他人之負擔。

此種**社會的自我責任**(soziale Eigenverantwortung)先於國家的風險保障之公法上保障體系的制度設計，一方面乃是基本法第 12 條第 1 項所強調的。蓋透過職業自由與自由選擇工作場所之保障，涵蓋了相應的工作收入與對年老與家庭生計參與之確保<sup>803</sup>。當然，其先決條件是存在著足夠數量的工作機會<sup>804</sup>。除此之外，另一方面依聯邦憲法法院之見解，基本法第 14 條確保了工作所得之保障—當然，非保障(繼承之)財產—，以便個人在遭逢急難、確保生活所需之用<sup>805</sup>。對此另補充一提的是，基本法第 2 條第 2 項規定健康保障為個人自我的責任：人格自由的發展意指在健康方面的自由發展即意味著個人需對自我之健康負責<sup>806</sup>。基本法第 3 條第 1 項的平等原則做為負擔平等之誠命與對他人連帶義務的負擔正義，在其顯現上終究設下不可

---

70(89); 52, 264(274).

<sup>802</sup> 就此，基本上請參閱 *E.v. Hippel, Grundfragen der Sozialen Sicherheit*, 1979.

<sup>803</sup> 對此之一般論述以及對家庭作為需求與生計共同體之論述，請參見 BVerfGE 87, 1 (37ff.); 88, 203 (258); 94, 241 (263, 264); 對家庭「貧困之預防」此一議題，請參見 *P. Kirchhof, Artmut und Freiheit*, in: Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag, 1998, S. 323 (333ff.); 此外，請參見 *P. Krause, Ehe und Familie im sozialen Sicherungssystem*, in: *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche*, Bd. 21 (1986), S. 270ff.; *H. Lecheler, Schutz der Ehe und Familie*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. VI: Freiheitsrechte, 1989, § 133 Rn. 104ff.

<sup>804</sup> *R. Pitschas, Berufsfreiheit und Berufslenkung*, 1983, S. 121ff., 193ff., 320ff., 409ff., 504ff.; *J. Wieland, Arbeitsmarkt und Staatliche Lenkung*, VVDStRL 59 (2000), S. 26ff.

<sup>805</sup> 有關財產在社會法治中所扮演之中堅角色之論述，請參見 BVerfGE 14, 263 (277); 50, 290 (339); 53, 267 (290); 69, 272 (298ff.); 100, 1 (37f.).

<sup>806</sup> 就此進一步請參閱 *P. Kirchhof, Gerechte Verteilung medizinischer Leistungen im Rahmen des Finanziabaren*, in: *H. Häfner (Hrsg.), Gesundheit – unser höchstes Gut?*, 1999, S. 169 (181ff.); 亦請

忽視的限制。

職是之故，社會國在基本權與法治國的脈絡關連中，自始即以備位的性質被定位下來。相同的情形在歐洲共同體法的層面中，亦可見諸社會國的要素在此僅得在一定限度的範圍內獲得實現。因此，社會基本權在歐洲基本權憲章中的落實即不可抵觸條約預先所規定的**歐洲的社會國**（*Europäischer Sozialstaat*）之備位性（歐洲共同體條約第 5 條第 2 項）。儘管確保「高程度的社會保障」（*ein hohes Maß an sozialem Schutz*）為共同體之任務，然而不論是在國家的或超國家的層次上，社會的自我責任仍然處於社會保障任務之中心地位。

此外，在個人的保障需求於相當大程度內僅能以家庭做為私益的互助機構而獲得滿足之處，上述情形亦有其適用。因此，基本法第 6 條第 1 項首要確保的是，家庭的自主性，以便使社會安全能由相應的家庭責任來擔負<sup>807</sup>。是以，在政治領域中致力廢除子女對於父母親之扶養義務，而使該等人於退休時較容易達到社會救助的門檻的企圖<sup>808</sup>，也因之有違憲之虞。

---

參閱 BVerfGE 53, 30 (57: 「主觀的防禦權」)。

<sup>807</sup> 參閱 BVerfGE 24, 119 (144); Zacher, Staatsziel (Fn. 1), Rn. 29.

<sup>808</sup> 對如此的政治企圖參見 Bericht “ Städte gegen Sozialhilfe als Rentenersatz,” in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 21. 9. 2000, S. 19; 但贊成的也有 F. Ruland, Diskussionsbeitrag, in: Landesversicherungsanstalt Rheinland-Pfalz (Hrsg.), 10. Speyer Sozialrechtsgespräch: “ Altersversorgung am Wendepunkt”, 2000, S. 120 (122).

「環境國家」：  
維護自然生存基礎與保護免於科學及技術危險暨風險之國家責任

**Hasso Hofmann**

李建良

## 壹、保護自然生存基礎之國家責任 238

- 一、「新的」國家目標—環境保護.....238
- 二、以生命權、健康權及財產權之保護作為基本權利上之環境保護**錯誤！**  
尚未定義書籤。
- 三、環境國家中之環境保護..... **錯誤！** 尚未定義書籤。
- 四、國家對環境責任之界限..... **錯誤！** 尚未定義書籤。
- 五、歐洲聯盟中之基本法上環境國家..... **錯誤！** 尚未定義書籤。
- 貳、特論：維護自然生存基礎與保護免於科學及技術危險暨風險之國家責任  
..... **錯誤！** 尚未定義書籤。
  - 一、保護免於核能科技之危險..... **錯誤！** 尚未定義書籤。
  - 二、保護免於基因科技之危險..... **錯誤！** 尚未定義書籤。

# 壹、保護自然生存基礎之國家責任

## 一、「新的」國家目標—環境保護

在以行政法對環境進行法律保護早已達到一定程度之際<sup>809</sup>，對於德國人何其難以想像地，終究也要把環境保護在憲法中正式地懸為國家目標，乍看之下，或許會有極為詭異的感覺。迄至德國統一之百世盛果，過去的努力始獲得相應之憲法修改奧援，再經過激烈的政治角力之後，其間且不乏荒誕不經的情節，最後終於大功告成<sup>810</sup>。基本法之新條款，第二十 a 條記述了此一成果：

