

德國聯邦憲法法院

裁判選輯（十四）

司 法 院 印 行

中 華 民 國 一 〇 二 年 四 月

例 言

- 一、本院為供實務及學術界之參考，特將德國聯邦憲法法院裁判，擇其具有參考價值者，譯成中文，編輯成冊，已出版十三輯，共計150篇裁判。
- 二、本次出版「德國聯邦憲法法院裁判選輯（十四）」，由李大法官震山自德國聯邦憲法法院裁判中擇選十二篇裁判：1.「預防性電信監察」判決；2.「法蘭克福機場集會」判決；3.「逃漏稅CD案」裁定；4.「地方選舉法之5%門檻條款」判決；5.「魯道夫·黑斯紀念會」判決；6.「同性戀變性人結婚案」裁定；7.「基因科技法部分條文合憲性審查」判決；8.「三邦門檻」判決；9.「外國人犯罪與居留權案」裁定；10.「父母子女所得強制合併申報違憲」判決；11.「歐洲選舉5%條款」判決；12.「已登記同性共同生活團體之平等待遇」裁定，譯印之。
- 三、本選輯由李大法官震山擔任召集人，敦請院外留學德國之法學專家：謝碩駿、陳信安、范文清、劉如慧、蘇慧婕、張永明、王毓正、程明修、吳瑛珠、吳志光、柯格鐘、陳淑芳、陳靜慧（按篇名順序排名）諸位先生、女士翻譯。並敦請中正大學蕭文生教授及中興大學李惠宗教授負責譯稿之審查，另摘出各篇之關鍵詞，作成「德中」及「中德」二種索引編於書末，以利參閱。
- 四、本輯之編校工作由大法官書記處同仁負責校對及行政聯繫工作，幾經審閱，始行付梓，併此附誌。

譯者簡介（依姓氏筆劃排序）

王毓正

德國符茲堡大學法學博士
成功大學法律學系副教授

張永明

德國波昂大學法學博士
高雄大學財經法律學系教授

吳志光

德國漢堡大學法學博士
輔仁大學法律學系教授

陳信安

德國敏斯特大學法學博士

吳瑛珠

德國特里爾大學法學博士

陳淑芳

德國波昂大學法學博士
世新大學法律學系教授

柯格鐘

德國科隆大學法學博士
成功大學法律學系副教授

陳靜慧

德國波昂大學法學博士
中國文化大學法律學系助理教授

范文清

德國哥廷根大學法學博士
東吳大學法律學系助理教授

程明修

德國敏斯特大學法學博士
東吳大學法律學系副教授

劉如慧

德國馬堡菲利普大學法學博士
台北大學公共行政暨政策學系助理教授

蘇慧婕

德國海德堡大學法學博士生

謝碩駿

德國佛萊堡大學法學博士
世新大學法律學系助理教授

德國聯邦憲法法院裁判選輯（十四）

目 次

1. 「預防性電信監察」判決—謝碩駿譯	1
2. 「法蘭克福機場集會」判決—陳信安譯	31
3. 「逃漏稅 CD 案」裁定—范文清譯	65
4. 「地方選舉法之 5% 門檻條款」判決—劉如慧譯	81
5. 「魯道夫·黑斯紀念會」判決—蘇慧婕譯	109
6. 「同性戀變性人結婚案」裁定—張永明譯	139
7. 「基因科技法部分條文合憲性審查」判決—王毓正譯	159
8. 「三邦門檻」判決—程明修、吳瑛珠譯	221
9. 「外國人犯罪與居留權案」裁定—吳志光譯	241
10. 「父母子女所得強制合併申報違憲」判決—柯格鐘譯	253
11. 「歐洲選舉 5% 條款」判決—陳淑芳譯	265
12. 「已登記同性共同生活團體之平等待遇」裁定—陳靜慧譯	301
附錄	
德中關鍵詞索引	327
中德關鍵詞索引	331

「預防性電信監察」判決

BVerfGE 113, 348

德國聯邦憲法法院第一庭2005年7月27日判決

- 1 BvR 668/04-

謝碩駿 譯

要目

裁判要旨

案由

裁判主文

理由

A.事實及爭點

I.事實及系爭規定

II.憲法訴願人之主張

1.憲法訴願合法

2.憲法訴願有理由

III.相關機關之意見

1.聯邦政府之意見

2.下薩克森邦總理府之意見

3.資料保護官之意見

IV.參與言詞審理程序者

B.對憲法訴願合法性之審查

I.直接之利害關係

II.自身及現時之利害關係

C.對憲法訴願有無理由之審查

I.審查基準

II.系爭規定之形式及實質違憲性

1.基本法第10條之保護領域及

其干預

2.系爭規定形式違憲

3.系爭規定實質違憲

III.結論

關鍵詞

明確性要求(Bestimmtheitsgebot)

通訊秘密(Fernmeldegeheimnis)

危害防止(Gefahrenabwehr)

私生活形態之核心領域(Kernbereich
privater Lebensgestaltung)

法官保留(Richtervorbehalt)

電信監察(Telekommunikationsü
berwachung)

比例原則

(Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)

防範犯罪(Verhütung von Straftaten)

為追訴犯罪預作準備(Vorsorge für die
Verfolgung von Straftaten)

指明要求(Zitiergebot)

裁判要旨

1. 當法律之修正造成新的基本權限制，若被修正之法律原本已含有基本法第19條第1項第2句意義下之指明條款（Zitiervorschrift），則依基本法第19條第1項第2句之規定，於修正法中仍應指出所涉及之基本權為何。

2. 聯邦立法者已行使其依基本法第74條第1項第1款之立法權，就「透過電信監察措施對犯罪進行追訴」予以規範。各邦因此即不得再賦予警察「基於為追訴犯罪預作準備之目的而實施電信監察」之職權。

3. 本案涉及法律授權以電信監察為手段，而對犯罪進行防範以及對犯罪之追訴預作準備，是否符合法律明確性及符合比例性之要求。

案 由

本案係S先生委託訴訟代理人Maximilian Suermann律師（地址：Weisese Breite 5號，49084 Osnabrück）針對下薩克森邦公共安全及秩序法（Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung, Nds. SOG）第33a條第1項第2款及第3款提起之憲法訴願。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、Gaier法官的參與下，基於2005年3月16日進行之言詞審理，作成本判決。

裁判主文

2003年12月11日下薩克森邦危害防止法之修正法（Gesetz zur Änderung des Niedersächsischen Gefahrenabwehrgesetzes）第1條（Niedersächsisches Gesetz-und Verordnungsblatt Seite 414），於2005年1月19日公布（Niedersächsisches Gesetz-und Verordnungsblatt Seite 9）之下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款及第3款，抵觸基本法第10條之規定而無效。

下薩克森邦應補償憲法訴願人必要之費用。

理 由

A.事實及爭點

本憲法訴願係直接針對下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款及第3款之規定而提出，該規定為「警察得基於『為追訴犯罪預作準備』或『防範犯罪』之目的，而透過對電子通訊進行監察及記錄以蒐集個人資料」之授權規定。

I.事實及系爭規定

下薩克森邦之警察就其向來肩負之危害防止（Gefahrenabwehr）任務，

於1994年補充性地獲得授權，為防止未來之危害，得採取準備措施，並且在危害防止的範圍內，亦得為追訴犯罪而預作準備並防範犯罪發生（1994年2月18日下薩克森邦公共安全及秩序法修正法中的下薩克森邦危害防止法第1條第1項第2句及第3句[Nds.GVBl S. 71]）。任務的增加使警察職權有所擴充，該項警察職權的擴充亦包括警察為了犯罪預防，得對人民之電信資料予以錄製，並得裝設秘密性的科技工具，包括裝置在住宅之內。

1997年末，透過1997年11月28日「資料保護、危害防止及行政程序法條文修正法」（Nds.GVBl S. 489），下薩克森邦危害防止法又再度進行修正。從此之後，警察亦得基於危害防止之目的，對有重大犯罪行為之虞（Straftat von erheblicher Bedeutung）者，秘密進行住宅監聽（危害防止法第35條第2項第2款）。在2001年9月11日美國發生恐怖攻擊事件後，下薩克森邦危害防止法又再度修正，並賦予警察更多的職權。

透過2003年12月11日之下薩克森邦危害防止法修正法第1條（Nds.GVBl S. 414），下薩克森邦危害防止法（於2005年1月19日重新公布，Nds.GVBl S. 9）又回復為「下薩克森邦公共安全及秩序法」之舊稱。經由上開修正法之制頒，新的下薩克

森邦公共安全及秩序法增列了第33a條之規定，憲法訴願人則主張本條第1項第2款及第3款違憲。

下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條（透過電信監察蒐集資料）規定如下：

(1)有下各款情形之一者，警察得透過電信之監察與記錄而蒐集個人資料：

1.為防止個人身體、生命、自由之現時危害，在不能透過其他方法調查事實時，得對本法第6條及第7條所稱之人採取電信監察，或對於事實之調查有必要時，在合於本法第8條之要件下，得對該條所稱之人採取電信監察。

2.有事實足認某人有重大犯罪行為之虞者，在不能透過其他方式對該犯罪之追訴預作準備或防範該犯罪時，得對此人採取電信監察。

3.在第2款之情形，若對犯罪追訴預作準備或防範該犯罪有必要者，亦得對第2款所稱之人的「聯繫者及其伴同者」（Kontakt- und Begleitpersonen）採取電信監察。

(2)依第1項規定實施之資料蒐集，得針對下列各資料：

1.電子通訊之內容，包括在電信網路內儲存於資料庫之內容。

2.電子通訊連線資料（本法第33條第1項）。

3.有效開通之行動通訊終端設備

的位置信號。資料蒐集僅得及於第1項規定之人所為之電信連接。但資料蒐集無法避免涉及第三人者，亦得及於第三人。

(3)依第1項之規定實施之資料蒐集，須由警察機關所在地之地方法院核發命令，始得為之。法院之命令期限最長為三個月。倘第1項指稱之要件尚存，則法院之命令得再延長，每次不得逾三個月。法院之命令，應載明作為資料蒐集對象之人、應蒐集之資料其類型與範圍，以及所涉之電信連接。法院命令之核發程序，準用本法第19條第4項之規定。

(4)在急迫之情形，警察得作成電信監察之命令。警察之電信監察命令須以書面附理由為之。警察於急迫情形得否作成電信監察之命令，由機關首長決定之。機關首長得將其決定權委由單位主管或較高職務之人員行使之。警察之電信監察命令作成後，應立即向法官聲請追認。

(5)基於電信監察命令，任何提供電信服務者或參與電信服務者，均應使警察得以對電子通訊進行監察及記錄。

對電信監察而言，同法下列之其他條文亦具有相關性：

第30條

資料蒐集之基本原則

(1)至(3)...略

(4)以特殊工具或方法蒐集個人

資料，應告知當事人。告知當事人時，應向其指明資料處理之法律依據及下薩克森邦資料保護法第16條規定之知情權。當資料蒐集措施不至於因告知當事人而受到妨害時，即應告知當事人。

(5)於下列各款情形之一者，得不為第4項規定之告知：

1.有妨害追訴犯罪行為或追究違反行政罰法行為之虞者，

2.為告知當事人該特定事項，卻須以不合比例之方式蒐集當事人之其他資料，或

3.告知當事人將危及他人之身體、生命、自由或其他類此值得保護利益，或危及線民之使用（本法第36條第1項），或危及臥底警探之遣用（本法第36a條）。

依據第3款第1句之規定，在5年後仍不能告知當事人，則應將此一情事通知邦資料保護官。

(6)本法第33a條至第36a條規定之資料蒐集，不得對在刑事訴訟程序中基於業務上之理由享有拒絕證言權之人（刑事訴訟法第53條及第53a條，聯邦資料保護法第12條第3項及第23條第4項）以及在所涉案件中享有拒絕證言權之人為之，除非資料蒐集乃為防止他人身體、生命或自由之現時之危害所必要。警察不得運用上開之人作為線民（本法第36條第1項第1句）。

第31條（資料蒐集）

(1)警察為防止危害或履行本法第1條第4項或第5項規定之任務所必要，得對任何人蒐集資訊。行政機關進行以危害防止為目的之活動，準用第1句之規定。

(2)及(3)...略

第38條（個人資料之儲存、變更及利用，目的拘束）

(1)為達成資料蒐集之目的而有必要，行政機關及警察得對其在本法任務履行範圍內合法蒐集之個人資料予以儲存、變更及利用。第1句規定之機關部門，若合法取得非由其蒐集之個人資料，得為防止危害而對該資料為儲存、變更及利用。目的應於儲存時確定之。對目的之達成並無必要之資料，若不能銷毀或須以不合比例之費用始能銷毀，則該資料得與第1句及第2句規定之資料共同儲存，惟其變更及利用僅能依本法第39條第5項之規定為之。

(2)透過特殊工具或方法蒐集之個人資料，應予標明。

(3)及(4)...略

第39條（其他目的之個人資料儲存、變更及利用）

(1)符合以下各款之情形者，始得對個人資料為本法第38條第1項規定目的外之儲存、變更或利用：

1.資料乃達成危害防止之其他目的所必要，且該資料基於該其他目的

，亦得使用原先之蒐集工具及方法蒐集之者。

2.至4...略

(2)至(4)...略

(5)對「無法避免而被涉及之第三人」及「與被記錄者一同遭警察掌握之人」（本法第37條第2項），僅在為追訴犯罪預作準備或為防範重大犯罪行為之虞所必要，始得儲存、變更、利用其個人資料。第1句之規定，於變更及利用依本法第38條第1項第4句儲存之資料時，亦適用之。

(6)...略

下薩克森邦公共安全及秩序法第2條對於該法第33a條第1項第2款及第3款之個別構成要件要素定義如下：

10.重大犯罪行為：

a)除刑法第154及第155條以外之重罪行為(Verbrechen)，

b)刑法第85、86、86a、87至89、98、99、129、130、174、174a、174b及176條之輕罪行為(Vergehen)，刑法第138條第1項規定之輕罪行為，以及依其保護之法益與刑罰威嚇可相提並論之輕罪行為，

c)集團性或職業性所為之輕罪行為，

d)上開犯罪行為之參與行為；

11.聯繫者或伴同者：

聯繫者或伴同者係指，與有事實足證將為重大犯罪行為之虞者有所聯繫之人，且其聯繫之方式被認為可對

犯罪行為提供指示之人。

II. 憲法訴願人之主張

憲法訴願人主張，其基本法第10條第1項、第5條第1項及第2條第1項之基本權受到干預。

1. 關於憲法訴願之合法性，憲法訴願人主張，其直接指摘者，雖然是一個尚待執行之法律條文。然而，本案特殊之處在於，系爭規範所允許者，乃是在憲法訴願人不知情的情況下，對憲法訴願人之通訊秘密及其他基本權進行干預。憲法訴願人在基本權被干預前、被干預中以及被干預後，均無機會請求法院加以審查。以系爭法規範為基礎之措施，亦有相當之蓋然性會觸及憲法訴願人之基本權。下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款之要件太過廣泛與不明確，以致於憲法訴願人隨時都必須估算，自己會落入該款規定之對象範圍內並受到監察。下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第3款允許對「接觸者」之電子通訊採取預防性、秘密性之監察，憲法訴願人當前亦受此規定波及。憲法訴願人擁有眾多會以電話進行秘密交談的友人。憲法訴願人不能排除，其友人成為下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款規範之對象且憲法訴願人自己被警察認定為是這些人的「接觸者」。

2. 憲法訴願人認為，系爭規定已干預基本法第10條第1項保障之通訊

秘密。下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款之規定，使憲法訴願人在未具有犯罪嫌疑或並未造成警察法之危害的情況下，其電話交談得被秘密監聽並記錄。下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款之監察措施，其限制要件並未使基本權受到足夠之保障。(用以證明某人未來將為重大犯罪行為之)「事實」這個概念，太過一般籠統與不明確，以致於此一概念不能有效地為法規範之適用劃定界線。而系爭規定中「無法用其他方式為追訴犯罪預作準備或防範犯罪」此一限制要件，也讓警察享有非常大的判斷空間。基於其他措施具有「可能被當事人知悉」的風險，看來警察通常會將秘密之電話監聽當作唯一可能之預防手段。最後，系爭規定將其所擔憂未來會出現之犯罪行為侷限於「具有重大犯罪行為之虞」，然而這並不能合理化對基本權之干預。哪些犯罪行為該當「具有重大犯罪行為之虞」此一概念，雖然在下薩克森邦公共安全及秩序法第2條第10款中有明文規定。但下薩克森邦公共安全及秩序法第2條第10款第b目中，卻含有不應受到允許的一般條款，使得「依其保護之法益與刑罰威嚇可相提並論之輕罪行為」也成為「具有重大犯罪行為之虞」。此外，「特別嚴重之行為」(besonders schwerwiegende Taten)亦欠缺立法定義。

下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第3款也同樣對憲法訴願人受基本法第10條第1項保障之基本權造成干預。依本款之規定，欲對聯繫者與伴同者採取監察措施，必須「基於對追訴犯罪預作準備或防範該犯罪有絕對之必要」，此一要件並未恰當地考量到基本權的意義。當警察認為，已經沒有其他方法可對未來的犯罪行為人之個人環境進行監察，則本款之要件即告該當。這可能就是常見的情況，因為系爭規定中的基本權干預，在還沒有任何具體嫌疑出現前，便得以為之。

除此之外，系爭規定亦對憲法訴願人的自由表意基本權（基本法第5條第1項）造成干預，並對其人格之自由發展（基本法第2條第1項）造成干擾。系爭規定使得憲法訴願人持續遭到「其電子通訊被行政權秘密監控」的危險。這種對電信內容的持續性知悉，讓憲法訴願人不能在電話交談中無拘無束地表達意見，並因此涉及憲法訴願人私領域之核心。

憲法訴願人補充性地論及，由於採取監察措施時未能對其進行告知，導致其在監察中或監察後均不可能訴請法院對該措施加以審查，因此系爭法律牴觸基本法第19條第4項之規定。此一違反法治國的狀態，縱使是採取法官保留(Richtervorbehalt)也無法得到彌補。最後，系爭規範分別牴觸

基本法第19條第1項第2句之指明要求(Zitiergebot)，以及規定於基本法第74條第1項第1款之刑事司法領域的立法權。

III. 相關機關之意見

對本憲法訴願提出意見之機關為：聯邦內政部（以聯邦政府之名義）、下薩克森邦總理府、聯邦資料保護官、下薩克森邦資料保護官、黑森邦資料保護官、萊茵蘭-伐爾茲邦資料保護官、什勒斯維希-霍爾斯坦邦資料保護獨立中心，以及圖林根邦資料保護官。

1. 根據聯邦政府之意見，「為追訴未來將發生之犯罪而預作準備」屬於聯邦與邦競合立法之範疇，而聯邦立法者已經在電信監察之領域，排他性地行使了此種立法權。因此，下薩克森邦對此並無立法權。

a) 系爭規定之目的，歸根究底而言，是為了將來刑事程序之證據保全，故其應屬刑事程序法（基本法第74條第1項第1款）之範疇。聯邦立法者在過去已經行使基本法第74條第1項第1款授予之立法權，而規範了一系列為追訴犯罪預作準備之措施。例如刑事訴訟法第81b條之規定，允許對被告進行鑑識，並為調查將來之犯罪而預先提供了中性輔助工具。刑事訴訟法第81g條之規定，使DNA（脫氧核糖核酸）鑑定樣本得基於為將來刑事程序之目的而被建立與儲存。此刻

，聯邦立法者正在審視「於犯罪發生前即得動用若干調查措施」的可能性。「犯罪尚未發生」，這種情況與「屬於刑事程序之範疇」並無衝突之處。某一措施，其目的主要是為了防範犯罪發生，而「為刑事追訴預作準備」僅是該措施在實施時附帶出現的副產品，則充其量就是這樣的措施才能被劃歸到（屬各邦立法事項之）危害防止領域內。

b) 刑事訴訟法中關於透過電信監察而追訴犯罪之規定，具有專屬排他之性質。聯邦立法者在刑事訴訟法第100a、100b、100h及100i條中，針對以刑事追訴為目的之電信監察，就其範圍、管轄權、目的，尤其是關於實施要件，全面性地加以規定。由於通訊秘密具有特殊意義，因此要對電子通訊採取監察與記錄措施，應繫諸於特別的、高度的要件。為了限制相關措施的射程範圍，無論是對電信之即時監察（刑事訴訟法第100a及100b條），抑或對連線資料之查問（刑事訴訟法第100g及100h條），均取決於是否存在高度的初始嫌疑（Anfangsverdacht）。此外，上開之措施，其實施之目的僅能為偵查法律中明文規定之特別嚴重犯罪行為或具有重大犯罪行為之虞，或是為了偵查「透過電子通訊所為，因此特別適合以該措施加以偵查」之犯罪行為。聯邦立法者透過刑事訴訟法之規定，其實已經考慮到

「可能要提早採取電信監察」這樣的犯罪偵查需求：在合於特定的要件下，於前揭犯罪尚在預備階段，即可採取電信監察措施（於刑事訴訟法第100a條第1句及第100g條第1項第1句之指示下）。

2. 下薩克森邦總理府認為，本件憲法訴願無理由。

a) 下薩克森邦係在其立法權的範圍內制訂系爭規定。預防性電信監察既不屬於基本法第73條第7款之聯邦專屬立法事項，亦不涉及基本法第74條第1項第1款關於法院程序之競合立法事項。「防範犯罪」及「為追訴犯罪預作準備」不應劃歸到刑事程序的範疇內。防範犯罪屬於危害防止的一環，或（在犯罪之發生尚未具備充分蓋然性的情況下，）屬於前危害防止階段（Vorfeld der Gefahrenabwehr）之一環。

下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條規定之電信監察，倘其運用於為追訴犯罪預作準備，也不屬於刑事程序之一部。權限若要歸屬聯邦所有，則其應具備的要件是，「受規範之追訴預備措施」與「將來的刑事程序」二者間要具有充分緊密且具體之關聯性。而在系爭規定中，上述二者之間的關聯性並不緊密。雖然系爭規定也是鑑於特定人可能為特定之犯罪行為而對其蒐集資料，但在系爭規定中的資料蒐集，卻並非在進行中或已終

結的刑事程序範圍內（或基於這樣的動機）為之。透過系爭規定中的電信監察措施而蒐集到之不同種類的資料，其可能也無法直接當作刑事程序的證據使用，而必須採取其他的證據方法才行。

以防範犯罪為目的之措施，其和以預備追訴犯罪為目的之措施，二者經常無法截然區分。對這兩者作一致之規範有其絕對之必要，且由於主要目的在於防止犯罪，因此屬於各邦之立法權。透過下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條規定之電信監察而為追訴犯罪預作準備，其與防範犯罪（此屬各邦之立法權）之間，顯然非常接近。二者同樣的干預要件是，「有事實足證，某人將為犯罪行為」。這符合警察「在犯罪發生前即予以防止，並防堵損害發生」之主要任務。在這種情況下，是否真的有「僅以預備追訴犯罪為目的」之措施，不無疑問。

b) 系爭規定亦具有實質合法性。系爭規定雖然會對基本法第10條第1項保障之基本權造成廣泛且嚴重之干預，但此一干預得經由基本法第10條第2項第1句之法律保留予以正當化。系爭規定相當明確，且條文之設計合於比例原則，又其已慮及對基本法第10條第1項保障之基本權造成重大且秘密之干預，而設有程序上之防護措施。由於下薩克森邦公共安全及秩序

法第33a條第1項第2款及第3款之意義內容，可透過法學方法予以釐清並得為個案所適用，因此系爭規定中有待填充的構成要件要素，合乎明確性之要求。為預防性打擊犯罪而為之電信監察，其所追求者乃「打擊犯罪」此一正當且高位階之目的，由此一目的可得出該措施具有合比例性。系爭規定對於電信監察措施之設計，已對於保護及安全之需求以及對於自由之需求，予以適當之衡平。

此外，系爭條文中關於電信監察的規定，也符合基本法第10條連結第19條第4項之程序法上的要求。對於處理「經由電信監察而蒐集到之資料」，系爭規定預先作了合於憲法要求的限制。就此而言，下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第3項對於電信監察之一切措施設有法官保留之規定。此外，在不會對措施造成妨害的可能情況下，依下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第4項之規定，應將資料蒐集乙事告知當事人。再者，依下薩克森邦公共安全及秩序法第37a條之規定，電信監察須受議會之監督審查。

3. 聯邦資料保護官以及在程序中提供意見之邦資料保護官，認為本件憲法訴願有理由。其主要所持之理由如下：

下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款及第3款所規定者，

乃是無須犯罪嫌疑即可採取之主動調查措施(Initiativermittlung)，然而各邦對於此種主動調查措施並無立法權。依基本法第74條第1項第1款之規定由聯邦享有之立法權，已透過刑事訴訟法及其他相關法律而以專屬排他之方式被聯邦行使殆盡（之所以在此檢討基本法第74條第1項第1款之立法權分配問題，乃因系爭規定之核心本質與打擊犯罪有關）。此外，依基本法第73條第7款之規定，對電信之限制得透過法律加以規範，此乃聯邦立法者之專屬權限。

下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款構成要件的明確性(Bestimmtheit)及明白性(Klarheit)，亦有憲法上之疑慮。蓋系爭規定中的電信監察，其出發點雖然是基於事實而評估「未來將出現犯罪行為」。但此一評估僅屬單純之預測。此一預測的可信度，並未透過諸如「當事人已為犯罪行為或是已存在犯罪嫌疑」這樣的要求，來加以確保。該預測所涉及者，乃是將來不確定是否會發生之事件。上開預測究竟要求多高程度的蓋然性，完全懸而未決。同樣地，對於據以作為發動電信監察理由之「事實」，其應具備何等之質量，並無限制性之要求。法律中要求的「事實」，恐怕是基於犯罪偵查經驗下之考量而加以評價，並經常結合似乎可以證明「某人在未來將會為具有重大犯罪行

為之虞」的額外資訊。歸根究底而言，這僅僅涉及「犯罪嫌疑之取得或犯罪嫌疑之具體化」其必要性之依據而已。

系爭規定中的措施，對當事人而言並不具可預見性。當事人尤其無法知道，其行為究竟會被行政機關歸類成有犯罪嫌疑之行為抑或中性之行為。系爭規定中「無法用其他方式為追訴犯罪預作準備或防範犯罪」此一進一步的要件，對電信監察之實施並未能作有效的額外限制。「為追訴犯罪預作準備」這個概念太過廣泛與籠統，以致於針對「以任何方式被認為有嫌疑而被考慮之人」所為之一切資料蒐集，均被包含在內。下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第3款規定之「聯繫者與伴同者」，其範圍則存有更高度之明確性疑慮。

系爭規定不符比例原則。預防性電信監察之必要性—撇開下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第1款以危害防止為目的，然非本案爭執之授權規定不談—查無實據。立法者的目的（尤其是打擊組織犯罪及恐怖主義）無法達成，這也應該可預見。此外，系爭規定對於不可碰觸之人格權核心缺乏保護，尤其是關於最親密的家庭成員間及其他親密朋友間的對話，系爭規定並未禁止對其進行監察。再者，立法者對於「妨害上開核心領域而蒐集到之資料」，應立法規定

禁止處理及應予銷毀，但系爭規定卻違反此一立法者應負之義務。關於下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第3項第2句及第3句規定之監察措施有效期間的最長期限，也存有憲法上之疑慮。最後，下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第4項之規定，抵觸基本法第19條第4項對於有效權利保護之要求。

IV. 參與言詞審理程序者

於言詞審理程序中表示意見者為：憲法訴願人、聯邦政府、下薩克森邦政府、聯邦資料保護官、下薩克森邦資料保護官、聯邦律師公會，以及作為鑑定人之刑事警察督察長Bruckert。

B. 對憲法訴願合法性之審查

本件憲法訴願之提起合法。系爭規定與憲法訴願人之基本權，具有直接(I.)、自身及現時(II.)之利害關係(vgl. BVerfGE 100, 313 [354]; 109, 279 [305 ff.])。

I. 直接之利害關係

當憲法訴願人因為對執行法律之措施無所知悉，以致於不能提起權利救濟途徑，則此時應例外允許其可直接針對尚待執行之法律提起憲法訴願(vgl. BVerfGE 30, 1 [16 f.]; 67, 157 [169 f.]; 100, 313 [354]; 109, 279 [306 f.])。此種情形同樣可適用於，法律對於事後告知雖設有規定，但由於法條中存在廣泛的例外構成要件，使得

事後告知亦長期不能為之。於此種情況下，同樣無法確保能由專業法院提供有效之權利保護(vgl. BVerfGE 109, 279 [307]; Landesverfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern, LKV 2000, S. 345 [346])。

以下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條為依據，透過電信監察所為之資料蒐集，必須秘密實施。當事人在措施實施前及實施中對此均無從知悉，以致於在此一時間點上無法向專業法院請求權利保護。「下薩克森邦公共安全及秩序法第30條第4項規定，在不會對措施造成妨害的可能情況下，應告知當事人」，此一情況與本件憲法訴願具有合法性並無衝突之處。由於下薩克森邦公共安全及秩序法第30條第5項含有廣泛的例外構成要件，故系爭規定並未保障當事人可以立即知悉措施之實施並從而得請求法院對該措施進行審查。依下薩克森邦公共安全及秩序法第30條第5項之規定，在以下情形，得不為告知：有礙「追訴犯罪行為或違反秩序行為」之目的（第1句第1款）；為告知當事人，必須以不合比例之方式蒐集當事人之其他資料（第1句第2款）；告知當事人將危及他人之身體、生命、自由或其他近似之值得保護利益，或危及線民之使用，或危及臥底警探之遣用（第3款）。尤其透過第3款之規定，在不可預見的時間內，得不告知當事

人。

II. 自身及現時之利害關係

憲法訴願人與系爭規定之間，具有自身及現時之利害關係。

雖然具體之干預一如同本案—須待系爭規定被執行後才會出現，但當事人對於執行行為通常無從得知。當憲法訴願人說明，以系爭規定為據而實施之措施有若干之蓋然性會對其基本權造成影響，則憲法訴願人與系爭規定之間即可能具有自身及現時之利害關係(vgl. BVerfGE 67, 157 [169 f.]; 100, 313 [354]; 109, 279 [307 f.])。因此具有意義的是，措施行使之對象是否在要件上嚴格限定於某特定範圍之人，抑或該措施具有廣大的射程範圍而使得第三人會偶然遭受波及。憲法訴願人無須以指控自己犯罪之方式，來證明其與系爭規定間具有緊密之現時利害關係(vgl. BVerfGE 109, 279 [308])。

由此觀之，憲法訴願人所為之說明，已足以證明其和系爭規定之間具有身分上及現時之利害關係。監察措施之當事人乃是人格權被該措施所干預者，縱使其並非監察命令之目標對象，亦同(vgl. BVerfGE 109, 279 [308])。「由於系爭規定的緣故，而成為電信監察措施的客體」，此種可能性實際上對任何人都存在。這不僅包括可能的犯罪行為人本身或是其聯繫者與伴同者，還包括與措施對象透過

電信設備進行接觸之人。

C. 對憲法訴願有無理由之審查

下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款及第3款之系爭規定，與基本法牴觸，因此無效。

I. 審查基準(Maßstab)

考量到系爭規定造成之自由權限制，憲法上之審查基準為基本法第10條。由基本法第2條第1項連結第1條第1項而導出之資訊自我決定權，在與基本法第10條之保護領域重疊時，優先適用基本法第10條之特別保障(vgl. BVerfGE 100, 313 [358]; 110, 33 [53])。當國家對「透過電信工具表達之意見」予以聽取及處理而造成干預，則基本法第10條對基本法第5條之自由表意保障而言，亦同樣居於特別保障之優先適用地位。憲法訴願人所指摘者，僅限於此。

II. 系爭規定之形式及實質違憲性

下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款及第3款之規定，授權干預基本法第10條第1項之基本權(1)。透過系爭規定而限制通訊秘密，未能滿足憲法之要求，因為此一限制就形式而言違憲(2)，且亦與憲法之實體規定不符(3)。

1.a) 通訊秘密之保護領域涵蓋通訊之內容以及通訊之事況。原則上，公權力對於透過通訊設備傳遞之言詞或書面資訊內容，不能予以探知。此所涉及者，乃是對「所有透過通訊科

技交換之資訊」所為之基本權保障 (vgl. BVerfGE 100, 313 [358]; 106, 28 [37]; 107, 299 [313]; 110, 33 [52 f.])。對「是否曾進行通訊、何時曾進行通訊、曾進行多少次之通訊、誰與誰曾進行通訊，或曾經試圖進行通訊」予以知悉，此亦觸及通訊秘密之保護領域 (vgl. BVerfGE 67, 157 [172]; 85, 386 [396]; 100, 313 [358]; 107, 299 [312 f.])。當「國家對上開知悉之資訊予以利用」成為令人擔憂之事，則基本法第10條保障之自由通訊即受到損害 (vgl. BVerfGE 65, 1 [42 f.]; 93, 181 [188]; 100, 313 [359])。資訊及資料之處理程序，其在知悉受保障之通訊過程後緊接展開，並且在此種程序中對該知悉之資訊予以利用，因此，基本法第10條之保障效力亦及於資訊及資料之處理程序 (vgl. BVerfGE 100, 313 [359]; 110, 33 [68 f.])。

b) 本案中，通訊秘密受到干預。因為系爭規定之緣故，國家機關無須得到當事人之同意，即可對「透過通訊技術進行之通訊過程」，蒐集其內容與事況之資訊 (vgl. BVerfGE 100, 313 [366]; 107, 299 [313])。依據下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第2項之規定，通訊內容—即便其在通訊網路中置於資料庫內—得如同連線資料或行動通訊終端設備之位置信號一樣被蒐集。在現代通訊範圍內得被蒐集的資料其數量非常眾多，這使得以

各種不同監察措施對通訊秘密造成之干預特別強烈 (vgl. BVerfGE 107, 299 [318 f.] - 關於連線資料)。

被蒐集到的資料，在合於下薩克森邦公共安全及秩序法第38條以下的要件時，其處理及傳輸之目的得異於原先蒐集之目的，這對基本法第10條之保護領域會造成額外的干預 (vgl. BVerfGE 110, 33 [68 f.])。

2. 下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款及第3款之規定具有形式上之違憲性。下薩克森邦立法者違反基本法第19條第1項第2句之指明要求(a)。另外，下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款及第3款規定了「為追訴犯罪預作準備」而採取之電信監察措施，就此，下薩克森邦立法者逾越其立法權(b)。

a) 在2003年12月11日制頒之下薩克森邦危害防止法修正法 (Nds.GVBl S. 414) 中，欠缺基本法第19條第1項第2句所要求之「指出該法對基本法第10條第1項造成限制」。

aa) 依據基本法第19條第1項第2句之規定，法律對於透過該法或基於該法而受到限制之基本權，必須予以指明。維護通訊秘密之基本權受到基本法第10條第1項保障，而基本法第10條第2項第1句則明文設有法律保留之規定。指明要求適用的對象，乃基於立法者明文授權而可能受到限制之基本權 (vgl. BVerfGE 64, 72 [79 f.])，

自亦適用於通訊秘密。違反指明要求，將導致法律違憲(vgl. BVerfGE 5, 13 [15 f.])。

指明要求具有警示及思慮之功能(vgl. BVerfGE 64, 72 [79 f.])。透過法律文句中對基本權干預之指明，可確保立法者對其所採取之干預已有所認識，且立法者就該干預對相關基本權造成之影響效果已尋得自我辯解之理由(vgl. BVerfGE 5, 13 [16]; 85, 386 [404])。清楚地將受干預之基本權予以指明，使得立法者意欲的基本權干預，其干預之必要性與干預之規模範圍能易於在公共討論中加以釐清。此種警示及思慮之功能，不僅及於首次之基本權限制，其對於任何「造成基本權新干預」之干預要件變更，亦具有意義。

在法律上對基本權之限制予以指明，就本案而言有其必要。雖然下薩克森邦危害防止法修正法第10條對於限制基本法第10條第1項，已予以指明，且此一指明在下薩克森邦公共安全及秩序法中也仍舊繼續有效。但是，對於受限制之基本權予以指明，這在繼續有效的法律中卻嫌不足，因為下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條對於警察預防性質之電信監察，創設了顯然更為廣泛的干預依據(vgl. LTDrucks 15/240, S. 15)。

立法理由中的提示(LTDrucks 15/240, S. 15)，並不會讓指明之必要性

消失。在立法理由中，立法者認為透過下薩克森邦危害防止法修正法第10條既有之規定（即現今下薩克森邦公共安全及秩序法第10條）已符合指明之要求，故其已經認識到下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條會讓通訊秘密受到限制。然而，立法理由中的單純提示，對於基本法第19條第1項第2句的形式要求而言，尚嫌不足。此外，原先法律草案中的規定，在邦議會內政及體育委員會經手後，顯然變得尖銳嚴重，而指明的問題在立法資料中則未再重新成為被討論之議題。

bb)不過，未遵守指明之要求，這對於系爭法律之有效性是否會造成影響，在此不作結論。本院迄今並未澄清，在「修正法造成新的基本權限制或授權對基本權進行新的限制」之情況下，若被修正之舊法已經含有基本法第19條第1項第2句意義下之指明條款，是否即符合指明之要求。就此而言，立法上也就形成了各種不同的實踐經驗。基於法安定性之理由，在本判決公布後所制頒此種對基本權造成限制之修正法，若未遵守指明之要求，即屬無效。

b)下薩克森邦僅對系爭規定之一部享有立法權。

依基本法第70條第1項之規定，凡立法權未劃歸聯邦，即屬各邦所有。雖然預防性電信監察不屬於基本法

第73條第7款規定之聯邦專屬立法權(aa)，且防範犯罪乃邦法上之危害防止任務(bb)。但是，下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款及第3款讓電信監察亦得基於「為追訴犯罪預作準備」之目的而為之，此即抵觸基本法關於立法權之規定。該事務領域乃基本法第72條、第74條第1項第1款規定之競合立法。至少對於電信監察的領域而言，聯邦立法者已經排他性地行使其規制權(cc)。

aa)聯邦對於電信監察措施之管轄權，並非來自基本法第73條第7款。對於電信事務立法權之排他專屬分配，所涉及者，乃是電信基本設施建制及資訊傳遞之技術面，而與「針對傳遞之內容或電信利用之類型」所為之規制無關。下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條中關於電信監察之規定，其首要涉及者並非資料傳遞之技術問題，而是對於資訊之截存。監察措施雖然包含使用傳遞技術之活動；而且，監察措施又仰賴於，電信網絡之建制在技術上得進行監察。但是，授權「得為蒐集刑事法或警察法任務所需之資訊而採取電信監察」之規定，其規制內容乃決定性地透過監察措施之各該目的以及干預要件來形成。這樣的授權規定，就是否合乎權限而言，也應該將其劃歸到監察措施要追求的目的領域，此處即指應將其劃歸到防範犯罪或追訴犯罪的領域裡。

bb)防範犯罪在各邦危害防止之立法權範圍內，更精確地說，當立法者就具體犯罪尚未發生前之時期對防範犯罪加以預先規定，亦屬於各邦危害防止之立法權範圍內。這樣的措施，立法者要以何種程度將其置入未來之法益侵害尚未發生前的階段，乃實體法的問題，而與邦之立法權無關。

對邦立法者而言，新的規定涉及在未來之法益危害尚未發生前的領域實施預防性之警察活動。這表現在2003年6月17日原本的立法草案（LTDrucks 15/240, S. 4）中，在該立法草案裡，第33a條第1項第2款及第3款規定之電信監察得基於預防性打擊特別重大犯罪之目的而實施。相對於此，邦議會內政及體育委員會則提出後來成為法律的版本。在邦議會內政及體育委員會的書面報告中（LTDrucks 15/776, S. 6）指出，草案第33a條第1項第1款至第3款之干預要件，應符合下薩克森邦危害防止法第34條第1項第1句第1款至第3款之干預要件。依該書面報告所述，「第1項之其他修正」乃是編輯之性質，並且有助於「在語言上切合」已存在於下薩克森邦危害防止法第34條第1項第1句的平行規定。

對於預防性打擊犯罪，聯邦並不享有基本法第74條第1項第1款之競合立法權（包含刑事程序在內之法院程序）。防範犯罪之構成要件要素包含

「得立刻並在刑事不法還沒發生前，對於即將發生之法益侵害予以防止」的措施。這樣的措施，在其與聯邦立法權包含之事務領域具有必要之關聯性時，尤其是對有效執行聯邦法有必要時，至少應被劃歸到聯邦權限的範疇（vgl. BVerfG 109, 190 [215]）。在本案中接受審查的下薩克森邦法律規定，則並非此種情形。

cc)然而，電信監察並不侷限於預防性打擊犯罪，在下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款及第3款中，「為追訴犯罪預作準備」乃是電信監察的獨立構成要件要素。對追訴「尚未出現，但在不可知的未來即將發生之犯罪」預作準備，乃是法院程序之一環。聯邦立法者在電信監察的領域內，已經排他性地行使了基本法第74條第1項第1款規定之刑事追訴競合立法權，以致於各邦立法者依基本法第72條第1項之規定對此不得立法。

(1)下薩克森邦法將「為追訴犯罪預作準備」規定為一項獨立的任務，並附帶電信監察之職權。系爭法律清楚地區分「為追訴犯罪預作準備」以及「防範犯罪」。據此，當犯罪不能或不再能防範時，仍能發動下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第2項第1句第1款至第3款之措施。

(2)就權限而言，「為將來追訴犯罪預作準備」應該被劃歸到基本法第

74條第1項第1款意義下的「法院程序」。法律授權之目的，乃在保全未來刑事程序之證據。

然而，「為追訴犯罪預作準備」而採取之監察措施欠缺發動之時點，這和「傳統意義下之刑事追訴以犯罪發生作為發動時點」不同。就時間點來看，為追訴犯罪預作準備乃是事先預防性的，但就涉及的對象而言，卻又關乎事後抑制性而設之刑事程序。資料乃是基於「為了追訴將來可能發生之具體犯罪」以及「最後在未來之刑事程序中加以利用」之目的而被蒐集。就此而言，下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款及第3款對於蒐集個人資料之授權規定，其出發點在於「有事實足證將為具有重大犯罪行為之虞者」被預期之行為。基於此一目的而被蒐集之資料，在事實上發生了犯罪並從而啟動刑事訴訟程序，才會被考慮拿來利用。因此，屬於為追訴犯罪預作準備之資料或資訊，其用途乃在不可知的未來被使用於偵查程序及主要程序。這一在具體初始嫌疑之處（vgl. LTDrucks 15/240, S. 16）—所涉及者，乃是為了在將來的刑事程序中運用而取得證據，而與為了防範犯罪預防性地蒐集資料無關。如此這般為了刑事追訴預作準備，其屬於基本法第74條第1項第1款意義下之法院程序。

無論是在法院主要程序中，還是

在延伸之偵查程序中，所涉及者均是對具體之被告調查具體之犯罪嫌疑。然而這並不表示，在初始嫌疑出現之後才可以被劃歸到法院程序之範疇（但亦有如此認為者Gärditz, Strafprozess und Prävention, 2003, S. 328, 331, 359, 429）。基本法第 74 條第 1 項第 1 款並未限制，與未來刑事程序實施有關之準備措施不被競合立法權之分配所包含（vgl. BVerfG, 3. Kammer des Zweiten Senats, BVerfGE 103, 21 [30]）。為了刑事追訴而預先蒐集之資料是否會基於此一目的而在日後被使用，此種不確定性可能會在判斷措施合法性時產生影響力，但無礙於將規定劃歸到法院程序之立法權範疇內。

(3) 聯邦立法者已排他性地行使其基本法第 72 條第 1 項意義下之競合立法權。

(a) 聯邦法之規定要到何種程度才算是已達窮盡，無法一概而論，而僅能依據相關之規定及各該事務領域來加以確認（vgl. BVerfGE 109, 190 [229]）。在確認時，首先應該根據聯邦法本身，其次則根據法律背後之規範目的，再者則根據立法史及立法之資料（vgl. BVerfGE 98, 265 [300 f.]）。聯邦立法者並非只有在制定規範時，才算是在行使其立法權。有意的不作為，毋寧也會對各邦之立法者產生阻斷效力（vgl. BVerfGE 32, 319 [327

f.]; 98, 265 [300]）。邦立法者不得違抗聯邦立法者可得認識之「排除額外規定」意思，即便邦立法者認為聯邦法之規定有所不足，亦同（vgl. BVerfGE 32, 319 [327]; 36, 193 [211 f.]; 36, 314 [320]; 85, 134 [147]; 98, 265 [300]; 109, 190 [230]）。

對各邦造成負擔的阻斷效力，其出現之要件在於，對規範集合作整體評價時，「聯邦行使立法權」乃充分可得認識。當聯邦在此種意義下已就某一事務領域排他性地加以規範，則不論邦法之規定係與聯邦法相違或僅是補充聯邦法之規定，邦之立法均被阻斷。制定法規範之機關有義務核校其制定之規範，使之不違反法秩序。聯邦立法者之構想決定不容邦立法者扭曲（vgl. BVerfGE 98, 265 [300 f.]）。

(b) 聯邦立法者已透過刑事訴訟法中電信監察之規定，制定了排他性之規範。現有條文之構想決定，乃是反對「額外的，延伸至犯罪尚未發生前的措施」。系爭規定與此一決定不符。

與刑事訴訟法規定之電信監察措施有關的立法資料，對於在電信監察領域內的排他性規定問題，雖然並沒有清楚之確定。但考量現行刑事訴訟法的條文，卻可得出排他性之性質。

(aa) 聯邦立法者針對以刑事追訴為目的之電信監察，在刑事訴訟法第

100a條、100b條、100g條、100h條及100i條中，就其範圍、管轄權、目的及各該措施所需之要件，作了廣泛之規定。上開條文以具體著手或具體預備之行為當作出發點，質言之，與犯罪行為實施前進行之資料調查無關，由此不能導出，聯邦立法者想要為「進一步之各邦立法上的干預規範」留下空間。聯邦立法者一如同在其他領域中的現行條文所示（諸如刑事訴訟法第81b條、81g條）—絕對有意識到「在刑事追訴的領域也制定預防性規範」此一權限法上的可能性。

聯邦立法者放棄將電信監察延伸到犯罪尚未發生前之領域，此乃有意之決定。並無論據可證，聯邦立法者有意容忍各邦為平行之規範並因此出現重疊之情形。各邦必須尊重聯邦立法者關於「以刑事追訴為目的而設置之措施及其事實上之要件」的決定（BVerfGE 98, 265 [300 f.]）。

立法者試圖基於法治國明確性及合比例性之利益，並考量到憲法法院判決之指示，而對電信監察之構成要件盡可能地精確予以規定，並以犯罪嫌疑或犯罪之預備作為出發點。無論是刑事訴訟法第100a條及第100b條規定之電信即時監察，或是刑事訴訟法第100g條及第100h條規定之連線資料查問，—此外還有以限制廣泛射程範圍為目的之相當措施—，均取決於初始嫌疑之嚴格標準成立與否。只有為

了偵查法律明文規定之特別重大犯罪，始得對電信內容進行監察（刑事訴訟法第100a條第1句）。聯邦立法者於特定要件下允許在預備階段即得採取措施（刑事訴訟法第100a條第1句、第100g條第1項第1句：透過犯罪之預備），其藉此已考慮到提早動用電信監察之需求。假使各邦規範了在其他（例如較為嚴格的）要件下同樣以保全未來之刑事追訴為目的之可相提並論的電信監察措施，則上述此種有目的之限制恐將形同虛設。這可能將產生規定前後矛盾或規範疊床架屋的風險。

以刑事訴訟法第100a條及下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項之比較為例來加以說明。在一刑事訴訟法第100a條規定之一犯罪的未遂階段或是預備階段，通常同時也符合廣泛規範之下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款的構成要件。下薩克森邦公共安全及秩序法本身並未提供任何嚴格解釋之依據，而且也未包含防止疊床架屋之預防措施。刑事訴訟法第100a條規定之犯罪清單，其構成不僅與下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項規定者（下薩克森邦公共安全及秩序法第2條第10款）不同，在本質上也較為嚴格。依據下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款及第3款之規定，得採取刑事訴訟法恰巧排除而在犯罪尚未

發生前即實施之措施。此外，下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款及第3款和刑事訴訟法第100a條不同之處在於，其並不以犯罪嫌疑、犯罪之未遂階段或犯罪之預備階段為必要，而是只要有事實足證「有人在未來將為犯罪行為」即為已足。

當兩種規範體系平行適用時，在構成要件上的重疊恐將造成不清不楚之處。因為警察機關一方面作為危害防止機關，另一方面則作為刑事追訴機關，其可能會動用到兩種授權規定。依刑事訴訟法第100a條第1項第2句之規定，在急迫時由檢察官為決定，相對於此，下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第4項則規定「符合警察法之性質」由警察自為決定。

當警察法之規定鑑於為追訴犯罪預作準備而與刑事訴訟法之規定被平行適用，則於預備、未遂或是著手實施之前階段即可採取電信監察，而和「當行為人已經具體開始為法益之侵害，始得採取電信監察」相比，其法治國之要求較為低度。這樣的構想恐屬自我矛盾。看不出來聯邦立法者有意容忍這樣的矛盾。

(bb)刑事訴訟法第484條第4項與「接受排他性之聯邦立法規定」並不相違。根據此一規定，利用「為將來刑事程序之目的而儲存在警察資料庫中的」個人資料—為刑事程序之目的而利用者除外—悉依警察法之規定為

之。「聯邦立法者以警察機關預防性地為將來刑事追訴之目的進行資料蒐集作為前提」而且「無意排他性地為規範此一領域而行使其立法權」，此種看法無論是從刑事訴訟法第484條第4項之立法理由（BTDrucks 14/1484, S. 33），或是從本規定之意義，均找不到任何論據。

3.系爭規定亦在實質上與憲法不符。其不夠明確(a)，且未達到「在基本法第10條第1項第2句意義下對基本權造成限制之法律，應具備均衡性」之比例原則要求(b)。此外，在法律中欠缺為保障私生活形態之核心領域而設的防護措施(c)。

a)下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款及第3款規定抵觸法治國要求之明確性及規範明白性。

aa)明確性要求之基礎在於基本法第10條本身（vgl. BVerfGE 110, 33 [52 ff.]）。明確性之要求乃在確保，當事人對於可能造成侵擾的措施能事先作好準備，執行法律之行政機關對其行為能找到調控與限制的行為標準，且法院得以採取司法審查（vgl. BVerfGE 110, 33 [52 ff.]）。干預的緣由、目的以及界限，必須在授權規定中領域分殊地、精確地、規範清晰地加以確定（vgl. BVerfGE 100, 313 [359 f., 372]; 110, 33 [53]）。

(1)依據法律之規定，當事人對法律狀態必須認識到「其可能要依法

調整其行為」的程度。當在評價法律狀態時，其不明確性使基本權之實現變得困難，則規範明確性及規範明白性之要求即應提高(vgl. BVerfGE 83, 130 [145]; 86, 288 [311]; 108, 52 [75]; 110, 33 [53])。對監察措施之授權規定而言，明確性要求雖然並未要求到「具體之措施可得預見」的程度，但當事人基本上要能夠知悉「基於何種緣由以及在何種要件下，其行為將遭到被監察之風險」。足夠明確的國家干預要件—以及對國家干預足夠明確的限制標準—，對於那些「並未觸發監察之緣由而毋寧只是意外被波及，因此對具體之行為要件可能一無所悉」的人而言，有其益處。

(2)此外，規範明確性及規範明白性之要求對行政權具有拘束力，並按規範之內容、目的、範圍對行政之行為有所限制(vgl. BVerfGE 56, 1 [12]; 110, 33 [54])。而這樣的前提要件在於，法規設立的標準足夠明確。對人民自由造成限制之決定，不得單方面任由行政裁量為之(vgl. BVerfGE 78, 214 [226])。考慮到行政權之行為餘地，法律具有「確保國家行為合法並藉此使人民之自由得以受到保障」之限制功能。此種對行政權進行拘束的觀點，在實施監察措施時尤其重要，因為當事人對監察措施完全不知情，也因此不可能在先行程序中對行政之干預行為施加影響力。「

透過限制性之標準以保障人民權利」具有額外之特殊意義，因為受波及之第三人—在此係指其他參與通訊之人，以及聯繫者與伴同者（如果有的話）—並未想到自己會被國家監察，也因此無法在其私領域遭到窺探時自我保護(vgl. BVerfGE 110, 33 [54])。

(3)此外，規範明確性與規範明白性讓法院可以依法定標準對行政進行審查。這亦適用於，法院在措施尚未採取前或是在措施執行時為了控制行政而予以介入(vgl. BVerfGE 110, 33 [54 f.]）。

bb)在為追訴將來的犯罪而預作準備或是防範將來的犯罪時，不能以「為防止危害或為追訴已發生之犯罪而發展出的」同一標準作為出發點。干預人民自由的危害防止措施，其前提要件在於具體的危害情狀。刑事追訴的出發點在於犯罪（已實現之犯罪）嫌疑。當任務是在前危害防止的階段或是前刑事追訴的階段，鑑於未來被認為可能會發生的犯罪而預作準備，則上述的關聯性即不存在。因此，明確性的要求在此必須按照此種前階段的情況而為特別之調整。

將干預提早到犯罪構成要件尚未實現的階段，其存在的風險是，作為干預出發點的事件僅透過「可能犯罪」此種較不明確的論據來加以標記，且要觀察的細節其意義尚難掌握而淪於人言言殊。事實之確認及預測乃與

對其他事件的早先一步評估有所關聯，而該早先一步之評估所涉者，亦包括確定之事實尚未發生的刑法上重大意義（vgl. BVerfGE 110, 33 [59]）。由於干預關乎可能在未來發生的活動，因此干預的依據，常常僅是「尚不知是否會繼續惡化成法益受損」這樣的事實（vgl. BVerfGE 110, 33 [59]）。在法益尚未遭到侵害的前階段進行調查，乃是經由對個別行為事狀之可能意義的高度矛盾心理所形成。旁證或個別受到監察之活動，可能停留在無害的、於刑法上無關緊要的關聯性上；但其亦有可能是觸發犯罪發生的歷程開端。

當立法者要在這樣的情況中對基本權干預預作規定，其必須將「形成干預緣由的犯罪行為」以及「要成為預示未來將為犯罪行為的事實應合乎何種要求」明確規定，使存在於「前階段調查」領域中特別高度的預測錯誤風險在憲法上仍然可以被接受。規範所包含對行為造成限制之構成要件要素，其建立之可預見性及可審查性標準，必須和傳統危害防止及刑事追訴任務在法治國上的要求可相提並論才行（vgl. BVerfGE 110, 33 [56]）。

cc) 下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款及第3款並不符合上開要求。

系爭規定並未要求具體之發展中的事件過程或其計畫（vgl. dazu

BVerfGE 110, 33 [56, 57, 58]），也未如同2004年12月21日制頒之「新修正海關刑事局預防性電信及郵政監察暨修改2005年與1999年投資補貼法」法案（BGBl I S. 3603）中的海關查緝處法（ZfDG）第23條第2項及第3項，要求具體之預備行為。在系爭條文中，只要具備「某人在未來的任何時間點將為具有重大犯罪行為之虞」此一可能性（該可能性以事實作為根據，而沒有再進一步具體化），即為已足。

這樣廣泛的授權並不合於明確性之要求。與明確性要求不符之處，包括「證明將為具有重大犯罪行為之虞」的「事實」（下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款結合第2條第10款），以及「聯繫者與伴同者」這個概念（下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第3款）。系爭條文雖然規定監察措施須由法官下令始得為之，但這並不能排除規定的不明確性。

(1) (a) 在下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款中使用的「事實」這個概念，單獨來看固然是足夠明確（vgl. BVerfGE 110, 33 [61]）。這個概念有別於本身不夠明確之純粹推測及一般經驗法則。然而，這個構成要件要素在與「未來著手實施犯罪行為」的關係上，並未達到明確性之要求。

可以想像，有各式各樣的出發點

，依照假設的因果流程，會推導出潛在的行為人（此概念之擇用可見J. Ipsen, NdsVBl 2003, S. 281 [285]）將著手實施犯罪行為。系爭法律規定之限制，與「上開因果流程在何種情況下會發生」以及「上開因果流程發生之蓋然性程度」無關，亦未提及時間方面之因素。在未來犯罪還沒發生的前階段，「無害之行為」以及「會導向犯罪之行為」存有界分上的困難，而這樣的困難在授權規定中並未透過限制性之構成要件要素加以克服。對構成要件加以規範以及對干預加以設限毋寧變成警察的責任。警察在欠缺法律進一步詳細的規定下，對限制人民之自由作成決定，且必須自己設想標準。因此，在相當程度上，警察乃是「對構成要件予以補充」地為其行為。然而，創設「對干預構成限制」之標準，乃是立法者的任務才對。

(b)系爭規定的不確定性以及因此隨之出現的錯誤預測風險，無法透過將矛頭指向「具有重大犯罪行為之虞」而有所降低。「具有重大犯罪行為之虞」這個構成要件要素，對於「某一行為在何時預示未來該犯罪之發生」，並未提供任何根據。系爭法律所涉之犯罪構成要件，在未來事件是否會發生尚在未定之天的階段，並不能適當地界分出重要事實而使其成為未來將會發生犯罪之旁證。此外，關於著手進行「具有重大犯罪行為之虞

」，本身也不夠明確。

「具有重大犯罪行為之虞」這個概念於下薩克森邦公共安全及秩序法第2條第10款有立法定義，並且在提及具體之犯罪構成要件的情況下，具有足夠之明確性。然而，額外把所有「『依其保護之法益與刑罰威嚇』可與明文列舉之輕罪行為相提並論者」一併包括進去（第b目），則與明確性之要求不符。尤其不清楚的是，如何一方面從法益而另一方面從刑罰的範圍，得以推斷出其他犯罪行為在重大性上可與之相提並論。

(2)此外，不夠明確的尚有下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第3款「授權在必要時得對聯繫者與伴同者採取電信監察」之規定。

下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第3款之規定，與在第2款中提及之人有關，這使得存在於第2款中的不明確性，讓針對聯繫者與伴同者採取之監察措施，其實施之要件也難以劃出界線。再者，「聯繫者與伴同者」這個概念本身也不明確。在下薩克森邦公共安全及秩序法第2條第11款中的立法定義，其指涉的並非可能之犯罪行為參與，而是任何「與『有事實足證將為具有重大犯罪行為之虞者』有所聯繫，且其聯繫之方式被認為可對犯罪行為提供指示」之人。由於不確定究竟誰會被當作可能的犯罪行為人，使得「究竟誰在未來的

犯罪發生前已與可能的犯罪行為人所聯繫，且其聯繫之方式被認為可對犯罪行為提供指示」並不清楚。

對「聯繫者與伴同者」這個概念作限縮解釋，恐怕不足以排除上開在前犯罪階段行動領域內的不明確性。雖然有試圖將此一概念經由「將犯罪行為人與其他人所為之聯繫進一步等級化」而具體化者。例如要求，與措施真正的對象間須具有人事上或業務上的關係，抑或彼此間的聯繫須持續較長之時間，或其聯繫係在密謀之事狀下為之，至於表面上匆促的或偶然的日常聯繫則尚不足以該當此一概念（參照薩克森邦憲法法院針對該邦警察法第39條第1項第3款之見解，LKV 1996, S. 273 [284]）。然而，當所涉及的出發點，只不過是可能之犯罪行為人在未來的行為，則要斷定上開之聯繫與特定之犯罪行為有關，實有困難。此外，「在根本上相信，不明確的干預授權規定讓本應受到限制的機關來解釋，會以適當的方式被限縮」，這種想法從法治國的角度來看也值得懷疑。立法者在此必須自我負起責任，然而立法理由卻證明了（vgl. LTDrucks 15/240, S. 18），立法者根本無意作具體化之限縮。毋寧立法者認為，「當資料蒐集對於聯繫以及對於防範相關之犯罪行為有重要意義」，即可考慮採取此一措施。

透過下薩克森邦公共安全及秩序

法第33a條第1項第3款「對聯繫者與伴同者蒐集資料，須為追訴犯罪預作準備或為防範犯罪有『必要』」此一要求，也無法排除系爭規定之不明確性。當所涉者，是在將來犯罪尚未發生前的階段所為之行為，且因此通常還無法預見，是否在未來採取防範或追訴措施會具有充足之偵查可能性，則要審查監察措施是否對於為追訴犯罪預作準備或為防範他人之犯罪有絕對之必要，欠缺可操作之標準。

(3)下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第3項要求監察措施須由法官下令始得為之，這並不能衡平系爭規定的不明確性。雖然當透過形式化的、法院的審查程序，讓重要的決定因素能夠被審查且有解釋必要的法律概念能夠被適當地適用，則基本上有填補必要的實體規範尚可符合法治國之要求（vgl. BVerfGE 110, 33 [67 f.]）。但前提要件是，法官在法律中找到依據。系爭規範提供給法官針對預測決定之標準，就如同提供給警察本身一樣的稀少。法官對於機關聲請之審查，於構成要件並不具體化的情況下，必須承受在犯罪尚未發生前採取之調查措施的不可衡量性，一如機關決定本身一樣。

b)此外，以「為刑事追訴預作準備」及「防範犯罪」為目的之電信監察，其授權規定亦未達到狹義比例性之要求。

aa)對基本權保障之自由造成損害，其與基本權限制之目的間，不得處在不適度的關係。雖然人的共同關聯性與共同連結性可以導出，在公共利益可以作為合理化之事由時，個人必須忍受其基本權遭到限制。但是，立法者必須在公共利益與個人利益之間，取得適度之平衡。就基本權方面而言，具有意義的是，在何種要件下哪些以及有多少基本權主體會受到何種程度的侵害。重要的尤其是制定干預之門檻、當事人之數量以及侵害之強度。在電信監察的領域具有重要性的是：當事人是否保持匿名？基本權主體因為監察措施而受到何種不利益之威脅或並非沒來由地感到擔憂？就干預所追求之目的方面而言，具有決定性的是，電信監察欲達成之目的及利益其重要性如何。此外這還取決於，透過監察措施要保障的法益具有何種重要性，以及法益遭到侵害的蓋然性如何(vgl. BVerfGE 100, 313 [375 f.])。

bb)以下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第2項第1款至第3款為依據之電信監察，嚴重干預通訊秘密。

(1)依據下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第2項第1款至第3款，資料蒐集之對象得為通訊內容、連線資料以及位置信號。全部措施之目的，乃在蒐集具體個人資料。這樣的措施，允許對通訊之內容、社會環境、

個人事務以及個人習慣進行觀察。此外，人民之自由間接受到侵害，因為對「無拘無束的通訊遭到監察」感到恐懼，這是可以避免的。

存取電子通訊之內容（下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第2項第1句第1款）使電話交談可能因此被蒐集。被蒐集到的乃是以電話傳遞之資訊、表示之想法、以及相互影響之方式。圖片、符號以及基於新興通訊方式(vgl. LTDrucks 15/240, S. 18)，例如電子郵件而經由網路交換之內容，亦可能被存取。蒐集電子通訊之連線資料（下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第2項第1句第2款）以及位置信號（下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第2項第1句第3款），所涉及的雖然僅是通訊過程在技術上的發展。但是，干預的程度同樣嚴重。連線資料可以對通訊行為進行明顯的推斷(vgl. BVerfGE 107, 299 [318 ff.])。有效開通之行動通訊終端設備的位置信號會導致行動圖像被拼湊出來，經由該行動圖像則可推斷出（如果有的話）當事人的習慣或是偏離其習慣。

(2)在基本權上具有意義者，此外尚有干預之廣大射程範圍。監聽並記錄談話內容以及蒐集連線資料，可能牽涉為數眾多之人。這並不僅止於潛在的犯罪行為人，而是包括所有和潛在的犯罪行為人於實施監察時段內進行電子通訊之人。與可能必須防

範之犯罪或與未來必須追訴之犯罪無關之人，例如聯繫者與伴同者（下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第3款）或完全未參與之第三人（下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第2項第3句），均在受波及的範圍內。

(3)此外，當事人身處在自以為機密的狀態裡，這也導致干預之嚴重程度加劇(vgl. BVerfGE 34, 238 [247]; 107, 299 [321])。聯繫者與伴同者或其他第三人（這些人本身並沒有被視為未來之犯罪行為人），尤其對干預毫不知情。

再者，此種類型之干預對當事人之權利及當事人而言，包藏著高度之風險，因為當事人最快要到監察措施已執行且被告知或以其他方式得知之後，才可能對該措施提起救濟(vgl. BVerfGE 107, 299 [321])。在犯罪尚未發生前之階段採取調查措施，由於對犯罪是否以及何時會發生尚不確定，因此直至當事人被告知，與其他監察措施相比通常會經歷較長之時間。這由下薩克森邦公共安全及秩序法第30條第4項第3句及第5項針對暫緩告知設有寬泛之規定，即可見一斑。透過此種遲來的告知，也觸及到基本法第19條第4項所包含對有效權利保護之保障。當不能在適當的時間針對干預提起權利救濟，且干預之結果（如果有的話）因為這樣而不能順利地予

以排除，則基本權干預的嚴重程度也就附帶地升高。

(4)機關將蒐集到的資料一如同在下薩克森邦公共安全及秩序法第38條第1項第2句中所規定的一般性地基於危害防止之目的或依下薩克森邦公共安全及秩序法第39條之規定基於其他之目的而儲存、變更或利用，此種可能性也讓干預之嚴重程度加劇。在其他的關聯性下對蒐集到的資料進行使用，乃是一項獨立之干預(vgl. BVerfGE 110, 33 [68 f.]）。

在犯罪尚未發生前之階段所採取的資料蒐集，因為並未侷限於具體正在實現或已經實現的犯罪，所以會得到各式各樣可供利用的資訊。資料之運用應受授權法律確立目的之拘束（關於目的拘束原則，vgl. BVerfGE 100, 313 [360 f.]），這在對蒐集到的資料為其他之使用時，實際上幾乎未被遵守。為了不確定或還不能確定之目的而使用蒐集到的資料，此一可能性在資料蒐集的階段就已經升高了干預的嚴重程度。

cc)在系爭法律中所規定對於基本法第10條第1項之基本權造成的干預，並不具備狹義比例性。應透過警察保護之公共利益，其重要性並未侷限在足以合理化嚴重干預者。

(1)資料蒐集所欲追求的，乃是正當之公共目的，亦即對具有重大犯罪行為之虞予以防範及追訴。此一利

益之重要性，尤其取決於透過規範保護之法益以及該法益受到危害的程度。就此而言，以確保法之和平為目的之追訴犯罪，與防範犯罪之間，擁有各自獨立之重要性(vgl. BVerfGE 107, 104 [118])。

倘若電信監察之授權規定係為追訴已發生之犯罪而設，其必須以足夠之事實基礎，尤其是具體之犯罪嫌疑作為根據，並在牽涉第三人時，植基於和犯罪嫌疑人有關之足夠確定的事實根據上（就此，關於訊息居間人 BVerfGE 107, 299 [321]）。若考慮到所牽涉的僅是將來可能發生之犯罪，則要對上開之事實根據進行調查，其實際之可能性基本上較為薄弱。當授權之規定此外一如同下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款及第3款—在要求之事實基礎上欠缺足夠之規範明確性與規範明白性（參見上述C II 3 a），這對於狹義比例性而言亦將造成影響(vgl. BVerfGE 110, 33 [55])。在此種情況下，從法律中無從以「得和干預之嚴重程度進行可以理解之權衡」的方式，推斷對干預加以合理化之法益以及對該法益造成危害的種類。

授權之目的以及措施在事實要件之要求，其於法律中之規定愈不精確，則在個案中採取不適當措施的風險也就愈高。由於衡量保護法益之位階以及估算對法益造成危害之嚴重程度

有其重要意義，因此需要足夠的根據以精確確定受危害的法益為何，並且也需要足夠的事實基礎，以設想對保護法益造成危害之行為為何(vgl. BVerfGE 110, 33 [55]; 此外參見 BVerfGE 100, 313 [392])。具體受到危害之法益以及可能對該法益造成危害之行為，其不明確性本身包藏著「使權衡要求在法治國上的劃限功能無法發揮作用」的風險。

法院裁判針對刑事追訴及危害防止發展出權衡原則，這些權衡原則在法益被侵害前的領域亦具有重要意義。受危害的法益愈重要且法益遭（或可能遭）各該行為侵害的愈廣泛，則法益被侵害之蓋然性程度的要求也就愈低，且得據以推斷法益遭到危害或侵害的事實也同樣地可以愈不充足(vgl. BVerfGE 100, 313 [392]; 亦參見 BVerfGE 110, 33 [55, 60])。然而，認定及論斷在事實上的出發點，一定要有具體之輪廓。當受危害的法益其重要性較低，則關於危害程度以及危害強度的預測準確性要求也就升高。

在法益被侵害前採取調查的領域內，由於已知之事實離具體犯罪尚有一段距離，因此法益被侵害的蓋然性程度通常會較危害防止措施或追訴具體犯罪措施來得低。當法律連計畫行為或其他預備行為都未當作干預之出發點—如同過去的對外經濟法第39條第2項或現今的海關查緝處法第23a條

第2項及第3項一，而視未進一步加以設限之事實（該事實用來合理化將來犯罪會發生）即為已足，則欲保護之法益的重要性以及可能發生之法益侵害行為的危害性即繼續升高。在「為追訴犯罪預作準備」以及「防範犯罪」之要件規定如此廣泛與不確定的情況下，對電信秘密之嚴重干預只有當應保護之公共利益一般性地以及在具體個案中具有高度重要性時，始能被評價為適當。

(2)立法者並未符合「受保護之法益位階」以及「該法益受危害之事實上根據」的要求。

(a)「具有重大犯罪行為之虞」此一由立法者擇用的構成要件要素，並未考慮到「欲追求之法益須具有特別重要性」此一要求。從下薩克森邦公共安全及秩序法第2條第10款所列之犯罪中，無法推斷出，立法者對於在法益尚未受到危害之階段即應採取之電信監察，基於該措施之特殊性而設有「必須關乎且限縮在保障特別高位階之法益始得採取該措施」這樣的構想。如果考慮到下薩克森邦公共安全及秩序法第2條第10款第b目並未進一步舉出「依其保護之法益與刑罰威嚇可與列舉之輕罪行為相提並論之輕罪行為」究竟為何，則上開立法缺失將繼續擴大延伸。

從預防性電信監察條文的立法沿革加以觀察，可以想見立法者何以對

於犯罪行為之擇取並未依電信監察之特殊要求為取向，以及何以欠缺與此相關之立法構想。關於「具有重大犯罪行為之虞」的一般性定義，在原來的立法草案中付之闕如(LTDrucks 15/240, S. 14)，而是在邦議會內政及體育委員會的建議下始予以增列(LTDrucks 15/599, S. 9 f.)。此後來成文化為1998年2月20日制頒之下薩克森邦危害防止法(Nds.GVBl S. 101)第2條第10款的清單目錄，而此一清單目錄具有決定性意義的是，其使用了警察法中「具有重大犯罪行為之虞」此一概念。「所列之犯罪行為亦合於電信監察之特殊要求」，從立法資料裡尚難得出有這樣的根據存在。上開清單目錄並未針對電信監察而設，這或許可以透過以下的例子加以說明：「散布或公然使用違憲組織之標誌」（刑法第86a條）此一犯罪行為被上開清單目錄所納入，儘管根本看不出來「電信監察在什麼樣的範圍內會成為防範或追訴此一公然實行之犯罪的必要及適當手段」。

「將上開清單目錄作嚴格之解釋，使得僅有保護高度重要法益之刑法規範，才可成為電信監察之緣由」，這種想法並不可行。蓋若如此，則規範的不明確性將更為嚴重。「具有重大犯罪行為之虞」也不能解釋為附加的、對清單目錄中犯罪構成要件作補充性限制的要素，例如將之解釋成犯

罪不僅必須是一般性地，且也必須在具體個案中基於其對公眾的威脅程度而具有特別之重要性(dazu vgl. BVerfGE 107, 299 [322])。根據下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款連結第2條第10款的文義，「具有重大犯罪行為之虞」乃是所列犯罪的上位概念，而非額外的構成要件要素。「顧及系爭規定係為打擊組織犯罪與恐怖主義而設(vgl. LTDrucks 15/240, S. 16；關於對此之問題vgl. BVerfGE 109, 279 [338 ff.])，並據此作嚴格之解釋」，這樣的想法同樣亦不可採。此一立法目的在授權條款的文字中或是在列舉的犯罪類型中未見相應之用語。

(b)下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款及第3款同樣也不符合「將對於預測及權衡有用之事實予以更為詳細規定」的要求。前述(C II 3 a)對於明確性要求之審查已得出的結論是，從授權規定無法知悉關於實施未來之犯罪、危害之強度、犯罪發展歷程之蓋然性程度其依據有何限制。而事實上之根據，對於受危害的法益重要性而言是否可被認為充足，對此系爭規定亦缺乏在個案中的權衡標準。

(c)前揭(C II 3 a cc [2])「潛在的犯罪行為人」本身或是「聯繫者與伴同者」此一概念的不明確性，對於下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條

第1項第3款的狹義比例性審查也產生影響。系爭規定尤其並未規定「透過聯繫者與伴同者而對犯罪行為提供指示有哪些方式」或「對大概不會參與未來犯罪行為之人進行電信監察，應符合哪些要求」。被預期會發生的犯罪，其重大程度是否足以合理化對聯繫者與伴同者採取電信監察，系爭規定對此並未提供權衡審查之根據。

(d)故系爭規定不符狹義比例性原則之要求，此一缺失不能透過法律中的其他規定加以排除。法律中的其他規定，其在電信監察之新授權條款制頒前即已生效施行且並未針對監察措施（在法益尚未受到危害前即採取之監察措施）的特殊性有所調整者，此種規定若對電信監察之程序亦適用之，則毋寧將加深上述之缺失。

例如前面提及警察可能會依據下薩克森邦公共安全及秩序法第30條第4項及第5項之規定而對當事人暫緩告知（參見上述C II 3 b bb [3]）。由於監察措施係針對未來之犯罪行為而設，因此暫緩告知可能會持續一段長時間。從「在該當下薩克森邦公共安全及秩序法第30條第5項第1句第3款規定的情況下，若5年後仍不能告知當事人，則應通知資料保護官（下薩克森邦公共安全及秩序法第30條第5項第2句）」可以瞭解，立法者有考慮到可能要歷經較長的時間始能告知當事人。對系爭措施的事後權利救濟可能

性，經由暫緩告知甚至不為告知，與進行危害防止及刑事追訴時所保障之權利救濟相較起來，明顯有所降低，儘管預測錯誤以及在犯罪尚未發生前，沒有足夠的事實基礎即實施的電信監察，其風險較危害防止及刑事追訴來得大（關於告知之原則vgl. BVerfGE 100, 313 [361 f.]; 109, 279 [363 f.]）。

此外，依據下薩克森邦公共安全及秩序法第30條第5項第1句第1款之規定，在有礙「追訴任何犯罪行為一而非電信監察要防範之犯罪行為一或任何違反秩序行為」之目的時得暫緩通知當事人，這也使得有效權利保護遭受之危害，因此而生的干預程度更為強烈。根據規定之文義，此處所稱之犯罪行為或違反行政罰法無須由當事人自己為之。下薩克森邦公共安全及秩序法第30條第5項第1句第3款規定之不為告知事由，對有效權利保護亦造成危害。根據此一規定，若告知當事人將危及他人之身體、生命、自由或其他類此之值得保護利益，或危及線民之使用，或危及臥底警探之遣用，則對當事人得不為告知。如此規定之目標，並非從任何方面來看均得以合理化暫緩告知以及因此而生之權利救濟的延遲（就此關於刑事訴訟法第101條第1項之規定vgl. BVerfGE 109, 279 [366 f.]）。

(c)再者，以「為防範及追訴犯罪預作準備」為目的而採取之電信監

察，其授權規定對於「干預受絕對保障之私生活形態核心領域」欠缺足夠之防護措施。

在進行通訊內容之蒐集時（下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第2項第1句第1款），會涉及與高度個人生活形態之核心領域（對此vgl. BVerfGE 109, 279 [311 ff.]）有關的個人資料，這種情形並非絕不可能。與個人相關的通訊能否被劃歸到此一核心領域內，取決於該通訊以何種方式以及以何種程度自願觸及他人之領域或公共利益(vgl. BVerfGE 80, 367 [374]; 109, 279 [314])。通訊內容與具體之犯罪行為有直接相關者，即不屬於此一核心領域，例如對即將發生之犯罪陳述計畫或對已發生之犯罪進行報告(vgl. BVerfGE 80, 367 [375]; 109, 279 [319])。

基本法第10條第1項保障「經由私人的、不對大眾公開的互通訊息，而自由發展人格」，並因此亦同時保障人性尊嚴(vgl. BVerfGE 67, 157 [171]; 110, 33 [53])。不過，此一保障有別於基本法第13條之住宅不受侵犯的基本權保障。由於住宅不受侵犯的基本權與人性尊嚴有特別緊密之關係，因此在住宅空間內的行為只要是私人生活形態核心領域中的個人發展，即受到基本法第13條的絕對保障(vgl. BVerfGE 109, 279 [313 f.])。為了個人發展，任何人均需要「於其中可以

隨心所欲並依自己設定之標準而自我自由發展」的空間基礎，質言之，任何人在需要時得利用住宅作為保障其人性尊嚴的「最後庇護所」(vgl. BVerfGE 109, 279 <314>)。

關於高度個人之訊息溝通，人民對電信的依賴與對住宅之依賴並不相同。與此相應的是，基本法第10條第1項並不像基本法第13條設有特別之干預要件，而僅對於法治國的一般要求加以規定。基本法第1條第1項保障之人性尊嚴不可侵犯，其要求在基本法第10條第1項的保障範圍內，對於私生活形態核心領域中個人發展之保障，必須設有防護措施。當在具體個案中，有事實上之根據足以證明電信監察已蒐集到屬於上開核心領域的內容，則電信監察即無法被合理化並應停止。

由於在下命或實施電信監察時，並不能確實預見要監聽的談話將會包含何種內容，因此「監聽措施掌握到私生活形態核心領域之通訊」此一風險並不能被排除。在憲法上，充其量

僅在「受危害之法益具有特別高度之位階」以及「透過具體之依據可知與未來將實現之犯罪有直接關連」，始能忍受上開之風險。因此在電信監察之授權法律中應該設有「高度個人領域之通訊內容被例外地蒐集到時，確保該通訊內容不得儲存與運用，而應立即銷毀」的防護措施。然而，在系爭法律中並無這樣的規定。

III. 結論

依上所述，下薩克森邦公共安全及秩序法第33a條第1項第2款及第3款抵觸基本法第10條而無效。對系爭規定無法透過嚴格解釋而避免其違憲。看不出有任何「讓系爭規定得以部分繼續適用」的合理化事由。

本裁判之費用問題，悉依聯邦憲法法院法第34a條第2項之規定。

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

「法蘭克福機場集會」判決

德國聯邦憲法法院第一庭2011年2月22日判決
- 1 BvR 699/06-

陳信安 譯

要目

裁判要旨

案由

裁判主文

理由

- A. 憲法訴願之標的
 - I. 本案事實情況
 - II. 憲法訴願人之主張
 - III. 聯邦行政法院、黑森邦政府及被告之見解
 - IV. 相關機關團體之意見
 - B. 憲法訴願有理由
 - I. 被告受基本權利之直接拘束
 - II. 系爭民事裁判違法侵害憲法訴願人之集會自由
 - III. 系爭民事裁判違法侵害憲法訴願人之意見自由
 - IV. 侵害其他基本權利部分
 - V. 墊款償還
- Schluckebier法官對於第一庭於2011年2月22日之判決所提之不同意見書

I. 公私合資事業之基本權利拘束部分

II. 集會自由保護領域之擴張部分

III. 比例原則之審查未合乎現實

IV. 相同處理原則之適用

關鍵詞

公私合資事業(gemischtwirtschaftliche Unternehmen)

公營事業(öffentliche Unternehmen)

集會自由(Versammlungsfreiheit)

意見自由(Meinungsfreiheit)

家宅權(Hausrecht)

基本權利之直接拘束(unmittelbare Grundrechtsbindung)

基本權利之第三人效力(Drittwirkung der Grundrechte)

申請許可之義務(Erlaubnispflicht)

公共論壇(öffentliche Foren)

比例原則

(Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)

裁判要旨

1.由公行政(die öffentliche Hand)所支配之私法形式之公私合資事業(gemischtwirtschaftliche Unternehmen)亦如同單獨為國家所有而以私法形式所組織之公營事業(öffentliche Unternehmen)般，同樣受到基本權利之直接拘束。

2.根據比例原則，由於機場特別容易受到干擾，因此相對於在公共街道空間，可以合法化允許對於集會自由作更廣泛之限制。

案 由

在K女士不服a) 聯邦普通法院2006年1月20日編號V ZR 134/05之判決、b)法蘭克福地方法院2005年5月20日編號 2/1 S 9/05之判決以及c)法蘭克福區法院2004年12月20日編號31 C 2799/04 - 23之判決所提起之憲法訴願程序中，以Günter Frankenberg教授，Buchrainweg 17, 63069 Offenbach，以及不萊梅大學歐洲法政策中心Andreas Fischer-Lescano 教授，Universitätsallee GW 1 1, 28359 Bremen為訴訟代理人，並由聯邦憲法法院 — 第一庭 — 在副院長Kirchhof法官、Hohmann-Dennhardt法官、Bryde法官、Gaier法官、Eichberger法官、Schluckebier法官、

Masing法官以及Paulus法官之參與下，根據2010年11月23日所進行之言詞辯論，作出有理由(für Recht)之判決。

裁判主文

1.聯邦普通法院2006年1月20日編號V ZR 134/05之判決，法蘭克福地方法院2005年5月20日編號2/1 S 9/05之判決以及法蘭克福區法院2004年12月20日編號31 C 2799/04 - 23之判決乃違法侵害(verletzen)憲法訴願人其基本法第5條第1項第1句之意見自由(Meinungsfreiheit)，以及基本法第8條第1項之集會自由(Versammlungsfreiheit)。上述判決應予廢棄。本案並發回法蘭克福區法院重新裁判。

2.德意志聯邦共和國必須償還憲法訴願人其所必要之墊款。

理 由

A.憲法訴願之標的

憲法訴願人藉由提起憲法訴願以反對該等確認以股份公司(Aktiengesellschaft)形式所組織，且由公行政持有多數股份之法蘭克福機場營運業者所頒發之長期禁止憲法訴願人未經其許可，不得為表達意見(Meinungskundgaben)或抗議(Demonstration)之目的而使用機場之禁令(Verbot)為合法之民事法院裁判。

I. 本案事實情況

1. 法蘭克福機場係由原因程序中之被告Fraport股份公司（下稱被告）所經營，且機場用地(Flughafengelände)亦為被告所有。在 2003 年對憲法訴願人頒發機場禁令並因而肇致民事爭議之時點，黑森邦(das Land Hessen)、法蘭克福市(die Stadt Frankfurt am Main)以及德意志聯邦共和國(die Bundesrepublik Deutschland)乃共同持有被告約 70%之股份，其餘股份則係由私人所持有。自從德意志聯邦共和國出售其所持有之被告股份後，現在則係由黑森邦以及法蘭克福市透過其完全持股之子公司而共同持有被告約 52%之股份，其餘股份則由私人所持有。

2. 於實施意見表達及抗議禁令之期間，法蘭克福機場不論是在空側(Luftseite)，亦即位於機場安全檢查站後方，僅持有登機證(Bordkarte)方能進入之區域，以及陸側(Landseite)，亦即位於安全檢查站前方，未持有登機證亦可進入之區域，均開設有許多店家和服務設施，以及一系列的餐廳、酒吧與咖啡廳。該等消費及休閒設施乃由被告逐步且持續地予以擴充。例如機場藉由開設「圖書及雜誌」、「精品及健康食品」、「菸酒」、「時裝及配件」、「鞋類及皮製品」、「花卉及紀念品」、「相片及電子商品」、「鐘錶及首飾」和「眼鏡店及藥局」等類

型之商店，以提供其訪客在陸側享有更多的消費可能性。在機場內也開設有高級餐廳，咖啡廳以及酒吧乃至速食店等為數眾多的飲食店家。除此之外，也有各類服務業者提供不同服務，例如一家美容沙龍、一家健身中心、一間銀行，一間提供網路連線之郵局分行、兩家洗衣店以及許多旅行社。最後，也設有一間基督教禱告室，以及提供其他宗教信仰者的祈禱室。被告乃以「大家的機場購物！」以及「佔地4千平方公尺重新裝潢的購物天地，期待您的光臨」等標語為該等消費及休閒設施進行宣傳。

3. 被告藉由經黑森邦所核准，於原因程序中有所適用之1998年1月1日版之機場使用規則(Flughafenbenutzung sordnung)以規範旅客及其他顧客對於機場場地之使用。該等使用規則在其第二部分（Benutzungsvorschriften：使用規章）內含一除其他規定外—有以下之規定：

4.2 招募、廣告、分發印刷品：

招募、廣告以及分發傳單與其他印刷品須有機場業者之同意。

在現行所適用於2008年12月1日所頒布之機場使用規則中則明確規定不允許在機場建築物內進行集會。

4. 過去在機場用地內曾多次舉辦集會。被告陳述在2000年至2007年期間，於不同地點，其中也包括在機場第一及第二航廈之內，總共舉辦過45

次的抗議和表達意見之活動。其中在集會部分乃涉及主張各種訴求之不同規模的各類主辦者其所舉辦之活動，其部分已向集會主管機關(Versammlungsbehörde)登記，部分則否，部分已取得被告之同意，部分則無。最小規模的集會僅有3人參與，最大規模則約有2千人參與。被告本身也在機場陸側之公開可供進入之區域內，基於公眾娛樂之目的而多次舉辦各類活動及宣傳集會，例如在2010年世界盃足球賽期間所舉辦的公眾觀賞球賽活動，即屬一例。

5. 憲法訴願人於2003年3月11日與其他5位「反對遣返之請願(Initiative gegen Abschiebungen)」的活動人士一起進入機場第一航廈，在服務櫃檯與德國漢莎航空公司的工作人員攀談，並散發與先前所進行之遣返事件有關之傳單。被告之工作人員以及聯邦國境保護局(Bundesgrenzschutz)之人員則結束該等活動。

6. 在2003年3月12日之公文中，被告向憲法訴願人頒發一項「機場禁令(Flughafenverbot)」，並告知憲法訴願人，若其再次於機場內被發現有不合法之行為，將以破壞處所和平(Hausfriedensbruch)為由，對之提起刑事告發。而在2003年11月7日之公文中被告乃引用其機場使用規則而告知憲法訴願人，其基於維護營運流程之順暢以及安全之理由，原則上並不容

許在機場航廈內進行未經其同意之抗議活動。

7. 區法院駁回憲法訴願人以廢棄該等表達意見及抗議禁令(Meinungskundgabe- und Demonstrationsverbot)為目的，而對Fraport股份公司所提起之訴訟。被告作為財產權人乃可以主張其家宅權(Hausrecht)。其並不受基本權利之直接拘束。該等基本權利之直接拘束並無法由公行政係持有被告多數股份之投資參與情況而得出，因為該等持股參與並未達到百分之百的程度。並無任何事由指出被告設立之目的乃在規避基本權利之拘束。且被告在遣返事件之中並未行使高權權限。其如同所有的私法主體般，僅受基本權利之間接拘束，基此，凡可導出被告權利義務而應予適用之法律，均應在考量基本權利之下而對之進行解釋。在衡量被告之財產權以及憲法訴願人之意見自由及集會自由之權利後，乃可得出被告並無須容忍在其機場用地內所舉辦之意見表達及抗議活動。意見及集會自由乃屬對抗國家之防禦權利，其並未賦予對抗不欲同意在其用地內舉辦集會之財產權人的權利。在民法第903條規定之範圍內，其並非取決於具體基本權利行為是否已對被告在其用地內之機場營運流程造成實際之妨礙。系爭之機場禁令並非恣意，亦未違反比例原則，因為其僅係涉及根據機場使用規則第4.2條

之規定係屬在機場非法停留之情形。

8.地方法院則是援引區法院判決之理由，認為憲法訴願人為無理由而駁回其所提起之上訴(Berufung)。其補充解釋認為：具決定性的是，被告在具體案件中並未履行公法上之任務。該等由被告作為行政委託之受託人(Beliehene)而在航空交通行政領域中所執行之公共任務，乃限於確保航空交通之安全性及順暢性。相反地，在進行遣返時將其設施提供使用，並非屬於航空交通行政之公共任務。被告於間接受基本權利拘束之範圍內，僅負有允許基於旅行目的而進入機場之義務。該項機場禁令本身既未違反法律，亦未生有違風俗(sittenwidrig)或歧視(diskriminierend)之情事。

9.聯邦普通法院則以無理由而駁回憲法訴願人所提起之法律審上訴(Revision)(參閱NJW 2006, 頁1054以下)。被告頒發該項機場禁令之職權，乃係以民法第858條以下、第903條以及第1004條等規定所導出之使其主體基本上得自由決定允許何人，以及禁止何人進入某區域之家宅權為依據。其包括僅允許基於特定目的而進入，以及透過禁令以確保該等目的被遵守等權利在內。

對於家宅權之限制，乃來自對於符合使用航空場域(Luftraum)公法要件之旅客的締約強制(Kontrahierungszwang)，以及由向旅客之隨行人員

與其他在機場用地內營業之餐廳及店家其訪客及顧客開放機場之使用而得出。經此，被告乃一般性地，且放棄在個案中進行審查而允許所有在通常之行為範圍內行動且未干擾機場營運流程之人員得進入機場。就此，從中並無法得出憲法訴願人為舉行如同2003年3月11日之活動而亦享有使用機場之權利。被告並非基於散發傳單，亦非為進行抗議活動或其他集會等目的而提供機場供公眾使用。該類使用亦與機場之功能不相符合。

在考量憲法訴願人受基本法第5條第1項及第8條第1項所保障之基本權利之下，被告亦無義務廢棄該等家宅禁令。被告受基本權利之直接拘束，是否應以執行公共任務為前提，或者是否該等基本權利之直接拘束存在與否，並非取決於有無執行公共任務，於此得不加以探究。即使被告應受基本權利之直接拘束，該等機場禁令亦未違法侵害憲法訴願人之權利。

基本法第8條第1項並無建構非依據一般法律基本原則而存在，而係以對於集會場所享有法律上支配權限為前提之使用權（參閱BVerwGE 91, 135 <138>）。憲法訴願人亦無法由可能不得完全聽任被告隨意地對於該等背離使用目的而提出使用機場用地之申請作成決定，而是被告於此應有考量個別申請人行使其集會及意見自由等基本權利之利益的義務此等理由

，而得出其有使用機場之權利。容忍義務(Duldungspflicht)僅在抗議活動對於合於規定之機場使用並未，或充其量僅係產生輕微阻礙時，方可加以考慮。即使在考量基本法第8條第1項之規定下，被告亦無須容忍對於機場營運造成干擾之集會。然而憲法訴願人力求者乃是對於航空交通進展將產生干擾之集會。

由基本法第5條第1項第1句規定以觀，被告亦無廢棄該等機場禁令之義務。機場營運業者之家宅權乃保障機場之功能性，並確保例如維護該等有助於航空交通之設備處於可供使用之狀態，以及防範干擾等法定委託事項的履行。若家宅權之行使一如同本案一有助於避免具體所面臨之營運干擾，則其所內含之對於意見自由的限制應予以容忍。根據基本法第5條第1項第1句以及第8條第1項之規定，該等機場禁令乃合於比例原則之要求。為促使憲法訴願人於未來對於合法之使用目的加以注意，被告並無其他較頒布禁令更為和緩之手段可以採用。此外，該等禁令亦僅涉及未經被告同意之行為。如同由機場使用規則第4.2條所得出，被告已經表明其基本上願意於個案中對於許可與否做成決定。

10. 憲法訴願人透過2006年3月10日之公文通知被告，其將於隔日在機場第二航廈利用幾分鐘的時間對於當

下正在進行遣返回阿富汗的事件發表其意見，且並未以任何方式對機場營運造成干擾。此外，憲法訴願人亦告知，其已經向主管之秩序機關(Ordnungsamt)登記其將於同一天在機場第一航廈舉行為時約半小時之小型集會。憲法訴願人乃向被告申請此二項活動之許可。被告乃援引先前所頒發之機場禁令為由，拒絕核發此二項活動之許可。憲法訴願人不顧該等機場禁令而仍執意舉辦該二項活動，則將會立刻被逐出機場航廈，並以破壞處所和平為由而對之提起刑事告發。

II. 憲法訴願人之主張

憲法訴願人以2006年3月15日所提起之憲法訴願指摘其受基本法第5條第1項第1句，以及第8條第1項所保障之基本權利受到違法之侵害。

被告應直接受憲法訴願人其基本權利之拘束。此乃係由公行政持有被告公司多數股份所得出。國家不得藉由「遁逃至私法(Flucht ins Privatrecht)」而規避其受基本權利之拘束。再者，被告作為航空交通許可規則(Luftverkehrs-Zulassungs-Ordnung: LuftVZO)第38條第2項第1款規定意義下之民航機場營運業者而提供公共設施服務，且作為行政委託之受託人而於航空交通行政領域中執行公共任務。該等由其所經營之機場，乃屬國家生存照料(staatliche Daseinsvorsorge)之一環。姑且不論上

述情況，即便是實質之私法主體，倘若其在受基本權利所保障之自治領域內造成可與在國家和人民關係中之自由危害相比擬之危險地位(Gefährdungslagen)時，則其亦直接受基本權利之拘束。

然而即便認為被告其僅受基本權利之間接拘束，系爭之裁判亦未符合基本法第5條第1項第1句以及第8條第1項等規定之憲法要求。

該等由民事法院所確認之機場禁令，違法侵害憲法訴願人之集會自由。如同本案被告之私財產權主體，將作為散步及消費場所之場地提供公眾使用，則基本法第8條第1項規定亦使被告負有基於集會目的而將該場地提供使用之義務。由交流空間(kommunikativer Raum)之開放乃可得出被告基於其公司股東結構、公共任務之履行、憲法訴願人系爭行為之社會相當性(Sozialadäquanz)，以及機場與抗議標的(Protestgegenstand)二者間直接之地域關聯性(unmittelbarer örtlicher Bezug)，而無法概括地以干擾營運為由而加以規避之容忍義務。此外，室內集會自由之基本權利並不受基本法第8條第2項保留之限制，且僅在考慮到相衝突之憲法利益(kollidierende Verfassungsgüter)時，對之方可加以限制。該等對於整體機場用地均有所適用，且無時間限制並附有刑罰之附許可保留的機場禁令

(Verbot mit Erlaubnisvorbehalt)，乃不合比例地限制憲法訴願人之集會自由，因為仍有較為和緩之措施，例如報備義務(Anzeigepflichten)、依據集會規模加以區分或是劃定特定地域為禁止區域等可供採用。此外，偶發性之集會(Spontanversammlung)亦不可能舉行。

除此之外，憲法訴願人之意見自由亦受違法之侵害。民事法院就一般可供進入之空間其對於憲法訴願人之意見自由之意義，於判斷上容有錯誤。被告已透過機場而劃設一處於大範圍內可進行購物、餐飲以及服務營運之區域。在該等公眾可進入之空間內散發傳單，並未逾越該等由被告所開放之一般交流(Allgemeinverkehr)之範圍。若被告「飛行與探險世界」之訪客亦相互交換具批判性之交流內容(Kommunikationsinhalte)，則被告對之必須加以容忍，且如同其無法對於機場用地內之書報店所出售之報紙內容施加影響般，其亦無法禁止該等交流內容之交換。該等容忍義務隨著機場之地域性，以及所發表之評論二者間之緊密關聯性而提升。因為大部分由德國所執行，且係該等抗議活動所針對之遣返措施，乃係在機場進行。最後，對於意見自由所造成之干預(Eingriff)，亦因為該等機場禁令使意見自由無限期地受到附有刑罰之許可保留的限制所致，而不符合比例原則

之要求。

III. 聯邦行政法院、黑森邦政府及 被告之見解

聯邦行政法院、黑森邦政府以及原因程序之被告Fraport股份公司，乃對於本憲法訴願提出其意見。

1. 聯邦行政法院告知，根據其裁判見解（參閱BVerwGE 113, 208 < 211 >）該等由國家所支配之私法公司乃受基本權利之直接拘束。然而依其裁判見解認為，由基本法第8條第1項之防禦權並無法導出針對國家，因此也無法針對公共設施主體(Träger einer öffentlichen Einrichtung)以基於抗議目的而要求提供場地之給付請求權(Leistungsansprüche)（參閱BVerwGE 91, 135 < 138 ff. >）。基本法第8條第1項規定並未建構依據一般性原則而存在之使用權。然而公共設施之主體在基於申請核發特別使用許可(Sondernutzungserlaubnis)而做成裁量決定時，應適當地考量申請者行使集會自由基本權利之利益重要性，此一義務，並未因此而被免除。

2. 黑森邦政府認為本憲法訴願僅於指摘違法侵害基本法第5條第1項第1句規定所保障之意見自由部分為合法。其餘乃因部分欠缺充分之具體化(Substantiierung)，部分因欠缺憲法訴願權能(Beschwerdebefugnis)而屬不合法。肯定的是，本憲法訴願並無理由。

a) 被告並不受基本權利之直接拘束。其作為私法上之公司並不受基本法第1條第3項規定之規範。被告之股份多數屬於公行政之財產此一情況，並不會因此而使被告本身成為高權主體。被告作為民航機場之營運業者，毋寧係諸多航空交通法上義務之相對人(航空交通法第19條之1、第27條之4第2項、第29條之1以及航空交通許可規則第45條第1項第1句規定)。由此並無法得出使被告有如國家延長之臂膀，而將之如同機關般地劃入國家行政體系的結論。即便在航空交通法中所規定之將高權職權移轉予私人之可能性，亦不會因此而改變上述情況。在公私合資事業以及在被告之情況中，僅有公股股東(öffentliche Anteilseigner)係受基本權利之拘束。公行政投資參與之情況，並不可導致該等本身係受基本權利所保障之私人股東的投資參與，乃因第三人基本權利而受到逾越通常範圍之限制的結果。此外，根據股份公司法(Aktienrecht)之規定，公股股東其並無法對於董事會之個案決定施加特定之影響(bestimmender Einfluss)。再者，該等由被告所提供使用之公共設施服務，並不會導致基本權利之直接拘束。由任務之履行並無法得出被告即便在涉及阻止違法使用其設施之情況中，亦應受基本權利拘束之結論。

b) 即便被告受基本權之間接拘束

，亦不會產生有為使第三人得以行使其基本權利而應將私人財產提供使用之義務。被告僅負有使個別之使用者得以不受差別待遇地參與航空交通之義務。即便民事法院於個案之裁判中已由基本權利之第三人效力(Drittwirkung der Grundrechte)導出締約強制，對於系爭本案而言，並無法由基本權利之第三人效力而得出相同之結論，因為不同於系爭本案，該等民事裁判總是涉及在各該供用目的(Widmungszweck)範圍內之請求使用。而被告之宣傳行為亦不會導致機場供用目的之擴張，使其進而成為一種非特殊性之一般交流(unspezifischer Allgemeinverkehr)場地。在例如法蘭克福機場等大型機場中，購物之可能性至少間接地符合供用目的。姑且不論其有無符合供用目的，由商店設施並無法得出一般性的，且家宅權對之無法加以限制之任何人得以進入之權利。毋寧對於基於消費目的而提供使用之場地，於判斷上並不可迥異於對如百貨公司或購物中心等屬於其他私人財產之場地的判斷。該等場地並不可與在道路法上用於公共交通之行人徒步區或公共廣場等場所相比擬。

c)即便吾人假定被告應受基本權利之直接拘束，則系爭之裁判於憲法上亦無可非難。被告並無須容忍一如憲法訴願人之行為等—確實會對機場營運造成干擾之集會。姑且不論其是

否應容忍該等集會之進行，該等基於憲法訴願人所追求之目的而一般性地開放機場航廈場地，乃與航空交通許可規則第45條第1項第1句規定所規範之公法上營運安全義務(öffentlich-rechtliche Betriebssicherungspflicht)有所違背。被告僅有在其可阻止不欲參與航空交通之人員進入機場時，方可確保其營運安全義務之履行。對於諸多社會團體而言，機場乃為一具有吸引力之交流論壇(attraktives Kommunikationsforum)。因此，倘若被告必須容忍憲法訴願人之行為，則其鑑於基本法第3條第1項之規定，對於其他團體亦負有容忍該等會導致在航廈安全敏感區域內孕育衝突，且對之幾乎再也無法加以控制之政治化(Politisierung)之行為的義務。

