

「企業暨營業秘密保護案」裁判

BVerfGE 115, 205

德國聯邦憲法法院第一庭2006年3月14日之裁判

- 1 BvR 2087, 2111/03 -

楊子慧 譯

要目

裁判要旨

案由

裁判主文

理由

A. 事實與爭點

I. 本案爭點涉及之法規條文

II. 相關事實與行政訴訟程序

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. 提起訴訟人（憲法訴願人）
聲請之暫時處分

V. 本案關係人陳述之意見

B. 程序審查

I. 程序不受理部分

II. 程序受理事由

C. 實體審查

I. 要求公開企業暨營業秘密而受
指摘之裁判侵害提起訴訟人（
憲法訴願人）之職業自由

II. 提起訴訟人（憲法訴願人）
之職業自由受到違憲之侵害

III. 企業暨營業秘密不受基本法
第14條第1項之保護

IV. 指摘中間程序之執行方式侵
害法律上聽審權及訴訟上武
器對等原則於實體上無理由

D. 裁判及表決結果
不同意見書

關鍵詞

企業暨營業秘密保護（Schutz von
Betriebsund Geschäftsgeheimnissen）

有效權利保護之保障（Sicherung
effektiven Rechtsschutzes）

主導市場的企業（ein marktbeherr-
schendes Unternehmen）

資費確定程序

（Entgeltfestsetzungsverfahren）

資費審查（Entgeltkontrolle）

用戶管線通路

(Teilnehmeranschlussleitung)
中間程序 (Zwischenverfahren)
本案訴訟程序 (Hauptsacheverfahren)
職權調查原則形塑的行政訴訟 (vom Amtsermittlungsgrundsatz geprägter Verwaltungsprozess)
提交文書資料之義務
(Vorlageund Auskunftspflicht)
閱覽卷宗之權利 (Akteneinsichtsrecht)
行政程序之卷宗資料
(Verwaltungsvorgänge)
秘密之公開
(Offenlegung der Geheimnisse)
公開之利益 (Offenlegungsinteresse)
自由心證原則 (Grundsatz der freien Beweiswürdigung)
密室程序 (“in camera“-Verfahren)
舉證負擔分配 (Beweislastverteilung)
比較市場程序
(Vergleichsmarktverfahren)
相衝突的職業自由之侵害
(Beeinträchtigung der kollidierenden Berufsfreiheit)
持續的甚或危及生存的損害
(nachhaltige oder gar existenzbe-

drohende Nachteile)
多方法律關係
(mehrpoliges Rechtsverhältnis)
事實情況調查 (Sachverhaltsaufklärung)
法律上聽審權保障
(Gewährung rechtlichen Gehörs)
訴訟上武器對等原則 (Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit)
侵害的合比例性之判斷
(Beurteilung der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs)
立法者的評價暨形成餘地
(Einschätzungsund Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers)
相衝突法益的合憲分配
(der Verfassung entsprechende Zuordnung der kollidierenden Rechtsgüter)
實際的協調之建立
(Herstellung praktischer Konkordanz)
衡量標準 (Abwägungskriterien)
具體化衡量方針 (Konkretisierung des Abwägungsprogramms)
理性化衡量過程 (Rationalisierung des Abwägungsvorgangs)

裁判要旨

就主導市場的企業向進入其電信

網路之第三人索取資費之許可的行政法爭議，依行政法院法第99條第2項的中間裁判範圍內，一方面係企業暨營業秘密保護之關係，另一方面係有

效權利保護之保障。

案 由

聯邦憲法法院第一庭於2006年3月14日就德意志電信股份公司，由董事會代表（地址Friedrich-Ebert-Allee 140, 53113 Bonn）－訴訟代理人1. Redeker Sellner Dahs & Widmaier律師事務所律師（地址Mozartstraße 4-10, 53115 Bonn）2. Dr. Joachim Wieland教授（地址Gregor-Mendel-Straße 13, 53115 Bonn），針對下列兩案提起人民基本權利受侵害之憲法訴訟程序（憲法訴願程序）：

I. -1 BvR 2087/03-（案號）1. 直接針對a) 聯邦行政法院2003年8月15日裁定-BVerwG 20 F 7.03-，b) 聯邦行政法院2003年8月15日裁定 -BVerwG 20 F 9.03-；2. 間接針對行政法院法第99條第2項、第100條第1項、第108條第2項。

II. -1 BvR 2111/03-（案號）1. 直接針對a) 聯邦行政法院2003年8月14日裁定-BVerwG 20 F 1.03-，b) 北萊因－威斯伐倫邦高等行政法院2002年7月9日裁定-13a D 53/02 -，c) 聯邦經濟暨工業部2002年2月13日之決定-VII A 3-160803/5-，d) 聯邦行政法院2003年8月15日裁定-BVerwG 20 F 8.03-，e) 北萊因－威斯伐倫邦高等行政法院2002年10月2

日裁定-13a D 80/02-，f) 電信暨郵政管制署2002年6月11日之決定-03d B 1961-；2.間接針對行政法院法第99條第2項、第100條第1項、第108條第2項作成裁判。

裁判主文

1.聯邦行政法院2003年8月14日（一則）裁定-BVerwG 20 F 1.03及2003年8月15日（三則）裁定-BVerwG 20 F 7.03, BVerwG 20 F 8.03和BVerwG 20 F 9.03-侵害提起訴訟人（憲法訴願人）由基本法第12條第1項而來之基本權利。同理聯邦經濟暨工業部2002年2月13日之決定-VII A 3-160803/5-及電信暨郵政管制署2002年6月11日-03d B 1961-之決定亦然，但以該決定命企業暨營業秘密應予公開之部分為限。

2.聯邦行政法院之（前開）裁定應予撤銷，並發回聯邦行政法院更審。

3.其餘爭點於實體上無理由。

4.德國必須償還提起訴訟人（憲法訴願人）本項程序的必要費用。

理 由

A.事實與爭點

本案涉及主導市場的企業向進入其電信網路之第三人索取資費之許可的行政法爭議，依行政法院法第99條

第2項的中間裁判範圍內，一方面係企業暨營業秘密保護之關係，另一方面係有效權利保護之保障。

I. 本案爭點涉及之法規條文

按基於職權調查原則形塑的行政訴訟（參閱行政法院法第86條第1項），原則上行政機關負有提交文書、檔案及資料之義務。此等提交義務已透過2001年12月20日的行政訴訟法律救濟整理法（das Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess）（聯邦法律公報卷一，頁3987）規定於聯邦行政法院法第99條。該規定如下：

第99條

第1項 行政機關有提交文書、檔案及提供資料之義務。但文書、檔案及資料內容之公開，對於聯邦或德國各邦之福祉有不利之虞，或該事件依法律或依其本質應予保密者，主管之最高監督機關得拒絕提交文書、檔案或提供資料。

第2項 對於拒絕提交文書、檔案或拒絕提供資料是否合法，高等行政法院基於當事人之聲請，無須行言詞辯論以裁定確認之。聯邦最高行政機關以文書、檔案或資料內容之公開將有不利聯邦福祉之虞為由而拒絕提交或提供者，

由聯邦行政法院裁判之；如聯邦行政法院依第50條規定就本案有管轄權者亦同。聲請應於本案管轄法院提出，受訴法院應依第189條規定將聲請狀及本案卷宗交付予審理庭。最高監督機關基於該審理庭之要求應提交或提供其依第1項第2句規定拒絕提供之文書、檔案或拒絕提供之資料。該機關應經通知參與本項訴訟程序。本程序受實體秘密保護之規定的保護。如未遵守此等規定，或主管之監督機關主張其確有維護秘密之特殊理由或其將文書、檔案交付予法院有違秘密保護時，依第5句所為之提交，應於由該最高監督機關所指定之場所將文書或檔案提交予法院處置。對依第5句規定提交之檔案以及依第8句規定所主張之特殊理由不適用第100條之規定。法院成員有保密之義務；於裁判理由中不得公開應保密之文書、檔案及資料之種類與內容。非屬法官之其他人員則適用個人秘密保護之規定。如非為聯邦行政法院裁判時，該裁定得以抗告廢棄。對高等行政法院裁定之

抗告，由聯邦行政法院裁判之。抗告程序適用第4句至第11句。

行政法院法第100條規定行政訴訟程序當事人閱覽卷宗之權利。於2001年7月13日文本（聯邦法律公報卷一，頁1542）的本條前二項有如下規定：

- 第1項 訴訟當事人得閱覽法院卷宗及已提交給法院之檔案。
- 第2項 訴訟當事人得以自行負擔費用方式請求法院書記處提供副本、節本及繕本。法院卷宗係以錄製影像或其他資訊儲存媒體取代原本時，準用民事訴訟法第299條之1之規定。經審判長裁量後，卷宗亦得交由代理訴訟之律師攜回其住所或事務所。

行政法院法第108條包含自由心證原則，確定法院裁判之基礎，訴訟資料限於事實與證據調查結果，此等事實及證據為程序之客體，且對此已提供訴訟當事人法律上聽審權者。

第108條規定

- 第1項 法院應基於訴訟程序之最終結果所得之自由心證為裁判。判決應載明主要構成法官心證之理由。
- 第2項 判決應以當事人可對之陳述意見的事實及證據調查結果為基礎。

於1996年7月25日的電信法（聯邦法律公報卷一，頁1120；以下稱舊電信法）第75條之1已經由2002年5月7日之郵政暨電信法之整理法（聯邦法律公報卷一，頁1529）第18條第3款增補。該規定包含關於企業暨營業秘密之處置的特別規定，一方面係基於舊電信法第66條設置的郵政及電信管制機關（舊電信法第73條以下）於裁定庭程序的特別規定，另一方面為續行的行政法院訴訟程序的特別規定。

舊電信法第75條之1有如下規定：

營業或企業秘密

- 第1項 訴訟程序進行時當事人依第73條至第79條規定提交文件後，須立即標明其中含企業或營業秘密之部分。此種情況須附加提交一份依其看法無須洩漏營業或企業秘密得以被閱覽之文本。未符此種情況者，裁定庭得視為同意卷宗之閱覽，但有已知之特殊情況證明此等推定無理由者，不在此限。裁定庭如認被視為營業或企業秘密之文件的標明無理由，須於作成同意第三人閱覽之裁判前聽取提供資料方之陳述。
- 第2項 行政法院訴訟程序中當管制署替代為最高行政監督機關

時，適用行政法院法第99條規定。

2004年6月22日之電信法（聯邦法律公報卷一，頁1190；以下稱新電信法）在第138條關於文件保密必要性的中間爭議增設一項對於電信法上行政爭議程序之特別規定。

新電信法第138條規定如下：

管制署之提交與提供資訊之義務

第1項 管制署對於文書、檔案之提交，電子文件之傳送或資料之提供（文件之提交）適用行政法院法第99條第1項規定。管制署替代為最高行政監督機關。

第2項 文件應否提交或不得被提交，由本案裁判法院基於當事人聲請以裁定裁決之。如依第1項規定文件之提交涉及企業或營業機密者，法院應課予行政機關提交之義務，但以該裁判取決於專業調查的其他可能性不存在以及衡量個案所有情況後文件提交之利益優先於保密當事人之利益時為限。

第3項 聲請應在法院通知當事人管制署對於文件提交之決定後一個月內提出。管制署基於法院要求必須提交文件；不適用行政法院法第100條。法院成員有保密之義務；於

裁判理由中不得公開應保密文件之種類與內容。反對法院就文件應提交或得提交之裁判，得向聯邦行政法院提起抗告。抗告由本案管轄之法律審上訴庭裁判。抗告程序適用第2句及第3句規定。

第4項 依據法院不得撤銷之裁判文件不應或不得提交者，由法院，於抗告程序由抗告法院，將該依據第3項第2句向其提交之文件立即遞回管制署。此等文件之內容不得作為法院裁判之基礎，但經所有當事人表明同意者，不在此限。

