

# 「政府採購違反平等原則案」裁判

BVerfGE 116, 135

德國聯邦憲法法院第一庭2006年6月13日之裁判

- 1 BvR 1160/03 -

楊子慧 譯

## 要目

裁判要旨

案由

裁判主文

理由

### A. 程序審查

I. 政府採購法之沿革與現今之規範狀況

II. 本案事實與爭點

III. 本案人民基本權利受侵害之憲法訴訟程序（憲法訴願程序）

IV. 本案關係人陳述之意見

B. 實體審查：程序上受理之本案於實體上無理由

I. 採購決定不構成基本法第19條第4項之行使公權力，本條項未受侵害

II. 提起訴訟人（憲法訴願人）得請求司法救濟之權利保護已滿足憲法上要求

III. 採購金額高於最低金額的採購決定之權利保護有別於低於最低金額者之形塑並未違反基本法第3條第1項

## 關鍵詞

政府採購法(Vergaberecht)

政府採購(Vergabe öffentlicher Aufträge)

公行政主體

(Träger öffentlicher Verwaltung)

履行行政任務

(Erfüllung von Verwaltungsaufgaben)

政府採購機關

(öffentlicher Auftraggeber)

採購程序(Vergabeverfahren)

程序選擇(Verfahrenswahl)

公告(Bekanntmachung)

資格審查(Eignungsprüfung)

公開招標(die öffentliche Ausschreibung)

招標文件(Verdingungsunterlage)

得標（決標結果）(Zuschlag)

採購決定(Vergabeentscheidung)  
採購金額(Auftragssummen)  
採購總額(Auftragsvolumen)  
未得標之競爭者(廠商)  
(die übergangenen/unterlegenen  
Konkurrenten (Bieter))  
採購之審查(Vergabenachprüfung)  
司法救濟請求權  
(Justizgewährungsanspruch)  
高於/低於最低金額之採購決定  
(Vergabeentscheidungen oberhalb/  
unterhalb der Schwellenwerte)  
暫時權利救濟之保障(Gewährung von  
einstweiligem Rechtsschutz)  
違法採購決定之撤銷(Aufhebung  
rechtswidriger Vergabeentscheidungen)

損害賠償之救濟(Gewährung von  
Schadensersatz)  
權利保護之保障(Rechtsschutzgarantie)  
第一次權利保護(Primärrechtsschutz)  
有效權利保護之請求(Anspruch auf  
effektiven Rechtsschutz)  
法治國原則(Rechtsstaatsprinzip)  
行使公權力  
(Ausübung öffentlicher Gewalt)  
典型的從屬與服從關係  
(Verhältnis typischer Abhängigkeit und  
Unterordnung)  
與職業有關的行為  
(das berufsbezogene Verhalten)  
採購競爭(Vergabewettbewerb)  
行政耗費(Verwaltungsaufwand)

## 裁判要旨

1. 國家機關單位於政府採購時應受基本法第3條第1項平等原則之拘束。

2. 針對採購金額低於最低金額之政府採購決定在法規範中給予未得標之競爭者權利保護之可能符合司法救濟請求權(基本法第20條第3項)。

3. 立法者針對低於最低金額之採購決定的權利保護之形塑有別於針對超過最低金額之採購決定的權利保護，並未違反平等原則(基本法第3條

第1項)。

## 案 由

聯邦憲法法院第一庭於2006年6月13日就S...股份有限公司，由公司經理代表，－訴訟代理人：律師Dr. Matthias Krist und Koll.，地址Clemensstraße 26-30, 56068 Koblenz－針對薩爾蘭邦高等法院2003年4月29日之裁定－5 Verg 4/02－提起人民基本權利受侵害之憲法訴訟程序(憲法訴願程序)作成裁判。

## 裁判主文

本案於實體上無理由。

## 理 由

### A. 程序審查

本案係針對在政府採購法之採購決定總額高於特定最低金額時，第一次的權利保護之限制。

#### I. 政府採購法之沿革與現今之規範狀況

1. 政府採購法係指公行政主體為履行行政任務所需，在工程、財物、勞務之置辦應遵守之規範整體。

在德國，國家之採購的基礎傳統上為預算法。本法依據（聯邦暨各邦）預算原則法（Haushaltsgrundsatzengesetz – HGrG）第6條第1項乃以預算金錢之經濟節約的利用為目的。為達此目的預算原則法第30條確定公開招標作為政府採購之原則形式。在聯邦暨各邦之預算法和邦法上的鄉鎮縣市之預算法令內皆如下的具體化此等原則，即契約之訂定應按一致的準則依一定程序進行（參閱如聯邦預算法【BHO】第55條第2項，薩爾蘭邦預算法第55條第2項，薩爾蘭邦鄉鎮縣市預算法第31條第2項）。此類準則包含由採購委員會制定的採購規則，採購委員會由聯邦、各邦與鄉鎮縣市之代表，經濟與工會協會組成。例如對於工程給付即適用工程給付之採購暨契約規則（以下稱VOB），在其中的

A部分即規定工程採購之採購程序。採購法的程序規定由主管之部長以行政規則頒布。

德國政府採購法為傳統行政內部事務在歐洲共同體法的影響之下部分必須予以放棄。在最初的共同體法的經濟基本權利之外，自1970年代起政府採購適用第二位的法律上規定。自1990年代中期有四部準則規定採購的範圍條件：工程配合準則（1993年6月14日議會準則93/37/EWG，1993年8月9日ABI Nr. L 199，頁54），財物供貨配合準則（1993年6月14日議會準則93/36/EWG，1993年8月9日ABI Nr. L 199，頁1），服務配合準則（1992年6月18日議會準則Richtlinie 92/50/EWG，1992年7月24日ABI Nr. L 209，頁1）與專業範圍配合準則（1993年6月14日議會準則93/38/EWG，1993年8月9日ABI Nr. L 199，頁84）。這些準則定義政府採購機關並將採購程序劃分成四章（程序選擇、公告、資格審查與得標）。然而這些準則的適用範圍並未涉及所有的政府採購。僅當達成在這些準則內規定之最低金額時，始能規定遍及歐洲的招標。

