「政府舉辦運動博奕」判決

BVerfGE 115, 276

德國聯邦憲法法院第一庭2006年3月28日判決

– 1 BvR 1054/01 –

詹鎮榮 譯

要目

裁判要旨

案由

裁判主文

理由

- A. 憲法訴願之標的
 - I. 運動博奕之種類與發展
 - II. 相關法律規定
 - III. 事實與爭點
 - IV. 憲法訴願人之主張
 - V. 相關機關團體之意見
 - VI. 言詞辯論中之陳述
- B. 憲法訴願部分合法
- C. 憲法訴願部分有理由
 - I. 巴伐利亞邦彩券條例違反基本法第12條第1項之規定
 - II. 系爭法規範違憲之效果與立法者之改善義務
 - III. 系爭行政法院裁判效力之存續

D. 墊款償還

關鍵詞

運動博奕 (Sportwette)
公開博奕 (öffentliches Glücksspiel)
彩池均分制 (Totalisationsprinzip)
固定勝率制之博奕 (Oddset-Wette)
國家之博奕獨占
(staatliches Wettmonopol)
職業自由 (Berufsfreiheit)
賭癮之對抗
(Bekämpfung von Wettsucht)
比例原則
(Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)
私人博奕企業
(private Wettunternehmen)
彩券邦際協定
(Lotteriestaatsvertrag)
評估及預測餘地 (Einschätzungs-
und Prognosespielraum)

裁判要旨

運動博奕之國家獨占，唯有始終以對抗賭癮危害之目標為取向者，始與基本法第12條第1項所規定之職業自由基本權意旨相符。

案 由

在K小姐不服2001年3月28日聯邦行政法院判決-BVerwG 6 C a) 2.01-，以及b) 2000年8月30日巴伐利亞邦高等行政法院判決-22 B 00.1833-所提起之憲法訴願程序中，以Prof. Dr. Konrad Redeker以及Koll律師，Mozartstraße 4-10, 53115 Bonn為訴訟代理人，並由聯邦憲法法院-第一庭-在Papier院長、Haas法官、Hömig法官、Steiner法官、Hohmann-Dennhardt法官、Hoffmann-Riem法官、Bryde法官以及Gaier法官之參與下，根據2005年11月8日所進行之言詞辯論，作出有理由（für Recht）之判決。

裁判主文

1.根據1999年4月29日巴伐利亞自由邦舉辦彩券及博奕條例（邦彩券條例：Staatslotteriegesetz）（Bayerisches Gesetz- und Verordnungs-blatt Seite 226）規定，巴伐利亞邦境內之

運動博奕，唯有巴伐利亞自由邦始得舉辦，並且從事商業性之銷售。然而此等獨占規定，並非始終以對抗賭癮危害之目標為取向，故根據判決理由，乃與基本法第12條第1項規定不符。

2.立法者負有義務，至遲於2007年12月31日之前，根據理由所揭之憲法旨趣，對運動博奕之舉辦與銷售重為規定。

3.新規定公布前，邦彩券條例得在符合理由所揭意旨之情形下，繼續適用之。

4.憲法訴願其餘部分駁回。

5.巴伐利亞自由邦應返還憲法訴願人所為之必要墊款。

理 由

A.憲法訴願之標的

本憲法訴願，乃涉及到運動博奕之舉辦與銷售。在此，當個別投注者對未來體育賽事之結果作出正確預測時，舉辦人負有根據一固定之勝率，將投注金（Wetteinsatz）增倍給付之義務。

I.運動博奕之種類與發展

關於體育賽事之博奕，在一方面，有採行「彩池均分制」（Totalisationsprinzip）者，亦即將投注金總額之一部分，分配予正確預測結果之獲

勝者。傳統之足球博奕，即為適例。與此不同者，則為「博奕仲介人制」（Buchmacherprinzip）（固定勝率制博奕：Oddest-Wetten）。在此，所謂的「勝率」（odds），乃以如下方式設定之：亦即舉辦人先行擬定一固定之勝率，而當某一或多項體育賽事發生特定之結果時，則無論如何應依此勝率，對博奕獲勝者為給付。在賽馬運動中，此種類型之博奕，已運行多年。在德國，根據被視為是聯邦法律而繼續適用，並且經由聯邦立法者多次修正之1922年4月8日賽馬博彩條例（Rennwett- und Lotteriegesezt）（RGBI I S. 335, 393）規定，此種固定勝率制博奕，乃由取得特許之商業博奕仲介人提供之。在外國，此種類型之博奕亦存在於其他運動項目與賽事。在1990年予以自由化，但僅適用至兩德統一為止的營業法基礎上，德意志民主共和國之官署曾經核發若干少量之運動博奕商業供給許可。自此以降，在德國亦存在有商業性運動博奕之提供。自1999年起，乃由各邦之彩券企業，以合組成「德國樂透彩暨運動彩聯盟」（Deutscher Lotto- und Totoblock）之組織形式，提供固定勝率制之運動博奕，並經由樂透彩投注站以及網際網路，進行銷售。

II. 相關法律規定

1. 聯邦法律透過刑法第284條規定，將未經許可之公開博彩，科以刑

罰制裁。根據該條第1項規定，「未有官署之許可，公開舉辦或從事博奕，或提供博奕之機具者」，處二年以下有期徒刑，或併科罰金。此外，根據刑法第284條第4項規定，從事公開博彩之廣告者，處一年以下有期徒刑，或併科罰金。

除了在2002年8月24日第三次營業法及其他營業規定修正條例（BGBl I S. 3412, 3420）版本中所包含之賽馬博彩條例，允許於馬匹能力公開審核（öffentliche Leistungsprüfungen für Pferde）時得進行博奕之外，聯邦法律不再承認有其他之條件，據之得以核發足以阻卻刑法第284條第1項可罰性之許可。

2. 與此相連結者，各邦在邦法基礎上，許可邦或由其所支配之私法組織形式企業，得以發行博彩。在巴伐利亞邦，此乃被規範於1999年4月29日公布之巴伐利亞自由邦發行彩券及博奕條例（邦彩券條例）（BayGVBl S. 226）之中。根據該條例第1條規定，在不涉及根據賽馬博彩條例所發行之博奕、賭場之經營，或是由南德分期彩（Süddeutsche Klassenlotterie）所發行之彩券範圍內（第2項），本法對巴伐利亞自由邦所發行之博彩，適用之（第1項）。

根據邦彩券條例第2條規定，巴伐利亞自由邦舉辦包含附加簽注（Zusatzspiele）（第2項）在內之彩券及

博奕形式（第1項）的射倖活動；其種類、方式與範圍，由邦財政部定之（第3項），並且由歸屬於該部事務管轄內、無獨立法人格之邦機構性質的邦彩券行政辦理之（第4項）。依據第5項規定，邦彩券行政在財政部同意下，得將博彩委託私法人辦理之。但以巴伐利亞自由邦為該私法人之唯一股東，並且該法人受財政部之監督者為限。

邦彩券條例除了定有由投注站就巴伐利亞自由邦所發行之博彩進行商業性銷售（第3條）之規範外，尚包含有官方之投注條件、投注金額之分配（第4條），以及與其他邦共同發行及辦理博彩（第5條）等其他規定。

3.透過2004年7月1日生效之德國彩券制度邦際協定（BayGVBl 2004, S. 230；以下簡稱為：彩券邦際協定），各邦創設了賭場以外博彩之發行、辦理，以及商業銷售之全聯邦統一框架。根據彩券邦際協定第1條規定，本協定之目標為：

1.將人民之博奕天性，導引至正規且受監督之途徑，尤其防止其朝向不合法之博彩偏倚；

2.防止過度之博奕誘惑；

3.排除賭性遭到私人或商業營利意圖之濫用；

4.確保博彩得以合秩序，且有所據地實施；

5.確保博彩收入之大部分，用以

促進稅捐法意義下之公共或稅捐優惠目的。

為達上述目的，彩券邦際協定第4條規定：

一般規定

(1)公開博彩之發行、辦理與商業銷售，應符合第1條所規定之目的。

(2)公開博彩之發行、辦理與商業銷售，不得違反青少年保護之必要性；未成年人不得參與博彩之投注。

(3)博彩廣告之種類與範圍，必須適宜，且不得違反第1條所定之目的。廣告不得誤導，尤其不得以誘發不正確中獎機會之想法為目的。

(4)發行人、辦理人，以及商業性之投注銷售人，應備置有關賭癮、防治，以及治療可能性之資訊。

在彩券邦際協定之目的範圍內，各邦根據第5條規定，負有確保博彩獲得充分供給之秩序法上任務（第1項）。此等任務，各邦得以在邦法之基礎上，自行、透過公法人，抑或透過政府高比例參與之私法上公司執行之（第2項）。除非獲得其他邦之同意，否則博奕供給任務應限制在各邦地域範圍內執行之（第3項）。此外，彩券邦際協定第14條則進一步規定商業性投注銷售所應具備之要件（第2項），並且使此等義務之維繫，受到主管機關之監督（第3項）。

III.事實與爭點

1. 憲法訴願人基於賽馬博彩條例所核發之許可，在慕尼黑經營一處博奕場所。其作為博奕仲介人，乃從事商業性投注，並且銷售賽馬博奕。1997年7月，憲法訴願人向邦首府慕尼黑市申請擴展營業內容，擬銷售運動博奕予其他歐盟國家之博奕企業。市政府在會商巴伐利亞邦內政部後，拒絕其申請。蓋此乃涉及刑法第284條所規定具可罰性之公開博彩的一般禁止。