「國家，同時基於對未來世代之責任，在合憲秩序之框架下，經由立法權，以及在依據法律及法之準據下，經由行政權及司法權，保護自然之生存基礎。」

此一跟隨在法律發展腳步之後的「國家目標—環境保護」，其「憲法化」(Konstitutionalisierung)為吾等國家生活打開一個全新之未來願景<sup>811</sup>，對此人們可能心存之目標設定期待，展現在此一「疑懼條款」(AngstklauseIn)上<sup>812</sup>，何其有限。唯有「在合憲秩序之框架下」，立法者始應保護我們的自然生存基礎，且僅「依據法律及法之準據」，行政及司法方亦應為之。之所以會有如此作法（譯按：以「在合憲秩序之框架下」及「依據法律及法之準據」為前提要件），似乎是唯恐有人在閱讀「國家目標—環境保護」時，會忽爾忘卻之前在基本法第二十條第三項已經設有兩句同樣是有關立法、行政及司法受法拘束之規定。此種「未來擘劃」(Zukunftsentwurf)所傳達之訊息十分明朗：在憲法舞台上首度登場之國家任務—環境保護，其履行無論如何皆嚴格且毫不過度地恪守在既有的框架之下。產業、科技上之財產權人社會(Eigentümergeellschaft)對於難以估量且無法控制之環境法上法院裁判，感到憂心。之所以如此，乃因在個案中法院裁判被生態鑑定意見所主導，並直接從憲法得出不

<sup>809</sup> 關於廣而雜之規範現狀，參見：*M. Kloepfer, Umweltschutz – Textsammlung der Bundesrepublik Deutschland* (2 Bände), Stand: Juli 2000; 另參見：同作者，*Zur Geschichte des deutschen Umweltrechts*, 1994.

<sup>810</sup> *M. Kloepfer*, in: *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 20a (1996), Rn. 7-9; *D. Murswiek*, in: *M. Sachs* (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, 2. Aufl. 1999, Art. 20a Rn. 5-11; *H. Schulze-Fielitz*, in: *H. Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 2, 1998, Art. 20a Rn. 6-8; zur Vorgeschichte auch *H. Hofmann*, *Technik und Umwelt*, in: *E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel* (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2. Aufl. 1995, § 21 Rn. 2-4; jetzt in: *H. Hofmann*, *Verfassungsrechtliche Perspektiven*, 1995, S. 441 (441).

<sup>811</sup> 依照 *E. de Vattel* 最初之概念形成，憲法乃「國民追求其幸福之計畫」：Le Droit des Gens, ou Principes de la Loi Naturelle, 1758 (dt. Übers. V. W. Euler, 1959), Liv. I Chap. IV § 46; 參見 *H. Hofmann*, *Zur Idee des Staatsgrundgesetzes*, in: 同作者，*Recht – Politik – Verfassung*, 1986, S. 261 (227 f.). — 關於「憲法化」(Konstitutionalisierung)一方面之象徵功能及「憲法化」另一方面作為法秩序之和諧化，參見 *M. Neves*, *Symbolische Konstitutionalisierung*, 1998, bzw. *G. F. Schuppert/C. Bumke*, *die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, 2000.

<sup>812</sup> 「疑懼條款」概念是出現在立法過程中，參見：*D. Murswiek*, *staatsziel Umweltschutz (Art. 20a GG)*, in: *NVwZ* 1996, S. 222 (222). 相當於此之用詞，無論如何，可以被解讀為（多餘之）闡明：*Schulze-Fielitz* (Fn.2), Art. 20a Rn. 37; 蓋「環境保護之憲法上平衡」(*R. Scholz*, in: *T. Maunz/G. Dürig* [Hrsg.], *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 20a [1996], Rn. 52)業可從憲法一體性(Einheit der Verfassung)原則得出。

利於生產性財產權及科技進步的結論<sup>813</sup>。此一危險在實際上是否如此巨大，依照目前之經驗，誠可懷疑<sup>814</sup>。當然，基本法第二十 a 條規定旨在且足以作為指針 (Direktive)，在不確定法律概念、裁量行為之解釋上，尤其在計畫之衡量及形成餘地上，發揮其作用<sup>815</sup>。基本法第二十 a 條亦可作為法律合憲解釋之準據，而具有同上之功效<sup>816</sup>。以聯邦憲法法院裁判針對無保留保障基本權利所設定之界限為基礎<sup>817</sup>，聯邦行政法院如今將基本法第二十 a 條當作一種憲法內在界限 (verfassungsimmanente Schranke)，而把基本法第五條第三項第一句之藝術自由，事實上地 (de facto) 置於都市計畫法的法律保留之下<sup>818</sup>。相較於過去引用基本法第二條第二項第一句之健康保護作為論據之有疑作法，此種理由建構更具說服力；不過，此種案件其實尚未觸及憲政問題的敏感神經。

關於立法權之受拘束性，在憲法重複規範之邏輯上，基本法第二十 a 條所要求之（譯按：立法者）規範制定義務，且以未來為取向，並不會超過著實地回歸既有之法律狀態。目前環境立法之準據，應係由憲法所要求<sup>819</sup>，故落後於業已達到之環境國家水平，應予禁止<sup>820</sup>。立法者固然可以修改環境保護法之細節，並刪減部分規定——但整體而言，立法者不得使自然生存基礎受到之危害，甚於既有狀態。

值得注意的是，基本法第二十 a 條所蘊含之二項要素。姑不論其受有限制（譯按：即「在合憲秩序之框架下」及「依據法律及法之準據」二項要件），此二要素使得「新的」國家目標—環境保護，足以等同於民主、法治國社會暨聯邦國之憲法基本原則，並堪稱為「環境國家原則」(Umweltstaatsprinzip)<sup>821</sup>。

其一，「保護自然之生存基礎」囊括了保護（主要）自然環境之所有個別集中性及區塊性之觀點 (alle partikulären medialen und sektoralen Aspekte)，不同於吾等之社會、文化或科技文明及社會之生活環境。此種保護意指環境法益 (Umweltgüter) 空氣、水、土壤、氣候、景觀、植物及動物之總體，其本身及彼此交互作用，構成人類得以生存之要素<sup>822</sup>。此種「以人類為中心」(anthropologisch) 之視角是無可避免的<sup>823</sup>，

<sup>813</sup> Hofmann, Technik (Fn. 2), Rn. 9 ff., bes. Rn. 11.

<sup>814</sup> Ebd. Rn. 11. 關於環境保護者及環境污染者依據基本法第十二條及第十四條之基本權保護：ebd. Rn. 39-41.

<sup>815</sup> 對此僅參見 Schulze-Fielitz (Fn. 2), Art. 20a Rn. 64-67.

<sup>816</sup> BVerwG Urteil vom 6. 11. 1997, NVwZ 1998, 398 (399).

<sup>817</sup> 具奠基性之裁判 BVerfGE 30, 173 (193) – Mephisto.