採購準則預先規定給予廠商主觀之權利。為貫徹此等權利通過了法律救濟準則（1989年12月21日議會準則89/665/EWG，1989年12月30日ABI Nr. L 395，頁33）和涉及專業範圍的

法律救濟準則（1992年2月25日議會準則92/13/EWG，1992年3月23日ABI Nr. L 76，頁14），據此會員國對於政府採購程序之遵守必須建立形式上的審查程序。其中規定暫時權利救濟之保障、違法採購決定之撤銷可能性與損害賠償之救濟作為最低標準。

為轉化採購準則立法者首先於1993年11月26日以法律（聯邦法律公報卷一，頁1928）修改預算原則法。在新預算原則法第57條之1的基礎上於1994年頒布政府採購命令，該命令極有說服力的規定尊重在採購規則的A部分含有的高於共同體法上的最低金額的政府採購規定。預算原則法第57條之2以下的規定對於高於最低金額的採購採行雙階的審查程序，即透過行政內部的採購評審委員會及採購稽核小組。此等所謂預算法上之解決方法有其明確目標：避免可能得標者產生得提起訴訟的主觀權利。

立法者以1999年1月1日生效、1998年8月26日（聯邦法律公報卷一，頁2512）通過的政府採購法修改法放棄了預算法上之解決方法，但以適用範圍涉及採購準則者為限。實質的政府採購法已經整合在營業競爭限制防止法之中。

共同體法的採購法在此期間也已修改。2004年3月底有二部新的配合準則通過（2004年3月31日歐洲國會及議會準則2004/17/EG與2004/18/EG

，2004年4月30日Abl Nr. L 134 頁1；2004年4月30日ABI Nr. L 134，頁114），其乃規範採購程序的部分新規定。而法律救濟準則則繼續有效。

2.透過政府採購法修改法實施的所謂卡特爾法上的解決辦法導致政府採購法的二分化。營業競爭限制防止法第97條以下的政府採購法係依據營業競爭限制防止法第100條第1項連結依據營業競爭限制防止法第97條第6項及第127條通過的政府採購命令（Vergabeverordnung，以下稱VgV）第2條僅適用於有訂定特定最低金額之採購，其遵循共同體法的特定金額。而對於低於此等特定金額的採購依然適用早期預算法形塑的法律基礎。關於可能得標者是否具有主觀權利以及其得享有何等權利之問題產生極大的區別。

a)金額達到或超過各該標準最低金額之採購—於工程採購之採購總額為500萬歐元（參閱營業競爭限制防止法第100條第1項、第127條第1款連結政府採購命令第2條第4款）—由營業競爭限制防止法第97條規定的採購之一般原則確定。對此採購程序之細節規定於政府採購命令，於該命令第4條以下指明參閱採購規則。營業競爭限制防止法第97條第7項給予參與採購程序的企業請求遵守關於採購程序規定的主觀權利。

為貫徹此等主觀權利營業競爭限

制防止法第102條以下規定一項特別的審查程序。為進行此等審查程序首先須召集依據營業競爭限制防止法第104條規定在聯邦和各邦等級成立的採購申訴審議委員會。此等委員會依營業競爭限制防止法第105條第1項依法獨立公正行使職權。審查程序需以書面提出聲請，有聲請資格者係依營業競爭限制防止法第107條規定有採購之利益而主張其依營業競爭限制防止法第97條第7項之權利受侵害而對其已造成損害或有造成損害之虞者。在聲請送達之後採購機關依營業競爭限制防止法第115條第1項之規定不得在採購申訴審議委員會為決定之前以及營業競爭限制防止法第117條第1項規定之14日申訴期限屆滿前公告決標結果（得標）。採購申訴審議委員會依營業競爭限制防止法第110條第1項第1句規定依職權調查事實情況。

依營業競爭限制防止法第114條第2項第1句規定採購申訴審議委員會不得撤銷已公告之決標結果。因決標結果與採購契約之訂定同時發生在一項行為中，導致經常產生申訴審查程序之聲請已緩不濟急之危險。為實現得阻擋前開結果發生的有效權利保護，政府採購命令第13條規定，至遲應於契約訂定前14日通知未得標之廠商得標廠商之名號和未得標之理由。於期限屆滿前未予通知而訂定之契約無效。

依營業競爭限制防止法第116條規定針對採購申訴審議委員會之決定得依營業競爭限制防止法第117條第1項規定於14日之強制期限內立即向邦高等法院提起抗告。此等抗告之提出依營業競爭限制防止法第118條第1項第1句規定有延遲效力。如抗告有理由，邦高等法院依營業競爭限制防止法第123條第2句規定逕為實體裁判或課予採購申訴審議委員會重新決定之義務。

此外營業競爭限制防止法第126條給予未得標之廠商對於信賴損害之賠償的一項特別請求權。後續的損害賠償請求亦有適用（不受影響）。

b)總額未達各該標準最低金額之採購，政府採購法依然為公共預算法之一部分並且於此仍為行政之內部法。採購規則A部分的各該第一節的基礎條文適用低於最低金額之採購通常作為依據相關命令的行政規則，如同其於預算法中所規定者。

在現行採購程序中具有利益者是否以及應有如何的第一次請求，由於缺乏特別法規規定而由一般法規範的採購而決定（參閱Rudolf, in: Byok/aeger, Kommentar zum Vergaberecht, 2. Aufl., 2005, 邊碼80以下有詳細說明）。據此究否產生不作為請求，實際上在各種情況下皆不可能實現，蓋此等請求無論如何將由於決標結果之公告而消滅（參閱Rudolf, 前揭文，

邊碼89)。徒勞的競標者多半在決標同時或決標後得知其之未得標結果。

因此實際上徒勞的競標者在各種情況下已被排除了對於低於最低金額之採購的第一次權利保護。然而未得標廠商就其之未得標（被排除）應得提起確認違法之訴。

## II. 本案事實與爭點

1. 提起訴訟人（憲法訴願人）經營交通安全領域的企業，其營業額獨獨透過政府採購而取得。此等採購總金額始終低於工程採購標準的最低金額。在提起訴訟人（憲法訴願人）提起本案憲法訴訟程序（憲法訴願程序）之時其雇用102位員工，每年總營業額為1,200萬到1,400萬歐元。