新電信法第150條第14項包含一項對於依行政法院法第99條第2項第1句提出聲請之過渡條款。其規定為：

於本法生效前依行政法院法第99條第2項提出之聲請適用至今之規定。

新電信法第138條於2004年6月26日生效（參閱新電信法第152條第1項第1句）。

II. 相關事實與行政訴訟程序

1. 提起訴訟人（憲法訴願人）－德意志電信股份公司－是一家電信企業，其以營業競爭限制防止法第19條（GWB）規定之意義的主導市場之地位經營遍及聯邦規模的電信網路。其係德意志聯邦郵政與德意志聯邦郵

政電信之法律上承繼者。

依據舊電信法第35條第1項第1句（參閱現行新電信法第21條），凡提供公眾電信網路、電信服務且於該市場具有主導市場地位之經營者，負有提供其他使用者進入其電信網路或部分電信網路之義務。對此義務人獲得一項須按照有效的服務提供的費用為基準的資費（參閱舊電信法第39條連結第24條第1項第1句；參閱現行新電信法第31條連結第30條）。其係指為必要長期有效的服務提供的附加費用與對於服務量中立的一般管理費用之適額附加費，包括所投入資本的適額利息，但以這些費用為各該服務之提供乃必要者為限（參閱1996年10月1日電信資費管制條例第3條第2項，聯邦法律公報卷一，頁1492；參閱現行新電信法第31條第2項）。義務人不得自行訂定此等資費，而須國家之許可。許可機關當時為電信暨郵政管制署—以下稱管制署（參閱舊電信法第39條連結第25條第1項；參閱現行新電信法第30條以下），現今之管制機關為關於電、煤氣、電信、郵政與鐵路之聯邦網路管制署（參閱2005年7月7日第二次新能源經濟法文本的電信法第116條，聯邦法律公報卷一，頁1970）。

於許可程序中，提起訴訟人（憲法訴願人）必須提交企業管理上的文件；特別是詳細與全面的費用之證明

屬之（參閱對此作為基準的時刻，電信資費管制條例第2條）。在法院原因案件訴訟程序之前，提起訴訟人（憲法訴願人）聲請有關容許進入用戶管線通路之資費許可的行政程序，於已進行的該程序的檔案中出現許多塗黑處。其係由提起訴訟人（憲法訴願人）視為企業或營業秘密之各該資料所標示之記號。

2.系爭相關行政法院的本案訴訟程序，係有關管制署以裁決確定進入用戶管線通路之資費。對於資費之許可共有七家提起訴訟人（憲法訴願人）之競爭者（下稱：原告）向行政法院提起撤銷之訴。原告請求閱覽在資費確定程序中管制署的行政資料。作為本案憲法訴訟程序（憲法訴願程序）（客體）之裁判涉及依據行政法院法第99條第2項連結舊電信法第75條之1的前揭相關的中間程序。

在行政法院要求卷宗之後，聯邦經濟暨工業部（下稱聯邦部）在程序其中之一（1 K 1823/99）以及之後主管的管制署在其他程序中（1 K 1749/99），前者於1999年12月29日和2002年2月13日，後者於2002年6月11日，均以裁示決定，行政資料中之眾多頁數不得予以公開，而其餘頁數僅能以部分塗黑文本予以公開。另一方面，聯邦部及管制署決定，關於資費部分許可之裁決和行政過程之卷宗資料，尤其是含有專家鑑定書部分，得予不塗

黑之方式公開。其中雖含有需保密的事實，但至少現今對於提起訴訟人（憲法訴願人）已無持續的或危及生存的損害之虞。

a) 就作為（本案其中一項）憲法訴訟程序（憲法訴願程序）1 BvR 2087/03（客體）的程序中，原告乃針對聯邦部和管制署對於行政程序之卷宗資料中眾多頁數不得予以公開，而其餘頁數僅得部分予以公開之決定，向高等行政法院提起確認違法之訴。高等行政法院為部分勝訴之裁判。基於原告提出之抗告，於原告之訴被駁回部分，聯邦行政法院廢棄高等行政法院之裁判，並確認在所有聯邦部的裁決或管制署的裁決中所列行政卷宗資料頁數的拒絕公開和未予塗黑之公開應屬違法（聯邦行政法院 Kommunikation & Recht [K&R] 裁判，2004，頁95；NVwZ 2004，頁745）。關於依行政法院法第99條第1項第1句之規定機關是否應提交文書、檔案及提供資訊之問題，本案裁判法院應作成有拘束力之裁判。行政法院在繫屬該法院之本案訴訟程序中對於行政卷宗資料之裁判重要關聯性及行政卷宗資料作為證據之必要性，均予以肯定。對於由提起訴訟人（憲法訴願人）建議透過一位中立的、負有緘默義務的專家作為證據調解人進行之證據程序不予考慮。同樣的，於本案裁判法院進行「密室程序」（in camera-

Verfahren），依現行法不予為之。

在提交文件和對之保密的相衝突利益的衡量之下所進行之裁量決定的結果並非沒有法律瑕疵。蓋有效的權利保護之保障包含：法院能從事實上與從法律上兩方面對於權利保護之請求予以全面的審查並具有足夠之裁判權限，去防止權利之侵害或排除已發生之權利侵害。提起訴訟人（憲法訴願人）在基本權利上基於基本法第12條第1項與第14條第1項亦受保障之企業暨營業秘密保護請求權，必須讓步。提起訴訟人（憲法訴願人）雖由於其獨有的私經濟行為及任務地位（基本法第87條之6第2項）而具有基本權之權利能力，儘管其係來自於公法上特別財的德意志聯邦郵政及公法上部分特別財的德意志聯邦郵政電信，並且直到今日即便股份轉讓予私人投資者，惟過半數仍處於聯邦德國之財產下。其網路基本設施係在國家壟斷的保護與應用公共資源之下形成。其因此顯示一種強烈的社會關聯（基本法第14條第2項）。就此立法者已藉由提供其他使用者進入網路之規定為考量。對於提起訴訟人（憲法訴願人）就本案主張的其企業或營業秘密的公開將造成持續的甚或危及生存的損害應毋庸多慮。

b)（本案另一項）憲法訴訟程序（憲法訴願程序）1 BvR 2111/03之原因訴訟係以不合法為由被駁回，於該

訴訟程序中提起訴訟人（憲法訴願人）對於2002年2月13日聯邦部之決定和2002年6月11日管制署之決定向高等行政法院提起確認違法之訴的聲請，於該些決定中命令裁示及檔案得不塗黑的予以公開。

聯邦行政法院駁回提起訴訟人（憲法訴願人）就此提起之抗告（聯邦行政法院裁判全集118, 350; BVerwG, NVwZ 2004, 頁105）。雖認該聲請應予許可，蓋行政法院法第99條第2項第1句並未在行政爭議程序中將聲請權利限於主管機關拒絕提交文書或檔案；意涵關聯、目的與形成史則要求一種擴張解釋。是該聲請於實體上無理由。作為部分許可之基礎的行政程序之卷宗資料必須提交予本案裁判法院。此外聯邦行政法院指出其於前開1 BvR 2087/03憲法訴訟程序（憲法訴願程序）中之裁定並重申該處所為之理由。

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）

針對聯邦行政法院之（前揭）裁定提起訴訟人（憲法訴願人）提起人民基本權利受侵害之憲法訴訟程序（憲法訴願程序），此外於1 BvR 2111/03之程序提起針對高等法院、聯邦部及管制署之決定的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）指摘基本法第3條第1項、第12條第1

項、第14條第1項、第19條第4項及第103條第1項受到侵害，其扼要陳述如下理由：

由基本法第12條第1項與第14條第1項產生一項對於企業暨營業秘密保護之請求。此等乃與屬於基本法第14條第1項之保護領域的智慧財產在結構上可相提並論者。企業暨營業秘密不得未經授權而公開的權利已受眾多法規之保護，例如行政程序法第30條、營業競爭限制防止法（GWB）第72條第2項、工商業管理條例（GewO）第139條之2第1項第3句以及不正競爭防止法（UWG）第17條。雖然秘密保護在憲法中並非無限制的受到保障，蓋其涉及附帶公開保留之保密請求。在基本權利的緊張狀況範圍內對於秘密保護之請求不宜被歸於一般的次位。當有關的陳述並不具有裁判重要關聯性時，行政程序之卷宗資料中有保密必要性的部分之公關係屬違憲。比例原則進一步課予在秘密公開之前充分利用其他可能的專業調查的一切可能性。聯邦行政法院作成之裁判係以不適切的事實上看法為依據。尤其是對於網路基本設施係在國家壟斷的保護與應用公共資源之下形成的看法。毋寧，現今之網路基本設施在其價值中係決定性的經由投資所創造，此等投資乃提起訴訟人（憲法訴願人）在沒有國家壟斷的保護之下出於自己之資金所為者。再者其股份

投資（資本）並非過半數仍處於聯邦德國之財產下。自從2001年6月4日以來聯邦已放棄其過半數持股，其股份額目前總計為43%。

聯邦行政法院依據行政法院法第99條第2項所為之裁判已侵害由基本法第19條第4項而來的憲法上規定。聯邦行政法院之觀點，即其應受到行政法院對於裁判重要關聯性的判斷之拘束，恰與有效的權利保護之憲法保障扞格。聯邦行政法院亦未審查專業調查的其他可能性。其不僅必須對於本案執行密室程序，而且必須透過一位負有緘默義務的中立專家（會計師）進行證據程序，最後必須考慮以部長的答覆內容為基礎的證據程序。

假如一項合憲的解釋不在考慮之內，則此處作為基準的行政法院法第99條第2項與第108條第2項的一般法上規定違憲。當行政法院法第99條第2項依聯邦行政法院之見解乃意指專業審查庭受到行政法院在本案對於應保密之文件的裁判重要關聯性之判斷的拘束，則此規範違憲，蓋其就—為維護比例（原則）重要者—裁判重要關聯性之要素證明欠缺法律保護。而且當本案裁判執行密室程序或專家鑑定書之徵求被排除在外的話，則行政法院法第99條第2項—單獨或與第108條第2項的共同起作用—違憲。

聯邦行政法院之裁定亦侵害法律上聽審權暨正當法律程序之請求。提

起訴訟人（憲法訴願人）就聯邦德國在其股份投資（資本）之持股過半數之事沒有陳述意見之機會。此外專業審查庭於下列情況侵害基本法第103條第1項之權利：其未將提起訴訟人（憲法訴願人）請至與管制署對於爭議客體的文件內容舉行的討論中，除此亦未給予提起訴訟人（憲法訴願人）就此關係重大的事實問題以及特別是對於管制署的解釋陳述意見的機會。由於聯邦行政法院僅透過由管制署公務員對於行政程序之卷宗資料的爭議客體之部分的內容為闡明，訴訟上的武器對等原則（基本法第20條第3項）受到侵害。

再者，與聯邦行政法院之見解相反的，提起訴訟人（憲法訴願人）並非經由財產的法律上繼承獲得較少的保障，而係完全財產。依基本法第143條之2第1項第1句之規定屬部分特別財的德意志聯邦電信係依據郵政改革法第2條之6以下規定為商業登記註冊後始併到提起訴訟人（憲法訴願人）之財產。在電信法中包含的基本法第14條第1項第2句之意涵上的內容及限制規定必須符合比例原則之要求。提起訴訟人（憲法訴願人）因其（公司）創立亦已接收1223億馬克之財政負債。其次，其依郵政人員法第16條於法律上負有義務另為1995年已增長的任職員工的義務退休付款；此等從1995至1999年的年總額總計29億馬克