<sup>818</sup> BVerwG Beschluß vom 13. 4. 1995, NJW 1995, 1649; 對此裁判之批評，如 A. Uhle, Das Staatsziel “Umweltschutz” und das Bundesverwaltungsgericht, in: UPR 1996, S. 55 ff.

<sup>819</sup> 就此僅參見 Kloepfer (Fn. 2), Art. 20a Rn. 26; Schulze-Fielitz (Fn. 2), Art. 20a Rn. 55 ff.

<sup>820</sup> 參見 Kloepfer (Fn. 2), Art. 20a Rn. 35; 另參見 Schulze-Fielitz (Fn. 2), Art. 20a Rn. 40 f.; Murswiek (Fn. 2), Art. 20a Rn. 39.

<sup>821</sup> 「環境國家」一詞—在可見之範圍—源自 M. Kloepfer (Auf dem Wege zum Umweltstaat?, in: 同作者 [Hrsg.], Umweltstaat, 1989, S. 39 [43 f.]). 目前可參照：同作者, Umweltrecht, 2. Aufl. 1998, § 3 Rn. 47. 相同之意義，R. Steinberg (Der ökologische Verfassungsstaat, 1998) 稱為「生態之憲法國家」(der ökologische Verfassungsstaat)。

<sup>822</sup> 關此及以下，參見：Schulze-Fielitz (Fn. 2), Art. 20a Rn. 28 ff. m.w.N.; 不同見解，參見 Scholz (Fn. 4), Art. 20a Rn. 3，氏認為應委由立法者來定義基本法第二十 a 條之環境法益。

但以「生態中心論」取代存活者「人類中心論」之努力，仍然是最先端的。於此涉及到自然生態之負載能力<sup>824</sup>、自然物質之可利用能力，涉及到景觀之本性與美感，涉及到各種各類之動物與植物，涉及到生物基因槽(Gen-Pools)之多樣性。此處所應考量者，遠遠超過且異於僅以同情心、叔本華(Schopenhauer)之感同身受倫理學(Mitleidsethik)為基礎的個別性動物保護<sup>825</sup>。在歷史上之預防國家承擔起對經濟系統(das ökonomische System)之責任後，如今，在基本法第一百零九條第二項至第四項有關社會國規定之外<sup>826</sup>，基本法第二十 a 條，不管願不願意(nolens volens)，終究為國家進渡到生態之預防國家(ökologischer Vorsorgestaat)乙節，立下記錄<sup>827</sup>。

與上述緊密相連者，乃第二個構圖上之要素：「對於未來世代之責任」。據此規定，憲法肯認環境保護之推動應顧及後世保護(Nachweltschutz)<sup>828</sup>——然要在個別情況下劃定時間之範界，何其困難，首先面臨之問題即是，一個世代究竟多長，下一世代何時開始。就世代之自決權而言，如同 1793 年雅克賓憲法第二十八條第二句所揭示者，Thomas Jefferson 早已對此作了頗為複雜之計量<sup>829</sup>。但究竟又有多少世代必須納入考量呢？與其對於應予考量之世代嘗試作抽象之定義，不如就每一個環境影響之所謂時間上界面(Zeithorizont)，在國家「長期責任」(Langzeitverantwortung)之意義下<sup>830</sup>，逐案具體確定之<sup>831</sup>。如是觀之，可以得出如下之準則，在自由憲法之下，其對吾等以成長為取向之工業社會而言，意味了一種典範轉移(Paradigmenwechsel)：環境國家應保護無法再生之資源，以再生率為準據，永續經營新生之原料，防制因排放及廢棄物而超過環境介質(Umweltmedien)所能吸收容量之環境破壞，以及將生態之巨大風險降低到可操控和可確保之程度。凡此足以使基

---

<sup>823</sup> H. Hofmann, Natur und Naturschutz im Spiegel des Verfassungsrechts (1988), 現收於：同作者, Perspektiven (Fn. 2), S. 406 (436 ff.); 同作者, Technik (Fn. 2), Rn. 68. 同說, Schulze-Fielitz (Fn. 2), Art. 20a Rn. 25 ff. n.w.M.; 主張生態中心之解釋：Murswiek (Fn. 2), Art. 20a Rn. 22 ff.; 其餘參見 M. Kloepfer, Anthropozentrik versus Ökozentrik als Verfassungsproblem, in: 同作者 (Hrsg.), Anthropozentrik, Freiheit und Umweltschutz in rechtlicher Sicht, 1995, S. 1 ff.

<sup>824</sup> 關於保護利益，參見：Hofmann, Natur (Fn. 15), S. 435 f., 439 f.; 同作者, Technik (Fn. 2), Rn. 55 ff.

<sup>825</sup> 基本法第二十 a 條不包括單純之動物保護：Schulze-Fielitz (Fn. 2), Art. 20a Rn. 28; Murswiek (Fn. 2), Art. 20a Rn. 31; 甚至有反對日後將動物保護當作國家目標而入憲：M. Kloepfer/M. Rossi, Tierschutz in das Grundgesetz?, in: JZ 1998, S. 369 ff.

<sup>826</sup> H. Hofmann, Die Aufgaben des modernen Staates und der Umweltschutz, in: M. Kloepfer (Hrsg.), Umweltstaat, 1998, S. 1 (18 ff.); 關於環境保護與整體經濟平衡之間的對立緊張關係，參見：同作者, Technik (Fn. 2), Rn. 15-18; 另參 W. Heun, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3, 2000, Art. 109 Rn. 1 ff.; G F. Schuppert, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 105 ff.

<sup>827</sup> 關此參見 H. Hofmann, Natur (Fn. 15), S. 434 f.; 另參同作者, Aufgaben (Fn. 18), S. 32; 詳見 Steinberg, Verfassungsstaat (Fn. 13), S. 95 u.ö.; 反對預防國家：Scholz (Fn. 4), Art. 20a Rn. 10 f.

<sup>828</sup> H. Hofmann, Rechtsfragen der atomaren Entsorgung, 1981, S. 259 ff., 關於基本法第二條第二項第一句之生命及身體完整性基本權利之時間上面向；一般性之論述同作者, Natur (Fn. 15), S. 438 f.; 詳參 P. Saladin/C. A. Zenger, Rechte künftiger Generationen, Basel 1988.

<sup>829</sup> 參見 P. L. Ford, The Writings of Thomas Jefferson, New York 1862 ff., Bd. V, S. 120, und Bd. X, S. 389 ff.

<sup>830</sup> 關於長期責任之概念，Schulze-Fielitz (Fn. 2), Art. 20a Rn. 32.

<sup>831</sup> 關此及以下，主要參見：Schulze-Fielitz (Fn. 2), Art. 20a Rn. 31-36; 另詳參 Murswiek (Fn. 2), Art. 20a Rn. 33 ff.