憲法訴願人遂以慕尼黑市為被告，向邦行政法院提起訴訟，要求確認除賽馬博奕之外，固定勝率制運動博奕之舉辦，係無庸取得許可。憲法訴願人並且附帶地要求，其得以向歐盟其他成員國家進行運動博奕之銷售。有鑑於在訴訟繫屬期間所提出，但卻遭到被告拒絕之核發許可申請，憲法訴願人復提出備位聲明，請求法院課予被告核發運動博奕發行或銷售許可之義務。

2. 行政法院認為，確認之聲請不合法，應予駁回。然而，在課予被告願及法院法律見解下，對於核發許可之申請負有重新裁決義務之範圍內，則認為課予義務之聲請為有理由（*SpuRt* 2001, S. 208）。本質上，法院係立基於如下之思考而為判決：被告應本於基本法第12條第1項之規定，依合義務性之裁量，對於憲法訴願人之申請作出決定。蓋有關運動博奕企

業主之此類職業—邦法上—規定，並不存在。在憲法訴願人具有可信賴性，以及應由被告加以確認之活動不具危害性之前提要件下，被告應核發無疑慮之證明。

3. 對於公益代表人之上訴，邦高等行政法院駁回憲法訴願人之訴，以及公益代表人所提起之上訴（*GewArch* 2001, S. 65）。

訴訟所請求之確認，乃違背在巴伐利亞邦境內，禁止發行與銷售固定勝率制運動博奕之規定。固然，巴伐利亞邦邦法，尤其是邦彩券條例，既未明文規定此種禁止，亦未規定取得許可之必要性。然而，由邦彩券條例卻可以探知，邦立法者欲維持刑法第284條第1項所禁止之未經許可的公開博彩。當足以阻卻刑罰之博彩許可既未在聯邦，亦未在邦之行政法規中予以規定時，此等刑法上之規定依舊禁止博彩之發行與銷售。刑法第284條第1項乃包含了附許可保留之抑制性禁止（*repressives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt*），其目的乃在於防止因人民之嗜賭性遭受到濫用所引發之危害。

同樣地，核發許可之申請亦不具理由。雖然巴伐利亞邦之法制情況，係在憲法尚所可容忍之邊緣擺盪。然而，訴願人並不享有由基本法第12條第1項所推導出之核發許可請求權。固然，公共安全之利益，非必然優先

於私人選擇以博奕業作為職業之利益。惟邦立法者業已將博彩之供給，保留予國家。蓋較之於國家監督私人經營而言，使人民免於遭受到因嗜賭性所生之危害，應受到更佳之保障。此等以最佳危害防禦為取向之嚴格規範架構，係經由刑法第284條第1項之規範目的而呈現出正當化，並且在事實上亦獲得有效之貫徹。

4. 聯邦行政法院駁回上訴（BVerwGE 114, 92），高等行政法院之判決並不違反聯邦法律。

運動博奕為刑法第284條第1項意義下所稱之博彩。該條文係屬針對有害於社會，而不被期待之行為的一種禁止規範。此外，刑法第284條科處刑罰之目的，乃在於防止過度利誘引發博彩之需求、藉由國家監督之介入以保障合秩序之賭博歷程，以及避免博奕天性因私人或商業之營利目的而遭受到濫用。立法者透過此等之目的設定，在刑法改革框架下，業已強化刑法第284條之規定。此規定主要乃立基於下列之假設：博彩由於對於賭客之心理（賭癮）以及經濟狀況（財產損失）可能會產生影響，並且具有導致犯罪之特性，尤其是在洗錢範疇，故原則上係不被期待的，甚而是有害的。

另一方面，立法者亦明知賭性不可能完全地受到抑制。是以，刑法第284條第1項透過足以阻卻刑罰之行政

機關許可方式，為賭性提供了一項疏導機制。對刑法享有立法權之聯邦立法者而言，乃有義務在合比例之範圍內，決定將何種行為評估為是具危害性的，並將其置於刑罰威脅之下而禁止之。倘某一行為原則上被評價為應受到刑罰之制裁，則此等評估乃是根植於該行為對於所欲保護之法益，構成了一般性之危害。從而，若吾人對於刑法第284條第1項作如下理解，則將與發行博彩具有危害性之法律上評估，有所未合：亦即唯有當博彩在違反現行有關許可必要性規定之情形下，未經許可而發行或銷售時，刑法始應予以介入。在聯邦憲法法院2000年7月19日之賭場裁定(Spielbankenbeschluss)- 1 BvR 539/96- (BVerfGE 102, 197 <223 f.>) 中，亦同樣是建立在將刑法第284條第1項理解為抑制性禁止規定之基礎上。

聯邦法律對於本案所稱之博彩，並不容許其得以免除刑法第284條第1項所規定之抑制性禁止。根據高等行政法院之不可逆性的闡述，允許私人發行固定勝率制運動博奕，並予銷售之邦法規定，亦付之闕如。作為邦法而繼續適用之1937年3月6日發布的公開彩券及開獎許可辦法 (Verordnung über die Genehmigung öffentlicher Lotterien und Ausspielungen) (RGBl I S. 283; BayRS 2187-3-1)，對於本案所系爭之運動博奕，亦未有所規定。

即使是邦彩券條例，亦未包含有私人得以舉辦運動博奕之相關規定，毋寧乃將此等類型博奕之發行，保留予國家之彩券行政。

據此，在巴伐利亞邦所存在之全面禁止私人發行與銷售固定勝率制博奕情形，並不違反基本法，尤其不違反基本法第12條第1項之規定。固定勝率制博奕之商業性發行與銷售，雖屬於基本法第12條第1項之保護範圍。然而，固定勝率制博奕之禁止，則具有正當性。一般而言，藉由職業許可客觀條件對職業選擇自由基本權之限制，唯有當其係為了防止特別重大公共利益受到可被證明或是極有可能之重大危害所必要時，始予容許。倘若某一職業執行規範—例如在憲法訴願人之情形—，趨近於客觀之職業進入規定者，則其應透過公共利益予以正當化；且此等公共利益應是如此之重要，以致於必須「優先於職業障礙」(BVerfGE 77, 84 <106>)。在2000年7月19日之裁定(BVerfGE 102, 197)中，聯邦憲法法院業已針對選擇以作為賭博業者為職業之案例，減少對於職業為客觀許可限制所必備理由之重要性要求。

有鑑於公開博彩將威脅到人民以及博彩業者之危害防禦觀點，限制職業進入若是為了保護特別重大公益所需要者，則其本身即是被容許的。此等前提要件，在此業已滿足。經由公

開之博彩，人民受到危害之威脅。此乃涉及到個別投注者及其家屬之財產；且在財產損失之情形，則間接涉及到公預算之支付能力。就賭癮而言，則涉及到投注者之健康。刑法則是根植在將上述所稱法益評價為特別重大公共利益之的基礎上，就如同透過第六次刑法改革法，將刑法第284條以下規定予以加重化一般。立法者透過抑制性禁止之規定，認定可防止或減少因參與博彩所預計帶來危害，係根植於其對於此等危害所作之評價。

巴伐利亞邦立法者公布邦彩券條例時，亦由相同之評價出發。藉由此條例，人民之博奕願望一方面應可獲得實現。然另一方面，因此而可能引發之危害「賭癮及其負面影響，例如生活基礎之毀滅、取財犯罪、操控、詐欺、洗錢，以及由不法之私人博彩發行人所為與規定不符之贏款給付等」，亦可同時維持在最低之限度。

立法者對於博彩所可能帶來上述危害之假設，係不得受到駁斥。尤其從賭馬所呈現出之正面經驗以觀，並無法導出立法者之危害預測，將因其他類型之運動博奕而受到動搖。毋寧，賭馬僅涉及到範圍狹小，故較易具有可預見性之體育賽事而已；並且在特殊之經濟狀況下，亦能較輕易地對抗私人之「隱性簽注仲介人」(Winkelbuchmachertum)。此等特殊領域之經驗，不容許毫不猶豫地移植至

有類似歷程之其他博奕，並為相同之預測。同時，此也禁止對於固定勝率制博奕業者以及賭馬仲介人作具有不被容許之不平等對待的評估。

有鑑於邦立法者所享有之評估及預測餘地，其將固定勝率制博奕之唯一發行權劃歸予國家之彩券行政，並且透過刑罰制裁，以排除私人供給者之存在，對於防禦其所假設之博彩危害而言，應可視為是適宜且必要的。尤其有鑑於德國對此等新類型固定勝率制博奕之經驗欠缺，以及公眾感到普遍之興趣，故無須存有充分之明確支撐點，以證實在嚴格之特許與監督體系中，私人發行與銷售亦會如同國家自行發行一般，得以使博彩所引發之危害受到同樣效果之控制。此乃有別於聯邦憲法法院於2000年7月19日裁定（BVerfGE 102, 197）所根植之情形，蓋該裁定乃以賭場係由私人經營之長年且正面經驗作為基礎。在該裁判中，聯邦憲法法院認為邦立法者假設由國家自身經營賭場，較之於許可私人發行而言，得以對賭性之控制以及嗜賭性之防堵為較佳之保障，基本上無可指摘。

在邦彩券條例之制定過程中，同樣地受到強調：國家之彩券行政確保非自為追求獲利之博奕，及其辦理不受操控，且可受到信賴。發行人自我獲利之欠缺，可有助於賭性之防堵。此外，高等行政法院乃正確地指出，