，以及之後幾年總計為在該公司任職及休假之職員收入總額的33%。反之，於其（公司）創立時由其接收網路之價值總額僅計858億馬克。

此外基本法第87條之6第2項要求提起訴訟人（憲法訴願人）及其競爭者的平等對待。只有當全部出賣人之企業暨營業秘密在電信市場上以同樣方式受到保護時，憲法上所預期有利於買受人之競爭始能開展其效用。

行政法院法第99條第1項與第2項在依據舊電信法第75條之1第1項的程序時應為如下的合憲之解釋：專業法院對於其就秘密的法律上判斷一切關係重大的事實—比如機關資訊—必須聆聽有提交企業暨營業秘密義務的企業之陳述。蓋經由法院的裁判係直接關涉到透過基本法第14條第1項與第12條第1項所保障的保密權利。聯邦憲法法院第一庭在1999年10月27日（聯邦憲法法院裁判全集101, 106）之裁判中針對「密室程序」（in camera-Verfahren）所為之確認，不能未經修正地援用到多方的行政法關係上，蓋前開確認僅為一種雙方的行政法關係而發展。

在相關利益的實質衡量上（前揭）裁定根本上未達到由基本法第14條第1項而來的基本權利之要求。其單方面將有效的權利保護置於與提起訴訟人（憲法訴願人）處於競爭的企業。提起訴訟人（憲法訴願人）就其企

業暨營業秘密為有效的權利保護之要求甚至沒有被提到，亦未被列入考量中。

本案提起訴訟人（憲法訴願人）的競爭自由（基本法第12條第1項）亦受到侵害。由基本法第12條第1項得出對於行政法院法第99條可對比的要求如同由基本法第14條第1項亦然。雖然對於提起訴訟人（憲法訴願人）在電信領域作為主導市場的企業的提起訴訟人（憲法訴願人）之管制係一項透過基本法第87條之6的規定具正當性的工具（手段）。就此隨之而來的亦有義務，對管制署公開企業暨營業秘密，以使其得以作出符合專業的決定。行政法院訴訟程序中營業秘密之公開並非有助於合憲的管制任務之執行，而係有助於提起訴訟人（憲法訴願人）的競爭者之利益。

由基本法第19條第4項第1句導出提起訴訟人（憲法訴願人）就其企業暨營業秘密得請求受到有效保護。因管制署熟知秘密，其公開對於管制之效果不是必要的。其公開對於競爭者亦曲解競爭的機會平等，蓋其之企業暨營業秘密仍然繼續受到保護。

高等行政法院裁判於其在作為憲法訴訟程序（憲法訴願程序）1 BvR 2111/03之基礎的程序同樣侵害提起訴訟人（憲法訴願人）由基本法第12條第1項、第14條第1項以及第19條第4項而來的權利。在高等行政法院—

錯誤地依照聯邦行政法院的確認—以不合法駁回對於聯邦部與管制署之決定的違法性確認之聲請，已係未給予提起訴訟人（憲法訴願人）其企業暨營業秘密於基本權利上所要求之保護。

同樣受憲法訴訟程序（憲法訴願程序）1 BvR 2111/03所指摘的2002年6月11日管制署與2002年2月13日聯邦部之決定基於最後與前揭聯邦行政法院之裁定同一原因侵害提起訴訟人（憲法訴願人）之基本權利；其所進行之衡量對於提起訴訟人（憲法訴願人）之企業暨營業秘密有失公允。提起訴訟人（憲法訴願人）因公開企業暨營業秘密將遭受之損害的影響，未充分列入考慮。

IV. 提起訴訟人（憲法訴願人）聲請之暫時處分

此外提起訴訟人（憲法訴願人）提出頒布暫時處分之聲請。聯邦憲法法院第一庭之第一審查庭已使在1 BvR 2087/03憲法訴訟程序（憲法訴願程序）所指摘之裁定之執行暫時失效，此外已駁回頒布暫時處分之聲請。在該庭之裁定中有謂，所要求的結果考量得出支持頒布暫時處分的理由僅在1 BvR 2087/03憲法訴訟程序（憲法訴願程序）中佔上風，於1 BvR 2111/03程序中則否（詳細參閱BVerfGK 2, 298 [302]）。

在1 BvR 2111/03憲法訴訟程序

（憲法訴願程序）提出頒布暫時處分係針對為提交行政程序之卷宗資料的法院裁判而聲請，在這些裁判中於原因案件訴訟程序之原告撤銷的確定裁決中包含了資料數據。此外其包含專家鑑定書之陳述。按照提起訴訟人（憲法訴願人）、訴訟當事人之機關和專業法院一致的見解，這些文件亦含有提起訴訟人（憲法訴願人）之企業暨營業秘密。審查庭已將其結果考量作為聯邦部及管制署評價之基礎，使得關於個別用戶管線通路、其之變賣及至事實上費用的詳細資訊未被列入，並且相關的說明基本上都是過時陳舊者。與此相應的反對頒布暫時處分之理由佔上風。

V. 本案關係人陳述之意見

就本案（兩項）憲法訴訟程序（憲法訴願程序）聯邦政府、電信暨郵政管制署、原因案件訴訟程序之原告及德國郵政公司已陳述意見於后。

1. 聯邦政府闡明，新電信法第138條規定已為電信法上的行政訴訟程序創造一項特別規定，未來關於文件保密必要性的中間爭議適用此等規定。在聯邦眾議院和聯邦參議院之調解委員會中政黨已經取得共識，於新電信法生效五年後—即2009年6月26日—應實現卡特爾法路線之轉換。

儘管前期的法律上發展本案憲法訴訟程序（憲法訴願程序）對於未來應有超出個案的意義。行政法院法第

99條第2項並未包含機關依據行政法院法第99條第1項第2句的裁量決定由法院衡量的標準。聯邦行政法院的專業法庭已藉由營業競爭限制防止法第72條第2項第4句的審查綱要之助填補此等漏洞。新電信法亦規定同樣的審查綱要；蓋新電信法第138條第2項第2句乃遵循營業競爭限制防止法第72條第2項第4句。其與依據行政法院法第99條第2項之一般程序根本的區別在於，未來將不再由專業法庭，而是由審理本案之法院決定秘密保護之有效範圍。

依聯邦行政法院專業法庭之見，提起訴訟人（憲法訴願人）之基本權地位僅於下列情況始不符比例的受到侵害，即當放棄企業暨營業秘密將有「持續的甚或危及生存的損害之虞時」。「持續的」既非電信法慣用的概念亦未在法律上被定義。此等概念被適用於環境法及環境刑法中，當其係有關產生一段長時期的影響並且超越個案時的影響作用。管制署到目前為止仍未將此等嚴格標準適用於其決定實務上。

提起訴訟人（憲法訴願人）之見—其基於基本法第19條第4項第1句對於有效權利保護之請求受到阻礙，蓋專業法庭僅給予本案行政法院裁判哪一文件具有裁判重要關聯性並且為專業調查所需者之權限—沒有說服力。基本法第19條第4項第1句保障經由法

官之保護，並非反對保護。相對於管制署依據行政法院法第99條第1項第2句的決定提起訴訟人（憲法訴願人）有適當的權利保護。

因此文件之提交不可或缺，蓋進入用戶管線通路之資費可能須基於市場觀察比較之基礎而確定。依管制署之答覆在決定性之時刻未有適當的市場比較。

由提起訴訟人（憲法訴願人）所建議加入會計師或透過部長的答覆內容作為專業調查之手段則不予考慮，蓋因此法院不可能形成自己的心證。於法規範中並未規定本案裁判法院應進行密室程序。

然而於被指摘的裁判中競爭者之權利保護利益普遍且顯非適當的被給予優先對待。縱使有支持對於提起訴訟人（憲法訴願人）秘密之公開的重要論據，但在那些裁定中，就援引企業暨營業秘密之保密利益的意涵並未進行足夠細微差別之衡量。保密利益不得普遍視為次要。毋寧，於利益衡量時應合乎具體個案之各種標準。在憲法上應受指摘者，係提起訴訟人（憲法訴願人）之財產由聯邦行政法院之專業法庭應總括的以一個於權利保護利益的比較上較低的價值為衡量，同時與此相應的其企業暨營業秘密保護之請求必須退讓。專業法庭假定提起訴訟人（憲法訴願人）之網路財產權根本不能完全廣泛的算入財產權保

障之保護，蓋其一開始即負一定的義務。此等看法乃不符基本法第14條第1項。財產權保護之方式與範圍並非取決於財產權原始取得之情況。然而作為私經濟上的企業，提起訴訟人（憲法訴願人）產生的特別情況—得透過法律使企業承擔義務在憲法上有正當事由。在比例原則審查之範圍內得將提起訴訟人（憲法訴願人）之網路的特別產生條件於衡量時列入考量。

此處所涉並非提起訴訟人（憲法訴願人）之財產原則上—即便對於任何第三人之關係—作為次要去衡量。網路基本設施產生條件的意義於衡量過程隨著漸增的時間經過逐漸減弱。目前提起訴訟人（憲法訴願人）之股份的42.8%仍屬聯邦德國。股票之購買對於購買者必然與一個獲利率經營之期待連結。當之後提起訴訟人（憲法訴願人）之財產總括的從一開始即強加予較高之社會義務，則此等對於符合基本法第87條之6第2項私人化委任之背景的實現有違反忠誠的問題。提起訴訟人（憲法訴願人）已然可觀的投資於擴建，並已完成網路基本設施之維修，且大部分以自己所賺的錢為之。按本案訴訟程序資料顯示，在1995年到2002年期間投資額合計約270億歐元。此等金額構成由德意志聯邦郵政電信接收的網路的大部分價格，估計達858億歐元。於本案爭議的企業暨營業秘密體現了在一個難以

用數量表示的範圍「知道如何」，此等應透過提起訴訟人（憲法訴願人）自己的償付款項而獲得。財產基本權利衡量的錯誤延伸到衡量之結果。

與提起訴訟人（憲法訴願人）之見相反，基本法第103條第1項及第20條第3項未受侵害。有別於管制署和聯邦部，提起訴訟人（憲法訴願人）並未有向聯邦行政法院之專業法庭陳述意見之可能，而此並不違憲。提起訴訟人（憲法訴願人）對最高監督機關在中間程序傳喚與本案有關之第三者出庭之功能的認知錯誤（參閱行政法院法第99條第2項第6句）。

2. 電信與郵政管制署詳細說明，對於提交檔案的衡量決定所設的標準和描述資費許可程序之過程。此外闡明了新電信法在第138條接收了在營業競爭限制防止法包含的相近規定，因此已由管制署適用至今的（秘密）公開標準轉送至法律形式。

問題在於，提起訴訟人（憲法訴願人）之企業暨營業秘密是否屬於財產權保護範圍？此等雖得予以肯定，但僅限於有關事實上實際費用之陳述。這些僅見於提起訴訟人（憲法訴願人）附上其之資費申請函作為電信資費管制條例第2條意義上之證明的文件內，並且在就此進行的介於管制署與其之間的文件往來或在管制署的內部文件往來。另外其亦可能存在於涉及承載秘密的資料，此等涉及提起訴

訟人（憲法訴願人）在私人化之前已發現的結構為限。

就此應區別者係並非真正的出自於提起訴訟人（憲法訴願人）的，而是由管制署或於其之委任中所獲得的應保密的資料之處理，以便能對於提起訴訟人（憲法訴願人）提出之資費申請給予答覆。

於裁定庭程序的行政程序之卷宗資料中含有被列為企業暨營業秘密以及作為此處衡量決定基礎之客體的資料，主要是有關提起訴訟人（憲法訴願人）交予管制署的其資費申請所附之文件、有關提起訴訟人（憲法訴願人）與管制署之間的文件往來、有關按照通訊服務學術研究所之模式之計算、有關透過管制署和提起訴訟人（憲法訴願人）之申請中所提出之鑑定書的不同計算，以及有關爭議客體上之裁示。這些資料僅顯示部分類似受到基本法第14條第1項保護的智慧財產。