2002年7月薩爾蘭邦邦道路交通管理局為高速公路的交通安全措施公開招標。公告的採購金額在500萬歐元以下。於招標文件項目索引中於第1.4001和1.4003之下分別為要求混凝土保護牆製成品部分，鋼筋混凝土製成品部分例如管道工系統。提起訴訟人（憲法訴願人）提供一主標一從標參加投標。其提供一個其他系統的鋼筋保護構造作為有別於管道工系統的選擇。提起訴訟人（憲法訴願人）之投標無論在主標或從標皆是眾投標中之最低標。

提起訴訟人（憲法訴願人）於2002年8月23日收到通知，因其投標未滿足招標文件規定之條件而未得標

（被排除）：蓋從標或修改建議必須以特別規劃為之並且以此等形式明確的標明出來。如投標的從標或修改建議不符此等條件者，投標將被評定為不合格。同樣地在2002年8月23日邦道路交通管理局以口頭告知其他一家投標廠商得標結果，並於2002年8月29日以書面確認之。

2. 提起訴訟人（憲法訴願人）於2002年8月23日晚間依據營業競爭限制防止法第107條以下規定向薩爾蘭邦採購申訴審議委員會申請採購之審查，並陳述既非其主標亦非其從標係違反形式規定而投標。

採購申訴審議委員會以該聲請顯然不合法而駁回。按照受到提起訴訟人（憲法訴願人）指摘的採購程序提供的採購之採購價格係低於標準最低金額。而且得標（決標結果）已然通知了。

依據基本法第100條第1項規定法院向聯邦憲法法院訴請法律違憲審查之裁判的要件不存在，因採購申訴審議委員會並非基本法第95、96條意義上的法院。營業競爭限制防止法之規定的合憲性並未具有裁判重要關聯性。此外該委員會對於限制營業競爭限制防止法第97條以下規定之適用沒有違憲之確信。最低金額之規定並不表示違反基本法第3條，因其實質上有理由，對於高額採購耗費的審查程序較簡易程序更應忍受，在後者之審查

程序經濟上不再導致有理由的拖延。由於基本法第19條第4項之規定以主觀權利為要件，然而依據營業競爭限制防止法第97條第7項規定提起訴訟人（憲法訴願人）正好沒有此等請求遵守採購規定的權利，因此已排除了基本法第19條第4項之侵害。

3.提起訴訟人（憲法訴願人）針對採購申訴審議委員會之決議立即向邦高等法院提起抗告，遭該法院以本案中指摘之裁定駁回。

審查程序之聲請係不合法，因公開招標之採購依據營業競爭限制防止法第100條第1項、第127條第1款連結政府採購命令第2條第4款未達到得以適用營業競爭限制防止法第97條以下規定的必要最低金額。這些規定也沒有違憲。

基本法第19條第4項未受到侵害。該規定以主觀權利為要件。由營業競爭限制防止法第97條第7項之規定無法導出提起訴訟人（憲法訴願人）有此等權利，蓋該規定依營業競爭限制防止法第100條第1項僅適用於達到或超過最低金額之採購。對於小額採購之採購立法者已有意不予考慮給予請求遵守採購規定之主觀權利。類此的政府採購命令沒有法規範的此等性質，以致排除其作為一項主觀權利之基礎。提起訴訟人（憲法訴願人）並未主張其他公權利之侵害，比如由基本法第3條第1項而來的基本權利。因

此仍然沒有解決者，係立法者是否經由基本法第19條第4項維持在採購程序的基本權利侵害之情況在低於最低金額時亦有第一次權利保護。

營業競爭限制防止法和政府採購命令之規定亦未違反基本法第3條第1項。對於謀求高於或低於最低金額之採購的企業之差別待遇實質上有理由。

雖然就此等差別待遇的正當理由並非基於在共同體法的層級而考量以規定最低金額為標準。對於企業而言在國內參加小額採購之投標經濟上亦可能有意義重大的結果，而使其在此等採購時亦有請求給予遵守採購規定和請求第一次權利保護之主觀權利之利益。然有問題的是，共同體法的立法與國內法的立法之關係對於差別待遇的理由是否足夠。在本案中存在的差別待遇並非不同法規範之制定權限的直接結果。其係本國立法者之決定，即在轉化有關（共同體法）準則的範圍內雖然在準則規定範圍內的採購程序提供主觀權利和相關的第一次權利保護，但該保障亦僅止於此。

然而在評價立法者之決定時必須以立法者有廣泛的形成餘地為出發點。在立法程序中應特別指出訴訟經濟和案件量負荷的理由。提供第一次權利保護意味著採購程序的拖延。當聲請審查之結果顯示證明實體上無理由，則此等拖延不僅對於採購機關，而

且對於應得標廠商都是一種負擔。是此等在愈高額的採購總額和因此有採購利益的未得標廠商之情況更應被忍受。排除此等第一次權利保護不是置於法外，而是在違反採購規定時無論如何享有損害賠償請求之形式的第二次權利保護。當提供第一次權利保護乃以達到特定採購範圍而定時，不同的廠商之間相衝突的利益以及其與採購機關之間的關係並不是因此從一開始起看來即與基本法第3條第1項不符。對於必要的採購價格沒有客觀的標準。即便微不足道的界限亦不能抽象的規定所有採購程序。畢竟標準價格的決定總是恣意的。因此在國內法採納共同體法的最低金額作為價格的界限，低於該價格者不應給予請求遵守採購規定和第一次權利保護的主觀權利，此乃正當合理且合於立法者應有的形成餘地之範圍。

### III. 本案人民基本權利受侵害之憲法訴訟程序（憲法訴願程序）

提起訴訟人（憲法訴願人）以本案指摘其由基本法第3條第1項及第19條第4項而來的基本權利之侵害。

1. 在採購法的審查程序拒絕給予第一次權利保護侵害了平等原則，因為高於和低於共同體法的最低金額之採購程序欠缺差別待遇的實質理由。

德國採購法上權利保護的二分化乃未經考慮即由憲法上採納歐洲準則法的採購最低金額轉化於內國法而產

生。差別待遇的比較屬於公權力主體，即國內立法者的權限範圍。歐洲法層級的（轉化調整內國法）以適應歐洲法之權限的存在並非是討論關於低於最低金額的第一次權利保護之客體，而是德國立法者在歐體法和在透過國內憲法而來的範圍之雙重拘束。