3.被告認為本憲法訴願於指摘其違法侵害意見自由及集會自由之部分為無理由。

a)被告本身並不受基本權利之直接拘束。無法以股東結構(Aktionärstruktur)作為受基本權利直接拘束之依據，否則基本權利拘束之問題將取決於投資交易的偶發性(Zufälligkeiten)，且出售少量之持股將可能引起基本權利地位的全面變動。認定如被告等公私合資事業其應受基本權利之全面拘束，乃與無法同時既為基本權利主體，又為基本權利相對人之私人股東其財產基本權利相違背。

由被告其確保航空交通之安全性及順暢性此一公共任務，並無法得出其在未涉及旅客運輸之目的，而是逾越此一目的而使用機場之情況中，亦受基本權利之拘束。最後，任務其具有公共之特徵，亦不會導致被告與旅客以及機場顧客之間的法律關係成為公法性質。憲法訴願人同樣亦無法主張集會地點之機場與抗議標的間具有主題上之鄰近性(thematische Nähe)。被告對於此等單純之地域關聯性並不負有責任。該等基於遣返之目的所進行之人員輸送，乃係由管轄遣返事務，且為此而向航空公司定位之機關所安排。於此，被告乃有義務使管轄機關得以履行其任務。就此，被告其本身乃係高權措施之相對人(Adressat)，而非行為人(Akteur)。因此，被告僅根據對於整體私法交易有所適用之基本權利間接拘束原則而受有拘束。由此並無法得出第三人享有請求利用屬於被告財產權之機場用地之權利。

b)憲法訴願人之意見自由亦未受違法之侵害。以機場內散發傳單之形式所進行之意見表達，並不受基本法第5條第1項第1句規定之保障。雖然意見自由基本上亦包含其表達意見之地點與方式的選擇。然而前提在於該等被選定之地點對於基本權利主體而言，係屬其可自由支配之地點。反之，基本法第5條第1項第1句規定並未包含有請求將該等非其所得以支配之

場地提供其使用的給付請求權(Teilhaberecht)。基本權利所保障之自由交流的發展，乃適用於公共街道及廣場等領域，但對於逾越其各自任務或供用範圍之私人或公共設施，則並非毫無限制地有所適用。再者，公行政享有財產比例以及開放交流等情況，亦不會使機場建物成為必須對於各該行使交流基本權利(kommunikative Grundrechte)之情形而提供其使用之公共空間。

倘若由被告所營運之機場係屬公行政獨立之公法事業機構(Eigenbetrieb)，則其即非屬一般使用(Gemeingebrauch)，而僅具有營造物利用(Anstaltsgebrauch)之性質。經許可之行為自始乃限於符合提供使用之機場營造物目的(Anstaltszweck)此一範圍。即便吾人欲將機場定性為具一般使用性質之公共設施，則該等經許可之使用亦限於供用目的此一範圍內。逾越供用目的範圍以外之特別使用(Sondernutzung)，乃須經許可。此更應該適用於僅執行部分公共任務之私人設施。即便於公共街道上進行意見之傳播，若其會阻礙其他人之一般使用，則亦無法將之評價為一般使用，而應屬特別使用之情形。於此，乃取決於地域上之關聯性(örtliche Verhältnisse)而定。在街道上本屬於一般使用之情形，在大型機場之情況中可能因擁擠之空間關係且鑑於各類

不同的使用請求，而已屬於特別使用。於此，較小型之團體或是一位向排隊之旅客散發傳單之人員，即會干擾對廣播的注意或者阻礙旅客進入機場。於私人主體之情況中，該等針對所有與供用不相符合之利用的許可保留，乃相當於公共設施主體於許可特別使用之情形中所作成之裁量。

「購物商圈」及「體驗世界」等服務之提供，亦未導致供用目的之擴張。於此，乃涉及僅以提供旅客於其飛行前後得輕鬆地打發其時間為目的之設施。對此，事實上並未含有大量擴張供用範圍之情形。例如在2006年相對於有5千2百萬旅客以及6百萬之隨行人員，僅約有4百萬人單純係基於購物或參觀之目的而到訪機場。且亦無法透由機場以及備受批評之遣返實務運作二者間之空間關係，而得出供用目的以及意見自由保護領域之擴張。

即便於機場建物內散發傳單基本上係屬意見自由之展現，則如同憲法訴願人於2004年6月為阻止遣返之進行而要求旅客於機艙內不要關閉手機等教唆犯罪之行為，並不受意見自由之保障。就此，可以肯定的是該等對於意見自由之干預係屬合法。意見表達之特定形式，特別是散發傳單等行為倘若會造成機場營運之干擾，則機場營運業者對之必須得以進行控管。此亦為須申請許可之義務(Erlaubnis-

pflicht)其意義之所在。由民法第 858 條及第 903 條規定所導出之家宅權，乃係基本法第 5 條第 2 項規定意義下所稱之法律基礎及一般性法律。至少對於私人股東而言，該等權利乃藉由基本法第 14 條之規定而亦受憲法之保障。被告乃以合於基本法第 5 條規定之方式而行使該等家宅權。即便財產權因公共任務，以及於公共交流空間意義中進一步擴張之基本權利拘束而退居次要地位，該等藉由機場禁令而對於意見自由所進行之限制，其作為衝突解決意義中對不同基本權利之分派，乃基於危險防禦(Gefahrenabwehr)之目的而屬合法。

無明確許可即不得散發傳單之禁令亦屬合乎比例。就此，應考量憲法訴願人仍享有在與機場直接相連之週邊環境，例如第一航廈前的旅遊巴士站等公共空間中，促使他人注意其意見之可能性。相反地，對於各種不同之意見表達而開放機場以提供使用，將導致交通設施的政治化(Politisierung)。衝突乃會被預先計畫，且對之可能無法加以控制。旅客可能會感到其必須接受特定意見，且對之並無法一如同在公共交流空間般一加以迴避。所有是類情況乃與機場營運者之安全義務相違背。

c)憲法訴願人其受基本法第8條第1項規定所保障之基本權利亦同樣未受違法之侵害。公共任務及公眾之

可進入性均未賦予憲法訴願人其有請求忍受於非提供抗議使用之場地上進行抗議之權利。由集會自由此一基本權利所保障之場所自我決定權(örtliches Selbstbestimmungsrecht)，並未涉及屬於他人財產之土地及設施。如同集會法之規定，集會自由之基本權利僅僅係為了在公共街道空間所進行之集會而生。僅有對於在密閉室內所進行之集會(Versammlungen in geschlossenen Räumen)，方有不同之適用，然而因為機場航廈具有可自由進入性，其並非屬於在密閉室內進行集會之情況。

若吾人將機場航廈與公共街道空間相提並論，則此對於機場功能完整性而言，將會生有嚴重之後果。首先，根據一般集會法之規定，對於各類經登記之集會以及偶發性之集會應加以容忍。違反公共秩序之理由，並無法合法化對於基本權利之干預行為。對於第三人所造成之阻礙，在直至非和平界限(Grenze der Unfriedlichkeit)之內，均應予以容忍。個別的犯罪行為可能不會使整體集會成為非和平之情況。德意志聯邦共和國之聲譽以及國家訪客的重要性，可能即不具有重要之地位。集會自由基本上可能亦包含擴音器以及標語的使用等行為。清潔之成本則可能必須由相關建築法上之義務主體負擔。在此等情況中，被告、法蘭克福市以及邦警察局彼此間

之管轄權可能必須重新加以分配。此等管轄權之分配僅能單獨由立法者予以規範。但至少明確地提升邦警察之在場義務，係屬必要。

即便集會自由基本上亦包括於機場航廈內進行抗議活動之情形，則本案以危險防禦為目的之系爭機場禁令仍屬合法。機場乃係一對於干擾特別敏感之設施，其僅有在所有使用者均維持高度紀律之情況下方可正常運作。集會參與者其特別是經由哨子所造成之噪音，將使得對於擴音器廣播之清晰度及理解度造成妨礙。來回穿梭的團體可能會阻擋逃生通道及緊急出口，對於火災的防範將可能造成困難並阻礙救援行動。在人群渾沌不明之情況中，將使得空間內再也無法對於被放置之行李進行檢查。由於大量人群之緣故，可能引發小型的恐怖攻擊。旅客幾乎不可能由某一航廈領域轉道至另一航廈領域。此外必須預期集會參與者與擔心錯過班機之旅客彼此間會產生對立。就此，機場並無法與市區內之行人徒步區相提並論。

一般性的機場抗議禁令亦合於比例性。例如引導至機場外部區域進行集會等較為和緩之手段，已經常被採用。該等對於憲法訴願人所頒發之機場禁令其效果，就空間之替代性以觀，乃屬輕微。倘若允許在機場航廈內進行集會，則必須擔憂機場航廈可能會發展成為共和國主要的抗議場地。

安全性以及合於秩序的交通進展將再也無法，或僅能在容忍整體機場航廈其不具期待可能性之擴充以及改建之情況下，方得以被確保。因此被告在和警方對於可能生有無法控制之危害的抗議情況所作成之協定中，乃決定關閉相關機場航廈，並僅允許持有機票之旅客方得進入機場航廈。採取此等措施經常會引發抗議之浪潮以及損害賠償之請求，最後並意味係一種被告自我封鎖其營運過程之情況。

IV. 相關機關團體之意見

憲法訴願人及被告其作為有權陳述意見者，以及作為專業諮詢人員之國際特赦組織(Amnesty International)-德意志聯邦共和國分部(Sektion der Bundesrepublik Deutschland e. V.)-、聯邦公共服務協會(Bundesverband Öffentliche Dienstleistungen)-公共服務歐洲中心德國分部(Deutsche Sektion des CEEP e. V.)-、德國工會聯合會(Deutscher Gewerkschaftsbund)-黑森、圖林根區(Bezirk Hessen-Thüringen)-以及法蘭克福機場聯邦警察部門(Bundespolizeidirektion Flughafen Frankfurt/Main)與法蘭克福警察總局機場警察部門(Polizeidirektion Flughafen des Polizeipräsidium Frankfurt am Main)之代理人已於言詞辯論程序中陳述其意見。

B. 憲法訴願有理由

本合法提起之憲法訴願係屬有理

由。系爭之民事法院裁判乃違法侵害憲法訴願人其受基本法第8條第1項以及第5條第1項第1句規定所保障之基本權利。

I. 被告受基本權利之直接拘束

相對於憲法訴願人，被告乃直接受基本權利之拘束。基此，其本身並無法主張其基本權利以合法化其所頒發之機場禁令。

1. 利用私法形式並不會使國家權力因而免除其依據基本法第1條第3項規定所應受之基本權利拘束。此不僅對於使用私法之行為形式(zivilrechtliche Handlungsformen)，而且對於利用私法之組織或公司形式(privatrechtliche Organisations- und Gesellschaftsformen)均有所適用。由公行政所支配之公私合資事業，其乃如同由國家所獨資並以私法形式所組織之公營事業般，亦同樣受基本權利之直接拘束。

a) 根據基本法第1條第3項之規定，基本權利乃拘束立法、行政及司法而為直接有效之權利。其不僅對於國家任務履行之特定領域、功能或行為形式有所適用，而且也全面且整體地拘束國家權力。於此，國家權力之概念應廣義地予以理解而不只包括強制性之措施(imperative Maßnahmen)。各種—在各該國家決定層級—得以提起請求之決定(Entscheidungen)、表達(Äußerungen)以及行為(Handlungen)，

乃係經授權而以所有人民之名義所作成，而被包括在基本權利拘束範圍之內。基此，基本法第1條第3項規定意義中所稱之受基本權利拘束之國家權力，乃係指國家機關或組織之各類行為，因為是類行為乃係為履行國家機關或組織其承擔福祉(Gemeinwohl)義務之任務而作成。

對此，基本法第1條第3項規定乃係以一種根本性之區別為其基礎：相較於人民原則上享有自由，國家原則上則應受拘束。人民透過基本權利乃被肯認其作為以自我負責之方式而發展其個別性(Individualität)之自由之人。人民以及由其所創建之社團(Vereinigungen)或組織(Einrichtungen)可根據其在私人自由中之主觀偏好(subjektive Präferenzen)而型塑其行為，且對該等行為其基本上並無說明之義務(rechenschaftspflichtig)。人民因法規範之規定所應負擔之納用私人(Inpflichtnahme)之義務，自始即屬相對，且一特別是根據比例原則之要求一原則上亦受有限制。相反地，國家乃係基於受委託為人民履行任務而為行為，且對之負有說明之義務。其行為並不可將之理解為在實現人格個別性時自由主觀信念之展現，而應該對於人民之不同信念保持一定距離之尊重，且因此根據憲法規定而應全面性地受到基本權利之拘束。此等基本權利之拘束並非僅存在於利益或功能保

留(Nützlichkeits-oder Funktionsvorbehalt)之中。只要國家承擔某項任務，則其於履行該項任務時即亦受基本權利之拘束，至於其以何種法律形式履行該項任務，則在所不論。此亦適用於國家為履行其任務而利用私法之情況。國家其自基本權利之拘束而遁逃至私法之中，且因而生有其在免除基本法第1條第3項拘束之情況下而被理解為私法主體之結果，均應被阻止。

b)基本權利之直接拘束並非僅涉及該等財產權完全掌控於公行政手中之公營事業，其對於受公行政支配之公私合資事業亦有所適用。

aa)財產權完全由公行政所掌控之私法形式的公營事業，一般認為基本權利之拘束不僅適用於該等公營事業之主體，而亦包括該公營事業其本身(參閱BVerwGE 113, 208 <211>; Rüfner, in: Isensee/Kirchhof, HStR V, 2. Aufl. 2000, § 117 Rn. 49; Ehlers, Gutachten E für den 64. DJT <2002>, S. E 39; Dreier, in: Dreier, GG, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 1 Abs. 3 Rn. 69 f.; Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 25. Aufl. 2009, Rn. 187; Höfling, in: Sachs, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 1 Rn. 104)。此乃與該企業其作為獨立之行為主體(verselbständigte Handlungseinheit)之特徵相符合，且不論該等公營事業之財產權主體是否、在何等範圍

內以及以何等形式得以於公司法上對公司之業務執行(Leitung der Geschäfte)施加影響，以及—在有不同公股股東參與投資之公營事業中—不同公行政財產權主體其影響權之調和(Koordination)應如何加以確保等情況，均可保障有效之基本權利拘束。不論公司法上之影響權如何規範，公營事業之行為仍屬一種公營事業本身應受基本權利直接拘束之國家任務履行形式。

bb)對於由私人股東及公股股東所共同投資參與之公私合資事業而言，若其由公行政所支配，則結果並無不同。

(1)於公私合資事業中，基本權利拘束之問題同樣涉及各該事業其整體，且僅能一致性地予以回答。公私合資事業其同樣係作為獨立之行為主體而為行為。單以立於事業背後之公財產權人(öffentliche Eigentümer)受基本權利之拘束，以及其於公司法上享有影響權(Einwirkungsbefugnisse)等情形，並不適宜取代該等事業其應受之基本權利拘束，且特別是並不會因此而使得該等事業之基本權利拘束成為多餘。基本權利拘束基本上並無法以比例之方式(quotenweise)而予以實現。由於股東其對於經常性業務管理之影響權利於公司法上亦多受有限制，以致於—特別是在股份公司法中(例如參閱股份公司法第119條第2項規

定)，以及在考量員工參與決定法(Mitbestimmungsrecht)規定之下一基本權利拘束其本身多半無法經由財產權人佔有多數之情形而獲致實現。此外，特別是在多數公股股東投資參與事業之情形中，間接地藉由影響權而主張基本權利，就程序以及所花費之時間而言，將可能使得有實效之基本權利保障緩不濟急。

(2)公私合資事業若其係由公股股東所支配，則其亦受基本權利之直接拘束。此通常係指當過半數之股份屬於公行政財產之情況。就此，基本上得以相關民事法上之評價為判斷基點(參閱股份公司法第16及17條、歐盟2004/109/EG指令第2條第1項第6款)。是否於特殊之情況中應對此等判斷準則加以補充，在此並無須進一步作成決定。

基此，以財產法上之多數關係(eigentumsrechtliche Mehrheitsverhältnisse)為出發點之支配判斷準則，並非以業務管理方面所享有之具體影響職權，而係以對於各該事業所應負之整體責任(Gesamtverantwortung)為依據：不同於在公行政對於私人事業僅持有不甚重要之股份比例之情形，其並非屬於國家參與下的私人行為，而係私人參與下的國家行為。不論該等行為之目的或內容，對之乃適用國家任務履行之一般義務。在進行該等行為之情況中，由公行政所支配之事業

乃直接受基本權利之拘束，反之，在面對人民時，其並無法主張自身之基本權利。

(3)私人股東之權利並未因此受有不合理之損失：私人股東是否投資參與由公行政所支配之事業，乃係根據其自由之決定，且即便該等多數關係事後有所變動，其一如同於多數關係變動之情況般一對之亦可自由地加以反應。對此，若私人投資參與該等事業，則其應同樣地分擔該等因公行政之行為義務所衍生之機會與風險。私人股東其作為特別是財產基本權利主體之法律地位，在直接面對公股股東或是其他公權力時，本即不受任何影響。

c)由於受基本權利之直接拘束，以及因此在民事爭議中欠缺對於私人主張其自身基本權利之能力所致，由公行政所支配之事業乃受到私人事業或者是由私人所支配之事業實際上不會遭遇之特殊限制。然而該等基本權利拘束之效力因其仍處於私法之範圍中所致，而受有限制。特別是公行政基本上並不會因此而被阻止如同私人般地，以適當且相當程度平等之方式，利用私法手段以履行其任務，以及另外亦參與經濟之交流。但是相反地，此並未排除私人可能一例如以間接第三人效力之方式一在未損及其自身基本權利之情況下，同樣因基本權利之關係而負有義務，特別是當其實際

上乃如傳統之國家般，處於相可比擬之義務或保障地位之情況。

aa)於私法中自始即不會產生對於基本權利保護之諸多典型危險地位(Gefährdungslage)，因為在私法中並未賦予國家有特殊之侵害權限。國家於私法中僅在有限範圍內一例如如同本案以民事法上財產權人之權限，特別是家宅權為依據一而得進行單方面具有拘束力之行為。相反地，倘若基本權利於契約關係之範圍內生有疑問，則可能因為公行政欠缺單方面之決定權力，因而並不會發生有干預基本權利之情況，或者是在限制基本權利之情況，應將具體個案中人民之締約自願性(Freiwilligkeit des Vertragsschlusses)一併納入考量。基本權利之直接拘束亦未阻止由公行政所支配之事業得於營利經濟上參與經濟往來。特別是基本法第3條第1項規定並未禁止以例如產品品質、可信賴性以及支付能力等市場上重要準則為基礎所進行之區別，以使事業其競爭上之經營成為可能。

bb)然而基本權利之拘束以及與其相應欠缺之基本權利能力，並非毫無意義。其特別阻止由公行政所支配之事業主張其享有任意自由之主體性(Subjektivität gewillkürter Freiheit)。因此，雖然公行政得行使民事法上之財產權人權限一如同本案之家宅權一，然而該等財產權人之權限並未免除

特別是應藉由合法之公共福祉目的 (Gemeinwohlzwecke)，並以基本權利及比例原則為標準而使單方具拘束力之決定獲致合法化之義務。基本權利拘束特別是作為法治國家之中立性義務，而於型塑公行政之契約關係中獲有其實際之意義。包括由公行政所支配之事業在內之公營事業，雖然得依據市場邏輯而型塑其與顧客之關係，然而其並無享有得依其喜好而將其經濟行為與其主觀上之偏好或所欲追求目標，以及以該等偏好或目標為基礎所採取之區別予以連結之自由。

cc)因此，公行政所支配之事業其所受之基本權利直接拘束，基本上與私人以及私人事業—特別是根據間接第三人效力原則以及根據國家保護義務—原則上所適用的間接基本權利拘束有所區別。相對於基本權利之直接拘束乃係以對於人民原則上應負有說明之義務為依據，間接基本權利拘束乃有助於衡平人民彼此間之自由領域，且因此自始即屬相對性。然而，此並非意味基本權利之效力，以及一可能是間接，亦可能是直接之一私人其所應負之納用私人義務於各該情況中較不那麼地廣泛。私人其所受之間接基本權利拘束，乃可根據保障之內容以及案件型態而近似於，或亦等同於國家之基本權利拘束。此等情況對於資訊保護而言，當私人事業自身提供公共交流框架秩序，並因此而生有

該等一如同確保郵政以及電信資訊服務般之一早期作為生存照顧任務而分派予國家之功能時，應特別予以納入考量。就涉及集會自由或意見表達自由之部分以觀，此等情況今日於何等程度之範圍內對於開放公共往來以及創設一般交流場地之實質私人事業亦有所適用，於本案並無須作成決定。

2.被告作為股份50%以上係由公股股東所持有之股份公司，直接受基本法之基本權利的拘束。

II.系爭民事裁判違法侵害憲法訴願人之集會自由

系爭之民事法院裁判，違法侵害憲法訴願人受基本法第8條第1項所保障之基本權利。

1.該等經由系爭裁判所確認，未經被告許可不得在法蘭克福機場進行集會之機場禁令，乃涉及基本法第8條第1項集會自由之保護領域。

a)aa)基本法第8條第1項乃保障與他人基於共同的、以參與公共意識建構而進行之表達或發表目的，而共同聚集於一處之自由（參閱 BVerfGE 104, 92 <104>；111, 147<154 f.>）。集會自由其作為集體意見表達之自由，對於自由民主之國家秩序乃具有建構性之意義（參閱 BVerfGE 69, 315<344 f.>）。在自由民主國家秩序其理想典型之建構中，遊行乃是對於信念的一種共同的、藉由身體而表達的明確表徵 (Sichtbarmachung)，在

此之中參與者與他人共同獲得對於該等信念的確認，且另一方面乃對外一由單純的出席、出現之類型以及對於地點之選擇— 透過言語之實際意義而表達其意見並證實其立場（參閱BVerfGE 69, 315 <345>）。

bb)基本法第8條第1項規定亦保障自己決定應於何時、何地以及以何等形式進行集會之權利，也作為特別保障不同想法之少數的防禦權，集會此一基本權利乃保障基本權利主體不僅有參與或遠離公開集會之自由，同時也保障其有對於活動之地點、時間、類型以及內容自為決定之權利（參閱BVerfGE 69, 315 <343>）。藉此，人民應可自為決定，於何處—可能亦著眼於與特定場所或設施之關聯性—最能有效表達其訴求。

(1)然而集會自由並未因此而創設得進入任何場所之權利。特別是其並未保障人民得進入公眾一般不得自由進入，或是依據其客觀情況僅基於特定目的方得進入之場所。例如在行政機關之建築內，或在被區隔且未向大眾開放之設施等處進行集會，乃如同在公共游泳池或醫院進行集會般，並未受基本法第8條第1項規定之保障。

(2)相反地，集會自由乃保障於開放予一般公眾得出入之場所內所進行之集會。

此首先—不論道路法一般法律規

定—乃涉及公共街道空間。此等空間乃係一種自然的，且歷史上係屬典型之論壇(Forum)，人民於此論壇上乃可特別有效地將其訴求訴諸於公眾，且藉此亦可促進交流。今日尤其將市中心之街道及廣場視為資訊及意見交換與維持人際接觸之場所。此等情況更適用於行人徒步區以及交通寧靜之區域；使交際來往得以進行，乃係一項透過該等設施所追循之重要事務（參閱Stahlhut, in: Kodal, Straßenrecht, 7. Aufl. 2010, S. 730）。集會權利乃以此等功能為基礎。於此，該等集會權利須注意一般道路及道路交通法之規定，然而集會權利有時會凌駕於該等道路及道路交通法規定，倘若此對於集會自由之有效行使係屬必要。公開集會與遊行於此乃可獲得向一般公眾發表其訴求，並將抗議與不滿象徵性地帶上街頭之條件。

然而上述相關之情況，對於以類似之方式而開放公眾出入，並成為一般交流場所之公共街道空間以外之場地，亦同樣有所適用。若今日公共街道、通道以及廣場之交流功能，乃逐漸地由購物中心、商店街或其餘之社區中心等其他論壇所補充，則在存有基本權利之直接拘束，或者是私人因基本權利第三人間效力而得以被請求之情況下，即不得排除該等設施之交流場所所享有之集會自由。對此，是否該等場地係位於獨立設施之內，

或是與公用基礎設施相連結，是否在室內或室外，均在所不論。就基本權利而言，該等交流空間是經由公共街道與道路法，或係以私法之方式而創設，非屬重要。集會之禁令並不得將之視為不開放用地之負面表列，並因此而視為係單純地拒絕自願給付之情形。毋寧於基於公共交際之目的而開放交流，以及集會自由二者間，乃存有一種不可廢棄之關聯性：在開放公共交流空間之情況中，直接因基本權利而負有義務之國家並無法在訴諸自由設定之目的規定或供用決定之情況下，將交流自由之行使自經許可之使用範圍內予以排除：在此等情況下國家可能會因此而與其自身所作成之開放決定相互矛盾。

(3)除公共街道空間以外，為進行集會而得以使用之一般交際往來場所，首先僅是對於公眾為一般性之開放且使其得自由進入之場所。相反地，僅有經由個別審查方得進入，且僅針對個別有限制之目的而提供使用之場地，乃被排除在外。倘若屬於個別審查，例如為進入出境區域而於安全管制站所進行之個別進入審查，乃確保僅有特定人員—為開始其旅程而進入之旅客一方有進入之權，則該處並未開放一般性之交流。於該等場所即不得請求行使集會自由。

另一方面，對於是否應將該等位於公共街道、通道以及廣場以外之場

所判斷為公共交流空間此一問題，則根據公共論壇之模式加以回答（類似之判斷準則參閱 Supreme Court of Canada, Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada, <1991>1 S. C. R. 139; Supreme Court of the United States, International Society for Krishna Consciousness <ISKCON> v. Lee, 505 U.S. 672<1992>）。公共論壇之特徵，在於在該論壇上有為數眾多之不同行為以及訴求被追循，且藉此而產生多元且開放之資訊交流。與之相區隔者，乃是根據客觀環境僅有基於特定之目的可提供一般大眾使用，並符合該等特定目的而加以設置之場所。倘若場所就實際之觀點而言，其僅僅或絕大部分僅能有助於特定功能，則在此等場所中—除私人之使用權利外—將無法根據基本法第 8 條第 1 項規定請求集會之進行。就此，將商店、服務業者、餐廳經營以及休憩場所相結合以建構一散步之空間，並因此而成為得以停留及會面之場所等情形，則有所不同。若空間係以此等方式而被開放予包括交流在內之不同使用，並成為公共之論壇，則根據基本法第 8 條第 1 項之規定，亦不可將透過集會而以集體表達意見之形式所進行之政治上的意見辯論自該等空間予以排除。基本法第 8 條第 1 項規定保障人民對於該等場所之交流場地，享有促使公眾面對政治上意見之辯

論、社會衝突或其他主題之權利。該等引發注意之可能性，乃係作為民主意志建構之基礎而為集會自由所欲保障之事項，且乃建構一民主國家秩序之根本性要素。

b)基此，該等經由系爭裁判所確認由被告所頒發之機場禁令，乃干預憲法訴願人之集會自由。

憲法訴願人請求於法蘭克福機場內進行集會，並未被排除在集會自由保護領域之外。法蘭克福機場在其大部分之區域內乃係作為一般交流來往之場所而被建構。雖然此並未適用於整體機場區域。例如於一般無法進入之安全區域要求集會自由，乃如同於該等僅有助於特定功能（例如行李寄託）之區域般，均被予以排除。然而機場也設置包含該等作為散步以及交談之場所，作為前往購物以及餐飲場所之通道，且開放予一般性交流之大區域。在「購物與體驗」此等標題底下將其自身理解為城市中之城市的被告，乃在網路中宣傳：「大家的機場購物！」以及「佔地4千平方公尺重新裝潢的購物天地，歡迎您的光臨」。於此，明顯地乃是被設置成為一般可進入，且其交流場地因此基本上乃係開放予集會進行之使用的公共論壇場地。

相反地，被告禁止憲法訴願人於未來無限期地一旦未著眼於特定集會而對於機場營運造成具體威脅之干擾

一在未獲得其許可之情況下於機場所所有區域內進行集會。由於系爭之裁判乃確認該等機場禁令為合法，故其乃干預憲法訴願人之集會自由。

2.就限制集會自由此項基本權利之授權基礎此一形式合憲性以觀，該等干預並無疑問。被告對於在法蘭克福機場內所進行之集會加以限制，基本上乃可以民法上財產權人之權限為依據。然而被告於行使其財產權人之權限時，應考量集會自由之基本權。

a)集會自由並非毫無保留地被保障。露天集會根據基本法第8條第2項規定，可透過法律或根據法律對之加以限制。在法蘭克福機場內部所進行之集會亦屬於該等法律保留之範圍。

aa)在一般交流來往之場地所進行之集會，乃屬於基本法第8條第2項意義下之露天集會，並受法律保留之限制。是否該等對大眾開放之場所其本身係位於開放之自然環境或於封閉之建築物內，於適用上在所不論。決定性的是，於該等場地所進行之集會其本身係在一公開之空間，亦即是在一般公眾來往之情況中所舉行，且在空間上並未與一般公眾之來往相區隔。

基本法第8條第2項規定所指之露天集會概念，對之並不得以在未有遮蔽之集會地點此一狹隘意義加以理解。其意義毋寧唯有將歸屬於其下位之集會法上各類模式相互對比，方可妥

適地加以理解：相較於露天集會之理想典型乃係指該等在公共街道及廣場上所進行之集會，作為對比模式，例如在餐飲店包廂等與公眾相區隔之空間內所進行之集會，乃與之相對立。在該處僅有集會參與者且其並不受公眾之影響，以致於需要規範之衝突較少被事先明文規定。相反地，露天集會與未參與集會之公眾直接進行意見交換之情況下而舉行（參閱 Arbeitskreis Versammlungsrecht, Must-erentwurf eines Versammlungsgesetzes, Enders/Hoffmann-Riem/Kniesel/Poscher/Schulze-Fielitz <Hrsg.>, 2011, Begründung zu § 10, S. 34）。於此，在集會參與者與第三人交逢之情況中，乃存有一較高、較無法掌控之潛在危險：該等由集會所引起之意見交換的情緒化，在面對一般公眾時可能會很快被激化，並可能會激起相對立之行為。於此等情況中，集會乃可以輕易地聚集人群，其乃係集體於公共空間而行動。基本法第 8 條第 2 項之規定，乃使立法者能夠阻止並弭平該等衝突。立法者乃考量到在此等與外界接觸之情況中，存有一特殊，亦即組織及交通法上之規範需求，以期一方面能建構行使集會權利之真實條件，另一方面並得以充分確保與之相衝突之他人利益（參閱 BVerfGE 69, 315 <348>）。

bb) 基此，由憲法訴願人所推動

於法蘭克福機場所進行之集會，乃受基本法第 8 條第 2 項法律保留之限制。雖然該等由憲法訴願人請求集會自由之場所，主要位於機場內部，且因此受有遮蔽且與四周有所界分。然而，該等所欲進行之集會並非係在一獨立，不受其他機場旅客影響之空間性中，而是該集體意見表達所欲訴諸之一般機場公眾之中加以進行。因此，在基本法第 8 條第 2 項規定之意義下，於該等空間中所進行之集會乃係一般原則得於法律上對之加以限制之露天集會。

b) 民法典之規定，乃可作為基本法第 8 條第 2 項意義中之限制集會自由之法律而將之納入考量。因此，以民法第 903 條第 1 句、第 1004 條規定為依據之私法性質的家宅權，原則上乃可妥適地合法化該等對於集會自由之干預。作為集會主管機關對於所有一般交流往來場地主管職權之法律基礎的集會法，並不受影響。

aa) 基本法第 8 條第 2 項所規定之法律保留，乃允許立法者對於得以作為限制集會自由根據的授權基礎加以規範。立法者乃可授與國家機關在特定條件下藉由限制性之命令以維護集會之進行，或者是在必要之情況下亦得拒絕集會之進行。倘若特殊之高權決定權限以此等方式而被規範，且相關之決定乃可單方面地予以執行，則基本法第 8 條第 2 項規定乃要求由立法

者制定一項清楚，且明確與人民之集會自由有所關聯之規範。該等干預之前提要件必須至少由立法者本身就其基本事項，以充分明確且清楚予以規範之方式加以確定。於此有關的是，基本法第19條第1項第2句所規定之列舉要求對於相關規定亦有所適用，並發揮其警告之功能。

立法者乃已透過依據基本法第125條之1第1項第1句之規定，直到因邦頒布集會法而被廢止之前於黑森邦仍繼續適用之聯邦集會法，而行使法律保留。於此，集會法並非僅限於在公共街道空間所進行之集會，而亦擴及所有公開之集會，至於該等集會其是否在私人或公共場地舉行，在所不論。因此，集會法對於在法蘭克福機場場所進行之集會，亦有所適用。

bb)至於公行政在以私法形式而為行為之情況中，乃可額外以民法典之規定，於此乃係以民法第903條第1句及第1004條作為其限制集會自由之依據此一情形，並不因此而受有影響。在此等情況中，該等民法規定亦符合基本法第8條第2項規定之要求。即便該等民法規定於此並非涉及與集會有關之規定，且其對於集會之適用範圍於內容上並未經由立法者進一步予以詳細規範，並未因而阻礙其得作為限制之依據。由於公行政於此乃如同各該私人般，係以民事法之一般性規定為依據，其並未被授與任何特

殊之高權職權，且其基本上亦無法單方面地執行其所作成之決定，故而通常對於干預性法律所提之要求，應無所適用。而面對該等非特殊性之規定，基本法第19條第1項第2句規定之列舉要求亦無法履行其警告之功能，因此無適用之餘地。單獨以民法上一般性之權限為基礎而對於基本法第8條第1項之基本權利所造成之干預，並不因其缺乏一充分之法律基礎而已屬違憲。此乃係國家得以私法之形式而為行為之結果。

cc)然而，公營事業或者是由公行政所支配之事業單獨以私法為依據所作成限制集會的決定，並不得擴張或者甚至是創設國家機關限制集會之權限。倘若集會主管機關就在機場區域進行之集會作成決定，或者是執行警察(Vollzugspolizei)為執行法律而進行干預，雖然其基本上應將作為關係人之機場營運業者納入，並可能將營運業者之評估—如同其特別是在機場使用規則中所彰顯者—納入考量，但是其實際上乃單獨受到該等對於其自身有所適用之授權基礎—以及因此優先受到集會法—之拘束。

3.然而系爭之裁判，因其確認一項不合於比例性之集會禁令為合法，而已違法侵害憲法訴願人其受基本法第8條第1項規定所保障之基本權利。

倘若國家機關根據基本法第8條第2項之規定而解釋及適用該等限制

集會之法律，則其必須總是以自由民主國家中集會自由其所彰顯之根本性意義為依歸，而對於該等限制集會之法律進行解釋，且其所得採取之措施應以對於保護相同價值之法益而言，係屬必要之措施為限（參閱BVerfGE 69, 315<349>）。比例原則於此必須嚴格地加以注意。然而系爭之裁判並不符合此等要求。

a)根據比例原則之要求，對於集會自由之干預乃需要一合法之目的(legitimer Zweck)。一項禁止於機場地區進行集會之禁令，並無法完全以基於被告之自由就其私有財產之使用所得享有之私法自治決定權為其依據。被告受基本權利之拘束，以及其欠缺得以在與其他私人關係中主張其財產基本權利等情況，乃係因民法第903條第1句之規定於此並無法如同在私人彼此間作為私法自治，且基本上係立基於個人判斷所展現之財產權人其決定自由的情況而有所適用，而是在限制集會之情況中作為以追循公眾福祉之合法目的之授權規範。因此，以民法第903條第1句規定為依據，乃需要存有與該等任務有關之功能上的連結，且只有當其有助於個人法益之保護，或有助於追循合法、充分重要之公眾福祉此一公共目的時，方屬合法。

在機場區域內進行集會之情況中，特別是機場營運之安全性以及功能

性乃屬於上述合法公共目的。機場乃是貨物及人員運輸之交通連結點，其乃內嵌於全球交通網之綜合系統中，且仰賴於靈敏科技設備功能上無瑕疵之運作，後勤程序的順暢運行在受到干擾或甚至失靈之情況中，將導致基本法律利益可能產生損失。因此，在營運過程中所出現之干擾，將會明顯地使不特定之多數人受到影響。根據由此所得出，且因將作為公共交流空間而被設置之機場區域與有助於交通功能之設施二者相互予以結合之情況而更為增強之特殊危險地位，使得機場營運之安全性以及功能完整性乃具有顯著的重要性，且得以合法化對於集會自由之限制。因此，該等有助於營運流程之安全性與順暢性，以及保護機場旅客、訪客或是設施之措施，基本上乃得以家宅權為其基礎。

b)根據比例原則，為達成此等目的，對於集會自由之限制尚須適當(geeignet)、必要(erforderlich)且相當(angemessen)。於此，以家宅權為基礎所採取之措施，必須考量集會自由在自由民主國家中所展現之根本性意義。對於一般就集會自由之限制有所適用之憲法要求，基本上在此應有適用之餘地。該等憲法要求使得機場其所享有之特殊危險地位得以有效地被納入考量。為確保機場複雜後勤系統的功能完整性，相較於在公共街道空間中進行類似之集會，於個案中在機

場能適用較寬鬆之要求而得採取限制集會之措施。

aa)根據基本法第8條第1項之規定，集會之進行原則上在未經登記或獲得許可之情況下，亦受到保障。依此，集會並非屬於一般許可保留(genereller Erlaubnisvorbehalt)之情形。可以肯定的是，在面對一直接受基本權利拘束之法律主體時，排除以家宅權為依據而要求在機場內開放予一般交流往來之場地所進行之集會負有一般性申請許可之義務。相反地，該等一對於機場營運業者亦負有之一通知義務，基本上並無憲法上之疑問，特別是該等通知義務於此亦可在短期間內就地完成。然而，該等通知義務僅有在其並非毫無例外地有所適用，而是允許進行自發性或緊急集會，且違反登記義務並不會當然產生禁止集會之結果的情況下，方屬合於比例性(參閱BVerfGE 69, 315<350 f.>; 85, 69<74 f.>)。

唯有當對於與集會自由等價且屬於根本性之法益存有一直接、明顯之情況而導出之危害時，方可考量禁止集會之進行。對於有否存在該等直接之危險，乃需要一具體之危險預測(Gefahrenprognose)。由行使基本權利之群體關聯性(Gruppenbezogenheit)所得出，且無不利於集會目的之達成，即無法加以避免之對第三人產生單純干擾(bloße Belästigungen)之情況，

其對於禁止集會之進行而言，並非屬充分之事由。該等干擾基本上必須予以容忍。若擔憂對於法益產生直接之危險，則首先可透過負擔(Auflagen)之附加以抑制該等直接危險之產生。禁止集會之進行其作為最後手段(ultima ratio)僅有在該等對於他人造成侵害之情況係無法以其他方法被阻止時，方可予以考慮(參閱BVerfGE 69, 315<353>)。

上述基本原則並未阻止得藉由特殊之方式以應對機場內進行集會所招致特殊危險之可能性，以及將其他基本權利主體之權利納入考量。特別是比例原則本即允許於各該衡量階段將機場航廈其空間之擁擠性納入考量。因此，於機場中乃可禁止不符合該處空間關係之大型抗議活動，或者是將其引導至其他場所舉辦—此可能同樣發生於擁擠之行人徒步區或於建築稠密之歷史老城區—；於此，亦得以一種合於場所實際狀況之方式限制參加人數。且清楚的是，相較於在市集廣場或是在公開的節慶草坪(Festwiese)舉辦類似集會之情形，在機場中所進行之集會其形式、器具或者是噪音更容易引發危險，也較容易加以限制。在其作為執行航空交通場所之原始功能中，對於機場造成特殊干擾之情形，乃同樣得以合法化根據比例原則於公共街道空間可能無須被容忍之限制。此乃特別適用於考量確保機場特別

安全要求所採取之措施。此外，為確保機場之安全性與功能完整性，相較於在公共街道之情況，乃可於更大之範圍內阻止集會進行所生之封鎖效果 (Blockadewirkungen)。因此，例如無法預見、逾越人數限制之自發性集會，若其因為缺乏適當保障機場營運業者之充分可能性，而產生無法控制之危害時，乃得予以禁止。然而相反地，於機場中因為進行集會對於公眾所生之干擾，於某種範圍內基本上應加以容忍。

bb)就內容而言，該等因被告作為直接受基本權利拘束之權利主體而根據其家宅權可得採取之行為可能性，乃近似於集會主管機關之職權範圍。可以肯定的是，對其民事法上之職權，不應作出逾越憲法上對於集會主管機關所設之界限的解釋結果。然而，此並未阻止被告可詳細地具體化合於前述憲法要求之機場集會限制，並以其家宅權為根據而將之一般性地規範於機場使用規則之中。因此，被告對於在機場中行使集會權利之情況，乃可制定符合空間實際情況，以及特別是符合機場特殊功能環境與危險地位之透明規則。例如可以考慮以實際關係為基礎而對具綜合功能之交流場所及特殊功能區域二者間加以明確界分、對於進行集會原則上將會對於機場營運直接產生危險之區域加以標示，倘若哨子、鼓或擴音器等物品對於

機場營運安全與功能完整性將生有顯著侵害之疑慮，亦可禁止攜帶該等物品。被告亦可一為補充向集會主管機關登記之義務而一規定負有應向機場營運業者通知之義務。

然而該等單獨以家宅權為根據之規定僅限於具有私法上之效力。其同樣並未對於集會主管機關以及當地執行警察部隊之高權職權，以及其所負有之解釋該等職權之責任產生影響。但是該等機關乃可於其集會法之職權範圍內，以該等使用規則之規定為基礎而作為對於機場安全與功能完整必要性之原則推測 (Regelvermutungen)；然而其於此應審查是否該等原則推測符合憲法之要求，或者是否於個案中存有必須背離該等原則推測之情況。

c)系爭之裁判並未符合上述要求。由民事法院對該等頒發予憲法訴願人之機場禁令所作成之全面確認，乃一至少就被告其直接受基本權利之拘束以觀一與比例原則不相符合。

該等由被告所頒發之機場禁令，乃禁止憲法訴願人未事先取得基本上係屬被告自由決定之許可，即不得於機場所有區域內進行各種集會。因此，其並非僅限防範對於與集會自由等價之根本性法益所生具體威脅之危險，而係被理解為一種針對憲法訴願人所採取之一般性遊行抗議禁令 (generelles Demonstrationsverbot)。聯

邦普通法院亦係將此等理解作為解釋該等機場禁令之基礎。雖然聯邦普通法院為建構其裁判之理由，亦提及該等具體的、先前由被告所進行之集會，並以被告作為機場營運業者乃無須容忍相類似之行動為其依據（參閱BGH, Urteil vom 20. Januar 2006 - V ZR 134/05 -, NJW 2006, S. 1054 < 1056 >）。然而，其由此導出機場營運業者乃有全面地且不受其他限制而發布禁令之合法利益。該等機場禁令乃一般性地含括各類型之集會，亦包括機場之所有區域且無時間上之限制。基此，憲法訴願人未來若欲於機場所有區域內進行集會，則必須向被告申請許可。於此不甚明確的是，該等許可係基於何等條件而被核發；毋寧被告於此乃享有原則上自由之決定權。法院對於該等禁止於大部分區域係作為公共論壇而被設置之機場內進行集會之一般性禁令所做成之確認，並不符合比例原則之要求。

III. 系爭民事裁判違法侵害憲法訴願人之意見自由

再者，系爭之裁判乃違法侵害憲法訴願人其受基本法第5條第1項第1句規定所保障之基本權利。

1.a) 基本法第5條第1項第1句規定所保障之意見表達，不僅含括意見表達之內容，且亦包括其傳播意見之形式（參閱 BVerfGE 54, 129 < 138 f. > ; 60, 234 < 241 > ; 76, 171

< 192 >）。而發放內含有意見表達之傳單，尤其係屬於前述受保障之情況。除此之外，表達意見之場所以及時間之選擇亦受保障。表達意見者其基本上不僅有表達意見之權利，其亦可選擇其所期待最能有效傳播其所表達之意見，或能生最大影響力之環境（參閱 BVerfGE 93, 266 < 289 >）。

然而基本法第5條第1項第1句規定亦未賦予個人有請求進入其在一般情況下無法進入之場所的權利。意見表達自由僅有在人民可實際進入某處之情況下，方對之加以保障。但是不同於在基本法第8條第1項規定之情況，意見表達於此根據其保護領域並非僅限於公開，有助於交流之論壇。因為相對於集體行使之集會自由，意見自由之行使其作為個人之基本權，基本上並未涉及特別的空間需求，且亦未開啟一通常內含有干擾之特殊交流。毋寧意見表達自由以及由其所導出之傳播意見之權利並未具有空間之關聯性。作為個別權利，人民基本上於其所在之各處均享有意見表達之自由。

b) 系爭之裁判乃確認該等由被告所頒發之機場禁令為合法，並將之解釋為憲法訴願人得否發放傳單及其他文宣，僅能取決於有無事先依機場使用規則之規定取得許可，方被允許進入以及使用機場。基此，憲法訴願人若欲於該處發放傳單，其將被阻止進

入一公眾於一般情況下可得進入之一機場。就此一由直接受基本權利拘束之被告以觀一乃屬對於受基本法第5條第1項第1句規定所保障之意見自由之干預。

2.意見自由一如同集會自由一並非不受限制地予以保障。其毋寧在一般法律中可發現其保障之限制。特別是民法典之規定，包括由民法第903條第1句以及第1004條規定所導出之家宅權，乃屬於該等限制。對此，被告基本上得以其家宅權作為限制在機場區域內表達意見之依據。

3.然而，作為限制意見自由基礎之法律，乃一如同對集會自由之解釋般一依針對受限制之基本權利而進行解釋。於此應將意見自由對於自由民主秩序所具有之建構性意義納入考量（參閱 BVerfGE 7, 198 <208 f.>；101, 361 <388>；經常性之裁判見解）。特別應注意比例原則之要求。

a)aa)對於表達意見自由之干預，首先乃需要一合法之目的。對於集會自由有關之要求於此同樣亦有所適用；對於意見自由之限制而言，被告因其受基本權利之直接拘束，以及因該等基本權利直接拘束之關係而使得在其與憲法訴願人之關係中無法主張其自身基本權利之可能之故，基本上在行使其家宅權之情況中亦受有限制。其無法如同私人之人民般，原則上可依其喜好，基於實現其利益之目的而

行使家宅權。其毋寧只有在家宅權之行使係有助於公共利益之情況下，方可行使其家宅權以禁止意見之表達。

因此，特別是無法以在單純的消費環境中營造一種不受政治討論以及社會意見交流影響之舒適氛圍(Wohlfühlatmosfera)之期望，做為其禁止散發傳單之依據。不受世間苦難而拖累之人民情緒，並非屬於國家為對之加以保護而得限制基本權利地位之利益（參閱BVerfGE 102, 347 <364>）。因此，該等由於第三人必須面對令其不甚愉快之議題所生之煩擾，即非屬重要。更應予以排除的，乃係該等僅因特定之意見表達與被告立場不一致、內容上不被贊同或因其對於相關事業所為之批判性意見被評價為有損事業業務，而對之欲加以禁止而頒發之禁令。

相反地，被告並未被阻止在為確保機場營運之安全性以及功能完整性所必要之情況下，根據其家宅權而對於發放傳單或其他形式之意見表達加以限制。如同在集會自由之情況般，就意見表達自由而言，乃在於有一重要且可合法化基本權利限制之共同利益(Gemeingut)。

bb)限制意見表達對於目的之達成須係適當、必要且相當。此至少將一般性地禁止在機場內發放傳單或者取決於有否獲得許可等情形予以排除。相反地，為防止干擾之產生，基本

上並不排除針對特定場所、形式或時間點所為之意見表達的限制（參閱 Supreme Court of Canada, Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada, <1991> 1 S. C. R. 139, S. 86 ff.; Supreme Court of the United States, International Society for Krishna Consciousness <ISKCON> v. Lee, 505 U.S. 672 <1992>, S. 699 ff.）。如同在公共道路法中之規定，該等基於傳播意見之目的而使用機場場地之情形，乃可依據功能觀點之標準而加以限制或進行規制。就此，基本法第5條第1項第1句規定並未禁止就部分或針對特定形式之意見傳播予以制止或限制。於此，並未有不同於在公共街道空間之情況，其乃取決於空間關係以及對於不同使用目的所造成之侵害，特別是取決於與機場航空交通功能有關之營運流程而定。

根據上述標準，被告並未一般性地被阻止基於確保機場營運之功能完整性，而要求對於在特定區域，例如在位於安全檢查站後方之空側，或是在電動人行步道之區域內發放傳單之行為應負申請許可之義務，或可能也完全禁止在該等區域內發放傳單。相反地，可以肯定的是完全地禁止在作為公眾交流空間而被設置之區域內表達意見，或者是要求包括單純地發放傳單在內等行為均應負有申請許可之義務，乃不符合比例性之要求。於此

，該等適用於公共街道空間之行人徒步區域之同樣原則，對於直接受基本權利拘束之被告，亦有所適用。基本法乃保障原則上可於所有一般交流往來之場所進行公開意見交流之可能性。若該等空間開放提供一般自由進入，則在該等空間內亦須將交流性質之基本權利納入考量。另外，其乃取決於該等意見之表達將持續地對功能進程造成何等程度之干擾而定。再者，倘若於個案中傳單之發放依其內容主要係在於阻礙機場營運，並因此而有產生嚴重干擾之具體疑慮時，亦可以禁止；此例如在號召以及呼籲違反機場或航空交通法規之安全規定等情形即是。

b)系爭之裁判並未符合上述要求。其乃確認該等機場禁令就其中所內含之針對憲法訴願人未來若無事先得得許可，即不得於法蘭克福機場內發放傳單之一般性且無限制之禁令部分為合法。不論該等非屬於本憲法訴願程序標的而由憲法訴願人先前所進行之發放傳單行為係否具合法性，以此種方式而概括性地，且未顧及對於機場營運所造成之具體干擾所頒發之禁令，乃不符合比例性。

IV.侵害其他基本權利部分

除此之外，該等違法侵害基本法第8條第1項以及第5條第1項第1句規定之情形已可得出廢棄系爭裁判之結果，因此是否該等系爭裁判尚有違法

侵害憲法訴願人之其他基本權利，在所不論。

V. 墊款償還

關於費用償還之決定，應依德國聯邦憲法法院法第34條之1第2項規定為之。

本憲法訴願之裁判係以7票同意對1票不同意之意見所作成。

法官：Kirchhof

Hohmann-Dennhardt

Bryde Gaier Eichberger

Schluckebier Masing

Paulus

Schluckebier法官對於第一庭於2011年2月22日之判決所提之不同意見書

— 1 BvR 699/06 —

本席對於本判決難以贊同。根據本席之見解，本憲法訴願至少在主張集會基本權利受違法侵害之部分應屬無理由。對此以及其他根據本席之觀點而言係屬重要之判決衡量事由部分，本席補充說明如下：

就結論部分，本席認為Fraport股份公司應受基本權利之直接拘束，洵屬正確。然而，本法庭多數見解所闡述之理由並未充分地加以區分，因為其並非以作為少數股東之不同公權力主體是否已可確保其公司法上影響力之調和(Koordinierung)為其立論根據。相反地，其所提出之理由並不具有

充分之說服力(I)。將集會自由基本權利之保護領域擴張直至法蘭克福機場之機場服務大廳而將之作為一公共論壇，並不足採(II)。在對基本法第8條進行比例原則之審查中，本法庭並未適當地將大型國際機場於其各方面之易損性中所呈現之繁忙與空間擁擠等特性，以及在該處所將不可避免地對為數眾多之其他基本權利主體造成影響等情況納入考量。其並未合於現實地權衡該等情況(III)。該等對於民事法院針對在原因程序中所爭執之僅有少數人參與的小型集會而作成之系爭裁判予以異議之結論，於此若經合法地加以指摘，則在考量相同處理原則(Gleichbehandlungsgrundsatz)之情況下亦可能屬於有理由，因為Fraport股份公司於過去亦曾經容忍或允許其他小型，且未干擾機場營運流程之集會的進行(IV)。

I. 公私合資事業之基本權利拘束部分

1. 所謂公私合資股份公司（此係指Fraport股份公司）受基本權利之直接拘束，其作為由本身—除私人股東以外—僅係少數股東之不同國家權力主體所支配之結果，基本上僅有當公股份所有權人已使其所累加之公司股份受制於具法律上拘束力之影響力調和，或是確保其間利益之並行(Interessengleichlauf)時，方屬有理由。唯有如此，方符合該等支配之前提要件（所謂多數母公司之支配：

Mehrmütterherrschaft)。該等亦由本法庭所提及，且見於公司法規定之中（參閱股份公司法第17條、歐盟2004/109/EG指令第2條第1項第6款）的前提要件，於此乃透過在Fraport股份公司其業務報告（在附屬報告Abhängigkeitsbericht一章）中所提及之由德意志聯邦共和國、黑森邦以及法蘭克福市所屬之投資公司所簽署之聯合契約(Konsortialvertrag)而獲得滿足。就此，本法庭乃無視於該等為調和影響力所作成之具法律上拘束力協議的必要性，且亦未要求對於在公司法中被肯認作為認定支配關係之利益調和(Interessenkoordination)部分，其應有其他於實際關係中所建構且充分穩當之基礎（參閱例如Hüffer, AktG, 9. Aufl. 2010, § 17 Rn. 13 - 16）。為具體符合支配之概念，此應有其必要性。

德意志聯邦共和國、黑森邦以及透過一城市所屬之投資公司的法蘭克福市於2003年頒發機場禁令之時，其各自僅係作為少數股東而投資參與Fraport股份公司。此等情況現在同樣適用於黑森邦以及間接參與投資之法蘭克福市。很清楚的是，就機場部分以觀，公股股東一當然其本身各自受基本權利之拘束一得以追循不同，甚至可能是相對立之利益，尤其是該等公股股東亦得由政治上不同之多數予以確定。在此等情況下，對於公司本

身應受基本權利之直接拘束而言，並非取決於將屬於不同層級之不同國家權力主體其所持有之股份單純予以加總超過50%，即屬已足。基此，對於原因案件而言，該等由本法庭所採納之「整體責任(Gesamtverantwortung)」以及「支配」之見解，其結果乃是僅考量到作為應負整體責任之理由的投資參與股份公司之決議而已。此乃不符合公司法上以及生活事實之實際情況。

2. 該等由本法庭所採納之理由，對於本席而言乃不具充分之說服力：

本法庭多數見解認為公司法上之影響職權多係受有限制，且其完全係概括性地認為，公財產權人之影響職權在經累加成為多數持股之意義下而由其所支配之公私合資事業中，一完全不論其公司形式一並不適合取代該等事業其應受之基本權利拘束。因此，為衡平該等影響力之不足，或自始即將其視為不甚重要，本法庭多數見解亦確定作為基本法第1條第3項規定意義下之行政權的Fraport股份公司其受基本權利之直接拘束。就此，乃存有論證上之缺陷：若一方面將國家股東其可能欠缺之控制及影響可能性(Steuerungs-und Einwirkungsmöglichkeiten)納入考量，則不明白的是，何以另一方面卻因此且也針對該等情況而將股份公司其本身歸類為基本法第1條第3項意義下之行政權。

本法庭多數見解因其所持之理由而同時引發與基本法第20條第2項規定之緊張關係。據此，作為行使國家權力的行政權乃與透過人民所獲致之正當性要求相連結。基本法第20條第2項規定乃將充足影響可能性之要求與行政權之民主正當性相結合。若由國家所支配之公私合資事業係屬行政權，則其行為必須獲致充分的民主正當性（參閱Dreier, in: Dreier, GG, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 20 <Demokratie> Rn. 136 ff.）。國家主體其未盡充足之影響可能性，無法充分地確保民主正當性。在涉及股份公司法之原因案件中，本法庭多數見解並未解決存在於因影響力可能有所不足所導出之一般基本權利拘束，以及同時該等不足所內含之欠缺民主正當性二者間的矛盾。根據本法庭多數見解之觀點，其可能以公股股東可能無法充分地對Fraport股份公司之業務管理施加影響此一前提為基礎，而必須就特別是地域性法人其在公私合資事業中所應負擔之股份公司法上義務之合法性，以及該等合法性之前提要件及其詳細之規範加以深入探討（就此，亦參閱Dreier, a.a.O., Art. 20 <Demokratie> Rn. 138, 140）。

II. 集會自由保護領域之擴張部分

將集會自由基本權利之保護領域擴張直至法蘭克福機場之機場服務大廳而將之作為公共論壇，並不足採。

1. 集會基本權利並未創設進入任何場所之權利，特別是並未保障進入未提供公眾得一般性地自由進入，或該等根據其客觀環境僅基於特定之目的方可進入之場所。本法庭首先亦從此等基本原則出發，然而卻將基於進行集會而進入之權利擴張至所謂向公眾提供一般性開放且供其進入之公共論壇。本法庭多數見解乃將該等公共論壇，與根據其客觀環境僅有基於特定之目的可供使用或絕大多數僅有助於特定功能之場所予以區別。其乃將位於大型機場服務大廳之陸側歸類為供一般進入之公共論壇此一類型，並且就此以否定機場營運業者享有可排除集會且僅提供受有限制之使用的權利。

2. 根據本法庭多數見解對於保護領域所作成之抽象界定，則大型機場之服務大廳可能已經被排除在保護領域之外。因為機場航廈絕大部分僅有助於特定功能，亦即服務機場旅客；其雖然亦對機場旅客、旅客之接送者以及其他有興趣之人士提供其他服務。然而位於該處之餐飲店以及商店，絕大部分乃根據於國際評比中所要求之21世紀標準而提供旅客、接送者其旅行之所需。就一般印象，以及大型機場其旅客及接送陪伴者人數乃使其其他所有訪客人數居於次要地位之情形以觀，機場營運業者即便積極地宣傳該等商店及餐飲區域，亦並未改變機

場功能絕對處於優先地位之情形。因此，機場航廈在絕大多數之情況中僅得基於特定目的方可提供使用；市集廣場與論壇之特徵，並未改變此一情況。在此等情況之下，其並非屬於得與公共街道及廣場相比擬之交流論壇。

3. 因此不明白的是，何以受基本權利拘束之機場營運業者因機場航廈原則上對於大眾開放，而應喪失其得以排除特定使用類型之權利。由於本法庭本身對於特定之功能領域乃一如往昔地——根據民法上之財產權而——明確允許具限制性、依據意志決定之目標規定，因而已不足以採信。

就保護領域之擴張部分，本法庭實質上僅提出：今日公共街道、馬路以及廣場其交流之功能，已逐漸由本法庭多數見解所定義之公共論壇加以補充。此乃係一種現今於經驗上仍未充分加以證實之價值取向式的觀察。長久以來大型車站或機場設置商店街道或餐飲營業，——特別是基於滿足旅行需求之目的——，然而該等情況迄今並未被視為係對於作為集會場所之公共街道空間之明顯的交流空間競爭者，或者可能甚至導致作為集會場所之公共街道空間失去其價值的結果。現今並不用憂慮傳統供公眾使用之公共街道空間其交流功能將被掏空，或者甚至是體系上出現衰退之理由。若於未來得出國家嘗試藉由對公共空間進

行形式或實質之民營化，以對於提供集會使用之場所明顯地加以限制，或是出現明顯削弱作為集會場所之公共街道空間之意義的線索時，則此乃是重新評價之理由。目前實際情況並無法合法化由本法庭多數見解所採納擴張保護領域之觀點。

4. 判決之理由乃提供導致將單獨由私人經營之論壇納入集會基本權利之保護領域的理解。此等理解已可由判決理由在基本權利之拘束性，以及所謂的論壇開放等問題關聯性中論及性質上完全屬於私人之財產權人其納用私人義務(Inpflichtnahme)而得出，雖然該等原因案件——特別是在對於Fraport股份公司其應受基本權利直接拘束之詳細論理之後——其本身並無提供對之應加以深入探討之理由。然於此被忽略的是，在此等案件型態中財產基本權利（基本法第14條）乃確保一種基本權利之相對地位（grundrechtliche Gegenposition），對之該等受基本權利直接拘束而由公行政所支配之事業並無法加以主張。姑且不論此一情況，該等存在於二類基本權利之間的衝突情況，將可能因系爭之基本法第8條其保護領域亦一般性地擴張至論壇以及購物中心、商店通道及會面場所等公眾交流場地所致，自始即在保護領域層級以有利於集會基本權利之方式而被事先決定。於該等觀點中，財產基本權利可能完全僅

能於合法性之層級中在涉及集會進行之類型與方式等事項部分而被納入考慮。由於在判決理由中乃提及私人亦可能近似於國家權力，或者是受到類似於基本權利之拘束，此在結論中將可能導致私財產權人其雖然僅受間接之第三人效力之拘束，然而彷彿基本法第8條透過由本法庭多數見解所擴張之保護領域而對之直接有所適用般地使其仍負有義務。對之則並未提出具有說服力之解釋。

該等於判決理由中對於私人應負納用私人之義務，以及亦將在購物中心、商店通道以及會面場所中之論壇完全係概括性地予以納入之附帶意見（*obiter dicta*）其所衍生之集會基本權利其保護領域亦擴張至該等完全屬於私人主體之論壇之情形，乃因此而表明本法庭之多數見解係以憲法解釋之方式，而對作為集會法修法小組其集會法模範草案之基礎的法政策思維進行探討（參閱 *Arbeitskreis Versammlungsrecht, Musterentwurf eines Versammlungsgesetzes, Enders/ Hoffmann-Riem/Kniesel/Poscher/Schulze-Fielitz <Hrsg.>, 2011, dort § 21 und S. 60 ff.*）。

III. 比例原則之審查未合乎現實

在對於基本法第8條進行比例原則之審查中，本法庭對於大型國際機場於其各方面之脆弱性中所呈現之繁忙與空間狹窄等特性，以及在該處所

出現之非常多數之其他基本權利主體其大規模且不可避免的關聯性，並未適當地予以考量。其並未合乎現實地衡量該等情況。

本法庭多數見解將集會自由之保護領域擴張至該等因缺乏功能及空間上之界分，而與德意志聯邦共和國最大之國際民航機場位於陸側之功能場地處於一種直接相連關係之公共論壇。對於服務航廈陸側領域而言，乃開放一處於極度擁擠之建築空間裡因旅行人潮所導致之繁忙而著稱，且由於其對於民航交通之顯著意義，作為運輸樞紐而對於全球乃具有重要性之場地成為集會場所。某種僅屬輕微之阻礙，因航空交通密集之網絡化而會對其他機場以及其旅客產生影響（連鎖反應：*Kettenreaktion*）乃會很快地——特別是在必須關閉航廈之情況中——造成明顯且廣泛蔓延的營運干擾。對於非常龐大數量之航空旅客，以及其他欲行使其遷徙自由及一般行動自由之基本權利主體所生之廣泛程度內無法避免之阻礙結果，使得旅客以及其他基本權利主體在功能流程受到干擾，以及可能必須關閉大型機場航廈等情況下，依數量及程度以觀，相較於一般在公共街道及廣場進行集會之情況，機場將更是容易地被波及。因此，鑑於隨著業務繁忙而來之人群聚集之擁擠與密集結果，很清楚的是，該等逾越小型、可掌握之團體此一範圍所

進行之集會，乃會導致深感被阻礙、緊急之旅客將採取防衛或生有不滿之行為。再者，可想而知的是逃生以及急救通道被堵塞，且不同於真正在露天進行集會情況，在有相當多數參與者之集會進行之情況中，似乎僅在有限之範圍內方可能於空間上迴避該等集會。因此對本席而言，該等由本法庭多數見解所考量之解散於航廈特別擁擠之情況下所進行之已屬過於大型之集會的情形，就實際情況以觀，乃內含有其他相當大之風險。

再者，正因為大型機場系統的易損性，以及可向為數眾多之人宣揚集會目的之故，使得將保護目的擴張至機場航廈內部乃可望具有特別顯著之媒體效果，以及其所欲宣傳之訴求因而具有加成之效果，因此大型機場作為集會場地，乃特別具有吸引力。正因為如此，其一於其實際之規定意義中一對於利用機場之其他基本權利主體的基本權利部分，乃需要特殊之保護。本法庭多數見解基本上亦肯認此等情況，且認為相較於在公共街道空間之情況，得根據較不那麼嚴格之條件而對於集會採取限制之措施。再者，對此可能應對於在集會進行中因場所特殊性所生之限制可能性，而給予

更令人信服，尤其是更為具體之提示。因此本席認為，應以本法庭所持觀點為依據，而清楚說明立法者對於該等特殊、於各方面係屬易損之論壇而言，在注意集會自由基本權利其重要性，但亦著眼於應特別予以注意之第三人基本權利之情況下，乃享有得於集會法規定中自行規範某一明確限制模式的職權。於此，立法者乃可能如同機場營運者在其機場使用規則中之情況般，亦可制定與具體危險預測無關之一般化規定。除此之外，在具體之集會場所之集會和平性之要求，應有進一步予以具體化之必要。其可能尚需清楚說明對於集會自由所採取之合法限制，乃可將例如自始於數量上僅限於小型團體，以及排除在機場建物內進行遊行等限制措施予以明文。

IV. 相同處理原則之適用

應納入考量之相同處理原則的適用（基本法第3條第1項），於Fraport股份公司行使其家宅權之情況中，乃有助於憲法訴願之勝訴，因為機場營運業者於先前乃已容許其他小型集會的進行。就此，與之相關之主張並未合法地於憲法訴願聲請書中被提出。

法官：Schluckebier

「逃漏稅CD案」裁定

德國聯邦憲法法院第一庭2010年11月9日裁定
BVerfG, 2 BvR 2101/09 vom 9.11.2010

范文清 譯

要目

裁判要旨

案由

裁判主文

理由

I. 事實

1. 搜索命令
2. 憲法訴願人等對搜索命令之抗告
3. 憲法訴願人等之抗告理由與檢察官之意見
4. 波鴻區法院與邦法院之裁判

II. 憲法訴願人之主張

1. 公平的、法治國的程序之請求權
2. 居所不可侵犯的基本權
3. 法定聽審權

III. 裁定理由

1. 已窮盡所有救濟管道
2. 未滿足憲法訴願補充性原則

3. 未侵害居所不可侵犯的基本權

4. 結論

關鍵詞

逃漏稅CD (Steuer-CD)

逃漏稅(Steuerhinterziehung)

法定聽審請求權(Anspruch auf rechtliches Gehör)

憲法訴願補充性原則(Grundsatz der Subsidiarität der

Verfassungsbeschwerde)

證據利用禁止

(Beweisverwertungsverbot)

居所不可侵犯的基本權(Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung)

私人生活形成的絕對核心領域(absoluter Kernbereich privater

Lebensgestaltung)

(情治) 分離要求(Trennungsgebot)

裁判要旨¹

1. 法定聽審權旨在確保當事人獲得資訊、陳述與被顧及之請求權，其結果為當事人能夠在訴訟中自我決定，而且依當時具體情況而有所反應。基本法第103條第1項係與基本法的權利保護乃立於一個功能性的脈絡。當在刑事訴訟的調查程序裡，法院在欠缺事前聽審即對當事人作成侵害措施（刑事訴訟法第33條第4項），此權利尤具特別意義。對裁判有重要性之證據資料的資訊，也屬於法院聽審請求權的範疇。法院裁判僅允許本於讓被告透過閱卷得以提出抗辯之事實與證據資料來作成。

2. 對刑事訴訟法而言，尚無任何抵觸證據取得規定的違法都會引發刑事訴訟法上的利用禁止的法則，而且這個問題總是根據個案的個別情況，特別是按照禁止的種類與違法的嚴重程度，衡量各種相互不同的利益來作成裁判。法治國原則允許並要求顧及具有功能的刑事訴訟的進行，倘若缺乏的話，便無法協助正義得到貫徹。法治國僅能在以下的情形下得到實現，亦即針對刑事訴訟當事人在現行法

的範圍裡被追究責任、判決而且得到適當的處罰，皆有足夠的預防措施。若以此為尺度來衡量，那麼證據利用禁止即意味著一個例外，僅有在法律有明文規定或基於高位階的重要原則在個案中方得被承認。因此，刑事法院的裁判的出發點即為，尤其是存在著特別重大的瑕疵方有利用禁止可言。

3. 根據憲法，至少在重大、有意識或恣意的程序違法，而使得基本權的確保有計畫的或有系統地被忽視之時，此一證據利用之禁止，才會被要求。聯邦憲法法院僅僅在涉及私人生活形成的絕對核心領域的案例中，方承認來自於基本權的絕對證據利用禁止。

4. 聯邦憲法法院之任務並不在於嗣後審查個人之法律地位。法律的解釋與適用乃為就此具有一般管轄權限的法院之責任，而且只要在相關裁判中沒有恣意存在或特別違反憲法規定，亦得解免於聯邦憲法法院之嗣後審查。如果一個裁判以法律來衡量可能有錯誤，並不屬於上述的情況；必待該錯誤已屬忽視基本權或與基本權相同之權利，或其法律判斷不論基於何種見解都不能支持，聯邦憲法法院才會介入審查。

5. (情報局與警察，情治) 分離要求不能導出，縱使為了更進一步的調查措施，亦不得使用系爭資訊。情

¹譯者註：由於本裁定尚未收入德國聯邦憲法法院裁判集，因此尚未有官方版本之裁判要旨。譯者乃自行摘要裁判要旨。

治分離要求意味著，情報機關不允許擁有警察強制權限，質言之，不允許行使審訊、搜索、扣押或其他強制權限。因此，情報機關不得為非情報目的而去有目的地得知任意的發現。

案 由

聯邦憲法法院

案號：- 2 BvR 2101/09 -

在下列當事人之間的憲法訴願程序裡

1. S博士先生，

2. S女士

全權代理人：

Franz Bielefeld博士律師，

Sozietät RP Richter & Partner事務所，

Nymphenburger Straße 3b, 80335 München

- S博士先生之全權代理人 - ，

Kai König律師，

c/o Nachmann Rechtsanwalts GmbH,

Theatinerstraße 15, 80333 München

- S女士的全權代理人 -

聯邦憲法法院第二庭第一審查小組 (Kammer) 由 Osterloh 女法官、Mellinghoff法官與Gerhardt法官就針對下列裁判

a)波鴻邦法院(Bochum Landgericht)2009年8月7日裁定，案號：- 2

Qs 2/09 -

b)波鴻區法院(Bochum Amtsgericht) 2009年4月8日裁定，案號：- 64 Gs-35 js 220/07-1491/08 -

c)波鴻區法院2008年4月10日裁定，案號：- 64 Gs 1491/08 -

所提起之憲法訴願依據聯邦憲法法院法（1993年8月11日修正公布，聯邦法律公報第1冊，第1473頁）第93條之2條連結同法第93條之1，於2010年11月9日全體一致作成裁判。

裁判主文

憲法訴願不受理。

理 由

憲法訴願係針對租稅刑罰調查程序中之住宅搜索的指令(Anordnung)而提起。憲法訴願人皆就初始嫌疑(Anfangsverdacht)乃以德國自列支敦斯登(Liechtenstein)之私人處獲得之資訊為據表示不服。

I.事實

憲法訴願人皆係因為2002年至2006年這5年推計課稅期間內之逃漏所得稅之犯罪嫌疑而被調查。

1.波鴻區法院2008年4月10日作成允許搜索憲法訴願人房屋之指令。在對一位列支敦斯登財產受託人(Liechtensteiner Treuhänder)的調查中發現，憲法訴願人在列支敦斯登的L

公司處於2000年1月17日成立K財團法人，並於2000年1月14日成立T.S.A.。在列支敦斯登的L公司處，有關上開法人的財產投資皆歸屬於憲法訴願人。此外，第1憲法訴願人在申報租稅時並未申報在B銀行的一個帳戶。在此帳戶中，有來自上開財團法人與S.A.的財產的資本利得(Kapitalerträge)約2,000,000德國馬克未申報，藉此在2002年至2006年之間，故意漏報租稅約16,390與24,270歐元。

在2008年9月23日被執行的調查裡，一個裝著L公司的相關書面證據資料的信封被查扣，而且有5個電腦檔案被印出。

2.憲法訴願人對上開搜索指令(Durchsuchungsanordnung)提出抗告，並且聲請完整地閱卷。他們希望仔細閱覽構成搜索指令理由之資料。

檢察官准許閱覽調查檔案，並且通知憲法訴願人等，在所有卷宗裡有關L公司的檔案獲得、途徑與內容之卷宗不能供其閱覽，蓋其中包含了有許多受到租稅秘密保護之被告的檔案資料。然而可以告知的是，此等資料係透過聯邦情報局(Bundesnachrichtendienst)以職務協助的管道取得，以供租稅調查之用。

第1憲法訴願人因此聲請閱覽有關資料載體之保管目錄之卷宗，以及有關提供該等資料之人之審理筆錄。

針對此等聲請，檢察官指出，該等證據資料並不存在。檢察官業已提供在檢察官處所擁有之調查卷宗供憲法訴願人等閱覽了。

3.a)憲法訴願人在抗告中主張，發動搜索所依據之事實係不合法因而不可利用的(unverwertbar)。依其主張，本案程序標的的資料蒐集(Erhebung)牴觸了國際法，蓋聯邦德國無視於(außerhalb)1959年4月20日歐洲刑事互助公約(Europäisches Übereinkommen vom 20. April 1959 über die Rechtshilfe in Strafsachen)與1990年11月8日洗錢與調查、扣押及沒入刑事行為所得公約(Übereinkommen über Geldwäsche sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten vom 8. November 1990)而獲得此等資料。使用此等資料亦違背了內國法。透過聯邦情報局來收受此等資料係屬違法，且具有刑事可罰性。德國聯邦情報局並未被授權收受此等資料；轉交予檢察署則另外更牴觸了(聯邦情報局與警察)分離要求之要求(Trennungsgebot)。買受此等資料亦為刑事可罰，蓋此舉已違背不正競爭禁止法(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG)第17條第2項之規定。

憲法訴願人主張，由於上述諸多違法，由L公司所獲取之資料係不可利用；調查程序的開始與繼續因此即

屬不法，蓋L公司之資料係刑事偵查機關 (Strafverfolgungsbehörden) 所認知之事實之唯一根據。當刑事訴訟僅以違法獲取之證據資料為據者，已抵觸歐洲人權公約(EMRK)第6條第1項所保障之公平程序請求權。

b)檢察署則請求，抗告不合法，應裁定駁回。

依檢察署之見解，由外國政府提供資料，與私人提供之證據資料之利用並不矛盾；就此，與國際條約無關。從內國法的角度，同樣不能導出證據利用禁止；尤其是，本案更未涉及獲得資料載體不得以違法的手段為基礎之問題。沒有規範禁止以支付對價的方式來取得對租稅或租稅刑罰有重要關係的資訊內容。對刑事訴訟而言，支付對價以獲得資訊亦非鮮少（例如，給證人與線民[V-Leute]-之懸賞與報酬）。購入資訊載體亦不抵觸不正競爭禁止法第17條之規定。

甚至，如果從違法舉證的角度出發，依據通說重要的衡量理論 (Abwägungslehre)，本案並無證據利用禁止可言。就此，檢察署援引波鴻邦法院2008年4月22日的裁定（案號-2 Qs 10/08 -），該裁定甚至拒絕不使用買受的資料，當基於下列理由而有利於被告，亦即在德國刑法在該法第7條之外仍可適用，買受本身可以被認為德國刑法典第257條所稱之優惠與不正競爭禁止法第17條第2項第2

款所稱之幫助洩密，還有符合不正競爭禁止法第17條第2項第1款所規定之商業間諜之構成要件。在系爭的這個情況裡所涉及者，最重要的並非國家調查機關的違法行為，而是私人的刑法上可罰之行為。刑事訴訟法有關證據取得之規定，係規範刑事偵查審判機關，而不包括私人。準此以論，透過私人以違法的方式取得之證據資料，原則上仍可利用。

在必要衡量的範圍裡，應考慮者為，利用透過資料所得之事實，並不觸及私人生活形成不可碰觸的領域，而是有關其職務上的領域。可能成立的犯罪行為非首先指向被告。這個事實的利用特別有助於刑事可罰行為之澄清，此一犯罪行為之澄清特別是與公益有關。

4.a)區法院駁回抗告人等之聲請。法院補充檢察官的論點認為，本案中並未直接抵觸國際法，亦未迴避多邊或雙邊的國際規定。系爭資料並非向列支敦斯登這個國家，也不是向第三人提出請求而使用。這資料絕對不是根據聯邦情報局或刑事偵查機關之口頭命令而製作、獲得或以其他方式掌握，而是單純地被動收下。在此聯邦情報局只是被授權處理此事，蓋該DVD中包含了逾9,600筆有關國際資金流動的電磁記錄，只是剛好也包括了憲法訴願人之資料在其中。

b)波鴻邦法院於2009年8月7日認

為控告人們無理由而裁定駁回。其認為，發動搜索所必要之犯罪嫌疑，可以由有爭議的資料來支持。本案並無證據利用禁止的問題。在依內國法應係違法或根本為刑事可罰的情形，亦同。

憲法訴願人等所主張，歐洲互助公約與洗錢公約是否被規避適用，固有疑問。然而「偷竊資料」不能歸咎於聯邦德國。甚至，縱使是違反國際公約，亦無差別，蓋該國際條約並不賦予個人以權利，違背此等條約也不會導致利用禁止。除此之外，可能違背國際法的事件（「偷竊資料」以及買受「被偷竊」的資料）被排除；不會因為在調查程序中針對憲法訴願人等利用此等資料，就再次違反國際條約。

II. 憲法訴願人之主張

憲法訴願人等提起本憲法訴願指摘，其公平的、法治國的程序之請求權（基本法第2條第1項連結基本法第20條第3項、第25條）、基本法第13條第1項連結法治國原則與權利保護保障，以及基本法第103條第1項皆被侵害。

1. 憲法訴願人等主張，其基本法第2條第1項連結基本法第25條與法治國原則所保障之基本權被侵害，因為系爭資訊是作成搜索裁定之基礎。利用來自列支敦斯登之資料，在德國的刑事訴訟程序裡對抗對上開裁定之救

濟，抵觸了國際法，並且侵犯了列支敦斯登的主權，蓋該國領土的完整性並未被顧及。

憲法訴願人等主張，有關歐洲司法互助公約、聯合國大會關於國家在國際法上違法行為之責任之法議，以及國際法有關國家主權之規範之意義，並未受到充分地注意。如果考量到憲法訴願人等之基本權，系爭資料不得被利用。無論如何，法院在審查證據利用禁止時，必須把違背國際法列入考量。

2. 其等復主張，系爭干預性(angegriffen)之裁判，侵害了憲法訴願人受到基本法第13條第1項連結法治國原則與權利保障之基本權，因為由情報局未遵守不得將資料交給其他機關之要求，而且由於諸多的違法之處而導致系爭資料的證據利用應予禁止。

a) 聯邦情報局在違背刑法規範的情況下取得系爭資料，因為偷竊資料在列支敦斯登係刑事犯罪行為。因此，取得系爭資料自始就不符合該外國程序法規。益有進者，透過聯邦情報局去受領系爭資料的法律基礎，亦無所據。就此，聯邦情報局把系爭資料轉交予檢察署，亦同。不論是依據聯邦情報局法(Gesetz über den Bundesnachrichtendienst, BNDG)第9條或是租稅通則(AO)第116條皆沒有此等權限。聯邦情報局也不允許對其他機

關提供職務協助，蓋此等情形依據租稅通則第 112 條第 2 項已被排除在外。

由於買受系爭資料，德國主管機關依據不正競爭禁止法第17條第2項以及刑法典第257條的有利規定，係屬刑事可罰。刑法典第34條作為阻卻違法事由被排除。針對上開有利規定，僅以支持其出售即為已足。

b)憲法訴願人主張，就系爭資料成立利用禁止。前述之程序違法（違反國際法以及分離要求，參與公開未被授權之公司秘密）是如此重大，以致整體調查程序不能達到法治國原則之要求。就此亦涉及偵查機關的違法且係刑事可罰之行為，而不僅只涉及私人在刑法上重要的行為。因此，作為重大的程序違背，法院不得對於透過私人違法獲取證據資料作成過於寬鬆的裁判。

僅僅以上述理由即足得知，聯邦情報局的介入將導致他們去利用其特別的可能性，並且整件事情免於法院廣泛的審查。分離要求之要求乃保護個人免於國家不受控制的侵害。重大而且有意識的程序違反此一原則，亦不能用有功能刑事訴訟的公益取得平衡。

除此之外，憲法訴願人等等重複而且深化其等在專業法院中已提出之主張。

3.其等復又主張，基本法第103

條第1項被侵害，因為L公司的資料如何轉交到刑事偵查機關，以及聯邦情報局在買受個人資料中扮演何種角色等節，並未被公開予憲法訴願人等得知。檢察署對閱卷聲請業已依據租稅通則第30條認定係屬非法而拒絕。若缺乏足夠的資訊以及基於刑事偵查機關之通知與新聞報導之間的矛盾，要求憲法訴願人完整地評價系爭事實關係並且提出所有減輕負擔的論證，殆屬不可能。當事人提出更多的論證之後法院可能會作不同的裁判，這是不能被排除的。

III. 裁定理由

本件憲法訴願不受理。本件並不符合聯邦憲法法院法第93條第2項所規定的受理要件（=程序合法要件）。本憲法訴願並不涉及原則性的憲法意義（參照BVerfGE 90, 22〈24〉；96, 245〈248〉）。本件憲法訴願所提出之問題，已充分被解釋過了；該等問題若借助聯邦憲法法院裁判所發展出之尺度來審查，已無另外再裁判的必要。受理本件憲法訴願，亦與貫徹聯邦憲法法院法第90條第1項所規定之權利無涉，因為本案沒有足夠的勝訴可能。本憲法訴願部分程序不受理，其餘部分無理由。

1.憲法訴願人等已根據聯邦憲法法院法第90條第2項第1句之規定，窮盡所有救濟管道。針對邦法院的不利裁判，已無其他的訴訟管道可供救濟

(參照刑事訴訟法第310條第2項)。憲法訴願人等也不能再依據刑事訴訟法第33a條之規定事前提起對聽審之非難(Anhörungsrüge)。

a)假使提起憲法訴願主張侵害其法定聽審請求權(基本法第103條第1項)，則向專業法院提起對聽審之非難就算是權利救濟途徑，在通常情形下，此對窮盡聽審之非難管道乃為憲法訴願的程序合法性所繫(參照BVerfGE 42, 243〈245〉；74, 358〈380〉；122, 190〈198〉)。但是，如果對聽審之非難顯然無勝訴之望，則不在此限(參照BVerfGK 7, 403〈407〉)。不能要求憲法訴願人將顯無勝訴之望的權利救濟指為憲法訴願程序合法要件(參照BVerfGE 51, 386〈395 f.〉；52, 380〈387〉；78, 58〈68 f.〉)。

b)在系爭案件中，對聽審之非難可能係顯無勝訴之望，因為依據憲法訴願人之陳述，顯然並無聽審權被侵害之情事。

法定聽審權確保當事人獲得資訊、陳述與被顧及之請求權，其結果為當事人能夠在訴訟中自我決定，而且依當時具體情況而有所反應。基本法第103條第1項係與基本法的權利保護保障乃立於一個功能性的脈絡(參照BVerfGE 81, 123〈129〉)。當在刑事訴訟的調查程序裡，法院在欠缺事前聽審即對當事人作成侵害措施(刑事

訴訟法第33條第4項)，此權利尤其具有特別意義。然後，在抗告程序中至少提供額外的法定聽審。(參照BVerfGK 3, 197〈204〉；7, 205〈211〉；12, 111〈115〉)。在抗告程序中，無論如何僅能基於當事人事前已合事理的得知該等事實與證據資料，並且就該等事實與證據資料可以表示意見的基礎而作成對當事人不利的法院裁判。刑事訴訟法第33與33a條並不把被要求的聽審自限於事實與證據結果；毋寧是超越了法條文字的狹義字義範圍而及於所有法定聽審權可能的方向(參照BVerfGE 42, 243〈250〉)。準此，對裁判有重要性之證據資料的資訊，也屬於法院聽審請求權的範疇。法院裁判僅允許本於讓被告透過閱卷得以提出抗辯之事實與證據資料來作成(參照BVerfGK 7, 205〈211〉)。

憲法訴願人等雖然在其憲法訴願中指摘了根據基本法第103條第1項法定聽審權的侵害。然而，他並非指摘法院利用了那些他先前沒有聽審過的事實。此等違法顯然也被排除，因為憲法訴願人等業已完整閱覽了所有提供予抗告法院之卷宗裡面之資料，並且有對之表示意見之可能性。憲法訴願人等亦未主張，邦法院已利用那些他們先前難以接觸的認識。

然而憲法訴願人主張，法院獲得了有關取得資料載體的情況的其他資訊，而且必須將此等資訊提供使用，

藉此憲法訴願人等方有可能去適當地評價有關事實。然而，憲法訴願人藉此所指摘者並非法定聽審權之侵害，而是依據基本法第19條第4項之有效權利保障。

2.如果憲法訴願人等以專業法院必須說明，刑事偵查機關如何取得此等資料，以及聯邦情報局就此究竟扮演何種角色等為據，事實上是在指摘依據基本法第19條第4項之有效權利保障之侵害，那麼憲法訴願人等就沒有滿足聯邦憲法法院法第90條第2項第1句所規定之憲法訴願補充性原則的要求。

憲法訴願補充性原則要求，憲法訴願人在狹義的窮盡救濟管道的要求之外，要掌握所有依案件情況所提供之救濟可能性，以便在各專業法院的程序裡得糾正其所主張之基本權侵害，或是避免基本權侵害（本院歷來一致見解，參照BVerfGE 77, 381〈401〉；81, 22〈27〉）。

在專業法院的訴訟程序裡，憲法訴願人等並未遵守此一要求。在彼處，憲法訴願人等既未明示，復未默示要求刑事偵查機關去說明獲取資訊載體有關之事實。他們雖然在其閱卷聲請中說明，對他們而言有關者係系爭資訊從何處獲得。至遲在檢察署的通知了憲法訴願人等，他們所指明欲閱覽之卷宗和資訊（資料載體之保管目錄之卷宗，以及有關提供該等資料的

人之審理筆錄）並不在刑事偵查機關之後，憲法訴願人等仍然可以主張其獲得澄清之要求(Aufklärungsbegehren)。但是憲法訴願人等卻沒有這樣做，反而僅僅希望閱覽刑事偵查機關所擁有之案卷。

在憲法訴願的程序裡，憲法訴願人方始首度清楚地指摘，刑事偵查機關必須就買受資訊的情況與轉交予聯邦情報局等等情節作出解釋。藉此他們對於專業法院才能享有表示意見或要求相對應的調查之可能性。因此，根據憲法訴願的實質補充性原則(Grundsatz der materiellen Subsidiarität)，憲法訴願人等的上開指摘不能在憲法訴訟的程序中予以審理。

3.除此之外，系爭憲法訴願顯然無理由。系爭不利裁判並未侵害憲法訴願人等依據基本法第13條第1項所享有之居所不可侵犯的基本權。

搜索將嚴重地侵害居所不可侵犯的基本權（基本法第13條第1項）。就此等刑事訴訟裡的強制措施而言，刑事犯罪行為的犯罪嫌疑是必要且原則上也足夠的干預動機。這個犯罪嫌疑必須有具體事實為本；不明確的論據或是單純的推測則尚有未足（參照BVerfGE 44, 353〈381 f.〉；59, 95〈97 f.〉）。

就搜索所必要之租稅刑事行為之初始嫌疑，業已於系爭不利裁判中完整地說明了。專業法院就憲法訴願人

等並未就來自於列支敦斯登的財團法人財產的資本所得向德國稅捐稽徵機關提出申報的犯罪嫌疑，係植基於來自列支敦斯登的資料所得的認識，基於憲法是無可指摘的。

a) aa)由憲法訴願人等在其憲法訴願中所描述之由列支敦斯登的告密者獲得資訊的過程，與在系爭不利裁判裡所確認之事實並不相符。因為憲法訴願人等既沒有在專業法院的訴訟程序裡提出被證實的反駁，也沒有以憲法訴願提出有力的指摘，在系爭不利裁判裡所作成之確認，應可是認。

bb)針對來自於列支敦斯登的這些資料，是否允許作為准予刑事訴訟程序的搜索所必要之犯罪嫌疑的這個問題，並不觸及證據利用禁止的直接適用，因為該原則基本上僅僅涉及在刑事訴訟程序裡直接利用違法取得之證據資料去確定罪責的問題（參照 Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl. 2010, Einl. Rn. 55）。一個適用證據利用禁止之事實，是否以及在何種範圍裡可以用供證立搜索之初始嫌疑，毋寧涉及利用禁止的預先效力(Vorauswirkung)，而且在很大的範圍裡屬於證據利用禁止的遠程效力(Fernwirkung)（參照 Beulke, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 152 Rn. 26 f.）。藉此可以確認，會導致證據資料利用禁止的程序瑕疵，不會輕易地對整體刑事訴訟程序發生遠程效力（併參照BVerfGK 7,

61〈63〉）。

cc)與上開論證無關，根據憲法並不存在內容的原則，亦即並沒有在違法取得證據的情形下利用所取得之證據係屬違法的原則（參照BVerfGK 9, 174〈196〉；BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 27. April 2000 - 2 BvR 1990/96 -, NStZ 2000, S. 488; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 27. April 2000 - 2 BvR 75/94 -, NStZ 2000, S. 489; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 1. März 2000 - 2 BvR 2017/94, 2 BvR 2039/94 -, NStZ 2000, S. 489〈490〉；Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 30. Juni 2005 - 2 BvR 1502/04 -, NStZ 2006, S. 46; Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 2. Juli 2009 - 2 BvR 2225/08 -, NJW 2009, S. 3225）。判斷一個可能牴觸刑事訴訟程序規定究竟有何法律效果，以及就此特別是否屬於證據利用禁止的問題，首先屬各該管的專業法院的管轄權（參照BVerfGK 4, 283〈285〉；9, 174〈196〉；BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 28. Juli 2008 - 2 BvR 784/08 -, NJW 2008, S. 3053〈3054〉）。

刑事法院在固定的，在憲法上無可指摘的裁判裡的出發點乃為，對刑事訴訟法而言，沒有一個得一般適用

的法則，亦即尚無任何抵觸證據取得規定的違法都會引發刑事訴訟法上的利用禁止的法則，而且這個問題總是根據個案的個別情況，特別是按照禁止的種類與違法的嚴重程度，衡量各種相互不同的利益來作成裁判（參照 BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 28. Juli 2008 - 2 BvR 784/08 -, NJW 2008, S. 3053; BGHSt 38, 214 〈219 f.〉; 44, 243 〈249〉; 51, 285 〈289 f.〉; 併參照 Nack, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 6. Aufl. 2008, vor § 94 Rn. 10）。而且，如果刑事訴訟法並不接受「不計任何代價(um jeden Preis)」求取真相的話，採納利用禁止便不是刑事訴訟法上諸多本質原則之一，質言之，法院應發現真實，而且就應依職權去對所有重要的事實與證據資料為調查證據的原則。法治國原則允許並要求顧及具有功能的刑事訴訟的進行，倘若缺乏的話，便無法協助正義得到貫徹（參照 BVerfGE 33, 367 〈383〉; 46, 214 〈222〉; 122, 248 〈272〉）。法治國僅能在以下的情形下得到實現，亦即針對刑事訴訟當事人在現行法的範圍裡被追究責任、判決而且得到適當的處罰，皆有足夠的預防措施（參照 BVerfGE 33, 367 〈383〉; 46, 214 〈222〉; 122, 248 〈272 f.〉; 裁判持續見解）。若以此為尺度來衡量，那麼證據利用禁止即意味著一個例外，僅

有在法律有明文規定或基於高位階的重要原則在個案中方得被承認（參照 BGHSt 40, 211 〈217〉; 44, 243 〈249〉; 51, 285 〈290〉）。因此，刑事法院的裁判的出發點即為，尤其是存在著特別重大的瑕疵方有利用禁止可言（參照 BGHSt 51, 285 〈292〉; BGH, Beschluss vom 18. November 2003 - 1 StR 455/03 -, NStZ 2004, S. 449 〈450〉）。

證據取得的不容許性或違法性，根據聯邦憲法法院之見解，也不會輕易地導致證據利用禁止（參照 BVerfGK 9, 174 〈196〉; BVerfG, Beschlüsse der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 27. April 2000 - 2 BvR 1990/96 -, NStZ 2000, S. 488, und - 2 BvR 75/94 -, NStZ 2000, S. 489; vom 1. März 2000 - 2 BvR 2017/94, 2 BvR 2039/94 -, NStZ 2000, S. 489 〈490〉; vom 30. Juni 2005 - 2 BvR 1502/04 -, NStZ 2006, S. 46; Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 2. Juli 2009 - 2 BvR 2225/08 -, NJW 2009, S. 3225）。上開論證亦適用於有瑕疵的搜索（參照 BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 8. November 2001 - 2 BvR 2257/00 -, StV 2002, S. 113; Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 2. Juli 2009 - 2 BvR 2225/08 -, NJW 2009, S. 3225 〈3226〉）。但是，根據

憲法，限於證據利用禁止至少在重大、有意識或恣意的程序違法，而使得基本權的確保有計畫的或有系統地被忽視之時，此一證據利用之禁止，才會被要求（參照BVerfGE 113, 29〈61〉；BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 15. Juli 1998 - 2 BvR 446/98 -, NJW 1999, S. 273〈274〉；Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 16. März 2006 - 2 BvR 954/02 -, NJW 2006, S. 2684〈2686〉）。聯邦憲法法院僅僅在涉及私人生活形成的絕對核心領域的案例中，方承認來自於基本權的絕對證據利用禁止（參照BVerfGE 34, 238〈245 f.〉；80, 367〈374 f.〉；109, 279〈320〉）。個案事實是否觸及私人生活形成不可碰觸的領域，或者私人生活在特定條件下方對國家干涉開放的領域，沒有辦法去抽象的描述，只有在考量到個案的特殊性才能得到滿意的回答（參照BVerfGE 34, 238〈248〉；80, 367〈374〉）。

dd)在審查系爭不利裁判是否仍在法官的法之發現的界限時，聯邦憲法法院就解釋一般法律(einfaches Gesetzrecht)，包括選擇所適用的方法時，並不全面地審查其正確性。毋寧在刑事訴訟法的領域裡也限制把自己的審查限制在，專業法院在法律發現之時，是否尊重立法者的基本決定，以及是否使用公認的法律解釋方法

以可支持的方式去解釋適用法律（參照BVerfGE 82, 6〈13〉；96, 375〈394〉；122, 248〈258〉）。

判斷違背刑事訴訟的程序規範的可能違反會有什麼法律效果，以及就此是否算是證據利用之禁止，首先應由各該有管轄權的專業法院決定（參照BVerfGK 4, 283〈285〉；9, 174〈196〉；BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 28. Juli 2008 - 2 BvR 784/08 -, NJW 2008, S. 3053〈3054〉）。因此，聯邦憲法法院審查專業法院所做的，一方面是透過程序違反所導致的憲法訴願人等的法律地位之侵害，另一方面則是國家的刑事偵查利益的衡量，而非個案決定。毋寧，聯邦憲法法院把自己的權限制在審查，專業法院是否誤解了在憲法上重要的、受侵害的程序規範的保護領域，或者因為違法取得之證據而逾越了利用禁止的其他要求。

b)以上開諸多標準為據，系爭裁判憲法的角度觀之，乃屬無可指摘。

aa)公務員在獲取資訊時，依據內國法是否以及在何種範圍裡做了違法甚至刑事可罰之行為，本來就是可能的。法院在判斷一個資訊是否已符合發動搜索所必要之初始嫌疑時，乃是假設獲取資訊與現行法並不相符。這在憲法訴願人等所指稱之獲取資訊亦違反國際條約之主張，亦有適用。就此，系爭不利裁判亦假設，國際條

約在獲取資訊時可能被規避適用。

此外，憲法訴願人藉由憲法訴願針對公務員從列支敦斯登取得資料的行為在法律上之評價表示不服。就此，聯邦憲法法院之任務並不在於嗣後審查個人之法律地位。法律的解釋與適用乃為就此具有一般管轄權限的法院之責任，而且只要在相關裁判中沒有恣意存在或特別違反憲法規定，亦得解免於聯邦憲法法院之嗣後審查。如果一個裁判以法律來衡量可能有錯誤，並不屬於上述的情況；必待該錯誤已屬忽視基本權或與基本權相同之權利，或其法律判斷不論基於何種見解都不能支持，聯邦憲法法院才會介入審查（參照BVerfGE 18, 85〈92 f.〉；34, 369〈379〉）。

(1)假使系爭不利裁判是根據憲法訴願人等並未主張其所表示不服之國際法侵害而作成，則憲法訴願人等在憲法訴願中之指摘不能成立。憲法訴願人等反對邦法院將國際條約解釋，而主張告密人將系爭資料交給聯邦德國的行為應由聯邦德國負責。單單從憲法訴願人等這個曲解國際條約的解釋仍然沒辦法導出，邦法院認為在此有爭議之國際條約的歸責規定尚未被滿足的見解，從法律的角度而言無從被支持，或是憲法訴願人等之基本權未被顧及。

而且，邦法院認為，輕微的規避國際條約得被排除在可能的違法之外

，而且利用系爭資料以供判斷初始嫌疑並不意味著國際條約另一次違反的見解，無論如何非屬恣意。

(2)如果憲法訴願人指摘，取得系爭資料係違法或甚至係刑事可罰者，自其論證中同樣不能導出，在系爭不利裁判中所提出的刑法解釋不可被支持，或是憲法訴願人之基本權未被足夠地注意之結論。

針對取得系爭資料是否違法或甚至刑事可罰的這個問題，邦法院並未完全地判斷，反而就是否成立證據利用禁止的這個問題，假設公務員依據內國法可能有違法行為或甚至已實現刑事犯罪構成要件。藉此，邦法院在審查發動搜索所必要之初始嫌疑時，已充分地顧及了憲法訴願人等在其請求中所採取之立場。

如果憲法訴願人等上述情形以外，主張主管機關在取得系爭資料之時的行為之違法性具有刑事可罰性，他只是以個人之法律見解來反對專業法院之見解。然而，這不足以證成系爭判決有違法之處。

bb)憲法訴願同樣也未指出基本權如何被侵害，本件憲法訴願主張，系爭不利裁判在憲法訴願人等之利益與有效刑事追訴利益之間的衡量有所不當，蓋其中有效刑事追訴的利益將會導致生違法取得之資訊作為後續調查措施的結果。憲法訴願人等所提出，他們所主張之程序違法性如此嚴重

，以致整個調查程序皆無法滿足法治國原則之要求，從而系爭資訊不得作為初始嫌疑之基礎之主張，並無理由。

邦法院在系爭2008年4月22日的裁定中正確地指出，使用這些有問題的資訊以供證立初始嫌疑，並不涉及私人生活形成的絕對核心領域。所涉及者毋寧是有關憲法訴願人等與金融機構間之業務接觸。

在審查為了初始嫌疑而使用系爭資訊是否屬於嚴重侵害權利時，法院採取了有利於憲法訴願人等主張依據內國法係屬違法甚至為刑事可罰行為的立場。就此應注意者為，刑事訴訟法上有關證據取得與證據利用之規定，依據體系解釋、文義解釋與目的解釋，皆僅適用於國家的刑事追訴機關。由私人所取得之證據資料 - 即使是以違反刑法之方法取得時 - 原則上仍然可以使用（通說見解；參照BGHSt 27, 355〈357〉；34, 39〈52〉；Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 6. Aufl. 2008, Rn. 397有更多參考資料）。這意味著，僅僅由告密者所做的刑事犯罪行為，在判斷一個可能的證據利用禁止時，自始就不必被考慮。

從邦法院就事實與法律所作成的裁判出發，從由憲法訴願人主張被侵害的（情報局與警察）分離要求不能導出，縱使為了更進一步的調查措施，亦不得使用系爭資訊。區法院和邦

法院的出發點為，聯邦情報局透過職務協助的管道收受系爭資訊並且轉交出去。聯邦情報局與刑事追訴機關皆未安排使系爭資料被製造、被獲取或以其他方式被掌握。毋寧，告密者自願(von sich aus)求助於聯邦情報局。系爭不利裁判把上述事實進一步評價為，分離要求之違背自始即被排除在外。分離要求意味著，情治機關不允許擁有警察強制權限，質言之，不允許行使審訊、搜索、扣押或其他強制權限。因此，情治機關不得為非情報目的而去有目的地得知任意的發現(Zufallfunden)（參照Roggan/Bergemann, NJW 2007, S. 876）。憲法訴願人所主張聯邦情報局係被召喚來使用他的特別的可能性的這個主張，是不成立的。

如果系爭不利裁判在衡量多方不同利益之後，得到結論認為來自列支敦斯登之資訊可以被使用，以便證明搜索之初始嫌疑的話，這個結果是可理解的，並且不會有憲法上重要的缺失。由法院所假定的程序違背，以及在獲取資訊時違法甚至刑事可罰行為的可能性，不會導致絕對的利用禁止。法院業已認識到法律上具有重要性的各種不同角度，而且在衡量憲法訴願人之權利，特別是請求遵守刑事訴訟調查措施之請求權，以及具體的刑事追訴利益時將之納入考量。如果法院本於其衡量，得到對所得到之資訊

不成立，而禁止利用的話，並未逾越專業法院的判斷範圍。尤其無法認定的是，在假設的權利侵害裡，事涉嚴重的、有意的或恣意的程序違背，而在此等程序違背裡，基本權的確保被有計畫的或有體系的忽略。最後應注意者為，在此僅僅事涉一個被假定為程序有欠缺之資訊獲取的間接效果。

4. 本案其餘論證已無必要（聯邦憲法法院法第93d條第1項第3句）。

本裁判不得被撤銷。

法官：Osterloh

Mellinghoff

Gerhardt

「地方選舉法之5%門檻條款」判決

BVerfGE 120, 82

德國聯邦憲法法院第二庭2008年2月13日判決

- 2 BvR 1/07-

劉如慧 譯

要目

裁判要旨

案由

裁判主文

理由

- A.機關爭議訴訟之標的
 - I.相關法律規定
 - II.聲請人之主張
 - III.聲請相對人之主張
 - IV.相關機關之意見
 - V.言詞辯論
- B.機關爭議訴訟合法
 - I.本案可訴諸聯邦憲法法院
 - II.本案之訴訟對象合法
 - III.對權利之侵害或有直接侵害之虞
 - IV.期間之遵守
- C.訴訟參加合法
- D.聲請人之請求有理由
 - I.聯邦憲法法院之地位及審查標準

II.立法者有義務審視5%門檻條款

III.下述理由均無法正當化5%門檻條款

IV.機關爭議訴訟之裁判

E.償還墊款

F.表決數及參與之法官

關鍵詞

機關爭議訴訟(Organstreitverfahren)
5%門檻條款(Fünf-Prozent-Sperrklausel)
平等選舉權(Recht auf Wahlrechtsgleichheit)
政黨機會平等權(Recht auf Chancengleichheit)
多數決選舉制度
(Mehrheitswahlsystem)
比例選舉制度(Verhältnisswahlsystem)
地方代表機關之運作能力
(Funktionsfähigkeit der kommunalen

Vertretungsorgane)
計算價值平等(Zählwertgleichheit)
結果價值平等(Erfolgswertgleichheit)
專職市長及邦參議之直接選舉

(Direktwahl der hauptamtlichen
Bürgermeister und Landräte)
事實上之門檻條款(faktische
Sperrklausel)

裁判要旨

唯有當地方代表機關運作能力的
預期損害有相當之可能性(mit einiger
Wahrscheinlichkeit)時，始能正當化
5%之門檻條款。

案 由

聲請人：綠黨(Partei BÜNDNIS
90 / DIE GRÜNEN)，什列斯威－霍
爾斯坦邦黨部(Landesverband Schles-
wig-Holstein)，由邦委員會(Landesv-
orstand)代表，代表人邦主任委員 F.