本法第二十 a 條成爲無保留保障之基本權利的憲法上內在界限，如基本法第四條、第五條第三項及第八條第一項，更可正當化對自由基本權之限制，如基本法第十四條第一項第二句、第十四條第二項、第十二條第一項第二句及第二條第一項<sup>832</sup>。關此容後再述。

---

<sup>832</sup> 關此僅參見 *Kloepfer* (Fn. 2), Art. 20a Rn. 17; *Schulze-Fielitz* (Fn. 2), Art. 20a Rn. 73.

## 聯邦憲法法院所認知的憲法、國家與社會

作者：Peter Badura

譯者：張道義

### 導讀：國家社會二元論作為憲法的基本認知

該篇論文在原典中自第 897 頁至第 912 頁。全文可分三個論述主軸，其一，憲法以及憲法裁判的整合功能；其二，國家體制下的自由、公平正義與民生福祉的保障；其三，政黨國家之下的民主。簡言之，當代憲政國家體制下，法規範如何建立共同的價值，又如何實現自由、正義、民主與民生福祉等古典國家學課題。作者的立場當然是以現代德國憲政體制為例，將法規範的共同價值建立在憲法與憲法裁判依其法位階所具有的整合功能，並以憲法裁判為例，說明自由、正義、民主與民生福祉等人類經營共同生活的基本概念，是如何的融入憲政國家體制中。如果我們站在憲政國家 (Verfassungsstaat) 的觀點，自由、正義、民主與民生福祉等都必然是憲法的基本概念，國家原本就有義務受其拘束，透過權力與體制的運作，全面實現其價值。但是在民主國家權力分立與制衡的運作下，卻往往產生概念與價值的紛歧與矛盾。如果要完整理解本文的脈絡，讀者有必要更抽象的站在國家學 (Staatswissenschaft) 的觀點，思考國家雖然是個人與社會發展的終極目的，但是其生命卻源自於社會生活，國家的目的在於保障個人與社會，然而國家與社會在本質上卻是完全的矛盾，國家秩序建立在法治的基礎，社會秩序則基於階級與利益；國家的目的在於公共利益，社會的發展在於特殊利益；國家生命必須統合在單一人格概念，社會生活則強調價值多元；社會中的市民群眾 (Bürger) 只有在國家之下才成為具有政治意義的全體國民 (Staatsvolk)；自由、正義、民主與民生福祉等原本就是人類經營共同生活的基本想像，也是建構社會生活的基礎，基礎不在，任何共同生活類型並定趨向解體，何來社會與國家。因而任何型態的國家都應致力維繫前述共同生活的基礎，當然也包括憲政體制的國家，不論是社會中的群眾或是國家中的國

民，雖然都期待自由、平等、民主與民生福祉，卻會發展出截然不同的途徑與機制，如果不能在概念上區分彼此，就必然迷失在兩者的辯證關係中，這正是憲法統合理論的起點。所以本文雖以德國憲政體制為例，但是核心議題則是圍繞著國家社會二元論 (Dualismus)。

國家社會二元論曾經在十九世紀形成所謂「自由法治國 (liberaler Rechtsstaat)」的憲政思潮，認為國家的目的在於保障個人與社會發展的自由，降低管制與限制的密度，但是自由的過度發展反而造成個人與社會發展的不自由，因為利益與財富的累積逐漸形成階級及其對立，阻礙社會流動，出現諸多社會問題，保障自由反而造成不自由。於是轉向強化國家的功能，認為國家以其基於平等理念的法秩序，應該積極介入調合社會發展，甚至全面的引領社會多元價值，融合在法秩序的理念中，於是出現當代所謂「社會法治國 (sozialer Rechtsstaat)」的憲政思潮，主張國家與社會不再是分別獨立的系統，民主國家是社會有組織的政治決策體，社會生活如果欠缺國家的組織、決策與責任機制終將固化解體。但是如果國家過度介入呢？尤其當人權保障成為主流價值，國家是否仍然必須扮演守護神，或者應該更細緻的講究方式、程序與比例，維持國家與社會某種程度的分離 (Distanz)，以保障基本人權的核心領域不受公權力的干涉。所以國家與社會縱然已經不是分別存在的現象，但是在概念與功能的思辯上，甚至法秩序的價值理念中永遠是對立的命題。

如此便能理解，為何作者再三強調國家的中立性，認為憲法規範下的國家只是一套決策以及責任機制，憲法保障的是公平正義的程序以形成主流價值，並不是主流價值本身，憲法更不是特定價值理念法典化的成品，因為主流價值或者特定的價值理念都只是社會共同生活的必然現象，國家相對於社會主流價值必須保持其中立性，但這並不意味著國家權力的不作為，它必須正視法秩序中的價值理念，作者進一步認為憲法及其基本原則正是法秩序價值理念的判定標準，透過行憲，國家權力所要實現的是和平與秩序，所要保障的是國民安全，和平秩序以及國民安全共同構成憲法的核心價值，也建構出作者對於國家相對於社會的理解。憲法的目的也不在於約束本質上屬於虛擬的國家權力，而是將國家的實質目的限定在維護公共利益，

而公益的核心理念更不會是與虛擬相關的事務，而是自由以及社會公平正義，亦即自由與平等的調合狀態。因而所謂的合憲秩序便是符合公共利益的法秩序，在這個前提下，除非憲法已有的明文限制，否則國家權力具有充分的形成空間，如果國家權力的行使並非導向前述基本價值，不足以表彰前述的憲法意旨，那麼憲法法院就必須在其裁判功能中兼顧此一國家特質。

合憲秩序就是符合公共利益的法秩序，憲法也只有站在這個高度上才具有整合法規範的功能，才得以成為解決社會衝突、資源分配系統以及政治決策過程的基本平台。而所謂的整合功能是一種效果轉換過程，它當然有賴憲法審判的組織與功能，將憲法的價值理念轉換到現實政治生活中，憲法審判尤其應該正視社會現實，它應該促進法治理念與社會現實的和諧，並且增進社會現實中共同特質的整合。所以憲政主義為所謂的民主正當性劃定了制度性的機制，亦即國家行為的合憲性等同於國家行為的民主正當性，兩者之間沒有落差與區隔。

國家既然價值中立，德意志聯邦共和國為什麼能夠容忍所謂政黨國家 (Parteienstaat) 的名稱，是作者接下來必須回答的問題。作者雖然使用「議會民主」以區分「國民民主」的概念，認為憲法規範下的民主原則必定實踐在「議會民主」中，因而基本法與憲法法院都賦予政黨特殊的法定地位與民主功能。但是「議會民主」其實已屬普遍的民主現象，但是其他國家卻不一定發展出「政黨國家」的現象，這或許可算是德式民主的特色。