差別待遇不應透過實質理由正當化。就此而言應由嚴格的審查標準出發。對於大量要求的權利保護的懼怕實質上不足為證，而且其中根據共同體法的最低金額的區別沒有實質理由。此等區別亦非必要，因為最低金額的引進同時是可能的，而低於該價格的每一採購程序可能被排除在法院審查可能性之外。既定的區別亦不具相當性。鑑於在德國超過90%的所有採購係低於最低金額之情況，使得國內採購市場主要成為沒有法律保護之情形。

2. 邦高等法院就採購程序中低於歐體法上採購最低金額不予提供第一次權利保護之裁判，亦進一步侵害了提起訴訟人（憲法訴願人）由基本法第19條第4項而來之基本權利。

不論國家之行為與形成方式，其完全受到基本權利的拘束，因此公認無可爭辯的是，國家在私法上亦受全面直接的基本權利之拘束。於政府採購基本權利拘束的實際要求正因一方面產生每年釋放的巨大採購金額，另一方面產生以政治目標之實現為目的



之採購法的工具化，此等已非原來之採購行為所及。

權利救濟之保障係要求在國家的法院之前開啟第一次權利保護，此等法院需符合基本法第92條、第97條之要求。第二次權利保護無法滿足此等要求。法院救濟途徑的完全排除觸及由基本法第19條第4項而來的憲法保障的核心。

本案已構成對提起訴訟人（憲法訴願人）主觀權利之侵害。蓋應給予其經由營業競爭限制防止法第97條第7項之規定作為（投標）廠商之特性的此等權利。以一個高於和低於確定的價格變更了各實體採購法之規定為主觀權利，不能影響該真正之權利本質，因為作為主觀權利的條文規定之特性表述了一種純粹的質上的法特徵。主觀權利的量的規定在保護規範理論的範圍內遭遇到無法克服的疑慮。相對於抗告法院，工程給付之採購暨契約規則的A部分第2條第2款之侵害亦受到指摘。該處明文規定的禁止歧視應係依據基本法第3條第1項平等對待原則的一項特別的形構。

行政的功能性雖然可能是權利救濟之保障的憲法上內在的界限。然而不得沒有期待可能的增加法院救濟之困難甚或被排除在法院救濟之外。目前取決於最低金額而排除權利保護的體系不符此等要求。此外如給予沒有最低金額限制的採購法保護時，公共

採購市場始能有效的起作用，此等在奧地利顯示了一種依據奧地利憲法法院裁判的新的正常的經濟條件。彼國現在在每一政府採購上皆提供法院在採購法上之保護。

#### IV. 本案關係人陳述之意見

聯邦政府，巴登－符騰堡邦、巴伐利亞邦與黑森邦之邦政府，聯邦最高法院，聯邦行政法院和德國工商業代表大會就本案陳述如下意見。

1. 聯邦政府認本案無論如何於實體上無理由。

本案並沒有違反平等原則。由平等的基本權利無法推導出超過原應履行之義務而將本國法調整到合於歐體法之義務。否則基本法第3條第1項將會成為一個遠超越歐體法要求的法調和的協調操縱桿。

即使認差別待遇須具備實質理由並應以嚴格的審查標準為依據，對於按照最低金額的採購程序中的差別待遇也有充分的理由。在政府提案理由中提及對於大量的需求的憂慮主要並非涉及紓緩司法之負荷。毋寧係為了排除以拖延程序為目的的程序工具化和避免過度的官僚主義化。彈性化的決定結構不得因在辦理低於最低金額的採購時透過不合比例的所有程序關係人的高度耗費而受到危害。以下之見絕非正確恰當，即當採購程序雖然以保障最佳化的法院審查程序而形成，但卻耽誤低成本的採購與有效率的

採購過程的目標。立法者負有義務，將採購程序之效率與低成本要求和提供未得標廠商在法院的第一次權利保護之利益進行衡量。

受指摘的裁判亦沒有侵害提起訴訟人（憲法訴願人）由基本法第19條第4項而來的請求有效權利保護之基本權利。採購機關的採購決定並非基本法第19條第4項之意義上的公權力行為。在文獻中提出不同的介於由基本法第3條第1項而來的無漏洞的實質基本權利之保護以及由基本法第19條第4項而來的形式的法院（司法）保護的影響作用關聯經不起進一步的檢驗。

提起訴訟人（憲法訴願人）的一般司法救濟請求權同樣沒有受到侵害。提起訴訟人（憲法訴願人）沒有在其任一主觀權利中受到侵害。一項此等的主觀權利對於提起訴訟人（憲法訴願人）既非由營業競爭限制防止法第97條第7項亦非由基本權利產生。而且低於最低金額之未得標廠商亦能於基本權利受侵害時以民法上或競業法上的基礎請求損害賠償。

2. 巴登-符騰堡邦與黑森邦之邦政府認為未給予低於最低金額的第一次權利保護並不違憲（憲法上無疑慮）。

巴伐利亞邦邦政府參考工程採購機關與財物採購機關指出，除此之外此等機關作為針對政府採購提起申訴

的處理與協調機關。

3. 聯邦最高法院與聯邦行政法院已通知，其尚未處理過營業競爭限制防止法僅預先規定採購價格高於最低金額的採購程序時第一次權利保護是否合於憲法上之規定的問題。

4. 德國工商業代表大會支持本案訴訟程序。

### **B. 實體審查：程序上受理之本案於實體上無理由**

程序上受理之本案於實體上無理由。針對有問題的採購決定拒絕給予第一次權利保護而受指摘的裁判既沒有侵害提起訴訟人（憲法訴願人）由基本法第19條第4項而來的有效的權利保護之請求權（以下I.），亦沒有侵害在法治國原則（基本法第20條第3項）中保障的一般司法救濟請求權（以下II.）。至基本法第3條第1項亦未因此受到侵害，蓋針對高於最低金額之採購決定的權利保護之特別規定，亦沒有擴及到其他採購決定（以下III.）。

