

# 「外國人犯罪與居留權案」裁定

德國聯邦憲法法院第二庭第二分庭2010年12月16日裁定  
- 2BvL16/09-

吳志光 譯

## 要目

裁判主文

理由

A. 本案爭點

I. 系爭法規

II. 原審理程序之事實及巴登·

符騰堡邦(Baden—

Württemberg)高等行政法院聲

請釋憲之理由

B. 本件聲請釋憲案並不合法

I. 闡明法官聲請釋憲之要件

## 關鍵詞

容忍停留(Duldung)

政治難民(Asyl)

生活伴侶(Lebenspartner)

家庭團聚(Familiennachzug)

裁判上之重要性

(entscheidungserheblich)

## 裁判主文

此一違憲審查程序旨在審查2008年2月25日公布之外國人居留法(載於聯邦法律公報第一卷第162頁)(Aufenthaltsgesetz)第104a條第3項第1句規定是否與基本法相符，按此一規定涉及外國人觸犯依外國人居留法第104a條第3項第1句第6款所稱犯罪後，其共同居住之配偶或小孩依系爭規定將無法取得居留許可，此一違憲

審查程序係由巴登·符騰堡邦(Baden—Württemberg)高等行政法院於2009年6月24日(案號13S519109)裁定停止訴訟程序並聲請釋憲，聯邦憲法法院第二庭第二分庭於2010年12月16日依1993年8月11日公布之聯邦憲法法院法(BGBl I, S.162)第81a條規定，由Di Fabio, Gerhardt及Hermanns三位法官一致決議如下：

本釋憲聲請不受理。

## 理 由

### A. 本案爭點

本釋憲聲請涉及下列問題，即外國人居留法第104a條第3項第1句規定因外國人家庭成員觸犯特定犯罪者，其依同法第104a條第1項第1句規定將無法取得居留許可，此一規定是否與基本法第3條第1項及第6條規定相符。

#### I. 系爭法規

依外國人居留法第104a條第1項第1句規定，被容忍停留(Duldung)於本國境內之外國人除外國人居留法第5條第1項第1款及第2項之情形外，應於符合下列情形時取得居留許可，意即其至2007年7月1日為止已至少停留8年，或其與一位或數位未成年人共同生活，且至少持續6年被容忍停留，或因人道理由持居留許可於德國境內居留，並同時符合第1款至第6款所稱之要件者。除此之外，外國人若於德國境內因故意犯罪行為被判刑確定，罰金刑則是至50單位折算一日或至90單位折算一日，依外國人居留法或政治難民程序法由外國人所犯者，基本上皆不再考慮發給居留許可(外國人居留法第104a條第1項第1句第6款)。共同居住之家庭成員有犯罪行為時，依外國人居留法第104a條第3項第1句規定，其他家庭成員將因此無法取得居留許可。依外國人居留法第104a

條第3項第2句規定，犯罪外國人之配偶若符合外國人居留法第104a條第1項規定之要件，因具有特別困難之狀況者其仍有可能繼續居留。依外國人居留法第104b條規定，於2007年7月1日已年滿14歲之未成年人，其父母或具有監護權之一方須出境時，其無法依外國人居留法第104a條規定取得居留許可或申請延長時，於一定要件下可取得其個別的居留許可。

#### II. 原審理程序之事實及巴登·符騰堡邦(Baden—Württemberg)高等行政法院聲請釋憲之理由

1. 系爭案件之原告皆是來自科索沃(Kosovo)的阿爾巴尼亞裔人民。1976年出生的第一位原告於1995年至德國申請政治難民(Asyl)未果，隨後自1998年11月起獲容忍停留德國至今。其於2000年8月與第四位原告結婚。並於2000年12月產下一女，2004年11月產下一子，即第二位及第三位原告，兩位子女的政治難民申請至2005年並無結果。這個家庭共同生活在司圖加(Stuttgart)。

2. 1974年出生的第四位被告於1991年進入德國，並提出政治難民申請，其於1994年被認定為政治難民，並因此取得永久居留許可。於1993年至1996年間，其因幫助竊盜、共同詐欺及偽證等罪嫌，分別被處以20、35及90單位折算一日的罰金刑。其於1997年8月因重傷害罪而於1998年在