訴訟代理人：Brunner, Peters,
D'Amico 律師事務所，Mühlenstraße
42, 23879 Mölln

輔助聲請人之參加人：左翼黨
(Partei Die LINKE)，什列斯威－霍爾
斯坦邦黨部，由邦委員會代表，代表
人為發言人 J. 和 B.

訴訟代理人：Appen, Koblitz, Lü
eße 以及 Smit 律師，Holtener Straße
154, 24105 Kiel

聲請相對人：什列斯威－霍爾斯
坦邦議會，由議長代表，邦大廈，D
üsternbrooker Weg 70, 24105 Kiel

訴訟代理人：1. Dr. Dr. h.c.
Hans-Peter Schneider 教授，
Rominteweg 3, 30559 Hannover；2.
Weissleder & Ewer 律師，
Walkerdamm 4 - 6, 24103 Kiel

聲請人請求，確認聲請相對人在
2006年12月13日的會議中否決綠黨黨
團關於「鄉鎮及縣選舉法」(Gemein-
de- und Kreiswahlgesetz, GKWG)第
10 條第 1 項之 5% 門檻條款修正案，
侵害聲請人依據基本法第 38 條第 1
項、第 28 條第 1 項第 2 句以及什列
斯威－霍爾斯坦邦憲法第 3 條第 1 項
規定之平等選舉權，暨基本法第 21
條第 1 項之政黨機會平等權；

備位請求，確認聲請相對人在
2006年12月13日的會議中處理綠黨黨
團之「鄉鎮及縣選舉法」之修正案時
，拒絕放寬該法第10條第1項規定之
5% 門檻條款，侵害聲請人依據基本
法第38條第1項、第28條第1項第2句
以及什列斯威－霍爾斯坦邦憲法第3
條第1項規定之平等選舉權，暨基本
法第21條第1項之政黨機會平等權。

聯邦憲法法院—第二庭—在
Hassemer 副院長、Broß 法官、
Osterloh 法官、Di Fabio 法官、

Mellinghoff法官、Lübbe-Wolff法官、Gerhardt法官以及Landau法官之參與下，根據2007年11月28日所進行之言詞辯論，作出有理由之判決。

裁判主文

1.聲請相對人在2006年12月13日的會議中否決綠黨黨團關於鄉鎮及縣選舉法第10條第1項之5%門檻條款修正案，侵害聲請人及參加人依據什列斯威－霍爾斯坦邦憲法第3條第1項以及基本法第21條第1項規定之權利。

2.什列斯威－霍爾斯坦邦應返還聲請人及參加人所為之必要墊款(Auslagen)。

理由

A.機關爭議之標的

本件邦機關爭議程序（基本法第99條、聯邦憲法法院法第13條第10款）涉及以下問題：什列斯威－霍爾斯坦邦議會在2006年12月13日的會議中以多數決否決綠黨黨團廢除該邦地方選舉法中5%門檻條款之修正案，是否侵害綠黨及左翼黨之權利。

I.相關法律規定

1.什列斯威－霍爾斯坦邦地方選舉之席次分配規定於該邦鄉鎮及縣選舉法第7條以下（1997年3月19日公布版本，最近一次修改為2005年2月1日該法第11條，GVOBl S. 57）。各該規

定如下：

第7條

基本規定

(1)鄉鎮及縣代表們由以下列方式選出之代表所組成：

1.於鄉鎮或縣之各選舉區經由多數決（第9條第5項）一直選代表，以及

2.於各選舉地域之鄉鎮或縣名單經由比例分配(Verhältnisausgleich)（第10條）－比例代表(Listenvertreter)

(2)居民人數70以下之鄉鎮無代表。

(3)為適用前項規定、為確定應選代表總額（第8條）、選舉區數目（第9條）、暨有權簽署選舉建議之選舉人數（für die Anzahl der einen Wahlvorschlag unterzeichnenden Wahlberechtigten）（第21條第1項），以邦統計局在選舉前第三年之12月31日所紀錄之居民人數為準。就第2項情形，於調查居民人數時，邦登記法第19條規定之河湖及海上船員不予計算在內。

第8條

代表總額(Anzahl der Vertreterinnen und Vertreter)

代表總額如下：

	代表總額：		
居民人數	總計	直選代表	比例代表

1.縣轄鄉鎮			
71 至 200	7	4	3
201 至 750	9	5	4
751 至 1,250	11	6	5
1,251 至 2,000	13	7	6
2,001 至 5,000	17	9	8
5,001 至 10,000	19	10	9
10,001 至 15,000	23	12	11
15,001 至 25,000	27	15	12
25,001 至 35,000	31	17	14
35,001 至 45,000	35	19	16
45,001 以上	39	21	18
2.非縣轄之市			
150,000 以下	43	23	20
150,001 以上	49	27	22
3.縣			
200,000 以下	45	27	18
200,001 以上	49	29	20

第9條

選舉區數目以及直選代表選舉

(1)居民人數71至2,000之鄉鎮為一選舉區。

(2)居民人數2,001至10,000之鄉鎮以下列方式選舉：

1.居民人數2,001至5,000之鄉鎮分為三個選舉區，各選出三名直選代表，

2.居民人數5,001至10,000之鄉鎮分為五個選舉區，各選出二名直選代表。

(3)縣以及居民人數10,001以上之鄉鎮，選舉區數目與第8條規定之直選代表名額相同。每一選舉區選出一位直選代表。

(4)每一選舉人之票數與選舉區中直選代表之名額相同。選舉人對每一候選人只能投一票。

(5)選舉區中由獲得最多票數之候選人當選。票數相同時，由選舉執行長(Wahlleiter)抽籤決定之。

第10條

比例分配(Verhältnisausgleich)

(1)每一個提出選舉建議名單(Listenwahlvorschlag)並獲得許可之政黨或政治團體(Wählergruppe)，若有至少一位直選代表當選，或在選舉地域內總計至少獲得5%之有效票，得參加比例分配。為計算比例分配之票數，每一個選舉建議名單之票數，為該政黨或政治團體推薦之直選候選人所獲得票數之加總。

(2)依前項規定票數不計入選舉建議名單所獲票數之直選代表人數，將自依照第8條規定之代表總名額中扣除。其餘席次將按照最高數計算法依序分配予選舉建議名單，其順序是以各選舉建議名單獲得之總票數除以1, 2, 3, 4等而得出(依比例應佔席次(verhältnismäßiger Sitzanteil))。分配

最後席次時，若最高數相同時，由選舉執行長抽籤決定之。

(3)政黨或政治團體以其依比例應佔席次扣除當選之直選代表後，剩餘席次分配予其選舉建議名單上之比例代表。

(4)倘若在選舉區中一政黨或政治團體當選之直選代表人數大於其依比例應佔席次，則超過之席次予以保留（超額席次）。此時應依照第2項第2句繼續依最高數往下計算額外席次並依第3項分配，直至最後一個超額席次為依比例應佔席次所涵蓋為止。但繼續分配之額外席次總數不得逾超額席次數目之兩倍。

(5)比例代表當選人依照各政黨或政治團體所提名單順序分配。倘若一政黨或政治團體之比例代表席次多於其名單上之被提名人，則該席次維持出缺。

(6)下列人選由名單中排除：

1.由選舉區中直接選舉產生之當選人，

2.名單提出後，脫離該政黨或政治團體，或參加另一政黨或政治團體之候選人。

鄉鎮及縣選舉法第10條第1項第1句規定之5%門檻條款自從該法於1959年4月1日生效之日（1959年3月25日版本之鄉鎮及縣選舉法第11條，GVOBl Schl.-H. 1959 S. 13）起即存在於什列斯威－霍爾斯坦邦地方選舉

法。

2.綠黨黨團於2006年5月19日提出什列斯威－霍爾斯坦邦鄉鎮及縣選舉法修正案(LTDrucks 16/794)，當中建議修改該邦地方選舉法之重要事項，包括廢除鄉鎮及縣選舉法第10條第1項規定之5%門檻條款。依據該草案，新鄉鎮及縣選舉法第10條第1項規定：

各政黨及政治團體在選舉地域之席次依照第9條第1項規定予以分配。

新鄉鎮及縣選舉法第9條第1項應規定席次分配如下：

各政黨及政治團體之席次數目依照聖拉古計算法(Sainte Laguë/Schepers)計算。獲得超過所有選舉建議候選人所獲票數半數以上之政黨或政治團體，於依照第1句分配席次時，若其選舉建議(Wahlvorschlag)獲得不超過供分配席次(zu vergebende Sitze)之半數，則將不依照第1句之計算方法，先分配予一個額外席次。此規定不適用於不同政黨及政治團體提出之聯合名單。準此，供分配之席次將依照第1句所稱之計算方法繼續分配。

2006年6月1日一讀之後，大會以一致決將草案送交內政及法律委員會進一步諮商及聽證（全體會議事錄16/32）。內政及法律委員會給予許多機構對此草案表示意見之機會，並於2006年12月6日建議邦議會否決此一

草案(LTDucks 16/1120)。在2006年12月13日邦議會的大會中，基督教民主黨及社會民主黨對抗自由民主黨、綠黨及南什列斯威選舉人聯盟(Südschleswigscher Wählerverband)，以多數決否決此一草案(全體會議事錄16/46)。

II. 聲請人之主張

聲請人於2007年4月4日提出機關爭議訴訟。渠主張，聲請相對人於2006年12月13日表決綠黨黨團所提出之鄉鎮及縣選舉法修正案時，未廢除或放寬第10條第1項規定之5%門檻條款，在缺乏充分理由之情形下予以保留，此舉侵害渠選舉平等權及機會平等權。渠認為，保留什列斯威—霍爾斯坦邦地方選舉法中5%之門檻條款牴觸邦憲法。

1. 聲請人認為，邦議會2006年12月13日之決議係為聯邦憲法法院法第64條第1項意義下之對權利影響重大之措施(rechtserhebliche Maßnahme)。立法者在詳細的大會辯論之後，否決法律草案，終局地表示保留鄉鎮及縣選舉法第10條第1項5%門檻條款之意願。即使認為聲請相對人之決定不能視為聯邦憲法法院法第64條第1項意義下之措施，立法者至少是不作為，同樣可對之提起機關爭訟。

聲請人具備聲請權。保留5%門檻條款損害其選舉平等權，因為在2008年5月即將到來的地方選舉中，

如果渠於各個鄉鎮未能匯集至少5%的票數，5%門檻條款將使其所獲選票毫無價值。過去在個別案例中，該條款已經阻礙渠進入地方代表機關。這同時也危及基本法第21條第1項所保障之政黨機會平等權，按之，政黨被保障共同參與政治的意志形成。只要聲請人在2008年的地方選舉未能跨越5%之門檻條款，則仍然被阻絕於透過各地方代表對政治意志之形成施予影響之重要可能性。

本聲請係在聯邦憲法法院法第64條第3項意義下及時提出。所指責之措施係邦議會於2006年12月13日之決議，其否決廢除5%門檻條款之法律草案。至今尚未超過6個月。

2. 聲請人認為否決該法律草案侵害其機會平等權。5%之門檻條款導致未跨越門檻之政黨票數受到不平等的對待。聯邦憲法法院只在極為狹隘之要件下容許平等選舉原則之例外。5%之門檻條款是否符合選舉之平等原則，無法一試定終生。不能普遍推定5%門檻條款之合憲性。立法者毋寧必須持續檢驗曾經通過的門檻條款，因為作為其基礎之情況可能改變。一個在最初通過時合憲的門檻條款可能由於框架條件的變化而成為違憲。此時—尤其如同本案基於一政黨之法律提案—立法者有責任，在內容上詳細探討門檻條款之合憲性。立法者有義務，評價所有納入考慮之情況後做

出預測。倘若立法者意欲保留5%之門檻條款，立法者毋寧負有特別的說理及證明義務，而非如聲請相對人之觀點，由聲請人肩負此項義務。

聲請相對人在審查範圍上並不符合要求。就一個有說服力的、符合憲法的保留5%門檻條款之決定而言，為決議建議做準備的內政及法律委員會在2006年12月6日進行之調查以及取得之意見，並未形成適當的基礎。立法者在判斷地方代表之運作能力時，不能僅止於直接援用或確認，為聯邦及邦議會選舉所發展出來的原則，亦即在比例代表制(Verhältnismahlrecht)存在情形下，缺乏門檻條款將促使較小的政黨和政治團體林立，致使意見形成益為困難。倘若聲請相對人對於5%門檻條款之正當性，合義務地進行憲法所要求之審查，將得到該條款不再合憲並且必須廢除的結論。

至少在引進市長及邦參議(Landesräte)之直接選舉以後，5%之門檻條款已經成為多餘。此外，5%之門檻條款只在約莫200個鄉鎮以及縣產生作用。其餘鄉鎮之居民人數少於1萬人，以致於在當地依照鄉鎮及縣選舉法第8條最多選出19位鄉鎮代表，是事實上5%門檻條款所造成的結果。在什列斯威－霍爾斯坦邦，大多數的鄉鎮無論保留或廢止5%之門檻條款均不受影響。再者，今日所有的鄉鎮中有2/3，競選者非政黨，而

只是統一的名單(Einheitslisten)。

3.左翼黨，什列斯威－霍爾斯坦邦黨部，於2007年10月6日聲明輔助參加聲請人。它如同聲請人因5%門檻條款之存續而遭受損害，並提出自己的陳述。

III.聲請相對人之主張

聲請相對人認為本案聲請及訴訟參加顯不合法而且亦無理由。

1.本案缺乏合法之訴訟標的，蓋聲請人之憲法上權利不可能因為聲請相對人之系爭措施遭受侵害，也因此並無拘束兩造之憲法關係存在。聯邦憲法法院法第64條第1項所稱之措施，僅指規範之頒布，而不包括邦議會對於法律草案之否決。此處涉及純粹的國會內部程序，它在立法程序進程中並未開展任何對外效力。

若將法律草案之否決定性為聯邦憲法法院法第64條第1項意義下能訴諸機關爭議之「措施」，如此一來，每一項關於政黨機會平等或選舉平等原則之政治爭議均能刻意透過法律草案的否決，而訴諸機關爭議程序，進入憲法法院。

若將本案聲請解釋為，聲請人自認為其權利因為5%門檻條款之保留而遭受侵害，則渠事實上係指責立法者之不作為。但此時必須遵守6個月期間之規定。

然而，本案無論如何缺乏一個賦予其聲請權限、由憲法明確規定之立

法者行為義務。聲請人自認為因立法不作為而遭受侵害，他必須闡釋，立法者從憲法的角度而言負有行為義務以及理由何在。聲請人並未說明此一狀況。他既未在聲請文件中，也未在先前整個國會諮商程序中，指出事實或法律關係有所改變或是立法者可能有任何錯誤預估。

2. 出於相同理由，左翼黨之訴訟參加亦不合法，他只不過是附和聲請人之陳述。

3. 此外，本案聲請亦無理由。聲請人未能闡釋，自從聲請相對人上次處理地方選舉法5%門檻條款之合憲性問題之後，什列斯威－霍爾斯坦邦的事實及法律關係產生根本性變化，以致於從憲法角度而言必須廢除5%之門檻條款。

a) 關於5%門檻條款現今在憲法上必須作成不同判斷之「闡釋及證明義務」在於聲請人。聯邦憲法法院曾經於2003年3月11日之裁判(BVerfGE 107, 286)中宣告，保留5%門檻條款並不違憲。

聯邦憲法法院在1957年1月23日就北萊茵－威斯特法倫邦地方選舉法中5%門檻條款之裁判理由(BVerfGE 6, 104)至今仍然適用。聯邦憲法法院在後續期間也多次確認上開裁判，並且在1961年5月30日之裁判中明確說明，什列斯威－霍爾斯坦邦鄉鎮及縣選舉法之門檻條款合乎聯邦憲法法院

歷年判決中視為容許之界限(vgl. BVerfGE 13, 1 <19>)。準此，依照聯邦憲法法院歷年判決應推定地方選舉法之5%門檻條款合憲。

b) 聲請人並未成功闡釋框架條件如何改變，致使5%門檻條款之合憲性成為問題。

aa) 不因為其他邦沒有門檻條款，聲請相對人即負有義務不予引進或加以廢除。同樣地，聲請人所援引之其他邦憲法之法院判決也不具有決定性，因為本案之法律問題係專以什列斯威－霍爾斯坦邦之憲法狀況作出判斷。此外，未有任何一個邦具有可與什列斯威－霍爾斯坦邦相提並論之地方憲法(Kommunalverfassung)及地方選舉法。

bb) 什列斯威－霍爾斯坦邦引進市長及邦參議直接選舉制度，也未使得5%門檻條款之憲法正當性喪失。在引進市長及邦參議直接選舉之後，地方代表機構對於行政高層仍然有重要之選舉作用。鄉鎮及市代表從成員當中選出副市長、縣議會選出邦副參議、市代表則選出市參議(Stadträte)。就行政高層與地方代表機關間之權限及權力分配而言，甚至可以得到相反結論：5%門檻條款在市長直選之條件下更重要而且更有必要。經由直接選舉，市長之職位取得直接之民主正當性，使其面對地方代表機關時地位更為強化。伴隨而來的是不利於地

方代表機關之權力推移，若廢除5%之門檻條款將使代表機關之多數意見形成益為困難，情勢將更為惡化。

另一方面，鄉鎮代表雖然喪失部分選舉功能，但並未損失重要任務而使其不再需要有形成穩定多數之能力。相反地，在過去賦與鄉代表之任務範圍在質量上均有增加。

cc)5%之門檻條款對於地方代表機關運作能力之維持意義重大。鄉鎮代表全體會議主要在各委員會中準備，因此他們能否為大會所接受非常重要。準此，全體會議的多數不可在委員會中成為少數。但若干城市及鄉鎮正面臨這樣的危險。

c)聲請相對人亦無在否決法律草案前未充分審查法律狀況，致使聲請人權利受損之情事。雖然聲請相對人作為最高之立法機關有義務對門檻條款持續監督。然而，監督之要求不應過度擴張，而且立法者對於廢除5%門檻條款可預期之運作妨礙有預估空間(Prognosespielraum)，此一空間不應受到過度限制。

IV.相關機關之意見

圖林根(Thüringer)法務部就此程序表示意見。它認為本件聲請合法，但無理由，因為地方選舉法之5%門檻條款從憲法角度無可指摘。它有助於達成眾所承認之目標，亦即確保地方代表團體之運作能力及公共福祉取向(Gemeinwohlorientierung)。

將地方代表團體之運作能力及公共福祉取向之必要性，以及政黨之平等選舉權暨機會平等，兩者取得平衡，原則是立法者的權責。

地方選舉法之門檻條款的意義在於，在多元政黨體系下保護地方代表們，以強化地方代表們之工作能力，並使黨派林立時通常會出現的統一和協調問題根本不致於發生。唯有當決議事實上符合多數意志時，地方代表們才能有運作能力。然而，缺乏門檻條款，少數對於地方代表所作決定之影響力將不合比例地增強。作成違反公眾利益之決議的可能性即因而提高。

對於地方代表們運作能力有侵害之虞的程度不應過度要求。北萊茵-威斯特法倫邦(Nordrhein-Westfalen)以及梅克倫堡-佛波門邦(Mecklenburg-Vorpommern)憲法法院所適用之嚴格標準，亦即以基於實證證據之具體危險作為前提，應予拒絕。從聯邦憲法法院判決毋寧可以推導出，運作能力有侵害之虞(eine Gefährdung)即已足夠。

在防衛性及價值受拘束之民主的憲法基本原則背景下，地方選舉法之5%門檻條款也無可指摘。邦立法者得以透過地方選舉法之5%門檻條款限制激進黨派在地方選舉之政治活動。未能跨越5%門檻條款之小黨派中，可能也有極端政黨，他們只想散布

倒退及仇外的意識型態，僅欲利用地方代表作為進一步政治野心的舞台及跳板。

V. 言詞辯論

在2007年11月28日進行之言詞辯論中，聲請人、參加人以及聲請相對人深化並補充其論述。聯邦憲法法院並聽取專業鑑定人（聯邦憲法法院法第27條之1）Everhard Holtmann教授以及什列斯威－霍爾斯坦邦鄉鎮議會執行長Jörg Bülow先生之意見。

B. 機關爭議訴訟合法

本案主要聲請合法。

I. 本案可訴諸聯邦憲法法院

1. 依據基本法第99條以及聯邦憲法法院法第13條第10款，本案可訴諸聯邦憲法法院。根據2006年10月11日修正通過之什列斯威－霍爾斯坦邦憲法 (GVBl Schl.-H. S. 220 ff.)第59c條，直到什列斯威－霍爾斯坦邦設置邦憲法法院以前，什列斯威-霍爾斯坦邦內之憲法爭議由聯邦憲法法院裁判。

2. 訴訟當事人之間必須有法律關係之爭議，而該法律關係是由憲法所塑造並從中產生相互間之憲法上權利及義務(vgl. BVerfGE 2, 143 <150 ff.>; 27, 152 <157>; 73, 1 <30>)。當政黨指責之法律規定涉及選舉之人民代表之組成時，即關乎政黨之憲法上地位(vgl. Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 1991, § 7 Rn. 9, 12;

Clemens, in: Festschrift für Wolfgang Zeidler, Band 2, 1987, S. 1261 <1265, 1270>)。聲請相對人身為什列斯威－霍爾斯坦邦之立法機關必須對於5%門檻條款之維持負責。因此訴訟當事人之間存在憲法上問題之爭議。

II. 本案之訴訟標的合法

聯邦憲法法院法第64條第1項，依其文義也適用於一邦之內之機關爭議(vgl. BVerfGE 27, 44 <51>; 60, 53 <63>)。按之，當聲請人得主張，因聲請相對人之措施或不作為，以致憲法所賦與之權利及義務遭受侵害，或有直接遭受侵害之虞時，機關爭議程序之聲請即為合法。訴請審查之措施必須是對權利影響重大(rechtserheblich)或至少成為可能損害聲請人法律地位之對權利影響重大之行為 (vgl. BVerfGE 57, 1 <4 f.>; 60, 374 <381>; 97, 408 <414>)。僅為準備性質或單純執行性之行為，並非機關爭議之適用對象(vgl. BVerfGE 68, 1 <74 f.>)。

1. 聲請人認為，邦議會2006年12月13日之表決以及伴隨而來之保留5%門檻條款，侵害其權利。渠主張，否決什列斯威－霍爾斯坦邦地方選舉之法律草案，並非如聲請相對人所言，僅涉及國會內部程序，未開展任何對外效力。終局否決法律草案，毋寧與5%門檻條款之保留相連結，其直接對外生效，並且涉及聲請人憲法

上所保障之權利。

2. 本案毋須回答聯邦憲法法院迄今懸而未決的問題：在何等條件下，立法者單純之不作為可訴諸機關爭議程序解決(vgl. BVerfGE 92, 80 <87>; 103, 164 <168 f.>; 107, 286 <294>; vgl. auch VfGH RP, Urteil vom 15. November 1971 - VG 7/71 -, DVBl 1972, S. 783 <784 f.>; VfGH NW, Urteil vom 6. Juli 1999 - VerfGH 14/98 und 15/98 -, DVBl 1999, S. 1271; LVerfG M-V, Urteil vom 14. Dezember 2000 - LVerfG 4/99 -, NordÖR 2001, S. 64 <65>)。不同於迄今所裁判之案例，本案不涉及立法者之單純不作為。聲請相對人毋寧已在內容上處理什列斯威－霍爾斯坦邦地方選舉法中5%門檻條款是否保留，並且在國會程序中明確拒絕旨在廢除門檻條款之法律草案。不管此一行動被評價為措施或不作為，在本案中，否決綠黨黨團廢除5%門檻條款之法律提案無論如何係為合法之機關爭議程序處理對象。

a) 依照聲請文義，聲請人指責聲請相對人的一項措施，亦即於 2006 年 12 月 13 日之邦議會會議中否決綠黨黨團之法律草案。渠於聲請理由中進一步闡述，「聲請相對人於 2006 年 12 月 13 日之系爭決定」該當於聯邦憲法法院法第 64 條第 1 項意義下之有法拘束力之措施。藉由否決法律草案，立法者終局表達保留 5% 門檻條

款之意欲。此外，聲請人亦表示，渠反對 5% 門檻條款繼續存在，並認為渠之選舉平等權以及政黨機會平等權因而受損。

b) 機關爭議程序的標的原則是規範之頒布(vgl. BVerfGE 2, 143 <177>; 20, 119 <129>; 20, 134 <141>; 99, 332 <337>)。法律草案之否決可否一般性地評價為聯邦憲法法院法第 64 條第 1 項意義下之有法拘束力之措施，可置而不論。聲請相對人不只是未進一步討論即否決地方選舉法中 5% 門檻條款之提案，也沒有通過對門檻條款無直接影響之地方選舉法規定。綠黨黨團於 2006 年 5 月 19 日之提案明確欲廢除門檻條款。2006 年 6 月 1 日一讀後，該法律草案被以一致決送交邦議會之內政及法律委員會進一步諮詢。該委員會給予不同機構對該法律草案表示意見之機會。故黑森邦內政及體育委員會、梅克倫堡－佛波門邦內政部、什列斯威－霍爾斯坦邦城市聯盟、什列斯威－霍爾斯坦邦鄉鎮議會、梅克倫堡－佛波門邦市及鄉鎮議會協會(der Städte- und Gemeindetag Mecklenburg-Vorpommern e.V.)、以及基爾之克里斯提昂－阿爾伯瑞茲大學(Christian-Albrechts-Universität zu Kiel)裡的羅倫茲－封－史坦行政學中心(das Lorenz-von-Stein-Institut für Verwaltungswissenschaften)均表示意見。內政及法律委員會深入研究 5%

門檻條款保留問題，最後委員會之多數結論為，建議邦議會否決該法律草案。因此在本案中，法律草案之否決與法律之通過無異，而後者被評價為措施。這兩種情形中，立法者均在國會程序中實質處理地方選舉法之門檻條款問題，並且作出侵犯聲請人地位權利(Standsrechte)之決定。反之，不僅是聯邦憲法法院第二庭于2001年3月8日之裁判(BVerfGE 103, 164)，包括2003年3月11日之裁判(BVerfGE 107, 286)，均以立法者單純之不作為為基礎。這些機關爭議程序的出發點既非具體的法律草案，也不是關於什列斯威－霍爾斯坦邦地方選舉法中之5%門檻條款保留之爭議。

III. 對權利之侵害或有直接侵害之虞

在聯邦憲法法院法第64條第1項之意義下，聲請人亦有權聲請(vgl. BVerfGE 4, 144 <147 f.>; 27, 44 <51>; 60, 53 <63>)。渠已足夠具體釋明，聲請相對人藉由系爭對權利影響重大之措施侵害渠源於憲法所保障之權利或有直接侵害之虞(unmittelbare Gefährdung)。

聲請人並不因為未參與立法程序即喪失聲請權限。對於自己權利之「侵害」或「直接侵害之虞」也不要求，利害關係人必須是措施相對人，抑或該措施正是有目的地針對他而來。當聲請人必然也受到該措施波及時

(mitbetroffen)，自己權利之侵害或直接侵害之虞毋寧已經存在(vgl. BVerfGE 62, 1 <32>; Clemens, in: Festschrift für Wolfgang Zeidler, Band 2, 1987, S. 1261 <1282>)。聲請人參與什列斯威－霍爾斯坦邦之地方選舉，將因為5%門檻條款之維持，而影響渠機會平等以及選舉平等之權利，從而影響渠地位權利(statusmäßige Rechten)。

聲請人也充分釋明，透過鄉鎮及縣選舉法第10條第1項之5%門檻條款之維持，渠源自什列斯威－霍爾斯坦邦憲法第3條第1項(選舉平等)及基本法第21條第1項之權利(政黨機會平等)可能已受侵害。

IV. 期間之遵守

依據聯邦憲法法院法第73條第2項連結第64條第3項，邦機關爭議之程序聲請必須在聲請人知悉系爭措施或不作為後6個月內提出。

聲請人于2007年4月4日向聯邦憲法法院提出聲請，自2006年12月13日起算，仍然在6個月期間內。

C. 訴訟參加合法

左翼黨及什列斯威－霍爾斯坦邦黨部之參加，符合聯邦憲法法院法第65條第1項規定，係為合法。

政黨不僅在機關爭議程序有當事人能力，有權透過機關訴訟指摘其在選舉法領域之憲法地位遭受侵害，也有權參加訴訟程序。倘若一政黨以其

相對於其他憲法機關之憲法地位為根據，進行機關爭議程序，其他政黨通常可以參加(vgl. BVerfGE 20, 18 <24>)。

左翼黨充分同意聲請人之聲請及論述。與聲請人相同，參加人身為政黨，也可能因為系爭5%門檻條款而有權利受損。提議廢除5%門檻條款之法律草案遭到否決，也涉及政黨機會平等，從而涉及參加人身為政黨之地位。

由於機關爭議程序在左翼黨參加之際已經繫屬，故無理由依據聯邦憲法法院法第64條規定之期間禁止渠參加此一程序(vgl. BVerfGE 92, 203 <229>)。使爭訟資料盡可能廣泛呈現並受法律評價，毋寧是憲法價值。

D. 聲請人之請求有理由

聲請人之請求有理由。聲請相對人於2006年12月13日之會議中否決綠黨黨團關於鄉鎮及縣選舉法第10條第1項之5%門檻條款修正案，從而無充分理由保留門檻條款，侵害聲請人及參加人依據什列斯威－霍爾斯坦邦憲法（以下稱邦憲法）第3條第1項以及基本法第21條之權利。

I. 聯邦憲法法院之地位及審查標準

依據基本法第93條第1項第5款以及第95條，聯邦憲法法院此處係居於什列斯威－霍爾斯坦邦邦憲法法院之地位。因此審查標準為邦憲法(vgl. BVerfGE 27, 240 <244>; Löwer, in:

Handbuch des Staatsrechts, Band III, 3. Aufl. 2005, § 70 Rn. 53; Sturm, in: Sachs, Grundgesetz, 4. Aufl. 2007, Art. 99 Rn. 6; Wilke, in: Caspar/Ewer/Nolte/Waack, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, 2006, Art. 44 Rn. 4)。唯有當基本法之特定規定例外在邦憲法中作為不成文要素產生作用時，始能審查是否違反基本法(vgl. BVerfGE 103, 332 <357 f.>; Sturm, in: Sachs, Grundgesetz, 4. Aufl. 2007, Art. 99 Rn. 6; Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Stand: Dezember 1995, § 73 Rn. 47 f.)。

II. 立法者有義務審視5%門檻條款

1.a)對於什列斯威－霍爾斯坦邦之地方選舉而言，選舉之平等原則來自邦憲法第3條第1項規定，其係重述依據基本法第28條第1項業已具有拘束力之選舉法基本原則（依據基本法第38條第1項）(Wuttke, in: Schmalz/Ewer/von Mutius/Schmidt-Jortzig, Staats- und Verwaltungsrecht für Schleswig-Holstein, 2002, S. 35; Meyer, Kommunales Parteien- und Fraktionenrecht, 1990, S. 57)。其解釋得援引聯邦憲法法院對於基本法第38條第1項第1句之判決，因為選舉法基本原則之內容在聯邦及邦層次上一致(vgl. Schreiber, Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag, 7. Aufl.

2002, § 1 Rn. 18; ders., in: Friauf/Höfling <Hrsg.>, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Band 3, Stand: Dezember 2007, Art. 38 Rn. 16; Ehlers, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in Nordrhein- Westfalen, Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen, S. 273 f.; Caspar, in: Caspar/Ewer/Nolte/Waack, Verfassung des Landes Schleswig- Holstein, 2006, Art. 3 Rn. 25)。

選舉平等原則確保作為民主原則前提之國家人民平等性(vgl. BVerfGE 41, 399 <413>; 51, 222 <234>; 85, 148 <157 f.>; 99, 1 <13>)。行使選舉權時，所有國民之平等對待是國家秩序的重要基礎之一 (vgl. BVerfGE 6, 84 <91>; 11, 351 <360>)。選舉之平等原則要求，所有國民能夠盡可能以形式上相同之方式行使積極及消極選舉權。此原則是以嚴格及形式平等之意義予以理解 (vgl. BVerfGE 51, 222 <234>; 78, 350 <357 f.>; 82, 322 <337>; 85, 264 <315>)。

選舉法之選舉平等原則要求，每一位選舉權人之選票原則上必須具有相同的計算價值(Zählwert)以及在法律上就結果有相同的機會。所有選舉人投下的選票應該對於選舉結果有相同的影響。

b)選舉平等原則在多數決選舉制

度(Mehrheitswahlsystem)以及比例選舉制度(Verhältnisswahlsystem)中作用方式不同。所投選票中，唯有投給獲得多數支持之候選人者，始分配到代表，此符合多數決選舉制度之目的；反之，投給僅有少數支持之候選人之選票則在分配代表席次時未獲考慮。此處，選舉平等原則在所有選票相同計算價值之外，僅要求在選舉時，以盡可能大小相同的選舉區為基礎，從而所有選舉人能以大致相同的選票價值參與創設過程(Kreationsvorgang) (BVerfGE 95, 335 <353>)。

相對地，在比例選舉制度中，選舉平等原則意味著每一位選舉人的選票對於代表的組成必須具有相同的影響力(vgl. BVerfGE 1, 208 <246 f.>; 16, 130 <139>; 95, 335 <353>)。比例選舉制度旨在使所有政黨中以盡可能與所獲票數相同之比例在該選舉機關中獲得代表。在比例選舉制度中，除計算價值平等(Zählwertgleichheit)之外，還加上結果價值平等(Erfolgswertgleichheit)。

c)邦憲法對於地方選舉並未規定特定選舉制度。立法者原則上可自由選擇多數決或比例選舉制度(vgl. BVerfGE 6, 104 <111>; Klein, in: Maunz/D ü rig, Grundgesetz, Stand: März 2007, Art. 38 Rn. 158; von Mutius, in: von Mutius/Wuttke/Hübner, Kommentar zur Landesverfassung

Schleswig - Holstein, 1995, Art. 3 Rn. 2; Wuttke, in: Schmalz/Ewer/von Mutius/Schmidt-Jortzig, Staats- und Verwaltung srecht für Schleswig-Holstein, 2002, S. 22; a.A. Meyer, in: Handbuch des Staatsrechts, Band III, 3. Aufl. 2005, § 45 Rn. 31)。立法者同樣也有權決定將兩種選舉制度相互結合。然而基本法以及邦憲法就選舉法之形塑所賦予立法者之廣泛決定空間，並非毫無限制。雖然有各種設計可能性，立法者毋寧負有義務，依所擇選舉制度之基本要素，在結果上正確予以形塑，不得引進違反結構之要素 (vgl. Schreiber, Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag, 7. Aufl. 2002, § 1 Rn. 31)。

選舉法必須符合選舉權之基本原則。立法者在形塑選舉法時負有義務，在各個選舉制度中維護選舉之平等。當他決定某一選舉制度時，必須遵守適用於各該制度框架內之選舉平等標準 (vgl. BVerfGE 95, 335 <354>)。

2. 對政黨而言，被選舉人之機會平等原則奠基於基本法第21條第1項。若民主植基於意見及利益的自由競爭，則意見不同之各政黨及團體必須能夠在相同條件下、有相同機會參與政治競爭。因此政黨機會平等權理所當然是民主基本秩序之要素 (vgl. BVerfGE 1, 208 <242>)。此源於政黨設立自由及多黨原則對於自由民主之

重大意義，並源於基本法所欲之人民意見及意志形成之自由及公開過程 (Schreiber, Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag, 7. Aufl. 2002, § 1 Rn. 22; Achterberg/Schulte, in: Dolzer/Vogel/Graßhof, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: Februar 2007, Anh. z. Art. 38: BWahlG Rn. 15)。

機會平等原則在內容上要求，每一個政黨、政治團體及其候選人原則上在整個選舉程序中被賦予相同機會，從而在席次分配上也有相同機會。政黨選舉時之機會平等權在邦層次上由基本法第21條第1項不成文之憲法地位所導出，其亦直接適用於邦，並且為邦憲法之要素 (vgl. BVerfGE 1, 208 <227>; 6, 367 <375>; 60, 53 <61>; 66, 107 <114>; Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Stand: Dezember 1995, § 73 Rn. 48; Wilke, in: Caspar/Ewer/Nolte/Waack, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, 2006, Art. 44 Rn. 4, 16; vgl. auch SaarlVfGH, Urteil vom 26. März 1980 - Lv 1/80 -, NJW 1980, S. 2181 <2182>; VfGH NW, Urteil vom 29. September 1994 - VerfGH 7/94 -, NWVBl 1994, S. 453)。

政黨之機會平等權與選舉之普通及平等原則緊密相關，後者的形成係透過民主原則。因此在此領域平等必

須以嚴格暨正式意義予以要求，如同選舉之普通及平等原則所蘊含之選舉權人之平等對待。故當公權力以可能改變政黨平等之方式介入政黨競爭，其裁量必須劃設特別狹隘之界限(BVerfGE 85, 264 <297>)。正因為各國會多數某程度正是在這些涉及政黨競爭條件規則下活動，因此在此範圍內也必須嚴格審查。

3. 什列斯威－霍爾斯坦邦在其鄉鎮及縣選舉法中依照比例選舉之基本原則確立其選舉制度。在什列斯威－霍爾斯坦邦地方選舉法中所存在之直選代表可能性並沒有打破比例選舉制度，因為所獲選票同時也是（政黨）名單之票數(zugleich als Votum für die Liste gilt)，議席將依照總票數扣除直選席次後予以分配。立法者選擇比例選舉制度以後，有義務確保選票不僅在計算價值上，在結果價值上也平等。

鄉鎮及縣選舉法第10條第1項規定之5%門檻條款致使選票之權重不同。所有選票之計算價值未因5%門檻條款而有所改變，但選票之結果價值卻有不相同之待遇，端視選票係投給得以囊括5%以上選票之政黨，或是未能跨越5%門檻條款之政黨而定。選票若係投給能囊括5%以上選票之政黨，則依照比例分配(Verhältnis-ausgleich)對於席次分配產生直接影響。反之，選票若是投給未能跨越

5%門檻條款之政黨，則毫無效果。5%門檻條款致使這些選票在此範圍內喪失結果價值。

聲請人之機會平等權同時也因為5%門檻條款而受損(vgl. BVerfGE 6, 104 <112>)。此時所涉及者並非僅止於不重要及可忽略之不利益(eine unerhebliche und zu vernachlässigende Benachteiligung)。這經由聲請人所提資料可資確認，蓋渠提出什列斯威－霍爾斯坦邦2003年地方選舉之最終結果，闡述渠於不同之縣中未能跨越5%門檻條款，因此無法和其他跨越5%障礙之政黨以相同方式參與席次分配。

4. 選舉平等之基本原則如同政黨機會平等原則，並非絕對禁止差別待遇(Differenzierungsverbot)。然而由選舉平等及政黨機會平等基本原則的形式性格可推導出，對於選舉法規定，立法者就差別待遇只剩下狹隘的衡量空間(ein eng bemessener Spielraum)。再者，立法者有義務，審視涉及選舉平等及機會平等之選舉法規範，必要時甚至予以修改，倘若此一規範之憲法正當性由於新發展而有所疑義。

a) 就選舉平等之差別待遇正當性之審查，原則上採取嚴格標準(vgl. BVerfGE 82, 322 <338>; 93, 373 <377>; 95, 408 <418>; Schreiber, Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag, 7. Aufl. 2002, §

1 Rn. 20; ders., in: Friauf/Höfling <Hrsg.>, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Band 3, Stand: Dezember 2007, Art. 38 Rn. 52, 83)。聯邦憲法法院此處向來要求必須有急迫理由 (dem Erfordernis eines „zwingenden Grundes“) (seit BVerfGE 1, 208 <248 f.>; vgl. auch BVerfGE 95, 408 <418>)

。然而這並不意味著，憲法要求差別待遇必須是必然的或需要的，如同選舉平等基本原則與其他選舉法基本原則或其他基本權利相衝突時可能發生的情形一樣。選舉法差別待遇之正當化理由也可以是藉由憲法正當化並且其重要性與選舉平等相稱者 (vgl. BVerfGE 95, 408 <418>)。它們毋須是憲法要求實現之目標。在此脈絡下，「充分的」(zureichende)、「源於人民代表選舉事務領域本質所生之理由」毋寧亦為已足 (vgl. BVerfGE 1, 208 <248>; 6, 84 <92>; 95, 408 <418>)

。尤其包括為了實現該選舉所謀求之目標。確保選舉之性質為人民政治意志形成之整合過程，以及維護當選之人民代表之運作能力，即屬之 (BVerfGE 95, 408 <418>)。

差別待遇規定必須是為了達成其目標所適當的、必須的。因此所容許之範圍也依照（平等）選舉權將受侵害之強度而定。穩固的法律確信以及法律實務同樣可以受到尊重。立法者之預估及評價不能以抽象建構之情境

為依歸，而應取向於政治現實 (BVerfGE 95, 408 <418 f.> m.w.N.)。倘若立法者以差別待遇規定追求其塑造選舉法時所不容許之目標，或是該規定對於各該選舉所欲追求目標之達成而言不適合或不必要，則將違反選舉平等以及政黨機會平等之基本原則。

b) 立法者有義務，審視涉及選舉平等及機會平等之選舉法規範，必要時甚至予以修改，倘若此一規範之憲法正當性由於新發展而有所疑義，例如由於立法者引為前提之事實或規範基礎發生變化，或是當初發布規範時就其影響所為之預測已經證明為錯誤 (Klein, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand: März 2007, Art. 38 Rn. 123 unter Hinweis auf BVerfGE 73, 40 <94>; 82, 322 <338 f.>; 107, 286 <294 f.>)。

聯邦憲法法院很久以前即已強調，比例選舉法中之門檻條款與選舉平等以及政黨機會平等之相容性判斷，無法抽象地一試定終生。一項選舉法規範可能在某一國家之某一特定時點具備正當性，但在其他國家或是其他時點則否 (BVerfGE 1, 208 <259>; 82, 322 <338>)。因此，曾經被視為容許之門檻條款並非在任何時間均無憲法上之疑慮。當一個國家內部情勢重大變更時，則毋寧可能產生不同之憲法判斷。當選舉法之立法者發現此一意

義下之情勢變更，必須納入考慮。

什列斯威－霍爾斯坦邦地方選舉法之5%門檻條款於1959年引進之初是否合憲，可置而不論；蓋門檻條款應否繼續保持，決定關鍵唯有當前之情況。有鑑於此，聯邦憲法法院於2003年3月11日就什列斯威－霍爾斯坦邦地方選舉法5%門檻條款之裁判中確認，1995年地方憲法之修改（引進專職市長及邦參議之直接選舉）可能剝奪門檻條款之正當性，從而建立聲請相對人之審視及改善義務(eine Überprüfungs-und Nachbesserungspflicht) (vgl. BVerfGE 107, 286 <296>)。

III. 下述理由均無法正當化5%門檻條款

依照這些標準無法正當化保留5%門檻條對於聲請人所帶來之平等選舉權以及機會平等權利之侵害。

1. 下述理由無法正當化5%門檻條款：其有助於使憲法敵對或（右翼）極端政黨遠離地方代表機關之參與。防阻政黨鬥爭在此脈絡下是一個與本質無關之動機(vgl. BVerfGE 1, 208 <257>)。5%門檻條款不只是對（不希望的）極端政黨產生作用，而同樣涉及所有政黨，包括地方政治團體以及個別候選人。對抗違憲政黨，基本法第21條第2項有程序規定可供使用。此外，只要聯邦憲法法院尚未透過判決宣告某政黨違憲並解散之，上開規定禁止國家與之對抗(vgl. BVerfGE

111, 382 <410>)。選舉立法者無權透過引進或保留門檻條款，具目標性地將特定政黨排除在共同參與政治意志形成之外(Ehlers, Jura 1999, S. 660 <665>; Puhl, in: Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 441 <456>)。

2. 確保政治權力取向於大眾福祉，現今也不能視為什列斯威－霍爾斯坦邦之地方代表選舉保留5%門檻條款之急迫理由。

未設限之比例代表制在比例選舉法框架中，雖然容易使得那些主要僅代表部分利益、缺乏取向於整體福祉之政治綱領的小團體也能擁有代表(vgl. BVerfGE 51, 222 <236>)。因此聯邦憲法法院於5%門檻條款在聯邦及歐洲層次之正當性中討論此一觀點，並強調大政黨在這些選舉中之意義(vgl. BVerfGE 6, 84 <92>; 51, 222 <236>)。

無論這些觀點是否以及在多大範圍內能夠正當化聯邦層次之5%門檻條款，它們至少在地方層次無法予以正當化。地方憲法以及地方實相係由鄉鎮居民自決權之思想所形塑。即使尤其在較大之鄉鎮或縣，居民之意志形成大多由政黨所造就，然而由地方自治行政之保障可以得出，地方代表團體候選人之選擇必須無論如何也可能依照個別特殊目標，因此可以不專屬保留給依其本質及結構主要以國家

整體為取向之政黨。受束於地方、僅追求地方利益之政治團體（市政廳政黨或選舉人協會）(Rathausparteien oder Wählervereinigungen)的選舉建議權，以及其候選人平等參與地方選舉之機會也必須受到維護(BVerfGE 11, 266 <276>)。

此外，地方選舉法中之5%門檻條款也對多年來活躍於聯邦及邦層次之政黨產生作用。哪一政黨或候選人團體最能代表人民之利益，並非由選舉法立法者決定，而是選舉權人(vgl. VfGH NW, DVBl 1999, S. 1271 <1275>; Ehlers, Jura 1999, S. 660 <665>; Heinig/Morlok, ZG 2000, S. 371 <382>; Puhl, in: Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 441 <456 f.>)。

3.確保人民代表之運作能力原則上可以正當化5%門檻條款帶來的不平等，然而就地方選舉，必須注意依照各邦法律及事實基礎產生之地方代表機關特殊性。

a)在比例選舉制度中，被視為平等選舉權差別待遇的正當化理由之一者，是聯邦憲法法院判決中一再重申之確保所選出人民代表之運作能力(vgl. etwa BVerfGE 1, 208 <247 f.>; 4, 31 <40>; 6, 84 <92, 93 f.>; 51, 222 <236>; 82, 322 <338>)。對於立法機關之選舉，聯邦憲法法院多次闡釋，比例選舉可能導致國會有許多小團體

代表，阻礙穩定多數之形成或是導致形成困難。倘若將忠實反映全體選民政治意見光譜之原則貫徹到底，將產生立法團體無運作能力之危險，尤其是不再能夠創設有行動能力的政府(vgl. BVerfGE 1, 208 <248>)。法治國中廣泛的立法工作以特別程度要求政府和國會間之合作。政府必須盡可能持續受到國會多數信賴之支持，俾於通過迫切的法案時，不會時常瀕臨喪失支持者之危險(BVerfGE 6, 84 <94>)。人民代表中清楚的多數對於其任務之達成不可或缺。因此立法者允許在比例選舉中就選票之結果價值採取差別待遇，只要這是為了確保選舉作為政治意志形成之整合過程以利整體選舉制度之一致性，以及確保選舉所要追求之目標，所絕對必要(BVerfGE 51, 222 <236>)。

b)聯邦議會及邦議會選舉之5%門檻條款有其必要，但不能直接推導出門檻條款對於地方代表機關之運作能力也具有必要性。雖然在地方選舉法中，為了維護所選機關之運作能力，原則上也可以考慮就選舉平等以及政黨機會平等基本原則採取差別待遇(Puhl, in: Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 441 <452>)。然而在此範圍內必須提出哪些要求以及它們是否確實被實現，對於地方選舉法必須另外判斷。限制選舉平等以及機會平等基本原則，是否為維護地方

代表機關之運作能力所必須，只能就所選機關之具體運作加以判斷(vgl. BVerfGE 6, 104 <115>)。

此處必須考慮，鄉鎮代表會和縣議會並非國家法意義下之國會(vgl. BVerfGE 65, 283 <289>; 78, 344 <348>; BayVerfGH, Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs mit Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, des Bayerischen Dienststrafhofs und des Bayerischen Gerichtshofs für Kompetenzkonflikte, 1952, N.F. Band 5, S. 66 <76>; Wurzel, Gemeinderat als Parlament?, 1975, S. 170 ff.; Waechter, Kommunalrecht, 3. Aufl. 1997, Rn. 284)。地方代表團體旨在完成作用範圍以地方為限之任務，與國會行使國家權力無法相提並論。鄉鎮代表會是行政的一個機關，首先被賦與行政活動。不同於國會，鄉鎮代表會和縣議會並不從事立法活動。雖然代表機關採合議制結構(die kollegiale Struktur)並有制定章程之權限也無礙於此項事實。地方代表機關也沒有創設一個類似於政府之執政委員會之功能。最後，地方代表機關之決定處於法律監督之下(什霍邦鄉鎮規章第123條)。

4.將選舉所謀求之目標，即確保人民代表大會之運作能力，與選舉平等及政黨機會平等之要求取得平衡，

原則是立法者的任務。聯邦憲法院必須尊重其空間。尤其不能承擔立法者在立法過程之任務，不能自行調查為了審視5%門檻條款所有重要相關之事實及法律觀點，並且相互衡量(vgl. Puhl, in: Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 441 <449>)。

門檻條款之使用植基於立法者對於小黨派進駐之蓋然率、未來可能之運作能力障礙以及對於地方代表機關完成任務之重要性等之評估。作成預估決定時(vgl. hierzu Wenner, Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1986, S. 157 ff.)立法者不得僅以地方代表機關之作用能力受損之純粹理論上可能性以正當化其侵害。選舉立法正存在這樣的危險，各個國會多數係以自身權力之獲取作為引導目標，而非有關大眾福祉之考慮(vgl. Meyer, in: Handbuch des Staatsrechts, Band III, 3. Aufl. 2005, § 45 Rn. 37, § 46 Rn. 30; Linck, Jura 1986, S. 460 <464>; Becht, Die 5 %-Klausel im Wahlrecht, 1990, S. 120 f.)。在邦議會中獲有代表之政黨可能堅持5%門檻條款，俾將來自較小政黨及地方政治團體之競爭盡可能縮小(von Arnim, in: Staaten und Steuern, Festschrift für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag, 2000, S. 453 <454>; Puhl, in: Staat im Wort, Festschrift für Josef

Isensee, 2007, S. 441 <449 f.>。因為這個理由，選舉法的設計也處於嚴格的憲法監督之下。故立法者不得自由決定，欲將何種程度之運作干擾可能性納入考慮。否則將使得法院對立法者預估決定之監督，包括其事實上基礎之監督，成為不可能。

準此，一個普遍而抽象的論據，亦即廢除5%門檻條款將使得較小政黨和政治團體容易進入地方代表機關致使此機關中之意志形成困難，無論如何無法正當化對於選舉平等及機會平等原則之侵害。唯有當地方代表機關運作能力的預期損害有相當之可能性(mit einiger Wahrscheinlichkeit)時，始能正當化5%之門檻條款 Ehlers, Jura 1999, S. 660 <665>; Puhl, in: Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 441 <450>; Schmidt-De Caluwe, NVwZ 2001, S. 270 <273>; Caspar, in: Caspar/Ewer/Nolte/Waack, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, 2006, Art. 3 Rn. 44)。

雖然廢除5%門檻條款看來非常可能使得較多政黨及選舉人協會進入地方代表機關。多數意見形成以及決議的作成也可能因為此一理由而較為困難。相互攻擊的黨團越少，必須處理的立場越少，決議的作成就可以越容易。另一方面，單純是「容易化」或「簡化」決議的作成並不足以正當化5%門檻條款對於政黨選舉平等及

機會平等之侵害(ebenso BerIVfGH, Urteil vom 17. März 1997 - VerfGH 90/95 -, LKV 1998, S. 142 <144>; Puhl, in: Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 441 <451>; Schmidt-De Caluwe, NVwZ 2001, S. 270 <273>)。蓋民主是以不同立場相互激盪並謀求妥協作為前提(vgl. BerIVfGH, LKV 1998, S. 142 <144>; Antoni, ZParl 1980, S. 93 <103>; Schmidt-De Caluwe, NVwZ 2001, S. 270 <273>)。並不是在地方代表團體中的每一種衝突、每一項政治爭論均可以被視為運作能力的障礙(VfGH NW, DVBl 1999, S. 1271 <1273>; Wenner, Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1986, S. 200)。

5.什列斯威－霍爾斯坦邦依照法律及事實狀態，為了確保地方代表團體之運作能力必須保留5%門檻條款的充分理由並不明顯。聲請相對人既未在立法程序中亦未在聯邦憲法法院面前清楚說明具備這樣的理由。

a)就立法者之預估決定而言，什列斯威－霍爾斯坦邦中地方憲法的設計舉足輕重。地方代表機關的法定職權及工具尤其重要，以避免無法決定或是遭受小團體之干擾(vgl. Puhl, in: Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 441 <449>)。

依照什霍邦鄉鎮規章第1條第1項

，鄉鎮就自己事務有自由之自治行政權。它們有權並且在承擔能力範圍內負有義務，在行政區域內以自己責任完成所有公共任務。鄉鎮代表會就自治行政事務作成所有對鄉鎮而言重要的決定（什霍邦鄉鎮規章第27條第1項第1及第2句）。它們必須作成所有重要的地方政治決議。尤其鄉鎮代表會具有下列專屬權限：頒布、修改及廢止地方章程、設置或廢除提供地方日常生活所需之公共機構、以及促進地方經濟之措施（什霍邦鄉鎮規章第28條）。此外，鄉鎮代表會還有創設功能(Kreationsfunktion)，其中包括選舉委員會成員（什霍邦鄉鎮規章第46條第1項）、委員會成員代表（什霍邦鄉鎮規章第46條第4項）、各委員會主席（什霍邦鄉鎮規章第46條第5項）、以榮譽職治理之鄉鎮的市長及副市長（什霍邦鄉鎮規章第52條）、以專職治理之鄉鎮的鄉鎮代表會主席（什霍邦鄉鎮規章第33條）以及副市長（什霍邦鄉鎮規章第52條）。縣議會也有相類似的任務。

b)因此地方代表機關運作能力的損害將具有高度重要性。然而在專職之市長或邦參議直選之後，重要人事決定之一現在由人民直接為之。此外，有鑑於鄉鎮及縣規章的規定尤其確保地方代表們即使在通常的法定人數未能達成時（例如藉由拖延）亦有決定能力，故完全地無運作或決定能力

不太會發生。也無須嚴肅擔憂危及委員會中之工作。最後，關於預算暫時執行（什霍邦鄉鎮規章第81條，什霍邦縣規章第57條結合什霍邦鄉鎮規章第81條）以及超乎計畫或計畫外支出之規定（什霍邦鄉鎮規章第82條，什霍邦縣規章第57條結合什霍邦鄉鎮規章第82條），確保預算經營管理之適正進行，即使就預算案未作成決議（Puhl, in: Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 441 <455>）。

aa)在引進專職治理之鄉鎮之市長及邦參議之直接選舉以後，在什列斯威-霍爾斯坦邦地方選舉法中迄今據以支持5%門檻條款之主要元素已經喪失(vgl. auch LVerfG M-V, Urteil vom 14. Dezember 2000 - LVerfG 4/99 -, LKV 2001, S. 270 <274 f.>; VfGH NW, NWVBl 1994, S. 453 <457>; so auch Puhl, in: Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 441 <453>)。聯邦憲法法院在1957年1月23日對於北萊茵-威斯特法倫邦地方選舉法5%門檻條款之判決中闡釋，（鄉鎮）參議會(der (Gemeinde-)Rat)必須透過選舉指定各種委員會，尤其是主要委員會；它尤其必須選出鄉鎮執行長(Gemeindedirektor)以及副執行長(Beigeordneten)，負責執行行政事務。過去為選出專職市長及邦參議需要穩定多數，而它可能因為小黨派出現在地方代表會或縣議會而受到危害，

但自從什列斯威－霍爾斯坦邦1995年修改地方憲法以後，上述需要已經不存在了(von Arnim, DVBl 1997, S. 749 <757>; ders., DVBl 1999, S. 417 <420>; ders., in: Staaten und Steuern, Festschrift für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag, 2000, S. 453 <457>; Meyer, in: Mann/P ü ttnner <Hrsg.>, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, 3. Aufl. 2007, § 20 Rn. 74)。

專職市長及邦參議自從直選以後，即不再依賴人民代表之信任。人民直接選舉確保專職市長及邦參議具備特別之制度上獨立性。人民對他們的罷免(Abwahl)雖然在加重條件下可以由鄉鎮代表會或縣議會預作準備，但最後是由一個市民決定(B ü rgerentscheid)為之（什霍邦鄉鎮規章第57d條，什霍邦縣規章第47條）。再者，此職務與地方代表機關之選舉週期並未相互連結。鄉鎮及縣代表之選舉週期為5年(鄉鎮及縣選舉法第1條第1項第1句)。相對地，專職市長及邦參議則至少6年及最長8年選舉一次（什霍邦鄉鎮規章第57條第4項第1句，什霍邦縣規章第43條第4項第1句）。藉由鄉鎮及縣規章中上述規定，專職市長及邦參議必須並能夠與地方代表機關合作，即使後者當中之政黨多數不必然與自己的政黨屬性相符。這些觀點強化市長及邦參議相對於鄉鎮

代表會或縣議會之地位(Waechter, Kommunalrecht, 3. Aufl. 1997, Rn. 262)。

市長的直接選舉已經大幅度保障一個獨立於鄉鎮代表會多數之外、可運作的鄉鎮行政，邦參議的情形亦同(Schmidt-De Caluwe, NVwZ 2001, S. 270 <273>)。因為市長以自己職權，為鄉鎮行政的領導、為實質及經濟面任務之完成、為行政之事務進行等，承擔獨自而廣泛之責任。市長執行鄉鎮代表會及各委員會之決議。他具有不可剝奪之人事決定權，包括公務員法、勞動法、勞資法各方面，以支應鄉鎮服務人力。再就必須立刻執行的緊急措施，市長有緊急決定權(Eilentscheidungsrecht)。而就委辦任務(Aufgaben zur Erfüllung nach Weisung)之執行（什霍邦鄉鎮規章第3條），市長具有自己的機關功能。最後，市長是鄉鎮的法定代理人（什霍邦鄉鎮規章第56條）。

反之，在榮譽職治理之鄉鎮，鄉鎮代表會始終負責市長的選舉（什霍邦鄉鎮規章第52條第1項第2句）。在什霍邦鄉鎮規章第40a條第2及3項之要件下，鄉鎮代表會亦得撤銷市長職務。市長任期與鄉鎮代表會之選舉時間相扣連（什霍邦鄉鎮規章第48條第1項第1句之第二半句）。但這仍然不能正當化5%門檻條款之保留。蓋於所有以榮譽職治理之鄉鎮，候選人為

了依照鄉鎮及縣選舉法第10條第2項在鄉鎮代表會中確定獲得席次，無論如何必須取得至少5%的選票。儘管可能有不同的個案，這所謂的事實上門檻條款(vgl. Puhl, in: Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 441 <454>; Sundermann, DVP 2000, S. 26 <29>; BayVerfGH, Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs mit Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, des Bayerischen Dienststrafhofs und des Bayerischen Gerichtshofs für Kompetenzkonflikte, 1952, N.F. Band 5, S. 66 <83>)植基於，在什列斯威－霍爾斯坦邦所有以榮譽職治理之鄉鎮居民人數都少於1萬人，故依照鄉鎮及縣選舉法第8條最多僅選出19個鄉鎮代表。就一個選出19個席次的委員會而言，5%已經構成事實上的門檻條款。在較小的鄉鎮中，事實上的最低門檻高於5%，以致於5%在當地通常不會產生作用。廢除鄉鎮及縣選舉法第10條第1項規定之門檻條款，在所有以榮譽職治理之鄉鎮事實上不會產生作用，而這類鄉鎮佔什列斯威－霍爾斯坦邦鄉鎮總數的95%。

bb)即使在鄉鎮代表會或縣議會中有數目較多之黨團或個人代表，也不會長期危害地方代表會作成決議及有效進行選舉之能力(vgl. Meyer,

Kommunales Parteien- und Fraktionenrecht, 1990, S. 213 f.; Puhl, in: Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 441 <454>)。

除法律另有規定外，對於實質決定，相對多數決即已足夠（什霍邦鄉鎮規章第39條第1項第1句，什霍邦縣規章第34條第1項第1句）。對於提案(Anträge)，可投贊成票、反對票以及棄權。當贊成提案之票數多於反對票，決議即告成立。計算相對多數時，棄權票不納入考慮。

選舉原則上採最多數決程序(Meiststimmenverfahren)（什霍邦鄉鎮規章第40條第3項第1句，什霍邦縣規章第35條第3項第1句），故僅取決於一候選人所獲得之票數。一候選人比另一位推薦候選人多出至少一票，即為當選。對某一人的選舉只可能因為另一位推薦候選人獲得較多票數而受到阻礙。在極端案例中，倘若其他人都棄權，候選人僅得一票即可當選(Dehn, in: Bracker/Dehn, Gemeindeordnung Schleswig - Holstein, 5. Aufl. 2007, § 40 Anm. 1 zu Abs. 3)。若有二位或更多位候選人獲得相同票數，則抽籤決定選舉結果（什霍邦鄉鎮規章第40條第3項第2句，什霍邦縣規章第35條第3項第2句）。

當一黨團提出要求，鄉鎮代表會及縣議會之委員會成員選舉、鄉鎮主席及由政黨推薦之地方諮議會

(Ortsbeiräten)人選，亦得依照比例選舉程序(Verhältnismahlverfahren)進行（什霍邦鄉鎮規章第40條第4項第1句、第46條第1項第1句，什霍邦縣規章第35條第4項第1句、第41條第1項第1句）。此時僅僅黨團有權以提出選舉建議名單之方式，呈送選舉建議。比例選舉程序之目的在於將鄉鎮代表會之政治實力狀況反映在各委員會中，但此時該程序可能有利於較小的黨團。對各個名單所投出之整體票數構成依照d'Hondt'式最高數計算法分配席次之計算基礎。在地方代表會中既存之小黨派或個人代表如何能夠影響有效選舉之進行能力，並不明顯。

cc)鄉鎮及縣章程定有特殊規則，其確保地方代表們即使在未能維持作成決議之法定最低人數之際，也有決定能力(vgl. Puhl, in: Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 441 <455>)。

當鄉鎮代表或縣議會議員出席達法定人數之半時，鄉鎮代表會及縣議會原則上即有決議能力（什霍邦鄉鎮規章第38條第1項第1句，什霍邦縣規章第33條第1項第1句）。鄉鎮及縣章程不僅規定席次出缺以及依照什霍邦鄉鎮規章第22條具有除名理由之情形（什霍邦鄉鎮規章第38條第2項第2句，什霍邦縣規章第33條第2項第2句），也就第一次會議對提案未能產生決議能力之情形加以規定（什霍邦鄉鎮

規章第38條第3項，什霍邦縣規章第33條第3項；vgl. auch BayVerfGH, Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs mit Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, des Bayerischen Dienststrafhofs und des Bayerischen Gerichtshofs für Kompetenzkonflikte, 1952, N.F. Band 5, S. 66 <77>）。這在實務上尤其涉及鄉鎮代表會或縣議會中有若干成員離開該會議所導致。在重新磋商相同提案所召開之第二次會議中，則不適用什霍邦鄉鎮規章第38條第1項及什霍邦縣規章第33條第1項之決議能力規定。只要有至少3位鄉鎮代表或縣議會議員出席，鄉鎮代表會或縣議會即可不考慮到場成員人數，而有決議能力（什霍邦鄉鎮規章第38條第3項第1句，什霍邦縣規章第33條第3項第1句）。

dd)此外，各個委員會運作能力之損害也無法由下列理由導出：廢除5%門檻條款之後，鄉鎮代表們可能由較多黨團及個人代表組成。一般而言，合議制委員會(Kollegialgremium)越大，意志形成就越困難、越複雜，此處亦復如此(Dehn, in: Bracker/Dehn, Gemeindeordnung Schleswig-Holstein, 5. Aufl. 2007, § 45 Anm. 1 zu Abs. 2)。然而鄉鎮依照什霍邦鄉鎮規章第45條第2項可以自由決定常設委員會（在專職治理鄉鎮必設之主

要委員會是為例外)、其任務領域及成員數目。它可以專以合目的性考慮出發。委員會之大小是否保障所有黨團均可共同參與其中,在此無關緊要。在鄉鎮代表會中擁有特定數量之席次並未使得黨團有權要求提高委員會席次(Dehn, in: Bracker/Dehn, Gemeindeordnung Schleswig-Holstein, 5. Aufl. 2007, § 45 Anm. 1 zu Abs. 2)。準此,廢除5%門檻條款不必然導致在一個委員會中有投票權之成員增加。

依照什霍邦鄉鎮規章第46條第2項第4句,雖然未隸屬黨團之鄉鎮代表們有權選擇一個委員會擔任諮詢員(beratendes Mitglied),故廢除5%門檻條款可能提高諮詢員數量並使得程序較難進行。此項情形並無法正當化5%條款之保留。少數之參與毋寧符合人民代表通常之實務情形以及委員會工作之意義。透過委員會準備決議,正也有助於考慮少數黨團之政治意見。此外,個人參與委員會在鄉鎮及縣章程並不陌生。什霍邦鄉鎮規章第46條第3項及什霍邦縣規章第41條第3項即規定個別人民之參與,此時這些人民不屬於鄉鎮代表,但卻是專業委員會中有投票權之成員,只要鄉鎮各自的主要章程(Hauptsatzung)納入此規定。

c)門檻條款之判斷原則上取決於什列斯威-霍爾斯坦邦的狀況(vgl.

BVerfGE 107, 286 <296>; vgl. auch BVerfGE 6, 104 <119 f.>)。但在作成預估決定時,其他沒有5%門檻條款的各邦經驗仍然不能完全忽略(vgl. auch Meyer, Kommunales Parteien- und Fraktionenrecht, 1990, S. 216; von Arnim, DVBl 1997, S. 749 <757>; ders., DVBl 1999, S. 417 <420>; Ehlers, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in Nordrhein- Westfalen, Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen, 2002, S. 273 <292>; Puhl, in: Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 441 <453 f., 457>; Meyer, in: Mann/Püttner <Hrsg.>, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, 3. Aufl. 2007, § 20 Rn. 74)。因此,當什列斯威-霍爾斯坦邦與一個就地方選舉法未設有門檻條款之他邦,在地方憲法(地方代表、主要行政官員及委員會三者間之任務劃分)、地方選舉法、地方結構、政黨版圖以及市民積極參與政治團體或作為個別候選人等方面,存在重要的吻合,這對憲法判斷而言是重要的(vgl. BVerfGE 107, 286 <296>)。

儘管各地方憲法和邦結構有所不同,但以地方結構的根本差異作為門檻條款之論據,在今日幾乎不再能夠獲得確認(vgl. Meyer, in: Handbuch

des Staatsrechts, Band III, 3. Aufl. 2005, § 46 Fn 158; Ehlers, Jura 1999, S. 660 <666>。自從幾乎城市邦以外之所有邦(Flächenländern)改革地方憲法之後，各地方憲法毋寧存在根本的一致性 (von Arnim, DVBl 1997, S. 749 <749, 752 f.>)。因此在預估缺乏5%門檻條款是否將大幅限制地方代表們的運作能力時，也必須考量，在未設有5%門檻條款的其他各邦，未聽聞地方代表們的運作能力遭受嚴重干擾(vgl. Meyer, in: Handbuch des Staatsrechts, Band III, 3. Aufl. 2005, § 46 Rn. 42; Heinig, NWVBl 2000, S. 121<123 f.>; Nordrhein-Westfalen LTDrucks 12/2455, S. 22)。

d)此外，地方代表機關中之團體數目受到5%門檻條款之影響程度，毋寧遠低於受到各自鄉鎮或縣規模的影響。如同專業鑑定人Holtmann教授於言詞辯論中所闡述，將黑森、北萊茵－威斯特法倫邦、梅克倫堡－佛波門邦等三個邦，與萊茵蘭－普法爾茨邦(Rheinland- Pfalz)及圖林根兩個邦相比較。前者在1990至2006年間先後廢除地方選舉法中的門檻條款，而後者仍舊保有門檻條款。比較後發現，地方選舉法中門檻條款的存在，對於選舉參與及候選人數沒有可證明的影響。反之，5%門檻條款的存在對於各個地方代表機關中之代議團體的數目，有極低度之有限影響。依照地

方規模等級將上述資料分類整理後顯示，地方代表機關中之代議團體的數目與鄉鎮大小成正比，並且與門檻條款之存否無關。準此，地方大小對於地方代表機關中之代議團體的數目有最大的影響力。

IV.機關爭議訴訟之裁判

準此，聲請相對人於2006年12月13日之會議中，否決綠黨黨團就鄉鎮及縣選舉法中關於第10條第1項5%門檻條款之修正案，已經侵害聲請人及參加人源自什列斯威－霍爾斯坦邦憲法第3條第1項及基本法第21條第1項之權利。

依照聯邦憲法法院法第72條第2項，聯邦憲法法院在機關爭議訴訟程序中只能確認，系爭措施或不作為是否違反邦憲法之某一特定規定(Umbach/ Dollinger, in: Umbach/ Clemens/ Dollinger, BVerfGG, 2. Aufl. 2005, § 72 Rn. 9; Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 1991, § 7 Rn. 44)。相反地，聯邦憲法法院不能確認，某一規範，此處為鄉鎮及縣選舉法第10條第1項，違反什列斯威－霍爾斯坦邦憲法或基本法之權利，並且因而無效。

E.墊款償還

聲請人及參加人透過準備及執行本程序，對於問題之澄清有根本性的貢獻。因此根據聯邦憲法法院法第34a條第3項命令償還墊款，應屬適當。

F.表決數及參與之法官

本裁判就B及C，以7:1之票數通過。

法官：Hassemer Broß Osterloh
Di Fabio Mellinghoff
Lübbe- Wolff
Gerhardt Landau

「魯道夫·黑斯紀念會」判決*

BVerfGE 124, 300

德國聯邦憲法法院第一庭2009年11月4日判決

- 1 BvR 2150/08 -

蘇慧婕 譯

要目

裁判要旨

案由

裁判主文

理由

A. 事實與爭點

I. 系爭法條

II. 法律救濟過程及聯邦行政法院的判決內容

III. 憲法訴願人的主張

IV. 聯邦政府和巴伐利亞邦檢察署對該訴願的意見陳述

V. 訴願人死亡

B. 憲法訴願程序合法

I. 憲法訴願人死亡對繫屬中憲法訴願程序所產生的法律效果

II. 憲法訴願程序合法

C. 憲法訴願無理由

I. 刑法第130條第4項干預了基本法第5條第1項第1句的保障領域

II. 刑法第130條第4項對言論自由的干預有理由

III. 刑法第130條第4項符合比例原則的要求

*Rudolf Walter Richard Heß (1895.04.26-1987.08.17)，德國國家社會德意志工人黨重要核心成員，受希特勒倚重並曾被授予「領袖代理人」的稱號，咸認為希特勒的副手之一。曾參與簽署紐倫堡種族法。1945-1946年紐倫堡審判中拒絕為納粹集中營一事道歉，發表「吾行乃忠於榮譽」言詞。被判終身監禁。1987年於戰犯監獄中自殺身亡後，依本人遺願葬於其雙親的故鄉 Wunsiedel 市。自此每年忌日皆有數以百（千）計的新納粹支持者群集墓前，儼然成為德國新納粹聖地。其餘細節請參見本案事實陳述。（因魯道夫·黑斯的身分直接影響法院對法律適用合憲性的判斷，為利讀者理解，於此簡短介紹——譯者。）

- IV. 刑法第130條第4項未牴觸基本法第3條第3項第1句
- V. 刑法第130條第4項與基本法第103條第2項相容
- D. 德國聯邦行政法院就刑法第130條第4項的法律適用合憲
 - I. 聯邦憲法法院對普通法院法律適用的審查權限
 - II. 德國聯邦行政法院之判決無違憲疑慮

關鍵詞

言論自由(Meinungsfreiheit)

一般性法律(allgemeines Gesetz)
特殊性法律之禁止
(Sonderrechtsverbot)
一般性法益(allgemeine Rechtsgüter)
法治國的分際(rechtsstaatliche Distanz)
言論中立性(Meinungsneutralität)
自由原則(Freiheitsprinzip)
公共論辯(öffentliche Auseinandersetzung)
德國的國家認同(Identität der Bundesrepublik Deutschland)

裁判要旨

1. 即便不是一般性法律，刑法第130條第4項仍然合乎基本法第5條第1項與第2項之意旨。鑑於國家社會主義政權在歐洲和世界各地所帶來超越一般範疇的不法和驚怖，以及旨在避免重蹈歷史覆轍的德意志聯邦共和國源起，基本法第5條第1項和第2項中對特殊性法律(Sonderrecht)的禁止規定，本身蘊涵了法律可針對「宣揚鼓吹國家社會主義暴虐統治之言論」進行限制的例外容許。

2. 基本法第5條第1項和第2項對這種特殊性規定的容許並不減損言論自由的實體內涵。基本法不容許以言論內容之精神效果為由而普遍禁止極右思維或國家社會主義思維的散布。

案由

聯邦憲法法院第一庭就律師R（於2009年10月29日死亡）因不服聯邦行政法院2008年6月25日之判決（案號BVerwG 6 C 21.7）所提起的憲法訴願，於2009年11月4日作成判決（1 BvR 2150/08）。

判決主文

駁回憲法訴願。

理由

A. 事實與爭點

訴願人針對聯邦行政法院禁止2005年8月20日在Wunsiedel舉行魯道夫·黑斯紀念集會的上訴判決提起憲法訴願。聯邦行政法院是根據集會遊

行法第15條第1項（1978年11月5日的新版條文，請參見BGBl. I S. 1789 [1791] -- Versammlungsgesetz [VersG]）和刑法第130條第4項作成判決。訴願人指摘刑法第130條第4項條文本身的合憲性及法院在具體個案中的解釋。

I. 系爭法條

刑法第130條第4項是透過2005年3月24日的「集會法與刑法修正法」所新增，並於2005年4月1日生效（參見BGBl. I S. 969 [970]）。該條文規定如下：

第4項 公然或在集會中透過對國家社會主義暴虐統治之贊同、頌揚或正當化而以侵害被害人尊嚴之方式擾亂公共和平者，處3年以下有期徒刑或併科罰金。

刑法第130條第4項因為集會遊行法第15條第1項的規定而具有集會法上的意義。集會遊行法第15條規定：第1項 依據作成處分時已知情狀，集會或遊行之舉行將直接危害公共安全或秩序時，主管機關得禁止該集會遊行或課予特定負擔。

根據此條文，在有抵觸刑法條文之危險時，即可認為公共安全受到危害（參見BGBl. I S. 969 [970]）。

II. 法律救濟過程及聯邦行政法院的判決內容

1. 訴願人直到2010年為止，每年

不間斷地在事前申請—2005年8月20日之申請亦在其中—以「紀念魯道夫·黑斯」為主題在Wunsiedel市舉辦戶外集會。魯道夫·黑斯的墳墓位於此處。該年的集會還另添了「其榮譽重於自由」的主題。

針對訴願人所提出的立即執行命令申請，市政府在2005年6月29日作成決定，禁止在Wunsiedel市區內舉行系爭集會以及其他所有形式的替代集會，不論室內或戶外皆然。暫時性權利保護的申請在所有層級都被裁定駁回。針對市政府2005年6月29日的決定，訴願人向行政法院就實體問題提起訴訟，並在2006年5月9日的判決中被駁回（B 1 K 05.768）。訴願人針對該判決所提起的上訴也同樣在2007年3月26日被巴伐利亞邦行政法院駁回（24 B 06.1894）。

2. 在2008年6月25日所作成的判決中，聯邦行政法院根據下述理由（a、b）也駁回了訴願人的上訴（BVerwGE 131, 216）。

a) 刑法第130條第4項構成要件實現的危險可支持對系爭集會的禁止。刑法第130條第4項是滿足憲法要求，在基本法第5條第2項選項1意義下的「一般性法律」。一般性法律係指—不在禁止「言論」本身，而在保障與特定言論無關，無論是否會透過言論或其他方式而受到侵害，在法秩序中都受到「一般性保護之法益」的—所

有法律（參見BVerfGE 7, 198 [209 f.]; 111, 147 [155]; 120, 180 [200]）。刑法第130條第4項即在此列：該條文旨在保障「公共和平」之法益和國家社會主義暴虐統治之被害人的人性尊嚴。法秩序中的公共和平不但在防止來自言論，也在防止來自其他行為類型的侵害。而基本法第1條第1項也保障作為基本法最高憲法價值及其主要骨幹原則的人性尊嚴免於任何形式的干預。因此刑法第130條第4項即使針對特定的言論內容，仍屬於基本法第5條第2項選項1意義下的一般性法律。

一般性法律當然也必須合於憲法秩序。但人性尊嚴為言論自由劃下的是絕對性的界線。而公共和平也是足以限制言論自由的重要公共利益。刑法第130條第4項的規定，讓該法條在解釋上能對言論自由的特殊地位和法條所保障法益的重要性進行充分考量。

刑法第130條第4項也未違反基本法第3條第1項。鑑於在國家社會主義暴虐統治之下，德國人以「德國人民」之名所犯下的，在許多層面上都堪稱人類史上最慘酷的人權侵害罪行，刑法第130條第4項把處罰客體限縮在對國家社會主義暴虐統治的正面評價之上，並不違反基本法第3條第2項「等者等之」的要求。此外也未違反基本法第3條第3項的特殊平等原則。

最後，刑法第130條第4項並未違反基本法第103條第2項的明確性要求。刑法第130條第4項的整體構成要件要素要不是本身已經足夠明確，就是能透過可具體化這些構成要件要素的其他刑法法條脈絡來獲得足夠的明確性。

刑法第130條第4項亦未侵害歐洲人權公約第10條第1項第1句意義下的言論自由。如同歐洲人權法院在相關案例中所指出的，歐洲人權公約第10條第1項第1句對言論自由所提供的保障並未超越基本法第5條第1項第1句。

b)針對系爭集會而言，有極大的可能會符合刑法第130條第4項的構成要件。集會遊行的主管機關在解釋系爭構成要件要素時已經對基本法第5條第1項第1句的要求進行了充分考量。

就「國家社會主義暴虐統治」這項構成要件要素，立法者使用了刑法第194條裡的概念。「國家社會主義暴虐統治」中所指涉的國家行為，應該和國家社會主義統治下並非「國家社會主義暴虐統治」，而只是普通統治行為的國家行為加以區別。「國家社會主義暴虐統治」是以國家的極權主張以及對人性尊嚴、自由、平等的否認為表徵。因此刑法第130條第4項所處罰的言論必須與「國家社會主義政權以系統化進行的重大人權侵害」相

關。對當時國家社會秩序的個別面向給予正面評價，但不涉及國家社會主義暴虐統治或作為該政權表徵之人權侵害的言論，就不該當刑法第130條第4項。

頌揚國家社會主義暴虐統治，即是在「贊同」國家社會主義暴虐統治。贊同可以「默示」方式為之。對國家社會主義政權負責人或象徵人物作出正面評價的言論，就構成刑法第130條第4項意義下的默示贊同。這種認定的前提是，必須從言論的關聯脈絡能清楚認知該人物是「國家社會主義的統治象徵」。因為1933到1945年間的國家社會主義統治，很大一部分是由暴虐統治所組成，因此——透過全面吹捧某領導人而表現出來——對該政權的贊同，也涵蓋了對該政權所為暴虐統治的贊同。反之，正面評價個別（居領導地位之）國家社會主義者的言論，如果只涉及其為人，而與國家社會主義統治系統或人權侵害行為無關，便不符合刑法第130條第4項的處罰要件。意在粉飾國家社會主義或為其卸責的言論，就屬於此種情況。這種言論，和略過國家社會主義暴虐統治不談，只針對國家社會主義的特定面向提出正面事實宣稱的言論相同，都在言論自由保障之列。

而系爭集會若舉行，將會以上述方式表達出對國家社會主義暴虐統治的贊同之意。從當地無偏見且具理智

的一般公眾角度可以清楚看出，該集會的舉行，因為對魯道夫·黑斯其人的特別吹捧，存在著「贊同國家社會主義暴虐統治」的直接危險。根據基本法第5條第1項第1句的所有解釋原則，可以從系爭集會以及早年因魯道夫·黑斯忌日而申請在Wunsiedel舉行之各項活動的相關言論，得出該危險存在的結論。根據下級審的事實判斷，可以認為系爭集會的進行——（也）基於對魯道夫·黑斯其所表達的立場——本質上可與往年的活動相提並論。

故而此時對魯道夫·黑斯的刻意尊崇，並不侷限於其人其行的個別角度。如同該集會的主題、標語、地點以及往年類似集會把魯道夫·黑斯稱為「殉道者」或「至死不屈的忠實信徒」等描述所顯示的，該集會毋寧是以一種至高無上的方式對魯道夫·黑斯其人作出全然的正面評價。從具體個案事實更可看出，魯道夫·黑斯是以國家社會主義領導人物以及「領袖代理人」的身分受到尊崇。綜上所述，系爭集會是把魯道夫·黑斯當成具有某種邪教或宗教性質的絕對正面人物典範來加以敬拜和神化。

從上述的整體評價可以清楚得知，對魯道夫·黑斯其人的吹捧可認為是對國家社會主義政權所有面向的默示贊同，也是對該政權所為暴虐統治的讚揚。該集會——從已知事實看來——

並未對作為國家社會主義政權標誌之人權侵害表達明示贊同的事實，並不影響上述結論。同理，個別言論獨立出來觀察時是否具有多義性而可被解釋成並不在頌揚國家社會主義暴虐統治的問題，也不具決定性。關鍵在於，在對所有言論進行整體評價時，在預定集會當地可信賴、無偏見且具理智的觀察者，基於相關事況是否能清楚感知到對國家社會主義政權整體性的、全然的贊同。

主管機關也正確評估了國家社會主義暴虐統治被害人的尊嚴侵害。被害人尊嚴的侵害，是基本法第1條第1項意義下的人性尊嚴侵害。被害人尊嚴受到侵害的結論，是基於系爭集會將走向對國家社會主義統治系統整體和所犯罪行——尤其是出於種族理由對數百萬猶太人所為蔑視人性之追捕和謀殺——的全面性贊同。在這種對國家社會主義種族意識形態的明顯認同中，蘊涵了對死於或倖存於該意識形態之被害人的人性尊嚴侵害。

最後，該集會的舉行也會引發對公共和平的擾亂。該集會顯然並不想避開公眾的關注，而是在意圖吸引遠超過 Wunsiedel 一地的注意力，尤其是想在倖存者及死難者家屬身上引發「人性尊嚴將受到攻擊」的合理恐懼。

III. 憲法訴願人的主張

在 2008 年 8 月 6 日所提出的憲

法訴願中，訴願人主張其出於基本法第 3 條第 1 項及第 3 項、第 4 條第 1 項、第 5 條第 1 項第 1 句、第 8 條第 1 項和第 103 條第 2 項的基本權及等同於基本權之權利受到侵害，並主張有抵觸歐洲人權公約第 10 條第 1 項第 1 句之情事。

就此訴願人指稱：因為以特定的政治立場為規範對象，刑法 130 條第 4 項並非基本法第 5 條第 2 項意義下的一般性法律。為何只有國家社會主義暴虐統治的被害人享有刑法上的保護，這點讓人難以理解。基本法第 1 條第 1 項是普遍性地把人性尊嚴納入保護。而人性尊嚴只有在涉及人格核心領域時才會受到侵害。認為把魯道夫·黑斯稱為「和平使者」和「殉道者」或向其致敬會因而侵害國家社會主義統治下被害人的人性尊嚴的想法太過牽強。即便刑法第 130 條第 4 項的規定本身合憲，無論如何也不應適用於向魯道夫·黑斯致敬的案例之中。此外，刑法第 130 條第 4 項也違反了基本法第 3 條，因為該條文只規定了國家社會主義，而不包含其他例如共產主義的暴虐手段。如同歷史所顯示，國家社會主義所為的人權侵害在人類史上並非絕無僅有。毛澤東的紅衛兵和西班牙的征服者都殺害了數百萬人；而北美洲印第安人和柬埔寨「階級敵人」的被害人數也都以百萬計。認為這些被害人在質量上比不上國家社會

主義政權的被害人，並不合理。歷史上也存在著其他的暴虐政權，特別是共產獨裁政權。

此外，刑法第130條第4項也抵觸了基本法第103條第2項的明確性要求。除了「贊同」、「正當化」和「頌揚」之外，「公共和平」這項構成要件要素更是不夠明確。這些構成要件要素提供了無限種解釋的空間。向「第三帝國」的某一人物如魯道夫·黑斯致敬，可能不構成刑法第130條第4項的構成要件。但若換一種解釋，則可能所有對「第三帝國」任何一項行為表達贊同的言論都會受到處罰。

在本質涉及公共性的議題上，應推定對自由言論的許可。在過去的集會中，對魯道夫·黑斯的致敬都不涉及他在國家社會主義政權下所進行的任何追捕行為。未來的集會也是如此。刑法第130條第4項不應適用於對魯道夫·黑斯的致敬，除非一舉例來說—該言論清楚表明魯道夫·黑斯是因為簽署了紐倫堡法案而受到尊崇。但本案並非此種情形。對默示的贊同作如此寬鬆的理解，是恣意且抵觸了明確性要求。一方面宣稱「對個別人物之為人的正面評價並不在刑法第130條第4項要件之列」，一方面卻把對魯道夫·黑斯的致敬涵攝進該條文，聯邦行政法院是自相矛盾。魯道夫·黑斯是由國際軍事法庭在嚴重違反法律原則（無法不罰）的情況下審

判。他從未承認他的判決，也從來不想請求赦免。因此，對他而言，榮譽的確是重於自由。針對魯道夫·黑斯「為和平身陷囹圄」或曾主導和平會談的正面評價，與國家社會主義的不法行為並無明顯關聯。而刑法第130條第4項的涵攝與否必須考慮集會地點，這也讓人難以理解。若該集會是在「帝國黨大會會場」舉行，依其情境是可與「第三帝國」連結，但本案並非如此。此外，在先前的活動中，沒有任何言詞提到魯道夫·黑斯是在希特勒的授權之下前往英國。正確的事實是：魯道夫·黑斯是自己以希特勒代理人的身分進行這項和平行動的。從魯道夫·黑斯因為這次和平之旅被逐出黨、被希特勒說他瘋了、他的家人也因此遭到處罰等事實，可排除該集會有對國家社會主義政權的默示贊同存在。

認為該集會造成人性尊嚴侵害的主張也不成立。從聯邦行政法院的闡述可以清楚看出，聯邦行政法院在違反抽象判準之外，還幾乎是自動地從「對國家社會統治系統的贊同」得出「侵害人性尊嚴」的不當結論。在聯邦行政法院就此羅織與國家社會主義種族意識形態的連結時，必須指出，訴願人所組織的活動並未提及上述角度或其他類似觀點。聯邦行政法院是在沒有事實基礎支持的情況下肯認擾亂公共和平的危險存在。「該集會不

想避開公眾注意」不是可接受的標準。而該集會「尤其是想在倖存者及死難者家屬身上引發人性尊嚴將受到攻擊以及系爭思想將再次蔓延之合理恐懼」的評價只是臆測，而無實證。

IV. 聯邦政府和巴伐利亞邦檢察署對該訴願的意見陳述

聯邦政府和巴伐利亞邦檢察署就本訴願作出以下意見陳述。

1. 聯邦政府對該憲法訴願的陳述重點如下：

a) 刑法第130條第4項並未違反基本法第5條第1項。刑法第130條第4項所處罰的行為究竟是否受言論自由之保障，本身就有疑問。贊同、頌揚、正當化刑法第130條第4項意義下之國家社會主義暴虐統治的極右派集會，因為否定了特定人民群體整體的生存權利，而具有超越言詞論證的壓迫效果。

刑法第130條第4項是基本法第5條第2項選項1意義下的一般性法律，因為它並不在禁止特定言論本身，而是在追求最高位階法益的保障。刑法第130條第4項的保障法益一是公共和平，一是國家社會主義暴虐統治下被害人的尊嚴。此處所指的最高位階法益是基本法第1條第1項中的人性尊嚴。據此而論，刑法第130條第4項也包含在基本法第5條第2項「個人名譽權」的概念範圍內。

法益衡量的結果有利於公共和平

以及被害人尊嚴的法益保障。首先，言論自由自始便不能與被害人的人性尊嚴進行衡量，人性尊嚴的保障永遠優先於其他法益。而公共和平的保障在本案中也優先於言論自由。刑法第130條第4項所禁止的言論，因為至少暗示了對他人或人民群體整體生存權利的否定，從而在公開意見表態之外也傳遞了針對該群體之暴力行為和威脅的潛在訊息，據此，該言論本身具有一種震懾的效果，而危及公共言論的自由。公共和平乃在保障精神思辯免於不當的，「非思想性」震懾及威脅行為的破壞。針對此時的事實脈絡我們不能忽視，現實上存在著眾多造成死亡結果的，針對外國人的縱火和暴力攻擊事件。因此，在暴力犯罪存在的背景脈絡下，極右派遊行所引發的震懾效應的確有其效果。刑法第130條第4項旨在防止這種對政治及社會風氣的「毒害」；刑法第130條第4項的目的在於防止先隔絕特定人民和人民群體，再對之施加身體暴力——並從而攫取政治權力——的言論風氣產生。

即使認為刑法第130條第4項不符合「一般性法律」的要件，該條文也能透過基本法第5條第2項選項3的個人名譽權來加以證立。保障名譽權的規定能夠以特殊性法律的形式，針對言論內容來禁止言論。從構成要件的組成和立法資料來看，可得出刑法第

130條第4項是在保障個人名譽權的結論。這種規範理解，不會因為「刑法第130條第4項旨在保障已故被害人之尊嚴，而個人名譽權之主體只能是活著的個人」的主張而被推翻。「被害人」一詞毫無疑問也包含倖存者。而即便不談用語問題，國家社會主義被害人的尊嚴侵害也同時包含被害人遺族後人的尊嚴侵害。此外，刑法第130條第4項也在保障已故被害人的死後人格權(postmortales Persönlichkeitsrecht)，因此能從個人名譽權的角度獲得支持的憑藉。認為死後人格權僅在保障個別得特定之人，而不及於國家社會主義全體被害人的反對主張，本身就是謬誤。在「普通」情況下，也許這種對死後人格權的狹義理解是適當的，但涉及國家社會主義罪行的被害人，便無論如何都絕對不屬於這種情況。

在兩者衝突時，言論自由必須退讓於人性尊嚴的保障。即使假設在例外性的個案中，符合刑法第130條第4項要件的言論可能並未觸及絕對不得侵犯且不得透過衡量而相對化其保障的人性尊嚴核心領域，而僅僅造成對被害人一般人格權的嚴重侵害，但「公共和平」和「國家社會主義統治下之被害人的尊嚴」這兩項被保護法益所受的侵害強度也足以證明，具有民主正當性之立法者在刑法第130條第4項的具體規定中所呈現的，在言

論自由與這兩項保障法益之間的調和決定合乎比例原則。刑法第130條第4項的合比例性不會因為「凡有助於公共議題思辯的言論，皆應作容許自由言論之推定」的主張而推翻。因為刑法第130條第4項所處罰的言論，自始就無助於公共議題的思辯。與「侮辱性評論(Schmähkritik)」相同，「侵害被害人之尊嚴」是系爭言論的決定性特徵。

b)刑法第130條第4項亦未抵觸基本法第103條第2項，因為該條文所使用的概念可以在其他刑法條文和刑事判決的基礎上，使用傳統解釋方法來具體化。例如刑法第194條便使用了國家社會主義暴虐統治的概念。這裡指涉的是一個無視於基本人權的統治系統。藉由這個概念可以和當時的其他國家行為進行區分。而贊同、正當化和頌揚的行為也連結到其他構成要件裡一般而足夠明確的法律概念。對國家社會主義暴虐統治的讚揚，是有可能透過對納粹政權象徵人物和負責人的紀念來達成。主張必須明示表達或是只能透過對——曾經以特殊方式組織或執行系統性人權侵害的——國家社會主義代表性人物的致敬才能構成「頌揚國家社會主義」的解釋，既不符合文義和立法沿革，也不符合該條文的立法目的。只有在客觀上無法接受而顯得恣意的解釋，才與基本法第103條第2項不相容。而認為刑法第

130條第4項的構成要件也包含「以頌揚納粹政權負責人或代表性人物之方式來讚頌國家社會主義暴虐統治」的主張，並非在客觀上無法接受。首先，就一般文義而言，「統治」必然是由人來進行，而獨裁更是一種特殊的人事組成形式。此外立法沿革更顯示出，依據立法者的意願，刑法第130條第4項的構成要件應該涵蓋此種對人的頌揚。再者，「贊同」的概念並不是指向特定的行為，而是指涉於暴虐統治本身，因此也包括單純的默示贊同。最後，認為對特定人物的致敬只是為了散播國家社會主義思想和讚頌納粹政權整體所為的託辭，這種評價也符合刑法第130條第4項的立法目的。在系爭納粹政權象徵人物曾經參與「暴虐統治措施」的情況下，「對象徵人物之頌揚構成對國家社會主義暴虐統治之贊同」的解釋絕對符合基本法第103條第2項的要求。

「被害人尊嚴之侵害」的構成要件要素也足夠明確。「被害人」的概念不但包含死難者，也包含國家社會主義追捕下的倖存者。對被害人尊嚴的侵害，是對被害人受基本法第1條第1項保障之人性尊嚴的侵害。在集會的進行將走向對國家社會主義統治系統及其罪行的全面贊同時，即可認為被害人尊嚴受到侵害。

「擾亂公共和平」的構成要件要素亦無抵觸基本法第103條第2項的

違憲疑慮。就字義而言，公共和平的概念不僅僅是以「滿足治安需求」為前提。公共和平也包含了最低限度的寬容和一種既在避免不平靜、騷動、不安產生，也在防止個別人民群體被排除在外的公共風氣。而對國家社會主義暴虐統治的正面描述，會造成對「政治風氣的毒害」。因為國家社會主義系統本身蘊涵了對「先把特定人排除在外，再對之施加身體暴力一再攫取政治權力」這種言論風氣產生的鼓吹。當公開或潛在的暴力能量被創造出來，並從而撼動了受攻擊人民群體對公共法安定性的信賴，此時公共和平便受到了破壞。因為當上述情狀發生時，所有人民群體相信維持國內往來交易以合憲合法方式進行的保障不復存在，從而在德意志聯邦共和國內不受暴力攻擊的信賴也就因而動搖。

在許多依據集會遊行法第15條第1項作成集會禁止的案例中，都援用了刑法第130條第4項。個案中是否真的可能會發生公共和平擾亂的問題，可以藉助最高審級法院對於集會遊行法第15條第1項「公共秩序」概念的闡釋。如果允許以危害「公共秩序」為由—至少以課予負擔的形式—限制集會自由，並肯認這項「不確定法律概念之最」顧及了基本法第103條第2項之要求，那麼對於在本質上更為狹義的刑法第130條第4項，也應作相同