固定勝率制博奕之特性，不僅在於有特別保護簽賭者個人免於受到博奕一般性危害之必要，更進一步涉及到個別契約之履行（*einzelvertragliche Abwicklung*）。蓋在此，並不存有一對於所有簽賭者皆具有拘束力之投注方案。於此情形下，基於重大公共福祉之理由而禁止固定勝率制博奕，對於私人之發行者或經銷商而言，亦屬期待可能。

縱然如此，在可能或應該取得固定勝率制博奕更多經驗之若干時間經過後，即使是觀察外國之私人發行情形亦屬可行，立法者應對其認為私人發行者及經銷商應遠離此等類型博奕之稍早預測加以審查，視其是否透過合理之考量，尤其是在參酌潛在感興趣者之基本權地位後，依舊得以被正當化。此外，立法者更應從事批判性審查，在國家獨占權下發行運動博奕對於防禦與此相關之危害而言，是否真正妥適，而不至於透過刺激性之廣告，使簽賭機會發生極端地大肆擴張之現象？尤其更應提出懷疑者，乃作為刑法第284條前提要件之博奕不被期待性（*Unerwünschtheit*），難道不會與國家自己之辦理行為發生無法解決之矛盾？縱然如此，立法者基於上述理由所作之評估，迄今仍不受質疑。

從歐盟法之規範中，並無法導出其他之評價。縱此，根據歐洲法院之

判決，向其他歐盟成員國銷售固定勝率制之博奕，乃屬於（新）歐盟契約第49條服務交易（Dienstleistungsverkehr）規定之範疇。當博奕之發行保留予成員國之國內法規範，實際上係透過「社會政策」之目標，尤其是限制此等活動之危害結果，而被正當化，並且合乎比例時，則歐盟契約中之服務交易規定，與此等成員國內國法規範間並不相衝突。於本案，正是如此之情形。

IV. 憲法訴願人之主張

1. 憲法訴願人不服邦高等行政法院以及聯邦行政法院裁判所提起之憲法訴願中，主張其基於基本法第12條第1項以及第3條第1項所保障之基本權利受到侵害，並且歐盟法之規定亦遭到違背。

a) 與系爭裁判之見解不同者，固定勝率之運動博奕並不涉及到刑法第284條第1項意義下之博彩，蓋此種類型之博奕，並非偶然（Zufall），毋寧是投注者之專業知識，決定博奕之輸贏。運動博奕與博彩亦不屬於不被期待之活動，蓋巴伐利亞自由邦透過運動博奕ODDSET之強勢供給，已使得運動博奕成為普遍存在之日常事件。基於相同理由，為正當化博奕獨占所提出之對人民有害說詞，亦同受質疑。準此，立法者在未充分調查堅實基礎之前，即草率地運用其預測及判斷餘地。同樣地，聯邦行政法院亦忽視

了在賽馬博彩條例之基礎上，已形塑了商業賭馬仲介業者，及其受國家監督之長年正面經驗；而且，憲法訴願人之請求，基本上亦僅是希望將博奕仲介業之活動，擴及至其他運動類型而已。相同之經驗，自1990年起事實上亦已存在於德國。若干尚握有德意志民主共和國許可之私人企業，仍提供商業性運動博彩。最後，在歐洲之其他國家，尤其是奧地利，商業性博奕企業亦受到許可。無論如何，博奕之龐大需要，在德國係屬存在。

b) 即使是存在有公共福祉強制理由之際，商業性博奕事業之排除，乃顯示出對職業自由之不合比例的侵害。商業性博奕供給之禁止，對於避免所號稱之危害並不適宜，蓋外國之博奕事業已在網際網路上供給一般民眾有各式投注之可能性。此外，排除商業性博奕事業既非必要，亦不具有期待可能。蓋所號稱之危害，並非源自於發行博奕之商業性質。商業性博奕事業之營利追求，不當地與操控及不可靠之概念同等視之。由國家或其所支配之公司提供博奕，能比對私人進行法律上管制，以及行政機關從事監督更完善地掌控所號稱危害之假設，並不具理由。毋寧，立法者在所謂的秩序法動機下，賦予國家博奕供給之專屬許可，實乃是為了優先追求國庫利益（fiskalische Interessen）。

基於相同理由，基本法第3條第1

項亦受到侵害。相對於國家發行者，以及相對於依賽馬博彩條例被許可之博奕仲介業者而言，商業性博奕事業乃受到違憲之不平等對待。

c)與聯邦行政法院之見解不同者，博奕獨占係與歐盟法不相契合。歐洲法院根據其1999年10月21日所作成之判決（GewArch 2000, S. 19），認為唯有當獨占所造成之限制，實際上主要係以降低博奕機會為取向，並且以博彩收入對社會活動為財政支應僅屬次要結果，而非限制性政策之原始用意時，獨占始具有正當性。有鑑於國家博奕供給之普遍性，以及國家發行博奕之國庫利益優先性，此等正當性理由難謂存在。

d)綜上所述，國家之博奕獨占在憲法上不應存在。為避免不合比例之侵害，從憲法角度應要求刑法第284條第1項作如下之合憲性限縮解釋：亦即固定勝率制之運動博奕，不應被視為是博彩，而應理解為一種技巧性遊戲（Geschicklichkeitsspiele）；從而，不應禁止其發行與銷售。

2.在聯邦憲法法院之要求下，憲法訴願人補充性地對於彩券邦際協定之效力表達意見，並且確認其截至目前為止所提出之主張。憲法訴願人主張，彩券邦際協定並不排除對刑法第284條第1項規定之憲法疑義，尤其是不排除對於系爭裁判所為解釋之質疑。蓋如同邦彩券條例一般，刑法第

284條第1項本身並不禁止博奕之發行與銷售。對此，該條項亦從未明文提及。根據彩券邦際協定之規範狀況，憲法訴願人遭受到違憲地拒發許可，並且在無聯邦行政法院所要求之批判性審查情形下，現行體系仍持續適用之。

V.相關機關團體之意見

針對憲法訴願，聯邦司法部以聯邦政府之名義、巴伐利亞邦政府、北萊茵邦政府、圖林根邦政府、邦首府慕尼黑市、德國博奕仲介業協會（Der Deutsche Buchmacherverband Essen）、自由歐洲博奕仲介業利益團體（Die Interessengemeinschaft Freier Europäischer Buchmacher）、歐洲博奕企業家協會（Der Verband Europäischer Wettunternehmer）、德國體育總會（Der Deutsche Sportbund），以及賭癮專業協會（Der Fachverband Glücksspielsucht）分別提出意見。

1.聯邦司法部主張憲法訴願為無理由。觀之刑法第284條第1項規定，原則禁止以及刑罰制裁兩者之間，應予區隔。對於職業自由之侵害，首先乃存在於刑法第284條第1項所規定之原則上禁止博彩發行與-無論如何視為共犯行為的-銷售。在此範圍內，禁止僅視為是一種需填補之框架而已；蓋刑法第284條本身並不規定許可之核發。相關之規定，因聯邦欠缺管轄權限，故可能屬於非源自於基本法

第74條第1項第11款，而是僅能根據邦法予以決定之事務。是以，刑法第284條第1項所規定之禁止，實質上乃依附於邦法，其本身不可能侵害職業自由。

侵害之方式與範圍，必須是在連結邦法之情形下，始得以知悉。蓋原始之基本權侵害，乃存在於邦法之中。從而，對於國家發行運動博奕之質疑，應僅涉及到各邦而已。與此相對者，當一如同巴伐利亞自由邦之情形一般—未核發有任何許可予商業性之博奕企業者，則刑法第284條就其所採取之原則性決定而言，僅須具備有職業許可限制（Berufszulassungsschranke）之憲法正當性即可。

刑法第284條第1項之原則性禁止，對於防止保護健康之特別重大公益遭受嚴重危害而言，乃屬絕對必要。此乃涉及到保護人民免於遭受到毫無控制，以及過多博彩供給所造成之損害結果。在聯邦藥品受託人（Drogenbeauftragte）之行動綱領中，已認知到越來越多病態博彩行為之問題，並且要求應更明確地向提供者以及公眾指出博彩之危害潛在性。在此情形下，透過禁止所能達成之供給減少，對於降低未經許可博彩所帶來之危害而言，乃屬妥適。聯邦由於欠缺權限，故無法規定較之於原則性禁止更為輕微之手段。禁止之適宜性，乃源自於投注者之自我保護並未受到充分保

障之現象。此外，運動博奕正因為是一種情緒性之參與活動，並且係以體育知識作為基礎之幻想式掌控確信，故具有特別之成癮潛在性。準此，運動博奕無論如何不應被排除於刑法第284條適用範圍之外；即使是不面對目前國家運動博奕供給之情形，亦然。禁止之正當性，亦足以支撐刑罰科處對於基本法第2條第2項第2句規定所造成之侵害。

最後，與歐盟法相一致之假設，亦不違背恣意之禁止，蓋此乃涉及到歐盟法對於獨占要求之合理解釋。尤其，刑法第284條並非以國庫利益作為規範之基礎。

2.巴伐利亞邦政府主張憲法訴願為無理由，並認為侵犯歐盟法之異議為不合法。

a)系爭之裁判，憲法上並無疑義。將固定勝率制運動博奕納入博彩之列，可視為是由專業法院單獨所為之專業法上判斷。系爭裁判乃在憲法容許立法者所享有之判斷餘地內，依法院對法規範情況之見解所作成。

就商業性博奕發行與銷售之無設限的禁止而言，單獨以防止利用賭性以獲取商業利益之正當目標，即可被正當化。在此範圍內，博奕之發行與銷售被視為是一種與特殊危害相連結，從而不被期待之具有非典型特別特徵之活動。基此，立法者在限制職業自由之框架內，享有一特別廣泛之規