逃亡地阿爾巴尼亞被逮捕，並遣返回德國，於1999年9月判處有期徒刑3年。2001年聯邦外籍難民事務署廢止其政治難民之資格。並於2002年3月命其自2006年1月離開德國。

3. 第一位及第二位原告於2000年申請居留許可遭到否准；此一否准自2004年11月起具有確定效力。這個家庭向巴登·符騰堡邦苦情委員會(Härtfallkommission)尋求協助的努力至2006年亦無結果。

4. 原告於2006年12月依巴登·符騰堡邦停留權法(Bleiberechtsanordnung)申請停留許可，亦於2007年11月依外國人居留法第104a條申請居留許可。外國人事務局於2008年1月10日否准其申請：依前揭停留權法第3.3點，第四位原告因故意犯罪而無權享有停留權。其故意犯罪之類型亦符合外國人居留法第104a條第1項第1句第6款的列舉事由。妻子及孩子亦因其犯罪行為，依停留權法第3.5點及外國人居留法第104a條第3項第1句規定排除其居留之權利。依外國人居留法第104a條第3項第2句規定，妻子並不具有特別困難之狀況。準此，孩子亦不符外國人居留法第104b條規定之要件。訴願決定機關亦駁回其所提之訴願，並同時指出若丈夫即父親履行出境義務，亦無法令其他家庭成員因此取得居留許可。

5. 地方行政法院於2009年1月20日駁回原告之訴。原告獲得許可上訴時，附理由地指出外國人居留法第104a條第3項第1句規定有違憲之虞。邦高等行政法院於2009年6月24日言詞審理時，分離了第四位原告之程序，並裁定停止訴訟程序。

6. 邦高等行政法院就第一位至第三位原告部分，依基本法第100條第1項規定裁定停止訴訟程序，並向聯邦憲法法院聲請釋憲，即第104a條第3項第1句規定是否與基本法相符。邦高等行政法院確信前揭規定違憲；其違反基本法第3條第1項及第6條第1項規定。此一違憲議題亦具有裁判上之重要性。

a)aa)外國人居留法第104a條第3項第1句規定在文義上，尚包括成年之子女及兄弟姊妹與父母共同生活者。惟成年之已婚子女及其配偶基於整體衡平之考量，應排除於前揭條文之適用範圍。再者，外國人居留法第104a條第2項第1句對成年的單身子女有特別優惠之規定，故就此而言，依合憲解釋原則不應導致對成年子女不利負擔之結果；但成年子女如有犯罪行為自應為相反之解釋。

對於非婚姻之同居關係，則無因犯罪行為所生之不利益規定；但此同居關係若有共同生活之子女，或父母之一方與其子女間則又適用因犯罪行為所生之不利益規定。

雖然依共同生活伴侶法(2001年2月16日公布, BGBl I, S.266)第11條第1項規定, 生活伴侶(Lebenspartner)除法律另有規定外, 亦視同為家屬。然而在外國人居留法第二章第六節第27條第2項卻有不同之規範, 即排除生活伴侶之平等待遇, 外國人居留法第104a條亦明文排除之。立法理由則指出生活伴侶與類似婚姻關係的共同生活者因規範外國人相關法規所稱之犯罪行為, 是否適用之, 應有裁量餘地, 但在此法規之明文抑或條文解釋上, 均無法得出足夠之依據。總之, 是否在法規上可如此解釋, 其實應有一廣泛之裁量空間。

bb)此一歸責機制違反基本法第3條第1項及第6條第1項規定。

家庭完整性之考量無法自基本法第6條得出犯罪之家庭成員亦有得合法居留之請求權。配偶基於婚姻生活形塑之自主決定自由, 是無法自外國人居留法抑或基本法第6條或歐洲人權公約第8條得出此一請求權, 因為婚姻亦即家庭完整性並無從得出須在同一國度共同生活之結論。現有的裁量空間可得出以下之狀況, 即立法者基本上並無義務創設一個不利於犯罪外國人居留權利之狀態。