認定。透過對「公共秩序」之司法解釋的明文立法化和具體化，立法者比起未立法前，對於集會的禁止賦予了更多的民主正當性和明確性。

c)最後，個案中的具體法律適用亦合憲。從集會主題（「紀念魯道夫·黑斯」）、集會地點（魯道夫·黑斯的墓址所在）和集會形式（「包含哀悼遊行」的紀念活動）整體觀之，可以得出該集會是在默示贊同國家社會主義暴虐統治的結論。在聯邦行政法院的判決中，揭示了對魯道夫·黑斯的紀念只是為了散播國家社會主義思想和讚頌納粹政權而借用的明顯託辭。魯道夫·黑斯是納粹政權的領導性代表人物，並且參與了其中一項暴虐統治措施，因此應被評價為納粹政權的象徵人物。這項結論直接出自於魯道夫·黑斯在國家社會主義德意志工人黨(NSDAP)中的地位。他在1932年獲得了「中央政治委員會」領導人的位置並因此成為黨內僅次於阿道夫·希特勒的最高位階幹部。在阿道夫·希特勒於1939年9月1日所公布的繼位規定中，魯道夫·黑斯被確定為在阿道夫·希特勒和赫曼·戈林死亡時「第三帝國」的第三順位領導人。魯道夫·黑斯以所謂的國家緊急防衛來正當化羅姆政變(Röhm-Putsch)，並且簽署了1935年9月15日的紐倫堡種族法。而系爭預定集會卻把魯道夫·黑斯當成「和平使者」和「殉道者」來加以

崇敬。在「和平」和「正義」的概念脈絡下談論納粹政權領導代表，並且把他描繪成「受難者」，顛倒了納粹政權下的「犯罪人—被害人」關係，也等於是在嘲諷—魯道夫·黑斯作為納粹政權領導及象徵人物難辭其咎的—國家社會主義專制行為的被害人，並因此侵害了其尊嚴以及人性尊嚴應受保障的請求權。並對公共和平造成可預測的危害。透過舉行向魯道夫·黑斯致敬的活動，已經直接引發了由恐懼所塑造的言論風氣。對魯道夫·黑斯的致敬顯然是在紀念一個「透過此種言論風氣之宣揚，先把特定人排除在外，再對之施以身體暴力」的思想體系。

2.巴伐利亞檢察署也主張該憲法訴願無理由。其陳述大部分與聯邦政府重複。但巴伐利亞檢察署另外作出以下陳述：刑法第130條第4項是否為一般性法律，此處可以不論。重點在於必須在互相衝突的基本權中—在本案中是國家社會主義下倖存或死難被害人基於基本法第1條第1項的一般人格權和憲法訴願人的言論自由—透過實踐上的調和（praktische Konkordanz）尋求適當的平衡。此時必須把「第三帝國」對於猶太人的種族屠殺以及猶太人所遭受超乎一般人所能想像之悲慘命運這項歷史上千真萬確的事實納入考量。和德國具有類似歷史慘痛教訓的其他法秩序，有些對言論自由

和集會自由施加了更重的限制，例如奧地利共和國的「禁止法1947」^{**} (Verbotsgesetz 1947) (參照Staatsgesetzblatt Nr. 13/1945)。此外，刑法第130條第4項的構成要件和刑法第86a條的構成要件相似，都是透過阻止任何國家社會主義的復活徵象萌生，以及避免讓國內外政治事件觀察者產生德國內政開始容忍「贊同、頌揚或正當化國家社會主義」這種與憲法敵對之活動的印象，來防止國家社會主義的復活並且維護政治和平。

V. 訴願人死亡

訴願人於2009年10月29日死亡。

B. 憲法訴願程序合法

雖然訴願人死亡，但仍可對本件憲法訴願作成判決。本院受理本件憲法訴願主張基本法第3條第3項、第3條第1項、第8條第1條併第5條第1項第1句和第103條第2項受侵害的部分，其餘部分不予受理。

^{**} 「禁止法1947」共含29條條文，分屬六章。第一章：國家社會德意志工人黨(NSDAP)的禁止(第1條至第3條)；第二章：國家社會主義者的身分註記(第4條至第9條)；第三章：特別刑法(第10條至第16條)；第四章：對於應承擔國家社會主義政權罪行者的規定(第17條至第23條)；第五章：人民法院(第24至26條，已刪除)；第六章：例外規定(第27條至29條)。

I. 憲法訴願人死亡對繫屬中憲法訴願程序所產生的法律效果

法律並未明定訴願人的死亡會對繫屬中的憲法訴願程序造成何種後果。但聯邦憲法法院在判決中肯認了旨在實現訴願人高度屬人性權利的憲法訴願，在訴願人死亡時同時終結(參見BVerfGE 6, 389 [442 f.]; 12, 311 [315]; 109, 279 [304]; BVerfGK 9, 62 [69])。然而這項原則並非毫無例外。聯邦憲法法院早期便已強調，此一問題必須針對個案，在考量系爭高權行為和憲法訴願之進程之後加以決定(參見BVerfGE 6, 389 [442])。

就本案而言，訴願人在多次聲請暫時性權利保護被拒之後，轉而就實體問題提起法律救濟，以求系爭難題能獲得普通法院的闡明，並且在敗訴之後再把它帶進聯邦憲法法院進行更精細的審查。訴願人著眼於該訴願所具有的基本重大意義，並且以集會主辦人的身分代表眾多參與者的利益歷經三審敗訴然後提起憲法訴願。在訴願人死亡時，聯邦政府和巴伐利亞邦檢察署已經基於本判決對公共和平所具有的基礎性意義而進行了詳細的陳述；案件實體已經成熟，足以作出判決(entscheidungsreif)，本庭已進行討論，且程序已近終結。此外，本判決在訴願人的高度屬人利益之外，對於未來眾多集會與公開場合中言論發表的法律地位也具有釐清的作用，因此

具有一般性的憲法意義。因為憲法訴願也具有維護、解釋和續造客觀憲法的功能（參見BVerfGE 98, 218 [242 f.]），所以聯邦憲法法院在本案的情況下能夠在訴願人死後就其憲法訴願作成判決。

II. 憲法訴願程序合法

首先，系爭憲法訴願針對基本法第8條第1項合併第5條第1項及第2項的指摘予以受理。系爭聯邦行政法院的判決可因其確認對集會的禁止而侵害訴願人基於基本法第8條第1項的權利。尤其當該集會是因其內容而以憲法上所不容許的方式受到禁止時更是如此。因為依基本法第5條不得予以禁止的言論內容，也不能用來證立對基本法第8條基本權的限制。就此而言，集會自由的涵蓋範圍依基本法第5條第1項及第2項所保障的範圍而定（參見 BVerfGE 90, 241 [246]; 111, 147 [154 f.]）。而針對違反基本法第3條第3項、第3條第1項和第103條第2項所提出的指摘，也無不受理的原因。

反之，訴願人對於基本法第4條第1項權利受到影響的主張並無明顯論據。系爭憲法訴願涉及歐洲人權公約第10條合併法治國原則的部分亦不受理。誠然，歐洲人權法院對於歐洲人權公約的保障會影響基本權的解釋，從而內國普通法院在解釋內國法時也必須加以考量（參見BVerfGE 74,

358 [370]; 83, 119 [128]; 111, 307 [317]）。而這項考量義務的違反原則上可能同時構成對一保障領域受到干預的一基本權加上法治國原則的抵觸（參見BVerfGE 111, 307 [316]）。但本案中卻欠缺實質主張。訴願人並未以任何方式就實體問題爭執歐洲人權公約的保障。

C. 憲法訴願無理由

憲法訴願無理由。刑法第130條第4項與基本法相容（C I-V）。聯邦行政法院的適用亦合憲（D）。

I. 刑法第130條第4項干預了基本法第5條第1項第1句的保障領域

刑法第130條第4項干預了基本法第5條第1項第1句的保障領域。

基本法第5條第1項第1句保障個人有自由表達並散布其意見的權利。言論是由個人與其言詞內容間的主觀聯繫所構成（參照BVerfGE 7, 198 [210]; 61, 1 [8]; 90, 241 [247]）。因此言論無法被證實為真或假。無論言論是否有所根據、是感性或理性、是否有價值、有害或無害（參照BVerfGE 90, 241 [247]），都享有基本權保障。法律不能強迫人民贊同作為憲法基礎的價值觀念。誠然，基本法是建構在人民接受並實現憲法普遍價值的期待上，但基本法並不強制人民對價值的忠誠（參照BVerfG, Beschlüsse der 1. Kammer des Ersten Senats vom 24. März 2001 -- 1 BvQ 13/01 --, NJW

2001, S. 2069 [2070] und vom 15. September 2008 -- 1 BvR 1565/05 --, NJW 2009, S. 908 [909])。

因此，旨在徹底改變政治秩序的言論，不論其在基本法的秩序框架中是否／在何種程度上能夠實現，也受到基本法第5條第1項的保障。基本法相信自由議論的力量是對抗極權和蔑視人性之意識型態散播的最有效武器。因此作為對現行秩序之極端質疑的國家社會主義思想，其散布並不自始被排除在基本法第5條第1項的保障領域之外。對於該思想所蘊涵的危險，基本法的自由秩序主要是交付給自由政治言論中的公民參與、國家啟蒙及基本法第7條所規定的學校教育來對抗。

因為刑法第130條第4項是以對國家社會主義暴虐統治的贊同、頌揚和正當化為對象，並在一定的條件下施以處罰，因此該規定干預了言論自由的保障領域。

II. 刑法第130條第4項對言論自由的干預有理由

此項對言論自由的干預係屬正當。刑法第130條第4項是一項可在憲法上證立其言論自由干預的法律基礎。然而刑法第130條第4項並非基本法第5條第2項選項1意義下的一般性法律(1)。屬性為特殊性法律(Sonderrecht)的刑法第130條第4項亦無法透過基本法第5條第2項選項3所

規定的個人名譽權保障加以證立(2)。但在涉及1933至1945年間的國家社會主義政權時，基本法第5條第1項和第2項允許以不符一般性法律要件的規定去干預言論自由。鑑於國家社會主義政權在歐洲和世界各地所帶來超越一般範疇的不法與恐怖，以及這段歷史對德意志聯邦共和國之認同所具有的重大意義，鼓吹國家社會主義政權之言論，可能產生一般標準所無法衡量的效果(3)。

1. 刑法第130條第4項並非基本法第5條第2項選項1所規定的一般性法律。

a) 依據基本法第5條第2項選項1，言論自由可透過一般性法律的規定加以限制。一般性法律係指不在禁止「言論」本身，亦不針對「言論表達」本身，而旨在保障無關乎特定言論，無論如何皆應保護之法益的法律(參照BVerfGE 7, 198 [209 f.]; 28, 282 [292]; 71, 162 [175 f.]; 93, 266 [291]; 歷來法院見解)。該法益必須在法秩序中受到普遍性的保護，且無論是否因言論而受到侵害皆應予以保護(參照BVerfGE 111, 147 [155]; 117, 244 [260])。

aa) 對於法律是否具有一般性的審查，首先要從規範是否涉及言論內容的問題出發。若該規範納入系爭行為的理由與言論內容完全無關，則該規範的一般性毫無疑問。反之，若該

規範涉及言論的內容，則應視該規範是否在保護在法秩序中受到普遍保障的法益而定。若然，則應推定該法律不在針對特定言論，而是旨在防止法益侵害的言論中立的一般性法律。因此法律不因其涉及言論內容而立即喪失一般性法律的性質。當法律規範顯然在保護特定法益而非針對特定言論時，涉及言論內容的規範也應該被評價為一般性法律。從這樣的論理出發，聯邦憲法法院在處理基本法第5條第2項的問題，諸如規範軍人及公務員政治自制義務的規定（參照BVerfGE 28, 282 [292]; 39, 334 [367]）、刑法第90 a條處罰詆毀國家及國家象徵的規定（參照BVerfGE 47, 198 [232]; 69, 257 [268 f.]）、刑法第185條侮辱罪的規定（參照BVerfGE 93, 266 [291]; BVerfGK 8, 89 [96]; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 12. Mai 2009 -- 1 BvR 2272/04 --, NJW 2009, S. 3016 [3017]）和刑法第130條種族仇恨罪修正前舊版構成要件時，（參照BVerfGE 90, 241 [251]; 111, 147 [155]）都認定為一般性法律。

但不能從這些判決見解反推回來，認為一旦規範所保障的是受到肯認的法益，該規範的一般性就獲得確保（參照Enders, JZ 2008S: 1092 ff. [1094]）。限制言論的規範係在保障一項受肯認之法益的事實，不能完全

確保該規範的一般性，而只不過是法治國對言論內容保持距離以及言論中立性的一個徵象。長久以來聯邦憲法法院一直強調，系爭法益必須是與特定言論無關，無論如何都應加以保障的法益（參照BVerfGE 111, 147 [155]; 117, 244 [260]），從而涉及言論內容的規範也必須在各種政治思潮和世界觀之間保持中立。因此，處罰蔑視德國的行為「與政治見解無關」，對於刑法第90a條作為一般性法律的認定極為重要（參照BVerfGE 47, 198 [232]）。同理，聯邦憲法法院也認定刑法第86、86a條是一般性法律（參照BVerfGE 111, 147 [155]）。誠然，刑法第86條第1項第4款結合第86a條第1項第1款明白指涉國家社會主義組織。但從第86條第1項的整體脈絡來看，該規範卻不是特殊法。該規範並非針對國家社會主義思想的散播，而是對於被政府禁止之結社與政黨的組織傳承施以刑罰，並同等適用於所有與之相關的組織之上。

bb)若一項涉及言論內容的限制言論規範不夠開放，自始便只針對特定的信念、立場、意識型態，則該規範欠缺法律的「一般性」性格。

只有從整體觀點看來，確然是出於法益的抽象一貫考量而與現存的具體觀點無關、目的在保障法益的法律才是一般性法律。一般性法律在保障法益和法益侵害行為的文義上必須夠

一般化，以確保在政治戰場上對不同團體保持開放，讓被處罰或禁止的言論基本上可能來自各種不同的政治、宗教和世界觀基本立場。基於法治國在政治或其他言論鬥爭中必須對具體論點維持的分際，規範必須確保與其最終適用的言論之間存在嚴格的「盲目性」。規範必須以保障法益為依歸，而不能以各該立場信念有無價值為標準。

與「不得對政治觀點進行差別待遇」的禁止規定（基本法第3條第3項第1句選項9）相應，法律必須具有一般性的要求，是在言論自由干預上特殊而嚴格的「特定言論歧視禁止」。涉及言論內容並禁止或處罰因言論所生之法益侵害的法律，只有在嚴守中立性和平等原則的情況下才會被允許。

據此，規範究竟屬於一般性法律或特殊性法律的問題無法一概而論，必須從整體加以觀察。其中一項重要的指標，是一項規範在何種程度上維持了抽象的言論內容相關性和對不同立場的開放性，或是這項規範其實是奠基在具體觀點甚至是意識型態的區別之上（類似見解請參照BVerfGE 47, 198 [232]）。如果一項規範被認為是在為時下公共論爭的具體衝突提供答案，或是規範內容與個別的現有團體相連結，以致於該規範主要只適用於該團體，那麼該規範就有特殊性法

律的嫌疑。例如處罰出於具體思維立場或特定世界觀、政治或歷史解讀所會有的典型行為，或是只適用於—以上述觀點為其資格標準之—特定團體成員的規範，都屬於這種情況。規範愈是明顯地只針對特定政治、宗教或世界觀立場的支持者並進而干涉公共意見爭論，就愈可能跨越特殊性法律的門檻。此外，若限制言論的法律與某些事件的特定歷史解讀連結，或侷限於封閉且固定之族群的法益保護，也都是特殊性法律的徵兆。總而言之，法律是否具有特殊性的問題，應視該限制言論的規範對於政治與世界觀意見爭論中的各該立場是否在內容上保持了原則性的距離。

b)據上所述，刑法第130條第4項並非一般性法律。該規定雖在追求公共和平這項在法秩序中多所保障的法益，但刑法第130條第4項並不是以一般性的、內容開放的方式來形塑這項保障，而僅僅指涉對國家社會主義表達特定觀點的言論。該規定不是對暴力受害人的普遍性保障，也明確表示出它不在針對所有對極權暴虐統治的贊同、頌揚及辯護，而只限於涉及國家社會主義的言論。從立法沿革來看，刑法第130條第4項也被認為是立法者針對與國家社會主義時代連結之極右派公開集會遊行—其中當然也包括每年對魯道夫·黑斯的紀念活動—的回應（請參照Sitzungsprotokoll des

Deutschen Bundestags 15/158 vom 18. Februar 2005, S. 14818, 14820; Innenausschussprotokoll 15/ 56 vom 7. März 2005, S. 11, 22 ff., 44, 45, 53 f., 57; BTDrucks 15/5051, S. 6; Sitzungsprotokoll des Deutschen Bundestags 15/164 vom 11. März 2005, S. 15352)。因此刑法第130條第4項是立法者對於在公共言論鬥爭中的具體政治觀點，特別是被認為具有特殊危險性的觀點所作出的回應。它處罰的是出於某種特定歷史闡釋及相應立場而來的言論。所以它並非「盲目地」對待各種現存的基本立場，而是在構成要件中明定了涉及具體觀點的要件。因此刑法第130條第4項不是一般性法律，而是旨在防止透過特定言論表達——亦即對國家社會主義暴虐統治的讚頌——而產生之法益侵害的特殊性法律。

2. 作為特殊性法律，刑法第130條第4項也無法透過基本法第5條第2項選項3的個人名譽權獲得支持。基本法第5條第2項選項1中對限制言論法律的一般性要求，亦及於保障名譽權的規定。

根據基本法第5條2項所稱的「一般性法律」概念，限制言論的法律不會因為與言論內容的連結而立刻成為特殊性法律，毋寧只有在法律構成要件與具體觀點連結而使得該規範不再言論中立時，才會跨越特殊性法律

的門檻。據此，「法律一般性」要求所蘊涵的特殊性法律禁止——與基本法第3條第3項第1句選項9（「政治見解」）類似——保障不因特定言論及政治見解而受到歧視，並在言論自由保障之下確保法治國的分際。在這樣的理解之下，「特殊性法律禁止」的要求必須普遍性一體適用而及於所有限制言論的法律。保障青少年和個人名譽權的法律規定，與保障其他法益的法律無異，都必須符合「特殊性法律禁止」的要求。因此聯邦憲法法院先前也將侮辱罪的刑法規定認定為一般性法律（請參照 BVerfGE 69, 257 [268 f.]; 93, 266 [291]; BVerfGK 1, 289 [291]）。言論自由的歷史也支持這種見解。根據威瑪憲法第118條，言論自由即以一般性法律為界線，而未在禁止審查規定之外另設青少年及名譽權保障的例外規定。一般而言，保障青少年及名譽權的規定被認為涵蓋在一般性法律的範圍之中，而不受「一般性」內容的不同學說解釋如特殊法說（參照 Häntzschel, AöR, Bd. 10, 1926, S. 228 [232]; Häntzschel, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 2, 1932, S. 651 [657 ff.]; Rothenbücher, in: VVDStRL Heft 4, 1928, S. 6 [20]）及 Smend 的學說，參見 VVDStRL Heft 4, 1928, S. 44 [52]）間的爭議所影響。沒有任何徵象顯示基本法制定者有意就此問題作

成不同的決定。基本法第5條第2項對青少年和名譽權保障的明文化應該僅在確認保護青少年和名譽權的規定仍然受到允許，而不表示可以減損「透過言論的中立性來確保法治國分際」這項通用於所有法律的要求。

3.即使並非一般性法律，刑法第130條第4項仍與基本法第5條第1項和第2項相容。基於國家社會主義政權對歐洲及全世界所帶來的超越一般範疇的不義和驚怖，以及德意志聯邦共和國之體制規劃本在避免重蹈納粹覆轍的歷史起源，基本法第5條第1項及第2項中的「特殊性法律禁止」要求，本身蘊涵了法律可針對「宣揚1933到1945年間納粹政權之言論」進行限制的例外許可。

a)基本法第5條第2項對於限制言論法律的一般性要求，應對限制宣揚1933到1945年間納粹暴虐統治言論的法律予以例外容許。這個當時在歐洲及全世界帶來無法估計的苦痛、死亡和壓迫的蔑視人性的政權，對於德意志聯邦共和國的憲法秩序具有反面的認同形塑意義，這種意義極其獨特而無法僅從一般法律規定的層次來掌握。在歷史上，對國家社會主義不法政權的明確摒棄是參與基本法制定生效之各方力量——尤其是制憲會議（參照 *Parlamentarischer Rat, Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deut-*

schland, Anlage zum stenographischen Bericht der 9. Sitzung des Parlamentarischen Rates am 6. Mai 1949, S. 5, 6, 9）——的中心訴求（參照 *Verfassungsausschuss der Ministerpräsidenten-Konferenz der Westlichen Besatzungszonen, Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, S. 18, 20, 22, 56*），並且組成了基本法秩序的內部結構（參照基本法第1條、第20條與第79條第3項）。基本法可以進一步被解釋為對抗國家社會主義政權極權主義的反面設計，從基本法的結構到細部都是為了從歷史經驗中學習並永久摒除這種不法捲土重來的機會。終局壓制納粹組織並防止極權納粹德國死灰復燃是同盟國在重建德國國家性時的重要動力，因此——如同1941年8月14日大西洋憲章、1945年8月2日波茨坦宣言及1945年10月10日管制委員會法2號法「解散納粹組織」所表明的一構成了1948年7月1日法蘭克福文件（占領國軍事將領把制定新憲法之任務交付給占領區邦總理）的核心思想基礎。此外，納粹摧毀一切文明成就的歷史也是歐洲聯盟、眾多國際條約尤其是歐洲人權公約誕生的重大成因。這些組織和條約構成了戰後的整體秩序，並持續把德國拘束在國際社會之中，直至今日。

鑑於上述歷史背景，宣傳頌揚——

應向所有這些恐怖事實負責的——國家社會主義暴虐統治的言論，具有遠超過普通輿論競爭之緊張關係的效果，從而無法單純從言論自由限制的一般性規則來加以掌握。在德國，對於國家社會政權的贊同言論是一種可能造成社會動盪的，對社群認同的攻擊。該種言論不能與其他言論等同視之，此外，它也可能在國外引發深切的不安。基本法5條第2項並不排除以特殊條文對此種歷史上的特殊情境進行考量。基本法第5條第2項傳統上用來要求立法者透過言論限制所保障的法益不得出於特定信念、立場和意識形態的「法律一般性」要求，不能適用在這種有別於其他衝突的，涉及——在歷史經驗中所形成——德國認同的獨特情況。因此刑法第130條第4項並不因為它是以「對國家社會主義暴虐統治之評價」作為唯一規範客體的「特殊性法律」而違憲。

b) 基本法第5條第1項及第2項對於限制「與1933至1945年間國家社會主義相關言論」之法律所持的開放態度，並不減損言論自由的實體內涵。尤其基本法並不包含一般性的「反國家社會主義」基本原則，所以不得僅因言論內容的精神效果而禁止極右或國家社會主義思維的散布（請參照Battis/ Grigoleit, NVwZ 2001, S. 123 ff.; OVG Münster, Beschluss vom 23. März 2001 -- 5 B 395/01 --, NJW 2001,

S. 2111）。從基本法79條第3項或第139條更是無法推導出這種「反國家社會主義」的基本原則，因為基本法79條第3項或第139條明確表示只將條文所述規定獨立於憲法效力之外。基於對自由輿論力量的信賴，基本法對言論自由的保障原則上也及於自由的敵人。制憲會議的這項立場也包括了當時剛垮台的國家社會主義。制憲會議在基本法第9條第2項、第18條和第21條規定，敵視憲法之思想的散播本身並不構成自由政治議論的界線，其界線毋寧必須是對自由民主基本秩序的主動攻擊和挑釁立場（參照BVerfGE 5, 85 [141]）。因此基本法第5條第1項和第2項的言論自由保障是無關乎言論正確性、法律上實現可能性或危險性等內容評價的精神自由保障（參照BVerfGE 5, 85 [141]）。基本法第5條第1項和第2項不允許國家介入信念領域，只有當言論逾越「表態贊同」的純粹精神領域而轉變成對法益的侵害或明顯危害時，才允許國家進行干預。

基本法第5條第1項和第2項基於歷史上國家社會主義暴虐統治罪行的獨特性和德意志聯邦共和國從而所擔負的責任，而肯認「限制言論法律必須具備一般性」的要求有例外，並不因此大開箝制言論的後門，而是把壓制有害思維的責任交付給自由論辯。

「法律一般性要求的例外」只是容許

立法者可以針對以「給予納粹統治史實正面評價」為內容的言論，就其言論的獨特效果進行考量並制定特殊的法律。此種法律仍然必須符合比例原則，並且嚴格指向外部性的法益保障，而非系爭言論內容的評價。

III. 刑法第130條第4項符合比例原則的要求

刑法第130條第4項符合比例原則的要求。該條文旨在追求保障公共和平這項正當目的，而且是適當、必要、合比例的手段。

1. 刑法第130條第4項旨在追求公共和平的保障。這是一項正當的法益，並在合乎基本法第5條第1項本質的概念理解範圍中，可證立對言論自由的干預。

a) 正當法益的確認是對基本法第5條第1項進行干預的前提，對於干預手段是否合乎比例性的問題也至關重要（參照BVerfGE 80, 137 [159]; 104, 337 [347]; 107, 299 [316]）。憲法上未被排除的所有公共利益原則上皆屬正當；因此立法目的的正當性同時也取決於被干預的各該基本權，毀棄蘊涵在個別基本權之中的「自由原則」就絕非正當。這種思維在言論自由領域裡表現為「相互影響理論」：在基本權保障與基本權限制之間存在一種相互影響，從而一般性法律既對基本權設下限制，但限制本身卻也必須在基本權保障的考量下確定其範圍（參照

BVerfGE 7, 198 [208 f.]; 94, 1 [8]; 107, 299 [331]）。言論自由的限制不得動搖言論自由的實體內涵。這項原則同時適用於系爭法條內容及其立法目的的解釋（參照BVerfGE 77, 65 [75]）。

因此對基本法第5條第1項的干預，其目的不得在防止特定言論的純粹精神效果。限制內容有害或具有危險思想後果之言論的意圖，是對言論自由原則本身的揚棄，因此並不正當（參照 Hüntzschel, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 2, 1932, S. 651 ff.; Rothenbücher, in: VVDStRL Heft 4, 1928, S. 6 ff.）。這一縱然有基本法第9條第2項、第18條、第21條第2項規定——也同樣適用於「散播敵視憲法觀點」的禁止問題上。單單因為言論本身毫無價值或是具有危險性，並不足以成為限制言論的理由（參照BVerfGE 90, 241 [247]）。基本法第5條第1項絕不允許言論自由保障淪為一般性衡量之後的結果。

反之，禁止法益侵害則是正當的。在言論已經對法益造成個人性且具體的危險時，立法者對言論進行相應的限制，那就是在追求正當目的。因此立法者對於已經超越說服層次而意在間接產生現實效應的言論，例如透過違法行為的煽動、攻擊性的情緒激化以及鬆動犯罪心理門檻等方式而能直接引發危害法益後果的言論，就能進行規範。

從實體法益的保障來看，為了防止法益危害所進行的干預也必須符合一定的門檻要件：單純出於言論本身的危險太過抽象而無法證立國家的禁止行為。當危險只存在於表達贊成立場的抽象層次或是言論的交換之中，這種危險就交付給不同社會思維間的自由思辯來防止。反之，當言論對個人法益或一般性的保護利益產生明顯危害時，便允許針對言論的內容進行限制。防止法益危害是一項正當的立法目的。因此，法治國原則限制國家只能在外部領域中針對法益的保障進行干預。根據基本法第5條第1項，國家不得介入個人信念及信仰的主觀內心世界，也不得介入其傳遞與散布。

言論的純粹精神效果和權利侵害效果兩者並不是嚴格二擇一的關係。兩者無法單純在形式上加以區分，而可能彼此重疊。因此立法者在制定限制言論的法律時就此會有形成空間。但立法者所追求的保護目的始終必須是在尋找自由思維論辯的界線，而非消滅自由思維論辯這項原則本身。比例原則審查也必須遵循這項限制。言論對法益造成的危險愈具體直接，對國家干預行為的要求就愈低；而法益侵害的危險性愈遠愈間接，干預行為必須符合的要求就愈高。同理，只涉及言論在外在世界中之形式和環境的干預行為容易通過合憲性的檢驗；但干預行為的結果愈可能造成言論內容

的壓制，對法益危險具體性的要求程度就會愈高。

b)立法者基於公共和平的保障而制定刑法第130條第4項（參照BTDrucks 15/4832, S. 3; Innenausschussdrucksache 15(4)191, S. 5; BTDrucks 15/5051, S. 5）。這是憲法上可接受的法益。但依據上述評量標準，公共和平的概念掌握必須受到一定限制。

aa)若把「公共和平」理解成在保障人民免於因接觸煽動性言論和意識形態而產生主觀上不安，或是對「基礎」社會觀或倫理觀的維護，則無法正當化對言論自由的干預。在言論競逐中因為思想論辯而產生的，純粹源於思維內容及其思想結果的不安，是言論自由必然存在的另一面，不能成為限制言論自由的正當目的。與激發不安情緒之言論接觸的可能性—即使這些言論在思想效果上具有危險性甚至是以徹底顛覆現行秩序為目標—也是自由國家的一環。保障「一般的和平感」、防止「思想氛圍的毒化」、保障人民的法意識不受極權意識形態或明顯錯誤的歷史詮釋腐蝕，這些都不能作為干預的理由。甚至於鞏固人民人權意識的目的，也不得用以壓制敵對觀點。憲法選擇相信社會有能力承受這些批評甚或是激烈爭論，能透過公民參與來面對，並且以自由的方式拒絕追隨。反之，認為基於「公共和平」便能單純因為言論本身而限制

令人難以忍受的想法，是對受基本法第5條第1項所保障之自由原則的破壞。

bb)如果把公共和平理解為「和平性」(Friedlichkeit)的確保，那麼就是一項立法者能用以限制公開言論表達的正當目的。此時的立法目的是在禁止依其內容顯然意在引發法益危害行為——亦即橋接攻擊或違法行為——的言論。此時公共和平的保障涉及的是言論的外部效果，也就是透過呼籲或情緒激化對聽眾產生的推波助瀾（行為解放或降低心理門檻）或是對第三人的直接震懾。在這種情況下，對言論自由的干預也可能會與言論的內容連結。但是公共和平的保障是為了維持人際間的和平共處。這是一種前置的法益保障，目的是在實際發生危險之前就扼止危險性的萌生。從這個角度來看，公共和平自始便是眾多刑法規範的保護法益：如禁止公開煽動犯罪行為（刑法第111條）、禁止犯罪行為的威脅（刑法第126條）、禁止犯罪行為的稱許贊同（刑法第140條）以及關於族群仇恨條款的其他犯罪構成要件（刑法第130條第1項到第3項）。

c)根據立法理由，立法者認為公共和平保障的單一理由便足以支持刑法130條第4項的規定。至於國家社會主義暴虐統治之被害人的尊嚴保障是否——若然，在何種意義上——能支持這

項規範，此處可暫且不論。

2.刑法第130條第4項的規範是保障「公共議論和平」意義下之公共和平的適當措施。

刑法第130條第4項所處罰的犯罪行為是對國家社會主義暴虐統治的贊同、頌揚及正當化。因此被處罰的不是對意念的贊同，而是對史上絕無僅有、泯滅人性到達極致的真實罪行的贊同。該法旨在禁止一個曾經滅絕一整個族群且其無限殘暴的恐怖形象深植當代人心之政權的惡行被喚起或贊同。認為對當年暴虐統治的頌揚是對今日——認為其價值和權利再度受到質疑——人民的攻擊，且基於歷史現實，該言論對上述人民所造成的效果遠非和敵視民主自由之意識形態的單純接觸所能比擬，這是在憲法上受到支持的立法者判斷。因為系爭言論並非只是在思想上不合宜地弱化「禁止使用暴力」的誡命；散播對不法政權的正面評價經常不是激起對立、引發驚恐，就是對支持群眾產生卸除犯罪心理門檻的效果。

從國家社會主義暴虐統治的歷史來看，刑法第130條第4項構成要件中的贊同、頌揚和正當化也足以構成對政治議論和平性的危害。系爭構成要件並未處罰對國家社會主義意識形態的粉飾或是對當時歷史的不當解釋，而是在處罰對於在國家社會主義政權下實際發生過之暴虐統治的公開頌揚

。姑且不論立法者所額外提出，系爭構成要件行為侵害了被害人尊嚴的理由，系爭構成要件和「和平性」意義下的公共和平之間已經具有適當性的連結。因此刑法第130條第4項在立法者的評價中，與刑法第140條（處罰對現實中特定重大犯罪行為之同意讚賞）的規定相類。

刑法第130條第4項不因為其處罰範圍同時及於公開場合和封閉集會中的言論而喪失適當性。立法者有權認定對上述暴虐統治的頌揚無論如何都會在封閉集會之外引發反應。如果立法者的這種預設不符合個案情況，則可透過「擾亂公共和平」的進階構成要件要素來進行修正（參見下述C V 2 b）。

3. 刑法第130條第4項對於立法者所追求的公共和平保障亦屬必要。就系爭法益侵害而言，無法輕易找到能以更溫和但相同有效之方式來保障公共和平的手段。

4. 刑法第130條第4項的規定也具有狹義比例性。在顧及基本法第5條第1項的解釋下，該規定在言論自由和公共和平的保障之間作了合宜的權衡。刑法第130條第4項絕對不能被放寬理解成是在處罰極右觀點或與國家社會主義意識形態連結之觀點的散播；刑法第130條第4項也並未普遍禁止所有對國家社會主義政權行為的贊同評價，或是所有與一可喚起該段歷史

記憶、對國家社會主義政權具有強烈象徵意義之一時地樣態的正面連結。德國對於國家社會主義政權下曾實際存在之暴虐統治仍然持續負有特殊的歷史責任，刑法第130條第4項的處罰規定只限於對這段歷史上暴虐統治的頌揚。該規定的構成要件還另外要求此時被禁止的行為在實際上一而的確在一般情況下也都會—是以侵害被害人尊嚴的方式出現，並且造成對公共和平的擾亂。在言論自由的禁止依個案情狀可能不具衡平性的非典型情況中，就可以運用這項構成要件要素來處理（請參見下述C V 2 b）。據此，刑法第130條第4項也符合狹義比例性的要求。

IV. 刑法第130條第4項未抵觸基本法第3條第3項第1句

刑法第130條第4項亦未抵觸基本法第3條第3項第1句（禁止因政治觀點而為不利對待）保障人民不因「具有」某種政治觀點而遭國家干預的規定。對政治觀點之表達和確認所為的干預，其合憲性基本上視所涉及的自由基本權而定（參見BVerfGE 39, 334 [368]）。尤其在系爭基本權（如本案的基本法第5條第1項及第2項）已蘊涵特殊的平等權保障時更是如此。因此毋須再考慮抵觸基本法第3條第1項與否的問題，從基本法第3條第1項不會導出比基本法第5條第1項和第2項更多的要求。

V. 刑法第130條第4項與基本法第103條第2項相容

刑法第130條第4項亦與基本法第103條第2項相符。

1. 基本法第103條第2項課予立法者有必須明確規定刑罰權發動要件，使刑罰構成要件的範圍和適用領域清楚而能透過解釋方法確定的義務。這項義務有雙重目的。首先是法治國對於規範對象的保障：人民必須能夠預見哪些行為是被禁止而可能遭受處罰的。其次則是在確保只有立法者能針對可刑罰性作成決定。由此觀之，基本法第103條第2項包含的是一種嚴格的立法保留，旨在防止行政權和司法權自行決定刑罰的要件（參見BVerfGE 71, 108 [114]）。

但這並不排除立法者使用在特別情況下需要由法官加以闡釋的概念。即使在刑法領域，立法者也必須考量生活的複雜性。正是因為刑法規範的一般性和抽象性，在灰色邊緣地帶無法判定某行為是否該當法律構成要件的情形便無法避免。因此當規範的意義在一般情況下可藉由通常的解釋方法來確定，而邊緣案例中的行為人至少可以認知到刑罰的風險，即已滿足明確性的要求（參見 BVerfGE 41, 314 [320]; 71, 108 [114 f.]; 73, 206 [235]; 85, 69 [73]; 87, 209 [223 f.]; 92, 1 [12]）。

2. 刑法第130條第4項規定符合上

開要求。

a) 贊同、頌揚、正當化國家社會主義暴虐統治等概念，以及「公然或在集會中」和「以侵害被害人尊嚴之方式」的形式要求，都沒有違反基本法第103條第2項明確性要求的疑慮。從日常語言的理解中，上開構成要件要素也足夠清楚限縮，而能符合在司法審判中「得解釋」的要求。這些概念在規範脈絡中應如何限縮或放寬解釋，是適用的問題。就構成要件要素來看，並不能認為規範本身毫不設限地把可罰性交到刑事審判權手上。

b) 就刑法第130條第4項脈絡觀之，「擾亂公共和平」的構成要件要素也符合明確性的要求。

aa) 誠然，立法者援用「公共和平」作為構成要件要素本身並非毫無憲法疑慮。公共和平在相當限縮的意義下可成為刑法法益的事實，並不當然表示可直接被援引成為構成要件要素。若以「公共和平」為構成要件要素來證立刑罰，那麼公共和平這項概念是否符合明確性要求便不無疑慮。公共和平經常被解釋成以難以捉摸的群眾不安全感為標準，從而公共和平的概念便無法免於「輕忽基本法秩序中自由權所具基礎性意義」的指摘。基本法的法秩序與基本法誕生前的規範傳統之間並非毫無扞格。因此當今學界對於「公共和平」在刑法上的援用也廣泛地持批判態度（參見

Fischer, Öffentlicher Friede und Gedankenäußerung, 1986, S. 630 ff.; Enders/Lange, JZ 2006, S. 105 [108]; Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 90 ff., 282 ff.; Junge, Das Schutzgut des § 130 StGB, 2000, S. 26 ff.)。如果公共和平是發動刑罰權的唯一構成要件要素，或是作為補充性的構成要件要素但構成要件本身無法透過其他的構成要件要素提供原則上可接受並足夠限縮的輪廓，那麼就可能有抵觸基本法第103條第2項的嫌疑。

反之，在其他構成要件要素原則上已足以支持刑罰權，而這些構成要件要素本身足夠明確並且對公共和平也有具體描述時，被判定為可罰的「擾亂公共和平」便沒有違反明確性要求的疑慮。在這種情況下援引公共和平這項附加構成要件要素時，公共和平的概念內容必須從規範脈絡來進一步確定。從而公共和平是一種內容必須從各該規範脈絡來確定的構成要件要素。因此僅具有修正的功能。其他構成要件要素的實現原則上已經足以證立刑罰權，而且也能推定公共和平的擾亂（或危險）。擾亂公共和平的構成要件要素只有在具體個案情形不符合上述推定的非典型情況下才具有獨立意義（參見下述D I 1 b）。公共和平並不是一項發動罰權的構成要件要素，而是「排除不罰個案的評價公

式」（參見Fischer, StGB, 56. Aufl. 2009, § 130 Rn. 14b）。它是特別允許在個案中進行基本權評價考量的一項修正工具。

bb)根據上述標準，刑法第130條第4項並無抵觸明確性要求的違憲疑慮。立法者本來就可以把公然或在集會中表達對國家社會主義暴虐統治的贊同、頌揚和正當化視為一項可罰並且足夠明確的擾亂公共和平行為。在這樣的脈絡之下，作為構成要件要素的擾亂公共和平也是明確的：它存在於對犯罪行為為門檻的降低，以及在德國的歷史特殊背景下系爭言論通常會帶來的威脅效果。

這種效果在其他構成要件要素實現時原則上可以被推定存在。而刑法第130條第4項的公共和平構成要件則是允許在非典型的情況下對言論自由進行考量。

D. 德國聯邦行政法院就刑法第130條第4項的法律適用合憲

系爭判決就法律適用的層次而言，亦無違憲疑慮。德國聯邦行政法院對集會遊行法第15條第1項合併刑法第130條第4項的解釋合乎基本法第8條第1項合併第5條第1項之意旨。

I. 聯邦憲法法院對普通法院法律適用的審查權限

1.a)刑法的解釋與適用原則上是普通法院的職責。但任何干預言論自由的法律，其解釋無論如何都必須確

保「自由民主體制下，在所有領域——亦即公共生活——原則上都必須推定言論自由優先」的這項法律基本內涵。由此便產生一種「交互影響」：雖然這項限制性的法律據其文義是在對基本權設限，但法律本身也必須從該基本權在自由民主國家中所具基礎意義的認知出發來解釋，並回頭限縮法律對基本權所產生的干預效果（參見BVerfGE 7, 198 [208 f.] 及法院歷來見解）。

因此憲法對於刑法第130條第4項與基本法第5條第1項之相容性的判準，也必須引導規範的解釋。從而刑法第130條第4項必須解釋為只有當公共和平在上述「和平性」的意義下遭到破壞時，才能發動刑罰權（參見前揭C III 1 b bb）。

對於在此處極具關鍵性的問題：「言論的表達僅具有精神層面的效果或是已經跨越法益危害門檻」，涉及言論此時所引發的後果只是「在廣泛自由意見形成空間中的微弱威脅」還是「言論的表達已經啟動了危險的實現」。若透過意識形態宣傳所欲達成的效果愈像是某種思維體系的抽象後果，則該言論便愈傾向於停留在一原則上受到保護的——精神領域。反之，如果透過言論表達的方式使得該效果愈具體、愈能直接掌握、愈能對具體的人物、團體或現實狀況造成真正的威脅，就愈會被歸進現實領域。因此

各種主張、理論或解決方案的純粹象徵性呈現，和以歷史事件之形式直接具體描繪法益侵害並進而鼓吹的言論相比，更可能被歸入精神領域。

b)根據上述原則，若要該當刑法第130條第4項，頌揚言論必須明顯指涉國家社會主義「歷史上真實存在過的暴虐統治」。「國家社會主義暴虐統治」是一個用來涵蓋作為納粹政權標誌的人權侵害（參見BGH, Urteil vom 28. Juli 2005 -- 3 StR 60/05 --, NStZ 2006, S. 335 [337]）及其專制罪行史實的整體性概念，「國家社會主義暴虐統治」所描述的法益侵害，可能會透過在公開場合或集會中的贊成呼籲死灰復燃，並危及政治論辯的和平性。反之，並非所有對當時各項事件的贊同言論或對國家社會主義思想的一般性讚揚都該當於刑法第130條第4項。因此錯誤的歷史詮釋或對國家社會主義意識形態的信仰並不在刑法第130條第4項處罰之列。

此外，贊同、頌揚、正當化的構成要件要素也必須從基本法第5條第1項的角度來加以解釋。構成要件也包含默示——亦即未明言但從具體情況可推知——贊同的結論，在憲法上無可指摘。只是該默示的贊同必須對外表露。因此必定要有一個表達其意涵的，可見的積極贊同行為（參見BGHSt 22, 282 [286]）。而單純消極地任由他人在正面評價納粹時期事件的脈絡下

談論歷史暴行，即使是出於欺瞞歷史的片面立場，這種贊同形式原則上也並未逾越「降低犯罪門檻之頌揚暴力言論」的界線。另一方面，如果依具體事況可認為該言論所涉及的是國家社會主義暴虐統治的象徵人物，那麼對歷史人物的尊崇也可能構成可罰的積極贊同行為。

若依上述標準，對國家社會主義暴虐統治的贊同、頌揚、正當化確實存在，那麼對於「該言論侵害被害人尊嚴」的推定在憲法上便無可指摘。立法者在制定刑法第130條第4項時主要是在保障公共和平，而「以侵害被害人尊嚴之方式」的額外構成要件只是形式要件的補充。因此不論此時被害人尊嚴的保障是否／在何種範圍內與基本法第1條第1項的人性尊嚴保障重疊，都不會對該刑法條文造成憲法上的疑慮。刑法第130條第4項的解釋，與援引人性尊嚴侵害作為構成要件是否應設下更嚴格條件的問題無關。

據上所述，當對國家社會主義暴虐統治的頌揚符合刑法第130條第4項的構成要件時，基本上即可推定有公共和平的擾亂存在。而擾亂公共和平這項構成要件要素主要的功能是在掌握基於特殊情狀，擾亂公共和平的推定並不成立，從而應保障言論自由的非典型情況（參見前揭C V 2 b）。這種非典型的情況包含在具體個案中可排除言論具有激發暴力與震攝或威脅

效果的情況，例如言論在小型封閉性集會中並無深刻或廣泛效果、言論十分隨意，或者在具體情況下不會被認真看待等等。

2.此外，聯邦憲法法院判決針對基本法第5條第1項第1句所發展出的言論解釋規則，也適用於刑法第130條第4項的解釋之上。根據上述規則，對言論進行法律評價的前提，便是適當地掌握言論的意義。而其判準是無偏見且具理智之公眾所理解的意義。首先必須從言論的文字用語出發。但文字用語並不能完全確定言論的意義，而必須透過系爭言論所處的語言脈絡和一閱聽人所可探知的一相關事況來確定。顯然誤解系爭言論的意義並基於此種誤解對該言論作出法律評價，是對言論自由這項基本權利的抵觸。當法院在言論具有多種解釋的情況下未先合理排除其他解釋可能便採納使言論變成可罰的解釋時，亦然（參見BVerfGE 93, 266 [295 f.] 及法院歷來見解）。

II. 德國聯邦行政法院之判決無違憲疑慮

據上所述，系爭聯邦行政法院判決在憲法上無可非難之處。

聯邦行政法院是以與基本法第5條第1項第1句相容的方式來解釋刑法第130條第4項。根據基本法第5條第1項的意旨，聯邦行政法院對刑法第130條第4項作了適切的理解：並非所

有對國家社會主義統治的讚揚，而只有對國家社會主義之暴虐統治，尤其是對其（如同歷史已證明的）系統性重大人權侵害的讚揚言論，才會該當構成要件。基於言論自由的精神，聯邦行政法院明確表示，若不涉及國家社會主義暴虐統治以及作為其表徵的人權侵害，那麼對當時國家社會秩序個別觀點的正面評價就不會該當刑法第130條第4項的構成要件。

聯邦行政法院從「對國家社會主義政權的代表及象徵性人物的張揚崇敬行為」推導出「默示贊同國家社會主義暴虐統治」的見解，亦無可指摘。聯邦行政法院判決基於言論自由的考量，在概念上有所區分：只有當被崇敬的人物依具體事況是以國家社會主義政權象徵人物的角色出現時，才能認為此時有默示的贊同存在；反之，如果針對國家社會主義代表人物的正面甚至粉飾言論只是涉及其為人，那麼即使該個人是國家社會主義的領導性人物，亦無法得出默示贊同的存在。因此，把對象徵國家社會主義統治整體之人的全面性崇敬等同於贊同暴虐政權的判斷，並未抵觸憲法。對1933到1945年間國家社會主義統治整體的全盤贊同，從中立聽眾的角度來說，也會被認為是在贊同作為該時期標誌的人權侵害行為。

系爭事實審法院對於訴願人所規劃的「紀念魯道夫·黑斯」集會可能

構成「對國家社會主義暴虐統治之贊同」的判斷，並無憲法上的疑慮。聯邦行政法院適切地從合乎基本法第5條第1項的言論解釋規則出發，並作出正當的判斷：從不偏不倚的理智公眾角度來看，可以認為本案中對魯道夫·黑斯的全面崇拜無異於對國家社會主義統治整體——特別是其所犯下之人權侵害行為——的全面贊同。此項判斷主要的根據是，除去獨立來看可能有其他解釋的個別言論不算，魯道夫·黑斯在預定舉行之集會的整體評價中，是被當成「領袖的代理人」、行為共同負責人、國家社會主義政權共同負責人而被崇敬的。從阿道夫·希特勒和魯道夫·黑斯長年且時而特別緊密的關係（這從魯道夫·黑斯在所有政黨場合中具有「領袖代理人」的特殊功能可獲得依據）以及魯道夫·黑斯本人對大規模人權侵害的責任來說，聯邦行政法院對系爭集會中言論的解釋並未逾越事實審法院的評價界線。

因而聯邦行政法院在解釋刑法第130條第4項這條法律時，從對國家社會主義統治的全面贊同推導出對被害人尊嚴的侵害，亦無違憲爭議。至於此時是否必然存在一如聯邦行政法院所認為的一基本法第1條第1項意義下的人性尊嚴侵害，可暫且不論。

認為系爭集會將擾亂公共和平的見解亦無違憲爭議。對擾亂公共和平

進行審查所需的判斷基礎是：原則上因贊同國家社會主義暴虐統治而產生的公共和平擾亂，可因個案特殊情勢而排除，而在本案中並無事實支持。

法官：Masing Papier
Hohmann-Dennhardt
Bryde Gaier Eichberger
Schluckebier Kirchhof***.

***經當地教會與 Heß 後人長期協商，Rudolf Heß 位於 Wunsiedel 的墓地及墓碑已在 2011 年 7 月 20 日移除，骨灰則灑入大海。2011 年 8 月 13 日於 Wunsiedel 違法舉行的 Heß 紀念集會，僅有 20 餘人參加。

「同性戀變性人結婚案」裁定

德國聯邦憲法法院第一庭2011年1月11日裁定
-1 BvR 3295/07-

張永明 譯

要目

裁判要旨

案由

裁判主文

理由

A.事實與爭點

I.相關法律規定

- 1.生活伴侶法
- 2.變性人法
- 3.變性人法改革草案
- 4.歐洲其他國家之變性人法
- 5.變性之新知識

II.案例事實與前審見解

- 1.採小解決方案之男變女變性人欲與另一女子締結生活伴侶關係遭拒訴訟亦均被駁回
- 2.憲法訴願人主張應以所認知之性別作為締結法律關係之判斷依據
- 3.憲法訴願人為確保與其伴侶之法律關係因而結婚

III.相關機關與單位之見解

- 1.聯邦政府內政部認為相關之規定合憲
- 2.柏林邦政府及其他民間單位認為現行法將迫使當事人進行無意願之外科變性手術

B.憲法訴願程序合法

C.實體內容審查

I.變性人的性別自主決定權

- 1.私密的性生活領域受基本法保護
- 2.同性戀傾向變性人之性別自主決定權

II.憲法訴願結果

D.系爭規定違憲但非無效

關鍵詞

性別歸屬(Geschlechtszugehörigkeit)

性別傾向(sexuelle Orientierung)

性別自主決定權(sexuelle

Selbstbestimmung)

持續無生育能力

(Fortpflanzungsunfähigkeit)

外科變性手術(geschlechtsanpassende Operationen)
荷爾蒙治療(Hormontherapie)
小與大解決方案(kleine und große

Lösung)
不可逆轉的變性慾感受(unumstößlich empfundene Transsexualität)

裁判要旨

當符合變性人法第1條第1項第1至3款規定要件之變性人，其已依據變性人法第8條第1項第3與4款規定，進行變更外部性別特徵之手術，成為持續無生育能力，同時基此原因在身分登記法上，自認以變更後之性別生活，而想要與原來之同性伴侶獲得法律之認同與保障時，若只能被許可登記成立同性生活伴侶關係（而非婚姻）時，即抵觸基本法第2條第1項與第2項連結基本法第1項第1款之規定。

案 由

L女士由柏林的T律師擔任訴訟代理人，不服柏林邦最高法院（Kammergericht）2007年10月23日裁定，案號1 W 76/07、柏林邦法院2007年1月25日裁定，案號84 T 442/06，以及Schöneberg地方法院2006年8月30日裁定，案號70 III 101/06，因而提起本憲法訴願。德國聯邦憲法法院第一庭在副院長Kirchhof等8位法官審理下，於2011

年1月11日作成本裁定。

裁判主文

1.依據本裁定之理由標準，1980年9月10日公布之「在特別案例中變更名字與確認性別歸屬法」（Gesetzes über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen, Transsexuellengesetz - TSG, 簡稱變性人法，聯邦法規彙編第1輯，頁1654）第8條第1項第3與第4款，抵觸基本法第2條第1項與第2項連結第1條1項之規定。

2.變性人法第8條第1項第3與第4款之規定，在法定之新規定生效前，停止適用。

3.柏林邦最高法院2007年10月23日裁定，案號1 W 76/07、柏林邦法院2007年1月25日裁定，案號84 T 442/06，以及Schöneberg地方法院2006年8月30日裁定，案號70 III 101/06等，侵害憲法訴願提起人依據基本法第2條第1項與第2項連結第1條第1項規定之基本權利。柏林邦最高

法院之裁定應予廢棄，案件發回邦最高法院更審。

4. 德意志聯邦共和國應償付憲法訴願提起人必要之費用。

理由

A. 事實與爭點

本件憲法訴願案涉及是否可以當事人可能締結婚姻為由，拒絕某位利用所謂的「小解決方案」之男變女變性人，與另一位女士建立一項已登記之生活伴侶關係。蓋其間當事人必須進行身分資料異動，而此異動變性人必須具備沒有生育能力，且已完成改變性別之外科手術。

I. 相關法律規定

1. 相較於締結婚姻之要件為配偶必須具備不同之性別，生活伴侶法（Lebenspartnerschaftsgesetz，簡稱LPartG）第1條則要求，締結生活伴侶關係者，係兩個性別相同之人，且不論是婚姻關係或生活伴侶關係之性別，均以身分法上所規定之性別為依據。

2a) 2009年7月17日版特別案例中變更名字以及確認性別歸屬法（聯邦法規彙編第一輯，第1654頁，簡稱變性人法，TSG）規定兩種程序，以利變性人可以依據其所認同之性別生活。

其中所謂的「小解決方案」，乃容許在完成變性手術前，得以僅變更

名字之方式達成變性之目的，就此變性人法第1條規定其要件如下：

(1) 當個人符合如下要件時，得向法院申請變更名字：

1. 基於個人對變性之認知，自己不再認同出生登記時之性別，而認為自己係歸屬於另一個性別，且至少已有3年的時間，在自己之認知所形成之壓力下生活。

2. 得以高度之必然性推測，當事人不會再變更回原來之性別。

3. 申請人為

a) 德國基本法意義下之德國人。

b) 無國籍之人，或經常居住在德國境內之無祖國外國人。

c) 具備政治庇護資格者，或者住所位於德國境內之外國難民。

d) 祖國法律沒有任何類似本法之相關規定之外國人，且有下列情形之一者：

aa) 擁有無限期之德國居留權

bb) 擁有得延長之居留許可，且長期合法地停留在德國境內。

(2) 申請書上必須標明申請人將來想要使用之名字。

為確認變性人法第1條第1項規定之要件是否符合，有管轄權之地方法院（參變性人法第2條第1項之規定）將要求申請人提出兩份專家鑑定報告，由對於變性問題受過特別之訓練且具有執業經驗，於該領域具有可信性之兩位專家，以彼此獨立之作業方式

完成鑑定報告（參變性人法第4條第3項之規定）。

變性人法第8條則規定，欲以所謂的「大的解決方案」申請在身分法上確認為自己所認同性別者應具備之要件，該條規定之內容如下：

應具備之要件為：

(1)依據個人對於性別之認知，已不再認同自己出生登記上所顯示之性別，而認為歸屬於另一個性別（譯者註：變性人堅持只有男女兩種性別，且有深刻的性別刻板印象）之當事人所提出之申請顯示，其至少已有3年之時間，為求符合自己之認知，而在痛苦壓力下生活，因而請求法院確認其應該歸屬於另一個性別。此外，申請者必須具備下列要件：

- 1.符合第1條第1項第1-3款規定之要件。
- 2.（內容業經廢止）。
- 3.持續無生殖能力。
- 4.已經完成一項改變外部性別特徵之外科手術，且在外觀上已明顯地接近另一個性別應具備之外部相貌。

(2)在申請書上申請人必須填寫將來想要使用之名字，但當事人已經依據第1條之規定變更名字時（即已採行小的解決方案者），即沒有必要。

當申請案依據變性人法第9條規定之程序，經由法院裁判承認時，申請人自裁判確定之日起，依據變性人

第10條之規定，即被認為是歸屬於另一個性別；其與性別相關之權利與義務全部依據新的性別而定。但變性人與其子女以及父母之關係，依據變性人法第11條之規定，則維持不變；依據變性人法第9條第3項連結第6條之規定，當事人得申請再度回復到出生性別之身分狀態。

b)在變性人法的立法過程中備受爭議者，乃變更身分登記是否必須以外科變性手術為要件。在立法理由中聯邦政府稱，由於可能出現男人與男人結婚這種刑法第175條明定為可處刑罰之行為，因此必須被禁止。倘若當事人不進行變性手術，則其必須採取「小的解決方案」，方能避免違反刑法之規定（聯邦議會出版品BTDrucks 8/2947，第12頁）。

為何必須不具生育能力，這點在立法理由上並無說明，但變性人與子女的關係則在當時被討論過。聯邦參議院在稍後對於聯邦政府行使法案同意程序時提議（聯邦議會出版品BTDrucks 8/2947，第27頁，第10點下），在變性人法第11條中所規定之父母子女關係，無條件限制地以當事人之親生子女為限，且不論該子女係在當事人所認同之性別在身分法上獲得確認時點之前或之後出生。

依據歷來迄今之經驗顯示，被認為不具生育能力之人，尚不能完全排除其可能繁衍子女或懷孕，因此此類

子女不得被剝奪確認血緣之權利（聯邦議會出版品BTDrucks 8/2947，第23頁，第10點下）。

3.聯邦政府內政部於2009年4月7日擬定了變性人法改革草案，但該提案直至議會會期結束，終究未能被排入立法程序（聯邦議會出版品BTDrucks 16/13157，第1頁）。該草案仍維持「小的」與「大的解決方案」二種模式之方向，其中對於身分狀態變更具有關鍵意義之「大的解決方案」，仍必須以持續無生育能力為要件，但不再要求變性人法第8條所規定之手術，而以從生理結構觀點來看，能符合另一個性別外觀相貌為已足，但以其間所必要之醫學處置不致造成當事人之生命危險，或者當事人之身體健康不致遭受持續性的嚴重傷害為前提。

就此，立法草案理由中稱，持續無生育能力之要件原則上應該設定，在共同生活之社會中，由性別所決定之歸屬仍然必須維持，特別是法律上的男性不得孕育子女，只有法律上之女性才能生產之定律。歷來由於規定性別變更之要件為必須完成變性手術，業已造成比實際治療上之需求還要多的手術結果，因此未來此類醫學上之侵入性行為，應該朝符合個人發展與醫學判斷之方向去進行調整。

4.a)歐洲國家幾乎全部都制定法律規定，變性人有機會獲得在法律上

承認其所認同之性別，這些國家的法律規定可以區分為如下幾類：一為必須完成外科變性手術始能獲得身分法上之確認者（如法國〈參Cassation法院判決Court de Cassation, Assemblée plénière vom 11. Dezember 1992, Bulletin civil Nr. 13〉，以及土耳其〈Art. 40 türkZGB〉），另一為不以進行外科變性手術為必要（如比利時〈Art. 62b belgZGB〉，芬蘭〈§ 1 finnTSG〉，奧地利〈參奧地利憲法法院判決Österreichischer Verfassungsgerichtshof, Urteil vom 3. Dezember 2009 - B 1973/08-13 -, S. 8 ff.〉，瑞典〈§ 3 schwedTSG〉，西班牙〈Art. 4 spanTSG〉與英國〈Section 3 Gender Recognition Act 2004〉）。有些國家之法律規定則要求，如透過荷爾蒙治療等方式，達成外觀上接近所認同之性別（如比利時〈Art. 62b § 2 Nr. 2 belgZGB〉，義大利〈Art. 1 italTSG〉與荷蘭〈Art. 28 Abs. 1 B.W.〉）。在這些法律當中，比利時與荷蘭又規定在個案中會造成健康危險案例之例外規定〈Art. 62b § 1 Abs. 1 belgZGB〉以及〈Art. 28 Abs. 1 b B.W.〉。整體而言，要求必須進行外科變性手術作為身分狀態變更要件之國家數量較少，而只要求無生育能力之國家數量較多（比利時〈Art. 62b § 2 Nr. 3 belgZGB〉，芬蘭〈§ 1 Nr. 1 finnTSG〉，荷蘭〈Art. 28 Abs. 1

b B.W.>, 瑞典 <§ 3 schwedTSG>, 土耳其<Art. 40 türkZGB>)。此外, 所有國家之法律規定均以醫生或心理師之鑑定, 作為判決是否承認當事人所認同性別之準據。

b)在芬蘭 (§ 1 finnLPartG)、法國 (PACS, Art. 515 franzZGB)、奧地利 (EingetragenePartnerschaftsG)、瑞士 (PartnerschaftsG) 與英國 (Civil Partnership Act 2004) 等國家, 在婚姻制度之外, 尚有一種法律上確保同性伴侶關係之家事法制度。在這些國家中, 關於是否相同性別之認定, 亦以身分狀態為依據。

相較之下, 比利時 (Art. 143 belgZGB)、荷蘭 (Art.1:30 B.W.)、挪威 (Art. 1 norwEheG)、西班牙 (Art. 9 spanZGB) 與瑞典 (Art. 1 schwedEheG) 則規定, 締結婚姻不以異性為要件, 同性別之伴侶亦得締結同性婚姻。對於變性人而言, 在這些承認同性婚姻之國家中, 當事人所認同之性別是否於身分法上被承認, 並不影響其申請一個受法律保障之伴侶關係。

5.自從變性人法生效以來, 關於變性之新知識即被重視 (參BVerfGE 115, 1<4 ff.>, 該裁判已有此種認知)。變性人生活在一種無可改變的與具持續性之認知中, 即認為自己應該歸屬於與依據其出生時刻之外部性別特徵所認定之性別迥然有別之性別

。變性人在其所認同之性別中, 如同非變性人般, 其性傾向亦有異性戀與同性戀之區別。

a) 隨著變性手術在1960年代的發展, 變性症狀被定義為因錯誤軀體而遭受之痛苦, 而以手術作為主要之治療方法 (參Becker, in: Kockott/Fahrner, Sexualstörungen, 2004, S. 153 <153 ff.>), 但是認為所有的變性人都想要進行變性手術之見解, 近來已經被證實為錯誤 (參BVerfGE 115, 1 <5>)。單純的想要進行手術之願望, 已不再被鑑定者認為是可靠之診斷指標, 因為「改變性別」之願望, 也可能是一種解決精神疾病障礙、不滿意現在性別角色或者拒絕同性戀傾向之模式(Pichlo, in: Groß/Neuschaefer-Grube/Steinmetzer, Transsexualität und Intersexualität, Medizinische, ethische, soziale und juristische Aspekte, 2008, S. 39, 121 f.)。

許多的變性人經由變更性別之手術, 大大減輕其痛苦負擔, 在此之前有些人則嘗試以自我殘害與自宮的方式尋求解脫。然而, 大約有20%到30%的變性人, 僅提出變更名字之申請, 在德國境內長期處於未動過手術的「小解決方式」中 (含進一步佐證資料, Hartmann/Becker, Störungen der Geschlechtsidentität, 2002, S. 15; Becker/Berner/Dannecker/Richter-Appelt, ZfS 2001, S. 258 <264>)。依

據較新的認知，動手術之願望以及真正動手術，已經不是變性慾患者之典型特徵，具關鍵性的反而是堅持改變性別之願望（參 Becker/Berner/Dannecker/Richter-Appelt, a.a.O., S. 258 <260>; Pichlo, a.a.O., S. 121）。因此有必要注意的是，採取符合個人需求的治療方案。這種從一個性別改為另一個性別生活之解決方法，並不一定需要採取變性手術才能達成（含進一步佐證資料，Pichlo, a.a.O., S. 119, 122; Rauchfleisch, Transsexualität - Transidentität, 2006, S. 17; Becker, a.a.O., S. 153 <180, 181>）。基於此種認知，變性人法第8條第1項第3與第4款規定之要件，即被認為具有憲法上之疑義（Becker/Berner/Dannecker/Richter-Appelt, a.a.O., S. 258 <264>; Grünberger, StAZ 2007, S. 357 <360 f.>）。

b)無論是在診斷或者是在手術階段，如何在新的性別角色中生活（所謂的老生常談式測驗），具有重要之意義，可以藉此去調查當事人是否能夠克服性別角色之轉換。緊接著經常被採取的步驟，乃抑制性別特徵之荷爾蒙治療。此項治療可以讓身體具備與當事人所認同性別之近似性，而去除被當事人認為是負擔的出生性別特徵，諸如月經、射精、長鬍鬚等（Becker, a.a.O., S. 153 <191 f.>; Eicher, in: Clement/Senf, Transsexualität,

Behandlung und Begutachtung, 1996, S. 55 ff.）。克服性別特徵的荷爾蒙治療為關鍵性之步驟，對於女性胸部或者男性深沉音調之創造，以及持續的無生育能力狀態，均已可產生不可逆轉的身體上效果（Pfäfflin, in: Clement/Senf, Transsexualität, Behandlung und Begutachtung, 1996, S. 37），同時有效降低對身體健康帶來之危險，如高血栓的危險、糖尿病、慢性肝炎以及肝臟受損等（參 Rauchfleisch, a.a.O., S. 105）。即使是為符合變性人法規定申請確認身分狀態所需之要件而進行手術之後，荷爾蒙治療亦必須終生採行（Eicher, Transsexualismus, 2. Aufl., 1992, S. 84）。

c)依據變性人法規定，男變女之變性人要取得身分法上對其新性別之承認，必須摘除陰莖、睪丸，以及重建陰部、陰蒂、陰道等新的泌尿通道（參 zur medizinischen Technik: Eicher, in: Clement/Senf, a.a.O., S. 61 ff.; Sohn/Schäfer, in: Groß/ Neuschaefer-Grube/Steinmetzer, Transsexualität und Intersexualität, 2008, S. 135 ff.）。手術後若無併發症發生，病患住院兩週後即可出院，但至少第一週必須嚴格地躺在病床上休養。由於變性手術係一項嚴重的侵入性治療，操刀的手術醫師必須衡量手術與麻醉之危險（參 Pichlo, a.a.O., S. 126 f.），大約

40%的病患，必須在第一次手術之後，繼續進行後續的修補手術(Sohn/Schäfer, a.a.O., S. 139 f.; Eicher, a.a.O., S. 117 ff.)。男變女的變性人在追求身體上的改變時，最大的願望通常是長出女性的胸部，而這項願望通常在荷爾蒙治療階段即可實現，但在這個階段已有一些當事人特別厭惡自己身體上仍有的男性毛髮，而希望進行除毛，同時抗拒男性特徵的陰莖，以便異性能接納他(Becker, a.a.O., S. 153 <191>)。

在女變男的變性人，依據變性人法第8條第1項第3與4款之規定，必須摘除子宮、卵巢、輸卵管，且經常還要進行減胸手術，以利接近男性之性別外貌。至於關閉陰道與重建陰莖則不是法律所要求之要件。換言之，對於尋求動手術之女變男變性人而言，摘除識別女性之乳房器官是最基本的第一項要求，居第二位要求者，乃停止月經現象，這部份透過荷爾蒙治療即可達成，至於摘除子宮與卵巢則只有少數之當事人會主動提出，而重建陰莖的願望，對許多當事人而言，也並沒有特別強烈之感受(Becker, a.a.O., S. 190)。

d)變性人在變更名字或者進行變性手術之後，再度變更回復出生時性別者，並不明顯地為外人知道。無論如何，變回原來的性別應該是可以被視為是極端的例外(Becker/Berner/

Dannecker/Richter-Appelt, a.a.O., S. 258 <263>)。根據1993年的一份調查報告顯示，在變性人法施行之後，在德國只有6個人（佔變更名字與身分狀態人數總數之0.4%）提出變回原來性別之申請，以及回復原來使用之舊名字，在這6人當中，5人是變更過名字，1人是身分狀態改變（含進一步之佐證資料，Hartmann/Becker, a.a.O., S. 96）。依據德國性學研究會（Deutschen Gesellschaft für Sexualforschung）的資料顯示，回復原來性別狀態者之案例，明顯地不及已完成變性程序者整體的1%（Becker/Berner/Dannecker/Richter-Appelt, a.a.O., S. 258 <264>）。

II. 案例事實與前審見解

1. 本件的女性憲法訴願人，係於1948年以男性之外部性別特徵出生，當時採用之名字為R. R.，但她認為自己應該歸屬於女性之性別，在當時的狀態下，她有同性戀之傾向，且與一位女性共組伴侶關係。當事人依據變性人法第1條之規定，變更名字為L. I.，而且將其貴族頭銜改為女性之形式（即採小的解決方案）。當事人沒有選擇變性人法第8條規定之身分變更（所謂的大解決方案），因此被認為是同性戀者，在其出生文件上，本位女性憲法訴願人被登記為「L. I. 自由的女人... 男性性別」（L. I. Freifrau ..., männlichen Geschlechts）。

2005年12月8日憲法訴願人與其女性伴侶，向柏林T戶政事務所申請登記成為生活伴侶關係，戶政事務所的官員於2006年2月2日作成拒絕申請之處分，理由是生活伴侶關係只能由兩位相同性別之當事人提出申請。憲法訴願人於是在2006年2月8日訴訟請求命戶政事務所官員，將其與參加人2登記為生活伴侶。

地方法院於2006年8月30日以決議駁回當事人之申請，地方法院認為，生活伴侶關係應由兩個具有相同性別之人建立，本案欠缺此項要件。法院要依據變性人法第8條第1項之規定，確認憲法訴願人之性別屬於女性時，當事人不得不在此之前完成變性手術。訴願參加人只有結婚之可能性，如此見解對於其個人並未形成任何之歧視，法律對於締結婚姻以及締結生活伴侶關係，係以身分法上確定之性別為準據，而不管伴侶之性別傾向為何，如此之作法並無憲法上可受譴責之處。當事人不服提起上訴，邦高等法院於2007年元月25日以裁定駁回，後續之上訴均無結果。柏林邦最高法院於2007年10月23日，以裁定確認前審之法律見解。

2.憲法訴願人不服，於2007年12月28日提起本憲法訴願，指摘其源自基本法第2條第1項連結第1條第1項之基本權受到侵害。訴願人主張其有一項受基本法保障之請求權，得與另一

個人在一個被法律與社會所承認之生活共同體一起生活。身為一位被創造出來的女性，她想要與她的女性伴侶建立一項生活伴侶關係。關於身分法上歸屬之判斷，僅以當事人是否進行外科變性手術，而非以其所認知之性別為依據，業經研究變性慾症狀之學術界，證實為過時之見解，該見解將導致違憲之結果。憲法訴願人已年屆62歲，變更身分上之性別必須進行變性手術之要求，對其年紀而言，必須考量可能發生之不可估量的健康上危險。

要求以婚姻作為建立受法律保障之伴侶關係之指標，對其而言乃不可期待。蓋婚姻之本質，無非是男女為了將來共同的生活而結合在一起。由於憲法訴願人自認為女性，將與另一名女性建立伴侶關係，若要求其結婚，則其事實上將被強迫建立一個同性之婚姻，如此一來，一方面傷害了婚姻之制度，另一方面當其結婚時必須在法律上被認為屬於男性，但她與該女性生活伴侶均同樣使用與其認知之性別相符合之女性名字。倘若因此結婚，勢必引起他人認為，兩個相同性別之伴侶可以締結婚姻，或者任何之第三人亦將公開宣稱，這兩個女人其中一個一定是變性人，如此一來當事人在新的生活角色中，將無法不被注目與不被歧視，如此乃侵害其人格權。

3. 憲法訴願人在2010年5月10日陳述，在此期間渠等二人已結婚。其無法再忍受她們的伴侶生活無法受法律之保障。當事人應該享有死亡配偶請求權（Witwenanspruch），因為這對伴侶自認為有義務去照顧另一方，但不能等待先有法律之裁判，才有前揭之權利。

III. 相關機關與單位之見解

針對本憲法訴願，提出意見之機關與單位計有：聯邦政府內政部以聯邦政府之名、柏林邦政府、德國女同性戀與男同性戀協會、德國變性人與雙性人協會、同性戀與教會團體die Ökumenische Arbeitsgruppe、宗教團體der sonntags.club以及柏林的變性人組織das Transgender-Netzwerk Berlin等。

1. 聯邦政府內政部認為相關之法律規定合憲，「小的解決方案」之設計，乃使當事人得以快速地，以另一個性別的角色生活，同時也讓不想進行手術之當事人獲得幫助，但「小的解決方案」卻不能對於身分法上之性別歸屬產生任何影響，至多只能彰顯當事人的性別認知而已。婚姻作為男女之聯結，只能出現在不同性別的兩人之間，相較之下，生活伴侶關係則只能存在於兩個相同性別的人之間。法律上之性別歸屬，雖然可能會對於偏離心理感受性別者，產生嚴苛之情形，但身分法之秩序功能對於性別歸

屬之認定，乃要求一個在法律上清楚無疑的不成文準據。一項幾乎無法確認而只能感受的性別，如同單純的外表或個人的行為，均不是適當的判別準據。因此，立法者就身分法上新性別的承認，乃與「大的解決方案」相連結，同時規定一個特別的程序。

雖然在婚姻與同性伴侶關係，原則上都致力於避免錯誤現象之出現。「小的解決方案」係為避免嚴苛現象而設計，但婚姻係由不同性別者組合，以及應以法律上明確、客觀的連結，作為確認具法律準據效力性別之原則，卻仍無法在所有個案中均能相容。例如當一位已經結婚的變性人想要採用另一個名字時，婚姻由不同性別組合之外觀應該被維護之原則，在這種情況下，即比清楚確認性別來得不重要。

2. 相較之下，柏林邦政府、德國女同性戀與男同性戀協會、德國變性人與雙性人協會、同性戀與教會團體die Ökumenische Arbeitsgruppe、宗教團體der sonntags.club以及柏林的變性人組織則認為本憲法訴願有理由。前揭單位強調，現行有關身分法上承認之法律規定，要求當事人必須進行變性手術，這對於選擇「小解決方案」之變性人業已形成強大之壓力，當其想要締結其認為是正確選擇的生活伴侶關係或婚姻時，縱使從醫學或心理治療之觀點而言，侵入性之身體手

術並不適合，但仍必須採行法律對身體所規定之措施。變性人法對身體之措施規定抵觸了依據基本法之自主決定權，其強迫當事人進行變性手術，以便可以締結自己所期望的同性伴侶關係，具有不可期待性。如此規定對於男變女的變性人而言，將是嚴重的負擔甚至是悲慘的遭遇，因為她將以已婚的身分出櫃(geoutet)。

渠認為，依據聯邦憲法法院先前之陳述，立法者應該為具有同性戀傾向之變性人，開啟得與她所選擇之人締結法律所保障之伴侶關係之機會，而立法者在制定變性人法時，無疑想要阻止配偶在法律上或者僅僅外觀上歸屬於相同性別者締結婚姻之機會，如此與立法者強迫同性戀之變性人在未經身分登記變更情況下締結婚姻，已然互相抵觸。

變性人法第8條第1項第3與4款規定之要件，植基於錯誤之想像。對於變性慾患者而言，進行變性外科手術未必是其願望。對於變性人而言，重要的不是「改變」(Umwandlung)或者「想要改變」(werden wollen)，而是獲得法律上承認其認為正確且已實際經歷過的性別。

B. 憲法訴願程序合法

本憲法訴願在程序上合法，特別是憲法訴願人雖然在這之間已締結婚姻，但不因此影響其受法律保護之必要性。

法律上不承認其所認同之性別，因而不准其締結已登記之生活伴侶關係，以致造成訴願聲請人性別同一性受到侵害，此項侵害在其結婚之後，仍然持續存在（參聯邦憲法法院判決BVerfGE 33, 247 <257 f.>; 69, 161 <168>; 81, 138 <140 f.>）。訴願聲請人證稱，其之所以締結婚姻，乃因為她的年紀已大，遲延不定之程序導致其無法再長久等候直到其伴侶關係受到法律保障，以上陳述可被採信。當事人與其伴侶無法被期待，繼續置彼此互相承諾與照顧之需求於不顧。吾人不能因為專業法院與聯邦憲法法院對於困難之問題經常無法在短時間內作成裁判，因而推論出時間經過以及其間出現的改變，將使憲法訴願程序被指責為不合法（參聯邦憲法法院裁判BVerfGE 81, 138 <140>）。由於憲法訴願人唯有透過締結婚姻之方式，始能享有保障其伴侶關係之機會，而其在與伴侶之婚姻關係中，在法律上又必須被歸屬於出生時之性別，如此對於其個人認同女性之感受將是一大打擊，其必須因此面對其變性慾症將因其與伴侶締結婚姻關係而被公開出來。

C. 實體內容審查

當符合變性人法第8條第1項第3與4款所規定要件之同性戀變性人，被間接地阻止建構一個已登記的生活伴侶關係，則該規定抵觸基本法第2

條第1與2項連結基本法第1條第1項之規定。

I. 變性人的性別自主決定權

1. 基本法第2條第1項連結第1條第1項在保障較窄的個人生活領域的同時，也保障其私密的性生活領域，後者的保障範圍及於性自主決定，以及發現與確認個人之性同一性與性傾向（參BVerfGE 115, 1 <14>; 121, 175 <190>）。目前學術界已獲致共識之認知，乃個人的性別歸屬不單以其出生時點之外部性別特徵為判斷準據，而更重要地也以其心理上之結構以及自我感受之性別為依據（參BVerfGE 115, 1 <15>）。當變性人自己之性別感受，持續地與其依據外部性別特徵而被決定之法律上性別牴觸時，即須承認應及當事人自主決定權之人性尊嚴連結人格權保護之基本權，以及在法律上承認其基於自己感受而獲得之性同一性，以利其有可能依據其感受之性別去生活，而不至於在其私密領域中，因為其所認同之外部性別與其在法律上被定位之性別產生衝突，因而成為被單純觀看之對象（參聯邦憲法法院裁判BVerfGE 116, 243 <264>）。立法者有權責去形成一個符合這些要求之法律秩序，特別是不讓不可期待之要件，成為在法律上決定持續影響當事人感受性別歸屬之因素。

2. 當有同性戀傾向之變性人，為求可以在法律上確保其伴侶關係，而

必須在結婚或者進行變性以及成為無生育能力之外科手術中作選擇，以便其所認同之性別得在身分法上被承認，並因此建立一個適合同性伴侶之已登記的生活伴侶關係時，即與上述之原則不相符合。在身分法上承認當事人所感受之性別，不應該以讓當事人身體完整性遭受嚴重傷害，且必然帶來健康上危害之要件為準據，尤其是當依據學術上之知識程度，這些要求已被認為不是決定性別歸屬持續與明確變更之要件時。

a) 任何人有權與其所選擇之另一個人締結持續的伴侶關係，並確保此項法律所創造之關係確實享有法律上之地位，屬於受基本法第2條第1項所保障之自由人格發展權（參聯邦憲法法院裁判BVerfGE 115, 1 <24>）。基本法第6條第1項所規定之憲法誠命，一方面要求所有不同性別之伴侶均有可能締結婚姻（參聯邦憲法法院裁判BVerfGE 105, 313 <344 f.>），另一方面立法者也為同性之伴侶創設已登記生活伴侶制度，以符合此項憲法誠命。目前德國法規定，締結各該制度均是以想要在法律上有關聯之伴侶之性別狀態，而不是以其性別傾向作為決定依據，相較之下，個人決定是否結婚或者締結已登記的生活伴侶關係，則通常是以其雙方之性別傾向作為考慮之依據（參聯邦憲法法院裁判BVerfGE 124, 199 <221>）。因此，在

締結法律關係時，伴侶在身分法上被確認之性別，即成為關鍵。立法者為伴侶所開啟之兩種可選擇制度，完全以想要在法律上建立關聯性之伴侶，在法律上被確認之性別為區分準據，如此情形從憲法觀點來看，並無可責難之處（參BVerfGE 115, 1 <23>; 121, 175 <195>）由於此項作法為婚姻與生活伴侶關係之認定，提供一項客觀與簡單之確認方法作為要件，且避免任何一對伴侶在締結婚姻或生活伴侶關係前，必須將其個人私密之性別感受或者性偏好公布出來，因而能達到保護私人領域（Privatsphäre）之目的（參聯邦憲法法院裁判BVerfGE 107, 27 <53>）。

b)然而，締結婚姻或者生活伴侶關係時，以新人當時身分法上之性別作為準據，卻侵害了當事人源自基本法第2條第1項連結第1條第1項規定之性別自主決定權，尤其是當決定一個人在法律上之性別歸屬，單純憑其外部性別特徵所決定之性別，而非以其所認同、經由鑑定所確認之性別為準據，且無法將身分法上之性別歸屬與個人認同之性別之間之不一致，以一種當事人可以預期之方式加以排除時。面對此種情況，當事人為確保其伴侶關係，唯一可能的是，當事人在決定締結婚姻或生活伴侶關係之後，必須依其認知生活在錯誤之身體中。

具有同性戀傾向的變性人就是這

種情形，他雖然符合了變性人法第1條第1項第1至3款規定之要件，但因未進行變更外部性別特徵與促成沒有生育能力之外科手術，以致不符合變性人法第8條第1項第3與4款申請自己所認同之性別在身分法上被承認時必備之條件。因此，如同憲法訴願人之男變女變性人，雖然採行「小的解決方案」，感覺自己是女性，且在名字以及外表上，均與自己所感受之性別相符，但在身分法上則繼續被當作是男性。如同專業法院在代表性之案例中，依據現行之法律規定狀態多次所確認者，雖然生活伴侶制度就是立法者特別為同性伴侶所創設之制度，以便保留婚姻制度為不同性別男女伴侶之組合，但憲法訴願人就是沒有辦法與一位依據其感受為相同性別之女性，締結一個受法律保障之已登記生活伴侶關係（參BVerfGE 115, 1 <18>）。當一位男變女的變性人想要與其女性伴侶締結具有法律拘束力之關係時，其僅有兩種選擇可能性，要不是與她的女性伴侶結婚，就是進行改變性別與使自己變成無生育能力之外科手術，以達成身分法上承認當事人自己所感受性別之目的，並因此符合了建立一個符合同性戀關係的已登記生活伴侶所需之要件。然而這兩種可能性，均以不可預見之方式，侵害了當事人之性別自主權。

aa)當結婚成為在法律上確保伴

侶關係之可能性時，對於採取「小解決方案」以及具有相同性別傾向之變性人而言，其將無可避免地必須在法律上以及對外關係上，扮演一個與其自我感受相衝突之性別角色，同時他的變性慾症也將成為公眾皆知之事，如此與基本法第2條第1項連結第1條第1項之誡命，承認一個人自我感受之性別同一性，以及保護私密領域，即不吻合。

倘若如同在一些歐洲國家，婚姻對於不同性別與相同性別之伴侶均有可能時（見前揭A. I. 4.），則締結婚姻即不需要考慮配偶之性別歸屬或者性傾向。相較之下，倘若如在德國般，法律秩序在婚姻制度之外，另創設一個已登記的生活伴侶關係，作為在法律上有拘束力地保障伴侶關係之制度，而該法律秩序單單以伴侶的性別關係作為區隔這兩個制度之依據時，指引締結任何一個制度，即同時是在伴侶關係中指定了性別角色。因此單單是稱呼為配偶或者生活伴侶，即已在自己眼中與他人感受中，對於各該伴侶以及其人際關係產生影響。當一位採行「小解決方案」且具同性戀傾向之變性人，被指引去締結婚姻，以利其伴侶關係獲得法律上之確保時，其在某種程度上是被強迫的，因為他若不考慮進行變性手術，但又不願意放棄與他的伴侶建立一個法律上之關係時，即將面臨一個被詢問性別同一

性與性傾向之困境：其一方面陷入因結婚引發眾人對其性別歸屬之印象與自己之性別感受互相抵觸之困擾，另一方面在婚姻關係中被當作是異性戀者，而被要求扮演一個與其性傾向不符合的角色。

雖然依據變性人法第1條規定，變性人在結婚之後，仍可以保有與其認同性別相符合之名字（參BVerfGE 115, 1 ff.），但是其名字及其性別感受相符合之外部相貌，本來應該是彰顯其個人與伴侶間之同性關係，但此時卻因其結婚的狀態，使其個人與其伴侶又陷入另一個永遠的衝突中。兩個當事人雖然以夫妻身分出現，但實際上並沒有婚姻之實。很顯然地，在這種情況中當事人中必然有一位是變性人。由於在其婚姻關係上之拘束力與其可被辨識的同性戀關係間存在不一致性，因此這對伴侶必須永遠要有心理準備，他們的性別歸屬將成為大家的話題，雖然在日常生活中當事人可以避免承認是夫妻，但在憲法上則無法期待，當事人必須對外隱藏其在法律上被安排的地位，以便能生活在與其所感受的性別角色一致之情況。變性人與其伴侶受基本法第2條第1項連結第1條第1項規定，私密領域不受違反意願窺視之保護，於如此情況中，即未充分地獲得確保（參BVerfGE 88, 87 <97 f.>）。因此對於兩位當事人而言，要求渠等締結婚姻以確保關

係，乃屬不可期待之事。

bb)立法者規定在締結已登記生活伴侶關係時，即使對於有同性戀傾向之變性人，亦以其伴侶在身分法上被確認之性別為判準，而身分法上性別之決定又以客觀之條件為依據，此在憲法上並無可受責難之處。然而，對於變性人在身分法上之承認，若以過高以致無法預見之要求為條件時，卻抵觸了源自基本法第2條第1項連結第1條第1項保障之性別自主決定權。

(1)對於相同性別之伴侶而言，僅能締結已登記之生活伴侶關係，雖然一位同性戀的變性人與其伴侶亦屬於相同性別之組合，但只要他所認同之性別，在身分法上仍無法被承認時，則在法律上其與伴侶之關係即無法被評價為是相同性別。當事人只有在事前具備立法者規定申請變更身分狀態所需要件時，才能夠締結一個與他感受相符合的生活伴侶關係。在檢視當事人是否有權利締結已登記生活伴侶關係時，伴侶明確之性別歸屬有助於連結到身分法上所確認之性別。當立法者要求藉由身分法上性別狀態之證明，以達成已登記生活伴侶關係僅能適用於在法律上被承認為同性者之伴侶時，立法者係在追求一個正當的目標（參BVerfGE 105, 313 <351 f.>）。

(2)立法者在決定一個人的性別歸屬時，原則上得以其出生時點之外

部性別特徵為準據，而對於出生時點之外部性別特徵與其所認同性別陷入相衝突者，進行身分法上之性別確認時，得依據特定之條件而為之。由於性別對於權利與義務之分配具有準據性之效果，而且對於家庭之歸屬亦具關鍵性，因此立法者有正當之理由，長期與明確地賦予每個人之身分狀態，盡最大可能避免生物性別與法律性別歸屬(biologischer und rechtlicher Geschlechtszugehörigkeit)之衝突產生，以致對於想要變更身分狀態者，必須具備可被接受之理由，或者是在其他方法無從充分保障當事人憲法上之權利時。因此，立法者為避免任意變更身分狀態案例之發生，得要求當事人提供有客觀證明為依據之準據，作為佐證當事人自我感受之性別歸屬確係與業經確認之性別相衝突，而且此現象實際上已經長期存在，並對於當事人而言，其自我感受之性別歸屬若能被承認，對當事人具有本質上之重要意義。

與上述所言相符地，立法者就變性人法第8條第1項第1款之身分法上變更性別，乃在慮及變性人法第1條第1項規定下，首先要求當事人若感覺自己之性別歸屬與被確認者不同時，必須提出兩份由彼此互不依賴、對於變性慾領域有相關之專業知識，以及有執業經驗之獨立專家所作成之鑑定報告，且至少已有3年之久，為求

與自己認知之性別相符合，而生活在痛苦壓力下。此外，必須可能推測出當事人對於歸屬於另一個性別之感覺，有高度之可能性不會再度改變。從憲法上之觀點而言，身分法上之承認連結到上述這些條件，並無可責難之處。

(3)雖然立法者可以進一步規定，變性人如何證明其在另一個性別中，性別認知與生活之穩定性與不可逆轉性。立法者也可以在變性人法第1條第1項規定之要件以外，作更精細之要求，諸如變性人必須有醫師之伴同，外觀相貌上必須具備何種要件，或者要求專家鑑定之品質等。然而當立法者在變性人法第8條第1項第3至4款規定，關於變性人感受之性別在身分法上被承認之要件，乃絕對無例外地，必須進行變性進而達成無生育能力之手術時，則顯示對於在另一個性別中感受與生活之持續長久性證明，乃一項對於當事人不可期待的，以至於與基本法第2條第1項連結第1條第1項規定不符之過高要求（亦參奧地利憲法法院判決 *Österreichischer Verfassungsgerichtshof, Urteil vom 3. Dezember 2009 - B 1973/08-13 -, S. 8 ff.*）。

(aa)為求能夠確認與證明當事人之變性願望確實是穩定且具不可逆轉性，依據今日之醫學知識程度（參前揭A.I.5.a) bis c），乃是需要一個長期

之診斷/治療過程。為了當事人要生活在另一個性別中，有必要在當事人外部之顯現方式，以及在當事人為適應其所認同之性別而採取之言行舉止間作一個平衡。因此首先將透過合適之服裝、打扮以及舉止方式，以便在日常生活中，測試出當事人之心理是否能克服長期性的性別角色轉換。假使第一步能成功，接下來就是給變性人長期的荷爾蒙治療，將出生時之身體上性別特徵，如長鬍鬚、射精或月經等停止，達到身體外觀與所認同性別接近之效果，並促使不能懷孕之結果出現。最後可以考慮的進一步治療步驟，乃是採取侵入性之外科手術，讓變性人外部之性別特徵與其所認同之性別相符，並藉此手術達成沒有生育能力之效果。在進行外科手術之後，經常還必須有進一步之矯正手術配合，而變性手術完成之後，變性人仍然必須一輩子持續接受荷爾蒙治療。

將一個人大部分之性別特徵摘除與改造，以便與其所感受性別之外觀儘可能相符之手術，對於基本法第2條第2項規定所保護之身體完整性形成一個重大之傷害，帶給當事人嚴重之健康上危險與副作用。這種危險性視當事人之健康狀態與年齡，有可能大到醫師會建議不要進行此類之手術。雖然對於多數之變性人而言，外科手術是療程中之一個治療步驟，得減輕生活在錯誤身軀之感覺而產生之痛

苦壓力，並得藉由外科手術達成與所認同之性別更加接近，實現適應新性別之願望與期待。然而變性人想要在身分法上獲得承認其所感受之性別而提出之證明，當在醫療上無法顯示出其變性慾症確實具有嚴肅性與持續性時，要求變性人進行這種充滿危險性、很可能帶來長期的健康傷害與危害之手術，實在沒有期待可能性。

如同聯邦憲法法院在2005年12月6日的裁判中（BVerfGE 115, 1）所確認者，鑑於今日之學術知識水準已不能夠再認為，單純憑藉當事人運用各種方法，想要藉由外科變性手術矯正其性別器官與特徵為大自然錯誤所造成之努力，作為判斷嚴肅的與不可逆轉的變性慾感受是否存在之依據。相反地，在這期間醫學專業已獲致一個知識，即在對於變性慾進行進一步之明確診斷之後，變性手術已不再經常成為診療之建議事項。因此，一項變性手術是否在醫學上可被接受與推薦，必須對於個別當事人進行醫學診斷後再個案認定（參BVerfGE 115, 1 <21>）。判斷一個變性人所感受之性別是否具備長期性與不可逆轉性，並不是以其外部性別特徵藉由外科手術達成與當事人認同性別相符合之程度而定，而應該是以變性人如何在所認同之性別中生活，以及其對新性別之感受情形作為判斷依據（參Becker/Berner/Dannecker/Richter-Appelt, a.a.O.,

S. 258 <260 f.>）。因此，已進行性別改造之手術，雖然是判斷一個人具有變性慾症之明確指標，但是當手術變成身分法上承認之不可或缺條件時，變性人即使在其個案中診斷結果沒有進行手術之必要，外科手術非確認其變性慾症具持續性之要件，他卻也要被要求必須進行侵入性手術，必須忍受健康上之傷害。如此情況顯示，立法者就如何證明變性慾症長期存在，係未充分考慮當事人根據基本法第2條第1項連結第1條第1項以及第2條第2項受保護基本權利之一項過當之要求。

除此之外，立法者在其他案件中也不要必須進行手術，始得確認一個人在法律上之性別歸屬與其外部性別特徵之一致性。因此，變性人法第9條第3項連結第6條第1項規定，當事人在完成變性手術，或身分法上確認其所期望之性別之後，仍有可能回復變更到其出生之性別，且獲得承認，但不須為此再重新進行性別變更之手術。換言之，立法者不要求所有之性別歸屬者，必須在外部性別特徵上與該性別之外觀完全相吻合。

(bb)同樣地，關於持續無生育能力這個問題，立法者在變性人第8條第1項第3款也要求，變性人想要其所感受之性別在身分法上獲得承認時，亦必須遵守一項不可預期之條件，即透過手術以達到永遠的無生育能力。

在此情況下，源自基本法第2條第1項連結第1條第1項之性別自主決定權之實現，即取決於當事人是否願意放棄身體不受傷害之權利，而不論其間是否存在充分之重要理由，可以為被涉及之變性人提供其基本權受損害之正當化理由（參BVerfGE 121, 175 <202>）。

按個人之繁衍生育能力受基本法第2條第2項規定之保護，為身體不受傷害權利之構成部分（參BVerfGE 79, 174 <201 f.>）。當變性人為求其感受之性別得在身分法上被承認，而必須忍受施加於其身體上之手術，以便其能夠成為持續的無繁衍生育能力時，其面臨被迫須作決定之處境，其要不是拒絕手術，導致必須放棄其所感受之性別得獲得法律上之承認，但如此決定無疑是強迫他，繼續生活在與其法律上性別歸屬相衝突之狀態中，就是必須忍受無窮副作用之手術，不僅身體改變、器官功能喪失，身為人的自我理解也受到影響，就只為求能步上唯一可以讓其感受之性別獲得身分法上承認之道路。然而，無論當事人選擇那一條路，涉及其心理上或身體上個人完整性之重要基本權均永遠受到傷害。

能夠作為這種具強迫性與造成基本權嚴重傷害之理由，實際上並不存在，但當立法者以持續的無繁衍生育能力作為身分法上承認所感受性別之

要件，以便不至出現法律上之男性懷孕，或者法律上之女性有精子可以繁衍小孩，則有具正當性之理由，因為這種現象畢竟與性別之認知牴觸，且為法律秩序帶來無窮盡的不利後果（參聯邦議會出版品BTDrucks 8/2947, S. 12）。

雖然說在身分法上承認當事人所感受之性別，也有可能不需要持續無繁衍生殖能力這項條件，但這種情形對於女變男之變性人而言，卻只有在極端例外之情況下才會出現，因為這類變性人絕大多數都是異性戀傾向者（參vgl. Becker, in: Kockott/Fahrner, a.a.O., S. 162）。相較之下，對於有同性戀傾向之男變女變性人而言，當沒有生育能力不是在身分法上被承認為女性之要件時，則不排除這類變性人，在法律上雖然被歸類為女性，但卻有精子可以繁衍生殖後代。然而在此也應該考慮的是，供大部分變性人治療使用之荷爾蒙療程，至少也能短暫地達成無生育能力之要求。然而，由於今日生殖醫學之進步發展，如同位於科隆之邦高等法院所審理之案件顯示（參OLG Köln, Beschluss vom 30. November 2009 - 16 Wx 94/09 -, StAZ 2010, S. 45），男變女之變性人縱使已進行相關之手術，且在身分法上被證明為女性，其事後仍然能夠藉由手術前冷凍貯存之精子繁衍生殖子女，則僅僅這項事實將使堅持申請性別認

同，必須具備長期無繁衍生育能力之必要性這點不被排除掉。

法律上之性別歸屬與繁衍生殖甚至懷孕角色之衝突案例，雖然因為變性人群族微小而可能性不高，但主要涉及之問題是，如此出生之小孩與其父親與母親之關係歸屬。小孩子將有正當化之理由，要求生育他的父母必須確保其血源不陷入衝突，而出現生育他（她）的是兩個法律上之媽媽或爸爸之現象。如同變性人法第11條所顯示，將子女在法律上歸屬於與生物狀態相符之一個父親與一個母親，這種明確之情況法律早有規定。依據變性人法第8條規定獲得承認之變性人，其與子女之關係維持不變不受影響，但對於養子女則必須在承認新性別之判決生效前，已經被收養之子女才有適用。因此，依據變性人法第10條連結第5條第3項之規定，婚生子女或者在法律承認前收養子女之出生登記簿，登記的是變性人依據變性人法第1條申請變更名字以前具有法律拘束力之名字。依據科隆之邦高等法院見解，變性人法第11條連結第10條與第5條第3項之規定之解釋，乃不論該婚生子女在其父母所感受之性別被法律上承認之前或之後出生，均有適用（參OLG Köln, a.a.O., S. 46）。因此可以確定的是，不論父母任何一方是否在法律上變更性別，其子女在法律上均永遠維持一個父親與一個母親之關

係。吾人將立法者已經衡量過之理由，即在變性人法第8條規定，持續無繁衍生育能力，作為法律上承認當事人感受性別之要件，但此對於變性人將造成重大之基本權侵害，因為縱使醫學上之診斷並不建議動手術，而對於男變女之變性人，荷爾蒙治療通常就能達成無生育能力之要求，但因法律規定其必須事先完成這項對於其身體完整性有深度傷害之手術，其感受之性別才有機會在法律被承認等狀況再度作權衡時，變性人得在身體不受傷害下主張性別自主決定權，應該會被賦予較重要之地位，尤其是當在法律上已存在可能性，得確保父母一方是變性人之子女與其父親及母親之法律關係。因此，變性人法第8條第1項之規定，不僅是第3款，第4款也的確抵觸憲法。

II. 憲法訴願結果

被指摘之柏林邦最高法院、邦高等法院以及地方法院判決均間接建立在違憲之條文上，因而侵害憲法訴願人源自基本法第2條第1項與第2項連結第1條第1項規定之基本權。依據聯邦憲法法院法第95條第2項之規定，柏林邦最高法院之裁定應被廢棄，案件發回該最高法院以作成裁判費用由何方負擔之判決。

D. 系爭規定違憲但非無效

變性人法第8條第1項第3、4款之違憲，並不因此導致條文規定之無效

，但與基本法第2條第1項與第2項連結第1條第1項之規定不符。蓋如前所述，立法者是有可能就變性人申請其所認同之性別在身分法上獲得確認所須之要件，即證明具有在另一個性別中生活之嚴肅必要性，在變性人法第8條第1項，而不是在第1條第1項中加以規定，或者立法者得以進行變性人法整體之修正，以達符合憲法要求之法律狀態。

鑒於當變性人未能符合變性人法第8條第1項第3與4款規定之要件，因此其所認同之性別無法在身分法上被承認，而必須經歷之嚴重傷害，以及

因此無法締結一個與其性別傾向相符合之已登記生活伴侶關係，變性人法第8條第1項第3與4款之規定，將被宣告在新的規定生效前不被適用。

本裁判依據聯邦憲法法院法第34a條第2項之規定，作成費用負擔之決議。

本裁判以6比2之票數作成決議。

法官：Kirchhof

Hohmann-Dennhardt

Bryde Gaier Eichberger

Schluckebier Masing Paulus

「基因科技法部分條文合憲性審查」判決

BVerfGE 128, 1

德國聯邦憲法法院第一庭2010年11月24日判決

- 1 BvR 2/05 -

王毓正 譯

要目

判決要旨

判決主文

理由

- A. 憲法訴願之標的
 - I. 基因科技應用之簡介與基因科技法之發展
 - II. 相關法律規定及訴願人之主張
 - III. 相關機關團體之意見
- B. 審查範圍
 - I. 基因科技法第16a條第1、3、4與5款、第16b條第1a項
 - II. 基因科技法其他與本案相關之條文
 - III. 基因科技法第16a條第2項以及第16b條第2項及第16a條第1、4與5款中有關資訊提供的規定
- C. 基因科技法與本案相關之條文並無抵觸基本法