我們接下來得問什麼是「台式民主」？尤其台灣社會在可預見的未來必須面對所謂的「新國家」與「新憲法」的運動，主流價值快速變動，甚至擺盪在兩極之間，國家秩序可能被推回社會生活的原點，重新以「台式民主」的方式決定政治共同生活的重大事項，台灣社會能夠承受如此沉重的政治衝擊？本文的內容時時提醒我們國家的目的在於和平與秩序，在於增進社會現實中共同特質的整合，否則憲法與法秩序也不過是空無價值理念的工具。

## 目次

### 壹、憲法以及憲法裁判對於法規範體系的「整合功能」

#### 一、合憲的秩序

#### 二、憲法規範的整合功能

### 貳、經由國家所保障的自由、正義以及民生福祉

#### 一、國家以及憲法

#### 二、國家的「中立性」

### 參、政黨國家的民主問題

#### 一、民主的正當性

#### 二、政黨民主體制下的選舉

#### 三、媒體秩序以及政治自由

## 壹，憲法以及憲法裁判對於法規範體系的「整合功能」

### 一，合憲的秩序

如果說政治決定國家的生命，那麼憲政國家的基本原則就在於以法規範約束政治力，這項原則在歷年來憲法訴訟中已是制度性的事實。憲法訴訟所能發揮的效力範圍，係以憲法本文、憲法訴訟的生效方式以及憲法的解釋為依據<sup>833</sup>，然而憲法訴訟所展現的成果卻決定於憲法法院所發揮的功能。正如合憲的秩序所表彰的意旨，憲法法院依據合憲的法律以及相關法規範獨立行使職權，同時也禁止憲法法院主動創設功能，這原本應該是立法權以及行政權的功能。憲法條文對於特定事項，明確規定留待政策形成以及政治決定時，憲法法院僅得在間接涉入政治決策的前提下，以修正性的或者預告性的功能參與政治決策形成的程序，在這些情形下，憲法法院是以隱性的角色共同形成國家政策。前述主張的理由在於基本人權，基本人權已被理解為具有客觀的保障功能以及法規範的導引功能<sup>834</sup>，憲法法院透過其權利保障功能間接的參與政治決策的形成，甚至在國家租稅行為的具體層面上，也已成爲租稅政策的成文原則，以檢驗租稅法律對於人民財產權的干涉<sup>835</sup>。尤其重要的是對於聯邦國家立國規範的形成，由此而發展出財政平衡原則以及「地方自主與聯邦團結」之間的諸多折衝基準<sup>836</sup>。聯邦憲法法院對於基本人權的整合效果，特別明顯的表達在兩項裁判中，依據基本法第 5 條第 1 項第 2 句規定，所歸納的媒體憲法<sup>837</sup>，以及基於宗教自由所導出的國家宗教中立關係<sup>838</sup>。除此之外，聯邦憲法法院也基於基本人權的功能特別強調，即使在現行德意志聯邦國家的體制之下，聯邦憲法以及各邦憲法均保有其獨立性<sup>839</sup>。

---

<sup>833</sup> K. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 4. Aufl. 1997, Rn. 11.

<sup>834</sup> D. Grimm, Die Entfaltung der Freiheitsrechte, in: J. Limbach (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht, 2000, S. 56. Anders E.-W. Böckenförde, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1989.

<sup>835</sup> BVerfGE 93, 121ff. mit Sondervotum Böckenförde, S. 149ff. – W. Leisner, Steuer- und Eigentumswende – die Einheitswert-Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts, in: NJW 1995, S.2597 ff.; K. Vogel, Zur Bewertung von Grundbesitz im Vermögensteuerrecht und Erbschaftsteuerrecht, in: JZ 1996, S. 43ff.

<sup>836</sup> BVerfGE 101, 158 (222).

<sup>837</sup> 最新的裁判 BVerfGE 90, 60ff. – Rundfunkgebühr.

<sup>838</sup> BVerfGE 93, 1 ff. – Kreuzifix in der Schule.

<sup>839</sup> BVerfGE 41, 88 (188) – Ehegattensplitting.

不論是憲法中的「自由民主基本秩序」，或是憲法法院依其釋憲理念在基本人權中所形塑的「客觀價值體系」，均成爲憲法的基本價值而適用於所有法領域<sup>840</sup>，基本人權的核心理念，依制憲者原意並且成爲特定法秩序以及社會秩序的基本價值體系<sup>841</sup>，然而上述的自由民主基本秩序或者價值體系，並非憲法之所以成爲國家、政治以及社會的穩定整合秩序的原因。正確的說法是，憲政國家的公權力本身，絕對不是爲某種恣意的作用提供盲目的動能。基本法的目的並非全面的約束本質上屬於虛構的國家權力，而是將國家的實質目的限定在維護公共利益，而公益的核心理念便是自由以及社會公平正義<sup>842</sup>。然而這些並不意味著國家自始只是具有規範意義的巨靈，僅得基於憲法及其規定事項而成立<sup>843</sup>。所謂的憲法是國家公權力框架的看法，並不是完全正確，這種看法只能概略的說明憲法法院解釋憲法的界限問題，卻不能明確的指出憲法本身具體化的界限所在<sup>844</sup>。聯邦憲法法院並不認爲基本法是所有共同生活的基本規範，基本法的理念也不在於國家的任何公權力措施都必須具備憲法授權的依據，基本法的理念主要基於國家應該實踐公共利益的概括授權，在此前提下，才對於形式以及實質事項設立限制的規定。從而關於國家行使公權力的禁止事由，不在於憲法本身欠缺明確的授權，而是基於憲法對於國家公權力已有的明文限制<sup>845</sup>。

合憲的秩序也是一種法秩序，並依此共同形成法規範的體系以及法規範適用時所必備的價值理念<sup>846</sup>。所有的規範效力只要是以法的形式發生效力，其生效的正當性基礎不僅止於國家公權力已履程序要件，除了程序要件外，法規範的內容亦不

---

<sup>840</sup> BVerfGE 7, 198 – Lüth.

<sup>841</sup> BVerfGE 6, 55 – Ehegattensplitting.

<sup>842</sup> BVerfGE 42, 312 (332) – Wählbarkeit von Kirchenbeamten. – J. Henkel, Inkompatibilität von Pfarramt und Mandat, in: DÖV 1977, S. 57ff.