範及形塑餘地（Regelungsund Gestaltungsspielraum）。

從一般性地排除私人因博彩而獲利的角度觀之，商業提供之—有限制的—許可，自始即不被視為是一種柔和之手段。蓋不同提供者間以增加獲利為取向之競爭情況，以及為刺激投注行為所產生之所有負面結果，與隨之而來的危害提昇，正是擬欲避免的。博彩之參與者並非採取經濟上合理之決定，毋寧是在有成癮危險性之活動中，嘗試作命運上之決定。基此，不同於其他領域，競爭即是最佳化之市場邏輯，在此乃呈現出失靈之狀態。對於防止危害之配額競爭（Quotenwettbewerb），以及保障低風險且穩定之博奕活動而言，無競爭之獨占結構係屬必要。此在固定勝率之運動博奕，尤復如此。

反之，一個自我管制之競爭市場，破產（Insolvenz）以及企圖藉由詐欺設計以規避破產等手段，將引發博彩領域額外之特別風險。就營利追求而言，國家發行人與商業發行人間存在著根本之差異。當憲法訴願人以禁止之不合比例性為出發點時，則此乃以獨占化核心目標之不法修正為基礎。固然，國家之供給同樣有助於抒發無法被壓抑之賭性。然在國家博奕供給之情形下，則能夠較為良好地達到必要之監督程度。中獎之誘惑自始即被削弱，並且監督機關得以透過指

令，直接對投注衝動採取因應措施。相反地，對私人進行監督，往往會伴隨摩擦而產生損耗，以及費時的法律上爭辯。

有鑑於商業獲利優先取向之防止，對於具有公眾利益之活動為財政資助，亦不應屬於正當化之取決因素。儘管如此，人們透過1999年運動博奕ODDSET之導入，已在秩序法上回應了事實上之需求。此等需求，長年來業已透過不合法的，或是源自於德意志民主共和國，在可疑之許可基礎上所提供的運動博奕而高漲。有鑑於不法提供者彼此間之事實上競爭，欲將此等需求導引至受到監督之活動內，唯有透過廣告始得以達成。而此並不違背秩序法上之目標設定，毋寧正好與之相契合。同樣地，為能夠供應感興趣者受到監督並可靠之博奕，以及其避免選擇不法之供給，建構一顧客投注站網絡乃有其必要。從而，在網際網路上提供投注機會，亦屬不可避免。

最後尚應注意者，國家博奕供給之可能瑕疵，首先乃為一執行之問題；此可透過監督途徑而予消弭。與法規基礎合憲性相交錯者，僅有在結構性瑕疵時，始予考慮。在本案中，此並無從得知。基此，國家辦理博奕之實務，應根據不斷獲致之認知，進一步地予以細膩化與最佳化。

b)在內容上至今仍對巴伐利亞自

由邦有其適用之彩券邦際協定，在重行評估之基礎上，其規定業已獲得確認，並為各邦承認是合理的。以獨占結構為基礎，存在於各邦之合作式博彩發行，正好有助於防止不被期待之擴散效果發生，以及由此所引發成癮危險性之升高。激增之成癮潛在性與多樣化商業性供給兩者間所存在之關聯性，已經在Hayer/Meyer於2005年5月向北萊茵邦勞動、健康暨社會部所提出之彩券及運動博奕危害潛能研究結案報告中，獲得證實。

c)根據歐洲法院其間就Gambelli法律案件所作出之裁判（Urteil vom 6. November 2003-C-243/01-Gambelli u.a., Slg. 2003, I-13076），商業性博奕供給之禁止亦不違反歐盟法之基本自由。為具備正當性，該裁判要求博彩須有一體系性與關聯性之界線。尤其，獨占與歐盟法間之一致性，與基於秩序法理由廣泛從事廣告之間，並不牴觸。蓋此應在一個尚未獨占化且逐漸熱絡之市場，但不是國家單純追求營收之背景下，予以評價。

3.根據北萊茵邦之見解，憲法訴願亦是無理由。憲法訴願人之論點，係無法掌握。尤其是運動博奕之現存需求，以及進一步之接受度，並不損及法律倫理上對其所作之評價，以及社會政策上之方向決定。而且，其亦與容許提供配額且置於監督之下的博彩規範，不相牴觸。透過由憲法訴願

人所要求之合憲性解釋，此等明確之原則決定將可能適得其反。

法規範之合憲性，亦不因公開博彩發行人之事實上行為，而受到動搖。一定程度之供給與廣告，正好與導引博奕衝動之秩序法上目標設定相契合。藉此，將同時可以避免投注金朝向不法領域流動，並使博彩收入得以有效運用於公共團體上。由於跨地域性之頂尖體育賽事對於博奕具有不對等之較高吸引力，故自始即排除具可預見性，且地域上可固定區隔之賽馬博奕，實為憲法上之本質比較。

4.同理，圖林根邦政府亦認為憲法訴願無論如何應無理由。其本質上係連結巴伐利亞邦政府所提出之意見。

5.根據邦首府慕尼黑市之見解，不准私人從事運動博奕形式之博彩活動，既不違反憲法，亦不牴觸歐盟法。

a)設限之正當性，係來自於避免博彩活動在德國為無限度之擴張。如同賭場中之博奕（Casino-Spiele）一般，運動博奕呈現出升高之成癮潛在性。運動博奕所要求之知識要素，正好促使對中獎可控制性之推測，並且更加刺激了簽注之衝動。透過博奕企業彼此間相互超越，並且無須特別之企業風險，而只是追求簽注衝動之單純經濟上意義的競爭市場，博奕之危害將持續地提高。蓋商業性發行人為

追求營利，正希望顧客能超越介於完全負責之簽賭，以及被迫性簽賭之間的滲透性界線。對於商業性發行人而言，一般廣告以及刺激性廣告（aggressive Werbung）間之界線，幾乎難以有法拘束力地予以確認，並且受到有效之監督。綜上，吾人乃贊同獨占體系。相對於此，自始即限制一定數量之私人供應，並給予許可者，並不被視為是一種較為柔和之手段。蓋有鑑於對博奕感興趣者之數量龐大，此方式絕非是較為適宜的，反而在法律上可能是極有問題的。

b)再者，彩券邦際協定確認了獨占結構。唯有關於商業性博彩銷售商之規定，係屬新規範。根據聯邦普通法院之裁判，國家發行人必須強制性地接受商業性博彩銷售商之投注委託。就此，截至目前為止尚未被規制之商業性博彩銷售領域，乃透過各種秩序法上之要求，被導引入法秩序之軌道中。然而，其目的並非在於擴大博彩之供給，抑或鬆綁從事博彩之要件。發行商業性運動博奕之禁止，依舊包含對其進行銷售在內。所准許者，僅為銷售由各邦所發行之博奕而已。

6.德國博奕仲介業協會認為，排除商業性運動博奕之發行，係屬違憲。既存之獨占，無論如何皆屬不適宜。蓋據稱與其相連結之優點，並無法獲得確保。毋寧，在一方面，私人營利被評價為不道德；但在另一方面，

卻於獨占體系中，呈現出國家吸收營利與追求營利之現象。此兩者之間，理應是相互矛盾。同樣地，即使國家自行發行博奕，仍欠缺內容管制，而且立法者仍依舊維持獨占化之單純事實，此皆與所號稱之獨占化必要性有所扞格。介於監督與國家供給者兩者間所欠缺之距離保持，阻礙了對國家供給為有效之控制。此亦顯示出，已被提出之限制政策，乃與作業實務產生衝突。抑有進者，未被思考者，乃博奕之危險源根本並非來自於為獲取經濟上之自我利益，對於維持營運感到興趣之發行人。毋寧，乃存在於同遭國家及商業性發行人所唾棄之第三人對博奕事件所為之操控。最後，勝率之估算，應完全視為是具有典型風險之企業活動。

聯邦行政法院之見解，乃立基於對刑法第284條第1項博奕發行及銷售禁止規定之不正確理解。蓋此等禁止既非歷史上，亦非法體系上，或是規範目的上得被賦予理由的。刑法第284條為一抑制性禁止規定之假設，乃將其從處罰規範，轉而解釋為秩序法規範。此等理解，並不存在於其他具行政依附性之刑罰構成要件上。一方面，優先將刑法第284條作為秩序法之解釋，並不在聯邦對於刑法之立法權限範圍之內。另一方面，聯邦刑法上之許可保留，由於欠缺聯邦法上之許可規定，憲法上是有疑義的。透

過合憲性解釋之路徑，刑法第284條可以有列兩種解釋方式：首先，將其解釋為唯有欠缺依據其他法令所核發之許可時，博彩之發行始應受到刑罰之制裁。抑或，將刑法第284條本身解釋為核發許可之法規範基礎。

7. 根據自由歐洲博奕仲介業利益團體之見解，現行之法制狀況係屬違憲。除了對刑法第284條作合憲性解釋之外，其認為對於根據賽馬博彩條例而取得許可之博奕仲介業者而言，擴大其業務活動，亦屬一妥適之可能性。其無論如何可在過渡期間內，先行創設一合憲狀態，而無需放棄一嚴格且可靠的監督體系。

8. 歐洲博奕企業家協會同樣認為，商業性博奕企業之排除，係屬違憲。即便是彩券邦際協定，其目的亦僅在於確保國家之收入而已。

9. 德國體育總會主張，為疏導賭性，以及為防止博彩潛在危害之目的所為之博彩獨占化，係屬必要。尤其，藉此可對諸如體育、福祉，以及文化等公共利益為財政上之促進。對體育而言，此等支持係屬不可放棄的。就此，該等促進與國家保持一相當之距離，對體育之自治係屬適當的，並且國家可據而減輕其負擔。即使在博彩自由化之情形下，亦應確保截至目前為止體育參與博彩所得之分配。