I. 受指摘之條文形式上合憲

II. 受指摘之條文實質上合憲

關鍵詞

基因科技法(Gentechnikgesetz)
基因改造有機物(gentechnisch veränderter Organismus)
預防義務(Vorsorgepflicht)
資訊自主決定權(informationelle Selbstbestimmung)
風險預防(Risikovorsorge)
基礎風險(Basisrisiko)
風險溝通(Risikodiskussion)
責任風險(Haftungsrisiko)
執業自由(Berufsfreiheit)
財產保障(Eigentumsgarantie)
學術與研究自由
(Wissenschaftsfreiheit)
公共意見形成之過程(Öffentlichen Meinungsbildungsprozess)
透明(Transparenz)

產地登記(Standortregister)
基改、傳統、有機生產方式共存
(Koexistenz gentechnisch veränderter,

konventioneller und ökologischer
Kulturen)

判決要旨

1.基本法第74條第1項第26款第2段之規定，賦予聯邦立法權就基因科技法享有廣泛的規範權限，其除了包括人體基因科技之外，尚擴及動物及植物相關之基因科技應用。

2.鑑於科學對於問題之認識仍有尚待釐清之空間，因此就基因科技應用的長期效應之判斷而言，立法者有義務必須特別謹慎地注意到是否有遵守基本法第20a條之託付，亦即立法者基於對於未來世代之責任，必須對其自然生存予以保護。

3.在涉及計畫性地將基因改良有機物投用至環境當中時（基因科技法第16a條），其決策的透明性有助於公眾意見之形成，其同時亦構成一項獨立的立法正當性目的。

4.基本科技法第36a條中有關私人間鄰人關係的補充與具體化規定，其有助於傳統式的、生態式的以及基改式的等生產方式之間的利益調和，因此係屬合宜且適當的平衡利益衝突之規範。

判決主文

最新修正之基因科技法第3條第3、6款、第16a條第1至5項、第16b條第1至4項以及第36a條係屬符合基本法規範。

理由

A.憲法訴願之標的

本案係涉及基因科技法規定與基本法是否合致的規範審查聲請案。聲請人所指摘者乃為基因科技法於2004年與2008年修正時所訂定之條文：亦即基因科技法第3條第3、6款中定義之「基因改造有機物」與「引進市場」、第16a條第1、3、4、5項有關「產地登記」(Standortregister)規定、第16b條第1至4項有關上市產品之管理的規定，以及第36a條有關利用受影響時之請求權。

I.基因科技應用之簡介與基因科技法之發展

1.透過新的基因科技，有目標性地運用在將生物之基因物質合併之上，開啟了計畫性基因改良的可能性，藉由這樣的科技應用，可以使有機物被生產時具備有人們所期待的特性，而且是傳統養殖方式所無法辦到的。

針對此一特徵，基因科技法對於基因改造有機物作出以下的定義：人類以外之有機物，其基因物質以非自然條件下交配或以非自然重組的方式加以改體者（基因科技法第 3 條第 3 款）。

本件規範審查聲請主要係涉及基因科技運用在人工栽培植物的問題，其運用的範圍包括商業目的，例如農業或種子生產，同時也包括研究目的的基因科技運用。透過此類俗稱為「綠色」基因科技的應用，能獲得農業上希望產生的結果，例如產量增加或是環境影響的降低。此一技術亦使植物具有更高的營業價值以及更加的口感，更利於長期存放，或是作為原料以及藥物。然而，基因科技應用的風險與益處仍具爭議，而且尚未被完全釐清。一方面，透過基因物質的移轉可使植物跨越物種界線，而其受到目標性的影響而產生人們所期待出現的特性；另一方面，卻也存在著風險，亦即不受期待的副作用或附帶結果亦可能隨之產生。藉由實驗性質的或商業性產品類型的基因改造有機物被釋放到環境當中，基因改造有機物可能會在環境當中繁殖與擴散，而導致不可逆轉的作用。

在此問題背景之下，一個廣泛的立法即朝向這樣的方向展開，亦即對於伴隨著目標性地將基因改造有機物釋放至環境所產生之風險予以控管，

以保障人體健康與保護環境，並且創造一個新興科技應用的基礎，以及同時保障非基改農業的利益。在歐盟層級的主要法規乃是2001年3月12日通過的「有關蓄意性釋放基因改造有機物至環境之指令」(Richtlinie 2001/18/EG)，以及2003年9月22日通過的「有關基因改造食品與飼料命令」(Verordnung (EG) Nr. 1829/2003)。

在德國聯邦層級，與基因改造有機物釋放至環境相關的法律基礎，主要乃是1990年生效並歷經多次修正的基因科技法，特別是當中涉及基因改造有機物釋放及含有基改有機物或以基改有機物製造之產品上市的規範條文。

2. 2005年2月4日生效的2004年基因科技修正法係以2004年5月提送至聯邦議會審議的聯邦政府法律草案為基礎。在經過一讀程序、付委以及專家聽證程序之後，聯邦議會主要負責的消費、營養與農業委員會即接受了修正版的法律草案。至於涉及各邦的程序規定，將應於稍後送聯邦議會審查的草案條文當中提出，而最終該法草案亦獲得聯邦議會的決議通過。然而聯邦參議院為達到全面修正該法草案之訴求，請求召開協調委員會(Vermittlungsausschuss)，並於協調程序結束後針對該法提出異議，惟聯邦政府將其異議駁回。而該法即於2004年12月21日完成立法程序，並於2005

年2月公告於聯邦法律公報。

2004年基因科技修正法的規範重點在於，將前開歐盟指令(Richtlinie 2001/18/EG)轉換為內國法，並保障不同類型的農業生產能夠共存。

a)亦即透過「基因改造有機物」與「引進市場」之名詞定義的修正（基因科技法第3條第3、6款、2004年基因科技修正法第1條第4款之b與c，立法者意欲藉由歐盟指令2001/18/EG第2條第2與4款之規定，明確闡述以下意旨，縱使是異種雜交所生產之產品亦屬基因科技法第3條第3款所稱之基因改造有機物，而縱使該產品之釋放亦經過政府機關許可，但仍屬基因科技法第3條第6款中所稱之「引進市場」，因此基因科技法即對其有適用，特別是與引進市場相關的規範條文。

前開意旨的背景，乃是因為涉及到一個2004年基因科技修正法生效前頗受爭議的問題，亦即以傳統方式生產之產品，當其無意獲得基因改造有機物，然而產品卻顯現出基因改造的特質時，則該產品於引進市場時，是否應先取得基因科技法之許可？

b)以歐盟指令2001/18/EG第26a條為基礎，並合併歐盟命令Nr. 1829/2003第43條之規定，成員國應採用多種措施以阻止基因改造有機物意外地存在於其他產品，並藉此保障不同類型的農業生產能夠共存。與其相關之

訴求，亦即應保障生產者與消費者之選擇自由權，並透過對於風險的討論以避免社會的恐慌(BTDrucks 15/3088, S. 19 und 21)。立法者並指出，大面積的基因改造人工栽種植物即已形同小規模的基因改造有機物的釋放，並將造成鄰近土地上植物的異種雜交，因此導致有意不採取基因改造有機物之人，或應依據現行有機栽種與生態產品標章法令規定必須不採取基因改造有機物之人受到影響。鑑於此一發展已存在農產或食品產業領域，因此不同類型的農業利益之保障即成為基因科技法的立法目的（第1條第2目）依據基因科技法第1條規定，其立法目的為：

- 1.基於倫理價值、人民生命與健康之考量，應保護環境及其影響範圍內之動物、植物與其他物資免於受到基因改造程序之有害影響，並應採取風險預防措施以阻止此類危險的發生。

- 2.應確保食品或飼料為主的產品，無論其係以傳統式的、有機式的或是透過基因改造有機物所產生者，皆有機會將其產品引進市場。

- 3.應為基因科技之研究、發展、利用以及科學的、技術的與經濟發展之獎勵，建構一個法律架構。

不同類型農業生產方式之共存的保障並已進一步透過相關規定具體化，這些規定例如「產地登記」

(Standortregister)、上市產品之管理以及有關利用受影響時之請求權等。

aa)為了將歐盟指令2001/18/EG第31條第3項之規定轉換為內國法，且具體確保不同類型農業生產方式之共存能獲得保障，相關法規即建立了一套「產地登記」(Standortregister)制度（基因科技法第16a條，2004年基因科技修正法第1條第14款）。

依據基因科技法第16a條第1項第1、2句規定，透過主管機關聯邦消費保護暨食品安全署所建構之產地登記制度，對於有關於德國境內進行基因改造有機物的種植與釋放之訊息予以掌握，其目的係為了對於基因改造有機物對基因科技法第1條第1、2目所規定之法益或利益可能產生之影響予以監控，並藉此將相關資訊公開予大眾亦是該制度之目的。若要進行被合法許可的基因改造有機物釋放的行為，業者最晚必須在進行該等行為之3天前向聯邦消費保護暨食品安全署完成以下資訊之申報（基因科技法第3條第7款）：基因改造有機物之名稱、基因改造之特性、釋放之所在地點與面積以及釋放期間（基因科技法第16a條第2項第1、2句）。

若要進行被合法許可的基因改造有機物栽種行為，業者最晚必須在進行該等行為之三個月前向聯邦消費保護暨食品安全署告知並完成以下資訊之申報（基因科技法第3條第13a款）

：名稱、基因科技改造有機物的特定「辨識標記」(Erkennungsmarker)、經營者姓名與通訊地址及栽種基地點與面積規模（基因科技法第16a條第3項第1、2句）。

前開資訊之變更或釋放計畫之結束，皆必須即時提出申報（基因科技法第16a條第2項第3句及第3項第3句）。此一制度所載的相關資訊係部分可對民眾公開，例如基因科技改造有機物之名稱以及一當其涉及栽種行為時一特定「辨識標記」、基因改造之特性、釋放或栽種基地點與面積規模等資訊皆可透過網路下載查詢（基因科技法第16a條第4項）。

至於其他非屬對一般民眾公開之資訊，原則上亦可透過以下條件而申請取得，亦即申請人說明其具有合法利益，且資訊相關之人並不存有更值得保護之利益而應不予公開資訊（基因科技法第16a條第5項）。為了確保資訊安全與資訊保護，主管機關應該採取最新計數之保護措施（基因科技法第16a條第6項第1句）。該登記制度所建構之資料，亦應於首次存檔後屆滿15年時予以銷毀（基因科技法第16a條第6項第2句）。

bb)為確保不同類型農業生產方式能夠共存，進一步規定於相關法律的機制尚有預防義務，以及處理基因科技改造有機物相關之良好作業規範(die gute fachliche Praxis)的要求（基

因科技法第 16b 條、2004 年基因科技修正法第 1 條第 14 款)，並擬藉此避免基因改造有機物造成損害或讓可能造成之損害降到最低。依據基因科技法第 16b 條第 1 項第 1 句規定，凡是對於已獲得許可上市之含有基改有機物或以基改有機物製造之產品進行進一步特定方式的應用行為之人，或將該產品以營利為目的引進市場者，皆負有義務對於基因科技法第 1 條第 1、2 目所規定之法益或利益採取預防措施。前開基因科技法第 16b 條第 1 項第 1 句所規定之預防義務，其適用範圍包括基因改造植物的應用及基因改造動物之畜養，至於義務履行之方式則是透過基因科技法第 16b 條第 2、3 項當中所規定之良好作業規範 (*die gute fachliche Praxis*) 的規定，進一步具體化。依據基因科技法第 16b 條第 1 項第 2 句在 2008 年 4 月 4 日之前的規定（以下簡稱舊法第 16b 條第 1 項第 2 句），倘若在個案當中之情形而導致基因科技法第 1 條第 2 目所規定之利益無法獲得確保時，則基因科技相關之行為明確地非法所容許。基因科技法第 16b 條第 4 項乃是該法第 16b 條第 1 至 3 項之行為義務的補充規定，其對於預防義務更進一步規定，凡基於營利目的而處理基因改造產品者，必須遵守在人事與設備上專業條件之要求。本案未受質疑之基因科技法第 16b 條第 5 項課予將基因改造產品引進市場之人必須提

供產品資訊，其除了許可相關之規定之外，尚必須包括基因科技法第 16b 條第 1 至 3 項中義務履行之相關說明。同樣於本案未受質疑的基因科技法第 16b 條第 6 項授權聯邦政府得透過法規命令之訂定，針對與基因科技法第 16b 條第 3、4、5 項中之個別事項進一步補充規定。此外，在依據本法授權而訂定有關引進市場相關規範之法規命令時，縱使相對於本法，有關基因改造有機物釋放與引進市場之相關規定可以優先適用，但基因科技法第 16a 與 16b 條仍對其有所適用（基因科技法第 14 條第 2 項）。

cc) 最後，基因科技相關法律亦訂有利用受影響時之請求權規定，亦即鄰人之利用利益因基因科技改造有機物而受到重大影響時，則得主張私法性質之排除或損害回復請求權。此一規定亦使得私人間之鄰人關係法律獲得更進一步的具體化與補充（基因科技法第 36a 條、2004 年基因科技修正法第 1 條第 24 款）。

(1) 在私人間的鄰人關係法當中，倘若所有權人對於物之占有受到剝奪以外之方式侵害或侵害之虞時，則所有權人得依據民法 (*BGB in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002, BGBl I S.42 und 2909, BGBl I 1003, S. 738*) 第 1004 條第 1 項之規定，向侵害行為人請求侵害之排除或停止。然而，倘若鄰人於所有權

人之土地有瓦斯、蒸氣、臭氣、煙氣、灰屑、熱氣、噪音、振動及其他與此相類者侵入之情形時，但土地所有權人之土地利用未受到侵害或只遭受微小侵害時，則依據民法第1004條第2項合併第906條第1項第1句之規定，土地所有權人負有容忍之義務而不得行使前開之排除請求權。此外，縱使土地所有權人之土地利用所受到侵害程度非屬微小，但該侵害之造成係屬地方慣習利用行為，且亦無法透過成本合理之措施予以阻止時，則依照民法第906條第2項第1句規定，土地所有權人仍負有容忍之義務。在前開之情形，若是土地所有權人亦有地方慣習利用行為受到侵害，或是所受損害超過合理範圍時，土地所有權人亦得依據民法第906條第2項第2句向侵害行為人請求支付合理的償金。再者，若他人於自己土地從事私經濟行為時，但卻造成他人土地上產生該土地所有權人或占有人不須容忍之違法影響時，縱使受影響之人無法依民法第1004條第1項與第862條第1項規定要求禁止對方之行為，但若是所承受之不利已超過無償性質之影響所能承受之合理範圍時，依據德國聯邦法院向來之見解，即可類推適用民法第906條第2項第2句之規定，主張享有一般性的鄰人法上之損害回復請求權（較詳盡之說明，BGHZ 155, 99〈102 f.〉）。德國聯邦最高法院進一步

指出，民法第906條之規定對於公法上之鄰人關係的規範亦有具體化之作用。亦即當土地所有權人或占有人受到來自於公部門的侵擾時，在如何的基準範圍之內，土地所有權人或有人在無償（賠償或補償）的情形下必須予以容忍（BGHZ 91, 20〈21 f.〉；97, 97〈104〉）。在基因科技法第36a條制定生效前，以下的問題是有爭議的，亦即是否以及在何種情形下當受到基因科技改造有機物污染時，可將其視為民法第906條第1項第1句當中所稱之「其他類似影響」，從而產生排除或損害回復請求權。

(2)惟目前透過基因科技法第36a條之規定已確定，民法第1004條與第906條所規定之容忍、排除與損害回復請求權，不僅可以適用於與基因工程有關的有機物特性之擴散，亦可適用在其他受到基因科技改造有機物污染之情形（基因科技法第36a條第1項）。

a)儘管民法第906條的條文當中使用了若干不確定法律概念，然而藉由與基因科技法第36a條第1項至第3項之相關規定的結合，其適用範圍也因此被具體化了，例如：他人之土地利用而造成「重要影響」（基因科技法第36a條第1項）、為避免造成影響所採取之對土地利用者係屬「經濟上合理」之措施（基因科技法第36a條第2項）以及地方慣習之土地利用行

為（基因科技法第36a條第3項）。

受到基因科技改造有機物污染之情形，若進一步出現以下的結果，即構成了民法第906條中所謂的重要影響，例如受到污染土地利用人所生產之作物因此而無法上市販售（基因科技法第36a條第1項第1款），或是在此情形下必須受到現行產品標示規定之拘束，導致其原本擬進行之產品販售必須受到限制或是被禁止（基因科技法第36a條第1項第2款、第3款）。倘若對於具體個案當中存有判斷標準，以資認定何者情形係屬應標識為基因改造有機物，則此一標準對於認定何種情形係屬重要影響亦有同等之重要性（BTDrucks 15/3088, S. 31）。然而基因科技法第36a條第1項所列舉的情況非屬窮舉性之規定，換言之，在經過個案判斷後認定屬於類似之個案時，亦同等受到規範（BTDrucks 15/3344, S. 41）。準此，若是在具體個案當中，沒有符合基因科技法第36a條第1項至第3項所規定之情況，也不存有類似的影響，則鄰地縱有受到基因科技改造有機物之污染，但仍未構成重要影響，從而亦非民法第906條第1項第1句所禁止之情形。依據基因科技法第36a條第2項合併民法第906條第2項第1句規定，縱使有導致發生重要影響之情形，受影響之人負有容忍之義務，亦即此一重要影響係由地方慣習之土地利用行為所造成，或透

過經濟上合理之措施所無法避免者。而依據基因科技法第36a條第2項規定，倘若基因科技法第16b條第2、3項所定義之良好作業規範在前開情形獲得遵守時，則即屬經濟上合理之措施。惟基因科技法第36a條第3項對於民法第906條中所謂「地方慣習」的判斷標準，作了以下的修正，亦即，關於地方慣習之判斷標準，並非取決於產品之獲利是否採用了基因科技改造有機物。

b)基因科技法第36a條第4項針對因果關係在舉證上之困難透過相關規定予以解決，也等同對於私法上之鄰人關係法予以補充。參酌民法第830條第1項第2句之規定，基因科技法第36a條第4項第1句引進了原因推定的規定，依照其規定，民法第840條第1項意義下的數個潛在原因者必須共同承擔債法上之責任。再者，基因科技法第36a條第4項第2句規定有區分責任之優先適用情形，也就是說，潛在原因者若能證實僅與部分損害原因有關的話，則得以依據民事訴訟法第287條之規定僅承擔該部分之損害賠償責任。

3. 2008年基因科技法的修正案同樣亦是源自於聯邦政府所提出之草案。聯邦政府於2007年向聯邦議會提出的修正草案包括針對基因科技法條文之第四次修正草案(BTDrucks 16/6814)以及為配合歐洲共同體基因科

技執行法之修正內容(BTDrucks 16/6557)。在完成一讀與交付委員會審議之程序後，前開之修正草案在主管審議之營養、農業暨消費者保護委員會的建議之下，改以「條款法律」(Artikelgesetz)的方式提出(BTDrucks 16/7868)。此一條款法律的第1條即為第四次修正草案之條文，第2條則為配合歐洲共同體基因科技執行法之內容，當中主要涉及有關「未採用基因科技」標示之使用標準的規定。透過第3條之規定，則將規定在「新式食品暨食品添加物法規命令」中之暫行規定予以廢止。2008年基因科技法的修正案即以此一版本內容順利通過聯邦議會之審查(Plenarprotokoll 16/140, S. 14792 B)，在進一步送往聯邦參議院審查時，也同樣地無須召開協調委員會且未加修改地通過審議(Bundesrat, Plenarprotokoll, 841. Sitzung, S. 9 C, BRDrucks 52/08)。該法案於2008年4月1日完成立法程序並公告於聯邦法律公報。該條款法律之第1條於2008年4月5日生效，其第2、3條則於2008年5月1日生效。

此一最新版本之基因科技法的立法目的在於，促進基因科技在德國之研究與應用。在促進此一目標之同時，以符合預防原則的方式以保護民眾與環境，仍為基因科技法的首要目標。此外，農業與消費者所應享有之貨物流通自由以及不同類型的農業生產

之共存，皆仍為新版本基因科技法所欲保障者。在前開背景之下，新版法律簡化了與基因科技設備相關之行為的許可程序，也擴大了對於特定基因科技改造有機物所設之例外規定條款的適用範圍。產品若呈現出含有仍未被許可上市之有機物的成分，其利用行為仍可在符合特定之要件下獲得許可。

舊版基因科技法第16b條第1項第2句之規定被毫無保留地刪除，取而代之地在新版基因科技法第16b條第1項第2句至第4句則規定了預防義務之例外。依據現行規定，在涉及基因科技法第1條第2款所規定之利益時，則無須對他人注意預防義務，亦即倘若他人已透過書面協議表示放棄相關利益之保護，或是預防義務人請求他人提供保護其利益之必要資訊，但經一個月而未予提供，且該預防義務在特定個案當中係僅為保護該他人所設(新版基因科技法第16b條第1項第2句)。

依據基因科技法第16b條第1項第4句規定，在特定條件下得許可相關業者不受良好作業規範(die gute fachliche Praxis)之拘束，惟主管機關必須在播種或栽種進行之前及時地公告，且依照新版基因科技法第16b條第1a項規定，亦必須向產地登記系統報備(基因科技法第16a條)。

從事基因科技改造有機物栽種之

人除了負有基因科技法第16a條第3項第2句所規定之報備義務之外，尚必須最晚在進行栽種行為的一個月之前，將依據基因科技法第16b條第1項第2句所簽訂之協議的事實向消費者保護暨食品安全署告知。若是在欠缺必要資訊的情形下，從事基因科技改造有機物栽種之人若欲排除受到良好作業規範(die gute fachliche Praxis)規定之拘束，則亦必須將鄰人未依請求提供必須資訊之情形，向消費者保護暨食品安全署告知（基因科技法第16b條第1a項第1句）。

栽種基因科技改造有機物所涉及之土地範圍，若有排除良好作業規範之拘束時，則必須使該訊息被公眾週知（基因科技法第16b條第1a項第1、2句）。此外，對於依據基因科技法第16b條第1a項所取得之資訊，基因科技法第16a條之規定亦有適用（基因科技法第16b條第1a項第3句）。

II. 相關法律規定及訴願人之主張

聲請人於2005年4月27日所提出法規審查請求當中，最初係主張2004年的基因科技修正法第1條第4款之b、c以及第14款與第24款與基本法規範牴觸。惟由於2008年基因科技法在此期間亦修正通過，因此聲請人於2009年1月15日所提出之書面聲請書當中亦變更指摘之法律條文，2008年修正後的基因科技法第3條第3款與第6款、第16a條第1、3、4、5項、第16b條

第1項至第4項以及第36a條。由於受指摘之法規範出現重大的變更，因此其原本所指摘之2004年基因修正法之條文即不再受到審查，取而代之地，審查標的主要則變更為基因科技法第16b條第1項經2008年修正後之條文內容。此外，於言詞辯論程序時，聲請人表示，倘若產地登記系統中屬於一般公眾可獲取之資訊亦包括有關可能受影響鄰地之陳述（基因科技法第16b條第1a項第1、2句），則基因科技法第16b條第1a項之條文內容即應屬受審查之標的。由於基因科技法第16a條第1、4與5項內容甚為廣泛，因此隱約地意味著亦必須將基因科技法第16a條第2項納入一併檢視。

於本案中受指摘之條文與基因科技法第16a條第2項，內容如下：

第3條

名詞定義

以下名詞於本法之定義如下：

3. 基因改造有機物

人類以外之有機物，其基因物質以非自然條件下交配或以非自然重組的方式加以改體者。有機物在以下情形亦屬基因改造有機物，對於基因改造有機物透過自然條件下交配或以自然重組的方式進一步所生產之有機物，或採用一個或數個基因改造有機物或其他使基因改造有機物繁衍之方式所生之有機物，僅需其基因物質顯現具有基因改造之特質者，即屬之。

…

6. 引進市場

係指於本法適用之區域內，將產品出售或供應予第三人之行為，但產品係為基因科技工程之用而專供基因科技設備之用或專為已獲許可之釋放行為之用者，不在此限；以下情形者，非視為引進市場：

a) 在關務主管機關監督下所進行之過境運輸

b) 基於經許可之臨床檢驗目的，於本法適用之區域內，將產品供應予第三人或販售或運送之行為。

第16a條

產地登記

(1) 基於監控基因改造有機物對於本法第1條第1款及第2款所稱之公益及利益可能產生的影響，以及基於資訊公開之目的，依本條第2項規定應報備之有關基因改造有機物釋放之訊息及依本條第3項應報備之有關基因科技改造有機物栽種之訊息，皆應由聯邦登記機關彙整。前開之登記機關由聯邦主管機關設置，並負責德國聯邦境內有關依本條第2項及第3項應報備資訊之統整。登記機關應依據本條第4項之規定，提供公眾相關資訊之查詢。

(2) 事業於取得基因科技改造有機物釋放之許可後，最晚應於實施釋放行為之三個工作天前，將實際上將實施之行為向聯邦主管機關報備。報

備之事項應包含下列各款：

1. 基因改造有機物之名稱，
2. 基因改造有機物之特性
3. 實施釋放之所在地點與面積範圍
4. 實施釋放之期間

已報備之內容若有變更，以及釋放計畫之停止實施時，應立即通知主管機關。

(3) 基因改造有機物之栽種應由栽種地點之管理人，最晚於實施栽種行為之三個月前，向聯邦主管機關報備。報備之事項應包含下列各款：

1. 基因改造有機物之名稱與專用辨識標示，
2. 基因改造有機物之特性
3. 栽種地點管理人之姓名與通訊方式
4. 實施栽種之所在地點與面積範圍

已報備之內容若有變更，應立即通知主管機關。

(4) 登記機關可供公眾查詢之資訊包括下列各款：

1. 基因改造有機物之名稱與專用辨識標示，
2. 基因改造有機物之特性
3. 實施釋放或栽種之所在地點與面積範圍

登記機關可供公眾查詢之資訊應透過網路方式提供公眾取得。

(5) 登記機關所掌管之非屬可供

公眾查詢之資訊若涉及個人資料時，於資訊申請人提出合法利益之說明，且資訊所涉及之個人不存有更值得保護之保密利益時，登記機關亦應依請求提供資訊。

第16b條

上市產品之管理

(1)從事經許可上市之含有基因改造有機物或以基因改造有機物為成分之產品的栽種、加工或涉及基因改造之動物之畜養、以經濟性質或商業目的等類似方式引進市場者，必須採取預防措施，以避免本法第1條第1款與第2款所保護之法益或利益受到因基因改造有關行為導致之有機物性質的改變、基因科技改造有機物之摻雜或其他方式之污染而產生重大影響。但預防義務人如已就本法第1條第2款所規定之利益訂定書面協議，約定前開利益不受保護，或已請求他人提供保護其利益之必要資訊，但經一個月而未予提供，且該預防義務在特定個案當中係僅為保護該他人所設，則不受前開預防義務之拘束。前開之書面協議或請求當中，應對該第三人闡明協議與未提供資訊之法律效果，且表明其應注意應受保護之第三人權利。良好作業規範規定之拘束若有可以排除之情形，應在播種或栽種之前及時地向主管機關報備。

(1a)經營者應於所涉及之土地實施栽種之一個月前，依據本法第16a

條第3項第2句規定就下列事項之一向主管機關為補充性陳述，

1.前開第1項第2句規定之協議締結時之實際狀況，

2.若欲排除受到良好作業規範規定之拘束時，則亦必須將鄰人未依前項第1項第2句之請求提供必須資訊之情形。

本法第16a 條第1項第1句所規定之登記機關可供公眾查詢之資訊，除本法第16a 條第4項第1句第3目之陳述資料外，尚包括本法第16a 條第4項第1句規定之相關所在地點之陳述資料。

(2)植物之栽種、植物之一般處理及動物之畜養應符合良好作業規範規定之預防義務。

(3)涉及前開第1項規定應履行之預防義務時，則相關之良好作業規範規定係指以下情形，

1.有關基因改造有機物之處理時，應遵守本法第16條第5a項上市許可之規定，

2.有關基因改造有機物之栽種及含有基因科技改造有機物成分之肥料的製造時，為避免鄰地受到基因污染或因野生植物擴散而與其他種植方式之鄰地發生植物交配之情形所應採取之措施。

3.涉及基因改造動物之畜養時，為避免其從畜養區域逃逸及相同物種之非基因改造動物入侵所應採取之措

施。

4. 於運送、貯存及加工基因科技改造有機物時，為避免掉落及與其他產品摻混及繁殖所應採取之措施。

(4) 為經濟性質、商業性質或其他類似目的，處理含有基因改造有機物或以基因改造有機物為成分之產品者，為能履行前開第1項之預防義務，應具備可靠能力、知識、技能與配備。

第36a條

使用利益受影響時之請求權

(1) 違反土地利用權人之意願，而使其受到因基因改造有關行為導致之有機物性質的改變或其他基因科技改造有機物之污染，且導致污染之產品而尤其是具有以下情形時，係構成民法第906條之重大影響，

1. 該產品不得被引進市場，

2. 依據本法或其他法令規定，該產品必須被標示為基因科技改造產品後，始得引進市場，

3. 引進市場時，未將相關法令針對該生產方式所要求之標示予以標明。

(2) 依據本法第16b條第2項與第3項所遵守之良好作業規範規定，係符合民法第906條所稱之經濟上合理措施。

(3) 民法第906條中所稱之「地方慣習」的判斷標準，並非取決於產品之獲利是否採用了基因科技改造有機

物。

(4) 在具體個案中若存在數個潛在污染者之鄰人，且無法判斷究係何人為實際污染行為人時，則潛在污染者皆須為該污染負責。但若個別潛在污染者僅造成部分污染，且依據民事訴訟法第287條規定損害回復責任係屬得區分時，則不在此限。

本案聲請人主張前開規定涉及實質性違憲，其提出之主要論據如下：

1. 立法者透過基因科技法第36a條之訂定，嚴重地對於民法第906條、第1004條及第823條所建立責任制度造成侵害，然而該責任制度乃係以兼顧利益雙方之注意義務與利益平衡的制度。相對地，立法者針對基因科技之應用另外創設了一套有別於現行法制的特別責任法制。首先基因科技法第36a條第1項透過開放且不確定的規範方式訂定了產品標示規定，並因此創造了一個無法估計且可能無法被納入保險機制的責任風險。此外，基因科技法第36a條第2項及第3項將土地利用中之所謂地方慣習行為與基因科技應用者之應採取之相對措施中所謂的經濟上合理措施予以排除。進一步透過第36a條第4項規定，導入一套獨立於因果關係之舉證義務的債務人整體責任制度。依據目前的規定鄰人回復請求即往往可透過類推適用民法第906條第2項第2句的規定，而主張損害回復請求權，然而如此卻可

能造成全然的無損害擔保(volle Schadloshaltung)。亦即基因科技使用者是否過失已非必要條件，而形同基因科技使用者必須承擔危險責任(Gefährdungshaftung)。

a)採用基因科技的農人與種苗製造者亦應受到基本法第12條第1項營業自由之保障，然而以上的規定卻以前開基本法保障營業自由之意旨相抵觸。新修正的法規對於營業執行方式的限制係有意偏惠傳統的農業栽種，而導入超出許可要件與良好作業規範所要求之注意義務，再加上附帶著高度責任風險，而形同事實上禁止營業範圍內採用基因科技。因此所造成之侵害係屬不具正當性。

基因科技法第36a條第1項違反明確性原則之要求，蓋該條文中所謂之重大影響，並不單單只會出現在條文所列舉之情形，也會出現在其他無法爰引平等原則，但卻仍舊屬於類似的個案當中。第36a條第1項第3款亦存有違反法規明確性原則之要求，其所規定標示義務係準用「非基因科技」相關之內國產品標示規定以及歐洲傳統農產品標示規定，然而如此規定將導致失去明確的責任條件之結果。對於經許可上市之基因改造有機物所導致之財產重大影響之推定，亦與法秩序無矛盾與一體性原則相抵觸，尤其，並無法證實此類有機物對於健康、環境與財產存有風險。畢竟當其以獲

得上市之許可時，即等同此類有機物於開放之生態環境中的散布係屬法所許可，即如同自然有機物散布於生態環境中一般。此外，該許可對於採用基因科技之人亦構成了信賴保護基礎，更何況基因科技法第1條第2款所規定的不同農業栽種方式共存之確保，亦包含採用基因科技之人的經濟利益應獲得保障。

由於栽種已被許可上市的基因科技改良有機物不產生危險，因此基因科技法第36a條中所規定之不以過失為前提要件的危險責任並不符合一般責任歸屬之要求，尤其是不符合作為責任歸屬核心的比例原則。

再者，一個責任歸屬制度在設定上若是自始地針對特定栽種行為，要求相關者對於其製造過程相關且偶然產生之結果共同承擔責任，則無論如何應該使其有機會能透過責任基金或責任風險之保險機制等可能性，以適度地緩和風險。此外，同樣不符合比例原則要求的是，基因科技利用者既無法透過良好作業規範之遵守，亦無法藉由不可抗力或債權人與有過失等之主張減輕責任，同時共同侵權行為人的個別過失比例亦無須被證明。

若從基本法第12條第1項之規定觀之，亦足證基因科技法第36a條的規定不符合比例原則。尤其該條文所建構之責任歸屬制度，即已形同職業選擇自由的限制，因為農人可能鑑於

無法預測的責任風險，而將避免選擇從事與基因科技改造有機物相關的職務。儘管基因科技法第36a條的規範目的在於，確保消費者與產品製造者享有是否選用基因改造與非基因改造之產品與生產方式之自由，並且給予生態栽種方式特別的保護，此等規定並不具有憲法規範之位階，從而該條文當中所規定之經濟扼殺式的(wirtschaftlich erdrosselnd)責任制度並無法被正當化。基因科技法第36a條的規定，對於達成不同農業栽種方式共存之確保此一目標而言，不僅不適當也欠缺必要性。因為傳統與生態栽種方式本即較受到特別保護，而基因改良栽種方式縱使在沒有特別的責任制度之下都已受到相當程度的限制。此外，透過良好作業規範之遵守即可將意外造成的物種交配之發生可能性降低到人為方式可避免的程度，因此只有在良好作業規範未受到遵守時，才須課予損害責任，而沒有必要將課責對象取決於產品之名稱或標示。而本法所欲實現的不同農業栽種方式共存之目的，其配套條件也可以透過以國家經費支持的責任基金之方式來達成。再者，本法片面地將責任風險轉嫁予基因科技應用者，亦屬不適當之作法。相對於此，傳統或生態栽種者卻不須承擔保護或預防義務，縱使農場間距對於生態栽種業者之產品行銷而言，具有特別重要的意義。而且就

前述的情形而言，權利受損害之人的損害賠償請求權之範圍係取決於其主觀上的行為決定，縱使鄰人的財產亦屬應受保護之權利，然而目前相關規定就利益平衡而言，卻顯得不適當。

b)基因科技法第36a條之規定亦屬對於基因科技應用者之財產權與其責任制度所涉及之農人與種子製造者的營業行為（基本法第14條第1項）的不當侵害。因為過高的注意義務的要求與難以預測的責任即形同基因科技改造有機物釋放之禁止，同時也將導致亦已規劃的釋放與商業目的之栽種被迫放棄。本法欲保障生態或傳統栽種之生存以及受影響之農人的財產，然而此一目標係以構成欠缺必要性且不適當的侵害。相對於其前開侵害的強度、涵蓋範圍與嚴重程度，僅不過是為了避免鄰人偶而可能受到的權利侵害，如此的規範係屬欠缺社會面向的考量。

c)基因科技法第36a條亦抵觸一般平等原則（基本法第3條第1項），該條文對於是否採用基因科技營運的農業採取了不同程度之規範，係屬欠缺正當化事由的差別待遇。

2.基因科技法第16a條中所建立之產地登記制度係屬對於基因科技應用者的資訊自主決定權（基本法第2條第1項連結基本法第1條第1項）造成侵害。該制度涉及與基因科技改造有機物栽種相關之個人資料的取得，

例如受規範對象之姓名、住居所、栽種之所在地點等相關資料之取得與建檔，甚至部分範圍之資料得對於第三人公開。此等措施將使得對於基因科技採取敵對立場之人因此受益，並同時使基因科技應用者的財產受到威脅。再者，就為了達成監控基因改造有機物對於環境之影響以及透明治理與不同農業栽種方式共存之確保等目的而言，產地登記制度既不適當且亦欠缺必要性，因為透過將相關栽種基地的鄉鎮公開的方式，此些目標及歐洲法的規範意旨即足以達成。此外，就不同農業栽種方式共存之確保而言，不僅將部分資料對公眾公開係屬沒有必要，而且對於利害關係人提供資訊亦應設有前提，亦即僅須在其財產可能有受到嚴重影響或其他實質性的影響之可能時，即已足夠。再者，該規範之所以不適當，乃係因為所謂的透明治理並不具有憲法位階的價值，從而無法對於基因科技法第16a條第3項第4款合併第16a條第4項第3款所規定之詳細的產地資訊公開制度予以正當化。惟有透過對於詳細的產地資訊予以保密的方式，才能有效地避免受規範者的財產與生財工具產生損失。國家建立此一登記制度事實上已針對性地給予第三人提供了抵制基因科技改造有機物栽種的機會，亦即第三人得利用財產損害之主張，對於基因科技改造有機物之栽種予以抵制，就此而

言，國家實已違反了憲法上之保護義務。同樣屬不適當的條文尚有基因科技法第16a條第5項之規定，蓋縱使非屬對一般公眾公開之資訊，但依據該項規定亦得以提供，但卻無須就保密或提供資訊進行利益衡量。更甚之，縱使欲進行利益衡量，但至今卻仍未制定出一套利益衡量之判斷標準。最後，若從合作原則及利益兼顧原則的角度觀之，無論是傳統的或甚至生態的農場經營亦應該負有提供資訊之義務，因為採用基因科技栽種的農人亦必須知道是否附近有敏感農作物之種植，以及是否有針對基因科技方式之栽種有排擠性的耕種在附近進行。

基因科技法第16a條之規定同時亦抵觸了基本法第12條第1項及第14條第1項。蓋基因改造有機物之種類與詳細的栽種基地點，係屬於營業與商業秘密之範疇，然而基因科技法第16a條第4與5項中所建立登記制度與資訊提供措施，皆將對於營業與商業秘密之保護造成侵害，而此等侵害係屬違反比例原則。

3.凡從事經許可上市之基因科技改良有機物之栽種、加工與銷售之人皆應受到職業自由之保障，然而基因科技法第16b條第1項至第4項中所規定之預防義務、良好作業規範及對於相關人員與設備應具備之條件之要求卻與其相衝突。就基因科技法第1條第1款與第2款所欲確保的法益而言，

本法相關之預防義務規定與良好作業規範（基因科技法第16b條第1項至第3項）係欠缺必要性。相反地，基因科技法第1條第1款所欲保護之法益，透過上市許可審核程序即已足夠獲得確保，預防措施縱使其必要，亦不須超出確保不同農業栽種方式共存之必要範圍。而基因科技法第16b條第4項當中對於相關人員專業條件與設備之要求，已相當於職業門檻之主觀條件規定，因此此處有疑問的是，一個具有憲法規範位階的重要法益，究得否透過與許可上市之基因改造有機物的相關管理措施進行規制？不論究對於不同農業栽種方式之共存是否已造成危險，同時亦超出基因科技法第16b條第3項之行為要求與基因科技法第16b條第5項所要求之產品資訊提供義務之規定，其對於基因科技應用者之人員與設備所提出之進一步要求，皆屬欠缺必要性。基因科技法第16b條第4項的規定亦違反明確性原則，蓋經營者應該如何提出與人員專業條件及設備相關之證明，以及相關專業性係透過抽象審查或透過調查或抽樣審查等方式進行判定，皆未明確予以規定。

4.從基因改造有機物之定義及與其相關產品引進市場之概念觀之，基因科技法第3條第3款與第6款之規定係與基本法第3條第3項第1句與第12條第1項相牴觸。縱使是傳統或生態栽

種的農業經營方式，其產品之散布或培養亦有可能或技術上難以避免地與經許可釋放的基因改造有機物發生混合，因此傳統或生態栽種的農業經營方式之產品上市亦應負有許可義務。基因科技法第36a條第1項第1款定有排除請求權與回復請求權之規定，且其具有相當延伸性的效力，進而導致透過該請求權之主張，大學或大學以外之研究機構基於研究或基因移轉植物之開發為目的，所進行之釋放試驗的執行縱使沒有被阻止，也已經遭遇到重大的困難。由於所謂不同農業栽種方式共存之利益並不具有憲法位階之地位，此外前開所造成之侵害並無法透過憲法規範位階之相對法益使其被正當化，蓋鄰人並不存有實質性的或利用行為上之影響，因此並不涉及其財產權之保護。至於基因科技法第1條第1款所稱之法益透過釋放許可制度即足以獲得確保。對於較高位階法益而言，目前欠缺足以證實、高或然率或重大危險之發生可能性之情形下，相關的規定卻是客觀上已對於從事研究之事業的職業自由產生了職業選擇上之限制。再者，其亦造成營業執行方式未符合比例原則之限制，蓋對於基因科技法第1條第1款所稱之法益而言，透過釋放許可制度即可證實有機物無害性。可以發現立法者並非僅將歐洲法的規定轉化為內國法，同時亦運用了立法裁量權，然而歐洲共同

體2001/18/EG指令並沒有要求，更沒有為本法所稱之引進市場的概念提供正當化事由，同樣地該指令亦未要求對於「基因改造有機物」之概念予以擴張。

III. 相關機關團體之意見

對於此一法規違憲審查之聲請，聯邦政府與民間團體於2005年4月27日提出書面意見。民間團體部分包括有德國環境與自然保護聯盟、德國農業協會、環境問題專家鑑定委員會、德國飼料穀物協會、生態食品產業聯盟、天主教農民協會、生態機構協會、德國植物栽種業聯邦聯盟、德國飼料製造商聯邦聯盟以及植物栽種業協會等。

此外，針對2008年基因科技法的修正案聯邦政府與民間團體亦提出書面意見，此些團體計有德國農業協會、消費者聯邦聯盟、德國農業聯盟、天主教農民協會、植物栽種業協會、德國環境與自然保護聯盟、環境問題專家鑑定委員會、德國植物栽種業聯邦聯盟、生態食品產業聯盟等。德國聯邦議會則是提出由營養、農業暨消費者保護委員會於2007年11月26日舉行之公聽會中所作成有關基因科技法修正案議定書、基因科技植物栽種辦法以及專家對於該法律所提出之意見陳述。

於言詞辯論程序當中，聯邦議會、德國環境與自然保護聯盟、德國植

物栽種業聯邦聯盟、德國農業協會、生態食品產業聯盟及天主教農民協會另提出補充書面意見。此外，個別之聯邦議會議員Höfken（政黨：Bündnis 90/Die Grünen）與Miersch（政黨：SPD）、消費者保護與食品安全聯盟、自然保護聯邦聯盟、德國研究協會(DFG)等組織之代表以及化學工業公會所屬之德國生技產業協會等亦提出相關意見陳述。

1. 聯邦政府主張受指摘之規定係屬合憲，並認為2008年基因科技法的修正案沒有造成明顯的法律爭議。

在新的基因科技法的規範架構下，立法者試圖強化所有利害關係人之法律地位。透過本法的規範，致力於不同生產方式之共存以及具課責性的基因科技應用。此外本法係透過適當的方式確保基因科技可能造成之影響能被避免，並藉此提高新興科技之可接受度，同時努力調和所有利害關係人之基本權衝突。對於自然生存基礎之保護亦是本法之規範目的。

a) 就本法之規範事項而言，依據基本法第74條第1項第1、11、17、20與26款合併第72條第2項規定，聯邦係掌有競合立法權限。

b) 「基因科技改造有機物」與「引進市場」（基因科技法第3條第3與6款）之概念明確性係屬合憲，尤其並未對於基本法第5條第3項第1句與第12條第1項之基本權造成侵害。相反

地，將間接下透過交配或自然重組的方式所產生的有機物亦納入「基因改造有機物」之概念範疇，同時對於因鄰近區域的基因改造有機物之釋放而產生混合所造成之產品，縱使其超出釋放許可所容許之範圍，但仍將其視為「引進市場」，對於確保基本法第2條第2項第1句、第12條第1項、第14條第1項、第20a條以及基因科技法第1條之法益免於受到基因改造之直接影響與危害而言，係屬必要。相對於此，在此規範架構之下，研究之進行以及營業之執行大致上仍可持續；尤其針對不受期待之影響，亦可透過適當的預防措施予以避免。此外，鑑於以往所引起之法律爭議，基因科技法第3條第3與6款即試圖透過較精確的規範條文以符合法律安定性之要求，再者，本法亦符合歐洲共同體2001/18/EG指令當中第2條第4款的強制性規定。

c)產地登記制度（基因科技法第16a條）對於資訊保護而言，亦提供了適當的保障。該制度乃係基於保護與預防（基因科技法第1條第1款）與不同栽種方式共存（基因科技法第1條第2款）之目的所設，而透過資訊向公眾公開的方式，除了有助於透明治理之外，亦有提高具課責性的基因科技應用之可接受度與避免爭議之功能。

前開之法益與利益皆可在憲法規

範所保障之基本權或國家目標規定中找到規範依據，而受指摘之條文規定就目的實現而言，係屬適當、具相當性與必要性。對於基因改造有機物之擬進行的釋放與栽種相關資料之取得（基因科技法第16a條第2與3項）能夠有助於掌握危險情狀、追蹤損害歷程、避免將來可能發生之損害，並能降低損害賠償請求權主張上之困難。相反地，若是基因污染的避免以及污染途徑、原因以及產生之影響的確認係屬可能，則在欠缺前開相關之資訊時，將會顯得十分困難。此外，相關資訊的報備並不會造成明顯的成本負擔，因此規範目的與所造成之負擔係具有相當性。產地登記資訊之公開制度對於個人資訊與營業機密亦提供了適當的保護，尤其當涉及一般公眾可以取得之資料時，凡個人資料皆透過匿名的方式予以保護。至於就詳細的栽種基地資料及其得對於一般公眾公開此點而言（基因科技法第16a條第4項），乃係為了使所有潛在利害關係人能保護自身之法益所設計。鑑於基因科技存有潛在的危險，因此傳統栽種之鄰人的資訊取得利益原則上優先於保密所涉及之利益，準此，若仍使資訊保護享有優先保護之地位，則對於受影響之人而言，係屬不合理。倘若提供詳細的栽種基地的地籍資料，在申請程序當中可能造成過高額度的必要成本負擔，立法者亦應對其類

型化。最後說明的是，登記制度對於不同栽種方式共存原則之確保而言係屬必要；尤其是利害關係人能藉此而採取保護措施，從基因科技應用者的利益角度而言，亦具有相同之功能。至於不公開給一般公眾的資訊部分（基因科技法第16a條第5項），只有經過對於資訊申請者之合法利益與資訊相關人之應受保護利益進行衡量之後，才會決定是否提供。若是在具體個案當中，有足夠證據顯示具有暴力傾向的基因科技反對者可能毀壞基因科技栽種方式的農田時，在資訊提供之申請時，則必須將此因素納入考量。

d)預防義務與良好作業規範以及對於與基因科技改造有機物相關之人員與設備之要求（基因科技法第16b條第1、2、3與4項）縱使係屬對於職業執行方式的規制，但仍符合基本法第12條第1項之意旨，而透過能容易追蹤的義務制度，亦可確保法律安定性之實現。預防義務乃係為確保基因科技法第1條第1與2款所稱之具有高位階之法益，其相對應之個別措施不僅對於負責任的基因改造有機物及產品之處理者而言係屬必要，而且僅須透過相關業者既已存在技術運用，即能夠滿足義務之要求。此外，相關規定係屬充分地明確與符合比例原則之要求。基因科技法第1條第1與2款所稱之法益縱使在取得引進市場之許可之後，在後續的實際操作行為上亦必

須盡可能地予以確保。儘管有關良好作業規範的進一步詳細規定係保留於視履行預防義務時之需要，然而對於相關人員於專業能力與資格方面之要求（基因科技法第16b條第4項）就應優先給予保護之重要共同利益而言係屬合理，且就類似的行為觀之，專業能力之證明係屬稀疏平常之事。倘若採取較寬鬆的要求，則在若干個案當中，良好作業規範之遵守將無法獲得確保；而相對地透過國家以大範圍的方式進行監控，不僅不可行，同時對於受規範者而言亦屬額外的負擔。

e)基因科技法第36a條的責任制度乃係為確保不同生產方式共存原則所創設。由於依照目前普遍採行的措施，仍無法完全避免基因改造有機物造成鄰地受到污染之發生，因此基因科技應用者必須採取適當的措施，來阻絕此類污染的發生。就實現此一目的而言，基因科技法第36a條將私法當中的不作為與責任制度予以具體化，係屬適當、必要且具相當性，同時也構成現行德國鄰人法制與責任法制的一部分。相對而言，若是不採取此一措施以阻絕對於鄰地可能產生的污染，則將隱藏著非基因改造有機物遭到基因改造有機物排擠的危險，並進而導致不同栽種方式之共存不可能存在，也因此基因改造有機物將無法被允許進入既已設置或營運的傳統或生態農業區域。儘管在現行規定在責任

分配方面特別偏袒傳統與生態栽種之農業，然而卻是符合立法者的價值決定，同時也與歐洲法在經過對於基因改造產品與傳統產品權衡後所作出之規定相符合。

倘若沒有對於基因科應用者強制性地課予採取阻絕污染之措施，以及課予其對於所產生之污染承擔責任的話，則在憲法規範層次上是有疑問的。

於此亦沒有涉及侵害到基本法第3條第1項的問題。有關地方慣習利用行為之規定（基因科技法第36a條第3項），並沒有作出差別性的規範，相反地，係以相同的方式規範所有的所有權人與製造者。此外，在責任歸屬方面，本法係依據栽種規模大小對於受規範者為差別性之責任課予，然該差別性係可透過責任風險予以正當化。

立法者係運用其享有的立法裁量空間，透過基因科技法第36a條第1項的訂定，賦予財產權可容許的內涵與限制規定（基本法第14條第1項），而彈性地規定得準用基因科技法以外之其他法律所確立之標準，以及例示性的概念規定，亦符合明確性原則之要求。此外倘若本法有涉及到危險責任之制度，則自然可以透過該制度的一般公認之原則予以理解。此外，由於基因改造的農業文化通常伴隨著會與其他農業文化的作物交配或造成污染

的情形，因此具有特別被突顯出來的社會層面意涵。立法者對於基因科技法第36a條第1項中所謂之重大影響以及基因科技法第36a條第2項中所謂之經濟合理性予以明確化，係為了確保利害關係人受到基本法第12條第1項與第14條第1項所保障之基本權，其同時也是國家對於鄰人基本權履行保護義務的結果。而生態與傳統農業的經營方式，即是屬於受到基本法第12條第1項保障的職業。

基因科技法第36a條第4項中規定了一個法所容許且符合體系要求的責任推定制度，當中所包含的舉證責任分配規定係與向來之規定具一致性，對於數個潛在原因者課予集體性責任，係與聯邦最高法院對於鄰人法制中的損害回復請求權向來所作成之判決意旨相符合。而且此等之責任分配方式係符合憲法規範之要求，蓋土地所有權人本即必須對源自於其土地所產生之危險負責，而不論該危險是否由該所有權人所引起，或是該所有權人對危險之發生是否有故意或過失。尤其從基本法第2條第2項第1句與第20a條之規定可以導出立法者負有義務適當地保護第三人或一般公眾免於受到源自於土地之危險的侵害，而對於受侵害者承擔共同侵權責任亦是制度設計上可以考量的（民法第254條）。從責任分配的理論基礎來看，縱使國家權力的介入亦無法存在有責任排除的

空間，尤其就基因改造有機物擴散到鄰人土地而言，基因科技之應用的確是創設了典型的風險。此外，從憲法規範的角度觀之，立法者既沒有義務對於責任設定上限或以國家預算成立責任基金，亦沒有義務使每一種責任能被納入保險制度。

2. 聯邦消費者保護暨食品安全署與聯邦自然保護署之代表亦針對健康與生態風險之現狀，以及對於非基因科技之農業可能的危害，提出意見陳述。

3. 德國農業協會、環境問題專家鑑定委員會、德國環境與自然保護聯盟、生態食品產業聯盟、生態機構協會、消費者聯邦聯盟、天主教農民協會等團體皆反對此一法規違憲審查之聲請。

4. 支持此一法規違憲審查聲請的團體則有，德國農業聯盟、德國飼料穀物協會、德國植物栽種業聯邦聯盟、植物栽種業協會、德國飼料製造商聯邦聯盟、德國研究協會（DFG）及化學工業公會所屬之德國生技產業協會。

B. 審查範圍

倘若聲請人僅就基因科技法第16b條第1a項提出審查聲請，則該法規違憲審查之聲請係無法獲得許可；然而由於該條文與基因科技法第16a條第1、3、4與5款之規定具有密切的關聯性，故本院職權認定得進行違憲

審查(I)。至於其他條文的部分，法規違憲審查之聲請亦獲得許可(II)。此外，基因科技法第16a條第2項亦一併納入本案之審查(III)。

I. 基因科技法第16a條第1、3、4與5款、第16b條第1a項

依據聯邦憲法法院法第23條第1項第2句之規定，法規違憲審查之聲請應提出理由說明。亦即聲請人必須提出實質的理由說明，基於何種法律上之理由認為受指摘的法規與位階較高之法規發生牴觸（參閱相關文獻 Rozek, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 76 Rn. 61 〈Juni 2001〉；Graßhof, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, 2. Aufl. 2005, § 76 Rn. 35）。然而此一要求在有關基因科技法第16b條第1a項之指摘方面並不符合，即如聲請人於2009年1月15日最後一次提出之聲請文件中以及言詞辯論當中所示，其未對於該法規與基本法究係何處發生牴觸提出說明，即請求納入審查程序。此係與聯邦憲法法院法第23條第1項第2句之規定不相符合。

儘管如此，基於基因科技法第16b條第1a項與基因科技法第16a條具有密切的規範關聯性，本法院職權准予將其一併納入違憲審查。此一情形之前提是，基因科技法第16b條第1a項的違憲性係擴及被准予違憲審查之其他受指摘條文，或是此些條文構成

整體規範的必要部分（參閱本院相關判決BVerfGE 39, 96 〈106〉；40, 296 〈309 f.〉；109, 279 〈374〉）。本件聲請係存有此等要件，蓋基因科技法第16b條第1a項當中的補充性條文被納入一併關照，栽種基因改造有機物應報備與處理之資訊的範圍與涵蓋領域方能完整被掌握。再者，依據基因科技法第16b條第1a項應報備與公開之資訊必須在基因科技法第16a條第1、3與4款相關資訊脈絡下方屬完整。

II. 基因科技法其他與本案相關之條文

至於其他條文的部分，法規違憲審查之聲請亦獲得許可。由於聲請人原本指摘之法律條文經過2004年修正案之後已不復存在，因此違憲審查是否仍存有必要之客觀利益則不無疑問，然而經由聲請人變更聲明，並表示其目前所指摘的是2008年修正後之基因科技法與基本法抵觸，則前開之疑問亦不復存在（關於此點，參閱本院判決BVerfGE 110, 33 〈45〉 m.w.N.）。

III. 基因科技法第16a條第2項以及第16b條第2項及第16a條第1、4與5款中有關資訊提供的規定

儘管基因科技法第16a條第2項原本不在法規違憲審查聲請範圍之內，但由於該條文與受指摘之基因科技法第16b條第2項及第16a條第1、4與5款中有關資訊提供的規定，有必要之內

在關聯性存在，因此亦一併納入本案審查之範圍。

C. 基因科技法與本案相關之條文並無抵觸基本法

本案法規違憲審查之聲請為無理由。2004年修正後並於2008年最終修正之基因科技法第3條第3款、第16a條第1、2、3、4與5項、第16b條第1、1a、2、3與4項以及第36a條之規定與基本法並無抵觸。

I. 受指摘之條文形式上合憲

受指摘之條文於形式上係屬合憲。

1. 就受指摘之法規而言，聯邦享有立法權限。其憲法之依據為基本法第74條第1項第26款中段合併2006年8月31日前之基本法第72條第2項（以下簡稱舊版基本法第72條第2項）及自2006年9月1日起生效之基本法第72條第2項（以下簡稱新版基本法第72條第2項）。

a) 基本法第74條第1項第26款中段乃係於1994年10月27日基本法修正時，增訂至基本法當中，其目的係為針對人體、動物與植物，以及例外人工受孕等方面相關之基因科技應用事項，賦予聯邦享有明確的規範權限（參閱BTDruucks 12/6000, S. 34 f. und 12/6633, S. 9）。由於該權限名稱可被廣泛地解釋，因此除了人體基因之外，亦包括應用於動物與植物的基因科技，準此，聯邦立法者對於基因科技

之法制享有廣泛的立法權限。因此基本法第74條第1項第26款中段所涵蓋之規範事項不侷限於應用基因科技相關的研究與發展，尚包含其他與基因改造有機物相關之操作與應用。

準此，不僅受指摘之有關「基因改造有機物」與「引進市場」等定義規定（基因科技法第3條第3與6款），甚至在基因科技法當中若干法律上或事實上與引進市場之基因改造有機物產品相關之規定（基因科技法第16b條）以及產地登記制度（基因科技法第16a條），乃至針對利用權受影響時得主張之私法請求權的補充規定與具體化規定（基因科技法第36a條）皆屬基本法第74條第1項第26款中段之規範權限的外沿。

若非如此解釋的話，將導致基因科技法的立法權限分別散落在基本法第72條第1項聯邦之核心權限以及2006年9月1日起生效的基本法第72條第2與3項必要性權限(Erforderlichkeitskompetenzen)與特別立法權限(Abweichungskompetenzen)當中。然而讓立法權限發生如此的分歧，則將與憲法修正時之意旨相抵觸，蓋修憲當時即有意透過基本法第74條第1項第26款之規定使聯邦就基因科技事項取得充分與明確的立法權限。

b)舊版基本法第72條第2項與新版基本法第72條第2項之適用前提亦皆具備。就立法者享有評估特權

(Einschätzungsprärogative)的角度觀之（參閱本院判決BVerfGE 111, 226 <255> m.w.N.），為了確保法律一致性，在涉及國家整體利益之事項時，聯邦一致性的法規範係屬必要。

2.由於2004年基因科技修正法與2008年最終修正的基因科技法皆已合法生效，因此即無須再經由聯邦參議院對本法行使同意權。

a)2004年基因科技修正法之所以無須聯邦參議院行使同意權，乃是因為該修正法的草案當初在聯邦議會進行立法審查程序時，已獲得確認係屬無須參議院同意之立法事項，且於性質上屬於各邦應遵守之行政程序相關之法規（參閱2006年8月31日之前之基本法第84條第1項第2句，較詳細之說明亦參閱本院判決BVerfGE 105, 313 <338>）。

b)儘管2008年最終修正的基因科技法中所修正之規定亦屬各邦應遵守之行政程序法規，然而依據2006年9月1日起生效之基本法第84條第1項規定（以下簡稱新版基本法第84條第1項），各邦之利益仍舊可以透過新版基本法第84條第1項第2句所規定之特別立法權限(abweichende Gesetzgebung)獲得兼顧。此外，聯邦亦未依據新版基本法第84條第1項第5句之規定，明確透過立法方式將各邦有關行政程序事項得行使之特別立法權限予以排除，因此依據新版基本法第

84 條第 1 項第 6 句之規定，並無須聯邦參議院行使同意權。再者，縱使 2008 年最終修正的基因科技法中所修正之規定涉及原本屬須經參議院同意之規範事項，在此次法律修正過程中已不再須要聯邦參議院之同意權，因為各邦有關行政程序事項得行使之特別立法權限在修法過程當中並沒有被依據基本法第 84 條第 1 項第 5 句規定予以排除。

II. 受指摘之條文實質上合憲

受指摘之條文於實質上係屬合憲。

1. 依據歐盟事務運作條約第 267 條之規定，德國聯邦憲法法院得不經歐盟法院的先決程序 (Vorabentscheidungsverfahren)，依聲請作出判決。儘管立法者修正基因科技法第 3 條第 3、6 款中有關「基因改造有機物」與「引進市場」之定義以及第 16a 條有關「產地登記」(Standortregister) 制度之設置係為了將歐盟指令 2001/18/EG 第 2 條第 2 與 4 款與第 31 條第 3 項之規定轉化為內國法 (參閱 BTDrucks 15/3088, S. 22 und 26)，但由於受指摘的法規就整體而言係與基本法具一致性，且亦不存有須取決於歐洲法解釋的重大裁判相關事項，因此透過歐洲法院進行先決，就本案而言，既不具有必要性，亦非屬允許 (參閱 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 2. März 2010 - 1 BvR 256/08 u.a. -, NJW 2010, S. 833 <835> Rn. 185)。

2. 基因科技法第 3 條第 3 與 6 款與基本法第 12 條第 1 項、第 14 條第 1 項之規定以及受第 5 條第 3 項第 1 具所保障之研究自由之規範相符合。

a) 透過目標性地將遺傳基因進行改變，並藉由這樣的科技應用，使有機物被生產時具備有人們所期待的特性，而且是傳統養殖方式所無法達到的目的，如此的基因科技應用係以侵入生命的基礎結構。這樣侵入的結果可能造成難以回復的後果。因為基因改造物質一旦被引進環境當中，則可能基於各種因素之下，造成難以限制或無法限制的擴散情形。而另一方面，基因改造有機物的研究與製造也的確創造了無限的機會，特別是透過此類有機物可以獲得更多的糧食產量，同時也可以提高植物對於病蟲害的抵抗能力。

除了前述的基因科技所具有潛在優勢之外，其所伴隨之健康與環境的風險值得憂慮，特別是其可能為非基因科技的農業帶來不利的影響。基因改造有機物可能引發各式各樣意外的效應，這些效應不僅可能對於環境，亦有可能對於農業栽種實務產生影響。儘管在特定的情況下，傳統或生態種植產業可以透過相應的方式予以標識，但是在歐洲法所確立之忍受值以外，仍可能因偶然而產生的或技術上無法避免的基因改造有機物污染。因此將導致縱使是生態或有機生產方式

或甚至更高要求的生產方式，亦無法真正符合所標示「無基因科技」(Ohne Gentechnik)一般，其進一步的結果若不是造成市場價格下降，即是銷售情況不佳。此外，傳統或生態栽種產業的生產者必須設法透過監控系統或措施，以降低基因改造種植方式與非基因改造種植方式混雜可能之發生，此亦將造成生產者之負擔成本增加。

鑑於針對基因科技是否應投入應用於農業，在社會輿論上具有高度爭議性，以及就認定基因科技應用之影響關聯性與長期效應之問題而言，在科學研究與證明上仍未被完全釐清，因此立法者在此議題上負有特別的注意義務。從而在法規範制定上，立法者則不僅必須對於基因科技應用之益處予以考量，同時亦必須進一步平衡其他相關利益，此包涵生命與身體完整性之保護（基本法第2條第2項第1句）、研究與科學自由（基本法第5條第3項第1句）、職業自由（基本法第12條第1項）及財產權之保護（基本法第14條第1項）等。除此之外，立法者亦同樣地必須遵守基本法第20a條中之憲法委託，亦即基於保障未來世代之責任，而保護自然的生活條件（參閱本院判決BVerfGE118, 79〈110〉）。前開之委託不僅涉及危險防禦，亦包括風險預防。就保護範圍而言，基本法第20a條所欲保護之環境

利益亦包括生態多樣性之維護以及對於瀕危的動物與植物物種之確保。

b)基因科技法第3條第3與6款未侵害基本法第12條第1項。

aa)在受指摘的條文當中若干名詞定義在合併其他條文適用時，可導致基本權受到侵害，例如職業執行方式之自由即是。從相關規範條文可以清楚發現，因交配而產生的產品亦被列為基因改造有機物，以及因種子釋放而產生的基因改造有機物並未被排除於基因科技法第3條第6款所謂「引進市場」的適用範圍之外，亦即立法者亦將此類情形納入基因科技法之規範，並將其視為基因科技應用的職業執行方式。從而，基因科技法對於基本法第12條第1項所造成之侵害，亦發生在此種情形。

bb)縱使職業執行方式之自由由於此受到間接的侵害，然而此一侵害係具有正當性。首先，受指摘的基因科技法第3條第3款及第6款的修正條文係具有實現公共利益之正當性目的。此些條文制定的目的除了針對向來存有爭議的法律狀態提供了概念上的釐清，藉此確保法律安定性之外，同時亦確保基因科技法本身（基因科技法第3條第3款）以及與產品引進市場相關的特別規定（基因科技法第3條第6款）能盡可能地廣泛適用於合法釋放基因改造有機物所產生之意外附隨產品。立法者擬藉由修正條文確保基因

科技法第1條第1款至第3款所規定之正當性目的，此外尚有憲法層次的人民生命與健康、環境，以及可能受影響之利害關係人之職業與財產權等重要價值之保護（基本法第2條第2項第1句、第12條第1項、第14條第1項以及第20a條）。倘若將基因科技法第3條第3款中基因改造有機物之定義予以限縮，則基因科技法的適用範圍亦將隨之侷限於針對性的與直接的基因科技相關的改變，相反地，透過偶然的過程所產生的基因改造有機物相關之產物則將自始地不受到基因科技法之規範與管制。然而如此一來，所涉及到的不僅是引進市場（基因科技法第14條以下、第16d條），同時尚有引進市場之管理（基因科技法第16b條）、監控（基因科技法第16c條）、標示（基因科技法第17b條）、經營者與其他參與者之報備義務（基因科技法第21條）以及主管機關之權限等（基因科技法第20、25、26、28條以下）。然而基因科技法第1條第1款與第2款所稱之法益與利益的保障，恐怕無法僅透過一般性的、係以危險防禦而非以風險預防為導向的警察法或秩序法獲得完全的確保。因此立法者係得以通案式地將基因改造有機物之生產以及個案式地將透過偶然交配而產生的基因改造有機物視為一般性風險，並透過基因科技法第3條第3款之修正條文，將其納入基因科技法之規範範圍

。有關此類「基礎風險」（Basisrisiko）的推定（參閱Schleswig-Holsteinisches VG, Beschluss vom 7. November 2007 - 1 B 33/07 -, juris Rn. 76; VG Hannover, Urteil vom 1. Oktober 2008 - 11 A 4732/07-, NuR 2009, S. 67 〈72〉; Mecklenburg, NuR 2006, S. 229 〈232〉）係屬立法者所享有的評估特權範疇，因此並無須以科學經驗之證據以證實基因改造有機物及其產物確實存有潛在危險作為前提。因為當遇到像本案一樣的科學證據不明確之情形，立法者係有權對於危險情狀與風險進行評價，尤其應受保護之法益係具有憲法上之地位，且具有重要意義時。而另一方面，縱使在基因科技法第3條第3款與第6款之適用個案當中，可能涉及非預期或是技術上無法避免的結果發生，但對於因為基因改造有機物擴散至環境以及基因改造產品於市面上流通所造成之風險而言，並不會因此而減輕。相對於此，其所造成之風險係可能伴隨著不受期待的、有損害性的或甚至不可逆轉的影響，因此必須透過最高度的預防使此類風險獲得控制（參閱歐盟指令2001/18/EG立法理由第4點與第5點）。相反地，倘若立法者未將此類透過偶然的過程所產生的基因改造有機物相關之產物納入基因科技法之規範與管制，則可能有違背妥適維護自然生存條件之責任（基本法第20a條

)的危險。

c)基因科技法第3條第3款與第6款對於非預期或是技術上無法避免而受到基因改造有機物污染的產品課予許可義務，對於相關農業經營者之財產自由（基本法第14條第1項）基於前述之理由並未構成侵害。

d)基因科技法第3條第3款與第6款亦未構成基本法第5條第3項第1句之侵害。

aa)研究與學術自由可能在合併其他條文適用時受到侵害。受到基本法第5條第2項第1句保障之研究與學術基本權乃是作為一項價值決定的基礎規範，其規範著學術與國家間之關係，並作為一種防禦權，保護學術活動享有不受國家侵害的自由空間（參閱本院判決BVerfGE 15, 256〈263 f.〉；35, 79〈112〉；95, 193〈209〉）。在此一自由空間當中，科學家基於學術上固有規律法則為基礎，並藉由知識及其意涵的發現與進一步傳遞的過程，進行一定之進程、行為模式與形成決定（參閱本院判決BVerfGE 35, 79〈112〉；47, 327〈367〉；90, 1〈11 f.〉；111, 333〈354〉）。

倘若基因改造有機物之研究，係涉及基於實驗之目的將有生命的有機物透過釋放實驗或是將經許可上市之基因改造有機物進行實驗性栽種等方式，引進環境當中，並使其在環境當中繁殖與擴散，則應屬研究與學術自

由之保護領域所涵蓋。縱使該研究在封閉性的體系之外進行，並且在亦包含第三人法益的環境當中，以受到控制的實驗方式進行，亦屬基本法第5條第3項之保護範圍。此亦適用於大學內之實驗性研究。

儘管通常吾人僅欲從新版本的基因科技法第3條第3款與第6款當中得知，透過解釋可以得知以往的規範為何，立法者對於相關之法律爭議在解釋上係採取何種立場以及法院所持的不同立場為何。然而從基因科技法第3條第3款與第6款的規定仍可以清楚發現，立法者擬透過將因交配而產生的產品列為基因改造有機物，同時亦未將因種子釋放而產生的基因改造有機物排除於基因科技法第3條第6款所謂「引進市場」的適用範圍之外。立法者擬藉此闡明，開放空間的科學研究及其偶然產生之結果，亦必須服膺於國家之監控與介入權限，同時亦必須依據基因科技法之規定承擔研究結果之責任。立法者在此設置了研究的框架條件，並對於研究計畫實際的執行方式、問題提出與研究方式採取影響。

bb)儘管受指摘之條文係涉及間接地侵害到研究與學術自由，然而仍具有正當性。

研究與學術自由係屬未被特別保留保障之基本權，因此在與憲法其他條文發生衝突時，仍得以被限制（參

閱本院判決BVerfGE 47, 327 〈369〉；57, 70 〈99〉），而且原則上只要有法律上之依據，即得以限制之（參閱本院判決BVerfGE 83, 130 〈142〉；107, 104 〈120〉；122, 89 〈107〉）。受憲法保障的基本權之間若發生衝突，則必須藉助其他相關的憲法規範與基本原則，以及透過憲法解釋並採取務實整合原則，以尋求解決（參閱本院判決BVerfGE 47, 327 〈369〉；122, 89 〈107〉）。人民生命與健康之保護、潛在之利害關係人的職業與財產自由，以及自然生存基礎（基本法第2條第2項第1句、第12條第1項、第14條第1項與第20a條）皆屬憲法層次的重要價值，其不僅可作為限制職業自由與財產權之正當化事由（參閱前開b與c），同時亦可正當化對於研究與學術自由之侵害。

3. 基因科技法第16a條第1、3、4與5項以及第16b條第1a項當中有關產地登記之規定，在與基因改造有機物之栽種具有關聯性之範圍內，係與資訊自我決定基本權（基本法第2條第1項合併第1條第1項）、職業自由（基本法第12條第1項）、財產權保障（基本法第14條第1項）以及研究與學術自由（基本法第5條第3項第1句）等規範相符（進一步說明如以下a至d）。此外，若基因科技法第16a條第1、4與5項的規定係涉及基因改造有機物釋放之相關資訊，且依據未被指摘的

基因科技法第16a條第2項規定，該資訊係屬應報備之事項，則亦同樣與前開之憲法規範相符(e)。

a) 資訊自我決定基本權（基本法第2條第1項合併第1條第1項）並未受到與基因改造有機物栽種相關之產地登記制度之侵害。

資訊自我決定基本權保障每個人原則上享有權限得自我決定，何時以及在何等範圍將屬於個人性質的生活事實予以公開（參閱本院判決BVerfGE 65, 1 〈43〉；78, 77 〈84〉；84, 192 〈194〉；96, 171 〈181〉；103, 21 〈32 f.〉；113, 29 〈46〉；115, 320 〈341〉）。此一基本權保障權利主體在涉及與其相關之已個別化或得以個別化的資料時，得對抗沒有限制的調查、儲存或傳遞（參閱本院判決BVerfGE 65, 1 〈43〉；67, 100 〈143〉；84, 239 〈279〉；103, 21 〈33〉；115, 320 〈341〉）。

aa) 就依據基因科技法第16a條第1項與第3項、第16b條第1a項第1句所匯集之資訊，以及依據第16a條第4項與第5項以及第16b條第1a項可公開之基因改造有機物栽種之資訊而言，其相關人為栽種經營者以及依據基因科技法第16b條第1a項所規定之前開栽種經營者之「鄰人」。

依據基因科技法第16a條第3項第1句與第16b條第1a項第1句，應向掌管登記事務之機關提供必要資訊之義

務人為基因改造有機物栽種經營者。至於所謂經營者，基因科技法第3條第13a款規定，係指對於基因改造有機物之栽種土地領域享有處分權或事實上支配權之法人、自然人或非法人團體。依據新版基因科技法第16b條第1項第2句之規定，所謂鄰人係指以書面協議放棄自己權益保護或未提供保護自己權益所必要之資訊者。

倘若關係人係屬自然人，則其作為資訊自主決定基本權之主體並受到來自於基本法第2條第1項合併第1條第1項之保障。若關係人為私法人，則在其基本權利受到基本法第2條第1項保障之範圍內，亦得以作為資訊自我決定基本權之主體（參閱本院BVerfGE 118, 168〈203〉）。由於本案所涉之關係人為自然人，並無關法人之保護，因此資訊自我決定基本權對於自然人與法人之間在保護範圍上差異，就本案之抽象法規違憲審查而言，即無關緊要。

bb)依據基因科技法第16a條第1項與第3項、第16b條第1a條第1句規定，產地登記制度係涉及個人相關之資訊。

資訊自主決定基本權之保護領域，僅涵蓋與人格相關的或個人相關之資訊（參閱本院判決BVerfGE 118, 168〈184〉m.w.N.）。至於所謂與個人相關之資訊，係謂足以辨識特定之人或能被特定之人其本身或事物之關

係的個別性資訊（參閱本院判決BVerfGE 65, 1〈42〉）。

前開類型之資訊主要係指，依據基因科技法第16a條第3項第2句第3款所定應報備之資訊，亦即基因改造栽種經營者之姓名與通訊資料，此外尚包括基因科技法第16b條第1a項第1句所規定之鄰人資料。至於與特定之人或能被特定之人相關事物關係之資訊，係指基因改造有機物之名稱、特別標示方式、基因改造之特性、栽種基地與栽種土地面積（基因科技法第16a條第3項第2句第1、2與4款）以及與第三人相關之有關保護措施限制的區域範疇資訊（基因科技法第16b條第1a項）。對於掌管登記事務之機關而言，即得以從與利害關係人具有人或事物關聯性之資訊，清楚地獲知何人為關係人。

至於資訊本身的價值與敏感性並非此處所問。儘管就辨識之目的而言，當事人的姓名與通訊地址乃係必要的基本資訊，然而其他可公眾取得之資訊，例如基因改造有機物之名稱、特別標示方式、基因改造之特性（基因科技法第16a條第3項第2句第1款與第2款、第16a條第4項第1款與第2款）依據國際法與歐洲法相關已屬對公眾公開之資訊，而且透過基因改造有機物之生物安全資訊交換所（„Biosafety Clearing-House“， Art. 20 des Protokolls von Cartagena vom 29.

Januar 2000 über die biologische Sicherheit zum Übereinkommen über die biologische Vielfalt, BGBl II 2003 S. 1506)以及歐洲基因改造生物與糧食共同登記處（歐洲共同體Nr. 1829/2003規則第28條）之官方網站即可下載取得。最後則是有關栽種基地之地點與規模之資訊，儘管在自然狀態下，無法從一特定栽種基地確定何人為經營者，亦無法直接得知涉及何種有機物之栽種，但此類資訊性質上係屬公眾可以得知的，蓋農業之經營並非存在於私人的空間，而係在於社會空間當中。儘管資訊自主決定權的保護範圍亦及於所有可以足資辨識何人為關係人之資訊，亦即亦包含例如姓名、通訊地址等基礎資訊，以及一般公眾可取得之資訊。然而此類資訊在資訊處理自動化的條件之下，原則上其性質即已轉變為無保護利益 (belanglos) 的資訊了（參閱本院判決 BVerfGE 65, 1 〈45〉）。此類由登記處所彙整之與利害關係人具有人或事物關聯性之資訊，透過前開意義之關聯，也獲得新的意義，亦即透過這些資訊的彙整，可使吾人得知，在特定的栽種基地上，由何人從事著特定的基因改造有機物之栽種。

cc) 本案受指摘之有關產地登記之規定，係授權掌管登記事務之機關得對於基因改造有機物栽種有關之個人資訊取得與處理，因此係已構成對

於資訊自主決定權之侵害。

資訊自主決定權之侵害，尤其可透過對於個人相關資料之取得、儲存、利用與傳遞等方式存在。

(1) 基因科技法第 16a 條第 1 項與第 3 項與第 16b 條第 1a 項有關從事基因改造有機物栽種之個人資料的報備（取得）與掌管（儲存），以及基因科技法第 16a 條第 5 項有關將非供一般公眾可取得之資訊提供或公開（傳遞）等規定，即相應地構成基本權之侵害。

(2) 至於依據基因科技法第 16a 條第 4 項與第 16b 條第 1a 項第 1 句與第 2 句規定，將可供一般公眾取得之個人資料透過網路，以民眾得自行下載之方式提供或公開，係呈現出特殊類型的國家為資訊傳遞方式，並且也是資訊處理的一種模式（參閱 2003 年 1 月 14 日版本之聯邦資訊保護法第 3 條第 4 項第 2 句第 3 款 b，BGBl I S. 66）。倘若法律規定涉及此種方式的個人資料傳遞，則亦存在資訊自主決定權之侵害。

然而立法者僅規定登記處所掌管之資訊當中，有關事物關聯性之資訊才是得對一般公眾公開之資訊（基因科技法第 16a 條第 4 項、第 16b 條第 1a 項第 2 句）。相反地，具有人之關聯性的資訊，例如人的姓名與通訊地址，即屬登記處所掌管之非對一般公眾公開之資訊，同時立法者將此類資訊稱

為「與個人相關之資訊」(基因科技法第16a條第5項)。然而這樣的類型區分並不會使透過網路提供之資訊喪失人的關聯性之功能,相反地,倘若關係人仍可被「特定化」或「個別化」,則人的關聯性之功能仍舊存在。因此縱使立法者選擇了如此的區分模式,亦即將相關資訊區分為基因科技法第16a條第5項係屬與個人相關之資訊,基因科技法第16a條第4項、第16b條第1a項第2句係屬其他類型資訊,但對於基本權受侵害此一問題而言,真正具決定的因素毋寧惟是,關係人之可確定性與不可確定之界線何在?從此一觀點而言,與個人相關的資訊目前可透過網路下載取得。但也必須肯認,透過此方式取得資訊之人若另掌握有其他資訊,仍是有可能無須耗費太多時間與成本即能夠對於關係人予以確定。特別有地緣關係之當地人係可能直接得知何人在農地上經營何種栽種模式。無論如何,就此種資訊傳遞而言,基因科技法第16a條第4項與第16b條第1a項第2句係授權掌管登記事務之機關得以傳遞與個人相關的資訊。

dd)此一侵害於憲法規範係屬正當。

資訊自主決定權並非受到毫無限制之保障。倘若法律對其所課予之限制,係為保障他人或公眾更具優先地位之利益,則個人必須接受這樣的限

制。資訊自主決定權之限制必須有法律之依據,透過該法律依據個人得以明確得知權利限制之前提與範圍(1),同時該法律依據的內容亦必須符合比例原則之要求(2)。此外,為了有效地保障基本權,該限制必須具有符合事物本質之必要性,以及相應的程序建構(3)。

(1)基因科技法第16a條第1、3、4與5項與第16b條第1a項有關基因改造有機物栽種相關資訊之取得與處理之規定,係符合法規明確與確定性之要求。有關資訊自主決定權之此一要求的規範依據乃為基本法第2條第1項合併第1條第1項。亦即對此權利之侵害的原因、目的與界限原則上皆必須在法律依據當中範圍特定地、精確地與規範明確地予以確定(參閱本院判決BVerfGE 100, 313 <359 f., 372>; 110, 33 <53>; 113, 348 <375>; 118, 168 <186 f.>)。就前開之要求,於本案係屬符合。

依據基因科技法第16a條第1項第1句與第16b條第1a項第3句之規定,資訊之取得與處理之目的係為監控基因改造有機物對於基因科技法第1條第1款與第2條所稱之法益與利益所可能造成之影響,以及實現資訊公開。

產地資訊登記處係由基因科技法第31條第2句所稱之聯邦主管機關依據基因科技法第16a條第1項第2句所設置。此外,依據基因科技法第16a

條第3項第1句與第16b條第1a項規定，前述聯邦主管機關受理必要資訊之報備，以及並依據基因科技法16a條第4、5項與第16b條第1a項第2、3句規定，提供來自於登記處之資訊。基因科技法第16a條第1項第1句、第3項以及第16b條第1a項第1句並進一步明確地規定，何人應在何時報備哪些資訊。此外，基因科技法第16a條第4項及第16b條第1a項第2句亦對於登記處所掌管之得對於一般公眾公開之資訊，哪一些資訊應以何種方式提供予以規定。

最後，基因科技法第16a條第5項（在特定情形下合併基因科技法第16b條第1a項第3句）亦相當詳盡地規定，登記處所掌管之得非對於一般公眾公開之資訊，在何種前提下才能提供。儘管立法者在條文內容當中使用了不確定法律概念，然而並未牴觸明確性原則。例如當中使用了所謂「合法之利益」與「優先保護之利益」等概念，但仍可透過條文之間的體系脈絡被充分地具體化。

(2) 基因科技法第16a條第1、3、4與5項與第16b條第1a項有關基因改造有機物栽種相關資訊之取得與處理之規定，係屬符合比例原則。

(a) 立法者透過前開之規定，係以實現具正當性之公共福祉為目的，此外亦為了將歐盟法轉化為內國法，創造適當的透明治理以及基因科技法

第1條所規定之目的。此外，前開規定亦具備憲法規範基礎，亦即基本法第2條第1句、第12條第1項、第14條第1項，以及作為國家目標並規定於基本法第20a條中的自然生存條件之保護。

依據基因科技法第16a條第1項第1句，產地登記制度係為資訊公開之目的設置。有關透過釋放或栽種將基因改造有機物擴散環境中之事實與情形，應對於公眾透明，並使其知悉（參閱BTDruks 15/3088, S. 26）。在此意義關聯下，透明治理之創造在立法上本身即為一個獨立且具正當性的目的（參閱BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 25. Februar 2008 - 1 BvR 3255/07 -, NJW 2008, S. 1435 〈1436〉）。

在產地登記制度中所取得與公開之有關基因改造有機物之釋放與栽種之資料，在民主多元的社會當中，係屬重要且有助於公共意見形成之過程。

公共意見之交換與社會參與於環境相關之決定及其實踐，不僅有助於個人之保護，同時對於國家行為之有效控制亦有強化的作用。為了形成這樣的透明治理，以不附帶條件或目的為前提，將特定之資訊對公眾公開，係具有正當性。對於一般公眾之資訊公開—亦包含與個人相關之資訊—並非即等同全面地將資訊自主決定權予

以排除。此外，由於歐盟指令2001/18/EG特別重視公眾的資訊利益，故產地登記制度因此獲得一個較高的價值。尤其歐盟指令2001/18/EG第25條第4項禁止各成員國將許可程序獲得之資訊，例如基因改造有機物之一般說明、報備義務人之姓名、通訊地址、有機物釋放之目的與地點（參閱歐盟指令2001/18/EG第2條第3款），以及意欲使用之目的等資訊，列為應受保護之資訊。歐盟法院在2009年2月17日之判決當中即指出，縱使基於公共秩序之維護或法律上利益之保護，亦不得排除歐盟指令2001/18/EG第25條第4項中所規定的資訊報備（參閱歐洲法院2009年2月17日判決- C-552/07 -, Slg. 2009, S. I-987 〈1029 f.〉 Rn. 55 und Tenor Ziffer 2）。

產地登記制度亦具有監控基因改造有機物對於基因科技法第1條第1款所稱之法益與利益所可能造成之影響的功能（基因科技法第16a條第1項第1句）。亦即藉此制度，保護人體健康、環境與他人財產免於受到基因改造有機物栽種所帶來的損害性影響，以及預防前述危險的發生。

此外，產地登記制度也具有確保監控基因改造有機物對於基因科技法第1條第2款所稱不同栽種方式共存之利益所可能造成之影響的功能，以及確保潛在受影響之第三人得以獲得有關栽種情形之資訊（基因科技法第

16a條第1項第1句）。準此，該制度係有助於透過2004年基因科技修正法導入現行法制當中的不同栽種方式共存之利益的實現（基因科技法第1條第2款），同時亦有助於歐盟所秉持的不同栽種方式共存之理念實現（歐盟指令2001/18/EG第26a條；歐洲執委會2010年7月13日建議書「內國之不同栽種方式共存之措施以避免基因改造有機物之非預期擴散至傳統與生態農業生產準則」，刊載於ABI EU 2010 Nr. C 200, S. 1）。不同農業生產方式和諧共存的目標，其憲法上之規範基礎，不僅存在於受基本法第14條第1項保障之生產者的財產自主決定使用自由，也包括基本法第12條第1項所保障之職業執行自由。

最後，產地登記制度也具有創設基因科技開發所需的法律框架之功能，亦即包括基因科技相關之科學、技術與經濟目的方面的研究、開發、使用與促進等（基因科技法第1條第3款）。尤其是將基因改造有機物擴散於環境之相關資訊向公眾公開，係有助於民眾對於受到國家許可與監控的基因科技應用形成自己的判斷與見解，此係有助於改善對於國家決策的接受度。

(b)基因科技法第16a條第1、3、4與5項與第16b條第1a項有關基因改造有機物栽種相關規定，係足以達成所預期之目的。

產地登記制度係有助於有效監控基因改造有機物對於基因科技法第1條第1款與第2條所稱之法益與利益所可能造成之影響，亦有助於危險防禦與風險預防，以及確保不同栽種方式共存。

主管機關透過對於應用基因科技從事農業生產之相關資訊予以掌握，並能藉此資訊之幫助，來對於相關栽種及其環境影響進行觀察與監控、對於生產過程進行針對性的管制、確保不同栽種方式共存之措施被依照規定地採用，以及進行栽種所在地相關的科學研究，以利對於長期性與的或不可預見的效應予以掌握。

產地登記制度係屬適當的措施，藉此使公眾與潛在利害關係人能獲知基因改造有機物擴散至環境中的訊息，以及提升被期待的透明度、不同栽種方式共存與社會和諧。特別是鄰近生產者與其他潛在利害關係人能夠及時獲得其他類型有機物之栽種行為的訊息，並能夠及時採取措施以防止其產品受到污染。

(c)基因科技法第16a條第1、3、4與5項與第16b條第1a項有關基因改造有機物栽種相關規定，係屬達成法律目的所必要。縱使在必要性原則之評估方面，立法者享有一定的判斷與預估餘地（參閱本院判決BVerfGE 102, 197〈218〉；115, 276〈309〉；116, 202〈225〉），然而是否存在一個

更為有效，且對於相對人更為輕微的、取得與處理有關基因改造有機物栽種資訊之手段，並無法明確地確認。

此外，主管機關並未掌握其他足以達成與產地登記制度相同目的之類似資訊。特別因為許可程序係僅為產品得否引進市場所設，因此除了產地登記制度之外，並無法獲取類似的資料。因為許可制度並非針對栽種基地的經營者，而係針對首次將產品引進市場之人（基因科技法第15條第3項第3句第1款合併第3條第7款）。

基因科技法第16a條第3項第1句規定進行基因改造有機物之栽種前的三個月，必須報備相關資訊，立法者基於為了實現能相互協調的栽種計畫，係得以認定前開報備期限係屬必要。因為在基因改造植物播種之前，必須完成之事項除了包括將報備之資訊送達至產地登記處之外，尚包括告知鄰人，以及在必要情形下依據報備之資訊透過栽種計畫為必要之調適。此外關係人之間亦得透過書面協議就良好作業規範規定進行約定，而此類變更或約定亦必須向產地登記處報備。此外，栽種基地內部若採取與良好作業規範不同之措施，亦必須向產地登記處報備。

基因科技法第16a條第1、4與5項與第16b條第1a項中有關資訊處理，亦屬達成法定目的所必要。若透過申請程序方能取得詳細的栽種基地所在

地點的資訊，則法律所欲追求目的將無法有效達成。而基因科技法第16a條第4項所規定之栽種基地所在地的鄉鎮或地籍，倘若僅放置於網路上，則高度透明之要求亦可能無法實現。同樣地，若欲及時對於具衝突性的使用利益進行規劃與調和，則僅透過申請程序亦將無法獲得同等程序之確保。

對於受到基因科技法第16a條第5項保障的資訊取得之合法利益予以限制，在鄰人受到嚴重之財產影響或實質之財產影響的威脅情形下，將無法確保可能受影響之鄰人能在立法者所設定的範圍內取得資訊。尤其是在栽種階段往往無法預知未來是否將發生什麼不利的後果，而等到發生時，經營者的姓名與通訊地址相關資訊不是無法獲得，即是獲得相當有限。此外，欲透過產地登記處採取栽種計畫以相互調和當地的生產結構，協調基因改造農業與非基因改造農業間之區隔，在此情形下，亦將難以獲得相同的成效。

(d)基因科技法第16a條第1、3、4與5項與第16b條第1a項有關基因改造有機物栽種相關規定，亦符合狹義比例原則之要求。

然而，以前開方式取得及處理與基因改造有機物栽種相關且亦涉及到與個人相關之資訊，確實構成重大的侵害。

依據基因科技法第16a條第3項與第16b條第1a項規定應報備之資訊，將於產地登記處進行串連，並藉此可獲得新的、並且超出個人提供之範圍的資訊。此一資訊取得規定更進一步透過基因科技法第38條第1項第9款所規定之罰鍰制裁的確保，而獲得額外的規範強度。

此外，依據基因科技法第16a條第4項及第16b條第1a項第2句對於與個人相關之資料的處理，係藉由網路以自動化下載的方式處理，因此對於資訊自主決定權係構成一種特別廣泛的侵害模式(BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 25. Februar 2008 - 1 BvR 3255/07 -, NJW 2008, S. 1435 〈1436〉)。該類資訊於被下載之後，可能被任意地再處理、連結並基於無數可能的目的被使用，也包括被使用來籌畫造成經營者或鄰人不利後果的刑事不法行為。

惟對於權利侵害的嚴重程度，基於以下觀點之考量，得以獲得緩和。

利害關係人係因為自己的行為而引起基本權侵害的事由，且其行為可能對於環境以及第三人之法益造成嚴重的影響，也因此建立了國家監控與公眾資訊利益的必要性。再者，與資訊取得相關之成本負擔係屬合乎比例地輕微。縱使當基因科技法第16a條第3項第1句或第3句所要求之資訊未被報備、未被詳實報備或未被及時報

備，將構成基因科技法第38條第1項第9款之行政不法行為而應受裁罰，然而，履行前開法律義務對於經營者而言，並不至於造成特別的困難。

此外，應依基因科技法第16a條第3項報備之資訊，亦僅涉及經營者本身及其職業上之行為，而且當事人亦享有對於資訊之完整性與正確性進行檢視的權利。至於在透過網路公開資訊的處理方式，也由於資訊取得者尚須掌有其他附加資訊或透過整合非對一般公眾公開之資訊後，方能得知當事人為何人，而使得權利侵害被相對化。換言之，當事人的身分對於世上廣大的多數人而言仍舊是不知名，縱使這些人得透過網路取得資訊，亦通常對於某一特定栽種基地係歸屬於何人不感到興趣。

鑑於產地登記制度有助於正當公共利益之實現，因此其所可能造成之侵害係符合狹義比例原則之要求。而且從產地登記制度對於所掌有之資訊區分為對一般公眾與非對一般公眾公開之資訊，可以得知立法者已盡力在國家及公眾之資訊利益與當事人之保密利益之間，取得一個適當的且符合憲法要求的妥協。

縱使產地登記制度之設置有可能造成針對某特定農業的惡意性毀滅行為之發生可能機率提高，但此亦不足以作為否定相關法律規定之事由。縱使在產地登記制度引進之前，有關基

因改造有機物之栽種與釋放之抵制行為與事件，本即層出不窮，對於此類不法行為亦存有相關警察法規或刑事法予以規範。在此背景之下，立法者致力於將不同農業生產方式共存與社會和諧之理念予以實現與持續發展。在不違反現行歐盟法的範圍內，實現前開理念的方式即是，一方面建構透明的資訊，以保障公眾能獲知基因科技應用的情形，而另一方面，透過非一般公眾可取得之資訊的建構，以及警察法或刑事法之手段，以保障基因科技應用者免於受到來自於公眾的危險威脅。即如一般人民財產權、職業自由或研究自由受到來自於第三人之阻礙時一樣之情形，國家負有義務去促進與確保，在每個個案當中基本權能不受阻礙地行使。然而至今並無法顯示，產地登記制度對於基因改造農業經營者產生已造成如此高危險之情況，以致立法者已明顯地負有義務，必須針對違反秩序法規或刑事法規之田地毀壞行為另外創設更廣泛的保護機制。

儘管基因科技法第16a條第5項有關登記處掌管之非對一般公眾開放之資訊的相關規定，亦對於資訊自主決定權造成限制，然仍符合狹義比例原則。依據基因科技法第16a條第5項規定，登記機關所掌管之非屬可供公眾查詢之資訊，只有在資訊申請人提出合法利益之說明，且資訊所涉及之個

人不存有更值得保護之保密利益時，方得依請求提供資訊。於此係課予法律適用者在作成個案之決定時，負有對於個案中之相關利益進行衡量之義務。

(3)最後，基本權保護已透過適當的程序建構獲得確保。

與個人相關之資訊的利用應該僅限於法律所規定之特定目的（參閱本院判決BVerfGE 65, 1〈46〉）。此外，相關的說明義務、諮詢義務以及刪除義務亦屬重要事項（參閱本院判決BVerfGE 65, 1〈46〉）。而這些要求就本案系爭法規而言，皆已獲得滿足。

在取得利害關係人之資訊之前，應該就以下事項透過明確的法律規定予以確定，亦即哪些資訊將會透過網路提供下載，以及在何種條件之下，已報備之個人資訊將被提供。而為了創造透明的機制，縱使在未提出目的說明的情形下，特定的資訊亦得提供予一般公眾取得，而此就憲法規範而言，係屬受到允許。

有關基因科技法第16a條第1a項所涉及之鄰人應取得由產地登記處掌管之報備資訊，得以在透過書面協議闡明法律效果或依據基因科技法第16b條第1項第3句之規定而未提供相關資訊之範圍內，獲得實現。無論如何，有關資訊之取得、儲存與傳遞相關事項已在基因科技法第16b條第1a項當中透過法律明確地規定，因此鄰

人係已獲得充分的保障。相對於此，若對當事人資訊之取得係已透過法律明確規定時，則依據聯邦資訊保護法第19a條第2項第3款之規定，對於該當事人亦無通知之義務。

特別是若當事人之資訊係從登記處所掌管之一般公眾可取得之資訊當中所取得，則對於當事人之通知將顯得多餘，蓋當事人於資訊被取得之當時即已得知，哪些資訊將被公開以及相應地將被放置在何處。此外，在聯邦資訊保護法第19條當中係已針對被取得與被傳遞之資訊訂有廣泛的諮詢義務規定，而基因科技法第16a條第7項亦指出，前開之相關規範對於法人亦得適用。且聯邦資訊保護法第19條並不存有憲法上之疑慮（亦參閱本院判決BVerfGE 120, 351〈365〉）。

針對特定計畫以及侷限性之目的，而對於基因改造有機物栽種所取得與處理之資訊，當相關資訊並非達到目的所必要或對於達到目的已不再必要時，則被要求必須悉數予以刪除（參閱BVerfGE 113, 29〈58〉）。就此而言，基因科技法第16a條第6項第2句、第16b條第1a項第3句規定，資訊於第一次儲存經15年後必須依法予以刪除，此一規定係以符合前開之要求。

b)基因科技法第16a條第1、3、4與5項以及第16b條第1a項當中有關基因改造有機物栽種之規定，係與基本法第12條第1項之意旨相符。

aa)基因科技法第16a條第3項有關應向登記處報備栽種相關之資訊，從營業與商務機密保護之觀點而言，並未對於基本法第12條第1項所保障之職業自由造成侵害。

職業自由之基本權基本上亦保障營業與商務機密（參閱本院判決BVerfGE 115, 205〈229〉）。倘若營業與商務機密被國家公開或被國家要求公開，則係涉及到基本法第12條第1項之保護領域。營業與商務機密係指所有具備以下特徵而與企業相關之事實、狀態與過程，其並非公開之事項，並僅為有限的人數所知悉，同時權利主體係因該類事項之不公開而得到合法的利益。

從前開之認定標準觀之，基因科技法第16a條第3項有關基因改造有機物及栽種基地相關資訊之取得，亦不涉及營業與商務機密，且此類資訊之取得與處理，亦不足以構成敏感性質之競爭不利益。主要係因為栽種行為係從事於開放性之空間，因此其受到注意或被知悉自始未侷限於歸屬農業經營者或特定事業之有限群體範圍。基因改造有機物、其基因改造特性以及辨識標示，係無須取決於產地登記處，即透過網路之途徑公開。此外，保密的意圖亦必須該相關經濟上之利益係屬法律所保護，因此若是事業擬藉由保密以避免掉與基因科技相連結的負面形象，則非屬法律所欲保護之

列。

bb)經營者依規定必須在一定期限內向產地登記處報備相關資訊，則該規定係屬涉及職業執行方式之規範，而此一規範係為確保應優先保護之公共利益，因此係具有正當性。

此外，職業自由之基本權原則上並不具備更優越於資訊自主決定權之地位，而得免於受到國家資訊性措施之限制（參閱本院判決BVerfGE 118, 168〈205〉）。

c)從營業與商務機密保護或來自基因科技反對者的財產權侵害危險的觀點而言，基於前開相同的理由，並不構成基本法第14條第1項之侵害。

d)基因科技法第16a條第1、3、4與5項以及第16b條第1a項當中有關基因改造有機物栽種之規定，係與基本法第5條第3項第1句之意旨相符。

倘若基因改造有機物之栽種係為了學術之目的，則經營者必須在一定期限內向產地登記處報備相關資訊之規定則已涉及研究計畫執行之條件，也因此已關係到基本法第5條第3項第1句的保護領域。就研究自由而言，在此所存在之限制並未具有較高的地位，因此必須透過與其相衝突之憲法位階法律的保護來予以正當化。

e)基於此點進行衡量，則基因科技法第16a條第1、4與5項中有關應向聯邦消費保護暨食品安全署依照基因科技法第16a條第2項報備關於基

因改造有機物釋放資訊之規定，係與資訊自主決定基本權（基本法第2條第1項合併第1條第1項）、基本法第12條第1項、第14條第1項以及第5條第3項第1句之規範意指相符。基於前開之理由，對於基因科技法第16a 條第2項之規定而言，並未存有根本性的憲法疑慮。

4. 基因科技法第16b 條第1、2、3及4項與基本法第12條第1項之規範意指相符，也未對基本法第5條第3項第1句、第3條第1項及第2條第1項構成侵害。

a) 透過2008年之基因科技法修正法第1條所增訂之基因科技法第16b 條第1、2、3及4項與基本法第12條第1項之規範意指相符

aa) 基因科技法第16b 條第1、2、3及4項對於職業自由構成侵害。

立法者藉由前述之規定，對於經許可上市之含有基因改造有機物或以基因改造有機物為成分之產品的處理行為進行規範。例如基因科技法第16b 條第4項及第16b 條第1項第1句中有關引進市場之規定即直接地與營業目的之行為具有關聯性，而其他受指摘之規定無論如何亦客觀地顯示出職業規範之傾向。因為此些規定已典型地涉及對於經許可上市之產品的經濟性質或商業目的性質處理行為，因此應被視為針對職業執行方式之法律框架性規定。另外，有關應就基因科技