透過提起訴訟人（憲法訴願人）所受到的電信法上的管制，財產權保障未受侵害。在一項程序被列為企業暨營業秘密之資料的完整公開於符合行政法院法第99條第2項、舊電信法第75條之1透過機關的衡量決定範圍內或透過法院於一項審查此等衡量決定的中間程序範圍內為合憲。由管制署具體所做的適度的公開並未侵害提起訴訟人（憲法訴願人）的憲法權利

。由聯邦行政法院認為法律上許可的完整之公開亦不能斷定有憲法的錯誤判斷。

3.原因案件訴訟程序之原告為受指摘的聯邦行政法院裁判辯解。本案不存在企業暨營業秘密。本案沒有涉及財產自由的保護領域。企業暨營業秘密涉及事實，而非僅透過基本法第14條第1項受保護的有財產價值的私人權利。此外提起訴訟人（憲法訴願人）已從一開始僅與符合其財產權來源而負有義務的在其公共的電信網路獲得基本權利上受保護的有財產價值的地位。因此此處涉及的負擔係有關原始的財產權內容規定。是排除了基本法第12條第1項的基本權利之侵害，蓋行政法院法第99條並未指明職業規範的意向。本案亦欠缺關係重大的職業自由之侵害。再者對於由基本法第12條第1項與第14條第1項而來的權利的可能侵害無論如何有正當化事由。

基本法第19條第4項第1句之法律（訴訟救濟）途徑之保護未受到侵害。透過依據行政法院法第99條第2項之申請而開啟的權利保護並未以違憲之方式而減少。毋寧，其符合法律上為此等法律手段所規定的要求提供檔案的裁判重要關聯性不受審查的審查範圍。同樣的基本法第103條第1項幾未受侵害。法律上聽審權的要求對於密室程序亦非完全透過行政訴訟法第

99條第2項而失效。訴訟上武器平等的法治國的原則亦未受到侵害。

4. 德意志郵政公司強調，企業暨營業秘密享有基本權利上之保護在結果上不成問題。有爭議之處在於，此等是否僅以基本法第12條第1項或單以第14條第1項為依據或透過這兩項基本權利而受到保障。經由自身在金錢、時間、研究容量和經驗知識的耗費而建立的企業暨營業秘密屬於一家企業根本的財產價值並且對於其競業能力至為重要。其屬於所獲得的範圍，也同時確定獲得之過程，基本法第12條第1項亦保護競業自由，特別是保障企業在競爭上與其他不受國家引起的競爭的扭曲為競爭的權利。當一家企業被迫公開其企業暨營業秘密，在這一點上受到侵害。

在郵政與電信市場上對主導市場的企業之管制在多方的法律關係範圍內實現。在沒有先去確定競爭的企業請求哪些權利保護的第一步，而進入第二步的是否這些權利在其價值上勝過企業暨營業秘密的基本權利上的保護之審查，聯邦行政法院於一開始時即已不適切的作成這些衝突的法益於憲法上所要求的衡量。此等裁判導致可能情況下受管制的企業必須犧牲實體法上之地位，此等地位較之其競爭者的衝突的實體法上地位的關係看來更重要更值得保護。當時提起訴訟人（憲法訴願人）事實上是提供電信服

務的基本供應之維持的擔保企業，得反對在行政訴訟上其企業暨營業秘密的公開。同理適用於德意志郵政公司。

聯邦行政法院錯誤地由被減弱的提起訴訟人（憲法訴願人）之基本權利保護出發。此等論點乃降低了以前的壟斷者之財產權保護的法益，而與聯邦憲法法院對於德意志民主共和國地區勞工房屋建築互助協會之財產權保護案裁判相左（聯邦憲法法院裁判全集91, 294〈307 ff.〉）。復於衡量時未被考量者，乃基本法第12條第1項保障的企業秘密不僅在主觀權利功能作為針對國家下命的公開義務之防禦權，而且也是客觀法上作為競業之必須的功能條件。此等客觀的基本權利面向決定性的提升重要性，致使職業自由的憲法法益必須被列入衡量。另一方面基本法第103條第1項說明了作為客觀法原則的企業暨營業秘密的公開。歸根究底對秘密保護具決定性者在於，在行政訴訟中涉及管制署之決定的企業暨營業秘密的定期重複公開將有持續的危害到郵政及電信市場競爭的作用能力之虞。於公開之時將會導致財產價值的轉分配以及競爭者在市場機會的非合理正當的改正。在「正確」的行政決定上的公共利益最多僅能在以下情況勝過秘密保護，即當其涉及對於競爭的繼續發展有原則重要性的管制署決定的法院審查時。

在行政訴訟中運用密室程序的企業暨營業秘密，乃符合以特別之方式所達成的涉及的基本權利之實際和諧的中心思想。此等程序最佳化地實現了涉及的企業暨營業秘密與有效的權利保護之相衝突的基本權利保障。

B. 程序審查

本案人民提起之基本權利受侵害之憲法訴訟程序（憲法訴願程序）於程序上絕大部分受理。

I. 程序不受理部分

程序上不合法而不受理部分為針對（邦）高等行政法院裁定提起之人民基本權利受侵害之憲法訴訟程序（1 BvR 2111/03）（憲法訴願程序）。提起訴訟人（憲法訴願人）經由這些裁定不得再提起憲法訴訟（憲法訴願）。聯邦行政法院已透過其針對這點未被指摘的裁定確認，依據行政法院法第99條第2項第1句針對高等行政法院之見解所提起之抗告合法。

II. 程序受理事由

1. 本案除前開不受理部分於程序上合法而受理。特別是提起訴訟人（憲法訴願人）具有訴請能力。依據基本法第93條第1項第4款之1、聯邦憲法法院法第90條第1項人民得提起基本權利受侵害之憲法訴訟程序（憲法訴願程序）。對此人民之意涵，係指基本權利與準基本權利主體，亦即基本權利能力（參閱聯邦憲法法院裁判全集39, 302〈312〉有詳細說明）。

於本國私法人提起之憲法訴訟（憲法訴願），適用有利於其之基本權，但以依其本質得適用於法人者為限（基本法第19條第3項）；此等係為了肯定提起訴訟人（憲法訴願人）受侵害而指摘的憲法權利。

提起訴訟人（憲法訴願人）之基本權利能力並非因聯邦對此有股份而消滅。聯邦對於提起訴訟人（憲法訴願人）的企業領導可能引起訴請能力之質疑的佔統治地位的影響力，已經基於1994年9月14日郵政暨電信德意志聯邦郵政的聯邦機構之設置法（聯邦法律公報卷I頁2325）第3條之規定以及1994年9月14日該聯邦機構之組織規章（聯邦法律公報卷I頁2331）第32條而排除，並且在私人化之後更無法律上之理由；此等亦未有訴訟關係人提出。

2. 不合法而程序不受理部分係對於基本法第3條第1項在其作為恣意禁止之形塑上以及基本法第19條第4項之侵害的指摘，但以聯邦行政法院之看法被指摘者為限。該法院於中間程序應受本案裁判之行政法院對於應保密文件的裁判重要關聯性的判斷之拘束。就這方面而言欠缺依據聯邦憲法法院法第23條第1項第2句前段、第92條的充分得證實的理由。

由提起的本案憲法訴訟（憲法訴願）中無從得出聯邦行政法院違反恣意禁止之論據。同樣無法辨認者，係

當一法院之裁判受到其他法院確認之拘束時，並不保障法律救濟審級的基本法第19條第4項在何種程度可能受到侵害。此外由提起訴訟人（憲法訴願人）之口頭說明亦無法看出，本案中的此等拘束應有何種程度的裁判重要關聯。

C. 實體審查

在本案憲法訴訟程序（憲法訴願程序）合法而受理並且以合法之指摘為根據的範圍內絕大部分於實體上有理由。

聯邦行政法院之裁定侵害提起訴訟人（憲法訴願人）由基本法第12條第1項而來之基本權利。同理聯邦部及管制署之決定亦然，但以其命令企業暨營業秘密之公開為限。

實體上無理由者係提起訴訟人（憲法訴願人）指摘其基於基本法第103條第1項請求法律上聽審以及公平審判程序之原則受侵害之部分，蓋其未有向聯邦行政法院之專業法庭陳述意見之可能性。

I. 要求公開企業暨營業秘密而受指摘之裁判侵害提起訴訟人（憲法訴願人）之職業自由

要求在法院訴訟程序中公開企業暨營業秘密而受指摘之裁判侵害提起訴訟人（憲法訴願人）之職業自由。

1. 基本法第12條第1項之保護範圍包含提起訴訟人（憲法訴願人）作為德國私法人的營業活動。

基本法第12條第1項的職業自由給予所有德國人自由選擇職業和自由執行職業之權利。「職業」意指任何為創造及維持生活基礎而長期從事之活動（參閱聯邦憲法法院裁判全集7, 377〈397 ff.〉；105, 252〈265〉），職業自由之基本權利依據基本法第19條第3項亦得適用於法人，但以該法人執行有助於營利目的之工作，此等工作依其性質與方式以同樣提供法人及自然人之方式者為限。

2. 職業自由之基本權利亦保障企業暨營業秘密。

a) 基本法第12條第1項的自由權保護與個人或市場企業之與職業有關之行為（參閱聯邦憲法法院裁判全集32, 311〈317〉；105, 252〈265 ff.〉；106, 275〈298 f.〉；聯邦憲法法院第二庭2005年4月12日之裁判-2 BvR 1027/02-, NJW 2005, S. 1917〈1919〉）。依照競業原則而實行的企業之職業行為，自由保護的射程範圍亦透過實現與限制競業的法律上之規定而共同決定。基本法第12條第1項在此範圍內確保依照其功能條件的參與競業（參閱聯邦憲法法院裁判全集105, 252〈265〉）。

電信法的資費規定以及關於此等之資費確定的法院審查之規定，乃起因於提供電信服務的企業活動之競業行銷。儘管提起訴訟人（憲法訴願人）主導市場的地位，提起訴訟人（憲

法訴願人)與其他企業處於競爭關係，這些企業之中亦有請求進入其網路基本設施者以及提供職業的電信服務而與之處於競爭者。此等競業關係則透過提起訴訟人(憲法訴願人)必須提供其競爭者進入網路並得就此要求一項經官署審查之資費的法律規定而形成。

倘於資費審查之範圍內企業暨營業秘密經由國家被公開或國家要求此等之公開，則已涉及基本法第12條第1項之保護範圍。蓋藉此對於在電信市場的職業活動範圍內對於自己營業的相關知識之使用的獨一性已受到損害。阻礙提起訴訟人(憲法訴願人)於其職業行為影響競業的一項國家措施，即係對其由基本法第12條第1項而來的自由權的限制(參閱聯邦憲法法院裁判全集86, 28〈37〉)。