<sup>843</sup> 深入的論述請參閱 J. Isensee, Staat und Verfassung, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I: Grundlagen von Staat und Verfassung, 2. Aufl. 1995, §13.

<sup>844</sup> A. Scherzberg, Wertkonflikte vor dem Bundesverfassungsgericht – zur Bewältigung politisch-moralischer Streitfragen im Verfassungsprozeß, in: DVBl. 1999, S. 356 (363).

<sup>845</sup> BVerfGE 98, 218 (246) – Rechtschreibreform. – G. Roellecke, Grundrecht auf richtiges Deutsch? Zur Unwesentlichkeit der Rechtschreibung, in: NJW 1977, S. 2500f.

<sup>846</sup> Chr. Starck, Zur Notwendigkeit einer Wertbegründung des Rechts, in: Festschrift für Willi Geiger, 1989, S. 40ff.

得牴觸公平正義的基本理念<sup>847</sup>。所有國家表現自我的象徵，例如基本法第 22 條所規定的國旗，都確切證實現行合憲秩序在規範效力之外的真實歷史聯結。德意志聯邦共和國的自由民主特性，使得這個國家特別的依賴所有國民對於類似國旗問題所反映的基本價值的一致認同。國旗所表彰的國家顏色以及在憲法中所保障的基本價值，都屬於自由民主的憲法基本秩序<sup>848</sup>。如果欠缺基本價值導向的國家目的，不足以表彰前述的憲法意旨，那麼憲法法院就必須在其裁判功能中兼顧此一國家特質。依據歐洲聯盟條約第 220 條規定，聯邦憲法法院有權以解釋、適用基本法的方式，以保障法秩序。

---

<sup>847</sup> BVerfGE 54, 53 (67f.).

<sup>848</sup> BVerfGE 81, 278 (293) – Verunglimpfung der Bundesflagge. – R. Herzog, in: Th. Maunz/G. Dürig

# 德國統一與聯邦憲法法院判決之關係

von Hans Meyer

## 摘要

兩德統一過程，聯邦憲法法院扮演著重要角色。聯邦憲法法院有超過八十個以上的判決與德國統一有關，但只有一個判決是與統一過程本身相關。這些判決包括關於財產權之特別規定或其他民法上權利，如在前東德地區之租賃法，特別是關於徵收補償與未解決的財產權之相關法律問題。另一部分複雜問題是有關國家公務員之刑罰追訴問題，其或因於邊境觸犯殺人罪，或因從事特務工作，或者是關於當時東德大使之不受追訴保障之問題。再者，乃有關解約通知權與年金權利之問題，此部分主要與「公勤務(*der öffentlichen Dienst*)」相關，但不以此為限。本篇論文，乃針對聯邦憲法法院之判決中，本來是具較濃的憲法爭議，最後則牽涉最原始的政治議題。這些判決，直接或間接與德國統一有關。前者如第一次整體德國議會選舉的有關選舉罷免法爭議；後者如對於選罷法中關於有利於德東地區 PDS 黨的議員席位產生之基本席位條款之攻擊，因為依該條款將 PDS 黨之國會議員視為政黨，而非如德國議會之黨團(*Fraktion*)。另外國會對議員 Gysi 之處置，亦屬此一類型爭議。經由從屬管轄途徑，使直至九零年代後期屬邦憲法領域之有關 DDR 議題，亦得提出於聯邦憲法法院審理。以上相關判決，均為本文作者所論述的對象。

---

(Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, Art.22 (1997), Rn. 30.

## 大綱

### I 前言

### II 憲法爭議性

1. 事後追溯與特別之序幕
2. 統一過程或機關訴訟之問題
3. 對 SED/PDS 財產之無望的奮鬥
4. 選舉爭議
5. 國會法之爭議性

### III 憲法訴願

1. 統一過程之勞動與勤務關係
2. 統一過程之年金權與年金期待

## I 前言

聯邦憲法法院有超過八十個以上的判決與與德國統一有關，但只有一個判決<sup>849</sup>是與統一過程本身相關<sup>850</sup>。其全部包括關於財產權之特別規定或其他民法上權利如在前東德地區之租賃法，主要是關於徵收補償與未解決的財產權之相關法律問題。關於此部分在判決中是範圍最廣之各個議題，將於下文中由 Schmidt-Preuss 教授為文探討。第二部分複雜問題是有關國家公務員之刑罰追訴問題，其或因於邊境犯下殺人罪，或因從事特務工作，或者關於當時東德大使之不受追訴保障之問題。就此一部分，將由 Horst Dreier 教授於再下一篇論文中從過去問題之司法上解決角度論述之。另外兩群重要部份為有關解約通知權與年金權利之問題，此部分，依學術用語主要關於「公勤務(der öffentlichen Dienst)」，但不以此為限。法院之判決本來是較濃的憲法爭議，最後則是導致(牽涉)最原始的政治議題。這些判決，直接或間接與德國統一相關。前者(直接相關)如第一次整體德國議會選舉的有關選舉罷免法爭議；後者如對於選罷法中關於有利於德東地區 PDS 黨的議員席位產生之基本席位條款之攻擊，因為依該條款將 PDS 黨之國會議員視為政黨，而非在德國議會之黨團(Fraktion)。另外國會對議員 Gysi 之處置，亦屬此一類型爭議。經由從屬管轄途徑，使直至九零年代後期屬邦憲法領域之有關 DDR 議題，亦得提出於聯邦憲法法院審理。以上相關判決，均為本文以下所論述的對象。

吾人很難期待於兩德統一，或更確切的說，東德依基本法第二十三條加入西德的統一過程，能在法院判決中發現最重要的法行為與程序樣式的相關審查<sup>851</sup>。每一判決所反映之性格，很明顯表現出，特別是在國家組織問題方面，常欠缺原告，其或因正面臨歷史性德國再統一之機會，沒有人敢於起訴。另一方面，其行為之結果也已可預見。主要地，只要牽涉眾多人，則可預見這些人將透過憲法訴願，請求法院為適當地遲延，且基於一貫的由憲法層面允許此種問題被提起，其終將形成對法院判決之爭議。

## II 憲法爭議性

### 2. 事後追溯與特別之序幕

於統一過程，在 1990 年中，西德與東德間已締結貨幣、經濟及社會同盟，在 1990 年底，因奇特的對國會法的違反而案件繫屬於法院，於 1992 年底法院方作成判決。當時黨團無所屬之 Wüppesahl<sup>852</sup>在第二次審查會前兩天，提出 60 個修正案，提案針

<sup>849</sup> BVerfGE 82, 316.