與未成年子女共同生活的配偶, 立法者雖然有可能基於未成年子女應受父母的共同照顧, 因此不得忽視其家庭完整性。成年人的犯罪行為對其

父母及未成年兄弟姐妹之不利益, 以及在相反的情形, 父母或未成年家庭成員犯罪行為對成年家庭成員之不利益, 據此家庭可謂在法律上及社會層面上視為命運的共同體, 然而此亦不足作為正當性之事由。成年人的自主性在此應不予考量。相對於未共同生活之成年子女而有此差別待遇, 實欠缺足夠支持與明確之理由, 以滿足其正當性。

生活伴侶及無法就現行體制予以歸類於特定型態非婚姻之共同生活, 婚姻制度與之相較存在著與基本法第6條第1項規定不符之歧視現象。其亦包括在共同生活的關係中若發生犯罪行為, 則一個裁量決定將不會強制地拒絕—如配偶之情形—發生此種歧視之現象。此種差別待遇亦存在於連同非共同所生子女生活之非婚姻共同生活, 與其他伴侶之間, 即此一伴侶並非子女父母之一方者也。已婚配偶之一方, 亦即子女父母之一方有犯罪行為時, 相對於無子女之非婚姻共同生活關係, 亦存在著歧視現象。婚姻配偶不應該只為了其有子女, 而承受更不利之待遇; 若其無子女, 則其亦明顯地亦不合法之方式與以更不利之待遇。在無子女之情形, 系爭規定侵害了配偶於婚姻生活中, 基於如何維持婚姻及其居住地點選擇之自主決定自由, 前揭自由應係基於婚姻之共同生活而受特別保障。拒絕承認此一自主

決定自由並不具備任何正當化之理由。當然受此保障之配偶必須無利用外國人居留法第30條規定取得移居德國權利之情形，亦即對其在德國境內居留不生影響，此乃完全之自明之理也。

姑且不論已成年子女之情形，系爭規定之合憲性解釋已與其明確的文義及立法者立法理由所呈現之立法原意相對立。

b) 聲請釋憲之問題具有對裁判結果之重要影響。原告符合所有依外國人居留法第104a條規定，由外國人事務局重新裁量後，予以核發居留許可之要件。然因第四位原告依外國人居留法第104a條第1項第1句第6款規定有應拒絕其繼續居留之事由，且連同第一位至第三位原告共同生活，後者若適用系爭規定，將依外國人居留法第104a條第3項第1句規定驅逐出境。

若原告未持有效護照且亦未提出申請時，自不符外國人居留法第104a條第1項第1句第4款應不予許可之要件，蓋主管機關並未要求第一位原告應重新申請護照。依外國人居留法第5條第1項第4款規定持有護照之義務，依據外國人居留法第5條第3項第2句之裁量，於適用外國人居留法第104a條第1項第3句規定予以居留許可者，自得予以忽略之。

原告之生活費用至今僅得依附於第四位原告之供給，而未來將難以為

繼。因為當生活費用無法維持時，居留許可之期限僅至2009年12月31日止。雖然此種情形亦存有例外狀況，亦即期限屆至時可望獲得第一次居留許可之核發，即在2009年並無明顯地獨立擔保產生，或無論如何在2011年12月31日後不可能有獨立之擔保，且亦不符外國人居留法第104a條第6項苦情條款之規定者；外國人事務局即應依裁定決定之。然而本案之決定認為其不符例外之規定，因為第一位原告依法律規定不足以確保4歲的第三位原告其家庭生活費用可能及可推定之支出。第一位原告已就此一方向努力找到工作。就嗣後延長居留許可觀之，外國人居留法第104a條第5項第2句規定基於體系正義(Systemgerechtigkeit)及有效之權利保護，均應予以徹底修正，特別是在首次依權利救濟途徑核發居留許可係於2009年，首次或多年之後為之者。有鑒於第一位原告已有工作收入，自不能完全排除其未來在延長居留許可時，依外國人居留法第104a條第6項第2第2款規定，僅須領取暫時性及補充性社會救助津貼。