#### **I. 採購決定不構成基本法第19條第4項之行使公權力，本條項未受侵害**

邦高等法院沒有因拒絕給予提起訴訟人（憲法訴願人）針對有爭議的採購決定之第一次權利保護而侵害基本法第19條第4項。本案未觸及基本法第19條第4項之保護領域；採購決定不構成此等規定之意義上的行使公

權力。

1.並非每一國家行為皆開啟基本法第19條第4項的權利救濟之保障。

基本法第19條第4項統一規制特別的權利救濟之保障的目的，係由於在歷史經驗上保護人民免於經由上位者之行為和可能以強制手段為行為的執行權藐視法律的風險（參閱聯邦憲法法院裁判全集107, 395【404】）。舉凡個人與國家公權力主體處於一種典型的從屬與服從關係時，基本權利即應於該處提供權利救濟之保障。就此而言相聯繫的國家影響的可能性制約決定了個人能夠防禦侵害的法院之保護的特別需求。由此等特別的保護目的而來決定基本法第19條第4項意義上的公權力之概念。

2.在本案中採購機關並非以基本法第19條第4項意義上的公權力主體為行為。國家以市場需求者為行為，以滿足其在特定財物或勞務之需求。在此等作為需求者的角色上國家在根本上與其他參與市場者並無區別。於採購決定時，國家沒有動用其上位的公共的法律權力，以致沒有將其措施列入基本法第19條第4項意義上的行使公權力之理由。

## II.提起訴訟人（憲法訴願人）得請求司法救濟之權利保護已滿足憲法上要求

基本法對於法院的權利救濟之保障不僅是依據基本法第19條第4項，

而是除此之外在一般司法救濟請求權之範圍內亦然（參閱聯邦憲法法院裁判全集107, 395【401】）。相對於本案主張的一種法律地位的侵害此等乃保障並非由基本法第19條第4項包括的情況的權利保護。謀求採購而未得標的廠商應有此等法律地位（以下1）。然而提起訴訟人（憲法訴願人）得請求之權利保護已滿足憲法上之要求（以下2）。

1.基本法以一般司法救濟請求權如同以基本法第19條第4項保障之權利救濟僅以保護主觀權利為目的，此等主觀權利以此雙重保障為前提要件並且不得單獨予以創造。僅當個人主張由法規範給予其之法律地位受到侵害時，始得援引權利救濟之保障（參閱聯邦憲法法院裁判全集113, 273【310】；聯邦憲法法院第一庭2006年5月23日之裁判-1 BvR 2530/04-, BB 2006, 頁1702【1703】）。在一般法的規定中立法者作出在何等要件之下應給予人民權利以及該權利應有何等內容之決定（參閱聯邦憲法法院裁判全集78, 214【226】；83, 182【195】）。同時由基本權利和其他由憲法上保障的權利得出一種有權利保護能力的法律地位。

針對在有爭議的政府採購之範圍內，從一般法規範的營業競爭限制防止法第97條第7項並未產生提起訴訟人（憲法訴願人）因被排除（未被考

慮)而具有一項主觀權利。依據基本法第12條第1項的職業自由也排除了作為提起訴訟人(憲法訴願人)之此等權利的基礎。反之,於採購決定時由基本法第3條第1項產生的請求公平待遇得作為針對指向國家的主觀權利之論據,受差別待遇者得藉助於司法救濟請求權指摘此等權利之侵害。

a)針對有爭議的採購決定由營業競爭限制防止法第97條第7項沒有得出提起訴訟人(憲法訴願人)具有一項主觀的權利。

邦最高法院在受指摘的裁定中已闡明,由於營業競爭限制防止法第100條第1項之限制,使同法第97條第7項僅適用於高於最低金額的採購。對於小額採購立法者已有意不予考慮給予請求遵守採購規定之主觀權利。此等由邦高等法院所為之一般法的解釋,除了符合通說(參閱眾多文獻中之Binder, ZZP 2000, 頁195【202】; Dreher, NZBau 2002, 頁419),亦為合憲(無憲法上之疑慮)。

b)基本法第12條第1項也排除了作為提起訴訟人(憲法訴願人)主觀權利的基礎。

以私法上的行為形式與私人在同一等級行為之國家機關是否並且到何種程度依據基本法第3條受到職業自由之基本權利的拘束,在本案毋須裁判。縱使從事政府採購的國家機關應受基本法第12條第1項的原則上之拘

束,此等基本權利拘束的射程範圍亦決定性的取決於基本權利的保護方向與保護內容。得標廠商獲得之政府採購原則上沒有觸及未得標廠商之職業自由的保護領域。

aa)在現存的經濟秩序中基本法第12條第1項的自由權利保護個人或在市場的企業與職業有關的行為(參閱聯邦憲法法院裁判全集105, 252【265 ff.】; 106, 275【298 f.】)。在市場的企業之職業行為如係依據競業的原則而實現,自由保護的射程範圍亦經由實現與限制競業的法律上規定共同被決定。基本法第12條第1項保障在此範圍內按其功能條件的競業之參與(參閱聯邦憲法法院裁判全集105, 252【265】; 聯邦憲法法院第一庭2006年3月14日之裁判-1 BvR 2087/03 u. a.-, EuGRZ 2006, 頁159【165】)。反之基本權利沒有包括請求在競業之成功和請求未來之競業可能性的保障(參閱聯邦憲法法院裁判全集24, 236【251】; 34, 252【256】)。毋寧,競業地位和營業額以及利潤皆受到依市場關係持續改變的風險。

從事政府採購行為的國家機關不是由外部影響競業,而是自身處於競業上的需求之一方而為行為並且開啟介於可能的供應商之間的採購競爭。此等國家機關之行為與現存的經濟秩序的功能條件一致。此等經濟秩序的一項本質要素乃是需求者利用在供應

方存在的競爭為其目的，藉此其得以比較相互競爭的供應價格並由此決定對其最有利者。就此而言需求者之任務原則上在於，其依據何等標準並且以何等程序選擇最有利的供應價格。爰此，處於供應方的競爭者始終須承擔需求者將選擇相較之下更有利的其他供應價格之風險。供應商透過自行的競業行為經由競爭的供應價格進行競爭的挑戰。