<sup>850</sup> 這些訴訟之一小部分是純粹訴訟程序方面或有關暫時處分之申請或其再提起，或對聯邦憲法法院關於法官迴避或對訴訟費用之確定之異議等。

<sup>851</sup> 「再統一」是一個感性概念多於法律上概念。人們提及德意志聯邦共和國與德意志民主共和國只是統一，因為之前此二者並未統一。主要是聯邦憲法法院使用此一概念。事實上，在法律上只是德意志民主共和國之加入(Beitritt)聯邦德國。

<sup>852</sup> 我們感謝法院最重要之關於個別國會議員地位之判決，即 BVerfGE 80, 188-240..

對聯邦議會行政(部分因不被允許)不再依法定程序處理，且於會議前一天依其陳述，另有約 400 提案放置於大會議事廳既未分配，又未宣讀。

審查程序非常混亂下，宣讀程序在國會議員發言時間完畢後被切斷。Wüppesahl 靜待著，直至依聯邦憲法法院法第 64 條 3 項規定期限將過前，提起機關訴訟。法院長達兩年思考如何處理，而國會議員也早就任期屆滿而退職。法院駁回其申請，而將以下數點爭議未解決地擱置著。亦即國會議員之政黨身分在訴訟係屬中是否因其退職而喪失<sup>853</sup>？個別國會議員之申請權限是否依照聯邦眾議院議事規則第 82 條 1 項為其憲法上身分之一部分？以及最後，法院是否可以基於當事人欠缺權利保護必要本應駁回機關訴訟，但因公益存在，得續行訴訟？而權利保護必要因欠缺可回復性而被拒絕。

## 2. 統一過程或機關訴訟之問題

本來對於統一條約之爭執在於國會議員權利，但隨即又與議案提出權有關。在政治之妥協中，唯一解決統一條約中所拘束之國家組織問題，即是將其委諸聯邦憲法法院判斷。

八位國會議員<sup>854</sup>在 1990 年 9 月 5 日與 17 日間<sup>855</sup>，提起機關訴訟，乃基於統一約款第四條聯邦政府與東德合意憲法之變更，此不僅對於聯邦眾議院，且因此對於提起憲法訴訟之眾議員，本來基於眾議院議事規則第八十二條第二項，是不得修正憲法者，而只有基於統一約款整體，則其修憲變成不得拒絕，是以其組織上權限事實上被侵害。因此，此為一困難且值得討論之議題。由於二讀會與三讀會將於 1990 年 9 月 20 日結束，因此聯邦憲法法院必須發布暫時處分。

聯邦憲法法院，在幾天之內很果斷地對所有程序作出決定，亦即法院依據聯邦憲法法院法第 24 條規定駁回原告之申請，且因此暫時處分之請求已結束。法院免除口頭辯論程序<sup>856</sup>。聯邦憲法法院法第 25 條之適用只有當依照同法第 24 條規定對於[明顯無理由之申請]，法院對於無理由之申請，只要憲法法庭能一致合意，對申請人即已為充分之保護。第 24 條中之一致合意是對於[明顯地]因欠缺理由而附加之特別要件<sup>857</sup>。依聯邦憲法法院見解所謂「顯然」，絕非[不具理由]地很明白。如此一來，則所謂明顯究何所指？即使是以合目的限縮解釋方式為之，也須具有理由。

<sup>853</sup> BVerfGE 87, 207(208/209). (BVerfGE 4, 144(152)). 一個確定令人感覺沒興趣是很明顯的。亦即在 2000 年時法庭企圖對 1991 年所提起之機關訴訟作決定，法庭嘗試且發現，法院已於 1995 年於機關訴訟中，當對於提起訴訟時之政黨權利能力問題時，法院關於對於身分上權利認為已充分(BVerfGE 4, 144(152))。

<sup>854</sup> 此乃關於 CDU/CSU 黨團中議員之不同意見者，由被排除之政治人物 Czaja 所提起。BVerfGE 82, 316.

<sup>855</sup> 起訴之日期再決定中缺乏單獨的方式確定。音未訴之提起已經在 9 月 5 日指出，而法院之決定於 9 月 18 日已經了解，因此其提起必然於此時段間。

<sup>856</sup> 聯邦憲法法院法第 25 條固然要求義務性之言詞辯論程序只有當明定之條件下才例外不適用。第 24 條對此卻未規定。而法院並未給予理由。唯一之合理解釋方法為從聯邦憲法法院法第 24 條角度與第 25 條規定以體系解釋方法獲得結論。

<sup>857</sup> BVerfGE 89, 291(300).

事實上，法院首先細思由國際法學者所代理之聲請人所主張<sup>858</sup>之聯邦政府應被禁止其具有外交政策上之權限，以使基本法之修正與國際法上條約相一致。聯邦憲法法院第二庭，不採單純只於統一過程之特別案件為限，法院認為依判決的方式處理德國的法地位，以修正不一致處使其一致性，且很可能這是最後一次解釋適用之機會，因此加以處理是必要的。法院認為統一約款固然是一種條約，而適用國際法原則，但也應依照基本法第五十九條第二項之關於國際法上條約<sup>859</sup>規定處理，儘管如此，聯邦政府不應具有對外締結之權限(判決第 320 頁)。法院更進一步地從歷史角度以及運用所謂憲法上之致力於追求國家統一之義務，此乃過去有關於基本條約<sup>860</sup>之 KPD 政黨禁止之判決中所採取者，嘲諷的是此義務乃來自 KPD 之提及<sup>861</sup>。即使不提此問題，聯邦憲法法院仍有其他問題須解決。亦即當對外政策權限不屬於聯邦政府，當依照基本地位判決，致力於德國統一是所有憲法機關之義務，則由此不正是推導出聯邦政府經由條約改變憲法，亦與其權限相符合？聯邦政府之權限是否不只限於依照基本法第 76 條 1 項為統一之必要而提出憲法修正之法律草案於聯邦議會？吾人不禁想起以上問題。

但是此不只是法院對其宣告無理由之機關管轄權問題，其問題也在於所謂禁止包裹立法之精神是否不適用於憲法修改？是否憲法修改之法律 – 此即統一條約法 – 可以超越對外關係，不可分地與其他規範要素相結合，以致於憲法之存續部分可以依賴非憲法上之必要思考而決定？所有這些問題很自然會出現，而法院所宣示之憲法訴訟無理由之主張，也浮現黯淡之光。更重要地對法院而言，明顯地乃是不能對統一之程序加以遲延。只有如此，所強調之「德國統一之歷史性機會」以及相當不可思議之所謂「國會多數」之指摘也才能被理解，很明顯地此可視為一種為赦免(免除)方式。