外國人居留法第104a條第3項第2句苦情條款對核發第一位原告居留許可並不適用。原告亦無權依其他法規取得居留許可。

## **B. 本件聲請釋憲案並不合法**

此一法官聲請釋憲並不合法。其

欠缺聯邦憲法法院法第80條第2項第1句規定所要求客觀上形成確信法律為違憲之具體理由。

### I. 闡明法官聲請釋憲之要件

依基本法第100條第1項規定，法院只有在適用之法律具有裁判上重要性，且就其合憲性謹慎審查後，方得向聯邦憲法法院聲請釋憲(vgl. BVerfGE 86, 71(76))。聲請釋憲的法院就此須以足夠明確之方式闡述系爭規範之違憲性，以及違憲之具體理由(vgl. BVerfGE 7, 171(173f.); 121, 233(237f.))；此為本院一向之見解。另一方面，聲請釋憲的法院亦應提出客觀上足以審查及詳細之論證，闡明其何以確信系爭規範之違憲(vgl. BVerfGE 78, 165(171f.); 86, 71(78.); 88, 70(74.); 88, 198(201); 93, 121(132))。其必須明確指出，系爭規範係與何種憲法原則有違，以及持此一觀點之具體理由。在此必須充分地探討系爭規範之事實及法律觀點，並同時處理實務及學說之代表性見解及其立法過程(vgl. BVerfGE 86, 71(77f.); 88, 198(201); 89, 329(336f.); 97, 49(60); 105, 48(56))。

### II. 本聲請釋憲案不符法官聲請釋憲之要件

聲請釋憲之裁定內容並不符合上述要求。

1. 邦高等行政法院並未足夠地闡明系爭規範外國人居留法第104a條第

3項第1句之違憲性。其強調原告業已符合外國人居留法第104a條核發居留許可之所有要件，被告機關應據以重為處分，並因此行使裁量權，避免產生對原告不利之結果。

a) 就第二位已是強制就學年齡的原告而言，其欠缺足夠之居住空間(外國人居留法第104a條第1項第1句第1款)，足夠的德語程度(外國人居留法第104a條第1項第1句第2款)，以及就學證明(外國人居留法第104a條第1項第1句第3款)；巴登符騰堡邦學校法第72、73條)。若其符合依外國人居留法第104a條第1項規定核發居留許可之要件，自可由其所附之卷宗找到相關資料。若其不符前揭要件，則上訴第二審時自應予以駁回，亦毋庸審酌是否有外國人居留法第104a條第1項第1句所稱犯罪所為之情形。

b) 此外，邦高等行政法院並未討論第一位原告2008年判處有罪之情形，其當時因未持有護照或證明文件而非法居留被判處罰金刑(15單位折算一日)，此一有罪判決是否符合外國人居留法第104a條第1項第1句第6款所稱之犯罪所為之要件自有其重要性。此一有罪判決依外國人居留法規定僅有外國人始得為犯罪主體者(外國人居留法第95條第1項第1款連結第3條第1項、第48條第2項)。因此外國人居留法第104a條第1項第1句第6款規定基本上在此不予考慮。外國人居

留法第104a條第3項第1句規定對裁判上之重要性的討論應連同其法律效果之意義一併為之。若立法者以「原則上」之用語規範一種原則一例外之法律關係時，邦高等行政法院即應以原則性案例聲請釋憲。即使是此種情形，亦即犯罪所為在此是不予考慮的，此一結論亦非由聯邦憲法法院自行推論(vgl. BVerfGE 97, 49(62))。

2. 釋憲之聲請不符聯邦憲法法院法第80條第2項第1句規定，其未提出系爭規範客觀上形成確信為違憲之具體理由。

a) 邦高等行政法院就原告系爭程序中認為有違反基本法第3條第1項及第6條第1項之情事，惟其就系爭程序中未適用外國人居留法第104a條第3項導致之基本權利侵害，欠缺必要之論述。相較於其他完全未適用此一規定，對特定人所為不合理之歧視待遇，並無法得出其係違反平等原則的自明之理。就規範維持的原則(Der Grundsatz der Normerhaltung)而言(vgl. BVerfGE 49, 148(157)；119, 247(274))，對於一部法律的無效宣告應限於其違憲部分。其不僅僅是意味著個別無效之規範除非與法律其他條文有不可分之關聯性，否則不應擴張宣告其無效之範圍，以避免法律整體架構的意義喪失、正當性基礎不再或因此混淆立法意旨所在(自BVerfGE 8, 274(301)以來一貫之見解，vgl.