法第1條第1款與第2款所稱之法益與利益可產生之嚴重影響予以預防之義務，係以超出具體危險之防禦的範圍，而且相較於警察法中之危險防禦理論，此處主管機關介入之權限不論在時間上或情狀上皆已往前移置。

bb) 此一對於職業自由之侵害係具有憲法上之正當性。

(1) 相關規定係足夠明確

立法者透過基因科技法第16b 條第1項第1句，將預防義務之內涵與目標定義為，預防特定法益與利益不嚴重地受到影響。至於在何種情況影響係屬嚴重，則可透過被客觀接受的解釋方式予以確定。依據立法者的想法，應該就適用於歐洲的標示義務界限標準提供一個方向，若就此而言，則透過規定於基因科技法第36a 條第1項之解釋規則可以獲得確定（參閱 BTDrucks 15/3088, S. 27）。基因科技法第36a 條第1項則是進一步連結至民法第906條中之嚴重影響的概念。藉由這樣的規範體系關聯所獲得之解釋原則，亦能夠在基因科技法第36a 條第1項之條文解釋當中被涵蓋進去。

基因科技法第16b 條第1項第2句並未抵觸法治國原則當中之明確性原則。構成基因科技法第16b 條第1項第2句所規定之法律效果的事實上前提要件，對於當事人而言係可透過合理的方式即能理解。而且無論如何透過被客觀接受的解釋方式，其規範內

容亦能夠被理解。此外，就受規範之生活事實的本質狀態而言，相關規範之解釋毋寧是受到侷限的。至於在個案當中的預防義務是否調整以及如何調整，最後能必須就每一個個案中當地之狀況與關係予以考量而獲得確定。立法者在基因科技法第16b條當中，並未對於適用基因科技法第16b條第1項第2句之後所產生之損害責任之問題予以規範。縱使如此，立法者仍可將讓此一問題透過一般性契約責任制度、契約以外之責任制度以及協議意定法律責任等所發展出之原則來處理。

綜上所述，就法治國原則所要求之明確性原則而言，基因科技法第16b條第1項第2句並未存有根本性的憲法疑慮。

基因科技法第16b條第2項與第3項之內容亦屬相當明確。縱使立法者對於所謂良好作業規範並未在基因科技法第16b條第3項當中詳盡給予定義，但此亦不足以值得（特別）非難。立法者係得以透過開放性的規範內容，使該原則能充分符合受規範之生活事實多樣性之需求。良好作業規範之概念一方面係呈現足夠的開放性以因應新的發展，另一方面亦已足夠形成一定的框架，讓農業經營者能夠以及應該在此框架內從事行為。至於在個案當中何者係屬於良好作業規範之範疇，係可透過對於相關規定進行解釋

，尤其將規範背後所隱含的價值納入斟酌，並藉助被客觀接受的解釋方式，即可充分地予以明確化。此外，基因科技法第16b條第6項亦授權聯邦政府得以制定法規命令之方式，對於良好作業規範原則進一步具體化。

最後，在基因科技法第16b條第6項當中對於相關人員專業條件與設備之要求係屬相當明確。儘管在相關要求的規定當中立法者運用了不確定法律概念，例如「可靠能力」及「知識」等，然而這些法律名詞向來即為經濟行政法類型之法律所慣用（例如營業管理法(Gewerbeordnung)第35條第1項以及餐旅業管理法(Gaststättengesetz)第4條第1項第1句第1款）。此類概念在向來的傳統即是透過立法、行政行為及司法實務使其內容明確化，因此就法治國原則所要求之明確性原則而言並沒有疑慮，此外在每一個新的事務領域此類概念亦容許有新的具體內涵（參閱本院判決BVerfGE 49, 89〈134〉）。在基因科技法第16b條第4項當中亦使用了「技能」與「配備」之概念，其同樣地亦可透過向來的解釋方法被足夠地明確化。至於人員與設備之專業性要求的目的，係藉由基因科技法第16b條第1項所規定之預防義務之履行，得以被明確規範。

(2)對職業自由之侵害係符合比例原則之要求

(a)基因科技法第16b條第1、2及3項中有關預防原則與良好作業規範之規定，係屬受容許之職業執行方式規範，蓋其係為追求公益而具正當性，而就公益目標之達成亦屬適當且必要，此外當事人亦未受到不合理的負擔（參閱本院判決BVerfGE 30, 292〈316〉；36, 47〈59〉；61, 291〈312〉；68, 272〈282〉；103, 1〈10〉；司法實務向來見解）。基因科技法第16b條第4項中專業知識要求亦屬職業執行方式之規範。

(b)受指摘之有關預防義務、良好作業規範以及人員與設備專業要求之規定係為正當之公益目的所定。

藉由預防義務，有助於負責任的基因改造有機物及產品之處理方式的實現。此外，亦可藉此避免基因科技法第1條第1款與第2款之法益受到來自於基因改造有機物污染所造成之重大影響（基因科技法第16b條第1項第1款）。良好作業規範原則及人員與設備專業之要求亦有助於前開目標之達成，而這些要求亦透過預防義務之履行而被兼顧（基因科技法第16b條第2、3及4項）。就預防義務而言，立法者係已考慮到認識與預測的不確定性—亦包括基因改造有機物處理上所存在之不確定性—，此一不確定性係導因於科學與技術現狀之侷限。因此基因改造有機物之擴散應藉由預防義務與良好作業規範(die gute fachliche

Praxis)自始盡可能地予以避免，或縱使無法避免，亦應該使其限制在最小的範圍（參閱BTDrucks 15/3088, S. 26 f.）。因此人員與設備之要求（基因科技法第16b條第4項）即應確保，基因科技應用者就前開要求而言係屬適任的與有意願的，並藉此使合乎規定的職業行為獲得確保(BTDrucks 15/3088, S. 27)。

基因科技法第16b條第1、2、3及4項之規範目的在於，採取預防措施以避免人民之生命與健康、環境及其影響結構、動物、植物與其他物資，受到來自於基因科技應用過程或產品所產生之有害影響（基因科技法第1條第1款）。此外，這些規定尚對於不同栽種方式之保障予以具體化（基因科技法第1條第2款）、並藉此保障潛在利害關係人之職業自由與財產自由，並藉由不同栽種方式和諧共存之保障，以確保消費者與產品製造者享有是否選用基因改造與非基因改造之產品與生產方式之自由。此外，亦具有創造法律與計畫安定性，以及社會和諧的目的（參閱BTDrucks 15/3088, S. 19 und 27）。最後，立法者亦追求此一目的，亦即為基因科技之研究、發展、利用以及科學的、技術的與經濟發展之獎勵，建構一個法律架構（基因科技法第1條第3款）。

(c)預防義務與良好作業規範（die gute fachliche Praxis）原則及人員

與設備專業之規定，係適當地有助於前開目標之達成。

立法者將舊版本之基因科技法第16b條第1項第2句中有關對於禁止不同栽種方式共存之有害行為的規定，透過2008年基因科技法修正案予以刪除，並以屬較偏惠基因改造有機物使用者之例外性質的預防義務取代之，此一條文之修正仍屬立法者得行使之評估及預測特權範圍內。立法者並不會因為先後不盡相同的預防目的之追求，即被視為喪失了規範之預防目的。

(d)受指摘之有關預防義務、良好作業規範以及人員與設備專業要求之規定係屬達成規範目的所必要。

縱使在必要性原則之評估方面，立法者享有一定的判斷與預估餘地（參閱本院判決BVerfGE 102, 197〈218〉；115, 276〈309〉；116, 202〈225〉），然而就本法所欲追求之負責任的基因改造有機物及產品之處理而言，是否存有一個同樣有效，且對於相對人更為輕微之手段，並無法明確地確認。

縱使為確保基因科技法第1條第1款所稱之法益，本法已在引進市場許可制度當中設有評估與許可程序，但仍不能因此即對於預防義務及良好作業規範之規範必要性予以否定。雖然對於引進市場行為發予許可時通常亦會評估，是否存有對於基因科技法第

1條第1款之法益，例如人體健康與環境，造成嚴重的有害影響（基因科技法第16條第2項第1句）。然而許可之作成，不過是一種預測性決定而已，而該決定並無法將那些會發生在人體健康與環境上的不可預見之有害影響發生可能性予以排除。與基因科技法第1條第1款所稱之法益相關之預防義務的目的在於，補充有關引進市場之許可制度之不足，並且是作為確保負責任的基因改造有機物及產品之處理的手段，同時也是為了基因改造有機物上市後，使得廣泛的且無漏洞的權利保護能獲得確保。

(e)受指摘之有關預防義務、良好作業規範以及人員與設備專業要求之規定係屬符合狹義比例原則。

基因科技法第16b條第1、2、3及4項當中所規定之公法上義務，係對於有關經許可上市之基因改造有機物之職業執行方式進行嚴格的規範，因此係以相當重大程度對於基本法第12條第1項所保障之職業自由造成侵害。

然而前述規定所形成之權利負擔，同時也是受到侷限的，亦即，只要透過「綠色」基因科技的應用，並確保基因科技法第1條第1款及第2款所稱之法益不受到重大影響，則該法仍可以有條件地接受基因改造有機物之擴散。再者，此處的權利侵害亦仍可透過基因科技法第16b條第1項第2句

至第4句所規定之可能方式獲得緩和，亦即在個案當中倘若僅涉及他人經濟上不同栽種方式共存之保護時（基因科技法第1條第2款），在獲得鄰人的書面同意或默許情形下，則得不受到相關規定之拘束。此外，在基因科技法第16b條第3項當中所規定之行為要求，僅不過是為了履行基因科技法第16b條第1項之預防義務所必要的良好作業規範。而這些規定當中所包涵的規範內容，亦可供基因科技應用者以及潛在受影響之人得以事先得知如何進行調適，並亦藉此有助於基因科技應用者在法律安定性與規劃安定性方面之需求—目前這些規定義透過以下其他規定獲得進一步的補充與具體化，亦即—基因改造植物生產相關之良好作業規範法規命令（亦又稱為基因科技植物生產命令(Gentechnik-Pflanzenerzeugungsverordnung)-GenTPflEV - 2008年4月7日生效，刊載於BGBl. I S. 655），歐盟不同栽種方式共存措施準則（參閱歐洲執委會2010年7月13日建議書「內國之不同栽種方式共存之措施以避免基因改造有機物之非預期擴散至傳統與生態農業生產準則」(Leitlinien für die Entwicklung nationaler Koexistenz-Maßnahmen zur Vermeidung des unbeabsichtigten Vorhandenseins von GVO in konventionellen und ökologischen Kulturpflanzen)，刊載於

ABI EU 2010 Nr. C 200, S. 1) 以及規定於應報備之產品資訊當中的使用說明（基因科技法第16b條第5項）。除此之外，哪些屬於為履行法律所必須採取的業務執行措施，亦可以現行栽種方式區分之實務與程序、植物品種同一性確保與種苗生產實務之既有經驗為基礎。最後，在現行規定之下，透過管理與協調，不同栽種方式之共存係存有可能性，此例如透過不同開花期之品種的採用、就不同播種期間進行協議或是彼此約定輪作的耕種方式等。透過以上的更能有助於降低區分基因改造農業與非基因改造農業的成本，也可以降低鄰近栽種區種子交配的風險，並讓食品與飼料的標示義務容易被履行，最終也有利於損害賠償個案發生之避免（參閱BTDrucks 15/3088, S. 27，當中亦進一步指引至歐洲執委會2003年7月23日建議書「內國對於基因改造、傳統式及有機農業生產共存之策略與適當程序之制定準則」，刊載於ABI EU 2003 Nr. L 189, S. 36）。

相對於此，立法者擬透過對於預防義務、良好作業規範及人員與設備專業要求進行規範，所追求之正當公共利益之目標具有優先確保之地位。縱先不論基因科技法第16b條第4項被界定為職業執行方式之規定，本條其他規定甚至具有確保職業選擇自由之功能。再者，對於人民、動物、植物

、環境及其影響結構之保護，具有基本法第2條第2項第1句、第12條第1項、第14條第1項及第20a條之規範基礎。而前開這些一併被追求的規範目標，不僅即屬公共福祉之重要利益之外，同時亦如同消費者保護一般，獲得歐盟法的肯認。

正因為在實現前述這些目標的同時，有關基因科技之應用及國家應如何適當進行規制，在社會與學術界仍存有廣泛的歧見，故而應使立法者得保有一個廣泛的決定空間。

如果對於本案所涉及之受憲法保障之相關權利與利益間進行權衡，並進一步將那一併被追求的規範目標一併納入考量，即可發現立法者對其所作之價值決定並無可非難之處。

那些受到指摘之有關預防義務、良好作業規範及人員與設備專業等規定，對於從事基因改造有機物利用之相關人並未造成不合理的影響（基因科技法第16b條第1、2、3及4項），有關人員與設備專業要求之規定，亦不至於與合乎規定之職業行為所欲追求的目的處於顯失比例之關係（基因科技法第16b條第4項）。

立法者亦留任了充分的決定空間與行政主管機關及法院，以供確保基因科技法第16b條第1、2、3及4項在個案當中能被合比例地被適用。尤其在個案當中經常出現這樣的問題，亦即何者屬預防義務與良好作業規範。

有關預防義務與良好作業規範一般性規定，亦容許得以在個案當中針對基因改造有機物之處理設定事實上之框架條件，尤其得以在特定的栽種基地經過適當地審酌之後，將義務的內容侷限在實際上避免基因科技法第1條第1款及第2款之法益受到重大影響的必要範圍之內。

法律適用者在此亦獲得合理的彈性處理的空間，蓋相關必要的標準係透過行政主管機關及法院在比例原則拘束下，透過規範意旨之提出而逐步地成形。在此應該予以注意的是，基因科技應用原則上係受到允許的，而且依照立法者之意旨，亦應該使基因科技應用具有可能性。基因科技法第16b條所要求之預防措施，並非意欲將基因科技法第1條第1款及第2款之法益相關之風險排除至絕對安全之程度，蓋其將形同對於經許可上市之基因改造有機物之處理行為的事實上禁止。基因改造有機物擴散之避免，毋寧應透過負責任的處理行為在可能的範圍內為之，在無法避免的情形下，則應該將擴散的範圍侷限最小範圍（BTDrucks 15/3088, S. 26 f.）。因此就法律之意旨而言，相關避免風險的要求就個案之情狀而論應該是必要且合理的。就此而言，目前的基因科技植物生產命令、歐盟之不同栽種方式共存措施準則（參閱歐洲執委會2010年7月13日建議書「內國之不同栽種方

式共存之措施以避免基因改造有機物之非預期擴散至傳統與生態農業生產準則」，刊載於ABI EU 2010 Nr. C 200, S. 1) 以及規定於應報備之產品資訊當中的使用說明（基因科技法第16b條第5項）等規範，皆對於基因科技應用之參與者提供了進一步的判斷標準，使其能對於本案受指摘之規定予以具體化。至於剩餘的不確定性（Verbleibende Unsicherheiten）不致對於基因改造有機物使用者造成不合理的負擔。

透過基因科技法第16b條第4項之規定所構成之限制，從事務本質觀之係屬具正當性。其規範理論基礎在於，為了避免基因污染發生於其他類型之栽種或為了將基因污染盡可能地降低，專門的理論與實務知識以及相應的經營管理組織係屬必要。此外，倘若沒有前開之前提條件存在，則執業的每次執行將屬不符合事理狀況需求，亦將對於基因科技法第1條第1款與第2款之法益帶來危險。

b)基因科技法第16b條第1、2及3項亦與研究與學術自由之保護意旨相合致。

aa)在未涉及純粹為經濟性質或商業目的等類似方式之基因改造有機物處理行為時，則本案中受指摘之有關預防義務與良好作業規範必須就研究與學術自由之保障進行衡量。研究與學術自由之保護領域無論如何對於

大學內進行之實驗性研究亦有適用。

bb)與經許可上市之基因改造有機物之處理行為相關之預防義務與良好作業規範的規定，對於基本法第5條第3項第1句所保障之自由權造成侵害，蓋該自由權保障提出問題、研究方法以及研究計畫執行之自由。

cc)然相關規定所保障之正當公共利益，亦即人民生命、健康及潛在利害關係人的執業自由及財產自由（基本法第2條第2項第1句、第12條第1項、第14條第1項）與生存自然條件之保障（基本法第20a條）等憲法位階之重要價值，其不僅正當化了對於基本法第12條第1項之侵害，而且同樣地亦可正當化對於研究與學術自由之侵害。

c)基因科技法第16b條第1、2、3及4項並對於基本法第2條第1項造成侵害。

若涉及外國人之經濟性質行為之限制以及私人性質之非商業性基因改造有機物處理行為義務時，其並非歸入執業自由之保護領域（基本法第12條第1項），而是以基本法第2條第1項作為審查標準。

然而對於一般行為自由之侵害，係可基於前開基本法第12條第1項相關之事由被正當化（參閱前開C II 4 a bb）。

即使基因科技法第16b條第1項第2句涉及鄰人不為意思表示時之法律

效果，然而亦不至對鄰人造成不合理的負擔。縱使相關規定已涉及意思表示之虛擬而已介入私法自治(Privatautonomie)的領域，然而無論如何仍具正當性。

基因科技法第16b條第1項第2句係有關鄰人不為意思表示時之法律效果，其係為排除對於特定栽種計畫是否同意的不確定性，並藉此改善有關基因科技植物生產命令第3條所規定之報備義務人與基因科技法第16b條第1項第4句負有報備義務之土地利用，在規劃上或法律狀態之不確定性。立法者的目的在於，藉由栽種計畫之同意作為促進不同栽種方式共存之手段，同時也藉此免除基因科技應用者承受沒有必要的負擔。就實現前開之正當目標設定而言，基因科技法第16b條第1項第2句係屬適當且必要。

在此處，狹義比例原則亦獲得確保。立法者基本上將那些應被告知周遭有基因改造有機物栽種之人視為須受到保護之人。因此從事傳統式或生態農業生產之人，應能確信若存有影響性之農業栽種時，已被盡可能地告知或徵詢同意。但另一方面，立法者亦要求前開受保護之人，必須針對基因改造有機物應用者之具體請求，於一個月之內告知其保護需求。否則即意味著已不存有保護需求，則基因改造有機物應用者即可進行所計畫之栽種。藉此，基因改造有機物應用者在

面對鄰人不為意思表示時，即無須再去承擔推定檢驗鄰人之不為意思表示之真意的不確定性。對於可能處於衝突關係的利益進行平衡，係屬立法者享有的形成自由範圍內。

d)本案受到指摘之有關預防義務、良好作業規範及人員與設備專業等規定，並無抵觸基本法第3條第1項之一般平等原則。

相較於傳統式或生態農業生產之人，基因科技應用者特別被課予預防義務，然而此一差別性對待係導因於含有基因改造有機物或以基因改造有機物為成分之產品具有特殊性質使然。然而由於立法者係擬透過此一差別對待之規定以實現重要的公益目的，且相關公益之重要性不僅得以正當化對於基本法第12條第1項及第5條第3項第1句之侵害，亦得以作為此處差別待遇之正當化事由。

基因科技法第16b條對於從事商業性質或類似目的之基因改造有機物處理者與其他類型之基因科技應用者為差異性之對待，主要原因之一係鑑於具商業性質或類似目的之基因改造有機物利用通常比其他目的者範圍較大，也因此使得法益承受較大程度的危害。此外，雖然前者在營利範圍之內受到額外的要求，但其通常同時也從基因科技之利用獲得較多的收益。因此，差別對待基於前述之理由係屬正當。

最後，相對於基於實驗研究之目的而從事之基因改造有機物釋放，使用經許可上市之基因改造有機物之人，被課予採取預防措施之義務，此一差別對待乃係鑑於，在個案當中以及順應每個栽種地點之情狀，仍得以在釋放許可中將依照科學與技術之現狀係屬必要的安全措施予以明列（基因科技法第16條第1項第2款）。相對於此，欲對於具體栽種條件進行適當的考量，通常係無法透過上市許可程序達成，蓋上市許可通常係針對多數栽種基地所作成，並通常對於歐盟成員國具有一般效力。因此，差別對待在前述之情狀之下係屬正當。

5. 基因科技法第36a條並未與基本法第14條第1項、第12條第1項、第5條第3項第1句以及第3條第1項抵觸。

a) 依據基因科技法第36a條當中的鄰人法概念，賠償責任義務人在符合以下情形時係指土地所有權人或污染物排放源之土地使用者，亦即其對於具影響性之使用方式具有決定權，或是具干擾性的設備之實際管領者以及對於干擾之排除具有決定權者（參閱聯邦法院民事判決彙編BGHZ 155, 99...〈102〉）。

因此基因科技法第36a條主要所指涉的賠償責任義務人，乃為研究場合、農業、林業及園藝中之基因改造有機物之利用者。此外，例如大學等

之公法人亦可能成為此處的賠償責任義務人，但前提是使用污染物排放源之土地時，其性質非屬單純高權行為，而係私法上之行為時，則自然亦須服膺於私法之賠償責任之下。至於在涉及單純高權行為時，是否亦屬基因科技法第36a條之規範對象，此一問題並沒有一個終極的解答。即如迄今之司法實務見解所示，私法上之鄰人法規並無完全排除適用於國家性質之研究機構賠償責任（參閱 OLG Stuttgart, Urteil vom 24. August 1999 14 U 57/97 -, ZUR 2000, S. 29）。畢竟在涉及研究與學術自由受侵害之審查時，大學即應該被一併納入。

b) 基因科技法第36a條未與基本法第14條抵觸。

aa) 民法第906條與第1004條係屬基本法第14條第1項第2句所稱財產權之內涵形成與限制規定（參閱本院判決BVerfGE 72, 66〈75 f.〉）。而基因科技法第36a條合併前開民法規定，乃係針對土地鄰人間之法律關係所為之規範。

基因科技法第36a條並非為獨立的責任法規範，其毋寧係屬現行不以過失責任為前提之私法性質鄰人法（民法第1004條與906條）的具體與補充規定。在涉及鄰地因非預期之交配而受到基因改造有機物之污染，進而導致承受重大影響時（基因科技法第36a條第1項至第3項），基因科技法第

36a條之規範目的在於作為私法鄰人法規定之解釋與適用上之補充，並確保鄰人法中之排除請求權與損害賠償請求權對於前開之個案亦有適用。此外本法為排除因果關係舉證上之困難所為之特別規定，亦對於私法之鄰人法具補充作用。

基因科技法第36a條第1項至第3項中新訂定之責任制度，並非僅在文義上或構成要件上與民法第906條建立關聯性，其同時也被結合至鄰人法的體系當中。即如向來之見解，若非屬於地方慣習利用行為或縱使屬於地方慣習利用行為，但所造成之影響在排除上必須付出不合理之經濟成本負擔時，則皆屬不應被接受的重大影響。故而如此之影響已屬違法。依據民法第1004條規定，利害關係人原則上得對此影響主張不作為或排除影響之請求權。反之，倘若鄰人必須忍受這樣的影響時，則得以依據民法第906條第2項第2句或類推適用該規定，主張以金錢賠償的方式作為適當的損害回復（鄰人法之損害回復請求權）。惟以上之請求權是否成立，並不會對於基因科技法第23條第1句之保護預防請求權與基因科技法第23條第2句之費用平衡請求權造成影響，此種情形在釋放許可係經過聽證會（基因科技法第18條第2項）之後所作成時，特別顯出其意義。

雖然民法典當中並未訂定有類似

基因科技法第36a條第4項之規定，基因科技法此一規定毋寧可視為建立在聯邦最高法院相關判決的基礎之上，亦即有關數個污染性財產所有權人之整體性責任以及有關民法第830條第1項第2句、第840條以及民事訴訟法第287條適用在民法第906條第2項第2句之鄰人損害回復請求權之情形的判決，並且透過基因科技法第36a條第4項獲得更一步地具體化（參閱BGHZ 66, 70〈77〉；85, 375〈386 f.〉；101, 106〈111 ff.〉）。

前開意旨係可透過本法之立法資料獲得支持。依據前開資料顯示，基因科技法第36a條第1項至第3項乃係為了具體化鄰人法核心條文（民法第906條及第1004條）之目的而訂定，至於基因科技法第36a條第4項則屬民法第830條第1項第2句及第840條第1項中之整體性債之責任的相關規定（參閱BTDruucks 15/3088 S. 31）。

準此，從基因科技法第36a條的意旨與規範目的觀之，其係屬鄰人法中妨害人責任之相關規範，因此本法並未在私法性質之鄰人法體系當中創設一個新的責任制度。事實上民法第906條與第1004條亦屬有關鄰人間共存的規範。

依據聯邦最高法院之見解，類推適用民法第906條第2項第2句所得主張之適度損害回復請求權，無法推導出一個危險責任（參閱BGHZ 155, 99

〈103 f.〉)。因為相對於危險責任而言，類推適用民法第906條第2項第2句所得主張之損害回復請求權乃係適用於存在鄰人之間的危害性設施，而且並非涉及源自合法設置之設備或合法行為所產生之損害，其毋寧係針對源自合乎規定之土地利用所產生之違法、但基於事實上之事由必須忍受之妨害的責任。此外，依據聯邦最高法院之見解，該損害回復請求權係如同民法第906條第2項第2句一般，應遵循徵收補償之基本原則（參閱聯邦法院於2003年5月30日作成之判決 - V ZR 37/02 -, NJW 2003, S. 2377 〈2380〉 m.w.N.）。再者，依照鄰人法之原則，損害回復之給付義務並非一定須與一般之損害賠償請求權一致；其毋寧仍存有價值判斷的空間（參閱聯邦法院於2003年5月30日作成之判決 - V ZR 37/02 -, NJW 2003, S. 2377 〈2380〉）。

同樣處於競爭地位的傳統式或生態栽種之農業，如同其他污染物排放源一般，亦必須服膺於鄰人法中之不以過失責任為前提的妨害責任制度。以公法上之極限值標準(Grenzwerte)作為責任歸屬認定之依據（民法第906條第1項第2句及第3句），在涉及鄰人法之妨害責任問題認定上並非陌生，此特別被用於涉及若干潛在原因造成者且原因果關係認定困難之場合（民法第830條第1項第2句及民事訴

訟法第287條）。儘管土地利用的風險可能無法適當地被計算及獲得擔保，然而此不能成為排除鄰人法妨害責任之事由。相反地，若未對於基因科技改造有機物之使用者課予鄰人法中之不以過失責任為前提的妨害責任，則在結果上不僅無法排除不利益之發生，而且相較於其他類型之污染物排放者而言，此毋寧係為一種特權。

bb)基因科技法第36a條規定，得否以及在何種情況之下，若遭受基因改造有機物之污染時，得以對土地所有權人或，具污染性土地之使用者，主張民法第1004條之排除請求權以及依據或類推適用民法第906條第2項之損害請求權。

即如同民法第906條及第1004條之規定一般，倘法規範係以一般、抽象的方式以確定土地所有權人之權利與義務內涵，則依據基本法第14條第1項第2句規定，其係屬財產內容形成與限制之規定。而本案所涉及法條內容係符合憲法對於此類財產內容形成與限制之規定的要求。

(1)前開條文係已具相當之明確性。

有關產品標示義務之規定，亦即其他層級的立法者也可以制定亦可以變更，此處係指歐盟法之立法者，因此並無可非難之處。

基因科技法第36a條第1項第2款與第3款，要求基因改變之產品（第2

款）必須承擔標示義務，或是將基於特定之生產方式而導致辨識可能減損（第3款）視為基因改造有機物之污染結果，乃係構成民法第906條中所稱之財產權重大影響。基因科技法第36a條第1項第2款及第3款中所稱之與標示相關的「其他法令」或「相關法令」，乃雖然係作為構成民法第1004條合併民法第906條第1項、第2項第1句之排除請求權或民法第906條第2項第2句之損害回復請求權之基礎事實。然而，此處並非涉及轉致適用其他法規的情形，此外前開所謂之「其他法令」或「相關法令」既未為成基因科技法第36a條第1項第2款及第2款之部分構成要件，該條文的適用範圍、法規位階以及性質亦未因此而改變。立法者毋寧係透過此規定對於請求權人的不利益法律狀態予以描述，並將此一不利益結果的責任歸屬於原因造成者，使其成為被請求之對象。民法第823條第2項亦透過概括條款的使用，訂定了相類似的條文內容，亦即該條之請求權係以權利保護性質之法律存在為前提。

此外，立法者亦自己對於所有具重大性之事項作了決定。依據立法者當初的構想，倘若鄰地之使用權人在基於基因改造有機物之擴散或污染之故被課予標示之法律義務或帶有利益的法律性質之標示機會因此喪失，則得主張民法第1004條第1項合併民法

第906條第1項及第2項之排除請求權，以及民法第906條第2項第2句之損害回復請求權。標示義務存在的前提雖然可以變更—例如降低或取消特定之極限值，然而立法者在此處對於責任確立相關之基本決定，亦即以妨害者被課予之標示義務或是帶有利益的法律性質之標示機會之喪失作為鄰地之使用是否遭受重大影響之認定，係不受到極限值之調整而有差異。亦即，在此亦有可能標示義務的極限值被降低，但責任之課予卻更趨於嚴格。

倘若有關重大影響的個案類型未以終局性的方式來規範（條文使用了「尤其是」文字），則基因科技法第36a條第1項的條文並不存有法治國原則中明確性原則方面的疑慮。

民法第906條中所包含之不確定概念「重大的影響」在基因改造有機物之污染下的意涵，透過了基因科技法第36a條第1項的規定，獲得了定義與具體化。由於立法者並非終局描述地方式對於重大影響之情形予以明定（蓋其使用了「尤其是」文字），正表示立法者已考慮到符合情節之個案係屬多樣，且現階段可能無法完整地窮舉。

(2)立法者亦已經將當事人之利益與公眾利益作了適當地平衡，同時也為二者建立了調和的關係（參閱本院判決BVerfGE 87, 114〈138〉；95, 48〈58〉；98, 17〈37〉；101, 239〈

259) ; 102, 1 (17))。

(a)透過基因科技法第36a條之制定，立法者係追求具正當性之公共利益目標。

此些目標能從基因科技法第36a條補充及具體化鄰人法規定（尤其是民法第906條）之功能推導而出，亦可從基因科技法之立法目標得知（基因科技法第1條）。

(aa)即如同民法第906條一般，在涉及從他人之土地所產生之特定影響時，基因科技法第36a條係以達成土地鄰人間之必要利益平衡為目的。本條規範亦對於受影響波及之土地所有權人其受到基本法第14條第1項保障之自由權利給予保護，亦即保障其得以依照自己想法使用財產標的以及自由地決定如何使用財產標的。亦如民法第1004條及第906條一般，基因科技法第36a條亦課予妨害人必須就從其土地所產生（重大）影響，必須承擔實質上的以及費用上的責任。亦即倘若依據民法第1004條或類推適用民法第906條第2項第2句負有不作為、排除或適當採取回復措施之義務，則其同時亦承擔了相關成本上之結果一事實上非當事人之第三人或公眾也承擔了部分。此一責任歸屬的主要理論基礎在於，妨害者對其所造成之影響最有能力且能以最有效的方式排除，同時其亦從造成妨害的土地利用過程當中獲得利益。最後，基因科技法

第36a條第4項即如同民法第830條第1項第2句一般，意欲解決受損害者在舉證上之困難。易言之，受損害者之損害賠償請求權，不應該只因無法從若干潛在原因者當中證實究由誰之行為造成損害或產生影響，即必須承擔主張失敗的後果（參閱BGHZ 55, 96 (98) ; 101, 106 (111))。另一方面，所有權人、使用者或是設施營運者之利益應該在以下之情況被納入考量，亦即當其必須為相關影響承擔共同責任人，而且就具體個案之情況觀之，其行為足適造成一個權利上之影響時（基因科技法第36a條第4項第1句）。此處所建立之共同責任係與民法第840條第1項之主要觀點一致，亦即當受損害者承受眾多損害原因者所造成之損害時，不應由受損害者去承擔只能向個別原因者主張部分的損害賠償責任之風險。

(bb)透過鄰人之保護相關規定，基因科技法第36a條意欲實現2004年基因科技修正法所引進規範目的之不同栽種方式共存利益（基因科技法第1條第2款）及歐盟法所欲保障之不同栽種方式共存的理念（參閱歐盟指令2001/ 18/EG 第26a條； BTDrucks 15/3088, S. 30）。依據基因科技法第1條第2款之規定，其規範目的在於確保食品以及飼料等產品不僅能透過傳統式或有機式，亦能夠透過基因科技應用之方式生產及引進市場銷售。即

如先前所述，此一目標設定可從基本法第12條第1項及第14條第1項獲得憲法層次之規範基礎。

為了確保前述保護目的之實現，基因科技法第36a條保障鄰人在以下之情形得主張排除請求權以及損害回復請求權，亦即發生受到基因改造有機物之污染，尤其是透過非預期交配之形式所造成者，而導致使用權利受到重大影響（參閱BTDrucks 15/3088, S. 19 und 30）。相對於本法透過預防義務及良好作業規範之規定，以達成負責任的基因改造有機物利用行為，以及從源頭避免基因科技法第1條第1款與第2款所稱之法益與利益因受到此類有機物之污染而導致重大影響，本法另一方面係透過基因科技法第36a條之規定，以避免即將發生之財產影響以及平衡因鄰人之產品所造成之財產損害（參閱BTDrucks 15/3088, S. 30）。農業生產者之選擇自由及各種栽種方式的財產權亦藉此獲得保障（參閱BTDrucks 15/3088, S. 19）。而任一種生產方式之採行亦不應該對於採行其他生產方式之人造成經濟上的威脅。

再者，透過不同栽種方式共存之保障（基因科技法第1條第2款）並藉由廣泛、透明可辨識的產品選擇以保障消費者的選擇自由，並同時對於每個人在法律上與規劃上之安定性提供保障。另一方面亦藉由風險溝通使不

同生產方式能在社會上共存，並促成社會和諧（參閱BTDrucks 15/3088, S. 19 und 21）。

最後，基因科技法第36a條的立法目的在於將歐盟法所欲保障之不同栽種方式共存的理念，在內國層次獲得實現，而此亦使基因科技法第36a條所欲追求之目標獲得附加的價值。尤其歐盟層級的核心訴求在於，藉由標示措施與（或）種類單位之規定之遵守，以保障農人在傳統式、有機式或基因改造的栽種方式之間得實現其選擇自由，此外亦保障消費者在非基因科技與基因科技生產的產品之間，亦享有選擇自由。（參閱歐洲執委會2010年7月13日建議書「內國之不同栽種方式共存之措施以避免基因改造有機物之非預期擴散至傳統與生態農業生產準則」，刊載於ABI EU 2010 Nr. C 200, S. 1）。

倘若基因科技法第36a條第1項第1款將因基因改造有機物污染而導致產品被禁止引進市場之情形定義為重大影響，縱使目前尚未有相關的上市許可制度，但仍與歐盟法目前針對特定基因改造有機物與本身與相關產品所規定之栽種與上市禁止相符合（歐盟指令2001/18/EG第6條第9項、第19條第1項）。

(cc)此外，基因科技法第36a條之制定亦為了促進基因科技法第1條第1款之規範目標，及憲法上受保障之重

要價值，例如人民生命、健康與環境，同時亦包括可能之相關人之財產權。(基本法第2條第2項第1句、第14條第1項與第20a條)。因此就實現前開目標而言，基因科技法第36a條不僅是作為履行預防義務及良好作業規範之預防性措施，同時該條中作為具體化及補充鄰人法之條文內容以確保鄰人得排除(特定)污染之規定，亦具有避免基因科技法第1條第1款所稱之法益免於受到基因科技危害之作用。倘若有機物尚未被許可引進市場，則亦適用於前開情形(基因科技法第36a條第1項第1款)。

(dd)基因科技法第36a條的規範目的亦包含，為基因科技之研究、發展、利用以及科學的、技術的與經濟發展之獎勵，建構一個法律架構(基因科技法第1條第3款)。基因改造有機物之釋放與栽種原則上係屬法所允許，亦即倘若法律上之容許界線未被逾越或是良好作業規範有受到遵守，則基本上鄰人必須忍受因基因改造有機物污染所造成之影響。此外，基因改造有機物栽種在責任法方面受到與傳統栽種相同的對待(基因科技法第36a條第3項)，亦能促進基因改造有機物之大規模栽種。

(b)在基因科技法第36a條對於鄰人法之補充及具體化規定當中，由於包含有基本法第14條第1項第2句賦予立法者在形成與限制財產權內容方面

享有廣泛的空間(參閱本院判決BVerfGE 53, 257〈293〉)，因此就實現本法所追求之公共利益目標而言，係屬適當且必要。

另一方面，並沒有其他同等適當，但負擔較輕微的手段，可供立法者採用。其他解決途徑，例如糾紛調解程序以及基因改造栽種與有機栽種特區之設置等方式，乃屬解決不同栽種方式共存問題的另類型態之理念，且並非適當作為實現基因科技法第36a條所追求之目的的方式。

在當時之立法過程當中，有關建構業者自願性責任基金之提議遭到種苗業者之拒絕(參閱德國聯邦議會，於2007年11月26日召開之營養、農業暨消費者保護委員會第61次會議議定書，議定書編號16/61 -, S. 12 Frage Nr. 3)。而至少部分由國家出資設置之責任基金，亦非屬實現基因科技法第36a條所追求目的之適當措施。此外，責任基金之設置亦屬追求另一種目標之手段，蓋就法律層次而言，基因科技利用者即至少已形同被免除了部分由其所引起之結果責任，且相對於從事傳統式或有機生產的競爭者而言，亦獲得較優惠地對待。就總體經濟的角度而言，對於基因科技利用者而言亦失去了誘因，使其除了私人或營運成本之外，亦將其行為所造成外部負面成本納入考量。相對於此，基因科技相關之土地利用對於第三人的

損害性影響將透過國家責任基金之途徑，轉由一般大眾承擔，此即變相形同基因改造產品獲得國家補助。

(c)最後，基因科技法第36a條有關私法上之鄰人法的補充與具體化，係屬對於受影響之利益適當且協調的平衡。

(aa)基因科技法第36a條有關私法上之鄰人法的補充與具體化規定，一方面對於從事經許可之釋放與經許可之上市為目的之栽種的土地使用行為，制定較嚴格之框架條件。特別是在以下之情形，即存在著不以過失為前提的鄰人法之請求權，亦即基因改造有機物之污染縱使在採行了良好作業規範亦無法排除的時候。

(bb)另一方面，對於基因科技應用者而言，鄰人法規定中之相關構成要件的強制性解釋規定內容，亦提供了更多的法律上及規劃上之安定性方面的保障。在基因科技法第36a條之規定尚未被制定之前，儘管法院未能形成一致性的見解，然嘗試仍舊引用民法第1004條與第906條之規定適用於透過花粉、種籽或其他方式所造成之基因污染的情形。但由於前開情形存在著解釋空間，進而造成法律狀態對於可能的利害關係人與基因科技應用者而言皆不甚明確，同時亦導致難以預估責任歸屬的風險。然而此一情形在目前已獲得了改善，亦即透過基因科技法第36a條第1項第2款及第3款

規定之適用，得以將重大影響是否存在之判斷，藉助與歐盟法及德國法上所確立之許可標準等規範性標準之連結予以認定。此種方式不僅能適用於相關之基因科技利用者，鄰人亦得爰引作為判準。藉由在責任法制上對於基因改造有機物栽種及傳統方式栽種給予平等的對待（基因科技法第36a條第3項），大規模的基因改造有機物栽種亦得以在特定範圍內被實施與發展。而且從制度上來看，基因科技應用者並沒有明顯地被課予較嚴格的「特別責任」，亦無立於淨承受鄰近農業栽種之影響而不受保護之處境。蓋基因改造有機物栽種者亦得爰引民法第1004條及第906條之規定，對於來自於鄰近非基因改造栽種之農地所產生之重大影響主張排除請求權，或縱使其有義務忍受該重大影響時，亦得向對方主張適度的費用補償。若就鄰人法中之不以過失責任為前提的妨害責任制度而論，其基本條件之規範亦適用於傳統式或有機栽種之業者。至於在基因科技法第36a條第4項中所規定之舉證減輕的規定，依據聯邦法院向來見解，並無抵觸一般鄰人法規定當中之基本原則（參閱BGHZ 101, 106〈108〉）。

儘管被課予責任之土地所有權人與利用者所引起之侵擾係屬非蓄意，然而該侵擾之排除係維繫於前開土地所有權人與利用者之意圖，且另一方

面其亦從具侵擾性之利用行為獲得利益。土地所有權之狀態責任的法理基礎係建立在財產支配權以及相關聯的利益與負擔。縱使土地所有權人未施加任何行為，但土地的使用利益依據現行法之規定仍歸屬於土地所有權人時，則其亦必須自行承擔該物之負擔，即使土地所有權人並未創設或引起危險之產生（參閱本院判決BVerfGE 102, 1〈19〉）

(cc)由於本法意欲在土地鄰人、不同農業生產方式共存之確保以及避免與預防基因科技危害等利益之間取得平衡，因此財產權、職業自由、人民生命健康與環境則特別被視為受危害之憲法法益而受到保護。此外，尚有其他歐盟法上所承認之重要公共利益以及消費者之保護亦藉此獲得強化。而倘若必須對於這些受保護之法益進行利益衡量的話，則憲法的角度來看，立法者所採取之利益權衡並無可非難之處。

c)儘管基因科技法第36a條對於基本法第12條第1項保障之執業執行方式造成侵害，然而在憲法層次上係屬具正當性。

aa)具污染源性質之土地的營利性質經濟性利用，係歸屬基本法第12條第1項之保護範圍。儘管基因科技法第36a條當中之規制事項並非單獨特別針對基本法第12條第1項所為之規範，但無論如何的確涉及基本法第

12條第1項所保護的相關典型行為。基因科技法第36a條係對於基因改造有機物應用之營利與生產行為訂定了法律上及經濟上之框架規範，此一規定對於立法者而言，亦屬促進良好作業規範發展、應用與執行之預防性措施。此亦是基因科技法第36a條與民法第906條之間主要相區分之處，蓋後者在規範上對於職業相關性質或私人性質之土地利用係給予同等方式之對待。

因此，基因科技法第36a條除了基本法第14條第1項之外，亦必須對於基本法第12條第1項予以考量。

bb)儘管基因科技法第36a條並未包含直接性之侵害，然而基本權保護並非僅侷限於直接性之侵害。縱使法規範或公權力行為並非直接針對執業行為所作成，而係客觀上呈現出執業規制性的傾向，但仍屬基本法第12條第1項之保護效力所及之對象。（參閱本院判決BVerfGE 95, 267〈302〉；97, 228〈254〉；111, 191〈213〉；stRspr）。

基因科技法第36a條當中有關私法上之鄰人法規的補充規定與具體化規定，係屬對於職業自由行為適當之影響與限制規定。此一立場亦包括涉及責任歸屬發生時所產生之經濟上之結果，儘管該結果重大地影響到個別的基因科技應用者，而且對其在其他職業上之行為而言，亦可能產生具影

響性的作用。此外，該規定對於利用土地從事經濟性行為之人產生誘因，促使其透過良好作業規範之遵守（基因科技法第16b條），以避免賠償責任歸屬情形之發生，同時亦會促使其於作成職業執行方式及是否進入市場之決定時，對於可能產生之成本進行評估。此一規定對於職業方面上標的物之構造、實施範圍以及方式之選擇產生影響，影響所及尚包括上市物品之種類、品質與價格。此一有關私法上之鄰人法規的補充規定與具體化規定亦通常會涉及基本法第12條第1項所保障之土地營利性質之利用，同時亦對於相關之職業執行方式設定了框架性規範。

此一責任歸屬之規定對於立法者而言，不僅可作為土地相鄰關係者利益衝突時之平衡措施，亦屬促進良好作業規範發展、應用與執行之預防性措施，其同時亦可作為保障農業上不同栽種方式共存之規範工具。此一規範作用係獲得民法第906條及聯邦憲法法院判決之肯認，倘若基因科技法第36a條規定僅是前述意旨之具體化，則亦當作相同之理解。儘管鄰人法上之一般性規定僅彈性地對於職業執行方式制定框架性條件，而相對於民法第906條規定，基因科技法第36a條係屬具獨特性質且非僅為彈性的規範職業作用，然而立法者係透過基因科技法第36a條第1項至第3項之規定及

強制性解釋規定，將民法第1004條及第906條中之鄰人法責任的核心構成要件予以具體化，而未給予司法有其他解釋或個案適用之空間。此一規範尤其通常係針對土地之營利性質使用的情形。基因科技法第36a條第4項當中有關減輕請求權人舉證責任之規定，在基因科技法適用領域範圍內係拘束所有的法律適用者，然而相對於此，除了類推適用民法第830條第1項第2句及民事訴訟法第287條之規定之外，民法典並沒有類似的一般性規定。

cc)對於職業自由所造成之間接侵害，在憲法上係具有正當性

(1)從消費者保護的角度觀之，基因科技法第36a條所規定之上市許可規定，並無抵觸法治國原則之疑慮。在涉及營利性質的基因改造有機物栽種時，應提出許可申請之人通常並非依據民法第1004條、第906條及基因科技法第36a條規定負有責任之農場經營者，而是經許可上市之種子的生產者。無論如何，此一公法性質之許可並非對於獲得許可之人提供一個具第三人效力之擔保，保證該獲得許可之利用行為即不會產生影響或損害。

除去基因科技法第23條第1句中明確規定有關排除請求權之失權規定不論，前開之許可係無涉與私法之損害賠償責任問題。亦即該許可制度無意將影響損害相關之責任加諸至國家

身上，亦無意為一個嗣後產生的損害賠償責任創設一個信賴基礎。

歐盟命令Nr. 1829/2003第7條第7項及第19條第7項亦相對應地規定，許可證之發放並非涉及排除食品或飼料業者相關之一般性私法或刑法責任。縱使公法上相關規範對於依據基因科技法取得許可之人進行規制以及相關規定已獲得該取得許可之人遵守，亦與此無涉。蓋此些公法規範的制定目的係為維護公共利益而嘗試降低遺傳物質之改變所造成之風險，而不具有免除侵擾者或損害加害人私法上之責任的功能

(2)基因科技法第36a條係屬符合比例原則之職業執行方式的規範。

此一規範條文有關土地利用方面的財產權內容與限制規定，被視為法所容許。而基於同樣的理由且從職業執行方式的規範觀點而言，此一規範條文不僅有助於合法公益目標之實現，同時就此目標之實現亦屬適當、必要且具相當性。

dd)倘若經濟性質之行為自由受到限制之人，未能被基本法第12條第1項之保護領域所涵蓋，則應構成一般行為自由之侵害，縱使如此，基於同樣的理由，此一侵害係具有正當性。

d)基本法所保障之研究與學術自由亦同樣地未受侵害

aa)基因科技法第36a條有關私法

上之鄰人法的補充與具體化，係屬對於學術自由行為之影響以及限制的適當規範。該規範對於學術人員在私法上的結果責任之前提予以確定，也同時改變研究自由的架構條件。亦即，具體的責任風險、責任存在時之結果以及因預防措施所產生之費用成本等，即構成問題提出之決定以及研究計劃之範圍及實際執行之重要因素。透過嚴格且不以過失為前提之責任制度，學術研究被如此地引導，風險應儘早地被想像以及實驗應朝向儘可能不使基因科技改造有機物對於他人土地、第三人及公眾造成污染或降低到最小程度。

bb)此一對於研究與學術自由之侵害具有正當性

在涉及基因改造有機物研究工作之土地利用事項領域中，存在著各種相衝突之基本權與憲法規範所保障之利益。而由於基因科技法第36a條所欲追求之規範目標乃係具有基本法第2條第2項第1句、第12條第1項、第14條第1項以及基本法第20a條自然生存條件之國家目標等之憲法規範基礎，故此些憲法層次之價值得以作為限制研究與學術自由之正當化事由。

立法者當初即致力於相衝突之法律地位間之調和。立法者此一訴求不僅可以從基因科技法第36a條所追求的公共利益得知，亦可以從2008年基因科技法修正案之政府草案說明洞悉

。當中指出，基因科技法之規範內容應以促進德國的基因科技之研究與應用為目的來建構，同時與預防原則相呼應地，應該以人民與環境之保護作為基因科技法之最上位目標。此外，農人與消費者之選擇自由以及不同栽種類型之共存，亦應該受到保障（參閱BTDruks 16/6814, S. 10）。相對應於前述之目標設定，除了基因改造有機物之擴散與栽種的可接受度之外，立法者亦意欲透過程序上之簡化以推動「綠色」基因科技之研究。但另一方面立法者亦透過嚴格的民法責任對於研究設定界線，以避免第三人權利受到危害與影響。

在本法當中，立法者所選擇採取之手段，不僅以充分的程度慮及當事人在憲法規範上受到保障之法益，同時也對於憲法上之相關規範予以恪守。

儘管基因科技法第36a條基於保障相衝突之法益的目的，對於研究與學術自由以及其他基因改造有機物之應用課予嚴格的責任要求。非屬經許可上市之基因改造有機物在基於研究目的而被釋放時，則一旦基因污染被證實，即屬構成重大影響並也成立了不以過失為前提之鄰人法責任（基因科技法第36a條第1項第1款）。若涉及經許可上市之基因改造有機物之研究或實驗時，則良好作業規範的操作方法必須予以遵守（基因科技法第16b

條第2項及第3項）。從基因科技法第36a條第2項來看，此上這些規定皆屬經濟上合理的要求。而且倘若重大影響的產生未透過防護措施或良好作業規範予以阻卻的話，縱使研究行為亦無法免除相關賠償責任。由於即使在研究的範疇當中，具污染性質之土地的利用者亦能引發因開放式田野栽種而可能無法避免的基因擴散風險，因此對於基因改造有機物之實驗性質引進環境而言，研究人員即必須特別地謹慎地選擇適當的栽種基地。儘管有現行這些嚴格責任的規定，然而就基因科技法第1條第3款所定之促進目的的實現以及研究優勢地位的確保而言，立法者仍肯認德國應在此方面有所貢獻，但前提是，民眾與環境同時必需之保護的相關研究，以及與前者之間的兼籌並顧亦應獲得促進。

就相互衝突的利益進行衡量時，縱使從偏惠研究與學術自由的角度來考量，則就結果而言，一個不受到社會利益目的以及政治目的的考量所拘束的學術，對於國家及社會毋寧最適合的方式（參閱本院判決BverfGE 47, 327〈369 f.〉）。因為「綠色」科技領域當中的研究，無論是安全性研究、發展研究或是其他附隨性質研究，皆對於公共利益具有高度重要性，其通常對於例如人體健康與環境等重大利益之保護而言，皆屬重要基礎。對於含有基改有機物或以基改有機物製造

之產品的發展而言，蓄意性質的基因改造有機物之釋放通常係屬必要的過程（參閱歐洲共同體2001/18/EG指令中第23點之立法理由）。依照「階段原則」之要求，此類有機物其管制上之放鬆以及釋放範圍的擴大只能在一定的前提下，亦即前一階段已針對人體健康與環境進行評估，並認定下一階段得以進行時（參閱歐洲共同體2001/18/EG指令中第24點之立法理由）。此外，在以下的條件下始得審酌摻有基因改造有機物之商品或其本身作為商品者是否引進市場，亦即該商品於研發階段時已針對其可能影響之生態體系進行田間試驗（參閱歐洲共同體2001/18/EG指令中第25點之立法理由）。縱使在經許可上市之後，亦應該建立監控與市場觀察機制。而當與人體健康或環境危害方面的知識有新的發現時，歐盟成員國亦有權限對於基因改造有機物本身或摻有基因改造有機物之商品之採用或銷售實施暫時性之限制或禁止。藉由對於經許可上市之基因改造有機物的研究，係可作為良好作業規範發展的基礎，而亦有助於不同農業栽種方式的共存。最後值得注意的是，引進環境當中的基因改造有機物與其周遭生態體系所產生的交互作用不能僅被視為非蓄意產生的附帶結果，其毋寧是不可或缺的研究標的。典型的情形例如，在有關研究計畫的範圍內應該對於不同農業

栽種方式共存之相關基礎資料進行調查、評估以及在專業建議之下進行試驗。又例如在開發與安全性研究方面，基因改造有機物於環境之擴散，亦屬試驗不可或缺的一部分。

基於偏重保護財產及營業自由、人民生命、健康與環境等此些具有憲法位階之法益的基本立場，在進行利益衡量時必須處於如此立場設定，亦即基因科技改造有機物的研究可能對於前述之法益造成危害。尤其有關基因改造有機物的影響作用以及對於人體、植物、動物以及生物多樣性引起哪些損害，至今仍未能釐清，因此該類有機物許可上市之前所進行之安全性與開發研究即可能伴隨著高度的風險存在。

經許可上市之基因改造有機物的試驗性栽種可以有助於共存(Koexistenz)方面資料的獲得，藉此得以對於不同農業栽種方式和諧共存有所助益。然而另一方面，與基因改造有機物栽種相衝突的利益（尤其是基本法第12條第1項第14條第1項及第20a條）亦可能因為此類有機物與鄰近農地作物交配或其他方式污染而受到影響。此外，就任何研究領域而言皆使然，無論是蓄意性的或意外性的將基因改造有機物釋放到環境，在特定的情形下可能發生不可逆轉的結果，或是可能對於第三人之法益或環境產生不可回復的影響或損害。

倘若吾人能對此一觀點予以肯認的話，則立法者在基因科技法第36a條中的利益衡量偏重保護前述相衝突之利益，亦無足以非難之處。而且此一規定對於基於研究目的而為一定作為之土地所有權人或土地利用人而言，仍屬合理之要求。

e) 基因科技法第36a條並未抵觸一般平等原則

一般平等原則（基本法第3條第1項）要求，所有人在法律上皆應被平等地對待。然而並非意謂著，立法者不得為任何的差別性對待。然而依據個別的規範標的與差別性特徵，對於立法者為差別性對待時，存在著各種不同的限制，其包含有單純的恣意之禁止乃至嚴格受到比例原則要求之拘束。

利用土地從事基因科技應用之人，其同時係屬本法有關鄰人法之具體化以及補充性規定之規範對象，而依據基因科技法第36a條第1、2及4項之規定，係受到不相同的對待。亦即相較於其他僅承擔一般民法鄰人法之責任的污染物排放者，利用土地從事基因科技應用之人承擔不同類型之責任。縱使此處特別的責任制度係涉及以特定之群體為對象，然而事實上係涉及針對不同類型之事實情狀給予不同型態的處理方式，亦即基因改造有機物的應用之於其他類型的土地利用。因此立法者在此僅受到恣意之禁止的

拘束。

立法者係依照事物相關的區別標準，採取差別性對待。基因科技法第36a條第1項第1款至第3款係將差別性對待的連結性，建立在受影響之使用權人在遭受基因改造有機物之污染時的法律狀態以及在此情形下產生的不利益為基礎。針對在傳統式或生態栽種過程因污染而產生的基因改造有機物而言，現階段沒有相似的許可及標示義務之規定。基因科技法第36a條第2項中的差別性對待係僅針對特定之法律狀態，亦即僅針對處理經許可上市之基因改造有機物之人相關的法律狀態。此外基因科技法第36a條第4項的規範用意在於，將司法實務在一般鄰人法中之污染行為人妨害責任的範圍內所逐步發展出的基本原則，在基因科技法的領域中透過法律予以明文規定。

立法者透過前開差別性的對待係為追求前述之具有憲法規範地位的正當公共福祉。而這些公共福祉係具有重要地位，因此不僅得正當化對於基本法第12條第1項、第14條第1項以及第5條第3項第1句造成之侵害，亦得以作為對於不同群體或事物之差別性對待的正當化事由。

法官：Kirchhof

Hohmann-Dennhardt

Bryde Gaier

Eichberger Schluckebier

Masing Paulus

「三邦門檻」判決

BVerfGE 111, 382

德國聯邦憲法法院第二庭2004年10月26日判決

- 2 BvE 1, 2/02-

程明修 吳瑛珠 譯

要目

裁判要旨

案由

判決主文

理由

A.機關訴訟之標的

I.國家補助政黨財政之發展與規定

II.第一與第二原告之歷年得票率與歷年之國家補助

III.兩原告之主張

IV.被告之主張

V.其餘參考資料

B.原告之訴部分合法

I.原告之訴部分合法且有理由

II.第一原告之訴部分合法但無理由

關鍵詞

最低選票門檻

(Mindeststimmenquorum)

選票部分(Wählerstimmenanteil)

捐贈部分(Zuwendungsanteil)

選票帳戶(Wählerstimmenkonto)

裁判要旨

1.政黨籌措資金之權利不應透過規費方式造成成立新政黨之困難，亦不應不當損害小政黨之活動。

2.政黨法第18條第4項第3句使成立新的小政黨及加深其宣傳主張的政

黨競爭之困難。此規範隱藏著使政治多樣化喪失之危險性，且限制政黨競爭。

3.「三邦門檻」使黨章符合政黨法第2條第1項第1句而僅在單一邦內之政黨，與相較他跨邦政黨，在政黨競爭上處於劣勢，因而違反平等。

4.聯邦憲法法院法第64條第3項所允許立法者可以採取行為的期限，此期限在特定條件下重新開始計算，儘管立法者在修法時並未更動原文。

案 由

第二庭在2004年10月26日依據2004年6月30號言詞辯論而作成判決 -- 2 BvE 1, 2/02 --

在言詞辯論程序中確認之聲請1，德國眾議院以及參議院 a) 2002年6月28日修正案第3條(BGBl. I S. 2268)涉及政黨法第18條第4項第3句之修正，其中規定，依據政黨法第18條第3項第1句第3款，達到聯邦眾議院至少5%或至少三個邦議會前次選舉超過1%，或者在單一邦議會前次選舉獲得超過5%政黨票得票率之政黨，始可請求國家經費補助。以及 b) 2002年6月28日修正案第1條修改政黨法第18條第4項第1句，可以依據政黨法第18條第3項第1句第1款請求國家經費補助的政黨，僅限於根據政黨法第18條第4項第1句規定，達成0.5%以及1%之得票率者。其乃侵犯原告基本法第21條第1項以及基本法第3條第1項之權。

原告：灰黨(DIE GRAUEN)，代表人：Graue Panther, Kothener Straße 1--5, 42285 Wuppertal, 訴訟代理人：Rechtsanwälte Dr. Paul Michael Günther und Koll., Döppersberg 19, 42103

Wuppertal -

被告：

1.聯邦眾議院，代表人：眾議院院長，Platz der Republik 1, 11011 Berlin，訴訟代理人：Prof. em. Dr. Erhard Denninger, Am Wiesenhof 1, 61462 Königstein，

2.聯邦參議院，代表人：參議院院長，11055 Berlin -- 2 BvE 1/02--；

以及聲請2.德意志聯邦眾議院以及參議院透過2002年6月28日第八次的政黨法修正案侵害基本法第21條第1項第1句以及基本法第23條第1項，其乃透過修正案第3條將對於政黨之國家經費補助條款之限制提高，將由原本1%的邦議會選舉得票提高為5%或者1%的三個邦議會得票率。

原告：生態民主黨(Ökologisch-Demokratische Partei (ödp))，代表人：Herrn Uwe Dolata, Herrn Prof. Dr. Klaus Buchner, Bohnesmühlgasse 5, 97070 Würzburg，訴訟代理人:Prof. Dr. Hans Herbert von Arnim, Im Oberkämmerer 26, 67346 Speyer -

被告：

1.聯邦德國眾議院，代表人：眾議院院長，Platz der Republik 1, 11011 Berlin，訴訟代理人:Prof. em. Dr. Erhard Denninger, Am Wiesenhof 1, 61462 Königstein，

2.聯邦參議院，代表人：參議院院長：11055 Berlin -- 2 BvE 2/02 --

判決主文

1. 兩案合併判決。

2. 德國聯邦眾議院與參議院於2002年6月28日經由第八次政黨法修正政黨法第18條第4項第3句，而損害原告基本法第21條第1項以及第3條第1項之權利。依該法，政黨未獲得歐盟或者聯邦眾議院選舉之5%的政黨票時，僅能依政黨法第18條第3項第3句第3號規定，必須在三個邦議會前次選舉獲得1%，或者至少在單一邦前次議會選舉超過5%得票率時，始得申請國家經費補助。

3. 第一案原告之部分聲請駁回。

理由

A. 機關訴訟之標的

2002年6月28日修正並在2005年1月1日生效之第八次政黨法修正案，其所規定，政黨在前次歐盟或者聯邦眾議院少於0.5%得票率之時，政黨僅得獲得對於黨費於捐款部分的政府補助，僅當其於三個邦議會前次選舉超過1%或者單一邦前次議會選舉有超過5%的得票率。此規定與機關訴訟明顯相關。

此外，第一案原告反對政黨法第18條第4項第1句後半之規定，僅於達到選舉之最低選票門檻(Mindeststimmenquorum)時，始得獲得該次之選舉選票之補助。

I. 國家補助政黨財政之發展與規定

1. 1988年12月22日政黨法第五次修正，其中政府對於政黨以用選舉競選補助與所謂的基礎經費(Sockelbetrag)之方式，被聯邦憲法法院於1992年4月9日宣告違憲。因此，政黨經費補助在1994年1月28日(BGBl. I S. 142)第六次政黨法修正時重新予以規定，爾後，國家部分補助政黨成為替代選舉競選經費補助之方式。當政黨在最近一次的歐盟選舉或者聯邦眾議院有獲得至少0.5%得票率，或者在單一邦前次議會選舉有獲得超過1%的得票，則可以獲得國家的經費補助。國家補助的給付分為依照選舉結果給付（選票部分）(Wählerstimmenanteil)，以及依照黨費及自然人的政治獻金（捐贈部分）(Zuwendungsanteil)。

國家對政黨的部分補助以兩方式限制補助金額上限：首先，對政黨補助的經費不得超過最高上限補助金額（政黨法第18條第2項以及第5項第2句），其次，國家的補助經費不允許超過政黨於該年內所自籌的收入（相對上限，政黨法第18條第5項第1句）。

2. 1995年由總統召集獨立鑑定委員會審查新規範的計算基準與影響（與第六次政黨法修正的第18條第6項、第7項比較），其對政黨法第18條有明確建議。在其報告中(BTDrucks

14/637, S. 21 und 25 f.) 確認選票部分與捐贈部分的補助呈現不平衡，而須繼續密切注意。在1995年到1998年之間，捐贈部分補助約佔選票與捐贈部分補助總額之60%。如果此一趨勢在往後數年被確認，則依委員會意見，該計算基準須要改變，以避免國家財政因過高的捐贈部分補助而耗竭。

3. 因1999到2000年冬天所發生的政治獻金醜聞案，聯邦總統召集獨立鑑定委員會審查現行政黨財政相關法律。委員會在其報告中提出80點對於政黨財政法律的規定(BTDrucks 14/6710)。

a) 在此報告中，委員會有鑑於選舉部分以及捐贈部分補助的不協調，而建議修改計算基準，以盡可能達到補助的一半。

b) 基於政黨法第18條第4項，委員會建議不改變選舉部分補助的門檻。雖然，對於小黨得依據各邦不同而可以獲得相對少的選票，就足以獲得政黨法第18條第3項第1句第3款之全聯邦範圍的補助，並無抗議不公的產生。但仍被建議，現行的門檻規定繼續保留，因提高國家補助政黨的門檻，是為對於憲法上權利的限縮，而涉及侵害政治機會平等。

4. 在2002年4月16日社會民主黨(SPD)、基督教民主黨(CDU)、巴伐利亞基督教社會聯盟(CSU)、綠黨(Grünen)以及自由民主黨(FDP)等黨團提

出政黨法第八次修正案(BTDrucks 14/8778)。

a) 此修正案規定政黨法第18條自2002年6月1日多項改變：

對選舉部分的補助未來應由0.51歐元調高為0.70歐元，而捐贈部分補助由0.51歐元降低至0.38歐元。依照獨立鑑定委員會意見，此應有助於選舉補助與捐贈補助兩端的平衡。投票率以及選舉人對一政黨贊成或反對的決定，未來應成為國家補助政黨的重點保障。

此外，400萬內之得票應從每票0.66歐元調整到0.85歐元，以補助政黨高財政要求的公共任務。此些政黨雖然無法跨過5%門檻而進入議會，但其在選民間仍有不小的影響性。

b) 最後，在政黨法第18條第4項的草案中規定自2005年1月1日起引進「三邦門檻」。依此，政黨在邦議會選舉之得票，僅當其至少在三個邦議會選舉有超過1%的選票，或者在單一邦前次議會選舉至少有超過5%的政黨票，其選票始被列入國家對於捐贈部分補助的計算。

在草案理由書中敘明，此規定得使國家之部分補助得在聯邦政治觀點下單一化。在現行的規定中，邦議會選舉門檻將造成在大小不同之各邦有不同的票數要求。現行規定誘使小黨、極端政黨刻意在城市邦(Stadtstaat，譯者按：一市即為一邦，例如漢堡

，柏林等邦）參與競選，而可在無大阻礙下獲得國家補助。若未考慮政黨所參選的各邦，而使其同樣得參與全聯邦範圍的捐贈部分補助計算者，此舉長期以往將成特權。「三邦門檻」將促使有意參與基於聯邦範圍的國家捐助部分補助之政黨，也能認知其在聯邦政治中的意義。然在單一邦深耕的政黨，其國家補助的計算仍包括在內，因新規範對於選票部分補助（Wählerstimmenanteil）計算未受影響。

5.a)法律草案在法律制定程序中，並未有較大的變動。政黨法第18條透過政黨法第八次修正案第1條第1點與第6條第1項被修正(8. PartGÄndG, BGBl. 2002 I S. 2268)，並在2002年6月1日生效：

第18條

國家補助的原則與範圍

(1)政黨獲得資金作為部分補助基本法所要求的行為。分配金額則依政黨在歐盟、聯邦眾議院及邦議會的得票率、黨費收入和其政治獻金收入。

(2)每年對政黨之國家總補助金額不得超過1億3千3百萬歐元。

(3)政黨每年在下列範圍內獲得國家部分補助

1.0.70歐元給每票政黨票，或者

2.0.70歐元給每一選區票，若政

黨名單並未被該邦所允許，以及

3.0.38歐元給政黨自行籌措的每

一歐元（黨費、議員黨費與合法取得之政治獻金）；此中，每自然人最高僅被考量3,300歐元。

除第1款與第2款外，政黨在400萬有效票之內，每票獲得補助0.85歐元。

(4)依據第3項第1款與第3款請求國家補助的政黨，其須於前次歐盟以及聯邦眾議院選舉獲得0.5%的選票，或在一邦議會選舉有獲得超過1%的政黨有效票；依據第3項第1句第1款與第2句之政黨，必須在個別選舉中符合上述條件。依據第3項第2款請求國家補助的政黨必須在選區獲得超過10%的有效票。

(5)國家對政黨之部分補助不應超過其自行籌措資金（相對上限）。對於所有政黨的補助總額不應超過絕對上限。

(6)至(8)……

b)依據政黨法修正法第3條以及第6條第3項，政黨法第18條第4項自2005年1月1日起為：

依據第3項第1句第1款請求國家補助的政黨，其須於前次歐盟或者聯邦眾議院選舉獲得0.5%的選票，或在一邦議會選舉有獲得超過1%的政黨有效票；依據第3項第1句第1款與第2句之政黨，必須在該選舉中符合上述條件。依據第3項第1句第2款請求國家補助的政黨必須在選舉區獲得有效票超過10%。依據第3項第1句

第3款請求國家補助的政黨，必須至少在前次歐盟或者聯邦眾議院獲得0.5%，或者在至少三個前次邦議會選舉中有獲得1%，或者在單一邦前次議會選舉中有超過5%的政黨票得票率……。

II. 第一與第二原告之歷年得票率與獲得之國家補助

1.a) 第一案原告在1989年7月12日成立，並於1990年第一次參與聯邦眾議院選舉。其分別獲得0.8 % (1990)、0.5 % (1994)、0.3 % (1998)

以及0.2 % (2002)的政黨票。在歐盟選舉中則獲得0.8 % (1994)、0.4 % (1999)以及1.2 % (2004)的得票率。

b) 第二案原告於1981年10月10、11日成立，並自1990年開始參與聯邦眾議院選舉，歷年獲得0.4 % (1990,1994)、0.2 % (1998)以及0.1 % (2002)之政黨票得票率。歷年歐盟選舉則獲得0.8 % (1994)、0.4 % (1999)以及0.6 % (2004)得票率。

c) 在近10年二聲請人在邦議會選舉得票率則詳見頁390之表。

灰黨／生態民主黨	94	95	96	97	98	99	00	01	02	03	04
巴登—伍騰堡邦 (Baden-Württemberg)			0,3/1,5					0,0/0,7			
巴伐利亞邦 (Bayern)	xx/2,1				xx/1,8					xx/2,0	
柏林邦(Berlin)		1,7/0,3				1,1/xx		1,4/0,2			
布蘭登堡邦 (Brandenburg)	0,3/0,1					xx/xx					
布萊梅邦 (Bremen)		0,7/xx				xx/xx				0,8/xx	
漢堡邦 (Hamburg)				0,7/0,0				0,2/xx			1,1/0,1
黑森邦(Hessen)		0,4/0,2				xx/0,1				xx/0,1	
麥克倫堡—佛波門邦 (Mecklenburg-Vorpommern)	0,4/xx				0,2/xx				0,2/xx		
下薩克森邦 (Niedersachsen)	0,5/0,1				xx/0,1					0,3/0,1	
北萊茵—西發利亞邦(Nordrhein-Westfalen)		0,7/0,3					xx/0,0				

萊茵—法爾茲邦 (Rheinland- Pfalz)			0,7/0,5				xx/0,3		
薩爾邦(Saarland)	0,6/0,2					xx/0,3			
薩克森邦 (Sachsen)	xx/xx					0,3/xx			
薩克森—安赫德 邦(Sachsen- Anhalt)	0,5/xx			xx/xx				xx/0,1	
什列斯威—霍爾 斯坦邦 (Schleswig- Holstein)			xx/0,1			0,3/xx			
杜林根邦 (Thüringen)	0,4/0,2					xx/xx			0,8/0,2

xx - 代表未參與選舉

2. 兩案原告均參與國家政黨部分補助的分配。

a) 最近一次對於 2003 年（依據：2004 年 2 月 2 日）的補助中，第一案原告獲得選票補助金額 18,779.5 歐元，捐贈部分補助 563,768.37 歐元。在考量絕對與相對最高上限之下，最後獲得總共 464,000.9 歐元。（德意志聯邦眾議院關於 2003 年政黨部分補助之行政報告，於附件二，<http://www.bundestag.de/bic/finanz/index.html>）

b) 第二原告在 2003 年度的選票補助則有 85,044.20 歐元以及捐贈部分補助 544,531.81 元。在考量最高級相對上限的狀況下，其總共獲得 501,458.47 歐元。（德意志聯邦眾議院行政報告，前揭書）

III. 兩原告之主張

1. 第一案原告在 2002 年 7 月 1 日具摘要與聲請書，提出機關訴訟。其指摘該規定違反基本法第 21 條第 1 項與第 3 條第 1 項。

a) 聲請書中抨擊「三邦門檻」威脅該黨生存。因該黨至今尚未能進入國會，財政上倚重黨費與政治獻金。國家經費補助多在捐贈部分的補助。依照往年選舉結果，將在「三邦門檻」之標準下，其擔心此一財政上轉折，將使之無法承受。

並無明確事實能正當化何以一政黨之捐贈部分補助被排除，當其已透過 1% 的地方選舉與 0.5% 的聯邦選舉足以證明其在政治上的嚴肅性時。

被告在法律制定程序中所列之理由並無法正當化此憲法上的不利益：

對於一政黨而言，在較小的邦獲得1%的選票並未易於大邦。一個特殊規定如「三邦門檻」始可被允許，當一政黨以濫用的方式，為了獲得政黨法第18條第3項第1句第3款的補助，因而僅在單一邦參選時。然其自身並不應該被譴責；因其過往亦曾投入高額經費於人口較多的邦與全聯邦範圍參與選舉。

「三邦門檻」所植基理由為：現行規定對僅在單一邦有1%的選票，但卻同時可在全聯邦範圍內享有捐贈部分補助之政黨有利。此一理由，不具說服力，政黨雖僅在特定地域內有選舉成功結果，但卻仍可在聯邦範圍內獲得黨費與政治獻金，無異於證明其在聯邦範圍內有一定的政治意義存在。實際上，「三邦門檻」所針對的是小的、極端的政黨。然則，此類政黨於聯邦憲法法院尚未宣告違憲政黨之前，仍受機會平等原則所保障。

b)第八次修正案第1條新規定之政黨法第18條亦為違憲。依據政黨法第18條第4項第1句後半，政黨在多次選舉中若無超過政黨法第18條第4項第1句前半之門檻票數，則無法被計算為選票部分補助。縱令，其在此些選舉中取得獲得大部分的選票。雖然政黨法第18條第4項第1句後半在1994年將政黨補助制度引進政黨法時已經納入，然則不平等的加劇，則開始於選票部分(Wählerstimmenanteil)的計

算，由每票0.51及0.66歐元調整到0.7以及0.85歐元。此外，此一部分的調高與捐贈部分補助的降低相結合，對於黨費與政治獻金收入之每歐元補助由從0.51歐元降至0.38歐元，將造成尚未進入國會的小黨越來越衰落，因小黨多透過捐贈部分的補助參與國家分配，而大黨較多透過選票補助。

2.第二案原告在2002年9月3日提出機關訴訟。其同樣認為基本法第21條與第3條第1項受侵害：

a)「三邦門檻」將威脅到其競爭力。因為其僅經常在巴伐利亞邦議會選舉中僅有1%的得票率，若其作為小黨可得到的國家補助，則首要將是捐贈部分的補助。此部分未來預計將佔6/7的國家補助，也因此，幾近於1/4該黨之總收入。

國家補助設定最低選票門檻，此舉，在憲法上是可想像的。保障政黨參與政治意識形成的嚴肅性，以及為避免濫用國家資源，為聯邦憲法法院判決中所保障的利益，此得以正當化對選票的補助設定門檻限制。相反地，捐贈補助是為了鼓勵政黨在社會政治領域的深耕，而該深耕乃經由黨費及民眾政治獻金被予以突顯。是故，一方面指摘政黨，因其僅欲獲得補助請求，而對於黨費與政治獻金的努力不夠嚴肅或者濫用，另一方面，當其獲得捐助時又同時被認為是政黨在社會的深耕，此兩者為相互矛盾。原告

參與政治的嚴肅性，從選舉結果來看應無庸懷疑。此外值得贊同的是，小政黨在選民間確實呈現在選舉結果不足的現象。選舉的門檻限制使選民有所顧忌，擔心選票的浪費，因而避免選票投給此些小黨。

c)此外，「三邦門檻」違反政治程序的開放性原則與政黨機會平等原則。其以不當之方式使新政黨的產生困難，因其通常首先於一邦內形成。次者，此限制對於主要於一或兩邦經營的區域政黨亦為不利。新政黨法第18條第4項第3句的「5%門檻」並排除此一不同意見；人們不應認為，新成立的政黨在首次參與邦議會選舉時，即獲得5%的得票率。

d)另外，侵害的條文規範也損害比例原則。新規範欲將「小黨、極端政黨」拒於捐贈補助部分之外，此一目的並不適當，而無法對正當化機會平等之侵犯。確認政黨是否為基本法所稱之「極端」，此一權限屬聯邦憲法法院。

若立法者僅欲對具有聯邦範圍政治意義的政黨提供捐贈部分補助，而欲排於參選特定城市邦而以濫用之方式意欲參與國家之捐贈補助分配的政黨，則「三邦門檻」欠缺必要性。因為，此門檻規定並無考慮各邦大小不同。第二原告在1998年舉行的巴伐利亞邦議會選舉中，其所獲得1%的政黨票票數的結果，相較於是在布萊梅

(Bremen)、漢堡(Hamburg)、麥克倫堡 — 佛波門邦 (Mecklenburg-Vorpommern)、杜林根邦(Thüringen)以及薩爾邦(Saarland)等各邦的總和。設若對立法者而言，在三個小邦獲得1%得票率的結果即代表具有全聯邦範圍的政治意義者，則應先對在大邦獲得1%選票的政黨給予肯認。

e)最後，新規定違反狹義比例原則。政治程序的開放性以及保障政黨機會平等原則，此二利益遠較於政黨具有聯邦範圍政治意義而參與國家補助分配以及避免小黨可能濫用參與補助的利益為重。

IV.被告之主張

依據聯邦憲法法院法第65條第2項必須給予聯邦總統、聯邦眾議院、聯邦參議院及聯邦政府在機關訴訟中陳述意見之機會。

聯邦眾議院以此陳述，其認為釋憲聲請無理由：

1.a)立法者對於政黨的國家部分補助有較大之形成空間，尤其依照政黨選舉結果而為不同處理，乃為憲法上的義務。因此，在實踐一規範時，就會以政黨的積極度，其如何履行其主要任務，與如何在代議機關斡旋人民參與政治意見的形成等，作為指標。政黨擁有其存在的權限及範圍，僅在其對於選民展示魅力，以及承擔努力失敗的風險時。聯邦憲法法院曾在判決中強調(BVerfGE 73, 40 [86]; 85,

264 [288, 292])，於未來的參選並無實際機會於聯邦或各邦達成5%的門檻之破碎小黨，其生存並不能僅靠「國家財政大餅」之賜。

b)1994年1月28日第六次政黨法修正法新規範的政黨財政導致部分需要修正的扭曲與不平等。破碎小黨在選舉中由選民獲得的收入僅佔總國家補助的1/5。人數僅佔選民一小部分的黨員，同情者之政治獻金捐款與國家資助此類政黨則佔4/5強。這更證明，小黨的生存依附於國家的資助意願上。此種狀況與政黨自由於國家的原則(Der Grundsatz der Staatsfreiheit politischer Parteien)以及財政自籌先於國家補助原則並不相符。

1999年時，第一原告之捐贈部分補助較選票部分補助超過24倍，2001年時到達46倍。同一時期，第二原告的捐贈部分補助較選票部分補助超過10倍。此種不調和之狀況與獨立鑑定委員會對於政黨財政的建議大相逕庭。在此狀況下，則有必要建構國家政黨財政的計算基礎模式，以儘可能達到選票部分與捐贈部分補助的平衡。

2.與原告意見相左者為，新政黨法之限制乃為達成法律目標適當且必要；其削弱政治程序的公開性並無大到不可避免。

a)立法者認為，「三邦門檻」可達成選票部分與捐贈部分之分配標準方式盡可能平等的目標。從政黨主要

任務為獲得選票以及其意願的落實，由此得以證明，刻意的將濫用為獲得聯邦範圍補助但卻僅在區域參選的政黨予以排除，乃為達成憲法原則目標之有意義方式。

b)「三邦門檻」並未侵害政治民主程序的開放性至失重的地步。立法者並無對各邦人口多寡予以區分門檻的規定，而是制定一個期待政黨逐步調整的統一的、典型化的規範。此外，法規是否違憲並不取決於偶然、可能有損組織的單一政黨。

V.其餘參考資料

1.聯邦憲法法院由邦選委會獲得原告歷年參與邦議會選舉與選舉結果的資料。

2.在2004年言詞辯論程序中原告以及被告均陳述各自法律立場。聯邦選委會作為聯邦憲法法院法第27a條的鑑定人，分別對於原告以及小黨、極端政黨的國家部分補助陳述意見。

B.原告之訴部分合法

I.原告之訴部分合法且有理由

聲請書1.a與聲請書2為合法(zulässig)且有理由。

被告於2005年1月1日起生效之政黨法第18條第4項第3句(三邦門檻)所定，政黨在歐盟以及聯邦眾議院選舉未超過0.5%的得票率，則僅能依據政黨法第18條第3項第1句請求國家補助，當其至少在三個前次舉行邦議會選舉的邦有1%或者於單一邦前次

邦議會選舉有超過5%的政黨票得票率。此一規定侵害原告在政治競爭上之機會平等權。

1.政黨在政治競爭之機會平等權由基本法第 21 條與基本法第 3 條第 1 項導引出(vgl. BVerfGE 85, 264 [296]; 107, 286 [294])。其與選舉普遍性原則與選舉平等原則有密切的關係(Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG)，而此二者之形成乃源於民主原則。

基於此理由—如同選舉普遍性原則與選舉平等原則保障選舉人被平等的對待—為嚴格平等(streng formal)(vgl. BVerfGE 104, 14 [20] m.w.N.; stRspr)，並且原則上為禁止差別對待，除非有特別重大理由(zwingenden Grund)始得以合理化。政黨之機會平等權使得立法者的裁量限縮(vgl. BVerfGE 73, 40 [88 f.] m.w.N.; 82, 322 [337 f.]; 85, 264 [297]; stRspr)。國家不應扭曲現有之競爭狀態(vgl. BVerfGE 69, 92 [109]; 73, 40 [89]; 85, 264 [297]; 104, 287 [300]; stRspr)。因為在多黨體制下的政治競爭應存有差異，這乃依據人們的希求。此點不允許公權力忽略或者破壞。

2.2005年1月1日生效的政黨法第 18條第4項第3句(8. PartGÄndG Art. 3)，並無法符合憲法上對於形式平等原則之要求。該規定對原告之不平等待遇(a)，且無法在憲法上正當化(b)。

a)若在歐盟以及聯邦眾議院選舉

未超過0.5%的得票率，則依據侵權的規範原告僅能獲得補助，當其至少在三個前次舉行邦議會選舉的邦有1%或者於單一邦前次議會選舉有超過5%的政黨票得票率。設若其無法達成三邦門檻的條款，則其無法獲得政府對於政治獻金以及黨費的補助。此況導致國家對於政黨經費分配的不平等。如原告一般僅在邦議會獲得少數選票的政黨，未來將較跨過「三邦門檻」之成功政黨，處於財政上極大的劣勢。

b)原告之受不平等待遇並不能以政黨財政的濫用(1)，選票補助及捐贈補助的衡平(2)，政黨自由於國家的原則(Der Grundsatz der Staatsfreiheit politischer Parteien)(3)，聯邦範圍政治意義的要求(4)，或者以對抗「極端」政黨的目標(5)，在憲法上獲得合理化。

(1)立法理由(BTDrucks 14/8778, S. 13, 20)顯示，過去小黨僅單在各邦提出少數的候選人，以獲得聯邦範圍的捐贈部分補助的計算可能。這種在城市邦選舉形式之濫用趨勢，並沒有在柏林、布萊梅過往的選舉中得到證實。在聯邦憲法法院判決中的濫用，乃指缺乏政治行為的嚴肅性(vgl. BVerfGE 24, 300 [340, 342]; 41, 399 [422]; 85, 264 [293 f.]; stRspr)，在此並無充足的呈現。

在柏林選委會資料中，在 2001

年參與邦議會選舉的共有 19 個黨，其中 14 個未達到 5% 門檻。其中有兩個政黨—第一原告(1.4%)與共和黨人 (DIE REPUBLIKANER (REP, 1.3%))—有獲得超過 1% 的政黨票。在 1999 年有 22 個政黨參加選舉。在 18 個並未達到進入議會門檻之政黨中，僅有 4 個政黨獲得超過 1% 的政黨票：共和黨(Die REP) 2.7%，自由民主黨(FDP) 2.2%，以及動物保護黨(Tierschutzpartei)與第一原告各有 1.1%。

類似的狀況也在布萊梅。2003 年有 13 個政黨參與選舉，其中有 11 個並無跨過議會門檻。在這之中有 4 個達到最低選票門檻(Mindeststimmennquorum)，法治國攻勢黨(Die Partei Rechtsstaatliche Offensive) 4.4%，自由民主黨(FDP) 4.2%，德意志人民聯盟(die Deutsche Volksunion (DVU)) 2.2% 以及民主社會黨(die Partei des Demokratischen Sozialismus (PDS)) 1.6%。在 1999 年僅有 9 個政黨參選，其中有 6 個政黨在 5% 的門檻之下，4 個政黨得以請求參與政黨財政補助—德意志人民聯盟(DVU (3.0%))，民主社會黨(PDS)(2.8%)，自由民主黨(FDP) (2.5%) 以及布萊梅與布萊梅港勞動黨(die Partei Arbeit für Bremen und Bremerhaven e.V.-- AFB --) (2.4%)。

在漢堡邦議會 2004 年的選舉有

13 個政黨參加。在 10 個沒有達到進入邦議會門檻的政黨，有 4 個獲得超過 1% 的政黨票：德意志中心黨(Die Partei Pro Deutsche Mitte -- Pro DM/Schill -- (3.1%))，自由民主黨(FDP (2.8%))，彩虹黨(die Partei REGENBOGEN)以及第一原告各有 1.1%，其中僅有彩虹黨(1.7%)有達到最低選票部分。

此數字與城市邦跨過最低選票比例門檻的小政黨作比較後，無法作出選舉關係之刻意濫用的結論：在薩克森於 1999 年有 15 個政黨參與選舉，12 個政黨無法跨過進入議會的門檻。其中有 4 個達到最低選票門檻，綠黨(BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)(2.6%)，德意志中心黨(Pro DM)(2.1%)，共和黨(REP)(1.5%)，德國國家民主黨(Nationaldemokratische Partei Deutschlands -- NPD) (1.4%) 以及自由民主黨(FDP) (1.1%)。

類似結果也在 2000 年什列斯威—霍爾斯坦(Schleswig-Holstein)的邦議會選舉中呈現。12 個政黨中有 4 個進入議會，此外，有兩個政黨，民主社會黨(PDS)(1.4%) 以及德國國家民主黨(NPD)(1.0%) 獲得國家部分補助的最低得票率。

縱使在較大的邦，其選舉結果亦與上述狀況相去不遠。2003 年 13 個政黨參與巴伐利亞邦議會選舉，10 個政黨未達到 5% 進入議會的門檻。

僅有 4 個政黨—巴伐利亞自由選民社團(Freien Wähler Bayern e.V.)(4.0%)，自由民主黨(FDP)(2.6%)，共和黨(REP)(2.2%)以及第二原告(2.0%)—達到參與政黨補助的限制。類似的結果也在 1998 年的邦議會選舉，差異為當時多 6 個政黨參與選舉。在 2000 年北萊茵—西發利亞(Nordrhein-Westfalen)有 28 個政黨參與選舉，24 個政黨無法進入議會。而僅有共和黨一黨達成 1%的條件。1995 年有 20 個政黨參與邦選舉，在未進入議會之政黨中僅有自由民主黨(FDP)得以參加國家的政黨補助分配(4.0%)。

由此看來，立法理由中所述小黨刻意挑選城市邦參選，並不成立。自新的政黨財政生效以來，在城市邦所參選之小黨數目與其他邦並無多大區別。

類似狀況也在選後能夠參加政黨財政分配的政黨數。在此更明顯呈現，各邦在其範圍內均有自己的條件限制，而非僅受到其範圍大小影響選舉結果。縱使兩原告多次參與城市邦以及薩爾邦的選舉，然而兩原告與競選成功仍有不小的距離，唯一例外的是第一原告在其「固有邦」柏林的參選。此外，從目前城市邦的選舉結果無法得出，現行補助之最低補助得票門檻無法有效阻止政黨濫用請求國家補助。

(2)即使是為了要衡平國家部分

補助之選票及捐贈部分，也無法使「三邦門檻」的不平等在憲法上獲得合理化。

(a)第一案被告強調，在選票部分與捐贈部分之間存有不平衡，此不平衡對於原告的國家部分補助造成影響。獨立鑑定委員會針對政黨補助建議(vgl. BTDrucks 14/637, S. 21, 25 f.)，選票部分與捐贈部分盡可能衡平，因而，立法者認為有需要儘快採取作為。「三邦門檻」是為了盡可能達成國家補助之選票部分與捐贈部分的標準一致。

(b)透過「三邦門檻」得以調整目前在選票部分與捐贈部分之不平衡，此立法者之意見並無在立法理由中獲得證實。雖然在法律草案中的前言有第一案被告所述之相應內容。然而在草案總論(vgl. BTDrucks 14/8778, S. 13 unter Ziff. 4)與各論(vgl. BTDrucks 14/8778, S. 14, zu Absatz 3)之處僅敘述，鑑定人所批評之計算標準不平等可透過減少約1/3的捐贈補助方式改進。引進「三邦門檻」作為解決選票部分與捐贈部分的不平等之方式，其理由並無見於法律草案中。解釋何以引進「三邦門檻」之目的及需求，僅在國家部分補助的濫用危險，以及政黨之聯邦政治性意義作為政黨補助的條件限制之處。

(c)以欲達成預期之法律效果而言，「三邦門檻」亦不適當(geeignet)

作為平衡選票部分與捐贈部分不平等的方法。

當政黨未達到「三邦門檻」而無法獲得捐贈補助時，該政黨僅可因在各邦議會選舉獲有1%的選票，而取得補助。「三邦門檻」將導致「全有或全無的原則」之意義，因當政黨失敗時，將無法獲得任何的捐贈補助，反之，則將計算全聯邦範圍之捐贈。以「三邦門檻」之效果方式，在概念上已無法將現行選舉補助與捐贈補助的失衡，在個案中適當地衡平。若欲達成其於理由中所強調之前提，則「三邦門檻」—其無異為一邦之「5%門檻」—並不適合作為平衡的調校工具。而且此舉也無法改善選舉部分與捐贈部分之間的關係。

(d)最後，「三邦門檻」對於基本法上所保障之政治程序開放性的限制，亦無法在憲法上合理化。

(aa)依照制憲者之憲法政治決定，基本法上之民主為多黨民主。基本法第21條第1項第1句規定政黨參與政治意見形成。首先在基本法第21條第1項第2句規定了成立自由以及政黨的自由競爭，此使民主可能實踐(vgl. BVerfGE 85, 264 [285]; 91, 276 [286])。在選舉與投票甚或者在仲介、形成人們的政治意志時，政黨應在企圖達到自由與開放政治程序的基本法中的民主體系為承擔者。

憲法所保障的政治程序開放性植

基於個別與社會意見、利益與需求的差異。其保障在相互競爭之政治社團的組織自由。此政治程序的開放性，聯邦憲法法院在其判決中重述強調乃屬民主原則的中心(vgl. BVerfGE 14, 121 [133]; 73, 40 [86] m.w.N.; 85, 264 [288, 293]; 91, 276 [285 f.])。政治程序的開放性特徵為，隨時可成立新的政黨，而使新的政治思想有機會在人民的政治意志形成過程中有影響可能性。基本法第20條之民主程序的開放性，也在於預防政黨事務的僵化(vgl. BVerfGE 91, 276 [286])。

為了使憲法所設之政治競爭能實踐，需要有機會平等的條件，特別是「政治市場」的開放入口。

(bb)縱使是小黨也對於政治程序以及政治生態有意義。

建構於政黨與有效競爭的制度化政治體系，不僅需要新競爭者的共同參與，也需要既存的小黨。政黨間要能持續存在競爭，僅在於競爭不停留於既存的成功政黨間，而是透過新競爭者的加入與小黨的持續挑戰，而使競爭能不斷地擴張、加劇以及被挑戰之時。

當小黨擁有達成其政治目標的實際機會時，小黨才能加強政治體系的學習能力。多黨體制的政治意義以及競爭的需求，特別展現於國會政黨的反響中，此些反響乃來自與小黨的競爭中常被強迫，闡明小黨所提出的中

心議題。

縱令為潛在的競爭，亦即新的小競爭者以可信的解決方案而有勝選的機會，會強迫穩固的政黨對人民的反饋，以儘可能阻礙新競爭的成立以及小競爭者的成功。

(cc)政黨財政制度不應透過規費來增加新政黨成立與其加入政治競爭的難度，亦不應不合理的削弱政黨活動。特別是，門檻規定不應以保護競爭為由被濫用。

政黨法第18條第4項第3句加劇政黨成立與政治競爭主張的困難。此規定含有喪失政治多元性的危險以及導致限制政黨競爭。

(α)「三邦門檻」要求新成立政黨同時在三個邦政治上積極並且參選獲勝。政黨之建立、招徠黨員、提出政治議題以及開拓選民階層，並非易事，其必須將其努力置於多個邦，且財政支出僅僅或主要必須由黨費與政治獻金而來。在單一邦初次參選成功，而達到最低票數的補助門檻，政黨一異於目前—首先僅能透過選票補助參與國家政黨財政分配。此種分配部分往往不大，往往對於新政黨無法達到重要的財政支持。

此點並非僅由原告所提出的財政關係可以獲得確認。即使在聯邦眾議院院長所掌的選票帳戶(Wählerstimmenkonto)中也清楚證實，當一政黨在邦議會選舉僅略跨過最低票數門

檻時，政黨票部分(Zweitstimmenanteil)的國家補助在何種範圍內變動：排除政黨法第18條第3項第2句調高的選票補助部分(每票0.85歐元)，自由民主黨(FDP)在1999年布蘭登堡選舉獲得20,472票(1.8%)，在2002年的補助中，換算僅得17,401歐元。因為超過補助的絕對上限(§ 18 Abs. 2 PartG)，2002年補助實際金額約少23%，是故，可被列入計算的部分均以比例減少(§ 19a Abs. 5 Satz 2 PartG)；此於2002年7月1日生效的條文，文字幾乎與直至2002年6月30日有效的政黨法第19條第6項第2句相同)。

類似變動亦於選票部分之補助(Wählerstimmenanteil)，第一原告在2001年柏林選舉獲得22,093票(1.4%)，2000年民主社會黨(PDS)於什列斯威—霍爾斯坦(Schleswig-Holstein)邦議會選舉獲得20,066票(1.4%)，1999年自由民主黨(FDP)在薩克森23,369票(1.1%)，而2002年法治國攻勢黨(Schill-Partei (PRO))在麥克倫堡—佛波門(Mecklenburg-Vorpommern)獲得16,483票(1.7%)。

此數據更顯明，當政黨雖達到最低票數門檻，但卻無進入邦議會時，能夠被計入國家政黨補助金額的票數何其少。刪節捐贈部分的補助，將對新政黨造成特別的影響，因為原則上其政治工作必須單純依靠黨費與政治獻金支撐，且其自行營收的部分將成

為其最大的收入。不同於已經成功之政黨，其除可得到支持者的政治獻金，也可以得到選民的選票，後者更可透過選票部分成為財政果實，然而，新的政治力量始須努力獲得在選民間的成功。因此，設若一個政黨能跨過最低選票門檻—縱使在三個邦—捐贈部分較選票部分補助更為重要。

因此，系爭規定扣留未來新政黨之國家對自行營收的補助，並且排除所有欲進入競爭市場的政治力量獲得重要的國家部分補助。

(β)一如聯邦選委會在言詞辯論程序中所強調般，透過系爭規範也將明顯改變現行政黨生態。雖然透過2002年7月1日新生效的政黨法第18條第3項第1句第1款以及第2句，調高選票部分補助，但現存小黨則將因「三邦門檻」的生效，如同新加入選舉的政黨般，有財政上的虧損(與上述[a]比較)。如此發展趨勢，將對競爭能力有重大影響。

(dd)對「三邦門檻」之理由，也同樣適用在一邦之「5%門檻」。當政黨僅有跨過5%門檻且因而能進入邦議會時，才得以享有國家部分補助之捐贈部分補助，將不成比例的加深新成立政黨進入一邦政治活動的困難(vgl. BVerfGE 85, 264 [293 f.])。

(3)即使是政黨自由於國家的原則(der Grundsatz der Staatsfreiheit politischer Parteien)也無法使政黨法

第18條第4項第3句在憲法上正當化。

政黨不僅在政治上，經濟上與組織上亦依賴人民的贊同與支持。透過國家經費的提供，不應使爭取選民支持的政策錯誤風險被排除(vgl. BVerfGE 73, 40 [86] m.w.N.; 85, 264 [287])。在選舉成功外，成功獲得黨費以及政治獻金，亦為政黨深根於民眾之重要指標(vgl. BVerfGE 104, 287 [302])。最後，將自行營收的多寡—除獲得選票部分外—作為國家補助的標準，在憲法上並無疑慮(vgl. BVerfGE 85, 264 [292 f.])。

因捐贈補助與選票補助的強烈失衡，而會形成依附國家之小黨，第一案被告此所述狀況不存在，也因此無法正當化違反平等的侵害。因為立法者已經在政黨法第18條第5項第1句設定國家補助僅達自我營收所得的相對上限，亦因而確立，政黨至少有半數資金非來自國家。

小黨會依賴國家財政補助的顧慮，除無法獲得憲法上之觀點支撐外，實際上，也無法從德意志聯邦眾議院對國家財政補助佔政黨總收入的資料中獲得證實。國家從1998到2003年間對第一聲請人的補助約佔其總收入21%至34%之間。同一時期，國家補助佔第二聲請人之總收入約25%到32%，德國國家民主黨(NPD)在19%到25%之間，德意志人民聯盟(DVU)在12%到34%之間，德意志中心黨

(Partei Pro DM)在2%到21%之間，在共和黨(REP)則在40%到43%之間。此補助百分比數與同一時期國會政黨相去無幾：社會民主黨(SPD) (30%到36%)，基督教民主聯盟(CDU) (15%到33%)，基督教社會聯盟(CSU)(27%到32%)，綠黨(GRÜNE) (32%到35%)，自由民主黨(FDP) (26%到31%)以及民主社會黨(PDS) (33%到39%)。

(4)違反平等的「三邦門檻」侵害，也無法透過立法者要求，依據各政黨聯邦範圍的政治意義參與國家部分補助，在憲法上合理化。

(a)「聯邦政治意義」的標準已違反基本法上之聯邦體制，此一體制對政黨內容條文以及對政黨的國家財政資助存有重要性。在基本法第21條第3項基礎上，政黨法第2條第1項第1句以合憲之方式具體化基本法第21條第1項的政黨定義(vgl. BVerfGE 89, 266 [269 f.] m.w.N.; 91, 276 [284]; stRspr)。政黨法第2條第1項第1句同樣涉及所有政黨之憲法地位以及伴隨的權利，並無另行考慮，其政治意志形成是否在聯邦或者在單一邦具有影響，以及其是否以進入聯邦眾議院或者邦議會為目標。

基本法第21條第1項第2句確立政黨之成立自由與行動自由，其亦包涵組織自由與章程自由。政黨因而得自由選擇標示身分的標誌、形成政治目標、落實黨章以及選舉議題。設若一

黨提出侷限於一邦內的社會議題以作為政治綱要，且僅欲影響單一邦人民之政治意見形成、更進入邦議會使其議題實踐，就基本法第21條第1項而言，此同樣具有可支持與保護之價值，一如一黨的政治活動程序涵括跨邦利益以及其政治競爭之議題以聯邦範圍為主。此外，一政黨也不受限於在特定區域的政治議題，而可以自由的專注於單一邦。在此種狀況下，透過他邦居民以用政治獻金或者黨費的支持，也可能促成該黨日後於他邦的擴展。以國家經費的方式來限制此種發展，則與基本法第21條第1項第2句不符。

政黨法第18條第4項第3句之「三邦門檻」，要求欲參與捐贈補助的政黨，未來一在「聯邦政治意義」的強調下一在至少三個邦有政治義務。此規定使合乎政黨法第2條第1項第1句將其黨綱專注於一邦的政黨，在政治競爭上相較於跨邦之競爭者，被不平等地弱化。

(b)當「聯邦政治意義」的觀點造成小黨弱勢無法被正當化時，亦代表第一案被告所提及，當政黨在一邦達到5%門檻進入邦議會時，才能透過聯邦眾議院對聯邦政治影響的觀點為無理由。

(5)次者，系爭規定也不能以對抗「極端」政黨為由而加以正當化，此觀點是第一案被告之訴訟代理人於

言詞辯論中所提出。基本法第21條第2項之禁止效果，旨在要求，當聯邦憲法法院並未透過判決宣告政黨違憲並解散時，禁止國家任何對抗政黨之行為，並且保障政黨有行動自由權利。因此，要正當化對政黨權利的不平等對待，並無法以推測政黨「極端」而有違憲可能為由。