10. 賭癮專業協會拒絕博彩市場任何形式的擴展。根據流行病學研

究之明確認知，賭癮以及問題博奕行為的遽增，乃與博彩供給之擴大具有不可分割之關聯性。此與博奕係由國家，抑或商業勢力所發行，並無關聯性。為使因博奕所引發之成癮危險性獲得較佳之控制，應強化對投注者之保障，以及建立一擁有獨立性、管轄權，以及有效機制之監督機關。此外，亦期待能夠建立一與現行規定有別之統一博彩法，俾使博彩供給之嚴格內容上要求，亦能受到規範。在此，運動博奕正好亦應納入規範。根據各邦廣泛供給運動博奕之長年經驗，以及基於德國導入運動博奕後所獲致之初步認知，運動博奕乃顯現出其具有成癮潛在性。雖然就整體而言，尚欠缺具代表性之流行病學上研究。然而，參與固定勝率制博奕，正轉向落在青少年社群上，而且其中在13至19歲年齡間之投注者，已呈現出問題簽賭行為。準此，將博彩如同普通經濟物資般予以市場化，誠有疑義。

VI. 言詞辯論中之陳述

在言詞辯論中為陳述意見者如下：憲法訴願人、以聯邦政府之名陳述的聯邦司法部、巴伐利亞邦政府，其同時於言詞辯論期日亦代表其他各邦發言、邦首府慕尼黑市、德國博奕仲介業協會、自由歐洲博奕仲介業利益團體、歐洲博奕企業家協會、歐洲國家彩券協會、德國體育總會、德國足球聯盟（Die Deutsche Fußball Liga）

、德國嗜癮問題中心（Die Deutsche Hauptstelle für Suchtfragen），以及賭癮專業協會。

在此，除上述觀點外，歐洲國家彩券協會（European State Lotteries and Toto Association）尤其指出，在忽略部分國家對運動博奕仍存在特殊性之情形下，歐洲國家對於博彩，大多採取原則上嚴格之態度。幾乎所有之歐洲各國，博彩之發行乃以獨占之方式為之。

德國足球聯盟則在國家博奕獨占之現行規定關聯性下，指出體育之特殊財政關涉性。

根據德國嗜癮問題中心之意見，博彩之設限，為嗜癮防治國家計畫之一部分。尤其對於青少年而言，嗜癮行為之發生，可能成為一與日遽增之問題。例如就加拿大之青少年而言，賭癮在其間已成為比酒精及尼古丁更為嚴重之問題。

B. 憲法訴願部分合法

憲法訴願為合法。

然而，就違背歐盟法之聲明部分，則不合法。以歐盟法為基礎之權利，並不屬於得根據聯邦憲法法院法第93條第1項第4a款規定提起憲法訴願以資救濟之受侵害基本權利，或是類似基本權之權利（vgl. BVerfGE 110, 141 <154 f.>）。違反歐盟法之可能性，亦不得以下列理由，而加以責斥。亦即：有鑑於歐盟法之優先適用性，

必要時得無須有一可適用的，並用以填補基本權法律保留之法律。從而，不存在有對基本權保障之限制。蓋對於國內單純法規範與歐盟法之規定是否相一致之決定性問題，聯邦憲法法院並不具有審判權（vgl. BVerfGE 31, 145 <174 f.>; 82, 159 <191>）。

C. 憲法訴願部分有理由

憲法訴願部分有理由。

I. 巴伐利亞邦彩券條例違反基本法第12條第1項之規定

1999年4月29日制定之巴伐利亞邦彩券條例，與基本法第12條第1項規定不符。其在刑法第284條之背景下，將運動博奕之發行保留予巴伐利亞自由邦，並將其辦理保留予國家之彩券行政，抑或巴伐利亞自由邦為唯一股東之私法人，但卻未同時創設實質上以及結構上確保所追求目標得獲實現之充分法律規定，尤其是欠缺相關之規定，使博奕之供給朝向限制與對抗賭癮及問題博奕行為之方向發展。基於相同理由，對於運動博奕銷售之限制，亦與基本法第12條第1項規定不相契合。

1. 首要之憲法審查基準，為基本法第12條第1項之職業自由基本權。

a) 除了自由從事職業之外，基本法第12條第1項亦保障自由選擇職業之權利。在此，職業被理解為任何以收入為取向，並有助於生活基礎之創造與維繫之持續性活動（vgl. BVer-

fGE 105, 252 <265> m.w.N.)。運動博奕之發行與銷售，皆滿足此等特徵。因而，可視為是一種職業活動，並受基本法第12條第1項職業自由基本權之保障。

b)縱使根據系爭裁判之見解，此等活動在法律上受到禁止，且巴伐利亞邦將博奕供給保留予國家，亦無損於將其評價為基本法第12條第1項意義下之職業。

aa)原則上滿足職業概念特徵之活動，並不因法律禁止該活動之商業性從事，即被排除於職業自由基本權保障之外。毋寧，只有針對本質上應被視為禁止之活動而言，或許始會考慮將基本法第12條第1項之保障範圍，限縮理解為自始僅保障合法之活動（vgl. BVerfGE 7, 377 <397>）。蓋基於社會及公共團體之受損害性（Sozialund Gemeinschaftsschädlichkeit），此等活動根本不得受職業自由基本權之保障。

在運動博奕由私人博奕企業為商業性發行，以及銷售非由巴伐利亞自由邦所發行之博奕的情形下，並不涉及前揭所稱之狀況。即使是為了正當化國家博奕供給之專屬許可，而搬出社會不期盼人民之賭性因私人或商業之營利目的而遭到濫用之說詞，亦然。

法規秩序將運動博奕之供給，視為是受許可之行為。賽馬博彩條例

容許特殊形式之運動博奕，並且創設出於馬匹能力之公開審核時，得以博奕簽注或銷售作為私人營業活動之博彩仲介業者。此外，在德意志民主共和國中，各營業主管機關曾於1990年核發許可予私人博奕企業，容許其發行並銷售運動博奕。1990年3月6日德意志民主共和國營業法（GBI I S. 138）第3條連結1990年3月8日所發布之本法實施辦法（GBI I S. 140），賦予得核發「以金錢作價之博彩」（Glücksspiele gegen Geld）的營業許可可能性。最後，運動博彩之供給乃被認可為歐盟法意義下之經濟活動（vgl. EuGH, Urteil vom 6. November 2003-C-243/01-Gambelli u.a., Slg. 2003, I-13076, Rn. 52 ff.）。

bb)同樣地，運動博彩之發行與銷售，鮮少涉及到自始僅可由國家從事，並且保留予國家之活動。

姑且無視於對於此等方式，基本法第12條第1項是否根本性地被排除在審查基準之外的問題（vgl. BVerfGE 41, 205 <218>），單從巴伐利亞邦彩券條例第2條第1、4、5項所規定之博彩發行與辦理獨占化規定中，尚無法導出所指涉活動之本身，無法由私人以職業從事方式予以執行之結論。賽馬博彩條例再次呈現出與此正好相反之現象：該條例將賽馬博奕之舉辦歸屬於私人之賽馬協會，以及商業性博奕仲介業者，並且未賦予其履行

公共任務之義務。

由各邦所簽定，2004年7月1日生效之彩券邦際協定，並不與基本法第12條第1項所保障之運動博彩發行及銷售相衝突。根據該協定第5條第1項規定，充分博彩供給之確保，乃被定義為各邦之秩序法上任務。蓋在此協定中，僅涉及到將博彩之發行與銷售予以獨占化之各邦相互義務。亦即，博彩僅能由各邦自己、公法人，抑或受公法人直接或間接支配參與之私法上公司發行與辦理。由此所導出之禁止私人博彩企業發行商業性運動博彩，乃屬必須在基本法第12條第1項之基本權觀點下被正當化之手段。此手段乃用以實現彩券邦際協定第1條所定義之目標，但卻非謂此等活動具有高權性質。

就運動博彩之銷售而言，吾人不能無論如何即將其視為是一須國家保留之任務。蓋由巴伐利亞自由邦所發行之博彩，係經由從事營業活動之投注站銷售。該等投注站之排他地位，僅僅只是源自於其與國家彩券行政間所簽訂之協定，而非源自於高權行為之移轉。

2. 憲法審查之標的，應以專業法院透過解釋所已知悉之重要規範內容為基礎。聯邦憲法法院不得全面審查行政法院對法規範之解釋與適用，毋寧僅得以在侵犯憲法基礎之上為之（vgl. BVerfGE 18, 85 <92>; 106, 28

<45>; stRSpr）。在此，憲法審查尤其乃針對如下之問題為之：是否所適用之法規範與系爭專業法院之裁判賴以為據之上位法規內容相一致？以及在有此等情形下，是否對基本法之尊重提供了一項合憲性之解釋可能性（vgl. BVerfGE 32, 319 <325 f.>; 75, 302 <313>）。

依邦高等行政法院及聯邦行政法院之見解，根據刑法第284條規定，博奕之發行及銷售原則是禁止的，但例外得經由許可而為之。在此背景下，邦彩券條例將巴伐利亞邦博奕之發行，保留予國家，而未賦予取得許可之私人博彩企業得為商業性博彩供給之可能性。除發行及辦理外，根據系爭之行政法院裁判，非由巴伐利亞自由邦所發行之博奕，亦被禁止在巴伐利亞邦境內供應。