當專有性的營業競爭知識開放給競爭者，將降低依靠此等知識以成功執行職業的可能性。如此企業的策略可能會落空。革新的企業行為之推動亦可能取消，縱使當同時有第三人於節省相同額度投資之情況下，對於與其立於競爭狀態之秘密主體為了其職業成果之基礎而革新的生產知識加以利用時，亦可能推動革新企業之行為。

b) 有爭議的卷宗部分含有的事實涉及由基本法第12條第1項保護的提起訴訟人(憲法訴願人)的企業暨

營業秘密。

aa) 企業暨營業秘密意指一切與企業有關的事實、情況與資料，不是公開的，而是僅限於特定人可知的，權利主體有合法權益主張不得散布其企業暨營業秘密。企業秘密基本上包括最廣義的工業知識；營業秘密特別是關於商業的知識。屬於此類秘密者如營業額、毛利、營業帳簿、客戶名冊、收益來源、營業條件、市場策略、信用文件、會計文件、專利申請和其他發展暨研究計畫，經由這些得決定性的確定一家企業的經濟關係(參閱Bonk/Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Aufl. 2001, § 30 Rn. 13 有詳細說明; K. Schmidt, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Aufl. 2001, § 56 Rn. 12 有詳細說明)。

bb) 就其公開滋生爭議的資料含有基本法第12條第1項保護的提起訴訟人(憲法訴願人)之企業暨營業秘密。

依照1999年呈交給管制署被分級為承載秘密之資料的分類，在本案中特別涉及工業資料、資金調查之價格與參數、費用之計算、規程說明書與費用、一般管理費用(通常開支)、計算結果以及提起訴訟人(憲法訴願人)在經濟活動範圍的會計文件。此外涉及營業額價格、銷售量、費用和

擔保費以及資料來源。專業法院一致認為本案有問題的文件包含企業暨營業秘密並受到基本法第12條第1項之保護。此等在憲法上無可指摘。同此聯邦憲法法院第一庭之第一審查庭於2004年2月5日關於訴請發布暫時處分之裁定（BVerfGK 2, 298〈304〉）亦從企業暨營業秘密出發。

3.聯邦行政法院、聯邦部和管制署之裁判侵害職業自由之保護範圍，但以其確定提交檔案或未予塗黑的提交義務並因此透過競爭者在法院訴訟程序中知悉企業暨營業秘密為限。

在1 BvR 2087/03憲法訴訟程序（憲法訴願程序）中受指摘的聯邦行政法院裁定包含依據行政法院法第99條第2項第1句之確認，其認依據行政法院法第99條第1項第2句拒絕檔案的完整提交為違法；在1 BvR 2111/03憲法訴訟程序（憲法訴願程序）以之為基礎的聯邦行政法院裁定依據行政法院法第99條第2項第1句確認聯邦部和管制署之決定、管制署之部分許可裁示以及未塗黑的提交詳細標明的檔案部分係合法。其結果是自此全部檔案依據行政法院法第99條第1項第1句須全面未予塗黑的被公開。

依此於原因案件訴訟程序中的當事人-提起訴訟人（憲法訴願人）之競爭者即有於其閱覽卷宗權利之範圍內獲悉提起訴訟人（憲法訴願人）之企業暨營業秘密之可能性（參閱行政

法院法第100條第1項），其中至少可能有重要的個別競爭策略和個別措施。法院開啟經由競爭者的企業暨營業秘密之獲悉和因此使之在競業中受到利用之可能已侵害了在職業活動的範圍內對於自己之營業的相關知識之使用的獨一性。在此構成基本權利之干預。

II.提起訴訟人（憲法訴願人）之職業自由受到違憲之侵害

提起訴訟人（憲法訴願人）之職業自由受到違憲之侵害。提起訴訟人（憲法訴願人）於基本法第12條第1項之基本權利在程序受理（實體上受指摘）的裁判中，即便在對於競爭者有效之權利保護而相衝突之利益的考量下，亦未賦予應有之重要性。

1. a) 在資費許可程序中應解決在多方法律關係中的一種衝突狀況。參與此等關係者：（1）許可機關形式呈現的國家，（2）作為潛在的負有支付資費之義務的競爭者和其在資費數額審查時有效的權利保護之利益，此等資費數額他方面將對其職業執行發生影響，及（3）提起訴訟人（憲法訴願人）作為受到基本法第12條第1項保護的企業暨營業秘密的主體和作為有權索取資費者且在資費許可之爭議中作為訴訟參加人具有有效的權利保護之利益者。假使法院裁判結果有利於秘密之公開，則構成提起訴訟人（憲法訴願人）職業自由之侵害；假

使秘密不被公開，則競爭者請求有效權利保護之基本權利受到侵害。此外本案提起訴訟人（憲法訴願人）沒有在請求償還相關文件下為資費數額辯護的可能性，其僅能選擇放棄一項相應的辯護或放棄就其本身而言根本的秘密保護之權。

於本案涉及的法律關係中，為了侵害的合比例性之衡量審查對於雙方衝突狀況而發展的規則不能沒有調適多方關係的特殊性，並且因此不能未予尊重各該不同的侵害與受益之可能性而適用。

因此侵害之適當與必要性不得僅基於有衝突的法益之一而論斷。即便於職權調查原則形塑的行政訴訟中機關在有效權利保護之利益原則上亦負有義務，提交證書、檔案及提供資料（行政法院法第99條第1項第1句），因此被連繫的相衝突的職業自由之侵害不得不予考慮。毋寧，可找到的解決辦法必須同時考量到企業暨營業秘密。進一步的問題是，是否有同時適當及導致最小侵害的其他手段，亦同樣不僅由保障權利保護之觀點亦由保障職業自由的權利保護審查之。

就互有衝突的法益在適當性與必要性之審查未獲得正面之結論而顯然並無解答之情況下，應進行相當性階段之審查，以決定其於憲法上是否可接受。最後此等闡明須以衡量進行，並且須在整體上在實現所涉不同法益

時將各種利弊列入考量。同時應審查，為保護其他法益而因此引起的可能性，在扣除相衝突法益之適合性與必要性之審查時，已具備相當性之關係，特別是有期待可能的，或謂相當性是否於下列情況較可能達成：倘鑑於其他法益之故可接受降低適合性與必要性審查之要求。如果有這種情況則須審查不同的解決可能性，即兩種角度中之何者對於相衝突法益之保護得以獲致最大可能保障之結果。

於立法者規定經由指定標準與提供解決途徑以解決衝突之情況下，在判斷侵害的合比例性時，應考量已被承認的在判斷各該涉及法益之利弊時，以及在基於不同法律上受保護之利益結果的利益衡量時，立法者的評價暨形成空間。假使立法者留給法適用之機關作決定，則由此之中找到的結果於憲法上須審查，作為基礎的假定與衡量的準則以及其於具體個案中之衡量是否符合憲法上之要求，也就是說，是否其在賦予決定主體的評價餘地範圍內仍有空間並且在具體爭議案件中建立實際的協調之結果。

b) 關於提交檔案的中間裁判之授權，係為使有效權利保護之目標，依據行政法院法第99條第1項第1句連結第100條第1項及第108條第2項，透過事實情況之澄清與在法院的本案訴訟程序中給予法律上聽審權得以實現，但同時兼顧依據行政法院法第99條

第1項第2句、第2項企業暨營業秘密的基本權利之保護。此等規定允許中間裁判有如下結果：秘密主體的職業自由完整讓步，然必要時有可能亦有下列相反之結果，即秘密受到保護並且因此在法院審查資費確定之正確性時對於資費之計算相關的基礎不能被考量。

按一般法上-在最高法院仍未決定的-鑑於資費審查的舉證負擔分配的問題此等可能使主導市場的提起訴訟人（憲法訴願人）或其競爭者受損害。假使機關負擔舉證責任（主張者 Bosch/Sommer, K&R 2004, 頁67〈74 f.〉），如聯邦部與在本案中受指摘之決定的管制署，假使在文件中含有的營業秘密係適當的，被許可的資費數額的正確性可為證，則作為訴訟參加人的主導市場的提起訴訟人（憲法訴願人）有如下二種選擇：公開秘密（即職業自由不受考量）或自己增加資費數額辯護的困難或不可能為之，亦即忍受在有效權利保護之扣除。若舉證責任在於攻擊資費許可的競爭者之一方（主張者如 Mayen, NVwZ 2003, 頁537〈539, 542〉），其不得主張由程序中取出的資費計算的基礎並且對此以事實證實的提出懷疑。此等侵害其權利保護可能性。

就這方面立法者沒有提供在此等多方法律關係中始終確保相對立之利益的實現之解決途徑。作成之決定總

是若非有損於有效的權利保護，就是有損於保密之利益。僅當受託付適用法律之機關有可能以現行法為基礎獲得一項相衝突法益的合憲分配時，此等始滿足建立實際的協調之要求。

2. 本案立法者將法益衝突之解決交由專業機關與專業法院為最終須透過衡量得出結果的個別決定。就此立法者並未預先規定特定的衡量標準。於這些情況下主導衡量之觀點的論述在法院裁判中提供一個為具體化衡量方針、理性化衡量過程與確保裁判結果正確性的重要的貢獻。

聯邦行政法院在本案有一個標準，亦即指定有存在威脅或持續的損害。然而此等不符憲法上之要求。此外於具體案件之法適用其放棄衡量之資料。結果無法確認基本權之侵害實體上有理由。聯邦部及管制署之決定雖以一連串具體的考量為依據，然其衡量最終仍按照相同的標準、按照存在的與持續的損害之標準。因此官署之決定亦未滿足憲法上的要求。

a) 聯邦行政法院於其中間決定內由下列考量出發：

依據行政法院法第99條第2項以營業競爭限制防止法第72條第2項之規定為依據-現今明確規定於新電信法第138條第2項第2句-關於公開的一項衡量決定僅於下列情況始列入考量，當相關的文件有裁判重要關聯性且為了完整的專業調查要求所需要時

。就此本案裁判法院以一種對中間裁判有拘束力之方式為裁判。但於中間裁判須審查有裁判重要關聯之事實情況是否透過其他可供使用及適合的證據之提出而能在法院上被調查。反之，則於中間程序應裁判是否官署關於特定文件保密之作成沒有法律錯誤的裁量決定，特別是有裁判重要關聯性之事實情況的完整調查之利益要求文件之提交，儘管於其中含有企業暨營業秘密。就此須由一般原則出發，本案裁判法院必須自己調查資費許可之事實的基礎並且須獨立於受指摘的行政決定之外沒有受其確定與評價之拘束為評斷。規定和因此透過管制署對於進入網路的資費之審查，係不僅須基於所有關係人之利益而且亦須基於公共利益為法院的審查，因此對此之必要文件原則上必須可供法院使用。

按照以此等考量為依據的聯邦行政法院裁判實務，全部文件之提交為法律上原意之原則，需要理由的秘密保護的拒絕提交為例外。爰此，聯邦行政法院在其對於進入提起訴訟人（憲法訴願人）之網絡之資費的法院審查的裁判中以主導市場的提起訴訟人（憲法訴願人）之企業暨營業秘密之保護原則上須讓步為出發點（不同見解，但係對於終止顧客契約之許可的審查BVerwG, ZUM-RD 2005, 頁244〈246〉）。否則聯邦行政法院以對於保密利益的嚴格要求將面臨法院審查

可能性的威脅之限制。僅當對於市場強大的企業有持續的甚或危及生存的損害有發生之虞時，原則上公開義務的例外始有適用。

b) 立法者並未開啟法院有下列可能性，秘密保護和有效的權利保護有別於透過衡量決定而互相歸類，而導致僅相關法益中之一項能給予保護。依據現行有效之法並不提供提起訴訟人（憲法訴願人）可供選擇的手段。

aa) 由提起訴訟人（憲法訴願人）和部分文獻（參閱C. Berg, Geschäftsgeheimnisse, Akteneinsicht und Drittbeteiligung im Kartellverwaltungsverfahren, 1984, 頁148; Kersting, Der Schutz des Wirtschaftsgeheimnisses im Zivilprozess, 1995, 頁300; 亦參閱Kerckhoff, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl. 2000, § 75 邊碼8）所倡議的透過一位中立的負有緘默義務的專家（會計師）執行證據，對事實情況之調查無法獲得適當的可能性。專家的加入並未免除法官基於事實情況與鑑定書的結果建立自己的心證之義務。從而鑑定書的結果不得未受審查的作為法院裁判之依據（參閱聯邦行政法院裁判全集71, 38〈44 ff.〉；聯邦最高法院民事庭裁判全集116, 47〈58〉）。