BVerfGE 53, 1(23f.)；61, 149(206f.))。且一個法律規範其文義若有多種可區隔之意涵，在字面上亦非存在於個別不同之規範時聯邦憲法法院的一貫見解是基本上只有將違憲的規範內容宣告無效，而非變更規範之條文本身(vgl. BVerfGE 12, 296(307)；62, 117；107, 104(133))。邦高等行政法院於釋憲聲請中所指出不同比較之群體涉及外國人居留法第104a條第3項第1句之規範。為指明系爭規範完全不適用於非系爭程序原告所屬之群體，而導致其基本權利侵害，邦高等行政法院應闡明其何以僅於特定情形下為無效之宣告，以避免無完整意涵地宣告無效或導致違反立法意旨之適用(vgl. BVerfGE 21, 292(305f.))。釋憲聲請未為上述之闡明。

邦高等行政法院認為外國人居留法第104a條第3項第1句規定，就隨同父母共同生活的成年子女而言，相較於未與父母共同生活的成年子女者，存在著不合理的差別待遇，惟釋憲聲請對此並未為充分論證。被判決有罪的成年子女對其父母及未成年兄弟姐妹所生之不利利益，或反之，被判決有罪的父母或未成年兄弟姐妹對成年子女所生不利利益之個案，既是丈夫亦是父親角色者被判決有罪，且其兩位子女尚未成年之本案自非屬上述情形。同樣與本案無甚關聯者尚有，配偶之子女有犯罪行為，此一子女為其共同

所生，以及非其共同所生之情形。最後，釋憲聲請所稱系爭規範侵害無子女之夫妻依基本法第6條第1項所特別保護之自主決定自由，釋憲聲請欠缺具有足以構成裁判重要性之違憲主張。

b)依邦高等行政法院之確信，相較於生活伴侶法所定義之已登記之生活伴侶，夫妻受到不平等之待遇，以致違反基本法第6條第1項之保障，其就此並未充分討論合憲解釋可能性。

aa)聲請釋憲的法院就其違憲確信之形成，應優先考慮合憲解釋之要求。在此範圍內意味著透過法學方法論具有代表性之法律解釋方法可得出系爭法律與基本法相符時，此一解釋即應作為裁判之基礎(vgl. BVerfGE 22, 373(377); 90, 145(170))。當然此種解釋不得明顯與法律之文義有違，不應使得解釋後之規範內容重新被定義或喪失其立法之核心目的(vgl. BVerfGE 18, 97(111); 54, 277(299f.); 71, 81(105); 121, 30(68))。基本法第100條第1項所稱充分的違憲確信，意指聲請釋憲之法院已嘗試對系爭法規為合憲解釋，而無解釋方法可達成此一目標(vgl. BVerfGE 85, 329(333); 96, 315(324f.))。

bb)邦高等行政法院對於已登記之生活伴侶儘管依生活伴侶法第11條第1項之規定，但仍非外國人居留法第104a條第3項第1句所稱之家屬乙節

，所持違憲主張之論述，不符前揭原則之要求。

依生活伴侶法第11條第1項規定，除法律另有規定外，生活伴侶視為另一方生活伴侶之家屬。邦高等行政法院視外國人居留法第27條第2項為法律另有規定。依此一規定，外國人居留法特定條文對共同生活關係並不適用，其中包括外國人居留法第104a條；外國人居留法第27條第2項並未考慮生活伴侶法第11條第1項一般性的平等待遇。此亦符合立法者無意予以廣泛平等待遇之初衷。

邦高等行政法院在此並未充分論證外國人居留法第104a條第3項第1句規定，不可能有將生活伴侶視為家屬的合憲解釋之空間。此一解釋之可能性既未違反法律之文義，亦未違反立法者之意旨。

邦高等行政法院雖然指出，在聯邦政府所提之外國人居留法第104a條第3項第1句立法草案理由中，並未包括生活伴侶在內；外國人居留法第104a條第1項第1句第6款規定所稱之他方生活伴侶之犯罪行為，應在外國人居留法第104a條第1項第1句羈束規定的範圍內經常性地予以考量(vgl. BTDrucks 16/5065, S.202)。由此觀之，自無從得出其他解釋當然違反立法意旨。聯邦政府所撰之立法理由毋寧可作如下之解釋，亦即生活伴侶可與婚姻伴侶一視同仁。換言之，將生活