在由此所導出之禁止私人博彩企業為商業性博彩發行，以及禁止銷售非巴伐利亞邦所發行博奕之基礎上，此等根據專業法院解釋得出，而存在於巴伐利亞邦之國家博奕獨占，應視為是對於憲法訴願人職業自由之侵害。從而，應具備合憲之正當性事由。

3. 巴伐利亞邦之現行博奕獨占規範對於職業自由之侵害，在憲法上係不具有正當性。

a) 根據基本法第12條第1項第2句規定，對職業自由基本權之侵害，唯有基於法律之規定，並且滿足憲法對

限制基本權法律之要求者，始屬允許。此對於涉及職業選擇自由之措施，亦適用之（vgl. BVerfGE 7, 377 <399 ff.>; 86, 28 <40>）。同樣地，當干預基本權之法規範符合權限規定而予公布，且透過充分且顧及相關活動類型與侵害強度之公益理由予以正當化，並符合比例原則者，則為憲法允許（vgl. BVerfGE 95, 193 <214>; 102, 197 <212 f.>）。

b) 限制職業自由基本權之規定，與聯邦與邦立法權限之分配相符。

不同於聯邦對於刑法具有立法權限，巴伐利亞自由邦對於邦彩券條例之制定，享有立法權。此之所以有效，蓋在忽略賽馬博奕之情形下，聯邦至今未曾行使基本法第74條第1項第11款之可能立法權限（經濟法：Recht der Wirtschaft）（基本法第72條第1項）。

c) 存在於巴伐利亞邦之國家博奕獨占，乃根植於正當之公益目的。縱然如此，並非所有支持博奕獨占而提出之目的，皆可正當化職業自由之限制。

aa) 建立國家之博奕獨占，以及藉此對博彩制度予以限制與規制，其主要目的乃在於對抗賭癮。在此，乃涉及到特別重要之公益目的。

博奕可能導致病態之成癮行為，已被現今之研究所確認（vgl. Allg.-Meyer, Glücksspiel – Zahlen und

Fakten, Jahrbuch Sucht 2005, S. 83 <91 ff.>; Hayer/Meyer, Das Suchtpotenzial von Sportwetten, in: Sucht 2003, S. 212）。世界衛生組織（WHO）將病態之賭癮納入心理障礙之國際分級中（ICD-10）。吾人無庸進一步說明國家於此命題下，應根據基本法第2條第2項第1句規定，負擔何等程度之保障人民健康義務。成癮危險之避免與防治，無論如何係屬特別重要之公益目的。蓋賭癮不只是對於當事人自身，更可能對其家庭與社會造成嚴重之後果（vgl. EuGH, Urteil vom 6. November 2003–C-243/01–Gambelli u. a., Slg. 2003, I-13076, Rn. 67 m.w.N.）。

然而，不同之博彩形式，擁有不同之成癮潛在性。根據目前之認知，問題或病態博奕行為之投注者中占第一位者，乃源自於根據營業法所經營之賭博性電玩。在統計上居於第二位者，則是賭場中之博奕。至於其他之博彩形式，在目前顯然較不會導致問題及病態之博奕行為（vgl. Hayer/Meyer, Die Prävention problematischen Spielverhaltens, J Public Health 2004, S. 293 <296>）。

對於固定勝率制運動博奕之成癮潛在性，現今尚無法作定論。首次之調查以及國際經驗顯示，其危害性雖低於所謂「強烈的」（hart）賭場博奕，但仍是全然存在的（vgl. Hayer/

Meyer, Das Suchtpotenzial von Sportwetten, in: Sucht 2003, S. 212 <218>。
當運動博奕被廣泛推行時，其成癮潛在性會如何發展，目前係不可預見。

即使運動博奕對於絕大多數之投注者而言，可能只具有單純之休閒與娛樂性質而已（vgl. Hayer/Meyer, Das Suchtpotenzial von Sportwetten, in: Sucht 2003, S. 212 <218>; Schmidt/Kähnert, Konsum von Glücksspielen bei Kindern und Jugendlichen – Verbreitung und Prävention, Abschlussbericht vom August 2003, S. 166）。立法者亦得基於目前之認知，考量固定勝率制運動博奕之並非不重大的成癮潛在性，並且以此作為採取預防措施之動機，進行防止極有可能發生之危害的目標設定；此尤其適用在青少年保護上。

bb)進一步之正當化目標，則為保護投注者免於陷入博奕提供者之詐欺陰謀，以及消費者保障，尤其是免於遭受到存有危害之誤導性廣告的影響。縱然如此，在固定勝率制運動博奕中，藉由博奕機具以及博奕方式之操控，或是透過博奕過程之影響，所產生之典型詐欺危害，遠較其他博彩種類來的低。蓋其係在由第三人所舉辦之體育賽事基礎上進行投注，而博奕企業本身並無法影響該賽事之進行。即使是透過勝算詐欺而對投注者造

成虧損，在固定勝率制運動博奕之情形也是較低的。蓋在約定之固定勝率基礎上，風險以及勝算皆較其他類型之博彩為透明。

反之，較之於發行人僅從投注者所投注之資金中扣除一定比例後，其餘皆發放予獲勝者之博彩形式而言，投注者可能因發行人之無清償能力，而受到較強之危害。從而，如同其他之營業活動，企業係受其他金主委託而行事一般，在固定勝率制運動博奕之情形，發行人之財政上可靠性以及支付能力，應為投注者之利益而予以確保。

cc)此外，國家博奕獨占之正當目的，尚有防止來自於由博奕所引發之後續及併隨犯罪（Folge- und Begleitkriminalität）危險。尤其在運動博奕具有成癮潛在性之情形下，從中亦可能導致成癮者透過犯罪行為，以籌措其滿足賭癮所需資金之典型危險（vgl. Meyer/Althoff/Stadler, Glücksspiel und Delinquenz, 1998, S. 124 ff.）。由於運動博奕存有高額獲利之可能性，故組織性犯罪之增加，亦屬顯而易見的。

最後，固定勝率制運動博奕所特有之併隨犯罪危險，乃存在於運動博奕之詐欺（Sportwettbetrug）。在體育賽事結果上，將運動與博奕相連結，可能引發投注者如下之意圖：亦即不將比賽結果繫於運氣，而嘗試以對其

有利之方式操控結果。準此，運動博奕對於運動事件之誠實性，亦構成危險。

dd)相反地，國家之國庫利益本身，並無法成為建制獨占之正當化事由。

國家博奕獨占目的之一，亦在於確保博彩收入之絕大部分，被運用於租稅法意義下資助公共或稅捐優惠目的之上，正如同現行彩券邦際協定第1條第5款所揭示一般。聯邦參議院針對已修正之博彩刑法（*novelliertes Glücksspielstrafrecht*）所表示之意見中，亦支持將博彩收入之絕大部分，用於公益或公共目的之上的目標設定（vgl. BTDrucks 13/8587, S. 67）。

然而，資金的抽取，僅能因其用以作為對抗成癮之方式，以及作為國家獨占體系之結果，而獲正當化；反之，其無法成為單獨之目的。雖然，聯邦憲法法院在賭場裁定中，認為將賭場收入之絕大部分用於公共福祉目的之上，係屬一正當之目的（vgl. BVerfGE 102, 197 <216>）。然而，其支撐理由乃在於：由私人所經營之賭場，具有特別之獲利可能性。在此情形下，為達透過漲價而使博奕供給減少，以及衡平特殊之高獲致可能性目的，抽取高出於一般稅率之上的博彩收入盈餘，乃具有正當性。然而，在賭場裁定中，合議庭亦強調，基於國庫理由而增加國家收入之目的本身，

無法正當化對職業選擇自由之限制（vgl. BVerfGE 102, 197 <216>）。

ee)同樣地，彩券邦際協定第1條第3款所規定之目的「排除賭性遭私人或商業營利目的所濫用」，倘若僅是涉及到私人營利追求之排除而已，則將非屬憲法所容許之目的。毋寧，對於一項正好受基本法第12條第1項保障，為私人財政用途而從事之活動而言，排除私人營利追求只能視為是一種其本身需要被正當化之手段而已，並且藉此以促使其他正當目的得以成就。就此，正當目的之一即是避免賭性遭到濫用。

d)國家博奕獨占之法律上建制，原則上係屬達成正當目的之一種適宜手段。

當透過某種手段之協助，得以促使所期待之結果達成時，則該手段在憲法意義上即是適宜的；在此，具有達成目標之可能性即為已足（vgl. BVerfGE 63, 88 <115>; 67, 157 <175>; 96, 10 <23>; 103, 293 <307>）。立法者對此享有評估及預測之優位性（*Einschätzungs- und Prognosevorrang*）（vgl. BVerfGE 25, 1 <17, 19 f.>; 77, 84 <106 f.>）。在顧及所涉及事物領域之事理性下，決定採取何等措施以維持公共利益，尤其屬於立法者之任務（vgl. BVerfGE 103, 293 <307>）。

aa)根據此等基準，立法者假設國家博奕獨占之建制，係屬一種得對

抗博奕所引發危害之適宜手段，原則上應無可異議。同理，立法者對於在競爭基礎上開放市場，可能會導致博奕供給之大幅擴張，以及此等擴張又會導致問題及影響成癮行為增加之假設，亦無可質疑。