II. 第一原告之訴部分合法但無理由

第一聲請案之b為合法(zulässig)，但無理由(unbegründet)。

第一聲請案之b乃第一原告針對政黨法第18條第4項第1句後半的「個別條款」，依此規定，達到個別選舉中的最低得票門檻乃為獲得選票補助的前提。

1. 此聲請符合聯邦憲法法院法第64條，因此本件聲請合法，因其亦在聯邦憲法法院法第64條第3項的期間內。雖然政黨法第18條第4項第2句後半於1994年已在政黨法之中，且在第八次政黨法修正時文字上無更動。

a) 聯邦憲法法院迄今為止只有針對憲法訴願作過判決，同意在一定期限內對於法規範以容許的方式加以侵害(vgl. § 93 Abs. 3 BVerfGG)，而此期限可以在特定條件下重新開始起算；雖然立法者在法律修正時並未更動文字。法院所指的狀況是，法律修正時已然形成或強化了指摘條文的違憲性(vgl. BVerfGE 11, 351 [359 f.]; 12,

10 [24]; 26, 100 [109]; 45, 104 [119] m.w.N.; 78, 350 [356]; stRspr)。

聯邦憲法法院法第93條第3項發展下的原則，因可比較的期限規範目的(vgl. BVerfGE 11, 255 [260]; 24, 252 [257]; 80, 188 [210]; 103, 164 [170 f.])而可類推於聯邦憲法法院法第64條第3項，若此侵害針對立法者的措施。憲法訴願與機關訴訟均為了針對將規範成為案件，而該規範意義上有變動，以及透過此規範造成主觀法律地位之主體首次或者逐漸的不利益。

b) 2002年6月29日公布第八次政黨法修正，因而重啟聯邦憲法法院法第64條第3項的期限規定。因為，雖然政黨法第18條第4項第1句後半文字並未變動，然而，此規定與該款前半連同計算選票補助之規定(§ 18 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 PartG)形成系統規範結構。第八次政黨修正案之第1條第1項提高選票獲得之國家補助，因而也影響至政黨法第18條第4項第1句後半之「個別條款」。此一提高補助將造成於選舉中經常跨過政黨法第18條第4項第1句前半與很少跨越此門檻的政黨，有更大的財政差距。因此，政黨法第18條第4項第1句後半經過政黨法第八次修正案第1條第1項產生效果的改變。

2. 針對政黨法第18條第4項第1句後半提出之機關訴訟則為無理由。此法律規定在憲法上並無疑慮。

「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

「父母子女所得強制合併申報違憲」判決

BVerfGE 18, 97

德國聯邦憲法法院第一庭1964年6月30日判決
- 1BvL 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25/62-

柯格鐘 譯

要目

判決要旨

判決主文

理由

- A. 訴訟標的之法條規定
- B. 聲請人意見
 - I. 原審受理之訴訟事件與聯邦財政法院的看法
 - II. 聯邦政府的意見
- C. 程序審查
- D. 實體審查

關鍵詞

合併申報(Zusammenveranlagung)

夫妻所得額折半對分(Ehegatten-Splitting)

分離稅率(Splittingtarif)

同爨合食(Wirtschaften in einen Topf)

生活及經濟共同體

(Lebensgemeinschaft und

Wirtschaftsgemeinschaft)

裁判要旨

父母與子女，依據1951年、1953年、1955年與1958年所得稅法第27條所得應合併申報之規定，與基本法第6條第1項的規定抵觸。

判決主文

1. 1BvL 16/62, 1BvL 17/62, 1BvL 18/62, 1BvL 19/62, 1BvL 20/62, 1BvL 21/62, 1BvL 22/62, 1BvL 23/62, 1BvL 24/62, 1BvL 25/62各事件均受本件共同判決效力之拘束。

2. 1952年1月17日公布之所得稅法（BGBl. I，第33頁，1951年所得稅法）、1953年9月15日公布之所得稅

法 (BGBl. I, 第 1355 頁, 1953 年所得稅法)、1954 年 12 月 21 日公布之所得稅法 (BGBl. I, 第 441 頁, 1955 年所得稅法)、1958 年 9 月 23 日公布之所得稅法 (BGBl. I, 第 673 頁, 1958 年所得稅法), 以上各版本之所得稅法第 27 條規定, 無效。

理 由

A. 訴訟標的之法條規定

納稅義務人與其子女, 依據所得稅法第 27 條規定應合併申報之規定, 為本訴訟審理標的者, 乃如下條文的內容:

1951 年、1953 年所得稅法第 27 條
家戶課稅: 子女

第 1 項 家長與依據第 32 條第 4 項第 2 款規定而有優惠規定適用的子女, 若均屬無限制納稅義務人者 (譯註: 相當於我國所得稅法之境內居住者), 應合併申報所得稅。

第 2 項 在合併申報所得稅時, 家長與子女之所得額應合併計算。

第 3 項 子女因非獨立性工作所獲之所得 (第 2 條第 3 項第 4 款) (譯註: 相當於我國之薪資所得概念), 為子女因現在或將來之工作關係, 取自非由家長經營之事業所獲得的所得, 應自合併申報中分開計算。

1955 年所得稅法第 27 條 家戶課稅: 子女

第 1 項 家長與依據第 32 條第 4 項第 2 款規定而有優惠規定適用的子女, 若均屬無限制納稅義務人者, 應合併申報所得稅。

第 2 項 在合併申報所得稅時, 家長與子女之所得額應合併計算。

第 3 項 子女因非獨立性工作所獲之所得 (第 2 條第 3 項第 4 款), 為子女因過去、現在或將來之工作關係, 取自非由家長經營之事業所獲得的所得, 應自合併申報中分開計算。

1958 年所得稅法第 27 條 與子女之合併申報

第 1 項 納稅義務人與依據第 32 條第 2 項第 1 款規定而有免稅額規定適用的子女, 若均屬無限制納稅義務人者, 應合併申報所得稅。

第 2 項 在合併申報所得稅時, 納稅義務人與子女之所得額應合併計算。

第 3 項 子女因非獨立性工作所獲之所得 (第 2 條第 3 項第 4 款), 應自合併申報中分開計算。

第 4 項 若父母依據第 26 條、第 26a 條之規定分開申報, 而各自對於依據第 32 條第 2 項第 1 款及第 4 款後段有免稅額規定適用的同一名子女, 享有一半免稅額規

定適用之權利與照顧該子女之義務者，該名子女應與任一方之父母合併申報。在合併申報時，子女所獲所得分成一半，與合併申報之父或母的所得額，合併計算之。

只要在申報期間內，納稅義務人（家長）之子女，為4個月內即可滿18歲之年齡以下者（譯註：實歲未滿17歲8個月的子女），基於上述任一版本的規定，納稅義務人（家長）均有子女優惠或子女免稅額規定之適用。同樣適用此處「子女」規定者，除婚生子女外，尚包括婚姻中之繼子女、聲稱其為婚生之子女、養子女、非婚生子女（僅適用於生母）（譯註：生母之私生子女）與寄養子女（所得稅法第32條）。至於子女是否與納稅義務人（家長）同住，及是否對父母享有扶養請求權者（民法1602條第2項），並不重要。

B. 聲請人意見

I. 原審受理之訴訟事件與聯邦財政法院的看法

聯邦財政法院在以下之10件訴訟事件中，依據基本法第100條第1項之規定而停止訴訟程序，請求聯邦憲法法院，就1951年、1953年、1955年與1958年之所得稅法第27條規定是否合於基本法規範的疑慮，作出裁判。

以下各訴訟之原告，均係適用於其稅捐申報時，依當時所應適用版本

之所得稅法第27條規定，強制與子女之所得合併計算。他們認為稅捐核課處分，應予撤銷，係主張強制父母子女所得合併申報之規定，牴觸基本法第6條第1項及第3條第1項之規定。以下即為各訴訟事件的基礎事實：

事件1. 第VI 204/61 U裁定：有爭議者為1951年與1952年之所得稅核課處分。該婚姻中之先生，係以公使館參贊身分領有退休金，並以公司監事會成員的身分獲有所得，以及來自農莊土地出租之所得；該婚姻中之太太則獲得，由其已過世的第一任丈夫擁有股權之商業公司所給予的退休金；而該太太在第一任婚姻中，分別於1937年與1938年所生之兩位子女，則擁有其父所留下之遺產（包括該商業公司之股權、租賃所得及資本資產）而取得的所得，其生父係以遺囑之方式排除母親對於兩位子女財產的使用收益權(1 BvL 17/62)。

事件2. 第VI 27/62裁定：有爭議者為1951年至1953年之所得稅核課處分。婚姻之夫妻雙方均取得營業所得與租賃所得。該先生在第一任之婚姻中於1944年出生的兒子，則繼承生母所有的某商業公司股權而因此獲有所得，其生母係以遺囑之方式排除父親對於兒子財產的使用收益權(1 BvL 18/62)。

事件3. 第VI 94/57裁定：有爭議者為1954年之所得稅核課處分。該婚

姻中之先生獲有營業所得，而兩位由太太在第一任婚姻中，分別於1936年與1942年出生的兒子，則是共同與其母親繼承在戰爭中死亡之父親而成為企業之有限責任股東而獲有所得(1 BvL 19/62)。

事件4.第VI 258/61裁定：有爭議者為1954年之所得稅核課處分。該婚姻中之先生，以測量會成員而獲有退休金，先生的姪女乃父母雙亡之孤兒，於1940年出生，並由太太接納為寄養子女，則是獲有租賃所得(1 BvL 20/62)。

事件5.第VI 273/61裁定：有爭議者為1955年之所得稅核課處分。該父親獲有營業所得，其於1937年出生的女兒，則以拍照模特兒與電影演員的身分，獲有獨立性工作之所得(1 BvL 21/62)。

事件6.第VI 182/61裁定：有爭議者為1955年之所得稅核課處分。父母親雙方以商業公司之股東身分而獲有所得。於1938年出生的兒子，則擔任這家公司的職員而獲有所得(1 BvL 23/62)。

事件7.第VI 70/62U裁定：有爭議者為1955年之所得稅核課處分。該婚姻中之先生獲有執行業務所得及營業所得，與其結婚之太太在第一任婚姻中，於1955年出生而未滿18歲的三位子女，係以繼子女之身分，獲有營業所得(1 BvL 24/62)。

事件8.第VI 314/60裁定：有爭議者為1955年之所得稅核課處分。父親因擔任稅捐顧問而獲有所得，其於1937年出生之女兒，則在父親的事務所中擔任職員(1 BvL 25/62)。

事件9.第VI 255/61裁定：有爭議者為1956年之所得稅核課處分。母親獲有營業所得，其於1939年出生的女兒，則以學徒身分在母親經營之事業中工作(1 BvL 22/62)。

事件10.第VI 117/61U裁定：有爭議者為1958年之所得稅核課處分。該婚姻中之先生獲有營業所得，而太太在第一任婚姻中，於1943年出生的兒子，則獲有繼承自亡父之遺產所產生的所得(1 BvL 16/62)。

在上述所有訴訟事件中，子女均須與父母作所得稅之合併申報，比自己分開申報的情況，將增加更多的稅捐負擔，而在某些申報中，所增加之稅捐負擔額亦甚顯著。

在事件1中，原告因此增加之稅捐負擔，若換算其幣值至1956年為止，大約為120,000馬克。原告亦同時指出，儘管夫妻兩人對於兩位子女之財產均無管理或使用權限，且該子女亦未與母親及繼父同住而為生活之共同體，他們仍須與該太太在第一任婚姻中所生的此兩位子女之所得合併申報。在此處，這4人除合併申報稅捐以外，無論是經濟上或其他的方面，均無任何關係可言。

在事件2中，原告因系爭3年度之所得稅合併申報，將分別增加13,750、22,860，及3,861馬克之稅捐負擔。這些年度之所得稅額，基本上，都比這對夫妻申報自己之所得稅額要來得高。據原告所稱，其兒子財產的管理人，拒絕共同分擔所得稅額，並拒絕提供任何有關其兒子之財產與所得的相關資訊。

在事件4中，涉及一位因戰爭而父母雙亡成為孤兒的寄養兒。由於其與寄養父母之所得合併申報，故應繳的所得稅額為478馬克，幾佔該寄養兒自己本身所獲所得之40%，倘若其與寄養父母之所得分開申報者，則僅僅需要支付20馬克之所得稅。

在事件6中，因與父母之所得合併申報，稅額幾佔該合併申報之兒子個人所獲所得之22%，而在事件9中，則佔該合併申報之女兒所獲所得的1/3。

在事件7中，繼父係與太太在第一任婚姻中所生之繼子女所獲的所得合併申報。夫妻雙方之所得共計67,000馬克，而這三位繼子女之所得合計123,000馬克，經由合併申報後，大大地加重其稅捐負擔。

聯邦財政法院在上開訴訟中，作成移送審查之裁定，是以系爭訴訟判決的結果，將繫諸於（依據各該申報期間所適用的版本）所得稅法第27條規定之有效性。各該條之規定，縱使

是1951年的所得稅法，亦屬基本法公布後才施行之法律規範（譯註：德國基本法公布於1949年5月23日）。有別於聯邦財政法院先前所採取之見解，法院現在認為，系爭規範與基本法第3條第1項、第6條第1項之規定牴觸：強制合併申報之規定，若子女有數名者，無論是父母與子女，或者是該數子女彼此間，由於所得稅之累進稅率適用的緣故，均將導致增加稅捐的負擔，且在不少申報事件中所增加之稅負亦相當的顯著。倘若強制夫妻所得稅之合併申報，係牴觸基本法第6條第1項之規定者（譯註：夫妻所得稅合併申報制度已在1957年1月17日作成之憲法法院判決BVerfGE 6, 55中宣告該等規定為違憲），則基於同樣之理由，應可得到同樣的結論。此處之經驗顯示，由於強制合併申報因此增加的稅捐負擔，可能導致家庭成員彼此間為分擔多增加的稅負而爭執，從而對於構築家庭的一體性而言，形成對婚姻維持的危害。此外，對於子女所獲之薪資所得給予特別待遇者，亦與平等課稅原則有違，從而，依據聯邦財政法院之見解，作成一個合憲性之解釋者係屬不可能。

II. 聯邦政府的意見

聯邦政府認為，合併申報之規定係屬合憲。聯邦政府認為，系爭規範須在一個涵蓋整體，屬於對家庭為友善之稅捐法律規範中進行觀察，蓋現

行的稅捐規範讓納稅義務人可以子女之免稅額，或者對於家庭而言屬於特別支出，或屬於非常態性之負擔等方式加以減除，而這些扣除額，縱使是夫妻配偶間分開申報時，亦有適用。父母與子女所得之合併申報，僅會在不到1%的事件中有其適用。換言之，只有當他們的家庭整體所得很高時，才會發生增加稅捐負擔的問題。而縱使對於這些高所得的家庭而言，他們仍可透過減除免稅額，及特別費用支出扣除額等多重方式，來平衡上述規定產生之稅捐上不利利益。又立法者是基於社會國原則之考量，而將薪資所得自合併申報額中分離出來。強制父母子女之所得合併申報者，係因作為稅法規範基礎之經濟觀察法的緣故。最後，在稅法規範制定中，某程度的類型化與一般化是被允許的，尤其是當納稅義務人透過濫用民法之形成自由而藉此分散所得時，必須有加以平衡的機制存在。

聯邦政府雖參與本件訴訟程序，但放棄進行本件之言詞辯論。

C. 程序審查

此一憲法訴訟是合法的。

在前述訴訟中，對於法院之判決而言，均繫諸於每一應受適用版本的所得稅法第27條規定之有效性。縱使是1951年的所得稅法規定，亦非屬基本法公布前即已施行之法律規範，蓋因該法條規定，無論是其文義或內容

，均與基本法公布前之所得稅法的版本內容相同，從而，正如同所得稅法第26條舊版之規定（譯註：即為夫妻所得強制合併申報之規定）一般（參閱BVerfGE 6, 55, 64 ff.），吾人應認為，聯邦立法者在1951年6月27日修訂並簡化先前之所得稅法與法人稅法（BGBl. I, 第411頁）規定時，有意將此處之規定，重新訂入基本法施行後的現行規範中。在該處，從立法資料中雖可見，當時僅對所得稅法第26條之夫妻合併申報規定作詳盡的討論（參閱BVerfGE 6, 55, 65 f.），惟這點並不影響，上述系爭規範屬基本法施行後之法律規範的判斷。蓋吾人若將兩個法條合併在一處，觀察在立法背後所共通的，以家庭間緊密之親屬關係為前提的課稅原則，以及兩法條之間共通的發展歷史來看，即可得知，聯邦立法者有意將此兩個合併申報所得稅之規定（所得稅法第26條、第27條），自本來是相當廣泛適用的家戶所得課稅制度中分離（見前述之第67頁），故而，無論是夫妻配偶間之強制合併申報，或是納稅義務人與其子女間之強制合併申報，均屬一個具有整體性，彼此間具相互關聯性的稅捐法律規範。

D. 實體審查

1951年、1953年、1955年、1958年所得稅法之第27條規定，與基本法牴觸。

1.1957年1月17日之聯邦憲法法院判決（BVerfGE 6, 55），認定1951年所得稅法第26條，強制無限制納稅義務人之配偶，若兩人間並未持續性的分居，即應與納稅義務人合併申報所得稅之規定，係屬無效。在該處，合併申報之規定，並不是因為其作為稅捐稽徵之程序性規定，因而被認為違憲，而是因為其增加了稅捐負擔的效果而被認定違憲。此種增加稅負的效果，基本上是因為，本來應該適用於一個納稅義務人之累進稅率，卻在多個納稅義務人共同申報的情況下，合併計算其所得額，一體適用於同一個累進稅率，必然就會產生的效應。此種僅僅對於婚姻共同體才會適用，並因此產生稅捐上不利益之例外規定，自可被認為違反了基本法第6條第1項的規定。

2.若將上述之原則，適用於此處納稅義務人與其子女應合併申報的事件中進行判斷，吾人亦可毫無困難地得出，系爭規範應屬違憲的結論，蓋因此處仍係將所得額併計，藉此得出家庭共同體所獲之所得，並一體適用於一般個人所適用的稅率中，原則上也會導出增加稅捐負擔之效果。此等因為合併申報而導致稅負增加的效應，若納稅義務人有數位子女同在時，不僅僅會增加父母親之稅捐負擔，也會增加該共同申報之數子女彼此間的稅捐負擔。只要是在一個家庭中，自

己去賺取所得之成員數增加越多者，那麼依據性質的使然，累進稅率之效應就會越發覺得明顯。從以上所爭執之數訴訟事件中已經顯示，部分申報中所增加的稅捐負擔極高。納稅義務人對於上開結果則毫無避免之道，即因該處並未設有分開申報規定的緣故。

若夫妻之間合併申報所得稅的規定，係因抵觸基本法第6條第1項之歧視禁止規定（譯註：婚姻及家庭應受國家秩序的特別保護），因而具有違憲性者，則此處，基於同樣在憲法規範中所包含之禁止損害家庭的同一標準，吾人可得到相同之違憲性的結論。蓋因「家庭」，無論如何，是由父母與子女一起組成之共同體，而此處之子女，一般均承認，可包含繼子女、養子女、寄養子女，以及（適用與生母之間）非婚生子女在內。倘若屬於此處之具有緊密關係的共同體，其合併申報在稅法上之處遇，竟比共同體之成員，以個別納稅義務人的身分進行申報，對於整體家庭之總稅捐負擔而言，因此還更加重者，此種對於家庭不利益的情形，自是抵觸基本法第6條第1項之規定。

3.從而，此處只剩下一個問題，亦即，強制父母與子女之所得合併申報者，是否存在著足以正當化該等規定，而仍可認定其屬合憲的特別情況。在此，並無此種特別情況存在。

a)實務上究竟有多少申報事件，實際適用系爭之規範，與規範本身合憲性與否之判斷，並無關聯（譯註：這是用來駁斥聯邦政府認為系爭申報僅佔全部稅捐事件不到1%比例的說法）。適用所得稅法第27條規定之申報事件，比適用舊版所得稅法第26條規定的申報事件要少得多，這是很明顯的事情。蓋因未滿18歲之子女，卻擁有非屬薪資所得之其他類型所得者，從整體來看，本來就不是相當多數。惟聯邦財政法院畢竟還是指出，父母子女合併申報所得稅之事件，絕非罕見，而且在過去10年間，此類申報數也確實顯著增加了。尤其是在1957年6月18日之平權法案通過後，利用子女名下財產所產生的孳益，原則上不再歸屬於父母親，而是認定為屬於子女個人的所得後，更是如此。然而，以上之說明，仍非關鍵。最重要的是，一個將合併申報與累進稅率綁在一起的法律規範，原則上且必然地就會導致稅捐負擔增加的效果。該條規範，在結構上必然就會導致稅捐上不利益的結果產生，從而，典型適用的申報，也就經常發生稅負增加的效果，僅在少數特別的例外不會發生此種情形而已。

聯邦政府就有關之稅捐申報僅屬少數事件的說法，也無法成立。聯邦政府之說法，只是想要顯示，這些少數會增加稅負的申報事件，不過是一

個法律規範在制定時，立法者所「未料想到的副結果」而已，而此等副結果，在判斷系爭規範是否具合憲性時，可將之忽略。由於系爭規範最根本的內容，就是立法者所想要之稅負增加，蓋因立法者根本上就是認為，這些家庭共同體具備更強的稅捐負擔能力（譯註：憲法法院是要駁斥，這些稅捐規定的出現，正是立法者要這些家庭共同體負擔更多稅捐的意思，並不是不小心才產生的結果）。

僅高所得之家庭共同體，才會因系爭之規範而增加稅捐負擔的看法，並不是正確的。在以上所爭執之數稅捐申報事件中，正好屬於相反的情形。只是對於高所得之家庭而言，這個因累進稅率而陡增的稅捐負擔，感覺特別明顯而已。無論如何，絕不能基於某些一般性的想法，認為稅負僅對於富裕的家庭增加，對這些家庭拒絕基本法第6條第1項規定之適用（譯註：亦即稅法不應基於仇富心態而刻意地增加高所得家庭的稅捐負擔）。

b)吾人不能否認，此等稅捐上不利益之結果，完全是基於納稅義務人既存的家庭關係才發生之事實。如同婚姻一樣，家庭共同體關係，只要是真的合乎所規範之共同生活本質的話，自然也是吾人判斷是否發生經濟上之法律效果的依據（BVerfGE 6, 55, 77）。然而，在第27條之規定中，所連繫之因素均為父母與子女間的家庭

關係，並非以家庭作為經濟共同體的關係作為連繫因素，蓋先前要求子女必須與父母為同一家戶中共同生活的關係，早就被揚棄了。子女僅須未滿18歲而獲有所得，就須與父母之所得合併申報，縱使他們並未與父母形成一個經濟上或私人彼此間的共同體關係而共同生活著，縱使父母對於子女之財產絲毫無管理權限，而子女對於父母亦無扶養請求權者，亦然。相反的，如果子女超過18歲，縱使他們依然住在父母的家中，以其所獲之所得而貢獻於家務中所需支出的費用者，仍然無庸與父母之所得合併申報。從而，此一強制合併申報之規範，完全不是著眼於共同申報者在經濟上共同生活的事實。關於所增加的稅捐負擔，完全是基於彼此間家戶共同生活的正當性理由，所謂「同爨合食」(Wirtschaften in einen Topf)並因此而能節省費用，也因而提高了稅捐負擔能力，此等辯解之說法，比較於夫妻配偶間共同合併申報的規定，係因同居共財效應（譯註：原文為生活及經濟共同體 *Lebensgemeinschaft und Wirtschaftsgemeinschaft*）之說法，更加地欠缺合理的正當性，蓋夫妻配偶彼此間，作為生活與經濟上之共同體，至少是法律規範上要求，兩人應共同合併申報所得稅的前提（譯註：請參前述舊版第26條夫妻合併申報所得稅之規定，係以夫妻間非持續性地分

居作為合併申報的前提）。順帶一提，其他在前述之聯邦憲法法院判決（BVerfGE 6, 55, 77 ff.）中，對於該等辯解所提出的反駁，在此亦有適用。特別是，縱使吾人欲認定，家庭共同體應具備較強之稅捐負擔能力，由於累進稅率之緣故，在多數之稅捐申報事件中，家庭整體因此所增加的稅捐負擔，亦非對於家庭所增加的稅捐負擔能力，以適當關係之方式進行衡量所產生的結果（譯註：換言之，家庭因累進稅率之適用而增加的稅捐負擔，遠高過於其因此被認定增加的稅捐負擔能力）。

c)聯邦政府雖承認合併申報會帶來稅負增加之效果，卻認為納稅義務人之該等不利益，已透過對於家庭友善之整體所得稅法的規定，提供與子女之所得一起合併申報的父母親以稅捐上減除的利益，進而加以平衡。在該處，被提及的規範有子女免稅額（第32條）、特別支出之最高限額的提高（第10條第3項第3款），及承認為家用而支付之非常態性負擔等（第33條、第33a條）。然而，後述兩個優惠性規定，並非適用於每個擁有子女的家庭，而是，僅僅只有在該等規定之特別條件存在時，才有適用的餘地。在評價所得稅法第27條之規定是否具備合憲性時，並不需要考慮個別家庭之特殊情況。只要一個法律規定之結構與實際效應，對於一定條件範圍下

之家庭，均發生稅捐上不利益結果者，那麼系爭規範的違憲性，就無法以該法律規範中，另設有其他對於別的条件範圍下之家庭係屬有利的規定，而來加以推翻。同樣不具任何意義者，係強調本法在整體上，具有對於納稅義務人之家庭為友善規範的立法趨勢。

吾人當然不能說，子女免稅額對於減低家庭之稅捐負擔而言，毫無重要影響。然而，這種利益依然無法平衡因為強制合併申報所帶來之不利。在合併申報下，縱使扣除了子女免稅額後，家庭的稅捐負擔，仍然比個別家庭成員分開申報時，所應有的稅負為重。此點，無論是在1951年、1953年或1955年之所得稅法第27條的規定中，均屬明顯可見。此等之家庭免稅額，因為僅僅讓家庭的成員，各自維繫其生存最低需求之部分免稅，故而，尤其是對於擁有高所得的家庭而言，因為合併申報而適用累進稅率之作用，無法被更進一步地予以衡平（亦請參閱BVerfGE 6, 55, 70）。上述同樣之說明，也同樣適用於一連串依1958年所得稅法第27條規定而處理的稅捐申報事件，儘管在該處，子女之所得額，由於加入夫妻所得額折半對分（Ehegatten-Splitting）計算的利益（譯註：因所得稅法第26條此時已修改，夫妻可選擇分開或合併申報，縱其合併申報，亦係將夫妻各自所得額，折

半對分給對方的方式計算，乘上稅率後，該數額再乘以二，即成為夫妻兩人共同應負擔的家庭所得稅額，稅法實務上稱此為分離稅率Splittingtarif），實際上使得累進稅率的影響，大幅度的削弱。由於納稅義務人與其子女之所得稅額，係折半對分並乘上稅率後的數額，故而，對於家庭之整體稅負而言，若子女之所得額越高者，因折半對分計算所獲得之利益就越高。蓋因在分開申報制下，當其父母親係適用分離稅率而計算稅額時，若子女之所得額越高，適用一般所適用之累進稅率的結果，對於家庭總稅捐負擔而言，將會是較重的稅捐負擔。反之，若其合併申報時，由於適用分離稅率的緣故，將使得家庭總所得所應負擔之稅額降低（譯註：合併申報所得稅之數納稅義務人，其家庭的總稅捐負擔，因所得稅適用累進稅率之故，若所得額是一高一低，尤其是高低間數額差距越大者，將比兩者之所得額彼此間大約相仿的情形，稅捐負擔為更重）。上述情形可能在極端的情況下，亦即子女有高額所得，父母卻無所得之情形，使合併申報之稅捐負擔，比分開申報時為低。然而，此種極少數之例外應可不加以考慮。在多數情形下，縱使有分離稅率之適用，合併申報均顯示其較分開申報更重的稅負。這同樣的道理，是當數名子女均有所得時，允許納稅義務人作分開申

報之利益，即會逐漸增加。

以其他非典型之個案，例如合併申報之納稅義務人，依照所得稅法第2條第2項規定，可以進行損失之填補者，可為納稅義務人帶來利益的說法，與合併申報程序之合憲性與否的判斷，並無關聯。

d)縱使不考慮增加家庭之總稅捐負擔一事，亦如同聯邦財政法院在此處所正確指出的問題，亦即強制父母與子女之所得合併申報者，對於家庭之共同生活而言，也是一種有害的干預。蓋由於合併申報必須計算整體家庭之總稅捐負擔的緣故，若彼此間無特別約定時，在家庭成員之內部關係中，勢必依據合併申報書中各自之所得額而比例分配其稅額。在該處，特別是在夫妻適用分離稅率制度引進以後，在家庭成員彼此間，必須就各自在結果上應分擔多少之所得稅額，而彼此對立著。尤其是，因獲有所得而與父母所得合併申報所得稅的子女，若為子女管理其財產者，乃是另有其人之監護人或是另有照顧者時，由於子女之監護人或照顧者，本即有為了受監護人或受照顧者之最佳利益考量的義務，從而，非常容易發生，監護人或照顧者為了子女之利益，拒絕因為合併申報而比分開申報因此必須多繳的稅捐。在上述VI 27/62之申報事件中顯示，此種爭議對於一個家庭的經濟基礎，會有不良的影響。此舉也

極可能因此破壞不少的父母親，預備接受失去雙親之寄養子女的心理準備。在所得稅法第27條之規範下，家庭共同體的稅捐債務，也同時製造了家庭成員彼此之間內部的義務關係。由於結構之因素，這樣的規定，必定在不少見的情形下，與基本法對於家庭提供保護，避免對其產生不利的要求相互矛盾，從而與基本法第6條第1項之規定不合。

4.以技術性之合目的性的考量觀點，並不足以作為強制合併申報規定的正當化理由（BVerfGE 6, 55, 83）。同樣不足以阻卻吾人確認系爭之規範具備違憲性的理由，是主張父母親可能會運用私法之手段，將財產移轉至子女的身上，以進行稅捐規避行為之危險性。順帶一提，這或許是被過度高估的危險。為對抗濫用私法自治之稅捐規避行為，在稅法中早就存在充足的處理機制了（BVerfGE 9, 237, 244 f.; 13, 290, 315 ff.）。

5.聯邦財政法院在此完全正確地指出，透過對於所得稅法第27條之規定作合憲性解釋的方式，以得到與基本法規定相符合之結論者，已經是完全不可能的事了。

每一種合憲性解釋均有其界限，亦即，當法律文義與立法者明顯可見的意志相互抵觸時，即為其解釋的界限所在（BVerfGE 8, 28, 34; 8, 38, 41）。從而，吾人不可能就所得稅法第27

條之規定，作如下之解釋：如合併申報會產生增加稅捐負擔之結果者，稅捐機關在確定其稅額時，可不予適用。該因此點（譯註：家庭所得之增加，即應提高家庭的總稅捐負擔額），正是在所得稅法第27條規定中最基本，且為立法者所想要之具有實際意義的部分。同樣的，合併申報制度並不僅限於在同一個家戶中共同生活之家庭親屬間，蓋因在本法規範中，係有意識地放棄合併申報之子女，必須限於同在同一個家戶內共同生活的要求。尤其是，聯邦政府也同樣提到此觀點，第27條之規定係與所得稅法中的其他規定具內在的關聯性，從而，其他之稅捐法律規範，不可能不影響合併申報規範之實質效果。僅對於第27條之規定作切割式的解釋，根本不可能得到活化性的整體解決方案，而這只能透過立法者，才能完成此一目標。在系爭規範之憲法疑慮獲得解答以後，若有必要的話，立法者必須調整規

範中之其他規定，以適應現已獲得確認的規範環境。在該處，立法者能夠且必須對於被聯邦憲法法院所拒絕的觀點，同時作法制及稅捐政策上的考量。

6.基於以上說明，吾人可以得到結論，依據所得稅法第27條之規定，要求父母子女所得應合併申報者，部分基於與先前宣告夫妻應合併申報所得稅係屬違憲之相同考量，部分基於一些此處所提出之其他理由，認定其與基本法第6條第1項之規定牴觸，因此屬無效之規定。

從而，在此處無庸對於系爭規範中仍存在的其他個別問題，例如，對於第27條第3項規定（譯註：指子女之薪資所得與其他的所得類型分離，而不適用前述合併申報規定的部分），再去指摘其可能有違反基本法第3條第1項稅捐正義之憲法疑慮的問題。

「歐洲選舉5%條款」判決

德國聯邦憲法法院第二庭2011年11月9日判決

-2 BvC 4/10-

-2 BvC 6/10-

-2 BvC 8/10-

陳淑芳 譯

要目

裁判要旨

案由

裁判主文

理由

A. 事實與爭點

I. 法規規定與歐洲議會之組成結構

1. 早期之情況

a) 歐盟法規之規定與歐洲議會之組成結構

b) 德國聯邦憲法法院過去之見解

2. 後來之發展

a) 歐洲議會權限與成員之擴張

b) 現行歐盟法規之規定

c) 現行德國歐洲選舉法之規定

3. 歐洲議會目前之組成結構

II. 事實經過

1. 訴願人等之向德意志聯邦議會提出異議

a) 第一位訴願人之提出異議及其主張

b) 第二位訴願人之提出異議及其主張

c) 第三位訴願人之提出異議及其主張

d) 德意志聯邦議會之駁回異議及其理由

2. 訴願人等向聯邦憲法法院提出選舉審查訴願

a) 第一位訴願人之提出選舉審查訴願及其主張

b) 第二位訴願人之提出選舉審查訴願及其主張

c) 第三位訴願人之提出選舉審查訴願及其主張

3. 相關意見

- a) 聯邦選舉主管之意見
- b) 德意志聯邦議會之意見
- c) 其他意見
- 4. 言詞辯論之舉行與意見之聽取
- B. 選舉審查訴願部分有理由
 - I. 審查選舉平等原則一般性的原則
 - II. 歐洲選舉法第2條第7項之違憲
 - III. 第二位訴願人不服「固定」名單制度部分之無理由
 - IV. 歐洲選舉法第2條第7項違憲之法律效果
 - 1. 歐洲選舉法第2條第7項無效之宣告
 - 2. 2009年歐洲選舉不受無效之宣告
- C. 訴訟費用之負擔

- D. 裁判作成之方式
- 法官Di Fabio與Mellinghoff不同意見書

關鍵詞

5%門檻條款(Fünf-Prozent-Sperrklausel)
選舉審查訴願(Wahlprüfungsbeschwerde)
歐洲選舉(Europawahl)
歐洲議會(das Europäische Parlament)
政黨選舉權平等與機會平等原則(Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit der politischen Parteien)
選舉制度(Wahlssystem)
比例關係選舉制(Verhältnismwahlsystem)

裁判要旨

因歐洲選舉法第2條第7項之5%門檻條款所導致對於政黨選舉權平等與機會平等原則的嚴重侵害，依已知的法律與事實關係並無正當之理由。

案由

以人民之名，聯邦憲法法院—第二庭—在法官 Voßkuhle 院長，Di

Fabio, Mellinghoff, Lübbe-Wolff, Gerhardt, Landau, Huber, Hermanns 參與下，就

1.S先生，

—代理人：

Ulrich Fuchs 律師，

Wallenburger Straße 16, 83714

Miesbach—

針對德意志聯邦議會2010年7月8日之決議—EuWP

a)38/09-，

b)歐洲選舉法第2條第7項

-2 BvC 4/10-

2.A博士教授先生，

針對德意志聯邦議會2010年7月8日之決議—EuWP

a)35/09-

b)歐洲選舉法第2條第7項

c)歐洲選舉法第2條第5項、第9條、第15條及第16條

-2 BvC 6/10-

3.C先生，

—代理人：

Michael Knobloch律師，

Fruhme&Partner律師團，

Barteisstraße 56, 20357 Hamburg

—

針對德意志聯邦議會2010年7月8日之決議—EuWP

a)50/09-

b)歐洲選舉法第2條第7項

-2 BvC 8/10-

所提起之選舉審查訴願程序，根據2011年5月3日之言詞辯論，依法作成如下判決：

裁判主文

本件之數宗程序係合併裁判。

1994年3月8日公布（聯邦法律公報第1冊頁424，整編於聯邦法律公報第1冊頁555），最近一次經2008年3月17日選舉及議員法修正法（聯邦法律

公報第1冊頁394）修正之由德意志聯邦共和國選出之歐洲議會議員選舉法第2條第7項牴觸基本法第3條第1項及第21條第1項，因此無效。

其餘之選舉審查訴願駁回。

德意志聯邦共和國應償還第一位與第三位訴願人本程序必要支出之全部費用，應償還第二位訴願人本程序必要支出之3/4的費用。

理由

A.事實與爭點

本選舉審查訴願涉及由德意志聯邦共和國選出歐洲議會議員時之5%門檻條款以及「固定」名單制度之合憲性問題。

I.法規規定與歐洲議會之組成結構

1.a)在1979年以前，歐洲經濟共同體—被視為是歐洲議會—的議會大會是由各國國會所推派的成員所組成。在1976年9月20日時，歐洲共同體理事會通過所謂的直接選舉議定書(Direktwahlakt)（實施普通直接選舉大會議員議定書，BGBl 1977 II S. 733；經理事會2002年6月25日及2002年9月23日決議修正，BGBl 2003 II S. 810；2004 II S. 520），該議定書規定，歐洲議會議員由會員國之選舉權人選舉產生。如同建立歐洲經濟共同體協定第138條第3項已有之規定，該議定書第7條第1項也已規

定，由歐洲議會研擬統一之選舉程序草案；此一委託稍後也規定在歐洲的母法（參最後之歐洲同盟工作方式協定—AEUV—第 223 條第 1 項；整編後之條文 ABl 2008 Nr. C 115/47）中。然而對於所有會員國一體適用之選舉程序卻至今尚未制定出來。

只要歐盟法沒有規定，在各個會員國內之選舉程序即依內國法之規定（1976 年 9 月 20 日直接選舉議定書第 7 條第 2 項）。為落實此一規定，頒訂了 1978 年 6 月 16 日之由德意志聯邦共和國選出之歐洲議會議員選舉法（歐洲選舉法—EuWG）(BGBl I S. 709)。該法於 1978 年 6 月 22 日生效，且自 1979 年起成為歐洲議會選舉的法律基礎。據此，超出直接選舉議定書首先單獨樹立之選舉法原則之外，歐洲議會之選舉不僅是普通的及直接的，且也是自由的、平等的及秘密的選舉。此外，立法者決定採行以名冊式選舉推薦名單方式，依比例關係選舉原則的選舉。其進一步規定，落在選舉推薦名單的席次係依照名單上所排定之先後順序分配（「固定」名單），且在名單聯合時準用之。最後其在歐洲選舉法第 2 條第 6 項規定有關選區投出有效票 5%額度的門檻條款。此一規定卻造成，只有在聯邦地區獲得選舉人票數 5%之法定人數的政黨與政治團體才可以分配議員席次。

b)在歐洲議會選舉的5%門檻條款，聯邦憲法法院曾經在其1979年5月22日的裁定(BVerfGE 51, 222)中認為合憲，且此主要的理由是，為了一透過避免議會內過度小黨林立的方式—確保議會形成令人確信之多數及因此完成於其任內交付予歐洲議會之任務的能力，門檻條款是適當且必要的（參BVerfGE 51, 222 <246 f.>）。

2.a)在歐洲整合的過程中，在過去幾年內已將會員國重要的職權移轉給歐洲同盟。同時會員國的數目已成長到目前的 27 個。對於歐洲議會而言，與此過程伴隨而來的，是其權限大幅度地增加，及其在同盟內部機構組織地位的強化。相較於歐洲議會，即使是在 1979 年第一次直接選舉之後，在立法領域主要是諮詢與監督權，隨著統一歐洲議定書（1986 年），尤其是馬斯楚條約 (Vertrag von Maastricht)（1992 年），歐洲議會權限特別是在立法領域已有相當的擴張。經由在馬斯楚條約中共同決策程序的實施，及在接下來之條約（1997/99 年阿姆斯特丹條約 [Vertrag von Amsterdam]；2001/03 年尼查條約 [Vertrag von Nizza]）中此一程序持續地擴張其適用範圍到其他的法律領域，歐洲議會在重要的領域已發展成為一個共同決策的法律制定機關。透過里斯本條約 (Vertrag von Lissabon) 其權限再一次地被強化（就此參

BVerfGE 123, 267<284 f.>），且歐洲同盟條約（參整編後之版本< EUV-Lissabon> ABl 2008 Nr.C 115/13）第14條第1項第1句明定其角色是與理事會共同運作之立法者。

自從第一次歐洲選舉之後，歐洲議會之組成與由德國所選出之成員的數目，同樣地也有所改變。相較於1979年時，大會總共410名成員中，有81名是分配給德意志聯邦共和國者，在2009年歐洲選舉中，卻須選出總共736名——其中由德國選出者99名——的歐洲議會議員。

b) 透過理事會2002年6月25日與2002年9月23日決議(BGBl 2003 II S. 810; 2004 II S. 520)對於直接選舉議定書之修訂，歐洲議會選舉之選舉程序在某些領域又獲得進一步的統一：除了其他的規定外，從現在起直接選舉議定書第1條規定，歐洲議會的成員在每一個會員國是依照比例關係選舉制選出之。選舉應遵循普通、直接、自由與秘密的方式（新修訂之直接選舉議定書第1條第3項）。依照第3條之規定，會員國對於席次之分配得設定最低門檻，但此一門檻以全國為範圍不得超過所投出票數的5%。此外，除直接選舉議定書有特別規定者外，——如同到目前為止所實施者——，在每一個會員國內是依照其內國法的規定，規定選舉程序（新修訂之直接選舉議定書第8條第1項）。

里斯本條約承繼此項作法並規定，歐洲議會成員的任期為5年，以普通、直接、自由與秘密選舉方式選出之（參歐洲同盟里斯本條約第14條第3項）。相反地，平等選舉之原則卻未被納入選舉法原則的規範中。透過此種規範方式可以避免違反有關歐洲議會依累退式比例組成的規定（參歐洲同盟里斯本條約第14條第2項下第1項第3句）。

c) 德國的歐洲選舉法自1978年制定以來歷經數次的修正。2008年3月17日選舉暨議員法修正法，針對5%門檻條款及「固定」名單制度只作條項號次的變動；內容並未隨之作修正。

現行歐洲選舉法有關選舉制度與選舉推薦權之基本規定的條文內容如下：

第2條

選舉制度，席次分配

第1項 選舉是以名冊式選舉推薦名單方式依照比例關係選舉原則舉行之。名冊式選舉推薦名單得就一個邦或就所有的邦提出一份共同名單的方式提出之。每一位選舉人有一票。

第2項 在分配席次時，投給每一份選舉推薦名單的票數合併計算。只要未聲明一份或多份參與之名單應排除在名單聯合之外，則同一個選舉推薦權人針對各

邦所提出之名單在此視為聯合的名單。在分配席次時，相對於其他的選舉推薦名單，聯合的名單視為一份選舉推薦名單。

第3項 ……

第4項 ……

第5項 選舉推薦名單所獲得的席次將依在那裏被排定的先後順序分配之。在兩份各邦名單（第9條第3項第2句）被選上之參選人，其排名在後的那一份名單將不計算其當選的席次；如果多份名單上的提名順序皆相同時，則由聯邦選舉主管以抽籤方式決定，其是依那一份名單選出。一份選舉推薦名單所獲得之席次若超過其所提名之參選人時，則該席次將不予以分配。

第6項 名單聯合所獲得之席次，準用第3項第2句至第7句的規定，分配到就各個邦所提出之參與名單。第5項準用之。

第7項 在將席次分配到選舉推薦名單時，只有獲得選區內所投出之有效票數至少5%的選舉推薦名單才加以考量。

第3條

選區之劃分

第1項 選區為德意志聯邦共和國地區。

第2項 針對投票，選區將劃分成數個投票區。

第8條

選舉推薦權

第1項 依據第9條第5項之標準，政黨及其他由社員所組成、在歐洲共同體會員國區域內有會址、業務執行人、活動及會員數，目的在參與政治意志形成與在民意代表機構內參政之團體（其他之政治性團體）得提出選舉推薦名單。

第2項 政黨或其他之政治性團體得針對各個邦提出名單，且在一邦之內只能提出一份名單，或得針對所有的邦提出一份共同名單。……

第9條

選舉推薦名單之內容與形式

第1項 ……

第2項 參選人之名字須以可辨識出先後順序之方式列在選舉推薦名單內。每一位參選人的旁邊皆可列一位候補參選人。

第3項至第6項……

第16條

投票

第1項 ……

第2項 選舉人以在選票上劃十字或其他足以清楚辨識其將選票投給那一份選舉推薦名單的方式投出其選票。選舉人緊接著應以

不被他人窺知其投票的方式摺疊選票，並將選票投入選舉票箱內。

3.自從在1979年歐洲議會第一次直接選舉以來，已舉行過其他六次的選舉。歐洲議會第七次的直接選舉是在2009年6月4日至2009年6月7日這段期間，於歐洲同盟的27個會員國內舉行。在德國，歐洲選舉是在2009年6月7日舉行，總共有32個政黨及其他之政治性團體參與選舉。在分配席次時，依據5%的門檻條款只有6個政黨(CDU, SPD, Grüne, FDP, Die Linke, CSU)依其各自的得票數額可以被考量。其他之政黨及政治性團體總共獲得有效票的10.8%。如果沒有門檻條款，這其中有7個其他的政黨及政治性團體將可在歐洲議會內獲得1席或2席。

包括德國的政黨在內，進入歐洲議會的各國政黨總共超過160個。被選上的議員在第七屆的任期中先後組成7個黨團：歐洲人民黨（基督民主黨人士）—EVP—黨團，265位議員；歐洲議會內社會黨人士及民主黨人士進步聯盟—S&D—黨團，184位議員；歐洲自由黨人士及民主黨人士聯盟—ALDE—黨團，84位議員；綠黨/自由歐洲聯盟—GREENS/EFA—黨團，55位議員；歐洲保守及改革派人士—ECR—，54位議員；統一之歐洲左派/北部之綠黨左派—GUE/NGL—聯合

黨團，35位議員；「自由及民主之歐洲」—EFD—黨團，32位議員；有27位議員未加入黨團。在目前總共為736位議員的情況下，據此並沒有任何一個黨團在歐洲議會內擁有絕對多數的席次。

II.事實經過

所有的訴願人皆針對5%的門檻條款提起選舉審查訴願。第二位訴願人除此之外並主張，依據「固定」名單之選舉存有選舉瑕疵。

1.a)第一位訴願人於2009年7月31日，針對2009年6月7日由德意志聯邦共和國選出歐洲議會議員選舉之有效性，向德意志聯邦議會提出異議。

其主張，在2009年歐洲選舉時所適用之歐洲選舉法第2條第7項5%門檻條款，因抵觸政黨之選舉權平等與機會平等原則而違憲。每一種門檻條款都是對於上述原則之侵害，其皆須有特別之合理化理由。在此範圍內，聯邦憲法法院於2008年2月13日針對地方選舉法規所作成之判決(BVerfGE 120, 82)而發展出來的準則，應該可以類推適用到2009年的歐洲選舉。據此，5%門檻條款在憲法上的許可性應依實際的關係加以判斷之。

目前門檻條款對於政黨選舉權平等與機會平等原則之侵害並無正當之理由。就避免歐洲議會小黨林立以確保其工作能力此一目的而言，門檻條

款即已非適當之方法。因為其無法對於整個歐洲議會，而只能對於德國配額之議員發揮作用。隨著歐洲同盟的擴張，來自於德國的議員數目與歐洲議會議員總數相較，已由20%（1979年）下降到13%（2009年）。德國之門檻條款對於議會整體的組成，並無法發揮決定性的影響力。最後在2009年歐洲選舉時，只有大約1%的歐洲議會席次與門檻條款有關。沒有門檻條款將有169個政黨，而非目前的162個政黨在歐洲議會有其代表。因此歐洲選舉法第2條第7項之規定，顯然不是防止整個議會小黨林立之適當方法。在考量小黨林立時，並沒有一併考量到在歐洲議會內所形成之黨團的數目。依最近幾個任期運作下來，其已呈現相對固定的狀態。歐洲議會在過去的30年當中，雖然有為數甚多的政黨但卻可運作之此點，也是最後須考量者。

選舉瑕疵也影響到席次的分配。因為如果沒有違憲之5%門檻條款，會得出另一種席次分配的結果。即總共會有8位議員席次會分配給7個到目前為止未被考量之政黨的候選人。

b) 第二位訴願人於2009年7月27日，針對2009年6月7日由德意志聯邦共和國選出歐洲議會議員選舉之有效性，向德意志聯邦議會提出異議。

其同樣主張，5%門檻條款抵觸民主原則，人民之選舉平等與政黨之

機會平等。

此等選舉原則之違背在憲法上並無合理的理由。聯邦憲法法院在其2008年2月13日的判決中，對於5%門檻條款憲法上判斷的審查標準，已作了相當大的強化。據此門檻條款之採行，並非不採行之，多數即難以形成及決議即難以作成時，即已具有正當理由。或許必須針對各個民意代表機構之具體關係作一項「實證分析」，由此項分析必須以極大可能性地得出，沒有門檻條款將嚴重危害到人民代表機構之運作能力之結果來。德國的立法者針對歐洲議會並沒有提出證據證明，無門檻條款運作能力可預期將受到相當大的干擾，為避免此種干擾而侵害選舉權平等與政黨機會平等可以合理化的理由。

此外，第二位訴願人針對5%門檻條款所作之進一步闡述與第一位訴願人所提出之異議主張相仿。

除此之外，第二位訴願人主張，在歐洲選舉法內所規定之「固定」選舉名單也違憲。其侵犯人民直接及自由選舉議員之原則。如果政黨在選舉過後才提出議員的名單，此顯然地已侵害到自由性與直接性。政黨到底是在選舉前或選舉後決定個別的議員，也許並沒有太大的差別。在此兩種情況下，選舉人都沒有自己決定個別議員的可能性，且必須接受政黨，透過其所排定之順序，先前所提供者。

門檻條款對於代表之重要性是顯而易見的。在「固定」名單的情況下，並不會具體產生明顯挪動代表之結果。但是在採自由名單的選舉下，德國議員配額部分的組成卻極有可能完全不同於此。

c) 第三位訴願人於2009年8月7日，針對2009年6月7日由德意志聯邦共和國選出歐洲議會議員選舉之有效性，向德意志聯邦議會提出異議。其也是主張5%門檻條款的違憲性，所提出之理由與第一位及第二位訴願人在異議程序中所提出者相仿。

d) 德意志聯邦議會以2010年7月8日之決議(BTDrucks 17/2200, Anlage 13, 15 und 24)駁回訴願人等之選舉異議。其認為並不存有選舉瑕疵。

歐洲選舉法第2條第7項之規定係合憲的。依據已修訂之直接選舉議定書第3條之規定，會員國得規定以全國為範圍，在各個國家境內所投出票數至多5%的最低門檻。此一對於頒訂5%門檻條款之授權，是歐洲選舉法第2條第7項並沒有抵觸基本法之強而有力的證明。

此外，聯邦憲法法院在其1979年5月22日之裁判中，認為歐洲議會選舉之5%門檻條款符合基本法。在該處所提出之理由自始至終都還適用。從訴願人等所陳述之在歐洲議會內具有代表之政黨數目的發展看來，聯邦憲法法院在1979年時即已清楚論及之

小黨林立的危險今天恐怕更加地加劇。在歐洲議會權限不斷擴張及里斯本條約生效後其權限繼續增加的背景之下，因而有必要在德國立法者的範疇內，對於小黨林立採取一些可能的防範措施。因此，歐洲選舉法第2條第7項之5%門檻條款存有憲法上合理化之理由。

訴願人等所提及聯邦憲法法院2008年2月13日之裁判，據此裁判在Schleswig-Holstein邦地方選舉的5%門檻條款違反選舉權平等及機會平等。惟由此一裁判並無法得出，對於門檻條款在歐洲選舉的許可性應重新評價的結果。因為所涉及之地方代表機關係行政機關，首先託付其者，為行政活動。因此其性質完全不同於歐洲議會，是一個在超國家共同體內，由歐盟人民直接選舉產生之人民的代表機關。隨著里斯本條約的生效，在歐洲的立法上，歐洲議會已變成與理事會具有同等權限的立法者，與理事會共同行使預算權，執行政治監督的任務，有諮詢的功能，且選舉執委會的主席。

針對第二位訴願人不服依照「固定」名單之選舉所提出之主張，德意志聯邦議會堅稱，其在憲法上的許可性聯邦憲法法院之裁判已澄清過。據此，立法者並沒有逾越為此賦予其之形成選舉制度的自由。

2. 訴願人等向聯邦憲法法院提出

選舉審查訴願。

a)第一位訴願人請求宣告由德意志聯邦共和國選出歐洲議會議員之選舉無效，命令重新選舉，並宣告歐洲選舉法第2條第7項之規定違憲且無效。

其重複與加強其在異議程序中所提出者，並補充論點如下：

不同於德意志聯邦議會之見解，對於德國之門檻條款符合基本法的問題，直接選舉議定書第3條並不具有證明的效力。該條只對於歐洲法規具有意義。在賦予會員國於分配席次時有設定最低門檻之可能性的情況下，被釐清的，只是德國之5%門檻條款依照歐洲法規是許可的。惟直接選舉議定書第3條並沒有進一步說明的內容為：門檻條款之實施依照會員國之憲法規範一開始也應該被認為是許可的。

由德意志聯邦議會緊緊抓住聯邦憲法法院來自於1979年的裁判就可以看出，其完全忽視自那時起所累積的議會經驗。即在歐洲議會較多的政黨數目就是沒有危害到歐洲議會的議事能力之此一議會經驗。

就選舉瑕疵之後果所指明的是，在2009年的歐洲選舉，重新計算與重新分配席次是不夠的。或許必須宣告整個選舉無效。因為選民在歐洲選舉的前景下，會針對門檻條款調整其投票行為，且有部分只是因為在小黨看

不出其有跨越5%門檻的可能性而不將其選票投給較小的政黨。此點至少不能排除。

b)第二位訴願人主要是請求撤銷德意志聯邦議會2010年7月8日之決議，宣告選舉無效，與命令重新舉行選舉，以及確認歐洲選舉法第2條第7項及歐洲選舉法第2條第5項、第9條、第15條與第16條(「固定」名單)之違憲。

提出選舉審查訴願之理由，其大致重複其在異議程序中所提出者。針對「固定」選舉名單部分其補充說明如下：

民主原則要求最大限度之自我決定。顯然地，人民在「機動」名單的參與程度遠遠超過在「固定」名單的參與程度。政黨名單的機動化也較符合被選舉權平等之原則。因為排在名單後面位子的選舉參選人，在「固定」名單時並沒有機會當選。

c)第三位訴願人主要是請求撤銷德意志聯邦議會之決定，宣告選舉部分無效，與在將席次分配予到目前為止未被考量之選舉推薦名單候選人下，重新確認選舉之結果，以及一合乎意義地—宣告歐洲選舉法第2條第7項之違憲。

在理由部分其是重複與加強其在異議程序中所陳述者。

3.選舉審查訴願經送達於德意志聯邦議會、聯邦參議院、聯邦政府、

所有的邦政府、在聯邦議會與在歐洲議會具有代表之政黨(CDU, SPD, Bündnis90/Die Grünen, FDP, Die Linke, CSU)的聯邦聯盟及聯邦選舉主管；並給予其陳述意見之機會。

a)聯邦選舉主管的基本立場是，訴願人等所提出之問題，聯邦憲法法院的裁判皆已澄清過。

b)德意志聯邦議會進一步表示，因5%門檻條款而對選舉平等所造成之限制，向來皆認為，民意代表機構運作能力的確保原則上可作為其合理化的理由。只要是涉及運作能力干擾的預測，聯邦憲法法院必須維護立法之優先預測餘地。此尤其也適用於歐洲議會，因為沒有門檻條款對於未來的發展很難有較為確定的預測。聯邦憲法法院在2008年2月13日的判決中加強憲法法院對於地方選舉法規門檻條款之審查，乃是鑑於議員決定自己之事務而有被濫用之危險。因此，此種想法不能套用到對於歐洲議會之德國選舉法規來。一方面並不存有決定自己之事務，因為聯邦議會議員制定歐洲議會選舉法規時，並非在決定其自己憲法上之地位。另一方面也不存有監督上的落差，因為選舉法原則已確定是審查的標準，且透過選舉審查程序也有受法院審查的可能性。

德國之5%門檻條款有其正當理由，因為其係保障歐洲議會之運作能力免於政治上零碎危險的適當方法。

此一聯邦憲法法院於1979年即已提及之合理化理由，同時鑑於歐洲議會明顯擴張的權限及其在歐洲同盟內之重要性，而變得更具舉足輕重。小黨及最小政黨之代表可能會癱瘓政治決策程序，而透過門檻條款將可阻止此等代表之進入歐洲議會。這些瑣碎政黨的議員無法融入歐洲議會的結構中。其要不是沒有加入黨團，就是必須加入其在政治上並不完全屬於之黨團。沒有加入黨團的議員，對於議會政治意志之形成與議會工作之結果，卻只有極微薄的影響力。在瑣碎政黨議員加入黨團的情況，此一集合式黨團因其政治上之零碎是沒有議事能力的，且是最不穩定的。為了在委員會與黨團層級獲得足夠比較穩定的多數，必須達成跨黨團之協議，藉此歐洲議會才有可能完成特別是其立法的作用，而此種跨黨團之協議將更難作成。瑣碎團體的數目比較多時，一般來講可能會危害多數的形成。尤其當必須是特定多數時，可能導致議會工作的緩慢進行或甚至癱瘓，並進而使歐洲議會的功能受到危害。德國之5%門檻條款雖然直接地只對於德國議員配額部分發生作用，但是其將透過其他——特別是較大的——會員國的門檻條款而獲得補充。較小之會員國通常不需要門檻條款，因為在那裡為取得席次所需要之選票百分比數，接近依歐洲法最高所允許之5%的門檻，或甚至超

過此一門檻。因此就此而言，是存有「事實上的門檻作用」。在德國如果沒有門檻條款，則擁有最多配額的會員國將無法對於歐洲議會政治上過度零碎的避免作出貢獻。

5%門檻條款另一個合理化的理由是議員和會員國政治上的反連結。反連結是透過歐洲議會議員與其母國具有代表性之政治勢力之間緊密的連接及合作加以呈現的。此種反連結，在目前整合的情勢下，是憲法上的要求。因為在與就其配額選出議員之會員國的反連結中，歐洲同盟之歐洲議會的選舉取得必要之民主正當性。政治上之反連結在此於四個方面發生作用：第一，就其確保與本國政治勢力在實質上與政治上取得一致而言，其有利於歐洲議會之工作與運作能力。第二，會員國選出之議員，透過反扣，關於在會員國內之事實、法律及政治情勢，可以確保有自己的消息來源。第三，其促進有效代表各會員國之利益。第四，與德意志聯邦議會必要之反連結及與德意志聯邦議會——特別是歐洲事務——的意見交換將獲得確保。

c)其他有權陳述意見者，皆未表示意見。

4.在2011年5月3日之言詞辯論中，訴願人等及德意志聯邦議會皆加強與補充其所陳述者。聯邦憲法法院有聽取聯邦選舉主管，Roderich Egeler

先生，以及Hermann Schmitt博士教授與Andreas Maurer博士等為專家鑑定人(聯邦憲法法院法第27條之1)之意見。經法院之呈請，為說明議會之工作與運作方式，歐洲議會議長有提供幾位議員的名字。到會陳述者有議員Elmar Brok, Gerald Häfner, Klaus-Heiner Lehne及Bernhard Rapkay。

B.選舉審查訴願部分有理由

在選舉審查訴願針對歐洲選舉法第2條第7項5%門檻條款部分，該合法的訴願有理由。門檻條款，其使得結果取得有效票5%以下之政黨或政治性團體被排除在分配席次之外，因此同時使得投給這些政黨或團體之選票失去其選舉法上的意義，已抵觸選舉權平等及政黨機會平等之原則(I.與II.)。就第二位訴願人針對「固定」名單制度所提起之選舉審查訴願部分，選舉審查訴願無理由(III.)。5%門檻條款的違憲所導致的是歐洲選舉法第2條第7項無效的宣告，而不是宣告由德意志聯邦共和國選出之歐洲議會議員第七屆選舉之無效(IV.)。

I.審查選舉平等原則一般性的原則

1.聯邦憲法法院在審查選舉審查訴願的範圍內，依歐洲選舉法第26條第3項之規定，不僅須確保主管選舉機關及德意志聯邦議會遵守歐洲選舉所適用之選舉法規的規定，而且也須審查歐洲選舉法的規定是否符合憲法已有之規定。就此而言，對歐洲選舉

所適用的，並沒有不同於選舉德意志聯邦議會之處（就此參BVerfGE 121, 266 <295>; 123, 39 <68>）。

2. 歐洲選舉法是德國之聯邦法規，作為德國之聯邦法規須作是否符合基本法及基本法所包含之政黨選舉權平等及機會平等原則的審查。

德國5%門檻條款的憲法審查並不受相關歐洲法規規定之限制。依直接選舉議定書第8條第1項之規定，選舉程序—除歐盟法規已有規定者及議定書之條款外—在各個會員國內係依其內國之規定。據此直接選舉議定書只規定制定國家選舉法規規定的形成框架，此等國家選舉法規規定本身仍須受各會員國憲法之拘束。直接選舉議定書第3條只是開放給會員國，就席次的分配，可以規定最低門檻為以全國為範圍所投出票數至多5%的可能性。其並未設定相對的義務，因此，內國審查此等規定是否符合基本法所保障之選舉原則的範圍，將不受任何的影響。

3.a) 基本法第3條第1項所表彰的，是形式選舉平等之要求（參BVerfGE 51, 222 <234 f.>）。而對於歐洲議會德國議員之選舉，由基本法第3條第1項所得出之選舉平等原則，其確保了人民之均等，而人民之均等乃是民主原則之前提要件（參BVerfGE 41, 399 <413>; 51, 222 <234>; 85, 148 <157 f.>; 99, 1 <13

>），且其為國家秩序重要的基礎之一（參BVerfGE 6, 84 <91>; 11, 351 <360>）。其要求，所有選舉權人得儘可能地以形式上相同之方式行使選舉權與被選舉權，且應在嚴謹及形式平等的意義下去理解它（參BVerfGE 51, 222 <234>; 78, 350 <357 f.>; 82, 322 <337>; 85, 264 <315>）。對於選舉法律而言，由選舉平等原則所得出的，是每一位選舉權人之選票原則上必須具有相同的計算價值與法律上相同之結果機會。所有的選舉人，利用其所投出之選票，對於選舉之結果應具有相同的影響力。

在比例關係選舉時，選舉平等原則進一步要求，每一位選舉人利用其選票，對於即將選出代表的組成，也必須具有相同的影響力（參BVerfGE 16, 130 <139>; 95, 335 <353>）。比例關係選舉制的目的在於，讓所有的政黨儘可能地以接近其得票數額比例關係的方式在即將選出之機關內有其代表。在比例關係選舉法規中，除了計算價值平等外，尚加入結果價值之平等（參BVerfGE 120, 82 <103>）。

b) 根據歐洲法規（直接選舉議定書第1條第1項）預先規定及歐洲選舉法第2條第1項所規定之比例關係選舉，對於歐洲議會德國議員之選舉，德國立法者在擬訂歐洲選舉法律時，有義務原則上同時確保選舉人選票計算

以及結果價值之平等。

c)依照歐盟條約之規定，會員國所取得的席次係依累退式比例分配名額，此已造成來自各個會員國之歐盟人民在選票價值上極大的不同（參BVerfGE 123, 267 <373 f.>），亦即歐盟的母法本身已先造成歐洲議會選舉，選票在結果價值上的不同。但憲法對於歐洲議會德國配額部分議員選舉之結果價值平等的要求，並不會因此而受到質疑。歐盟法規已先造成之選票價值的不同只涉及來自不同會員國選舉人間之關係。其所傳達的，是作為超國家之民意代表機關的歐洲議會，即使是在里斯本條約之後——同時從此時起在特別強調歐盟人民地位下——，仍是彼此透過條約互相結合之人民的代表（參BVerfGE 123, 267 <371 f.>）。對於在參與德國議員配額選舉參與人彼此關係中所適用之選票結果價值平等之選舉法原則，此一特殊性既不要求，也不能合理化其將此一原則抽離。

4.由基本法第21條第1項、第3條第1項可得出政黨機會平等之原則，與在民主之相同競爭機會觀點下，對於其他政治性團體，於歐洲選舉法第8條第1項規定意義下，也要求機會的平等。而上述的原則要求，在整個選舉的過程原則上應賦予每一個政黨、每一個選民團體及其選舉參選人相同的可能性，與藉此在分配席次時賦予

其相同的機會。政黨要求機會平等的權利與民主原則所表彰之選舉普通性、平等性原則具有密切的關聯性。因此，在此一領域——如同在選舉普通性、平等性原則所保障之對於選舉人相同對待的情況一般——的平等，所要求的，是嚴謹與形式意義下之平等。當公權力以可以改變政黨機會的方式干預政黨之競爭時，其裁量的界限將因此特別地受到限縮（BVerfGE 120, 82 <105>）。

5.歐洲選舉法第2條第7項之5%門檻條款會造成選舉人選票具有不同份量的結果。相對於所有選舉人選票之計算價值不受5%門檻條款的影響，選舉人選票就其結果價值，卻會視該選票是投給可以獲得選票5%或更多之政黨，或投給未能通過5%門檻條款之政黨，而被作不同的處理。投給獲得選票至少5%之政黨的選舉人選票，對於依比例關係平均計算之席次的分配，將有直接的影響力。相反地，那些投給未能通過門檻條款之政黨的選舉人選票，將毫無作用效果。

在2009年的歐洲選舉，於德國大約有2千8百萬張有效票，這其中在所投出的有效選票中，約有10%不具有結果價值。

5%門檻條款同時限制政黨請求機會平等的權利。根據聯邦選舉主管的計算，在2009年的歐洲選舉，於德國有7個在沒有5%門檻條款下，有可

能參與分配席次之政黨與其他政治性團體不被考量。在作此項計算時，尚未考量門檻條款對於選民行為可能的影響。

6.選舉權平等與政黨機會平等之間具有密切的關聯性。在限制之憲法上合理化理由上，是遵循相同的標準（參BVerfGE 88, 322<338>; 95, 408<417>; 111, 54<105>; 124, 1<20>）。

a)選舉權平等原則，如同政黨機會平等原則，並非絕對禁止差別待遇。然而由選舉權平等與政黨機會平等原則形式上的特徵可推論出，立法者在規範選舉法規時，就差別待遇只具有狹隘之裁量空間。在審查於選舉權平等範圍內之差別待遇是否有合理化之理由時，原則是遵循嚴格的標準（參BVerfGE 120, 82<106>）。差別待遇就其合理化始終須有特別的、事物本質上合理的及「迫不得已」的理由（參BVerfGE 6, 84 <92>; 51, 222 <236>; 95, 408<418>）。但此並不是說，差別待遇必須是因為憲法的關係而必要者。或許憲法所合理化且可以與選舉平等在天秤上保持平衡力量的理由，也可以合理化在選舉法規領域所作之差別待遇（參BVerfGE 1, 208<248>; 6, 84<92>; 95, 408 <418>）。

屬於此者，特別是藉由選舉所追求之目的。此之目的包括確保選舉作

為人民政治意志形成整合過程的性質（BVerfGE 95, 408<418>），及與此相關之確保即將選出之人民代表機構的運作能力（參BVerfGE 1, 208<247 f.>; 4, 31<40>; 6, 84<92 ff.>; 51, 222<236>; 82, 322<338>; 95, 408 <418>; 120, 82<111>）。人民代表機構內小的政黨及選民團體之數目太多時，可能會導致其議事能力受到嚴重危害。選舉不僅是具有根本地創設一個人民代表機構的目的，而是其也應該帶來一個可以運作的代表機關（參BVerfGE 51, 222 <236>）。那些有助於運作能力的確保，且對此而言是必要的，當下可能無法對於所有即將選出之人民代表機構作一致性的回答（參BVerfGE 120, 82 <111 f.>）。就此或許應依即將選出機關之具體作用判斷之（參BVerfGE 120, 82 <112 >）。

b)差別待遇之規定，就其所追求的目的而言，必須是適當的且必要的。因此也是依侵害—相同—選舉權之強度決定其被許可的程度。可能同時須注意強而有力之法律確信與法律實務（BVerfGE 1, 208<249>; 95, 408 <418>; 120, 82<107>）。當然立法者在作其預測與評價時，並不是以抽象結構性的案件類型，而是以政治上的實際情況作為對象（參BVerfGE 120, 82<107>）。如果立法者以其規定所追求之目的是在擬訂選舉法規時不准

追求之目的，或如果該規定對於為達到該次選舉所追求的目的而言，不是適當且必要時，則此時已抵觸選舉平等與政黨機會平等之原則（參BVerfGE 120, 82 <107>）。

c)如果經過新的發展，侵犯選舉平等與機會平等之選舉法規的規定，其在憲法上之合理理由已成問題時，立法者即有義務檢視此等規定，及適時地予以修正。此等新的發展，諸如：立法者之前提事實或法律基礎的變更，或在制定該規定時就其影響所作之預測已被證明是錯誤者（參BVerfGE 73, 40 <94>; 82, 322 <338 f.>; 107, 286 <294 f.>; 120, 82 <108>）。對於比例關係選舉法規之門檻條款而言，所意謂的，係門檻條款是否符合選舉平等與政黨機會平等原則，不能以一次對於所有狀況皆適用的方式抽象地判斷之。選舉法規規定可能就某一代表的團體，在某一個特定的時點而言，是有合理理由的；但就另一個代表的團體，或在另一個時點而言，卻是沒有合理理由的（參BVerfGE 1, 208 <259>; 82, 322 <338>; 120, 82 <108>）。因此一次被認為許可之門檻條款，不得認為對於任何時期其在憲法上皆無疑義。當關係發生本質上之改變時，或許會得出另一種不同已往的憲法判斷。如果選舉的立法者在前述的意義下發現已變更之情事時，則對此新的情勢其必須加

以考量。關於繼續保留門檻條款之問題，其唯一的準則，是實際的關係（參BVerfGE 120, 82 <108>）。

7.對於在選舉權平等範圍內之差別待遇，只留給立法者狹隘的裁量空間（參BVerfGE 95, 408 <417 f.>）。雖然聯邦憲法法院無須承擔立法者之任務，自己調查所有為審查之重要的事實與法律觀點，及權衡彼此互相衝突者（參BVerfGE 120, 82 <113>），或以當時立法者的立場加入自己的合目的性判斷（參BVerfGE 51, 222 <238>）。但是選舉法規之擬訂在此須受到憲法法院嚴格的審查，因為影響政治上競爭條件規定的制定，在某種程度上是議會的多數決定自己之事務，且正好是在選舉法律的制定，可能存在當時議會多數非出於公共利益之考量，而是出於自己權力取得的目的之危險（參BVerfGE 120, 82 <105>）。

關於在比例關係選舉法規中之門檻條款，聯邦憲法法院最近一次是在其2008年2月13日針對地方選舉法規之5%門檻條款之裁判中，具體說明審查之標準（參BVerfGE 120, 82 <113 ff.>）。依此裁判，門檻條款採取的依據，是立法者對於瑣碎政黨可能進入議會，其進入議會預期將對於議會功能造成干擾，與其對於人民代表機構完成任務重要性的預測。在作此種預測決定時，立法者合理化侵害

行為之理由，不可以是根據危害人民代表機構運作能力純粹理論上可能的確定（參BVerfGE 120, 82<113>）。如果立法者可以自由決定，其在考量功能干擾時是依怎樣的可能程度，則對於立法者之預測決定，包括其事實基礎，法院將無法作審查。在此背景下，廢除5%門檻條款，較小之政黨與選民團體較容易進入民意代表機關，及經此在此等機關內之意志較難形成之此種概括與抽象的主張，無論如何都不能作為限制選舉平等與機會平等原則之合理化理由。因此，純粹是決議「變容易」或「變簡單」是不夠的。只有對於民意代表機關運作能力所預期的危害具有某種可能性時，此種危害方可合理化5%之門檻條款（BVerfGE 120, 82<114>）。

前揭標準亦適用於歐洲議會選舉法規之憲法審查。如同在對德意志聯邦議會選舉法規作規範一般，在擬訂歐洲選舉法規時，也存在德國之選舉立法者，可能利用議員的多數，透過門檻條款確保自己之政黨在歐洲層面的選舉，及藉此有效地封殺較小之政黨的危險。

在此無須考量的，相反地，是在選舉德意志聯邦議會時對於5%門檻條款的判斷具有重要性的衡量。該衡量為：如果門檻條款被廢除時，可能產生的危險是，在出現功能危害的情形時，議會根據其已改變之結構組成

已不再有能力去修改法律之規定，因為必要之多數已無法再實現。惟只要對於選舉法規之規範不是託付予歐洲議會本身，而是託付予德意志聯邦議會，則此種狀況是不可能於歐洲議會出現的。

II. 歐洲選舉法第2條第7項之違憲

依據上述的標準，歐洲選舉法第2條第7項之5%門檻條款不得繼續保留下來。因門檻條款所導致對於政黨選舉權平等與機會平等原則的嚴重侵害，2009年歐洲選舉已知且尚存之事實與法律關係無法提供足以合理化之理由。

1. 立法者對於廢除5%門檻條款，歐洲議會之運作能力將受到危害的預測，並無法找到足夠之事實基礎予以支持，且未適當地考量到歐洲議會特殊的工作條件以及其任務定位。廢除門檻條款與性質相同之規定，在實際上雖然可能導致在歐洲議會有一或兩個議員的政黨明顯的增加(a)。但是對於因此會造成議會內部結構之改變，且此種改變極有可能會危害議會之運作能力之一點，仍缺乏可掌握之立論依據(b)。歐洲條約對於歐洲議會之任務如此形成之結果，透過門檻條款對於選舉與機會平等所為之限制，缺乏迫不得已的理由(c)。

a) 沒有門檻條款與性質相同之規定，可以預期在歐洲議會內只有一或兩位議員代表的政黨數目將會增加。

在此所涉及的，是不容忽視的數量等級，也應從此一觀點出發。

與德意志聯邦共和國相關的，則依照聯邦選舉主管之計算，在過去7次的歐洲選舉以來，當然有程度上的不同，較大政黨應該獲得較少之席次，其皆有利於較小之政黨。在1979年之選舉，則可以再增加1個政黨，2004年可以有9個，與在2009年歐洲選舉的7個。5%門檻條款是否與在何種範圍內使得選民因為其估計歐洲選舉與聯邦議會選舉相較較不重要而不去選舉小的政黨，或甚至相反地引發其去選舉小的政黨？關於此一問題，並無法作百分之百確定的答覆。

在對門檻條款作憲法上之判斷時，不能單單只是看——在德國廢除門檻條款會導致之——來自於德國之政黨數目的擴增。雖然在各個會員國對於歐洲議會選舉法規之規範，可以看得出來受到各國經驗、已知事實及需求的影響。只要所追求的目的是，不讓所謂的瑣碎政黨進入歐洲議會，則除了針對達到所投出票數一定比例的門檻條款之外，與此相應的，仍可找到其他不同、應該一樣具有效果的制度設計。有鑑於此，門檻條款在德國消失時，其他會員國之放棄現行對於在歐洲議會內取得席次之限制，並不是立即須考量的。鑑於選舉與機會之平等，各國門檻條款之憲法上的判斷，同時須顧及其他會員國也對於小政黨進

入歐洲議會障礙的排除。此一可能性當然始終是抽象的，且必須在歐洲議會幾年以來幾乎保持一樣之結構組成的前提下，加以衡量。

在歐洲議會內具有代表之政黨目前即已超過160個。在這些政黨中，有很多都只有一個或兩個席次者。為數眾多的小政黨推派議員，也可以在歐盟法規找到根據。對於人口較少的會員國，也是為了使這些會員國，國家多數比例關係之具代表性的組成成為可能之目的，而規定有超比例的席次配額（參保加利亞共和國及羅馬尼亞加入條件議定書第9條第2項及建立歐洲同盟條約適用規定，ABl Nr. L 157/203 vom 21. Juni 2005；歐洲同盟里斯本條約第10條第1項，第14條第2項第3句；就此參BVerfGE 123, 267<371 ff.>）；來自於擁有較少人口數會員國之各種不同的政治流派，必然地經常也只能由單個議員為其代表。確定採取比例關係選舉制，因為在所有的會員國都有許多政黨加入選舉，在趨勢上就是會導致擁有較少席次數目之政黨被送進議會。

吾人不可能對於歐洲議會未來的組成作精確的預測。由各個會員國送進議會之政黨的數目，尤其取決於當時的政黨生態、選舉參與度與選民之投票行為。還有選區劃分彼此不同的制度設計與席次分配計算的程式。依據聯邦選舉主管所提供者，此一不同

的框架條件也無法對於門檻條款在各個會員國的影響提供對照性的說明。此外，門檻條款的高度—與參與選舉政黨的數目有關—與至少獲得一席議員席次之政黨的比例成分之間，也無法確定其具有關聯性。

b) 透過擁有一個或二個議員之政黨在歐洲議會的增加，歐洲議會之運作能力必然可能地受到危害之一點，並無法看出。在歐洲議會內被組成之黨團具有相當的整合力，此種整合力即使有其他政黨的加入，原則上應該也不成問題(aa)，而其協議能力亦同(bb)。多數形成預期將變得困難之風險並不能與運作能力受到危害之危險劃上等號(cc)。

aa) 歐洲議會核心的工作單位是黨團。其不僅是由追求相似之政治目標的議員以團體方式所組成，而且同時是在聯邦議會內具有代表之各國不同政黨之立場的集結（參 Mittag/Steuer, Politische Parteien in der EU, 2010, S. 24）。歐洲議會之結構化成黨團有助於其工作之有效組織。鑑於高的議員數目與在議會內被代表之文化，國籍、語言及政治活動的多元性，特別是共同政治意見之表達方式與協議之達成需要整合，而整合的第一步無論如何都是黨團的任務。不同於各國之人民代表機構，〈執政〉多數與反對黨之間的對立並不是歐洲議會的特徵（參 EuG, Urteil der

Dritten erweiterten Kammer vom 2. Oktober 2001 - T-222/99, T-327/99 und T-329/99 -, Slg. 2001, S. II - 2823)。此一情況一方面允許黨團在面對組成其之議員時，有某種開放性；另一方面藉此也使其在擴大的範圍內，具有針對具體個案策動其成員採取共同行動之任務。

歐洲議會之議事規則以兩種方式考量黨團對於議會工作與意志形成之特殊角色：一方面對於黨團地位之承認規定有一定的組成人數，此一組成人數在過去對於歐洲議會零碎化的防止有相當的貢獻（參 Mittag/Steuer, Politische Parteien in der EU, 2010, S. 159）。如現行議事規則第30條關於黨團之組成，所設定的前提要件是，黨團成員政治上之歸屬與至少25位議員數目，此等議員必須是從至少1/4之會員國中被選出者。另一方面就黨團地位規定有一些利益與權利，此等利益與權利很明顯的提高了組成政治性黨團的興趣（參 Mittag/Steuer, Politische Parteien in der EU, 2010, S. 206）。除了不算少之財政上的利益外，尤其是下列的情況，提高了組成政治性黨團的興趣。即議員之專業工作主要是在歐洲議會22個常設委員會內進行，而原則上須為某一黨團之成員，才有可能加入這些常設委員會，從事在政治上具有吸引力的工作。因為委員會的組成是依據

—符合鏡子反照原則的(歐洲議會議事規則第186條第1款)—黨團在大會的大小。相對於此的，個別議員具有極少值得一提之形成政策的可能性。所賦予個別議員如下的權利：不具黨團成員資格也有被選入委員會的權利(歐洲議會議事規則第186條第1款)，提出表決提案的權利，要求大會利用歐洲同盟工作方式協定第225條之提議權的權利，及對理事會與執委會提出質詢的權利等，依照一般的評估，尚不足以使個別議員具有形成政策的可能性。

過去幾年黨團皆能夠，特別是對於在歐洲同盟擴張過程中加入之政黨進行整合。根據這些經驗—這些經驗在個別的部分並不排除有可能也會被作不同的解釋—無論如何原則上皆可認為，在門檻條款廢除的情況下，在議會內將具有代表之增加的小政黨，也可能加入現已存在之黨團。接受為數眾多之不同背景與傳統之各國政黨與議員之結果，當然是歐洲議會內之各個黨團集結成一個大的、不同政治流派的頻寬。根據在歐洲議會黨團內相類似之優惠權利，內部的團結性比在各國議會內來得差，當然在各個黨團之間也會有所不同。與此相關之差異性，也根源自，可能對於新加入議會之勢力有利的，歐洲議會各個黨團為達到儘可能大的黨團勢力所採取之策略。此外，黨團—儘管其相較之下

較差之凝聚力—幾個任期下來，皆鞏固其結構，且能夠長期地以來自於特定成員政黨的議員為核心去作結合(參Mittag/Steuer, Politische Parteien in der EU, 2010, S. 206)。

關於黨團整合能力的界限，由此界限而可得出在歐洲議會內具有代表之政治勢力可被接受之零碎程度的界限，尚無法確切的知道。那麼一方面即使是透過歐洲同盟之擴張而增加之各國、性質完全不同成員政黨的數目，也應該沒有對於黨團一致性投票行為的能力造成值得一提的危害(參Hix/Noury/Roland, Democratic Politics in the European Parliament, 2007, S. 94 ff.; Thierse, MIP 2010, S. 25 <28 f.>)。此一評估是根據歐洲議會之黨團在點名投票(Roll Call Votes)時所確立之高的團結值。而對於議員投票行為之分析，點名投票成為唯一的資料基礎。且可隱含的假設，在點名投票時所發現的結果，對於在其他投票時之行為也應具有代表性。另一方面在一項較新的研究中也顯示，黨團之團結度並不是結果，而是提案點名投票之前提要件，且跨國黨團的團結度，就基礎的全體而言，明顯地較低(參Thiem, Nationale Parteien im Europäischen Parlament, 1. Aufl. 2009, S. 169; Thierse, MIP 2010, S. 25 <30>)。

bb)因為在歐洲議會內具有代表

的政黨或在那裏所組成的黨團沒有一個擁有議員的多數，且也無法期待存在此種多數，因此為了取得多數，黨團必須達成協議與締結同盟。如果議會意志形成的過程因為為數可觀之小政黨的加入而可感覺變得困難時，這是有可能導致歐洲議會的運作能力一在此首先單獨將其理解為，針對特定問題在適當時間內形成多數決的能力一受到危害。然而對於進一步的預測，也在審酌言詞辯論的結果之下，仍缺乏對於事實必要的認識。

雖然不容否認，當必須引入之具有不同意見的積極參與者愈多，且其彼此之間的基本立場相距愈遠時，為形成議會意志所必要之尋求共識與形成一致性見解所耗費的時間與精力也將愈多。然而對於在歐洲議會內多數的形成而言，此一一般性的觀點並無法賦予其舉足輕重的份量。

議會實務所呈現的都是兩大黨團的共同合作，且此兩大黨團一般係由總共明顯超過60%的席次代表所組成者（參 Mittag/Steuwer, Politische Parteien in der EU, 2010, S. 212 f.）。在此兩大黨團之間為形成一致性見解所花費的時間與精力並不受沒有加入黨團議員及較小黨團數目之影響。擔憂在更多小政黨加入大黨團的情況下，由於較小之同質性將產生黨團內部之困難性，不僅是從黨團相當的集結力的觀點（上面aa），而且因為黨團

內部意見的分歧只預期會在個別的問題時產生，因此將可以以適當的時間與精力加以解決，顯然是過度擔憂了。如果歐洲議會內之政治結構，往像在各國議會可觀察到之諸如有關執政者與反對黨敵對輪廓之政治結構的方向發展的話，將會產生怎樣的結果，目前尚無法預估，因為此種發展受制於許多未知的因素，在此情況下仍舊只是一種推測。

惟對於兩大黨團無法結盟的情況，在5%門檻條款及其他會員國與之相應規定的廢除下，所預期必然較高之小政黨議員數目，也不會阻擾經安排之多數的形成。只要不是涉及政治的原則性問題，議會現狀原來所呈現的，就是一於缺乏長期聯合時一在不同的表決議題下，一再形成新的多數。在歐洲議會內「穩定的」黨團都表現出合作的意願，且有能力組織表決時必要的多數。沒有任何一方提及或則顯然地，應該考量到這些小政黨議員，只要其在議會參與上未被完全排除，將帶來某一數量等級。且此一數量等級將使歐洲議會內現存的政治團體，不再可能在既定的議會程序中作出決定。

當然不是歐洲議會的決議都只要普通多數即已足矣（歐洲同盟工作方式協定第231條）。或許在特定的情況需要特定的多數（議會成員之多數，諸如在歐洲同盟工作方式協定第294

條第7項第2及3款的情況－議會在二讀時否決或者修正理事會之觀點－；所投出票數2/3多數，此多數須同時包含議會成員之多數，諸如在歐洲同盟工作方式協定第234條第2項第1句的情況－改選執委會－。如果較多數的議員一開始即不被考慮作為可能的夥伴或以此種意義被考量，且必要之有合作意願黨團的票數只是剛好達到或只有在特定的情況下才能達到的話，則達到特定多數與尤其是在表決前協商以確保達到特定多數，必定有所困難。規定特定多數是諸項條約所想要的，目的正是在歐洲議會內廣泛的同意，特別是鑑於與歐洲同盟之其他機關（歐盟條約第13條）在結構上的平衡，為此只好忍受歐洲議會在無法克服之意見分歧下無法取得可貫徹的立場（也見下面c）。當在切合實際的評估下，基本上不願意合作的議員數目是如此地高，以至於特定多數在所有情況下實際上不再可能達到時，或許就有可能會危害到歐洲議會之運作。無法預期，隨著在此所提及之門檻條款的廢除，可能出現此種關係。

cc)在言詞辯論中陳述意見之專家與歐洲議會之議員所表示的預期，在本質上皆一致地認為，隨著更多小政黨的進入歐洲議會，將使多數的取得變得困難。然而，單獨此點尚不足以說明，此以些許可能性所預期之對於歐洲議會運作能力的危害，可以合

理化對於選舉平等與機會平等原則的限制（參BVerfGE 120, 82 <114>）。相對於現在的情況將有重大的改變與將傾向議會意志形成受阻的趨勢，對於此一發展，沒有任何一位陳述意見的人員可以證明。對於所有看起來有疑問的領域皆是如此。

(1)吾人無法看出，經由更多小政黨的進入將使歐洲議會，與理事會及執委會達成所謂「一讀協商(first reading agreement)」的可能性變得極度地不可能。參與立法程序的機關，通常皆嘗試在一讀之前，即以非正式交涉的方式，協調出共同的立法提案（「一讀協商(first reading agreement)」），透過此種方式在一讀時即可接受法律行為。非正式的交換意見是在理事會、歐洲議會與執委會代表之間三方會面(Trilogen)的範疇下進行。此一實務是根據此三個機關一項跨機構間的協議而來（「對於新共同決策程序實施方式之共同聲明<建立歐洲共同體條約第251條>」，ABl 2007 Nr. C 145/02）。根據歐洲議員在言詞辯論時所提供的，最近一次有70%的立法提案是在一讀之前，即依據機關間非正式的協商取得一致的決定，因此無須再完成條約所規定之三讀與調處程序等立法程序（歐洲同盟工作方式協定第294條，舊建立歐洲共同體條約第251條）。

為此非正式的協商，歐洲議會的

代表需要有議會確切的支持。此種支持其是透過先前之與黨團取得協調而獲取。因此透過更多小政黨的進入，即使其議員許多皆為未加入黨團者，可以預期將根本改變此一關係之一點，尚非變得很明顯。自始至終都是有高數目的議員加入黨團，且直到今天在三方會面的歐洲議會代表，為確保其協商立場，必須多次地與好多個黨團，某些情況下還要與黨團內之不同的團體，進行意見的交換，因此並無法確信地說，須花費相當多額外的時間或精力才能作成決議。即使議會的代表必須遵守其與歐洲議會內比較多數目政治勢力的磋商，也不能說，或則並非顯然地，在三方會面的範疇內，代表歐洲議會不再可能或只有花費不成比例的時間或精力時才有可能。

(2)未加入黨團者與其席次額度相較，在委員會內極少是報告人的發現，顯然很難支持，在比較高額度未加入黨團議員的情況下，將干擾歐洲議會完成其任務的假設。委員會主席愈來愈須承接報告的工作所作的說明，同樣很難支持此種假設。在其議事規則自律範圍內，確立依規定完成其任務的前提要件，是歐洲議會的事。此針對所提出之問題應該不可能之一點，尚無法說服法庭。如此諸如對於在某些委員會內實務運作所作的討論，藉由點的體系將報告的工作移轉給黨團，也可以清楚看出在議會內形塑

可能性的寬度。

(3)在鑑定人方面所強調的是，在歐洲議會的黨團間並沒有聯合契約，因此在每一個對事或對人的議題上，皆須找到共識；在歐洲議會較大零碎化下，為達到多數需要更多的努力。此一多數耗費可能使議會完成其任務的能力成為問題的假設，在對照過去即已被證明之歐洲議會的應變能力下，是不合理的。議會的運作不是僵化地被定型，而是會依已改變的關係去作調整。歐洲議會的發展，其由談話型議會(1979年)，因為在立法權領域權限的增加，更加地往具有不同委員會結構，及具有專業與最後更具聯繫性黨團工作之工作型議會方向去發展，尤其顯現出這一點(參Mittag/Steuer, Politische Parteien in der EU, 2010, S. 206 f.)。因此議會的工作相應地去適應已改變的事實前提，像諸如未加入黨團議員數目的增加，是可以期待的。歐洲議會在此是自律地處理其事務，當然是在完全理解自己的利益之下，視其所處理事務的事實與法律前提要件去作處理。在判斷以危害其運作能力作為合理化限制選舉及機會平等之理由的問題時，如果是嚴格地根據那些議會內部的規則的話，是有問題的，因為那些規則特別是作為憲法審查時的框架條件而被草擬出來的。

(4)如果在委員會的層面，因為

歐洲議會組成改變的結果，理應會造成更多僵局情況的產生。在此僵局情況中，對於決議修正提案就特定的立法報告無法達到多數，因此也無法產生與理事會及執委會進行非正式協商的代表。即使如此，此也無法說明，歐洲議會運作能力將斷然地受到危害的情況。議會內部決議過程的形成或許較為複雜，那在這種情況下，從現在起可能變得必要的，是交付大會去作決定。

c)為了選出具有處事能力的執政者及對其持續性的支持，有必要形成穩定的多數，且國會碎成許多小的團體將危害此一目的，乃5%門檻條款在德意志聯邦議會選舉找到其正當性之所在。因此立法者准予在一定範圍內，將比例關係選舉所要追求之重要事項，即選民之政治意見在國會儘最大可能地有其代表，先擺在一邊（參BVerfGE 120, 82 <111> m.w.N.）。依據歐洲的條約，在歐洲的層面並不存在與此相當的利益情勢。歐洲議會不用選舉持續依賴其支持的歐盟執政者。同樣地，歐盟的立法較少依賴歐洲議會內總是相同的多數。而此一相同的多數是由特定黨團穩定聯合所形成，並有反對黨與之相對立。真正對其適用的是議會的資訊權與監督權，此種權限在各國的議會於傳統上也是被當作少數權而賦予。因此以門檻條款限制選舉及機會平等，缺乏迫不得已

的理由。從而在歐洲層面以規定比例關係選舉法規方式所追求之代議民主的想法（歐洲同盟條約第10條第1項），在歐洲議會可以毫無限制地加以實現。與此相一致的，是歐洲的法規制定者也看到沒有自己採取對抗歐洲議會「零碎化」之預防措施的必要性，而是開放給會員國，只是在分配席次時設定最低門檻（直接選舉議定書第3條），或規定可比較有效形成選舉權的可能性。

aa)執委會主席雖然是由歐洲理事會提名，經歐洲議會以其成員多數方式選出（歐洲同盟里斯本條約第17條第7項下第1項第2句）。在歐洲理事會任命執委會整個合議團隊前，整個合議團隊也須提請議會進行同意表決（參歐洲同盟里斯本條約第17條第7項下第3項）。然而，執委會及其主席在完成其任務時，只要議會不是依歐洲同盟工作方式協定第234條第2項以必要之高的表決數收回對其之信任，並不須要依靠議會進一步的同意。此尤其是涉及在通常立法程序的立法。

bb)自從里斯本條約生效後，歐洲法律絕大部分是在通常立法程序（歐洲同盟工作方式協定第289條第1項）通過，而通常立法程序是源自於共同決策程序（建立歐洲共同體條約-EGV-第251條，參整編後之條文ABI 2002 Nr. C 325/11）。在此一程序之立法並不須要議會具有多數之同意。

在執委會提案後，於歐洲議會將進行一讀，一讀是為確立歐洲同盟工作方式協定第294條第3項所規定之歐洲議會的立場而進行。提案首先會交付主管委員會，在委員會中通常由報告人審查執委會的提案並作成報告。此報告在提交大會之前，須經委員會普通多數的通過。既對於整個立法提案，也對於所有經委員會處理而來之修正提案，皆由大會表決之。所需要的（只）是每次所投出票數的多數（歐洲同盟工作方式協定第231條）。在緊接著於理事會的一讀中，理事會得以議會所通過的版本同意法律行為，而有成效地完成立法程序。如果理事會提議修正，則在議會將進行二讀（歐洲同盟工作方式協定第294條第7項）。如果議會在3個月的期限內沒有表示意見，或同意理事會之觀點時，則法律行為視為已作成（歐洲同盟工作方式協定第294條第7項第1款）。對於理事會觀點—將發生最終效力—的否決或修正建議，在議會內要求其成員的多數（歐洲同盟工作方式協定第294條第7項第2及3款）。如果理事會以特定多數贊同歐洲議會的修正建議，則完成法律行為（歐洲同盟工作方式協定第294條第8項第1款）。否則將召開調處委員會，聽取議會及理事會代表的意見（歐洲同盟工作方式協定第294條第8項第2款、第10項）。此由調處程序所產出之提案（「共同提案」

），最後必須在6個星期內既經議會，且經理事會在三讀中通過（歐洲同盟工作方式協定第294條第13項），在此於議會內再次只需要所投出票數的多數。

因此在通常立法程序中完成法律行為，歐洲議會的同意並非一定需要的。因為理事會依歐洲同盟工作方式協定第294條第5項所確立與移送議會的法律行為，於議會在二讀時沒有就理事會的觀點表示意見，或沒有以其成員之多數否決理事會之提案時，也視為已作成（歐洲同盟工作方式協定第294條第7項第1款第二種情況、第2款）。結果是，歐盟的立法依據母法是如此地設計，以致於其非取決於歐洲議會內的特定多數關係。據此並不具有合理化5%門檻條款之重要理由。

相類似的，是在依歐洲同盟工作方式協定第314條，提出年度預算計畫的情況。由執委會所擬訂之年度預算計畫案首先送交理事會去確立其立場，緊接著送交歐洲議會。議會得以其成員之多數決議修正（歐洲同盟工作方式協定第314條第4項第3款）。在此情況下所召開之調處委員會，其任務是對於共同草案取得一致的見解。在此一程序階段歐洲議會可以就其所同意之共同草案，反對理事會之意思，以預算法通過之。為此當然需要所投出票數3/5的多數，此多數同時必

須是其成員之多數（歐洲同盟工作方式協定第314條第7項第4款）。如果議會對於理事會就預算計畫案所採取之觀點，相反地沒有作出決議，則預算計畫視為已通過（歐洲同盟工作方式協定第314條第4項第2款）。在此情況下，預算計畫也可以沒有議會的同意而通過。

某些在條約內特別列舉的立法行為，只能根據特別的立法程序，經議會同意而頒布。最後由前述的情況，也無法得出穩定之議會多數的必要性。變換的多數可能使歐洲議會、理事會與執委會之間的交涉變得困難，但與之相對的，卻是更多發現多數的機會。特別是諸條約對於完全不同的事件形成，像諸如反歧視立法（歐洲同盟工作方式協定第19條第1項）或設置歐洲檢察署（歐洲同盟工作方式協定第86條第1項），規定須在特別的立法程序中經歐洲議會之同意。因此即使在個別的事件中未達到同意之多數，也不會面臨議會工作普遍受阻的危險。如果看同意的保留，特別是在所謂組織結構上的法律行為，也是如此。此組織結構上的法律行為為長期形塑歐洲同盟，如新會員國的接受（參歐洲同盟里斯本條約第49條第1項第3句），某一會員國之嚴重與持續違反歐盟價值之確立（歐洲同盟里斯本條約第7條第2項），或涉及特定國際法協定之議決（歐洲同盟工作方式協定第

218條第6項第1款）。

cc)一開始就可以排除的，是基礎性地增加小政黨會阻礙歐洲議會完成其政治監督任務（歐洲同盟里斯本條約第14條第1項第2句）之一點。議會之質詢權，與執委會、其他行政機關及理事會提供資訊及提出報告之義務—在國家層面是國會反對黨典型的工具—，並不依靠特定議會多數的存在。只要條約法規規定一定的比例—如成立調查委員會需要議會成員1/4的聲請（歐洲同盟工作方式協定第266條第1項），通過對於執委會之不信任案需要所投出票數2/3的多數與歐洲議會成員之多數（歐洲同盟工作方式協定第234條第2項）—，這些規定的目的，首要是維持歐洲同盟機關之間結構上的淨平衡，而並不含有諸如儘可能使歐洲議會容易使用這些工具而逾越相應框架條件的考量。在監督執委會對於預算之執行（歐洲同盟工作方式協定第319條）時，關於免責議會是以所投出票數之多數決定之。不予免責時視為是對執委會的不信任投票，當然此種不信任投票在法律上被認為不具有任何效果(Waldhoff, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 319 AEUV Rn. 3)。在此範疇內，也不需要穩定多數的措施。

dd)選舉作為政治意志形成整合過程的性質，與母法中所規定之政黨

的歐洲關聯性（參歐洲同盟里斯本條約第10條第4項），也無法合理化，藉由門檻條款以阻止較小政黨之進入歐洲議會。縮小政治意見光譜的頻寬—諸如在民意代表機關立法過程較清楚明瞭的意義下一，並不是選舉立法的任務。或許正好是在歐洲的層面，應該維護政治過程的開放性。而給予小政黨取得政治成果的機會，即屬於此。新的政治想法有一部分首先是由所謂的一個議題的政黨所提出，再轉變成為公共的意識。相應的倡議在政治上加以處理，與使此一過程透明化，正是議會辯論的意義與目的（就此全文參BVerfGE 111, 382 <403 ff.>）。

2. 有些觀點認為，5%門檻條款的維持應跳脫在法律上將嚴重危害歐洲議會運作的主張。此種觀點並不適宜作為限制選舉及機會平等之合理化理由。

為確保德國的利益在歐洲議會有效地被代表，門檻條款是有必要的之此種論點，因為在歐洲議會沒有國家推派的代表（關於黨團橫跨國家之結構，參歐洲議會議事規則第30條），只可能以下面的意義加以理解，即每一個分配給非與黨團結合之小政黨的席次將降低德國對於黨團的影響，與透過黨團對於議會工作的影響。先不談維護國家利益，在歐洲選舉的範疇內，是否根本可以作為差別待遇之正當連接點的問題。很明顯地，對於選

舉法上的不同對待，就此實在說不出一個可以承載的理由。立法者不得僅因為較大之政黨，在歐洲的層面，預期地比起小政黨可以提出較可期待具有效果的意見，而優厚較大之政黨。

此也適用於，德意志聯邦議會在法庭上所提出，在歐洲議會內德國配額議員與德意志聯邦議會之政治反連結的觀點，只要藉此想要確保有效地代表德國的利益。此外在此一觀點所涉及，卻是不具有憲法意義的一其自身絕對重要的一政治要求。議會間之政治行為如何可以在歐洲多層面的系統中具體地取得協調，特別是取決於選民如何在國家與在歐洲的層面投票。德意志聯邦議會沒有提出任何論理法則，因為這些法則如果沒有借助於5%門檻條款以降低歐洲議會內政黨的數目，議會間有效的合作將受到嚴重的危害。

III. 第二位訴願人不服「固定」名單制度部分之無理由

第二位訴願人不服依據「固定」名單之選舉所提起之選舉審查訴願部分，無法滿足其請求。

1. 在依據「固定」名單的選舉，落在每一份名單的席次，將依在名單上事先排定的先後順序分配給參選人。因此，選舉人只能選舉那個名單，而不能影響候選人之先後順序。德國歐洲選舉法是此種席次分配方式的依據。依歐洲選舉法第2條第5項第1句

，落在選舉推薦名單的席次係依「在那裡被排定之先後順序」分配之。落在名單聯合的席次，依第5項準用之（歐洲選舉法第2條第6項第2句）。與此規定相關的，為歐洲選舉法第9條第2項之規定。依據歐洲選舉法第9條第2項之規定，在選舉推薦名單上，參選人的名字必須以「可辨識的先後順序」列出。選舉人只能接受政黨之整份選舉推薦名單。而未有可更改名單上候選人先後順序之規定（歐洲選舉法第16條第2項）。

2. 歐洲法規並無在會員國內不得依照「固定」名單選舉之規定。直接選舉議定書第1條第1項只規定，歐洲議會的成員依據比例關係選舉制「依據名單」或可讓渡之單一選票選舉之。據此，在此規定範圍內，究竟是採羈束—選舉人不得更動—名單或採開放—在選舉推薦名單上之參選人的先後順序有給予變更可能性—名單選舉，係保留給會員國去作決定。直接選舉議定書第1條第2項也強調此點，依據直接選舉議定書第1條第2項之規定，會員國可以依照其所確立的模式允許有依據名單之優先選擇投票。即使此一規定只是在釐清，然而由此規定卻可得出，直接選舉議定書是以存在依照「固定」名單選舉之可能性作為前提要件之結果。

3. 歐洲選舉法所規定，依照「固定」名單之比例關係選舉在憲法上並

無疑義。對於國家的選舉，聯邦憲法法院相應地一再地確認此點（參BVerfGE 3, 45 <50 f.>; 7, 63 <67 ff.>; 21, 355 <355 f.>; 47, 253 <283>; 122, 304 <314>）。第二位訴願人並沒有闡述可導致作成其他判斷之新的論點。

IV. 歐洲選舉法第2條第7項違憲之法律效果

5%門檻條款違憲，因而宣告歐洲選舉法第2條第7項無效(1)。除此之外，訴願人等請求宣告2009年歐洲議會選舉無效部分，選舉審查訴願卻是無理由(2)。

1. 因為5%門檻條款與選舉權平等及政黨機會平等原則（基本法第3條第1項與基本法第21條第1項）不符，因而依聯邦憲法法院法第78條第1句、第95條第3項第2句宣告歐洲選舉法第2條第7項無效。

在選舉審查程序中，應就選舉法規規定之合憲性加以審查，因為原則上只有根據合憲之選舉法律所舉行之選舉可以主張有效（參BVerfGE 16, 130 <135 f.>）。即使在選舉審查訴願程序範圍內，首先是鑑於選舉有效或無效之問題而對選舉法規規定作憲法上之審查。然而不可能在已知選舉法規規定違憲的情況下，此一違憲仍可毫無結果地被保留下來。因此在此符合聯邦憲法法院法第78條第1句、第95條第3項第2句之規定而適用之。因為找不出可以作成其他法律效果宣告

之理由，因此宣告歐洲選舉法第2條第7項無效。

2.此一選舉的瑕疵並不會導致2009年在德國之歐洲議會的選舉受無效的宣告與命令重新選舉。

a)在選舉瑕疵可能影響席次分配的情況，聯邦憲法法院之選舉審查裁判受儘最大可能不要干預之要求的拘束。所確立的選舉瑕疵要求到那裡，裁判僅得判到那裡。除其他者外，由此得出，首先應是更正選舉瑕疵，而非重新選舉（BVerfGE 121, 266 <311>）。

基本上已當選之人民代表存續保護之必要性，此一必要性的法律基礎是民主的要求，應與所確立之選舉瑕疵的效果作一權衡。對選舉單純的影響且無任何重要性者，並不會導致選舉無效。選舉審查裁判對於已當選人民代表組成的干預，在面對維持已當選人民代表的利益時，須有合理的理由。此種干預的效果愈深與愈廣時，支持此種干預的選舉瑕疵秤起來必須愈重。整個選舉宣告無效的前提，是此一嚴重的選舉瑕疵已經嚴重到，在此種方式下被選出之民意代表的繼續存在，已到了令人無法忍受的程度（BVerfGE 103, 111<134>; 121, 266 <311 f.>）。

b)選舉瑕疵無庸予以更正。雖然也可以計算出，在不適用5%門檻條款之下，在分配代表席次時，現在會

落在那些至今仍未被考量之小政黨的候選人身上，以及那些較大政黨的議員，相反地在重新分配時，會喪失其在歐洲議會的席次。然而對於選舉瑕疵無法以此種方式加以界定，因為選舉瑕疵可能已影響到—除了個別代表之外—作為整體的選舉。

在此的前提是，5%門檻條款也在2009年的歐洲選舉，造成策略性的投票行為。其可能使某些數目無法確定的選舉人，因此而不去選舉他所偏好之較小的政黨。可是其所引起的效果也可能是，一些選舉人正是看到投票給小政黨的選舉決定預期沒有任何作用，出於示威而將選票投給小政黨。此一此外也可能影響較小政黨彼此關係的效果，有可能在無法確定的程度上已影響到整個選舉的結果。再加上選舉法規並不認得這一類的重新計算，因此也沒有規定替換代表的預防措施。

c)將不命令重新選舉，因為在所要求之權衡的範圍內，信賴歐洲選舉法合憲而組成之人民代表的存續保護應優先於所確立之選舉瑕疵的貫徹。

因命令重新選舉所產生之干預，即使假設沒有影響到歐洲議會之整體，而只影響到議員的德國配額部分。但在德國之重新選舉，也可能同樣地對於歐洲議會的日常工作，特別是對於議員在黨團及委員會之組成，產生干擾性的，與無法預估其效果的影響

。由此所得出之已當選代表存續保護的利益，所面對的選舉瑕疵，尚非可視為「無法容忍」者。其所影響的，只是德國配額極小部分的議員，歐洲議會之德國議員其整體的正當性，應不成問題。

再加上聯邦憲法法院曾以1979年5月22日的裁定(BVerfGE 51, 222)，認為在歐洲選舉法規內之5%門檻條款合憲。因為2009年之歐洲選舉，第一次被確立之此次選舉的選舉瑕疵毫無結果地予以維持，顯然是可以接受的。

C. 訴訟費用之負擔

在訴願人等主張5%門檻條款違憲的範圍內，依選舉審查法第18條、第19條結合聯邦憲法法院法第34條之1第3項，應償還訴願人必要支出之費用。

D. 裁判作成之方式

本裁判是以5比3之票數作成，對此結果同時有一位法庭成員是出於不同的理由予以贊同。

法官：Voßkuhle Di Fabio
 Mellinshoff
 Lübke-Wolff
 Gerhardt Landau
 Huber Hermanns

法官 Di Fabio 與 Mellinshoff 不同意見書

針對第二庭2011年11月9日判決

-2 BvC 4/10-

-2 BvC 6/10-

-2 BvC 8/10-

吾等對於判決的結果與理由皆不表贊同。法庭無法令人信服地以太過形式化所設定之審查標準，衡量對於政黨選舉權平等與機會平等之限制，對於選舉立法者之形成自由作太過狹隘的界定，且不顧歐洲議會所增加之政治責任而容忍對於歐洲議會的運作可能造成的危害。

根據有關之選舉審查訴願，是以侵害選舉權平等與政黨機會平等原則，審查5%門檻條款的維持，在憲法上其合理化的理由。當聯邦憲法法院還在1979那一年，視歐洲選舉之5%門檻條款有正當理由(BVerfGE 51, 222)時，則法庭今天卻不顧門檻條款遞減之實務效果(就此下面I.)與不顧歐洲議會權限相當的增加以及明顯提升之政治重要性(就此下面II.)，而認為門檻條款不再具有正當性。惟卻沒有足夠明白地指出，判斷標準究竟改變了多少。

I.