在國家以作為在市場的需求者使用競爭的手段時，原則上亦須尊重一般現行有效的實現和限制競爭之規定，尤其是抵制經濟權力的濫用之規定（參閱GemSOGB, BGHZ 97, 312【316】）。反之，預算法係為課予作為採購機關之國家為採購公開招標並且尊重經濟性之要求之義務，而非為了保障競業或為了國家之需求行為而設立特別的競業規定。預算法上規定的目標更確切地說應是更經濟節約的使用有公共利益的預算。供應商為謀求已公開招標的採購之競爭被利用為達成此等目標之手段，但本身卻不是預算法規範的目的。

bb)由於特別的情況提起訴訟人（憲法訴願人）在有爭議的政府採購被排除，儘管可能在職業自由予以衡量，因為其按目標與影響作用乃被評定為基本權利之侵害的替代國家措施（參閱聯邦憲法法院裁判全集105, 252【273】；105, 279【303】），然提

起訴訟人（憲法訴願人）並沒有說明而且此亦非明顯的。單僅提起訴訟人（憲法訴願人）自限於獨獨以建造交通安全領域措施為競業項目，且於此範圍實際上僅有國家作為採購機關列入考慮之情況，則採購決定亦沒有構成功能上等價之侵害。

c)不過，提起訴訟人（憲法訴願人）在司法救濟請求權範圍內得以請求法院救濟的一項主觀權利，係在公平對待之請求（基本法第3條第1項）。每一國家機關在行為時，不論行為形式和涉及的生活領域，應尊重在平等原則中鑄記的公平正義理念。此等行為始終負有公共福祉之義務，有別於在私人以自由的自我決定實現的行為。恣意的差別待遇無助於公共福祉。

因此應禁止進行政府採購的國家機關恣意的決定採購的程序或標準。此外事實上的採購實務可能導致行政之自我約束的結果。由於此等自我約束採購規則作為採購之程序與標準的行政內規應有間接的對外效力（參閱聯邦憲法法院裁判全集73, 280【299 f.】；111, 54【108】；聯邦行政法院裁判全集35, 159【161】；104, 220【223】；BGHZ 139, 259【267】；Dörr, DÖV 2001, 頁1014【1017】）。每一投標者必須獲得公平的機會，按照特別的採購之重要標準和規定之程序受到考量。偏離此等預先規定

可能意謂著基本法第3條第1項之侵害。就此每一投標者具有一項主觀權利，為此有效的權利救濟必須受到保障。（參閱聯邦憲法法院第一庭2006年5月23日之裁判-1 BvR 2530/04-，BB 2006，頁1702【1703】<sup>1</sup>）。

2.然而關於總額低於標準最低金額的政府採購之審查的聲請，邦高等法院作成程序不合法之裁判，並未侵害一般司法救濟請求權。在法規範中規定的權利保護之可能性已滿足法治國（原則）之要求。

a)形塑並保障權利保護制度，使有效的權利保護為個別尋求法律救濟者而存在，乃是立法者之任務（參閱聯邦憲法法院裁判全集107, 395【408】歷來裁判實務）。

在介於為可能的廣泛之權利保護而鬥爭的個人利益與相對立的利益之間的衝突中，立法者必須決定是否在一般權利保護規範中已規定的保護可能性已足，抑或應設立特別之規定。司法救濟請求權並非直接了當的，或要求在眾多不同的利益涉及的情況中去實現個別尋求法律救濟者的權利保護的最大可能性。毋寧，其係以涉及之法律上受保護之利益的正確適當之重要性與分配為目標。

應包括在內的是尋求法律救濟者在其主觀權利的有效保護之利益（參

閱聯邦憲法法院第一庭2006年5月23日之裁判-1 BvR 2530/04-，BB 2006，頁1702【1706】<sup>2</sup>）。立法者在權利保護之形塑時亦負有責任，調和互相競爭與緊密相連的利益，並且此等調和必須能勝任所有符合比例之方式（參閱聯邦憲法法院裁判全集88, 118【123 ff.】；93, 99【107 f.】）。對此立法者應有評價暨判斷餘地，此等須援引各該涉及的利益之優劣的判斷與不同的法律上受保護的利益之後果的利益衡量（參閱聯邦憲法法院第一庭2006年3月14日之裁判-1 BvR 2087/03 u. a. -，EuGRZ 2006，頁159【167】）。

當立法者在一種不同的利益涉及的情況形塑權利保護時，由一般司法救濟請求權對立法者是否得出特別的標準，僅能顧及到正是具體涉及的利益情況的特性為判斷。立法者必須尊重尤其有利於尋求法律救濟者之基本權利的保護內容，亦須尊重有利於第三人之基本權利的保護內容，且是其權利經由被請求的權利保護而受波及的第三人，同時在此兼顧特別領域之特性。如因公共利益而權利保護可能性被擴展或限制，此等利益的重要性亦應納入衡量。

b)依照此等標準以下之見在憲法上無可指摘，即提起訴訟人（憲法訴

<sup>1</sup> 前揭 Nr. 1，頁1（11以下）。

<sup>2</sup> 前揭 Nr. 1，頁1（21以下）。

願人)之權利保護依一般權利保護規範而定，無須為第一次權利保護之實現建立特別的防護措施。

aa)聯邦憲法法院審查之客體係專業法院對於一般法的解釋之結果，就此首先負有解釋之責任為專業法院。依照邦高等法院之法律見解，提起訴訟人(憲法訴願人)在得標(決標結果)通知之後不應具有針對有爭議的採購決定的第一次權利保護。提起訴訟人(憲法訴願人)在法律上是否有可能事先以暫時權利保護之途徑防止決標結果的問題(就此參閱OLG Stuttgart, 2002年4月11日判決-2 U 240/01-, NZBau 2002, 頁395; OVG Bautzen, 2006年4月13日裁定-2 E 270/05-, NZBau 2006, 頁393; Dreher, NZBau 2002, 頁419【426 f.】; Pietzcker, NJW 2005, 頁2881【2882】), 邦高等法院並未裁決。如同常例, 此等可能性在本案無論如何僅在理論上存在。提起訴訟人(憲法訴願人)沒有及時得知預期的採購決定(之結果), 以便能對於這樣的程序提起訴訟。就高於最低金額之採購適用的政府採購命令第13條規定契約的無效, 在沒有事先通知未得標者即生效, 此等依據邦高等法院之見解並不適用。實際上提起訴訟人(憲法訴願人)係一開始就參考該規定指出以損害賠償或確認之訴之形式的權利保護。