bb)此等適宜性，並不因國家博奕獨占僅能有限制地實行而不備。不法之博彩形式總是存在著，而無法完全使其銷聲匿跡。在現今之技術條件下，運動博奕亦可透過網際網路，在全球取得一席之地；國家無法完全排除其在德國境內存在之可能性。然而，因技術及經濟發展所生之執行障礙（Vollzugshindernisse），使得在內國層級上，建制一個追求國家公共福祉之適當組織，並無不妥。

e)立法者亦可認定博奕獨占之必要性。

aa)在必要性之判斷上，立法者同樣地享有評估及預測餘地（vgl. BVerfGE 102, 197 <218>）。在此等判斷餘地下，立法者為保護重要之公益，例如防止因博彩之發行與銷售所引發之危害，採取其認為必要之措施。唯有根據立法者所知悉之事實，以及截至目前所得之經驗，可確定其他之替代性限制措施具有相同效果，但對相對人卻可造成較小之負擔時，立法者之必要性判斷始具憲法上疑義（vgl. BVerfGE 25, 1 <12, 19 f.>; 40, 196 <223>; 77, 84 <106>）。

bb)根據此等基準，立法者對於博奕獨占必要性之判斷，憲法上應無可異議。

固然，保護消費者及青少年，以及防止後續與併隨犯罪等目標，原則上亦可透過立法方式，對私人博奕企業之商業性博奕供給制定相關之法律上要求而獲得實現；且此等實現方式，並非自始即被排除之。透過許可之保留，以及行政機關採行經濟監督之手段，此等目標之維繫理應可以獲得確保（vgl. Auch EuGH, Urteil vom 6. November 2003 – C-243/01 – Gambelli u.a., Slg. 2003, I-13076, RN. 73 f.）。然而，就對抗成癮及問題博奕行為而言，立法者在行使其廣泛判斷餘地之範圍內，非不得主張透過國家自為博奕供給之博奕獨占手段，較之於對私人企業進行監督之途徑，更能有效控制成癮危險性（vgl. BVerfGE 102, 197 <218 f.>）。

f)然而，巴伐利亞邦所形塑之國家博奕獨占，依其現行之法律上與事實上內容，乃顯示出對職業自由之一種不合比例之侵害。對於相關職業從事感到興趣之人民而言，（以刑罰為手段）排除私人博奕企業提供商業性博奕活動，唯有當現行之博奕獨占係有助於防止或對抗賭癮，以及問題博奕行為時，始具有期待可能性。

然而，在博奕獨占框架下提供運動博奕之ODDSET，並非始終以限制

博奕衝動以及對抗賭癮為活動取向。邦彩券條例並不包含相關之實體法上規定，以及足以擔保此等目標實現之結構性保障。ODDSET具體形塑之欠缺，不僅顯現出法律執行上之不完備，更說明了相關規範之不足。

aa)在刑法第284條之背景下，邦彩券條例規定，唯獨巴伐利亞自由邦得發行博奕-但賭馬不在此限-（第2條）；並且，此等博奕僅能在與邦彩券行政簽訂有書面協定之投注站，進行商業銷售（第3條第1項）。對巴伐利亞自由邦亦有適用之彩券邦際協定，則對於公開博彩之發行、辦理，以及商業銷售所欲達成之重要目標，有具體化之規範；並且包含廣告種類與範圍，以及備置有關賭癮、防治，與治療可能性等資訊之規定（第4條）。根據彩券邦際協定第5條規定，巴伐利亞自由邦如同其他邦一般，負有確保博奕獲得充分供應之秩序法上任務。

bb)對於實現博奕獨占所欲達成之重要公益而言，此等規定未盡充分。

(1)單獨藉由國家之博奕獨占，尚無法確保對抗賭癮以及問題博奕行為之目標得以獲得遵循。獨占亦可能有助於國家之國庫利益，從而將與限制博奕衝動及對抗賭癮的目標設定，陷入一緊張關係。

即使為了減緩勝率，而將以投注

者之投注金為基礎的博奕資本，作某程度之扣除，俾一開始即將博奕供給之誘惑效果維持在最低狀態，亦無法減輕此等緊張關係。蓋從辦理博奕本身所併隨之國庫效益中，即可引發利益之衝突。將博奕收入挹注於促進公益目的上，並無法降低國庫之誘因。反而因被促進之社會活動對博彩發行收入之依賴性，可能導致此等財政來源被認為是不可放棄的，並且因而引發擴大博奕供給，以及廣告應以爭取新投注者為導向等動因。

(2)藉由以秩序法為基礎之博奕獨占，國家為限制博奕衝動及對抗賭癮，乃選擇了一項逾越博奕制度單純法秩序-尤其是透過要求與禁止之規定-之手段。據此，國家自身乃開啟了從事具有危害可能性之行為，亦即參與受允許之博彩活動。同時，發行博奕所獲致之龐大財政收入乃流向國家，並且在促進公益目的之指引下，尤其是在體育及文化領域，國家始終保有此等財政收入。然而，收入效應卻可能導致國家推動博奕之容許性，進而在管理博奕衝動之意義下，將使得博奕之供給就如同原則上不被質疑之休閒業一般，受到市場化而開放。

單純之國家龐大收入效應，以及與人民博奕衝動息息相關之活動領域的開放，並不能毫不猶豫地即將其視為是對抗並限制賭癮及問題博奕行為之一種持續且真實的傳達。毋寧，此

等目標必須在博奕獨占之法律及事實形塑中，明白地予以表達出來。正好從嗜癮醫學之觀點出發，在國家博奕獨占之範圍內，應要求主動防治。尤其可透過潛藏於供給之中的聲明、問題博奕行為之及早發現，以及行為改變動機之促進等手段為之（vgl. Hayer/Meyer, Die Prävention problematischen Spielverhaltens, J. Public Health 2004, S. 293）。

cc)博奕獨占之法律規定，並無法充分擔保國家之博奕供給係始終以主動對抗成癮以及限制博奕衝動為取向，也無法擔保此等目標設定與國家之國庫利益衝突時，並非以後者作為出發點。

(1)邦彩券條例幾乎只有包含管轄權與組織等相關規定而已。該法第4條對於國家博彩之內容上要求，乃限於—但對固定勝率制之博奕暫不適用—官方之博奕條件中，規定至少博奕資本之半數，應回饋至投注者身上，並且限於對投注金（Spieleinsatz）概念之定義。至於其餘部分，則僅規定博奕條件得由國家彩券行政在邦財政部之同意下定之。據此，重要內容要求之定義，以及事實上博奕供給之形塑等事項，則由邦彩券行政以及邦財政部單獨為之。綜上，國庫利益退居於實現法律所保障公益目的之後，並非透過結構性之規定，例如中立性監督機構之設置，而獲得確保。

(2)即便是刑法第284條第1項之規定，亦無法消除邦彩券條例之行政法上規範不足現象；刑法第284條並不包含形塑博奕供給之內容規範。

(3)行政法上之規範不足，並無法透過所有邦所簽署之彩券邦際協定而獲得彌補。在此，基於2004年11月23日所制定之巴伐利亞邦執行德國彩券邦際協定法（BayGVBl S. 442），吾人應認為在彩券邦際協定中所包含之博彩發行、辦理，以及商業銷售等相關規定，係直接適用於巴伐利亞自由邦，並補充邦彩券條例之規定。

雖然彩券邦際協定第4條超越同協定第1條所揭示之一般性目的外，規定公開博彩之發行、辦理，以及商業銷售，不得違反青少年保護之必要性；廣告依其種類及範圍，不得有誤導及不適宜之情事，以及發行者、辦理者，以及商業銷售者應備妥有關賭癮、防治，以及治療可能性之資訊。然而，單是如此，尚無法擔保博奕之供給會始終伴隨著對抗成癮以及限制博奕衝動之主動措施。尤其是對於廣告之要求，最後僅是以避免原則上不正當，或是在個案中過度誇大之廣告作為目標而已，然卻無法排除以擴張市場為唯一目的之廣告。

dd)此等規範之不足，反映在由巴伐利亞自由邦所發行之博奕。其事實上亦並非持續性地以對抗賭癮與問題博奕行為，以及限制投注與博奕衝

動為取向。

(1) 運動博奕 ODDSET 之發行，可知其以追求國庫利益為目的。其於 1999 年引進時，即已立基在此等利益之上。透過 ODDSET 之發行而期待龐大收入之確保，乃展現在例如就德國舉辦 2006 年世界足協總會世界杯足球賽，Oddset 運動博奕所得資金為公益目的儲備邦際協定（Staatsvertrag über die Bereitstellung von Mitteln aus den Oddset-Sportwetten für gemeinnützige Zwecke im Zusammenhang mit der Veranstaltung der FIFA Fußball-Weltmeisterschaft Deutschland 2006）（BayGVBl 2002, S. 628）中。該邦際協定除了其他各邦之外，巴伐利亞自由邦亦簽署之。

(2) 然而，ODDSET 之銷售，尤非以主動對抗賭癮以及問題博奕行為取向。毋寧，其事實上所呈現出之圖像，乃與原則上不受質疑之休閒活動的經濟上有效市場化相一致。

(a) 例如，此乃顯現在國家彩券行政在導入 ODDSET 之關聯性下，所發行之官方附隨資訊「背景、展望、機會」（Hintergrund, Perspektiven, Chancen）中。據此，博奕供給之開放，主要乃承載著開發市場之目標，並且尤其以開發 18 歲到 40 歲間之目標族群為主軸。對此，吾人可稱為「向目標族群召喚，並持續喚醒其參與博奕興致的廣泛措施暨媒體包裹（