此外訴訟當事人之法律上聽審權

受到減縮。雖然法規範在一系列的情況中因其他利益而允許（將就）法律上聽審權之限制—例如在刑事程序法或秩序法中，當基於特別的法官保留沒有關係人之參與而決定時—，然卻僅在透過法官獲得事實判斷的標準下。

bb) 同樣的由提起訴訟人（憲法訴願人）依據入國籍法及外國法之爭議（參閱聯邦行政法院裁判全集49, 44〈50〉；聯邦行政法院裁判，VBIBW 1993, 頁418；NVwZ-RR 1997, 頁133；亦參閱北萊因—威斯特伐倫邦高等行政法院裁判，NVwZ-RR 1998, 頁398〈399〉），建議的部長之內容資訊不被考慮。由此法院沒有足夠的理由亦阻止自己心證的建立。此外在本案有問題的行政程序之卷宗資料涉及複雜的事實情況且多數為包羅萬象的檔卷（本案大約4000頁），對此（聯邦）部通常沒有特別的瞭解。

cc) 於本案不能確定由提起訴訟人（憲法訴願人）視為選擇而以適當的方式指定的比較市場程序是否有助於資費數額的調查。總之在本案受指摘的裁判作成之時點，依據管制署之見對於相關電信服務業的可比較的市場不存在。現今比較市場程序在法律上就特別情況視為額外的審查工具而預先規定，申請的資費是否按照有效率的提供服務之費用而定（參閱第3條第3項電信資費條例TentgV，至

2004年6月25日有效，以及目前的新電信法第35條第1項第1句第1款）。

dd) 由提起訴訟人（憲法訴願人）倡議的在本案訴訟程序（執行）密室程序始能完整確保職業秘密之保護，且同樣的使法院依據全部文件為資費規定的審查。

由提起訴訟人（憲法訴願人）所倡議的主程序中的密室程序得完全的保障職業自由，並且得進行依照所有文件之資費確定的法院審查。此等倡議並非由於聯邦憲法法院1999年10月27日之裁定中所提出之基本原則而觸礁，依據這些基本原則，僅當密室程序係專為改善權利保護之時，始為合憲（聯邦憲法法院裁判全集101, 106〈128〉）。當時法院之考慮僅涉及解決雙向衝突情況。如有這種情況其必須由於解決多方衝突的特性而修正，即涉及一種情況，於其中已改善的基本權保護—在本案係企業暨營業秘密的基本權保護—與相關資料的可使用性在法院訴訟程序結合，這些資料將無法提供關係人之一使用。雖然透過法院的有效權利保護未被破壞，蓋法院可利用全部文件。但法律上之聽審權卻受到如下的限制：競爭者自己不能對於被閱覽權排除的文件部分陳述意見。就提起訴訟人（憲法訴願人）作為訴訟參加人之角色而不能動用其欲視為企業暨營業秘密維護的資料這一點而言，也造成其有效權利保護的

某種程度的限制之結果。不過聯邦憲法法院已在其對於行政法院法第99條的第一次裁判中指出，權利保護的保障和法律上聽審權之給予不得互相相反的受到挪動，因兩者皆係有助於達成有效權利保護之目標。須有充分合憲的實質理由時，法律上聽審權之請求始能受到限制（參閱聯邦憲法法院裁判全集101, 106〈129〉）。

在本案涉及的多方法益衝突中密室程序是否能產生適當的衝突解決的作用，在本案爭議中並非在於審查，蓋立法者就此並未有授權，而是密室程序受限於中間程序。由於此等明確的受限於中間程序的限制，聯邦行政法院必須在本案以執行密室程序的結果排除行政法院法第99條的類推或合憲解釋。即使介於在中間程序中的密室程序及本案訴訟程序間的界限，現今由於本案裁判法院裁決檔卷之提交而減弱，在此期間通過的修法並未廢除此項限制（新電信法第138條第2項）。此等雖然包含有保密必要之文件的認識，然卻不得未經關係人之同意而使用於本案裁判（新電信法第138條第4項第2句）。

c) 然而此亦未排除在間接受指摘的行政法院法第99條第2項、第100條第1項及第108條第2項之規定的基礎上介於相衝突法益間透過衡量能建立實際的協調。例如倘保密利益並非重要至鉅，則其在有效權利保護之利

益之後的讓步有正當理由。從而，鑑於有效權利保護之利益，特別是法律上聽審權之利益是否應給予秘密保護，始終需要衡量。

本案利益衝突之解決是否能透過衡量而達成，無法經由聯邦憲法法院以聯邦行政法院之裁判為基礎而判斷。蓋聯邦行政法院並未以符合憲法上要求的方式作成受託付的衡量。由該法院所發展的「存在的或持續的損害的標準」無法去辨識以此等標準以何種方式能建立介於相衝突法益間的實際協調；此等空缺亦無法藉由其於本案中的適用而消除。因此欠缺了職業自由之限制應符合相當性之要求。

aa) 不過憲法上無可指摘者，乃聯邦行政法院對於無法律漏洞的事實情況調查的必要性在法院訴訟程序中的解釋。在裁判實務與文獻中，咸認在機關裁量決定範圍內，依據行政法院法第99條第1項第2句除了有效權利保護的私人利益與秘密保護的公益或私益之外—視案例情況而定—亦有發現真實的公共利益須列入衡量（參閱聯邦行政法院裁判全集19, 179〈186 f.〉；117, 8〈9 f.〉；聯邦行政法院裁判, NVwZ 1994, 頁72〈74〉；北萊因—威斯伐倫邦高等行政法院裁判, NVwZ-RR 1998, 頁398〈399〉；巴伐利亞邦高等法院裁判, NVwZ 1985, 頁599〈599〉；Kopp/Schenke, Kommentar zur VwGO, 14. Aufl. 2005, § 99

邊碼17)。此等以同樣方式適用於依據行政法院法第99條第2項的此等決定的法院審查（參閱巴伐利亞邦高等法院裁判，NVwZ 1990, 頁778〈779〉）。

bb) 聯邦行政法院關於提起訴訟人（憲法訴願人）在競業中的地位，和對電信法的基本設想的原則上考慮本身亦無憲法上之疑慮。

聯邦行政法院以一般觀點而言認為，立法者以電信法追求如下的特別目標：使競業在下列的情況下成為可能，即基本設施領域內在早期國家壟斷的承繼者中有一個市場主導地位的主體—提起訴訟人（憲法訴願人）。儘管此等境況立法者想要建立機會平等與適於功能的競業並且排除經濟權力的濫用。透過資費規定競爭者就預付代價及終止顧客市場亦應獲得與就此等有市場主導地位的提起訴訟人（憲法訴願人）同樣進入市場的機會。進入市場應以相較於提起訴訟人（憲法訴願人）自己的服務業領域或姊妹企業並非更無利的條件達成。提起訴訟人（憲法訴願人）的網路基本設施係在國家壟斷的保護和運用公共資源之條件下產生，並因此顯示一種強烈的社會關聯性。應透過資費審查阻止提起訴訟人（憲法訴願人）獲得已存在的競爭優勢，蓋其藉此能以較其競爭者更有利的條件取得電信服務。此等乃對於與提起訴訟人（憲法訴願人

）處於競爭之企業的有效權利保護之要求。

cc) 由前開考慮卻得出衡量標準的結論不符合職業自由之合比例原則之限制的憲法上要求。

(1) 將保密利益原則上向權利保護利益之後移動的衡量規則，單以聯邦行政法院認提起訴訟人（憲法訴願人）之財產具有特別的社會義務性之指示而論，本身即無法辨明為正當，況社會義務性即係該財產之形成的方式所規制。此等亦已因市場關係經常改變而不足。故提起訴訟人（憲法訴願人）的網路基本設施漸增以基於自行經營管理而取得的投資為基礎。再者，競爭者愈能採取一個自行經營管理的網路基本設施或透過利用可選擇的工業技術而不再指定提起訴訟人（憲法訴願人）的服務時，接收網路基本設施之利益在趨勢上漸失重要性。

(2) 衡量規則尤其必須以由立法者就資費許可制定的判斷標準而調整。資費許可的審查標準僅僅是有效率的服務提供之費用（參閱舊電信法第27條第1項第1句、新電信法第31條第1項第1句）。（資費）許可應該確保提起訴訟人（憲法訴願人）不能索取更高額的資費而非透過此等費用被正當化，並且法律亦同時保障其得索取資費。

透過資費管制所追求之目標，並

非透過企業暨營業秘密之公開削減有市場優勢之企業的競爭地位。一個機會平等有競爭功能之競業不能因開啟競爭者進入同樣處於競爭中的提起訴訟人（憲法訴願人）的企業暨營業秘密，並且使得競爭者可能建立有目的的針對提起訴訟人（憲法訴願人）的競業策略而提升。資費審查不是下列情況的手段：在針對到目前為止的市場主導者透過進入有保密必要的文件的戰鬥中給予在電信市場上的競爭者利益，並且其中一些競爭者在此期間亦已佔有德國和其他國家的巨大市場力量。資費審查應僅僅確保提起訴訟人（憲法訴願人）不得因索取之資費而不相當的損害其他參加市場的企業。

提起訴訟人（憲法訴願人）得依據電信法確定按照有效率的服務提供之費用為準的資費，此等權利毋須付出其他方式的損害的代價而換來。許可程序僅為確保一項符合法律上要求的資費。具市場優勢的企業原則上不得因透過獨立於資費數額之外的其他參加市場者的競業情況的改善受到損害，亦不得因此造成對於競爭者的有效權利保護之確保的合法目標的追求卻導致一項大規模的廢除提起訴訟人（憲法訴願人）秘密保護的基本權利的副作用。原則上獲得的秘密保護亦符合在行政法院法第99條第1項第2句規定的關於拒絕閱覽依其本質必須被

保密的資料的防護措施。此等同時保障基本權利之保護，在本案即職業自由的基本權利之保護。

聯邦行政法院以之為據的衡量規則的結果卻無視前開原則。由此企業暨營業秘密僅當其之公開對於提起訴訟人（憲法訴願人）造成持續的甚或危及生存的損害之虞時始受到保護。蓋依聯邦行政法院之見，基於秘密保護利益毋須提交檔案則需要理由之看法，導致危及生存的或持續的損害之參考成為一項例外存在的嚴格要求。

（3）經由此等衡量規則引起的秘密保護原則上的讓步不是相衝突法益的一個相當的互相分配的結果。

（a）依照聯邦行政法院提出的標準，秘密保護應受保障情形之一在於有危及生存的損害之例外情況有理由。誠難想像的是，企業暨營業秘密之公開可能使一家有強大市場的或主導市場的企業時值為進入網路的資費許可之際陷於生存之危險。除此之外此等界限沒有允許有區別的衡量。其無視秘密保護之強度亦由公開之利益的影響（重要性）而定。即使一個與重要的保密利益相對立的微不足道的公開利益，按照此等公式可能被公開，倘若—誠如始終假設的—其對主導市場的企業不會帶來生存的危險。