1. 歐洲選舉門檻條款之合憲性在第一個審查階段，係繫於限制選舉權平等與政黨機會平等適當性的確認與衡量。選舉平等的核心意義是在形式上對於所有公民在行使選舉權時給予相同的評價。此一原則，除選舉自由

外，乃為民主制度而設。而民主制度的基本內涵受憲法的保障，且不得加以修改(基本法第79條第3項、第20條第1項及第2項、第1條第1項，參BVerfGE 123, 267 <342 f.>；聯邦憲法法院2011年9月7日第二庭判決—2 BvR 987/10 u.a.—, NJW 2011, S. 2946 <2948>)。由此一形式的開端得出，每一種差別待遇皆須有特別、合理化、迫不得已的理由（BVerfGE 1, 208 <249, 255>即已提及此）。此一標準究竟如何適用，最後是否每一個差別對待之客觀的合理理由皆已足矣，是否只承認憲法上迫切要求的理由，或甚至在釋義學上類似避免危難法規，合理化之理由係取決於高的出現可能性，依侵害的強度判斷之（參BVerfGE 121, 266 <298>）。因此在每一種情況，對於標準之適用需先作差別待遇性質與效果之評價。有一種差別待遇是普遍禁止的，即當此差別待遇涉及個人及其選票之計算價值時，諸如當富有者的選票較不富有者之選票計算多一點時，此如在普魯士階級選舉法規的情況。據該法規之規定，選舉人依其繳稅的多寡，被分成三個具有極度不同選票份量的等級。選舉平等原則普遍禁止計算價值之差別待遇，例如依據性別、家庭背景或信仰所為之差別待遇，相較於選舉平等原則允許或甚至要求其他之差別待遇，諸如鑑於成年人之成熟度與辨識能

力依照年齡所為之差別待遇（基本法第38條第2項前半句）。

a)5%門檻條款單就下列之理由就已經不是被禁止之差別待遇，因為其給予每一位選舉人相同之選票份量，且每一位選舉人擁有的機會，以其選票幫助政黨之候選人，在跨越5%門檻之下，進入議會。或許門檻條款是比例關係選舉法規的補充性規定。在此前後關係中應將其視為結果價值之差別待遇，並就其侵害強度相應地加以衡量。因為差別待遇之規定，在立法者所選擇之選舉制度範圍內，當未涉及計算價值，而是涉及結果價值時，只須是為追求其目的適當且必要者，此時其許可之程度是依侵害平等選舉權的強度而定（參BVerfGE 121, 266 <298>）。此一標準的適用是說，依據5%條款在具體事件的效果去探詢。被投出的一大部分選票—在歐洲選舉大約10%—因為門檻條款而沒有任何席次結果，此一經常也被法庭努力表述的說法，當將其與多數選舉制作比較時，無論如何變得相當的不重要。在一階段的多數選舉制中，參選人以相對多數的選票取得席次，而此可能造成的結果是，在某一選區所投出之絕對多數的選票是沒有席次的，因此是「不被考量的」，即不是諸如只有所投出選票之10%，如在2009年歐洲選舉因門檻條款所造成者，而是在該選區所投出之選票甚至超過50%

是沒有任何席次效果的。

b)附加5%門檻條款條件之比例關係選舉制，從結果價值平等的觀點，比起多數選舉制，還沒有那麼深遠的影響。多數選舉制亦即是那種聯邦憲法法院尚在2008年，無論如何針對聯邦議會一半席次的分配，還認為可能而建議選舉立法者實施的選舉制度（參BVerfGE 121, 266 <307>關於鴻溝制度(Grabensystem)，依此制德意志聯邦議會一半的議員得依多數選舉制選出之）。

憲法法院之審查，不得抓出某一選舉制度的個別要素，並針對此設定嚴格的平等要求，而是其必須就選舉制度之整體加以評價與衡量。因此也是在個別的問題上，憲法上加以判斷者，總是立法者所選擇之整個制度，在此同時也必須看補充規定，就其在那裡的作用。在結果的正確性上，有時會審查補充規定（參BVerfGE 95, 335 <372 f.>; 120, 82 <103 f.>）。

如果立法者選擇純粹之比例關係選舉制，則其原則上容忍不同政治流派高的代表性所帶來之在議會內政黨世界與不同政治方向的零碎化，因為最後所存在的，是一種在政黨與選民團體強度上向下減少、「毫無界限之分配席次」（BVerfGE 51, 222 <236 >），其只能透過席次數目本身加以限定者。據此為形成多數需要較大的共識，此將增加人民在有義意地決

定個別政黨與認識政治大趨勢取向上的困難。相反地，如果立法者決定採行純粹之多數選舉制時，則因為議會內較少被細分的勢力，政治的體系將獲得較大之方向穩定性與較清楚的多數取向，當然須付出反應選民政治意志精確度比例顯然較低的代價。人民中之少數可以經由在選區被過濾過之相對多數的管道，之後在議會內組成具有執政能力的席次多數。

這兩種在選票結果價值上彼此間極度不同的模式基本法皆允許。關於選舉制度憲法是開放的，因此並沒有授權聯邦憲法法院，在規劃形成選舉制度時以平等原則作太過細緻肢解的審查，逐案地加以糾正，與如此漸漸地鑽入選舉立法者的角色。由基本法第38條所得出之選舉原則，並沒有強迫建置純粹的模式，而是其允許修正與混合（參BVerfGE 95, 335 <349 f., 354>）。因此，應將5%條款當作原則上許可、用以對抗不同，也是較小與最小政治流派高反應度之缺點的調節因素來加以衡量。

2.在確定歐洲選舉5%門檻條款之侵害強度時，則在與其他選舉條件相較之下，得不出要求特別嚴格審查之特殊性。相反地，正好是在歐洲選舉，比起在對於形成清楚多數關係具有重要性之聯邦議會選舉，選民更容易實驗。針對執政者—反對者二元論此點，不僅是在確定對於運作可能的

危害為論證時具有重要性—如同法庭所強調的—，而是在侵害選舉權平等強度必要性的確認時即應加以考量者。這個問題，諸如就政黨之機會平等（基本法第21條結合第3條第1項），必須進一步加以追問者，為在歐洲選舉，對於新的或小的政黨而言，是否如同在聯邦議會選舉那麼難跨越門檻條款。如果在較長的發展趨勢中，所謂選民之反覆無常本來即在增加，亦即基層選民信賴的聯結度在減弱，且在歐洲選舉，關於政府組成之運作的論點，顯然也較不涉及，或甚至完成不是論點，則侵害的強度也會減少。在30年前5%門檻還是一種障礙，是新的團體如同「綠黨」，為漸漸移入穩定，也就是說有跨越5%門檻條款能力之政黨圈，必須長距離助跑者。如同新的政黨或選民團體的異軍突起所顯示的，今天5%門檻已不再形成此種障礙。今天已完全不同。即使是新的、其黨綱沒有多少人知道，或選後才想研擬其對政治議題之意見的團體，也有能力超越等級地在邦議會選舉或也在聯邦議會選舉跨越門檻條款。因此在衡量對於選舉權平等之限制時即已無法洞見，為什麼法庭在1979年時認為在歐洲選舉之5%門檻條款具有正當理由，而今天卻不再堅持此一見解。

3. 因為依憲法基本法並沒有規定選舉制度，亦即開放給立法者相當大

的形成空間，因此基本法要求的，是適當地衡量5%條款的侵害強度（參BVerfGE 6, 84 <90>; 6, 104 <111>即已如此）。法庭不得接收立法者在立法程序上之任務，尤其是其不得自己認定所有重要之事實及法律觀點，並權衡彼此互相衝突者（參BVerfGE 120, 82 <113>）。選舉審查是聯邦議會的事（基本法第41條第1項第1句），也符合此；此一不尋常地授權法律形式之自我控制雖然以得向聯邦憲法法院提起訴願作為補充（基本法第41條第2項），但是同時也表明憲法對於審查密度與在權力分立體系中角色分配等問題之評價。選舉法規之問題屬於立法者之政治形成（基本法第38條第3項），對立法者就選舉原則一般性事項之規範委託，課予法院克制之義務。由此雖然無法得出一個不受法律規範的領域，但是須留意，特別是鑑於存在於司法之趨勢，隨著時間的移轉逐漸強化平等的要求。也不會因為政黨作為議會內之黨團將同時決定自己之事務，而要求作較嚴格之審查。因為此點—不同於在報酬的問題上—在選舉法規上不是那麼容易就可以成立。較小之政黨，也是由執政責任而來經常一起扛起選舉法規者，自己已經變成門檻條款的「犧牲者」；在處理時，不應當即刻懷疑，在此穩定的政黨是想以組成聯盟的方式避開競爭。

II.

1. 為防止德國配額部分在歐洲議會內具有代表之政黨更加零碎的目的，5%門檻條款就其侵害強度加以衡量時，在實質上也是具有合理化理由的。在此，德國對於歐洲議會的組成只承擔部分的責任之一點，並不重要。如果德國完全沒有能力，以其有限的配額單獨確保歐洲議會之運作能力這點是正確的（參Ehlers, Sperrklauseln im Wahlrecht, Jura 1999, S. 660 < 665 >），則此意謂著，由於直接選舉議定書微弱的直接效果與各國對於歐洲選舉法規繼續存在的權限，最後沒有任何人對運作能力負有責任。然而事實上所涉及的是一起行動的責任，此一責任提醒每一個國家自我詢問，是否其選舉法規之結構，對於整個歐洲議會的選舉而言，同時可以是最大限度者。正好是擁有較多數代表配額的國家，在其形成的範疇內，絕對對於歐洲議會進一步肢解化的對抗會有所貢獻；其作法有各種不同的途徑，此種途徑不必然總是要求設定門檻條款。如在歐洲同盟會員國的選舉制度，在直接選舉議定書所釋放之形成自由範圍內，也包括在選區劃分、候選人形式、投票或則計票程式方面選舉技術的設計。此就其集中效果而言，是可與門檻條款比擬者。此一情況以及事實上的防堵效果本來即會導致在結果價值平等上的不同，因此也

始終會導致在會員國內完全比例之偏離。在此一背景之下，法庭之單獨廢除德國之 5% 門檻條款，在歐洲的領域內是踏入一條異途。

2. 運作能力之確保，正好是在聯合式議會，不是不是這個—就是那個的問題，而是議事能力或多或少之問題。在此前提下，不應該以就聯邦議會選舉所發展出來，透過議會多數以形成執政之能力的想像作為判斷標準，而是應適度地考量歐洲議會在功能上的特殊性。降低對於運作可能的危害，在此本來即可作為合理化5%門檻條款的實質理由。法庭「或許」，「當在切合實際的評估下，基本上不願意合作的議員數目是如此地高，以至於特定多數在所有情況下實際上不再可能達到時」，才想要考量歐洲議會之運作受危害之一點，已對差別待遇之理由作成不再可能發生合理化效果的解釋：危害運作的概念最後被限縮成沒有運作能力。就此在聯邦憲法法院的裁判中，是沒有根據的。歐洲議會雖然不是依照各國慣常的標準是針對議會執政責任與反對責任而為設計，如同諸如在德國憲法體系所規定者。但是出於其他且好的理由，其也需要受到避免政治勢力太過強烈被肢解化的保護。在如此範圍內擁有政治責任如歐洲議會之如此的一個議會，在或正是在協議式多層面體系，諸如在共同決策程序，現在為通常的立法程

序（歐洲同盟工作方式協定第289條第1項），欲貫徹其立場時，也需要有議事的能力。

3.為發展政治勢力，大黨團擁有取得跨黨派同意的能力是必要的，此在學說上很早以前即被提出的觀點（參 Neßler, Willensbildung im Europäischen Parlament - Abgeordnete und Fraktionen zwischen Konsens und Dissens -, ZEuS 1999, S. 157 <181>），在言詞辯論中也經歐洲議會議員特別地加以證實。黨團在歐洲議會並不如在德意志聯邦議會或在邦議會那麼強。議員在此經常可以跳過他們自己的黨團去作斡旋，但此也有個人化與其作用無法持續等較常產生的危險（就此見Reinhard Bütikofer的預估，Vom Nationalstaat in die Europäische Union - zur europäischen Sozialisation ehemals nationalstaatlicher Politiker, ZSE 2011, S. 281 <283>）。透過門檻條款的廢除，一定可預期之進一步的肢解化，與正好是較大黨團在數目上的弱化，將使在政治意志形成上本已存在之組織上的問題更加惡化。此一預測同時是選舉立法者其決定採行5%門檻條款的基礎。在不必強化審查標準或須以實務觀點衡量歐洲議員工作的情況下，法庭不得違背此一預測而作成自己的判斷。

4.在與執委會及理事會組織結構上的互相配合中，對於議會而言，最

重要的是在自己的行列中促成具有多數能力的意志形成。即使這一點在大的異質性條件下，至今都能加以達成，則此一情況也不能作為，防止更加肢解化無法作為門檻條款合理理由的論點。此一格言：至今是好是害都可以渡過困境的人，對其也可以放心地有更多的期待，在此並不適用。每一種政治上繼續的零碎化，都會提高達到共識在時間上與人力上的花費，與縮小對於選民而言具有辨識價值之較大的政治方向。在一個需要在組織結構上自我維護之尷尬的權力平衡中，形成清楚、問題針對性、機關內部、但是正好提供選民選擇可能性之意志所要面對的，是高的共識壓力。經常只有當歐洲議會在權限與權力競爭下，為作為機關之自己爭取自己的法律地位時，人們才會意識到歐洲議會的存在。此種組織結構上的利益意識在事實上會超越不同的政治立場而容易達成共識，但是卻不會提升對於生活具有重要性之政治討論。同時在此期間，歐洲議會也在實質議題上，於政治上變得對立得多。在歐洲議會內必定增加的政治爭議，必然以較大與組織上具有力量之黨團可以集結議員之政治意志與團結面對其他黨團提出意見作為前提要件。鑑於議會不僅是在立法，而且是在執行對於執委會政治監督上已提升的重要性，每一個會員國的選舉立法者，皆有責任讓議會

將來仍具有議事能力。必須給予立法者，正好是在歐洲議會於里斯本條約生效後，處於一個其新的發展階段背景之下，對於運作危機判斷的空間；尤其是在聯邦憲法法院所舉行的言詞

辯論，結果是所有到場之歐洲議會代表皆表示此一預測下。

法官：Di Fabio Mellinghoff

「已登記同性共同生活團體之平等待遇」裁定

BVerfGE 124, 199 ff.

德國聯邦憲法法院第一庭2009年7月7日裁定

-1 BvR 1164/07 -

陳靜慧 譯

要目

裁判要旨

案由

裁判主文

理由

A. 爭點

I. 案件事實與系爭法律規定

1. 聯邦與邦政府給養機構（VBL）規章第38條之修正沿革與規範內容
2. 同性生活伴侶法之修正沿革與規範內容

II. 憲法訴願之標的及理由

III. 相關機關團體之意見陳述

1. 聯邦與邦政府給養機構（VBL）
2. 聯邦勞工法院
3. 聯邦財政法院
4. 德國各邦團體協約協會
5. 德國公務員聯盟暨團體協約聯盟聯合工會

6. 德國工會聯合會

7. 企業老年給養協會

8. 地方自治團體及教會老年給養協會

9. 德國女同志暨男同志協會

10. 聯邦男同志及女同志伴侶協會

B. 憲法訴願合法且有理由

I. 受指摘的判決侵害憲法訴願人本於基本法第3條第1項所享有的基本權利

1. 基本法第3條第1項得作為本案審查基準
2. 聯邦與邦政府給養機構（VBL）規章第38條對婚姻與同性生活伴侶為不平等待遇
3. 系爭不平等待遇無法正當化
 - a) 系爭不平等待遇適用嚴格審查標準
 - aa) 對人別團體為差別待遇要求之正當化事由

的重要程度必須提高

bb)系爭不平等待遇乃以人別特徵「性傾向」作為區別標準，加重對正當化事由的要求程度

cc)系爭規定違背體系正義亦指向應適用嚴格審查標準

b)系爭不平等待遇按照前開審查標準是不合理的

aa)團體協約當事人就系爭不平等待遇並未提出合理的正當化事由

bb)客觀上也不存在合乎事理之差別待遇理由

(1)只援引基本法第6條第1項不足以正當化系爭不平等待遇

(2)形塑遺屬年金制度所考慮的各個面向

裁判要旨

1.對婚姻與已登記同性生活伴侶關係就關於在聯邦與邦政府給養機構另為投保之公部門勞工之企業遺屬給養事項為不同待遇，與基本法第3條第1項抵觸。

2.若其他共同生活團體依系爭法

在婚姻與同性伴侶關係中均以同樣的方式發生，故兩者間不存在足以正當化系爭不平等待遇的重大差異

II.聯邦最高法院之判決是否侵害憲法訴願人依據基本法第101條第1項第2句有請求受法定法官審理之權利的問題無須裁決

C.違憲之效果

關鍵詞

婚姻(Ehe)

已登記同性生活伴侶關係

(Eingetragene Lebenspartnerschaft)

婚姻保護誡命(Schutzgebot der Ehe)

遺屬給養(Hinterbliebenenversorgung)

性傾向(Sexuelle Orientierung)

平等原則(Gleichheitsgrundsatz)

律欲規範之生活事實及該規範所欲達成的目的來看，與婚姻關係兩者係可相比較，卻對婚姻為優惠待遇，且同時對採取其他共同生活方式者給予較差待遇，這樣的差別待遇不能僅以基本法第6條第1項之婚姻保護誡命來加以正當化。

案由

本判決為聯邦憲法法院第一庭於2009年7月7日所作成（案號：1 BvR 1164/07）。

本案係由憲法訴願人D.先生，委託訴訟代理人Dirk Siegfried（Motzstraße 1, 10777 Berlin之Andrea Würdinger, Dirk Siegfried聯合律師事務所之律師）針對a) 聯邦最高法院2007年2月14日判決（案號：IV ZR 267/04），b) Karlsruhe邦高等法院2004年10月21日判決（案號：12 U 195/04），c) Karlsruhe邦法院2004年3月26日判決（案號：6 O 968/03）所提起之憲法訴願。

裁判主文

1. 聯邦最高法院2007年2月14日判決（案號：IV ZR 267/04），Karlsruhe邦高等法院2004年10月21日判決（案號：12 U 195/04），及Karlsruhe邦法院2004年3月26日判決（案號：6 O 968/03），在憲法訴願人請求確認原審訴訟之被告有依據聯邦與邦政府給養機構規章第38條給付遺屬年金義務被駁回的範圍內，侵害憲法訴願人受基本法第3條第1項保障之基本權利。

2. 聯邦最高法院2007年2月14日判決（案號：IV ZR 267/04）上開部分應予廢棄，案件發回該院。

3. 德意志聯邦共和國及巴登符騰

堡邦應各償還憲法訴願人支出必要費用之二分之一。

理 由

A. 爭點

I. 案件事實與系爭法律規定

本件憲法訴願案乃涉及聯邦與邦政府給養機構（VBL）規章對投保之公部門勞工，依投保人為婚姻或已登記同性生活伴侶為基準，於企業遺屬給養事項所為之差別待遇。

1. VBL是為照護給養政府雇員額外設立的機構，任務為以私人保險的方式保障所屬雇主加入此機構的勞工享有養老給付、殘疾給付及遺屬年金，以補充法定養老年金保險不足之處。VBL、加入VBL的雇主及其勞工間形成一種三角關係：勞工在勞工法上享有直接向其雇主請求上開額外照護之權利。雇主為了履行此等義務，為其所雇勞工之利益與VBL締結一私法團體保險契約。從雇主與VBL締結之保險契約則衍生出勞工有對VBL請求額外給養年金之保險法上權利。

VBL額外給養制度截至2000年12月31日為止，是以1966年11月4日「有關聯邦與邦政府勞工及地方行政與企業勞工給養之勞資協議契約」（簡稱：Versorgung-TV）為設立根據。其中規定了（雇主）在VBL的投保義務並且作成了若干根本性的決定。額

外給養制度的具體形塑方式則是依據至2000年12月31日前有效的舊VBL機構規章（簡稱：VBLS a.F.）而為。據此，勞工在通常情況下可以請領的給養退休金是以所謂的總體原則為基礎。此原則保障被保險人享有比照公務員所受給養的特定共同給養水平。VBL依據其2002年11月22日的新版規章重塑了額外給養制度且有溯及既往的效力。總體給養制度在法律上於2000年12月31日終結。實際上在2001年時舊規章時期之總體給養法規範仍過度地繼續被執行。勞資協議契約的協約當事人在2002年3月1日之有關公部門勞工的企業老年給養勞資協議契約（Tarifvertrag Altersversorgung簡稱：ATV）中，就制度轉換達成協議，捨棄了之前依據Versorgung-TV以退休前薪資為基準來計算年金的總體給養制度，取而代之的是一種以點數模式、依繳納保險金為計算基準的企業年金制度。不同於舊法時期勞資協議契約（前開所提及之Versorgung-TV），新的勞資協議契約只確立一些基本要點，被保險人請求保險給付的前提要件與內容，交由勞資協議契約的協約當事人在老年給養勞資協議契約中自行就細節作規定。新的給養機構規章（VBLS）在內容上接受了新的勞資協議契約中的規範。

公部門勞資協議契約當事人在ATV第10條針對給遺屬的企業年金訂

定規範。此規範主要依循社會法法典第六篇第46條規定。2007年4月20日修正、自2008年1月1日起生效的社會法法典第六篇第46條規定：

§ 46

寡婦及鰥夫年金

(1)未再婚的寡婦或鰥夫，其被保險的配偶已遵守一般等待期限者，於其被保險之配偶死亡後有權請領小型寡婦或者鰥夫年金。上開請求權得自被保險人死亡當月後起算的24個月內行使。

(2)未再婚的寡婦或鰥夫，其被保險的配偶已遵守一般等待期限者，於其被保險之配偶死亡後，於符合以下要件之一時，有權請領大型寡婦或者鰥夫年金：

1.若該未再婚的寡婦或鰥夫扶養自己的子女或者被保險配偶之子女，該子女尚未滿18歲。

2.未再婚的寡婦或鰥夫已年滿47歲。

3.未再婚的寡婦或鰥夫係勞動能力受限者。

以下幾種情形也視為上開所稱子女：

1.與寡婦或鰥夫的共同生活之前婚姻關係所生子女與寄養子女（社會法法典第一篇第56條第2項第1及第2款），

2.與寡婦或鰥夫的共同生活之孫子及兄弟姊妹，或由該寡婦或鰥夫扶

養者。

若該寡婦或鰥夫家中所扶養之自己的子女或者被保險配偶的子女雖已滿18歲，但因身體、精神或情緒障礙不具工作能力，仍該當扶養。

(2a)婚姻關係未持續至少1年之寡婦或鰥夫不得請求寡婦或者鰥夫年金，但依個案特殊情況來判斷，該婚姻並非以請求遺屬年金為唯一或主要目的而締結者，不在此限。

(2b)自離婚配偶年金分配開始執行當月1日起，寡婦或者鰥夫年金請求權即不存在。准予發給寡婦或者鰥夫年金的決定自此一時點起被廢棄，不適用社會法法典第十篇第24條及第28條之規定。

(3)失去配偶的遺屬若再婚，於其後婚婚姻關係解除或被宣告無效時，若符合第1項至第2b項規定之要件，得請求小型或大型寡婦鰥夫年金(依據前前婚姻關係之寡婦鰥夫年金)。

(4)就有關寡婦或鰥夫年金之請求而言，成立同性生活伴侶團體也視為締結婚姻，同性生活伴侶團體也視為婚姻關係，同性生活伴侶團體之遺屬也視為寡婦及鰥夫，登記為同性生活團體之一方也視為配偶。另外新成立之同性生活伴侶關係之終止或解除，視同再婚婚姻關係之終止或無效。

社會法法典第六篇第46條第4項之規定乃因2004年12月15日之同性生

活伴侶法修正法案而引進。除了社會法法典第六篇第105條之1第1款所規範的那種一母寧是只在理論上才會發生一的特殊情況，上開修正法案使婚姻伴侶與登記為同性生活團體者就關於寡婦及鰥夫年金事項在法律上享有平等地位。同時也使得兩者在有關教育年金事項也享有平等地位，也就是在社會法法典第六篇第47條引進與社會法法典第六篇第46條第4項相當的規定。

法定年金保險的遺屬年金額度是按照類型化的需求狀況來區分。若因教育子女、職業傷殘或殘疾、及遺屬年滿47歲後〈至2007年12月31日止則適用年滿45歲之規定〉導致無法或者有困難就業者，有請求所謂大型寡婦鰥夫年金之權利〈社會法法典第六篇第46條第2項〉，額度為被保險人可領取年金的55%。若配偶於2002年1月1日前死亡，或者婚姻是在這個基準日前所締結且至少配偶之一方在1962年1月2日前出生，則可領取被保險人可領取年金的60%。在無上開所列之典型需求狀況時，則授予所謂的小型寡婦或鰥夫年金〈社會法法典第六篇第46條第1項〉。小型寡婦或鰥夫年金的額度為被保險人可領取年金的25%〈社會法法典第六篇第67條第5款〉。小型寡婦或鰥夫年金之請領受最長只能領取24個月的限制〈社會法法典第六篇第46條第1項第2句〉。依據社會法

法典第六篇第242條之1第1項，若伴侶於2002年1月1日前已死亡，或者至少配偶之一方在1962年1月2日前出生且婚姻是在2002年1月1日前所締結者，則不受上開只能領取24個月之限制。不論是大型或小型的寡婦與鰥夫年金，直到自配偶死亡那個月份過完後起算之第三個月月底〈所謂的死亡三個月過渡期間〉，都是以被保險人可領取年金100%的額度來給付〈社會法法典第六篇第67條第5款及第6款〉。在婚姻只是為了能請領寡婦或鰥夫年金而締結，以及已為離婚配偶年金分配這兩種情況（社會法法典第六篇第46條第2項第2b款），不能請領寡婦或鰥夫年金。

b)有關公部門勞工的企業老年給養勞資協議契約（ATV）的第10條規定只作了微幅修改後就被納入VBL的規章（VBLS）。經第5次修正後的聯邦與邦政府給養機構規章第38條規定為：

§ 38

給遺屬之企業年金

(1)若被保險人死亡且已符合一般等待期限（VBL的規章第34條），或者已有領取企業年金資格者死亡，死亡者之配偶有權請領小型或大型寡婦或者鰥夫年金，前提是基於法定年金保險而享有的遺屬年金請求權仍存在或者將存在，且未為離婚配偶年金分配的情況。

得請領的種類（大型或小型寡婦/鰥夫企業年金）、額度（在死亡三個月過渡期間過後依據社會法法典第六篇第67條第5款及第6款及第255條第1項所定重要的年金類型係數）及請領的期間，若以下無特別規定，依相關的法定年金保險規定定之。

給遺屬企業年金的計算基準是死亡者生前領取之企業年金，或者其亡故時因全殘不能繼續工作可請領的企業年金。

死亡者之婚生子女或者法律上與婚生子女具相同地位者，有權依據第1至第3句請求給予全孤兒或半孤兒的企業年金。

年金之請求須檢具法定年金保險機構的決定申請之。

(2)婚姻關係持續未滿12個月不得請求寡婦或者鰥夫年金。但依個案特殊情況，若以結婚時間短暫而遽認該婚姻是純為請求遺屬年金或以此為主要目的而締結是不合理者，不在此限。

(3)寡婦/鰥夫年金與孤兒年金合併計算的總額不得超過作為兩者計算基準之企業年金額度。若遺屬年金高於企業年金之額度，則遺屬年金必須按比例酌減。若其中一個按比例扣減的遺屬年金請求權消滅，那麼其餘的遺屬年金自下一月份起相對提高，但額度最高以死亡者能領取的企業年金為限。

除了在婚姻關係只是為了能請領寡婦或鰥夫年金而締結的供養婚（Versorgungsehe）之情況會被排除外（vgl. VBL規章第38條第2項），若寡婦或鰥夫基於法定年金保險可以請求寡婦或者鰥夫年金的話，其依據上開規定有請求企業年金的權利。同樣地，如果寡婦或鰥夫之前已因開始執行離婚配偶年金分配而使得來自法定年金保險之遺屬年金請求權已不存在，那該寡婦或鰥夫也無法請領寡婦或鰥夫年金（vgl. VBL規章第38條第1項第1句）。

遺屬年金請領的額度也取決於社會法法典第六篇之相關規範。據此，聯邦與邦政府給養機構的企業年金的給付型態，也分為所謂的大型遺屬年金與小型遺屬年金。小型遺屬年金為死亡者得請領企業年金的25%，而大型遺屬年金則為死亡者得請領企業年金的55%或者60%。其中所謂死亡者得請領的企業年金，若死亡者在死亡時點時有從聯邦與邦政府給養機構領取年金者，是以其實際領取的企業年金額度為準；否則遺屬年金之計算基準則為假設死亡者在死亡時點因全殘不能繼續工作可請領的企業年金。在法定年金法中就所謂的死亡三個月過渡期間以死亡者可領取年金100%的額度繼續給付的規定，在聯邦與邦政府給養機構的企業年金裡則找不到相對應的規範。

不論是在有關公部門勞工的企業老年給養勞資協議契約（Tarifvertrag Altersversorgung）中，或在聯邦與邦政府給養機構規章中，都沒有給予登記為同性生活伴侶者遺屬年金的規定。在社會法法典第六篇第46條第4項已將同性生活伴侶與婚姻伴侶就有關法定年金事項給予同等地位之後，有關公部門勞工的企業老年給養勞資協議契約及聯邦與邦政府給養機構規章雖有修正，但在兩者之修正版本中都未增訂相當於上開社會法法典第六篇第46條第4項之規定。

2. 已登記之生活伴侶關係乃是一種以永久共同生活為目的結合成同性伴侶之家庭法上制度。2001年2月16日通過（BGBl. I S. 266）、2001年8月1日生效之同性生活伴侶法（Lebenspartnerschaftsgesetz，簡稱LPartG），首度為同性伴侶創造了可以登記為同性生活伴侶關係的可能性。同性生活伴侶法的目的乃為消除對同性伴侶的歧視，以及給予同性伴侶中有意以永久共同生活為目的成立伴侶關係者一個法律框架。

同性生活伴侶法主要是規範同性生活伴侶關係的成立與解除，以及伴侶個人權利義務及財產法律關係。有關扶養費的規定是以婚姻法為基準而制定。2004年12月15日通過（BGBl. I S. 3396）、2005年1月1日生效之同性生活伴侶修正法案，將同性生活伴

侶法規範又更進一步地比照婚姻法相關規範來調整，其中很大部分是援用民法（BGB）對婚姻關係所為之規範。同性生活伴侶修正法案就同性生活伴侶關係援用了夫妻財產制，將扶養法制大幅地比照婚姻關係為調整，同性生活伴侶關係的解除比照離婚法制，引進前段婚姻關係所生子女的收養與年金權利分配的制度，及將同性生活伴侶納入法定年金保險的遺屬照護之中。

a) 登記為同性生活伴侶者彼此互負關懷、支持及共同生活之義務，雙方各為他方互負責任（同性生活伴侶法第2條）。雙方有義務以工作及所有之財產適當地供養所組成伴侶關係之共同生活團體（同性生活伴侶法第5條第1句）。適用於婚姻配偶之民法第1360條第2句、第1360條之1、第1360條之2及第1609條也適用於登記為共同生活伴侶關係者（同性生活伴侶法第5條第2句）。若發生伴侶分居的狀況，生活伴侶之一方可向他方依據其生活狀況、就業與經濟狀況請求適當的扶養費用，民法第1361條及第1609條適用於此（同性生活伴侶法第12條）。如此一來使得沒有工作的生活伴侶在與他方分居的情況下，享有與在分居狀況下之無工作婚姻配偶同等之待遇。

b) 登記為同性生活伴侶者若無另為約定，適用淨益共同財產關係，民

法第1363條第2項、第1364條至第1390條及第1409條至第1563條適用於此（同性生活伴侶法第6條及第7條）。依據同性生活伴侶法第8條規定，因締結婚姻關係會發生之其他財產法上效力（保護債權人之財產推定與所謂的夫妻日常家務代理權）也適用於同性生活團體。登記為同性生活伴侶者享有與配偶同等之繼承權（同性生活伴侶法第10條）。

c) 解除同性生活伴侶關係的要件主要比照離婚的要件（同性生活伴侶法第15條）。共同生活伴侶關係解除後，個別之伴侶必須各自負擔生活費用。如果他沒有能力自負生計，得依據民法第1570條至第1586 b條及第1609條向他方伴侶請求扶養費（同性生活伴侶法第16條）。因此，共同生活伴侶關係終結後的扶養費係比照婚姻關係終結後之配偶扶養費為規定。

d) 年金權利分配之方式規定在同性生活伴侶法第20條。同性生活伴侶法第20條第1項規定，年金權利分配法（Versorgungsausgleichsgesetz）的相關規定適用於此。依據民法第1587條，婚姻配偶離婚的情況也同樣適用年金權利分配法。在2005年1月1日前，同性生活伴侶法中並未就解除關係後伴侶間之年金分配權利為規範。基於信賴保護原則，對於在此時點前登記為同性生活伴侶關係者，年金權利之分配只在雙方於2005年12月31日前曾

在區法院宣示要適用此制度者才適用（同性生活伴侶法第20條第4項）。在2005年1月1日後登記為同性生活伴侶關係者，則如同婚姻伴侶自動適用相關的年金權利分配規範。

e) 父母對親生子女的保護教養權利方面，係依照一般法規來行使。一個單獨合法行使父母保護教養權之同性生活伴侶，依據同性生活伴侶法第9條第1項可（如同繼父母般依民法第1687 b條第1項）獲得「小型保護教養權」。同性生活伴侶不能共同收養小孩。如果同性生活伴侶之一方單獨收養小孩，則如同發生在婚姻配偶間一樣，必須得到他方伴侶的同意始得為之（同性生活伴侶法第9條第6項）。但自2005年1月1日起已經允許所謂的繼子女收養（同性生活伴侶法第9條第7項）。

II. 憲法訴願之標的及理由

1. 訴願人生於1954年，自1977年起即在公部門工作且在聯邦與邦政府給養機構--也就是原因案件的被告--附加保險。2001年起他生活在一個已登記之同性共同生活伴侶關係中，雙方均未撫養子女。

聯邦與邦政府給養機構在作年金系統轉換時，曾計算訴願人截至2001年12月31日止獲得的年金期待權，並告知訴願人與此相應的年金額度。在依據訴願人擬制的淨工作所得來定操作數值時，聯邦與邦政府給養機構在

核算其薪資稅時，並非依適用於已婚者的稅級III/0、而是依適用於未結婚者的稅級I/0作為計算基礎。此外，聯邦與邦政府給養機構還告知訴願人，該機構將不會依據該機構規章第38條規定對他的共同生活伴侶發給被保險人死亡時之配偶之遺屬年金。

訴願人在地方法院提起訴訟，請求確認聯邦與邦政府給養機構在計算訴願人之年金時，有義務以稅級III/0作為計算基礎。此外，他請求確認在共同生活伴侶關係持續的情況下，當訴願人死亡時，他的共同生活伴侶依據機構規章可以領取相當於寡婦與鰥夫年金的遺屬年金。

2. 地方法院在本憲法訴願案所指摘之2004年3月26日之判決中認定訴願人所提確認之訴訴無理由予以駁回。訴願人在上訴時仍繼續提出確認請求，邦高等法院駁回該上訴（2004年10月21日判決，案號：12 U 195/04，載於FamRZ 2005, S. 1566 ff.）。

聯邦最高法院認定訴願人之第三審上訴無理由（2007年2月14日判決，案號：IV ZR 267/04，載於FamRZ 2007, S. 805 ff.）。

從聯邦與邦政府給養機構規章的條文文字無法導出請求權。在法定年金保險中為登記為同性生活伴侶者嗣後增訂、使其也享有寡婦及鰥夫年金請求權之規定，在聯邦與邦政府給養機構規章中並不存在。要該當前開規

章第38條第1項第1句及第2項所提及之「結婚」、「配偶」或「婚姻」概念，必以符合依據民法第1310條以下規定之要件--由不同性別二方組成之團體--為前提。條文文字並無允許對婚姻概念採取廣義解釋而將同性生活伴侶也納入婚姻概念的空間。

這樣的請求權也不能以補充解釋或者類推適用的方式導出。在團體協約當事人（例如聯邦、邦及地方自治團體等公法人團體屬之）訂定作為聯邦與邦政府給養機構規章基礎之老年給養計畫、及老年給養勞資協議契約的時候，同性生活伴侶法已經公布。雖然知道已有同性生活伴侶法，團體協約當事人及理事會在通過以前開所提團體協約為基礎訂定的新機構規章時，皆未將登記為同性伴侶者之被保險人調整至更有利的地位。在此之後修正締結的團體協約，以及聯邦與邦政府給養機構規章的修正，都沒有更動同性生活伴侶所處法律地位。即便在同性生活伴侶法修正法案中，又有許多法律與行政命令朝著有利登記為同性生活伴侶者的方向修正，迄今也都未造成聯邦與邦政府給養機構規章的修正。

在聯邦與邦政府給養機構規章中，排除同性生活伴侶得請領遺屬年金給付，並不牴觸位階較高的法律。

關於第三審上訴主張作為公法機構的聯邦與邦政府給養機構應當考量

基本法第3條第1項所保障的基本權利這一點，該機構自己也認識到，雖然給予婚姻配偶相較於同性生活伴侶較優惠待遇並非憲法上所必要者，但從基本法第6條第1項來看，這樣的優惠待遇是被允許的。對已婚的勞工來說，有小孩、主要由其工作所得負擔孩子的生活費用與扶養義務，且背負著為配偶與小孩預備費用的負擔，仍是相當典型的情況，但這樣的情況不會發生在沒結婚或者沒有小孩的人身上。這正當化了聯邦與邦政府給養機構對已婚者所採取的優惠措施。

第三審上訴中有關違反歐洲法的主張也不成立。就聯邦與邦政府給養機構規章的規定未牴觸2000年11月27日為落實僱用及職業上平等待遇而訂定總體框架之2000/78/EG指令（框架指令）這一點，並無合理懷疑足以推翻此認定。所以沒有將本案提請歐洲法院審查之必要。

3. 訴願人提起憲法訴願指摘上開法院判決違憲，主張該等判決違反一般平等原則（基本法第3條第1項），以及未將本件提請歐洲法院而為先行裁決侵害訴願人請求受法定法官裁判的權利（基本法第101條第1項第2句）。

a) 訴願人依據基本法第3條第1項受保障的基本權利受到侵害，因為基本法第6條第1項無法正當化系爭不平等待遇。

在沒有任何實質理由的情況下，基本法第6條第1項規定並無法正當化同性生活伴侶與婚姻伴侶間的差別待遇。

審查婚姻與已登記之同性共同生活團體間之差別待遇，依據聯邦憲法法院一貫見解，應適用該院審查以人別特徵為基準所為之差別待遇時採用之審查標準。婚姻制度原則上是針對異性戀傾向者而設，而共同生活團體登記制度則原則上是針對同性戀傾向者而設，而性傾向是個體無法任意自主決定的。婚姻與同性共同生活伴侶制度規範對象不同這點，產生與平等原則特別密切的關聯，因為此差別待遇無論如何間接地造成人別群體間的不平等待遇。此外，性傾向或者性認同與基本法第3條第3項所列舉的人別特徵--特別是性別--性質相近，這點是本憲法訴願被指摘的判決皆未著墨的。

此項缺漏對於判決結果有重大影響。此項缺漏導致在被指摘的三個判決中，錯誤地以不利益訴願人之方式認知基本法第3條第1項規定之保護效果，因此在結果上認為，基本法第6條第1項規定相對於基本法第3條第1項規定，具有一般性優位的結果。然而從聯邦憲法法院迄今的判決，並不能導出基本法第6條第1項規定具有此種一般性優位的見解。

憲法訴願人所受相對於已婚--也

包括已婚沒有生小孩的--被保險人較差待遇，並不能以婚姻關係通常以生育子女為目的而正當化，因為這個前提預設是否正確是有疑義的。目前有很高比例的婚姻伴侶並未生育子女，且同性生活伴侶最遲在同性生活伴侶法修正案及引進收養前夫或前妻子女之法案生效後，也同樣可以擁有自己的子女，而且這種情況也愈來愈多。

所以這根本不是重點。因為VBL的規章之目的顯然並非「基於婚姻伴侶在通常情況下可預見其為具有生育可能性的共同生活團體，因此應對其為優惠待遇」。在核算被保險人自己的老年年金及發給遺屬年金時，皆未將前開提及之規範目的列為考量因素，因為老年年金之領取--包括伴侶之一方先過世的情況，一般而言，自婚姻是否產生子女，皆已確定。再者，被指摘的判決認定規章制定者所欲達到的目的（鼓勵婚姻伴侶在婚姻關係中生育子女），很難藉由給予--包括未生育子女的--婚姻伴侶相對於未結婚但有小孩的被保險人較優惠之待遇來實現。

規章中對包括未撫育子女之婚姻伴侶為優惠待遇的真實與唯一能被接受的目的，應是考量在婚姻關係中通常會發生的法定扶養義務。但在此種考量之下，婚姻與已登記的共同生活伴侶兩者的情況並無不同。

b)此外，聯邦最高法院的判決侵害了憲法訴願人依據基本法第101條第1項第2句請求受法定法官審判之權利。聯邦最高法院違背了其依據基本法第101條第1項第2句有將本案所涉歐洲法疑義提交歐洲法院之義務。

c)至於訴願人主張有關其可期待年金之核算及依其適用之稅級為基礎確認該核算結果之判決有侵害其基本權這部分的憲法訴願已經被分開，將繼續在一個單獨的憲法訴願程序中被處理。本件憲法訴願的標的是被指摘的判決中有關主張企業遺屬年金請求權者。

III. 相關機關團體之意見陳述

聯邦與邦政府給養機構(VBL)、聯邦勞工法院、聯邦財政法院、德國各邦團體協約協會、德國公務員聯盟暨團體協約聯盟聯合工會、德國工會聯合會、企業老年給養協會、地方自治團體及教會老年給養協會、德國女同志暨男同志協會、以及聯邦男同志及女同志伴侶協會，均對此憲法訴願表示意見。

1.聯邦與邦政府給養機構主張：在與本案有關的West這個計算群團中，主要是依據所徵收的保費提供給付。額外給予登記為同性生活伴侶者遺屬年金，是當初在根據承保範圍定應徵收保費額度時沒有考量進去的。因此，在怎樣的限度內可以給予登記為同性生活伴侶者額外的年金，必須先

經過精算分析。

本件憲法訴願所指摘的判決並未侵害基本法第3條第1項所保障之權利，而且也沒有以性傾向為差別待遇的問題。依據基本法第6條第1項此等差別待遇是合法的而且不能理解為是對登記為同性生活伴侶者的貶抑。性傾向與基本法第3條第3項所列舉的特徵「性別」性質並非特別相近。

對已婚者而言，有生育及撫育子女是典型的情況。登記為同性生活伴侶者無法如同已婚者一樣，以生育及撫育子女的方式就社會未來的基本性能維持作出貢獻，即便登記為同性生活伴侶者可以收養子女或者撫育同性伴侶與先前異性伴侶所生育的子女。因此，已婚者必須對其子女或扶養子女之一方持續地負擔扶養義務及相當的預備費用，這在登記為同性生活伴侶關係是不會發生的。

2.聯邦勞工法院院長則代第三庭發布通知，並傳達第六庭庭長所持見解：第三庭庭長表示，其對案號 3 AZR 20/07正在進行的程序原未發表意見，但其見解後來已於2009年1月14日作成的判決中表達(NZA 2009, S. 489)。第六庭庭長針對平等對待登記為同性生活伴侶者的問題，則指出該庭迄今所為判決作為參照(BAGE 110, 277—287; BAGE 120, 55—68)。

3.聯邦財政法院院長則傳達該院第二庭及第八庭的立場。第二庭指出

該庭就遺產及贈與稅所為之判決作為參照(2007年2月1日案號 II R 43/05之裁判；BFHE 217, 183)，第八庭則指出該庭根據荷蘭法院就同性配偶的兒童金所為判決供參酌(2004年11月30日案號 VIII R 61/04之裁判；BFH/NV 2005, S. 695)。

4.德國各邦團體協約協會(TdL)稱：重要的規章規定與勞資協議契約的規則是一致的，這是團體協約自治的結果。就是否應給予登記為同性生活伴侶者遺屬年金請求權，是系統轉換協商時應該要處理的問題。上開請求權在結果上並未約定，且依據繳納保險金來定給付內容的點數模式乃是精算出來的結果。此外，TdL贊同本件憲法訴願案中被指摘之聯邦最高法院判決內容。

5.德國公務員聯盟暨團體協約聯盟聯合工會(dbb)陳述：有關遺屬年金適用範圍擴張的問題，乃屬團體協約協商之標的。雇主們在2001年為系統轉換作團體協約協商時拒絕將年金給付範圍擴大適用於登記為同性生活伴侶之遺屬，他們的理由是法定年金保險排除前開範圍的給付。有鑑於嗣後社會法法典第六篇第46條第4項有修正，工會於2007年再次要求將遺屬年金給付範圍擴大適用於登記為同性生活伴侶者，雇主方則再度拒絕。為了要達成締結團體協約所必須的一致共識起見，工會在當時必須放棄上開

目標，同時也宣佈，將來協商時還會再次提出上開訴求。

6.德國工會聯合會(DGB)稱：基本法第3條第1項所保障的權利受侵害，因為基本法第6條第1項並不能正當化系爭的不平等待遇。不論是從伴侶間的扶養義務或者建立家庭的層面來看，同性生活伴侶關係與婚姻關係間的差異程度均不足以正當化系爭不平等待遇。家庭圖像已經根本性地改變了。

7.企業老年給養協會(aba)稱：從平等權的觀點來看，基於婚姻配偶在典型情況下有較高的給養需求，故對婚姻配偶為相對於登記為同性生活伴侶者較優惠待遇是被允許的。企業老年給養制度中的遺屬津貼通常是為了達成在勞工死亡後保障他的家庭之目的而給予。此外，遺屬津貼也在保障因撫育子女與操持家務平時並未投入就業市場以支持他方能無後顧之憂地從事勞動工作的婚姻伴侶。婚姻配偶之遺屬在通常情況下有較高的給養需要，蓋其因撫育子女原則上沒有能力為他的晚年建構足夠的保障。

企業老年給養協會提出報告謂，沒有精確的數據顯示，到底孩子是從多少婚姻配偶及共同生活團體產出。德國聯邦統計局估計，2006年在德西有3/4的孩子是在婚姻關係中出生，在德東則僅有40%的孩子是在婚姻關係中出生。根據一項男同志法學者協

會所為的問卷調查，在2004年約有12500到14000對登記為同性生活伴侶關係者，投入就業市場的人當中只有約0.03%是生活在同性生活伴侶關係中。將登記為同性生活伴侶者納入遺屬年金給付範圍所造成的財政上負擔是相當低的。綜上可知：大部分的孩子是婚生子女，有小孩的家計單位中有超過2/3是婚姻團體。目前有小孩生活在其家計單位中的婚姻團體之比例，在此間已經略低於沒有小孩生活在其家計單位中的婚姻團體的比例。生活在同性生活伴侶關係中的人佔總人口的比例仍然相當的低。

8.地方自治團體及教會老年給養協會(AKA)也主張本件憲法訴願案中並無不合理的差別待遇，並且贊同本件憲法訴願案中被指摘之聯邦最高法院判決的法律見解。聯邦與邦政府給養機構(VBL)遺屬津貼的一般特性，是要藉此給付保障婚姻配偶之遺屬及子女。婚姻配偶之遺屬常因教養子女及操持家務使其無法就業。

9.德國女同志暨男同志協會(LSVD)認為本件憲法訴願案中被指摘之聯邦最高法院判決抵觸基本法第3條第1項。婚姻伴侶與登記為同性生活伴侶者就遺屬年金這件事而言，是處於相類似的地位。遺屬年金的作用是彌補死亡的被保險人先前以其收入所為之扶養。婚姻配偶與登記為同性生活伴侶者之間，在互負扶養義務這

點上並無不同之處。

以給予同性生活伴侶較差待遇作為鼓勵婚姻的手段是不適當的。同性伴侶傾向者並不會因為不能領取遺屬年金而捨棄同性生活伴侶關係、進而締結婚姻關係。即便聯邦與邦政府給養機構(VBL)藉系爭不平等待遇擲節了一些經費，也不能因此正當化系爭不平等待遇，因為這些省下來的經費聯邦與邦政府給養機構(VBL)並非是要用來扶助已婚的被保險人，而且無論如何，登記為同性生活伴侶者的人數比例仍然是極低的，故投保於聯邦與邦政府給養機構(VBL)之同性生活伴侶者在精算上根本無足輕重。

10.聯邦男同志及女同志伴侶協會(SLP)主張：本件憲法訴願案中被指摘之聯邦最高法院判決抵觸基本法第3條第1項，且聯邦最高法院的判決也抵觸了基本法第101條第1項第2句。聯邦與邦政府給養機構規章必須嚴格地被審查是否與基本法第3條第1項意旨無違，因為系爭規章規定間接地歧視同性傾向的人別團體。「同性傾向的人也可能與異性締結婚姻並且生育子女」這種說法較適用於過去，以往為了要隱藏性傾向所以有締結所謂「保護婚姻」的必要。即便婚姻制度主要是針對異性戀者而設、同性生活伴侶關係制度主要是針對同性戀者而設，也無礙於上開主張之判斷結果。

B.憲法訴願合法且有理由

本件憲法訴願合法且有理由。受指摘的判決侵害了憲法訴願人受基本法第3條第1項所保障的基本權利(I)。關於聯邦最高法院之判決是否侵害憲法訴願人依據基本法第101條第1項第2句有請求受法定法官審理的權利這個問題無須作裁決(II)。

I. 受指摘的判決侵害憲法訴願人本於基本法第3條第1項所享有的基本權利

1. 一般平等原則（基本法第3條第1項）要求人人在法律上必須被平等地對待。給予一個群體較優惠待遇、卻不給另一群體相同待遇，此等優惠排除措施也是違反平等原則而被禁止的(vgl. BVerfGE 110, 412 [431]; 112, 164 [174]; 116, 164 [180])。

聯邦與邦政府給養機構規章必須以此平等誠命加以審查。系爭規章雖然是私法性質的規定，且適用於由參加聯邦與邦政府給養機構的公部門雇主為其所僱用勞工之利益與聯邦與邦政府給養機構締結之團體保險契約。依據聯邦最高法院判決之一貫見解，系爭規章規定之定性為以一般保險條款型式呈現之一般交易條款(vgl. BGHZ 48, 35 [37 ff.]; 103, 370 [377 ff.]; 142, 103 [105 ff.])。上開聯邦最高法院判決見解在憲法上係無可指摘(vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 22. März 2000 - 1 BvR 1136/96 --, NJW 2000, S.

3341 [3342]; BverfGK 11, 130 [140]; Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 18. April 2008 - 1 BvR 759/05 --, DVBl 2008, S. 780)。

但是，聯邦與邦政府給養機構規章仍須以基本法第3條第1項之平等誠命加以審查，因為聯邦與邦政府給養機構是執行公任務的公法機構(siehe dazu auch BVerfGE 98, 365 [395]; 116, 135 [153]; BGHZ 103, 370 [383])。

平等原則的拘束力在此種情況下並不因此受影響，即使遺屬年金的規定(§ 38 VBLS)完全是援用團體協約締約者行使其受基本法第9條第3項所保障之團體協約自治權所訂立之協議(§ 10 ATV)。當具體個案實質上牽涉公部門遺屬給養事項時，團體協約締約者於其自主範圍內無論如何不能免於遵守平等待遇誠命的義務。

2. § 38 VBLS 導致已婚的被保險人與登記為同性生活伴侶關係的被保險人間的不平等待遇。

已婚的被保險人依據 § 38 VBLS 所規定更細部的條件取得作為其自身之額外年金地位的一部分的期待權；倘若其身故，則與其在法律上締結婚姻關係者—其配偶—將可獲得遺屬年金。登記為同性生活伴侶關係的被保險人則未為其法律上與其締結為同性生活伴侶者取得上開遺屬年金期待權。§ 38 VBLS 明確規定只有配偶具有遺屬年金請求權。§ 38 VBLS

並未為相當於社會法法典第六篇第46條第4項之規定。依據後者規定，不論是婚姻配偶或者建立同性生活伴侶關係者之遺屬皆有寡婦及鰥夫年金請求權。

3. 不平等待遇無法正當化

a) 就 § 38 VBLS 對已婚的被保險人與登記為同性生活伴侶關係的被保險人間所為之不平等待遇，必須適用嚴格的審查標準來審查是否有足夠重大的差別待遇理由。一般平等原則依所規範之事項與差別待遇之區別特徵，對規範制定者產生必須受恣意禁止到合比例性要求等不同程度限制的拘束力(vgl. BVerfG 88, 87 [96]; 110, 274 [291]; 117, 1 [30]; stRspr.)。必須注意的是，前開情形若係就人別團體為差別待遇時對正當化事由的要求(aa)。此外，以下兩點加重對正當化事由的要求程度：對已婚的被保險人與登記為同性生活伴侶關係的被保險人間之不平等待遇係以性傾向此等人別特徵作為區別標準(bb)，以及 § 38 VBLS 大體上是依據社會法法典第六篇有關寡婦及鰥夫年金之規定而制定，但是這個連結卻有斷裂之處，造成對登記為同性生活伴侶者較不利的地位(cc)。

aa) 若一法規範對受規範者中的一群體為相較於其他受規範群體不相同之待遇，雖然兩群體間差異性的種類與重要性並不足以正當化不同待遇

，那麼這樣的差別待遇便抵觸了基本法第3條第1項之一般平等原則(vgl. BVerfG 55, 72 [88]; 84, 197 [199]; 100, 195 [205]; 107, 205 [213]; 109, 96 [123]; stRspr.)。基本法第3條第1項要求，差別待遇必須與一個客觀合理的差異特徵相連結。規範制定者對人別團體為不同待遇時，採取一個依據其類型適於作為區別基準的特徵，並不足以正當化此差別待遇，毋寧是在現存的不同點與為差別待遇的規則間，就差別待遇的程度而言也必須有一內在關聯性，而此等關聯性指足夠重要之客觀合理的差異點(vgl. BVerfG 81, 208 [224]; 88, 87 [97]; 93, 386 [401])。

bb) 對人別團體為差別待遇之正當化事由的要求程度必須相對提高，如果此等差別待遇係採取與基本法第3條第3項所列舉之人別特徵相近似者為區別基準，以致對少數族群歧視的風險愈高者(vgl. BVerfG 88, 87 [96]; 97, 169 [181])，而以性傾向作為區別基準正是屬於這種情形。

對於以性傾向為區別基準所為差別待遇採取接近於其他嚴格禁止歧視情形所採取之嚴格審查標準，與歐洲法上的法律發展是相一致的。不論是歐體條約第13條或是歐盟基本權利憲章第21條第1項都把性傾向列入歧視禁止原則的適用範圍。在歐洲人權法院的判決中對於以性傾向為區別基準

所為之差別待遇，也要求必須提出與正當化以性別為區別基準所為之差別待遇程度同樣嚴格的正當化事由（EGMR, Urteil vom 24. Juli 2003 - Nr. 40.016/98 - Karner gegen Österreich, ÖJZ 2004, S. 36 [38] m.w.N.）。

依據上開標準，就 § 38 VBLS 對已婚的被保險人與登記為同性生活伴侶關係的被保險人間所為之不平等待遇必須適用嚴格的審查基準，因為此等差別待遇涉及了性傾向這個人別特徵。一個人選擇締結婚姻關係或者登記為同性生活伴侶關係與他的性傾向幾乎是不可分的。

聯邦最高法院在被指摘的判決中認定「作為差別待遇基準的是當事人家庭狀況而與性傾向無關，這種看法太形式且與現實生活不符。雖然法律上允許異性戀傾向者與同性別者建立同性生活伴侶關係，且允許同性戀傾向者與不同性別者結婚，立法者為了尊重受規範者的私生活，並未將共同的性關係作為締結婚姻關係或登記為同性生活伴侶的前提要件，也不審查其個別之性傾向。但是這並不改變立法者設置同性生活伴侶關係制度主要是針對同性戀傾向者的意圖，而且現實生活中同性生活伴侶關係也是被同性戀傾向者用來建立一受法律保障的永久伴侶關係的制度。

同性生活伴侶關係法的立法目的可以從這個法律很長的命名中看出來

（終止歧視同性生活團體法）。此法草案立法理由的緒言，即以與此意旨相應的目標設定作為起頭（應該要減少對同性伴侶的歧視，vgl. BTDrucks 14/3751, S. 1）。立法者首度承認得協助同性戀傾向者能得到較好人格發展的權利，並且使長久以來對其之歧視可以減少（vgl. BVerfG 104, 51 [60]; 105, 313 [314]）。此法律草案的立法理由也提到，防止對同性戀傾向者為不平等待遇與歐洲議會的要求相接軌，而這個要求正是以同性生活伴侶法有關同性生活共同體規定來加以實行（vgl. BTDrucks 14/3751, S. 33）。按照立法者的想法，不僅是婚姻關係，同性生活伴侶關係也是一種典型的性關係的共同團體。於一定親等關係內的禁婚規定（§ 1307 BGB）--此等禁止規定無論如何也同時具有保護個人性自主的功能--原則上也正確地適用於要進入同性生活伴侶關係的情況（§ 1 Abs. 3 Nr. 2 und 3 LpartG）。

同性戀傾向者因此是該等規範已登記為同性生活伴侶者權利之規定典型要規範的對象，而異性戀傾向者則是那些規範婚姻配偶權利的規定要規範的對象。如果婚姻關係與同性生活伴侶關係就遺屬年金的事項被作了不同的對待，那麼這就是一個以性傾向為區別標準所為之差別待遇（有關屬於歐盟框架指令第2條第2a項及 § 1 AGG之依據性傾向所為之歧視參見

：EuGH, Urteil vom 1. April 2008 - Maruko - C-267/06 - ABIEU 2008, Nr. C 128, 6; BAG, Urteil vom 14. Januar 2009 - 3 AZR 20/07 --, NZA 2009, S. 489 [492]。

由於 § 38 VBLS 所造成之對已婚者與登記為同性生活伴侶者間之不平等待遇係連結到性傾向，因此在這兩種同為基於永久之意思建立、以法律鞏固的伴侶關係間必須要有重大的差異，才能正當化前開具體的不平等待遇。

cc) 另一個導致上開不平等待遇必須有加強事由方得以正當化的原因是，一方面有關遺屬年金的規章規則不論是其前提要件或法律效果，都強烈地以社會保險法作為擬定規範之模型，另一方面，其卻並未接納該法規範中平等對待登記為同性生活伴侶關係的規定 (§ 46 Abs. 4 SGB VI)。若規範制定者在一套規範中採取另一套規範一整體的規範體系，卻獨未採取其中一項規定，則具有極高抵觸基本法第3條第1項的可疑性。雖然一個違背體系正義的例外情況本身不能被解為違反平等原則，但是必須要有一個足以說明此等例外的理由 (vgl. BVerfG 68, 237 [253]; 81, 156 [207]; 85, 238 [247])。當此等例外從多個方向看來都導致不一致的結果的情況下，就更是如此了。

VBL 的寡婦及鰥夫遺屬年金請求

權不只會因為寡婦及鰥夫再度結婚致符合法定年金的請領要件而喪失，也會因為寡婦及鰥夫登記為同性生活伴侶而喪失 (§ 38 Abs. 1 Satz 1 VBLS i.V.m. § 46 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 und Abs. 4, § 100 Abs. 3 Satz 1 SGB VI)。在對受規範者不利的情形會考慮同性生活伴侶關係是一種扶養共同體，但在對受規範者有利的情形卻不將同性生活伴侶關係考量為一種扶養共同體。

自同性生活伴侶關係法第20條於2005年1月1日生效後，於同性生活伴侶關係終止時在同性生活伴侶間適用扶養費平衡法制。對VBL的年金期待權也被包括在扶養費平衡的範圍內。這造成了在同性生活伴侶關係終止的情況下，先前之同性生活伴侶在符合相關前提要件時，可以兼從法定年金保險與其他的企業老年給養兩方面得到利益，也就是有可能獲得VBL的給養。因此就VBL的給養而言，處於給養較弱勢地位之同性生活伴侶關係終止後的前同性生活伴侶者，其地位是優於處於給養較弱勢地位的同性生活伴侶遺屬。

b) 對已婚者與登記為同性生活伴侶者間之不平等待遇按照上開標準來衡量是不合理的

aa) 從締結團體協約之工會及公部門雇主在本憲法訴願程序中之陳述，就系爭之差別待遇而言，並沒有可

以挹注VBL規章之共通動機。按照德國公務員聯盟暨團體協約聯盟聯合工會(dbb)之主張，雇主方在2001年時拒絕由工會方面首度提出之平等對待要求的理由是，此等訴求在2005年之前於法定年金保險中也尚未實行。對於在2007年進行團體協約協商時——也就是就有關法定年金保險之遺屬年金與扶養費平衡法制平等適用於同性生活伴侶之後——由雇主方再度提出之排除要求，德國公務員聯盟暨團體協約聯盟聯合工會則沒有就排除的原因為說明。其就工會方面同意的理由，並非提出一具體合乎事理的考量作為說明，只是說找到共識是必要的。綜上，至少自2005年起團體協約當事人就同性生活伴侶關係之不平等待遇並未提出合乎事理及具有共識之理由。

bb)客觀上也不存在合乎事理之差別待遇理由

單單援引婚姻制度及對其之保護尚不足以正當化不平等待遇(1)。從系爭給養體制的目的與其具體之形塑來考量，於企業遺屬給養事項領域之不平等待遇並不存在經得起檢驗而合乎事理的理由，婚姻配偶與同性生活伴侶的生活狀況不同尤其也不能作為正當化事由(2)。

(1)基本法於第6條第1項規定婚姻與家庭在國家秩序下受特別保障。據此，憲法不僅保障婚姻制度，其作為一個有約束力的價值決定也要求相

關的私法與公法對婚姻及家庭整個領域以國家秩序給予特別保護(vgl. BVerfG 6, 55 [72]; 55, 114 [126]; 105, 313 [346])。為了充分實踐這個保護委託，國家尤其有必要防止所有會對婚姻造成損害或者其他減損的情況，並且以適當的措施促進婚姻(vgl. BVerfG 6, 55 [76]; 28, 104 [113]; 53, 224 [248]; 76, 1 [41]; 80, 81 [92 f.]; 99, 216 [231 f.])。

基於婚姻所受憲法保護，原則上不禁立法者對婚姻相對於其他生活方式較為優惠(vgl. BVerfG 6, 55 [76 f.]; 105, 313 [348])。因此聯邦憲法法院對社會法上有關人工授精資助事項，婚姻享有之優惠，特別考量法律保障婚姻的責任關係與確保婚姻穩定，認定此優惠待遇是正當的(gl. BVerfG 117, 316 [328 f.])就扶養與生活照顧事項及在稅法領域對婚姻為較優惠之法規範，有鑑於婚姻伴侶之生活歷程係共同形成，也有正當性。這尤其也適用於經濟方面，且正當化當婚姻關係因離婚或死亡而解消時，對婚姻配偶為相較於處於較無拘束力之伴侶關係中之人較佳之待遇。對於婚姻給予優惠待遇-也包括沒有生育小孩的婚姻的正當化理由在於，婚姻配偶對於其伴侶永久承擔、包括具有法律拘束力之責任，尤其如果不將對家庭的保護列入考慮的話。從這個面向來看，已登記同性生活伴侶關係與婚姻關係本

質上並無差異。兩者均係基於永久持續之意思而建立並且互負擔保義務。

如果說對婚姻給予優惠待遇是因為其有生育子女，那麼基於憲法上允許與要求對父母所為支持主要乃涉及家庭受基本權利保護的問題，則此等支持就不應限於有婚姻關係的父母 (gl. BVerfG 106, 166 [176 ff.]; 112, 50 [67 ff.]; 118, 45 [62 ff.])。

有關規章制定者有使孩子盡可能與有婚姻關係之父母陪伴成長，因而有以給予締結婚姻關係誘因為目的之家庭政策的意圖這點，是看不出來的，且這點頂多只能正當化給予婚姻伴侶相對於有可能能締結婚姻關係的伴侶-也就是異性戀傾向的非婚姻共同生活團體-為優惠待遇，而不能正當化給予婚姻相對於同性戀傾向的同性生活伴侶關係優惠待遇。

若給予婚姻關係優惠待遇並同時對其他生活方式給予較差待遇，雖然該特定生活方式依受規範的生活事實及婚姻所追求的規範目的來看與婚姻關係是相類似的，那麼僅援引對婚姻的保護誠命就不能正當化此差別待遇。因為在履行與形塑憲法的支持委託時，從得對婚姻給予相對於其他生活方式較優惠待遇之權限，導不出基本法第6條第1項含有必須給其他生活方式相對於婚姻較差待遇的誠命。從婚姻受特別保護導出在建構其他共同生活團體制度時必須與婚姻制度保持距

離並且只能給予其較少權利的說法，與憲法意旨不符 (gl. BVerfG 105, 313 [348]) 除了援引基本法第6條第1項，尚須提出足夠重要的客觀理由，亦即衡酌所涉規範的規範對象與規範目的，此理由足以正當化對其他生活方式為較差之待遇。

(2) 考量上開原則，要正當化未將尚存之同性生活伴侶納入企業遺屬年金給付範圍，必須提出特別的、超越對婚姻抽象的扶助義務以外的客觀理由始足當之。因為在形塑遺屬年金制度時所考量的事實面向，在婚姻關係與同性生活伴侶關係中以同樣的方式發生。若以遺屬年金客觀追求之目的為考量基礎，則看不出在法律上或事實上有足以正當化對已登記同性生活伴侶就關於VBL遺屬年金事項為相較於婚姻配偶較差待遇之差異存在。

(a) VBL 遺屬年金屬於一種企業養老金的給付。遺屬年金給付依據聯邦勞工法院及聯邦最高法院一致的裁判見解，性質為工作酬勞 (vgl. BAGE 62, 345 [350]; BGH, Urteil vom 20. September 2006 - IV ZR 304/04 --, NJW 2006, S. 3774 [3776]; vgl. auch BVerfGE 65, 196 [212 f.])，VBL 的額外給養年金的屬性亦同。上開年金屬於工作酬勞的特性，因為系統轉換為點數模式後又更為強化 (vgl. BGH, Urteil vom 20. September 2006 - IV ZR 304/04 --, NJW 2006, S. 3774

[3776])。就發給工作酬勞這個目標方向而言，看不出來在已婚的勞工及處於同性生活伴侶關係中的勞工有何不同之處。

(b)前開論述亦適用於給僱傭關係成功之員工的間接薪酬，這有時也會作為發給企業年金的理由(vgl. Rolfs, in: Blomeyer/Rolfs/Otto, BetrAVG, 4. Aufl. 2006, Anh. § 1 Rn. 201)。如果把這樣的薪酬視為是一種近似合夥關係的財務資助、從事工作的保護與穩定生活的功能，那麼在婚姻伴侶與登記為同性生活伴侶者間也沒有重大差異。登記為同性生活伴侶者依據同性生活伴侶法第2條第1句有共同形成生活之義務。因此對同性生活伴侶關係，就有益於工作品質效益提昇的勞工穩定私人生活提供較低的保證，是沒有道理的。

(c)最後，企業養老金的給付僅具有給養的性質。它確保受益的勞工從工作生活退休後有額外給養金，並且在獲准能有遺屬年金的情況下，其配偶於其亡故時有額外的保障(vgl. BAGE 62, 345 [350])。因此給養年金系統可以訂定這樣的規則：依照通常的給養需求來決定給付的原因和金額，這尤其適用於遺屬年金。被保險人的死亡及因此導致其工作收入或年金不復存在，對在其生前受其扶養或共同扶養的遺屬將形成扶養缺口。故遺屬年金給付通常與以下的狀況連結：

死亡前有親屬扶養請求權存在，而此請求權因死亡事件而消滅(vgl. BAG, Urteil vom 18. November 2008 - 3 AZR 277/07 --, NZA-RR 2009, S. 153 [156])。

從這個面向也看不出來在VBL已婚的被保險人及處於同性生活伴侶關係中的被保險人間有足以正當化差別待遇的不同點。以被保險人處於婚姻關係或者已登記之同性生活伴侶關係，作為在此範圍內視不同的需求情況為合法及必要差別待遇的區別基準，既不適當且無必要。

從被保險人的家庭狀況無法得出其遺屬受扶養之典型需求。在婚姻關係與已登記之同性生活伴侶關係下之扶養義務的規定原則上是一致的，因此受扶養權利人受扶養之需求以及於扶養義務人死亡時產生的扶養缺口，應以相同的標準來衡量。雖然具體的需求依據每個受扶養權利人的狀況容有不同，這與受扶養義務人的個人生活狀況以及他的職業生涯有關。但是在認定尚存婚姻配偶與尚存同性生活伴侶的扶養需求時，無法找出兩者間有一般性的相異點。

聯邦最高法院提出對婚姻關係與已登記之同性生活伴侶關係得為差別待遇之理由為：婚姻配偶通常因為扶養子女之緣故致其職業生涯空缺，故相較於同性生活伴侶有額外的給養需求，並不足採(相同見解：BVerwGE

129, 129 [134]; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 6. Mai 2008 - 2 BvR 1830/06 --, NJW 2008, S. 2325 zum beamtenrechtlichen Familienzuschlag)。並非每個婚姻關係之下皆有子女，每個婚姻關係也不是都是為了生育子女而締結，亦不能預設在婚姻關係中必然存在配偶之一方之職場意願顯然較他方為低之角色分配。聯邦憲法法院早在1975年鰥夫/寡婦年金判決-II中認定，就有關法定年金保險下之遺屬年金事項，預設一般婚姻關係通常是由一個扶養者與一個家務操持者組成，與基本法第3條第2項規定之意旨不符(BVerfGE 39, 169 [187-195])。「扶養者婚姻」--在此等婚姻關係中配偶之一方扶養他方--在社會現實中不再構成典型的圖像，因此也不再能當作發放遺屬給付的標準，婚姻不再能設置一定的角色分配。相應於基本法第6條第1項與基本法第3條第2項給予婚姻配偶的權利，毋寧應是雙方可以地位平等地自行決定他們婚姻共同生活的方式(vgl. BVerfGE 99, 216 [231]; 105, 313 [345])。

反之，在已登記之同性生活伴侶關係中也不排除這樣的角色分配：伴侶之一方通常投入職場、另一方則通常操持家務領域包括照顧小孩。在為數眾多之已登記同性生活伴侶關係裡是有孩子生活在其中的，尤其是由女

性組成的同性生活伴侶關係，這點聯邦男同志及女同志伴侶協會在其所陳述之意見中曾指出。班堡大學國家家庭研究機構的一項研究估計，全德大約有2,200個兒童生活、成長在--於研究進行當時約有13,000對--已登記同性生活伴侶關係中(Rupp/Bergold, in: Rupp, Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften, 2009, S. 282)，此一事實發現不包括--迄今僅限於收養繼子女才有可能--共同成為法律上父母的情況。是以，雖然處於同性生活伴侶關係中的孩童數額比例遠低於婚姻配偶的孩童數額所占比例，但無論如何這是不能被忽視的。針對此一事實狀況，立法者在同性生活伴侶法第9條之規定中，將有關同性生活伴侶孩子之事項列入考量(vgl. auch BAG, Urteil vom 14. Januar 2009 - 3 AZR 20/07 --, NZA 2009, S. 489 [493])。與婚姻關係類似地，同性生活伴侶關係之共同關係，也可能形成同性生活伴侶之一方有較高給養需要的狀況。形塑遺屬年金時將同性生活伴侶排除在外，即未注意此點。因此，就有關遺屬年金事項對婚姻伴侶與同性生活伴侶所為不平等待遇，尤其對那些與具有較高給養需求的婚姻配偶處於相類似地位之同性生活伴侶關係仍生存之一方--例如因為教育子女或者亡故之同性生活伴侶先前是負擔給養團體主

要費用者--衝擊特別大。

基於通常情況下因撫育子女推測會有特別給養需求之考量，而對婚姻關係就關於遺屬年金事項給予優惠待遇，也不具正當理由。因為任何教養子女之時期或者其他個人之給養需求都可以獨立於家庭婚姻狀況被考量，例如法定年金的法律以及VBL的規章都已經是這麼規定的了。

聯邦憲法法院在鰥夫/寡婦年金判決-II中諭示立法者不能以採取過於粗略並因此不合乎事理的區別特徵，即視為其已履行必須考量不同生涯歷程會導致不同給養需求之現實之任務(BVerfGE 39, 169 [191 ff.])。這點從前揭判決作出後就逐步地在法定年金保險中得到實現，針對因教養子女造成職業生涯中斷所衍生出的特別需求在幾個方面被考量：

因亡故所能領取之養老年金的額度，依據1985年7月11日(BGBl. I S. 1450)至1986年1月1日有效之關於重新調整遺屬年金與認定法定醫療保險下教養子女時間之法律，是依照養老年金替代扶養費功能之程度來作區分。社會法法典第六篇第46條規定之大型與小型寡婦年金的區別，就是典型的考量不同給養需求的結果。能享有大型寡婦與鰥夫年金的只有教養子女者（自己的子女或者死亡者的子女或者符合社會法法典第六篇第46條第2項條件受同等對待之18歲以下的小孩

，但此等成年年齡限制不適用於重度殘障的小孩），或已經滿47歲者，或工作能力減弱者。小型的與大型的寡婦與鰥夫年金不同之處在於，小型年金之額度不僅不到大型年金的一半，且許多能領取小型寡婦與鰥夫年金者只能領24個月。

教養或者曾教養小孩的遺屬，依據社會法法典第六篇第78條之1就關於寡婦與鰥夫年金取得個人薪點的附加點數，其所得到的附加額度係取決於其教養小孩持續的時間、最多到小孩滿3歲為止。

具體的給養需求也會將尚存之婚姻配偶自己的工作所得、替代工作所得之收入及資產所得與寡婦與鰥夫年金相抵銷之核算考量進去（社會法法典第六篇第97條）。如果遺屬自己有收入（社會法法典第四篇第18條之1至第18條之5規定所指之收入）同時又可領取寡婦與鰥夫年金，那麼在死亡3個月過渡期間過後，如果該遺屬自己的收入高於免扣除額度的話，所得領取的年金必須扣除遺屬自己收入40%的額度，在此扣除額的範圍內寡婦與鰥夫年金是沒有作用的。寡婦與鰥夫年金的請求權可能完全不能行使，如果遺屬自己的收入高於免扣除額太多的話。這樣的核算方式使得遺屬年金對於那些他們過世的伴侶是主要負擔共同家務費用者的尚存伴侶具有較大的經濟意義。

以下兩個請求權行使之消極要件，也是典型的替代扶養費功能的表達：若只是為了能請領寡婦與鰥夫年金而締結之供養婚(ersorgungsehe)就沒有領取年金的請求權(社會法法典第六篇第46條第2a項)；在已為離婚配偶年金分配的情況，同樣也不具有請領寡婦與鰥夫年金的請求權(社會法法典第六篇第46條第2b項及第105條之1第2款)。教養小孩的時間除了在寡婦與鰥夫年金事項會被考量，對於形成自己的年金請求權也會發揮作用。依據社會法法典第六篇第3條第1句第1款，教養一個孩子在其3歲的期間內，於符合社會法法典第六篇第56條細部要件的情況下，即產生法定年金保險的保險義務。教養期間乃強制繳交保險費期間，此期間在計算退休金時會按月以固定的薪資點數被核算。教養小孩期間的保險費由聯邦政府給付(社會法法典第六篇第170條第1項第1款)。

法定年金保險用來考量遺屬不同給養需求的標準大體都被VBL規章所援用，因此，VBL相應於法定寡婦與鰥夫年金的兩種類型也有大型與小型遺屬年金給寡婦與鰥夫。援用法定年金保險的結果是，只有那些符合社會法法典第六篇第46條第2項列舉之特殊需求構成要件之一的人可以享有大型企業年金。依據VBL規章第38條，如果單純是「供養婚」的情況就沒有

遺屬年金請求權。得請求遺屬年金的額度與期間，在VBL規章第38條沒有特別規定的情況下，是依據社會法法典第六篇的相關規則而定。法定年金保險有關同時有年金與所得收入的規定，附帶「不考慮可能有的免稅額及已造成法定保險的年金額度被扣減的收入」的條件，也適用於VBL的遺屬年金(VBL規章第41條第5項)。依據VBL規章的規定，教養期間在形成自己的企業年金請求權時也會被考量進去(VBL規章第37條第1項)。

更加強地考量個人的給養需求雖然可以想像，但目前已藉由類型化地考慮不同的給養需求的方式來加以確保：那些因為自己具體的職業生涯而有較高扶養需求的尚存伴侶，獲得相較於那些沒有被扶養需要的尚存伴侶較高的養老金給付。這不僅適用於就個人給養有較重大意義的法定寡婦與鰥夫年金，也適用於具有補充法定年金功能的VBL遺屬年金。

II. 聯邦最高法院之判決是否侵害憲法訴願人依據基本法第101條第1項第2句有請求受法定法官審理之權利的問題無須裁決

有關聯邦最高法院的判決是否侵害了憲法訴願人依據基本法第101條第1項第2句請求受法定法官審判之權利，因為聯邦最高法院違背了其有將本案涉及由歐體指令導出之禁止以性傾向為歧視待遇之疑義提交歐洲法院

之義務，可以不作裁決。

C. 違憲之效果

若一般保險條款--例如本案VBL之規章--抵觸基本法第3條第1項規定，依據民事法院於憲法上無可指摘之裁判見解，將導致系爭條款不生效力的結果(vgl. BGHZ 174, 127 [175])，因此而形成的規範漏洞可以用補充解釋規章的方式填補(vgl. BGHZ 174, 127 [177])。雖然在本案中並非在制定VBL規章第38條時有意地排除同性生活伴侶，而是因為該條款基於憲法上理由被確認為無效，才在遺屬給養事項形成了一個無意的規範漏洞。違反平等權規定的情況不能單純以不適用VBL規章第38條來排除，否則會因為違反遺屬年金這個基本概念而導致婚姻配偶也被排除的結果。因此，VBL規章第38條之遺屬給養所欲達成的規範計畫，只能透過將自2005年1月1日起對婚姻配偶生效適用的規則也適用於已登記為同性生活伴侶者才能完成。這也與VBL及勞資協議契約的協約當事人的假想決定相吻合—如果他們有意識到在本案被認定之違反平等權的問題，會將已登記為同性生活伴侶者納入遺屬給養之列。看不出有對於補充解釋足以產生強烈憲法上疑慮之對立的基本權利立場，尤其因為牽涉到的人數數量很低，增加VBL不適當財政負擔之情形，似乎是可以排除(vgl. BGHZ 117, 92 [99 f.])。從

基本法第9條第3項所保障之勞資協議契約的協約當事人—他們依據ATV第10條達成了一個協定，VBL規章第38條則是以此協定為基礎所制定—之團體協約自治的觀點來看也不會產生疑慮。特別是沒有跡象顯示勞資協議契約的協約當事人有意地要抵觸一般平等原則。

此外，無論是勞資協議契約的協約當事人或者VBL都沒有被禁止得制定其他形式之確保婚姻配偶與已登記為同性生活伴侶者就遺屬年金發給事項受同等待遇的規定，以排除抵觸基本法第3條第1項的狀況。在憲法的框架內他們可以自由地以不同方式來形塑同等適用於婚姻關係及同性生活伴侶關係之領取遺屬年金要件，特別是應多加考量具體之扶養需求。

聯邦最高法院的判決因抵觸基本法第3條第1項被撤銷，案件依據聯邦憲法法院法第95條第2項規定發回聯邦最高法院。

有關支出費用償還之決定係依據聯邦憲法法院法第34條之1第2項規定作成。

法官：Papier Hohmann-Dennhardt
Bryde Gaier
Eichberger Schluckebier
Kirchhof Masing

附錄

德中關鍵詞索引

A		Ehe（婚姻）	302
Absoluter Kernbereich privater Lebensgestaltung （私人生活形成的絕對核心領域）	65	Eigentumsgarantie（財產保障）	159
Allgemeine Rechtsgüter（一般性法益）	110	Eingetragene Lebenspartnerschaft （已登記同性生活伴侶關係）	302
Allgemeines Gesetz（一般性法律）	110	Entscheidungserheblich （裁判上之重要性）	241
Anspruch auf rechtliches Gehör （法定聽審請求權）	65	Erfolgswertgleichheit（結果價值平等）	82
Asyl（政治難民）	241	Erlaubnispflicht（申請許可之義務）	31
B		Europawahl（歐洲選舉）	266
Basisrisiko（基礎風險）	159	F	
Berufsfreiheit（執業自由）	159	Faktische Sperrklausel （事實上之門檻條款）	82
Bestimmtheitsgebot（明確性要求）	1	Familiennachzug（家庭團聚）	241
Beweisverwertungsverbot（證據利用禁止）	65	Fernmeldegeheimnis（通訊秘密）	1
D		Fortpflanzungsunfähigkeit （持續無生育能力）	139
Das Europäische Parlament（歐洲議會）	266	Freiheitsprinzip（自由原則）	110
Direktwahl der hauptamtlichen Bürgermeister und Landräte（專職市長及邦參議之直接 選舉）	82	Fünf-Prozent- Sperrklausel （5%門檻條款）	81、266
Drittwirkung der Grundrechte （基本權利之第三人效力）	31	Funktionsfähigkeit der kommunalen Vertretungsorgane（地方代表機關之運作 能力）	81
Duldung（容忍停留）	241	G	
E		Gefahrenabwehr（危害防止）	1
Ehegatten-Splitting （夫妻所得額折半對分）	253		

- | | | | |
|---|-----|---|-----|
| Gemischtwirtschaftliche Unternehmen
(公私合資事業) | 31 | Kernbereich privater Lebensgestaltung
(私生活形態之核心領域) | 1 |
| Gentechnikgesetz (基因科技法) | 159 | Kleine und große Lösung
(小與大解決方案) | 140 |
| Gentechnisch veränderter Organismus
(基因改造有機物) | 159 | Koexistenz gentechnisch veränderter,
konventioneller und ökologischer Kulturen
(基改、傳統、有機生產方式共存) | 160 |
| Geschlechtsanpassende Operationen
(外科變性手術) | 140 | L | |
| Geschlechtszugehörigkeit (性別歸屬) | 139 | Lebensgemeinschaft und Wirtschaftsgemeinschaft
(生活及經濟共同體) | 253 |
| Gleichheitsgrundsatz (平等原則) | 302 | Lebenspartner (生活伴侶) | 241 |
| Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung
(居所不可侵犯的基本權) | 65 | M | |
| Grundsatz der Subsidiarität der
Verfassungsbeschwerde (憲法訴願補充
性原則) | 65 | Mehrheitswahlssystem (多數決選舉制度) | 81 |
| Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und
Chancengleichheit der politischen Parteien
(政黨選舉權平等與機會平等原則) | 266 | Meinungsfreiheit (意見自由) | 31 |
| H | | Meinungsfreiheit (言論自由) | 110 |
| Haftungsrisiko (責任風險) | 159 | Meinungsneutralität (言論中立性) | 110 |
| Hausrecht (家宅權) | 31 | Mindeststimmenquorum (最低選票門檻) | 221 |
| Hinterbliebenenversorgung
(遺屬給養) | 302 | O | |
| Hormontherapie (荷爾蒙治療) | 140 | Öffentliche Auseinandersetzung
(公共論辯) | 110 |
| I | | Öffentliche Foren (公共論壇) | 31 |
| Identität der Bundesrepublik Deutschland
(德國的國家認同) | 110 | Öffentliche Unternehmen (公營事業) | 31 |
| Informationelle Selbstbestimmung
(資訊自主決定權) | 159 | Öffentlichen Meinungsbildungsprozess
(公共意見形成之過程) | 159 |
| K | | Organstreitverfahren (機關爭議訴訟) | 81 |
| | | R | |
| | | Recht auf Chancengleichheit
(政黨機會平等權) | 81 |

Recht auf Wahlrechtsgleichheit （平等選舉權）	81	Unumstößlich empfundene Transsexualität （不可逆轉的變性慾感受）	140
Rechtsstaatliche Distanz（法治國的分際）	110	V	
Richtervorbehalt（法官保留）	1	Verhältnismäßigkeitsgrundsatz （比例原則）	1、31
Risikodiskussion（風險溝通）	159	Verhältniswahlssystem（比例選舉制度）	81
Risikovorsorge（風險預防）	159	Verhältniswahlssystem（比例關係選舉制）	266
S		Verhütung von Straftaten（防範犯罪）	1
Schutzgebot der Ehe（婚姻保護誡命）	302	Versammlungsfreiheit（集會自由）	31
Sexuelle Orientierung（性傾向）	302	Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten （為追訴犯罪預作準備）	1
Sexuelle Orientierung（性別傾向）	139	Vorsorgepflicht（預防義務）	159
Sexuelle Selbstbestimmung （性別自主決定權）	139	W	
Sonderrechtsverbot （特殊性法律之禁止）	110	Wählerstimmenanteil（選票部分）	221
Splittingtarif（分離稅率）	253	Wählerstimmenkonto（選票帳戶）	221
Standortregister（產地登記）	160	Wahlprüfungsbeschwerde （選舉審查訴願）	266
Steuer-CD（逃漏稅CD）	65	Wahlssystem（選舉制度）	266
Steuerhinterziehung（逃漏稅）	65	Wirtschaften in einen Topf（同爨合食）	253
T		Wissenschaftsfreiheit（學術與研究自由）	159
Telekommunikationsüberwachung （電信監察）	1	Z	
Transparenz（透明）	159	Zählwertgleichheit（計算價值平等）	82
Trennungsgebot（情治分離要求）	65	Zitiergebot（指明要求）	1
U		Zusammenveranlagung（合併申報）	253
Unmittelbare Grundrechtsbindung （基本權利之直接拘束）	31	Zuwendungsanteil（捐贈部分）	221

中德關鍵詞索引

一劃

- 一般性法律（allgemeines Gesetz） 110
 一般性法益（allgemeine Rechtsgüter） 110

三劃

- 小與大解決方案
 （kleine und große Lösung） 140
 已登記同性生活伴侶關係
 （Eingetragene Lebenspartnerschaft） 302

四劃

- 不可逆轉的變性慾感受（unumstößlich
 empfundene Transsexualität） 140
 公共意見形成之過程（Öffentlichen
 Meinungsbildungsprozess） 159
 公共論壇（öffentliche Foren） 31
 公共論辯
 （öffentliche Auseinandersetzung） 110
 公私合資事業（gemischtwirtschaftliche
 Unternehmen） 31
 公營事業（öffentliche Unternehmen） 31
 分離稅率（Splittingtarif） 253
 夫妻所得額折半對分
 （Ehegatten-Splitting） 253
 比例原則
 （Verhältnismäßigkeitsgrundsatz） 1、31

- 比例選舉制度（Verhältniswahlsystem） 81
 比例關係選舉制（Verhältniswahlsystem） 266

五劃

- 外科變性手術
 （geschlechtsanpassende Operationen） 140
 平等原則（Gleichheitsgrundsatz） 302
 平等選舉權
 （Recht auf Wahlrechtsgleichheit） 81
 生活及經濟共同體（Lebensgemeinschaft und
 Wirtschaftsgemeinschaft） 253
 生活伴侶（Lebenspartner） 241
 申請許可之義務（Erlaubnispflicht） 31

六劃

- 危害防止（Gefahrenabwehr） 1
 同爨合食（Wirtschaften in einen Topf） 253
 合併申報（Zusammenveranlagung） 253
 地方代表機關之運作能力
 （Funktionsfähigkeit der kommunalen
 Vertretungsorgane） 81
 多數決選舉制度（Mehrheitswahlsystem） 81
 百分之五門檻條款
 （Fünf-Prozent-Sperrklausel） 81、266
 自由原則（Freiheitsprinzip） 110

七劃

- 私人生活形成的絕對核心領域 (absoluter Kernbereich privater Lebensgestaltung) 65
- 私生活形態之核心領域 (Kernbereich privater Lebensgestaltung) 1
- 言論中立性 (Meinungsneutralität) 110
- 言論自由 (Meinungsfreiheit) 110
- 防範犯罪 (Verhütung von Straftaten) 1
- 八劃**
- 事實上之門檻條款 (faktische Sperrklausel) 82
- 居所不可侵犯的基本權 (Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung) 65
- 性別自主決定權 (sexuelle Selbstbestimmung) 139
- 性別傾向 (sexuelle Orientierung) 139
- 性別歸屬 (Geschlechtszugehörigkeit) 139
- 性傾向 (Sexuelle Orientierung) 302
- 明確性要求 (Bestimmtheitsgebot) 1
- 法定聽審請求權 (Anspruch auf rechtliches Gehör) 65
- 法官保留 (Richtervorbehalt) 1
- 法治國的分際 (rechtsstaatliche Distanz) 110
- 九劃**
- 持續無生育能力 (Fortpflanzungsunfähigkeit) 139
- 指明要求 (Zitiergebot) 1
- 政治難民 (Asyl) 241
- 政黨機會平等權 (Recht auf Chancengleichheit) 81
- 政黨選舉權平等與機會平等原則 (Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit der politischen Parteien) 266
- 為追訴犯罪預作準備 (Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten) 1
- 計算價值平等 (Zählwertgleichheit) 82
- 風險溝通 (Risikodiskussion) 159
- 風險預防 (Risikovorsorge) 159
- 十劃**
- 家宅權 (Hausrecht) 31
- 家庭團聚 (Familiennachzug) 241
- 容忍停留 (Duldung) 241
- 捐贈部分 (Zuwendungsanteil) 221
- 特殊性法律之禁止 (Sonderrechtsverbot) 110
- 財產保障 (Eigentumsgarantie) 159
- 逃漏稅 (Steuerhinterziehung) 65
- 逃漏稅CD (Steuer-CD) 65
- 十一劃**
- 基本權利之直接拘束 (unmittelbare Grundrechtsbindung) 31
- 基本權利之第三人效力 (Drittwirkung der Grundrechte) 31
- 基因改造有機物 (gentechnisch veränderter Organismus) 159

基因科技法（Gentechnikgesetz）	159	資訊自主決定權	
基改、傳統、有機生產方式共存		（informationelle Selbstbestimmung）	159
（Koexistenz gentechnisch veränderter, konventioneller und ökologischer Kulturen）	160	電信監察	
基礎風險（Basisrisiko）	159	（Telekommunikationsüberwachung）	1
執業自由（Berufsfreiheit）	159	預防義務（Vorsorgepflicht）	159
婚姻（Ehe）	302	十五劃	
婚姻保護誡命（Schutzgebot der Ehe）	302	德國的國家認同	
專職市長及邦參議之直接選舉		（Identität der Bundesrepublik Deutschland）	110
（Direktwahl der hauptamtlichen Bürgermeister und Landräte）	82	歐洲選舉（Europawahl）	266
情治分離要求（Trennungsgebot）	65	歐洲議會（das Europäische Parlament）	266
產地登記（Standortregister）	160	學術與研究自由（Wissenschaftsfreiheit）	159
荷爾蒙治療（Hormontherapie）	140	十六劃	
責任風險（Haftungsrisiko）	159	憲法訴願補充性原則（Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde）	65
通訊秘密（Fernmeldegeheimnis）	1	機關爭議訴訟（Organstreitverfahren）	81
十二劃		選票帳戶（Wählerstimmenkonto）	221
透明（Transparenz）	159	選票部分（Wählerstimmenanteil）	221
最低選票門檻		選舉制度（Wahlssystem）	266
（Mindeststimmenquorum）	221	選舉審查訴願	
結果價值平等（Erfolgswertgleichheit）	82	（Wahlprüfungsbeschwerde）	266
十三劃		遺屬給養	
裁判上之重要性		（Hinterbliebenenversorgung）	302
（entscheidungserheblich）	241	十九劃	
集會自由（Versammlungsfreiheit）	31	證據利用禁止	
意見自由（Meinungsfreiheit）	31	（Beweisverwertungsverbot）	65