Maßnahmen- und Medienpaket）」。

與此相同者，乃屬雖非將博奕作正面評價，但至少視為是一種合乎社會娛樂活動之廣告。在德國樂透彩及運動彩聯盟（Deutscher Lotto- und Totoblock）共同於全德境內發行 ODDSET 之框架下，其廣告乃引人注目，並且無所不在。不同於聯邦行政法院之見解，廣告是否被評價為具有挑釁意味（aggressiv），並不重要。毋寧，在本案之關聯性上，重要的是其並未將既存之博奕衝動，引導至國家所提供之博奕上，毋寧卻激勵並誘導從事博奕（vgl. Dazu auch EuGH, Urteil vom 6. November 2003—C-243/01—Gambelli u.a., Slg. 2003, I-13076, Rn. 69）。根據成癮研究截至目前為止之觀察，問題博奕行為之發生案例，亦有源自於投注者與國家博奕供給間所形成之經驗（vgl. Hayer/Meyer, Das Gefährdungspotenzial von Lotterien und Sportwetten, Mai 2005, S. 157 ff.）。

(b) ODDSET 之銷售管道，同樣地亦鮮有以對抗賭癮以及限制博奕衝動為取向。

國家彩券行政係透過彩券投注站之廣泛地域網絡，銷售 ODDSET。此等投注站網絡，乃係在「廣闊之地域—短近之路途」（weites Land — kurze Wege）的官方格言基礎上所建構。在此，尤其涉及到雜誌與煙草商店，

或是類似之小型或中產階級式的商業經營。從而，銷售乃以有意接近顧客之方式為之。是以，運動博奕成為日常生活中到處垂手可得之「一般」(normal) 物資。

在法律要求博奕供給應取向於對抗賭癮以及限制博奕衝動目標之背景下，透過國家彩券行政所建構之網際網路以獲取參與博奕之可能性，誠有疑義。國家彩券行政之代表人於言詞辯論中，自身亦表示：藉由此種銷售管道，在成癮防治範圍內特別重要之青少年保護，無論如何在目前乃無法有效獲得實現。相同情形，亦發生在利用手機簡訊 (SMS) 所從事之博奕。透過手機，原則上將可隨時隨地進行運動博奕。

(c)最後，博奕供給之介紹，對於對抗賭癮以及限制博奕衝動目標之實現，亦不夠充分。

在博奕獨占之框架下，國家彩券行政優先限縮在一種間接的、對於一潛在投注者不主動溝通的預防措施上。對個人及公眾造成損害之過度參與博奕，應透過即便是有限制的，但卻具備充分吸引力之公開博奕供給，以及進而將博奕衝動導入正規且穩定途徑之方式避免之。從成癮醫學之觀點出發，此等構想雖然為以預防問題博奕行為為取向之博奕供給提供了妥適之結構性立足基礎 (vgl. Hayer/Meyer, Die Prävention problematischen

Spielverhaltens, J Public Health 2004, S. 293 <302>)。然而，在現今之國家博奕供給範圍內，並不存在除此之外之其他重要主動成癮預防措施。毋寧，國家彩券行政僅限縮在彩券邦際協定第4條第4項所規定義務之遵守而已，亦即備妥有關賭癮、防治，以及治療可能性之資訊。在國家彩券行政之網頁中，以鮮受矚目之位置，對過度參與博奕之危害作極為有限之警示，並且連結可個別被讀取之簡短訊息。在實體銷售部分，在國家彩券行政於言詞辯論中陳述意見後，投注站提出了夾頁摺冊 (Faltblatt)。然而，網頁資訊以及夾頁摺冊僅列舉出問題博奕行為之徵兆，以及指引聯邦健康宣導中心 (Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung) 之諮詢服務可能性而已。

ee)已包含於法規範中，並且反映在實務上之不足以充分正當化博奕獨占的目標設定，將導致現行法無法充分使獨占獲得正當化之結果，並且單單是如此，也無法充分地使禁止私經濟企業發行運動博奕具有憲法上之理由。

g)存在於巴伐利亞邦之國家博奕獨占，在事實與法律上之不合比例性，亦包含禁止他人銷售非由巴伐利亞自由邦所發行之博奕。蓋根據基本法第12條第1項之規定，此等禁止唯有當獨占在法律上及事實上係以實現前

揭之正當目的為取向時，尤其是對抗賭癮以及限制博奕衝動，始具有正當性。

在此範圍內，德國憲法之要求，與歐洲法院所揭示之歐盟法規定，乃併行不悖。根據歐洲法院之裁判，唯有當國家獨占真能促使減少投注機會之目標獲得實現，並且當合法博奕收入對社會活動之資助僅屬實踐此等嚴格政策之有益的附帶結果（Nebenfolge），但非為原始動機時，禁止在其他成員國銷售博彩始與歐盟法相符（vgl. EuGH, Urteil vom 6. November 2003 – C-243/01 – Gambelli u.a., Slg. 2003, I-13076, Rn. 62）。基此，歐盟法之規定係與基本法相符。

4. 伴隨博奕獨占所形成之禁止私人博奕企業商業性發行博奕，以及禁止銷售非由巴伐利亞自由邦所發行之博奕，業已與基本法第12條第1項規定不符。在此範圍內，審查是否與基本法第3條第1項規定相契合，乃屬多餘。

II. 系爭法規範違憲之效果與立法者之改善義務

1. 根據聯邦憲法法院法第95條第3項第1句規定，巴伐利亞邦之國家博奕獨占與基本法第12條第1項不符，並不導致系爭法規範無效之結果。

某一法律規定與基本法不相一致時，立法者擁有諸多排除違憲狀態之可能性；聯邦憲法法院通常僅會考慮

將該規範宣告與基本法不符而已（vgl. BVerfGE 99, 280 <298>; 104, 74 <91>; 105, 73 <133>）。在本案中，此方式亦被採行。

禁止私人博奕企業商業性發行博奕，以及禁止銷售非由巴伐利亞自由邦所發行之博奕，係與基本法不符。蓋現行之博奕獨占，係以無法確保有效對抗成癮之方式而被建構；而有效對抗成癮，又正好可以是排除私人發行之正當事由。從而，透過真正能確保有助於對抗成癮之博奕獨占的持續性機制，以及透過法律所規定並監督之許可，容許私人博奕企業為商業性之發行，皆有可能達成合憲之狀態。

2. 立法者負有憲法上義務，在行使其法政策形塑自由下，重新對運動博奕領域進行規範。倘若立法者希望維持國家之博奕獨占，則其必須是始終如一地以實現對抗賭癮以及限制博奕衝動之目標為取向。在此，為能合憲性地形塑博奕獨占，實體法上以及組織上之要求乃有必要。立法者負有個別，以及相互顧及之轉換義務。

關於運動博奕方式及類型之實質基準，以及限制其市場化之規範，乃屬必要之規定。

在提供合法博奕之目標獲得維持之情形下，為避免有邀約性質（Aufforderungscharakter）之虞，提供博奕之廣告內容，應限制在博奕可能性之相關資訊及說明。

個別之形塑，應以對抗賭癮，以及與此有關之投注者保護為取向，例如可透過具自動封鎖（Selbstsperre）可能性之預防措施為之（vgl. Hierzu Hayer/Meyer, Sportwetten im Internet – Eine Herausforderung für suchtpreventive Handlungsstrategien, SuchtMagazin 2004, S. 33 <40>）。超越單純提供資訊資料以外之防止成癮危害措施，應有其必要。

銷售管道之選擇及建制，應存在有實現投注者及青少年保護之可能性。尤其是將博奕可能性與體育賽事之電視轉播予以連結，將違反對抗賭癮之目的，並進而增加與博奕相連結之危害。

最後，立法者應確保此等要求得以透過適當之監督層級而獲得維持。而且，此等監督層級必須與國家之國庫利益保持足夠之距離。

a)在此，新規定之制定，透過聯邦立法者，抑或邦立法者為之，原則上皆可被予考慮。在此範圍內，聯邦在基本法第74條第1項第11款所規定之經濟法立法項目的支持下，亦得以在滿足同法第72條第2項之前提要件下，從事相關立法。聯邦之立法權限，並不因規範客體之秩序法面向而喪失。

b)在2007年12月31日期限屆至之前，應制定新的相關規定。

3.在新法律規定公布前之過渡期

間內，現行法規範於遵循下列基準之前提下，仍維持其可適用性。亦即：巴伐利亞自由邦應即刻在限制博奕衝動與對抗賭癮之目標，以及事實上執行國家博奕獨占兩者之間，建構出最低限度之穩固性。

a)由私人博奕企業商業性發行博奕，以及銷售非由巴伐利亞自由邦所發行之博奕，得繼續予以禁止，並且在秩序法上受到束縛。

在過渡期間內，刑法第284條之可罰性是否依舊存在，應根據刑事法院裁判決定之。

b)然而，即使在過渡期間亦應開始著手，使現行之博奕獨占始終能以對抗賭癮以及限制博奕衝動為取向。國家不得利用過渡期間，將博奕予以擴張性地市場化。從而，在新規定公布之前，國家發行博奕之供給擴張，以及超越博奕種類與方式之客觀資訊以外，以刺激博奕為目的之廣告，皆非所許。抑有進者，國家彩券行政應立即主動說明博奕所可能產生之危害。

III.系爭行政法院裁判效力之存續

根據聯邦憲法法院法第95條第2項規定，憲法訴願所系爭之行政法院裁判不應遭到廢棄。雖然邦彩券條例與基本法第12條第1項不符，在此獲得確認。但有鑑於該法截至新規定公布為止，仍應在前揭基準之旨趣下繼續適用，故法院之裁判仍應存續。是