聯邦憲法法院卻限制以契約所確立憲法修改之允許(範圍)。此限制如今仍存在著爆發力。法院於一開始以簡短地理由承認其(即以條約為修憲方式)為必要，又再一次提及統一條約第四條，依此則基本法之修改，可以為「以加入為條件之基本法修改」。再次說明此一議題之實施，但將用語修改成「與加入相關之修改」。法院首先表現在對於條約所預定所有與加入(統一)相關之憲法修改，均加以同意。但後來失望了。因為此一基本法加入之改變，更詳細之定義是，「兩德與外國勢力間於德意志民主共和國加入過程所為事實之行為經聯邦政府認定為必要者」。法院是以特別之方式即有意識地知道，獲得外在第三人之預先判斷以條約方式為之，將其允許限制至必要程度為止，以實現相關邦之加入，進而統一德國。法院認為聯邦政府應同時考慮另兩個相關當事人即東德與外國勢力。此外國勢力乃基於現存之盟軍勢力而要求協力之權利。此外國勢力兩次被提及。此意指人們對於 1945 年至 1949 年間其所為屬於禁

<sup>858</sup> Den Prozeßvortrag kann man im obigen Falle nur erschließen. Entscheidungen nach §24 BVerfGG lassen das Gericht bei der Darlegung der Rechtsansicht des Antragstellers nachgerade verstummen. Zum Vergleich: in BVerfGE 101, 158, wird der Prozeßstoff auf 53 Seiten und der Spruch zur Sache auf 24 Seiten ausgebreitet.

<sup>859</sup> 例如參考 I. Pernice in H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, Tübingen 1998, Art. 59, Rn. 28 u. 23 mwN. 以及法院判決 BVerfGE 90, 286(357).

<sup>860</sup> 參考 BVerfGE 36, 1(18).

<sup>861</sup> BVerfGE 5, 85(127 mit Verweis auf 125). 參照。

忌的徵收之不滿，已事先有了答案。對此攻擊未拖很久，且使聯邦憲法法院第一庭具有管轄權。第一庭首先允許「以加入為條件」之修改，接著轉變成「與加入相關」之改變，但最後如同第二庭般定義為「聯邦政府依其合義務之評估證明基於處理過程與東德及蘇聯有協力必要之理由時」<sup>862</sup>。

如果我們一一檢視統一條約第四條所規定之這些基準，則除無可取代之第 23 條 1 項與基本法適用領域之改變外，並非新加入邦之補充，主要是第 51 條 2 項之修改，與大的邦之投票影響力之修正違反憲法。換言之，問題不在於相關之東德或外國勢力，而是大的邦成功地試圖於透過國際法上條約之憲法修改之有利機會，以獲取自己的利益，以轉移憲法爭議之危險。我曾於以「機會造就小偷」<sup>863</sup>為題之論文中進一步就經由統一條約第 4 條所為之憲法修改，詳細論述，並對此加以批判。對於此論文之反應，也可從條約交涉者之範圍獲得答案，「此必須聯邦參議院三分之二同意，且為統一條約之有效必要之妥協也可發現到，因此此亦為統一之要件」。此當然是一個聯邦憲法法院第一庭與第二庭都不承認者，相反地，聯邦憲法法院堅持，即邦亦應受再統一要求之拘束，禁止聯邦德國任何憲法機關或憲法機關之部分機關，可以在加入過程之整體條件上，因此獲得較好之地位。但是，如前所述，機關訴訟乃很顯然無理由。

### 3. 對 SED/PDS 財產之無望的奮鬥

PDS 政黨於 1990 年或 1991 年初，對聯邦眾議院、參議院、聯邦政府與聯邦財政部長提起機關訴訟。因為原告已繼受並進一步形成與適用早已在東德時代規定之規則，但在統一條約中卻以獨立之委員會審查舊東德政黨與其信託之行政財產。聯邦憲法法院依聯邦憲法法院法第 24 條規定駁回其訴，因為這些訴訟全部不合法<sup>864</sup>。對於聯邦政府與聯邦財政部長之訴訟不合法，因為此兩者非憲法機關，而是以行政機關地位處理信託行政之財產。他們相對於獨立之委員會與信託機關，其所行使者乃是最高聯邦機關或內閣之一般行政功能。對於聯邦眾議院與聯邦參議院之機關訴訟之所以無理由，並非因該二機關之地位，而只是基於其法爭點並非政黨間之憲法關係爭議。第二庭並未解決關於從何時開始基本法第 14 條財產權保障之法地位，也適用於由基本法第 21 條 1 項所生保護之問題。但第二庭拒絕 PDS 所請求之 PDS 不待事先審查，即以 SED 身分已取得處分這些財產及其使用之權利，法院且宣示 SED 之地位乃國家之政黨。這些財產因此不屬於基本法第 21 條 1 項所保護範圍，因為這些財產非基於實質法治國原則，即非如同其他所有政黨般在自由民主秩序下所取得之財產。基本法第十四條於此機關爭議中無任何關聯。

<sup>862</sup> 參考 BVerfGE 84, 90(118)。是否如同聯邦政府於訴訟程序中所主張之蘇聯也有此一要求，但後來有激烈爭執，或只有東德代表請求，是不重要的，後來只有其中一個強權請求。

<sup>863</sup> 參考 H. Meyer, Das ramponierte Grundgesetz, KritV 1993, 399(414 ff.); H. H. Klein(基本法之連續性, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland(HStR, Bd. VIII(1995), §198 Rn. 34), 四個大的邦之少數保護之藉口(童話)又被重新提起，那是於 1949 年時憲法制定會議時所提及，儘管於當時並無所謂四個大的邦，且儘管並無基於大而有整體之特別利益存在。批評者見 P. Lerche, Der Beitritt der DDR, HStR, Bd. VIII § 194 Rn. 58.

<sup>864</sup> 參考 BVerfGE 84, 290(297-303).

#### 4. 選舉爭議

統一之喜悅並未使政治人物因此沖昏頭，而忘記增進在統一之邦的政治機會之思考。當這些政治人物嘗試於新的領域為政黨政策之擴張以及尋找一固有之適合自己之要件時，正好在選舉法領域，此一發展形成因素掌握在他們手中。在國家中，權力之取得只能依靠選舉，而選罷法掌控著此種機會。因此，吾人便不會驚訝為何一連串之選舉爭議向聯邦憲法法院提起，其中有關第一次整體德國總選舉之選罷法問題或在新聯邦領域透過政黨協議有關選罷法之形成為爭議問題。