伴侶法第11條第1項所稱之生活伴侶視為外國人居留法第104a條第3項第1句所稱之家屬，如此解釋並未違反立法意旨。

將生活伴侶法第11條第1項規定於外國人居留法第104a條規定範圍內予以適用，並未當然違反外國人居留法第27條第2項所定生活伴侶準用該法相關規定之精神。釋憲聲請認為前揭規定一般性地排除生活伴侶法平等待遇之適用，其並未考量外國人居留法第27條第2項為其他法律之可能性。

外國人居留法第二章第六節當然應有明文規定第27條第2項，蓋外國人居留法第27條第1項係家庭團聚(Familiennachzug)的基本規範，其涉及在基本法第6條保障婚姻及家庭之精神下，對維持及保護類似家庭關係的生活共同體核發或延長居留許可。因為已登記之生活伴侶不受基本法第6條第1項關於婚姻制度之保障(參見聯邦憲法法院裁判集第105卷第313頁(第345頁以下))，故外國人居留法第27條第2項即以此為由，認定生活伴侶若係他方之家屬身分者，無法享有依外國人居留法第27條至第31條規定所生之請求權。而外國人居留法第9條第3項則須準用於生活伴侶之關係，因為此一規定涉及直接適用於婚姻的生活關係。外國人居留法第9c條第2句及第51條第2項規定亦同。外國人居留法第27條第2項所規範之範圍，

其實並未涉及生活伴侶是否符合外國人居留法中關於家屬之定義。

故外國人居留法第27條第2項規定不應為狹義之解釋，亦即此一規定不排除生活伴侶在其他涉及居留權之相關規定中被視為家屬之概念。此一關於外國人居留法第27條第2項的理解亦有學說上之主張(Zeitler, HTK-AuslR/27 AufenthG /zu Abs.2 07/2006 Nr.1)，且有實務見解之支持(vgl. OVG des Saarlande, Urteil vom 15. Oktober 2009 - 2 A 329/09 -, juris Rn.55)。此一結論將導致生活伴侶可視為外國人居留法第104a條第3項第1句所稱之家屬，故所謂不合理差別待遇之系爭問題其實並不存在。邦高等行政法院因此並未對此一規範之解釋為必要的討論。

c)邦高等行政法院就此並未將其他生活伴侶及收養子女的共同體相較於基本法第6條第1項所保障之婚姻及家庭，如何受到不利待遇，而導致違憲之結果為充分之論述。邦高等行政法院特別強調有無子女存在之因素，形成對於婚姻與家庭保障不合理之差別待遇，本庭認為此一論點並不具說服力。在系爭程序的待決事件中僅涉及已婚之情形，因為居留許可之爭議係因丈夫及子女之父親所為之犯罪行為而起。

aa)基本法第6條第1項規定包括以下特別的平等原則，其禁止已婚者

只因為已婚而較單身者受到更不利之待遇(vgl. BVerfGE 68, 188(205); 114, 316(333); BVerfGK 11, 179(183))。婚姻與經濟生活的共同體雖然可以就系爭事件可導致(經濟上)法律效果。然而其必須對已婚者受規範生活關係之本質何以形成差別待遇提出明確的實質理由(vgl. BVerfGE 28, 324(347))。考量已婚者因其婚姻之生活及經濟共同體之特別處境，即不得對其為歧視性之具體措施(vgl. BVerfGE 114, 316(333)；本院一貫見解)。

bb)邦高等行政法院認為，依外國人居留法第104a條第3項第1句規定，與非婚姻之共同生活伴侶相較，顯然對已婚者形成不合理之差別待遇。亦不符合聯邦憲法法院裁判所承認已婚者與單身者一般性合理之差別待遇事由。

聯邦憲法法院第一庭曾多次強調一個將已婚者與單身者予以差別待遇的法規，只有在基於已婚者其婚姻上之生活及經濟共同體，並考量具體情況符合一般性之正義理念時，方與基本法第6條第1項規定相符(vgl. BVerfGE 75, 361(366) m.w.N.)。當法律基於平等待遇的一般性趨勢，並對已婚者給予部分有利部分不利之待遇，但整體而言對已婚者是有利或「並無造成對婚姻的懲罰」時，已婚者應特別去忍受因此所形成之不利待遇(vgl. BVerfGE 32, 260(269); 75,