（b）由於聯邦行政法院將持續的損害表達為額外的界限，對於生存的損害的界限實際上根本沒有空間：

倘持續的損害已足為秘密保護之理由，則不可能再達到存在之損害的更廣泛的界限。

然而聯邦行政法院並沒有說明依何者賦予損害的持續性。持續性之概念雖與提起訴訟人（憲法訴願人）之見相反的在電信法上並非異物（參閱舊電信法第3條第5款和新電信法第2條第2項第2款、第3條第10、12款、第18條第2項、第21條第1項第1句、第29條第3項第2句、第39條第1項第2句、第40條第2項第2、3句、第61條第6項第2句、第121條第2項第1句、第144條第1項第1句）。在其他法領域中持續的亦被視為構成要件要素使用。然此等概念之內涵卻極難定義，尤其是因其在不同的上下文關聯中有不同意涵。如新電信法第3條第12款提及「持續的競爭導向的市場」；此等係不同於持續性之概念在環境保護規範中的使用（參閱如聯邦自然環境保護法第1條第2款、第2條第1項第2、4、5、6款、第3條第2項、第5條第4、5、6項、第23條第2項、第26條第1項第1款、第27條第1項第3、6款、第30條第1項、第57條第1項，聯邦土壤保護法第1條第1句，資源回收法第1條第1項，土地規劃法第1條第2項第1句）或為表示基本權利侵害的重大性（參閱如聯邦憲法法院裁判全集100, 214〈222〉；100, 313〈392〉）。

聯邦行政法院並未進一步的闡明

其如何理解持續性之概念。其僅僅提及「持續的損害」以及「對於訴訟參加人（即本案的提起訴訟人）（憲法訴願人）持續的損害」。假使持續性之概念倘應認如係合於對於提起訴訟人（憲法訴願人）作為企業的損害之嚴重及持續性，則在始終僅與一項特定電信服務—本案為進入網路—相關的一個資費決定實際上幾乎不可能出現例外情況。與此相反的僅合於特定的損害者，如在市場部分發生的損害，受保護之秘密涉及此部分者，無從由聯邦行政法院之闡釋推知，不過亦將導致重大的證明力的實際問題。此外持續損害的標準亦遭遇如下困境：在也許可能發生的僅微不足道的對於競爭者有效權利保護之損害的考量之下沒有預先規定一項有區別的衡量。

dd) 此等空缺在本案應裁決的爭議中時值適用行政法院法第99條第2項之際亦未被清除。特別是受指摘的聯邦行政法院之裁判沒有包含為衡量相衝突法益的可理解的闡釋。尤其在裁判中並未見到下列可能，即經由衡量方針的具體化與衡量過程的正當化確保結果的正確性。

(1) 該法院退回到以下陳述：經由密室程序的閱覽卷宗其確信對於提起訴訟人（憲法訴願人）持續的損害不可預料。鑑於為資料公開的論理義務其侷限於下列說法，而沒有依據得涵攝的標準，如前開持續性的標準

，進行明確的衡量或以可理解之方式為之。鑑於與提起訴訟人（憲法訴願人）整體企業範圍相關的資料，該法院單僅以因為能使與競業有重大關係的推論成為可能的詳細說明程度太微弱而否決損害的可能性。即使就此而言亦涉及秘密無疑，亦沒有證明，何以其認知沒有競爭利益從競爭者被謀取。更因如此而欠缺衡量。

放棄具體化和適用可理解的作為衡量基礎的標準不能正當化本案被決定的密室程序。在這項程序中亦適用行政法院法第122條以及因此可理解的闡述裁判的主要考量之義務。即使行政法院法第99條第2項第10句亦明文規定裁判必須基於理由為之。

在本案受審查之裁判中涉及聯邦行政法院此等有關一項特別的法律手段之裁判（就此參閱行政法院法第122條第2項第1句）。依據行政法院法第122條第2項第3句裁判理由並非因此可或缺—蓋法律救濟由於被撤銷之裁判被駁回；然非如此。畢竟裁判理由亦非基於行政法院法第99條第2項第10句第2半句之規定被排除，而依此規定不得從裁判理由中看出應保密之證書、檔卷與資料之形式與內容。

要求的裁判理由之形式取決於各該裁定的特性，本案即各裁定作為介於相衝突利益之間的衡量的特性。就此雖不予考慮者，乃裁判理由依執行密室程序所公開之資料，而此等資料

基於衡量係不得被帶入本案訴訟程序中者。即便依該法院之理由秘密能夠被重建，其亦會侵害秘密保護。通常可能的是法院的裁判—在尊重行政法院法第99條第2項第10句的情況下—附有理由，並未復述具體的秘密，卻將其依據相關資料的類型與方式去處理，以致無論如何得以辨識出衡量方針與衡量結果的說服力。惟倘使法院—一如本案情況—得到的結論是資料根本不須受到保密，蓋其根本無涉商業秘密，其之公開不會引起損害或因秘密保護在衡量中已經讓步，則相關的資料總歸將被本案訴訟程序所採用，以致訴訟關係人終能知悉。如此的一種結果始無可非議，即在已無其他法律救濟的情況下，法院在密室程序中亦須進一步論理何以得出拒絕秘密保護之衡量的結論。

（2）在本案誠難理解者，係該法院並未闡明決定其衡量的觀點。因此無法確定而得出本案一方面係權利保護利益另一方面乃秘密保護利益之相當的分配的結果。然僅係相當性的標準即已未受重視，更遑論職業自由之限制能合乎比例性了。從而侵害乃非正當合理（違憲）。

d) 聯邦部和管制署之決定同樣亦不符合憲法上之要求，但以該決定命企業暨營業秘密應予公開之部分為限。雖然這些決定以一連串具體的考量為依據，如對於不允許關係重大的

秘密推論的詳細說明程度，或對於在檔卷內包含特定資料的年代，這些資料在此期間對於提起訴訟人（憲法訴願人）的競爭者已沒有價值。但只要要有衡量的必要，機關命檔卷部分的公開歸根究底必須顧及對於提起訴訟人（憲法訴願人）不能造成持續的甚或危及生存的損害。就此而言這些決定如同聯邦行政法院之裁判皆罹患相同的缺失。

III. 企業暨營業秘密不受基本法第14條第1項之保護

尚未確定者，係基本法第12條第1項之權利受侵害的提起訴訟人（憲法訴願人），是否其基本法第14條第1項之權利亦受干預。無論如何經由基本法第14條第1項的企業暨營業秘密保護較之其經由基本法第12條第1項之保護為少。

IV. 指摘中間程序之執行方式侵害法律上聽審權及訴訟上武器對等原則於實體上無理由

實體上無理由者至少是提起訴訟人（憲法訴願人）指摘由於中間程序的執行方式和方法致其基本法第103條第1項法律上聽審權之請求受到侵害，以及違反依據基本法第3條第1項連結第20條第3項之訴訟上武器對等原則，因其並未如聯邦部和管制署有向聯邦行政法院之專業法庭陳述意見之可能性。

提起訴訟人（憲法訴願人）對最

高監督機關依據行政法院法第99條第2項第6句之協力的特性認識錯誤。此等並非指給予機關特別的陳述或辯護手段，而是僅僅有關對於法院的一種理解的幫助。其有助於加速程序進行，即最高監督機關的公務員負有義務說明其拒絕檔卷公開之理由，尤其是當涉及與特別的市場關係有關的複雜的資料，而這些市場關係是裁判法官不熟悉的。

同此絕大多數的通說認行政法院法第99條第2項第6句意義上的訴訟參加並非依行政法院法第65條在技術意義上的訴訟參加。毋寧係最高監督機關一類如一位證人在中間爭議時關於拒絕證言權（參閱民事訴訟法第387條）-的參加（參閱聯邦行政法院裁判全集 117, 42 < 43 > ; Kopp/Schenke, Kommentar zur VwGO, 14. Aufl. 2003, § 99 邊碼20; Kothe, in: Redeker/von Oertzen, Kommentar zur VwGO, 14. Aufl. 2004, § 99邊碼24）。雖然原因案件訴訟程序之當事人依據基本法第103條第1項於依據行政法院法第99條第2項的中間程序亦得陳述意見。然倘若當事人在原因案件訴訟程序中被要求陳述意見，密室程序將受到阻礙，蓋陳述意見乃以知悉檔卷內容為前提要件。另一方面，倘僅有一位當事人-本案即提起訴訟人（憲法訴願人）-得以聽審，復又不符武器對等原則。

D. 裁判及表決結果

聯邦行政法院之裁定應予撤銷，本案發回該法院更審。

關於必要的款項償還之裁判以聯邦憲法法院法第34條之1第2項為依據。

本裁判以六比二之票數通過。

法官：Papier Haas
Hömig Steiner
Hohmann-Dennhardt
Hoffmann-Riem
Bryde Gaier

不同意見書

Gaier法官針對第一庭2006年3月14日之裁判所提

— 1 BvR 2087, 2111/03 —

本席歉難同意本裁判中C. II. 2. c)一節內基本觀點的論述。不僅僅受指摘裁判違反憲法，毋寧—至少關於在多方（法律）狀況中以密室方式執行的中間程序的限制—作為此等之依據的行政法院法第99條第2項之規定亦與基本法不符。本庭多數意見—誠如本庭多數意見亦清楚認知的，既非在秘密保護中亦非在給予極有效的權利保護之時排除此等欠缺（按：意指並未闡明此規定疑與基本法不符之問題）。

1. 本席贊同多數意見的如下確認

：本案應建立介於秘密保護和有效權利保護之間的實際的協調（praktische Konkordanz），以及受指摘之裁判沒有充分的考量提起訴訟人（憲法訴願人）經由基本法第12條第1項受保護的維護其企業暨營業秘密之利益。在以下背景聯邦行政法院提出其考量：排除有保密必要的事實的可使用性導致對於尋求法律救濟之一方有損害之裁判。蓋此等見解僅在例外情況才允許考量提起訴訟人（憲法訴願人）由基本法第12條第1項而來之基本權利，由聯邦行政法院運用的公式則顯示僅當有持續的或危及生存的損害之虞時，始能優先要求秘密保護。以此等方式通常能貫徹權利保護的有效性，而毋須加以考量合理有據的秘密保護之利益，此等利益之效力並非始於「持續性」的門檻之要求。

2. 不過多數意見卻未前後一致的探究受指摘的裁判中衡量欠缺（das Abwägungsdefizit）的原因。反而使得「在現行之基礎上究竟是否可能滿足憲法上要求」之問題懸而未決。確切而言，係立法者留予專業法院得建立實際的協調，抑有進者，係就此不得堵住受法律拘束的法院的道路（基本法第20條第3項）。從而必須認識行政法院法第99條第2項之規定於結構上的不足。一項以此為準的規範之審查得出的結果：於現行訴訟法的基礎上由憲法上要求的相關法益的歸類

一方面有效權利保護，他方面保密利益已被排除。準此，倘一專業法庭基於行政法院法第99條第2項無法在多方法律關係上獲致合憲的結果，則由提起訴訟人（憲法訴願人）間接指摘的規範在此範圍即應受違憲之宣告（聯邦憲法法院法第95條第3項第2句）；依據行政法院法第99條第2項已繫屬中的中間程序在新的法規制定公布之前必須停止。

a) 聯邦行政法院，在憲法上無可指摘者（參閱以下5. a)），係其在本案裁判中依該規定認密室程序乃不可能（執行）為出發點。就此在行政法院法第99條第2項被規定者係一項單純的中間程序，其客體僅僅是最高監督機關基於壓倒性的秘密保護之理由不予提交檔案、文書或不予提供資料的裁量決定的審查。此等密室程序的設想在確認拒絕提交檔案的合法性時導致的後果是相關文件的內容在本案訴訟程序中不得被使用。從而在被保密的檔案的內容對於一個有裁判關聯性的先決問題關係重大的法律爭議中，歸根究底將依舉證負擔原則為裁判，雖然已有證據和其他事實資料。

b) 此等在法律中規制的，介於在保密時事實資料的排除及其僅於欠缺保密需要時予以考量的二擇一，至少阻礙了在多方的法律情況與純粹資料訴訟之外（就此參閱 Mayen, NVwZ 2003, 頁537以下）一種（參