bb)一般司法救濟請求權應使尋求法律救濟者在最大可能情況下亦免於受到以下損害: 即經由一項措施的立即執行創造了事實, 但此等事實, 係因證實了措施為違法, 而不能再回復原狀(參閱聯邦憲法法院裁判全集35, 263【274】; 37, 150【153】; 46, 166【178】; 51, 268【284】; 65, 1【70】; 67, 43【58】; 79, 69【74】; 93, 1【13】)。由一般司法救濟請求權對於此等目的亦能得出國家機關之程序的先行效力的結果, 此等程序位於一項法院的權利保護程序之前(參閱聯邦憲法法院裁判全集61, 82【110】; 69, 1【49】)。在形塑權利保護時立法者必須在尊重各該衝突情況的特性上互相調和不同的相關之利益。

由採購決定看來, 在立法者的形成餘地中, 採購機關在一個順利的完成措施之利益與得標廠商在立即的法安定性之利益上應優先於未得標廠商在第一次權利保護之利益並且通常將後者限於第二次權利保護。立法者在憲法上並不負有義務, 在採購法中去創設一項在事實上亦可實現的第一次權利保護之可能性。尤其立法者不須規定採購機關負有及時通知未得標廠商之義務, 如同此等對於高於最低金額之採購在政府採購命令第13條中出現一般。

(1)法院對於採購決定的審查必須解決在一種法律關係的衝突情況,

參與此等法律關係者係：國家機關，為履行其公共任務，進行有爭議之採購；再者，得標廠商，有迅速的得標決定和可信賴的履行契約之利益；最後是未得標廠商如提起訴訟人（憲法訴願人），有其在私法上形構之程序權利的盡可能有效保護之利益。

愈是大大的擴展未得標廠商的權利保護可能性，愈可能妨礙或甚至破壞不僅是最後應有利於履行採購的公共利益，而且亦是得標廠商之利益。由於審查程序需要的時間上和實質上的耗費，採購的經濟性能受損害。一項如此之程序可能導致此等結果，不論未得標廠商之指摘是否最後在實體法上證實為有理由或無理由。此外亦存在未得標廠商利用不正當的或甚至濫用其權利保護可能性的方式之風險。而且由此也可能產生不符經濟的採購或完全未達到採購目標之情形。

如另一方面拒絕給予未得標廠商在程序形成上的第一次權利保護，此等不僅是妨礙在法律上有理由的個人請求之實現，同時也可能危害行政之依法行為的利益以及更經濟的使用預算的公共利益。每一公共利益亦應符合不僅是得標廠商也是未得標競爭者的相衝突的私人利益。公共利益與私人利益複雜的交織不能以等同程度的滿足所有利益之方式解決。

(2)在本案應審查的採購法上權利保護之規範，立法者已遵守其形成

餘地的界限。其得以對未得標廠商特別在第一次權利保護之利益和其他涉及的利益之關係為較不重要的評價。

未得標廠商在一樁採購的經濟上利益並不享有如此的憲法上之保護（見上述1 b），而僅是在程序的形成和選擇以及採購之標準的適用上應尊重平等原則（見上述1 c）。未得標廠商因為採購而在一個只不過是營業的機會，而非在其個人的法律地位受到波及。如使未得標廠商得提出損害賠償請求權，則原則上其以獲得營業機會為目標的利益經由一種如此的請求權能獲得調和。此外於衡量時得以被考慮類型化的是，個別的採購對於廠商在一般情況下僅僅表示諸多營業可能性之一。

憲法上無可指摘的是，立法者認為，相較於未得標廠商之利益，一個迅速的採購決定之利益和因此在一個措施的立即執行的可能性之利益更為重要。低於最低金額之採購乃主要常態。假使為了如此的採購始終須作出特定的程序預防措施，以實現有效的第一次權利保護，則此等可能嚴重的損害行政工作。一方面會提高在此等採購的行政耗費，另一方面可能導致在履行政府採購的瓶頸，蓋為此以採購所購置的產品或勞務係亟需的。

如未得標者在有效的第一次權利保護之利益得被評價為較不重要，而經由一項如此的第一次權利保護在他



方面觸及的私人與公共利益如得被評價為較重要，則憲法上無可指摘者，係立法者已認為在一般法規範中具有的第二級權利保護已足而且沒有特別應採取的、為得以實現第一級權利保護之特別防護措施，例如課予在給予得標之前通知未得標廠商之義務。

(3)然而一般司法救濟請求權對私法上和民事訴訟法規範上產生解釋與適用之影響，一位未得標者得以此為依據，以獲得於政府採購時違法被排除（不受考慮）的權利保護。由規範的構成要件之前提要件與法律效果得出未得標廠商的一項損害賠償請求權，必須在一種尊重基本法第3條第1項為目標的未得標廠商之權利保護利益的方式充分的被考慮。此外，對未得標廠商開啟的確認之訴，此等如同往例要求一項各該充分的確認之利益，如此始符合司法救濟請求權。

### III.採購金額高於最低金額的採購決定之權利保護有別於低於最低金額者之形塑並未違反基本法第3條第1項

採購金額高於最低金額的採購決定之權利保護有別於低於最低金額的採購決定之形塑並未違反基本法第3條第1項。立法者對此已有特別的規定，同時亦規定了在歐洲法準則的相關預先規定轉化到對於高於最低金額的採購決定的權利保護可能性（見前述A I 1）。在本案不須裁決的是，基