361(366f.))。邦高等行政法院應對於系爭案件是否符合足以形成合理差別待遇之事由進行審查，或至少論述是以合理差別待遇之事由已不合時宜，甚或得予以揚棄。就此而言，並無法排除因共同生活的配偶犯罪而影響居留許可時，依照邦高等行政法院之觀點其有義務基於上位階之法規範或國際法，審查其是否符合一般性之正義理念。特別是連結立法者在外國人居留法其他部分對於家庭團聚之有利規定(外國人居留法第27條以下)，其涉及針對形式上存在之伴侶關係—婚姻或已登記之生活伴侶—，對其自然的存續或必須取消其婚姻或家庭之生活關係，以及因此在法律上應確保之伴侶關係(vgl. BVerfGE 117, 316(327f.); 124, 199(225))。如此方能就外國人居留法第104a條第3項第1句規定，依外國人居留法之基本價值決定為憲法上之評價。

邦高等行政法院對於已婚者如何因外國人居留法第104a條第3項第1句規定而侵害其自主決定權，並無充分之論述，由其論述無法得出已婚者基於維持婚姻及特別是生活地點上之需求所生之決定自由遭到剝奪，而已婚者之居留權亦不會因為配偶未行使家庭團聚之權利而受到影響，亦純係自明之理。邦高等行政法院在其論述中，並未將其認為違憲之系爭規範置於外國人居留法整體立法意旨的脈絡下

予以討論，並就此為憲法上之評價。其主張外國人居留法第104a條第3項第2句規定針對已婚者的苦情條款不合時宜，諸如具有持續居留權利之外國人可適用苦情條款，但已婚者家庭團聚之權利卻難以保障，邦高等行政法院對立法者設計外國人居留法第104a條原條文之規範意旨之憲法評價並未為充分之論述。

cc)邦高等行政法院對於因家屬犯罪而影響其他家屬依外國人居留法第104a條第1項規定核發居留許可時，立法者意圖阻止其援引基本法第6條第1項、第2項、歐洲人權公約第8條第1項規定取得居留權或予以停留者乙事欠缺足夠之評價。邦高等行政法院認為不能只因為對於因家屬犯罪而導致否准居留許可申請乙事存在著法定裁量餘地，以及婚姻乃至於家庭之完整性在申請人之母國不存在其可能性，故依基本法第6條、歐洲人權公約第8條規定有法定之阻卻違法事由，而主張婚姻及家庭相較於其他的共同生活形態存在著不合理的差別待遇。

此一論述將基本法第6條第1項及第2項規定作為價值決定之原則規範，來建構居留權的保護作用，其實是不夠充分的。即使基本法第6條規定基本上不得作為居留的直接請求權基礎，但外國人事務局在決定涉及外國人現存家庭團聚之居留許可申請，其

原本即係合法居住在德國境內者，自須考慮並適當適用前揭規範之意旨；基本權之主體在此有主張應適當考量家庭團聚之請求權(vgl. BVerfGE 76, 1(49ff.); 80, 81(93); BVerfGK 2, 190(193f.); 7, 49(55))。在此基本上應考量個案的事實狀態(vgl. BVerfGK 2, 190(194))。釋憲聲請概括地論述婚姻及家庭之完整性無法在其母國得以維持，應於個案中一亦可能包括系爭案件一予以確認子女是否與犯罪之父母一方在一起生活(vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 23. Januar 2006 - 2 BvR 1935/05 -, NVwZ 2006, S.682(683))，或對於在其母國為家庭團聚課予一定之必要條件，以及必要時作為犯罪之外國人終止其居留之配套措施(vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 10. Mai 2008 - 2 BvR 588/08-, InfAuslR 2008, 347 (348))。依照邦高等行政法院之觀點，立法者係基於何種理由認為基本上其並無義務對系爭對象創設居留權，而毋須考慮原規定所設計之可能性，儘管其適用機會甚少，關於此點之探討其實是該進行而未進行的。

此一裁判係終局確定。

法官：Di Fabio  
Gerhardt  
Hermanns