閱如聯邦憲法法院裁判全集89, 214〈232〉）介於相衝突基本權地位之間的必要的實際協調的建立。一則裁判之作成總是若非不利於有效權利保護就是不利於秘密保護之利益。此等錯誤的二擇一使專業法院於其法適用之範圍內，無法既給予權利保護之請求亦給予保密利益之效力。因此無可避免的正是專業法院—如同受指摘裁判中的聯邦行政法院—力圖避免其審查權限於事實面向對於秘密保護利益太嚴格的要求之限制。

3.多數意見的指示使得從法律上規定之背景不可能給予兩個相關法益效力之分配。雖然有利於秘密保護之重要性受到推移，然而此等發生在沒有任何有損於有效權利保護之限制的情況；倘未來拒絕提交檔案之合法性更受到肯定，則在同樣範圍內行政爭議程序之數目將升高，在這些程序中—由於缺乏對文件之認識—不可能有一項完整的事實情況調查並且因此須在實體上舉證負擔的基礎上作成裁判。

a) 通常此等會侵害針對機關主張給付請求或追求發布受益行政處分之人民的權利保護。其為事實上的條件負擔舉證責任並且以其提起之訴訟將敗訴，倘必要的證明僅能由受保密的檔案或文書中而得出。

b) 於本案多方的（法律）情況中透過專業法院之裁判實務哪一當事

人負擔舉證責任（的問題）看來尚未最終的被澄清。

aa) 倘此等係以第三人撤銷訴訟之途徑追求資費確定之審查的提起訴訟人（憲法訴願人），則其請求勢必落空。倘考量到在創造與維持競業之利益的資費審查之意義將來還會上升並且超過電信領域亦將其他網路經濟領域列入—如能源經濟法和鐵路法（參閱電暨煤氣供給—2005年7月7日〈聯邦法律公報卷I頁1970〉能源經濟法〈EnWG 2005〉第23條；2005年8月3日〈聯邦法律公報卷I頁2270〉文本的一般鐵路法〈AEG〉第14條之5），則在防止壟斷的經濟結構之公共福祉為目標之倒退亦令人擔憂。僅在由管制署（現今為電、煤氣、電信、郵政與鐵路之聯邦網路管制署和邦管制署）所掌管的資費許可程序之檔案會有典型的資訊，這些資訊對於受許可的資費之審查在有效率之服務提供的優先標準係決定性的（參閱新電信法第31條第1項第1句；2005年能源經濟法第21條第2項）。

bb) 反之倘舉證責任負擔分派予機關，則想要單獨要求其營業暨企業秘密保護的當事人，在本案即提起訴訟人（憲法訴願人），忍受在司法救濟的空缺。此處同樣的—但不過是一位且相同的基本權主體—有效權利保護與秘密保護利益相衝突；蓋以所有具有裁判重要關聯性之事實為基礎作

成的一則法院裁判，提起訴訟人（憲法訴願人）僅能以公開其營業暨企業秘密之代價而達成。另一方面實際的協調性問題沒有被解決，毋寧，裁判始終有利於一方法律地位同時不利於他方而作成。

4. 本庭因此必須利用本案以繼續發展對於密室程序的裁判實務（參閱聯邦憲法法院裁判全集101, 106），特別是關於多方（法律）情況。

1) 目標為須達成司法救濟與秘密保護的效力最佳的分配。

aa) 就此而言拒絕提交檔案—如至2001年12月31日有效的行政法院法第99條—不留給僅受限制可被審查的最高監督機關之決定，而是一切交由法院審查之見解是第一步。由此方式可保障拒絕檔案的提交—或更佳：公開—僅在事實上基於秘密保護理由為必要之情況受限。就此—當肯定拒絕之合法性時—緊接著的不受考量的檔案內容作為訴訟資料的結果卻導致有效權利保護作為相衝突的基本權地位的完全排擠。對於此等—開頭即已敘述的—二擇一沒有必要性存在；蓋其因此不符合建立實際的協調性的憲法要求。

bb) 當密室程序並未停留受限於提交檔案的中間爭議，而是自行擴展為在本案裁判中的法律爭議，此等二擇一始能受解除並且能創造一項效力最佳的分配。在此期間對於電信法已

成一個針對行政法院法第99條的特別規定的新電信法第138條，能經由在第4項第2句規定的當事人同意之放棄而實現。倘於一項如此的程序形成按照拒絕檔案之公開在第一步由法院來確認，蓋此等措施由於秘密保護之故係必要的，則由法院從檔案中得知的並且在之後的程序進行中仍須推知的認識仍然不作為裁判依據而排除。毋寧其將是使法院能在本案裁判中按事實情況的廣泛審查作成裁判的訴訟資料。因而當事人不須忍受權利保護的空缺。

cc) 不過為保障秘密保護本案訴訟程序之部分亦—但以其客體為須保密的文件為限—須在密室執行。閱覽卷宗之權（行政法院法第100條）應被排除—如目前已是中間程序者（行政法院法第99條第2項第9句，新電信法第138條第3項第2句）。此外依據行政法院法第99條第2項第10句，新電信法第138條第3項第3句須受保密的資料亦不得由判決理由中被看出。

b) 所以由於秘密保護之故，於此等解決時無法避免提供法律上聽審權（基本法第103條第1項）之限制。在此期間此等不會碰到連貫的憲法上之疑慮。聯邦憲法法院已於其對於行政法院法第99條的第一次裁判中指出，有效權利保護與法律上聽審權之提供不得相反的互相挪動位置，而聽審權能加以限制，當此等經由實質的理

由有充分的正當性時（合憲）（參閱聯邦憲法法院裁判全集101, 106〈129〉）。此外其已闡明此等法律上聽審權之限制是可能的，當受限的放棄提供聽審導致相關尋求法律救濟者之權利保護的改善時（參閱聯邦憲法法院裁判全集101, 106〈130〉）。已改善的權利保護透過在本案訴訟中的密室程序卻是有目共睹的，倘其透過法律適用產生權利保護的空缺由於不考慮受保密的資料內容相對的被提出。此等使人想起把小孩連同洗澡水一起倒掉的景象（不加分地一概否定），亦即鑑於基本法第103條第1項提出反對在本案訴訟中的密室程序的疑慮（如Ohlenburg, NVwZ 2005, 頁15〈19〉）：提供聽審的問題將不假思索地透過訴訟資料的完全排除被騰空，而關係人對於這些訴訟資料是能陳述意見的。

就毋須負擔舉證的當事人經由在本案訴訟中的密室程序亦不會產生損害，而且此等損害可能被評價為其應獲得的權利保護的違憲限制。有效權利保護意指不僅在法律面，而且亦在於事實面對於權利保護請求的廣泛的審查（參閱聯邦憲法法院裁判全集101, 106〈123〉）。因此針對一則舉證負擔裁判完整的事實情況調查有優位性。只要其依情況是可能的，當事人一方在舉證負擔裁判的情況在訴訟中戰勝的機會，不是司法救濟的部分。

c) 即使不排除，顧及必要的保密的判決理由，由於主要的確認而缺乏詳細說明的理由，造成在法律救濟程序中居劣勢一方的權利辯護的困難（裁判理由在這方面的意義，參閱聯邦憲法法院裁判全集50, 287〈289 f.〉），亦不會導致反對本案訴訟中的密室程序的一個決定性的論據。蓋請求提供極為有效的權利保護乃禁止法院，以無期待可能的、沒有實質理由的方式造成當事人在進入一個於訴訟法中被承認的訴訟審級的困難（參閱聯邦憲法法院裁判全集41, 23〈25 f.〉；69, 381〈385〉）。因此專業法院於程序審查理由的適用和解釋時必須注意，由於法律救濟原告更加困難的審查可能性不應有過度要求，特別是對於判決正確性有重大疑問的說明（行政法院法第124條第2項第1款、第124條之1第4項第4句），或對於訴訟事件有特別之事實上的困難（行政法院法第124條第2項第2款、第124條之1第4項第4句）（參閱Beutling, DVBl 2001, 頁1252〈1257〉）。

此外依據現行法亦已說明了更加困難的法律救濟程序的問題。在一如通案（行政法院法第99條第2項第1、2句）—高等行政法院應裁判關於拒絕提交檔案的合法性，其依行政法院法第99條第2項第10句維持，於其裁判理由中對於受保密的檔案之形式與內容不作任何指示。請求提交檔案的

當事人因而同樣面臨對其而言有損害的裁定必須審查其正確性的困難，儘管此等受限制的裁判理由係因抗告的提出（行政法院法第99條第2項第12句）。此等額外負擔絕不受限於中間程序繼續存在並且因此有重要影響。中間程序的結果確切地說對於本案裁判法律爭議的結果有決定性的意義，因其決定了裁判是否在所有關係重大的事實資料之基礎上或僅是依據舉證負擔原則而作成。

5.再者本庭多數意見的結論認廣泛的衡量方針的完成乃託付給專業法院。因此更加重造成專業法院的工作負擔者，係由於為具體化衡量方針、理性化衡量過程以及保障裁判結果的正確性必須創造更廣泛的論理強制。然而全部這些卻無助於符合憲法的一種衝突解決。

a) 不僅衡量方針而且是論理義務皆非必要。兩者皆不能導致所欲追求的和憲法上要求的目標之達成，蓋介於有效的權利保護與保密利益之間實際和諧的建立絕不可能長期繼續存在，倘本案訴訟中未能開啟密室程序。鑑於法文規定以及清楚可認的立法者原意從現行的行政法院法第99條第2項即便透過合憲解釋卻無法得出一項如此的程序形成（參閱聯邦憲法法院裁判全集101, 312〈329〉）。

b) 不過本案訴訟中的密室程序亦須要求相關的基本權利地位的衡量

。由於個別有裁判重要關聯性之點在密室繼續進行的法律爭議之裁判，專業法院必須先進行一個有關的審查。然而此等審查與現行法律基礎相反的不是以介於秘密保護與提供有效的權利保護之間的衝突為依據，毋寧保密利益與請求法律上聽審權是對立的（參閱上述4. b）。此等在衡量方針上與本庭多數意見相較提出較不嚴格的要求；蓋立法者鑑於其對法律上聽審權的形成權限得限制意見陳述的可能性，當此等限制有充分實質的理由時（參閱聯邦憲法法院裁判全集81, 123〈129〉；101, 106〈129〉）。倘立法者因此允許本案訴訟中的密室程序，已足證，當其在個案獨立為此等規制，使法律上聽審權之排除鑑於具體個案中相關檔案之保密的利益符合比例（原則）。因而首先應審查者，係一項企業或營業秘密之看法是否有理由，由檔案中是否可以推知有裁判重要關聯性之事實或證據，並且沒有其他適當與程序上合法的專業調查可能性存在（參閱營業競爭限制防止法第72條第2項第4句）—如可能的市場比較程序。倘這些前提要件成立，則接續審查，鑑於保密利益請求法律上聽審權之讓步是否符合相當性。

6. 密室程序之意涵對介於有效權利保護與秘密保護之間的一種效力最佳化的協調並不受限於行政法院法第99條第2項的適用範圍繼續存在。因此一則相符的本庭裁判實能給予立法者一個審查聯邦憲法法院法第26條第2項之規定的契機。特別是在本案訴訟中一項密室程序的可能性對於在卡特爾法程序與能源經濟法程序的法院審查範圍內閱覽卷宗之規定獲得的意義（參閱營業競爭限制防止法第72條第2、3項、2005年能源經濟法第84條第2、3項），以及依據新電信法第138條機關的提交和資料提供之義務。本庭對於行政法院法第99條第2項之裁判因此實亦能致使司法救濟的改善，同時致使在卡特爾法和電信法中秘密保護的改善。本庭多數意見推遲不為此等有利於保密利益的重要性著實令人擔憂，—按舉證負擔的分配—尤其是在電信暨能源經濟領域在競爭管制的效能時對消費者可察覺到的損害，或對於受管制的企業的經濟損害，而此企業卻不能恰當的為其價格形成辯護。

法官：Gaier