本法第3條第1項是否能要求對於沒有由此等準則涵括的事實情況之創設，如同歐洲法上預為規定的相同規定，或是否基本法第3條第1項就此而言不適用（見解爭議參閱如Epiney, Umgekehrte Diskriminierungen, 1995, 頁426以下；Osterloh, in: Sachs, GG, 3. Aufl., 2003, Art. 3 Rn. 71; Heun, in: Dreier, GG, 2. Aufl., 2004, Art. 3 Rn. 11；全部詳細說明亦參閱奧地利憲法法院2000年11月30日之判決-G 110/99 u. a. -, VfSlg. 16027/2000）。即使基本法第3條第1項作為適用的準則，亦不存在基本權利之侵害，蓋本案之差別待遇（以下1）實質上有充足合理的理由（以下2）。

1.營業競爭限制防止法第100條第1項之規定在兩方面導致政府採購的差別待遇：採購金額達到或超過每次標準最低金額的採購，反之低於最低金額的採購。

一方面營業競爭限制防止法第97條第7項僅在營業競爭限制防止法之採購法的適用範圍內提供企業一項請求遵守採購程序之規定的主觀權利。低於最低金額的採購沒有一般法上的主觀權利。另一方面營業競爭限制防止法第102條以下提供謀求政府採購的投標廠商去實現其關於個別的採購決定之主觀權利的一項特別的權利保護程序。反之，針對低於最低金額的採購決定想要採取行動的企業，則依

然參酌適用一般權利保護可能性。此等由於第一次權利保護乃停留在依據營業競爭限制防止法第102條以下的程序之後。通常實際上完全排除第一次權利保護，因為在此期間已經給予得標通知。

2.惟介於高於和低於最低金額的採購之間的差別待遇已因充分的理由而合憲（證明有正當理由）。

a)由一般平等原則得出按規範客體與差別待遇之要素的立法界限，此等乃從單純恣意禁止到比例原則之要求的嚴格拘束（參閱聯邦憲法法院裁判全集101, 54【101】；103, 172【193】）。一項嚴格的審查標準特別顯示在法律規定導致介於規範對象類型之間的差別待遇，而非僅僅只是介於事實情況之間的差別待遇（參閱聯邦憲法法院裁判全集90, 46【56】；91, 346【362 f.】；99, 367【388】；100, 195【205】；103, 310【318 f.】）。當規範對象或事實情況的差別待遇對於基本權利保護的自由之行使愈能造成強烈不利的影響，由平等原則得出愈嚴格的立法界限（參閱聯邦憲法法院裁判全集89, 15【22 f.】；90, 46【56】；97, 271【290 f.】；99, 341【355 f.】；103, 242【258】；105, 73【110 f.】）。

依據此等標準於本案並未顯示比恣意之禁止更嚴格的基準為審查之依據。針對採購決定在權利保護之區別不是與特定規範對象類型的歸屬性連

結，而是與應行的採購的經濟上金額高低連結。此等是一項純粹的涉及事實情況的標準。規範對象類型的間接的差別待遇亦非明顯。再者，高於和低於最低金額的政府採購的差別待遇沒有對於基本權利保護的自由之行使發生影響。此等政府採購應僅僅以一般平等原則為衡量（參閱前述II 1 c）。於政府採購時的被排除（不受考慮）原則上不涉及自由權的保護領域，特別是基本法第12條第1項的職業自由（參閱前述II 1 b）。

b)在基本法第3條第1項作為恣意禁止的形構中沒有要求立法者在眾多可能的解決方法中選擇最符合目的或最理智者。一項可能受到聯邦憲法法院指摘違反平等原則之情況為，當受指摘的法律規定和因此導致的差別待遇顯然沒有實質的理由（參閱聯邦憲法法院裁判全集83, 1【23】；89, 132【141 f.】；91, 118【123】；99, 367【389】）。依此標準按最低金額的差別待遇無可指摘。

aa)政府採購有助於公共資金的經濟運用。在預算原則法第6條和第30條以及預算法相關之規範中反映出來的此等規範目標的結果是關於採購之規定特別遵循經濟上的觀點。如採購程序之特定法律上的標準導致採購價格的提高，則對於其採用以如此的經濟上的觀點考量而為決定係正確適當的。

賦予個別企業主觀權利以實現關於採購程序的法律規定，將因此同時動員客觀法之實現，而客觀法又是對準經濟性的目標。就此被賦予主觀權利的個人正亦有助於客觀法上處於中心地位的採購程序的經濟性。

然而此等動員亦含有政府採購的經濟性風險。如由個人發起對於合法的採購程序之審查，則產生程序費用，且無須此等費用和經濟性利潤就會產生對立。再者，給予競爭者權利保護之可能性受不當利用或甚至濫用之危險始終存在。政府採購的經濟性也因此遭到破壞。此外，不論採購的合法性，審查程序經常帶來的拖延可能造成他方面的花費。最後，由於此等拖延，且為此之故應籌措資金，則政府採購的執行可能受到損害甚或被耽誤了。

企業得參與採購程序的主觀權利是否以及何時遵守程序規定而增加或妨礙採購的經濟性，需要複雜的鑑定和評估，此乃立法者之職責，其對此享有廣泛的餘地。

bb) 立法者於按照最低金額決定採購法的二分化時已堅守此等餘地。

依據立法者的解決辦法，一般法上的主觀權利是否存在並且是否得以

開啟營業競爭限制防止法第102條以下規定的特別審查程序，係取決於政府採購的價額規定。當法律的出發點是在此等程序可能帶來的經濟性之可能利潤因採購的數額而提高時，以及高於最低金額之採購決定的利益不因與營業競爭限制防止法第102條之審查連結的費用而消失時，在憲法上乃無可指摘。

由於此等實質情況立法者得以在決定進入營業競爭限制防止法第102條以下之審查程序時以取決於是否達到特定採購總額的類型化規定為之，即使此等僅增加微不足道的界限。基於共同體法上的理由藉由採用高於最低金額之有效的第一次權利保護必須受到保障，立法者已遵循對特定（超越界限）採購的重要性有效的標準值，原則上立法者實亦能無須歐洲法上的預先規定而選擇此等標準值。因此以歐洲法上預為規定的類型化為出發點並不違憲。

法官：Papier Haas法官已卸任因此沒有簽名，  
Steiner Hohmann-Dennhardt  
Hoffmann-Riem Bryde  
Gaier Eichberger